

2012 全新版

司法考试名师讲义

国际法 · 国际私法 · 国际经济法

法律考试中心/组编 杨帆/著

牵手名师 成功司考



司法考试名师讲义

国际法·国际私法·国际经济法

(2012 全新版)

法律考试中心/组编

杨 帆/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法·国际私法·国际经济法:2012 全新版 / 杨帆著. —北京:法律出版社,2011. 12
(2012 年司法考试名师讲义)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2856 - 9

I. ①国… 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. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 244527 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.75 字数/332 千

版本/2011 年 12 月第 1 版

印次/2011 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2856 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

国 际 法

导读:试题特点与复习方法	(1)
第一讲 导论	(3)
一、国际法的概念和渊源	(3)
二、国际法与国内法的关系	(5)
三、国际法基本原则	(6)
第二讲 国际法主体	(9)
一、国际法主体概述	(9)
二、国家	(10)
三、国际组织	(15)
第三讲 国际法律责任	(20)
一、国际法律责任概述	(20)
二、传统国际法律责任的构成	(22)
三、国际法律责任形式	(24)
第四讲 国际法上的空间划分	(26)
一、领土	(27)
二、海洋法	(32)
三、国际法上的特殊空间	(38)
四、国际环保法	(41)
第五讲 国际法上的个人	(45)
一、国籍制度	(45)
二、外国人的法律地位	(49)
三、国际人权法	(54)
第六讲 外交关系法和领事关系法	(57)
一、外交关系法	(57)
二、领事关系法	(63)
第七讲 条约法	(67)
一、条约法概述	(67)

二、条约的缔结	(69)
三、条约的效力	(71)
四、条约适用	(73)
第八讲 国际争端的解决方式	(77)
一、概述	(77)
二、国际争端的强制性和政治性解决方法	(78)
三、国际争端的法律解决方法	(80)
第九讲 战争和武装冲突法	(85)
一、概述	(85)
二、作战规则	(88)
三、战争犯罪	(91)

国际私法

导读:试题特点与复习方法	(94)
第一讲 国际私法概述	(95)
一、国际私法的概念和调整对象	(95)
二、国际私法的调整方法	(95)
三、国际私法的渊源	(96)
第二讲 国际私法的主体	(97)
一、自然人	(97)
二、法人	(98)
三、外国人民商事法律地位	(100)
第三讲 法律冲突、冲突规范和准据法	(101)
一、法律冲突	(101)
二、冲突规范	(103)
三、准据法	(105)
第四讲 适用冲突规范的制度	(108)
一、定性	(108)
二、反致	(109)
三、外国法的查明	(111)
四、公共秩序保留	(112)
五、法律规避	(113)
第五讲 国际民商事法律适用	(114)
一、民事主体的法律适用	(115)
二、时效、代理、信托的法律适用	(117)
三、物权关系的法律适用	(118)

四、债权的法律适用	(119)
五、商事关系的法律适用	(126)
六、知识产权的法律适用	(127)
七、家庭关系的法律适用	(128)
八、继承的法律适用	(132)
第六讲 国际民商事争议的解决	(134)
一、国际商事仲裁	(136)
二、国际民事诉讼	(139)
第七讲 区际司法协助	(148)
一、区际文书送达	(149)
二、区际调查取证	(153)
三、法院判决的认可与执行	(153)
四、仲裁裁决的认可与执行	(157)

国际经济法

导读:试题特点与复习方法	(162)
第一讲 国际经济法导论	(164)
一、国际经济法的概念和渊源	(164)
二、国际经济法与相邻部门法之间的区别	(165)
第二讲 国际货物买卖法律制度	(167)
一、《国际贸易术语解释通则》	(167)
二、1980 年《联合国国际货物销售合同公约》	(172)
第三讲 国际海上货物运输与保险法律制度	(182)
一、国际海上货物运输法律制度	(182)
二、国际海上货物运输保险法律制度	(189)
第四讲 国际贸易支付法律制度	(194)
一、汇付和托收	(194)
二、银行信用证	(197)
第五讲 我国对外贸易管理法律制度	(203)
一、《对外贸易法》	(203)
二、我国的贸易救济措施	(205)
第六讲 WTO 法律制度	(212)
一、概述	(212)
二、最惠国待遇原则和国民待遇原则	(216)
三、WTO 的重要协议	(218)
四、WTO 的争端解决机制	(220)

第七讲 国际经济法其他领域的法律制度	(223)
一、国际知识产权法律制度	(224)
二、国际投资法律制度	(230)
三、国际金融法律制度	(234)
四、国际税法	(238)

导读:试题特点与复习方法

国际法是调整国际法主体之间(主要是国家之间)关系的有法律拘束力的规则总称。国际法的结构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。

国际法在律考时曾有3年停考(1997—1999年),但2000年重新出现在卷一,分值为11分,2002年、2003年仍保持这一态势,2004年考查了14分,2005年考查了12分,2006年考查了14分,2007—2010年分值均为12分,2011年考查了11分。近五年具体题型及分值列表如下:

年 份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	合 计
2007	6	6	0	12
2008	6	4	2	12
2009	4	6	2	12
2010	4	6	2	12
2011	3	6	2	11

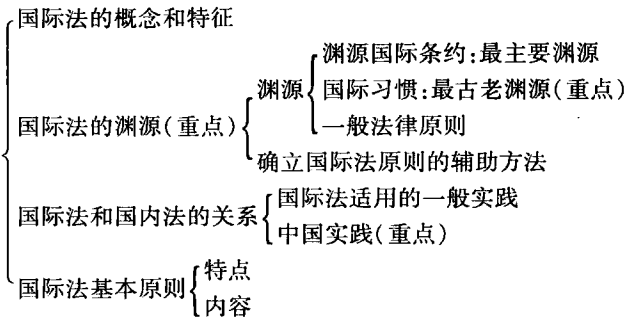
国际法试题的显著特点是:(1)考点覆盖面广且非常灵活,国际法每年试题并不多,但会覆盖大纲至少80%的章节,因此国际法没有绝对的重点。不过国际法的试题虽然面广灵活但难度并不大;(2)试题比较偏重历年考查的空白点。国际法考点多但每年试题量并不大,因此还有部分知识点没有在历年考题中出现,这就成为之后各年试题重点考查的对象;(3)比较注意对热点问题的考查。国际法实务性很强,每年都有当年热点事件的转化型试题;(4)法条考查比较固定。为了增加这个部门法和普通司法从业人员的联系,近几年国际法的试题明显增大了考查法条的比例,但由于国际法涉及的法条并不多,因此法条考查比较固定,《国籍法》、《外国人出入境管理法》等成为反复考查的内容。

针对国际法司法考试的上述特点,考生在复习国际法时,首先应理解其基本理论知识,特别是国际法的主体制度、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。至于国际法所涉及的法条,因为数量有限,因此在讲义中我们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。

第一讲 导 论

内容及重点提示



★已考考点归纳

考查次数	已考考点	考查次数	已考考点
2次	国际法的概念和渊源	1次	国家主权原则
3次	国际条约在我国的适用	1次	不使用武力和武力威胁原则
1次	国际习惯的构成要素	1次	民族自决原则
1次	不干涉内政原则		

一、国际法的概念和渊源

(一)国际法的概念和特征

一般认为,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。

1. 国际条约

国际条约是指“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。

2. 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。

由于无论是习惯构成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。

特别提示: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。

[典型例题] 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?(2007/1/77)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

① 答案:AC

3. 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。

二、国际法与国内法的关系

(一) 国际法与国内法关系的实践

截至目前,国际法尚没有关于国内法与国际法关系的统一规则。这个问题的国际实践可以从国际和国内两个层面来看。

1. 在国际层面

在国际层面,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。

2. 在国内层面

在国内层面,国际法与国内法关系的核心问题是国际法在国内法律秩序中的地位问题,包括国际法规则在国内外法律框架中的适用以及国际法规则与国内法冲突时的解决。对此,各国并无统一的实践。

(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

其法律依据是最高人民法院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

条约在中国适用实践图示:(我国宪法没有统一规定)

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

[典型例题] 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)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

三、国际法基本原则

(一)国际法基本原则的特征

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

1. 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。

2. 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

① 答案:B

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。

[典型例题] 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?(2002/1/55)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

3. 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年联大通过的《关于侵略定义的决议》中,非穷尽地列举了7项侵略行为,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。该定义同时规定一国违反《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,不得以任何理由为侵略行为辩护,侵略行为引起国家责任。虽然联大决议本身一般没有拘束力,该定义本身也存在一些缺陷,但它对于相关国际法规则的形成、确认或判定具有重要的证据意义,因而对于各国的行为产生相当的影响。

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。

4. 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。

5. 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。

① 答案:ACD

特别提示: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。

6. 善意地履行国际义务原则

善意履行国家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。

试题演练

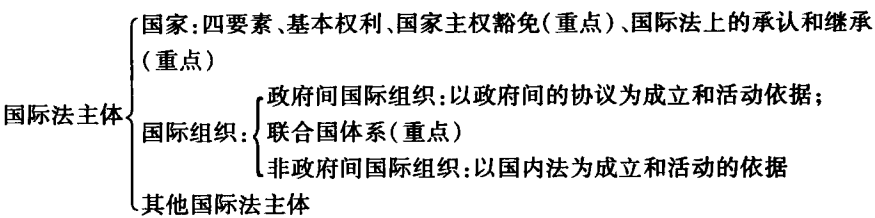
不得使用武力和武力威胁原则是国际法基本原则之一。甲乙丙丁四国的下列哪项行为没有违背不得使用武力或武力威胁原则?①

- A. 甲国宣称:如果乙国继续对甲国贸易禁运,将派出军舰封锁乙国海岸
- B. 乙国认为邻国丙国修建的某些军事设施对其构成威胁,发射若干枚导弹将这些军事设施摧毁
- C. 甲乙丙三国与丁国关系交恶,甲乙丙三国结成军事联盟,根据该军事联盟的决议丙国发出导弹攻击丁国境内的若干军事目标
- D. 丁国根据联合国安理会通过的一项决议派出军舰封锁某国海岸

① 答案:D

第二讲 国际法主体

内容及重点提示



★已考考点归纳

考查次数	已考考点	考查次数	已考考点
3 次	国家的管辖权	3 次	国际法上的继承
3 次	国家主权豁免	4 次	联合国体系
3 次	国际法上的承认	1 次	非政府间国际组织

一、国际法主体概述

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。具备如下三个条件的才能称为国际法主体:①具有独立参与国际关系的资格,这是国际法主体的首要条件;②具有直接享受国际法上权利的能力,包括平等权、缔约权、使节权、诉讼权、求偿权等;③具有直接承担国际法上义务的能力,包括履行国际法上一般义务的能力,履行条约的能力,保护外交特权和豁免的能力等。

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。主权国家是国际法的基本主体,是国际社会最主要和最基本的构成单位,其作为国际法主体的资格是原始的和完全的。作为国际法主体的国际组织主要是政府间国际组织,政府间国际组织作为国际法主体的资格是派生的和不完全的,其权利能力和行为能力是由成员国通过作为国际组织宪章的国际协定赋予和限定的。某些特定的民族解放组织是在殖民地民族争取民族独立的过程中,作为其未来民族国家的过渡性实体,参与某些国际关系,从而被国际社会接受为国际法的主体。

二、国 家

(一)国家的构成要素和类型

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。

现代国际法将国家类型主要划分为单一国和复合国两类。

单一国是由若干行政区域组成的统一的主权国家,它拥有单一的宪法,其人民拥有单一的国籍。单一国由其中央政府行使最高的立法、司法和行政权力,各个行政区域都作为国家的地方单位受中央政府的领导。中国是单一制国家。

复合国是两个或两个以上成员组成的国家或国家联合体,包括联邦和邦联两种形式。联邦国家是指由两个或两个以上的成员单位根据联邦宪法组成的国家。联邦政府与各组成成员之间的职权范围由宪法划定。但是联邦国家的对外权力主要由联邦政府行使,其人民拥有统一的联邦国籍。联邦国家本身是国际法主体,其各成员单位没有国际法的主体地位。邦联是两个或两个以上主权国家由于特殊的目的根据条约组成的国家联合体。邦联本身没有统一的立法、行政、司法机关,其人民也没有统一的国籍。邦联的各成员是独立的国际法主体,而邦联本身不是国际法主体。

(二)国家的基本权利

独立权、平等权、自保权和管辖权是主权国家的基本权利。管辖权指国家基于主权的行使而采取立法、行政、司法等方式,对于特定的人、物和事件进行管理和处置的权利。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。

(三)国家主权豁免

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。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;默示放弃是指国家通过在国外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。

特别提示: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