

論國際私法中的慣常居所

劉益燈*

一、慣常居所的含義及構成要素

(一) 慣常居所的含義

“慣常居所” (habitual residence) 作為一個法律概念被接受相對較晚。1956年《撫養兒童義務法律適用公約》、1961年《關於未成年人保護的管轄權和法律適用的公約》等國際公約都採用慣常居所這一概念；1971年《美國承認離婚和別居法》、1972年《加蓬民法典》等各國國內立法也相繼引進慣常居所這一概念。但各國理論和實踐對慣常居所的含義有不同理解。美國法官Lame J.認為：慣常居所類似於居所，但兩者也有重大差別。即“慣常居所”聚焦於“慣常” (habitual) 而非“居所” (residence)。¹而英國法官Lord Bradon認為，應將“慣常居所”這一概念理解為“慣常”和“居所”兩個詞語的通常和自然含義，因為慣常居所的決定是個事實問題，受到案件環境的影響。²可見，他們強調慣常居所的客觀構成要素，即事實和環境。英國學者Dicey和Morris贊同這一觀點，並希望“法院堅持慣常居所形成規則的詳細性和嚴格性，並考慮案件的事實和環境，而不是求助於假設與事先判斷”。³但英國法院認為，不管法律如何規定，所有案件中的慣常居所應該包

* 劉益燈：中南大學法學院講師，武漢大學國際法博士研究生。

¹ See *Cruse v. Chittum* [1974] 2 All E.R.240.

² See *Re M. (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 E.L.R. 887 at P.896.

³ See Clive, Dicey and Morris *Comment on Conflict of Laws*. (12th ed. 1993). § 2.45.

含相同意義，⁴並曾將慣常居所定義為“持續一定期間的經常的事實居所”。⁵顯然，英國法院強調慣常居所的居住持續期間和居住的頻繁性。這一觀點得到美國學者Scoles的支持，他認為“慣常居所意為事實居所，並具有頻繁性和持續性特徵”。⁶也有人認為，慣常居所的含義與住所差不多，只要去掉住所概念中的人為因素，去掉現在對住所中意向因素的強調即可。⁷這一觀點指出了慣常居所和住所兩個概念的重大差別，即主觀意向因素的不同，但並沒有闡釋慣常居所的含義。我國有學者認為：“慣常居所是一個人一段時間內生活的中心和居住的處所”。⁸這一觀點既強調居住的事實期間，又隱含一定程度的主觀意向因素，較為合理地揭示了慣常居所的含義。理解慣常居所這一概念，不僅要考慮不同法律的特殊目的，還要考慮主觀意向因素和客觀構成因素。儘管各國對慣常居所這一概念的理解不盡相同，但其決定因素應該相同，即具有主觀意向因素和一定期間的居住事實。因此，我們認為，國際私法中的慣常居所是指自然人一定期間內在一國經常居住的處所和生活中心。

（二）慣常居所的構成要素

1. 慣常居所的主觀構成要素

慣常居所本身就包含主觀因素，即需要調查自然人的思想狀態，某人一國的慣常居所取決於他在該國停留的“定居意思”和選擇自由，因為爭端的解決並不依賴於單方的慣常居所主張。“慣常”一詞含有“定居意思”，但它具有不確定性，需要法院作為一個客觀觀察者判斷某人是否慣常居住。由於人的思想很難準確感知，使某些事實極其相似的案件因慣常居所主觀因素的不同具有不可預測性。而

⁴ See *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 A.C.562 at P.578.

⁵ See *Morris. Law of Conflict of Laws*. (2nd ed.1984). §4.13.

⁶ See *Eugene F. Scoles & Peter Hay. Conflict of Law*. (2nd ed. 1984). § 4.13.

⁷ 韓德培主編：《國際私法新論》，武漢大學出版社 1997 年版，第 97 頁。

⁸ 黃進主編：《國際私法》，法律出版社 1999 年版，第 185 頁。

管轄權期間的出現可視為慣常居所的主觀因素，因為某人出現與否並不取決於法律規定。理解“居住”一詞，不僅需要某人“出現”於一國，而且需要一個“鑑定期間”（an appreciable time）⁹，即“定居意思”成為“慣常”前所必需的時間。“鑑定期間”的判斷相當困難，尤其是當事人決心未定或思想猶豫時，而法院的判決主要考慮某人的“定居意思”是否充分。當然，“定居意思”可能包括前往一國但並無停留於此的特殊真實願望。

2. 慣常居所的客觀構成要素

客觀因素是指自然人在一國的居住事實，它在判斷慣常居所時至關重要。即使某人在一國並無“定居意思”，或持“等 瞧”態度，只要在該國居住超過法定期間，就視為在該國獲得慣常居所。正如Clive指出，如果某人在管轄權期間出現於一國，僅在此的居住事實就可推翻所有的主觀爭論。¹⁰他論證說，如果某人決心居住別處，但因環境壓力不得不居住於一國，只要他在該國居住一年以上，就可視為獲得慣常居所。¹¹可見，希望離開該國的主觀因素並不能阻止慣常居所的獲得，客觀因素在某些特定情況下就可決定慣常居所，這就增加了案件的確定性，因為客觀事實比“定居意思”更接近實際。如果某人短期居住於一國甚至更多國家，那麼客觀因素就是非決定性因素，許多疑難案例都參考了“定居意思”這一主觀因素。

由此可見，國際私法上的慣常居所是指自然人在一國經常居住的處所，必須具備定居該國的“主觀意思”和一段時間的居住事實兩個構成要素。如果有特殊目的，只要他在一國居住一段時間就可獲得慣

⁹ See *Re J. (A Minor)(Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 A.C.562 at p.578.

¹⁰ [1991] *Jur. Rev.* 307.

¹¹ *M. v. M.*[1997] 2 F.L.R.263 It was found that the family only went to and remained in Scotland after leaving Spain in order to earn enough money to live in England, having lived in Scotland for two years. The propositus was found to have been habitually resident in Scotland notwithstanding that she only went to Scotland reluctantly and never wanted to stay there.

常居所。慣常居所不因他欲離開目前的事實居所而喪失，卻因他離開該國但無意返回而在一天內喪失。

二、慣常居所與平常居所、偶然居所、出現地、住所

(一) 慣常居所和平常居所 (ordinary residence)

國際私法中的慣常居所概念相對較新，而平常居所則歷史悠久。1806年《英國所得稅法》最早採用“平常居所”這一概念，其含義隨法律的發展而不斷演變。回顧平常居所發展的歷史軌跡，可以發現慣常居所的許多線索。平常居所表明某人居住於他自由選擇的某特定地區或國家，開始他的規律生活，無論是暫時、短期還是長期。¹²慣常居所與平常居所的根本區別在於“定居意思”的強弱程度不同，但兩者都有相同的“居住事實”。一方面，“慣常”與“平常”更多的只是語義差異，“慣常”比“平常”更具有長期的前後一致性。¹³另一方面，“居所”暗含某人生活的雙刃——慣常與平常。英國與歐盟的判例法表明，慣常居所、平常居所和絕對居所之間實際上並無差別。但在 *Nessa v. Chief Adjudication officer* 案中，Lord Slynn 法官認為，“慣常居所”需要少量的“鑑定期間”，而“平常居所”並不需要。¹⁴因此，判例的相互矛盾性取決於別的因素，如當事人的家庭情況，遷移原因、居住的時間長度和連續性、穩定的工作事實以及出現於該環境的主觀意思。在 *M.v.M* 案中，上訴法院 Millett LJ 法官認為，平常居所與慣常居所是相同規則，雖然“平常居所”回歸傳統，“慣常居所”日趨時髦，但兩者在實踐中需求相同無任何差別，即居所是慣常與平常的，是自

¹² See M.P. Pilkington. *Illegal Residence And the Acquisition of Domicile of Choice*. *The International and Comparative Law Quarterly*. [OCT. 1984]. Vol. 33. P.890.

¹³ Lane J. In *Cruse v. Chittum* drew a parallel between the acquisition of a habitual residence and domicile of choice to show that ordinary and habitual residence are not the same ([1974] 2 All E.R. 240 at P.243).

¹⁴ Contrast the dissenting judgment of Thorpe L.J. in the Court of Appeal [1998] 2 All E.R. 728. at P.737.

願與定居，或者兼而有之。¹⁵

（二）慣常居所與偶然居所（casual residence）

慣常居所與偶然居所是相對而言的，慣常居所是指一個人經常居住的處所，具備“定居意思”這一主觀因素和“鑑定期間”這一客觀因素。一般來說，居住人與慣常居所聯繫較為密切，在慣常居所居住的時間較長，是主要的工作、生活及社會聯繫中心。偶然居所是指一個人偶然居住的處所，並不具備“定居意思”這一主觀因素。在通常情況下，居住人與偶然居所並無密切聯繫，選擇偶然居所帶有一定的偶然性，居住時間也較短，並不具備一段“鑑定期間”。但當某人無任何慣常居所時，偶然居所也可成為法律選擇的連結因素。

（三）慣常居所與出現地（presence place）

出現地是指自然人身體出現的處所，表示一種短暫狀態，有時也與“久居”等概念連在一起。慣常居所與出現地的根本差別在於“定居意思”的有無。慣常居所必須具備“定居意思”，而出現地則相反，只要具備在一國出現的事實即可。出現地的“鑑定期間”明顯短於慣常居所，有時只需幾天甚至十幾分鐘，例如，甲從A國坐飛機前往B國，在中途停降的C國機場商店逛了十幾分鐘，不管是否購買物品，都視C國為出現地。誠然，在某些特定環境中，出現地可轉為偶然居所或平常居所。普通法系國家（例如英國）的出現地是建立居所的前提，也是稅務當局關於居所的證明。換言之，只要自然人在管轄權期間出現於英國，英國法院就有管轄權。¹⁶

（四）慣常居所與住所（Domicile）

¹⁵ [1997] 2 F.L.R. 263. at P.273. See too Bulter-Sloss LJ's judgment.

¹⁶ See Dicey and Morris. *The Conflict of Laws* (10th ed. 1980). § 3.25.

全世界的住所概念並不統一，普通法系視住所為永久的家，民法法系的多數國家則意為慣常居所。早在140多年前，Lord Cranworth就斷言：“住所意味 永久的家，假如你不理解永久的家，那麼任何出於外國作家或外國語言所作的解釋不會十分有助”。¹⁷從那時起，住所作為“永久的家”已成為普通法的權威性觀點。1907年《瑞士民法典》第23條第1款也規定：以有永久意思居住的處所為住所。《意大利民法典》第43條規定：住所是人的事務和利益的主要所在地。《葡萄牙民法典》第78條規定：人之常居地為住所。儘管存在差異，但兩大法系都認為“住所是一個人以久居的意思而居住的某一處所”。住所必須具備居住“永久意思”，慣常居所則只要求有“定居意思”，兩者的根本區別在於主觀因素的不同。住所和慣常居所的另一區別，在於住所的三種類型：（1）原始住所，即自然人出生時取得的住所，例如，不管自然人為婚生或非婚生子女，其父或母的住所為其住所。（2）選擇住所，是指自然人出生後依久住意思和居住事實而選擇取得的住所，即自然人依法自由獲得的現存處所。（3）法定住所，即自然人依法取得的住所。顯然，慣常居所沒有類型劃分。

美國有關管轄權與法律選擇的法律指引需要類似於住所的領土聯繫，如慣常居所、居住地等。尤其是有關法院管轄權、選舉權或稅收等法律將“慣常居所”等同於“住所”。¹⁸但許多判例並不贊同這一觀點，正如英國法官Lord Donaldson所說：“慣常居所並非帶有特殊含義的藝術性詞語”。¹⁹疑難案件中的慣常居所並不能一眼認定，如果當事人在一國居住不到一年，不明確的主觀因素就會加劇案件的非確定性。各國法律長期接受住所概念，取決於人們思想的傳統回歸和精煉、細微、頻繁而廣泛的司法判決，因為住所趨焦於永久的“定居意思”。某人在他居住的國家更易獲得慣常居所的事實表明了法律對原始住所或“真實的家”的控制。²⁰慣常居所與住所的顯著區別在於判例的處理

¹⁷ See J.A.C. Thomas. *Private International Law*, (2nd ed. 1995). § 3.41.

¹⁸ See Eugence F. Scoles & Peter Hay. *Conflict of Laws*. (2nd ed, 1984). § 4.12.

¹⁹ *Re M. (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 F. L. R. 887.

²⁰ *Nessa v. Chief Adjudication Officer* [1999] 1 W. L. R.1937.

方式和事情的程度不同，如果當事人僅為特殊目的或在某個特定時期居住在一國，就可能妨礙選擇住所的獲得，但並不妨礙慣常居所的成立。

三、慣常居所作為管轄權和法律選擇的連結因素

在國際私法上，兩大法系一直存在本國法與住所地法的尖銳對立，但國籍與住所這兩個連結因素都具有不可彌補的缺陷，不能適應日益增強的經濟全球化趨勢，於是慣常居所應運而生。1955年，海牙《關於解決本國法和住所地法衝突的公約》原則上以住所地法為主要連結因素來協調本國法與住所地法的衝突和矛盾，同時該公約第5條規定：“住所是指某人經常居住的處所，但它並不取決於他人的住所或機關的所在地”。²¹由此可見，該公約使用的住所實際上是慣常居所。儘管該公約因參加國不多而並未生效，但產生了屬人法的一個新原則——慣常居所原則。晚近一些國際私法法典和國際私法公約進一步確定了慣常居所在解決當事人能力方面的地位，例如，1986年《德國關於改革國際私法的立法》第7條規定：“人之權利能力與行為能力適用其所屬國家的法律”。如果當事人有多國國籍或無國籍，或國籍無法確定，那麼適用其慣常居所地法律。1987年《瑞士聯邦國際私法典》第33—35條規定：“除本法另有規定外，住所地的瑞士法院和主管機關對有關屬人法的事項有管轄權，並適用自然人住所地法律。”如果當事人沒有住所，則適用其慣常居所地法。2000年《中國國際私法〈示範法〉》第65條規定：“自然人的行為能力適用其住所地法或慣常居所地法。”1956年《撫養兒童義務法律適用公約》第1條第1款規定：“子女在何種程度上可向何人要求撫養，應依子女慣常居所地法解決。”1965年《收養管轄權、法律適用或判決承認公約》和1961年《關於未成年人保護的管轄權和法律適用的公約》均採用慣常居所作為屬人法的連結因素。1988年海牙《關於死者遺產繼承的公約》發展到以慣常

²¹ 參見韓德培、李雙元主編：《國際私法教學參考資料選編》（上），武漢大學出版社1991年，第447頁。

居所為主要連結因素，同時結合採用國籍和住所的方法，使兩大法系國家更易於接受公約的有關規定。由此可見，擴大慣常居所在屬人法中的地位與作用，有利於解決國籍與住所的衝突，確保國際民商事交往的安全，適應當今社會發展的需要。

慣常居所之所以取代國籍和住所成為法律選擇的連結因素，是因為經濟全球化背景及其自身的優勢所在，它符合國際私法的立法與實踐，適應當代國際社會發展的需要。(1) 隨 經濟全球化趨勢的不斷增強，國際民商事交往日益紛繁複雜，各國的資本、商品和勞動力早已瞄準了國外市場，加之現代交通的發展，文化、思想、觀念的更新，以及戰爭和災害造成的第三世界難民湧入世界各地，加速了國際間人口的流通，原有的住所和國籍所屬國不再成為當事人的生活中心。慣常居所取代國籍和住所成為法律選擇的連結因素，體現屬人法的趨同化走勢。(2) 對住所的認定不僅需要當事人有久住的事實，而且還要查明其主觀意思。加之多重國籍和住所的存在，以及近年來各國立法允許已婚婦女取得獨立的住所和國籍，大大增加了法院的司法負擔，而慣常居所的認定則輕鬆得多。(3) 慣常居所是當事人的生活中心，也多為個人財產所在地，它與當事人的婚姻、家庭、繼承和身份關係有最密切聯繫。當事人的身心成熟狀況、權利能力和行為能力，也與慣常居所地的倫理觀念、道德原則和法律環境密切相關。以慣常居所作為管轄權和法律選擇的連結因素，具有合理性和最密切聯繫性，有利於控制當事人與物，採取有效的司法強制措施，保證法律關係的穩定。因此，它代表屬人法的發展方向。

四、慣常居所的法律衝突及其解決

(一) 慣常居所法律衝突的原因

慣常居所作為管轄權和法律選擇的連結因素，已受到越來越多的國家重視。但由於政治制度、經濟水平、文化傳統、歷史淵源、倫理觀念、法律環境等方面的差異，世界各國關於慣常居所的規定千差萬

別，因而在以慣常居所為連結因素確定管轄權和法律適用的過程中必然產生法律衝突。各國法律關於獲得慣常居所的條件也有不同規定，有些國家由於特殊目的（如公共政策或稅收等），根本不考慮當事人的“定居意思”，認為只要居住一段時間就可獲得慣常居所。當確定案件的管轄權依據時，法院通常僅考慮當事人是否慣常居住於該國，卻不管他是否在別處有慣常居所。因而當事人可能有兩個或兩個以上慣常居所，或者沒有任何慣常居所。在不同情況下，慣常居所的“鑑定期間”也不盡相同。例如，上訴法院的多數法官在 *Nessa v. Chief Adjudication Officer* 案中認為，一天太短而不能成為“鑑定期間”，但並不能解釋多長時間才夠。相反，*Thorpe LJ* 法官認為一天就夠了。²² 在 *Swaddling v. Chief Adjudication Officer* 案中，法官認為居住八周後即可成為慣常居所。²³ 而在 *Res (Custody: Habitual Residence)* 案中，一位回英國的愛爾蘭婦女獲得慣常居所的期間還不到八周。²⁴ 如果某人堅決而明確地表示將居住於某一特定地方，那麼他獲得慣常居所的“鑑定期間”就很短暫，甚至只需幾天。²⁵ 另外一些案例表明，即使某人前往一國沒有真正定居於此的特殊意願，也能獲得慣常居所甚至成為永久的家。例如，在 *Re B (Minors Abduction) (No.2)* 案中，*Re B* 全家來到其母在德國的家並保留其差異，儘管 *Waite J.* 堅持其意願僅僅是“等瞧”，但六個月後德國法院就判決他獲得慣常居所。²⁶ 此外，在特定情況下，即使當事人在一國沒有定居意思，只要他在一定時期內出現，就被視為獲得慣常居所，例如，跨國公司職工的國外居住地被視為慣常居所。我國《最高人民法院關於〈中華人民共和國民法通則〉的司法解釋》規定：“公民離開其住所最後連續居住一年以上的地方，為經常居住地。但住醫院治病的除外。”顯然，在我國獲得慣常居所的“鑑定期間”為一年。因此，慣常居所的鑑定期間對管轄權和法律適用至關重要，各國法律的不同規定極可能造成同一案件當事人慣常居

²² [1998] 2 All E. R. 728.

²³ Case C-90/97, *The Times*, 4 March 1999.

²⁴ [1998] 1 F. L. R. 728.

²⁵ *Re K (Abduction: Consent Forum Conveniens)* [1995] 2 F.L.R.211 at P.25.

²⁶ [1994] 2 F. L. R. P.915.

所的積極衝突或消極衝突，造成不切實際的結果。

（二）慣常居所法律衝突的解決

1. 慣常居所積極衝突的解決

慣常居所的積極衝突是指一個人同時具有兩個或兩個以上的慣常居所。²⁷正如Beaumont和McE Leavey指出，沒有理由不承認多個慣常居所。²⁸各國一般都根據具體情況解決慣常居所的積極衝突：（1）以法院地國的慣常居所為準。當事人所具有的兩個或兩個以上慣常居所中如果有一個在法院地國，另一個或幾個在外國，一般以法院地國的慣常居所為準，即以法院地法為其慣常居所地法。例如，英國法院一旦確定當事人在英國有慣常居所，英國法院對該案就有管轄權，並且只適用英國法，即法院地法。（2）以與當事人有最密切聯繫的慣常居所為準。如果當事人的多個慣常居所都在外國且屬同時取得，則以與他有最密切聯繫的慣常居所為準，例如當事人的主要財產所在地或主要事務所在地等。（3）以最後取得的慣常居所為準。如果當事人先後在不同外國取得兩個或兩個以上的慣常居所，或先後在內國取得多個慣常居所，一般以當事人最後取得的慣常居所為準，因為它反映了當事人最近的“定居意思”。

2. 慣常居所消極衝突的解決

慣常居所的消極衝突，是指一個人無任何慣常居所（通常失去慣常居所比獲得慣常居所更容易）。對於這種衝突的解決，各國實踐並不一致，主要有如下作法：（1）以平常居所替代。當事人沒有任何慣常

²⁷ 參見黃進等著：《澳門國際私法中的國籍、住所和慣常居所》，載《政法論壇》，1997年第4期。

²⁸ See Beaumont and McE Leavey. Hague Convention On International Child Abduction. P.90-91.

居所時，英美法系國家的法院更多地考慮其平常居所，尤其是一些兒童監護或稅收案例。例如：在Commissioners of Inland Revenue v. Lysaght案中，法官發現納稅者在聯合王國有平常居所。Lysaght賣掉他在英格蘭的家，大部分時間住在愛爾蘭，每月通常有一周時間返回英國，住在旅館裏。該案的法院地為平常居所所在地。²⁹（2）以補充性連結點替代。如果當事人既無任何慣常居所，又無平常居所，一般應採用補充性連結點，以偶然居所替代，不能確定偶然居所的，以出現地替代，有多個出現地而不能確定時，則以其所在地替代。

五、結束語

各國國際私法雖千差萬別，各具特色，但在經濟全球化潮流中逐漸融通，求同存異。協調兩大法系長期的對立局面，解決本國法與住所地法的矛盾，形成統一的屬人法，一直是國際社會的目標所在。慣常居所是個中間概念，是國籍與住所這兩個相互衝突概念間的一個妥協，它不僅大量用於國內立法，而且用於改革國際私法的一些海牙公約中，甚至廣泛用於歐盟會議，例如歐盟委員會提議《關於民事案件的管轄權和判決執行的公約》用慣常居所替代住所。³⁰慣常居所成為法院管轄權和法律選擇的連結因素（特別婚姻關係和兒童監護案件），慣常居所也與稅收事項和社會保險息息相關。慣常居所可以決定消費合同的法律適用，消費者往往會受到其慣常居所地強制性規則的保護。但採用慣常居所作為管轄權和法律選擇的連結因素也存在不可克服的弊端，甚至與管轄權目的相反，容易產生慣常居所的積極衝突或消極衝突。規則的靈活性也不適合確定預期很重要的法律選擇，法院由於自身利益而忽視法律的背景聯繫並採用慣常居所的單一含義，使某些案例的結果受到質疑。慣常居所是否等同於住所？平常居所能否同化為慣常居所？是否應該統一慣常居所的“鑑定期間”？怎樣制定一部有關統一慣常居所的國際公約？各國及其法院不得不慎重考慮此類問

²⁹ Ex P. Shah [1928] A. C.234.

³⁰ Council Act 22 Dec.1997 (O.J.1998 C33/20 31.1.98).

題。然而，由於各國政治制度、經濟水平、文化傳統、倫理道德等方面的差異，國際社會的努力不能一蹴而就。從發展的觀點來看，從慣常居所原則為主，國籍、住所原則為輔的綜合確定屬人法的方法仍是今後屬人法趨同化的方向。當考慮每一案件的管轄權和法律適用時，明確接受並在內心蘊含慣常居所的理念，最終達成有關統一慣常居所的國際公約，將成為屬人法趨同化的必然走勢。