

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2025.06.008

国际民商事条约的适用完善： 《对外关系法》第30、31条的国际私法回应^{*}

陶逸濛

（清华大学法学院，北京100084）

摘要：《对外关系法》第30、31条中提出的总体要求，亟待国际私法给予回应。作为宪法相关法和涉外法律法规体系的基础性法律，《对外关系法》的规定对国际私法项下的条约适用条款具有统摄作用。以原《民法通则》第142条第2款为代表的国际条约优先条款在实践中既是国际条约直接适用模式下的授权条款，又是国际条约间接适用模式下的法际私法，但因其表述问题而在司法实践中产生了诸多矛盾。《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》中关于条约适用的规定只是权宜之计，对《对外关系法》所提要求的回应并不充分。应优化国际私法项下的条约适用条款，并在未来以法律条文或条款的形式予以呈现。

关键词：对外关系法；国际私法；国际民商事条约；法际私法

中图分类号：D997 **文献标识码：**A **文章编号：**2095 — 8072(2025)06 — 0108 — 15

党的二十大报告指出，要完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，从宏观层面明确了涉外法治的重要性。《中华人民共和国对外关系法》（以下简称《对外关系法》）第30、31条提出了“国家依照宪法和法律缔结或者参加条约和协定，善意履行有关条约和协定规定的义务”“国家采取适当措施实施和适用条约和协定”的总体要求。《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》指出，涉及条约适用的情形增多是案件审理难度加大的表现之一，恪守条约是积极营造市场化、法治化、国际化营商环境，服务更高水平对外开放的要求之一。这揭示了司法实践中条约适用日渐成为涉外审判的重点和难点问题。当前国际私法在条约适用方面仍存在规范不足、系统性欠缺等问题，难以充分应对涉外审判中条约适用日益复杂和迫切的实践需求。因此，如何通过国际私法上的制度建构，以期在民商事司法实践中具体实现“善意履行条约义务”“采取适当措施适用条约”的国家承诺，回应《对外关系法》提出的总体要求，已成为亟须解决的议题。

宏观层面提出的总体要求须在微观层面得到细化和落实。然而，条约在我国国内的地位长期未能明确，条约的司法适用总体情况仍有提升空间。根据条约统一的对

^{*} 基金项目：本文受2024年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目一般课题“对外关系法时代国际民商事条约的适用”（项目编号：24SFB2031）的资助。

象，国际私法条约（又称国际民商事条约）大体上可以分为统一实体法条约、统一程序法条约和统一冲突法条约（肖永平，2007）。由于条约内容的复杂性，同一条约中可能既包含实体法规则，也包含程序法规则。以《蒙特利尔公约》为例，该公约主要调整的是国际航空运输承运人与消费者之间的实体法律关系，属于统一实体法条约，包含大量的实体法规则（如第17条、第18条等），但该公约中也有程序法规则（第33条对管辖权的规定）。这些条约以及其中纷繁复杂的具体规则，会在诸多领域与我国国内法产生调整对象重合的问题，需要在司法环节妥当适用。《最高人民法院关于审理涉外民事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（以下简称《解释》）自2024年1月1日开始施行，一定程度上回应了《对外关系法》第30、31条的总体要求和涉外司法审判实践的迫切需求。但受限于其自身效力层级和原有条文的惯用表述，仍存局限性。通过合理设计国际私法项下的条约适用法律条款，对原《民法通则》中国际条约优先条款进行承接和优化，以率先在国际私法领域对国际民商事条约的适用进行明确，对《对外关系法》第30、31条进行有效回应，已经成为一个切实可行且有较大价值的议题。本文通过阐释《对外关系法》与国际私法项下条约适用条款的应有关系，基于对现有立法与司法实践的分析总结和已有研究的综合归纳，剖析原《民法通则》第142条第2款的内核与功能，提炼国际私法项下条约适用条款设计时应注意的问题，最终探索出国际私法对《对外关系法》第30、31条进行良好回应的可能路径。

一、《对外关系法》第30、31条与国际私法项下条约适用法律条款的关系

《对外关系法》虽然不在全国人大通过的基本法律之列，但是作为涉外领域基本法，属于宪法相关法和涉外法律法规体系的基础性法律，对涉外法治领域发挥类似基本法律的作用（黄进，2023）。《对外关系法》与宪法的关系体现在以下两个层面：第一，作为宪法相关法，《对外关系法》中多条内容依据宪法作出规定，并对相关宪法条文的实施做了进一步的延展和细化。第二，《对外关系法》在宪法与涉外法律法规之间搭建起了桥梁，将宪法的精神更好地传导到涉外法治领域，而条约的适用领域体现了这一融通作用。《对外关系法》第30、31条在宪法第5条的基础上首次明确了条约不得同我国宪法相抵触，结束了先前关于这一问题的争论。综上所述，《对外关系法》之于涉外法律法规体系，犹如《宪法》之于整个法律体系（黄进，2023）。

《对外关系法》第30、31条与国际私法项下的条约适用法律条款的关系有两种可能：第一种可能是《对外关系法》第30、31条对国际私法项下条约适用法律条款具有统摄、指导作用，第二种可能是二者构成平行、并列的关系。而未来究竟是哪一种情况，需要从以下两个层面加以考察。

第一个层面，《对外关系法》的调整对象是否包含国际民商事活动。首先，从第30、31条的用词来看，条文表述中用了“条约”和“协定”，并没有附加修饰语

对这两个词汇加以限定。因此，国际私法项下的条约和协定理应被包括在内。此外，第31条在“条约”之前的动词为“实施和适用”，其中“实施”对应的是国家实现公法条约缔约目的的行为，“适用”对应的是国家机构（尤其是法院）根据私法条约在民商事案件中判断当事人的权利、义务和责任（车丕照，2024）。这两个动词的区分证明了调整国际民商事关系的私法条约在我国法院的适用，与《对外关系法》第31条的总体要求呼应。其次，从我国官方使用“对外关系”一词的历史可知，中文语境下的“对外关系”概念并不仅限于政府间关系（张乃根，2023）。再次，从《对外关系法》的立法目的角度来看，该法第一条规定的立法目的提及的“维护和发展人民利益”既包括通过维护国家整体利益而间接维护的人民利益，也包括通过妥善发展对外关系而直接维护的私人利益。最后，从学界对“对外关系法”所涉内容的范围框定来看，我国的对外关系法被定义为“中国制定或基于国际法转化而来的专门处理各类对外关系的法律法规体系”（刘仁山，2016），这其中显然囊括了涉外民商事法律法规。《对外关系法》统摄的法律体系下，既有规范对外关系的公法性法律，也有规范对外关系的私法性法律，同时涉及国际公法、国际经济法和国际私法范畴，这是由国际关系的广泛性、对外关系的复合性决定的，也符合构建国际民商事新秩序要求（刘仁山和张淋鑫，2024）。由此可见，我国的《对外关系法》不仅规制国家间或政府间关系，还涉足非政府间的组织、企业和私人领域，与国际私法的调整对象有重合之处。综上，《对外关系法》的调整对象包含国际民商事活动，该法第30、31条与国际私法层面现在及将来立法规定的关系绝非互斥、并列的平行关系。

第二个层面，《对外关系法》的现有条文是否可以不经细化，直接在涉外民商事案件中由法院适用。首先，从《对外关系法》的地位来看，作为涉外领域基本法，该法更多是从宏观的基本理念层面给予指导或是明确涉外法治的基本制度（黄进，2023）。该法作为宣示性立法，通过将政策法律化进行价值立场表达和传播（许军珂，2023），并不提供过多微观层面的实际操作规则。其次，从条文表述来看，两条均以“国家”为主语，具有原则性和指导性规定的特质，需要通过更加具体的立法加以细化，而难以在司法案件中被直接援引适用。最后，许多学者在针对《对外关系法》的研究中指出，该法“采取适当措施”的表述是一项原则性、指引性、授权性立法规定，而条约在我国国内法律体系中的法律效力和履行方式、实施和适用条约的具体措施等问题，需要后续法律、法规和部门规章进一步解决（韩永红和王振杰，2024；孙毅，2024；马忠法，2024）。《对外关系法》第30、31条只进行原则性规定的缘由，在于条约适用方式的多样性（何其生，2024）。不同类型、不同领域的条约在我国的适用方式不同。因此，后续的具体解决方案，应当根据条约自身的不同性质分领域进行设计。对于国际私法条约来说，针对前述遗留问题，应当由国际私法在《对外关系法》的指导下提供回应。也有学者认为，《对外关系法》本身对条约的规定没有明确国际法在中国法律体系中的地位与效力，这是可以理解且合理的，因为这可以保证我国以更加灵活的方式适用条约（蔡从燕，2024）。在对适用条约的灵活性

的追求背后，是对条约内容和国内适用结果在特定情况下的风险的忌惮，而对于国际私法条约而言，这一顾虑相对来说并不突出（何其生，2024）。也正因如此，在《对外关系法》之前，我国法律中对民事领域的条约适用就已经建立了一定的规则和体系。然而，司法实践表明，在既定的规则和体系的指导下，国际私法条约的适用仍然存在许多问题。综上所述，《对外关系法》第30、31条的条文表述具有宏观性和原则性，对国际私法项下条约适用条款具有统摄、指导作用，“并未直接规定条约在中国法律体系中的地位”（刘仁山和张淋鑫，2024），暂未触及条约在国内具体适用的方式问题（黄惠康，2023），其精神内涵须经国际私法项下的条约适用条款进行细化和明确之后，方能在司法案件中加以适用。

二、国际私法条约的国内适用现状分析

（一）国际条约优先条款在我国民事领域立法中的分布情况

我国法律体系中国际条约优先条款的特点是以“中国缔结或者参加的条约同我国法律有不同规定”为前提，此种条款的分布范围较广，在法律、行政法规、司法解释中均有呈现。具体到民事领域，现行有效的有以下条文条款：《民事诉讼法》第271条、《民用航空法》第184条第1款、《票据法》第95条第1款、《海商法》第268条第1款、《海上交通安全法》第121条、《外国国家豁免法》第22条。《解释》第1条第1款对前述条文的第2至5项予以了重申，并在第2款中规定：“人民法院审理上述法律调整范围之外的其他涉外民事案件，涉及适用国际条约的，参照上述法律的规定。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。”已失效的有：原《民法通则》第142条第2款，以及在2020年《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（一）》（以下简称《法律适用法》司法解释（一））修正中被删去的原第4条。

在原《民法通则》失效前，该法第142条第2款的规定是对国际私法领域中条约适用的一般性规定，具有兜底作用和统领性地位。“这一条款的意义在于，它提到了复数形式的‘民法’，而不是单数形式的‘民法’。在这种情况下，它应该被解释为不仅适用于《民法通则》本身，而且适用于所有被归类为‘民法’的法律”（Cai，2016）。相比于1982年《民事诉讼法》中的“本法”，1986年的原《民法通则》采取了“中华人民共和国的民事法律”这一实为复数形式的表述。这不仅为后续的民事立法提供了空间，还明确了该条款在民法领域的总括性。《解释》第1条第2款采取了“中华人民共和国法律”的表述，但由于该司法解释的标题已经限定到了“涉外民事案件”，因此与原《民法通则》第142条第2款在民事领域统领意义上的效果一致。但是，这一司法解释的条款与原《民法通则》相比仍有局限性，在作用上无法完全等同，具体将在下文详述。

（二）国际私法项下的条约优先条款在司法实践中的适用情况

1. 国际条约优先条款是否需要援引及如何援引存在分歧

在是否援引国际条约优先条款方面，根据《法律适用法》司法解释（一）原第4条的规定，在适用条约时，需要援引国际条约优先条款。该规定自2013年随司法解释生效到2020年修正时被删去，历时八年。在这期间，在不同的案件审理过程中法院对于国际条约优先条款是否援引以及如何援引的态度并不一致。^①

在如何援引国际条约优先条款方面，对一些涉外案件我国法律的相关规定存在重合或互补的情况，还有一些条约自身包含条约适用范围的限制规定等，所以法院在具体案件中援引哪部法律中的国际条约优先条款存在分歧。以《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称CISG）和《蒙特利尔公约》（以下简称MC99）为例，在检索整理的相关案件中不同法院在条约适用上所作的说理差异较大。我国法院适用CISG的方式主要有以下三类：一类是法院直接适用CISG，并不援引原《民法通则》第142条；^②二类是法院只援引原《民法通则》第142条，并不援引CISG第1条；^③三类是法院同时援引原《民法通则》第142条与CISG第1条。^④在MC99的适用上，由于该公约中还包括统一程序法规范（第33条关于管辖的规定），我国《民用航空法》中也有民事法律责任的相关规定，所以具体情形更加复杂。当案件只有实体法上的争议时，我国法院适用MC99的方式也主要分为以下三类：一是法院只援引原《民法通则》第142条为依据，^⑤二是法院只援引《民用航空法》第184条为依据，^⑥三是法院同时援引原《民法通则》第142条和《民用航空法》第184条。^⑦当案件只有程序法上关于管辖权的争议时，我国法院基本上援引《民事诉讼法》中的国际条约优先条款，^⑧也有法院会选择援引原《民法通则》第142条^⑨或《民用航空法》第184条。^⑩

① 例如C&J金属板材股份有限公司（C&JSHEETMETALCORP）与温州晨兴机械有限公司国际货物买卖合同纠纷申请案中，该案一审、二审法院在适用条约时援引了国际条约优先条款，参见浙江省温州市中级人民法院民事判决书（2012）浙温商外初字第340号、浙江省高级人民法院民事判决书（2013）浙商外终字第144号；再审法院在适用条约时并未援引国际条约优先条款，参见最高人民法院民事裁定书（2014）民申字第266号。

② 参见浙江特产亿丰贸易有限公司与嘉利国际贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2017）沪0115民初66800号；科尼港口机械（上海）有限公司与莫尼斯国际有限责任公司买卖合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2016）沪0115民初13933号等。

③ 参见安森批发有限公司与深圳市康尔奇生物科技有限公司、肖海谋国际货物买卖合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院民事判决书（2016）粤0391民初2049号；中博农牧科技股份有限公司与JanAire, Inc.詹尼尔充气卷帘系统有限公司买卖合同纠纷案，北京市海淀区人民法院民事判决书（2013）海民初字第25538号；艾克斯派克出口包装有限公司与天津鑫泽国际贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷案，天津市滨海新区人民法院民事判决书（2018）津0116民初38号。

④ 参见杭州千岛湖天兔针纺织品有限公司与美国华泰集团公司、温州工美国际贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷一审民事判决书，浙江省温州市中级人民法院（2011）浙温商外初字第73号；晨唐（北京）技术股份有限公司国际货物买卖合同纠纷案，北京市第二中级人民法院民事判决书（2019）京02民终12136号。

⑤ 参见中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司与上海文渊国际物流有限公司、卓越（上海）国际货物运输代理有限公司保险人代位求偿权纠纷案，上海市第二中级人民法院民事判决书（2014）沪二中民六（商）终字第198号等。

⑥ 参见肇庆市宏宇货运有限公司与海南航空控股股份有限公司航空货物运输合同纠纷案，深圳前海合作区人民法院民事判决书（2020）粤0391民初854号等。

⑦ 参见胡军与海南航空控股股份有限公司航空旅客运输合同纠纷案，重庆自由贸易试验区人民法院民事判决书（2019）渝0192民初16677号等。

⑧ 参见National Air Cargo Group, Inc.与航天科技进出口有限责任公司合同纠纷案，北京市高级人民法院民事裁定书（2019）京民辖终258号等。

⑨ 参见新时代国际运输服务有限公司上海分公司航空货物运输合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事裁定书（2015）浦民二（商）初字第5130号；张倩与斯堪的纳维亚航空公司其他侵权责任纠纷案，上海市徐汇区人民法院民事裁定书（2018）沪0104民初2497号。

⑩ 参见刘浩、中国国际航空股份有限公司航空旅客运输合同纠纷案，辽宁省大连市中级人民法院民事裁定书（2021）辽02民辖终123号。

2. 相关国际条约是否适用以及如何适用的判断仍存争议

当一个涉外案件可能需要适用条约进行审理时，法官对相关条约是否予以适用以及如何适用的判断仍存在问题。在是否适用相关条约问题上，在一些由前后多个条约承继调整的领域通常容易出现判断错误，例如在《华沙公约》和MC99二者的选用问题上。在是否适用CISG的问题上，法院常在当事人选择中国法的情况下直接根据《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》）第3条或者第41条适用中国法，而未考虑CISG的可适用性（连俊雅，2023；李佳，2023）。在如何适用相关条约方面，不同法院文书中所采用的表述也五花八门，最常见六种表述方式为“应适用”^①、“优先适用”^②、“可予适用”^③、“直接适用”^④、“自动适用”^⑤和“准据法为……”^⑥。

三、适用问题的成因分析——原《民法通则》第142条第2款的解构

从上述探讨可以看出，无论是在国际条约优先条款的援引还是条约适用的方式与表述上，司法实践中都存在诸多矛盾。而这种困境背后的关键成因在于对以原《民法通则》第142条第2款为代表的国际条约优先条款的解释存在较大差异。本部分将从学理和实践的现有资料出发，以原《民法通则》第142条第2款为锚点，对整个国际条约优先条款体系的功能、性质和表述开展重点分析。

（一）原《民法通则》第142条第2款的功能与性质

虽然转化和纳入的结果都是将条约归入一国法律体系，但是之所以在条约成为一国法律的方式上用两个术语进行表述，正是因为它们在方法路径上的差异性。一般而言，通过纳入方式进入一国法律体系的条约仍然保持了其文本的相对独立性，对于这种类型的条约，我国法院采取直接适用的方式；而以转化的方式进入一国法律体系的条约将与国内法混于一体，对于这种类型的条约，通常采取间接适用的方式（李旺，

① 晨唐（北京）技术股份有限公司国际货物买卖合同纠纷案，北京市高级人民法院再审审查与审判监督民事裁定书（2020）京民申1019号；黄某、佛山市佰庆贸易有限公司等买卖合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院民事判决书（2021）粤06民终7369号等。

② 在裁判文书网中以全文关键词“国际条约”裁判理由段关键词“优先适用”共检索到54篇文书，包括：深圳市未来无铅科技有限公司、未来产业国际货物买卖合同纠纷案，广东省高级人民法院民事判决书（2017）粤民终3022号等。

③ 在裁判文书网中以全文关键词“国际条约”裁判理由段关键词“可予适用”共检索到5篇文书，包括：联邦快递（中国）有限公司深圳分公司与创丰文具制品（深圳）有限公司航空货物运输合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院民事判决书（2019）粤0391民初1391号等。

④ 在裁判文书网中以全文关键词“国际条约”裁判理由段关键词“直接适用”共检索到15篇文书，包括：深圳市亿诚电子科技有限公司、深圳市生辉煌电子有限公司国际货物买卖合同纠纷案，广东省深圳市中级人民法院民事判决书（2019）粤03民终3155号等。

⑤ 在裁判文书网中以全文关键词“国际条约”裁判理由段关键词“自动适用”共检索到4篇文书，包括：安森批发有限公司与深圳市康尔奇生物科技有限公司、肖海谋国际货物买卖合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院民事判决书（2016）粤0391民初2049号等。

⑥ 中博农牧科技股份有限公司与JanAire, Inc.詹尼尔充气卷帘系统有限公司买卖合同纠纷案，北京市海淀区人民法院民事判决书（2013）海民初字第25538号。

2017)。“对于民事关系领域来说,第142条起到‘纳入’的作用,即:只要条约符合它的条件,就可以超越民法效力来施行,但是对于中国法律体系而言,则起到‘转化’的作用,因为这种超越性的直接适用的授权只限于民事法律关系,不适用于整个体系”(贾兵兵,2022)。所以,实际上原《民法通则》第142条第2款既是“纳入”之证明,又是“转化”之证明。而其功能和性质究竟为何,取决于案件中具体的条约、具体条约的自身规定以及当事人的做法。

1. “纳入”之证明——国际条约直接适用模式下的授权条款

“在《民法典》生效实施前的35年间,《民法通则》第142条第2款成为中国法院适用CISG的主要国内法依据”(连俊雅,2023)。为什么这一条款是中国法院适用国际私法条约的主要国内法依据呢?因为,“过去《民法通则》142条既是关于条约与国内法之间相对效力的条款,也是对此类条约在我国国内直接适用的授权”(贾兵兵,2022)。在中国法律体系下,不能笼统地得出国际法优于国内法的结论,因为我国国内法中条约的普遍效力并非来自宪法的规定,而仅限于那些我国已经明确要承担的国际条约义务。在法律实践中,条约只有在相关国内法中有明确规定时才具有对国内法的优先效力,这种在国内立法中对条约义务履行进行的限制是为了保持国家立法权与国际条约实践之间的合理平衡,确保国内法律体系的统一与协调(Xue & Jin, 2009)。由此可见,原《民法通则》第142条第2款正是对这样一种国际条约义务承担的明确,是对“国家条约具有对国内法的优先效力”的明确规定,是从法律层面对条约在我国国内直接适用的授权。

原《民法通则》第142条第2款是国际条约直接适用模式下的授权条款,这一结论具有合理性。在这种情况下,还有几个问题必须明确。

第一,就原《民法通则》第142条第2款适用方式而言,其仍是条约的直接适用模式,在涉外案件有条约适用的情况下,法院不可能也不必要去比较条约与中国法的差异(何其生,2024)。在这种理解下,再以“国际条约优先条款”来称呼此类条款是不适当的,因为国际条约的适用并不是在比较之后的优先适用,而是授权之后的直接适用。换言之,在这种模式下,原《民法通则》第142条第2款要发挥授权条款的功能,实际上并不需要以比较国内法与国际条约的规定并得出它们存在不一致为前提。

第二,法院是否需要在适用国际私法条约时援引此类条款。即在此类条款发挥授权功能之时,本文第二部分提出的“是否需要援引”的问题该作何定论。需要明确的一点是,在援引此类条款之后再适用国际私法条约,并不构成对“直接适用”的破坏。例如,学界普遍认为,CISG在我国的适用为直接适用,这意味着,只要案件满足CISG自身规定的条件,法院适用CISG时无需援引国际私法规则(刘瑛,2019)。值得注意的是,此处的国际私法规则仅指严格意义上的国际私法规则,即由范围和系属两要件构成的冲突规则。原《民法通则》第142条第2款并不属于冲突规则的范围,因此,CISG的直接适用并不排斥法院事先援引该条文进行说理。然而一些法院可能会对此产生误解,认为在CISG的适用问题上进行说理时只要援引了原《民法通则》

第142条第2款，就不再是“直接适用”CISG，因此对该条只字不提。事实上，条约只有在通过“转化”或者“纳入”进入国内法律体系之后，才有可能被法院适用。如果法院选择援引此类条款，这意味着法院将它们视为条约被纳入国内法律体系的证明。如果法院选择不援引此类条款，这说明他们认为上述情况是不言自明的。因此，在直接适用条约的情况下，无论法院是否援引，以原《民法通则》第142条第2款为代表的国际条约适用条款作为“授权条款”的功能都是客观存在的。

2. “转化”之证明——国际条约间接适用模式下的法际私法

“法际私法（或称‘法际法’）是指解决一国民商法中不同法律、法规之间冲突的法律。如国际法与国内法、国家法与教会法、成文法与习惯法、一般法与特殊法等相互冲突时，决定优先适用哪一法律的规范就是‘法际私法’”（李旺，2017）。CISG第1条第1款（a）、（b）项就是法际私法的例子。在国际条约间接适用模式下，原《民法通则》第142条第2款正是一种法际私法，其功能是在案件符合国际私法条约的自身适用条件时，指明应该适用条约而非（中国作为）准据法国法中的其他民事法律。

国际条约的间接适用意味着，法院采取了冲突法模式适用条约。在这种模式下，法院首先根据冲突法指引了准据法，然后国际条约作为准据法的一部分得到了适用。这种适用模式常见于一国将国际条约转化为国内法的情形。例如1936年《美国海上货物运输法》、1992年《英国海上货物运输法》将《统一提单的若干法律规定的国际公约》转化为国内海上货物运输法（李旺，2017）。

但是，这种立法的抄录并非转化的唯一途径，正如本部分开头一段所述，原《民法通则》第142条第2款也是“转化”之证明。以CISG为例，在我国法院审理的具体案件中，当事人笼统约定了“中国法”为准据法，此时法院应当适用我国的国内民法还是CISG？根据原《民法通则》第142条第2款，最终适用的是“转化”意义上的CISG。^①（潮见佳男等，2021；施勒希特里姆，2006）这个问题可以分解为以下小问题：第一，这种约定是否构成了CISG第6条规定的排除条约的适用？答案是，这种约定只排除了“纳入”意义上的CISG。第二，为什么此种情况下，CISG还会通过转化的方式进入我国法律体系？答案是，因为CISG是可供当事人减损、排除的任意性条约，且本案中当事人进行了法律体系的选择。此时，条约虽然表面上还有类似纳入的相对独立性，但实际上已经和完成转化后的国内法无异，条约不再绝对优先于国内实体法和冲突法，而这种笼统的约定方式让条约和国内法面临新一轮竞争。第三，为什么最终适用的是“转化”意义上的CISG而非我国民法典或其他内国民事法律？答案是，原《民法通则》第142条第2款作为“转化”之证明时同时发挥了法际私法的功能。

当原《民法通则》第142条第2款发挥的是法际私法的功能时，其作用不仅仅限于

^① 在当事人约定缔约国法为准据法的情况下，实务中多解释为并非排除CISG的意思，而最终CISG得以适用。但是由于这种当事人自治选法的特殊性，CISG的适用结果背后的逻辑过程需要明确。

我国法院的适用,还有可能会指导外国法院找出最终适用的法律。以CISG为例,若法院地国不是CISG的缔约国,则该国法院对某一涉外案件会采用冲突法模式,根据该国冲突法指引适用准据法。若准据法为中国,此时CISG又已经被纳入为中国法的一部分,究竟适用中国的国内民法,还是作为中国法一部分的CISG呢?如果我国并没有对CISG第1条第1款(b)项作出保留,则该国法院应当根据CISG第1条第1款(b)项适用CISG,但是因为我国对之作了保留,所以它并非我国的法律制度,因此该国法院可以根据原《民法通则》第142条第2款,将CISG与我国法律进行比较,并得出适用CISG的结论。

(二) 原《民法通则》第 142 条第 2 款的表述与理解

国际条约优先条款中的“优先”二字,正是得名于此类条款中的对条约和国内法“不同规定”的前提,有了比较方有“不同”的结论,方有“优先”之说。在(一)部分从功能和性质的角度,对此类条款进行解构、分类之后,对于“不同规定”的前提表述的理解也应该分别进行。

第一,当此类条款在国际条约直接适用模式下发挥授权条款的功能时,此类条款第一句的重点不在“有不同规定”,而在“本法”或“中华人民共和国的民事法律”。这实际上点出了,比较的对象是相关规定所调整的对象,而非规定本身。此时,要找出待适用的条约或者条约中的规定到底是和哪一部分国内法的规定存在竞相调整案涉问题的关系,从而需要考察在该国内规定所处的领域,是否准许条约的直接适用。不对规定本身进行比较的原因在于:其一,这样的前提设定,导致该条款规定的国际条约优先原则,是有条件的优先,即在国际条约与国内法规定不一致的情况下,国际条约才优先适用。这种条件,实际上是一种附加条件,附加到了国际条约自身规定的适用范围之后。我国法院如要适用国际条约,则不仅需要考察国际条约的自身规定,还需要考察此条规定的“不一致”要求。大部分国际条约并不支持此种附加,某种程度上,也属于对缔约义务的违反(徐锦堂,2014;陈治东和吴佳华,2004)。其二,几乎没有法院会真正对国内法与国际条约规定作比较。如若将“国际条约与国内立法不一致”作为国际条约在我国适用的前提条件,给法院审理案件带来的实际困扰是,对于一些体系与国内相关领域立法不一致的条约来说,根本无从将其与国内立法进行比较,遑论得出“一致”或“不一致”的结果。其三,如果法院真的进行了比较,这种“是否一致”的判断是否合理本身有待商榷。例如在The Money Consultants Inc.与宁波布利杰进出口有限公司买卖合同纠纷案^①中,法院认为该案所需适用的我国民法与CISG并无冲突,所以依据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第5条第2款第1项的规定,以中国法作为准据法。至于可能适用于该案情形的CISG条文为何,法院在判决书中未列明,更

^① 参见The Money Consultants Inc.与宁波布利杰进出口有限公司买卖合同纠纷案,浙江省高级人民法院民事判决书(2010)浙商外终字第77号。

没有进行实质的与相应中国法律的比较，说明其作出“并无冲突”判定的缘由。

第二，在法际私法情形下，此类条款第一句的重点就在“有不同规定”上。此时比较的对象是规定本身。待选择适用的对象就是我国的国内民法和进入我国法律体系的国际私法条约中的规定，要解决的问题就是在它们之中选取何者适用的问题，因此，比较就是选择的方法，是必须经历的环节。

四、国际私法回应《对外关系法》第30、31条的可能方案

《对外关系法》第30、31条给条约的适用提出了两大积极要求和两大消极要求：两大积极要求分别为“善意履行条约义务”和“采取适当措施实施和适用条约”，两大消极要求分别为“不得同宪法相抵触”和“不得损害国家主权、安全和社会公共利益”。本文第一部分已经论证了《对外关系法》第30、31条对国际私法领域条约适用条款的统领和指导地位，因此，本部分可能方案的提出，必须要将上述要求纳入考量范畴。确保该条款的具体内容和解释内涵与《对外关系法》所提出的要求相一致。

（一）由法律条文或条款承接国际条约优先条款的现实需要与重要意义

1. 现实需要

在原《民法通则》失效之后，《解释》出台之前，民法典并没有相关条款，这给涉外审判工作带来一些难题。首先，在原《民法通则》失效之后，立法上只剩下民事诉讼法、商事特别法中的优先条款，只有在涉及程序问题或其他特别领域的民事案件时可以直接引用民事诉讼法或特别法的规定，而最一般的案件却缺失了相关规定（王玫黎，2021）。其次，一些案件的裁判文书中出现了明显的问题。例如，在广州有片海贸易有限公司、深圳市鸿盛达国际货运代理有限公司等航空货物运输合同纠纷案中，案件事实发生在2021年，届时民法通则已失效，《法律适用法》司法解释（一）原第4条也被删去，但审理法院仍援引了失效的司法解释作为裁判依据，这显然是不合理的。^①

《解释》出台之后，问题并未得到彻底解决。首先，该法律文件系司法解释，位阶较低，并不属于宪法、法律的范畴，无法作为条约被“纳入”我国法律体系的证明，从而无法承接原《民法通则》第142条第2款作为国际条约直接适用模式下的授权条款的功能，只能暂时性地对司法审判进行指导。随着时代的发展，对我国生效的条约会不断增加，而在条约可以直接适用的领域，必须存有一个现行有效的授权条款来加以明确、维系条约在法院得以直接适用的效果。从这个层面上来说，原《民法通

^① 参见广州有片海贸易有限公司、深圳市鸿盛达国际货运代理有限公司等航空货物运输合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院民事判决书（2021）粤0391民初8154号。

则》第142条第2款并非一劳永逸。其次,该司法解释仍然没有对授权条款和法际私法的功能进行区分,此外,在条文设计的全局观和内容表述的细节方面仍有待完善的空间。由于该司法解释第1条的主要目的在于对四部法律中既有规定的适用进行强调,所以在条文开头重点突出了这些条文。然而,这导致第2款第1句中不得不提出的“其他民商事案件”和“参照适用”的规定进行衔接,带来了新的解释和界定问题,反而导致了规则的割裂感,破坏了整体性。不仅如此,由于四部法律调整范围所涉及的国际条约中被我国“声明保留”的条款不一,反而模糊了对第2款第2句的解释。《解释》第2、3条规定了条约之间的时际法关系、任意性条约和强制性条约之间的区别,然而,在司法实践中解决这些问题的最终落脚点都是国际条约自身的规定。与语言风格正式、庄重且注重权威性、稳定性和简洁性的法律相比,司法解释是一种直接面对案件、解决问题的活动(苏晓宏,2013),其语言风格更加灵活,注重实用性和可操作性。因此,如果未来上升为法律条文,可以对这两条规定进行统合简化处理。《解释》第4条在条约适用的一般前提上已经采取了“生效”与否作为标准,而《解释》第1条规定参照适用的四部法律中的既有规定还在采取“缔结或者参加”标准,导致了《解释》项下的条约适用标准不兼容,使得原有表述问题继续存在。从这一点来看,《解释》的临时性更加显露无疑。

综上,原《民法通则》第142条第2款作为全国人大通过的法律的一部分,不仅“在近四十年的实践并无任何负面影响”(何其生,2024),而且还承担了诸多功能,在我国宪法暂时不会对条约地位作规定且《对外关系法》第30、31条无法直接适用于司法实践的情况下,此条款的功能理应在未来以法律条文或条款的形式加以承继。

2. 重要意义

第一,此种承接有利于回应《对外关系法》第30条的“善意履约”义务。“善意履约”既是古老的国际法原则,也是我国《对外关系法》的创新性规定。而在国际私法项下,何为“善意履约”?“法律的生命在于付诸实施。善意履约就意味着不能采取双重标准,更不能合则用、不合则弃”(何其生,2024)。“《对外关系法》要求善意履行条约、协定,这不仅是国家整体之承诺,也对国家机构提出了遵守国家承诺的要求”(赵骏,2023)。因此,在国际私法项下,法院在案件审理过程中正确适用国际私法条约方为“善意履约”。第二,此种承接有利于回应《对外关系法》第31条的“采取适当措施”“适用条约”。本文第一部分谈及了对“实施”与“适用”的词义辨析,“适用”一词针对的正是调整国际民商事关系的私法条约。本文第二、三部分分析了原《民法通则》第142条的定位不清造成的适用混乱问题及成因,因此,优化之后条款将对之加以解决。前一小节分析了《解释》的效力位阶不足的问题,在条约的地位问题上,无论是“转化”还是“纳入”进入国内法,都需要法律位阶的文件进行授权,原《民法通则》第142条的规定并非一劳永逸,而应当持续存在,作为稳定的效力源泉。第三,法律承接国际条约优先条款有利于明确民商事领域国家条约的适用方式,从而为条约解释方式的明确奠定基础。在讨论条约解释问题的文章中,条

约的适用方式作为前提难免被提及讨论，“条约解释方式的明确必须依赖于条约适用方式的明确”（张乃根，2024；孙瑜和王瑶，2024）。关于条约的解释问题，我国的法律体系中有一些规定。2002年的《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》第9条规定了“法律与条约的一致解释”。2021年的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第20条将这一要求延展到了涉外商事领域。2015年的《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》提出要“严格依照《维也纳条约法公约》的规定，根据条约用语通常所具有的含义按其上下文并参照条约的目的及宗旨进行善意解释”。对此有以下两点分析：其一，这些规定虽然只谈及了条约的解释，但也从侧面反映了条约适用的要求。条约虽然是通过转化或者纳入的方式进入了我国的法律体系，得以被法院适用，但其本质上仍与纯粹国内法不同。条约背后的国际法色彩并没有在进入国内法体系的那一刻起就被抹去，至少在2015年司法解释提及的领域，是一起随之进入的，这才会产生“依照《维也纳条约法公约》解释条约”的要求。其二，上述文件或为司法解释、或为会议纪要，都是位阶相对较低的法律文件，而条约解释的规则只能暂时以此种方式呈现，也是因为条约适用的规定尚未得以明确。因此，在国际私法领域明确条约适用条款，也可以为后续条约解释的优化奠基。

（二）该法律条文或条款的应处位置与具体表述

1. 应处位置

本文第二部分已经分析得出，原《民法通则》第142条第2款是对国际私法领域中条约适用的一般性规定，具有兜底作用和统领性地位。原《民法通则》中既有民事实体规范，也有冲突规范，因此第142条第2款同时作用于民事实体法与冲突法。在我国现有的法律体系下，在《法律适用法》中加入此条款最为理想（何其生，2024）。《法律适用法》制定之时，就有常委委员和专家建议在其中规定国际条约的适用问题，但法律委员会会同最高人民法院和有关专家研究后认为，国际条约涉及面广，情况复杂，对国际条约的适用问题，各方面有不同意见，实践中也有不同做法。所以该法对此不作规定，《民法通则》等法律中有关规定仍然适用（孙安民，2010）。而如今，《民法通则》已经失效，《对外关系法》第30、31条对条约适用进行了总体性的规定，应当适时进行立法补缺。如果未来我国国际私法立法统筹做重大调整，此条款亦可在未来制定《民法典》涉外编或《国际私法典》总则编时加以规定。

2. 具体表述

第一，应将我国“缔结或者参加的国际条约”改为对我国“生效”的条约。缔结或加入条约后，可能尚未依照《缔结条约程序法》得到人大常委会的批准，那么条约在我国国内是无效的，这期间如果将之适用于具体案件之中，尽管可以理解为条约的临时适用，但仍会产生僭越立法权的困难（贾兵兵，2022）。《解释》第4条的表述已经采用了“生效”一词，对这方面的问题予以了留意，但是《外国国家豁免法》等

法律中仍在沿用“缔结或参加”的惯用表述，需要一并优化。第二，应拆解原《民法通则》第142条第2款的复合功能，并根据功能的不同分别设置前提。学界研究中的一点共识是，按照文义解释，此类条款的意思就是：只有当国内法与国际条约有不同规定时，才适用国际条约的规定（戴瑞君，2020）。而有学者认为，依据此类条文，不作比较即直接适用公约，是目的解释的结果（连俊雅，2023）。但是问题在于，文义解释往往是解释方法中的首选。以文义解释方法，此类条款确实含有需要对具体规定进行比较的意思，如若没有比较，何来“不同规定”之说？所以立法者恐怕原先确有此意，只是因为我国宪法中并无条约效力条款，这些条款在司法环节被开发出了国际条约直接适用模式下的授权条款功能，造成了文义解释和目的解释的结果不匹配。正如《法学方法论》中萨维尼指出的那样：“一个任意构造的概念悄然地转变为一条错误的规则，也正是因为此种错误的形成过程是隐蔽的，所以它是最难以消除的”（萨维尼，2024）。在这里，“不同规定”这一构造的概念对于直接适用模式就是一条错误的规则，因为其形成过程的隐蔽性，所以一直被学界诟病但未能发现错误根源，所以虽然被批判已久，但是在实践中还是未能消除。为了避免条约直接适用模式下文义解释的误导，应优化表述内容。第三，适用条约的案件中有关事项在条约中未规定时，应采用冲突法模式寻找准据法，而不能直接适用法院地法。这一规则在《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第18条中已经明确。但是这一会议纪要只是法院内部的审案指南，位阶较低，需要吸收至法律范畴。如后续《法律适用法》能对我国冲突规范进行统合，此时若在其中添加国际私法项下的条约适用条文或条款，具体表述可为：“对中华人民共和国生效的国际条约同中华人民共和国的民事法律的调整对象有重合的，直接适用条约。国际条约不能依据其适用条款直接适用的，根据本法之规定，作为缔约国法律的一部分而得到适用时，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。对中华人民共和国生效的国际条约对涉外民商事案件中的具体争议没有规定，或者案件的具体争议涉及保留事项的，依本法之规定确定应当适用的法律。”

五、结语

《对外关系法》第30、31条提出的总体要求，需要国际私法给予及时回应。作为宪法相关法和涉外法律法规体系的基础性法律，《对外关系法》第30、31条对国际私法项下的条约适用条款具有统摄作用。作为国际私法领域条约适用的统领性条款，原《民法通则》第142条第2款兼具国际条约直接适用模式下的授权条款、国际条约间接适用模式下的法际私法的双重功能，但因其表述的不完备而在实践中造成了条款援引和条约适用上的诸多问题。

国际民商事条约在我国的司法适用是推动涉外法治建设的关键环节，关乎着国家的履约形象，直接影响到涉外民商事争议的妥善解决。《对外关系法》的指导下，应

进一步强化司法环节的条约适用能力，以助力构建高水平开放的新发展格局。2024年1月1日施行的《解释》一定程度上对《对外关系法》的要求给予了国际私法回应，但其效力位阶不足、具体内容仍未揭示授权条款与法际私法的双重功能、表述上固有问题仍未修改，所以未来仍应以法律条文或条款的方式呈现优化后的国际私法项下的条约适用条款，作为对《对外关系法》所提要求的有力回应。

参考文献

- [1] 蔡从燕.《对外关系法》:六点评论[J].国际法研究,2024(2):41-51.
- [2] 潮见佳男,中田邦博,松风久和.《联合国国际货物销售合同公约》精解[M].韩世远,译.北京:人民法院出版社,2021.
- [3] 车丕照.《对外关系法》对我国涉外法治的统领[J].法学杂志,2024(1):128-140.
- [4] 陈治东,吴佳华.论《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用——兼评我国《民法通则》第142条[J].法学,2004(10):107-118.
- [5] 戴瑞君.国际条约在中国法律体系中的地位[M].北京:中国社会科学出版社,2020.
- [6] 韩永红,王振杰.对外关系法立法实践考察——基于中国与澳大利亚对外关系法的比较[J].国际法研究,2024(2):52-66.
- [7] 何其生.《对外关系法》中的国际条约规则评述——兼论国际条约在我国的适用方式[J].中国法律评论,2024(1):212-224.
- [8] 黄惠康.中国对外关系立法的里程碑——论中国首部《对外关系法》应运而生的时代背景、重大意义、系统集成和守正创新[J].武大国际法评论,2023(4):1-27.
- [9] 黄进.论《对外关系法》在中国涉外法治体系中的地位[J].国际法研究,2023(4):3-18.
- [10] 贾兵兵.国际公法:和平时期的解释与适用[M].北京:清华大学出版社,2022.
- [11] 李佳.《民法典》背景下《联合国国际货物销售合同公约》的司法适用研究[J].上海对外经贸大学学报,2023(3):76-87.
- [12] 李旺.论国际商事条约的适用——以国际商事条约与国际私法的关系为视角[J].法学家,2017(4):107-115+178.
- [13] 连俊雅.《联合国国际货物销售合同公约》在中国的司法适用困境及应对——以当事人协议选择中国法为视角[J].国际法研究,2023(1):129-144.
- [14] 刘仁山,张淋鑫.论中国对外关系法体系的构建[J].国际法研究,2024(2):20-40.
- [15] 刘仁山.论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法[J].法商研究,2016(3):131-142.
- [16] 刘瑛.论《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的适用[J].法律科学(西北政法大学学报),2019(3):191-201.
- [17] 马忠法.我国《对外关系法》的内容体系及其实施探讨[J].贵州省党校学报,2024(1):106-118.
- [18] 萨维尼.法学方法论[M].杨代雄,译,胡晓静,校.北京:中国民主法制出版社,2024.
- [19] 施勒希特里姆.《联合国国际货物销售合同公约》评译[M].李慧妮,译.北京:北京大学出版社,2006.
- [20] 苏晓宏.司法解释立法化问题研究[M].北京:法律出版社,2013.
- [21] 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[EB/OL]. (2010-12-09)[2024-05-28]. http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/cwh/1117/2010-12/09/content_1871212.htm.
- [22] 孙毅.国际条约的合宪性审查[J].中国法律评论,2024(2):100-113.
- [23] 孙瑜,王瑶.对外关系法视角下我国法院条约解释机制的完善[C]//《法律研究》集刊2024年第1卷——贸易强国制度构建研究文集.上海市法学会,2024:196-205.
- [24] 王玫黎.民法典时代国际条约地位的立法模式[J].现代法学,2021(1):199-209.
- [25] 肖永平.国际私法原理[M].北京:法律出版社,2007.

- [26] 徐锦堂.关于国际条约国内适用的几个问题[J].国际法研究,2014(3):69-79.
- [27] 许军珂.习近平外交思想与中国涉外法律体系构建——兼论《对外关系法》[J].外交评论(外交学院学报),2023(6):1-22+165-166.
- [28] 张乃根.论“一带一路”视域下《对外关系法》的调整对象[J].国际法研究,2023(4):19-38.
- [29] 张乃根.试析国内与国际视域下的条约解释协调规则[J].武大国际法评论,2024(2):1-22.
- [30] 赵骏.《对外关系法》与中国对外关系法治的新进展[J].武大国际法评论,2023(4):28-48.
- [31] Cai, C. Y., “International Law in Chinese Courts During the Rise of China”, *American Journal of International Law*, 2016, 110(2): 269-288.
- [32] Xue, H. Q., and Q. Jin, “International Treaties in the Chinese Domestic Legal System”, *Chinese Journal of International Law*, 2009, 8(2): 299-322.

【作者简介】陶逸濛：清华大学法学院国际法学硕士研究生。研究方向：国际私法。

Improvement of the Application of International Civil and Commercial Treaties: Response to Articles 30 and 31 of the Law on Foreign Relations of the People's Republic of China under Private International Law

TAO Yi-meng

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: The overarching requirements set forth in Articles 30 and 31 of the Law on Foreign Relations of the People's Republic of China urgently require a response from Private International Law. As a constitution-related law and the basic law of and foreign-related laws and regulations, the provisions of the Law on Foreign Relations have a unifying effect on the application rule of treaties under Private International Law. The clauses of the primacy of international treaties represented by Article 142(2) of the former General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China is in practice both an authorization clause under the mode of direct application of international treaties and a private inter-legal law under the mode of indirect application of international treaties, but many contradictions have arisen in judicial practice due to the problem of its expression. The provisions in Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of International Treaties and International Practices in the Trial of Foreign-Related Civil and Commercial Cases are just a kind of expedient, which does not adequately respond to the requirements of the Law on Foreign Relations. Provisions concerning the application of treaties under Private International Law should be optimized and presented in the future in the form of articles or provisions within the law.

Keywords: The Law on Foreign Relations of the People's Republic of China; private international law; international civil and commercial treaties; private inter-legal law

(责任编辑：马莹)