

● 国际法

国际法在中国的适用*

董 国 路

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 董国路(1964-), 男, 湖北孝感人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际公法研究。

[摘 要] 国际法与国内法是相互联系的两个法律体系, 这种联系的表现之一就是国际法在国内的适用。从我国实在法的角度考察国际法在我国国内的适用(效力), 国际法在我国国内法上具有效力, 可以适用, 但在具体适用条约和国际习惯方面, 我国宪法在立法层次及效力方面没有相应的规定。我国宪法应该明确规定国际法与我国国内法的关系, 首先明确我国对国际法的原则立场, 其次要明确国际法在我国的适用。

[关键词] 国际法; 国内法; 法律适用

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5374(2002)03-0349-05

随着中国改革开放的深入, 特别是随着中国加入世界贸易组织(WTO), 国际法与国内法的关系问题, 特别是国际法在我国的适用问题引起了越来越多的重视。探讨国际法在我国的适用, 应采取哪些措施保证国际法的实施显得越来越重要。因为虽然国际法在我国国内如何适用是我国国内法律规定的事项, 但适用的结果却直接影响我国在国际法上的地位。周鲠生先生认为, “作为一个实际问题看, 国际法和国内法的关系问题, 归根到底, 是国家如何在国内执行国际法的问题, 也就是国家履行依国际法承担的义务的问题。”^[1] (第 20 页) 在考察我国国内法律的有关规定, 分析我国对待国际法的态度, 探讨国际法在我国的适用之前, 有必要对国际法的概念做一探讨。

一、国际法的概念及其特征

国际法没有统一的定义, 几乎每个学者都有自己的定义, 每个定义都反映了对国际法的基本看法。周鲠生先生指出: “国际法是国家在相互关系上行为的规则。”^[1] (第 2 页) 法律出版社 1981 年和 1995 年出版的王铁崖教授在其主编的《国际法》和北京大学出版社 1998 年出版的《国际法引论》中认为, 国际法“主要是国家之间的法律, 也就是说, 它是主要调整国家之间的关系的有拘束力的原则、规则和规章、制度的总体。”武汉大学出版社 1993 年和 2000 年版的梁西先生主编的《国际法》给国际法下的定义是: 国际法是在国际交往中形成的, 用以调整国际关系(主要是国家间关系)的, 有法律拘束力的各种原则、规则和制度的总称。其他中国国际法学者也都持类似的观点, 一般指出国际法是对国家之间有拘束力的原则、规则和制度的总体。

《奥本海国际法》第九版给国际法下的定义是: 国际法是对国家在他们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体^[2] (第 1 页)。欧美学者在近年的一些著作中认为, 传统国际法的定义是, 国际法是规范国家间相互关系的规则的总体。这个

定义近年发生了变化,因为除了国家这个主要的主体之外,国际组织和个人也可以是国际法的主体。国际法既包括国际公法也包括国际私法。国际公法与国际私法是有区别的,前者主要是规范、支配国际法主体之间的关系,后者主要是处理跨越国界的个人、公司和其他私人主体的行为。国际私法的范围近来不断扩展,很多原为国内法调整的领域现在也有条约来规范。

结合前人的论述和国际法的当代实践,本文的国际法定义是:国际法是国际关系中形成的、用以调整国际法主体之间的权利义务关系并以条约、国际习惯和基本原则为表现形式,能够拘束国际法主体的有拘束力的行为规范的总体。这个定义涵盖了国际法的主体、调整对象、国际法的效力、表现形式多个方面的内容,是比较符合当代国际法的发展趋势的,是比较合适的。国际法同国内法相比,有着如下的特点,一是国际法的主体已不再仅仅是国家,还包括国际组织、个人;二是国际法没有专门的立法机关,其制定主要是通过国际法主体之间的协议来实现的;三是国际法的调整对象是国际法主体之间的权利义务关系;四是国际法的表现形式主要是条约、国际习惯和基本原则;五是国际法没有居于国际社会之上的强制机关,违背国际法的主体就要承担相应的国际责任,或者由国际法主体个别或集体采取行动。

从时间上看,国际法可以分为近代国际法(或称传统国际法)和现代国际法,从拘束范围看,国际法可以分为一般国际法和特殊国际法,普遍国际法和区域国际法。一般认为,将国际法区分为一般国际法和特殊国际法意义不大,而普遍国际法和区域国际法的区分可能有助于我们理解国际法在当代的发展。如了解和研究美洲国际法、亚洲国际法、非洲国际法、欧洲共同体法(现在又称欧洲联盟法)对于我们把握国际法的发展趋向应该是十分有用的。

二、国际法在我国的适用

国际法以条约、国际习惯和国际法基本原则为表现形式。因此,分析我国对待条约、国际习惯和国际法基本原则态度,考察我国国内法的有关规定,对于探讨国际法在我国的适用是十分必要的。

1. 关于条约的适用。条约是指国际法主体之间缔结的、以国际法为准的意在规范其相互间的权利义务关系的协议。这里的条约应做广义的理解。关于条约在国内法中的地位,一般认为有以下几种情况:一是条约在国内法中没有任何地位;二是国内制定法优于条约;三是条约与国内法处于同等地位;四是宪法规定条约优于国内法;五是宪法规定国内法与条约相抵触时不予适用;六是条约优于宪法^[3](第 203 页)。国际法虽然没有统一规定国际法与国内法的关系,但在实践中至少形成了两项基本原则:一是约定或条约必须遵守的原则,根据这个原则,国家不能以国内法来改变国际法。《维也纳条约法公约》第 27 条明文规定:“各国不得援引国内法规定为理由而不履行条约。”二是不干涉内政原则。根据这一原则,凡是国家没有承担国际义务的事项,都属于国内法管辖的范畴。如果有有关事项既属于国内法管辖的范围,又在国际法的调整范围内,那么国家主权原则则应起指导作用,一方面,国内法院可以实施国内法而不顾国际法;另一方面,有关国家在国际上应承担相应的国际责任^[4](第 18 页)。

从各国的实践看,条约在国内的适用通常采取三种方式:一是转化方式(transformation),即通过国内立法机关的立法将条约的内容制定为国内法,在国内适用;二是并入或采纳方式(adoption),即由国内宪法或部门法作出原则性规定或通过立法机关的行为(如通过批准条约、公布条约、司法判例等),从总体上承认国际法为国内法的组成部分并可在国内直接适用;三是混合方式,即一个国家同时采用转化和并入两种方式来适用条约;根据条约性质和内容的不同,决定有些条约以并入的方式在国内直接适用,而另一些条约则必须通过立法机关的立法转化后才能在国内直接适用。美国是运用混合方式的典型代表^[5](第 26 页)。中华人民共和国宪法对条约与国内法的关系未作明确规定,从立法与实践看,我国在适用国际条约时,通常采取两种方式:

第一种方式是部门法中制定相应的国内法规则就条约的适用问题作出直接适用的规定,如《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 142 条第 2 款规定:“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,中华人民共和国声明保留的条款除外。”《中华人民共和国海商法》第 268 条第 1 款规定:“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,适用国际条约的规定,中华人民共和国声明保留的条款除外。”我国其他许多法律都有类似的规定,如民事诉讼法、行政诉讼法、环境保护法、票据法、对外贸易法、国境卫生检疫法、进出境动植物检疫法等等。这些规定表明,除我国声明保留的条款外,凡中国缔结或者参加的国际条约均作为中国国内法的一部分直接予以适用,而当条约与国内法规定不一致时,条约处于优先地位,适用条约规定而不适用与之不一致的国内法规定。1997 年修改后的《中华人民共和国刑法》第 9 条规定:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约的范围内行使管辖权的,适用本法。”这样,条约的适用扩大到了刑事管辖权领域。

第二种方式是根据中国缔结或参加的国际条约,一方面允许直接适用条约,另一方面又就具体义务,制定新的法规,

或对国内法作出相应修改或补充,以履行中国所承担的条约义务。如根据中英关于香港问题的联合声明和中葡关于澳门的联合声明分别制定了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》、《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。根据《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》,中国相应制定了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。在《中华人民共和国刑法》第11条中相应规定“享有外交特权与豁免的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决。”在《中华人民共和国海关法》第34条中规定:“享有外交特权与豁免的外国机构或人员的公务用品或者自用品进出境,依照《中华人民共和国外交特权与豁免条例》的规定办理。”根据1982年《联合国海洋法公约》,我国于1998年6月制定通过了《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》。根据1969年《国际油污损害民事责任公约》等,1999年12月全国人大常委会通过了《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》。

根据《保护工业产权巴黎公约》,全国人大常委会1993年作出修改《中华人民共和国商标法》的决定,以履行国际义务。根据保护知识产权的有关公约、条约,我国又在考虑修改《中华人民共和国著作权法》及有关法律。

我国在参加多边条约时,对其中一些如《维也纳外交关系公约》、《联合国特权与豁免公约》、《关于难民地位的议定书》、《国际水道测量组织公约》、《反对劫持人质国际公约》、《1989年国际救助公约》的某些条款提出保留。这是为了排除条约中的若干条款对我国的适用。我国很多部门法中明确表示适用条约时,中华人民共和国声明保留的条款除外。这是符合国际法的,不影响条约的主要条款的适用。根据《中华人民共和国缔结条约程序法》,凡缔结与我国法律有不同规定的条约须经全国人大常委会决定批准,中国立法机关批准或决定加入国际条约实际上是一种立法行为。批准或决定加入同国内法规定不一致的国际条约,即是对国内法的修改或补充^[6](第15页)。

2. 关于国际习惯的适用。国际习惯的经典的定义是长期使用的不成文法。我国《现代汉语词典》对习惯法的解释是,“指经国家承认,具有法律效力的社会习惯”。国际习惯与条约相比是国际法更为古老的表现形式。实践中,在国际法的适用上,除有条约可依据外,通常要从复杂的国际习惯中寻找法律依据^[7](第45页)。一个国家对待国际习惯的态度,在国际交往中是否适用国际习惯,某种程度上反映了该国对待国际法的态度。

我国通过立法和实践表明了尊重和遵守国际习惯的积极态度。1985年的《涉外经济合同法》率先规定:“中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例。”1986年制定的《民法通则》第142条第3款规定:“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。”《中华人民共和国海商法》第268条、《中华人民共和国民用航空法》第184条、《中华人民共和国票据法》第96条都有可以适用“国际惯例”的条文。对于国际惯例,我国学者有着不同的看法和争论。王铁崖教授在《国际法引论》中指出,我国《民法通则》的“‘国际惯例’可能不是‘国际习惯’,或者可能包括‘国际习惯’在内”。在该书中他又认为:“一般说来,‘国际惯例’不是作为国际法渊源之一的‘国际习惯’,它对国家没有严格的拘束力……《民法通则》第142条第3款所规定的不是‘国际习惯’。”这反映了对国际惯例和国际习惯的不明确认识。这里的国际惯例,一般似应理解为包括国际习惯^[8](第13页)。

我国一些民商事法律还规定外国人在中国的民商事活动按对等原则办理,如《中华人民共和国商标法》第9条、《中华人民共和国国家赔偿法》第33条等。对等原则就是国际习惯法的一项重要规则。在一些部门法中,我国还规定了国民待遇原则。在中国与外国签订的大量双边条约如司法协助、引渡、领事条约中,都吸收了若干国际习惯法规则。对于近年来在空间法、海洋法、国际环境保护法、国际人权法等领域新形成的国际习惯法规则,中国都表示尊重、遵守。

长期以来,中国和世界上大多数国家都对国际习惯持肯定态度,违背国际习惯的行为受到国际社会的谴责。1999年5月7日夜,以美国为首的北大西洋公约组织使用导弹袭击中国驻南斯拉夫联盟共和国大使馆,伤害我驻外记者和使馆工作人员,引起中国和国际社会的普遍谴责。中国学者纷纷撰文,一致认为北约对南联盟动武和袭击我驻南使馆违反了国际法^[9](第6页)。曾令良教授在《从国际习惯法斥北约轰炸我驻南使馆的野蛮行径》一文中还详细论述了以美国为首的北约所违反的国际习惯法规则:外交代表人身不可侵犯;使馆馆舍神圣不可侵犯;尊重国家主权;禁止使用武力或进行武力威胁;区分原则或禁止不分皂白的攻击。

3. 我国对国际法基本原则的立场。国际法基本原则是指为国际法主体所承认的调整国际法主体之间的关系的适用于国际法一切领域的法律原则。我国对国际法原则的立场一直都是明确的。1949年9月29日中国人民政治协商会议通过的《共同纲领》第54条规定:“中华人民共和国外交政策的原则为保障本国独立、自由和领土主权的完整,拥护国际的持久和平和各国人民的友好合作,反对帝国主义的侵略政策和战争政策。”这样,国家主权、互不侵犯、和平共处等国际法基本原则在新中国立国之初就载于国家的临时宪法中,给予了庄严承认。1954年4月29日中国与印度在《关于西藏地方和印度之间的通商和航海的协定》的序文中宣称,两国决心以下列原则为两国关系的基础:(1)互相尊重领土主权,(2)互不侵犯,(3)互不干涉,(4)平等互惠,(5)和平共处。这就是著名的和平共处五项原则。王铁崖教授认为和平共处五项原则的提出是为一般国际关系提供原则基础,从而构成国际法基本原则^[3](第226页)。中国与美国、日本和俄罗

斯的联合声明都强调以和平共处五项原则作为处理国与国之间基本准则^[3](第 229 页)。我国的宪法序言规定:“中国坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则。”国际法原则成为我国宪法宣告的原则,成为国内法的一部分,既有国际法效力,又有国内法效力,为我国所必须遵守。我国的一些部门法中也体现了国际法的原则,《中华人民共和国刑法》第 6 条规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法,凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。”这体现了领土主权原则。

国际上通常将外国人分为依国际法享有外交和领事特权与豁免的外国人和普通外国人两种。对于第一种外国人,《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》对此都作了规定,我国国内法也表明了对享有外交特权和豁免外国人不行使刑事和民事管辖权。《中华人民共和国外交特权与豁免条例》及《中华人民共和国领事特权与豁免条例》则以单行法规的形式,对外交和领事特权与豁免作了详细全面的规定,反映了我国对国际法的尊重与遵守。

对于普通外国人,我国采取了国民待遇原则。我国宪法及有关法律也作了具体规定。宪法第 18 条规定:“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营企业都必须遵守中华人民共和国的法律,他们的合法权利和利益受到中华人民共和国法律的保护。我国的中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、外资企业法等对此都有具体反映。在商标注册、专利发明、婚姻、民事诉讼、行政诉讼等方面都规定给予外国人以国民待遇。根据宪法第 32 条的规定,中国一些部门法作了具体规定,如《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第 4 条规定“中国政府保护在中国境内的外国人的合法权利和利益。”“外国人的人身自由不受侵犯,非经人民检察院批准或人民法院决定,并由公安机关或国家安全机关执行,不受逮捕。”第 5 条规定,“外国人在中国境内必须遵守中国法律,不得危害中国国家利益,损害社会公共秩序。”这样就使宪法权利具体化,使外国人在中国的入境、居留、旅行、出境权利符合国际法。

庇护是国家的主权行为,是国家从属地优越权引申出来的一项权利^[7](第 307 页)。“所谓庇护权可能不过是每一个国家允许一个被追诉的外国人进入其领土,并在其领土内居留,受它的保护。”^[2](第 320 页)关于受庇护的外国人的地位,我国宪法第 32 条第 2 款规定:“中华人民共和国对于因政治原因要求避难的外国人,可以给予受庇护的权利。”

尊重国际法,忠实履行国际法义务是我国的基本立场。我国通过宪法和部门法将国际法的原则和规则具体化。国际法的适用(效力)得到了加强,使国际法在我国的实施有了保障。

三、我国宪法与国际法的适用

通过对我国国内法的规定和我国实践的考察,我们可以看到国际法在我国国内法上具有效力,是能够适用的。但是,在具体适用条约和国际习惯方面,我国宪法在立法层次及效力方面没有相应的规定。这些给适用国际法带来了困难。对于条约,我国宪法仅仅规定了条约的缔结程序:国务院“管理对外事务,同外国缔结条约和协定”(第 89 条第 9 款),全国人大常委会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”(第 67 条 14 款)、中华人民共和国主席“根据全国人民代表大会常务委员会的决定,批准和废除同外国缔结的条约和协定”(第 84 条第 1 款)。根据这些程序,仅仅只能推断条约和国内法在我国具有同等的效力^[3](第 209 页)。

对于国际习惯法在国内的效力问题,我国没有任何法律对此作出明确的规定,“国际惯例”如同一重迷雾^[10](第 52 页)。其构成要件、适用条件及效力等级以及与习惯的关系都有待进一步研究明确。

条约在我国生效后,是否可以适用?如果可以,适用时有无效力等级?这些都没有宪法性规定。我们认为,条约在我国可以直接适用,但适用时似乎有必要作出层次划分。对我国生效的国际法(主要是条约)在效力等级上可分为:第一,凡全国人大常委会批准的,均具有与法律同等的效力——低于宪法和全国人民代表大会制定的法律;第二,凡由国务院缔结而不需要全国人大常委会决定批准的,均具有行政法规的效力——低于宪法、全国人大制定的法律和全国人大常委会制定的法律。

如果国际法按其效力等级与国内法发生抵触怎么办?根据外国的实践和我国实际,我国法院可采取以下原则来处理:(1)同等法律效力原则,即将国际法与我国普通法视为具有同等效力;(2)国际法优先原则,即当有关的国内法或国际法明文规定优先适用国际法规则时,国际法规则优先适用;(3)后法优于前法原则,即当国内法或国际法没有规定何者优先时,适用生效时间在后的法律;(4)特别法优于一般法原则,即当国内法或国际法没有规定何者优先时,法院将国际法视为特别法,从而推定特别法优于一般法而予以适用^[4](第 28 页)。应该明确,若国际法在我国只具有行政法规的效力等级,就不能优于全国人大常委会制定通过的法律,若只具有法律的效力等级,则不能优于全国人民代表大会制定通过

的法律。综上所述,我国仅在部门法中有国际法适用的规定,而宪法中没有关于国际法适用问题的规定,完善国际法在我国适用的宪法性规定势在必行。完善我国关于国际法适用问题的立法,必须坚持以下原则:第一、国家主权原则,要坚决维护我国的国家利益和权利;第二、维护国际法基本原则的原则,要与国际法的发展趋势保持一致,与世界上大多数国家的共同做法相同;第三、促进中国改革开放和发展原则,要有利于中国的经济发展和社会进步。

我国宪法应明确规定国际法与国内法的关系,建议在宪法的总纲或序言中增加以下内容:首先明确我国对国际法的原则立场,通过研究,考虑大陆、台湾、香港、澳门的立法和实践,明确表示中华人民共和国忠实履行和遵守一般公认的国际法,对中华人民共和国缔结或参加的国际条约所要求承担的国际义务,采取有效措施保证国际法与国内法律的一致性,保证国际法在我国的适用。

其次,明确国际法在我国的适用。明确规定:公认的国际习惯法规则是中国法律的一部分,但不优于中国国内法律。中国缔结或参加的国际条约(包括双边和多边条约、协定以及其他具有条约、协定性质的文件),经全国人民代表大会常务委员会批准或核准后,由中华人民共和国主席颁布,在我国领域内适用,具体效力、适用条件由有关法律、法规规定,必要时,全国人大常委会(或国务院)根据国际条约的规定,制定法律、法规,经公布后施行。当国际条约的规定与我国法律、法规规定不一致时,优先适用国际条约的规定,但我国声明保留的条款除外。

[参 考 文 献]

- [1] 周鲠生. 国际法:上册[M]. 北京:商务印书馆,1976.
- [2] 詹宁斯,瓦茨. 奥本海国际法:第1卷第1分册[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [3] 王铁崖. 国际法引论[M]. 北京:北京大学出版社,1998.
- [4] 曾令良. WTO协议在我国的适用及我国法制建设的革命[J]. 中国法学,2000,(6).
- [5] 江国青. 国际法与国际条约的几个问题[J]. 外交学院学报,2000,(3).
- [6] 杨泽伟. 论国际法在我国国内法上的效力[J]. 河北法学,1996,(5).
- [7] 梁西. 国际法[M]. 武汉:武汉大学出版社,2000.
- [8] 王铁崖. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1995.
- [9] 万鄂湘,孙焕为. 从国际法角度看北约对南联盟的战争和对我驻南使馆的轰炸事件[J]. 武汉大学学报(哲社版),1999,(4).
- [10] 凌兵. 国际惯例的迷雾[J]. 中国国际法年刊,1997.

(责任编辑 车英 于华东)

Application of International Law in China

DONG Guo-lu

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: DONG Guo-lu (1964-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in international law.

Abstract: International law and national law are two legal systems which connect each other tightly. From the aspect of our national law, international law can be applied, but how to apply the treaty law and custom law is still under question, and we have no rules of application. We must regulate (stipulate) the relation of international law and national law in our Constitution.

Key words: international law; national law; law application