

论最密切联系原则具体标准的缺失

冯寒松

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年5月25日; 录用日期: 2023年6月8日; 发布日期: 2023年7月27日

摘要

随着“一带一路”倡议的不断深化,我国与沿线国家的经济往来越来越频繁,经济依存关系日渐紧密,由此产生的民商事纠纷也将有所增加,以公平、公正的司法解决这些纠纷,不仅是提升我国司法公信力的重要因素,也是强化我国在“一带一路”建设中主导地位的重要举措。但是目前我国涉外民商事案件中,存在着大量影响我国司法公信力的问题,其中最明显的一个问题就是“本地法化”现象,也就是在我国在涉外民商事案件审判中大量适用法院地法即中国法。该现象的产生原因诸多,本文从最密切联系原则的具体标准缺失的角度,以立法和司法两个方面进行分析探讨,并提出相应的解决措施。

关键词

涉外民商事案件, 最密切联系原则, “本地法化”, 冲突规范

On the Absence of Specific Criteria for the Principle of the Closest Link

Hansong Feng

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: May 25th, 2023; accepted: Jun. 8th, 2023; published: Jul. 27th, 2023

Abstract

With the deepening of the “Belt and Road” initiative, China’s economic exchanges with countries along the route are becoming more and more frequent, and the economic dependence relationship is getting closer and closer, and the resulting civil and commercial disputes will also increase. However, at present, there are a large number of problems affecting the credibility of China’s judiciary in foreign-related civil and commercial cases, the most obvious of which is the phenomenon of “local legalization”, that is, in China, the law of the forum is widely applied in the trial of for-

eign-related civil and commercial cases, that is, Chinese law. There are many reasons for this phenomenon, and this paper analyzes and discusses it from both legislative and judicial aspects from the perspective of the lack of specific standards of the most closely related principle, and proposes corresponding solutions.

Keywords

Foreign-Related Civil and Commercial Cases, The Principle of Closest Linkage, “Local Legalization”, Conflict Norms

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 我国最密切联系原则的立法、司法现状

最密切联系原则是指法院在审理某一涉外民商事案件时，权衡各种与该案当事人具有联系的因素，从中找出与该案具有最密切联系的因素，根据该因素的指引，适用解决该案件的与当事人有最密切联系国家或地区的法律原则。由于国际私法在我国的发展历程较短，相对来说并不十分完善，所以在立法中还有很大的改善空间。在司法中，由于我国法官对涉外民商事案件的审判经验不足，导致了在一些情形之下不能正确理解和适用相关法律。

1.1. 立法现状

以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第四十一条规定为例：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”。该条规定了，在涉外民商事交往中首先尊重和适用当事人通过意思自治原则的选择的法律，在当事人未能协议选择法律时，以特征性履行方法或最密切联系原则确定当事人之间所应适用的法律。这里特征性履行方法虽然与最密切联系原则的适用在字面上是并列关系，但是按照通说从逻辑关系上来看特征性履行方法的存在，是为了准确的适用最密切联系原则[1]。但是目前我国对最密切联系原则的如何具体适用，一直存在立法空缺，只在《最高人民法院关于印发〈第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要〉的通知》(以下简称《会议纪要》)的第五十六条中列举了 17 类合同中最密切联系原则适用的具体标准，但存在的问题是，该会议纪要并非立法或者有效力的法律解释，致使不能直接作为裁判依据。并且该会议纪要的规定，在部分内容上与我国《法律适用法》存在冲突。这便使得该会议纪要既不能作为裁判依据在审判中得到适用，也不能引起法官在审理涉外民商事案件时的重视，去起到规范法官的自由裁量权的作用。这就使得其中最密切联系原则的具体标准的适用成为一纸空话，不能有效的填补立法中相关内容的空白。

1.2. 司法现状

目前我国在涉外民商事案件审判中适用法院地法的比例居高不下，造成这一现象的原因诸多，其中国内绝大多数学者都认为是外国法查明的困难。也是因为外国法查明难度的加大，导致国内法官刻意规避外国法的适用，其主要的规避手段之一就是利用最密切联系原则来适用国内法。有学者抽样选取了 100 份涉外民商事案件的裁判文书，其中适用法院地法的案件 81 份占比 81%，外国法的适用较少[2]，“本

地法化”现象严重，这与我国在“一带一路”倡议中所提出的“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”的理念相悖。

另有学者做出统计在裁判文书主文中引用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条中规定的“适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”条款的案件，最后由于各种原因大多也指向了法院地法^[3]，这便使得该原则的适用结果与其制定目的相反，这也是我国涉外民商事案件审判的最主要的问题之一。

2. 我国最密切联系原则的问题分析

在我国涉外民商事案件中，由于当事人通过意思自治原则协议选择准据法的比例仍不是很高，以及外国法的查明困难等多方面原因，便导致了多数情况下，还是要通过最密切联系原则的指引去寻找所要适用的准据法。

最密切联系原则作为兜底性条款，是对当事人意思自治原则的补充，具有灵活调整涉外民商事法律关系的特点。但是该条款的灵活性在我国的《法律适用法》中不仅没有体现出来，还存在着僵硬死板的问题，从上文中的所引用其他学者的数据来看，无论案件性质如何，似乎只要在我国涉外民商事案件的审判中提及该原则，那么就应当适用法院地法。这与该原则的产生和制定的目的背道而驰。而产生该问题最主要的原因，就是因为该原则的具体标准的缺失，所导致了法官在涉外民商事案件审判中，由于主观和客观上的种种原因，滥用自由裁量权，通过该原则去适用法院地法，造成“本地法化”现象。所以应当从立法或司法两个层面据分析以上问题，并以此分析去提出针对的解决措施。

2.1. 立法层面上的问题分析

完善的法律一方面要具有确定性和可预见性，另一方面还有灵活性，要在二者之中去寻求一个平衡点，这样才能实现法律的最大价值。尤其是在作为国际私法的中最为重要的冲突规范，更是要体现法律的这个两个特性。作为选择准据法的冲突规范，一方面要使当事人对可选择的法律有一个可预见性，另一方面又要能够灵活的调整适用于涉外民商事案件中的准据法。在目前我国“一带一路”倡议的大背景之下，完善的法律既是负责任的大国形象的展示，又是推动涉外民商事交往发展的重要保障。而我国当前《法律适用法》中因缺少最密切联系原则的具体标准，影响着冲突规范价值的发挥，这对我国对外民商事交往是明显不利的。

在我国现行的《法律适用法》中，涉及到最密切联系原则的只有五个法律条文：第二条第二款，确定了最密切联系原则的兜底性地位；第六条，是对于法律选择时遇到适用存在多个法域的国家法律时，应该适用最密切联系原则；第十九条，是关于该原则确定国籍国的规则，显示了该原则弥补漏洞的功能；第三十九条，是该原则关于有价证券领域的适用；第四十一条，是该原则在合同纠纷中的适用。且这五个关于最密切联系原则的法律条文规定得并不够具体，不具有可操作性，给法官的审判工作带来较大的挑战。

例如我国《法律适用法》第四十一条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”，这条规定说明了在当事人没有协议选择准据法时，便适用以特征性履行方法为辅助的最密切联系原则。但仔细看来，它只是在表面上体现了法律的灵活性，看起来是以该原则作为兜底，补充了当事人没有协议选择合同适用准据法时的情形，但是在具体标准缺失的情况下，一个涉民商事案件所包含的联系因素是众多的，哪些才是最有密切联系的？在这一方面法官本来就拥有较大的自由裁量权，而且在当下外国法查明困难，以及出于我国目前法官对于涉外民商事案件审判经验的不足的情况下，就

会很容易的倾向于适用法院地法[4]，造成“本地法化”现象。

最密切联系原则作为冲突规范中确认准据法的重要内容，其设计初衷就是为了增强法律的灵活性，可以在调整涉外民商事关系中去灵活选择准据法，将外国法与内国法在调整涉外民商事案件中平等对待，这也是当代国际私法的精神内核的体现。但是法律的制定不是一蹴而就，我国作为大陆法系国家，并且国际私法在我国产生以及发展，较之西方国家相对滞后，所以我国对于最密切联系原则的运用，应当去通过制定一个具体标准，先提升该原则适用的确定性和可预期性，再在此基础上进一步去提升其灵活性。

2.2. 司法层面上的问题分析

我国的法院在处理涉外案件时有着显而易见的适用法院地法倾向，法院在案件审判过程中认定最密切联系地时几乎只考虑和列举与中国联系密切的因素，结果是大部分案件审判都适用了法院地的法律。这种选择造成的结果就是在将近 95% 的涉外纠纷中都是适用我国的法院地法[5]。这样的情况出现似乎使得最密切联系原则这一作为补充适用的灵活性原则，成为了法官适用法院地法的工具。这样的结果是完全不能接受的，既不符合该原则设立的初衷，也与国际私法平等的精神理念相悖。最密切联系原则的具体标准在立法上的缺失，造成了法官在涉外民商事案件审判中去倾向于利用该原则适用法院地法。

首先法官在对案件的连接点进行识别时，常常带有地域上的主观因素，尤其是在相关连接点复杂或者特征不明显时，法官主观上倾向于适用法院地法。而且最密切联系原则改变了过去传统的管辖权选择方法，采用规则选择方法，即法官要对所选的法律内容及其背后所包含的目的、政策进行分析，决定该规则与案件的紧密程度。在这种分析中政府利益的分析往往具有凌驾一切之上的重要性。这种分析方法也容易导致倾向于选择法院地法。而可以规制法官这种主观倾向的最密切联系原则的具体标准，在我国目前立法中尚属空白。法官在对以涉外民商事案件进行识别时，因为没有具体约束，就会造成自由裁量权的滥用。这种自由裁量权的滥用，就会使最密切联系原则成为一种适用法院地法的工具，丧失了其本应该具有的灵活性。

其次还有一个不能忽视的重要原因，那就是法官审判涉外民商事案件与理解外国法的能力不足问题。国际私法在我国的发展历程较短，并且我国作为大陆法系国家，对于起源于英美法系的国际私法的理解程度不够。这就导致法官在查明外国法时，对于涉及到的准据法法域的理念解释深度不够，这其中还会涉及到英美法系国家的法律制度，而立法对相关技术要素又未予规定，仅凭我国法官技术水平很难接受这一挑战[6]。这也是导致法官在适用最密切联系原则时规避外国法适用的原因之一。

2.3. 最密切联系原则的问题总结

我国目前在涉外民商事案件审判过程中“本地法化”问题突出，该问题应当从立法和司法两个方面进行分析，而且造成该问题的原因也具有复合性。但从我国冲突规范之中的最密切联系原则角度来看，就是因其在立法上具体标准存在缺失，致使司法中存在的各种问题被放大和加剧，造成了“本地法化”现象。所以在分析这个问题时，一定要将最密切联系原则的具体标准缺失作为一个重要因素加以考量。

在司法适用本土化方面，最密切联系原则的具体标准的缺失加剧了司法实践中法官以各方面原因，利用最密切联系原则去适用一个法院地法。这种现象会影响我国对外经济交往中的大国形象，无法为我国与其他国家的交流合作提供一个公平的司法保障，并最终会影响我国的司法公信力。

3. 我国最密切联系原则的完善

上文中分析出了，最密切联系原则在立法和司法中存在的问题，以及与“本地法化”现象的内在逻辑联系。所以该问题的解决也应当以立法和司法协同发力，以立法先行，制定出在涉外民商事案件中可

以明确又灵活适用的规范，又要以相应的措施去规范司法行为，提高法官审理涉外民事案件的能力。最密切联系原则的具体标准的缺失，作为“本地法化”现象产生的重要原因之一，应当引起我们的重视，该问题的解决对克服“本地法化”现象至关重要。

3.1. 立法层面的完善

在2007年我国曾经出台了《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》，该规定第五条详细规定了最密切联系原则的具体适用方式，可惜其已于2013年4月8日被废除。当前对最密切联系原则的具体标准规定，只有上文中所述的《最高人民法院关于印发〈第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要〉的通知》有所列举，但是该会议纪要因为并不是我国正式法律渊源而导致其存在形同虚设。所以目前我国立法层面，对于最密切联系原则的具体标准实属空白。而该原则的正确理解以及运用，恰恰应当以立法为本。并在一般规定中明确最密切联系原则的指导性规则，再在各可以适用最密切联系原则的具体规则之中设立一个具体标准[7]。

首先是在一般规定中明确适用最密切联系原则时的具体情形，以及如何适用最密切联系原则。具体来说包括三种情形：1) 我国《法律适用法》不存在调整该涉外民事法律关系的规范；2) 依据公共秩序保留原则，依照我国《法律适用法》所指引的准据法不能被适用；3) 所应适用的外国法查明不能时。这只有在符合这三种情形之下，才能适用最密切联系原则。这样才能使最密切联系原则更好的发挥其不缺作用，平衡好其确定性和灵活性，使法官在适用该原则时能得到一定指导。

在具体规定中则要充分发挥特征性履行方法的辅助作用，规定出适用最密切联系原则的具体连接点，使最密切联系原则相对有一定的确定性和可操作性。以一般合同为例，首先也要规定最密切联系原则适用的前提，就是要在当事人未选择法律或者未能就选择法律达成一致时的情况下进行适用。其次是将《会议纪要》中五十六条所列举的合同中适用最密切联系原则的具体标准或参考该条规定，将该条规定的内容通过立法程序上升到法律层面。并参照该条具体标准的内容以及格式，对《法律适用法》中其他可以适用最密切联系原则的部分，加以详细规定。

据此可以使在当事人未达成合意，运用最密切联系原则进行补充，加以特征性履行原则的辅助，这样法官在适用最密切联系原则时，可以为其提供了一个具体的标准，提升该原则适用性的适用性程度，以及在一定程度上规范了法官自由裁量权的行使[8]。

3.2. 司法层面的完善

司法上问题的解决，要针对法官这一主体进行讨论。在最密切联系原则的具体标准没有法律依据的情况下，或者说在未来产生了法律依据之后，如何让法官能正确运用该原则，让该原则真正发挥出其价值，应当从两个方面进行分析。

首先是针对法官在审理涉外民事案件时，适用法院地法的主观倾向。在具体标准的法律依据产生之前，可以通过制定相关司法解释，明确出最密切联系原则的具体标准。使之能够在法官审理涉外民事案件时，对其享有的自由裁量权进行约束，避免法官在选择连接点时的主观随意性。另外应规定在涉外民事案件的裁判文书中，要求法官明确说明是如何适用最密切联系原则进行一个选择，法官要将其所选法律的理由进行列举。这样可以在程序上，去规范法官的审判行为，避免其主观随意性，滥用其自由裁量权。

第二个方面就是提高法官审理涉外民事案件的能力。第一要充分发挥指导性案例的作用，由最高人民法院对全国范围内的涉外民事案件进行挑选，对适用最密切联系原则选择准据法的成功案例进行普及。将成功的最密切联系原则的适用经验进行推广，提高法官的国际法思维，准确适用最密切联系原

则，避免不同法院对相同性质的涉外民商事案件选法差异大。这也是受理涉外民商事案件数量较少地区的法院，学习先进经验的重要途径。第二就是加强涉外法律人才培养。这是一个多方面的问题，要从高校和司法机关协同发力。首先是高校要扩大涉外法律人才培养的规模，并提高教学质量，为推动我国涉外法治提供人才基础。其次就是在涉外民商事案件较多地区的法院，重点加强国际法学习，培养法官国际法思维，使法官对类似于最密切联系原则这样重要的国际私法原则，可以有一个深入的了解。再由这些法官在实务中不断总结经验，由他们由点到线再到面的提高全国各地各级法院法官审理涉外民商事案件的能力。

严格规范法官审判行为，提高法官审理涉外民商事案件能力，培养法官国际法思维，是我国在涉外民商事交往中提升司法公信力的重要措施，也是我国公平、正义的大国形象的具体表现。

4. 结语

最密切联系原则是冲突规范中的重要原则，也是当代国际私法精神的具体体现。正确适用该原则，对于我国涉外民商事发展起着重要作用。并且在我国不断扩大对外开放的规模以及在当前“一带一路”的倡议之下，涉外民商事纠纷不可避免的会增多。这些纠纷的解决直接关系到我国对外经济的发展，对我国在国际社会上的形象以及影响至关重要。这就需要在我国立法和司法领域，加强改革和学习，克服国际法经验不足的短板，不放弃不遗漏任何一个问题，推动我国国内法治和涉外法治的协同发展，维护好我国在国际上的大国形象。

参考文献

- [1] 李双元. 国际私法学[M]. 第六版. 北京: 北京大学出版社, 2022: 232.
- [2] 刘婷. “一带一路”战略下涉外民商事案件法律适用的审判实务研究——以“本地法化”现象为视角[J]. 天津法学, 2018, 34(3): 11-18.
- [3] 徐伟功, 张亚军. 一带一路倡议下跨境合同纠纷中未约定准据法之困境及纾解[J]. 甘肃政法大学学报, 2022(5): 1-15.
- [4] 肖永平, 任明艳. 最密切联系原则对传统冲突规范的突破及“硬化”处理[J]. 河南司法警官职业学院学报, 2003, 1(3): 15-20.
- [5] 周荧. 我国涉外民商事案件中最密切联系原则的适用研究[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 南昌大学法学院, 2021.
- [6] 马明飞, 蔡斯扬. “一带一路”倡议下外国法查明制度的完善[J]. 法学, 2018(3): 124-134.
- [7] 马志强. 最密切联系原则在中国的立法完善——前瞻《民法典》编纂中的涉外篇[J]. 当代法学, 2016, 30(6): 15-23.
- [8] 徐伟功. 我国冲突法立法局限性之克服[J]. 社会科学, 2022(3): 97-105.
<https://doi.org/10.13644/j.cnki.cn31-1112.2022.03.017>