

国家统一司法考试参考用书

2004 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

(修订版)

附：1998 年－2003 年司法考试分类真题解析

司法考试研究小组 主编

北 京 大 学 出 版 社

**2004 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
与国际经济法学卷**
(修订版)

附：1998 年—2003 年司法考试分类真题解析

司法考试研究小组 主编

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

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(修订版)/司法考试研究小组主编. —北京:北京大学出版社,2004.3

(司法考试重点、难点、疑点精解丛书)

ISBN 7-301-06194-3

I. 司… II. 司法考试研究小组… III. ①国际公法—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国际法:经济法—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 012848 号

书 名: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(修订版)

著作责任者:司法考试研究小组

责任编辑:诸葛蔚东 吴孝燕

标准书号:ISBN 7-301-06194-3/D·0722

出版者:北京大学出版社

发行者:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:zpup@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752817

排版者:兴盛达打字服务社 82715400

印刷者:河北涿县鑫华书刊印刷厂

经 销 者:新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 20.5 印张 512 千字

2004 年 3 月第 2 版 2004 年 5 月修订第 2 次印刷

定 价:30.00 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,翻版必究

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2万多条。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》。丛书共分七卷,分别是法理学与宪法学卷、刑法学卷、民法学卷、诉讼法学卷、商法学与经济法法学卷、行政法与行政诉讼法学卷、国际公法学、国际私法学与国际经济法法学卷。

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,如刑法的阮齐林教授、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

2003年3月

2004 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 2003 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 2003 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 2004 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重点,解惑司法考试中难点,领悟司法考试中的疑点,在修订再版时,增加了 1998 年至 2003 年司法考试真题分析的内容。另外,对法制史的内容在法理学、宪法学卷中进行了增补。依据 2004 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。

真心希望阅读和拥有本套丛书的考生,在 2004 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

2004 年 2 月

目 录

上篇 国际公法

第一章 基本原理和制度	(1)
第二章 国际法上的空间划分及其制度	(19)
第三章 国际法上的居民	(31)
第四章 国际法上的国家交往的典型形式	(39)
第五章 国际争端的和平解决	(54)
相关练习及答案分析	(58)

中篇 国际私法

第一章 国际私法概述	(72)
第二章 国际私法的主体	(75)
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	(80)
第四章 适用冲突规范的制度	(87)
第五章 国际民商事法律适用	(94)
第六章 国际民事争议的解决	(106)
第七章 区际法律冲突问题	(114)
相关练习及答案分析	(121)

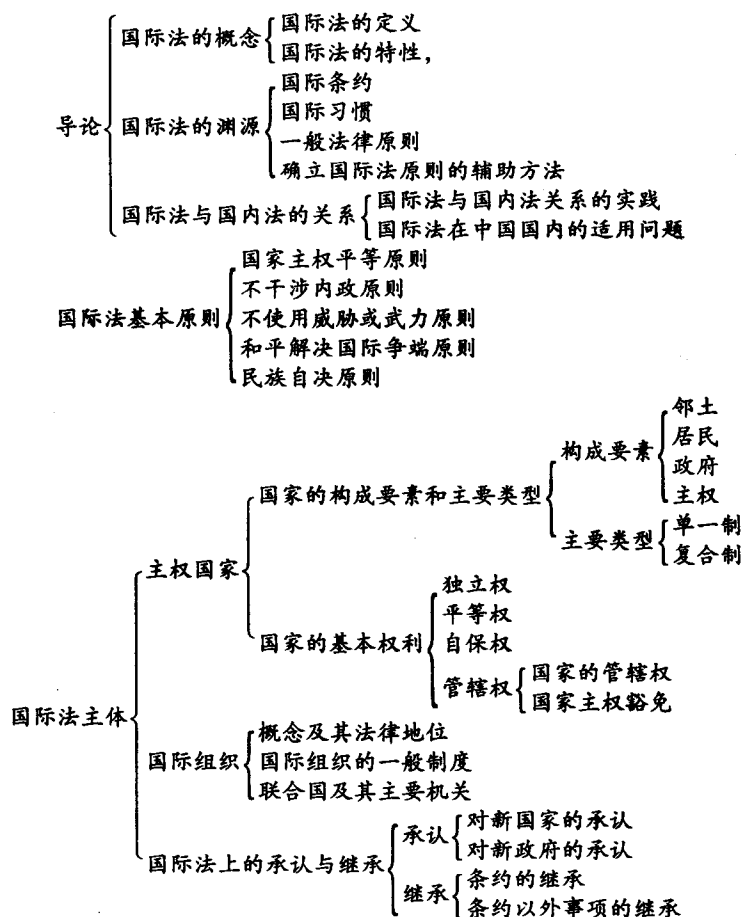
下篇 国际经济法

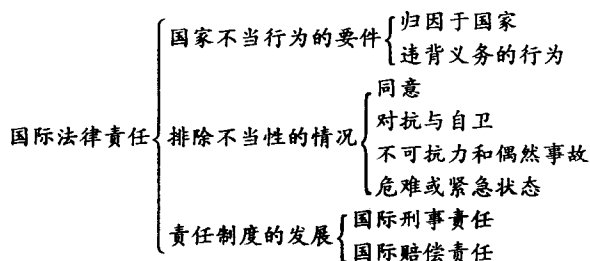
国际经济法导论	(143)
第一章 国际货物买卖	(146)
第二章 国际货物运输与保险	(175)
第三章 国际贸易支付	(200)
第四章 对外贸易的管理和世界贸易组织	(212)
第五章 国际经济法领域的其他法律制度	(219)
相关练习及答案分析	(230)
1998 年全国律师资格考试试题解析(一)	(258)
1999 年全国律师资格考试试题解析(一)	(268)
2000 年全国律师资格考试试题解析(一)	(279)
2002 年国家司法考试试题解析(一)	(290)
2003 年国家司法考试试题解析(一)	(306)

上篇 国际公法

第一章 基本原理和制度

这一部分包括国际法的概念与特点,国际法的渊源,条约在国内的适用,国际法的基本原则;以及作为国际法基本主体的国家自身相关的一些制度,如国家的基本权利,管辖权与豁免,国家责任制度等内容。其重点列表概括如下:





重点、难点及疑点问题分析

1. 国际法的概念。国际法(international law)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、涉及到国际交往各个领域的、系统化的规则体系。它的主要内容或分支包括以下方面:国际法基本理论,国际法的基本原则,国际法主体问题,国家责任问题,国际法上关于国家的有关制度,国家领土、居民,国际争端的解决;海洋法、国际航空法、外层空间法、条约法、外交关系与领事关系法、国际环境法、国际经济法、国际人权法、战争与武装冲突法等。

【例1】下列有关国际法的表述哪些是错误的?()

- A. 国际公法与国际私法共同构成了一国的涉外法律
- B. 国内法中的涉外法律部分与条约构成了国际法
- C. 国际法是各国涉外公法的总体
- D. 各国的涉外民事法律适用规则是国际法的一部分

答案: A、B、C、D

上述四个判断将国际法的概念与国内法相混淆。国际法是调整国际法主体之间的、各国协议制定的原则、规则和制度。一国的涉外法律是国内法不是国际法。

国际法(international law)一词准确地反映出了其所覆盖的法律体系的基本特点和主要调整对象。英国法学家边沁最早引入国际法一词,后被广泛采用。有人使用“国际公法”(public international law)一词来称呼这一法律部门(最初传入中国时,也被称为“公法”),强调的也应是其调整国家(政府)与国家(政府)间关系的这种特征。此处“公”的含义与有些学者在国内法研究时所使用的“公法”一词中“公”的含义或范围有所不同。在国家(政府)间的交往关系中,早期主要内容为政治关系,随着国家交往的深入,国家之间的关系早已远远超出了狭义的政治范围,国际法的调整和覆盖的内容也早已扩展到了许多领域,形成了相关的国际法子部门或分支。需要注意的是,国际法在体系上是与整个国内法体系相对应的,而不是与“国际私法”一词所指代的内容相对应。后者的主要内容属国内法范畴,虽然在其内涵和范围等方面还存在不同的理解和争议(参见国际私法编)。

【例2】国际法是调整国家之间关系的法律,作为法律,其强制力是通过以下哪些方式实现和保障的?()

- A. 国际刑警系统
- B. 各国国内的司法系统的整体

- C. 联合国国际法院和联合国维和部队
- D. 各国依照国际法通过单独或集体合作的方式

答案: D

这个问题要从国际法与国内法的区别角度抓住国际法的特征。国际社会主要是由主权国家构成这一客观事实的存在,决定了当代国际法具有的主要特点。(1)与国内法相比,首先国际法的强制力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。而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。(2)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。这种协议可以是成文的,也可以是不成文的。而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,国际社会也不存在统一的立法机构。(3)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,也可以作为国际法的主体。相比之下,国内法主要是调整自然人、法人之间权利义务关系的,或者说,国内法的主体主要是自然人和法人。(4)强制方式不同。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,因为国际社会不存在超国家的强制机构或国际警察。虽然国际社会正在强化国际法的履行机制,但从目前情况看,其与国内法的强制方式还是存在巨大差异的,后者是由超越个体之上的有组织的国内强制机器包括军队、警察等来保障和实施的。

2. 国际法的渊源。国际法的渊源这里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。这个问题,是国际法的基本问题之一,也是考试的重点之一。

【例3】下列各种关于国际法渊源的判断哪些是错误的?()

- A. 国内法是国际法的的重要渊源
- B. 外国法是国际法的渊源之一
- C. 国际组织的决议已经成为国际法最主要的渊源
- D. 国际法院的判例是当代国际法的主要渊源

答案: A、B、C、D

国际法的渊源包括条约、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。在国际法的渊源中,国际条约是现代国际法主要的法律渊源,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的协议(有关内容结合后面条约法部分)。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。“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。一般的看法有三种: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。另外,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】国际习惯规则确立和存在的证据,可见诸下列哪些方面? ()

- A. 国家的对外文件
- B. 国际组织的决议
- C. 国内外司法判决
- D. 权威国际法学者的著作

答案: A、B、C、D

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,它要求上述的行为模式被各国认为具有法律拘束力,即存在所谓法律确信。一项国际习惯必须同时具备这两个要素特别是心理要素才能确立。证明一项习惯规则的存在或确立,必须提出相关的证据。由于无论是习惯构成的物质要素或法律确信,都是在国际实践中表现出来的,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。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内迅速形成。另外,根据国际法院规约,各国权威国际法学者的学说也是确立国际法原则时的参考资料。

【例5】下列哪些判断是不正确的? ()

- A. 国际习惯是某一个国家长期形成的做法的总称
- B. 国际习惯的拘束力来源于国际惯例
- C. 国际习惯是指没有法律拘束力的国际惯例
- D. 国际习惯的拘束力来源于一国国内法的规定

答案: A、B、C、D

“习惯”(custom)一词是国际法意义明确的法律用语,其表明一项具备了两个构成要素的、具有法律拘束力的规则。而“惯例”一词,在目前的实践中,存在几种不同的用法。一是所谓广义的用法,其使用“惯例”一词包括了具有法律拘束力的习惯,也包括没有法律拘束力的一般通例;二是所谓狭义的用法,其又分为不同的两种:一种是使用“惯例”一词与“习惯”同义,专指有法律拘束力的规则或制度;另一种用法恰恰相反,其使用惯例一词专指没有法律拘束力的一般实践或通例。所以在阅读和使用时,要注意区分作者意图和范围,作出正确理解。

3. 国际法与国内法的关系。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订，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。

【例6】在国际法看来，在一国国内，当一国国内法与国际法相抵触时，如果该国采取优先适用国内法的做法，那么，对于由此产生的对其所承担国际义务的违背，下列哪种表述是正确的？（ ）

- A. 国家可以免除国际责任
- B. 国家应当承担国际责任
- C. 提交联合国国际法委员会决定是否承担责任
- D. 由国内宪法法院决定国家是否承担国际责任

答案：B

由于一般地讲，对于一国怎样通过其国内法来履行其由国际法规定所应承担的国际义务，国际法一般并不加以过问，国际法所关注的是国际义务的最终履行。反过来，无论一国国内法怎样规定，如果导致其最终没有履行国际义务，根据国际法，该国须就其不履行义务的行为承担国际责任。

4. 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：一、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。二、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《中华人民共和国民事诉讼法》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。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，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7】根据我国目前的法律和相关实践，对于国际条约在我国法律制度中的地位，下列哪些判断是错误的？（ ）

- A. 凡是我国缔结或参加的条约，都可以在国内作为国内法直接适用
- B. 在民法涉及的范围内，我国为当事国的条约规定与国内法的规定不同时，适用条约的规定，但我国缔结该条约时做出保留的条款除外
- C. 我国作为当事国的任何条约的规定，若与国内法的规定冲突时，在国内法院都直接并

优先适用这些国际条约的规定,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外

- D. 在民法涉及的范围内,在国际上所有已生效的民商事方面的国际条约的规定,如与我国国内法的规定冲突时,都优先适用国际条约的规定

答案: A、C、D

我国迄今为止,并没有以立法方式确定我国缔结的所有条约,当与我国国内法冲突时,都必须优先适用。从一般意义上讲,这是一个国内法律制度中国际法所处地位的问题。原则上,处理这个问题是一国国内法的事项。由于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。同时,国际法既包括成文的条约,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。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。另外,关于国际习惯在我国国内法中的地位。我国宪法中没有任何涉及到国际习惯在国内法地位的规定。被认为相关的典型规定是《民法通则》第142条第3款:“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”和第150条:“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”。这里使用了惯例一词,可以认为它包括有拘束力的国际习惯和本身没有法律拘束力的惯例。从该款规定看,民事范围的国际习惯和惯例在国内适用时没有作区分,它们的适用次序排在国内法和条约之后,作为对国内法和条约的一种补充,并且对适用惯例作出了公共利益的限制和保留。

5. 国际法的几项基本原则。对于国际法基本原则,应着重掌握以下几项:(一)国家主权平等原则。该原则有两方面的内容:(1)任何国家都是拥有主权的,各国都有义务尊重他国的主权及国际人格。任何国家都有权自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度。在行使自己主权的同时不能侵害别国主权。每个国家都应与他国和睦相处,忠实地履行其国际义务。(2)各国法律地位一律平等。在国际关系和国际交往中,无论在形式上还是实质上,任何国家都不应谋求片面的特权和利益,而应互惠互利,相互尊重共同发展。(二)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的社会制度和意识形态。(三)不使用威胁或武力原则。不得使用威胁或武力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。(四)和平解决国际争端原则。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,禁止以武力或武力威胁的方式付诸任何争端的解决过程。和平解决国际争端的方法有多种,有关国家可以根据主权平等原则自由选择。国际争端的当事国及其他国家应避免任何使争端或情势恶化的措施或行动。(五)民族平等和自决原则。民族平等和自决原则是指在帝国主义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,建立民族独立国家的权利。在这个原则的推动下,殖民主义体系已经崩溃瓦解,所有殖民地的政治独立已基本完成,正在努力实现经济文化等方面的真正平等。

【例8】甲国是一个君主立宪制的国家,其下列行为中,哪些属于国际法上的国家内政范

国,外国不得进行干涉?()

- A. 甲国决定废除君主立宪制,改用共和制作为其基本政治制度
- B. 为解决该国存在的种族间的冲突,甲国通过立法决定建立种族隔离区
- C. 甲国决定邀请某个外国领导人来访
- D. 甲国决定申请参加某个政府间的国际组织

答案: A、C、D

这里涉及对不干涉内政原则的理解和适用。关键是把握两个方面的内容。其一是内政的概念。内政的实质是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,处理其立法、行政、司法事务,以及制订对外政策、开展对外交往等所有方面的措施和行动。特别注意,内政一般以领土为基础,但内政不是一个地理概念,内政的范围不与领土范围完全相对应。换句话说,发生在一国领土内的事项并不一定都属于内政的范畴;反过来,也有在领土外从事一国内政的情况存在。判断某一事项是否属于内政,要看其是否本质上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公认的国际法原则和规则。其二是在一国国内,根据国际法规定所采取的行动或进行的国际合作,不能与干涉内政相混淆。国际法允许国家在平等和自愿的基础上,根据国际条约或国际义务,对他国进行援助;也承认各国对他国违背国际法义务的行为有权采取相应的单独或集体的行动。反过来,也要特别注意,这些行动或合作必须具有公认的法律根据并且应严格在国际法律框架中进行。以所谓“人道主义”、“人权保护”等为借口,按照某个或某些国家自己的价值判断,为了自身的利益而介入他国的国内事务,由于没有国际法根据,因而是非法的。

此外应当注意,国际法基本原则在国际事务中经常被适用。应把国际法基本原则的适用与国际法基本原则的构成条件联系起来理解。因此,下列各项内容既是国际法基本原则的构成条件,也表明了其适用的范围和特点。(1) 国际法基本原则首先是被整个国际社会普遍接受的原则,不能只是部分国家或地区承认。反过来,国际法的基本原则对所有国家及其他国际法主体都一律适用。(2) 国际法基本原则贯穿国际法的各个方面,在国际法的一切领域都发生作用。也就是说对于国际法律关系的所有领域,国际法基本原则也都适用。(3) 国际法基本原则构成国际法体系的基础:第一,国际法基本原则构成国际法其他具体原则的效力基础,它是判断具体原则是否有效的依据和标准。第二,基本原则是具体原则产生的基础,国际法的具体原则、规则都可由基本原则派生和导出。第三,国际法基本原则是国际法体系存在的基础,如果基本原则被破坏,则将破坏和动摇整个国际法体系存在的前提和基础。(4) 国际法基本原则具有强行法性质。但是,并不是所有的强行法规则都是国际法基本原则,作为国际法的基本原则,还必须满足上述其他条件,符合上述其他要求。还应注意,国际法的基本原则虽然比较抽象和概括,但是它们具有直接适用性,常常在国际实践中被适用,并且国际法的具体规则不得与之相抵触。

【例9】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些是错误的?

()

- A. 国家主权的内涵已经得到了许多的发展,当今全球化的时代,国家主权的内涵主要是人权和国际合作
- B. 现代国际法中,国家拥有主权的含义,就是说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. 国家主权的内容包括国家在遭受外来侵略时,可以使用武力进行自卫的权利

答案:A、B、C

判断这类问题的关键是把握主权概念的基本内涵和发展。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。国际实践证明,至今,主权国家仍是组成国际社会的基本单位,主权仍然是国家最根本的属性,是国际法的基础。

国家主权或主权,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。主权是国家的根本属性,它不是国际法赋予国家的,而是国家固有的。换句话说,国家的主权特征是现代国际法存在的基础和前提,国际法中的主权原则只是对国家这种最基本属性的一种宣示和确认。

主权突出体现在以下三个方面:第一,对内最高权。国家在国内行使最高统治权,包括国家的属地优越权和属人优越权,也包括自主选择社会制度、确定国家体制和法律等各个方面。第二,对外独立权。国家在对他国的交往和国际关系中,不受任何外国意志的左右,独立自主地处理自己的内外事务,包括独立自主地制订对外政策等。第三,自保权。包括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。同时,必须注意,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。这也是主权国家组成的国际社会的一个特征,是相互尊重主权的必然要求。

【例 10】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,下列哪些判断是错误的?()

- 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,建立自己的国家
- 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. 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,任何国家都有权利给予援助和支持

答案:B、C、D

该问题的关键是理解民族平等和自决原则的确切含义和适用范围。民族自决原则的提出和适用,首先是针对在帝国主义殖民统治和奴役下的被压迫民族,该原则确立了殖民地民族有权自主决定自己的命运,摆脱殖民统治,建立民族独立国家的权利。这是毫无疑问的。目前的主要问题在于,在这个原则的推动下,殖民主义体系已经崩溃瓦解,所有殖民地的政治独立已基本完成,此时怎样理解民族自决原则的作用和发展,中外学界存在一些不同看法。但无论如何,可以确定的是,不能将该原则对殖民地民族的适用内容和范围,与各国国内的民族平等和自决的内容和范围相混淆。《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。实践中,对于国内各民族的平等与自由,各国是通过其国内法及各项措施来增进和实现的。一个需要清楚认识的关键问题是,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 11】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,下列判断哪个是正确的?()

- A. 甲国的行为涉嫌构成侵略
- B. 乙国的行为涉嫌构成侵略
- C. 两国的行为都是合法的
- D. 乙国的行为属于国际法上的自卫

答案:B

1974 年联大通过的《关于侵略定义的决议》中,非穷尽地列举了 7 项侵略行为,包括:(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军队或违约延期驻扎;(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《宪章》首先使用武力,即构成侵略行为的明显证据。但联合国安理会可以根据情节及后果确定是否构成了侵略行为。该定义还规定,侵略战争是破坏国际和平的罪行,不得以任何理由为侵略行为辩护。侵略行为引起国家责任,虽然联大决议本身一般没有拘束力,该定义本身也存在一些缺陷,但它对于相关国际法规则的形成、确认或判定具有重要的证据意义。也是需要重点掌握的内容。

6. 国际法主体。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。

【例 12】国际法直接调整的法律关系包括()。

- A. 国家间的关系
- B. 国家与外国人的关系
- C. 国际组织与国家的关系
- D. 跨国公司与国家的关系

答案:A、C

这个问题涉及国际法的特点和国际法的主体。根据上述国际法主体的构成条件,国际法主体的范围主要包括主权国家、政府间国际组织以及某些特定的民族解放组织或民族解放运动。因此国家与外国人的关系以及与跨国公司间的关系,不受国际法的直接调整。

7. 国际法上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 13】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. 邦联

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。

8. 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。(一)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,制订政策,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。(二)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。(三)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。国防权是国家有制订国防政策,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。

【例 14】甲国人詹氏,多次在公海对乙国商船从事海盗活动,造成多人死亡,同时詹氏曾在丙国实施抢劫,并将丙国一公民杀死。现詹氏逃匿于丁国。如果甲乙丙丁四国间没有任何司法协助方面的多边或双边协议,根据国际法中有关规则,下列哪项判断是正确的? ()

- A. 丁国有义务将詹氏引渡给乙国
- B. 丁国有义务将詹氏引渡给丙国
- C. 丁国有权缉捕詹氏并独自对其进行审判
- D. 甲国有权派出警察到丁国缉拿詹氏归案

答案: C

首先,对于詹氏,乙丙两国作为受害国或犯罪行为发生地国,对其拥有管辖权;甲国作为国

籍国,丁国作为其现在的属地国,也均可以对其拥有管辖权。但是目前而言,上述四国管辖权只有丁国基于属地是可以优先实现的。其他国家未经丁国许可,不得在丁国对詹某行使管辖权。其次,虽然其他国家可以向丁国提出引渡詹某,以实现其管辖权,但引渡是一项基于条约的义务,由于甲乙丙丁四个国家之间没有引渡条约,所以彼此之间没有引渡的义务,丁国没有义务将詹氏引渡乙国或丙国。

关于国家的管辖权。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。(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。

9. 国家主权豁免。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。实践中,国家主权豁免主要表现在司法豁免方面,主要内容包括:一国不对他国的国家行为和财产进行管辖;一国的国内法院非经外国同意,不受理以外国国家作为被告或以外国国家行为作为诉由的诉讼,也不对外国国家的代表或国家财产采取司法执行措施。国家豁免权可以被放弃。国家可以自愿地对其享有豁免权的某个方面或某种行为放弃这种豁免权,即就其某种特定的行为或不行为接受外国当局特别是外国法院的管辖。

【例15】甲国与乙国的公司签订合同后,发生纠纷,该公司将甲国在乙国法院提起诉讼。甲国答复法院,根据主权豁免的一般原则,乙国法院不得对此进行管辖。之后当法院开庭时甲国的代表又在当庭声明了甲国的上述立场后退席。对此下列判断哪些是错误的?()