



法院版
众合版

国家司法考试
重要部门法效率手册 No. 1

2011年
国家司法考试

TOP
POWERFUL BOOK

涉外民事关系法律适用法 效率手册 [法条详析 + 真题新解 + 考点明释]

众合教育 / 编

段庆喜 李曰龙 / 编著

SHEWAI / MINSHI / GUANXI / FALU
SHIYONGFA / XIAOLU / SHOUC

司考名师第一时间独家解析 囊括 10 分考点
《涉外民事关系法律适用法》命题考点权威分析

全面总结梳理各类涉外民事关系法律规范
详解涉考重点法条 注明废止替代法条
新法诠释历年司考真题 分题辨析混淆考点
司考名师点明复习捷径指明备考方向

2011 年
版

★★★★★ 十星级优秀畅销书

人民法院出版社



2011年
国家司法考试

涉外民事关系法律适用法 效率手册

[法条详析 + 真题新解 + 考点明释]

图书在版编目 (CIP) 数据

涉外民事关系法律适用法效率手册/段庆喜,李曰龙编著.
—北京:人民法院出版社,2011.1

ISBN 978-7-5109-0178-2

I. ①涉… II. ①段…②李… III. ①涉外民事法-法律
适用-中国-手册 IV. ①D923.05-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 255952 号

涉外民事关系法律适用法效率手册

段庆喜 李曰龙 编著

责任编辑 林志农 孟 晋

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550575 (责任编辑)

67550516 (出版部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 153 千字

印 张 7.125

版 次 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0178-2

定 价 14.00 元

版权所有 侵权必究

郑重声明

本书作者对本书享有完整的著作权，禁止任何不法侵犯。未经本书作者许可，任何人不得以任何形式复制、发行、转载、摘编等，否则，作者将通过法律手段追究侵权者的法律责任。本书作者特别授权北京盛峰律师事务所胡胜国律师全权代理侵权诉讼及非诉事宜，并将侵权救济事宜进行到底。有关打击盗版合作事宜及举报事宜请致电：

010-82168492 手机：15810022206

我们将对提供有效侵权线索者给予奖励。

本书全体作者

前 言

——2011年司考复习中如何应对 《涉外民事关系法律适用法》

2010年10月28日通过的《涉外民事关系法律适用法》，对涉外民事关系的法律适用作了系统的梳理和全新的规定，旨在明确涉外民事关系的法律适用，为解决涉外民事争议，维护当事人合法权益提供了依据。

一、该法的亮点

（一）完成了我国冲突规范的系统化和现代化

我国现行冲突规则主要包含于《民法通则》第8章和其他一些法律、法规和司法解释中。但现行冲突规则不够系统、全面，且已部分过时，有些冲突规则甚至相互抵触，法律法规中的冲突规则与司法解释中的冲突规则也存在不和谐之处。《涉外民事关系法律适用法》第一次将冲突规则集中规定在同一部单行法律中。在内容上，新的冲突规则更为合理、全面和完善，既总结了改革开放以来的涉外民事审判经验，也顺应了当代国际私法的发展潮流。

（二）确立了最密切联系原则和当事人意思自治原则的地位

该法第2条第2款规定：“本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”该法没有像《奥地利国际私法法典》那样将最密切联系原则上升为一般条款，也没有像《瑞士国际私法法典》那样采取例外条款的形式，而是将该原则作为一项补充性原则。

该法第3条规定：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”虽然这只是一条宣示性条款，但它将当事人意思自治原则规定在总则中，体现了该法的开放性和先进性。

（三）创新性地以经常居所为主要连结点

综观各国的国际私法，大陆法国家一般采国籍国法主义，普通法国家一般采住所地法主义。但第二次世界大战后的国际私法出现了以经常居所为连结点的趋向。海牙国际私法会议自1956年以来舍

弃了早期的海牙公约所采取的国籍国法主义，转而采用经常居所连结点。该法独树一帜地以经常居所为主要连结点，符合经济全球化背景下国内外自然人、法人民事往来日益频繁的新形势和新情况。

(四) 注重保护弱方当事人的利益

在没有共同经常居所地的情形下，父母子女关系“适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律”（第25条）；扶养“适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律”（第29条）；监护“适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律”（第30条）。此外，该法第42条的“消费者经常居所地法律”、第43条的“劳动者工作地法律”、第45条和第46条的“被侵权人经常居所地法律”通常有利于保护较弱方当事人的权益，因为经常居所地法律往往是他们最熟悉也是最便于他们据以主张权利的法律。

(五) 国际私法总则规定颇具特色

该法第8条规定涉外民事关系的定性“适用法院地法律”，符合大多数国家的实践。该法第9条排除一切反致和转致的做法是合理的。因为该法不以国籍而以经常居所为主要连结点，排除反转和转致反而可以增加准据法确定中的确定性和可预见性。第5条公共秩序条款的表述较现行法有所改进。关于查明外国法律的第10条以有管辖权的机关依职权查明外国法律为主，以当事人提供外国法律为辅，适合我国国情。

可以想见，《涉外民事关系法律适用法》的颁布与施行将为完善我国涉外民事法治贡献卓越力量，其在2011年司法考试中地位也将愈加重要。

二、编写此书的目的

《涉外民事关系法律适用法》的出台是国际私法领域的重大变化。在以往的考试中，《民法通则》涉外篇及其司法解释是国际私法这门学科的绝对重点，每年考查7分左右，占整个国际私法分值的近一半。而如今，《涉外民事关系法律适用法》将取代《民法通则》涉外篇及其司法解释的地位，预计将考查7~10分，是今后考试当之无愧的第一重点。因此，对于该法的相关规定，考生必须全面把握。为此众合教育迅速整合资源，集中力量，于同侪中拔得头筹，

安排我们编写《涉外民事关系法律适用法效率手册》一书，以补益广大考生。

三、本书的体例与内容

基于上述考虑，本书关于涉外民事关系的法律适用法律制度的体例和内容选择是：

1. 将我国所有关于涉外民事关系的法律适用的规定都放在《涉外民事关系法律适用法》这部立法文件里作统一的解读，即将《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《合同法》、《海商法》、《票据法》、《民法通则意见》、《涉外民事合同适用法律司法解释》等原有立法、司法解释文件里关于法律适用的规定都作为《涉外民事关系法律适用法》相应条文的相关法条处理。这样，既有利于提高读者全面复习相应考点的效率，又可以减轻读者翻阅查找的麻烦。

2. 凡是与《涉外民事关系法律适用法》重复的原有法律规范，不再解读，而只作为相关法条列出，这样有利于减轻读者的阅读负担。

3. 凡是与《涉外民事关系法律适用法》相冲突的法律规范，作为相关法条列出，并指出冲突所在和其被废止的事实。之所以“厚待”这些被废止的条文，目的有二：一是明确指出其被废止，免得不知情的读者被其误导；二是列出其内容作为“陪衬”，也有利于读者更好更快地领会与掌握《涉外民事关系法律适用法》的最新规定。

四、本书的结构

本书共分为三个组成部分：

第一部分——前言：这一部分指引读者如何使用本书。

第二部分——正文：这是本书的主体结构部分，这一部分的内容结构与编写体例是：

1. 依照《涉外民事关系法律适用法》的章节顺序，依次安排21个核心法条群。每一个核心法条群包括最少一个[核心法条]（全部来自《涉外民事关系法律适用法》），而来自《民法通则》、《民法通则意见》等其他法律文件的若干个条文组成[关联法条]，然后展开[要点释解]。要点释解的内容紧紧围绕这些核心法条与关联法条的意思以及它们彼此之间的关系而层层展开，个别有必要的地方还会附上背景知识，以便读者理解相关规定的来龙去脉。

2. 在大多数的重点法条群的后面, 附有最近9年的司考真题、答案及其详细的解析。不仅如此, 法律有矛盾冲突的地方, 我们会分别按照旧法和新法予以分析并给出答案。这样, 这一群落的知识在过去历届司考的命题情况一目了然, 而且新法与旧法的区别以及如何运用新法做题也一目了然。

第三部分——附录：附录中包含《涉外民事关系法律适用法》全文以及相关立法、司法解释文件的节选或者全文。本附录所累积的相关法律规定, 可谓是我国涉外民商事冲突规范大全。有了这一附录, 即可方便读者查找有关条文。

最后要说明的是, 本书不同于一般的条文释义, 它是专门为应对司法考试中的国际私法试题而编写的, 具有鲜明的内容取舍标准、编写体例和写作风格。所以不要奢求对《涉外民事关系法律适用法》的每一个条文都作详尽释义, 对每一个基本制度、原理的来龙去脉都作细致的介绍。恰恰相反, 我们只根据多年的经验选择解读与司考命题相关的条文, 介绍与司考命题相关的知识点、关键点。

衷心祝愿各位朋友学习进步!

段庆喜 李日龙谨识
二〇一一年元月于北京

目 录

第一章 一般规定	(1)
第二章 民事主体	(24)
第三章 婚姻家庭	(33)
第四章 继 承	(42)
第五章 物 权	(46)
第六章 债 权	(51)
第七章 知识产权	(64)
第八章 附 则	(65)
附一：中华人民共和国涉外民事关系法律适用法	(69)
附二：中华人民共和国海商法（节选）	(73)
附三：中华人民共和国民用航空法（节选）	(74)
附四：中华人民共和国票据法（节选）	(75)
附五：中华人民共和国民法通则（节选）	(76)
附六：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉 若干问题的意见（试行）》（节选）	(77)
附七：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》	(79)
附八：《贸易术语解释通则 2010》（INCOTERMS2010）的主要 变化	(82)

第一章 一般规定

[核心法条一]

第一条 为了明确涉外民事关系的法律适用,合理解决涉外民事争议,维护当事人的合法权益,制定本法。

第二条第一款 涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定。

[关联法条]

《民法通则》

第一百四十二条第一款 涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。

《民法通则意见》

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。

[要点释解]

1. 国际私法的调整对象

国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系。

2. 涉外民事法律关系的内涵

涉外民商事关系亦称涉外民商事法律关系,是指主体、客体和内容方面含有一个或一个以上的涉外因素的民商事法律关系。涉外民商事关系的范围十分广泛,它包括涉外的物权关系、债权关系、婚姻家庭关系和继承关系等。

3. 国际民商事法律冲突

国际民商事法律冲突,即同一民商事关系因所涉各国民商事法律规定不同而发生的法律适用上的冲突。国际私法所调整的国际民商事法律关系和纯国内民商事法律关系之所以不同,是因为前者含有国际因素。正由于国际民商事法律关系含有国际因素,它既可以受内国法调整,也可以受外国法调整。在这种情况下,如果内外国法的有关规定是完全一致的,适用其中任何一国的法律都会导致相同的结果,那么,法律适用上的冲突便不会发生,自然也无法律选择的必要。但是,实际上,由于各国民商事法律千差万别,对同一国际民商事法律关系适用不同国家的法律,必然会产生不同的结果。在国际私法上,这种现象被称之为国际民商事法律冲突。可以说,解决国际民商事法律冲突是国际私法的中心任务。

比如,法国人A来到中国上海参观世博会,正巧遇到了同样来上海参观世博会的德国人B。两人发生争执,A将B打伤,引发治疗费用若干。B遂将A

诉至上海有管辖权的法院。很显然这是一起涉外侵权案件，基于属人管辖的基本原理，法国法和德国法都是可以适用的；同时根据属地管辖的基本原理，中国法也可以适用。三国侵权法规定的不一样，适用于该案的裁判结果肯定不一样。此种问题即国际民商事关系法律冲突问题。

为了促进各国人民之间的友好往来，对民商事法律冲突加以适当的解决是十分必要的。国际上的实践，主要有如下两种方法：国际统一实体私法解决方法和冲突规范的解决办法。

国际统一实体私法解决方法是指通过制定国际的民商事实体规范来直接确定当事人的权利与义务，调整国际民商事法律关系，因而避免或消除国际民商事法律冲突的方法。就解决国际民商事法律冲突而言，国际统一实体私法解决方法由于从根本上起到了避免和消除民商事法律冲突的作用，因而它优于冲突法解决方法，是一种积极的国际民商事法律冲突解决方法。但是，从目前的情况来看，已有的国际统一实体私法规范十分有限。从适用范围方面讲，其只适用于部分国家；从内容范围方面讲，其也只涉及不多的民商法领域。加之各国法制差异如此之大，以至于至少在目前我们还看不到实现全球法制统一的曙光。因此，在现阶段，国际统一实体私法并不是解决国际民商事法律冲突的主要手段，也不是我们考试考查的对象。

综观各国的立法与实践，对于国际民商事法律冲突的解决，最早开始采用而且一直沿袭至今的方法，是运用冲突规范来指定应适用的法律的方法，即通过制定国内或国际的冲突规范来确定各种不同性质的国际民商事法律关系应适用何种法律，从而解决国际民商事法律冲突。这是最为主要的解决国际民商事法律冲突的方法，也是我们考试的方向。

比如，前例中，我国法院应如何审理“B诉A侵权”案呢？我国的《涉外民事关系法律适用法》第44条规定：侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。假设经调查，B与A均为临时来华，在华均无经常居所，且侵权行为发生后，二人也未达成关于法律适用的协议，那么本案即应该适用侵权行为地法，因为侵权行为地是上海，故本案法院应适用中国侵权法及相关法律予以审理。此即冲突规范的解决办法。

4. 冲突规范

(1) 概念：冲突规范是指明某种国际民商事法律关系应适用何国实体法的法律规范的总称。

(2) 特征：冲突规范是国际私法的一种特有的法律规范，与实体规范相比，具有如下主要特点：

①冲突规范并不像实体规范那样直接规定当事人的权利义务关系，而仅指明适用哪一个国家的法律以及何种法律，即冲突规范是一种法律适用规范；

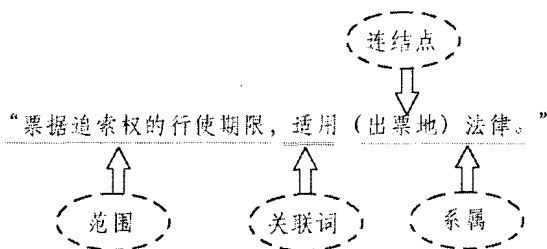
②冲突规范的法律效果，必须与它所援引的某一实体规范结合起来，才能最终确定当事人之间的权利和义务，即冲突规范是间接规范；

③冲突规范是结构独特的法律规范。一般法律规范由假定、处理和制裁三部分组成，而冲突规范一般没有将假定和处理部分明确分开，假定部分隐含在处理部分之中，而且也没有就制裁部分作出规定，从而形成一种由范围、系属和关联词等元素构成的独特结构。

(3) 冲突规范的结构：

冲突规范由三部分构成：范围、关联词和系属。范围，是指冲突规范所调整的民商事关系；系属则指冲突规范所调整的某一民商事关系应适用的法律；关联词从语法上把范围和系属联系起来。

图例：



【例】下列法律规范中哪些法律规定属于冲突规范？①

- 不动产的所有权，适用不动产所在地法律
- 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系
- 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律
- 中国已婚的公民，夫妻双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或被告住所地人民法院管辖

【解析】 A、C 两项为冲突规范。而 B 项说的是民法的调整对象；D 项说的是管辖权问题，都不是指明某种国际民商事法律关系应适用何国实体法，故皆非冲突规范。

判断一项规范是否为冲突规范的小窍门：看该规范中是否有“适用”一词，一般来讲，有“适用”一词的即为冲突规范。“适用”为关联词，适用左面的半句话为“范围”，右面的半句话为“系属”，去掉系属当中的“法”或“法律”，剩余部分就是“连接点”。

(4) 连接点：

①概念：所谓“连接点”又称连接因素，它是冲突规范借以确定某一法律关系应当适用什么法律的根据。可以说连接点是冲突规范中据以连结涉外民商事法律关系与其应适用的某国法律的基础，起到了桥梁和媒介的作用，确定了连接点也就确定了应适用的法律。

① 答案：A、C。

②连结点的分类:

第一,主客观连结点之分。客观的连结点:这种连结点是一种客观实在的标志,主要有住所、国籍、经常居所地、物之所在地、行为地、履行地和法院地等。主观的连结点:即当事人的意思,这个连结点主要用于确定合同关系的法律适用。

第二,静态连结点之分。静态的连结点:就是固定不变的连结点,主要是指不动产所在地以及过去的行为或事件的连结点,如婚姻举行地、合同缔结地、法人登记地、侵权发生地。动态的连结点:就是可变的连结点,主要有国籍、住所、经常居所地、动产所在地等。

【例】下列选项哪些属于冲突规范中静态的连结点?(2000年卷一68题,多选)①

- A. 不动产所在地 B. 婚姻举行地
C. 合同缔结地 D. 动产所在地

【解析】只有D项是可以随时改变的,是动态连结点;前三项都是一经确定即无法改变的,是静态连结点。

(5) 系属公式

经过长期实践的一些系属逐渐固定化,形成系属公式。系属公式就是公式化和固定化的系属,适用于解决同类案件和争议。几个常见的系属公式:

①属人法,即以当事人的国籍、住所或惯常居所作为连结点的系属。属人法一般解决人的身份、能力、亲属、继承关系等方面的法律冲突。

【背景知识】1804年《法国民法典》颁布以前,欧洲国家均以当事人的住所地法为属人法。但是,由于《法国民法典》改用当事人的本国法(即国籍国法)为当事人的属人法,加上这种做法又得到意大利法学家孟西尼的提倡,故后来许多欧洲大陆国家便随之采用本国法为属人法。不过,以英、美为代表的普通法系国家和部分南美国家仍坚持以当事人的住所地法为属人法。这样,在属人法方面即形成了本国法和住所地法两大派别。为了调和两大法系在属人法上的矛盾,现在常常用经常居所地法来代替住所地法或本国法作为属人法。《涉外民事关系法律适用法》即采用经常居所地法作为当事人的属人法。

【例】根据国际私法的理论,下列哪些选项可以作为当事人属人法的连结点?(1999年卷一47题,多选)②

- A. 国籍 B. 住所 C. 经常居住地 D. 行为地

【解析】属人法是一个类概念,主要用来解决人的能力、身份、婚姻家庭和动产继承等方面的法律冲突,即以当事人的国籍、住所或惯常居所作为连结点的系属。而行为地与身份方面无关联。因此排除D项。

②行为地法,即以当事人的行为地为连结点的系属。如合同缔结地法、合同履行地法、婚姻举行地法、侵权行为地法等。

① 答案:A、B、C。 ② 答案:A、B、C。

【例】根据国际私法理论，下列选项哪些可以被认为是行为地法？
(1999年卷一54题，多选)^①

- A. 婚姻举行地法 B. 侵权行为地法
C. 当事人选择的法律 D. 法院地法

【解析】 A、B两项是典型的以行为地为连结点；C项是当事人意思自治合意选择的法律；D则以审理案件的法院所在地为连结点。

③法院地法，即以审理案件的法院的所在地为连结点。主要解决程序性问题，有时也解决实体性问题。

(6) 冲突规范的类型：

规范类型	概念	典型示例
① 单边冲突规范	直接规定适用内国或外国法律的冲突规范	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。
② 双边冲突规范	冲突规范的系属并不直接规定适用国内法还是外国法，而只是规定一个可以推定的系属，再根据这个系属并结合民商事法律关系的具体情况去推定应适用某法律的冲突规范。	《涉外民事关系法律适用法》第36条：不动产权，适用不动产所在地法律。
③ 重叠适用的冲突规范	系属有两个或两个以上，并且同时适用于某种民商事法律关系的冲突规范。	《涉外民事关系法律适用法》第28条：收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。
④ 选择适用的冲突规范	系属有两个或两个以上，但只选择其中之一来调整民商事法律关系的冲突规范。根据选择是否附有条件，又可以分为：无条件选择适用的冲突规范和有条件选择适用的冲突规范。	无条件选择适用的冲突规范，如《涉外民事关系法律适用法》第22条：“结婚手续，符合婚姻缔结地法律、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律的，均为有效。”有条件选择适用的冲突规范，如《涉外民事关系法律适用法》第31条：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”

① 答案：A、B。

5. 准据法

(1) 概念：准据法，是指经冲突规范指定援用来具体确定民商事法律关系当事人权利与义务的特定的实体法。

比如，前例中“希特勒诉拿破仑”一案，最终受诉人民法院经过我国冲突规范的指引适用中国侵权法裁判该案。中国侵权法即为该案的准据法。

(2) 准据法的特征：

准据法作为国际私法上的特殊法律范畴，具有如下特点：

①准据法必须是通过冲突规范所援引的法律。

【例】判断正误：准据法可以是国际统一实体规范。

【解析】 错误。未经冲突规范的指定而直接适用于涉外民商事法律关系的法律，无论是国际统一实体私法规范还是国内法中的实体私法规范，都不能被称为准据法。

②准据法是能够具体确定国际民商事法律关系当事人的权利与义务的实体法。虽经冲突规范的指定但不能用来直接确定当事人权利义务的法律不是准据法。

③准据法一般是依据冲突规范中的系属并结合有关国际民商事案件具体情况来确定。

(3) 准据法与冲突规范的关系：

由于冲突规范的直接作用只是确定法律选择，或者说援引准据法，故它并不能直接调整民商事法律关系，它只有和它所指定的准据法结合起来才能发挥作用。因此，冲突规范间接调整国际民商事法律关系的作用的发挥离不开准据法，准据法的选择与确定在国际私法中具有重要意义。国际私法的主要任务就是，结合涉外民商事案件的具体实际，运用法院地的冲突规范，找到裁判案件的准据法。

6. 本法中的冲突规范是我们学习的重点

一般说来，发生涉外婚姻家庭、继承、物权、债权和知识产权等民事争议后，需要根据冲突规范确定具体适用哪个国家的法律，即根据冲突规范找到裁判案件的准据法。《涉外民事关系法律适用法》规定了我国的冲突规范，人民法院审理涉外民事案件，要结合案件的具体情况，根据该法的冲突规范，找到裁判案件的准据法。因此，本法中的冲突规范就是考试的内容，就是我们学习的重点。

7. 关于本法与其他法律的关系

立法时，有些专家和法院的同志建议把《海商法》、《民用航空法》、《票据法》这三部商事法律有关法律适用的规定纳入到本法中来，制定一部“统一”的涉外民事关系法律适用法。考虑到商事领域的法律众多，除这几部法律外，还有《公司法》、《合伙企业法》、《保险法》、《证券法》和《证券投资基金法》等，制度内容不同，监管要求也不同，情况十分复杂，什么情况下可以适用外国法律，还是在单行法中作出规定为宜。另外，国外的法律适用法对商事领域

的法律适用问题一般也不作规定。因此，本法没有将《海商法》、《民用航空法》、《票据法》有关具体规定纳入本法，但作出衔接性规定：“其他法律对涉外民事关系的法律适用另有特别规定的，依照其规定。”

【真题新解】

1. 关于冲突规范和准据法，下列哪一判断是错误的？（2010年卷一33题，单选）①

- A. 冲突规范与实体规范相似
- B. 当事人的属人法包括当事人的本国法和住所地法
- C. 当事人的本国法指的是当事人国籍所属国的法律
- D. 准据法是经冲突规范指引、能够具体确定国际民事法律关系当事人权利义务的实体法

【解析】 本题考查国际私法的基本概念：冲突规范和准据法。冲突规范是由国内法或国际条约规定的，指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范。冲突规范是一种特殊的法律规范，并不直接规定当事人的实体权利和义务，不同于实体规范，故A项说法错误，当选。

属人法，即以当事人的国籍、住所或经常居所地作为连结点的系属。故属人法包括本国法、住所地法和经常居所地法。B项正确，不选。

C项正确，当事人的本国法就是指当事人的国籍国法。D项正确。

2. “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。”该条款属于下列选项中哪一类型的冲突规范？（2003年卷一21题，单选）②

- A. 单边冲突规范
- B. 双边冲突规范
- C. 重叠适用的冲突规范
- D. 选择适用的冲突规范

【解析】 本题考查冲突规范的类型。题中的法律规范直接指明争议应该适用中国法律，是典型的单边冲突规范。

3. 在国际私法上，准据法的特点有哪些？（2002年卷一60题，多选）③

- A. 准据法必须是通过冲突规范所指定的法律
- B. 准据法是能够具体确定当事人权利义务的实体法
- C. 准据法可以是国际统一实体规范
- D. 准据法一般是依据冲突规范中的系属并结合国际民商事案件的具体情况来确定的

【解析】 本题考查对准据法的理解。准据法必须经过冲突规范的援引，故A项正确；必须是实体法，故B项正确；必须结合具体案件情况方能确定，故D项正确；国际统一实体规范指国际条约和国际惯例中具体规定国际民商事关系当事人的实体权利义务规范，为直接规范，不需要冲突规范的指引即可适用，故C项说法错误。

① 答案：A。② 答案：A。③ 答案：A、B、D。

【核心法条二】

第二条第二款 本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。

【要点释解】

1. 关于最密切联系原则

最密切联系原则，是指以与涉外民商事法律关系有最密切联系的地方的法律为准据法，即法官通过对案情和有关法律关系的综合分析，找出法律关系的最密切联系地，确定其准据法。这是一种十分灵活的冲突规范，可以避免传统冲突规范往往只规定一个固定连接点去指引准据法选择的弊端，有利于法官选择适用最适合于案件的法律。但是，这种方法使法官有很大的自由裁量权，难免导致法院地法的扩大适用。20世纪70年代以来，确定法律适用的最密切联系原则得到广泛采用，适应了国际上解决涉外民事争议法律适用的实际需要，逐步成为国际上确定跨国民事关系法律适用的重要规则。

本法充分体现了最密切联系原则，明确规定：本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。这里需要明确两点：第一，最密切联系原则是在法律没有规定时才适用的；第二，到底“什么是最密切联系”一般来讲不是考查的内容。原因在于这必须结合实际案件的具体情况才能予以确定，而司考试题是不会也是无法这样考查的。因此，关于该项规定，从应对考试来讲，我们只要记住“最密切联系”这五个字。

2. 本法关于最密切联系原则的其他规定

根据本法规定，最密切联系原则具体应用于以下情况：（1）区际法律冲突与准据法的确定（本法第6条）；（2）国籍积极冲突的解决（本法第19条）；（3）有价证券的法律适用（本法第39条）；（4）涉外合同的法律适用（本法第41条）。

综合上述4个条款及本法第2条第2款的规定，可以看出，本法关于最密切联系原则的应用有一个特点，即适用最密切联系的法律往往都是有条件的，其为一项补充性原则。如，本法第2条规定：本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。本法第6条规定：涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。本法第19条规定：依照本法适用国籍国法律，自然人具有两个以上国籍的，适用有经常居所的国籍国法律；在所有国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律。本法第39条规定：有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。本法第41条规定：当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。