



2015年国家司法考试

殷敏讲三国

殷敏 编著 | 厚大出品



2015年国家司法考试

殷敏讲三国

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(CIP)数据

殷敏讲三国/殷敏编著；厚大组编. —北京：中国政法大学出版社，2014. 12
ISBN 978-7-5620-5732-1

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(2014)第276921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 410千字
版 次 2014年12月第1版
印 次 2014年12月第1次印刷
定 价 41.00元

崛起的中国需要与法治的国外法律人才!

— 殷敏

前言

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

使用说明

SHIYONGSHIJI QIYANG

本讲义受厚大司考培训机构委托,在 2014 年《殷敏讲三国》(讲义)的基础上加以完善,于 2015 年在厚大独家出版!

本讲义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。讲义配套课程为 2015 年厚大司考免费网络课堂系统强化阶段。除讲义外,我还会继续于 2015 年在厚大独家出版《殷敏解三国》(三国法历年真题解析)、《殷敏三国题库》、《卷一必背 119》(三国卷)等书籍。

一、讲义所列条目及作用

1. 讲义以国际公法、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、讲义特点及增值服务

1. 知识点表格化。讲义以大纲为指导,“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. 讲义与后续书籍自成体系,均以相同专题和考点顺序整理,可从讲义、真题、突破三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 2015 年三国法大纲有变化,则第一时间制作 2015 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 实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、涉外民事法律适用、涉外民事争议解决、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 2015 年司法考试顺利过关!

欢迎大家关注殷敏新浪微博 <http://weibo.com/1455434362/>

殷 敏

2014 年 12 月 1 日于上海

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 119

考点三十二 商事关系的法律适用 120

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 129

考点三十四 国际商事仲裁 129

考点三十五 我国关于国际民事案件的管辖权规定 134

考点三十六 文书送达 137

考点三十七 域外取证 141

考点三十八 外国法院判决的承认与执行 142

专题十二 区际司法协助 145

考点三十九 区际文书送达 145

考点四十 区际判决的认可与执行 151

考点四十一 区际仲裁裁决的认可与执行 154

国际经济法

专题十三 国际贸易私法 158

- 考点四十二 国际货物买卖法律制度之国际贸易术语 159
- 考点四十三 国际货物买卖法律制度之《1980年国际货物销售
合同公约》 167
- 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 176
- 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》 180
- 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 185
- 考点四十七 国际货物运输保险法律制度之共同海损 186
- 考点四十八 国际货物运输保险法律制度之险别 187
- 考点四十九 国际贸易支付法律制度之托收法律关系 190
- 考点五十 国际贸易支付法律制度之银行信用证 193

专题十四 国际贸易公法 197

- 考点五十一 中国 2004 年《对外贸易法》 198
- 考点五十二 贸易救济措施之反倾销措施 204
- 考点五十三 贸易救济措施之反补贴措施 206
- 考点五十四 贸易救济措施之保障措施 207
- 考点五十五 世界贸易组织基本法律制度 210
- 考点五十六 与贸易有关的投资措施协议 (TRIMs) 214
- 考点五十七 服务贸易总协定 (GATS) 216
- 考点五十八 WTO 争端解决机制 217
- 考点五十九 中国在 WTO 中的特殊义务 220

专题十五 国际知识产权法 222

- 考点六十 《巴黎公约》 222
- 考点六十一 《伯尔尼公约》 224
- 考点六十二 《与贸易有关的知识产权协议》 226
- 考点六十三 技术转让法 229

专题十六 国际投资法 231

- 考点六十四 多边投资担保机构公约 (MIGA) 231

考点六十五 《解决国家和他国国民间投资争端公约》 (ICSID)	233
---	-----

专题十七 国际融资法和国际税法 236

考点六十六 国际贷款协议的种类及国际融资担保	236
考点六十七 居民税收管辖权与来源地税收管辖权	240
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	242
考点六十九 国际逃税、避税及其防治	244

专题十八 海商法 246

考点七十 海商法常考点	246
-------------------	-----

国际公法

国际公法大纲

- 专题一 国际法导论
 - 国际法的渊源
 - 国际法在中国的适用
 - 国际法的基本原则
- 专题二 条约法
 - 条约的构成要件
 - 条约的缔结程序和方式
 - 条约的保留
 - 条约冲突的解决
 - 条约对第三国的效力
 - 条约的解释
 - 条约的终止和暂停施行
 - 条约的修订
- 专题三 国际法律责任
 - 国家：构成要素、基本权利、管辖权和国家主权豁免、国家承认和继承
 - 政府间国际组织：法律人格、成员、联合国体系
 - 国际法律责任的构成和新发展
- 专题四 国际法上的空间划分
 - 领土
 - 海洋法
 - 空气空间法和外层空间法
 - 国际环保法
- 专题五 国际法上的个人
 - 国籍制度
 - 外国人的法律地位
 - 引渡和庇护
 - 国际人权法
- 专题六 外交关系和领事关系法
 - 外交机关和使馆人员
 - 使领馆特权与豁免
 - 外交人员和领事官员的特权和豁免
- 专题七 国际争端解决
 - 强制方式
 - 非强制方式
- 专题八 战争法
 - 战争的开始和结束
 - 对作战方法的限制
 - 保护战时平民和战争受难者
 - 战争犯罪

国际法的渊源包括国际条约、国际习惯和一般法律原则。难点在于从渊源的视角，区分国际法规则的立法过程、形式和适用范围；条约在国内适用的两种通行方式包括**转化和并入**，重点在于条约在中国适用的方式，尤其要理解**平行适用**这种方式；**国际法的基本原则**中，要把握以“主权”概念为核心的国际法各项基本原则的准确含义。

考点架构



考点一 国际法的渊源

考点整理

1. 主要渊源	(1) 国际条约	国际法主体之间缔结、只约束 缔约国 、最主要的渊源、 成文化
	(2) 国际习惯	物质因素+心理因素 、约束 所有国家 、最古老最重要的渊源、 非成文化
	(3) 一般法律原则	各国法律体系所 共有 的原则、约束 所有国家 、补缺作用、 非成文化
2. 确立国际法律原则的辅助资料（ 非渊源 ）	(1) 司法判例	
	(2) 国际权威学者的 学说	
	(3) 国际组织的 决议	

特别提示

1. 国际法主体：**独立**参加国际关系，直接在国际法上享有权利和承担义务，并具有**独立**进行国际求偿能力者。具体包括**国家、政府间国际组织和正在争取独立的民族**。
2. 国际习惯的来源：**国家间的各种文书和外交实践**；国际组织和机构的各种**文件**，包括**决议、判决等**；国家的**国内立法、司法、行政实践和有关文件**。
3. 条约通常仅对**缔约国**有约束力；习惯和一般法律原则对**各国**均有约束力；**辅助资料不是**国际法的渊源；**国内法不是**国际法的渊源。

经典考题

甲、乙、丙、丁四国是海上邻国，2000年四国因位于其海域交界处的布鲁兰海域的划分产生了纠纷。同年，甲国进入该区域构建了石油平台，并提出了划界方案；2001年乙国立法机关通过法案，对该区域作出了划定；2002年丙、丁两国缔结划界协定，也对该区域进行划定。2004年某个在联合国拥有“普遍咨商地位”的非政府国际组织通过决议，提出了一个该区域的划定方案。上述各划定方案差异较大。根据国际法的相关原则和规则，下列哪一选项是正确的？（2008延/1/31）^①

- A. 甲国的行为不构成国际法中的先占，甲国的划界方案对其他国家没有拘束力
- B. 乙国立法机构的法案具有涉外性，构成国际法的一部分，各方都应受其拘束
- C. 丙丁两国缔结的协定是国际条约，构成国际法的一部分，对各方均有拘束力
- D. 上述非政府组织的决议，作为国际法的表现形式，对各方均有拘束力

解题要领

1. 先占的前提条件：**无主地、有效占领**。
2. 条约作为国际法的渊源：**只约束缔约国、成文化**。
3. 国际组织的决议：**非国际法的渊源**。

理论基础与延伸

国际法渊源的出处

《国际法院规约》第38条被普遍认为是国际法渊源的最权威说明。该条规定如下：

(1) 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

① 不论普通或特别国际协议，确立当事国明白承认之规条者

② 国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者

③ 一般法律原则为文明各国所承认者

④ 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

(2) 前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

^① A

考点二 国际法在国内的适用

考点整理

1. 条约在国内适用的通行方式	<p>(1) “转化”：将条约内容经过相应国内法程序转化为国内法</p> <p>(2) “并入”：原则上规定条约具有国内法的地位</p>
2. 条约在中国的适用	<p>(1) 民商事条约直接适用（知识产权领域例外）</p> <p>①《民事诉讼法》第 260 条：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外</p> <p>②《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，但中华人民共和国声明保留的条款除外</p> <p>③《涉外民事关系法律适用法》司法解释（一）第 4 条：涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 142 条第 2 款以及《中华人民共和国民事诉讼法》第 95 条第 1 款、《中华人民共和国海商法》第 268 条第 1 款、《中华人民共和国民用航空法》第 184 条第 1 款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外</p> <p>(2) 民商事以外的：一般要经过转化才能适用</p> <p>①WTO 协议：不能在中国法院直接适用，需转化适用</p> <p>②《公民权利和政治权利国际公约》《经济社会文化权利国际公约》《国际劳工公约》适用于香港特别行政区的有关规定需转化为香港特别行政区法律来予以实施</p> <p>(3) 特殊领域：条约与国内法平行适用</p> <p>①1961 年《维也纳外交关系公约》（中国 1975 年加入）与 1986 年《外交特权与豁免条例》</p> <p>②1963 年《维也纳领事关系公约》（中国 1979 年加入）与 1990 年《领事特权与豁免条例》</p> <p>(4) 国际民商事惯例作为补缺</p> <p>补缺作用</p> <p>《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</p>

经典考题

根据国际法有关规则和我国有关法律，当发生我国缔结且未作保留的条约条款与我国相关国内法规定不一致的情况时，下列哪一选项是正确的？（本题在 2007/1/32 基础上修改）^①

- A. 如条约属于民事范围，则由全国人民代表大会常务委员会确定何者优先适用
- B. 如条约属于民事范围，则优先适用条约的规定，知识产权领域例外

^① B

C. 如条约属于民事范围, 则由法院根据具体案情, 自由裁量, 以公平原则确定优先适用

D. 我国缔结的任何未作保留的条约的条款与中国相关国内法的规定不一致时, 都优先适用条约的规定

📖 解题要领

1. 民商事领域的条约: 直接适用, 但是知识产权领域例外。
2. 民商事领域以外的条约: 转化适用。

📖 理论基础与延伸

条约在国内适用的方式

目前世界上关于条约在国内适用的两种典型模式是转化和采纳。所谓“转化”, 是指采取这种方式的 国家, 要求所有条约内容都必须逐个经过相应的国内立法程序转化成为国内法, 才能在国内适用; 所谓“采纳”或“并入”, 是指国家在原则上认为, 该国缔结的所有条约, 都可以在其国内具有国内法的地位。采用“并入”方式的国家, 一般是在其宪法中作出这种“一揽子”规定。

关于条约在我国国内的适用和地位, 目前我国宪法没有作出统一明确的规定。从一些涉及条约适用的国内立法看, 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几种情况都存在。同时也有相当一部分法律对于条约事项未作出任何规定。较为稳妥的结论是, 民商事以外的条约, 能否在中国国内直接适用, 需要根据与该条约相关的法律规定, 结合条约本身的情况进行具体考察才能作出恰当的结论。

📌 考点三 国际法的基本原则

📖 考点整理

1. 国家主权平等原则	主权包括: 对内最高权 、 对外独立权 、 自保权 。主权是国家的根本属性: 固有、 平等 、不可分割、神圣不可侵犯。任何国家都拥有主权, 各国都有义务相互尊重主权。在国际合作中, 国家基于自愿可以让渡一部分主权	
2. 不干涉内政原则	内政: 国家 主权范围内 的事项, 但内政范围 不与领土范围完全对应 ; 干涉: 国家或政府向国际组织 直接或间接地干预, 或者以任何手段强迫他国接受自己的意志	
3. 不得使用武力威胁或武力原则	(1) 各国不得以任何与联合国宪章或其他国际法原则所不允许的方式使用武力威胁或武力	①行使 自卫权 。条件: 正在遭受攻击、必要性、相称性 ②联合国 安理会授权 使用武力
	(2) 合法使用武力的方式	
4. 民族自决原则	被压迫民族有摆脱 殖民 统治, 独立决定自己命运, 建立独立国家 的权利。其中独立权只严格适用于殖民地民族的独立场合, 反对民族分裂主义	