

陆寰——三国法笔记攻略

陆寰 著 上律指南针出品

2017年国家司法考试

陆寰——三国法笔记攻略

陆寰 著
上律指南针出品

图书在版编目 (CIP) 数据

2017 年国家司法考试三国法笔记攻略 / 陆寰著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5093-8562-3

I. ①2… II. ①陆… 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 104693 号

策划编辑: 李连宇 胡 斌

责任编辑: 唐 鹄

封面设计: 海阔天空

2017 年国家司法考试三国法笔记攻略

2017NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI SANGUOFA BIJI GONGLÜE

著者 / 陆寰

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787 毫米×1092 毫米 16

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 9.5 字数 / 196 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8562-3

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66066820

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

目 录

国际公法

专题一	国际法的基本问题	/ 2
	一、国际法的概念和特征	/ 2
	二、国际法的渊源	/ 2
	三、国际法基本原则	/ 6
	四、国际法和国内法的关系	/ 7
专题二	国际法主体与国际法律责任	/ 8
	一、国际法主体	/ 8
	二、国际法律责任	/ 14
专题三	国际法上的空间划分	/ 15
	一、领土	/ 15
	二、海洋法	/ 17
	三、两极地区	/ 22
	四、国际航空法和外层空间法	/ 22
	五、国际环境法	/ 24
专题四	国际法上的个人	/ 26
	一、国籍	/ 26
	二、外国人的法律地位	/ 27
	三、引渡和庇护	/ 28
	四、我国关于外国人出入境管理的规定	/ 30
	五、国际人权保护	/ 32
专题五	外交关系和领事关系法	/ 33
	一、外交关系法	/ 33
	二、领事关系法	/ 36
	三、外交关系和领事关系的联系和区别	/ 38
专题六	国际争端的和平解决	/ 40
	一、国际争端的特点和类型	/ 40



二、解决国际争端的主要方式	/ 40
三、国际法院和国际海洋法法庭	/ 41
专题七 战争与武装冲突法	/ 43
一、战争和武装冲突法概述	/ 43
二、作战手段的限制和对平民及战时受难者的保护	/ 45
三、战争犯罪	/ 46

国际私法

专题一 导 论	/ 48
一、国际私法的基本问题	/ 48
二、国际私法的主体	/ 49
专题二 法律冲突、冲突规范和准据法	/ 50
一、法律冲突	/ 50
二、冲突规范	/ 50
三、准据法	/ 51
专题三 适用冲突规范的制度	/ 52
一、定性	/ 52
二、反致	/ 53
三、外国法查明	/ 53
四、公共秩序保留与直接适用的法	/ 54
五、法律规避	/ 54
六、先决问题	/ 55
专题四 国际民商事法律关系的法律适用	/ 56
一、法律适用的一般原则	/ 56
二、权利能力和行为能力的法律适用	/ 58
三、物权的法律适用	/ 58
四、债权的法律适用	/ 59
五、婚姻家庭关系的法律适用	/ 60
六、涉外继承的法律适用	/ 61
七、知识产权的法律适用	/ 62
八、商事关系的法律适用	/ 62
九、《跨国收养方面保护儿童及合作公约》	/ 63
专题五 国际民商事争议的解决	/ 67
一、国际商事仲裁	/ 67
二、国际民事诉讼	/ 71

专题六	区际司法协助	/ 78
	一、区际文书送达	/ 78
	二、涉港相互取证	/ 79
	三、区际法院判决的承认与执行	/ 82
	四、区际仲裁裁决的承认与执行	/ 85

国际经济法

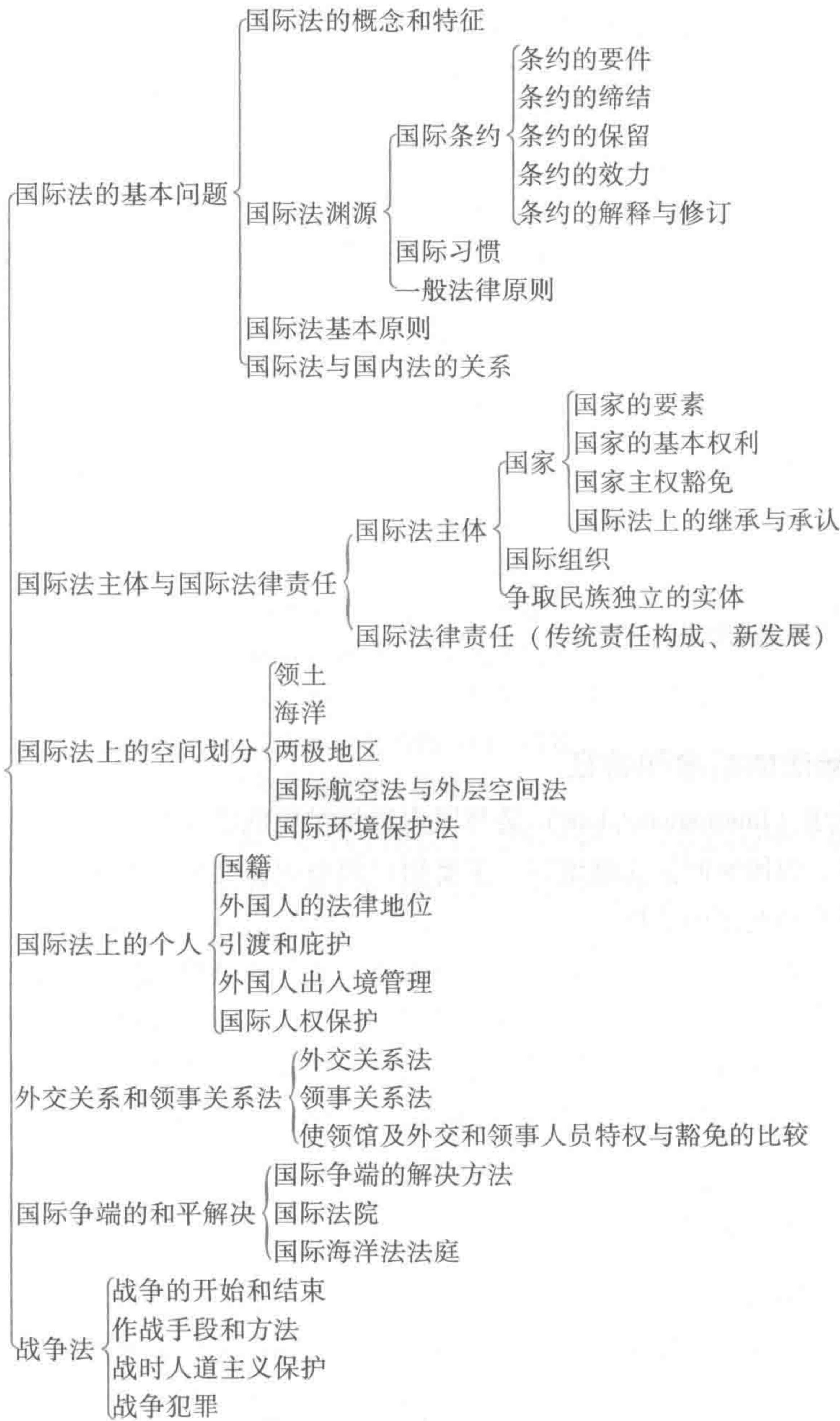
专题一	导 论	/ 89
	一、国际经济法的概念和调整范围	/ 89
	二、国际经济法的主体	/ 89
	三、国际经济法的渊源	/ 89
	四、国际经济法的基本原则	/ 89
	五、国际经济法的新发展	/ 89
专题二	国际货物买卖	/ 91
	一、国际贸易术语解释通则	/ 91
	二、《联合国国际货物销售合同公约》	/ 94
专题三	国际货物运输与保险	/ 100
	一、国际货物运输	/ 100
	二、国际货物运输保险	/ 105
专题四	国际货物贸易支付	/ 108
	一、托收	/ 108
	二、信用证	/ 109
专题五	对外贸易管理制度	/ 112
	一、中国对外贸易法	/ 112
	二、反倾销条例	/ 113
	三、反补贴条例	/ 115
	四、保障措施条例	/ 118
	五、贸易救济措施的国内司法审查和多边审查	/ 121
专题六	世界贸易组织	/ 122
	一、世界贸易组织的法律框架	/ 122
	二、世界贸易组织的决策程序	/ 122
	三、中国入世承担的特殊义务	/ 123
	四、与贸易有关的投资措施协议 (TRIMs 协议)	/ 123
	五、世界贸易组织的基本原则	/ 123
	六、服务贸易总协定	/ 124
	七、争端解决机制	/ 125



专题七	国际经济法其他领域的法律制度	/ 126
一、	知识产权的国际保护	/ 126
二、	国际投资法	/ 130
三、	国际融资法	/ 131
四、	国际税法	/ 139

国际公法

国际法知识结构导图





专题一 国际法的基本问题



一、国际法的概念和特征

国际法（International Law）是与国内法相对应的法律体系，它是国家间交往形成的，以国家间协议制定的，主要用以调整国家之间关系的，有拘束力的原则、规则和制度的总称。

国际法和国内法在立法方式、法律关系的主体和调整对象、强制力的依据和方式以及发达程度方面均有不同。但国际法作为法律具有规范性、普遍性和强制性等法律规范的特征，得到了所有国家的承认；并且国际法规则也得到了绝大多数国家的自觉遵守。因此，国际法的法律性毋庸置疑。

二、国际法的渊源

（一）渊源构成

国际法渊源指国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的形式。现行的国际法渊源主要由《国际法院规约》第38条规定。

国际法的 渊源构成 (《国际法 院规约》第 38条)	国际条约：原则上只约束缔约国	
	国际习惯：约束所有的国际法主体 [惯常做法/惯例+法律确信]	
	一般法 律原则	司法判例、各国最高公法学家的学说和国际组织的决议是确定一般法律原则的辅助资料
		[注意] 上述判例、学说和决议都不是渊源，仅仅是确定一般法律原则的辅助资料

(二) 国际条约法

1. 国际条约法的一般原理

国际条约 法的一般 原理	条约的要件	缔约能力和缔约权 (缔约权由国家内部规则赋予)
		自由同意，排除错误、欺诈、贿赂和强迫
		符合国际强行法
	条约的缔结	一般经过约文的议定、约文的认证和同意接受条约约束的表示三个步骤
	条约的登记	任何成员国缔结的已生效条约应尽快在联合国秘书处登记，并由秘书处公布；未经登记的条约不得在联合国机关援引，但其本身的法律效力不受影响

2. 我国《缔结条约程序法》的主要规定

缔结条约 程序法	条约的 批准	条约或重要协定的批准由全国人大常委会决定： (1) 友好合作条约、和平条约等政治性条约 (2) 有关领土和划定边界的条约、协定 (3) 有关司法协助、引渡的条约、协定 (4) 同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定 (5) 缔约各方议定须经批准的条约、协定 (6) 其他须经批准的条约、协定
	条约的加 入和接受	条约的加入：加入多边条约和协定，分别由全国人大常委会或国务院决定
		条约的接受：接受多边条约和协定，由国务院决定
	全权证 书和授 权证书	全权证书：由国务院总理签署，也可以由外交部长签署。不须出具的人员包括： (1) 国务院总理、外交部长 (无条件不出具) (2) 谈判、签署与驻在国缔结条约、协定的中华人民共和国驻该国使馆馆长，但是各方另有约定的除外 (3) 谈判、签署以本部门名义缔结协定的中华人民共和国政府部门首长，但是各方另有约定的除外 (4) 中华人民共和国派往国际会议或者派驻国际组织，并在该会议或者该组织内参加条约、协定谈判的代表，但是该会议另有约定或者该组织章程另有规定的除外
		授权证书：只在以政府部门名义缔约时使用，由部门首长签署



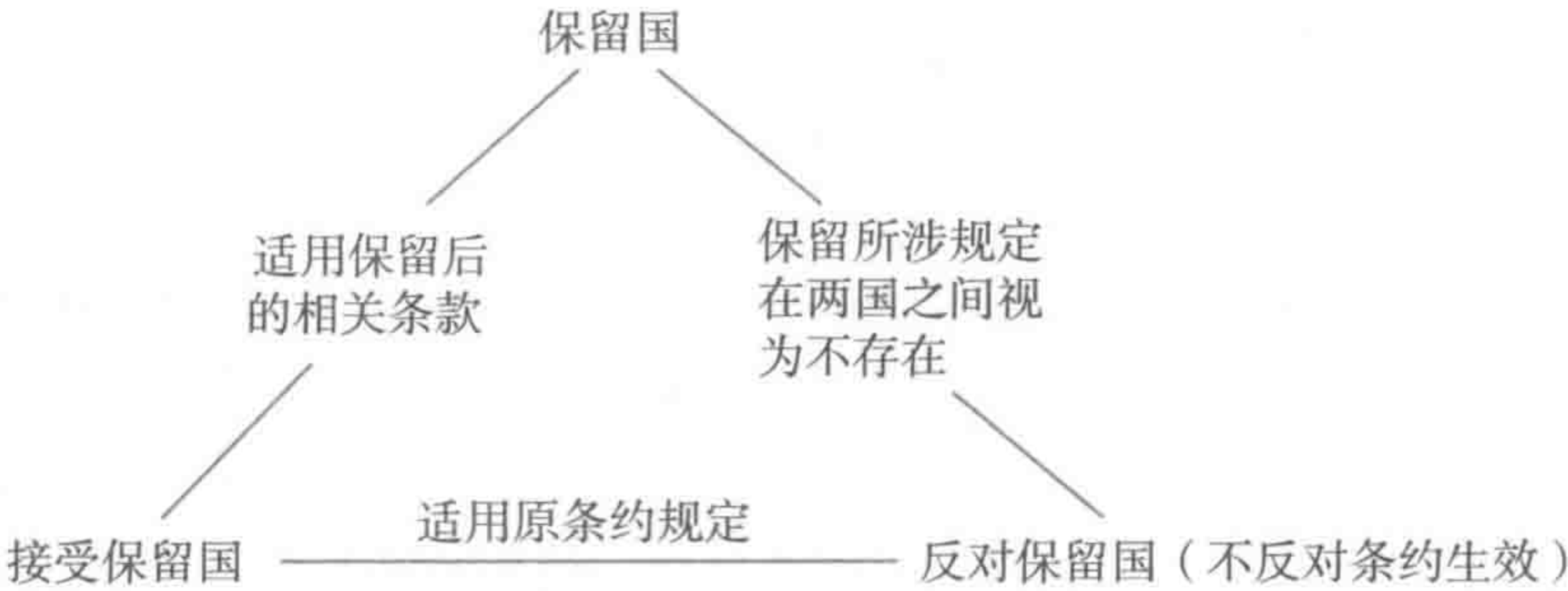
续表

缔结条约程序法	条约的 登记	向联合国登记：外交部按联合国宪章的规定进行
		向其他国际组织登记：外交部或国务院有关部门按各个国际组织的章程办理

3. 条约的保留

一国在签署、批准、接受、赞同或加入条约时作出的，排除或改变条约中部分条款对其适用效力的单方声明（仅针对多边条约）。

不得提出保留的情形	(1) 条约规定禁止保留 (2) 条约准许特定的保留，但有关保留不在条约准许的保留范围内 (3) 保留与条约的目的和宗旨不符
保留的接受	(1) 条约明文准许保留，无需其他缔约国接受 (2) 若谈判国有限数目以及条约的目的和宗旨表明该保留须经全体当事国同意，则必须经全体当事国接受 (3) 如条约是国际组织的约章，则一般须经该组织的有权机关接受 (4) 不属于上述情况，缔约国自主决定是否接受
保留的效果	(1) 在保留国与接受保留国之间：适用保留后的规定 (2) 在保留国与反对保留国之间：保留所涉规定不予适用 (3) 在未提出保留的国家之间：适用原来条约的规定



4. 条约的效力

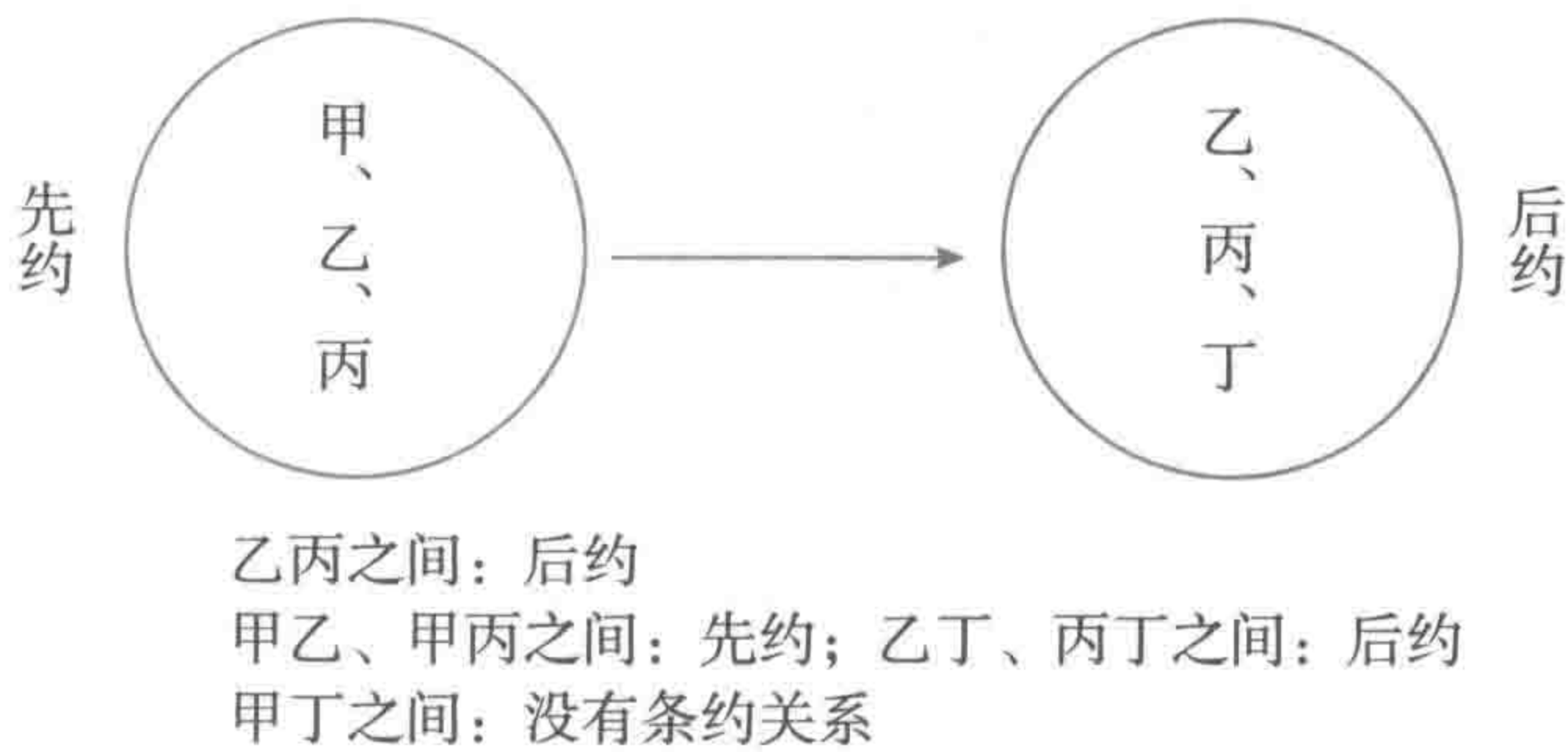
条约的效力是一个较为宽泛的范畴，包括条约的生效、条约对第三国的效力、条约的冲突和条约的终止及暂停实施。

(1) 条约对第三国的效力

条约对第三国的效力分为对第三国创设权利、创设义务和第三国权利、义务的取消和变更三种情况。创设权利时第三国不反对即推定接受，不需要书面接受。创设义务时须以书面形式明示接受。取消和变更创设的权利、义务时原则上需要第三国的同意。

(2) 条约的冲突

概念	一国就同一事项先后参加的两个或几个条约的规定相互矛盾，从而引起哪个条约应当优先适用的问题
解决规则	①先后就同一事项签订的两个条约的当事国完全相同：一般适用后约，先约失效 ②先后就同一事项签订的两个条约的当事国部分相同，部分不同时 在同为两条约当事国之间，适用后约优于先约的原则 在同为两个条约的当事国与仅为其中一个条约的当事国之间，适用两国均为当事国的条约 ③如条约本身规定了解决冲突的规则，则适用该规则



(3) 条约的终止及暂停实施

条约终止及暂停实施的原因有很多，下面重点对其中的“情势变更”原则进行讲解。“情势变更”指条约缔结后，出现了缔结条约时不能预见的根本性变化，则缔约国可以终止或退出该条约。确定边界的条约不适用情势变更，如果情势变更是由于一个缔约国违反条约义务或其他国际义务造成，则该国不得援引情势变更。

5. 条约的解释与修订

(1) 条约的解释

条约的解释规则	一般规则	根据通常的含义和上下文，符合条约的目的和宗旨进行善意的解释
	辅助规则 (一般规则难以实现目的时采用)	补充资料：谈判记录、历次草案和讨论纪要等
		两种以上文字的解释： ①共同认证，同样作准 ②作准以外，仅为参考 ③作准用语推定含义相同 ④除非另有约定，作准约文分歧难消则考虑目的及宗旨



(2) 条约的修订

条约的修订 (只存在于多边 条约中，全体缔 约方通过协定改 动部分内容)	条约修订后，凡有权成为条约当事国的国家，也应有权成为修订后条约的当事国
	修订条约的协定对于是条约当事国而非协定当事国的国家无拘束力
	对于修订条约的协定生效后成为条约当事国的国家，如果该国没有相反表示，应视为修订后条约的当事国——在该国与不受修订条约协定拘束的当事国之间，适用未修订的条约
	[注意] 区别于先约和后约

三、国际法基本原则

国际法基本原则	概念和内涵	被各国公认和普遍接受的，适用于国际法律关系的所有领域，贯穿国际法的各个方面且构成国际法体系基础的法律原则
		主要有 6 个：国家主权平等原则、不干涉内政原则、不使用武力或武力威胁原则、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
	基本原则和 强行法	国际强行法：国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规范始得更改之规范
		关系：国际法基本原则都具有国际强行法的性质，但并不是所有的国际强行法都是国际法基本原则
	几个重要的 基本原则	国家主权原则：国家的固有权利，表现为对内的最高权和对外的独立权和自保权。各个国家不分大小，主权一律平等，在国际法面前处于平等的地位
		不干涉内政原则：内政的范围不与领土完全对应。其判断标准有二：一是该事项是否本质上属于国内管辖的事项；二是该事项是否违背国际法
		不使用武力和武力威胁原则：禁止侵略 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
		民族自决原则：分为对内自决（政治、经济文化制度）和对外自决（独立权）。民族自决原则中独立权（对外自决）的范围，只严格适用于殖民统治下民族的独立，不适用于一国内部的民族分离主义活动

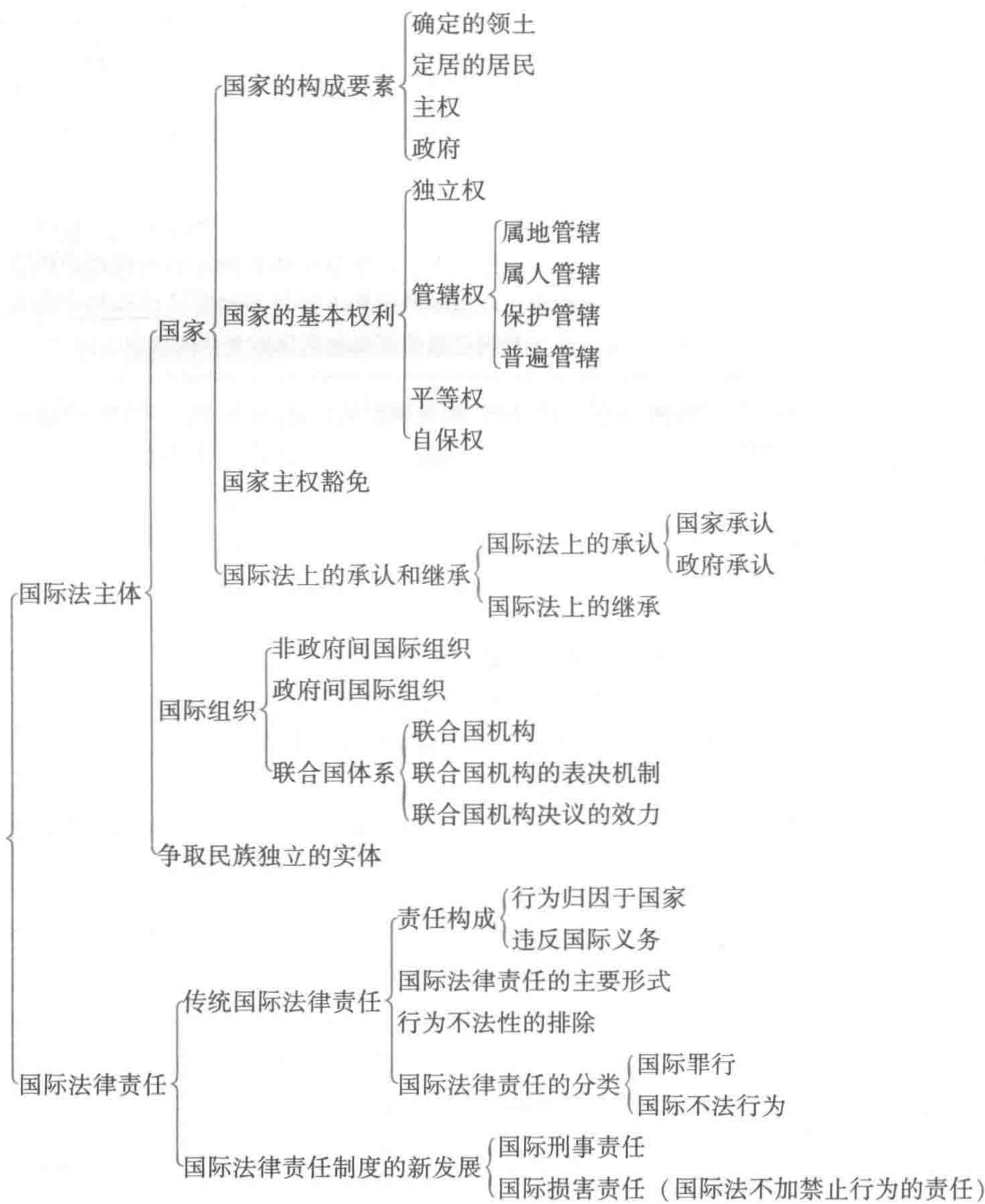
四、国际法和国内法的关系

从学术上讲，国际法在国内进行适用有“转化”和“并入”两种方式。“转化”即要求条约必须经过国内立法程序转化成为国内法才能适用，“并入”（或称“采纳”）即原则上认为国家缔结的所有条约都具有国内法的地位，可以直接适用。这只是学术上的简化模型，实际情况远比这复杂。

国际法在我国 的适用	适用方式	条约的直接适用 (需要国内法条文的指引)	(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) 《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者参加的国际条约的规定办理。”
		条约与国内法平行适用 (存在转化后的国内规则，且平行)	(1) 1961 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》 (2) 1963 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》
		条约的转化适用 (存在转化后的规则，但只能适用转化后的国内法规则)	(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、社会及文化权利国际公约》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。” (2) <u>WTO 协议</u> ：不能在中国法院直接适用，需转化适用
	条约与国内法冲突的解决	民商领域	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）（参看：《民法通则》第 142 条、2012 年最高法院《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）
		非民商领域	没有统一规定，能否直接适用，视法律的具体规定而定



专题二 国际法主体与国际法律责任



一、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。目前公认的国际法主体有三类：第一，主权国家；第二，政府间国际组织；第三，争取民族独立的实体。个人不是国

国际法主体。

(一) 主权国家

主权国家是国际法的基本主体。国家也被称为原始和完全的国际法主体。当代国际法是以国家关系作为主要规范对象的。

1. 国家的构成要素

国家的构成要素	定居的居民（不论数量和成分）
	确定的领土（不论大小及边界是否完全划定）
	政府（不论名称、组织和形式）
	主权（国家固有的根本属性，是国家区别于其他实体的根本标志）

2. 国家的基本权利

国家的基本权利指根据国际法，国家所享有的必需的而又最为重要的权利，由于享有这些权利才被承认为国家。基本权利是国家所固有的权利，直接源于国家主权。因此，一切主权国家在享有国家的基本权利上是没有差别的。

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	
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	
自保权 (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（前提是受到武力攻击，以必要性和相称性为条件）	
管辖权	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
	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
	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 实现方式： (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
	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 对象： <u>战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗、灭绝种族、贩毒、贩奴、种族隔离、实施酷刑、劫机等</u> 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



3. 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。与国家的管辖权一样，国家享有的这种非经自己同意，不受他国管辖的权利，同样被认为是国家主权的体现，符合主权国家在国际关系中平等性和独立性的特征。但国际法明确规定不得豁免的情况除外（如国际罪行）。

概念	国家的行为及其财产不受或免受他国管辖
分类	(1) 绝对豁免：国家的一切行为都享有豁免 例外：主权豁免的放弃（自愿、特定、明确）——管辖豁免放弃不意味着执行豁免的放弃 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》生效前（现在仍未生效），主权绝对豁免作为习惯国际法仍然具有普遍拘束力 (2) <u>限制豁免（相对豁免）</u>：商业行为不享有豁免，非商业行为享有豁免
具体类型	管辖豁免 程序豁免 执行豁免
国家豁免的放弃	条件：自愿、特定和明确 形式：明示：通过条约、合同、声明等方式表示放弃 默示：(1) 作为原告在外国法院起诉 (2) 正式出庭应诉（这里的应诉是指对实体问题的抗辩） (3) 提起反诉 (4) 作为诉讼利害关系人介入诉讼
	<u>不构成放弃的情形</u>： (1) 一国同意适用另一国的法律 (2) 国家或其代表出庭阐述立场或作证，或主张对有关财产的权利（主要指对国家豁免立场的阐明） (3) 一国未在另一国法院的诉讼中出庭 (4) 国家对管辖豁免的放弃，不意味着对执行豁免的放弃（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
中国对国家豁免的立场	(1) 坚持<u>绝对豁免</u>，反对限制豁免和废除豁免 (2) <u>国有公司和企业不应享受豁免</u> (3) 通过协议消除分歧 (4) 对等原则 (5) 在外国法院<u>出庭主张豁免的抗辩不得被视为接受外国法院的管辖</u>