现时利益重心地是惯常居所地法原则的价值导向

刘仁山*

内容提要：惯常居所的界定是我国涉外民事关系法律适用法实施中的重要问题之一。各国立法和相关国际条约对惯常居所一般均无明确界定，其认定主要依靠法院的自由裁量，因个案而异。为避免法院因自由裁量而导致属人法适用的非确定性，应探寻并遵从惯常居所地法原则的价值导向，即对当事人现时利益重心予以关注。确定当事人的惯常居所时要对与当事人有关的各种利益进行考量，确定其现时利益重心地之所属法域，进而明确当事人与特定法域的联系。研究欧美主要国家关于惯常居所界定的实践并揭示惯常居所地法原则的价值导向，对实施我国法律具有重要启示。

关键词：属人法原则　惯常居所　现时利益重心地　涉外民事关系法律适用法

涉及自然人能力及身份关系的问题一般适用其属人法。自中世纪以来，在自然人属人法上，大致形成了住所地法原则和国籍法原则，而二者间的对立所产生的影响法律适用的各类问题则一直困扰着各国的国际私法立法及实践。晚近国际私法的理论及实践表明，伴随自然人流动性的增强，作为国籍和住所的折衷产物，惯常居所（habitual residence）已广为各国采用为属人法的连结点，即对于自然人能力及身份关系问题适用当事人惯常居所地法律。惯常居所地法原则也因而成为属人法的一项重要原则。

如同住所和国籍一样，惯常居所的功能也是用以确定特定民事法律关系主体与某一法域的客观联系，从而解决属人法的适用问题。但对何为当事人的惯常居所各国立法上往往并无明确界定。惯常居所一词在海牙国际私法公约体系中有着非常重要的地位，但迄今为止，所有海牙公约均未对其作出明确规定。即使在有相关判例规则可供援引的部分普通法系国家，法官对判例规则的遵守也仅仅是原则性的，所侧重考虑的因素往往因个案而异。

* 中南财经政法大学教授。

本文系作者主持的2011年度国家社科基金重点项目“《涉外民事关系法律适用法》实施问题研究”（编号：11AFX016）阶段性成果之一。

亦即对惯常居所的界定，一般要依赖于法官的自由裁量。

我国涉外民事关系法律适用法虽然已将经常居所作为自然人属人法的首要或主要连结点，但与其他将惯常居所作为属人法主要连结点国家的立法一样，该法也未对其作出明确界定。最高人民法院新近颁布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》的第15条对经常居所作出了规定（下文简称“《司法解释（一）》第15条”），[1]为法院在具体实践中确定当事人经常居所提供了初步依据。尽管该规定有助于提高法院在判定经常居所问题上的确定性，但对某些具体案件而言，它是否会成为一条导致僵化和机械结果的技术性规则？进而，是否有必要赋予法官一定的自由裁量权？法官的自由裁量权应在秉持何种认识的前提下行使？这些都值得认真研究。

为此，本文拟基于对部分国家的法官在适用其国内法或实施国际条约法中关于惯常居所地法实践的考察，揭示该原则所蕴含的价值导向，以期对我国涉外民事关系法律适用法中经常居所规定的实施有所启示和借鉴。

一、惯常居所界定的国内法实践——以英美两国为例

作为复合法域国家，英国和美国具有产生民商事法律冲突的天然土壤。在包括惯常居所在内的属人法连结点界定问题上，两国均有较为成熟的实践，具有一定代表性。[2]在海牙国际私法会议以惯常居所作为属人法首要连结点方面，两国所起的推动作用也是人所共知的。这些都是本文探讨两国相应实践的原因。

（一）英国的实践

英国关于惯常居所的确定依据源于斯卡曼（Scarman）法官在沙诉巴尼特（Shah and others v. Barnet LBC）案（以下简称“巴尼特案”）中的阐释。[3]本文称之为“斯卡曼规则”。

在“巴尼特案”中，斯卡曼法官指出，一个人的居所在某一特定地区或国家，该地区或国家应是其自愿选择的、并抱有定居之目的而将该地作为其生活一般秩序的或长或短的持续居住地。当事人临时或偶然离开该居所，即使这种离开持续较长期间，也不影响当事人在该地获得惯常居所。尽管该判决涉及的是普通居所而不是惯常居所，且案件的实体问题是与公法有关的授予学生津贴问题，但是随后一系列判例均明确重申，这两个概念并无明显区别。[4]而在其后的伊科米诉伊科米案（Ikimi v. Ikimi）中，上诉法院更是直接指出，在家庭法领域，这两个术语必须具有同一含义。[5]因此，根据斯卡曼法官的陈述，英国法

〔1〕 该条规定：“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经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

〔2〕 英美两国是普通法系中的代表性国家。在惯常居所的司法实践上，尽管加拿大和澳大利亚等国也有大量实践，但总体上与英美两国的做法一致。这是本文选取英美两国作为阐述对象的原因。

〔3〕 See P. Stone, *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*, 29 Anglo-Am. L. Rev. 347 (2000).

〔4〕 Scarman 法官的界定对普通居所和惯常居所都适用，特别是在两者自然、一般和平常的适用意义上。除非成文法有另外的要求。

〔5〕 [2002] Fam. 72.

中的惯常居所有两方面的构成要件：一是居住（定居）的意图，二是实际居住的时间与事实。此即“斯卡曼规则”的主要内容。它基本上明确了英国法中惯常居所的构成要件，并为之后的一系列判例所接受。

值得注意的是，英国随后的司法实践却表明，法院虽然遵循“斯卡曼规则”所要求的居住意图与居住的时间和事实之要件，但是在具体案件中对两者的侧重又有所不同。简言之，英国法院确定惯常居所的实践是在“斯卡曼规则”限度内法官的自由裁量。

在部分案件中，法院侧重于考虑当事人的居住意图。如格兰特案（Ex parte Grant）中，哈里森（Harrison）法官判定，一个旅行者因其祖国发生革命而不能返回该国，则其并未在避难国取得一个惯常居所。理由是当事人在避难国虽然有足够的居住事实，但并未形成在避难国持续居住之意图。[6] 1993 年的一个判例进一步表明法院对居住意图的重视。该案中，一位母亲到某一地区短暂访亲，但随后因病滞留该地而未能返回其惯常居所地，英格兰法院判定其惯常居所并未改变。法官认为，当事人具有返回其惯常居所之主观意图。[7] 而在另一个案例中，法院尽量降低实际居住时间的要求。法官认为，只要当事人有足够的定居意图，一个月的实际居住也是可以被接受的。[8]

英国法院确定当事人居住意图时所权衡的因素较为宽泛。除因旅行、访亲等临时性居住不能够成为确定当事人居住意图的依据外，教育、经营或者职业、雇佣、健康、家庭或仅仅是恋爱都可能成为法院确定当事人定居意图的依据。[9] 斯卡曼法官在前述“巴尼特案”案中也指出，当事人居住的意图可以是唯一的，也可以是多个的；可以是具体的，也可以是抽象的。而法律唯一要求的就是当事人必须存在一个定居意图。当然，这并不是要求当事人必须具有在某地无限期定居的意图，这种意图可以是短时间居住。[10]

而在另一部分案件中，法院侧重于考虑的是当事人居住的时间和事实。如在 Re J 案中，布兰登（Brandon）法官强调的只是实际居住的期间。他指出，当事人要在一国取得惯常居所，必须在该国实际居住一段合理的期间。因此，不论其意图如何，一个人移居到另一个国家或者返回其原籍国，都不能在其到达时在该国自动取得惯常居所。[11] 值得注意的是，在具体个案中，法院往往将当事人居住的期间与当事人的意图结合起来考虑：如果实际居住的期间少于一年，在判定能否取得惯常居所过程中其定居意图就至关重要；[12] 如果实际居住时间较长（至少长于一年），则定居意图的重要性就大为降低。[13] 此外，对实际居住的时间要求往往因法律背景的不同而不同，例如有关税务的诉讼中对实际居住期间的要求，就要低于社会保障中的要求。[14]

上述实践表明，在惯常居所的确定上，自“斯卡曼规则”确立后，尽管英国在实践中

〔6〕 参见前引〔3〕，Stone 文，第 354 页。
〔7〕 [1993] 2 FLR 124.
〔8〕 [1992] 1 FLR 548 (CA).
〔9〕 前引〔3〕，Stone 文，第 355 页。
〔10〕 [1983] 2 AC 309.
〔11〕 [1990] 2 AC 562.
〔12〕 See Re J Case, [1990] 2AC 562.
〔13〕 See Nessa v Chief Adjudication Officer and another, [1999] 1 WLR 1937.
〔14〕 P. Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, 49 Int'l & Comp. L. Q. 96 (2000).

积累了相当数量的相关判例，但在如何判定当事人的居住意图与持续居住的具体期限等问题上，法院并没有形成统一的规则。法院在斯卡曼法官所确立的两条基本规则内摇摆，时而强调当事人居住的意图，时而强调的是当事人居住的时间和事实。即使在当事人居住的意图以及居住时间和事实的判定上，法院所考量的侧重点也往往因个案而有所不同。但法官的这种自由裁量又始终是以当事人的现时利益为指引的：一方面，于特定案件中侧重考虑居住意图，这是对当事人意思自治的尊重，即当事人在其主观上所认为的惯常居所一般是符合其自身利益要求的；另一方面，在相关案件中凸显居住的时间和事实的重要性，则是将当事人与某一地域的社会联系程度通过客观事实加以反映，以便准确地确定当事人的利益集聚地。

法院对当事人相关利益的高度关注，更表现在对自然人非法居住能否取得惯常居所问题的处理上。尽管斯卡曼法官认为，除涉及税法事项以外，当事人若在某地居住违反了其移民法的规定，就不得藉此事实来获得惯常居所。但这种观点遭到了英国学者的强烈反对，原因在于自然人违反移民法只应接受公法的制裁，而不应导致国际私法上权利的扭曲。〔15〕实践中，同属普通法系的澳大利亚法院在相关判例中则宣称，为实现相关公约之目的，一个人即使是通过非法移民的行为，也仍然能够取得一个惯常居所。〔16〕显然，这种确定惯常居所的做法是对当事人私法利益的尊重。

而对未成年人惯常居所的确定，法院却始终对儿童的生活稳定和健康成长等关涉儿童切身利益的事项予以特别关注。法院有时并未过多考虑监护人的定居意图，而侧重于监护人在居留地生活的稳定性。〔17〕在儿童的监护人存有不同居留意图时，如为学习或工作之目的而居留、〔18〕因军事服务或其他雇佣目的而居留时，〔19〕法院也将儿童对居住地生活环境的适应作为最为重要的考虑因素来确定儿童的惯常居所。

总之，英国法院之所以在不同案件中执行“斯卡曼规则”时所衡量的因素之侧重有所不同，目的就是要通过确定特定情况下当事人的利益重心地与特定法域之间的联系来确定当事人惯常居所。

---

〔15〕 斯通（P. Stone）教授认为，贝克（Baker）法官所审理的帕蒂克诉总检察长（Puttick v. Attorney-General）案并不能令人满意。该案中，贝克法官因当事人的非法居住而否决了其在英国获得惯常居所之可能。斯通建议，英国法院在该问题上应采取下文所述的澳大利亚法院的做法。参见前引〔3〕，Stone 文，第 353 页。

〔16〕 (1995) 19 Fain L. R. 474 (Family Court of Australia). 该案涉及儿童非法移民入境的情形。审理该案的澳大利亚法官凯（Kay）在判决中认定，儿童违反移民法入境并不影响其获得一个惯常居所。

〔17〕 [1997] 2 FLR 263 (CA). 该案上诉法院认为，尽管妻子来到英格兰是经过深思熟虑的，而且她还在英格兰支付债务、找到工作并居住在英格兰，但是定居的意图是从居所的客观特性推断出来的。该案的基本案情为丈夫从英国的军队退役后，在苏格兰设立了一个“家”(home)。他们在苏格兰有居所、丈夫有固定的工作、妻子有兼职并且孩子在该地上学。在苏格兰居住两年后，妻子将孩子诱拐到英格兰。因而，法院最终判定孩子的惯常居所仍在苏格兰。

〔18〕 [1994] Fain 70. 该案中，一对以色列夫妇携子到英格兰的南安普顿大学进行为期一年或两年的科学研究，但在英国期间他们的婚姻破裂，妻子拒绝将孩子送返以色列。为了使孩子能够依据 1980 年海牙《儿童诱拐公约》返还，沃尔（Wall）法官认为，丈夫和孩子的惯常居所仍然在以色列。理由是当事人因为学习或工作之目的在英国只住了不足两年时间，视为当事人只是暂时离开他们的惯常居所。

〔19〕 [1996] 1 WLR 25. 该案中，一个美国军人被委派到英国达五年，期间他和一个英国妇女结婚，随后夫妇俩到冰岛，在那里居住两年后，妻子将孩子转移到英格兰。卡扎利特（Cazalet）法官认为该家庭相继惯常居住于英格兰和冰岛。理由是，以军事服务或其他雇佣为目的，离开其原来居所在另一地区居住达三年以上的，可以获得一个新的惯常居所。

（二）美国的实践

现有资料表明，对惯常居所的确定，美国也主要依赖于法官的自由裁量。1993 年之前，联邦法院的相关判例如 1948 年的谢勒诉谢勒（Sherrer v. Sherrer）案（以下简称“谢勒案”）很能说明问题。[20]

该案中，佛罗里达州法院认定在该州居住仅三个月的玛格丽特（Margaret）在该州取得住所，从而拥有对她所提起的离婚诉讼的管辖权，联邦最高法院也最终认定她在佛罗里达州获得住所。该案虽然主要是离婚案件的管辖权问题，但案件涉及到住所认定，实际上是要一州法院承认外州法院对惯常居所的认定。显然，美国联邦最高法院在该案中对惯常居所的界定，更多地是以当事人婚姻关系的稳定性为着力点，而并没有过多地关注当事人客观居住的事实。

但在高丁诉雷米斯（Gaudin v. Remis）案中[21]，联邦第九巡回法院并未遵从“谢勒案”的规则。该案中高丁夫人虽然在夏威夷购买了房屋并居住达两年之久，但法院认为，不能仅仅凭她移居到某地并宣称该地成为其新居所即获得惯常居所。[22] 尽管法院并不能确定高丁夫人意图返回加拿大居住的声明是否属实，但以其目前所持的临时工作签证无法在夏威夷获得一个固定居所，进而认为高丁夫人不能成为夏威夷居民，并由此判定她未在夏威夷获得惯常居所。本案中法院认定惯常居所时，并未深究当事人的居住意图，而是将当事人所持的工作签证这一客观事实作为确定惯常居所的重要考虑因素。

上述实践表明，法院在确定当事人惯常居所的过程中，虽然总体上是从当事人的居住意图和居住事实两个方面来考虑的，但据以权衡居住意图和居住事实的因素也是因案而异的，如在“谢勒案”中对立法目的的考虑，在“高丁诉雷米斯案”中对当事人持有的工作签证的考虑。为了应对各法院在惯常居所确定标准上的差异，美国学者中也有人提出应由最高法院来解决这一问题，以实现判决结果的可预见性，[23] 但迄今为止，美国还没有这方面的统一标准。这说明，惯常居所不应依类似于法定居所或普通法的住所等技术性规则来决定，而应当依据个案的事实和环境来确定。[24] 法院对惯常居所的判定，主要是通过法官在具体案件中对多种因素的权衡而实现。但无论法院如何自由裁量，都始终是以确定当事人与特定法域的联系为目的，并以确定当事人的现时利益之重心为出发点的。

---

〔20〕 Sherrer v. Sherrer, 334 U. S. 343 (1948). 该案中，原告人玛格丽特声称其在需要度假而移居佛罗里达州之前，她和爱德华（Edward）在马萨诸塞州结婚并在该州生活了 14 年，玛格丽特在佛罗里达州生活 3 个月后，提起了其与爱德华的离婚诉讼。佛罗里达州法院认定玛格丽特在该州取得住所，进而判定佛罗里达州法院对该离婚诉讼拥有管辖权。几个月后，玛格丽特在佛罗里达州再婚之后返回马萨诸塞州，爱德华在马萨诸塞州法院起诉，要求法院判定其与玛格丽特之间的离婚判决无效。审理案件的马萨诸塞州法院认定，玛格丽特并未在佛罗里达州取得住所，故佛罗里达州法院作出的离婚判决无效。随后，该案上诉至美国联邦最高法院。最高法院认为，应运用充分诚信原则来承认外州的离婚判决，最后判定玛格丽特在佛罗里达州获得住所，佛罗里达州法院对于玛格丽特与爱德华的离婚诉讼拥有管辖权。

〔21〕 Gaudin, 379 F. 3d at 635. 该案中，高丁夫人是加拿大人，在夏威夷生活了数年，将其所有的财产都转移至夏威夷，在加拿大没有任何财产。高丁夫人于 2001 年 5 月在夏威夷购买了自家的住房，自 2003 年 3 月起，就与其丈夫居住在该房屋内。根据上述事实，法院认为，高丁夫人虽然在夏威夷生活了相当长的一段时间（大约为 2 年），且在夏威夷拥有住房并结婚，但因其只有临时性工作签证而不能在这里获得惯常居所。

〔22〕 同上引案例，第 637 页。

〔23〕 Gadi Zohar, *Habitual Residence: An Alternative to the Common Law Concept of Domicile?*, 9 Whittier J. Child. & Fam. Advoc. 203 – 204 (2009 – 2010).

〔24〕 Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d at 1401 – 1402.

二、惯常居所界定的国际法实践
——以海牙条约和欧盟的条例为例

惯常居所被广泛采纳为属人法的主要连结点与海牙国际私法会议及欧盟的推动紧密相关。它最初只是海牙公约中属人法的辅助性连结点，晚近逐步成为主要连结点，在弱者保护及与婚姻家庭事项相关的条约中尤为明显。[25] 但海牙公约无一例外地均未对惯常居所进行任何明确的界定。尽管自1951年以来，无论是相关海牙公约的起草委员会，还是各届海牙会议的代表，都反复要求对惯常居所进行界定，但拒绝的观点一直占据上风。[26] 其中的代表如德温特（De Winter）教授认为，法院在事实性信息和常识的指引下，可以有更多的自由来决定当事人在某一国内是否保有惯常居所。[27]

作为一个特殊的国际组织，欧盟在惯常居所地法原则上的推动作用甚为显著。2003年欧盟通过了《关于婚姻和父母责任事项的管辖权和判决的承认与执行条例》（以下简称“《布鲁塞尔Ⅱbis》”）。惯常居所不仅是这一条例中案件管辖权的主要连结点，而且也是欧盟《儿童诱拐条例》救济措施的基础。

以上就是本文选择二者作为研究惯常居所实践对象的缘由。

（一）海牙条约中的惯常居所及成员方的实践

无论是从公约规范的民事主体来看，还是从公约的实施来看，1980年海牙《国际诱拐儿童民事事项的公约》（以下简称“《儿童诱拐公约》”）和2000年《成年人国际保护公约》的代表性都是不言而喻的。这两个公约均以惯常居所作为属人法首要连结点却未对其作出明确界定，因此，惯常居所的界定就成为公约实施的关键。

1．1980年《儿童诱拐公约》的实践

《儿童诱拐公约》的主要目的是迅速恢复儿童被诱拐前的状态，保护儿童免遭非法迁移或滞留带来的伤害，为此公约确立了将非法滞留或离开其惯常居所的儿童迅速返还的程序。儿童的惯常居所在公约中的地位就显得尤为重要。在实施公约过程中，各国司法机关对惯常居所的界定形成了不统一的判定方法。

美国为实施《儿童诱拐公约》而制定了2008年《儿童诱拐救助法案》，但不仅没有关于惯常居所的成文性规定，而且法院在不同案件中对惯常居所的界定也是彼此歧异的。美国第三巡回法院审理的两个典型案例，可以反映出美国在这一问题上的实践。

---

〔25〕 1956年第八届海牙国际私法会议通过的《儿童抚养义务法律适用公约》首次将惯常居所作为属人法连结点，1961年《关于未成年人保护的管辖权和法律适用的公约》将未成年人的惯常居所作为其选法规则的重要连结点，而在1965年《收养管辖权、法律适用或判决承认公约》和1970年《关于承认离婚与司法别居的公约》中，惯常居所开始代替国籍和住所而成为主要连结点。此后，海牙国际私法会议通过有关婚姻、家庭、继承等涉及自然人身份性质的一系列公约，诸如1973年《关于扶养义务法律适用的海牙公约》、1978年《夫妻财产制法律适用公约》、1988年《死者遗产继承法律适用公约》、2000年《关于成年人国际保护公约》等，均将惯常居所作为属人法上的首选连结点。

〔26〕 See L. I. De Winter, *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*, 128 Recueil Des Cours 428 (1969).

〔27〕 同上。

在费德诉伊万斯—费德（Feder v. Evans-Feder）案（以下简称“费德案”）中[28]，法院最终判定儿童的惯常居所在澳大利亚。该案中，法院认为儿童的惯常居所应是其实际居住达足够时间且适应该环境的地方。从儿童方面考虑，他必须对该地有定居的意图，而此种意图可以从父母在澳大利亚共同的定居意图中推知。[29]

在最近的卡凯勒诉科娃库克（Karkkainen v. Kovalchuk）案（以下简称“卡凯勒案”）中，法院进一步提炼和明确了儿童惯常居所的判定方法，判定儿童的惯常居所在美国。法院认为，案件中该儿童的经历已经表明其对美国生活的适应和对芬兰生活的抛弃。更为重要的是，儿童父母最初的共同意愿是同意其在美国生活以便其尽快适应环境。[30] 法院对自己确定惯常居所的方法作了详细阐述：首先，考虑儿童在其转移或容留之前，是否在某一国取得“家”。而衡量儿童对环境的适应和定居的意图，必须考虑儿童的经历及其与生活环境的联系。其次，需考虑儿童是否在某地已经牢固扎根，以至于返还是否会导致儿童与其家庭和社会环境的分离。最后，考虑《儿童诱拐公约》规定的一些特殊因素，如对环境适应的表现、儿童自己定居的意图，包括上学校、参加社会活动等。[31]

除美国以外，《儿童诱拐公约》其他成员方在实践中也形成了认定惯常居所的做法，大致有以下三种：

一是以未成年人对环境的适应、父母的共同意图以及父母对环境的适应作为考量因素。该做法以英格兰为代表。在贝特（In re Bates）案中，英格兰法院并非仅仅单方面地考虑儿童一方或父母一方，而是全面地考察了判定儿童惯常居所中所有可能会被考虑的因素，最终判定儿童的惯常居所仍在美国。[32]

二是以未成年人对环境的适应、父母的共同意图作为考量因素。该做法以澳大利亚、苏格兰为代表。在澳大利亚法院审理的库伯诉凯西（Cooper v. Casey）案中，法院考虑了儿童出生于美国并在美国生活过的事实，也考虑了其父母的共同意愿以及将来在美国求学的事实，但法院未考虑父母对环境的适应问题，最终判定儿童的惯常居所位于美国。[33] 在苏格兰法院审理的迪克森诉迪克森（Dickson v. Dickson）案中，一男婴被其父亲从澳大利亚带到英格兰，法院考虑了儿童在被转移之前的生活经历，也考虑了父母的共同意图，但法院未对父母对环境的适应因素进行考虑，最终判定儿童的惯常居所在英格兰。[34] 上述实践表

---

〔28〕 本案中，一对美国夫妇带着他们三岁的孩子从美国搬到悉尼，因为丈夫在此谋到了一个银行工作的职位。他们随后卖掉了在美国的住宅和其他一些物品，在澳大利亚购买房屋并对其进行装修。在澳大利亚，孩子上幼儿学校，妻子则接受在澳大利亚歌剧公司的一个角色。六个月后，妻子和孩子到美国宾夕法尼亚州探亲，意图在美国永久居住而不再返回澳大利亚，丈夫随后在澳大利亚依据《儿童诱拐公约》要求返还孩子。

〔29〕 63 F. 3d 217 (3d Cir. 1995).

〔30〕 Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F. 3d at 285 – 287.

〔31〕 同上引案例，第 291 页。

〔32〕 该案中，一个两岁半的儿童被保姆根据孩子父亲的指示从美国转移到英格兰，而该儿童由于父亲工作的原因，四处流动并无固定居所。在该转移发生前，儿童父母的共同意图是在父亲旅行（工作）期间，儿童仍应留在美国。在事实方面，儿童的父母已经在纽约作出有关该儿童居住和照料的安排。(1989) CA 122/89, slip op. (High Ct. of Justice, Fam. Div., Royal Cts. of Justice) (U. K.).

〔33〕 该案中，两名儿童出生在澳大利亚，在年满 5 岁和 2 岁时随母从美国迁移到澳大利亚。在监护争议发生前，该两名儿童已分别在美国和澳大利亚生活 2 年和 1 年。该儿童的父母曾有将美国作为孩子永久性家的共同意图。[1995] 18 Fam. L. R. 433 (Austl.).

〔34〕 [1990] Sc. L. R. 692 (Sess.) (Scot.).

明，尽管澳大利亚和苏格兰的法院在儿童对环境的适应问题上作了充分考量，但法院均未将父母对环境的适应作为考虑因素。

三是既不考虑父母的共同意图，也不考虑父母对环境的适应情况，而仅考虑儿童对环境的适应性。该做法以阿根廷、瑞典和意大利等国为代表。在阿根廷法院审理的威尔纳诉奥斯瓦尔德（Wilner，Eduardo Mario v. Osswald，Maria Gbriela）案中[35]，瑞典法院审理的约翰逊诉约翰逊（Johnson v. Johnson）案中[36]，以及英格兰法院审理的罗奇福德诉罗奇福德（Rochford v. Rochford）案中[37]，三国法院均既未考虑父母的共同意图也未考虑父母对环境的适应，而仅以儿童对环境的适应作为确定惯常居所的依据。

特别要提及的是，欧盟最近的判例（In re：A. 2009 C-523/07）也可归为此类。欧洲法院检察官认为，应当以居住事实为准来确定儿童的惯常居所，但不应该有严格的期间限制。儿童与家庭和社会之间的关系，例如儿童与学校和朋友的关系、课余活动、语言等，也是确定儿童惯常居所的重要因素。法官必须全面考虑上述因素。[38] 虽然该检察官的观点并不具备法律上的拘束力，但法院最终采纳了其意见。

通过上述介绍，我们可以看出，尽管各国司法实践中确定未成年人惯常居所的标准有所不同，但大致将子女对环境的适应、父母的共同意图以及父母对环境的适应作为主要考量因素，所不同的只是各国有不同的侧重点。也正因此，对未成年人惯常居所的确定形成了两种截然不同的做法。一是将未成年人的惯常居所与成年人的惯常居所一并考虑。如上述英格兰、苏格兰和澳大利亚以及美国法院在“费德案”中的做法就是如此。二是将未成年人惯常居所的确定作为一个单独问题考虑。如上述阿根廷、瑞典和意大利等国以及美国法院在“卡凯勒案”中的做法。但无论何种做法，都是以对儿童利益作为分析判定之基础的。

首先，上述做法既要考虑未成年人的事实性生活环境，又要考虑其父母（或其他监护人）的定居意图，[39] 尤其是要衡量与未成年人生活环境有关的客观性事实状况，以在最大程度上确保其健康成长，只是侧重点不同而已。

其次，上述实践均没有用纯粹建立在事实基础之上的标准来判定惯常居所，其目的是

---

〔35〕 该案中，一名出生在加拿大的 4 岁儿童随母亲由加拿大迁移到阿根廷，后产生该儿童的惯常居所在加拿大或阿根廷的问题。阿根廷法院考虑的是该儿童对加拿大的适应性。[Fallos]（1995-318-1269）（Arg.）.

〔36〕 该案中，一名出生于瑞典并在那生活了约两年的儿童，其后轮流跟随在纽约的母亲和在华盛顿的父亲共生活约两年，6 岁时被其母亲容留在瑞典。该儿童的父母约定其 18 岁前在瑞典总共生活 8 年，在美国生活 4 年。[Supreme Administrative Court] 1996-05-09（Swed.）.

〔37〕 该案中，一名出生在英格兰的儿童 5 岁时被其母亲由英格兰迁移到意大利，该儿童在被迁移前一直生活在英格兰，而且其只会说英语而不会说意大利语。Juvenile Court of Rome，07 jan. 1999，n. 2450/98 E（Italy）.

〔38〕 See In re：A. 2009 C-523/07. 该案缘起监护权争议，争讼双方分别为母亲和芬兰儿童福利署。该案涉讼三名儿童自 2001 年起一直与母亲和继父生活在瑞典。2005 年夏天，他们随父母在芬兰度假，并在该期间（2005 年 10 月）向芬兰政府提出安置申请，芬兰社会福利部门遂将他们安置在儿童福利中心。三名儿童的母亲因此起诉芬兰社会福利机关，一审败诉。芬兰上诉法院就儿童惯常居所的确定等若干问题请求欧洲法院发表意见，检察官遂发表了上述意见。

〔39〕 当然，也有学者认为儿童的意图也应当属于判定儿童的惯常居所的考虑因素。因为年龄稍大的儿童完全可以形成自己的定居意图。在 Karkkainen v. Kovalchuk 案中，一个 11 岁大的女儿就可以选择是跟随父亲在美国生活，还是和母亲在芬兰生活。最终她选择了前者，法院对这一因素也予以了考虑。See Karkkainen v. Kovalchuk，445 F. 3d at 285 – 287. 在 Feder v. Evans-Feder 案中，法官考虑了儿童的定居意图。See 63 F. 3d 217（3d Cir. 1995）.

要避免事实性因素过多而产生武断结果。法院在尽量扩大所考虑的事实因素范围，诸如父母的状况包括经济条件、健康状况、因移民影响父母子女关系的可能性，等等。各法院正是通过对这些客观事实性因素的考虑，尽量使惯常居所认定的不确定性得以降低。

再次，上述做法均强调家庭的稳定和社会环境对儿童成长的重要性。法院将注意力主要集中在儿童所理解的“家”之所在。当然，法院也必须考虑父母定居的意图，因为这种意图会影响儿童对于“家”的认识。美国第三巡回法院更注重考虑儿童对环境适应及其未来的发展前途。

由此，我们可以认为，判定儿童的惯常居所，既需要有便利和统一的解释规则，也需要有灵活应对不同案件具体事实的理念，在确保儿童利益最大化的前提下，通过认定儿童的惯常居所来确定儿童与特定法域的联系。

2．2000 年《成年人国际保护公约》的实践

考虑到为保护因心神丧失或精神耗弱的成年人的利益而开展国际合作的重要性，海牙国际私法会议于 2000 年通过了《成年人国际保护公约》，以解决国家之间在管辖权、法律适用和成年人保护措施的承认与执行方面的法律冲突。[40] 但公约对惯常居所也未予明确界定。

作为成文法系国家，瑞士的相关实践有一定代表性。瑞士加入《成年人国际保护公约》后，于 2010 年修订其《关于国际私法的联邦法》的规定，在成年人保护方面，瑞士法院或行政机关的管辖权、法律适用、外国判决或裁决的承认与执行等问题，均适用海牙公约。[41] 而对于成年人的惯常居所，瑞士法院依据该法第 20 条，即根据当事人在特定国家居住事实和居住期间来确定。

苏格兰于 2003 年签署并批准了《成年人国际保护公约》，并通过本地法令将该公约转化为苏格兰法律：《关于无行为能力的成年人（苏格兰）2000 法令》。对惯常居所的界定，苏格兰法院所考量之因素与前述“斯卡曼规则”一致：一是居住（定居）的目的，二是持续一段期间的实际居住。

可见，对于实施《成年人国际保护公约》中惯常居所的确定问题，瑞士和苏格兰的做法与前述国内法实践基本一致。

（二）欧盟关于惯常居所的实践

前述 2003 年欧盟《布鲁塞尔Ⅱbis》通过以来，惯常居所地在属人法中的地位进一步提高，但该条例中最具争议的问题仍是如何对惯常居所进行明确解释。[42] 而欧洲法院（European Court of Justice）对斯沃德林诉仲裁处（Swaddling v. Adjudication Office）案（以下简称“斯沃德林案”）的判决[43]，则显示出欧盟在惯常居所界定上的独特性。与前述 Re J 案中英格兰法院偏重于实际居住要求不同的是，欧洲法院对“斯沃德林案”的判决表明他们

〔40〕 截至 2013 年 1 月 1 日，该公约已对 7 个国家生效，分别是：捷克、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、瑞士和英国。

〔41〕 参见 1987 年瑞士《关于国际私法的联邦法》（2010 年修正版）第 85 条第 2 款。

〔42〕 Thorpe L J, *The Work of the Head of International Family Law*, Family Law Week, http://www.familylawweek.co.uk/library.asp? i = 1981, last visited on 10 July 2011.

〔43〕 Case C-90/97, [1999] ECR 1 – 1075.

更为重视当事人的定居意图。[44]

该案中，斯沃德林是英国公民，从英国到法国工作，但在法工作期间仍然和英国保持着联系。后因在法国失业而被迫返回英国并向英国政府申请收入保障津贴，但未获准。因为按照英国法中有关收入保障津贴的规定，其惯常居所并不在英国。[45] 斯沃德林随后诉讼至欧洲法院，要求法院解释，英国法对惯常居所中的实际居住的要求是否违反《欧共体条约》第 39 条规定的劳工自由流动的权利。欧洲法院依据欧盟社会保障共同体法来裁判该案。法院认为，“斯沃德林案”属于《关于对劳工、个体户及其在共同体领域内迁徙的家庭成员适用社会保障制度的 1408/71 号条例》（以下简称“《第 1408/71 号条例》”）的适用范围，依据《第 1408/71 号条例》附件Ⅱa，收入保障津贴必须在成员国有惯常居所才能获得。而收入保障津贴中要求的惯常居所源于《第 1408/71 号条例》第 1 条（h）项的规定，该项将“居所”定义为“惯常居所”。法院认为，惯常居所是个人利益的惯常中心所在地 。[46] 根据《第 1408/71 号条例》的要求，居住的时间长短和连续性、雇佣情况、家庭情况、迁移原因，以及从所有情况中所推定出的当事人的意图，都应该是确定惯常居所时要考虑的因素。居住时间的长短在决定个人的惯常居所中只是考虑因素之一，并不是个人获得惯常居所的本质性条件。[47] 最终，欧洲法院判定斯沃德林的惯常居所位于英国。

欧洲法院在斯沃德林案中偏重考虑当事人的居住意图而不考虑当事人的居住期间，目的就是为了确保当事人能够获得社会保障津贴。对当事人而言，他在法国失业而返回英国后最为关心的，就是能否在其现时居住地获得救济，该居住地无疑就是当事人的现时利益重心所在。因此，欧洲法院对当事人惯常居所的判定，是以当事人现时利益之重心作为出发点的。值得注意的是，英国已有判例回应了欧洲法院在惯常居所问题上的做法。在丽萨诉仲裁处长官（Nessa v. Chief Adjudication Officer）案（以下简称“丽萨案”）中，法院判定原告惯常居所不在英国的理由是：“当事人从未居住于英国，其家庭关系和家都位于孟加拉国。”[48] 在该案的上诉审中，斯林（Slynn）法官认为，“尽管一段适当时间的居住对于当事人在某地获得惯常居所是必要的，但是在某些案件中，为了考虑特定的成文立法之目的，当事人自愿到某地居住并持有定居的意图对于判定其惯常居所具有重要的意义。”[49]

无论是欧洲法院在“斯沃德林案”中的做法，还是英国在“丽萨案”中对“斯沃德林案”的呼应，都说明在确定当事人惯常居所时，应充分考虑相关立法的目的以及当事人的居住意图，而不应过分拘泥于居住时间的长短。

---

〔44〕 同前引〔43〕。在欧盟《第 1408/71 号条例》的语境下，对劳动雇员、自雇劳动者以及其家庭迁移到欧盟的人员适用其社会保障制度。欧盟法院将惯常居所等同于当事人利益的惯常中心地。法院考虑了如下因素：当事人的家庭状况、迁移的原因、居所的时间长短及其持续性、是否有稳定的工作、根据所有情况判断当事人的意图。

〔45〕 S. Cox, *The Habitual Residence Test and EC Law*, 21 Journal of Social Welfare and Family Law 316, 318 (1999).

〔46〕 同前引〔43〕案例，第 29 段。

〔47〕 同上引案例，第 30 段。

〔48〕 [1999] 1 WLR 1937 (HL). 在“丽萨案”中，法院在判定当事人惯常居所时，其考虑因素与“斯沃德林案”基本类似，均对与当事人有关的居留事实和定居意图进行了考虑，且均侧重于对当事人定居意图的考量。

〔49〕 该案涉及到并非是欧盟法下的、针对当事人收入保障津贴的请求。该案中原告丽萨（Nessa）一直生活在孟加拉国，她的丈夫居住在英国。因其丈夫去世，丽萨回到英国，预备住在她丈夫兄弟在英国的家。她的三个子女和其他亲属希望来英国和她居住在一起。后来丽萨申请收入保障津贴，法院判定其不是惯常居住在英国。See [1999] 1 WLR 1937 (HL).

三、惯常居所地法原则的价值导向：对当事人现时利益重心地的遵从

通过对上述关于惯常居所界定之相关司法实践的考察，我们可以得到这样几点认识：第一，无论是关于惯常居所的国内法实践，还是关于海牙相关公约的实施，均是法官在特定条件下的自由裁量。第二，法官所行使的自由裁量权是有限的。即法官的自由裁量一方面要受相应规则的限制，另一方面，即使在相应规则之内，法官也必须受到惯常居所地法原则价值导向的约束。或者说，法官有限的自由裁量是以践行惯常居所地法原则价值为前提的。第三，上述各国实践虽并未最终形成统一确定的规则，但均体现了以当事人生活、利益中心为出发点，关注立法的特殊目的，并根据个案特点灵活运用的理念。而对惯常居所地法原则所蕴含的这一价值理念的揭示和深刻阐述，对指导我国相关司法实践无疑具有重要启示。

（一）法官自由裁量之前提

通过对前述关于惯常居所地法原则实践的考察，我们发现，作为晚近各国所倡导或采纳的这一原则，它在法律适用中的确定性值得怀疑。因为，该原则的实施多由法院自主确定。即使如英国、美国等已经形成有相应界定惯常居所规则的国家，仍然要在相当大的程度上依赖于法官在个案中的自由裁量。那么，法官的这种自由裁量是无限的吗？答案自然是否定的。这种自由裁量要以践行惯常居所地原则的价值导向为前提。

前述英国“斯卡曼规则”的实施、欧洲法院在“斯沃德林案”中关于惯常居所的认定，以及海牙《儿童诱拐公约》和《成年人保护公约》实施中对惯常居所的确定，都表明法院除了遵从相应的规则诸如现行判例或者相关成文性规则外，始终还另有一条无形的规则在约束或指导着法院对当事人惯常居所的界定。在本文看来，这一看似具有超然魔力的无形规则，其实就是惯常居所地法原则所蕴含的价值。而上述关于惯常居所地确定的实践，实质是法官们藉由他们的职业素养和专业底蕴，在自觉或不自觉地实践着惯常居所地法原则所蕴含的价值之表现。

（二）遵从现时利益重心地的正当性

从现有较为成熟的实践中总结和提炼出惯常居所地法原则的价值导向，其必要性是不言自明的。构建一种以尊重民商事关系主体利益为宗旨、以对当事人现时利益考量为基础的确定当事人惯常居所的理论，让法官领会立法者确立该原则的意图，明晰该原则的实质和精神，显然有助于提高该原则在法律适用方面的确定性。那么，各国实践中所践行的惯常居所地法原则的价值导向究竟为何？本文认为，该原则所蕴含的价值导向，就是要遵从当事人的现时利益重心地，目的是要适用当事人的现时利益重心地法律。认识并遵从这一点，将有助于法院无论是执行规则时还是在自由裁量时，都能始终受惯常居所地法原则价值的指引或约束，从而实现确定当事人与特定法域联系上的公平性。

对当事人现时利益重心地的遵从是惯常居所地法原则的灵魂，应该成为贯穿法院在确定当事人惯常居所整个过程中的一根红线。无论是英国法院在“斯卡曼规则”中对居住意

图和居住事实与时间之间的选择，还是欧洲法院在“斯沃德林案”中不考虑当事人居住期间所作的认定，以及海牙相关公约实施中的不同做法，均是以遵从当事人现时利益重心地为出发点的。

一般而言，国际私法上的利益是多种多样的，司法实践中需要考虑的利益也会因个案不同而有所差别。但无论如何，便利当事人参加国际民商事活动的平等利益、交往利益，以及效率利益等因素，都是应当特别考虑的。[50]

首先，对当事人现时利益重心地的遵从，是为满足当事人对平等利益的期待而避免国籍歧视后果产生的有效举措。随着世界范围内人员流动性的增强及外来移民日益增长，如果一味通过国籍来作为联系自然人与特定法域的媒介，有可能出现对一国境内的不同国籍人造成差别待遇而导致国籍歧视的后果，还有可能违反男女平等原则。这与当今为国际社会广泛认可的人权法价值是相悖的。[51] 前述欧洲法院的实践证明，惯常居所作为属人法的连结点，其根本宗旨就是要避免这类结果的产生。

其次，对当事人现时利益重心地的遵从，符合人权法上迁徙自由所体现的交往利益之需要。前述欧洲法院在“斯沃德林案”中的实践，虽然有服务于欧共体共同市场，确保人力资源自由流动的目的，但实质是保障公民迁徙自由权的实现。迁徙自由权的最大意义在于确保民商事关系主体自由来往于世界各地从事民商事活动，且当事人的民商事利益能够获得同等保护。而在人员、资金和技术等生产力要素跨国（跨法域）流动日趋频繁和迅猛，国际民商事流转关系呈加速发展态势的今天，当事人经济交往活动及与其身份关系相关的事宜，受惯常居所地法律的支配，无疑更符合当事人的预期。事实上，他们也很难想象上述民事法律关系受各自本国法调整的局面。毕竟一方当事人也很难了解另一方当事人的本国法或住所地法的内容，而惯常居所地法律对于他们而言无疑更为熟悉。而惯常居所地法原则恰好能够排除国籍、住所中不利因素的干扰，便利不同国家的当事人自由、平等地参与国际民商事活动。

再次，对当事人现时利益重心地的遵从，更符合涉外民商事争议当事人对效率利益的要求。诚然，相较于惯常居所的确定而言，国籍或住所的确定更为容易。毕竟自然人的国籍仅凭其护照就可以确认，而其住所相对惯常居所而言更为固定，不容易因人的移居行为而改变。因此，惯常居所作为自然人属人法的连结点，从表象上看，判定它往往会耗费较多的司法资源，不符合程序法上效率利益的要求。但是，相当多的涉外民事法律关系当事人，并不居住于其国籍国或住所地，其相关民事法律行为的完成或民事法律关系的产生、变更或消灭，均与其惯常居所密切相关。惯常居所实际上是自然人社会关系以及相关利益聚集地。当事人也无法想象其在惯常居所地的与民事行为能力及与身份关系有关的事项，受其早已离开了的国籍国或住所地法律的支配。而且，对于希望快捷解决涉外民事法律争议的当事人而言，无论是在国际民事诉讼程序上，还是在当事人所需耗费的精力和财物上，

〔50〕 德国学者格尔哈特·克格尔（Gerhard Kegel）在前人研究的基础上对国际私法上利益的类别进行了简化，认为应当考虑的主要利益包括当事人利益、交往的利益和制度的利益。参见杜涛：《利益法学与国际私法的危机和革命——德国国际私法一代宗师格尔哈特·克格尔教授的生平与学说》，《环球法律评论》2007 年第 6 期；另见邹国勇：《克格尔和他的国际私法“利益论”》，《比较法研究》2004 年第 5 期。

〔51〕 例如，在第三国生活的不同国籍的配偶，若依据第三国的相关冲突规范，双方当事人的婚姻效力依据其本国法，则可能导致依丈夫的本国法婚姻有效，而依据妻子本国法婚姻无效的后果。

适用惯常居所地法，都要比适用其已经远离的国籍地和住所地的法律更为经济，更加符合涉外民商事争议解决程序对效率利益的要求。

因此，我们可以认为，民商事活动当事人之平等利益、交往利益及效率利益，往往都是以特定民商事法律关系当事人的利益聚集地——惯常居所地为载体的。对于国际民商事关系中的当事人而言，其现时所在地同时也是其相关利益的重心地。简单而言，当事人的现时利益重心地即指当事人现时利益的集中地。该地所属法域也就成为影响相关民事法律关系的重要关联法域。惯常居所作为自然人属人法连结点，其精要就是要关注当事人现时利益，遵从当事人现时利益与特定法域（即现时利益重心地）的客观联系。因而，在具体涉外民事案件中当事人惯常居所的确定上，对相关利益的综合衡量，无疑应以确定当事人的现时利益重心地为出发点。

对自然人现时利益重心地的理解必须注意到如下特征：一是时间上的持续性。尽管对惯常居所中惯常的理解并没有统一的具体期限，但当事人一段时间的持续居住仍是必要的。二是利益上的集中性。即当事人的惯常居所地，必须是当事人多重利益的聚集地。三是法律关系的关联性。即所谓当事人的“多重利益”，应当与相关国际民商事法律关系有密切联系，即该利益是由与当事人相关的国际民商事法律关系所产生的。

（三）对未成年人利益的特别关注

对未成年人惯常居所的确定，是与成年人惯常居所的确定区分开来，还是与包括父母在内的监护人的惯常居所一并考虑？这是司法实践中经常遇到的问题。对该问题的回答牵涉到惯常居所地法原则与儿童利益最大化原则的互动问题。[52]

前述海牙《儿童诱拐公约》成员在实施该公约的过程中，对于儿童惯常居所的确定，有两种截然不同的做法：一是以未成年人之监护人的惯常居所为准，二是将未成年人惯常居所作为一个独立问题对待。但无论何种做法，其共同点都是要在对各种与儿童有关的因素进行权衡基础上，充分实现儿童利益的最大化。

第一种做法强调儿童监护人的定居意图及儿童与监护人居住的事实，理由是儿童很难形成自己独立的定居意图。但是也有判例表明，若存在儿童融入新环境的证据，或者在交替监护（即儿童分别跟随父母在不同的国家居住）情况下，往往要考虑实际居住的事实与期间以及儿童选择父母居所上的倾向性。这也是 1990 年《联合国儿童权利公约》赋予未成年人的权利之一。[53] 因此，只要儿童具有一定的判断和认知能力，在确定儿童惯常居所时就应该考虑其意见。但如果儿童因年龄原因而无法表达其意愿时，一般可以认为这两个国家均是儿童的惯常居所，除非有相反的证据表明其中一国与儿童的联系更加紧密。[54]

---

〔52〕 儿童利益最大化原则为 1990 年《联合国儿童权利公约》所确立的一项基本原则。公约第 3 条第 1 款规定：“关于儿童的一切行为，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为首要考虑。”

〔53〕 1990 年《联合国儿童权利公约》第 12 条规定：“1. 缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待；2. 为此目的，儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和行政诉讼中，以符合国家法律的诉讼规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。”

〔54〕 R. Lamont, *Habitual Residence and Brussels* Ⅱ *bis*: *Developing Concepts for European Private International Family Law*, 3 J. Priv. Int'l L. 267 (2007).

第二种做法主要基于两方面的考虑：一方面是儿童惯常居所的确定蕴含着儿童特殊利益的考虑。儿童惯常居所的判定往往直接与儿童的健康成长息息相关，所需考虑的是如何在最大限度上维护儿童的利益。因而，相对成年人惯常居所的判定，法官尤其需要考虑更多的保护儿童法律的目的因素。这种将儿童与成年人的惯常居所分开来确定的观点，在国外早有学者提倡并拟出了具体规则。[55] 另一方面是对惯常居所某种程度上的事实性质的考虑。即对儿童的惯常居所的确定，不能完全依据其父母与一国的联系来进行，也应考虑儿童自己与该国的联系。前述欧洲法院检察官所发表的意见就是如此。前述阿根廷、瑞典、意大利和欧盟对儿童惯常居所单独确定时，综合考虑与儿童相关的各种利益，包括儿童能否在健康、自由的环境中成长、能否得到应有的营养、住所、娱乐和医疗服务、能否参加文化和艺术生活以最充分地发展儿童的个性、才智和身心能力、能否最为有效地保护儿童的隐私权利而保证儿童的国籍、姓名及家庭关系不受非法干扰等。该类实践就是在坚持儿童利益最大化原则的前提下，遵从儿童现时利益重心地的表现。

四、对我国的启示与借鉴

上述对惯常居所界定的探讨，尽管依据的主要是西方国家的实践，但对我国涉外民事关系法律适用法规定的经常居所的界定，仍然具有启示和借鉴意义。

在自然人的民事能力和涉外婚姻家庭关系方面，我国涉外民事关系法律适用法对属人法的连结点依次采用的是经常居所、国籍，以及最密切联系地这一弹性的连结点，但经常居所是作为首要连结点出现的。[56] 就立法意图而言，涉外民事关系法律适用法中的经常居所与当今国际公约和一些国家国内立法中所用惯常居所的含义是一致的。[57]

到目前为止，我国现行法律中既没有关于经常居所含义的界定，也没有关于确定经常居所的原则性规定。最高人民法院新近发布的《司法解释（一）》第 15 条将经常居所规定为“已经连续居住一年且作为其生活中心的地方”。[58] 其中“已经连续居住一年”可以理解为是对当事人居住期间的要求；“作为其生活中心地方”可以理解为是对当事人居住意图的要求。该规定对于实施涉外民事关系法律适用法的积极意义是毋庸怀疑的，但是否会导致司法实践中出现过于僵化的结果，或者在出现司法解释未予穷尽的情况时如何处理？这些问题都是无法回避却又必须解决的。

---

〔55〕 详见斯通教授提出的建议案。参见前引〔3〕，Stone 文，第 365 页以下。

〔56〕 具体表现在有关民事主体（权利能力、行为能力、宣告失踪或宣告死亡、人格权的内容、多国籍或无国籍人）、婚姻家庭（结婚、夫妻人身关系、夫妻财产关系、父母子女人身财产关系、协议离婚、收养、扶养、监护）、继承（法定继承、遗嘱方式、遗嘱效力）等方面，均以经常居所作为首要连结点。

〔57〕 我国《法律适用法》颁布的正式英文译本中将经常居所译为“habitual residence”，这与前述海牙国际私法会议相关条约中的术语“habitual residence”是一致的。笔者于 2010 年 6 月 28—7 月 2 日应邀参加全国人大法工委组织的“《涉外民事关系法律适用法草案》立法问题专家研讨会”上，与会专家基本上认同草案中的“经常居所”就是“惯常居所”。

〔58〕 本文初稿于 2010 年完成并先后提交于 2011 年 9 月海峡两岸国际私法研讨会、2011 年 10 月中国政法大学“国际私法全球论坛”，以及 2011 年 11 月中国国际私法研究会年会。本文作者于 2012 年 11 月向《法学研究》编辑部投稿后，在修改过程中，适逢最高人民法院于 2012 年 12 月 28 日颁布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》。值得欣慰的是，该《解释》第 15 条关于经常居所的规定与本人参加上述会议所提交文章的观点基本一致。

惯常居所作为自然人属人法连结点，其精要就是要关注当事人现时利益，遵从当事人现时利益与特定法域（即现时利益重心地）之间的客观联系。因而，对于具体涉外民事案件中当事人惯常居所的确定，应以确定当事人的现时利益重心地为出发点。那么，在实施涉外民事关系法律适用法中，以遵从当事人现时利益重心地为导向来确定当事人的经常居所地，就有必要首先厘清现实利益重心地在确定当事人经常居所的过程中所处的地位，以及在具体的运用中如何处理生活中心地与居住期限的关系。

（一）现时利益重心地的双重功能

从英、美等国的国内法实践及海牙国际私法会议条约实践来看，惯常居所地已不再是从前所认为的简单的事实性概念。[59] 在特定案件中，确定当事人惯常居所时，对自然人定居意图的认定也很重要。因此，有必要灵活考虑当事人在特定地域的定居意图和实际居住之事实。这里的问题是，在权衡当事人与某一地域的利益关联度时，是对当事人的定居意图和实际居住事实进行平等权衡，还是有所侧重？在侧重考虑定居意图或者实际居住事实时，哪些是可以纳入综合考虑的因素？前述各国国内立法及相关国际条约之所以不作明确界定，其意在为法官在个案中对上述问题的处理留下自由裁量的空间。而法院在个案中对不同因素的考量及对各因素不同程度的关注，都最终表现出对经常居所地原则的价值导向——当事人现时利益重心地的遵从。

因此，适用我国涉外民事关系法律适用法的规定，应当首先明确当事人的现时利益重心地，遵从当事人现时利益重心地原则，通过确定特定法域与当事人现时利益重心地的联系程度，确定当事人的惯常居所。

在以遵从当事人现时利益重心地原则指导确定惯常居所过程中，明确该原则与《司法解释（一）》第 15 条的适用次序是必要的。我们已经认识到，在确定自然人惯常居所的实践中，定居意图是一个极具主观性的概念，难以对其在事实上进行判断，但自然人定居的意图又可以通过其客观上的居住事实反映出来。而另一方面，如果单纯从自然人的居住事实出发，又常常会导致经常居所地的确定规则陷入僵化和机械，偏离当事人现时利益重心地。鉴于此，在实施《司法解释（一）》第 15 条之规定时，应始终坚持以尊重当事人现时利益重心作为确定自然人经常居所的一般原则，而不是简单地衡量当事人客观上的居住事实及主观上的居住意图。

对于特定案件而言，根据《司法解释（一）》第 15 条之规定，尽管存在当事人已经在某一地区“连续居住一年以上”且将该地“作为其生活中心地方”的实施，但如果案件的客观情况表明，当事人的现时利益聚集地在另外一个地区，我们不妨根据当事人现时利益重心地之精神，来确定符合当事人现时利益要求的经常居所。当事人现时利益重心地原则在这种情况下所发挥的作用，实质上是作为《司法解释（一）》第 15 条的例外规则所发挥的纠偏效力。

〔59〕 关于惯常居所为一种法律概念而非单纯的事实性概念，不仅有实践层面的支持，在理论上也有学者持同样的意见。如 1970 年海牙《关于承认离婚与司法别居的公约》的报告人——法国的贝尼特（Pierre Bellet）法官和巴黎大学的古德曼（Berthold Goldman）教授就认为，惯常居所中所谓的“纯粹事实说”应该被减少到最小。See D. Cavers, *Habitual Residence: A Useful Concept*?, 21 Am. U. L. Rev. 477 (1971 – 1972).

（二）现实利益重心地对居住期间的矫正

前述相关国家实践中，对于惯常居所大致强调“定居的意图或目的”与“实际居住的期间”这两项条件，只不过在个案中对二者的侧重有所不同。我国法院也面临同样的情况。《司法解释（一）》第15条对惯常居所的界定以“生活中心”为载体，在一定程度上贯彻了当事人的现时利益重心地这一价值导向，但它对自然人的居住期限作了较为硬性的规定，即要求“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”。这就出现了可能导致僵化的问题。

前述无论是英格兰法院尽量降低当事人居住期间的要求，还是欧洲法院在“斯沃德林案”中对当事人居住期间的不作要求，居住期限都只是法院在确定惯常居所时对居住事实予以考量的因素之一。在不同案件中，法院所认定的获得惯常居所时的具体居住期限也不尽相同。从部分大陆法系国家的立法来看，也未见有关于惯常居所的实际居住期限要求之例。[60] 因此，对自然人的居住期限作出具体规定，未免有牵强之嫌。

近年来，随着“候鸟式”自然人群的增长，如果以“连续居住一年以上”作为确定自然人经常居所的构成要素，既不符合现实，也有违这类民商事交流主体的本愿。因此，在确定当事人经常居所时，应以当事人现时利益重心地为依据，寻求与当事人现时利益有密切联系的地区，这些联系应按其对特定法律关系及当事人的重要程度加以衡量。[61] 为避免因坚持具体居住期限可能导致僵化后果，在要求法官综合考量自然人的居住事实时，应赋予其一定程度的自由裁量权，自主确定当事人在某地的居住期限是否足以认定该地已成为当事人的生活中心地。简言之，即使在某地连续居住不足一年的，法官也可以根据当事人的居住意图、与该地的社会和经济以及家庭关系程度等因素综合考量，进而认定其经常居所地。这种方法已在前述各国的司法实践中一再得到印证。

因此，在以现时利益重心地作为确定自然人生活中心地之指引的前提下，是否还有必要对自然人的居住期限予以硬性限制，值得进一步探讨。但至少可以明确的是，在确定居住是否具有惯常之特性时，既要考虑居住的持续性和连续性，也要考虑相关属人性的和职业性的其他事实，而非简单地对居住时间加以限制。

（三）对儿童惯常居所独立化趋势之回应

前文已述，伴随着儿童利益最大化原则在世界范围内的广泛接受，儿童的惯常居所的确定也愈来愈有独立于成年人之趋势。我国《司法解释（一）》第15条未对儿童经常居所的确定专门作出规定。从文义解释的角度而言，儿童的经常居所仍然依附于成年人（监护人）的经常居所。

海牙《儿童诱拐公约》的实践表明，鉴于儿童惯常居所的特性以及儿童利益保护的特殊重要性，在确定儿童的惯常居所时，应遵循儿童利益最大化的原则。因此，不能机械地将儿童的惯常居所简单认定为与监护责任人的惯常居所相同，必须对儿童的现时利益重心地而不是其监护人的现时利益重心地进行考虑。

前述相关国家的法院在确定儿童的惯常居所时，其所考虑因素包括该地是否有利于儿

〔60〕 如瑞士《关于国际私法的联邦法》（2010年修正版）第20条规定了惯常居所是有一定期限的处所，但并未明确具体的居住期限。

〔61〕 参见韩德培、李双元主编：《国际私法教学参考资料选编》上册，武汉大学出版社1991年版，第155页。

童的健康成长、儿童的个性才智是否能够得到充分的发展、儿童的家庭生活及隐私权利是否能够不受非法干扰等，这充分体现了儿童现时利益重心地之实质内涵。即在遵循儿童现时利益重心地的理念下，充分考虑儿童作为弱方当事人的实际情况，以期所适用的儿童惯常居所地法能够确保儿童利益最大化。因此，坚持儿童利益最大化原则，是本文主张的尊重当事人现时利益重心地在儿童问题上的具体反映，也是在确定儿童现时利益重心地时所应坚持的基本原则。

Abstract: China's Law on Law Application to Foreign-Related Civil Relations creatively selects habitual residence as the principal connecting factor of *lex personali* but leaves its meaning open. Habitual residence in China's private international law may not be necessarily the same as, or even should be necessarily somewhat different from that in the civil law. So how to define or interpret habitual residence is one of the key problems in applying China's private international law.

Neither the Hague Conventions on Private International Law or foreign legislations define it. Instead, its meaning mostly depends upon judges' discretion, varying from case to case. But there must be something in common that might be found and guide its interpretation and definition lest it were too rigid or too flexible. In common law countries, like England and most states of the U. S., habitual residence are treated like a legal concept but less demanding than domicile, e. g. Scarmen Rule, while the European Court of Justice and some European continental countries take it as fact. But whatever it is, foreign practices show that habitual residence implicates something that affects the party's current interests which ought to be protected. It's thus found that habitual residence often points to be the place where those interests are located, namely, the central place of the party's current interests. While interpreting and determining the habitual residence, in essence, judges have to consider and balance the parties' interests in a given legal relation, find the territory where those parties' interests are located, and ultimately decide the relationship between those parties and that territory.

Key Words: *lex personali*, habitual residence, central place of the party's current interests, Law on Law Application to Foreign-Related Civil Relations