

EUROASIA JOURNAL

of SOCIAL SCIENCES & HUMANITIES

ISSN 2651-5261

YEAR
2014

VOLUME
1



EDITOR
WU YICHENG

ISSUED IN OCTOBER 5, 2014

JOURNAL ID

THE NAME OF JOURNAL : **EUROASIA JOURNAL of Social Sciences & Humanities**

FOUNDED IN : **2014**

ISSN : **2651-5261**

ISSUED IN : **OCTOBER 5, 2014**

PUBLISHER OF JOURNAL : **IEDSR ASSOCIATION**

EDITOR : **WU YICHENG**

DIRECTOR OF JOURNAL : **IEDSR ASSOCIATION**

SCIENTIFIC COMMITTEE

DR. ZHIHUAN MENCHUAN **MINZU UNIVERSITY**

DR. ELENA TINIKOVA **RUSSIAN ACADEMY of SCIENCES**

DR. KENES JUSIPOV **KAZAK TRANSPORTATION ACADEMY**

DR. A. SHARIF FAKHER **BEIRUT UNIVERSITY**

CONTENTS

张雨诗

中国属人法中经常居所的变革与完善

Pages 1-6

Расулова Назгуль КЕРИМБАЕВНА

«ЫСТЫҚКӨЛ» ТУРИСТІК НЫСАНЫНЫҢ ГЕОГРАФИЯЛЫҚ ЕРЕКШЕЛІГІ

Pages 7-9

戴程程

惯常居所——两大法系属人法之争的产物

Pages 10-14

孙文珂

自然人属人法中的经常居所与中国选择

Pages 15-21

陈子天

曾某甲与李某遗嘱继承纠纷案

Pages 22-27

中国属人法中经常居所的变革与完善

张雨诗

摘要 :将惯常居所作为属人法首要连结点已为大部分国家采用,英美等住所地法原则国家也越来越多地使用惯常居所地法,再加上海牙条约在实践中的影响,中国也加入了这个潮流。相比住所地法与国籍法的传统劣势,惯常居所地法体现出调和矛盾、适应需求、适用便捷等优势。但由于是制度的起步阶段,我国在经常居所的认定方面有规定不明与过于苛刻的不足,因此,应该从统一概念、明确“连续”、取消时限、减少除外情形与以利益重心地为导向等方面对我国属人法中惯常居所的认定进行完善。

关键词 : 惯常居所 经常居所 属人法 连结点

一、中国属人法连结点的变革沿革

(一) 英国与美国的实践

在普通法系国家,英国在属人法上虽一贯适用住所地法,但英国的法规也越来越多地使用惯常居所地法。美国虽然没有直接规定惯常居所地法,但根据其最密切联系理论,如果已经确定居所与某一特定问题有重要联系,而当事人在数州同时拥有居所时,也可依与该问题“联系最密切的居所”,即“惯常居所地”法而适用之。¹

英国属人法上关于惯常居所这一连结点的确定依据源于斯卡曼法官在沙诉巴尼特案(以下简称“巴尼特案”)。²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时间,也不影响当事人在该地获得惯常居所。根据斯卡曼法官的陈述,英国法中的惯常居所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。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,并且,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。³

¹参见刘仁山:论“惯常居所地法”原则,黄进主编:《国际私法与国际商事仲裁》,武汉大学出版社1994年版,第86页。

²See P.Stone, The Concept of Habitual Residence in Private International Law, 29Anglo-Am.L.Rev.347(2000)

³刘仁山:现时利益重心地是惯常居所地法原则的价值导向,《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。

美国属人法上关于惯常居所这一连结点的确定依据源于 1948 年的谢勒诉谢勒案⁴，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在该州取得住所，从而拥有此案的管辖权，联邦最高法院也最终认定她在佛罗里达州获得住所。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。此案可以看出美国在惯常居所的认定上还有对立法目的和个案差异的考虑，而没有一个统一的标准。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，但迄今为止，美国还没有这方面的统一标准。⁵

（二）海牙条约及他国实践

惯常居所作为属人法的连结因素，始于 1955 年海牙《关于解决本国法和住所地法冲突的公约》。该公约第 5 条规定：“住所是指某人经常居住的处所，但并不取决于他人的住所或机关的所在地”。该公约使用的“住所”实际上是惯常居所。这就是在属人法领域引入了一个有别于国籍与住所的新的概念——惯常居所。自“惯常居所”这一概念诞生以来，便逐步得到多数公约的采纳，此后，海牙国际私法会议制定的有关婚姻、家庭、继承、产品责任、交通事故等法律适用公约均体现了这一点，例如 1956 年的海牙《关于扶养儿童义务法律适用公约》⁶。1980 年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》在确定某些权利是否属于监护权时，要求首先根据儿童惯常居所地法进审查，从而体现既得权保护思想。⁷再比如 1961 年《关于未成年人保护的管辖权和法律适用的公约》、1965 年《收养管辖权、法律适用或判决承认公约》。自 20 世纪 70 年代起，惯常居所地法已经常作为解决本国法与住所地法之间的冲突的主要方法了。海牙国际私法会议于 1988 年制定的《死者遗产继承法律适用公约》更是以惯常居所为主要连结点，同时辅以多元连结因素。除却公约，各国亦纷纷效仿，1971 年《美国承认离婚和别居法》、1972 年《加蓬民法典》、1986 年《德国关于改革国际私法的立法》、1989 年《瑞士联邦国际私法》以及 1996 年列支敦士登的立法中对于婚姻的效力、婚姻财产

⁴Sherrer v.Sherrer, 334U.S.343(1948).该案中，之前，原告人玛格丽特和爱德华在马萨诸塞州结婚并在该州生活了 14 年，后玛格丽特声称其因度假移居佛罗里达州，3 个月后，她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，因此其具有管辖权并判决离婚。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。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。

⁵GadiZohar, Habitual Residence:An Alternative to the Common Law Concept of Domicile?, 9WhittierJ.Child. & Fam .Advoc.203—204(2009—2010).

⁶该公约第 1 条规定：“子女可在何种程度上并可向何人要求扶养，应依子女惯常居所地法律决定。子女惯常居所变更时，自变更之时起适用新的惯常居所地法。关于何人有权提起扶养诉讼以及提起诉讼的期限问题也按上述法律规定。”

⁷杜焕芳：儿童离境否决权的监护权认定——基于美国最高法院监护权第一案的展开，暨南学报（哲学社会科学版）2013 年第 12 期，第 63 页。

制及离婚的效力等都不同程度地将属人法的连结点由国籍或住所更改为惯常居所。⁸

（三）中国立法变革

1986年《中华人民共和国民法通则》和1988年《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）》中，多次出现了“定居”、“经常居住地”等含义不清的概念。例如，民法通则第15条规定了：“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”第143条规定了：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。”民法通则意见第9条规定了：“公民离开住所地最后连续居住1年以上的地方，为经常居住地。但住医院治病的除外。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。”而第179条则规定了：“定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用其定居国法律。”这些不规范、不精确的概念，在实践中难免造成混乱，无疑会加剧我国法律与外国法之间的冲突。⁹1993年，中国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》（以下简称示范法）率先将“惯常居所”作为涉及人的身份和能力、婚姻家庭关系准据法的主要连结点，同时保留有传统的住所地与国籍等连结点。而2010年10月28日颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》则放弃了住所地与国籍，也没有采取示范法中“惯常居所”的说法，而是将经常居所作为属人法的连结点。即，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。¹⁰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。¹¹

二、惯常居所作为属人法连结点的发展必然

（一）住所、国籍作为连结点的弊病

住所概念外延过于宽泛的缺陷是无法回避的问题。不同法系、相同法系下的不同国家关于住所概念的认定大抵存在差异之处。譬如，在英国，自然人的住所就分为了三类，原始住所、选择住所(domicile of choice)以及从属住所或称“法定住所”(domicile by operation of law)。其中，原始住所就是因出生而取得的住所，选择住所就是任何达到16岁并且没有精神疾病

⁸同3。

⁹杜新丽：从住所、国籍到经常居所地——我国属人法立法变革研究，政法论坛，第29卷第3期。

¹⁰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。

¹¹同1。

的人以定居为目的（即有定居意图）在一个国家建立的永久居住场所，而从属住所是指依法律规定从属于扶养人住所的受扶养人住所。¹²一个国家对住所的定义有多种，多个国家对住所的定义也各不相同，这就会导致在涉外案件中住所作为属人法连结点适用混乱与不稳定的问题。国籍连结点过于僵硬，可能会指向有违最密切联系原则的准据法，即在适用本国法时，可能导致某人和自己所属国没有任何联系，却要受其本国法律的管辖。¹³另外，国籍的积极冲突和消极冲突增加了本国法适用的难度，即有多重或双重国籍或无国籍人，国籍原则将难以适用。再有，国籍体现了自然人与作为一个整体的国家的一种法律联系，并没有直接指明和该国国内某个地域的具体联系，因此在适用本国法时，若根据国籍连结点指定的某国是一个多法域的国家，那么其本国法到底指该国那个地区的法律，从而也使得本国法的适用复杂化。对此必须首先解决区际冲突，然后才能确定本国法到底应为多法域国家那个地区的法律。

（二）惯常居所作为连结点的内在价值

首先，惯常居所作为连结点调和了国籍与住所的矛盾。惯常居所的概念最早出现在海牙国际私法会议制定的国际私法条约中，其目的就是为了调和大陆法系国家的本国法主义与英美法系国家住所地法主义之间的矛盾。随着不少国家接受惯常居所作为连结点，调和两大法系属人法连结点矛盾的目标在逐步实现。其次，适应了时代的需求。由于运输业的发展与经济全球化的发展，国际间人口流动日益频繁，因此原有的住所地和国籍国不再成为人们唯一的生活中心。经常居所正是适应了国际民事交往发展、人口流动需要之现实。最后，适用灵活便捷。惯常居所的认定相对简单，有利于克服传统连结点的硬性、机械，可有效软化法律选择及实现“具体妥当性”¹⁴。另外，惯常居所常常也是当事人的财产所在地和利益重心地，以惯常居所作为司法管辖依据和法律适用的根据便于有效地采取司法强制措施，有利于司法审判和执行。

三、中国经常居所连结点的立法不足与完善

在属人法连结点问题上，我国将经常居所列为首要因素，适应了海牙公约的号召与国际潮流这是我国在国际私法领域的一个进步。我国对经常居所的认定体现在《中华人民共和国法律适用法司法解释（一）》第15条，此条规定规定自然人在涉外民事关系产生或变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，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的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情况除外。由于是制度的刚起步，我国在经常居所的认定问题上还存在很多问题，笔者认为应做以下完善。

¹²陈小云、屈广清：“英国属人法问题研究：从坚持传统到温和改革”，河北法学，2006年第4期。

¹³张悦仙：住所与国籍的冲突与调和，河北法学，第24卷第9期。

¹⁴赖来焜：当代国际私法学之构造论——建立以“连结因素”为中心之理论体系，台北：神州图书有限公司，2001. 479页

（一）采用“惯常居住”实现概念的统一

《示范法》采用惯常居所作为准据法的连结点之一，符合国际立法趋势，为我国立法机关在有关国际私法立法方面提供了参考。上文可知，我国立法中多次出现“经常居住地”和“定居地”等意义相同却表述不同的概念，容易造成法律适用的混乱。笔者建议应按照国际通行用法，在立法中统一概念，将“经常居住地”和“定居地”等换为“惯常居所地”。因为我国法律中所使用的“经常居住地”和“定居地”实际上与“惯常居所地”并无本质上的区别。将“经常居住地”和“定居地”换为“惯常居所地”，除了可与国际标准保持一致外，并不会对准据法的确定产生消极影响。

（二）明确“连续”的含义

《法律适用法司法解释（一）》第 15 条在经常居所地认定上要求“连续居住一年以上”，在实践中可能出现当事人交替经常居所的可能，例如某人上半年居住在 A 国，下半年居住在 B 国，依次循环，依照 15 条的规定很容易得出此人无经常居所地，这显然是不合理的。在这里，法律规定“连续”的目的其实是为了强调当事人的生活中心与定居意图。只要当事人以居住的意图在某地停留居住，因为个人原因而导致的交替住所的情况，也可以解释为“连续”。

（三）取消经常居所的时限

《法律适用法司法解释（一）》第 15 条对惯常居所的界定以“生活中心”为载体，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。并且在人口流动日益频繁的今天，这种规定无疑是不合理的，也有违民商事主体的本愿。关于经常居所认定的问题，应是一个法官通过自由心证衡量出的一个事实问题，即使当事人在某地连续居住不足一年，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联程度等因素综合考量，进而认定其经常居所地。

（四）减少“除外”情形

《法律适用法司法解释（一）》第 15 条对经常居所的认定既要求“生活中心”，又要求“连续居住 1 年”，并且“就医、劳务派遣、公务”等情况除外，在民商事交流日益丰富的今天，这难免是不合理的。有些因劳务派遣和公务而到外国的当事人，如果已经产生了定居意图，那么这时仍然将此种情况排除在外，将违背了当事人的意愿，另外，劳务派遣与公务

的国家也是当事人事件发生地，当地的联系应该也比本国法要更密切，用当事人国法处理显然更便捷与合适。所以不应苛刻地将“劳务派遣与公务”列为经常居所的例外情形。

（五）以现时利益重心地作惯常居所原则的价值导向

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。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。¹⁵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留意图。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。

¹⁵ 同 3。

«ЫСТЫҚКӨЛ» ТУРИСТІК НЫСАНЫНЫҢ ГЕОГРАФИЯЛЫҚ ЕРЕКШЕЛІГІ

Расулова Назгуль КЕРИМБАЕВНА

Туризмнің қазіргі индустриясы табысы жоғары және серпінді дамып келе жатқан халықаралық саудадағы қызмет көрсетулердің бірі. Қазіргі туризм халықтың жыл сайынғы ақылы еңбек демалысына шығуымен байланысты, мұның өзі адамның демалуға және бос уақытын өткізуге деген негізгі құқығын тану болып табылады. Ол жеке адамды және халықтар арасындағы өзара түсіністікті дамытудың факторына айналды. Біз бұл мақаламызда Қырғызстан жерінде орналасқан «Ыстықкөл» туристік нысанының географиялық ерекшелігіне тоқталуды жөн көрдік.

Қырғыз жері, негізінен, таулы болып келеді, мұнда Тянь-Шань тауының ең биік нүктесі — 7439 метрлік Жеңіс шыңы орналасқан. Бір-бірінен кең тауаралық аңғарлар - Шу, Ыстықкөл, Талас арқылы бөлініп жатқан тау жоталары басым түрде ендік бағытта орналасады.

Олардың геологиялық-тектоникалық құрылысы, ландшафтылық сипаты өте күрделі. Қырғыз жерінің 95%-дан астам бөлігі теңіз деңгейінен 1000 м биікте орналасқан, ал оның 40%-дан артық бөлігі 3000 м биіктікте жатыр. Биік таулы жер бедері мен соған сәйкес қалыптасатын табиғат жағдайлары елдің экономикасын өркендетуге күшті әсерін тигізеді.

Таулы жер бедері ауа температурасы мен ылғалдың таралуына өте күшті ықпал етеді. Мұндай жағдай топырақ-өсімдік жамылғысының өте күрделі құрылымын қалыптастырады. Әсіресе бұл жағдай биік тауларда өте айқын байқалады. Сондықтан елдің табиғат жағдайы демалушылар үшін ыңғайлы. Оңтүстік-батыс Тянь-Шаньның сұр топырағында көктемдік бір жылдық және көп жылдық өсімдіктер - қоңырбас, күмқияқ, таспа, т.б басым.. Шығыс Тянь-Шаньда қылша, кей жерлерінде сексеуіл тоғайлары, қалған бөлігінде жусан мен сораң өседі. Тауалды өңірінің жоғары бөлігін солтүстікте 1600–2100 м, Шығыс Тянь-Шаньның оңтүстік беткейлерінде 2200 метрге дейін шөлейт алады. Бозғылт сұр топырақта жусанды-селеулі- сораңды өсімдік топтары өседі. Батыс Тянь-Шаньның солтүстік беткейлерін 1000–1200 метрден 2500–2600 метрге дейін, шығыс Тянь-Шаньның оңтүстік беткейлерін 1800 метрден 3000 м биіктікке дейінгі аралықтағы қызғылт қоңыр және қоңыр топырақта астық тұқымдас түрлі шөптесін дала өсімдіктері селеу, бетеге, өлең өседі. Орман тұтас белдеу құрамайды, солтүстік беткейлерде дала және шалғын алқаптарымен кезектесіп келеді.

Төменгі өңірде орманның сұр топырағында жабайы жеміс ағаштары мен ұсақ жапырақты ағаштар өседі. Оңтүстік-батыс Тянь-Шаньда шоқ-шоқ болып өскен жаңғақ, жеміс ормандары таралған. 2000 метрден жоғарыда қылқан жапырақты ормандар шырша, майқарағай өседі. Субальпі және альпі шалғындары негізінен 3000–3200 метрден жоғары солтүстік беткейлерді қамтиды. Орталық Тянь-Шань сырттарын суық шөл алып жатыр. 3600–3800 м биіктікте гляциалды-нивальды, мұзды-қарлы белдеу басталады. Жоғарғы биіктіктегі ішкі тұйық қазаншұңқырларға тастақты шөл, шөлейт және құрғақ дала ландшафты сипатты .

Тянь-Шаньдағы Күнге́й Алатау мен Теріскей Алатау тау жоталарының аралығында Ыстықкөл қазаншұңқырында орналасқан тұйық көл. Дүние жүзіндегі ірі тау көлдерінің бірі. Жалпы ауданы 6280 км², көлемі – 1738 км³, ұзындығы 182 км-ге созылып жатыр. Бұрын оны Цинчжи және Дацинчжи (қытайша «мөлдір» және «үлкен мөлдір»), Суйе көлі, Жехай, Яньхай деп атаған екен, бұл да қытай тілінен аударғанда «Шу өзенінің көлі», «ыстық немесе жылы», «тұзды» дегенді білдіреді. Ыстықкөл қырғызша Ысык-Көл. Тұзкөл немесе Тұзкөл-Нор (түркі және монғолша «тұзды көл»). Қытай деректеріне сүйенетін болсақ, VII ғасырдың бастап жергілікті халық оны Ыстықкөл деп атаған екен.

Көлдің қазіргі атауы екі түрлі түсіндіріледі. Бірінші нұсқасы, әжептеуір белгілі нұсқа. Ол түркі тілдеріндегі «ыстық, ыссы, ысық, иссык» деген сөздерге, яғни «ыстық, жылы» дегенді білдіретініне саяды. Өйткені ол қыста қатпайды ғой. Екінші нұсқа бойынша бұрындары жергілікті халық көлді қасиетті санап, оған кір жуып, балық ауламаған екен, тіпті суға да түспепті. Көл киелі саналып, оған тиісуге тыйым салынған. Бұл жағдайда топонимге негіз болған сөз - көне түркі «идук» немесе «ытық» («киелі») сөздері. Екі нұсқаның да өмір сүруіне құқығы бар. Көлдің ең көне атауы – Тяньчи («толтырылған»). Бұл қытай топониміне шамамен екі мың жылдай болған. Бұл атаудан бұрынғы кезде көлден ағатын өзендердің болғаны көрінеді, одан Шу өзені ағып шыққан екен. Өзеннің монғолша атауы – Темурту-Нор (дұрысырақ – Темір Нұр), яғни Темір.

Атаудың шығуына көл топырағындағы магнетиттің көп болуы себеп болыпты, одан жергілікті халық темірді ерітіп алған екен [2]. Тянь-Шань таулары аралығында орналасқан Ыстықкөл елдің ең басты рекреациялық байлығы болып есептеледі, оны "Тянь-Шаньның інжу-маржаны " деп атайды. Мұнда Қырғызстанның көрікті демалыс-сауықтыру орындары орналасқан. Жағалық сызығының ұзындығы – 597 км. Көлге 50-ден астам шағын өзен құяды, олардың жылдық ағыны 3 км³. Ірілері – Жырғалаң, Түп. Ыстықкөл алабының аумағы 21,9 мың км². Жағалары нашар тілімделген, терең шығанақтар шығыс және оңтүстік-шығыс жағалауында ғана кездеседі. Климаты қоңыржай континенттік. Жағалауындағы ауаның температурасы шілдеде 16–17°С, қаңтарда –2° – 7°С. Жылдық жауын-шашын мөлшері 110–470 мм. Көл бетінен булану мөлшері – 700 мм. Күшті желдер жылдамдығы 30–40 м/с әсерінен көлде биіктігі 3–4 метрлік толқындар болады. Деңгейінің ауытқу амплитудасы 10–50 см. Суының беткі температурасы қаңтарда 2 – 3°С, шілде–тамызда 19 – 20°С. Қыста суы қатпайды, аязды жылдары шығанақтары ғана қатады. Мөлдірлігі – 12 м, тұздылығы – 5,8 ‰. Балықтың 20-дан астам түрі, әсіресе шабақ, сазан, көкбақ т.б. бар. Кеме жүзеді. Көл өңірінде 1958 жылы Ыстықкөл қорығы ұйымдастырылды. Басты порты –Балықшы. Геологиялық құрылымы жағынан тектоникалық көл болып саналатын Ыстықкөлдің тереңдігі 702 метрге жетеді. Су көлемі көп болғандықтан, Ыстықкөл қыста қатпайды, көл атауы да сонымен байланысты. Көл айналасымен қоса, айрықша қорғауға алынған Ыстықкөл қорығының аумағына енеді. Ыстықкөл жағалауында жалпы саны 100- ден асатын демалыс орындары, емдеу-сауықтыру мекемелері орналасқан. Емдеу- сауықтыру мақсатында көлдің шипалы тұзды суы ғана емес, жағалаудағы емдік балшықтар да пайдаланылады. Ыстықкөл қазаншұңқырында минералды бұлақтар да өте көп. Атап айтсақ, Шолпан-Ата, Ыстық-ата, Жетіөгіз, Алтын-Арашан шипалы су көздері көпшілікке танымал.

Тауалды белдеуі мен орта таулы аудандарда етті-сүтті бағыттағы ірі қара мал, биік тауларда қодас өсіріледі. Жылқы малының саны салыстырмалы түрде көп (300 мың бас). Таулы аудандардағы шаруашылықтарда жергілікті халықтың сүйікті сусыны

қымыз дайындалады. Ыстықкөл жағалауында асыл тұқымды жылқылар өсіретін шаруашылықтар бар .

Табиғаты бай Тянь-Шань өңірінің географиялық ерекшелігін бір мақала шеңберінде жан-жақты қарастыру мүмкін емес. Сол себепті де Тянь-Шань тау аңғарында орналасқан Ыстықкөлдің географиялық, топонимикалық сипатын біз барынша ықшамдап алып, мағынасын ашуға тырыстық.

ПАЙДАЛАНЫЛҒАН ӘДЕБИЕТТЕР ТІЗІМІ МАРИКОВСКИЙ

П. И. В горах Тянь-Шаня [Текст] / Мариковский П. И. - Алма-Ата : Казахстан, 1981. - 128 с.

Горбунов Алдар, доктор географических наук. Центральная Азия: в мире географических имен [Мәтін]/ А.Горбунов. //Известия -2012. -31 октября (№206). -6-7 стр.

Қазақстан Ұлттық энциклопедиясы[Мәтін]: Т. 9/Бас ред. Ә.Нысанбаев – Алматы: «Қазақ энциклопедиясының» Бас редакциясы, 2007. – 720 бет.

Иманбеков, М. Компаративистика Ч.Ч. Валиханова в иссык-кульском и кульджинском дневниках [Текст] / М.Иманбеков // Евразийское сообщество: общество, политика, культура. - 2002. - №4. - С. 101-107

惯常居所——两大法系属人法之争的产物

戴程程

内容摘要：大陆法系的国际私法学说是一段属人主义与属地主义交织发展的历史，英美法系国家的国际私法学说史则是从萌芽时便带有浓厚的属地主义色彩。自公元 14、15 世纪，大陆法系国家采用的本国法主义与英美法系国家坚守的住所地法主义就一直相互对立、冲突频繁，成为统一国际私法的主要障碍之一。晚近时期在海牙国际会议的推动下，惯常居所作为属人法的连结点成为调和两大法系一个多世纪之争后相互妥协的产物。相比国籍与住所，惯常居所有其独特优势，调和不同法律体系和区际法律冲突，适应国际民商事交往蓬勃发展的需要，灵活适用能克服传统连结点的机械、僵硬。在惯常居所作为属人法连结点已被世界各国广泛接受的今天，因其概念模糊不清、定义不明在立法、司法实践中受到诸多非议。应当在综合分析客观因素和主观因素的基础上正确、恰当的解釋惯常居所，方能削弱其作为属人法连结点导致的不确定性和裁决不一致等弊端。

关键词：惯常居所 独特优势 弊端 客观因素 主观因素

在过去一个多世纪，两大法系的国际私法关于属人法的主义之争硝烟弥漫。属人法的基本含义，是指支配自然人的民事身份与地位的法律，也即支配自然人的法律人格、婚姻、家庭和继承等属人法律关系的法律，或者说，属人法是自然人的民事身份与地位的属人法律关系所应适用的法律。^[1]传统国际私法中，大陆法系以国籍作为属人法连结点，英美法系以住所作为属人法连结点，二者之间的矛盾成为阻碍国际私法统一的原因之一。因两大法系的国际私法各自所坚守的属人法主义的内在缺陷以及整个国际社会生活、生产方式的改变，客观上呼唤一个可以普遍适用的连结点，作为解决涉外民事法律关系中自然人的身份、能力、婚姻、家庭、继承等方面的法律冲突的系属公式。在世界各国和国际组织，尤其是海牙国际私法会议的不懈努力下，惯常居所应运而生。

一、两大法系的属人法主义和内在缺陷

（一）两大法系的属人法主义发展历史

在冲突法发展历史的早期阶段，住所（domicile）是自然人与其应遵从的法律之间的地理纽带。住所作为属人法的连结点的产生、发展经历了三个阶段：第一个阶段从公元前 8 世纪至公元 476 年，

[1] 宋晓：《属人法的主义之争与中国道路》，载《法学研究》，2013 年第 3 期。

以原籍地（一般指出生地）为连接点的时期，在此阶段，罗马在原籍地外，个人亦可自由地选择某地作为永久居住的住所（Domicilium），并以此为中心发展法律和商业关系。住所是个人与一个城邦共同体建立联系的第二个因素。第二个阶段是公元 5 世纪，以种族为连结点的时期，是日耳曼帝国在战败后的古罗马领土上建立城邦，未解决不同民族、部落法律冲突而实行种族法。第三个阶段是公元 11 世纪逐渐占主导地位的以住所为连结点的时期，住所地法的兴盛主要是由于城邦工商业繁荣，居民的商事交往频繁，涉外民事案件与日俱增，如果严格遵循属地主义，对各个城邦经济发展不利，住所地法理所应当的满足了当时社会物质生活条件的需要，成为渐渐成为属人法连结点的主流。^[2]

14、15 世纪的意大利“后注释学派”的代表人物巴特鲁斯（Bartolus）首创的法则区别说，主张从法则自身性质入手将法则分为“人的法则”、“物的法则”、“混合法则”。^[3]“巴托鲁斯的‘人法’是指人的住所地所属的法律体系具有属人性，即具有追随人之所至的效力，即便人越出国境，仍应适用该住所的法律。”^[4]胡伯（Ulrich Huber）的“国际礼让说”、萨维尼（F.C.Savigny）的“法律关系本座说”使属人法采取住所地法得到进一步发展，对欧洲大陆和英美法系的国际私法理论和实践产生了重要影响。

公元 19 世纪以前，民族国家和国籍的概念尚未成熟，住所是属人法唯一的连结点，因而属人法就是自然人的住所地法。^[5]但 19 世纪后，随着民族国家的统一和殖民国家的独立，致使国家意识不断增强，意大利著名法学家孟西尼（P.S.Mancini）主张的国籍主义迎合了意在宣示一国公民与国家间的忠诚和联系且具有鲜明的政治性的需要，促使国籍作为新的连接点在欧洲大陆等国确立下来，而英美法系等国仍沿袭住所作为属人法连接点，至此形成两大法系属地主义与属人主义的分庭抗礼之势，并成为国际私法统一的主要障碍。^[6]

（二）本国法主义和住所地主义的内在缺陷

1、住所地主义的内在缺陷

一方面传统住所概念模糊，难以界定。1858 年 Cranworth 大法官在 Whicker v. Hume 案中曾给出他对住所的解释：“住所指的是家，永久性的家，如果你不了解你永久性的家是什么意思，恐怕任何

[2] 董海洲：《从“身份”到“场所”——属人法连结点的历史与发展》，载《法学家》，2010 年第 1 期。

[3] See Bartolus, Bartolus on the Conflict of Laws, Joseph Henry Beale trans., Harvard University Press, 1914, p. 30.

[4] 杜新丽：《从住所、国籍到经常居所地——我国属人法立法变革研究》，载《政法论坛》，2011 年第 3 期。

[5] 宋晓：《属人主义的之争与中国道路》，载《法学研究》，2013 年第 3 期。

[6] 胡曙东：《属人法连结点之历史发展与我国立法模式之选择》，载《前沿》，2012 年第 5 期。

一个外国作者或外国语言的描绘都不会在这个问题上对你有帮助。”^[7]纵观世界各国国际私法立法和司法实践来看，一般认为取得住所应同时具备两个条件：一是主观上有永久居住的意图；二是客观上有实际居住的事实。客观因素容易认定，但是探知人内心的主观意图却十分困难，极大地增加了司法审查的难度。在涉外民商事交往快速发展与人员频繁流动下，居住的意思表示则会因交通的便捷、思想观念的更新等因素轻易发生改变，并且这种内心意思的转变既不利于被对方当事人所知悉，也难以被证据所证实从而成为法官判断的依据。

另一方面，不同法系甚至同一法系下的不同国家对住所内涵的界定和要求不尽相同，不利于国际私法统一化运动。例如，1987年《瑞士联邦国际私法》第20条规定“本法所指的住所，就是当事人的利益中心所在地……任何人都不能同时拥有数个住所”，而我国台湾地区2010年《涉外民事法律适用法》第4条^[8]则允许当事人同时拥有数个住所。

2、本国法主义的内在缺陷

首先，本国法主义即以国籍作为属人法连结点，“国籍”概念自身从诞生之初就被打上了鲜明的政治烙印。起源是为满足政治需要，而用政治的概念解决国际私法中的私权利主体之间的纠纷、法律冲突问题，极为不妥。其次，随着国际民商事交往日益加深、移民浪潮的兴起致使具有强烈政治色彩的国籍远远脱离了民商事法律关系的实质，居住在国外并建立了自己现时利益中心地的当事人却要受到与自己生活、工作毫无关联的国籍国法律的约束，降低了交易双方当事人对所为行为的法律结果可预期性，且当事人可能受到两国以上法律牵制，需查明几个国家的法律，增加了当事人民商事交易的成本。再者，本国法主义难以解决全球范围内大量出现的多国籍人和无国籍人的问题，也不能保障移民人士在本国定居后能享有同本国国民同等的法律地位和权利保护。

二、惯常居所的特有价值 and 界定

（一）惯常居所的特有价值

1956年海牙《关于扶养儿童义务法律适用公约》首次成功地将惯常居所作为属人法的连结点。之后，海牙国际私法会议制定的有关婚姻、家庭、继承、产品责任、交通事故等法律适用公约以惯常居所地法作为系属公式，使得惯常居所作为一个可接受的概念，被许多国家的国内立法和国际私法条约所采纳。惯常居所的兴盛，不仅有赖于海牙国际私法会议的推动，主要原因是惯常

[7] Whicker v. Hume (1858) 7 H. L. C. 124.

[8] 我国台湾地区在2010年《涉外民事法律适用法》中并未明确界定“住所”的概念，第4条规定：“依本法应适用当事人之住所地法，而当事人有多数住所时，适用其关系最切之住所地法。”在荷兰、德国、意大利，当事人也可以被允许同时拥有多个“住所”，但是英国、法国同瑞士一样，允许当事人在同一期间内为同一目的，有且只有一个“住所”。

居所的内在价值满足了两大法系社会生活变化的客观需求。第一，适时应时。现代交通运输方式的不断发展，国际间人口流动日益频繁，原有的住所地和国籍国不再成为人们唯一的生活中心。惯常居所适应国际民商事交往发展、人口流动需要之现实，极大促进对跨国贸易、经济全球化的发展。

^[9]如国内学者曾言，惯常居所地法是作为解决两大法系对峙局面的一个妥协产物，但究其根源，世界经济的发展与国际民商交往的频繁方使惯常居所地成为晚近同人的身份与能力的法律关系联系较为密切的连结点之一。^[10]第二，便捷可行。经常居所的认定相对简单，较之于住所要求的永久居住的内心真意的探知难度小，相对于国籍的硬性、机械来说灵活性较强。而且，惯常居所往往是当事人的财产所在地，以惯常居所地作为司法管辖权的依据和法律适用的根据便于有效地采取司法强制措施，保障司法裁判有效执行，节约司法资源。第三，实质正义。在保护未成年人利益和保障扶养关系的有效性方面，适用惯常居所地法显然是有效可行的。因为事实上未成年人所在国就是其惯常居所地国家，而且未成年人尚未形成自己的文化意识，其生活的国家即其惯常居所地国家的法律与其有最密切联系，因而，适用惯常居所地法有利于保护与未成年人有关的法律关系。^[11]

（二）惯常居所的界定

海牙国际公约虽然首创“惯常居所”作为属人法的连结点，但是并没有对其进行界定，通说认为惯常居所是纯粹的事实概念，由各国司法实践中自行认定。这就导致了惯常居所概念模糊、不利于国际私法裁判的一致性和确定性。

英国法官斯卡曼（Lord Scarman）在沙诉巴尼特（Shah and others v. Barnet LBC）案中对惯常居所进行了阐释，他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。这就是著名的“斯卡曼规则”，即惯常居所的认定要具备两方面的构成要件：一是居住的意图（该意图必须基于当事人的自愿），二是实际居住的时间（可评价期间）和事实。^[12]因此，惯常居所的界定在主观因素上应考虑两个方面：一是某人在特定地点的存在是否是基于自由意志，二是该种存在是否有定居的意图。^[13]如绑架、避难、流落孤岛等久居某地不能成为认定惯常居所的依据，因为这些因素剥夺了

[9] 于飞：《论我国国际私法中的经常居所》，载《河北法学》，2013年第12期。

[10] 杜新丽：《从住所、国籍到经常居所地——我国属人法立法变革研究》，载《政法论坛》，2011年第3期。

[11] 刘仁山：《自然人属人法连结点理论与实践之比较研究——兼论〈涉外民事关系法律适用法〉“经常居所”之界定》，载2011年《国际私法全球论坛》，P229-256。

[12] 刘仁山：《现时利益重心地是惯常居所地法原则的价值导向》，载《法学研究》，2013年第3期。

[13] See Peter Stone. The Concept of Habitual Residence in Private International Law. 29. Am. L. Rev. 2000. 转引自周颖：《司法视野下的我国冲突法中经常居所地之界定》，载《黑龙江省政法干部管理学院学报》，2015年第1期。

当事人的自由意志以致无法遵从内心真意选择定居之所。关于定居意图，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，并且法院要通过关注当事人现时利益与特定法域（即现时利益重心地）的客观联系探究当事人的定居意图。而对于惯常居所认定要求的可评价期间长短，各国做法不一。有些国家硬性规定必须要居住满一定时间方可在该国获得惯常居所，例如，我国《涉外民事法律关系适用法司法解释一》规定的可评估期间为1年，而《瑞士联邦国际私法法规》第20条第2款则规定：“本法所指习惯居所，就是当事人在某国居住有一定期限的处所，即使该期限极为短暂”。在英国的许多案件中，这个期限被定义为“合理的时间”，但多长时间才算合理？在内萨诉首席裁判官案中，上诉法院的多数法官认为用1天来计算合理时间太短，但不能说多长时间就足够。相反，持异议的法官认为1天即足够。^[14]在斯沃德林诉首席裁判官案中，法官认为过了8个星期，惯常居所就可以确立。^[15]

笔者认为，在具体案件中法院应当综合评定惯常居所的主观因素和客观因素，对于居住期间短于3个月的当事人，应侧重考察其主张的证明其有居住意图的证据；对于居住期间在3-6个月的当事人，则要均衡考察主客观因素；对于居住期间6个月以上的，居住时间越长，对于居住意图的评价标准则可以随着时间延长而降低。

三、结论

虽然惯常居所的产生是两大法系属人法冲突之下的产物，但惯常居所适应了新的国际形势，迎合了国际民商事交往的需要，才得以广泛被世界各国和国际条约采纳。对于大多数移民输入国，如美国、加拿大、瑞士和比利时等国家采用住所地法和惯常居所地法，使本国法律有更多机会适用于本国境内的外国人。而移民输出国出于保护本国国民的考虑，更多的主张国籍国法，即使本国国民移居在外国，本国法也能得到适用以更好地保护本国国民，但同时也将惯常居所作为属人法的补充性、辅助性连结点，以促进国际贸易的发展。我国作为移民输出大国，可以借鉴别国经验，将惯常居所纳入我国国际私法的同时，不应漠视其存在的缺陷，应当慎重考虑忽视住所、弱化国籍、重用经常居所的立法是否有失偏颇。

[14] See *Nessa v. Chief Adjudication officer*, 2 All England Law Reports (1998), p. 728.

[15] See *Swaddling v. Chief Adjudication officer*, Case C-90/97, The Times, 4 March 1999.

自然人属人法中的经常居所与中国选择

孙文珂 南京师范大学国际法

摘要：本国法主义与住所地主义自产生以来纷争不断，自 20 世纪出现经常居所原则之后，三方争执不下，但我国在 2010 年《涉外民事关系法律适用法》将经常居所作为属人法的主要连接点，改变了自我国法律现代以来的本国法主义，同时自然人经常居所的判定方法从单一标准到叠加标准。但经常居所在我国的适用仍然有其局限性，在司法适用中仍然有修正之处。

关键词：自然人属人法；经常居所原则；中国选择；修正意见

一、经常居住的历史发展及其原因

（一）经常居住的历史发展

经常居所第一次用于国际冲突法应该是 1902 年海牙《关于解决未成年人监护问题的公约》¹，显然，1902 年《监护公约》所使用的经常居所只是对国籍原则的补充，但仍可以看出海牙曾经为协调国籍和住所的冲突寻找解决的方法。在此背景下，经常居所被引入冲突法中作为国籍和住所折衷一次协调国籍法和住所地法的对立。²

后来，经常居所的概念慢慢被各国所接受并被国内立法所采纳，也被许多国际私法条蕨所采纳。经常居所首次被作为系属，当属 1956 年海牙《关于扶养儿童义务法律适用公约》³ 随后 1980 年《国际诱拐儿童民事方面的公约》、1996 年《儿童保护公约》均将经常居所作为属人法的连接因素。由此可见，经常居所主义的兴起与海牙国际私法协会是分不开的。那么，海牙国际私法会议是为何发生此种转变的呢？其背后的原因为何？

（二）经常居住兴起的原因

其实在 20 世纪初，因海牙国际私法协会由大陆法国家主导，因而在一系列涉及属人法

¹ 该公约第 3 条规定：“习惯在国外居住的未成年人的监护是根据未成年人经常居所的法律确定和行使的。如果未成年人没有监护，或者不能按照国内法解决的，适用经常居所法。”

² 参见杜焕芳：《自然人属人法与经常居所的中国式选择、判准和适用——兼评〈涉外民事关系法律适用法司法解释（一）〉第 15 条》，《法学家》2015 年第 3 期。

³ 公约第 1 条规定：“子女可在何种程度上并可向何人要求扶养，应依子女惯常居所地法律决定。子女惯常居所变更时，自变更之时起适用新的惯常居所地法。关于何人有权提起扶养诉讼以及提起诉讼的期限问题也按上述法律规定。”

的公约中均以国籍为连接点，但渐渐的人们发现，适用国籍主义却使婚姻家庭方面的公约陷入困境，例如夫妻双方为不同国籍时究竟适用哪一方的国籍法，这会引起双方国家管辖上的冲突。其次，两次世界大战催生了大量难民潮，难民往往国籍不明，国籍主义的确定性优点也受到减损。最后，欧洲国家法院在依据公约的国籍主义适用外国法时，常常启用公共秩序保留制度，强制适用本国法，以致公约实际作用不能生效。⁴

尽管国籍主义出现了此种问题，但英美法国家住所主义中住所的概念与大陆法国家住所的概念相去甚远，并且大陆法系国家之间关于住所的概念也多有分歧，因此海牙国际私法协会只能另行寻找一个新的连接点，同时海牙国际私法协会还要保证吸引更多国家缔结或加入公约。于是海牙国际私法协会找到了经常居所这一概念，并宣称经常居所是一个事实概念，无需对其下一个确切的定义。因为海牙国际私法协会也明白如果对经常居所下一个明确的定义，各个国家是不会接受的，各国关于经常居所的定義根本不能形成统一，如果强行统一的话，可能会很少有缔约国加入公约。一个接近事实的、刻意保持模糊的概念，才有利于各国在缔结条约时形成妥协，因为各国可以从中各取所需。⁵如果关于经常居所的定義规定的过于精确、细致，会使那些对该定义有不同意见的人望而却步，不利于条约的缔结。

从此也可以看出，经常居所在海牙条约体系中兴起，并不是它从国籍主义中发展而来并被普遍接受，而是它提供了一种妥协的方法。同时，经常居住地主义也最大限度地促进欧洲各国国际私法的妥协和统一，这也是经常居所这一概念兴起并被青睐的另一原因。

二、属人法中的中国道路的选择

（一）中国属人法主义上的变革及其原因

中国自清末民初法律现代化以来，一直承继欧陆和日本等大陆法系的传统，在属人法上遵循大陆法系的传统，实施的是国籍主义，但 20 世纪 80 年代以来，理论界开始发生大变动，越来越多的人支持经常居所原则，经常居所的支持者呈压倒性之势盖过了国籍主义的支持之声。最后 2010 年《涉外民事关系法律适用法》在起草过程中顺应了学界风潮，将经常居所地作为属人法的主要连接点。

我国属人法在短短 20 年间发生如此翻天覆地的变化，其原因大致可以概括为：第一，海牙国际私法协会极力推崇经常居所原则，再加上同时期国籍主义开始呈现颓势，在一些领域例如婚姻上陷入困境，给中国一个国籍主义已不再能很好地适应现代商事活动和私益

⁴ See L.I.De Winter, *Nationality or Domicile?:The Present State of Affairs*, 128 *Recueil Des Cours* 381(1969—II). 转引自：宋晓：《属人法的主义之争与中国道路》，《法学研究》2013 年第 3 期。

⁵ 参见宋晓：《属人法的主义之争与中国道路》，《法学研究》2013 年第 3 期。

保护的错觉,也是过于信赖海牙国际私法协会而缺乏对经常居所是否对中国适用的深入思考和批判性认识。第二,一直以来我国擅长英语的学者远多于擅长法语、德语的学者,他们更深的领悟到住所地法主义的精义,在学界呈现出理论上数量的优势,随着支持住所地法主义的声音不断升高,渐成趋势,支持国籍主义的声音被掩盖下去。第三,我国学者一直认为国籍主义有太多的政治色彩,而属人法主要是私人事务,经常居所作为个人事务和家庭生活的中心,更适合作为属人法的连接点。⁶

(二) 经常居所原则局限性

对于 2010 年《涉外民事关系法律适用法》中对属人法连接点适用的转变,笔者持怀疑的态度,我国的司法实践是否出现了国籍主义不能适用的困境?经常居所原则是否会更好的适用于我国?实际上,在各国国际司法体系中,除中国将其列为属人法的主要连接因素之外,其他国家未赋予其独立主导地位,普通法系仍然坚持住所地法的传统,仅吸收经常居所作为连接因素之一,拒绝用经常居所原则全面替代住所主义,而大陆法系国家,例如德国。虽然也吸收了经常居所原则,但最多是适用国籍原则不确定时的辅助连接点,并未以经常居所原则为主导。因此,笔者不仅疑问,是否司法实践中出现了国籍主义无法解决的困境,迫使我国放弃了 20 多年的传统,转而适用经常居所原则。另外国籍主义在司法实践中面临的困境,其他大陆法国家也应面临过,为何它们未作出将经常居所原则作为主要连接点的改变。我国这样的改变是否符合我国的国情。

另外,惯常居所原则作为属人法连接点并不是适用于任何情况,也有一定的局限性。

首先,“经常居所”的定义过于模糊,不能形成统一的标准。海牙国际私法协会在规定“经常居所”时未予以明确的定义,至今仍然是个模糊的含义⁷,当然,海牙国际私法协会也不想给其下一个明确的定义,为了让更多的缔约国加入公约而故意留下的模糊概念,“经常居所”本身就是条约妥协的产物。其在客观的居住表示和主观的意愿上未做明确的规定,需要各国国内法院法官进行自由裁量或者国内立法进行明确。

例如,英国在经常居所原则的实践中形成的“斯卡曼规则”,其主要内容是:一是居住(定居)的意图,二是实际居住的时间与事实。⁸但是,法院虽然遵循“斯卡曼规则”,但是不同的法官在具体案件中对居住意图与居住的时间和事实上的侧重又有所不同,法官在“斯卡曼规则”的两条规则间游移不定,未有一个明确的惯常居所的确定标准。再如:《瑞士联邦国际私法法规》第 20 条第 2 款规定:“本法所指习惯居所,就是当事人在某国居住有一定期限的处所,即使该期限极为短暂”、《列支敦士登关于国际私法的法令》第 9 条第

⁶ 参见董海洲:《从“身份”到“场所”——属人法连接点的历史与发展》,《法学家》2010 年第 1 期。

⁷ 参见黄栋梁:《属人法连结点的适用比较》湖南师范大学 2012 年博士论文。

⁸ 参见刘仁山:《现时利益重心地是惯常居所地法原则的价值导向》,《法学研究》2013 年 3 期。

2款规定：“惯常居所，位于其较长期间内生活之地，即使该期间自始便已设定”或如《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第15条⁹，一方面如同列支敦和瑞士的国内法一样，尽管国内立法对经常居所作了规定但仍然模糊，“一定期限”“较长时间”如何确定，多长才算合理？如何解决在这期间存在两个或两个以上的经常居所的情形？这种规定尽管做了规定，但在经常居所定义明确上仍然模糊不明。另一方面如同我国国内法规定，明确的规定了“连续居住一年以上”且“作为其生活中心”，这种双重标准使经常居所的认定过于严苛，丧失了其相比住所主义在认定上的灵活性优势¹⁰，违背了属人法的精神属性。因此，对于我国来说，我国是制定法国家，无法向英美法国家一样法官可以适用自由裁量权在法律与事实之间来回穿梭最后做出合适具体案情的裁判，而过于严苛和确定的标准又会使经常居所丧失其灵活性的优势，这也是经常居所在我国作为主要连接因素适用的尴尬之处。

其次，经常居所不利于保护本国人民的基本民事权利。实际上，对于人口输入型的国家他们一般选择住所主义，也是为了更好地推行本国法，而对于人口输出型的国家一般会选择国籍法主义，其目的是为了更好的保护在外国的本国国民的基本民事权利。我国目前仍然属于人口输出型国家，旧居国外的中国人的数量远远超过旧居中国的外国人的数量，再加上近几年的“一带一路建设”我国对中亚和亚非拉国家输出了大量的劳务，大量中国人身处外国，尤其是法律制度和安全保护并不完善的国家，为了保护旧居外国的中国人的合法民事权利，在对内外国法律进行道德衡量时，似乎国籍主义更适合我国国情。

最后，经常居所割裂了个人与特定国家之间的精神联系，违背了属人法的精神属性。¹¹例如许多中国人早年求学外国或为躲避战乱而去往外国，多年后，心系故国回到中国，但因居住时间不足一年且构不成生活中心，又因旧居国外其经常居所地应为外国，属人法应适用外国法，此种情况就因过于追求客观事实，而忽略了其对本国国家的信服和归属之精神，割裂了个人与特定国家之间精神联系。

三、自然人经常居所的中国式判定及司法适用时的修正建议

（一）自然人经常居所的中国式判定

什么是“经常居所”，《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第15条是如此规定：“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其生活中

⁹ 本法第15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其生活中心的地方，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的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

¹⁰ 参见杜新丽：《从住所、国籍到经常居所地——我国属人法立法变革研究》，《政法论坛》2011年第29卷第3期。

¹¹ 参见宋晓：《属人法的主义之争与中国道路》，《法学研究》2013年第3期。

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的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”那么在该认定上又有哪些问题呢？

首先，连续居住一年以上的认定问题。第一何为“连续”？是否考虑存在交替经常居住的可能性？现在很多人因为工作原因，经常会一段时间在 A 国，一段时间又在 B 国，在两国的时间均不构成“连续居住满一年”，此时又如何认定其经常居所呢？第二、“一年以上”的规定是否合理？惯常居所与住所相比，强调更长期的居住事实和更灵活的认定。但在属人法律适用领域，几乎没有他国会像我国司法解释一样如此机械地规定“一年”时间，相反，一般会留待法官自由裁量的空间。我国对此规定了“一年以上”的居住时间，如此片面地追求法律确定性，反而剥夺了惯常居所概念可以拥有的弹性，丧失了其灵活性的优势，未给法官留下丝毫自由裁量的空间，违背了属人法的精神属性。¹²

其次，判定方法从单一标准到叠加标准。《民通意见》和《民诉意见》对于“经常居住地”的判定方法，采用的是单一的居住期限标准，即“连续居住一年以上的地方，为经常居住地”。

但在最终出台的《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 15 条对经常居所的界定转而使用叠加标准，包含两个构成要素：一是外在的物理要素——“连续居住 1 年以上”；二是内在的心理要素——“作为其生活中心的地方”。关于该规定最高人民法院民四庭负责人在答记者问时提到，可以参考德国法与瑞士法强调的“生活中心”这一要素，以确定经常居所地¹³。但笔者认为，对于该规定可以改为选择性要件，本身“连续居住 1 年以上”已经非常严格，再适用叠加标准来判定经常居所似乎过于苛刻。同时在认定“作为其生活中心的地方”是侧重于当时人的主观意愿呢，还是侧重于当事人的客观生活状态，笔者认为，根据当事人的具体情况进行综合判断为宜，即从当事人的主观意愿、家庭生活、社会关系、主要职业、财产状况、迁移原因等各方面进行考察。¹⁴

（二）经常居所原则在司法适用时的修正建议

我国在确定属人法连接点上应该立足国情，在学习国际上先进经验的同时，还要不断深思该种情形是否适用于我国，而不是盲从国际趋势，从而增强法律的实用性和生命力，保护国民权益、捍卫家利益。

¹² 参见黄栋梁：《我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》中的属人法问题》，《时代法学》2011 年第 4 期。

¹³ 最高人民法院民四庭负责人就《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）》答记者问，载最高人民法院网 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-4966.html> 最后访问时间 2018 年 11 月 25 日。

¹⁴ 参见何其生：《我国属人法重构视阈下的经常居所问题研究》，《法商研究》2013 年第 3 期。

我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》中采用经常居所地法作为属人法的主要连接点，覆盖民事主体、婚姻家庭、继承和债权关系的法律适用，但实际上是否有必要一刀切地将经常居所地法贯彻到属人法适用的所有领域，而不区分法律关系的性质。这样固然保持了属人法连结点的一致性，但是否有必要如此强调一致性，而忽视不同法律关系对于属人法的适用也可能有不同的需求？¹⁵

实际上，在管辖权和非身份法律关系的领域是非常注重个人和国家间的客观联系，甚至需要对客观联系作出精确的量化规定，诸如连续居住六个月或一年以上时间。因此，惯常居所相比国籍和住所，更能胜任管辖权和非身份领域法律适用的需要。¹⁶但在家庭等身份领域除了强调个人与国家的客观联系之外，还强调其与国家之间体现的精神价值，对于该类情况显然国籍主义更为合适。正如国籍反映的民族主义精神、住所反映的自由主义精神。¹⁷如果在合适适用国籍主义的地方适用经常居所主义，那么它作为属人法的连接点就无法体现属人法律适用所追求的精神价值，甚至可以说，惯常居所追求的客观性、事实性，与属人法的法律本质是背道而驰的。

因此笔者认为，可以适用国际法主义和经常居所原则的二分法，避免完全适用经常居所原则的一刀切方法而造成的某些法律关系在价值和利益上的损害。

四、结语

我国在起草 2010 年《涉外民事关系法律适用法》时突然改变了 20 多年来的本法国法主义传统，变革为经常居所原则为主要连接点的属人法，这个改变过于突兀，在实践中未出现大量国籍法主义不适用的情况下，转而投向经常居所原则，让人不禁疑惑经常居所是否更适合我国的国情，因此这一立法创举无遗留下了很大的探讨空间。但无论如何，事已成定局，已无改变的空间，接下来在经常居所的适用和判定上，最高人民法院应逐渐通过涉外民商事裁判实践，摸索并修正规则，进而灵活和科学地界定经常居所，使经常居所地原则更好的适用于我国。

¹⁵ 参见刘贵祥：《涉外民事关系法律适用法在审判实践中的几个问题》，《人民司法·应用》2011 年第 11 期。

¹⁶ See P. Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, 49 I.C.I.Q.89(2001).

¹⁷ 参见宋晓：《属人法的主义之争与中国道路》，《法学研究》2013 年第 3 期。

曾某甲与李某某遗属继承纠纷案

陈子天

上诉人(原审被告)李某,已退休。
委托代理人朱守侠,上海众华律师事务所律师,代理权限为特别授权代理。
委托代理人张冀夫,上海众华律师事务所律师,代理权限为特别授权代理。
被上诉人(原审原告)曾某甲,务农。
委托代理人李鸿,江西宏泰律师事务所律师,代理权限为一般授权代理。
原审第三人抚州市临川区高坪镇新坪村委会曾某某。
负责人曾某乙,组长。

上诉人李某因与被上诉人曾某甲、原审第三人抚州市临川区高坪镇新坪村委会曾某某(以下简称曾家村小组)遗属继承纠纷一案,不服江西省抚州市临川区人民法院(2014)临民初字第238号民事判决,向本院提起上诉。本院于受理后依法组成合议庭,于2014年11月2日公开开庭审理了本案。上诉人李某及其委托代理人朱守侠、张冀夫,被上诉人曾某甲及其委托代理人李鸿,原审第三人曾家村小组负责人曾某乙到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明,被继承人曾金生于1931年9月20日,户籍系抚州市临川区高坪镇曾家村小组,于1949年去台湾生活。大陆开放对台政策后,被继承人曾金生经人介绍与被告李某相识,两人在××××年××月××日办理了结婚登记手续,婚后未生育子女。被继承人曾金生与被告李某在××××年××月××日订立契约书一份,内容为“兹约定夫(曾金生)妻(李某)二人无论是大陆或者台湾一切财产均为我夫妻二人所共有,如要作其他用途,必须经过双方同意才行,恐空口无凭特立此约”,被继承人曾金生、被告李某均在契约书上签字,契约上注明见证人为姐夫董耀青、姐姐李文惠,两见证人未在现场也未在契约书上签字见证。被继承人曾金生、被告李某婚后购置的财产有:1.抚州市荆公路办事处穆堂路(地区五文化大楼对面)第二栋东二单元幢304(产权证号:临荆私房字第××号);2.抚州市青云办事处赣东大道52号南栋单元幢401室(产权证号:抚青字第201510号);3.抚州市青云办事处文昌大道西侧豪德贸易广场C2栋6号店(产权证号:抚房权证Q字第××号);4.抚州市青云办事处文昌大道西侧豪德贸易广场饮食楼6号店(产权证号:抚房权证青字第××号);5.上海市普陀区铜川路99弄5号301室(产权证号:沪房地普字2003第036600号),以上财产现均由被告李某管理使用。2012年12月28日至2013年1月17日,被继承人曾金生因“左侧肢体舌动不便3天余”在抚州市第一人民医院住院治疗,入院诊断为:脑隙性脑梗死、脑萎缩,出院诊断为:脑隙性脑梗死、脑萎缩、高血压病,出院情况:目前无头晕、无头痛、左侧肢体功能舌动好转、血压控制可、精神食欲可等。2013年9月22日,被继承人曾金生以曾登祥的名义在抚州市第一人民医院住院治疗,入院记录载明“现病史:患者2月前出现双下肢舌动不灵活,乏力,行走不稳,不敢独立行走,需要搀扶或拄拐,伴有不行缓慢,反应迟钝,记忆力下降,偶头晕,偶头痛,无手脚麻木,无胸闷胸痛,在家未行特殊处理,今来我院就诊,拟“高血压病,脑梗塞”收入,起病以来患者精神食欲睡眠一般,大小便正常。...体格检查情况:发育正常,营养一般,扶入入室,平卧,表情淡漠,缄默不语,慢性病容,神志清楚,查体合作,问答合理”。2013年10月11日,被继承人曾金生在抚州市第一人民医院治疗结束出院,根据出院记录载明“出院诊断:1.高血压病;2.脑梗塞后遗症;3.多发性腔隙性脑梗塞;4.脑动脉粥样硬化;5.脑萎缩;6.老年性痴呆出院时情况:目前无头晕头痛,肢体功能舌动好转,血压控制可,精神食欲可”。2013年11月12日,被继承人曾金生在抚州市第五医院病逝,并于2013年11月14日火化。

另查明, 2013年8月8日, 被继承人曾金生、原告曾某甲、曾某丙、证人姚某、邓某等人乘车到江西论研律师事务所要求立遗嘱, 证人徐某律师接待了曾金生等人, 被继承人曾金生向徐某表示要立遗嘱并且需要几个见证人, 证人徐某根据曾金生的口述将其所要立的遗嘱内容记录下来, 并打印了五份, 证人徐某律师将遗嘱向包括曾金生在内的在场人员进行了宣读, 在场人员看过后均在遗嘱上签字。该份遗嘱的主要内容为: 1.从我财产中, 每月支付护理人员费用; 2.剩余财产成立曾氏基金, 由侄子曾某甲、曾某丙管理使用; 3.本遗嘱一式五份, 曾某甲一份、曾某丙一份、见证人各一份、徐某律师留存一份, 具有同等法律效力, 遗嘱见证人为姚某、邓某, 见证律师徐某; 遗嘱注明本遗嘱系曾金生真实意思表示, 徐某律师在见证人在场的情况下向立遗嘱人宣读了遗嘱内容, 立遗嘱人确认无误。证人姚某、邓某及徐某律师均表示被继承人曾金生在立遗嘱时神志清楚、态度坚决, 系其真实意思表示。2013年12月12日, 遗嘱见证人曾某丙出具声明一份, 表明放弃对曾氏基金的管理使用权, 不参与曾氏基金的取得、成立、管理、使用活动。被继承人曾金生逝世后, 原告曾某甲作为遗嘱执行人要求被告李某履行遗嘱内容, 但被告李某以遗嘱应当无效为由拒不履行, 故诉至法院要求分割被继承人曾金生的遗产、分割后的遗产由原告管理使用。

本案在审理过程中, 被告李某对遗嘱中曾金生的签名提出笔迹鉴定申请, 原审法院依法采集鉴定样本五份, 原被告均对样本表示认可, 并委托江西神州司法鉴定中心进行笔迹鉴定, 鉴定意见为2013年8月8日的《遗嘱》中“曾金生”签名与样本“曾金生”签名是同一人笔迹。被告李某对该鉴定意见不服, 认为应当对全部五份遗嘱鉴定并提交了重新鉴定的申请, 因两份遗嘱在台湾, 原审法院收集了三份遗嘱, 被告李某不同意对现有三份遗嘱鉴定, 原审法院对其重新鉴定的申请作撤回处理。2014年5月25日, 第三人曾家村小组召开村民会议, 决定依照曾金生的遗嘱成立曾氏基金, 为本村学生因上学无钱需要资助、本村村民因病无钱医治、本村贫困家庭因生活需要、本村孤寡老人低保生活补助、本村公用生活设施建设、本村其他公益需要是提供帮助, 指定曾某甲、曾某乙为曾氏基金管理人, 会议决定曾氏基金仅继承曾金生遗产中位于抚州贸易广场的两间店铺, 曾家村村民大会均签字同意, 原告曾某甲作为曾氏基金管理人承诺同意村民会议的决定, 同意曾氏基金继承曾金生遗产中位于抚州贸易广场的两间店铺。

原审法院认定以上事实有: 原被告及第三人的陈述, 原告提供的身份证、结婚证、遗嘱、房产证, 被告提供的身份证、结婚证、出院记录二份、入院记录一份、曾登祥祝愿情况调查报告一份、房产证四份、契约书一份、社会福利院证明一份, 原审法院去调取的房产证五份、司法鉴定意见书等证据在卷佐证。原审法院认为, 本案的争议焦点在于:

一、原告曾某甲是否为本案的适格主体。根据《中华人民共和国继承法》第十六条之规定“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产, 并可以指定遗嘱执行人。”, 被继承人曾金生在遗嘱中指定曾某甲、曾某丙作为遗产的执行人, 由其取得遗产并成立曾氏基金, 故曾某甲、曾某丙即本案的利害关系人。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条规定原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织, 曾某甲、曾某丙作为本案的利害关系人均有权作为诉讼当事人参与诉讼。被告李某辩称本案为必要的共同诉讼, 曾某丙不能放弃权利, 因曾某丙放弃对遗产的管理使用权, 该遗产继承人为曾氏基金, 曾某丙也有权放弃管理使用权, 原告曾某甲作为另一遗产管理使用人仍何代曾氏基金行使权利, 故原告曾某甲系本案的适格主体。

二、被继承人所书写的遗嘱是否真实有效, 契约书是否能否定该遗嘱的有效性。根据《中华人民共和国继承法》第十七条第三项之规定“代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证, 有其中一人代书, 并注明年、月、日, 并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。”, 该份遗嘱从遗嘱形式上应为代书遗嘱, 本案中徐某、姚某、邓某三人为该份遗嘱的见证人, 徐某虽为律师, 但未与被继承人办理律师见证的手续, 且没有两名以上的律师在场, 故徐某在该份遗嘱中并非履行律师见证, 其作为完全民事行为能力人, 将被继承人曾金生的自书打印出来并向在场人宣读, 符合上述代书遗嘱中见证人的特征, 故本案中徐某的身份证为见证人, 且该份遗嘱还有姚某、邓某两位见证人, 符合代书遗嘱中的两个以上见证人的要求。另根据被告李某的申请, 原审法院依法委托了江西神州司法鉴定中心对其中一份遗嘱中曾金生的签名进行鉴定, 鉴定曾金

生所签名与其本人所签字体一致，该鉴定报告可以认定该遗嘱签字系被继承人曾金生亲笔所签，故应当认定该遗嘱的真实性。被告辩称被继承人曾金生在立遗嘱时无行为能力，被告李某提供的二份出院记录、一份入院记录认定被继承人曾金生患有腔隙性脑梗死、脑萎缩、高血压等××，根据百度百科查询脑梗塞（脑梗、缺血性脑卒中）是指“由于脑部血液供应障碍、缺血、缺氧引起的局限性脑组织的缺血性坏死或脑软化，脑梗死的临床常见类型有脑血栓形成、腔隙性梗死和脑栓塞等，脑梗死占全部脑卒中的80%，脑栓塞可发生于任何年龄，以青壮年多见”，可见被继承人曾金生所患××并非当然无行为能力，认定无民事行为能力应当根据进行鉴定并由法院特别程序认定，如无鉴定无去通过某种××认定自然人的行为能力，且2013年9月22日的入院记录载明曾金生当时神志清醒、查体合作、问答合理，可以认定在订立遗嘱后仍神志清醒。见证人姚某、邓某、徐某均表示被继承人曾金生在订立遗嘱是意思清晰，故对被告李某辩称曾金生无行为能力的陈述不予认定。被继承人曾金生与被告李某在××××年××月××日签订了一份契约书，契约中约定夫妻共同财产作其他用途必须经双方同意才行，此时曾金生与李某已办理结婚登记成为合法夫妻。参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条第二项之规定“夫妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见”，该契约书与《婚姻法》中关于一方擅自处分夫妻共同财产的规定相一致，故该契约书合法有效，但这并不能对抗在继承开始后被继承人处分属于自己那部分的遗产，继承程序在立遗嘱人去世后开始，此时按照被继承人的遗嘱内容处分其个人遗产合法有效，遗嘱也并不属于法律规定的擅自处分夫妻共同财产，故本案中所立遗嘱与契约书并不相违背，均合法有效。综上，本案中继承人曾金生所立遗嘱系其真实意思表示，合法有效。

三、被继承人曾金生的遗产范围及处理意见。根据原被告在庭审中的举证，原审法院可以认定被继承人曾金生与被告李某的夫妻共同财产有位于上海市商品房一套、抚州市贸易广场店铺二间、抚州市商品房二套。根据《中华人民共和国继承法》第二十六条第一款之规定“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产”，故本案中继承人曾金生的遗产为上述房产价值的一半。原告曾某甲在2014年5月25日所作的承诺同意判决曾氏基金仅分割位于贸易广场的两个店面放弃其余遗产并经第三人曾家村小组村民会议决定通过，原告曾某甲作为曾氏基金的管理人有权作出该意思表示，曾氏基金所得的位于抚州贸易广场两间店铺的价值明显小于上海商品房一套及抚州商品房二套的价值，也明显小于曾氏基金应得的遗产价值，被告李某所得的三套房屋价值也明显大于夫妻共同财产应当分割的财产，故原告的意思表示不侵害被告李某的合法权利，合法有效，原审法院予以确认。

综上所述，被继承人曾金生于2013年8月8日所订立的遗嘱合法有效，应当按照其遗嘱及原告曾某甲的个人意思表示进行遗产分割，位于抚州市青云办事处文昌大道西侧豪德贸易广场C2栋6号店（产权证号：抚房权证Q字第××号）、抚州市青云办事处文昌大道西侧豪德贸易广场饮食楼6号店（产权证号：抚房权证青字第××号）店铺两间归曾氏基金所有，由原告曾某甲管理使用。据此，依据《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第五条、第十六条、第十七条、第二十六条、第二十九条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条之规定，判决：位于抚州市豪德贸易广场C2栋6号店（产权证号：抚房权证Q字第××号）、抚州市豪德贸易广场饮食楼6号店（产权证号：抚房权证青字第××号）店铺两间为曾氏基金所有，由原告曾某甲管理使用。

案件受理费1000元由原告曾某甲负担。

一审宣判后，上诉人李某不服，向本院提出上诉称，一、一审判决程序错误。1、被上诉人不具有主体资格。主体应该是尚未成立的曾氏基金。首先本案中曾金生老人所立的“遗嘱”明确表明“剩余财产成立曾氏基金，由曾子曾某甲、曾某丙管理使用”。所以老人的财产是要成立曾氏基金，曾某甲和曾某丙只是基金的管理人。但是财产属于基金，而不是曾某甲或是曾某丙（本案在一审中曾某丙明确放弃不作为管理人，所以下文管理人均均为曾某甲）。所以原告应该是曾氏基金，而不应该是管理人曾某甲。其次，关于曾氏基金，从“遗嘱”和正人所述均可以看出，曾氏基金是指曾氏基金会，应该是合法成立的社会团体。而本案

中一审法院简单以曾某某的一个村民小组会议，认为成立了曾氏基金，显然是违法而且不对的。曾氏基金会的成立应依据我国社会团体成立的规定，根据《基金会管理条例》的规定，基金会必须在民政部门登记方能合法运作，就其性质而言是一种民间非营利组织。这绝对不是一个村民小组开会通过就能成立这么简单的！本案的原告准确来讲应该是合法成立的曾氏基金，被告为李某，第三人为曾某甲。一审法院认为曾某甲与本案有利害关系，所以认为曾某甲是适格的原告是偷换了概念。

2、一审法院不应将抚州市临川区高坪镇新和村村委会曾某某（以下简称曾某某）列为第三人。首先村民小组不是一个独立的法人，也不是其他组织，不能作为独立的主体参加诉讼。村民小组从法律地位上来说，是村民委员会的一个组成部分，行使权力，履行义务只能是在村民委员会内部，对外，则由村民委员会代表，其民事权利应由设立他的村民委员会行使，责任亦由村民委员会承担。诉讼中，亦应由村民委员会参加诉讼。其次本案系一个遗嘱信托的案件，其中的当事人不包括村民小组。在“遗嘱”中明确表明的是“剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用”。但是对于如何使用，是否使用在曾某某组员的利益上，并没有明确表明，现也没有证据证明用在何处。故曾某某与本案也没有利害关系，在本案中也没有独立的诉讼请求。同时也与案件的处理结果无法律上的利害关系，所以不能作为第三人参加到上诉人与被上诉人的案件中。一审法院将曾某某列为第三人，从主体和程序上来讲都是错误的。

二、一审判决认定“遗嘱”性质错误，该“遗嘱”属于遗嘱信托，导致一审法院适用法律错误。本案中曾金生老人所立的所谓“遗嘱”不是一个我国《继承法》上的单纯的“遗嘱”。本案中的“遗嘱”是一份遗嘱信托。按照我国法律的规定，该“遗嘱”只有在同时符合《继承法》和《信托法》的情况下才为有效。从我国《继承法》的规定，本案中的“遗嘱”应该属于代书遗嘱。只有符合下列条件的情况下，代书遗嘱方为有效：第一，遗嘱人口述遗嘱内容，由见证人代替遗嘱人书写遗嘱。代书遗嘱不是代书人按照自己的意思设立遗嘱，而是代书人按照遗嘱人的意思表示，如实地记载遗嘱人口述的遗嘱内容，而不可对遗嘱内容作出任何更改或修正。结合本案中的遗嘱，下方明确注明“徐某律师在见证人在场的情况下向立遗嘱人宣读了遗嘱内容，立遗嘱人确认无误”。从中看得出来是曾金生老人先将自己的意思表示给徐某律师，然后再由徐律师代书的情节。第二，代书遗嘱必须有两个以上见证人在场见证，其中一人可为代书人。见证人一般是遗嘱人指定的，并经本人同意的公民，不能以组织的名义为遗嘱见证人。继承法对见证人数量上的要求，主要是为了保障代书遗嘱确实是遗嘱人真实意愿的表露，也为了防止日后就遗嘱的效力发生纠纷。而本案中“遗嘱”的见证人只有姚某和妻子邓某。徐某律师系以见证律师身份签名，而非法律意义上的“见证人”。第三，代书人、见证人和遗嘱人必须在遗嘱上签名，并注明年、月、日。代书人将书写完毕的遗嘱，应交由其他见证人核实，并向遗嘱人当场宣读，经遗嘱人认定无误后，由代书人、其他见证人和遗嘱人签名，并注明具体日期。以上是《继承法》规定的代书遗嘱的性质。但是本案中的遗嘱只是形式上可能符合代书遗嘱，但是在内容上，如果按照《继承法》来讲，是不具有可执行性的。再从我国《信托法》来看，《信托法》第十三条规定“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定”。第十一条规定“有下列情形之一的，信托无效：（二）信托财产不能确定；（五）受益人或者受益人范围不能确定”。从本案的“遗嘱”来看，曾金生老人在立遗嘱时，只是说明“现对我的财产处理”。对于有哪些财产，他本人并不明确，也没有其他的证据可以表明他是以什么财产作为信托的财产。对于受益人，能明确的只有他本人，即“从我的财产中，每月支付护理人员费用”。第2条中，只是说明删除财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲管理使用。但是成立曾氏基金的目的是什么，曾氏基金成立后做什么？是资助曾氏后人，还是资助所有村里人，还是全国有困难的人群？都没有明确说明。即使如证人姚某所述，也只是“再作公益成立基金会”。对于受益人的范围是没有确定的。即使如曾某某开会所述，也只是“为本村学生因上学无钱需要资助，本村村民因生病无钱需要资助”。这种表述也是没有办法去确定受益人的范围。故本案中的遗嘱信托不具有可执行性，不符合法律规定，属于无效。三、法院认定其他事实错误，不能以情代法。1、曾金生立“遗嘱”前已经住在护理院，身患××，精神状态是否正常，是否属于有民事行为能力人，不能依据推断来确定。在立遗嘱时没有录音录像证明的情况下，不能当然认定曾金生老人立遗嘱时具有完全民事行为能力人。2、上诉人对于曾金生老人多加照顾，是尊重他本人的意愿，才送入护理院。反而是曾某甲曾表示一定不会照顾老人。从关系上来讲，李某是曾金生的妻子，在李某没有医学常识的情况下，尊重老人的意愿送他去护理院，并

正常缴纳护理费,日常去看望照顾老人是正常的,不能因此而说明老人被妻子遗弃。如果老人在立遗嘱时确实已经被妻子遗弃,他应立刻提起离婚诉讼。清官尚且难断家务事,如何能判断曾金生老人与妻子的感情呢?另外,曾金生“遗嘱”中的所谓的“侄子”,其实与曾金生无任何的亲属关系,也无血缘关系。他们只是曾姓家族,但没有亲属关系,不能因为“遗嘱”上写了侄子,就认为是侄子。

综上所述,本案中的“遗嘱”应为遗嘱信托,不能同时符合《继承法》和《信托法》的规定,应属于无效。在“遗嘱”无效的情况下,本案中所涉及的财产应按法定继承处理。请求依法撤销原判,发回重审。

被上诉人曾某甲答辩称,1、上诉人提出一审判决是程序错误,被上诉人认为一审法院认定事实清楚,判决正确。关于主体资格,被上诉人混淆了基金与基金会的区别,本案中,遗嘱中所成立的基金只是一种专款专项,与社会上的民间爱心基金之类是同一个意思,这个基金显然是由基金执行人去管理使用,而不是由基金会去管理使用。再有,曾某甲作为遗嘱执行人,在遗嘱人的财产受到侵害或者被他人占有,遗嘱执行人有权向法院提起诉讼。2、被上诉人认为,根据上诉人在上诉状上所写,村委会和村小组的区别,我们不做过多的阐述,根据民事诉讼法以及最高人民法院关于村民小组诉讼权利如何形式的复函2006民立他字第23号,村民小组是有主体资格诉讼的,并且是以小组长作为负责人参与诉讼。针对上诉人提出的信托遗嘱,被上诉人认为本案中曾金生所立遗嘱只是由律师代中的一份普通的遗嘱,与信托无关。退一步讲,即便本案是信托遗嘱,上诉人所提出的两点信托财产不能确定,以及受益人或者受益人范围不能确立,这显然是不能成立的。首先,该信托财产,曾金生在遗嘱中很明确写明是我的财产。这是有据可查,并且是确定的。而且一审法院对曾金生的财产也进行了确认,关于受益人和受益人范围不能确定,受益人和受益人范围都是可以确定的,就是曾某某。被上诉人认为,曾金生立遗嘱时行为和智力都是正常的,具有完全民事行为能力。不能简单的以遗嘱人曾金生在患病期间就没有民事行为能力。综合以上,被上诉人认为一审法院认定事实清楚,判定正确,希望二审法院依法去维持原判。

原审第三人抚州市临川区高坪镇高坪村委会曾某某同意被上诉人曾某甲的答辩意见。

经审理查明,双方当事人对原审经审理查明的事实没有异议,对原审法院查明的事实,本院予以确认。

二审中,上诉人提交了以下证据:1、曾金生在抚州市第二人民医院就诊卡和第五人民医院的就诊卡。结合当时一审提交的病历,证明曾金生身体状况一直不好,是处于老年痴呆的状况,主要病情是脑萎缩;2、2013年5月9日、5月31日、10月21日向社会福利中心缴纳曾金生床位费和伙食费收据,证明李某对曾金生尽到了夫妻抚养的义务,并没有遗弃曾金生;3、曾金生的台胞证,里面有台湾居民往来大陆的签注。证明曾金生的台胞证原件在李某处,律师立遗嘱的时候不能篡改对曾金生的身份,如果曾金生立遗嘱是真实意愿应该是带了自己的证件前往;4、火化证明和墓穴档案卡。证明曾金生去世以后所有的后事和支出都是李某办理,并不存在所谓的遗弃,李某也对自己的丈夫尽到了生养死葬的义务;5、八个证人所写的证言,证明曾金生和李某一直生活在一起,曾金生生活起居都是由李某照顾,生老病死也是由李某负责。曾金生前和李某夫妻关系和睦,不存在遗弃,曾金生所立遗嘱的背景是不存在的。

被上诉人曾某甲质证认为,1、对两个就诊卡真实性、合法性没有异议,关联性有异议,不能证明上诉人的证明目的,只是一个曾金生的就医卡片。2、对收据的真实性、合法性没有异议,关联性有异议。收据上只写明了交款人是曾金生,并没有注明是李某交款,钱是谁给的不能证明,不能证明上诉人对曾金生尽到了抚养义务的主张。3、一审我们已经向法院提交了曾金生的身份证,就算没有台胞证也不能证明律师没有核对曾金生的台胞证,这也恰恰反映了上诉人对曾金生的控制,不能拿到自己的台胞证。在写遗嘱的时候曾金生是带了他的身份证去的。4、对火化证明和墓穴档案卡真实性、合法性没有异议,关联性有异议,不能证明那些费用都是李某给的。曾金生为什么去住养老院,从侧面反映出上诉人没有对曾金生尽到抚养的义务。5、对八个证人的三性均有异议,这些证人都没有身份证信息,所有的证人都没有出庭作证,没有接受我方的质证,该证据不能作为认定事实的证据使用。同时,这些证人都不是李某的邻居,与上诉

人李某具有利害关系，证言的真实性值得怀疑。而且该证言很清楚的写明，李某与曾金生一直共同生活，而事实是曾金生生病期间一直都是住在养老院和医院，也不可能一直与李某一直生活，与事实相违背，对证言的三性均持有异议。

原审第三人同意被上诉人的质证意见。

本案经调解，未能达成协议。

本院认为，根据《中华人民共和国继承法》第十六条的规定，公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人，但《中华人民共和国继承法》及相关法律法规没有对遗嘱执行人的产生、地位、职责及行为效力等作出规定，对于曾金生的遗产安排应以其所立遗嘱为准。本案被继承人曾金生的遗嘱为“剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用”，从遗嘱来看，该遗嘱对曾氏基金如何设立，以及曾氏基金设立的目的、基金如何运转，财产如何分配、使用等均没有明确，对遗产具体由曾某甲如何管理使用也没有明确的要求。现曾某甲以自己名义提起诉讼，请求分割立遗嘱人曾金生的遗产，并将分割后的财产按遗嘱交付其管理使用缺乏法律依据，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销江西省抚州市临川区人民法院（2014）临民初字第238号民事判决；

二、驳回曾某甲的诉讼请求。

一、二审案件受理费2000元，由曾某甲负担。

本判决为终审判决。