

# 最密切联系原则及其在我国的适用

许卓嘉

**内容摘要:**最密切联系原则是一种法律适用原则,它代表了国际私法传统性和现代性的融合,是冲突法追求兼顾明确性和灵活性的典范。最密切联系原则为国际私法带来了理念和制度革新,但也存在局限性,需要对其作合理的限制。本文重在立足我国立法与实践,分析最密切联系原则在我国的立法状况和存在的不足,以提出立法方向、总体构造以及具体规则确立的建议。

**关键词:** 最密切联系原则 限制 适用

**Abstract:**The doctrine of the most significant relationship is a kind of doctrine of law application, it stands for the combination of the tradition and the modernity in private international law, it also tells what the conflict law seeks for is giving attention to both the definitude and flexibility. The doctrine of the most significant relationship brings reform of idea and system to international private law, but it also has some shortages which must be restricted in reason, and chiefly the discretion power of the judge. In the world, there are two main kinds of legislation about the doctrine of the most significant relationship, they are the modes of the common law system and the civil law system. The most important part of the thesis is about the practice and legislation of the doctrine of the most significant relationship in China, the article points out the problem of the doctrine of the most significant relationship in China, and makes some suggestions on the direction and the guideline of legislation, and also on the material rules in domains of the contract and the tort.

**Key words:** The doctrine of the most significant relationship Flexibility Restriction Application

最密切联系原则是法律适用的一种代表性理论,它融合了国际私法的传统性和现代性,是冲突法追求兼顾明确性和灵活性的典范。最密切联系原则为国际私法带来了理念和制度革新,但也存在局限性,需要对其作合理的限制。本文试图结合理论和实践分析,为我国最密切联系原则的适用提出有关立法方向、总体构造和具体规则的建议。

## 一、最密切联系原则及其产生

最密切联系原则(The Doctrine of the Most Significant Relationship)是一种法律适用原则,这种原则是法院在审理某一涉外民商事案件时,对各种与该案的法律关系或有关当事人具有联系的因素,进行量和质的综合考量,找出其中与该法律关系或有关当事人有最直接、最本质和最真实的联系的法律加以适用。

最密切联系原则的理论基础可以追溯至萨维尼的“法律关系本座说”,经过历代法学理论的演进和司法实践的推动,最终由里斯在《第二次冲突法重述》中提出了“最密切联系”的概念,主张法院在处理涉外案件时,应适用与案件的事实和当事人有最密切联系的地方的法律,由此创立了最密切联系原则。

传统的国际私法理论主张冲突法的成文化，反对“法官造法”，其价值取向倾向于追求法律规范的明确性、稳定性和结果的一致性。美国“冲突法革命”对传统的冲突法法的“僵固”、“机械”、“呆板”展开了批评，并引入法律的灵活性和适用性的价值倾向。晚近世界各国立法表明两种价值取向走向调和，主张融合法律的“明确性”和“灵活性”。当代国际私法理论与实践的基本共同点，即是普遍重视国际私法的传统性与现代性的融合。<sup>[1]</sup>最密切联系原则就是国际私法规范重视明确性与灵活性相结合的趋势中的产物。

## 二、最密切联系原则的优缺点

最密切联系原则对于整个国际私法领域有着划时代的意义，其优点表现在：

1、最密切联系原则在国际私法中有着至今为止最高层次的价值追求。

传统的国际私法理论的价值取向倾向于追求法律的明确性、稳定性和判决结果的一致性，追求同种类型的案件在同一连接点的指引下适用同一实体法。<sup>[2]</sup>现代国际私法中选择法律不是最终目的，使国际民商事案件得到最合理公正的解决才是最终目的。即实质上的公平正义是国际私法最高层次的价值追求。

而传统的法律选择理论难以体现实质上的公平正义。如依据法则区别说制定法律选择规则时，可能因为言语表达的变化，将没有实质差别的规则区别为不同法则，确定不同的适用效力；依法律关系本座说制定法律选择规则时，也可能会因为对同一法律关系的性质有不同的认定，而难以确定其应归属的本座，或使其归属了不合适的本座。<sup>[3]</sup>

最密切联系原则正是体现了国际私法在形式正义的基础上对实质正义的追求。最密切联系原则能更好地实现法律选择和审判结果的公平正义。其要求对多种联系不断分析、比较、择优，以选择出最合适的法律，又同样关注法律适用结果是否最公正合理，它要求适用的法律能达到最佳效果。

2、最密切联系原则为传统的法律选择理论增添了灵活性。

第一，最密切联系原则使法律选择方法不再停留在管辖权选择层面。其对各种连结因素进行量与质的考量，包容多种联系的同时寻求最合适的一种。避免因循同一法律关系中对应的单一封闭的连结点，对号入座地机械适用法律，而无视法律适用结果能否实现合理公正。

第二，最密切联系原则赋予了法官一定的自由裁量权，有助于结合实际情况对法律选择进行补漏或修正。该原则的灵活性更能适应涉外民商法律关系日益呈现的主体多元化、法律行为空间偶然化等等新特点，使法律适用更加精确和趋于公正合理。

但最密切联系原则的适用也表现出一些局限性：

1、由于各国法律规定、法律传统和理念等均有不同，判断最密切联系原则的标准也各不相同，在一定程度上会导致法律选择结果的不确定性和判定的不一致性，有碍于公正合理的判决的实现。

2、最密切联系原则的灵活性在很大程度上依赖于法官的自由裁量，这需要法官有优秀的职业道德和素质，还需要健全法官遴选制度和司法程序，在缺乏这方面传统或基础的国家难以避免自由

裁量的弊端——权力滥用及潜在的危险。

3、最密切联系原则的运用中，政府利益分析法的利用往往导致国家和政府利益凌驾于其它利益之上，使本应当受到私法保护的当事人个人利益得不到有效保护。

4、法的规范性要求法律对人们如何行为提出明确的指示，法律必须有可预见性。但最密切联系原则缺乏连结点的确定性，其灵活性有可能带来这样的危险：一方面是法官的过分随意使人们对判决结果无法预见，另一方面是导致人们对对应遵守的法律规范无所适从。

### 三、最密切联系原则的限制

由上述可见，灵活性是最密切联系原则的优点，但由于其很大程度上依赖法官的主观能动性，也潜伏着滥用自由裁量权的风险。为此，各国在采用最密切联系原则时，一般都要给予必要的限制，主要的做法有：<sup>[4]</sup>

1、限制适用范围。在大多数国家，立法只在某些领域规定可适用最密切联系原则，主要是合同、侵权和其他少数问题。

2、规定确定最密切联系地的指导原则。代表性做法是美国《第二次冲突法重述》第6条规定了准据法选择可考虑的因素，包括制度、政策、利益的需要，对公正期望的保护，特定法律领域的基本政策，结果的确定性、可预见性和统一性，法律易于认定和适用等。这些成为法官选择法律时的指导原则，对法官自由裁量权起到一定限制作用。

3、对特定问题列举确定最密切联系地时应考虑的连接点。比如在侵权或合同领域中，结合该领域的特点规定几个连结点，从而为确定最密切联系地提供一个较为灵活的依据。在美国《第二次冲突法重述》中第188条就为决定合同问题的法律选择列举了一些连结点：合同缔结地；合同谈判地；合同履行地；合同标的物所在地；当事人的住所、居所、国籍、公司成立地以及营业地。

4、以“遵循先例”原则作限制。在英美法系国家，判例是一种重要的法律渊源，判例确立的规则具有法律效力，法官运用自由裁量权时必须遵循先前判例创立的有关法律选择的规定。“遵循先例”原则由此可对法官适用法律产生影响。

5、以“特征性履行”原则作制约。特征性履行原则（the Doctrine of Characteristic Performance）是指，在双务合同中，如果某一方的履行，反映了该合同的本质特征，则以该方当事人的住所地、惯常居所地或营业所所在地的法律作为合同的准据法。<sup>[5]</sup>大陆法系国家没有遵循先例的法律传统，为了避免法官自由裁量权的滥用，便将“特征性履行”与最密切联系原则结合，使法律适用结果的确定性和可预见性得到一定保障。

6、在特定领域中将最密切联系原则置于辅助性地位。比如，关于合同的法律适用，当事人意思自治是一个首要原则，只有在当事人没有选择合同应适用的法律时，才有可能运用最密切联系原则。

## 四、最密切联系原则在我国的适用

### （一）现状

#### 1、立法概况

在我国，最密切联系原则分散于多部法律和司法解释中。主要是三种情形：（1）补充意思自治原则。如《民法通则》第145条第2款规定：“涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”。（2）适用于少数法律关系。如《民法通则》第148条的规定：“扶养适用与被扶养人有最密切联系国家的法律”。（3）推定适用。如2007年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（以下简称《若干规定》）第5条第3款规定：“如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。”

#### 2、司法实践

最密切联系原则在我国司法实践中主要用于合同案件，其思路是：（1）确认当事人没有选择法律或所作法律选择无效。但我国法院不能以最密切联系原则为据认定当事人作出的法律选择无效。

（2）接着我国法院根据《合同法》第126条和《民法通则》第145条的规定直接适用最密切联系原则。（3）如果案件属于最高院《若干规定》规定的17类合同，法院应直接适用这些规定；反之法院可以根据每个案件的具体情况适用最密切联系原则。对于最密切联系地的确定，我国法律没有任何指导性规定或要求。（4）如果另一国家或者地区与合同或当事人明显地具有更密切的联系，法院可以适用另一国家或地区的法律。<sup>[6]</sup>

#### 3、存在的问题

综合以上，我国对于最密切联系原则的立法和司法实践存在以下问题：

（1）规定分散化。我国对最密切联系原则的规定分散在多个法律和司法解释中，也没有系统的具体实施细则，在各个法律领域中处于较为次要的地位，无法具体发挥作用。

（2）适用范围小。最密切联系原则只适用于合同、国籍、住所、营业地以及扶养等少数问题上，而在日益多样化的侵权等领域并没有启用。原先小范围的法律适用规定无法满足现实需要，法律空白和漏洞会给司法实践带来混乱或无法可依的困难。

（3）考虑因素单一。我国法院在司法实践中一般只考虑事实性连结点，而没有考虑法院地政策、政府利益和个人利益等。如采用特征性履行说的观点，只考虑特征性履行方的营业所所在地或特征履行行为地的法律。这种做法在有时无法照顾到具体个案的特殊情况，不能很好地实现判决结果的公平合理。

（4）分析模式与分析方法片面。我国的分析模式比较片面，停留在从案件到法域的表面分析，而没有分析案件中具体争诉问题与法域或其法律规则之间的关系，比如对合同纠纷案件并没有采用分割方法以寻求适用的法律。法律事实类型被归纳为一些基本情形，比如归为某一类合同，然后适用该种合同特征性履行方营业所所在地法，这样的分析模式有简单划一之嫌。

## （二）立法方向

第一，将最密切联系原则确定为一般性指导原则。我国改革开放初期，涉外民事纠纷多合同案件，最密切联系原则因此最先被引入。随着国际经济合作的不断发展，其他领域的法律冲突问题日益突出，亟需制定法律规范加以调整。在世界上，最密切联系原则也不断被扩展到其他领域，在原有的合同领域上也不断被深化发展。有鉴于此，最密切联系原则在我国未来的立法中应作为一般性指导原则规定下来。

第二，将通过实践检验的规则确立为法律规则。我国立法对最密切联系原则的规定非常笼统，司法解释虽有更详细的规定，但过于依赖司法解释的现象不利于我国冲突法的发展。如果司法解释中的规则经过实践证明是适当的，应及时在立法中采纳。

第三，完善涉外合同的准据法制度。虽然 2007 年最高院《若干规定》在一定程度上弥补了涉外合同案件法律适用规定的空白，但对于涉及社会政策而且较为普遍的合同缺少规定，如消费者合同等，法律适用考虑的因素仍较为单一，需要在立法中进一步探讨和改进，以做出更详尽和可行的规定。

第四，在侵权行为等领域启用最密切联系原则。涉外侵权领域的法律问题已发生了巨大变化：第一，涉外侵权涉及的领域从传统的民事侵权发展到海陆空运输侵权、产品责任侵权等等；第二，其中一些侵权行为的责任基础发生转变，由过失责任制度向严格责任制度转变；第三，赔偿责任的范围扩大，不只是物质赔偿，还出现了精神赔偿。<sup>[7]</sup>因此，为了适应侵权法律现象的复杂化，侵权行为法律适用制度也要进一步完善，应该引入最密切联系原则。

## （三）立法建议

### 1、最密切联系原则的总体构造

（1）一般指导性原则。我国应对最密切联系原则作一般性的条文规定，建议条文为：对案件的具体争诉问题，本法没有规定法律选择规则的，法院可以适用与案件和当事人有最密切联系国家的法律。如果另一国家或地区的法律比本法规定的法律选择规则指定的法律与案件和当事人有更密切的联系，作为例外，可以适用该具有更密切联系的法律。

（2）如何确定最密切联系地。有学者提出了确定最密切联系地的建议——“综合权衡连结因素”标准，并遵循以下步骤：首先确定案件中相关连结因素，并考察这些因素的分布和数量；其次，对每一个连结因素在特定法律领域的相对重要性进行概括分析，有的连结节点可以单独确定准据法，或者两个连结节点结合起来可以确定准据法；如果经过以上分析仍不能确定最密切联系地，法院要特别考量个案中每个连结节点对具体争诉问题有得到广泛承认的确定的准据法，如验货适用检验地法，货款支付前卖方的权利如果存在留置权可以适用请求支付地法；最后，计算和比较分布在不同国家

的连结点的数量，权衡其相对重要性，最终确定最密切联系地。<sup>[8]</sup>

## 2、具体规则的确立

(1) 合同领域。第一，规定合同法律适用的一般原则，并分为两种情况：(1) 当事人做了有效的法律选择，则在充分尊重当事人选择的基础上对意思自治原则施以必要的限制，如规定当事人选择法律的时间、范围、方式以及准据法的范围等；(2) 当事人没有选择法律，或者选择法律无效时，适用最密切联系原则，并通过列举若干连结因素指引法官选择最密切联系地的法律。

第二，设置“例外条款”，为其他法律的适用留下灵活出口。<sup>[9]</sup>如果合同明显地与另一国家或地区的法律具有最密切的关系，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。

第三，将最高院《若干规定》等司法解释中通过实践证明可行的规则确立为法律规则。根据合同不同性质和种类，分别对各类特殊合同的法律适用作出规定，包括在特征性履行标准之外设立特殊的考虑因素等。例如，如果消费者惯常居所地法有特殊保护，合同是通过卖方在该地实施的，消费者合同应受消费者惯常居所地法支配。<sup>[10]</sup>

《中华人民共和国国际私法示范法》为解决以上问题提供了较好的立法示范：第一，当事人没有选择法律的，适用合同的最密切联系地法，并规定一些合同的最密切联系地法的确定规则，即是用特征性履行标准列举了 24 种国际民商事合同的准据法如何确定。这里的最密切联系原则是以特征性履行，保护当事人的特殊需要，以及合同与某个场所的明显联系等因素来确定。第二，在实践中，如果某种特定类型的合同明显地与另外一个国家或地区有更密切的联系，则适用该国或地区的法律。这是考虑到对各类合同分别设定的法律适用规则也不是绝对的，是可以变动的，因此要在法律条文最后作此规定，增强预见性和可行性。

(2) 侵权领域。我国将最密切联系原则运用于合同等领域，还未涉及侵权领域，但理论界公认我国应该在侵权领域适用最密切联系原则。引入最密切联系原则并不是对原来适用侵权行为地法的抛弃，而是一种完善，可参照《示范法》规定：

第一，仍然以侵权行为地法为基本原则，同时规定侵权行为地法包括侵权行为实施地法和侵权结果发生地法，如果两者不一致的，则适用对受害人更为有利的法律。

第二，当侵权行为地以外的其他连结因素与侵权事件具有更密切联系时，适用该更为密切联系地的法律。

第三，对侵权行为进行分类，分别规定准据法。随着高新技术的应用，侵权行为的种类越来越多，性质越来越复杂，在这种现实下，该法将侵权行为按照不同性质分为一般侵权和特殊侵权行为，并对公路交通事故、海事侵权、航空侵权、产品责任、不正当竞争、环境污染、核侵权、诽谤侵权、民事欺诈行为做了法律适用的规定，顺应了当代不同种类的侵权行为。

## 注 释

- [1]韩德培. 国际私法问题专论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2004. 25.
- [2] 姜茹娇, 王娇莺. 论国际私法中法律选择方法的价值追求——兼论最密切联系原则的勃兴与修正[J]. 比较法研究, 2002(03) .
- [3] 沈娟著. 合同准据法理论的解释 [M]. 北京: 法律出版社, 2000 . 113 .
- [4]肖永平. 肖永平论冲突法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002. 208-209.
- [5] 沈娟. 国际私法 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2006. 219.
- [6] 肖永平. 国际私法原理 [M]. 北京: 法律出版社, 2003. 186-187.
- [7] 中国国际私法学会. 中华人民共和国国际私法示范法. [M] 北京: 法律出版社, 2000. 149.
- [8] 肖永平. 最密切联系原则:《美国第二次冲突法重述》与中国法之比较[A]. 中国国际司法与比较法年刊(2006) [C]. 北京: 北京大学出版社, 2007 . 134-135.
- [9]王承志. 美国冲突法重述之晚近发展 [M]. 北京: 法律出版社, 2006 . 265-266.
- [10] 肖永平. 最密切联系原则:《美国第二次冲突法重述》与中国法之比较[A]. 中国国际司法与比较法年刊(2006) [C]. 北京: 北京大学出版社, 2007 . 135-136.

## 参 考 文 献

- 沈娟. 国际私法 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2006.
- 韩德培, 肖永平. 国际私法 (第二版) [M]. 北京: 高等教育出版社、北京大学出版社, 2007.
- 韩德培. 国际私法问题专论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2004.
- 肖永平. 国际私法原理 [M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- 肖永平. 肖永平论冲突法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002.
- 赵相林, 杜新丽. 中国国际私法立法问题研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- 中国国际私法学会. 中华人民共和国国际私法示范法 [M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- 徐冬根. 国际私法趋势论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- 沈娟著. 合同准据法理论的解释 [M]. 北京: 法律出版社, 2000 .
- 李双元. 国际私法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- 屈广清. 国际私法专论 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- 肖永平. 最密切联系原则: 《美国第二次冲突法重述》与中国法之比较 [A]. 中国国际司法与比较法年刊 (2006) [C]. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- 姜茹娇, 王娇莺. 论国际私法中法律选择方法的价值追求——兼论最密切联系原则的勃兴与修正 [J]. 比较法研究, 2002 (03) .
- 徐伟功. 从自由裁量权角度论国际私法中的最密切联系原则 [J]. 法学评论, 2000 (4) .
- 郭树理, 唐燕. 功能主义国际私法与概念主义国际私法之互动——最密切联系原则再认识 (中国国际私法学会 2002 年上海年会交流论文)
- [http://article.chinalawinfo.com/article/user/article\\_display.asp?ArticleID=20088/](http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=20088/)  
2008-2-25.