

三校名师讲义

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三校名师讲义

2012年版

国际法·国际私法·国际经济法

8

三校名师 组编

点石成金

凝聚二十载名师课堂授业精华

作为三校名师司法考试培训授课专用教材

本书历经二十年的经典传承

千锤百炼

实至名归

带给您身临其境的名师授业风范

与智者的

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三校名师讲义

2012年版

国际法·国际私法·国际经济法

8

三校名师◎组编

杨 帆◎编著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试三校名师讲义: 2012年版. 国际法·国际私法·国际经济法 / 三校名师组编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 2

ISBN 978-7-5620-4146-7

I. 国… II. 三… 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 (2012) 第007738号

书 名	国家司法考试三校名师讲义 (2012 年版) —— 国际法·国际私法·国际经济法 GUOJIA SIFA KAOSHI SANXIAO MINGSHI JIANGYI 2012NIANBAN GUOJIFA GUOJISIFA GUOJI JINGJIFA
出版发行	中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433 (编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	17.5
字 数	426 千字
版 本	2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4146-7/D·4106
定 价	31.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

编 辑 委 员 会

阮齐林	晓 耕	焦洪昌	刘 玫
李仁玉	杨秀清	钟秀勇	吴 鹏
李 毅	孙文恺	杨 帆	张海峡
鄢梦萱	王 利	刘凤科	张琮军
宋桂兰	张 龙	房保国	卢少锋
王 斌	叶晓川	方 鹏	杨 军
徐金桂	汪华亮	杨 雄	王 旭
刘 文	蔡雅奇	李 佳	

序 言

国际法

一、本学科在司法考试中的地位

国际法在司法考试中属于“小法”，2007~2010年分值均为12分，2011年考查了11分。全部试题都只出现在卷一，因此均为客观性命题。国际法试题的显著特点是：（1）考点覆盖面广且非常灵活。国际法每年试题并不多，但会覆盖大纲至少80%的章节，因此国际法没有绝对的重点。不过国际法的试题虽然面广灵活，但难度并不大。（2）试题比较偏重历年考查的空白点。国际法考点众多但每年试题量并不大，因此还有部分知识点没有在历年考题中出现，这就成为之后各年试题重点考查的对象。（3）比较注重对热点问题的考查。国际法实务性很强，每年都有当年热点事件的转化型试题。（4）法条考查比较固定。为了增加这个部门法和普通司法从业人员的联系，近几年国际法的试题明显增大了考查法条的比例，但由于国际法涉及的法条并不多，因此法条考查比较固定，《国籍法》、《外国人入境出境管理法》等成为反复考查的对象。

二、本学科的复习攻略

针对国际法在司法考试中的上述特点，考生在复习国际公法时，首先应理解其基本理论知识，特别是国际公法的主体制度、国际责任、空间法、国际法上的个人、外交关系法以及条约法等命题比较青睐的知识点；在理解的基础上整理并比较记忆这些知识点；最后通过一定量的试题训练来检查是否能灵活并准确应用这些知识点。

至于国际公法所涉及的法条，因为数量有限，因此在讲义中已经尽量将其合并到各个基本理论知识中，考生也没有必要专门拿出时间来梳理法条，可以在如上三个复习阶段中一并比较理解记忆掌握。

此外，在考前适当注意查找一下国际法的考试空白点和当年热点事件可能转化的知识点，可以提高这个部门法的得分。

三、本学科所涉法律法规和司法解释

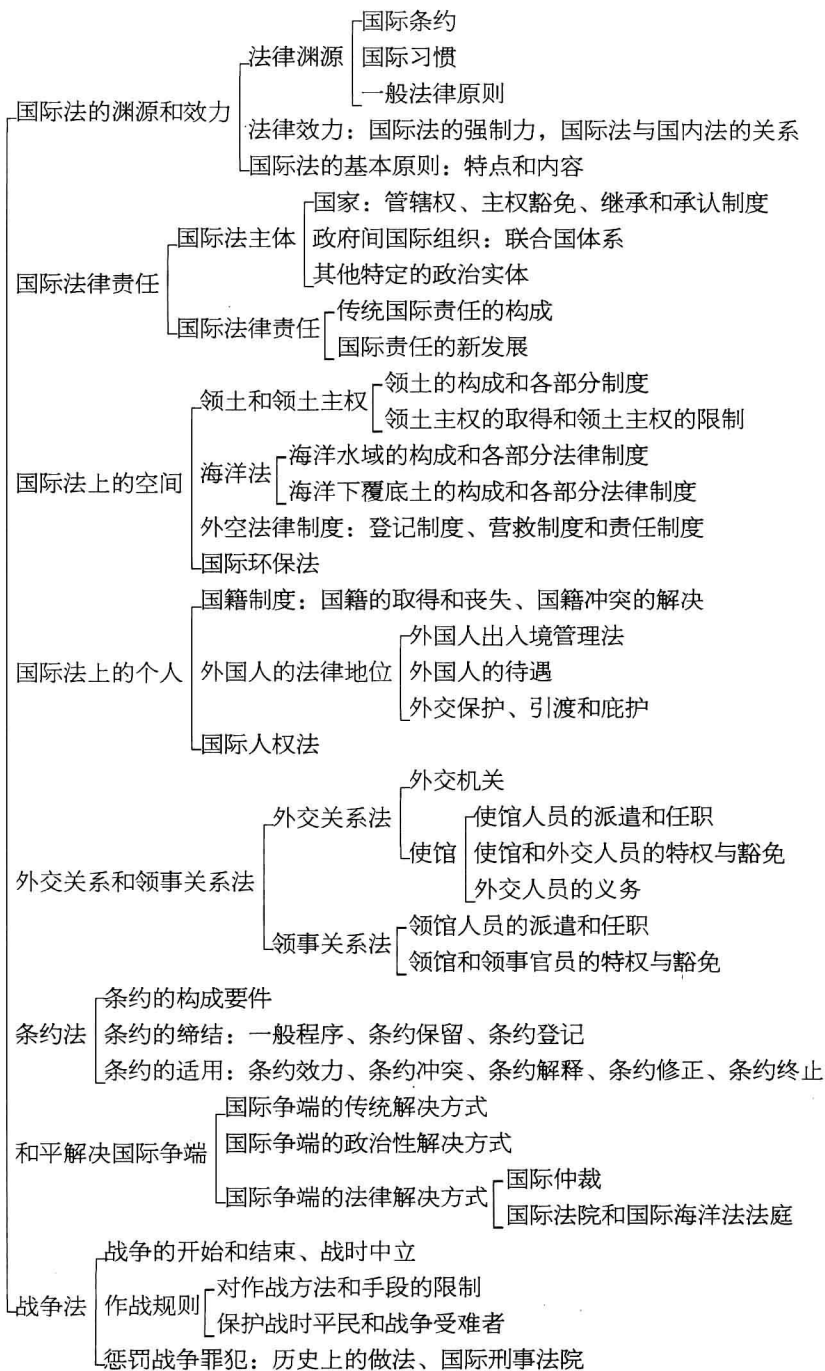
国际法的法律制度主要体现在国际公约以及国际习惯中，学科涉及的国内法律法规和司法解释非常有限，常考的也就只有《领海及毗连区法》、《国籍法》、《外国人入境出境管理法》、《引渡法》、《外交特权与豁免条例》等。

四、本学科的知识结构体系

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主要表现形式的，具有法律拘束力的原则和规范

的总称。国际法的法律制度以主要的国际法主体，即国家为中心展开，包括调整国家内部关系和外部关系的两套法律制度。调整国家内部关系的法律制度围绕着国家四要素展开，具体包括国际法上的空间、国际法上的个人、主权以及主权限制等内容；调整国家外部关系的法律制度具体包括条约法、外交关系法、国际责任法律制度、解决国际争端的法律制度以及战争法等内容。

本学科知识结构图如下：

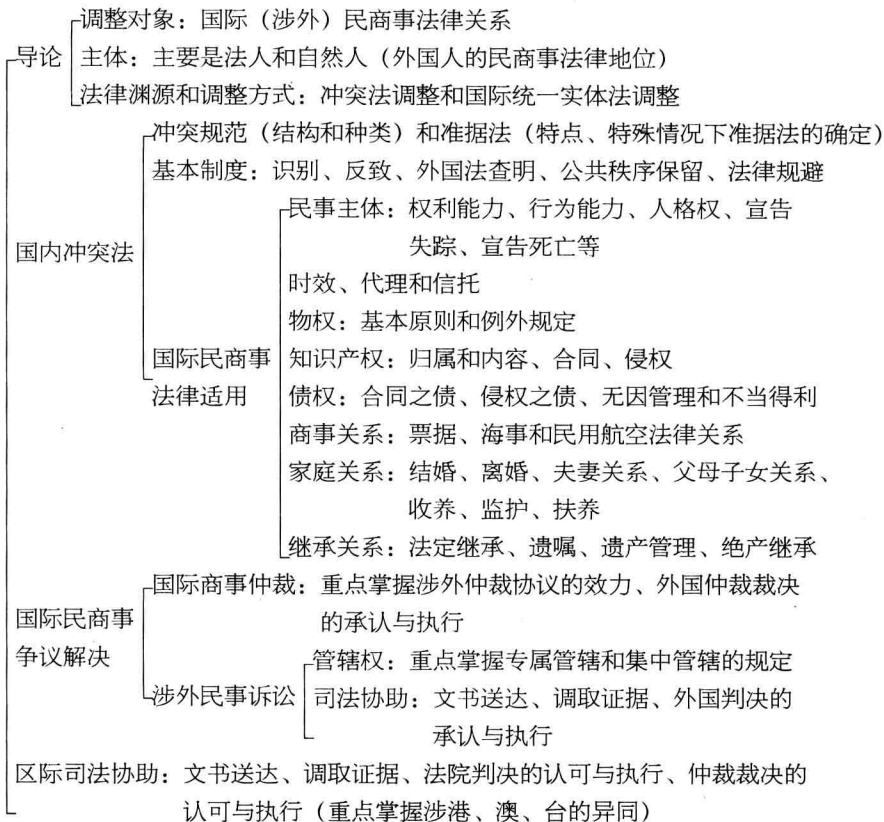


国际私法

一、本学科的知识结构体系

国际私法是集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际民商事统一实体规范、国际民商事争议解决规范四大规范于一体的跨越国内法和国际法界限的法律部门。国际私法的结构较为复杂，它以调整涉外民商事法律关系为中心，将上述四大规范以及相应制度有机地联系起来。

本学科知识结构图如下:



二、本学科在司法考试中的地位

近几年,国际私法在司法考试中的分值一般都是在 15 分左右,只有 2011 年偏低,分值为 13 分。尽管国际私法本身是一门内容多、理论多的学科,但司法考试对其考查却是相对简单的,试题的显著特点是侧重于对基本概念和重点法条的考查,考点重复率高,传统考点主要集中在冲突规范、国际民商事争议解决规范以及区际司法协助这三大块,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称为《涉外民事关系法律适用法》)在 2011 年 4 月 1 日生效后,涉外民商事法律适用(冲突规范)的试题比例明显增加。

三、本学科的复习攻略

针对国际私法在司法考试中的上述特点,对于国际私法的复习可从以下两方面着手:第一,理解国际私法的基本概念,对于冲突规范、准据法、反致、识别、公共秩序保留等基本概念要有一个较清楚的认识;第二,整理并记忆我国的冲突规范、涉外民商事争议解决规范和区际司法协助规范。需要特别注意的是,因为2011年《涉外民事关系法律适用法》的生效,在涉外民商事法律适用问题上,法律规定发生了比较多的变化,因此2010年以前(包括2010年)真题中涉及法律适用的试题要谨慎地去做,以免复习时走弯路。

四、本学科所涉法律法规和司法解释

本学科所涉法律法规和司法解释数量较多,体系也比较混乱。在涉外民商事法律适用(冲突规范)方面,《涉外民事关系法律适用法》最为重要。此外,《票据法》、《海商法》、《民用航空法》等法中涉及涉外法律适用的规范也仍然有效。国际民商事争议解决以《仲裁法》、《民事诉讼法》中涉外部分为基础,一系列司法解释为补充。区际司法协助则是通过与港、澳、台之间达成的若干双边安排或最高人民法院的单边司法解释等进行,名称和内容将在下文详述。

国际经济法

一、本学科在司法考试中的地位

国际经济法在三个国际法学科中所占分值最高,在总分为400分时,其分值从未低于14分;2004年总分改为600分后,2004年国际经济法部分的分值为22分,2005年至2007年一直维持在16分,2008~2010年分值有所增加,为17分,2011年分值稍有降低,为15分。国际经济法试题的显著特点是重点相对集中,但试题灵活复杂、难度极高,是三个国际法学科中最容易丢分的部分。不过,也因为知识点难度大,因此其特别侧重于对基础知识的考查,很少出现偏题。

二、本学科的复习攻略

针对国际经济法司法考试的上述特点,考生在复习时,首先应抓住贸易术语、国际货物运输中的提单、国际贸易支付方式、中国对外贸易管理中的两反一保、WTO的争端解决机制等基础、常考知识点,深入理解相关内容。其次,在理解的基础上需要对知识点进行系统地整理记忆。最后,在应试前进行一定量的试题(尤其是历年真题)训练,一方面拾遗补漏,另一方面强化对知识点的理解记忆,提高应试的准确度。

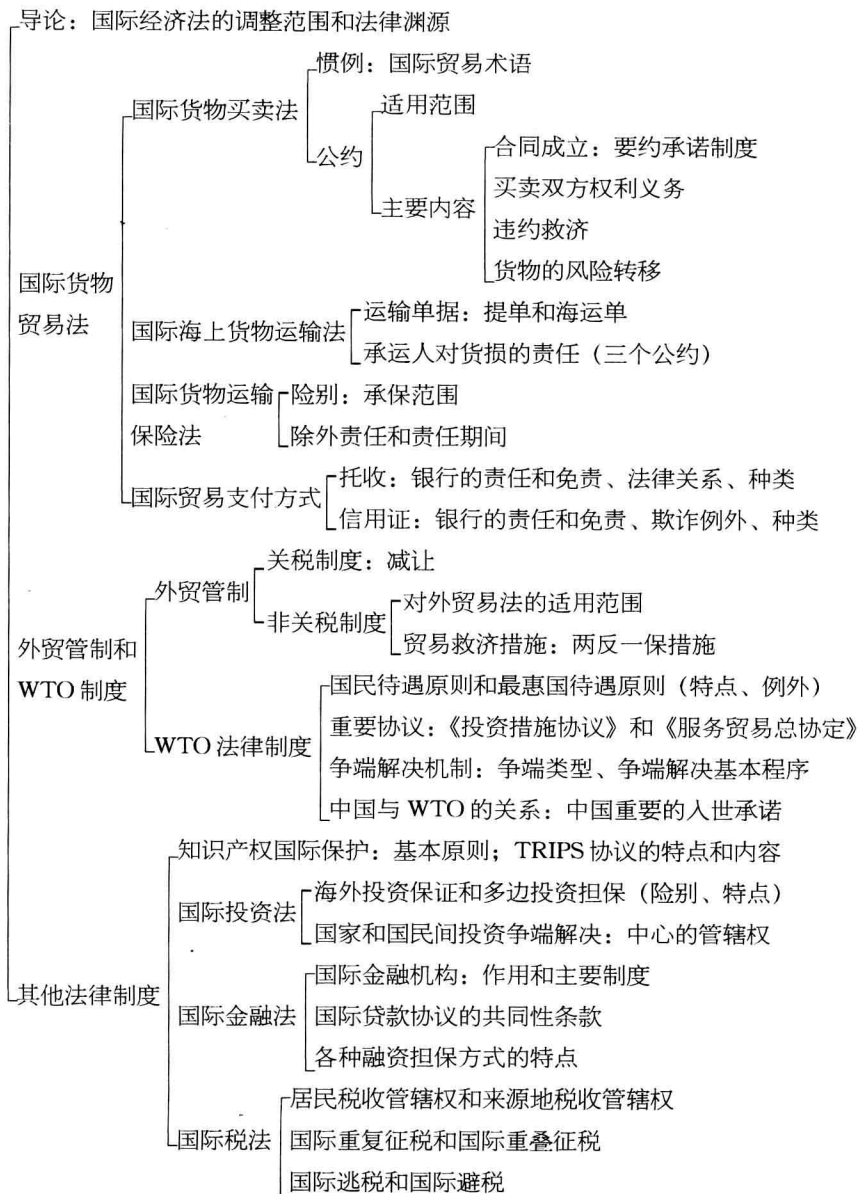
三、本学科所涉法律法规和司法解释

国际经济法涉及的法律法规多为一些国际公约或成文化的国际惯例,例如《联合国国际货物买卖合同公约》、《2010年国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》等。国内法律法规主要体现在外贸管制部分,如《对外贸易法》、《反倾销条例》、《反补贴条例》、《保障措施条例》等。

四、本学科的知识结构体系

国际经济法是调整国际经济关系的法律规范和法律制度的总称，是一个独立、综合性的新兴法律部门。构成国际经济法统一体系的分支部门主要有：国际货物贸易法、我国的外贸管制和 WTO 法律制度、国际知识产权法、国际投资法、国际金融法和国际税法。国际货物贸易法是国际经济法中最古老、最完备的法律制度，也是司法考试国际经济法部分传统的重要考点，本书中有关国际货物买卖合同、国际货物运输与保险、国际贸易支付均是国际货物贸易法的分支内容。随着我国于 2001 年加入 WTO，外贸管制和 WTO 法律制度的重要性凸显，司法考试中涉及这部分的试题近年有逐年增多的趋势。但是，由于 WTO 协议在中国司法实践中具有不可直接适用的特点，因此自 2007 年开始，WTO 法律制度部分的应试内容和试题量不断减少，外贸管制部分的试题量则相应地增加。

本学科知识结构图如下：



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 / 4	
第二章	国际法律责任	(7)
第一节	国际法的主体 / 7	
第二节	国际法律责任 / 17	
第三章	国际法上的空间划分	(23)
第一节	领 土 / 23	
第二节	海洋法 / 29	
第三节	国际法上的特殊空间 / 36	
第四节	国际环保法 / 38	
第四章	国际法上的个人	(42)
第一节	国籍制度 / 42	
第二节	外国人的法律地位 / 45	
第三节	国际人权法 / 51	
第五章	外交关系法和领事关系法	(54)
第一节	外交关系法 / 54	
第二节	领事关系法 / 60	
第六章	条约法	(64)
第一节	条约法概述 / 64	
第二节	条约的缔结 / 66	
第三节	条约的适用 / 68	

第七章	国际争端的解决方式	(74)
第一节	国际争端的强制性和政治性解决方法 / 74	
第二节	国际争端的法律解决方法 / 76	
第八章	战争和武装冲突法	(81)
第一节	概述 / 81	
第二节	作战规则 / 85	
第三节	战争犯罪 / 88	

国际私法

第一章	国际私法导论	(90)
第一节	国际私法的调整对象和法律渊源 / 90	
第二节	国际私法的主体 / 91	
第二章	法律冲突、冲突规范和准据法	(95)
第一节	法律冲突 / 95	
第二节	冲突规范 / 96	
第三节	准据法 / 99	
第三章	适用冲突规范的制度	(102)
第一节	识别 / 102	
第二节	反致 / 103	
第三节	外国法的查明 / 105	
第四节	公共秩序保留 / 106	
第五节	法律规避 / 107	
第四章	国际民商事法律适用	(109)
第一节	民事主体的法律适用 / 109	
第二节	时效、代理、信托的法律适用 / 111	
第三节	物权关系的法律适用 / 112	
第四节	知识产权的法律适用 / 113	
第五节	债权的法律适用 / 114	
第六节	商事关系的法律适用 / 120	
第七节	家庭关系的法律适用 / 122	
第八节	继承的法律适用 / 125	

第五章	国际民商事争议的解决	(128)
第一节	国际商事仲裁 / 128	
第二节	国际民事诉讼 / 132	
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 / 145	
第三节	法院判决的认可与执行 / 145	
第四节	仲裁裁决的认可与执行 / 149	

国际经济法

第一章	国际经济法导论	(154)
第二章	国际货物买卖法律制度	(157)
第一节	《国际贸易术语解释通则》/ 157	
第二节	1980 年《联合国国际货物销售合同公约》/ 163	
第三章	国际海上货物运输与保险法律制度	(172)
第一节	国际海上货物运输法律制度 / 172	
第二节	国际海上货物运输保险法律制度 / 181	
第四章	国际贸易支付法律制度	(186)
第一节	汇付和托收 / 186	
第二节	银行信用证 / 189	
第五章	我国对外贸易管理法律制度	(195)
第一节	《对外贸易法》/ 195	
第二节	我国的贸易救济措施 / 197	
第六章	WTO 法律制度	(204)
第一节	WTO 概述 / 204	
第二节	WTO 的基本原则 / 208	
第三节	WTO 的重要协议 / 210	
第四节	WTO 的争端解决机制 / 212	

第七章 国际经济法其他领域的法律制度 (216)

- 第一节 国际知识产权法律制度 / 216
- 第二节 国际投资法律制度 / 223
- 第三节 国际金融法律制度 / 227
- 第四节 国际税法 / 231

海 商 法

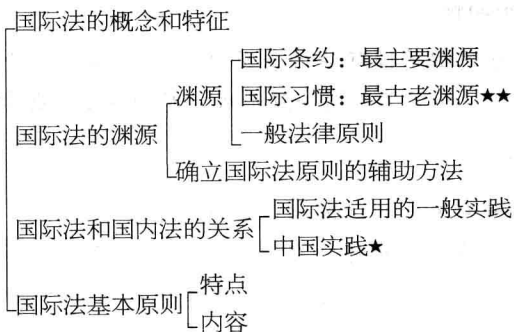
- 第一节 概述 / 237
- 第二节 海上货物运输 / 240
- 第三节 海上旅客运输 / 243
- 第四节 船舶碰撞 / 245
- 第五节 海难救助 / 246
- 第六节 共同海损 / 248
- 第七节 海事赔偿责任限制 / 250
- 第八节 海事诉讼特别程序 / 251

第一章 国际法的渊源和效力

复
习
提
要

国际法的渊源包括国际条约、国际习惯和一般法律原则，但国际条约和国际习惯约束力的来源和约束力的范围存在差异，这与国际条约在中国的适用实践一起成为本章的最常考点。此外，考生还须理解国际法的强制力表现，即任何国家不得以其国内法的规定来对抗其承担的国际法义务，国际法的强制力依靠国家本身单独或集体行动来实现。

要点速览



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。

特别提示

国际法的渊源只包括三项：国际条约、国际习惯和一般法律原则。其他各项不是国际法的渊源，而是可以证明或确立法律渊源的辅助资料。

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。

从渊源角度看，国际条约可以分为“契约性条约”和“造法性条约”。前者一般是双边

或少数国家参加的,旨在规定缔约国之间的特定事项的权利义务的条约,如贸易交通等事项的条约。后者由多国参加,目的和内容是确立或修改某些国际法原则、规则或制度。

二、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。

由于无论是构成习惯的物质要素或心理要素,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。

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。

●【经典考题】

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?^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

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

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、条约与相关国内法并行适用、条约须经国内立法转化才能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优先适用。其法律依据主要是《中华人民共和国民事诉讼法》第 142 条第 2 款的规定:“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。”《中华人民共和国民事诉讼法》第 236 条也有类似的规定。

2. WTO 协议规则在中国必须经国内法“转化”方能适用。其法律依据是 2002 年 8 月 27 日发布的《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》,该司法解释明确排除了 WTO 协议文件在中国法院的直接适用性。此外,2002 年 11 月 21 日公布的《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》、《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》也明确了 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,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。

〔图表 1-1〕 条约在中国适用实践图示

民商事领域的条约:直接适用并优先适用
WTO 协议:经国内法转化适用
其他条约:尚无定论

●【经典考题】

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?^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

^① B (2007 年试卷一第 32 题)

- 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

第三节 国际法基本原则

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、构成国际法基础和核心并具有强行法性质的国际法原则。

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、对外的独立权和防止侵略的自卫权。国家主权平等原则要求各国在其相互关系中要尊重对方的主权, 尊重对方的国际人格, 不得有任何形式的侵犯。现代国际法确认上述内容为整个国际关系的基础和现代国际法的基础。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。在国际法上, 领土完整表明了领土整体性和统一性的内在特征, 指国家领土不能被分裂、肢解和侵占的属性。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。

(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。也就是说, 凡是国家在宪法和法律中规定的事项, 即本质上属于国家主权管辖的事项都是国家内政。“内政”不是一个单纯的地域上的概念, 一个国家在本国境内的某些行为, 也可能是违反国际法的, 别国对此违法行为的干预并不构成对内政的干涉。比如一国在本国境内扣留外国外交代表做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。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。

特别提示

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。