

当代国际私法上的一般性例外条款

陈卫佐^{*}

内容提要：最密切联系原则在当代国际私法上得到广泛运用，而传统的萨维尼式冲突规则又存在不足的背景下，以最密切联系原则为基础的例外条款在国际私法立法上有其必要性。由于作为总则性的一般条款的最密切联系原则、作为补充性原则的最密切联系原则和只存在于特定领域的特别例外条款均有其不足，例外条款在国际条约、欧盟统一国际私法和一国国际私法立法中的引入，呈现出了从特别例外条款到一般性例外条款的发展态势。一般性例外条款被赋予具有一般意义的矫正功能，同时须满足一定的适用条件。一般性例外条款一方面维持了一国正常的冲突规则在通常情况下的适用，另一方面又准许该国法院在正常的冲突规则所指定的法律体系与案件并无密切联系时，例外地适用与案件有最密切联系的另—法律体系，从而在保持法律适用的可预见性和安定性的同时，避免或克服了传统冲突规则的固定性、僵化性、机械性和盲目性。将一般性例外条款纳入一国的国际私法法典或主要的国际私法制定法已成为当代国际私法立法的一大趋势。

关键词：一般性例外条款 最密切联系原则 国际私法立法 矫正功能

一般性例外条款是近三十年来在一些国家的国际私法立法中常见的总则性条款。^{〔1〕}它授权有直接国际裁判管辖权的一国法院在例外情形下不适用正常的冲突规则所指定的法律体系，而适用与案件或法律关系有最密切联系的另一个法律体系。在国际私法的立法史上，最早的一般性例外条款是瑞士1987年12月18日关于国际私法的联邦法律（以下简称“瑞

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 国际私法上的例外条款有不同名称。西文国际私法文献用得较多的是“例外条款”（德文 *Ausnahmeklausel*，法文 *clause d'exception*，英文 *exception clause*），其次是“除外条款”（法文 *clause d'éviction*），再次是“避开条款”（德文 *Ausweichklausel*，法文 *clause échappatoire*，英文 *escape clause*）。此外，德国国际私法学者克罗伊策（Karl Kreuzer）称之为“纠正性条款”（德文 *Berichtigungsklausel*）。为方便讨论，本文统一称之为“例外条款”。Vgl. dazu Karl Kreuzer, *Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht*, in: *Festschrift Imré Zajtay*, Tübingen 1982, S. 295 ff. Voir aussi François Knoepfler, Philippe Schweizer et Simon Othenin-Girard, *Droit international privé suisse*, Troisième édition, Stämpfli Editions SA, Berne 2005, n°327.

士国际私法法典”)第15条第1款,^[2]它授权瑞士法院根据全部情事,在案件明显地与瑞士国际私法法典正常的冲突规则所指定的法律体系仅有很松散的联系,而与另一法律体系却有密切得多的联系的情形下,例外地不适用瑞士国际私法法典正常的冲突规则所指定的法律体系。一般性例外条款一方面维持了一国的国际私法立法之正常的冲突规则在通常情况下的适用,另一方面又以最密切联系原则为依托而准许有直接国际裁判管辖权的法院在该国正常的冲突规则所指定的法律体系与案件并无密切联系时,例外地偏离该国正常的冲突规则所指定的法律体系,而适用与案件有最密切联系的另一法律体系,从而使包含一般性例外条款的国际私法法典或主要的国际私法制定法在保持法律适用的可预见性和安定性的同时,避免或克服了传统冲突规则的固定性、僵化性、机械性和盲目性。^[3]因此,一般性例外条款自问世于20世纪80年代末以来,备受各国国际私法学者和立法者的关注,已成为当代国际私法立法的一个重要课题。

一、从萨氏法律关系本座说到最密切联系原则

(一) 传统的萨维尼式冲突规则的不足

近代国际私法的最大一次飞跃性发展,就是“法律关系本座说”在19世纪取代了13世纪中叶以后意大利后期注释法学派所创立的“法则区别说”,成为国际私法的通说,从而结束了“法则区别说”对欧洲大陆国际私法学说及判例长达500多年的统治,完成了一次关于适用外国法或法院地法的方法论的根本性变革。法律关系本座说最早由萨维尼提出,并在他于1849年出版的名著《现代罗马法体系》第8卷中得到了充分阐释。该学说从法律关系的固有性质入手,为每一类型的法律关系寻找它所对应的特定地域。换言之,该学说认为每一类型的法律关系都有一个与之相对应的“本座”(德文Sitz),即空间上的重心所在的地方。相应地,施行于该地的法律体系即为适用于这一类型的法律关系的准据法。该学说的最大特点是将各种法律关系加以类型化,亦即从法律关系的固有性质入手来确定所应适用的法律体系(准据法),而不是像之前的“法则区别说”那样从法律规则的性质和类别入手。^[4]在萨维尼看来,国际私法的任务无非是“就每一法律关系,寻找该法律关系按其固有性质来说所隶属或服从的(因而是该法律关系的本座所在的)那个法域”。^[5]

萨维尼的法律关系本座说在国际私法的发展史上具有划时代的意义。在该学说的影响下,有直接国际裁判管辖权的现代各国法院在处理含有国际性因素(或曰“涉外因素”或“外国因素”)的私法关系(下文称为“国际性私法关系”)时,不再像“法则区别说”那样从法律规则的性质和类别入手,而是从作为一种法律关系的国际性私法关系的固有性质入手,找出对此种私法关系来说最为适当的某一地域,再适用施行于该地域的法律体系。

[2] Voir Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e édition, Helbing Lichtenhahn, Bale/Genève/Munich 2005, p. 50.

[3] 参见李浩培:《〈中华法学大辞典〉国际法卷条目》,载《李浩培法学文集》,法律出版社2006年版,第525页。

[4] “法则区别说”将“法则”按其性质分为“人的法则”、“物的法则”和“混合法则”三类,并对每一类“法则”规定了适用范围。Vgl. Marc-Philippe Weller, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?*, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, S. 431.

[5] Vgl. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. VIII (1849, Nachdruck Darmstadt 1956), S. 28, 108, 118.

这种方法论的变革必然会反映到国际私法的立法上来。在萨维尼时代及至今日,现代各国的国际私法制定法无一例外地受到了该学说的影响。〔6〕因为采用该学说来解决各国法律体系在适用上的冲突,通常符合当事人的合理预期,有助于确保法律关系的稳定和跨境民事往来的安全,也有助于实现判决的国际和谐。〔7〕今天,许多国家的国际私法制定法以及绝大多数包含冲突规则的国际公约都通过创制在价值上中立的双边(多边)冲突规则来确定国际性私法关系所应适用的法律体系,基本上采取的是萨维尼模式。

按照萨维尼的法律关系本座说解决法律冲突的方法,物权(不论是动产物权还是不动产物权),应适用物之所在地法;契约之债应依双方当事人的意思定其本座,即适用双方当事人的意思所指向的地方的法律体系,但如果双方当事人无明示的相反意思,则应适用契约履行地法;因侵权行为而生之债应适用侵权行为地法。关于继承,不论是动产继承还是不动产继承,亦不论遗产位于何处,均应适用被继承人死亡时的住所地法。〔8〕然而,如果一国的立法者在创制冲突规则时一成不变地使用这一方法,则未免流于公式化,致使所制定出来的冲突规则机械性有余而灵活性不足。举例来说,萨维尼主张与合同有关的法律关系的本座是债务履行地,合同准据法首推债务履行地法。然而,在债务履行地与合同并无密切联系时,如果在实践中一味地贯彻这一主张,则会导致不公正、不妥当的结果。〔9〕

在欧洲大陆国家,传统的冲突规则在实际运用中暴露出了一定程度的机械性和盲目性。20世纪50年代和60年代,美国冲突法学说对传统的冲突规则据以解决空间上的法律冲突的理论和进行了猛烈抨击,并指出:机械的和盲目的冲突规则,对于维护真正的公道并无裨益。欧洲大陆国家的国际私法学者认为,撇开美国冲突法学说的这些批评的言过其实之处不谈,应当承认,欧洲大陆国家以传统的萨维尼模式为基础的国际私法制度和冲突规则确乎欠缺灵活性。欧洲大陆国家的立法者欲通过改革各自国家的国际私法立法来回应当美国冲突法学说的批评。〔10〕

(二) 最密切联系原则在当代国际私法中的广泛运用及其原因

19世纪末、20世纪初,德国学者基尔克改良了萨维尼的“法律关系本座”的提法,将之更恰当地称为法律关系的“重心”(Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses)。〔11〕用现代国际私法的术语来表述,某一法律关系的本座,实际上是该法律关系重心所在的地域。在通常情况下,与该法律关系有最密切联系的地域被推定为该法律关系重心所在的地域,〔12〕但法

〔6〕但是,在萨维尼所在的德国,当其民法典施行法于1900年1月1日与德国民法典同时生效时,萨维尼的方法贯彻得并不彻底,因为民法典施行法最初的冲突规则基本上是指定适用德国法的单边冲突规则。直到20世纪80年代中期,这种状况才得以通过1986年的德国国际私法改革发生根本性的变化。从此以后,德国的冲突规则基本上是双边(多边)冲突规则。

〔7〕参见李浩培:《瑞士新国际私法》,载《李浩培文选》,法律出版社2000年版,第362页。

〔8〕参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第460页。

〔9〕Vgl. Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, § 4 II 1.

〔10〕Voir François Knoepfler et Philippe Schweizer, *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)*, in: *Revue critique de droit international privé*, 1988, p. 227.

〔11〕Vgl. Heinrich Lange, *BGB Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, München/Berlin 1952, § 10 III 2 b.

〔12〕在比较国际私法上,最密切联系还有其他叫法,如“最密切关系”(日本2006年6月21日关于法律适用的通则法第8条、第12条、第25条、第38条、第40条使用之)、“最重要关系”(英文 the most significant relationship, 美国《第二次法律冲突法重述》第145—188条使用之)、“最真实联系”(英文 the most real connection, 最早为英国学者韦斯特莱克(John Westlake)于1880年所使用)、“最强关系”(德文 die stärkste Beziehung, 奥地利1978年6月15日关于国际私法的联邦法律第1条第1款使用之),等等。

律准许当事人选择准据法时除外。因为在法律准许当事人选择某些类型的法律关系的准据法的情形下，当事人的意思所指向的地域是这些法律关系重心所在的地域。在此基础上，20世纪以来的各国国际私法立法及判例、全球性及区域性的统一国际私法文件无不给予最密切联系原则以突出的位置。最密切联系原则有时也被称为“密切性原则”，^[13]是现代国际私法的一般原则。它在法律冲突法上的含义是：一国法院在审理国际性民商事案件时，除当事人被赋予选择准据法的权能等情形外，原则上应适用与国际性私法关系有最密切联系的国家（或法域）的法律体系。最密切联系原则在现代国际私法的运用范围有越来越广的趋势，比如在合同之债、非合同之债、夫妻财产制、物权等领域，该项原则均得到了广泛的运用。即便是在属人法和多法域国家准据法的确定方面，该项原则的运用也有加无已。最密切联系原则的广泛运用，使许多大陆法国家的国籍原则（本国法主义）被部分地放弃或有所松动。当代各国的国际私法和全球性或区域性的统一国际私法文件越来越多地使用“惯常居所”连结点，也是最密切联系原则使然。可以说，最密切联系原则已成为继当事人意思自治原则之后，在确定国际性私法关系的准据法时最常用的法律适用原则。

最密切联系原则之所以为当今世界各国的国际私法立法者所乐于采用，首先是因为它承袭了萨维尼法律关系本座说的合理内核，即每一类型的法律关系都有一个与之相对应的法律体系，而确定该法律体系的关键在于找到这一类型的法律关系的“本座”所在的地域；找到了这样的地域，也就找到了施行于该地域的法律体系。最密切联系原则的实质，不过是推定各种类型的法律关系的本座所在的地域（国家或法域）在通常情况下是与该类型的法律关系有最密切联系的地域罢了（这一推定是可推翻的）。设若法律关系本座说可以被“公式化”为“国际性私法关系，适用其本座所在地域的法律体系”这样一条概括的、传统的萨维尼式冲突规则，那么当代国际私法上的最密切联系原则就可以改写成概括的冲突规则如下：“国际性私法关系，适用与之有最密切联系的地域的法律体系”。^[14]法官在确定传统的萨维尼式冲突规则中的某一国际性私法关系的“本座所在地域”时，往往须借助于诸如物之所在地、合同订立地、债务履行地、侵权行为地等单一、具体的连结点，显得较为固定、机械和僵硬。相比之下，最密切联系原则所对应的冲突规则由于使用了“最密切联系地”（即与国际性私法关系有最密切联系的地域）这样一个须由法官根据个案的全部情事确定的、具有高度灵活性的连结点，而能够克服传统的萨维尼式冲突规则的固定性、机械性和僵硬性，使得当代国际私法在确定国际性私法关系的准据法时具有相当的灵活性。因此，有学者认为，最密切联系原则是对萨维尼法律关系本座说的新发展。^[15]

当代国际私法的立法沿革表明，克服传统的萨维尼式冲突规则在机械性和盲目性方面的弊端的方法之一，就是在进行国际私法立法时引入以最密切联系原则为基础且具有矫正功能的例外条款。

[13] 密切性原则的法文表述是 *le principe de proximité*，为法国当代著名国际私法学家拉加德（Paul Lagarde）在其海牙讲演中所使用和阐释，其相应的英文表述是 *the principle of proximity*。Voir Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé*, in: *Recueil des cours* 196 (1986-I), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster 1987, pp. 9 - 238.

[14] 同上引 Paul Lagarde 书，第 29 页。

[15] 参见唐表明：《比较国际私法》，中山大学出版社 1987 年版，第 156 页。

二、从特别例外条款到一般性例外条款

在现代国际性私法关系的多样性和复杂性要求最密切联系原则得到尽可能广泛、彻底和合理的运用的背景下，例外条款应运而生。例外条款有特别例外条款与一般性例外条款之分。特别例外条款只存在于国际条约、欧盟统一国际私法或一国国际私法立法的特定领域，是相对于特定领域的冲突规则而言的，而一般性例外条款则往往是一国的国际私法法典或主要的国际私法制定法的总则性条款，是相对于该国全部正常的冲突规则而言的，适用于整部国际私法法典或法律。在时间上，特别例外条款的问世早于一般性例外条款。从例外条款在国际条约、欧盟统一国际私法和一国国际私法立法中的引入来看，呈现出了从特别例外条款到一般性例外条款的发展态势。

（一）特别例外条款在国际条约、欧盟统一国际私法和一国国际私法的引入

截至2009年12月17日，1980年6月19日订于罗马、1991年4月1日生效的欧洲经济共同体关于合同之债准据法的《罗马公约》是最后一个采取区域性多边条约方式的欧共体统一国际私法文件。其第4条第1款第1句原则性地规定：在双方当事人未依第3条选择准据法的情形下，合同应适用与之有最密切联系的国家法律体系。为了将“最密切联系”这一概念具体化，第4条第2款、第3款和第4款规定了关于特征性给付的若干推定。首先，除第5条规定的消费者合同外，原则上推定合同与有义务履行特征性给付的当事人在合同订立时的惯常居所地国家有最密切联系；涉及公司、社团或法人时，推定合同与有义务履行特征性给付的当事人在合同订立时的管理中心地国家有最密切联系（第4条第2款第1句）。但如果合同是在该方当事人从事职业活动或营利活动中订立的，则推定合同与该方当事人的主营业所所在地国家有最密切联系。如果合同所规定的给付应在主营业所以外的另一营业所履行，则推定合同与该另一营业所所在地国家有最密切联系（第4条第2款第2句）。当然，在特征性给付无法确定的情形下，不适用第4条第2款所规定的推定（第4条第5款第1句）。其次，如果合同以不动产权或不动产使用权为标的，则推定合同与不动产所在地国家有最密切联系（第4条第3款）。再次，就货物运送合同而言，推定它与运送人在合同订立时的主营业所所在地国家有最密切联系，但以装载地或卸载地或托运人的主营业所所在地也位于该国为限（第4条第4款第2句）。然而，依照第4条第5款第2句，上述推定是可推翻的：如果从全部情事来看，合同与另一国家有更密切的联系，则不适用第4条第2款、第3款和第4款所规定的推定。^[16]在此情形下，合同例外地适用该另一国家的法律体系。可见，《罗马公约》第4条第5款第2句是一条国际合同法领域的特别例外条款。此外，《罗马公约》第6条第2款含有一条关于确定劳动合同和劳动关系准据法的特别例外条款。自2009年12月17日起，《罗马公约》已被欧盟关于合同之债准据法的《罗马I规则》取代。《罗马I规则》第4条第3款也同样含有一条国际合同法领域的特别例外条款。它规定：如果从案件的全部情事来看，合同与第4条第1款或第2款所称国家以外的

[16] Vgl. Rolf Wagner, *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)-Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung*, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2008, S. 380 - 381.

另一国家有显然更密切的联系，则适用该另一国家的法律体系。^[17]此外，《罗马 I 规则》关于运送合同准据法的第 5 条第 1 款和第 2 款的冲突规则受制于第 5 条第 3 款的特别例外条款，而关于个人劳动合同准据法的第 8 条第 1 款、第 2 款和第 3 款的冲突规则受制于第 8 条第 4 款的特别例外条款。

欧盟关于非合同之债准据法的《罗马 II 规则》（自 2009 年 1 月 11 日起取代欧盟成员国关于非合同之债的冲突规则）分别就侵权行为、不当得利、无因管理以及“缔约上过失”这四个领域规定了各自的特别例外条款。相对于第 4 条第 1 款和第 2 款关于侵权行为准据法的一般性冲突规则，第 4 条第 3 款是国际侵权行为法领域的特别例外条款；^[18]相对于第 10 条第 1 款、第 2 款和第 3 款关于不当得利的一般性冲突规则，第 10 条第 4 款是关于不当得利的冲突法领域的特别例外条款；相对于第 11 条第 1 款、第 2 款和第 3 款关于无因管理的一般性冲突规则，第 11 条第 4 款是关于无因管理的冲突法领域的特别例外条款。此外，第 12 条第 2 款 c 项是关于缔约上过失的冲突法领域的特别例外条款。这些特别例外条款的适用条件之一是，相关的非合同之债与各该领域的一般性冲突规则所指定的国家以外的另一国家有“显然更密切的联系”。

欧盟关于遗产继承的《罗马 IV 规则》（自 2015 年 8 月 17 日起直接适用于除英国、丹麦和爱尔兰以外的各成员国）第 21 条第 2 款是一条关于确定遗产继承准据法的特别例外条款。它规定：如果从案件的全部情事来看，被继承人在死亡时与第 21 条第 1 款（关于遗产继承准据法的一般性冲突规则）所指定的法律体系所属国家（通常是被继承人死亡时的惯常居所地国家）以外的另一国家有显然更密切的联系，则例外地以该另一国家的法律体系为遗产继承的准据法。^[19]

一国国际私法立法的特定领域中的特别例外条款是该国立法者在特定领域创制的例外条款。例如，瑞士制定于 1891 年 6 月 25 日、最初被用来解决州际法律冲突和州际管辖权冲突、后来被类推适用于国际法律冲突和国际管辖权冲突的联邦法律——关于定居或暂住的公民的民法关系的联邦法律^[20]之第 8e 条第 3 款，是较早被引入一国国际私法立法的特定领域的特别例外条款。它因 1976 年 6 月 25 日关于修改瑞士民法典亲子关系部分的法律而被引入前述联邦法律，自 1978 年 1 月 1 日起适用于国际亲子关系法领域。它规定：“如果案件与另一国家有压倒性的关系，则例外地适用该另一国家的法律体系。”在此情形下，该法第

[17] Vgl. Ulrich Magnus, *Die Rom I-Verordnung*, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, S. 37.

[18] Voir Javier Carrascosa González, *Règle de conflit et théorie économique*, in: *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 530.

[19] 例如，某国所派遣的一名外交官在某外国工作数年后突然因公死亡，其最后惯常居所在该外国（驻在国）。第 21 条第 2 款的特别例外条款准许对该外交官的遗产继承不适用其最后惯常居所地国家的法律体系，而例外地适用其派出国法，因为从案件的全部情事来看，该外交官与其派出国有显然更密切的联系。Voir Paul Lagarde, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in: *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 701.

[20] 法文 *Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, 简称 LRDC；德文 *Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter*, 简称 NAG。

8e 条第 1 款和第 2 款所指定的国家的法律体系^[21] 不予适用。^[22] 又如, 2007 年 1 月 1 日起施行的日本关于法律适用的通则法第 20 条, 是一条国际侵权行为法领域的特别例外条款, 而第 15 条则是一条国际无因管理和不当得利法领域的特别例外条款。它们所强调的是较之该法在这些特定领域的一般性冲突规则所指定的法所属的地方“显然有更密切关系的地方”。^[23]

(二) 一般性例外条款在一国国际私法立法中的引入

前已述及, 最早在国际私法的国内法典编纂中引入一般性例外条款的是瑞士国际私法法典第 15 条第 1 款。它是迄今为止影响最大、被各国国际私法学者评论最多的一般性例外条款, 被许多国家或地区的国际私法立法者所效仿。^[24] 魁北克新民法典关于国际私法的第 10 编 (1994 年 1 月 1 日起施行) 之第 3082 条第 1 句、^[25] 斯洛文尼亚共和国 1999 年 6 月 30 日关于国际私法和国际程序的法律第 2 条第 1 款、^[26] 韩国 2001 年 4 月 7 日国际私法第 8 条、^[27] 比利时 2004 年 7 月 16 日国际私法法典第 19 条第 1 款、^[28] 马其顿共和国 2007 年 7

[21] 关于定居或暂住的公民的民法关系的联邦法律第 8e 条第 1 款和第 2 款规定: 亲子关系的成立和否认, 适用父亲、母亲和子女的共同住所地国家的法; 无共同住所的, 适用父亲、母亲和子女的共同本国法; 既无共同住所亦无共同国籍的, 适用瑞士法。See Alfred E. von Overbeck, *The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law*, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. I (1999), p. 129.

[22] Voir François Knoepfler, *Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique*, in: *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 37; Alfred E. von Overbeck, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, Cours général de droit international privé*, in: *Recueil des cours*, tome 176 (1982-III), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1982, pp. 202 - 204.

[23] 参见神前禎:《解説法の適用に関する通則法・新しい国際私法》, 弘文堂 2006 年版, 第 135 页以下; 小出邦夫编著:《一問一答新しい国際私法》, 商事法務 2006 年版, 第 94 页以下, 第 115 页以下。

[24] See Kurt Siehr, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications*, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. 7 (2005), p. 28.

[25] 魁北克新民法典第 3082 条规定:“考虑到全部情事, 案件明显地与本章所指定的法律仅有疏远的联系, 而与另一国家的法律却有密切得多的联系的, 本编所指定的法律即例外地不予适用。所适用的法律被在法律行为中指定的, 前句规定不予适用。” Voir *Loi du 18 décembre 1991 (codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil Québec)*, in: *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 574.

[26] 斯洛文尼亚共和国关于国际私法和国际程序的法律第 2 条第 1 款和第 2 款规定:“(1) 从案件的全部情事来看, 法律关系明显地与本法的规定所指定的法律体系没有最重要的联系, 而与另一法律体系却有密切得多的联系的, 本法的规定所指定的法律体系即例外地不予适用。(2) 当事人选择法律体系的, 前款的规定不予适用。” Vgl. Claudia Rudolf, *Slowenien: Neues Internationales Privat- und Prozessrecht*, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, S. 158; *Slowenien: Gesetz über das internationale Privatrecht und Verfahren*, ebenda, S. 163. See also *The Private International Law and Procedure Act*, in: *Rivista di diritto internazionale privato e process*, 2000, p. 829.

[27] 韩国国际私法第 8 条第 1 款和第 2 款规定:“(1) 本法所指定的法律与所涉法律关系仅有微弱的联系, 且另一国家的法律明显地与该法律关系有更密切的联系的, 适用该另一国家的法律。(2) 当事人已合意选择准据法的, 第 1 款的规定不予适用。” See *Law Amending the Conflict of Laws Act of the Republic of Korea*, tran. by Kwang Hyun Suk, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. V (2003), p. 317.

[28] 比利时国际私法法典第 19 条第 1 款规定:“(第 1 项) 根据全部情事, 案件明显地与被指定的法所属国家仅有很微弱的联系, 而与另一国家却有很密切的联系的, 本法所指定的法即例外地不予适用。在此情形下, 应适用该另一国家的法。(第 2 项) 在适用本款第 1 项时, 尤应考虑准据法的可预见性的需要, 以及相关法律关系系依在该法律关系成立时与之有联系的国家的国际私法规则有效地成立的这一情事。” 同条第 2 款规定:“在双方当事人依本法的规定选择准据法的情形下, 或在准据法的指定系基于其内容时, 第 1 款不予适用。” Voir J. Erauw, M. Fallon, E. Guldix, J. Meeusen, M. Pertegás Sender, H. van Houtte, N. Watté, P. Wautelet (eds.), *Le Code de droit international privé commenté*, Intersentia/Bruylant, Antwerpen/Oxford/Brussel 2006, p. 102; François Rigaux et Marc Fallon, *Droit international privé*, Troisième édition, De Boeck & Larcier, Bruxelles 2005, pp. 93 - 94.

月4日关于国际私法的法律第3条、^[29] 罗马尼亚新民法典（2011年10月1日起施行）第7编第2565条、^[30] 荷兰新民法典（2012年1月1日生效）第10编第8条^[31] 以及黑山2013年12月23日关于国际私法的法律第8条^[32]，均规定了在内容上或多或少地与瑞士国际私法法典第15条第1款相似的一般性例外条款。

三、当代国际私法立法采用一般性例外条款的理由

最密切联系原则在实际运用和立法实践中，特别是在整个20世纪乃至21世纪初多个国家的国际私法法典编纂中，曾经遭遇过一些困难。

首先，一国的立法机关在创制新的冲突规则时，无法确保所制定出来的冲突规则在司法实践中总是与国际性私法关系有最密切联系。这一问题在奥地利国际私法的法典编纂过程中曾经被提出过。奥地利1978年6月15日通过的关于国际私法的联邦法律（下文简称“奥地利国际私法法典”）的主要起草人、维也纳大学教授施温德（Fritz Schwind）匠心独运地在该法第1条第1款开宗明义地规定：与外国有联系的事实情况，必须在私法上适用与之有最强关系的法律体系。同条第2款进一步规定：奥地利国际私法法典关于确定准据法的特别规则（冲突规则），必须被视为是对“最强关系原则”（Grundsatz der stärksten Beziehung）的表达。这一立法技术的好处之一就是突出了“最强关系原则”在整部奥地利国际私法法典中的重要地位，使之成为一条总则性的一般条款。从字面上看，奥地利国际私法法典第1条一方面使奥地利法官负有原则上适用与案件有“最强关系”的法律体系的义务，另一方面却只起到了一种宣示性作用，表明奥地利国际私法法典的冲突规则是对“最强关系原则”的表达。问题在于，到底存不存在奥地利国际私法法典的冲突规则不是对“最强关系原则”

[29] 马其顿共和国关于国际私法的法律第3条第1款和第2款规定：“（1）考虑到全部情事，法律关系明显地与本法的规定所指定的法有不重要的联系，而与另一法却有密切得多的联系的，本法的规定所指定的法即例外地不予适用。（2）双方当事人已进行法律选择的，本条第1款的规定即不予适用。” Vgl. *Gesetz über das internationale Privatrecht, Gesetz der Republik Mazedonien vom 4. 7. 2007*, übersetzt von Christa Jessel-Holst, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2008, S. 158; ders., *Zum Gesetzbuch über das internationale Privatrecht der Republik Mazedonien*, ebenda, S. 156.

[30] 罗马尼亚新民法典第2565条第1款和第2款规定：“（1）根据案件的情事，法律关系与本编所指定的法律有很疏远的联系的，本编所指定的法律即例外地不予适用。在此情形下，适用与法律关系有最密切联系的法律。（2）在涉及人的民事身份和能力的情形下，以及在当事人已选择准据法的情形下，第1款的规定不予适用。” *Voir Revue critique de droit international privé*, 2012, pp. 264, 461.

[31] 荷兰新民法典第10编的内容为国际私法，其第8条第1款规定：“考虑到全部情事，所推定的与某一法律体系的密切联系几乎不存在，而与另一法律体系的密切得多的联系却存在的，以所推定的密切联系为基础的某一法律规定所指定的法律体系即例外地不予适用。在此情形下，适用该另一法律体系。”第2款规定：“在双方当事人之间已进行有效的法的声明的情形下，本条第1款的规定不予适用。” See Mathijs H. Ten Wolde, *Codification and Consolidation of Dutch Private International Law, The Book 10 Civil Code of the Netherlands*, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13 (2011), p. 399; *Dutch Civil Code Book 10 on the Conflict of Laws (19 May 2011)*, inofficial tran. by M. H. Ten Wolde et al., in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13 (2011), p. 658.

[32] 黑山关于国际私法的法律第8条第1款和第2款规定：“（1）考虑到案件的全部情事，法律关系明显地与本法所指定的法仅有很微弱的联系，而与另一法却有密切得多的联系的，本法所指定的法即例外地不予适用。（2）双方当事人自行选择其法律关系的准据法的，本条第1款的规定即不予适用。” Vgl. *Gesetz von Montenegro vom 23. 12. 2013 über das internationale Privatrecht*, übersetzt von Christa Jessel-Holst, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, S. 556; ders., *Neukodifikation des internationalen Privatrechts in Montenegro*, ebenda, S. 554.

的表达的例外情形。退一步而言,即便其全部冲突规则都是对“最强关系原则”的表达,在实践中能否确保它们所指定的法律体系无一例外地与案件有“最强关系”。而当奥地利国际私法法典的冲突规则所指定的法律体系与案件实际上并无“最强关系”时,又该怎么办。在奥地利国际私法法典于1979年1月1日生效时,奥地利立法者未能就这些问题给出令人满意的答案。这就是以最密切联系原则为总则性的一般条款的奥地利立法例的不足之处,因为奥地利立法者并没有明确地赋予它具有一般意义的矫正功能。可见,如果最密切联系原则仅仅表现为一部国际私法法典或国际私法制定法的总则性的一般条款,则最密切联系原则最终仍将得不到落实。为了弥补这一立法上的缺漏,奥地利最高法院分别在1988年6月29日和1989年11月21日的判决中,赋予了奥地利国际私法法典第1条第1款以一般性例外条款的意义。^[33]这意味着奥地利最高法院以裁判确立了:奥地利国际私法法典第1条第1款可以被视为一条“隐含的”一般性例外条款。^[34]

其次,如果一国的立法者仅将最密切联系原则定格在该国的国际私法法典或主要的国际私法制定法之补充性原则的位置上,如同2010年10月28日通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第2条第2款所规定的那样,也不能确保最密切联系原则得到最大限度的合理运用。该法第2条第2款规定:“本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”将最密切联系原则规定在国际私法总则中,这一做法本身似乎突出了最密切联系原则的地位,但遗憾的是,该法第2条第2款只是把最密切联系原则作为一项补充性原则加以规定:只有在该法和其他法律就涉外民事关系的法律适用均无规定的情形下,最密切联系原则才能起到拾遗补缺的作用。而在该法的冲突规则所指定的法律体系与涉外民事关系并无密切的联系,甚至仅有很松散的联系的情形下,如适用与涉外民事关系有最密切联系的国家的法律体系,则欠缺充足的法律依据,可能并不符合立法者的意图。可见,如果最密切联系原则仅仅充当补充性原则而欠缺具有矫正功能的一般性例外条款,则最密切联系原则最终也将得不到落实。

再次,只存在于一国国际私法立法的特定领域的特别例外条款也存在不足。如果一国国际私法立法中的特别例外条款只存在于特定领域,它们往往是该国在某些领域贯彻最密切联系原则的一种立法手段,而对于整部国际私法法典或主要的国际私法制定法并无全局性意义。对于特别例外条款所在特定领域以外的其他领域的冲突规则,特别例外条款因欠缺全局性意义而起不到矫正作用,而这一不足正好可以由一般性例外条款来弥补。

一般性例外条款以最密切联系原则为依托而赋予法官以一定的自由裁量权,在具体案件的全部情事显示一国正常的冲突规则所指定的法律体系与案件或法律关系实际上并无密切联系时,例外地偏离该国正常的冲突规则所指定的法律体系,而适用与案件有最密切联系的另一法律体系,从而可起到一种类似于“矫正器”的作用。显而易见,作为一种旨在确保最密切联系原则得到最大限度的合理运用的立法技术的运用结果,一般性例外条款在

[33] Voir D. Kokkini-Iatridou, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions*, in: Kokkini-Iatridou (ed.), *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions-ou le principe de proximité/Exception Clauses in Conflict of Laws and Conflict of Jurisdictions-or the Principle of Proximity*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1994, p. 10.

[34] See Alfred E. von Overbeck, *The New Swiss Codification of Private International Law*, in: *Forum internationale*, No. 16, 1991, p. 13.

确定国际性私法关系的准据法时，能够发挥作为总则性的一般条款的最密切联系原则和仅充当补充性原则的最密切联系原则所不具备的矫正功能，且其矫正功能较之只存在于特定领域的特别例外条款更具有全局性和一般性意义。因此，一般性例外条款可以矫正一国正常的冲突规则在极少数例外情形下出现的缺陷，既可以增加法律适用的灵活性，又可以更加体现最密切联系原则的精神，^[35] 故已成为当代立法者在进行国际私法立法时（特别是在进行国际私法的法典编纂时）不可不认真对待的重大课题。

四、当代国际私法立法中的一般性例外条款的适用条件

（一）当代国际私法立法中的一般性例外条款的积极适用条件

综观 20 世纪下半叶以来一些国家的国际私法立法中的一般性例外条款，它们通常必须同时满足以下积极适用条件：第一，一国的国际私法立法之正常的冲突规则所指定的法律体系与案件（或国际性私法关系，下同）仅有“很松散的联系”，或仅有“很微弱的联系”，或“疏远的联系”，或有“不重要的联系”。总之，正常的冲突规则所指定的法律体系与案件之间的联系必须是在空间上不密切、不重要、非本质的联系。第二，该国的国际私法立法之正常的冲突规则所指定的法律体系以外的另一法律体系与案件有“密切得多的联系”，或有“很密切的联系”，或至少有“更密切的联系”。^[36] 换言之，受理国际性民商事案件的法官必须在“正常的冲突规则所指定的法律体系与案件的联系”和“正常的冲突规则所指定的法律体系以外的另一法律体系与案件的联系”之间进行比较和衡量，并在后者相对于前者来说“密切得多”、“更密切”或“很密切”时，例外地适用“正常的冲突规则所指定的法律体系以外的另一法律体系”，而不适用“正常的冲突规则所指定的法律体系”。^[37] 第三，一般性例外条款的适用还必须以“全部情事”为判断适用与否的前提。这意味着作为法律适用者的法官必须对个案的全部情事进行全局性判断，在全面分析案情的基础上，将与案件所涉国际性私法关系有联系的若干地域及施行于其上的法律体系进行综合性衡量，以断定案件是否明显地与冲突规则所指定的法律体系仅有很松散的联系，而与另一法律体系却有密切得多的联系，避免陷入盲人摸象式的片面认识。^[38] 第四，一般性例外条款必须由法官依职权予以适用。当一个具体的国际性民商事案件同时符合前三个积极适用条件时，不适用该国的国际私法立法之正常的冲突规则所指定的、与案件仅有很松散

[35] 前引〔7〕，李浩培书，第 363 页。

[36] 前引〔1〕，François Knoepfler 等书，边码 333。Voir aussi Andreas Bucher (Editeur), *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, Bale 2011, Art. 15, n°2.

[37] See Symeon C. Symeonides, *Codification and Flexibility in Private International Law*, in: Karen B. Brown and David Snyder, *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Springer, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2012, p. 182.

[38] 值得注意的是，罗马尼亚新民法典第 2565 条第 1 款的一般性例外条款有着与其他国家的一般性例外条款不同的逻辑，它仅仅要求“根据案件的情事”，法律关系与罗马尼亚新民法典正常的冲突规则所指定的法律“有很疏远的联系”，即可例外地不适用新民法典正常的冲突规则所指定的法律，而并不要求法律关系与新民法典正常的冲突规则所指定的法律以外的另一法律“有密切得多的联系”或“更密切的联系”或“很密切的联系”。Voir Catalina Avasilencei, *La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux*, in: *Revue critique de droit international privé*, 2012, pp. 264 - 265.

的联系的法律体系，而适用与案件有密切得多的联系的另一个法律体系，就这一点来说，法官并无自由裁量权。例如，瑞士联邦最高法院于1992年1月23日所裁判的国际性离婚案件（W. v. W.）是该法院适用瑞士国际私法法典第15条第1款的一般性例外条款的第一起案件。^[39]在该案中，一名德国男子于1960年在加拿大魁北克与一名加拿大女子结婚。1962年，他们双双归化为美国德克萨斯州公民，并居住在该州，后于1979年定居瑞士。1984年，妻子只身去了德国并放弃了其瑞士住所。1986年，丈夫向瑞士法院诉请离婚。到原审州法院对本案作出判决时，瑞士国际私法法典已自1989年1月1日起施行，其第61条第1款规定离婚应原则上适用瑞士法，但同条第2款规定，如配偶双方具有共同外国国籍且只有一方在瑞士有住所，则适用其共同本国法。原审州法院认为，作为被告的妻子在瑞士没有住所，而只有作为原告的丈夫在瑞士有住所，根据瑞士国际私法法典第61条第2款，他们的离婚应适用作为其共同本国法的德克萨斯法。但由于本案与德克萨斯法仅有很松散的联系，而与瑞士法却有密切得多的联系，原审州法院遂适用第15条第1款的一般性例外条款，以最密切联系为由例外地适用瑞士法。原审州法院作出判决后，作为被告的妻子返回瑞士，但并未在瑞士取得住所。在上诉审中，瑞士联邦最高法院虽仍坚持对第15条第1款作限制性的解释，但认为原审州法院依照第15条第1款的一般性例外条款例外地适用与本案“有密切得多的联系”的瑞士法是正确的，遂维持了原判。^[40]

上述积极适用条件的叠加适用，有助于确保一国的国际私法立法之正常的冲突规则所指定的法律体系仅在被立法者严格限定且确有必要的情形下才例外地不予适用，而让真正与案件有密切得多的联系的法律体系得以适用，进而维持一定程度的法的安定性。^[41]例如，瑞士联邦最高法院在涉及适用瑞士国际私法法典第15条第1款的一般性例外条款的案件中，一向采取极为审慎的态度。在其于1995年4月7日裁判的一起国际性离婚案件（*Dame P. B. v. P. B.*）中，瑞士联邦最高法院须确定两个意大利公民的离婚准据法。^[42]原告在起诉时的住所在瑞士，而被告的住所则始终在意大利。尽管原告在瑞士与被告缔结了婚姻并生了4个子女，但联邦最高法院认为，这一事实仍不足以构成偏离瑞士国际私法法典第61条第2款正常的冲突规则所指定的共同本国法的理由，原因是作为被告的丈夫的住所一直在意大利，而作为原告的妻子在结婚时的住所也在意大利。联邦最高法院认定本案与意大利法有最密切联系，并最终拒绝以最密切联系为由例外地不适用作为配偶双方的共同本国法的意大利法。^[43]

（二）当代国际私法立法中的一般性例外条款的消极适用条件

就消极适用条件而言，当代国际私法立法中的一般性例外条款必须满足以下条件：第一，在最密切联系原则必须让位于当事人意思自治原则的场合，一般性例外条款自然没有适用的余地。实际上，那些制定了一般性例外条款的国家和地区的立法者都不约而同地在其国际私法法典或主要的国际私法制定法中规定：如果当事人在法律所准许的限度内有效地选择了法律关系的准据法，则适用当事人所选择的法律体系。这是因为，在一国法律赋

[39] ATF 118 II p. 79; *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 484, note François Knoepfler, *ibid.*, p. 488; *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1994, note Andreas Bucher.

[40] 前引 [21], Alfred E. von Overbeck 文, 第 131 页。

[41] 前引 [36], Andreas Bucher 主编书, 第 15 条, 边码 3。

[42] ATF 121 III p. 246; *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1996, p. 191, note Andreas Bucher.

[43] Vgl. Keller/Girsberger, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2004, Art. 15, Rn. 16a.

予当事人以选择某一法律关系的准据法的权能的情形下，当事人的意思所指向的地域是该法律关系重心所在的地域，而施行于该地域的法律体系则是对该法律关系来说最为适当的法律体系。这里所说的准据法选择，既包括双方当事人选择准据法的情形（如在该国法律赋予合同的双方当事人选择合同之债的准据法的场合），也包括一个当事人进行准据法选择的情形（如在该国法律准许被继承人独自选择遗产继承准据法的场合）。就那些准许当事人选择准据法的法律关系而言，立法者对当事人意思自治的适当性的认可甚于对最密切联系的适当性的认可，换言之，立法者具有让当事人的意思自治优先于最密切联系的立法意图。^[44]事实上，只有最适当的法律体系才有助于实现冲突法上的法律适用目标和功能，也才有助于实现当事人之间的公平。第二，除了当事人已有效地选择准据法的情形外，个别国家的国际私法制定法还规定，在涉及人的民事身份或能力的情形下，也排除一般性例外条款的适用（见罗马尼亚新民法典第 2565 条第 2 款）。第三，一般性例外条款不应成为有直接国际裁判管辖权的一国法院片面地优先适用法院地法的借口。在现代国际私法的发展史上，最密切联系原则本来是作为一味地优先适用法院地法的单边主义（以具有所谓“回本国去的趋向”的法律适用规则为典型例子）的对立物出现的，故以最密切联系原则为依托的一般性例外条款理所当然地不能以优先适用法院地法为其自身的立法目的，否则将导致对当事人不公正、不合理的结果。第四，一般性例外条款并不等于准许法官对被法院地国家的冲突规则指定的诸法律体系进行实体法上的价值判断和优劣衡量，换言之，并不意味着法官可以据此而适用所谓“更好之法”（更好的实体法）或“有更大利益之法”（有更大利益的实体法）。因为一般性例外条款的实质，是让法官最大限度地适用与案件有最密切联系的地区的法律体系，它只与法律体系的空间上的选择有关，而与具体的实体法内容无关，^[45]因而不等于法官可以凭借一般性例外条款而适用能够为案件提供“更好的”或“有更大利益的”解决办法的实体法。^[46]因此，一般性例外条款既不同于美国冲突法学者莱弗拉尔（Robert A. Leflar）所提出的关于选择“更好之法”的方法（better law approach），也不同于结果导向式的法律选择规则。一般性例外条款既没有突破冲突法制度的限制，也不能导致对冲突规则的全盘否定。归根结底，一般性例外条款所要实现的是冲突法上的正义而不是实体法上的正义。

五、关于一般性例外条款对当代国际私法的重大意义的立法论思考

一般性例外条款的创制，是当代国际私法发展到 20 世纪 80 年代末的产物，是国际私法立法技术渐趋成熟的标志，也是一些国家的立法者创新国际私法立法方式的具体体现。在最早将一般性例外条款引入国内立法的瑞士，在国际私法的法典编纂过程中，围绕着是否应制定一般性例外条款的问题，国内外的国际私法学者曾有过激烈的争论。1971 年，负责瑞士国际私法法典编纂的专家委员会主席、巴塞尔大学教授菲舍尔（Frank Vischer）率先提议在未来的国际私法法典中引入一条一般性例外条款。瑞士国际私法法典草案 1978 年文本

[44] 上引 Keller/Girsberger 书，第 15 条，边码 51。

[45] 前引 [18]，Javier Carrascosa González 文，第 530 页。

[46] See Kwang Hyun Suk, *The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea*, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. V (2003), pp. 110 - 111.

即已在第14条包含一条与后来的瑞士国际私法法典正式文本第15条第1款内容相当接近的一般性例外条款。^[47]在1979年于瑞士弗里堡举行的国际研讨会上,英国学者曼恩(F. A. Mann)明确地反对一般性例外条款,担心它会引起法律适用上的“危险的”不确定性。而比利时学者范黑克(G. van Hecke)、德国学者克罗伊策(Karl Kreuzer)等众多与会者则赞成在未来的国际私法法典中引入一条一般性例外条款。在1983年于瑞士洛桑举行的国际研讨会上,与会者的观点也颇有分歧。然而,瑞士国际私法法典第15条第1款最终还是成为了率先在各国国际私法立法中问世的一般性例外条款。它自施行至今已逾26载,却未引起曼恩等学者所担心的法律适用上的“危险的”不确定性,亦未被瑞士法院所滥用。相反,瑞士法院的司法实践业已证明,在瑞士国际私法法典正常的冲突规则无法提供关于准据法确定问题的令人满意的答案时,一般性例外条款的确充当了冲突法制度上的有用工具。^[48]原因是一般性例外条款一方面可以增加法律适用的灵活性,另一方面却仍旧在冲突规则的框架内起作用。从表面上看,有一般性例外条款做支撑的最密切联系原则只是表现为一种相对于正常的冲突规则的例外机制而已,其地位似乎不如作为总则性的一般条款的最密切联系原则突出。但晚近一些国家的国际私法立法经验和司法实践表明,有一般性例外条款做支撑的最密切联系原则才是具有可操作性的最密切联系原则,也才会得到更加彻底的贯彻。

一般性例外条款在增加法律适用的灵活性的同时,也会引发关于法的不确定性和不可预见性方面的担忧,毕竟判断一国的国际私法法典或主要的国际私法制定法之正常的冲突规则所指定的法律体系是否与案件有密切联系的,还是该国的国内法官。然而,只要审理和裁判国际性私法案件的法官正确地领会和掌握一般性例外条款的积极和消极适用条件,就可以最大限度地避免或消除此种不确定性和不可预见性,从而达到合理地适用与案件有最密切联系的法律体系的立法目的。事实上,在那些已经将一般性例外条款引入其国际私法立法的国家,迄今尚无证据证明它的确引起了法律适用的不确定性和不可预见性,故上述担忧是多余的。正因为一般性例外条款有其立法上的必要性和合理性,甚至是衡量一部现代国际私法法典是否成熟、完备的标志之一,所以有学者认为,将一般性例外条款纳入一国的国际私法法典或主要的国际私法制定法,已成为当代国际私法立法的一大趋势。^[49]瑞士苏黎世大学名誉教授、马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所研究员西尔甚至提议,当代所有国家的立法者在进行国际私法的法典编纂时均应创制一条一般性例外条款。^[50]

就中国国际私法立法而言,涉外民事关系法律适用法第2条第2款并没有将最密切联系原则上升为一般原则,也没有使之成为总则性的一般条款,而只是使之成为一项补充性原则。该法草案之2010年6月28日修改稿第5条曾经含有这样一条一般性例外条款:“依照本法或者其他法律确定的涉外民事关系适用的法律,因有特殊情形,明显与涉外民事关系不具有最密切联系的,除当事人依法选择适用的法律外,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”这一规定在2010年8月的草案二次审议稿中被删除,在2010年10月28日

[47] 前引[22], Alfred E. von Overbeck书,第187页,第204页以下。See also Kurt H. Nadelmann, *Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause*, in: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 33 (1985), p. 297.

[48] 前引[21], Alfred E. von Overbeck文,第119页以下。

[49] Vgl. Staudinger/Sturm/Sturm (2003), *Einleitung zum IPR*, Rn. 119.

[50] 前引[24], Kurt Siehr文,第29页。

正式通过的最终文本中也不见踪影。这样一条体现最密切联系原则且可适用于包括分则各章在内的整部法律的一般性例外条款，本来是可以成为涉外民事关系法律适用法的一个亮点的，可惜未能问世。造成这一状况的主要原因，是立法者当时并未意识到该法需要引入一条一般性例外条款来确保最密切联系原则得到最大限度的合理运用。尽管与该法施行之日（2011年4月1日）以前的冲突规则相比，该法在规模、范围、程度、内容、方法和技术诸方面都朝着冲突规则现代化的目标向前迈进了一步，但它并不意味着中国国际私法的法典编纂任务已全部完成，因为真正意义上的国际私法法典编纂，应是将迄今为止分散在各种法律、法规和司法解释中的冲突规则进行梳理、总结、归纳和创制，集中制定于同一部立法文件中，完成冲突规则的系统化和逻辑化。这一法典编纂过程意味着清理和废止旧的、不合时宜的冲突规则，同时使新的、更为合理、全面和完善的冲突规则变成制定法规则，因而也是冲突规则的现代化过程。在未来中国国际私法的进一步现代化特别是法典编纂过程中引入一条一般性例外条款，将有助于确保最密切联系原则得到最大限度的合理运用，从而在确保法的安定性和可预见性的同时，大大增加法律适用的灵活性和适当性。

Abstract: In view of the broadened application of the principle of the closest connection and deficiencies of the classical Savigny's conflict rules, there has been the need of introducing into private international law an exception clause based on the principle of the closest connection. The introduction of an exception clause into international treaties, the unified EU private international law and the private international law legislation of a specific country has demonstrated an advance from specific exception clause to general exception clause. Since the principle of closest connection, whether as a general clause of the general part, as a mere supplementary principle, or as the exception clauses only existing in specific fields, has its deficiencies, the general exception clause has been given a corrective function with general significance and is subject to certain conditions for its application. On the one hand, the general exception clause upholds the normal application of the ordinary conflict rules of a country. On the other hand, it allows exceptional departure from the legal system designated by the ordinary conflict rules and the application of another legal system most connected with the factual situation, thereby maintaining the predictability and certainty of the application of laws while avoiding or overcoming the fixedness, rigidity, mechanical nature and blindness of the classical conflict rules. Incorporation of the general exception clause into the private international law code (or the main act on private international law) of a country has become a trend of contemporary private international law legislation. As to the future perfection of the Chinese Law on the Application of Laws to Civil Relationships Involving Foreign Element, it is necessary to introduce a general exception clause in order to guarantee the maximum application of the principle of closest connection.

Key Words: general exception clause, principle of closest connection, private international law legislation, corrective function
