

"This publication was sponsored by China-EU School of Law (CESL) at the China University of Political Science and Law (CUPL) www.cesl.edu.cn. The activities of CESL at CUPL are supported by the European Union and the P.R. of China".

本书的出版得到在中国政法大学（CUPL）的中欧法学院（CESL）的资助。中欧法学院的活动得到欧盟和中国政府的支持。

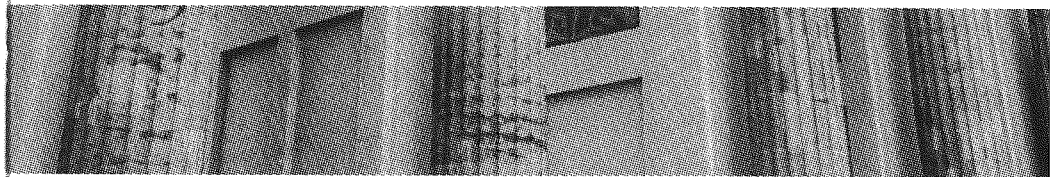


China-EU School of Law 中欧法学院

At the China University of Political Science and Law 中国政法大学

中德立法比较研究

谢立斌 / 主编



中国政法大学出版社

2017 · 北京

国际法与德国法的关系以及 对《立法法》修改的建议

伯 阳〔1〕 著 陈大创〔2〕 译

中国宪法没有对国际法与中国法的关系作出明确规定。它只是在第 81 条和第 89 条第（九）项对缔结条约的职权进行了规定，以及在第 67 条第（十四）项对国内批准程序进行了规定。〔3〕

德国宪法（即德国《基本法》，Grundgesetz，为方便比较，下文中一律使用“德国宪法”的称谓）在第 32 条和第 59 条第 1 款对缔结条约的职权进行了规定。而对国内批准程序，则在第 59 条第 2 款作了详细规定。除此之外，德国宪法在第 25 条对国际习惯法和普遍承认的国际法法律原则在德国法中的融合问题（Integration）进行了一般性的规定。

〔1〕 法学博士（海德堡大学），德国科隆大学东亚系中国法律文化教席教授。Pilar Czoske 和陈大创协助进行文献搜集，特此感谢。

〔2〕 德国科隆大学法学院博士研究生，科隆大学东亚系科研助理。

〔3〕 《中华人民共和国宪法》第 81 条规定：“中华人民共和国主席……批准和废除同外国缔结的条约和重要协定”。第 89 条第（九）项规定：“国务院行使下列职权：……（九）管理对外事务，同外国缔结条约和协定”。第 67 条第（十四）项规定：“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：……（十四）决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。”

在德国，存在通过联邦宪法法院的判决形成的宪法实践，这些宪法实践为如何在德国国内适用国际法提供了比较清晰的说明，这是德国宪法与中国宪法的重大差别。尽管在中国的法律中，也有很多条文援引国际条约法（Völkervertragsrecht），或者在中国法与国际条约法存在规范冲突时赋予国际法优先适用的地位，但是，针对这些援引规范（Verweisungsnorm），只有零星的、不统一的判例。

下面，我将对德国宪法的相关规定进行介绍，这些条文规定了应当如何在德国国内适用国际法。然后，我将会从德国的角度，对中国的实践进行简短总结，看看其到底是怎样的。最后，我会在总结德国经验和中国实践的基础上，对在即将修改的《立法法》中应当如何规定国际法与中国法的关系的问题，提出具体的建议。

一、德国法中的国际习惯法和国际法一般法律原则

德国宪法第 25 条规定：“国际法的一般规则是联邦法的组成部分。它的效力优于法律，直接对联邦领土范围的居民创设权利和义务。”

国际习惯法属于上述“国际法的一般规则”。形成国际习惯法的前提，是充分的国家实践和法律确信（*opinio iuris*），亦即，有足够代表数量的国家参与的持续、统一的实践，并且国家在行为时坚信其是在国际法要求、允许或者必要的范围内行动。^{〔1〕}国际习惯法不包括地区性或者双边性国际习惯法意义上的区域性国际法（*partikulares Völkerrecht*）。普遍承认的国际法法律原则也属于德国宪法第 25 条规定的内容，这些法律原则在各国的国

〔1〕《联邦宪法法院判例集》，第 96 卷，第 87 页；第 109 卷，第 27 页以下。

内法中都有共同一致的规定，并可以被移植到国际法中。^{〔1〕}德国宪法第 59 条第 2 款对国际条约法的引入 (Einbeziehung) 进行了特别规定，其作为特别法优先于第 25 条。

对于第 25 条，既可以按一元论进行理解，也可以按照二元论进行理解，一元论认为国际法和国内法构成一个整体的法律体系，二元论则认为国内法和国际法构成两个独立的法律体系。联邦宪法法院认为，“根据第 25 条第 1 句，国际法上的一般规则在其国际法效力范围内，是在德意志联邦共和国领土范围内有效的法律的组成部分”^{〔2〕}。由此可以得出结论，国际法并非被转化 (transformiert)，而是作为国际法在国内产生效力。而联邦宪法法院的观点，无论是从采纳论 (Adoptionslehre)^{〔3〕} 还是从执行论 (Vollzugslehre)^{〔4〕} 的角度都解释得通。

将国际法引入国内法的实施机制一般可分为三种：转化 (Transformation)、采纳 (Adoption) 或者并入 (Inkorporation)，以及执行论所指的引入 (Einbeziehung)。在以二元论为基础的转化式机制中，国内立法者颁布包含国际法规范的内容的国内法，从而创造出与国际法规范内容相同的国内规范。^{〔5〕}而在以一元论思想为基础的采纳式机制中，国际法的效力根据某条一般性国内法律规范的规定，延伸到国内，而无须将国际法转化为国内法。^{〔6〕}执行论位于转化和采纳之间，因为尽管此时国际法在国内也有效力，但是这并非依据某条一般性规定，而是通

〔1〕 比较《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 C 项。

〔2〕 《联邦宪法法院判例集》，第 46 卷，第 342 页。

〔3〕 Geiger, Grundsatz und Völkerrecht, 6. Auflage, 2013, S. 157.

〔4〕 比较 Mangoldt/Klein/Starck/Koenig, Art. 25, Rn. 43.

〔5〕 Geiger, S. 157.

〔6〕 Geiger, S. 157.

过一项针对特定国际法规定的执行命令。〔1〕

德国宪法第 25 条对国际法一般规则的效力的规定，并不限于那些可以直接适用的或者可以对个人创设权利和义务的规则。只针对国家的国际法一般规则，也构成联邦法的一部分，其作为联邦法对所有立法和执法机构都有约束力。〔2〕在国内的规范位阶体系中，国际法一般规则的效力位于宪法和议会制定的联邦法律之间。

德国宪法第 100 条第 2 款为第 25 条的规定提供了程序上的保障。按照该款规定，在诉讼中，若对某条对诉讼的判决结果有决定性作用的国际法规则是否属于联邦法的组成部分或者其是否直接为个人创设了权利和义务有疑义时，法院必须提请联邦宪法法院进行判定。提请判定的内容包括国际法一般规则是否存在、其法律属性、效力范围和约束力。联邦宪法法院对这一规范核准程序（Normverifikationsverfahren）的管辖，保证了国际习惯法在德国的统一适用。

二、国际条约的缔结

德国宪法第 32 条对联邦与各州在涉外关系中的职权作了规定。由于德国实行联邦制，所以联邦各州在其拥有立法权限的领域，享有部分的条约缔结权，这主要是指文化政策领域。此处不进一步讨论联邦州缔结条约程序的特别之处，因为其特别复杂，而且对于中国法来说意义不大。尽管中国的特别行政区香港和澳门也享有一定的条约缔结权，但其已经在特别行政区基本法中作了穷尽式列举，因此不需要在《立法法》中进行规定。

〔1〕 Geiger, S. 157.

〔2〕 《联邦宪法法院判例集》，第 46 卷，第 342 页。

根据德国宪法第 59 条第 1 款的规定，联邦总统在国际法上代表联邦，并以联邦的名义与外国缔结条约。因此，只有联邦总统才有权在对外关系中代表联邦共和国进行有法律效力的活动。但是，由于在国际交往中要做出的国际法上的意思表示数量众多，在实践中就不得不由联邦政府或者相关的联邦部长代表联邦总统行使他的代表权。^{〔1〕}

如果某一条约需要得到议会的批准，那么联邦总统只有在联邦议会已经通过正式法律批准该条约之后，才能批准该条约。

三、国内批准程序

德国宪法第 59 条第 2 款第 1 句规定：“调整联邦政治关系或者涉及联邦立法事项的条约，应以联邦法律的形式，取得有关主管联邦立法的机构的同意或者参与。”

这一规定使得议会得以对条约缔结进行控制，尤其是在维持议会的立法垄断权方面。^{〔2〕}缔结调整政治关系的条约，必须要有议会的参与。这里所指的是那些直接涉及一个国家的存续或者其在国际上的重要性的国际条约^{〔3〕}，尤其是和平条约，结盟、中立、武器裁减以及政治合作条约^{〔4〕}。涉及联邦立法事项的国际条约，也须经过批准程序批准。这样的条约是指那些只有通过正式法律才能在国内实施其规定内容的条约。这一点适用于所有法律保留范围内的事项，尤其是那些涉及对个人的基本权利的侵害的事项。

〔1〕 Kunig in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, 2010, S. 107.

〔2〕 Kunig in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, 2010, S. 107, 第 117 页。

〔3〕 《联邦宪法法院判例集》，第 1 卷，第 382 页。

〔4〕 Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar. 12. Auflage, 2012, Art. 59, Rn. 12.

四、国际条约法在德国法中的接纳 (Übernahme)

与国际习惯法不同,对于国际条约,德国宪法中没有包含任何规定应当如何在国内法中接纳国际条约法的一般性适用命令 (genereller Anwendungsbefehl)。

《条约实施法》(Vertragsgesetz,指为了在国内实施国际条约,而由议会针对该条约专门制定的法律)不但具有授权条约缔结机构缔结条约的功能,它还使得国际条约自其在国际法上生效之时起也同时在国内产生效力。《条约实施法》会在联邦法律公报公布,但条约不作为《条约实施法》的正式组成部分刊登,条约的文本只作为《条约实施法》的附件公布。

在德国的司法实践中,并未明确国际条约法在德国法中的引入(Einbeziehung)到底是属于转化(Transformation)还是执行(Vollzugslehre)。学者们可能更加倾向于执行论,因为执行论具有这样的好处,即通过《条约实施法》的法律适用命令在国内适用国际条约法时,并不会隔断国内法与国家之间的国际条约在内容上的联系。相反,如果人们将《条约实施法》理解为转化行为,则等于在国内法中复制了条约的内容,它跟它的国际法上的法律渊源就断绝了联系。转化导致国际条约的生效和终止不会自动地在国内也产生效力,而根据执行论,这一变动将会自动地对国内的法律适用机关产生约束力,因为其适用的是国际条约本身。〔1〕

应当认为,国际条约是被整体转化到德国法中的,或者说针对国际条约的法律适用命令指向的是国际条约整体。也就是说,并非那些可以直接适用的条约规定才在国内有法律效力。

〔1〕 Geiger pp. 164~165.

某一条约条文是否可以直接适用，需要通过对该条文进行解释才可以断定。在解释时，特别是要注意，该条约条文依其自身的立法意旨和目的（Sinn und Zweck），是否需要借助另外制定的国际法或者国内法上的法律，才能在国内实施。政府在缔结条约时，可以通过国际法层面上的保留，排除条约的直接适用性，而这在国内也是有约束力的。但是，也有可能是国内法不允许直接适用国际条约法，例如，国内法规定，条约的实施需要另外制定法律。此外，条约是否为个人创设权利和义务的问题，也需要通过解释来回答。^{〔1〕}

国际条约法在德国国内规范体系中的位阶，可从德国宪法第 59 条第 2 款的字义中推出，依照该款规定，被转化或者执行的条约与针对它的《条约实施法》一样，取得联邦法律的地位。条约与联邦法律具有相同位阶，会导致后来新制定的法律优先于国际条约规定的后果。但由于宪法要求应当以有利于国际法的方式进行法律解释（völkerrechtsfreundliche Auslegung），所以对国内法只能解释为其保留了国际条约法相关规定的效力。

行政协定（Verwaltungsabkommen）不需要通过议会立法进行批准，其内容不像第 59 条第 2 款第 1 句所规定的国际条约一样，必须通过一部由议会制定的法律才能引进到国内法中。行政协定仅仅通过行政法令（Rechtsverordnung）或行政行为（Verwaltungsakt）就可以在国内实施。

五、德国视角下的中国对国际条约的适用实践

从中国的实践中可以看出，国际条约要想在中国国内获得效力，第一个条件是条约要得到批准并且条约文本要被公布在

〔1〕 Geiger, pp. 166~167.

全国人大常委会的官方公报上。国际条约的文本，一般会连同全国人大常委会依《宪法》第67条第（十四）项的规定作出的批准缔结条约的决定一起公布。所以，可以认为，批准在中国法上就跟在德国法上一样，具有双重功能，即一方面是授权缔结条约，另一方面是在将国际条约接纳到国内。

如果我们忽略其他要件，只对批准和公布单独进行观察，那么从德国的角度，既可以按转化论也可以按执行论来解释批准和公布。依照转化论，批准和公布将国际条约的内容转化为国内法，法律适用机构将会把条约内容作为中国的国内法律适用。与之相反，按照执行论，批准和公布只是一项适用命令，这一适用命令授权法律适用机构执行条约规范，但不把条约规范增添到国内法律体系中。按照执行论，条约依然是国际法，要按照国际法的基本原则进行解释。

然而，条约规范在中国的适用实践却显示，光有批准决定和条约文本的公布，法律适用机构还不能直接适用国际条约。要想使得国际条约能被法院和行政机关适用，至少还需要另外一个要件，即必须还要有法定的援引规范或者最高人民法院的司法解释。这就排除了按转化论或者执行论来进行解释的可能，因为即使条约文本已经在公报中公布，也不能像国内法律一样被加以适用，公布条约文本也没有体现出直接适用国际条约法的命令。

因此，对条约文本的公布按照采纳论（Adoption）来进行解释，认为其使得国际条约被融合到国内法秩序中，更加令人信服。但是，这一赋予国际条约国内效力的效果，并未说明行政机关或者法院就可以适用该条约。因此，要想使得行政机关和法院能够适用条约，还需要一项法定的援引规范或者一项明确指向该国际条约的具体的适用命令，这项适用命令可以是一般

性的，也可以针对特定事项。

援引规范是指那些要求在满足一定条件的情况下，对某一国内事项适用国际条约法的法律规定。在中国法中，这些援引规范具有以下功能：它使得法律适用机关得以适用援引规范所指向的并已在全国人大常委会公报上公布的国际条约。这意味着，行政机关和法院对那些已在公报上公布，但没有援引规范明确对其加以援引的国际条约，不能直接适用。最高人民法院的司法解释，可以取代援引规范，或者将其具体化。

除了借助援引规范适用国际条约法外，在实践中也存在通过颁布新的法律或者修订、废止现有法律，以使得国内法与中国承担的国际法义务相适应的做法。^{〔1〕}

六、建议在《立法法》中对国际法与中国法的关系进行规定

1994年12月17日的《立法法》第三次草案的第43条通过以下条文对国际条约在国内的适用问题进行了规定：“中国缔结或者加入的国际条约中的规定，与法律、法规或者行政法规的规定不一致的，适用国际条约的规定，中国对此表示保留的除外。”

但该条文没有被2000年的《立法法》采纳。可以推测，这样一条赋予国际条约优先地位的一般性规定，当时为被认为是过分限制了中国在履行国际条约规定的义务时的自由。

下面，笔者将提出一些具体的立法建议，这些建议以德国在国内适用国际法的经验为基础，力求既反映中国迄今为止的实践状况，也顾及灵活性的需要。

〔1〕 对此的详细介绍，比较 Ahl, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China, 2009.

第一条（国际条约的效力）

经全国人民代表大会常务委员会批准缔结，并在全国人民代表大会常务委员会公报上公布的国际条约，在我国有法律效力。

第二条（国际条约在国内生效的时间）

国际条约从公布于全国人民代表大会常务委员会公报之时起在国内有法律效力。条约在国际法上的生效时间晚于公布时间的，以条约在国际法上的生效时间为准。

第三条（国际条约的位阶）

全国人民代表大会常务委员会批准缔结的国际条约，在中华人民共和国境内具有等同于法律的效力。

国务院缔结的协议，具有等同于国务院制定的行政法规的效力。

国务院的部门缔结的协议，具有等同于国务院各部门制定的部门规章的效力。

第四条（国际条约的直接适用）

只有法律明确援引国际条约或者最高人民法院在司法解释中要求适用国际条约时，国家机关才能直接适用已经在国内生效的国际条约的规定。

尚没有法律明确援引国际条约的，由全国人民代表大会或者其常务委员会参考国际条约的内容制定法律，或者修改、废止相关法律。

第五条（符合国际法的法律解释）

对法律、行政法规、地方性法规或者国务院部门和地方政府的部门规章需要进行解释的，对相关条文的解释应当与中华人民共和国承担的国际法义务相一致。