

法律版

2011^年

国家司法考试
一本通

国际法·国际私法·国际经济法
司法制度和法律职业道德

刘东根 金玲/主编

法条
命题题眼
历年真题
强化模拟题

一个都不能少



2011 年国家司法考试一本通

国际法·国际私法· 国际经济法·司法制度 和法律职业道德

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法·国际私法·国际经济法·司法制度和法律职业道德/刘东根,金玲主编. —北京:法律出版社,
2010. 10

(2011 年国家司法考试一本通)

ISBN 978-7-5118-1315-2

I. ①国… II. ①刘…②金… III. ①国际法—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国际经济法—法律工作者
—资格考核—自学参考资料④法律工作者—职业道德—中
国—资格考核—自学参考资料 IV. ①D99②D926. 17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 198185 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2010 年 11 月第 1 版

印张/19.25 字数/691 千
印次/2010 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1315-2

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版前言

司法考试属于职业资格考试,主要考查对法律知识掌握的广度和准确度,这个特点决定了其考试内容只能主要围绕必读法律法规来进行。司法考试每年都会有变化,但万变不离其宗,必读法律法规就是司法考试的“宗”。很多考生也意识到了这一点,但并没有掌握正确的以法条为中心的学习方法。很多情况下,法条看完了,但不知道要从哪几个方面理解法条的含义,不知道法条的考点何在,命题的题眼和角度何在,因此,慨叹单纯地复习法条效果不大。本书在对司法考试综合研究分析和总结众多成功者实践经验的基础上,为广大考生提供了一种以法条为中心的司法考试复习方法,相信能提供切实有效的帮助。

本书的最大特色是通过法条、命题题眼、历年试题和强化模拟题四位一体,全面理解掌握司法考试的重点、难点和命题思路,真正做到“一本通”。

一、关于法条。本书既保证了主体法的完整性,又强调了重点法条。同时,根据指定的《司法考试法律法规汇编》,逐条穿插相关司法解释,将属于某一知识点的相关法条和司法解释都列在一起。以盗窃罪为例,在刑法典第264条后,以相关法条的形式列出刑法中以盗窃罪处理的第265条、第210条第1款、第253条第2款、第196条第3款。还将有关盗窃罪的司法解释和其他司法解释中有关盗窃罪内容的相应条文也列在盗窃罪的知识点下,这样,有关盗窃罪的法条和司法解释就非常全面,掌握起来非常方便,对考试用处很大。

为帮助考生更直观地掌握哪些是重点法条,哪些是法条中的重点词语,我们在书中分别用“☞”和“~~~~~”标注重点法条和重点词语。

二、关于命题题眼。本书对各部门法各章的历年考点及其分值进行统计,并在此基础上对重要条款的考点、命题题眼进行分析。对某一重点法条所涉及的一个或多个考点进行分解并分析,指出法条的题眼,这样既可以从多个方面掌握该法条的内容,又可以掌握该法条的命题角度,真正提高应试水平。

三、关于历年试题。本书在逐条进行考点、命题题眼分析的同时,将涉及的历年试题及其答案一一展示。根据某一试题涉及的主要考点将其列到考点剖析中的某一相应考点之后,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,更重要的是可以帮助考生通过试题来理解该知识点,掌握该知识点的题眼和可能的出题方法。这里顺便提一下历年试题的作用。正如托福考试真题对准备托福考试的重要性一样,司法考试历年试题对于复习、准备司法考试也十分重要。研究历年试题不仅能掌握司法考试的重点和发展趋势,还可帮助我们更深入地理解法条的内容,另外,试题的重复性在司法考试中客观存在,有些题是以前题目的完全再现,有些题只不过是将以前的试题稍加改造而已,这一点通过本书对历年试题的总结可以很清楚地看出来。

四、关于强化模拟题。参照司法考试的要求、特点,对重点法条的考点(尤其是尚未考过的考点)编写相应的强化模拟题,通过反复的有针对性的演练,达到加深对法条的理解和全面掌握的效果。

五、关于编写人员。本书的作者都为相应部门法专业的法学博士,并且都以高分通过司法考试,具有较系统的成功经验和司法考试辅导经验。

六、关于实际效果。本套丛书在2004年开始,获得了广大考生的认可与信任。许多考生认为,法条、命题题眼、历年试题与强化模拟题四位一体的编写模式符合司法考试的特点,贴近实战的要求,开辟了一条正确、有效的以法条为中心的复习和应试方法。2004年到2010年的司法考试也验证了“一本通”编写模式和内容的成功。

另外,由于本丛书的出版时间较早,很多读者担心在本丛书出版后新增的法律法规和考点得不到体现,为了解决这个问题,我们一方面通过网站(www.skybt.com.cn)及时公布新增内容和变化的考点;另一方面,从2007年开始,在每年的司法考试大纲和法律出版社的辅导用书出版后,我们会就最新的内容出版增补

本,并归纳总结最重要的考点,编制若干经典练习题,形成《考前冲刺一本通》,以便为考生的后期复习提供帮助。

本丛书从2004年开始,至今已是连续八年出版,一直保持着良好的销量,已成为司法考试辅导用书中的常青树,这一方面表明广大考生对本丛书的厚爱,另一方面也表明本书的编写模式和内容真正符合司法考试的需要,经得起多次司法考试的检验,真可谓真金不怕火炼。

为配合本套丛书的使用,帮助广大考生更好地应对司法考试,交流学习经验,传递当年最新考试信息,我们特建立了司法考试一本通的网站,网址是:www.skybt.com.cn,欢迎大家登录、浏览。读者也可以发电子邮件至 LDG11@SOHU.COM。

祝愿各位顺利通过司法考试!

刘东根

2010年11月

目 录

国 际 法

第一章 导 论	(1)
第一节 国际法的概念和特性	(1)
第二节 国际法的渊源	(2)
第三节 国际法与国内法的关系	(3)
第四节 国际法的基本原则	(5)
第二章 国际法主体	(8)
第一节 国际法主体概述	(8)
第二节 国 家	(8)
第三节 国际组织	(15)
第三章 国际法律责任	(19)
第一节 国际责任的构成	(19)
第二节 国际责任的形式和国际责任制度的新发展	(21)
第四章 国际法上的空间划分	(23)
第一节 领 土	(23)
第二节 海 洋 法	(27)
第三节 国际航空法	(32)
第四节 外层空间法	(33)
第五节 国际环境保护法	(35)
第五章 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	(38)
第三节 引渡和庇护	(40)
第六章 外交关系法与领事关系法	(43)
第一节 外交关系法	(43)
第二节 领事关系法	(46)
第七章 条 约 法	(48)
第一节 概 述	(48)
第二节 条约成立的实质要件	(48)
第三节 条约的缔结	(49)
第四节 条约的效力	(51)
第五节 条约的解释和修订	(52)
第六节 条约的终止和暂停施行	(53)
第八章 国际争端的和平解决	(54)
第一节 国际争端与解决方法	(54)
第二节 政治方法和国际组织解决国际争端	(56)
第三节 国际争端的法律解决方法	(57)

第九章 战争与武装冲突法 (59)

第一节 战争与战争法 (59)

第二节 战争状态与战时中立 (59)

第三节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护 (61)

第四节 战争犯罪 (63)

国 际 私 法

第一章 国际私法概述 (65)

第一节 国际私法的概念 (65)

第二节 国际私法的范围 (67)

第三节 国际私法的渊源 (68)

第二章 国际私法的主体 (68)

第一节 自 然 人 (68)

第二节 法 人 (69)

第三章 法律冲突、冲突规范和准据法 (71)

第一节 法律冲突 (71)

第二节 冲突规范 (71)

第三节 准 据 法 (73)

第四章 适用冲突规范的制度 (74)

第一节 识 别 (74)

第二节 反 致 (75)

第三节 外国法的查明和解释 (76)

第四节 公共秩序保留 (77)

第五节 法律规避 (78)

第五章 国际民商事法律适用 (79)

第一节 权利能力和行为能力、时效 (79)

第二节 物 权 (81)

第三节 债 权 (81)

第四节 商事关系 (86)

第五节 家 庭 (90)

第六节 继 承 (93)

第六章 国际民商事争议的解决 (94)

第一节 国际民商事争议概述 (94)

第二节 国际商事仲裁 (95)

第三节 国际民事诉讼 (98)

第七章 区际法律问题 (108)

第一节 区际法律冲突与区际冲突法 (108)

第二节 区际司法协助 (109)

国际经济法

第一章 概 述 (123)

第二章 国际货物买卖 (124)

第一节 《国际贸易术语解释通则》 (124)

第二节 《联合国国际货物销售合同公约》	(129)
第三章 国际货物运输与保险	(138)
第一节 国际海上货物运输	(138)
第二节 国际货物运输保险	(146)
第四章 国际贸易支付	(150)
第一节 汇付与托收	(150)
第二节 信用证	(152)
第五章 我国的对外贸易管理制度	(161)
第一节 我国的对外贸易法	(161)
第二节 中国的贸易救济措施	(164)
第六章 世界贸易组织与中国	(172)
第一节 世界贸易组织概述	(172)
第二节 世界贸易组织的主要法律制度	(174)
第七章 国际经济法领域的其他法律制度	(180)
第一节 国际知识产权法	(180)
第二节 国际投资法	(188)
第三节 国际融资法	(193)
第四节 国际税法	(196)
中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则	(198)

司法制度和法律职业道德

中华人民共和国人民法院组织法	(209)
中华人民共和国法官法	(213)
中华人民共和国法官职业道德基本准则	(219)
人民法院工作人员处分条例	(225)
中华人民共和国人民检察院组织法	(231)
中华人民共和国检察官法	(234)
中华人民共和国检察官职业道德基本准则(试行)	(240)
检察人员纪律处分条例(试行)	(243)
中华人民共和国律师法	(252)
法律援助条例	(269)
最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定	(273)
律师执业行为规范(试行)	(275)
中华人民共和国公证法	(288)
公证员职业道德基本准则	(295)
公证员执业管理办法	(297)

国际法

国际法历年考点具体分布情况如下表：

年份	总分值	考点及分值
2002	13	外国航空器通过我国领海上空制度1、因出生而取得中国国籍的情形1、条约在我国的适用1、不干涉内政1、条约继承1、债务继承1、国家赔偿责任1、边界维护1、领海、领空航行、飞越规则1、引渡2、国际争端的解决方法1、外交特权与豁免的放弃1
2003	9	全权证书1、条约1、前南国际法庭1、国际海底区域开发1、空间物体的国家责任1、国家管辖豁免的放弃1、外交代表的特权与豁免2、国籍的取得1
2004	13	领土取得1、国家责任1、外层空间法1、外交保护1、国际法院判决的执行1、国际废物跨境转移2、国家管辖权2、引渡2、日内瓦公约2
2005	10	国籍的退出1、条约遵守1、条约制定程序1、引渡和庇护3、国际争端解决中的调停1、战争法规则明确禁止的武器1、国家承认2
2006	13	国籍的退出1、联合国秘书长的产生1、界河1、安理会职权1、国际河流1、日内瓦公约1、公共秩序保留1、外交保护2、非政府国际组织2、领土获得制度2
2007	12	国际习惯和条约效力的区别2、国际条约的我国国内适用1、领土范围1、和平解决国际争端原则、民族自决原则、割让、国家成立1、在公海航行船舶的国旗悬挂2、国籍的取得1、庇护、引渡1、享有外交豁免权的人员范围1、使馆及享有外交特权与豁免人员的义务2
2008	12	联合国、国际法院1、国家责任1、联合国人权理事会1、国家主权豁免1、国家债务及继承1、《联合国气候变化框架公约》1、在专属经济区对外国船舶违法行为采取措施2、武装冲突法2、条约的违法及责任2
2009	12	战俘待遇2、外国人入境出境制度2、使团人员的派遣和特权2、外空物体登记及责任2、条约的加入、保留1、打击海盗1、紧追权1、引渡1
2010	12	国际法上的承认1、国家主权豁免1、沿海国在专属经济区的主权权利1、条约的缔约1、南极条约2、使馆及其特权与豁免2、中国的国籍法律制度2、外国人出入境法律制度2

第一章 导 论

第一节 国际法的概念和特性

△了解 考点：国际法的特性

1. 国际法的法律特性

(1) 国际法作为法律得到所有国家承认。作为法律，国际法也具有规范性、普遍性、强制性、判断是非的标准、处理事件的依据等与国内法相似的一般法律特性。

(2) 在国际社会的绝大多数场合，国际法的规则也被很好地遵守。

(3) 国际法的法律性也突出表现在对违法行为的处罚上。绝大部分违背国际法的行为都受到了法

律的追究，实施不法行为的国家也都承担了法律责任。

(4) 在国际社会，确实有一些违背国际法的行为并没有得到应有的法律追究，特别是在一些涉及战争与和平的重大问题和某些大国违法的情况下，但并不能以此否认国际法本身的法律性。

2. 国际法的特点

国际法在几个方面都与国内法有所区别，这体现为国际法的特点：

(1) 法律关系的主体和调整对象与国内法不同
国际法主要是国家间的法律，因此国际法的主体主要是国家。个人不是国际法的主体，但却是国内法的主要主体。

就调整对象而言，国际法主要调整国家间关系，

而国内法则主要调整国内的个人、法人及政府等主体间的相互关系。

(2)立法方式与国内法不同

由于各国主权平等,因此,在国际上没有也不应该有凌驾于国家之上的国际立法机关来制定国际法。国际法的原则、规则和规章制度只能由国家之间在平等的基础上以协议的方式制定。国内法则是由国家立法机关依一定程序来制定的。

(3)强制力的依据与国内法不同

国际法强制力的依据是国家之间的协议,而国内法的强制力依据是统治阶级以强制机关为后盾的意志。

(4)强制方式与国内法不同

国际上没有超越于国家之上的强制机关来强制实施国际法。国际法的强制实施,主要依靠国家本身单独或集体的行动。国内法则主要依靠有组织的国家强制机关,如军队、警察、法庭等加以维护,并保证其实施。

强化模拟题

1. 下列有关国际法的表述正确的是()。

A. 国际法是与国际私法相对应的法律体系,二者共同构成了国际间的法律体系

B. 1643~1648年威斯特伐利亚和会的召开和《威斯特伐利亚和约》的签订标志着近代国际法的诞生

C. 国际法中的民族自决原则产生于第二次世界大战后的民族独立运动

D. 由于缺少强制执行的机构,国际法并不具有强制力

答案:B。国际法是与国内法相对应的法律体系,而并不与“国际私法”一词所指代的内容相对应,它和国内法一起构成人类社会完整的法律体系,故A项错误。

民族自决原则产生于俄国革命前后,故C项错误。

国际法和国内法作为法律,两者强制的方式不同。国内法通过超越个体的有组织的国家强制机构来保障和实施,国际社会没有超越国家之上的强制机构,国际法的强制力是通过国家本身单独的或者集体的行动来实现,不能因为国际社会不存在强制执行的机构而否定国际法的强制力。

2. 下列关于国际法特征的说法,错误的是()。

A. 国际法的制定者主要是国家

B. 国际法是有拘束力的,对国家或其他国际人格者有强制性

C. 国际法通过特定的权威机关强制各国执行国际法

D. 国际法的主体主要是国家

答案:C。国际法的制定者主要是国家,由各个国家在平等基础上以协议的方式共同制定。国际法也有强制拘束力,但是其强制性是通过国家单独或集体采取措施予以保障的,目前还没有凌驾于国家之上的权威机关,也不可能有强制各国执行国际法的机关。因此C项是错误的。

第二节 国际法的渊源

△△△熟练运用 考点:国际法的渊源

国际法的渊源一般是指它的形式渊源,即国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的方式。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。

国际法的渊源是国际条约、国际习惯和一般法律原则;其他各项是确立法律原则时的辅助资料。

1. 国际法的主要渊源

(1)国际条约

国际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。

国际条约是现代国际法主要的法律渊源,是当代国际法规则的主要表现形式。

条约包括“契约性条约”和“造法性条约”,都是国际法的渊源。契约性条约限于特定的交易,规定某个特定事项或特定义务。造法性条约是指那些规定在一定时期内当事方对某方面或某事项上的普遍行为规则的条约。

(2)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。

国际习惯的构成要素有两个:

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;

二是心理要素或主观要素,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,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。

(3)一般法律原则

“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。

“一般法律原则”的作用是填补法院审理案件时

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。它在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用。

在《国际法院规约》第38条第2款中提到的“公允及善良”原则在广义上也被理解为一项“一般法律原则”。

2. 确立国际法原则时的辅助资料

确立国际法原则的辅助方法本身不是独立的国际法渊源,但可以帮助证明国际法的有效规则。确立国际法原则的辅助方法主要包括:

(1) 司法判例

主要指国际法庭和仲裁机构的判例,也包括各国国内司法和仲裁机构的判例。按照《国际法院规约》的规定,国际法院的裁决只对当事国有拘束力。但由于国际法院是联合国的主要司法机关,在国际法学界中享有崇高的地位,因此其判决在国际实践中被高度尊重,并对国际法规则的证明和确立有重要影响。

(2) 权威国际法学家的学说

历史上,权威国际法学家的学说曾对阐明某些国际法规则帮助很大,但现在对国际法的影响大大降低。

(3) 国际组织的决议

例如,联合国大会有关国际和平与安全的决议。这些决议本身对成员国没有法律拘束力,但它们反映了大多数成员国的政治意愿,因此对有关国际法规则的确立具有重要的意义和作用。

作为确立国际法原则的辅助资料,国际组织决议的作用和地位高于司法判例和国际法学家的学说。

2007年试卷一第77题:国际人道法中的区分对象原则(区分军事与非军事目标,区分战斗员与平民)是一项已经确立的国际习惯法原则,也体现在《1977年日内瓦四公约第一附加议定书》中。甲乙丙三国中,甲国是该议定书的缔约国,乙国不是,丙国曾是该议定书的缔约国,后退出该议定书。根据国际法的有关原理和规则,下列哪些选项是错误的?

- A. 该原则对甲国具有法律拘束力,但对乙国没有法律拘束力
- B. 丙国退出该议定书后,该议定书对丙国不再具有法律拘束力
- C. 丙国退出该议定书后,该原则对丙国不再具有法律拘束力
- D. 该原则对于甲乙丙三国都具有法律拘束力

答案:AC。本题主要是考查国际习惯和条约效力的区别。国际习惯对国际法主体具有普遍约束力;而

条约对某一国家是否有效力取决于该国是否是条约的当事国。所以,本题正确答案是AC。

强化模拟题

1.《国际法院规约》第38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。一般法律原则与国际条约和国际习惯相比,是次要的国际法渊源。依据普遍接受的观点,“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。其作用是填补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。它在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用。

2. 在下列各项中,构成确立国际法原则辅助方法的是()。

- A. 格劳秀斯在1625年发表的《战争与和平法》
- B. 常设仲裁法院在1928年发布的关于帕尔马斯岛案的裁决
- C. 联合国大会在1974年通过的《建立新的国际经济秩序宣言》
- D. 韩国汉城地方法院在1983年作出的关于卓长仁劫机案的判决

答案:ABCD。确立国际法原则的辅助方法有司法判例、各国国际法权威学者的学说和国际组织的决议或宣言,其中司法判例包括国际法院的判例、其他国际司法机构和仲裁机构的判例以及各国国内的司法判例。

A项属于国际法权威学者的著作,B项属于国际仲裁机构的判例,C项属于国际组织的宣言,D项则属于有关国内的司法判例。因此ABCD都正确。

第三节 国际法与国内法的关系

△了解 考点一:国际法与国内法关系的概述

目前国际法中尚没有关于国内法与国际法关系的具体、统一、完整的规则。

1. 国际层面

- (1) 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;
- (3) 国际法不干预一国国内法制定,除非该国承

担了相关的特殊义务。

2. 国内层面

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法律框架中的适用以及国际法规则与国内法冲突时的解决。

(1)除了牵扯到由此产生的因违背国际法义务而承担国家责任的情况以外,国际法并没有在这个问题上加以具体要求。因此,原则上如何处理这个问题是一国国内法的事项。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。

(2)国际法包括成文的条约,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地位的处理也不尽相同。

(3)条约一般的只对缔约国具有拘束力,并且有不同的种类和内容,因而各国对于条约在国内适用的实践复杂多样。

一些学者基于二元论模式,从国际社会的实践中,归纳出两种极端的或典型的条约在国内适用的方式:转化和采纳。

所谓“转化”,是指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为国内法,才能在国内适用。

所谓“采纳”或称“并入”,是指国家在原则上认为,该国缔结的所有条约,都可以在其国内具有国内法的地位。采用“并入”方式的国家,一般是在其宪法中作出这种“一揽子”规定。

在国际实践中,绝对单一地采取上述某一种方式的国家很少,许多国家是两种方式兼用。虽然各国的具体做法有所不同,但从结果上看,国家都保留了适当选择权、解释权和适用弹性。因此,各国的具体情况和做法需要查阅和研究该国的国内法及相关实践。

(4)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,大体有以下几种:推定为不冲突;修改国内法;优先适用国际法;优先适用国内法;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。

2005 年试卷一第 29 题: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?

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

答案:B。关于国际法与国内法的关系,从国际实践来看,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。因此,虽然甲乙两国已经缔结了条约,但甲国仍可制定与条约相悖的法律,这是甲国行使其主权的表现,然而甲国制定与条约相悖的法律的行为属于对其国际义务的违反,应承担国际法上的国家责任。因此,A 项错误,B 项正确。

国际法与国内法是两个法律体系,严格依据国内法的行为也会因违反国际法而承担国家责任。因此,C 项也错误。

国际责任主要是指国家因违反其所承担的国际义务的国际不法行为所引起的法律后果。构成国际责任有两个要件:(1)该行为必须归因于国家。不管国家内部采用哪种政治结构,依该国内法具有国家机关地位者,以其资格职务从事的行为,依照国际法被视为该国的国家行为。(2)行为违反国际义务。两个条件齐备则应承担国际责任。因此,D 项认为国家的政治结构可以影响国际责任的承担是错误的。

强化模拟题

在国际法与国内法的关系上,当一国国内法与国际法相抵触时,如该国采取优先适用国内法的做法,则对于由此产生的违背其所承担国际义务的后果,下列表述错误的是()。

A. 应依该国国内宪法确定国家是否应承担国际责任

B. 应由联合国国际法委员会决定是否应承担国际责任

C. 该国应当承担国际责任

D. 因该国采取的是优先适用国内法的做法,因此,该国可以免除国际责任

答案:ABD。对于一国如何通过其国内法来履行、其依国际法所承担的国际义务,国际法一般并无明确要求,是一国自己的事。国际法所关注的是国际义务的最终履行,即无论国内法如何规定,只要其最终没有履行国际义务,则依国际法,该国均须为其不履行义务

的行为承担国际责任。

△了解 考点二:国际法在我国国内的适用

国际法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,并将其写入宪法中。

(2)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)目前一般认为,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。

(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察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,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。

2007 年试卷一第32题:根据国际法有关规则 and 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的条款与中国相关国内法的规定不一致时,都优先适用条约的规定

答案:B。目前一般认为,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。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。

强化模拟题

在我国目前的实践中,当国内法与我国参加的国际条约有不同规定时,应如何确定所应适用的法律?()

A. 国际条约可以直接适用

B. 在民商事范围内,我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

C. 应适用国内法的规定

D. 由全国人大确定应适用何种法律

答案:B。关于条约在我国国内的适用和地位,我国宪法没有作出统一、明确的规定。目前一般认为,在民商事范围内,我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。

其他一些民商事法律中也有类似的规定。而从民商事法律之外的一些涉及条约适用的国内立法看,条约直接适用、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。因此,尚不能简单笼统地认为,条约的直接适用已经成为任何条约在中国适用的唯一方式。因此,B项正确,A项错误。

选项C错误,因为约定必须遵守是国际法的一项基本原则,如果国家由于优先适用其国内法而造成对条约义务的违背,则该国应对此承担相应的国家责任。

D项的说法没有法律根据。

第四节 国际法的基本原则

△了解 考点一:国际法基本原则的特征

基本特征:

(1)各国公认

(2)适用于国际法律关系的所有领域

(3)构成国际法体系的基础

①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。

②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。

③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)具有强行法性质

强行法,或称国际法强行规则,是指在国际社会公认为必须绝对遵守和严格执行的法律规范,它不得被任意选择、违背或更改。

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,作为国际法基本原则还必须符合上述其他要求。

△△一般掌握 考点二:国际法基本原则的内容

1. 国家主权平等原则

(1) 国家主权

国家主权或主权,是国家的根本属性,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国家的,而是国家固有的。

主权首先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。

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,包括选择社会制度、确定国家形式和法律、制定对外政策等。

第三,自保权。其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。

(2) 国家主权平等原则

任何国家都拥有主权,各国都有义务相互尊重主权。在主权国家组成的国际社会,各国都具有平等的国际人格,各国在国际法面前处于平等地位。

第一,基于主权的性质,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。各国在国际关系中要相互尊重对方的主权,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。

第二,领土主权是国家主权的重要方面。维护和捍卫国家的领土完整是一国主权的重要体现;另外,尊重别国主权首先要尊重别国的领土主权和领土完整。侵占、肢解别国领土构成对该国主权的严重侵犯。

第三,各国具有平等的国际人格。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。

第四,在国际交往中,以下一些方面也是国家平等的体现: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。

2. 不干涉内政原则

(1) 内政

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,以及制定对外政策、开展对外交往等所有方面的措施和行动。

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。也就是说,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情况的存在。

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国际法原则和规则。

(2) 不干涉内政原则

其主要内容包括:

第一,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。

第二,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,但这些行动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,为了其自身的私利而对他国进行干涉活动,是没有国际法根据的,因而是非法的。

2002 年试卷一第 55 题: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?

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:ACD。根据国家主权平等原则和不干涉内政原则,国家对外拥有独立权,即一国在与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,包括选择社会制度、确定国家形式即政体、制订对外政策、申请参加国际组织、自由地决定同他国的建交缔约、互派使节等。A 项即属于一

国自主选择确定本国国家形式的问题,C、D项都是一国自主决定对外交往的权利内容,都应选。

B项考查的是人权问题,根据第二次世界大战后一系列国际人权公约,特别是1973年《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》,种族隔离,种族灭绝,以不人道的手段迫害、驱赶难民,进行国际恐怖活动,这些行为本身就是国际法禁止的国际罪行,有关国家不得以“内政”为借口逃避应承担的国际责任。因此B项不当选。

3. 不得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。

(1)不得使用武力原则首先禁止侵略行为。

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,包括:

- I. 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;
- II. 以另一国的领土为对象使用任何武器;
- III. 封锁另一国的港口或海岸;
- IV. 武装部队攻击他国的陆海空军、商船或民航机;
- V. 一国违反协定使用在别国驻扎的军队或违约延期驻扎;
- VI. 提供领土由他国使用进行侵略行为;
- VII. 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。但联合国安理会可以根据情节及后果确定是否构成了侵略行为。

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。

(2)不得使用威胁和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。

同时,不得使用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。

4. 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。

5. 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,建立民族独立国家的权利。

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。

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。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。

6. 善意地履行国际义务原则

善意履行国际义务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。同时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。

善意履行国际义务要求国家尊重和遵守国际法的规则,即所谓“约定必守”。

强化模拟题

1. 下列关于国际法中民族平等和自决原则的表述,正确的是()。

- A. 民族自决原则允许一国内的不同民族从该国分离出来以便建立独立的国家
- B. 一国内不同民族的平等权利限于政治领域
- C. 民族自决原则要求国际社会支持一国某民族为建立独立的国家而进行的活动
- D. 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

答案:D。民族自决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。但不能将该原则适用范围扩大,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,不能与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,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。一国国内的民族分离主义活动在国际法的实践中被认为是一国的国内事务,是国内法的问题,民族自决原则没有为一国内的民族分离主义活动提供任何国际法根据。因此只有D项是正确的。

2. 国家主权平等原则是国际法最重要的基本原则之一。下列关于主权的说法正确的是()。

- A. 国家主权是指国际法赋予国家处理内外事务的统治权力
- B. 国家基于主权,可以独立自主地决定其对内对外政策和国际关系问题,绝对不受约束,毫无限制

C. 经济全球化带来国际法的新发展,国家主权正受到冲击与挑战,人权将取代主权

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:D。国家主权或主权,是国家的根本属性,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国家的,而是国家固有的,因此A项不正确。

国家拥有主权,并不可以为所欲为,各国在国际关系中要相互尊重对方的主权,在行使自己主权的同时不能侵害别国主权,因此B项不正确。

尽管主权的概念在不断地充实发展,但是,主权仍是国家最根本的属性,是国际法的基础。任何企图取消国家主权的理论或做法或是脱离国际社会现实的,或目的在于削弱别国主权而强化自身的主权,因此C项也不正确。

主权体现在三个方面:(1)对内最高权;(2)对外独立权;(3)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,因此D项正确。

第二章 国际法主体

第一节 国际法主体概述

△了解 考点:国际法主体的范围

1. 国际法主体,或称为国际法律人格者,是指能够独立地享有国际法上权利和独立地承担国际法上义务的国际法律关系参加者。

2. 根据我国的学说,国际法主体的范围包括:

(1)作为国际法的最主要的主体:主权国家。

(2)作为派生性的国际法的主体:国际组织。

(3)其他。如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。

(4)在国际社会的普遍情况中,个人尚不是国际法的主体。

强化模拟题

1. 下列选项中关于国际法主体的表述,正确的是()。

A. 主权国家是国际法最主要的主体

B. 学说认为,个人是国际法的基本主体

C. 非政府组织如果在联合国取得了咨商地位就具有国际法主体的资格

D. 中国香港由于在一定范围内可以对外交往和

签订条约,因而也属于国际法的主体

答案:A。个人不是国际法的主体,非政府组织即使取得联合国的咨商地位,也仍然不是国际法的主体。香港是得到全国人大的授权才取得在一定范围内缔约的权利的,不属于独立地享有国际法上的权利,故也不是国际法的主体。

2. 下列各项中,可以成为国际法主体的是()。

A. 澳门

B. 世界贸易组织

C. 联合国秘书处

D. 解决投资争端国际中心

答案:BD。国际法主体包括国家、争取独立解放的民族及国际组织,而不包括自然人、法人和其他团体。因此本题正确答案为BD。

第二节 国 家

△△一般掌握 考点一:国家的构成要素与类型

1. 国家的要素包括:定居的居民、确定的领土、政府、主权。

2. 现代国家的主要类型包括单一国和复合国。

(1)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。中国是单一制国家,中国的香港、澳门和台湾地区都不是国际法主体。

(2)复合国是两个或两个以上成员单位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。

△△△熟练运用 考点二: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;

管辖权。

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。

独立权是国家主权在对外关系中的集中体现,它包含自主性和排他性两重含义。

2. 平等权

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. 自保权是指国家保卫自己存在和独立的权利,分为国防权和自卫权两方面。国防权是指国家有制定国防政策,建设国防力量,防止外来侵略的权利。自卫权是指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. 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。一般管辖权分为:属地管辖权或属地优越权、属人管辖权、保护性管辖权、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,都有进行管辖的权利。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,除非另有国际法规定,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。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。

(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。

(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利。行使保护性管辖权一般基于两个条件:

①外国人在领土外的行为所侵害的是受害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以上的罪行;

②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,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,不论行为人的国籍及行为发生地,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、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。

2002 年试卷一第 93 题:中国某国有企业在甲国设有办事处,甲国人贾某为该办事处雇员。贾某利用职务之便,将办事处公款 1000 万美元窃为己有进行挥霍。此间,贾某在乙国又参与了一起伪钞案。贾某从未到过中国,目前其在甲国。中国与甲国之间没有任何司法协助方面的协定,但中国与乙国间有引渡协定。根据国际法及中国的有关法律。下列哪些判断是错误的?

A. 中国对贾某的上述侵占公款案没有管辖权

B. 乙国向甲国就贾某伪钞案请求引渡,如获成功,贾某被引渡到乙国后,乙国可以不经甲国同意,径直将贾某转引渡给中国

C. 中国对贾某的上述侵占公款案拥有管辖权,可以自行派公务人员赴甲国缉拿贾某归案

D. 中国法院可以对贾某首先作出缺席判决,然后申请甲国对该判决予以执行

答案:ABCD。本题考查的是保护性的管辖权。所谓保护性管辖权是指国家对于在其领土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。本案中,中国对甲国人贾某在甲国严重侵害中国利益的行为当然有保护性管辖权。因此 A 当选。

“罪名特定原则”要求“何罪引,何罪判”,不可以转引渡,所以 B 项错误。

根据引渡的国际公约与惯例,乙国作为请求引渡国,引渡成功后只能在本国以伪钞罪对贾某进行审判,若以其他罪名审判惩处或转引渡给第三国,则一般必须经原引出国同意,故 B 项也不对,应选。

在本案中,贾某未曾到中国来,因而不能拘捕,更不能派人到其所属国去抓人,这是干涉他国属地管辖权的行为,C 项当选。