

## 美国冲突法中的最密切联系原则新探\*

许庆坤

**内容提要:**美国判例法中的最密切联系原则源自法院冲破传统冲突法樊篱和实现个案公平的需要。基于分割方法分析相关法域的“政府利益”,是界定“最密切”与否的通常做法,晚近的涉外侵权判例法逐渐将该原则具体化为规则。最密切联系原则在《冲突法重述(第二次)》和里斯教授的冲突法思想中只是一种过渡性方案,其实里斯更侧重于政策分析和规则细化。美国权威学者大多对最密切联系原则持批评态度。

**关键词:**最密切联系原则 冲突法 连结点分组理论

许庆坤,武汉大学国际法研究所博士后研究人员,山东大学法学院副教授。

遍览当今我国国际私法制度,最密切联系原则日益成为解决冲突法疑难杂症的灵丹妙药。<sup>[1]</sup>似乎手握这一药方,学者及法官们便心满意足,暗庆大功告成,而该原则自身的先天不足及其导致的种种乱象在一定程度上被忽视了,<sup>[2]</sup>以致该原则在国外冲突法制度中的真实地位和历史演变,以及其在国外遭受的质疑甚至批判,此类具体而微的重大问题至今尚鲜有论证,亟待澄清。

我国国际私法学界普遍认为,最密切联系原则(也称最强联系、最重要联系、最真实联系、重力中心等)的直接渊源是美国纽约州1954年的“奥汀诉奥汀”案(Auten v. Auten,下文简称“奥汀案”)和1963年的“巴布科克诉杰克逊案”(Babcock v. Jackson,下文简称“巴布科克案”)。里斯(Reese)在研究上述判例的基础上,创立了最密切联系原则,并以此为指导编撰了美国《冲突法重述(第二次)》(下文简称《第二次重述》)。<sup>[3]</sup>那么,美国纽约州法院在

\* 本文系笔者主持的中国法学会2008年部级法学研究课题“美国‘冲突法革命’的法理及其对中国的启示”(课题编号:D08042)的阶段性研究成果。

[1] 我国现行立法中有11条冲突规范采用了最密切联系原则,涉及涉外合同的法律适用、涉外扶养的法律适用、国籍积极冲突的解决、住所积极冲突的解决、营业所的积极冲突的解决和区际法律冲突的解决。全国人大常委会正在起草的《涉外民事关系的法律适用法》(草案)有7条采用了最密切联系原则。

[2] 根据对已公布的900个涉外案件的统计,最密切联系原则成为我国法院在涉外审判中运用最多的法律选择方法。但法官运用该方法极其随意,合同履行地法、物之所在地法、法院地法、事故发生地法等都轻松上了供法官任意挑拣的“菜单”;有些法官甚至不加任何说明,直接认定法院地为最密切联系地。参见郭玉军、徐锦堂:《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》总第11卷(2008年9月),第129、第146-147页。

[3] 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社和北京大学出版社2007年第2版,第203-204页。在笔者从清华同方期刊全文数据库中检索到的70多篇相关论文中,绝大部分接受了韩先生教材中的观点。

上述判例中如何逐步引入该原则? 以后的判例是否发生了重大变化? 该原则在《第二次重述》和里斯的冲突法思想中的真实地位如何? 美国权威学者和法官对该原则有何评论, 是否如我国学者将其视为“20 世纪最富有创意、最有价值和最实用的国际私法理论”<sup>[4]</sup> 本文尝试对上述问题作初步探讨, 以期厘清该原则在其来源地美国的真相, 澄清对该原则的模糊认识, 进而为改造我国冲突法制度奠定基石。

笔者认为, 美国纽约州在判例法中引入最密切联系原则, 源自法院冲破传统冲突法樊篱和追求实质正义的需要, 基于分割法<sup>[5]</sup> 分析相关法域的“政府利益”是界定“最密切”与否的通常做法, 晚近的涉外侵权判例法逐渐将该原则具体化为规则; 最密切联系原则在《第二次重述》和里斯的冲突法思想中只是一种过渡性方案,<sup>[6]</sup> 其实里斯更侧重于政策分析和规则细化;<sup>[7]</sup> 美国权威学者大多对最密切联系原则持批评态度。为此下文将从四方面展开论证: 首先分析美国判例法中的最密切联系原则, 然后分析该原则在《第二次重述》和里斯冲突法思想中的真实地位, 最后基于美国权威学者和法官的评价提出笔者的观点。

## 一 美国判例法中的最密切联系原则——以纽约州为例<sup>[8]</sup>

虽然奥汀案系美国法院早期运用最密切联系原则的典范, 但是该案并非采用该原则的美国第一案。该案在判决中明确引用了众多美国判例,<sup>[9]</sup> 其中纽约州的判例为“鲁宾诉伊尔维信托公司案”(Rubin v. Irving Trust Co., 下文简称“鲁宾案”)<sup>[10]</sup>。

鲁宾案的争点为: 根据合同缔结地佛罗里达州的法律有效的口头协议, 是否因为违反了法院地纽约州的防止欺诈法而不被认可和执行。<sup>[11]</sup> 如果依据比尔(Bill)编撰的《冲突法重述(第一次)》(下文简称《第一次重述》), 合同的有效性适用合同缔结地法,<sup>[12]</sup> 则纽约州应该认可该口头协议的效力。但纽约州终审法院依据冲突法“重心理论”分析后得出了不同的结论: 由于该案中的死者住所地、合同履行地、遗产管理地均在纽约州, 佛罗里达州仅为合同缔结地, 因此该案的“重心”在纽约州, 该州“与争议事项具有最重要的联系”, 纽约州的法

[4] 徐冬根:《国际私法趋势论》, 北京大学出版社 2005 年版, 第 347 页。

[5] 分割法是指“法院针对法律争议中的不同争点适用不同的法律”。参见 Bryan Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul: Thomson/West, 2004, pp. 469-470。

[6] 美国冲突法的立法权在各州, 因此严格说来不存在“美国冲突法”, 因此本文选择了最具代表性的纽约州判例法、在司法实践中应用最广泛的《冲突法重述(第二次)》及其报告人里斯的冲突法思想作为分析样本。

[7] 参见宋连斌、陈静:《重读里斯〈法律选择: 规则还是方法〉——兼及中国国际私法的立法取向》, 载《中国国际私法与比较法年刊》总第 11 卷(2008 年 9 月), 第 253 页。

[8] 纽约州的判例法较早采用了最密切联系原则, 而且比较系统地体现了该原则的演变过程。

[9] 这些判例为: *Rubin v. Irving Trust Co.*, 305 N. Y. 288 (1953); *Jones v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 158 Misc. 466 (1936); *Jansson v. Swedish American Line*, 185 F. 2d 212 (1950); *Barber Co. v. Hughes*, 223 Ind. 570 (1945); *Boisevain v. Weil*, [1949] 1 K. B. 482 (1948)。参见 *Auten v. Auten*, 308 N. Y. 155, 160-161 (1954)。

[10] 原告的哥哥立下遗嘱, 将其股份赠与原告, 并在口头协议中向原告承诺: 未经原告同意不改变遗嘱。但死者生前两次未经原告同意立下新遗嘱, 将其股份赠与他人。死者为纽约州居民, 纽约县法院指定被告为遗嘱执行人, 执行最后一份遗嘱。原告诉求执行其与死者生前达成的口头协议, 被告请求驳回原告请求。参见 *Rubin v. Irving Trust Co.*, 305 N. Y. 288, 296-297 (1953)。

[11] 参见 *Rubin v. Irving Trust Co.*, 305 N. Y. 288, 295 (1953)。

[12] ALI, *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, § 332 (1934)。

律适用于该案。<sup>[13]</sup> 不过,该案的主要判决依据和推理过程在于实体法和程序法的区分以及公共政策分析。从纽约州防止欺诈法的立法背景和相关判例可以认定该法对合同形式的规定是程序法;即使认定该法具有实体法和程序法的双重性质,纽约州在该法中强烈表达出的公共政策,也要求适用法院地法,因为纽约州“极为关注”遗嘱权和遗产的完整性,“关心”死者的抚养人和债权人的福祉。<sup>[14]</sup> 可以说,该案主要运用了合同缔结地法的例外制度,“重心理论”仅为辅助手段。

如果说最密切联系原则在鲁宾案中尚处于边缘地位,那么该原则在奥汀案中便开始登上舞台中心。与鲁宾案中的合同法律适用纠纷类似,奥汀案涉及分居协议的法律适用问题。<sup>[15]</sup> 详言之,是依据英国法还是适用纽约州法来判断原告在英国起诉是否导致分居协议无效。尽管意识到纽约州以往大多数判例采用了《第一次重述》中的合同冲突法规则,但富尔德(Fuld)法官却重点关注了冲突法中新出现的“重心理论”和“连结点分组理论”,认为该方法虽然缺乏确定性和可预见性,但可以赋予“对问题最有兴趣”的法域针对特定问题的“最高支配权”,从而适用“对特定诉讼结果最密切关注”的法域的法律。此外,该方法可以让法院考虑到相关法域的兴趣或利益,兼及当事人的意愿和案件结果的优劣。<sup>[16]</sup>

将“连结点分组理论”用于该案,富尔德法官轻而易举地得出了适用英国法的结论。当事人双方都是英国人,在英国结婚并生儿育女一起生活了14年,被告将妻儿抛弃在英国,原告在与被告达成分居协议后立即返回到英国,分居协议以英镑计算;而连结点位于纽约州的仅有合同缔结地和受托人办公室所在地。两组连结点孰多孰少,泾渭分明。此外,该案涉及一位英国丈夫和父亲的婚姻责任问题,无疑英国对本案中的妻儿能否获得必要的抚养费“最为关切”,因此应该由英国法决定导致分居协议无效或终止的情形。就当事人期望而言,原告不可能希望适用“几千里之遥”并且不熟悉的纽约州法。最后,即使适用《第一次重述》中的冲突法规则——合同的履行适用履行地法,也能得出同样的结论。<sup>[17]</sup> 可见,与鲁宾案截然相反,奥汀案的推理主要依据最密切联系原则,而比尔的规则降为辅助手段。

如果说前两个判例尚以《第一次重述》中的例外手段和规则作为运用最密切联系原则的烟幕,那么在巴布科克案中,<sup>[18]</sup> 纽约州法院则旗帜鲜明地抛弃了比尔的冲突法规则,取而代之以最密切联系原则。该案的争点为传统的侵权行为地法“始终”调整侵权损害赔偿。富尔德法官援引学者的观点和众多判例,认为纽约州以往遵循的侵权行为地法正在遭到批判和抛弃,原因是旧规则无法考虑相关法域的政策因素,用了过分宽泛的规则处理具体的问题;现代社会中的侵权情况复杂,尤其是航空事故纠纷使得侵权行为地具有很大的偶然性,

[13] *Rubin v. Irving Trust Co.*, 305 N. Y. 288, 305 (1953).

[14] *Ibid.*, at 298 - 299.

[15] 英国的奥汀夫妇于1917年结婚后一直生活在英国。1931年奥汀先生只身来到美国,并获得了一份墨西哥离婚判决,随后“再婚”。原告奥汀夫人专程赶往纽约与被告达成一份分居协议:被告每月支付50英镑抚养妻儿,原告不得以离婚或再婚为由起诉。但被告只支付了部分抚养费,原告于是向英国法院起诉,但该案未能开庭审理。原告后来向纽约州法院起诉,索要抚养费。被告以原告在英国的分居之诉违反了事先约定为由,请求驳回原告请求。参见 *Auten v. Auten*, 308 N. Y. 155, 158 - 159.

[16] 参见 *Auten v. Auten*, 308 N. Y. 155, 160 - 161.

[17] 参见 *Auten v. Auten*, 308 N. Y. 155, 161 - 163.

[18] 1960年纽约州居民杰克逊夫妇邀请巴布科克女士到加拿大的安大略省度周末。在安大略省,杰克逊先生驾车失控,车辆撞到石墙上,巴布科克女士受重伤。返回纽约后,她向法院起诉杰克逊先生,就其驾车过失请求赔偿。参见 *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 476 - 477 (1963).

适用旧规则会导致违反正义的荒谬结果。奥汀案已经在合同领域废弃了比尔的规则,转而采用“重心理论”或“连结点分组理论”,该理论同样可适用于侵权的法律适用。借助于这种理论可适用“对于诉讼中提出的特定争点最为关切”的法域的法律,而且1963年的《第二次重述》(草案)也采用了这一原则。从连结点分组看,分布在纽约州的有当事人住所地、车辆的车库所在地、登记地、投保地、出发地和目的地等,分布在安大略省的只有事故的偶然发生地,因而纽约州显然要比安大略省更为关注该案。纽约州适用自己的法律可以实现使本州居民获得赔偿的政策,而安大略省即使将其法律适用于该案也无法实现其保护本省的被告和保险公司的目的,因为本案的被告和保险公司为纽约人。此外,适用纽约州法也符合车主办理保险的目的,因为保险公司收取保费时已经考虑到了本案中出现的风险。不过,本案如果涉及的是驾驶行为和交通规则,那么无疑侵权行为地将对此次最为关切,应适用该地的法律。但该案涉及的是赔偿问题,适用侵权行为地法即安大略省法会导致不公正的荒谬结果,因此应该抛弃传统规则,而适用对本案结果最为关切的纽约州的法律。<sup>[19]</sup>可见,在该案中,富尔德法官结合连结点分组理论、政府利益分析方法和对当事人期望的考量等多种方案,令人信服地运用了最密切联系原则,并立场鲜明地与传统冲突法决裂。

但在1967年的“克里斯顿遗产案”(Matter of Crichton)中,简单计算连结点的“连结点分组理论”被抛弃,<sup>[20]</sup>纽约州终审法院只是从政府利益的视角,全面分析了纽约州和路易斯安那州各自相关法律的目的,认定这并不是一个存在“真实冲突”的案件:路易斯安那州并不关心“保护和调整居所和住所位于纽约的夫妇的权利”,而纽约州“对于适用其法律和政策不仅具有显著利益,而且具有的是独有的利益”,因此该案只能适用纽约州法。法院还特别指出,只有与立法政策和目的相关的连结点才能谈得上重要与否。<sup>[21]</sup>在1969年的“图克诉洛佩兹案”(Tooker v. Lopez,下文简称“图克案”)中,纽约州终审法院虽然也意识到巴布科克案及其随后的判例采用的灵活法律选择方法导致了判例前后不一,但它依然采用了政府利益分析方法而不是“连结点分组理论”,最终适用了对案件结果表示“严重关切”的纽约州的法律。<sup>[22]</sup>不过,富尔德法官在“附议”中指出,巴布科克案之后,纽约州抛弃了传统冲突法,适用了“对诉讼中提出的特定争点最为关切或最有利益的法域的法律”;但新方法带来了判例前后不一,因此需要努力减少个案分析方法,通过总结以往判例确立一些法律选择规则的“时候到了”。他尝试着总结了三条有关乘客法的法律选择规则。<sup>[23]</sup>

等到富尔德法官1972年为“纽美尔诉库纳案”(Neumeier v. Kuehner)撰写多数意见时,<sup>[24]</sup>他终于将有关乘客法的三条规则上升为纽约州的判例法,创立了著名的“纽美尔规则”。该案的争点为是否适用安大略省的法律并支持被告据此提出的抗辩。通过分析立法目的,富尔德法官发现,纽约州高度关注的是保护纽约州居民而不是安大略省居民,纽约州法并未给司机施加原本不存在的责任。虽然不适用纽约州法并不违背该州的立法目的,但

[19] 参见 *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 477-484 (1963)。

[20] *Tooker v. Lopez*, 24 N. Y. 2d 569, 576 (1969)。

[21] *Matter of Crichton*, 20 N. Y. 2d 124, 134-135 (1967)。

[22] *Tooker v. Lopez*, 24 N. Y. 2d 569, 575-578 (1969)。

[23] *Ibid.*, at 584-585。

[24] 纽约州居民库纳1969年驾车去加拿大的安大略省,加拿大人纽美尔免费搭乘。在安大略省的一个铁路交叉路口,汽车与火车相撞,两人当场死亡。纽美尔的妻子作为女遗产管理人向纽约州法院起诉要求赔偿,被告以加拿大乘客法抗辩。参见 *Neumeier v. Kuehner*, 31 N. Y. 2d 121, 123-125。

在安大略省对该案的结果也漠不关心时又如何处理呢?此时富尔德法官重提自己在图克案中总结的三条冲突法规则,并指出本案恰好符合规则三的适用条件,因此应该适用侵权行为地安大略省的乘客法。<sup>[25]</sup>至此,纽约州在涉外侵权案件中完成了由个案分析方法向相对灵活的冲突法规则的转变。在“苏尔茨诉美国童子军案”(Schultz v. Boy Scouts of America, Inc.)中,纽约州将“纽美尔规则”扩展适用于其他的侵权损害赔偿案件中。<sup>[26]</sup>

如今,纽约州在涉外侵权领域依然坚持“纽美尔规则”和政府利益分析相结合的混合方法,在合同领域则并用“重要连结点”分析和政府利益分析方法。<sup>[27]</sup>

上述分析至少可以表明,最密切联系原则作为一种由传统冲突法向现代冲突法的过渡方法,在纽约州已经风光不再。如今该州在涉外侵权案件中抛弃了该原则,改而采用具体的冲突法规则。同时,该州在运用最密切联系原则时,政府利益分析始终相伴左右,与其浑然一体。

目前在全美国,仅有3个州在涉外侵权案件中、5个州在涉外合同案件中采用纯粹的“连结点分组理论”或“重心理论”。比较而言,在涉外侵权案件和涉外合同案件中采用《第二次重述》的州都达到了23个,《第二次重述》成为美国最为流行的一套冲突法方案。<sup>[28]</sup>那么,最密切联系原则在《第二次重述》中的真实地位又如何呢?

## 二 《冲突法重述(第二次)》中的最密切联系原则

《第二次重述》规则详尽,体系庞杂。<sup>[29]</sup>最密切联系原则虽然在其中居于重要地位,但绝非能涵盖其全部精神和内涵。

首先,《第二次重述》并非与《第一次重述》彻底决裂,而是保留了其中的合理成分。《第二次重述》保留了有关下述问题的原有规则:转让土地利益、动产继承、流通证券、普通合同履行细节的问题。<sup>[30]</sup>在身份、公司和财产领域的其他问题上也基本上保留了原有规则的内核,采用了“相当明确的法律选择规则”,这是因为法院对这些领域采用的法律选择政策已经基本一致。<sup>[31]</sup>这就意味着部分僵硬的传统规则依然存续,在这些领域最密切联系原则几

[25] 这三条规则是:(1)如果乘客和车主在同一国家(州)有住所,车辆在该国(州)登记,则该国(州)法律适用于车主对乘客的注意标准。(2)如果车主的行为发生在其住所地,而且该国(州)未对其行为施加义务,尽管受害人住所地的侵权法会认定其侵权,车主也无需对自己的行为负责;反之,如果乘客在其住所地(州)受伤,而该地法规定赔偿,来到该地的车主,除非有特殊情况,不允许以其本国(州)法抗辩。(3)在其他情况下,车主和乘客住所不在一国(州),适用的规则有必要灵活些。通常情况下,适用的裁决规则为事故发生地法;如果情况表明,不适用事故发生地法会增进相关实体法政策而不会损害国(州)际交往或当事人的正当期望,则不适用事故发生地法。参见 *Neumeier v. Kuehner*, 31 N. Y. 2d 121, 128-129。

[26] P. Borchers, "Conflicts Pragmatism", 56 *Alb. L. Rev.* 883, 910 (1992-1993)。

[27] 参见 E. Scoles & P. Hay, P. Borchers, S. Symeonides, *Conflict of Laws*, 4th ed., St. Paul: Thomson/West, 2004, p. 105; *Cooney v. Osgood Machinery, Inc.*, 81 N. Y. 2d 919 (1993); *Matter of Allstate Ins. Co. (Stolarz-New Jersey Mfs. Ins. Co.)*, 81 N. Y. 2d 219, (1993)。

[28] 参见 S. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2006: Twentieth Annual Survey", 54 *Am. J. Comp. L.* 697, 713 (2006); S. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2007: Twenty-First Annual Survey", 56 *Am. J. Comp. L.* 243, 246 (2008)。

[29] 《第二次重述》共14章,423条,内容涵盖了涉外管辖、法律选择和涉外判决的执行等,本文只涉及其中的法律选择部分(主要包括第1章和第6-13章,其余章节只有个别条文涉及法律选择)。

[30] 参见 W. Reese, "Choice of Law in the United States: The Past, the Present and Some Prophecies for the Future", in *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, Brussels: Etablissements Emile Bruylant, (J. Hazard & W. Wagner, eds.), 1974, pp. 201-202。

[31] W. Reese, "Discussion of Major Areas of Choice of Law", 111 *Recueil des Cours* 360-363 (1964)。

乎不起作用或仅起补充作用。

其次,在发生根本变化的合同和侵权领域,《第二次重述》采用分类法和分割法,针对不同的侵权和合同类型及其特定的争点作了详尽规定。“侵权”部分针对 10 类特定侵权行为分别规定了如何适用法律,同时针对 19 个重要的争点指明如何适用法律;“合同”部分针对 9 种特定的合同分别作了规定,同时针对 14 个特定争点分别规定了如何选择法律。<sup>[32]</sup>

合同首先适用当事人意思自治原则,而且当事人选择法律要受到四个方面的限制。<sup>[33]</sup>在当事人没有选择法律时,合同适用与合同存在“最重要关系的法域”的法律。不过,除了三类特殊情况(转让土地权益的合同、产生于转让土地权益的合同义务和高利贷),如果合同谈判地和履行地都在一个法域,那么通常由这个法域的法律调整合同的有效性。<sup>[34]</sup>对于特定种类合同,《第二次重述》采用了比较明确的规则。除了对于人寿保险合同以及火灾、失信或意外事故保险合同不适用意思自治原则之外,<sup>[35]</sup>《第二次重述》对于其余的合同规定了在当事人没有做出有效的法律选择时,适用某特定连结点所在法域的法律;“除非对于特定争点,其他法域根据第 6 条所述原则与交易和当事人存在更重要的关系;在这种情况下,适用其他法域的实体法。”<sup>[36]</sup>

《第二次重述》对特定的 10 种侵权行为同样规定了比较明确而不乏灵活性的法律适用规则。这 10 种侵权行为可分为两大类,一是对有形利益的损害,二是对无形利益的损害。前一类包括人身伤害和有形财产损失,两者适用一样的规定,即“损害结果所在法域的实体法决定当事人的权利和责任;除非对于特定的争点,其他法域根据第 6 条所述的原则与事件和当事人存在更重要的关系;在这种情况下,适用其他法域的实体法”。<sup>[37]</sup>对无形利益的损害适用何种法律,《第二次重述》区分三种情况做了详尽规定。<sup>[38]</sup>《第二次重述》还针对侵权案件中的 19 个重要争点分别规定了如何适用法律。这一部分的规定有两种类型,一类是直接规定适用第 145 条的“最重要关系原则”;<sup>[39]</sup>另一类是首先规定适用第 145 条的“最重要关系原则”,然后除了第 169 条外,一律规定“通常适用损害发生地的实体法”。<sup>[40]</sup>

再次,即使在采用最密切联系原则的领域,《第二次重述》也采用了三种不同的开放性

[32] 《第二次重述》区分的侵权类型有人身伤害、损害有形财产、欺诈和虚假陈述、诽谤等;区分的侵权纠纷重要争点有行为的侵权性、谨慎标准、享受法律保护的利益、向原告承担的义务、法定成因等。第 8 章“合同”区分的合同类型有转让土地权益的合同、出售动产利益的合同、人寿保险合同等;区分的合同纠纷争点类型有缔约能力、书面要求、非法、履行的细节等。参见 Restatement, Second, Conflict of Laws, § § 146 - 155, 156 - 174, 186 - 207 (1971)。

[33] 这四个方面的限制是:(1) 合同为涉外合同;(2) 当事人意思表示必须真实;(3) 如果当事人的法律选择没有合理的理由,这种选择无效;(4) 当事人不得规避法院所认为的这种国家——如果不考虑法律选择条款将适用的准据法的所属国——的根本政策。参见 W. Reese, “Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second”, 9 *Int'l & Comp. L. Quarterly* 534 - 536 (1960)。

[34] Restatement, Second, Conflict of Laws, § 188 (1971)。

[35] 这两类合同都是格式合同,因此排除了保险人单方面指定准据法的情况,直接规定适用“申请保单时被保险人住所地法域”或“当事人所理解的、保险期间所保风险的主要所在地法域”的实体法,“除非对于特定争点,其他法域根据第 6 条所述原则与交易和当事人存在更重要的关系,在这种情况下,适用其他法域的实体法。”同上,第 192 - 193 条。

[36] 比如对于转让土地权益的合同以及产生于转让土地权益的合同义务,土地所在地是最重要的连结点。同上,第 189 条。

[37] 同上,第 146 - 147 条。

[38] 这三种情况是:(1) 欺诈和虚假陈述;(2) 诽谤、造成金钱损失的说谎和侵犯隐私权;(3) 干涉婚姻关系、恶意诉讼和滥用程序。同上,第 148 - 155 条。

[39] 同上,第 161、163、167 - 168、171、173 - 174 条。

[40] 家庭成员之间的免责,其准据法“通常为当事人住所地所在法域的实体法”。同上,第 169 条。

规定。第一种完全采用“最重要关系原则”，同时为了增强其指引作用，规定接受第6条的政策指引并考虑相关的连结点。<sup>[41]</sup> 第二种规定一般情况下适用某个法域的法律，除非对于某个特定争点，某个其他法域与当事人和事件/交易/财产等存在更重要的关系；在“除非”情况下，适用其他法域的法律。<sup>[42]</sup> 第三种一方面规定适用“最重要关系原则”确定准据法，另一方面规定“通常”适用的法律。<sup>[43]</sup>

最后，正式条文后的“评论”与“报告人注解”以及第6条的政策对最密切联系原则的适用发挥着重要的指引功能。《第二次重述》的评论内容丰富，不仅阐述规则的制定理由，而且说明规则的适用范围；对于法院没有遇到过的问题，提示法院需要考虑的因素。报告人注解部分则引用了最高法院和其他法院的权威判决。<sup>[44]</sup> 这样不仅使条文的含义更加清晰，而且还丰富了条文的内容，使《第二次重述》更容易实现规则指引功能。此外，评论和正文一样得到了法学会的批准，是重述中不可或缺的内容。<sup>[45]</sup> 可以说，只阅读正文而不看评论将很难准确而全面地理解作者的真实意图，难以体会《第二次重述》规则导向的意旨。<sup>[46]</sup> 第6条所列政策是《第二次重述》所有法律选择规则的基石，<sup>[47]</sup> 所有“基本法律规则”都源自这些政策指引。<sup>[48]</sup> 尤其是采用“最重要关系原则”的条文，都要接受第6条所述政策的指引。

由此不难看出，《第二次重述》并非在所有领域都采用了最密切联系原则。即使在该原则主宰的有限领域，《第二次重述》也从多个角度对其重重设防。最密切联系原则犹如魔瓶中的法宝，《第二次重述》对其既爱又恨，力求做到收放自如。要理解《第二次重述》的这种立场，还必须深入考察其起草人里斯的冲突法思想。

### 三 里斯冲突法思想中的最密切联系原则

重述判例法是美国法学会的一项宏大工程，其目的在于消除判例法日益庞杂和混乱所导致的法律指引功能丧失的危险。如何总结和厘清各州不同的判例法并在一定程度上引导判例法的发展，取决于报告人自身的立场、理论和所采用的方法。在重述的编撰中，报告人担负对草案的起草和多次修改，对重述的质量负责。顾问、委员会和大会成员只是提出修改意见并予以批准或不批准。“因此，一份学会产品的表述风格和方式实质上是报告人的责任。最后也是最重要的，一份学会产品的核心框架或潜在基本原理就是报告人的。”<sup>[49]</sup> 因

[41] 比如对侵权法律适用的一般原则的规定。同上，第145条。

[42] 比如对人寿保险合同适用法律的规定。同上，第192条。

[43] 比如对谨慎标准法律适用的规定：“(1)适用第145条的规则选择的法律决定判断行为人行为的谨慎标准。(2)准据法通常为损害发生地所在法域的实体法。”同上，第157条。

[44] W. Reese, 前引[31], Discussion of Major Areas of Choice of Law, p. 327.

[45] Restatement, Second, Conflict of Laws, “Introduction”, p. 8.

[46] 比如对于人身伤害，第146条正文中只是简单规定了适用损害结果发生地法，除非另一法域根据第6条所述原则与事件和当事人存在更重要的关系。这是一条很难在个案中适用的规定，因为它对什么情况属于“除非”情形并不明确。但在“评论”部分对此给予了相当明确的解释和说明：如果侵权结果发生地和行为地出现在同一法域，那么这个法域的法律通常应该得到适用。

[47] 第6条法律选择原则：“(1)在接受宪法约束的前提下，法院应遵循其所在法域关于法律选择的成文法规定。(2)在不存在这种规定时，有关选择准据法规则的因素包括：①州际和国际制度的需要；②法院地的相关政策；③其他具有利益法域的相关政策，以及在决定特定争点上这些法域的相对利益；④对正当期望的保护；⑤特定法律领域的基本政策；⑥结果的确定性、可预见性和一致性；⑦容易确定和适用准据法。”

[48] W. Reese, “The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited”, 34 Mercer L. Rev. 516 (1982-1983).

[49] W. Reese, 前注[31], “Discussion of Major Areas of Choice of Law”, p. 320.

此,深刻理解《第二次重述》中的最密切联系原则不得不探究里斯对该原则的态度。

虽然我国国际私学学界号称里斯创立了最密切联系原则,但令人惊奇的是,在里斯的论著中,没有一处对该原则长篇大论地专门论述。其实,里斯的冲突法思想强调的是政策分析和规则细化,最密切联系原则在里斯眼中实为无奈之举和过渡策略。

里斯撰写的第一篇有关法律选择的论文即论述法律选择的政策,<sup>[50]</sup>随后又在多处提及政策分析。对政策分析的高度重视源自里斯对于法律选择问题的坚定信念:辨明相关领域的基本政策是法律选择的基础。“法律选择规则应当是政策的产物;一条特定的法律选择规则是否正确体现了这些政策,在有可能决定这个问题之前必须识别出这些政策。”<sup>[51]</sup>这种观念是里斯的法理思想在冲突法领域的自然延伸。里斯认为:“政策是所有法律规则的基础和根源。是政策首先为人所知。其后,政策可能被体现在成文法中或可能通过司法判决被赋予效力。”<sup>[52]</sup>普通法的产生过程可以充分证明这一点。法官创制普通法大致分为三步:确立相关的政策,将政策具体化为法律规则,将规则用于特定案情。<sup>[53]</sup>

确立法律选择的政策并非轻而易举。冲突法是个年轻而多变的领域。有些政策因素至今未明,还需要详细研究法律选择的具体领域;有些政策因素尚处于朦胧可见的状态。此外,确定法律选择的政策面临特别的难题。由于是在两个以上的法律之间选择,每个法律背后都隐含着相关法域的政策要求,因此,法律选择的政策不仅要考虑案件的涉外因素和涉外政策,还要考虑相关法律背后的实体法政策。由于辨明政策是冲突法迈向成熟的第一步,因此尽管面临诸多难题,里斯和奇塔姆(Cheatham)还是早在 1952 年就尝试着总结出了十项法律选择政策。<sup>[54]</sup>

虽然政策是规则的基础,但政策本身并不适合作为裁判的直接依据,法律选择的长期目标必然是发展规则,而且是细化的具体规则。之所以如此,是因为“规则”具有“方法”所难以比拟的价值。“规则”最明显的好处是它所带来的确定性和可预见性,这对于当事人安排未来的交易或在谈判中确定自己的筹码和立场都非常重要。规则的另一个好处是方便司法工作,法官只需挑选合适的规则将之用于手头的问题即可。相比较而言,运用“方法”裁判案件难免个案处理,后面的法官无法获得确定的判决指南。当法官被告知适用对争议“最关心的法域的法律”时,司法工作尤其艰难。查明成文法或判例法背后的政策是一种“费力、艰难和令人灰心的工作”。更麻烦的是,在浪费大量的时间查明政策之后,“那些政策的确切性质可能依然难以确定”。通常各州立法委员会的报告难以获取,法官理解成文法背后的政策不得不依赖推测甚至灵感。即使能找到立法委员会的报告,成文法或判例法背后的政策查清了,一般也难以确定将某条规则适用于一个涉外争议是否就能促进这一政策。此外,假如一个案件所涉各州都能通过法律适用促进自己政策的实现,那么法院如何决定哪

[50] W. Reese, “General Course on Private International Law”, 150 *Recueil des Cours* 6-7 (1976).

[51] W. Reese, 前注[31], “Discussion of Major Areas of Choice of Law”, p. 340.

[52] W. Reese, “Choice of Law: Rules or Approach”, 57 *Cornell L. Rev.* 318 (1971-1972).

[53] E. Cheatham & W. Reese, “Choice of the Applicable Law”, 52 *Colum. L. Rev.* 960 (1952).

[54] 这十项政策为:(1)法院必须遵循其所在地的立法机关合乎宪法的规定;(2)法律选择规则应被设计为使国际和州际制度运作良好;(3)除非存在相反的适当理由,法院应当适用其当地的实体法;(4)法院在决定是适用其本地法还是另一法域的法律时,应当考虑相关实体法规则的目的;(5)法律选择规则应当寻求取得结果的确定性、可预见性和一致性;(6)法院应当寻求保护当事人的正当期望;(7)法院应当寻求适用具有支配利益的法域的法律;(8)法律选择规则应当简单并容易适用;(9)法院应当寻求促进相关实体法领域中的基本政策;(10)法院应当寻求取得个案公平。同上,第 961-980 页。



个州的关切才是更重要的呢?如果法院发现涉及到的两个或多个州的政策几乎同等重要,那么法院又将面临基于何种合理理由来决定促进一个州的政策而牺牲另一州的政策的问题。<sup>[55]</sup>

发展规则的最终目标是提炼出数量众多的细化规则。冲突法规则应当能有效实现相关的涉外政策和实体法政策,而宽泛的规则无法实现这个目标。规则的宽泛措辞往往导致这种糟糕的情况:“涉及到的政策不同于规则被设定执行的政策”。因此,法官通过司法发展规则应从特定具体问题着手,然后慢慢尝试扩大其适用范围。这样积累的规则不仅数量庞大,而且相对精确,“每个规则将只是有关一个特定的问题或一组密切联系的问题。”不过,初步提炼出的规则并不是恒定不变,而是要经过实践的不断检验。规则提出后,法官要在随后的案件中不断检验其实用价值。一旦最初的规则或修正后的规则经过了多次检验,它就在普通法规则中占有了一席之地,以后法院就可以多少自动地适用。<sup>[56]</sup>

在单纯依赖政策进行个案分析和最终提炼出细化的规则之间存在一个中间阶段——采用“原则”或“方法”。在这个阶段里,现有的知识只是告诉法官对于一个特定问题或一类问题通常如何裁断,而不可能决定例外的情形何时出现。因此,法律规定的形态通常就是一般原则后带着一种不准确的例外情形。虽然这种原则性的规定还不准确,但它相对于什么也不规定要好多了,因为它至少还能给法官提供一定的确定性和可预见性。有了这种原则,法官不用总是需要考虑相关的政策;即使考虑相关的政策,他们也知道通常情况下的判决结果。<sup>[57]</sup>

在合同和侵权领域,现有的审判经验还不允许拟定明确的规则,于是最概括和最灵活的公式——适用具有“最重要关系”法域的法律——就成了最后的方法。<sup>[58]</sup>里斯同时也指出,这种原则性规定“几乎不是一条规则,本质上更是一种解决问题的方法”。但是,这种规定具有两个明显的价值:一方面,它基本上不会产生误导,原因是它不精确,不会让人误以为“结果的确定性和可预见性能够出现在这一价值现在还无法取得的领域”;另一方面,它可以将法院从僵硬规则的束缚中解放出来,迫使法院在发展“新型而更精细的法律选择规则方面开始起步”。<sup>[59]</sup>

由此看出,最密切联系原则在里斯看来并不完美,它是在政策分析和规则细化之间的过渡举措和无奈之举;里斯甚至不将其视为规则,而只是一种“方法”而已。连里斯本人都不看好的这一原则能在美国冲突法学界获得颂扬之声吗?下文将先分析一些权威学者和法官的评论,然后提出笔者的看法。

#### 四 对最密切联系原则的评析

对于美国“冲突法革命”中的重要成果——最密切联系原则或《第二次重述》所称的“最重要关系原则”,众多权威学者和法官冷嘲热讽,批评之声不绝于耳。艾伦茨威格(Ehrenz-

[55] W. Reese, "Choice of Law: Rules or Approach", 57 *Cornell L. Rev.* 318 (1971-1972), pp. 316-318.

[56] *Id.*, pp. 321, 323, 325.

[57] *Id.*, pp. 323-324.

[58] W. Reese, "Conflict of Laws and the Restatement Second", 28 *Law & Contemp. Probs.* 699 (1963).

[59] W. Reese, 前注[31], "Discussion of Major Areas of Choice of Law", p. 375.

weig)称“最重要关系原则”为看似革命的“虚空规则”<sup>[60]</sup>和一种“绝望的方案”,它实际上支持法院作出的任何判决;表述真正的判决原因是发展规则的重要元素,但在“最重要关系”的面纱之下,这种努力却被省略掉了;<sup>[61]</sup>其结果可能造成法院“浑然不觉冲突法的复杂和陷阱,不顾及必不可少的对法院地主要法律和政策的分析,得出武断的判决”;这种做法不仅与现有法律相悖、误导他人,而且也阻碍了冲突法的发展,因此“有违理智”。<sup>[62]</sup>柯里(Currie)认为这一理论会招致麻烦,因为它要求寻找的“最重要连结点”无法用任何明确的标准予以执行。“几乎从任何一种目的出发,一个‘连结点’看起来和另一‘连结点’差不多一样合适。为了达到让一组连结点或另一组连结点更加重要的目的,不得不把‘连结点’相加或作出非常主观的决定。”<sup>[63]</sup>荣格(Juenger)指出,“最重要关系原则”最大的问题是其中的关键词“重要”含义不明,给法官留下了类似“心灵感应”的巨大余地,只能表明没有现成答案。<sup>[64]</sup>参与巴布科克案审理的沃里斯(Vorhis)法官在异议中也对该原则提出质疑和批评,认为“重心”、“连结点分组”和“重要的连结点”之类的表述不过是些“时髦话”,它们过去没有被用以界定一条法律原则,现在也不足以和不应该被用于表述法律选择原则。<sup>[65]</sup>欧洲的批评家们同样指责这个原则让法院自行其是,因此他们为这种方法创造了一个带讽刺意味的新名词——法律印象主义。<sup>[66]</sup>

对该原则钟爱有加的纽约州的司法实践,的确验证了批评者们对其过分灵活的担心。在巴布科克案之后的判例中,纽约州终审法院的态度显得摇摆不定。1965年的“迪姆诉戈登案”(Dym v. Gordon),案情虽然几乎和巴布科克案没有区别,但法院却适用了传统的侵权行为地法。一年后,在案情同样相似的“迈西诉罗斯比奇案”(Macey v. Rozbicki)中,法院又遵循了巴布科克案的思路,拒绝适用传统的冲突法规则。随后在图克案中,法院推翻了迪姆案的判决,认为在乘客法案件中,当事人共同的住所地——纽约州的法律应占主导地位。在纽美尔案中,法院迫于法律明确性的要求,“令人遗憾地”重返法律形式主义的轨道。<sup>[67]</sup>判例法的这种剧变使得罗森伯格(Rosenberg)不由得惊呼:“当今承办乘客法案件的纽约州律师更需要一片占卜板而不是一本谢波德判例索引(Shepard's Citations)。”<sup>[68]</sup>

笔者认为,批评者的观点固然有其合理之处,但从历史视角看,最密切联系原则仅仅是新旧规则更替的过渡方案,其缺陷也恰恰是其优点和力量所在。在20世纪50年代的美国,比尔的陈旧法律选择规则已经受到猛烈批判,面对僵硬规则导致的不公正甚至荒谬的结果,处在冲突法变革前沿的纽约州法官感到“怒发冲冠”,但新规则尚处于遥远的地平线。此

[60] A. Ehrenzweig, "A Counter-revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers", 80 *Harv. L. Rev.* 385 (1966-1967).  
[61] A. Ehrenzweig, "The Second Conflicts Restatement: A Last Appeal for its Withdrawal", 113 *U. Pa. L. Rev.* 1241 (1964-1965).  
[62] A. Ehrenzweig, "The 'Most Significant Relationship' in the Conflicts Law of Torts, Law and Reason versus the Restatement Second", 28 *Law & Contemp. Probs.* 701, 705 (1963).  
[63] B. Currie, "Comments on Babcock v. Jackson, A Recent Development in Conflict of Laws", 63 *Colum. L. Rev.* 1233 (1963).  
[64] F. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 58, 129.  
[65] *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 486 (1963).  
[66] K. Nadelmann, "Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations", 24 *Am. J. Comp. L.* 11 (1976).  
[67] P. Borchers, "Conflicts Pragmatism", p. 908.  
[68] M. Rosenberg, "Two Views on Kell v. Henderson: An Opinion for the New York Court of Appeals", 67 *Colum. L. Rev.* 459, 460 (1967).

时,灵活的最密切联系原则这种貌似规则的“虚空规则”恰好提供了摆脱旧规则的托辞,让法院可以针对具体案情分析相关法律背后的政策及其适用结果的公正与否,大胆探索新规则。随着某一领域类似判例的累积,敏锐感受到时代脉搏的法官意识到总结规则的“时候到了”,不乏灵活性的新型规则便替换了无所不包的最密切联系原则。不过,为了避免重蹈比尔规则的覆辙,新规则在规范一般情况下的法律适用之外,往往还保留一个最密切联系原则的“尾巴”,使其包容未来的特殊案情。

最密切联系原则在美国的实践具有深厚的制度基础和司法文化背景。美国是判例法国家,法官拥有较大的自由裁量权;冲突法立法权属于各州,因而各州有权采取灵活多样的制度。<sup>[69]</sup> 最密切联系原则恰好足够宽松和包容,鼓励法官作任何有益尝试。同时,严格的法官选拔制度和较高的司法水准、普通法中的“遵循先例”原则、《第二次重述》中的详尽规定及其“评论”和“注解”又使最密切联系原则这匹野马被套上缰绳,使其即使在冲突法混乱时期也能保证一定程度的结果可预见性。正是这种灵活性和稳定性的巧妙结合使《第二次重述》获得了极大成功,成为美国最流行的一套规则。我们在引入最密切联系原则灵活性的同时,是否也应借鉴其他有益做法来保证该原则适用结果的可预见性呢?

美国最密切联系原则只是一种追求规则细化过程中的临时举措。里斯承认,《第二次重述》未来的规则应该是针对具体问题而且符合特定领域政策要求的新规则,《第二次重述》中已经包含了大量的此类规则。将来学者所做的就是进一步完善此类规则和增加规则数量。塞缪尼德斯(Symeonides)对《冲突法重述(第三次)》的设想可以验证这一结论。他主张下一步编撰出的《冲突法重述(第三次)》的规则应该源自过去25年的经验,是里斯所希望的那种规则;这种规则不同于《第一次重述》的僵硬规则,但也不同于《第二次重述》的“虚空规则”;新规则应该“细化”、针对争点和“内容导向”,立足于经验而不是教条;应该包含例外条款,但不应该像《第二次重述》那样容易被替换。<sup>[70]</sup> 我国学者在引入最密切联系原则时是否应该首先考虑借鉴国外具体的规则,而非让最密切联系原则首当其冲;即使采用了最密切联系原则,是否也应该结合实践经验和国外制度及时总结具体规则呢?

我国理论界和实务界普遍忽视的另一个真相是美国法院运用最密切联系原则的方式。基于分割法的政府利益分析一直与最密切联系原则形影相随。纽约州法院早在采用该原则的1953年鲁宾案中就重点分析了纽约州的立法目的及其对该案的“极大兴趣”,并将最密切联系原则表述为适用与“争议事项”存在最重要关系的法域的法律。<sup>[71]</sup> 在巴布科克案中,富德法官不仅全面分析了纽约州和安大略省的立法政策及其政府利益,还特别区分了在涉外侵权案件中行为性质和损害赔偿在法律适用上的不同:前者自然应适用侵权行为地安大略省的法律,而后者让纽约州更为关注,因而应适用纽约州法律。<sup>[72]</sup> 在1967年的克里斯顿遗产案及随后的判例中,法院甚至直接撇开简单计算连结点的“连结点分组理论”,主要采用政府利益分析找到对诉讼争点最为关注的法域。采用最密切联系原则几乎等同于适用对争点最关切的法域的法律,该原则成了法律政策分析和利益分析的面具。从这一意义上讲,

[69] P. Hay, *Law of the United States: An Overview*, Munich: C. H. Beck, 2005, p. 97.

[70] S. Symeonides, "The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing", 56 *Md. L. Rev.* 1280-1281 (1997).

[71] *Rubin v. Irving Trust Co.*, 305 N. Y. 288, 305 (1953).

[72] *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 483 (1963).

最密切联系原则与单纯的“连接点分组理论”有着本质不同。<sup>[73]</sup> 同样的情形出现在《第二次重述》中。《第二次重述》中的“最重要关系原则”都是针对“特定争点”，并接受第 6 条所述原则的指导，而第 6 条要求分析法院地的相关政策和在其他利益攸关法域的相关政策，以及在决定特定争点上这些法域的相对利益。<sup>[74]</sup> 分割法追求规则的细化，<sup>[75]</sup> 政府利益分析必然要求法院分析法律背后的政策，而规则细化和政策分析是美国法律现实主义建构新型规则的核心主张。<sup>[76]</sup> 因此，美国最密切联系原则的运用方法其实体现了美国法律现实主义的要求。至于美国法律现实主义这一法理思潮如何渗入冲突法领域，并塑造了冲突法的美国特色，这是一个异常复杂的问题，笔者将另行撰文详加论述。

---

[Abstract] The establishment of the doctrine of “the most significant relationship” in the U. S. cases law is the result of breaking the barriers of traditional conflict of laws and of achieving justice in individual cases. It is the common practice to determine “the most significant relationship” by evaluating “governmental interests” in relevant jurisdictions on the base of *dépeçge*. The doctrine has evolved into rules in recent tort cases with foreign elements. It is just a transitional approach in the Second Restatement of Conflict of Laws and in Professor Reese’s theory on conflict of laws. In fact, Reese lays more emphasis on policy analysis and development of detailed rules. The doctrine has drawn criticisms from the majority of authoritative scholars in the U. S.

---

(责任编辑:廖 凡)

---

[73] 美国恩格斯和皮特·海等人撰写的权威著作《冲突法》将“重要连结点”方法与《第二次重述》的方法相提并论。参见 Scoles et al., 第 98 页。

[74] Restatement, Second, Conflict of Laws, § 6 (2) b, c (1971).

[75] 里斯曾谈道:“乐意自由地采用分割法,看来是令人满意地发展细小法律选择规则的一个前提条件。”W. Reese, “Dépeçge: A Common Phenomenon in Choice of Law”, 73 *Colum. L. Rev.* 59-60 (1973).

[76] 参见许庆坤:《重读美国法律现实主义》,载《比较法研究》2007 年第 4 期,第 6-10 页。