

欧盟《离婚和司法别居法律适用条例》介评

董金鑫*

摘要: 欧盟《离婚和司法别居法律适用条例》在参与成员国之间实现了离婚和司法别居领域法律适用的统一,是欧盟国际私法近期的重要成果之一。它不仅创造性地赋予离婚和司法别居的当事人以有限度的选择准据法的权利,还在当事人没有选择时运用一系列互补型连结点对客观准据法与案件当事人之间的最密切联系。这大大提高了国际婚姻诉讼法律适用的确定性、可预见性和灵活性,对我国涉外离婚法律适用也有可借鉴之处。

关键词: 欧盟 离婚 司法别居 法律适用

欧盟《离婚和司法别居法律适用条例》(以下简称《条例》)于2010年12月20日在布鲁塞尔由欧盟理事会(The Council of the European Union,以下简称理事会)通过,^①并自2012年6月21日起全面实施。它的出台将欧盟统一国际私法从财产流转领域大范围延展至家庭领域,是继《非合同之债法律适用条例》(以下简称《罗马条例II》)与《合同之债法律适用条例》(以下简称《罗马条例I》)后欧盟国际私法又一重大发展。^②本文对《条例》进行介评,以发掘欧盟国际私法的立法动向,为我国涉外离婚法律适用的完善与解释提供参考。

* 中国石油大学(华东)文学院法学系讲师,法学博士。

① 全称为2010年12月20日《关于在离婚和司法别居法律适用领域内实施加强合作的(欧盟)2010年第1259号理事会条例》[Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation],《欧盟官方公报》2010年L类第343号,2010年12月29日(OJ L 343/10, 29.12.2010)。“Legal Separation”是指经法院判决生效的夫妻分居,学者们通译为“司法别居”。例如,杜志华:《欧盟统一国际私法的最新发展——〈婚姻事项管辖权及判决的承认与执行公约〉简析》,载《法学评论》2001年第6期,第82页。当然,也有翻译为“分居”的,参见中华人民共和国外交部条约法律司编:《海牙国际私法会议公约集》,法律出版社2012年版,第70页。鉴于“分居”在我国《婚姻法》并未有独立地位,“Legal Separation”在欧盟国家的独特含义,本文翻译为“司法别居”。另外,欧盟国际私法命名的习惯是将统一法律适用的条例称作“罗马条例”,故该《条例》多被称为《罗马条例III》,参见汪晶、刘仁山:《我国涉外离婚法律适用立法之完善——兼论〈罗马条例III〉对我国相关规定的借鉴》,载《湖南社会科学》2013年第6期,第89-92页。但与《罗马条例I》与《罗马条例II》不同,该《条例》没有标明“罗马”字样,故本文未采纳《罗马条例III》这一简称。

② 研究上述条例的国内代表文献如下:肖永平、崔相龙:《欧盟〈非合同之债法律适用条例〉评析》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2008年第3期,第1-9页;于飞:《欧盟非合同义务法律适用统一化——以〈罗马条例II〉为中心》,载《法律科学》2009年第1期,第142-151页;王秀转:《欧盟〈非合同之债的法律适用条例〉之规则批判》,载《河北法学》2009年第12期,第161-167页;陈卫佐:《欧共同体国际私法的最新发展——关于合同之债准据法的〈罗马I规则〉评析》,载《环球法律评论》2010年第2期,第142-151页;李凤琴:《欧盟合同之债法律适用制度的新发展》,载《时代法学》2010年第2期,第105-112页。

一 《条例》的基本情况

《条例》由引言和正文组成。引言不能为法院直接援引，但有助于理解正文的背景和内容。正文则包括范围、与《（欧共体）2003年第2201号条例》（以下简称《新布鲁塞尔II》）^①的关系、定义以及普遍适用、离婚和司法别居法律适用的普遍规则、其他条款和最后条款等4章21条。本部分说明《条例》制定过程、宗旨和立法依据以及制定方式等基本情况。

（一）《条例》的制定过程

出于内部市场良好运行的必要，欧盟以维持和发展自由、安全和公正区域为目标。为逐步建立该区域，欧盟在有跨境影响的民事领域采取了司法合作措施。虽然理事会通过的《新布鲁塞尔II》基本实现了欧盟内离婚和司法别居的管辖权、判决承认与执行规则上的协调，但相应的冲突规范仍由各成员国规定。这种状况不仅容易损害当事人的预期，还会出现挑选法院的情形，从而为成员国适用《新布鲁塞尔II》带来诸多的困难。

为解决这一难题，早在2005年3月14日，欧盟委员会（European Commission，以下简称委员会）就发布了《离婚事项法律适用和管辖权的绿皮书》，^②就此听取公众的意见。2006年7月17日，委员会正式提议在婚姻领域内制定一部修改《新布鲁塞尔II》并引入法律适用规则的条例。由于成员国的法律分歧较大，如波兰对离婚条件的要求十分严格，而斯堪的纳维亚国家则不需要实质的离婚理由，^③理事会在当时认为近期内不可能就该领域的法律适用达成共识。^④其后，比利时、保加利亚、德国、西班牙、法国、意大利、拉脱维亚、卢森堡、匈牙利、马耳他、奥地利、葡萄牙、罗马尼亚和斯洛文尼亚14个国家要求委员会以加强合作（Enhanced Cooperation）的方式在它们之间协调婚姻事项的法律适用。2010年7月12日，理事会以欧盟2010年第405号决议授权成员国在离婚和司法别居领域加强合作。^⑤在此基础上经多次商讨，最终通过《条例》。

（二）《条例》的目标宗旨和立法依据

引言第9项、第29项说明了《条例》的目标宗旨，即在国际婚姻诉讼中增强法律适用的确

① Brussels II bis，全称2003年12月27日《关于在婚姻和父母责任事项的管辖权与判决的承认和执行的（欧共体）2003年第2201号理事会条例》（Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility）。《欧盟官方公报》L类第338号，2003年12月23日，第1页（OJ L 338, 23. 12. 2003, p. 1.）。研究该条例的国内代表文献参见黄进、邹国勇：《欧盟民商事管辖权规则的嬗变——从〈布鲁塞尔公约〉到〈布鲁塞尔条例〉》，载《东岳论丛》2006年第5期，第5-13页。

② “Green Paper on Applicable and Jurisdiction in Divorce Matter,” COM (2005) 82 final.

③ Aude Fiorini, “Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation—Enhanced Cooperation as the Way Forward?,” (2010) 59 *International and Comparative Law Quarterly* 1143, p. 1144.

④ 然而成员国普遍欢迎引入适度的法院选择协议的规则。Katharina Boele-Woelki, “To be, or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union”, (2008) 39 *Victoria University of Wellington Law Review* 779, p. 784. 故仍有修订《新布鲁塞尔II》以全面实现合意选择法院管辖的可能。

⑤ 《欧盟官方公报》L类第189号，2010年7月22日，第12页（OJ L 189, 22. 7. 2010, p. 12.）。

定性、可预见性和灵活性,以此便利自然人在欧盟内的自由流动。具体而言,《条例》旨在为参与加强合作的成员国的离婚和司法别居法律适用领域创设清晰、综合的法律框架,并防止夫妇一方为能够适用对其自身更有利的特定法律而在另一方起诉之前申请离婚的情形发生。^①

作为理事会制定的欧盟次级法律文件,《条例》必然以欧盟基础条约作为立法依据。由于作为基础条约最新修订成果的《里斯本条约》已于2009年12月生效,^②《条例》的制定有了新的立法依据。《罗马条例I》和《罗马条例II》都是依据经《阿姆斯特丹条约》修订的《欧共同体公约》第61条第3款所赋予欧共同体在国际私法事项的立法权限制定,而《条例》主要以《欧盟运行条约》第81条第3款欧盟家庭领域协调法律的规定为依据。^③

(三)《条例》的制定方式——加强合作

与《罗马条例I》《罗马条例II》乃至《新布鲁塞尔II》对丹麦^④之外的欧盟成员国生效不同,《条例》仅在前述参与加强合作的14个成员国境内适用,该14个成员国被称为“参与成员国”。^⑤这是理事会依据经《里斯本条约》修订的《欧盟条约》第5条“辅助原则”规定的利用加强合作方式采取措施的结果。由于冲突规范的统一不属于欧盟的专属权限,英国、瑞典等国又纷纷反对就离婚和司法别居法律适用达成共识,故为尊重希望在此领域合作的成员国的意愿,理事会首次运用新修订的《欧盟条约》当中的加强合作条款。《欧盟条约》第20条第1款规定,旨在促进实现欧盟目标、维护欧盟利益和加强欧盟整合,希望在非专属权限框架内加强合作的成员国可通过实施《欧盟条约》和《欧盟运行条约》相关条款的方式运用欧盟机构并行行使非专属权限的权力。第2款和第3款规定,当理事会认为欧盟在合理期限内无法实现加强合作所预期的目标,假定有9个国家^⑥参与合作,作为最后求助手段,理事会应通过仅对参与成员国具有法律约束力的授权加强合作的决议。

由于参与成员国数量满足了《欧盟条约》第20条的要求,故《条例》得以在前述14个成员国境内生效。《欧盟运行条约》第328条第1款还规定,加强合作一旦建立,只要遵从授权决议规定的参与条件,将向一切成员国开放。不过,之后参与的成员国还要遵守此框架下已通过法令。委员会和参与成员国应推动其他成员国参与合作。由此看来,《条例》在未来有可能会被更多成员国接受。^⑦

① 因为一方可能滥用《新布鲁塞尔II》第19条有关未决诉讼(*lis pendens*)的规定阻止对方再起诉。

② 全称《修正〈欧盟条约〉和〈欧共同体条约〉的里斯本条约》,该条约将原《欧共同体条约》更名为《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union)。据修订后的《欧盟条约》第1条、第47条,欧盟正式具有法律人格,并取代欧共同体。欧共同体理事会成为欧盟理事会,立法标示“欧盟”字样。

③ 该款规定,理事会可依据特别立法程序为具有跨境影响的家庭法达成措施。

④ 根据特别安排,丹麦无须参与原《欧洲共同体条约》第65条(《欧盟运行条约》第81条)下的司法合作。同样地位特殊的英国和爱尔兰则最终选择加入。

⑤ 《条例》第3条将之解释为,经由欧盟2010年第405号决定或依据《欧盟运行条约》第331条第1款第2项或第3项通过的决定而参与离婚和司法别居法律适用的加强合作成员国。

⑥ 《里斯本条约》修订前的《欧盟条约》第43条则要求至少8个。

⑦ 2012年底,立陶宛接受《条例》,已经自2014年5月22日起适用。Juliana Mörsdorf-Schulte, “Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)”, (2013) 77 *Rebels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 786, p. 790. 希腊今年也加入了《条例》,并将于2015年7月29日适用。Commission Decision of 27 January 2014 Confirming the Participation of Greece in Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, 2014/39/EU.

二 《条例》的适用范围

《条例》运用较多篇幅规定其适用范围，旨在明确调整对象、属地和时间范围、区际和人际法律冲突的解决及与其他条例和条约关系等问题。这些都是广义的法律适用规则，堪称《条例》的法律适用法。

（一）调整对象

根据第1条第1款，《条例》适用于“包含法律冲突的离婚和司法别居情形”。由于婚姻有效性应由结婚准据法支配，引言第10项强调条例不适用于婚姻无效。这里的法律冲突，一指《条例》仅仅规范离婚和司法别居的法律适用问题，二则指此类案件必涉及国际因素。第1条第2款进一步规定，即使下列事项在离婚或司法别居诉讼中作为先决问题出现，条例也不适用：（1）自然人的法定能力；（2）婚姻的存在、有效性或承认；（3）婚姻无效；（4）配偶的姓名；（5）婚姻的财产效果；（6）父母责任；（7）抚养义务；（8）信托或继承。根据引言第10项，上述事项以及其他附随问题由参与成员国的冲突规范决定。

（二）属地和时间范围

1. 《条例》适用的属地范围

引言第8项和第11项强调《条例》对参与成员国具有约束力并直接适用。为进一步界定属地范围，《条例》明确列出了参与成员国。另外，其第16条规定，那些就《条例》规范事项拥有不同法律体系或系列规则的参与成员国，无须就完全源自其不同法律体系或系列规则间的法律冲突适用《条例》。这说明参与成员国没有义务运用《条例》解决一国内的法律冲突。

2. 《条例》适用的时间范围

《条例》区分生效时间和参与成员国的适用时间。《条例》自《欧盟官方公报》公布之日即2010年12月29日起生效。除规定参与成员国报告义务的第17条自2011年6月21日起适用外，其他条文自2012年6月21日起正式对参与成员国适用。那些经《欧盟运行条约》第331条第1款第2项或第3项通过的决议而嗣后参与加强合作的成员国，《条例》自有关决议载明的日期适用。作为过渡条款的第18条还规定了溯及力，即《条例》仅适用于2012年6月21日开始的法律诉讼或缔结的协议，但之前缔结的准据法选择协议如满足《条例》的规定也赋予效力。《条例》不损害依据参与成员国法律缔结的且该国法院在2012年6月21日之前受理的准据法选择协议的效力。这使得该日期前缔结的离婚或司法别居选法协议只要满足《条例》或参与成员国法律之一即为有效，体现了对当事人意思的尊重。

（三）多个法律体系的国家——区际和人际法律冲突

虽然参与成员国无须运用《条例》解决国内法律冲突，但在审理国际案件时，当《条例》指引的准据法所属国为多法律体系的国家，仍然需要确定最终需要适用的法律体系，发生区际和人际法律冲突问题。

对区际法律冲突,《条例》第14条规定,当一国由若干领土单元组成,且每个领土单元对《条例》规范事项拥有独立的法律体系或系列规则:(1)出于确定准据法的考虑,对该国法律的引用都应解释为引用其相关领土单元现行有效的法律;(2)对该国经常居所引用应解释为引用相关领土单元的经常居所;(3)对国籍的引用指该国法律所指向的领土单元;如缺乏此种规定,则指当事人选择的领土单元;没有选择,则指与夫妇一方或双方有最密切联系的领土单元。引言第28项还说明,如此时不存在指引准据法的规则,选择一方国籍国法律的当事人应同时表明他们选择哪个领土单元的法律。

关于人际法律冲突,《条例》第15条规定,当一国就《条例》规范事项拥有适用不同人群的两个或多个法律体系或不同种类的规则,对该国法律的援引都应解释为援引该国现行有效规则所确定的法律体系;如缺乏此种规定,则适用与夫妇一方或双方有最密切联系的法律体系。

(四) 与其他欧盟条例、国际条约的关系

作为规定离婚和司法别居法律适用的欧盟条例,《条例》特别注意与规定离婚和司法别居管辖权和判决承认与执行的其他欧盟条例间的关系。对此,《条例》第2条作了一般性规定,即《条例》不影响《新布鲁塞尔II》的适用。同时,引言第10项注明《条例》的实质范围和法令术语与《新布鲁塞尔II》相一致,以避免参与成员国在适用二者时发生冲突。

如果参与成员国先前缔结了关于离婚和司法别居法律适用的国际条约,则难免出现国际条约和欧盟法律相冲突的局面。对此,《条例》将国际条约区分为有部分参与成员国缔结的条约和完全由参与成员国缔结的条约。第19条规定,在不损害参与成员国依据《欧盟运行条约》第351条承担义务的前提下,《条例》不影响那些在《条例》或依据《欧盟运行条约》第331条第1款第2项或第3项作出的决议通过时已经由一个或以上参与成员国缔结的规定离婚或别居冲突规范的国际条约的适用。^①然而在参与成员国之间,《条例》应优于那些完全由两个或多个参与成员国就该事项缔结的条约。因为对后者而言,可以将上述参与成员国通过《条例》的行为视为条约适用的一致放弃,不构成违约。

三 离婚和司法别居法律适用的主要规则

《条例》第5条至第9条规定了离婚和司法别居法律适用领域的“自体法”(proper law)。这包括当事人可以选择离婚或司法别居的准据法、没有选择时依最密切联系原则确定准据法以及司法别居向离婚转化的法律适用等内容,构成离婚和司法别居法律适用最具核心的重要规则。

^① 此类条约极为少见。1970年海牙《承认离婚与司法别居公约》(Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations)仅仅关于离婚与司法别居判决的承认问题,未过多涉及法律适用,而1902年海牙《关于离婚与别居法律冲突和管辖权解决的公约》(Convention of 12 June 1902 Relating to the Settlement of the Conflict of Laws and Jurisdictions as regards to Divorce and Separation)早已失效。故有学者认为不存在离婚法律适用的多边条约。Nynke Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law* (Hague: TMC Asser Press, 2011), p. 14.

（一）当事人选择离婚或司法别居的准据法

允许当事人在一定情况下就特定的法律体系进行选择，以支配离婚或司法别居问题，是《条例》法律适用最大的特色。

1. 当事人选择准据法的原因、范围及时间

引言第15项说明赋予当事人选择法律的原因。欧盟公民流动性的逐步增加要求法律选择的过程更加灵活、结果更为稳定。为了实现该目标，《条例》给予当事人有限度地选择离婚和司法别居准据法的自由，以增强当事人在离婚和司法别居领域的意思自治。

与《罗马条例I》对涉外合同领域当事人选法不加一般性限定不同，^①《条例》将选择的范围限制在与当事人有特定联系的法律，涉及惯常居所、国籍国以及法院地三种连结点。^②具体而言，《条例》第5条第1款规定，夫妇可以合意指定离婚和司法别居所适用的法律，只要它构成如下法律之一：（1）协议缔结时夫妇双方的惯常居所地国的法律；（2）只要夫妇一方在协议缔结时仍居住在双方最后共同惯常居所地，则最后共同惯常居所地的法律；（3）协议缔结时夫妇一方的国籍国的法律；（4）法院地的法律。

由于引言第10项、第22项的存在，作为《条例》最重要连结点的惯常居所与《新布鲁塞尔II》的解释一致，^③而多重国籍问题则在遵守欧盟基本原则的前提下留待国内法解决。另外，《条例》引言第16项声明选择的法律应与条约（Treaties）^④和《欧盟基本权利宪章》承认的基本权利相一致。这是由于经《里斯本条约》修订的《欧盟条约》第6条规定，欧盟承认《欧盟基本权利宪章》所规定的权利、自由以及原则和上述两条约具有相同的法律价值。不满足此要求的当事人选法很可能被参与成员国的法院以违反公共政策为由排除。

与《罗马条例I》第3条第2款类似，《条例》对当事人选择法律的时间不施加过多限制。其第5条第2款规定，旨在指定准据法的协议可以在法院受理案件前的任何时间缔结或修改。如果准备结婚的当事人在婚前订立了选择离婚或司法别居准据法的协议，只要满足《条例》的其他要求，也应被视为有效。同时第3款规定，如果法院地法有此规定，夫妇双方也可以在诉讼过程中当庭指定准据法，并依据法院地法记录在案。

2. 法律选择协议的有效性

为确保法律适用的确定性并达到公正的结果，《条例》规定了如何判定同意、法律选择协议的实质和形式有效性，以此尊重当事人的选法合意。

（1）同意的存在和协议的实质有效性

与《罗马条例I》第3条第5款相似，《条例》第6条规定法律选择协议或其中任何条款的存在及有效性应该由该协议或条款有效时应适用的法律来决定。如果案情显示依据当事人选择的法律决定其行为效力不合理，夫妇一方可依据法院受理案件时其惯常居所地的法律来证明其未作同意。另外，引言第18项对选法同意的构成作了实际要求，即夫妇应明晰其选择的准据法的法

① 参见《罗马条例I》第3条第1款的规定。

② 在《新布鲁塞尔II》，那些国籍作为连结点的情形，对英国和爱尔兰而言，都被替换为住所，且遵循上述国家的解释。《条例》没有此种规定，或许是英国和爱尔兰未参与的缘故。

③ 根据《新布鲁塞尔II》第3条第1款的规定，惯常居所应至少包含在某地实际居住一年的情形。

④ 根据经《里斯本条约》修订的《欧盟条约》第1条，特指《欧盟条约》和《欧盟运行条约》。

律和社会含义,协议选择准据法不应损害夫妇权利以及平等机会。参与成员国的法官应意识到夫妇知晓选择对关注法律选择协议的重要性。该说明不能作为判断合意存在的直接依据,但具有一定的说服力。

(2) 协议的形式有效性

《条例》第7条第1款规定,于法庭外缔结的选法协议应该使用书面形式、标清日期并由夫妇双方签字,这表明除了当庭选择外,选法协议必须明示,且采用要式的形式。^①至于书面的类型,《条例》规定任何能持久记录协议的电子通讯都应视同书面。这拓宽了书面的范围,说明《条例》的这一要求主要出于证明选法合意的存在,即出于举证上的考虑。

然而,这一规定存在例外。该条第2款规定,如果协议缔结时夫妇双方的惯常居所地位于某一参与成员国的法律对法律选择协议施加额外的形式要求,则应予适用;如果协议缔结时夫妇双方的惯常居所地位于不同的参与成员国,且这些国家的法律规定了不同的形式要求,则只要满足一国的要求,协议的形式即为有效;如果协议缔结时只有一方的惯常居所地位于参与成员国,且该国法律对该协议施加额外的形式要求,则应该适用。值得注意的是,《条例》没有采取普遍适用的做法,^②而仅仅维护参与成员国立法的适用利益。根据第17条的规定,参与成员国就上述特别形式要求在规定的日期前向委员会报告。

(二) 当事人没有选择时准据法的确定

当事人没有选择准据法时,出于法律稳定性和可预见性,同时阻止为获取法律适用优势的一方在另一方起诉前申请离婚的情形发生,《条例》引入一系列以夫妇和所涉法律存在密切联系的连结点构建冲突规范。

与《罗马条例I》第4条不同,《条例》在确定客观准据法的过程中没有设置最密切联系的推定以及更密切联系的例外条款。这是因为《条例》对当事人的选择施加密切联系的限制,故而选法范围与没有选择时适用的准据法存在很大程度的契合。只要连结点依次适用、互相补充,创设新的组合形式,即可构成互补型连结点。^③《条例》第8条规定,如不存在有效的法律选择,离婚和司法别居应适用如下国家的法律:(1)法院受理案件时夫妇双方共同惯常居所地的法律;(2)如不满足第1项的要求,而法院受理案件前夫妇在最后共同惯常居所地国居住结束的时间尚未满一年,且一方在法院受理案件时仍在该国居住,则适用夫妇双方最后共同惯常居所地国的法律;(3)如仍不满足第2项的要求,则适用法院受理案件时夫妇双方共同国籍国的法律;(4)如仍不满足第3项的要求,则适用受理案件的法院地法。

除作为最后求助手段的法院地之外,^④此类连结结点都具有属人法的性质,与涉及人身关系的离婚和司法别居案件有着密切的联系。再通过如上互补安排,形成依最密切联系选择离婚和司法别居准据法的客观推定。可以说,《条例》事实上确立了在没有选择时依最密切联系确定准据法

① 《罗马条例I》第3条第1款甚至允许通过合同条款或案情清晰证明的默示选法方式。

② 《条例》第4条规定,无论是否构成参与成员国的法律,《条例》指定的法律都应当予以适用。

③ 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第62页。

④ 该管辖权的确立要遵循《新布鲁塞尔II》的规定,故法院地除了构成当事人的共同(最后)惯常居所地、共同国籍国等情形外,在某些情况还可以是一方当事人的惯常居所地。参见 Sharon Shakargy, "Marriage by the State or Married to the State? on Choice of Law in Marriage and Divorce", (2013) 9 *Journal of Private International Law* 499, p. 522.

的规则。该条的实际运用可借助如下案例说明。一对瑞典和芬兰夫妇居住在瑞典。别居后，一方移居芬兰，另一方去往比利时。在参与成员国的比利时起诉离婚时，他们已经不具有共同惯常居所，不满足第8条第1项；虽然他们的最后共同惯常居所位于瑞典，但目前都不在此居住，不满足第8条第2项；同样他们也不具有共同国籍，不满足第8条第3项；由此根据第8条第4项，作为法院地法的比利时法得以适用。^①

（三）司法别居转化离婚的法律适用

《条例》第9条规定，除当事人另有约定，当司法别居转化为离婚时，离婚的准据法应该是司法别居的准据法。此种连续性能够增加当事人对法律适用结果的可预见性以及确定性，同时又与《新布鲁塞尔II》规定的牵连管辖权的安排一致。^② 司法别居的准据法如没有规定如何转化为离婚，除当事人另有约定，则仍适用第8条，以防止法律供给不足。引言第23项特别说明，该条不妨碍夫妇基于《条例》其他规定寻求离婚。

四 离婚和司法别居法律适用的一般制度

《条例》第10条至第13条规定了离婚和司法别居法律适用的一般制度，包括反致的排除、外国法的查明、法院地法的适用和公共政策保留以及国内法的差异。这关乎根据意思自治或最密切联系选择的法律最终能否被运用。

（一）反致的排除

传统国际私法多承认家庭领域的反致（*renvoi*），^③ 一则该领域通过意思自治选法有限，二则各国存在适用国籍和住所地两大连结点的矛盾，接受反致可以缓解冲突。由于《条例》将意思自治作为离婚和司法别居法律选择的首要连结点，强调选法结果的确定性、可预见性，因而必须排除一切反致情形的发生。故而《条例》第11条规定，《条例》规定所适用的一国法律是指除国际私法规则外的该国其他现行有效的法律规则。^④

（二）外国法查明

外国法查明在国际私法案件的处理中占据重要地位。《条例》正文没有规定外国法查明责任或不能查明的后果。但考虑适用外国法的目的和面临的查明困难，《条例》引言第14项表明，为允许夫妇选择与其有密切联系的准据法，以及没有选择时的准据法能够真正适用于离婚或司法

① Katharina Boele Woelki, “For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, (2010) 12 *Yearbook of Private International Law* 1, p. 17.

② 《新布鲁塞尔II》第5条规定，在不影响第3条（基本管辖权）前提下，已经作出司法别居的成员国内同样对司法别居转化离婚的案件具有管辖权，如果该国法律允许这样的做法。

③ 当今立法上反致情况的介绍，参见陈卫佐：《比较国际私法——涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社2012年版，第191-214页。

④ 欧盟在合同和非合同之债的法律适用领域对反致也持相同的态度，参见《罗马条例I》第20条、《罗马条例II》第24条。

别居，上述准据法即使不是参与成员国的法律也应该适用。如果被指引的准据法是另一欧盟成员国的法律，欧洲民商事司法网应积极协助法院确定外国法的内容。

（三）法院地法的适用和公共政策保留

《条例》第10条规定，当指引的准据法对离婚未作规定，或以性别为由未赋予夫妇平等的离婚或司法别居机会，则应适用法院地法。目前极少有国家不允许离婚，该条款主要针对那些允许休妻的伊斯兰国家的法律。它类似于公共政策保留排除外国法进而转向法院地法的情形，又有法院地法在特定条件下直接适用的含义。不过通常认为，《条例》并不像《罗马条例I》和《罗马条例II》那样规定超越一切的强制条款（overriding mandatory provisions）的直接适用，故应视为公共政策保留的特别情形。^① 引言第24项特别强调该条不影响公共政策保留条款的援用。

《条例》第12条规定，只有依条例指引法律的适用与法院地公共政策明显不符时，才得拒绝适用。^② 这说明公共政策是法院地国拒绝外国准据法适用的最后防线，不可以滥用。除施加违反程度上的要求，引言第25项还明确规定不得援引公共政策的具体情形，即如果排除外国法的适用违反了《欧盟基本权利宪章》，尤其是违反了其第21条关于禁止以诸如性别、种族、肤色、民族或社会起源、基因特征、语言、宗教或信仰、政治或其他观点、一国少数人群的成员资格、财产、血统、残疾、年龄或性取向等任何理由进行歧视的规定，则不得援引该例外。这说明此时除了考虑参与成员国自身的公共政策，还应尤其注意欧盟层面的公共政策。二者发生冲突时，欧盟的公共政策优先。

（四）国内法的差异

《条例》第13条规定，《条例》的任何规定不应使那些法律没有规定离婚或为离婚诉讼目的而不认定涉案婚姻效力的参与成员国因《条例》作出离婚宣告。本条规定构成《条例》适用义务之豁免，是为当时尚不存在离婚制度的欧盟成员国马耳他制定。^③ 尽管根据《新布鲁塞尔II》马耳他需要承认本国人在其他成员国离婚之效果，但由于受天主教的影响却一直没有设置离婚制度。故此在马耳他国内法修改之前要求其法院作出离婚判决无异于强人所难，而一味援引公共政策又不符合《条例》的宗旨，因而设置该条款使得作为参与成员国的马耳他在允许离婚前仅承担司法别居法律适用的义务。^④

该条也涉及同性婚姻问题。由于一些欧盟成员国不承认同性婚姻的效力，故能否在这些国家解除同性婚姻需要澄清。根据该条的规定，那些不认为同性婚姻为有效的参与成员国法院没有判决解除的义务。对此，有观点认为该条违背欧盟公民自由流动原则、离婚权以及获取司法救济权，反映了《条例》注重维护传统家庭法的理念。^⑤

① Simone Marinai, "Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws", (2011) 13 *Yearbook of Private International Law* 255, p. 264.

② 同见《罗马条例I》第21条、《罗马条例II》第26条。

③ 除此之外，仅有欧洲的安道尔、梵蒂冈和亚洲的菲律宾等天主教国家未设置离婚制度。

④ 为了在没有离婚制度的国家解除婚姻，当事人往往申请认定婚姻无效，这同样违反不准离婚的宗旨。

⑤ Katharina Boele Woelki, "For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law", (2010) 12 *Yearbook of Private International Law* 1, p. 22.

五 《条例》的评价及启示

（一）《条例》是欧盟国际私法的重要成果

《条例》是《里斯本条约》生效后欧盟首个就家庭事项通过的法律适用条例,^① 具有里程碑意义。其一, 它证明在家庭领域制定法律选择条例是可行的, 为一直存在争议的继承、婚姻财产制、登记伙伴关系等领域的法律协调提供了借鉴和参考。^② 这加快了国际私法的“欧洲化”(Europeanisation), 为欧盟统一国际私法开辟了更广阔的前景。其二, 欧盟各国国际私法的协调可以有不同的模式, 《罗马条例 I》和《罗马条例 II》的制定都采取同步走的策略, 而尝试采用加强合作方式的《条例》则是经理事会特别立法程序通过, 并仅在达成共识的参与成员国境内生效, 从而形成该领域半数成员国的国际私法和欧盟统一国际私法并存的格局。

不过, 《条例》的制定也存在不小的问题。虽然分步走能够逐步扩大《条例》在欧盟的影响, 并在适用过程中予以完善, 但客观上也造成欧盟国际私法的碎片化, 形成“双速”欧盟(“Two-Speed” EU),^③ 进而使法律适用的结果仍取决于诉讼在何地, 不能完全满足当事人的预期; 其次, 《条例》与《新布鲁塞尔 II》的衔接不够, 特别是后者还适用于婚姻无效。考虑到问题的相近, 离婚诉讼可能面临婚姻有效性的判断, 《条例》无法充分解决该领域的法律适用问题。

（二）《条例》构建离婚和司法别居的自体法

通过规定有限度的意思自治和在当事人没有选择时适用与案件有密切联系的法律, 《条例》构建了离婚和司法别居法律适用的自体法。长久以来, 英国自体法理论一直被视为债法尤其是合同法的“专利”, 与婚姻家庭无缘。从法律关系的本质来看, 婚姻构成表意行为, 虽与公序良俗密切相关, 但终究是自由意愿的产物。离婚作为已成立婚姻的解除, 并不当然涉及法律行为的实质性要件。况且离婚制度已经广泛建立, 更有必要遵从当事人的意思, 避免因各国规定的不同给跨境当事人造成不必要的困扰。晚近国际私法发展的醒目特点是意思自治在家庭冲突法中的渗透。家庭领域一直存在适用国籍国法还是惯常居所或住所地法的争议, 由当事人选择无疑是达到

① 《里斯本条约》于 2009 年 12 月 1 日生效。2008 年 12 月 18 日, 理事会颁布了《关于扶养之债管辖权、法律适用、判决承认、执行与合作的条例》。参见李良才:《欧盟区域国际私法的新发展——2009 年〈扶养之债条例〉之评价》, 载《湖北社会科学》2010 年第 7 期, 第 141-145 页。

② 受《条例》的鼓舞,《关于继承事项的管辖权、适用法、裁决的承认与执行及作准文件的接受与执行并创设欧洲继承证书的条例》(Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession) 已于 2012 年 7 月 4 日通过, 实质条款将自 2015 年 8 月 17 日起实施。该条例采取普通立法程序, 对丹麦、爱尔兰及英国外的欧盟成员国适用, 其第 22 条允许当事人选择支配继承事项的法律。

③ Teresa Henderson, “From Brussels to Rome: The Necessity of Resolving Divorce Law Conflict Across the European Union”, (2010) 28 *Wisconsin International Law Journal* 768, p. 785.

国际一致的良好途径。^①《条例》将这一实践正式引入国际层面,^②不仅成为参与成员国的共同体法(*acquis communautaire*),还对欧盟内外其他国家的法制产生重要的影响。^③

然而,意思自治以及最密切联系原则的引入仍极具争议。就欧盟成员国的立法,虽然诸如1986年《德国民法施行法》第17条、1995年《意大利国际私法》第31条第2款都采用选择性冲突规范,^④体现有利于离婚(*favor divortii*)的实体政策,但此种适用外国法的作法遭到其他国家的反对。其中以爱尔兰和英国的意见最为强烈。爱尔兰本国的离婚制度十分严格,适用宽松的^⑤外国法涉嫌违宪;英国在家庭领域则恪守法院地法的普通法传统,尚无接受的意愿。^⑤这一切说明《条例》的普及尚待时日。

(三)《条例》对我国离婚法律适用的启示^⑥

2010年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》改变了我国离婚法律适用简单化的格局,^⑦其第26条和第27条系统规定了涉外离婚法律适用规则。^⑧协议离婚的当事人可选择一方当事人的共同经常居所地法或国籍国法。没有选择的,适用共同经常居所地法;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法;没有共同国籍的,适用办理离婚手续机构所在地法。^⑨诉讼离婚则一概适用法院地法。然而无论分类还是内容,该法存在一定问题,应从《条例》获得启示。

1. 关于离婚法律适用的分类

协议离婚和诉讼离婚是以处理机关的不同作出的分类。虽然由民政部门调解离婚要求夫妻双方同意,但这不意味着通过诉讼离婚的当事人不会就法律适用达成协议。^⑩在离婚诉讼中不允许法律选择而一概适用本国法,是法院地法主义的表现。

何况我国的离婚条件相当宽松,如果当事人已就离婚达成合意,在协议离婚中允许法律选择意义不大。^⑪且不熟悉法律选择的民政主管部门更倾向适用我国法律的规定、遵从我国法律的解释,使得实际上无论协议还是诉讼离婚都会导致作为法院地的我国婚姻法的适用。《条例》第3条将“法院”解释为参与成员国就《条例》范围有管辖权的所有部门,包括狭义上的法院和相

① Toni Marzal Yetano, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family law”, (2010) 6 *Journal of Private International Law* 155, p. 155.

② 国内法已经出现此种立法实践,如2004年《比利时国际私法》第55条第2款规定,离婚和司法别居的当事人可以选择双方共同国籍国法或法院地法。

③ Linda J. Silberman, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn from Europe?”, (2008) 82 *Tulane Law Review* 1999, p. 2019.

④ 参见汪金兰:《关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨》,载《现代法学》2010年第4期,第99页。

⑤ Teresa Henderson, “From Brussels to Rome: The Necessity of Resolving Divorce Law Conflict Across the European Union”, p. 782.

⑥ 由于我国没有司法别居的制度,故本部分仅探讨涉外离婚的法律适用。

⑦ 《民法通则》第147条规定,中华人民共和国公民和外国人……离婚适用受理案件的法院所在地法律。

⑧ 区分协议离婚和诉讼离婚的法律适用在2000年《中国国际私法示范法》第132条已有体现。

⑨ 2012年《最高人民法院关于适用〈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)》第15条将经常居所地解释为“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,但就医、劳务派遣、公务等情形除外”。

⑩ 离婚协议不等于协议离婚,即使存在包含法律选择的离婚协议也未必最终能通过协议的方式离婚,如果一方要诉讼解决,法律选择条款难道就不承认吗?

⑪ 参见郭玉军:《涉外民事关系法律适用法中的婚姻家庭法律选择规则》,载《政法论坛》2010年第3期,第26页。

关行政部门。无论离婚由哪个机构管辖，都必须按照《条例》规定的法律适用规则指引准据法的作法值得借鉴。

2. 关于离婚法律适用的内容

即使诉讼离婚准用协议离婚的法律适用规则，我国现行法的内容也需要完善。关于当事人选法的规定，首先，可选择法律的范围未包括法院地法。目前的国际趋势是放松对离婚的限制，选择法院地法不会发生规避外国法的情形，反而有助于维护当事人的预期并正确适用法律。虽然法院地多与当事人的经常居所地或国籍国存在重合，而且我国离婚诉讼以住所地作为管辖权确立的基本依据，^① 但并非总是一致，没有必要将其排除在选择范围之外。其次，现行法没有充分考虑到当事人可选择的属人法连结点改变的问题。国籍或经常居所都属于动态连结点，如不加以限定，可能会因连结点的变动而对法律选择协议的效力产生争议。总之，如果将来可以改进，立法可仿照《条例》第5条的规定增加法院地法作为当事人可选择法律的情形，同时将可选择的属人连结点的范围限制在当事人签订协议时拥有的国籍国或经常居所地，以增加法律选择的灵活性和确定性。

关于没有选择时离婚准据法的确定，现行法虽然同样采用互补型连结点，将共同经常居所地置于共同国籍之前，以体现对跨国人员频繁往来现状的尊重，但我国法律未明确共同经常居所地的范围。而《条例》中的共同惯常居所地不仅指受案时双方的共同惯常居所，还包括夫妇在最后共同惯常居所地国居住结束的时间尚未满一年且一方在案件受理时仍在该国居住的情形。不可否认，一方仍在此居住的最后共同惯常居所在特定时间内仍可表明夫妇与居住国之间存在密切联系。^② 故对我国而言，宜通过司法解释将此连结点纳入到与离婚有最密切联系的类别当中。

A Brief Review of the EU Regulation of Law Applicable to Divorce and Legal Separation

Dong Jinxin

Abstract: The EU Regulation of Law Applicable to Divorce and Legal Separation contributes to the harmonization of application of law in the fields of divorce and legal separation in the member states, which is one of the most important achievements of EU private international law. This regulation not only creatively confers the parties of divorce and legal separation with a limited right to choose the applicable law, but also uses a list of successive connecting factors to establish the closest relationship between objective applicable law and the parties. In this way, it improves the legal certainty, predictability and flexibility of law applicable to international matrimonial proceedings significantly, which could be a reference to the law applicable to foreign-related divorce in China.

Keywords: EU, Divorce, Legal Separation, Application of Law

(责任编辑: 李庆明)

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第22条、第23条。

^② Veronika Gaertner, "European Choice Of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of The Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Back Ground of Private International Law Developments", (2006) 2 *Journal of Private International Law* 99, p. 135.