

2012 国家司法考试

万国授课精华

国际法学·司法制度

王斌 陈璐琼 / 编著



- ★ 一线名师讲义的精华提炼
- ★ 紧扣大纲的经典教材
- ★ 司考征途中的良师益友

wan~~guo~~万国法源

北京万国学校
中国法制出版社

指定2012年国家司法考试辅导用书

2012 国家司法考试

万国授课精华

国际法学·司法制度

王斌 陈璐琼 / 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法学·司法制度/北京万国学校编著.

—北京: 中国法制出版社, 2012. 2

(国家司法考试万国授课精华)

ISBN 978-7-5093-3444-7

I. ①国… II. ①北… III. ①国际法-法律工作者-资格考试-自学参考资料②司法制度-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. ①D990 ②D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 000579 号

责任编辑 唐 鹏

封面设计 李 宁

国家司法考试万国授课精华——国际法学·司法制度

GUOJIA SIFA KAOSHI WANGUO SHOUKE JINGHUA——GOUJI FAXUE ·

SIFA ZHIDU

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2012 年 2 月第 1 版

印张/19 字数/312 千

2012 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-3444-7

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66066820

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

写在开篇的话

司法考试的辅导教材已经很多，为什么还要多这样一套书呢？要很好地回答这样一个问题自然是取决于读者的认可，而不是作者自我的良好感觉。所以，作为作者之一，我就不在这里进行自我评价，只是将组稿当时发给所有作者的写作要求展示给各位，供各位监督！我相信，如果我们全体作者通过一步步的努力，实现了写作的初衷，这套书自然是有价值的辅导读物！

《2012 司法考试万国授课精华》写作要求：

每一个司法考试领域的优秀教师，都必应给我们的学生带来一部复习的精华之作。写作与讲课之间本是相辅相成。当我们的口述作品和书写作品完美结合之时，也就是我们成就学生人生价值、感受自我内心满足之日！我们既为法律人，无论当初的选择是自觉还是被动，今天都有一个宿命：将法律所蕴含的正义精神、专业精神弘扬天下！而今，在中国，竟然没有比司法考试更大、更易实现这一理想的平台！所以，我们期求：这套书不仅有知识，还有精神！

1. 应知必会法条

本章节所学知识必备的法条、司法解释。宜精不宜多，最好的效果是该法条恰是考生掌握特定考点的必读法条，多一条嫌累赘，减一条嫌不足。千万别用法条充字数！那样会被学生骂死的。

2. 知识点讲解

言简意赅、案例充沛是本书特色。

此外，我们还要求语言活泼、案例生动，我们的听众欢声笑语，我们的读者也不甘寂寞！他们已经受够了死板板的法科教材，那些书曾经让他们年轻的人生很灰暗（也曾经灰暗过我们的青春）。

再者，由于个别部门法（如刑法）考试的理论性越来越强，观点已经不是唯一的考点，观点的论证过程变得更重要。所以，知识理论要讲透，还要深入浅出，一看就明白。

3. 解疑释惑

既然有言简意赅的要求，个别疑难点就无法在正文中畅快论述，那就放到这里吧，

这里是疑难点专场。专题性质，可以淋漓尽致地表达。

4. 授课心得

每个优秀的老师在授课过程中，总是在与学生的互动过程中，产生了一些思想的火花或是深深的教学体味，这些思想或者表现为朗朗上口的记忆口诀，或者创造性地成为一个贯穿知识点的笑话（趣味故事），或者是对学生易犯错误的深刻总结。我们希望这能够成为该章节的点睛之处。

5. 附录：经典真题解析

删繁就简，精选最有代表性的典型真题，改变死板的写作风格，尽可能用易懂、轻松的方式解读真题，着力体现经典解析，我们期望这种解析的力度，使得他人难以望其项背！

6. 署名

每本教材署执笔者名字，所以光荣属于我们，一不小心毁誉也属于我们。

7. 出版社

交由认真负责，制作能力、发行能力在法律图书界都很优秀的中国法制出版社出版，希望我们提供的内容与中国法制出版社的用心打造是佳偶天成。

这套书凝聚了万国优秀教师数年的心血，代表了万国最新、最高的教学成就，期待着读者的检阅！

最后，对于支持这套书出版并付出巨大努力的中国法制出版社第二编辑室所有编辑表示深深的感谢！

韩友谊

2012年1月8日

导 读

司法考试中的“国际法学”涉及国际法、国际私法与国际经济法三个部门法，近年来在考试中占40分左右。因皆含涉外因素，三个部门法均以“国际”开头，但就实质而言，上述三法各有其调整对象，内容有别，命题特点各异。

国际法主要调整国与国之间的关系，具有明显的公法性质。其内容庞杂，涉及国际法律责任、国际法上的空间划分、国际法上的个人、外交与领事关系、条约、国际争端解决以及战争和武装冲突等诸多方面。国际法考点分散，几乎每章都有涉及，近年考试体现出以下特点：一是凡有重要条约者经常考到，如外交关系、条约法、海洋法等；二是当年的国际社会热点问题常被考到；三是加强了对相关国内法的考查，如2005年至2007年连续三年考查中国《国籍法》有关内容；四是考题中不时出现考生平时易忽略的生僻考点，如2005年考查核武器是否被国际法禁止。

国际私法主要调整具有涉外因素的民商事关系，是典型的私法。其内容较为集中，主要包括国际私法总论、国际民商事法律适用、国际民商事争议解决以及区际法律问题等几大块。以往考试中，总论和国际民商事法律适用所占分值较大，但2004年之后，对程序性规定的考查有所加强。需特别注意的是，2011年生效的《涉外民事关系法律适用法》是我国第一部国际私法性质的法典，其必将成为今后一段时间内司法考试的重点。

国际经济法的调整对象不仅包括国家、国际组织间的经济关系，还包括不同国家的个人、法人、国家、国际组织相互之间的经济关系，兼具公法和私法双重性质。其内容涉及国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际贸易支付、对外贸易管理、WTO、知识产权的国际保护、国际投资、国际融资、国际税法等。对于该法，司法考试主要考查所涉国际公约、成文惯例和相关国内法，考点集中，体现出明显的“重者恒重”，国际货物买卖、运输与保险、支付等三部分内容每年必考，分值占该法的一半还多。

对于司法考试中的三国法，考生复习时可采取以下策略：

第一，奠定其他部门法基础之后再复习三国法。三国法总体上考点分散，记忆内容较多，从应试角度看，不应将三国法置于复习之初，以免后来发生遗忘。同时，三国法很多内容与其他部门法密切相关，如，国际民事诉讼其实属民诉法的涉外部分，

国际货物销售合同公约本质是合同法领域的问题。因此，考生在制定复习计划时，应注意先后安排，具备一定基础后再复习三国法，可起到事半功倍之效。

第二，掌握规则本身为主，不必深究。“法典背后有强大的思想运动”，国际条约和成文国际惯例也不例外，其制定和形成必然涉及到国与国关系的考量、不同当事人之间的权衡等各种因素。然而，三国法包含法源众多，若把公约和惯例的条文相加，堪比法典。司法考试仅考查规则本身“是什么”，至于规则“为什么”如此规定则不属于考试范围，考生应将有限的复习时间放在掌握规则本身。

第三，抓住重点内容，获取应拿分数。虽然三国法考点零散，但每年总有重点内容反复出现，对于此类考点，考生应加大复习力度，务必拿分。对于非重点内容，如考生时间有限，一般掌握即可。

第四，注意关注社会热点问题和新增法律法规。这两方面已成为近些年的常考点，考生在复习时应多加留意。

第五，通过做题巩固所学内容。弄懂书本知识并不等于掌握做题技巧，“一看书就懂，一做题就错”是不少考生的通病，对此，还要通过做题加以化解。三国法很多内容远离现实生活，仅通过生活感悟和自身实践是无法真正理解的，在没有其他途径的情况下，通过做题和分析加深理解是最好的方法。

本书以考纲为据，包涵编者多年授课经验之总结，希望能为广大考生复习助一臂之力。

目 录

CONTENTS

国际法

第一章 国际法导论	1
第二章 国际法律责任	6
第一节 国际法主体	6
第二节 国际法律责任	14
第三节 国际责任制度的新发展	17
第三章 国际法上的空间划分	18
第一节 领土	18
第二节 海洋法	22
第三节 空间法	31
第四节 国际环境保护法	34
第四章 国际法上的个人	36
第一节 国籍	36
第二节 外国人的法律地位	39
第三节 引渡和庇护	41
第五章 外交关系法和领事关系法	46
第一节 外交关系法	46
第二节 领事关系法	52
第六章 条约法	55
第一节 条约的缔结	55
第二节 条约的效力	59
第三节 条约的解释和修订	61
第七章 国际争端解决	65
第八章 战争与武装冲突法	70
第一节 战争状态与战时中立	70
第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护	72
第三节 战争犯罪	75

国际私法

第一章 国际私法总论	78
第一节 国际私法概述	78
第二节 国际私法的基本概念和制度	79
第二章 国际民商事法律适用	87
第一节 权利能力和行为能力	87
第二节 物 权	88
第三节 债 权	89
第四节 商事关系	93
第五节 婚姻与家庭	95
第六节 继 承	97
第七节 知识产权	98
第三章 国际民商事争议解决	99
第一节 国际商事仲裁	99
第二节 国际民事诉讼	105
第四章 区际法律问题	119

国际经济法

第一章 国际货物买卖	133
第一节 国际贸易术语	133
第二节 《联合国国际货物销售合同公约》	139
第二章 国际货物运输与保险	155
第一节 国际海洋货物运输	155
第二节 国际海洋货物运输保险	162
第三章 国际贸易支付	167
第四章 对外贸易管理制度	178
第一节 《对外贸易法》	178
第二节 贸易救济措施	181
第五章 世界贸易组织	191
第一节 世界贸易组织概述	191
第二节 世界贸易组织的主要法律制度	194
第六章 国际经济法领域的其他法律制度	201
第一节 国际知识产权法	201

第二节 国际投资法	206
第三节 国际金融法	209
第四节 国际税法	211
附录：经典真题解析	215

司法制度

第一章 司法制度和法律职业道德概述	219
第一节 司法与司法制度的概念	219
第二节 法律职业道德的概念和特征	224
第二章 审判制度和法官职业道德	226
第一节 审判制度概述	226
第二节 审判机关	228
第三节 法官	230
第四节 法官职业道德	234
第五节 法官职业责任	239
第三章 检察制度和检察官职业道德	241
第一节 检察制度概述	241
第二节 检察机关	244
第三节 检察官	245
第四章 律师制度与律师职业道德	253
第一节 律师制度概述	253
第二节 律师	254
第三节 律师事务所	255
第四节 律师职业道德	260
第五节 律师执业行为规范	261
第六节 律师执业责任	271
第七节 法律援助制度	274
第五章 公证制度与公证员职业道德	276
第一节 公证制度概述	277
第二节 公证员和公证机构	279
第三节 公证程序与公证效力	282
第四节 公证员职业道德	287
第五节 公证职业责任	289
附录：经典真题解析	291

国际法

第一章 国际法导论



知识点讲解

一、国际法的渊源

国际法的渊源，即国际法的表现形式。《国际法院规约》第38条被普遍认为是国际法渊源的最权威说明。根据该条规定，国际法的渊源包括：国际条约、国际习惯和一般法律原则；其他各项是确立国际法原则时的辅助资料。

（一）国际法的渊源

1. 国际条约。国际条约是国际法主体间根据国际法就权利义务内容所缔结的书面协议。条约是现代国际法最主要的渊源。

2. 国际习惯。国际习惯是由各国重复类似的行为而形成的具有法律约束力的行为规则或制度。其形成须具备两个要件：（1）物质要件，即存在各国重复类似的行为实践（须有通例的存在）；（2）心理要件，即此种重复类似的行为实践被各国认为具有法律拘束力（存在法律确信）。注意：上述两项条件必须同时具备方能成为国际习惯，见2009年试卷一第31题。

3. 一般法律原则。指各国法律体系中共有的原则，如“善意”、“禁止权利滥用”、“禁止反言”等。其在国际司法实践中处于补充和辅助地位，很少被单独适用。

（二）确立国际法原则的辅助资料

1. 司法判例。包括国际司法机构和仲裁机构的判例，也包括各国国内的司法判例。

2. 国际法权威学者的学说。各国国际法权威学者的学说是确证国际法原则的有力方法和证据。

3. 国际组织的决议。国际组织的决议，即使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价值。其地位高于权威学者的学说。

注意：司法判例、学者学说和国际组织的决议不是国际法的渊源。

二、国际法基本原则

国际法基本原则，是指被各国公认的，适用于国际法所有领域，构成国际法基础并具有强行法性质的原则。其具有以下特征：（1）各国公认；（2）适用于国际法所有领域；

(3) 构成国际法基础；(4) 具有强行法性质。

(一) 国家主权平等原则

1. 国家主权

是国家的根本属性，指国家独立自主地处理其内外事务的统治权力。主权包括以下三层含义：(1) 对内最高权，指国家在国内行使的最高统治权；(2) 对外独立权，指国家在与他国交往中，不受他国左右，独立处理内外事务的权利；(3) 自保权，指国家在遭受外来侵略和武力攻击时进行单独或集体反击的自卫权，以及为防止侵略和武装攻击而建设国防的权利。

2. 国家主权平等原则

在国际社会中，各国具有平等的国际人格，各国在国际法面前处于平等地位。

(二) 不干涉内政原则

1. 内政

国家基于其管辖的领土而行使主权的表现，包括建立各种制度，处理立法、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。判断内政须从两个角度入手：(1) 该事项本质上是否属于国内管辖；(2) 国家在该事项中的行为是否违反国际法。

2. 不干涉内政原则

(1) 任何国家或国际组织，在国际关系中，不得以任何借口干涉他国内政；(2) 各国可以对他国违反国际法的行为采取相应的行动，但该行动必须严格在国际法框架中进行。



例 1。某国内部历来存在严重的种族矛盾，为解决该问题，该国议会通过法案决定设立种族隔离区，虽然法案的内容受到各国强烈批评，但该国政府还是执行了此项法案。问：国际社会可否进行干涉？

答：可以。建立种族隔离区为国际法所禁止，国家的行为违反国际法，已不属内政，国际社会当然可以干涉。

(三) 不得使用威胁或武力原则

两层含义：(1) 禁止侵略行为；(2) 禁止武力威胁和进行侵略战争的宣传。

当前国际法下，两种情形下使用武力属合法例外：(1) 自卫；(2) 联合国集体安全制度下的武力使用（安理会授权动武）。

(四) 和平解决国际争端原则

国家间在发生争端时，必须采取和平方式予以解决，禁止通过武力或武力威胁方式解决国际争端。

(五) 民族自决原则

被殖民统治和压迫的民族拥有决定自己命运，摆脱殖民统治，建立民族独立国家的权利。

适用范围：殖民地民族的独立。注意：该原则不适用于一国国内的民族分离主义活动。



例 2. 甲国是一个多民族国家，其南部斯坦邦为某少数民族占多数区域。20 年前，南部斯坦邦获得一定自治权，但其仍为甲国下辖区域，甲国宪法也对此明确规定。2007 年，南部斯坦邦发生动乱，反政府组织单方宣布成立南部斯坦共和国，并对外宣称，根据民族自决原则，南部斯坦邦有权脱离甲国中央政府建立独立国家。问：该反政府组织的理由是否可以成立？

答：不可以。南部斯坦邦是甲国领土的一部分，民族自决原则不适用于甲国内部的民族分离主义活动。

（六）善意履行国际义务原则

国家应善意履行由公认的国际法原则和规则产生的义务，同时，国家应善意履行其为缔约国而产生的条约义务。

注意：根据《联合国宪章》，《宪章》义务优先于其他条约义务。



例 3. 2008 年，A 国与 B 国达成一项条约，条约某款具体规定与《联合国宪章》某规定相冲突。问：AB 两国在该问题上应如何适用条约？

答：应适用《联合国宪章》的规定。

三、国际法与国内法的关系

（一）相关理论

一元论：国际法与国内法同属于一个法律体系。在此基础上又进一步分为“国内法优先说”和“国际法优先说”。

二元论：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。

中国学者的观点：国际法与国内法是两个不同的法律体系，但由于国家是国内法的制定者，又是国际法制定的参与者，所以两者之间又有着密切的联系，互相渗透，互相补充，而非互相排斥和对立。

（二）相关实践

1. 国家不得以国内法规定作为其违背国际义务的理由；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特殊义务。



例 4. 甲乙两国于 1996 年签订投资保护条约，该条约至今有效。2004 年甲国政府依本国立法机构于 2003 年通过的一项法律，取消了乙国公民在甲国的某些投资优惠，而这些优惠恰恰是甲国按照前述条约应给予乙国公民的。问：（1）甲国立法机构是否有权通过与条约不一致的立法？（2）甲国是否要为此承担国际法律责任？

答：（1）有权。国际法通常不干预一国国内法的制定，虽然甲乙两国签订有投资条

约，但条约作为国际法并不干涉甲国的立法行为。(2) 承担。甲乙两国投资条约的规定已赋予甲国相关义务，虽然国际法不干预一国国内法的制定，但如果国内立法的内容违背其承担的国际义务，国家仍应对此承担国际责任。

2. 条约在国内的适用方式，国际上主要有两种：(1) “转化”，将条约通过立法程序转化为国内法后，才能在国内适用；(2) “并入”，即条约可视为国内法的一部分而在国内直接适用，无需立法转化。

(三) 国际法在中国的适用

1. 条约在中国的适用

第一，条约在中国的适用方式主要包括三种：

(1) 条约直接适用。如《民事诉讼法》第 236 条规定，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。

(2) 条约与国内法平行适用。如 1961 年《维也纳外交关系公约》与 1986 年《外交特权与豁免条例》，1963 年《维也纳领事关系公约》与 1990 年《领事特权与豁免条例》。

(3) 条约转化适用。如《香港特别行政区基本法》第 39 条规定，《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；再如 WTO 协议在中国的适用。

第二，条约与国内法冲突的解决，分为两种情形：

(1) 民商事范围内，条约与国内法不同，条约可以优先适用（《民法通则》第 142 条第 2 款规定，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。）；

(2) 民商事范围外，法律没有统一规定，条约能否直接适用，视法律的具体规定而定。

2. 国际习惯在中国的适用

(1) 在民事范围内，国际习惯的适用次序排在国内法和条约之后，是对国内法和条约的补充。（《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。）

(2) 适用国际习惯不得违背公共利益。（《民法通则》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。）



解疑释惑

1. 如何理解确立国际法原则的辅助资料？

国际司法机构在审理案件时要对适用的国际法原则、规则和制度进行认证和确定，这种经认证的原则、规则和制度不仅为以后审理案件时所援引，而且在一般国际实践中也得到尊

重。国内司法判例在一定条件下表现出一个国家对国际法的观点,对国际法的确定和发展具有影响,如果许多国内司法判例表现出对国际法的同样观点,则可形成关于国际法的国家实践。

以往,国际文件和司法判例常引用国际法学者的著作,来证明国际法原则、规则和制度的存在并解释其涵义。虽然当前引用已大为减少,但国际法学者的学说,特别是权威学者的学说,仍能够提供可靠资料来说明国际法的原则、规则和制度。

国际组织的决议,特别是联合国大会的决议很多情况下不具有法律拘束力,因而不构成国际法的渊源。但有些决议中包含着有关国际法的内容,往往确认、阐明以至创立了国际法原则、规则和制度,对国际法的形成和发展起到重要作用。

可见,司法判例(包括国际司法判例和国内司法判例)、国际法权威学者的学说和国际组织的决议虽然本身不是国际法的渊源,但从中可以找到国际法的存在,因而被称为确立国际法原则的辅助资料。

2. 当前国际法下如何认定侵略?



当前国际法框架下,唯有联合国安理会有权根据情节及后果确定是否构成侵略。

对于侵略的具体涵义,1974年联合国大会《关于侵略定义的决议》第1条规定:“侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立,或以本《定义》所宣示的与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力。”该决议第3条非穷尽地列举了7种侵略行为,包括:(1)一个国家的武装部队侵入或攻击另一国家的领土;或因此种侵入或攻击而造成的任何军事占领,不论时间如何短暂;或使用武力吞并另一国家的领土或其一部分;(2)一个国家的武装部队轰炸另一国家的领土,或一个国家对另一国家的领土使用任何武器;(3)一个国家的武装部队封锁另一国家的港口或海岸;(4)一个国家的武装部队攻击另一国家的陆、海、空军或商船和民航机;(5)一个国家违反其与另一国家订立的协定所规定的条件使用其根据协定在接受国领土内驻扎的武装部队,或在协定终止后,延长该武装部队的驻扎期间;(6)一个国家以其领土供另一国家使用,让该国用来对第三国进行侵略行为;(7)一个国家或以其名义派遣武装团体、非正规军或雇佣兵,对另一国家进行武力行为,其严重性相当于上述所列各项行为;或该国实际卷入了这些行为。



授课心得

本章涉及国际法的基本理论问题。首先,作为一个独立的部门法,国际法的表现形式(渊源)只有国际条约、国际习惯和一般法律原则三类。第二,国际法的基本原则常被用来作为判断某国际事件合法性的依据,应特别留意三个问题:(1)判断内政的两个标准;(2)使用武力的两种例外情形;(3)民族自决原则的适用范围。第三,关于国际法在中国的适用,因其涉及中国现实问题,常为考试重点。一是要理解条约在中国适用的三种方式;二是要注意条约与国内法冲突的解决,特别是要区分“民商事范围内”和“民商事范围外”的不同。

第二章 国际法律责任

第一节 国际法主体



知识点讲解

当前国际法下，国际法主体包括三类：(1) 国家；(2) 政府间国际组织；(3) 争取独立的民族。

一、国家

- (一) 国家的构成要素
- (1) 定居的居民（基本条件）
 - (2) 确定的领土（物质基础）
 - (3) 政府
 - (4) 主权（根本属性）

(二) 国家的基本权利

1. 独立权。国家依照自己的意志处理内外事务并不受他国控制和干涉的权利。
2. 平等权。国家在参与国际法律关系时具有平等的地位和资格。
3. 自保权（国防权 + 自卫权）：

(1) 国防权：国家在和平时期进行国防建设，防止外来侵略的权利；

(2) 自卫权：国家受到外国武力攻击时，有权采取单独或集体的武力反击措施。自卫权的行使要满足“一个前提”和“两个条件”。“一个前提”：即必须受到武力攻击；“两个条件”：一是“必要性”，通俗说就是没有其他更有效办法，必须进行武力还击；二是“相称性”，也就是武力还击的程度和受到武力攻击的程度应大致相当。

 **例 1**。2003 年 3 月 20 日，美国以伊位克隐藏有大规模杀伤性武器构成对美国的威胁为由，绕开联合国安理会，公然单方面决定对伊拉克实施大规模军事打击。问：美国出兵伊拉克的行为是否符合国际法？

答：不符合。当前国际法下使用武力的合法情形有两种：一是自卫，二是得到安理会授权。首先，美国出兵伊拉克不属于自卫，其事先并未受到伊拉克武力攻击，不满足自卫的前提；其次，其出兵行为也没有得到安理会授权，而是绕开联合国单方行动。

4. 管辖权:

(1) 属地管辖权: 国家对于其领土和领土内的一切人、物和事件, 都有进行管辖的权利。例外: 不适用于领域内依法享有特权与豁免的外国人或外国财产。

(2) 属人管辖权: 国家对于具有其国籍的人, 具有管辖的权利; 其管辖对象还可包括具有该国国籍的法人、船舶、航空器等。

(3) 保护性管辖权: 国家对于在本国领域外从事对该国国家或其公民犯罪行为的外国人进行管辖的权利。保护性管辖权的实现方式有两种: ①行为人进入受害国被依法逮捕; ②通过引渡实现受害国的管辖。

(4) 普遍管辖权: 根据国际法的规定, 对于危害国际和平与安全及全人类利益的某些国际犯罪行为, 不论行为人国籍和行为发生地, 各国都有进行管辖的权利。

管辖对象: ①战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪等(各国公认的对象); ②灭绝种族、贩毒、贩奴、种族隔离、实施酷刑、劫机(有关公约确认的对象)。

行使区域: 只能在本国领土或不属于任何国家管辖的区域行使。

注意: 保护性管辖和普遍管辖不同。保护性管辖针对的是侵害本国或本国公民利益的行为, 普遍管辖针对的是危害国际和平与安全及全人类利益的国际犯罪行为。见 2009 年试卷一第 31 题。

(三) 国家主权豁免

1. 国家主权豁免, 即国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。它来自“平等者之间无管辖权”这一基本法则, 正因为国际社会国与国地位平等, 故一国不得对另一国进行管辖。

2. 国家主权豁免具体表现为: (1) 一国不对他国的国家行为和财产进行管辖; (2) 一国法院非经外国同意, 不受理以外国国家为被告或国家行为作为诉由的诉讼; (3) 一国法院非经外国同意, 不对外国国家代表或国家财产采取司法执行措施。

3. 国家主权豁免可以放弃, 放弃应满足两项条件: 一是“自愿”, 即一国放弃豁免权由该国自己决定, 他国不得强迫; 二是“特定”和“明确”, 即一国对某一特定案件或事项放弃豁免权, 并不意味着在今后所有案件或事项中都放弃豁免权。

国家主权豁免的放弃包括两种形式。(1) 明示放弃, 即国家通过条约、合同、声明等方式表示放弃; (2) 默示放弃, 即国家通过某种行为进行放弃, 包括: ①国家作为原告在外国法院起诉; ②国家正式出庭应诉; ③国家提起反诉; ④国家作为诉讼利害关系人介入诉讼。注意, 以下三种情形不构成放弃豁免: ①国家在外国从事商业行为; ②国家或其代表为重申其豁免权, 出庭阐述立场或作证, 或要求法院宣布判决或裁决无效; ③国家对管辖豁免的放弃, 并不意味着对执行豁免的放弃, 执行豁免的放弃必须另行明示作出。