



2016年司法考试

殷敏讲三国

之 理论卷

殷敏 编著 | 厚大出品



2016年国家司法考试

殷敏讲三国

之 理论卷 殷敏 编著 | 厚大出品

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

殷敏讲三国之理论卷/殷敏编著;厚大组编.—北京:中国政法大学出版社, 2015.11
ISBN 978-7-5620-6471-8

I. ①殷… II. ①殷…②厚… 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(2015)第 267825 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 三河市华润印刷有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 17
字 数 370 千字
版 次 2015 年 11 月第 1 版
印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价 41 元

崛起的中国需要高素质的涉外法律人才！

——殷敏

殷敏

上海对外经贸大学法学院副教授、法学博士后、硕士生导师、《国际贸易法论丛》执行主编、兼职律师、仲裁员、司法考试三国法辅导专家、厚大司考三国法签约主讲教师。自2003年起在上海对外经贸大学法学院从事国际法方面的教学、科研工作。在《法学》、《南京社会科学》、《光明日报》等学术刊物上发表论文30余篇，出版《外交保护法律制度和中国》、《新区域主义时代下中国区域贸易协定研究》等专著4部，主持国家课题《美式与欧式跨区域贸易协定比较研究与中国对策研究》1项，其他课题多项。为人谦虚、治学严谨，是我国国际法学界的优秀青年学者和青年教师。

殷敏老师深谙司法考试三国法命题规律及特点，理论功底深厚，能够深入浅出地通过精彩实例将三国法的枯燥考点趣味化传授给学员；将繁杂的三国法用十八个专题、七十个考点高度浓缩提炼；用表格、图表形式加以呈现；引导学员逐个击破、轻松记忆、切实掌握三国法考点、难点，有效提高卷一得分。授课严谨活泼，条理极其清晰，渗透性、方向性极强，极富感染力，深受广大学员喜爱。

第三版序言

DISANBANXUYAN

崛起的中国需要大量高素质的涉外法律人才

21 世纪是经济全球化的世纪，中国的发展离不开经济全球化的依托。随着中国融入国际经贸规则进程的加快，中国的国际交往日益频繁。崛起的中国在逐步实现“走出去”战略的同时，也引发了一系列法律纠纷。我国急需大量既懂涉外法律、又懂外语、又熟悉外国风土人情的综合型高素质涉外法律人才。

一、涉外法律人才的界定

有学者认为所谓“涉外法律人才”便是“国际型的法律人才”或者说是“国际化法律人才”抑或表述为“国际性法律人才”。总之，这一概念都离不开“国际”二字。但是，由于我国长期使用“涉外法律人才”而不太使用“国际化法律人才”这一表述，故我们便称这类具有能够熟练运用本国和国外法律的优秀法律工作者为“涉外法律人才”。

具体来说，涉外法律人才泛指所有从事具有跨国因素法律工作的人才，既包括在律师事务所、企业、司法机关、政府部门和国际组织、机构中从事涉外或国际法律事务的工作人员，也包括在高等院校和研究机构中从事国际法、比较法和外国法教学与科研工作的人才。在这些具体类型的涉外法律人才中，根据其研究和实践的目的又可以分为两类：涉外律师和高校等研究机构从事国际法律研究与交流的学者。前者主要是在律师事务所或涉外企业从事涉外法律实务，比如，在国际融资、项目融资、外商直接投资、资本市场、并购、资产证券化、国际海商海事、反倾销、国际商事仲裁和诉讼等众多领域从事法律活动；后者主要从事国际法、比较法等法律的研究，参加一些国际性法律研讨会，了解国外的司法机构运作情况，向外国法律同行介绍中国的法律制度，参加中外法律合作项目等。

总之，涉外法律人才就是从事跨国法律事务工作的各行各业的优秀工作者。他们经过法律专业训练，能够良好地掌握法律知识和技能，信仰法治，恪守法律职业伦理。他们是精英化的高端的法律人。

二、中国急需大量高素质的涉外法律人才

随着中国参与国际市场竞争步伐的逐步加快，中国的外向型经济呈现出强劲的发展势头，中国进出口市场几乎覆盖了全球绝大多数国家和地区，国际之间的商贸纠纷越来越频繁，涉外法律服务的需求也越来越大。

尽管每年法学毕业生数量巨大,但是涉外高端法律人才却是供不应求,涉外法律人才更是凤毛麟角。涉外法律服务市场上,真正能从事涉外经贸法律代理业务的中国律师事务所和中国律师为数极少。据统计,当前涉外法律人才的需求是现有量的5倍。全国能够熟练办理涉外法律业务的律师不到3000名,能够办理“双反双保”业务的律师不到50名,能够在WTO上诉机构独立办理业务的律师只有数名。64%的涉外案件因涉外法律人才的匮乏鲜有人问津,而且中国在海外的案件胜诉率极低,海外仲裁案件更是9成以上以败诉告终。涉外法律人才的缺乏大大降低了中国企业到海外投资的成功率。另外,司法机关在处理涉外案件时,都不得不聘请具有经济 and 外语等专业知识的人才进行协助。

就在最近,以美国为首的TPP谈判于2015年10月5日在美国亚特兰大落下帷幕。中美、中欧BIT谈判以及上海自贸区的实践也正在进行。由于TPP可能影响到WTO下一轮谈判的议题,如电子商务、环境、劳工等,我们应站在中国立场上考虑哪些议题可以支持或者应该反对,以助力我国更好地应对新一代国际经贸规则下的新形势。

中国若想在当今的国际环境下继续保持平稳快速的经贸发展,就必须在国际法层面上积极谋求新的多边贸易伙伴关系。我国近来所提出的“一带一路”倡议以及正在积极谈判当中的一系列FTA协议也客观反映了这些举措的必要性和紧迫性。而这一系列国际法层面上的积极举措均急需大量卓越的涉外法律人才加入其中,提供智慧、参与谈判,最终帮助中国突破全球化进程中的重重阻碍而崛起。

三、涉外法律人才需要具备的能力

(一) 跨文化交际能力

跨文化交际能力是一种在理解、掌握外国文化知识与交际技能的基础上,灵活处理跨文化交际过程中出现的实际问题的能力。这种跨文化的交际能力要求能够熟练和流利地运用非母语与外国人进行交流,进而了解外国文化背景乃至理解其思维和做到能够换位思考,并且能够在案例中灵活地运用。

(二) 良好的法律专业素养和其他知识储备

专业素养是指法律专业知识及其运用能力,包括对法治社会的信仰。专业知识和法律思维的范围不仅局限于本国法,还涉及外国法。例如在国际经济贸易、运输、保险、知识产权、金融、投资、婚姻、继承等诸多方面的法律问题,涉外法律人才要通晓国际规则和国际惯例,掌握国际上民商事法律的基本规则,熟悉国际公法、国际私法、国际经济法、国际贸易法、WTO规则、国际司法协助等相关知识领域。

另外,还需要知晓、理解外国和国际法律规则背后的法律精神和法律文化,以及与之相联系的国际、国内政治、经济、文化、社会的联系。对于世界局势和国际关系形势都有宏观把握,尽量做到“心系祖国,放眼世界”。

(三) 法律实务操作和实践能力

法律是一门实践性非常强的社会科学,纸上谈兵没有任何用处。因此需要法律职业工作者将其运用到社会生活中去,同时法律本身也可以通过不断地使用和运用而逐步完善。涉外

法律人才的法律实践能力是指运用法律知识来分析、处理复杂多变的具体国际性法律事务的综合能力，具体包括：法律文书写作、应对外方人士咨询的能力、灵活谈判与出色的辩论技巧、收集数据和信息采集及随后处理与预判的能力等。

（四）优秀的法律道德素养

涉外法律人才还须具有良好的道德素养。正如美国大法官霍姆斯所言：“法律是我们道德生活的见证和外部沉淀，法律发展的历史也就是我们民族道德发展的历史。”因此涉外法律人才必须具备良好的思想政治素养，必须牢记本国的国家利益、法律基本价值要求，在任何情况下以维护国家利益为己任，这样才能体现真正的公平和正义以及民族性。

综上，涉外法律人才不仅要通晓中西文化，具备国际视野，还要具有极强的综合素质。在知识体系方面，既要了解和掌握本国的文化和法治状况，又要明白西方的文化和法律传统。在充分了解国际规则的同时，将其融会贯通，与本国的法律相结合，真正利用国际法帮助我国在世界之林争取强有力的话语权。在能力培养方面，要内外兼修，具有宏观的国际视野和微观的本国或者他国视线，助推中国发挥一个大国维护国际和平与发展的作用。

在此，我希望能与各位共勉，学好国际法律和规则，为中国涉外法律的发展作出贡献，一同见证中国法治事业的繁荣昌盛！

殷 敏

2015年11月16日

第二版序言

DIERBANXUYAN

国际法需要被信仰，否则它形同虚设

二战结束已近 70 年，国际法学的理论与实践均获得了空前发展。即将过去的 2014 年中，克里米亚公投、马航失联、韩国“岁月号”沉船、中国周边海域争端、越南排华事件、各类区域贸易协定的迅猛发展等一系列国际法新老问题不断涌现，引起了学界的普遍关注。

国际法是各国协调意志的体现。国际法并无高于各国之上的立法机关，也没有专门的执行机构，它在某种程度上被称为“软法”。因此，国际法需要被信仰，否则它形同虚设！以目前两大国际法热点问题为例：

第一、区域贸易协定的蓬勃发展。近年来随着区域贸易协定的巨大扩散，世界贸易组织正在失去其国际贸易体系的中心地位。如今，我们不能再把 WTO 看作一种规则而把区域贸易协定看作是它的例外。中国要想在这种国际形势下游刃有余，就必须“两手抓”，既在全球贸易中获利，又充分利用好区域贸易，更好地为本国经济发展寻求出路。

第二、中国海外利益的国籍国保护。经济全球化是挑战，但更是机遇，世界各国的经济发展都离不开经济全球化的依托。中国入世后，参与国际经济交往的机会也越来越多。中国企业产品在海外竞争实力日益加强，企业在海外寻找更广阔的投资空间，公民个人出境工作、求学、旅游、探亲等都体现了我国进一步融入国际社会的信心和勇气。但是，由于各国的政治、经济、文化、历史传统不同，利益取向不同，我国公民和法人在海外的各种活动可能会遇到一些行政或法律上的障碍。刚刚闭幕的党的十八届四中全会明确提出要“加强涉外法律工作，运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益，维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益。”

国际法并非也不能成为“西方”的专利。国际社会发展的历史表明，弱国无外交。随着中国综合国力的日益增强，国际地位不断提高，崛起的中国正在重新构造自身全方位的国际关系，探寻自己的定位。在新型国际交往中，中国不仅要遵守既定的各项国际规则，更重要的是要参与和主导这些规则的制定，以便在国际交往和“争斗”中占据主动。要想使我们的国际法研究水平与我国的国际地位相匹配，更好地服务于中国的外交实践，还需要我们各位有志之士共同努力，共创中国国际法学的辉煌！

国家统一司法考试是从事法律职业的资格考试。自 2002 年首届统一司法考试以

来，其就以知识点繁杂、考查范围广泛、题目刁钻而被众多考生称为“中国第一考”。伴随着考试难度、广度、深度的不断提升以及国家依法治国大政方针的不断加强，司法考试资格证的含金量也日益提高。十八届四中全会明确提出“要加强涉外法律工作，培养高素质的涉外法律人才”。作为从事三国法（即大国际法学，国际公法、国际私法、国际经济法的简称）司法考试培训多年的老师，我深感历史使命的重大。于是，我以司法考试大纲、司法部“三大本”和我的授课讲义为基础编写了这本讲义。近年来，该讲义赢得了众多考生的喜爱，成为考生手中三国法的应试宝典，极大减轻了考生三国法的复习负担。

但是，令我忧心忡忡的是，虽然我在培训课堂中通过 3~4 天三国法课程的呐喊对众多考生夺取三国法高分的作用甚大，却与优秀涉外法律人才的要求相距甚远。我每次都在课堂上讲：“通过了司法考试并不代表你的法学水平有多高！中国需要大量高素质的涉外法律人才，以完成众多涉外项目的顶层设计，维护和保障中国的相关利益！”

历史不容逆转，时代不断前进！我希望我可以与同学们一起努力，成为优秀的涉外法律人才，成为中国立足世界舞台的坚实捍卫者！

殷 敏

2014 年 12 月 1 日于上海

第一版序言

DIYIBANXUYAN

统一司法考试制度的创设,是中国法治进步的重要体现。作为出任各级各类司法职务的入门考试,目前每年在严格的规范下举行一次。年度应试人数渐增,接连数年突破四十万,而通过率则相对较低,故有“国内第一考”之称谓。

国家司法统考以大纲为指导,形成三大本整套的主要复习资料。与之相呼应、配合的诸种参考书籍,名目繁多,良莠纷呈,让考生眼花缭乱,难以适从。

上海对外经贸大学法学院殷敏副教授,本科、硕士、博士、博士后四个阶段的学习均为国际法方向,自2003年起持续从事国际法的教学、科研工作,并多次出国交流、深造,其为人勤恳,功底扎实,为学严谨,成果累累,已出版国际法专著两本,在《法学》、《民商法论丛》、《苏州大学学报》等核心期刊上发表专业论文三十多篇,是我国国际法学界涌现的优秀青年女学者之一。

曾作为殷敏副教授攻读国际法博士学位期间的导师,我时常关注她在学术上不断成熟、升华的轨迹,包括她参与国家司法统考“三国法”辅导课程获得的良好效果和口碑。在认真品阅了她为厚大司考机构编写及将在中国政法大学出版社付梓的“三国法学习包”书稿后,感受到莫大欣慰和颇多启示,尤其是其中的“讲义”部分,将司法统考大纲和主要复习资料所涉的国际公法、国际私法、国际经济法的内容,全面、准确地吸纳并凝炼成十八个专题、七十个考点,还匠心设计了一系列表格予以生动、形象地剖解、表述,从而更好地帮助广大考生理解和记忆。冀望这部书稿的正式出版会适当地减轻众多考生“三国法”复习的负担,显著地提高其应试的绩效。

最后,祝愿中国的司法统一考试制度更趋完善和兴旺,祝愿本书的作者殷敏更上层楼,与广大考生共同成长、进步,为中国特色的法治发展、繁荣作出新的更大的贡献。



2013年10月于上海华政园

使用说明

SHIYONGSHUOMING

《殷敏讲三国》（理论卷）受厚大司考培训机构委托，在 2014、2015 年《殷敏讲三国》（讲义）的基础上加以完善，于 2016 年独自在厚大出版！

理论卷将繁杂的三国法用十八个专题、七十个考点高度浓缩提炼，用表格、图表形式加以呈现，配套课程为 2016 年厚大司考免费网络课堂系统强化阶段。除理论卷外，我还会继续于 2016 年在厚大独家出版真题卷、同步训练、考前必背等书籍。

一、理论卷所列条目及作用

1. 理论卷以国际公法、国际私法、国际经济法排序，共分为十八个专题、七十个考点：

国际公法	专题一～专题八	考点一～考点二十三
国际私法	专题九～专题十二	考点二十四～考点四十一
国际经济法	专题十三～专题十八	考点四十二～考点七十

2. 每个专题和考点又细分以下条目：

专题名称	【应试指导】	列明本专题在司法考试中的地位、主要内容和复习方略	
	【考点架构】 (以架构图呈现该专题涵盖的主要考点)	【考点整理】	考生必须全面、重点理解和掌握
		【特别提示】	易错、易混点的提示，考生亦需掌握
		【经典考题】	结合考点表格进行现场演练和讲解
		【理论基础与延伸】	考生根据自身基础进行把握，课上一般不详细展开，但也全部来源于“三大本”，无超纲内容

二、理论卷特点及增值服务

1. 知识点表格化。理论卷以大纲为指导，三大本为基础，基本全部用表格呈现，极易于考生理解和记忆。

2. 理论卷与后续书籍自成体系，均以相同专题和考点顺序整理，可从理论卷、真题卷、同步训练、考前必背等方面进行全面配套复习。

3. 免费获取补充讲义。书籍出版后，如若 2016 年三国法大纲有变化，则第一时间制作 2016 年三国法学习包补充讲义，补充讲义可登陆厚大官网 www.houdask.com 下载。

4. 厚大司考三国法 QQ 学习答疑群服务。

QQ 群 1: 320277021

QQ 群 2: 214125084

QQ 群 3: 260698673

QQ 群 4: 99532124

QQ 群 5: 397799958

QQ 群 6: 185713484

三、各部门法应试特点及应对策略

总特点：分值不大、比较稳定；门槛高、收益也很高。

（一）各部门法应试特点及主要内容

	国际公法	国际私法	国际经济法
应试特点	知识点散 比较容易 时事和法条结合度较高	重点突出 考点集中 与大纲密切结合	考点相对集中 难度较大 综合性要求较高
主要内容	导论、国际法律责任、国际法上的空间划分、国际法上的个人、外交关系与领事关系法、条约法、国际争端的和平解决、战争与武装冲突法等	国际私法的主体、总论部分、涉外民商事法律适用、涉外民商事争议解决、司法协助等	国际贸易法（国际货物贸易私法、国际贸易公法）、国际知识产权法、国际投资法、国际税法、国际金融法等

（二）各部门法应对策略

	国际公法	国际私法	国际经济法
记忆	梳理记忆	比对记忆	灵活记忆
真题结合	小	大	中
法条结合	小	大	中
热点	大	比较大	比较大
大纲调整	较少	必考	注意删除部分
做题	可以少做	中等	大量

四、友情提醒

1. 在信息爆炸的时代，司考资料繁多，质量参差不齐，选好优质资料就要坚持下去，切不可贪多！

2. 司考有很强的应试性，只有正确的方法加上坚韧不拔的毅力才能通向成功！

3. 人生本来就没有完美，也不应该完美，不论命运如何捉弄你，只要拥有坚定的信念，就能克服万难，终究过关！

4. 司考的舞台上只有汗水，没有侥幸，有的过关学员谈到“我都没看书就通过了”，类似经验万万不得相信！

最后衷心祝愿各位考生朋友 2016 年司法考试顺利过关！

欢迎大家关注殷敏三国法新浪微博 <http://weibo.com/1455434362/>

以及殷敏三国法微信公共平台，微信号 yinminsanguo，二维码：



目 录

国际公法

专题一	国际法导论	2
考点一	国际法的渊源	2
考点二	国际法在国内的适用	4
考点三	国际法的基本原则	5
专题二	条约法	8
考点四	条约法律制度	8
专题三	国际法律责任	21
考点五	国家	21
考点六	联合国	30
考点七	国际法律责任	34
专题四	国际法上的空间划分	36
考点八	领土	36
考点九	海洋法	41
考点十	国际法上的特殊空间	50
考点十一	国际环保法	54
专题五	国际法上的个人	56
考点十二	中国国籍制度	56
考点十三	《中华人民共和国出境入境管理法》	58
考点十四	外交保护	60
考点十五	引渡和庇护	61
考点十六	国际人权法	65
专题六	外交关系与领事关系法	68
考点十七	外交机关与使领馆人员	68
考点十八	外交特权与豁免以及领事特权与豁免	73

专题七 国际争端解决 79

- 考点十九 国际争端的解决方式 79
- 考点二十 国际争端的法律解决方法 81

专题八 战争与武装冲突法 86

- 考点二十一 战争的法律后果 86
- 考点二十二 对作战的限制和对受难者的保护 89
- 考点二十三 国际刑事法院 91

国际私法**专题九 国际私法的基本理论** 95

- 考点二十四 基本概念 95
- 考点二十五 基本制度 99

专题十 涉外民商事关系法律适用 106

- 考点二十六 一般原则和经常居所地 107
- 考点二十七 权利能力和行为能力的法律适用 110
- 考点二十八 代理、信托、时效和仲裁协议的法律适用 112
- 考点二十九 物权的法律适用 113
- 考点三十 债权的法律适用 115
- 考点三十一 知识产权的法律适用 118
- 考点三十二 商事关系的法律适用 119
- 考点三十三 婚姻、家庭(收养、监护、扶养)、继承的法律适用 124

专题十一 国际民商事争议的解决 128

- 考点三十四 国际商事仲裁 128
- 考点三十五 我国关于国际民事案件的管辖权规定 135
- 考点三十六 文书送达 138
- 考点三十七 域外取证 142
- 考点三十八 外国法院判决的承认与执行 144

专题十二 区际司法协助 147

- 考点三十九 区际文书送达 147
- 考点四十 区际判决的认可与执行 153
- 考点四十一 区际仲裁裁决的认可与执行 158

国际经济法

专题十三 国际贸易私法 163

- 考点四十二 国际货物买卖法律制度之国际贸易术语 164
- 考点四十三 国际货物买卖法律制度之《1980 年联合国国际
货物销售合同公约》 171
- 考点四十四 国际海上货物运输法律制度之提单法律基础
知识 180
- 考点四十五 国际海上货物运输法律制度之提单重要国际公约
及中国《海商法》 184
- 考点四十六 国际货物运输保险法律制度之确立险别的两个
依据 190
- 考点四十七 国际货物运输保险法律制度之共同海损 191
- 考点四十八 国际货物运输保险法律制度之险别 192
- 考点四十九 国际贸易支付法律制度之托收法律关系 194
- 考点五十 国际贸易支付法律制度之银行信用证 197

专题十四 国际贸易公法 201

- 考点五十一 中国 2004 年《对外贸易法》 202
- 考点五十二 贸易救济措施之反倾销措施 208
- 考点五十三 贸易救济措施之反补贴措施 210
- 考点五十四 贸易救济措施之保障措施 211
- 考点五十五 世界贸易组织基本法律制度 214
- 考点五十六 与贸易有关的投资措施协议 (TRIMs) 218
- 考点五十七 服务贸易总协定 (GATS) 220
- 考点五十八 WTO 争端解决机制 221
- 考点五十九 中国在 WTO 中的特殊义务 224

专题十五 国际知识产权法 226

- 考点六十 《巴黎公约》 226
- 考点六十一 《伯尔尼公约》 228
- 考点六十二 《与贸易有关的知识产权协议》 230
- 考点六十三 技术转让法 233

专题十六 国际投资法 234

- 考点六十四 多边投资担保机构公约 (MIGA) 234

考点六十五 《解决国家和他国国民间投资争端公约》 (ICSID)	236
-------------------------------------	-----

专题十七	国际融资法和国际税法	239
------	------------	-----

考点六十六 国际贷款协议的种类及国际融资担保	239
考点六十七 居民税收管辖权与来源地税收管辖权	243
考点六十八 国际双重征税（包括国际重复征税和国际重叠 征税）及其解决	245
考点六十九 国际逃税、避税及其防止	247

专题十八	海商法	249
------	-----	-----

考点七十 海商法	249
----------	-----