

民法典时代国际条约地位的立法模式

王玫黎

(西南政法大学,重庆 401120)

摘要:《民法通则》第142条关于国际条约地位的条款随着《民法典》的实施出现法律空白,《涉外民事法律关系适用法》也未对此作出规定。第142条有关国际条约优先适用、国际惯例也可适用等内容,在现有民事法律中未能完全覆盖。条约必须遵守来自各政治体意思自治与国家是独立于个体的组织体这一法理。国际条约地位条款事关国家立法权限的分配,将其置于宪法性文件中最为合理。在民法典时代,针对民商事领域出现的国际条约地位漏洞现实,存在立法论和解释论两个补充方法。

关键词:民法典;法律适用法;国际条约地位;法律漏洞补充

中图分类号:DF938 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2021.01.14 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、问题的提出

2020年5月28日,第十三届全国人大三次会议通过《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),这是中华人民共和国成立以来第一部以“法典”命名的法律,具有固根本、稳预期、利长远的功用。就内容而言,《民法典》除总则及附则外,还包括物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任六个板块,规定了人们从生前到身后的一系列财产权和人格权,是人们日常生活的权利宣言书。《民法典》的出台彰显了时代诉求,体现了中国人民的历史性夙愿。早在改革开放之初,我国就启动了第三次民法典起草工作,囿于当时社会条件的限制,全国人大法制工作委员会(以下简称全国人大法工委)的同志形成了“成熟一个通过一个”的工作思路。^①1986年4月12日,第六届全国人大四次会议通过《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)。在相当长的时间内,《民法通则》

收稿日期:2020-08-31

基金项目:2019年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“对‘一带一路’沿线国家投资风险监测预警体系研究”(19JZD053);2020年度重庆市教委科技项目“陆海贸易新通道背景下货物多式联运法律保障体系研究”(KJZD202000204)

作者简介:王玫黎(1964),女,四川成都人,西南政法大学国际法学院教授,博士生导师,西南政法大学海外利益保护研究中心执行主任,法学博士。

^① 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,载《中华人民共和国民法典》,法律出版社2020年版,第247页。

承担着调整民事关系的功能,其中,第142条关于涉外民事法律关系适用的规定,历来为国际法学者所重视。第142条是《民法通则》对涉外民事关系法律适用的原则性规定,从结构上看,该条包括3款。第1款是原则性规定,限制了适用该条款的范围;第2款涉及条约在我国的法律地位,确立了民商事条约在我国国内法律中的优先地位;第3款涉及国际惯例在我国的补充适用地位。^①第2、3款在很多缔结或参加了国际条约的国家均有表述,可简称为“国际条约地位条款”。从其效力看,国际条约条款更多指涉国际条约在一个国家中与国内法的关系以及适用的顺序。特别是当一国加入了某一条约而国内法的规定与相关国际条约的规定并不一致时就更是如此。从结构和文本分析,国际条约和国际惯例在我国的适用,显然具有时间上的顺位关系,即国际条约优先适用;国际惯例具有可适用性,但国际惯例位居国际条约和国内法之后。《民法通则》第142条的规定,对于我国处理涉外民事关系发挥了不可或缺的作用。《民法典》第1260条废止了《民法通则》,其主要内容被整合到《民法典》中,但《民法通则》第142条第2、3款关于国际条约地位的内容未体现在其他法律中。2010年10月28日通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)对《民法通则》第8章“涉外民事关系的法律适用”进行了单独立法,但该法仅吸收了《民法通则》第142条第1款的内容,对第2、3款的内容未予规定。《最高人民法院关于适用〈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)》(法释[2012]24号,以下简称《法律适用法司法解释》)第4条援引了《民法通则》第142条第2款,第5条援引了《民法通则》第142条第3款,但是最高人民法院2020年12月23日对该司法解释进行修改,删除了第4条、第5条的内容,使涉外民事法律关系的适用出现了法律真空。由此带来的问题是,国际条约在我国中的地位应否规定?^②在《民法典》没有规定国际条约内容的前提下,面临涉外民事法律关系纠纷时,如果国内法没有规定,该如何处理?国际条约地位条款涉及法律的地位和适用顺位,有的国家将其置于宪法之中,我国该如何在立法中进行优化?

二、为什么条约必须遵守

(一)条约必须遵守的法理基础

条约是国际法主体间缔结的以国际法为准的国际书面文件。自从人类进入政治社会以来,条约便伴随着战争进入各国的视野,^③而“条约必须遵守”是罗马法以来确立的一项基本国际关系原则。国际条约从理念上来源于万民法,“即所有国家共同遵守的法律”。这一万民法被各个国家所遵守,得到了广泛和长期适用。^④在梅因看来,罗马的统治者重视国际法(万民法)只是出于政治的考量,他们不喜欢国际法,一如他们不喜欢外国人。^⑤进入近代社会以来,航海、通信等新技术给全球交往带来了更多便利,民族之间的交往日益增多,为解决国家间各种政治经济制度的不一致,缔结各国共同遵守的国际条约成为现代政治体的重要内容之一。与此一致,“条约必须遵守”又被称

^① 《民法通则》第142条规定:“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。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。”

^② 联合国1969年制定的《维也纳条约法公约》第2条规定的条约定义为广义,包含国际法主体依据国际法缔结的所有具有权利义务内容的书面协议,就名称而言有公约、专约、协定、议定书、宪章、规约、盟约、最后文件、联合声明、总文件等。

^③ 参见[古希腊]柏拉图:《理想国》,刘国伟译,中华书局2000年版,第31页。

^④ 参见[荷]胡果·格劳秀斯:《格劳秀斯私法导论》,张淞纶译,法律出版社2015年版,第5页。

^⑤ 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆2010年版,第33页。

为国际社会交往的重要原则之一。

“条约必须遵守”是一条应然的国际交往规则,不同的政治体在进行国际交往时,如果参加了同一个国际条约而又没有保留,在国际上,它们均须尊重国际条约的规定。这至少包括两个方面的内容:第一,各政治体作为一个独立的机构,在与其他政治体进行国际交往时,须按照所参加条约的规范行事;第二,当条约的内容涉及国内民事主体的行为时,各政治体必须妥善处理所参加的国际条约与国内法的关系。从实然层面看,不同政治体因为自己利益的考量,经常发生不遵守所参加国际条约的行为。由于在国际上并不存在一个超国家的政治体对国家进行制裁,这就为某些超级大国违反条约提供了可能性。但是,在国际社会,主流的理论 and 实践都认为,“条约必须遵守”依然是国际社会的基本原则。

既然不存在一个强制性的国际组织可以对违反条约的政治体进行制裁,为什么“条约必须遵守”依然为国际主流社会所确认呢?从实然角度看,这至少包括两个方面的内容:第一,国家具有充分的意思自治能力,它可以选择参加或者不参加某个条约,并对参加与不参加该条约的法律后果具有明确的判定。也就是说,“条约必须遵守”的法理基础是意思自治原则。意思自治原为罗马法确立的民事主体从事民事交往的私法原则,按此原则,当民事主体从事法律行为时,应确保当事人的意思自由。唯有意思自由,才具有自己责任的后果。^①《法国民法典》颁布实施以来,被全球很多国家吸收,其确立的私法自治原则也随之传播。^②具有自治能力的主体应当对自己行为负责的理念渐渐脱离了欧洲中世纪时期人依附于神的理念。这种理念通过法律拟制,从个体援引到组织上,产生了法人实在说的观念,并渐渐为主权国家吸收。^③由此,国家应当对自己的选择负责,逐渐成为各政治体的共识。近代以来,大规模的战争不再是国际交往的主流,通过各方谈判确定各政治体的权力和利益成为普遍方式,缔结国际条约就在国际舞台上发挥了重要作用。罗马法中的“条约必须遵守”被作为知识和理论资源重新进入国际交流舞台的视野。与此相应,作为民事主体从事民事交往基本原则的意思自治为政治体所借鉴。第二,国家是一个独立于其国民的独立存在物。关于国家的形成,在政治学中存在神意说、契约说和强力说等多种观点。神意说认为国家的产生基于神意,与我国古代“受命于天”的观念具有暗合之处。契约说以霍布斯和洛克最为著名,在霍布斯看来,人类在自然状态,由于没有政府与法律,终日处于互相争斗以求自保的状态。为避免这种状态,“一大群人相互订立契约,每人对它授权,以便使它能按其有利于大家的和平与共同防卫的方式运用全体的理论和手段的一个人格。”承担这一人格的人就是主权者,就是国家。^④洛克也持契约论的立场,但他与霍布斯的不同之处在于,霍布斯认为政府可不受民约的限制,而洛克认为统治者的权力在于保护人民的生命财产,其应限于人民让与的权利。^⑤强力说认为国家的产生并不依赖人类的理性与契约,而是强者对弱者的支配这一自然现象。尽管三种学说对国家的契约提供了不同的理解角度,但均认为国家是一种独立于其国民的组织化政治共同体。这种共同体的正当性不仅在于对法秩序的保障,还在于其所服务的其他公共目的。^⑥国家是一个独立于其国民的组织化政治体,具有独立的意思能力,它可以对外与其他政治体缔结国际条约,并践守“条约必须遵守”的原则。当然,从应

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法》,范雪飞、吴训祥译,法律出版社2018年版,第30页。

② 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第129页。

③ 参见F. H. Hinsley, *Sovereignty*, Cambridge University Press, 1986, p. 14.

④ 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆2017年版,第12页。

⑤ 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第49-50页。

⑥ 参见[德]莱茵荷德·齐佩尔乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第225-226页。

然角度看,“条约必须遵守”这一义务并不是基于利益的考量,并不是基于对强力的服从,而是作为判定规则体系之效力的“承认规则”的存在。除了人民大致上普遍能够服从法律外,官员也必须共同接受包含法体系效力之判准的承认规则,更是完整描述一个法体系之存在的关键。^① 国际法较之国内法,无论在形式还是在内容上,都较其他法律规范更近似于国内法,^②一旦如此,“条约必须遵守”就成为国际法主体的应然义务。

(二) 条约必须遵守的方法

一个国家在缔结了国际条约之后,必然面临着如何实施的问题。由于在一个国家还存在着国内法体系,遵守条约面临的第一个问题,是如何处理条约与国内法的关系?特别是,当一国缔结或参加的国际条约没有保留时,如果条约的规定与国内法存在不同规定时,该如何处理?

国际条约属于国际法的范畴。在国际法与国内法的关系上,存在二元论和一元论两种理论学说。在二元论的视角下,国内法和国际条约在内的国际法属于两个不同的法律体系,由于它们规范的主体和社会关系不同,法律渊源也不相同,因此,国际法和国内法不只是法律的不同部分或者分支,而是不同的法律体系。特里派尔、奥本海等均持这一观点,这一观点曾在德国、法国、意大利的国际法学者中较为流行。^③ 一元论包括国际法优先说和国内法优先说。黑格尔的绝对国家主权理论是国内法优先说的起源,认为国家的绝对意志是国际法的法律效力来源,国际法受制于国内法,它只是国内法的一个分支,适用于国家的对外关系。^④ 这一主张目前已没有太大影响。^⑤ 国际法优先说认为,国内法和国际法都是法律,并无实质不同,它们的主体都是个人,因为“一国的行为可以还原为代表该国的个人行动”。在凯尔森看来,国际法律秩序是包括一切国内法秩序在内的普遍性法律秩序,法律秩序体现的是一种规范系统,一个规范的效力取决于另一个更为根本的规范,最后则追溯到一个基础规范。这个基础规范是整个法律规范体系金字塔顶端的规范,所有规范的效力都来源于该基础规范。^⑥ 我国多数学者认为国内法和国际法分属不同的法律体系,这是倾向于二元论的,但对其进行了修正,即两个体系之间存在渗透和互补的可能性。^⑦

国际条约在一个国家直接适用,涉及法律规范体系问题,特别是当国际条约和国内法规定不一致而优先适用国际法时,更涉及立法权的分配权限。其理由在于,国内法是立法机构通过法定程序完成的立法,而国际条约同样经过了国家授权部门的参与,国际条约在一国如何适用,无论这种条约调整的是外交关系、文化关系还是民事关系,都首先是国内立法权的分配关系。在这个意义上,一国如何适用国际条约,应属公法规范的范畴。即使在理论上像凯尔森那样认为国家的行为可以还原为个人的行为,但考虑到法律功能的分工,将那些明显具有公法性质的关系置于私法规范中,也是值得商榷的。与此相应,在法律适用上,发生民事纠纷时不直接适用宪法等公法,而是通过私法的基本原则来反映公法精神这样的体系效应,就更有说服力。^⑧ 王铁崖先生认为,要使条约在国家之内有优越的效力,只有在国家的法律制度之中树立一个确定的原则,要树立这样的原则,最恰

① 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第105页。

② 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第206页。

③ 参见Heinrich Triepel, *Droit international et droit interne*, University of California Libraries, 1976, p. 412-476; [英]劳特派特:《奥本海国际法》,王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第24-31页。

④ 参见G. W. F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, 1991, p. 319.

⑤ 参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第184-185页。

⑥ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第175、189页。

⑦ 参见周鲠生:《国际法》(上),商务印书馆1976年版,第19-20页;端木正:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第35页。

⑧ 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2005年版,第56页。

当的方法是在宪法中作出明文规定。^① 公法事关国家权力的运行,而私法是关涉个人利益的法律,法治不仅包括通过公法明确公权力的行使范围和程序,也包括通过私法维护市民社会的有序运行。^② 宪法并不要求民法典承担公法的功能,对于不属于民法的条款,或许放在某部宪法相关法或行政法中比较合适。

在采纳一元论国际条约优先说的大陆法系国家,多数采取的是在宪法中规定条约在一国的效力。法国、^③荷兰、^④俄罗斯、^⑤南非^⑥等均是在宪法中确定了条约的地位。根据艾瑞克·斯戴因(Eric Stein)对中欧15个国家宪法的分析,其中有5个至7个国家规定条约优先于过去和将来的国内立法。^⑦ 这些直接规定条约在国内效力的国家,并没有对各种不同领域的条约进行分类,而是笼统地规定条约在该国的效力。此外,还有个别国家在宪法中规定了条约的适用模式,并对不同领域的不同条约进行了界分。《波兰宪法》第87条明确地将经批准的国际条约作为在其境内具有普遍约束力的法律渊源,但第91条明确指出,经批准的国际条约必须转化适用。按照波兰的做法,经法令事先同意后批准的国际条约优先于波兰国内法。但若经批准的国际条约旨在建立一个国际组织,那么该条约规定的法律将直接适用,并在发生法律冲突时具有优先效力。^⑧

美国也在《联邦宪法》第6条第2款中规定,美国缔结的条约,具有与美国国会制定的法律同等的效力。但在实践当中,条约在美国被区分为自动与非自动执行条约。^⑨ 按照美国法院判例的解释,具有与美国国会制定的法律同等效力的条约,只能是自动执行的条约。不是自动执行的条约必须经过国内立法补充和完善才有效力,而后在国内实施,如美国需要支付金钱的条约、有关关税的条约、需要改变美国国内法的条约、处分美国财产的条约、任命政府委员会的条约等。^⑩

选择转化适用的国家均采纳二元论的模式。在二元论看来,国际条约和国内法是不同的法律体系,各自调整不同的法律关系,具有不同的适用范围,国内法和国际法分别适用于国内、国际社会。因此,如果要在国内适用国际法,必须以某种国家行为的方式将其转化为国内法。也就是说,在二元论的国家看来,即使参加了相关的国际条约,由于国际条约与国内法存在调整范围的区别,如果国际条约调整属于国内法的关系,就必须经过该国的立法部门审批。在此意义上,国际条约是通过转化为国内法适用的。

英国是转化适用的典型代表。在英国,条约必须经过议会立法程序才得以适用于国内。由于

① 参见邓正来:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第577页。

② 参见王利明:《国家治理现代化的制度保障》,载《中外法学》2020年第4期,第5页。

③ 《法国宪法》第55条规定:“依法批准或通过的条约或协定,一经公布则具有高于法律的效力。”虽然该条规定确定条约在国内有高于法律的效力,但必须以缔约他方实施该条约为条件。第53条规定:“对于和平条约、贸易协定、与国际组织有关的条约或协定、涉及国家财政的条约、涉及对保留条款的修订、与人的身份有关的条约、涉及割让或交换或增设领土的条约,必须由法国议会通过或批准。在法国议会通过或批准之前,上述条约不发生效力。”

④ 《荷兰宪法》第93条关于国际条约公布后的约束力条款规定:“缔结的国际条约一经公布即对所有荷兰公民具有约束力。”这表明国际条约优先于国内法,甚至还优先于宪法。

⑤ 《俄罗斯宪法》第15条第(4)款规定:“普遍公认的国际法原则和准则及俄罗斯联邦国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。如果俄罗斯联邦国际条约确立了不同于法律所规定的规则,则适用国际条约规则。”

⑥ 《南非宪法》第231条第4款规定:“国际协议在依据国家立法并入法律时转变为南非共和国的法律。”

⑦ 参见Peter Malanczuk, *Akchurst' Modern Introduction to International Law*, Routledge Press, 1996, p. 67-68.

⑧ 《波兰宪法》第89条列举了五种类型的国际条约应当在波兰法令的事先同意后方能缔结,经法令事先同意后批准的国际条约优先于波兰国内法。

⑨ 参见David Sloss, *Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy*, 36 U. C. David Law Review 1, 4-5 (2002); Carlos Manuel Vázquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 American Journal of International Law 695, 695 (1995).

⑩ 参见余民才:《国际法专论》,中信出版社2003年版,第10页。

英国议会拥有垄断性的立法权,即使条约已经签订并经英王批准,议会仍拥有否定条约效力的权力。虽然该条约对英国具有拘束力,但能否被国内法院适用,仍须经议会立法。在比利时“国会号案”(The Parlement Belge)中,英国要求比利时赔偿被撞沉船舶的损失,而比利时则援引1876年英比条约提出国家财产的豁免主张。英国法院在此案中认为,该条约未经议会同意,故不能在英国法院得到适用。^①

三、民法典时代国际条约地位的缺失与不足

在《民法典》之前,涉外民事法律关系规范主要体现在《民法通则》第8章中,其中第142条是该章第一个条款,且是一般规定的条款。从结构上看,《民法通则》第142条包括“一般规定”“条约优先”“但书”“国际惯例的适用”四个部分,规定民事法律关系领域有优先适用国际条约的可能性。但《民法通则》第142条并未完全移植于《民法典》和现行民事法律中,第142条第2款、第3款所调整的社会关系就产生了法律适用上的困难。

(一) 涉外民事关系适用法律的空白

为解决国际条约的适用,我国专门制定了《法律适用法》。但是,《民法通则》第142条三个条款的内容,只有第1款被《法律适用法》吸收,而关于国际条约的适用、国际惯例的地位均没有被《法律适用法》引入。加之,《民法典》也没有相应的内容,《民法典》的生效同时导致《民法通则》被废止,《民法通则》第142条第2、3款的内容就变成了立法漏洞。

事实上,在起草《民法总则》时就有学者注意到了这个问题。当时的主张是,将《民法通则》第142条第2款、第3款纳入将来的《民法典》涉外民事关系法律适用编(第七编),规定在该编第一章“一般规定”中,而《民法总则》就不对此作相应规定。^②也就是说,当时的建议是,《民法典》单设涉外民事关系法律适用编,《民法通则》的有关内容平移到《民法典》中。但由于《民法典》最终并没有将涉外民事关系法律适用单独成编,导致我国民事法律关系中国际条约地位的问题出现了法律真空。

(二) 国际条约地位规范的不科学

《民法通则》关于国际条约地位的规定,在性质上不属于国际私法(冲突法)的内容,而属于民事实体法。《法律适用法》的主要内容是冲突法,没有吸收国际条约地位的内容有其合理之处。在制定《法律适用法》时,有学者就建议,由于国际条约地位的内容属于民事实体法,应将其置于《民法总则》中。涉外民事关系法律适用规范从法理上、体系上讲都属于民事法律的范畴。^③2016年6月,全国人大常委会审议《民法总则》草案时,曾有学者提出,《民法总则》遗漏了关于中国缔结或者参加的国际条约的规定,建议保留《民法通则》第142条第2款适用国际条约的规定和第3款适用国际惯例的规定。^④这一建议未得到足够的重视,造成国际条约应否适用以及如何适用变成了法律空白。当时,各方广泛关注《法律适用法》是否规定国际条约的适用,如何规定国际条约的内容也存在较大

^① 参见 Court of Appeal, *The Parlement Belge*. (1878. O. 60.), February 27, 1880, <http://uniset.ca/other/ess/5PD197.html>, 2020年7月27日访问。

^② 转引自梁慧星:《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉:解读、评论和修改建议》,载《华东政法大学学报》2016年第5期,第11页。

^③ 参见丁伟:《涉外民事关系法律适用法与其他法律相互关系辨析》,载《政法论坛》2011年第3期,第153页。

^④ 参见梁慧星:《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉:解读、评论和修改建议》,载《华东政法大学学报》2016年第5期,第10页。

争议。^① 鉴于国际条约有实体法、程序法和冲突法不同性质,有任意性规范和强制性规范,以及规范对象的不同,内容复杂,适用难以确定,因此在《法律适用法》表决前,全国人大宪法和法律委员会作出说明,本法不作规定为宜,待以后在其他法律中还可以再作规定。

更重要的是,我国不仅缔结和参加了涉及民商事领域的国际条约,还缔结了一些政治、文化和刑事方面的条约,这些条约在我国法律体系中处于何种地位以及如何实施,并没有一个统一而系统的规定,导致国际条约地位在我国处于非常不明确的状态。例如,我国加入了《联合国反腐败公约》,但这种性质的条约显然不属于民商事领域,如果法院遇到类似的涉外案件,该如何处理就存在很大的问题。在本文看来,即使《民法典》吸收了《民法通则》第 142 条的规定,仍然无法解决这样的矛盾。

四、民法典时代国际条约地位的解决路径

《民法典》对既有民法法律规范进行了体系化,这对加快社会主义法治建设、依法治国打下了良好基础。《民法典》颁布之后,《民法通则》不再具有法律效力。带来的问题之一,就是能否继续在涉外民事法律关系中适用国际条约。目前,在《民法典》没有规定国际条约地位的前提下,如何对涉外民事关系适用法律,存在着解释论和立法论两种路径。

(一) 解释论

解释论的路径在于,假设法律规范均具有自己的功能与使命,^②遇到法律纠纷,应通过体系解释来解决法律的适用问题。

《民法典》第 11 条规定了特别法与一般法的关系。如果其他法律对民事关系有特别规定的,适用特别规定。在《民法典》之外,存在着大量的民事特别法,如海商法、知识产权法、票据法等,这些法律并没有因为《民法典》的生效而受到影响。如果这些民事特别法对于条约的适用有特别规定,应优先考虑这些特别法的规定。例如,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第 268 条、^③《中华人民共和国民用航空法》(简称《民用航空法》)第 184 条等均采纳了与《民法通则》第 142 条类似的表述。本来,由于这些法律规范性上都属于私法,既然《民法通则》是一般性质的法律,而且,《民法通则》是具有总括性的立法,这些特别民事法并无必要再在立法中对国际条约进行规定。我国有多部法律的国际条约地位条款都作出了类似规定,即国际条约优先适用,^④但是《民法通则》的失效反而显示了这种立法模式的优点。在《民法典》没有规定而《民法通则》失效的前提下,发生的纠纷属于海商领域、民用航空领域时,可以直接适用这些特别法的规定。但基于法院补充法律的权限,当法官面临的涉外民事纠纷不属于这些领域时,就存在找法的困难。^⑤

民法地域效力是民法的适用空间范围规定,它是民法效力适用的内容之一,包括中华人民共和国地域效力范围内的领陆、领水、领空及底土。《民法典》第 12 条沿袭了《民法通则》的内容,对中国

^① 参见王胜明:《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》,载《法学研究》2012 年第 2 期,第 193 页。

^② 参见李琛:《论修改权》,载《知识产权》2019 年第 10 期,第 37-39 页。

^③ 《海商法》第 268 条与《民法通则》第 142 条作了相同规定。司法部办公厅 2019 年 12 月 6 日公布的《海商法(修改送审稿)》第 323 条基本上保留了该条内容。

^④ 从 1978 年 12 月 31 日到 2004 年 12 月 9 日,我国共计约有 87 部法律中的 132 个条款提及国际条约的适用,参见王勇:《中华人民共和国条约法问题研究(1949-2009 年)》,法律出版社 2012 年版,第 109 页。

^⑤ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 399 页。

领域内的民事活动作出了适用中国法的规定。诚然,考虑到民法的属地法特征,该条文规定在我国境内从事的民事活动应当受到我国法律的管辖,同时,第12条还考虑到属地管辖例外,特别指出法律另有规定者依其规定。据此,对于有涉外因素的案件,根据冲突规范的指引,还是有可能适用外国法或国际法。^①

(二)立法论

我国参加和缔结了包括政治、经济、文化等领域的各种条约。条约应当遵守是自古以来各政治体遵守的基本原则,这既是各政治体参加国际条约的基础,又是各政治体的义务。为使我国缔结或参加的国际条约能够顺利履行,尤有必要做好国内法和国际法的对接工作。我国有学者认为,尽管国内法和国际法属于两个不同的法律体系,但二者存在协调的可能性,采取的是二元论基础上的协调论。^②之前,我国对某些领域的国际条约采取了转化适用的方式,对某些领域的国际条约采取了对国内法进行废、立、改的方式,并在《民法通则》第142条中采纳了一种总括性的关于国际条约在我国地位的规定。《民法典》颁布实施之后,由于《民法通则》不再具有效力,正好给我们提供了一个反思国际条约地位的机会。有学者曾经指出,目前我国在条约适用的立法上有三大误区:一是条约在我国地位没有得到宪法或者宪法性法律的明确;二是条约在我国国内的位阶没有规定;三是条约在我国的适用没有相应的法律规定。^③从立法论的立场重塑国际条约在我国地位,使其规定更加合理,就具有重要的现实意义。

1. 修改宪法性法律

《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)并未对条约在我国地位问题作出统一明确的规定。我国《宪法》将坚持和遵守作为国际法基本原则核心的和平共处五项原则写入其中,这表明从最基本的原则上,我国尊重和遵守国际法的体系,履行自己的国际义务。我国《宪法》对国际条约在国内适用的方式没有作出规定,也就是说,《宪法》本身既不排除直接适用,也不排除转化适用,无论直接适用还是转化适用都符合履行国际条约义务的方式。我国是《维也纳条约法公约》的缔约国,在参加该公约时,除了第66条司法解决条款外,对有关国际法与国内法的规定并没有保留,我国一系列民商事法律作了条约优于国内法的规定,而不是相反。这说明我国在对待民商事条约在国内法地位问题上倾向于条约优先原则。1987年8月27日,《外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于处理涉外案件若干问题的规定》(简称《关于处理涉外案件若干问题的规定》)表明了我国在履行国际条约方面秉持的“维护主权的同时也恪守国际法义务”这一立场。^④

在《民法通则》失效前的实践中,我国采取的是一种以纳入(并入)适用与转化适用相结合的方式适用国际条约。当中国缔结的条约与国内法有不同规定时,对具有涉外因素的民商事案件在国内可以直接适用国际条约。除民商事法律以外,我国缔结、参加的国际条约的内容需要经国内法转化才能适用,采用的是转化的方式。原则上,我国不论是在参与制定国际法规则还是在制定国内

^① 2019年修订通过的《证券法》第2条第4款规定:“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动,扰乱中华人民共和国境内市场秩序,损害境内投资者合法权益的,依照本法有关规定处理并追究法律责任。”瑞幸咖啡公司或将成为该法实施“长臂管辖”的第一案。

^② 参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第190页。

^③ 参见王勇:《中华人民共和国条约法问题研究(1949-2009)》,法律出版社2012年版,第109页。

^④ 《关于处理涉外案件若干问题的规定》第1条规定:“涉外案件应依照我国法律规定办理,以维护我国主权,同时也应恪守我国参加和签订的多边或双边条约的有关规定。当国内法以及某些内部规定同我国所承担的条约义务发生冲突时,应适用国际条约的有关规定。根据国际法的一般原则,我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。”

法时,都要根据和考虑本国国内法的规定和立场,同时又充分考虑和尊重所承担的国际法义务,力争使二者协调互补,有机配合。从一些涉及条约适用的国内立法看,条约的直接适用、条约与相关国内法并行适用、条约须经国内立法转化才能适用几种情况都存在。^①我国这种对条约分类对待的做法是客观的,无论采取纳入和转化适用都是正常的法律技术,是符合国际法适用规律的做法。

但是,国际条约涉及其与国内法的关系,涉及国际条约能否以及如何在国内适用,还涉及国际条约的位次等问题。这些问题说明,无论是政治、外交方面的条约,还是民商事方面的条约,首先面临的是立法权的分配问题,而此权限明显属于宪法或者宪法性文件的范畴。^②正因为如此,绝大多数国家都在宪法中明确规定条约的地位和适用情况,国际法学者也一再呼吁在《宪法》或《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》)中明确规定国际法与国内法的效力关系。^③

鉴于宪法的修改程序较为复杂,宪法修改的启动程序也较一般法律期限较长,在《立法法》这种宪法性法律中规定条约的地位也是一种选择。2014年,全国人大常委会第十次会议审议《立法法》修正草案时,一些常委委员和列席人员指出,由于我国一直没有采取统一或者单一的模式,条约地位不明确对我国的执行已经带来许多问题和麻烦,希望在这部法律的修改中明确国际条约在我国的适用规定。^④即在总则部分规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,以及条约、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和规章的适用,适用本法。”在第五章关于适用与备案的各条中,增加全国人大常委会批准或者加入的条约、国务院核准或者加入的条约、以政府部门名义缔结的协定与法律、行政法规、地方性法规、规章的法律效力关系的相关规定。对于具体条款的修改,建议有关部门进一步研究论证。但有人认为,《立法法》是对立法技术问题进行规定的法律,难以解决国际条约的地位问题。因此,在对《立法法》修改的讨论中是否将该问题纳入,意见较大。^⑤2005年出台的《立法法》无论在总则部分,还是备案部分,均没有将条约的内容纳入其中。但是,在本文看来,由于国际条约涉及立法权限的分配,相比将国际条约地位问题置于民商事法律中,将其置于《立法法》中具有一定的科学性。

也有观点认为,可以将国际条约地位的规定置于《中华人民共和国缔结条约程序法》(以下简称《缔结条约程序法》)中。全国人大常委会在1990年12月28日通过了《缔结条约程序法》,这是我国第一部关于缔结条约程序性内容的法律,是对我国在缔结条约方面经验的总结,其中也有对我国有效的习惯性做法的科学总结。该法在需要批准的六项条约中明确规定,对与我国法规定不一致的国际条约需要批准。^⑥在这种情况下,可以对我国缔结或者参加的国际条约的特定内容作出保留,或者对有关国内法中与有关条约内容不一致的地方作出修改或补充,对国内法以废、立、改方式作出修改或补充,以上其实就是将条约的内容转化为国内法的方式。但是,《缔结条约程序法》是对程序性规范进行规定,不涉及实体法规范内容,由于国际条约在我国法中的地位属于实体法内容,涉及条约的效力、适用及解释问题,由该法来规定显然不合时宜。

本文建议,最理想的选择是,在未来修订我国《宪法》时,将国际条约地位条款置于宪法总纲部

^① 参见王玫黎:《我国船舶油污损害赔偿案件的法律适用——以国内法与国际法的关系为中心》,载《现代法学》2007年第4期,第180-181页。

^② 参见赵万一:《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度架构》,载《中国法学》2006年第1期,第118页。

^③ 参见万鄂湘主编:《国际法与国内法关系研究》,北京大学出版社2011年版,第482页。

^④ 参见陈丽平:《明确国际条约在我国的适用》,载《法制日报》2014年11月24日,第003版。

^⑤ 参见陈丽平:《明确国际条约在我国的适用》,载《法制日报》2014年11月24日,第003版。

^⑥ 参见《缔结条约程序法》第7条。

分,新增第31条规定置于特别行政区条款规定之前,具体内容为:“中华人民共和国善意履行签署或者批准的国际条约。在涉外民商事法律关系中,中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与中华人民共和国法律有不同规定的,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。在涉外民商事法律关系以外,通过修改或者补充国内立法方式履行条约义务。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。”或者在对《立法法》修改中,将此项内容置于第五章“适用与备案审查”中,新增第89条内容,以相同的表述补足这一法律缺失。理由在于:第一,置于《宪法》总纲和宪法性法律《立法法》中,意味着关于条约地位的问题属于立法权的范畴,应当置于公法中。第二,国际条约地位条款仍然沿用之前《民法通则》第142条相关内容和我国的具体做法,分为涉外民商事法律关系和涉外民商事法律关系以外两部分,这种立法规定变化不大,易于接受。此外,专门提出“民商事”而非《民法通则》第142条提到的“民事”,考虑到了我国民商合一立法模式中商事法律的内容。第三,仅规定我国善意履行签署或者批准的国际条约,将其作为国内法的一部分,未规定条约在我国的位阶内容,这一模糊处理既是国际上通行的做法,^①也符合我国一直以来遵守的“成熟一个通过一个”的立法理念。

2. 通过《民法典》司法解释

我国《法律适用法》没有规定国际条约的适用问题,当时的共识似乎是,“本法对该问题不作规定,民法通则、民事诉讼法等法律中有关规定仍然适用,以后在其他法律中还可以再作规定。”^②

《民法典》编纂采用实体法与冲突法分离的立法思路,剔除了涉外民事关系法律适用的条款,这部分由《法律适用法》调整。有人认为,《民法典》编纂的这一立法思路、编纂方式是一种促进我国涉外民事关系法律适用规范乃至我国国际私法法典化发展的历史性机遇。《民法典》废止了《民法通则》的效力,导致其中的国际条约地位条款调整的涉外法律关系出现真空。有学者指出,《民法典》编纂工作落下帷幕之际,正是涉外民事关系法律适用规范系统化、集成化的编纂工作拉开帷幕之时。^③

但是本文认为,如果从理论上,国际条约在一国之内的地位问题,涉及立法权限的分配,置于《宪法》或者《立法法》中最为合理。如果不置于《宪法》或《立法法》中,将其置于《法律适用法》也意义不大。因为《法律适用法》具有国际私法之冲突法的性质,而国际条约的优先适用显然属于民法实体法。^④也就是这个原因,在2010年的《法律适用法》中并未吸收关于国际条约地位的条款,只在2012年12月10日《法律适用法司法解释》第4条和第5条规定了国际条约地位条款。^⑤这一司

^① 有学者在对152个国家的宪法进行研究时发现,有65个国家(近43%)仅规定经批准的国际条约是国内法的一部分,未规定条约的国内具体位阶,剩下的87个国家,规定了条约低于宪法高于法律、条约高于宪法和条约与宪法相同的位阶这三种情况。参见沈于华:《宪法与条约关系研究》,知识产权出版社2018年版,第230-231页。

^② 参见孙安民:《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(草案)〉审议结果的报告》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2010年第7期,第646页。

^③ 参见丁伟:《〈民法典〉编纂催生2.0版〈涉外民事关系法律适用法〉》,载《东方法学》2019年第1期,第33页。

^④ 参见梁慧星:《〈民法总则草案(征求意见稿)〉:解读、评论与修改建议》,载《华东政法大学学报》2016年第5期,第10页。

^⑤ 《最高人民法院关于适用〈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)》(法释[2012]24号)第4条规定:“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的,人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用,但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”其第5条规定:“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的,人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条第三款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第二款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第二款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。”

法解释是在《民法通则》还未失效情况下制定的,在《民法通则》失效后,这两条规定只能被删除。

从《民法典》的立法史角度看,一直有观点认为,应当将国际条约地位的内容置于《民法典》中。由于涉外法律关系编的删除,2016年2月,全国人大法工委向有关单位发送《民法总则草案(征求意见稿)》后,该条款被遗漏。尽管有学者对此进行了提醒,涉外法律关系编仍被删除,造成了法律空白。《民法典》最大的特点之一是稳定,不可能在短期内对《民法典》进行修改。但这并不是将国际条约条款置于《法律适用法》的理由,因为《法律适用法》的性质和国际条约的地位并不一致。本文认为,最成熟的做法是将国际条约地位条款置于宪法性法律文件中。如果此方案行不通,作为次优选择,可将国际条约条款置于《民法典》司法解释中。因为国际条约条款是实体法,而且调整的法律关系是涉外民事法律关系,按照最近原则,将之置于《民法典》司法解释中是较为合适的,这是司法机关在面临有关涉外民事纠纷时行使剩余立法权的表现。在表述上,《民法典》司法解释可采纳《民法通则》第142条第2、3款的相同规定。但笔者认为,由于这种规定仅能适用于民商事领域的纠纷,与其置于宪法性法律中相比,仅是次优选择。

结语

《民法典》之前的《民法通则》关于国际条约的内容发挥了其历史作用。《民法典》的颁布实施使《民法通则》不再具有法律效力,其规定的国际条约地位条款出现了法律漏洞和真空。我国缔结或参加的国际条约体现了我国的意思自治,相应地,我国也应当履行条约必须遵守的国际义务。关于国际条约地位的位置体系属于立法权限的范畴,最优选择是将其置于宪法性法律文件中。由于宪法性法律文件的修改程序较为复杂、启动较慢,作为次优选择,是将其置于《民法典》司法解释中,由此,因《民法典》的颁布实施而给涉外民商事法律关系的适用带来的漏洞便可以得到弥补。ML

Legislation Form of International Treaty Status in the Era of Civil Code

WANG Mei-li

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Article 142 of The General Principles of the Civil Law concerning the status of international treaties has been legally blank with the implementation of the Civil Code, and The Law on the Application of Law in Foreign-related Civil Legal Relations has not provided for this either. The priority application of international treaties and the applicability of international practices of Article 142 are not fully covered by existing civil laws. The principle “the treaty must be observed” is governed by the principle of autonomy from the political bodies and that the state is an organization independent of the individual. For the clause of international treaty status is concerned with the allocation of national legislative authority, it is the most reasonable way to place it in the constitutional documents. In the era of Civil Code, aiming at the loopholes of international treaty status in civil and commercial fields, there are two supplementary methods, namely, legislation theory and interpretation theory.

Key Words: the civil code; the law on the application of law in foreign-related civil legal relations; the international treaty status; legal loophole supplement

本文责任编辑:邵海