

◆ 上海东方激光教育文化有限公司

国家司法考试

零距离训练与突破

- 国际私法
- 国际法
- 国际经济法

名师专家倾力打造
最具权威备考教材

航空工业出版社

国家司法考试零距离训练与突破

——国际私法、国际法、国际经济法

蒋 坡 总主编

航空工业出版社

内 容 提 要

全套丛书共7本,分别为:《国家司法考试零距离训练与突破——法理学、宪法、行政法与行政诉讼法》,《国家司法考试零距离训练与突破——刑事诉讼法、刑法》,《国家司法考试零距离训练与突破——民法》,《国家司法考试零距离训练与突破——民事诉讼法与仲裁制度》,《国家司法考试零距离训练与突破——法律职业道德、经济法、商法》,《国家司法考试零距离训练与突破——国际私法、国际法、国际经济法》和《国家司法考试零距离训练与突破——模拟测试卷集》,前6本对应司法考试大纲中的13个科目(法制史除外);模拟测试卷集供考生考前进行大题量模拟练习。

《国家司法考试零距离训练与突破——国际私法、国际法、国际经济法》是全套丛书之一。全书分为三大编:第一编为“国际私法”,第二编为“国际法”,第三编为“国际经济法”。每编主要由“2002年国家司法考试分析”和以下三部分组成:考试理论篇、考试实战篇、解题思路与方法实践。

本书可作为参加2003年国家司法考试的人员学习和辅导用书。

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试零距离训练与突破.国际私法、国际法、国际经济法/蒋坡主编.一北京:
航空工业出版社, 2003.8

ISBN 7-80183-205-1

I. 国... II. 蒋... III. ①国际私法—法律工作者—资格考核—自学参考资料②国际法—
法律工作者—资格考核—自学参考资料③国际经济法—法律工作者—资格考核—自学参考资
料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第078262号

航空工业出版社出版发行

(北京市安定门外小关东里14号 100029)

江阴市天江印刷有限公司

2003年8月第1版

开本:787×1092 1/16

印数:1-5000

印张:47.5

全国各地新华书店经售

2003年8月第1次印刷

字数:1140千字

定价:70.00元

前 言

为了帮助参加国家司法考试的考生作好备考准备,我们于去年就联系了在国家司法考试领域有相当经验的数十位教师、学者,着手策划本套国家司法考试零距离训练与突破系列丛书。新的《国家司法考试大纲》一颁布,编者就对大纲新精神进行深入研究和全面总结,对照大纲,对本套丛书的内容作了较大的调整。经过策划者、作者、编辑们日以继夜的努力和密切合作,丛书终于赶在8月份与读者见面了。

全套丛书共7本,分别为:《国家司法考试零距离训练与突破——法理学、宪法、行政法与行政诉讼法》、《国家司法考试零距离训练与突破——刑事诉讼法、刑法》、《国家司法考试零距离训练与突破——民法》、《国家司法考试零距离训练与突破——民事诉讼法与仲裁制度》、《国家司法考试零距离训练与突破——法律职业道德、经济法、商法》、《国家司法考试零距离训练与突破——国际私法、国际法、国际经济法》、《国家司法考试零距离训练与突破——模拟测试卷集》,前6本对应司法考试大纲中的13个科目(法制史除外);模拟测试卷集供考生考前进行大题量模拟练习。

本套备考丛书的主要特点是:“三从一大”——从难、从严、从实战出发,大題量训练。愿这“三从一大”能助您一臂之力。

《国家司法考试零距离训练与突破——国际私法、国际法、国际经济法》是全套丛书之一,是严格按照《国家司法考试大纲》编写的辅导用书。全书分为三大编:第一编为“国际私法”,第二编为“国际法”,第三编为“国际经济法”。每编主要由“2002年国家司法考试分析”和以下三部分组成:

第一部分 考试理论篇

本部分的每一章(节)以最新的考试大纲规定的知识点为线索,以章(节)为基本单位进行编写。每章(节)按“考试要求”、“知识网络图”、“知识串讲”、“应试难点”、“典型试题分析”和“练习题”等模块进行编写。各模块特点如下:

[考试要求]:根据考试涉及到的可能性的_{大小},在每一章(节)“考试要求”中列出了考生需要了解、掌握或重点掌握的知识点;[知识网络图]:将每一章(节)的内容制作成“知识网络图”,使考生在复习的时候有一个非常清楚的体系,便于

考生有次序地掌握内容;[知识串讲]:将考纲要求的知识内容简明扼要地予以串讲;[应试难点]:在认真分析《国家司法考试大纲》的基础上,每章均罗列出了国家司法考试的难点;[典型试题]:将最近三年的律师资格考试和国家司法考试的题目作为“典型试题”分插在各章中,便于考生掌握最新的考试动态;[练习题]:本书在每一章的后面,根据知识点和考点安排了相当数量的“练习题”。

第二部分 考试实战篇

本部分主要提供了“国家司法考试”的大量模拟试题,出题点往往集中在各学科的一些热门“考点”上,而且这些考点“久考不衰”。希望能让考生通过练习,加深对本学科各知识点的理解,及时地进行拾遗补缺。

第三部分 解题思路与方法实践

本部分主要是针对“第一部分”每章后面的“练习题”和“第二部分”的“实战练习”,提供了详细的答案、考点和分析。通过这些考点和分析的学习,能够巩固并加深理解各学科的知识。

总体上,本书具有以下特色:

1. 严格按照《国家司法考试大纲》进行编写,对于大纲中要求掌握的知识点,在本书中都进行了详略得当的介绍。

2. 注意按考试要求对考生进行辅导。在要求掌握基本知识、基本理论和基本技能的基础上,侧重注意培养考生的分析、答题能力。题量“大”,考点“热”,分析“透彻”。

3. 本书编者对《国家司法考试大纲》进行了深入的分析,比照《2002年国家司法考试大纲》,罗列出的“应试难点”正是对国家司法考试所作的大胆预测,以便帮助考生备战国家司法考试,使考生能做到事半功倍。

本书由何学仪策划,蒋坡担任总主编。第一编《国际私法》由樊祿萍担任主编,姜海立担任副主编,刘文江、李娟参编。第二编《国际法》由王丽华主编,余哲担任副主编,刘俊、范碧华参编。第三编《国际经济法》由吴益民担任主编,何艳梅担任副主编,沈吉利、刘恩媛、宋俊荣、黄道雄参编。由于时间仓促,编者虽然尽心尽力,书中不足之处在所难免,恳请广大读者不吝赐教指正。

编 者

2003年7月

目 录

第一编 国际私法

2002 年国家司法考试《国际私法》分析	1
----------------------	---

第一部分 考试理论篇

第一章 国际私法概述	5
1.1 国际私法的概念	5
1.2 国际私法的范围	8
1.3 国际私法的渊源	10
第二章 国际私法的主体	16
2.1 自然人	17
2.2 法人	20
2.3 国家	23
2.4 国际组织	26
2.5 外国人的民商事法律地位	28
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	34
3.1 法律冲突	34
3.2 冲突规范	38
3.3 准据法	40
第四章 适用冲突规范的制度	49
4.1 识别	50
4.2 反致	51
4.3 外国法的查明和解释	54
4.4 公共秩序保留	56
4.5 法律规避	58
第五章 国际民商事法律适用	64
5.1 权利能力和行为能力	65
5.2 法律行为、代理和时效	67
5.3 物权	70
5.4 债权	72
5.5 商事关系	75

5.6 家庭	78
5.7 继承	82
第六章 国际民商事争议的解决	90
6.1 国际民商事争议的概述	91
6.2 协商和调解	92
6.3 国际商事仲裁	93
6.4 国际民事诉讼	99
第七章 区际法律问题	109
7.1 区际法律冲突与区际冲突法	109
7.2 区际司法协助	115

第二部分 考试实战篇

实战练习	121
------	-----

第三部分 解题思路与方法实践

解题思路与方法实践	137
-----------	-----

第二编 国际法

2002 年国家司法考试《国际法》分析	169
---------------------	-----

第一部分 考试理论篇

第一章 导论	175
1.1 国际法的概念	175
1.2 国际法的渊源与编纂	177
1.3 国际法与国内法的关系	182
1.4 国际法基本原则	186
第二章 国际法主体	199
2.1 国际法主体概述	199
2.2 国家	201
2.3 国际组织	211
第三章 国际法律责任	224
3.1 国际责任的构成	224
3.2 国际责任的形式	229
3.3 国际责任制度的新发展	231
第四章 国际法上的空间划分	239
4.1 领土	240
4.2 海洋法	244

4.3 国际航空法	250
4.4 外层空间法	253
4.5 国际环境保护法	256
第五章 国际法上的居民	267
5.1 国籍	267
5.2 外国人的法律地位	271
5.3 引渡和庇护	274
5.4 国际人权法	276
第六章 外交关系法与领事关系法	286
6.1 概述	286
6.2 外交关系法	287
6.3 领事关系法	293
第七章 条约法	303
7.1 概述	303
7.2 条约成立的实质要件	307
7.3 条约的缔结	309
7.4 条约的效力	314
7.5 条约的解释和修订	318
7.6 条约的终止和暂停施行	320
第八章 国际争端的和平解决	330
8.1 国际争端与解决办法	330
8.2 政治方法和国际组织解决国际争端	332
8.3 国际争端的法律解决方法	339
第九章 战争与武装冲突法	351
9.1 战争与战争法	351
9.2 战争状态与战时中立	353
9.3 对作战手段的限制和对战争受难者的保护	356
9.4 战争犯罪	359

第二部分 考试实战篇

实战练习	369
------	-----

第三部分 解题思路与方法实践

解题思路与方法实践	383
-----------	-----

第三编 国际经济法

2002 年国家司法考试《国际经济法》分析	433
-----------------------	-----

第一部分 考试理论篇

第一章 导论	437
1.1 国际经济法概述	437
1.2 国际经济法的渊源和基本原则	441
第二章 国际货物买卖	446
2.1 概述	446
2.2 《国际贸易术语解释通则》	453
2.3 《联合国国际货物销售合同公约》	461
第三章 国际货物运输与保险	483
3.1 国际海上货物运输	483
3.2 其他方式的国际货物运输	497
3.3 国际货物运输保险	503
第四章 国际贸易支付	525
4.1 国际贸易的支付工具	525
4.2 国际贸易的支付方式	531
第五章 我国的对外贸易管理制度	543
5.1 我国对外贸易管理制度概述	543
5.2 我国的贸易救济措施	549
第六章 世界贸易组织	561
6.1 世界贸易组织概述	561
6.2 世界贸易组织基本法律制度	570
第七章 国际经济法领域的其他法律制度	617
7.1 国际知识产权法	617
7.2 国际投资法	628
7.3 国际金融法	634
7.4 国际税法	639

第二部分 考试实战篇

实战练习	667
------	-----

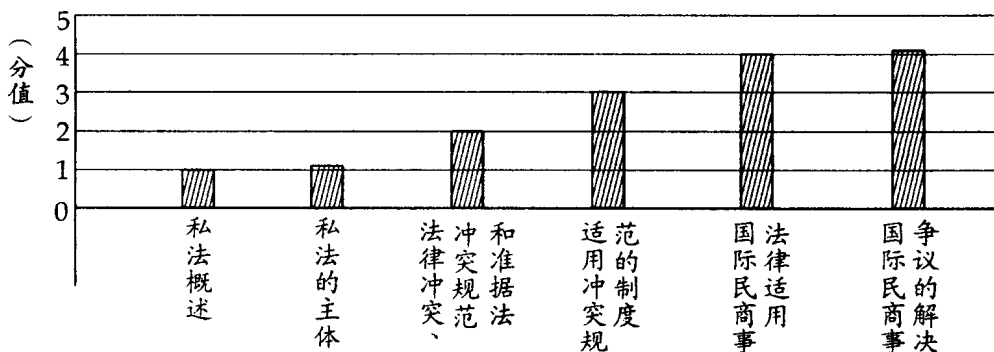
第三部分 解题思路与方法实践

解题思路与方法实践	681
-----------	-----

2002 年国家司法考试《国际私法》分析

在 2002 年国家司法考试中,国际私法占了 15 分,比前两次律师资格考试提高了 5 分。虽然分值不高,但提高的比例很大,说明国际私法的地位和出题者对这部分内容的重视程度都有了很大的提高。随着改革开放的深入,特别是涉外民事法律关系的增加,国际私法的分值在司法考试中可能还会增加。

一、分值分布



二、考试类型

考试类型为单项选择题,多项选择题和不定项选择题三种。其中单项选择题占 4 分,多项选择题占 8 分,不定项选择共占 3 分。

这 15 分的考题主要集中在两大方面的内容上。一是国际私法的具体理论,二是我国法律关于法律适用和管辖权的条款。

三、考试的具体内容分析

考试内容强化了对国际私法理论和法律适用等内容的要求。

具体情况如下:

1. 国际私法概述 (1 分)

只有 2002 年司法考试的试题中涉及该部分,以往律考均无此内容,说明国际私法的概述部分开始被重视,考生需要对基础理论部分重视起来。考题见 2002 年国家司法考试(卷一)第 57 题(多选)。

2. 国际私法的主体 (1 分)

这一章内容每年均有涉及,说明“主体”问题还是比较重要的。考题见 2002 年国家司法考

试(卷一)第69题(多选)。

3. 法律冲突、冲突规范和准据法(2分)

这一章内容是国际私法的理论和实践的核心部分。它本身既是国际私法的基础理论部分,同时又是重要的实践部分,是法律选择问题的基础,所以,请考生注意学习和掌握这部分内容。考题见2002年国家司法考试(卷一)第60题(多选)。

4. 适用冲突规范的制度(3分)

每年均有该章的考试内容,且分值较高。这一章从整体看,它还是属于国际私法理论部分,但就该章自身内容看,却更强调运用。考生要掌握各项“制度”的概念、特别要学会运用这方面的原理。考题见2002年国家司法考试(卷一)第20题(单选)。

5. 国际民商事法律适用(4分)

国际民商事法律适用集中了国际民商事法律适用的一些具体内容,每一节均是相对独立的问题,共含4分,是分值最高的部分之一。因此,考生要重视这一章内容的学习。考题见2002年司法考试(卷一)第62题(多选)。

6. 国际民商事争议的解决(4分)

“国际民商事争议的解决”是程序法。国际上越来越重视程序问题,我国亦从传统重实体、轻程序的习惯中走了出来,这部分也是考试分值最高的部分之一,考生要高度重视。考题见2002年国家司法考试(卷一)第67题(多选)。

四、重点注意

要重视我国法律关于法律适用的具体规定。对于我国法律的有关规定,出题者极其重视,占到10分,这是以往从未有过的。这就要求考生对《民法通则》及其“意见”、《公司法》、《合同法》、《海商法》、《票据法》和《民事诉讼法》及其“意见”等法律中的法律适用和管辖权等条款非常熟悉。

总之,分值提高、重点突出和强调对我国有关法律的实际运用是2002年国家司法考试国际私法考题的主要特点。

希望考生注意以上动向,全面复习,重点记忆;反复推敲,强化训练!

祝君在国家司法考试中取得成功!

第一部分

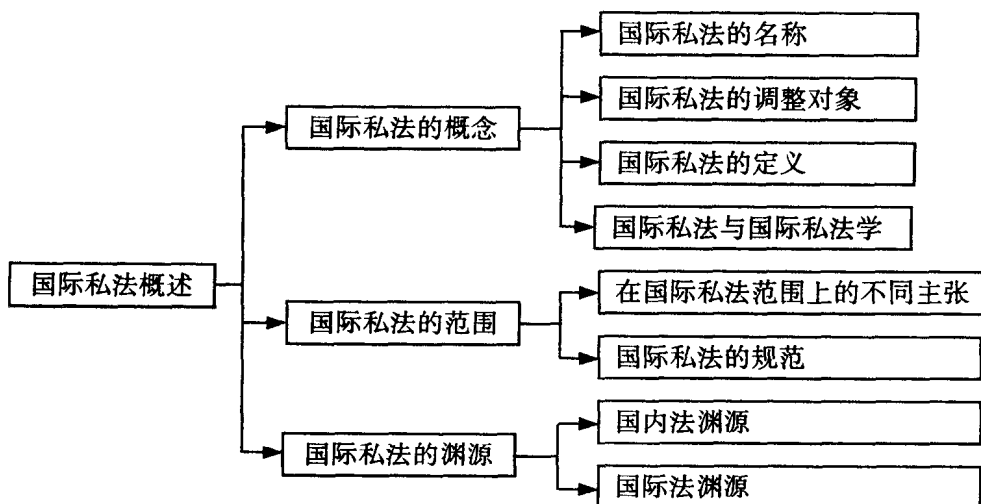
考试理论篇

第一章 国际私法概述

【考试要求】

1. 了解：国际私法的名称。
2. 掌握：国际私法的调整对象；国际私法的定义；国内法的渊源和国际法的渊源。
3. 重点掌握：国际私法的规范。

【知识网络图】



【知识串讲】

1.1 国际私法的概念

一、国际私法的名称

关于国际私法的名称，在不同的历史时期有所不同。由于学者们对于它的性质、范围、对象理解的不同，至今仍不统一。从国际私法学的发展史来看，主要有以下几个名称：

1. 法则区别说

这是最早使用的名称，在13、14世纪由意大利法学家巴托鲁斯提出，后被意大利、法国和荷兰等国的学者使用，一直延续到18世纪。它是根据不同性质的法律应该分别调整不同的

法律关系的原则而提出的。由于此学说过于简单、概括,不能适应日益发展和复杂的涉外民事关系的需要,到19世纪就被抛弃了。

2. 私国际法

最早提出这个名称的是美国的斯托里,他在《法律冲突论》一书中提及此名称。后来法国学者福里克斯在《私国际法或冲突法论》中正式使用这个名称,但后者把国际私法看作国际法,与斯托里大不相同。后来,私国际法逐渐为其他国家所采用。现在,法国和其他拉丁语系国家较为流行此名称,有些英、美等普通法系国家的学者也采用这一名称。

3. 国际私法

首先使用这个名称的是德国学者谢夫纳,他在《国际私法的发展》一书中提出了这一名称。这一名称较恰当地反映了该学科的性质和内容,说明该法律调整的既是国际的又是私法的关系。至今,世界上许多国家都使用这个名称,尤其是在中国、德国、日本、俄罗斯及其他东欧国家,更为普遍。

4. 冲突法、法律冲突法或法律冲突

这是在17世纪由荷兰学者罗登堡提出的,他认为各国法律对同一涉外民事法律关系有相互抵触的法律规定,这些规定呈现冲突状态,因而主张法律冲突论。后来另一荷兰学者胡伯也使用过冲突法的名称。现在,此名称流行于英、美等普通法系国家。

除了上述使用较广、影响较大的四个名称外,在国际私法的历史上还有几个名称,也曾某些国家得到使用。如旧中国把国际私法法规称为“法律适用条例”,日本称为“法例”。在立法中曾经使用过的名称有“法律适用法”、“涉外私法”、“国际民法”等。

尽管国际私法的名称至今尚未统一,但我们认为,使用“国际私法”这一名称相对来说还是比较合适的,因为它比较恰当地反映了该学科的性质和内容。具体原因如下:(1)国际私法调整的国际民商事法律关系是一种跨国的法律关系,可称之“国际”,而民商事法律关系根据传统的“公法”和“私法”的划分理论,属于“私法”范畴。(2)这一名称不仅在中国较为普遍,而且在世界上许多国家都广为接受,在一定程度上已经是约定俗成。

二、国际私法的调整对象

1. 国际私法的调整对象——国际民商事法律关系

法律依其调整对象不同,被分成不同的部门。人们把调整在国际交往中所产生的民商事法律关系的法律,称之为国际私法,以区别于其他部门法。因此,国际私法的调整对象就是国际民商事法律关系。从一个国家的角度来说,就是涉外民商事法律关系,即具有涉外因素的民商事法律关系。

作为国际私法调整对象的国际民商事法律关系具有以下特点:

(1) 国际民商事法律关系是具有涉外因素的民商事法律关系,具体体现在法律关系的主体、客体和内容各个方面。

(2) 国际民商事法律关系是广义的民商事法律关系。这是相对各国国内民商法调整民商事法律关系的范围而言的。由于各国的民商事立法规定各不相同,其范围也不完全相同,有的用“民商分立”、有的则是“民商合一”。而作为调整超越一国界线的涉外民商事法律关系的国际私法,就不能限制在各自国内法的调整范围,而应兼收并蓄各国的不同特点,把广义的民商事法律关系作为自己的调整范围。具体讲应包括物权关系、债权关系、知识产权关

系、婚姻继承关系、公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等。

总之,国际民商事法律关系是一种国际的或跨国的民商事法律关系,也就是说是一种超越国界的民商事法律关系。

2. 国际私法调整国际民商事法律关系的方法

由于国际民商事关系都与两个或两个以上的国家法律相联系,究竟用什么法律来调整就成了国际私法的核心问题。综合国际实践和各国的立法,主要有如下两种调整方法:

(1) 间接调整方法,亦称冲突法调整。即通过冲突规范来调整,具体说来,就是在国内立法或国际条约中,制定法律适用原则,规定在什么情况下应该适用内国法,在什么情况下应该适用外国法及何外国法,最后只有按照所指定的那个国家的实体法,才能具体确定当事人的权利和义务,亦即不直接规定如何调整国际民商事法律关系当事人之间的实体权利和义务。这是调整国际民商事法律关系的独特而有效的方法。

(2) 直接调整方法,亦称实体法调整。即制定统一实体规范,直接规定当事人的权利和义务。统一实体规范是指在国际条约和国际惯例中用来确定当事人权利和义务的规范。这种规范可以避免法律冲突,以便更准确、迅速、直接地确定当事人的权利和义务。国内法、国际条约和国际惯例中均存在这种规范。例如,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》,就是一个直接规定国际货物销售合同当事人的权利和义务的实体法公约。从19世纪以来,在国际贸易方面出现了许多有关的国际公约和国际惯例,它们在调整国际民商事法律关系中,对消除法律冲突起着十分重要的作用,直接的作用。

一般情形下,有统一实体规范时就要适用统一实体规范,只是在没有统一实体规范可适用时,才适用冲突规范。所以,在解决某一具体涉外民商事关系时,二者是相互排斥的。但从整体来讲,二者都是国际私法调整国际民商事法律关系所必需的手段,二者是相辅相成、相互补充的。

三、国际私法的定义

由于对国际私法的对象、范围及调整方法的认识不同,所以,学者们对国际私法的定义也各不相同。多种定义,各有合理之处,均反映了国际私法的某一方面的特性。但国际私法是一个在不断发展的法律学科和部门,则国际私法的定义也会随之而不断发展。

国际私法的定义可定为:国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突的法律部门。

四、国际私法与国际私法学

1. 国际私法和国际私法学是两个不同概念

(1) 国际私法的两个含义:平时所说的国际私法,实际上包含着国际私法和国际私法学两个既互相联系,而又互有区别的含义。每个国家都有它们自己的国际私法和国际私法学。我国有我国的国际私法和国际私法学。

(2) 国际私法。国际私法是法律,是以国际民事关系为自己调整对象的、一个特殊的法律部门,和民法、刑法等一样具有法律效力,当事人在国际民事活动中必须严格遵守。

(3) 国际私法学。国际私法学是法学学科之一,是关于国际私法的理论现象和理论体系的总和,它以国际私法作为自己研究的对象,是研究国际私法规范的产生、发展、法律形

式、原则、制度、意义和本质等的一门科学。

2. 国际私法和国际私法学的联系和区别

(1) 联系

表现在：①国际私法学以国际私法为研究对象：研究国际私法产生、发展的规律，基本原则、基本制度和规范的表现形式；②两者都是由一定的社会经济条件所决定，都是一定经济基础的上层建筑，受经济基础的制约，但又作用于经济基础；③两者都是为特定的国家及其利益服务的，不管是立法规定还是理论学说，都是如此；④国际私法学以国际私法为依据，并为国际私法的发展开辟道路，国际私法的立法的完善和发展，往往先以理论研究开始，研究的成果反映在立法之中。

(2) 区别

表现在：①国际私法是法律的一个部门，是特定法律规范即国际私法规范的总称，是一种行为规范；而国际私法学则为法律部门或法学学科之一，是一种学说和理论体系；②国际私法调整的对象是国际民事关系，而国际私法学研究的对象是国际私法本身；③国际私法是法律，是具有法律约束力的行为规范即国际私法规范的总称；而国际私法学是科学，是一种理论科学，也是应用科学，没有法律约束力，只有指导实践的意义。

1.2 国际私法的范围

一、在国际私法范围上的不同主张

所谓国际私法的范围，指的是国际私法所应包括的规范的范围或种类。国际私法虽然是解决法律冲突问题的，但即使在把国际私法和冲突法这两个概念完全等同起来的国家，他们的国际私法学家都认为应该把冲突规范以外但与解决法律冲突有密切关系的一些规范包括进国际私法。因此，在国际私法的范围问题上，不宜采取绝对化的观点。

例如，普通法系国家的国际私法学家多认为国际私法就是冲突法，但认为关于涉外民事案件管辖权的规范和外国民商判决的承认与执行的规范，也应该包括在国际私法之中。但是，他们反对把国籍问题和外国人民事法律地位规范归入国际私法。而大陆法系一些国家尤其是法国，却对国际私法作很广义的理解，认为它除了冲突规范外，还应包括适用于国际关系中私法主体间的所有规范。此外，关于管辖权规范，他们认为也应归入国际私法的范围。不过，他们仍认为法律适用规范是国际私法中最重要的规范。

我国的学者比较一致的观点是认为国际私法至少应包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、调整涉外民商关系的统一实体规范和国际民事诉讼程序规范。

二、国际私法的规范

1. 外国人的民商事法律地位规范

这种规范是规定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内的国际民商领域享有权利和承担义务的资格和状况的规范。这种规范通常由所在地国家的内国法及其缔结或参加的国际条约来加以规定，一般说来是实体法规范和直接规范。