

葵花

国家司法考试高阶教程

国际法·国际私法·国际经济法

付英 王丰 著

当代世界出版社



国家司法考试高阶教程

国际法·国际私法·国际经济法

付英 王丰 著

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

(000000) 基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

(000000) 基础版国际·基础版国际·基础版国际

(基础版) 000000 基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

基础版国际·基础版国际·基础版国际

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法·国际私法·国际经济法/付英, 王丰著. —北京:
当代世界出版社, 2005. 4

葵花国家司法考试高阶教程 (2005)

ISBN 7-80115-923-3

I. 国... II. ①付... ②王... 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国际法: 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 (2005) 第 017237 号

书 名: 国际法·国际私法·国际经济法
出版发行: 当代世界出版社
地 址: 北京市复兴路 4 号 (100860)
网 址: <http://www.worldpress.com.cn>
编务电话: (010) 83908403
发行电话: (010) 83908410 (传真)
(010) 83908408
(010) 83908409
经 销: 新华书店
印 刷: 天津新华印刷一厂
开 本: 787 × 1092 毫米 1/16
印 张: 24
字 数: 740 千字
版 次: 2005 年 4 月第 1 版
印 次: 2005 年 4 月第 1 次印刷
书 号: ISBN 7-80115-923-3 / D · 204
定 价: 43.00 元

如发现印装质量问题, 请与承印厂联系调换。
版权所有, 翻印必究; 未经许可, 不得转载!

葵花系列司法考试丛书最早的雏形是付英和王丰两位老师合作编著的《国家律师资格考试纲要》，曾于1997年至2000年在北京内部印行，在首都考生中引起热烈追捧。在广大考生的强烈要求下，于2003年正式出版发行。后由两位老师亲自执笔主持修订，已再版多次。

葵花系列司法考试丛书，是以科学的编排体例为指导思想，是一套无论针对司法考试还是指导司法实践都非常适用的丛书。付英、王丰两位老师编写本丛书最核心的动因，就是要在为数众多的考试读物中，以自己的深厚学识彰显其著作“严谨求实”的个性和提高教材应对考试的有效性。本书从主体内容编排、到体例的设计以及唯美主义的装帧风格，无不让广大考生爱不释手，让众多出版者纷纷效仿。

丛书之一《国家司法考试高阶教程》虽以“教程”为名，但其所具有的开拓性编排体系和极丰富的知识含量，非一般考试辅导用书所能比拟，其专业性足以作为高校法学教材。如果同学们能扎扎实实地学习本书，积累知识，不但对付司法考试得心应手，更重要的是对于今后从事法律工作也能打下良好的专业基础，因为本书在将法律知识传授给同学们的时候，已经潜移默化地通过其独特的结构体例、叙事说理的方法将一个法律人最为可贵的法律思维传递给了同学们。

部分同学抱怨本套丛书的分量太足，恐怕难以承受阅读量。须知司法考试的难度逐年俱增，早已不是数年前的律师资格考试了，在此情况下，是很难靠短期突击就能侥幸通过的。如果不在学习上下苦功夫，而寄希望于找到一本单纯点“精华”、提“重点”的书，经过短期的突击就想通过考试，这无异于走上歧路。两位老师并没有迎合、助长考生的这种错误心理，而是以科学的精神、务实的态度继续向大家奉献自己的心血力作，葵花系列丛书虽被称为“葵花宝典”，却无一丝投机取巧之处。

《国家司法考试高阶教程》包括《民法》、《刑法》、《民事诉讼法与仲裁法》、《刑事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《国际法·国际私法·国际经济法》、《商法与经济法》、《法理学·法制史·宪法·法律职业道德》（共八本），是以国家司法考试大纲为线索，以法律法规及配套司法解释为依据，按照学科分类编写。全书内容采用学术通说，创造性地将每一学科章节的编排体例分为以下四个层次：

第一层次：考点精要——将本节相对重要的考点逐一列出。

考点精要的精辟之处在于直指本节的重点，以简单的语言点明法学的内在逻辑体系，串联成一个完整系统的学习框架，使同学们明白应该在复习中汲取哪些知识来补充这个框架，使其变成被自己牢固记忆的知识体系。万丈高楼，皆始于此，如果没有这个层次，就直接跨入学习“重点”，此种方式的效果堪忧，这正是本书考点精要的意义所在。

第二层次：相关法条——汇集可能被考查到的重要法条，科学编排、关联记忆。

相关法条这一层次，将与本节相关的可能考查到的法条，根据其重要性，按考点进行编排。所引用的法条不但包括一般《司法考试法律法规汇编》中所能考到的法条，还包括了其从不提及的，但是对于解答特殊问题和理解相关立法原意都极为重要的部分，如“高法批复”、“高法函告”等。

全面搜集法律法规和那些不引人注目却又非常重要的“批复”、“函告”等等，是一项浩大的工程，所以一般的司法考试辅导用书引用的仅是《司法考试法律法规汇编》中的条文，而忽略了同样重要甚至理解起来更加容易，且在实践中广泛运用的高法“批

复”、“函告”等，付英、王丰两位老师敏锐地对这部分内容给予了充分的重视。另外，在某个具体法律制度下，除了安排该具体制度的相关法律法规外，对于关系密切、容易混淆、可能作为考点出现的属于其他法律制度下的法律法规也予以了充分重视，让同学们能够通过对比，举一反三、相互关联记忆重要知识，起到事半功倍的复习效果。

上述努力，使“相关法条”这一层次在内容上比普通“重点法条”书籍更为丰富、全面。同时，又远比一般通用的《法律法规汇编》更为精练，完全可以替代《重点法条》与《法律法规汇编》。

第三层次：法条评述——是对本节相关法条的解读。

法条评述是基于上面相关法条的内容，以权威的论述全面阐述法条的真实含义，避免同学们对法条的误解，进而钻牛角尖走入学习的死胡同；同时以一挂万，结合各相关条文来点明在学习容易混淆和出错的地方，使同学们不但能够将法条的规定刻进自己的记忆，更能理解法条的精髓所在，带着对法条的理解去记忆和运用法条，怎能无往不利？

第四层次：本节解谜——充分理解立法原意、命题者出题思路，进一步阐释法条之间的联系及应用。

本节解谜是本丛书最精华的部分，对于每节内容的考点提炼、考查方向的分析、为什么会以这个角度命题、如何才能更有效地复习本节内容、如何在复习本节内容的同时将相关的知识点和不容易引人注意，却又很重要的知识点都能复习到位，这些在书中都有精辟的论述。同时，在该层次下，配有用黑体字标明的“应当注意”的内容，明确指出该知识点中易误解、易忽略、易混淆的内容。

本丛书除了充分吸收其他司法考试书籍的优点、避免流弊之外，两位老师更是在语言组织、叙述风格上独辟蹊径，采用平实无华却又条理分明的语言来阐释难解之法律问题，其能力着实令人惊叹，让看过本丛书的同学了解到法律原来不是常人眼中所看、常人书中所写的那般晦涩难解，而是一个充满智慧光芒和使命召唤、引人入胜的神圣领域。

另外，也是很重要的一点，如果您在学习本书的过程中遇有疑难问题，可登录两位老师主持的葵花法律论坛（葵花宝典司考论坛 www.khbd.com.cn），您的问题会得到及时权威的免费解答。在葵花法律论坛里集合了一大批充满热情的法律人，这是一个奋发向上、团结互助、充满希望的团体，期待您的加入。

二零零五年四月

致谢

我们首先要向众多法学界杰出人士以及法官、检察官、律师和众多长期从事法律教学及司法考试研究的专家们表示感谢，本书的编写是在他们共同努力的基础上完成的。

我们要感谢众多司法部门官员，对我们接连不断提出的许多偏怪问题，他们总是给予及时的答复，并热心地提供了大量的实际数据以及专业见解。他们的理解、慷慨和支持令我们没齿不忘。

我们要感谢本丛书的编辑，他们一丝不苟的逐字查证，反复校对，不厌其烦，协助解决了不少难题，并对大量工作进行了耐心而高效的协调。

没有上述众多专业人员的才华、努力，本丛书的出版是不可能完成的。

我们要专门感谢葵花法律论坛的众位版主，他们不仅在论坛里默默耕耘，还为葵花系列丛书的完善提出了许多建设性的建议。

我们要特别感谢葵花法律论坛里的同学们，他们志存高远、脚踏实地、孜孜不倦地追求是我们奋斗拼搏的力量源泉。

我们努力确保葵花系列丛书所有资料的准确性，并努力使本丛书以有限的篇幅容纳尽可能丰富的内容。在确定本丛书内容时，我们得到了本领域众多专家的指点，进行了长时间的研究，同时也利用了我们自己的经验。我们必须对本丛书的内容有所取舍，以便在有限的篇幅中尽可能地包含司法考试中所有可能出现的考点。本丛书旨在向同学们提供在应对国家司法考试的过程中最为需要和最为有用的信息，当您接触到本丛书中所介绍的知识时，无疑会遇到一些新的信息和要求，对于这些新出现的问题，我们将努力在未来的新版本中予以补充、修订，并及时在葵花法律论坛上公布。

很多同学都喜欢拿下面这两句话来激励自己，我们愿与大家一起共勉：

苦心人，天不负，卧薪尝胆，三千越甲可吞吴。

有志者，事竟成，破釜沉舟，百二秦关终属楚。

付 英 王 丰
二零零五年四月

关于高阶教程《国际法·国际私法·国际经济法》一书的几点说明

1. 本书已将下列最新修改的法律条文收录, 并就修改前后条文的不同之处作了详细阐释, 应重点掌握:

(1) 2004 年 7 月 1 日修改施行的《对外贸易法》, 多为原则性、概括性规定, 但因其所确立的系列外贸制度与国际经济法的其他部分关系密切, 故学好本法有助于理解国际经济法部分。

(2) 2004 年 6 月 1 日修改施行的《反倾销条例》。

(3) 2004 年 6 月 1 日修改施行的《反补贴条例》。

(4) 2004 年 6 月 1 日修改施行的《保障措施条例》。

2. 国际法是主要调整国家间原则、规则的总和, 该部分与其他部门法相比, 最大的特点是没有集中的法律法规可援引, 其内容主要集中在基本常识和理论上。学习过程中, 不可盲目背诵大量的国际法公约和条文, 而应在大脑里建立起国际法的学科体系, 将基本内容抓住, 理解基本理论的含义。本书将该部分涉及的公约和条文融入本节解述中作详细阐释。

3. 国际私法主要涉及国际私法的基本理论、冲突规范、适用冲突规范的制度, 外国人的法律地位、涉外民事法律关系的法律适用、国际民事诉讼以及国际商事仲裁几个部分。对于国际私法的理论部分, 应着重理解基本制度, 扎实掌握冲突规范的基本概念、类型、结构以及适用冲突规范的有关制度, 如识别、反致、外国法的查明、公共秩序保留、法律规避等。

对涉外民事关系的法律适用部分, 应重点掌握我国法律的相关规定, 主要集中在《民法通则》第八章及相应的司法解释中。还应注意对《海商法》、《票据法》、《民用航空法》的有关法律适用条文的学习, 本书对该部分配套了详细的相关法条及法条评述。

对国际民事诉讼和商事仲裁部分, 应重点掌握我国《民事诉讼法》涉外民事诉讼一章中的有关规定和《仲裁法》中的基本原理。

4. 国际经济法的重点为国际贸易法部分, 因我国新制定的《合同法》、《海商法》都与国际接轨, 与国际公约的规定非常类似, 在分析问题时可直接套用, 不必背诵大量公约。本书将原本应属于商法部分的“海商法”归入, 与“国际货物运输”、“国际货物运输保险”这两章一并阐释, 由于《海商法》的条文本身已阐述得非常清楚, 而司法考试对这部分也是直接考查条文, 故同学们可直接阅读相关法条及法条评述。

5. 学习本书, 宜结合做葵花题库中与教程每一章节配套的习题。仅将 2003 年国家司法考试全真试卷一中第 59 题至第 72 题与葵花题库中对应部分作比较, 会发现这 14 道题中有 13 道题皆能在葵花题库中找到考点完全相同的样题, 在样题的考点剖析中都能查到本次考查的相关依据。2004 年同样情形再次发生。

作者简介

付英、王丰，青年法学家，多年潜心研究法学，专注司法考试，治学严谨，经验丰富。近年来著有近2千余万字的葵花系列丛书：《国家司法考试高阶教程》、《国家司法考试同步经典题库详解》、《国家司法考试全真题库分类详解》、《案例解谜》、《考点必背》、《司法疑难解答》等作品；仅2003至2004年，在最高人民法院主办的《人民法院报》、最高人民检察院主办的《检察日报》等专业权威报媒上发表文章就达60余万字。限于篇幅现仅列举部分文章目录：

《司法考试考前答疑（上、下）》
《迎司考百问答疑》（一至十）
《司法考试疑难问题百问解答》（一至十）
《司考全真分类题解》（一至十）
《民法疑案精析30例》
《刑法疑案精析30例》
《案例题的答题技巧》
《刑法的基本哲学》
《中止犯论》
《民法的基础观念》
《法学教育改革对策》
《国家司法考试论》
《定金与损害赔偿可以并存吗》
《闯红灯，证据合法吗》
《顺势踹了一脚，怎么算——兼评今年司考试题理论与实务考查并重特点》
《买卖合同中风险和孳息转移的界限》
《国家司法考试试题评析》（一至十）
《购买盗版光盘受“消法”保护吗》
《放走被拐卖妇女能算犯罪中止吗》
《从四个方面把握刑事责任年龄》
《关于共同犯罪试题的全真分析》
《司法考试复习疑难题解》
《司法考试刑法分类题解》（一至十）
《司考疑难问题解答》（一至十）
《司考试题答案解析》
《骑车人犯病撞了人谁赔》
《赌博罚金交假币应定两罪》
《病人因输血而死，医生该当何罪》
《丙、丁构成犯罪了吗》
《买卖合同中的违约担责》
《司法考试刑法分类题解》（一至五）
《司法考试全真案例题解》（一至五）
《寻找〈刑法〉的考点》
《积极备考系统复习》
《自家墙被刷广告可要求精神赔偿吗》
《行政法学考题争议》（一至五）
《乘车让人给撞了该找谁赔》
《妻子收受财物构成受贿罪吗》
《父亲把钱捐了，母亲能请求撤销吗》
《非法采集供应血液罪的认定》
《骗取登记的婚姻是否有效》
《过失致人死亡还是故意杀人》
《该现场笔录能否作为证据》
《该旅客损失应由谁承担》
《获取试卷四“案例题”高分的技巧》
《司考民法全真分类精解》（一至十）
《刑事诉讼法试题》（一至五）
《刑法：寻找考点》（一至五）
《分析试题掌握考点》
《司考如何选书》
.....

目录

第I编 国际法

第1章 导论	1	第一节 外交关系与外交关系法	64
第一节 国际法的概述	1	第二节 使馆制度	65
第二节 国际法的历史发展	2	第三节 外交特权与豁免	68
第三节 国际法的渊源与编纂	3	第四节 特别使团	70
第四节 国际法和国内法的关系	4	第五节 领事制度及领事特权与豁免	71
第五节 国际法的基本原则	6	第7章 条约	75
第2章 国际法主体	10	第一节 概述	75
第一节 国际法主体概说	10	第二节 条约的缔结	77
第二节 国家	11	第三节 条约的效力	80
第三节 国际组织	17	第四节 条约的解释和修订	82
第3章 国际法律责任	22	第五节 条约的无效、终止和暂停施行	83
第一节 国际法律责任的构成	22	第8章 和平解决国际争端	86
第二节 国际责任的形式	24	第一节 国际争端与解决方法	86
第三节 国际责任制度的新发展	25	第二节 和平解决国际争端的政治方法	88
第4章 国际法上的空间划分	27	第三节 和平解决国际争端的法律方法	89
第一节 领土	27	第四节 通过国际组织解决国际争端	93
第二节 内海、领海和毗连区	33	第9章 战争与武装冲突法	95
第三节 大陆架和专属经济区	37	第一节 战争与战争法	96
第四节 群岛水域和国际海峡	40	第二节 战争法的基本原则	98
第五节 公海与国际海底区域	41	第三节 战争状态	99
第六节 空气空间法	44	第四节 战时中立法	101
第七节 外层空间法	47	第五节 对作战手段的限制和对战争受难者的保护	102
第八节 国际环境保护法	49	第六节 战争犯罪	105
第5章 国际法上的居民	51		
第一节 国籍	51		
第二节 外国人的法律地位	56		
第三节 庇护和引渡	58		
第四节 国际人权法	61		
第6章 外交关系与领事关系法	64		

第II编 国际私法

第1章 国际私法概述	107	第四节 国际组织	119
第一节 国际私法的概念	107	第五节 外国人的民商事法律地位	120
第二节 国际私法的范围	109	第3章 法律冲突、冲突规范和准据法	122
第三节 国际私法的渊源	110	第一节 法律冲突	122
第2章 国际私法的主体	112	第二节 冲突规范	124
第一节 自然人	112	第三节 准据法	127
第二节 法人	116	第4章 适用冲突规范的制度	129
第三节 国家	117	第一节 识别	129

	第二节 先决问题	130		第六节 海事关系与民用航空关系的法律适用	153
	第三节 反致	131		第七节 婚姻家庭关系	156
	第四节 外国法的查明和解释	132		第八节 继承	161
	第五节 公共秩序保留	134	第6章 国际民商事争议的解决		164
	第六节 法律规避	135	第一节 国际民商事争议的概述		164
第5章 国际民商事法律适用		137	第二节 协商和调解		165
第一节 权利能力和行为能力		138	第三节 国际商事仲裁		166
第二节 法律行为、代理和时效		141	第四节 国际民事诉讼		171
第三节 物权		142	第7章 区际法律问题		176
第四节 债权的法律适用		145	第一节 区际法律冲突与区际冲突法		176
第五节 票据关系的法律适用		152	第二节 区际司法协助		178

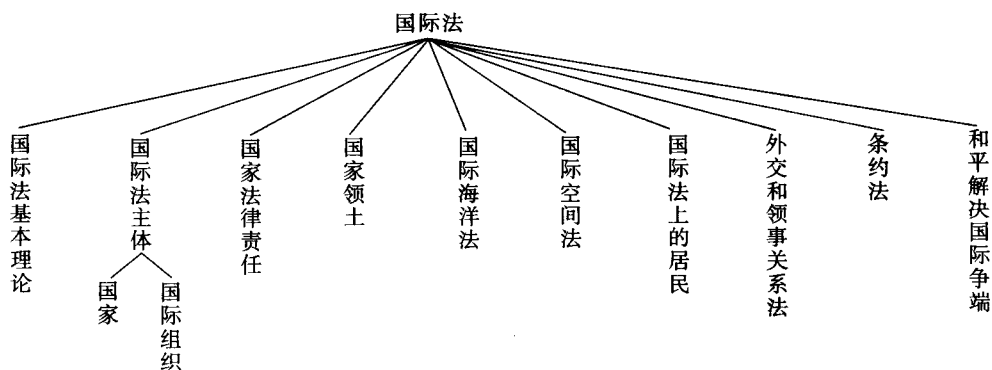
第Ⅲ编 国际经济法

第1章 国际经济法总论	187	第5章 国际货物运输保险	264
第一节 国际经济法概述	187	第一节 国际货物运输保险概述	265
第二节 国际经济法的渊源和基本原则	189	第二节 国际海上货物运输保险	266
第2章 国际货物买卖	191	第三节 国际陆上货物运输保险	274
第一节 国际货物买卖法概述	191	第四节 国际航空货物运输保险	275
第二节 国际商业惯例	194	第6章 国际贸易支付	276
第三节 国际货物买卖合同概述	200	第一节 国际贸易的支付工具	276
第四节 国际货物买卖合同的成立	202	第二节 国际贸易的支付方式	280
第五节 国际货物买卖合同双方的义务	203	第7章 对外贸易的管理	291
第六节 风险转移	206	第一节 对外贸易管理的一般措施	292
第七节 违反合同的补救办法	207	第二节 我国对外贸易救济措施	303
第3章 海商法	211	第8章 世界贸易组织	323
第一节 船舶与船员	211	第一节 世界贸易组织概述	323
第二节 海上货物运输合同	217	第二节 世界贸易组织的基本原则	328
第三节 海上旅客运输合同	227	第三节 与贸易有关的投资措施协议	336
第四节 船舶租用合同	231	第四节 服务贸易总协议	338
第五节 海上拖航合同	236	第五节 与贸易有关的知识产权协议	341
第六节 船舶碰撞	237	第六节 世界贸易组织的争端解决机制	347
第七节 海难救助	239	第七节 世界贸易组织的贸易政策评审机制	350
第八节 共同海损	242	第9章 国际经济法领域的其他法律制度	352
第九节 海事赔偿责任限制	246	第一节 国际知识产权法	352
第十节 海事诉讼	248	第二节 国际投资法	359
第4章 国际货物运输	250	第三节 国际金融法	365
第一节 国际海上货物运输	250	第四节 国际税法	368
第二节 国际航空货物运输	258		
第三节 国际铁路货物运输	260	后 记	
第四节 国际货物多式联运合同	262		

第I编 国际法

第1章 导论

本章注意：



国际法学科体系

第一节

国际法的概述

考点精要：■ 国际法的概念
■ 国际法的特征
■ 国际法效力的根据

本节解谜：

一、国际法的概念

国际法，又称为国际公法，是指在国家之间交往中形成的、用来调整国家之间关系的、有拘束力的原则、规则和制度的总和。国际法是国家及其他国际法主体间进行交往的行为规范；是在平等基础上自我约束和相互制约的法律形式；是确立国家及其他国际法律主体的权利义务基础。

国际法的内容主要包括以下几个方面：

(1) 国际法的基本原则，例如：《联合国宪章》规定的宗旨和原则。

(2) 关于国家或国际法主体本身的一些制度，例如：国际法上的国家和政府、领土、居民、国家的基本权利义务、国家责任、国际争端的解决等。

(3) 国际法各个相对独立的分支，例如：海洋法、国际航空法、空间法、条约法、外交领事关系法、国际人权法、国际经济法、国际环境法、战争与武装冲突法等。

二、国际法的特征

国际法与国内法相比，具有以下特点：

(1) 法律关系的主体和调整对象不同。

A. 国际法的调整对象主要是国家间的关系，故国际法律关系的主体主要是国家。在某种范围或条件下，政府间国际组织和某些特定的政治实体，也可作为国际法关系的主体。

B. 国内法的调整对象主要是自然人之间以及自然人与法人之间的权利义务关系，其主体主要是自然人和法人。

(2) 制定方式不同。

A. 国际法是在国家之间交往中形成的法律，是各国公认的法律，是由国家之间在平等的基础上以协议的方式共同制定的，这种协议可以是成文的，也可以是以不成文习惯法的形式表现出来。

由于国际社会没有凌驾于国家之上的国际立法机构来制定规则，故国家订立国际条约表现了国家的明示协议；国家在长期的交往实践中确立国际习惯法的原则及制度表现了国家的默示协议。

B. 国内法是由一国的最高权力机关通过立法程序制定的。

(3) 强制方式不同。

A. 国际法的强制力，是通过国家本身单独采取强制措施或者通过国家集体采取强制措施来实现的。在国际社会，没有一个处于各国之上的强制实施国际法的机关，尽管有联合国国际法院和国际仲裁机构，但它们并无管辖权。

B. 国内法的实施是依靠国家的强制机关来强制实施和执行的。

三、国际法效力的根据

由于国际法的原则、规则和规章是国家协调的结果，因而对国家就具有当然的拘束力，国家有遵守的义务。据此，国际法效力的根据是国家的协议或国家的承诺。

2

第二节

国际法的历史发展

考点精要：■ 国际法的形成与发展

■ 《战争与和平法》

■ 威斯特伐里亚和会

本节解谜：

一、国际法的形成与发展

国际法是近代欧洲的产物。在此之前出现的一些国际交往的原则和规则，仅属于近代国际法形成前的萌芽或雏形，不是我们所说的国际法。近代欧洲国际法形成中具有决定性作用的有两件大事：一件是格劳秀斯的《战争与和平法》的发表，一件是威斯特伐里亚和会的召开。

二、《战争与和平法》

1625年荷兰人格劳秀斯发表了《战争与和平法》。这部巨著全面而系统地论述了国际法问题，提出的国际法原则和规则很快受到了欧洲国家的重视，对其后的威斯特伐里亚和会产生了巨大的影响，为国际法的建立奠定了基础。格劳秀斯也因此而被称为近代“国际法学之父”。

三、威斯特伐里亚和会

威斯特伐里亚和会于1643年至1648年举行，其标志着：①近代国际法的产生；②近代独立主权国家的

产生；③国家主权平等原则的确立。

第三节

国际法的渊源与编纂

考点精要：■国际法的渊源（□国际条约□国际习惯□一般法律原则□关于确立法律原则的辅助资料）

■国际法的编纂（□国际法编纂的概念□国际法编纂的分类◎非官方编纂◎官方编纂）

相关法条：

《国际法院规约》

第38条 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时适用：（子）不论普遍或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者。（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。（卯）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。

法条评述：

上述条文规定了国际法的渊源。

本节解谜：

一、国际法的渊源

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。它的意义在于指明去哪里寻找国际法规则，以及如何识别一项国际法规则是否是有效。

国际法的渊源主要包括：国际条约、国际习惯和一般法律原则。司法判例、各国国际法权威学者的学说、国际组织的决议本身不是国际法的渊源，但它是确立国际法原则时的辅助资料。

1. 国际条约

国际条约，是国际法的主要渊源，是当代国际法规则的主要表现形式。它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。

（1）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。

（2）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。

应当注意：将条约分为造法性和契约性两类，只具有相对的意义。而所谓“契约性”和“造法性”条约在实践中往往很难区分开，并且任何条约都为当事国创立法律上的权利义务，因此从对缔约国具有法律拘束力角度看，两者并没有本质区别。

条约还可分为双边条约和多边条约，无论是何种条约只要符合国际条约成立的形式要件和实质要件，按照规定的程序生效，均对当事国有拘束力，具有国际法律效力，均可作为国际判案的依据。

2. 国际习惯

国际习惯就是习惯法，是国际法的主要渊源之一。国际习惯是指在长期的国际交往中逐渐形成的不成文的行为规则，因各国默示的共同同意而被广泛接受的具有法律拘束力的行为规则。

国际习惯的形成必须具备以下两个因素：①各国的一般实践，即各国长期经常采用的同一国际行为，称为物质因素；②这种国际实践表现的行为规范被各国普遍承认具有法律拘束力，即被各国接受为法律，称为心理因素。

国际习惯的形成是国际实践被接受为法律的结果，国际习惯规则的确立和存在的证据，可见诸于如下文件：

（1）国家间的各种文书和外交实践。

（2）国家的内部行为，如国内法、国内法院判决、行政命令等。

(3) 国际组织的实践,如国际组织决议、宣言、国际法院的判决等。

3. 一般法律原则

一般认为,一般法律原则是指各国法律体系中所共有的一些原则,是确定国际法原则的辅助渊源,其作用在于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。例如:禁止反言、尊重既决案、善意和禁止权利滥用等国内法原则等。

4. 确立国际法律原则的辅助资料

(1) 司法判例。司法判例在国际法上主要是指国际法院本身的判决,也涵盖常设仲裁法院、各种临时国际法庭、国际仲裁庭、国际委员会的裁判和决定,而不是任何国家国内法院的判例。

根据《国际法院规约》第59条规定:“法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。”据此,国际法院的判例,不是国际法的渊源,而只能如规约第59条规定的那样作为“确定法律原则之辅助资料”。

应当注意:由于成案不构成先例,故国际法院等引据司法判例的主要目的是为了证实某一国际法规则的存在、意义和效力,而不是直接确定当事国权利义务关系。因此,尽管司法判例不是国际法的渊源,但对于相关国际法原则的证明和确立有重要的意义。

(2) 各国国际法权威学者的学说。与司法判例一样,各国权威国际法学者的学说也不是国际法的渊源,不能直接确定当事国之间的权利义务。但是,权威国际法学家的著作和学说,在阐释法理,认证、确定国际法规范的生成和演变及其意义等方面,有很大的帮助。

应当注意:国际法学家的学说作为确定法律原则的辅助资料,依国际法院规约的规定,须是各国权威最高之公法学家学说。如果没有最高权威性,法院不能适用,也不采纳有关当事方的援引。

(3) 国际组织的决议。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,作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

1. 国际法编纂的概念

国际法的性质决定了国际社会没有统一的立法机构,国际法的原则、规则和制度均散见于各国缔结的条约和形成的国际习惯中。因此,国际法的编纂十分重要。

国际法的编纂,是指将散见于国际条约和国际习惯中的各项规则和制度编制成系统化和成文化的法典的活动。

2. 国际法编纂的分类

根据编纂者的不同,可以将国际法的编纂划分为非官方编纂和官方编纂。

(1) 非官方编纂,是指由个人或学术团体进行的编纂。这种编纂不具有法律拘束力。

(2) 官方编纂,或称为政府间编纂,是指由各国政府之间或国际组织之间进行的编纂,最后把编纂结果缔结为有拘束力的国际公约。一般所称的编纂是指官方的编纂。

目前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。一般程序为:①委员会向联合国大会提出编纂选题或大会提出选题→②由委员会讨论草拟公约草案→③提交大会→④公约草案再由大会或召开外交会议讨论通过→⑤然后开放给各国签署和批准。

第四节

国际法和国内法的关系

考点精要: ■ 国际法与国内法的关系

■ 国际法与国内法关系的实践

■ 国际法在我国国内的适用问题

相关法条:

《民事诉讼法》

第238条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,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。

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规定办理。

《民法通则》

第142条 涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。

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。

法条评述:

1. 《民事诉讼法》第238条、第239条规定了有关条约在我国国内可以直接适用的情形。
2. 根据《民法通则》第142条第2款规定,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。
3. 对于国际习惯在国内法中的地位,我国宪法没有规定。根据《民法通则》第142条第3款规定,民事范围的国际惯例在国内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。《民法通则》第150条对适用惯例作出了公共利益的限制和保留。

本节解谜:

一、国际法与国内法的关系

对于国际法与国内法关系的问题,有不同的观点。其中最典型的是一元论和二元论。

一元论,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。

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,各自有其不同的性质、效力根据、调整对象和适用范围,两者互不隶属、各自独立。

还有些学者对上述两种学说都不是完全赞同,他们认为国际法和国内法既相互独立又相互联系,也就是说,两者是两个独立的法律体系,在主体、渊源、调整对象、效力根据方面都有所不同,但同时两者之间又有着密切的联系,具体表现如下:

(1) 国内法必须执行国际法的义务。国家在制定国内法时必须顾及其承担的国际法义务,通过制定国内法履行国际法义务,不应制定与国际法相违背的法律。据此,国际法与国内法关系的实质是国家严格履行国家义务,通过国内法执行国际法的问题。

(2) 国际法与国内法的关系还表现在两个法律体系的客观联系、互相影响和相互补充方面。

A. 从国际法看,它的许多原则、规则源于国内法。

B. 从国内法看,国家为履行其国际义务,需要制定或修改其国内法,使国内法增加新的部门或内容,例如:国际海洋法规定无害通过制度,沿海国在其国内的海洋法中就应作出关于外国船舶无害通过的规定。

二、国际法与国内法关系的实践

处理国际法与国内法关系的实践,也就是国家如何在国内履行其所承担的国际法义务的问题。这个问题涉及一国国内法院是否直接适用国际法,就此问题,各国不同实践。

对于国际法与国内法冲突的解决,一般有如下几种做法: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。

(1) 有的国家在其国内法中对执行国际法规范作出原则的规定,要求法院把国际法视为其国内法或国内法的一部分予以执行。

(2) 有的国家采取单独的国内立法或修改国内法的措施。遇到国内法与国际法规定冲突的情况,有的国家把国际法放在优先地位,有的国家规定国内法优先,也有国家将两者置于同等地位,以后法优于前法在国内执行。如果一国在国际法与国内法冲突时,因优先适用其国内法而造成对国际法的违背,该国对此应承

担相应的国家责任。

三、国际法在我国国内的适用问题

我国处理国际法与国内法关系的原则是诚实履行我国承担的国际义务，保护我国的合法权利。

(1) 我国以坚持和遵守和平共处五项原则为核心的国际法基本原则，并将其写入宪法中。

(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。从一些涉及到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。

A. 作出有关条约可直接适用规定的情况。例如：

《民事诉讼法》第239条：“对于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参加的国际条约的规定办理。”

《民事诉讼法》第238条：“中华人民共和国缔结或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”。

《中外合资企业所得税法》第16条第2款：“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”。

B. 条约和相关法律同时适用的情况。例如：①我国1975年加入的《维也纳外交关系公约》；②我国1979年加入的《维也纳领事关系公约》；③《中华人民共和国外交特权与豁免条例》；④《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。

C. 规定需要经国内法转化才能适用的情况。例如：《香港特别行政区基本法》第39条：“《公民权利和政治权利国际公约》、《经济社会文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定仍然有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。”

(3) 一般认为，当前在民商事范围内，条约与国内法冲突时，条约可以优先适用。其法律根据除了上述《民事诉讼法》第238条的规定外，最基本的依据是《民法通则》第142条第2款规定：“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”。其他许多民商事法律中也有类似的规定。

(4) 对于民商事以外的条约，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。

应当注意：我国加入的国际公约如果与我国的刑事法律有不同规定，则不能直接适用条约规定，而仍应适用我国国内法。

(5) 关于国际习惯在国内法中的地位，我国宪法对此没有规定。但《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。”

《民法通则》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。”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，且执行惯例不得违反我国的公共秩序。

第五节

国际法的基本原则

考点精要：■国际法基本原则的概念

■国际法基本原则的特征（□各国公认□适用于国际法律关系的所有领域□构成国际法体系的基础□属强行性规范）

■国际法基本原则的来源（□《联合国宪章》□和平共处五项原则□《国际法原则宣言》）

■国际法基本原则的内容（□国家主权平等原则□不干涉内政原则□不使用威胁或武力原则□和平解决国际争端原则□民族平等和自决原则□善意履行国际义务原则）

相关法条：

《维也纳条约法公约》

第53条 与一般国际法强制规律（绝对法）抵触之条约。

条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律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。

《联合国宪章》

第2条 为求实现第1条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

（一）本组织系基于各会员国主权平等之原则。

（二）各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。

（三）各会员国应以和平方法解决其国际争端，避免危及国际和平、安全及正义。

（四）各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

（五）各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。

（六）本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。

（七）本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决，但此项原则不妨碍第7章内执行办法之适用。

法条评述：（略）

本节解谜：

一、国际法基本原则的概念

国际法的基本原则，是指在国际法体系中得到各国公认的，具有普遍指导意义的并构成国际法基础的原则。也是国际法的最高原则。

二、国际法基本原则的特征

国际法的基本原则必须具有以下特征：

（1）各国公认。国际法基本原则首先是被整个国际社会所普遍承认的原则。这种承认或反复体现于各国缔结的双边或多边条约中，或作为国际习惯而为各国所接受。

（2）适用于国际法律关系的所有领域。国际法基本原则不应是国际法个别领域的具体原则，而应贯穿国际法的各个方面，在国际法的一切领域都发生作用。

（3）构成国际法体系的基础。国际法基本原则构成国际法其他具体原则的效力基础，它是判断具体原则是否有效的依据和标准。国际法基本原则是具体原则产生的基础，国际法的具体原则、规则都可由基本原则派生和引申出来。国际法基本原则是国际法体系存在的基础。如果基本原则被破坏，则将破坏和动摇整个国际法体系存在的前提和基础。

（4）属强行性规范。强行规范即国际法中的强行法，是涉及整个国际社会重大利益的，被国际社会公认为必须遵守的绝对的原则、规则、规章、制度。国际法的基本原则属强行法。任何国家及其他国际法主体均应绝对遵守，不得以任何行为诋毁它，对抗它或破坏它。

应当注意：国际法基本原则完全具备国际强行法的各种条件和特征，但具有强行法性质的原则不一定均是国际法的基本原则。