

厚大 法考 2018
Judicial Examination



厚大 法考 2018
Judicial Examination

理论卷

段庆喜讲

三国法

段庆喜 / 编著

厚大出品



中国政法大学出版社

- 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

厚大讲义. 理论卷. 段庆喜讲三国法/段庆喜编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-5620-7959-0

I. ①厚… II. ①段… 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. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第330821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 三河市人民印务有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 14
字 数 340千字
版 次 2017年12月第1版
印 次 2017年12月第1次印刷
定 价 45.00元

序 言

PREFACE

法考时代三国法如何应对

俗话说,“知己知彼,百战不殆”,要想打胜仗,必须知道敌人什么样。学习、应考也一样,无论司考、法考,一个学科要想考得好,必须了解该学科的框架、体系、脉络和知识特点。

一、三国法简介

广义的国际法包括国际公法、国际私法和国际经济法,而狭义的国际法仅指国际公法。本书内容涵盖广义国际法的所有内容。

(一) 国际公法

国际公法主要解决国家之间在交往中的法律问题,如领土、海洋权益和空间权益的划分,国际责任,居民出入境管理,外交关系,条约缔结,争端解决,战争规则等问题。随着近代政府间国际组织在国际事务中的重要性的日益凸显,国际公法也调整国家和国际组织之间的关系。法律渊源主要是国际习惯法(不成文法)、国际条约(成文法)和各国普遍接受的一般法律原则。虽然国内法本身不是国际法的渊源,但是我国与国际公法某些重要制度相关的国内法的规定在国际法的学习中也是必须要了解和掌握的,如《国籍法》、《引渡法》、《出境入境管理法》、《缔结条约程序法》等。具体而言,国际公法主要由主体制度(国家、国际组织),领土制度(含边界制度),海洋法,空气空间和外层空间法,与个人有关的国籍、引渡、外交保护、庇护等制度,外交关系和领事关系法,条约法,国际争端解决,战争与武装冲突法等部分组成。

（二）国际私法

国际私法则主要解决跨国民间交往中形成的民商事关系的法律适用问题和国际（区际）司法协助问题，其解决前一问题主要通过冲突规则规定特定民商事关系适用何国（地区）法律，解决后一问题则主要通过国际公约和国内法中的特殊程序规则来规定如何进行域外取证、域外送达和裁决的域外承认与执行方面的司法协助。国际私法主要不是通过实体法的方法来解决跨国民商交往中的法律问题。这是这一部门法与国内民商法的重大区别。国际私法的渊源也包括国际条约、国际惯例，但更为重要的是国内法中的冲突规则和国内诉讼、仲裁的特殊程序规则，这些法律条文以往主要分布于《民法通则》、《合同法》、《继承法》、《海商法》、《民用航空法》、《票据法》等法律文件中，而自2011年4月1日《涉外民事关系法律适用法》生效，旧的法律规则有的被替代，有的被废除，有的被改变，并且还新增了若干条文，新的法律的很多规定体现了最新的国际私法理念，读者阅读本书都应加以了解和掌握。

（三）国际经济法

国际经济法是调整国际经济商务交往关系的法律部门。它主要通过实体法来解决跨国经济、商事交往中产生的问题，从调整对象上看，“经济”是关键词，也就是说纯民事关系，如跨国婚姻、继承、收养、侵权等不是国际经济法的调整对象。国际经济交往关系从门类上，包括国际贸易、国际投资、国际知识产权保护、国际金融、跨国税收。而国际经济法在调整人类在这些交往中形成的法律关系时，不但有横向的商事法律规则，如《联合国国际货物销售合同公约》，还有纵向的管理规则，如我国的《对外贸易法》和WTO法律。所以国际经济法是纵横交错、门类多样的一个部门法。读者在学习研究国际经济法时，不但要深入学习和研究国际层面的法律规则（包括国际条约和国际商业惯例），如《联合国国际货物销售合同公约》、关于提单运输的《海牙规则》、《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》等，还要学习国内层面的法律规则，如《对外贸易法》、《反倾销条例》、《反补贴条例》、《保障措施条例》、《知识产权海关保护条例》等。

二、国际法的特点、时代的需要和法考的回应

（一）高冷、朦胧、无感的国际法

对于大多数考生来说，国际法的知识实在是太陌生了。与刑法上的杀人放火、民法上的欠债还钱相比，国际法上的国家争端、涉外事务就略显高冷，大多数人可

能一辈子也不会打一场国际官司，因而大家对国际法是非常缺乏感性认识的。了解不多，自然会对国际法产生朦胧、神秘的感觉。这给很多人学习国际法带来一定的影响。

（二）国际法律人的时代需求

随着十多年前中国加入世界贸易组织，中国经济迅速且深刻地融入世界经济一体化进程。中国的涉外交往日渐频繁，无数的中国人越来越频繁地走出国门，无论是出于商业目的，还是仅仅为了旅游，国际法越来越走近普通中国人的工作和生活。随着“一带一路”战略的提出，中国企业扬帆远航，海外贸易、跨境投资、国际金融活动更趋活跃，大量的跨境商业活动对高质量的法律服务提出了日益迫切的需求，时代呼唤能够提供跨境商业法律服务的律师，能够提供公正、高效的涉外争端解决能力的司法审判和仲裁服务的法官、仲裁员队伍。因此，每一个年轻的法律人必须迎接时代提出的挑战，积极学习国际法知识。

（三）未来法考的趋势

根据培养实用实务人才的改革目标和宗旨，案例化将成为重要趋势。这不仅表现为案例题目量的增加，同时一定也包括质的提高，也就是考查侧重点更加倾向于对应用能力乃至综合应用能力而非单纯记忆能力的考查。因此，以往那种直接将教材中的一些表述设计为选项的题目将会慢慢消失。考生应有充分的心理准备。

三、复习与应试指引

面对未来的法考，就国际法而言，我提出如下复习建议：

1. 选一本好教材，夯实基础知识，以不变应万变。无论考试方式如何变幻，考查的知识都是一个整体。系统扎实的基础知识是通过考试的重要保障，本书作为基础教材，主要解决的就是国际法基础知识的筑基工作。

2. 制订前期、中期、后期复习计划

（1）前期（春节之前）：根据“先国内、后国际”的指导原则，建议大家可以把主要精力放在国内法上，特别是刑法、合同法、保险法、民法、仲裁法等；

（2）中期（春节之后~5月底）：国际法可以开始预热，通读厚大小包中的三国法理论卷，配合真题卷，对知识点进行充分预热梳理，打下基础；

（3）后期（6~9月中）：除了对理论卷进行回炉之外，我们会推出必杀神器《119必背》，挤掉所有水分，高效直击考点，同时配备《案例突破》，高强度地训练以提升对试题的应用分析能力。

3. 做题。整个复习过程中应始终坚持“学以致用、以练促学”的原则，多做练习题目，将知识能力转化为实战能力。

心之所念，必将实现！祝各位读者顺利实现人生理想。

是为序！

段庆喜

2017年12月2日

C 目 录

CONTENTS

国际公法

第一章 国际法导论	2
一、国际法的渊源	3
二、国际法在国内的适用	5
三、国际法基本原则	6
第二章 国际法主体	8
一、国际法主体概述	9
二、国家主权豁免	10
三、国际法上的承认	12
四、国际法上的继承	14
五、联合国	15
六、国际法律责任	18
第三章 领土	20
一、领土	21
二、界标维护、地球上的河流、南北极	23
第四章 海洋法	26
一、内海、领海、毗连区、专属经济区、大陆架法律制度对比	28
二、公海、国际海底区域	30
三、群岛水域与国际航行海峡	32
第五章 空气空间和外层空间法	35
一、空气空间法	36

二、外层空间法	37
第六章 国际法上的个人	39
一、国籍	40
二、引渡	41
三、庇护和外交保护	45
四、《中华人民共和国出境入境管理法》	46
第七章 外交关系和领事关系法	51
一、使领馆概述	52
二、外交特权与豁免和领事特权与豁免的对比	54
第八章 条约法	58
一、条约的缔结和成立	59
二、条约的保留	61
三、条约的效力	62
四、条约的解释	64
第九章 国际争端解决	65
一、非法律的方法	66
二、国际法院	67
三、国际海洋法法庭	68
第十章 战争与武装冲突法	71
一、战争的开始与结束、战时中立	72
二、海牙体系和日内瓦体系	74
三、惩办战争犯罪的司法机构	76

国际私法

第一章 国际私法总则	79
一、国际私法的调整对象和调整方法	80
二、识别与先决问题	81
三、反致	82
四、外国法查明	83

五、公共秩序保留和法律规避	85
六、基本原则	86
第二章 国际私法分则	88
一、主体权利、行为能力、宣告失踪与死亡、人格权的法律适用	89
二、代理、信托、时效的法律适用	90
三、婚姻、收养、扶养、监护、继承关系的法律适用	91
四、物权的法律适用	95
五、债权的法律适用	97
六、商事关系（票据、海商）	100
七、知识产权的法律适用	102
第三章 国际民商事争议解决	103
一、国际商事仲裁	104
二、国际民事诉讼	108
第四章 区际司法协助	119
一、区际送达	120
二、区际取证	121
三、区际认可与执行仲裁裁决	123
四、区际认可与执行民商事判决	125
 国际经济法	
第一章 国际货物买卖	130
一、《国际贸易术语解释通则 2010》（Incoterms 2010）	131
二、1980 年《联合国国际货物销售合同公约》	133
第二章 国际货物运输	141
一、提单运输的基础知识	142
二、最高院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》	144
三、《海牙规则》——承运人的义务和免责	147
四、铁路运输——《国际货协》的主要内容	149
五、航空货物运输	151

第三章 国际海运保险	153
一、若干重要概念	154
二、保险人承保责任	154
第四章 国际贸易支付	159
一、信用证	160
二、托收	167
第五章 国际贸易管理	170
一、中国对外贸易法	171
二、反倾销	174
三、反补贴	176
四、保障措施	178
五、世界贸易组织法	180
第六章 知识产权的国际保护	189
一、《保护工业产权巴黎公约》	190
二、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》	191
三、《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs 协议)	193
第七章 国际投资法	196
一、多边投资担保机构(MIGA)	197
二、解决国家与他国国民间投资争议的国际中心(ICSID)	198
第八章 国际金融法和国际税法	201
一、国际融资模式	202
二、常见国际融资担保	202
三、最高院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》	204
四、国际税法	207

国际公法

国际公法

国际法导论：国际法的渊源、与国内法的关系、国际法的基本原则

主 体 { 范围
国家：构成要素、主权豁免、管辖权、承认与继承
国际组织：政府间组织、非政府组织
责任：国际法律责任

领 土 { 领土及其取得方式
边界边境制度
南北极
国际环保法

海洋法：内海、领海、毗连区、专属经济区、大陆架、公海、国际海底区域等

空间法 { 空气空间法：基本制度、航空安全制度
外层空间法：五大公约、三大制度

国际法上的个人：国籍、外交保护、引渡、庇护、出入境管理、国际人权法

外交关系与领事关系法 { 使领馆及其人员构成
外交特权与豁免
领事特权与豁免

条约法 { 条约的缔结与保留
条约的效力、冲突、解释
条约终止与暂停实施

国际争端解决：强制的方式与非强制的方式

战争与武装冲突法 { 海牙体系：交战规则
日内瓦体系：战时平民、伤员、俘虏的保护
战争罪及其惩处

第1章

国际法导论

应试指导

本章包括如下三个考点，难度不大，考试频率较高，通常会出一道选择题，且对后续章节具有统领作用，建议考生重点掌握。

知识结构图

导 论

国际法的渊源

国际条约在国内的适用

国际法的基本原则

一、国际法的渊源

所谓法的渊源就是指这个部门法的规则的表现形式。国际法的渊源包括如下三种：

正式渊源	国际条约	条约原则上只能约束缔约国（双边、多边），联合国宪章除外。
	国际习惯法	对所有国家有效。构成：各国反复实践+法律确信（该行为模式是法律）。
	一般法律原则	对所有国家有效、各国法律体系中共有的某些原则，如“约定必守”、“禁反言”等。
确立国际法原则的辅助资料（不是渊源）	司法判例	国际法院的判例、各国的判例。
	权威国际法学家的学说	如国际法学家的观点、理论。
	国际组织的决议	如联合国安理会决议。

考点点拨

学国际法要懂得国际法的规则都是来自于哪里。当大家在讲国际法的时候，其实很多人并不真正清楚他们讲的国际法规则来自于哪里，大多数人其实并没有看过国际条约，也不知道虚无缥缈的国际习惯法是怎么来的，从哪里来的。不过这些都不重要，重要的是要知道如下几点：

1. 国际条约就像合同，只能约束缔约方，双边条约在双方之间视为国际法，多边条约在多方之间视为国际法。千万不要只认为多边条约才是国际法。

2. 有很多国际习惯法规则，比如“两国交兵不斩来使”，比如“交战时不得伤害平民、俘虏、伤员”，当我们去找法条来源时，往往很难找到最初的出处，这是因为很多这样的规则是国家在长期交往中逐步形成的，往往存在于人们的观念之中，这就是国际习惯法。正基于此，习惯法对所有国家均有拘束力，并不因为某国加入或不加入某个国际条约而有所不同。

3. 一般法律原则中的所谓“一般”，强调的就是其普遍性、广泛接受性，是各国法律体系中所共有的一些原则。比如“善意履行义务”、“信守承诺”、“禁反言”。说到这个像谜一样的原则，多说两句。“禁反言”原则起源于英美法，但逐渐在国际法判例中成为广泛应用的原则。所谓“禁反言”，是指基于一方的行为或声明，他方有权信赖这种行为或声明而行事，此时行为方或声明方不得反悔。比如，1956年6月15日，越南外交部副部长会见我国驻越南大使馆临时代办时表示：“根据越南方面的资料，从历史上来看，西沙、南沙群岛应属于中国领土。”当时在座的越南外交部亚洲司代司长黎禄说，从历史上看，西沙、南沙群岛早在宋朝时就已属于中国了。事后，越南政府称当时所作的声明皆是基于当时的国际局势及两国间的同盟情谊，在反抗美国干涉与入侵越南的战争中，为顾全大局，故此乃不得已所为。这种说法就违反了“禁反言”原则。

4. 关于辅助资料，需要注意：①国际法院并没有判例法传统，因此，其判决只具有个

案效力。这种做法与我国的司法传统类似。②国际法学家的学术著作中的观点经常被提及,但并不能直接作为国际法院判决的法律依据。③国际组织的决议,比如安理会决议,虽然具有法律效力,但仅类似于行政法中的具体行政行为(对个案有拘束力),而非造法性的抽象行政行为,因此,决议并不能构成国际法渊源。

5. 国际法可能构成国内法的渊源,但国内法,即使具有涉外性,也不构成国际法的渊源。比如,甲国加入某国际条约,该条约可能成为甲国国内法的组成部分,甚至在该国可直接适用,但甲国的国内法不能直接约束他国。

经典真题

1. 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?(2007/1/77-多)^[1]

- 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

2. 甲、乙、丙、丁四国是海上邻国,2000年四国因位于其海域交界处的布鲁兰海域的划分产生了纠纷。同年,甲国进入该区域构建了石油平台,并提出了划界方案;2001年乙国立法机关通过法案,对该区域作出了划定;2002年丙、丁两国缔结划界协定,也对该区域进行划定。2004年某个在联合国拥有“普遍咨商地位”的非政府国际组织通过决议,提出了一个该区域的划定方案。上述各划定方案差异较大。根据国际法的相关原则和规则,下列哪一选项是正确的?(2008延/1/31-单)^[2]

- A. 甲国的行为不构成国际法中的先占,甲国的划界方案对其他国家没有拘束力
- B. 乙国立法机构的法案具有涉外性,构成国际法的一部分,各方都应受其拘束
- C. 丙丁两国缔结的协定是国际条约,构成国际法的一部分,对各方均有拘束力
- D. 上述非政府组织的决议,作为国际法的表现形式,对各方均有拘束力

【模拟展望】

甲乙两国发生争端,诉诸国际法院,下列哪些属于国际法的渊源可以由国际法院直接援引作为其判决依据?(多选)^[3]

- A. 甲乙之间的双边条约
- B. 甲乙参加的某个相关多边国际公约
- C. 联合国安理会就此问题作出的决议
- D. 国际法院此前就类似问题所作的判例

[1] AC

[2] A

[3] AB

二、国际法在国内的适用（以中国为例）

两种方式	转化：将条约内容制定为国内法。
	纳入：原则上规定条约具有国内法的地位。
民商事条约直接、优先适用 （保留的条款除外）	如《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）。
条约与国内法平行适用	如外交特权与豁免方面的《维也纳公约》与国务院《领事特权与豁免条例》在国内平行适用。
条约转化适用	《香港特别行政区基本法》第39条、WTO协议。
	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《法律适用法解释（一）》）第4条：涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据有关法律规定予以适用，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。
民商事惯例补缺	《民法通则》第142条第3款：中国法律和中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。

 考点点拨

民商事条约在我国可以直接并优先于国内法适用。比如，我国法院在审理涉外货物买卖合同纠纷时，双方当事人营业所均在 CISG 缔约国，则当事人在诉讼中可直接援引公约的规定来主张权利或进行抗辩，法院也可以直接根据公约来进行审判，公约与国内法规定不同的地方，优先适用公约。

经典真题

根据国际法有关规则和我国有关法律，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？（2007/1/32-单）^{〔1〕}

- 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

【模拟展望】

中国加入某国际条约，关于该条约与国内法的关系的表述，下列哪些是正确的？（多

〔1〕 B

选)^{〔1〕}

- A. 该国际条约所有规定均优先于国内法直接适用
- B. 若该条约涉及民商事事项, 则该条约在中国可以直接适用, 中国提出保留的条款除外
- C. 若该条约涉及非民商事事项, 中国可以将条约转化为国内法加以适用
- D. 该条约无论何种性质, 均须转化为国内立法, 才能在中国加以适用

三、国际法基本原则

不干涉内政原则	(1) 内政并非地理概念, 发生在一国境内的并非都是内政; (2) 内政的标准: 国内管辖事项+不违反国际法; 人道主义干涉; (3) 干涉的主体一般只能是国家或政府间国际组织, 个人或媒体发表批评他国的言论不构成干涉他国内政。
不得使用武力 威胁或武力原则	除非经联合国授权或自卫 (正在遭到武力攻击、必要性、相称性), 一国不得对他国使用武力威胁或武力。
和平解决国际争端原则	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。
民族自决原则	仅适用在反殖民压迫, 争取民族独立场合。该原则没有为民族分裂主义提供借口和依据。
国家主权平等原则	国家固有的, 而非国际法赋予的; 体现为对内最高权、对外独立权和自保权 (包括自卫权和国防建设权)。
善意履行国际义务原则	条约必须信守。

考点点拨

1. 国际法基本原则是国际强行法, 但并非所有强行法都是基本原则。
2. 国家主权虽具有不可分割性, 但国家可以在国际合作时主动让渡某些主权, 比如欧盟各国通过协商将本国的货币主权、部分立法权、关税主权让渡给欧洲央行, 由其统一行使货币发行权, 发行欧元, 制定某些通行于欧盟的法律, 对外实行统一的关税 (关税同盟)。当然, 作为欧盟成员国, 如果你觉得自己比较高冷, 比如英国, 你也可以选择不放弃货币主权, 保留本国货币 (如英镑), 所以欧盟内部又分为欧元区和非欧元区。
3. 民族自决原则是国际社会针对非殖民化运动中的殖民地而言的, 其基本内容是政治独立权, 即殖民地、半殖民地和被压迫的民族享有建立主权国家并发展本国经济、社会、文化的权利。所以, 不能认为多民族国家内的每个民族都可以享有不受限制的自决权。
4. 和平解决国际争端原则针对的是国际争端。比如, 朝鲜半岛核问题, 中国一直倡导用和平谈判方式解决。

〔1〕 BC