

国家统一司法考试参考用书

2012 年司法考试

重点、难点、疑点精解丛书

国际公法学 · 国际私法学 · 国际经济法学卷

司法考试研究小组 主编

紧扣司法考试大纲	浓缩司法考试内容	
精解司法考试重点	剖析司法考试难点	解惑司法考试疑点
全由司法名家编著	集权威性 针对性	分析性于一体



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2012年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·国际公法学·国际私法学·国际经济法学卷/
司法考试研究小组主编. —11版. —北京:北京大学出版社,2012.5

(司法考试重点、难点、疑点精解丛书)

ISBN 978-7-301-18690-9

I. ①2… II. ①司… III. ①法律工作者—资格考试—中国—自学参考资料②国际公法—法律工作者—资格考试—自学参考资料③国际私法—法律工作者—资格考试—自学参考资料④国际经济法学—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 048364 号

书 名: 2012 年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·国际公法学·国际私法学·国际经济法学卷

著作责任者: 司法考试研究小组 主编

责任编辑: 陈 敦

标准书号: ISBN 978-7-301-18690-9/D·2824

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> **电子信箱:** wxy@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62758164 出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 26.5 印张 662 千字

2003 年 3 月第 1 版 2012 年 5 月第 11 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: (010)62752024 **电子信箱:** fd@pup.pku.edu.cn

2012 年修订版说明

本套丛书在 2003 年首版以来,得到了社会各界,特别是广大考生的充分肯定。在 2011 年司法考试成绩公布以后,许多考生电话、电传我社,认为这套丛书的出版对广大考生来说,是一福音。从前经过多年司法考试鏖战的考生,在阅读本套丛书之后,发现自己有顿悟之感,找到了破解司法考试之谜的方法,成功通过了 2011 年的司法考试。

为了答谢广大考生对本套丛书的厚爱,并帮助参加 2012 年司法考试的广大考生成功通过今年的司法考试,我社决定修订再版本套丛书。在本次修订再版过程中,丛书每卷仍由原权威作者担纲,以保证本套丛书的权威性。为了使广大考生把握司法考试之脉搏,真正理解司法考试中的重点,解惑司法考试中的难点,领悟司法考试中的疑点,在修订再版时,增加了 2006 年至 2011 年司法考试真题分析的内容。依据 2012 年司法考试大纲的变化,以及近一年来我国现行法律法规的变化,各卷作者对重点、难点、疑点内容进行了增删和调整,对相关练习及其解答和分析也进行了相应的调整。国际公法、国际私法、国际经济法方面的修改主要侧重于加入最新考题作为讲解重点,并调整了部分习题,以反映最新的考试趋势。在内容上,加入了今年大纲及法规新列入的内容,包括有关“外资非正常撤离中国的诉讼问题”,有关“涉港澳民商事司法文书送达”的问题,有关“内地与香港相互认可和执行当事人协议管辖的民事案件判决”的问题等,国际经济法部分加入了 2010 年最高法院有关“无正本提单交付货物”的司法解释等内容。

真心希望阅读和拥有本套丛书的考生,在 2012 年的司法考试中,围着幸运,拥着成功,伴着喜悦,并从此谱写人生的美丽诗篇!

北京大学出版社

2012 年 3 月

出版说明

李白诗云：蜀道难，难于上青天。凡参加过2002年全国司法考试的考生们无不感受了司法考试之难。全国36万考生，只有2.4万考生通过考试。而且，通过分数线仅为240分。全国民族自治地区和国家级贫困县的分数线仅为235分。许多考生奋斗数载，有的甚至从黑头发考到白头发，也未能通过考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么许多考生皓首穷经，不能破解司法考试之谜？为什么有的考生能够一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年律考、司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。司法考试涉及的法律条文，据不完全统计，近两万多条。司法考试涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对司法考试的重点把握不准，对司法考试的难点无法破译，对司法考试的疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海中的孤舟上的船翁，茫茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点、疑点，直面考试并顺利通过考试，我们邀请了多年从事律考和司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教授们，编写《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书》。丛书共分8卷，分别是宪法学·法理学与法制史学卷、刑法学卷、民法学卷、刑事诉讼法学卷、民事诉讼法学卷、商法学与经济法卷、行政法学·行政诉讼法学卷、国际公法学·国际私法学·国际经济法卷。

本套丛书具有以下特点：

1. 权威性。其表现在丛书各卷浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点。各卷丛书的撰稿人均为资深教授，如刑法的阮吉林教授、宪法的焦洪昌教授、行政法与行政诉讼法的张树义教授、民法的李仁玉教授，其他教授因尊重本人意愿，在此不予列明。

2. 新颖性。本套丛书列出考试重点、考试难点、考试疑点，并通过例解的方式予以解答，使考生达到事半功倍的效果。

3. 准确性。在对重点、难点、疑点的分析中，不仅语言简洁，而且分析到位，以达到解惑之目的。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本套丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

北京大学出版社

2010年3月

目 录

上篇 国际公法

第一章 导 论	(1)
第二章 国际法律责任	(8)
第三章 国际法上的空间划分	(22)
第四章 国际法上的居民	(44)
第五章 外交关系与领事关系法	(53)
第六章 条约法	(64)
第七章 国际争端的和平解决	(72)
第八章 战争与武装冲突法	(77)
相关练习及答案分析	(83)

中篇 国际私法

第一章 国际私法概述	(117)
第二章 国际私法的主体	(120)
第三章 冲突规范和准据法	(125)
第四章 适用冲突规范的制度	(129)
第五章 国际民商事关系的法律适用	(134)
第六章 国际民事争议的解决	(153)
第七章 区际法律问题	(169)
相关练习及答案分析	(185)

下篇 国际经济法

导 论	(213)
第一章 国际货物买卖	(215)
第二章 国际货物运输与保险	(239)
第三章 国际贸易支付	(261)
第四章 对外贸易的管理制度	(277)
第五章 世界贸易组织	(292)

第六章 国际经济法领域的其他法律制度·····	(305)
相关练习及答案分析·····	(330)
2007 年国际公法、国际私法、国际经济法题解 ·····	(360)
2008 年国际公法、国际私法、国际经济法题解 ·····	(371)
2009 年国际公法、国际私法、国际经济法题解 ·····	(383)
2010 年国际公法、国际私法、国际经济法题解 ·····	(396)
2011 年国际公法、国际私法、国际经济法题解 ·····	(408)

上篇 国际公法

第一章 导 论

本章重点列表概括如下:

- 一、国际法渊源
 - 1. 国际条约
 - 2. 国际习惯(惯例任意)
 - 心理(各国认为有法律拘束力) 物质(各国重复类似的行为实践)
 - 3. 一般法律原则(各国法律体系中共有的原则)
 - 4. 辅助方法(判例、学说、决议)非洲源
- 二、国际法与国内法的关系
 - 1. 关系:国际法不干涉国内法的制定 不一致承担国家责任
 - 2. 中国现状:宪法没有统一规定
 - 3. 情况:直接、并行、转化
 - 4. 直接适用:民商(可以直接适用)(公约优先),民商以外个案而论
 - 5. 转化适用:WTO:排除直接适用,转化适用
- 三、基本原则
 - 主权(对内最高、对外独立、自保权)
 - 国防
 - 自卫
 - 前提(攻击)
 - 条件(必要、相称)
 - 不使用威胁或武力(侵略)
 - 不干涉内政(非地理概念)
 - 和平解决争端(1928年非战公约)
 - 民族自决原则(从殖民地独立,分裂无依据)
 - 善意履行国际义务

重点问题及分析

一、国际法的概念及特点

国际法是一个与国内法相对应的法律体系。它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。现代国际法已经成为普遍的、涉及国际交往各个领域的、系统化的规则体系。

国际法与国内法相比,具有以下显著特点:(1) 法律关系的主体不同。国内法的主体主要

是自然人和法人,国家只有在特殊情况下才成为国内法的主体;而国际法的主体主要是国家,个人现在还一般不被承认为国际法的主体。(2)立法方式不同。国内法是由国家的立法机关依一定程序制定出来的;而国际社会不存在凌驾于国家之上的国际立法机构,国际法是由国家之间通过协议制定出来的。(3)强制方式不同。国内法是由超越个体之上的国家强制机关保证实施的;而国际社会不存在超国家的强制机构,国际法的强制实施是通过国家单独或集体的行动来实现的。因此,与国内法相比,国际法是一个特殊的法律体系。

【例 1】 下列有关国际法的表述哪项是正确的?

- A. 各国的涉外民事法律适用规则是国际法的一部分
- B. 国际法是由国际立法机构制定的
- C. 国际法的主体包括国家、国际组织、法人和自然人
- D. 国际法的强制力是通过各国依国际法通过单独或集体合作的方式实现和保障的

答案: D。法律适用法属于国内法,并不是国际法的一部分,A 错。B 错,国际法的制定与国内法不同,国际法的制定是由国家之间在平等的基础上,通过协议的方式来完成的。国际法的制定不能与国内法的制定相混淆,国内法是通过国内立法机关依一定的程序制定出来的。但任何国家都不能单独地制定国际法,国际社会不存在统一的立法机构。C 错,国际法的主体主要是国家和国际组织,个人现在还一般不被承认为国际法的主体。D 正确,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

国际法的渊源是指国际法的表现形式,包括国际条约、国际习惯和一般法律原则。国内法不是国际法的渊源。国际组织的决议和国际法院的判例一般也都不能直接作为国际法的渊源,而是确立国际法原则的辅助材料。

(一) 条约

国际条约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。

(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。与国际商业惯例相比,国际习惯具有强制性,国际商业惯例是任意性的。

1. 构成要素:一是物质要素,即各国在一段时间内前后反复一致的实践所形成通例;二是心理要素,即“法律确信”,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。一项国际习惯必须同时具备这两个要素。

2. 国际习惯的证明:国际习惯的存在应从国际法主体的实践中寻找证据。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。这里应特别注意以下三个方面的实践: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、行政的有关文件以及国际司法机构和国内司法机构的判决。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。

(三) “一般法律原则”

“一般法律原则”作为国际法的渊源,其作用主要是填补国际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。由于对其含义和性质存在不同的观点,因此在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用。一般的看法有:其一,“一般法律原则”是指国际法的一般原则或基本原则;其二,“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。

【例 2】 关于国际习惯,下列哪几项是正确的?

- A. 国际习惯是不成文的,因而仅具有任意性的特点,不具有法律拘束力
- B. 国内外司法判决是国际习惯存在的证据之一
- C. 国际习惯的构成要素包括物质要素和心理要素
- D. 国家的对外文件是国际习惯存在的证据之一

答案:BCD。A 错,国际习惯具有强制力。BD 对,国内司法判决和国家的对外文件属于国际习惯存在的证据。C 对,国际习惯的构成要素包括物质要素和心理要素。

【例 3】 《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。根据该条规定,国际条约、国际习惯和一般法律原则是国际法的主要渊源。其中,作为国际法渊源之一的“一般法律原则”是下列哪项?

- A. 国际法的基本原则
- B. 各国法律体系中共有的原则
- C. 由“一般法律意识”所产生的原则
- D. 《联合国宪章》中规定的基本原则

答案:B。“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。

B 正确。

(四) 确立国际法原则的辅助方法

国际组织的决议、司法判例、国际法学说被认为是确立国际法原则的辅助资料。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。其中:(1) 对于国际组织的决议,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证据价值。(2) 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。国际法院的判例本身不是法律的渊源之一,或者说,国际法院没有“造法”的权利。但由于法院的地位,其判决在国际实践中得到相当的重视和尊重,对于相关国际法原则的证明和确立有重要的意义和影响。(3) 至于权威国际法学者的学说,作为确证国际法原则的方法和证据,目前的作用比历史上的地位相对减弱,但仍然是确立国际法原则的辅助方法之一。

【例 4】 下列各种关于国际法渊源的判断哪些是正确的?

- A. 一般法律原则是各国统治阶段意识的体现
- B. 国内法也是国际法的渊源之一
- C. 国际组织的决议是确立国际法原则的辅助方法
- D. 国际法院的判例是当代国际法的主要渊源

答案:C。A 错。一般法律原则应当是各国法律体系中所共有的一些原则。B 错,国内法不是国际法的渊源。C 正确,国际组织的决议是确立国际法原则的辅助材料。D 错,国际法院的判例是辅助材料,并不是主要渊源。

三、国际法的基本原则

(一) 基本原则的特征

国际法基本原则是指那些各国公认、具有普遍拘束力、适用于国际法一切效力范围、构成国际法基础的原则。它具有以下特征:

1. 各国公认。从渊源上讲,国际法基本原则必须被整个国际社会普遍接受。
2. 从适用范围上讲,国际法基本原则必须能够适用于国际法一切效力范围,在国际法的一切领域内都发生作用。
3. 构成国际法的基础:第一,如果没有这些基本原则,则现代国际法将不复存在;第二,基本原则是其他国际法规则产生的基础;第三,基本原则的效力高于其他国际法规则,与基本原则相抵触的其他规则无效。

(二) 基本原则的内容

1. 国家主权平等原则

国家的主权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的,而是国家固有的。

主权的体现:(1)对内最高权。国家在国内行使最高统治权,包括立法、行政、司法各个方面,也包括国家的属地优越权和属人优越权。(2)对外独立权。国家独立自主的处理内外事务,包括选择社会制度、确定国家形式和法律、制定对外政策等。(3)自保权。包括国家在遭外来侵略和武力攻击时进行单独和集体反击的自卫权,以及为防止侵略和武装冲击而建设国防的权利。

【例5】 主权原则是现代国际法的基本原则之一。下列关于主权的判断哪项是正确的?

- A. 国家主权的内涵在全球化的时代发生了变化,主要包括人权和国际合作
- B. 国家拥有主权表明其任何行为不受任何拘束和限制
- C. 国家主权在国际法上就是指国家在国内的最高权,即使其在国际关系中是不独立的
- D. 自卫权属于国家主权的一个方面

答案:D。A错,主权核心内涵是对内最高权和对外的独立权,主权概念提出后,其内容随着人类社会的发展也在不断地充实和发展。但是,其核心内涵的性质没有根本改变。B错,国家主权的概念从来就不是一国的绝对主权,一国行使主权必须同时顾及别国主权。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。C错,主权突出体现对内最高权、对外独立权和自保权。D正确。

2. 不干涉内政原则

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。

【例6】 甲国新政府于2003年上台,推行新的经济政策和外交政策,在国内外引起强烈反应。乙国议会通过议案,谴责甲国的政策,并要求乙国政府采取措施,支持甲国的和平反政府运动;同时乙国记者彼得也撰写了批评甲国政策的文章在丙国报纸上发表。依国际法的相关原则,下列哪项是正确的?

- A. 丙国发表反甲国政策的文章涉嫌违反国际法

- B. 乙国记者彼得的行为并不违反国际法
- C. 乙国议会的法案一旦被执行则涉嫌违反国际法
- D. 甲国新政府推行的外交政策因在国内外引起强烈反应,因此不属于内政

答案:BC。依不干涉内政原则,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。A 错,B 对,言论自由,并不违反国际法。C 对,乙国议会执行此法案属于干涉内政。D 错。

3. 不使用威胁或武力原则

该原则指各国在其国际关系上不得以武力或武力威胁,侵害任何国家的政治独立和领土完整;不得以任何与《联合国宪章》或其他国际法原则所不符的方式使用武力。该原则并非禁止一切武力的使用,凡是符合《联合国宪章》和国际法规则的武力使用是被允许的,包括国家对侵略行为进行的自卫行动和联合国集体安全制度下的武力使用。

1974 年联合国大会通过的《关于侵略定义的决议》中,非穷尽地列举了 7 项侵略行为:(1) 武装部队侵入或攻击他国领土;由侵入或攻击造成的军事占领;使用武力吞并别国的任何领土;(2) 以另一国的领土为对象使用任何武器;(3) 封锁另一国的港口或海岸;(4) 武装部队攻击他国的陆海空军、商船或民航机;(5) 一国违反协定使用在别国驻扎的连队或违约延期驻扎;(6) 提供领土由他国使用进行侵略行为;(7) 以国家名义派遣武装团体、非正规军或雇佣军等。该定义同时规定一国违反《联合国宪章》首先使用武力,即构成侵略行为的明显证据。

【例 7】甲乙两国是邻国。甲国近年来不断进口进攻性武器,强化其武装力量。乙国认为甲国的行为对其构成威胁,于是从其境内向甲国境内发射导弹,将甲国一处正在修建的导弹发射装置摧毁。对于此行为,根据 1974 年关于侵略的定义,下列哪项是正确的?

- A. 甲国的行为对乙国构成威胁,因此涉嫌构成侵略
- B. 乙国的行为涉嫌构成侵略
- C. 两国的行为都是合法的
- D. 乙国摧毁甲国的导弹发射装置属于国际法上的自卫

答案:B。依 1974 年联大通过的《关于侵略定义的决议》,A 错,甲国的行为可能不符合相关规定,但甲国并没有攻击乙国领土。B 对,乙国从其境内向甲国境内发射导弹,构成侵略。C 错,乙国行为不合法,甲国行为也可能违反了相关限制的规定。D 错,自卫权包括国家在遭外来侵略和武力攻击时进行单独和集体反击,而本题甲国并没有实施攻击。

4. 和平解决国际争端原则

国家在相互交往中发生争端时,必须采取和平方法予以解决。1928 年的《巴黎非战公约》首次规定全面废弃战争作为实行国家政策的工具,禁止使用战争作为解决国际争端的方式。

5. 民族平等和自决原则

该原则指在外国殖民统治和奴役下的被压迫民族有权自主决定自己的命运,摆脱殖民统治的权利。一个关键的需要清楚认识的问题是,民族平等和自决原则中独立权的范围,只严格适用于殖民地民族的独立。对于一国国内的民族分离主义活动,民族自决原则没有为其提供任何国际法根据。这个问题在国际法和国际实践中被认为是一国的内部事务,是一国国内法的问题,应该尊重国家主权及其全体人民的选择。国际法恰恰明确地严格禁止任何国家假借民族自决名义,制造、煽动或支持民族分裂,破坏他国国家统一和领土完整的任何行动。

【例8】 民族平等和自决原则是现代国际法的基本原则之一,根据这个原则,下列哪些判断是正确的?

- A. 一国国内的不同民族都有权利平等地参与该国的政治经济文化等各项事务
- B. 一国国内的不同民族都有权利依据民族自决原则,主张从该国家中分离出来
- C. 对于其他国家某一少数民族以武力方式试图从一国分离出去的活动,任何国家都有义务给予援助和支持
- D. 该原则严格适用于殖民地民族的独立

答案:AD。A对,《联合国宪章》规定,所有民族都有平等的权利,自由地表达自己的意志,决定自己的命运,参与和从事政治、经济、文化等各项事务,各国均有义务尊重和促进这种平等权利的实现。BC错,对于一国国内的民族分离主义活动,民族自决原则没有为其提供任何国际法根据。D对,民族平等和自决原则中独立权的范围,只严格适用于殖民地民族的独立。

6. 善意地履行国际义务原则

该原则指国家应善意履行其作为缔约国的《联合国宪章》和其他国际条约所产生的义务,善意履行国际习惯法的义务。该原则是国际法有效性和国际法律关系稳定性的基础。对于联合国会员国而言,如果其承担的条约义务与《联合国宪章》规定的义务发生冲突时,应以宪章义务优先。

四、国际法与国内法的关系

(一) 国际层面和国内层面

国际法与国内法关系的内容重点有下列两个方面: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。这个问题的国际实践可以从国际和国内两个层面来看:

1. 在国际层面:一国的国内立法不能改变国际法的原则、规则;任何国家不得以其国内法的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,国际法一般也不具体干预一国如何在其国内履行其国际义务,不干预一国国内法的制定,除非该国已承担了相关的特殊义务。

2. 从国内法律体系的角度看,情况比较复杂。其中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相冲突时如何解决。

(二) 条约在我国国内的适用

对于条约在国内的地位和适用,总体上,可以从两个方面理解和把握:

1. 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和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。

2. 在民商事范围内,中国缔结或参加的条约可以直接优先适用;在民商事范围以外,条约的适用方式需要具体情况具体分析。由于《中华人民共和国民法通则》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。”《民事诉讼法》第238条也有类似的规定,这成为在民商事范围内,中国缔结的条约与国内法有不同规定时,条约可以优先适用的基

本法律依据。

3. 在民商法范围以外,由于存在着不一致的实践和不同方面的认识,特别是缺乏宪法或基本法的依据,所以不能简单笼统地认为,条约的直接适用甚至优先适用已经或必将作为任何条约在中国适用的唯一方式。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,民商事以外的条约,包括人权条约,在中国国内的适用问题,需要研究相关的法律规定和条约内容,才能确定。

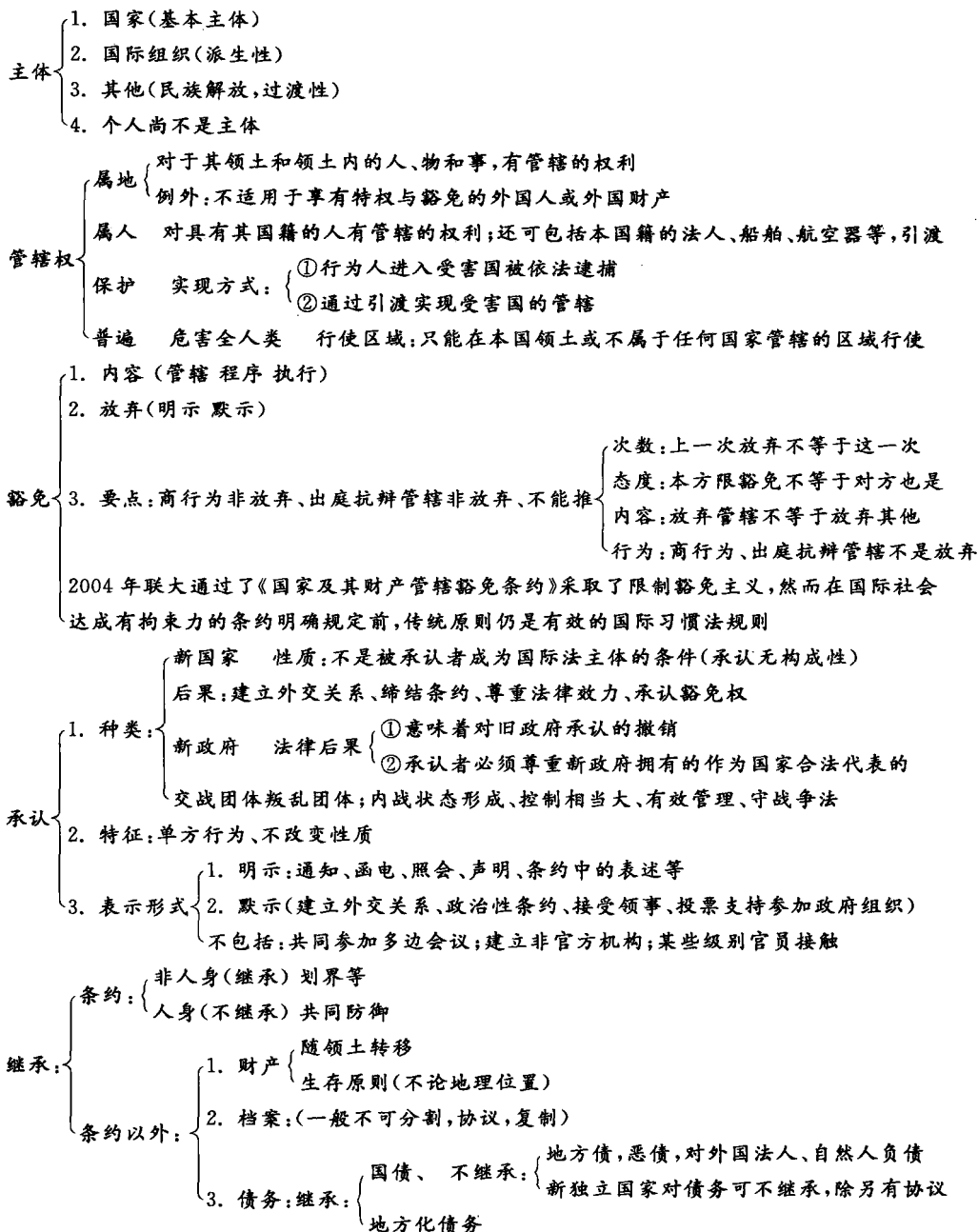
【例 9】 根据国际法有关规则和我国有关法律,当发生我国缔结且未作保留的条约条款与我国相关国内法规定不一致的情况时,下列哪一选项是正确的?

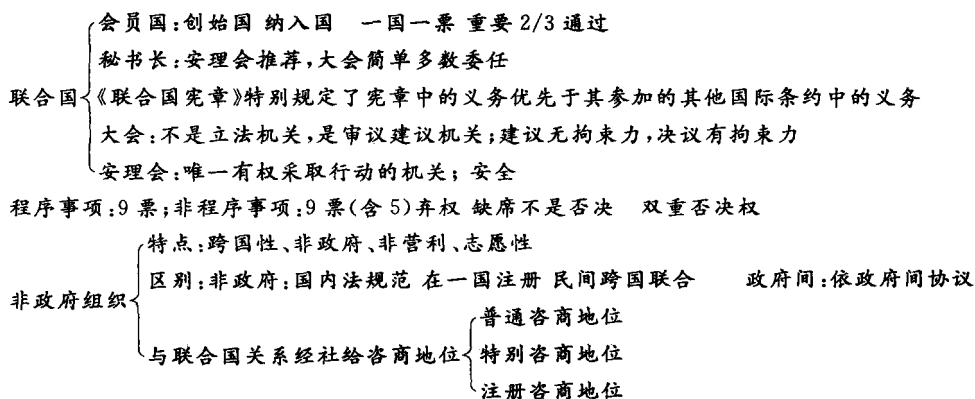
- A. 如条约属于民事范围,则由全国人民代表大会常务委员会确定何者优先适用
- B. 如条约属于民事范围,则优先适用条约的规定
- C. 如条约属于民事范围,则由法院根据具体案情,自由裁量,以公平原则确定优先适用
- D. 我国缔结的任何未作保留的条约与中国相关国内法的规定不一致的,均优先适用

答案 B。 AC 错,依据是《民法通则》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。B 正确。D 错,在民商事范围内,条约与国内法冲突时,条约可以优先适用。但在民事法律范围以外,条约在国内的地位和适用问题,由于缺乏宪法或基本法的依据。

第二章 国际法律责任

本章重点列表概括如下:





国际法律责任:

归责: { 传统: 过错
 现代: 无过错加过错

归办于国家: { 1. 国家机关
 2. 授权的实体
 3. 代表国家行事的人
 4. 交与一国支配的机关
 5. 机关和国家授权的人
 6. 叛乱运动机关 (不是) 组成新国家的叛乱运动机关的行为 (被视为新国家的行为)
 7. 单独或共同的责任
 8. 国家当局暂不存在的行为, 需要行使政府权力
 (一个或一群人行使政府权力, 视为国家行为)

责任形式: 终止不当行为、恢复原状、赔偿、道歉、保证不再重犯、限制主权

新发展: { 1. 双罚原则 (国家 个人) { 国家责任: 太空
 双重责任: 核能
 营运人赔偿: 污染
 2. 国际赔偿 (非不法行为)

重点问题及分析

一、国际法主体的条件和范围

(一) 国际法主体的条件

国际法主体是指具有享受国际法上权利和承担国际法上义务能力的国际法律关系参加者, 或称为国际法律人格者。国际法主体须具备以下三个条件: 第一, 具有独立参与国际关系的资格。能够不受其他权力制约完全自主地平等参与国际关系。第二, 具有直接享有国际法上权利的能力。能够以自己的名义直接享有平等权、缔约权、使节权、诉讼权和求偿权等国际法上的权利。第三, 具有直接承担和履行国际法上有关义务的能力。包括履行条约的能力、保护外国使馆和外交代表的能力等。

(二) 国际法主体的范围

传统国际法认为国家是国际法的唯一主体。第一次世界大战, 特别是第二次世界大战以

后,国际法主体的范围扩大到争取独立的民族和国际组织。但是,这三类主体在国际法中的地位是不同的。到目前为止,个人尚不是国际法的主体,因为个人不具备成为国际法主体的条件。

二、国家

(一) 国家的构成要素和类型

国际法上构成国家的要素有四项:定居的居民;一定的领土;一定的政权组织形式或政府;主权。现代国家的类型主要有两类:第一类为单一国。单一国是由若干行政区域组成的统一的主权国家。它拥有单一的宪法,其人民拥有单一的国籍。单一国由其中央政府行使最高的立法、司法和行政权力,统一处理国家的内外事务。各个行政区域都作为国家的地方单位接受中央政府的领导。单一国是一个国际法主体,由中央政府代表国家参与国际关系,各地方区域都没有国际法主体地位。中国采取的即是这种单一国体制。另一类国家类型为复合国。复合国是两个或两个以上成员组成的国家或国家联合体,目前有联邦和邦联两种形式。

【例10】 根据国际法,下列哪种形式的实体拥有单一的主权?

A. 政府间的国际组织

B. 非政府国际组织

C. 联邦国家

D. 欧盟

答案:C。国际法上,只有国家才拥有主权。同时,邦联是两个或两个以上主权国家由于特殊的目的根据条约组成的国家联合体。邦联一般设立一个机构,负责协调各国之间在某一事项上的立场。邦联本身没有统一的立法、行政、司法机关,其人民也没有统一的国籍。邦联的各成员是独立的主权国家,分别是国际法的主体,而邦联本身不是国际法主体,不拥有主权。

(二) 国家的基本权利

国家的基本权利包括独立权、平等权和自保权。

1. 独立权。独立权指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。独立权包含自主性和排他性两重含义,是国家主权在对外关系中的集中体现。独立权意味着国家可以自由选择国内制度,制定政策,采取各种措施管理国家、促进发展;在不违背其承担的国际法义务的前提下,国家根据自己的意志独立地参与国际关系,自由地决定与其他国家的建交、缔约、使节、结盟及其他往来。

2. 平等权指国家在参与国际法律关系时,具有平等的地位和资格,平等地享有国际法上的权利和承担国际法上的义务。国家的平等权主要表现在以下方面:(1) 国家在国际组织或国际会议中平等地享有代表权和投票权。(2) 国家平等地享有缔约权,国家不受非其缔结的条约拘束。(3) 国家平等地享有荣誉权,国家元首、国家代表及国家标志应受到尊重。(4) 国家之间没有管辖权,除非国际法特别规定或得到国家同意。(5) 外交位次或礼仪上的平等权。

3. 自保权指国家保卫自己存在和独立的权利。它分为国防权和自卫权两方面。国防权是国家有制定国防政策,建设国防力量,防止外来侵略的权利。自卫权是当国家遭受外国武力攻击时,有权采取单独和集体的武力反击措施。根据《联合国宪章》的规定,自卫的前提必须是遭到了武装攻击,同时武力自卫还应符合必要性和成比例性的要求。

4. 管辖权。国家的管辖权是国家对特定的人、物和事件进行管理和处置的权利。它以国家主权为根据,又是国家主权的最直接体现。管辖权是一国主权的具体行使。一般地,各国总是在与其利益有关的人、物、事件方面,主张行使管辖的权利以保护自身利益。现实的国际社

会实践中,管辖权问题主要涉及国家根据自己的法律,对人、物、事件设定及主张其管理处置的权威和方法。从各国国内法实践看,国家管辖权可以从不同角度进行划分:根据实施管辖权的范围,分为域内管辖和域外管辖;根据管辖对象分为对人管辖、对物管辖和对事管辖;根据国家职能划分为立法管辖、司法管辖和行政管辖;从程序性质上分为民事程序管辖、刑事程序管辖和行政程序管辖等。在国际法中,一般将国家的管辖权划分为以下四个方面,需要重点掌握。

(1) 属地管辖权。又称属地优越权,是指国家对于其领土及其领土内的一切人、物和事件,都有进行管辖的权利,除非国际法另有规定。它有两方面的含义:其一是以领土为对象,即国家对其领土各个部分及其资源的管辖权利;其二是以领土为范围,强调国家对其领土范围内的一切人、物或事件的管辖权利。以领土为范围的管辖权利。

(2) 属人管辖权。或称国籍管辖权,是指国家对于具有其国籍的人,具有管辖的权利,无论他们是在其领土范围内还是领土范围外。除自然人外,国家行使属人管辖权的对象在不同程度上还包括具有该国国籍的法人,以及船舶、航空器或航天器等获得国籍的特定物。对具有国籍的人的管辖是属人管辖的最基本和主要的方面。

(3) 保护性管辖权。保护性管辖权是指国家对于在其领土范围以外从事严重侵害该国或其公民重大利益行为的外国人进行管辖的权利。从国际实践看,这种管辖权的行使一般基于两个条件:其一是外国人在领土外的行为所侵害的是该国或其公民的重大利益,构成该国刑法规定之罪行或规定应处一定刑罚的罪行;其二是该行为根据行为地的法律同样构成应处刑罚的罪行。

【例 11】 甲国人张某侵吞中国某国驻甲国办事处的大量财产。根据中国和甲国的法律,张某的行为均认定为犯罪。中国与甲国没有司法协助协定。根据国际法相关规则,下列哪一选项是正确的?(2011 年·卷一·33 题)

- A. 张某进入中国境内时,中国有关机关可依法将其拘捕
- B. 中国对张某侵吞财产案没有管辖权
- C. 张某乘甲国商船逃至公海时,中国有权派员在公海将其缉拿
- D. 甲国有义务将张某引渡给中国

答案:A。A 正确,对此事中国有保护性管辖权。B 称中国没有管辖权是错误的。C 错误,保护性管辖不能在公海行使,这是保护性管辖与普遍管辖的区别所在。D 错误,保护性管辖可以通过国家间的协助由行为人所在国将行为人引渡给受害国来行使,但依国际法的规则,因两国间没有引渡条约,甲国无引渡的义务。

(4) 普遍性管辖权。它是指根据国际法的规定,对于危害国际安全与和平及全人类利益的某些国际犯罪行为,不论行为人国籍及行为发生地,各国都有进行管辖的权利。目前,战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪等已被公认为是国家普遍管辖权的对象。灭绝种族、贩卖毒品、贩卖奴隶、种族隔离、实施酷刑、航空器劫持等行为也已被有关的国际条约确定为缔约国合作惩治的罪行。在实践中,许多国家将普遍管辖权引入到国内法中,成为国家行使管辖权的一项原则和重要依据。

(三) 国家主权豁免

国际主权豁免是指国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。包括管辖豁免、程序豁免和执行豁免。实践中,国家主权豁免主要表现在司法豁免方面,即一国国内法院非经外国同意,不得受理以外国国家为被告的诉讼,因此主权豁免又经常被称为国家的司法豁免权。