

国家司法考试在线

(2008年基础班讲义—国际私法国际法国际经济法)

国家司法考试在线

www.SiKao.com

燕园在线教育

咨询电话：010—62123123 51669600

地址：北京大学 871-093 信箱

传真：010—62147240

网址：www.SiKao.com

电子邮箱：info@SiKao.com

2008 年司法考试三国法讲义

国际私法

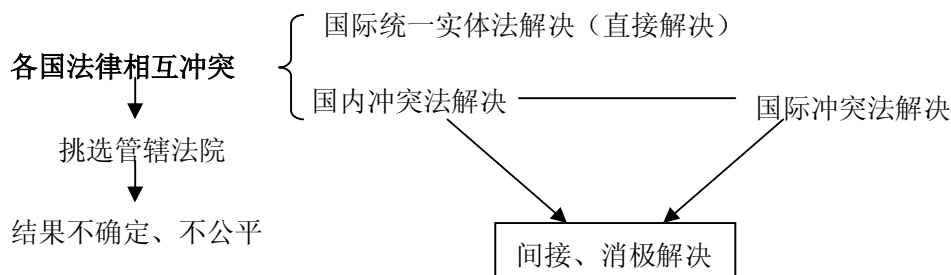
李毅

- 国际私法
- 1. 国际私法的主体、基本概念和制度
 - (1) 主体： 自然人、法人的国籍、住所、营业所
 - (2) 基本概念
 - ①冲突规范
 - ②准据法
 - (3) 五个制度
 - ①识别
 - ②反致
 - ③外国法的查明
 - ④公共秩序保留
 - ⑤法律规避
 - 2. 国际民商事法律适用
 - (1) 权利能力和行为能力
 - (2) 物权
 - (3) 债权
 - (4) 商事关系
 - (5) 家庭
 - (6) 继承
 - 3. 国际民商事争议解决
 - (1) 国际商事仲裁
 - (2) 国际民事诉讼

第一部分 总论

一、国际私法的基本理论问题

1. 国际私法的核心问题：国际民商事法律冲突的解决



2. 调整对象——平等主体之间的国际民商事法律关系（主体、客体、内容）

《民通意见》178. 凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。

3. 范围——国际私法包括哪些规范

外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范、国际民商事争议解决规范（包括国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范）。

4. 渊源——国内法渊源（国内立法、国内判例、司法解释）、国际法渊源（国际条约和惯例）

5. ★★★主体——属人法的连结点问题（自然人和法人的国籍、住所、惯常居所）

(1) 自然人属人法的确定（国籍、住所、居所的积极和消极冲突及其解决）

大陆法系：通常以国籍为属人法的连接点；英美法：通常以住所为属人法的连接点

国籍冲突 { 国籍积极冲突的解决：内国优先；均为外国国籍（最后国籍、住所或惯居、与当事人有最密切联系）；最密切联系（我国——？）
国籍消极冲突的解决：住所所在地国或居所地国（我国——无国籍人）

住所冲突 { 住所积极冲突的解决：内国优先；均为外国 { 同时取得：与纠纷最密切联系——我国
不同时取得：后取得的优先
住所消极冲突的解决：两种 { 居所或惯居——我国（经常居住地）
曾有过的最后住所

民通意见 182. 有双重或多重国籍的外国人，以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。

民通意见 181. 无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；如未定居的，适用其住所地国法律。

民通意见 183. 当事人的住所不明或者不能确定的，以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的，以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

【考点例题 1】大卫是甲国人，同时具有乙国国籍，其住处在甲国，其惯常居所在乙国。后因在丙国为票据行为所引起的票据纠纷在我国涉诉。为了确定大卫之票据行为的效力，我国法院首先要确定他是否具有民事行为能力。依我国《票据法》的规定，票据债务人的民事行为能力适用其本国法。大卫同时具有甲国国籍和乙国国籍，我国法院应如何确定其本国法？

- A. 以大卫有住所的甲国法律为其本国法 B. 以票据行为地丙国的法律为其本国法
C. 以大卫有惯常居所的乙国法律为其本国法 D. 以与大卫有最密切联系的国家的法律为其本国法

(2) 法人属人法的确定（国籍、住所、居所的积极和消极冲突及其解决）

A. 法人国籍的确定：(a) 法人成员国籍主义或称资本控制主义；(b) 设立地主义，或称成立地主义或登记地主义；(c) 住所地主义；(d) 准据法主义；(e) 法人设立地和法人住所地并用主义。

B. 法人住所的确定：(a) 主事务所所在地说，或称管理中心所在地说；(b) 营业中心所在地说；(c) 章程指定住所说；(d) 主要办事机构所在地说。

C. 法人营业所的确定：我国《民通意见》第 185 条—积极冲突：最密切联系；消极冲突：以住所或经常居住地为准

【考点例题】甲公司在德国注册成立，在中国进行商业活动时与中国的乙公司发生商务纠纷并诉诸中国法院。法院经审理查明：甲公司的控股股东为英国人，甲公司在德国、英国和中国均有营业所。依照我国有关法律及司法解释，法院应如何选择确定本案甲公司营业所？（2006 年卷一第 35 题—单选）

- A. 以其德国营业所为准 B. 以其英国营业所为准
C. 以其中国营业所为准 D. 以当事人共同选择的营业所为准

【考点例题】A 公司在澳大利亚注册，股东主要为日本人，其主要办事机构设在新加坡。该公司在我国境内设立了全资子公司，依照我国法律，A 公司的国籍是：（ ）

- A. 澳大利亚 B. 日本
C. 新加坡 D. 中国

- D. 外国法人认可的方式
- 国际立法认可
 - 国内立法认可
 - (a) 一般认可
 - (b) 概括认可
 - (c) 特别认可——公司法第 200 条

相关法条：《民通意见》184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国法律。

《民法通则》第 39 条 法人以它的主要办事机构所在地为住所

《民通意见》185. 当事人有二个以上营业所的，应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准；当事人没有营业所的，以其住所或者经常居住地为准。

《公司法》第 200 条 外国公司在中国境内设立分支机构，必须向中国主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件，经批准后，向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。

(3) 国家及其财产豁免★★★

(a) 一国不对他国的国家行为和财产进行管辖。

(b) 一国的国内法院非经外国同意，不受理以外国国家作为被告或外国国家作为诉由的诉讼，也不对外国国家的代表或国家财产采取司法执行措施。

中国的立场之总结：绝对豁免主义、可放弃（默示放弃：起诉、应诉、反诉、介入）、（管辖、执行、诉讼程序）豁免之放弃须分别为之、曾放弃不意味永远放弃、出庭主张豁免权不等于放弃、国企不享有豁免、对等限制

(4) 国际组织

(5) 最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知

(08 大纲新增考点)

凡以下列在中国享有特权与豁免的主体为被告、第三人向人民法院起诉的民事案件，人民法院应在决定受理之前，报请本辖区高级人民法院审查；高级人民法院同意受理的，应当将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院答复前，一律暂不受理。

一、外国国家；二、外国驻中国使馆和使馆人员；三、外国驻中国领馆和领馆成员；四、途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女；五、途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女；六、持有中国外交签证或者持有外交护照(仅限互免签证的国家)来中国的外国官员；七、持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的领事官员；八、来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员；九、来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表；十、临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家；十一、联合国系统组织驻中国的代表机构和人员；十二、其他在中国享有特权与豁免的主体。

例题（2003 年真题）：甲国政府与乙国“绿宝”公司在乙国订立了一项环保开发合同，合同履行过程中出现纠纷。“绿宝”公司以甲国政府没有及时按照合同支付有关款项为由诉至乙国法院，甲国政府派代表向法院阐述了甲国一贯坚持的绝对豁免主义立场。如果乙国是采取相对豁免主义的国家，根据目前的国际法规则和实践，下列哪些表述是正确的？

- A. 甲国政府订立上述合同行为本身，是一种商业活动，已构成对其国家豁免权的放弃，乙国法院可以管辖
- B. 甲国政府派代表向法院作出说明，这一事实不意味着甲国已放弃在此诉讼中的国家豁免权
- C. 即使甲国在其他案件上曾经接受过乙国法院的管辖，也不能意味着乙国法院在此案中当然地可以管辖
- D. 乙国法院作出缺席判决后，甲国要求乙国宣布该判决无效。甲国这一行为表明，甲国此前已接受了乙国法院的管辖

二、冲突规范与准据法

1. 民事法律冲突

法律冲突之种类——公法与私法冲突；空间（国际与区际）、时际、人际；平面与垂直。

国际民事法律冲突之特点——跨国、空间、私法、平面冲突。

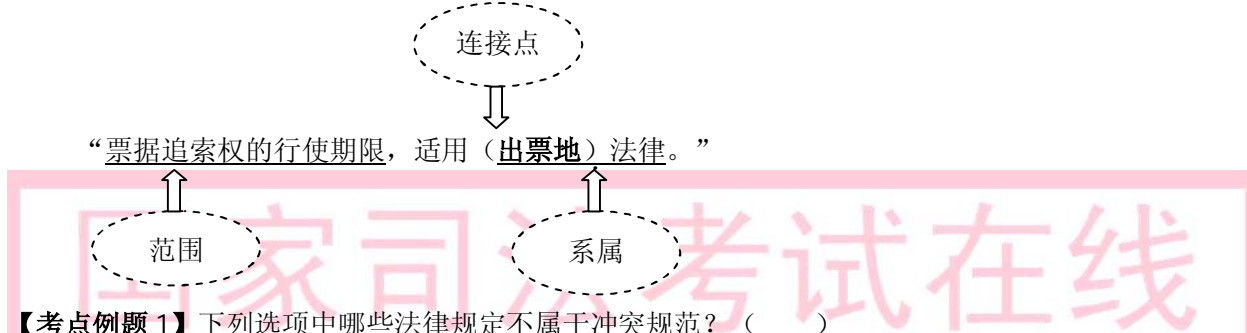
冲突之解决方法——直接解决的方法、间接解决的方法

2. ★★★★★冲突规范（注意把握冲突规范与国际私法规范的联系和区别）

- (1) 特点
- ┌ 法律适用规范
 - ├ 间接规范
 - └ 结构独特

(2) 结构：（传统法律规范结构——假定、处理和制裁；冲突规范的结构——假定和处理结合在一起，无制裁部分，一般包括“范围”和“系属”）

冲突规范 = 范围 + 系属（包含连接点——动态、静态连结点的区分及其意义）



【考点例题1】下列选项中哪些法律规定不属于冲突规范？（ ）

- A. 当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律
- B. 《中华人民共和国合同法》第2条规定，本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议
- C. 涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律
- D. 遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律

【考点例题2】下列选项哪些属于冲突规范中动态的连接点？（ ）

- A. 遗嘱订立地 B. 婚姻举行地 C. 合同缔结地 D. 动产所在地 E. 侵权行为地

(3) ★★系属公式

系属公式	常用连结点	主要解决的问题
属人法	国籍（大陆法系国家）、住所（英美普通法系国家及南美部分国家）、惯常居所	人的身份、能力、亲属、继承
物之所在地法	物所在地点	物权、特别是不动产物权
行为地法	合同缔结地、合同履行地、婚姻举行地、侵权行为地	行为的方式和行为的效力
当事人合意选择的法律	当事人的选择	合同
法院地法	法院所在地	程序问题、涉及法院地国公共利益的问题
最密切联系地法	最密切联系地	合同当事人未选择法律时（我国还有涉外扶养等）
旗国法	船舶、航空器上的旗帜国	船舶航空器物权及运输

(4) ★★★★★冲突规范的四种基本类型

- 冲突规范类型
- ①单边 (“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同, 适用中国法律。”)
 - ②双边 (“不动产的所有权, 适用不动产所在地法律。”)
 - ③重叠适用 (“离婚的理由应适用夫妻本国法及法院地法。”)
 - ④选择适用 (“侵权行为的损害赔偿, 适用侵权行为实施地法律或者侵权结果发生地法律。”)

(5) ★★★★★准据法

A. 准据法的特点: ①经冲突规范指定; ②是实体法; ③结合案件具体情况确定

B. 区际法律冲突下的准据法的确定

民通意见 192. 依法应当适用的外国法律, 如果该外国不同地区实施不同的法律的, 依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定, 确定应适用的法律。该国法律未作规定的, 直接适用与该民事关系有最密切联系地区的法律。

三、★★★★★★适用冲突规范的制度

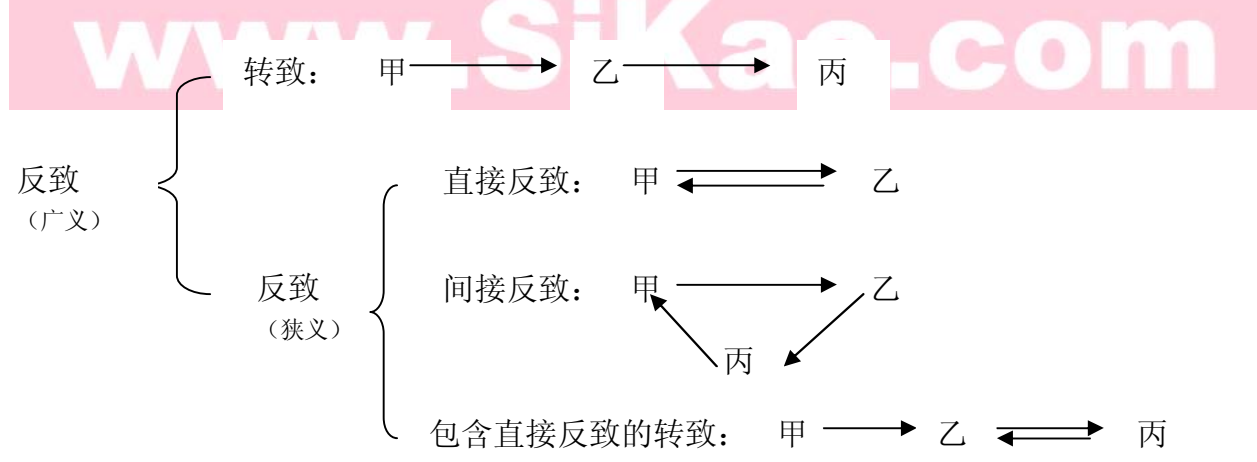
1. 识别: 识别的冲突和依据——通常依据法院地法、依准据法?

【考点例题 1】在下列各项中, 被国际私法称为识别的是哪项? ()

- A. 在涉外离婚案件中, 判断夫妻关系是否有效成立的问题
- B. 在涉外债权案件中, 判断是合同之债还是侵权行为之债的问题
- C. 在涉外继承案件中, 判断继承人与被继承人之间继承关系是否有效成立的问题
- D. 在确定婚姻关系是否有效成立的案件中, 判断再婚者与前夫或前妻是否已离婚的问题

2. 反致

直接反致、间接反致、转致、包含直接反致的转致、双重反致、完全反致——掌握区别



反致的前提条件: 指向 (); 存在 () 的冲突; 法院地国接受反致

【考点例题 1】一位在法国有住所的瑞士人, 在法国去世前曾立遗嘱, 将包括在英国的财产在内的全部财产给其养子。但依瑞士法规定: 死者的亲生子享有合法继承 90% 的应继份。为此, 死者亲生子向英国法院起诉, 根据瑞士法对遗产主张权利。而依英国法规定: 关于动产继承依被继承人住所地法; 依法国法规定: 关于动产继承依被继承人本国法。英国法院最终适用瑞士继承法的行为属于: ()

- A. 反致
- B. 转致
- C. 间接反致
- D. 双重反致

相关法条: 《民通意见》第 178 条第 2 款——人民法院在审理涉外民事关系的案件时, 应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

3. 外国法查明

(1) 外国法查明的一般方法

A. 当事人举证 B. 法官依职权查明 C. 法官依职权查明, 当事人负有协助义务

(2) 无法查明外国法时的一般解决办法

【考点例题】1999 年—11. 当冲突规范所援引的外国法的内容依照法律规定的方法仍不能查明时, 一般的解决办法有哪些? ()

A. 驳回起诉 B. 适用法院地法律
C. 适用同本应适用的外国法相近似或类似的其他国家的法律 D. 适用一般法理

(3) 中国的相关规定和做法: 3 个方面

相关法条: 《民通意见》第 193 条 对于应当适用的外国法律, 可通过下列途径查明: (1) 由当事人提供; (2) 由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供; (3) 由我国驻该国使领馆提供; (4) 由该国驻我国使馆提供; (5) 由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的, 适用中华人民共和国法律。

此外, 我国在实践中主张, 对我国法院在审理国际民商事案件时发生的适用外国法的错误, 无论是适用内国冲突规范的错误, 还是适用外国法本身的错误, 当事人均可对之提起上诉。

【考点例题】外国法的查明是指一国法院根据本国冲突规范指定适用外国法时, 如何查明该外国法的存在和内容, 有关外国法的查明下列说法正确的有: ()

A. 我国法院在需要适用外国法时, 由法官依职权查明, 当事人没有举证的责任
B. 在外国法的查明出现错误从而导致适用错误的情况下, 我国法律允许当事人提起上诉
C. 除了法院和当事人查明外国法外, 我国查明外国法的途径很多
D. 实践中, 在不能查明外国法时, 我国法院一般驳回起诉

4. 公共秩序保留(安全阀、外国法和国际惯例)

相关法条: (1) 《民法通则》第 150 条 依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的, 不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

(2) 《民事诉讼法》第 268 条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定, ……违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的, 不予承认和执行。

【考点例题】世界各国都将公共秩序保留作为捍卫本国根本利益的一项重要法律制度。关于这一制度, 下列哪项判断是错误的? ()

A. 我国的公共秩序保留制度仅在适用外国法律将违反我国社会公共利益的情况下才可以适用, 其结果为排除相关外国法律的适用
B. 在英美普通法系国家中, “公共秩序”的概念一般表述为“公共政策”
C. 公共秩序保留制度已经为国际条约所规定
D. 我国法律中常常采用“社会公共利益”来表述“公共秩序”的概念

在适用冲突规范的过程中, 公共秩序保留和法律规避是经常发生的, 下列说法不正确的有: E. 公共秩序保留可以起到安全阀的作用, 排除本该适用的外国法在内国的适用

F. 根据我国民法通则的规定, 公共秩序保留的范围只限于外国法律, 不包括国际惯例

5. 法律规避

构成要件 {

- 1、主观条件: 直接故意
- 2、规避对象: 当事人本应适用的法律
- 3、行为方式: 通过改变连接点来实现
- 4、客观结果: 规避行为已经完成

相关法条: 《民通意见》第 194 条 当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为, 不发生适用外国法律的效力。

【考点例题】(1) 下列关于法律规避的说法中哪些是正确的? ()

- A. 当事人有规避法律的主观故意
- B. 当事人是通过变更静态连接点而实现规避法律的
- C. 公共秩序保留和法律规避的结果都是对 foreign law 不予适用
- D. 当事人规避我国任何法律的行为均属无效
- E. 从规避的对象上讲, 当事人规避的法律是当事人本应适用的法律

第二部分 ★★★★★分论

一、权利能力和行为能力的法律适用

- 1、自然人权利能力的法律适用 (有关法律关系的准据法、法院地法、属人法);
- 2、自然人行为能力的法律适用
 一般适用属人法; 两个例外——不动产、商务活动
- 3、法人权利能力和行为能力的法律适用: 通常重叠适用其本国法和内国法

	类别	涉外民事行为能力的法律适用★★★★★
自然人	定居国外的中国公民	(1) 《民法通则》第 143 条 中华人民共和国公民定居国外的, 他的民事行为能力可以适用定居国法。 (2) 《民通意见》第 179 条 定居国外的我国公民的民事行为能力, 如其行为是在我国境内所为, 适用我国法律; 在定居国所为, 可以适用定居国法律。
	外国人	《民通意见》第 180 条 外国人在我国领域内进行民事活动, 如依其本国法律为无民事行为能力, 而依我国法律为有民事行为能力, 应当认定有民事行为能力。
	无国籍人	《民通意见》第 181 条 无国籍人的民事行为能力, 一般适用其定居国法律, 如未定居, 适用其住所地国法律。
法人	外国法人	《民通意见》第 184 条 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法, 法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动, 必须符合我国的法律规定。

【考点例题】中国人姚黑今年 15 岁, 六岁时随父母移居甲国, 若甲国法律规定 14 岁为完全行为能力人, 今年三月姚黑在甲国将自己价值 3 万元的电脑以 2 万元卖给另一个中国人姚蜜 (19 周岁), 今年五月姚黑随父亲回国探亲期间又将该电脑以同样价格从姚蜜处买回, 后因姚黑未付清价款, 姚蜜在国内法院起诉姚黑, 我国法院做出的如下判断哪个是正确的?

- A. 姚黑在甲国将电脑卖给姚蜜的行为可以认定为有效
- B. 姚黑在甲国将电脑卖给姚蜜的行为应当认定为无效
- C. 姚黑在国内与姚蜜买卖电脑的合同为效力待定合同
- D. 姚黑在国内与姚蜜买卖电脑的合同可以认定有效, 因为姚黑定居外国, 他的行为能力可以适用定居国法。

二、时效的法律适用

民通意见 195 条: 涉外民事法律关系的诉讼时效, 依冲突规范确定的民事法律关系准据法确定。

三、物权的法律适用

1. 物之所在地法原则及其例外

物之所在地法适用范围的例外：(1) 运送中的物品的物权关系一般适用送达地法或发送地法；(2) 船舶、飞行器等运输工具的物权关系一般适用登记注册地法或旗国法；(3) 外国法人终止或解散时有关物权关系一般适用法人属人法；(4) 遗产继承，目前主要有单一制和区别制两种做法。(5) 外国国家财产的物权（1996年，任选题）

2. 我国相关法条的规定

物权	涉外物权之法律适用★★★★★
不动产 物权	①《民法通则》第144条 不动产的所有权，适用不动产所在地法律。 ②《民通意见》第186条 土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地的法律。
船舶 物权	(1) 船舶所有权 ：《海商法》第270条 船舶所有权的取得、转让和消灭，适用船旗国法律。(2) 船舶抵押权 ：《海商法》第271条 船舶抵押权适用船旗国法律。船舶在光船租赁以前或光船租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记地的法律。(3) 船舶优先权 ：《海商法》第272条 船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律。
民用航 空器 物权	(1) 航空器所有权 ：《民用航空法》第185条 民用航空器所有权的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记国法律。 (2) 航空器抵押权 ：《民用航空法》第186条 民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。 (3) 航空器优先权 ：《民用航空法》第187条 民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

【考点例题1】中国南方某航运公司将其所有的一艘悬挂巴拿马国旗的远洋货轮转让给印度一家航运公司，该船舶所有权的转让应适用下列哪一国法律？（ ）

- A. 中国法律 B. 巴拿马法律 C. 印度法律 D. 船舶所在地国法律

【考点例题2】根据我国《海商法》关于船舶物权问题的规定，下列表述哪些是正确的？

四、债权的法律适用

1. 合同

(1) 几个理论问题：

分割论与单一论；主观论与客观论；特征性履行方法；合同自体法

(2) 我国《民法通则》、《民通意见》、《海商法》；《民用航空法》等的规定

原则	涉外合同之法律适用★★★★★
1. 条约优先适用原则	《民法通则》第 142 条第 2 款 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，但中华人民共和国保留的条款除外。
2. 意思自治原则	《民法通则》第 145 条第 1 款 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。 意思自治原则之例外： （1）《合同法》第 126 条第 2 款 在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。 以下为 07 司法解释之规定： （2）中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业 股份转让合同 ；（3）外国自然人、法人或者其他组织 承包经营 在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；（4）外国自然人、法人或者其他组织 购买 中华人民共和国领域内的 非外商投资企业股东的股权 的合同；（5）外国自然人、法人或者其他组织 认购 中华人民共和国领域内的 非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资 的合同；（6）外国自然人、法人或者其他组织 购买 中华人民共和国领域内的 非外商投资企业资产 的合同；（7）中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。
3. 最密切联系原则	《合同法》第 126 条：涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。
4. 国际惯例补缺原则	《民法通则》第 142 条第 3 款 中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

5. 《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》

（1）合同当事人选择适用法律的方式和时间

明示：一审法院辩论终结可协商选择或者变更法律；

当事人均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的，视为作出选择。

（2）最密切联系地的确定标准

第五条 与合同有最密切联系的国家或者地区的法律：

（一）买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

（二）来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。

（三）成套设备供应合同，适用设备安装地法。

（四）不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

（五）动产租赁合同，适用出租人住所地法。

（六）动产质押合同，适用质权人住所地法。

（七）借款合同，适用贷款人住所地法。

（八）保险合同，适用保险人住所地法。

（九）融资租赁合同，适用承租人住所地法。

（十）建设工程合同，适用建设工程所在地法。

（十一）仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。

（十二）保证合同，适用保证人住所地法。

（十三）委托合同，适用受托人住所地法。

- (十四) 债券的发行、销售和转让合同, 分别适用**债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法**。
 (十五) 拍卖合同, 适用**拍卖举行地法**。
 (十六) 行纪合同, 适用**行纪人住所地法**。
 (十七) 居间合同, 适用**居间人住所地法**。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的, 适用该另一国家或者地区的法律。

(3) 涉外合同准据法为外国法时的查明

第九条 当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时, 由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。

人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时, **可以依职权查明该外国法律**, 亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。

当事人和人民法院通过**适当的途径均不能查明外国法律的内容的**, 人民法院可以适用中华人民共和国法律。

第十条 当事人对查明的外国法律内容经质证后无异议的, 人民法院应予确认。当事人有异议的, 由人民法院审查认定。

【考点例题】在国际私法中, 应当适用于某一合同的实体法被称为该合同的准据法。关于合同准据法的确定, 下列何种表述是正确的? (2006年卷一第94题—不定项)

- A. 我国所有的法律都允许涉外合同的当事人自行约定合同准据法
 B. 关于对合同当事人的行为能力与合同的有效性应分别适用不同国家法律的主张, 称为确定合同准据法的分割论
 C. 按照特征性履行方法的理论, 当事人未选择适用于合同的法律时, 应根据合同的特殊性确定合同准据法
 D. 德国甲公司与法国乙公司为共同投资在中国设立外资企业丙而订立的合同应适用我国法
 E. 某中外合资经营企业与挪威某航空公司之间签订的货物运输合同应当适用我国法律

2. 侵权

侵权法律适用原则	我国相关法条
(1) 侵权行为地法原则	①《民法通则》第146条第1款 侵权行为的损害赔偿, 适用侵权行为地法。 ②《海商法》第273条关于船舶碰撞的法律适用和《民用航空法》第189条关于民用航空器对地面第三人的损害赔偿, 都规定适用侵权行为地法。 ③关于侵权行为地的确定, 《民通意见》第187条 侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地; 如果两者不一致, 由人民法院选择适用。
(2) 共同属人法原则	《民法通则》第146条第1款 当事人双方国籍相同或者在同一个国家有住所的, 也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。
(3) 重叠适用侵权行为地法和法院地法原则	《民法通则》第146条第2款 中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的, 不作为侵权行为处理。
(4) 法院地法原则	①《海商法》第273条第2款 船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法律。②《海商法》第275条 海事赔偿责任限制, 适用受理案件的法院所在地法③《民用航空法》第189条第2款 民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法律。
(5) 船旗国法原则	《海商法》第273条3款 同一国籍的船舶, 不论碰撞发生在何地, 碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

【考点例题】下列选项中我国法院必须适用我国法律解决纠纷的是? ()

- A. 两艘日本商船在宁波港口相撞引起的纠纷
 B. 一艘德国货轮和一艘日本油轮在我国东海外的公海区域碰撞, 德国货轮向我国上海海事法院起诉要求损害赔偿

- C. 在一场于北京举办的国际拳击邀请赛中，考虑到自己曾经被咬掉耳朵，霍利菲尔德咬掉了泰森的鼻子，泰森在北京法院起诉要求赔偿
- D. 新加坡民用航空公司一架客机飞往印度尼西亚途中，因机上物体坠落使在公海上捕鱼的越南渔船受损，该船船东在我国港口修理并在我国法院起诉要求损害赔偿（05年试题）

五、商事关系（重点为我国的規定）

1. 涉外票据

★★★★★我国《票据法》第95条——第102条规定

种类	我国相关法条
1. 票据当事人能力	《票据法》第96条 票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力，依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律。
2. 票据行为方式	①《票据法》第97条 汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可适用付款地法律 ②《票据法》第98条 票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律
3. 票据追索权行使期限	《票据法》第99条 票据追索权的行使期限，适用出票地法律。
4. 持票人责任	《票据法》第100条 票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律。
5. 票据丧失时权利保全程序	《票据法》第101条 票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

【考点例题1】依我国票据法的规定，下列选项正确的是（ ）。

- A. 票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律
- B. 汇票、支票出票时的记载事项，只能适用出票地法律
- C. 票据的提示期限、拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用行为地法律
- D. 票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序适用付款地法律

【考点例题2】甲公司在中国签发一张以德国乙公司为受益人、以德国丙银行为付款人的汇票。乙公司在德国将该汇票背书转让给西班牙丁公司，丁公司向丙银行提示承兑时被拒绝。依照我国《票据法》，关于此案的法律适用，下列哪一表述是正确的？（2006年卷一第41题—单选）

- A. 甲公司是否有签发该汇票的能力应依德国法
- B. 该汇票的背书争议应适用西班牙法
- C. 该汇票出票时的记载事项适用中国法
- D. 丙银行拒绝承兑后，该汇票追索权的行使期限适用德国法

2. 海事

《海商法》第268条——第274条 债权 物权 侵权等

第274条 共同海损理算，适用理算地法律。

第275条 海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。

3. 民航 债权 物权 侵权等

第184条——第189条 比照海商法

【考点例题】下列选项中我国法院应当适用我国法律解决纠纷的是？（ ）

- A. 日本公民甲持有的以中国银行北京分行为付款人的汇票丢失，甲请求我国法院采取票据保全的程序问题

- B. 一家美国公司签订购买中国领域内的一家非外商投资企业股东的股权的合同
- C. “海天”号轮承运澳大利亚甲公司货物，因承运人管货过失导致货损，我国收货人乙公司在天津某法院起诉索赔，“海天”号轮船东主张海事赔偿责任限额
- D. 一菲律宾船舶在韩国附近海域发生意外后驶入韩国某港口避难，发生共同海损，后在中国青岛港口进行理算，有关该共同海损理算应适用的法律发生争议

六、家庭（重点为我国的规定）

1. 结婚离婚

（一）结婚：《民法通则》第 147 条★★★

第 147 条 中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。

（二）离婚★★★

（1）离婚案件的管辖权

最高人民法院《民诉意见》的规定：

国内结婚定居国外（婚姻缔结地或一方在国内的最后住所地）；国外结婚定居国外（一方原住所地或在国外的最后住所地）；一方定居国内一方定居国外（国内一方住所地）；双方均在国外但未定居（原告或被告原住所地）。（2005 年，单选）

（2）离婚的法律适用

《民法通则》第 147 条规定，离婚适用受理案件的法院所在地的法律。民通意见第 188 条规定：我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。

【考点例题 1】我国某法院允许对下列婚姻的效力作出认定，根据我国法律下列婚姻为有效的有：
（ ）

- A. 美国人甲和奥地利人乙在法国结婚，根据奥地利法该婚姻无效，根据法国法婚姻有效
- B. 中国人甲和伊朗人丙在伊朗根据伊朗法律结婚，该婚姻不符合中国法律的规定
- C. 同为法国人的甲和乙在法国驻中国使馆缔结婚姻
- D. 日本人甲和以色列人乙在日本按照以色列法举行了婚礼，但不符合日本法的规定

【考点例题 2】中国籍公民张某与华侨李某在某国相识后结婚并定居该国。10 年后张某在定居国起诉离婚，但该国法院以当事人双方均具有中国国籍为由拒绝受理该案。张某遂向自己在中国的最后居住地法院起诉。依我国法律，下列选项正确的是？（2005 年，单选）

- A. 因双方在定居国结婚，不应受理
- B. 因双方已定居国外 10 年，不应受理
- C. 该中国法院有权受理
- D. 告知双方先订立选择中国法院管辖的书面协议

2. 父母子女关系的法律适用

（1）适用父母的属人法；（2）适用子女的属人法；（3）适用父母和子女的属人法

3. 收养★★★

外国人在我国收养子女，必须重叠适用中国收养法和收养人所在国的法律。

外国人在我国收养的程序

《收养法》第 20、21 条：

外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意，还应提供收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，该证明材料须经其所在国外交机关或外交机关授权的机关认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议，亲自向省级人民政府民政部门登记，如当事人要求公证，则应到具有办理涉

外公证资格的公证机构办理收养公证。

《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》第 3 条：外国人在华收养子女应符合收养法的规定，并不得违背收养人所在国有关的法律。

【考点例题】（2007 年卷一第 35 题）一对英国夫妇婚后移居意大利，后来华工作。该夫妇于今年收养一名中国儿童并决定一起回意大利生活。根据我国法律，有关该夫妇收养中国儿童所应适用的法律，下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 应适用中国法和意大利法 B. 应适用中国法和英国法
C. 只需适用中国的有关法律规定 D. 只需适用意大利的有关法律规定

4. 监护★★★

《民通意见》第 190 条：监护的设立、变更和终止，适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国的法律。

【考点例题】美国人汤姆今年 9 岁，6 岁时随父母到中国定居，今年 5 月其父母在一次车祸中丧生，现其住所在法国的叔叔和英国国籍的姨妈为其监护权产生纠纷，遂诉至我国法院，我国法院应适用何国法律处理该案？（ ）

- A. 中国法 B. 美国法 C. 法国法 D. 英国法

5. 扶养★★★★

《民法通则》第 148 条：扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。

《民通意见》第 189 条：父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养，应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的联系。

【考点例题】中国人王某想要得到其具有日本国籍的儿子的赡养，要求人民法院给与支持。下列选项中哪些是正确的？（ ）

- A. 我国没有关于赡养的法律适用规范立法，故应驳回王某的起诉
B. 我国没有关于赡养的法律适用规范立法，因此，该案应适用我国法律
C. 该案适用《民法通则》的规定来确定准据法
D. 该案必须适用王某儿子的本国法，即日本法

七、继承（重点为我国的规定）

1. 区别制和同一制

2. 遗嘱继承和法定继承

3. 我国关于法定继承法律适用的规定★★★★

民法通则第一百四十九条：遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

3. 我国关于无人继承财产问题处理的规定★★★

《民通意见》191 条：在我国境内死亡的外国人，遗留在我国境内的财产如果无人继承又无人受遗赠的，依照我国法律处理，两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

我国《继承法》第 32 条规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织的成员，归集体所有制组织所有。

【考点例题】中国籍女子张某与美国籍男子麦克在中国结婚，2004 年麦克在美国因病去世，他生前的住所在美国。在中国有一处别墅，在美国有一部分动产，一名叫比尔的美国男子自称是麦克的私生子，

要求继承麦克的遗产，遂与张某产生纠纷，比尔向中国法院起诉。本案中，对麦克遗产的继承，下列表述哪一项是正确的？（ ）

- A. 动产和不动产适用中国法 B. 动产和不动产适用美国法
C. 动产适用中国法，不动产适用美国法 D. 动产适用美国法，不动产适用中国法

第三部分 国际民商事争议之解决

通常使用的争议解决方式主要有和解、调解、仲裁和司法诉讼等。司法诉讼以外的解决争议的各种方式又被称为“替代争议解决方式”（ADR, 一般是以当事人自愿为基础）

一、国际商事仲裁

1. “国际” / “涉外” 仲裁及中国的涉外仲裁机构

2. “商事仲裁”——我国界定为契约性和非契约性的商事法律关系，即基于合同或侵权或有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系（排除外国投资者与东道国政府的争端）

3. 仲裁协议及仲裁裁决

（1）仲裁协议的形式

仲裁协议的形式：仲裁条款/仲裁协议书/仲裁特别约定（双方当事人相互往来的函电，包括信件、电报、电传、传真，电子数据交换和电子邮件等）

（2）仲裁协议的内容

①内容之约定：《仲裁法》第 16 条第 2 款规定，仲裁协议内容应包括：请求仲裁的意思表示；仲裁事项（注意在中国不可仲裁的事项）；选定的仲裁委员会。

②内容约定不明确的仲裁协议如何处理：

中国最高法院关于适用《仲裁法》的司法解释针对仲裁协议的有关规定：

约定不明确的具体解决办法——2006 年仲裁法司法解释：约定仲裁机构名称不准确的；仅约定了纠纷适用的仲裁规则的；约定两个以上的仲裁机构的；仅约定由某地仲裁机构仲裁的；约定或诉讼或仲裁的。

（3）仲裁协议效力的认定机构和认定是否有效所适用的法律

仲裁委员会、（仲裁委员会所在地的）中级人民法院

当事人约定的法律、（无约定而有仲裁地者）仲裁地法、（均无约定）法院地法

（4）仲裁事项所涉及争议的法律适用

意思自治、仲裁庭认为适当的冲突规范确定的/仲裁地冲突规范确定的/最密切联系地

（5）仲裁中的财产或证据保全：交被申请人住所地或者财产所在地裁定、担保；证据所在地中院裁定

（6）确定涉外仲裁协议无效的报告审查程序

人民法院认为仲裁条款或者仲裁协议无效，决定受理诉讼前应——报高院审查——报最高院（最高院答复前，可暂不受理），对人民法院依法作出的撤销裁决或驳回当事人申请的裁定，当事人无权上诉及申诉，人民检察院也不能提起抗诉。

（7）我国仲裁机构的裁决事项超出当事人仲裁协议约定范围情况的处理

4. 我国关于承认与执行仲裁裁决的规定：

（1）中国仲裁机构涉外仲裁裁决在我国的执行：

①胜诉方向败诉方住所地或财产所在地中级人民法院申请强制执行

②被申请人（败诉方）申请撤销和不予执行：

当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有下列情形的，经人民法院组成合议庭审查核实，可裁定不予执行或撤销：

- A. 当事人在合同中未订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的
- B. 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的
- C. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的
- D. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的
- E. 人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

★★决定撤销前可通知仲裁庭重新仲裁、如对仲裁协议效力提出异议应在仲裁程序中提出

(2) 中国仲裁机构涉外仲裁裁决在外国的承认与执行。我国仲裁机构的涉外仲裁裁决需要在外国承认与执行的，可分为两种情况

(3) 外国仲裁裁决在中国的承认与执行。在适用 1958 年《纽约公约》（《承认及执行外国仲裁裁决公约》）的规定时，应注意我国提出的两项保留——互惠保留和商事保留

《纽约公约》第 5 条所规定的可以拒绝承认和执行外国仲裁裁决的七种情形：

协议当事人无能力、协议无效；被执行人未接到关于指派仲裁员或关于仲裁程序的通知，或由于其他情况未能出庭申辩；裁决超出约定仲裁事项的范围；裁决未生效；依执行地国法，有关的争议事项不能仲裁解决；公共秩序保留。

当事人依《纽约公约》申请而我国法院决定予以承认与执行的，应在受理申请之日起 2 个月内作出裁定，在裁定后 6 个月内执行完毕；法院决定不予承认与执行的，在裁定前必须遵循报审制度。申请执行的期限，双方或一方是公民的为一年，双方是法人或其他组织的为六个月。

【考点例题】中国公司与新加坡公司协议将其货物买卖纠纷提交设在中国某直辖市的仲裁委员会仲裁。经审理，仲裁庭裁决中国公司败诉。中国公司试图通过法院撤销该仲裁裁决。据此，下列选项中哪一项是正确的？

- A. 中国公司可以向该市高级人民法院提出撤销仲裁裁决的申请
- B. 人民法院可依“裁决所根据的证据不充分”这一理由撤销该裁决
- C. 如有权受理该撤销仲裁裁决请求的法院作出了驳回该请求的裁定，中国公司可以对该裁定提起上诉
- D. 受理该请求的法院在裁定撤销该仲裁裁决前须报上一级人民法院审查

【考点例题】中国甲公司和德国乙公司因国际货物买卖发生纠纷，根据双方的仲裁协议，由中国国际经济贸易仲裁委员会作出了甲公司败诉的裁决。就该裁决的执行问题，下列说法中正确的是（ ）

- A. 乙公司可以向甲公司住所地或财产所在地的中级人民法院申请强制执行
- B. 乙公司向法院申请强制执行该仲裁裁决，而甲公司申请撤销该裁决的，有管辖权的法院应当裁定中止执行，但甲公司应该提供担保
- C. 法院如果查实作出该裁决的仲裁庭的组成和仲裁程序与其仲裁规则不一致的，可裁定不予执行
- D. 如果法院以裁决的事项不属于仲裁协议的范围为由裁定不予执行该仲裁裁决的，当事人只能向法院起诉，不得再进行仲裁

二、国际民事诉讼

1. 外国人的民事诉讼地位及诉讼代理问题。

(1) 以对等为条件的国民待遇原则；(2) 诉讼费用担保；(3) 诉讼代理——哪些人可以代理、授权委托书（公证认证或条约手续）

2. 国际民事案件管辖权

★★★★★

中国管辖权相关规定

- 条约优先、平行管辖
- 普通地域管辖（被告住所地、经常居住地）及其例外
- 特别地域管辖
- 专属管辖
- 协议管辖（又称为合意管辖）
- 默示接受管辖（应诉管辖或推定管辖或接受管辖）
- 集中管辖

★★★★★ [最高人民法院《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》]（集中管辖）

第一条 第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖：（一）国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；（二）省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；（三）经济特区、计划单列市中级人民法院；（四）最高人民法院指定的其他中级人民法院；（五）高级人民法院。上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。

第二条 对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的，其第二审由所在地中级人民法院管辖。

第三条 本规定适用于下列案件：（一）涉外合同和侵权纠纷案件；（二）信用证纠纷案件；（三）申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；（四）审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；（五）申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。

第四条 发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件，涉外房地产案件和涉外知识产权案件，不适用本规定。

第五条 涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。

【考点例题】依照我国现行法律规定及司法解释，下列哪项判断是正确的？（2006年单选）

- A. 对于在我国境内没有住所的外国被告提起涉外侵权诉讼，只有该侵权行为实施地在我国境内时，其所属辖区的中级人民法院才可以对该侵权诉讼行使管辖权
- B. 我国法院可以根据当事人选择我国法院的书面协议对涉外民事诉讼行使管辖权
- C. 对原本无权管辖的涉外民事诉讼，只要该诉讼的被告前来出庭应诉，我国法院就可以对其行使管辖权
- D. 因在中国履行中外合资经营企业合同发生的纠纷，当事人只能向中国法院提起诉讼

3. 涉外诉讼的期间、诉讼保全

涉外诉讼的期间通常比国内案件诉讼期间更长（由国内诉讼的15天到涉外诉讼的30天）；我国在涉外民事诉讼中，法院只基于当事人的申请或在起诉前基于利害关系人的申请，裁定是否采取财产保全措施，并不依职权主动采取该类措施。诉讼前的保全和诉讼中的保全

4. 国际司法协助

（1）**范围**——根据我国《民事诉讼法》第262条至第265条的规定，关于司法协助的范围，我国法院和外国法院可以在我国缔结或参加的国际条约或互惠的基础上，相互请求进行司法协助，包括送达文书、调查取证、承认与执行外国法院判决和外国仲裁裁决以及进行其他诉讼行为。

【考点例题】下列哪些是我国在司法协助方面加入的国际公约？（ ）

- A. 《承认及执行外国仲裁裁决的公约》
- B. 《关于从国外调取民事或商事证据的公约》
- C. 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》
- D. 《民事诉讼程序公约》

（2）提出司法协助请求的一般途径

外交途径、使领馆途径、法院途径、中心机关途径（又称为中央机关途径）。

（3）★★域外送达

①我国《民事诉讼法》第247条规定的七种向国外送达的方式

条约途径、外交途径、使领馆送达、诉讼代理人、代表机构（可留置送达）或有权接受送达的分支机构

或业务代办人、邮寄、公告；外国向中国送达方式

②2006年涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定：

- A. 当事人在我国领域出现，可直接送达
- B. 可向代理人送达（委托书排除除外）
- C. 代表机构/分支机构或业务代办人送达（得到授权）
- D. 双边司法协助协定优先于海牙送达公约
- E. 其他适当方式送达（**传真、电子邮件**），对方国家不禁止、已收悉
- F. 不能送达之判断——6个月
- G. 合法送达之认定：受送达人书面提及内容/受送达人已按文书内容履行/其他

③《海牙送达公约》在我国实施：05年试题考点

- A1. 向我国国民或第三国国民送达程序： 公约成员国驻华使、领馆 / 主管当局或司法助理人员——司法部——最高人民法院——高级人民法院——中级或专门法院
- A2. 向其他缔约国的公民或第三国公民送达程序： 中级或专门法院——高级人民法院——最高人民法院——司法部 / 我国驻该国使领馆——该国指定的中央机关
- B. 法律文书的内容有损我国主权和安全的，予以驳回
- C. 不得仅根据下列理由拒绝执行，即：**依其国内法，该国主张对该项诉讼标的专属管辖权，或其国内法不允许进行该项申请所依据的诉讼。**
- D. 执行送达的法院不管文书中确定的出庭日期或期限是否已过，均应送达。

E. 对于国外按《公约》提交的未附中文译本而附英、法文译本的文书，法院仍应予以送达。除双边条约中规定英、法文译本为可接受文字者外，受送达人有权以未附中文译本为由拒收。

(4) ★★域外取证——域外取证方式主要包括：**代为取证**；领事取证；特派员取证；当事人或诉讼代理人自行取证。 我国在域外取证的程序

(5) ★★★外国法院判决的承认与执行

- a. 外国法院判决的承认与执行
 - (a) 中国法院判决在国外的承认与执行：
 - (b) 外国法院判决在中国的承认与执行：
 - (c) 承认与执行的条件：
- b. 提出申请的主体
 - (a) 当事人：向有管辖权的法院（在我国为被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院）
 - (b) 法院：依条约或者互惠原则向对方国家的法院请求
- c. 法院审查的标准
 - (1) 存在条约或互惠关系——无此关系则告知可重新起诉
 - (2) 外国法院有管辖权
 - (3) 不与正在我国国内进行或已经终结的诉讼相冲突
 - (4) 审判程序公正
 - (5) 判决或裁定已经发生法律效力
 - (6) 不违反我国法律基本原则或我国国家主权、安全和社会公共利益
- d. 中国关于承认与执行外国法院离婚判决的规定

1991年《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》：

- 1. 对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，中国当事人可根据该《规定》向人民法院申请承认。但判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面不适用。
- 2. 申请由申请人住所地中级人民法院受理。申请人住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地中级人民法院受理。申请人不在国内的，由申请人原国内住所地中级人民法院受理。

(6) 区际法律冲突

区际法律冲突的解决途径：

- a. 区际冲突法之解决途径——全国统一区际冲突法、各自的区际冲突法、类推国际私法解决、不区分国

际法律冲突与区际法律冲突，适用与解决国际私法冲突基本相同的规则

b. 统一实体法解决途径

(7) ★★★★★中国的区际司法协助:

中国区际冲突解决方案: a. 各自的区际冲突法 b. 全国统一的区际冲突法 c. 全国统一实体法

①内地与香港特别行政区安排(送达)

送达	主体	时间	文字	程序	费用
内地	各高院、最高院可直接委托	2个月	盖章的中文委托书、中文	根据被请求方的程序	免费、要求特殊方式需付费
香港	香港高等法院	同上	同上	同上	同上

②内地与澳门特别行政区安排(送达与取证)

送达	主体	时间	文字	程序	费用
内地	各高院、最高院可直接委托	2个月	盖章的中文委托书、中文	根据被请求方的程序	免费、要求特殊方式需付费
澳门	澳门终审法院	同上	同上	同上	同上

此外, 双方均不得以其本辖区对委托案件有专属管辖权为由, 不予执行受托事项。

【考点例题】内地某中级人民法院在审理一民事案件过程中, 需从澳门调取证据。依据《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》, 下列哪些说法是正确的? (2005年卷一第82题)

- A. 该中级人民法院可直接委托澳门的有关法院调取证据
 - B. 澳门受托法院可以该民事案件属于其专属管辖为由拒绝执行受托事项
 - C. 受托法院完成调取证据的期限最迟不得超过自收到委托书之日起三个月
 - D. 最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接委托调取证据
- 答案: CD

③内地与澳门特别行政区安排(民事判决包括劳动争议案件的认可与执行)

送达	主体	案件范围	文字	程序	保全措施
内地	被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院	民事、刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。劳动争议	盖章的中文委托书、中文	向一地法院申请执行的同时, 可向另一地法院申请查封财产	可据被请求方法律, 申请采取保全措施。
澳门	认可判决申请的法院为中级法院, 有权执行的法院为初级法院。	同上	同上	同上	同上

④内地认可台湾地区法院判决和仲裁裁决

	管辖法院	申请期限	起诉与认可申请
就台湾的判决或仲裁裁决向内地法院认可申请	申请人住所地、经常居住地、被执行财产所在地中院	一年	受理认可申请后审结前, 对重新起诉不予受理; 未申请认可, 可直接起诉; 已受理起诉后审结前申请认可, 应中止诉讼, 对认可予以审查; 拒绝认可的, 不得再申请认可, 但可重新起诉

【考点例题】位于厦门的甲公司与位于台北的乙公司因货物买卖产生纠纷, 双方在台湾地区的有关法院就该纠纷进行诉讼, 该法院做出终审判决。根据《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》, 下列哪些选项是正确的? (2005年卷一第80题)

- A.当事人可在该判决生效后两年内向人民法院提出对该判决的认可申请
 B.当事人对台湾地区有关法院的判决未申请认可，而是就同一案件事实另行向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理
 C.乙公司向人民法院提出认可申请后，甲公司向人民法院就同一案件事实提起诉讼的，人民法院应予受理
 D.当事人提出的认可申请被驳回后，再就同一案件事实向人民法院起诉的，人民法院仍可受理
- 答案：BD

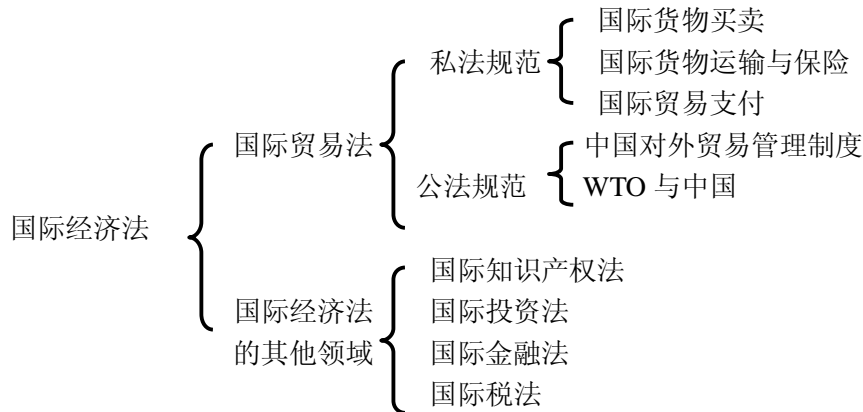
⑤内地与香港相互执行仲裁裁决的安排

承认和执行仲裁裁决	管辖法院	被申请人在两地均有财产的	申请期限及程序	拒绝执行理由
内地	被申请人住所地或财产所在地中院；二者不同时可选择其一，但不得同时分别申请	不能同时分别申请，一地法院执行不足部分，可向另一地法院申请	依据被申请人执行地法律	基本与《纽约公约》第5条相同
香港	香港高等法院			

⑥内地与澳门相互认可和执行仲裁裁决的安排

承认和执行仲裁裁决	管辖法院	被申请人在两地均有财产的	适用范围	拒绝执行理由
内地	被申请人住所地、经常居住地或财产所在地中院；二者不同时可选择其一，但不得同时分别申请	可单独也可以同时分别申请，仲裁地法院先执行，可向另一地法院就不足部分申请执行	仲裁机构、仲裁地、准据法（仲裁法规）均在对方所在地，三重标准	基本与《纽约公约》第5条相同
澳门	中级法院（认可）；初级法院（执行）			

国际经济法讲义



总论概述

国际经济法的调整对象、主体、渊源

分论

国家司法考试在线

第一部分 国际货物买卖法

一、★★★★★《2000年国际贸易术语解释通则》(简称“通则2000”)

1. 主要内容的分析和记忆——归类比较记忆(清关手续、风险、交货地点、运输、保险)

名称	交货地点	风险转移	运输	保险	出口 手续	进口 手续
EXW 工厂交货	卖方工厂	交货时	买方	(买方)	买方	买方
FCA 货交承运人	交承运人	交货时				
FAS 船边交货	装运港船边	交货时	买方	(买方)	卖方	买方
FOB 船上交货	装运港船上	装运港船舷				
CFR 成本加运费	装运港船上	装运港船舷		(买方)		
CIF 成本保险费加运费	装运港船上	装运港船舷	卖方	卖方	卖方	买方
CPT 运费付至	交承运人	交货时		(买方)		
CIP 运费保险费付至	交承运人	交货时		卖方		
DAF 边境交货	边境指定地点					买方
DES 目的港船上交货	目的港船上					买方
DEQ 目的港码头交货	目的港码头	交货时	卖方	(卖方)	卖方	买方
DDU 未完税交货	指定目的地					买方
DDP 完税交货	指定目的地					卖方

Ex works carrier at on ship free board freight cost carriage paid unpaid delivered frontier quay duty

【考点例题 1】根据《2000 年国际贸易术语解释通则》，下列有关国际贸易术语的表述正确的是()
A. F 组术语和 C 组术语均为装运合同，即卖方均在货物的装运地或起运地或出口地完成其在销售合同中的交货义务

- B. 在 FAS、CPT、CIP 下，货物的风险都是货交第一承运人时转移
- C. CFR、CIF 和 DEQ 都适用于海运和内河运输
- D. 在 CIP、CIF 术语下，卖方有义务办理货物的保险并交纳保费

【考点例题 2】关于 F 组术语，下列选项中不正确的表述是 ()

- A. 在 FCA 术语下，在卖方所在地交货，则卖方不负责装货
- B. FAS 术语可以适用于各种运输方式
- C. 在 FOB 术语下，货物的风险是以装货港船边为界限
- D. 在 F 组术语中，办理货物的运输并为自己的利益投保是买方的义务

【考点例题 3】下列适合于各种运输方式的贸易术语是? ()

- A、FOB B、DDU C、EXW D、FCA

【考点例题 4】根据《国际贸易术语解释通则 2000》的规定，下列哪一种贸易需由卖方办理进口手续?()

- A. FAS B. DEQ C. DDP D. CIP

二、★★★★★《1980 联合国国际货物买卖合同公约》

1. 公约的适用范围——积极条件、消极条件；未涉及的问题；特殊的任意性。

【考点例题】《1980 年联合国国际货物买卖合同公约》对合同的适用范围作了规定，下列哪个选项应适用公约的规定? (1999 年试卷一)

- A. 缔约国中营业地处于同一国家的当事人之间货物的买卖
- B. 缔约国中营业地分处不同国家的当事人之间船舶的买卖
- C. 不同国家的当事人之间股票的买卖
- D. 缔约国中营业地分处不同国家的当事人之间的货物的买卖
- E. 缔约国中营业地分处不同国家的两公司之间关于 50 台飞机发动机的买卖

2. 合同的订立（要约承诺规则）

(1) 要约的规则（构成要件、撤回、可撤销与不可撤销）；

要约失效的原因

(2) 承诺的规则：

a. 变更——实质性和非实质性变更的区别

b. 逾期——因传递延误和非因传递延误而逾期

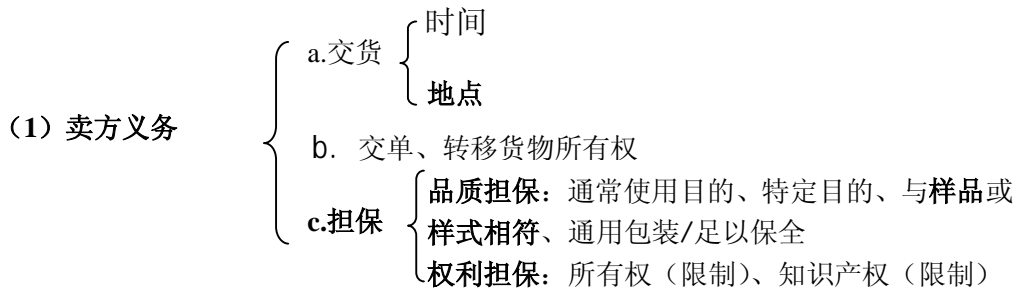
逾期承诺	原则上	要约人可采取的对抗措施及后果
因受要约人自己迟延而造成	无效	要约人毫不迟延地用口头或书面通知受要约人，其接受该项承诺，则该承诺有效
因为传递中的延误而造成	有效	要约人毫不迟延地用口头或书面通知受要约人，其认为要约已经失效，则该承诺无效

【考点例题】中国甲公司于 5 月 9 日发商务电传至加拿大乙公司，该电传称：“可供白糖 1 500 公吨，每公吨 500 美元，CFR 温哥华，10 月装船，不可撤销信用证付款，本月内答复有效。”乙公司于 6 月 9 日回电：“你方 5 月 9 日报盘我接受，除提供通常单据外，需提供卫生检验证明。”甲公司未予答复。甲公司与乙公司之间的合同关系是否成立? (1999 年)

- A. 乙公司的回电在实质上变更了要约的条件，因此合同不成立
- B. 乙公司的回电未在实质上变更要约的条件，因此合同成立

- C. 乙公司未在要约的有效时间内作出承诺，该逾期承诺原则上无效
D. 由于乙公司提出新条件，甲公司未予答复，因此合同不成立

3. 合同的内容—国际货物买卖双方的主要义务



权利担保	(1) 所有权担保	卖方所交付的货物，必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物，除非买方同意在这种权利或要求的条件下收取货物。
	(2) 知识产权担保：卖方所交付的货物，必须没有侵犯第三方的知识产权	卖方的知识产权担保义务受到两方面的限制： 第一， <u>地域限制</u> 。第三方只有依据以下法律提出有关知识产权的权利或要求，卖方才承担责任：①依据货物的预期转售地法律；②依据买方营业地所在国法律。 第二， <u>其他限制</u> ：①买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；②此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格。③ 买方在知道第三人的权利或要求后，未在合理时间内通知卖方。

(2) 买方义务

- a. 付款：因付款方式不同而有所不同
- b. 接收货物 { 采取一切理应采取的行动
 接收货物（否则承担扩大的损失）

4. 风险转移规则

- (1) 涉及货物运输
- (2) 运输途中的货物：原则上风险自买卖合同成立时起转移给买方
- (3) 其他情况下
- (4) 卖方违约导致货物损失与风险转移

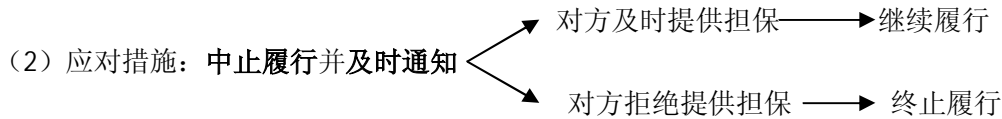
【例题】2007年卷1第86题。甲公司与乙公司依CIF安特卫普价格订立了出口一批布料的合同。货物运输途中，乙公司将货物转卖给丙公司。关于这批布料两次交易的风险转移时间，依2000年《国际贸易术语解释通则》及《联合国国际货物销售合同公约》的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 在甲公司与乙公司之间，货物风险在货物交第一承运人时转移
- B. 在甲公司与乙公司之间，货物风险在货物越过装运港船舷时转移
- C. 在乙公司与丙公司之间，货物风险原则上在双方订立合同时转移
- D. 在乙公司与丙公司之间，货物风险原则上在丙公司收到货物时转移

5. 违约补救—买卖双方的补救措施

- (1) 买方的补救措施 实际履行、**更换、减价、修理、宣告合同无效、索赔**
- (2) 卖方的补救措施 实际履行、**宣告合同无效**
- (3) 补救措施的适用 相互关系？

6. 预期违约：(1) 依据：对方资金困难、濒临破产、标的物已转卖等



7. 货物保全

【考点例题】(2006年——多选) 水果大小与合同的规定差别很大、自己的仓库?

8. 不可抗力与免责(相应的免责)

【考点例题】加拿大甲公司作为买方与作为卖方的中国乙公司约定由乙公司向甲公司出售十万只奥运福娃, 分三批交货:

(1) 下列有关选项中不同情况下每批福娃的风险转移的说法正确的有: ()

- A. 如果双方在合同中约定卖方把货物交给卖方指定的承运人但未约定具体的交货地点, 则福娃的风险在交给第一承运人时风险转移给买方
- B. 如乙公司的福娃是在运输途中销售给甲公司的, 福娃的风险在买卖合同成立时起转移
- C. 如果合同约定在中国乙公司的营业地交货, 则在将福娃交给甲公司时风险转移
- D. 如果货物在风险转移到买方之后遗失或损坏, 买方仍应支付价款

(2) 如果作为卖方的中国乙公司违反合同, 作为买方的加拿大甲公司可以采取下述哪些补救方法挽回损失? ()

- A. 如果乙公司不交付货物, 甲公司可以要求乙公司实际履行
- B. 乙公司提供的福娃与合同不符, 不管是不是根本违约, 甲公司均可以要求提供替代物
- C. 在已经支付货款的情况下, 对于货物与合同不符, 甲公司都可以要求减低价格, 而且在减价不足以弥补损失的情况下, 还可以要求损害赔偿
- D. 乙公司提供的福娃与合同不符, 不管是不是根本违约, 甲公司均可以宣告合同无效

(3) 如果在合同订立后, 履行期到来前, 中国乙公司明示拒绝履行合同的意图, 或者通过乙公司的行为推断出其将不履行, 即乙公司预期违反合同, 甲公司可以采取中止履行义务的措施, 关于乙公司预期违约导致甲公司中止履行义务的说法正确的是: ()

- A. 中止履行义务可以因乙公司提供充分的保证而结束
- B. 在乙公司明示拒绝履行合同的意图的情况下, 甲公司可以直接宣告合同无效
- C. 在乙公司仅仅是未履行任何一批货物的义务构成对该批货物的根本违约情况下, 甲公司只能对该批货物宣布无效
- D. 如果约定采用目的港交货的贸易术语, 而货到目的港卖方却无理拒绝收货, 则卖方乙公司可以将货物卸在码头上并通知卖方, 视为已履行交货义务。

第二部分 国际货物运输与保险

一、★★★★★国际海上货运的主要运输方式

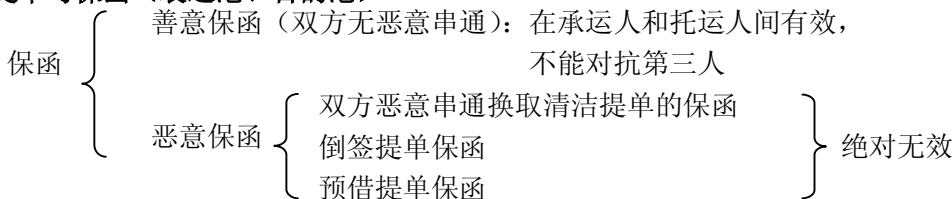
1. 班轮运输(提单运输)

- 1. 提单是海上货物运输合同的证明(运输合同的证明)
 - 2. 提单是承运人出具的收到货物的收据(货物收据)
 - 3. 提单是代表货物所有权的凭证(物权凭证)
- (1) 对托运人: 初步证据
(2) 对提单受让人: 最终证据

3. 提单的分类: 记名提单、不记名提单和指示提单; 已装船提单和收货待运提单; 清洁提单和不清洁

提单；直达提单和转船提单；运费预付提单和运费到付提单。**承运人的批注问题**

4. 提单与保函（装运港、目的港）



目的港承运人和提货人之间的保函——副本提单加保函提货（也分善意和恶意而效力不同）

5. 海运单：性质——运输合同的证明、收据、非物权凭证

【考点例题】“火箭”号轮承运人收货后签发提单时，发现货物的包装并不牢固，欲在提单上作“包装不固”的批注，托运人为赶时间用保函换取了清洁提单。货物到港后，有一部分货物散落在船舱中而受损，持有提单的收货人要求承运人赔偿货损，承运人则主张免责。下列关于本案说法正确的是（ ）

- A. 承运人无须就货损承担责任 B. 若依《汉堡规则》，本案保函为无效保函
C. 承运人可依与托运人之间的保函而抵消对收货人的责任 D. 承运人可以援引包装不固免责

6. 海牙规则		
承运人的最低义务	1. 提供适航的船舶	承运人在开航前和开航时必须谨慎处理，以便：（1）使船舶具有 适航性 ；（2） 适当地 配备 船员、设备和船舶供应品 ；（3）使货舱、冷藏舱和该船其他运载 货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物 。
	2. 管货	承运人应适当和谨慎地装载、搬运、积载、运送、保管、照料和卸下货物。
承运人的免责事项	1. 过失免责事项	包括船长、船员、引航员或承运人的受雇人员在 驾驶船舶或管理船舶 上的行为、疏忽或过失引起的货物损坏或灭失；
	2. 无过失免责事项	（1） 火灾 ，但由于承运人实际过失或私谋所引起的除外；（2） 不可抗力、自然灾害 ：海上灾难，天灾，战争行为，公敌行为，船舶被扣留， 检疫限制 ，罢工、关厂、停工，暴乱和骚动。（3） 救助 或企图救助海上人命或财产；（4） 货方原因 ： 由于货物的固有缺陷、性质造成的体积或重量的亏损或任何其他损坏，包装不当，标志不清或不当 。（5）其它： 尽适当的谨慎仍不能发现的潜在缺陷 ：非由于承运人的或其代理人的过失或疏忽所引起的损失，但是引用这条免责利益的人应举证责任。

【考点例题】依据《海牙规则》的规定，下列有关承运人适航义务的和免责的表述中错误的是（ ）（2002年，2004年）

- A. 承运人应在整个航程中使船舶处于适航状态
B. 承运人对未谨慎积载引起的货损可免责
C. 承运人应适当地配备船员、设备和船舶供应品
D. 承运人对船长和船员在驾驶或管理船舶中的疏忽引起的货损可免责

7. 海牙规则与维斯比规则、汉堡规则三大提单公约比较对照表

	《海牙规则》	《维斯比规则》	《汉堡规则》
通过时间	1924年	1968年	1978年
承运人的基本义务	适航义务、管货义务、不做不合理绕航的义务		承运人对由于货物的灭失、损坏以及延迟交付所造成的损失负赔偿责任
责任制度	不完全过失责任		完全过失责任

承运人的责任期间	钩至钩		收到交
承运人的免责	包括“航行过失”免责在内的 17 项免责		取消了“航行过失”免责
延迟交货的责任	未规定		限额为迟交货物应付运费的 2.5 倍, 但不应超过所有货物应付运费的总额
索赔时效	(1) 提货时发现, 当时 (2) 损坏不明显, 3 日内 (3) 联合检查, 无需提交		(1) 提货时发现, 次日 (2) 损坏不明显, 15 日 (3) 联合检查, 无需提交
承运人赔偿限额	每件或每单位 100 英镑	(1) 每件或每单位 666.67 特 (2) 毛重每公斤 2 特。二者以高者为准	(1) 每件或每单位 835 特别提款权 (2) 毛重每公斤 2.5 特别提款权。二者以高者为准
		限额适用于侵权之诉; 适用于承运人之雇佣人或代理人	如损失由承运人、其雇佣人或代理人故意造成, 则丧失责任限制权利
实际承运人	未规定	未规定	订约承运人负责/连带
保函	未规定	未规定	善意有效/恶意无效
舱面货 活牲畜	不适用	不适用	依约定/惯例可装舱面货; 活牲畜固有风险免责
诉讼时效	一年	一年, 可协商延长, 对第三者的追偿, 还有 3 个月的宽限期	两年

6. 租船运输 (当事人意思自治) —— 租船合同

- (1) 程租 (航次租船合同) —— 装卸期间 (滞期费、速遣费)
- (2) 期租 (定期租船合同) —— 停租条款
- (3) 光船租赁 —— 财产租赁合同

二、国际航空运输

1、有关国际航空货物运输的国际公约——航空运单

- (1) 《关于统一国际航空运输某些规则的公约》(简称《华沙公约》), 我国已加入;
- (2) 《海牙议定书》(我国已加入); (3) 《瓜达拉哈拉公约》, 我国未加入。

2、主要原则: 推定过失责任原则、不完全过失责任原则

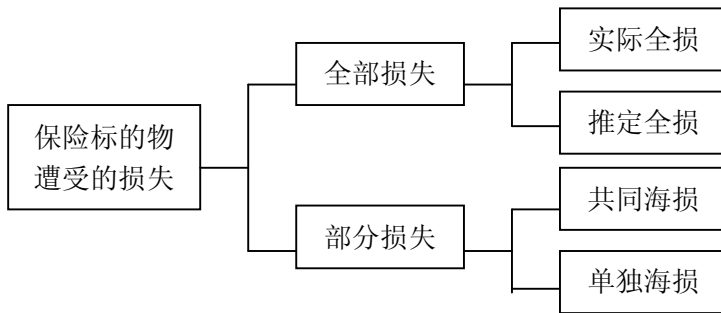
可以免责或减轻责任的理由: (1) 为避免损失已采取一切必要措施或不可能采取此种措施; (2) 证明损失系由驾驶或航行过失造成 (3) 证明损失系由托运人自己的过失造成

三、国际铁路货物运输——运单

主要公约: (1) 1961 年《关于铁路货物运输的国际公约》(简称《国际货约》); (2) 1951 年《国际铁路货物联运协定》(简称《国际货协》), 我国已加入。

- a. 承运人的责任期间为从签发运单时起至终点交付货物时止
- b. 承运人为确保运输合同项下费用可行使留置权
- c. 全额赔偿, 但以不超过货物全部失时的金额为限

三、★★★★★国际海运保险



“共同海损”和“单独海损”的区别；货损之承担

“共同海损” { 船货共同的、真实的危险
故意、合理有效、必要的措施
直接的、特殊的损失或牺牲

“单独海损”：船舶或货物纯粹由于自然灾害或意外造成而的损失，无需分摊

2. 委付与代位求偿：推定全损——委付（可选择）；理赔——代位求偿

例题：下列关于委付及委付和代位求偿权关系的提法哪些是正确的？

- A. 委付适用于推定全损，而代位适用于全损或部分损失
- B. 委付转让的是保险标的的所有权及其他相关的权利义务，而代位是向第三者追偿的权利
- C. 委付情况下保险人应将保险标的的残存价值大于赔付款的部分，归还给被保险人
- D. 委付是保险人取得保险标的的所有权后，向被保险人支付保险赔款，而代位是以保险人向被保险人支付赔偿为前提

3. 保险责任

风 险		险 种	
海上 风险	自然灾害 意外事故	三大 主险 { 平安险 { 全损、意外事故造成海损、混合、 共同海损、遇难后装卸、 整件货物装卸或转运时落水、 被保险人自救费用 水渍险：平安险+单纯自然灾害导致货物部损 一切险：水渍险+ 一般附加险	
外来 风险	一般外来风险		一般附加险
	特别外来风险		特别附加险
	特殊外来风险		特殊附加险
<p>注：一般附加险：偷窃提货不着、淡水雨淋、短量、混杂玷污、渗漏、串味异味、受潮受热、包装破裂、钩损、锈损、碰损破碎等。（异串混淡偷短包，碰破漏潮热钩锈）</p> <p>特别附加险：交货不到险、进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险</p> <p>特殊附加险：战争险、罢工险</p>			
<p>除外责任（中国《海商法》第242--243条）</p> <p>1. 被保险人故意造成的损失；2. 航行迟延、交货迟延或者行市变化造成的损失；3. 货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性造成的损失；4. 包装不当造成的损失。</p>			

综合考查——【考点例题】甲乙两人签订买卖蜡烛合同，由丙负责运输，甲在货物装船时要求对该批蜡烛注意通风，约定采用 CIF 价格条款，丙在运输过程中与他船发生碰撞，从而造成 30% 的货物浸水受

损，并且丙船也为了能继续航行而进入避难港修理，从而支出修理费，后船到达目的港，但发现短少10%，剩下的60%的货物也已全部变形（经查为船不通风导致温度过高所致）。问：根据海牙规则，在碰撞中所发生的30%的货损应由谁承担？避难港的费用由谁承担？剩下的60%的货物已全部变形的损失由谁承担？短少10%的损失谁承担？如果当事人约定采用FCA条款，则上述损失，实践中一般由谁投保？投保人投何种保险可以得到赔偿？

第三部分 国际贸易支付

一、支付工具和三大传统支付方式

二、汇付：电汇、信汇和票汇（顺汇）

1、汇付的流程

2、汇付当事人的法律关系

买方、卖方、汇出行、汇入行

三、★★★★★托收（逆汇）

跟单托收流程图

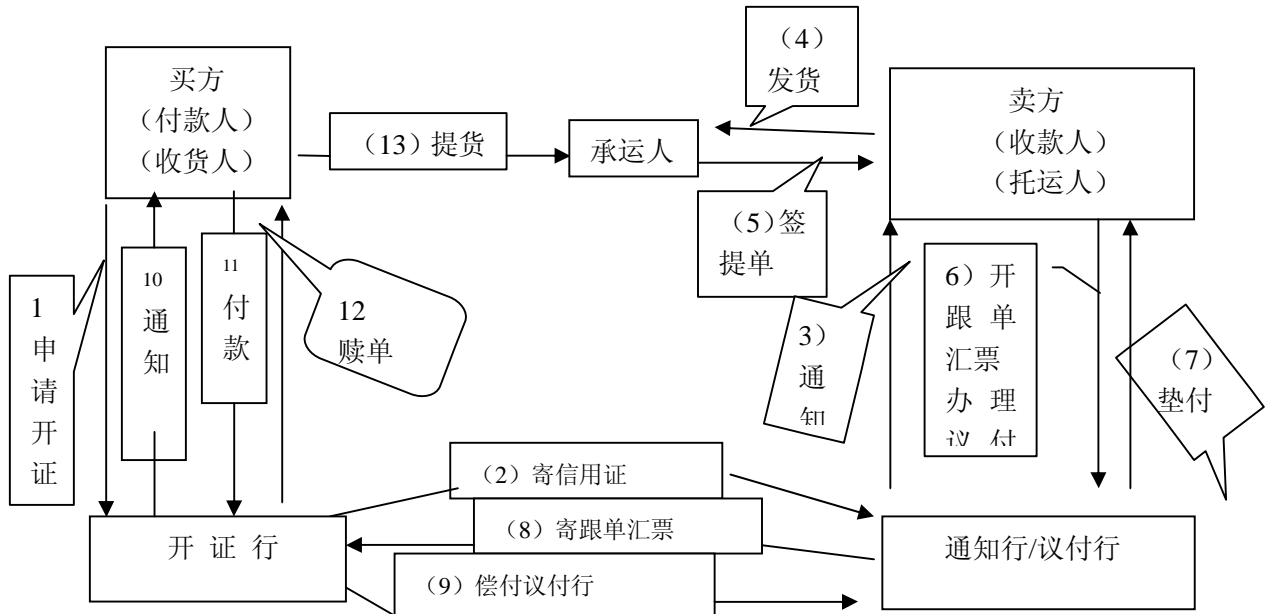


1、种类——光票托收、跟单托收（包括付款交单和承兑交单）

2、当事人的法律关系

3、银行之责任和免责

四、★★★★★信用证支付运作流程



1、信用证的种类:

不可撤销、可转让不可转让、保兑不保兑、即期远期、备用信用证等

2、当事人的法律关系

3、银行的审单责任和免责

		UCP600 的规定
银行的 责任	审单	如果单据表面与信用证条款不符，开证行、保兑行或代表其行事的指定银行可拒收单据。 审单 { <ul style="list-style-type: none"> 期限：5 个银行工作日 处理：付款或退单 标准：单证、单单相符、表面相符、严格相符
	付款	如果单证经审查相符，开证行就必须付款 严格相符 { <ul style="list-style-type: none"> “约、大约”：10%（金额、单价、数量） 散货数量：5%（以包装、件数计的除外），但当信用证规定数量以包装单位或个数计数时，此项增减幅度则不适用
银行的 免责	1. 银行对任何单据的形式、完整性、准确性、真实性、伪造或法律效力，以及对单据上所载的或附加的一般或特殊条件，概不负责。 2. 银行对由于任何消息、信函或单据在传递过程中发生延误或遗失而引起的后果，或任何电讯在传递过程中发生延误、残缺或其他错误，概不负责。 3. 银行对由天灾、暴动、骚乱、叛乱、战争或本身无法控制的其他原因或任何罢工或停工而中断营业所引起的后果，概不负责。 4. 银行不受买卖合同的约束或影响，不负责买卖合同的履行情况及买卖当事人的资信等。 5. 银行对被指示方的行为免责	

4、信用证欺诈及例外

软条款信用证、假信用证、伪造单据、以保函换取清洁提单

第八条：凡有下列情形之一的，应当认定存在信用证欺诈：（一）受益人伪造单据或提交记载内容虚假的单据；（二）受益人恶意不交付货物或交付的货物无价值；（三）受益人和开证申请人或其他第三方串通提交假单据，而无真实的基础交易；（四）其他信用证欺诈的情形。

5、《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（2006. 1. 1 起施行）

（1）不符点

第六条 ……信用证项下单据与信用证条款之间、单据与单据之间在表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，不应认定为不符点。

第七条 开证行有独立审查单据的权利和义务……开证行发现信用证项下存在不符点后，可以自行决定是否联系开证申请人接受不符点。开证申请人决定是否接受不符点，并不影响开证行最终决定是否接受不符点。开证行和开证申请人另有约定的除外。

开证行向受益人明确表示接受不符点的，应当承担付款责任。

开证行拒绝接受不符点时，受益人以开证申请人已接受不符点为由要求开证行承担信用证项下付款责任的，人民法院不予支持。

（2）信用证欺诈及欺诈例外 第八条 略

第十一条 当事人在起诉前申请中止支付信用证项下款项符合下列条件的，人民法院应予受理：（一）有管辖权；（二）申请人提供的证据材料证明存在欺诈；（三）不中止支付，将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害；（四）申请人提供了可靠、充分的担保；（五）不存在本规定第十条的情形。

第十二条 人民法院接受中止支付信用证项下款项申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定中止支付的，应当立即开始执行。

（3）信用证欺诈例外的例外

第十条 人民法院认定存在信用证欺诈的，应当裁定中止支付或者判决终止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外：（一）开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款；（二）开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑；（三）保兑行善意地履行了付款义务；（四）议付行善意地进行了议付。

（4）保证人的保证责任

第十六条 保证人以开证行或者开证申请人接受不符点未征得其同意为由请求免除保证责任的，人民法院不予支持。保证合同另有约定的除外。

第十七条 开证申请人与开证行对信用证进行修改未征得保证人同意的，保证人只在原保证合同约定的或者法律规定的期间和范围内承担保证责任。保证合同另有约定的除外。

【考点例题 1】根据《跟单信用证统一惯例》，下列哪种情况发生时，银行可拒绝付款？

A. 货物腐烂 B. 发票与提单不符 C. 交货数量与合同不符 D 买方未收到货物

【考点例题 2】《跟单信用证统一惯例》（简称 UCP500 号）对银行的免责作了规定，下列选项哪些是正确的？

- A. 银行只对单据表面真实性作形式上的审查，对单据的真实性、有效性不作实质性审查
- B. 银行对单据中货物的描述、价值及存在情况负责
- C. 银行对买卖双方的履约情况概不负责
- D. 信用证开出后，如果买卖合同对交货时间做了修改，则开证行有义务相应修改信用证

第四部分 国际贸易管理（我国对外贸易管理、WTO）

一、我国对外贸易管理的一般制度

（一）《对外贸易法》的主要内容

1. 《对外贸易法》的适用范围：货物、技术、服务贸易；单独关税区？

2. 对外贸易经营者和对外贸易经营权

a. 取消对货物和技术进出口经营权的审批，实行备案登记；b. 允许自然人从事对外贸易经营活动；c. 国家可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理

3. ★★★货物与技术进出口的管理

(1) 对货物、技术进出口的一般管理

可对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可管理。主管部门应当予以许可
自由进出口的技术应办理合同备案登记
国家可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理

(2) 禁止、限制货物或技术进出口问题

采取的措施	对货物或技术进出口采取措施的依据《对外贸易法》第 16、17 条原文
限制或禁止进口或出口	(一)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；(二)为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；(三)为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；(十)依照法律的规定；(十一)根据我国缔结的条约。
限制或者禁止出口	(四)国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；
限制出口	(五)输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的； (六)出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的
限制进口	(七)为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的； (八)对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的； (九)为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的
采取任何必要的措施	国家对与裂变、聚变物质或者与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口，在战时或者为维护国际和平与安全，可以采取任何必要的措施。
限制方式	国家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。

4. 对国际服务贸易的进出口的管理

措施	(采取措施的依据)《对外贸易法》第 26、27 条条款原文
限制或禁止的理由	(一)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止的；(二)为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或禁止的；(五)依照法律的规定；(六)根据我国缔结的条约。
限制	(三)为建立或者加快建立国内特定服务产业，需要限制的； (四)为保障国家外汇收支平衡，需要限制的。
采取任何必要措施	国家对与军事有关，以及与裂变、聚变物质有关的国际服务贸易，或在战时为维护国际和平与安全，可以采取任何必要的措施。

5. ★与外贸有关的知识产权保护。增加了通过实施贸易措施，防止侵犯知识产权的货物进口和知识产权权利人滥用权利，针对外国政府的消极行为可以采取对等的措施。

《对外贸易法》第 30 条：知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第 31 条：对等措施

6. 对外贸易秩序——禁止实施垄断行为和不正当竞争行为

★《对外贸易法》第33条：在对外贸易经营活动中，不得实施以不正当的低价销售商品、串通投标、发布虚假广告、进行商业贿赂等不正当竞争行为。

7. 对外贸易调查

可调查的事项——《对外贸易法》第37条

反倾销、反补贴、保障措施、反不正当竞争、知识产权、反歧视、反垄断等

可采用的调查方式——书面问卷、召开听证会、实地调查、委托调查（38条）

（二）我国的关税管理制度

我国进口关税——优惠税率和普通税率；从价、从量和混合税

二、我国的贸易救济措施制度——反倾销条例、反补贴条例、保障措施条例

1. ★★反倾销

调查程序——商务部主动或经申请发动调查（公告）、初步裁定 和/或 终局裁定、临时反倾销措施、（价格承诺）、终局裁定反倾销措施；复审 或 司法审查

第2条——采取反倾销措施三个条件：存在倾销、损害、因果关系；

第3条——倾销：出口价格 < 正常价值

第4条——正常价值：出口国（地区）国内市场的正常贸易过程中的可比价格；出口到一个适当第三国（地区）的可比价格；生产成本加合理费用、利润（推定价格）

第5条——出口价格：实际支付或者应当支付的价格；首次转售给独立购买人的价格；根据合理基础推定的价格

第7条——损害的三种形式（实质性损害、实质性损害的威胁、实质性阻碍）

第11条——国内产业——国内同类产品的全部生产者或总产量主要部分的生产者

第12条——同类产品——与倾销产品相同的产品或特性最相似的产品

第13、18条——反倾销调查的两种发动方式（商务部主动依职权调查、国内生产者申请）

（第17条 在表示支持申请或者反对申请的国内产业中，支持者的产量占支持者和反对者的总产量的50%以上的，应当认定申请是由国内产业或者代表国内产业提出，可以启动反倾销调查；但是，表示支持申请的国内生产者的产量不足国内同类产品总产量的25%的，不得启动反倾销调查。）

第28条——临时反倾销措施——临时反倾销税；提供保证金、保函或者其他形式的担保。

第31条——价格承诺

第37、40条——最终反倾销税——纳税义务人：倾销进口产品的进口经营者

第42、48条——反倾销税税额——不超过终裁决定确定的倾销幅度、不超过5年

2. ★反补贴

三个前提条件：专向性补贴（专向性问题——特定补贴）、损害、因果关系

调查——初裁 和/或 终局裁定；措施——临时反补贴措施、承诺、反补贴税

【考点例题】下列属于专项性补贴的是（ ）

- A. 由出口国政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴
- B. 由出口国法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴
- C. 指定特定区域内的企业、产业获得的补贴
- D. 以出口实绩为条件获得的补贴
- E. 以使用本国产品替代进口产品为条件获得的补贴

3. 保障措施

（1）实施条件：进口增加、严重损害、因果关系

（2）初裁决定——临时保障措施（提高关税）实施不超过200天；终裁决定——提高关税或者数量限制

（3）特点——无歧视

【考点例题】（2007年卷一95）某种化工材料进口数量的增加，使国内生产同类产品及与其直接竞争的
地址：北京大学 871-093 信箱

产品的化工厂受到严重损害。依我国相关法律规定，与国内产业有关的自然人、法人或其他组织有权采取的措施有（ ）

- A. 直接向海关申请禁止该化工产品的进口
B. 向商务部提出反倾销调查申请
C. 向有管辖权的法院提起损害赔偿的诉讼
D. 向商务部提出保障措施调查的申请

贸易救济措施比较			
	反倾销	反补贴	保障措施
前提条件	存在倾销	存在专项性补贴	进口数量增加
	造成损害（实质性损害、实质性损害的威胁、实质性阻碍）	同左	造成严重损害
	倾销和损害存在因果关系	补贴和和损害存在因果关系	进口增加和损害存在因果关系
措施	临时反倾销措施（公告起4个月，最长不超过9个月）、价格承诺（出口经营者作出）、反倾销税（向进口经营者征收）	临时反补贴措施、承诺（出口国政府或出口经营者作出）、反补贴税（向进口经营者征收）	临时保障措施（提高关税）、保障措施（提高关税或者数量限制）
实施期限	5年，经复审有必要可适当延长	5年，经复审有必要可适当延长	4年，最长不超过10年
特点	针对特定国家	针对特定国家	针对所有WTO成员方法（无歧视）

4. ★★★反倾销、反补贴行政行为的司法审查

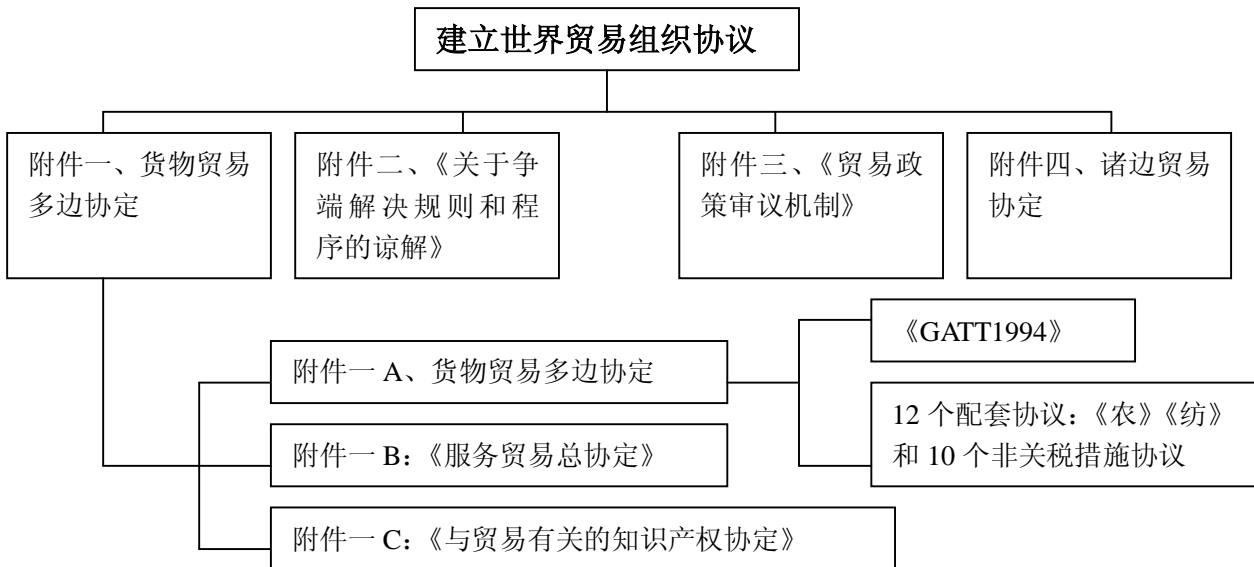
主体（利害关系人）、被告
受理法院、审查 判决

【考点例题】下列有关对反倾销措施和反补贴措施的司法审查的表述正确的是（ ）

- A. 被告所在地高级人民法院指定的中级人民法院和被告所在地高级人民法院管辖都有对一审反倾销案件和反补贴案件的管辖权
B. 向国务院主管机关提出反倾销或反补贴调查书面申请的申请人，有关出口经营者和进口经营者及其它具有法律上利害关系的自然人、法人或其他组织，可以依照行政诉讼法及其他有关法律、行政法规的规定，向人民法院提起行政诉讼
C. 人民法院仅对被诉的反倾销行政行为和反补贴行政行为的事实问题进行合法性审查
D. 被告对其做出的被诉反倾销或反补贴行政行为和原告主张的事实负举证责任

三、世界贸易组织的一般制度

1. 世贸组织的成员（管理对象是政府、成员包括地区）
2. 世贸组织的法律框架——多边贸易协议（《世界贸易组织协定及其附件1、2、3）和诸边贸易协议（附件4）



货物、服务、TRIPs 规则相互独立，一项事项可同时受三个协议调整，各协议应共同、累计适用、推定无冲突

3. 世贸组织的基本法律制度

(1) 最惠国待遇原则——普遍、自动、相互、同一性

例外——一般例外、安全例外、关税同盟、边境贸易、普惠制、反倾销反补贴、收支平衡、对特定成员豁免等例外

【考点例题】下列哪些选项属于 GATT 最惠国待遇义务的例外 ()

- A. 边境贸易
- B. 关税同盟和自由贸易区
- C. 允许对造成国内产业损害的倾销进口或补贴进口征收反倾销税或反补贴税
- D. 政府采购

(2) 国民待遇原则——例外 (政府采购、仅对某种产品的国内生产商提供的补贴、一般例外)

(3) 关税减让原则——约束性关税

(4) 一般取消数量限制原则——例外 (粮食等短缺、归类或分级或销售标准、农渔产品过剩、保障金融地位和收支平衡)

★★★★与贸易有关的投资措施协议 (TRIMs) 的主要内容:

国民待遇原则、一般取消数量限制原则 不得采取: 当地成分要求、贸易平衡要求、限制进口、限制用汇、限制出口

4. 服务贸易总协定 (GATS)——四种方式 (跨境交付、境外消费、商业存在、自然人流动); 服务贸易的最惠国待遇 (一般承诺)、国民待遇与市场准入 (为具体承诺)

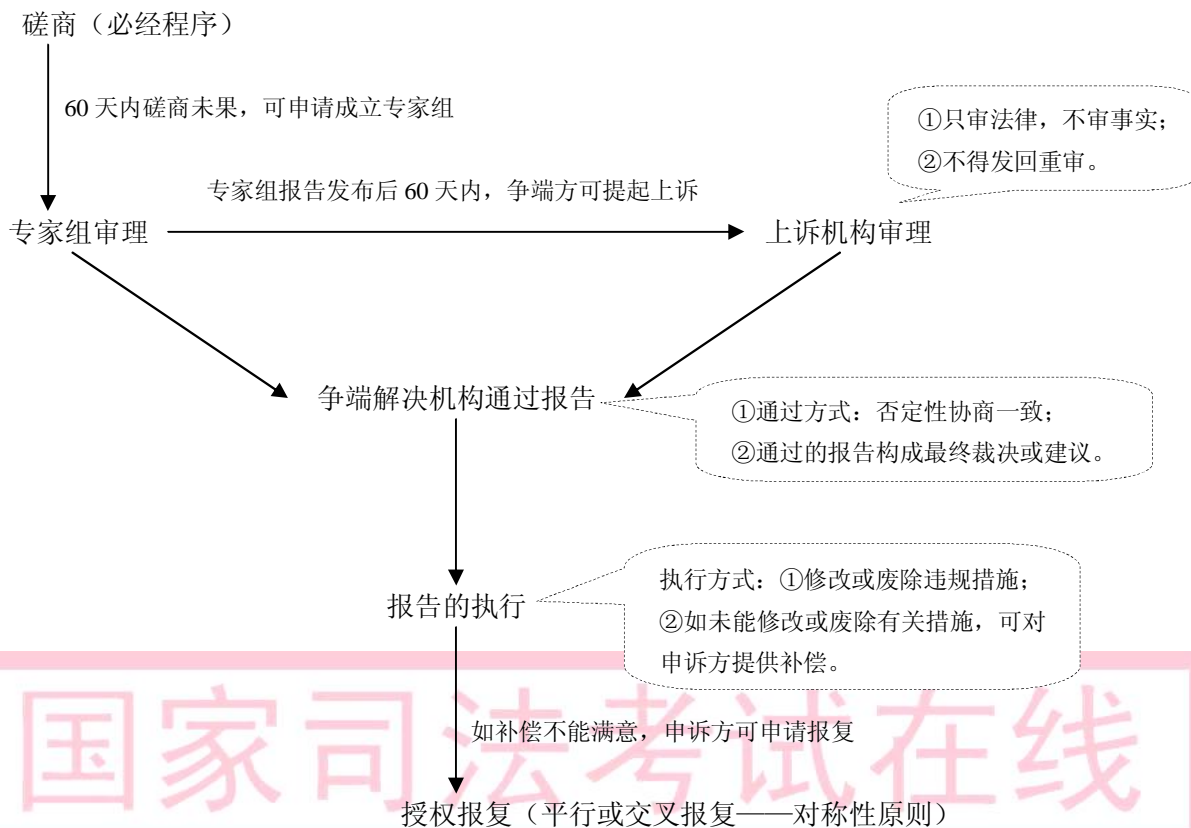
【考点例题】下列选项中, 属于《服务贸易总协定》规定的服务贸易方式的有哪些? ()

- A. 美国某快餐店在上海设立分店
- B. 我国游客在东京迪斯尼游乐园游玩
- C. 中国石油气总公司向日本某公司提供石油
- D. 范伟应邀请反复在白宫进行商业演出

四、★★★★WTO 争端解决机制

争端的类型（违反性申诉、非违反性申诉、其他）

（争端解决的所有阶段、争端各方均可调解和磋商，WTO 总干事亦可进行斡旋、调解或调停）



五、★★中国在 WTO 中的特殊权利和义务

中国入世时的几个重要承诺：

(1) 3年放开外贸经营权的承诺

(2) 15年非市场经济承诺——可以针对中国产品反倾销时适用替代国价格

(3) 12年特定产品保障措施承诺——可以专门针对中国产品适用保障措施

《中国入世议定书》规定采取特保措施的前提条件：市场扰乱；市场扰乱的威胁、贸易转移磋商和 3 种限制措施——自己采取、受影响的国家采取、受贸易转移影响的其他国家采取。

(4) 7年针对中国纺织品特殊保障措施的承诺：实施期限不超过1年，截止2008年12月31日
前提条件：(1) 市场扰乱的存在或威胁，威胁阻碍贸易的有序发展；(2) 限制措施的有效期不得超过 1 年，且不得重复实施，除非有关成员与中国之间另有议定；(3) 不得根据该规定和《中国加入议定书》第 16 条的规定，对同一产品同时适用这两种措施。

第五部分 国际经济法的其它领域

一、国际知识产权法

1. ★★★知识产权的保护（世界上影响最大的三个实体性国际公约）

《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)

- (1) 巴黎公约 { 基本原则（国民待遇、优先权、临时性保护、独立性原则）
(工业产权) { 对成员工业产权法的最低要求、强制许可原则

(2) 伯尔尼公约与世界版权公约比较

	基本原则	客体范围	权利内容	保护期	追溯力
伯尔尼公约	双国民待遇 自动保护 独立性	宽: 文学艺术、 演绎作品、实 用艺术品、工 业品外观设计	2项精神权利 8项经济权利 严格的权利限制	50年 摄影和实用 艺术品 25年	有

【考点例题】下列符合《伯尔尼公约》的说法有 ()

- A. 公约成员国的国民或在公约成员国有惯常居所的人, 在作品创作完成时即自动享有著作权
- B. 非成员国国民在成员国有无惯常居所者, 其作品首先在成员国出版或在一个成员国和非常成员国同时出版时即享有著作权
- C. 享有国民待遇的人在公约任何成员国所得到的著作权保护, 不依赖于其作品在来源国受到的保护
- D. 公约既保护作者的精神权利, 也保护作者经济权利

(3) TRIPS 主要内容 (巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约、华盛顿公约)

- a. 基本原则——国民待遇和最惠国待遇 (首次)、最低保护原则、促进经济与社会福利原则
- b. 七种客体——版权 (客体包括计算机程序、有独创性的数据汇编; 内容包括电影作品的出租权)、商标 (首次下定义、7年、对驰名商标绝对保护且扩大适用于服务标记)、地理标志、工业品外观设计 (10年)、专利 (20年)、集成电路布图设计 [保护含有 (布图设计) 集成电路] 的物品, 期限 10 年]、未披露信息
- c. 执法措施
 - 民事和行政措施: ①程序公平公正②证据提交③禁令④赔偿费
 - 刑事措施: 商业规模的故意假冒商标或盗版)、
 - 临时措施: 侵权发生之初制止其继续及防止销毁证据, 有权责令担保, 如果合理期限内 (20 个工作日或 31 个自然日) 未发起案件程序, 应被申请人要求应撤销临时措施
 - 边境措施: 海关中止放行有证据被怀疑的侵权商品、申请者提供担保、措施期满未起诉则提交保证金可放行, 但假商标或盗版除外; 对假冒商标的货物, 不得允许货物以未作改变的形态再出口。
 - 中国的边境措施: ①收货人或发货人可向海关申报知识产权备案, 备案 10 年有效可续展; 权利人充分举证并提供担保, 可请求海关扣留侵权嫌疑货物, 也可申请诉前财产保全; 海关认定侵权可以没收

【考点例题】《与贸易有关的知识产权协议》将 () 等条约的实体性规定全部纳入到其中, 成为世界贸易组织成员必须给予知识产权保护的最低标准。

- A. 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》
- B. 《保护工业产权巴黎公约》
- C. 《关于集成电路的知识产权条约》
- D. 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》

2. 技术转让法

国际许可证协议的种类: 独占、排他、普通、交叉和分许可证协议

二、★★★★★国际投资法

1. 海外的法律形式

国际直接投资: 合资经营、外资企业、外商独资、BOT (建设——经营——移交) 等

国际间接投资: 输出借贷资本, 不直接参与经营, 如债券或股票投资等

2. 海外投资保险制度

地址: 北京大学 871-093 信箱

3. 双边投资保护协定的类型和内容

类型——友好通商航海条约、投资保证协定（美国式）、促进与保护投资协定（德国式）

内容——受保护的投资者和投资、外国投资的待遇、政治风险和保证、代位求偿权

4. 《多边投资担保机构》——MIGA

(1) 险别（政府违约险、战争和内乱险、货币汇兑险、征收征用险）

(2) 合格的投资

(3) 合格的投资者（例外）——主要投资来源于境外的东道国国民、联合申请

(4) 合格的东道国

(5) 代位求偿权

5. 国际投资争端之解决途径——《解决国家与他国国民间投资争端的公约》（ICSID）

(1) 主体（例外——受外国投资者控制的东道国法人与东道国之间）

(2) 主观条件

(3) 争端性质

(4) 外交保护与用尽当地救济

(5) 适用法律

【考点例题 1】下列关于“解决投资争议国家中心”管辖权的表述正确的是？（ ）

A. 必须是基于直接投资而发生的法律争议

B. 东道国放弃要求用尽当地救济的权利，是双方当事人将争议交付中心解决的必要前提

C. 双方当事人必须书面同意将争议提交中心管辖

D. 争议双方当事人必须为缔约国政府和另一不同国籍的国民

【考点例题 2】甲乙两国均为《多边投资担保机构公约》和《解决国家与他国国民之间投资争端的公约》的缔约国。A 公司是甲国投资者在乙国依乙国法设立的一家外商独资企业。乙国政府对 A 公司采取了征收措施。根据前述两公约，下列说法哪些是正确的？（2004 年 77.）

A. 遵循一定的程序，A 公司有资格事先向多边投资担保机构申请投保征收或类似措施险

B. 如甲国投资者、A 公司和乙国政府同意，A 公司可以请求“解决投资争端的国际中心”解决该争端

C. 甲国投资者本人不可以请求“解决投资争端的国际中心”解决该争端

D. 多边投资担保机构在向投保人赔付后，可以向甲国政府代位求偿

三、国际金融法

1. 国际资金融通方式：国际贷款、国际证券融资、国际融资租赁

2. 国际贷款协议的共同性标准条款（陈述和保证、先决条件、约定事项、违约事件）

3. 国际银团贷款（辛迪加贷款）的特点：金额大、期限长、风险分担、特殊的浮动利率

4. 国际项目融资的特点（间接保证、融资以项目为导向、追索权受限、风险分担）

5. 国际融资租赁的特点：两个合同、三方当事人；租金高、维修、决定是否买断残值或退回

6. 国际融资担保：保证、备用信用证、意愿书、浮动抵押、动产担保、不动产担保

【考点例题】国际融资保证中使用最普遍的是见索即付保证，该保证具有如下特点（ ）

A. 持续性

B. 不可撤销性

C. 无条件性

D. 保证人承担的是第二顺位的还款责任

四、国际税法

1. 两种税收管辖权——居民税收管辖权、来源地税收管辖权

【考点例题】一国对非居民征税，仅限于来源于征税国境内的所得，而对非居民的境外所得无权征税。非居民在收入来源国的所得，一般包括以下哪几项？

地址：北京大学 871-093 信箱

36

电话：010-62 123 123

A. 营业所得 B. 投资所得 C. 个人劳务所得 D. 财产所得

2. ★★★国际双重征税及其解决

(1) 法律意义的双重征税和经济意义的国际双重征税（国际重叠征税）

(3) 解决重复征税的几种方法及其计算方式：免税法、抵免法、税收饶让抵免

3. 国际逃税、避税及其防治

(1) 国际逃税：违法行为——如虚构成本、折旧、伪造账册等

(2) ★★国际避税的主要方式及其防止措施：纳税主体的跨国转移

征税对象的跨国转移：

转移定价——防止措施（依据**正常交易原则**确定公平市场价格、**总利润原则**）

在避税港设立基地公司——防止措施（禁止设立基地公司、禁止非正常利润转移、取消境内股东在基地公司未分配股息所得的延期纳税待遇）

4. 我国对外签订的税收协定——08年大纲新增考点

我国对外签订的双边税收协定基本上采用《联合国范本》（《关于发展中国家与发达国家之间双重征税的协定范本》）的条文结构，主要特点为：

(1) 协定一般以连续存在6个月以上者视为常设机构

(2) 一般规定的预提税的限制税率不超过10%

(3) 对独立的个人劳务所得，一般应仅由居住国征税

(4) 对非独立个人劳务所得，一般应由来源国行使征税权

【考点例题】甲国a公司在一纳税年度中，来自甲国的应税所得100万，来自乙国的应税所得50万。设甲乙国税率为20%和40%，分别计算a公司向甲国应纳所得税是多少？请给出记算公式。1 免税法；2 全额抵免法；3 限额抵免法。注：跨国所得为100+50

(1) 免税法： $100 \times 20\%$

(2) 全额抵免法： $150 \times 20\% - 50 \times 40\%$

(3) 限额抵免法： $150 \times 20\% - 50 \times 20\%$

三国法司法考试授课提纲

李毅

国际公法

总论——国际法基础理论问题

一、国际法的概念、特点、渊源、国际法与国内法的关系

- 国际法的主要特征 { 1、立法方式：各国协议共同制定
2、执行方式：无超国家强制机构，通过国家单独或集体行动实施
- ★★国际法渊源 { 独立的渊源 { 条约
国际习惯：客观要素（惯行）和主观要素（法律确信）
一般法律原则：各国法律体系共有的原则
辅助资料 { 国际组织的决议
司法判例
各国权威国际法学家学说

例题：下列关于国际法的说法错误的是（ ）

- A. 联合国是国际法的立法机关
- B. 国际法的强制执行主要依靠联合国的维持和平部队和国际法院的执行庭
- C. 国际法和国内法的主体完全相同
- D. 联合国大会的决议是国际法强制执行的依据

国际法和国内法的关系：一元论和二元论、纳入、转化及混合方式、关系

- 条约在中国的适用 { 1. 中国宪法就此未作统一规定
2. 民商事领域，条约优先于国内法，但保留的条款除外
3. 民商事以外的领域的条约如何适用，个案处理
4. 某些条约和国内法并行适用（如外交、领事特权与豁免）
5. WTO 规则原则上不能在中国直接适用

提示：一国制定的国内法与该国的条约冲突时是否当然无效？

例题：甲国国内经过多年的研讨，最后批准了一项国际条约。关于该条约在甲国国内的实施问题，下列选项中错误的是？（ ）

- A. 当甲国国内法和该条约所规定的义务相冲突时，该国不能以其国内法的规定来对抗该条约规定的义务
- B. 该国不可以以其国内法的规定作为违反该条约义务的理由来逃避国际责任
- C. 该条约所规定的义务如何在甲国国内履行，除非该条约有具体规定，国际法并不干预甲国履行国际义务的具体实施方式
- D. 当甲国国内法与该条约义务相违背时，甲国采取了优先适用其国内法的做法，对此，甲国并不需要承担国际责任，因为国际法并不干预甲国履行国际义务的具体实施方式

二、国际法的基本原则

1. 特点（各国公认、构成国际法基础、适用于国际法各个领域、**具有强行法的性质**）
2. 和平共处五项原则：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。1954年由中印、中缅首倡。
3. 基本原则主要内容：**★★主权平等原则、★★不干涉内政原则、★★禁止使用武力和以武力相威胁原则（例外）**

各民族平等和**民族自决**原则、和平解决**国际争端**原则、善意履行国际义务原则

例题：不干涉内政原则是国际法的一项基本原则，下列关于内政的说法错误的有：（ ）

- A. 一国对另一国进行的经济援助有可能成为干涉他国内政的行为
- B. 发生在甲国领土范围内的甲国国家行为一定会属于甲国的内政
- C. 甲国利用经济优势强迫乙国从计划经济转而实行市场经济是干涉乙国内政的行为
- D. 在甲国的领土外实施的行为不可能属于该国内政范围

三、国际法的主体

（一）国际法主体的范围

国家、政府间的国际组织、争取独立解放的民族解放组织（个人？）

（二）★★★★★国际法的基本主体：国家

1. 国家的四要素（定居的居民、确定的领土、政权组织、主权）

2. 国家的类型（判断哪些为国际法主体，哪些不是）

单一国、复合国（联邦、邦联）、永久中立国

3. 国家的基本权利
- (1) 独立权
 - ① 自主性
 - ② 排他性
 - (2) 平等权
 - (3) 自保权
 - ① 国防权
 - ② 自卫权
 - (4) 管辖权
 - ① 领土管辖，又称属地优越权
 - ② 国籍管辖，又称属人管辖权
 - ③ 保护性管辖
 - ④ 普遍性管辖

4. 国家主权豁免（绝对豁免主义和相对豁免主义、豁免的放弃）中国——绝对豁免主义

5. 国际法上的承认（单方行为）：

（1）对新国家的承认（基于新国家的出现：合并、分离、分立、独立）

（2）承认的方式包括明示承认和默示承认

默示承认：接受使、领馆；投票支持参加政府间国际组织；签双边政治条约

（3）对新政府的承认：（原因：基于革命或政变）、原则：有效统治原则

（4）法律承认的效果：可建交、承认对方的立法司法行政及豁免权、具有追溯力、对旧政府承认的撤销

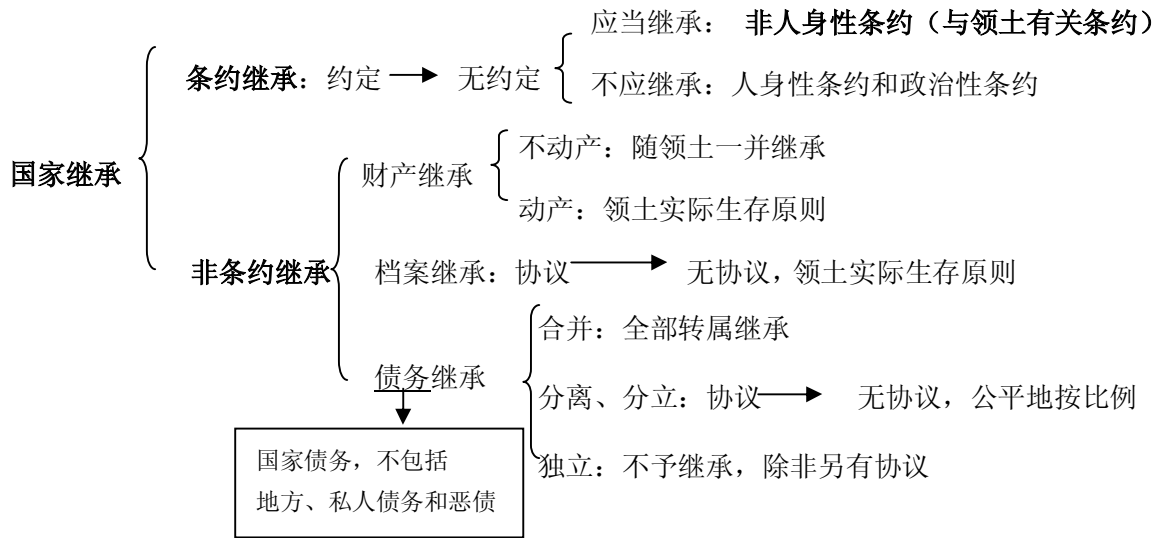
关于承认法律效果的争论——构成说与宣告说

例题：下列关于国际法上“承认”的说法正确的是（ ）

- A. 承认一经宣布就会在承认国与被承认国之间奠定全面交往的法律基础
- B. 承认一旦完成，就相当于双方建立了外交关系

- C、支持新国家参加政府间组织构成对该新国家的默示承认
D、法律上的承认具有溯及的效果，而事实上的承认则不具有溯及的效果。

6. 国际法上的继承（国家继承基于领土的变更：合并、分离、分立、独立、部分领土转移）



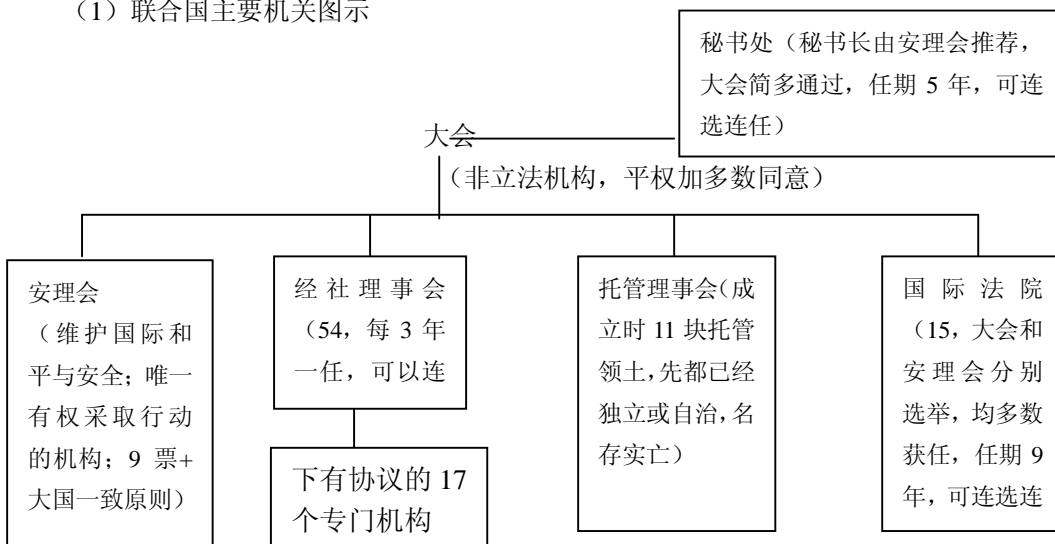
例题：甲国在一段时期内附属于乙国，后又从乙国中独立出来，该国家目前面临着国家继承的问题，该国家与被继承国之间没有达成任何协议，该新独立国家可以继承的包括：（ ）

- A. 甲国领土范围内属于乙国国家所有的不动产
B. 丙国领土范围内属于乙国所有的一批动产，附属之前原属甲国所有
C. 与该领土行政管理有关的归乙国所有的国家档案
D. 乙国曾经为在甲国领土范围内与丁国争夺势力范围进行战争向丙国政府借款

（三）★★★国际法的派生主体：国际组织

1. 国际组织的表决制度（全体一致、多数同意、**加权表决制**、协商一致）
2. 联合国（主要机关：**大会、安理会**、国际法院、经社理事会、托管理事会、秘书处）

（1）联合国主要机关图示



（2）联合国大会的职权，审议宪章范围内的事项，大会的表决制度：一般问题、重要问题

（3）安理会的职权：和平解决争端、制止侵略、其它；安理会的表决制：程序性、非程序性事项

机构	大会和安理会表决制度之比较	
联合国大会	(1) 实行一国一票制； (2) 一般问题采用简单多数通过，重要问题采用 2/3 多数通过，实践中也采用协商一致的方式； (3) 对于联合国组织内部事务通过的决议对会员国具有拘束力，对于其他一般事项作出的决议属于建议性质，不具有法律拘束力。	
安理会	(1) 程序性事项	9 个同意票即可通过。
	(2) 非程序性事项	“大国一致原则”： ①同意票必须达到 9 票； ②不得有常任理事国的反对票； ③常任理事国的弃权或缺席不影响决议的通过。
	(3) 双重否决权	①决定是否属于程序性事项，五大国拥有否决权； ②对非程序性事项进行表决，五大国拥有否决权。

机构	表决事项的范围
联合国大会的重要问题	(1) 与维持和平相关的建议；(2) 安理会、经社理事会和托管理事会须经选举的理事国之选举；(3) 新会员国的接纳、会员国权利的中止、开除会员国；(4) 实施托管；(5) 联合国的预算及会员国应缴会费的分摊等。 重要问题采用 2/3 多数通过的规则。
安理会的实质性事项	(1) 向大会推荐接纳新的会员国或秘书长；(2) 建议中止会员国的权利或开除会员国；(3) 为维护和平与安全而通过采取行动的决议。 常任理事国可以行使否决权。

例题：联合国是当今世界最普遍和重要的国际组织，根据《联合国宪章》的规定，下列表述不正确的是？
()

- A. 联合国大会是联合国的立法机构，其所通过的决议对所有会员国都具有约束力
- B. 安理会是联合国的六大机构之一，其对于实质性事项的表决，要求包括全体常任理事国在内的 10 个成员的同意票，即需要 2/3 多数通过
- C. 中国是一个特殊的国家，其对于安理会和联合国大会关于任何事项的决议都有一票否决权
- D. 安理会是联合国在维持国际和平和安全方面负主要责任的机关，也是联合国中唯一有权采取行动的机关。如在表决某一实质性事项时，常任理事国弃权或缺席应视为否决，从而相关决议不能通过

3. 联合国的专门机构——特点和性质

特点：政府间的、成员具有普遍性的全球性国际组织，属于调整经济、社会、文化、技术等专门领域问题的国际组织，不包括一般政治性、军事性的国际组织。

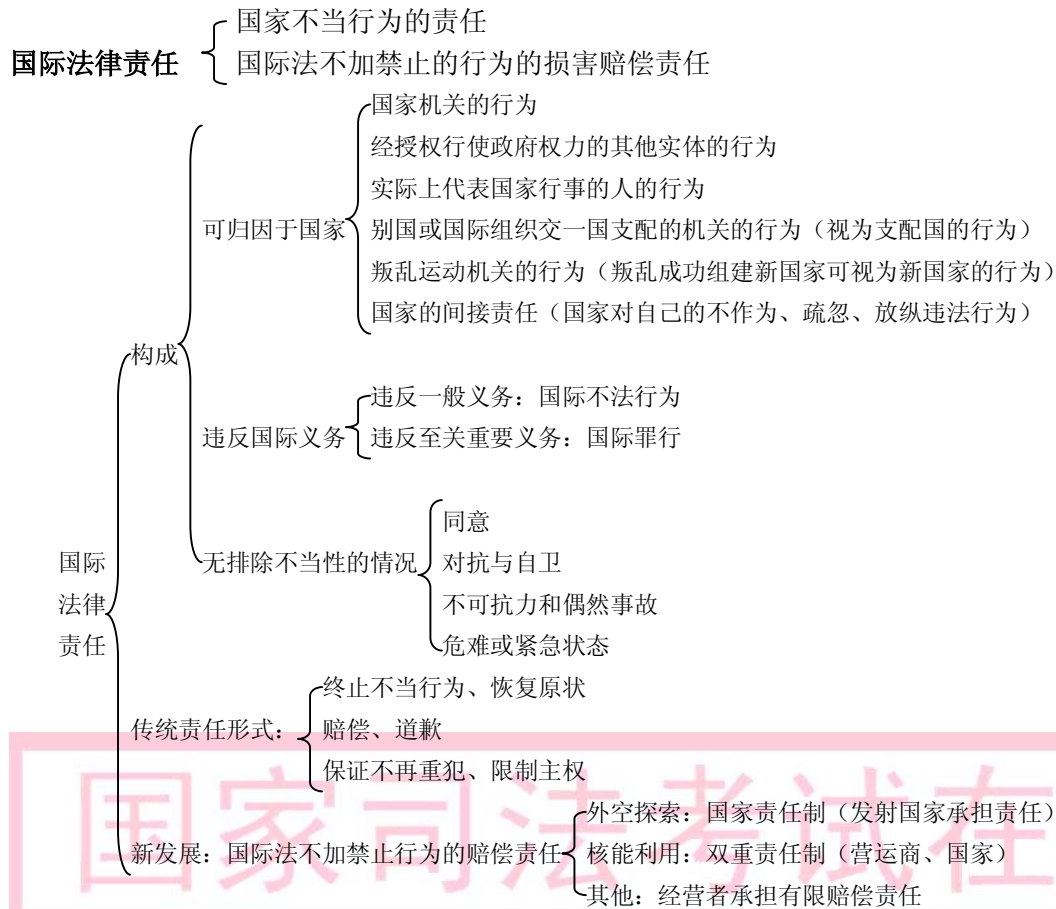
性质：具有独立的国际法律人格

4. 非政府国际组织（跨国、非政治、非营利、志愿性）

经社理事会给予的三种咨商地位：

- (1) 普遍咨商地位
- (2) 特殊咨商地位
- (3) 注册咨商地位

四、★★★★★国际法律责任



例题 1：下列有关国际法律责任的说法正确的是（ ）

- A. 国家只有在实施了国际不法行为的情况下才承担国家责任
- B. 一般一国地方政府机关的行为不属于可归因于该国国家的行为
- C. 如果叛乱未导致组成新国家，叛乱团体的行为不属于可归因于国家的行为
- D. 只要受害国对加害国的不法行为事先表示了同意，则加害国即可免除其国际责任

例题 2：下列何种行为不构成国家的国际不当行为？（ ）。

- A. 某国军用飞机未经允许进入他国领空
- B. 一国对其公民哄抢外国使馆财产的行为，坐视不管
- C. 某国公民抢劫外国游客，受到其国内法的惩处
- D. 甲乙两国缔结了一项双边条约，由甲国向乙国提供贷款，但到期未如约履行

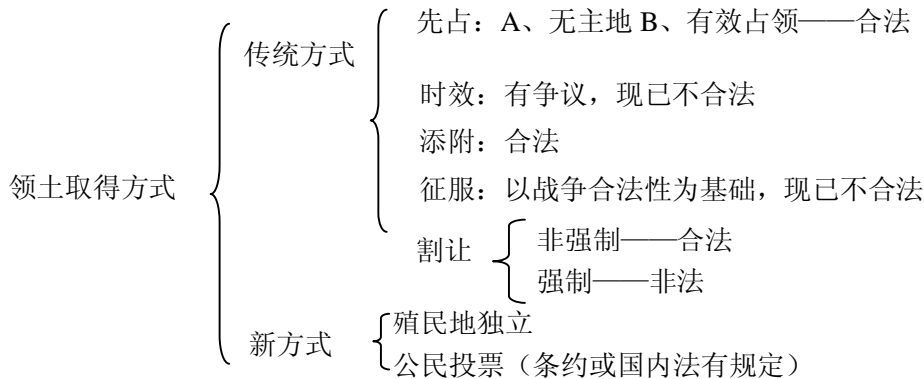
分论一 国际法上的空间

一、领土

1. 领土的范围——领陆、领水、领空及其底土；
2. 领土主权——领土所有权和领土管辖权
3. 领土主权的限制：一般限制（无害通过、外交及领事特权与豁免等）及特殊限制（共管、租借、国际地役、势力范围）
4. 界河：以主航道或河道中心线为界分属沿岸国，使用界水时不得损害邻国的利益

【例题】风光秀丽的纳列温河是甲国和乙国的界河……

- 5. 多国河流(只对沿岸国开放, 分段属沿岸国)与国际河流(依条约对所有国家开放)
- 6. ★★★领土的取得方式



- 7. 边界——国际实践中以山脉与河流为界的通常处理方法
- 8. 边境制度(界标维护)、边境土地和界水的利用、边民往来、边境事件的处理)
- 9. 南极地区法律地位

和平利用、科考自由及合作、冻结领土要求、公海制度、保护资源和环境、建立南极协商会议

例题: 以下关于国际法上领土主权的表述中不正确的是()

- A. 领土主权是国家在其领土范围内享有的最高权力, 是国家主权的主要内容和表现, 包括所有权和统治权两个方面
- B. 领土主权及于领土的全部范围, 在领陆、领水、领空以及领陆、领水下的底土均能行使
- C. 派遣国对于本国驻他国大使馆享有领土主权
- D. 领土主权不得施以任何限制

二、★★★★★海洋法



重点掌握: 沿海国在各海域的权利和义务

(1) 内海、内海湾、历史性海湾、港口——属于沿海国之领土;

港口国对外国船舶的刑事管辖权()

(2) 领海 (属于领土, 但受“无害通过制”的限制)

有害通过、潜水艇通过

沿海国对外国船舶的刑事管辖权 (贩运毒品、后果及于沿海国、船长或船旗国外交领事代表请求、扰乱沿海国安宁)

例题: 飞机和船舶的表演?

(3) 毗连区: 沿海国四项管制权、依附性 (其他性质: 专属经济区或公海)

海关、财政、移民、卫生

(4) 大陆架: 沿海国的主权权利 (自然权利)、非沿海国的三项自由

大陆架性质	沿海国陆地领土的自然延伸, 属于自然权利、无须宣布或占领即享有
范围	不足 200 海里的, 扩展至 200 海里; 超过 200 海里的, 不得超过 350 海里或 2500 公尺等深线以外 100 海里
沿海国在大陆架的权利	(1) 勘探、开发、养护、管理海床和底土自然资源的排他权利; (2) 钻探的排他性权利; (3) 建造、使用、管理人工岛屿和设施;
其他国家权利	航行、飞越、铺设海底电缆和管道的自由

(5) 专属经济区: 沿海国的主权权利、沿海国权利的三个限制 (非沿海国的三项自由);

专属经济区性质	(1) 既不是领海, 也不是公海, 沿海国对专属经济区不拥有主权, 但享有《海洋法公约》规定的某些主权权利; (2) 沿海国在专属经济区的权利的特点: ①“资源性”; ②“排他性”。
范围	从测算领海宽度的基线量起不超过 200 海里; 水域、海床及底土
沿海国在专属经济区的权利	(1) 勘探、开发、养护、管理海床和底土及其上覆水域的生物或非生物自然资源的排他权利; (2) 从事海水、风力利用等经济性勘探开发的排他性权利; (3) 建造、使用、管理人工岛屿和设施; (4) 海洋科研、海洋环保方面的管辖权。
其他国家权利	航行、飞越、铺设海底电缆和管道的自由

(6) 公海: 六大自由, 船旗国管辖和普遍管辖, 管辖权的手段包括临检权和紧追权;

1. 公海范围	国家管辖范围以外的海域
2. 各国在公海的权利或自由	航行、飞越、铺设海底电缆和管道、捕鱼、科学研究、建造人工岛屿、结构和设施的自由
3. 公海船舶碰撞管辖权	对船上人员追究刑事责任: 国籍国或船旗国管辖; 吊销人员证书: 证书颁发国; 对船舶进行刑事调查和扣押: 船旗国

	登临权 (临检权)	紧追权
主体	军舰、军用飞机、政府船舶和飞机 (经正式授权、标志可明确辨认)	同左
对象	非政府船舶和军舰	违反沿海国有关海域法律的船舶
事由	海盗、贩奴、非法广播、船舶无国籍; 虽挂外国旗或拒不展示其旗帜, 但实与登临军舰属同一国籍	外国船违反沿海国相关海域法律
遵循规则	有合理根据; 如错误登临, 造成损失, 临检国承担国际责任	1 始于本国内水、领海、毗连区、专属经济区, 止于他国领海; 2 警告无效后再紧追; 3 连续不断, 在公海可继续紧追

(7) 国际海底区域: 范围 (国家管辖以外的海床洋底)、性质 ()、管理机构

()、开发制度 ()

【例题】下列表述，根据国际法判断何者是错误的 ()

- A. 国际海底区域的勘探和开发只能由国际海底管理局的企业部进行
- B. 内陆国也可以拥有领水
- C. 沿海国对于在自己专属经济区建造的人工岛屿和设施享有领土主权
- D. 外国航空器在他国的领海上空享有无害通过权，在他国专属经济区和大陆架的上空享有自由通过权

三、民用航空法和外空法

(一) 民用航空法

1. 国际民用航空的基本制度——《国际民用航空公约》的主要制度

领空主权（完全排他）、航空器国籍制度（国家和民用航空器）、定期和不定期航班飞行国内载运权、空中禁区

2. 损害赔偿制度（华沙公约及海牙议定书——**推定过失和不完全过失责任原则**）

3. ★★★★★ **国际民航安全制度（行为、管辖、引渡）**

公约	东京公约、海牙公约和蒙特利尔公约
1. 危害国际民航安全之行为	破坏使用中的航空器使它不能飞行；传送假情报危及飞行中航空器的安全；在使用中的航空器内放置危及及其飞行安全的装置或物质；破坏航行设备危及飞行安全；劫持飞机；在飞行中的航空器内使用暴力足以危及飞行安全
2. 管辖权	对此种国际罪行各国可以根据本国法行使管辖权
3. 引渡	可引渡罪行，但各国无强制引渡的义务；或引渡或起诉原则

例题：《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》规定的危害民用航空安全的非法行为包括 ()

- A. 破坏使用中的航空器使它不能飞行
- B. 传送假情报危及飞行中航空器的安全
- C. 在使用中的航空器内放置危及及其飞行安全的装置或物质
- D. 破坏航行设备危及飞行安全

(二) 外空法

1. 外空的法律地位

不得据为己有、自由及和平探索利用、共同利益原则等

2. 外空活动法（**登记制度、营救制度、责任制度**）

登记制度	双重登记制：从事任何外空发射活动都要在本国和联合国秘书处登记。
营救制度	(1) 援助：对获悉或发现在一国领土内的宇航员，领土国应立即采取一切可能的措施，营救宇航员并给予必要帮助； (2) 通知：各国在获悉或发现宇航员发生意外、遇难或紧急降落时，应立即通知其发射国及联合国秘书长； (3) 送还：对于发生意外的空间物体应送还其发射国。
责任制度	外空物体彼此间损害： 过错 责任；外空物体对地面第三人或空中飞机： 绝对 责任

四、国际环境保护法

1. 大气环保

防止气候变化：《气候变化框架公约》和《京都议定书》——**控制温室气体排放（集团方式、排放权交易、绿色交易）**
臭氧层保护：b. 《保护臭氧层维也纳公约》

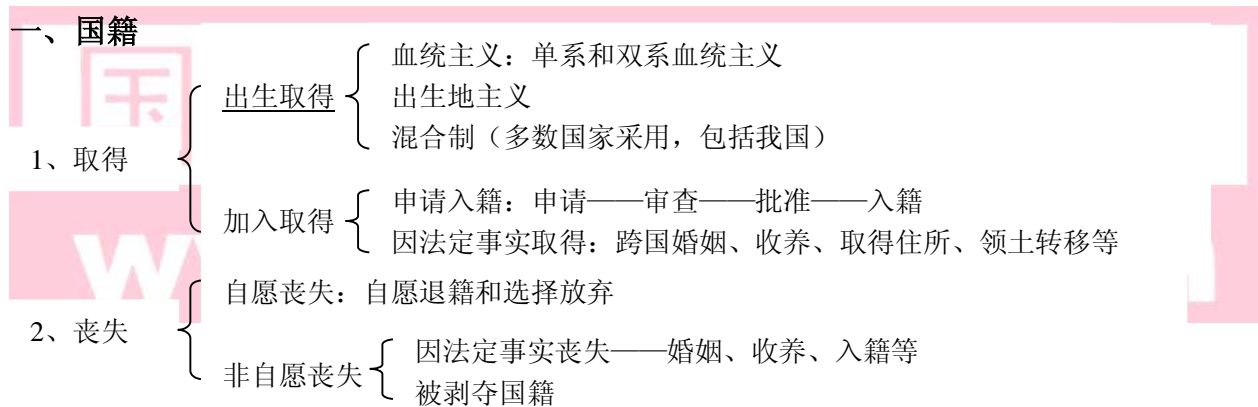
原则：共同但有区别的责任原则、可持续发展原则

地址：北京大学 871-093 信箱

例题：下列哪些选项符合《气候变化框架公约》和《京都议定书》的关于大气环境保护的规定（ ）

- A. 公约成员国实行共同但有区别的责任原则
 - B. 在发达国家温室气体净排量方面，只要有关国家集团达到减排总量，可不管集团内部成员国的排量增减
 - C. 排量超出其额度的发达国家可以向其他排量低于自身额度的发达国家购买其低于限额部分的排放量，使得总量仍然达标
 - D. 发达国家可以通过资助在发展中国家营造森林或转让有关绿色技术，相应的抵销其部分排放量
- 2. 海洋环保：防止海洋倾废物《伦敦海洋倾废公约》——黑名单、灰名单、白名单
 - 3. 《保护世界文化和自然遗产公约》：文化遗产（文物、建筑群、遗址）；自然遗产
 - 4. 控制危险废物的越境转移：《巴塞尔公约》
 - (1) 通知进口国政府，并得到其书面准许
 - (2) 进口国政府必须证实对该废料已作出无害环境的处置安排，包括详尽的处置办法和相关合同，才能准许进口
 - (3) 该种废料如果进行越境转移，必须有相关的保险或担保
 - (4) 禁止缔约国和非缔约国之间的废弃物贸易

分论二 国际法上的个人



3、国籍的冲突及解决（积极冲突和消极冲突、解决）

4、★★★★★中国的国籍制度

中国国籍法第四条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。第五条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。

第六条 父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。

第九条 定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。

第十条中国公民具有下列条件之一的，可以经申请批准退出中国国籍：一、外国人的近亲属；二、定居在外国的；三、有其它正当理由。第十二条 国家工作人员和现役军人，不得退出中国国籍。第十五条 受理国籍申请的机关，在国内为当地市、县公安局，在国外为中国外交代表机关和领事机关。

二、外国人的法律地位

1. 外国人的范围

2. 外国人的地位（国民待遇、最惠国待遇、差别待遇、互惠原则与普惠制）

外国人的入境和出境

三、★★★★★国家对特定个人管辖权的冲突及其协调制度

1. 外交保护

前提条件（他国国家不当行为、国籍继续原则、用尽当地救济原则）考点：“立即”

2. 引渡

无条约无义务、政治犯不引渡原则及其例外、双重犯罪原则、罪名特定原则、转引渡需经原引出国同意原则； 中国引渡法的相关规定

3. 庇护

不得予以庇护的人：从事侵略战争、种族隔离和灭绝、劫持飞机、侵害外交代表等国际罪行者、域外庇护

案例题型： 管辖权的冲突——引渡——庇护——外交保护

例题：下列有关引渡和庇护的说法中，不正确的是？（ ）

- A. 庇护是指一国对于遭到外国追诉或迫害前来避难的外国人，允许其入境和居留，给予保护并拒绝将其引渡给另一国的行为。可见，庇护就是不引渡。
- B. 庇护是国家基于领土主权而延伸出来的权力，因此国家在不违背其国际义务的前提下，可以自由决定是否给予某人以庇护以及给予受庇护人何种待遇和地位
- C. 对于从事战争犯罪、劫持航空器、种族灭绝和侵害外交代表等行为的人，任何国家不得对其进行庇护
- D. 对于我国逃到境外的一些贪污犯，我国享有属人管辖权，所在国有义务在我国提出引渡请求时，适用或引渡或起诉原则

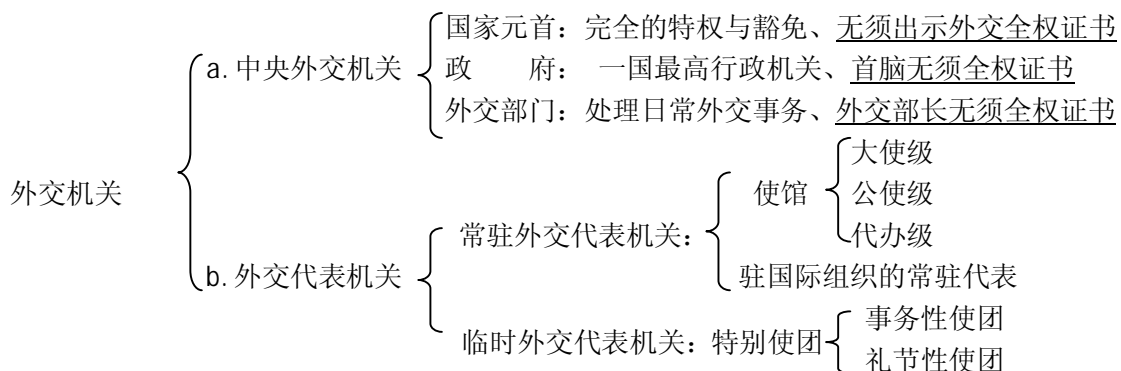
四、人权

最基本人权（生存权和发展权）、国际人权宪章（三个文件）——联合国两个主要人权公约（《经济社会文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》）和《世界人权宣言》

分论三 国际法上的交往——外交、领事关系法和条约法

一、外交关系与领事关系

1. 外交机关体系



2. ★★★★★使馆

使馆及其人员	比较
(1) 职务	代表、保护、谈判和交涉、 调查和报告 、促进
(2) 义务	守法、不干涉、用途符合职务、不为私益、洽谈公务遵循程序

- (3) 使馆人员
- 馆长
 - 大使：元首向元首派遣的最高一级使节，享有最高礼遇
 - 公使：元首向元首派遣的第二级使节，礼遇稍逊于大使
 - 代办：外交部长向外交部长派遣的使节，与“临时代办”不同
 - 一般外交人员
 - 参赞：协助馆长处理外交事务的高级别外交官
 - 武官：作为武装力量代表，处理军事合作事务的外交官
 - 外交秘书：分一、二、三等，按指示办理外交事务和文书
 - 随员：最低一级的外交官
- 说明：横线以上人员及其构成同一户口之家属享有完全的特权与豁免
- 行政技术人员：译员、工程师、行政主管、会计等，不是外交官
- 服务人员：司机、清洁工、修理工等，不是外交官

(4) 哪些人的派遣须经接受国同意(馆长、武官、派遣非派遣国国籍者担任外交官)

(5) 外交代表的派遣和开始执行职务的时间：馆长递交国书开职，其他外交官员到任开职。

(6) 外交团（不具有任何法律职能、不得干涉内政）

例题：安某和皮某分别是甲国驻乙国使馆的三等秘书和随员。安某多次参加乙国群众举行的反政府集会和游行；皮某则是大量订阅乙国反对党公开出版的刊物并将有关内容向甲国报告。根据国际法的有关规则，下列判断何者为正确？（ ）

A. 安某的行为违背了外交人员对驻在国的有关义务规定

B. 皮某的行为违背了外交人员对驻在国的有关义务规定

C. 一旦安某或皮某的行为被确定为违背了相关的义务，其外交特权与豁免即应被剥夺

D. 一旦外交人员的行为被确定为违背了相关的义务，驻在国可以宣布其为“不受欢迎的人”，要求其在限定时间内离境

3. ★★★领馆

(1) 领事馆的职务（保护、促进、调查报告、发放护照等文件、办理公证登记等接受国不禁止的行政事务、向本国国民提供协助等）、义务（基本和使馆相同）

(2) 领馆及其馆长的等级：**总领事馆、领事馆、副领事馆、领事代理处**

- (3) 领馆人员
- 领事官员
 - 职业领事：派遣国任命，专职从事领事职务
 - 名誉领事：非专职，从接受国中的本国侨民或当地的商人或律师中选任，从事某些职务
 - 领事雇员
 - 受雇担任领馆行政技术事务
 - 通常包括：译员、速记员、办公室助理员、档案员等
 - 服务人员：司机、清洁工、修理工、传达人员等

4. ★★★★★外交特权与豁免

- (1) 外交特权与豁免
- 使馆馆舍的特权与豁免：参见与领事馆的比较表
 - 外交人员特权与豁免
 - 人身不可侵犯
 - 寓所、财产和文书信件不可侵犯
 - 管辖豁免：包括**刑事、民事、行政管辖豁免**
 - 民事和行政管辖豁免的例外**、**豁免之放弃**
 - 某些方面免税和免验；其他：免个人劳务、服兵役等
 - 使馆行政技术人员：执行职务范围以外的行为不享有民事和行政豁免
 - 使馆服务人员：仅就其执行公务行为享有豁免、所得免税、免于保险办法

(2) 外交代表职务的终止与特权与豁免的终止

5. 领事特权与豁免

领事特权与豁免 { 领馆馆舍的特权与豁免：参见与使馆的比较表
 领事官员特权与豁免 { 人身不可侵犯（一定程度）★★★
 管辖豁免：例外、豁免之放弃
 某些方面免税和免验
 其他特权与豁免：免个人劳务和服兵役等
 领事雇员：执行职务范围的行为享有和领事官员相同的司法和管辖豁免
 领馆服务人员：仅就其服务的工资免纳捐税

使馆与领事馆的特权与豁免之比较

	馆舍及财产	保护	人员的寓所、财产、文书信件	其他
使馆	非经馆长允许，接受国人员绝对不得进入使馆任何地方；不可推定同意而进入；使馆及财产绝对不可征用	接受国有保护使馆安全与安宁的责任	外交官员的私人寓所非经允许，接受国人员不得进入，文书、信件以及财产，不得对之采取开拆、扣留、检查、查封	财产及档案不可侵犯；通讯自由；免纳捐税；行动和旅行自由；使用派遣国的国家标志
领事馆	非经馆长允许，接受国人员不得进入领馆专供工作的区域；可推定同意而进入；财产必要时可征用，但应给予及时充分有效补偿	接受国有保护领馆安全与安宁的责任	《维也纳领事关系公约》未作专门规定	同上

6. ★★★使领馆人员的管辖豁免及例外

外交官员：①绝对的刑事司法管辖豁免；②民事行政管辖豁免的例外。

领事官员：一定程度的刑事司法豁免；执行公务的行为享有民事管辖豁免，民事豁免例外。

民事和行政管辖豁免例外				
外交官员	1. 外交代表以私人身份参予的私人的不动产的物权的诉讼	2. 外交代表私人参予的继承案件	3. 外交代表私人从事商业或专业活动	4. 外交代表主动诉讼引起对他主诉之反诉
领事官员	1. 领事官未明示或默示以派遣国代表身份订立的契约之诉讼		2. 领事官主动诉讼引起的反诉	3. 与第三者因车、船或航空器在接受国内的意外事故发生的诉讼

例题：甲乙两国都是《维也纳外交关系公约》的缔约国。詹某为甲国派驻乙国的商务参赞。在乙国任职期间，詹某遇到的下列哪些争议可以由乙国法院管辖？

- A. 詹某以使馆的名义，向乙国某公司购买一栋楼房，因欠款而被售房公司起诉
- B. 詹某在乙国的叔叔去世，其遗嘱言明将一栋位于乙国的楼房由詹某继承，但其叔叔之子对此有异议，而诉诸法院
- C. 詹某工作之余，为乙国一学生教授外语并收取酬金，但其发音不够准确，该学生诉诸法院，要求其承担违约责任
- D. 詹某与使馆的另一位参赞李某，因国内债务问题发生纠纷，李某将此纠纷诉诸乙国法院
- E. 詹某圣诞节驾车兜风时将一日本武士撞伤，该武士诉诸当地法院

7. 外交官员与领事官员的作证义务问题及特权与豁免之放弃

二、★★★★★条约法

1. 条约成立的实质要件

- (1) 具备缔约能力和缔约权
- (2) 自由同意 (非自由同意的情形——错误、诈欺和贿赂、强迫)
- (3) 符合强行法

2. 条约缔结程序和方式

- (1) 约文的议定 (全权证书)
- (2) 认证 (草签、暂签、正式签署、通过——多边公约的认证)
- (3) 一国表示同意受条约拘束的方式有哪些? (签署、批准、加入、接受和赞同)

3. 条约的保留

- (1) 不得提出保留的情形
 - ┌ 条约规定禁止保留;
 - ├ 保留不在条约准许的保留范围内;
 - └ 保留与条约的目的和宗旨不符。
- (2) 保留的接受和效力
 - ┌ 条约允许的保留——无须其他缔约国接受自然生效
 - ├ 数目和宗旨表明须全体接受——全体接受方有效
 - ├ 条约为国际组织章程——该组织有权机构接受即有效
 - └ 其他情形——条约国自行决定是否接受



4. 条约的批准和登记

不登记的法律后果: 国际联盟 ()、联合国 ()

5. 条约的效力

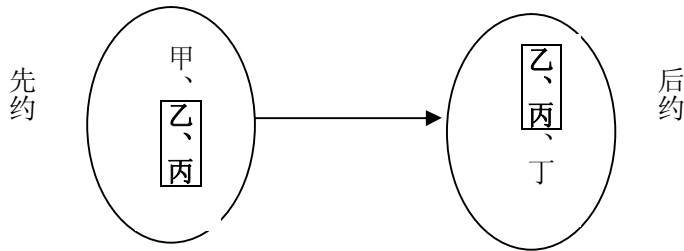
- (1) 条约对当事国的效力
条约必须遵守 (时间效力、空间效力)
- (2) 条约对第三国的效力

条约未经第三国同意对第三国既不创设义务, 亦不创设权利。如果一个条约有意为第三国创设义务, 必须经第三国以书面形式明示接受。当一个条约有意为第三国创设一项权利时, 原则上仍应得到第三国的同意。但如果第三国没有相反表示, 应推断其同意接受这项权利。

(3) 条约冲突时的效力——宪章

依据条约本身的规定

条约无规定 { 当事国完全相同：后约取代先约
当事国不完全相同：个案处理



6. 条约的解释规则

条约解释规则 { 一般规则：通常含义+上下文；目的宗旨解释；善意解释
辅助规则：补充资料+多种文字冲突 { ①依约定作准文字解释
②无约定，各文本同一作准
③各国只受本国文字约束不能从其他文字解释中获利
④最能调和的解释

7. 条约的修订规则（修正和修改）

通知、修订后的协议的拘束力

8. 条约终止和停止实施的原因

条约本身规定、履行完毕、履行不可能、共同协议终止、丧失国际人格、被代替
单方退约 一方违约 断绝外交领事关系 战争 情势变迁

分论四 争端解决——国际争端的和平解决与战争

一、国际争端解决

1. 国际争端的解决方式

强制方式 { 战争或武力解决：非法
平时封锁：惟安理会可决定采用
干涉——非法
反报：针对不违法行为★★★
报复：针对违法行为★★

非强制解决方式 { 政治方法 { 谈判与协商
斡旋（第三者促使谈判协商）与调停（第三者提出方案并参加谈判或协商）★★★
调查（查明事实）与和解（查明事实和提出建议）

法律方法 { 仲裁：国际常设仲裁法院（1900年、海牙）
法院 { 国际法院：管辖权 { 诉讼管辖权
咨询管辖权
国际海洋法法庭

海洋法法庭 { 21 名法官、诉讼当事人（包括缔约国、国际海底管理局和参与海底开发者、其他协定的当事者）；自然人或法人作为法庭当事人的两项限制（用尽当地救济、其国籍国或担保国也应邀参加司法程序）、任择性强制管辖

2. ★★★★★ 国际法院

(1) 法官：平行选举、专案法官

(2) 管辖权：

(a) 国际法院的诉讼管辖权

对人	UN 会员国	任何国际组织、个人、法人 不能成为诉讼当事方
	规约当事国 特别声明当事国	
对事	自愿管辖：双方协议提交的任何争端	
	协定管辖：条约中规定的争端（缔约国未保留）	
	任择性强制管辖：条约解释、违反国际义务的事实、国际赔偿的性质和范围	

(b) 国际法院的咨询管辖权（有权请求发表咨询意见的主体范围）

联合国大会及大会临时委员会、安理会、经社理事会、托管理事会、要求复核行政法庭所作判决的申请委员会以及经大会授权的联合国专门机构或其他机构。

(3) 诉讼程序：起诉、书面程序和口头程序

附带程序：初步反对主张、临时保全、参加或共同诉讼、中止诉讼

(4) 判决的效力和执行

3. 国际组织解决国际争端

大会、安理会、联合国秘书长、区域国际组织在和平解决国际争端中的作用

二、战争与武装冲突法

(一) 战争与武装冲突

战争是国家之间的武装冲突所造成的法律状态。

战争的特点：(1) 战争是国家之间的行为和状态；(2) 战争一般以武装冲突的事实为表现方式；(3) 战争是一种法律状态。“交战意思”为确定国际法上战争状态的决定性的判断标准。

(二) 战争开始的法律后果

法律后果

法律后果	外交和领事关系断绝	对条约关系的影响	缔约方为交战国：除领土条约等规定固定和永久状态的条约，其余一般终止
			交战国与非交战国的多边条约 { 有约定从约定 平时条约与战争冲突的条款中止
	经贸往来禁止	涉及战争规范的条约开始实施	
	对敌产的影响	占领区	本国境内：敌国的公产没收（使领馆除外），私产可限制不可没收 公产：可征用或使用，军事性的不动产可破坏 私产：对可军用的可征用，其他的不得干涉和没收
对敌国公私船舶、航空器及货物可 拿捕没收 ，但科学、宗教、慈善、医院除外，中立国商船上敌国私产可用于战争者方可没收。			
对敌国公民的影响	——敌国公民带有敌性，可限制		

(三) 战争的结束方式

1. 停止敌对行动：(1)停火；(2)停战；(3)投降。
2. 结束战争状态：(1)缔约和平条约；(2)单方面宣布战争结束；(3)发表联合声明。

(四) 战时中立

战时中立与永久中立、政治中立、领土中立化不同

在战争时期，中立国和交战国都承担着不作为、防止和容忍三种义务。

	不作为	防止	容忍
交战国	不得在中立国领土从事战争行为	防止其军队及人民侵犯中立国及其人民的财产与权利	容忍中立国与对方交战国保持外交和商务关系
中立国	不得直接或间接帮助交战国的任何一方	防止在其领土或管辖范围内为交战国准备作战行动	容忍交战国对其船舶的临检，对其船上的战时禁制品加以拿捕、审判和处罚

(五) 战争法的海牙体系和日内瓦体系

海牙公约体系：是以 1907 年海牙公约为代表和基础，主要是规范作战方法和手段的规则和制度；

日内瓦公约体系：是主要以 1949 年日内瓦四个公约为代表和基础，是关于保护那些不直接参加战争或已经退出战斗的那些战争受难者（平民、伤病员和战俘）的那部分人的人道主义法律规则。

(六) 对作战手段和方法的限制的基本原则

1. “条约无规定”不解除当事国的义务；
2. “军事必要”不解除当事国的义务
3. 区分对象原则（区分战斗员和平民等）
4. 限制作战手段和方法原则：
 - (1) 过分滥杀滥伤作用的武器（极度残酷的武器、有毒或生化武器、核武器）；
 - (2) 改变环境的作战手段和方法；
 - (3) 禁止不分皂白的作战手段和作战方法；
 - (4) 背信弃义的作战手段和方法

(七) 对平民和战争受难者的保护：

1. 1949 年两个《日内瓦公约》及其 1977 年的两个附加议定书的适用

《日内瓦公约》的适用特点：

- (1) 适用于战争和武装冲突；
- (2) 不论交战地点和作战性质；
- (3) 在交战国中有非缔约国的情况下，公约对缔约国仍有拘束力；
- (4) 在战时允许非缔约国接受并援用公约规定，而不以加入为前提

【考点例题】 甲乙两国发生战争，根据国际法，下列哪些行为是违反战争法的（ ）

- A. 甲国为消灭藏匿于乙国村庄中的乙国军事目标而摧毁了整个村庄，造成平民的大量伤亡
- B. 甲国军队占领乙国某村庄后，乙国部分军人假装投降，在甲国军队受降时发动攻击
- C. 甲国军队占领乙国部分领土后，在身体和精神上对乙国平民施加压力，迫使其提供情报
- D. 甲国军队为迫使乙国某股部队投降而对附近平民实施集体刑罚和扣为人质

2. 对平民的保护、伤病员的待遇、战俘的待遇——人道主义原则

【考点例题】 对不分皂白的作战手段和方法的禁止包括（ ）

- A. 不得以任何方式攻击或炮击不设防的城镇、乡村或住宅
- B. 对于宗教、技艺、学术及慈善事业之建筑物、历史纪念物、医院及病伤者收容所等，在当时不供军事上使用，必须尽力保全
- C. 不得攻击医院和安全地带，并在战时可以设立中立化地带

D. 禁止不以特定军事目标为对象的攻击，禁止使用不能以特定军事目标为对象的作战方法和手段

(八) 战争犯罪★★

《欧洲国际军事法庭宪章》和纽伦堡审判判决中所包含的原则：

(1) 从事构成违反国际法的犯罪行为的人承担个人责任，并因而受惩罚；(2) 不违反所在国的国内法不能作为免除国际法律责任的理由；(3) 被告的地位不能作为免除国际法责任的理由；(4) 政府或上级命令不能作为免除国际法责任的理由；

(5) 被控有违反国际法罪行的人有权得到公平审判；(6) **违反国际法的罪行是：破坏和平罪、战争罪和反人道罪**；(7) 共谋上述罪行是违反国际法的罪行；(8) 战争罪犯无权要求庇护；(9) 战争罪犯不适用法庭时效。

(九) 国际刑事法庭

联合国前南刑事法庭，安理会一个具有司法性质的附属机关；临时性

联合国卢旺达国际法庭，设立于1994年11月，其性质与前南刑事法庭相同。

例题：下列有关前南斯拉夫国际刑事法庭的表述错误的是（真题）

(十) ★★★国际刑事法院——《国际刑事法院罗马规约》2002年7月生效时成立于海牙

性质	常设的国际刑事司法机构
管辖范围	(1) 灭绝种族罪；(2) 战争罪；(3) 危害人类罪；(4) 侵略罪 所管辖的犯罪行为限于发生在规约生效后。
管辖权性质	补充性
行使管辖权的条件	国际刑事法院在符合下列条件之一的情况下行使管辖权：(1) 所涉的一方或多方是缔约国；(2) 被告人是缔约国国民；(3) 犯罪是在缔约国境内实施的；(4) 一个国家虽然不是规约缔约国但决定接受国际刑事法院对在其境内实施的或由其国民实施的一项具体犯罪的管辖权。