



三校名师 司法考试

2007年 国家司法考试

三校名师讲义

国际法·国际私法·国际经济法 8

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编 杨帆 / 编著

- 掌司考之命脉 传道
- 悟司考之战术 授业
- 破司考之疑点 解惑

中国检察出版社





三校名师 司法考试

2007年国家司法考试

三校名师讲义

国际法·国际私法·国际经济法 ⑧

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编 杨帆 / 编著



中国检察出版社

北京 100026 中国检察出版社

电话：(010) 68293432 (编辑) 68293433 (发行)

网址：http://www.jcbs.com.cn

电子邮箱：jckcbs@vip.sina.com

地址：北京市丰台区右安门内大街2号

邮编：100026

印刷：北京金盾印刷有限公司

开本：787mm×1092mm 1/16

印张：18.25

字数：424千字

版次：2007年4月第1版 2007年4月第1次印刷

书号：ISBN 978-7-80182-722-2/D·1701

定价：31.00元

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法·国际私法·国际经济法/杨帆编著. —北京:中国检察出版社,2007.3
(三校名师讲义)

ISBN 978-7-80185-725-5

I. 国… II. 杨… 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 032487 号

国际法·国际私法·国际经济法

三校名师司法考试命题研究中心/组编

杨帆/编著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 787mm×1092mm 16 开

印 张: 18.25 印张

字 数: 424 千字

版 次: 2007 年 4 月第一版 2007 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-80185-725-5/D·1701

定 价: 31.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

应 考 指 引

国际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。国际法试题的显著特点是考点覆盖面广且非常灵活，命题虽然一般只针对单一知识点，但多以案例形式出现，考点不易把握，复习应试的难度较大。此外，为了增加国际法和普通司法从业人员的联系，近几年国际法的试题明显增大了考查法条的比例。

针对国际法司法考试的上述特点，我们认为，考生在复习国际法时，首先应理解其基本理论知识，特别是国际法的主体制度、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比较青睐的知识点；其次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年~2006年都持续维持在16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,我们认为,对于国际私法的复习可以从以下两方面着手: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 法律制度的重要性突显,涉及这部分的试题近年有逐年增多的趋势。

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;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 年和 2006 年均为 16 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。

海商法是调整海上运输关系和船舶关系的法律规范的总称,其内容包括船舶关系、海上运输法律关系、船舶碰撞、海难救助、共同海损、海事赔偿责任限制等制度。

海商法在司法考试中始终属于配角地位,历年分值比例都在 3 分左右,试题有时出现在卷一(和国际经济法一并考查),有时出现在卷三。海商法试题的特点是考点重复率高,海商法的适用范围、船舶优先权、承运人的责任、船舶碰撞、海难救助、共同海损是命题者比较青睐的考点。此外,海商法中最常作为考查对象的承运人责任和共同海损在知识点上和国际经济法是重叠的。

基于海商法司法考试的上述特点,我们建议考生在复习时首先将承运人责任、共同海损等重叠性知识点合并到国际经济法的复习中;在系统掌握了国际经济法的知识点后,补充整理记忆海商法的适用范围、船舶优先权、船舶碰撞和海难救助等海商法特有的制度即可。

目 录

(22)		【重点掌握】 国际法与国内法的关系	二
(23)		【重点掌握】 国际法与外国法的关系	三
(61)		【重点掌握】 国际法与外交关系	六
(61)		【重点掌握】 国际法与外交关系	一
(62)		【重点掌握】 国际法与外交关系	二
(70)		【重点掌握】 国际法与外交关系	三
(71)		【重点掌握】 国际法与外交关系	一
(71)		【重点掌握】 国际法与外交关系	二
(72)		【重点掌握】 国际法与外交关系	三
应考指引			(1)
(72)		【重点掌握】 国际法与外交关系	五
(72)		【重点掌握】 国际法与外交关系	六
(77)		【重点掌握】 国际法与外交关系	七
第一章 导论			(1)
一、国际法的概念 {一般了解}			(1)
二、国际法的渊源 {重点掌握}			(2)
三、国际法与国内法的关系 {重点掌握}			(3)
四、国际法基本原则 {一般了解}			(4)
第二章 国际法主体			(8)
一、国家 {重点掌握}			(9)
二、国际组织 {重点掌握}			(15)
第三章 国际法律责任			(21)
一、传统国际法律责任的构成 {重点掌握}			(21)
二、国际法律责任形式 {一般了解}			(23)
三、国际责任制度的新发展 {注意领会}			(24)
第四章 国际法上的空间划分			(27)
一、领土 {重点掌握}			(28)
二、海洋法 {重点掌握}			(35)
三、国际法上的特殊空间 {重点掌握}			(44)
四、国际环境保护法 {一般了解}			(46)
第五章 国际法上的个人			(50)
一、国籍 {重点掌握}			(50)

二、外国人的法律地位 {重点掌握}	(53)
三、国际人权法 {一般了解}	(57)
第六章 外交关系法和领事关系法	(61)
一、外交关系法 {重点掌握}	(61)
二、领事关系法 {一般了解}	(67)
第七章 条约法	(70)
一、条约的定义和特征 {一般了解}	(71)
二、条约成立的实质要件 {重点掌握}	(71)
三、条约的缔结 {一般了解}	(73)
四、条约的保留 {重点掌握}	(74)
五、条约的效力 {重点掌握}	(75)
六、条约的适用 {重点掌握}	(75)
七、条约的终止与暂停施行 {一般了解}	(77)
第八章 国际争端的解决方式	(79)
一、国际争端概述 {一般了解}	(79)
二、国际争端的强制性解决方法 {重点掌握}	(80)
三、和平解决国际争端的政治方法 {一般了解}	(81)
四、和平解决国际争端的法律方法 {重点掌握}	(82)
五、国际组织与国际争端的解决 {一般了解}	(86)
第九章 战争和武装冲突法	(88)
一、战争和武装冲突法 {一般了解}	(88)
二、战争状态和战时中立 {重点掌握}	(89)
三、作战中的规则 {重点掌握}	(92)
四、战争犯罪 {重点掌握}	(95)
国际私法	
第一章 国际私法概述	(98)
一、国际私法的概念 {一般了解}	(98)
二、国际私法的调整对象 {一般了解}	(98)
三、国际私法的内容 {一般了解}	(99)
四、国际私法的调整方法 {一般了解}	(100)
五、国际私法的渊源 {一般了解}	(100)

第二章 国际私法的主体	(101)
一、自然人 {重点掌握}	(101)
二、法人 {重点掌握}	(103)
三、国家和国际组织 {一般了解}	(105)
四、外国人民商事法律地位 {一般了解}	(107)
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	(109)
一、法律冲突 {一般了解}	(109)
二、冲突规范 {重点掌握}	(111)
三、准据法 {重点掌握}	(114)
第四章 适用冲突规范的制度	(117)
一、识别 {一般了解}	(118)
二、反致 {重点掌握}	(119)
三、外国法的查明 {重点掌握}	(120)
四、公共秩序保留 {一般了解}	(121)
五、法律规避 {重点掌握}	(122)
第五章 国际民商事法律适用	(124)
一、权利能力和行为能力 {重点掌握}	(125)
二、时效的法律适用 {重点掌握}	(125)
三、物权关系的法律适用 {重点掌握}	(126)
四、债权的法律适用 {重点掌握}	(127)
五、商事关系的法律适用 {重点掌握}	(129)
六、家庭关系的法律适用 {重点掌握}	(131)
七、继承的法律适用 {重点掌握}	(133)
第六章 国际民商事争议的解决	(134)
一、协商和调解 {一般了解}	(135)
二、国际商事仲裁 {重点掌握}	(137)
三、国际民事诉讼 {重点掌握}	(141)
第七章 区际法律问题	(147)
一、区际文书送达 {重点掌握}	(147)
二、区际调查取证 {重点掌握}	(149)
三、内地与港、澳、台地区相互执行法院判决 {重点掌握}	(149)
四、内地与港、澳、台地区相互执行仲裁裁决 {一般了解}	(150)

国际经济法

第一章 国际经济法导论	(152)
一、国际经济法的概念和调整范围 {一般了解}	(152)
二、国际经济法的主体 {一般了解}	(153)
三、国际经济法的渊源 {一般了解}	(153)
四、国际经济法的基本原则 {一般了解}	(154)
五、国际经济法与相邻部门法之间的区别 {一般了解}	(155)
第二章 国际货物买卖法律制度	(156)
一、国际货物买卖法律制度概述 {一般了解}	(157)
二、国际贸易术语 {重点掌握}	(158)
三、1980年《联合国国际货物销售合同公约》 {重点掌握}	(161)
第三章 国际货物运输与保险法律制度	(170)
一、国际海上货物运输法律制度 {重点掌握}	(171)
二、其他国际货物运输法律制度 {一般了解}	(180)
三、国际海上货物运输保险法律制度 {重点掌握}	(185)
第四章 国际贸易支付法律制度	(190)
一、国际贸易的支付工具 {一般了解}	(190)
二、国际贸易的支付方式 {重点掌握}	(192)
第五章 我国对外贸易管理法律制度	(202)
一、《对外贸易法》概述 {一般了解}	(203)
二、货物进出境管理制度 {一般了解}	(205)
三、我国的贸易救济措施 {重点掌握}	(207)
第六章 WTO法律制度	(213)
一、世界贸易组织(WTO)概述 {一般了解}	(213)
二、WTO的最惠国待遇原则和国民待遇原则 {一般了解}	(217)
三、WTO的重要制度 {重点掌握}	(219)
四、WTO的重要协议 {重点掌握}	(222)
五、中国在WTO中的权利和义务 {一般了解}	(224)
第七章 国际经济法其他领域的法律制度	(227)
一、国际知识产权法律制度 {重点掌握}	(228)

二、国际投资法律制度 {重点掌握}	(236)
三、国际金融法律制度 {一般了解}	(240)
四、国际税收法律制度 {一般了解}	(246)

海 商 法

第一节 概述	(252)
一、海商法的概念和适用范围 {重点掌握}	(252)
二、船舶 {重点掌握}	(252)
三、船员 {一般了解}	(254)
第二节 海上货物运输	(254)
一、海上货物运输合同 {重点掌握}	(254)
二、海上货物运输的种类 {一般了解}	(256)
第三节 海上旅客运输	(257)
一、海上旅客运输合同和客票 {一般了解}	(257)
二、承运人的权利和责任 {一般了解}	(257)
三、旅客的权利与义务 {一般了解}	(259)
第四节 船舶碰撞	(259)
一、船舶碰撞的概念和构成要件 {一般了解}	(259)
二、船舶碰撞的损害赔偿原则 {重点掌握}	(259)
三、诉讼时效 {一般了解}	(260)
第五节 海难救助	(260)
一、海难救助的概念和构成要件 {重点掌握}	(260)
二、救助合同 {一般了解}	(261)
三、救助报酬 {一般了解}	(262)
第六节 共同海损	(263)
一、共同海损的概念和成立要件 {重点掌握}	(263)
二、共同海损的牺牲和费用 {一般了解}	(264)
三、共同海损的理算 {一般了解}	(264)
第七节 海事赔偿责任限制	(264)
一、海事赔偿责任限制的概念和适用范围 {一般了解}	(264)
二、海事赔偿责任限制的主体 {一般了解}	(265)
三、限制性债权和非限制性债权 {一般了解}	(265)
四、海事赔偿责任限额 {一般了解}	(266)
五、责任限制基金的设立 {一般了解}	(266)
第八节 海事诉讼特别程序	(266)
一、海事诉讼的管辖 {重点掌握}	(266)
二、海事诉讼中的强制措施 {一般了解}	(267)

三、海事担保 {一般了解}	(268)
四、海事诉讼中的送达 {一般了解}	(268)
五、审判程序 {一般了解}	(269)

(325)	 船舶 - 第二章
(325)	 [本章重点] 国家财产豁免权的适用范围 - 一
(325)	 [本章重点] 船舶 - 二
(324)	 [本章重点] 船舶 - 三
(324)	 船舶的物权 - 第二章
(324)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 一
(324)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 二
(323)	 合同管辖权的确定 - 三
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 一
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 二
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 三
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 四
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 五
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 六
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 七
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 八
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 九
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十一
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十二
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十三
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十四
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十五
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十六
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十七
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十八
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 十九
(323)	 [本章重点] 合同管辖权的确定 - 二十

国际法

第一章 导论



【重点提示】

国际法的概念和特征

国际法的渊源 { 国际条约：最主要渊源
国际习惯：最古老渊源（难点）
一般法律原则
确立国际法原则的辅助方法

国际法和国内法的关系 { 国际法适用的一般实践
中国实践（难点）

国际法基本原则 { 特点
内容

★ 已考考点归纳

考查次数	已考考点
1 次	国际法的概念和渊源
2 次	国际条约在我国的适用
1 次	不干涉内政原则

一、国际法的概念 { 一般了解 }

（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，其表现出以下特征：

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。

二、国际法的渊源{重点掌握}

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。

（二）国际习惯{注意领会}

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条的规定,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。

三、国际法与国内法的关系{重点掌握}

(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、同一、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。

1. 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。

2. 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{理解运用}

1. 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》第142条第2款的规定:“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。”《中华人民共和国民事诉讼法》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”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察才能做出恰当的结论。

条约在中国适用实践图示

- { 民商事领域的条约直接并优先适用
- { 其他条约如何适用尚无定论

2. 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,我国宪法仍然没有做出统一明确的规定。有关规定只出现在我国的民法通则之中。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者国际惯例的,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。

四、国际法基本原则{一般了解}

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{理解运用}

1. 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

自主权利。主权是国家所固有的,并非由国际法所赋予。主权不可分割,不可让予。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。

2. 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。

3. 不得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行的自卫行动和联合国集体安全制度下的武力使用。

4. 和平解决国际争端原则

和平解决国际争端原则是指国家间在发生争端时,各国都必须采取和平方式予以解决,禁止将武力或武力威胁的方式付诸于任何争端的解决过程。

5. 民族自决原则

民族自决原则是指在帝国主义殖民统治和奴役下的被压迫民族有权自主决定自己的命运,摆脱殖民统治,建立民族独立国家的权利。需要注意的是,民族自决原则中独立权的范围,只严格适用于殖民地民族的独立。对于一国国内的民族分离活动,民族自决原则没有为其提供任何国际法依据。

6. 善意地履行国际义务原则

善意履行国家义务表现为要求国家尊重和遵守国际法的规则,即所谓“约定必守”。由于国际社会的特殊性,自觉善意履行国际法义务尤为重要。

【案例思考】

甲公司是瑞士一集团公司在中国的子公司。该公司将 SNS 柔性防护技术引入中国,在做了大量的宣传后,开始被广大用户接受并取得了较大的经济效益。原甲公司员工古某利用工作之便,违反甲公司保密规定,与乙公司合作,将甲公司的 14 幅摄影作品制成宣传资料向外散发,乙公司还在其宣传资料中抄袭甲公司的工程设计和产品设计图、原理、特点、说明,由此获得一定的经济利益。甲公司起诉后,法院根据《中华人民共和国著作权法》、《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》的有关规定,判决乙公司立即停止侵权、公开赔礼道歉、赔偿损失 5 万元。针对本案事实和法院的判决,请回答下列问题:

1. 本案中法院适用的《中华人民共和国著作权法》和《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》是否均构成国际公法的渊源?
2. 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》是否构成我国法律体系的组成部分?法院的判决是否违反了“以法律为准绳”的司法原则?
3. 国际条约在我国的适用实践如何?
4. 国际公法的渊源有哪些?
5. 国际条约有效成立的实质条件有哪些?
6. 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》属于造法性条约还是契约性条约?

【解题思路】

1. 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》属于国际公法的渊源,而《中华人民共和国著作权法》不属于。

2. 构成。国际条约在我国适用的实践。

3. 关于国际条约在国内的适用,我国宪法没有做出明确规定。因此国际条约在我国的适用有三种不同的实践。