

法律版
FALUBAN



司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

2008全新版

国际法 · 国际私法 · 国际经济法

法律考试中心/组编

杜新丽 朱子勤/著



司法考试名师讲义

国际法·国际私法·国际经济法

(2008 全新版)

法律考试中心 组编

杜新丽 朱子勤 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法·国际私法·国际经济法/杜新丽,朱子勤著.
北京:法律出版社,2007.12
(司法考试名师讲义)
ISBN 978-7-5036-7995-7

I. 国… II. ①杜…②朱… III. ①国际法—法律
工作者—资格考核—自学参考资料②国际私法—法律
工作者—资格考核—自学参考资料③国际经济法—
法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 187270 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23 字数/462 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7995-7

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读。简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

四、实例演练。每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

国 际 法

导读:复习方法与应试技巧	(1)
第一讲 导论	(2)
一、国际法的概念	(3)
二、国际法的渊源与编纂	(4)
三、国际法与国内法的关系	(6)
四、国际法的基本原则	(10)
第二讲 国际法主体	(13)
一、国际法主体概述	(15)
二、国家	(16)
三、国际组织	(22)
第三讲 国际法律责任	(30)
一、国际责任的构成	(31)
二、国际责任的形式	(34)
三、国际责任制度的新发展	(34)
第四讲 国际法上的空间划分	(37)
一、领土	(38)
二、海洋法	(42)
三、国际航空法	(50)
四、外层空间法	(52)
五、国际环境保护法	(55)
第五讲 国际法上的个人	(58)
一、国籍	(59)
二、外国人的法律地位	(61)
三、引渡和庇护	(64)
四、国际人权法	(67)
第六讲 外交关系法与领事关系法	(68)

一、外交关系法	(69)
二、领事关系法	(74)
第七讲 条约法	(79)
一、概述	(80)
二、条约成立的实质要件	(80)
三、条约的缔结	(82)
四、条约的效力	(86)
五、条约的解释和修订	(89)
六、条约的终止和暂停施行	(91)
第八讲 国际争端的和平解决	(93)
一、国际争端与解决方法	(94)
二、政治方法和国际组织解决国际争端	(95)
三、国际争端的法律解决方法	(98)
第九讲 战争与武装冲突法	(103)
一、战争与战争法	(104)
二、战争状态与战时中立	(104)
三、对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护	(107)
四、战争犯罪	(110)

国际私法

导读:复习方法与应试技巧	(112)
第一讲 国际私法概述	(113)
一、国际私法的概念	(115)
二、国际私法的范围	(117)
三、国际私法的渊源	(118)
第二讲 国际私法的主体	(121)
一、自然人	(123)
二、法人	(125)
三、国家	(127)
四、国际组织	(128)
五、外国人的民商事法律地位	(129)
第三讲 法律冲突、冲突规范和准据法	(130)
一、法律冲突	(132)
二、冲突规范	(133)
三、准据法	(139)

第四讲 适用冲突规范的制度	(144)
一、识别	(146)
二、反致	(148)
三、外国法的查明和解释	(152)
四、公共秩序保留	(154)
五、法律规避	(156)
第五讲 国际民商事法律适用	(158)
一、权利能力和行为能力	(160)
二、物权	(162)
三、债权	(164)
四、商事关系	(169)
五、家庭	(172)
六、继承	(178)
第六讲 国际民商事争议的解决	(181)
一、国际民商事争议概述	(183)
二、协商和调解	(183)
三、国际商事仲裁	(184)
四、国际民事诉讼	(193)
第七讲 区际法律问题	(205)
一、区际法律冲突与区际冲突法	(206)
二、区际司法协助	(206)

国际经济法

导读:复习方法与应试技巧	(214)
第一讲 导论	(215)
第二讲 国际货物买卖	(219)
一、概述	(221)
二、《国际贸易术语解释通则》	(223)
三、《联合国国际货物销售合同公约》	(234)
四、国际货物买卖合同的成立	(238)
五、国际货物买卖合同双方的义务	(242)
六、风险的转移	(248)
七、违反合同的补救办法	(250)
第三讲 国际货物运输与保险	(256)
一、国际海上货物运输	(257)

二、其他方式的国际货物运输	(267)
三、国际货物运输保险	(271)
第四讲 国际贸易支付	(280)
一、国际贸易的支付工具	(282)
二、国际贸易的支付方式	(285)
第五讲 对外贸易管理制度	(299)
一、我国对外贸易管理制度概述	(300)
二、贸易救济措施	(305)
第六讲 世界贸易组织	(316)
一、世界贸易组织概述	(317)
二、世界贸易组织的运行机制	(318)
三、世界贸易组织的基本法律制度	(321)
四、争端解决机制	(327)
五、中国在世界贸易组织中的权利义务	(331)
第七讲 国际经济法领域的其他法律制度	(336)
一、国际知识产权法	(337)
二、国际投资法	(345)
三、国际金融法	(352)
四、国际税法	(353)

国际法

导读:复习方法与应试技巧

国际法的考试内容在 2002 年列入司法考试的大纲,2007 年的司法考试中有 12 分,足见国际法在司法考试中的地位还是很重要的。分析其考点的分布情况,可以看出所考查的知识点是很分散的,几乎涵盖了每一部分的内容。

现将 2002—2007 年司法考试(律考)中国际法部分的题型及分值列表如下:

年 份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	合 计
2002	4	4	2	10
2003	3	4	2	9
2004	6	2	2	10
2005	6	4	2	12
2006	6	6	2	14
2007	6	6	0	12

近年来,在司法考试中,考核方式逐渐趋向于以案例的形式进行,这就要求考生在复习时应全面的基础上对知识点进行重点把握。当然,对于国际法部分的复习,还是应以考试大纲为准。同时,要有针对性地做必要的练习。通过做习题以及对照解析中的知识点,更快速地记住常考的内容,并学会灵活运用。为了使考生达到这种学习效果,本书的体例即是这样安排的。在每讲中,先给出内容提要和该章的知识体系表。在每节中,进行了难点辨析,列出了考查频率比较高的考点,然后是重点讲解。针对司法考试的特点,本书在重点讲解部分主要选择了相关国际法理论的常考或具有可考性的重点知识进行阐述。最后,针对每一节中的重点内容,在实例演练部分中给出了相应的练习题,有助于考生在熟悉基础知识的同时及时地复习并掌握知识点。

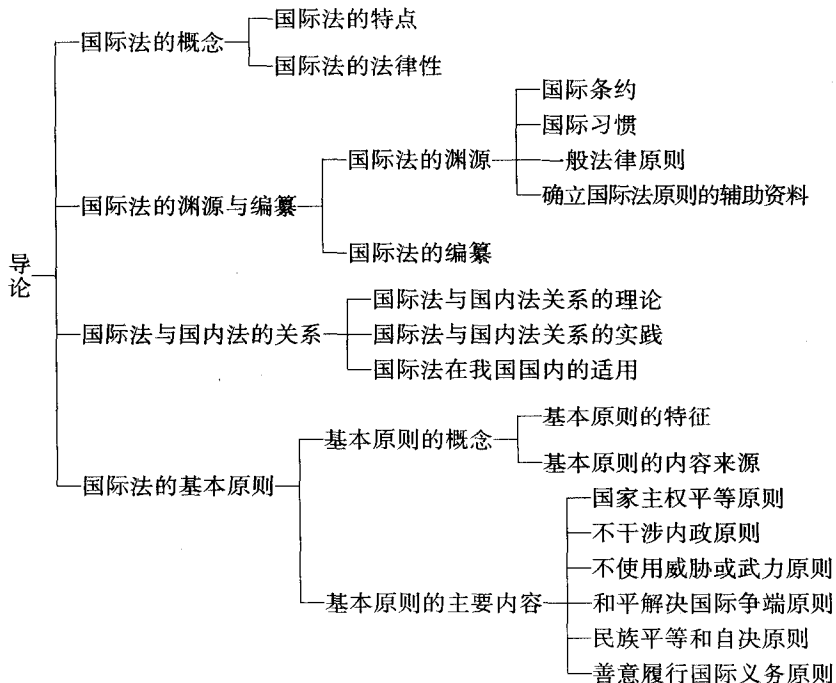
国际条约林林总总,数以千计,考生在学习的过程中,没有必要花费过多的时间和精力去参考内容庞杂的有关重点国际条约。且国际条约直接译自外文,艰涩难懂,考生直接复习法条存在不少困难。相反,考生按照本书所列的语言通俗的考核要点并结合有关教材去学习,所起的作用更大。

第一讲 导 论

内容提要

本讲主要介绍国际法的概念、渊源、基本原则以及国际法与国内法的关系。考生应重点理解和掌握各项渊源的地位、作用。国际法与国内法的关系问题比较重要:首先,应了解国际上典型的理论和各国在处理两者关系时的几种实践做法。其次,要掌握国际法在我国国内的适用问题以及冲突的解决。国际条约在国内的适用是难点,尤其是在我国加入 WTO 之后,国内国际法学界一直在探讨这一问题,相信这仍是司法考试命题的重点所在。关于国际法的基本原则:首先,应识记国际法的基本原则的特征。其次,对于各原则的基本内容应予以理解和掌握。

【体系表】



一、国际法的概念

(一)国际法的特点

国际法与国内法相比,主要特点有:第一,立法方式不同。国际法主要由国家之间在平等的基础上以协议的方式共同制定。国内法由国内的立法机关以一定的方式和程序制定。第二,调整对象和法律关系的主体不同。国际法主要调整国家之间的关系,其主体主要是国家。国内法主要调整自然人、法人之间的权利义务关系,其主体主要是自然人、法人。第三,强制实施方式不同。国际法通过国家自身的行动来实施。国内法主要依靠有组织的国家强制机关,如军队、警察部门、法庭等加以实施。第四,效力的根据不同。国际法发生法律效力是根据是国家之间意志的协议或协议意志。国内法效力的根据是上升为国家意志的国内统治者的意志。

(二)国际法的法律性

国际法与国内法一样,都是具有法律性的。也就是说,第一,国际法是作为法律而得到所有国家承认的。第二,在维持国际社会正常秩序和进行国际交往的过程中,国际法都在发挥着法律的作用。第三,对于违反国际法的国际不法行为,实施该行为的国家应当承担国家责任。第四,对于某些涉及战争与和平的重大问题等,还需要国际法与其他方式共同解决,但不能因此而否认国际法本身的法律性。

实例演练

1. 下列关于国际法的特征的说法正确的有哪些?

- A. 主体是国家
- B. 国家以协议制定
- C. 主要依靠国家本身的行动执行
- D. 联合国制定

【答案】 BC

【解析】 A选项不对。国家是国际法最为主要的主体,但并非唯一的主体,此外还有政府间的国际组织和某些特定的政治实体(如争取独立的民族),因此,“国际法的主体主要是国家”或“国家是国际法的主体”之类的说法才正确。D选项不对。尽管联合国对于国际法的编纂和发展起到了重要作用,但国际法主要还是通过国家以协议制定的。

2. 下列关于国际法与国内法的表述哪些是错误的?

- A. 国际法就是指国际条约
- B. 国内法是国家立法机关制定的、在领陆范围内适用的法律
- C. 国内法的一切规范性文件均在全国范围内适用
- D. 国际法是国内法的渊源

【答案】 ABCD

【解析】 国际法除了国际条约之外,还包括国际习惯、一般法律原则等。因此应选A。国内法的空间效力及于一国的领土,一国领土的构成包括领陆、领水、领空和底土。因此应选B。地方性法规作为国内法的一部分,其效力不超出地方行政区域范围。因此应选C。一国国内法的渊源一般包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、国际条约,此外还有政策、习惯、判例等不成文法作为补充,不能笼统地说国际法是国内法的渊源。因此应选D。

二、国际法的渊源与编纂

(一) 国际法的渊源

[考查频率] ☆(2006年,不定项)

《国际法院规约》第38条规定了国际法院在审理案件时应当适用的法律,这一般被认为是国际法渊源的权威说明。该条规定如下:(1)法院对于陈述各项争端,应以国际法裁判之,裁判时应适用:①不论普通或特别国际协议,确立当事国明白承认之规条者;②国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者;③一般法律原则为文明各国所承认者;④在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。(2)前项规定不妨碍法院经当事国同意本着“公允及善良”原则裁判案件之权。

国际法各项渊源的地位和作用如下所述:

1. 国际条约。这是国际法最主要的渊源。条约是国际法主体之间缔结的、确立彼此之间权利和义务的、以国际法为准的国际协议。按照不同的标准,可以把国际条约划分为不同的种类:按照缔约方的数目,分为双边条约和多边条约;按照条约的内容,分为政治、经济、文化等方面的条约;按照条约的性质,分为契约性和造法性的条约,契约性条约是规定缔约方之间特定事项的权利和义务的条约,一般是双边条约;造法性条约是确立或修改某些国际法原则、规则和制度的条约,一般是多边条约。凡是符合国际法的有效条约,都是国际法的渊源。

2. 国际习惯,或称为“习惯国际法”、“国际习惯法”。它也是国际法最主要的渊源,而且是最古老的渊源。国际习惯与国际惯例不同。国际习惯的形成要具备两个要素:一是物质因素或客观因素,即国家长期的、反复的、前后一致的实践,这形成国际惯例或称为通例。二是心理要素或主观要素,即惯例被各国接受为法律,这被称为“法律的确信”。国际习惯与国际惯例的区别正是在于国际惯例是否被接受具有法律拘束力。

为了证明国际惯例是否存在和是否被接受为法律,必须寻找证据。证据可以从以下三个方面去寻找:一是国家间的各种文书和外交实践;二是国际组织和国际会议的各种文件,如国际司法判决、决议等;三是国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

3. 一般法律原则。它是指各国法律体系中共有的一些原则,如时效、善意、禁止反言等,“公允及善良”原则在广义上也被理解为一项一般法律原则。一般法律原则为数不多,可以作为填补国际条约和国际习惯的空白,在裁判案件中有一定的作用,通常被作为补充渊源适用,在国际法的渊源中仅居于次要地位。它是国际法的次要渊源。

4. 确立国际法原则的辅助资料。它包括司法判例(国际司法判例和国内司法判例)、各国权威国际法学家的学说、国际组织的决议。它们本身不是国际法的渊源,

只是证明和确认国际法原则存在的辅助方法。在国际法渊源的体系中,其地位在一般法律原则之下。

【最有价值提示】 国际法渊源是国际法的基本问题,要牢记国际法渊源有三:国际条约、国际习惯、一般法律原则,其他可以是确立国际法的辅助资料或证据,但不能称之为渊源。

(二)国际法的编纂

国际法的编纂就是把散见于国际条约和国际习惯中的各种原则及规范系统化和法典化的活动。编纂的意义在于确定“现有法律”(lex lata)和制定“应有法律”(lex ferenda),即一是把分散的现有国际法原则、规则订成法典,使分散的原则和规则法典化;二是按法典形式进行整理,统一国际法原则、规则,订成新法律。

国际法编纂不同于国际法汇编(collection of international law),它要矫正各种规范的矛盾,消除其缺陷,使其明确化、系统化;它又不属于国际立法(international legislation),它需要各国普遍接受后才能发生效力,但其对国际法的发展具有影响和促进作用。

编纂的形式分为全面法典化和个别法典化。全面法典化即把国际法所有原则、规则纳入一部完整的法典之中。这个任务过于繁重,也很不现实,迄今尚未实现。个别法典化是要把各个部门的原则、规则进行系统而分门别类的编纂,使之成为部门法的法典,如海洋法、战争法等。这是一种切实可行的编纂形式,这种形式成为国际法编纂的主要形式。政府间的国际法编纂工作迄今为止只采用此种形式。

从编纂者来看,有非官方和官方编纂之分。非官方的是指个人或学术团体的编纂,为18世纪英国学者边沁所首倡。官方的指各国政府之间或国际组织进行的编纂。

自19世纪开始,出现了官方编纂国际法的活动,1856年巴黎会议签署的《海上国际法原则宣言》可以说是官方国际法编纂的开始。之后两次海牙和平会议以及第一次世界大战后的国际联盟,都承担了官方编纂国际法的工作。

随着联合国组织的建立,国际法编纂工作进入到一个新阶段。《联合国宪章》第13条第1款规定:“大会应发动研究并作成建议,以……提倡国际法的逐渐发展与编纂。”为了实现上述职责,联合国大会于1947年作出决议,设立国际法委员会,并于1948年经选举产生。国际法委员会是联合国负责编纂国际法的主要机构。其任务是:就国际法应当规定的一些问题或“各国实施尚未充分发展成为法律的”一些问题草拟公约草案,以促进国际法的进步、发展;编纂现有国际法,即“在那些已经有广泛国家实践、先例和学说的领域内”,使国际法更加精确地条文化和系统化。

迄今为止,经国际法委员会草拟的公约草案和条款草案多达数十个,涉及国际法的诸多领域,编纂工作取得了令人瞩目的成就,对国际法的发展产生了相当的影响。

实例演练

1. 一般把旨在确立或修改国际法原则、规则的国际条约,称为什么?

- A. 造法性条约 B. 概括性条约 C. 契约性条约 D. 规范性条约

【答案】 A

【解析】 国际条约,是指两个或两个以上国际法主体之间缔结的、规定当事方权利义务的协议。根据国际条约性质的不同,又可分为契约性条约和造法性条约。契约性条约,一般是指双边条约或少数国家缔结的条约,旨在规定缔约国之间的特定事项的权利义务的条约。造法性条约,是指由多国参加的普遍性条约,目的和内容是确立或修改某些国际法原则、规则或制度。

2. 司法判例和权威最高公法学家的学说可以作为确定法律原则的辅助资料的原因是下列哪些选项?

- A. 它是某些规则存在的证据 B. 它是国际惯例存在的法律证据
C. 它的法理具有权威影响 D. 它是确认法律原则的补充资料

【答案】 ABCD

【解析】 本题考查国际法的渊源。司法判例(国际司法判例和国内司法判例)和各国权威国际法学家的学说,它们本身不是国际法的渊源,只是证明和确认国际法原则存在的辅助方法或资料。在国际法渊源的体系中,其地位在一般法律原则之下。各国权威国际法学家的学说和著作概括说明了国际法的大量原则、规则和规章制度,可以为这些原则、规则和规章制度的存在提供证据。因此 A 正确。司法判决仅对案件本身具有拘束力,本身不是国际法的渊源,但是已反映了有关的国际习惯法原则和规则,起到作为习惯规则存在的证据的作用。司法裁决中所阐述的法理具有权威影响,同样可以作为法律原则的辅助资料。因此 BC 正确。

三、国际法与国内法的关系

(一)国际法与国内法关系的理论

所谓国际法与国内法的关系,是指二者属于同一个法律体系,还是属于两种不同的法律体系,它们之间的关系如何。关于二者之间关系的理论,主要有“一元论”和“二元论”。

“一元论”认为国际法与国内法属于同一个法律体系,又分为国内法优先说和国际法优先说两派学说。国内法优先说认为国际法从属于国内法,国内法有公法和私法两部分,而公法又有对内和对外之分,国际法便是一国法律体系中的“对外公法”。其代表人物是德国 19 世纪末的法学家佐恩、耶利内克和考夫曼等。这种理论现在基本上无人支持。国际法优先说也认为国际法与国内法属于同一个法律体系,但应以国际法优先,国内法受制于国际法。其代表人物有 20 世纪初法国社会连带法学派的狄冀、波利提斯,规范法学派的凯尔逊、菲德罗斯等。至今影响仍然很大。

“二元论”认为国际法与国内法分别属于不同的法律体系,二者在法律关系的主体、调整对象、法律渊源、效力根据和实施等方面都有区别。其代表人物有意大利的安茨洛蒂、英国的奥本海、菲茨摩里斯等人。

我国多数学者认为虽然国际法与国内法分别属于不同的法律体系,但是由于国际法与国内法的制定者主要都是国家,二者之间有着密切的联系。国家在制定国内法时,应考虑国际法的原则和规则,不得违背其所承担的国际义务;国家在参与制定国际法时,应考虑到国内法的立场,不能干预国内法。国际法的原则和规则可以从各国的国内法得到补充和具体化,国内法可以从国际法的原则和规则得到充实和发展。二者是互相补充、互相渗透的。

(二)国际法与国内法关系的实践

国际法与国内法关系的实践可以从两个方面来看:

1. 国家在国际社会中不能以其国内法中的规定为理由来违背其所承担的国际义务。但是国内法在国际裁判中也起到一定的作用,比如国际法院和国际法庭在审理案件时必须首先全面研究有关国家的国内法,以便弄清该争端的法律背景,并从有关的国内法中找到可以引用的证据和原则,以更好地适用国际法。

2. 国际法在国内的效力,主要涉及国际法规则在国内的适用、国际法与国内法发生冲突时如何解决两个问题。

(1)关于国际法规则在国内的适用,主要是国际法的两个最为主要的渊源即国际习惯、国际条约如何在国内适用。

就国际习惯法规则而言,大部分国家认为国际习惯法规则若不与现行国内法相抵触,可以作为本国法的一部分来直接适用,如英、法、德、美、日等国家。

就国际条约而言,情况更为复杂。国际条约能不能在国内法院适用,能不能直接产生国内效力,取决于国内法的规定。各国的做法有:一种称为“转化”,即要求所有的条约都必须逐个经过相应的国内立法程序转化成为国内法之后,才能在国内适用。另一种称为“采纳”,即原则上所有条约都可以在国内直接适用,不需要国内的立法转化。在国际实践中,单一地采用上述一种方式的国家不多,多数国家都是两种方式并用。总之,国家加入了一个条约,即受条约义务的约束,如果国内法院拒绝适用,国家应对此行为承担违反条约义务的责任。

(2)关于国际法与国内法发生冲突时如何解决,各国的做法主要有:推定为不冲突;修改国内法;优先适用国际法;优先适用国内法;后法优于先法。

(三)国际法在我国国内的适用

[考查频率] ☆☆(2002年,单选;2007年,单选)

我国宪法没有对国际法如何在我国国内适用作出规定。

[难点辨析] 关于国际习惯在我国国内法中的地位,根据《民法通则》第142条第3款和第150条的规定,在民事范围内,国际习惯和国际惯例都可以在国内适用,它们的适用次序在国内法和条约之后,作为对国内法和条约的一种补充。并且对适

用惯例作了公共利益的限制和保留。

关于国际条约在我国适用,从国内立法实践来看,条约的直接适用、条约与国内法并行适用、条约须经国内立法转化才能适用等情况都存在。一般认为,在民商事范围内,我国缔结的条约与国内法有不同规定的部分,可以在国内直接适用,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外。如《民法通则》第142条第2款、《民事诉讼法》第236条的规定。民商事范围以外的条约,能否在国内直接适用,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况才能确定。

关于条约与国内法冲突的解决,在民商事范围内,我国缔结或参加的国际条约与国内法冲突时,国际条约可以优先适用。在民商事范围以外,要根据有关条约和我国相关法律的具体情况进行确定。

[最有价值提示] 可以从两个渊源的角度来理解国际法在国内的适用,即国际条约和国际习惯。但两者在适用上的条件和前提均不同,要注意正确区别。

[例] 根据国际法有关规则和我国有关法律,当发生我国缔结且未作保留的条约条款与我国相关国内法规定不一致的情况时,下列哪一选项是正确的?(2007年试卷一第32题,单选)

- A. 如条约属于民事范围,则由全国人民代表大会常务委员会确定何者优先适用
- B. 如条约属于民事范围,则优先适用条约的规定
- C. 如条约属于民事范围,则由法院根据具体案情,自由裁量,以公平原则确定优先适用
- D. 我国缔结的任何未作保留的条约的条款与中国相关国内法的规定不一致时,都优先适用条约的规定

[答案及解析] B。这是一道考核国际条约在中国的适用问题。关于中国加入的国际条约在中国的适用,我国宪法未做规定,只是在《民法通则》中规定,参加的民事条约可以在中国直接适用,并且与中国国内法不一致时,适用国际条约的规定,即适用上的国际条约优先原则。但仅限于民商事条约。所以本题正确的说法只有B。全国人民代表大会常务委员会、法院均没有决定条约如何适用的权力,所以AC的说法均不对。

实例演练

1. 关于国际法与国内法的关系,不正确的选项有哪些?
- A. 国际法与国内法同处于一个法律体系中,国内法优于国际法
- B. 国际法与国内法同处于一个法律体系中,国际法优于国内法
- C. 国际法与国内法分处于两个独立的法律体系,国内法必须执行国际法义务
- D. 国际法与国内法分处于两个独立的法律体系,不会相互影响

[答案] ABD

【解析】 国际法与国内法的关系,是指二者属于同一个法律体系,还是属于两种不同的法律体系。关于二者之间关系的理论,主要有“一元论”和“二元论”。A项是“一元论”的国内法优先说。B项是“一元论”的国际法优先说。D项是“二元论”。国际法与国内法在主体、调整对象、法律渊源、效力的根据、执行方式等很多方面都是不同的,二者是两个彼此独立的法律体系,不存在谁优先的问题。但是两者之间还有着密切的联系。这首先表现在一国的国内法必须执行该国负担的有效的国际法义务方面。其次,两者的联系还表现在它们的相互影响上:国际法的许多规则源于国内法,如政治犯不引渡、庇护等;国内法也因为新的国际法规则的出现而形成了新的法律,如国际海洋法中的领海无害通过制度就大大影响了沿海国国内法的规定。因此答案是ABD。

2. 对于中华人民共和国缔结或参加的国际条约,我国宪法规定:

- A. 可以在国内直接适用
- B. 不能在国内直接适用
- C. 在条约与国内法有不同规定时,条约可以直接适用
- D. 尚未作出明确规定

【答案】 D

【解析】 国际法在国内的适用问题,实践中有两种做法:一种是“采纳”,即在国内法中对执行国际法规范作出原则规定,要求法院把国际法视为国内法的一部分予以执行。另一种是“转化”,即采取单独的国内立法或修改国内法的形式对国际法进行适用。对中国缔结的国际条约在国内的效力没有宪法上的明确规定,这是中国国内立法应当完善的内容。

3. 根据我国目前的法律和相关实践,对于国际条约在我国法律制度中的地位,下列哪些判断是错误的?

- A. 凡是我国缔结或参加的条约,都可以在国内作为国内法直接适用
- B. 在民法涉及的范围内,我国为当事国的条约规定与国内法的规定不同时,适用条约的规定,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外
- C. 我国作为当事国的任何条约的规定,若与国内法的规定冲突时,在国内法院都直接并优先适用这些国际条约的规定,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外
- D. 在民法涉及的范围内,在国际上所有已生效的民商事方面的国际条约的规定,如与我国国内法的规定冲突时,都优先适用国际条约的规定

【答案】 ACD

【解析】 本题考核国际条约在中国的适用。关于国际条约在我国的适用,从国内立法实践来看,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等情况都存在。因此A项中的说法错误。B项的说法反映了我国的实践。一般认为,在民商事范围内,我国缔结的条约与国内法有不同规定的部分,可以在国内直接适用,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外。民商事范围以外的条约,能否在国内直接适用,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况才能确定。C项没有区分条约的范围,笼统地说“任何条约”,不正确。关于D项,对于那些我国没有成为当事国的条约,是谈不上在我国国内适用的。