

2001年

全国律师资格考试指定用书

国际法·国际私法·国际经济法

司法部律师资格考试委员会/编审

黄 进 张丽英/主编



法律出版社

2001 年全国律师资格考试指定用书

国际法·国际私法·国际经济法

司法部律师资格考试委员会 编审

主 编 黄 进 张丽英

撰稿人 (以撰写章节为序)

秦晓程 黄 进 杜志华

肖永平 郭玉军 张丽英

史晓丽

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

2001 年全国律师资格考试指定用书/司法部律师资格考试委员会编. —北京: 法律出版社, 2001. 4

ISBN 7-5036-3364-6

I. 2… II. 司… III. 律师-资格考试-中国-自学参考资料 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 13473 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/138

字数/2800 千

版本/2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121 (总编室)

88414933 88414934 (读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3364-6/D · 3082

定价: 200.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

本书编写分工

秦晓程(外交学院国际法研究所副教授)上编第一至八章

黄 进(武汉大学法学院教授)中编第一至四章

杜志华(武汉大学法学院讲师)中编第三章(与黄进合写)

肖永平(武汉大学法学院教授)中编第五章

郭玉军(武汉大学法学院副教授)中编第六章

张丽英(中国政法大学教授)下编第一至四章

史晓丽(中国政法大学副教授)下编第五至七章

全书由黄进教授、张丽英教授审阅统稿

2001 年全国律师资格考试指定用书
编辑委员会

编辑委员会主任 段正坤

编辑委员会副主任 贾午光 高宗泽 吴明德 邓甲明

编辑委员会委员 (以姓氏笔画为序)

王卫国 邓甲明 丘 征 史迎新

李仁玉 李传敢 刘 晔 刘凯湘

何 燕 张丽英 宋英辉 张明楷

吴明德 张树义 陈桂明 周叶中

段正坤 贾午光 贾京平 高宗泽

晏福增 黄 进 舒国滢

说 明

2001年全国律师资格考试指定用书作了较大改动。要求作者在撰写时力求反映和体现律师资格考试的特点,更加注重了法学基本理论和法律实务的结合,对应试人员应当掌握的各学科基本理论结合实际进行了系统阐释,有较强的指导性和适用性;在编排体例上,合并了一些科目,减少了册数,使之与法律专业教育教材有所不同,为应试人员复习考试提供了方便。

律师资格考试命题将以指定用书的法律法规汇编为依据,应试人员在使用本套用书时还应注意掌握了解与之相关的法律法规和司法解释。本套书共分8册,即:《法理学·宪法》、《行政法与行政诉讼法》、《刑法》、《民法》、《诉讼法与律师制度》、《商法·经济法》、《国际法·国际私法·国际经济法》、《全国律师资格考试大纲及必读法律法规汇编》。

本套用书由全国律师资格考试委员会组织编辑,约请北京大学、清华大学、武汉大学、中国政法大学、北京工商大学等院校的知名学者和对律师资格考试有一定研究的专家担纲撰写。全书内容采用的是学术通说,不完全代表作者个人观点。

由于编写时间仓促,难免有疏漏或不当之处,敬请广大考生和读者批评指正。

《全国律师资格考试指定用书》

编辑委员会

2001年3月

目 录

上编 国际法

第一章 导论	(1)
第一节 国际法的概念	(1)
第二节 国际法的渊源与编纂	(3)
第三节 国际法与国内法的关系	(5)
第四节 国际法的基本原则	(8)
第二章 国际法主体	(12)
第一节 国际法主体概述	(12)
第二节 国家	(13)
第三节 国际组织	(20)
第三章 国际法律责任	(25)
第一节 国际责任的构成	(25)
第二节 国际责任的形式	(27)
第三节 国际责任制度的新发展	(28)
第四章 国际法上的空间划分	(30)
第一节 领土	(30)
第二节 海洋法	(35)
第三节 国际航空法	(42)
第四节 外层空间法	(45)
第五节 国际环境保护法	(47)
第五章 国际法上的居民	(50)
第一节 国籍	(50)
第二节 外国人的法律地位	(52)
第三节 引渡和庇护	(55)
第四节 国际人权法	(56)

第六章 外交关系法与领事关系法	(59)
第一节 概述.....	(59)
第二节 外交关系法.....	(59)
第三节 领事关系法.....	(66)
第七章 条约	(71)
第一节 概述.....	(71)
第二节 条约成立的实质要件.....	(72)
第三节 条约的缔结.....	(73)
第四节 条约的效力.....	(76)
第五节 条约的解释和修订.....	(78)
第六节 条约的终止和暂停施行.....	(79)
第八章 国际争端的和平解决	(82)
第一节 国际争端与解决方法.....	(82)
第二节 政治方法和国际组织方法.....	(83)
第三节 法律方法.....	(85)

中编 国际私法

第一章 国际私法概述	(90)
第一节 国际私法的概念.....	(90)
第二节 国际私法的范围.....	(94)
第三节 国际私法的渊源.....	(97)
第二章 国际私法的主体	(103)
第一节 自然人.....	(103)
第二节 法人.....	(106)
第三节 国家.....	(110)
第四节 国际组织.....	(114)
第五节 外国人的民商事法律地位.....	(115)
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	(120)
第一节 法律冲突.....	(120)
第二节 冲突规范.....	(125)
第三节 准据法.....	(129)
第四章 适用冲突规范的制度	(135)

第一节 识别	(135)
第二节 反致	(136)
第三节 外国法的查明和解释	(139)
第四节 公共秩序保留	(143)
第五节 法律规避	(145)
第五章 国际民商事法律适用	(148)
第一节 权利能力和行为能力	(148)
第二节 法律行为、代理和时效	(150)
第三节 物权	(152)
第四节 债权	(153)
第五节 商事关系	(157)
第六节 家庭	(159)
第七节 继承	(163)
第六章 国际民商事争议的解决	(166)
第一节 国际民商事争议概述	(166)
第二节 协商和调解	(167)
第三节 国际商事仲裁	(168)
第四节 国际民事诉讼	(179)

下编 国际经济法

第一章 国际经济法总论	(188)
第一节 国际经济法概述	(188)
第二节 国际经济法的渊源和基本原则	(190)
第二章 国际货物买卖	(192)
第一节 国际货物买卖法概述	(192)
第二节 国际商业惯例	(195)
第三节 国际货物买卖合同概述	(199)
第四节 国际货物买卖合同的成立	(203)
第五节 国际货物买卖合同双方的义务	(205)
第六节 风险转移	(209)
第七节 违反合同的补救办法	(210)
第三章 国际货物运输与保险	(214)
第一节 国际海上货物运输	(214)

第二节 其他方式的国际货物运输·····	(225)
第三节 国际货物运输保险·····	(230)
 第四章 国际贸易支付·····	(235)
第一节 国际贸易的支付工具·····	(235)
第二节 国际贸易的支付方式·····	(238)
 第五章 对外贸易的政府管理措施·····	(246)
第一节 对外贸易管理的一般措施·····	(246)
第二节 我国对外贸易管理制度·····	(252)
 第六章 世界贸易组织·····	(265)
第一节 概述·····	(265)
第二节 世界贸易组织的基本原则·····	(268)
第三节 世界贸易组织主要协定的内容·····	(271)
第四节 争端解决机制和政策评审机制·····	(278)
 第七章 国际经济法领域的其他法律制度·····	(281)
第一节 国际知识产权法·····	(281)
第二节 国际投资法·····	(291)
第三节 国际金融法·····	(295)
第四节 国际税法·····	(299)

第一章 导 论

第一节 国际法的概念

一、国际法的名称和演变

国际法(international law)是国家间交往中形成的、主要是调整国家之间关系的、有拘束力的原则、规则和制度的总体。从法律体系上看,国际法是一个与国内法相对应的法律体系,二者共同构成了当代人类社会完整的法律秩序。

国际法最初被称为万民法(jus gentium),以后又称为万国法或万国公法(law of nations)。1780年,英国法学家边沁最早使用了国际法一词,后被广泛采用。根据有些大陆法系国家学者将法律区分为公法和私法的传统,国际法有时也被称为国际公法(public international law),以特别区别于调整涉外民商事关系的法律规则,后者也被称为国际私法,其主要内容属国内法范畴。

国际法是国际关系发展的产物。古代社会就有关于条约使节等方面的一些国际法规则和制度的雏形,但它们是零星的、小范围的和萌芽性的。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”。

在此后的200余年间,国际法主要在欧洲基督教国家之间适用,并且随着欧洲国际关系的发展而发展。西方资产阶级革命后,产生了包括“不干涉内政”在内的一些进步原则,对国际法的发展产生了积极的影响,而以后与帝国主义、殖民主义的对外掠夺和扩张相适应的诸如“领事裁判权”、“租借地”等规则和制度,则对国际法的进步产生了消极和破坏作用。18、19世纪,国际法开始从欧洲传到美洲及亚洲的一些地区。

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。李鸿章也曾希望中国与西方国家的关系适用国际法规则,并专门请人翻译了西方的国际法著作。但当时的西方列强认为,整体上,国际法只适用于西方“文明国家”,其他国家、地区和民族是“非文明国家”或“野蛮民族”,基本没有资格适用国际法。那时的国际法不是整个国际社会的,而仅仅是欧洲列强支配下的国

际法。

俄国十月革命和第一次世界大战以后,确立了包括废除战争作为国家政策的工具、和平解决国际争端、公开外交、国家政治独立和领土完整等许多新的进步的原则、规则。国际法有了很大的发展和进步,

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。民族运动蓬勃兴起,广大的殖民地纷纷独立,国际组织的大量出现,对国际法产生了巨大的影响和促进。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。同时,科学技术的飞速发展,对于人类社会产生了空前的影响,这种影响在国际法中也得到了体现,产生了许多国际法的新分支。比如航空法,外空法,国际环境保护法等。当前,冷战后国际局势的演变、经济全球化的趋势和网络时代的来临,都使国际法面临新挑战、新课题和新发展。国际法在发展中。

现代国际法已经成为普遍的、涉及国际交往各个领域的、庞大的规则体系。概括地说,它的内容主要包括以下方面:国际法的基本原则,如《联合国宪章》规定的宗旨和原则;关于国家或国际法主体本身的一些制度,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;国际法各个相对独立的分支: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、国际法的特性

(一) 国际法的特点

国际社会是由平等的主权国家组成的,这种客观现实决定了国际法与国内法相比,有如下的主要特点:

1. 强制力的依据有所不同。国内法强制力的依据是上升为国家意志的国内统治者的意志。而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。国内法是凌驾于国内社会之上的国家立法机关依一定的程序制定出来的。国际社会没有也不应有凌驾于国家之上的国际立法机构来制定规则,当然更不能由任何一个国家单独制定国际法。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。国内法主要是调整自然人、法人之间权利义务关系的,国内法的主体主要是自然人和法人。而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。国内法的强制力是由超越个体之上的有组织的国家强制机器来保障和实施的。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) 国际法的法律性

不能由于国际法的上述特点,而否定国际法的法律性。

首先,国际法作为法律得到所有国家承认。这不仅从国际条约和国际习惯及各国的国内法中反映出来,还可以从国家处理国际关系问题的其他实践中得到印证。作为法律,国际法也具有规范性、普遍性、强制性、判断是非的标准、处理事件的依据等与国内法一致的一般法律特性。

其次,各国都主张在国际交往中存在有法律拘束力的规则,即国际法规则,它所确立的是国家之间法律性质的权力义务关系。事实上,正如国内法在绝大多数情况和场合下被很好地遵守一样,在国际社会的绝大多数

场合,国际法的规则也被很好地遵守。国际社会正常秩序的维持和国家交往的有序进行,本身就表明国际法在被有效地执行着,无论是协议的签署,领导人的互访,外交官的派遣,还是和平的维持,争端的解决;也无论是在天空还是在海洋,在外空还是在南极,国际法都在发挥着法律作用。

再次,国际法的法律性也突出表现在对违法行为的处罚上。绝大部分违背国际法的行为都受到了法律的追究,实施不法行为的国家承担了法律责任。特别地,即使从事违反国际法行为的国家,也从不否认国际法的法律性,而是努力试图为自己的行为寻找国际法上的法律根据。

最后,在国际社会,确实有一些违背国际法的行为并没有得到应有的法律追究,特别是在一些涉及战争与和平的重大问题和某些大国违法的情况下。这种情况是国际社会当前本身的性质造成的。但从法学的角度看,某些逍遥法外事实的存在一方面不能排除该违法行为的非法性,另一方面也不能以此否认国际法本身的法律性。当然,国际法不可能解决国际社会的所有问题。有关战争、和平、发展等根本性的问题,更不是国际法单独所能解决的。

第二节 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:一、法院对于

陈述各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(一)不论普通或特别国际协议,确立当事国明白承认之规条者;(二)国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者;(三)一般法律原则为文明各国所承认者;(四)在第五十九条规定之下,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。二、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。

(一) 国际条约

条约是现代国际法最主要的法律渊源,是国际法规则最主要的表现形式。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”。前者一般是双边或少数国家参加,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,多数国家参加的“造法性条约”,无疑具有更重要和普遍的意义。但是,由于所谓“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,二者是没有本质区别的。

(二) 国际习惯

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,因此新的习惯规则仍不断产生。因此,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,这形成所谓惯例或通例;二是心理要素或主观要素,它要求上述的行为惯例被各国认为具有法律拘束力,即存在所谓法律确信(*opinio juris*)。一项国际习惯的确立必须同时具备这两个要素特别是心理要素。习惯与惯例的区别也正是在于是否被接受具有法律拘束力。历史上一项国际习惯的形成过程往往需要很长时间,而现代由于技术的发展和交往的迅捷,一项国际习惯可以在较短的时间迅速形成。

证明一项惯例是否存在,特别是证明一项惯例是否经法律确信被接受为习惯法规则,必须提出相关的证据。由于无论是物质要素或法律确信,都是在国际实践中表现出来,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。一般地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。

(三) 一般法律原则

对于“一般法律原则”的含义以及其是否是独立的国际法渊源,存在不同看法。有人认为“一般法律原则”是指国际法的一般原则或基本原则;也有人认为“一般法律原则”是国际社会共有的“一般法律意识”。较为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”。

(四) 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。司法判例首先是国际法院的判例,同时包括其他国际司法机构和仲裁机构的判例,还包括各国国内的司法判例。对于国际法院的判例,《国际法院规约》第59条规定“法院之裁决,除对当事国及本例外,无拘束力”。所以,国际法院判例不是法律的渊源之一,而只能作为确立法律规则的辅助材料或证据。由于国际法院是当今惟一的全球性普遍性的国际司法机构,法院的法官都是各国的法学权威,代表世界各大法系,因此法院的判决在国际实践中得到相当的重视和尊重,其本身虽然不是法律渊源,但对于相关国际法原则的证明和确立有重要的意义和影响。

2. 各国国际法权威学者的学说。各国权威国际法学者的学说也是作为确立国际法原则的辅助资料。历史上,权威国际法学家的著作和学说,如格老秀斯的著作,曾对确立和阐明某些国际法规则帮助很大。现在由于国际法材料丰富易得,对国际法学家著作的依赖有所减少,但是,国际法学家的学说,对于国际法的影响依然存在,仍然是确证国际法原则的有力方法和证据。

3. 国际组织的决议。随着国际关系的发展,国际组织大量出现并对国际法具有重大影响。实践表明,即使那些本身对成员国没有拘束力的决议,如联合国大会的一般决议或宣言,对于有关国际法规则的认识和建

立也具有重要的意义和作用。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

国际法的编纂是指将各项国际法规则和制度编制成系统化和成文化的法典。由于国际社会没有统一的立法机构,国际法的原则、规则和制度只能以条约和习惯作为主要表现形式,因此,编纂工作就更加必要。

编纂有两种意义:一种是把现有的国际法规则法典化,即把分散的规则制订成为法典。一种是不仅把现有的国际法规则进行法典化,而且还包括了对正在形成中的或不明确的规则进行整理和完善,即对国际法进行发展。

编纂有两种类型:一种是民间的非官方编纂,它由私人或学术团体进行。这种编纂有很强的学术研究意义,对国际法的发展有积极的影响,但不具有法律拘束力。另一种是官方编纂,或称为政府间编纂,即由国际外交会议或政府间国际组织进行编纂,最后把编纂结果缔结为有拘束力的国际公约。通常我们所说的编纂是指官方的编纂。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。通常的程序是:委员会向联合国大会提出编纂选题或大会提出选题,由委员会讨论草拟公约草案,然后提交大会。公约草案再由大会或召开外交会议讨论通过,然后开放给各国签署和批准。

由于国际法非常庞杂并且不断发展,现在尚没有一部全面完整的法典。迄今的编纂都只能是对其某个部门或方面进行,结果是编纂出专门的法典。国际法的编纂,特别

是官方的编纂,即使尚未形成生效的公约,其编纂过程中产生的有关文件,作为确立和阐述国际法原则的重要证据,对于国际法的发展也有重要的作用。

第三节 国际法与国内法的关系

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两元论。

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,因此这种理论现在基本无人支持。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订中的作用,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。

两元论或“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。这种理论将国际法与国内法割裂起来,过分强调了二者的对立,忽视了二者内在的联系。这种理论目前也有许多学者的支持。

另外,还有一些学者对一元论和两元论

的观点都不是完全赞同,他们试图在其间进行调和以避免上述学说之间的对立。中国的大部分学者处于这种状态。他们认为由于在调整对象、制订方式、渊源、强制措施等方面的不同,国际法与国内法是各自独立的法律体系,但是由于国内法的制定者和国际法的参加制定者都是国家,因此从理论上,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

国际法尚没有关于国内法与国际法关系的具体、统一、完整的规则。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制订,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。

第三,对于习惯法规则在国内的适用,许多国家把习惯法作为本国法一部分而直接适用,但该习惯法规则不能与现存的国内成文法相抵触。但不同国家在具体做法上也存在差异。

第四,条约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最主要渊源,这个问题在实践中无疑显得更加重要和紧迫。从国际社会的实践中,学者归纳出两种极端或典型的条约在国内适用的方式:一种称为“转化”,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;另一种称为“并入”或“采纳”,即原则上所有的条约都可以在国内直接适用。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。其实所谓“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。许多国家一般都是两种方式兼用,虽然具体做法不同,但从结果上看,都保留了适当选择权、解释权和适用弹性。因此,具体各国的情况和做法需要查阅和研究该国的国内法及相关实践。

第五,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

(一)我国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。我国政府一贯坚定地维护自己的合法权利并忠实地履行自己承担的国际义务,恪守法律与正义,在国际上享有崇高的声誉。在处理国际法与国内法关系问题时,原则上,我国在参与制定国际法规则时,要根据和考虑本国国内法的规定和立场,而在制定其国内法时,又充分考虑和尊重所承担的国际法义务,力争使二者协调互补,有机配合。

(二)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。

作出有关条约可直接适用规定的情况,如1991年《中华人民共和国民事诉讼法》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”;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”;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:“《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”。

(三)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。其法律根据除了上面《民事诉讼法》第238条的规定外,最基本的依据是《中华人民共和国民事诉讼法》第142条第2款:“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。民商事条约的这种直接适用也得到了大多数司法实践的支持。

(四)在民商事法律范围以外,条约在国内的地位和适用问题,有人比较我国宪法、立法法、缔结条约程序法等法律中有关立法权和缔约权的规定,以及比较国内立法程序和条约缔结程序的规定,认为条约在国内的地位相当于相应国内法的地位,条约在国内的直接适用已经确立或即将成为一项一般的原则。但是,由于对此缺乏宪法或基本法的依据,同时也存在着不一致的实践和不同方面的认识,所以尚不能简单笼统地认为,条约的直接适用已经或必将作为任何条约在中国适用的惟一方式。另外,注意到条约在香港、澳门特别行政区的适用情况,则条约在中国适用的情况就更加复杂。因此较为稳妥的结论是,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。

(五)关于条约与国内法的冲突解决,上述《民法通则》和《民事诉讼法》中的规定很典型,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