

ZHINANZHEN.edu

2003年司法考试教程

国际法·国际私法·国际经济法

●根据 2003 年司法考试大纲

辛崇阳 李旺 成晓霞 著

6
5

中国法制出版社

2003 年司法考试教程

国际法·国际私法·国际经济法

辛崇阳 李 旺 成晓霞 著

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

国际法·国际私法·国际经济法/辛崇阳 李 旺 成晓霞著.
—北京:中国法制出版社,2002.12
2003 年司法考试教程
ISBN 7-80182-047-9

I. 国… II. ①辛… ②李… ③成… 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(2002)第 092763 号

2003 年司法考试教程

国际法·国际私法·国际经济法

GUOJIFA GUOJISIFA GUOJINGJIFA

著者/辛崇阳 李 旺 成晓霞

经销/新华书店

印刷/中国科学院印刷厂

开本/787×1092 毫米 16

版次/2003 年 2 月第 1 版

印张/19 字数/460 千

2003 年 5 月第 2 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-047-9/D·1013

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

丛书共十册 总定价:270.00 元

增补本 定价:15.00 元

2003 年

国家司法考试教程

作者:(排名不分先后)

刑 法	阮齐林	中国政法大学教授、博士
刑事诉讼法	刘 玫	中国政法大学教授、博士
民 法	姚欢庆	中国人民大学副教授、博士
合 同 法	隋彭生	中国政法大学教授
民事诉讼法	杨秀清	中国政法大学副教授、博士
行政法学	张树义	中国政法大学教授
法 理 学	高其才	清华大学教授、博士
宪 法	李元起	中国人民大学副教授、博士
商 法	孟雁北	中国人民大学讲师、博士
经 济 法	魏敬森	中国政法大学副教授
国际私法	李 旺	清华大学副教授
国际经济法	成晓霞	中国政法大学副教授
国 际 法	辛崇阳	中国政法大学副教授
法律职业道德		
与职业责任	王进喜	中国政法大学副教授、博士
司法实务	陈 宜	中国政法大学副教授
法 制 史	丁相顺	中国人民大学讲师、博士

说明:增补本包括法制史同步测试题。

本书编写分工

辛崇阳：上编第一、二、三、四、五、六、七、八章

李 旺：中编第一、二、三、四、五、六、七章

成晓霞：下编第一、二、三、四、五、六、七、八章

作者承诺

鉴于多年来司法考试(律考)辅导用书出现的种种不规范现象,如教授挂名主编,实际由研究生编写,甚至盗用知名司法考试辅导专家的名义出版书籍,我们认为这些做法都极大地损害了考生利益,为了促进司法考试图书市场的健康发展,并表示我们做精品司法考试图书的决心,特郑重声明如下:

署有本人名字的内容均由本人亲自编著,本人对此内容负责。

作者签名:

陈林 刘斌

姚欣在 陈刚在 柏勇海

张树义 沈才 李元超

金树刚 魏敬崇 李四五

成晓霞 李崇阳 陈宜 丁树礼

秉承清华之学风

孕育司法之精英

—清华大学继续教育学院常务副院长康飞宇教授寄语

有人说“司考是一扇金色大门”！司考作为国家选拔法学人才的“头一考”，作为跨入社会精英之列的第一关，业已成为众多习法之人心往而梦寐的追求。随着国家司法考试大纲的公布，金色而辉煌的司考正以匆匆步伐向我们走来。

一矢中的的是每个考生的美好愿望。然而，“风雨司考路”留下了多少艰辛，演绎着几多成败。为了帮助千千万万司考跋涉人，清华大学决定籍名校与现代科技之实力之优势，开办远程司考辅导教育。清华远程教育，现已在全国 31 个省、直辖市、自治区及香港特别行政区内建立了 100 多个远程教学站，形成了覆盖全国的远程教育网络体系。各地远程教学站集视、听、练、问于一身，突破空间和时间的限制，使考生能以最经济的成本，最自由的时间，不到北京就能得到国家一流司考辅导专家的教学与训练。

“大学必有大师”。清华远程司考教育，云集了清华大学、中国政法大学、中国人民大学等首都高校具有多年司考研究与教学经验，且多次参加司考教材编写与命题的专家、教授亲自授课。同时，我们还组织了一批法学博士、硕士作为网络辅导、答疑团队。考生可利用卫星 VSAT 站、宽带网络和 ISDN 与老师专家交流探讨学习中遇到的问题。我们的宗旨是以最佳的师资阵容和一流的教学质量，保证取得最高的应试通过率。

根据国家公布的考试时间，清华远程司考教育，特设三个阶段的辅导计划为：

- 1、基础强化阶段。系统讲解司考大纲规定的各部门法学的内容并进行各科单元模测。
- 2、系统提高阶段。讲解重点法条、典型案例、命题规律和解题技巧。
- 3、串讲冲刺阶段。根据临考信息全真模拟考试和卷面内容精解，点明“题眼”。

最后，祝各位考生秉承清华之学风，沐浴清华之师泽，经过清华远程司考教育的砥砺，早日成为祖国法学栋梁之材。

康飞宇

二〇〇三年五月于清华园

前 言

为帮助考生实现学的快、抓的准、过得过的司法考试目标，我们组织了一批长期在司法考试辅导一线的专家、教授，在总结多年教学经验与研究成果的基础上，反复构思、辛勤笔耕，最终将这套丛书呈献在广大读者的面前。本丛书的特点是：

一、专家亲笔，单科编撰

本套丛书作者均为中国政法大学、中国人民大学、清华大学中长期从事司法考试教学辅导的专家、教授。本丛书实行单学科编著制，每学科自始至终由专家单人编撰。从而避免了一个教授主编众研究生撰稿，或一个主编担纲所有学科的情况。保证了辅导用书的针对性、准确性和权威性。

二、三星提示，轻重分级

本书中各知识点按轻重提示，并标注星级。其中，一星为注意点，二星为次重点，三星为重点，重要程度依次递增，考生可一目了然，迅速扣准“题眼”，提高复习效率，缩短复习时间。

三、跟踪辅导，来信必复

本中心组织了十八位教授和十六位研究生的辅导团，对考生进行全程跟踪辅导。凡购买本丛书并将购书回执卡寄回的考生，将自动成为本中心的会员。对于该考生在司法考试备考过程中遇到的问题，均可来信咨询。我们承诺：来信必复，有问必答，实行彻底的跟踪辅导（该活动到2003年司法考试前结束，详见实施细则）。

北京法大育才文化交流中心主任 夏温波
北京指南针教育培训中心主任

2003年5月于法大法苑

丛书介绍^①

《司法考试教程》

本套教程共分十册(另有增补本《法制史》),涉及司法考试全部学科,根据2003年司法考试应试要求编写,重点突出、解释清楚、简洁。在每个学科中,先对整个学科的框架结构进行总结,使考生可以先从整体上把握该学科的体系。对每一章节的编写过程中,以考点为中心,先概括要点及难点,对其内容进行分析,并适当结合案例、法条进行说明(在可能的情况下,采用图表的形式)。

《国家司法考试历年试题精解》

1. 在每一学科开始处,以图表列明该学科在历年中的分值及这些分值在各个题型中的分布(让考生对其学科地位及主要考查方式有宏观的把握)。

2. 以考查知识点为中心进行编写,每个知识点用三星标出(其重要性程度、考查角度及频率,一目了然)。

3. 每一题目按“【参考答案】、【考查知识点】、【解题思路和依据】、【应注意的问题】”(使考生在每一题目中汲取充分信息,达到最大的利用)。

《国家司法考试同步测试题》

各部门法按各章节顺序配有单元测试题,供学员自我测试,检验学习效果,及时调整学习方法和方向,并带着问题进入下一阶段学习。

《国家司法考试案例教程》

每个案例按以下层次进行编写,务求翔实深入,举一反三。

1. 对整个题目的解题思路及法律关系做出简要叙述(使考生了解基本思路,掌握入手方法)。

2. 给出参考答案(以阅卷标准给出,让考生了解采分点,提高解题得分率)。

3. 对每个题目逐步进行分析,提供解答依据(使考生认识逐步深入,达到深层掌握、灵活运用)。

4. 最后将案例有关知识点及法条的联系和区别列出(使考生能够对知识点进行横向、纵向联系,提高其综合运用能力)。

《国家司法考试重点法条解析》

本书在进一步精益求精、重中取重基础上,将近年司法考试(含律考),涉及必考、常考的法条选入,并加入此外一些重要法条。法条解析不仅包括基本法律,还包括相关的司法解释内容,并按基本法律的顺序编写,编写时将法条分成纯记忆型和理解运用型两种:

1. 纯记忆型:在重点词下划____(使考生抓住关键点,避免因记忆不清而丢分)。

2. 理解应用型:分两部分,①提示法条特点和掌握的方法。②提醒相关法条及知识点间的联系和区别(使考生通过纵横联系达到更深入的理解)。

^① 个别学科的体例有适当调整。

目 录

作者承诺	(1)
前言	(1)
丛书介绍	(1)

上编 国际法

第一章 导论	(1)
第一节 国际法的概念	(1)
第二节 国际法的渊源和编纂	(2)
第三节 国际法与国内法的关系	(3)
第四节 国际法的基本原则	(4)
第二章 国际法主体	(8)
第一节 国际法主体概述	(8)
第二节 国家	(9)
第三节 国际组织	(13)
第三章 国际法律责任	(16)
第一节 国际责任的构成	(16)
第二节 国际责任的形成	(17)
第三节 国际责任制度的新发展	(18)
第四章 国际法上的空间划分	(19)
第一节 领土	(19)
第二节 海洋法	(21)
第三节 国际航空法	(26)
第四节 外层空间法	(28)
第五章 国际法上的个人	(30)
第一节 国籍	(30)
第二节 外国人的法律地位	(31)
第三节 引渡和庇护	(32)
第四节 国际人权法	(33)
第六章 外交关系法和领事关系法	(36)
第一节 概述	(36)
第二节 外交关系法	(36)
第三节 领事关系法	(40)
第七章 条约	(43)
第一节 概述	(43)

第二节 条约成立的实质要件	(44)
第三节 条约的缔结	(45)
第四节 条约的效力	(47)
第五节 条约的解释和修订	(48)
第六节 条约的终止和暂停施行	(49)
第八章 国际争端的和平解决	(51)
第一节 国际争端与解决方法	(51)
第二节 国际争端解决的政治方法	(52)
第三节 国际争端解决的法律方法	(53)

中编 国际私法

第一章 国际私法概述	(57)
第一节 国际私法的概念	(57)
第二节 国际私法的历史和渊源	(59)
第二章 外国人的民事法律地位	(63)
第三章 冲突规范	(66)
第四章 适用冲突规范的法律制度	(70)
第一节 识别	(70)
第二节 反致	(71)
第三节 外国法的适用	(74)
第四节 法律规避	(76)
第五节 公共秩序保留	(77)
第六节 不统一法国家法的指定	(78)
第七节 先决问题	(79)
第八节 属人法	(80)
第五章 涉外民商事法律关系的法律适用	(84)
第一节 自然人的权利能力和行为能力	(84)
第二节 法人	(86)
第三节 涉外物权法律关系的法律适用	(89)
第四节 涉外合同法律关系的法律适用	(90)
第五节 涉外侵权行为的法律适用	(94)
第六节 婚姻家庭关系	(95)
第七节 法律行为、代理和时效	(104)
第八节 商事关系	(105)
第六章 国际民商事争议解决概述	(108)
第一节 概述	(108)
第二节 协商和调解	(108)
第七章 国际民事诉讼法	(109)
第一节 国际民事诉讼法概述	(109)
第二节 国际民事诉讼的管辖权	(110)

第三节 外国人的民事诉讼地位·····	(113)
第四节 国际司法协助与域外送达、域外取证·····	(115)
第五节 外国法院判决的承认和执行·····	(119)
第八章 国际商事仲裁·····	(121)

下编 国际经济法·海商法

第一章 国际经济法概论·····	(129)
第一节 国际经济法概述·····	(129)
第二节 国际经济法的主体·····	(131)
第三节 国际经济法的渊源和基本原则·····	(132)
第二章 国际货物买卖法·····	(134)
第一节 国际货物买卖的国内立法和国际立法·····	(135)
第二节 国际商业惯例·····	(138)
第三节 国际货物买卖合同概述·····	(142)
第四节 国际货物买卖合同的成立·····	(147)
第五节 国际货物买卖合同的履行·····	(149)
第六节 违反合同的补救办法·····	(153)
第七节 风险转移·····	(156)
第三章 国际货物运输与保险·····	(158)
第一节 国际海上货物运输·····	(158)
第二节 其他方式的国际货物运输·····	(170)
第三节 国际货物运输保险·····	(174)
第四章 国际贸易支付·····	(180)
第一节 国际贸易的支付工具·····	(180)
第二节 国际贸易的支付方式·····	(184)
第五章 对外贸易的政府管理措施·····	(192)
第一节 对外贸易管理的一般措施·····	(192)
第二节 我国对外贸易管理制度·····	(199)
第六章 世界贸易组织·····	(211)
第一节 概述·····	(211)
第二节 世界贸易组织的基本原则·····	(215)
第三节 世界贸易组织主要协定的内容·····	(218)
第四节 争端解决机制和政策评审机制·····	(224)
第七章 国际经济法领域的其他法律制度·····	(228)
第一节 国际知识产权法·····	(228)
第二节 国际投资法·····	(237)
第三节 国际金融法·····	(242)
第四节 国际税法·····	(246)
第八章 海 商 法·····	(252)
第一节 海商法概述·····	(252)

第二节	船舶与船员	(253)
第三节	海上货物运输合同	(256)
第四节	海上旅客运输合同	(265)
第五节	船舶租用合同	(268)
第六节	船舶碰撞	(271)
第七节	海难救助	(272)
第八节	共同海损	(276)
第九节	海事赔偿责任限制	(277)
第十节	海事诉讼	(279)
答疑实施细则		(283)
购书回执		(285)

上 编 国 际 法

第一章 导 论

第一节 国际法的概念

一、国际法的名称和演变

国际法最初被称为万民法，后被称为万国法，18 世纪末开始使用国际法一词，并沿用至今。

国际法主要是调整国家之间关系的有拘束力的原则、规则和规章制度的总体。它是国际交往和国际关系产生、发展的产物，在古代和中世纪，国际法的一些规则和原则已经出现萌芽，但国际法源于近代欧洲。

1625 年，被称为“国际法之父”的格老秀斯发表的《战争与和平法》，全面、系统地论述了国际法问题，为国际法的创立从学说上奠定了基础。而 1643 年—1648 年在欧洲“三十年战争”末期召开的威斯特伐里亚和会及其在和会上订立的《威斯特伐里亚和约》成为近代国际法形成的标志，即由此出现了近代意义上主权独立的国家和它们之间的国际交往，并承认了国家主权原则。

威斯特伐里亚和会后，国际法得到了进一步的发展。1789 年法国资产阶级大革命后，承认了不干涉内政原则。第一次世界大战后，特别是经过第二次世界大战，国际法发生了重大的变化。首先，和平解决国际争端、禁止使用武力和武力威胁、民族自决等国际法的基本原则得以确立，由此废除了传统国际法上不合理的原则和规则。国际法也从仅适用于欧洲扩大到了平等地适用于整个国际社会。其次，国际组织和正在争取独立的民族也成为了国际法的主体。国际法的调整对象除国家关系外，也调整国家与国际组织、正在争取独立的民族以及国际组织间或国际组织与正在争取独立的民族间的关系。另外，随着现代社会与科学技术的发展，出现了国际经济法、外层空间法、国际人权法和国际环境法等的新领域。

二、国际法的特征

国际法不同于国内法，它适用于由主权国家构成的国际社会。国际法由此表现出以下特征：

1. 国际法的主体主要是国家，其调整的对象主要是国家关系。除此之外，政府间国际组织、正在争取独立的民族也是国际法的主体，成为国际法的调整对象。

2. 国际法的制定者是国家。国际社会没有一个统一的立法机关来制定国际法。国际法

的原则、规则、规章制度是在国家同意的基础上形成的,即国际条约是通过国家明示同意,国际习惯是通过国家默示同意形成的。

3. 国际法的强制力主要是通过单独或集体采取措施予以保证的。因为国际社会不存在一个超越国家之上的强制机关来实施法律。

国际法虽然有不同于国内法的特点,但国际法是法律的一个部门,其法律性质是不可否认的。首先,世界各国都承认国际法是对其有拘束力的法律,即使在违反国际法的情况下,也没有国家否认国际法的法律性质而主张不必遵守国际法。其次,国际关系的日益紧密化,需要国家遵守国际法,否则国际关系将无法维持。另外,国家在国际关系中是经常遵守国际法的,违反国际法的行为尚属少数,国家违反国际法,不但要承担国际法律责任,而且要受到法律制裁。

第二节 国际法的渊源和编纂

(★) 一、国际法的渊源

国际法的渊源,是指有效的法律规定所赖以形成的方式或程序。《国际法院规约》第38条旨在规定国际法院审理案件时所适用的法律,但通常被作为确定国际法渊源的重要素材,《国际法院规约》第38条第1款(1)、(2)、(3)规定的国际条约、国际习惯和一般法律原则被普遍认为是国际法的渊源,而《国际法院规约》第38条第1款(4)所规定的司法判例和公法学者的学说被认为是确立法律原则时的辅助资料。

1. 国际条约是国际法主体以国际法为准确立它们之间权利和义务关系的国际书面协议,是国际法的最主要渊源。

有的学者从条约是否产生或制定一般法律规范,把条约分为造法性条约和契约性条约。认为只有那些确立或修改某些国际法原则、规则和规章制度为目的和内容的多数国家参加的多边条约为造法性条约,属于国际法的直接渊源。而只规定缔约国在特定事项上的权利和义务关系的双边或少数国家参加的条约为契约性条约,被认为不是国际法的渊源。但是这种区别是不科学的和困难的。现在通常认为所有条约都是国际法的渊源。

2. 国际习惯,是指各国的一般实践被接受为法律者,是不成文的国际法规范,是国际法的主要渊源。

国际习惯的形成必须具备两个要素:一是各国长期反复一致的行为,称为“物质要素”;二是上述行为规范被认为具有法律拘束力,即被各国接受为法律者,称为“心理要素”。国际习惯的形成历史上曾要求较长的时间,但现在随着频繁的国际交往和科学技术的日新月异,一项国际习惯被认为在较短的时间内也可以形成,但对在国际习惯形成过程中持反对意见的国家一般不发生效力。

国际习惯规则的存在一般通过国家和国际组织的内部和外交文件、行为可以得到证明。

3. 一般法律原则,是指各国法律体系中共有的原则。如时效、禁止反言、善意原则等。一般法律原则通过各国法律体系中的共同规定,就表现出文明各国的同意,是国际法的次要渊源。

4. 确立国际法原则的辅助资料,根据《国际法院规约》第38条第1款(4)的规定,有司法判例和公法学者的学说,另外,国际组织的决议也具有这种辅助资料的地位,它们对解

释、说明以及确立国际法的原则具有重要的辅助作用,但一般无法律拘束力,不是国际法的直接渊源。

二、国际法的编纂

国际法的编纂,是指将以条约和习惯表现出的国际法的原则、规则和规章制度条文化、系统化。国际法的编纂通常是指官方即政府间的编纂,而非民间或学术团体的编纂。

国际法的编纂有两种意义,即逐渐发展与编纂。逐渐发展是指不仅把现有的国际法规则进行法典化,而且还包括对正在形成中的或不明确的规则进行整理和完善,而编纂是指把现有的国际法规则法典化,即把分散的规则制定成为法典。

国际法的官方编纂开始于19世纪,第二次世界大战后得到了很大发展。联合国国际法委员会作为负责编纂国际法的主要机构为国际法的编纂作出了巨大的贡献。

第三节 国际法与国内法的关系

一、国际法与国内法关系的理论

19世纪以来,关于国际法与国内法关系问题,先后出现了3种不同的学说,即国内法优先的一元论,国际法与国内法平行的二元论和国际法优先的一元论。

国内法优先的一元论认为,国际法与国内法属于同一法律体系,但国际法是国内法的一个部门,是国内法的对外公法,故国际法的效力来自于国内法,国内法高于国际法。这一学说在第一次世界大战后逐步衰败。

二元论认为,国际法与国内法由于其渊源、主体以及法律性质等的不同,而为平行的互不隶属的法律体系。而随之出现的国际法优先的一元论认为,国际法与国内法是同一法律体系中的两个部门,在效力等级上,国际法高于国内法,国内法的效力源于国际法,所以,国际法优先于国内法。

以上两种理论至今具有巨大的影响力,但二元论强调国际法与国内法不同,忽视了它们之间的密切联系,将国际法与国内法割裂开来。国际法优先的一元论则忽视了国家意志,可能导致对国家主权的否定。对国际法与国内法关系的正确理解是:由于两者在渊源、主体、法律性质等方面的不同,国际法与国内法分属于不同的法律体系,而另一方面,由于国际法与国内法的制定者同属于国家,国际法与国内法之间具有密切的联系。

(★★) 二、国际法与国内法关系的实践

处理国际法与国内法关系的实践主要涉及各国如何将国际法转变为国内法,并在国内适用,国际法在各国国内法体系中的效力层次以及两者发生冲突时如何解决的问题。

各国对于条约转变为国内法,在国内适用的实践可以归纳为两种方式:一种称为“转化”,即将条约的内容通过国内立法程序转化为国内法,在国内适用,英国等少数国家采用此种方式。另一种称为“采纳”,即对一国生效的条约即为该国内法的一部分,而在国内直接适用。世界上绝大多数国家都采用此种方式。

各国对国际习惯转变为国内法,在国内适用的实践表现为国家将国际习惯作为国内法的一部分而在国内直接适用。

依上述方式将条约、国际习惯转变为国内法在国内适用时，与国内法的关系问题一般由各国宪法加以规定，一些国家的宪法，如荷兰等国家规定国际条约、习惯与本国宪法具有同等或更高的效力，一些国家，如韩国等国家宪法规定，国际条约具有低于宪法但与一般国内法同等的效力，但有关习惯法的规定各国都不多见。

各国在遇有国际法与国内法发生冲突时，解决办法主要有以下三种：

1. 将相关国际法和国内法解释为不冲突。
2. 优先适用国际法。
3. 优先适用国内法，但当一国优先适用国内法而违反其所承担的国际义务时，该国由此要承担国际责任。

(★★) 三、国际法在我国国内的适用问题

条约、国际习惯在我国国内的适用和地位问题，我国宪法未作出统一、明确的规定。从一些部门法的相关规定可以看出，我国主要采用条约和国际习惯的直接适用，即“采纳”方式，如《民法通则》第142条第(2)项、《民事诉讼法》第238条规定了条约的直接适用，而《民法通则》第142条第(3)项的规定表明了国际习惯在我国直接适用。

从上述部门法的规定也可以看出条约、国际习惯在我国国内法中的地位，即条约与国内法发生冲突时，优先适用条约，而国际习惯只有条约和国内法没有规定的情况下才能适用。

以上只涉及条约和国际习惯在民事法律领域的适用和地位问题，在其他领域内尚无明确的法律实践和规定，这些都有待于我国宪法、法律及实践作出回答。

第四节 国际法的基本原则

一、基本原则的概念

国际法的基本原则，是指在国际法体系中得到各国公认的具有普通意义的构成国际法基础的原则。其特征表现为：

1. 各国公认，即得到国际社会绝大多数国家的普遍承认，并成为指导他们进行国际交往的最高准则。
2. 具有普遍意义，即国际法的基本原则适用于国际法的所有领域，并对国际法的各个领域具有指导作用。
3. 构成国际法的基础，即成为国际法的其他原则、规则和规章制度的效力基础，是国际法体系中的最高规范。

现代国际法的基本原则是通过第二次世界大战后的一系列国际文件和国际实践得以确立的。《联合国宪章》、和平共处五项原则等为现代国际法基本原则的形成与发展产生了重要影响。

《联合国宪章》第2条规定，联合国及其会员国应遵守七项原则，即国家主权平等、善意履行宪章义务、和平解决国际争端、不得使用武力和武力威胁、集体协助、保证非会员国遵守上述宪章原则以及不干涉内政。

中国与印度、缅甸共同倡导的和平共处五项原则，即互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处。