

■ 国际法

法律行为方式的法律适用原则新发展

邓 杰

(华侨大学 法学院, 福建 泉州 362021)

[作者简介] 邓 杰(1972-), 女, 湖北松滋人, 华侨大学法学院副教授, 武汉大学法学博士, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 在法律行为方式的法律适用上, 各国已日益放弃传统单一、僵硬的行为地法原则, 而采用一种更趋宽松、灵活的法律适用原则或规则。之所以出现这种新的发展趋势, 不仅有其理论基础, 更有其实践需要, 且不乏其相应的技术支撑。对此作客观、理性、深入的分析和思考, 无疑有助于我们在更好地了解和掌握国际私法普遍发展规律的基础上, 积极推动国际私法相关理论、立法和实践的进一步发展和完善。

[关键词] 法律行为方式; 法律适用; 新发展

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)03-0382-05

一、法律行为方式传统的法律适用原则及其理论依据

(一) 法律行为方式传统的法律适用原则——行为地法原则

法律行为方式传统的法律适用原则, 就是依“场所支配行为”原则确立的行为地法原则。“场所支配行为”原则是法则区别说时期创立的一项古老原则, 一直沿用至今, 已为各国学说和立法所承认和采纳。不过, 对于该原则的性质, 各国之间向来存在不同的理解和认识: 有学者认为它是“各国普遍承认的习惯法”或“不存在争执的原则”, 具有强行法的性质, 应绝对适用于法律行为的方式, 即对法律行为的方式必须严格依照该原则适用行为地法。阿根廷、智利、古巴、哥伦比亚、洪都拉斯等中南美洲国家及荷兰、西班牙等国即采此观点和做法。另有学者则认为它是一项任意性规范, 因而主张采相对的选择适用主义, 即法律行为的方式既可以适用行为地法, 也可以在一定条件下选择适用其他法律。从当今的国际私法立法和实践来看, 绝对采行为地法主义者已呈日渐减少的趋势, 各国大都倾向于认为“场所支配行为”原则只是一项任意性规范, 可以选择适用。

(二) 行为地法原则的理论依据

对于法律行为的方式应适用行为地法, 不同历史时期的学者从不同的角度提出了他们各自的学说和理论, 都力图论证或阐明法律行为方式适用行为地法的必要性、合理性和可行性。其中, 较有代表性的学说主要有以下几种^[1] (第 317-319 页): 第一, 法则区别说认为, 法律关系可分为属人、属物、属行为三种, 各依其所支配的法律, 凡发生法律行为问题时, 则不区分形式问题或实质问题, 均以行为地法为准; 第二, 主权说为属地主义者所主张, 偏重国家领土主权观念, 认为法律是国家主权运用的结果, 因而凡在行为地所为的法律行为都不可不服从该地的主权, 法律行为的形式或方式自然就应依行为地法确立; 第三, 意思服从说认为, 当事人在行为地为法律行为, 即可推定当事人有服从行为地法的意思, 所以法律行

为的方式依行为地法,实际上是依当事人的意思而决定的;第四,各国默认说认为,法律行为方式依行为地法的法律适用原则,不仅久已确立,而且早已为各国法律所共同接受和采纳,各国无不承认其效力;第五,证明便利说认为,法律行为的方式原本就是为了确定当事人的意思表示并期能对日后有所证明,而其中证明最便利者莫过于行为地法;第六,便宜说认为,当今国际社会内、外国人交往频繁,内国人在外国为法律行为或外国人在内国为法律行为的情形日益增多,从便利的角度出发,法律行为的方式依当事人的本国法显然已不合时宜,不能顺应时势,所以应以行为地法为其准据法。

(三) 评价

应该说,上述这些学说和理论都从某一个方面阐释了法律行为尤其是法律行为的方式适用行为地法的合理性,一定程度上揭示了法律行为与行为地及行为地法之间某种内在的、实质的联系。正是基于这些学说和理论,行为地法原则才最终得以确立并在国际上广为推行和采用。而且,即使是在今天,虽由于各种原因,法律行为与行为地或行为地法之间的联系已逐渐淡化、松散,但行为地法原则仍是各国普遍接受和采纳的一项用于解决法律行为法律冲突的重要原则和有效原则,行为地法在很多情况下仍存在其必须适用的合理空间。只是,该原则已逐渐不再是惟一可作为确定法律行为尤其是法律行为方式准据法的法律适用原则,在它之外,早已开始有了更多其他的选择;对它的适用,也早已开始有了越来越多的例外。

二、法律行为方式法律适用原则的新发展

法律行为方式法律适用原则不断发展与完善的最直接的表现,就在于冲破了法律行为方式与行为地法之间单一、机械、僵硬的联系,使行为地法之外更广范围内的法律得到考虑和适用,使更趋开放、灵活、科学、合理的法律适用原则得以发展、形成和确立。

(一) 选择适用当事人的共同属人法和行为地法

对于法律行为的方式,原则上应适用行为地法,但若双方当事人国籍相同或在同一个国家有住所或惯常居所,则不妨依其共同的属人法来确定其法律行为应具备的形式或应采取的方式。这样做,相对于固定、简单、机械地只适用行为地法无疑是一个不小的进步。当事人来自同一个国家,在某些场合以其共同的属人法来确定其法律行为的形式或方式,不仅简单便利,而且往往更为公正合理,尤其在以下场合更具积极而重要的意义:(1)行为地难以确定、行为地法不存在或无以证明;(2)行为地的偶然性使行为地法与当事人及其法律关系并无实际联系或仅有松散联系;(3)当事人的共同属人法中规定了不同于行为地法的某种特别的法律行为方式,而当事人所为的法律行为将主要在其本国或住所地国或惯常居所地国产生法律效果。况且,绝对地、不加限制地适用行为地法,必然导致为当事人任意利用选择行为地的自由规避法律提供机会和创造条件。

(二) 选择适用法律行为本身的准据法或行为地法

法律行为本身的准据法,或者说适用于法律行为实质要件的准据法,就是指用来支配法律行为成立与效力的准据法。这项法律适用原则,其实就是主张在行为地法之外,还可以考虑将适用于法律行为实质要件的准据法亦适用于法律行为的方式。这样,不仅法律行为方式的准据法范围得到了扩大,而且对法律行为的方式和实质要件适用同一准据法,也能使法律行为的法律适用得到相应的简化。

将法律行为实质要件的准据法适用于法律行为的方式,如果支配法律行为成立与效力的准据法同一,自不会发生法律适用的困难,但如果法律行为的成立与效力各有其准据法,则应将何者适用于法律行为的方式便成了问题。对此,有的认为法律行为的成立往往取决于法律行为的方式,因而法律行为的方式自应适用行为成立的准据法来解决;有的却认为,既然各国法律确立法律行为方式的目的在于预防诈欺和便于证明,使法律行为的效力更臻明确,这表明法律行为的方式或方式与其效力关系密切,则如

当事人不便依行为地法确定其行为方式时,理应依法律行为效力的准据法^[1](第 320 页)。总之,许多国家已不再局限于场所支配行为原则,而是兼顾到法律行为本身的准据法。

(三) 依“尽量使之有效”的原则确立灵活、多元的法律适用原则

自 20 世纪 30 年代以来,受国际上简式主义思想、意思自治原则的影响,基于尽量使法律行为有效成立的基本政策,各国普遍放弃了对法律行为方式的严格要求。反映在法律行为方式的法律适用上,即表现为对有关的冲突法规则进行软化处理或规定复数连结点以增加准据法可选性的立法趋势,如允许对法律行为的方式选择适用法律行为实质要件的准据法、行为地法、当事人共同的属人法、法院地法和法律关系成立地法等。1946 年《希腊民法典》第 11 条即规定:“法律行为的方式如果符合决定行为内容的法律,或者符合行为地法,或者符合全体当事人的本国法,就认为有效。”1942 年《意大利民法典》则在其第 26 条第 1 款提供了更加广泛的选择:“生前赠与行为或最后遗嘱行为,其方式适用各该行为完成地的法律,或适用支配行为实质的法律,或适用行为人的本国法,或在双方当事人有共同国籍时适用双方的本国法。”

三、关于法律行为方式法律适用原则新发展的几点思考

从上述来看,法律行为方式的法律适用原则是沿着一种从单一到多元、从僵硬到灵活、从盲目到理性的历史轨迹发展演进的,之所以如此,既有其理论基础,更有其实践需要,且不乏其相应的技术支撑:

(一) 国际民商事实践的发展使得行为地法原则的适用日遭淡化和限制

行为地法原则从最初作为适用于法律行为方式的惟一原则到其后的日遭淡化和限制,显然是历史发展的客观规律所决定的,是国际民商事实践发展到不同历史阶段的必然要求。在人类社会开展国际民商事交往与合作的早期,受多方面条件的制约,如交往与合作规模和范围的有限;人们彼此了解和信任程度的不高;交通通讯的不发达以及各种约定俗成的惯例和传统思想的束缚等,使得人们实施的各种活动和行为都无不体现出浓重的地域性色彩,加之当时在法律适用上属地主义更占优势,因而就为法律行为适用行为地法原则的提出和确立提供了充分的法理依据和现实基础,进而奠定了相当长时期里法律行为方式只单一适用行为地法的僵硬格局。但在其后,特别是自 20 世纪直至晚近以来,随着科技特别是通讯技术的迅猛发展以及国际民商事交往与合作实践日益深刻的变化,人们从事国际民商事活动和实施民商事法律行为的方式也开始发生了重大甚至是根本性的变化。例如,早期人们总是习惯于到一个固定的场所(如集市)开展交易并建立法律关系,如传统合同的订立,一般都是由双方当事人到某个特定的地点通过面对面直接对话的方式达成的。应该说,这种传统方式最大的特点就是使得法律行为与行为地之间比较稳固和紧密地联系起来了。换言之,每一个法律行为都因此有了一个与之相对应的行为地,而每一个法律行为的行为地又都相对明确和稳定,这就使得法律行为的方式适用行为地法几乎成了一种最自然、最合理、最便利通常也是最公正的选择。然而,随着国际民商事交往与合作的日益深入和密切,国际民商事关系日益纷繁复杂,在高度发达的交通通讯手段的支撑下,一方面在现实物理空间实施的法律行为与行为地之间的联系越来越偶然和松散,如通过信函、电报、电话、电传、传真等现代通讯手段签订隔地合同已成为当今最为普遍的商业实践,这种情况下要搞清楚合同究竟是在承诺发出地国甲国还是在承诺到达地国乙国生效成立的,绝非易事,即使能搞清楚从而确定一个合同订立地或成立地,则该地点与合同之间究竟存在多少实际联系又常常是值得怀疑、令人担忧的。凡此种种,都使得行为地法的适用日益受到阻碍或质疑。另一方面随着电子商务、网络经济的兴起,人们的活动和行为又通过电子方式延伸到了虚拟网络空间,但由于这是一个全新的无形的无国界的虚拟空间,根本不存在与现实物理空间相对应的场所或地点,亦即活动场所或行为地在这个空间彻底落空了,这又使得行为地法原则的适用再一次受到严重的而且是前所未有的冲击和挑战。

(二) 实体法上“尽量使之有效”的原则要求冲突法上灵活、多元的法律适用原则相对应

如上所述,自20世纪30年代以来,受国际上简式主义思想、意思自治原则的影响,各国都相继在实体法上确立了尽量使法律行为有效成立的基本政策,逐步放弃了对法律行为方式的严格要求。与之相对应,冲突法上则对法律行为方式的法律适用原则和规则作了重要调整和改革:对传统的冲突法规则进行软化处理,放弃单一、机械、盲目适用行为地法的做法;增加法律行为方式法律适用规则中连结点的数量以扩大准据法的可选范围,进而增强法律适用的灵活性和适当性。应该说,就法律行为的方式问题而言,实体法和冲突法晚近出现上述这种原则、规则和政策上的重大改变,绝非偶然也决不容忽视,它既是国际民商事实践进一步发展的必然要求,也是新时期法律理念转变和更新的重要标志,同时还是人类文明进步、法律正义提升的重要体现。而这在合同、婚姻、遗嘱继承领域表现得尤为明显。

1. 合同领域

就合同而言,各国历来就有要求须采严格形式如书面形式的传统,早如几千年前的苏美诺商人曾将其交易的每项合同都以古老的文字刻在湿泥板上,形成镶嵌在石头上的合同;近如17世纪英国曾经盛行的所谓蜡封合同(Contract Under Seal)。古罗马法上也曾竭力推崇形式主义,宣称“形式是自由的天堂”,强调订立合同必须履行特定的仪式,书面合同的成立必须经登记注册。要求合同采书面形式的最主要目的无非是:尽量减少被欺诈的机会以及防止发生争议时对方提供伪证^[3](第305-308页)。然而,随着国际民商事交往与合作的日益扩大和深入,国际民商事流转的速度和国际经济生活的节奏日益加快,这就要求国际民商事交易能够以简单、快捷、高效的方式进行。另外,近年来随着电子商务、网络经济的迅速崛起,以诸如电子数据交换(Electronic Data Interchange,缩写为EDI)、电子邮件(E-mail)之类的电子方式开展交易、签订合同的做法已开始日益盛行,而要适应并促进这种高效率、低成本、高技术、高收益的全新的商务模式或经济模式的健康发展,就必须对这种完全反传统的电子交易方式或合同形式予以承认和保护。

2. 婚姻领域

就婚姻领域的结婚问题而言,结婚作为一种重要的法律行为,亦须通过适当的方式实施方为有效,各国对此也都作了相应的但不尽相同的规定,如要求结婚须采取或可采取仪式制、登记制、混合采用登记制与仪式制、事实婚姻制、领事婚姻制等。不过,各国也都认为相比于结婚的实质问题,结婚的形式或方式问题与一国的重大利益、公序良俗等之间的联系程度没有那么紧密,因而一般可以放宽掌握。况且,结婚主要是双方当事人之间的事情,只要双方达成一致,具体采何种方式,应尊重当事人的选择,法律不必以强制性规定干预太多。实体法上这种开明、自治的思想或理念反映到冲突法上,就表现为对结婚方式确立宽松、灵活的法律适用原则,越来越多的国家已先后放弃单一适用行为地法即婚姻缔结地法或婚姻举行地法的做法,而是采“混合制”,在婚姻缔结地法之外,为结婚方式的法律适用提供更广泛的选择,如当事人的本国法、住所地法、惯常居所地法等。这样做,既有利于婚姻在形式上有效成立,同时还可以有效防止“跛脚婚姻”(Limping Marriage)的产生,从而使当事人及其子女免受痛苦和不幸。

3. 继承领域

就继承领域的遗嘱继承问题而言,遗嘱是立遗嘱人在生前依照法律的规定对其死后事物主要是财产作出安排和处分的一种单方法律行为,体现了立遗嘱人生前最后的愿望和意志。由于遗嘱是一种单方的法律行为,不同于合同、结婚等合意行为;而且,不同的立遗嘱人实施这种法律行为时所处的情况常常多有不同,如有的人在还未面临死亡威胁的时候就早早立下了遗嘱,有的人却直到弥留之际才匆匆立下遗嘱,因此,各国都认为,遗嘱的形式有效性问题,应体现出其自身的特点,不应仅局限于适用一般法律行为方式普遍遵守的行为地法。为此,越来越多的国家开始从遗嘱本身的特征及遗嘱成立的实际情况和需要出发,“以策有利于其方式之成立为其法律政策上之基本意旨”^[4](第326页),打破单一适用行为地法的传统思维和固定模式,扩大或放宽遗嘱方式准据法的范围,尽可能地为遗嘱在方式上有效成立提供支持和创造便利,以成全死者最后的意愿。

总之,对于法律行为方式的法律适用,当今的普遍趋势是:行为地法原则作为一项古老而传统的法

律适用原则,其地位和作用虽已日益淡化和弱化,但仍有其合理适用的空间,并不可全然抛弃和否定,各国在立法和实践中也都仍将其作为一项一般的法律适用原则加以采用,只是为了克服传统法律适用的单一性、机械性、僵硬性和盲目性,在行为地法原则之外,又不断确立了一些新的法律适用原则,以增强法律适用的灵活性、适当性、公平性和合理性,进而支持和保障法律行为的形式有效性。上述这种趋势的产生和形成,当然是前述多方面因素的积累和作用所致。从中不难看出,随着社会的进步、时代的发展、科技的突飞猛进、生活实践的深刻变化、思维和理念的更新,甚至于立法技术的提高,法律制度在不断完善,法律文明程度也在不断提升。应该说,以人为本,不断寻求和确立便利人们法律生活、尊重和满足人们合理愿望、维护人们正当权益,原本就是法律尤其是私法的主旨。

[参 考 文 献]

- [1] 卢 峻. 国际私法之理论与实际 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- [2] 王常营. 中国国际私法理论与实践 [M]. 北京:人民法院出版社, 1993.
- [3] 蒋志培. 网络与电子商务法 [M]. 北京:法律出版社, 2002.
- [4] 刘甲一. 国际私法 [M]. 台北:三民书局, 1983.

(责任编辑 车 英)

Applicable Law Principles in the Form of Legal Act Legal Consideration on New Development

DENG Jie

(Huaqiao University Law School, Quanzhou 362021, Fujian, China)

Biography: DENG Jie (1972-), female Doctor, Associate Professor, Huaqiao University law school, majoring in private international law.

Abstract: When determining the applicable law for the form of legal act, more and more countries have abolished the traditional principles of application of law which are too dull and hard, but establish a set of new principles or rules which are more flexible and reasonable. The above new trend is mainly based on the following factors: theoretical foundation, practical needs and technology support. It is undoubtedly helpful for us to grasp the general developing rule of private international law and also on the basis of which to further the development of the corresponding theory, legislation and practice that we should make a objective, reasonable and deep analysis and consideration.

Key words: form of legal act; application of law; new development