

# 属人法的主义之争与中国道路

宋 晓<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**本国法主义与住所地法主义的道路殊别，成为两大法系国际私法最主要的区分标志。我国属人法方法从本国法主义向经常居所原则的根本转变，只有放在两大法系属人法之争的背景中，才能明晰其意义和未来演变方向。本国法主义与住所地法主义都坚持属人法的统一性。前者以国家主义和民族主义为思想基础，后者以个人主义和自由主义为价值追求。本国法主义的历史形成具有单边色彩，它倾向于扩大法院地国属人法的支配范围，伴有对相关法律的道德性的比较判断，借此保障海外国民的基本民事权利。住所地法主义促使不同国籍当事人的民事身份与地位趋于平等一致，客观上促进了一国的族群融合，其体系性功能稍优于本国法主义。惯常居所原则主要是国际公约的妥协产物，其弊端是割裂了个人与特定国家间的精神联系，销蚀了属人法的精神属性。经常居所是惯常居所的中国表达，但最新司法解释赋予了经常居所一定的特殊含义。经常居所未来应进一步“住所化”，顾及我国国民跨国流动的现实，实现住所地法主义的价值追求。

**关键词：**属人法 本国法主义 住所地法主义 惯常居所原则

---

在过去一百多年里，一道“铁幕”始终横亘在两大法系的国际私法之间，那就是属人法的主义之争。<sup>〔1〕</sup> 属人法的基本含义，是指支配自然人的民事身份与地位的法律，也即支配自然人的法律人格、婚姻、家庭和继承等属人法律关系的法律，或者说，属人法是自然人的民事身份与地位的属人法律关系所应适用的法律。<sup>〔2〕</sup> 大陆法系国家普遍认为，属人法是自然人的本国法，以自然人的国籍为连接点；而英美法系国家则普遍认为，属人法是自然人的住所地法，以自然人的住所为连接点。于是，本国法主义与住所地法主义两相对峙，

---

\* 南京大学法学院教授。

本文受南京大学985三期项目资助。

〔1〕 See L. I. De Winter, *Nationality or Domicile?: The Present State of Affairs*, 128 *Recueil Des Cours* 357 (1969 - II).

〔2〕 本文致力于对属人法的原理分析，因而不涉及未成年人属人法的特殊问题，更不涉及法人属人法。法人属人法具有法律拟制成分，与自然人属人法本质不同。

成为两大法系国际私法的传统。在国际私法的传统四大系属之中,物之所在地法、行为地法和法院地法各自的支配范围主要集中在一、两个领域,而属人法的支配领域则广阔得多,牵动法律适用的全局,其他三大系属无法与之相比。〔3〕属人法的道路殊别,成为两大法系国际私法最主要的区分标志。

在19世纪之前,民族国家和国籍观念尚未成熟,住所是属人法连接点的唯一选择,因而属人法就是自然人的住所地法。1804年法国民法典首度采用国籍连接点,揭开了本国法主义的序幕,但法国民法典是否完全放弃了住所地法主义而全面转向了本国法主义,尚有疑问。19世纪中期以后,意大利法学家兼政治家孟西尼(Mancini)成为本国法主义的吹鼓手,在其学说影响下,意大利、德国等大陆法系国家普遍从住所地法主义转向本国法主义。大陆法系本国法主义时代来临。然而,英美法系国家对大陆法系国家的全面转向几乎无动于衷,仍然固守住所地法主义。〔4〕本国法主义与住所地法主义自此两分天下,成为两大法系国际私法交流和统一的最大障碍。其他自主借鉴或移植西方法律的国家,典型如中国,也被裹挟进这一争议中,面临着两条道路的艰难抉择。

20世纪前后,本国法主义的影响力达到历史顶点,大陆法系各国国内法普遍采用本国法主义,更有海牙国际私法会议这一旨在统一各国国际私法的国际组织,也将国际私法统一的重心放在婚姻、家庭等属人法领域,并清一色采用本国法主义。〔5〕然而20世纪中叶以后,历史似乎有了转折迹象,海牙国际私法会议开始大量采用新的属人法连接点——“惯常居所”(habitual residence),〔6〕在本国法主义与住所地法主义对峙的基本格局下,似乎出现了缓和两者对立的中间道路或第三条道路。惯常居所原则越来越多地受到了各国国际私法学者的青睐和赞誉。进入21世纪,德国、意大利等大陆法系的代表国家虽仍坚持本国法主义,但近期欧盟国际私法却在重要的属人法领域,例如离婚领域和继承领域,转而以惯常居所为最基本的属人法连接点。〔7〕无论如何,惯常居所至少从字面含义上接近住所而远离国籍,因而惯常居所这一连接点的兴起,无疑削弱了本国法主义的势力。

1918年北洋政府制定的《法律适用条例》,是我国历史上首部国际私法,受日本法影响,依循大陆法系传统,亦采本国法主义。〔8〕1986年的民法通则集中制定了国际私法规

〔3〕以我国涉外民事关系法律适用法为例,在总共40条(第11—50条)法律适用条文中,涉及自然人属人法(经常居所地法)的共有24条。属人法的适用范围远超其他系属。

〔4〕关于本国法主义与住所地法主义的历史发展,基础文献包括前引〔1〕,De Winter文;G. S. Reed, *Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws*, 23 U. Pitt. L. Rev. 979 (1961-1962);董海洲:《从“身份”到“场所”——属人法连接点的历史与发展》,《法学家》2010年第1期。

〔5〕这些海牙公约主要包括:1902年《婚姻法律冲突公约》、1902年《离婚及分居的法律与管辖冲突公约》、1902年《未成年人监护公约》、1905年《关于禁治产及类似的保护措施公约》、1905年《婚姻效力涉及夫妻身份关系和财产权利义务法律冲突公约》。

〔6〕20世纪50年代至今,海牙公约普遍以惯常居所为属人法连接点。最初采用惯常居所连接点的几部公约是1956年《儿童扶养义务法律适用公约》、1961年《关于未成年人保护的管辖权和法律适用公约》、1970年《关于承认离婚与司法别居的公约》等。

〔7〕例如,2010年《离婚与司法别居法律适用领域强化合作条例》(Regulation (EU) NO 1259/2010)、2012年《继承事项管辖权、法律适用、判决与权威文书的承认与执行以及建立欧洲继承认证条例》(Regulation (EU) NO 650/2012)。

〔8〕参见1918年《法律适用条例》第二章“关于人之法律”、第三章“关于亲族之法律”以及第四章“关于继承之法律”。

范, 属人法也以本国法主义为基调。<sup>[9]</sup> 清末继受西方法律以来的近一百年中, 我国国际私法紧随大陆法系, 本国法主义似乎也构成了我国国际私法的传统。然而在 2010 年作为单行国际私法立法的涉外民事关系法律适用法中, 属人法的百年传统发生了根本转变, 本国法主义几乎被抛弃殆尽, 而代之以经常居所原则。“经常居所”为这部新法独造之语, 整部法律并未给出确切的定义。<sup>[10]</sup> 因此, 涉外民事关系法律适用法的属人法立法, 只是带来了一个全新的开端, 它为司法解释和司法实践留下了一大片有待填补的空白。

2013 年初施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(下称“《司法解释(一)》”)第 15 条初步界定了经常居所的含义。从表面上看, 我国属人法系属的进一步确定, 似乎只是“经常居所”这一概念的具体解释问题, 但如果将它放在两大法系属人法的主义之争及其演化的背景下, 放在我国属人法传统发生巨变的背景下, 它实则触动了属人法的全部理论的神经。只有进入属人法主义之争的理论深处, 深入发掘本国法主义与住所地法主义各异的思想基础和价值取向, 并考察两种主义解决属人法问题的现实政策和实践功能, 我们才能结合中国的国情现实, 恰如其分的评价我国属人法的根本转向, 才能完成经常居所的概念分析, 最后明确“经常居所地法”这一系属在我国国际私法中的价值。

## 一、本国法主义与住所地法主义的思想基础

法律制度与规则在因应现实需要的同时, 必有其价值追求, 对此价值追求进行理论归纳和系统表述, 便构成了法律制度与规则的思想基础。法律制度只有先确立其价值追求, 才能有的放矢地去追求具体规则的技术建构和完善。为此, 本文首先探讨本国法主义和住所地法主义的价值追求和思想基础。

本国法主义与住所地法主义的竞争关系始于 19 世纪。之前属人法的唯一选择是住所地法。然而, 住所概念并未得到细致发展, 住所地法主义的价值追求更未得到精确表达。事实上, 这种较为混沌的状态是与法则区别学说整体粗疏的背景相适应的。<sup>[11]</sup> 而且, 在商业时代到来之前, 人口流动极少, 自然人离开住所, 往往短期就返回, 住所一般等同于祖国之邦, 因而也无两种主义对立的社会经济基础。<sup>[12]</sup> 19 世纪中期以后, 商业时代完全到来, 人口流动剧增, 当事人的住所国与国籍国经常分离, 这就提出了两种主义的对立问题。与此同时, 国际私法也告别了法则区别时代, 进入了系统与科学发展的新阶段。<sup>[13]</sup> 在属人法

[9] 结合民法通则第 143 条及其司法解释第 179 条可知, 我国属人法采本国法主义, 只是民法通则第 149 条动产继承效仿英国区别制, 以住所为连接点, 构成例外。另外, 我国票据法第 97 条关于行为能力之规定也可佐证我国原是本国法主义国家。

[10] 我国学界将“habitual residence”一词通译为“惯常居所”, 中国国际私法学会完成的《中华人民共和国国际私法示范法》(2000 年)和《涉外民事关系法律适用法(建议稿)》(2010 年)放弃了本国法主义, 代之以惯常居所原则。涉外民事关系法律适用法遵从学界主流, 同时将“惯常居所”的通用语改成更为通俗的“经常居所”。本文在进行一般理论分析时, 仍用“惯常居所”。

[11] 关于法则区别学说的粗疏与含糊, 参见 [德] 马丁·沃尔夫:《国际私法》, 李浩培、汤宗舜译, 北京大学出版社 2009 年版, 第 35 页。

[12] 参见前引 [1], De Winter 文, 第 366 页。

[13] 1849 年萨维尼著作《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》的出版为其标志。

领域，住所地法主义与新兴的本国法主义不断竞争，逐步丰富了各自的规则并充实了各自的精神内涵。因此，本国法主义与住所地法主义的价值确立，并非先后出现，而是几乎在相互竞争的过程中同步完成的。本国法主义完成于大陆法系国家，而住所地法主义则完成于19世纪后的普通法系国家。

### （一）本国法主义的思想基础

本国法主义立法，始于1804年法国民法典第3条之规定：“法国关于人的身份与地位的法律，仍支配居住于外国的法国人”，<sup>[14]</sup>一改欧洲大陆属人法以住所为连接点的传统。

法国本国法主义的萌芽，更多源于法国大革命的时代精神。法国大革命旨在消灭往昔的封建制度，倡导财产安全、契约自由和平等继承等系列自然法思想。法国民法典统一了往昔分裂的法国私法，承载了大革命时代新兴的民族精神，激起了法国人的民族自豪感。为了传播和宣扬新兴民族精神，立法者的使命不仅在于确保民法典统一适用于法国全境，还在于使民法典（特别是民事身份与地位的法律）扩张适用于位于外国的法国人，即“让所有法国人同享法国大革命的成果，而不论其位于何处”。在这种立法精神的激励下，法国民法典第3条之国籍原则产生了。

然而，法国民法典第3条是否完全确立了本国法主义，尚有疑问。这主要表现在两个问题上：第一，第3条是否只考虑到短期位于外国而非住所位于外国的法国人。如果只考虑前者，则不能说法国民法典确立了本国法主义。<sup>[15]</sup>第二，第3条并非是双边冲突规范，对于住所位于法国的外国人来说，其属人法仍是其住所地法而非本国法。萨维尼据此认为第3条只构成传统住所地法原则的例外，而没有推翻之。<sup>[16]</sup>总之，法国民法典确实不足以被认为创造了全新的本国法主义。法国民法典虽然初步表露了民族主义这一本国法主义的精神源泉，但还是留下了过多的政治激情的痕迹。法国民法典以及那个时代的学者还没有充分奠定本国法主义的精神底蕴。本国法主义的全面确立及其精神价值的深刻表达，几乎赖于19世纪中期的孟西尼的一己之力。

孟西尼将国籍视为国际法和国际私法的基础，一如法国民法典，因应了意大利的国家统一和法律统一的政治需要。然而在构建属人法的理论方面，孟西尼远超法国民法典，他将本国法主义深深植根于民族主义和精神解放思想。他认为法律是根据民族的风俗和性格制定的，而法律在现代民主国家中同时又是整个民族普遍意志的表现，因而一国法律具有民族性，应适用于位于任何地方的该国国民。自然人扎根于国家，其人格是通过国籍而得到承认的，如果一个人走出国门而不放弃国籍，则表明仍服从本国法律。<sup>[17]</sup>孟西尼学派认为，法律具有民族性，体现了该民族的民族精神，本国法主义正是要让民族精神冲破地域限制。相比之下，住所是原始的、封建的概念，视人为土地的附属物，因而国籍相对于住所是崇高的、精神的概念，展现了自由解放的精神。<sup>[18]</sup>

[14] 对法国民法典第3条的立法形成和司法演变的详细分析，参见[法]亨利·巴蒂福尔和保罗·拉加德：《国际私法总论》，陈洪武等译，中国对外翻译出版公司1989年版，第376页。

[15] 参见上引亨利·巴蒂福尔等书，第380页。

[16] 萨维尼甚至认为，法国法是对罗马时代区别对待罗马市民和外邦人的权利能力的理论翻版。参见[德]萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社1999年版，第55页。

[17] 参见前引[14]，亨利·巴蒂福尔等书，第322页。

[18] 参见前引[1]，De Winter文，第374页。

因此, 本国法主义的思想基础可以概括为民族主义、人格完成和精神解放这三项, 其核心是民族主义: 法律是民族的, 是民族精神和民族意志的集中表达, 适用于民族中的任一成员; 民族精神是个人人格和精神发展的最高追求, 人格完成意味着个人人格与民族精神实现了贯通; 位于国外的国民只要仍沐浴在母国自由、平等的民族法律的光芒之中, 就能冲破封建的、保守的所在国法律的罗网而获得精神解放。据此, 关乎人格尊严和精神情感的属人法事项, 自然应受其本国法支配, 而不管其人身处何地。而且, 本国法主义认为, 国籍是个人与民族国家间清晰、恒久的联系, 本国法可以确定地、稳定地支配个人的属人法律关系, 而不管个人在国际间如何流动, 这正符合法律对于确定性和稳定性的目标追求。本国法主义一经孟西尼倡导, 就迅速风靡欧洲大陆, 不仅新立法如意大利民法典和德国民法典施行法等采行了本国法主义, 而且, 旧立法如法国民法典第3条在实践中也依据本国法主义双边化了, 成了彻底的本国法主义的代表。<sup>[19]</sup>

## (二) 住所地法主义的思想基础

住所是比国籍更为复杂的概念。国籍的取得要件在不同国家不尽相同, 主要表现为各国以不同的方法和比例去调和出生地和血统这两个要件, 但各国对国籍本质的认识却是相同的, 即国籍是民族国家的产物, 是个人隶属于特定国家的隶属关系。正是这种被统一认识的国籍概念的本质, 奠定了本国法主义的基础。相比之下, 对于住所, 各国不仅在具体认定方法上不尽相同, 而且还缺乏对住所的法律功能的统一认识。<sup>[20]</sup> 因此, 阐述本国法主义原理, 几乎可以脱离特定国家或法系, 但分析住所地法主义原理, 则须囿于具体国家或法系的特殊语境。

住所地法主义是普通法系属人法方法的标签, 探究住所地法主义原理, 最直接的方法莫过于从普通法系的住所概念出发。英国的住所概念成熟于19世纪的维多利亚时代, 虽与大陆法系国家的住所概念同享罗马法渊源, 但却在罗马法的基础上有了极大的发展, 并且融入了维多利亚时代的特殊需求。<sup>[21]</sup> 英国住所概念的核心要义同于罗马法之处, 是要求自然人的住所需结合主、客观要件, 即成年人住所的成立, 必须同时具备居住事实这一客观要件以及居住意图这一主观要件, 两者缺一不可。所不同于罗马法之处, 是英国住所概念强调主观要件的法律重要性甚于客观要件, 认为住所是自然人的“永久之家”之所在, 如果当事人在某地的永久居住或无限期居住的意思表示非常充分, 那么他在该地的居住时间的长短就不是很重要了。<sup>[22]</sup> 相反, 在法、德等大陆法系国家, 因其属人法采用国籍原则, 住所在私法体系中的意义主要限于司法管辖权领域, 而管辖权领域强调法院地国家与当事人的客观联系, 而非当事人的主观意图, 因此他们的住所概念即使以主客观要件的结合为前提, 也趋向于强调客观要件, 而逐渐沦落为一个事实性概念。

英国维多利亚时代是英国对外殖民的强盛时代, 许多英国人被派往海外殖民地担任公职或从事各种经商活动, 虽有在海外长期居住的事实却无永久居住的意图, 总想有朝一日

[19] 孟西尼及其追随者推动本国法主义及其立法的详细过程, 见 K. H. Nadelmann, *Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality versus Domicile*, 17 Am. J. Comp. L. 418 (1969).

[20] See E. Rabel, *The Conflict of Law*, 2d ed., 1958, Vol. 1, p. 150.

[21] 两大法系住所概念的罗马法渊源, 参见前引 [16], 萨维尼书, 第50页以下。

[22] See Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed., 2006, Sweet & Maxwell, pp. 122 - 123.

返回祖国。因此,英国住所概念强调主观意图,就能有效阻止海外英国人获得海外国家的住所,而助其保留英国住所,维系其与祖国的紧密联系。<sup>[23]</sup>抛开这一时代因素不论,正是英国住所概念对主观意图的强调,致使法律与经验相分离,展现了住所地法主义的价值追求。当事人在某国居住多年,从外观经验上似乎已在该国安家了,但只要心存未来某时刻离开的意图,就不能在该国取得住所。反之,当事人在某国居住时间并不长,从外观经验上似乎还未在该国安家,但只要充分表达了在该国永久居住的意思,就在该国取得了住所。法律超越于经验之处,正展现了法律刻意的精神追求。“永久之家”或住所之设立,虽离不开客观的物质要件,但更是个人心灵的产物。自然人的住所最终取决于其自由意志,自然人也就享有了在任何时候改变其住所的自由。

法律将自然人的属人法维系于其住所地法,等于间接赋予了自然人通过选择住所而选择其属人法的权利,自然人在民事身份与地位的广阔领域,也因此相当程度上获得了私法自治的权利。住所地法主义的精神追求,正是赋予个人通过选择住所而选择属人法的自由以及与之伴随的私法自治的权利,因而住所地法主义奠基于个人自由主义的基石之上。20世纪50年代,英国著名国际私法学者安顿(Anton),正是以住所地法主义蕴含的个人自由主义,驳斥了本国法主义:“国籍原则赢得了法律上的稳定,但采用国籍原则的代价是牺牲了自然人选择管辖自己的法律体系的个人自由。我们反对国籍原则的根本理由,在于国籍原则要求适用于自然人的国内法,可能是自然人冒着生命危险才逃离的法律。现要将此法律适用于自然人,那是违背其愿望与希求的。”<sup>[24]</sup>

### (三) 两种思想基础的进一步比较

两种主义立场相异,但也不可忽视两者深藏的共性。无论是本国法主义还是住所地法主义,都坚持同一个出发点:属人法关乎个人的人格和尊严。为促进和尊重个人人格的统一,为个人生活的各种身份的统一,人的民事身份与地位所涉及的大量法律问题,诸如婚姻关系、家庭关系和继承关系等,应最大限度地适用同一个法律。<sup>[25]</sup>一个统一的属人法,应是那个与个人具有本质联系甚或永恒联系的法律。然而,那个法律究竟应该是什么,本国法主义与住所地法主义对此产生了分歧,一个认为是自然人的本国法,而另一个则认为是自然人的住所地法。

两种主义既然都追求属人法的统一性,自然也都重视属人法的稳定性。国籍原则具有高度的确定性和稳定性,这正是本国法主义的捍卫者所持的理由之一。住所一方面允许当事人选择,另一方面又取决于当事人的主观意思,似乎远不如国籍那样具有确定性和稳定性。<sup>[26]</sup>诚然,在属人法的确定性和稳定性方面,住所地法主义确实不如本国法主义,但也不能过分夸大两者的差距。以英国住所地法主义为例,个人一般出生于母国,出生时取得母国的原始住所,成年后虽然可以自由改变原始住所,但在法律上极其严格,也相当困难,因为设立新住所的意图不能为了特定的目的,诸如完成特定工作任务或求学,而必须出于

[23] 参见焦燕:《变动中的英国住所法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第31卷,法律出版社2004年版,第431页。

[24] 参见前引[22],Lawrence Collins书,第173页。

[25] 参见前引[4],G. S. Reed文,第980页。

[26] 萨维尼对本国法主义无动于衷,仍坚持住所地法主义,但他认为,为维持属人法的统一和稳定,即使当事人改变了住所,也应适用其最初确立的住所地法。参见前引[16],萨维尼书,第57页。事实上,如果属人法不随住所的变动而变动,住所地法主义的优点将丧失殆尽。

一般的、全面的目的，其结果是个人几乎需与母国斩断联系，才能在他国取得新住所。英国上议院截至2009年关于住所的13个案件中，只有2个被认定改变了英国的原始住所。<sup>[27]</sup>因此，若以法律的确定性和稳定性标准来取舍两种主义，其意义并不如初步设想的那么大。

无论是国籍还是住所，虽都以一定的事实为基础，但均非事实概念，而是法律概念。本国法主义与住所地法主义，各自通过对国籍或住所的法律建构，来阐发各自的精神内涵。本国法主义认为人扎根于其生长的母国，个人人格的成长和完善，正是禀受了国家或民族的精神，离开国家或民族精神的熏陶，个人人格是无法完成的；只有当个人精神与民族精神高度融合时，个人人格才获得了充分的、最高的发展。在任何国家的私法体系中，最能体现该民族精神与道德风俗的法律，正是关于民事身份与地位的人法，而非财产法或债法。只要一个人保有母国国籍，就表明其内心仍然服从并追求母国的民族精神，属人法就应是其本国法，而不论其住所位于哪个国家。相反，住所地法主义认为，人更多地扎根于家庭而非国家，在一国的私法体系中，调整人身关系的属人法本质仍为私法而非公法，私人享有改变住所进而改变属人法的自由，国家不能干涉生活在外国因而住所位于外国的那些国民的个人事务。<sup>[28]</sup>

因此，属人法的两种不同主义，站到了人类的政治或法律思想的两端，一端为国家主义与民族主义，另一端为个人主义与自由主义。德国学者克格尔（Kegel）指出，属人法的两种主义之争，已经超越了学术之争，而进入了信仰之争的范畴。<sup>[29]</sup>既然如此，一国国际私法是选择本国法主义，抑或选择住所地法主义，似乎都是正当的，属人法研究早该戛然而止了。然而结论还为时过早。

## 二、本国法主义与住所地法主义的政策与功能

任何重要法律制度的形成，既离不开那些对人类社会具有根本意义的政治或法律思想的激发，也离不开基于特定时代和国情的立法政策的驱动。许多时候，究竟是思想激发的成分更多，还是政策驱动的因素更加重要，几乎让人无法辨明。然而，当思想基础的探讨几乎陷入相对论的泥潭时，政策分析或许就更有助于一国进行制度取舍了。

本国法主义国家和住所地法主义国家，一般都认为自然人在特定时刻只应有唯一的国籍或住所，以确保属人法的唯一性。改变国籍需获国家同意，改变住所尽管依赖于个人行为，但也非轻易就能实现，因而本国法与住所地法均能保持相当程度之稳定。对于国际社会的绝大多数人来说，国籍与住所不仅易于确定，而且通常位于同一个国家，本国法与住所地法合二为一，此时探讨两种主义之争在现实层面几乎没有意义。但随着国际人口流动

[27] See J. H. C. Morris, D. McClean and K. Beevers, *The Conflict of Laws*, 7th ed., 2009, Sweet & Maxwell, p. 35. 在英国法中，原始住所是法定住所，其功能非常接近于大陆法系的国籍。若单从原始住所观念出发，本国法主义与住所地法主义并不对立。而且，当个人放弃原住所而尚未获得新住所时，原始住所恢复成住所，就此而论，原始住所比国籍更具有韧性。当然，住所地法主义的核心是选择住所，而非原始住所，正是选择住所生发的思想与本国法主义形成根本对立。

[28] 类似概括，参见前引[11]，马丁·沃尔夫书，第120页。

[29] 德国学者克格尔语。参见杜涛：《学术之争还是信仰之争？——对〈涉外民事关系法律适用法〉中属人法原则的几点反思》，《中国国际私法与比较法年刊》2011卷，北京大学出版社2012年版，第39页。

的加剧，国籍国与住所国常从重叠的状态中相互分离，自然人虽仍保留母国国籍，但已居住在另一国家并取得该国住所，此时属人法的两种主义之争最为尖锐。下文关于两种主义的政策与功能的分析，就以国籍与住所明显分离的尖锐情形为出发点。

#### （一）扩张本国属人法的支配范围抑或促进族群融合

各国为公平公正地解决涉外民商事争议，需要在一定条件下放弃适用法院地法，并转而适用外国法，国际私法由此而生。然而，纵观国际私法近千年历史，各国立法都不同程度地表现出法院地法优先的倾向，尽可能扩大法院地法的支配范围和适用机会，同时减少外国法的支配范围和适用机会。在国际私法最基本的两种方法之中，单边主义方法公开表达了法院地法优先的态度，而多边（双边）主义方法尊重各国法律的平等地位，追求国际间判决的一致性，依其方法制定的冲突规范，在形式上平等地指引内、外国法律。<sup>[30]</sup>然而，目前居于统治地位的多边主义方法，虽在最大限度地克制法院地法优先的倾向，但各国立法仍不时地在多边主义的形式平等的掩护下，用尽各种隐晦方法去扩大法院地法的支配范围和适用机会。属人法的双边冲突规范即是如此。

在法则区分的单边主义时代，属人法属于人法范畴并具有域外效力，不动产法属于物法范畴并只具有域内效力，两者形成鲜明对立。属人法律关系容许适用外国法，这一开明思想贯穿至今。到了多边主义方法的时代，属人法方法从单边主义转向了多边主义，或以国籍，或以住所为其冲突规范的连接点，因而形式上既不偏袒法院地法，也不过分尊崇外国法，一切以自然人的国籍或住所的偶然所在为依归。然而，现代属人法的规范形式所表现的平等观念，至少从本国法主义的历史形成过程来看，恐怕应大打折扣。法国民法典第3条的逻辑起点，是一个法国人短期位于外国甚至长期居住在外国，其民事身份与地位问题应继续适用法国法，但却没有过多考虑一个外国人居住在法国，其民事身份与地位问题应否同样适用其本国法。同样，孟西尼也以意大利人的民事身份与地位问题应该适用何国法律为其学说之出发点。<sup>[31]</sup>

如严格依据多边主义方法，就应依据法律关系的抽象性质来构建冲突规范，但本国法主义的历史起源并非从属人法律关系的抽象性质出发，而是从本国人的民事身份与地位的法律适用问题出发，因而就不可避免地趋向于扩张本国属人法的支配范围。欧洲大陆本国法主义的兴起完全印证了这一政策取向：法国的本国法主义是在尽可能地扩大法国属人法的支配范围；而意大利和德国的本国法主义是在尽可能地扩大意大利和德国属人法的支配范围。然而，本国法主义最后毕竟完全采取了双边的规范方法。对于居住在外国的人适用本国法，固然扩大了本国法的支配范围；但对于居住在法院地国的外国人适用其本国法，也缩小了法院地法的支配范围。如此计算，必然导致一种纯粹功利的权衡：如果自己国家为人口的净移出国，立法者就以国籍为属人法的连接点；反之，如果自己国家为人口的净移入国，立法者就以住所为属人法的连接点，这样方能保证扩大法院地法支配范围的净盈余。<sup>[32]</sup>

[30] 关于单边主义与多边主义的基本原理，见 Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 Recueil des cours 35-37 (1992).

[31] 参见前引 [20]，E. Rabel 书，第 162 页。

[32] 同上书，第 163 页。



欧洲大陆本国法主义的发展历程，就暗合了上述纯粹功利的权衡结果。欧洲大陆主要国家在19世纪处于历史巅峰，其在全球范围内的殖民主义扩张，使其成为人口的净移出国。这些国家在19世纪普遍采行本国法主义，不仅符合其崇高的民族主义思想，也契合欧洲人口流动的现实，理想和现实两者实现了完满结合。然而，欧洲在20世纪从历史顶峰下落，殖民主义走向历史终结，同时因其良好的福利保障，第二次世界大战之后，欧洲大陆从人口的净移出国转为净移入国。于是在属人法问题上，传统民族主义的崇高理想与人口流动的严峻现实之间产生了张力。<sup>[33]</sup>因此，近半世纪以来的欧洲大陆，对本国法主义的执着似乎有些松动。尽管法国、德国等国的国际私法并没有放弃本国法主义，但属人法领域的欧盟国际私法已经开始以接近于住所的惯常居所作为属人法的主导连接点，越来越多的欧洲学者也开始青睐住所地法主义。

一国立法者如果功利地权衡本国人口流动的现实，那么无论是本国法主义还是住所地法主义，都可以成为扩张法院地法支配范围的政策工具。但住所地法主义与本国法主义不同，其历史形成并无强烈扩张法院地法支配范围的欲望。相反，住所地法主义带有属地主义的印记，主张生活在同一片土地上的不同国家的人适用同一个法律，以消除彼此民事身份与地位法律适用的差异，最终促使他们的民事身份与地位趋于平等和一致。这就在客观上促进了同一国家内的族群融合。<sup>[34]</sup>相比之下，英国的住所地法主义在19世纪尚无促进族群融合的政策考量，但美国的住所地法主义则鲜明地表达了这一愿望。因为美国是个典型的移民国家，促进族群融合自然成为其国际私法的价值追求。<sup>[35]</sup>

当今任何国家，只要像美国那样是人口净移入国，就不能不考虑促进族群融合的政策目标。促进族群融合的政策目标与扩大法院地法支配范围的政策目标相比，前者更具有正当性，而后者尚未脱离自私与片面的局限性。但是，只要国际私法仍然是国内法，扩大法院地法的支配范围仍将是一国立法者的天性与本能，只能抑制而难以泯灭。在国际人员流动频繁的今天，任何国家都有移入人口和移出人口，对于人口净移入国来说，采取住所地法主义，可以同步实现扩大法院地法支配范围和促进族群融合这两项政策目标；但对于人口净移出国来说，这两项政策目标就有了冲突，需要综合其他考量来取舍。

## （二）内、外国法律的道德衡量

在国际私法的法律选择方法之中，优法方法（the better law approach）开宗明义地将对内、外国法律的正当性的道德衡量纳入了法律选择过程中。单边主义方法，尤其是作为新单边主义方法的政府利益分析说，在判断内、外国法律适用于个案能否实现相关法律政策并具有政府利益时，也将相关法律政策明示或暗含的道德判断纳入了法律选择过程中。意思自治方法则将相关法律的道德判断最终赋予了当事人自己。唯有多边主义方法，至少在形式上赋予内、外国法律以平等地位，摒弃对内、外国法律的道德衡量。纯粹的多边主义方法只关心案件客观上与哪国法律发生了本质联系或最密切联系，而不论案件涉及大国家

[33] 参见前引[4]，G. S. Reed文，第988页。

[34] 参见前引[1]，De Winter文，第417页。

[35] 美国较之英国更加鼓励移民流动和促进族群融合，这从英美两国的住所概念的差异也可以反映出来。美国的住所概念虽然源自英国，但有两点不同于英国：第一，当自然人放弃原住所而未获新住所时，原住所为住所，而不是像英国那样还原为原始住所。第二，英国对主观意图的要求是“无限期或永久居住的意思表示”，而美国则相对宽松，仅从反面要求“没有确定离开的意图”。参见前引[4]，G. S. Reed文，第986页。

律、小国法律，抑或东方法律、西方法律，均不作道德优劣之衡量。<sup>[36]</sup>

本国法主义或住所地法主义，从根本上说都是多边主义方法，按理应平等对待内、外国法律，摒弃道德判断。然而，如前所述，本国法主义在历史初期的思考起点带有浓厚的单边主义方法的思维特征，尽管最后在形式上被双边化了，但其历史形成过程伴有鲜明的道德判断。当法国民法典的制定者急于将人的身份与地位的法国法继续适用于位于外国的法国人时，其内心正经历了一场法国法与外国法的胜负分明的道德衡量：法国人已因大革命获得了自由和解放，民事地位实现了人人平等，并高度享有离婚自由、遗嘱自由和平等继承等权利，法国人在法律身份与地位方面所实现的自由与解放程度，远胜他国，因此所有法国人不论身在何国，都应同享法国大革命的成果，其属人法应为法国法。

近半世纪后，德国、意大利等欧洲大国接踵采纳本国法主义，将法国人对法国法的道德优越感上升为欧洲人对欧洲法律的道德优越感。欧洲人对欧洲法律的道德优越感主要是针对欧洲之外的国家感发的，尤其是针对其殖民地国家，其中伴随着殖民主义思想。欧洲大国普遍认为本国法律在道德上优越于他国法律，尤其是欧洲外国家的法律，本国法主义可使其国民的属人法不随住所的变动而变动，有利于母国保护其国民的基本民事权利，使之免受母国之外的“道德低劣”的法律（诸如一夫多妻、童婚、歧视妇女、继承权嫡庶有别）的统治。<sup>[37]</sup>于是，衡量不同国家法律的道德优劣，保护本国国民的基本权利，成了19世纪欧洲大陆国家选择本国法主义的重要的政策基础。

住所地法主义不可能拘泥于内、外国法律的道德衡量，因为它归根结底允许自然人通过改变住所而改变属人法。属人法既然可能变动，衡量不同属人法的道德优劣就失去了意义。相反，住所地法主义鼓励自然人的民事生活融入住所地国家，尽管这更多是出于一种便利的实际考虑，但客观上促进了相关国家法律的平等地位，使之在道德上失去优劣之别。在英国保守的原始住所概念中，充其量只是隐含着扩张法院地法支配范围的原始欲望，其中道德衡量的意味远不如本国法主义那么强烈。当然，自然人通过改变住所而“适彼乐土”，或许就出于个人对相关国家法律进行道德衡量的结果，但这与立法者的道德判断无关。总之，本国法主义与住所地法主义相比，一者离不开对各国法律的道德衡量及其附随的保护政策，一者避开对各国法律的道德判断并对自然人的属人法采取了放任政策，住所地法主义要比本国法主义更具有多边主义的精神特质。

当今国际社会鼓励价值多元和彼此包容，对不同国家法律进行道德的优劣衡量，无论如何批评都不为过。尤其是19世纪欧洲大陆的本国法主义，其中隐含的欧洲中心主义、对欧洲法律的优越感、对殖民地国家法律的歧视，更难以为西方世界之外的国家所接受。虽然如此，如果我们客观看待眼前世界，就会发现各国对自然人基本民事权利的保护程度仍有很大差异。如果一国立法者面对的一个外国法，至今仍充斥着多配偶制、童婚、妇女歧视和不平等继承等法律制度，或仍带有大量原始部落法的特征，而且这个国家又是该国国民为开拓市场等原因纷纷涌入居住的国家，该国立法者会采纳本国法主义还是住所地法主义？答案自然是本国法主义。各国属人法律制度存有差异，许多时候固然是以不同方式在

[36] 关于法律选择的各种基本方法中的道德判断与政策判断，参见宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第139页以下。

[37] 参见前引[1]，De Winter文，第402页。

践行人类普遍的价值追求，不宜武断进行价值优劣的道德判断，但许多时候若以基本自然法为衡量标准，有些国家的法律制度也确实难以摆脱价值优劣的道德拷问。

因此，对本国法主义的法律优劣衡量作简单的道德指责是容易的，但如果冷静面对国际社会基本民事权利保护的差异和不平衡，各国采行本国法主义，并同步扩大以国籍为依据的司法管辖权，以期在世界范围内保护其国民的基本民事权利，其中的正当性也不可轻易否定。<sup>[38]</sup> 法国学者巴蒂福尔指出，住所地法主义适用于国内法彼此差异不大的国家群体之间，而本国法主义则适用于国内法差别较大的国家群体之间。<sup>[39]</sup> 今日欧洲各国的民事权利保护和社会福利程度渐趋接近，欧盟在涉及属人法的统一国际私法中，冷落本国法主义而青睐住所地法主义，丝毫不令人奇怪。然而一旦面对欧洲之外的世界，一方面根源于19世纪的欧洲中心主义，另一方面由于各国法律制度的巨大差异，欧洲大陆国家要在国内法中像欧盟国际私法那样放弃本国法主义，并全面转向住所地法主义，似乎还很遥远。

### （三）体系性功能比较

上述两项政策分析主要限于属人法所支配的民事身份与地位领域，现在扩展到整个国际私法体系。以体系性视角来分析本国法主义与住所地法主义的优劣，需要探讨两方面问题：第一，在民事身份与地位领域之外的其他国际私法领域，特别是涉外合同与涉外侵权领域，特殊情形也会采用自然人的属人法连接点，如果其他国际私法领域优先以国籍或住所为属人法连接点，那么为了促进整个国际私法体系的协调与统一，似乎应择定其他领域优先采用的属人法连接点为整部国际私法的属人法连接点。第二，本国法主义与住所地法主义，对国际私法的一般制度，尤其对特别相关的反致和公共秩序保留的制度空间，各有何种影响。

传统合同冲突法和侵权冲突法无关属人法，但当代发展虽不以属人法为主要系属，却都以此为必要的辅助系属。在当代合同冲突法中，如果双方当事人缺乏意思自治，大多数国家采用了欧洲大陆的特征履行方法。20世纪50年代，欧洲大陆学者主张，双务合同在一般情形下存在体现合同特征的一方履行，即货物卖方或服务提供方之履行，是为特征履行，而交付金钱一方为非特征履行方，合同最后应适用特征履行地法。<sup>[40]</sup> 1980年《合同之债法律适用公约》的制定者认为，现代合同交易更趋复杂，特征履行方的履行地常有数个之多，因而合同不应维系于特征履行地，而应维系于稳定的特征履行方的属人法。当住所与国籍不一致时，住所更能够反映一个人的生活中心，合同当事人组织和实施交易的场所一般是住所地，住所较之国籍与合同交易更为密切。合同法律关系不同于属人法律关系，前者的法律适用摒弃了精神价值方面的考量，只需探求合同与具体场所的客观联系。因此，在合同法律适用领域，住所胜过了国籍，接近事实概念的惯常居所则进一步胜过了含有主观意图的住所。在当事人无意思自治的情况下，作为推定规则或一般规则，合同适用特征履行

[38] 在财产关系案件中，国籍作为管辖权的依据，已被国际社会普遍否定。但是，在人身关系案件中，诸如离婚案件与扶养案件等，国籍仍是正当的管辖依据。

[39] 参见前引[14]，亨利·巴蒂福尔等书，第382页。

[40] See H. U. J. D' Oliveira, "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, 25 Am. J. Comp. L. 303 (1977).

方的住所地法,甚至是惯常居所地法,已被当今包括中国在内的大多数国家所采用。〔41〕

当代侵权冲突法以适用侵权行为地法为一般规则。如果当事人双方的共同属人法不同于行为地法,作为例外应适用双方的共同属人法。共同属人法之例外规则主要肇始于美国。美国单指共同住所地法之例外。奉行本国法主义的欧洲大陆国家,也只是承认共同住所地法之例外,而很少规定共同本国法之例外。〔42〕双方具有共同国籍,不一定生活于同一社会,而双方具有共同住所,则一般生活于同一社会。共同住所地法规则之所以构成例外,不仅因为侵权行为地可能是偶然之产物,更因为共同住所地法可以使侵权损害赔偿及各种社会效果最终归属于双方共同生活的社会。可见,合同冲突法与侵权冲突法,在以属人法规则为辅助规则时,都在寻求法律关系与特定场所的客观联系,聚焦于当事人的生活中心,因而都以往所或直接以惯常居所为属人法之连接点。我国民法通则同时承认共同本国法和共同住所地法之例外,而涉外民事关系法律适用法只承认共同经常居所地法之例外,后者无疑更为合理。〔43〕

国际私法的一般制度(其中反致和公共秩序保留两项),主要应用于属人法领域,因而属人法不同道路,对它们的制度空间的影响最大。从各国关于反致的司法实践看,当一国以国籍为属人法连接点时,若当事人为外国人而住所位于法院地国,则常接受从本国法向住所地法的反致。反之,当一国以往所为属人法连接点时,若当事人为本国人但住所位于外国,则常接受从住所地法向本国法的反致。因此,一国无论采本国法主义还是住所地法主义,总是希望利用反致制度,必要时改变当事人的属人法。反致制度与其说是在协调不同国家属人法体系的冲突,毋宁说是一国伺机扩大本国属人法支配范围的工具。法院并非在每个可以反致的案件中都运用反致,而是更多着眼于个案实体结果才最终接受反致。反致制度的随机性、不确定性以及片面扩大法院地法支配范围的自私属性,招致许多学者严厉的批评。〔44〕但是,只要属人法两种主义的对立无法消除,一国只能选择其一时,反致制度就难以废除。〔45〕

属人法的主义对立对反致制度的存亡有决定意义,对其制度空间却无不同影响。但对公共秩序保留制度则不然。国籍和住所均可成为属人法律关系争议案件的司法管辖的依据。但依据住所行使管辖权的情形,现实中毕竟超过依据国籍行使管辖权的情形。对于住所位于境内的外国人,本国法主义国家和住所地法主义国家虽都有司法管辖权,但本国法主义

〔41〕 特征履行方法的盛行始于1980年《合同之债法律适用公约》(《罗马公约》),负责“推定”与合同有最密切联系国家的法律。2008年《罗马公约》发展为《罗马条例I》时,为强化法律的确定性,特征履行方法从附属于最密切联系原则的推定方法,上升为独立于最密切联系原则的一般规则。我国合同冲突法最初也采用推定规则形式,但涉外民事关系法律适用法第41条将适用特征履行方的经常居所地法和最密切联系地法共同并列为一项规则。

〔42〕 美国侵权冲突法适用当事人共同住所地法的经典案例是Bobcock v. Jackson (1963),参见[美]布里梅耶等:《冲突法——案例与资料》(影印本),中信出版社2003年版,第188页。欧盟侵权冲突法适用当事人共同惯常居所地法的立法,参见2007年欧盟《非合同之债法律适用条例》(《罗马条例II》)第4条第2款。

〔43〕 参见民法通则第146条、涉外民事关系法律适用法第44条。

〔44〕 例如,可以参见泰特雷教授对反致制度的批评。[加]泰特雷:《国际冲突法:普通法、大陆法及海事法》,刘兴莉译,法律出版社2003年版,第59页。

〔45〕 然而,依据涉外民事关系法律适用法第9条,我国完全拒绝了反致。我国法官为追求个案公正,想在属人法的两种主义之间进行转换,也就失去了任何回转余地。

国家需要适用外国属人法，而住所地法主义国家只需适用法院地法。因而在司法实践中，本国法主义国家适用外国法的几率远超住所地法主义国家。本国法主义国家的初衷本是希望本国属人法继续支配住所位于外国的本国人，现在为了贯彻本国法主义，却被迫要在国内法院大量适用外国属人法。于是，本国法主义国家只好扩大公共秩序保留的制度空间，频繁启用公共秩序保留，以减少和回避外国法的适用。例如，欧洲国家曾经在离婚案件中频繁利用公共秩序保留制度，以避免适用夫妻双方的共同本国法，转而适用双方的共同住所地法，即法院地法。<sup>[46]</sup>

因此，一国若采本国法主义，就会相应扩大公共秩序保留的制度空间；但若采住所地法主义，则可相应缩减公共秩序保留的制度空间。在孟西尼的理论体系中，公共秩序保留制度扩张成为整个理论体系的支柱之一，就是极力抬升本国法主义不可避免的结果。<sup>[47]</sup>然而，一边从正面确立本国法主义规范，一边又从反面扩大公共秩序保留的制度空间，这样的国际私法体系无疑是自相矛盾的。在国际私法体系中，公共秩序保留制度只应是例外存在。如果确立一种法律选择规范，需要同步扩大公共秩序保留的制度空间以作矫正，那么从法律体系性角度出发，这种法律选择规范就难谓合理。一国如果执着于本国法主义，就应同步增加适用外国属人法的雅量，一如既往地限制公共秩序保留，这样才不致引发整个国际私法体系的不谐和矛盾。可是本国法主义的总体司法现实表明，本国法主义强化一分，公共秩序保留制度也随之强化一分，体系性也就相应减弱了。

综上，无论从合同或侵权的法律适用问题出发，还是从公共秩序保留制度出发，本国法主义的体系性功能总体不如住所地法主义。但是，合同和侵权领域法律适用的住所规则，强调住所的客观要件甚于强调其主观要件，与民事身份和地位领域适成相反。因此住所地法主义虽能更好地维系所有法律适用领域的属人法的统一，但其体系性功能也存有缺陷。

### 三、惯常居所原则并非第三条道路

20世纪50年代以来，大陆法系国家虽仍坚持本国法主义，但本国法主义所受批评却日益加重，而批评本国法主义的学者，却又未必完全赞同住所地法主义，尤其是强化原始住所和主观意图的英国住所地法主义。于是，一个新的属人法连接点——惯常居所日渐风靡。它似乎从住所地法主义演化而来，与本国法主义相对立，却又不同于住所地法主义，俨然超越了本国法主义与住所地法主义的对立而开辟了第三条道路。在过去二十年中，中国国际私法学界对惯常居所更是赞叹有加，难闻批评之声。<sup>[48]</sup>然而，惯常居所能否真正超越本国法主义与住所地法主义而成为属人法的第三条道路，只有冷静反思其兴起过程与利弊后，才能有确定的答案。

[46] 参见前引 [1]，De Winter 文，第 381 页。

[47] 参见前引 [19]，K. H. Nadelmann 文，第 424 页。

[48] 我国学界批评本国法主义并赞成代之以惯常居所的代表性论文，主要有：肖永平：《国际私法中的属人法及其发展趋势》，《法学杂志》1994 年第 1 期；刘益灯：《惯常居所：属人法趋同化的必然选择》，《中南工业大学学报（社科版）》2002 年第 3 期；杜焕芳：《论惯常居所地法及其在中国的适用》，《政法论丛》2007 年第 5 期；前引 [4]，董海洲文。

### （一）惯常居所原则的兴起

惯常居所的兴起与海牙国际私法会议分不开。20世纪初，海牙国际私法会议由大陆法系国家主导，因而在一系列涉及属人法的公约中均以国籍为连接点。但是，本国法主义却使婚姻家庭方面的公约陷入困境。其原因主要包括三个方面：第一，只有同步扩大以国籍为依据的司法管辖权，才能贯彻本国法主义，但由此加剧了国籍国和住所地国在争夺司法管辖权方面的矛盾。第二，如果夫妻双方国籍不同，离婚应适用哪国法律，1902年《离婚及分居的法律与管辖冲突公约》无法提供圆满答案。第三，欧洲国家法院依据公约的本国法主义适用外国法时，动辄启用公共秩序保留制度，以致公约实效锐减。另外，两次世界大战催生了难民潮，难民往往国籍不明，并引发许多多重国籍问题，本国法主义的确定性优点也受到减损。<sup>〔49〕</sup>

然而，海牙国际私法会议并不能轻易转向住所地法主义，因为强化原始住所和主观意愿的英国住所概念难以为大陆法系国家所接受，而且大陆法系国家之间的住所概念也多有分歧。只有另行寻找一个不依赖于特定国家法律体系的概念，海牙国际私法会议才能吸引更多国家缔结或加入公约。为此，海牙国际私法会议开始大量启用惯常居所作为属人法的连接点。第七届海牙国际私法会议的委员会主席宣称：“惯常居所是一个事实概念，无需与任何特定的法律体系相联系。”<sup>〔50〕</sup>惯常居所既被宣称是事实概念，也就不再是一个法律建构，海牙国际私法会议就不必对惯常居所下一确切定义。海牙国际私法会议清醒地认识到，各国本就无法对惯常居所形成统一定义，如强行统一，只会使缔约国重新陷入分裂。<sup>〔51〕</sup>

一个接近事实的、刻意保持模糊的概念，才有利于各国在缔结条约时形成妥协，因为各国可以从中各取所需；相反，一个精确的、纯粹法律建构的概念，会使那些法律见解不同的国家敬而远之，不利于条约缔结。惯常居所在海牙公约体系中的兴起，并非因为它从国内法中发展出来并被普遍接受，而是主要因为它提供了有效的妥协方法。欧盟统一国际私法在属人法问题上也开始青睐惯常居所，除了上文分析的原因之外，同样因为它可以最大限度地促进欧洲各国国际私法的妥协和统一。但在各国国际私法体系中，除了中国之外，惯常居所至今尚未取得独立主导的地位：普通法系国家仍拒绝以惯常居所来全面取代住所，而大陆法系国家，典型如德国民法典施行法第5条，惯常居所虽被接纳，但至多只是自然人国籍不确定时的辅助连接点。由此可见，惯常居所的兴起，更多限于统一国际私法领域，远未全面及于国内法。

### （二）惯常居所的认定

海牙国际私法会议一则认为惯常居所是事实性概念，无需法律定义，另则为防止僵化，给各国国内法留有余地，因此避免进行定义。欧盟统一国际私法在身份领域也极力避免精确界定。2012年欧盟继承冲突法条例只规定了惯常居所的认定指南：“权威机关认定惯常居所时，应全面衡量被继承人死亡时及之前数年的生活状况，考虑所有相关事实，特别是被继承人在相关国家的居住强度以及居住条件和目的。鉴于本条例宗旨，惯常居所应反映个

〔49〕 对本国法主义引发的现实困难的详尽分析，参见前引〔1〕，De Winter文，第381页以下。

〔50〕 同上文，第428页。

〔51〕 参见前引〔22〕，Lawrence Collins书，第168页。

人与所在国家密切的、稳定的联系。”<sup>[52]</sup>相反,在非身份领域,欧盟统一国际私法则力求精确,《罗马条例 I》和《罗马条例 II》均规定:“个人在从事业务时的惯常居所是其主营业地”。<sup>[53]</sup>

一般认为,住所之外之所以别立惯常居所,是因为惯常居所强调住所概念中的客观居住事实,而弱化住所概念中的主观意图。当有长期居住事实时,无需推定主观意图,即可成立惯常居所。惯常居所强调个人与国家的密切与稳定的联系。以属人法研究见长的德温特教授认为,惯常居所重在考察个人融入特定社会的情形,反映自然人和特定国家的社会联系,其本质是“社会住所”。如明确界定居住时间长短,则过于形式主义,不能反映社会住所的本质。<sup>[54]</sup>何种客观联系才构成惯常居所,仍然离不开一定的法律标准,远非能够按其“通常的、自然的意义”来解释。<sup>[55]</sup>认为惯常居所只是纯粹的事实概念,恐怕更多是一种幻觉。

惯常居所无疑降低了主观意图的重要性,但其真能离开主观意图的证明吗?在法律选择领域,英国迄今为止的判例法给出了否定的答案:惯常居所同样需要主、客观相结合,客观上要求居住相当长时间,只是时间长短要求不固定,取决于具体法律背景;主观上仍需判断个人的居住目的和意图。<sup>[56]</sup>许多时候,惯常居所与住所并无二致,只是住所要求的个人意图是全面的意图,而惯常居所可以容纳有限的意图和目的。因而住所法律上只能是唯一的,而惯常居所则可以有两个甚至两个以上。<sup>[57]</sup>无论如何,只要不能单纯依据客观居住事实来认定惯常居所,就不能回避主观意图的问题。只有当法律机械规定以居住时间长短来认定惯常居所时,才有可能摆脱主观认定问题。

婚姻、家庭等身份领域,涉及个人之尊严和精神价值,如其属人法维系于惯常居所地法,就不能单纯依据居住时间长短和营业地等客观因素来认定惯常居所。惯常居所弱化住所概念中的主观要件,旨在强化个人和特定国家间的实质联系,或者旨在强调温特教授所言的社会融入。在民事身份和地位领域,不管是实质联系还是社会融入,不能够离开个人的心理状态。因此,作为属人法连接点的惯常居所,尽管可以强化客观因素的重要程度,但最终无法避免对个人主观因素的认定,主观要件与客观要件最后还需结合在一起,就像在住所概念中那样。当然,在管辖权、合同和侵权等国际私法领域,因不涉及个人的精神价值,如需认定惯常居所,确实只需探寻个人与特定国家或地区间的客观联系,而不必涉及个人的主观意图。<sup>[58]</sup>因而在国际私法的不同领域,惯常居所的实质并不完全相同,同一术

[52] 2012年《继承事项管辖权、法律适用、判决与权威文书的承认与执行以及建立欧洲继承认证条例》(Regulation (EU) NO 650/2012)序言第23款。

[53] 参见欧盟2008年《合同之债法律适用条例》(《罗马条例 I》)第19条第1款、2007年《非合同之债法律适用条例》(《罗马条例 II》)第23条第2款。

[54] 参见前引[1], De Winter文,第432页。

[55] See P. Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, 49 I. C. L. Q. 89 (2001).

[56] 同上文,第91页。

[57] 卡弗斯指出,住所行使的是自然人的“法律总部”的功能,而惯常居所可以为有限目的而存在。See D. F. Cavers, *Habitual Residence: A Useful Concept?*, 21 Am. U. L. Rev. 483-484 (1971-1972).

[58] 例如,在将欧盟2000年《管辖权及判决的承认与执行条例》(《布鲁塞尔条例 I》)转化为国内法时,英国2001年《民事管辖与判决法令》第1章第9条第6款规定,自然人在英国最后连续居住三个月以上,一般即可认为在英国有了惯常居所,英国法院可以据此行使管辖权。

语下隐含着相当大的弹性。<sup>[59]</sup>

### （三）惯常居所原则批判

惯常居所原则兴起于海牙公约体系。但任何国家的国际私法均无法照搬海牙公约，因为海牙公约体系为了各国实现妥协之目的，刻意对惯常居所保持模糊而赋予各国内法以发展自由，但国内法却需要一个相对精确、清晰的属人法连接点。即使惯常居所是一个事实概念，国内法也需要清楚地规定事实认定方法或证明方法，更何况惯常居所作为纯粹事实只是一种幻觉。可见，在属人法连接点的选择问题上，一国如盲从海牙公约体系，无疑混淆了国际体制与国内法体系的不同需要。国内法最终能否择定惯常居所作为属人法的连接点，需要摆脱海牙公约体系去作独立的探索和证明。

在整个法律体系中，为了不同的法律目的，例如税收、社会保障、管辖权、涉外法律适用等，都需要判定个人和国家间的实际联系。理想情形是不同法律领域找到一个统一的概念，例如，可以是国籍、住所、居所或惯常居所。其中，惯常居所似乎是最理想的选择，因为它较之其他概念，最接近事实却又包含更多的弹性，可以满足不同法律领域之所需。但是，如果不同法律部门对惯常居所实际上作出了不同的界定，<sup>[60]</sup>我们又何必维持一个虚幻的统一呢？

具体到国际私法，在管辖权和非身份法律适用领域，注重个人和国家间的客观联系，甚至需要对客观联系作出精确的量化规定，诸如连续居住六个月或一年以上时间。因此，惯常居所较之国籍和住所，更能胜任管辖权和非身份领域法律适用的需要。<sup>[61]</sup>但是，以婚姻、家庭为核心的身份领域的法律适用，在强调个人和国家间客观联系的基础之上，更加强调整个人和国家间的主观联系所体现的精神价值，正如国籍反映的民族主义精神、住所反映的自由主义精神。如果惯常居所旨在最大限度地剥离个人的主观意图，那么它作为属人法的连接点，就完全不能实现属人法律适用所追求的精神价值。甚至可以说，惯常居所追求的客观性、事实性，与属人法的法律本质是背道而驰的。而且，不同于住所和国籍的唯一性，自然人可以同时拥有两个甚至更多的惯常居所，这固然可为管辖权领域的平行管辖原理所许，但却违背了法律适用的确定性要求。

惯常居所虽契合侵权、合同等非身份领域法律适用的非精神属性，但非身份领域采用属人法连接点的情形只是很少的例外，因此不能为了顾及少数例外情形而牺牲全部属人法律适用的正当性。在传统住所地法主义国家，典型如英国，当其适用欧盟统一国际私法来决定自然人属人法时，惯常居所事实上又重新回到了传统住所地法主义之中，可见惯常居所并不能超越本国法主义和住所地法主义而提供第三条道路。在大陆法系国家，当国籍难以确定、本国法主义包含的精神价值无从实现时，以惯常居所为补充连接点来确定自然人的属人法，就是现实选择。此时只需强调惯常居所的事实因素，而不必深究个人的主观意图，否则会与主导的本国法主义发生价值冲突。<sup>[62]</sup>因此，无论是住所地法主义的国家在少

[59] “如果不同种类的冲突法规则采用惯常居所为连接点，那么惯常居所的 actual 含义将会构成一个系谱，从最严格的住所，到最易成立的居所”，参见前引 [57]，D. F. Cavers 文，第 484 页。

[60] 例如在社会保障法领域，一国为降低财政支出，最难成立惯常居所。相反，一国为增加税收和保护儿童，在税收法领域和儿童保护法领域，最易成立惯常居所。

[61] 参见前引 [55]，P. Rogerson 文，第 106 页。

[62] 在大陆法系国家，自从本国法主义兴起之后，住所就越来越趋向事实性概念，与惯常居所已经相差无几。



数情形下采用惯常居所，还是本国法主义的国家在例外情形采用惯常居所，都不会损及各自属人法传统早已确立的精神原则。

#### 四、中国道路之抉择

上文关于本国法主义、住所地法主义以及惯常居所的一般分析，已经可以决定我国属人法方法的道路抉择。我国自清末民初开启法律现代化以来，继受了欧陆和日本的大陆法系传统，属人法自然也依循了大陆法系的本国法主义。本国法主义蕴含的国家主义和民族主义，也与我国国民长期养成的深厚浓烈的家国情怀深相契合。直至20世纪80年代，我国本国法主义似乎并未受到严重挑战。然而，短短二十年之后，我国国际私法学界几乎一边倒地支持住所地法主义，尤其是作为住所地法主义“改进版”的惯常居所原则。2010年涉外民事关系法律适用法顺应学界风潮，明确以经常居所为属人法的基本连接点，本国法主义仅剩微弱的支持声音。<sup>[63]</sup>

我国属人法方法之所以在短短二十年中发生根本变革，原因主要有三：第一，自从20世纪80年代恢复法学学术以来，我国国际私法学界谙熟英语的学者远逾谙熟德语、法语的学者。整个学界更深地领悟了住所地法主义的精义之所在，却与本国法主义日渐隔阂，于是对住所地法主义产生了路径依赖。第二，20世纪中叶以来，本国法主义与其鼎盛时代的20世纪初叶相比，确实呈现了一定程度的衰落之势。我国学界捕捉了这一趋势并将其放大，更由于过分信赖以海牙国际私法会议为代表的国际体制，在缺乏深刻反思与批判的情况下，就开始推崇惯常居所。第三，我国学界普遍认为，国籍反映了国家和个人之间的公法关系，具有过多的政治内涵，而住所尤其是惯常居所构成个人事务和家庭生活的中心，属人法主要关乎私人事务，理应冷却政治激情，放弃本国法主义，直接以惯常居所为连接点。<sup>[64]</sup>

上述三个原因，原因一关乎时代机运，影响巨大，但非学术所能左右。原因二上文已多有剖析，我国国际私法学界如一日缺乏独立自由之批判精神，就一日难以驱除迷信国际体制的崇洋心理。原因三如今几成定论，却有许多似是而非之处尚待辨析。国籍是个人隶属于具体国家的身份标志，确实容有政治内涵和浓厚的公法色彩，但不能先验地认为公法概念就不能成为国际私法的连接点。住所或惯常居所除了作为属人法连接点之外，也广泛运用于福利保障法、社会管理法、税法等公法领域，既是私法概念，也可说是公法概念，却为何不见异议？可见，国籍、住所或惯常居所三者，不管它们在其他法律领域的功能如何，也不管它们是公法概念还是私法概念，何者最能体现属人法律关系的本质，最能满足属人法律适用的需求，就最有资格被择定为属人法的连接点。

属人法律关系一般只涉及自然人法律人格或家庭成员之间的法律关系，是内部型法律关系，有别于以合同、侵权为代表的外部型法律关系。外部型法律关系建立在不特定第三人间的关系的基础之上，其法律适用不涉及个人的精神情感，只要求选择可供外部识别的、确定的连接点。因此，合同、侵权等外部型法律关系需要以属人法连接点作为辅助连接点

[63] 近年我国学界支持本国法主义的论著极少，代表性论文是前引〔29〕，杜涛文，第22页以下。

[64] 代表性论述，参见前引〔4〕，董海洲文。

的,国籍显然不如住所,住所显然不如惯常居所。在注重流通的商事关系中,惯常居所甚至不如更具确定性、更易被外部识别的“实际所在地”。<sup>[65]</sup>但是,属人法律关系不同于陌生人之间的商业关系和物质关系,其虽具有社会的、物质的一面,但更是人与人之间的精神与情感关系。属人法律关系最终应维系于哪国法律,不仅应考察个人与特定国家间的社会联系、物质联系等客观方面,更要考察个人对特定国家的精神依赖或精神向往。

当个人的国籍国与住所国不一致时,本国法主义只好割裂属人法与个人的客观联系,将其合理性全部寄托于主观价值追求。住所地法主义不论在何种情况下,都要求个人与住所地国有最低限度的客观联系,尽管在主观要件充分的前提下,客观联系可以极为微弱。<sup>[66]</sup>从保证自然人与其属人法具有最低限度的客观联系的角度出发,住所地法主义优越于本国法主义,然而这不足以最终论定两种主义何者更优,因为属人法律适用更加注重个人与特定国家间的精神联系。上文关于两者思想基础的分析表明,它们从不同方向表达了个人和国家间的高度精神联系:本国法主义表达了部分人心中的国家主义和民族主义,而住所地法主义则表达了另一部分人心中的个人主义和自由主义。在文化多元和精神自由的今天,我们不应厚此薄彼。

惯常居所与国籍、住所相比,强调个人和特定国家间的客观联系,同时努力剥离两者间的精神联系,意图使个人和特定国家间只剩下赤裸的事实关系,因而散发出浓重的物质气息和商业气息,偏离了属人法律关系及其法律适用的本质。涉外民事关系法律适用法如放弃国籍原则而改用住所原则,无非是开启一次全新的精神追求,从民族主义迈向自由主义,亦无不可,但不幸它偏偏选择了三个连接点中最不宜作为属人法连接点的惯常居所。如前所述,在大陆法系的德国、奥地利等国,惯常居所只是作为属人法的辅助连接点,并不会损及本国法主义的精神追求;在英美法系国家,法官在确定属人法过程中仍然探求居住的主观意图,几乎将惯常居所原则重新导入了住所地法主义。然而在我国,经常居所全面取代了国籍,而非本国法主义的辅助连接点,而且我国并无住所地法主义的传统,难以直接将其导入住所地法主义,因而我国惯常居所原则的弊端或许更大。

一言以蔽之,惯常居所作为属人法连接点的最大弊端,就是割裂了个人与特定国家间的精神联系,销蚀了属人法的精神属性。试想,某外国人因服膺中华文化,举家迁入中国,充分表达了终老于中国的意思,却因刚到中国不久,不满足经常居所的居住时间要求,无法以中国法为其属人法;相反,某中国人多年求学于外国,一心归国报效,却因在外国成立经常居所,其属人法已为外国法。上述两种情形都过分执着于客观事实,以致无法传达个人对属人法的信服和精神依归。

涉外民事关系法律适用法如同海牙公约,对经常居所未作界定。《司法解释(一)》则清醒认识到,经常居所在国内法中根本无法作为一个纯粹事实,必须赋以法律定义,于是

[65] 例如,2001年《联合国国际贸易中应收账款转让公约》第30条第1款规定,受让人是否享有应收账款的权利优先性,适用转让人转让时的实际所在地法。这是为了保护商业流转中受让人的善意和可预见性。此处“实际所在地”的应用只限于高流通的商业关系中,无关属人法律关系的法律适用。我国有学者据此认为“当事人所在地”代表了属人法的发展方向,这犯了以例外代替一般的错误。参见袁发强:《属人法的新发展:当事人所在地法》,《法律科学》2008年第1期。

[66] 这里只就一般住所(选择住所)而言。依据英国法律,自然人与英国从未有实际联系,仍可能从其父辈那里继受原始住所。对此,参见前引[22],Lawrence Collins书,第130页。

其第15条规定：“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”这一规定借鉴了民法通则司法解释和民事诉讼法司法解释关于“经常居住地”的规定，<sup>[67]</sup>与学界对惯常居所的一般理解相比，具有两个中国特色：第一，惯常居所比之住所，强调更长期的居住事实。但在属人法律适用领域，几乎没有他国会如同我国司法解释，如此机械地规定“一年”时间，相反，一般会留待法官综合案件情况加以判断。我国如此片面地追求法律确定性，剥夺了惯常居所概念可以拥有的弹性，不给法官留下丝毫自由裁量的空间，实则更加背离了属人法的精神属性。第二，“但书”中的“就医、劳务派遣、公务等情形”似乎表明，当事人在一国如没有无限居住的意思，就不能成立经常居所。这在一定程度上又重新考虑当事人的主观意图。然而，当事人缺乏无限期居住的意思或只为了有限目的的居住，还有其他许多情形，例如在外国求学、投资、经商、伴读等等，主观状态难以穷尽，远不止“但书”中的三种情形。如果不明确规定主观意图的判断方法，虽有“等”字兜底，“但书”用以判断当事人主观意图的功能就终究有限。

第一个中国特色追求精确的客观事实，第二个中国特色又试图在一定程度上恢复属人法连接点的精神属性，两者事实上发生了矛盾：如果强调当事人的主观意图，当主观意图充分时，何需机械地要求“一年”居住时间？如果重视客观的连续一年的居住时间，当事人既已满足客观条件，何必又去探寻其主观意图？经常居所虽是惯常居所的中国表达，但依据第15条，似乎又偏离了惯常居所强调客观要件的轨道。反之，若要说经常居所已接近住所，但主观要件只限于狭隘的三种情形，总体仍然遮掩不明。因此，在我国《司法解释（一）》中，经常居所似乎介于惯常居所和住所之间。然而这种中间状态会引来更严重的质疑：自然人一般可有两个甚至两个以上的惯常居所，但只能有一个住所，涉外民事关系法律适用法及其司法解释是否允许当事人同时有两个甚至两个以上的经常居所呢？从第15条“连续居住”和“生活中心”的措辞来看，司法解释似乎倾向于认为当事人只应有一个经常居所。这实际上会使经常居所进一步“住所化”。

我国目前久居外国的中国人数，远超久居中国的外国人数，因而适当扩大我国属人法支配范围的政策需求，远逾促进国内族群融合的政策需求。而且，我国对亚非拉发展中国家，近年加大了资本输出和劳务输出，大量中国人奔涌前往，但那些国家的法治发展和人权保护程度还有种种不如人意之处。为保护居住于外国的中国人的基本民事权利，我国法院现阶段还需对内、外国法律进行道德衡量。从这两方面来说，本国法主义似乎更适合当下中国。但是，涉外民事关系法律适用法既已放弃本国法主义，而惯常居所原则并不堪当属人法的第三条道路，因而我们只能采与本国法主义相对立的住所地法主义，将经常居所尽可能地“住所化”，才能在放弃本国法主义的精神价值时，去获取住所地法主义的精神价值。

《司法解释（一）》中的经常居所概念尽管存在内部不谐，但毕竟向“住所化”的方

[67] 参见1988年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第9条、1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第5条。

向迈进了一步，只是程度还远远不够。我国是缺乏住所地法主义传统的国家，民法至今尚未提出健全的住所概念，当下只能依靠学理和司法实践去重塑住所概念。<sup>〔68〕</sup>罗马法传统生发的住所概念，同时包含居住事实的客观要件以及无限期居住意思的主观要件，构成了各国普遍认可的住所制度的核心思想，<sup>〔69〕</sup>也应成为我国重塑住所概念的基础和出发点。同时，鉴于我国国民跨国流动的现实，为迎合这一现实所提出的政策需求，经常居所在迈向住所的方向上，应更多借鉴英国的住所制度，借鉴其强调原始住所和主观意图的保守态度。一个住所位于中国的中国人，在其跨境流动过程中，只要没有充分的放弃中国住所和获取外国住所的主观意图，就不能轻易认定其放弃了中国住所并获得了外国住所。如此才能在张扬住所地法主义的精神价值时，适当扩大我国属人法的支配范围，并有效保障身处异国他乡的中国人的基本民事权利。

---

**Abstract:** In the field of private international law, there has always been an iron curtain standing between the common law and the civil law countries during the past centuries, which is made of nationality principle on one side and domicile principle on the other side. Although each principle tries to promote its spiritual connotations by legally constructing the concept of nationality or domicile, the spiritual foundations of nationality principle may be generalized as nationalism, completion of personality and liberation of spirits, while the pursuit of domicile principle is to grant individual freedom to choose their personal law by choosing their domiciles. Nationality principle is colored by the unilateral approach in its history, with a tendency to enlarge the scope of the forum's personal law, and is favorable to protect the basic civil rights of its citizens. The domicile principle contributes to the equality and consistency of individuals' civil status, and helps to harmonize various ethnic peoples in the same country. Compared with domicile principle, nationality principle is unable to coordinate the whole private international law system.

In China, the fundamental transition from nationality principle to habitual residence as the connecting factor of personal law should be put in the context of the rival and competition between the two principles to understand its implications and to predict its evolving directions. Habitual residence is the result of compromise in international conventions, and has the disadvantages of cutting apart the spiritual connection between individual and a specific country. Considering the trans-border movement of Chinese citizens, the habitual residence in China may well develop towards domicile to pursue the values embodied in domicile principle.

**Key Words:** personal law, nationality principle, domicile principle, habitual residence principle

---

〔68〕 依据我国民法通则第15条，我国公民住所的逻辑起点是“户籍所在地”。对其严重背离民法精神的分析，参见李永军、王伟伟：《民法上的住所制度考》，《政法论坛》2009年第6期。

〔69〕 参见前引〔20〕，E. Rabel书，第151页。