

飞跃版
因为专业 所以卓越

2011

国家司法考试

全攻略

国际法学

考点+命题点分析+强化自测+真题演练=顺利过关

- ★ 学理知识融会贯通
- ★ 深入阐释命题点
- ★ 典型习题 以练促记

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

国家司法考试 **2011**

全攻略

国际法学

飞跃司考辅导中心 / 组编

参编人员

史海涛	杨晓玲	郝战红
柴立丹	张梅	孟庆亮
何珍	袁英	乔宇
李科峰	李涵	陈伟宏

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法学/中国法制出版社编. —北京: 中国法制出版社, 2010. 10

(2011 国家司法考试全攻略)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2216 - 1

I. ①国… II. ①中… III. ①国际法 - 法的理论 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. ①D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 184539 号

策划编辑 舍宇

责任编辑 唐鸥

封面设计 周黎明

2011 国家司法考试全攻略——国际法学

2011 GUOJIA SIFA KAOSHI QUANGONGLUE——GUOJIFAXUE

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/16.25 字数/478 千

版次/2010 年 10 月第 1 版

2010 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2216 - 1

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066820

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

掌握正确的司法考试复习方法

——《2011 国家司法考试全攻略》出版前言

尽管近年来司法考试命题有所改革，但是法条在司法考试中的重要地位是难以取代的。通过对历年司考试题的分析，我们发现除法理学、法制史等纯理论学科和个别部门法外（主要体现在国际法），90%以上的试题都有直接的法条依据，但是命题又绝不会停留在简单的法条记忆层面，而是一种事实与法条的穿梭适用。因此，真正理解、参透法条并在做题时运用自如，是取得司法考试成功的关键。

本书即在对司法考试综合研究分析和总结众多过关者实际经验的基础上，为广大考生提供最实际有效的一种司法考试复习方法。

一、主体法与配套法条融会贯通

本书在保证司考法条完整性的基础上，将与主体法相关的司法解释、实施条例等拆解，以【关联规定】的形式融入主体法中，使二者紧密结合，不仅方便查阅，更有助于理解记忆。

二、深入分析、讲解知识点

本书首先以【导读】对各部门法的主要内容、司考侧重点等作了简要说明；再以【常考法条归类提示】归纳总结了2002年司法考试以来常考的重难条文；最后以【命题点分析】深入、透彻地剖析难记难理解、易混易错知识点。从而使考生多角度地掌握法条，提高复习效率。

三、典型习题 以练促记

在重难点法条后，附有【强化自测】，通过典型习题的考查方式帮助考生真正做到活学活用，全面提升考试能力。

四、对于理论科目，以知识点为线索，穿插【命题点分析】、【真题演练】、【强化自测】等，帮助全面理解和掌握司法考试的重点、难点和命题思路。

同时，为配合考生掌握最新动态，2011年司法考试大纲公布后，请读者登陆 www.zgfzs.com 免费下载我社提供的最新司法考试复习资料。

希望本书能帮助您把握住学习司法考试的正确方法，成功飞跃司法考试。如有疏漏不当之处，敬请读者批评、指正，以期改正、完善。

飞跃司考辅导中心
中国法制出版社

目 录

第一部分 国际法

第一章 导论	(2)
第一节 国际法的渊源	(2)
第二节 国际法与国内法的关系	(5)
第二章 国际法律责任	(8)
第一节 国际法主体	(8)
第二节 国际法律责任的构成和形式	(20)
第三节 国际责任制度的新发展	(21)
第三章 国际法上的空间划分	(22)
第一节 领土	(22)
第二节 海洋法	(28)
第三节 国际航空法与外层空间法	(34)
第四节 国际环境保护法	(37)
第四章 国际法上的个人	(40)
第一节 国籍	(40)
第二节 外国人的法律地位	(42)
第三节 引渡与庇护	(45)
第四节 国际人权法	(48)
第五章 外交关系法与领事关系法	(50)
第一节 外交关系法	(50)
第二节 领事关系法	(57)
第六章 条约法	(59)
第一节 条约	(59)
第二节 条约的缔结	(60)
第三节 条约的效力	(63)
第四节 条约的解释与修订	(64)
第七章 国际争端的和平解决	(67)
第一节 国际争端与解决方法	(67)
第二节 国际争端的法律解决方法	(69)

第八章 战争与武装冲突法 (72)

 第一节 战争与武装冲突法 (72)

 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 (75)

 第三节 战争犯罪 (78)

第二部分 国际私法

第一章 国际私法概述 (82)

 第一节 国际私法的概念 (82)

 第二节 国际私法的范围 (83)

 第三节 国际私法的渊源 (83)

第二章 国际私法的主体 (84)

 第一节 自然人 (84)

 第二节 法人 (86)

 第三节 国家和国际组织 (87)

 第四节 外国人的民商事法律地位 (89)

第三章 法律冲突、冲突规范和准据法 (90)

 第一节 法律冲突 (90)

 第二节 冲突规范 (90)

 第三节 准据法 (92)

第四章 适用冲突规范的制度 (94)

 第一节 识别 (94)

 第二节 反致 (95)

 第三节 外国法的查明和解释 (97)

 第四节 公共秩序保留 (98)

 第五节 法律规避 (99)

第五章 国际民商事关系的法律适用 (100)

 第一节 权利能力和行为能力 (101)

 第二节 物权 (103)

 第三节 债权 (103)

 第四节 商事关系 (109)

 第五节 婚姻与家庭 (112)

 第六节 继承 (117)

第六章 国际民商事争议的解决 (120)

 第一节 国际民商事争议概述 (120)

第二节	国际商事仲裁	(122)
第三节	国际民事诉讼	(130)
第七章	区际法律问题	(144)
第一节	区际法律冲突与区际冲突法	(144)
第二节	区际司法协助	(146)

第三部分 国际经济法

第一章	导论	(160)
第二章	国际货物买卖	(161)
第一节	概述	(161)
第二节	《国际贸易术语解释通则》	(163)
第三节	《联合国国际货物销售合同公约》	(167)
第三章	国际货物运输与保险	(179)
第一节	国际货物运输	(179)
第二节	国际货物运输保险	(192)
第四章	国际贸易支付	(196)
第一节	汇付与托收	(196)
第二节	信用证	(200)
第五章	对外贸易管理制度	(207)
第一节	我国的对外贸易法	(207)
第二节	贸易救济措施	(211)
第六章	世界贸易组织	(220)
第一节	世界贸易组织概述	(220)
第二节	世界贸易组织的主要法律制度	(225)
第七章	国际经济法领域的其他法律制度	(232)
第一节	知识产权的国际保护	(232)
第二节	国际投资法	(240)
第三节	国际融资法	(245)
第四节	国际税法	(248)

第一部分 国际法

国际法知识体系

国际法基本理论	国际法的概念、渊源、基本原则
	国际法与国内法的关系
国际法律责任	国际法主体——国家、国际组织
	国际法律责任构成和形式
	国际刑事责任、国际赔偿责任
国际法上的空间划分	领土
	国际海洋法
	国际航空法与外层空间法
	国际环境保护法

国际法上的个人	国籍
	外国人的法律保护
	引渡和庇护
	国际人权法
外交关系法和领事关系法	外交关系法
	领事关系法
条约法	条约的缔结、效力、解释和修订
国际争端的和平解决	国际争端与传统解决方法
	国际争端的法律解决方法
战争与武装冲突法	对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护
	战争犯罪

第一章 导 论

本章知识结构图及考试重点

知识体系	考试重点
国际法的渊源	国际法渊源
国际法与国内法的关系	国际法在我国国内法律制度中的地位（中国国内的适用问题）

第一节 国际法的渊源

命题点！国际法的概念和特征

国际法，是指在国家交往中形成的、主要调整国家之间关系的、有拘束力的原则、规则和制度的总称。国际法是一个与国内法相对应的法律体系，又具有不同于国内法的特征。

快速记忆

将国际法与国内法加以比较，我们可以看到国际法具有如下特性：

不同点	国际法的特性	国内法的特性
主体不同	主要是国家政府间国际组织和特定的政治实体	主要是一国境内的自然人、法人和其他组织
调整的对象不同	国家之间的关系	自然人、法人之间权利义务关系
法律强制力的依据不同	产生于国家之间的意志协调	来源于国家意志
立法方式不同	国家之间平等协商制定	立法机关依法定程序制定
强制方式不同	通过国家本身的单独或集体行动实现	通过国家强制机器来保障实施
发达程度不同	发展时间短、历史较短	历史很长

命题点 2 国际法的渊源

国际法的渊源,是指国际法作为有效的法律规则的存在和表现形式。根据《国际法院规约》第38条的规定,国际法渊源通常包括:

(1) 国际条约:国际法主体之间缔结的规定当事方权利义务协议。它是现代国际法最重要的渊源,一般情况下,仅对缔约国有约束力。

(2) 国际习惯:在国际交往中经各国反复重复和实践所形成的、为各国所公认并广泛接受的、有法律拘束力的行为规则或制度。它是不成文、最古老、最原始的国际法渊源,通常对所有国家都有约束力。

(3) 一般法律原则:各国法律体系中所共有的一些原则,如善意、禁止反言等。《国际法院规约》第38条提到的“公允及善良”原则在广义上也被理解为一项“一般法律原则”。一般法律原则作为辅助性、补充性的渊源,很少单独适用。

(4) 确立国际法原则的辅助方法:司法判例、国际公法权威学者的学说、国际组织的决议作为确立国际法原则的辅助资料,并不是国际法的渊源。一般认为,国际组织的决议,特别是联合国大会的决议及司法判例的作用和地位高于国际公法权威学者的学说。

快速记忆

国际 法 渊 源	独立的渊源	条约
		国际习惯:客观要素和主观要素
		一般法律原则:各国法律体系共有的原则
	辅助资料	国际组织的决议
		司法判例
		各国权威国际法学家学说

命题点 3 国际法基本原则的特征

国际法基本原则,是指被各国普遍承认的在整个国际法体系中具有基础作用的法律原则。国际法基本原则是国际法的核心原则,构成国际法体系的基石。具有以下特征:

(1) 公认性。国际法基本原则为国际社会普遍接受;

(2) 普遍性。国际法基本原则适用于国际法律关系的所有领域,贯穿国际法的各个方面;

(3) 基础性。国际法基本原则是国际法体系形成和发展的法律基础;

(4) 强行性。国际法基本原则具有强行法性质,在国际事务中公认必须绝对遵守和严格执行,不得被任意选择、违背或更改。

命题点 4 国际法基本原则的主要渊源

国际法基本原则内容来源于第二次世界大战后的一系列国际文件规定和国际实践,确立国际法基本原则的文件主要有:1945年《联合国宪章》;中国、印度和缅甸于1954年倡导的和平共处五项原则;其他国际文件,如《亚非最后会议公报》、《自然资源之永久主权宣言》、《各国经济权利和义务宪章》等等。

命题点 5 国际法基本原则的主要内容

国际法基本原则具体包括:国家主权平等原则、不使用武力威胁或武力原则、不干涉内政原则、和平解决国际争端原则、民族自决原则、善意地履行国际义务原则。

命题点 6 主权平等原则

国家主权,是指国家独立自主地处理内外事务的统治权力。国家主权的性质不是国际法赋予国家的,而是国家所固有的。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,主权同时也是历史发展的概念。

(1) 主权具体表现为:

①对内最高权。国家对其领域内的一切人、事、物及对本国领域外的本国人享有统治的权力,这种权力在国家管辖的领域内是至高无上的。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。

例外:国家对内最高权受三方面因素的限制:
A. 受“相互尊重”的限制。任何国家都拥有主权,各国都有义务互相尊重主权。在主权国家组成的国际社会,各国具有平等的国际人格,在国际法面前处于平等地位。
B. 受国际法规则的限制。
C. 受国家自我限制。

②对外独立权。国家在国际交往和国际关系中,独立自主地处理内外事务,不受任何外国意志的左右。独立自主地处理内外事务,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。国家在遭受外来侵略和武力攻击时有进行单独或集体反击的自卫权,有为防止侵略和武装攻击而建设国防的权利。

(2) 领土主权是国家主权的重要方面

领土是国家行使主权的特定空间,是国家生存和发展的物质基础。尊重一国国家主权,首先是尊重一国国家的领土完整性,国际法不允许任何国家以任何借口蚕食、占领、肢解他国领土。

命题点 ① 不使用武力威胁或武力原则

不使用武力威胁或武力原则,是指在国际交往中,不得以违反国际法的任何方式使用武力,或以武力威胁侵犯他国主权、领土完整或政治独立,不得以战争手段解决国际争端,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。

不使用武力威胁或武力原则首先是禁止侵略,即禁止非法的武装侵略。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《联合国宪章》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。虽然联合国大会的这一决议没有法律拘束力,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,对于各国的行为产生相当的影响。不得使用威胁或武力不仅包括禁止非法进行武装攻击,还包括禁止从事武力威胁和进行侵略战争的宣传。

不使用武力威胁或武力原则并不是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。

命题点 ② 互不干涉内政原则

内政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社会制度,处理立法、司法、行政事务以及对外政策、外交方面的措施和行动。实际上,内政就是一国行使主权的表现,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。需要注意的

是,判断某一事项是否属于内政必须同时符合两个标准:一是看某事项是否属于国内管辖;二是该事项中的行为是否违背国际法的原则。

互不干涉内政原则,是指国家在国际关系中不得以任何借口、任何方式介入别国事务,不得将本国的立场、意志或社会制度强加于别国。

互不干涉内政原则主要内容为:

(1)任何国家或国际组织,不得以任何借口或方式直接或间接干涉他国内政,也不不得以任何手段强迫其他国家接受自己意志;

(2)国际法允许国家在平等和自愿基础上,根据国际条约或国际义务等对他国进行援助,也承认各国对他国违背国际法义务的行为采取相应的单独或集体行动。但必须有公认的法律依据并在国际法律框架中进行。以“人权”为借口为了自身利益干涉他国内政是没有国际法根据的。

真题演练

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围,外国不得进行干涉?(2002/1/55,多选)

- 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

【考点】国家内政的范围

【答案及解析】ACD。本题考查国家内政的范围。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。不干涉内政原则包括:(1)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项,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。(2)国际法允许国家在平等和自愿的基础上,对他国进行援助,或对违反国际法义务的行为采取单独或集体的行动。但应当在严格的国际法框架中进行。所以本题中ACD均是一国的政策,应当属于本国内政,外国不得干涉。

命题点 ③ 平等互利原则

平等互利原则,是指国家不分大小强弱、人口

多寡、政治制度、经济制度状况,都具有平等地位,任何国家在国际交往中不应谋求特权。各国在国际关系中,不能以损害对方利益甚至牺牲对方利益来满足自己的要求,应对双方都有利。

平等,主要指国家固有权利的平等,国家不能谋求非固有权利平等。国家平等指的是国与国之间实质平等,而不是形式平等。在国际交往中,以下一些方面是国家平等的体现:缔约时的“轮签制”;国际会议排序采取对称、圆桌、抽签或字母顺序的方法,外交礼仪待遇和外交代表位次的平等;国家在外国的司法豁免权等。

命题点 10 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,禁止将武力或武力威胁的方式付诸任何争端的解决过程。

“诉诸战争权”曾是传统国际法中国家的一项合法的权利。1899年和1907年的两次海牙和会及以后的国际联盟都对国家的战争权进行了限制。1928年的《巴黎非战公约》首次规定全面废弃战争权,和平解决国际争端成为被广泛接受为国际法的基本原则。

命题点 11 民族自决原则

民族自决原则,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。在民族自决原则的推动下,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。

民族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,该原则不支持一国国内的民族分离主义活动。国际法明确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。

命题点 12 善意履行国际义务原则

善意履行国际义务原则,是指国家对于由公认的国际法原则和规则产生的义务应真诚善意全面地履行,国家对于其作为缔约国参加的条约而产生的义务也同样应善意履行。善意履行国际义务是国际法最古老的原则之一,它是由“条约必须遵守”这一早已存在的国际习惯演变、发展而来的,现已为众多的国际条约和国际文件所承认。国际法是国家间通过平等的协议制定的。国家的善意履行是国际

法有效性和国际法律关系稳定性的根本基础。因此,“条约必须遵守”是国际法基础规范之一。对于联合国的成员国,《联合国宪章》特别规定了宪章中的义务优先于其参加的其他国际条约中的义务。

善意履行国际义务要求国家履行公认的国际法原则和规则产生的义务,对奴役性、侵略性及非法条约产生的义务不能认定为国际义务。

命题点 13 和平共处五项原则

1954年4月29日《中华人民共和国、印度共和国关于中国西藏地方和印度之间的通商和交通协定》提出了和平共处五项原则:(1)互相尊重领土主权;(2)互不侵犯;(3)互不干涉内政;(4)平等互利;(5)和平共处。和平共处五项原则已为许多国家承认和接受。

第二节 国际法与国内法的关系

命题点 14 国际法与国内法关系的实践

关于国际法在国内适用的实践,一般分为国际和国内两个层面。

(1)在国际法层面,国内立法不能改变国际法的原则、规则;

(2)国家不得以其国内法的规定来对抗其应承担的国际法义务,或以国内法的规定为理由来逃脱其国际责任;

(3)国际法不干涉一国国内法的制定,除非该国承担了相应的国际责任。

真题演练

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。针对甲国的上述做法,根据国际法的有关规则,下列哪一项判断是正确的?(2005/1/29,单选)

A. 甲国立法机构无权通过与上述条约不一致的立法

B. 甲国政府的上述做法,将会引起其国际法上的国家责任

C. 甲国政府的上述做法如果是严格依据其国内法作出的,则甲国不承担国际法上的国家责任

D. 甲国如果是三权分立的国家,则甲国政府的上述行为是否引起国家责任在国际法上尚无定论

【考点】条约的签订及后果

【答案及解析】B。依据国际法原理,国家根据主权原则,有在自己的管辖范围内制定法律的权利,甲国立法机构有权通过与条约不一致的立法。国家责任是指国家因违反其所承担的国际义务的国际不当行为所引起的法律后果。甲国的行为符合国家责任的构成要件,应当承担其国际法上的国家责任,故B项正确。

命题点15 条约在缔约国的适用方式

条约在缔约国的适用可归纳为两种:转化和采纳。

(1) 转化,是指缔约国规定本国缔结或者加入的国际条约内容必须逐个经过相应的国内立法程序转化为国内法,才能在本国予以适用。

(2) 采纳,是指缔约国原则上认为本国缔结或者加入的所有条约都可以在其国内取得国内法的地位,不需要采用法定程序将国际法转化为国内法。在实践中,各国对国际法在本国的适用都保留了适当的选择权、解释权和适用弹性。

命题点16 国际法与国内法冲突的解决

各国解决国际法与国内法冲突的做法大致有以下几种:(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)根据后法优于前法原则适用后法。如果一国优先适用了国内法造成了对国际法的违背,该国须承担国家责任。

命题点17 国际条约在中国的适用

我国宪法对国际法与国内法关系以及国际条约在我国法律体系的地位没有作明确规定。国际法在我国法律体系中与国内法具有同等效力。根据我国的立法和司法实践,国际条约在中国的适用有以下几种情况:

(1) 条约的直接适用。在民商事领域,根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》的规定,国际条约与我国国内法冲突时,国际条约优先适用。我国《民事诉讼法》第237条规定:“对于享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或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。”《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。”可见,在民商事领域内,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。

民商事以外的条约,则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做出能否在中国直接适用的结论。另外,条约在中国适用的情况还因香港、澳门特别行政区及台湾地区的相关情况,变得更加复杂。

(2) 条约和相关法律同时适用。我国缔结的《维也纳外交关系公约》(1961年)、《维也纳领事关系公约》(1963年)与我国制定的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》(1986年)、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》(1990年)同时适用。

(3) 国际条约转化为国内法才能适用。《中华人民共和国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》、《经济社会文化权利国际公约》和《国际劳工公约》仍然有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。

真题演练

1. 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,违反甲公司保密规定,与乙公司合作,将甲公司的14幅摄影作品作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实际和产品设计图、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?(2006/1/92,不定项)

- 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应

【考点】法律渊源;司法的基本原则

【答案及解析】ACD。国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后,对缔约国的国家机关、团体和公民就具有法律上的约束力,因

此国际条约也是当代中国法的渊源之一。我国的国内法中还规定了国际条约的法律效力。例如,《中华人民共和国民法通则》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除外。《中华人民共和国民法通则》的该条规定以一般原则的方式将国际条约并入我国国内法,作为我国法律渊源。而《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》是我国业已缔结的国际条约,据此《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》都是我国的法律渊源,在审判时可以直接适用。由此可知,本题答案为ACD。

2. 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?(2002/1/57,多选)

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

【考点】国际条约在我国国内的适用问题

【答案及解析】ACD。本题考查国际条约在我国国内的适用问题。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。在民商事法律范围内,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。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,因而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。

命题点B 国际习惯在国内法中的地位

《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。”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。”在我国,国际习惯的适用次序排在国内法和条约之后,作为对国际条约和国内法的补充。同时,我国对国际惯例的适用作出了公共利益限制的规定。

命题点C WTO规则在我国的适用

关于WTO规则在我国的适用,从《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》等司法解释来看,WTO规则在我国不具有直接适用性,我国倾向于采取转化的方式适用WTO规则。

第二章 国际法律责任

本章知识结构图及考试重点

知识体系	考试重点
国际法主体	国家的基本权利
	国家的管辖权和主权豁免
国际法律责任的构成和形式	国际法律责任的归责原则、构成要件
	对不法性排除的情况
国际责任制度的新发展	

第一节 国际法主体

命题点 20 国际法主体的条件

国际法主体，是指能够独立参加国际关系并直接享受国际法上权利并承担国际法上义务的国际法律关系的参加者。构成国际法主体必须具备以下三个条件：

(1) 具有独立参与国际关系的资格。这是国际法主体独立自主地参与国际关系的首要条件。

(2) 具有直接享有国际法上权利的能力。国际法主体必须能够以自己的名义直接享有国际法上的权利，如平等权、缔约权、使节权等等。

(3) 具有直接承担国际法上义务的能力。国际法主体必须具有履行国际法一般义务的能力、履行条约的能力、保护外国使馆和外交代表的能力等等。

命题点 21 国际法主体的范围

国际法主体包括国家、国际组织以及正在为国家独立或民族解放而奋斗的民族解放组织或民族解放运动。

(1) 国家是国际法的基本主体。国际法上的国际组织是指政府间的国际组织；

(2) 国际组织在国际法中的地位是次要的，其权利能力和行为能力是由成员国通过国际组织章程和国际条约赋予和限定的。因此，国际组织只在一

定限度之内享有权利并承担义务，属有限主体；

(3) 正在为国家独立或民族解放而奋斗的民族解放组织或民族解放运动，是在殖民地国家争取民族独立的过程中作为其未来民族国家的过渡性实体参与某些国际关系的，这些民族解放组织或民族解放运动从而被国际社会接受为国际法的主体。民族解放组织或民族解放运动作为国际法的主体，是有条件和不完全的，是国际法的次要主体。

命题点 22

关于个人、非政府组织是否为国际法主体的问题

(1) 个人不是国际法主体。①国际法确定的外交代表或国家元首的特权与豁免实质上是赋予国家的，不是赋予个人的，上述个人是代表其国家享有这种权利的，个人不再担任外交代表或国家元首时，特权与豁免随之取消；②在国际战犯的惩处方面，国际法规定的是国家承担合作和惩处犯罪的权利义务，个人在此仅仅是被国家惩处的对象而不是主体；③个人在国际机构的出诉权，仅仅存在于个别领域内，并针对特定事项，不具有普遍的意义；④国际人权公约虽然有对个人权利的规定，但实质仍是国家承担保障和促进的义务，个人的权利是通过国内法才能享有的。此时，在国际法上权利和义务的主体仍然是国家而不是个人。

(2) 非政府组织也不是国际法主体。非政府组织受两个国家国内法的调整：①该组织在何国注册登记成立，即受该国国内法规范；②该组织若在他国活动，应当遵守当地法律。

命题点 23 国家的要素

国家作为国际法主体必须具备以下四个要素：定居的居民、确定的领土、政府以及主权。

(1) 定居的居民是构成国家的基本条件；

(2) 领土是形成国家的物质基础，是国家行使主权的空间；

(3) 政府是代表国家进行对内统治和对外交往的主体；

(4) 主权是国家的对内最高权和对外独立权，

是国家区别于其他实体的根本标志。

命题点21 单一国

单一国是由若干地方行政区域组成的,由中央政府统一行使主权的国家。单一国有统一的宪法,有统一代表国家处理国家对内对外事务的中央机关和在该中央机关领导下行使地方性职权的地方机关。在对外关系中,单一国由其中央机关代表以单一的国际法主体的身份和名义参与国际交往。单一国的地方政府不享有任何主权。目前,世界上的多数国家均属单一国。中国是单一制国家。根据中国宪法和相关法律,中国的对内对外权力由中央政府统一行使,地方行政单位可以依法享有不同的自治权,包括不同程度的处理某些特定的对外事务的权力。根据两个特别行政区基本法,中国香港和中国澳门两个特别行政区依法享有某些对外交往的职权,但是它们本身都不是国际法的主体。《香港特别行政区基本法》第2条规定,全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。台湾作为中国领土不可分割的一部分,其本身也不具有任何国际法主体地位。

命题点22 复合国

复合国是两个或两个以上成员国组成的国家或国家联合体,目前有联邦和邦联两种形式。

(1) 联邦国家,是指由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。联邦政府与各成员单位之间的职权范围由宪法划定。联邦国家的对外权力主要由联邦政府行使。联邦国家的人民拥有统一的联邦国籍。联邦国家本身是国际法的主体,其各成员单位没有国际法的主体地位。

(2) 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。

命题点23 国家的基本权利

国家的基本权利主要有:独立权、平等权、自保权、管辖权。

(1) 独立权,是指国家可以按照自己的意志自主地处理本国内外事务而不受他国或国际组织的支配和干涉的权利。独立权包括自主性和排他性两重含义。

(2) 平等权,是由国家主权引申出来的一项权利,指国家在国际社会中具有平等的法律地位和资格,平等地享有国际法上的权利和承担国际法上的义务。

(3) 自保权,是指国家以武力保卫本国的生存和独立不受侵犯的权利。

(4) 管辖权,是指国家通过立法、司法和行政等手段对位于本国境内的人、物和事件以及在境外的本国人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。国家对某一事项是否享有管辖权取决于国际法,是否行使管辖权决定于国内法。

命题点24 平等权的具体表现

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,国家受本国缔结的条约的拘束,在条约范围内承担义务。

(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。

命题点25 自保权的内容

自保权分为国防权和自卫权两方面:

(1) 国防权,是指国家有制定防卫政策,建设国防力量,防止外来侵略的权利。

(2) 自卫权,是指当国家受到外来武力侵犯时,有权单独和集体地采取武力反击措施。根据《联合国宪章》的规定,自保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对称性的要求。

命题点26 属地管辖权

属地管辖权,又称属地优越权,是指主权国家有权对位于本国领土范围内的一切人、物和事件进行管辖,除非国际法另有规定。

(1) 管辖的范围是领土,包括领陆、领水、领空以及底土。应注意的是,发生在一国船舶、航空

器内的行为一般被视为发生在船舶、航空器所属国内的行为,其行为如果未对船舶、航空器所在地造成侵害,受制于船舶、航空器所属国国家管辖。

(2) 管辖的对象是领土、人、物、行为或事件。对领土本身的管辖主要是指对领土内一切自然资源的利用、边界制度、对领空的管辖、对内水领海的管辖等。对人的管辖包括对领土内的本国人和外国人的管辖,对外国人的管辖主要是出入境管理制度、外国人在境内的居留制度、外国人的境内待遇、一国对处在本国境内的人是否向他国引渡和给予庇护。对事件的管辖要求事件本身发生于本国或事件的结果及于本国。

属地管辖权的行使不是无限的,受国际法及国家承担相关国际义务的限制。例如,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。

命题点30 属人管辖权

属人管辖权又称国籍管辖权,是指对于具有本国国籍的人,无论位于本国领土范围内还是本国领土范围外,本国对其具有管辖的权利。国家行使属人管辖权的对象包括:具有该国国籍的自然人、法人,以及船舶、航空器或航天器等获得国籍的特定物。对于通过依法注册或登记而获得国籍的特定物的管辖,将此类特定物作为管辖的对象,那么这种管辖一般适用属人管辖权;将特定物的空间作为管辖范围,此时的管辖一般类比属地管辖权,但性质不同。属人管辖权的连接因素是国籍。

命题点31 保护性管辖权

(1) 保护性管辖权,是指国家对在其领土范围以外从事严重侵害该国或该国公民重大利益行为的外国人进行管辖的权利。

(2) 保护性管辖权的行使条件具体为:①外国人在本国领土外实施的行为侵害了本国或本国公民的重大利益,构成本国刑法规定的罪行或应处一定刑罚以上的罪行;②外国人在本国领土外实施的行为根据行为地国家的法律同样构成应处刑罚的罪行。

(3) 保护性管辖权可以通过两种方式实现:①行为人进入受害国境内,受害国可对其依法拘捕和管辖;②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。

命题点32 普遍性管辖权

普遍性管辖权,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在何国,各国都有进行管辖的权利。这些国际罪行一般是指战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪、灭绝种族、贩卖奴隶、贩卖毒品、种族隔离、实施酷刑、劫机等,上述国际罪行已有一些被有关国际条约确定为缔约国合作惩治的罪行。

快速记忆

普遍管辖权与保护管辖权的区别

不同点	普遍管辖权	保护管辖权
管辖的行为针对的行为	国际社会所普遍承认的、危害国际安全、和平及全人类利益的国际犯罪行为	外国人在本国领土范围外从事的严重侵害本国或本国公民重大利益的行为
行使管辖权的方式和地点	可以在本国领域内实施,也可以在不属于任何国家管辖的区域内实施	只能在行为人进入本国境内后将其拘捕或通过引渡来实现

命题点33 管辖权冲突与管辖权冲突的解决

管辖权是国家主权的直接体现,主权国家可以根据本国的情况确定管辖权。各国对管辖权作了不同的规定,因而产生管辖权冲突。

目前国际上没有统一的规则 and 标准来解决管辖权冲突。各国在实践中,通常采用以下三种方法解决管辖权冲突:(1)通过国内立法确定管辖权,要考虑通行的管辖权确定规则,减少发生冲突的可能性;(2)通过多边国际公约划定缔约国之间某些管辖权或协调管辖权,避免管辖权冲突;(3)缔结双边条约防止管辖权冲突。

命题点34 国家主权豁免的内容

国家主权豁免,是指在国际交往中一国国家及其国家财产不受或免受他国管辖,但国际法明确规定不得豁免的情况除外。国家主权豁免主要是国家司法豁免,具体表现:

(1) 一国不得对他国的国家行为和财产进行管辖,不得受理以外国国家作为被告或者以外国国家行为作为诉由的诉讼,除非经该国同意;

(2) 外国法院非经该国同意不得对该国国家财产实施扣押、查封等强制执行措施。

国家司法豁免可以概括为管辖豁免、诉讼程序豁免、执行豁免三方面内容。