

婚姻冲突法 问题研究

焦燕 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

婚姻冲突法 问题研究

焦燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

婚姻冲突法问题研究/焦燕著. —北京:法律出版社,2007.8

(中国法学院校学术大系·南京大学法学文丛)

ISBN 978-7-5036-7576-8

I. 婚… II. 焦… III. 婚姻法—研究—中国 IV. D923.904

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第115713号

© 法律出版社·中国

中国法学院校学术大系·
南京大学法学文丛

婚姻冲突法问题研究

焦燕著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16
版本 2007年9月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14 字数 203千
印次 2007年9月第1次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

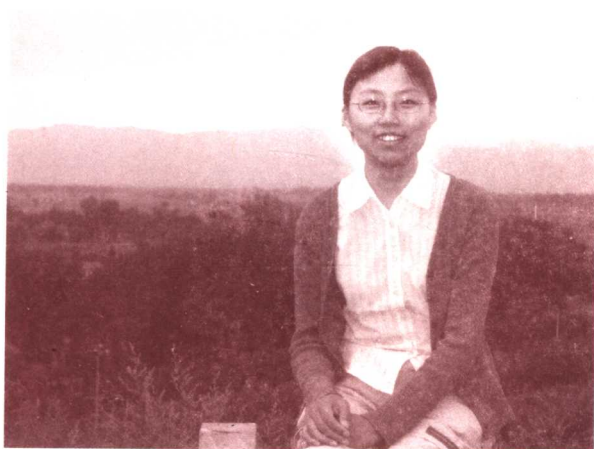
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7576-8

定价:31.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



焦燕 1975 年出生，江苏扬州人。武汉大学法学学士（1997 年）、武汉大学法学硕士（2000 年）、武汉大学法学博士（2005 年）。2005 年起在南京大学法学院任教至今。中国国际私法学会理事。曾在《中国国际私法与比较法年刊》、《民商法论丛》、《法学评论》等刊物上发表论文。

目 录

第一章 导论 001

- 一、婚姻冲突法的研究意义 002
- 二、20 世纪婚姻实体法的发展 005
- 三、贯穿婚姻冲突法全部领域的属人法问题 007
- 四、我国婚姻冲突法的现状 009

第二章 结婚的法律适用 011

第一节 结婚冲突法及其政策导向 011

- 一、冲突法中“结婚”一词的含义 011
- 二、婚姻缔结与婚姻有效性 012
- 三、促进婚姻有效原则 013
- 四、结婚冲突法及我国的现状 016

第二节 结婚的形式要件和实质要件 017

- 一、区分形式要件与实质要件的原因 018
- 二、对结婚形式要件和实质要件的识别 019

第三节 结婚形式要件的法律适用 025

- 一、在婚姻缔结阶段有关结婚形式要件的法律适用 025
- 二、婚姻形式有效性法律适用的一般规则 028
- 三、非正式婚姻形式有效性的法律适用 034
- 四、婚姻缔结地法规则的例外——领事婚姻制度 039

第四节 结婚实质要件的法律适用 044

- 一、婚姻缔结地法规则 047
- 二、属人法规则 055
- 三、结婚法律适用的新方法——自体法方法 075

四、新问题——同性婚姻的法律适用 077

第三章 离婚的管辖权与法律适用 082

第一节 离婚冲突法与离婚实体法 082

一、冲突法中的离婚 082

二、离婚实体法的发展及其对离婚冲突法的影响 083

三、我国离婚冲突法的现状 085

第二节 涉外离婚的管辖权问题 088

一、常见的离婚诉讼的管辖依据 089

二、涉外离婚管辖权的体系构造 098

三、中国涉外离婚管辖权体系 105

第三节 法院地法与本国法的抗衡 108

一、离婚法律适用的法院地法规则 109

二、离婚法律适用的本国法规则 114

三、比较与取舍 124

第四节 本国法规则的相关问题 126

一、本国法规则的最新发展 126

二、夫妻一方存在双重国籍或无国籍情况时的法律适用 132

三、实质问题与程序问题 133

第四章 夫妻财产制的法律适用 137

第一节 夫妻财产制及其法律冲突 138

一、普通法系的夫妻财产制 138

二、大陆法系的夫妻财产制 140

三、中国的夫妻财产制 142

四、夫妻财产制的法律冲突 144

第二节 属人法连结点之选择 147

一、平等看待夫妻双方的属人法 148

二、婚姻住所作为夫妻财产制的连结点 150

三、共同本国法作为夫妻财产制的连结点 155

四、比较与取舍 157

第三节 统一制与分割制	161
一、物权(财产)法律适用的一般原则:统一制	162
二、夫妻财产制法律适用的统一制	165
三、夫妻财产制法律适用的分割制及其例外	168
四、夫妻财产制的法律适用与第三人权益	171
第四节 夫妻财产制准据法的变迁	173
一、夫妻财产制的恒定论	174
二、夫妻财产制准据法的变迁论	181
三、恒定论与变迁论之取舍	186
第五节 意思自治	190
一、婚姻财产协定的国际私法问题	191
二、意思自治在夫妻财产制领域的合理性	194
三、默示选择	198
四、意思自治的限制	202

第五章 尾论 206

一、20 世纪婚姻冲突法与 20 世纪冲突法革命	206
二、婚姻冲突法的国际协调途径	208
三、中国婚姻冲突法立法建议稿	210

主要参考文献 213

后记 218

第一章 导 论

我国《诗经》将《关雎》置于首篇,别具深意,表明夫妇之伦是整个社会人伦的基础和前提。在国际私法的理论和实践中,婚姻家庭问题亦占有特别显著的地位。一方面,自从国际私法诞生以来,婚姻家庭问题就一直是其重要的、稳定的组成部分,而其他诸如商事国际私法问题,则随着时代经济条件的变迁,在国际私法中的地位常常经历兴衰沉浮的过程。其中最根本的理由在于,婚姻家庭是人类社会延续时间最长又最稳固的社会制度和社会组织,而其他商业组织或商业关系常常分化离合,越到晚近越是变化无常。另一方面,各国国内法在婚姻问题上的分歧,远比任何其他法律领域的分歧为甚,尤其比商业交易方面的法律分歧为甚。婚姻家庭的法律深深触及一国特有的道德、宗教和社会生活的基本原则的灵魂,通常被认为是有关公共政策的法律问题。^①因此,国际私法致力于协调各国的法律,创制和谐的国际法律体制,便须在婚姻家庭问题上付出加倍的努力。婚姻是整个家庭法的基础,我们研究婚姻家庭法的全部冲突法问题,首先就应研究婚姻冲突法

① [英]马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,法律出版社1988年版,第453页。

问题。

一、婚姻冲突法的研究意义

或许有人会提出如下质疑:既然婚姻冲突法是国际私法中最古老最悠久的部分,其具体制度与具体规则似乎早就成熟,即使发生变化,也是平静的、缓慢的,尤其是在刚刚过去的20世纪的冲突法革命过程中,婚姻冲突法领域始终处于寂寞的、边缘的地位,不像合同或侵权冲突法领域,也不像互联网的冲突法问题,曾经或正在激发人们如此多的学术研究热情,我们为什么要去特别关注婚姻冲突法问题呢?这类质疑或许是普遍存在的,为了说明我们在今天研究婚姻冲突法的意义,现在有必要对此质疑提出四点初步的解答:

第一,婚姻冲突法的确是古老的法律领域,而且就特定国家而言,婚姻冲突法的具体制度和具体规则相对于该国国际私法的其他领域,可能更早就确定下来,变化相对不大。但是,综观各国婚姻冲突法,具体制度与具体规则的分歧仍然非常严重。为什么在漫长的发展过程中,各国古老的婚姻冲突法竟没有取得协调的结果,而在合同与侵权冲突法领域却渐趋一致呢?海牙国际私法会议在整个20世纪非常重视婚姻冲突法的协调与统一工作,大量的精力被倾注在婚姻家庭冲突法公约的缔结之上,而最后缔结的公约的实际数目也非常可观,但是相对于其他领域的海牙公约的参加国数目,婚姻家庭公约的参加国普遍寥寥无几,这就反映了该领域至今所存在的分歧的严重程度。合同、侵权等冲突法领域的国际协调正在扬帆前进,相形之下,婚姻冲突法的国际协调至少从表面上看却是停滞不前,这难道不足以促使我们用全新的眼光来审视古老的冲突法问题吗?人类历史的发展经验表明,越是古老的问题,就越是全方位地触及政治的、经济的与社会心理的中枢神经,分歧与矛盾就越是难以弥合,它们需要我们在每个历史时期发展出该时期独特的解决之道,自始至终不允许我们懈怠半分。婚姻冲突法问题无疑就是其中的一个。

婚姻冲突法具有传统的、悠久的特征,因此更应该引起我国法律学者的关注。清末民初以来,我国法律制度的现代化运动,完全是一个吸收与借鉴西方法律制度的过程。我们要借鉴与吸收西方法律制度,第一步骤是要认清西方法律制度的“真实面目”,西方越是古老传统的具体法律制度,其演变和递嬗的轨迹就越是模糊,其“真实面目”就可能被重重遮掩着,需要我们付出更多的努力才能理清头绪。婚姻

冲突法的“真实面目”既是如此模糊,我们只有在能够把握其长期的历史演变动向时才能为我国婚姻冲突法的理论与立法指明方向。

第二,婚姻冲突法虽是具有古老传统的问题,但客观来说,跨国婚姻的数量在最近几十年之前是相对稀少的,而且绝大多数的跨国婚姻并没有超越同属一个文化圈的国家之间。但是,最近几十年的国际社会史无前例地成为滋生跨国婚姻与婚姻冲突法问题的温床,交通与信息技术的飞跃发展对于跨国人员的流动提供了便利,经济制度的趋同与文化包容程度的增加是国际人员流动以及随之而来的跨国婚姻猛增的最主要的条件。当前,绝大多数国家都接受了源于西方的自由市场经济模式,而以世界贸易组织与国际货币基金组织等全球性的国际经济组织为基础的国际经济法律制度,为各国自由市场经济的国际化,即为全球统一市场的发展奠定了制度基础。在这种国际经济体制之下,人员的自由流动与加速流动成为自然的趋势,与此同时,有关跨国婚姻及由此产生的种种法律问题便经常成为各国的新闻内容。我国也融入了这股无可遏止的潮流之中,这就提醒我们,应该以全新的姿态进行婚姻冲突法问题的研究。

第三,对于国际私法学者来说,尤其是对于美国冲突法学者来说,20世纪的冲突法革命称得上是一场轰轰烈烈的理论运动,它在国际私法发展史上的地位,甚至可以与开创国际私法理论先河的法则区别说和萨维尼理论相提并论。冲突法革命以美国现实主义法哲学为理论武器,批判传统规则形式的僵固性与单一性,批判过于刚性的规则形式没有为适应社会经济变迁的需要而预留下发展的弹性空间;同时,冲突法革命还批判传统冲突规则只重视“立法管辖权”选择,而不注重规则所导致的实体结果,对实体结果乃至实体公正漠然无视。基于上述两个方面的批判,冲突法革命在理论建构方面便力图实现两个目标:增加规则的弹性空间,甚至抛弃规则形式而采用完全灵活的分析框架,即“方法”;同时,使个案的实体公正和竞相适用的规则的内容成为法律选择的主要依据。^①

在这场声势浩大的理论运动中,学者关注的领域确实集中于合同冲突法与侵权冲突法,虽然他们宣称自己的新理论与新方法是适用于整个国际私法的。婚姻冲突法问题在整个理论运动的过程中很少被

^① 宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第二章。

提及,甚至处于被遗忘的边缘,^①这为我们观察 20 世纪的冲突法革命提供了一个绝好的新视角。具体而言,婚姻冲突法问题可能预示着冲突法革命理论的三种命运:其一,冲突法革命并不能延伸到传统的、幅员广阔的婚姻家庭法领域,这表明这场新的理论运动并不具有普遍的价值,因为其重要性不如倡导者所认为的程度,所谓“革命”云云不过是他们头脑中不切实际的幻觉罢了;其二,冲突法革命理论比较适合于合同与侵权领域,而不适合于婚姻家庭领域,表明这场理论运动部分成功,部分失败;其三,冲突法革命理论是能够延伸到婚姻家庭领域的,新的理论最终可以在所有领域取得成功,只是还有待于人们在婚姻家庭法领域进行更加纵深的开拓。以上三种命运究竟谁是谁非,或者将会以何种不同的比例调和在一处,要得出这个问题的结论,就需要我们对婚姻冲突法的发展作出全盘细致的考察。

第四,国际私法虽是法律选择的法律,指明各类民商事法律问题或法律关系应该适用何国的法律,但通观国际私法的历史,它从未割断与实体私法的联系。从总体上看,构造法律选择体系可以基于如下两种不同的指导思想:第一种指导思想是从私法的性质出发构造法律选择体系,第二种指导思想是从国际公法的角度出发构造法律选择体系。第二种指导思想主要是以胡伯为代表的荷兰学派提出来的,他们将法律冲突看成是主权冲突,力图调和适用外国法与国家主权之间的矛盾,然而荷兰学派虽有其积极意义,但在国际私法的整部历史中所发挥的影响是有限的。绝大多数国际私法学者所走的是第一条道路,在构建法律选择体系时均会认真考察具体私法关系或私法的性质,虽然不同学者考察的方法可能差别很大。20 世纪国际私法的发展趋势进一步沟通了冲突法与实体法这两个独立的领域,虽然我们只能到最后才能从婚姻冲突法的角度对冲突法革命下一一定论,但冲突法革命增加了实体法对于冲突法的意义,则是我们初始就可以明确地指出来的。因此,当下研究婚姻冲突法有无必要,一个重要的参考因素便是婚姻实体法在 20 世纪有无根本性的发展,在这个问题上,可以不容置疑地指出,20 世纪的婚姻实体法在许多方面有着根本性的、突破性的发展,而且 20 世纪人权思想及人权法的强光又几乎照耀了这个古老领域的每个角落。婚姻实体法的发展已经或必将对婚姻冲突法产生

^① Peter North, *Essays in Private International Law* (1993), Clarendon Press, pp. 109 - 110.

深刻的影响。

通过对上述四个理由的阐述,我们可以有效地驳斥那个普遍存在的质疑,不能认为婚姻冲突法是悠久古老的领域便在当代失去了研究意义,同时,也不能认为婚姻冲突法处于 20 世纪冲突法革命的边缘便不需要我们像对待商事冲突法那样对待它。20 世纪婚姻实体法的发展从许多方面潜移默化地促使了婚姻冲突法的发展,即使冲突法的其他领域的革新对婚姻冲突法的发展毫无影响,婚姻实体法发展的自身也会在许多方面推动婚姻冲突法的变革。因此,我们有必要在导论中对 20 世纪婚姻实体法的发展作一轮廓性的描述。

二、20 世纪婚姻实体法的发展

20 世纪的人类历史经历了沧桑巨变,几乎所有的法律领域都留下了社会经济条件巨变的痕迹,婚姻实体法的发展亦不例外;而且,20 世纪给所有的法律领域带来的最有意义的积极成果,是法律领域的人权与自由思想的飞跃式发展,这是以往世纪中的人们梦寐以求的。不用说,人权与自由的光辉也洒落到了婚姻实体法领域,同时也自然地延伸到了婚姻冲突法领域。

我们首先应提及的是,婚姻实体法在 20 世纪赋予了男女双方即夫妻双方在家事事项上的平等权利。妻子传统上一直处于丈夫的附属地位,在许多身份和财产问题上并不能拥有独立的法律主体地位。就身份而言,传统社会的妻子常以其丈夫的姓氏为姓氏,常以其丈夫的国籍为国籍,常以其丈夫的住所为住所等。在对外民商事交往方面,妻子被推定为缺乏经验与智识而不具有行为能力,妻子对外所订立的合同常常被宣告为无效。但是,已婚妇女从属于丈夫的境况在 20 世纪逐渐得到了根本性的扭转:妻子可以保留自己的姓氏;妻子可以保留自己的国籍和住所;妻子的行为能力和一般人的行为能力无异。当然,并不是所有的进步都是在同时取得的,例如,关于已婚妇女有权拥有独立住所的问题,在英国直到 1974 年才获得解决,之前的法律被丹宁(Denning)勋爵讥为“最后的野蛮的痕迹”,^①然而,这一野蛮的痕迹在 20 世纪之前是何其堂而皇之地存在于国际社会。

第二个方面我们要提到的是结婚实体法的发展。在 20 世纪之

① Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed. 2000), Sweet & Maxwell, p. 1059.

前,一般可以认为,各国对结婚要件的规定相对于20世纪来说大多较为严格。结婚的要件被普遍区分为形式要件和实质要件。在宗教色彩浓厚的国家,结婚的形式要件常常需要当事人结婚时采用宗教形式;在结婚的实质要件方面,也有许多国家规定男女结婚须征得父母的同意。但到了20世纪,总的发展趋势是承认结婚首先是当事人个人的事务,而不必像过去那样服从“社会组织”的外在安排,因此,双方的合意是结婚最主要的基础,^①其他一切形式要件与实质要件都大大放松了,尤其在形式要件方面,强行要求举行宗教仪式的国家已经较为少见,相反,各国普遍采用了民事登记方式。

第三个方面我们需要论述的是离婚实体法的发展。在20世纪之前,离婚普遍受到严格的控制,离婚被涂染了厚厚一层“社会之恶”的道德色彩,被认为是微观社会组织的瓦解。依据这种观点,结婚是社会的常态,而离婚则是社会的不正常现象。有些国家的法律甚至不允许夫妻离婚,而只允许他们“司法别居”,即使对于极其例外的离婚,许多国家的法律也施加了严格的条件。最显著的是普遍要求离婚必须以配偶一方的过错为前提,这被称为离婚的过错主义,在财产方面与子女的扶养方面,过错方在法院判决离婚时一般会处于不利的地位,这被视为是对其过错的惩罚。但是,上述情形在20世纪也逐渐得到了根本性的扭转。离婚权利被认为是普遍存在的权利,不能被社会和国家的集体观念所剥夺,既然承认了结婚自由,也同时应该肯定离婚自由,离婚主要成了个人的法律事务而与社会国家没有实质上的法律关联。另外,20世纪国际社会普遍放弃了以过错为离婚的条件,而采用以“婚姻破裂”为离婚的条件,即由离婚的过错主义转变为离婚的破裂主义,当然,这不排除过错方在离婚的各种法律结果上仍会处于不利的地位。婚姻破裂主义表明,离婚和结婚的法律一样,最终均以个人的情感和意志为落脚点,逐渐摆脱了国家、社会与宗教的控制。

最后一个方面我们应该说明的是夫妻财产制法律的发展。与夫妻平等的命题相关的是,在20世纪之前,无论是大陆法系还是英美法系,妻子在夫妻财产方面明显地处于丈夫附庸的地位,被普遍剥夺了对家庭财产的控制权和支配权。但是,在20世纪,妻子在家庭财产方面逐渐取得了平等的控制权和支配权,这种转变是通过夫妻财产制的

^① Nigel Lowe & Gillian Douglas eds., *Families Across Frontiers* (1996), Kluwer Law International, p. 55.

新的法律结构而实现的。在英美法系,基本的夫妻财产制的模式是夫妻分别财产制,原则上婚姻对双方各自已有的财产和夫妻关系存续期间各自获取的财产没有影响,这就保证了妻子尤其是职业妇女在家庭财产方面的独立地位。在大陆法系,基本的夫妻财产制模式是共同财产制,无论是婚前各自所有的财产,还是婚后各自取得的财产,原则上均成为夫妻双方的共同财产,夫妻双方对这些财产有平等的控制权和支配权,当然,也有许多国家的立法仅仅将共同财产制限定在婚后所取得财产的范围之内。从表面上看,夫妻的分别财产制与共同财产制处于两个极端,但在保护夫妻双方平等的财产权利方面则是一致的。

以上我们列举了婚姻实体法在 20 世纪的四个方面的重大发展。需要指明的是,20 世纪婚姻实体法的重大发展绝不仅限于上述四个方面,然而上述四个方面的重大发展对 20 世纪婚姻冲突法的发展带来了极其深刻的影响,在下文的具体展开中我们将会强烈地感受到这一点,这对我们理解 20 世纪婚姻冲突法的发展以及婚姻冲突法的现状是非常有帮助的。

三、贯穿婚姻冲突法全部领域的属人法问题

婚姻法律关系是典型的身份法律关系。自从国际私法诞生以来,在法则区别时代,人法支配身份问题,所以婚姻问题适用属人法是一项古老的规则。在民族国家产生以前,属人法指的是住所地法,但在民族国家产生以后,欧洲大陆国家普遍认为属人法是国籍国法,即本国法,而在国际私法发展后起的英美法系国家,却毫不动摇地坚持属人法是住所地法。于是,关于属人法的具体标准,国际社会分裂成了两大阵营,即大陆法系的本国法主义与英美法系的住所地法主义,两大阵营的矛盾在今天依然没有出现根本缓和的迹象。属人法至今仍是婚姻冲突法最常见最重要的系属公式,同时属人法这一系属公式也最多地适用于婚姻家庭领域,因此,属人法两大阵营的交战烽火,也就蔓延到了婚姻冲突法的全部领域。

本国法主义最坚实的理论基础,是由 19 世纪意大利法学家孟西尼奠定的,他在 1851 年《论国籍作为国际法的基础》的著名演说中说道:

“国籍,正如它是国家存在的基础,也是确定国家法律管辖范围的基础。意大利国家是由意大利民族所组成的,也是为意大利民族组成的,它所颁布的法律是为意大利民族制定的,是根据意大利民族的风

俗和性格制定的;而在现代的民主制度中法律又是普遍意志的表现。因此,意大利法律应该适用于生活在任何地方的意大利人,并且只适用于意大利人。在国内法中应当尊重人,同样也必须尊重法律的属人原则。”^①

1804年法国民法典首度以国籍为属人法的连结点,孟西尼又赋予这种立法实践以全新的理论基础,在这两方面的合力下,本国法主义遂成为大陆法系国家普遍认可的法律适用原则。在法律形式方面,国籍作为属人法的连结点具有稳定与确定的优点,因为自然人在国际社会迁徙的过程中并不能轻易地改变自己的国籍,而且常常也不愿意改变自己的国籍。但是,令人深思的是,英美法系在19世纪以来却不为大陆法系普遍发展起来的本国法原则所摆动,而坚定不移地采用住所地法原则。20世纪中叶,英国国际私法学者安顿(Anton)道出了住所地法主义的理论精髓:

“国籍原则虽然有助于实现法律上的稳定,但采用国籍原则的代价是牺牲了自然人选择管辖自己的法律体系的个人自由。反对国籍原则的根本理由,在于国籍原则要求适用于自然人国家的法律,可能是自然人冒着生命危险才能摆脱的法律,要将此法律适用于自然人,是违背其愿望与希求的。”^②

安顿的上述一番话较孟西尼的演说要平易许多,两人的主张针锋相对,却都雄辩有力。国籍原则与住所原则有的时候是相通的,英国的原始住所规则与大陆法系的国籍在法律功能上大体一致,两者都希望身处异国他乡的人们能够保留祖国的“本土之根”,另外,如果身处海外的人们在居住地缺乏永久居住的意图时,依照普通法的住所制度,他们依然保留祖国的住所,此时,住所的法律功能也等同于国籍的法律功能。虽然如此,住所在更大程度上乃是出于当事人自愿选择的结果,而国籍则是民族国家自上而下地赋予的结果。我们从安顿和孟西尼的各自陈述中也可以发觉,本国法主义和住所地法主义对抗的灵魂深处,是国家主义、民族主义与个人主义、自由主义的对抗。那么,在结婚冲突法领域应该趋向于哪一端呢?为了避免下一笼统的、不切实际的结论,我们应当在婚姻冲突法的各具体领域中对此问题作出深

① [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第322页。

② Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed. 2000), Sweet & Maxwell, p. 153.

人的考察。

四、我国婚姻冲突法的现状

任何学术研究都离不开现有的理论研究基础,在法律领域还包含现有的实体法基础。因此,在我们对婚姻冲突法进行深入研究之前,我们必须深刻地认识我国现有的婚姻冲突法的理论研究基础和我国的立法基础,这是我们进一步研究的一个恰当的起点。当然,在具体分析中我们会论及具体领域的研究现状和立法现状,这里仅就我国冲突法的现状作一总体性的描述与评价。

20世纪80年代初,我国国际私法学家韩德培教授与李双元教授共同发表了《应该重视对冲突法的研究》一文,^①自此吹响了我国国际私法20年蓬勃发展的号角。在过去的20年里,我国国际私法整体水平的提高之快、进步之速,在整个法学研究领域中是非常醒目的。然而,我国国际私法研究主要集中于四个方面,分别是基础理论研究、商事国际私法研究、国际商事仲裁研究以及最近几年大受重视的国际民商事诉讼程序研究,婚姻家庭领域却成了国际私法冷僻的一角。尤其是婚姻冲突法问题,除了教材的基础性阐述之外,至今仍没有系统深入的专门研究,这与我国的快速国际化、人员流动加剧的时代特征极不相称。

我国婚姻冲突法的现有立法基础则更加不能令人满意,《民法通则》及其司法解释中的婚姻冲突法规则既不系统又不科学,甚至可以用“简陋”二字来形容。^②我国学者编纂的《国际私法示范法》中的婚姻冲突法部分较之民法通则的具体规定则要全面得多,科学得多,但在许多具体环节仍有待改进,^③而且示范法本身不能代替全面深刻的理论阐述。

本文阐述的婚姻冲突法包含三大部分,分别是结婚的法律适用问题、离婚管辖权与法律适用问题,以及夫妻财产制的法律适用问题。从实体法的角度看,各国婚姻法的一般内容,通常应当包括结婚、离婚、夫妻人身关系和夫妻财产关系这四个方面。相应地,对婚姻冲突

^① 韩德培、李双元:“应该重视对冲突法的研究”,载《武汉大学学报》(社会科学版)1983年第6期。

^② 参见1986年《中华人民共和国民法通则》第147、148条;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)》第188、189条。

^③ 参见中国国际私法学会:《中国国际私法示范法》第九章,法律出版社2000年版。

法问题的讨论也应当涵盖这四个方而才比较全面。然而,本文的研究范围却舍弃了有关夫妻人身关系的法律适用这部分内容,理由如下:

第一,综观各国冲突法规定,有关结婚、离婚和夫妻财产关系的法律适用大都与夫妻人身关系的法律适用相分离,它们有各自的法律适用规则,而且,尽管属人法对这四个问题的法律适用都有影响,但其地位和作用并不相同,因此,从法律适用的角度而言,这四方面内容并非不可分割的整体,有关夫妻人身关系的这部分内容的缺失,在实质上并不影响对其他三个婚姻问题的讨论。

第二,夫妻人身关系的具体内容因国而异,一般指除夫妻财产关系以外的夫妻关系,如夫妻的姓名权、夫妻在家庭中的平等地位、夫妻之间的扶养、夫妻之间的继承等。其中,最重要的是夫妻之间的扶养问题和夫妻之间的继承问题,这两个问题在司法实践中或者作为单独的争议被提起,或者作为离婚诉讼或婚姻无效诉讼的附带问题被提起,从而成为当事人双方争讼的焦点。相比较而言,其他的夫妻人身关系则极少成为诉讼争议,因而不具有重要的实践意义。由于夫妻之间的扶养问题和夫妻之间的继承问题具有重要的实践意义,而且它们也不同于一般的夫妻人身关系,各国冲突法往往将它们从夫妻人身关系中剥离出来,即不再统一适用有关夫妻人身关系的法律适用规则,而是让它们分别适用有关扶养和继承的冲突法规定。如此一来,有关夫妻人身关系的法律适用问题在司法实践中的意义就大大降低了,甚至可以说,它的实践意义是颇值得怀疑的。在重视司法实践的英美法系国家,甚至对夫妻人身关系的法律适用规则不置一词;而在大陆法系国家,夫妻人身关系的法律适用规则还在一定程度上被保留着,因为这些国家并未将离婚或夫妻财产关系的法律适用完全地、彻底地从夫妻人身关系的法律适用中分离出来,但可以认为,有关夫妻人身关系的法律适用规则在很大程度上是为了离婚问题或夫妻财产关系问题而存在的,至于其本身的意义同样值得怀疑。