华旭讲义

2017年
国家司法考试
王斌的三国法

王斌 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

小和山

2017年
国家司法考试
王斌的三国法

王斌 ◎ 编著

讲义卷

司考就是一场苦修，当很多人避之唯恐不及，而你选择了这次旅行，你将或许成为成功少数中的一员；当众多参与者放弃的时候，你还在坚持，成功就不远了；当你也忍无可忍想要放弃的时候，你还是选择了坚持，抬头望去，成功就在你的前边。人生又何尝不是如此。

王斌

中国政法大学出版社

2017 · 北京

声　明　1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

2017年国家司法考试王斌的三国法. 讲义卷/王斌编著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7344-4

Ⅰ. ①2… Ⅱ. ①王… Ⅲ. ①国际法－资格考试－自学参考资料②国际私法－资格考试－自学参考资料③国际经济法－资格考试－自学参考资料 Ⅳ. ①D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第037930号

出 版 者　中国政法大学出版社
地　　址　北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址　北京100088信箱8034分箱　邮编100088
网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
电　　话　010-58908285(总编室)　58908433（编辑部）58908334(邮购部)
承　　印　北京鑫海金澳胶印有限公司
开　　本　787mm×1092mm　1/16
印　　张　19.25
字　　数　480千字
版　　次　2017年2月第1版
印　　次　2017年2月第1次印刷
定　　价　45.00元

前　言

司法考试中的“国际法学”涉及国际法、国际私法与国际经济法三个部门，近年来分值稳定在39分，2015年开始分值有所下降，2016年延续了该趋势。三个部门法均以“国际”开头，“国际”一词有两种含义：一指国家间，如国际法；二指跨国的或含有跨国因素的，如国际经济法、国际私法。就实质而言，上述三法各有其调整对象，内容有别，命题特点各异。

国际法主要调整国与国之间的关系，具有明显的公法性质。其内容庞杂，涉及国际法律责任、国际法上的空间划分、国际法上的个人、外交与领事关系、条约、国际争端解决以及战争和武装冲突等诸多方面。国际法考点分散，几乎每章都有涉及，近年考试体现出以下特点：一是凡有重要条约者经常考到，如外交关系、条约法、海洋法等；二是当年的国际社会热点问题常被考到；三是加强了对相关国内法的考查，如2005至2007年连续三年考查中国《国籍法》有关内容。

国际私法主要调整具有涉外因素的民商事关系，是典型的私法。其内容较为集中，主要包括国际私法总论、国际民商事法律适用、国际民商事争议解决以及区际法律问题等几大块。以往考试中，总论和国际民商事法律适用所占分值较大，但2004年之后，对程序性规定的考查有所加强。考生需特别注意的是，2011年4月生效的《涉外民事关系法律适用法》首次将冲突规范规定在同一部单行法律中，以此为基础，2012年最高院颁布了《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》。该法及其相关司法解释构成了完整的考试线索，这在2013－2016年试题中体现得尤为明显。

国际经济法的调整对象不仅包括国家、国际组织间的经济关系，还包括不同国家的个人、法人、国家、国际组织相互之间的经济关系，兼具公法和私法双重性质。其内容涉及国际货物买卖、国际货物运输与保险、国际贸易支付、对外贸易管理、WTO、知识产权的国际保护、国际投资、国际融资、国际税法等。该法考点集中，体现出明显的“重者恒重”，国际货物买卖、运输与保险、支付、WTO等内容每年必考，如2015年考到的“与贸易有关的投资措施”，其在司法考试的历史中至少出现过六次。

对于司法考试中的三国法，考生复习时可采取以下策略：

第一，奠定其他部门法基础之后再复习三国法。三国法总体上考点分散，记忆内容较多，从应试角度看，不应将三国法置于复习之初，以免后来发生遗忘。同时，三国法很多内容与其他部门法密切相关，如，国际民事诉讼其实属民诉法的涉外部分，《国际货物销售合同公约》本质是合同法领域的问题。因此，考生在制定复习计划时，应注意先后安排，具备一定基础后再复习三国法，可起到事半功倍之效。

第二，掌握规则本身为主，不必深究。“法典背后有强大的思想运动”，国际条约和成文国际惯例也不例外，其制定和形成必然涉及国与国关系的考量、不同当事人之间的权衡等各种因素。然而，三国法包含法源众多，若把公约和惯例的条文相加，堪比法典。司法考试仅考查规则本身“是什么”，至于规则“为什么”如此规定则不属考试范围，考生应

将有限的复习时间放在掌握规则本身。

第三，抓住重点内容，获取应拿分数。虽然三国法考点零散，但每年总有重点内容反复出现，对于此类考点，考生应加大复习力度，务必拿分。对于非重点内容，如考生时间有限，一般掌握即可。

第四，注意关注社会热点问题和新增法律法规。这两方面已成为近些年的常考点，考生在复习时应多加留意。

第五，通过做题巩固所学内容。弄懂书本知识并不等于掌握做题技巧，“一看书就懂，一做题就错”是不少考生的通病，对此，还要通过做题加以化解。三国法很多内容远离现实生活，仅通过生活感悟和自身实践是无法真正理解的，在没有其他途径的情况下，通过做题和分析加深理解是最好的方法。

王　斌

2017 年 1 月

需要全本请访问 www.ertongbook.com

目 录

国际法

第一章 国际法导论 …… 1
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 …… 16
第三节 国际责任制度的新发展 …… 18
第三章 国际法上的空间划分 …… 25
第一节 领 土 …… 25
第二节 海洋法 …… 30
第三节 空间法 …… 40
第四节 国际环境法 …… 44
第四章 国际法上的个人 …… 55
第一节 国 籍 …… 55
第二节 外国人的法律地位 …… 58
第三节 引渡和庇护 …… 62
第五章 外交关系法和领事关系法 …… 71
第一节 外交关系法 …… 71
第二节 领事关系法 …… 76
第六章 条约法 …… 82
第一节 条约的缔结 …… 82
第二节 条约的效力 …… 87
第三节 条约的解释和修订 …… 89
第七章 国际争端解决 …… 95
第八章 战争与武装冲突法 …… 103
第一节 战争状态与战时中立 …… 103
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 …… 105
第三节 战争犯罪 …… 108

国际私法

第一章　国际私法总论 …… 113
第一节　国际私法概述 …… 113
第二节　国际私法的基本概念和制度 …… 115
第二章　国际民商事法律适用 …… 128
第一节　权利能力和行为能力 …… 128
第二节　物　权 …… 129
第三节　债　权 …… 131
第四节　商事关系 …… 135
第五节　婚姻与家庭 …… 137
第六节　继　承 …… 140
第七节　知识产权 …… 141
第三章　国际民商事争议解决 …… 149
第一节　国际商事仲裁 …… 149
第二节　国际民事诉讼 …… 155
第四章　区际法律问题 …… 177

国际经济法

第一章　国际货物买卖 …… 192
第一节　国际贸易术语 …… 192
第二节　《联合国国际货物销售合同公约》 …… 197
第二章　国际货物运输与保险 …… 218
第一节　国际海洋货物运输 …… 218
第二节　其他方式的国际货物运输 …… 225
第三节　国际货物运输保险 …… 229
第三章　国际贸易支付 …… 240
第四章　对外贸易管理制度 …… 254
第一节　《对外贸易法》 …… 254
第二节　贸易救济措施 …… 257
第五章　世界贸易组织 …… 270
第一节　世界贸易组织概述 …… 270
第二节　世界贸易组织的主要法律制度 …… 272
第六章　国际经济法领域的其他法律制度 …… 282
第一节　国际知识产权法 …… 282
第二节　国际投资法 …… 288
第三节　国际融资法 …… 291
第四节　国际税法 …… 294

国 际 法

第一章 国际法导论

知识点

一、国际法的渊源

国际法的渊源，即国际法的表现形式。《国际法院规约》第38条被普遍认为是对国际法渊源的最权威说明。根据该条规定，国际法的渊源包括：国际条约、国际习惯和一般法律原则；其他各项是确立国际法原则时的辅助资料。

（一）国际法的渊源

1. 国际条约。国际条约是国际法主体间根据国际法就权利义务内容所缔结的书面协议。条约是现代国际法最主要的渊源。

2. 国际习惯。国际习惯是由各国重复类似的行为而形成的具有法律约束力的行为规则或制度。其形成须具备两个要件：（1）物质要件，即存在各国重复类似的行为实践（须有通例的存在）；（2）心理要件，即此种重复类似的行为实践被各国认为具有法律拘束力（存在法律确信）。

提示注意：上述两项条件必须同时具备方能成为国际习惯。

例1：由于甲国海盗严重危及国际海运要道的运输安全，在甲国请求下，联合国安理会通过决议，授权他国军舰在经甲国同意的情况下，在规定期限可以进入甲国领海打击海盗。据此决议，乙国军舰进入甲国领海解救被海盗追赶的丙国商船。安理会的决议能否使军舰进入领海打击海盗成为国际习惯？

不能。国际习惯的构成包括两个要素：一是物质要件，即存在各国重复类似的行为；二是心理要件，即重复类似的行为模式被各国认为具有法律拘束力。不能仅仅因为安理会的一项决议就使一种行为模式成为国际习惯。

3. 一般法律原则。指各国法律体系中共有的原则，如“善意”“禁止权利滥用”“禁止反言”等。其在国际司法实践中处于补充和辅助地位，很少被单独适用。

同时，《国际法院规约》第38条所规定的国际条约、国际习惯和一般法律原则即为国际法院审理案件时的法律依据。

（二）确立国际法原则的辅助资料

1. 司法判例。包括国际司法机构和仲裁机构的判例，也包括各国国内的司法判例。

2. 国际法权威学者的学说。各国国际法权威学者的学说是确证国际法原则的有力方法

和证据。

3. 国际组织的决议。国际组织的决议，即使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价值。其地位高于权威学者的学说。

提示注意：司法判例、学者学说和国际组织的决议不是国际法的渊源。

深度解析 如何理解确立国际法原则的辅助资料？

国际司法机构在审理案件时要对适用的国际法原则、规则和制度进行认证和确定，这种经认证的原则、规则和制度不仅为以后审理案件时所援引，而且在一般国际实践中也得到尊重。国内司法判例在一定条件下表现出一个国家对国际法的观点，对国际法的确定和发展具有影响，如果许多国内司法判例表现出对国际法的同样观点，则可形成关于国际法的国家实践。

以往，国际文件和司法判例常引用国际法学者的著作，来证明国际法原则、规则和制度的存在并解释其涵义。虽然当前引用已大为减少，但国际法学者的学说，特别是权威学者的学说，仍能够提供可靠资料来说明国际法的原则、规则和制度。

国际组织的决议，特别是联合国大会的决议很多情况下不具有法律拘束力，因而不构成国际法的渊源。但有些决议中包含着有关国际法的内容，往往确认、阐明以至创立了国际法原则、规则和制度，对国际法的形成和发展起到重要作用。

可见，司法判例（包括国际司法判例和国内司法判例）、国际法权威学者的学说和国际组织的决议虽然本身不是国际法的渊源，但从中可以找到国际法的存在，因而被称为确立国际法原则的辅助资料。

二、国际法基本原则

国际法基本原则，是指被各国公认的，适用于国际法所有领域，构成国际法基础并具有强行法性质的原则。其具有以下特征：（1）各国公认；（2）适用于国际法所有领域；（3）构成国际法基础；（4）具有强行法性质。

（一）国家主权平等原则

1. 国家主权

是国家的根本属性，指国家独立自主地处理其内外事务的统治权力。主权包括以下三层含义：（1）对内最高权，指国家在国内行使的最高统治权；（2）对外独立权，指国家在与他国交往中，不受他国左右，独立处理内外事务的权利；（3）自保权，指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

在国际社会中，各国具有平等的国际人格，各国在国际法面前处于平等地位。

（二）不干涉内政原则

1. 内政

国家基于其管辖的领土而行使主权的表现，包括建立各种制度，处理立法、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。判断内政须从两个角度入手：（1）该事项本质上是否属于国内管辖；（2）国家在该事项中的行为是否违反国

际法。

2. 不干涉内政原则

（1）任何国家或国际组织，在国际关系中，不得以任何借口干涉他国内政；（2）各国可以对他国违反国际法的行为采取相应的行动，但该行动必须严格在国际法框架中进行。

【真题示例】

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？（2002－55，多选）[1]

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

（三）不得使用威胁或武力原则

两层含义：（1）禁止侵略行为；（2）禁止武力威胁和进行侵略战争的宣传。

当前国际法下，两种情形下使用武力属合法例外：（1）自卫；（2）联合国集体安全制度下的武力使用（安理会授权动武）。

深度解析 当前国际法下如何认定侵略？

当前国际法框架下，唯有联合国安理会有权根据情节及后果确定是否构成侵略。对于侵略的具体涵义，1974 年联合国大会《关于侵略定义的决议》第 1 条规定："侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立，或以本《定义》所宣示的与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力。"该决议第 3 条非穷尽地列举了 7 种侵略行为，包括：（1）一个国家的武装部队侵入或攻击另一国家的领土；或因此种侵入或攻击而造成的任何军事占领，不论时间如何短暂；或使用武力吞并另一国家的领土或其一部分；（2）一个国家的武装部队轰炸另一国家的领土，或一个国家对另一国家的领土使用任何武器；（3）一个国家的武装部队封锁另一国家的港口或海岸；（4）一个国家的武装部队攻击另一国家的陆、海、空军或商船和民航机；（5）一个国家违反其与另一国家订立的协定所规定的条件使用其根据协定在接受国领土内驻扎的武装部队，或在协定终止后，延长该武装部队的驻扎期间；（6）一个国家以其领土供另一国家使用，让该国用来对第三国进行侵略行为；（7）一个国家或以其名义派遣武装团体、非正规军或雇佣兵，对另一国家进行武力行为，其严重性相当于上述所列各项行为；或该国实际卷入了这些行为。

（四）和平解决国际争端原则

该原则要求，国家间在发生争端时，各国都必须采取和平方式予以解决，争端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）民族自决原则

被殖民统治和压迫的民族拥有决定自己命运，摆脱殖民统治，建立民族独立国家的权利。

适用范围：殖民地民族的独立。

---

〔1〕 ACD。B 项中甲国的行为违反国际法，故不属于内政，国际社会可以干涉。

提示注意：该原则不适用于一国国内的民族分离主义活动。

例2：甲国是一个多民族国家，其南部斯坦邦为某少数民族占多数区域。20年前，南部斯坦邦获得一定自治权，但其仍为甲国下辖区域，甲国宪法也对此明确规定。2007年，南部斯坦邦发生动乱，反政府组织单方宣布成立南部斯坦共和国，并对外宣称，根据民族自决原则，南部斯坦邦有权脱离甲国中央政府建立独立国家。该反政府组织的理由是否可以成立？

不可以。南部斯坦邦是甲国领土的一部分，民族自决原则不适用于甲国内部的民族分离主义活动。

（六）善意履行国际义务原则

国家应善意履行由公认的国际法原则和规则产生的义务，同时，国家应善意履行其作为缔约国而产生的条约义务。

提示注意：根据《联合国宪章》，《宪章》义务优先于其他条约义务。

例3：2008年，A国与B国达成一项条约，条约某款具体规定与《联合国宪章》某规定相冲突，AB两国在该问题上应如何适用条约？

应适用《联合国宪章》的规定。

【真题示例】

关于国际法基本原则，下列哪些选项是正确的？（2013－75，多选）[1]

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

三、国际法与国内法的关系

（一）相关理论

一元论：国际法与国内法同属于一个法律体系。在此基础上又进一步分为“国内法优先说”和“国际法优先说”。

二元论：国际法与国内法是两个不同的法律体系，各自有其不同性质、效力根据、调整对象和适用范围，二者互不隶属，各自独立。

中国学者的观点：国际法与国内法是两个不同的法律体系，但由于国家是国内法的制定者，又是国际法制定的参与者，所以两者之间又有着密切的联系，互相渗透，互相补充，而非互相排斥和对立。

（二）相关实践

1. 国家不得以国内法规定作为其违背国际义务的理由；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特殊义务。

例4：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

---

〔1〕 ACD。不得使用威胁或武力原则并非禁止一切武力的使用，两种情形下的武力使用是允许的：（1）国家对侵略行为进行的自卫行动；（2）联合国集体安全制度下的武力使用（即安理会授权动武）。B项错误。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

惠恰恰是甲国按照前述条约应给予乙国公民的。(1) 甲国立法机构是否有权通过与条约不一致的立法?(2) 甲国是否要为此承担国际法律责任?

(1) 有权。国际法通常不干预一国国内法的制定,虽然甲乙两国签订有投资条约,但条约作为国际法并不干涉甲国的立法行为。(2) 承担。甲乙两国投资条约的规定已赋予甲国相关义务,虽然国际法不干预一国国内法的制定,但如果国内立法的内容违背其承担的国际义务,国家仍应对此承担国际责任。

2. 条约在国内的适用方式,国际上主要有两种:(1)"转化",将条约通过立法程序转化为国内法后,才能在国内适用;(2)"并入",即条约可视为国内法的一部分而在国内直接适用,无需立法转化。

(三) 国际法在中国的适用

1. 条约在中国的适用

第一,条约在中国的适用方式主要包括三种:

(1) 条约直接适用。如《民事诉讼法》第 260 条规定:"中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。"

(2) 条约与国内法平行适用。如 1961 年《维也纳外交关系公约》与 1986 年《外交特权与豁免条例》,1963 年《维也纳领事关系公约》与 1990 年《领事特权与豁免条例》。

(3) 条约转化适用。如《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、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。"再如 WTO 协议在中国的适用。

第二,条约与国内法冲突的解决,分为两种情形:

(1) 民商事范围内,条约与国内法不同,条约可以优先适用(但知识产权领域的条约转化为国内法的除外)(见《民法通则》第 142 条第 2 款;2012 年最高院《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第 4 条);

(2) 民商事范围外,法律没有统一规定,条约能否直接适用,视法律的具体规定而定。

提示注意: 知识产权领域的条约通常规定的是对知识产权保护的最低标准,而非完全统一的具体规则,此类条约若转化为国内法,则国内法中的规定将更加具体、保护标准也可能有所提高,故此时并不优先适用条约。

2. 国际习惯在中国的适用

(1) 在民事范围内,国际习惯的适用次序排在国内法和条约之后,是对国内法和条约的补充(《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。");

(2) 适用国际习惯不得违背公共利益。(《民法通则》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。")



归纳总结

本章涉及国际法的基本理论问题。首先,作为一个独立的部门法,国际法的表现形式(渊源)只有国际条约、国际习惯和一般法律原则三类。第二,国际法的基本原则常被用来作为判断某国际事件合法性的依据,应特别留意三个问题:(1) 判断内政的两个标准;

（2）使用武力的两种例外情形；（3）民族自决原则的适用范围。第三，关于国际法在中国的适用，因其涉及中国现实问题，常为考试重点。一是要理解条约在中国适用的三种方式；二是要注意条约与国内法冲突的解决，特别是要区分“民商事范围内”和“民商事范围外”的不同。

【图表精要】

一、国际法的渊源

- 主要渊源
  - （1）国际条约
  - （2）国际习惯
    - 物质要素：各国重复类似的行为实践
    - 心理要素：各国认为具有法律拘束力
  - （3）一般法律原则（各国法律体系中共有的原则）
- 确立国际法原则的辅助资料
  - （1）司法判例（国际判例、国内判例）
  - （2）国际法权威学者的学说
  - （3）国际组织的决议

二、国际法基本原则

1. 国家主权平等原则

主权
- 对内最高权：国家在国内行使的最高统治权；
- 对外独立权：国家在与他国交往中，不受他国左右，独立处理内外事务的权利；
- 自保权：国防权 + 自卫权

2. 不干涉内政原则

判断内政的标准
- （1）该事项本质上是否属于国内管辖
- （2）国家在该事项中的行为是否违反国际法

3. 不得使用威胁或武力原则
- （1）禁止侵略行为
- （2）禁止武力威胁和进行侵略战争的宣传
- （3）例外
  - ①自卫
  - ②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

5. 民族自决原则（不适用于一国内部的民族分离主义活动）

6. 善意履行国际义务原则（《宪章》义务优先于其他条约义务）

三、条约在中国国内的适用

（一）条约在国内适用的通行方式
1. “转化”：条约经立法程序转化为国内法，才能在国内适用；
2. “并入”：条约可以在国内直接适用（通常在一国的宪法中作出规定）。

（二）条约在中国的适用

1. 适用方式	（1）条约直接适用	①《民事诉讼法》第260条：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。 ②《民事诉讼法》第261条：对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者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。
	（2）条约与国内法平行适用	①1961年《维也纳外交关系公约》（中国1975年加入）与1986年《外交特权与豁免条例》； ②1963年《维也纳领事关系公约》（中国1979年加入）与1990年《领事特权与豁免条例》
	（3）条约转化适用	①《香港特别行政区基本法》第39条：《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。 ②WTO协议：不能在中国法院直接适用，需转化适用。
2. 条约与国内法冲突的解决	（1）民商事范围内	条约与国内法不同，条约可以优先适用（但知识产权领域的条约转化为国内法的除外）。 （参见：《民法通则》第142条、2012年最高院《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第4条）
	（2）民商事范围外	没有统一规定，能否直接适用，视法律的具体规定而定。

第二章　国际法律责任

第一节　国际法主体

知识点

当前国际法下，国际法主体包括三类：（1）国家；（2）政府间国际组织；（3）争取独立的民族。

一、国家

（一）国家的构成要素
1. 定居的居民（基本条件）
2. 确定的领土（物质基础）
3. 政府
4. 主权（根本属性）

（二）国家的基本权利

1. 独立权。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。

2. 平等权。国家在参与国际法律关系时具有平等的地位和资格。

3. 自保权（国防权 + 自卫权）。

（1）国防权：国家在和平时期进行国防建设，防止外来侵略的权利；

（2）自卫权：国家受到外国武力攻击时，有权采取单独或集体的武力反击措施。自卫权的行使要满足“一个前提”和“两个条件”。“一个前提”：即必须受到武力攻击；“两个条件”：一是“必要性”，通俗地说就是没有其他更有效办法，必须进行武力还击；二是“相称性”，也就是武力还击的程度和受到武力攻击的程度应大致相当。

例 1：2003 年 3 月 20 日，美国以伊位克隐藏有大规模杀伤性武器构成对美国的威胁为由，绕开联合国安理会，公然单方面决定对伊拉克实施大规模军事打击。美国出兵伊拉克的行为是否符合国际法？

不符合。当前国际法下使用武力的合法情形有两种：一是自卫，二是得到安理会授权。首先，美国出兵伊拉克不属于自卫，其事先并未受到伊拉克武力攻击，不满足自卫的前提；其次，其出兵行为也没有得到安理会授权，而是绕开联合国单方行动。

4. 管辖权。

（1）属地管辖权：国家对于其领土和领土内的一切人、物和事件，都有进行管辖的权利。例外：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：国家对于具有其国籍的人，具有管辖的权利；其管辖对象还可包括具有该国国籍的法人、船舶、航空器等。

（3）保护性管辖权：国家对于在本国领域外从事对该国国家或其公民犯罪行为的外国人进行管辖的权利。保护性管辖权的实现方式有两种：①行为人进入受害国被依法逮捕；②通过引渡实现受害国的管辖。

（4）普遍管辖权：根据国际法的规定，对于危害国际和平与安全及全人类利益的某些国际犯罪行为，不论行为人国籍和行为发生地，各国都有进行管辖的权利。

管辖对象：①战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪等（各国公认的对象）；②灭绝种族、贩毒、贩奴、种族隔离、实施酷刑、劫机（有关公约确认的对象）。

行使区域：只能在本国领土或不属于任何国家管辖的区域行使。

提示注意：保护性管辖和普遍管辖不同。保护性管辖针对的是侵害本国或本国公民利益的行为，普遍管辖针对的是危害国际和平与安全及全人类利益的国际犯罪行为（见2009年试卷一第31题）。

（三）国家主权豁免

1. 国家主权豁免，即国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。它来自“平等者之间无管辖权”这一基本法则，正因为国际社会国与国地位平等，故一国不得对另一国进行管辖。

2. 国家主权豁免具体表现为：（1）一国不对他国的国家行为和财产进行管辖；（2）一国法院非经外国同意，不受理以外国国家为被告或国家行为作为诉由的诉讼；（3）一国法院非经外国同意，不对外国国家代表或国家财产采取司法执行措施。

3. 国家主权豁免可以放弃，放弃应满足两项条件：一是“自愿”，即一国放弃豁免权由该国自己决定，他国不得强迫；二是“特定”和“明确”，即一国对某一特定案件或事项放弃豁免权，并不意味着在今后所有案件或事项中都放弃豁免权。

国家主权豁免的放弃包括两种形式：（1）明示放弃，即国家通过条约、合同、声明等方式表示放弃；（2）默示放弃，即国家通过某种行为进行放弃，包括：①国家作为原告在外国法院起诉；②国家正式出庭应诉；③国家提起反诉；④国家作为诉讼利害关系人介入诉讼。根据2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，下列行为不构成放弃豁免：（1）一国同意适用另一国的法律；（2）一国出庭主张豁免或主张对有待裁决财产的权利；（3）一国代表在另一国法院出庭作证；（4）一国未在另一国法院的诉讼中出庭。同时，国家对管辖豁免的放弃，并不意味着对执行豁免的放弃。也就是说，即使国家放弃了管辖豁免，外国法院也不能因此当然地对该国国家财产实施扣押、查封等强制执行措施，执行豁免的放弃必须另行明示作出。

【真题示例】

（2014－75，多选）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？[1]

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

---

[1] BC。同意适用另一国法律、出庭主张豁免均不构成放弃豁免，A项错误，B项正确。国家提起反诉属于默示放弃，C项正确。放弃豁免权须是特定和明确的，一国对某一特定案件或事项放弃豁免权，并不意味着在今后所有案件或事项中都放弃豁免权，D项错误。

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

4. 国家主权豁免分绝对豁免和相对豁免。传统国际法上的国家豁免为绝对豁免，即不论行为的性质如何，国家的一切行为都享有豁免。20 世纪之后，国家从事商业活动增多，国家与公司、个人等私法主体的纠纷也相应增加，如国家仍一味享有绝对豁免，则私法主体可能无法通过司法渠道维护自身权益，这对私法主体显然不公，相对豁免由此产生。相对豁免，也称“限制豁免”，其认为，并非所有国家行为都可享有豁免，国家的商业行为不享有豁免，只有非商业行为才享有豁免。

深度解析 如何理解绝对豁免主义和相对豁免主义？

绝对豁免主义认为，国家的一切行为都享有豁免。19 世纪以前，国家很少进行商业活动，因此，所有的国家行为都享有豁免。20 世纪以来，国家大量地参与国际贸易、金融、投资等商业活动，其交易对象包括众多外国自然人和法人。如国家一切行为都享有豁免，将使得外国个人和法人在与国家进行交易中处于不利地位，有悖于商事主体平等原则。在该情况下，相对豁免主义逐渐得以发展。相对豁免主义，也称限制豁免主义，该理论主张将国家行为分为商业行为（管理权行为、私法行为）和非商业行为（统治权行为、公法行为），认为国家的商业行为不应享有豁免，只有非商业行为才享有豁免。

目前，限制豁免的基本观点已逐渐得到越来越多国家和学者的接受。实践中，一些国家的国内立法及某些区域性条约，也不同程度地采纳了限制豁免原则。联合国大会于 2004 年通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》也采取了限制豁免主义立场。但该公约目前还没有生效，传统的绝对豁免主义原则仍被认为是一项有效的国际习惯法规则。

二、国际法上的承认

国际法上的承认，指既存国家或国际组织对新国家、新政府或其他事态的出现，以一定方式表示接受，同时表明愿意与其发展正常关系的单方面行为。

（一）承认的特征

1. 承认的主体既可以是国家，也可以是政府间国际组织；承认的对象主要是新国家或新政府。

2. 承认是承认者的单方行为，不改变被承认者的性质。

例 2：2008 年 2 月，塞尔维亚科索沃地区宣布独立，美国、英国、法国、德国、意大利等国宣布承认科索沃为一个主权独立国家，而俄罗斯、摩尔多瓦和另一些欧盟成员国不承认科索沃独立。科索沃已获得不少国家的承认，能否据此认为科索沃已构成国际法意义上的国家？

不能。作为被承认者，科索沃的性质能否改变——由一国地方行政区域变为一独立国家，并不是看它是否得到其他国家的承认，而要从国家的构成要素去判断，即看是否具备了居民、领土、政府和主权四项要素。

3. 承认是一种政治法律行为。承认是承认者的自主行为，不是一项法律义务，是否承认、对谁承认主要出于国家自身的政治考虑，如科索沃宣布独立后，美国立刻对其承认，而作为塞尔维亚盟友的俄罗斯一直不予承认；同时，承认一经作出，即产生一定的法律后果，从这个意义上，它又是一种法律行为。

需要全本请访问 www.ertongbook.com