



涉外离婚财产分割的法律适用

王诣博*

摘要：中国国际私法大量采用与本国民法相同的法律概念，并且通常依照民法的理解方式解释相应的国际私法上的概念，在离婚冲突法方面情况即是如此。中国法院倾向于依国内民法将离婚财产分割问题识别为离婚问题。然而，由于国际私法的概念具有自主解释的可能性，因此国际私法的概念实际上也可以与本国民法的概念有不同的理解。在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下文简称《法律适用法》）的框架下，诉讼离婚只适用法院地法，这一立法模式导致将涉外离婚财产分割识别为离婚问题并不是最佳的方案。从离婚财产分割的性质以及大陆法系的通行做法出发，将其识别为夫妻财产关系更为妥当。《法律适用法》第24条关于夫妻财产关系的冲突规则存在一定的立法缺陷，所幸这些缺陷并没有对离婚财产分割的法律适用造成负面影响。但应明确的是，当离婚财产分割牵涉夫妻与第三人之间的财产关系时，从保障第三人利益和交易安全的角度出发，《法律适用法》第24条意思自治的效力不能及于该第三人。

关键词：财产分割 离婚 夫妻财产关系 识别 意思自治 法院地法

一 问题的提出

20世纪六七十年代的性革命和女权主义的兴起几乎影响了西方发达国家的所有人，^①随之而来最直观的社会现实是，离婚成为了接下来半个世纪司空见惯的家庭法现象。世界范围内普遍增长的离婚率，曾让社会学家发出了“婚姻破产”以及“家庭崩溃”的感慨。^②离婚在解除夫妻之间人身关系的同时，还会终止夫妻之间的财产关系，并由此而引发一系列有待解决的法律问题，包括夫妻共同财产与个人财产的认定和分割、夫妻关系存续期间债务的定性和清偿、离婚后原配偶之间的扶养以及离婚损害赔偿等。^③

离婚财产分割是婚姻关系结束时当事人双方对婚姻关系存续期间的财产进行清算，通过清算

* 王诣博，南京大学法学院博士研究生。本文为国家社科基金项目“中国涉外民事审判中选法规则的实证研究”（项目编号：18BFX218）的阶段性研究成果。

① See Yoshihiro Francis Fukuyama, *The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order* (Profile Books Ltd, 1999), p. 41.

② See Fiona Steele, “Consequences of Family Disruption on Children’s Educational Outcomes in Norway”, (2009) 46 *Demography* 553, p. 554.

③ 参见杨大文、龙翼飞主编：《婚姻家庭法》（第8版），中国人民大学出版社2020年版，第147页。

厘清夫妻个人财产、析出其他家庭成员的财产、确定夫妻共同财产的范围，而后再对其中的夫妻共同财产进行分割的过程。^① 故，离婚财产分割实质上包含了夫妻财产的清算与夫妻共同财产的分割两个问题。依据最高人民法院颁布的自2021年施行的最新《民事案件案由规定》，实务中可能涉及离婚财产分割问题的案由包括“离婚纠纷”“离婚后财产纠纷”“离婚后损害责任纠纷”3种。笔者在“北大法宝”数据库上，对前述3种案由项下的所有案例的判决书进行了检索分析。截至2023年6月30日，其中以“中华人民共和国涉外民事关系法律适用法”“夫妻共同财产”“分割”为关键词，案由为“离婚纠纷”的离婚财产分割案例共49起，案由为“离婚后财产纠纷”的有效离婚财产分割案例共52起。^② 通过对上述101起案件进行分析，笔者发现，中国法院在处理涉外离婚案件时，针对离婚财产分割问题主要呈现出以下3点法律适用现状。

第一，分别适用与统一适用的情形并存。分别适用指的是，将离婚财产分割区分为“夫妻财产的清算”与“夫妻共同财产的分割”两个问题，分别为这两个问题确定准据法。这体现为，在处理“夫妻财产的清算”问题时，以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下文简称《法律适用法》）第24条关于“夫妻财产关系”的冲突规则为指引，找寻准据法；而在处理“夫妻共同财产的分割”问题时，则法院多以《法律适用法》第27条关于“诉讼离婚”的冲突规则为依据确定准据法。^③ 统一适用指的是，将“夫妻财产的清算”与“夫妻共同财产的分割”作为一个法律问题，统一适用准据法。^④

第二，在前述统一适用的前提下，存在究竟应将离婚财产分割识别为“夫妻财产关系”还是“诉讼离婚”的问题。在司法实践中，法院会根据当事人提起离婚财产分割之诉讼请求的时间是在离婚时还是离婚后有不同的实践。比如，当财产分割的请求出现在离婚诉讼中时，法院通常会将其识别为“诉讼离婚”，统一适用《法律适用法》第27条确定准据法；^⑤ 而当财产分割的请求出现在离婚后财产纠纷中时，法院则倾向于将其识别为“夫妻财产关系”，统一适用《法律适用法》第24条解决其法律适用问题。^⑥

① 通常来说，中国婚姻法学界认为，离婚财产分割包括夫妻财产的清算和夫妻共同财产的分割两个方面。其中前者的任务主要有认定夫妻个人财产、析出其他家庭成员的财产、确定夫妻共同财产的范围这三项。而在完成夫妻财产的清算之后，双方当事人便可以通过协议或者诉讼的方式分割夫妻共同财产。参见陈苇主编：《婚姻家庭继承法学》（第3版），群众出版社2017年版，第223页。此外，此处所言之财产指的是积极财产（资产），而不包括消极的财产（负债）。关于积极财产，可参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第411页。在离婚财产分割问题上，笔者与王歌雅教授所持观点相同，她认为，离婚财产分割的对象是婚姻关系存续期间的积极财产，参见王歌雅：《离婚财产清算的制度选择与价值追求》，载《法学论坛》2014年第4期，第24页。

② 根据前述3个关键词所检索到的以“离婚后损害责任纠纷”为案由的案件共计0起。

③ 分割适用的情形以“曹某、田某离婚后财产纠纷案”为例，具体可参见（2021）粤04民再51号民事判决书。在该案中，广东省珠海市人民检察院提出检察建议认为，针对曹某与田某之间的涉澳门离婚后财产纠纷，有两个法律适用问题以待解决。第一个问题是确定夫妻共同财产范围的夫妻财产关系法律适用问题，第二个问题是对已认定的夫妻共同财产进行分割的法律适用问题。再审法院广东省珠海市中级人民法院接受了前述检察建议，亦认为该案涉及夫妻财产关系的法律适用与离婚后财产分割的法律适用两个问题。

④ 关于统一适用，笔者将在下文详细阐述。

⑤ 统一适用《法律适用法》第27条解决离婚时财产分割法律适用问题的判决书包括：（2020）苏02民终2234号民事判决书、（2020）粤04民终1048号民事判决书、（2019）京01民终5995号民事判决书、（2016）吉24民初95号民事判决书、（2016）吉民终156号民事判决书、（2014）深中法民终字第1922号民事判决书、（2014）鄂武汉中民终字第00178号民事判决书、（2012）穗中法民一终字第1880号民事判决书等。

⑥ 统一适用《法律适用法》第24条解决离婚后财产分割法律适用问题的判决书包括：（2022）粤01民终4057号民事判决书、（2021）粤01民终361号民事判决书、（2021）粤01民终26545号民事判决书、（2020）粤01民终6186号民事判决书、（2019）浙07民终1141号民事判决书、（2019）粤0705民初247号民事判决书、（2017）浙01民终6816号民事判决书、（2014）苏中民终字第03019号民事判决书、（2013）佛中法民一终字第576号民事判决书等。

第三,在分割夫妻财产时,还存在究竟应依据《法律适用法》第36条的指引还是第24条的指引确定准据法的分歧。例如在郭某与李某离婚纠纷案^①中,法院认为,因系争房产位于中国境内,原告亦选择在中国进行诉讼,故而应依据《法律适用法》第36条,适用不动产所在地法认定系争房产的归属。^②与之相对,在伍某与阮某离婚后财产纠纷案^③中,法院认为,该案是当事人双方就系争房产的权属产生的争议,虽然本案从形式上看是不动产物权的确认之诉,但是原告是基于与被告之间曾存续的婚姻关系而要求确认系争房产为夫妻共有,其实质是因婚姻关系而产生的财产争议,具有更强的身份属性,因此宜优先适用《法律适用法》第24条确定准据法。^④

上述3点法律适用现状折射出中国法院在解决涉外离婚财产分割的法律适用问题时所存在的乱象。之所以如此,笔者认为主要原因在于,中国国际私法学界针对离婚财产分割问题并没有形成确定的识别结论。^⑤有鉴于此,笔者在文章中首先探讨涉外离婚财产分割的识别问题,该问题又包含3个子问题。其一,有无必要将离婚财产分割划分为“夫妻财产的清算”与“夫妻共同财产的分割”两个步骤,并分别确定准据法?其二,究竟应将离婚财产分割问题统一识别为诉讼离婚问题还是夫妻财产制问题?其三,在对离婚财产进行分割时,可否以动产、不动产的财产属性为依据而适用物权的冲突规则?笔者将在本文的第二部分,针对前述问题给出初步的结论,即离婚财产分割问题应统一依据《法律适用法》第24条确定准据法。而后,笔者将在第三部分进一步分析依据本文的识别结论所得出的法律适用结果是否具有妥当性,本质上探讨的是《法律适用法》第24条是否足以妥当地解决涉外离婚财产分割的法律适用问题。

① 参见(2015)杭西民初字第136号民事判决书。在该案中,原、被告皆为菲律宾公民,双方的婚姻缔结地为中国浙江省杭州市,夫妻双方在2009年获得杭州市西湖区人民法院的离婚判决。原告曾于1998年购得杭州市西湖区房改房一套,然而双方在2009年离婚时并未分割该套房产。为分割该套房产,原告于2014年12月提起诉讼。

② 同样以《法律适用法》第36条作为涉外离婚财产分割法律适用依据的判决书还包括:(2011)丽青温民初字第15号民事判决书、(2019)粤0111民初7986号民事判决书。不过,与前述郭某与李某离婚纠纷案不同的是,这两个案例的诉争房产皆位于中国境外,故而法院作出不予处理的决定。此外,适用《法律适用法》第36条确定准据法的判决书还有:(2018)粤19民终258号民事判决书、(2019)粤0117民初3245号民事判决书、(2016)吉24民初6号民事判决书、(2014)延中民三初字第539号民事判决书、(2015)阳中法民一终字第814号民事判决书、(2015)延中民三初字第824号民事判决书、(2015)杭西民初字第175号民事判决书等。

③ 参见(2017)粤0781民初2306号民事判决书。在该案中,原、被告双方皆为中国香港特别行政区居民,二人于2007年在香港办理离婚手续,该离婚判决的效力于2017年得到江门市中级人民法院的承认。2006年被告在与原告分居期间购得位于台山市的系争房产。当事人双方在离婚时未分割该系争房产,后依法请求分割。

④ 同样以《法律适用法》第24条作为确定涉外离婚财产分割准据法依据的判决书还包括:(2014)粤高法民一提字第60号民事判决书、(2017)沪0104民初11893号民事判决书、(2014)苏中民终字第03019号民事判决书、(2022)粤01民终4057号民事判决书、(2021)粤01民终26545号民事判决书、(2021)粤04民再51号民事判决书、(2019)浙07民终1141号民事判决书、(2017)浙01民终6816号民事判决书、(2013)佛中法民一终字第576号民事判决书等。

⑤ 关于离婚财产分割的识别,一些国际私法学者主张,离婚的法律效力不仅体现在解除夫妻双方既存的婚姻关系问题上,还体现在子女抚养责任的分担、夫妻财产的分割以及离婚损害赔偿等问题上。因此,因离婚而产生的夫妻人身关系、财产分割、子女抚养等关系均应根据离婚冲突规则确定准据法。参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第204—205页。另一些国际私法学者主张,离婚冲突规则的适用范围应当因循国际上的通行做法,将其限定为离婚的条件和理由。相应地,财产分割处分等与离婚相关的问题,应当落入“夫妻财产关系”冲突规则的适用范围。参见王姝:《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉第24、26条》,载《法律适用》2017年第23期,第115页;汪晶、刘仁山:《我国涉外离婚法律适用立法之完善——兼论〈罗马III〉对我国相关规定的借鉴》,载《湖南社会科学》2013年第6期,第92页。

二 离婚财产分割的识别

识别是国际私法法律适用的第一道关卡,^① 是依据一定的法律观点或法律概念, 对有关事实构成的性质作出定性或分类, 把它归入特定法律范畴, 从而确定应援用哪一条冲突规范的法律认识过程。^② 如引言所述, 笔者在总结涉外离婚财产分割的法律适用现状时发现, 在识别阶段存在若干识别难题, 中国法院对此往往做法不一。笔者在下文将逐一辨析司法实践中出现的三大识别分歧。

(一) 是否需要将离婚财产分割区分为清算与分割两个问题进行识别

如上所述, 中国法院在处理涉外离婚财产分割问题时, 存在分别适用与统一适用并存的现象, 其中分别适用指的是, 将离婚财产分割问题区分为夫妻财产的清算与夫妻共同财产的分割两个法律适用问题, 并分别为其确定准据法。诚然, 离婚财产分割包含清算和分割两个步骤, 即在分割离婚财产时, 首先需要对夫妻财产进行清算, 其内容包括认定夫妻个人财产、析出其他家庭成员财产、确定夫妻共同财产的范围这 3 项; 其次, 在完成夫妻财产的清算之后, 双方当事人方可通过协议或者诉讼的方式对夫妻共同财产进行分割。^③ 但是在识别该问题的时候, 是否仍有必要将其区分为“清算”与“分割”两个法律适用问题, 并针对不同的问题得出不同的识别结论, 进而适用不同的准据法? 对此, 中国学界探讨得不够充分, 日本学界已有较为深入的探讨, 对中国具有一定的启发意义。下文拟从日本的法学理论出发, 详细探究两种法律适用方案背后的理论逻辑, 进而为中国应采取哪种法律适用方案提供指引。

在日本实体法中, 夫妻分别财产制是法定财产制。我妻荣认为, 夫妻的财产归属存在以下 3 种类型: 第一种是“名与实”都属于夫妻各自所有的财产; 第二种是“名与实”都属于夫妻共有的财产, 即显在的夫妻共同财产; 第三种是名义上归夫妻一方所有, 而实质上归夫妻共有的财产, 即潜在的夫妻共同财产。^④ 但由于婚姻关系存续期间, 绝大部分日本家庭中的妻子是家庭主妇或仅从事兼职工作, 所以在夫妻分别财产制的前提下, 第一种财产类型, 即名与实皆属于妻子个人所有的财产实际上非常有限。又由于夫妻双方实行分别财产制, 所以第二种财产类型, 即名与实皆属于夫妻共有的显在的夫妻共同财产也非常有限。相比之下, 第三种财产类型, 即潜在的夫妻共同财产的数额却非常可观。潜在的夫妻共同财产的积累通常有赖于妻子的“内助之功”, 即妻子通过家务劳动、生产经营等方式为夫妻财产的积累作出贡献。^⑤ 既然夫妻共同共有的财产包括显在的夫妻共同财产和潜在的夫妻共同财产, 那么在离婚之际便有必要对所有显在的、潜在的夫妻共同财产进行清算。这种认可妻子享有潜在的财产共有份额, 并在离婚时对所有显在的、潜在的夫妻共同财产进行清算的行为, 日本民法学界称之为清算型财

① 道垣内正人『ポイント国際私法(総論)』(有斐閣, 2007年) 87頁参照。

② 参见李双元:《国际私法(冲突法编)》(第3版), 武汉大学出版社2016年版, 第155页。

③ 参见陈苇主编:《婚姻家庭继承法学》(第3版), 群众出版社2017年版, 第223页; 杨大文、龙翼飞主编:《婚姻家庭法》(第8版), 第147页。

④ 内田贵『民法4親族・相続(補訂版)』(東京大学出版会, 2004年) 33頁参照。

⑤ 内田贵『民法4親族・相続(補訂版)』(東京大学出版会, 2004年) 37頁参照。

产分配。^① 清算型财产分配，即中国所谓之离婚财产分割，^② 作为夫妻财产关系消灭的直接后果，是离婚当事人财产给付请求权的一个方面，^③ 其主要包含4点内容：第一，夫与妻个人特有财产的认定；第二，显在夫妻共同财产的确定；第三，潜在夫妻共同财产的算定；第四，夫妻共同财产的分割。

在识别清算型财产分配时，主张分别适用的日本学者山田鐮一教授认为，前述前3点内容应落入夫妻财产关系冲突规则的适用范围，理由是，前3点内容是夫妻财产关系消灭后自然引发的法律后果，将其识别为夫妻财产关系，更有利于在清算阶段明确夫妻财产的归属。而在夫妻财产的范围以及归属确定之后，对于夫妻共同财产（无论是潜在的还是显在的）的分割则应落入离婚效力的范围，原因在于，日本离婚财产给付制度的确立，以夫妻分别财产制为前提，而分别财产制决定了，离婚时经济上处于弱势地位的一方配偶无法通过夫妻财产的清算（即清算型财产分配）获得财产救济。为了保障弱势方配偶在离婚时可以获得更多的财产救济，在清算型财产分配之外，弱势配偶方还可以主张扶养型财产分配、损害赔偿型财产分配，3种财产分配制度形成互为补充的关系，后两种财产分配制度通常不作为婚姻财产关系来处置，故清算型财产分配也最好与后两种财产分配的识别保持一致，同作为离婚财产给付的一环，共同落入离婚冲突规则的适用范围之中。^④ 与“山田说”相对，溜池良夫教授则持统一适用说。他认为，虽然清算型财产分配亦包含清算与分割两个阶段，但是不应该将这一过程区分为“清算”与“分割”两个不同的法律适用问题并分别确定准据法，而应将这一过程作为一个统一的问题，一同落入夫妻财产关系冲突规则的适用范围。原因在于，清算型财产分配不同于离婚配偶之间的其他财产给付制度，彼此之间相互独立。关于夫妻财产的清算与夫妻共同财产（无论是潜在的还是显在的）的分割，无论对当事人双方的财产如何进行调整，其归根究底是夫妻财产关系的问题。^⑤

对此，笔者赞同溜池教授的观点。首先，山田教授主张分别适用的大前提是将夫妻共同财产的分割与离婚后原配偶之间的扶养、离婚损害赔偿相衔接，从而保障离婚时经济处于弱势地位的配偶方在夫妻分别财产制的框架下也可以获得财产救济。然而与日本不同的是，在以夫妻共同财产制为法定财产制的国家，离婚当事人本就可以通过分割夫妻共同财产的方式获得一定的生活保障。因此，在这些国家的立法框架内，山田教授所主张的分别适用的大前提实际上并不存在。其次，离婚救济制度的设立目的在于调节和弥补离婚财产分割的不足，两者存在适用上的先后顺序。^⑥ 尽管离婚财产分割与离婚救济制度之间有着千丝万缕的联系，但是从性质上来说，彼此之间还是相互独立的。不同性质的法律关系适用不同冲突规则确定准据法，这并无不妥，没有必要

① 内田贵『民法4親族・相続（補訂版）』（東京大学出版会，2004年）124頁参照。“清算型财产分配”是日本离婚当事人财产给付请求权（日语表达为“財産分与請求権”）的一个方面。

② 不过需要明确的是，虽然两者在核心概念上没有明确的区别，但是概念的外延并不完全一致。

③ 日本民法中的财产给付请求权通常包含“清算型财产分配”与“扶养型财产分配”（即离婚后原配偶之间的扶养）两个方面，至于是否应将离婚损害赔偿（即损害赔偿型财产分配）纳入离婚财产给付的范围，日本法学界并没有形成通说，而形成了“总括说”（赞同将离婚损害赔偿纳入离婚财产给付的范围）、“限定说”（反对将离婚损害赔偿纳入离婚财产给付的范围）以及“折衷说”三足鼎立的局面。另外，为了方便理解，后文中出现的所有离婚财产给付制度，皆指包含夫妻共同财产的分割、离婚后的扶养、离婚损害赔偿在内的广义的离婚财产给付制度。

④ 山田鐮一『國際私法（第3版）』（有斐閣，2004年）451頁参照。

⑤ 溜池良夫『國際私法講義（第3版）』（有斐閣，2005年）469—470頁参照。

⑥ 参见夏江皓：《离婚财产分割制度的法律适用——以〈民法典〉实施后的实证研究为切入点》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2022年第1期，第41页。

因为实体法上有一定关联，就强行令这些制度的定性和最终的准据法保持一致。如适用不同准据法最终导致不妥当的法律适用结果，这也完全可以通过适应制度予以调整。因此，人为地将离婚财产分割区分为“清算”与“分割”两个问题，分别得出识别结论，而后适用不同准据法的做法并不妥当。

（二）将离婚财产分割识别为离婚问题还是夫妻财产关系问题

那么在统一适用的前提下，究竟应当将离婚财产分割识别为离婚问题还是夫妻财产关系？对此，笔者将首先从中国国际私法的立法解读中得出答案。

1. 将离婚财产分割识别为离婚问题的理由

1988年通过的《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）》（下文简称《民通意见》）第188条规定，在中国法院受理的涉外离婚案件中，离婚以及因离婚而引起的财产分割问题，适用中国法。该条是对1987年《中华人民共和国民法通则》（下文简称《民法通则》）第147条“离婚适用受理案件的法院所在地法律”之规定所作的司法解释。2010年制定的《法律适用法》第27条承袭了《民法通则》与《民通意见》关于涉外诉讼离婚法律适用的单一制原则，统一规定诉讼离婚的形式要件、实质要件乃至离婚的效力等问题一律适用法院地法。^①

如此立法意味着，离婚以及因离婚而产生的法律后果，包括离婚财产分割在内的诸多问题，均可落入离婚冲突规则的适用范围之中。对此笔者认为，中国的国际私法在离婚财产分割问题上之所以有如此的立法实践，其原因大抵有以下两点。第一，受本国民法的影响颇深。《中华人民共和国民法典》（下文简称《民法典》）婚姻家庭编第四章“离婚”中，对协议离婚、诉讼离婚、离婚后子女抚养及抚养费的负担、离婚时夫妻共同财产的分割、离婚经济补偿、夫妻共同债务清偿、离婚经济帮助、离婚损害赔偿等作了明确规定。^②如此即意味着，中国《民法典》在立法体例上将离婚财产分割等问题放在离婚问题中规定，亦即将其置于离婚法律关系的涵盖范围之内。正是因为《民法典》在处理离婚财产分割问题时，将其作为离婚问题的一部分，才导致部分法院因循民法的理念，在处理该问题时将其识别为离婚问题。第二，萨维尼的国际私法理论在其间起到了潜移默化的作用。在萨维尼理论中，多边主义的国际私法自始建立在民法概念体系的基础之上，由于国际私法与民法共享同一法律关系的概念体系，故两者对于同一个法律关系概念的解释也通常是一致的。正是由于我们预设了国际私法与本国民法采用相同概念体系，才导致我们在解释国际私法的“离婚”时，因循民法的解释路径，而将离婚财产分割置于离婚冲突规则的适用范围之中。

2. 反对将离婚财产问题识别为离婚问题的理由

然而，将离婚财产分割识别为“离婚”的结论是否妥当呢？笔者认为其实这么做并不妥，有如下几个理由。

第一，本国实体法概念是建构国际私法概念的基石，却不是国际私法概念本身。尽管本国实体法在构建本国国际私法概念体系一事上一直发挥着不容忽视的作用，但不可否认的是国际私法

^① 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第203—204页。

^② 参见黄薇：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编解读》，中国法制出版社2020年版，第147页。

概念的内涵并不完全等同于本国实体法概念的内涵。^① 国际私法概念有自身独立的含义以及功能，它虽然建构在本国实体法的概念体系的基础之上，但是在形成与解释国际私法概念的时候，外国实体法同样是不可或缺且弥足珍贵的素材。因此可以说，国际私法概念是融会贯通内外国实体法概念后，形成的概念综合体，其与特定国家实体法上的概念具有彼此独立的可能。^② 故而，仅以本国实体法之定性为据，便将离婚财产分割识别为离婚的做法并不恰当。

第二，虽然民法的概念体系对于国际私法的识别具有指导作用，但民法中的法律概念只是国际私法相关概念的“参照系”。中国民法在处理离婚财产分割问题时，以夫妻共同财产制为当然前提，离婚财产的清算与分割亦是在“共同财产制”的框架下进行。据此有学者认为，如果夫妻之间实行的是分别财产制或约定财产制，那么离婚将不会涉及夫妻财产分割的问题。^③ 但是，正如前文所述，夫妻分别财产制同样需要关于离婚财产分割（清算型财产分配）的规定。如此一来，不同的法律秩序中存在不同的夫妻财产制，而不同的夫妻财产制中，亦存在着不同形态的离婚财产分割。因此，国际私法所处理的离婚财产分割并非只局限于“夫妻共同财产制”下的财产分割这一种形态。如果在识别离婚财产分割的时候，直接套用本国民法的处理模式，那么不但有可能发生用夫妻共同财产制下的离婚财产分割方式，去处理分别财产制下离婚财产分割问题的情形，还有可能引发法律适用过程中的适应问题，^④ 进而阻碍个案中实质正义的实现。

第三，即使承认民法概念对国际私法的识别有影响，仍应注意到民法的概念体系本身有可能不够明确或存在争议。例如，民法学界在界定夫妻财产关系的范围时认为，夫妻财产关系是夫妻生存的经济基础，其主要包括夫妻财产制、夫妻间的扶养关系和夫妻间的继承关系这3方面内容，^⑤ 其中夫妻财产制作为婚姻关系存续期间夫妻财产关系的核心，^⑥ 其内容包括婚姻终止时夫妻财产的清算和分割问题。^⑦ 由此可见，即使在民法理论中，离婚和夫妻财产关系各自范围的划定也是有重合而非泾渭分明的。这也间接说明了，缘何中国的司法实务工作者在裁判的时候虽然受到了民法的影响，但是在识别离婚财产分割的时候依然产生了一定程度上的自相矛盾。

第四，将离婚财产分割识别为离婚不符合大陆法系国家的通行做法。大陆法系国家通行的处理方式表明，离婚冲突规则的适用范围并不包含离婚财产分割问题。例如，2010年12月欧盟委员会通过了《欧盟理事会2010年12月20日关于在离婚与司法别居的法律适用领域实施强化合作的第1259/2010号（欧盟）条例》（下文简称《罗马条例III》），该条例在第1章第1条中明确

① 林贵美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報6号（2004年）151頁参照。

② 参见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社2022年版，第6页。

③ 参见汪金兰：《关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉（草案）的相关规定》，载《现代法学》2010年第4期，第165页；万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第205页。

④ “适应问题”是指，当国际私法上的某个问题，与两种以上的法律关系有关联，为此有可能需要适用两个以上的准据法，而且不同的准据法之间产生矛盾和不协调时，应该如何解决的问题。涉外案件中之所以会产生适应问题的原因是，法院在依冲突法适用相关实体法时，发现甲法律关系的准据法与同一案件中乙法律关系的准据法，在概念、解释和适用上会发生冲突，以至于无论如何判决，法院都会认为判决结果不合理，从而不能在不同法律体系之间得出共同的结论，或取得适当的平衡，如此一来，冲突法的设计本意和基本原则也就无法实现。溜池良夫『国際私法講義』（有斐閣，2005年）234頁参照。

⑤ 参见夏吟兰：《婚姻家庭继承法》（第3版），中国政法大学出版社2021年版，第101页。

⑥ 参见蒋月主编：《婚姻家庭与继承法》，厦门大学出版社2014年版，第136页。

⑦ 参见陈苇主编：《婚姻家庭继承法学》（第3版），第103页。

表明, 条例适用于离婚和司法别居, 但是其适用范围不涉及离婚或司法别居程序中包括离婚财产分割在内的 8 个事项,^① 即使这些事项是离婚或司法别居的先决问题。由此可见, 《罗马条例 III》在处理离婚问题时, 将夫妻身份关系的解除和夫妻财产分割视为不同的问题。因此, 中国也宜借鉴国际通行之做法, 将离婚冲突规则的适用范围限缩在对离婚的条件 (是否准许离婚) 和离婚效力 (离婚是否有效) 的判定上。^②

3. 将离婚财产分割识别为“夫妻财产关系”的正当性

有鉴于此, 笔者认为, 在识别离婚财产分割的时候, 应挣脱内国实体法的藩篱, 从国际私法自身的立场出发进行识别。这一主张的理论支撑实际上来源于比较法说。^③ 萨维尼认为国际私法与民法共享同一个法律关系的概念体系, 而“比较法说”则认为, 尽管国际私法上的法律概念来源于法院地民法中的法律概念 (如“离婚”), 但是民法概念只是本国国际私法概念的蓝本, 国际私法的立法者还从国际的、超国家的立场出发, 汲取外国的私法概念作为养分, 建构一定程度上独立于本国民法概念的国际私法概念体系。笔者认为, “比较法说”具有一定的合理性, 国际私法概念有一定独立性和自主解释的可能, 应将离婚财产分割识别为夫妻财产关系, 具体理由有两点。

(1) 离婚财产分割是夫妻财产的再分配

离婚财产分割是在夫妻财产关系因离婚消灭之后而引发的直接后果。夫妻双方离婚时或者离婚后对于共同财产的分割, 取决于其婚姻关系存续期间所适用之夫妻财产制。易言之, 以离婚为节点, 夫妻之间的财产关系自当事人离婚起正式进入清算阶段。而在本阶段中, 除了当事人协商一致的情形之外, 夫妻财产的清算与夫妻共同财产的分割皆是以婚姻关系存续期间所适用的夫妻财产制为判定依据。从本质上来说, 离婚财产分割是离婚双方当事人对夫妻财产的再分配, 故而将其识别为夫妻财产关系更为妥当。

(2) 适用诉讼离婚的准据法并非解决离婚财产分割问题的最优解

之所以笔者将离婚财产分割识别为夫妻财产关系, 更重要的原因是, 在中国现行的《法律适用法》框架内, 适用诉讼离婚的准据法即法院地法并不是解决离婚财产分割问题的最妥当路径。

以日本为例, 学者们在探讨“清算型财产分配”的识别和法律适用问题时大体上分为两派,^④ 一派以前文所述之溜池良夫教授为代表, 主张统一适用夫妻财产关系准据法。^⑤ 另一派则以松岡博教授为代表, 认为清算型财产分配是离婚的效力问题, 与离婚后原配偶之间的扶养、离

① 这 8 个事项分别是: (1) 自然人的行为能力; (2) 婚姻的成立、有效性或承认; (3) 婚姻的无效; (4) 夫妻双方的姓名; (5) 婚姻的财产后果; (6) 监护责任; (7) 扶养义务; (8) 信托或继承。See 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, Chapter I, Article 1.

② 参见宋连斌、陈曦:《〈涉外民事关系法律适用法〉第 24 条的司法应用——基于 48 份公开裁判文书的分析》, 载《国际法研究》2018 年第 1 期, 第 96—97 页。

③ 又称“分析法学与比较法说”或“法院地冲突法识别说”, 由德国现代比较法学之父恩斯特·拉贝尔 (Ernst Rabel) 和日本国际私法学家久保岩太郎在同一时期内提出。在日本, 该说又被称为“国际私法自体说”。不过两位学者的观点在“如何处理法院地实体法与国际私法之间的联系”问题上, 存在分歧。李旺教授在其专著中对久保岩太郎的学说已有介绍, 详见李旺:《国际私法》, 法律出版社 2011 年版, 第 61—62 页。

④ 与山田教授主张分别适用不同, 本部分的讨论以统一适用为前提。

⑤ 溜池良夫『国際私法講義 (第 3 版)』(有斐閣, 2005 年) 469 頁, 神前禎 = 早川吉尚 = 元永和彦『国際私法』(有斐閣, 2019 年) 178 頁参照。

婚损害赔偿等同为离婚财产给付的一环，彼此之间形成互为补充的关系，应将其识别为“离婚”并统一适用离婚准据法。^①然而，在日本《法律适用通则法》（下文简称《通则法》）的框架下，无论如何识别，其识别结论对于最终的法律适用效果来说，并无实质影响，原因是在确定夫妻财产关系准据法和离婚准据法时，立法者皆规定准用婚姻效力的冲突规则。^②易言之，无论将清算型财产分配识别为夫妻财产关系还是离婚问题，准据法基本上是一致的，法律适用的效果实际上并无出入。

但是，中国《法律适用法》的情形与日本《通则法》截然不同。中国《法律适用法》在规范夫妻财产关系和诉讼离婚冲突规则的时候，分别为二者设定了不同的连结点。《法律适用法》第24条以选择性连结和阶梯性连结的方式，^③确定了包括经常居所地、国籍国、主要财产所在地等在内的多个连结点。^④而《法律适用法》第27条则以单纯连结^⑤的方式确定了唯一的连结点——“法院地”。第24条与第27条采用不同的连结方式将有可能导致截然不同的法律适用效果。前者为当事人提供了有限的自治，当事人可以在一方当事人经常居所地法、国籍国法以及主要财产所在地法之间，进行有限的自主选择；在当事人没有通过意思自治选择准据法的情况下，亦可以通过阶梯性连结的方法，依次适用夫妻双方共同经常居所地法、共同国籍国法。而诉讼离婚冲突规则，只设置了法院地这一个连结点，这意味着在处理离婚财产分割问题时当事人和法院只能适用法院地法。于是，在中国现行的国际私法框架下，便具有了更准确识别离婚财产分割的必要。笔者认为，适用法院地法并不是解决涉外离婚财产分割问题的最优选，故不应以《法律适用法》第27条为依据确定准据法，原因有以下两点。

其一，中国在离婚问题上坚持适用法院地法的理由不适用于离婚财产分割准据法的确定上。

中国在离婚问题上坚持适用法院地法原则的理由主要有3点。第一，离婚涉及本国道德、宗教以及公共政策的根本观念，^⑥因此，法官在审理涉外离婚案件时，必须遵守本国的法律。^⑦第二，中国在处理涉外离婚案件时，具有从管辖权入手决定应予适用之法律的传统。^⑧中国法规定的离婚条件相对宽松，而外国法有可能规定了十分严格的离婚条件，甚至根本不接受离婚，那么如果适用外国法，当事人尽管依中国管辖权规则可以起诉离婚，但最终还是不能离婚。因此只有

① 松岡博『現代國際私法講義』（法律文化社，2008年）208頁，櫻田嘉章『國際私法』（有斐閣，2012年）296—297頁參照。

② 日本《法律适用通则法》中有关婚姻效力、夫妻财产关系、离婚的规则，分别规定在《法律适用通则法》第25条、第26条、第27条之中。其中《法律适用通则法》第25条规定：“婚姻的效力，夫妻的本国法相同时，依该法律；无该法律而夫妻经常居所地法相同时，依该法律；无前述任何一种法时，依与夫妻有最密切联系地的法律。”《法律适用通则法》第26条第1款规定：“前条规定，准用于夫妻财产关系。”《法律适用通则法》第27条规定：“第25条的规定，准用于离婚。但是，夫妻一方为在日本有经常居所的日本人时，离婚依日本法。”

③ 选择性连结指的是，冲突规则中包含若干连结点，法律适用者可以任意选择其中一个适用。而阶梯性连结指的是，在冲突规则设置了多个连结点的情况下，所有连结点击按优先顺序依次适用，第二个连结点仅在第一个连结点不存在的情况下，才能得以适用，往后以此类推。松岡博『國際關係私法入門』（有斐閣，2019年）22—23頁參照。

④ 《法律适用法》第24条第1款规定了当事人可以行使意思自治，可供选择的连结点包括一方当事人经常居所地、国籍国或者主要财产所在地。该条第2款为阶梯性连结，其连结点包括共同经常居所地与共同国籍国。

⑤ 所谓单纯连结指的是，冲突规则中只设置单一连结点。松岡博『國際關係私法入門』（有斐閣，2019年）22頁參照。

⑥ 参见〔德〕马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社2009年版，第409页。

⑦ See Joseph Henry Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law (Vol. 1)* (Harvard University Press, 1916), p. 172.

⑧ 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第193页。

适用法院地法，当事人依据管辖权规则所享有的诉权才能得到保障，^① 进而实现离婚自由，获得离婚救济。第三，适用法院地法符合司法便利的要求。^② 外国法查明与适用一直是法律适用过程中的难题，尤其因离婚涉及不同法律秩序与陌生的外国法制度，适用外国法的难度更甚，法院适用法院地法就可以避免外国法的适用，从而加快审判进程。

诚然，在解除夫妻人身关系的问题上，考虑其对国家道德、宗教以及公共政策的影响，坚持法院地法原则情有可原。但是离婚财产分割是离婚对夫妻财产关系造成的后果，同其他与财产有关的法律制度一样，适用法院地法以外的法律，并不会对法院地的道德、宗教以及公共政策产生很大的影响。因此，在离婚财产分割事项上并没有必要以法院地法排除外国法的适用。前述第一个理由不充分。

就第二个理由而言，诉讼离婚适用法院地法的规则属于以管辖权为导向的选法规则，^③ 其正当与否取决于法院地国在处理涉外离婚案件时所确立的管辖权标准是否满足最密切联系原则，只有法院地与当事人之间建立了足以反映夫妻双方社会生活之重心的紧密联系，适用法院地法为其提供离婚救济才足够正当。^④ 然而，根据笔者的统计，中国法院所受理的涉外离婚财产分割案件中，法院与夫妻双方之间似乎并不存在十分紧密的联系，例如夫妻双方的经常居所地不在中国境内、夫妻双方并非中国公民的财产分割案件并不在少数，夫妻双方已在国外离婚后的财产分割案件亦不胜枚举。在这些案例中，中国法院与当事人之间的联系通常体现在原、被告一方在中国境内，或财产分割的标的物位于中国境内。此时法院与当事人之间的联系过于微弱，那么适用法院地法就难言合理。

第三个理由亦不具有充分的说服力。毋庸置疑，相较于外国法，法官适用本国法当然更加游刃有余，以至于法官在识别某一法律关系、解释某一冲突规则的时候，他们天然地倾向于以本国法的概念体系作为参照系，^⑤ 亦习惯于依据本国实体法所获得的法律认知和判案路径，得出法律适用结论。可是，适用法院地法作为涉外离婚案件的准据法时，存在一个极其严重的弊端，即它具有鼓励挑选法院（forum shopping）的副作用。^⑥ 此外，如果将司法便利的理由推向极致，那么整个冲突法都可以不必存在。^⑦ 这些理由也可以用于反对离婚财产分割适用法院地法。

其二，直接适用法院地法忽视了意思自治在离婚财产分割法律适用过程中的作用。

《法律适用法》第26条有关“协议离婚”的冲突规则表明，中国国际私法已经在离婚领域引入了意思自治原则。易言之，《法律适用法》并不排斥当事人双方通过意思自治选择离婚准据法。既然如此，当事人以诉讼的方式离婚时，就离婚财产分割而言，缘何只能适用法院地法呢？而且笔者通过前文的论述已经证明了，单纯适用法院地法解决涉外离婚财产分割的法律适用问题并不具有正当性。那么在此前提下，充分保障诉讼离婚当事人通过意思自治的方式选择离婚财产

① 参见焦燕：《婚姻冲突法问题研究》，法律出版社2007年版，第111页。

② 参见黄进、姜茹娇：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社2010年版，第147页。

③ 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第193页。

④ 参见焦燕：《婚姻冲突法问题研究》，第110—111页。

⑤ See Veronique Allarousse, “A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”, (1991) 23 *Case Western Reserve Journal of International Law* 479, p. 481.

⑥ 参见黄进、姜茹娇：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，第147页。原因在于，在考虑应否准许当事人离婚以及离婚的附随效果时，法院只适用法院地法，因此，一个居住于禁止离婚或对离婚限制较严的国家或法域的当事人，便会逃避其本国法或住所地法的限制，而选择一个容易获得离婚判决的法院提起诉讼。

⑦ 参见焦燕：《婚姻冲突法问题研究》，第112页。

分割准据法的权利就十分必要了。

对此有学者认为，诉讼离婚时当事人双方处于对立关系，纠纷的解决主要体现的是国家主权意志以及价值选择，因此不能允许当事人协议选择适用的法律。^①但是笔者认为，至少在离婚财产分割方面，依当事人意思自治确定准据法有其合理性和可行性。因为，私法以保护私人利益为第一要务，国家只有在私人行为涉及国家利益，或者第三人利益的时候，才有介入的必要。^②而离婚财产分割是当事人双方的夫妻财产在离婚后的再分配，只关乎夫妻之间的财产关系，通常与国家利益、第三人利益无关，国家无需介入。尤其在《法律适用法》已经明确在协议离婚领域引入意思自治原则的前提下，仅因离婚方式不同，便对诉讼离婚中的财产分割问题教条化地适用法院地法的做法，无疑漠视了当事人的意思自治。

综上，一直以来，中国国际私法受本国民法概念体系的影响，存在将离婚财产分割识别为“离婚”问题的倾向。但是，国际私法上的概念具有独立性，其并不需要与法院地国家的内国实体法概念保持相同的涵义。^③为此，笔者认为，既然法律关系的识别问题，归根究底不过是国际私法规则的解释问题，^④那么离婚财产分割的识别便应由国际私法自行解释，无需与内国实体法保持一致。^⑤在中国现行的国际私法框架下，如果将离婚财产分割识别为离婚问题，那么只能适用法院地法，但法院地法并不是解决该问题的最妥当路径。而且，依据大陆法系国家通行的处理方式，离婚财产分割并不在离婚冲突规则的适用范围之内。因此，从离婚财产分割性质出发，将其识别为夫妻财产关系更为妥当。

（三）能否将离婚财产分割识别为物权问题

在前文中，笔者得出了宜将离婚财产分割识别为夫妻财产关系从而适用《法律适用法》第24条的结论。但笔者同时注意到，在近三分之一涉外夫妻财产分割的案例中，^⑥当夫妻财产分割涉及不动产时，中国法院依据《法律适用法》第36条“不动产物权，适用不动产所在地法律”的规定确定准据法。那么，在审理涉外离婚财产分割案件时，为什么会出现适用物权冲突规则的此种实践？此种司法实践又是否妥当？

首先必须明确的是，根据婚姻财产的属性确定离婚财产分割准据法的做法不当。夫妻之间不动产物权的归属与变动，通常是夫妻内部的财产关系问题，应落入《法律适用法》第24条夫妻财产关系冲突规则的适用范围，进而受夫妻财产制规则的调整。^⑦而当该不动产与第三人产生关联，形成了夫妻与第三人之间的外部财产关系时，若此时关于不动产物权的归属或变动发生了争议与纠纷，物权冲突规则即《法律适用法》第36条方有介入的可能。其理由在于，当夫妻与第

① 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第196页。

② 参见焦燕：《婚姻冲突法问题研究》，第196页。

③ 参见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，第6页。

④ 久保岩太郎「國際私法における法律關係の性質決定に関する論争」國際法外交雜誌30卷8号（1931年）25頁參照。

⑤ See Ernst Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study (Vol. 1)* (The University of Michigan Press, 2nd edn, 1958), p. 64.

⑥ 笔者统计了“北大法宝”数据库中，“离婚纠纷”“离婚后财产纠纷”“离婚后损害责任纠纷”3种案由下所有涉外夫妻财产分割案件，在此基础上得出了该分析结论。

⑦ 参见王承志：《论夫妻财产关系法律适用的范围》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2014年第11期，第85页。

三人之间发生财产关系时，夫妻的主体地位已经从家庭法中的“具体的人”转变为财产法中的“抽象的人”，其活动范围业已从家庭领域转入市场领域。^①此时，由调整一般民事主体之间物权关系的物权法规则来规范夫妻与第三人之间的外部财产关系，才具有正当性，亦是市场经济的应然选择。相反，夫妻之间的不动产物权关系，以夫妻之间的身份关系为前提，因此，无论是夫妻之间财产归属还是物权变动，均有别于一般民事主体之间的物权关系。由是，当夫妻之间的不动产物权关系与第三人无涉的时候，便应落入夫妻财产关系的调整范围。

以曾某等与张某异议登记不当损害责任纠纷案^②为例，该案中曾某与张某均为香港居民，二人于2001年7月在中国香港特别行政区登记结婚。同年9月，曾、张二人与如鸿实业公司订立涉案房产认购书，后曾某将认购书中张某的名字更改为其母余某。涉案房产于2003年办理产权登记，权利人为曾某与其母余某，二人各占50%的产权份额。2009年2月香港法院判决曾某与张某离婚。同年9月张某向深圳市福田区人民法院提起离婚财产分割诉讼，并于10月以涉案房产是曾、张二人婚姻关系存续期间购买，其对曾某拥有的50%房屋产权有异议为由，向深圳市房地产权登记中心提出房产异议登记申请。而曾某则以张某异议登记不当，侵犯其与其母的不动产物权为由，提起诉讼。

该案中争议焦点为张某申请的异议登记是否得当。对此，一审法院认为，虽然异议登记的关键在于张某是否享有涉案房产的物权权益，但是因涉案房产是曾、张二人于婚姻关系存续期间购得，所以，争议的核心在于涉案房产是否属于夫妻共同财产。然而，二审法院认为，张某能否对涉案房产申请异议登记的关键在于，张某对于涉案房产是否享有物权权益，因此本案首先需要解决的是物权的确定问题，应适用物权冲突规则，依据“不动产物权，适用不动产所在地法律”^③的规定，确定准据法。

对此，再审法院认为，夫妻关系存续期间，夫妻一方名下的不动产到底是归夫妻一方个人所有还是归夫妻共同所有实际上并不明确，但鉴于夫妻财产的清算与分割应受夫妻财产制的规范和制约，因此本案中涉案房产是否为夫妻共同财产，应依据夫妻财产关系准据法加以认定。笔者同意再审法院的结论，这是因为，虽然《法律适用法》第36条的适用范围涵盖不动产所有权，但夫妻之间特定不动产的权属是夫妻财产制适用结果的直接体现，应落入《法律适用法》第24条的适用范围。而且适用《法律适用法》第24条认定夫妻共同财产，既不会妨碍法院依据《法律适用法》第36条之规定，找寻涉案房产所有权登记、权利实现乃至物权保护的准据法，也不会影响该准据法的后续适用。此外，笔者认为，二审法院适用《法律适用法》第36条，或许是法官“求快”“求稳”心理的体现。法官在处理涉外离婚财产分割案件时，适用《法律适用法》第36条，通常可以通过“不动产所在地”连结点将准据法锁定为法院地法，法官适用本法域的法律当然更加游刃有余、驾轻就熟，而依据夫妻财产关系冲突规则的指引，有很大几率适用的是外法域的法。这种心理和倾向可能客观存在，但并不符合国际私法平等对待和适用内外国或法域之法律的理念，^④因此也难谓正当合理。

① 参见裴桦：《夫妻财产制与财产法规则的冲突与协调》，载《法学研究》2017年第4期，第13页。

② 参见曾某等与张某异议登记不当损害责任纠纷案，(2014)粤高法民一提字第60号民事判决书。

③ 彼时《法律适用法》并没有颁行实施，因此，在二审时，深圳中级人民法院的裁判依据并不是《法律适用法》第36条，而是《中华人民共和国民事诉讼法通则》第144条。该条规定，不动产物权适用不动产所在地法律。

④ 参见黄进、杜焕芳：《2001年中国国际私法的司法实践述评》，载黄进、肖永平主编：《中国国际私法与比较法年刊（第6卷）》，北京大学出版社2002年版，第455页。

三 《法律适用法》第 24 条的适配性

笔者通过第二部分的分析，初步认为在解决涉外离婚财产分割问题时，应适用夫妻财产关系的冲突规则确定准据法。那么，现行夫妻财产关系冲突规则（即《法律适用法》第 24 条）在用于解决离婚财产分割的法律适用问题时是否合理？关于这个问题，笔者将通过分析胡某与 W 某离婚后财产纠纷案^①（下文简称胡某案），赵某等与郭某等房屋买卖合同纠纷案^②（下文简称赵某案）以及宋某与王某甲房屋租赁合同纠纷案^③（下文简称宋某案）的分析，作出回答。

（一）《法律适用法》第 2 条第 2 款可填补《法律适用法》第 24 条的立法漏洞

胡某案的大致案情如下。1996 年，胡某（中国公民）与 W 某（德国公民）在德国柏林登记结婚。2011 年，二人在德国诉讼离婚。1999 年，胡某在婚姻关系存续期间购买涉案房产，该房自购买之日起至 2008 年 9 月一直由两人居住使用。W 某在 2015 年向法院提起诉讼，请求依法分割系争房产折价款。关于本案的法律适用，法院认为，本案虽然表面上是变卖房产后的金钱纠纷，但实际上是离婚后的夫妻财产分割纠纷，本案的核心在于能否将系争房产认定为夫妻共同财产并对其进行分割。而系争房产是否是夫妻共同财产，应以《法律适用法》第 24 条为依据确定并适用准据法而定。

如前文所述，《法律适用法》第 24 条在条文设计上采用了阶梯性连结的方法，在没有协议选法的情况下，首先适用夫妻双方共同经常居所地法；在没有共同经常居所地法时，适用共同国籍国法。在本案中，原、被告双方没有通过意思自治的方式进行法律选择。经法院查明，原告 W 某的经常居所地在中国，被告胡某的经常居所地在德国，两人没有共同经常居所地。又由于两人一方是中国公民，一方是德国公民，二人也无共同国籍国。在这样的情况下，法院无法继续通过《法律适用法》第 24 条找寻准据法，因此，只能无奈确认第 24 条不适用于本案，然后基于系争房产位于中国的案件事实，适用《法律适用法》第 36 条确定准据法。

胡某案所暴露出的关于《法律适用法》第 24 条的第一个法律适用困境是，阶梯性连结没有穷尽所有的案件情形，即第 24 条没有完成在当事人既没有共同经常居所地也没有共同国籍国的情况下，如何确定准据法的任务。正是因为第 24 条没有穷尽所有的案件情形，才导致本案中的法院无法继续依据第 24 条确定准据法，最终在无可奈何的情况下，放弃了对第 24 条的适用。

那么，作为穷尽阶梯性连结的最后一步，法官在遭遇前述情形时应当如何继续确定准据法呢？笔者认为，《法律适用法》第 2 条第 2 款有关最密切联系原则的规定，为此种情形下的法律适用提供了线索。《法律适用法》第 2 条第 2 款将最密切联系原则作为兜底性原则，授权法官在立法有漏洞时，可依据最密切联系原则为具体的法律问题确定准据法。^④ 在这样的前提下，依据

① 参见胡某与 W 某离婚后财产纠纷案，(2017)京 01 民终 4772 号民事判决书。

② 参见赵某等与郭某等房屋买卖合同纠纷案，(2016)粤 03 民终 23415 号民事判决书。

③ 参见宋某与王某甲房屋租赁合同纠纷案，(2020)粤 01 民终 15237 号民事判决书。

④ 参见翁杰：《最密切联系原则的司法适用——以〈涉外民事关系法律适用法〉第 2 条为中心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017 年第 6 期，第 194 页。

该条的法律精神，在当事人既没有共同经常居所地也没有共同国籍国时，法院应明确依据《法律适用法》第2条第2款，适用与夫妻财产关系有最密切联系的国家的法律。^①

（二）限缩《法律适用法》第24条意思自治的适用，使得夫妻法律选择协议效力不及于第三人

笔者曾在前文中阐明，在处理涉外离婚财产分割问题时，应尊重当事人的意思自治。然而，《法律适用法》第24条虽然有关于意思自治的规定，但是，并未对当事人的意思自治作出何种限制。通过研究司法案例，笔者认为，本条冲突规则中意思自治的效力不能及于第三人，此种限缩解释具有充分的正当理由，以下将作出阐释。

1. 第三人并不是本条冲突规则中适格的选法主体

《法律适用法》第24条规定，当事人可以协议选择适用于夫妻财产关系的法律。此间的“当事人”即是所谓之选法主体。纵观1978年海牙《夫妻财产制法律适用公约》（下文简称《海牙公约》）以及代表性国家（比如英国、法国、瑞士、意大利、日本等）的国际私法立法不难发现，只有夫妻双方才是可以协商确定夫妻财产制准据法的适格主体。^② 第三人虽然是夫妻与第三人之间外部财产关系的当事人，却不是该冲突规则中适格的选法主体，既无权利选法，也无权利对夫妻双方选择适用的准据法提出异议。

如果在此时将夫妻财产关系准据法适用于夫妻与第三人之间的外部财产关系，那么第三人对于自身所处之法律关系中准据法的确定将无法掌握主动权，只能被动地接受并适用夫妻双方已经选好的准据法，这样一来第三人的利益将毫无保障可言。倘若夫妻双方利用意思自治来恶意逃避对第三人所负之债务，第三人又如何能规避可能遭受的交易风险？因此，从选法主体的角度出发，不应将《法律适用法》第24条的效力及于夫妻外部财产关系中的第三人，如此才能妥当地保护第三人的利益。

2. 第三人无法察知夫妻双方所选择的夫妻财产关系准据法

以2007年日本《通则法》第26条第4款^③为例，欲使夫妻财产关系准据法的效力及于第三人，必须满足的前提条件是夫妻双方协议选择的夫妻财产制准据法可被第三人察知。要满足可察知性，首先必须以书面的形式作出选择准据法的协议，此为“察知的先决条件”。不过，即使先决条件得到了满足，夫妻双方仍可通过临时签署甚至倒签书面协议的方式达到选法的目的，因此，仅具备先决条件并无法保障协议选择的准据法可被第三人察知。于是，除了对法律选择协议施加形式要求之外，立法还应规定当事人需要依据内国法的要求对协议选择的结果进行登记或公示，此为“察知的必要手段”。然而，无论是在察知先决条件的要求上，还是在察知必要手段的配备上，中国现行的法律规定都有欠缺。

具体说来，首先，《法律适用法》第24条并没有满足可为第三人察知的先决条件。因为依据当前冲突规则的规定，在选法的方式问题上，只要夫妻双方在选法的时候按照《法律适用法》

① 参见黄进、姜茹娇：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，第128页。

② 有关这些国家国私立法的具体规定，参见李双元：《涉外民事关系法律适用法的制定研究》，湖南人民出版社2013年版，第231—245页。

③ 该条规定，除非夫妻双方将依据外国准据法所作出的夫妻财产协议在日本登记，否则就在日本境内所为之法律行为以及对在日本境内之财产，不得以外国准据法中夫妻财产制的规定对抗善意第三人。

第 3 条的规定明示作出，无论是通过口头的还是书面的形式作出均在所不问。而在选法的时间问题上，现行立法也未作出明确限制，夫妻双方既可以在婚前、婚后，也可以在离婚诉讼期间选择可适用于夫妻财产关系的准据法。^①由此可见，本条虽然规定当事人可以协议选择适用的法律，但是对于法律选择作出的方式和时间并没有作出具体规定。^②其次，中国的实体法尚没有针对夫妻财产关系法律选择协议的登记公示制度^③，因此在可为第三人察知的必要手段的配备方面，中国法亦有欠缺。

中国上述立法现状在客观上造成了第三人无从察知夫妻双方有关夫妻财产关系准据法的选择情况。如果此时将夫妻双方所选择的夫妻财产关系准据法适用于夫妻外部财产关系中的第三人，那么这既不符合第三人的预期，又将损害交易安全。因此，笔者认为，《法律适用法》第 24 条的意思自治只能适用于夫妻内部财产关系，其效力不能及于第三人。

赵某案大致体现了笔者的前述见解，该案大致案情如下。郭某与谢某于 1996 年在中国香港特别行政区登记结婚，双方均为中国香港特别行政区居民。2013 年郭某办理了房产登记，房产证上载明郭某对该房产享有 100% 的份额。此后郭某为办理房屋出售事宜，先后以个人名义出具了经过公证的声明书和授权委托书。2014 年郭某作为卖方与赵某签订了有关该房产的二手房买卖合同。后因郭某拒绝履行合同义务，赵某提起诉讼，请求郭某继续履行房屋买卖合同，并协助其将系争房产过户给代某。本案的争议焦点有两个。其一是郭某出售涉案房产时，涉案房产是否为郭某与谢某的夫妻共同财产；其二在于郭某是否应继续履行房屋买卖合同。前者涉及夫妻内部财产关系中夫妻共同财产的认定，后者则关乎夫妻与第三人之间外部财产关系中的交易安全保护问题。确认郭某对于涉案房产是否具有完全的处分权，是解决后续郭某应否继续履约的先决问题，因此，本案中夫妻财产关系准据法的确定将直接关系后续赵某的交易安全能否得到切实的保护。

关于夫妻财产关系准据法的确定，郭、谢二人在一审中以口头方式协议选择适用主要财产所在地法即中国内地法作为夫妻财产关系的准据法。在二审期间，郭、谢二人共同提交了经公证的一份声明，该声明载明经夫妻双方协商，适用中国内地法，涉案房产为夫妻共同财产。鉴于《法律适用法》第 24 条并没有对选法的方式和时间作出具体的规定，因此，无论是郭、谢二人在一审中以口头的形式作出的法律选择，还是在二审中以声明的方式作出的书面选择，均已经满足了本条关于选法的形式要求，似乎本案中夫妻财产制关系的准据法应为郭、谢二人协议选择的中国内地法。然而，正如前所述，将《法律适用法》第 24 条所确定之法律选择协议的效力及于第三人会造成不当的结果。有鉴于此，二审法院认为，本案是房屋买卖合同纠纷。在本案发生之前，并没有证据显示郭、谢二人曾就涉案房产约定夫妻财产制，亦没有证据证明郭、谢二人曾对涉案房产共同行使过处分权，诉讼期间，两人以口头或声明的形式选择适用中国内地法的主张，理据

① 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，第 184 页。

② 参见黄韧霆：《论夫妻财产关系准据法的确定与适用——以海南高级人民法院（2013）琼民三终字第 75 号民事判决书为例》，载袁发强主编：《中国涉外家事法律论丛（第一辑）》，法律出版社 2007 年版，第 137 页。

③ 比如，日本《民法典》第 756 条规定，夫妻订有与法定财产制相异的契约时，除非在提出结婚申请之前进行登记，否则不得以之对抗夫妻的继承人及第三人。又如，德国《民法典》第 1412 条规定，夫妻排除或变更法定财产制者，就配偶之一方与第三人所为之法律行为，以该财产制契约登记于管辖机关之登记簿，或于法律行为时已为第三人所知悉者为限，始得对抗第三人。就配偶之一方与第三人诉讼之确定判决，以诉讼系属中，其财产制契约已经登记或为第三人所知悉者为限，始得对抗之。

不足。且郭、谢二人是本案中的利益共同体，赵某与郭某作出法律行为时，对于郭、谢二人之间的夫妻财产关系选法情况并不知情，如果仅以二人的协议选择为据来确定应予适用的夫妻财产关系准据法，那么此次交易中买受人赵某的可预测性将无法得到保障，这样的适用结果显然有悖公平原则。因此，须对本案中郭、谢二人协议选择夫妻财产关系准据法的权利加以限制，否则将无法保障买受人赵某的利益。

无疑，二审法院的裁判结果保护了第三人的正当利益和交易安全，符合实质正义。但是不得不指出，在《法律适用法》第24条的适用层面上，二审法院的做法有超出法律解释边界之嫌：在法律许可的范围内，当事人协议选择的法律具有优先效力，^① 本案中郭、谢二人已经在一审和二审过程中分别以口头和书面的方式作出了明确的选择，选择的作出在法律上并没有瑕疵，二审法院以法律选择显失公平为由，为夫妻双方确定适用中国香港特别行政区法律来调整其夫妻财产关系的做法缺乏法律依据。二审法院之所以如此裁判，其主要原因莫过于保护第三人的交易安全。郭、谢二人根据《法律适用法》第24条的规定选择夫妻财产制准据法的权利保障了当事人的意思自治，保护买受人赵某的信赖利益和内国的交易安全是实质正义的必然要求。正是由于《法律适用法》第24条未对法律选择的第三人效力问题作出明确表态，才导致该案法院在裁判过程中面临两难抉择，这并非罕见或偶然。而笔者通过前述两点原因的阐述已然证明，如果要将本条冲突规范的效力及于第三人，则必须同时满足夫妻财产关系准据法可被第三人所察知的先决条件与必要手段，然而这两个条件的满足，在中国现行法律体系的框架下非经立法途径而不能达成。因此，将《法律适用法》第24条的意思自治解释为只能适用于夫妻内部财产关系，而不能适用于夫妻与第三人之间的外部财产关系，是目前解决此适用困局的正确途径。

（三）《法律适用法》第24条仅适用于确定夫妻内部财产关系准据法

虽然《法律适用法》第24条在条文设计上存在以上缺陷，但是，这些缺陷并不会影响法院以该条冲突规则为依据，去找寻和确定包括涉外离婚财产分割在内的夫妻内部财产关系的准据法。原因在于，离婚财产分割是离婚当事人对于婚姻关系存续期间的夫妻财产进行清算和分割的过程，纵使其间会与第三人的利益发生牵扯，但只要把握住夫妻财产关系内外有别的原则，坚持将《法律适用法》第24条的适用范围限定在夫妻内部财产关系之中，那么本条冲突规则在确定夫妻内部财产关系准据法的问题上便具有良好的适配性。宋某案的裁判便是最佳例证。

宋某案的大致案情如下。2009年王某甲与宋某登记结婚，2015年二人协议离婚。双方签订的离婚协议书载明：“双方在婚姻存续期间无共同债权，在此期间发生的所有共同债务均由宋某承担，因处理共同债务发生的所有纠纷亦由宋某负责处理。”2011年至2014年，王某甲与宋某成立同得公司，为经营公司，2011年12月王某甲受同得公司委托以个人名义与王某乙（香港居民）签订房屋租赁合同。2012年7月至2014年11月间，出租人王某乙因同得公司在承租期间拖欠租金，每月均向同得公司发出催交租金的通知，要求该公司缴纳租金并支付违约金等。之后，因王某甲拒不履行合同义务，王某乙提起诉讼，请求确认王某甲所负债务为夫妻共同债务，宋某就该涉案债务承担连带清偿责任。

^① 参见黄进、林萌、邹国勇：《2019年中国国际私法司法实践述评》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第27卷），法律出版社2020年版，第161页。

本案的争议焦点体现为两方面。第一，王某甲与宋某之间的《离婚协议书》能否对王某乙产生效力？第二，宋某应否就涉案债务承担连带清偿责任？针对第一个争议焦点，法院认为，《离婚协议书》处置的是王某甲与宋某之间的夫妻内部财产关系，应落入《法律适用法》第24条的适用范围，协议中有关婚姻关系存续期间夫妻共同债务之约定，其效力仅及于离婚当事人双方，对外不能对抗债权人王某乙。针对第二个争议焦点，法院认为，涉案债务是因王某甲拒不履行租赁合同之义务，欠缴租金及逾期付违约金所致。虽然王某甲与王某乙之间的房屋租赁关系，牵涉王某甲与宋某在婚姻关系存续期间的夫妻财产关系以及之后的离婚财产分割关系，但是该合同关系实际上属于夫妻与第三人之间的外部财产关系，应落入《法律适用法》第41条合同冲突规范的适用范围，王某甲作为合同关系的当事人，应对涉案债务承担清偿责任。

在前述案例中，法院的做法实际上遵循的是夫妻财产关系内外有别的理论。根据内外有别原则，包括离婚财产分割在内的夫妻内部财产关系，因其所涉及的财产并未进入市场流转以追求物的交换价值，因此尚不存在保护第三人利益的问题，^①此时适用夫妻财产关系的冲突规则解决夫妻内部财产关系的法律适用问题更为妥当。当夫妻一方或双方作为当事人与第三人产生经济关系时，由于其活动范围已从家庭领域迈进了市场领域，因此，关于夫妻一方是否须对外承担连带责任，即使也触及夫妻财产制，这一问题也应适用合同准据法，如此更能保障第三人的可预测性与交易安全。

（四）小结

综上，在解决涉外离婚财产分割的法律适用问题时，我们应当依据《法律适用法》第24条的指引确定准据法。然而《法律适用法》第24条本身在条文设计上存在立法缺陷，例如：立法存在漏洞，阶梯性连结没有穷尽所有案件情形；意思自治的形式要件没有具体的要求与限制等。不过，这两项立法缺陷可通过妥当解释和适用既有的冲突规则予以克服，并不会对夫妻内部财产关系的法律适用问题造成负面影响。特别要注意的是，本条冲突规则中意思自治的效力不能及于第三人。易言之，即使夫妻与第三人之间的外部财产关系与离婚财产分割等夫妻内部财产关系有关联，也不能依据《法律适用法》第24条的指引确定夫妻与第三人之间外部财产关系的准据法。为保障外部财产关系中第三人的利益与交易安全，应适用合同准据法等该外部财产关系自身的准据法加以妥善处理。

四 结论

涉外离婚财产分割的法律适用是涉外家事实务中争议颇多的法律适用难题。中国法院在审理涉外离婚财产分割案件时，存在诸多分歧，例如：在识别离婚财产分割问题的时候，会出现分别适用与统一适用并存的情形；会产生究竟应将离婚财产分割识别为夫妻财产关系还是诉讼离婚问题的分歧；还会存在可否以所涉婚姻财产属性为依据适用物权冲突规则的争议。之所以如此，其根本原因在于，中国国际私法针对离婚财产分割问题没有形成确定的识别结论。

^① 参见贺剑：《〈民法典〉第1060条（日常家事代理）评注》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2021年第4期，第116页。

受萨维尼国际私法理论的影响, 中国国际私法自始便预设了其与本国民法共享同一法律关系概念体系的立场, 以致于国际私法因循民法的轨迹, 同样将离婚财产分割置于离婚冲突规则的适用范围之中。笔者认为, 离婚财产分割的识别不应以特定国家的内国实体法为依据, 而应站在国际私法自身的立场上独自进行。在中国《法律适用法》的框架之下, 如果将离婚财产分割问题识别为离婚, 那么只能适用法院地法, 但径行适用法院地法解决该问题并不妥当。从离婚财产分割自身的性质、意思自治以及大陆法系的通行做法出发, 笔者认为应将该问题识别为夫妻财产关系。

《法律适用法》第24条在条文设计上存在两处立法缺陷, 所幸这两处立法缺陷并没有对离婚财产分割的法律适用问题造成负面影响。我们在适用《法律适用法》第24条时应当明确的是, 由于第三人既不是本条冲突规则中适格的选法主体, 又无法根据现行法的规定察知夫妻双方所选择的夫妻财产关系准据法, 因此从保障第三人利益和交易安全的角度出发, 夫妻通过意思自治协议选择准据法的效力不能及于夫妻外部财产关系中的第三人。

Choice of Law for Property Division in Divorce Cases Involving Foreign Elements

Wang Yibo

Abstract: Chinese private international law heavily employs the same legal concepts as the country's civil law and usually interprets the corresponding private international law concepts in accordance with the civil law. This is also true in the context of divorce, where Chinese courts tend to characterize the property division as a divorce issue. However, because of the independence of the concept of private international law, the concept of private international law can actually be understood differently from the concept of civil law. Under the framework of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Civil Relationships Involving Foreign Elements, only the *lex fori* applies to divorce by litigation, and this legislative model results in the characterization of divorce property division involving foreign elements as a divorce issue. However, it is not the best characterization solution. From the nature of property division and the common practice of countries with civil law tradition, it is more appropriate to characterize it as an issue of marital property regime. There are certain legislative flaws in Article 24 regarding the conflicts rules on marital property relations, which fortunately do not negatively affect the legal application of property division. However, it should be clear that when the property relationship between a spouse and the third party involves the division of divorce property, the effect of the autonomy of Article 24 cannot be applied to that third party from the perspective of protecting the interests of the third party and the safety of the transaction.

Keywords: Property Division, Divorce, Marital Property Regime, Characterization, Party Autonomy, *Lex Fori*

(责任编辑: 林 强)