华旭教育
HUA XU JIAO YU

2015年

国家司法考试
华旭名师课堂
知识篇

国际法·国际私法·国际经济法

杨帆 著

中国政法大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2015年

国家司法考试
华旭名师课堂

知识篇

国际法·国际私法·国际经济法

杨帆 著

中国政法大学出版社
2015·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

2015 年国家司法考试华旭名师课堂. 知识篇. 国际法·国际私法·国际经济法/杨帆著.—北京:中国政法大学出版社, 2015.1
ISBN 978-7-5620-5838-0

Ⅰ.①2… Ⅱ.①杨… Ⅲ.①国际法－法律工作者－资格考试－自学参考资料②国际私法－法律工作者－资格考试－自学参考资料③国际经济法－法律工作者－资格考试－自学参考资料 Ⅳ.①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 312420 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　北京华正印刷有限公司
开　　本　787mm×1092mm　1/16
印　　张　16.5
字　　数　380 千字
版　　次　2015 年 1 月第 1 版
印　　次　2015 年 1 月第 1 次印刷
定　　价　36.00 元

序　言

本书专门为备考司法考试的“三国法”而撰写。“三国法”（国际法·国际私法·国际经济法）在司法考试中分值并不高，但覆盖的考点多而散，所调整的法律关系距离我们日常的生活和工作较远，考生复习时往往不得要领。本书的主要目的是帮助考生以最高的效率抓住考点、理解难点、把握重点，达成事半功倍的复习效果。

一、复习资料的“三合一”

本书囊括了复习司考必备的三项资料：（1）基础教材；（2）重点法条；（3）关联真题。为了节省篇幅，避免在同一系列图书中资料的重复，在本书【关联真题】部分，不再重述题干以及解析，只是写明对应《华旭名师课堂·真题篇》的真题所在章节和年份题号，因此考生最好能结合《华旭名师课堂·知识篇》和《华旭名师课堂·真题篇》进行复习。此外，【关联真题】对该知识点所涉及历年真题题号的列举，还可以让考生了解该知识点的考查频率，有效地把握重点。

推荐的复习方法是看完《华旭名师课堂·知识篇》的一章，就接着做《华旭名师课堂·真题篇》的该章真题，趁热打铁，将知识迅速有效地转化为答题能力。

二、知识讲解的“深入浅出”

无论是国际法、国际私法还是国际经济法，相关知识点都比较晦涩难懂，考生理解和记忆有一定的困难。为了跨越这些障碍，本书力求尽量直白地讲解各个知识点，对某些难点还配有详细的例解、图示，容易错误或混淆的知识点特别以【注意】加以提示。为了方便考生的记忆，每章最后还对该章知识点进行了【重点整理】。

推荐的复习方法是第一遍复习时细读《知识篇》正文，并结合《真题篇》理解和运用知识点；第二遍复习时记忆每章的【重点整理】，再接着做《华旭名师课堂·模拟篇》的各章模拟题，这样既能检验记忆是否准确，又能进一步提高答题应试的能力。

三、重点法条的“关联并入”

和国内法相比，国际法的法条比较散，而且阅读、理解难度相当大，为了帮助考生减负，本书在相应章节并入了关联性的法律、法规和司法解释，并以下划线的形式标明重点。为表述方便，文中法律、法规和司法解释，除非第一次出现，一般均采用简称。法条条款的序号均采用阿拉伯数字形式。

复习备考是一场持久的攻坚战，我能做到的只是想考生之所想，尽自己之所能。希望我精心凝练的这一套复习资料能像助航的风帆，帮助更多的考生顺利驶出三国法的茫茫大海，登上成功的彼岸。

杨　帆

2014年12月15日

於京西世纪城寓所

知识体系

- 国际法
  - 国际法的渊源和效力
    - 法律渊源
      - 国际条约
      - 国际习惯
      - 一般法律原则
    - 法律效力：国际法的强制力，条约在中国的适用实践
    - 国际法的基本原则：特点和内容
  - 国际法律责任
    - 国际法主体
      - 国家：国家主权豁免、继承和承认制度
      - 政府间国际组织：联合国体系
      - 其他特定的政治实体
    - 国际法律责任
      - 传统国际责任的构成
      - 国际责任的新发展
  - 国际法上的空间
    - 领土和领土主权
      - 领土的构成和各部分制度
      - 领土主权的取得和领土主权的限制
    - 海洋法
      - 海洋水域的构成和各部分法律制度
      - 海洋下覆底土的构成和各部分法律制度
      - 群岛水域和国际海峡
    - 外空法律制度：登记制度、营救制度和责任制度
    - 国际环保法
  - 国际法上的个人
    - 国籍制度：国籍的取得和丧失、国籍冲突的解决
    - 外国人的法律地位
      - 出入境制度
      - 外交保护、引渡和庇护
    - 国际人权法
  - 外交关系和领事关系法
    - 外交关系法
      - 外交机关
      - 使馆
        - 使馆人员的派遣和任职
        - 使馆和外交人员的特权与豁免
        - 外交人员的义务
    - 领事关系法
      - 领馆人员的派遣和任职
      - 领馆和领事官员的特权与豁免
  - 条约法
    - 条约的构成要件
    - 条约的缔结：一般程序、条约保留、条约登记
    - 条约的适用：条约效力、条约冲突、条约解释、条约修正、条约终止
  - 和平解决国际争端
    - 国际争端的强制解决方式
    - 国际争端的政治性解决方式
    - 国际争端的法律解决方式
      - 国际仲裁
      - 国际法院和国际海洋法法庭
  - 战争法
    - 战争的开始和结束、战时中立
    - 作战规则
      - 对作战方法和手段的限制
      - 保护战时平民和战争受难者
    - 惩罚战争罪犯：国际刑事法院

需要全本请访问 www.ertongbook.com

- 国际私法
  - 导论
    - 调整对象：国际（涉外）民商事法律关系
    - 主体：主要是法人和自然人（经常居所地的认定）
    - 法律渊源和调整方式：冲突法调整和国际统一实体法调整
  - 国内冲突法
    - 冲突规范（概念和种类）和准据法（特点、区际法律冲突下准据法的确定）
    - 基本制度：定性、反致、外国法查明、公共秩序保留、法律规避和直接适用的法
    - 具体内容
      - 民事主体（自然人和法人）的法律适用
      - 时效、代理和信托
      - 物权：基本原则和例外规定
      - 债权：合同之债、侵权之债、无因管理和不当得利
      - 商事关系：票据、海事和民用航空法律关系
      - 知识产权：归属和内容、合同、侵权
      - 家庭关系：结婚、离婚、夫妻关系、父母子女关系、收养、监护、扶养
      - 继承关系：法定继承、遗嘱、遗产管理、绝产继承
  - 国际民商事争议解决
    - 国际商事仲裁：涉外仲裁协议的效力、外国仲裁裁决的承认与执行
    - 涉外民事诉讼
      - 外国人的民事诉讼地位
      - 涉外民商事纠纷的管辖权
      - 司法协助：文书送达、调取证据、外国判决的承认与执行
  - 区际司法协助：文书送达、调取证据、法院判决的认可与执行、仲裁裁决的认可与执行（重点掌握涉港、澳、台的异同）

- 国际经济法
  - 导论：国际经济法的调整范围和法律渊源
  - 国际货物贸易法
    - 国际货物买卖法
      - 惯例：国际贸易术语
      - 公约
        - 适用范围
        - 主要内容
          - 合同成立：要约承诺制度
          - 买卖双方权利义务
          - 违约救济
          - 风险转移
    - 国际海上货物运输法
      - 提单和无正本提单交付货物法律责任
      - 承运人对货损的责任（三个海运公约）
    - 国际货物运输保险法
      - 险别：承保范围
      - 除外责任和责任期间
    - 国际贸易支付方式
      - 托收：银行的责任和免责、法律关系、种类
      - 信用证：银行的责任和免责、欺诈例外原则、种类
  - 外贸管制和WTO制度
    - 外贸管制
      - 关税制度：减让
      - 非关税制度
        - 对外贸易法
        - 贸易救济措施：两反一保措施
    - WTO法律制度
      - WTO的成员、法律框架和机构设置
      - 中国与WTO：中国重要的入世承诺
      - 国民待遇原则和最惠国待遇原则（特点、例外）
      - 重要协议：《投资措施协议》和《服务贸易总协定》
      - 争端解决机制：争端类型、争端解决基本程序
  - 其他法律制度
    - 知识产权国际保护
      - 《巴黎公约》的基本原则
      - 《伯尔尼公约》的基本原则
      - TRIPs协议的特点和主要内容
    - 国际投资法
      - 海外投资保证和多边投资担保（险别、特点）
      - 解决国家和他国国民间投资争端中心（管辖权）
    - 国际金融法
      - 国际贷款：协议条款、种类
      - 国际融资担保方式：特点
    - 国际税法
      - 居民税收管辖权和来源地税收管辖权
      - 国际重复征税和国际重叠征税
      - 国际逃税和国际避税

目 录

国际法

第一章 国际法的渊源和效力 …… 1
第一节 国际法的渊源 …… 1
第二节 国际法的效力 …… 2
第三节 国际法基本原则 …… 3
第二章 国际法律责任 …… 6
第一节 国际法的主体 …… 6
第二节 国际法律责任 …… 12
第三章 国际法上的空间划分 …… 19
第一节 领 土 …… 19
第二节 海洋法 …… 23
第三节 国际法上的特殊空间 …… 31
第四节 国际环保法 …… 33
第四章 国际法上的个人 …… 38
第一节 国籍制度 …… 38
第二节 外国人的法律地位 …… 40
第三节 国际人权法 …… 46
第五章 外交关系法和领事关系法 …… 51
第一节 外交关系法 …… 51
第二节 领事关系法 …… 56
第六章 条约法 …… 61
第一节 条约法概述 …… 61
第二节 条约的缔结 …… 63
第三节 条约的适用 …… 66
第七章 国际争端的解决方式 …… 72
第一节 国际争端的强制性和政治性解决方法 …… 72
第二节 国际争端的法律解决方法 …… 73
第八章 战争和武装冲突法 …… 77
第一节 概 述 …… 77
第二节 作战规则 …… 80
第三节 战争犯罪 …… 81

国际私法

第一章 国际私法导论 …… 84
第一节 国际私法的调整对象和法律渊源 …… 84
第二节 国际私法的主体 …… 85
第二章 法律冲突、冲突规范和准据法 …… 87
第一节 冲突规范 …… 87
第二节 准据法 …… 89
第三章 适用冲突规范的制度 …… 91
第一节 定 性 …… 91
第二节 反 致 …… 92
第三节 外国法的查明 …… 93
第四节 公共秩序保留 …… 94
第五节 法律规避和直接适用的法 …… 95
第四章 国际民商事法律适用 …… 99
第一节 民商事法律适用的原则性规定 …… 99
第二节 民事主体的法律适用 …… 101
第三节 时效、代理、信托的法律适用 …… 102
第四节 物权关系的法律适用 …… 103
第五节 债权的法律适用 …… 105
第六节 知识产权的法律适用 …… 110
第七节 商事关系的法律适用 …… 110
第八节 家庭关系的法律适用 …… 112
第九节 继承的法律适用 …… 116
第五章 国际民商事争议的解决 …… 121
第一节 国际商事仲裁 …… 121
第二节 国际民事诉讼 …… 126
第六章 区际司法协助 …… 141
第一节 区际文书送达 …… 141
第二节 区际调查取证 …… 148
第三节 法院判决的认可与执行 …… 149
第四节 仲裁裁决的认可与执行 …… 156

国际经济法

第一章 国际经济法导论 …… 164
第二章 国际货物买卖法律制度 …… 166
第一节 《国际贸易术语解释通则》 …… 166
第二节 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》 …… 168

第三章 国际海上货物运输与保险法律制度 …… 183
第一节 国际海上货物运输法律制度 …… 183
第二节 国际海上货物运输保险法律制度 …… 189
第四章 国际贸易支付法律制度 …… 196
第一节 汇付和托收 …… 196
第二节 银行信用证 …… 198
第五章 我国对外贸易管理法律制度 …… 204
第一节 《对外贸易法》 …… 204
第二节 我国的贸易救济措施 …… 206
第六章 WTO 法律制度 …… 217
第一节 WTO 概述 …… 217
第二节 WTO 的基本原则 …… 220
第三节 WTO 的重要协议 …… 221
第四节 WTO 的争端解决机制 …… 222
第七章 国际经济法其他领域的法律制度 …… 226
第一节 国际知识产权法律制度 …… 226
第二节 国际投资法律制度 …… 230
第三节 国际金融法律制度 …… 233
第四节 国际税法 …… 236

国际法

第一章　国际法的渊源和效力

特别提示：

1. 本章体系

国际法渊源：国际条约；国际习惯；一般法律原则 ←从国际判例、学者学说、决议中抽象出来

国际条约在我国的适用

国际法的基本原则：特点和内容

2. 重要考点：①国际法的渊源；②条约在我国的适用实践；③国际法基本原则

3. 复习策略：将本章和条约法一章知识点合并掌握；国际条约在我国的适用实践要注意相关法律规定的变化。

第一节　国际法的渊源

国际法的渊源是指国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的方式。国际法的渊源包括国际条约、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，主要包括司法判例、各国国际法权威学者的学说和国际组织的决议。

【关联真题：《华旭名师课堂真题篇·国际法》第一章·2008/四川延考/1/31；2007/1/77】

一、国际条约

国际条约是指“依国际法所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关文书内，亦不论其特定名称为何”，国际条约一旦生效，对缔约国具有拘束力。国际条约是现代国际法最主要的法律渊源，是当代国际法规则的主要表现形式。

二、国际习惯

1. 国际习惯的构成要件。

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

需要全本请访问 www.ertongbook.com

某种行为的实践；二是心理要素或主观要素，它要求上述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。例如，“先占”是取得无主地领土主权的合法方式就属于国际习惯。其最初来源于一些早期具备航海能力国家对新大陆的发现，引发了若干国家发现并占领无主地的热潮，当这些国家相互尊重对方因这种占领而取得的领土权利时，“先占”就形成为一项国际习惯。

2. 国际习惯存在的证明。

由于无论是构成习惯的物质要素还是心理要素，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：①国家间的各种文书和外交实践；②国际组织和机构的各种文件，包括决议、判决等；③国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

【总结】 国际条约 vs. 国际习惯

国际条约和国际习惯都是国际法的重要渊源，但二者的效力存在差异：国际条约原则上只约束缔约国，而国际习惯一旦形成，对国际法主体都具有约束力。

三、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。

第二节 国际法的效力

一、国际法的强制力

国际法是在国家间交往中形成的，调整国际法主体之间权利和义务关系的，以国际习惯和国际条约为其表现形式的，具有法律拘束力的原则和规范的总称。相对于国内法，国际法的最大特点是强制力的依据和方式特殊。国际法主要是国家之间的法律，而不是国家之上的法律，也不是国家之内的法律，因此，国际法的强制力是依靠国家本身的单独或集体行动来实现的。

二、国际法效力的体现

（一）国际法与国内法的关系

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定，除非该国已承担了相关的特殊义务。

（二）国际条约在我国国内的适用实践

【关联真题：《华旭名师课堂真题篇·国际法》第一章·2007/1/32】

对于国际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、条约须经国内立法转化才能适用、条约与

相关国内法并行适用这几种情况都存在。

1. 在民商事范围内，中国缔结或参加的条约可以直接并优先适用，但知识产权条约除外。

【重点法条】

《民法通则》第142条第2款规定："中华人民共和国缔结或者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条款除外。"

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第4条规定："涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第142条第2款以及《中华人民共和国票据法》第95条第1款、《中华人民共和国海商法》第268条第1款、《中华人民共和国民用航空法》第184条第1款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。"

《民法通则》第142条的规定使得民商事条约在我国原则上具有直接适用、优先适用的效力。但《〈法律适用法〉司法解释（一）》排除了知识产权条约在我国的直接适用，明确知识产权条约需要经转化才能在国内司法实践中适用。

2. WTO协议规则在中国必须经国内法"转化"方能适用。

【重点法条】

《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》第6条规定："人民法院依照行政诉讼法及其他有关反倾销的法律、行政法规，参照国务院部门规章，对被诉反倾销行政行为的事实问题和法律问题，进行合法性审查。"

《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》第6条规定："人民法院依照行政诉讼法及其他有关反补贴的法律、行政法规，参照国务院部门规章，对被诉反补贴行政行为的事实问题和法律问题，进行合法性审查。"

上述两个司法解释明确了WTO协议在中国是经"转化"实施的。

3. 其他类型的条约在中国的地位和适用问题尚无定论，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恰当的结论。

【总结】条约在中国适用实践

- 民商事领域的条约（知识产权条约除外）：直接适用并优先适用
- WTO协议和知识产权条约：经国内法转化适用
- 其他条约：尚无定论

第三节　国际法基本原则

【关联真题：《华旭名师课堂真题篇·国际法》第一章·2013/1/75；2007/1/30】

一、国际法基本原则的概念和特征

国际法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国际法原则。国际法基本原则在性质上属于一般法律原则，构成国际法的渊源。

国际法基本原则具有如下特征：

（1）各国公认，即得到国际社会普遍接受；

（2）具有普遍意义，即其适用范围是国际法律关系的所有领域；

（3）构成国际法基础；

（4）具有强行法的性质。

二、国际法基本原则的主要内容

（一）国家主权平等原则

主权作为国家的固有权利，表现为三个方面：对内的最高权、对外的独立权和自卫权。领土完整是构成国家主权的重要部分，是鉴别国家是否真正享有独立和主权的重要标准。国家之间相互尊重领土完整是尊重国家主权的最主要内容。

（二）不干涉内政原则

内政就实质而言是国家在其管辖的领土上行使最高权力的表现。依此原则，任何国家或国家集团都无权以任何理由直接或间接地对别国进行干涉，不得以任何借口干涉他国的内政与外交事务，不得以任何手段强迫他国接受别国的意志、社会政治制度和意识形态。

【注意】“内政”不是一个单纯的地域上的概念，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经确立的国际法原则和规则。例如一国在本国境内扣留外国外交代表作人质就不属内政的范围。再如某国在国内实施种族隔离，也不是内政，因为这是被整个国际社会所禁止的犯罪行为。

（三）不得使用威胁或武力原则

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》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。该定义还规定，侵略战争是破坏国际和平的罪行，侵略行为首先导致国家责任。同时，侵略行为的责任人还须承担个人刑事责任。

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。

（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，禁止将武力或武力威胁的方式付诸任何争端的解决过程。

【注意】和平方式并不等于非武力方式。例如一国针对他国侵略行为的自卫行动以及联合国集体安全制度下的武力使用虽然都采用了武力，但仍然属于和平解决争端的方式。

（五）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。

【注意】民族自决原则适用于所有民族，但民族自决原则中独立权的范围，只严格适用于殖民统治下民族的独立。对于一国国内的民族分离活动，民族自决原则没有为其提供任何国际法依据。但要遵守国家主权平等原则

（六）善意履行国际义务原则

善意履行国际义务表现为要求国家尊重和遵守国际法的规则，即所谓“约定必守”。由于国际社会的特殊性，自觉善意履行国际法义务尤为重要。

重点整理

一、国际法的渊源

1. 国际法的渊源包括国际条约、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来源，主要包括司法判例、各国国际法权威学者的学说和国际组织的决议。

2. 国际条约 vs. 国际习惯

（1）国际条约：最主要的渊源，原则上只约束缔约国。

（2）国际习惯：最古老的渊源，一旦形成，约束所有的国际法主体。

二、国际条约在中国的适用

1. 民商事领域的条约（知识产权条约除外）：直接适用并优先适用。

2. WTO 协议和知识产权条约：经国内法转化适用。

3. 其他条约：尚无统一规定。

三、国际法基本原则

1. 性质：具有强行法性质。

2. 内容：国家主权平等原则、不干涉内政原则、不使用武力和武力威胁原则、和平解决国际争端原则、民族自决原则、善意履行国际义务原则。

3. 注意：

（1）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经确立的国际法原则和规则。

（2）民族自决原则中独立权的范围，只严格适用于殖民统治下民族的独立。对于一国国内的民族分离活动，民族自决原则没有为其提供任何国际法依据。

第二章 国际法律责任

特别提示。

1. 本章体系

- 国际法主体
  - 国家：国家主权豁免、继承和承认制度
  - 政府间国际组织：联合国体系
- 国际法律责任
  - 传统国际责任的构成：行为归因于国家；违背国际义务
  - 国际赔偿责任制度

2. 重要考点：①国家主权豁免制度；②国际法上的承认和继承；③联合国安理会；④行为归因于国家；⑤国际责任制度的新发展。

第一节 国际法的主体

国际法主体是指具有享有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。主权国家、政府间国际组织和某些特定的民族解放组织等是目前公认的国际法主体。

一、国家

（一）国家的构成要素和基本权利

【关联真题：《华旭名师课堂真题篇·国际法》第二章·2011/1/33】

在国际法中，国家的构成必须具备四个要素：定居的居民；确定的领土；政府；主权。其中，主权是国家区别于其他实体的根本标志，表现为对内的最高权和对外的独立权。

独立权、平等权、自保权和管辖权是主权国家的基本权利。在国际法中，一般将国家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四种类型。

（二）国家主权豁免

【关联真题：《华旭名师课堂真题篇·国际法》第二章·2014/1/75；2010/1/30；2008/1/32】

1. 国家主权豁免的含义和表现。

国家主权豁免指非经一国同意，国家的行为及其财产不受或免受他国法院管辖。国家主权豁免是主权国家独立权和平等权的体现。

2. 国家主权豁免的放弃。

国家可以自愿地就其某种特定的行为或不行为接受外国法院的管辖，即对其某个方面或某种行为，放弃在外国法院的管辖豁免。但是这种放弃必须是自愿、特定和明确的。

国家主权豁免放弃包括明示放弃和默示放弃两种：①明示放弃是指国家或其授权的代表通过条约、合同、其他正式文件或声明，事先或事后以明白的语言文字表达就某种行为或事项上豁免的放弃。②默示放弃是指国家通过在外国法院的与特定诉讼直接有关的积极的行为，表示其放弃豁免而接受法院管辖，包括国家作为原告在外国法院提起诉讼、正式出庭应诉、提起反诉或作为利害关系人介入特定诉讼等。

【注意】国家对于管辖豁免的放弃，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。

3. 限制豁免理论。

以上所说是传统上的绝对豁免主义。主权豁免内容变化的标志是限制豁免主义理论（又称相对豁免主义）在19世纪末的出现。该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。

目前，限制豁免的观点已经逐渐得到越来越多的国家和学者的认同。实践中，一些国家的国内立法以及某些区域性的条约，也不同程度地采纳了限制豁免的原则。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》也纳入了限制豁免主义的立场。

4. 2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

（1）公约纳入了限制豁免理论。明确一国在因下列事项而引发的诉讼中，除非另有协议，不得向另一国原应管辖的法院援引管辖豁免：①商业交易；②雇佣合同；③人身伤害和财产损害；④财产的所有、占有和使用；⑤知识产权和工业产权；⑥参加公司或其他集体机构；⑦国家拥有和经营的船舶。

（2）明确国家主权豁免的放弃方式包括明示和默示。如果一国本身就该事项或案件在他国法院提起诉讼、介入诉讼或提起反诉，则亦不得在另一国法院中援引管辖豁免，此即国家豁免的默示放弃形式。

（3）明确国家在其国家财产的执行豁免方面具有更多的“绝对性”，一国放弃管辖豁免不得视同为默示放弃执行豁免。

【注意】因为2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》目前还没有生效，因此传统的主权绝对豁免原则仍然被认为是一项有效的国际习惯法规则。绝对豁免和限制豁免的主要区别是在管辖豁免上，但两种制度都坚持国家享有绝对的执行豁免。

【总结】国家主权豁免的现状和理论图示：

现状：**国家主权绝对豁免**

↓

国家的行为不受他国国内法院管辖　　明示和默示（国家的诉行为）

↓

例外：国家放弃管辖豁免（自愿、特定、明确），他国法院可以管辖国家的行为

↓

除非国家另行放弃执行豁免权，否则国家的财产不得被查封、冻结、扣押等

理论：**国家主权限制豁免**（《联合国国家及其财产管辖豁免公约》采用）

↓

将国家行为分为管理（统治）行为和商业行为

↙　　↘

享有管辖豁免权，但可以放弃豁免　　没有管辖豁免权

↘　　↙

除非国家放弃执行豁免权，否则国家的财产不得被查封、冻结、扣押等

【提示】国家主权绝对豁免 vs. 国家主权限制豁免

需要全本请访问 www.ertongbook.com