

侵权冲突法律适用的“回家去”趋势研究

——以上海地区的涉外一般侵权案件为例

冯晨嫣

华东政法大学，国际法学院，上海

收稿日期：2024年3月14日；录用日期：2024年3月22日；发布日期：2024年4月30日

摘要

为了研究我国自2011年《涉外民事关系法律适用法》通过至今在实践中的适用情况以及“回家去”趋势的变化，本文从“回家去”趋势的提出和成因引入，继而探讨了域外侵权法律适用中的“回家去”趋势。在发现上述情况的基础上，本文对侵权冲突法律适用中的“回家去”趋势的提出和背后的成因进行分析，并从上海地区案件的角度和国际化的角度两个方面论证得出“回家去”趋势应当被适当限制的结论。本论文最后从立法和司法两个角度对我国涉外一般侵权冲突规范提出建议，对我国侵权冲突法的完善具有理论和现实意义。

关键词

法院地法，“回家去”趋势，涉外一般侵权法律适用

A Study on the Homeward Trend of Tort Conflict Law Application

—A Case Study of Torts with Foreign Elements Cases in Shanghai

Chenyan Feng

Faculty of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 14th, 2024; accepted: Mar. 22nd, 2024; published: Apr. 30th, 2024

Abstract

This paper aims to study the <Law of the PRC on Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations> in Practice and the change of the homeward trend since 2011. This article introduces the proposal and causes of the trend of “going back home”, and then discusses the homeward trend in

the application of tort law. This paper is introduced from the introduction of homeward trend and its causes, and then discusses homeward trend in the application of tort law. Based on the discovery of the above situations, this article analyzes the reasons behind homeward trend in the application of conflict of laws in tort, and concludes that the homeward trend should be appropriately limited from the perspectives of cases in Shanghai and internationalization. The thesis concludes that the homeward trend should be appropriately limited. Finally, this thesis puts forward suggestions on the norms of foreign-related general tort conflicts in China from both legislative and judicial perspectives, which is of theoretical and practical significance for the improvement of China's tort conflict law.

Keywords

Lex Fori, Homeward Trend, The Law on the Application of Laws to the Foreign-Related General Infringement Relationship

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

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

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



Open Access

1. 侵权冲突法律适用中的“回家去”趋势

1.1. “回家去”趋势之提出及其背后的成因

回家去的趋势(homeward trend)。亚瑟·努斯鲍姆在1932年出版的《德国国际私法》首次提出了“回家去的趋势”，它是指在一些冲突法的规则或原则中出现的法院地法(Lex fori)优先适用的趋势，从而影响法院选择法律的态度[1]。而《Conflict of laws》[2]中，通过对各国立法以及涉外民商事司法实践的研究，发现大量案件适用了法院地法，因此得出结论，认为近年来国际私法实践中存在“回家去”的趋势。

从国际私法史中我们可以看到，法律适用的内向性是自国际私法诞生时就存在的[3]，它具有以下几点成因：首先，众所周知，国际私法的基本原则之一是主权原则，国际私法的制定与实施，从本质上反映了各国的主权[4]。在主权观念下，主权者会通过法律手段尽量多得适用内国法，继而尽量减少域外法的适用。更何况，冲突规范本身就具有选法的功能。在选法上，主权国家的一个根本目的就是降低对本国不利的法律的适用。在主权国家无法确定哪些是有利于本国的域外法而哪些不是有利于本国的域外法时，主权国家最为稳妥的做法就是以各种方法去排除域外法的适用，因为没有哪一国的法律比主权国家的本国法更符合本国的利益的了。

其次，从司法的便利性而言[5]，适用本国法是最节省司法资源的。内国法官，对于自己国家的法律不需要再做什么理论上的深究，就可以不在解释上出错。而对于域外法，因为语言上的障碍，无论是在找法还是解释的过程中，都很容易出现差错。如果是当事人选择的法律，在找法上可能会比较轻松。但是如果是基于冲突规范适用的准据法，法官可能需要在繁琐的案件中花更多的时间去找法。

再次，处于社会发展的任何阶段，主权国家都会存在需要保护的利益。主权国家处于此种原因，会在立法中规定直接适用的法。另外，在国际私法中形成的包括法律规避、公共秩序保留、反致、识别等制度都会在结果上增加法院地法适用的概率。

1.2. 我国立法背后的“回家去”趋势

我国涉外一般侵权之债的法律适用之规定是以侵权行为地法作为基础，同时存在两个例外：共同经

常居所地和当事人的意思自治原则。侵权行为地虽然是在世界范围内都普遍适用的侵权冲突法的原则，然而，实践中的行为地却很难界定。侵权行为地包含侵权行为实施地和侵权结果发生地，甚至可能兼顾两者。其次，侵权行为与损害结果也不再是一一对应的关系，可能出现多行为地一个结果地等等多种情形。

然而，笔者在对现有的冲突法制度进行整理后，发现对于侵权行为地并没有一个清晰的界定。在原《民通意见》的第 187 条规定¹中提到，侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。并且认为，如果两者不一致可以交由法院自行选择适用[6]。可见，对于侵权行为地的具体认定法官是有自由裁量权的。不过，经过笔者对近年上海的案件进行分析，在裁判文书说理中，有的法官援引了最密切联系原则或者意思自治原则，但更多的情况是法官没有进行法律选择的说理，直接适用了法院地法。由此可见，侵权行为地的不确定性成为了“回家去”趋势的原因之一。

2. 域外一般侵权法律适用中的“回家去”趋势

2.1. 域外一般侵权法律适用的规定

由于侵权之债的特殊性，即具有难以预见的特点。在历史上一般适用场所支配行为原则，随着国际私法的发展[7]，意思自治原则开始逐渐被引入[8]。

《德国民法典施行法》第一编第二章第五节第 40、41、42 条规定，受害人可以要求适用侵权结果发生地的法律；非合同债权债务关系当事人可以于事后选择法律。同时，若案件与他国法律更具密切联系，则应适用更密切联系国法律[9]。笔者理解认为，德国法对于当事人的选法是十分自由的。另外，被害人可以单方要求适用侵权结果发生地的法律，这更利于被害人利益的保护。如果当事人无法达成协议，则法官根据最密切联系选择法律。与之相反的是瑞士²、台湾地区³等的立法，即当事人可以合意选择法院地法，其次则是法官根据最密切联系原则选法。相对而言，后者的立法更倾向于法院地法的适用。

英国模式主张以双重可诉为原则，在法院地法的前提下兼顾侵权行为地法并将最密切联系原则作为例外。也就是说，一个涉外侵权案件必须具备侵权行为地法和法院地法两个要件才成立，其实在我国 1986 年的《民法通则》中，也有类似的规定：如果中国法院受理了一项涉外侵权诉讼，那么只有当行为地法和法院地法均认为这一行为构成侵权时，原告才有可能胜诉。鉴于 2010 年《法律适用法》删除了此种重叠适用规范，学界也对此引发了讨论。有的学者认为，双重可诉会导致不当扩大法院地法的适用，也就是具有“回家去”的趋势，况且国际私法本身就有公共秩序保留等制度。双重可诉存在于涉及一国的重大利益或者公共秩序的领域当中，而侵权是否属于上述的领域还有待讨论。且上述领域应当从严掌握。

2.2. 一般侵权案件法律适用的趋势

一、趋同化和成文化的趋势

随着经济全球化的发展，国际社会尤其是国际民商事交往联系愈发紧密。在国际私法的传统理论中提到：法律选择的首要目标应该是追求国际的一致性(international uniformity)。而随着区域经济一体化的趋势的加强，以及纵观两大法系的发展脉络，我们可以看到当代侵权冲突法的发展趋势：国际一致性将被国际统一性取代。

20 世纪初期，两大法系在侵权冲突法上的分歧就进一步缩小，英美法系开始编撰成文法，而大陆法系也借鉴了其精华。从美国的《第二次冲突法重述》、英国的 PART III of the 1995ACT、德国的《关于

¹原《民通意见》第 187 条：侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地；如果两者不一致，由人民法院选择适用。

²《瑞士联邦国际私法法规》第 132、133 条。

³《台湾法律适用法》第 25、31 条。

非合同债权与物权的国际私法》中我们都可以看到最密切联系原则的适用。另外，当今当事人选法权利被得到重视，无论是美国、瑞士、德国、台湾地区还是日本，都有意思自治原则的适用。另外，作为区域经济一体化的代表欧盟，都已在国际私法统一化进程中取得了不错的成绩。

二、确定性与灵活性并存的趋势

从当代各国涉外一般侵权法律适用的立法中，我们不难看出各国大多是在传统的“场所支配行为”原则⁴下，在辅之以一种或多种法律选择的方法。例如德国的重叠适用模式，受害人可以要求适用侵权结果地的法律，当事人可以行使意思自治，法官也可以依据最密切联系原则适用其他法律。而英国的双重可诉原则[10]，主张在法院地法的基础上，将侵权行为地法作为补充，并以最密切联系原则为例外。

即使随着国际运输业的发展和互联网技术的发展，现在侵权行为地的概念存在争议。但是，侵权行为地作为一种相对客观、静态的连接点，能在一定程度上保证选法的确定性和可预见性，符合一致性的目标。而各国立法中的最密切联系原则和意思自治原则，前者可以在当侵权行为地出现在极度偶然的、与案件联系不紧密的国家时，及时进行调整。后者尊重当事人在侵权案件中的自主选择权。

三、国际社会本位的趋势

如上文所述，国际私法的研究中主张国际的一致性，这也是国际社会本位的体现。可以说，国际私法研究的一个重要目的就是国际社会的整体利益出发，保证国际社会的民商事交往可以平稳有序。

人类社会往全球化反向发展是一个必然的趋势，各国人民对国际权力、共同利益、可持续发展和全球治理有着相近的认识。在国际私法上的第一个表现为，国际公认的国际法原则和造法性条约不断增多。这一方面是因为这些原则和条约本身就符合各国的共同利益，另一方面为了履行国际义务或完善本国的法律体系，各国都会渐渐将其作为国内法规加以遵守。第二个表现则是个人或国家越发重视人类命运共同体，在为法律行为时会愈发考虑国际社会整体利益。

但是，基于主权平等的原则，各国由于不同的社会发展阶段，会有不同的重大利益需要保护。显然要求各国不顾及自身利益仅仅以国际社会以本位是不合理的，但是我们可以追求自己的国家利益的同时兼顾他国合理关切。

3. 我国涉外一般侵权冲突中的“回家去”趋势评析与完善

3.1. “回家去”趋势应当被适当限制

一、以上海地区案件为例

笔者通过中国裁判文书网和北大法宝，从案由和全文检索两方面先进行第一轮检索，再以全文搜索对于“涉外侵权”已经进行定性的公开文书为抽样的统计数据，得出了上海地区近几年的数据。通过对数据比较分析，得出如下结论：首先从数量上而言涉外一般侵权案件呈现递增趋势，其次对于冲突规范的援引次数不断增加，再次从判决书内容而言案件冲突规范的援引准确率较为准确，最后最终适用的准据法中 88.89%为中国法。

笔者分析认为，上海地区涉外一般侵权案件的法律适用仍然存在“回家去”趋势。不过相较于 2015 年以前的研究，笔者发现近年意思自治的趋势已经较为明显。数据表明，2011 至 2014 年当事人成功合意选择法律的比例仅有 10%，而笔者调查显示，当事人合意选择法律成功的比例已经上升至 44.44%。另外，上海地区表现出了对域外法开朗、友好的态度。不过，多数裁判文书还是未就当事人的法律选择情况作出说明。另外，在部分案件中，并没有论证是否属于存在共同经常居所地的情况，而是直接适用了作为侵权行为地的法院地法。对于侵权行为地有争议的情况下，裁判文书的说理意识还是有待增强。

⁴场所支配行为是国际私法中的一项冲突规则，由意大利法学家巴特鲁斯所创立。

对于未进行详细说理的裁判文书,直接适用侵权行为地法或者适用法院地法容易导致错误适用法律,不利于达到结案事了的结果。

二、以国际化角度为例

首先,“回家去”趋势若不被限制,有悖于建立新的国际民商事法律秩序,有悖于各国平等、互惠的原则。从国际私法对于国际统一化的追求,我们也可看出国际民商事交流的一个重要背景就是可预见的、平等的法律环境。在法律选择上,我们应当尽量公平、客观。过于追求本国法的适用,也许可以保护本国利益,但从长远来看会伤害他国对于民商事交流的信心,最终妨碍国际民商事交流的发展。

其次,大多数法律案件在判决之后,更重要的是得到执行。各国在司法协助中,都会对外国判决的承认与执行附条件。例如,我国要求需要有判决承认与执行的相关条约,或者基于互惠关系。如果本国无节制地扩大了本国法地法律适用,不仅不符合正义,他国也不会承认或执行其判决。

再次,“回家去”趋势的滥用会助长当事人挑选法院的现象。本来,根据国际统一化或者国际一致化原则,无论在哪一国被起诉,案件都会得到大致相同的结果。而如果各国都有“回家去”趋势,当事人就很有可能制造连接点,从而在对自己有利的法院进行起诉。这样做既有损公正,又会导致司法资源的闲置或者浪费。

综上所述,我国在今后,要顺应现实的需要,对“回家去”趋势进行适当的限制,使中国国际私法在国际民商事新秩序中体现出作用。

3.2. 我国涉外一般侵权冲突规范之完善

一、从我国立法角度而言

从上述内容可知,我国现行冲突法对于侵权行为地并没有一个明确的定义。而从上海地区近年案例⁵我们也会发现,法官在说理时大多没有论述对于侵权行为地是如何认定的,而是比较简单直接得适用了中国法。故而笔者认为,目前冲突法规则中对于侵权行为地认定的空白是一个有待解决的问题。

理论与实践总是彼此呼应,纵观其他各国的立法,我们可以看到对侵权行为地有多种解决方案。美国的《第二次冲突法重述》中,采用了最密切联系原则,并列出损害发生地、加害行为发生地等需考虑的因素,因素之间没有先后顺序。同时,在特定的侵权案例中,还可以采用其它条款加以规范其法律适用。美国也赋予了法官自由裁量权,但是鉴于案例制度的存在,这种自由裁量权在某种程度上得以限制。英国将侵权行为地分为四类加以认定:人身伤害;人身伤害致人死亡;财产损害;和人身伤害和财产损害以外的其他情况。鉴于诽谤的特殊性,将诽谤案件作为独立的一类。

而反观我国的现行立法,笔者认为可以在保有现有的框架下,细化侵权行为地法的认定。第一,侵权行为地的认定要立足于我国国情,不能给予法官过多的自由裁量权,应当指定清晰可行的规则。第二,侵权行为地的认定要与冲突法的制度相适应,与《法律适用法》中其他规则协调配合,适度顾及最密切联系与弱者保护原则。第三,要尊重目前的趋势,即确定性与灵活性并存的趋势和国际社会本位的趋势。

综上所述,在我国涉外一般侵权的法律适用分为三步走的前提下,可以在侵权行为地的认定上进行细分,可以参照英国将侵权行为地分为四到五种。并且将最密切联系原则引入到侵权行为地的认定中来。

二、从我国司法角度而言

从实践而言,法院应当先进行识别、定性。当被定性为涉外一般侵权关系后,再根据法律援引冲突规范。且为了论证的完整性,应当在引用 44 条⁶之后,简要地对是否作出了法律选择以及对共同经常居

⁵ 案例来源: <https://wenshu.court.gov.cn/> (中国裁判文书网)。

⁶ 《涉外民事关系法律适用法》第 44 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。

住地等进行说明。

而与此同时,涉外民商事案件呈现出地区分布广泛、数量多、类型广等特点。对于数量多且类型广的案件,法官势必会面临两个问题。第一,因为案件数量多,故而需要快速审理案件。此时如果适用熟悉的法院地法,案件就可以被更快解决。第二,由于案件类型广,若适用法院地法,那么对于法律的解释和运用方面就更不容易出错。但是,就此选择了法院地法,就意味着滥用了法律适用规则,而不顾个案的公平与正义,这是不可取的。

因此,法官对于日渐具有挑战性的涉外民商事案件,应当提高自身素质,而并非为了适用法院地法忽视法律适用的基本原则。更不建立起一套僵硬的模式,形成一种固定的“回家去”的倾向。

4. 结论

本文通过对我国侵权冲突法律适用中的“回家去”趋势进行探讨,从“回家去”趋势的提出和成因入手,进而研究了域外侵权法律适用中的“回家去”趋势。通过总结归纳域外一般侵权法律适用的趋势,包括趋同化和成文化、确定性与灵活性并存、国际社会本位等三个方面。在发现这些特点的基础上,本文从上海地区案件和国际化角度两个方面论证了“回家去”趋势应当被适当限制的必要性:首先,过度追求本国法的适用有悖于国际统一化和平等互惠原则,可能阻碍国际民商事交流的发展。其次,滥用“回家去”趋势可能助长当事人挑选法院的现象,损害公正,浪费司法资源。因此,我国应在适应现实需要的同时,对“回家去”趋势进行适当的限制,以使中国国际私法在国际民商事新秩序中发挥作用。

然而,本文对于涉外一般侵权冲突规范的讨论尚未涉及到全面的实证分析和具体案例的深入研究。在未来的研究中,笔者将收集更广泛的案例,进一步验证“回家去”趋势对国际民商事交流的影响,以及其在涉外一般侵权冲突中的具体表现,从而为我国涉外一般侵权法律适用提供更具体可靠的理论和实践依据。

参考文献

- [1] De Boer, T.M. (1996) Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law. *Hague Academy of International Law*, 257, 391-392.
- [2] Scoles, E.F., Hay, P., Borchers, P.J. and Symenoides, S.C. (2000) Conflict of Laws.
- [3] 梁仁辉. 主权原则与法院地法适用的冲突研究[J]. 理论观察, 2018(6): 112-116.
- [4] 杜涛. 国际私法国际前沿年度报告(2019-2020) [J]. 国际法研究, 2021(4): 103-128.
- [5] 李闰颜. 我国涉外一般侵权法律适用实证研究[D]: [硕士学位论文]. 厦门: 厦门大学, 2022.
- [6] 文媛怡. 论我国侵权行为地认定规则的空白与补位——兼评《涉外民事关系法律适用法》第44条[J]. 大庆师范学院学报, 2016, 36(5): 5.
- [7] 徐伟功. 美国法律适用中“回家去的趋势”及我国法律适用中的法院地法倾向[J]. 河南财经政法大学学报, 2013, 28(5): 67-75.
- [8] 张裸纳. 论意思自治原则在涉外侵权领域的适用[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2020.
- [9] Reimann, M. (2000) Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective. *Louisiana Law Review*, 60, 1297.
- [10] 许凯. 双重可诉方法在侵权冲突法中的命运[J]. 法律方法, 2018, 23(1): 405-415.