

# 意思自治原则在我国涉外一般侵权领域的适用

——基于我国法院审判实践的实证分析

张溪璠\*

**摘要：**意思自治原则是私法自治理论在国际私法领域的延伸，《法律适用法》第44条开创性地允许当事人在侵权行为发生后选择法律，学界对此褒贬不一。通过对我国法院审判实践的实证研究表明，事后选法具有存在的必要性，来自相同文化背景的当事人或者基于程序利益和诉讼便利考虑的当事人，往往在庭审中以口头形式选择中国内地法（法院地法）作为侵权准据法。我国依职权适用冲突规则，在解释论上，《解释（一）》第8条第2款规定了法官的释明义务，法官应当主动询问当事人对于法律适用的意见，以探求其真实的选法意图。虽然事后选法具有不可替代的作用，但其作用空间有限，未来有必要对事前选法的必要性和可行性予以研究。

**关键词：**涉外一般侵权 意思自治 法律适用

## 一 问题的提出

具有涉外因素的侵权纠纷频繁发生，但各国法律制度存在较大差异，法律环境错综复杂，不利于涉外侵权纠纷的有效解决。长期以来，传统侵权领域对意思自治原则采取排斥态度。然而，随着工业技术的高速发展和贸易往来的日益频繁，侵权法开始回归其私法本质，使得意思自治原则开始向侵权领域扩展，并得到广泛接受。<sup>①</sup>与美国相比，欧洲更为积极地在涉外侵权领域引入意思自治原则。1987年《瑞士联邦国际私法》首次将意思自治原则引入侵权领域，允许当事人事后选择法院地法。1999年《德国民法典施行法》进一步扩大侵权领域中意思自治原则的适用，取消了法院地法的限制。值得注意的是，2007年《欧洲议会和欧洲联盟理事会关于非合同之债

\* 法学博士，中国人民公安大学法学院讲师。本文为中国人民公安大学基本科研业务费项目（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目成果（项目编号2020JKF505）；中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目成果（项目编号20XNF026）。

① 关于意思自治原则在涉外一般侵权领域适用的正当性，本文不再赘述。具体参见许军珂：《论侵权领域的意思自治原则》，载《中国青年政治学院学报》2006年第3期，第112—113页；贺琼琼：《论意思自治在侵权冲突法中的现代发展——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉之相关规定》，第130—132页；宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第238—241页。

准据法的 864/2007 号（欧共体）条例》（以下简称为《罗马条例 II》）<sup>①</sup> 允许当事人事前选择法律，从而引发有关事前选法问题的争论。事实上，从意思自治原则在涉外一般侵权领域的发展历程可知，与事先选择侵权准据法所受诸多争议不同，越来越多的国家允许当事人事后选择侵权准据法。<sup>②</sup>

2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称为《法律适用法》）初步形成了以法律适用为核心的立法体系，结束了《民法通则》时期国际私法残缺不全、支离破碎的立法局面。<sup>③</sup>《法律适用法》第 44 条开创性地将意思自治原则引入涉外一般侵权领域，允许当事人在侵权行为发生后达成选法合意。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）》（以下简称为《解释（一）》）第 8 条第 2 款规定：“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。”学界对此褒贬不一。有学者认为，允许当事人选择侵权准据法可以提高侵权法律适用的可预见性，在很大程度上确保了侵权法律适用结果的明确性。<sup>④</sup>然而，我国很多学者对该项规定的实际效用持怀疑态度。有学者指出，由于当事人的利益存在根本冲突，当事人事后很难达成选法合意。<sup>⑤</sup>还有学者认为，《法律适用法》第 44 条规定的意思自治在司法实践中的实效甚微，难显立法的先进性。<sup>⑥</sup>

联系上述学者所持观点，面对“我国涉外一般侵权领域引入事后选法是否具有必要性？”这一问题，应从我国丰富的司法实践中寻找答案。正如宋连斌教授所言，国际私法研究要重视实证研究，推进国际私法的本土化，缩小理论和司法实践的差距，以促进我国国际私法的不断健全与完善。在改进我国国际私法规范过程中，固然应该借鉴外国经验，但更应该尝试挖掘本国的经验与教训。<sup>⑦</sup>因此，本文运用实证分析方法，以对截至 2019 年 3 月 1 日中国裁判文书网中现有援引《法律适用法》第 44 条的全量 216 份裁判文书的定量分析为基础，辅以对代表性个案具体的定性分析，全面梳理与总结我国涉外一般侵权案件中意思自治原则的运行情况，在此基础上讨论我国涉外一般侵权领域引入事后选法的必要性以及当事人选择法律的方式，并对《解释（一）》第 8 条第 2 款在司法实务中应当如何解释适用展开较详细的分析讨论。

① Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

② 西蒙尼德斯教授指出，“在大多数情况下，事后选择法律协议的问题要小得多。其原因在于侵权行为发生后，由于当事人已经知悉其权利义务关系，可以综合评估法律选择的利弊，决定是否达成法律选择协议。对于不利于己方的法律选择协议，当事人完全可以拒绝，强势一方当事人无法施加影响以迫使对方与其达成选法合意。因此，一般无需对事后法律选择协议进行监督。” See Symeon C. Symeonide, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, (2008) *The American Journal of Comparative Law* 107, p. 215.

③ 参见宋晓：《中国国际私法的“怕”与“爱”》，载《华东政法大学学报》2013 年第 1 期，第 107 页。

④ 许军珂：《论当事人意思自治原则在〈涉外民事关系法律适用法〉中的地位》，载《法学评论》2012 年第 4 期，第 51 页。

⑤ 参见齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法：侵权论》，法律出版社 2006 年版，第 47 页。

⑥ 参见林燕萍、娄卫阳：《意思自治原则在上海涉外审判中的运用》，第 140 页。同样的观点，参见霍政欣：《涉外侵权之债的法律适用——以“7·23 甬温线特别重大铁路交通事故”中外籍伤亡乘客的赔偿为视角》，第 13—16 页。

⑦ 参见宋连斌：《中国国际私法的实践困境及出路》，载《中国国际私法与比较法年刊（第五卷）》，法律出版社 2002 年版，第 19 页。

## 二 意思自治原则在我国涉外一般侵权领域适用的样本分析

### (一) 样本的选择

本文调研的样本,均来自中国裁判文书网(<https://wenshu.court.gov.cn>)。鉴于法院将裁判文书上传到中国裁判文书网存在时滞,很多法院仍在不断上传以前的裁判文书,本文统计的截止日期为2019年3月1日。检索条件如下:“法律依据”限定为“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十四条”,“按关键词筛选”限定为“侵权行为”。根据上述条件检索到2011—2019年间共235份裁判文书,其中不相关的裁判文书7份,重复的裁判文书12份,最终收集到216份关于涉外一般侵权案件的裁判文书,其中,适用“意思自治原则”的裁判文书共有53份,并以此作为本文实证研究的有效样本。

### (二) 样本概况

#### 1. 案件的类型

上文所指的53份有效样本中,涉外案件共有38件,涉港澳台案件共有15件(涉港6件,涉澳4件,涉台5件)。根据统计,涉外因素包括两种类型:一为当事人,共51件(涉外37件,涉港澳台14件),所占比例为96.23%;二为侵权行为地,共2件(侵权行为地在澳门1件,侵权行为地在美国1件),所占比例为3.77%。

#### 2. 案件的时间分布

从时间分布看,2011年的数据为零,2012年1份,2013年2份,2014年7份,2015年6份,2016年8份,2017年27份,2018年2份。需要说明的是,由于中国裁判文书网于2014年1月1日在全国范围内正式启用,而《法律适用法》在2011年4月1日已经正式实施。因此,2014年以前的统计数据难免有所遗漏。此外,2017年适用意思自治的案件数量之所以出现大幅增加趋势,达到27件。究其原因,有23份裁判文书涉及吉林集安韩国旅行团大巴坠桥事故,<sup>①</sup>案件当事人均同意适用中华人民共和国法律。<sup>②</sup>2018年裁判文书数量有所回落(2份),其原因在于,本文统计的截止时间为2019年3月1日,而现实中裁判文书的上传存在时滞性,在一定程度上影响了数据统计的准确性,导致2018年的统计数据并不完整。

① 2015年7月1日,韩国地方公务员研修院的研修员随团乘坐吉H02222号客车由吉林省集安市向丹东方向行驶中,在集丹公路51公里+860米处凉水乡境内因驾驶员超速行驶、急弯路未保持安全车速、操作不当,使车辆与大桥右侧桥栏相后坠落颠覆,发生死亡11人(其中韩国游客10人,1人为中方司机)、受伤17人的特大交通事故。

② 以“金二坤诉边彩虹国际旅行社有限公司、延边弘坤旅游运输有限公司、中国人寿财产保险股份有限公司延边中心支公司、天安财产保险股份有限公司延边中心支公司侵权责任纠纷案”为例,法院指出:“本案为涉外民事关系纠纷,原告明确选择以侵权责任纠纷为案由,依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十四条‘侵权责任,适用侵权行为地法律,但当事人有共同经常居所地的,适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后,当事人协议选择适用法律的,按照其协议。’之规定,本案侵权行为地为中华人民共和国境内,各方当事人亦同意选择适用中华人民共和国法律审理本案,故本案适用中华人民共和国法律进行调整。”参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2016)吉24民初314号民事判决书。

### 3. 案件的地域分布

从审理法院的地域分布来看,作出裁判文书的法院分布于吉林省、广东省、江苏省、浙江省、湖北省、河南省、山东省、上海市、北京市、新疆维吾尔自治区以及广西壮族自治区。其中,吉林省位列第一,属于单一特定事件引发多个案件的情形,23份裁判文书均涉及集安市韩国旅行团大巴坠桥事故。此外,广东的案件数量优势明显,所占比例为20.75%。究其原因,我国涉外侵权案件中除包括国际案件,还包括涉港澳台地区的区际案件,且占据比例较大。而广东与香港和澳门为毗邻关系,民商事交往十分密切。广东的11件案件中,涉港4件,涉澳4件,其总体占比为72.72%。由此可见,广东省的案件数量排名靠前与这一背景密切相关。(参见图1)

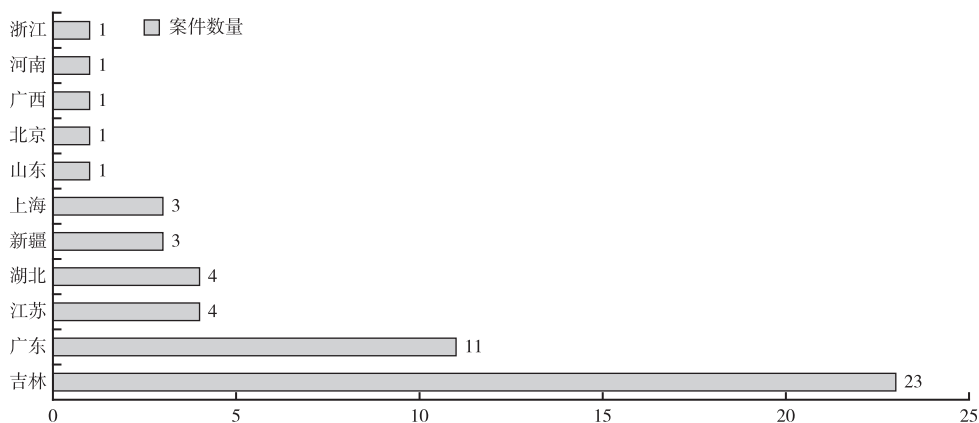


图1 案件的地域分布

### 4. 案件的案由分布

由表1可知,在53份适用意思自治原则的裁判文书中,共涵盖五种第二级案由,其中“侵权责任纠纷”34件、“知识产权权属、侵权纠纷”8件、“物权保护纠纷”4件、“与企业有关的纠纷”4件,“海事海商纠纷”3件。由此可知,侵权责任纠纷占据主要部分,所占比例为64.15%。

表1 案由分布图

案由类型	分类	频数	所占总频数百分比(%)
侵权责任纠纷 (n=34,占64.15%)	机动车交通事故责任纠纷	28	52.83
	侵权责任纠纷	6	11.32
物权保护纠纷 (n=4,占7.55%)	财产损害赔偿纠纷	3	5.66
	返还原物纠纷	1	1.89
知识产权权属、侵权纠纷 (n=8,占15.09%)	侵害商标权纠纷	7	13.20
	侵害外观设计专利权纠纷	1	1.89
海事海商纠纷 (n=3,占5.66%)	船舶碰撞损害责任纠纷	1	1.89
	海上、通海水域货物运输合同纠纷	2	3.77
与企业有关的纠纷 (n=4,占7.55%)	公司盈余分配纠纷	1	1.89
	损害公司利益纠纷	3	5.66
总频数	—	53	100

以上是对意思自治原则在我国涉外一般侵权案件中运用情况的宏观把握,在此基础上,下文将结合代表性个案分析我国涉外一般侵权领域引入事后选法的必要性以及当事人选择法律的方式。

### 三 我国涉外一般侵权领域引入事后选法的必要性

《法律适用法》第44条首次将意思自治原则引入我国涉外一般侵权领域,很多学者对侵权行为发生后意思自治原则发挥的实际效用持悲观态度。理由在于,侵权行为发生后当事人之间的利益常常处于对立状态,当事人很难事后就侵权准据法达成一致意见。<sup>①</sup>不可否认,侵权行为发生后,被侵权人期待得到最多的赔偿,而侵权人(或保险人)期待的是尽可能减少责任,从而导致当事人很难达成选法合意,各方当事人不太可能同意另一方当事人偏好的法律制度。<sup>②</sup>当然存在这种可能性,即针对某一准据法之适用,当事人均预期某一准据法的适用概率较高,并且其适用结果将产生有利于己方的判决,此时当事人很可能达成事后选法协议。例如,在美国第七巡回上诉法院审理的一起案件中,<sup>③</sup>当事人在诉讼过程中均选择侵权行为地法(并非法院地法)作为准据法。虽然满足上述条件的情形非常罕见,但这并不意味着事后选法毫无意义。在我国所有援引《法律适用法》第44条的216份裁判文书中,最终适用“意思自治原则”的裁判文书共53份,所占比例为24.54%,仅次于“侵权行为地法”的适用(55.09%)。此外,适用意思自治原则的53份裁判文书,除一起案件适用香港法外,<sup>④</sup>其他案件当事人均选择中国内地法作为准据法,所占比例为98.11%。由此可知,意思自治原则在我国涉外一般侵权案件中具有较高的适用率,且几乎均选择中国内地法(法院地法)。主要基于以下两个原因:

一方面,对于法律上涉外、文化上不涉外<sup>⑤</sup>情形下的侵权案件,拥有相同文化背景的当事人往往更容易选择相同文化背景的法律,从而减少诉讼成本,这一点可以在我国司法实践中得到证明。实证分析表明,在适用意思自治原则的53份裁判文书中,除涉及吉林省集安市“7·1”重大交通事故这一单一特定事件的23份裁判文书外,其余30份裁判文书中,当事人一方为中国内地居民,另一方当事人为港澳台永久居民或华裔外国人的共有20件,所占比例为66.67%。首先,随着国际交往的日益频繁,涉及华人华侨的侵权纠纷不断增加。对于华人华侨而言,无论侵权行为地是否在中国内地,基于文化归属感和诉讼成本的考虑,他们很有可能选择在中国起诉并选择中国法作为准据法。例如,在河南省高级人民法院审理的一起案件中,<sup>⑥</sup>原告为德籍华人,被告为内地当事人,侵权行为地在德国,当事人均同意适用中国内地法。事实上,上述当事人无

① 参见林燕萍、娄卫阳:《意思自治原则在上海涉外审判中的运用》,第141页;霍政欣:《涉外侵权之债的法律适用——以“7·23甬温线特别重大铁路交通事故”中外籍伤亡乘客的赔偿为视角》,第13页;齐湘泉:《涉外民事关系法律适用法:侵权论》,法律出版社2006年版,第47页。

② See Peter E. Nygh, “The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and Tort”, (1995) 251 *Recueil des cours* 269, p. 350.

③ *Shadday v. Omni Hotels Management Corp.*, 477 F.3d 511 (7th Cir. 2007).

④ “郑升诉陈立信侵权责任纠纷案”,广东省中山市第一人民法院(2013)中一法民三初字第107号民事判决书。

⑤ 参见宋连斌:《浅析司法实践对中国国际私法研究方法的挑战》,载《法学论坛》2003年第3期,第100页。

⑥ “Yingyingzheng 诉刘毓侠返还原物纠纷案”,河南省高级人民法院(2015)豫法民三终字第239号民事判决书。

论在语言、法律背景抑或文化等方面都存在较小的冲突,<sup>①</sup> 他们往往容易达成选法合意。此外,“一国两制”的政策下,我国出现了“一个国家、两种制度、四个法域”的复杂局面。涉及香港、澳门及台湾地区民事关系的法律适用问题,参照适用《法律适用法》。我国内地法院裁判的涉外侵权案件中,涉及港澳台的案件占比较大。在所有援引《法律适用法》第44条的216份裁判文书中,涉港澳台案件为93份,所占比例为43.06%。在涉及港澳台的侵权案件中,“法律上涉外,文化上不涉外”的特点亦尤为凸显。

另一方面,即使不存在相同的文化背景,基于程序利益和诉讼便利的考虑,当事人往往也能就法律适用达成一致意见,特别是法院地法。究其原因,由于案件在中国内地法院审理,基于程序利益和诉讼便利的考虑,当事人也往往选择法院地法(中国内地法)作为准据法。这一点在国外的司法实践中亦有体现。

以外国法查明为例,外国法的查明方法与外国法的性质直接相关。<sup>②</sup> 无论外国法由当事人举证证明抑或法院依职权证明,外国法查明均需耗费大量诉讼时间和诉讼成本。因此,当事人往往在庭审中愿意选择法院地法,以节省外国法查明所带来的诉讼成本。

此外,外国法适用错误时法律救济的复杂性,也往往促使当事人事后选择法院地法解决涉外侵权案件。我国对民事案件实行两审终审制,没有区别法律审和事实审,根据“有错必纠”原则,对于我国法院审理涉外民商事案件时存在的法律适用错误,当事人均可对之提起上诉,要求加以纠正。<sup>③</sup> 因此,这一问题在我国体现得并不明显。然而,在大多数国家或地区,考虑到外国法本身的特殊性以及最高法院在其司法体系中所扮演的角色,各国最高法院对于下级法院适用外国法本身的错误,一般不予以审查。<sup>④</sup> 在荷兰法院审理的一起案件中,基于程序利益的考虑,当事人事后选择法院地法。<sup>⑤</sup> 该案的基本案情为:法国阿尔萨斯矿区向莱茵河排放盐水,最终导致使用莱茵河河水灌溉的荷兰园艺公司被迫安装净水系统。因此,荷兰园艺公司在荷兰法院提起诉讼。由于法国《民法典》第1384条属当时欧洲最严格的侵权责任规定之一,各方对法律适用存在争议。然而,鉴于荷兰不允许当事人针对外国法适用错误提起上诉,为了案件适用的实体法存在被高等法院审查的可能,当事人最终一致选择适用荷兰法。由此可见,在涉外一般侵权案件中,基于程序利益和诉讼便利的考虑,事后达成选法合意,特别是法院地法的选法合意,对各方而言往往不失为一项有吸引力的选择。即便选择的实体法似乎乍看起来有点不利,也可能存在好的理由予以选择。例如,该实体法可以快速、简单、可靠地予以确定,抑或可以减少诉讼期限和费用,抑或举证责任分配规则实际上对己方有利,或者适用外国法将不能提起上诉。<sup>⑥</sup>

① 参见宋连斌:《浅析司法实践对中国国际私法研究方法的挑战》,第102页。

② 采“事实说”的国家,外国法由当事人主张和证明;而采“法律说”的国家,外国法由法院依职权查明。然而,“事实说”和“法律说”并非泾渭分明,均有所融合。关于这部分的详细讨论,参见宋晓:《外国法:“事实”与“法律”之辨》,载《环球法律评论》2010年第1期,第14—21页。

③ 赵相林:《国际私法(第四版)》,中国政法大学出版社2014年版,第117页。

④ 其原因在于,一方面,各国最高法院最根本的任务在于保证本国法律的统一解释;另一方面,基于外国法问题本身的复杂性以及出于国际礼让的考虑,使得各国最高法院不接受当事人以外国法适用错误为由的上诉。参见宋晓:《外国法:“事实”与“法律”之辨》,第20—21页。

⑤ ECJ Case 21/76, *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, [1976] ECR 1735.

⑥ See Thomas Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort -Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, in John Ahern and William Binchy (ed.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 116.

## 四 我国涉外一般侵权领域当事人选择法律的方式

在涉外一般侵权领域,《罗马条例 II》第 14 条第 2 款规定了当事人选择法律的方式:其一,明示法律选择方式,即该项选择必须是明示的;其二,在缺乏明示选择方式的情况下,允许当事人默示选择法律,即以确定的方式从案件情形中合理证明已默示选择法律。相较于《罗马条例 II》的规定,我国只承认明示选择法律的方式。《法律适用法》第 3 条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”即在法律允许当事人根据其意愿作出法律选择的领域才允许当事人意思自治,且该选择必须以明示的方式作出。在总结我国长期司法实践的基础上,<sup>①</sup>《解释(一)》第 8 条第 2 款进一步规定,“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的,人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。”

在我国涉外一般侵权案件中,现阶段当事人大多在庭审中以口头形式选择中国内地法作为侵权准据法。在适用意思自治原则的 53 份裁判文书中,有 12 份裁判文书明确表明当事人是在庭审过程中选择适用中国内地法律,表现在两个方面:一方面,裁判文书直接说明在庭审中达成的选法合意,采用诸如“庭审中一致同意”<sup>②</sup>“当庭均明确表示适用”<sup>③</sup>“在诉讼中协议选择”<sup>④</sup>“审理中均表示”<sup>⑤</sup>之类的表述。另一方面,有些法院虽未直接提及当事人在庭审中达成选法合意,但明确说明当事人的选法合意是在其引导下完成,采用诸如“经询问”“本院询问”之类的表述。<sup>⑥</sup>此外,有 32 份裁判文书虽未明确提及是否在庭审中达成的选法合意抑或经过法院询问,但“同意适用”的表述表明该项法律选择是经法院询问而经当事人同意的结果。<sup>⑦</sup>剩下 9 份裁判文书中关于当事人选法情况的说明,根据其表述无从得知是否发生在案件审理过程中,法院只是简单提及“当事人一审法庭辩论终结前一致选择适用中国内地法律”<sup>⑧</sup>或者“各方当事人均选择适用中华人民共和国内地法律”<sup>⑨</sup>等。但从原告和被告起诉和抗辩来看,均为在庭审过程中达成的选法

① 2010 年《法律适用法》将意思自治原则拓展适用到其他非合同领域,并对意思自治原则在不同领域的运用作统一规定,《解释(一)》第 8 条第 2 款是对我国长期司法实践的总结。

② “江阴岚富时装有限公司诉上海浦东国际货运有限公司等海上货物运输无单放货侵权损害赔偿纠纷案”,上海海事法院(2013)沪海法商初字第 3 号民事判决书。

③ “中电电气(南京)光伏有限公司诉阿尔法公司、第三人交通银行股份有限公司江苏省分行侵权责任纠纷案”,江苏省南京市中级人民法院(2014)宁商外初字第 2 号。

④ “游万全诉嘉兴科特进出口有限公司、临海市良旗玩具礼品有限公司侵害外观设计专利权纠纷案”,浙江省嘉兴市中级人民法院(2016)浙 04 民初 177 号民事判决书。

⑤ “叶惠敏诉陈础威损害公司利益责任纠纷案”,北京市第二中级人民法院(2015)二中民(商)终字第 06210 号民事判决书。

⑥ “王云志与德国汉莎航空公司航空运输损害责任纠纷二审民事判决书”,北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第 10833 号民事判决书。

⑦ “上海益平网络技术有限公司诉周金铭损害公司利益责任纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2014)浦民二(商)初字第 595 号民事判决书。法院指出:“因双方当事人同意适用中华人民共和国的法律,故本案应当适用中华人民共和国法律。”

⑧ “东莞塘厦德正印刷制品厂、德正印刷制品有限公司诉钟国豪辞职争议案”,东莞市第三中级人民法院广东省(2014)东三法民四初字第 4 号民事判决书。

⑨ “陈榕胜诉黄海燕、朱明凯、珠海市粤潮海陆运输有限公司船舶碰撞损害责任纠纷案”,广东省广州海事法院(2013)广海法初字第 256 号民事判决书。

合意且没有书面选法合意的证据。然而，这9份裁判文书中的当事人究竟是如何达成的法律选择，无法从裁判文书中得出结论。

由此引发一个问题，如果诉讼程序中的双方当事人在法律选择问题上保持沉默，一方当事人以法院地法（中国内地法）为依据提起诉讼，而对方当事人同样援引法院地法（中国内地法）进行抗辩，法院能否直接援引《解释（一）》第8条第2款适用法院地法（中国内地法）？换言之，如何看待当事人在法律选择问题上沉默而分别援引法院地法作为起诉和抗辩依据的客观行为？

比较法上，涉外侵权案件中当事人均援引法院地法而在法律选择问题上保持沉默时，主要存在两种做法：一为法院此时直接适用法院地法；二为法院推定当事人默示选择法院地法而适用法院地法。为了方便讨论，前者可称为“法院地法的直接适用”，后者可称为“默示选择法院地法”。事实上，比较法上的不同做法与其本国的冲突规则的适用模式紧密相关。<sup>①</sup>理论上，冲突规则的适用模式有两种，一为冲突规则的依职权适用，是指无论当事人是否主张适用冲突规则或外国法，法院需依职权适用冲突规则；二为冲突规范的任意性适用，是指只有在当事人主动要求援引冲突规则或适用外国法的情形，法院才会援引冲突规则以确定案件的准据法，否则法院直接适用法院地法。<sup>②</sup>为了正确理解意思自治原则在我国涉外一般侵权领域的适用，有必要借鉴域外立法以及司法现状，深入分析不同冲突规则的适用模式下当事人在法律选择问题上保持沉默而最终适用法院地法的司法实践，以正确适用《解释（一）》第8条第2款。

### （一）法院地法的直接适用与冲突规则的任意性适用

程序处分权和辩论主义是冲突规则任意性适用的根本依据。<sup>③</sup>有学者指出，在当事人不提出法律选择问题之情形，往往意味当事人意图依据法院地法来解决其争议。因此，冲突规则的任意性适用只不过是当事人意思自治的变体，与意思自治拥有同样的理论基础。<sup>④</sup>在国际实践中，冲突规则的任意性适用存在两种做法：

第一种做法，所有领域的冲突规则任意性适用，以英国为典型代表。英国将外国法认定为事实，主张冲突规则的任意性适用。除非当事人主张适用冲突规则，否则英国法院将案件视为纯国内案件进行处理。<sup>⑤</sup>作为事实的外国法，其证明问题不再是法律事项而单纯为程序事项，最终是否适用外国法由程序规则决定。<sup>⑥</sup>由于英国的冲突规则在全部领域均为任意性适用，在侵权领域当然也不例外，只要当事人不主张适用外国法，案件将直接适用法院地法。

第二种做法，区分当事人可以自由处分的领域和不能自由处分的领域，在当事人可以自由处分的领域，法官享有自由裁量权决定依职权适用抑或任意性适用，以法国为典型代表。1959年，法国最高法院接受冲突规则的任意性适用理论。在此之后，法国在冲突规则的任意性适用和依职权适用之间摇摆不定。1999年，法国最高法院最终以是否为当事人可以自由处分的领域作为法

① 参见徐崇利：《我国冲突法立法应拓展意思自治原则的适用范围》，载《政治与法律》2007年第2期，第134页。

② 参见宋晓：《程序法视野中冲突规则的适用模式》，载《法学研究》2010年第5期，第183页。

③ 参见宋晓：《程序法视野中冲突规则的适用模式》，第185页。

④ See Th. M. de Boer, “Facultative Choice of Law - The procedural status of choice-of-law rules and foreign law”, (1996) 257 *Recueil des cours* 233, p. 331.

⑤ Albert Venn Dicey, Lawrence Antony Collins, John Humphrey Carlile Morris, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Law Conflicts of Laws*, p. 256.

⑥ 参见宋晓：《外国法：“事实”与“法律”之辨》，第17页。



官是否依职权适用冲突规则的标准。<sup>①</sup>

需要指出的是，侵权法本质上属于私法，当事人在侵权领域享受实体处分权。因此，当事人对法律选择问题保持沉默之情形，无论采取英国做法抑或法国做法，由于涉外一般侵权领域的冲突规则均为任意性适用，案件将直接适用法院地法，不存在选法合意的问题，与意思自治原则在涉外一般侵权领域的适用无关。因此，本文称其为“法院地法的直接适用”。

## （二）默示选择法院地法与冲突规则的依职权适用

大多数大陆法系国家，将外国法认定为法律，无论当事人是否主张适用冲突规则或外国法，法院均应依职权适用冲突规则以确定准据法，以德国为典型代表。<sup>②</sup>然而，值得注意的是，在德国司法实践中，冲突规则的依职权适用存在例外情形下的“变通”做法。对于冲突规则赋予当事人选法自由的领域（例如合同和侵权领域），倘若当事人对法律选择问题保持沉默而直接援引德国法（法院地法）作为诉讼和抗辩的依据，此时德国法院认为当事人达成关于德国法的选法合意而径直适用德国法。<sup>③</sup>德国有一个典型案例，某美国公司生产的农药由其德国子公司在德国市场进行销售。由于该农药存在问题，最终导致德国购买者的农作物损失严重。德国购买者对美国生产商和其德国子公司在德国法院提起诉讼。在诉讼过程中，由于当事人在法律选择问题上保持沉默，德国法院推定当事人默示选择法院地法（德国法）作为本案的准据法。<sup>④</sup>由此可知，当事人对法律选择问题保持沉默之情形，由于涉外侵权领域的冲突规则赋予当事人选法自由，德国法院推定当事人默示选择法院地法（德国法）。因此，本文称其为“默示选择法院地法”。

对于德国司法实践的做法，学者们在评述《罗马条例 II》第 14 条<sup>⑤</sup>予以讨论。大多数学者主张，基于当事人在司法程序中明确而趋同的行为而适用法院地法属于“程序”性的选择，是程序事项，不属于意思自治的范畴。<sup>⑥</sup>理由在于，实践中法院和律师仍然经常忘记案件可能涉及外国法的适用。因此，仅仅从沉默或趋同诉讼行为中推定当事人达成选法合意是纯粹的虚构。<sup>⑦</sup>有学者在评述《罗马条例 II》时指出，只有双方当事人知晓其援引的法律不属于本应适用的法律

① Voir Mutuelles du Mans, Cass. civ. 1re, 26. Mai 1999. 转引自徐鹏：《论冲突规范的任意性适用——以民事诉讼程序为视角》，载《现代法学》2008年第4期，第142页。

② 此时外国法的查明责任由法官承担，法官在查明手段上享有自由裁量权，可以利用所有可得的信息来源。参见宋晓：《外国法：“事实”与“法律”之辨》，第17页。

③ See Trevor C. Hartley, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly* 271, p. 276.

④ See Thomas Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort -Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, pp. 119 - 120.

⑤ 《罗马条例 II》第 14 规定：“（1）双方当事人可以通过以下方式选择非合同之债的准据法：a）通过损害的原因事实发生后达成的协议；或 b）双方当事人均从事商业活动的，通过在损害的原因事实发生前自由协商签订协议。该项选择必须是明示的或以确定的方式从情况中得出的，且不得妨碍第三人的权利。（2）在损害的原因事实发生时，案情的全部要素均位于被选择的法律所属国以外的另一国家的，双方当事人的法律选择不得妨碍该另一国家的、不得以协议加以损抑的规定的适用。（3）在损害的原因事实发生时，案情的全部要素均位于一个或一个以上成员国的，如有必要，双方当事人对第三国法律的选择，不得妨碍不得以协议加以损抑，且已被法院地成员国实施的共同体法规定的适用。”陈卫佐：《比较国际私法》，清华大学出版社 2008 年版，第 466 页。

⑥ See Paolo Bertoli, “Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation”, (2009) 92 *Rivista di diritto internazionale* 697, p. 707.

⑦ See Thomas Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort -Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, p. 120.

的情形,才能视为达成选法合意。也有观点认为,如果双方当事人援引的法律既不是其属人法,也不是法院地法,才可以推定当事人达成选法合意。<sup>①</sup>

### (三) 解释论视野下的《解释(一)》第8条第2款

《解释(一)》第8条第2款在总结我国长期司法实践的基础上,规定双方当事人都援引相同国家的法律作为诉讼和抗辩的依据且没有针对法律适用提出异议时,可以视为当事人达成选法合意。由此可知,我国明文规定此种情形属于当事人达成选法合意。实证研究表明,现阶段我国当事人大多是在庭审中以口头形式选择内地法作为侵权准据法,该项规定已成为我国涉外一般侵权案件审判实务中确定当事人选法合意的重要依据。<sup>②</sup>然而,如前所述,德国默示选择法院地法不属于意思自治的范畴。由此引发一个问题,《解释(一)》第8条第2款的规定是否合理?在解释论视野下,应该如何理解和适用此项规定?

事实上,《解释(一)》第8条第2款的规定与德国“默示选择法院地法”的做法存在本质区别。一方面,我国选择法律的范围不限于法院地法;另一方面,为了避免法官单纯从援引同一国家法律的客观行为中推定当事人达成选法合意,《解释(一)》第8条第2款规定了我国法官的释明义务,即只有当事人未提出法律适用异议的情形下,其援引同一国家法律的客观行为才视为作出法律选择。然而,长期以来,关于法官的释明义务,我国国际私法学界存在不同观点,其分歧源于对我国冲突规则的适用模式的不同认识。

#### 1. 我国冲突规则的适用模式

关于我国冲突规则的适用模式,长期以来,由于我国是大陆法系国家,理所当然认为冲突规则的依职权适用。然而,在《法律适用法》的制定过程中,我国国际私法学界开始重新审视冲突规则的适用模式问题,究其原因在于,一方面,我国司法实践中存在任意性适用的现象;另一方面,外国学者对此问题的讨论,引起部分学者的注意。一种观点认为,我国应依职权适用冲突法规则;<sup>③</sup>另一种观点认为,在当事人享有实体处分权领域,应当允许冲突规则的任意性适用。<sup>④</sup>《法律适用法》未对我国冲突规则的适用模式作出明确规定,学者对于冲突规则适用模式的争议并未就此停歇。<sup>⑤</sup>在理论上,程序处分权和辩论主义无法为冲突规则的任意适用提供有效支持,我国应依职权适用冲突规则。<sup>⑥</sup>事实上,从解释论角度来看,《解释(一)》第8条第2款表明我国依职权适用冲突规则,明确当事人援引相同国家的法律且未针对法律适用提出异议的,视为当事人已作出法律选择。其中,这里的“相同国家的法律”理应包括法院地法。根据《解释

① See Peter Huber (ed.), *Rome II Regulation: Pocket Commentary* (Sellier European Law Publishers, 2011), pp. 330–331.

② 例如,在天津市第一中级人民法院(2016)津01民初290号民事裁判文书中,法院指出,本院在审理中,原、被告双方均援引中华人民共和国法律作为其主张的法律依据,依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十四条,本案适用中华人民共和国法律。

③ 参见宋晓:《程序法视野中冲突规则的适用模式》,第188页。

④ 参见杜涛:《法律适用规则的强制性抑或选择性——我国涉外民事法律适用法的立法选择》,载《清华法学》2010年第3期,第106—107页;徐鹏:《论冲突规范的任意性适用——以民事诉讼程序为视角》,第146—147页。

⑤ 一种观点认为,我国应采用法官依职权适用外国法。参见向在胜:《从历史视角论涉外民事诉讼中外国法的程序地位——兼论我国外国法适用模式的构建》,载《法学家》2012年第3期,第144—146页;另一种观点认为,在当事人可自由处分权利的法律关系领域内,应当允许冲突规则的任意性适用。参见徐鹏:《论涉外民事关系法律适用规则的适用方式——以立法调整模式为中心》,载《西南政法大学学报》2011年第3期,第105—107页。

⑥ 参见宋晓:《程序法视野中冲突规则的适用模式》,第183—195页。

(一)》第6条<sup>①</sup>的规定,只有在法律赋予当事人选法自由的领域(而非当事人享有实体处分权的领域),才涉及到《解释(一)》第8条第2款的适用。由此可知,与冲突规则的任意性适用不同,虽然《解释(一)》第8条第2款也针对当事人趋同的客观行为,但必须在当事人没有对法律适用提出异议的情况下才可适用,属于真正意义上的法律选择。

## 2. 事后选法与法官的释明义务

关于法官的释明义务,我国主张不同冲突规则适用模式的学者均予以支持,但存在差别。主张依职权适用冲突规则的学者认为,法官的释明义务是指,如果法院根据当事人提交的诉讼材料判断案件具有涉外因素,而当事人均没有主动适用冲突规则或者外国法,法官此时须告知所适用的冲突规则及其指定的准据法,并对相关冲突规则予以初步说明,同时要求当事人对此进行评论;<sup>②</sup>主张任意性适用冲突规则(在当事人享有实体处分权的领域)的学者,其内部存在分歧:一种观点认为,一方面,在当事人可以自由处分的领域,如果双方当事人均直接援引法院地法,法院可以直接适用法院地法而不予以释明;另一方面,在当事人不能自由处分的领域,如果双方当事人在起诉和答辩中未提出适用冲突规则或何国法时,法官负有释明义务。<sup>③</sup>另一种观点正好相反,一方面,主张在当事人可以自由处分的领域,如果双方当事人均直接援引法院地法,法院应当释明,向当事人指出冲突规则适用的可能性;另一方面,主张在当事人不能自由处分的领域,法官直接依职权适用冲突规则。<sup>④</sup>由此可知,按照上述不同观点,将得出《解释(一)》第8条第2款中法官释明义务的不同解释论。

如前所述,我国应依职权适用冲突规则。为了降低依职权适用冲突规则所带来的突袭裁判的风险,法官应当对冲突规则的适用予以释明。在这一前提下,在冲突规则赋予当事人选法自由的领域,如果当事人对法律选择问题未置可否而仅仅是援用相同国家的法律进行起诉和抗辩,无论当事人援引的法律是否为法院地法,此时当事人很可能只是对法律适用存在误解,既不知道冲突规则的适用,亦不知道冲突规则赋予其选法自由。如果法院径直推定当事人达成选法合意,很有可能在当事人不知情的情况下作出法律选择,从而违背当事人的真实意愿,与国际私法的基本价值追求相背离。因此,法官应该主动释明法律选择问题,以探求当事人真实的选法合意。在解释论上,《解释(一)》第8条第2款中的“当事人均未提出异议”,是指法官释明后双方当事人对案件适用其援引的法律未提出异议。换言之,我国法院在适用这一规则之前,应当首先询问当事人是否选择适用其援引的法律,以确定其是否真正存在选法合意。如果当事人提出法律适用异议,则其援引相同国家法律的客观行为不视为作出法律选择。

此外,关于《解释(一)》第8条第2款规定的是明示选法方式抑或默示选法方式,我国学界迄今尚未达成统一意见。一种观点主张,该条是关于明示选法方式的内容。<sup>⑤</sup>另一种观点认

① 《解释(一)》第6条:“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律,当事人选择适用法律的,人民法院应认定该选择无效。”

② 参见宋晓:《程序法视野中冲突规则的适用模式》,第190页。

③ 参见杜涛:《法律适用规则的强制性抑或选择性——我国涉外民事法律适用法的立法选择》,第106—107页。

④ 徐鹏:《论涉外民事关系法律适用规则的适用方式——以立法调整模式为中心》,第106页。

⑤ 参见徐伟功:《法律选择中的意思自治原则在我国的运用》,载《法学》2013年第9期,第32页;沈涓:《法律选择协议效力的法律适用辩释》,载《法学研究》2015年第6期,第196页;黄进、胡炜、杜焕芳:《2008年中国国际私法司法实践述评》,载《中国国际私法与比较法年刊(第十二卷)》,北京大学出版社2009年版,第440页;杜涛:《国际经济贸易中的国际私法问题》,武汉大学出版社2005年版,第172页。

为,该条规定了默示法律选择方式。<sup>①</sup>还有一种观点认为,“当事人援引相同国家的法律”是第三种选法方式,既不同于传统明示选择法律方式,也与默示选择法律方式存在区别,是介于二者之间的中间状态。<sup>②</sup>事实上,我国学界多聚焦于“当事人援引相同国家的法律”这一客观行为本身,进而讨论该客观行为是否能推定出当事人的选法意图,鲜有考虑法官的释明义务。如前所述,《解释(一)》第8条第2款实际上赋予法官释明义务,法官应当询问当事人是否选择适用其援引的法律,当事人未提出异议之情形表明其已经明确作出法律选择,无需“推定”当事人的选法意图,因而属于明示选法方式。此外,在解释论上,由于《法律适用法》第3条仅允许明示选法方式,将《解释(一)》第8条第2款解释为明示选法方式,也能与《法律适用法》的规定保持一致。

综上,由于现阶段意思自治原则在我国涉外一般侵权案件中的适用,往往是当事人在庭审中以口头形式选择中国内地法(法院地法)作为侵权准据法,从而导致《解释(一)》第8条第2款的适用率较高。因此,如果当事人在涉外一般侵权案件中仅仅援引相同国家的法律作为诉讼和抗辩的依据,此时法官应当及时对冲突规则的适用进行释明,只有当事人没有针对法律适用提出异议时,才可视为当事人达成选法合意。

## 五 结语

当代国际私法呈现出冲突正义和实质正义交错的双螺旋结构,<sup>③</sup>而意思自治原则是冲突正义和实质正义的完美结合。<sup>④</sup>如今,意思自治原则在涉外一般侵权领域得到广泛接受。顺应世界潮流,《法律适用法》第44条开创性地将意思自治原则引入涉外一般侵权领域。实证分析表明,我国涉外一般侵权领域中事后选法具有存在的必要性,来自相同文化背景的当事人或者基于程序利益和诉讼便利考虑的当事人,往往在庭审中以口头形式选择中国内地法(法院地法)作为侵权准据法。如果在诉讼程序中双方当事人法律选择问题上保持沉默而直接援引相同国家的法律作为诉讼和抗辩的依据,法官应当首先对冲突规则的适用予以释明,以探求当事人真实的选法合意。需要指出的是,一方面,《法律适用法》第44条的规定过于抽象,目前存在的理论争议和实践操作障碍仍亟待解决,我国应当借鉴国外立法经验,进一步细化完善侵权冲突法中意思自治原则的规则体系。<sup>⑤</sup>另一方面,对我国司法实践的实证分析表明,虽然事后选法具有不可替代的优越性,但其可发挥的作用空间的确十分有限。事实上,事后选法仅发挥冲突法“治疗”功效,而事前选法使得冲突法具有“预防”功能,从而实现马克斯·韦伯所言,法律应当有助于人们

① 参见许军珂:《论涉外审判中当事人意思自治的实现》,载《当代法学》2017年第1期,第73页;刘仁山:《国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展——〈海牙国际合同法律选择原则〉述评》,载《环球法律评论》2013年第6期,第154页;吕岩峰:《关于涉外合同法律适用问题的法律实践》,载《法治研究》2013年第11期,第36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103页。

③ 参见宋晓:《当代国际私法的实体导向》,第148页。

④ 参见贺琼琼:《论意思自治在侵权冲突法中的现代发展——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉之相关规定》,第131页。

⑤ 例如,当事人选择的侵权准据法不得损害第三人的权利。何谓“第三人”?与其他领域相比,侵权领域将涉及哪些特殊的第三人?当事人选择法律的时间是否对第三人权利产生不同的影响?

“估算风险”。<sup>①</sup> 随着国际民商事交往的进一步深入，很多情形彰显了事前选择侵权准据法的必要性，欧盟的《罗马条例II》也对此予以承认。因此，未来有必要对事前选法的必要性和可行性予以研究，以在最大程度上发挥意思自治原则在涉外一般侵权案件中的实际效用，从而促进和保障国际民商事交往的正常进行。

## The Application of the Principle of Party Autonomy in the Field of Foreign-related General Tort in China: Based on Empirical Analysis of the Trial Practice of the Courts in China

*Zhang Xijin*

**Abstract:** The principle of party autonomy is an extension of the theory of autonomy of private law in the field of private international law. Article 44 of Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships made a groundbreaking effort on allowing the parties to choose the applicable laws by agreement after any tort takes place. However, Scholars hold different opinions on this issue. The results of the empirical study in the current thesis reveal that post-agreement of choice of law has the necessity and feasibility of existence. The parties from the same cultural background or the parties considering facilitation of litigation and procedure profit often choose *lex fori* during court trials. China accepts the *ex officio* application of conflict rules. Therefore, in the interpretation theory, Article 8 (2) of Interpretations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning Application of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships (I) stipulates the judge's obligation to explain, and the judge should take the initiative to ask the parties' opinions on the application of the law in order to explore their true choice. Post-agreement of choice of law plays an irreplaceable role, but its role is limited. It is necessary to study the necessity and feasibility of pre-agreement of choice of law in the future.

**Keywords:** Foreign-related General Tort, Party Autonomy, Choice of Law

(责任编辑:李庆明)

<sup>①</sup> 参见许庆坤:《一般侵权冲突法的正义取向与我国司法解释的制订》,载《法学家》2013年第3期,第138页。