

关于合同法律适用“最密切联系” 原则的运用方法

王 军*

合同法律适用的最密切联系原则,即适用与合同有最密切联系的国家的法律解决国际合同争议的原则。目前,英美法系国家普遍采纳了这一原则;大陆法系国家不同程度地采纳了这一原则;①苏联、东欧国家和许多发展中国家加入了贯彻这一原则的1985年《国际货物销售合同准据法公约》;②表现出了吸收这一原则的倾向。顺应这一潮流,我国在1985年颁布的《涉外经济合同法》第5条中规定,在涉外经济合同的当事人未选择解决合同争议的法律时,适用与合同有最密切联系的国家的法律,从而使最密切联系原则成为我国解决涉外经济合同争议的一项基本原则。

本文拟说明,英美法系国家和许多已采纳最密切联系原则的大陆法系国家是如何运用最密切联系原则解决国际合同的法律适用问题的,在世界上具有广泛影响的1985年公约是如何对两大法系国家运用最密切联系原则的方法兼收并蓄的,我国又是怎样在广泛吸收两大法系国家和1985年公约运用最密切联系原则的经验的基础上确立我国运用这一原则的方法的。

一、两大法系国家对最密切联系原则的运用

英美国家的法官在依最密切联系原则选择国际合同的适用法律时,采用的是一种高度灵活的方法。英美法官,在审理国际合同案件时,有权依案件的具体情况,就合同与哪一个国家的联系最密切进行客观的裁量。这些法官在选择法律时,既要考虑合同的性质,又要考察合同的各个连结因素(缔约地、合同履行地和当事人双方的所在地等)在各国的分布情况。例如,对于FOB合同,英国法院倾向于适用卖方将货物交给承运人时所在国的法律,③而对于国际保险合同,则倾向于适用保险公司营业地或总部所在地法。④这是依合同的性质确定合同与哪一国的联系最密切。然而,在英国法官看来,无论是“FOB合同适用卖方交货地法”,还是“保险合同适用保险公司营业地或总部所在地法”,都不是不可改变的冲突规范。如果经过对合同连接因素分布情况的考查,发现合同与其他国家的联系更为密切,英国法官就会适用其他国家的法律。例如,如果一个FOB合同的当事人双方都是英国人,英国法官就会认为,该合同实质上是一个英国合同,对它只能适用英国法律;⑤对于一个保险合同,英国法院适用保险公司营业地法或其总部所在地法也要有一个前提,即“没有任何迹象表明,该合同与另一法律制度具有更密切的联系。”⑥

上述运用最密切联系原则的方法的优点是:法官可以依不同案件的不同情况,就合同与哪一个国家的联系最为密切进行客观的分析,这有助于保证法律适用结果的合理性。例如,

* 作者为对外经济贸易大学国际经济法系

当一个 FOB 合同的当事人双方都是英国人时,适用英国法显得更为合理。这是因为,在通常情况下,英国人只了解英国法,所以,法官有理由推定,当事人双方的本意,是依英国法决定他们的权利、义务。反之,在上述情况下,如果机械地适用卖方交货地法,就显得不够合理。

上述运用最密切联系原则的方法的缺陷在于:不同的法官,即使面对情节相同的案件,也可能会选择不同国家的法律。因此,让法官拥有选择法律的裁量权,难以充分保证法律适用结果的确定性。在这种情况下,合同当事人难以预见法律适用的后果;不同的法院,就情节相同的案件作出的法律选择也不容易保持一致。不过,在英美法系国家,存在着遵守先例的传统和发达的判例报告制度。英美法官在审判实践中针对具体案情创立的有关法律选择的规则,能够对后来的审判实践产生影响。在这种情况下,法律适用结果的不确定性在一定程度上被克服了。

与英美法系国家不同的是,许多采纳最密切联系原则的大陆法系国家,主要是以“特征履行”(Characteristic Performance)法律选择方法作为运用最密切联系原则的基本方法的。

特征履行方法的主张者认为,在一个双务合同的双方当事人中,通常只有一方对其合同义务的履行能表现该合同的特征。例如,一个买卖合同的卖方和一个货运合同的承运人对其合同义务的履行,表现了这两种合同的不同特征:前者的履行是交付货物,后者的履行是运送货物,而买方和托运人对其合同义务的履行不能充分反映出这两种合同的不同特征,因为他们的履行主要都是付款。所谓合同的特征履行,就是能表现合同特征的履行。比如,买卖合同的卖方对其交货义务的履行,是买卖合同的特征履行;货运合同的承运人对其运货义务的履行,是货运合同的特征履行。合同法律选择的特征履行方法,就是从实施合同的特征履行的一方当事人的属人法作为解决合同争议的法律。比如,对买卖合同,适用卖方营业地法;对货运合同,适用承运人营业地法;对保险合同,适用保险人营业地法,等等。

早在1926年,波兰国际私法就采用了特征履行方法。1955年,在第7届海牙国际私法会议上通过的《国际有体动产买卖法律适用公约》^①采纳了这一方法。该公约第3条规定,如果当事人未选择法律,“买卖应依卖方收到订单时的惯常居所地国家的国内法”。这一规定将特征履行方法引入了大陆法系国家的司法实践。然而,无论是东欧的波兰国际私法,还是大陆法系的1955年公约,都还没有将特征履行方法同最密切联系原则联系起来。1978年颁布的奥地利《国际私法法规》实现了这一突破。该法规第1条规定了“最强联系”原则;第2条进一步规定,本法规“所包括的适用法律的具体规定,应被认为体现了这一原则”;第36条规定:“主要由一方负担金钱债务的双务合同,依他方有惯常居所的国家的法律。如他是以企业家身份缔约的,则以与合同有关的那个常设营业所代替惯常居所”。上述规定表明,在这部法规中,最密切联系原则是合同法律适用的基本原则,而合同的特征履行是确定合同与哪一国联系最密切的客观依据。目前,这种以特征履行方法作为运用最密切联系原则的基本方法的做法,已经为瑞、法国、联邦德国等国家的国际私法草案所采纳。这样,一种新的运用最密切联系原则的方法在大陆法系国家诞生了。

大陆法系国家比较普遍地采用的贯彻最密切联系原则的特征履行方法与英美法院运用最密切联系原则的灵活方法的不同之处在于:依前一种方法,法官只能依制定法规定的硬性冲突规范选择法律,无权依案件的具体情况,就哪一国与合同的联系最为密切进行裁量;依后

一种方法，法官有权针对不同案件的不同情况，选择他认为与合同联系最密切的国家的法律，尽管他也要受先例的约束，但由先例创立的法律选择规则是可以依情况的变化而加以改变的。

已经采纳最密切联系原则的大陆法系国家之所以比较普遍地以特征履行方法作为运用最密切联系原则的基本方法，一个重要原因是：大陆法系国家的判例法和判例报告制度，不象英美法系国家那样发达；在大陆法系国家也不象在英美法系国家那样，存在着遵守先例的传统。如果让法官在选择法律方面拥有很大的裁量权，很容易造成法官们各行其是的局面，使法律适用结果的确定性得不到保障。

以特征履行方法作为贯彻最密切联系原则的手段，可以保证法律适用结果的确定性，可预见性和一致性。这是特征履行方法优越于英美法系的灵活方法的地方。然而，在某些情况下，采用特征履行方法会导致不合理的法律适用结果。例如，一个买卖合同的当事人双方在买方营业地进行谈判并订立合同，约定在买方营业地交付货物和支付货款。此时，当事人一方的营业地、合同的谈判地和订立地、合同履行地等重要连接因素都集中在买方营业地。如果仍以卖方营业地法为合同准据法，显然是不合理的。

总之，无论是英美法系的灵活方法，还是大陆法系的特征履行方法，都不是完美无缺的。前者注重法律适用结果的合理性，但无法使法律适用结果的确定性得到充分保障；后者强调法律适用结果的确定性，但又在一定程度上忽视了法律适用结果的合理性。今天，如何保留其各自的优点，克服其各自的弊端，以便实现法律适用结果的确定性与合理性的高度统一，已成为两大法系国家，以至世界各国共同面临的课题。

二、1985年海牙公约对最密切联系原则的运用

目前，有关的国际组织已经在若干有关合同法律适用的国际公约中就统一两大法系国家运用最密切联系原则的方法进行了初步尝试。其中，成就最显著，在世界上影响最大的是第14届海牙国际私法会议于1985年制定的《国际货物销售合同准据法公约》。

1985年海牙公约第8条第1款规定，如果合同当事人未选择法律，合同应受卖方在订立合同时设有营业所的国家法律支配。第2款列举了应适用买方缔约时设有营业所国家的法律的3种情况：甲、谈判在该国家进行，并且参加谈判的各当事人在该国订立了合同；乙、合同明确规定卖方须在该国履行其交货义务；丙、合同主要依买方确定的条件和应买方向投标人发出的投标邀请（招标）而订立。第3款规定，作为例外，如果根据整个情况，合同明显地与本条第1款或第2款规定应适用于合同的法律之外的另一法律有更密切的联系，则合同受该另一法律的支配。

上述第1款的规定，是采用特征履行方法的结果。第2款的各项规定，是对第1款规定的变通，目的是克服机械地适用特征履行方法所可能导致的不合理的法律适用结果。总的看，第1款和第2款的规定都是硬性规定，主要体现了大陆法系国家较普遍地采用的运用最密切联系原则的方法。上述第3款的规定是柔性规定，体现了英美法系国家运用最密切联系原则的灵活方法。

《公约》将上述各款规定结合起来加以运用，兼顾了法律适用结果的确定性与合理性。

首先，上述规定有利于保证法律适用结果的确定性。这表现在：

第一、第8条第1款和第2款就适用卖方营业所所在地法和买方营业所所在地法的各种情况分别作出了硬性规定。在现实的国际货物买卖交易中，合同谈判地、订立地和货物交付地在多数情况下，分布在买方或卖方的营业所所在国。此时，买卖合同的主要连接因素——当事人双方的营业地、合同谈判地及订立地、合同履行地，都分布在双方营业所所在国，买卖合同只能或者与卖方营业所所在国有最密切联系，或者与买方营业所所在国有最密切联系。在这种情况下，合同的主要连结因素在这两个国家不论如何分布，依第8条第1款和第2款的规定，都可以就适用哪一国法律解决合同争议找到答案。因此，某一缔约国法院依第8条第3款的柔性冲突规范，适用双方营业所所在国之外的第3国法律的情况实际上是不多的。

第二、第8条第3款中特别加入了“作为例外”、“明显地”与另一法律有更密切的联系的话语，这表明，1985年公约的制定者们的意图是，法官应尽可能依第8条第1款和第2款的硬性规定适用卖方或买方营业所所在国的法律，而不应任意依第3款的规定，适用第3国的法律。

第三、1985年公约第21条第1款6项规定：各缔约国可以对第8条第3款保留适用，除非合同当事人各方都没有在依本项规定作出保留的国家设立营业所。依这一规定，如果买卖双方各自的营业所所在国对第8条第3款都没有作出保留，任何一个缔约国的法院都可依第8条第3款的规定，排除适用第1款和第2款规定适用的法律。但是，如果当事人一方的营业所所在国对第8条第3款作了保留，任何一个缔约国的法院均不得依第8条第3款选择解决合同争议的法律。第21条第1款6项的上述规定，可能会使缔约国法院适用第8条第3款的机会大大减少。

其次，1985年公约在强调法律适用结果的确定的同时，并没有忽视法律适用结果的合理性。这是因为：

第一、第8条第1款和第2款一共规定了4条冲突规范，分别适用于不同的案件情况。这与不同具体案情，对买卖合同一律适用卖方属人法的特征履行方法比较，显然要合理得多。

第二、第8条第1款和第2款的规定虽然都是硬性的，主要体现了大陆法系国家比较普遍地采用的运用最密切联系原则的方法，但第3款的规定却是柔性的，体现了英美法系国家运用最密切联系原则的灵活方法。第3款正是为了确保法律适用结果的合理性而加入《公约》的。

总之，1985年公约比较成功地实现了法律适用结果的确定性与合理性的统一，它把运用最密切联系原则的方法提高到一个新的水平。

三、我国法院对最密切联系原则的运用

1987年10月19日，我国最高人民法院在其发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（下文简称《解答》）中，为我国法院运用最密切联系原则处理涉外经济合同争议制定了一系列具体规则。从这些规则中，可以归纳出我国法院运用最密切联系原则的方法。

首先，已采纳最密切联系原则的大陆法系国家比较普遍地采用的运用最密切联系原则的特征履行方法，是我国法院选择涉外经济合同的适用法律的基本方法。这表现在，对国际货物买卖合同、银行贷款或担保合同、保险合同、加工承揽合同、代理合同、动产租赁合同、

仓储保管公司，分别适用卖方营业所所在地法、贷款银行或担保银行所在地法、保险人营业所所在地法、加工承揽人营业所所在地法、代理人营业所所在地法、出租人营业所所在地法、仓储保管人营业所所在地法。^⑧

以特征履行方法作为我国法院运用最密切联系原则的基本方法，是符合我国的实际情况的。我国是一个受大陆法系传统影响较深的国家。制定法是我国法律的基本渊源，判例法在我国还只是刚刚开始发展。在这种情况下，采用特征履行方法，可以保证法律适用结果的确定性。另一方面，我国实行对外开放政策，扩大对外经济交流的时间还不长。我国法院在审理涉外经济合同案件，处理涉外经济合同的法律适用问题方面，还缺乏足够的经验。此时，让法官依案件的具体情况就适用哪一国法律作出决定，而不事先制定任何可供援引的规则，难以确保办案质量。采用特征履行方法，让法官在一般情况下依硬性的冲突规范选择法律，降低了解决合同法律适用问题的难度，有利于涉外经济合同案件得到顺利的审理。

其次，对国际货物买卖合同，如果合同谈判地和订立地均在买方营业所所在地，或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的，或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务，就适用合同订立时买方营业所所在地法。^⑨显而易见，这一组冲突规范的制定是采纳1985年海牙公约第8条第2款规定的结果。现在，对于国际货物买卖合同我国有了一组，而不是单一的一条硬性的冲突规范。其意义在于：这些冲突规范是针对经常出现的若干种案情制定的，法院能够针对不同的案情，选择采用其中应予适用的冲突规范。这比单纯采用特征履行方法，机械地适用卖方履行地法，更有利于保证法律适用结果的合理性。另一方面，这几条冲突规范都是硬性的，采用这样的冲突规范，不会影响法律适用结果的确定性。

再次，对于以下几个特殊经济合同，我国最高人民法院在《解答》中分别规定了不同的硬性冲突规范：

1. 对不动产租赁、买卖或抵押合同，适用不动产所在地法。^⑩这是一条为各国立法和司法实践普遍确认的冲突规范。欧洲经济共同体成员国在1980年签属的《关于合同之债的法律适用公约》第4条第3款也规定：“如合同的标的为不动产产权，或不动产使用权，应推定与合同有最密切联系的国家为不动产所在地国”。

2. 对劳务合同适用劳务实施地法。^⑪这也是一条为世界各国普遍采纳的冲突规范。《关于合同之债的法律适用公约》就劳务合同的一种——个人雇佣合同，规定了专门的冲突规范。该公约第6条第2款规定，如果合同当事人未作出有效的法律选择，雇佣合同应“适用受雇人履行合同时经常从事其工作的国家的法律，即使他在另一个国家暂时受到雇佣。”

3. 对技术转让合同，工程承包合同、科技咨询或设计合同、成套设备供应合同，分别适用受让人营业所所在地法律、工程所在地法律、委托人营业所所在地法律、设备安装运转地法律。^⑫

这几条冲突规范是从我国实际情况出发，本着有利于我国当事人的原则制定的。由于我国目前仍是一个发展中国家，经济实力和科学技术发展水平还比较落后，同时，我国正处在一个大规模地从国外引进先进技术和设备的时期，因此，在我国当事人与外国当事人订立的技术转让合同、工程承包合同、科技咨询或设计合同、成套设备供应合同中，我国当事人在多数情况下是以受让人、发包人、委托人或设备购买人的身分出现的。适用上述冲突规范，能够增加适用我国法律的机会。一般来说，这对我国当事人是有利的。

以上为不动产租赁和抵押合同、劳务合同、技术转让合同、工程承包合同、科技咨询或设计合同、成套设备供应合同规定的硬性冲突规范，也体现了大陆法系国家比较普遍地采用的运用最密切联系原则的方法。但是，这些冲突规范是针对以上各种合同的特殊性质制定的，是采用特征履行方法的一种例外。与特征履行方法相比，这种依合同的特殊性质规定不同的硬性冲突规范的做法更有利于保证法律适用结果的合理性。

最后，最高人民法院在其《解答》中还规定，如果发现合同明显地与另一国家或地区的法律有更密切的联系，就以另一国家或地区的法律作为处理合同争议的依据。^②这一规定，与1985年公约第8条第3款的规定一样，是采纳英美法系国家运用最密切联系原则的灵活方法的结果。最高法院作出这一规定的目的，是为了克服机械地运用特征履行方法或其他硬性规定方法可能造成的不合理的法律适用结果。

综上所述，最高人民法院在《解答》中规定的运用最密切联系原则的具体规则是在对两大法系国家运用最密切联系原则的方法兼容并包的基础上，特别是采纳1985年海牙公约的最新成果的基础上制定出来的，是以兼顾法律适用结果的确定性和合理性为基本宗旨的，同时也是从我国实际情况出发制定的。这就决定了我国法院运用最密切联系原则的方法的先进性和科学性。

另一方面，也应当看到，除了国际货物买卖合同以外，对于其他各种涉外经济合同，我国法院在决定其与哪一个国家联系最密切时，仍然拥有过大的裁量权。在我国这样一个受大陆法系传统影响较深的国家，让法官拥有选择法律的很大的裁量权，不利于保证法律适用结果的确定性。例如，对于国际保险合同，依最高人民法院的《解答》，我国法官在通常情况下应适用保险人营业地法；如果合同明显地与另一国家有更密切的联系，就应适用另一国家的法律。假定，一个火灾保险合同的投保人的住所在甲国，保险人的营业所在乙国，双方在甲国进行谈判，并签订了合同，对位于甲国的一所房屋进行火灾保险，保险金与赔偿金都在甲国支付。针对这样的案情，我国法院无疑应适用甲国法——投保人的住所地法，而不应适用乙国法——保险人的营业所所在国法。因为除了保险人的营业地位于乙国，合同的其他连结因素都集中在甲国，因而甲国明显地与合同有更密切的联系。但是，假定在上述案件中，合同谈判地和订立地不在甲国而在乙国，或者，保险金和赔偿金不是在甲国支付，而是在乙国支付，能不能说合同明显地与甲国有最密切的联系呢？对于这个问题，不同的法官，可能会做出不同的回答。这样，法律适用结果就会是不确定的。

为避免出现上述结果，我国应仿效1985年海牙公约解决买卖合同法律适用问题的做法，在吸收借鉴国际上的先进制度和归纳总结我国法院解决合同法律适用问题的经验的基础上，逐步为每一种涉外经济合同都制定出一组（而不是一条）分别适用于各种经常发生的案件情况的硬性冲突规范，从而更好地兼顾法律适用结果的确定性和合理性。

注释：

① 例如，已生效的1978年奥地利《国际私法法规》以“最强联系原则”作为法律选择的一项基本原则，瑞士仲裁机关依最密切联系原则解决国际仲裁案件的法律适用问题，尚未生效的瑞士、法国、联邦德国的国际私法草案确认了合同法律适用的最密切联系原则，1980年，由欧洲经济共同体成员国共同制定的（除希腊以外）《关于合同之债的法律适用公约》也采纳了这一原则。

② 这一公约在第14届海牙国际私法会议上通过，参加国有英国、美国等普通法系国家，法国、联邦德国等大陆法系国家、苏联、捷克等社会主义国家，以及广大的发展中国家。我国也加入了该公约。

六、结 论

我国在1979年制订《环境保护法（试行）》时，曾较广泛地比较、借鉴了其他国家尤其是苏联、美国、日本等的环境法律、法令^①但缺乏对各国环境立法背景尤其是环境保护基本法的立法背景的研究，对我国本身的环境保护和环境问题及其发展趋势等起码的立法基础资料即背景材料也缺乏应有的研究和估价。这样，难免存在盲目照搬照抄的倾向，这是《环境保护法（试行）》可执行度低的关键原因。

目前，国务院法制局、国家环境保护局等部门正在组织修订《环境保护法（试行）》。笔者认为，加强对各国（包括中国）环境立法尤其是环境保护基本法立法背景的研究是关键，只有在将中国和其他国家的环境保护及其相关问题的历史、现状及发展趋势进行比较的基础上，才能科学地确定《环境保护法（试行）》内容的去留和增补，从而制订出一部切实可行的适合我国国情的环境保护基本法。

注释：

① Donald R. Kelley, etc. The Economic Superpowers And The Environment, P32, W.H. Freeman and Company, 1976, San Francisco, USA.

② 同上，第110~111页。

③ [苏] B.B. 彼德洛夫等编、黄之英译：《苏联环境保护法概论》，第37页，北京大学出版社，1985年。

④ 同①，第134页。

⑤ 同①，第66页。

⑥ [美] 拉尔夫·亨·布朗著，秦士勉译：《美国历史地理》，第273页，商务印书馆，1973年。

⑦ 陈盛清主编：《外国法制史》，第309页，北京大学出版社，1982年。

⑧⑨ 满颖之主编：《日本经济地理》，第50页，1983年。

⑩ [日] 野村好弘：《日本公害法概论》，第74页，中国环境经济、管理与法学学会出版，1983年。

⑪ 同①，第244页。

⑫ 同⑩，第83页。

⑬⑭⑮⑯ 《中国统计年鉴·1984》，第81、193、195、231页，中国统计出版社，1984年。

⑰ 曲格平：《中国环境问题及其对策》，第109页，中国环境科学出版社，1984年。

⑱ 吴大英、任允正著：《比较立法学》，第35页，法律出版社，1985年。