

南非涉外夫妻财产关系的法律适用

——兼论《涉外民事关系法律适用法》第24条

刘 音

内容提要:在涉外夫妻财产关系的法律适用方面,南非国际私法重视维护法律关系的稳定性和执行司法任务的便利性。首先,夫妻财产关系原则上适用丈夫结婚之时的住所地法;其次,夫妻可于婚前或婚后选择支配其财产关系的准据法,但未经书面形式做成的法律选择不得对抗第三人;最后,在解决准据法的时际冲突方面,南非法院一般以准据法所属国的时际私法作准,决定适用新法或旧法。在夫妻互为赠与方面,南非法院将之识别为合同,适用最密切联系地法;理论界则认为这属于物权关系,应当适用物之所在地法或者赠与发生之时夫妻的共同住所地法。在连结点选择和冲突规则设计方面,我国《涉外民事关系法律适用法》第24条表现出比南非冲突法更大的灵活性,但对动态连结点的可变性和准据法的不确定性有所放任,未能兼顾善意第三人的权利保护。

关键词:罗马—荷兰法 丈夫结婚之时的住所地法 婚前合同 夫妻互为赠与

刘音,华侨大学法学院副教授。

南非共和国(以下简称“南非”)的国际私法是一套相当有特色的法律制度。南非民法以罗马—荷兰法(Roman-Dutch Law)为基础,^[1]兼容普通法。这一特色法律制度的形成与发展,可谓南非特殊殖民地历史的副产品之一。^[2]

在调整夫妻财产关系的问题上,南非民法移植了罗马—荷兰法中“夫妻财产得由夫妻共同共有”的法律原则。根据该原则,除非夫妻双方婚前有相反约定,否则夫妻双方

[1] 罗马—荷兰法是一套综合了罗马法与日尔曼习惯法的特殊的民法制度。从广义上讲,罗马—荷兰法就是经由17、18世纪的荷兰法律师解释并发展起来的法律。详见 Frederic Macarness, *Roman-Dutch Law*, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 7, No. 1, (1906), pp. 34-41.

[2] 南非于17世纪沦为荷兰殖民地;18世纪开始英国染指南非,并于1899年英布战争中大败荷兰而取得南非的宗主国地位。

各自于婚前、婚后取得的全部财产由夫妻双方共同共有。由于南非境内居住着大量来自普通法系国家的移民,而普通法系国家多采夫妻财产分别制,因此涉外夫妻财产关系的法律适用问题在南非国际私法中十分突出。南非法律界针对大量复杂的实际问题发展起来的法律适用方法和原则,值得学习、研究和借鉴。

一 法律适用的一般原则

南非国际私法解决夫妻财产关系法律冲突问题的基本原则,是夫妻财产关系由其原始婚姻住所(matrimonial domicile),即丈夫结婚之时的住所地法支配。根据这项原则,一旦成立婚姻,无论财产系夫妻一方或双方于婚前还是婚后取得,无论是动产还是不动产,夫妻财产关系一律得由丈夫结婚之时的住所地法支配,且不得因婚后住所地的变更而变更,即所谓“准据法不可变更主义”(Doctrine of Immutability)。^[3]南非法院在“弗兰克尔的遗产诉保管人案”(Frankel's Estate v. The Master)^[4]中重申了这一立场。

在该案中,丈夫结婚之时的住所地法没有规定夫妻财产为夫妻共有,但夫妻二人自结婚之时起就打算定居约翰内斯堡,当地法律要求夫妻财产由夫妻共有。丈夫(即被继承人)结婚之时的住所地是德意志民主共和国,妻子当时的住所地是捷克斯洛伐克,两人在捷克斯洛伐克缔结婚姻。婚后 4 个月,他们来到约翰内斯堡并打算在此定居。本案涉及弗兰克尔先生死后的遗产继承问题。如果弗兰克尔太太能够证明婚姻财产为夫妻双方共有,则遗产税率较低,否则遗产税率较高。弗兰克尔太太称,虽然她与丈夫未曾就夫妻财产关系约定婚前合同,但自结婚之时起,他们就打算将婚姻住所设在特兰士瓦,^[5]因此应当适用特兰士瓦法,判定婚姻财产为夫妻共有。相反,如果根据丈夫结婚之时的住所地法,即德意志民主共和国法律,夫妻财产得由夫妻各自分别所有。

那么,夫妻财产关系究竟可否建立在他们之间的默示协议之上?这是法院必须解决的问题,也是法官们意见分歧的焦点所在。初审法院对此做出了否定回答。联邦最高法院上诉法庭维持原判并表示,配偶之间关于选择婚姻住所的协议不足以默示配偶选择准据法的主观意图,该协议本身并不必然产生由选择住所地法支配其夫妻财产关系的法律效果。上诉法庭的这一意见在南非司法界确立了一项有关决定夫妻财产关系的冲突法原则,即如果夫妻双方未以明示方式选择支配其财产关系的准据法,则该选择不产生法律效果。

该案体现了南非法律的传统价值取向之一,即维护法律及其所支配的法律关系的稳定性。南非法律一贯强调,夫妻财产关系必须是确定的。如果不加限制地任由夫妻决定他们之间的财产关系,则对于处于类似情形之下的鳏寡者而言,根据其自身的实际经济境

[3] David McClean & Kisch Beevers, *Morris the Conflict of Laws*, 7th ed., 2009, p. 461.

[4] 1950 (1) South African Law Report 220 (A. D.); Ellison Kahn, Notes on South African Private International Law, (1950) 3 *International Law Quarterly*, pp. 439-443. 此处 Master 是指 Master of the High Court, 其负责保管南非境内所有与遗产和破产财产相关的卷宗。

[5] 即约翰内斯堡所在的省。南非系联邦制国家,境内包括开普省、纳塔尔省、奥兰省、特兰士瓦省等 4 个省(法域)。

况,选择有利于自身利益的夫妻财产关系准据法并非难事。诚然,“夫妻财产关系得由丈夫结婚之时的住所地法支配”这一冲突原则,有失僵硬、机械乃至不公平。在连结点日益开放、复杂、多样,冲突规范日趋灵活,越来越强调夫妻双方平等保护的现代冲突法理论与实践,这一貌似夫权主义产物的冲突原则多少显得不合时宜。但客观地讲,这一冲突规范绝非毫无正义性或公平性可言。它所保护的对象和体现的价值虽然与选择型冲突规范不尽相同,但这并不等于说其所保护的对象不值得保护,其所重视的价值不值得重视。这是一个价值选择的问题,而我们可能既无法在这些备选价值中做出唯一“正确”的选择,也无法兼得所有的备选项。这是法律实践中的两难。

二 法律适用的特殊规则

南非《离婚法》(Divorce Act of 1979)第7节专门就离婚夫妻财产关系的法律冲突问题做出了明文规定。但是,在1992年《离婚法第44号修正案》出台以前,该节仅适用于由南非法支配的夫妻财产关系,对于非由南非法支配的夫妻财产关系则未予明确。此外,该节第3条(a)项本身的适用问题,亦是南非国际私法学界与司法实务界争论的焦点之一。^[6]

南非《离婚法》第7节第3条(a)项规定,夫妻双方可于婚前约定全部或部分婚姻财产由双方各自所有,法院得依据婚前合同裁定涉讼婚姻财产之物权归属。一般认为,婚前合同应以书面形式做成,且婚前合同未经登记造册(即非正式婚前合同)不得对抗第三人。但是,倘若支配夫妻财产关系的准据法并非南非法,或者夫妻双方于婚后取得南非住所的,是否可以适用该法条之规定?以下通过判例,分别说明之。

首先,关于婚前合同的解释问题。南非法院认为第7节第3条(a)项中“婚前合同”一词的外延包括正式合同与非正式合同,并同时强调非正式婚前合同仅约束夫妻双方,不得对抗第三人。^[7]“拉热斯诉拉热斯案”(Lagesse v. Lagesse)^[8]是这方面的典型判例。该案当事人拉热斯夫妇在毛里求斯结婚,丈夫当时的住所地也是毛里求斯,因此婚姻关系准据法本来应该是毛里求斯法。拉热斯夫妇婚前没有订立婚前合同——根据毛里求斯法,婚前合同须经公证方才有效——但是,他们在婚姻登记官面前表示,选择1949年《毛里求斯已婚妇女地位法》(Mauritian Status of Married Women Ordinance of 1949)作为支配婚姻关系的法律。^[9]根据该法,他们各自于婚前或婚姻关系存续期间取得的财产由各自所有。该案的受诉法院最终支持了当事人的这一意思表示,并解释称,由于当事人双方的意思表示一致,可以认定其彼此之间已经订立了婚前合同,因而可以适用《离婚法》第7节第3条(a)项之规定做成判决。法院认为,在确定婚前合同效力的问题上,没有必要过

[6] Forsyth, *CF Private International Law*, Juta Academic Publishers, 1996, 3rd ed., p. 231.

[7] C. P. H. G. Vrancken, *Foreign Informal Antenuptial Contracts and S 7 (3) of the Divorce Act 70 of 1979*, *Journal of South African Law*, 1993, p. 181.

[8] 1992 (1) *South African Law Report* 173 (D).

[9] 该法第2(2)条规定,已婚妇女对其财产,包括动产和不动产,享有处分权。

分拘泥于合同形式,而否定非正式婚前合同之于夫妻双方之间的有限效力。

法院在该案裁判过程中表现出来的灵活态度,显然有别于南非司法界的普遍做法,即婚前合同应当以书面形式做成。这一判例似乎暗示,只要有证据证明夫妻双方确于婚前约定夫妻财产关系,即可认定二者之间至少存在婚前合同;但若婚前合同未经登记造册,则系不得对抗任何第三人的非正式婚前合同。简言之,只要不关涉第三人利益,就夫妻双方而言,应当尊重其在夫妻财产关系问题上的意思,而不问意思表示的形式。

其次,关于适用《离婚法》第 7 节第 3 条(a)项规定的法定情势和对诉讼请求的识别问题。以“米尔本诉米尔本案”(Milbourn v. Milbourn)^[10]为例,该案原、被告的婚姻缔结地和住所地均系英格兰。婚后,原告米尔本太太在南非取得住所,并在南非法院提起离婚诉讼,请求南非法院根据《离婚法》第 7 节第 3 条(a)项,^[11]判决其享有被告米尔本先生财产的一半所有权。但南非法院并不认可原告的主张,将原告的诉讼请求识别为夫妻财产关系问题,而非离婚问题。根据南非冲突法,婚姻关系由丈夫结婚之时的住所地法支配,因此支配该案原、被告之间夫妻财产关系的准据法应当是英格兰法。由于原、被告于缔结婚姻之前没有书面约定夫妻财产关系,因此根据英格兰法,涉讼财产应当由原、被告各自所有。南非受诉法院因此驳回原告的诉讼请求,判决原告无权享有被告财产的一半所有权。

法院对于《离婚法》第 7 节第 3 条(a)项的解释本身无可挑剔,但该案的法律适用问题,在于其所涉及的具体情势并不符合第 3 条(a)项所适用的法定情势——支配原、被告之间的夫妻财产关系的准据法不是南非法,而是英格兰法;根据该项规定的字面意义和立法意图,该规定只是适用于夫妻双方以婚前合同的形式排除适用夫妻财产共有制之情势,而不适用于通过外国准据法排除夫妻财产共有制之情势。要言之,即使法院将米尔本太太的诉讼请求识别为离婚问题,也不能适用第 3 条(a)项,判决支持原告请求。

“贝尔诉贝尔案”(Bell v. Bell)^[12]也是一起涉及夫妻财产分割的离婚诉讼,案情与“米尔本诉米尔本案”如出一辙,但判决结果截然相反。该案当事人贝尔夫妇在英格兰缔结婚姻,贝尔先生当时的住所地也是英格兰。婚后,贝尔夫妇在南非取得住所。后贝尔太太向南非法院提起离婚之诉,请求法院判决解除其与贝尔先生之间的婚姻关系,并分割夫妻财产。由于贝尔夫妇没有订立婚前合同,因此夫妻财产关系应当由英格兰法支配,即原、被告各自于婚前、婚后取得的财产得由其各自所有。与米尔本太太不同,贝尔太太主张分割夫妻财产的法律依据并非法院地法——南非法,而恰恰是支配原、被告之间夫妻财产关系的英格兰法。贝尔太太请求受诉法院依据英格兰《婚姻诉讼法》(English Matrimonial Causes Act of 1973)第 23、24 节之规定,判决其取得位于南非境内的不动产,并对被告贝尔先生净资产总额的三分之一享有所有权。法院最终支持了贝尔太太的诉讼请求。

对于“贝尔诉贝尔案”的判决,卡恩(Kahn)教授表示异议,认为法院对英格兰《婚姻诉讼法》的定性(调整夫妻财产关系的实体法)和对诉讼请求的识别是错误的。他批评

[10] 1987 (3) South African Law Report 62 (W).

[11] 根据该项规定,南非法院在判决适用夫妻财产分别制的夫妻离婚的同时,有权判令一方取得另一方的财产。

[12] 1991 (4) South African Law Report 195 (W) 196 I.

道,《婚姻诉讼法》实际调整和规范的对象是夫妻双方离婚之后的权利义务,而并不直接调整夫妻财产关系;^[13]该法第23、24节之规定,充其量不过是附属于离婚请求的经济救济而已。因此,应当将贝尔太太所主张的取得丈夫部分财产之诉讼请求,识别为与离婚相关的问题。又由于离婚适用法院地法,故该案不应适用英格兰《婚姻诉讼法》(1973)第23、24节之规定。^[14]不过,卡恩教授与该案的主审法官均承认,法律规则在“贝尔诉贝尔案”的法律适用问题上存在漏洞——就法律价值(公平、正义、保护弱者)、目的和宗旨而言,英国法与南非法殊途同归,但是经由对相关问题的识别和对规则的解释,南非冲突法所指向的准据法致使二者的立法目的和宗旨均告落空。由于法律漏洞的存在,法官不得不承担起“造法(补缺)”的责任,做出符合立法目的和宗旨的判决,支持原告的诉讼请求。^[15]

1992年,南非出台《离婚法案第44号修正案》,填补了这一法律漏洞。该修正案新增了第7节第9条,即“若涉讼当事人之间的夫妻关系得由外国法支配,而南非法院依据南非国际私法得有权判决涉讼当事人离婚,则南非法院同样得有权判决其中一方给付对方财产”。不过,联系到前述“拉热斯诉拉热斯案”,新的问题又随之而来:该案受诉法院究竟应当适用毛里求斯法(丈夫结婚之时的住所地法)确定当事人意思表示之效力,还是应当径行适用法院地法即南非《离婚法》第7节第3条之规定?理论上似乎无法解答,但实践中法院大多倾向于后者。^[16]

三 准据法时际冲突的解决办法

准据法的变更无疑是涉外民商事诉讼中相当棘手的问题之一。一旦变更之后的法律具有溯及力,则涉及法律适用的相关理论问题就显得更加复杂而不确定。在这方面,“施佩林诉施佩林案”(Sperling v. Sperling)^[17]具有相当代表性。该案当事人施佩林夫妇于1954年结婚,当时的住所地是德意志民主共和国。夫妻二人于1955年迁居德意志联邦共和国,并在两年之后移民南非。根据德意志民主共和国当时的法律,夫妻各自于婚前、婚后取得的财产得由夫妻各自所有。1965年德意志民主共和国通过新的家庭法,规定婚姻关系存续期间夫妻双方以工资收入形式取得的财产和存款属夫妻双方共同所有;夫妻

[13] 在英格兰,自《已婚妇女财产法》(Married Women's Property Act of 1882)施行以来,婚姻关系即不再影响夫妻各自财产的归属;除非夫妻双方另有约定,否则夫妻对各自财产享有所有权。参见 David McClean & Kisch Beevers, *Morris the Conflict of Laws*, 7th ed., 2009, p. 457.

[14] 英格兰《婚姻诉讼法》(1973)第23节授权法院在判决离婚或司法别居之诉、宣告婚姻无效之时或之后,判决一方当事向对方当事人及其未成年子女支付抚养费;第24节授权法院在判决离婚或司法别居之诉、宣告婚姻无效之时或之后,出于保护一方当事人及其未成年成子女利益的考虑,判决另一方当事人拨付其部分财产,给予前者。

[15] Ellison Kahn, *Conflict of Laws, Annual Survey of South African Law*, 1991, pp. 587-588.

[16] Christopher F. Forsyth, *Private International Law*, Juta Academic Publishers, 1996, 3rd ed., p. 234.

[17] 1975 (3) South African Law Report 707 (A. D.); Pierre E.J. Brooks, *The Effect of Changes to the Law Regulating Matrimonial Proprietary Regimes in South African Private International Law*, 9 *Comparative and International Law of South Africa*, 1976, pp. 100-103; Christopher F. Forsyth, *What Happens When the Lex Causae Changes?*, 92 *South African Law Journal*, 1975, pp. 368-371.

离婚之时,夫妻共同财产得由离婚法院进行分割,并可在涉讼当事人之间不平均地分割夫妻共有财产。该法还规定,其具有溯及既往的效力,对人效力及于该法生效之前已经缔结婚姻的德意志民主共和国居民,包括在该法生效之前已经移民他国的原居民。主审法院必须确定,支配施佩林夫妇财产权利的法律究竟是其结婚之时的德意志民主共和国法律,还是 1965 年通过的新家庭法。

《莫里斯冲突法》对于准据法在变更情势之下的适用有这样一段论述:

“准据法的变更常常导致冲突法上最为重要、也是最为棘手的时间问题,尤其是当这种变更具有溯及力时,时间问题显得更加重要和棘手。法学学者大多倾向于认为,受诉法院应当完整地适用准据法,包括准据法的过渡性规则。欧洲大陆国家的法院在司法实践中亦普遍持与之相同的立场。这很可能也是英国法院在适用准据法问题上的普遍做法……”^[18]

尽管这一权威论述相当具有说服力,但该案的上诉法院却并没有采纳其作为完整适用 1965 年德意志民主共和国家庭法的依据。上诉法院解释道,之所以适用该法,主要是出于对“正义和便利”的考虑。

上诉法院在该案中改变了准据法于结婚之时即已凝固的立场,认为若准据法之修正案已经生效,且原、被告仍保留原始婚姻住所,则原、被告之间的婚姻关系应当由修改之后的原始婚姻住所地(丈夫结婚之时的住所地)法支配。但是,倘若原、被告业已取得新的婚姻住所,而其婚姻关系仍得受修改之前的原始住所地法支配,则为礼让与常识所不容。施佩林先生(反对适用 1965 年新家庭法)表示支持这一意见。不过,法官并不认为施佩林夫妇已经在南非取得了新的婚姻住所。因此,该案的真正问题在于,修改之后的德意志民主共和国家庭法所具有的溯及力是否应当及于已经放弃住所的前居民。

上诉法院认为,基于正义与便利的考量,在此问题上应当坚持普遍原则,即“外国准据法包括外国(关于新旧法适用的)时际私法或过渡性规则(transitory rules)”^[19]。法院之所以得出这一结论,主要是因为与之相反的结论可能导致法律选择问题更加复杂。法院必须确定配偶是否已经取得新住所,以及在什么时间取得该新住所。由于取得住所涉及的法律问题与事实问题都很复杂,无疑会使该案增加相当大的不确定性。而如果法院一并适用外国准据法的“过渡性法律”,则可以满足对法的稳定性的要求,进而确定支配婚姻关系的准据法——过渡性法律,即修改之后的原始婚姻住所地法中具有溯及力的部分。一旦撇开该过渡性法律不予适用,则重新在原始婚姻住所地设立住所之后,再度离开该住所地的夫妻所处的情势又将如何?一旦不完整地适用准据法,这些难以应付的问题均将无法回避。^[20]

“施佩林诉施佩林案”系单纯的离婚之诉,因此受诉法院可以直接适用丈夫结婚之时

[18] David McClean & Kisch Beevers, *Morris the Conflict of Laws*, 7th ed., 2009, p. 548.

[19] *Sperling v. Sperling*, 1975 (3) South African Law Report 707, 724 (A. D.).

[20] 对此,《民法典草案》第九编第六章第 10 条建议:“依照本法应当适用的法律发生变更的,变更的法律只能适用于在其实施后发生的涉外民事关系,但该法律规定其效力可以溯及既往的除外。”该建议与南非司法实践不谋而合。

的住所地法来确定原、被告之间的夫妻财产关系,并判决涉讼之夫妻财产的归属。但若离婚之诉涉及到夫妻之间互为赠与的实效、相互继承、合同(夫妻之间的合同或者夫妻一方与第三人之间的合同)的效力等,则应当将其分别识别为合同或物权关系、继承关系、合同关系,而适用相应的冲突法规则;还是应当将以上诉因一体识别为婚姻关系的一部分,而径行适用原始婚姻住所地(丈夫结婚之时的住所地)法?在这个问题上,“鲍威尔诉鲍威尔案”(Powell v. Powell)^[21]为我们提供了一个视角。

四 夫妻互为赠与的法律适用

“鲍威尔诉鲍威尔案”的当事人鲍威尔夫妇的最初住所地在英格兰,彼此之间的夫妻财产关系因此得由英格兰法支配。后来其定居南非,其间原告鲍威尔先生买了一部小汽车送给被告鲍威尔太太。鲍威尔夫妇离婚后,鲍威尔先生宣布撤销赠与,并主张对小汽车的所有权。根据南非法的相关规定,夫妻之间不得互为赠与,故鲍威尔先生有权请求鲍威尔太太返还财产;但是根据英格兰法,该项赠与合法有效,故鲍威尔太太是小汽车的所有人。

被告鲍威尔太太辩称,夫妻财产关系应当由婚姻缔结地法支配,因此是否禁止夫妻之间相互赠与得由婚姻缔结地法(英格兰法)决定。但受诉法院认为,赠与是合同关系,适用“禁止夫妻之间互为赠与”之原则,因此驳回了被告的抗辩。法院就这一识别解释道,“禁止夫妻之间互为赠与”之原则得支配夫妻之间缔结“赠与合同”的能力,该项原则既无关配偶的财产权利,也无关由婚姻缔结地法所产生的既得财产权利,因此涉诉赠与行为属于合同问题而非夫妻财产关系问题,应当适用合同准据法确定其效力。由于赠与行为发生之时原、被告的共同住所地是南非,小汽车的使用地点也是南非,因此赠与合同的准据法无疑应当是南非法。此外,法院更进一步解释道,尽管法律禁止夫妻之间相互赠与的立法初衷在于限制“慷慨无度”的浪费行为,然而现代法律制度之所以保留该项原则,却是出于保护善意第三人(债权人)的利益使然。最终,原告鲍威尔先生胜诉。

“鲍威尔诉鲍威尔案”的判决结果在南非国际私法理论界与司法实务界得到普遍认同,但法院的判决理由却遭到学者批评。批评者首先肯定,法院拒绝将禁止夫妻之间互为赠与视为调整夫妻财产关系原则的决定是正确的,但同时指出,夫妻之间互为赠与的行为不是合同行为,而应当是物权行为。批评者就这两点意见解释道:其一,依据南非法,不论夫妻财产是否由夫妻双方共有,禁止夫妻之间相互赠与之原则均得无条件适用,而且主要适用于夫妻财产分别制的情况。对于夫妻一方或双方的债权人,或惯于为配偶花钱的另一方配偶而言,即使原始婚姻住所地法允许夫妻间互为赠与,其利益也应当受到公平保护。^[22]其二,夫妻之间不存在合同,夫妻互为赠与的行为仅仅涉及财产转移,所以应当是物权行为。在此情形之下,适用物之所在地法或者赠与发生之时的夫妻共同住所地法都

[21] 1953 (4) South African Law Report 380 (W).

[22] H. R. Hahlo, *The South African Law of Husband and Wife*, Juta Academic Publishers, 4th ed., 1975, pp. 128 - 130.

是合理的。南非既是物之所在地又是夫妻当时的住所地,因此适用南非法是合理的。^[23]

五 《涉外民事关系法律适用法》第 24 条的相关问题

我国《涉外民事关系法律适用法》第 24 条(以下简称“第 24 条”)规定:“夫妻财产关系,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。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。”

在确定夫妻财产关系的准据法方面,第 24 条与南非冲突法有相似的一面:一是将当事人意思自治作为首要连结点,尊重当事人的意思自由,但均未对支配该法律选择的准据法(例如婚前合同的准据法)的确定做出明确规定;二是强调夫妻财产关系的身份关系属性,在当事人未选择准据法时排除物权法则的适用。尽管如此,二者的差异却也显而易见。

首先,就意思自治原则的适用而言,二者的差异体现在选择范围、选择时间和选择方式等方面:(1)在选择范围上,南非冲突法不限制准据法的选择范围,第 24 条则把准据法的选择范围限制在当事人一方的住所地法、本国法和主要财产所在地法之内。(2)在选择时间上,南非法律原则上要求当事人于婚前约定夫妻财产关系,第 24 条对此则未做限制。(3)在选择方式上,南非法律原则上要求当事人以书面形式选择支配夫妻财产关系的准据法,第 24 条则未做类似限制。^[24]

其次,就当事人没有选择准据法的情况而言,二者的差异体现在冲突规则的类型和连结点的选择,以及夫妻互为赠与的准据法的确定等方面:(1)在冲突规则的类型上,南非冲突法采用的是双边冲突规则,即夫妻财产关系适用丈夫结婚之时的住所地法;第 24 条采用的则是有条件选择的冲突规则。(2)在连结点的选择上,南非冲突法把丈夫结婚之时的住所地作为唯一的连结点;第 24 条则依次将当事人的共同经常居住地和共同本国作为连结点,且未对该动态连结点做固化处理。(3)在夫妻互为赠与问题上,南非法院将之识别为合同关系,适用合同准据法,理论界则认为应该将其识别为物权关系,适用物之所在地法或赠与行为发生之时赠与人的住所地法;第 24 条对此则未予明确。

(一)意思自治原则的适用

(1)选择范围。在准据法的选择范围方面,南非冲突法是开放式的,对准据法的选择不加限制;第 24 条则是封闭式的,选择范围仅限于共同经常居住地法、共同本国法和主要财产所在地法,类似于 1978 年《关于夫妻财产关系法律适用的海牙公约》(Hague Convention on Matrimonial Property Relation,以下简称《海牙公约》)第 3 条。相比之下,第 24 条更易预见也更稳定,且兼顾夫妻财产关系的双重属性,更易于避免产生跛脚的夫妻财产关

[23] Peter B. Kutner, *Common Law in Southern Africa—Conflict of Laws and Torts Precedents*, Greenwood Press, 1990, p. 101.

[24] 《涉外民事关系法律适用法》第 4 条规定:“当事人可以依照法律规定明示选择涉外民事关系适用的法律。”

系,更有利于判决的承认和执行。

(2)选择时间。南非法律允许夫妻在婚前选择支配夫妻财产关系的准据法,并可在婚后变更该选择,但婚后变更夫妻财产关系的手续异常繁琐复杂,耗时费力;^[25]第24条则无此要求。相比之下,第24条更灵活、更宽松,但同时也存在易变动、不稳定的问题。这一问题直接影响到对善意第三人的保护。第24条在尊重夫妻意思自治的同时,没有兼顾善意第三人的权利,不能不说是一个遗憾。

(3)选择方式。南非冲突法原则上要求法律选择以书面形式表达,同时有限度地承认书面形式之外的明示方式。《涉外民事关系法律适用法》第4条规定,当事人得明示选择准据法,但如何理解“明示”尚未可知。笔者认为,南非冲突法的做法是可以借鉴的。

(二)冲突规则的设计

在确定夫妻财产关系的问题上,南非采用的是双边冲突法规则,唯一的连结点是丈夫结婚之时的住所;而第24条采用的则是有条件选择适用的冲突法规则,连结点仅限于夫妻共同经常居所地和夫妻共同本国,且前者优于后者。双边冲突规则不仅体现了对内、外国法律的平等对待,还满足了对夫妻财产关系稳定性的要求。当然,把丈夫结婚之时的住所地法作为夫妻财产关系法律适用的唯一连结因素,体现了典型的夫权主义传统和立场,虽然符合法律对稳定性的要求,但难免有歧视女性、有失公平之嫌,不符合重视性别平等的现代思想潮流,甚至也不符合《南非宪法》第9条明文规定的性别平等原则。不过,对于一向重视法律确定性和稳定性的南非而言,目前似乎还没有一项能够更好地兼顾稳定性、灵活性和公平性,可以取而代之的新冲突规则。^[26]相比之下,第24条更为灵活,准据法的选择余地更大。一方面,第24条是有条件选择的冲突规则,在一定程度上更易兼顾对公平性和法律稳定性的要求,避免因无条件选择准据法而造成的法律适用上的不确定性;但另一方面,第24条采用的连结点都是动态的、可变的,因此它所援引的准据法实际是可变的、不稳定的。此外,与为追求法律关系稳定性而不惜牺牲性别平等原则的南非冲突法不同,第24条恪守性别平等原则,在夫妻双方既无共同国籍又无共同惯常居所时,并不硬性指定某一客观连结点确定准据法,而将该问题交由“最密切联系原则”补充救济,具体问题具体分析。^[27]不难发现,在连结点选择和冲突规则设计方面,第24条表现出比南非冲突法更大的灵活性和更高超的立法技术,与此同时又不失法律选择的公平性与稳定性。美中不足之处则在于,放任动态连结点的可变性和准据法的不确定性,未能兼顾善意第三人的权利保护。

[25] 根据《南非夫妻财产关系法》的相关规定,夫妻婚后向法院申请变更夫妻财产关系,但需满足三项要件:(1)有正当理由;(2)知会债权人;(3)不损害其他任何人的权利或利益。实践中,夫妻得向高等法院提出变更夫妻财产关系的申请,获准之后制作相关法律文书并登记造册,并在《政府简报》和当地报纸上公示,用挂号信方式通知债权人等。参见 Muhammad Abduroof, Changing Your Matrimonial Property Regime from In Community of Property to Out of Community of Property, http://www.ourlawyer.co.za/changing_matrimonial_property_regime.htm, 访问时间:2015年6月30日。

[26] Nicolene Schoeman, The Legal Consequences of a Marriage Concluded outside Your Country of Domicile, p. 2, <http://www.schoemanlaw.co.za/wp-content/uploads/The-legal-consequences-of-a-marriage-concluded-outside-your-country-of-domicile.pdf>, 访问时间:2015年6月30日。

[27] 参见《涉外民事关系法律适用法》第2条。

值得一提的是,在确定夫妻财产关系准据法的问题上,《海牙公约》的立法经验颇值借鉴。该公约采用结合式和有条件选择型连结点,设计复杂的冲突规则,确定夫妻财产关系的准据法。首先,采用有条件选择型连结点,将主观连结点置于客观连结点之上,夫妻财产关系首先取决于当事人意思自治。^[28] 其次,结合主客观两类连结点,把主观连结点的选择范围限定在若干特定客观连结点(包括一方配偶于选择准据法之时的本国、惯常居所地、即将于婚后取得的新的惯常居所地、不动产所在地)范围之内,且针对客观连结点的动态特点,通过时间上的限制做固化处理,以便兼顾稳定法律关系。^[29] 第三,在当事人未选择准据法的情况下,再次选用结合式连结点,结合夫妻婚后首个共同惯常居所地和婚后共同本国,有条件地适用夫妻共同惯常居所地法或共同本国法,确定夫妻财产关系的准据法;在当事人既无共同国籍,又无共同惯常居所的情况下,适用最密切联系原则,确定夫妻财产关系准据法。^[30] 结合式连结点的运用和对动态连结点的固化处理,易于防止法律规避,避免产生跛脚的身份关系,起到维护身份关系稳定性的作用。

(三) 不动产物权的准据法

根据南非冲突法规则,夫妻财产关系得由丈夫结婚之时的住所地法支配,其中不动产物权关系亦得由夫妻财产关系准据法支配。在《涉外民事关系法律适用法》的立法过程中,《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)和《民法典草案》均提出了与此不同的立法建议。^[31] 但第 24 条最终没有采纳《示范法》和《民法典草案》的建议,而是像南非冲突法一样,把夫妻财产关系识别为身份问题,准用属人法,排除物权法则的适用。这一做法与《海牙公约》的规定也是一致的。^[32]

在确定夫妻财产关系准据法的问题上,南非冲突法在夫妻财产关系问题上坚持同一制,即不问动产或不动产,夫妻财产关系均得由丈夫结婚之时的住所地法支配。这一立场与萨维尼的观点完全一致。萨维尼认为,尽管本地法的选择必须基于自愿服从,但不能当然假定存在着夫妻双方有意由偶然情况来安排他们财产的可能性,不论财产之一部分是否由位于国外的不动产构成;各部分财产由不同法律支配的做法会导致很大的困惑和不确定性,不能认为这是夫妻双方可能的意图。^[33] 笔者认为,从理论上讲,夫妻财产关系中的不动产物权关系是婚姻关系的一部分,应当由婚姻关系准据法支配的观点是可以成立的。首先,这一观点完全符合对法律稳定性的要求,法律适用简单、便利。其次,夫妻财产关系在理论上属于婚姻、家庭法范畴,而非物权法范畴。同样地,《示范法》也将夫妻财产关系编入“婚姻家庭”章节,而非“物权”章节。因此,将夫妻财产关系中的涉不动产物权

[28] 参见《关于夫妻财产关系法律适用的海牙公约》第 3 条第 1 款。

[29] 参见《关于夫妻财产关系法律适用的海牙公约》第 3 条第 2、4 款。

[30] 参见《关于夫妻财产关系法律适用的海牙公约》第 4 条。

[31] 此前,《中华人民共和国国际私法示范法》第 136 条和《民法典草案》第九编第六章第 64 条均建议:夫妻财产关系,适用当事人协商一致并以明示方式选择的法律;当事人没有选择法律的,适用其共同本国法;无共同国籍的,适用其共同住所地法;无共同住所的,适用其共同惯常居所地法;无共同惯常居所的,适用其婚姻缔结地法或者受理身份争议的法院地法,但涉及不动产的适用不动产所在地法。

[32] 参见《关于夫妻财产关系的法律适用的海牙公约》第 3 条第 3 款。

[33] 参见[德]弗里德里希·冯·萨维尼著:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元、张茂、吕国民、郑远民、程卫东译,法律出版社 1999 年版,第 178 页。

问题识别为婚姻关系一部分,适用支配婚姻关系的准据法,至少在理论上并无不妥。退一步讲,即使作为物权关系客体,夫妻财产中的不动产也不是一般的不动产,而是与身份密切相关的不动产。换言之,这部分不动产是“特殊的”不动产,在夫妻之间形成的不动产物权关系也是“特殊的”不动产物权关系。依据特别法优于一般法的原理,这部分不动产物权关系应当归属于婚姻家庭法范畴,优先适用婚姻家庭法,而不是物权法。同理,涉外夫妻财产关系中的不动产权物权关系,应当归属于夫妻关系范畴,由夫妻属人法而非物权法则支配。正如萨维尼所言,立法者所关注的对象是在其领土内生活的夫妻关系,而不是其财产所在的位置。^[34] 第三,从真实、密切之联系的角度而言,涉外离婚之诉所涉及的不动产物权问题充其量不过是所有权的归属,并不直接影响对不动产的实际管领和处分,这种情况尚不足以证明不动产之所有权与不动产所在地有“真实、密切”之联系,从而应当由不动产所在地法支配。当然,不能否认,实践中根据属人法做成的判决往往不易在不动产所在地国得到承认与执行,这也正是同一制无法回避的一大现实问题。《示范法》和《民法典草案》之所以在该问题上采用区别制,恐怕也正是基于对判决实效的考虑。

(四)婚前合同的效力与夫妻互为赠与

南非冲突法规则允许夫妻双方以婚前合同形式选择支配夫妻财产关系的准据法。至于婚前合同的效力,则需要具体问题具体分析。从南非法院的司法实践来看,如果婚前合同不涉及第三人的权利和利益,法院一般适用法院地法确定合同效力,例如“米尔本诉米尔本案”。进而言之,只要婚前合同无关第三人的权利和利益,南非法院一般都尊重夫妻双方的意思表示,而不拘泥于形式要求,例如“拉热斯诉拉热斯案”。反之,如果婚前合同关涉善意第三人的权利和利益,则婚前合同必须以书面形式做成,否则不得对抗善意第三人。第24条规定,夫妻可以协议选择夫妻一方的经常居住地法、本国法或主要财产所在地法。显然,第24条充分尊重当事人意思自由,不仅不拘泥于具体的法律选择形式(明示方式即可),甚至不拘泥于法律选择的时间。这里的问题是:(1)如何保护善意第三人的权利和利益?(2)如何确定婚前合同的准据法?(3)如何识别夫妻互为赠与?

首先,法律选择的时间、范围和方式。为维护夫妻财产关系的稳定性,保护善意第三人起见,法律有必要限制当事人选择夫妻财产关系准据法的时间和方式,以防止债务人通过变更国籍、住所、惯常居所等动态连结点,变动夫妻财产关系,达到恶意逃债的目的。在法律选择时间方面,可以借鉴南非冲突法、《海牙公约》以及《欧盟夫妻财产关系的法律适用绿皮书》(Green Paper on Matrimonial Property Regimes, 2006)的建议,将夫妻选择准据法的时间限定在婚前;或者不限制法律选择时间,但区别对待婚前选择和婚后选择的法律要求,增加婚后选择的法律成本,以保护善意第三人。在法律选择范围方面,可以借鉴《海牙公约》,将选择范围限制为当事人结婚之时的属人法或者婚后的首个惯常居所地法,通过固化动态连结点,稳定夫妻财产关系。在选择方式方面,我国法律仅要求当事人明示选择准据法即可,无需公示、公证。笔者认为,可以考虑借鉴前述南非冲突法实践,区

[34] 参见[德]弗里德里希·冯·萨维尼著:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元、张茂、吕国民、郑远民、程卫东译,法律出版社1999年版,第182页。

别对待法律选择的内部效力与外部效力。

其次,婚前合同准据法的确定。鉴于婚前合同不以当事人之间存在夫妻关系为前提,笔者认为可以准用合同自体法。

最后,夫妻互为赠与既是我国立法的盲点,也是我国理论研究的弱点。这里有一个定性的问题。首先,夫妻互为赠与是否属于夫妻财产关系?南非法院和国际私法学者们都认为夫妻互为赠与不是夫妻财产关系,不适用夫妻共同属人法。其次,如果它不是夫妻财产关系,那么它是或者应当是什么法律关系?南非法院认为这是合同关系,应当适用与合同有最密切联系的法律;相反地,学术界则认为这是物权关系,应当适用物之所在地法,或赠与发生时赠与人的住所地法。第 24 条和我国《婚姻法》均未就夫妻互为赠与问题加以规范;《合同法》虽然将赠与视为合同,但《合同法》是否适用于夫妻赠与是有疑问的。值得一提的是,《示范法》也将赠与识别为合同,但在法律选择方面则与南非冲突法学者们的意见相似,认为应当“适用赠与人住所地法或惯常居所地法”,^[35]而非准用合同自体法。而如果将夫妻互为赠与识别为物权关系,则根据我国《涉外民事关系法律适用法》的规定,不动产物权适用不动产物权所在地法(第 36 条);动产物权适用当事人约定的法律,当事人没有选择的适用法律事实发生时动产所在地法律(第 37 条);运输中动产物权适用当事人约定的法律,当事人没有选择的适用运输目的地法律(第 38 条);有价证券适用有价证券权利实现地法律,或者其他与该有价证券有最密切联系的法律(第 39 条)。

[Abstract] As far as the choice of law governing foreign-related matrimonial property is concerned, the private international law of South Africa attaches great importance to the stability of civil relationship and judicial convenience. The conflict rule that designates the law governing the matrimonial property is not an exception. In accordance with South African law on conflicts of laws, matrimonial property shall be governed by the law of the husband's domicile at the time when the couple marries. Nevertheless, the couple may choose the law to govern their property but that choice shall not work against a third party unless it is made in written form. Where the governing law (including provisional rules) changes, it is generally the new law that is applied. In addition, South African law absolutely forbids grant between husband and wife. South African judges sometimes take such grant as contract and apply the law which has the most significant relationship with it whereas law professors believe it to be property and subject to *lex loci rei sitae* or the law where the couple is domiciled when it happens.

(责任编辑:廖凡)

[35] 《中华人民共和国国际私法示范法》第 101 条第 19 项。