厚大 司考 Judicial Examination 119系列

2017年国家司法考试考前必背

殷敏讲三国法

殷 敏/编著

厚大出品

讲义精华 / 精准定位 / 本小利大 / 必背必备

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

需要全本请访问 www.ertongbook.com

厚大 司考 Judicial Examination 119系列

2017年国家司法考试考前必背

殷敏讲三国法

殷 敏／编著

厚大出品

讲义精华／精准定位／本小利大／必背必备

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

2017年国家司法考试考前必背．殷敏讲三国法／殷敏编著．—北京：中国法制出版社，2017.6

ISBN 978-7-5093-8597-5

Ⅰ.①2… Ⅱ.①殷… Ⅲ.①国际法—资格考试—自学参考资料 ②国际私法—资格考试—自学参考资料 ③国际经济法—资格考试—自学参考资料 Ⅳ.①D92

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第127375号

策划编辑 李连宇　　责任编辑 唐 鹃　　封面设计 华子设计

2017年国家司法考试考前必背·殷敏讲三国法

2017 NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI KAOQIAN BIBEI · YINMIN JIANG SANGUOFA

编著／殷敏

经销／新华书店

印刷／三河市华润印刷有限公司

开本／787毫米×1092毫米　16　　印张／6　字数／140千

版次／2017年6月第1版　　2017年6月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8597-5　　定价：17.00元

北京西单横二条2号　　值班电话：010-66026508

邮政编码 100031　　传真：010-66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　**编辑部电话：010-66066820**

市场营销部电话：010-66033393　　**邮购部电话：010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

题记

删除不考的、点出要考的、
突破难考的、精析必考的，
直接向2017年国家司法考试
冲刺……

殷敏

2017年5月20日

目录

CONTENTS

第一部分 国际公法

考点 1 国际法的渊源 …… 1
考点 2 国际法在国内的适用 …… 1
考点 3 国际法的基本原则 …… 2
考点 4 条约法律制度 …… 3
考点 5 国家的基本权利 …… 8
考点 6 国家主权豁免 …… 9
考点 7 国际法上的承认 …… 10
考点 8 国际法上的继承 …… 11
考点 9 联合国 …… 11
考点 10 国际法律责任 …… 12
考点 11 领 土 …… 13
考点 12 两极地区 …… 14
考点 13 海洋水域 …… 14
考点 14 群岛水域与国际海峡 …… 16
考点 15 无害通过与过境通行 …… 17
考点 16 民用航空法 …… 17
考点 17 外层空间法 …… 18
考点 18 国际环保法 …… 18
考点 19 中国国籍制度 …… 19
考点 20 《中华人民共和国出境入境管理法》 …… 20
考点 21 外交保护 …… 21

需要全本请访问 www.ertongbook.com

考点 22 引渡与庇护 …… 21
考点 23 国际人权法 …… 23
考点 24 外交机关 …… 23
考点 25 使馆人员 …… 24
考点 26 外交及领事特权与豁免 …… 25
考点 27 国际争端的解决方式 …… 26
考点 28 国际常设仲裁法院 …… 26
考点 29 国际法院 …… 27
考点 30 国际海洋法法庭 …… 28
考点 31 战争的法律后果 …… 29
考点 32 对作战的限制和对受难者的保护 …… 30
考点 33 国际刑事法院 …… 30

第二部分 国际私法

考点 34 冲突规范与准据法 …… 31
考点 35 识 别 …… 32
考点 36 反致与转致 …… 32
考点 37 外国法的查明 …… 32
考点 38 公共秩序保留 …… 33
考点 39 法律规避 …… 33
考点 40 法律适用的一般原则 …… 34
考点 41 经常居所地的认定 …… 34
考点 42 权利能力和行为能力的法律适用 …… 35
考点 43 涉外代理、信托、时效和仲裁协议的法律适用 …… 36
考点 44 涉外物权的法律适用 …… 36
考点 45 涉外合同的法律适用 …… 37
考点 46 涉外侵权的法律适用 …… 38
考点 47 涉外知识产权的法律适用 …… 39
考点 48 涉外票据的法律适用 …… 39
考点 49 海事关系的法律适用 …… 40

考点 50 民航关系的法律适用 …… 40
考点 51 涉外婚姻的法律适用 …… 41
考点 52 家庭（收养、监护、扶养）的法律适用 …… 41
考点 53 涉外继承的法律适用 …… 42
考点 54 仲裁协议的效力认定 …… 43
考点 55 涉外仲裁裁决的撤销 …… 44
考点 56 国际商事仲裁裁决的执行 …… 45
考点 57 2015 年中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则 …… 45
考点 58 我国关于国际民事案件的管辖权规定 …… 47
考点 59 文书送达 …… 49
考点 60 域外取证 …… 50
考点 61 外国法院判决的承认与执行 …… 52
考点 62 域外文书送达与区际文书送达的异同 …… 53
考点 63 区际文书委托送达的细节区别与区际调取证据 …… 53
考点 64 区际判决与区际仲裁裁决的认可与执行 …… 55
考点 65 涉台判决与涉台仲裁裁决的认可与执行 …… 56

第三部分 国际经济法

考点 66 《2010 年国际贸易术语解释通则》11 个术语的基本情况 …… 58
考点 67 2010 通则对 2000 通则的主要修改 …… 59
考点 68 FOB、CIF、CFR 的异同 …… 59
考点 69 《1980 年联合国国际货物销售合同公约》 …… 60
考点 70 国际货物买卖合同下买卖双方的特殊义务 …… 61
考点 71 国际货物买卖的风险转移 …… 61
考点 72 国际海上货物运输法律制度之提单的性质及分类 …… 62
考点 73 无单放货——2009 年《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》 …… 62
考点 74 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》 …… 63
考点 75 国际货物运输保险法律制度之确立险别的两个依据 …… 64
考点 76 国际货物运输保险法律制度之共同海损 …… 64

考点 77 国际货物运输保险法律制度之险别 …… 65
考点 78 国际贸易支付法律制度之托收法律关系 …… 65
考点 79 国际贸易支付法律制度之银行信用证 …… 66
考点 80 中国 2004 年《对外贸易法》 …… 67
考点 81 贸易救济措施之反倾销措施 …… 68
考点 82 贸易救济措施之反补贴措施 …… 68
考点 83 贸易救济措施之保障措施 …… 69
考点 84 贸易救济措施争议的国内救济程序和多边救济程序比较 …… 69
考点 85 世贸组织的法律框架 …… 70
考点 86 世贸组织的基本原则 …… 71
考点 87 与贸易有关的投资措施协议（TRIMs） …… 71
考点 88 服务贸易总协定（GATS） …… 72
考点 89 WTO 争端解决机制 …… 72
考点 90 中国在 WTO 中的特殊义务 …… 73
考点 91 《保护工业产权的巴黎公约》 …… 73
考点 92 《伯尔尼公约》 …… 74
考点 93 《与贸易有关的知识产权协议》 …… 75
考点 94 技术转让法 …… 76
考点 95 多边投资担保机构公约（MIGA） …… 76
考点 96 《解决国家和他国国民间投资争端公约》（ICSID） …… 77
考点 97 国际融资担保 …… 78
考点 98 国际税法 …… 81
考点 99 国际经济法新领域 …… 82
考点 100 海商法 …… 84

第一部分　国际公法

考点①▶ 国际法的渊源

1. 主要渊源	(1) 国际条约	**最主要**渊源：只约束**缔约**国际法主体、成文化
	(2) 国际习惯	**最古老**渊源：反复实践+各国认可、约束**所有国际法主体**、非成文化
	(3) 一般法律原则	各国法律体系所共有：约束**所有国际法主体**、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) **国际法**司法判例	
	(2) 各国权威学说	
	(3) 国际组织决议（如联合国安理会决议）	

出题点

1. 国际法主体：包括主权国家、**政府间**国际组织（如联合国、WTO）和正在争取独立的民族解放组织。(政府间国际组织与非政府间国际组织的区别：前者成立的依据是政府间协议，后者成立的依据是各相关国家的国内法。)

2. 国际习惯不等于国际惯例：前者为强行法，后者为任意法。

3. 有涉外因素的国内法不是国际法的渊源。

考点②▶ 国际法在国内的适用

1. 条约在国内适用的通行方式	(1)“转化”：将条约内容经过相应国内法程序转化为国内法
	(2)“并入”：原则上规定条约具有国内法的地位

2. 条约在中国的适用	(1) 民商事（**知产除外**）	直接+优先适用，国际**惯例**补缺
	(2)《维也纳外交/领事关系公约》与国内《外交/领事特权与豁免条例》	平行适用，相互补充
	(3) 其他领域	转化适用

考点3 ▶ 国际法的基本原则

1. 国家主权平等原则	固有、平等、不可分割、神圣不可侵犯。各国都有义务相互尊重主权，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：国内管辖事项+**不违背国际法，不限于领土** 干涉：**国家或政府间国际组织**直接或间接地干预	
3. 不得使用武力威胁或武力原则	合法方式	(1) 行使自卫权：正在遭受攻击+必要性+相称性
		(2) 联合国安理会授权
4. 民族自决原则	只适用于殖民地民族，反对民族分裂主义	
5. 和平解决**国际**争端原则	一国内政可使用武力，但不得违背强行法规则	
6. 善意履行国际义务原则	条约、习惯国际法和一般法律原则必须信守	

出题点

1. 所有的国际法基本原则都具有国际强行法性质，但并非所有的强行法规则都是国际法基本原则。

2. **国家“保护的责任”**（2012年大纲增加）

(1) 主张国际社会对“失败国家”应采取对应行动，但这不能成为干涉他国内政的借口和依据。

(2) 对本国公民的保护责任，首先是本国政府，其**不愿或不能**保护时才适用。

(3) 保护责任仅限于四种严重的国际罪行（灭绝种族、战争、族裔清洗、危害人类罪），且要**适当**。

(4) 涉及武力要有安理会授权。

考点4 ▶ 条约法律制度

（一）条约的构成

1. 条约的有效要件	**国际法主体**+自愿（排除错误、诈欺、贿赂、强迫）+不违反国际强行法
2. 缔约代表的实质缔约权	依各国国内法产生
3. 缔约代表的形式缔约权（全权证书）	（1）**不需**全权证书：国家元首、政府首脑、外交部长、使馆馆长、派驻国际组织代表（五正职） （2）我国：以**国家或中央政府名义缔结**的，代表由外交部或国务院有关部门委派，全权证书由**总理或外交部长**签署；以**政府部门名义**缔结的，代表由**部门首长委派并签署授权证书**，部门首长签署以本部门名义缔结的协定，各方约定出具全权证书的，由总理或外交部长签署

出题点

1. 条约并不要求必须采用书面形式。

2. 一个国家的单方面行为不能构成条约，例如一国发表的声明、宣告等不是条约。

3. 条约法中的条约是指广义的条约，不论其名称为何（备忘录、联合声明等）。

4. 越权缔约问题：原则上不影响条约效力，除非事先通知其他谈判国或越权十分明显（涉及根本重要的国内法规则）。

（二）条约的缔结程序和方式

1. 约文的议定	（1）谈判。可由有缔约权的国家机关或全权代表（除五正职须全权证书）代为进行 （2）草案。双边可由一方提出草案或双方共同起草。多边可由参加谈判的各国代表共同起草，也可通过设立专门机构起草 （3）商定。各国代表会议讨论
2. 约文的认证	（1）草签：不具有法律拘束力
	（2）待核准的签署
	（3）签署：有权签署的人将其姓名签于条约约文之下
	（4）通过

需要全本请访问 www.ertongbook.com

3. 同意接受条约拘束的表示	（1）签署	①条约规定；②各谈判国约定；③该国在其代表的全权证书中或在谈判过程中表示该国赋予签署这种效果
	（2）批准	批准有国内法和国际法上的两种含义。国内法上的批准是一国权力机关依据该国国内法对条约的认可；国际法上的批准是指一国同意受条约的拘束，一般通过交换或交存批准书来完成
	（3）加入	未对条约进行签署的国家表示同意受条约的拘束，成为条约当事方的一种方式。加入一般没有期限的限制，可以在条约生效之前或生效之后进行
	（4）接受和赞同	

出题点

条约的登记：任何会员国缔结的一切条约应尽速在**联合国秘书处**登记，并由秘书处公布；**未经登记的条约不得在联合国机关援引**，但未经登记条约本身的**法律效力并不受影响**；我国缔结的条约和协定由**外交部**按照《联合国宪章》的有关规定向联合国秘书处登记。

（三）《中国缔结条约程序法》对条约批准、接受与加入的规定

1. 条约的批准	（1）审核	国务院	
	（2）**批准**和废除	**全国人民代表大会常务委员会决定；主席**根据其决定**签署**	
	（3）办理交存批准书	外交部办理手续，批准书由主席签署，外交部长副署	
2. 条约的接受	（1）审查：外交部或国务院有关部门会同外交部 （2）**决定：国务院** （3）接受书签署与办理手续：外交部		
3. 条约的加入	（1）多边条约和重要协定：外交部或者国务院有关部门会同外交部提出建议，报请国务院审核，国务院提请**全国人民代表大会常务委员会作出决定**（**多边条约和重要协定**指：政治性条约、领土边界条约、司法协助、引渡的条约、与中国法律有冲突的条约、缔约方约定要经批准的条约等。）		**加入书由外交部长签署**，具体手续由外交部办理
	（2）加入除（1）之外的多边条约和协定：外交部或者国务院有关部门会同外交部审查后，**国务院**作出决定		
4. 文本保存	（1）以政府名义缔结：外交部 （2）以政府部门名义缔结：本部门		
5. 条约的公布	条约和重要协定由**全国人民代表大会常务委员会公报**公布；其他的公布办法由国务院规定		

出题点

1. **全国人大常委会决定**：条约的批准、多边条约和重要协定的加入。

2. **国务院决定**：条约的接受、除多边条约和重要协定之外的多边条约和协定的加入。

3. 条约的**批准书由主席签署；接受书与加入书均由外交部长签署**。

（四）条约的保留

1. 条约保留的条件	单方声明+尚未对**本国**生效前作出
2. 不得提出保留的情形	（1）**明示禁止**
	（2）只准许特定保留且不在准许范围内
	（3）保留违反条约宗旨
3. 保留的效果	

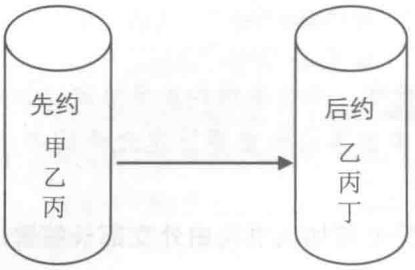
出题点

1. 条约保留只存在于开放式多边公约，条约保留与条约本身效力无关。

2. 并非所有的条约都可以提出保留。

（五）条约的冲突

1. 依约
2. **当事国相同**依后约



乙丙之间：后约
甲乙、甲丙之间：先约
乙丁、丙丁之间：后约
甲丁之间：无条约关系

3. 当事国不同依上图

出题点

《联合国宪章》第103条规定："宪章规定的会员国的义务和会员国根据其他条约所负的义务有冲突时，宪章规定的义务居优先地位。"

（六）条约对第三国的效力

1. 为第三国创设义务	第三国**书面+明示**接受
2. 为第三国创设权利	不反对即有效

（七）条约的解释

1. 一般规则	（1）通常含义和上下文
	（2）目的和宗旨
	（3）**善意解释**
2. 辅助规则	（1）条约解释的补充资料（如谈判记录、历次草案、讨论纪要等）
	（2）两种以上文字文本的解释以**作准文本**为准

出题点

关于善意解释的理解：

（1）原则上应作有效解释。

（2）若第三方解释，要求中立；若缔约国解释，应作有利于对方或不利于己方的解释。

（八）条约的终止和暂停施行

<table>
<tr><td rowspan="13">1. 原因</td><td colspan="2">（1）条约本身规定</td></tr>
<tr><td colspan="2">（2）当事方一致同意</td></tr>
<tr><td colspan="2">（3）单方解约和退约（提前 12 个月通知）</td></tr>
<tr><td colspan="2">（4）条约履行完毕</td></tr>
<tr><td colspan="2">（5）条约被代替</td></tr>
<tr><td colspan="2">（6）履行不可能</td></tr>
<tr><td colspan="2">（7）当事方丧失国际人格</td></tr>
<tr><td>（8）断绝外交关系或领事关系</td><td>此种情况使得以外交或领事关系为适用条约必不可少条件的条约终止</td></tr>
<tr><td rowspan="2">（9）重大违约</td><td>①双边条约当事方之一重大违约时，他方有权终止该条约</td></tr>
<tr><td>②多边条约当事国一方有重大违约时，其他当事方有权以一致同意的方式，在这些当事方与违约方的关系上，或在全体条约当事方之间，全部或部分停止施行或终止该条约</td></tr>
<tr><td colspan="2">（10）战争</td></tr>
<tr><td colspan="2">（11）情势变迁</td></tr>
<tr><td rowspan="2">2. 后果</td><td colspan="2">（1）解除当事国继续履行条约之义务</td></tr>
<tr><td colspan="2">（2）不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势</td></tr>
</table>

出题点

条约的“情势变迁”指条约缔结后，出现了在缔结条约时不能预见的根本性变化的情况时，缔约国可以终止或退出该条约。《维也纳条约法公约》对情势变迁原则的适用规定了严格的条件限制：

（1）缔约时的情势必须发生了**不可预见**的根本性变化。

（2）缔约时的情势构成当事国同意受条约拘束的必要根据。

（3）情势变迁的效果将**根本改变**依条约尚待履行的义务范围。

（4）确定**边界的条约不适用**情势变迁原则。

（5）如果情势的改变是由于一个缔约国违反条约义务或其他国际义务造成的，这个国家就不能援引情势变迁终止或废除有关条约。

（九）条约的修订

1. 条约修订后，凡有权成为条约当事国的国家，也应有权成为修订后条约的当事国
2. 修订条约的协定对于是条约当事国而非协定当事国的国家无拘束力
3. 对于修订条约的协定生效后成为条约当事国的国家，如果该国没有相反表示，应视为修订后条约的当事国——在该国与不受修订条约协定拘束的当事国之间，适用未修订的条约

出题点

1. 条约修订是指**同一条约**，条约冲突是指**前后两个条约**。
2. 拒绝接受修订案的国家不代表退约。
3. 在拒绝接受修订案的国家与条约当事国之间，适用**未修订的条约**。

考点5 ▶ 国家的基本权利

1. 独立权	依照自己的意志处理事务并不受他国控制和干涉		
2. 平等权	表现：（1）平等的代表权、投票权、缔约权（不受非其缔结的条约拘束）、荣誉权（元首、代表、标志受尊重） （2）国家之间没有管辖权，除非国际法特别规定或得到国家同意 （3）外交位次或礼仪上的平等		
3. 自保权	（1）国防权：和平时期进行国防建设		
	（2）自卫权：受外国武力攻击时，有权采取单独或集体的武力反击措施（必要性和相称性）		
4. 管辖权	类　型	判断标准	适用犯罪
	（1）属地管辖权	领土内	除领域内依法享有特权与豁免的所有犯罪
	（2）属人管辖权	国籍（自然人、法人、船舶、航空器、航天器）	所有犯罪
	（3）保护性管辖权	①**条件**：外国人+域外行为+侵犯该国或其公民重大利益+该行为根据行为地的法律同样构成应处刑罚的罪行； ②**实现方式**：行为人进入受害国被依法逮捕，通过引渡实现受害国的管辖权	危害国家主权、安全、独立以及政府职能等方面的犯罪

续表

	类 型	判断标准	适用犯罪
4. 管辖权	(4) 普遍管辖权	①判断依据：主要依据国际习惯法规则和国际条约作为判断标准，适用重大国际罪行，不以国籍和行为地为判断标准；②行使区域：**本国领土或不属于任何国家管辖的区域**	战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪等（各国公认的对象）；灭绝种族、贩毒、贩奴、种族隔离、实施酷刑、劫机（有关国际条约确认的对象）

出题点

1. 属地管辖权领土范围

(1) 一国驻外使领馆**并非**该国领土。

(2) 船旗国的船舶**并非**船旗国领土。

(3) 航空器登记国的航空器**并非**登记国领土。

2. 属人管辖既包括加害人国籍国对**加害人**的管辖，也包括**受害人**国籍国对受害人的保护（如外交保护）；对船舶、航空器、航天器等整个作为一个犯罪对象来管辖为属人管辖，但是船舶、航空器、航天器国籍国对船舶、航空器、航天器内部事务的管辖为类比属地管辖。

考点6 ▶ 国家主权豁免

1. 绝对豁免（国际习惯）	国家行为（**不包括国有企业的行为**）不受他国**国内**法院管辖	
2. 国家豁免的放弃	(1) 国家豁免权的放弃	主观自愿+**一案一放**+明确表示
	(2) 放弃的方式：明示和默示	国家进行实质性应诉即为默示行为，但单纯阐明立场或作证的行为除外
	(3) **此种放弃不等于放弃了执行豁免**	
3. 国家豁免理论的发展	(1) 限制豁免主义理论认为国家的商业行为**不应享有**豁免权 (2) 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》也采取限制豁免立场，但公约尚未生效 (3) 绝对豁免与限制豁免理论都不否认国家绝对的**执行**豁免权	

需要全本请访问 www.ertongbook.com