

再论继承准据法确定中的区别制与同一制

——以法律关系、连结点和准据法三者的对应性为视角*

沈 涓

内容提要:在法律选择规则中,连结点和法律关系和准据法应具有对应性,即属人连结点应当对应人身关系和属人法,属物连结点应当对应物的关系和属物法,属行为连结点应当对应以行为为核心的法律关系和调整民事行为的法。这种对应性重在基于法律关系的性质而选择连结点,体现了法律选择规则设置的合理性,又因为连结点和法律关系的对应而可提高法律选择结果的预见性,还能成就法律适用的有效性。关于法定继承准据法的区别制在设置法律选择规则时为继承这项人身关系选择了属物连结点,不能体现法律选择结果的预见性,也不能成就法律适用的有效性。法院地、最密切联系、当事人选择三个连结点在法律选择规则中对应性的例外,但区别制规则中对应性的错乱不同于这三种对应性的例外,不具有对应性例外的必要性和优势。以法定继承准据法确定中的区别制为例,可以清楚地看出连结点的选取直接关系到法律选择规则设置的科学性,以及法律选择的合理性和有效性。

关键词:区别制 法律关系 连结点 准据法 对应性

沈涓,中国社会科学院国际法研究所研究员。

继承准据法确定中的区别制和同一制是两种不同的法律选择主张。此前的研究多聚焦于两种主张的合理性和有效性,如同一制既能够尊重继承关系所具有的人身性,又能够兼顾整个继承关系得以适用同一个实体法;而区别制罔顾继承关系的人身性,且因为选择不同的实体法分别适用于动产继承和不动产继承而具有同一个继承关系受不同实体法调

* 作者此前曾发表论文“继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评《涉外民事关系法律适用法》第31条”(《国际法研究》2014年第1期)。本文拟以连结点与法律关系和准据法的对应性为切入点,对继承准据法确定中的区别制和同一制作进一步研究,故名“再论”。

整的可能性。^[1]这方面的研究主要基于法律选择的理念层面。为深化这一研究,还可从冲突规则的设置和适用层面入手,探讨区别制和同一制这两种准据法确定制度的实质。本文拟以法律选择规则中的法律关系、连结点和准据法三者之间的对应性为视角,进一步探讨同一制和区别制的利弊。

一 从连结点与法律关系的对应性分析区别制和同一制

连结点是法律选择规则中的重要因素,它既勾连了法律关系和该法律关系应当适用的准据法,又从字面上直接显示了法律选择规则所要为之指引准据法的法律关系的性质。在法律选择规则的构成中,连结点是具有灵活性的因素,采用不同的连结点体现了确定准据法的不同理念。

以设立不动产物权关系的法律选择规则为例,采用不同连结点,会使不动产物权关系与不同实体法相连结,法律选择的结果也会不同。在一项涉外不动产物权关系中,可供选取的法律选择连结因素有多个,如不动产所有人国籍、住所、惯常居所,以及不动产所在地、受理案件的法院地。由此,以不同连结因素作为连结点,可以为不动产物权关系设计出多个准据法方案:不动产所有人国籍国法律、不动产所有人住所地法律、不动产所有人惯常居所地法律、不动产所在地法律,以及法院地法律。立法规则的制定目的和标准就在于在多个法律选择规则中选出最合适的规则,而选择的着眼点主要就是连结点。基于不动产物权关系最基本的性质,无论是不动产与不动产所在地之间的最紧密联系,还是不动产所在地法律对不动产物权关系最有效和最优先的控制,都使得不动产所在地成为多个连结因素中最适于指引实体法的连结因素,是将不动产物权关系与不动产所在地法连结在一起的纽带或媒介。此外,不动产所在地这一以物为核心的连结点也明确显示了与物权这样一种物的关系具有最准确的对应性。在各国国际私法规范中,“不动产物权适用不动产所在地法”是共识度最高的法律选择规则。

由此可见,连结点不仅承担了连结法律关系与实体法的功能,更体现了法律选择的理念,即连结点应与法律关系的性质具有对应性,能够最好地体现所选实体法对法律关系最合理的适用性,并且二者在体现法律关系性质上具有一致性。

所有连结点大致分为三类:属人连结点、属物连结点和属行为或事实连结点。属人连结点主要有国籍、住所和惯常居所,属物连结点主要有动产所在地和不动产所在地,属行为或事实连结点主要有合同缔结地、合同履行地、婚姻缔结地、婚姻解除地、侵权行为地、立遗嘱地和事实发生地。但另有三个连结点较为特殊,即法院地、最密切联系地和当事人意思,这三个连结点不能简单地归入属人、属地或属行为或事实三类连结点中的任何一类。关于这三个连结点的特殊性将在下文专门分析,此处暂不深究。

从连结点与法律关系的对应性看,在制定法律选择规则时,对人身关系应选用属人连

[1] 参见沈涓:《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第31条》,《国际法研究》2014年第1期,第80-84页。

结点,对财产关系应选用属物连结点,对行为效力应选用属行为连结点,对事实效力应选用属事实连结点。

依据区别制,确定继承准据法时所制定的法律选择规则是“动产继承适用被继承人属人法,不动产继承适用不动产所在地法”。这条规则因动产继承和不动产继承适用不同的法律所导致的弊害已在另一篇文章中作了阐释,^[2]此处只对连结点的选用作论。

在继承领域,无论是法定继承还是遗嘱继承,都属于人身关系。继承关系虽涉及财产,却不是物的关系,这一属性在制定继承法律选择规则时往往不被重视乃至被忽视。一些国家在制定内国国际私法法规时,设置有关不动产继承的法律选择规则的着眼点都在“不动产”这一定语上,而不在“继承”这一主词上,于是顺着“不动产”这一思路选择了属物连结点。这样的确定不动产继承准据法的思路似乎有些误入歧途。

连结点在法律选择规则中承担了多重功能。连结点与法律关系的对应性或一致性应当保证法律选择的合理性和适当性,也可显明法律选择结果的可预见性。如对人身关系采用属人连结点,既对应了人身关系,又可预见以此连结点构成的法律选择规则将选择属人法作为准据法。如果对人身关系采用属物连结点,则既不能对应人身关系,也无法预见将选择属物法还是属人法来调整此项人身关系。

在确定继承准据法的区别制中,采用“不动产所在地”这一属物连结点显然与继承这一人身关系不具有对应性,也很容易陷入所确定的准据法“不动产所在地法”究竟是属人法还是属物法的困惑。故而,在以属物连结点所连结的实体法对继承关系是否具有合理性和适当性方面,区别制缺乏说服力。究其原因,这一法律选择的错位源于在对“不动产继承”的法律关系性质进行分析时,错误地把着眼点放在了“不动产”上面,而忽视了“继承”关系的人身性。^[3]

反观确定继承准据法的同一制,在设置继承关系的法律选择规则时,首先就确定了不区分动产和不动产这一基本思路。其所表明态度是,在为一项人身关系确定准据法时没有必要太过重视物在其中的影响。基于这一思路,同一制理所当然地选择了属人连结点,包括早期的国籍、住所以及后来的惯常居所。同一制下法律关系与连结点有着很强的对应性,即人身关系与属人连结点的对应。这种对应性提高了法律选择规则构成要素的一致性、法律选择的合理性,以及最终援引属人法的可预见性。

二 从连结点与准据法的对应性分析区别制和同一制

法律选择规则的作用是指定准据法,以便法官能够适用准据法确定正在处理的涉外民事纠纷当事人之间的权利义务。但在国际私法中,法律选择规则的这一作用常常不

[2] 参见沈涓:《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第31条》,《国际法研究》2014年第1期,第80-81页。

[3] 对于重视不动产继承关系的财产性,忽视其人身性,区别制给出的主要理由是便于判决在不动产所在地的承认和执行。对此理由的分析和对此担心的解决方法本人已在另一篇论文中详述,本文不再论及。参见沈涓:《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第31条》,《国际法研究》2014年第1期,第82-84页。另见宋晓:《同一制与区别制的对立及解释》,《中国法学》2011年第6期,第155-158页。

能令人满意。一般认为,这类规则最主要的缺陷在于,由于其内容不包含对权利义务的确
定,因而使人对法律适用的结果缺乏预见。^[4] 其实,法律选择规则承受这样的不满可谓
不白之冤,因为法律选择规则本来就不应该、也不可能承担确定当事人权利义务的功能。
法律选择规则真正的功用就只是指定实体法,然后由所指定的这一实体法来确定当事人
的权利义务。因此,一项法律选择规则从内容到功能都不可能让人预见到实体法适用的
结果。

法律选择规则被如此冤枉以及被错误地寄予厚望,完全是因为国际私法学界长久以
来存在的一种误解,那就是国际私法以国际或涉外民商事关系为调整对象。^[5] 这样定位
国际私法的调整对象,无疑会让人得出结论,即国际私法中的法律选择规则的作用是确定
国际或涉外民商事关系当事人的权利义务;而当事实上法律选择规则无法直接确定当事
人的权利义务时,它就背负了无法预见法律适用结果这一本来不应背负的诟病。

令人欣慰的是,人们已经逐渐意识到,法律选择规则对法律适用结果缺乏预见这一认
识是一种误解。国际私法学界对国际私法及其主要规则的调整对象已有重新认识,一些
成果提出了国际私法及法律选择规则的调整对象并不是国际或涉外民商事关系。^[6] 由
此,对法律适用结果缺乏预见也就不应继续被理解为法律选择规则的缺陷。

澄清这一误解的意义在于认清法律选择规则的真正缺陷。法律选择规则固然无力直
接调整国际或涉外民商事关系,其在指定可以调整国际或涉外民商事关系的实体法方面
也不尽人意。从每一条法律选择规则的内容看,与其说选择了实体法,不如说只是选择了
法域。换言之,法律选择规则只是指明国际或涉外民商事关系应当适用哪一国或哪一法
域的实体法,而没有指明该民商事关系应当适用哪一实体法或哪一具体的实体规定。可
见,即便不考虑是否可以预见法律适用结果,仅就法律选择结果而言,法律选择规则的预
见性也是较弱的。这或许才是法律选择规则真正的缺陷。

在法律选择规则不能直接指明国际或涉外民商事关系应当适用哪一部具体的实体法
的情况下,对准据法的最终确定实际上需要法官去寻求,而寻求的依据就是连结点。以
“不动产物权适用不动产所在地法”这条法律选择规则为例,为不动产物权关系选择准据
法,理应采用属物连结点,即不动产所在地;这一连结点与不动产物权关系有很强的对应
性,沿着这一对应关系,不难得出法律选择的结论,即该不动产物权关系的准据法应当是
不动产所在地国家的相关物权法。

由此可见,在法律选择规则中,除了连结点与民商事关系须有对应性之外,连结点与
准据法也须有对应性。这种对应性一方面能够帮助法官准确找到应该适用的具体实体
法,另一方面也能够提高法律选择结果的预见性。这是因为,一般而言,属人连结点应该

[4] 这样的认知从 20 世纪 80 年代至今在国际私法的教材和文章中一直存在。参见李双元著:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社 1987 年版,第 13 页;李双元著:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社 2016 年版,第 14 页;李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社 2018 年版,第 7 页。

[5] 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社 1983 年版,第 2 页;韩德培主编:《中国冲突法研究》,武汉大学出版社 1993 年版,第 163 页;李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社 2018 年版,第 1 页。

[6] 参见费宗祯:《对中国国际私法的重新认识》,《人民法院报》2018 年 1 月 24 日第 7 版。

连结属人法,属物连结点应该连结属物法;据此,对采用属人连结点的法律选择规则可以预见其所指定的实体法应为属人法,对采用属物连结点的法律选择规则可以预见其所指定的实体法应为属物法。如上述“不动产权适用不动产所在地法”之例,既然采用了财产所在地这样的属物连结点,那么合乎逻辑的推定就是,准据法应当是属物法即物权法。这种推定当然有例外,下文将专门论及,此处仅就一般情况而言。

但若法律关系、连结点和准据法三者之间不具有对应性,法律选择的情况就会出现混乱。在区别制下,为不动产继承设置的法律选择规则是“不动产继承适用不动产所在地法”。如前所述,这条规则为继承这样一种人身关系采用不动产所在地这样的属物连结点,因为与法律关系即继承关系不具有对应性而在法律选择的合理性上缺乏说服力。更重要的是,这条规则会造成法官在确定准据法时的困惑,也会降低法律选择结果的预见性。

将“不动产权适用不动产所在地法”与“不动产继承适用不动产所在地法”这两条规则相比较可以看出:在前一条对物权关系选择准据法的规则中,由于属物连结点与物权关系具有对应性,法官可以据此确定,对此物权关系应当寻找不动产所在地国家的物权法作为准据法;但在后一条对继承关系选择准据法的规则中,因为对继承这种属人关系也采用了属物连结点,那么最终应当寻找不动产所在地国家的属人法还是属物法,这一不确定性便成为预见法律选择结果的障碍。从规则上看,这实际上是进一步降低了法律选择结果的可预见性。这不仅是规则设置上的错乱和不合理,更是实体法确定上的难题。

面对“不动产继承适用不动产所在地法”这样一条法律选择规则,按照物权关系的准据法选择规则的方法,既然是以不动产所在地作为连结点构成的法律选择规则,那么最终就应该寻找一个物法。但显然,物法不是调整继承关系的实体法。任何国家的物权法都不包括对继承关系的规定;即使涉及“继承”等概念,也是对财产继承权和通过继承取得物权等问题作出规定,涉及的仍是物权关系,而非继承关系。^{〔7〕}如果说在这条规则中所谓“不动产所在地法”不是物权法,而是继承法,那么着眼于物的属地性而采用属物连结点来指定属人法,其不合理之处同样明显无疑。

同一制在不区分动产继承和不动产继承的思路下构建的规则是“继承适用被继承人本国法(或住所地法或惯常居所地法)”,这条规则采用了属人连结点为继承关系指定准据法,从规则内容便可预见该准据法应为属人法,又可根据法律关系范围的要求进一步预见法官需要寻找的应当是被继承人属人法中的继承法。由此可见,同一制在法律选择规则设置的合理性上和对法律选择结果的预见性上都较区别制更具优势。

三 从法律关系与准据法的对应性分析区别制和同一制

如前所述,法律选择规则最直接的效用是指定准据法所在法域,实际上不具有指定一部实体法具体条文内容的功能,后者是由法官补足的。对于法官寻找具体实体法或具体条文的行为,合乎常理或逻辑的要求是,法官必须为“范围”显示的法律关系找到一个可

〔7〕 参见《中华人民共和国物权法》第 29 条、第 65 条第 2 款。

以调整它的实体法。换言之,法官必须找到从内容到效力均可用于确定当事人之间权利义务的具体的法律规定。如果法官最终没有找到可以适用的法律规定,或找到的实体法中没有包含确定当事人权利义务关系的内容,那么法律选择规则的效力便无法实现。可见,准据法与法律关系必须具有对应性,即准据法内容必须可以用来确定法律关系当事人的权利义务,法律选择规则的效力依靠这种对应性才能实现。

由此可见,法律选择规则效力的实现有赖于两个环节:法律选择规则的设置,以及法官寻找、确定实体法的行为。这两个环节若存在障碍,法律选择规则效力的实现便会出现困难。

在区别制下,为不动产继承指定准据法时采用了属物连结点,与为不动产物权指定准据法时所采用的连结点相同。比较不动产物权的法律选择规则与不动产继承的法律选择规则,二者虽有着不同的“范围”,却有着相同的“系属”。问题是,二者所指定和确定的实体法是否也相同?也就是说,为不动产物权关系指定的“不动产所在地法”无疑应当是被指定的法域的物权法,但为不动产继承关系指定的“不动产所在地法”是否也是被指定法域的物权法,却不似前者那样笃定无疑。若回答不动产继承的法律选择规则中的“不动产所在地法”是物权法,显然有问题;但若认为规则中的“不动产所在地法”应当是继承法,却缺乏依据,因为从规则中的属物连结点无法推定出对继承法的指引。

对此困惑或难题,可以从以下几个方面分析。

(一) 继承关系准据法只能是继承法

关于继承关系的准据法是人法还是物法,萨维尼早已说得很明白:“有关继承的法律是人法。”^[8]因此,为继承关系选择和确定准据法的结果当然只能是继承法,而不应是物权法,这是实现法律选择规则效力唯一正确的途径。只有继承法才能调整继承关系,这是评析区别制时务必牢记的前提。如果因为物权领域的“不动产所在地法”是物权法就认为继承领域的“不动产所在地法”也是物权法,那就意味着区别制主张适用物权法来调整继承关系,这无疑是一个荒谬的结论。如此显而易见的错误不可能被坚持这么长时间。所以,对区别制进行客观评析后,应当得出的合理解读是,不动产继承所适用的不动产所在地法是不动产所在法域的继承法。

(二) “不动产所在地法”适用于不同领域具有不同内涵

如果如上所述,物权领域所说的“不动产所在地法”和继承领域所说的“不动产所在地法”具有不同内涵,前者是物权法,后者是继承法,那就意味着根据这一结论又不得不推出另外两个结论:第一,不动产所在地法适用于不同领域会具有不同内涵,有时是物权法,有时是继承法,有时是婚姻法,有时又是合同法,有时还是侵权法;第二,不动产所在地既可以作为确定物权领域准据法的连结点,也可以作为确定继承、婚姻家庭、合同、侵权等领域准据法的连结点。

但实际状况似乎并非如此。纵观我国《涉外民事关系法律适用法》的52个条文,仅

[8] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李二元等译,法律出版社1999年版,第160页。

有两条法律选择规则区分动产和不动产并分别指定了不同准据法,且均为涉及不动产的关系指定了“不动产所在地法”(即有关不动产权和不动产法定继承的法律选择规则),而对其他同样涉及财产(包括不动产)的关系却并没有区分动产和不动产,更没有指定“不动产所在地法”。如对信托关系指定了当事人选择的法律、信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律;对夫妻财产关系指定了当事人选择的法律和当事人共同属人法;对父母子女财产关系指定了共同属人法、一方属人法和有利于保护弱者权益的法律;对遗嘱效力指定了立遗嘱人属人法;对合同指定了当事人选择的法律和承担特征性履行义务一方当事人的属人法或与合同有最密切联系的法律;对侵权责任指定了侵权行为地法和当事人共同属人法。^[9]

从上述《涉外民事关系法律适用法》的相关规定可以看出,除了为不动产权关系和不动产法定继承关系采用属物连结点,指定了不动产所在地法之外,该法没有再为其他关系指定不动产所在地法,尽管这些关系也可能涉及不动产。换言之,在该法的法律选择规则中,“不动产所在地法”除了需要进一步辨清究竟是物权法还是继承法之外,并不存在“不动产所在地法”究竟是物权法,还是婚姻法、合同法抑或侵权法这样的其他难题。在其他涉及不动产的关系中,法律选择规则都根据这些关系的性质为其指定了当事人选择的法律、属人法和最密切联系的法律,这就使“不动产继承适用不动产所在地法”成为规则中的特例,也使这一条规则失去了内容设置上的合理性。迄今为止,虽然关于同一制和区别制的讨论很多,但还没有看到支持区别制的讨论在合理性上给出有说服力的解释。^[10]

此处需要特别讨论的是涉及不动产的合同准据法的确定规则和不动产继承准据法确定规则之间的比较。

《涉外民事关系法律适用法》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。”但是,该法对于什么是“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”并没有作出进一步规定。对此,2007 年最高人民法院的相关司法解释为 17 种合同确定了与这些合同有最密切联系的法律,其中对涉及不动产的合同指定:“不动产买卖、租赁或者抵押合同,适用不动产所在地法。”^[11]在此,可以将此项规则与“不动产继承适用不动产所在地法”进行比较分析。

首先,二者都具有法律关系、连结点、准据法之间的不对应性。合同不以人身关系为基础,也不是单纯的财产关系,而是双方当事人对各自权利义务的约定,以义务的履行为核心。上述司法解释将最密切联系原则化为依特征性履行理论而制定的规则,即为明证。

[9] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 31、36 条,以及第 17、24、25、33、41、44 条。

[10] 关于区别制的理由本人已在另一篇文章中作出了充分解析,此处不再重复。参见沈涓:《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第 31 条》,《国际法研究》2014 年第 1 期,第 80 - 82 页。

[11] 参见 2007 年最高人民法院《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》(已废止)第 5 条第 4 款。

根据特征性履行理论,该司法解释为 17 种合同中的 16 种合同确定了承担特征性履行义务一方当事人的住所地法或合同履行地法,仅为不动产买卖、租赁或者抵押合同例外地指定了不动产所在地法为准据法。这项确定涉不动产合同准据法的法律选择规则没有选取与履行义务或履行行为相关的连结点,而是选取了属物连结点,在规则设置的不合理、缺乏对法律选择结果的预见性、法律选择规则效力的实现存在障碍等方面,与上述“不动产继承适用不动产所在地法”规则如出一辙。个中弊害,上文已有分析,此处不再详述。

其次,二者的影响力不同。在合同领域,当事人意思自治是首要和优先的原则,最密切联系只是次要原则,只有在当事人没有选择合同准据法或者当事人的选择无效时,才依据最密切联系原则为合同确定准据法。也就是说,在很多情况下,如果当事人已经为涉及不动产的合同有效选择了准据法,则“不动产买卖、租赁或者抵押合同,适用不动产所在地法”这一法律选择规则便失去了得到适用的机会。这在一定程度上减小了该规则在合同领域的弊害。与此不同,在法定继承领域,当事人意思自治原则目前还没有得到采用,在区别制中,“不动产法定继承适用不动产所在地法”是确定不动产法定继承准据法的首要规则。相较于合同领域,这项规则可能产生的负面影响更大。

最后,二者所包含的“不动产所在地法”内涵不同。在不动产买卖、租赁或抵押合同中,不动产所在地通常是合同的实际履行地,亦即不动产所在地法即是合同履行地法。由此可见,上述司法解释中关于涉及不动产的合同的法律选择规则虽然选取了属物连结点,但实际上并未失去以履行行为为核心的法律选择效果。因此,对于“不动产买卖、租赁或者抵押合同,适用不动产所在地法”这项规则,或许可以换一种表述,即“不动产买卖、租赁或者抵押合同,适用合同实际履行地法”。这样的解说绝非玩弄文字游戏。法律选择规则的设置无论是措辞还是内涵,都应该体现立法的科学性、法律选择的合理性和有效性。既然不动产所在地法和合同实际履行地法重叠,那么选取“合同实际履行地”这一连结点显然比选取“不动产所在地”这一连结点更符合特征性履行理论,也更符合合同的本质。

与涉及不动产的合同中不动产所在地必然是合同实际履行地的情况不同,在法定继承中,不动产所在地并非必然是被继承人国籍所在地或惯常居所地,从而不动产所在地法也并非肯定是被继承人属人法。因此,选取属人连结点还是属物连结点便有了本质差异。

(三) 不动产所在法域继承法适用效果

至此,可以得出结论,尽管区别制不合理地采用了属物连结点,又对不动产继承特别地(不同于物权关系以外的其他同样涉及不动产的关系)指定了不动产所在地法,但此“不动产所在地法”当然只能是继承法。接下来就需要讨论不动产所在法域的继承法适用的效果。

1. 不动产所在法域继承法适用的合理效果

一项国际或涉外继承关系大抵涉及如下因素:当事人国籍、住所、居所、惯常居所、被继承人死亡地、财产所在地。可以假设一种比较极端但并非不可能的情形来分析不动产所在地法适用的效果:如果一项涉外继承关系除了作为遗产的不动产之外,所有因素如双方当事人国籍、住所、居所、惯常居所地以及被继承人死亡地、被继承人立遗嘱地等都与不

动产所在地没有关联,那么,适用不动产所在地法的合理效果如何?

有人认为,这种情形下适用与遗产无实际联系的“属人法”来决定遗产的分配和继承人的权利义务显然不尽合理,甚至有悖遗产所在地国家的利益,故应该适用不动产所在地法。^[12]可以看出,这一观点仍然是立足于物的关系来讨论继承准据法的确定,即只着眼于继承关系的财产性,而忽视其人身性。

有些国家法律规定,外国人不能继承境内某些不动产。对此,有人认为,此种规定背景下,有关不动产的继承应当适用不动产所在地法,如果适用被继承人属人法,会对不动产所在法域财产关系和经济利益造成影响。^[13]此种认识的误区在于将“有没有继承权”与“能不能继承遗产”混同:后者的真正含义是“能不能通过继承而取得遗产的所有权”,也就是说,所谓“能不能继承”讨论的是能不能通过继承的方式取得物权,针对的是物权取得方式。因此,“有没有继承权”属于继承法调整的问题,“能不能继承”属于物权法调整的问题。对某人而言,只有先确定他有没有对某项位于境外的不动产的继承权,然后才能确定他能否通过继承方式取得这项不动产的所有权。而适用他的属人法中的继承法确定他是否有继承权之后,完全不妨碍再适用不动产所在地法确定他能否实际取得这项不动产的所有权。

按照最密切联系原则的要义,为继承关系指定准据法时要考虑的应当是与当事人有密切联系的法律,而不是与遗产有密切联系的法律。因为法定继承以被继承人和继承人之间的亲属关系为基础,所以与法定继承关系联系最密切的是确定当事人之间亲属关系的属人法,而不是财产所在地法。在上述情形下,站在人身关系的角度看,属人法或许与遗产的物的关系没有实际联系,但却与继承这种人身关系有密切联系。据此可以想象,如果适用与被继承人仅有财产联系的不动产所在地法来确定他的亲属中哪些人可以继承他的财产、以什么顺序继承、继承多少份额等等问题,对被继承人和他的亲属而言是一件多么荒唐的事。

2. 不动产所在法域继承法适用的有效效果

不赞成同一制、主张区别制的另一理由是:如果不动产继承不适用不动产所在地法,所作判决将会得不到不动产所在国家承认和执行。关于这一理由,笔者已在另一篇文章中作了论述,^[14]这里只强调两点:第一,各国拒绝执行外国判决时通常不会主张“没有适用内国法”这样的理由;第二,对涉及境内不动产的案件各国一般纳入内国专属管辖范畴,由不动产所在地国对案件行使管辖权,所作判决在内国执行,这样就不会出现判决在他国被拒绝执行的情况。所以,区别制对判决不被执行的担心完全没有必要。

之所以有这种担心,主要是因为顾及不动产所在法域对境内不动产的控制,由此进一

[12] 参见王克玉:《国际遗产继承中的同一制和区别制辨析及对我国的立法启示》,《吉林师范大学学报(人文社会科学版)》2005年第4期,第47页。

[13] 参见王克玉:《国际遗产继承中的同一制和区别制辨析及对我国的立法启示》,《吉林师范大学学报(人文社会科学版)》2005年第4期,第48页。

[14] 参见沈涓:《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第31条》,《国际法研究》2014年第1期,第82-84页。

步认为,不动产继承只有适用不动产所在地法,所作判决才不会被不动产所在法域拒绝执行。很显然,这一观点仍然是立足于继承的财产性,考虑的是“物”的影响和意义。问题是,如前所述,继承准据法是继承法,并不对物的关系作出调整,适用继承法只对人身关系有影响和意义,对物的关系没有直接影响,继承关系适用继承法与不动产所在法域对境内不动产的控制根本没有关系。因此,如果希望对不动产继承关系适用不动产所在地法来满足不动产法域对境内物的控制,这一希望很有可能落空。

可见,无论区别制多么担心有关不动产继承的判决能否在不动产所在地被执行,想要通过适用继承法来实现对继承关系中不动产的控制,以确保不动产继承案件的判决能够在不动产所在法域得到执行,无疑都是一条绝路,至少也是一条歧途。因此,不动产继承适用不动产所在地继承法,并不能获得较适用被继承人属人法中的继承法更有效的效果。

通过上述几方面的分析可以得出几点结论:第一,比较连结点与法律关系的对应以及连结点与准据法的对应,法律关系与准据法的对应法律选择规则效力的实现更为重要,即使如区别制采用了与继承关系不能对应的属物连结点,也仍须寻找不动产所在法域的继承法作为准据法。第二,尽管不动产继承应适用继承法而非物权法应当是前提,但区别制的所有考量却似乎仍然都着眼于“物性”,如遗产所在法域对境内不动产的有效控制、遗产对所在法域经济利益的影响、不动产继承判决在不动产所在法域的执行等,而全然不顾继承这种人身关系与当事人属人法之间的隶属关系,这不能不说是区别制中存在的法律选择理念的严重偏差。第三,即使区别制注重继承关系的“物性”,但在继承关系必须适用继承法而非物权法的情形下,对“物性”的关注以及想要成就遗产所在法域对遗产控制的愿望实际上都会落空。

四 连结点与法律关系和准据法对应的例外

如前所述,法律选择的合理性、法律选择的有效性和法律选择规则效力的实现都要求法律选择规则中的法律关系、连结点和准据法三者之间具有对应性,如属人连结点与人身关系和属人法相对应、属物连结点与财产关系和属物法相对应等。但这种对应性也有例外。法律关系、连结点和准据法这三个要素中,连结点固然重要,但它在法律选择规则中只是决定法律选择的方向,法律选择的结果最终仍要着落在准据法。在一些例外情况下,连结点与法律关系和准据法并没有对应性,但仍然可以满足法律选择的合理性和有效性以及法律选择规则效力的实现。对这些例外情况有必要予以专门讨论。但需要明确的是,此处的对应性的例外与区别制中的对应性的错位并不相同。

(一)“法院地”连结点的对应例外

在法律选择规则中,有一些以“法院地”为连结点构成的规则。这一连结点不能简单归入属人或属物连结点,也不能归入属行为连结点,因为它虽然体现了行为与行为地之间的联系,但此处的行为是诉讼行为,而非引起实体法律关系产生的行为。

在以法院地为连结点构成的一类法律选择规则中,将法院地法作为“最合适”的准据

法的情况较少,仅存在于识别这样的场合。^[15] 大多数情况下,法院地法并不是被作为最合适的法被指定为准据法,而是在合理性的考量之外因为其他原因被指定为准据法。例如,在外国法无法查明时指定法院地法为替代法,^[16] 在外国法的适用结果违反内国公共秩序时指定法院地法为替代法,^[17] 为了有利于婚姻家庭关系弱方当事人而指定法院地法为扩大选择的准据法,^[18] 在诉讼离婚中指定等同于行为地法的法院地法为准据法,^[19] 法院地法因当事人的选择而成为准据法。^[20]

由此可见,大多数指定法院地法为准据法的法律选择规则都具有以下几个特点。

第一,这些规则指定法院地法为准据法时并非基于合理性的考量,而是基于有效性的考量,故不应着眼于合理性来分析法院地这一连结点与法律关系和准据法的对应性。也就是说,对这些规则中法院地这一连结点不能与法律关系和准据法对应的情况,不应简单地从合理性角度去质疑和批评。

第二,既然选择法院地这一连结点并非基于合理性考量,这一连结点既不是属人连结点,也不是属物连结点,那么根据有效性的需要,法院地这一连结点便既可为人身关系连结属人法,亦可为财产关系连结属物法。这表明,由法院地这一连结点构成的法律选择规则所涉及的民商事关系的范围,远比由属人连结点、属物连结点和属行为连结点构成的规则所涉及的民商事关系范围要更为广泛。

第三,虽然法院地这一连结点常常不能体现与法律关系和准据法的对应性,但以法院地作为连结点构成的法律选择规则却仍必须体现法律关系与准据法的对应性。如前所述,这是实现法律选择规则效力的最低要求。如“诉讼离婚 适用法院地法律”^[21] 这条规则中,法院地这一连结点虽然与离婚这一人身关系没有对应性,但“法院地法律”这一准据法必须与离婚关系具有对应性,即此条规则中的“法院地法律”必定是法院地所在法域的婚姻法,不可能是其他民事实体法或程序法。

在继承领域,法院地法的适用空间极小,只在确定遗嘱方式准据法的规则中能够找到法院地法的痕迹,^[22] 当然也不排除作为继承准据法的外国法无法查明时以法院地法代替适用的可能。可见,继承领域的法律选择应当以追求合理性为主导,不应出现如区别制所呈现的属物连结点与继承关系和继承法不对应的情况。

(二)“最密切联系”连结点的对应例外

最密切联系与连结点的关系有两种表现:一是根据最密切联系的要求设置法律选择

[15] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 8 条。

[16] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 10 条第 2 款。

[17] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 5 条。

[18] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 28 条。

[19] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 27 条。

[20] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 50 条。

[21] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 27 条。

[22] 如 1979 年《匈牙利第 13 号法令》第 36 条第 2 款,见李双元等编:《国际私法教学参考资料选编》(上册),北京大学出版社 2002 年版,第 262 页;2013 年《黑山关于国际私法的法律》第 73 条,见邹国勇译注:《外国国际私法立法选译》,武汉大学出版社 2017 年版,第 358 页;2014 年修订的《俄罗斯联邦民法典》第 1224 条第 2 款,见邹国勇译注:《外国国际私法立法选译》,武汉大学出版社 2017 年版,第 107 页。

规则,如“法定继承适用被继承人属人法”,这条规则主张被继承人属人法是与法定继承有最密切联系的法律。二是授权法官根据最密切联系的要求选择准据法,如“当事人没有选择合同适用的法律时,合同适用与该合同有最密切联系的法律”;这条规则没有直接指明合同准据法,而是授权法官根据法律关系具体情况考察与该关系相关的各个连结点,如合同当事人国籍、住所、惯常居所,合同缔结地,合同履行地,合同标的物所在地等各个属人、属物和属行为连结点,从中选择与合同联系最密切的连结点,据此寻找合同准据法。

在第一种表现上,最密切联系化为规则中的具体连结点,遵循着与法律关系和准据法对应的法则和要求,属于前述法律关系、连结点和准据法三者对应的正常情况,故不在此作为例外讨论。

在第二种表现上,严格说,“最密切联系”不是连结点,或者说即便是连结点,也是没有属性的连结点,而只是选择连结点的标准或要求,表明法官裁量选择的连结点必须能够连结与法律关系联系最密切的准据法。至于这个连结点是属于人连结点、属物连结点还是属行为连结点,要根据一项法律关系所包含的各个连结点与该法律关系联系的密切程度来确定。

最密切联系虽然只是一个标准或要求,但最终必须化为具体连结点。这个连结点无疑要体现较其他连结点与法律关系的联系更密切,但是否与法律关系和准据法具有对应性,则因具体情况而不同。有时候,涉及人身关系时,与之有最密切联系的连结点是一个属人连结点,这个属人连结点所牵引的实体法也是一个属人法。同样,涉及财产关系和行行为效力时,与之有最密切联系的连结点属物连结点和属行为连结点,最终指引属物法和确定行为效力的法律。但也有些时候,连结点与法律关系具有最密切联系,但与法律关系和准据法并不一定具有对应性。

虽然“最密切联系”在具体案件审理中由法官裁量,但裁量的标准、也就是判断“最密切联系”的标准不仅仅是连结点的数量,更多时候是连结点的质量。这些标准常常在预制的规则中已经设定,体现的多是法律选择和法律适用所追求的一种特殊结果。这种因为考虑特殊需要而出现的连结点与法律关系和准据法的不对应,正是“最密切联系”这一连结点对应例外的表现。

例如,《涉外民事关系法律适用法》第29条规定:“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更有利于保护被扶养人权益的法律。”显然,对于扶养这种人身关系而言,与之对应的连结点应当是当事人经常居所地或国籍。但规则所设定的标准是扶养关系必须适用“有利于保护被扶养人权益的法律”。按照这一确定准据法的标准,如果一方当事人经常居所地法律和国籍国法律均不利于保护被扶养人权益,而只有主要财产所在地法律有利于保护被扶养人权益,那么法官就应当确定主要财产所在地法律作为扶养关系的准据法,尽管“主要财产所在地”这一属物连结点与扶养关系的人身性和调整扶养关系的婚姻家庭法不具有对应性。

对比“最密切联系原则”下存在的连结点与法律关系和准据法的对应例外,可以看出,确定继承准据法的区别制下的不对应性不属于此类例外。“不动产继承适用不动产所在地法”并没有设定任何特殊需要,也没有授权法官裁量满足某种特殊需要的法律选

择,从而使满足特殊需要成为牺牲连结点和法律关系和准据法的对应性的充分理由,而是直接、明了地在规则中呈现了连结点和法律关系和准据法的不对应性。

(三)“当事人意思”连结点的对应例外

“当事人意思”在法律选择规则中也是没有显示属性的连结点,却也不像“最密切联系”这样的连结点,必须由法官进一步确定最密切联系连结点的属性。因为当事人意思直接确定了准据法,不需要法官进一步推定连结点,所以无论是在规则中存在,还是由法官最终确定当事人所选择的具体法律,“当事人意思”始终都是不显示属性的连结点。

既然“当事人意思”这一连结点不显示属性,那么也就无法考查这一连结点与法律关系和准据法的对应性如何。事实上似乎也无需考查,因为在各国国际私法立法中,当事人意思可以表现在为多类法律关系指定准据法,既有物的关系,如动产物权;^[23]也有人身关系,如协议离婚;^[24]还有债的关系,如合同、侵权。^[25]可见,“当事人意思”是开放性连结点,这是这一连结点与法律关系和准据法对应的又一例外表现。即便如此,在以当事人意思为连结点的法律选择规则中,法律关系与准据法仍然必须具有对应性。

在继承领域,立法上除了在遗嘱继承准据法的确定方面有选用当事人意思为连结点的例子,在法定继承准据法确定方面,无论是同一制还是区别制,都没有选用当事人意思这一连结点的情况。

上述三种例外情况中,法院地连结点的对应例外主要是为了发挥法院地法的兜底作用,注重法律选择和法律适用的有效性。最密切联系和当事人意思这两个连结点的对应例外则是为了贯彻法律选择合理性精神,即与法律关系有最密切联系的法律是最合适的准据法,当事人选择的法律是最合适的准据法;即便不能将最密切联系和当事人意思归入属人或属物连结点,从而也不能从这两种连结点与法律关系和准据法是否具有对应性来考察规则制定的合理性,根据这两种连结点指定准据法的合理性也仍然是毋庸置疑的。

相比之下,确定继承准据法的区别制选用不动产所在地这一连结点并不具有上述三种连结点的对应例外的合理性和有效性,即不动产所在地既不是用于指定具有兜底和替代作用的法律,也不能表明不动产所在地的继承法是与不动产继承关系具有最密切联系的法律,法定继承领域也没有根据当事人意思选择准据法的空间。因此,区别制中的连结点与法律关系和准据法的不对应既不具有合理性,也不具有有效性,只是对应错乱的表现。

五 结 语

法律关系、连结点和准据法三者之间的对应性不仅显示了法律选择规则设置的合理性,也决定了法律选择结果的可预见程度,进而影响着法律选择规则效力和准据法适用效力的实现。在确定法定继承准据法的两种制度中,同一制达成了法律关系、连结点和准据

[23] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 37、38 条。

[24] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 26 条。

[25] 参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 41、42、44、47、49、50 条。

法三者之间高度的对应性,即这项制度为法定继承这一人身关系选用了属人连结点,使规则指向属人法的这一结果具有很强预见性,故而能够保证法律选择规则效力的实现明确无疑、畅行无碍。相比而言,区别制为法定继承关系选用了属物连结点,在法律选择规则层面模糊了规则对准据法的指向,甚至是扰乱了规则指向准据法的方向,极大降低了法律选择结果的可预见度,增大了法官确定准据法的难度和错误确定准据法的可能性。同时,区别制提出的通过适用不动产所在地法来成就判决在不动产所在国家得以执行的期望,也会因为最终只能适用不动产所在地国的继承法而非物权法而落空。更何况,没有任何一个国家将作出判决的外国法院没有适用内国法作为拒绝承认和执行该外国法院判决的理由。

法律选择规则中,法院地、最密切联系和当事人意思这三个连结点也与法律关系和准据法不能对应或不能显示对应性,属于对应例外。但区别制下的属物连结点与属人法律关系和属人准据法之间的不对应不属于此类例外,因为区别制下的不对应并不具有这三种对应例外的必要意义和合理基础。

[Abstract] In the rules of law selection, the connection points, the legal relationships and the applicable laws should have correspondence. That is, the personal connection points should correspond to the personal relationships and the personal laws, and the real connection points should correspond to the real relationships and the real laws, and the actional connection points should correspond to the legal relationships with the core of action and the laws adjusting the civil and commercial action. This correspondence focuses on choosing connection points based on the nature of legal relationships. It not only reflects the rationality of the legal selection rules, but also improves the predictability of the results of legal selection benefited from the correspondence between the connection points and the legal relationships. And it can also achieve the validity of the law application. The scission system in determining the applicable law for legal succession has chosen a real connection point for succession, which is a personal relationship, when setting the rules of law selection. It does not reflect the predictability of the result of legal choice, nor can it achieve the validity of the law application. The three connection points of the court, the closest contact, and the choice of the parties are the corresponding exceptions in the law selection rules. However, the confusion of correspondence in the rules of scission system is different from the three exception of correspondence, and there is no necessity and advantage. This paper intends to demonstrate that the selection of the connection point is directly related to the scientific nature of the legal selection rules and the rationality and effectiveness of the legal choice, taking the scission system in determining the applicable law for legal succession as an example.

(责任编辑:廖凡)