

## 意思自治与物权冲突法\*

宋 晓

**内容提要:**我国《涉外民事关系法律适用法》规定动产物权首先适用当事人意思自治的法律,这在比较法上是十分超前的立法,引发了学界热议。19世纪物之所在地法规则战胜了住所地法规则,成为物权法律适用的基本规则,但对于涉外物权的法律适用而言,物之所在地法规则过分强调了物权的独立性,忽略了物权与作为其基础关系的债权的有机联系。物权虽是针对不特定第三人的对世权,但如果涉外动产物权争议只是停留在交易双方之间,而不涉及第三人,则双方之间的涉外动产物权争议应允许当事人意思自治,以最大限度地避免不同法律割裂同一交易中的物权关系和债权关系的有机联系,而当物权争议涉及第三人时,则应恢复适用涉外物权法律适用的一般规则,即物之所在地法。不动产物权关系的法律适用客观上仍不能允许双方当事人意思自治。在动产交易中,当事人若无相反意思表示,可推定合同法律适用的意思自治即为物权法律适用的意思自治。《涉外民事关系法律适用法》的相关规定应受限制性解释,物权冲突法的意思自治作为物之所在地法规则的有益补充,不应取代物之所在地法规则的基础地位,不应对抗第三人。

**关键词:**涉外民事关系 涉外物权争议 物权冲突法 物之所在地法 动产随人

宋晓,南京大学法学院副教授。

## 一 问题之提出

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(下称《涉外民事关系法律适用法》)的制定和生效,<sup>[1]</sup>标志着我国国际私法单行立法之完成,其中的物权冲突法立法更是实现了跨越式的发展。1986年《中华人民共和国民法通则》及其司法解释对于物权冲突法问题,只简单规定了不动产物权的法律适用,<sup>[2]</sup>而未规定动产物权的法律适用。《涉外民事关系法律

\* 本文获作者主持的教育部人文社会科学研究一般项目“国际私法与法哲学思潮的互动”(项目编号:09YJC820054)和南京大学“985三期”项目的资助。

[1] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》于2010年10月28日颁布,2011年4月1日起施行。

[2] 参见《中华人民共和国民法通则》第144条;《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)》第186条。

适用法》不仅规定了有体物(包括不动产和动产)的法律适用,而且规定了无体物(包括权利质权和有价证券)的法律适用,物权冲突法的立法体系大体完备成形了。<sup>[3]</sup>

20 世纪是“冲突法革命”的世纪,对 19 世纪的经典理论大厦进行了深刻的反思和批判,涌现了诸多富有创新思想的法律选择方法。两个世纪一正一反的理论辩诘,极大促进了国际私法的理论发展,并于 20 世纪末、21 世纪初催生了众多成熟度较高的国内立法和区域组织立法,<sup>[4]</sup>《涉外民事关系法律适用法》正是这一时代潮流的又一产物。然而,“冲突法革命”的实验场地主要是侵权冲突法和合同冲突法,而物权冲突法、婚姻家庭继承冲突法等领域只在静悄悄地延续传统规则,几乎未受冲击。其中,物权冲突法视“物之所在地法规则”为基本教条,20 世纪的立法和理论鲜有背离。直至 21 世纪初,受“冲突法革命”风潮之影响,才始出现对物权冲突法理论的反思和重构。<sup>[5]</sup>

在这一波的理论反思和重构之中,核心问题是涉外物权在多大程度上可以适用导致物权得丧变更的法律行为的准据法,特别是在多大程度上可以适用导致物权变动的合同中的意思自治,而不必一味机械地适用物之所在地法。因此,物权冲突法也引来了“革新”的机遇,“物之所在地法规则”面临松动的可能,意思自治这一弹性的、内容定向的法律选择方法有可能长驱直入物权冲突法这一相对保守的领域。<sup>[6]</sup>然而,新近具有典范意义的国内立法,在物权冲突法领域罕有全面引入当事人的意思自治,或者至多只在一个极为狭小的问题上引入当事人的意思自治,物权冲突法整体上仍视物之所在地法规则为正轨。<sup>[7]</sup>相比之下,《涉外民事关系法律适用法》在物权冲突法领域,尤其是在动产物权的法律适用问题上,全面引入意思自治,几乎走在了各国立法的最前沿。

《涉外民事关系法律适用法》第 37 条规定:“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的,适用法律事实发生时动产所在地法律。”我国不仅首次从无到有地规定了动产物权法律适用的一般规则,而且还超前地规定意思自治成为动产物权法律适用的首要方法。在国际私法的发展史上,意思自治方法经历一番曲折之后,终于在 20 世纪中叶之后成为合同冲突法的首要方法,并展示了其顽强的生命力,渐趋向其它冲突法领域扩展,例如,侵权冲突法领域和夫妻财产制的法律适用领域。<sup>[8]</sup>《涉外民事关系法律适用法》更是将意思自治提高到了基本原则的高度,在相当于总则的“一般规定”的第 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”。我国立法者就是在这种崇尚意思自治的氛围中,在物权冲突法领域阔步引入了意思自治。

然而,问题由此而生:第一,从比较法的角度出发,其他具有典范意义的国内立法,例如

[3] 参见《涉外民事关系法律适用法》第 36 - 40 条。本文仅讨论有体物的法律适用问题,不涉及无体物的法律适用问题。

[4] 著名国内立法包括英国、德国、俄罗斯、日本、澳大利亚等国的国际私法立法;最著名的区域组织立法是欧盟近年的系列罗马条例。部分立法的中译,参见邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,中国政法大学出版社 2011 年版。

[5] 例如, Janeen M Carruthers, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws: Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property* (2005), Oxford; J. J. Fawcett, J. M. Harris and M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), Oxford University Press, Chapter 18。

[6] 关于意思自治方法的弹性特征和内容定向的特征,参见[美]西蒙尼德斯:《20 世纪末的国际私法——进步还是退步?》,宋晓译、黄进校,载《民商法论丛》2002 年第 3 号(总第 24 卷),金桥文化出版(香港)有限公司 2002 年版,第 390 - 391 页。

[7] 只在一个狭小问题上引入意思自治的,参见本文第四部分对该问题的相关分析。

[8] 关于意思自治方法的形成和扩展,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,第一章第三节及第四章。

德国物权冲突法和荷兰物权冲突法,以传统的物之所在地法规则为基本规则,对意思自治仍持谨慎态度,相比之下,我国的超前立法是否会令人不安?当然,我们并非要崇洋媚外地固守比较法结论,但如果我国立法与比较法结论差距较大,就应促使我们学界提供周密、坚实的理论支撑,然而恰恰在此环节,现有理论分析尤显贫乏;第二,意思自治之所以能扩展至物权冲突法,必然是因为物权冲突法的传统规则,即物之所在地法规则,在理论上存在缺陷并在实践中不能完全满足现代财产交易的需要,那么其具体表现是什么?第三,既然意思自治成为动产法律适用的首要方法,一改传统物之所在地法规则的支配地位,那么为何不动产法律适用问题完全拒绝意思自治而仍固守物之所在地法规则?第四,如果承认意思自治方法适用于物权冲突法的正当性,那么在商业交易的实践中,当事人很少单独为物权问题选择准据法,意思自治又该通过哪些具体方式予以实现?上述四个问题,便是本文所要回答的。

## 二 “物之所在地法规则”的确立

物之所在地法规则,即规定无论不动产物权还是动产物权,都统一适用物之所在地法,并非自始就在物权冲突法领域具有统治地位,而是直至19世纪中叶才开始全面支配涉外物权关系。在长达五百年的法则区别时代,物权法律适用问题一直采用区别制(分割制),即区分不动产和动产,不动产适用不动产所在地法,而动产依据“动产随人”或“动产附骨”的法律观念,适用动产所有人或权利人的住所地法。<sup>[9]</sup> 物权法律适用的同一制的确立,即统一适用物之所在地法,是在动产法律适用问题上物之所在地法规则战胜住所地法规则的结果。物之所在地法规则战胜住所地法规则的过程,宣示了住所地法规则的陈腐,更彰显了物之所在地法规则的理性和力量。只有揭示这一过程的内中缘由,才有助于理解为何曾经战胜了住所地法规则的物之所在地法规则,如今又会面临意思自治方法的挑战。

在“法则区别说”对应的西欧封建时代,商业时代尚未到来,社会财富集中于不动产而非动产,财产关系主要表现为财产的继承关系而非交易关系,因而财产继承关系的国际私法问题较之财产交易关系的国际私法更为重要,而财产交易的国际私法又在很大程度上受到了财产继承的国际私法规则的影响。继承法律关系具有属人性,继承财产的转让是一种概括转让,因而按理不论继承财产分散于多国,都应统一适用被继承人的住所地法;但是,受西方土地的封建制度的影响,封建主不希望本国的土地继承适用外国的继承法而改变该土地上的封建关系,因而特别主张不动产继承适用不动产所在地法。最后,继承领域形成了区别制,不动产继承适用不动产所在地法,而动产继承适用被继承人死亡时的住所地法。物权法律适用的区别制和动产随人原则,其实就是根源于财产继承的国际私法原理。<sup>[10]</sup>

继承虽涉及财产因素,但它是一种特殊的财产关系,主要处理财产的概括转让,当财产分散多国而进行概括转让时,适用统一的属人法而不适用物之所在地法,这才是正当合理的,因为多个物之所在地法对概括转让问题很有可能做出彼此矛盾的规定。但是,一般物权问题则针对单个财产的物权转让问题,而非多个财产的概括转让问题,适用于概括转让的属人法原则,即动产随人原则,不应成为以单个财产转让为基本模式的物权法律适用的出发

[9] 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556页。

[10] 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95页。

点。在动产相对贫乏的封建时代,动产通常位于所有人的住所地,因而物之所在地与住所地通常合二为一,此时动产的法律适用问题被所有人的属人法所吸附,并不会引发太多争议。<sup>[11]</sup>

但是,当商业时代到来之后,动产交易渐趋频繁,动产随人原则就暴露了致命的缺陷。在商业时代,出于投资和贸易的需要,动产和所有人动辄处于分离状态,对此,萨维尼(Savigny)一针见血地指出,在同一个特定物上,多人主张同一内容的物权,而各人住所又不同,又该适用哪一个住所地法呢?<sup>[12]</sup> 动产随人原则,不仅在多人主张同一内容的物权时无法适用,而且还极大地阻碍了商业交易。例如,在动产交易之时,买受人为降低交易风险,需要依据卖方的住所地法调查卖方是否拥有真正的所有权,以及标的物上是否设立了其他物权负担,这将极大增加商业成本;而且在卖方的住所地法是外国法时,买方作为普通商人就很难依据该法判断标的物的真实的物权状态,更何况有时连卖方的住所地都不是那么容易认定的。<sup>[13]</sup> 因此,继续固守动产随人原则,将使国际贸易寸步难行。

商业时代的物不再紧密地依附于人,物权的法律适用也不应再紧密地依附于属人法,而应追求自己独立的系属。萨维尼为物权冲突法独立系属之构建,做出了开创性的贡献,他认为无论物为不动产还是动产,都应统一适用物之所在地法,因为物权客体占有外在空间,可由感觉感知,物之所在地构成物权法律关系的本座;权利人行使、取得物权,必须到物之所在地,权利人到物之所在地参与物权关系,是对物之所在地法的自愿服从。<sup>[14]</sup> 萨维尼所倡导的统一的物之所在地法规则,实际上只是扭转了动产物权的法律适用规则,因为不动产适用不动产所在地法自始未变。萨维尼的统一公式因应了商业时代的需求,获得了理论与立法的普遍推崇。然而,萨维尼的理论体系,包括其物权冲突法理论,以“自愿服从”为最终基础,<sup>[15]</sup>但“自愿服从”归根结底是一种拟制,无论对于整个国际私法体系,还是对于物权冲突法,拟制都不足以成为最终的理性基础。

德国学者沃尔夫(Wolff)在萨维尼学说的基础上,进一步阐述了物之所在地法规则的理性基础,他认为物之所在地法规则的根据存在于物权的性质,存在于物权对于第三人的效能:物权应尽可能明显以保护意欲取得物权的第三人,使其物权取得不因适用另一个法律而归于无效。<sup>[16]</sup> 沃尔夫为探求物之所在地法规则的根据,是从物权法律关系的基本性质出发的,而不是从自愿服从、主权等抽象概念出发的,这无疑更为雄辩。物权是一种权利人对物所享有的排他的支配性权利,就其一般的对世效力即对第三人效力而言,具有优先的效力、排除妨害的效力和可得对一切人主张的追及效力。物权是如此强大的权利,可以说为所有第三人创设了义务,为了不使之阻碍交易安全,物权法必须以物权法定主义为其基本特征,物权的种类和内容由法律规定,当事人不能通过合意随意创设。与此相对应,物权变动以公示主义为基础,即物权变动必须向第三人公示,应有得以从外部识别的表征形式。

物权冲突法正是解决依据哪国法律来决定物权的种类和内容,以及依据哪国法律采取

[11] 参见 Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (14th ed. 2006), Sweet & Maxwell, p. 1165.

[12] 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,第94页。

[13] J. J. Fawcett, J. M. Harris and M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), p. 1073.

[14] 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,第93页。

[15] 萨维尼对“自愿服从”的集中论述,参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,第62-63页。

[16] 参见[德]马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,第559页。

物权变动的公示方法。物权发挥对世效力,物权准据法必须是所有第三人可以预见的,如果依据第三人不能预见的法律来决定物权法定的种类和内容,以及决定物权变动的公示方式,那么本就针对第三人而言的物权法定主义与公示主义便都失去了意义。何国法律是第三人最可预见的?答案自然是物之所在地法。在商业时代,自然人流动日渐频繁,跨国公司动辄多国设立,第三人越来越难以预见动产所有人的住所地法,因而动产随人原则就自然而然被更易预见的物之所在地法所取代了。不动产物权和动产物权都具有统一的物权属性,都适用物权法定主义和物权变动的公示主义,两者的法律适用都应以同一制为逻辑起点,而不应以法则区别时代的分割制为逻辑起点。

在物权法律关系中,物的客观场所相对来说最易确定,最易为第三人所预见,因此,物权冲突法并非刻意要以地理场所为连接点,而是在物权法律关系中确实难以找出其他比物之所在地更确定、更易预见的法律事实为连接点。据此不难理解,为何在“冲突法革命”时代,诸如侵权行为地、合同缔结地或合同履行地等地理场所的连接点猛受批判,<sup>[17]</sup>而同为地理场所的连接点的物之所在地却几乎未被批判声浪所波及。在其他冲突法领域,地理场所的连接点规则动辄被批判为只顾追求国际私法的冲突正义,而无视国际私法的实体正义,但物之所在地规则却很少被如此批判。相反,19世纪所确立的物之所在地法规则,恰恰是从物权法定主义和物权变动的公示主义这些浓烈的实体正义出发的,自然难以成为“冲突法革命”的批判对象。

对于不动产而言,物之所在地确定不移,因而不动产物权适用不动产所在地法几乎成了天经地义;但对于动产而言,物可能只在一个国家短暂存在,或处于运输的变动过程中,这些时候是否还能适用物之所在地法呢?当物在某个国家短暂存在,但只要第三人得知其存在,并在此短暂存在的时间内发生了导致物权变动的法律事实,就没有理由不适用物之所在地法。<sup>[18]</sup>然而,当物处于运输的变动过程中,物之所在地客观上不能确定,第三人更不能确定,此时发生导致物权变动的法律事实,就不能适用物之所在地法了。因此,运输中的动产物权的法律适用构成了动产物权法律适用的例外,但此例外并不能说明物之所在地法规则具有根本缺陷,因而尚不足以动摇此一般规则。

物权具有对世效力,有别于合同只具有对人效力,因而物权冲突法和合同冲突法具有根本差异。合同一般只影响双方当事人,合同的内容是双方合意的结果,而且合同不需要向第三人公示,所以合同当事人可以通过意思自治选择合同准据法;但物权变动影响不特定的第三人,物权的种类和内容是法定的,而且物权变动需要向第三人公示,所以物权法律适用只能适用法定的物之所在地法,如果适用当事人的意思自治,就有可能适用物之所在地法之外的另一个国家的法律,为第三人所不能预见,这不就背离了物权法定主义和物权变动的公示主义了吗?从物之所在地法的内在根据来看,这一质问确实成立。合同冲突法和物权冲突法对于意思自治的截然相反的取舍之道,几乎已经成了国际私法理论界和实务界的基本教条,很少受到质疑。

物之所在地法规则战胜住所地法规则的历史初步表明,物之所在地法规则契合了物权法律关系的基本属性,它的正当性不仅满足了冲突正义的要求,同时也满足了实质正义的要

[17] 参见[美]卡弗斯:《法律选择问题批判》,宋晓译,宋连斌校,第418-458页。

[18] 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,第102页。

求,它作为一般规则的地位并没有受到理论与实务的质疑。《涉外民事关系法律适用法》照理只需效仿德国的物权冲突法,在第五章“物权”中只需规定物权适用物之所在地法,并同时附加一、两条例外规则即可,为何要在动产物权法律适用问题上将意思自治确立为首要规则呢?为何不动产物权问题上又拒绝意思自治呢?从物权法律关系的基本性质出发以寻求物权法律适用规则的方向难道错了吗?或者说,物之所在地法规则本身没有错,但与意思自治相比,只是一种次优的选择而充其量是意思自治的辅助规则吗?对于这些疑问,我们必须进一步探求。

### 三 物权冲突法引入意思自治的根据和范围

对比国际私法的传统单边主义方法和传统多边主义方法,意思自治方法在国际私法体系中的稳固确立,时日尚短,不过半个世纪有余。然而在这短暂时日内,意思自治方法显示出了顽强的生命力,正逐步从合同冲突法这一“根据地”向其他国际私法领域扩展。一如其他国际私法的方法和规则,意思自治方法在任何领域的存在都需要证明,当它向合同之外的新领域扩展之时,更需如此。

意思自治是私法自治原则向国际私法领域的延伸,民法体系中私法自治越是充分的领域,即任意性规则为主强制性规则为辅的领域,其所对应的国际私法领域就越容易承认意思自治;相反,私法自治越是薄弱的领域,即强制性规则为主而任意性规则为辅的领域,其所对应的国际私法领域就越难承认意思自治。如今,合同、夫妻财产制、遗嘱、侵权等国际私法领域,不同程度地承认了意思自治。合同领域是私法自治最充分的领域,因而合同冲突法便以意思自治为首要方法;夫妻财产制领域允许当事人约定夫妻财产关系,涉外夫妻财产制的法律适用就相应地允许意思自治;当事人享有遗嘱自由,因而涉外遗嘱解释问题一般允许当事人意思自治。<sup>[19]</sup>

侵权冲突法承认意思自治,是在晚近二十年发生的,而且一度颇有争议。在民法体系中,侵权之债是法定之债,侵权法律规则多半为强制规则,因而传统侵权冲突法反对意思自治。但是,传统方法被突破了,主张引入意思自治的观点认为,侵权法和侵权责任不以惩罚为主要目的,而是以损害填补和风险分配为主要目的,侵权法律关系是当事人之间的关系,一般不涉及第三人利益,因而侵权冲突法可以允许当事人意思自治,只是侵权冲突法采用意思自治,较之合同冲突法采用意思自治,应受到更多的限制罢了。<sup>[20]</sup> 无论是国际私法的学界主流,还是国际社会晚近有代表性的立法例,都逐渐认可了侵权冲突法应该承认意思自治的观点。<sup>[21]</sup>

以上简述了意思自治方法在国际私法体系中的形成和扩展轨迹,揭示了意思自治方法的生命力所在,这对于判断物权冲突法应否承认意思自治具有直接的启示意义。意思自治方法首先适用于以任意性规则为主、当事人享有高度私法自治的实体法领域所对应的国际

[19] 《涉外民事关系法律适用法》除合同之外,侵权、夫妻财产制的法律适用都允许意思自治,但未专门规定遗嘱解释的法律适用问题,如果遗嘱解释问题从属于第 33 条所规定的遗嘱效力问题,则不承认意思自治。

[20] 参见宋晓:《侵权冲突法一般规则之确立——基于罗马 II 与中国侵权冲突法的对比分析》,载《法学家》2010 年第 3 期。

[21] 典型立法例如 1999 年《德国民法施行法》第 42 条、2007 年《欧盟非合同之债法律适用条例(Rome II)》第 14 条。

私法领域；诸如侵权领域，实体法虽以强制规则为主，但只要法律关系主要局限于当事人之间，而不直接接触社会利益，也可以承认意思自治。从中大致可以发现意思自治在国际私法中扩展的边界所在，那就是对应的实体法领域是以任意性规则为主的，如若不然，其法律关系至少也是对入关系。物权法规定物权的得丧变更及对物权的保护，其规则一般都为强制性规则，而任意性规则为其例外。从物权法的强制性这个视角出发，物权冲突法原则上就不能承认意思自治。与此同时，从对人与对世的区分视角出发，物权是一种对世权利，不像合同和侵权是一种对人的法律关系，物权法似乎也不应该承认意思自治。

至此，我们从两个方向探求了意思自治在物权冲突法领域的正当性：第一个方向就是物权冲突法自身的历史发展，物权冲突法的历史大体上就是同一制战胜区别制、物之所在地法规则取代住所地法规则的历史，物之所在地法规则反映了物权法定主义和物权作为对世权的本质要求；第二个方向就是意思自治方法的确立和扩展轨迹，从合同扩展到夫妻财产制、再到侵权，意思自治停留在对人法律关系的界限之内。两个方向的探索最后都否定了意思自治在物权冲突法中的正当性，而其理由可以共同归结为物权法或物权的基本属性：物权是一种对世权，物权法以强制性规则为主，因而物权冲突法不应承认意思自治。然而，我们现在就应该下此结论吗？我们上述分析是否遗漏了什么？现在让我们转入当代支持在物权冲突法引入意思自治的观点。

当代支持在物权冲突法领域引入意思自治的观点，是建立在对涉外物权争议的具体情形做出进一步区分的基础上的。支持者认为，物权尽管是对世权，但物权争议可以区分为双方之间的物权争议和三方之间的物权争议。物权的双方争议仅限于交易主体之间，不涉及第三人；物权的三方争议是指交易主体之外，还有第三人主张物权权益。<sup>[22]</sup>以最简单的甲、乙货物买卖中的物权关系为例，卖方甲的货物所有权是否已经移转给买方乙，这就是典型的双方物权争议；如有第三人丙主张该特定货物的物权，例如声称甲无权处分，要求恢复对乙占有的货物的物权，于是加入了交易双方甲、乙之间的法律关系中，就构成了三方物权争议。支持者据此认为，双方物权争议一般基于合同而产生，可以适用合同冲突法规则，首先适用双方当事人意思自治的法律；而三方物权争议涉及第三人，无共同的意思自治，此时为保护第三人的可预见性，应适用物之所在地法。<sup>[23]</sup>

在传统民法层面，物权的支配权表现为人对物的支配关系；而物权的对世权归根结底则是一种人与人的关系。在物权变动的关系之中，物权本质上就是从主要是合同关系的相对关系中切割或独立出来的一部分，一旦完成与相对关系的切割和独立，物权就具有了绝对性。这种切割或独立的过程，在限制物权中表现的尤为充分。当物权从基础的相对关系独立出来之后，基础关系仍可能存续，此时独立的物权关系，与导致物权变动的基础相对关系，就并行存在。<sup>[24]</sup>物权与其基础关系的有机联系，表现为物权法和债法之间的有机联系，在同一个法律体系中，这种有机联系一般能得以维系。但是，在国际私法中，如果过分强调物权与其基础关系的彼此独立，导致物权的法律适用问题任何时候都独立于基础关系的法律

[22] 参见 J. J. Fawcett, J. M. Harris and M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), pp. 1068 - 1069。

[23] 参见 J. J. Fawcett, J. M. Harris and M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, pp. 1103 - 1105。

[24] 关于物权对债权的切割关系的精彩论述，参见苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社 2005 年版，第 205 - 206 页。

适用问题,那么两者的准据法很有可能不同,原本就有的有机联系就很有可能发生断裂,甚至彼此矛盾。

再以简单的货物买卖为例,若双方都为甲国人,在甲国订立合同,而标的物位于乙国,合同约定适用甲国法,甲国法规定所有权转移时间为合同生效之时,乙国法规定所有权转移时间为交付之时。如坚持物权法律适用为独立于合同法律适用之问题,适用物之所在地法,即乙国法,就与合同准据法即甲国法对货物所有权归属问题的判定相矛盾了,就有可能违背了寄身于甲国法律传统的双方当事人的真实意愿。因此,在没有第三人对动产物权持有异议的情况下,仅是合同双方当事人的货物所有权问题,则属于双方之间的物权争议,确实可以适用双方当事人在合同中约定的准据法,如此物权法律适用与其基础关系的准据法就取得了一致。只有在同一个法律体系之中,通过法律技术独立或分割出来的物权关系,才能和其基础关系以最协调的方式共存并处。

在物权变动的关系中,物权本质上是从债权关系中独立和切割出来的,在独立和切割不清之处,就存在物权和债权的灰色地带。因此,如果物权法律适用和债权法律适用能够取得一致,就可以避免某个具体问题究竟属于物权问题还是债权问题的识别麻烦,典型如处于两者灰色地带的中途停运权和优先权的识别问题。<sup>[25]</sup> 在今日高度复杂的商业社会及其对应的高度复杂的法律体系中,物权的债权化以及相反的债权的物权化,都在增多,在两者的法律混同之处,强调各自准据法的独立分割确实不是很合理。当然,物、债准据法的统一虽有利于降低灰色地带的识别难题,但只要物权在法律体系中有独立存在的价值,灰色地带的识别困难总体上就是一个例外,我们不能以例外为由要求物、债准据法的全面统一。

当物权从债权的基础关系中独立切割出来成为绝对权时,在民法层面区分双方物权争议和三方物权争议就失去意义了,因为双方物权争议保留在债的关系中,而独立的物权的存在意义就是针对第三人的,成为物权的对世属性。因此,严格说来,在民法层面,物权的本质就是针对不特定的第三人的。但是,国际私法有别于民法,应该区分双方物权争议和三方物权争议的具体情形,旨在尽可能促使物权与其基础关系的债权受同一个法律体系的支配,以免不同的法律体系割裂了两者之间的有机联系。物权和债权在制度上彼此独立,固然不能强行使二者准据法合二为一,但传统国际私法不区分双方物权争议和三方物权争议,一律要求适用物之所在地法,则过分强调了物权对于债权的独立性,过多顺应了民法层面物权的对世属性,而忽略了国际私法有别于民法的特殊要求,即应尽可能避免不同法律体系割裂同一交易中的物权关系和债权关系的有机联系。

如要促使物权和债权的准据法趋于一致,那么为什么不是交易中的债权向物权靠拢去适用物之所在地法,却是交易中的物权向债权靠拢去适用债权准据法呢?当物权从债权中分离出来时,债权可谓是物权的“母体”,债权所包含的内容要比物权更为广泛,即使交易标的物为特定物,债权也常常并不定着于标的物,例如延迟履行的违约责任,因此只可能是物权的法律适用趋近于范围更为广泛的债权的法律适用,而不能要求债权的法律适用趋近于范围更为狭小的物权的法律适用。<sup>[26]</sup> 从某种程度上说,当双方物权争议适用债权准据法

[25] 参见 Janeen M Carruthers, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws: Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property* (2005), p.90。

[26] 在少数情形下,也可以看到债权准据法向物权准据法趋近的,例如,在当事人没有意思自治的情形下,有关不动产的债权关系,就优先适用不动产所在地法,而非依据特征履行方法来确定。



时,其实是将这部分绝对性的物权关系重新还原为相对性的债权关系。物权法律适用趋近债权法律适用的一般方法,就应适用合同之债法律适用的首要原则,即适用双方当事人意思自治的合同准据法。但是,如果合同未约定准据法,就不存在保护双方当事人共同的可预见性问题,物、债的有机联系随之松散,物权准据法就没有必要继续适用债权准据法的客观方法,即特征履行方法,而应回复适用更具确定性的物之所在地法。

国际私法对双方物权争议与三方物权争议的区分,理论上不仅针对动产,同时也针对不动产,这就意味着不动产的双方物权争议,也理应首先适用当事人意思自治的法律。但是,即使不动产物权关系只涉及交易双方而不涉及第三人,不动产的物权关系客观上也不能适用双方当事人意思自治的法律,原因有二:第一,各国普遍以公共登记为不动产物权变动的公示方法,公共登记具有行政色彩,具有超越民法的强制性质,其权威是当事人不能通过合意加以减损的,因而当事人不能合意选择物之所在地法之外的另一个法律以绕开物之所在地的公共登记,从而作出有别于公共登记的权属确认;第二,即使外国法院依据当事人的意思自治而适用不同于物之所在地法的法律,不动产物权也只能在物之所在地才能实现,更兼不动产所在地法律一般会宣称对不动产权属争议享有专属管辖权,所以一国法院适用不动产所在地法之外的法律,做出任何有别于不动产所在地法的判决,都极难获得不动产所在地国家的执行。因此,不动产物权关系不管是双方之间的争议,还是涉及第三人的三方之间的争议,只能适用不动产所在地法。

综上所述,物权冲突法确实有正当的依据引入意思自治,但应受到两项较大的限制:第一,意思自治只适用于动产物权关系,而不适用于不动产物权关系;第二,意思自治只适用于双方物权争议,而不适用于涉及第三人的三方物权争议,即不能对抗第三人,只要是涉及第三人的三方物权争议,除非第三人同意适用双方当事人的意思自治的法律,否则就应回复适用物之所在地法。据此,《涉外民事关系法律适用法》在意思自治的问题上区分不动产和动产,这一大方向无疑是正确的;遗憾的是,在没有区分双方动产物权争议和三方动产物权争议的前提下,就贸然规定了当事人可以协议选择动产物权适用的法律,而没有明确指明物权法律适用的意思自治仅限于双方物权争议,不能对抗第三人,无论第三人是否是善意第三人。

因此,《涉外民事关系法律适用法》理想的立法方式是:首先由第36条规定物权法律适用的一般规则,不论动产还是不动产,都适用物之所在地法,然后由第37条特别规定动产物权可以适用当事人协议选择的法律,并同时规定不能以之对抗第三人。在目前立法已经完成的情况下,只能通过法律解释的方法来完善现有规定。依据前述分析,应对第37条进行限制性解释,即动产物权的意思自治只适用于双方之间的动产物权争议,而不能以之对抗第三人。

## 四 意思自治的实现路径

物权冲突法可以在双方动产物权争议中承认当事人的意思自治,那么将通过何种方式予以实现呢?对比合同冲突法,物权冲突法大为不同:意思自治在合同冲突法中已经深入人心,因而在涉外商事合同实践中,当事人(或通过代理律师)已经普遍在合同中约定准据法,如果当事人没有约定合同准据法,一般是当事人并非不知有意思自治的权利,而是没有就准据法的选择形成一致的合意;但是,物权冲突法承认意思自治只是处于历史开端,实践中也

很少出现当事人为涉外物权争议特别约定准据法的情形。如果当事人在实践中一般不专门约定物权准据法,那么物权冲突法承认意思自治又有何现实意义呢?

如前所述,物权冲突法承认意思自治的最大理由,就是避免不同法律体系分割同一交易中并存关联的物权和债权,促使物权冲突法和债权冲突法趋于一致。因此,如果当事人已经在合同中约定了合同准据法,那么将合同中的意思自治同时解释成是当事人对物权问题的意思自治,这不仅能够顺理成章地解决物权冲突法的意思自治的实现路径问题,同时也符合物权冲突法承认意思自治的立法目的。关键在于,将合同中的意思自治同时解释成物权法律适用的意思自治,这是出于当事人的真实意思表示,还是背离了当事人的真实意思表示?

实践中当事人在合同中关于法律适用的约定,常见措辞是:“本合同或与本合同有关的一切争议适用 X 法”。“与本合同有关的一切争议”,不仅包括狭义的合同关系,同时也包括合同之外的法律关系,最有可能的是侵权关系和物权关系。那些在侵权冲突法中承认意思自治的国家或地区,只要不限制当事人只能在侵权行为发生之后才能选择准据法的,都认为合同中约定的准据法,同时也是当事人事先为可能发生的与合同相关的侵权法律关系所约定的准据法,这样才能促使侵权准据法与合同准据法趋于一致。<sup>[27]</sup> 合同中的法律选择条款,除了解释为合同关系的意思自治,还可以解释成相关的侵权关系的意思自治,既然如此,又有何理由不能同时解释成相关的物权关系的意思自治呢?

因此,只要当事人在合同中约定准据法时,没有明确反对将意思自治扩展适用于与合同相关的物权关系或者侵权关系,就可以将合同中的法律选择条款同时解释成包含合同关系、相关的物权关系和侵权关系的意思自治,这样才能促使同一交易的相关法律问题适用同一准据法,各方权利义务的分配才能更为合理。然而,同一交易中产生的合同关系、物权关系和侵权关系,毕竟彼此独立,能够适用同一准据法固然是好,却也不能违背当事人的意思自治,强行适用同一个法律。同一交易中的合同关系、物权关系或侵权关系,各自所规定的意思自治规则是彼此独立的规则,而不是同一个意思自治规则,当合同中的同一个法律选择条款适用于上述三种法律关系时,其本质是当事人按照不同的意思自治规则约定适用同一个准据法。

当发现当事人在合同的法律选择条款中约定准据法时,法官即使可以推定该准据法也是当事人为相关物权关系所约定的准据法,也应该对当事人进行法律适用的释明,告知当事人合同中的准据法的约定也同时适用于物权关系,如果当事人双方都表示反对,那就说明当事人只是就单纯的合同关系约定了准据法,而未曾就交易的物权问题约定了准据法,法官就不能继续认为当事人就物权法律适用问题形成了合意。更为常见的情形或许是,一方当事人主张合同中约定的准据法同时也是物权问题的准据法,而另一方当事人表示反对,并主张适用物之所在地法,此时法官该如何抉择呢?这在本质上是对合同的法律选择条款的解释问题,合同意思自治究竟是否也是物权意思自治,法官应根据案件整体情形和法律选择条款的措辞来判断当事人的真实意思表示。无论如何,在没有相反证据之时,法官应推定合同意思自治同时也是物权意思自治。

在现有涉外民商事实践中,当事人几乎不会特别就物权法律适用问题约定准据法,因

[27] 参见宋晓:《侵权冲突法一般规则之确立——基于罗马 II 与中国侵权冲突法的对比分析》。但根据《涉外民事关系法律适用法》第 44 条,我国只承认侵权行为发生后的意思自治。

此,一旦物权冲突法承认意思自治,核心问题就是合同意思自治能否解释为同一交易的物权意思自治。但是,这并不是说当事人不能就物权法律适用问题单独约定准据法,恰恰相反,基于物权和债权的各自独立性,当事人有权单独就物权问题约定准据法,甚至有权为同一交易中的合同问题和物权问题约定不同的准据法。如果当事人分别就两种法律关系约定不同的准据法,则表明当事人既不愿意他们的物权问题适用与合同准据法相同的法律,也不愿意物权问题适用物之所在地法,而是希望物权问题适用上述两个法律之外的第三国的法律。

当事人特别约定不同于合同准据法的物权准据法,本质上就是法律允许当事人将绝对权性质的物权关系,还原为相对权性质的债权关系,而且还允许当事人就还原的这部分债权关系约定不同于原合同债权关系的准据法。当事人虽有特别约定的自由,但合理性基础毕竟大为减弱了,原因有二:第一,当事人为交易中的物权关系做出特别约定,从而适用物之所在地法和合同准据法之外的第三国法律,其意图多半是为了规避这两个法律中的强制性规则,但如果案件在上述两个国家审理,法院很有可能直接适用本国不许规避的强制性法律,当事人的意思自治也就很有可能落空;第二,分割约定致使彼此关联的债之关系与物之关系有了被割裂的危险,物权冲突法承认意思自治的合理性大为降低,而且整个案件的法律适用骤然复杂,增加了法官的司法负担。因此,法律和司法实践不应鼓励当事人为物权法律适用做出不同于合同法律适用的约定。

但有两种特殊的交易情形,需要特别分析。其中一种交易情形是运输中的物的物权问题。以运输中的物为交易标的,就不能适用物权法律适用的一般规则,即物之所在地法规则,因为运输中的动产没有固定的物之所在地。运输中的物的物权应该适用运输始发地法还是运输目的地法,因各有优劣,学界争执不下,各国立法例也分歧严重。<sup>[28]</sup>我国虽规定在没有意思自治的情况下适用运输目的地法,但掌控运输的一方当事人常常临时改变运输目的地,而为另一方所不能预见,因而对另一方来说,最好办法是在合同中约定法律选择条款直接适用于物权问题,从而避免合同解释上可能发生的争议;或者直接为物权法律适用问题特别约定准据法,而不论是否约定了合同准据法。

另一种情形是物之所在地变动所引发的物权法律适用问题。假设导致物权变动的法律事实发生在甲国,法律事实发生时动产也位于甲国,但之后该动产被转移至乙国,双方就动产物权发生争议。如果双方当事人没有就动产物权的法律适用约定准据法的,依据动产物权法律适用的一般规则,适用物之所在地法,即甲国法,但物权的真正实现却在乙国,如果甲、乙两国就该动产物权做出不同甚至相反的规定,就造成了物权的创设与物权的实现这两者之间的矛盾。为解决这一矛盾,最好方法是当事人双方通过意思自治约定适用物权实现地的法律,即乙国法。例如,双方当事人合意进行保留所有权的货物买卖,合同之订立和货物之交付均发生在甲国,但货物的目的地却是在乙国,如果乙国关于保留所有权买卖的法律效果、维持期限等与甲国根本不同,那么即使合同准据法是甲国法,也最好由双方当事人特别约定物权问题适用乙国法,如是才能最大限度地实现交易目的。<sup>[29]</sup>

[28] 参见 Janeen M Carruthers, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws: Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property* (2005), p. 89.

[29] 例如,荷兰2008年《物权冲突法》第3条第2款规定:“……若某出口物的目的地国法规定所有权保留的效力至货款清偿时终止,则当事各方可协议选择该法支配该物所有权保留的物权法后果。仅当该物已实际运抵指定的目的地国时,方可考虑该协议。”邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,第137页。

如果物权冲突法允许当事人通过意思自治选择适用外国法,当外国准据法和法院地法对物权的种类和内容规定存在较大差异时,这无异于迫使法院地法承认本国法律所不承认的新的物权。虽说一国承认意思自治,便是做好了承认外国新物权的准备,但一旦新物权真正通过当事人的意思自治进入法院地国家时,法院地国将会在多大程度上视本国相关物权法规则为直接适用规则,从而减损当事人意思自治的效力,这是难以做出一般性预估的。毕竟,物权法规则具有较强的强制性质,较之合同法规则或侵权法规则,更容易被认定为应予直接适用的强制性规则。而且目前在物权冲突法中承认意思自治的国家毕竟是少数,从正常的博弈心理出发,当外国物权冲突法不承认意思自治、本国物权法不能通过意思自治而为外国法院适用时,本国法院通过意思自治去适用外国物权法的积极性,很可能在潜意识之中就被抵消了很多。因此,当事人的意思自治将在多大程度上受到一国强制性规则的减损,前景并不令人乐观。

## 五 结 论

在 20 世纪中叶以前,当意思自治在合同冲突法中的发展越起不前时,时人哪能预料物权冲突法也会面临是否承认意思自治的问题;在迈入 21 世纪前后,当意思自治在合同冲突法中稳固确立并大肆向其它领域进军时,似乎一切国际私法领域承认意思自治都是可能的了,《涉外民事关系法律适用法》第 4 条无疑就传递了这种乐观态度。然而,冒进与保守均非科学态度,一个新领域是否应引入意思自治,关键是应从该领域的法律关系和法律性质出发,客观探讨意思自治引入其中的根据和利弊得失。

同一制在 19 世纪中叶全面取代了之前的区别制,不论动产还是不动产,统一适用物之所在地法,这成为物权冲突法的基本规则。物之所在地法规则符合物权的对世属性,具有稳定性、明确性和可预见性的优点。但是,物之所在地法规则过分强调了物权的独立性和对世属性,掩盖了物权更多时候是从债权中分割出来并与债权有千丝万缕关系的特点,忽略了对双方物权争议和三方物权争议的不同情形的区分。无论是双方之间的物权争议的特殊所在,还是物权与债权的密切联系,都为物权冲突法承认意思自治奠定了合理基础。然而,只有动产的法律适用才关乎意思自治,而不动产权关系,无论是双方之间的争议还是三方之间的争议,都不可能承认意思自治。因此,面对意思自治,今日的物权冲突法又隐隐然回到了古老的区别制时代。

当双方之间的动产物权争议引入意思自治时,物权冲突法本质上是将双方之间的绝对的物权关系还原为相对的债权关系,与其说是物权冲突法承认意思自治,不如说是还原而成的那部分特殊的双边债权关系适用意思自治。当出现第三人时,被还原而成的相对债权关系就不复存在了,物权关系又全部恢复了它的对世属性,此时不再有理由允许意思自治,而只应恢复适用物权冲突法的一般规则,即物之所在地法规则。因此,物权冲突法虽可承认意思自治,但意思自治不得对抗第三人。在物权冲突法中,涉及第三人的情形也很普遍,三方之间的物权争议并不少见,更兼意思自治极易受到物权法中的直接适用规则或强制性规则的限制,因此,物权冲突法虽可承认意思自治,但不应高估其地位和作用。物权冲突法中的意思自治,和合同冲突法中的意思自治,归根结底是无法相提并论的。

《涉外民事关系法律适用法》第 3 条宣告性地将意思自治提高到了基本原则的地位,继

而在第 37 条中规定意思自治作为动产法律适用问题的首要规则,这些都难以摆脱盲目冒进之嫌疑。因而在司法实务中,我们应对第 37 条进行限制性解释:意思自治只应限定于双方之间的动产物权争议,而不能对抗第三人。物之所在地法规则仍然是物权冲突法的基本规则,意思自治只是其有益补充。

---

[ **Abstract** ] The Law of the PRC on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations stipulates that the principle of party autonomy shall be the first to be applicable to real property over movables. Being a very future-oriented provision from the perspective of comparative law, it has aroused heated discussions among academic community. Though the *lex situs* rule had prevailed over the *lex domicilii* rule, thus, became the basic rule of conflict of laws in real property in the 19th century, yet from the perspective of conflict of laws in foreign-related real property, it had overemphasized the independence of real property while overlooked the intrinsic relationship between real property and obligation. In the realm of civil law, real property refers to jus in re directed at the unspecified third party, without the distinction between bilateral and trilateral real property relationships. However, in private international law, there exists such kind of relationship, in which the bilateral relationship of real property over movables should follow the principle of party autonomy, so to maintain the intrinsic link between real property and obligation in one transaction to the maximum. In a transaction relating to movables, the part autonomy for the applicable law to the contract can be constructed as the autonomy for the applicable law to real property if without contrary intention expressed by the party concerned. The relevant provisions set forth in the Law of the PRC on the laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations should be interpreted restrictively. The principle of party autonomy in conflict of laws in real property, as a useful complementary way to the *lex situs* without any prejudice to the third party's interests, should not replace the basic role played by the *lex situs* rule.

---

(责任编辑:姚 佳)