

2003年

司法考试名师辅导

本书根据2003年司法考试大纲，在司法考试著名辅导教师精彩授课的基础上，进一步概括、提炼，既有重点内容讲解，突出课堂特色，又有难点解析、法条提示和冲刺练习，强化应试需求，比教材更精练，比课堂更生动。有助于考生全面系统把握教材，事半功倍，提高能力。

法律版



国际法·国际私法 国际经济法

杜新丽/主编



法律出版社

2003 年司法考试名师辅导

国际法·国际私法·国际经济法

主 编 杜新丽

撰稿人 (按撰写章节为序)

王玉玮 朱子勤

杜新丽

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/杜新丽主编. —北京:法律出版社, 2003. 1
(2003 年司法考试名师辅导)
ISBN 7-5036-4155-X

I. 国… II. 杜… III. ①国际法—法律工作者—资格考核—自学参考资料②国际私法—法律工作者—资格考核—自学参考资料③国际法:经济法—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007529 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律考试出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/10.125 字数/295 千
版本/2003 年 2 月第 1 版	印次/2003 年 2 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/test@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939636	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4155-X/D·3873	定价:20.00 元

名师引领成功之路

为什么选择司法考试？每位考生会有各自不同的回答，但渴望成功却是大家相同的心愿。面对门类众多、内容庞杂的考试科目，尽管有大纲和指定教材，而要在有限的时间内达到应试要求，绝非易事。

无数的成功者都验证着这样一个不争的事实，科学的学习方法和必备的应试技巧，是能否顺利通过考试的关键所在，而获取这些本领的捷径在于得到老师的传授和解惑，于是，司法考试培训机构以请到名师授课为生存之本，名师则来回奔波，疲于应付，万千考生为能得到名师指点，不惜耗财费时，舟车劳顿。在此意义上，本书至少作出三大贡献：

第一，将名师的辅导授课经验归纳提炼，广布天下，使之惠及每一位考生。

第二，提供方便快捷的机会，让每一位考生获得名师辅导成为现实。

第三，围绕应试需求，浓缩可考和必考知识，为考生减负。

本书参编人员均为司法考试辅导领域的著名老师，多年从事司法考试辅导工作，深受考生的拥戴和推崇，既熟悉考生的复习规律和需求，又对司法考试命题规律了如指掌，可以有的放矢，指引考生增加复习的针对性，达到事半功倍的复习效果。

本书根据 2003 年司法考试最新变化，各学科以重点知识点为序，在编写体例上具有以下鲜明特色：

【重点内容串讲】 这一部分的取舍标准以可考性为主,在系统知识讲解的基础上,排沙简金,突出重点。

【难点、易错点分析】 针对考生学习过程中的疑难之处,解惑释疑,以求把握知识的准确牢靠,不留死角。

【重点法条提示】 结合知识点精选重点法条,提示复习要点,有助于考生加深理解,学以致用。

【题型分析及冲刺练习】 对每一重要知识点可能出现的题型,以典型习题的形式加以精解和详析,重在了解命题思路,强化应试能力。

把名师请回家,把课堂搬回家,拥有名师引领,成功到家。

编者

2003年1月

目 录

国 际 法

一、导论	(1)
(一)国际法的特点和渊源	(1)
(二)国际法与国内法的关系	(5)
(三)国际法的基本原则	(9)
二、国际法主体	(13)
(一)国际法主体概述	(13)
(二)国家的基本权利	(14)
(三)国际法上的承认	(17)
(四)国际法上的继承	(20)
(五)国际组织	(23)
三、国际法律责任	(30)
(一)国际不当行为引起的国际法律责任	(30)
(二)国际法不加禁止的行为引起的国际法律责任	(33)
四、国际法上的空间划分	(36)
(一)领土主权、领土的取得	(36)
(二)领海和毗连区	(39)
(三)专属经济区和大陆架	(43)
(四)公海和国际海底区域	(45)
(五)国际民航安全制度	(49)
(六)外空活动的主要原则	(52)

五、国际法上的居民	(55)
(一)国籍的取得与丧失、国籍的冲突、外国人的待遇	(55)
(二)引渡和庇护	(60)
六、外交关系法和领事关系法	(62)
(一)外交关系法	(62)
(二)领事关系法	(69)
七、条约法	(75)
(一)条约的缔结程序和成立的实质要件	(75)
(二)条约的效力、条约的终止和停止施行、条约的解释	(80)
八、和平解决国际争端的政治方法和法律方法	(86)

国 际 私 法

一、国际私法概述	(94)
二、国际私法的主体	(100)
三、法律冲突、冲突规范和准据法	(106)
四、适用冲突规范的制度	(117)
五、国际民商事法律适用	(128)
六、国际民事诉讼程序	(142)
七、国际商事仲裁	(151)

国际经济法

一、国际经济法概述	(158)
二、国际货物买卖	(162)
三、国际货物运输与保险	(193)
四、国际贸易支付	(231)
五、中国对外贸易的政府管理措施	(251)
六、世界贸易组织	(269)
七、国际经济法领域的其他法律制度	(296)

国际法

〔总体说明〕 第一,关于重点法条提示。由于国际条约林林总总,数以千计,考生在学习的过程中,没有必要花费过多的时间和精力去吃透内容庞杂的有关重点国际条约。且国际条约直接译自外文,艰涩难懂,考生直接复习法条存在不少困难。相反,考生按照下面所列的语言通俗的考核要点并结合有关教材去学习,所起的作用更大。因此,关于“重点法条提示”部分,作者基本上只作较少的介绍。第二,国际法部分的题型主要是选择题,一般不会出现案例分析题。

一、导 论

(一)国际法的特点和渊源

【重点内容串讲】

1. 国际法的特点。国际法与国内法相比,主要特点有:第一,立法方式不同。国际法主要由国家之间在平等的基础上以协议的方式共同制定。国内法由国内的立法机关以一定的方式和程序制定。第二,调整对象和法律关系的主体不同。国际法主要调整国家之间的关系,其主体主要是国家。国内法主要调整自然人、法人之间的权利义务关系,其主体主要是自然人、法人。第三,强制实施方式不同。国际法通过国家自身的行动来实施。国内法主要依靠有组织的国家强制机关,如军队、警察部门、法庭等加以实施。第四,效力的根据不同。国际法发生

法律效力的根据是国家之间意志的协议或协议意志。国内法效力的根据是上升为国家意志的国内统治者的意志。

2. 国际法的渊源。《国际法院规约》第38条规定了国际法院在审理案件时应适用的法律,这一般被认为是国际法渊源的权威说明。该条规定如下:“一、法院对于陈述各项争端,应以国际法裁判之,裁判时应适用:(一)不论普通或特别国际协议,确立当事国明白承认之规条者;(二)国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者;(三)一般法律原则为文明各国所承认者;(四)在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本着‘公允及善良’原则裁判案件之权。”国际法各项渊源的地位和作用如下所述:

第一,国际条约。这是国际法最主要的渊源。条约是国际法主体之间缔结的、确立彼此之间权利和义务的、以国际法为准的国际协议。按照不同的标准,可以把国际条约划分为不同的种类:按照缔约方的数目,分为双边条约和多边条约;按照条约的内容,分为政治、经济、文化等方面的条约;按照条约的性质,分为契约性和造法性的条约,契约性条约是规定缔约方之间特定事项的权利和义务的条约,一般是双边条约;造法性条约是确立或修改某些国际法原则、规则和制度的条约,一般是多边条约。凡是符合国际法的有效条约,都是国际法的渊源。

第二,国际习惯,或称为“习惯国际法”、“国际习惯法”。它也是国际法最主要的渊源,而且是最古老的渊源。国际习惯与国际惯例不同。国际习惯的形成要具备两个要素:一是物质因素或客观因素,即国家长期的、反复的、前后一致的实践,这形成国际惯例或称为通例。二是心理要素或主观要素,即惯例被各国接受为法律,这被称为“法律的确信”。国际习惯与国际惯例的区别正是在于国际惯例是否被接受具有法律拘束力。

为了证明国际惯例是否存在和是否被接受为法律,必须寻找证据。证据可以从以下三个方面去寻找:一是国家间的各种文书和外交实践;二是国际组织和国际会议的各种文件,如国际司法判决、决议等;三是国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

第三,一般法律原则。它是指各国法律体系中共有的一些原则,如

时效、善意、禁止反言等,“公允及善良”原则在广义上也被理解为一项一般法律原则。一般法律原则为数不多,可以作为填补国际条约和国际习惯的空白,在裁判案件中有一定的作用,通常被作为补充渊源适用,在国际法的渊源中仅居于次要地位。它是国际法的次要渊源。

第四,确立国际法原则的辅助资料。它包括司法判例(国际司法判例和国内司法判例)、各国权威国际法学家的学说、国际组织的决议。它们本身不是国际法的渊源,只是证明和确认国际法原则存在的辅助方法。在国际法渊源的体系中,其地位在一般法律原则之下。

【难点、易错点分析】

考生要了解以上所述的国际法的各项渊源指的是形式渊源,其意义在于指明去哪里寻找国际法规则,并确定可以适用于解决具体问题的法律。考生应重点理解和掌握各项渊源的地位、作用。

【题型分析及冲刺练习】

不定项选择题

1. 下列关于国际法的特征的说法正确的有:()

- A. 主体是国家
- B. 国家以协议制定
- C. 主要依靠国家本身的行动执行
- D. 联合国制定

〔答案〕 BC

〔解析〕 A选项不对。国家是国际法最为主要的主体,但并非唯一的主体,此外还有政府间的国际组织和某些特定的政治实体(如争取独立的民族),因此“国际法的主体主要是国家”或“国家是国际法的主体”之类的说法才正确。D选项不对。尽管联合国对于国际法的编纂和发展起到了重要作用,但国际法主要还是通过国家以协议制定的。

2. 下列关于国际法与国内法的表述哪些是错误的?()

- A. 国际法就是指国际条约
- B. 国内法是国家立法机关制定的、在领陆范围内适用的法律
- C. 国内法的一切规范性文件均在全国范围内适用

D. 国际法是国内法的渊源

〔答案〕 ABCD

〔解析〕 国际法除了国际条约之外,还包括国际习惯、一般法律原则等。因此应选 A。国内法的空间效力及于一国的领土,一国领土的构成包括领陆、领水、领空和底土。因此应选 B。地方性法规作为国内法的一部分,其效力不超出地方行政区域范围。因此应选 C。一国国内法的渊源一般包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、国际条约,此外还有政策、习惯、判例等不成文法作为补充,不能笼统的说国际法是国内法的渊源。

3. 司法判例和权威最高公法学家的学说可以作为确定法律原则的辅助资料的原因是下列哪些选项?()

- A. 它是某些规则存在的证据
- B. 它是国际惯例存在的法律证据
- C. 它的法理具有权威影响
- D. 它是确认法律原则的补充资料

〔答案〕 ABCD

〔解析〕 本题考国际法的渊源。司法判例(国际司法判例和国内司法判例)和各国权威国际法学家的学说,它们本身不是国际法的渊源,只是证明和确认国际法原则存在的辅助方法或资料。在国际法渊源的体系中,其地位在一般法律原则之下。

各国权威国际法学家的学说和著作概括说明了国际法的大量原则、规则和规章制度,可以为这些原则、规则和规章制度的存在提供证据。因此 A 正确。司法判决仅对案件本身具有拘束力,本身不是国际法的渊源,但使已反映了有关的国际习惯法原则和规则,起到作为习惯规则存在的证据的作用。司法裁决中所阐述的法理具有权威影响,同样可以作为法律原则的辅助资料。因此 BC 正确。

(二)国际法与国内法的关系

【重点内容串讲】

关于国际法与国内法的关系问题,主要从三个方面来掌握:国际法与国内法关系的理论,国际法与国内法关系的实践,国际法在中国的适用。

1. 国际法与国内法关系的理论。所谓国际法与国内法的关系,是指二者属于同一个法律体系,还是属于两种不同的法律体系,它们之间的关系如何。关于二者之间关系的理论,主要有“一元论”和“二元论”。

“一元论”认为国际法与国内法属于同一个法律体系,又分为国内法优先说和国际法优先说两派学说。国内法优先说认为国际法从属于国内法,国内法有公法和私法两部分,而公法又有对内和对外之分,国际法便是一国法律体系中的“对外公法”。其代表人物是德国 19 世纪末的法学家佐恩、耶利内克和考夫曼等。这种理论现在基本上无人支持。国际法优先说也认为国际法与国内法属于同一个法律体系,但应以国际法优先,国内法受制于国际法。其代表人物有 20 世纪初法国社会连带法学派的狄冀、波利提斯,规范法学派的凯尔逊、菲德罗斯等,至今影响仍然很大。

“二元论”认为国际法与国内法分别属于不同的法律体系,二者在法律关系的主体、调整对象、法律渊源、效力根据和实施等方面都有区别。其代表人物有意大利的安茨洛蒂、英国的奥本海、菲茨摩里斯等人,现在还有很大的影响。

我国多数学者认为虽然国际法与国内法分别属于不同的法律体系,但是由于国际法与国内法的制定者都主要是国家,二者之间有着密切的联系。国家在制定国内法时,应考虑国际法的原则和规则,不得违背其所承担的国际义务;国家在参与制定国际法时,应考虑到国内法的立场,不能干预国内法。国际法的原则和规则可以从各国的国内法得到补充和具体化,国内法可以从国际法的原则和规则得到充实和发展。二者是互相补充、互相渗透的。

2. 国际法与国内法关系的实践。国际法与国内法关系的实践可以从两个方面来看:

(1) 国家在国际社会中不能以其国内法中的规定为理由来违背其所承担的国际义务。但是国内法在国际裁判中也起到一定的作用, 比如国际法院和国际法庭在审理案件时必须首先全面研究有关国家的国内法, 以便弄清该争端的法律背景, 并从有关的国内法中找到可以引用的证据和原则, 以更好地适用国际法。

(2) 国际法在国内的效力, 主要涉及到国际法规则在国内的适用、国际法与国内法发生冲突时如何解决两个问题。

①关于国际法规则在国内的适用, 主要是国际法的两个最为主要的渊源即国际习惯、国际条约如何在国内适用。

就国际习惯法规则而言, 大部分国家认为国际习惯法规则若不与现行国内法相抵触, 可以作为本国法的一部分来直接适用, 如英、法、德、美、日等国家。

就国际条约而言, 情况更为复杂。国际条约能不能在国内法院适用, 能不能直接产生国内效力, 取决于国内法的规定。各国的做法有: 一种称为“转化”, 即要求所有的条约都必须逐个经过相应的国内立法程序转化成为国内法之后, 才能在国内适用。另一种称为“采纳”, 即原则上所有条约都可以在国内直接适用, 不需要国内的立法转化。在国际实践中, 单一地采用上述一种方式的国家不多, 多数国家都是两种方式并用。总之, 国家加入了一个条约, 即受条约义务的约束, 如果国内法院拒绝适用, 国家应对此行为承担违反条约义务的责任。

②关于国际法与国内法发生冲突时如何解决, 各国的做法主要有: 推定为不冲突; 修改国内法; 优先适用国际法; 优先适用国内法; 后法优于先法。

3. 国际法在中国的适用。我国宪法没有对国际法如何在我国国内适用作出规定。

关于国际习惯在我国国内法中的地位, 根据《民法通则》第 142 条第 3 款和第 150 条的规定, 在民事范围内, 国际习惯和国际惯例都可以在国内适用, 它们的适用次序在国内法和条约之后, 作为对国内法和条约的一种补充, 并且对适用惯例作了公共利益的限制和保留。

关于国际条约在我国的适用,从国内立法实践来看,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等情况都存在。一般认为,在民商事范围内,我国缔结的条约与国内法有不同规定的部分,可以在国内直接适用,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外。如《民法通则》第142条第2款、《民事诉讼法》第238条的规定。民商事范围以外的条约,能否在国内直接适用,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况才能确定。

关于条约与国内法冲突的解决,在民商事范围内,我国缔结或参加的国际条约与国内法冲突时,国际条约可以优先适用。在民商事范围以外,要根据有关条约和我国相关法律的具体情况进行确定。

【难点、易错点分析】

在本考核要点中,国际条约在国内的适用是难点,也是重点中的重点。尤其是在我国加入WTO之后,国内国际法学界一直在探讨这一问题,相信这仍是今年司法考试命题的“题眼”所在。考生除了总体上掌握上述串讲内容以外,还要注意《民法通则》第142条和第150条、《民事诉讼法》第238条的规定。

【题型分析及冲刺练习】

不定项选择题

1. 关于国际法与国内法的关系,不正确的选项有哪些? ()
- A. 国际法与国内法同处于一个法律体系中,国内法优于国际法
- B. 国际法与国内法同处于一个法律体系中,国际法优于国内法
- C. 国际法与国内法分处于两个独立的法律体系,国内法必须执行国际法义务
- D. 国际法与国内法分处于两个独立的法律体系,不会相互影响

〔答案〕 ABD

〔解析〕 国际法与国内法的关系,是指二者属于同一个法律体系,还是属于两种不同的法律体系。关于二者之间关系的理论,主要有“一元论”和“二元论”。A项是“一元论”的国内法优先说。B项是“一元论”的国际法优先说。D项是“二元论”。

国际法与国内法在主体、调整对象、法律渊源、效力的根据、执行方式等很多方面都是不同的,二者是两个彼此独立的法律体系,不存在谁优先的问题。但是两者之间还有着密切的联系。这首先表现在一国的国内法必须执行该国负担的有效的国际法义务方面。其次,两者的联系还表现在它们的相互影响上:国际法的许多规则源于国内法,如政治犯不引渡、庇护等;国内法也因为新的国际法规则的出现而形成了新的法律,如国际海洋法中的领海无害通过制度就大大影响了沿海国国内法的规定。

2. 根据我国目前的法律和相关实践,对于国际条约在我国法律制度中的地位,下列哪些判断是错误的?()

A. 凡是我国缔结或参加的条约,都可以在国内作为国内法直接适用

B. 在民法涉及的范围内,我国为当事国的条约规定与国内法的规定不同时,适用条约的规定,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外

C. 我国作为当事国的任何条约的规定,若与国内法的规定冲突时,在国内法院都直接并优先适用这些国际条约的规定,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外

D. 在民法涉及的范围内,在国际上所有已生效的民商事方面的国际条约的规定,如与我国国内法的规定冲突时,都优先适用国际条约的规定

〔答案〕 ACD

〔解析〕 本题考核国际条约在中国的适用。

关于国际条约在我国的适用,从国内立法实践来看,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等情况都存在。因此A项中的说法错误。B项的说法反映了我国的实践。一般认为,在民商事范围内,我国缔结的条约与国内法有不同规定的部分,可以在国内直接适用,但我国缔结该条约时做出保留的条款除外。民商事范围以外的条约,能否在国内直接适用,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况才能确定。C项没有区分条约的范围,笼统的说“任何条约”,不正确。关于D项,对于那些我国没有成为当事国的条约,是谈不上在我国国内适用的。

在中国入世之后,关于国际法与国内法的关系这一问题,考生应引起足够的重视。

(三)国际法的基本原则

【重点内容串讲】

国际法基本原则是指那些被各国公认、具有普遍约束力、适用于国际法各个领域、构成国际法的基础、具有强行法性质的法律原则。强行法,也被称为强制法、绝对法、国际法强行规则,是指在国际社会中被公认为必须绝对遵守和严格执行,而且只有以后具有同等性质的一般国际法规范才能更改的规范。国际法基本原则具有强行法性质,但并不是所有的强行法规则都是国际法基本原则。

在国际实践中,主要的国际法基本原则如下所述:

1. 国家主权平等原则。该原则是现代国际法基本原则体系中的最重要原则。是指各国一律享有主权平等,各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同,均有平等权利和责任,并为国际社会之平等一员。

根据 1970 年《国际法原则宣言》的解释,主权平等包括以下要素:第一,各国法律地位平等。第二,每一国均享有充分主权之固有权利。第三,每一国均有义务尊重其他国家之人格。第四,国家之领土完整和政治独立不受侵犯。第五,每一个国家均有权利自由选择并发展其政治、经济、社会和文化制度。第六,每一个国家均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务,与其他国家和平相处。

2. 不干涉内政原则。该原则是指国家在相互关系中,不得以任何借口或任何方式直接或间接地干涉在本质上属于任何国家的国内管辖事项,也不得以任何手段强迫他国接受自己的意志、社会制度和意识形态。

3. 不使用威胁或武力原则。考生重点掌握该原则的例外:依联合国宪章的规定采取的集体强制措施,单独或集体的自卫,为争取民族自决和独立而进行的武装斗争。

4. 和平解决国际争端原则。考生应了解有关国际公约的名称：1899年和1907年的两个海牙和平解决国际争端的公约、1919年《国际联盟盟约》都对国家的战争权进行了限制，1928年《巴黎非战公约》首次把和平解决国际争端规定为一项普遍性的国际义务。

5. 民族平等和自决原则。该原则是指在外国奴役和殖民统治下的被压迫民族有自由决定自己命运，摆脱殖民统治，建立民族独立国家的权利。《联合国宪章》是第一个正式规定民族自决原则的国际条约。二战之后的五十多年来，非殖民化已取得了巨大胜利，“各民族平等和民族自决”已成为指导各国间经济关系的基本原则之一，要求建立新的国际经济秩序，使民族平等和自决原则又具有了新的具体的内容。

6. 诚实履行国际义务原则。即“约定必守”原则，是国际法的基本规范之一。

【难点、易错点分析】

1. 国家主权。考生应了解，国家主权是国家的根本属性，指的是国家独立自主地处理其内外事务的统治权力。主权包括国家的对内最高权、对外独立权和自保权，另外还要尤其注意领土主权是国家主权的重要方面。

关于主权的学说是易出错点，主要有：法国博丹的中央集权国家主权说，荷兰格老秀斯的近代国家主权说，法国卢梭的人民主权说。

2. 内政：内政不是地理概念，发生在一国领土内的事项不一定都属于内政范畴，也有在领土外从事一国的内政的情况。判断一个行为是否属于一国内政的标准是看该行为是否在本质上属于国内管辖事项以及该管辖和在管辖中的行为是否符合公认的国际法。

干涉的形式：武装干涉；经济干涉；外交干涉；策划内战；派遣间谍；收买代理人；以“人道主义”、“人权保护”为借口进行干涉等等。

3. 民族平等和自决原则中独立权的范围，只适用于殖民地民族的独立，而不适用于一国国内的民族分离主义运动。