

来胜 **LICENSE** 两会修法最新版

2015

精品丛书

New Edition

司考一本通

8

国际公法 国际私法 国际经济法

李毅 编著

两会修法新增考点

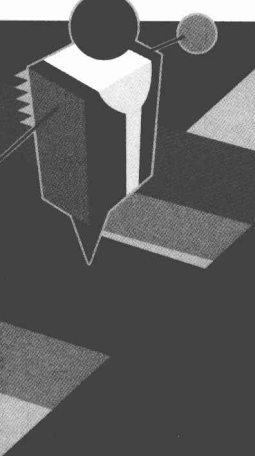
名师执笔精炼要点

考点+法条+真题全面结合

一本贯通冲刺突破



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



LICENSE

8/8

司考一本通



国际公法 · 国际私法 国际经济法

编著
李毅



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

编写说明

实行统一的国家司法考试,不仅是我国司法改革的一项重大举措,也是我国法学教育改革的突破口。从律考转变为司考后,使得更多适合条件的考生热衷于此,司法考试也逐渐形成了市场,辅导用书层出不穷。然而在众多的司考辅导用书当中,如何作出选择,便成了备考考生一个头痛的问题。

司考该用何种辅导书?我们认为,要用“看一本就能通”的书。为了达成此目的,我们努力使本书具备了如下特色:

特色一 名师编著、套书完整

本书由来胜全方位法律人培训力邀各科司考名师亲自执笔,集结了老师们多年的司考辅导经验和智慧。本书共分八小册,涵盖了最新考纲的重要考点。

特色二 内容精炼、针对性强

本书强调内容的精炼和实战性。针对重要的考点,我们结合历年司考的规律,对其进行精讲,并针对实际考查情况和精讲内容,提供例题以提高实战能力。

特色三 体例安排科学合理

根据考纲的要求及体系,我们选出了各科的重要考点并对其从以下三个方面为考生提供帮助。

一、精讲。对当前考点进行精当、有效的讲解,以帮助读者掌握当前考点的纲要,具备解决问题的能力。

二、例题。针对当前考点,并结合精讲内容,使考生得到及时、有效的练习,提高应试能力,并在修正自己错误的过程中得到提高。

三、提示与预测。主要是针对一些应当特别注意的问题的提示,以及对2015年司考动向的预测。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。当您拥有了本书,您便得到了一片肥沃的黑土,若能加以勤耕,今日播下的种子,定能在那金秋结出胜利的果实!

编者

2015年5月

前 言

2014 年的司法考试卷一试题和 2011 年、2012 年、2013 年相同,“三国法”一共考了 26 道题,共计 39 分,和此前的 2008 年、2009 年、2010 年不同,这三年的司法考试卷一试题中“三国法”都是考了 31 道选择题,计 44 分。总体来看,“三国法”的考题基本上延续了以前的特点,即注重考查传统重点和热点、新增考点,并涉及少量生僻考点。预计 2015 年考题风格不会有太大变化。

1. 国际公法

从近几年的真题来看,国际公法部分近年在司法考试中所占分值在 12 分左右。近年真题涉及的大多都是中国在外交实践中可能经常碰到的问题或知识点,比如引渡和庇护、领海、专属经济区、大陆架、管辖权的冲突、战争犯罪、外交特权与豁免的范围、条约的效力、解释和适用等。相应的,考生复习也应注意能够结合所学知识,提高实际分析问题的能力。就重点问题的考查而言,国际公法的考题涉及的联合国、国际法院的管辖权、外交特权与豁免、使馆的特权与豁免、国际法律责任、条约的终止等均属于传统重点。国际公法的考题通常也涉及热点问题,如 2011 年考了引渡、跨界环境污染的责任等;2012 年考了引渡、外国人出入境管理、海岛争端的解决方式等;2013 年考了制止危害国际民用航空安全行为、中国引渡法等。真题中有若干题目表现为综合考题,即在同一道选择题中,所考查的知识点涉及几个方面。这就要求我们在掌握基本知识的基础上,能够灵活运用,具备举一反三的分析能力。

国际公法包括国际法的一般理论、国际法的主体、国际责任、国际法上的空间划分、国际法上的居民、外交和领事关系法、条约法、国际争端的解决以及战争法九个章节的内容。在这些章节中,没有特别突出的重点章节,几乎每章都可能出现考题,其内容较多,知识点琐碎,各章节之间的内在有机联系往往并不密切,体系比较庞杂,对有些考生而言也较为陌生,需要考生在复习过程中通过多做练习的方式巩固有关知识点,否则容易在看完教材后很快就记忆模糊,从而导致在考试中失分。国际公法部分通常以考查各章节的基本理论方面的内容为主,但在近年的考试中一再出现直接考查《中华人民共和国国籍法》《中华人民共和国引渡法》《中华人民共和国入境出境管理法》等法律、法规的题目,考生应予以注意。从近几年的考试来看,国际公法的个别考题也涉及生僻一些的考点,非重点的部分也可能成为考查的内容,比如 2008 年涉及专属经济区的考题事实上考的是《海洋法公约》第 73 条“沿海国法律和规章的执行”的规定。2009 年的考题涉及了战俘的待遇、特别使团的特权与豁免等考点。2010 年的考题则涉及了外国人入境出境管理法、条约的登记等。2011 年也考了国际法院的咨询管辖权、毗连区的法律制度等较为生僻一些的考点。2014 年考了加入联合国的程序、条约冲突时的适用、条约的登记、国际海洋法法庭的管辖权等较为生僻一些的考点。因此,对于国际公法的内容应全面掌握,重点记忆。

2. 国际私法

国际私法部分在近年的司法考试中分值保持在 15 分左右。国际私法包括国际私法的基

本理论、基本制度、涉外民事法律关系的法律适用以及国际民事诉讼与国际商事仲裁几个部分。与国际公法和国际经济法相比,其考点十分突出,即以考查涉外民事法律关系的法律适用和涉外争议解决程序为主,直接考查法条的题目居多,考点重复率较高。《涉外民事关系法律适用法》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》《民法通则》及其意见、《海商法》《民用航空法》《票据法》《继承法》《民事诉讼法》中关于涉外民事法律关系法律适用及涉外民事诉讼的规则都会涉及,应全面掌握。考生在复习国际私法部分时,对于国际私法的基本理论和冲突规范的基本制度部分应以理解为主,对于法律适用部分则必须记忆《民法通则》第八编以及相关法律条文的内容。2013年考题中,《涉外民事关系法律适用法》及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》中一些关于法律适用方面的新的法条在试题中也有所体现,而且出现了综合考查几个方面法律适用规定的试题。可见,司法考试对于我们掌握有关法条的系统性、条理性 and 准确性都有较高的要求。

总体来说,国际私法内容较少,条理分明,体系简洁,主要的考点如法律适用的法条、基本制度(识别、反致、外国法的查明、公共秩序保留、法律规避)及国际民事诉讼程序等方面的考点在真题中重复率很高,建议在重视真题的基础上多做一些练习题目,通过做题来检验和巩固自己对相关知识的掌握。

3. 国际经济法

国际经济法部分在近年的司法考试中的分值一般都在15分左右,是“三国法”部分分值最高的科目。国际经济法分为相对独立的几个部分,包括国际货物买卖、国际货物运输、国际货运保险、国际贸易支付、对外贸易管制、世界贸易组织的制度以及其他领域的制度。其中,国际货物买卖、国际货物运输、国际货运保险以及支付的内容常以案例题的形式出现,其中又以涉及买卖、运输、保险三方面的综合案例题为主,通常一个案例同时涉及买卖、运输、保险等几方面的内容,考查考生对相关规则的熟悉程度和综合分析运用的能力,因此需要考生能够将国际货物买卖、运输、保险方面的知识点融会贯通,并通过多做一些相关例题加以巩固;而国际贸易支付、对外贸易管制、世界贸易组织的制度以及其他领域的制度如知识产权保护、国际投资法、国际税法等则往往主要表现为相对简单的表述判断题,通常只要考生在理解的基础上准确记忆即可。

编者

2015年5月

目 录

国际公法

第一章	导论	(3)
第二章	国际法的主体	(7)
第三章	国际法律责任	(16)
第四章	国际法上的空间划分	(19)
第五章	国际法上的个人	(34)
第六章	外交关系法与领事关系法	(46)
第七章	条约法	(53)
第八章	国际争端的和平解决	(64)
第九章	战争与武装冲突法	(68)

国际私法

第一章	导论	(77)
第二章	国际私法的主体	(79)
第三章	法律冲突、冲突规范和准据法	(82)
第四章	适用冲突规范的制度	(86)
第五章	国际民商事法律适用	(94)
第六章	国际民商事争议的解决	(115)
第七章	区际法律问题	(139)

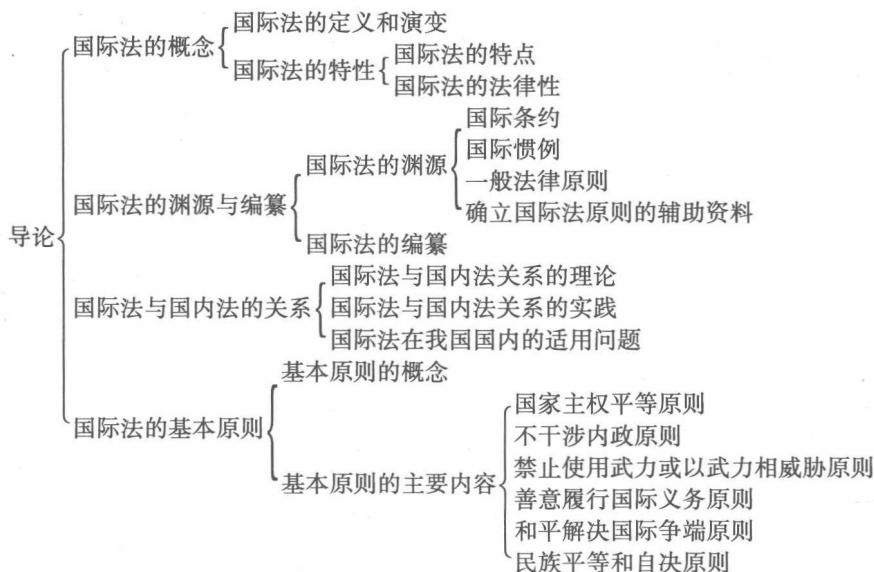
国际经济法

第一章	导论(略)	(153)
第二章	国际货物买卖	(154)
第三章	国际货物运输与保险	(167)
第四章	国际贸易支付	(176)
第五章	我国对外贸易管理制度	(185)
第六章	世界贸易组织的法律制度	(197)
第七章	国际经济法领域的其他法律制度	(206)

国际公法

第一章 导 论

本章知识体系：



考点 1 国际法的特征、渊源、国际法与国内法的关系

一、精讲

国际法的基本理论主要涉及国际法的特征、国际法的渊源、国际法与国内法的关系、国际法的基本原则等几个方面。

1. 国际法的特征

国际法是法律，因而具有规范性、强制性等一切法律所具有的共性。作为一个特殊的法律体系，国际法又有别于国内法，表现出如下特征：

(1) 主体与调整对象：其主体主要是国家，主要调整国家之间的关系。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而存在。

(2) 立法方式：各国协议共同制定。

(3) 强制力的依据：国家协议意志（效力根据）。

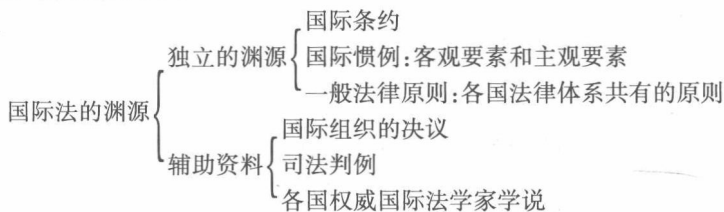
(4) 无超越国家的强制机构，通过国家单独或集体行动实施。

2. 国际法的渊源

国际法的渊源是国际法的原则、规则和规章、制度第一次出现的地方或最初的表现形式，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有效的国际法规则。

国际法的渊源为国际条约、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。国际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。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。国际习惯构成要素有两个:即物质要素或客观要素和心理要素或主观要素。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。此外,确立国际法原则的辅助方法本身不是国际法的渊源,包括司法判例、国际法学说和国际组织的决议等。



3. 国际法与国内法的关系及条约在中国的适用

从实践角度来看,二者的关系可以分为两个层面:

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的制定,除非该国承担了相关的特殊义务。

在国内层面,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。许多国家一般都是两种方式兼用。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国际法的违背,该国应对此承担相应的国家责任。

条约在我国国内的适用规则可以总结如下:

(1) 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。

(2) 对于条约在国内的适用和地位,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、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。

(3) 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,但是我国参加的知识产权领域的条约,已经或需要转化的除外。

(4) 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查才能作出恰当的结论。

(5) 关于条约与国内法的冲突解决,在民商事范围内,条约与国内法冲突时,条约可以优先适用。与条约的适用问题相似,在整个法律范围内,条约与国内法冲突时的优先适用问题,也还没有统一全面的明确规定。

(6) 关于国际习惯在国内法中的地位,我国宪法也没有规定。从有关的民商事法律的规定来看,民事范围的国际习惯和惯例在国内适用时没有作出区分,它们的适用次序排在国内法和条约之后,是作为对国内法和条约的一种补充。

二、例题

1. 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?(2007年真题,单选)

- 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的条款与中国相关国内法的规定不一致时,优先适用条约的规定

〔释疑〕 关于条约在我国国内的适用规则,考点中已经作了总结。根据该规则,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,如条约属于民事范围,则优先适用条约的规定,故B项正确。但对于民事以外的条约,究竟如何适用,则是需要具体问题具体分析,有时直接适用,有时需经转化才能适用。(答案:B)

提示:我国虽然是WTO规则的缔约国,但不能视其为一般的民商事条约,在我国应属于转化适用之列。

2. 甲公司是瑞士一集团公司在中国的子公司。该公司将SNS柔性防护技术引入中国,在做了大量的宣传后,开始被广大用户接受并取得了较大的经济效益。原甲公司员工古某利用工作之便,违反甲公司的保密规定,与乙公司合作,将甲公司的14幅摄影作品制成宣传资料向外散发,乙公司还在其宣传资料中抄袭甲公司的工程设计和产品设计图、原理、特点、说明,由此获得一定的经济利益。甲公司起诉后,法院根据《中华人民共和国著作权法》、《伯尔尼保护文学艺术作品公约》的有关规定,判决乙公司立即停止侵权、公开赔礼道歉、赔偿损失5万元。针对本案和法院的判决,下列何种说法是错误的?(2006年真题,不定选)

- A. 一切国际条约均不得直接作为国内法适用
- B. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》可以视为中国的法律渊源
- C. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》不是我国法律体系的组成部分,法院的判决违反了“以法律为准绳”的司法原则
- D. 《中华人民共和国著作权法》和《伯尔尼保护文学艺术作品公约》分属不同的法律体系,法院在判决时不应同时适用

〔释疑〕 本题涉及国际法和国内法的关系、条约在中国的适用等方面的问题。国际法和国内法的关系是国际法的基本理论问题,其要点主要涉及条约和国际惯例在国内的适用方式。就我国而言,条约在国内的适用已经在前述考点分析中说明。就本题而言,《伯尔尼保护文学艺术作品公约》是我国已经参加的民商事类的条约,显然可以在国内直接适用,即法院在判决书中是可以直接援引作为判决依据的。A选项声称一切国际条约均不得直接作为国内法适用显然是错误的,《伯尔尼保护文学艺术作品公约》作为我国参加的民商事条约,可以视为我国法律的渊源,故C选项错误。关于D选项,既然我国参加的民商事条约可以作为国内法的渊源,且我国并无禁止法院在判决时同时援引条约和国内法的规定,故D选项的表述亦属错误。(答案:ACD)

提示:对于WTO的有关规则,在我国原则上不能直接适用,而应由有关部门在制定相应国内法的情况下予以适用。本题采用了用实际案例的方式考查考生对条约在我国国内适用方式的把握,并涉及国际法和国内法的关系理论。如果考生掌握我国适用条约的几个特点,并能够认识到《伯尔尼保护文学艺术作品公约》是我国参加的民商事条约,则不难正确解答。

三、提示与预测

处理条约和国内法关系的理论和实践以及中国适用条约的特点,一直是考查的重点,值得

考生注意。

考点 2 国际法的基本原则

一、精讲

国际法的基本原则是指被各国公认的、具有普遍意义的、适用于国际法一切效力范围内的、构成国际法基础和核心并具有强行法性质的国际法原则。

强行法,或国际法强行规则,“是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”。应注意国际法基本原则都是强行法原则,但并不是所有的强行法规则都是国际法基本原则。

国际法的基本原则包括:

- (1) 国家主权平等原则;
- (2) 不干涉内政原则;
- (3) 禁止使用武力或以武力相威胁原则;
- (4) 和平解决国际争端原则;
- (5) 民族平等和自决原则;
- (6) 善意地履行国际义务原则。

前述原则中,应注意主权平等原则是国际法的基石,主权的含义包括对内最高权、对外独立权和自保权。关于不干涉内政原则,应掌握内政是指国家基于其管辖的领土而行使主权的表现,包括建立国家政权体制和建立社会、经济、教育、文化等制度,内政虽然以领土为基础,但内政不是一个地理概念,即发生在一国领土内的事项并不一定属于内政的范畴,反之,也有在领土外从事的活动属于一国的内政。判断某一事项是否属于内政,关键在于其本质上是否属于国内管辖的事项及该事项中的行为是否违背已确立的国际法原则和规则。禁止使用武力或以武力相威胁原则存在某些例外,例如(单独或集体)自卫、根据安理会的决议采取武力行动等。

二、例题

1. 关于国际法基本原则,下列哪些选项是正确的?(2013年真题,多选)

- A. 国际法基本原则具有强行法性质
- B. 不得使用威胁或武力原则是指禁止除国家对侵略行为进行的自卫行动以外的一切武力的使用
- C. 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. 和平解决国际争端原则是指国家间在发生争端时,各国都必须采取和平方式予以解决

【释疑】所有的国际法基本原则均为国际强行法,故A选项正确。除自卫外,根据安理会的决议采取武力行动也是符合国际法的,因此B选项错误。民族自决原则并不支持一国国内的民族分离主义活动,故C选项正确。和平解决国际争端原则要求各国必须用和平方式解决争端,故D选项正确。(答案:ACD)

2. 2001年,甲国新政府上台后,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;同时乙国记者兰摩也撰写了措辞严厉的批评甲国政策的文章在丙国报纸上发表;甲国的邻国丁国暗自支持甲国的反政府武装活动。根据上述情况和国际法的相关原则,下列哪一选项是正确的?(2008年缓考真题,单选)

- A. 乙国记者的行为,涉嫌违反国际法
- B. 乙国议会的法案一旦被执行,则涉嫌违反国际法
- C. 丙国的行为涉嫌违反国际法
- D. 丁国的行为不涉嫌违反国际法

[释疑] 乙国记者兰摩也撰写了措辞严厉的批评甲国政策的文章在丙国报纸上发表,该记者的行为和丙国报社发表文章的行为都不可归因于国家,属于正常的评论行为,不违反国际法,故 A、C 选项错误。乙国议会的行为属于可以归因于国家的行为,乙国就此应承担干涉内政的国际责任,B 选项正确。丁国暗自支持甲国的反政府武装活动,属于干涉内政的行为,违反国际法,D 选项错误。(答案:B)

三、提示与预测

在国际法的基本原则之中,主权平等原则、禁止使用武力或以武力相威胁原则、不干涉内政原则相对重要一些,在以后的考题中仍有可能出现。

第二章 国际法的主体

本章知识体系:



考点 1 国际法主体的范围

国际法主体是指能够独立享有国际法上的权利和独立承担国际法上的义务的国际法律关系参加者,或称为国际法律人格者。根据我国的通说,国际法主体的范围:

- (1) 作为国际法最主要的主体的主权国家。
- (2) 作为派生性的国际法主体的政府间国际组织。

(3) 其他主体:某些特定的民族解放组织或民族解放运动,在殖民地民族争取民族独立的过程中,被国际社会接受为国际法的主体,但是其作为国际法主体是有条件的和不完全的。此外应注意,根据我国的通说,个人尚不是国际法的主体。

考点 2 国家的类型和基本权利

1. 国家的类型

现代国家的主要类型包括单一国和复合国。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。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。联邦国家是指由两个或两个以上的成员单位根据联邦宪法组成的国家,是复合国中最主要、最典型的形式。联邦国家有统一的联邦宪法,并设立联邦立法、司法和行政机构。联邦政府与各组成成员之间的职权范围由宪法划定。联邦国家的人民拥有统一的联邦国籍。联邦国家的对外权力主要由联邦政府行使,其本身是国际法主体,其各成员单位(州或成员国)不是国际法主体。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,其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。

2. 国家的基本权利

国家的基本权利包括:独立权、平等权、自保权和管辖权。

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力。一般管辖权分为属地管辖权、属人管辖权、保护性管辖权和普遍性管辖权。

(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,都有进行管辖的权力。属地管辖权是现代国家行使管辖权的普遍形式和首要依据,除非国际法另有规定,属地管辖权相对于其他管辖权类型被认为具有优越权。同时,属地管辖权的行使受国际法及国家承担的相关国际义务的限制。如属地管辖权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,或称国籍管辖权,是指国家对于具有其国籍的人,具有管辖的权力,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。

(3) 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力。行使保护性管辖权一般基于以下条件:一是该外国人所犯罪行的后果危及本国或公民的重大利益;二是根据犯罪地法律也应受到刑事处罚的罪行;三是法定之罪或按规定应处一定刑期以上的罪行。

(4) 普遍性管辖权,是指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,不论行为入国籍及行为发生地,各国都有进行管辖的权力。目前,战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪、灭绝种族罪、贩卖毒品罪、贩卖奴隶罪、种族隔离罪、实施酷刑、航空器劫持等行为也已被认为是各国应合作惩治的罪行。

考点 3 国家主权豁免**一、精讲**

国家主权豁免是指国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。诞生于 19 世纪末的限制豁免主义理论主张,将国家行为分为商业行为(管理权行为、非主权行为)和非商业行为(统治权行为、主权行为),认为国家的商业行为不应享有豁免权,从而将传统上对国家一切行为和财产的豁免原则或主张称为绝对豁免主义。然而,在国际社会就限制豁免达成有拘束力的条约,以明确和完善国家及其财产豁免的具体范围和规则之前,传统的绝对主权豁免原则仍然被认为是一项有效的国际习惯法规则。

国家也可以自愿地对其某个方面或某种行为,放弃在外国法院的管辖豁免。这种放弃是国家的一种主权行为,必须是自愿、特定和明确的:

(1) 豁免的放弃可以分为明示放弃和默示放弃两种形式。明示放弃主要是指国家通过条约等明白的语言文字表达方式放弃豁免;默示放弃通常是指国家通过在外国法院的与特定诉讼直接有关的积极行为表示放弃豁免而接受外国法院的管辖,包括作为原告起诉、正式出庭应诉、提起反诉、作为利害关系人介入诉讼等。国家或其授权的代表为主张或重申国家的豁免权,对外国法院的管辖作出反应,出庭阐述立场,或要求外国法院宣布判决或裁决无效,都不构成豁免的默示放弃。

(2) 国家在外国领土范围内从事商业行为本身不意味着豁免的放弃。

(3) 把国家本身的活动和国有公司或企业的活动区别开来,认为国有公司或企业是具有独立法律人格的经济实体,不应享受豁免。

(4) 放弃豁免是针对个案进行的,不能因在某一案件中放弃了豁免就视为在以后所有的案件中都放弃了豁免。

(5) 国家对于管辖豁免的放弃,并不意味着对诉讼程序豁免(例如扣押、冻结等)或执行豁免的放弃。

二、例题

甲国某公司与乙国驻甲国使馆因办公设备合同产生纠纷,并诉诸甲国法院。根据相关国际法规则,下列哪些选项是正确的?(2014 年真题,多选)

- A. 如合同中有适用甲国法律的条款,则表明乙国放弃了其管辖的豁免
- B. 如乙国派代表出庭主张豁免,不意味着其默示接受了甲国的管辖
- C. 如乙国在本案中提起了反诉,则是对管辖豁免的默示放弃
- D. 如乙国曾接受过甲国法院的管辖,甲国法院即可管辖本案

【释疑】国家主权豁免只能通过明示放弃或特定方式默示放弃(起诉、应诉、反诉、介入),而不能简单推定放弃,故 A 选项错误。出庭主张豁免权不意味着放弃, B 选项正确。反诉属于默示放弃,故 C 选项正确。曾经放弃不等于永远放弃,故 D 选项错误。

(答案:BC)

三、提示与预测

关于国家主权豁免,重点掌握中国在该问题上的立场。

考点 4 国际法上的承认

一、精讲

国际法上的承认一般是指既存国家对于新国家、新政府或其他事态的出现,以一定的方式表示接受或同时表明愿意与其发展正常关系的政治法律行为。

- 1. 承认的主体:现存国家、政府间国际组织。
- 2. 承认的对象:新国家、新政府、交战团体、叛乱团体。
- 3. 承认的表示形式:明示承认和默示承认;法律承认和事实承认。其中,默示承认包括:建立外交关系、正式接受领事、支持新国家参加政府间国际组织、与新国家签订双边的政治性条约等。但是与新国家一起参加国际会议,或参加缔结一项多边条约,并不因此而构成对该新国家的默示承认。
- 4. 国家承认和政府承认:新国家产生主要有以下四种情况:独立、合并、分立和分离。
社会革命或政变导致成立新政府,则涉及对新政府的承认,对新政府的承认以该新政府能够有效控制本国领土和行使国家权力为前提。对新政府的承认意味着对旧政府承认的撤销。
- 5. 承认的性质:承认是承认者作出的一种单方面行为,承认本身并不是新国家成为国际法主体的条件。对新国家和新政府的承认表示愿意与其建立或保持正常关系,但承认不等于建交,建交是双方行为,需要双方达成协议。对新国家的承认还意味着双方可缔结政治、经济、军事等各个方面的条约或协定。一旦承认新国家或新政府,就产生追溯力,即意味着也承认新国家或新政府自成立以来的立法、司法和行政行为的效力及主权豁免。

承认的方式	明示承认	如正式通知、照会、声明或在缔结的条约或其他正式文件中进行表述。	
	默示承认	包括:① 接受对方派遣的使领馆;② 缔结双边的政治性条约;③ 正式投票支持参加政府间国际组织。 不构成默示承认的情形:① 共同参加多边国际会议或国际条约;② 建立非官方或非完全外交性质的机构;③ 某些级别的官员接触。	
承认的性质	法律上的承认	永久、正式、不可撤销的承认	
	事实上的承认	与新国家仅在某些范围内交往,临时的、可撤销的承认	
承认的对象	对新国家的承认	产生原因	基于新国家的出现:合并、分离、分立、独立等。
		法律后果	① 为建立正式外交及领事关系奠定基础;② 双方可以缔结各方面条约或协定;③ 承认国尊重新国家作为国际法主体享有的一切权利,包括尊重其立法、行政、司法和豁免权。
	对新政府的承认	产生原因	因社会革命或政变而产生新政府。
		法律后果	① 意味着对旧政府承认的撤销;② 承认者必须尊重新政府拥有的作为国家合法代表的一切资格和权利,包括在位于国内外国家财产上的权利,在国际组织或国际会议中的代表权等。

二、例题

甲、乙两国建立正式外交关系数年后,因两国多次发生边境冲突,甲国宣布终止与乙国的外交关系。根据国际法相关规则,下列哪一选项是正确的?(2010年真题,单选)

- A. 甲国终止与乙国的外交关系,并不影响乙国对甲国的承认
- B. 甲国终止与乙国的外交关系,表明甲国不再承认乙国作为一个国家
- C. 甲国主动与乙国断交,则乙国可以撤回其对甲国作为国家的承认
- D. 乙国从未正式承认甲国为国家,建立外交关系属于事实上的承认

[释疑] 甲、乙两国建立正式外交关系,属于法律承认的方式,而法律承认是不可撤销的承认。承认分为法律承认与事实承认,法律承认是承认国给予新国家或新政府以一种完全的、永久的、不可撤销的正式承认。事实承认是不完全、非正式和暂时性的,可以随时撤销的承认。甲、乙两国建立正式外交关系,属于法律承认的方式,故答案为A选项。(答案:A)

三、提示与预测

司法考试一般更注重考查承认中的默示承认和承认的法律效果问题。因此,要注意前述精讲部分“承认的表示形式”和“承认的性质”中的表述。

考点 5 国际法上的继承

一、精讲

国际法上的继承是指在某些特定情况下,国际法上的权利义务由一个承受者转移给另一个承受者所发生的法律关系。国际法上的继承包括国家继承、政府继承和国际组织的继承,其中最重要和最基本的是国家继承。国家继承是指由于领土变更的事实,导致国际法上的权利义务在相关国家之间的转移而发生的法律关系。从国际实践来看,国家领土变更情况主要有合并、分立、分离、独立以及部分领土转移五种,对于不同的领土变更情况,国家继承的情况也各不相同。

国家继承的对象是国家在国际法上的权利义务,一般分为两大类:关于条约方面的继承和非条约事项(国家财产、债务、档案等)的继承。

1. 条约的继承

条约继承的实质是在领土发生变更时,被继承国的条约对于继承国是否继续有效的问题。除当事国另有约定外,条约继承的一般原则是:

(1) 政治性或人身性条约不予继承,诸如同盟条约、友好条约、中立条约、共同防御条约等。

(2) 与领土、资源相关的条约一般予以继承,诸如边界条约、有关自然资源和道路交通的条约等。

(3) 经济性条约依据双方达成的协议酌情继承,诸如贸易协定、投资保护协定等。

(4) 新独立国家对宗主国或殖民国家等被继承国所签订的条约,有权拒绝继承,这是国际法上著名的“白板原则”。“白板原则”是拒绝继承条约的原则,主要指新独立国家原则上不继承原殖民地或宗主国承担的任何条约义务,但“白板原则”不适用于有关国界和特殊领土制度