

涉外离婚的法律适用:传统、变革及发展

——兼评《涉外民事关系法律适用法》有关规定

乔雄兵

(武汉大学法学院, 武汉 430072)

摘要:随着经济全球化的发展,自然人的跨国流动日益增加,由此导致涉外离婚越来越普遍。在涉外离婚的法律适用方面,传统的冲突规则主要适用法院地法或属人法。然而,随着实践的发展,涉外离婚法律适用方面出现了一些新的动向,主要表现为适用有利于离婚的法律,最密切联系原则的引入以及适用当事人意思自治原则选择的法律。将意思自治原则引入离婚的法律适用领域,是为了克服传统冲突规范僵硬、机械的弊端所采取的一种改进措施。新的《涉外民事关系法律适用法》在法律适用方面有了一定的进步,但是依然存在很多不足之处。虽然未来涉外离婚的法律适用会出现一定程度的趋同和共融,但很多国家依然会坚守本国的传统规则,因此,趋同和差异、冲突和融合将在涉外离婚法律适用方面长期存在。

关键词:涉外离婚;涉外民事关系法律适用法;意思自治原则;最密切联系原则

中图分类号:DF556 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-6152(2013)06-0041-09

随着经济全球化的发展,自然人的跨国流动日益增加,从而导致涉外婚姻越来越多,涉外离婚案件也相应日益增多。例如,据统计,每年在欧盟约有十七万对的涉外离婚发生。^{[1]178}而在我国,近年来涉外离婚案件也以每年10%左右的速度增加。^①涉外离婚纠纷一个重要的方面就是法律适用问题。在此方面,各国有关涉外离婚的法律适用规则存在很大差异。我国2010年通过的《涉外民事关系法律适用法》对涉外离婚的法律适用作了新的规定。不过,新的规定并没有解决实践中所有问题,因此,本文拟结合涉外离婚法律适用的历史沿革及发展趋势,对我国涉外离婚法律适用的立法与实践做一番评析,希望能对完善我国涉外离婚的法律适用制度有所裨益。

一、固定与机械:涉外离婚法律适用的传统规则

1. 适用法院地法

该原则最早由萨维尼提出,他指出,与离婚相关的法律依赖于婚姻的道德性并因此而使之具有严格的实在法特征。离婚与财产相关的法律制度是有区别的。因此,对于离婚,法官只应尊从其本国的法律。^[2]在《德国民法施行法》颁布以前,德国法院就

有此类的判例发生。目前离婚适用法院地法原则得到了许多国家的采用,包括英美法系国家、瑞典、丹麦、挪威以及前苏联等。例如,1969年《苏俄婚姻和家庭法典》第163条规定,在苏俄境内离婚的当事人,双方或一方为外国人者,按一般规则办理,即按苏俄法律办理^{[3]251}。

采用法院地法的主要理由有:首先,从法院实际审判考虑适用法院地法更为简便且更经济,而且一国法院取得离婚案件的管辖权而不适用法院地法会带来很多不便。其次,离婚直接涉及法院地国的公共秩序、善良风俗、宗教观念和伦理道德等,因此,法院国不能适用与本国规定不一致的外国法。在实际离婚案件中,英美立法中采取法院地法,是以往住所地法或居所地法出现的。在英国,根据英国的1973年《住所和婚姻诉讼程序法》,在下述情况下,英国法院对解除婚姻诉讼有管辖权:(1)诉讼开始时,当事人有一方已在英国设有习惯居所一年以上。(2)到诉讼开始之日止在英格兰惯常居住满一年。在英格兰有权管辖的所有案件中,法院将适用英格兰内国法^[4]。有学者认为,在离婚案件中,英国法院适用英国法是基于道德宗教和公共秩序的原因,因此,即使对当事人住所在外国的案件,也应该适用法院地法。^{[3]251}

收稿日期:2013-09-03

作者简介:乔雄兵,男,湖北仙桃人,武汉大学法学院副教授,博士。

美国的做法和英国类似,如1971年美国《第二次冲突法重述》第286条规定,向其提起离婚诉讼的内州决定离婚的请求权,而确认婚姻的准据法成立地的准据法。前一项的理由就是认为一个人的住所地州的本地法对该人说的婚姻身份有最密切的联系。在美国,法院地法原则被艾伦茨威格(Albert A. Ehrenzweig)以及其他很多学者所支持。^{[5]100}

有学者认为,考察法院地法的历史来源,必须考虑各国离婚制度的历史发展。在以前,很多国家的离婚制度是建立在“婚姻过错主义”(matrimonial offence)的基础上的,但是现在离婚是建立在“婚姻破裂”(irretrievable breakdown of marriage)的基础上的。因此,在以前,离婚的法律与刑法是存在很大联系的,故离婚法被认为属于一个国家强行法的范围。^{[5]100}

由此可见,在普通法系国家适用法院地法主要是因为离婚受过错主义原则支配,因此会导致法院地强制性法的适用。另一方面,在离婚方面采取的较窄的管辖权规则将住所作为唯一的管辖权依据,因此,没有法律选择的问题产生。例如,在英国,直到1937年,住所是唯一的决定管辖权的因素,英国法院是否适用英国法作为当事人的住所法或作为法院地法仅仅是理论上的,因为住所地法同时就是法院地法。不过,随着实践的发展,很多国家对离婚的管辖权有了新的发展,但是当前依然有很多国家适用法院地法。对此,学者认为其理由主要如下:要求一个国家法院解决离婚问题适用外国法律对法官来说不习惯,公众也不接受。这实际上涉及到一个问题,那就是法院在冲突法阶段是否应该考虑实质价值问题。冲突法是否应该只是保证适用最合适的法律是国际私法的一个基本问题。在国际私法里存在冲突正义与实质正义的区分。冲突正义的理论最早可以追溯到萨维尼的理论,萨维尼认为每个涉外案件都应该被同等地对待,以便法院能给予公正地解决。他认为,冲突法应该考虑对案件是否公正的问题。^{[5]109}如果遵守实质正义,则在一些情况下会排除外国离婚法的适用。例如,如果适用外国法会与国内的价值相抵触。

但是,绝对适用法院地法会带来“挑选法院”的现象。因为绝对适用法院地法,原告可以通过改变住所或居所等连结点来规避其本国法律,选择一个对自己有利的法院去提起诉讼。此外,由于各国有关离婚的法律都受到本国历史、宗教、文化制度等的

影响,因此如果其本国不允许离婚,而法院地国强行判决离婚,会带来大量“跛脚婚姻”的现象,给当事人双方带来影响。^[6]而且这种离婚判决也可能得不到其本国法院的承认与执行。我国学者卢峻也指出,离婚关于法庭地之公共秩序及善良风俗,凡法庭地法否定之原因,不能据以请求,固无可议。但就他方面观之,离婚有直接改变人之身份的效力,苟当事人之本国法,不承认之原因,而法庭地法院依法庭地法认为原因而宣告之,殊有损本国对其人民之主权矣。^[7]还有学者指出,一国之所以制定国际私法,是因为承认涉外民事法律关系与本国人民的权利义务有密切联系,采取法院地法原则,似乎强调国内法律的优势,违背国际私法的立法精神。^[8]

2. 适用属人法

主要是一些大陆法系国家采取此种做法。鉴于离婚关系涉及到人的身份关系的改变,以避免因适用法院地法可能发生的“跛脚婚姻”或“挑选法院”的弊端。欧洲多数国家坚持以夫妻本国法为离婚的准据法。法国、希腊、土耳其、西班牙、卢森堡、日本等国采取此种做法。

例如,《希腊民法典》第16条规定,离婚和别居,依据起诉时夫妻婚姻存续中的最后共同本国法;如无,则适用结婚时丈夫之本国法。2005年《阿尔及利亚民法典》第12条也规定,离婚及分居,依提起诉讼时丈夫的本国法。^{[9]533}

坚持涉外离婚应适用属人法学者主要认为离婚涉及人的身份问题,因此在实体法上应受属人法管辖,此说曾被法国学者巴迪福所推崇。^[10]

不过,在当事人属人法不同时,各国做法不一致。希腊、埃及、卡塔尔等国主张适用丈夫本国法,南斯拉夫适用的是夫妻各自的本国法。法国、波兰适用的是夫妻共同住所地法。而1979年《匈牙利国际私法》在此问题上有不同的规定,其第40条规定,离婚依起诉时夫妻共同属人法,如果夫妻属人法不同,则依最后共同属人法;如无最后共同属人法时,则依夫妻最后共同住所地法。如果夫妻从未有过共同住所,则适用法院或其他机构所在地法。1966年《波兰国际私法》规定,离婚,依请求离婚时夫妻所服从的本国法;夫妻无共同本国法,依夫妻住所地法;住所不在同一国家时,依波兰法。

日本2006年的《法律适用通则法》也有类似的规定。其第27条规定,离婚依双方当事人共同本国法,没有共同本国法的,适用共同惯常居所地法,没

有共同惯常居所地法的,适用夫妻双方最密切联系地法。但夫妻一方为在日本有经常居所地的日本人时,离婚依日本法。^[11]

2004年《卡塔尔民法典》第17条规定,夫妻、司法离婚及分居,适用夫妻双方共同国籍国法。夫妻双方无共同国籍国时,适用丈夫结婚时的国籍国法。2007年修订的《土耳其国际私法与国际民事诉讼程序法》第14条规定,离婚及分居的原因及后果,依夫妻双方共同本国法。双方当事人国籍不同的,适用共同惯常居所地法,如无共同惯常居所地法,则适用土耳其法律。《马其顿国际私法》第41条规定,离婚,依起诉时夫妻双方的国籍国法。如果双方在起诉时国籍不同,则离婚依其最后的共同住所地法,如果双方无共同住所地法,则适用法院地法。

1995年《意大利国际私法》规定,分居与离婚受双方于申请分居与离婚时的共同本国法支配,如无共同本国法,则选用主要婚姻生活地法;如应适用的法律对分居和离婚未作规定,则依意大利法。

在离婚法律适用问题上,坚持采取国籍为连结点的主要是孟西尼(Mancini)的观点,他认为,支配人的身份和地位的法律,应该是其国籍国法。^{[5]100}不过,离婚适用属人法,依然不能避免跛脚婚姻的出现。

3. 重叠适用属人法和法院地法

有些国家认为,涉外离婚法律适用如果完全依当事人属人法,可能会带来大量“跛脚婚姻”的现象,因此,在涉外离婚方面主张重贴适用法院地法与当事人属人法。例如,1896年的《德国民法施行法》第17条规定,离婚,依起诉时夫之本国法。但外国法院所作离婚判决,只有当德国法也准许离婚时才能有效。1902年海牙国际私法会议通过的《关于承认离婚及分居管辖权及法律冲突的公约》也有类似的规定。该公约第2条规定:“离婚之请求,非依夫妻的本国法及法院地法均有离婚理由的,不得为之。”

重叠适用的制度主要是为了限制当事人的离婚自由,不符合当代国际私法发展趋势,因此采用的国家不多,现在已经逐渐被国际社会所抛弃,很多原来采取重叠适用的国家现在也不再坚持这种做法。

二、自由与灵活:涉外离婚法律适用的变革

家庭是社会的基础,婚姻则是维系家庭的纽带。

人类文明的提高,社会的进步和国际交往的频繁,婚姻家庭状况也随之发生很大变化。这种变化也必然要反映到现代国际私法的领域中来,并促进婚姻家庭关系法律适用问题的发展。随着国际民商事交往的日益普及,现代国际私法在涉外离婚法律适用方面也有很多新的发展,为解决涉外婚姻法律冲突问题上带来了很大的突破。

1. 适用有利于离婚的法律

20世纪中期以来,越来越多的国家放弃了以往对离婚的种种限制,采取了逐渐宽松的态度。这主要表现在离婚的法律适用方面适用有利于离婚的法律。日本学者北胁敏一教授也指出,现在关于离婚的世界趋势,是从基于严格的天主教教义禁止离婚制,逐渐趋向于解除离婚禁止这一方向^[12]。谢尔在《欧洲家庭关系:欧洲和美国同步演变》一文中说到,在离婚的法律适用方面,受到美国学者莱弗拉尔较好法律理论(better rule of law)的影响,适用有利于离婚的法律已经成为欧洲国家普遍的趋势,但它在欧洲国家采取了不同的实施方式。最普遍简化离婚的方式就是以法院地法作为辅助适用的准据法。^[13]

例如,1982年前《南斯拉夫国际冲突法》第35条规定,离婚,依起诉时双方共同本国法;如起诉时夫妻双方国籍不同,则重叠适用双方所属国的法律;如依本条前款规定的法律不能离婚,如起诉时夫妻一方在南斯拉夫有住所,则离婚依南斯拉夫法;如夫妻一方是在南斯拉夫无住所的南斯拉夫公民,且依本条第2款规定的法律不能解除婚姻,离婚之准据法为南斯拉夫法。

2001年《立陶宛国际私法》第1.29规定,同居及离婚,适用固定住所地法。夫妻双方无共同住所地的,适用最后共同住所地法,在其他情况下适用受理案件法院所在地法。夫妻双方国籍国法禁止离婚或要求离婚满足特定条件的,若夫妻一方有立陶宛国籍或者在立陶宛共和国境内有固定住所地,则依立陶宛共和国法律解除婚姻。

2005年《保加利亚国际私法》第82条也规定,具有同一外国国籍的夫妻之间的离婚,依其提出离婚申请时的国籍国法。具有不同国籍的夫妻之间的离婚,依其提出离婚申请时的共同惯常居所地法。如果夫妻双方无共同惯常居所,则适用保加利亚法律。如果所适用的法律不允许离婚,而在提出离婚申请时夫妻一方为保加利亚国民或惯常居所在保加

利亚共和国境内,则适用保加利亚法律。^{[9]1600}

1999年《斯洛文尼亚国际私法》第37条规定,离婚,依起诉时配偶双方共同本国法。若起诉时配偶双方为不同国家公民,则离婚重叠适用双方的本国法。若依据第2款规定的法律不能离婚,而起诉时配偶一方在斯洛文尼亚有住所的,则离婚适用斯洛文尼亚法律。配偶一方为斯洛文尼亚公民,但在斯洛文尼亚无住所,而且依本条第2款规定的法律不能离婚的,则离婚适用斯洛文尼亚法律。

有利于离婚的原则实际上是当代美国国际私法学者的较好法律理论及政府利益分析说在离婚法律适用方面的具体体现。有利于离婚的原则体现了当代欧洲各国对离婚的放松,也有利于减少跛脚婚姻的产生。该原则放弃了政府利益分析理论中过于偏激的成分,将其与冲突规范嫁接,实际上是政府利益分析理论的具体化。^[14]

2. 最密切联系原则的引入

最密切联系原则作为一种法律适用的理论,其渊源最早可以追溯至萨维尼的法律关系本座说,不过其真正在实践中运用却是20世纪中期美国联邦法院的司法实践。1971年,里斯在编纂的《美国第二次冲突法重述》明确采纳了最密切联系原则,此后,该原则被世界上越来越多的国家立法所采纳和接受。近年来,许多国家将最密切联系原则引入到涉外离婚法律适用方面。如1981年荷兰《国际离婚法》规定,在当事人未作出选择时,荷兰法院采取以下原则:适用配偶共同本国法,如无共同国籍,则适用当事人共同惯常居地法。如果当事人具有双重国籍,则适用与之有实际联系地法。如果当事人无共同惯常居所地时,则适用与之有最密切联系地法,即荷兰法。2001年修正的《韩国国际私法》第39条规定,离婚依顺序适用下列被指定的法律:(1)夫妻共同本国法;(2)夫妻的共同惯常居所地法;(3)与夫妻有最密切联系地的法律。

我国台湾地区2010年的“涉外民事适用法”第50条也规定,离婚及其效力,依协议时或起诉时夫妻共同之本国法;无共同之本国法时,依共同之住所地法;无共同之住所地法时,依与夫妻婚姻关系最切地之法律。

随着经济全球化的发展,跨国离婚案件当事人经常居所地位于不同国家的情形越来越多,在此情况下,适用单一连结点指向的法律可能会带来对一方当事人不公平的结果,而依据最密切联系原则确

定涉外离婚适用的法律,可以有效避免传统单一、机械的法律选择规则带来的法律适用方面不切实际情况和不符合案件公正合理解决的缺陷。因而,这种方法确实具有明显的优越性。^[15]

3. 适用意思自治原则

意思自治原则自16世纪由法国学者杜莫兰提出以来,已经成为各国民事立法确定为调整合同关系的一项最基本原则。在婚姻家庭领域,一些国家受到宗教制度的影响,对离婚实行很严格的限制,因此,婚姻家庭领域一直是意思自治原则的禁区。不过,随着实践的发展,一些国家开始在婚姻家庭领域允许当事人根据意思自治选择适用的法律。究其原因,一方面是受契约自由理论的影响,另一方面,主要是在一些西方国家视婚姻为一种准契约,婚姻双方当事人可以根据契约自由原则选择离婚所适用的法律,因此,涉外离婚领域引入意思自治原则是可行的。^[16]

1981年荷兰《国际离婚法》较早地将意思自治原则引入到涉外离婚的法律适用领域。该法第1条第2款规定,离婚的准据法,可以适用配偶双方共同的本国法,但如果配偶一方当事人与其共同国籍国缺乏足够的联系,则可以适用配偶双方共同选择的法律。

2004年,《比利时国际私法典》在离婚方面也规定了意思自治原则。该法典第55条规定,配偶双方可选择提起诉讼时配偶双方的共同本国法或比利时法作为离婚和别居的准据法。

不过,目前在离婚法律适用方面采取意思自治原则最典型的莫过于欧盟2010年12月20日通过的《提高在离婚和法定分居方面合作的1259号规则》(以下简称罗马三规则)。该规则在欧盟经过了10年的精心准备,最终得以通过。^②

《罗马三规则》第5条第1款规定,配偶双方可以一致同意选择以下法律适用于离婚和分居:(1)签订协议时夫妻习惯居所地法;(2)夫妻最后习惯居所地法,只要夫妻一方在协议签订的时候仍然在该地居住;(3)夫妻任何一方签订协议时的国籍国法;(4)法院地法。

同时,该条第2款规定,只要不与第3款冲突,夫妻双方都可以在法院受理案件前选择适用的法律或修改所选择的法律。该条第3款规定,只要法院地法允许,夫妻双方可以在诉讼程序进行中指定适用的法律。在此情况下,指定将根据法院地法被

记录。

根据《罗马三规则》,如果一对国际夫妻居住在欧盟境外,如果他们在欧盟提出离婚,则最重要的连结因素将会是他们共同习惯居所地。意思自治原则允许夫妻选择离婚或分居适用的法律,这将给他们更多的法律确定性、可预见性及灵活性。同时,可以帮助夫妻及其子女尽快从繁琐的离婚程序中解脱出来。此外,意思自治原则可以保护离婚中弱势当事人的合法权益。因为在以前,有实力的一方当事人能支付国际旅费,他们能够选择一个对保护自己利益更有利的外国法院离婚,而欧盟新规则可以保护弱势当事人的合法权益。^③

不过,必须指出的是,尽管欧盟力图通过《罗马三规则》来统一欧盟各国涉外离婚的法律制度,但该规则并没有得到所有国家的认可。目前只有比利时、保加利亚、德国、希腊、西班牙、马耳他、奥地利、葡萄牙、罗马尼亚和斯洛文尼亚之间同意在婚姻事项方面加强合作。其他的欧盟国家选择了不参与。^④

还有学者认为《罗马三规则》本身存在很多问题,且规则在离婚法律适用方面走得过远。有的学者认为,《罗马三规则》没有考虑欧洲一体化过程中的文化认同。因为欧洲依然是一个在婚姻法方面多元化的国家。因此,离婚法律适用方面要考虑国籍的问题。^{[1]180}

对于意思自治原则在涉外离婚领域里适用的理论基础,有学者认为,主要包括:婚姻关系是一种特殊合同,婚姻当事人可以选择适用于婚姻的法律,包括将所选择的法律适用于离婚;当事人选择离婚适用的法律是婚姻法上离婚自由在冲突法上的扩展等。^[17]

笔者认为,将意思自治原则引入离婚的法律适用领域,是为了克服传统冲突规范僵硬、机械的弊端所采取的一种改进措施。将意思自治原则作为离婚的准据法,有利于实现法律适用的明确性、可预见性和一致性的价值目标。同时,在当代国际私法领域,法律适用要追求实质正义得到越来越多国家的认可,实质正义要求法官考虑涉外民商事案件应该适用的准据法,看其是否会给当事人带来更加公正的结果。^{[5]109} 离婚法律适用方面引入意思自治本身就体现了当事人婚姻自由和地位平等的自治精神,是正义的一种反映。当事人选择的法律往往是对其自身更加有利的法律,这也保证了案件结果的公正和一致,与冲突法实质正义所追求的目标是恰好吻

合的。

三、新发展:我国关于涉外离婚法律适用的规定

1. 我国有关涉外离婚法律适用的规定

新中国成立初期,在相当长的一段时间内,由于受法律虚无主义的影响,各项法律制度极不完善,因此,当时我国也没有颁布处理涉外离婚案件的正式法律。虽然当时也有涉外离婚案件发生,但我国处理此类涉外案件的指导思想是:在不妨碍我国法律基本原则的前提下,应尽量避免出现被当事人本国认为无效和无法执行的离婚判决。^[18]

根据这个指导思想,我国中央人民政府法制委员会1950年11月8日致中南军委会外侨事务处《关于中国人与外侨、外侨与外侨婚姻问题的意见》中便确立了“以法院地法为主,兼顾当事人本国法的原则”。除了以上文件外,涉及涉外离婚的规定还有最高人民法院1957年《关于波兰法院对双方都居住在波兰的中国侨民的离婚判决在中国是否有法律效力的复函》及1981年《关于华侨离婚问题的复函》。上述文件主要是规定了华侨在国外离婚,可以适用定居国法律。但是这些文件内容是不完整的,而且只是内部文件,因此缺乏一般法律规则的公开性,很难为普通公众所知晓。

进入20世纪80年代后,我国在涉外离婚方面陆续制定了一系列法规,涉外离婚的法律规定才逐渐完善起来。这些法规主要有:1983年8月17日由国务院批准发布的《中国公民外国人办理婚姻登记的几项规定》^⑤;1983年11月28日由外交部、最高人民法院、民政部、司法部、国务院侨务办公室发布的《关于驻外使领馆处理华侨婚姻问题的若干规定》;1983年12月9日由民政部作出的《关于办理婚姻登记中几个涉外问题处理意见的批复》;1990年最高人民法院《关于中国当事人向人民法院申请承认外国法院离婚判决效力问题的批复》;1991年最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》;2003年国务院颁布的《婚姻登记条例》;1986年《民法通则》;2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》及各类司法解释等。

就我国现行涉外离婚法规的内容来看,主要有以下几方面:

首先,对于涉外离婚的方式,我国规定了协议离

婚与诉讼离婚两种方式。对于当事人的协议离婚,2003年国务院颁布的《婚姻登记条例》第10条规定,中国公民同外国人在中国内地自愿离婚的,内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地自愿离婚的,男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记。但是该条例第12条规定,如果当事人的结婚登记不是在中国内地办理的,则婚姻登记机关不予受理。因此,如果中国公民与外国人之间的婚姻不是在中国境内缔结的,则不能在中国通过登记方式进行离婚。

其次,对于涉外诉讼离婚的法律适用,1986年《民法通则》第147条规定,中华人民共和国公民与外国人的离婚,适用受理案件的法院所在地法律。根据该条规定,我国公民和外国人在我国申请离婚,应按照我国婚姻法办理;由外国法院受理的我国公民和外国人的离婚案件,按照外国法律规定办理。同时,1988年最高人民法院颁布的《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》对第147条作了相应的解释。其第188条规定,我国法院受理的涉外离婚案件,离婚以及因离婚引起的财产分割,适用我国法律。但是,该条仅仅只是一个有限制的双边冲突规范,只涉及中国公民和外国人在中国境内或在中国境外离婚的法律适用问题,至于外国人之间在中国离婚,中国人之间在外国离婚,或当事人一方在中国,另外一方在国外的离婚的法律适用问题均没有涉及。实际上,这样的离婚是大量存在的,因此,立法规定是很不完整的。

不过,值得提出的是,2010年的《涉外民事关系法律适用法》在此方面有了很大改进,新法对涉外离婚的法律适用做了更加完整的规定。《涉外民事关系法律适用法》分别对协议离婚和诉讼离婚的法律适用做了规定。对于协议离婚,其第26条规定,协议离婚,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍的,适用办理离婚手续机构所在地法律。对于诉讼离婚,其第27条规定,诉讼离婚,适用法院地法律。

2. 对现行立法规定的评析

比起《民法通则》的规定来说,《涉外民事关系法律适用法》在很多方面有了进步。

首先,《涉外民事关系法律适用法》对协议离婚的法律适用问题作了明确的规定,弥补了《民法通

则》对涉外离婚法律适用规定不完整的缺陷。在法律适用方面,新法赋予协议离婚当事人意思自治的权利,有助于快速解决涉外离婚的法律冲突问题。意思自治原则自杜摩兰在16世纪提出以来在国际社会得到了飞速的发展。前已述及,目前,有越来越多的国家在离婚领域适用意思自治原则,如荷兰、比利时等。我国学者也主张在协议离婚方面可以引入有限制的意思自治原则。在我国学者起草的《示范法》中对涉外离婚也采纳了意思自治原则,其第132条规定,离婚的条件和效力,适用起诉时受理案件的法院地法。当事人协议离婚的,适用其以明示方式选择的当事人任何一方或者共同的本国法、住所地法、惯常居所地法。当事人没有选择法律的,适用离婚登记机关或者其他主管机关所在地法。^[19]

新的《涉外民事关系法律适用法》在协议离婚方面也采取《示范法》的有限制意思自治原则。《涉外民事关系法律适用法》第26条允许协议离婚适用当事人选择的法律,这是与国际社会的发展趋势一致的。不过,也有学者认为,涉外离婚不能采取协议离婚的方式,因为协议离婚没有得到国际社会的普遍认可。^[20]

其次,《涉外民事关系法律适用法》对涉外离婚的规定更加周延。例如,新的《涉外民事关系法律适用法》第27条的规定可以涵盖涉及中国人与外国人在中国境内离婚、中国人与外国人之间在国境外离婚、外国人与外国人之间在中国境内离婚以及中国人之间在境外离婚等情况的法律适用问题。这克服了原来《民法通则》第147条规定不周延的缺陷。

再次,《涉外民事关系法律适用法》在协议离婚方面采取“经常居住地”作为连结点,这符合国际发展趋势。随着实践的发展,经常居所(惯常居所)得到了越来越多国家及国际公约的认可,尤其是涉及扶养和儿童保护的公约。同时,经常居所反映了当今人员流动的现实。因为人员的跨国流动降低了其与出生地国的联系。新的《涉外民事关系法律适用法》采取经常居所地作为连结点,一方面增加了法律适用的灵活性,另一方面,也保证了当事人选择的法律与案件有足够的联系。

不过,尽管《涉外民事关系法律适用法》在很多方面有了进步,但是其仍有许多需完善之处,主要体现在以下几方面:

首先,《涉外民事关系法律适用法》规定涉外诉

讼离婚单纯适用法院地法容易导致挑选法院和跛脚婚姻的情形。我国《涉外民事关系法律适用法》规定诉讼离婚只能适用法院地法,可能考虑到离婚制度涉及一国的伦理道德观念和社会公共利益,所以规定离婚必须遵守法院地国的有关制度。从实践来看,涉外诉讼离婚适用法院地法也确实简便易行。但是,面对日益复杂的国际民商事案件,采取单一的法院地法来调整涉外诉讼离婚会带来很多问题。例如,如果外国当事人的本国法不允许离婚,或对涉外离婚规定了特殊的条件,我国法院适用法院地法可能会产生外国对我国的离婚判决不予承认与执行的问题,从而导致跛脚婚姻。此外,单纯采取法院地法会诱使当事人选择一个对自己有利的法院提出离婚诉讼请求,从而带来挑选法院的问题。

其次,《涉外民事关系法律适用法》虽然明确规定了协议离婚和诉讼离婚两种形式,但是我国现行立法只是规定了涉外离婚判决的承认与执行问题,并未规定涉外协议离婚的承认与执行问题,这就有可能导致一方面我国承认协议离婚,但是对涉外协议离婚效力又不予承认的矛盾局面。《涉外民事关系法律适用法》虽然对协议离婚做了明确的规定,但是我国其他相关法律并没有进行配套修改。我国现有立法并没有规定我国公民和外国人在国外根据有关法律获准的协议离婚的承认问题。例如,对于外国判决的承认与执行,我国2012年修订的《民事诉讼法》第281条规定,外国法院作出的发生法律效力、裁定,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行,也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定,或者按照互惠原则,请求人民法院承认和执行。但该条规定只是针对外国法院判决的承认与执行,并未提及外国协议离婚的承认与执行问题。

其实,对于在国外获准的协议离婚的承认与涉外协议离婚的法律适用问题同等重要,因为协议离婚的效力并不必然等同于离婚判决,两者在效力及承认与执行程序方面都存在较大差异。目前,在涉外离婚的承认方面,国际社会主要是海牙国际私法会议于1970年通过的《承认离婚和法定分居的公约》有所规定。该公约第2条规定,所有缔约国对在其他缔约国获准的离婚或法定分居,应根据本公约予以承认。但必须满足,在有关机构处理离婚或

法定分居时:(1)被请求方在该国有机关居所;(2)请求方在该国有习惯居所;(3)配偶双方是该国国民等。截至目前,已经有丹麦、瑞典、埃及、意大利、波兰及英国等19个国家签署了该公约。^[21]该公约反映了国际社会对于涉外离婚效力相互承认的一种必然趋势,即对于根据公认有法律效力的程序办理的离婚,包括法院判决、离婚登记机关或主管机关办理的离婚的效力,其他缔约国都应依法予以承认。但是,遗憾的是,我国并没有加入该公约。而据某学者对我国法院涉外审判工作的实地调研,发现我国现阶段的涉外婚姻家庭案件主要以离婚和申请承认外国离婚判决为主。^[22]因此,为了保证涉外协议离婚能顺利在我国被承认与执行,我国需要在将来修改的《民事诉讼法》涉外编中对此问题作出明确的规定。

第三,对于涉外协议离婚,2003年国务院颁布的《婚姻登记条例》第12条规定,如果当事人的结婚登记不是在中国内地办理的,则婚姻登记机关不予受理。因此,如果中国公民与外国人之间的婚姻不是在中国境内缔结的,则不能在中国通过登记方式进行离婚。但是《涉外民事关系法律适用法》第26条却并没有限制协议离婚必须是在中国境内缔结的婚姻。对于《婚姻登记条例》与《涉外民事关系法律适用法》之间的冲突,在实践中如何处理,现有立法及司法解释等没有明确规定。

最后,《涉外民事关系法律适用法》对涉外离婚的一些规定比较模糊。例如,其第27条规定诉讼离婚,适用法院地法律。但是该条并未说明是诉讼离婚的条件还是效力或是全部相关问题都适用法院地法,规定模糊。

四、趋同与差异:涉外离婚法律适用的展望

随着全球化的发展,在21世纪,国际私法必将面临着各种新的挑战。为减少各国之间跨国民商事交往所产生的各种法律冲突,国际社会必将在国际民商事关系的各个领域通过国际公约等文件来推动各国法律适用制度的统一。在此背景下,涉外离婚法律的适用规则未来也将呈现出趋同和统一的趋势。但是,涉外离婚制度与其他民事制度又有很大的不同,因为离婚制度受到各国的法律传统及文化等多方面因素的影响,故涉外离婚法律适用制度的统一不会一路畅通,必将经历各种曲折。正如学者

所言,在涉外离婚的法律适用方面,国际私法的一个基本目的是既要保证案件的公正的审理,也要保护各国的文化差异。^{[5]135} 离婚与各国的文化及历史等有密不可分的联系,因此,文化差异也必将会影响到涉外离婚的法律适用问题,文化差异将会导致涉外离婚的法律适用很难通过国际社会制定统一的规则来实现协调。正因为如此,海牙国际私法会议自成立一百多年来,一直未能通过一个涉外离婚法律适用的统一公约。即使是已经高度一体化的欧盟境内,统一涉外离婚的法律适用规则也是非常艰难的过程。这一点在欧盟《罗马三规则》的艰难通过及其仅对部分欧盟国家适用中就可以清楚地看出。在欧盟,反对《罗马三规则》的人所持的一个最重要理由就是,在婚姻家庭领域,因为受到文化、历史的限制,缺乏共同的价值观念,因此,不适合制定统一的规则。^[23]

尽管如此,在涉外离婚的法律适用方面,国际社会还是呈现出一些可判断的发展趋势。笔者认为,主要体现在以下几方面:

首先,有利原则及保护弱方当事人利益原则将会在未来各国国际私法中得到越来越多的运用。正如美国学者所言,20 世纪后期,更多的法律适用规则更加直接有利于争议中的一方当事人的利益,这种当事人可能是侵权行为中的受害人、消费者、受雇人,还有可能是其他任何法律关系中被认为是弱者的当事人。^[24] 在离婚领域,目前已经有一些国家立法有所体现,如 2010 年《德国民法施行法》第 17 条第 3 款对离婚后法定养老金的补偿就充分体现了对弱方当事人利益的保护。

其次,在涉外离婚的法律适用方面,以欧盟《罗马三规则》为代表的自治原则必将被越来越多的国家所认可。尽管《罗马三规则》在欧盟的前景并不被看好,但是这并不妨碍自治原则被一些国家所接受。例如,我国《涉外民事法律关系适用法》第 26 条的规定。自治原则之所以会从传统的纯国内法领域延伸到涉外离婚的领域,其原因是多方面的,主要包括:在很多国家,婚姻被看做是一种特殊的合同,既然一般合同允许当事人选择法律,离婚适用当事人自治原则也是必然的结果;适用自治原则可以更好地保护涉外离婚当事人的权益;适用自治原则可以克服传统准据法规则机械适用带来的弊端等。

第三,多元化的准据法选择规则取代传统的单

一准据法选择规则。在离婚法律适用方面,多元化的准据法选择方法可以克服传统单一准据法选择方法机械、僵硬的弊端,使得法律适用更加灵活、合理。多元化的准据法选择规则在 1979 年《奥地利联邦国际私法规》、2005 年《保加利亚国际私法》以及我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》等立法中有明显的体现,将来还会被更多的国家采纳。

此外,还必须指出的是,涉外离婚的法律适用与管辖权有密不可分的联系,因为在英美法系国家,很多情况下一旦认定本国法院对离婚案件具有了管辖权就会直接适用法院地法。因此,要统一各国有关涉外离婚的法律适用规则,解决离婚的法律冲突,国际社会还需要国际民事管辖权规则在统一与协调方面有所作为。

总之,虽然未来涉外离婚的法律适用会出现一定程度的趋同和共融,但是很多国家依然会坚守本国的文化传统,坚持本国的传统规则。因此,趋同与差异,冲突与融合将在涉外离婚法律适用方面长期存在。

注释:

- ① 我国每年受理的涉外离婚案件没有权威的官方数据,但据民政部官网,仅 2011 年 3 季度,全国登记离婚案件的数量就有 146.6 万件,而这其中一部分为涉外离婚案件。
- ② 早在 1998 年欧盟就通过了《布鲁塞尔二公约》,包含有婚姻的管辖权及判决承认与执行的规定,但该公约从未生效。2001 年,欧盟通过了《管辖权和承认与执行婚姻判决及父母责任的事项规则》(通常被称为《布鲁塞尔二规则》)。2003 年,欧盟通过了《布鲁塞尔二 a 规则》,但是涉及离婚的规定没有变化。2006 年,欧盟提出了一个对 2003 年《布鲁塞尔二 a 规则》进行修改的新规则,即《罗马三规则》,经过几年努力,《罗马三规则》终于得以通过。
- ③ See Rules On Applicable Law In Divorce Proceedings Proposed, EU Focus, 2010, 271.
- ④ See Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010, Official Journal of European Union, December, 29, 2010.
- ⑤ 该规定已经由 2003 年的《婚姻登记条例》所取代。

参考文献:

- [1] Aude Firini. Rome III—Choice of Law in Divorce: Is The Europeanization of Family Law Going too Far? [J]. International Journal of Law, Policy and Family, 2008

- (22).
- [2] 萨维尼. 现代罗马法体系:第8卷[M]. 李双元,等,译. 北京:法律出版社,1999:183.
- [3] 唐表明. 比较国际私法[M]. 广州:中山大学出版社,1987.
- [4] 莫里斯·戴西和莫里斯论冲突法[M]. 李双元,等,译. 北京:中国大百科全书出版社,1998:499.
- [5] Veronika Gaertner. European Choice Of Law Rules In Divorce (Rome III): An Examination Of The Possible Connecting Factors In Divorce Matters Against The Background Of Private International Law Developments [J]. *Journal of Private International Law*, 2006 (2).
- [6] 肖永平. 论涉外离婚的法律适用[J]. *社会科学家*, 1993 (5).
- [7] 卢峻. 国际私法之理论与实务[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:216.
- [8] 刘铁铮. 国际私法上离婚问题比较研究[M]//马汉宝,编. 国际私法论文选辑. 台北:台湾五南图书出版公司,1984:834.
- [9] 邹国勇. 阿尔及利亚民法典(节录)[M]//中国国际私法学会. 中国国际私法与比较法年刊:第12卷. 北京:北京大学出版社,2009.
- [10] 巴迪福. 国际私法各论[M]. 台北:台湾正中书局,1975:95-96.
- [11] 崔绍明,译. 法律适用通则法[M]//中国国际私法学会. 中国国际私法与比较法年刊:第10卷. 北京:北京大学出版社,2007:458.
- [12] 北胁敏一. 国际私法——国际关系法 II [M]. 姚梅镇,译. 北京:法律出版社,1989:159.
- [13] Kurt G, Siehr. Domestic Relations in European Equivalents to American Evolutions [J]. *Am. J. Comp. L*, 1982 (30):37.
- [14] 韩德培. 国际私法问题专论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2004:22.
- [15] 李双元. 国际私法(冲突法篇)[M]. 武汉:武汉大学出版社,2001:316.
- [16] 许军柯. 国际私法上的意思自治[M]. 北京:法律出版社,2006:221-222.
- [17] 于飞. 意思自治原则在涉外离婚领域的适用[J]. *厦门大学学报:哲学社会科学版*, 2011 (1).
- [18] 刘想树. 国际私法基本问题研究[M]. 北京:法律出版社,2001:324.
- [19] 中国国际私法学会. 中华人民共和国国际私法示范法[M]. 北京:法律出版社,2000:30.
- [20] 汪金兰. 关于涉外婚姻家庭关系法律适用的探讨[J]. *现代法学*, 2010(4).
- [21] Status Table; Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations[EB/OL]. [2013-10-07]. http://www.hcch.net/index_en.php?act=coventions.status.cid=80.
- [22] 王晶. 涉外婚姻法律适用问题研究[J]. *南阳师范学院学报*, 2011(8).
- [23] Teresa Henderson. From Brussels to Rome: The Necessity of Resolving Divorce Law Conflicts Across the European Union [J]. *Wis. Int'l L. J*, 2011(28):768.
- [24] 西蒙尼德斯. 20世纪末的国际私法——进步还是退步? [M]//梁慧星. 民商法论丛:第24卷. 香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2002:362.

责任编辑:郑晓艳

(E-mail: zhengxiaoyan1023@hotmail.com)