

# 国际私法上的最密切联系原则及其发展

## ——兼论中国国际私法的国际化

邹 志 洪

最密切联系原则是近年来国际上兴起的一条法律选择新原则,本文从历史和现实等角度对该原则的理论和实践进行了深入的探讨,分析了当今国际私法的新的发展方向,并论述了中国国际私法的完善问题。

### 一、历史沿革

所谓最密切联系原则,又称最强联系原则、最有意义联系原则,就是要求在处理某一涉外民事法律关系或涉外民事案件时,不按原来单一、机械的连结因素来决定应适用的法律,而应考察与该案或该法律关系有关的各种因素,找出与该案或该法律关系或有关当事人有最密切联系的法律加以适用。

这种法律适用思想可以最早地追溯到萨维尼的法律关系本座说,萨维尼认为适用于每一法律关系的法律应是依该法律关系本身的性质有其“本座”所在地方的法律,萨维尼理论中的“本座”就是与该法律关系有实质联系的地域,不过依萨维尼的理论,该本座是唯一的、固定的。

在萨维尼理论的基础上,德国学者吉尔克进一步提出了“引力中心”的理论,他认为萨维尼的理论过于模糊,应代之以“引力中心”,但吉尔克也未进一步说明什么是引力中心。

英国国际私法发展了一个富有弹性的概念,即 proper law,根据这一概念,适用于某一法律关系和法律事实的应是最适合于控制特定争议点的标准法律。英国学者威斯特累克认为决定合同真正有效性和效力的法律应是那个与行为有最真实联系的国家的法律。<sup>①</sup>

1971年美国法学会编纂的第二次《冲突法重述》(以下简称《重述》)是最密切联系原则发展史上一个重要的里程碑。在“冲突法革命”中,《重述》的报告人里斯吸收了卡弗斯的“规则选择”和柯里的“政府利益分析”理论中的合理成份,主张对传统的冲突规则进行“改造”,也就是要放弃第一次《重述》中的既得权理论,而代之以最密切联系的思想并以之作为法律选择的指导原则,故里斯被称为“改良的最密切联系学派。”至此,最密切联系原则正式确立起来。

### 二、理论设计与实践模式

围绕使传统规则灵活化及实现公正解决法律冲突这一目的,最密切联系原则采取了以下措施:

1. 以对法律关系或法律事实进行“切割”作为法律选择灵活化的外在条件和基础。最密切联系原则允许对法律关系或法律事实的不同方面和环节分别适用不同准据法,从而加强法律适用的针对性。

2. 对与案件对关联的各种事实和因素进行综合考察。最密切联系原则注重法律关系或行为发展的连续

性,认为不仅应考虑法律关系或法律行为发生时的有关因素,而且应当考虑法律关系或行为发生前的预备活动以及成立后的后续行为中的有关因素,因而考察范围就广泛得多。就合同关系而言,一般考虑的因素有:合同谈判地、缔约地、履行地、标的物所在地、当事人住所、居所、国籍、营业地以及各种与合同谈判、履行有关的细节因素。就身份问题而言,文化纽带、种族、语言、教育、职业、经济状况都应予以考虑。

3. 作用机制上,以法律的主观自由裁量来取代法律指定。法官是司法活动中的主观性灵活因素,最密切联系原则主张由法官自由裁量与案件有最密切联系的法律并以之作为法律选择灵活化的内在动力。事实上正是由于给予了法官较大的自由裁量权,才实现了法律选择的灵活化。所以有学者指出,最密切联系原则从本质上讲是一种法官自由裁量的规范。

由于实行以上措施,在应用最密切联系原则决定法律适用时能适应涉外民事法律关系复杂多变的需要,能针对具体案件决定准据法避免产生不切合实际和不公正的结果,同时也可避免国际私法上反致的产生。

但是这一理论并不是十全十美的,最密切联系原则允许法官自由裁量与案件有最密切联系的法律,但是它不可能详尽地说明具体什么是与案件有最密切联系的法律,第二次《重述》提出“质”的分析的理论,主张依连结点的相对重要性来判断最密切联系,但问题似乎并没有得到解决,因为这一相对重要性仍要由法官来裁定。相反地,各国的实践倒是走出了一些新路子。

在各国的立法和司法实践中,最密切联系原则是通过两种方式实施的:一是把最密切联系原则抽象地作为一条法律选择原则;二是直接把最密切联系作为一种连结因素来指定法律适用。然而各国在这一原则的实践上显出很大的差异性。

首先,根据各国对最密切联系原则的接受程度,可作以下区分:1. 把它作为法律选择的一条指导原则。如美国、奥地利、瑞士等国。奥地利国际私法规第一条规定:(1)与外国有连结的事实私法上,应依与该事实有最强联系的法律裁判。(2)本联邦法规(冲突法)所包括的法律适用的具体规则应认为体现了这一原则。而瑞士国际私法虽然同样地把它作为法律选择的一条指导原则,但在立法技巧上与奥地利立法又有差异,瑞士法仅把它作为法律推定的一种例外,即只有在法规的各个法律选择规则全部不合适时,才适用这种与案件有最密切联系的法律。2. 作为一条法律选择规则适用于特定的法律选择领域。在合同领域中情况尤其如此。中国、联邦德国等国内立法及某些国际公约如1969年比荷卢国际私法条约和1980年欧共体《关于契约债务的法律适用公约》(以下简称1980年欧共体公约)都在合同领域对最密切联系原则作了规定。一些国家还把这种思想推广到解决侵权、多法域国家准据法的确定、夫妻关系、信托、婚姻、国籍及营业所的积极冲突问题。3. 不明确提出采用这一原则,而在实际中却采用之。如南斯拉夫冲突法第20条,虽然在合同的辅助性连结因素确定时未规定以最密切联系原则为一般原则,但对合同的分类列举法律适用时实际上体现了这一原则。

其次,根据对法官自由裁量权的不同态度又可作以下区分:以判例为主要法源的英美法国家重视法官的作用,主张由法官自己根据各种因素来综合分析找出与案件有最密切联系的法律;而传统的大陆成文法国家却更为重视立法者的作用,主要采取了由立法者直接确定各种类型的法律关系的密切联系地的做法。

由于法律关系各领域本身的特点,最密切联系原则在各个领域中的发展也不平衡,其中该原则在合同领域中发展得最为成熟,与其他领域相比,最密切联系原则在合同这一领域的发展具有以下特点:

1. 地位确定。各国在合同领域应用最密切联系原则时都把它作为意思自治原则的补充原则。这一实践已经得到许多国家国内立法司法实践和国际公约的肯定。如美国、英国、瑞士、奥地利、德国、南斯拉夫、中国以及1980年欧共体公约和1985年海牙国际私法会议制定的《国际货物销售合同法律适用公约》等。

2. 灵活化措施突出。英美法国家传统上一直强调法律的伸缩性和法官的作用,在这一原则的应用上灵活性是明显的,即便是在强调法律规定性的成文法国家,也采取了多种灵活化措施:①采用避开条款,即以法官自由裁量与案件有最密切联系的法律作为立法规定的补充。如瑞士国际私法第15条以及南斯拉夫冲突法条例第20条第1款的规定。这种条款被称为避开条款或例外条款。(escape clause or exception clause)<sup>②</sup>允许合同的可分割部分适合各自有最密切联系的法律。至于哪些部分可分以及各自有最密切联系的法律仍由法官裁定。这种规定可见于1980年联邦德国新国际私法第28条第1款以及1980年欧共体公约第4条第1款。在对最密切联系原则进行进一步软化处理的过程中,法官的自由裁量仍是其中的核心。

3. 程度较高,发展充分 在确定最密切联系时采用了“质”的要素分析和特征性履行的标准。英美法国家强调对法律关系要素进行质的分析,认为找出具有决定性意义的连结结点十分重要。威希尔和诺斯曾举出1954年的阿松滋案来说明这一点。该案中法官森格顿认为要找出一条普遍适用的规则是不大可能的。<sup>⑨</sup>

大陆法系国家在采用立法规定各类合同的法律适用时采用了“特征性履行”的标准。所谓特征性履行就是认为“在合同关系所确定的双方当事人权利义务中其中某一方当事人的义务,由于具有某种特殊的社会功能而能使该合同与其他类型的合同区分开来,该方当事人履行其义务的过程就是合同的功能在一定的社会生活中得以实现的过程,而该社会经济生活条件下的法律就是最能使合同的社会功能得以实现的法律。从根本上讲,“特征性履行”这一概念把合同和其存在的社会经济生活环境联系起来了,而这种联系正是我们讲的法律关系与特定法律之间最密切最实际的联系。只不过“特征性履行”的理论强调从合同内部而不是象传统规则那样从合同外部与合同权利义务无关的因素中来探求这种联系。”<sup>⑩</sup>这也正是特征性履行的概念被用来确定与合同有最密切联系的法律的理论依据。在确定合同的特征性履行问题上,各国通常采用了“非金钱给付”的标准,即认为合同当事人的权利义务中,一方支付价金,不足以使该合同与其他合同区分开来,而只是对方当事人的履行才具有某种特定的社会功能,即认为该非金钱给付方的履行是特征性履行。从这种意义上讲,该特征性履行方的住所地或营业地,是当事人活动的中心地域,也通常是该特征性履行的行为地或合同签订地,因此一般认为它就是该合同的最密切联系地。奥地利、联邦德国、瑞士立法以及1980年欧共体公约和1985年海牙公约都采用了这一主张,另外,原德意志民主共和国和匈牙利两国国际私法也实际上采取了这种主张。

通过“特征性履行”来确定最密切联系,从决定哪里是合同缔结地的反复争论中解脱出来,避免了证明履行地以及在履行地和缔约地之间作出选择的麻烦,朝着确定性和可预见性方向迈进了一步。<sup>⑪</sup>同时由于通过特征性履行来推定法律适用是可以被否定的,所以它导致机械化的危险并不大。但是“特征性履行”的理论仅仅在它指向最密切联系的法律时才起作用。

应当看到在80年代新近制定的一些国际私法国内立法和国际条约中,出现了灵活适用特征性履行标准的趋势,很大程度上调和了两大法系之间的分歧,从而使法律的灵活性和结果的合理性得到相应的保障。这一趋势表现为“1. 以“特征性履行”确定与合同有最密切联系的法律为一般原则;2. 以“避开条款”作为“特征性履行”标准的灵活补充;3. 对于适用“特征性履行”标准明显会引起不公正结果的合同,则由法律另作分列而采用其他诸如保护特定当事人利益的政策定向标准来指定与合同有最密切联系的法律。这些措施分别为联邦德国、瑞士的国际私法以及1985年海牙公约所接受,特别是1985年《国际货物销售合同法律适用公约》由于其影响广泛,至少在货物销售合同领域,两大法系在最密切联系原则应用上基本实现了一致。

最密切联系原则在合同领域内发展程度最高,并不是一个历史的偶然现象。这是因为:1. 合同关系一直是民事法律关系中最为重要和复杂的领域。威希尔等学者认为契约种类繁多、问题复杂并带有浓厚的人为色彩、很难确定它究竟与哪一个场所相关联。合同关系一直在一国对外民事经济交往中占着很大比例,而且其中财产流转关系主要是通过合同实现的。合同关系的重要性和复杂性决定了合同的法律适用必须十分灵活。2. 在合同领域,传统的既得权观念和属地主义由于意思自治原则的广泛采用而一直没有占统治地位。合同关系的法律适用与其他领域相比,机械性要相对小一些。3. 从外部条件看,现代合同法的理论已经对各类合同及其本身的问题作了较深层次的研究,这也为划分合同领域法律关系,对合同的各因素和环节进行分割以增强法律选择的针对性和灵活性提供了理论基础。因此,在这个领域内推动变革的内外动力比其他领域大得多。

### 三、中国国际私法实践

我国的国际私法虽然发展起步较晚,但在其发展过程中吸收了一些国际上的先进成果,最密切联系原则就是其中一例。我国在这一原则的采纳和应用上有这样一些特点:

1. 范围广。除将之应用于合同领域之外,在解决国籍及住所的积极冲突、营业所的确定、多法域国家准据法的确定、以及扶养关系等方面都应用这一原则。2. 多层次。除《涉外经济合同法》和《民法通则》两个全国性基本法律对最密切联系原则作了规定之外,最高人民法院还分别通过了《关于适用〈涉外经济合同法〉的若干问题的意见(试行)》等司法文件,扩大了最密切联系原则的适用范围,从而在规范形式上形成了

全国性立法和司法解释这两个互补的层次。3. 规定性和法官自由裁量的灵活结合, 我国的实践强调了从形式上和实质上两个方面来保证这一目的的实现。在实质上, 最高人民法院 1987 年 10 月 19 日通过的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第 2 条第 6 款对 13 类合同的最密切联系地主要依照特征性履行理论作了推定, 同时又规定“但是合同明显地与另一国家或地区的法律有更密切联系时, 人民法院应以另一国家或地区的法律作为处理合同争议的依据。”这一例外条款, 从实质上保证了规定性之下的适当灵活性。从形式上而言, 这一灵活结合表现在我国在确定最密切联系的实践中采取了三种形式: ①完全由法官自由裁量。如对于解决国籍、住所的积极冲突等方面。这种做法的普遍规范形式是“×××适用与××有最密切联系地方的法律。”②有条件的法官自由裁量。由法律提供几种可被认为与某法律关系有最密切联系的法律而由法官在其中选择。如最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》等 189 条规定“父母子女相互之间的扶养、夫妻之间的扶养, 应当适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律, 扶养人与被扶养人的国籍、住所以及供养扶养人的财产所在地均可被视为与被扶养人有最密切的联系。”③法律直接推定。如《涉外经济合同法》的解答中就采用了直接推定 13 类合同法律适用的方式。应当指出, 以上三种形式在实际中往往结合起来使用。例如在合同领域首先用第 1 种方式做一般性规定再用第 3 种方式具体化, 在扶养问题上也是第 1、2 种形式结合起来使用。这样的做法一方面体现了我国立法实践中的国情, 也考虑到了司法实践的需要。由于法官在以上三种方式中地位不同。它们彼此结合, 互为补充, 各显所长, 更有利于充分发挥最密切联系原则的作用。

应当认识到, 在我国, 国际私法的理论和实践还很落后, 在改革开放的形势下, 与涉外民事和经济关系的发展还很不适应, 需要进一步完善的发展。我们认为当前中国国际私法的完善应以“国际化”为目标。在这里“国际化”这一概念有其特定的内涵, 那就是在坚持国家主权的前提下将中国的实践和国际上的普遍实践保持一致或类似。

多年以来, 国际社会发展的历程表明, 一个国家要和整个国际社会的发展保持同步就必须将国内市场、生产、资源面向整个国际社会, 就必须创造一个良好的国内、国际法律环境, 因为资金、技术、商品、人才总是向法律适宜的环境流动, 封闭于国际社会之外也最终会为国际社会所抛弃, 中国改革开放 10 多年的经验教训正是这一认识的绝好证明。

二次大战以后, 尤其是 80 年代以来, 国际社会整体上而言相对稳定, 各国在各个领域逐步由对抗走向对话, 从斗争走向协调, 国际社会成员日益意识到只有在相互协作的形势下, 各国才能顺利地发展, 在法律上也趋向于彼此相互协调, 以促进资金、技术、人才的流动, 因为就投资者而言, 他总是希望能有一个熟悉的, 有利于国际商务活动的法律环境, 这样一则他可以预测自己行为的法律后果, 再者也能利用东道国的法律保护自己的合法利益。最密切联系原则的历史表明, 国际私法上一种先进的制度总是能很快地为各国所接受, 通过各国的努力就国际社会整体而言在国际私法上形成一种“协调化”的趋势, 就各个主权国家而言, 则表现为国际私法的个体“国际化”。这种“协调化”趋势具体表现为: 1. 在国际私法的国内法渊源上, 各国竞相采用较为接近较为通行的制度以求得实质上的同一和协调; 2. 在国际法渊源上, 国际私法的统一化运动蓬勃发展。海牙国际私法会议从 1893 年至今已先后通过了大量的国际私法条约, 另外在美洲, 斯堪的纳维亚国家和欧洲经济共同体也制定了许多区域性统一国际私法条约, 国际联盟和联合国也主持制定了一些公约, 各国通过参加公约, 一定程度上实现了协调。3. 大陆法系和英美法系的许多分歧, 在国际公约中折衷和协调起来成为共同接受的制度。在我国, “国际化”的步伐已经迈开, 在已颁布的《民法通则》、《涉外经济合同法》、《民事诉讼法》及其他法规中都已经开始吸收国际上的最新成果和普遍实践。而且中国也开始积极投入国际私法统一化运动中, 已经加入了一些统一实体法和统一程序法公约。但是不能不承认, 这一步伐远远落后于形势的发展, 在加快改革步伐的今天, 现实已经提出了更多更高的要求, 这也就要求我们的理论和实际工作者不断解放思想为中国国际私法的发展付出更多的艰苦努力。

#### 四、三 点 认 识

1. 最密切联系原则是国际社会民事关系日益复杂化的产物。法律作为一定经济基础之上的上层建筑总是

在不断地反映客观物质生活条件及其变化。二战结束以来现代科学技术的发展极大地促进了国际社会的交往；新的交通，通讯工具的广泛应用使得跨国的经济关系变得迅速起来。在新的世界经济环境下，国际分工和合作不断发展。资金、技术、劳务的跨国流动范围越来越大，整个国际社会的交流活动愈来愈摆脱地域因素的限制。这种现实对作为涉外民事经济关系重要调整工具的国际私法提出了新的要求，要求在法律适用上实现精确化、灵活化、公正化，而传统的冲突规范由于自身的缺陷，难以适应这一要求。正是这一矛盾，推动了最密切联系原则的产生和发展，这也反映出一切事物发展的共同基本规律。

2. 最密切联系原则的出现是法律的规定性与自由裁量权的对立统一在国际私法范围内的体现。任何社会的法律制度都是法律稳定性与变动性的对立统一的产物，在法律实施的过程中，这一矛盾又演变成为规则和自由裁量权之间的调整<sup>⑤</sup>。法律的规定性与自由裁量权之间的关系问题一直是法学领域争论的重大问题。19世纪末以来，随着实用主义哲学的兴起，法学领域内开始鼓吹“人”的经验，夸大法官自由裁量的作用。美国著名法学家、社会法学派代表人物罗斯科·庞德就曾指出“无法司法”的概念。所谓“无法司法”就是强调法官不受任何固定一般规则的约束，享有广泛的自由裁量权。他认为法律的历史始终是在推崇广泛的自由裁量权和坚持严格细致的规则之间来回摆动。正是在实用主义法学思想的影响下，在冲突法领域，美国爆发了一场“革命”。我们认为，在任何社会中，法律一方面必须稳定，为社会秩序提供保障；另一方面，法律又不能静止不变。因为法律规范所赖以产生的社会生活条件在不断地发生变化从而要求法律作出新的调整。不可否认这种调整中法官自由裁量权所起的作用，但只有在规定性和适当的自由裁量权之间才能达到法律稳定性和变动性的统一。基于这种认识，更由于最密切联系原则本质上是一种需要法官自由裁量的规范，在其实施过程中需要对法官自由裁量权进行限制。这一原则发展的历史也证实了这一认识。最早，这一原则萌芽时期，法律适用完全由法律规定；到了第二次《重述》时期，又把法律选择完全交由法官自由裁量；80年代起，瑞士等大陆法国家通过立法对自由裁量权进行相应的限制。所以这一原则在大陆法国家发展的更为成熟。

3. 辩证认识最密切联系原则的作用。最密切联系原则作为一条灵活的法律选择原则作用是明显的，然而必须清醒认识到传统规范仍具有重要价值。里斯在对巴布考克一案的分析中指出，当要维护判决的一致性价值时，就不能仿效巴布考克案的方法。虽然作为一种法律选择思想，这一原则具有重要价值，但把这一原则推广到每一领域未必适合，也没有必要。一般说来不动产继承，婚姻关系都不应用这种方法。利用最密切联系原则对传统规则进行软化处理，其作用是有限的。首先，软化处理并不意味着抛弃传统规则，否则整个国际私法都可以归结为一句话“涉外民事法律关系由与法律有最密切的法律支配。”况且，对于传统规则的改造并不只有这一条路可走，实际上各国还通过增加连结点的数量；或对同类法律关系分别适用不同的连结点的；或对同一法律关系的不同方面、部分、环节规定不同的连结点的等途径来实现对传统规则的改造<sup>⑥</sup>。最密切联系原则也只有配合其他途径才能发挥更大作用。传统的连结点代表着国际私法追求稳定性、确定性、可预见性的目的；而新的开放型连结点（最密切联系原则）则代表着法律规则的灵活性。当今国际社会的现实条件决定了国际私法既不能没有传统的固定连结点，也不能不增加一些开放型的连结点<sup>⑦</sup>。两者在对国际民事法律关系的调整中起着不同的作用，只有两者的结合才能实现冲突规范的任务。

#### 注 释：

① Chesire and North's, Private International Law, 1979, P. 198.

② Morris and North, Cases and Materials On Private International Law, 1984, P. 439-441.

③ Mario Giuliano, Report on the Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Contract Conflicts, 1982, P. 374.

④ P. M. North, Reform, but not Revolution, 1990, P. 186-187.

⑤ 参见罗斯科·庞德：《法律史解释》，第1—6页。

⑥ 参见博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，第142—143页。

⑦⑧ 李双元、张明杰：《论冲突规范的软化处理》，《中国法学》1989年第2期，第112—118页。

（本文责任编辑 车 英）