



新起点备战 2007 司法考试系列丛书

总策划：张合功

MINGSHI JIAOAN GUOJIFA GUOJISIFA YU GUOJINGJIFAPIAN

# 名师教案

## 国际法、国际私法与国际经济法篇

邢 刚

- ◎名师亲笔力作
- ◎考点精讲强化
- ◎依据 2007 大纲
- ◎体现最新立法

知识产权出版社

D926  
84  
:2007(7)  
2007

新起点备战 2007 司法考试系列丛书

名师教案

# 国际法、国际私法、 国际经济法篇

邢 刚

知识产权出版社

## 内容提要

本书将司法考试的知识点进行了浓缩,删除了考试中不出现的内容,各章前有知识结构和大纲导读,便于考生系统地复习,正文中将重点知识点着重标出,利于考生快速高效地掌握考点。

责任编辑:陆彩云 李 潇

装帧设计:段维东

责任出版:杨宝林

## 图书在版编目(CIP)数据

名师教案·国际法、国际私法、国际经济法篇/邢刚编著. —北京:知识产权出版社, 2006. 3  
(新起点备战 2006 国家司法考试系列丛书/张合功策划)

ISBN 978 - 7 - 80198 - 512 - 5

I. 名... II. 邢... 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. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 013082 号

新起点备战 2007 司法考试系列丛书

名师教案 国际法、国际私法、国际经济法篇

邢 刚

---

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010 - 82000733 82000860 转 8110

印 刷: 北京市密东印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2007 年 5 月第 1 版

字 数: 639 千字

邮 编: 100088

邮 箱: [hjb@cnipr.com](mailto:hjb@cnipr.com)

传 真: 010 - 82000893

责编邮箱: [lcy@cnipr.com](mailto:lcy@cnipr.com)

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 26.75

印 次: 2007 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 元

ISBN 978 - 7 - 80198 - 512 - 5/D · 403 (1774)

---

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 写在前面的话

通过司法考试，取得法律职业资格证书是所有法科学子、法律职业者与法律爱好者的共同梦想，每年都有数以十万计的考生为之努力拼搏。但是，由于法学学科的博大精深和司法考试的选拔性考试的特点，每年能够跨越这道门槛的只是少数的幸运儿。司考之难，众所周知，能够选择参加司法考试的人，完全可以被称之为勇士，俗语讲得好，狭路相逢勇者胜，但我们却不得不面对每年都有众多的考生壮志难酬，所作的努力全部付之东流的残酷现实。

在2006年全国司法考试中，有近1/3的考生是一年就通过了的；有近2/3的考生是二年通过的；二年以上通过的考生仅仅占不到5%。这个数据告诉我们，司法考试已经不再神秘，只要方法得当，完全可以一举通过考试。

应对司法考试，从三个方面去考虑即可：知识点、考点、应试技巧。

假若司法考试有3000个知识点的话，那么能够用来考试的考点最多有1000个，假若我们能掌握这1000个考点中的400个（这是很容易实现的），再学会20%的应试技巧，就可以轻松过关。实际上，系统的司法考试训练，将会在60天左右使大家起码掌握600个考点和30%的应试技巧，这样你的成绩应该在400分左右，通过司法考试岂不是犹如探囊取物？

因此，如何掌握知识点，理清考点，洞悉应试技巧，是取得司法考试成功的关键！

新起点司法考试培训中心在研究司法考试命题规律的基础上，提出的五重密集式多遍习题训练模式，是目前状态下训练大家知识点、考点和应试技巧的最有效方法和基本保证。

五重：第一重：每周必练系列，约500道题，由教研一组独立组题；

第二重：校长测验，约500道题，由教研二组单独命题；

第三重：习题课，约2000道题，由新起点教授团队命题；

第四重：模拟考试，约1000道题，由新起点特聘专家命题；

第五重：考前点题，约800道题，由特邀嘉宾命题。

这样，五重训练的精选习题量将多达5000题以上，涵盖80%以上应试考点，五大命题团队互相配合又互不干扰，这里的很多习题你将来会在考试中遇到。

密集式：第一，每周有必练系列；第二，每周有校长测验；第三，每周有测验讲评。既训练做题速度又训练答题准确度和应试技巧。

多遍：通过新起点五大命题团队精选的5000题左右的密集训练，司法考试所常考的知识点、考点以及必须的应试技巧将重复得到7~10遍的训练。

本套丛书根据2007年司法考试大纲，从教材、法条、真题、主观题四个方面对司法考试的重难点知识进行了全方位的扫描与梳理，本套丛书的特点有两个：

第一，本书的作者既是国内知名法学高校的中青年学者，更重要的是全部来自司法考

试辅导的第一线，都是多年从事司法考试辅导的名师。美国的大法官霍姆斯曾经说过，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。但司法考试辅导却是一项对逻辑和经验要求都非常高的工作，本套丛书作者兼具扎实的理论功底和丰富的辅导经验，他们最熟悉法学的特点，最了解考生的需要，也最了解应试的规律，因而成为本套丛书作者的合格人选。

第二，司法考试之难，很大程度上来自考试内容巨大庞杂与备考时间又相对有限的矛盾。本套丛书通过系统的梳理概括，把让人望而生畏的教材与法条由厚变薄，仅仅以考点为线索，保证涵盖80%考点，同时也保证了重要知识点无一遗漏。换句话说，如何为考生减负，让他们能够以最少的投入获得最大的收获，是全套丛书的主要目的。

承蒙读者厚爱，本套丛书2007年新版又与读者见面了。此次新版，主要有以下变化：第一，体现了2007年新大纲的精神与变化；第二，增补了2006年4月~2007年4月的最新法规（《名师教案民法篇》与《国家司法考试历年真题图表式专题详解》均根据《物权法》进行了较大的修正）；第三，修正了若干错误与疏漏；第四，更换了若干例题与试题。本套丛书对读者开通了答疑短信平台（13811637800）和答疑电子信箱（sikaodayi@yahoo.com.cn），读者对本书有任何疑问意见与建议，均可通过上述平台直接沟通。

本套丛书由知识产权出版社出版发行，在修订组稿过程中，得到了中国政法大学民商法硕士段波先生的大力协助，在此深表感谢。

知识产权出版社  
北京新起点学校  
2007年3月

## 序 言

现在人们已经一致认为司法考试是国内各种资格考试中最难的一种考试，但对于以后有志于从事法律职业的人来说，司法考试是他们必须通过的一道独木桥。从历年与日俱增的报考人数和较低的通过率就可以看出，司法考试已经成为了从事法律职业的人不得不严肃面对的问题。

从司法考试所考查的内容来看，其所涉及的内容之多恐怕是任何考试都难以比拟的，要在有限的时间内把那么多的基本内容都全面掌握，并且在考试中取得不错的成绩，的确需要科学的学习方法和正确地选取合理的辅导材料。从市面上种目繁多的司法考试培训学校和辅导教材来看，可谓鱼龙混杂，如果选择不好，结果不仅会费时费力，最后还会耽误了自己。

本人长期从事“三国”法的理论和实践的研究，并且一直从事司法考试中“三国”法的考试辅导，从本人多年司法考试辅导的经验来看，现在要在司法考试中取得不错的成绩，尤其在“三国”法中取得不错的成绩，已经不是简单的盲目记忆就可以了。这里首先必须了解到司法考试到底要考什么？只有知道考什么之后才能针对具体问题选取合理的辅导材料，进行有目的地具体复习，这就首先需要认真研读最近三年历年的考试试题，这是方向性问题，必须明确。方向性确定之后，然后需要进一步确定所考察的学科特点，把握学科的整体体系，抓住所考察问题的主线，这是灵魂性的内容，也是框架性的内容，也是我们平常所称的考试内容的“地图”。这里就需要在头脑中必须建立所考查学科的宏观体系框架，这样一个框架的建构，会使我们的方向性更为明确，所掌握的知识点更为具体。在以上内容把握准确之后，我们就需要进一步在框架之内填充具体的知识点了，在每个框架内填入所考查的知识点，加强理解，做一些简单的记忆，一切所要考查的内容都尽入囊中。这样就做到了有的放矢，知己知彼，取得很好的成绩自不在话下了。

本着这样的复习思路，在本人多年的辅导中，学生不仅可以全面掌握司法考试的内容，而且能做到成竹在胸，更加达到了事半功倍的效果，在历年的考试中本人的真题命中率也特别高。因此，本人把多年从事司法考试辅导的讲义进行了全面地整理并结集成书，形成了现有的这本教材。本教材的最大特点就是，其给了你考什么（历年司法考试的真题），也给了你考试内容的框架，同时把重点的知识点以黑体字的方式标注，并且对重点法条进行了归纳。可谓只要全面掌握一本书就可以全面掌握“三国”法的全部内容了，这样复习既能抓住重点内容，也不会漏掉考试的知识点，这样取得好的成绩也就不言而喻了。

司法考试对于从事法律职业的人来说就是一场战争，这里需要正确的战略，也需要正确的战术，更需要顽强的毅力和不怕吃苦的精神。只要在正确战略的指导下，运用正确的

战术，加上自己的努力，通过司法考试就不再是一个难题。衷心希望每个参加司法考试的人都能顺利通过考试，从而获得自己以后工作中的一笔财富。希望本人的这本教材能帮助大家尽快掌握“三国”法的所有内容，并在考试中取得很好的成绩，这是本人的责任，也是本人的幸事。

邢 刚

2007 年 3 月

# 目 录

## 国 际 法

|      |             |        |
|------|-------------|--------|
| 第一部分 | 国际法导论       | ( 2 )  |
| 第二部分 | 国际法主体       | ( 11 ) |
| 第一节  | 国际法主体的范围    | ( 11 ) |
| 第二节  | 国家          | ( 12 ) |
| 第三节  | 国际组织        | ( 19 ) |
| 第四节  | 国际法主体责任     | ( 24 ) |
| 第三部分 | 国际法上的空间划分   | ( 28 ) |
| 第一节  | 国家领土        | ( 29 ) |
| 第二节  | 海洋法         | ( 35 ) |
| 第三节  | 国际航空法       | ( 44 ) |
| 第四节  | 国际环境保护法     | ( 48 ) |
| 第五节  | 国际法上的个人     | ( 52 ) |
| 第四部分 | 国际法上的对外关系   | ( 64 ) |
| 第一节  | 外交关系法与领事关系法 | ( 65 ) |
| 第二节  | 条约法         | ( 78 ) |
| 第三节  | 国际争端的和平解决   | ( 88 ) |
| 第四节  | 战争与武装冲突法    | ( 96 ) |

## 国 际 私 法

|      |               |       |
|------|---------------|-------|
| 第一部分 | 国际私法的基本制度     | (111) |
| 第一节  | 国际私法的对象与范围    | (111) |
| 第二节  | 国际私法的主体       | (114) |
| 第三节  | 法律冲突、冲突规范和准据法 | (122) |
| 第四节  | 适用冲突规范的制度     | (132) |
| 第二部分 | 国际民商事法律适用     | (144) |
| 第一节  | 权利能力和行为能力     | (147) |
| 第二节  | 物权            | (149) |
| 第三节  | 债权            | (150) |
| 第四节  | 商事关系          | (156) |
| 第五节  | 家庭            | (160) |

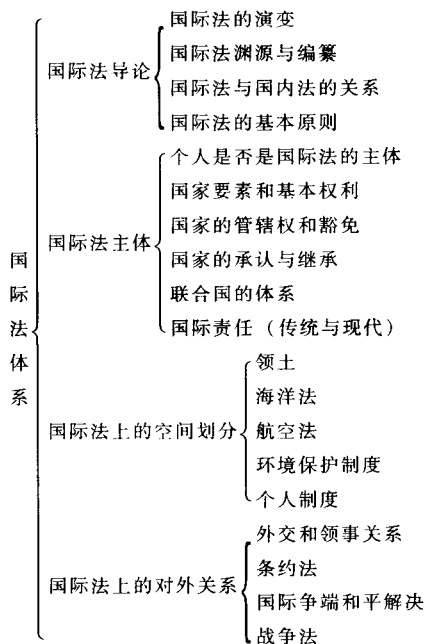
|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 第六节 继承 .....          | (168) |
| 第三部分 国际民商事争议的解决 ..... | (173) |
| 第一节 国际商事仲裁 .....      | (178) |
| 第二节 国际民事诉讼 .....      | (191) |
| 第四部分 区际法律问题 .....     | (214) |
| 第一节 区际法律冲突 .....      | (214) |
| 第二节 区际司法协助 .....      | (216) |

## 国际经济法

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 第一部分 国际贸易法 .....          | (230) |
| 第一章 国际货物买卖 .....          | (230) |
| 第一节 国际货物买卖合同概述 .....      | (230) |
| 第二节 《国际贸易术语解释通则》 .....    | (231) |
| 第三节 《联合国国际货物销售合同公约》 ..... | (238) |
| 第二章 国际货物运输与保险 .....       | (261) |
| 第一节 国际海上货物运输 .....        | (261) |
| 第二节 国际货物运输保险 .....        | (277) |
| 第三章 国际贸易支付 .....          | (285) |
| 第一节 国际贸易的支付工具 .....       | (285) |
| 第二节 国际贸易的支付方式 .....       | (289) |
| 第四章 我国的对外贸易管理制度 .....     | (310) |
| 第一节 我国对外贸易管理制度概述 .....    | (310) |
| 第二节 贸易救济措施 .....          | (323) |
| 第五章 世界贸易组织 .....          | (354) |
| 第一节 世界贸易组织概述 .....        | (354) |
| 第二节 世界贸易组织的运行机制 .....     | (357) |
| 第三节 世界贸易组织基本法律制度 .....    | (360) |
| 第四节 中国在世界贸易组织中的权利义务 ..... | (370) |
| 第二部分 国际知识产权法 .....        | (379) |
| 第一节 知识产权的国际保护 .....       | (379) |
| 第二节 国际技术转让法律制度 .....      | (386) |
| 第三部分 国际投资法 .....          | (392) |
| 第四部分 国际金融法 .....          | (406) |
| 第五部分 国际税法 .....           | (413) |

# 国际法

## 【知识结构】



## 【大纲导读】

国际公法所考查的内容大体都是一些基本的概念和制度，重点考查的内容主要涉及国际法的概念和渊源、国际法的主体、有关国家的法律制度、海洋法、空间法等内容。其体系可以简单归纳为：（1）国际法导论，（2）国际法主体，（3）国际法上的空间划分，（4）国际法上的对外关系四个部分。

国际公法同其他的部门法相比，最大的特点是没有集中的法律法规可供援引，其内容集中在基本常识和理论上，覆盖面极广，知识点分散。在复习本部分时要针对其特点，不能只简单背诵公约和法条，而要在头脑中建立起国际法的学科体系，将基本内容和重点内容抓住，加强记忆。应重点掌握的知识主要包括如下几个方面：

1. 国际法导论（国际法的演变，国际法渊源与编纂，国际法与国内法的关系，国际法的基本原则如主权平等、不干涉内政、不使用威胁或武力和民族平等自决）

2. 国际法的主体〔个人是否是国际法的主体，国家要素和基本权利，国家的管辖权和豁免，国家的承认与继承，联合国的体系，国际责任（传统与现代）〕

3. 国际法上的空间划分：（1）领土：领土主权和限制，领土取得的方式（包括传统

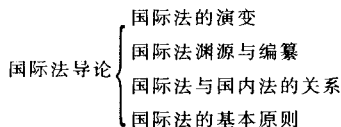
与现代), 南极; (2) 海洋法: 领海、专属经济区、大陆架、群岛水域, 公海和海底区域; (3) 航空法: 基本制度 (芝加哥公约), 国际民航的损害赔偿 (华沙公约), 民航安全制度, 外层空间制度 (营救制度、登记制度和责任制度); (4) 环境保护制度 (大气、海洋、危险废物、自然生态和资源保护); (5) 个人制度 (国籍、外交保护、引渡和庇护、国际人权法)

4. 国际法上的对外关系: (1) 外交和领事关系: 外交机关以及外交和领事的特权与豁免; (2) 条约法: 条约成立的实质要件、条约的保留、条约的效力 (冲突和第三国的问題)、条约的解释和条约的终止; (3) 国际争端和平解决: 传统和现代的方法、国际法院的职权; (4) 战争法: 第一部分战争的开始和结束、中立国, 第二部分作战中的规则、作战手段和方法、保护平民、交战人员和战争受难者 (作战手段与方法是海牙体系, 保护平民和战争受难者是日内瓦体系)

国际公法考试掌握了这些重点内容也就可以取得不错的成绩了。

## 第一部分 国际法导论

### 【知识结构】



### 【大纲导读】

本章主要理解国际法的概念性质、发展演变、国际法渊源与编纂、国际法与国内法的关系、国际法的基本原则等, 以上内容的掌握主要是注重细节方面的内容。

### 【考点精解】

#### 一、国际法的演变和特点

##### (一) 国际法的演变

英国法学家边沁最早引入国际法一词, 后被广泛采用。

近代国际法诞生于欧洲, 是以独立主权国家兴起为基础的。1643~1648年结束欧洲30年战争的威斯特伐利亚和会和《威斯特伐利亚和约》, 标志着一批近代主权独立国家的出现, 成为近代国际关系的起点; 同时它确认了国家主权、主权平等的根本原则, 标志着近代国际法的开始。

同一时期, 荷兰人格老秀斯发表了《战争与和平法》(1625), 第一次从理论上对国际法的规则和基本问题进行了系统全面的论述, 并努力使国际法从神学的桎梏中解放出来。这部著作对威斯特伐利亚和会产生了积极影响, 为近代国际法学奠定了基础。格老秀

斯因而被称为“近代国际法学之父”。

中国近代较早运用国际法的人是林则徐，他在广东禁烟时就请人摘译了一些西方国家的法律条文和国际法著作的片断。

国际法最重要的发展是在第二次世界大战结束和联合国成立之后。以《联合国宪章》为核心的现代国际法进一步走向世界，逐渐成为整个国际社会的行为规则。

## （二）国际法的主要特点

1. 强制力的依据有所不同。国际法的依据一般认为是产生于国际交往和发展需要的、国家之间的意志协议或说协议意志。

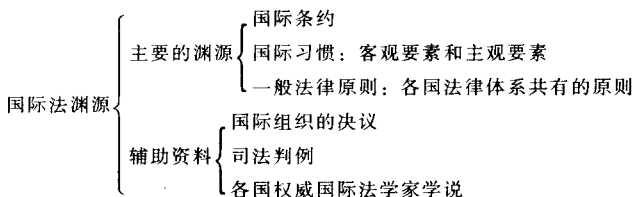
2. 立法方式不同。国际法的规则只能由国家之间在平等的基础上以协议的方式共同制定，这种协议可以是成文的，也可能是以不成文习惯法的形式表现出来。

3. 法律关系的主体和调整对象不同。国际法主要是调整国家之间关系的，其主体主要是国家。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，也作为国际法的主体。

4. 强制方式不同。国际社会没有超国家之上的强制机构，国际法的强制力是通过国家本身的单独或集体的行动来实现的。

## 二、国际法的渊源与编纂

### （一）国际法渊源



国际法的渊源一般是指它的形式渊源，即国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的方式。它的意义在于指明去哪里寻找国际法规则，以及识别一项规则是否是有效的国际法规则。

《国际法院规约》第38条的规定，被普遍认为是国际法渊源的最权威的说明，虽然该条款本身是旨在规定国际法院审理案件时所适用的法律。该条规定如下：（1）法院对于陈述各项争端，应依国际法裁判之，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“公允及善良”原则裁判案件之权。

因此，国际法的主要渊源为国际条约、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。

#### 1. 国际条约

国际条约是现代国际法主要的法律渊源，是当代国际法规则的主要表现形式。国际条约是两个或两个以上国际法主体之间缔结的、以国际法为准的、规定当事方权利义务协

议。从渊源的角度看，有人将条约分为“契约性条约”和“造法性条约”。

## 2. 国际习惯

国际习惯是不成文的，它是国际法最古老、最原始的渊源。国际习惯的最重要的意义在于它的普遍性和基础性。虽然现在许多的国际习惯被编纂进入条约，但是从效力的普遍性上讲，条约并不能替代被其编纂的国际习惯。同时，条约不可能包罗国家实践中的所有方面的规则，新的习惯规则仍不断产生。从这些意义上，国际习惯被认为是国际法最重要的渊源。

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（*opinio juris*）。一项国际习惯必须同时具备这两个要素特别是心理要素。

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。一般应特别注意以下三个方面：第一，国家间的各种文书和外交实践；第二，国际组织和机构的各种文件，包括决议、判决等；第三，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

广泛接受的观点认为，“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。在《国际法院规约》第38条第2款中提到的“公允及善良”原则在广义上也被理解为一项“一般法律原则”。

## 4. 确立国际法原则的辅助方法

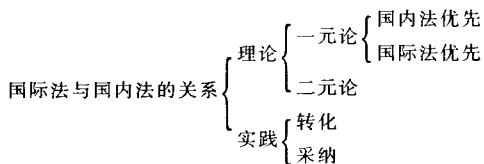
按照《国际法院规约》第38条，司法判例、国际法学说被列为确立法律原则的辅助资料。也就是说，它们本身不是国际法的渊源，而是在辨认证明国际法原则时的辅助方法。（1）司法判例。（2）各国国际法权威学者的学说。（3）国际组织的决议。

由于《国际法院规约》第38条本身并不是对国际法渊源和辅助方法的穷尽列举，因此，一般认为，国际组织决议，特别是联合国大会的决议，可以和司法判例及国际法学家著作一起，列为确立国际法原则的辅助资料，并且其作用和地位高于学者学说。

## （二）国际法的编纂

现在最重要的官方编纂机关是联合国组织。具体工作由联合国的国际法委员会或联合国有关专门机构进行。

## 三、国际法与国内法的关系：国内法优先



### （一）国际法与国内法关系的理论

国际法和国内法关系的问题，经过许多学者的争论，形成了具有代表性的一些观点，

其中最典型的是一元论和二元论。

一元论首先认为国际法与国内法同属于一个法律体系,在此基础上又分为国际法优先说和国内法优先说两派。

其中,一元论的国内法优先说认为国际法的效力和权威源自国内法,国际法是低一级的法律,是国内法的一个部门,或称为“涉外公法”。这实际上导致从根本上取消国际法,因此现在完全支持这种理论的人很少。

一元论的国际法优先说认为国际法位于各国并立的国内法之上,各国国内法的效力是由国际法赋予的,而国际法的效力则来自一个最高的规范“约定必守”或整个人类社会的“法律良知”。该学派强调法律体系是以个人关系为调整对象和基本出发点。这种理论忽视了各国意志在国际法和国内法制定中的作用,并且可能导致对国家主权的全面否定,以世界法代替国际法和国内法,从而脱离了国际社会的现实。这种理论在一次世界大战后兴起并得到发展,至今影响仍然很大。

二元论或“平行说”认为国际法与国内法是两个不同的法律体系,各自有其不同性质、效力根据、调整对象和适用范围,二者互不隶属,各自独立。无论国际法整体还是其分支都不能当然地成为国内法的一部分,反之亦然。国内法的制定者和国际法的参加制定者都是国家,因此,在理论上,国际法与国内法两个体系之间有着密切的联系。二者不是截然对立的,而是彼此互相渗透、互相依赖、互相补充、互相制约的关系。

## (二) 国际法与国内法关系的实践

从国际实践看,首先在国际层面:国内立法不能改变国际法的原则、规则;国家不得以其国内法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,国际法不干预一国国内法的制定,除非该国承担了相关的特殊义务。比较复杂的是在国内层面,主要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:

第一,除了牵扯到由此产生的因违背国际法义务而承担国家责任的情况以外,国际法并没有在这个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。各国法律传统和法律制度不同,在这个问题上的实践很不统一。有些国家在成文宪法中对此作出规定;有些国家在其他法律中进行规定;有些国家没有明确的规定;有些国家的规定比较原则;而有些国家的规定比较具体。各国司法实践的情况就更为复杂。

第二,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。同时,国际法规则的不断发展变化也增加了这种情况的复杂性。对于习惯法规则在国内外法律制度中的地位和适用,不同国家在具体做法上也存在差异。如,一些国家把习惯法作为本国法一部分而直接适用,但一般要求该习惯法规则不能与现存的国内成文法相抵触。

第三,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。由于条约是当代国际法的主要渊源,这个问题在实践中无疑显得更加重要和紧迫。一些学者基于“二元论”模式,从国际社会的实践中,归纳出两种极端或典型的条约在国内适用的方式:转化和采纳。所谓“转化”,是指采取这种方式的,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”或称并入，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一揽子规定。其实，“转化”和“并入”的区分只是学术上的简化，在国际实践中，情况要复杂得多。绝对单一地采取上述某一种方式的国家很少，许多国家是两种方式兼用。虽然各国的具体做法有所不同，但从结果上看，国家都保留了适当选择权、解释权和适用弹性。因此，各国的具体情况和做法需要查阅和研究该国的国内法及相关实践。

第四，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。各国的做法也不一致。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。从国际法的角度看，如果一国在国际法与国内法发生冲突时，由于优先适用其国内法造成其对国际法的违背，该国应对此承担相应的国家责任。

### （三）国际法在我国国内的适用问题

1. 在我国目前的宪法中，将坚持和遵守作为国际法基本原则核心的和平共处五项原则写入其中。表明从最基本的原则上，中国尊重和遵守国际法的体系，履行自己的国际义务。

2. 对于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。同时也有相当一部分法律对于条约事项未作出任何规定。

作出有关条约可直接适用规定的情况，如1991年《民事诉讼法》第239条：对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。第238条：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。以及1980年《中外合资企业所得税法》第16条第2项：中华人民共和国政府和外国政府之间订有避免双重征税协定的，所得税的抵免应当依照各该协定的规定办理。

条约和相关法律同时适用的情况，如1961年《维也纳外交关系公约》（我国1975年加入），1963年《维也纳领事关系公约》（我国1979年加入）与1986年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，1990年《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。

规定需要经国内法转化才能适用的情况，如1996年《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第39条第1款：《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。

3. 目前一般认为，在民商事范围内，中国缔结的条约与国内法有不同规定的部分，在国内可以直接适用。

4. 在民商事法律范围以外，条约在国内的地位和适用问题，较为稳妥的结论是，民商事以外的条约，能否在中国国内直接适用，需要根据与该条约相关的法律规定，结合条约本身的情况进行具体考察才能作出恰当的结论。

5. 关于条约与国内法的冲突解决，上述的规定很典型，其他有些法律中也有类似的

规定。因此,在民商事范围内,条约与国内法冲突时,条约可以优先适用。与条约的适用问题相似,在整个法律范围内,条约与国内法冲突时的优先适用问题,也还没有统一全面的明确规定。上段讲述的解决条约冲突的方法,在我国也都可以找到类似的实践。所以,在实际问题上也要根据有关条约和我国相关法律的具体情况来判断。

6. 关于国际惯例在国内法中的地位,我国宪法也没有规定。典型的规定是《民法通则》第142条第3款: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: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。

7. 应当注意,在国际法与国内法关系问题上,我国的实践正在发展中。最高人民法院2002年8月27日《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》是在这个方面的最新实践。该司法解释是在中国加入世界贸易组织后,针对有关WTO协议在国内的适用所涉问题作出的。一般认为,该文件的规定,是从WTO协议的复杂性和中国目前的司法实际出发,排除了WTO协议文件在中国法院的直接适用性。在此之后,另外两个被认为是与WTO协议规则具有密切联系的司法解释,即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》,也遵循了这种思路。这表明,在WTO协议在国内的实施方面,我国将倾向于主要采取“转化”的方式。

#### 四、国际法基本原则

##### (一) 基本原则的概念

##### 1. 基本原则的特征

国际法基本原则是国际法庞大规则体系中最核心和基础的规范。它具有以下基本特征:

- (1) 各国公认。
- (2) 适用于国际法律关系的所有领域。
- (3) 构成国际法体系的基础。
- (4) 具有强行法性质。强行法,或国际法强行规则,是指在国际社会中被公认为必须绝对遵守和严格执行的法律规范,它不得被任意选择、违背或更改。强行法在《维也纳条约法公约》中被称为“一般国际法强制规律”。按照该公约规定,它“是指国家之国际社会全体接受,并公认为不许损抑,且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。

##### 2. 基本原则的内容来源

(1) 1945年的《联合国宪章》作为世界上绝大多数国家参加的普遍性国际条约,对战后国际法基本原则的形成和内容产生了根本性的影响。宪章中的序言、宗旨和原则的有关规定,构成当代国际法基本原则的基础。其中最集中反映在《联合国宪章》第2条规定的会员国应遵守的七项原则上,即:①会员国主权平等;②善意履行宪章义务;③和平解决国际争端;④不得非法使用威胁或武力;⑤集体协助;⑥保证非会员国遵守宪章原则;⑦不干涉内政。

(2) 由中国、印度和缅甸于1954年首先倡导的和平共处五项原则,重申和发展了国

国际法基本原则，构成了当代国际法基本原则的核心部分。

## （二）基本原则的主要内容

### 1. 国家主权平等原则

（1）国家主权。国家主权或主权，是国家的根本属性，是指国家独立自主地处理其内外事务的统治权力。主权具有不可分割、不从属于外来意志和神圣不可侵犯的性质。主权不是国际法赋予国家的，而是国家固有的。国际法中的主权原则只是对国家这种最基本属性的一种宣示和确认。主权首先体现在以下三个方面：第一，对内最高权；第二，对外独立权；第三，自保权。

主权是一个历史和发展的概念。由最早法国博丹提出的君主作为主权者的主权说，到卢梭从宪政的角度提出人民主权观，以及当今政治法律中的主权理论，主权的概念在国内政治和法律中都发生了很大的变化。在国际法中，国家主权的概念由格老秀斯首先引入，以后瓦泰尔在1758年基于自然法和人民主权理论系统论述了国家主权原理，指出国家从产生起就是独立和自主的，除非国家自己表示服从，对于其他任何国家来说它都是自由的和完全独立存在的。国际法上，对内的最高权和对外的独立权仍然是主权的最基本特征和表现。

（2）国家主权平等原则。任何国家都拥有主权，各国都有义务相互尊重主权。在主权国家组成的国际社会，各国都具有平等的国际人格，各国在国际法面前处于平等地位。基于主权的性质，任何国家都有权自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度。各国在国际关系中要相互尊重对方的主权，在行使自己主权的同时不能侵害别国主权。每个国家都应与他国和睦相处，忠实地履行其国际义务。换句话说，国家拥有主权，并不是可以为所欲为。在国际法看来，国家在国际社会要受到被自身接受或公认的国际法规则的拘束。这是主权国家组成的国际社会的一个特征，也是相互尊重主权的必然要求。领土主权是国家主权的重要方面。尊重别国主权首先要尊重别国的领土主权和领土完整。侵占肢解别国领土构成对该国主权的严重侵犯。

在国际交往中，以下一些方面也是国家平等的体现：缔约时的“轮签制”；国际会议排序采取对称、圆桌、抽签或字母顺序的方法，外交礼仪待遇和外交代表位次的平等；国家在外国的司法豁免权等。

### 2. 不干涉内政原则

（1）内政。内政的实质是国家基于其管辖的领土而行使主权的表现，包括建立国家政权体制和建立社会、经济、教育、文化等制度，处理其立法、行政、司法事务，以及制定对外政策、开展对外交往等所有方面的措施和行动。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确立的国际法原则和规则。

（2）不干涉内政原则。内容包括：①任何国家或国际组织，在国际关系中，不得以任何借口或任何方式直接或间接地干涉本质上属于任何国家国内管辖的事件，即一国内政；也不不得以任何手段强迫他国接受自己的意志，维持或改变被干涉国社会制度和意识形态。②国际法允许国家在平等和自愿的基础上，根据国际条约或国际义务，对他国进行援助；也承认各国对他国违背国际法义务的行为有权采取相应的单独或集体的行动；但这些行动必须具有公认的法律根据并且应严格在国际法律框架中进行。