

## 第三章 国际法与国内法的关系

国际法与国内法的关系是一个理论问题，更是一个实践问题。理论上主要有一元论和二元论；实践上主要是国际法在国内的适用以及国际法与国内法冲突的处理问题。

### 第一节 国际法与国内法关系的学说

关于国际法与国内法关系的学说，主要是一元论和二元论，其他学说的影响较小。

#### 一、一元论

一元论（monism）学者有主张国内法优先的，有主张国际法优先的。他们共同的基本见解是：（1）国际法与国内法是同一个法律体系，是一个法律概念或一个法律体系的两种表现，具有一系列共性或统一性：在法的主体方面，国际法与国内法没有本质不同，真正的主体都是个人，只不过在国际关系中个人行为的后果被归因于国家；在法的性质方面，国际法与国内法都是独立于法律主体意志的对法律主体有拘束力的律令。（2）由于国际法与国内法是一个法律体系，国际法无须转化就可以在国内法院直接适用。（3）国际法与国内法作为一个法律体系的不同组成部分，在效力关系上有高低之分。

##### （一）国内法优先说

19世纪末叶，受黑格尔“国家至上”思想的影响，耶利内克、佐恩等实证法学派的德国公法学者提倡国内法优先说，认为在国际法与国内法构成的法律体系中，国内法效力优先。

其主要理由是：

1. 国家主权是绝对的，国家的意志是至高无上的。除非国家同意遵守限制其自由的行为规范，否则国家有绝对的行动自由。

2. 国际法是国家对其主权意志“自我限制”的表现。耶利内克在其1880年发表的《论条约的法律性质》中说，只要没有凌驾于各国之上的权力，国家的权利和义务就仅仅来自它们自己的意志。每个国家享有绝对的主权，有权决定在什么条件下以及在何种程度上受国际法的拘束。国家可以本国法律为依据作出这种决定，可以在任何时候以与国家利益不符为由解除其承担的国际义务。

3. 国际法的效力来自国内的宪法，国家的缔约权是由国内的宪法直接授予的，国际法实际上是国内法中的“对外公法”。

这种实际上否定国际法的地位和价值的理论，在第一次世界大战之后就沉寂下去了。20世纪30年代，这种理论在法西斯德国再度出现。第二次世界大战以后，已经看不到明确坚持这一理论的国际法学者了。

## （二）国际法优先说

一元论的国际法优先说的主要倡导者是社会连带法学派的代表人物法国学者狄骥、波利蒂斯和规范法学派的代表人物美籍奥地利学者凯尔森、英国学者劳特派特、奥地利学者菲德罗斯、美国学者杰赛普等。这些学者大多有自然法学说的倾向。尽管他们的论据或论证方法不尽相同，但他们都认为在国际法与国内法构成的法律体系中，国际法的效力优先。

其主要理由是：

1. 国际法决定国际关系和国际秩序。劳特派特指出：“正是国际法，它决定各国的属人和属地的权力的管辖范围。同样的，也只有提到一种更高的法律秩序——各国在对这种秩序的关系上都是平等的——才能设想许多主权国家的平等和独立。”<sup>①</sup> 如果没有这种更高的法律秩序，就会面临众多主权国家都主张自己的至高无上地位的乱象。

2. 国际法优先于国内法适合人类发展需要。劳特派特属自然法学派，具有坚定的道德理想，将国内法和国际法的目标统一于人权或人类福利，认为坚持国际法优先于国内法才能实现这种目标。

3. 国内法的效力来自国际法。凯尔森的学说以康德的哲学思想为基础，认为法律是一种秩序。国内法和国际法都是人类的行为规范、都以制裁为后盾，在逻辑上是统一于最高的基本规范的法律体系。在这个体系中，国际法比国内法更为基本的法律，所以具有优先的地位。凯尔森指出，“国内法中的一些基本规范是由国际法的基本规范决定的”，“国际法律秩序中的基本规范是国内法律秩序生效力的最终的原因”<sup>②</sup>。

相对国内法优先说而言，在反思第一次世界大战的背景下产生的一元论的国际法优先说，是有利于国际和平与发展的学说。它能够解释一个符合国内法而违背国际法的行为为何应当承担国际责任。第二次世界大战后国际法委员会编纂的“纽伦堡原则”包括“不违反所在国的国内法不能作为免除国际法责任的理由”。

<sup>①</sup> [英] 劳特派特修订：《奥本海国际法》（上卷第一分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆1971年版，第26页。

<sup>②</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (《国际法原理》), Oxford University Press, 1973, p. 35.

当年的纽伦堡审判、东京审判所适用的原则，今天的《国际刑事法院规约》的相关规定，都表明了国际法的优先地位。国际法就像“臭氧层”一样，保护着人类的生存和发展，它应当具有优先于国内法的地位。

但是，强调国际法的优先地位不能否定或取消国家主权。社会连带法学派在主张国际法优先的同时否定国家主权。规范法学派关于各国宪法的效力来自国际法的观点不符合国际社会的实际情况。国际法优先的原则并不能使不符合国际法的国内法不产生效力或失去效力，只是在国际法与国内法发生冲突时承认国际法的优先地位，使符合国内法而违反国际法的行为在国际关系中不具有合法性，不能逃避国际责任。

## 二、二元论

二元论的提倡者有德国的特里佩尔、意大利的安吉洛蒂、英国的奥本海等人。

二元论的主要观点是：

1. 国际法与国内法有重大差异，是两个不同的法律体系。二元论学者指出的国际法与国内法的差异主要是：（1）法的主体不同。国内法的主体是国内民众，国际法的主体是国家关系中的国家本身。（2）法的对象不同。国内法的对象主要是私人之间的关系，国际法的对象主要是国家或政府间的关系。（3）法的渊源不同。国际法的渊源主要是国际条约和习惯国际法，国内法的渊源主要是国内立法和国内习惯法。（4）法的本质不同。国内法是一国的主权意志的对内表现，而国际法是国家的主权意志的集体表现。国内法的效力来自单个国家的意志，国际法的效力来自各国的共同意志或共同同意。

由于这些差异，奥本海认为国际法和国内法有本质的不同，国际法无论作为整体或是其各部分，都不能当然成为国内法的一部分，国内法也不能当然成为国际法的一部分。<sup>①</sup>

2. 国际法与国内法没有隶属关系，在效力上是平行的。二元论学者认为，国际法与国内法没有共同适用的场所或领域，因而不存在一个支配另一个的隶属关系或效力上的优先位次。它们在各自的法律体系内都是最高的。特里佩尔认为：“国际法与国内法不仅是不同的法律，而且也是不同的法律秩序。这两种法律秩序从未互相交错。”<sup>②</sup>

3. 国际法只有转化成国内法才能在国内法院适用。二元论学者认为，国际法

① [英] 劳特派特修订：《奥本海国际法》（上卷第一分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆1971年版，第24—25页。

② Hochen Von Benstorff, *The Public International Law Theory of Hans Kelson* (《汉斯·凯尔森国际法公法理论》), Cambridge University Press, 2010, p. 40.

在特殊情况下在国内适用，是经过国内法的程序把国际法转化成为国内法以后才予以适用的，不是作为国际法在国内适用的，更不是国际法对国内法有什么影响或作用。

二元论学者大多属于实证法学派。二元论在 19 世纪末叶曾经在国际法学界占据优势，现在还有相当的影响。然而，即使二元论符合其产生和兴盛时期的国际法与国内法关系的事实情况，也肯定是不能适应当代国际法与国内法关系的实际情况的。随着国际人权法、国际人道法、国际刑法、国际环境法、国际投资法等国际法分支的形成，国际法与国内法在主体和对象等方面的相互交叉以及在内容上的相互渗透，在国际法律程序中考虑国内法、在国内法律程序中考虑国际法和适用国际法的情况越来越多，二元论的部分理论根据明显地不成立了。

### 三、协调论

同样的国际法与国内法关系的事实，一元论和二元论两派学者得出相反的结论。在思考一元论和二元论的合理成分和缺陷的基础上，我国学者提出了“协调论”。

我国不少学者认为二元论的国际法与国内法属于两个不同的法律体系的观点是有道理的，但是二元论强调国际法与国内法的差别，以致把它们解释成互不联系的两个法律体系，是不足取的。随着经济全球化和国际互联互通程度日益加深，一国的几乎每一个重大行动都会影响其他国家。国际法与国内法在人权、环境和贸易领域等的相互渗透的程度不断加深。国际法除了规范国家关系之外，也规范国内法律主体之间的关系；国内法除规范国民之间的关系以及国民与政府之间的关系之外，也规范某些国际关系问题。

周鲠生教授对“协调论”有比较全面的论述。他认为，国际法与国内法是相互联系的，因为国家是制定国内法的，同时也是参与制定国际法的，并且国家的对外政策影响其对国际法的立场。“因此，可以断言，国际法和国内法按其实质来看，不应该有谁属优先的问题，也不能说彼此对立”；“作为一个实际问题来看，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。国际法，按其性质，约束国家而不直接拘束它的机关和人民，尽管国内法违反国际法，法庭仍须执行，但国家因此要负违反国际义务的责任。所以国家既然承认了国际法规范，就有义务使它的国内法符合于它依国际法所承担的义务……从法律和政策一致性的观点说，只要国家自己认真履行国际义务，国际法和国内法的关系是可以自然调整的。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 周鲠生：《国际法》（上册），商务印书馆 1976 年版，第 19—21 页。

我国学者王铁崖教授、程晓霞教授等与周鲠生教授的观点相似。<sup>①</sup>他们都借助国家对外和对内行为的内在统一性与差异性来说明国际法与国内法的关系。

关于国际法与国内法关系的其他学说大体上可以归入一元论、二元论或协调论的框架之中。

## 第二节 国际法在国内的适用

### 一、国际法在国内适用的方式

所谓国际法在国内适用的方式，主要是指国际法在国内生效的方式。

#### （一）习惯国际法

关于习惯国际法如何在国内生效，英、美、法、德、意、荷、俄等大多数国家的占主导地位的理论和实践，都承认习惯国际法是其法律体系的一部分，无须经转化或特定的纳入程序即可在国内发生法律效力，可以在国内法院作为裁判依据。至于有关的理论和实践承认习惯国际法是其法律体系的一部分还是其法律体系的一个渊源，都不影响习惯国际法在各国国内的效力问题。

例如，《德国基本法》第25条规定，“国际法的一般规则（即习惯国际法——作者）构成联邦法律的一部分……并对其领土内居民直接创设权利义务”。《葡萄牙宪法》第8条第1款规定：一般国际法的原则规则是葡萄牙法律的组成部分。在英美，主流的理论和实践是承认和遵循一项普通法的规则：习惯国际法被普通法所采纳或纳入，是本国法的一部分，当然在本国具有法律效力。

#### （二）国际条约

在国际法上对一国发生了法律效力的条约，如何在该国发生效力，使其能够作为该国法律的组成部分在该国法院作为裁判案件的依据，并且能够由案件当事人作为权利义务的依据来援引？对此，各国的制度不尽相同，大体有“转化”和“并入”两种方式。

##### 1. 转化方式

转化方式是指为使在国际法上对本国有效的条约在国内法律体系中生效，需要通过立法机关的立法程序将国际条约转变为自己国家的国内法。转化方式是同二元论联系在一起的。其理论基础是：国际条约与国内法不是一个法律体系，国际条约仅对国家在国际关系中的行为有拘束力，不是国内法的组成部分，不能直接

<sup>①</sup> 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第32—33页。程晓霞、余民才主编：《国际法》，中国人民大学出版社1999年版，第25—26页。

在国内发生法律效力，不能直接在国内法院适用。只有通过立法将对本国有效的国际条约转化为国内法，才能使条约成为国内法的组成部分。由条约的规定转化来的国内法，与条约的性质是不同的。转化后形成的国内立法的效力与条约的效力不再有直接联系。如果有关条约的效力终止，只要有关国内法没有被废止，该项国内法在该国仍然具有法律拘束力。

在条约与国内法的关系上，英国是二元论的典型代表。在国际法上对英国生效的任何条约，依英国国内法在英国国内都并不当然发生法律效力，都不能在英国法院直接适用。这就是说，条约一经英王批准，在国际法上便对英国生效，但未经英国议会使其在英国生效，它在英国国内法上便没有效力，个人不能援引条约作为在英国法院主张权利或义务的根据。因为按照英国宪法，条约缔结权是英王的特权。这项特权不受司法的制约，但须受立法的限制。影响私人权利的条约，以及一般地只有修改普通法或国内立法才能在英国执行的条约，必须通过国会的授权法取得国会的认可，才能成为英国法律的一部分，才可以在英国法院适用。在国际法上对英国生效的条约，未经国内立法纳入英国的法律体系，仅仅是不能在英国法院适用，并不是英国可以不履行条约义务。

加拿大、澳大利亚、南非等英联邦国家和德国、意大利、比利时、丹麦、以色列等国也采取转化方式。1997年《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。”

## 2. 并入方式

并入方式是指通过宪法或法律的统一规定，从总体上将条约合并到一国法律体系中，无须采取立法的转化。并入法与一元论联系在一起，其理论依据是：对一国生效的所有条约，都是该国国内法的组成部分，在性质上不需要转化。自然人、法人可以直接以国际条约为依据提起诉讼和主张权利。

荷兰、瑞士、美国、法国、日本等国采取并入法。荷兰、瑞士是采取并入法的典型代表。在国际法上对荷兰生效的条约，同时也在荷兰国内生效，能够直接适用。荷兰宪法第93条规定：“条约条款及国际机构决定中就其内容对任何人都具有约束力的规定，均在公布之后生效。”瑞士宪法第85条规定，条约不需经过立法行为，而只要在联邦政府的法令公报上颁布之后，即具有联邦法律的效力，约束本国人民和法院。

大部分采取并入法的国家区分“自身可执行”（self-executing）与“非自身可执行”（non-self-executing）的条约或条款。自身可执行条约或条款可在法院直接适用，而非自身可执行条约或条款则要通过某种立法行为——通常是通过一个履行某条约的立法后该条约才能在国内法院适用。

在美国的司法实践中，这种区分最早是由美国最高法院大法官马歇尔1829年

在“福斯特诉尼尔森案”的判决中提出的。美国加利福尼亚州最高法院 1952 年审理的“富士君诉加利福尼亚州案”是这方面的典型案例。在该案中，原告日本人 1948 年在加利福尼亚州购买的土地因为违背该州《外国人土地法》关于外国人不得取得该州土地所有权的规定而面临最终被没收的处罚。原告认为加州法律的这一规定违反《联合国宪章》序言、宗旨和第 55、56 条的精神。但法院认为，《联合国宪章》的上述规定没有体现缔约国使其在国内直接适用的意图，“其目的不是对成员国施加法律义务或为个人创设权利”。因为《联合国宪章》第 55 条只规定联合国应促进对人权与基本自由的尊重，第 56 条也只是规定会员国应与联合国合作以促进人权与基本自由的尊重，第 73 条第 1 款只是空泛而含糊地规定了一般的标准和目标。这些条款缺乏命令性和确定性，不能作为自身可执行条款来适用。<sup>①</sup> 该案的终审判决对原告并无不利，但法院所认可的是其他的法律依据或理由。

非自身可执行条约，法院不能直接适用，自然人或法人不能在国内法院援用为权利或义务的依据。例如，有些条约只作了框架性的规定，明确要求缔约国制定相关法律。又如，有些防止及惩治国际或跨国犯罪的条约，制定国内立法以执行这些条约是缔约国的义务。再如，有些政治性条约，如同盟互助条约，所规定的义务原则上只涉及缔约国政府，若需把这类义务延伸为自然人或法人的义务，就需要国内立法予以补充。此外，有些经济或贸易类的条约，如 WTO 协定这样的多边贸易协议，通常只需要在缔约国政府间适用。政府间的关系通常不是国内法院的管辖对象，这类条约也就不是自身可以在国内法院适用的条约。这类条约所规定的权利义务要延伸到自然人或法人，也需要国内立法的补充或细化。

至于如何区分自身可执行条约与非自身可执行条约，一般是从条约规定判断缔约国的意图和条约自身的规定的完备程度两个方面入手。自身可执行条约或条款是指缔约国有使条约在国内直接适用的意图并且条约自身规定已经十分明确具体，无须国内立法机关予以补充或细化，可直接由国内法院予以适用的条约，后者是指缔约国没有使条约在国内直接适用的意图或者条约自身只规定一般性义务，不具有可操作性，必须经过国内立法机关的补充或细化，才能在国内法院直接适用的条约或条款。实践中，有关国家对二者的区分和认定是有很大的任意性的。1992 年美国在批准《公民权利和政治权利国际公约》时专门作出一项声明，宣布该公约第 1—27 条关于各项公民权利和政治权利的规定都是非自身可执行条款。

---

<sup>①</sup> Yuji Iwasawa, *The Doctrine of Self-executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, 26 (3) *Virginia Journal of International Law*, 628, 671 (1986).

### （三）欧盟法与其成员国国内法的关系的特殊性

欧洲联盟条约和欧盟的立法（例如欧盟理事会和欧洲议会通过的条例、欧盟委员会作出的决定）具有直接的适用性，无须各成员国国内法的转化，国内法院在具体案件中可以直接适用，当事人或其代理人可以在国内法院直接援引。

## 二、国际法与国内法的冲突及其解决

一般而言，可以推定各国立法者不会制定违背习惯国际法和条约义务的法律，因而应尽可能地以不与国际法冲突的方式解释国内法。如果国内法可以有两种或更多种解释，应当推定与习惯国际法或国际条约不相冲突或最相符合的解释是正确的解释。例如，在“美国诉巴勒斯坦解放组织案”中，根据美国司法部长的解释，美国《反恐怖主义法》要求关闭巴解组织在美国的所有办事处，巴解组织驻联合国办事处也应在关闭范围之内。如果关闭巴解组织驻联合国办事处，势必违背美国根据其与联合国缔结的《总部协定》所承担的义务。在该案中，美国地区法院指出，断定美国《反恐怖主义法》有违反《总部协定》义务的明确意涵的观点是不成立的。<sup>①</sup> 根据《南非宪法》第 233 条，在解释立法时，所有法院必须选择符合国际法的任何合理的解释，而不是与国际法相冲突的解释。

### （一）习惯国际法与国内法的冲突及其解决

各国国内法通常都是符合习惯国际法的，除了纳粹德国那样的情况，没有哪个国家故意制定违背习惯国际法的国内法。所以，在国际实践中，对于国内法与习惯国际法的并不明显的冲突，往往推定国内法没有改变国际法的含义。由于习惯国际法的不成文及有弹性的特点，往往能够把国内法解释成不与习惯国际法相冲突。在无法将国内法与习惯国际法作一致解释的情况下，各国采取的立场有以下两类：

#### 1. 习惯国际法优先于国内立法

意大利、德国等国明确规定习惯国际法优先。《意大利宪法》第 10 条规定，“意大利的法律制度，符合公认的国际法原则”，即符合习惯国际法，表明了习惯国际法优先于国内立法的地位。《德国基本法》第 25 条规定：“一般国际法规则（即习惯国际法——作者）构成联邦法律的一部分。此等规则之效力在法律之上，并对联邦领土内居民直接创设权利义务。”

#### 2. 国内立法优先于习惯国际法

如果遇到习惯国际法与国内立法明显的不可调和的冲突，由于习惯国际法不

<sup>①</sup> [英] 马尔科姆·N. 肖：《国际法》（第六版）（上），白桂梅等译，北京大学出版社 2011 年版，第 132 页。

成文，在成文法优先于不成文法的国家里，如在英国、荷兰等国，是国内立法优先。

在英国，当习惯国际法与国内成文法有冲突时，通常是推定英国国会没有违反英国的国际义务而行事的意图。但如果遇到国内立法用词并无模糊之处，明显与习惯国际法相冲突，英国法院则只能适用国内立法。这就是说，习惯国际法在英国的适用，以不与现行国内立法相抵触并且不影响上级法院的判例的效力为条件。如果法院适用了违背习惯国际法的国内法，将由政府承担国际责任。

在比利时，如果法律的规定与习惯国际法发生冲突，则法院适用法律的规定。根据《南非宪法》第 232 条，除非与宪法或议会法案相冲突，习惯国际法是共和国的法律。

在实行国内成文法优先于不成文的习惯国际法的国家，习惯国际法应当是指习惯国际法中的任意性规范，而不是国际社会整体接受的公认为不许损抑的一般国际法强制规范。

## （二）国际条约与国内法的冲突及其解决

关于条约与国内法的冲突，各国一般也是推定本国无意制定或实施违反条约义务的国内法，除非这种冲突如此明显，足以推翻这种推定。

大部分国家在处理条约与国内法的效力关系的问题上，都是符合《维也纳条约法公约》所反映的习惯国际法的要求的，都是善意遵守对本国有效的条约的。这里的区别是形式上的，实际上各国适用条约是常态，即使条约与本国国内法有抵触。

具体说，可以分为以下类型：

### 1. 国际条约与宪法具有同等效力

荷兰、秘鲁等国实行国际条约与宪法具有同等效力的制度。

《荷兰宪法》第 91 条规定：“（1）非事先获得议会同意，荷兰王国不受任何条约的约束，也不得宣布废除条约。但议会法令另有规定者不在此限。（2）议会表示同意或默认的方式由议会法令规定。（3）任何违反宪法或导致这一结果的条约条款须获得议会两院 2/3 多数赞成始得通过。”第 92 条规定：“在遵守第 91 条第（2）款规定的条件下，可以授予根据条约设置的国际机构以立法、执行及司法权。”第 93 条规定：“条约条款及国际机构决定中就其内容对任何人都有约束力的规定，均在公布之后生效。”第 94 条规定：“王国的现行法令法规，如果与具有普遍约束力的条约规定，或国际机构决定相抵触，不得施行。”上述规定表明，在荷兰，国际条约不仅优先于国内立法，还与国内宪法具有同等效力。因为议会两院能够以 2/3 多数通过违背荷兰宪法的条约，而不是要求必须事先修改宪法。

《秘鲁宪法》第 10 条规定人权条约与宪法具有同等效力，即：“关于人权的条

约中包括的规定与宪法属同等级别。非经与修改宪法同样的程序不得修改。”

从欧洲联盟的实践看，欧共体法/欧洲联盟法优先于成员国的一般国内法，也优先于成员国具有宪法性质的国内法。

### 2. 国际条约的效力低于宪法高于国内立法

俄罗斯、法国等国实行国际条约的效力低于宪法但高于国内立法的制度。

《俄罗斯联邦宪法》第15条第4款规定：“公认的国际法原则和准则和俄罗斯联邦签署的国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。如果俄罗斯联邦签署的国际条约规定的规则与俄罗斯联邦法律规定的规则有不同之处的话，则以国际条约中的规则为准。”该宪法第125条第2款和第6款规定，俄罗斯宪法法院可以审查尚未生效的条约是否符合宪法，“不符合俄罗斯联邦宪法的俄罗斯联邦国际条约不能生效和适用”。这说明国际条约在俄罗斯的效力低于宪法，高于法律。

许多国家的宪法规定，遇有与宪法相抵触的条约，修宪后才能缔结。1958年《法国宪法》第54条（为批准条约修改宪法）规定：“如果经共和国总统、总理或者议会任何一院院长提请审查，宪法委员会宣告一个国际协议含有违反宪法的条款时，必须在宪法修改后，才可以授权批准或者核准该国际协议。”该宪法第55条（法律效力，优先原则）规定：“依法批准或者核准的条约或者协议，自公布后即具有高于各种法律的效力，但就每一个协议或条约而言以其他缔约方予以适用为限。”法国最高法院曾指出，国际协议在国内秩序中的优先性不得对抗宪法的规定。<sup>①</sup>

在采取条约效力低于宪法高于国内立法的制度的国家，如果宪法符合国际法，实际上并不影响国际义务的履行。

### 3. 国际条约与国内立法具有同等效力

美国、韩国等国家，把条约与国内法置于具有同等效力的地位，用后法优于前法的原则处理条约与其国内法的冲突。

《美国宪法》第6条第2项规定：“本宪法，与依据本宪法制定之美国法律，及在美国的权力下缔结和将缔结的一切条约，均应为全国之最高法律，即使与任何州的宪法或法律相抵触，每一州之法官均应受其拘束。”在实践中，美国并没有把国际条约放在与其宪法具有同等效力的地位，而是坚持其宪法优先于国际条约的地位。实际上，美国缔结的条约是与其国会制定的法律处于同等地位的。美国处理国际条约与其国会立法的冲突适用后法优于前法的办法。经美国批准的自身

<sup>①</sup> [英] 马尔科姆·N. 肖：《国际法》（第六版）（上），白桂梅等译，北京大学出版社2011年版，第139页。

可执行的条约或条款，都可约束美国法院，即使它与先前的成文法相冲突也在所不顾；同样的，美国国会在条约缔结之后通过的法律优先于已成为美国法律一部分的国际条约。

《韩国宪法》第6条规定：“根据宪法缔结、公布的条约及公认的国际法规范具有与国内的法律同等的效力。”



#### 拓展阅读



塞加号案

1969年《维也纳条约法公约》第26条规定了“条约必须遵守”原则：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”第27条规定了“国内法与条约之遵守”的关系：“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。”这里的“国内法”是包括宪法在内的。因此，那种将包括宪法在内的国内法放

在优先于国际条约或与国际条约同等地位的做法是不符合该公约的上述规定的，是不符合关于国际法与国内法关系的习惯国际法原则的。

例如，在中美关系中，美国通过制定和实施国内法而逃避其依照中美三个联合公报对中国所承担的国际义务，就属于以国内法为理由而不履行条约义务的行为。1972年2月28日，中美两国政府发表《上海公报》，在该公报中，美国承认中国的唯一合法政府是中华人民共和国政府，只有一个中国，台湾是中国的一部分。1979年1月1日，美国与台湾当局“断交”，并且“废约、撤军”，中美两国发表《建交公报》，宣布建立外交关系，并确认《上海公报》的原则。1981年8月17日的《中美联合公报》规定了美国逐步减少直至最后终止向台湾出售武器问题。中美间的这三个联合公报，无论在美国国内法上属于哪种类型的国际协议，都属于《维也纳条约法公约》所指的条约范围，具有国际法效力。然而，1979年4月10日经卡特总统签署生效的《与台湾关系法》包含一系列违背一个中国原则的内容，例如：在美国国内法体系上给予台湾类似“国家”的地位，称美国法律中提及外国、外国政府或类似实体时，“也适用于台湾”；台湾的地位不受“断交”影响；台湾驻美机构享有“外交特权与豁免权”。2018年3月16日美国总统特朗普签署的《与台湾交往法》旨在解禁美台高层级官员“互访”。这些都是美国的霸权主义和强权政治在中美关系中的表现。

### 三、国际法在中国的适用

《中华人民共和国宪法》序言载明：“中国坚持独立自主的对外政策，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，坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略，发展同各国的外交关系和经

济、文化交流，推动构建人类命运共同体”。这表明：虽然我国宪法、立法法、缔结条约程序法没有关于国际法与我国法律的关系的明确规定，但是中国坚持和平共处五项原则等国际法基本原则，遵守国际习惯法和国际条约，善意履行国际义务的立场是毫无疑问的。2016年6月25日在北京签署的《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于促进国际法的声明》载明：“各国享有平等地参与制定、解释和适用国际法的权利，并有义务善意履行和统一适用国际法”；“中俄谴责与国际法不符、将一国国内法进行域外适用的做法”。

### （一）习惯国际法在中国适用的方式

由于习惯国际法是各国反复适用的国际法规范，它在我国国内发生效力的方式同各国实践相一致，是自动的，不需要任何法律程序的。

中国的宪法有纳入习惯国际法规范的条款。例如，《中华人民共和国宪法》第32条规定：“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利。”

此外，中国有一系列法律纳入了相关的习惯国际法规范。例如，在享有外交特权与豁免的外国人的司法豁免方面，中国法律作了与国际习惯法相一致的规定。《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第11条规定：“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。”

再如，关于外国人的民事诉讼地位，我国法律作了与习惯国际法相一致的规定。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第5条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。”

### （二）国际条约在中国适用的方式

从实践看，中国以“并入”的方式适用国际条约。

#### 1. 直接适用“自身可执行”的条约或条款

我国在一系列法律、法规中对条约的适用作出明确规定，表明相关条约的可直接适用性质。

（1）法律规定中国法律、法规与国际条约有不同规定的，适用国际条约的规定。1982年《民事诉讼法》第189条是最早作此类规定的法律条款。后来，1986年《中华人民共和国民法通则》（以下简称《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。”此后，一系列法

律,无论实体法还是程序法,都有优先适用国际条约的规定。然而,2017年《民法总则》没有保留1986年《民法通则》第142条那样的规定,还有一些法律在修改时删去了类似的规定。这表明,中国关于国际法与国内法关系的法律规定,正在从分散式的规定向在宪法或宪法性法律中作集中的和总括性的规定的发展过程之中。

(2) 法律规定依照有关国际条约承担义务。全国人大常委会1987年6月23日通过《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,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义务的范围内,行使刑事管辖权”。中国《刑法》第9条进一步规定,中国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。

(3) 法律规定条约有特殊或具体规定的适用条约的规定。1996年《中华人民共和国红十字标志使用办法》第23条规定:“本办法有关红十字标志保护性使用的规定未尽事宜,依照日内瓦公约及其附加议定书的有关规定执行。”

(4) 法律规定在相关领域适用相关条约。中国《刑事诉讼法》第17条规定:“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。”中国《民事诉讼法》第261条规定:“对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼,应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。”

中国1987年加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1988年加入《联合国国际货物销售合同公约》时,最高人民法院都向全国法院下发了适用的通知。

## 2. 间接适用“非自身可执行”的条约或条款

我国已经根据国际条约制定、修改或补充了一系列的国内法律、法规。

(1) 根据国际条约的内容制定单行法,并按照中国国情作一些变通或补充。根据《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》《联合国海洋法公约》,1986年制定了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》,1990年制定了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》,1991年制定了《中华人民共和国领海及毗连区法》,1998年制定了《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》等。

(2) 通过修改或补充国内法的方式履行条约义务。如果中国国内法与中国缔结的国际条约不一致,中国总是在事先或事后废除、修改现有法律或制定新法律,确保与条约义务相一致。《中国加入WTO工作组报告书》第67条指出,“中国代表表示,中国一贯忠实履行其国际条约义务。根据《宪法》和《缔结条约程序

法》，《WTO 协定》属于‘重要国际协定’，需经全国人大常委会批准。中国将保证其有关或者影响贸易的法律和法规符合《WTO 协定》及其承诺，以便全面履行其国际义务。为此，中国已开始实施系统修改其有关国内法的计划。因此，中国将通过修改其现行国内法和制定完全符合《WTO 协定》的新法的途径，以有效和统一的方式实施《WTO 协定》。”中国在加入世界贸易组织前后，根据世界贸易组织各项协定修改现行法律、法规或制定新的法律、法规，如《中华人民共和国对外贸易法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国专利法》（以下分别简称为《对外贸易法》《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》《著作权法》《商标法》《专利法》）和《外商投资产业指导目录》等。

上述我国的此类法律或条例中都规定，如果中国缔结或者参加的国际条约有不同规定的，适用国际条约的规定。这表明，相关立法没有包括的有关条约的规定，即没有转化为中国国内法的条约规定，仍然可以直接适用。

### （三）国际法与中国法冲突的解决

#### 1. 习惯国际法与中国法冲突的解决

中国一贯遵守习惯国际法。中国首先提出、积极倡导和一贯坚持和平共处五项原则的实践就是重要例证。和平共处五项原则中每一项具体原则都体现了习惯国际法规范。我国在相关立法活动中都要考虑习惯国际法的相关规范。所以，应当把我国法律与习惯国际法做一致的解释。

#### 2. 国际条约与中国法冲突的解决

我国是《维也纳条约法公约》的缔约国，对该公约关于条约与国内法的关系的规定并没有提出保留。更重要的是，我国一系列的法律都作了条约优先于我国法律的规定，而没有任何相反的规定，更没有相反的行为。这反映了条约优先于国内法的原则是我国处理条约与国内法冲突问题的一般原则。

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》规定：“涉外案件应依照我国法律规定办理，以维护我国主权。同时亦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。”该规定更加具体地反映了中国处理国际法与中国国内法的效力关系的一贯立场。

为了适应中国和平发展和做负责任大国的需要，近年来，中国的国际法学界一直呼吁中国应当考虑在宪法或立法法中明确规定国际法与中国法的效力

关系。<sup>①</sup>

### 第三节 国内法对国际法的影响

#### 一、国内法对国际法实体规则的影响

##### (一) 国内私法对国际法实体规则的影响<sup>②</sup>

劳特派特认为：“构成国际公法的各种法律关系的内容通常都是按照或者类比某种私法观念加以塑造的。”法学家们将国内私法的概念和制度类推适用于国家间的关系，近代意义上的国际法才形成体系。国内私法是以法的主体、所有权、契约的约束性为其基本范畴的，国际法也有法的主体（国家）、主权（统治权）、条约的约束性等基本范畴。

1. 国内私法上的自然人、法人的主体制度对国际法上的主体制度的影响。国内私法上的主体或人格概念对于构建近代国际法是有启示的。自然人的监护制度与宗主关系和保护条约关系、自然人的代理制度与委托统治、自然人的出生与死亡制度与新国家的产生及其承认和继承制度、自然人的人格利益与国际法对国家尊严的保护、私法中社团等组织享有的人格与国际组织的国际法人格制度等，都有相似相通之处。

2. 国内私法上的所有权制度对领土主权制度的影响。国际法上领土主权的理论深深地打上了国内私法所有权理论的烙印。例如，国内私法的所有权的取得与丧失制度与国家领土的取得和丧失的规则相似；国内私法所有权领域的共有关系对海洋法和空间法上“人类共同财产原则”的形成的影响；罗马法上的添附制度和国际法上的添附制度相似；国内私法中的时效问题常常被人们运用到国际法上的争议解决；国内私法上的动产所有权转让与国际法上的割让制度等形式基本吻合；国家间通过条约对其领土主权施加特定限制的制度，诸如共管、租借和国际地役制度，亦源于国内私法。

3. 国内私法的契约法对国际法上条约制度的影响。例如，条约必须遵守原则，在语源上，就是契约法上的约定必须信守原则；国际法上条约有效的实质要件与契约的实质要件均与当事人意思自由有关；条约无效时有关条约履行的问题，同私法上可撤销与效力待定的合同情况相似；条约的解释的通则，如善意原则、整

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 本标题下的内容摘编自：张文彬：《论私法对国际法的影响》，法律出版社 2001 年版；李思璇：《评〈论私法对国际法的影响〉》，《武大国际法评论》第 1 卷，武汉大学出版社 2003 年版，第 340 页。

体解释和目的解释等，与人们对合同解释的要求相当；条约与第三国的关系与契约与第三方的关系相仿，契约上“约定对第三人既无损亦无益”也是条约法的内容。

## （二）国内公法对国际法实体规则的影响

国内公法对国际法实体规则的影响是多方面的。

1. 国内公法对国际人权法的人权理念的影响。1776年《独立宣言》宣告了美利坚合众国的诞生，并在人类历史上第一次以政治纲领的形式提出了一系列人权理念。例如：人人生而平等，人具有不可剥夺的生命、自由和追求幸福的权利；政府必须经人民的同意而组成，应为人民幸福和保障人民权利而存在，人民有权起来革命以推翻不履行职责的政府。《独立宣言》被马克思誉为世界上“第一个人权宣言”<sup>①</sup>。上述人权理念在1948年《世界人权宣言》中都有所反映。

2. 国内公法对国际法原则的影响。例如，1793年《法国宪法》第119条规定：法国人民不干涉其他国家政府事务，也不允许其他民族干涉法国的事情。这项原则原是为反对外国封建势力干涉法国革命而提出的，因其与国家主权原则相一致，是保卫国家主权的有力武器，很快就被各国所接受，成为国际习惯法原则和国际法的基本原则。再如，1793年《法国宪法》规定：法国给予为争取自由而从本国逃亡到法国的外国人以庇护。1833年，比利时制定了第一个禁止引渡政治犯的法令。此后，国家间订立的引渡条约，大都有政治犯不引渡的条款，该原则逐渐演变为各国公认的国际法原则。

## 二、国内法对国际法程序规则的影响

### （一）国内法对联合国国际法院的程序规则的影响

联合国国际法院的诉讼程序规则绝大部分来自国内诉讼程序规则。例如：

《国际法院规约》第一章规定了“法院之组织”，第二章规定了“法院之管辖”，第三章规定了“程序”。这和国内民事诉讼法的规定相似。

《国际法院规约》第43条规定：“一、诉讼程序应分书面与口述两部分。二、书面程序系指以诉讼、辩诉状及必要时之答辩状连同可资佐证之各种文件及公文书、送达法院及各当事国。三、此项送达应由书记官长依法院所定次序及期限为之。四、当事国一造所提出之一切文件应将证明无讹之抄本一份送达他造。五、口述程序系指法院审讯证人、鉴定人、代理人、律师及辅佐人。”规约第46条规定：“法院之审讯应公开行之，但法院另有决定或各当事国要求拒绝公众旁听时，

<sup>①</sup> 马克思：《致美国总统亚伯拉罕·林肯》，《马克思恩格斯全集》第16卷，人民出版社1964年版，第20页。

不在此限。”规约第53条第1款规定：“当事国一造不到法院或不辩护其主张时，他造得请求法院对自己主张为有利之裁判。”这些条款与国内诉讼法高度相似。

#### （二）国内法对国际刑事法院的程序规则的影响

《国际刑事法院规约》规定的刑事诉讼程序规则直接来自国内刑事诉讼程序规则。例如：

《国际刑事法院规约》第66条关于“无罪推定”的规定是：“（一）任何人在本法院被依照适用的法律证明有罪以前，应推定无罪。（二）证明被告人有罪是检察官的责任。（三）判定被告人有罪，本法院必须确信被告人有罪已无合理疑问。”这完全是从国内刑事诉讼法移植过来的。

《国际刑事法院规约》第67条关于“被告人权利”的规定包括：在确定任何指控时，被告人有权获得符合本规约各项规定的公开审讯，获得公正进行的公平审讯，及在人人平等的基础上获得下列最低限度的保证：以被告人通晓和使用的语文，迅速被详细告知指控的性质、原因和内容；有充分时间和便利准备答辩，并在保密情况下自由地同被告人所选择的律师联系；没有不当拖延地受到审判；审判时本人在场，亲自进行辩护或者通过被告人所选择的法律援助进行辩护，在被告人没有法律援助时，获告知这一权利，并在为了实现公正而有必要的时候，由本法院指定法律援助，如果无力支付，则免费提供；等等。这些规定都来自国内刑事诉讼法关于被告人的辩护权的规定。

#### 思考题：

1. 如何评价国际法与国内法关系学说中的一元论、二元论和协调论？
2. 为什么国际法在各国国内的适用方式有所不同？
3. 如何区分自身可执行条约和非自身可执行条约？
4. 如何完善国际法在中国的适用制度？

#### ► 自测习题及参考答案

