

国际条约在涉外审判中的适用

孔庆江 梅 冰

(中国政法大学, 北京 100080)

摘 要: 我国法院在涉外审判中能否及如何适用条约, 既是一个理论问题, 也是一个实践问题, 它关系到条约的基本功能、条约在国内法中的地位以及一国法院在该国对外关系中的地位 and 权能。无论是现行国内法, 还是“约定必须信守”的习惯国际法原则, 都暗示国际条约具有在国内法上的效力, 并且应优先于国内法适用。虽然确认条约在国内法上的效力并不等于说明法院应该在裁判中适用条约, 而且涉外司法实践在这方面也无一致做法, 但是, 近期最高人民法院已提出准确适用条约的问题, 间接承认了条约是国际裁判的重要法律依据。在“一带一路”建设逐步展开, 特别是在专门设立国际商事法庭的背景下, 我国法院在审理涉外案件时更是不可避免地会涉及国际条约在涉外审判中的适用问题。笔者建议: 区分可直接适用和作为解释依据的条约; 直接适用为个人直接设定权利的条约; 通过司法解释的方式吸收国际条约的规定而予以适用; 加强司法适用条约的研究。在涉外审判适用国际条约时要重视必要性、合法性、解释性和一致性原则。

关键词: 涉外审判; 国际条约; 司法适用; “一带一路”倡议

中图分类号: D993.8

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 03-0053-12

选择最恰当的法律规范作为依据作出裁判是法院的任务。通常情况下, 法院在国内法中选择一个最妥当的法律规范作出裁判即告终结, 但在审理涉外案件时, 法院不可避免地会涉及他国法和国际法的适用问题。本文在深入考察涉外审判中尤其是在“一带一路”建设背景下涉外审判中适用国际条约的现实需要、国际条约在涉外审判中可适用性的法律局限以及法院适用国际条约时间不一致性的基础上, 探讨我国涉外审判适用国际条约的出路和法院在适用国际条约时应遵循的原则。

一、涉外审判适用国际条约的必要性

(一) 涉外审判适用国际条约有助于对外树立国家认真履行国际条约义务的形象

一国缔结国际条约就承担了条约的义务。但是, 一国如何执行其在条约下的义务,

作者简介: 孔庆江, 中国政法大学国际法学院教授、博士生导师, 研究方向: 国际经济法; 梅冰, 中国政法大学国际法学院博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

是可以自主决定的事项。考虑到法院在法律事务中的最后仲裁者的地位，如果当事人可以在一国法院直接援引国际条约的规定，甚至一国法院可以直接适用国际条约，必然会对外传递强烈的信息：该国对执行国际条约义务是认真的。

（二）适用国际条约有助于我国法院判决在外国得到承认与执行

一般而言，一国与他国签订的司法协助条约以及该国与他国之间存在的互惠关系有助于该国法院判决在后者得到承认与执行。但是，只有 34 个国家与我国签订包括承认与执行法院判决在内的司法协助协定。而在相互承认与执行法院判决方面，与我国存在互惠关系的国家更少，这就是为什么我国法院判决被外国法院承认和执行尚很罕见的原因之一。^①其背后原因是我国法律在国际上的良好声誉尚未确立、国际上对我国司法制度的信任度尚不足。^②在此背景下，由于条约体现了有关各方的共同意志，如果我国涉外审判实践中存在大量适用条约的先例，有助于增加有关当事人对我国法院在裁判中适用何种规则的可预见性，增强外国法院对我国司法制度的信心，从而有助于相互之间在承认与执行问题上达成司法互助协定或互惠安排，为我国法院判决在外国得到承认和执行创造条件。

（三）适用国际条约是扩大我国司法影响力的需要

随着全球化的推进，越来越多的国家开始将条约适用于审判活动中，以使其司法裁判获得国际社会的认同。受此影响，一国法院和法官会认为自己是一个更大的法律共同体的一员，因而在处理某些问题时要争取与其他国家法院的做法和国际通例保持一致。这点体现在我国法院与国外法院的双向互动中。

我国参照其他国家的实践设立国际商事法庭，体现了我国融入国际法治体系的强烈意愿。在法律层面，我国法院在涉外审判活动中及时、准确地适用国际条约，不但有助于提升我国法院判决的影响力，而且我国法院对于相关条约的适用和解释也会成为“一带一路”沿线国家的参考对象。

二、国际条约在我国涉外审判中的适用现状

国际条约在我国涉外审判中的适用，一方面得到法院系统高层的高度重视，另一方面却在法律上面临国内法院可否适用国际条约的不确定性和涉外审判中适用国

① 据中国司法观察网站（<https://www.chinajusticeobserver.com>）研究，迄今为止，我国法院判决被外国法院承认和执行的事例一共只有 20 例，其中 19 例数据来自 List of China's Cases on Recognition of Foreign Judgments（<https://www.chinajusticeobserver.com/a/list-of-chinas-cases-on-recognition-of-foreign-judgments>），1 例是最近澳大利亚 Victoria 州承认中国判决。

② 对于我国司法制度的信任度，从下述美国法院拒绝承认和执行我国法院的判决案中可以管中窥豹：2021 年 4 月 30 日，美国纽约州纽约县高等法院 Arthur Engoron 法官就上海雍润投资管理有限公司诉喀什星河创业投资有限公司、徐茂栋一案作出判决，对北京市高级人民法院（2019）京民终 115 号民事判决不予执行，理由是我国民事诉讼程序制度整体不符合美国正当法律程序要求。

际条约不一致的问题。

(一) 涉外审判实践中国际条约的适用

随着国家的逐步崛起并日益走向国际舞台的中央,我国对外交往显著增加,涉外争议也随之增多。在国内层面,对国际条约的适用也逐渐引起关注和重视。在2010年2月1日召开的第三次全国涉外商事海事审判工作会议上,最高人民法院常务副院长要求涉外商事海事审判人员充分利用长期积累的司法经验和娴熟的专业知识技能,准确适用国际条约,尊重国际惯例。^①这等于官方间接承认了国际条约是国际裁判的重要法律依据。

随着“一带一路”倡议的推进,一方面,我国出于调整因“一带一路”建设产生的各种法律关系的需要,加快缔结条约或协定的速度;另一方面,我国法院面临为“一带一路”建设提供司法保障的任务也越来越重,不但有责任公正地审理日益增多的涉外案件,而且主观上也希望借此展示我国司法的良好形象,为此采取了设立国际商事法庭和国际商事专家委员会等一系列举措。^②在此背景下,不但我国与“一带一路”沿线国家在民商事司法领域的合作难以避免,而且国际条约的司法适用这一问题可能会更加突出,因此,人民法院的涉外审判活动已无法与国际条约分开。^③事实上,最高人民法院分别于2015年6月16日和2019年12月27日专门发布了《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(简称“2015年《若干意见》”)和《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》(简称“2019年《意见》”)。^④2015年《若干意见》第2节第7点明确指出要“依法准确适用国际条约和惯例,准确查明和适用外国法律,增强裁判的国际公信力。要不断提高适用国际条约和惯例的司法能力,在依法应当适用国际条约和惯例的案件中,准确适用国际条约和惯例。”2019年《意见》第2节第6点也指出,“对涉及与我国签订自由贸易协定及合作文件的国家的涉外民商事案件,依法适用有关规则认定合同效力和合同责任。”两个文件均表明了人民法院适用相关国际条约规定的责任。最高人民法院为服务“一带一路”建设设立的国际商事法庭也为适用国际条约做好了准备。

① 万鄂湘.涉外商事海事审判指导[M].北京:人民法院出版社,2010.

② 2018年1月23日,中央全面深化改革领导小组会议审议通过《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》,明确提出最高人民法院设立国际商事法庭,牵头组建国际商事专家委员会。2018年6月25日,最高人民法院审判委员会全体会议审议通过了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》。

③ 蔡从燕.中国崛起、对外关系法与法院的功能再造[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2018,(5);何其生.大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展[J].中国社会科学,2017,(5);刘敬东.大国司法:中国国际民事诉讼制度之重构[J].法学,2016,(7).

④ 最高人民法院.关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见[EB/OL].2015,中华人民共和国最高人民法院公报.<http://gongbao.court.gov.cn/Details/b10a1d30141bc4a4c7886b00d759c3.html>. [2015-06-16] (2022-03-17);最高人民法院.关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见[EB/OL].2019,中华人民共和国最高人民法院.<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-212931.html>. [2019-12-09] (2022-03-17).

近年来,我国缔结和参加国际条约的步伐加快。2018年6月25日最高人民法院审判委员会通过的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》对国际商事法庭法官的任职要求就包括熟悉国际条约。^①最高人民法院于2019年9月11日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第98节提到“涉外民商事案件的处理常常涉及国际条约、国际惯例的适用”,^②直接表明条约在涉外审判中的可适用性。

2019年11月5日,《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问题的决定》发布,它除了强调“加强我国法律域外适用的法律体系建设”外,还再次要求“建立涉外工作法务制度,加强国际法研究和运用”。根据这份文件精神,人民法院在涉外审判中适用作为国际法主体参加的国际条约,属于题中应有之义。2020年9月27日,最高人民法院院长周强表示:“最高人民法院将始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,深入学习贯彻习近平总书记在联合国成立75周年纪念峰会和第75届联合国大会一般性辩论上的重要讲话精神,进一步加强国际法研究和适用,”^③再次强调了包括国际条约在内的国际法的司法适用。

(二) 国际条约在国内法上地位的未定性

我国《宪法》并没有明确规定国际条约在我国国内法上的地位,只是规定了条约的缔结及其批准和废除程序。与之相似,我国《立法法》只规定了法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的制定规则,并没有涉及国际条约。

不过,我国部分部门法却对国际条约作出了部分规定。1986年颁布的《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。”第一次明确规定了我国缔结或者参加的国际条约与我国国内法律之间的关系。此外,2021年修订的《民事诉讼法》第267条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”《票据法》第95条第1款、《海商法》第268条第1款也有类似的规定,甚至在《民用航空法》等公法性质的法律中也有类似的规定。这样的规定表明,至少在民商事领域,我国坚持国际条约优先适用原则和国际惯例补缺原则。

鉴于《涉外民事关系法律适用法》对于国际条约和国际惯例的适用没有规定,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

① 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第4条。

② 最高人民法院.全国法院民商事审判工作会议纪要[EB/OL].2019,中华人民共和国最高人民法院.<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-199691.html>. [2019-11-14] [2022-03-17].

③ 周强.加强国际法研究和适用 服务更高水平对外开放[EB/OL].2020,最高人民法院国际商事法庭.<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/1701.html>. [2020-09-28] [2022-03-17].

解释(一)》(简称“《〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》”)第4条对适用国际条约的法律依据做出了指引,主张应当将上述《民法通则》第142条、《票据法》第95条、《海商法》第268条、《民用航空法》第184条等相关规定作为法律依据。遗憾的是,2017年颁布的《民法总则》和2020年颁布的《民法典》的总则部分却没有类似于《民法通则》第142条的规定。另外,2020年12月23日最高人民法院审判委员会对《〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》进行了修正,删除了第4条,但是,这并不等于否定了条约具有国内法的效力。^①《民事诉讼法》第267条、《票据法》第95条、《海商法》第268条和《民用航空法》第184条依然具有法律效力。它们符合“条约必须信守”的基本原则,已经确认了条约在国内法上的效力。需要指出的是,条约在国内法上的效力与条约能否在涉外审判中直接适用是两回事。上述部门法的规定也仅仅是规定了条约的效力,却没有规定条约的适用方式。

在国内法没有规定而我国已参加的条约有规定的情况下,已生效的条约是裁判的直接依据,在这种情况下条约的直接适用应没有争议。复杂的情形是,在同时存在条约和国内法规定的情况下,条约能否直接适用。我国目前存在国际条约与《海洋环境保护法》《海商法》《海事诉讼特别程序法》《防治船舶污染海域管理条例》等诸多国内法并存的局面,这种情况又可分为两种情形:一是条约规定与相应的国内法规定一致,这可能是由于条约的国内法转化或纳入所致;^②二是条约规定与相应的国内法规定不完全统一甚至明显相互抵触。在第一种情况下,国内法和国际条约有同样的规则,此时应该适用国内法还是国际条约作为裁判的依据?或者将两者均作为裁判的依据?虽然这样的分类可能在最后的裁判结果上不会有区别,因为国内法和国际条约的规定是一致的,但这在一定程度上涉及我国处理国际条约的态度问题。在“一带一路”建设不断推进的情况下,非常有必要把这些问题明确化,这样有利于树立我国的涉外司法形象。在第二种情况下,根据前述国内法共通性的规定,可以认为条约规定优先于国内法规定,这类条约在涉外审判中的适用问题将在下文进行进一步的分析。

① 宋建立.国际条约国内适用的若干问题[J].人民司法,2015,(5).

② 国际法上国际条约在国内适用有两种基本方式:纳入(incorporation)和转化(transformation)。前者是指已生效的条约自动成为国内法的一部分,可以直接适用,后者是指已生效的条约必须转化为国内法才可以作为裁判的依据。参见:United Nation. International Law in Municipal Law[EB/OL].<https://www.un.org/esa/socdev/enable/discom101.htm>.(2021-06-12); Jackson, H. John. Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis[J]. American Journal of International Law, 1992, (86). 我国仍较多采取转化的方式,对部分条约采取纳入的方式。以船舶油污损害赔偿为例,我国于1980年1月30日加入《1969年国际油污损害民事责任公约》,于1999年1月5日加入《修正1969年国际油污损害民事责任公约的1992年议定书》(经修订后的公约称为《1992年国际油污损害民事责任公约》,于2000年1月5日对我国生效),于2008年12月9日加入《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》(于2009年3月9日对我国生效)。纳入方面典型的例子就是《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)。

（三）国际条约在涉外审判中适用实践的不一致性

目前我国不同层级的法院在适用国际条约的时候经常会出现不一致的适用方式。适用不一致性的一个典型例子是1980年《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）。根据CISG第1条的规定，只要当事人营业地位于两个缔约国或者根据国际私法规则适用某一缔约国的法律，则该公约适用。根据最高人民法院1987年《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》，我国公司与其他缔约国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CISG的有关规定，事实上这是将CISG直接纳入到我国法律体系中，这种直接适用的方式在最高人民法院指导案例中也得到确认。部分法院虽然最终适用了CISG，但理由是根据我国国际私法的指引或者是当事人选择中国法作为准据法从而在中国法下适用CISG。更有甚者，有法院以CISG第6条规定当事人可排除公约适用为由，在当事人没有明示排除适用公约的情况下适用了中国法。上述适用实践可以看出，即使在最高人民法院有明确司法解释的情况下，各地法院仍有可能以不一致的方式适用或者排除适用CISG。

法院在条约适用上不一致的原因可能是：《宪法》对于条约的地位不明确，法院对于条约的地位和性质也不够确定，而各级法院又没有明确的关于如何适用条约的指引，再加上各部门法中有关条约效力的规定没有体系化，呈现出散乱的状态，不利于法官进行系统性的适用和解释。在这个过程中，法院经常不能厘清某项条约能否直接作为裁判的依据，对适用条约一般采用谨慎的态度，缺乏主动适用条约的动力，常常更倾向于适用国内法而非国际条约。这种不一致的情况会减损我国的司法公信力，不利于我国树立统一适用法律的司法形象。

三、“一带一路”建设背景下国际条约在涉外审判中适用的出路

条约在涉外审判中的适用问题对现阶段我国法院和法官提出不小的挑战。本部分拟讨论条约作为人民法院裁判的法律依据，即国际条约在法院的可适用和如何适用问题，试图在现行法律框架下总结国际条约在我国涉外审判中适用的规律或者模式，并提出通过更加系统地适用国际公约的方式进一步提升我国司法国际影响力的路径。

（一）确定生效的条约在国内法上的地位

根据约定必须信守的习惯国际法原则，需要确立条约优于国内法的地位，彰显我国尊重国际法治的基本导向。

如前所述，我国在某些部门法中提出条约优先适用的规则，从侧面承认了条约优于国内法的地位，但这仅存在于某些部门法中。但是，有学者提出部分条约的效

力可能低于国内法律。^①不过,笔者认为,条约的效力均应不低于国内法。条约不是一国立法机关的立法,而是国家之间协商的成果。一旦条约生效,就形成了对国家的义务,不能仅仅因为国内法的原因而否认条约的效力。

至于条约适用是否会影响我国公共秩序的担忧,事实上可以通过控制条约生效的程序予以解决。如上所述,我国条约生效不仅需要政府代表的签署,还需要立法机关的批准。在这个过程中,批准机关可以以暂缓批准或者提出保留的方式,确保条约不会与我国法律相抵触。此外,我国在执行国际条约的过程中也经常会修改国内法,以达到符合国际条约的标准。在加入WTO时我国按照WTO协定广泛修法和废法就是例子。有学者将解决条约与我国国内法冲突的方法归纳为4种:(1)修改国际条约或国内法,消除两者之间的冲突;(2)适用“解释一致”规则,消除国际条约与国内法不一致的情况;(3)规定国际条约的事项不再适用国内法,从而避免国际条约与国内法发生冲突;(4)规定在国际条约与我国国内法有不同规定时优先适用国际条约。^②这些方式都基本上反映了国际条约的优先地位。

(二) 区分为个人设定权利的条约和为国家设定义务的条约

笔者建议,在我国条约适用的过程中可以区分为个人设定权利的条约和为国家设定义务的条约(前者如CISG,后者如WTO协定),并允许为个人设定权利的条约直接适用。对于主要给国家设定义务的条约,大多是以国家为主体的行政性质条约,国家是条约义务承担的主体,人民法院不应直接依据国际条约进行裁判,但是可以将国际条约当作解释国内立法的重要来源。^③

为个人直接设定权利的条约主要以民商事领域的条约为主。这一领域的条约大都不涉及国家管理和公共利益,只是权衡私主体之间的权利和义务,故而直接适用的方式能够起到高效、节约转化成本的效果。事实上,多边商贸条约在我国国内法中的适用以直接适用为主,^④最典型的的就是CISG的直接适用。

(三) 区分法院可直接适用的条约和仅可进行解释的条约

如上所述,很多条约在我国可以直接适用,也就是作为裁判的直接依据。即使某些条约不能直接作为裁判依据,也可以作为法官裁判的理由和解释的来源。这就要求区分可直接适用的条约和仅可进行解释的条约。

① 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[J].政法论坛,2000,(2).

② 周忠海.国际法[M].北京:中国政法大学出版社,2008:45.

③ 例如,《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》明确规定,人民法院审理国际贸易行政案件应当根据中华人民共和国法律、行政法规以及地方立法机关在立法权限范围内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规,但国际条约并不在此之列。不过,该司法解释也明确,如果国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释,其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的,应当选择与国际条约的有关规定相一致的合理解释,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

④ 万鄂湘,孙焕为.论多边商贸条约在中国的适用[J].探索研究,2001,(6).

一方面,在我国不能直接适用的条约不能作为裁判的依据。如上所述,法院解释我国法律的过程也可能被当作国家实践。这就要求法院具有高水平的裁判能力,正确适用我国法律,包括正确适用对我国生效的条约。由于大部分不能直接适用的条约都可能涉及我国的公法利益,如果错误地将不能直接适用的条约用于裁判,有可能会造成减损我国基本立场的后果。

另一方面,我国法院也可以在裁判过程中将国际条约作为说理的依据。国际条约一般代表国际社会的共识,尤其是对我国生效的条约,我国都应该主动承认义务。在司法实践中,将国际条约作为裁判的理由是,一方面,可以彰显我国司法对于国际条约和国际义务的尊重,强化我国国际法治的形象;另一方面,也可以开创性地对部分条约的目的和内涵进行解释,提升我国在引领国际司法实践中的作用。

(四) 司法解释直接吸收条约规定

通过司法解释将国际条约规定转化为法院在涉外审判中可以直接适用的规定。在司法实践中常见的做法是最高人民法院通过司法解释的方式将条约规定转化或纳入国内法律规范,处理现有国内法与国际条约相抵触的问题。2011年7月1日起施行的《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》就是在此背景下的产物,该规定以我国法律为主,结合国际公约,对审理船舶油污损害赔偿法律适用等方面做出具体规定。根据《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》,我国法院可以直接依据《纽约公约》对外国仲裁裁决予以承认与执行。

(五) 加强国际条约司法适用的研究

目前,最高人民法院已经陆续发布一些涉及“一带一路”建设的专题指导性案例,这些案例必然对下级法院的裁判有重要作用。但值得注意的是,我们也需要站在一个国际裁判引领者的视角去审视外国法院可能对我们这一系列指导案例产生的看法。在此过程中,建议最高人民法院更加详细地解释“为什么适用国际条约”以及“对于具体条文的适用是出于什么原因”,而不能仅仅向下级法院宣示哪些条约能用,哪些条约不能用。

四、涉外审判中适用国际条约应遵循的基本原则

国内法院所做的判决被广泛认为是国家的国际法实践的一部分,并可以作为国家对于习惯国际法认可的来源。^①如果法院对国际法、国际条约的解释与其他立法和

^① Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries 2018 Adopted by the International Law Commission at Its Seventieth Session in 2018 and Submitted to the General Assembly as a Part of the Commission's Report Covering the Work of that Session(A/73/10).

行政机关的做法一致，那么就可以作为一国国家实践的重要依据。但是，当法院对国际法、国际条约的解释与其他立法或者行政机关的行为不一致时，则需要考虑哪个机构做出的行为更具权威性、更能代表国家意志。也就是说，条约在国内法院的适用不仅仅是解决某个案件，更有可能作为认定国家立场的依据。因此，条约在国内法院的适用具有十分重要的意义。在推进“一带一路”建设的过程中，为了增强我国裁判的公信力，推行我国判决影响力的国际化，法院适用国际条约需要遵循以下原则。

（一）合法性原则

合法性原则是指条约适用必须符合我国法律规范。虽然我国宪法并没有规定条约的适用，但是，宪法是一国的根本大法，代表着本国的基本立场和根本利益，我国签订的条约也不能与宪法冲突。

事实上，对我国生效的条约很少有可能与宪法或者法律相冲突。这是因为我国条约生效一般包括两个阶段：签署和批准。签署一般是政府代表的行为，而事实上条约生效必须经过最高立法机关的批准。根据《缔结条约程序法》第7条规定，条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定，该条第2款又同时强调了“同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定”，即这类条约的批准要由全国人民代表大会常务委员会决定。比较典型的如《公民权利和政治权利的国际公约》，其在人权保障理念、个人权利内容、个人权利救济机制方面与我国《宪法》《刑法》和《刑事诉讼法》等有不同理解，构成“与法律有不同规定的条约”，截至目前仍未被批准。对于这类条约，未经批准，对我国不生效，也就不存在与国内法律相冲突的问题。实践中，如果条约有与我国法律相冲突的部分，全国人民代表大会常务委员会一般会采取不批准或者保留的方式以避免冲突。

从合法性原则可以得出两个推论：（1）没有对我国生效的条约不能作为我国法院裁判的依据，这包括没有签署的条约、虽然签署但没有批准的条约以及虽然签署但有保留批准的条款。（2）当事人协议选择了对我国未生效的条约，也可以作为裁判的依据。但这种裁判的依据不是基于条约的适用，而是基于当事人的选择。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（2020年修订）第7条规定：“当事人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。”这实际上明确了只要当事人选择了尚未对我国生效的国际条约法院应予适用的原则。不过，出于保护我国公共秩序的需要，同时规定“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”。该规定一方面确定了当事人可以通过意思自治援引未生效的国际条约，肯定援引未生效条约的有效性；另一方面又回避了对未生效条约予以适用的性质界定，但又规定未生效条约可依公共

秩序保留制度和强制性规定而被排除。

（二）解释性原则

解释性原则是指即使国际条约不能作为法律裁判的依据，但不影响国际条约作为法官解释的重要依据。尤其是在国际条约已经转化为国内法的情况下，对于国内法的解释仍依赖对于国际条约整体和意图的解释。根据《维也纳条约法公约》第31条规定，“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。”解释性原则要求法院在援用国际条约进行说理时不仅需要适用正确的国际条约条款，同时也需要正确地解释条约的真实含义。

解释性要求是我国“一带一路”建设提升我国司法国际化的基本要求。根据《国际法院规约》第38条第1款的规定，司法判例可以作为确定法律原则的补助资料。此处的司法判例不仅指国际法院的司法判例，也可以是国内法院的司法判例。国内法院的司法判例经常在国际法庭被用来解释国际法，^①事实上也在他国国内法院被用来解释国际法。目前国际法学界甚至兴起了“比较国际法”理论，某些国家法院的法官在进行裁判，尤其是依据国际法和国际条约进行裁判之时，也会考虑到其他国家法院对于相同条款的解释。^②我国法院在审理过程中也会参考其他国家法院对于部分条款的理解。比如，在最高人民法院的指导案例中，就参考了外国法院对于CISG中根本违约条款的理解。^③

我国是国际事务越来越重要的参与者，可以想象外国法院参考我国法院的判决，甚至依据我国法院对于部分国际条约的解释进行裁判的情况。在可预期的未来，笔者认为，我国法院有必要给国际同行提供丰富的法律适用素材。一方面，从我国法律行业尤其是国际法领域的发展角度看，国内法院积极参与国际法律制度建设有利于提升我国法院在国际同行中的影响力和地位。另一方面，从南北公平的角度看，目前国际学界经常引用的判决仍然来自西方发达国家。作为最大的发展中国家，我国有责任以一个发展中国家的视角去解释国际条约，为其他发展中国家提供可靠的解释来源。

（三）一致性原则

一致性原则是要求各级法院在适用和解释国际条约时注意国际上的协调解释以及国内的价值选择。^④《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》

① Brownlie, Ian, Crawford, James. Brownlie's Principles of Public International Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2003: 19.

② 比如，Ferrini v. Federal Republic of Germany(2006)128 ILR 658. Corte di Cassazione (Sezioni Unite)(Judgment No 5044 of 6 November 2003, Registered 11 March 2004) 87 Rivista diritto internazionale(2004)539。在本案中，意大利法院参考了美国、希腊、英国和加拿大等国法院的判决。

③ 最高人民法院指导案例第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）。

④ 杜焕芳. 国际私法条约解释的路径依赖与方法展开[J]. 中国法学, 2014, (2).

事实上在司法解释层面也确立了一致性原则。^①

一致性原则表现在：第一，一致性原则的主要要求是希望各级法院在解释条约时要尽量采取一致的解释方式和手段，通过形成我国司法共同体彰显我国司法的国际公信力。第二，对于国际条约的解释需要符合国际法上的一般规则。这样的解释过程需要遵从《维也纳条约法公约》的基本解释规则。在此过程中，需要参考比较具有公信力的国际解释材料。比如，在最高人民法院的一项判决中就强调，《〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》并非 CISG 的组成部分，其不能作为审理本案的法律依据，但在如何准确理解 CISG 相关条款的含义方面，其可以作为适当的参考资料。^②第三，对于国内法的解释也需要符合国际统一标准。类似于美国的“一致性解释（Charming Betsy）”原则，^③法院对国内法的解释也需要与国际法和缔结的条约不冲突。

但是，值得注意的是，一致性原则并不是拘泥于遵循现有的解释和外国的裁判。事实上，针对某些新问题，我国法院有必要进行解释性的发展。比如，上海静安区人民法院的一项判决就对《统一国际航空运输某些规则的公约》（《华沙公约》）中的人身损害赔偿进行了突破性解释。^④

（四）作为补充的必要性原则

必要性原则的基本内涵是指除非有法律的明确规定，法院不能把国际条约作为裁判的直接依据，但直接规定当事人权利义务的私法性条约和当事人协议选择适用的条约除外。这个原则来源于我国《宪法》没有对国际条约在国内法律体系中的地位做出明确规定的现实。如上所述，条约分为可以直接纳入的条约和需经转化的条约，只有直接纳入的条约可以直接适用。根据必要性原则，只有在我国立法或者司法解释中有明确规定的，才可以直接适用条约，否则条约必须转化为国内法才可以适用。

五、结语

综上，笔者认为，国际条约是我国的法律渊源之一，在国内法律体系上具有不低于国内法的效力。根据条约必须信守的原则，我国不但应该在“一带一路”不断推进的情况下主动承认已生效国际条约的义务，而且可以鼓励国内法院在案件中正确适用并解释条约。

① 该司法解释规定，如果国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释，其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约有关规定相一致的，应当选择与国际条约有关规定相一致的解釋。

② 最高人民法院指导案例第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）。

③ *Murry v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

④ 在本案中，原告杨某要求承运人美国西北航空公司承担人身损害赔偿，包括精神损害赔偿。由于《华沙公约》并没有对精神损害赔偿有明确规定，但我国法院根据目的解释的方法，认为精神损害赔偿也属于《华沙公约》订立的应有之义和发展趋势。

本文提出,在条约适用上,在我国法律框架下应该有更明确的适用条约的指示,方便法官选择条约作为裁判的理由。对此,可以区分为个人设立权利的条约和为国家设立义务的条约。为个人设立权利的条约应可以直接适用,这不涉及我国的主权管理部分,直接适用有助于降低立法成本。此外,当事人协议选择的对我国未生效的条约也可以看作当事人协议的一部分从而予以适用。对于为国家设定义务的国际条约,出于尊重我国主权和保护公共利益的需要,需经国内法转化后适用,不能作为裁判的直接依据。

不过,本文也提出,法院在案件中仍可以将国际条约作为解释的依据,进一步解释国际条约和国内法。一方面,依据条约解释能够体现我国履行了条约义务,彰显我国司法的公信力;另一方面,主动解释条约也能够在国际条约谈判和后续的裁判中占据主导权,形成我国司法界的声音,表达我国对于条约的基本立场。随着“一带一路”建设的推进,有关国际商事争端不断增多,给我国法院带来了机遇,也带来了挑战。故此,如何正确地在法院裁判过程中适用国际条约应该成为现阶段法院改革的重点。

Applicability of International Treaties in Foreign-related Trials

KONG Qingjiang MEI Bing

Abstract: Whether and how Chinese courts can apply treaties in foreign-related trials is both a theoretical issue and a practical one. It is related to the basic function of the treaty and the status of the treaty in domestic law, as well as the status and power of the judiciary in a country's external relations. Both the existing domestic law and the customary international law of "Pacta Sunt Servanda" imply that treaties are effective in domestic law and should prevail over domestic law. Although recognizing the validity of treaties in domestic law does not mean that courts should apply treaties in adjudications. While there is no consistent practice in this regard in judicial practice related to foreign affairs, the Supreme Court has recently raised the issue of proper application of treaties, which indirectly acknowledges that treaties are important legal basis for international adjudication. With the gradual unfolding of the Belt and Road Initiatives, especially in the context of the establishment of international commercial courts, Chinese courts will inevitably face the issue of applicability of treaties in foreign-related trials. It is therefore submitted: there is a need to distinguish between directly applicable treaties and treaties that serve as a basis for interpretation; the treaties that directly set rights for individuals can be directly applied; the provisions of treaties must be absorbed through judicial interpretation before being applied; at the same time, the research on judicial application of treaties shall be strengthened; and the principles of necessity, legitimacy, interpretativeness and consistency should be emphasized in the application of treaties to foreign-related trials.

Keywords: foreign-related trials; international treaty; applicability; B&R Initiatives

(责任编辑:金孝柏)