

论特征性履行说在国际海上运输合同关系中的误用

袁发强 黄美春*

摘要:目前,中国《海商法》正在修订过程中。2018年公开的《海商法(修订征求意见稿)》在国际海上运输合同关系的法律适用中,引入特征性履行说,主张当事人未协议选择准据法时适用特征性履行方经常居所地法。然而,国际海上运输合同中,虽然存在特征性履行一方即承运人,但是承运人的经常居所地并不当然与合同存在最密切联系,甚至毫无联系。仅将特征性履行说单一地理解为特征性履行方经常居所地法,并直接适用于未协议选择准据法的国际海上运输合同,有违最密切联系原则,是对特征性履行说的错误理解和错误适用。基于对国际海上运输合同的特殊性和其在法律适用上的实际立法需求的分析,应当沿用最密切联系原则,维持《海商法》现行规定。

关键词:特征性履行 最密切联系原则 国际海上运输合同

涉外合同准据法的确定,学理上一般分为两个层次:首先尊重合同当事人的意思自治,由当事人协议选择;当事人没有明示选择的,采用最密切联系原则进行确定。^①中国国际海上运输合同的法律适用同样采用此种做法。现行《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)第269条对此作了明确的规定。^②然而,2018年公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)对当事人未明示选择情形下准据法的确定方法提出了不同的意见,主张采用特征性履行说,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”。^③

此修订意见将特征性履行说与最密切联系原则放于平行的位置上,并列为两种独立的准据法确定方法,混淆了二者之间的关系;将特征性履行说单一地体现为特征性履行方经常居所地法,忽视特征性履行方法适用范围的局限性和特征性履行说的其他内容,显然是对特征性履行说的错

* 袁发强,法学博士,华东政法大学国际法学院教授,博士生导师;黄美春,华东政法大学国际法学院国际法专业硕士研究生。

① 参见韩德培、肖永平:《国际私法学》,人民法院出版社、中国社会科学出版社2004年版,第128—130页。

② 《海商法》第269条:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

③ 2018年11月中国交通运输部公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》第16.2条第1款:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。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。”来源于中国交通运输部官网, http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/fgs/201811/t20181105_3109896.html,最后访问时间:2019年7月25日。

误理解。“特征性履行方经常居所地”这一具体连结点的设定虽使最密切联系原则具体化和确定化，但忽视了特征性履行方经常居所地与合同的实际联系程度。运输合同以运输义务为体现该合同性质的特征性履行。^① 国际海上运输合同项下，承运人承担从一国港口运送至另一国港口的运输义务，但具体的装货港和卸货港往往取决于托运人的运输需求，与承运人的经常居所地并无直接联系。若依此修订意见，国际海上运输合同将可能适用与其无密切联系，甚至是毫无联系的法律，违背最密切联系原则，丧失法律适用的明确性和可预见性要求。^② 可见，此种“以偏概全”的做法不仅是对特征性履行说的误读，更是对特征性履行的误用。因此，有必要明晰特征性履行说的含义，进而审视特征性履行说是否符合国际海上运输合同法律适用的特殊立法需求。

一 对特征性履行说的误读

自20世纪60年代起，许多国家尤其是大陆法系国家将特征性履行说引入涉外合同冲突规范中，^③ 作为最密切联系原则的具体化方法，弥补综合判断最密切联系法律所带来的不确定性。《征求意见稿》虽亦有此初衷，但却将具体化方法与基础性规则并列对待，混淆了特征性履行说与最密切联系原则二者之间的关系。同时，该意见将特征性履行说单一地理解为特征性履行方经常居所地法，而无视特征性履行说的完整理论内涵，有断章取义之嫌。

（一）混淆特征性履行与最密切联系原则的关系

最密切联系原则源于英国国际私法学者韦斯特莱克（Westlake）提出的“最真实联系”的概念，^④ 后经美国司法判例的实践，产生“重力中心”和“联系聚集”的法律选择方法。在此基础上，美国学者里斯（Reese）创立了最密切联系原则。^⑤ 此原则强调综合考虑与法律关系主体、客体以及法律事实相联系的连结因素，并对这些因素做重要程度的质量分析，从而确定实质上有最密切联系的法律。此种方法采用综合考察最密切联系的方式，灵活地寻找合适的法，实现个案在法律适用上实质公正的追求。然而，灵活性也是最密切联系原则的劣势所在。该原则依赖于法官在个案中的综合判断，欠缺明确具体的标准，导致法官享有过大的自由裁量空间；^⑥ 同时，对于法官而言，“最密切联系”是一个模糊的标准，往往是个案中各种具体因素在数量、质量比较和权衡的结果，不便于操作，易导致法律适用的不统一。为了解决这些问题，理论与立法开始寻找最密切联系原则的具体化方法。

瑞士学者施耐策（Schnitzer）在此基础上提出了特征性履行说，主张合同一方义务的履行可使得该合同在性质上区别于其他合同。^⑦ 该学说通过考察合同的功能和社会价值，确定不同类型

① 2000年《中华人民共和国国际私法示范法》第101条第1款第2项：“运输合同，适用承运人营业所所在地法。”

② 为适应处理跨国商业争议的需要，商事冲突法需具备稳定性和可预见性的规范价值，否则难以实现其目的价值。参见袁发强：《论商事冲突法的价值选择与规范表现》，载《法学评论》2016年第5期，第67页。

③ 参见刘卫翔、余淑玲、郑自文、王国华：《中国国际私法立法理论与实践》，武汉大学出版社1995年版，第356页。

④ 参见韩德培主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社2007年版，第200页。

⑤ 参见肖永平：《最密切联系原则在中国冲突法中的运用》，载《中国社会科学》1992年第3期，第150页。

⑥ 参见周新军：《论国际合同中最密切联系原则的运用》，载《法学家》2002年第3期，第93页。

⑦ See A. F. Schnitzer, *Hanbuch Des Internationalen Privatrechts* (Basel, 1944), p. 645, 转引自 Lu Song & Tang Yi, “Some Thoughts on the Characteristic Performance Test”, 载《武大国际法评论》2009年第1期，武汉大学出版社2009年版，第213页。

合同中能够体现使其本身区别于其他合同类型之性质的履行义务，即为特征性履行。此种考察关注合同本身的内在客观因素，符合最密切联系综合考察合同客观因素的要求，对特征性履行的甄别具有较强的针对性和可操作性。特征性履行在涉外合同冲突规范中的运用，提供了更加具体化和确定化的判断标准，能够弥补“最密切联系”这一概念的模糊性。法官无需对合同所涉及的所有因素进行收集、分类和判断，^①从而降低法官在众多客观因素中确定最密切联系因素的难度以及主观随意性，限制法官的自由裁量空间。可见，在涉外合同冲突法中，特征性履行说在当事人未选择准据法的情形下作为最密切联系原则的具体化方法确定合同将适用的法律。二者是具体方法和基础原则的关系，而非两个并列的概念，更不是相互替代的关系。

（二）单一化理解特征性履行说

特征性履行说最初以“特征性履行方所在地的法律”的形式引入涉外合同冲突法领域，用以弥补最密切联系原则的模糊性，增加该原则的确定性和稳定性。不过，学者和立法者很快意识到特征性履行方法的局限性。有些合同与特征性履行地或不动产所在地的法律有更加密切的联系，甚至有些合同并不存在特征性履行一方。作为最密切联系原则的具体化方法，特征性履行说在具体的适用中须与最密切联系原则保持相同的适用前提，即寻找合适的法，而非合适的地方。^②把最密切联系原则单一地体现为特征性履行方所在地的法律，无法完全实现该原则的目的和功能，在具体的个案中甚至与之背道而驰。因此，特征性履行说在冲突规范中的具体适用并不仅限于特征性履行主体所在地的法律，还包括与特征性履行有关的其他法律，比如履行地、标的物所在地等，从而适应各类国际民商事合同法律适用的特殊性。^③

事实上，作为特征性履行说的方法之一，特征性履行方所在地法律的可行范围具有局限性，不能覆盖所有种类的合同。买卖合同、动产租赁或质押合同等合同项下，提供或交付标的物义务的履行的确与合同当事方的所在地有着密切的联系。然而，部分合同中当事人所在地与特征性履行并不具备此种密切联系。例如，建设工程合同项下建筑施工的一方在建筑工程所在地履行特征性义务，而该地可能但并不当然在施工方经常居所地；不动产买卖、租赁或者抵押合同的特征性履行也往往与不动产的所在地有更加密切的联系而非任何一方当事人的居所地。

同样，运输合同中，运输义务这一特征性履行的实质是把货物自收货地点运往交货地点，合同往往与收货地或交货地有着密切的联系，而与承运人的所在地却并不当然有最密切的联系。此种情况在国际海上运输合同中的体现尤为明显。海上货物运输往往是远洋大宗运输，承运人为保证效率和收益往往经营大量不同的国际航线，其中多数航线的运输业务往往与承运人的经常居所地无关。

以中远海运集装箱运输有限公司为例，该公司经营覆盖跨太平洋航线、欧洲航线、欧地支线及大西洋航线、亚太航线、拉非航线、东南亚及南亚航线的355条国际航线，覆盖全球85个国家。^④

① See “REPORT on the Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Official Journal of the European Communities* C 282, 1980, p. 21.

② See Nicky Richardson, “The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine”, (1989) 1 *Bond L. Rev.* 284, p. 287.

③ See Kurt Lipstein, “Characteristic Performance——A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC”, (1981) 3 *Nw. J. Intl L. & Bus.* 402, p. 410.

④ 数据来源：中远海运集装箱运输有限公司官网，<http://lines.coscoshipping.com/home/>，最后访问时间：2019年7月25日。

若托运人与该公司签订拉非航线上的国际运输合同,装货港、挂靠港、卸货港均不是该公司经常居所地中国的港口,合同的运输义务履行并不涉及中国。外国航运公司同样如此,比如,经常居所地为法国马赛的法国达飞海运集团运输业务覆盖 200 条国际航线,涉及 420 个国际贸易港口;^①经常居所地为瑞士日内瓦的地中海航运公司覆盖全球 155 多个国家的 200 条全球运输路线,涉及的 500 个港口。^②因此,在具体的海上运输合同中,合同或提单的签订地、装货港、挂靠港、卸货港、托运人经常居所地等可能与合同纠纷有关的地点完全不涉及承运人经常居所地的情况十分常见。如果仅将特征性履行说理解为特征性履行方经常居所地法律,这些不涉及承运人经常居所地的国际海上运输合同适用的法律将与其无密切关联,甚至是毫无关联。可见,此种理解完全忽视了特征性履行方所在地的局限性。

在以往的立法实践中,不管是外国立法例还是中国国际商事合同冲突法的相关规定,均注意到特征性履行方所在地的局限性,采用了更加严密的体系化立法模式适用特征性履行说。最早采用此学说的国际公约是 1980 年《关于合同之债法律适用公约》(以下简称《罗马公约》)第 4 条关于合同当事人未选择准据法情形的规定。该公约第 4 条在第 1 款确立最密切联系原则;第 2 款规定特征性履行方惯常居所地法作为具体化方法,并在但书中强调商事活动中履行地的影响,规定在贸易和职业活动过程中订立的合同适用主营业地或合同实际履行的营业地法律;第 3、4、5 款单独规定不动产合同、货物运输合同和无法确定特征性履行的合同的法律适用。^③德国、意大利、奥地利、比利时等欧盟国家的冲突法均采用了《罗马公约》的此种做法。^④经过长期的司法实践,2008 年《罗马条例 I》对这一问题的认识进一步加深,在该法第 4 条和第 5 条中对特征性履行说的规定形成了更加完整的体系。^⑤该条例在原有规定的基础上增加采用列举方式对 8 种不同类型的合同区分适用特征性履行方惯常居所地、特征性履行地、标的物所在地的法律,其次规定特征性履行方惯常居所地这一具体化方法的适用,并设置例外条款矫正列举适用和特征性履行对最密切联系原则的背离。

中国冲突法以往对特征性履行说的规定也采取了类似体系化的做法。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适用法律若干问题的规定》(以下简称 2007 年司法解释)第 5 条首先在前两款的规定中确立了最密切联系原则,突出该原则的一般适用,明确规定可通过特征性履行说确定最密切联系的法律。其次,以列举方式分别规定 17 种合同的准据法,并对特征性履行的适用作出了例外性的规定,以弥补类型化列举有限性带来的灰色地带以及特征性履行说适用的局限性。^⑥由中国国际私法学会编写的 2000 年《中华人民共和国国际私法示范

① 数据来源:法国达飞海运集团官网, <http://www.cma-cgm.com/about/the-group>, 最后访问时间:2019 年 7 月 25 日。

② 数据来源:地中海航运公司官网, <https://www.msc.com/chn/our-services/trade-services>, 最后访问时间:2019 年 7 月 25 日。

③ See "REPORT on the Convention on the law applicable to contractual obligations", pp. 19-23.

④ 德国《民法典施行法》第 28 条直接采用了 1980 年《罗马公约》第 4 条的规定;意大利、奥地利和比利时的国际私法均将 1980 年《罗马公约》转化为国内法作为合同之债的法律适用的冲突法规定。参见杜涛:《国际私法的现代化进程:中外国际私法改革比较研究》,上海人民出版社 2007 年版,第 310、286、323、371 页。

⑤ Articles 4 and 5 of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

⑥ 参见马志强:《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》,载《当代法学》2016 年第 6 期,第 17 页。

法》，虽非规范性法律文件，但具有较强的学术参考性。该示范法第101条采用了与2007年司法解释基本相同的模式，其中列举适用增加至24种。可见，特征性履行说在合同冲突法中的适用并不仅限于一种形式，国际民商事合同类型的多样化要求立法对其进行体系化的适用。

上述体系化的立法模式将特征性履行说灵活地运用于各种国际民商事合同，在寻找实质性最密切联系法的前提下进行合理的形式化和具体化，更加符合该学说的内涵和目的。《征求意见稿》仅以“特征性履行方经常居所地”这个单一连结点替代特征性履行说作为国际海上运输合同的冲突法中最密切联系原则的具体化方法，显然忽视了该连结点的局限性和特征性履行说的其他内容，是对特征性履行说的错误解读。

（三）错误理解的根源

上述对特征性履行说的误读并非《征求意见稿》的“一家之言”，而是源于2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外法律适用法》）第41条。《征求意见稿》关于“涉外关系的法律适用”这一章节的修改要点中明确说明，“完善海事海商合同法律适用的规定，引入《涉外民事关系法律适用法》的特征性履行原则”，并且在具体的条文中采用了与《涉外法律适用法》第41条一致的立法逻辑和内容。

不过，《涉外法律适用法》第41条规定本身就是对特征性履行说的误读。在立法逻辑上，该条采用“……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”的措辞。以“或者”一词将特征性履行与最密切联系放在平行位置上，引发学者和司法实践在理解和适用中的不同意见：其一，根据文义解释，法条表述最密切联系原则与特征性履行为并列或平性关系，二者排斥适用；其二，最密切联系原则与特征性履行是上、下位关系，后者是对前者具体化的方法之一。^①

事实上，不管是追溯特征性履行说在冲突法中的适用起源，还是参考国际公约或外国立法的适用发展，特征性履行是最密切联系原则的具体化方法之一的观点被普遍认可且尚无变化之趋势。而中国《涉外法律适用法》在制定过程中，关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）》二次审议结果的报告提到，全国人民代表大会法律委员会采纳了部分常委委员、最高人民法院、专家和社会公众关于当事人未协议选择准据法的合同一般应适用最密切联系原则的意见，并决定对相应条文作出修改。^②可见，《涉外法律适用法》的立法意图是将最密切联系作为一般规则适用，而特征性履行是确定最密切联系法律的方法。然而，条文本身却在立法逻辑和表述上存在不严谨和模糊性，引发不同观点，导致法院在案件审理过程中法律适用不统一。以未选择准据法的国际货物买卖合同为例，中国法院依据《涉外法律适用法》第41条适用法律时就

① 参见郭玉军、樊婧：《〈涉外民事关系法律适用法〉的适用及其反思》，载《社会科学辑刊》2013年第2期，第46页。

② 2010年10月全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）》二次审议结果的报告：草案二次审议稿第四十三条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律；没有协议选择的，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合同履行地法律。有的常委委员、最高人民法院、专家和社会公众提出，当事人对合同没有协议选择适用法律的，一般应适用与该合同有最密切联系的法律，草案的规定对此体现不够。法律委员会会同最高人民法院和有关专家研究，建议将这一条修改为：“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。”

产生有三种不同的做法：其一，适用义务履行最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地的法律；其二，适用与合同有最密切联系的法律；其三，概括适用第41条规定，未指明根据特征性履行或最密切联系原则。^①

《涉外法律适用法》第41条放弃采用中国以往涉外民商事合同冲突规范的立法模式，不区分合同类型，笼统地将特征性履行方经常居所地法适用于所有涉外民商事合同。但是，如前所述，特征性履行方法不能适用于所有合同类型，不加区分地适用导致合同适用并无密切联系的法律。由此，法院为了公正审判不得不频繁适用最密切联系原则。而在第41条中，最密切联系原则却被规定为特征性履行的逃避规则或例外规则，显然法院的此种做法将与立法发生冲突。那么，法院在审理案件中是应当遵循法律的明确规定，还是坚持最密切联系原则以保证案件的公正裁判？目前，尚无司法解释或者指导性案例对此问题加以确定。虽然理论普遍认可特征性履行是最密切联系的具体化方法之一，对《涉外法律适用法》第41条已经形成统一的理解并由此影响司法实践，但这并不能掩盖该条规定对特征性履行的错误理解和对其进行修订的必要性。《征求意见稿》盲目地延续此种错误理解，“以讹传讹”，显然有失立法的科学性和合理性，将导致国际海上运输合同重演其他国际民商事合同法律适用所经历的曲折。

二 在国际海上运输合同关系中的误用

特征性履行说的理论核心在于关注不同类型合同性质和社会功能，对不同类型合同的本质特征予以特殊的对待。《征求意见稿》却忽略这一核心价值，无视国际海上运输合同的特殊性，错误适用特征性履行说。立法若采用此种错误的法律选择方法，将违背最密切联系原则，导致在个案中国际海上运输合同纠纷得不到公正的审理，甚至立法本身的权威性和科学性也将受到挑战。

（一）国际海上运输合同冲突规范的特殊性

国际海上运输的特殊性衍生出一系列特别规定，其中也包括国际海上运输合同的冲突规范。海上运输往往是具有国际性和长期性的大宗运输，此类业务经营往往对国际航运市场和国际货物贸易市场具有较高的依存性。如前所述，为了适应市场需求及兼顾效率与利益，长期的航运实践形成了跨洲、跨洋的全球化航线布局。相比其他类型的国际运输，国际海上运输业务具有更强的全球化经营特征，业务经营者的经常居所地与其具体运输业务分离属于常态。因此，在具体的国际海上运输合同中，运输义务的履行与承运人经常居所地并不密切联系甚至毫无关联的情况更为

① 对《涉外法律适用法》第41条的三种理解和适用都不是少数法院或某一时段的特别做法，三种做法均被不少法院所采纳，并且持续至今。经笔者查询“中国裁判文书网”统计得出，适用特征性履行说的包括：（2017）浙0782民初12148号；（2016）浙0782民初11258号；（2015）金义商外初字第57号；（2014）金义商外初字第24号；（2014）金义商外初字第170号；（2012）金义商外初字第16号；（2011）金义商外初字第102号及（2013）浙金商外终字第9号；（2010）沪一中民五（商）初字第36号等。适用最密切联系原则的包括：（2017）沪0115民初66800号；（2016）冀民终294号；（2016）京0105民初8551号；（2015）佛城法民二初字第31号；（2014）浦民二（商）初字第S1596号；（2014）苏中商外初字第0021号；（2012）浙杭商外初字第164号；（2012）一中民五初字第39号；（2011）厦民初字第575号等。概括适用的包括：（2017）辽02民初153号；（2015）石民五初字第00190号；（2014）石民五初字第00368号及（2016）冀民终823号；（2013）淄商初字第105号；（2012）甬仑商外初字第280号等。

普遍。若仅适用特征性履行方经常居所地法，将导致绝大多数的国际海上运输合同适用的法律与合同本身并无密切联系。事实上，承运人的经常居所地对国际海上运输合同的签订和履行的影响并不明显。为了节省费用及加速交易进程，海上运输合同的签订往往通过电信手段完成，^① 船舶代理公司代签提单或运输合同的做法也十分普遍。对托运人而言，签订合同对象的经常居所地并不重要，其更加关注的是承运人的船舶能否如约完成货物在装货港的接收和卸货港的交付。而船舶适航、保管货物、按时速遣、货物交付等主要运输义务的履行和实现，也主要与装货港与卸货港有密切联系。另外，国际海上货物运输不同于一般商事关系，托运人往往欠缺与船方谈判或磋商的平等地位，^② 只能被动接受由船方提供的固定航线、船期、挂靠港和格式条款。若一味地适用船方所熟知的其经常居所地法律，将会进一步损害托运人利益，加剧交易的不公平。^③ 出于对海上特殊风险的考量，当事人之间的合同权利义务关系不可避免地受到公平分担海上风险、航运业惯例、航运政策等其他非合同因素的影响。法官在国际海上运输合同法律适用过程中无法忽视此类因素，但是仅依据特征性履行说直接推定最密切联系的法律难以将其纳入考量范围。

可见，国际海上运输合同自身特殊性使其在法律适用上有着多方面的需求，仅考虑特征性履行方经常所在地或者特征性履行所涉及的相关客观因素并不能满足，需要在个案中综合考量合同的相关因素确定准据法。因此，《涉外法律适用法》实施以来，国际海上运输纠纷案件仍然继续适用最密切联系原则的规定。截止2016年的统计数据 displays，国际航运纠纷在准据法的确定中援引《涉外法律适用法》与《海商法》各占比17.6%、20.40%，但并无案件仅仅适用特征性履行说推定准据法。^④

《涉外法律适用法》的规定也明确体现了对海上运输特殊性的关注。《涉外法律适用法》第2条第1款所规定：“……其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》对此规定中的“特别规定”作了限定性的解释，包括“《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定”。^⑤ 因此，《海商法》与《涉外法律适用法》的关系属于其他法律“另有特别规定”。^⑥ 即使《海商法》作为旧法与《涉外法律适用法》这一新法进行选择适用时，《海商法》的特殊规定也有适用的客观必要性。可见，中国国际私法尊重海上运输的特殊性，允许《海商法》因海

① 参见傅廷中：《海商法》（第二版），法律出版社2017年版，第73页。

② 商事主体之间也存在弱者概念，劣势一方相较于强势方存在商事能力上的差异，因而往往欠缺与对方进行平等磋商的谈判能力。See Daniel D. Barnhizer, "Power, Inequality and the Bargain: The Role of Bargaining Power in the Law of Contract -Symposium Introduction", (2006) 2006 Mich. St. L. Rev. 841, pp. 841-851. 在合同订立过程中，尤其是签发运输合同证明的提单中，托运人实际上处于不平等地位。参见傅廷中：《海商法》（第二版），第17页。

③ 托运人作为劣势一方在知晓外国法和比较不同国家法律、司法实践的能力较弱，在法律适用的谈判中欠缺平等地位。若一概适用承运人所在地法，则托运人的利益在法律适用层面将进一步被削弱。参见袁发强：《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》，载《法商研究》2014年第6期，第100页。

④ 参见王国华、孙誉清：《国际航运纠纷中法律适用问题的实证研究（1997—2016）》，载《武大国际法评论》2017年第3期，第30页。

⑤ 2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第3条第1款：“涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。”

⑥ 参见丁伟：《涉外民事关系法律适用法与“其他法律”相互关系辨析》，载《政法论坛》2011年第3期，第19页。

事海商法律关系的特殊性作出不同的规定。^①《征求意见稿》的意见却抛弃《涉外法律适用法》的“尊重”，无视国际海上运输合同法律适用上对综合考虑和实际联系的特殊立法需求，将特征性履行说错误地适用于此类合同。

（二）外国关于国际海上运输合同冲突规范的立法选择

1980年《罗马公约》尤其重视运输合同的特殊性，排除适用特征性履行的一般规定，单列第4条第4款对国际货物运输合同进行特别规定。承运人的主要营业地法并不当然推定为最密切联系的法，须满足适用条件，即在合同订立之时承运人的主要营业地同时也是装货港，或卸货港，或托运人的主营业地所在地。《罗马条例I》的制定过程中对此款规定进行了激烈的讨论。欧盟委员会主张放弃《罗马公约》复杂的条款设计，转而直接适用“承运人惯常居所地法”。但是，此种做法招致了众多质疑。^②其中，德国马普协会外国及国际私法研究所指出，承运人的惯常居所地或许会指向与船舶营运和履行合同完全无关的船旗国法，并不可取。^③欧盟各成员国经过多次磋商最终达成共识，认为国际运输合同冲突规范应当制定较为复杂的规则体系。由此，《罗马条例I》第5条规定国际货物运输合同沿用《罗马公约》做法，并补充规定当承运人惯常居所地法无法满足适用条件时应适用货物交付地的法律。^④可见，《罗马公约》与《罗马条例I》均未采用特征性履行说，而是更加注重运输合同本身的特殊需求，充分考虑装货港、卸货港、承运人和托运人所在地等与合同履行及当事人利益有密切关系的连结点。

英国立法通过1990年《合同（法律适用）法》（*Contracts (Applicable Law) Act 1990*）与2009年《合同之债法律适用法》（*The Law Applicable to Contractual Obligations Regulations 2009*）转化适用《罗马公约》与《罗马条例I》，并保留了普通法中确定合同准据法的原有标准。若国际海上运输合同当事人未明示选择准据法，法官适用制定法的同时，采用客观标准推定当事人默示意思表示，尊重当事人的真实意图；或采用最密切联系原则，强调合同的实际联系。^⑤大陆法系的德国也遵循了《罗马公约》的规定，在其《民法典施行法》第28条第4款也作出了特别的规定，将装货港、卸货港和托运人主要营业地纳入法律适用范围。^⑥美国《第二次冲突法重述》所确立的基本原则与上述立法不同，其第188条第1款规定，如果没有有效的法律适用选择，直接适用第6条的最密切联系原则。^⑦在最密切联系原则的适用中，充分关注国际海上运输合同的特殊性，将与合同有密切关系的因素纳入考量范围内，并保留权衡其他相关利益的空间。

从上述立法例中可知，不管是在立法中规定具体的连结点，还是规定在具体案件中适用最密

① 参见郭玉军、樊婧：《〈涉外民事关系法律适用法〉的适用及其反思》，第47页。

② 参见凡启兵：《〈罗马条例I〉研究》，中国法制出版社2014年版，第107页。

③ See Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, (2007) *RebelsZ* 71, p. 262.

④ Article 5 of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

⑤ 参见〔加〕威廉·泰特雷：《国际冲突法：普通法、大陆法及海事法》，刘兴莉译，黄进校，法律出版社2003年版，第197—198页。

⑥ 参见杜涛：《德国国际私法：理论、方法和立法的变迁》，法律出版社2006年版，第445页。

⑦ Article 188 of *Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971)*.

切联系原则，各国均关注到国际海上运输合同的特殊性，倾向适用最密切联系原则来确定实际上与合同有最密切联系的法律，排除适用特征性履行说。

（三）误用特征性履行的危害

如前所述，特征性履行说无法满足国际海上运输合同冲突法的立法需求，而《征求意见稿》却主张适用被误读的特征性履行，显然不恰当。如果立法采用此种做法，将会导致诸多危害。

1. 背离最密切联系原则

最密切联系原则已被各国国际私法所采纳，确立为合同法律适用的一般原则，甚至作为本国冲突法的基本原则或补充性原则，^① 中国《涉外法律适用法》同样认可最密切联系原则是合同法律适用中非常重要的原则。^② 此原则强调对实际最密切联系的考察，实现对个案实质公正的追求，兼具形式价值和实质价值优势。^③ 直接将“特征性履行方经常居所地法”确定为最密切联系的法却无法实现此种平衡状态。法官并不需要考虑其他与合同具有密切联系的因素，更不需要权衡法律适用的实质正义，只需机械地审查当事人的经常居所地即可。但是，国际海上运输合同关系往往交织多重租船合同关系，涉及合同承运人、实际承运人等主体，如此机械化地适用法律甚至难以实现最密切联系原则的基本价值。例如，法国籍船舶光船租赁给中国的承运人用以从事欧非航线上的某条支线运输，由该承运人在法国的船舶代理人代签提单给法国的货主，若适用特征性履行方法，则该合同将适用与本次运输关系并无密切联系的中国法。而在方便旗船的运输中，船舶登记的船舶所有人往往并非实际的船舶所有人，实际船舶所有人通过租船合同或担保合同关系等方式实际控制和营运船舶。此时，方便旗国的法律更与具体运输合同毫无联系。

需要注意的是，特征性履行仅是最密切联系原则具体化的方法之一，并不能替代最密切联系原则本身适用于海上运输合同，^④ 否则可能导致不公平现象。假设一个中国的货主将同一票货物与货运代理人签订合同，但因该票货物较多而被分为三批，分别由中国、新加坡、韩国的承运人运输。如果适用特征性履行方法，货主就同一票货物需要分别考虑和注意中国法、新加坡法和韩国法，显然是不公平的。并且，如前所述，国际海上运输中托运人作为非特征性履行方往往处于谈判弱势地位，一概采用特征性履行方这一优势方所熟知的法律，将在法律适用上加剧此种不公平。可见，特征性履行方法将导致合同适用毫无联系之法，与最密切联系原则完全背道而驰，更将最密切联系原则最重要的实质正义价值“抛之脑后”。

2. 陷入例外规定一般化的风险

特征性履行说作为一般规则、最密切联系原则作为例外条款进行并列规定的立法逻辑将导致中国法院陷入例外规定一般化的风险。特征性履行说的错误适用将导致国际海上运输合同被迫适用无联系之法的风险成为常态。法官为了保证案件的公正审理，倾向于适用最密切联系原则。例如，湛江市启航货运代理有限公司诉湛江市百事佳电器有限公司等海上货物运输合同纠纷案中，

① 参见徐崇利：《合同领域最密切联系原则的适用方法探讨》，载《厦门大学法学评论》2002年第3期，厦门大学出版社2007年版，第28—29页。

② 参见黄进、姜茹娇：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》，法律出版社2011年版，第222页。

③ 参见刘想树：《论最密切联系的司法原则化》，载《现代法学》2012年第3期，第132页。

④ 参见 Lu Song & Tang Yi, “Some Thoughts on the Characteristic Performance Test”, 载《武大国际法评论》2009年第1期，武汉大学出版社2009年版，第215页。

承运人经常居所地为中国，但海事法院并未因此而直接适用中国法，而是综合考虑到双方纠纷涉及到中国境内预付运费的支付问题，货物的起运港及托运人经常居所的均在中国，因而确定最密切联系法律为中国法。^① 河北来宝钢铁进出口集团有限公司诉越南国家船运公司海上货物运输合同纠纷案中，承运人为越南船运公司，装货港为印度，合同履行地卸货港、涉案货物存放地、托运人经常居所地均为中国。^② 其中，承运人经常居所地与该合同并无联系，适用越南法律显然并不妥当，因此法院依据最密切联系原则适用中国法。

其他国际商事合同中，法官也并不当然适用特征性履行方经常居所地法。浙江特产亿丰贸易有限公司与嘉利国际贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷中，法院认为因涉案买卖合同的买方及货物运输的目的地均在中国境内，故根据最密切联系原则应适用中国法。^③ 尽管《涉外法律适用法》第41条明确规定了特征性履行在国际民商事合同的一般适用，但真正适用特征性履行说确定合同准据法的案例却并不占多数。从该法2011年4月1日实施到2014年5月1日的80个案件统计样本中，法官在审理法律适用纠纷时考虑的连结点类型包括合同签订地、合同履行地、审批手续地、保险事故发生地、争议财产所在地、法人住所地、自然人住所地或国籍国、债权债务发生地、运输地等。其中，法人和自然人住所地在案件审理过程中出现的频次分别为23次、8次，反而低于出现36次的合同履行地及15次的合同签订地。^④ 显然，特征性履行无法涵盖上述连结点，因此在具体的案件中法官只能频繁绕过特征性履行，适用最密切联系原则。

然而，《征求意见稿》仅在“或者”之后的例外性规定中给予了法院适用最密切联系原则的空间，法院为避免国际海上运输合同适用无联系之法则需经常性地启动例外情形。例外规定本是立法为特殊情形所设计，在少数适用结果与立法初衷截然不同的情形赋予法官修正或是完全回避依据冲突法指引应适用的法律的权力。^⑤ 如今，法院却被迫经常性地适用，让例外成为司法实践中的一般化做法，虽然使当事人的纠纷在个案中得到公正的审理，但是有违立法原意和法律原理，有损法律的必须遵守性。拥有司法权的法院却曲解立法，显然超出了中国《宪法》对法院的授权。法院在国际民商事合同纠纷的审理中如此行为将严重降低中国法院在国际上的权威形象和司法水平，阻碍中国建设国际海事司法中心的进程。《征求意见稿》为了追求法律规则的进一步明确性却导致如此严重之危害，显然是得不偿失。

3. 丧失冲突法基本功能

特征性履行的误用也将导致该条规定失去冲突法的基本功能。冲突法同样具备法律所应具有的可预见性、明确性和稳定性，这也是冲突法实现冲突正义所应具备的基本功能。^⑥ 冲突法保护当事人在法律适用上的正当预期，^⑦ 而注重效益和安全的商事主体对当下交易活动的安排和未来

① 参见（2008）广海法初字第227号民事判决书。

② 参见（2008）青海法烟海商初字第97号民事判决书。

③ 参见（2017）沪0115民初66800号民事判决书。

④ 参见卢月：《论〈涉外民事关系法律适用法〉中最密切联系原则的司法适用》，载《时代法学》2015年第4期，第109页。

⑤ 参见肖永平、岳为群：《法律选择理论若干问题回顾》，载《法学研究》2001年第3期，第125页。

⑥ 参见徐崇利：《冲突法之悖论：价值取向与技术系统的张力》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2006年第2期，第96页。

⑦ See G. J. Simson, *Issues and Perspectives in Conflict of Laws: Cases and Materials* (Carolina Academic Press, 3rd ed., 1997), p. 221.

风险的控制也依赖于对商事行为效果的可预期。^① 国际海上运输合同经“特征性履行方经常居所地法”的指引却适用与合同毫无联系的法律，完全超出了一般商事行为人的正当预期范围。冲突法作为行为准则和定纷止争的依据，必须保证其自身的确定性，否则当事人将纠缠于法律的分歧而使得案件纠纷更难以解决。

《涉外法律适用》第41条所存在的逻辑错误已经导致了司法实践的多重理解和不同适用，法条本身的不科学性已经非常明显，而《征求意见稿》却不顾冲突法所应具备的基本功能，一意孤行地继续“犯错”，重演“曲折”。一条亟待修订或由司法解释进一步明确的法律规定却被一字不差地移植，那么此次修订的积极意义何在？此法稳定性的基本功能又何在呢？《征求意见稿》的错误做法将造成此规定完全丧失冲突法的基本功能，无法实现冲突法对准据法的基本指引。

三 立法建议

特征性履行说在国际海上运输合同中并无适用之必要，而《征求意见稿》又误用特征性履行，更无保留之必要。而《海商法》现行规定直接适用最密切联系原则能够满足此类合同法律适用的特殊立法需求，具有现实可操作性，并不会导致法官自由裁量权过大的不利后果。

（一）回归最密切联系原则的必要性

特征性履行并不是万能的，难以将所有合同都纳入到其标准体系之下，更无法适应国际海上运输合同的特殊性，反而造成各种严重危害。加之，国际海上运输合同在法律的适用上具有多方面的特殊立法需求，需要立法综合权衡，或法院在个案中综合考虑。从承运人的角度来看，同一航次中，托运的货物也可能在不同的地点装卸，如果所有的货物均适用承运人的经常居所地法，对承运人而言是极为方便的。然而，这样适用对托运人并无好处，装货港和卸货港更加符合他们的期待。^② 二者的利益如何平衡？另外，船舶代理关系、货物代理关系、船舶租赁关系等关系的介入，使得国际海上运输合同项下的承运人识别常常成为争议，此时特征性履行方法将无法确定合同的准据法。在长期的运输过程中，提单流转关系将直接影响国际海上运输合同，因而出现“合同托运人”“实际托运人”“单证托运人”等主体，显然绝对地适用托运人住所地也并不合适。可见，如果冲突规范仅确定某一个或几个连结点，也不能满足此类合同的立法需求。而且，确定哪一个或者哪些连结点，如何协调连结点之间的关系也是难题，甚至无法保证此种做法不会引发新一轮的争议。从外国立法实践来看，国际海上运输合同的冲突规范立法在抽象出具体化规则时如何抉择或平衡，是一个极为复杂的问题。

既然立法尚无法在保证确定性、稳定性和可预见性等基本功能的前提下确定符合最密切联系原则的具体化方法，而调整对象的现实立法需求又要求在个案中综合考量确定最密切联系的法律，则没有必要再过度追求具体化和确定化。顺应现代国际民商事关系发展的要求，灵活化已经

^① 参见袁发强：《论商事冲突法的价值选择与规范表现》，第68页。

^② 参见〔英〕J. H. C. 莫里斯：《戴西和莫里斯论冲突法》（下），李双元等译，中国大百科全书出版社1998年版，第1245页。

成为冲突法的发展趋势,甚至引起了确定性与灵活性的天平向后者的倾斜。^①事实上,作为特殊的国际商事活动,国际海上运输的业务特性和特殊风险对法律适用上的灵活性有着更加强烈的需求。回归最密切联系原则既符合国际海上运输合同冲突规范的立法需求,也符合国际私法的发展趋势。

(二) 最密切联系原则的可操作性

最密切联系原则对各种连结因素的综合权衡,在国际海上运输合同的法律适用中具有可操作性,并不会导致法官的负担过重或自由裁量权过大。如前文所述,国际海上运输合同具有国际性和长期性。除了装货港和卸货港,运输过程中会挂靠多个港口,经过数个国家,但是这些国家并不当然涉及托运人和承运人的权利义务关系或者并无重要的影响。因此往往影响当事人利益的地域相对明确和简单,主要集中于装货港、卸货港或其他涉及争议的地域,能够实现对相关因素的逐一权衡判断。另外,法律对海上特殊风险及国际航运业发展等综合因素的考量已形成了成熟的特殊海事海商制度规则或航运习惯,法院能够从中获知国际海上运输的特殊价值取向,作出符合当事人意思和航运业利益的公正权衡。

适用最密切联系原则也是中国立法一直以来的做法和司法实践得出的选择。从《海商法》施行以来,最密切联系原则一直都是中国法院在审理国际海上运输合同的法律适用问题上的法律依据,即《海商法》第269条。^②适用至今,司法实践并未提出适用上的不妥或质疑,学术界也并未产生相关的争议或需要修改的建议。即使1987年《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》和“2007年司法解释”先后采纳了特征性履行说的推定,国际海上运输合同的法律适用仍一直沿用最密切联系原则。并且,2008年最高人民法院民事审判第四庭《涉外商事海事审判实务问题解答》的第40问对关于最密切联系的确定标准问题给出了明确的解答:“人民法院在确定最密切联系地法时,应当综合考虑当事人住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等与交易有关的因素。”可见,采用最密切联系原则综合权衡的方式具有司法可操作性。

(三) 建议:维持原条文

适用最密切联系原则综合权衡合同关系中的连结因素,符合国际海上运输合同法律适用上的特殊性且具有可操作性,而此原则的灵活性在法律适用的一般理论和具体司法实践上并不会造成国际海上运输合同准据法确定的模糊性或自由裁量权过大等问题。

以最密切法律规则的选择替代单一的硬性连结点的最密切联系原则,在适用上的确需要依靠法官对案件综合考量,在自由裁量后作出选择,^③但是国际海上运输合同的法律适用纠纷中此种自由裁量的空间是有限的。首先,国际海上运输法律关系相对明确,合同涉及的因素及当事人争议的焦点较为集中。如前所述,国际海上运输合同法律适用纠纷往往仅涉及装货港、卸货港、合同当事人所在地、合同签订地等地的法律。其次,在法律适用纠纷的审理中,法官价值判断和利

① 参见韩德培、李二元:《应该重视对冲突法的研究》,载《武汉大学学报(社会科学版)》1983年第6期,第57页。

② 《海商法》第269条:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

③ 参见肖永平、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》,载《河南司法警官职业学院学报》2003年第3期,第17页。

益平衡的空间有限。国际商事关系下当事人往往具备一定的商事能力，往往通过事前的安排或约定实现了自我意思的表达和利益的取舍，立法及司法实践也往往更加倾向尊重当事人的约定。所以，一方面绝大多数国际海上运输合同当事人协议选择准据法，^①仅少数当事人未选择或协议存在争议的合同需要法院进行裁判。另一方面，由于当事人意思的充分表达及较强的趋利避害能力，法院在个案综合考量中得以尊重当事人意思的基础上作出价值判断和法律选择，并非毫无限制和根据。

事实上，从以往的司法实践看，最密切联系原则下有限自由裁量权并未导致法官滥用自由裁量权，也并未给法律适用纠纷的解决带来不利后果。尽管中国以往裁判抽样统计数据显示，96%的以最密切联系原则为裁判理由的判决均适用了中国法，^②甚至有观点提出最密切联系原则已然成为了适用法院地法的借口，但这并非此原则本身所致。即便将考察范围扩宽至整个涉外商事合同，适用法院地法的比重仍旧很高。截至2009年9月10日中国涉外商事海事审判网公布了704份判决书，其中适用中国法689次，约占97%。^③此种趋向产生的根源是外国法查明和适用的难度较大，法官更加倾向适用其熟悉的法律。同时，正因为此种主观倾向，法官为了适用法院地法反而错误地适用最密切联系原则和行使自由裁量权，进而导致有限的自由裁量权被滥用。因此，根源问题不解决，最密切联系原则自由裁量空间不论通过何种具体化方法缩小都无法解决自由裁量权滥用问题。

综上所述，关于国际海上运输合同的法律适用，笔者建议维持《海商法》第269条的规定，尊重当事人的意思自治，当事人未协议选择的情形则适用最密切联系原则。综合权衡各种因素，灵活适用法律，此种规定更加符合国际海上运输合同法律适用的特殊性和国际私法的发展趋势，保证国际海商纠纷的公正审理，有利于推动国际海事司法中心建设。即便为了保证法律适用的司法裁判统一性对最密切联系原则进一步具体化和明确化，可参照中国以往国际民商事合同法律适用的立法模式，辅之以最高人民法院司法解释的方式根据不同种类运输合同的确定最密切联系地。司法解释作为中国正式的法律渊源之一，相较于法律而言，具有一定的弹性和更强的针对性，以此来具体化最密切联系原则既可保持该原则的基础性和灵活性，又可弥补该原则的模糊性。

四 结语

《涉外法律适用法》第41条立法逻辑的不严谨以及对特征性履行说的错误运用已经引起了学术理论界的注意和批评，该法的实施效果证明中国司法实践中国际民商事合同法律适用的不统一，亟待修订或解释。《征求意见稿》引用此条的规定根本就是“以讹传讹”。而国际海上运输的国际性、长期性和特殊风险，均要求冲突法对合同各种连结因素的综合权衡和特别考量。兼具形式价值和实质价值的最密切联系原则更加符合国际海上运输合同对法律灵活适用的要求。并且，此种综合权衡的方式在国际海上运输合同中具有操作性，也是中国海事审判一直以来的做

① 参见郭玉军、樊婧：《〈涉外民事关系法律适用法〉的适用及其反思》，第43页。

② 参见徐锦堂：《当事人合意选法实证研究——以我国涉外审判实践为中心》，人民出版社2010年版，第35—36页。

③ 参见郭文利：《我国涉外民商事审判存在问题实证分析——以757份裁判文书为依据》，载《时代法学》2010年第5期，第23页。

法。因此,《征求意见稿》的修改变化毫无必要性和合理性,应当维持《海商法》第 269 条的规定。

On the Misapplication of the Theory of Characteristic Performance in the International Contract of Carriage by Sea

Yuan Faqiang and Huang Meichun

Abstract: In the process of amending the *China Maritime Code*, the theory of characteristic performance was incorporated into the draft for comments issued in 2018 and in the absence of a choice of applicable law by parties, the international contract of carriage by sea are proposed to be governed by the law of the place of the habitual residence of one party whose performance of obligations can best embody the characteristic of the contract, namely, the law of carrier's habitual residence. However, the proposed law is not necessarily most closely connected with the contract and even hardly connected. The application of the law of the habitual residence of the party owing the characteristic performance in the international contract of carriage by sea would violate the closest connection doctrine, as a result of the misunderstanding and misapplication of characteristic performance.

Keywords: Characteristic Performance, Closest Connection Doctrine, International Contract of Carriage by Sea

(责任编辑:李庆明)