

西南政法大学 2001 年国际私法考研真题

一、概念比较分析（每题 5 分，共 25 分）

1. 属人法与旗国法

【参考答案】属人法与旗国法都是系属公式，但是属人法主要用于解决有关人的能力、身份、婚姻家庭和财产继承等方面的法律冲突问题。而旗国法主要用于解决船舶或者航空器在运输途中发生的一些法律纠纷。

2. 国籍积极冲突与国籍消极冲突

【参考答案】国籍积极冲突是指一个人拥有两个或者两个以上国家的国籍，国籍的消极冲突是指一个人不具有任何国家的国籍，即没有国籍的情况。

3. 国民待遇与优惠待遇

【参考答案】都是内国给予外国人的待遇。国民待遇是指内国给予外国人以与本国国民相同的待遇。优惠待遇是指内国给予外国人在某些方面优惠于本国人的待遇。

4. 专利与商业秘密

【参考答案】专利是已经公开的技术，但是商业秘密是没有公开的技术秘密，它要靠其所有人采取保密措施来加以保护。

5. 回扣与折扣

【参考答案】回扣是指在商品购销中，卖方从明确标价应当支付的价款外，账外暗中向买方退还钱财以及其他报酬以争取交易机会和交易条件的行为。但是折扣不同。经营者销售或者购买商品。可以以明示的方式给对方折扣，可以给中间人佣金，但是必须入账。折扣和佣金都是合法行为。

【参考资料】《国际私法新论》，韩德培主编，武汉大学出版社 1997 年版；《国际私法》，黄进主编，法律出版社 1999 年版；《肖永平论冲突法》，肖永平著，武汉大学出版社 2002 年版；《国际私法原理》，肖永平著，法律出版社 2003 年版。

二、简述题 1 每题 8 分，共 24 分）

1. 简述我国社会保障体系的构成。

【参考答案】我国社会保障法采用的是多法并立的模式。包括单项法和专项法。单项法又包括社会保险法（包括养老法、失业法、工伤法、医疗法等）、社会救助法（包括灾害救助法、贫困救助法、特殊群体救助法）、社会福利法（包括职工福利法、住宅福利法、特殊群体福利法等）、社会优抚法（包括军人优抚法、烈属优抚法、其他主体优抚法等）。专项法包括社会保障基金法（包括社会保障基金筹集法、社会保障行政部门组织法等）、社会保障组织法（包括社会保障监督机构组织法、社会保障行政部分组织法等）。

【参考资料】杨紫煊主编：《经济法》，北京大学出版社 2000 年版。

2. 简述国际许可证合同中，按照受方事有权利大小的标准区分其主要类型。

【参考答案】（1）独占许可。是指协议规定的时间和地域范围之内，受让方对受让的技术拥有独占的使用权，许可方不能将该技术使用权另行转让给第三方，同时许可方也不能在该时间和地域范围内使用该项出让的技术。

（2）排他许可证协议。是指在协议规定的时间和地域范围之内，受让方对受让的技术拥有使用权，许可方不能将该项技术使用权另行转让给第三方，但是许可方自己仍然保留在该时间和地域范围之内的使用权。

（3）普通许可协议。是指在协议规定的时间和地域范围之内，受让方、许可方和第三方都可以使用某项技术。

（4）交叉许可证协议。是指技术许可方和受让方在协议中规定，将其各自的技术使用权相互交换，供对方使用。此种许可可以独占，也可以排他，可以有偿，也可以无偿。

(5) 分许可协议。是指协议中的受让方可以将其受让的技术使用权再行转让给第三方。

【参考资料】吴志攀、余劲松主编：《国际经济法》，北大出版社、高等教育出版社 2000 版。

3. 简述涉外侵权行为之债法律适用的一般原则。

【参考答案】(1) 侵权行为地法。侵权行为适用侵权行为地法，是各国普遍采用的原则。侵权行为地法是国际上普遍采用的处理涉外侵权行为之债的原则，但在具体实践中如何确定侵权行为地，综观各国的理论和立法，大致有以下不同观点：以加害行为地为侵权行为地。认为法律规定人的行为标准，是为了便于人们了解何者可为、何者不可为，并从事他们所期待的正当行为。以此为基础，应由行为地国决定当事人的行为及结果是否应负责任。以损害发生地为侵权行为地。认为法律规定一般人应获得的法律保护，以防他人加害。应以损害发生地为标准。依此，应由损害发生地决定侵权行为是否造成损害以及损害赔偿请求权是否成立等。加害行为地和损害发生地甚至其他相关地方均为侵权行为地。美国学者库克认为，侵权行为的每个环节都是组成侵权行为不可缺少的部分，应允许受害人自由选择已发生的整个不法行为的任何一个环节为侵权行为地，只要他认为该地法律对他有利。

(2) 法院地法原则。

侵权行为适用法院地法的理论最早来自德国。早在 1841 年德国学者韦希特尔 (Wichert) 在其发表的《国际私法法律的冲突》一文中指出，侵权行为类似犯罪，如果法庭对犯罪判处刑罚只能依法院地法，那么对于侵权行为也只能依法院地法。萨维尼在《现代罗马法体系》第 8 卷中也主张侵权行为应适用法院地法。理由是侵权行为责任与法院地的公共秩序密切相关，一般情况下，建立在一国公共秩序基础上的强行法，具有绝对排除外国法适用的效力，而侵权法属于强行法，因此侵权行为只能适用法院地法。侵权行为适用法院地法的弊端在于，该原则使当事人不能预见其行为的后果，导致原告选择对自己有利的国家的法院起诉，造成当事人间权利的失衡，并使侵权行为地国家的秩序不能得到较好的维护。因而，目前单纯采用该原则的国家很少，一般都重叠适用侵权行为地法和法院地法。

(3) 重叠适用侵权行为地法与法院地法。

这一原则要求，侵权行为的成立必须同时符合行为地法和法院地法的规定。德国涉外民事关系法律适用法学者沃尔夫主张：侵权行为与侵权行为地和法院地的社会秩序和公共利益都有关系，所以侵权行为之债应同时适用侵权行为地法和法院地法。在实践中，采用此原则的国家有的以侵权行为地法为主，以法院地法为辅。

【参考资料】《国际私法新论》，韩德培主编，武汉大学出版社 1997 年版；《国际私法》，黄进主编，法律出版社 1999 年版；《肖永平论冲突法》，肖永平著，武汉大学出版社 2002 年版；《国际私法原理》，肖永平著，法律出版社 2003 年版。

三、论述题（第 1、2 小题每题 12 分，第 3 小题 10 分，共 34 分）

1. 试论国际私法的性质。

【参考答案】关于国际私法的性质问题，在国内外学者中争论已久，主要有：(1) 国内法学派。认为国际私法属于国内法，原因是：首先，国际私法所调整的对象是民事关系。其次，国际私法的渊源主要是国内法。再次，涉外民事法律关系的争议主要由一国的法院或者仲裁机构解决。最后，国际私法规范的制定也取决于一国的意志。

(2) 国际法学派。认为国际私法是国际法理由是：国际私法是在国际交往中产生的，这种具有涉外因素的民事法律关系，与国家之间的关系紧密相连，它反映了国家之间的关系。其次，国际私法的渊源虽然有国内立法，但是也有国际条约和国际惯例。再次，国内法院在审理涉外民事法律案件的时候，不能同审理国内民事案件一样，完全适用国内程序法，而要适用国际民事诉讼程序或者国内诉讼法中的专门适用于涉外民事案件的特殊程序规范。最后，从法律适用来看，涉外民事关系有时候适用外国法、国际条约或者国际惯例；而国内民

事关系仅仅适用国内法。

(3) 二元论者或者综和论者。这种学派认为, 国际私法的调整对象, 既有国内又有国际, 不能简单的加以论断, 它是一个兼具有国内法和国际法特点的独立的法律部门。

【参考资料】《国际私法新论》, 韩德培主编, 武汉大学出版社 1997 年版; 《国际私法》, 黄进主编, 法律出版社 1999 年版; 《肖永平论冲突法》, 肖永平著, 武汉大学出版社 2002 年版; 《国际私法原理》, 肖永平著, 法律出版社 2003 年版。

2. 试论可持续发展的法律保障机制。

【参考答案】(1) 我国环境事业开创 20 年来, 环境法的实效是不能令人满意的, 表现为: 现行环境法律原则、制度不能遏制和控制环境问题的恶化; 我国环境污染、资源破坏、生态失衡已经发展到了严重的程度, 严重威胁到了公众安全健康, 形成对经济、社会发展的严重阻碍。

(2) 可持续发展要求在进行经济、社会发展重大决策的时候, 贯彻持续性原则和预防性原则, 对环境保护和经济、社会发展进行综合的考虑, 长远的规划、统筹兼顾、综合平衡、科学决策, 在完善法律机制上, 主要应当:

首先, 完善环境法的内在机制。环境法应当以法律制度体系化为目标, 这种环境法律制度的科学性、可行性 (包括成本合理性)、整体性、将各项法律制度作为整体的有机部分, 发挥各个制度的体系中的平衡互补、共生共动的功能, 力图在功能机制上达到法律制度和功能的最优配置。

其次, 加强环境法的执法力度。减少环境法的可持续发展效益实现的体制障碍, 更加合理的配置环境执法资源。降低执行成本。

最后, 加强有利于发挥市场机制的法律建设。长期以来我国由于缺乏市场机制, 使得市场经济的环保功能未能发挥。应当不断完善体现可以持续发展环境法效益原则的环境规划、可持续发展影响评价、区域控制、环境损害责任等法律制度。

【参考资料】王灿发著: 《环境法》, 中国政法大学出版社 1997 版。

3. 试述涉外结婚实质要件的法律冲突以及其法律适用。

【参考答案】(1) 结婚实质要件的法律冲突。结婚实质要件包括婚姻当事人必备要件 (又称积极条件) 和禁止要件 (又称消极条件) 两种。结婚的必备要件: 各国对结婚必备条件的法律规定, 一般有以下几个方面: 首先, 结婚双方当事人自愿。除极少数实行封建婚姻和宗教婚姻的地区外, 大多数国家的法律都明文规定结婚必须双方当事人自愿。对未成年人结婚, 很多国家除了规定双方自愿外, 还必须得到父母或监护人的同意。其次, 双方达到法定婚龄。法定婚龄, 是指法律所规定的结婚最低年龄。由于各国的历史传统、宗教信仰以及人口政策的不同, 法律规定的婚龄有着一定差异。我国现行婚姻法规定结婚最低年龄为男 22 周岁, 女 20 周岁。结婚的禁止要件。各国婚姻法对结婚禁止条件的规定, 也有很多不同之处。首先, 禁止一定范围的血亲结婚。直系血亲之间的结婚为各国法律所禁止, 即使是现在仍然

个别地区存在的原始部落的习俗也不例外。但各国对旁系血亲之间的结婚以及法律拟制血亲间的结婚的限制则不尽相同。我国现行婚姻法禁止直系血亲和三代以内的旁系血亲结婚。其次, 禁止患有特定疾病的人结婚。各国法律对禁止结婚的疾病, 规定不一。再次, 禁止重婚。当今, 大多数国家都实行一夫一妻制, 禁止重婚 即要求一个人在婚姻关系存续期间只能有一个配偶, 不得同时有两个或更多的配偶。但有少数国家的法律实行一夫多妻制。

禁止结婚的其他规定。有些国家的法律还禁止教徒之间以及不同种族、民族之间结婚; 有些国家对离婚者再婚作一定的限制。

(2) 法律适用: 适用婚姻举行地法。结婚的实质要件依婚姻举行地法, 这是当前最流行的一种制度。采用此原则的国家有美国的许多州和大多数的拉丁美洲国家, 如阿根廷、巴

拉圭、危地马拉、秘鲁、哥斯达黎加和墨西哥等，我国也采用这一原则。根据这一原则，如果符合婚姻举行地法有关结婚实质要件的规定，该婚姻就是有效的婚姻，而且在任何地方都有效；反之，该婚姻就是无效的婚姻，而且在任何地方都无效。

适用当事人的属人法。根据这一原则。凡符合当事人属人法规定的结婚实质要件的婚姻即为有效婚姻，否则为无效婚姻。由于对当事人的属人法的理解不同，有些国家采用当事人的住所地法为当事人的属人法，有些国家采用当事人的本国法为当事人的属人法。前者有英国、英联邦国家、挪威、丹麦、冰岛等国；后者为大陆法系和受大陆法系影响的国家，诸如法国、日本、意大利、德国、比利时、芬兰、瑞士、瑞典、奥地利、荷兰、西班牙、葡萄牙、希腊、土耳其、泰国、埃及、加蓬、捷克、波兰等国。

混合制度。欧洲各国在近年来制定的冲突法中，大多采用混合制度，但具体的规定又有不同：以婚姻举行地法为主，兼采当事人住所地法或本国法。例如，瑞士及东欧的一些国家。以当事人住所地法或本国法为主，兼采婚姻举行地法。关于结婚能力，英国采用这一原则。匈牙利、南斯拉夫也有类似规定。【参考资料】《国际私法新论》，韩德培主编，武汉大学出版社 1997 年版；《国际私法》，黄进主编，法律出版社 1999 年版；《肖永平论冲突法》，肖永平著，武汉大学出版社 2002 年版；《国际私法原理》，肖永平著，法律出版社 2003 年版。

四、案例分析题（第 1 小题 10 分，第 2 小题 7 分，共 17 分）

1. 某外运公司甲公司与美国乙公司签订了一项国际货物买卖合同。根据合同约定，装船日期为 8 月 10 日，后因为甲公司备货不准时，导致该合同约定的货物不能在合同约定的日期装船，直到该月 25 日才将全部货物装上船。甲公司为了保证安全收汇，使提单符合信用证的规定，要求承运人在提单上填写合同约定的装船日期。乙公司收到提单后发现可疑，后来经过查证属实。因此，乙公司以甲公司违反合同为由，要求甲公司赔偿损失。

问：承运人签发的提单是什么法律性质的提单？乙公司是否有权要求甲公司赔偿损失？

【参考答案】承运人倒签提单，属于欺诈行为。乙公司可以要求甲公司赔偿，因为甲公司没有及时备货，违反了其按时交货的义务。甲公司也可以向承运人要求赔偿。

2. 甲取得一张合法汇票后不慎丢失，乙拾得该汇票后，擅自伪造背书转让给丙，丙又将该汇票转让给丁，丁在不获付款的情况下，要求向甲行使追索权。

问：丁是否有权向甲行使追索权？

【参考答案】不能。甲仅对伪造背书前的人有付款的义务。

【参考资料】余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社 2000 版；曹建明、陈治东主编：《国际经济法》，法律出版社 1994 版；吴焕宁主编：《海商法》，法律出版社 1996 版。