

法律版

F A L U B A N

# 司法考试名师教程

SIFA KAOSHI MINGSHI JIAOCHENG

国际法·国际私法·国际经济法

2004

| 第一版 |

法律考试中心 / 组编

杜新丽 朱子勤 / 著



司法考试名师倾心之作



---

司法考试名师教程

---

# 国际法·国际私法·国际经济法

第一版(2004年)

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,2004.3  
司法考试名师教程  
ISBN 7-5036-4799-X

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(2004)第 014193 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑/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/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/440 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939636

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4799-X/D·4517

定价:36.00 元

## 国家司法考试应试资格及考试科目

|             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>考试性质</b> | 国家统一组织的从事特定法律职业(法官、检察官、律师)的资格考试。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| <b>报名条件</b> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 具有中华人民共和国国籍;</li> <li>2. 拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权;</li> <li>3. 具有完全民事行为能力;</li> <li>4. 符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件:<br/>             第一,具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识;<br/>             第二,各省、自治区、直辖市所辖自治县(旗),各自治区所辖县(旗),各自治州所辖县;国务院审批确定的国家扶贫开发工作重点县;西藏自治区所辖市、地区、县、县级市、市辖区,可以将报名的学历条件放宽为高等院校法律专业专科学历。</li> <li>5. 品行良好。</li> </ol>                                                                                                                                                                  |
| <b>考试科目</b> | 法理学、宪法、法制史、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、商法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、法律职业道德。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>试题类型</b> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 选择题<br/>             (1)单项选择题:每题给四个选项,选项中只有一个答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选或不选均不得分。<br/>             (2)多项选择题:每题给四个选项,选项中有两个或两个以上答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。<br/>             (3)不定项选择题:每题给四个选项,选项中有一个或一个以上(包括四个)的答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。</li> <li>2. 案例(实例)分析题<br/>             要求应试人员按照试题提问回答问题,应试人员应仔细审阅试题及提问,按要求作答。</li> <li>3. 法律文书制作<br/>             要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书。法律文书制作题一般要求应试人员格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。</li> </ol> |

## 国家司法考试试卷结构及分值比例

|                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
|----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|----------------|----------------------------|----------------|--------------------|---------------|----------------|-------------|
| <b>试卷一：综合知识</b>            | <p>100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目：</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%;">法理学(10%—12%)</td><td style="width: 50%;">法制史(10%)</td></tr> <tr> <td>宪法(10%—12%)</td><td>经济法(20%)</td></tr> <tr> <td>国际法(8%—10%)</td><td>国际私法(10%—12%)</td></tr> <tr> <td>国际经济法(12%—15%)</td><td>法律职业道德(10%)</td></tr> </table> | 法理学(10%—12%) | 法制史(10%)       | 宪法(10%—12%)                | 经济法(20%)       | 国际法(8%—10%)        | 国际私法(10%—12%) | 国际经济法(12%—15%) | 法律职业道德(10%) |
| 法理学(10%—12%)               | 法制史(10%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 宪法(10%—12%)                | 经济法(20%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 国际法(8%—10%)                | 国际私法(10%—12%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 国际经济法(12%—15%)             | 法律职业道德(10%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| <b>试卷二：刑事与行政法律制度</b>       | <p>100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目：</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%;">刑法(40%)</td><td style="width: 50%;">刑事诉讼法(35%)</td></tr> <tr> <td colspan="2">行政法与行政诉讼法(25%)</td></tr> </table>                                                                                                                 | 刑法(40%)      | 刑事诉讼法(35%)     | 行政法与行政诉讼法(25%)             |                |                    |               |                |             |
| 刑法(40%)                    | 刑事诉讼法(35%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 行政法与行政诉讼法(25%)             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| <b>试卷三：民商事法律制度</b>         | <p>100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目：</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%;">民法(45%)</td><td style="width: 50%;">商法(20%)</td></tr> <tr> <td colspan="2">民事诉讼法(35%，其中仲裁制度约占 5%—10%)</td></tr> </table>                                                                                                        | 民法(45%)      | 商法(20%)        | 民事诉讼法(35%，其中仲裁制度约占 5%—10%) |                |                    |               |                |             |
| 民法(45%)                    | 商法(20%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 民事诉讼法(35%，其中仲裁制度约占 5%—10%) |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| <b>试卷四：实例(案例)分析</b>        | <p>由论述、案例分析、实例分析或法律文书等试题类型组成，约 8—10 题。本卷分值共 100 分。本卷包括下列科目：</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%;">刑法(20%—25%)</td><td style="width: 50%;">刑事诉讼法(15%—20%)</td></tr> <tr> <td>民商法(35%—40%)</td><td>民事诉讼法(15%—20%)</td></tr> <tr> <td colspan="2">行政法与行政诉讼法(12%—15%)</td></tr> </table>                                                  | 刑法(20%—25%)  | 刑事诉讼法(15%—20%) | 民商法(35%—40%)               | 民事诉讼法(15%—20%) | 行政法与行政诉讼法(12%—15%) |               |                |             |
| 刑法(20%—25%)                | 刑事诉讼法(15%—20%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 民商法(35%—40%)               | 民事诉讼法(15%—20%)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| 行政法与行政诉讼法(12%—15%)         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |              |                |                            |                |                    |               |                |             |
| <b>考试要求</b>                | <p>四张试卷总分 400 分，每张试卷考试时间为 3 小时。<br/>合格人员必须参加四张试卷的全部考试，且四张试卷中不得有零分。<br/>应试人员各卷考试成绩当年有效。</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                  |              |                |                            |                |                    |               |                |             |

## 国家司法考试录取比例统计表

| 年度    | 2002 年                  | 2003 年                   |
|-------|-------------------------|--------------------------|
| 报名人数  | 360751 人                | 194286 人                 |
| 参考人数  | 311344 人                | 166995 人                 |
| 录取人数  | 24098 人                 | 17000 多人                 |
| 合格分数线 | 240 分<br>(部分放宽地区 235 分) | 240 分<br>(部分放宽地区 225 分)  |
| 录取比例  | 6.68%<br>(占参考人数的 7.74%) | 8.75%<br>(占参考人数的 10.18%) |

## 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。重点讲解考试要点,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。

**五、历年试题。**每讲附列涉及本讲内容的司法考试(律师资格考试)试题及答案,了解命题规律,把握命题特点。

另外,附有本学科必读法律法规、司法解释目录,指引考生重视结合现行法律规定,扎实基础知识。

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 )  |
| 第一节 国际法的概念 .....      | ( 4 )  |
| 第二节 国际法的渊源与编纂 .....   | ( 5 )  |
| 第三节 国际法与国内法的关系 .....  | ( 7 )  |
| 第四节 国际法的基本原则 .....    | ( 10 ) |
| 第二讲 国际法主体 .....       | ( 13 ) |
| 第一节 国际法的主体 .....      | ( 15 ) |
| 第二节 国家 .....          | ( 16 ) |
| 第三节 国际组织 .....        | ( 20 ) |
| 第三讲 国际法律责任 .....      | ( 27 ) |
| 第一节 国际责任的构成 .....     | ( 28 ) |
| 第二节 国际责任的形式 .....     | ( 30 ) |
| 第三节 国际责任制度的新发展 .....  | ( 31 ) |
| 第四讲 国际法上的空间划分 .....   | ( 34 ) |
| 第一节 领土 .....          | ( 36 ) |
| 第二节 海洋法 .....         | ( 39 ) |
| 第三节 国际航空法 .....       | ( 45 ) |
| 第四节 外层空间法 .....       | ( 48 ) |
| 第五节 国际环境保护法 .....     | ( 49 ) |
| 第五讲 国际法上的居民 .....     | ( 52 ) |
| 第一节 国籍 .....          | ( 54 ) |
| 第二节 外国人的法律地位 .....    | ( 55 ) |
| 第三节 引渡和庇护 .....       | ( 58 ) |
| 第四节 国际人权法 .....       | ( 60 ) |
| 第六讲 外交关系法与领事关系法 ..... | ( 62 ) |

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 第一节 外交关系法              | (63)  |
| 第二节 领事关系法              | (68)  |
| 第七讲 条约法                | (74)  |
| 第一节 概述                 | (75)  |
| 第二节 条约成立的实质要件          | (75)  |
| 第三节 条约的缔结              | (76)  |
| 第四节 条约的效力              | (80)  |
| 第五节 条约的解释和修订           | (82)  |
| 第六节 条约的终止和暂停施行         | (84)  |
| 第八讲 国际争端的和平解决          | (87)  |
| 第一节 国际争端与解决方法          | (88)  |
| 第二节 政治方法和国际组织解决国际争端    | (89)  |
| 第三节 国际争端的法律解决方法        | (91)  |
| 第九讲 战争与武装冲突法           | (96)  |
| 第一节 战争与战争法             | (97)  |
| 第二节 战争状态与战时中立          | (97)  |
| 第三节 对作战手段的限制和对战争受难者的保护 | (100) |
| 第四节 战争犯罪               | (101) |

## 国际私法

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 导读:复习方法与应试技巧      | (105) |
| 第一讲 国际私法概述        | (106) |
| 第一节 国际私法的概念       | (108) |
| 第二节 国际私法的范围       | (109) |
| 第三节 国际私法的渊源       | (111) |
| 第二讲 国际私法的主体       | (113) |
| 第一节 自然人           | (115) |
| 第二节 法人            | (117) |
| 第三节 国家            | (119) |
| 第四节 国际组织          | (120) |
| 第五节 外国人的民商事法律地位   | (120) |
| 第三讲 法律冲突、冲突规范和准据法 | (123) |
| 第一节 法律冲突          | (125) |
| 第二节 冲突规范          | (126) |
| 第三节 准据法           | (132) |



|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| <b>第四讲 适用冲突规范的制度</b> .....  | (136) |
| 第一节 识别.....                 | (137) |
| 第二节 反致.....                 | (139) |
| 第三节 外国法的查明.....             | (143) |
| 第四节 公共秩序保留.....             | (145) |
| 第五节 法律规避.....               | (146) |
| <b>第五讲 国际民商事法律适用</b> .....  | (150) |
| 第一节 权利能力和行为能力.....          | (152) |
| 第二节 代理和时效.....              | (154) |
| 第三节 物权关系的法律适用.....          | (156) |
| 第四节 债权关系的法律适用.....          | (157) |
| 第五节 商事关系.....               | (161) |
| 第六节 家庭.....                 | (163) |
| 第七节 继承.....                 | (166) |
| <b>第六讲 国际民商事争议的解决</b> ..... | (171) |
| 第一节 国际商事仲裁.....             | (173) |
| 第二节 国际民事诉讼.....             | (180) |
| <b>第七讲 区际法律问题</b> .....     | (191) |

## 国际经济法

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| <b>导读:复习方法与应试技巧</b> .....  | (193) |
| <b>第一讲 国际经济法概述</b> .....   | (194) |
| <b>第二讲 国际货物买卖</b> .....    | (197) |
| 第一节 国际货物买卖合同概述.....        | (199) |
| 第二节 《国际贸易术语解释通则》.....      | (201) |
| 第三节 《联合国国际货物销售合同公约》.....   | (210) |
| 第四节 国际货物买卖合同的成立.....       | (214) |
| 第五节 国际货物买卖合同双方的义务.....     | (219) |
| 第六节 风险的转移.....             | (224) |
| 第七节 违反合同的补救办法.....         | (226) |
| <b>第三讲 国际货物运输与保险</b> ..... | (233) |
| 第一节 国际海上货物运输.....          | (234) |
| 第二节 其他方式的国际货物运输.....       | (243) |
| 第三节 国际货物运输保险.....          | (248) |
| <b>第四讲 国际贸易支付</b> .....    | (259) |

---

|                                |              |
|--------------------------------|--------------|
| 第一节 国际贸易支付工具·····              | (260)        |
| 第二节 国际贸易的支付方式·····             | (264)        |
| <b>第五讲 我国的对外贸易管理制度·····</b>    | <b>(273)</b> |
| 第一节 我国对外贸易管理制度概述·····          | (274)        |
| 第二节 我国的对外贸易救济措施·····           | (279)        |
| <b>第六讲 世界贸易组织·····</b>         | <b>(286)</b> |
| 第一节 世界贸易组织概述·····              | (287)        |
| 第二节 世界贸易组织的基本原则·····           | (294)        |
| 第三节 世界贸易组织法律制度·····            | (299)        |
| 第四节 争端解决机制和政策评审机制·····         | (309)        |
| <b>第七讲 国际经济法领域的其他法律制度·····</b> | <b>(314)</b> |
| 第一节 国际知识产权法·····               | (315)        |
| 第二节 国际投资法·····                 | (323)        |
| 第三节 国际金融法·····                 | (330)        |
| 第四节 国际税法·····                  | (330)        |

## 国际法

### 导读:复习方法与应试技巧

国际法的考试内容在1997年到1999年三年并没有纳入考试范围,但是在2002年又重新列入司法考试的大纲,并且分值是10分,在2003年的司法考试中也有8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。

具体来讲,在2002年的司法考试中:国际法的基本原则1分(不干涉内政原则),国际法主体1分(国家继承),国际法律责任1分(国际赔偿责任),国际上的空间划分2分(领空领海制度和边境制度),国际法上的居民2分(引渡制度),外交与领事关系法1分(外交人员的特权与豁免),条约法1分(国际条约的效力),国际争端的和平解决1分(反报和报复)。在2003年的司法考试中:国际法主体1分(国家主权豁免),国际法律责任1分(国际赔偿责任),国际法上的空间划分1分(公海海底的开发制度),国际法上的居民1分(原始国籍的取得),外交关系法与领事关系法2分(外交特权豁免),条约法1分(缔约权),战争与武装冲突法1分(联合国前南国际法庭)。

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 and 该章的知识体系表。在每节中,列出了该节的图解,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。每一讲后附列历年试题,列明2000到2003年历年司法考试(律考)中涉及本讲内容的试题,方便考生查阅和参考。另外,在最后还列出了本学科司法考试必读法律法规。

关于相关条文对照表,由于司法考试所涉及的重要国际条约近年来未作修改或变动,因此本部分不列相关条文对照表。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,考生按照下面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。

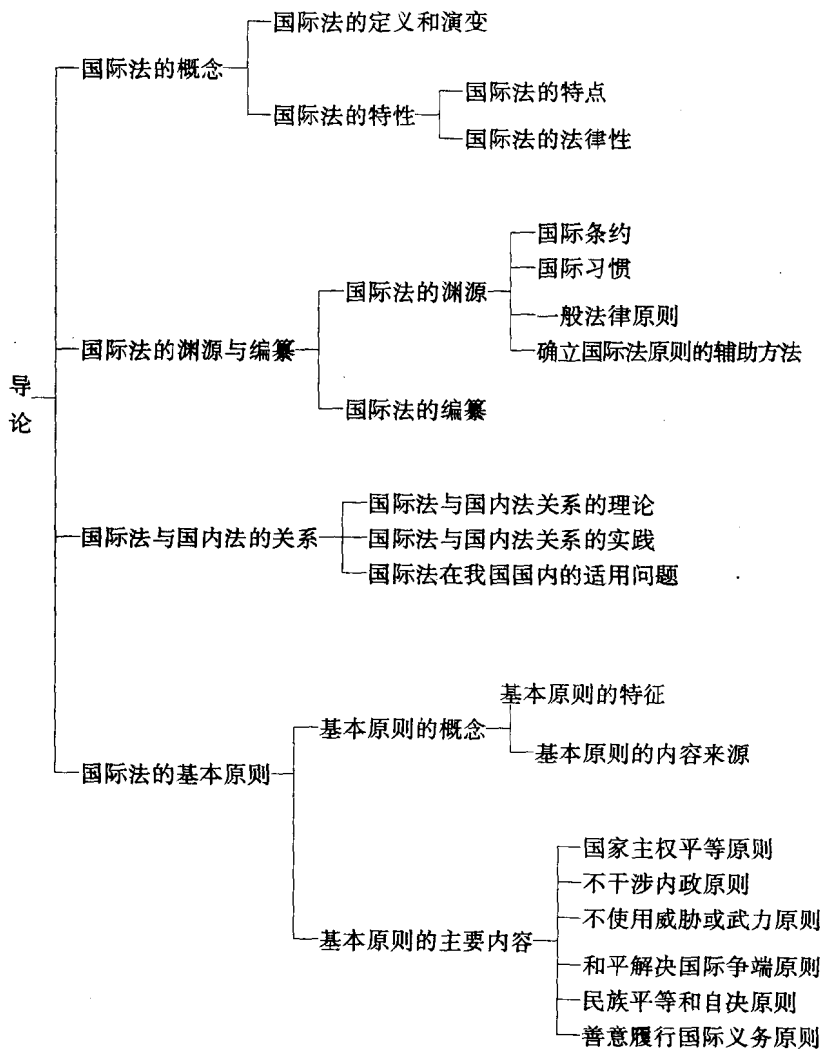
# 第一讲 导 论

## 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】



## 第一节 国际法的概念

### 国际法的特性

#### (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,首先,国际法是作为法律而得到所有国家承认的。其次,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,不能笼统的说国际法是国内法的渊源。因此应选 D。

## 第二节 国际法的渊源与编纂

### 一、国际法的渊源

《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。

### 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。司法判例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。



### 第三节 国际法与国内法的关系

#### 一、国际法与国内法的关系的理论

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:

(一)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,以更好的适用国际法。

(二)国际法在国内的效力,主要涉及到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