

2010年版

中国政法大学
国家司法



法 考试

[第六册]

辅导用书

国际法 国际私法 国际经济法 法理 宪法
法制史 司法制度和法律职业道德

杨帆 陈景辉 焦洪昌 张生 王进喜/编著

D9/87
:2010(6)
2010

2010年版

中国政法大学
国家司法



法考试

[第六册]

辅导用书

国际法 国际私法 国际经济法 法理 宪法
法制史 司法制度和法律职业道德

杨帆 陈景辉 焦洪昌 张生 王进喜/编著



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国政法大学国家司法考试辅导用书. 国际法、国际私法、国际经济法、法理、宪法、法制史、司法制度和法律职业道德/杨帆等编著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2010.3

ISBN 978-7-5620-3622-7

I. 中… II. 杨… III. 法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 030770 号

书 名 中国政法大学国家司法考试辅导用书·国际法、国际私法、国际经济法、法理、宪法、法制史、司法制度和法律职业道德

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 fada.sf@sohu.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908433(考试图书编辑部) 58908325 (发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×1092mm 1/16

印 张 25

字 数 595 千字

版 本 2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3622-7/D·3582

定 价 45.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。



前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行以来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资团队。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,承担着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《国家司法考试辅导用书》(共六册)和《国家司法考试重点法条解析》(上下册),作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法起到积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授
2010年3月



修订说明

(国际法 国际私法 国际经济法)

三国法(国际公法、国际私法和国际经济法)在司法考试中所占的分值比例不高,近几年分值始终维持在45分上下,且试题也不难,属于卷一中易得分的学科。不过,国际法的这三门学科司法考试考查的目的存在着明显的区别,掌握各学科考查的特点,是考生复习应试的关键。

国际公法是调整国际法主体之间(主要是国家之间)关系的有法律拘束力的原则、规则和制度的总称。国际公法的结构以主要的国际法主体,即国家为中心展开,包括调整国家内部关系和外部关系的两套法律制度。调整国家内部关系的法律制度围绕着国家四要素展开,具体包括国际法上的空间、国际法上的个人、主权以及主权限制等内容;调整国家外部关系的法律制度具体包括条约法、外交关系法、国际责任法律制度、解决国际争端的法律制度以及战争法等内容。国际公法在司法考试中整体上是处于配角位置,曾有3年停考(1997年~1999年),但2000年重新出现在卷一,分值为11分,2002年、2003年仍保持这一态势,2004年考查了14分,2005年考查了12分,2006年考查了14分,2007、2008和2009年各考查了12分。国际公法试题的显著特点是考点覆盖面广且非常灵活,命题多以案例形式出现,并常在同一题中涉及多个考点,复习应试的难度较大。此外,为了增加国际公法和普通司法从业人员的联系,近几年国际公法的试题明显增大了考查法条的比例。针对国际公法司法考试的上述特点,考生在复习国际公法时,首先应理解其基本理论知识,特别是国际公法的主体制度、国际责任、空间法、国际法上的个人、外交关系法以及条约法等命题者比较青睐的知识点;在理解的基础上整理并比较记忆这些知识点;最后通过一定量的试题训练来检查是否能灵活并准确应用这些知识点。至于国际公法所涉及的法条,因为数量有限,因此在讲义中我们已经尽量将其合并到各个基本理论知识中,考生也没有必要专门拿出时间来梳理法条,可以在如上三个复习阶段中一并比较理解记忆掌握。

国际私法是国际法体系的重要分支之一,是集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际民商事统一实体规范、国际民商事争议解决规范四大规范于一体的跨越国内法和国际法界限的法律部门。国际私法的结构较为复杂,它以调整涉外民商事法律关系为中心,将上述四大规范以及相应制度有机地联系起来。近几年,国际私法在司法考试中的分值一般都是在15分左右,如2002年考查14分,2003年考查12分,2004至2006年都持续维持在16分,2007、2008和2009年各考查了15分。尽管国际私法本身是一门内容多、理论多的学科,但司法考试对其的考查却是相对简单的,试题的显著特点是侧重于对基本概念和重点法条的考查,试题重复率高,考点主要集中在冲突规范和国际民商事争议解决规范这两大块。针对国际私法司法考试的上述特点,对于国际私法的复习可从以下两方面着手:第一,理解国际私法的基本概念,对于冲突规范、准据法、反致、识别、公共秩序保留、法律规避等基本概念要有一个较清楚的认识;第二,整理并记忆我国的冲突规范和涉外民商事争议解决规范。此外,由于国际私法是



考点重复率相对较高的部门法，考生在理解和整理记忆上述知识点的基础上应尽可能多做历年真题，一方面拾遗补漏，另一方面也可以检验并加深对相关知识点的理解。

国际经济法是调整国际经济关系的法律规范和法律制度的总称，是一个独立、综合性的新兴法律部门。构成国际经济法统一体系的分支部门主要有：国际货物贸易法、我国的外贸管制和 WTO 法律制度、国际知识产权法、国际投资法、国际金融法和国际税法。国际货物贸易法是国际经济法中最古老、最完备的法律制度，也是司法考试国际经济法部分传统的重要考点，本书中有关国际货物买卖合同、国际货物运输与保险、国际贸易支付均是国际货物贸易法的分支内容。此外，随着我国加入 WTO，外贸管制和 WTO 法律制度的重要性凸显，涉及这部分的试题近年有逐年增多的趋势。但是，由于 WTO 协议在中国司法实践中具有不可直接适用的特点，因此自 2007 年开始，WTO 法律制度部分的应试内容和试题量不断减少，外贸管制部分的试题量则相应地增加。国际经济法在三个国际法学科中所占分值最高，在总分为 400 分时，其分值从未低于 14 分；自 2004 年总分改为 600 分后，2004 年国际经济法部分的分值为 22 分，2005 年至 2007 年一直维持在 16 分，2008 和 2009 年分值有所增加，为 17 分。国际经济法试题的显著特点是重点相对集中，但试题灵活复杂、难度极高，是三个国际法学科中最容易丢分的部分。不过，也因为知识点难度大，因此其特别侧重于对基础知识的考查，很少出现偏题。针对国际经济法司法考试的上述特点，考生在复习时，首先，应抓住贸易术语、国际货物运输中的提单、国际贸易支付方式、中国对外贸易管理中的反倾销、反补贴、保障措施等基础知识点，深入理解相关内容。其次，在理解的基础上需要对知识点进行系统的整理记忆。最后，在应试前进行一定量的试题训练，一方面拾遗补漏，另一方面强化对知识点的理解记忆，提高应试的准确度。

杨 帆



目 录

国际法

修订说明 (国际法 国际私法 国际经济法)	(1)
第一章 导论	(1)
第二章 国际法主体	(10)
第三章 国际法上的空间划分	(24)
第四章 国际法上的个人	(41)
第五章 外交关系法和领事关系法	(49)
第六章 国际争端的解决方式	(56)
第七章 战争和武装冲突法	(63)

国际私法

第一章 国际私法概述	(71)
第二章 国际私法的主体	(73)
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	(79)
第四章 适用冲突规范的制度	(84)
第五章 国际民商事法律适用	(89)
第六章 国际民商事争议的解决	(98)
第七章 区际法律问题	(109)

国际经济法

第一章 国际经济法导论	(119)
第二章 国际货物买卖法律制度	(120)
第三章 国际货物运输与保险法律制度	(131)
第四章 国际贸易支付法律制度	(144)
第五章 我国对外贸易管理和 WTO 法律制度	(150)
第六章 国际经济法其他领域的法律制度	(165)

社会主义法治 理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	(184)
第二章 社会主义法治理念的基本内涵	(187)
第三章 社会主义法治理念的基本要求	(189)



法理学

第一章 法的本体	(190)
第二章 法的运行	(204)
第三章 法的演进	(211)
第四章 法与社会	(217)

宪法

第一章 宪法的基本理论	(223)
第二章 国家的基本制度(上)	(242)
第三章 国家的基本制度(下)	(247)
第四章 公民的基本权利和义务	(258)
第五章 国家机构	(269)
第六章 宪法的实施及其保障	(289)

法制史

上编 中国法制史	(297)
第一章 西周至秦汉、魏晋时期的法制	(298)
第二章 唐宋至明清时期的法制	(308)
第三章 清末和民国时期的法律	(319)
下编 外国法制史	(326)
第一章 罗马法	(326)
第二章 英美法系	(333)
第三章 大陆法系	(338)

司法制度和法律 职业道德

第一章 司法制度和法律职业道德概述	(344)
第二章 审判制度与法官职业道德	(348)
第三章 检察制度与检察官职业道德	(352)
第四章 律师制度概述	(354)
第五章 公证制度	(358)
第六章 法官职业道德	(368)
第七章 检察官职业道德	(372)
第八章 律师职业道德	(373)
第九章 公证员职业道德和职业责任	(388)



国际法

第一章 导 论

第一节 国际法的概念

 **大纲提示** 国际法的概念和特征。

 **考点精解**

一、国际法的定义

一般认为,国际法是在国家间交往中形成的,调整国际法主体之间权利和义务关系的,以国际习惯和国际条约为其表现形式的,具有法律拘束力的原则和规范的总称。

二、国际法的特征

国际法是法律,因而具有规范性、强制性等一切法律所具有的共性。作为一个特殊的法律体系,国际法又有别于国内法,表现出如下特征:

1. 主体特殊。国际法的主体主要是国家。此外,在某种范围和条件下,政府间国际组织和某些特定的政治实体,也可作为国际法的主体。

2. 立法方式特殊。国际法是各国在平等的基础上通过协议的方式共同制定的。

3. 强制力的依据特殊。国际法主要是国家之间的法律,而不是国家之上的法律,也不是国家之内的法律。

4. 强制的方式特殊。国际法的强制力是依靠国家本身的单独或集体行动来实现的。

第二节 国际法的渊源

 **大纲提示** 国际法的渊源;条约成立的实质要件,条约保留,条约的适用,条约对第三国的效力,条约的解释和修订;国际习惯。

 **考点精解**

国际法的渊源是指国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的方式。国际法的渊源包括国际条约、国际习惯和一般法律原则;而其他各项是确立法律原则时的辅助资料,主要包括司法判例、各国国际法权威学者的学说和国际组织的决议。

一、国际条约

国际条约部分重点列表:

条约的定义和特征 (国际法主体、以国际法为准、法律效力、主要为书面形式)

条约成立实质要件 { 缔约能力 (国际法主体) 和 缔约权 (国内法、全权证书)
自由缔结 (排除错误、诈欺、贿赂和强迫)
符合国际强行法

条约缔结程序 { 一般程序: 谈判、签署、批准、交换批准书
多边条约的加入

条约的保留: 不得保留的情形、保留的接受和效力

条约的效力 { 对缔约国的效力: 条约必守原则
对第三国的效力

条约的适用 { 条约冲突的解决
条约的解释: 一般规则、两种以上文字文本的解释
条约的修订: 多边条约的修正和修改

条约的终止和暂停施行: 原因、程序、后果



国际条约是现代国际法最主要的法律渊源，是当代国际法规则的主要表现形式。从渊源角度看，国际条约可以分为“契约性条约”和“造法性条约”。前者一般是双边或少数国家参加的，旨在规定缔约国之间的特定事项的权利义务的条约，如贸易交通等事项的条约。后者由多国参加，目的和内容是确立或修改某些国际法原则、规则或制度。从确立国际社会一般法律规则的角度看，“造法性条约”无疑具有更重要和普遍的意义。

（一）条约的定义和特征

根据1969年《维也纳条约法公约》，条约是指“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关文书内，亦不论其特定名称为何”。根据上述定义，条约具有如下特征：①条约是国际法主体之间缔结的；②条约必须以国际法为准；③条约必须具有法律拘束力；④条约的形式主要是书面的。虽然《维也纳条约法公约》将适用于该公约的条约定义为书面形式，但其并不排除其他形式条约的存在和有效性。实践中，口头条约在历史上和现代都有，并不因其非书面形式而影响其法律效力。

国际法中，条约的名称并没有统一的用法，国际实践中，常用条约的名称包括：公约、协定、议定书、宪章、盟约、规约、宣言、声明、公报、换文、备忘录等。

（二）条约成立的实质要件

条约有效成立必须具备三个实质要件：缔约主体具有缔约能力和缔约权、自由同意和符合国际强行法。

1. 缔约能力和缔约权。缔约能力或称为缔约资格，是指国家和其他国际法主体拥有的合法缔结条约的能力。一般非国际法主体没有普遍的合法缔结条约的资格。主权国家拥有完整、全面的缔约能力。国家内部的行政单位、地方政府一般不能与外国缔结条约，除非得到国家的授权。

缔约权是指拥有缔约能力的主体，根据其内部的规则赋予某个机关或个人对外缔结条约的权限。对于国家来说就是指，国家国内法规定哪些个人和机构有权代表国家对外缔结条约，及在对外缔约方面的权限。关于缔约权，《中华人民共和国缔结条约程序法》第3条规定：“中华人民共和国国务院，即中央人民政府，同外国缔结条约和协定。中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。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重要协定。中华人民共和国外交部在国务院领导下管理同外国缔结条约和协定的具体事务。”

全权证书是一国主管当局所颁发，指派一人或数人代表该国谈判、议定或认证条约约文，表示该国完全同意受条约拘束，或完成与条约有关的任何其他行为的文件。全权证书是书面的，并说明代表的权限，一般在谈判开始时交由对方或缔约方议定的专门机构互验、互换或审查。国家元首、政府首脑和外交部长谈判缔约，或使馆馆长议定派遣国和接受国之间的条约约文，或国家向国际会议或国际组织或其机关之一派遣的代表，议定在该会议、组织或机关中的一个条约约文，由于他们所任职务，无须出具全权证书，仍被认为代表其国家。

关于全权证书的签署，《中华人民共和国缔结条约程序法》第6条规定：“谈判和签署条约、协定的代表按照下列程序委派：①以中华人民共和国名义或者中华人民共和国政府名义缔结条约、协定，由外交部或者国务院有关部门报请国务院委派代表。代表的全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署。②以中华人民共和国政府部门名义缔结协定，由部门首长委派代表。代表的授权证书由部门首长签署。部门首长签署以本部门名义缔结的协定，各方约定出具全权证书的，全权证书由国务院总理签署，也



可以由外交部长签署。”

2. 自由同意。缔约国自由地表示同意构成条约有效的基本条件之一。根据《维也纳条约法公约》，以下情况下所表示的同意都不能被认为是自由同意：

(1) 错误。这里所指的条约中的错误，不是指条约的文字错误，而是指与缔约时假定存在并构成一国受条约拘束的必要根据的事实或情势有关的错误。在这种情况下，该国可援引错误主张其接受条约拘束的同意不是真正的同意，因而所缔结的条约无效。但是如果错误是由有关国家本身的行为所造成，或在缔约时知晓或应当知晓该错误，则不能援引该错误主张条约无效。

(2) 诈欺和贿赂。在谈判条约时，一方对另一方进行诈欺或对谈判代表进行贿赂，从而违反缔约国的自由同意，受诈欺或代表受贿赂的国家可以主张所缔结的条约无效。

(3) 强迫。强迫包括对一国谈判代表的强迫和对国家的强迫。前者指通过行为或威胁对一国代表实施强迫而获得的其同意受条约拘束的表示。后者指违反《联合国宪章》的原则以武力或威胁对一国施行强迫而获得的条约缔结。以强迫而缔结的条约自始无效。

3. 符合强行法规则。强行法是为了整个国际社会的利益而存在的，是国际社会全体公认为不能违背、并且以后只能以同等性质的规则才能变更的规则，它不能以个别国家间的条约排除适用。

根据《维也纳条约法公约》的规定，条约必须符合国际法强行规则。但需要注意的是，条约在缔结时与一般国际法强行规则相抵触者自始无效；条约缔结后如遇新的强行规则产生时，与该规则相抵触者失效并终止。

(三) 条约的缔结

1. 条约缔结的一般程序。一般来说，条约的缔结有谈判、签署、批准和交换或交存批准书四个阶段。

(1) 谈判。谈判是缔约各方为了确立相互之间权利与义务关系及就其他有关事项达

成协议而进行的交涉过程。根据国际实践，除重要的条约由国家元首或政府首脑亲自参加谈判外，一般条约由国家授权的全权代表进行谈判。谈判代表一般需持有国家授权的“全权证书”。

(2) 签署。签署是缔约国认证条约约文或表示接受条约拘束的行为。签署的法律意义通常有以下几种：认证条约约文；表示国家初步同意，在经批准后接受条约约束；表示同意受条约的拘束。其中表示受条约的约束或者是因条约规定，或者是由于谈判国协议，或者是因为全权证书中有明确表示，肯定了签署的约束力。在任何情况下，草签及未经确认的暂签均不能导致条约生效。所谓草签是指谈判代表将其姓名的第一个字母签在约文下面，表示认证条约约文。而暂签则是待确认的签署，在本国确认以前也仅有认证效力，只有在本国确认后，才产生正式签署的效果。

(3) 批准。批准是缔约国的国家元首或其他有权机关对其全权代表所签署条约的确认，表示缔约国同意接受条约约束的一种方式。根据《维也纳条约法公约》第14条规定，下列情况下一国须以批准表示接受条约的约束：条约有这种规定；谈判国另经议定条约需要批准；该国代表已对条约作须经批准的签署；该方代表的全权证书或在谈判时有这样的意思表示。

关于条约的批准，《中华人民共和国缔结条约程序法》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。前款规定的条约和重要协定是指：①友好合作条约、和平条约等政治性条约；②有关领土和划定边界的条约、协定；③有关司法协助、引渡的条约、协定；④同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；⑤缔约各方议定须经批准的条约、协定；⑥其他须经批准的条约、协定。”

除批准外，一国还可以采用接受、赞同等方式表示同意受条约约束。接受或赞同是



代替批准的一种简略方式，它与批准具有同样的法律效果。

(4) 交换批准书。交换批准书是缔结条约的双方互相交换各自国家有权机关批准条约的证明文件，使该条约产生法律效力的行为。至于多边条约，因签字国众多，通常将批准书交给一个签署国政府或交给条约指定的国际组织保管。条约的保管机关接到批准文件后，应通知其他缔约国。

2. 多边条约的加入。加入是指未在多边条约上签字的国家成为缔约国受条约约束的一种正式法律行为。双边条约一般不存在加入的问题，加入一般适用于开放性的多边条约，尤其是造法性的国际公约。根据《维也纳条约法公约》第15条规定，以加入方式表示同意受条约拘束的有三种情况：条约规定一国得用加入方式表示这种同意；另经议定条约的国家协议，有的国家可以加入；全体当事国嗣后同意该国加入。

(四) 条约的保留

条约的保留是指国家或国际组织在签署、批准、接受、核准或加入条约时所作的单方面声明，不论措辞或名称为何，其目的在于摒弃或更除条约中若干规定对该国或国际组织适用时的法律效果。一般而言，双边条约不存在保留的问题。

1. 保留的范围。根据《维也纳条约法公约》，有下列情形之一者，不得提出保留：该项保留为条约所禁止；条约仅准特定的保留而有关保留不在其内；该项保留与条约的目的及宗旨不符。

2. 保留的接受和效力。对于一项保留是否需要其他缔约国予以接受这个问题，《维也纳条约法公约》规定如下：

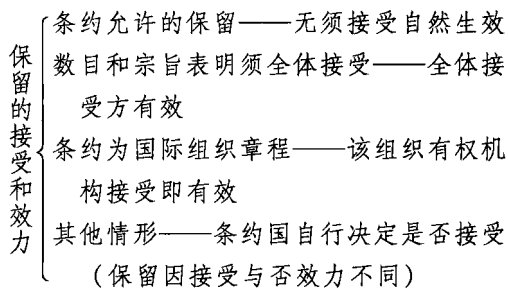
(1) 条约明文允许保留的，一般不需要其他缔约国事后予以接受。

(2) 如果从谈判国有限数目以及条约的目的和宗旨，可见该条约在全体当事国的全部适用是每一当事国同意受该条约拘束的必要条件时，保留须经全体当事国接受。

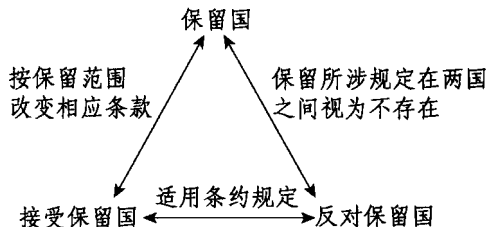
(3) 条约若是一个国际组织的组织约章，保留一般须经该组织的有权机关接受。

(4) 不属于上述情况的，由缔约国自行决定是否接受该项保留。保留经另一缔约国接受时，在保留国与接受保留国之间，按保留的范围，改变该保留所涉及的一些条约规定；保留经另一缔约国反对时，在保留国和反对国之间，若反对国并不反对该条约在保留国与反对保留国之间生效，则保留所涉及的规定，在保留范围内，不适用于该两国之间；在未提出保留的国家之间，则仍然适用原来条约的规定。

条约保留的接受和效力示意图：



保留因接受与否效力不同图示：



(五) 条约的效力

1. 对缔约国的效力。条约的效力主要是指条约对缔约国的效力。其基本内容体现在“条约必须遵守”这一原则之中。然而，条约必须遵守也不是绝对的。缔约国遵守的条约是合法有效的条约，对于非法的、不平等的条约，缔约国则无义务履行。另外，情势变迁原则也构成条约必须遵守原则的限制，条约缔结后，如情势发生根本性变化，条约的履行无法进行或显失公平，则缔约国有权不履行条约。《维也纳条约法公约》就在一定条件下承认了情势变迁原则。

2. 对第三国的效力。某个条约的第三国是指不是这个条约当事国的国家。根据《维



也纳条约法公约》规定,条约未经第三国同意对第三国既不创设义务,亦不创设权利。

(1) 如果一个条约有意为第三国创设一项义务,必须经第三国以书面形式明示接受,才能对第三国产生效力。国际实践中,曾有个别特殊条约为第三国创设了义务,例如:《联合国宪章》规定,在维持国际和平及安全的必要范围内,非联合国的会员有遵守宪章相关原则的义务。

(2) 当一个条约有意为第三国创设一项权利时,原则上仍应得到第三国的同意。但是,如果第三国没有相反表示,应推断其同意接受这项权利,不必以书面形式明示接受。

(3) 条约使第三国担负义务时,该项义务一般必须经条约各当事国与该第三国的同意方得取消或变更。条约使第三国享有权利时,如果经确定原意为非经该第三国同意不得取消或变更该项权利,当事国不得随意取消或变更。

条约对第三国的效力图示:

设定义务:书面明示接受才有效
设定权利:不反对即有效
权利义务取消:原则上须经第三国同意

(六) 条约的适用

1. 条约的冲突。条约的冲突是指一国就同一事项先后参加的两个或几个条约的规定相互冲突。解决条约的冲突一般采取以下几种方法:

(1) 如果一项条约本身有关于冲突解决的有效规定,则适用该规定解决条约冲突问题。例如,根据《联合国宪章》,如果联合国会员国间所订立的条约与《联合国宪章》相冲突,无论其在《联合国宪章》之前或之后,《联合国宪章》的义务应优先。

(2) 如果条约本身没有关于冲突解决的有效规定,但先后就同一事项签订的两个条约的当事国完全相同,适用后约取代先约的原则。

(3) 如果先后就同一事项签订的两个条约的当事国部分相同,部分不同,在同为先

后两条约的当事国之间,适用后约优于先约的原则;而在同为两条约的当事国与仅为其中一条约的当事国之间,适用两国均为当事国的条约。

条约冲突解决图示:

条约本身规定(如《联合国宪章》)
条约无有 { 当事国完全相同:后约取代先约
 { 当事国不完全相同:个案处理
效规定

2. 条约的解释。条约的解释是指条约解释主体按一定的原则和方法,对条约具体规定的正确意义所作的说明。其目的就在于弄清条约的真实含义,促使缔约国正确合理地适用条约。《维也纳条约法公约》规定了条约解释应遵循的主要方法和规则。

(1) 条约解释的一般规则:①根据通常含义和上下文。条约的上下文除约文外,还包括条约全体当事国之间就该条约的缔结所订立的与该条约有关的任何协定,或个别缔约国间缔结或作出的并经其他当事国接受的与该条约有关的任何文书。与条约上下文一并考虑的因素还有该条约当事国之间嗣后订立的关于该条约的解释或其规定的适用的任何规定;确证该条约各当事国对条约的解释意见一致的在该条约适用上的任何嗣后惯例;适用于该条约各当事国之间的关系的任何有关国际法规则。②符合条约的目的和宗旨。解释条约要选择最符合其目的和宗旨的意义,而不能相反。③善意解释。指条约的解释应以诚实信用履行条约出发点进行,解释不能使得一方不公正或不公平地优于另一方,也不能试图阻挠或破坏条约的履行。

(2) 条约解释的辅助规则:①条约解释的补充资料。如果以上述规则解释条约,意义仍不明确或难以解释,或所得结果显属荒谬或不合理时,可以使用解释条约的补充资料,包括条约的准备工作及缔约的情况在内,如谈判记录、历次草案、讨论纪要等。但这些材料仅仅是作为上述解释方法的辅助和补充,本身不具有决定性。②两种以上文字的条约的解释。经两种以上文字认证作准的条



约,除条约中规定或当事国协议当遇到意义分歧时应以某种约文为根据外,每种文字的约文应同样作准。作准文本以外的条约译本,不能作为作准文本,仅可以在解释条约时作为参考。在几个作准约文中发现意义有分歧,应适用以上一般规则进行解释。

条约的解释图示:

- 一般规则:上下文和通常含义、目的和宗旨、善意解释
- 两种以上文字文本的解释:以作准文本解释,有分歧适用一般规则

3. 条约的修订。条约的修订是指条约在缔结之后,缔约国在条约有效期内改变条约规定的行为。因为双边条约的修订在程序上与缔结条约的程序相同,因此条约的修订主要涉及多边条约。多边条约的修订可分为两种:修正和修改。修正是指多边条约的全体缔约方通过协议,对条约的部分内容进行的更改;修改是指多边条约的部分缔约方在彼此间对多边条约的更改。

(1) 多边条约的修正。根据《维也纳条约法公约》,条约的修正应按照各自条约本身规定的程序进行。条约修正后,凡有权成为条约当事国的国家,也应有权成为修正后的该条约的当事国。修正条约的协定对于是条约当事国而非该协定当事国的国家无拘束力;对于修正条约的协定生效后成为条约当事国的国家,如果该国没有相反表示,应视为修正后条约的当事国;在该国与不受修正条约拘束的当事国之间,适用未修正的条约。

(2) 多边条约的修改。修改多边条约,必须依据条约中的相应规定,不妨碍条约宗旨和目的的实现,也不得影响其他缔约国享有条约上的权利或履行条约上的义务,修改完毕后,应将修改的内容通知其他缔约方。

(七) 条约的终止与暂停施行

条约的终止是指一个有效的条约由于条约法规定的原因的出现,不再继续对当事方具有拘束力。条约的暂停实施是指由于法定原因的出现,一个有效条约所规定的权利和义务在一

定时期内暂时对于当事方不具有拘束力。

1. 条约终止与暂停施行的原因:

(1) 条约本身规定。实践中条约本身规定引起条约终止的情况主要包括:条约期满并且未延期;条约规定的解除条件成就。

(2) 缔约方在缔约后共同同意。

(3) 单方解约或退约。除条约明文规定允许一方解约或退约外,一般不经其他缔约国的同意,一国不得单方面终止或退出条约。

(4) 条约履行完毕或履行不能。

(5) 条约当事方丧失国际人格。

(6) 断绝外交或领事关系。

(7) 战争。

(8) 一方违约。根据《维也纳条约法公约》,因一方违约,缔约他方有权终止或暂停施行该条约,但条约当事国一方的违约必须是重大的违约。一方并不严重的违约不能导致另一方的废约。

(9) 情势变迁。情势变迁是指条约缔结后,出现了在缔结条约时不能预见的根本性变化的情况,则缔约国可以终止或退出该条约。为了防止滥用情势变迁原则,《维也纳条约法公约》对情势变迁原则的适用规定了严格的限制条件:①缔约时的情势必须发生了不可预见的根本性变化;②缔约时的情势构成当事国同意受条约拘束的必要根据;③情势变迁的效果将根本改变依条约尚待履行的义务范围;④确定边界的条约不适用情势变迁原则;⑤如果情势的改变是由于一个缔约国违反条约义务或其他国际义务造成的,这个国家就不能援引情势变迁终止或废除有关条约。

2. 条约终止和暂停施行的程序:《维也纳条约法公约》规定,条约当事方之一在终止、退出或暂停施行条约时,必须将其主张书面通知该条约的其他当事方,通知中应说明拟对条约采取的措施及理由;如果其他当事方在接到通知满3个月后未提出反对,作出通知的当事国就可以实行其所拟采取的措施。如果其他当事国提出反对,则该条约各



当事国应通过和平解决争端的方法予以解决。

如果在提出反对之日以后 12 个月内不能依上述方法解决,任何一方可提请国际法院解决,或双方提交仲裁,或请求联合国秘书长开始强制和解程序。但对于《维也纳条约法公约》的此项规定,特别是争端解决方法的规定,包括中国在内的一些国家作出了保留。

3. 条约终止和暂停施行的后果:如果条约中含有关于条约终止的后果的规定则按照条约本身的规定执行。在条约并无规定且条约当事国也没有约定条约终止或暂停施行的后果的情况下,一般根据以下规则进行:①解除各当事国继续履行条约的义务;②不影响各当事国在该条约的终止前由于实施该条约所产生的任何权利、义务或法律情况;③在暂停施行期间,各当事国应避免足以阻挠条约恢复施行的行为。

二、国际习惯

国际习惯是指在国际交往中由各国前后一致地不断重复所形成、并被广泛接受为有法律拘束力的行为规则或制度。国际习惯是不成文的,它是国际法最古老、最原始的渊源。

国际习惯的构成要素有两个:一是物质要素或客观要素,即存在各国反复一致地从事某种行为的实践;二是心理要素或主观要素,它要求上述的重复一致的行为模式被各国认为具有法律拘束力,即存在所谓法律确信。

由于无论是习惯构成的物质要素或心理要素,都是在国际实践中表现出来的,因此证明一项国际习惯的存在,必须从国际法主体的实践中寻找证据。这里应特别注意以下三个方面的实践:①国家间的各种文书和外交实践;②国际组织和机构的各种文件,包括决议、判决等;③国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

三、一般法律原则

一般法律原则是指各国法律体系中所共有的一些原则,如善意、禁止反言等。一般法律原则的作用是填补法院审理案件时可能出现的由于没有相关的条约和习惯可以适用

而产生的法律空白。它在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用。

四、确立国际法原则的辅助方法

按照《国际法院规约》第 38 条,司法判例、各国国际法权威学者的学说和国际组织的决议被列为确立法律原则的辅助资料。也就是说,它们本身不是国际法的渊源,而是在辨认证明国际法原则时的辅助资料。

第三节 国际法与国内法的关系

 **大纲提示** 国际法在我国国内的适用实践。

 **考点精解**

一、国际法与国内法关系的实践

截至目前,国际法尚没有关于国内法与国际法关系的具体、统一、完整的规则。这个问题的国际实践可以从国际和国内两个层面来看。

(一) 在国际层面

在国际层面,一国的国内立法不能改变国际法的原则、规则;任何国家不得以其国内法的规定来对抗其承担的国际义务,或以国内法规定作为违背国际义务的理由来逃避其国际责任。同时,国际法一般也不具体干预一国如何在其国内履行其国际义务,不干预一国国内法的制定,除非该国已承担了相关的特殊义务。

(二) 在国内层面

在国内层面,国际法与国内法关系的核心问题是国际法在国内法律秩序中的地位问题,包括国际法规则在国内外法律框架中的适用以及国际法规则与国内法冲突时的解决。从各国实践中可以概括出以下主要内容:

1. 除了牵扯到由国内层面问题产生的因违背国际法义务而承担国家责任的情况以外,国际法并没有在国内层面问题上加以具体要求。因此,原则上如何处理这个问题是一国国内法的事项。

2. 国际法包括成文的条约,也包括不成文



的国际习惯。各国对于国际法的两种不同的渊源形式在国内法中的地位,处理也不尽相同。

3. 条约一般只对缔约国具有拘束力,并且有不同的种类和内容,因而各国对于条约在国内适用的实践复杂多样。对条约的国内适用有两种方式:转化和采纳。所谓“转化”,是指采取这种方式的国家,要求所有条约内容都必须逐个经过相应的国内立法程序转化成为国内法,才能在国内适用;所谓“采纳”又称“并入”,是指国家在原则上认为该国缔结的所有条约都可以在其国内具有国内法的地位。采用“并入”方式的国家,一般是在其宪法中作出这种概括规定。在国际实践中,各国一般都兼采两种方式,而且从结果上看,都保留了适当选择权、解释权和适用弹性。

4. 关于国际法与国内法冲突的解决,也包括习惯和条约两个方面。各国做法也不一致。大体有以下一些做法:①推定为不冲突;②修改国内法;③优先适用国际法;④优先适用国内法;⑤以后法优于先法原则处理。

二、国际法在我国国内的适用实践

(一) 国际条约在国内的适用

对于国际条约在国内的适用和地位,目前我国宪法没有作出统一明确的规定。从一些涉及条约适用的国内立法看,条约的直接适用、条约与相关国内法并行适用、条约须经国内立法转化才能适用几种情况都存在。

1. 在民商事范围内,中国缔结或参加的条约可以直接优先适用。其法律依据主要是《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第142条第2款的规定:“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同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。”《民事诉讼法》第238条也有类似的规定。

2. WTO 协议规则在中国必须经国内法“转化”方能适用。其法律依据是最高人民法院2002年8月27日发布的《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》,该司法解释明确排除了WTO协议文件在中国法院的直接适用性。此外,2002年11月21日公布的《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》也明确了WTO协议在中国是经“转化”后实施的。

3. 其他类型的条约在中国的地位和适用问题,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况进行具体考查才能得出恰当的结论。

条约在中国适用实践图示:

条约	{	民商事领域的条约直接并优先适用
在中		WTO 协议须经国内法转化才能适用
国的		其他条约如何适用尚无定论
适用		

(二) 国际习惯在国内的适用

对于国际习惯在国内的适用和地位,我国宪法仍然没有作出统一明确的规定。有关规定只出现在《民法通则》中。《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。”第150条规定:“依照本章规定适用外国法律或国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”从上述两条规定看,民事范围的国际习惯和惯例在国内适用时没有作区分,它们的适用次序排在国内法和条约之后,作为对国内法和条约的一种补充。

第四节 国际法基本原则

 **大纲提示** 国际法的基本原则。

 **考点精解**

国际法基本原则是指被各国公认的、具有普遍意义的、适用于国际法一切效力范围内的、构成国际法基础和核心并具有强行法性质的国际法原则。

一、国际法基本原则的特征

1. 各国公认,即得到国际社会普遍接受。



2. 具有普遍意义, 即其适用范围是国际法律关系的所有领域。

3. 构成国际法基础。

4. 具有强行法的性质。

二、国际法基本原则的主要内容

(一) 国家主权平等原则

1. 国家主权。国家主权是国家的根本属性, 是国家在国际法上所固有的独立处理对内对外事务的权力。主权是国家所固有的, 并非由国际法所赋予的。主权不可分割, 不可让与。国际法中的国家主权原则只是对这一权利予以确认和保护。主权作为国家的固有权利, 表现为三个方面: 对内的最高权、对外的独立权和防止侵略的自卫权。

2. 国家主权平等原则的含义。国家主权平等原则要求各国在其相互关系中要尊重对方的主权, 尊重对方的国际人格, 不得有任何形式的侵犯。现代国际法确认上述内容为整个国际关系的基础和现代国际法的基础。国家之间相互尊重领土完整是尊重国家主权的最主要内容。在国际法上, 领土完整表明了领土整体性和统一性的内在特征, 指国家领土不能被分裂、肢解和侵占的属性。领土完整是构成国家主权的重要部分, 是鉴别国家是否真正享有独立和主权的重要标准。

(二) 不干涉内政原则

1. 内政。内政就实质而言是国家在其管辖的领土上行使最高权力的表现。也就是说, 凡是国家在宪法和法律中规定的事项, 即本质上属于国家主权管辖的事项都是国家内政。“内政”不是一个单纯的地域上的概念, 一个国家在本国境内的某些行为, 也可能是违反国际法的, 别国对此违法行为的干预并不构成对内政的干涉。比如一国在本国境内扣留外国外交代表做人质就不属内政的范围。再如某国在国内实施种族隔离, 也不是内政, 因为这是被整个国际社会所禁止的犯罪行为。判断某一事项是否属于内政, 要看其是否本质上属于国内管辖的事项及该事项中的行为是否违背已经确立的国际法原则和规则。

2. 不干涉内政原则的含义。依此原则, 任何国家或国家集团都无权以任何理由直接或间接地对别国进行干涉, 不得以任何借口干涉他国的内政与外交事务, 不得以任何手段强迫他国接受别国的意志、社会政治制度和意识形态。

(三) 不使用威胁或武力原则

不得使用威胁或武力原则指各国在其国际关系上不得以武力或武力威胁, 侵害任何国家的政治独立和领土完整; 不得以任何与联合国宪章或其他国际法原则所不符的方式使用武力。

1. 不得使用武力原则首先禁止侵略行为。1974 年联大通过的《关于侵略定义的决议》中, 非穷尽地列举了 7 项侵略行为, 包括: ①武装部队侵入或攻击他国领土; 由侵入或攻击造成的军事占领, 使用武力吞并别国的任何领土; ②以另一国的领土为对象使用任何武器; ③封锁另一国的港口或海岸; ④武装部队攻击他国的陆海空军、商船或民航机; ⑤一国违反协定使用在别国驻扎的军队或违约延期驻扎; ⑥提供领土由他国使用进行侵略行为; ⑦以国家名义派遣武装团体、非正规军或雇佣军等。该定义同时规定一国违反《联合国宪章》首先使用武力, 即构成侵略行为的明显证据。但联合国安理会可以根据情节及后果确定是否构成了侵略行为。该定义还规定, 侵略战争是破坏国际和平的罪行, 不得以任何理由为侵略行为辩护, 侵略行为引起国家责任。虽然联大决议本身一般没有拘束力, 该定义本身也存在一些缺陷, 但它对于相关国际法规则的形成、确认或判定具有重要的证据意义, 因而对于各国的行为产生相当大的影响。

2. 不得使用威胁和武力不仅包括禁止非法进行武装攻击, 还包括禁止从事武力威胁和进行侵略战争的宣传。同时, 不得使用威胁或武力原则并不是禁止一切武力的使用, 凡是符合《联合国宪章》和国际法规则的武力使用是被允许的, 包括国家对侵略行为进