

涉外离婚 管辖权研究

ON THE JURISDICTION OF DIVORCE CASES
INVOLVING A FOREIGN NATIONAL

刘懿彤 常鸿宾 著

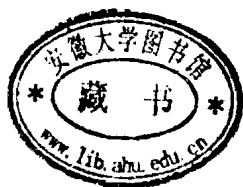


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

涉外离婚 管辖权研究

ON THE JURISDICTION OF DIVORCE CASES
INVOLVING A FOREIGN NATIONAL

刘懿彤 常鸿宾 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

涉外离婚管辖权研究 / 刘懿彤, 常鸿宾著. —北京:
法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4301 - 2

I. ①涉… II. ①刘… ②常… III. ①涉外民事法—
离婚法—研究—中国 IV. ①D923.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 283121 号

涉外离婚管辖权研究
刘懿彤 常鸿宾 著

编辑统筹 大众出版分社
责任编辑 林 喆
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 8.25
字数 138 千
版本 2013 年 1 月第 1 版
印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4301 - 2

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

德行天下 恒信自然

——《德恒20周年系列丛书》序言

二十年前,一场震动中国的大改革开启了社会主义市场经济的大实践。1992年12月24日,《法制日报》发表了 my 署名文章《市场经济与法律保障》,随后又发表了《市场经济与法制导向》。我提出并论证了市场经济就是法制经济,必须建立适应市场经济的社会主义法治体系和法律服务体制。此时,司法部正在酝酿成立一个高素质综合性专业化新体制的千人律师服务机构。本人有幸获得从事律师职业的机会,并受命建立这样一块“试验田”。

1993年1月,中国律师事务中心经司法部批准在北京开业,1995年更名为德恒律师事务所。现有律师专业人员1300人,26个国内外分支机构和100个全球合作机构,能够提供全方位一站式专业服务。创业之初,我提出“德行天下,恒信自然”的理念,经过二十年艰苦奋斗,我们创立了德恒律师事务所及其所有分支机构、德恒律师学院、德恒培训学校、德恒系列论坛、德恒公益基金、罗湖德恒法律服务中心等系列品牌。德恒遵从“勤勉尽责、竭诚服务、追求公正”的宗旨,在法律服务领域创新探索,出色完成了三峡工程、南水北调、京沪高铁、院士义务法律服务工程等一系列具有深远社会影响的重大法律服务,创造了中国农业银行、中铁建设改制上市等多项具有世界影响力的服务业绩,为中国特色的社会主义法治建设作出突出贡献。

2010年,习近平同志到德恒律师事务所调研,肯定了德恒学习实践科学发展。2012年,中共中央组织部授予北京德恒律师事务所党支部“全国创先争优先进基层党组织”称号。司法部、北京市也给予德恒先进集体和先进个人表彰奖励。我还受邀作为专家到北戴河休假,为国建言。

德恒发展靠探索创新。探索律师使命、律师文化、法治建设、立法前瞻、司法公正、服务创新、管理提升。举办“走有中国特色的律师之路”、“WTO与法律服务全球化”、“中国企业走出去与政府关系”等高层次研讨会,“德恒杯——法治·权利·律师”有奖征文誉满校园。创建“德恒书屋”,出版几十部著作、译著:《律师刑事责任比较研究》荣获司法部第四届“金剑图书文化工程”一等奖,

在书中,我提出“律师刑事责任豁免”,受到陈兴良教授首肯,并为新修改的《律师法》所采纳;《走有中国特色的律师之路》和《探索·法律服务的历程》记载了中国律师和德恒人的勇敢艰苦探索实践;《英国刑法》、《刑事证据》等译著为刑法专业人必读。

这次与读者见面的《德恒 20 周年系列丛书》是对德恒成立二十周年的献礼,也是“德恒书屋”的一批新作。这些作品凝结着中国经验和国际模式相结合的实践智慧,包涵着法律服务国际水准、行业标准和良好质量控制的实务操作规范。每一本书的作者都有着多年的职业磨砺,在公司证券、发行上市、并购重组、破产重组、金融保险、私募融资、跨境投资、国际贸易、WTO 实务、公平竞争、海外工程、建设地产、知识产权、劳动争议、社会保障、税务服务、争议解决等专业领域术有专攻,具有理论造诣、实践经验和一专多能的核心竞争力。希望这套丛书能够成为那些要入门或已入门的专业人士及企业管理者、律师同仁和投行人士的案头卷本,随手取用。

二十年耕云播月,硕果初现;二十年青春韶华,任重道远。德恒在探索具有中国文化包容性和制度先进性的国际化法律服务的征程上,将以不懈的努力继续奉献我们的法律智慧与价值,做社会和人民的“法律随身听”。

北京德恒律师事务所
党委书记、首席全球合伙人、主任



2013 年 1 月 6 日

前 言

我国与国际社会的民商事交流将越来越频繁,其结果必定是涉外民商事纠纷的不断增加。如何正确处理这些纠纷,将直接影响到我国的国际形象及国际化的进程。涉外民商事案件的法律处理与国内民商事案件的法律处理有一个重大的区别,就是国内民商事案件的处理主要着眼于认定事实和适用法律,而涉外民商事案件的处理除了上述事项之外,首要问题是必须解决管辖权问题。因为在涉外民商事纠纷案件中,民事法律关系的主体、客体或法律事实中至少有一项涉及外国因素,而不同国家的法律中有关管辖权根据的规定又不尽一致,甚至完全相反。因此,在涉外民商事纠纷案件中,受理案件的法院有无管辖权便成为当事人争议的焦点之一。改革开放以来,随着我国对外开放交流的进一步深化,在婚姻家庭领域中的所谓跨国婚姻(涉外及涉港澳台婚姻)也进一步发展,1979年全国的涉外婚姻登记的总数大约为8000对,到2001年增长到7.87万对,但到2010年,又回落到了4.9万对,^①从数据可以看出,我国的跨国婚姻从无到狂热再到理智的过程,而有关涉外婚姻家庭的纠纷也从单一到复杂。涉外婚姻家庭领域特别是以涉外离婚为典型代表的管辖权的研究也开始进一步深化,加之涉外离婚关系的管辖权一般都为国家法律规定,除了少数国家在这一领域里实行意思自治原则外,一般都是以法律管辖的面目出现的,因此,对涉外离婚领域里管辖权的研究就显得十分重要。

全书在结构上由“涉外离婚管辖权概述”、“涉外离婚管辖权冲突”、“涉外离婚管辖权立法”、“中国涉外离婚管辖权的司法实践”、“诉讼竞合”以及“间接管辖权”六部分组成,针对涉外离婚管辖权问题作较为全面的研究,在“涉外离婚管辖权立法”部分特别研究了德国的相关理论及法律规定,用比较的方法,为中国的相关理论和法律规定提出建议。本书附录详细罗列了中国有关涉外离婚管辖权的法律法规,为读者全面了解中国目前立法状况提供了详尽的资料,同时也为本书提出的观点提供了法律上的佐证,因此,也是本书的重要组成部分。

本书为2010年教育部人文社会科学研究一般项目阶段性成果,项目号10YJA820067。本书完稿,适逢德恒二十周年,仅以此为贺!

^① 参见 <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2011/html/V2133c.htm>, 2012年8月11日访问。

目 录

第一章 涉外离婚管辖权概述	1
一、涉外离婚管辖权的概念	1
二、涉外离婚管辖权的基础	1
(一)属人管辖	1
(二)属地管辖	5
(三)专属管辖	7
(四)协议管辖	14
第二章 涉外离婚管辖权冲突	20
一、涉外离婚管辖权冲突的原因	20
(一)国家行使司法主权的的要求	21
(二)国家行使管辖权的立法依据不同	22
(三)国家有扩大本国管辖权的欲望	23
二、涉外离婚管辖权冲突的表现	24
(一)积极冲突	24
(二)消极冲突	25
三、涉外离婚管辖权冲突的解决	26
(一)涉外离婚案件管辖权冲突解决的原则	26
(二)涉外离婚案件管辖权冲突解决的途径	28
第三章 涉外离婚管辖权立法	46
一、中国有关涉外离婚管辖权的法律规定	46
(一)国内立法	46
(二)双边司法协助条约及国际公约	48
(三)分析	49
二、德国有关涉外离婚管辖权的立法	53

(一)立法内容	53
(二)《家庭事务程序法》第 98 条对离婚的国际管辖的依据	54
第四章 中国涉外离婚管辖权的司法实践	60
一、属人管辖的缺失	60
(一)双方取得国外永久居住权且定居在国外的中国公民的离婚案件不予受理	60
(二)一方是取得外国永久居住权的中国公民,另一方是外国人的涉外离婚不予受理	60
(三)受理了外国一方当事人为规避法律,且不利于保护居住在外国的中国公民的涉外离婚案件	60
二、属地管辖的尴尬	61
(一)内地结婚香港定居,离婚两地受理引发管辖权争议	61
(二)法院受理重庆首例外国人离婚案	62
三、推定管辖的适用——法国籍夫妇英国结婚上海开打离婚官司	63
四、诉讼竞合的放任——王华实诉付春花案	63
五、承认与执行阶段的间接管辖权	65
(一)中国公民王力健申请承认美国法院离婚判决书	65
(二)李庚、丁映秋申请承认日本国法院作出的离婚调解协议案	65
(三)中国公民申请承认美国法院离婚判决书	67
(四)中国公民申请承认新西兰解除婚约决议书的效力案	68
(五)美国的离婚判决不予承认	70
第五章 诉讼竞合	72
一、诉讼竞合概述	72
(一)诉讼竞合的概念	72
(二)诉讼竞合的构成要件	72
(三)国际私法中诉讼竞合的分类	73
二、产生诉讼竞合的原因	74
(一)各国涉外民商事管辖权的延伸	74
(二)当事人基于自身利益而选择不同法院进行诉讼	74
(三)国际社会就管辖权和外国判决的承认与执行缺乏普遍协调机制	75
三、诉讼竞合的副作用	75

(一)司法资源的浪费	76
(二)当事人合法权益受到损害	76
(三)对国家涉外民商事案件司法管辖权的冲撞	76
(四)不利于各国人民民商事交往的深入发展	77
四、解决诉讼竞合的方法	77
(一)国内法手段	78
(二)国际法手段	80
五、我国涉外民商事诉讼中的诉讼竞合	82
(一)我国关于诉讼竞合的立法与实践	82
(二)我国诉讼竞合解决机制存在的问题	84
(三)完善我国诉讼竞合应对机制	87
第六章 间接管辖权	90
一、间接管辖权概述	90
(一)间接管辖权的概念	90
(二)间接管辖权与离婚国际管辖权的关系	90
二、间接管辖权的确定方式	91
(一)以作出判决法院所在国的法律为标准	91
(二)以被申请人国法律为标准	91
(三)以多边或双边条约为标准	92
三、间接管辖权的法律规定	92
(一)中国国内法的规定	92
(二)中国参加的条约的规定	93
(三)中国立法建议的规定	93
附 录	95
中国有关规定	95
国际条约有关规定	115
司法协助条约	120

第一章 涉外离婚管辖权概述

一、涉外离婚管辖权的概念

涉外离婚是含有涉外因素的离婚,涉外离婚管辖权是一个国家的国际民商事管辖权在婚姻家庭里的体现,是一个主权国家对婚姻家庭中的人和物进行管理控制的权力,是一国依照国际条约和国内立法规定审理具有涉外因素的离婚案件的资格和权限范围。

涉外离婚管辖权与国际民事诉讼管辖权的一般原则有共性也有区别,说它有共性是指涉外离婚管辖权符合国际民事诉讼管辖权的一般原则,而其区别则是因为涉外离婚案件的处理结果与本国公民的切身利益息息相关,如果管辖权不当,就会对当事人产生十分不利的影响。因此,对涉外离婚管辖权的确定就显得特别重要。第一,涉外离婚管辖权的确认是进行涉外离婚案件审理的前提条件,因为只有当管辖权确立后,一方当事人向法院提起离婚诉讼,后面相应的审理程序才可以继续进行。第二,涉外离婚管辖权的确认往往意味着所适用法律的确认,因为在涉外离婚的法律适用上,有些国家选择的是法院地法。第三,涉外离婚管辖权的确认往往会直接决定案件的审理结果。因为在不同的国家法院审理,会适用不同国家的实体法,因此审理结果可能也会完全不同。第四,涉外离婚管辖权的确认有利于其离婚判决得到外国法院的承认与执行。因为当外国法院在承认和执行某国法院的涉外离婚判决时,会首先审查其是否具有合法有效的管辖权。

二、涉外离婚管辖权的基础

由于各国国际私法理论和司法实践不同,目前各国采用的管辖理论有属人管辖、属地管辖、专属管辖和协议管辖,下面分别阐述这四种不同的管辖理论。

(一)属人管辖

1. 属人管辖原则的含义

属人管辖原则是国际民事诉讼管辖权的一项基本原则,主张以有关国际民商事案件中的双方当事人与有关国家的法律联系作为确定法院国际管辖权的决定性标准,强调一国法院对本国国民具有管辖权。具体到涉外离婚案件中,是以涉外离婚案件当事人的国籍作为确定管辖权的根据。根据这一标准,当事

人,包括原告或被告,不论其居住何处,当事人国籍国法院对案件均享有管辖权。

2. 属人管辖原则的根据

在国际私法领域,国籍是一个重要的概念,是一国区分内国人和外国人的标志,是决定是否含有涉外因素的根本性因素。在确定国际民商事案件的诉讼管辖权时,以国籍作为管辖依据的出发点主要是,一国认为本国法院的主要任务是为其本国人服务,而不是为外国人服务,或者只是例外地为外国人服务。^①此外,基于国籍,人民对国家享有特殊权利并负担特殊义务,所以该国就应当对本国国民为争议一方时的法律关系享有管辖权。^②属人管辖原则是国家主权原则在国际民商事案件诉讼管辖权问题上的体现。

以国籍作为确定国际民商事案件管辖权的依据是以欧洲民族国家崛起和大规模移民现象的出现为产生背景的。在此之前,欧洲许多国家内部政治、法律均未统一,国家的概念并不明确,国籍在人们日常生活和交往中的作用并不明显,此时大多以住所地作为确定管辖权的依据。随着欧洲民族国家的崛起,一些国家的政治、法律相继得到统一,并且开始出现大规模向外移民的情况。国家的统一、民族国家概念的兴起,使得以国籍为依据确立国际民商事案件的管辖权具备了可能性。大规模向外移民现象的出现,使得以国籍作为确定国际民商事案件管辖权的依据,从而继续对移居海外的本国国民进行管辖,具有了现实的必要性。1804年的《法国民法典》首先采用国籍作为确定国际民商事案件管辖权的根据。

3. 属人管辖原则的适用

(1) 适用属人管辖原则的领域

由于属人管辖是以当事人的国籍为依据的管辖,基于这一特点,属人管辖主要适用于人身关系领域,特别是离婚、监护、亲子关系、继承等案件。如《瑞士联邦国际私法法典》第59条b项规定:“在离婚案件中,如原告是本国公民,即使其住所不在本国,也可由瑞士法院管辖。”在以被告人的住所作为确定内国法院对案件是否有管辖权为原则的德国、日本等国,在婚姻案件和其他涉及身份地位的案件里,放弃了属地管辖原则而以属人管辖来确认管辖权。

(2) 适用属人管辖原则的国家

属人管辖原则源于1804年的《法国民法典》,以法国为代表的拉丁法系国家以及参加了1928年《布斯塔曼特法典》的拉丁美洲国家均采取属人管辖原

① [德]马丁·沃尔夫著:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,法律出版社1988年版,第93页。

② 刘铁铮著:《国际私法论丛》,(台北)三民书局股份有限公司2000年版,第259页。

则。拉丁法系国家是指深受《法国民法典》影响的拉丁语系国家,主要包括法国、意大利、比利时、荷兰、卢森堡、西班牙和葡萄牙等国家。

属人管辖原则在法国达到了顶峰,《法国民法典》第14条规定:“不居住于法国的外国人,曾在法国与法国人订立契约者,因此契约所生的债务的履行问题,得由法国法院受理;其曾在外国订约对法国人负有债务者,亦得由法国法院受理。”该条款规定法国法院对具有法国国籍的原告针对被告提起的诉讼具有管辖权,而并不问被告的国籍、惯常居所地以及其他因素。第15条规定:“法国人在外国订契约所负的债务,即使对方为外国人的情形,得由法国法院受理。”该条款表面上是对外国原告提供保护,使外国原告能在法国法院对法国国籍的被告提起诉讼,但由于法国法院对该条款的扩大适用,使该条款成为一项义务性条款。对外国法院做出的针对法国国籍被告的判决,除非具有法国国籍的被告明确表示放弃《法国民法典》第15条的保护,否则法国法院有权拒绝颁发执行令。实践中,法国法院通过其司法实践,将这两条中仅限于契约案件的属人管辖权制度扩大适用于由法国人参加的,除涉及三种特殊情形的案件以外的其他所有案件。这三种特殊情形包括:“关于坐落在外国的不动产的物权诉讼,关于在外国的不动产遗产的分割诉讼,关于在外国的执行方法的诉讼。”^①

4. 属人管辖原则的利弊分析

(1) 属人管辖原则的合理性

如上文所述,属人管辖原则的确立有其历史必然性。在民族国家崛起和大规模移民现象刚刚出现之时,属人管辖原则宣扬了主权至上的观念,为继续对移居海外的本国国民行使管辖权提供了依据,为解决国际民事纠纷提供了新途径。

在当代立法与司法实践中,属人管辖原则紧密维系国家与其公民的利益,尤其在涉及人身关系的案件中,国籍国法院对本国的风俗与公共秩序有较好的了解,能够更好地解决人身关系案件,更有利于保护本国国民的利益。

(2) 属人管辖原则的弊端

属人管辖原则的弊端主要有以下几方面。第一,在国籍积极冲突与国籍消极冲突的情况下,如果只依据属人管辖原则不利于纠纷解决,甚至导致纠纷无法解决,因此大多国家的立法规定中在此种情形下还会依据属地管辖原则。如果多重国籍全部为外国国籍时,一般承认该人住所所在国的国籍;对于无国籍人,各国法律都规定以其住所作为确定管辖权的根据。因此,以当事人的国籍

^① 李浩培著:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第51页。

作为管辖权根据无法解决的问题,最终还是以当事人的住所作为管辖权根据来解决。第二,随着国际交往的日益密切,人口流动越来越频繁,国籍有时与当事人之间的联系变得疏松,甚至与当事人之间的纠纷没有实际联系。例如,一法国人自幼移居国外,但没有加入移居国的国籍,如果与其有关的民商事纠纷还都由法国法院管辖,显然没有必要,也不合理。第三,可能造成管辖权的行使无实际意义。如果法国原告在法国法院对居住在国外的外国人提起诉讼,纠纷的本身与法国并没有实际联系,仅仅以国籍为依据行使管辖权,若被告拒不合作,被告所在国司法机关不予协助,那么法国法院最终的判决不会得到承认和执行,此管辖权并无实际意义。第四,属人管辖原则可能造成对外国侨民的歧视,不利于国际交往的发展。按照法国属人管辖原则的规定,对于在法国境内的当事人都为外国人的民事案件,法国法院是一律不予受理的。如果有一对中国夫妻长期居住在法国。但没有加入法国国籍,他们想离婚,但是法国法院却不予受理,还要他们到国籍所属国的中国进行诉讼,这是对外国侨民的歧视,也给当事人造成了不必要的麻烦。

5. 国际民事诉讼新发展中的属人管辖原则

正是由于属人管辖原则存在上述的种种弊端,很多国家的立法和司法实践中,也改变了原本单纯依据属人管辖原则确定管辖权的做法,而开始考虑属地管辖原则,适用住所地等因素确定管辖权。例如,法国关于离婚诉讼管辖权的依据,根据1804年《法国民法典》第14、15条的规定,法国法院根据夫妻双方或一方的法国国籍来确定管辖权,但是1975年12月5日法国通过新的法令,该法令第5、6条规定,存在下列情况者,法国法院也享有管辖权:夫妻的居所都在法国;夫妻一方的居所在国外,另一方的居所在法国,且未成年子女与其同居在法国;作为被告的夫妻一方在法国有居所;如夫妻双方共同提起离婚诉讼,至少夫妻一方在法国有居所,且双方都选择了法国法院。由此可见,开创属人管辖原则先河的法国也开始重视当事人住所或居所这样的联系因素。

欧盟理事会于2000年5月29日公布了《关于婚姻和亲权责任事项的管辖权以及判决承认和执行的法规》,并于2001年3月1日生效。公约的基本考虑是有关当事人与行使管辖权的成员国必须有实质性的联系。这种联系主要是空间上的联系,但也接纳了其他成员国所接受的其他管辖权依据,如法国的国籍因素。在公约对婚姻事项的管辖权中,公约规定的管辖权依据有习惯居所、国籍以及住所,并且习惯居所地国家、国籍国以及住所国管辖权之间没有主次和先后之分。列举的惯常居所地情形共有六种,国籍国只有一种情形,即夫妻双方的共同国籍国,并且对英国等非拉丁法系国家所适用的仍然是夫妻双方的共同住所地国而非共同国籍国,即不能同时采用国籍标准和住所标准。可以看

出,在与人身关系有关的内容方面,属人管辖原则仍然发挥着一定的功能。但是由于全球化的加速和人口跨国流动的增加,国籍这一连结因素正在受到住所地、惯常居所地等因素的挑战,单纯依据属人管辖原则确定管辖权的做法已经不能适应时代发展的需要。

(二) 属地管辖

1. 属地管辖原则含义

属地管辖原则,也称为地域管辖原则,是指“以有关国际民事案件中的案件事实和当事人双方与有关国家的地域联系作为确定法院国际管辖权的标准”。^①属地管辖原则又具体可以分为,以被告住所、居所、惯常居所为根据确定管辖权,以被告财产所在地为根据确定管辖权,以诉讼标的所在地为根据确定管辖权,以诉讼原因发生地为根据确定管辖权,等等。

属地管辖原则的管辖依据是国家的领土主权原则,即对本国领土内的一切人和物以及法律事件和行为具有管辖权限。属地管辖原则是国家领土主权原则在国际民事案件诉讼管辖权问题上的体现。

英国、美国、德国、奥地利以及北欧各国都以属地管辖原则作为确定国际民事案件诉讼管辖权的基本原则,只有在有关当事人身份地位和能力的案件中才适用属人管辖原则,考虑国籍因素。通常认为,属地管辖原则适用的领域非常广泛,除在涉及当事人身份地位和能力的案件中适用属人管辖原则,某些特定案件适用专属管辖和当事人有管辖协议时适用协议管辖外,属地管辖原则适用于除此之外其他众多领域中。

2. 以被告住所、居所、惯常居所为根据确定管辖权

(1) 以被告住所地为根据确定管辖权

以被告住所地为根据确定管辖权,即由原告向被告住所地国家或被告所在地国家的法院起诉。德国、日本、意大利、奥地利、瑞士、葡萄牙、印度、泰国、巴基斯坦等国都采用这一根据来确定国际民事诉讼管辖权。我国《民事诉讼法》和相关司法解释规定,自然人为被告时,只要在我国设有住所或经常居所,其住所或经常居住地的法院具有管辖权;被告为法人时,法人住所地人民法院具有管辖权。

第一,住所的含义。

自然人的住所通常被认为是个人生活的中心地,有关个人的一切法律关系大都与其住所相连,一旦某个人选择某地为住所,就表明其将服从该地法律并

^① 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2007年版,第470页。

受该地法律的保护。^①一般认为,居住者的长住意图和久住事实是决定住所的两个重要因素。

但是住所的概念因不同时代、不同国家而有所不同。古代罗马法以设家神祭坛的处所为住所。农业社会,人们以家庭生产、生活活动的中心和财产集中地为住所。随着经济的发展,人们活动范围的扩大,一个人的财产可能分散在世界各地,住宅和营业所也可能有多处。因此,各国对住所的含义有不同的界定。日本民法第21条认为住所是人的生活定居地;意大利民法第16条认为住所是某人业务及利害关系的中心所在地;西班牙民法第40条认为住所系平常居住地;中国民法通则第15条则以户籍所在地为住所。英国通过判例对住所确定了几个原则:其一,任何人必须有一个住所;其二,一个人同时不能有两个住所;其三,住所一经取得,则永远存在,除非已经取得了新的选择住所;其四,只有具有行为能力的人才享有设立选择住所的能力。美国法中住所的含义与英国略有不同,美国不承认原始住所因选择住所的放弃而自动恢复,美国也强调取得住所的意思条件,但是不重视永久居住的意思。

法人的登记地、成立地或主营业地都可以成为法人的住所,各国民法中的规定存在差异。《日本民法》第50条规定:“法人以其主事务所所在地为住所。”《瑞士民法》第56条规定:“法人的住所,依照法人章程的规定;在章程无规定时,则以其主事务所所在地为住所。”英美法系的大多数国家多以法人的成立地为法人的住所地。1971年海牙国际私法会议制定的《民商事案件外国判决的承认和执行公约附加议定书》则对法人住所做综合性规定,该公约第5条规定:“法人的所在地、成立地和主营业所在地应认为是它的住所或惯常居所。”

第二,以住所为根据确定管辖权的优劣分析。

住所是一个人的生活中心所在地,通常与个人的一切法律关系密切相关,而且个人设住所于该地,就有服从该地法律的意思,也受该地法律保护。因此,与以国籍为依据确定管辖权的属人管辖原则相比,以住所为依据确定管辖权,更多地考虑了纠纷与管辖法院的实际联系。如果以被告住所地法院为管辖法院,就更有利于判决的执行,从而更有利于纠纷的解决。

但是以住所为根据确定管辖权也存在一定的弊端。首先,住所这一概念强调当事人主观上长住的意图,而实践中当事人的主观意图是很难判断的,而且各国立法中对住所概念界定的差异,导致一方当事人自己确定对方的住所存在相当大的难度。此外,各国有关住所含义的理论和立法也存在差异,因此可能

^① 刘铁铮著:《国际私法论丛》,(台北)三民书局股份有限公司2000年版,第260页。

导致这样的后果,当事人在同一时间具有多个住所或不具有任何法律意义上的住所,此时就会出现多重管辖权或没有任何国家有管辖权的状况。为了解决住所含义界定差异带来的不便,调和各国的矛盾,海牙国际私法会议创设了惯常居所这一概念。

(2) 以居所、惯常居所为根据确定管辖权

第一,居所、惯常居所的含义。

居所是指某人现时居住的处所,与住所的区别在于,住所是久住之处,居所只是暂住或客居之处,不要求主体有久住的主观意思,其设定条件比住所宽松。惯常居所最早是海牙国际私法会议采用的术语,其含义与住所相近,只是没有对当事人主观方面的要求,不要求有长住的意图,即某人持续一度时间的经常的实际居住地。

第二,以居所、惯常居所为根据确定管辖权的优劣分析。

居所与惯常居所概念的提出与确立,有很深的历史背景,即以法国为代表的国籍派和英美国家为代表的住所派间的不可调和的矛盾为背景,居所与惯常居所作为折中的产物应运而生。在国际民事诉讼中,以居所与惯常居所取代住所来确定管辖权,避免了一方当事人在确定对方当事人住所时的困难,减轻了诉讼当事人的负担。同时,以居所与惯常居所作为管辖权根据,也能够减轻法院的负担,缩短办案时间。

但是,也正是因为居所与惯常居所的容易确定性,当事人居所(惯常居所)积极冲突的境况极易发生,因此容易导致一事两诉情况的发生,从而引发国际民事诉讼管辖权的冲突。

(三) 专属管辖

1. 专属管辖权的含义

专属管辖权又称独占管辖权,我国国际私法理论界奠基者之一李双元先生认为,专属管辖权是指根据国际条约或国内法的规定,对某些具有特别性质的涉外民事案件强制规定只能由特定国家的内国法院行使独占排他的管辖,从而不承认任何其他国家的法院对这类涉外民事案件具有管辖权。我国学者一般认为“专属管辖是指法律规定某些特殊类型的案件专门由特定的法院管辖,其他法院无权管辖,也不准许当事人协议变更管辖”。^①“是指法律强制性地规定某些种类的案件只能由特定的法院管辖,其他法院并无管辖权,也不允许当事人以协议的方式选择其他法院管辖”。^②德国学者奥特马·尧厄尼希认为“某

① 张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第99页。

② 李浩、刘敏著:《新编民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社2003年版,第75页。

法院的专属管辖指这种管辖不能通过当事人协议或者无责问地对主诉辩论而变更,并且应当在权利争议的任何状态依职权注意之”。^① 日本学者三月章认为“专属管辖即法定管辖中,公益性较强的专由特定的法院掌握管辖权的管辖”。^② 我国台湾地区学者陈荣宗、林庆苗认为“基于公益之要求,法律明文规定某种诉讼事件属于固定之法院管辖,得排除其他一切之管辖权,不容许法院或当事人任意变更者,称为专属管辖”。^③

由于专属管辖这一强制性特点,在涉外离婚领域里确定本国专属管辖权的并不多见,但也有国家把涉外离婚的管辖权设定为本国专属管辖的,如《俄罗斯联邦民事诉讼法典》在第403条规定以下案件归俄罗斯联邦法院专属管辖:(1)关于俄罗斯联邦境内的不动产权利的案件;(2)因运送合同而发生的争议,如果承运人在俄罗斯联邦境内;(3)俄罗斯联邦公民与外国公民或无国籍人的离婚案件,如果夫妻双方均居住在俄罗斯联邦境内;(4)有关公共法律关系的案件;(5)一些适用特别程序审理的案件。

专属管辖是一种强制管辖,是国家主权原则的重要体现,是一国国内法最终适用的有力担保,受国家强制力的保障。

2. 专属管辖权的特征

专属管辖权的最重要特征在于它的排他性和强制性。

(1) 专属管辖的排他性

专属管辖的排他性是专属管辖的固有属性,也就是说,要实现排他的专属管辖权要依据两点:一是法院职权,二是案件特性。很多情况下,主权和利益的要求没有那么严格界限,但在专属管辖事项上,基于司法权的特殊性而取得的管辖权被称为“主权”的选择,而基于案件的特殊性所体现出来的与国家的联系而获得的管辖权则被称为“利益”的选择。专属管辖的排他性也是绝对的,与国际礼让原则相对立。专属管辖的排他性表现在只有本国享有案件审判权。大多数国家的法律都只对极少数案件规定自己的专属管辖权。一般而言,除审判管辖权仅仅属于法院地所在国专属管辖外,各国主要是在有关国家本身的实体法制度支配下的案件和私人权利的主张会影响到国家的政治利益以及机构利益大于当事人的利益的案件中采用专属管辖权。

(2) 专属管辖的强制性

专属管辖权的强制性主要表现在它以国家强制力作为强有力的后盾。当

① [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第56~57页。

② [日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,(台北)五南图书出版公司1997年版,第290页。

③ 陈荣宗、林庆苗著:《民事诉讼法》(上),三民书局2006年版,第130页。