



# 《法律适用法》第3条的立法意涵和司法检视

许军珂 何嘉欣\*

**摘要：**《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”。这在一定程度上决定了当事人意思自治在中国立法中的定位。《法律适用法》第3条中“依照法律规定”是指依照中国法律和司法解释中含有当事人意思自治连结点的法律适用规则，即只有符合中国法律规定的情形下，当事人才可以选择法律。如存在不适用当事人意思自治的特别规定，则依据特别规定，适用其他连结点来确定准据法。因此，当事人意思自治只能适用于部分涉外民事关系，尚未成为法律适用的基本原则。我们在研究大量法院判决的基础上发现，司法实践中存在不规范适用《法律适用法》第3条的诸多问题，如在判决书中未释明适用第3条的理由，在非涉外民事案件中援引第3条，援引第3条确定准据法的逻辑思路不规范，以及存在对《司法解释（一）》第4条的忽略与误解。为完善当事人依法选择适用法律（包括域外法）之司法审判制度，法院应厘清《法律适用法》第3条的适用逻辑，在判决书中释明《法律适用法》第3条的适用理由，并加强对涉外民事司法审判中法律适用的指导，避免出现裁判文书中的法律适用瑕疵。

**关键词：**法律适用法 当事人意思自治 国际私法 法律适用规则 涉外民事关系

2024年7月18日，中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》（下称《决定》）。《决定》第九部分题为“完善中国特色社会主义法治体系”，该部分进一步强调了法治建设的重要性，并从立法、执法、司法、法治社会建设机制和涉外法治等方面指明了建设中国特色社会主义法治体系的路径。涉外法治是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，《决定》提出要“完善涉外法律法规体系和法治实施体系……完善涉外民事法律关系中当事人依法约定管辖、选择适用域外法等司法审判制度”。<sup>①</sup>《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《法律适用法》）是专门规定涉外民事关系法律适用的立法，其第3条对涉外民事关系中当事人选择适用法律（包括域外法）作出了一般规定，即“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”。此外，该法另有14个条款涉及当事人意思自治。<sup>②</sup>这充分反映出中国立法高度重视当事人自主选择适用法律的

\* 许军珂，外交学院教授，博士生导师；何嘉欣，外交学院2022级博士研究生。本文系2024年度教育部哲学社会科学重大专项项目“习近平外交思想与自主性涉外法治规则体系建设”（项目批准号：2024JZDZ013）的阶段性成果。

① 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，人民出版社2024年版，第32页。

② 《法律适用法》第16条第2款、第17条、第18条、第24条、第26条、第37条、第38条、第41条、第42条、第44条、第45条、第47条、第49条以及第50条。

个人意愿。但在司法实践中如何理解并适用当事人意思自治的相关条款一直存在争论，尤其是《法律适用法》第3条。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（下称《司法解释（一）》）第4条对此表明了态度，认为在中国法律没有明确规定的情况下，当事人选择法律是无效的。然而，在法院审判中仍有大量案例不当适用《法律适用法》第3条。本文在重新审视《法律适用法》第3条之立法意涵的基础上，归纳分析该条规定在司法审判中存在的问题，并对中国当事人意思自治制度进行反思，提出规范适用《法律适用法》第3条的相关建议，以完善当事人依法选择适用法律（包括域外法）的司法审判制度。

## 一 《法律适用法》第3条的立法意涵

立法者首次将当事人意思自治规定在“一般规定”之中，同时加以“依照法律规定”的限制，一定程度上导致人们对《法律适用法》第3条的理解产生分歧。下文将分析学界关于当事人意思自治定位的不同观点，探讨当事人意思自治的理论渊源，进而分析“依照法律规定”的内涵，明晰《法律适用法》第3条的应有之义。

### （一）《法律适用法》第3条的定位之争

《法律适用法》第3条一定程度上决定了当事人意思自治在涉外民事关系法律适用中的定位，从而影响当事人意思自治在司法实践中的适用。对此，学界目前存在3种观点。

第一种观点认为，《法律适用法》第3条将当事人意思自治提升为基本原则，故我们应允许所有涉外民事关系的当事人选择法律，<sup>①</sup>即只要涉案民事关系具有“涉外性”，不论中国法律是否有关于法律适用的规定，当事人均可以选择法律。这种观点有以下两点不妥之处。首先，根据法律适用的一般原理，针对同一事项的“特别规定”优先于“一般规定”而得到适用。从条文位置来看，《法律适用法》第3条位于第一章“一般规定”中，因此，对于同一涉外民事关系，其他章中具体的法律适用规则应优先于《法律适用法》第3条得到适用。如果具体的法律适用规则没有规定当事人意思自治，则当事人不可以选择法律。其次，从《法律适用法》上下文具体规定及立法目的来看，依据《法律适用法》第2条第2款，中国相关法律没有作出法律适用规定的，以最密切联系原则作为补漏规则，而非依当事人意思自治确定准据法。

第二种观点认为，《法律适用法》第3条具有“统领作用”。依该观点，法官首先依据法律适用规则确定准据法，在没有相关法律适用规则的情况下，依当事人意思自治确定准据法。<sup>②</sup>该观点也与立法和司法实践不符。如上所述，依据《法律适用法》第2条第2款，在相关法律对某涉外民事关系没有作出法律适用规定的情况下，最密切联系原则作为补漏规则应得以适用，不应由当事人来选择适用的法律。该观点歪曲了《法律适用法》的立法原意，颠倒了当事人意思自

① 参见齐湘泉：《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》，法律出版社2011年版，第57—69页；齐湘泉：《论〈涉外民事关系法律适用法〉的立法特点》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期，第143页；齐湘泉：《基本原则与宣示性条款之辩——〈涉外民事关系法律适用法〉第3条再解读》，载《清华法学》2018年第2期，第200—201页。

② 参见齐湘泉：《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》，法律出版社2011年版，第69页。

治与最密切联系原则之间的关系。

第三种观点认为,《法律适用法》第3条强调了当事人意思自治的重要地位,由于“依照法律规定”的限制,只有符合法律规定的情形下,当事人才可以选择法律。<sup>①</sup>也就是说,当事人意思自治只能适用于中国法律所规定的部分涉外民事关系,尚未成为法律适用的基本原则。

上述三种观点的落脚点均在于当事人意思自治的适用范围,即当事人意思自治可以适用于部分涉外民事关系还是所有涉外民事关系。其中,前两种观点基于《法律适用法》第3条所在的位置赋予其“原则”或“统领”的意义,在不同程度上忽略了第3条中的“依照法律规定”这一文义限制,难免会与其他条款的适用产生冲突。第三种观点则以法律文本为基础,在“依照法律规定”的文义范围内进行解读,既与《司法解释(一)》第4条<sup>②</sup>相契合,也符合当事人意思自治的底层逻辑。

首先,当事人的选法权利来源于国家法律的授权。法律适用是指国家司法机关运用法律处理具体案件的活动,<sup>③</sup>涉外民事关系的法律适用也属于其中一个环节。将当事人意思自治引入涉外民事关系法律适用中,某种程度上是将法律适用中的部分权力让渡给当事人。考虑到涉外民事关系法律适用的最终目的是确定准据法解决当事人之间的民商事纠纷,为了达到保护当事人的合理期待利益、提高法律适用的确定性、促进国家间民商事往来等目的,<sup>④</sup>国家在一定程度上可以通过制定法律授予当事人选择法律的权利,并由法官依法决定是否适用当事人所选之法;与此同时,国家基于其他考虑也可以通过修订法律收回当事人的选法权利。<sup>⑤</sup>

其次,并非所有涉外民事关系都与当事人意思自治的原理相适配。尊重个人自由和意愿是当事人意思自治制度所追求的价值之一,而涉外民事关系法律适用涉及域外法在本法域的效力,<sup>⑥</sup>还应实现维护公共秩序、公平正义等价值目标。不同涉外民事关系的法律适用对这些价值目标的考量会有所不同。例如,在合同领域,允许当事人自由选择法律,一方面可以保护当事人的合理期待利益,最大程度地实现契约自由,另一方面可以有效地提高国际民事交往的效率;而在婚姻家庭和继承领域,当事人的权利义务很大程度上受到国家公共秩序的约束,因而当事人的选法自由往往有限。<sup>⑦</sup>

正如美国《第二次冲突法重述》的评论所指出的那样,当事人所选择的法律之所以能够得以适用,是适用法院地的法律适用规则的结果。<sup>⑧</sup>与其他连结点一样,当事人意思自治也只有

① 参见黄进、姜姝娟主编:《〈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14页;郭玉军:《中国国际私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事关系法律适用法〉为中心》,载《清华法学》2011年第5期,第158页;陈卫佐:《涉外民事关系法律适用法的中国特色》,载《法律适用》2011年第11期,第49页;刘贵祥:《涉外民事关系法律适用法在审判实践中的几个问题》,载《人民司法》2011年第11期,第40页;高晓力:《〈关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释(一)〉的理解与适用》,载《人民司法》2013年第3期,第21页。

② 《司法解释(一)》第4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。”

③ 参见张军主编:《法理学》,中国民主法制出版社2014年版,第194页。

④ See Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press, 2018), pp. 74–84.

⑤ See Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press, 2018), p. 6.

⑥ 参见霍政欣:《国际私法学》(第2版),中国政法大学出版社2020年版,第10页。

⑦ See Felix Maultzsch, “Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?”, (2016) 12 *Journal of Private International Law* 466, p. 477.

⑧ See “Restatement of the Law-Conflict of Laws”, § 187, Comment c.

法律适用规则有所规定的情况下才能得以适用。具体来说，当事人意思自治是通过将“当事人选择的法域”作为法律适用规则中的连结点，引导法官在法律适用的过程中寻觅当事人所选择的法律而得以落实的。当事人意思自治体现在中国《法律适用法》中亦是如此。《法律适用法》共有14个具体条款规定当事人可以选择法律，其余具体条款没有作出这样的规定，因而《法律适用法》第3条有必要作出“依照法律规定”的限制，表明当事人选择法律应在中国法律有规定的情形下进行。

## （二）对《法律适用法》第3条中“依照法律规定”的理解

《法律适用法》第3条作为法律规则，可以借助法理学上关于法律规则的概念来分析其条文内涵。规范语句的要素包括规范主体、规范内容和适用条件。<sup>①</sup>显而易见，《法律适用法》第3条的规范主体是“当事人”，规范内容是“可以明示选择涉外民事关系适用的法律”，适用条件是“依照法律规定”。对应到逻辑结构上，《法律适用法》第3条中的“依照法律规定”属于“构成要件”，“当事人可以明示选择涉外民事关系适用的法律”属于“法律效果”。前者是后者的前提，即在“依照法律规定”的情况下，当事人可以明示选择涉外民事关系适用的法律。据此，分析“依照法律规定”的内涵是理解当事人选法权利依据的关键。

### 1. “依照法律规定”应是指依照中华人民共和国法律

从词义来看，“依照法律规定”是指以法律规定作为依据，在《法律适用法》第3条中具体是指当事人选择法律需要以法律规定为依据。《司法解释（一）》第4条对《法律适用法》第3条“依照法律规定”作出了解释，将“法律规定”限定为中华人民共和国法律。有的观点尝试通过对“依照法律规定”进行扩张解释，认为“法律规定”可以包括域外法，从而扩大当事人意思自治的适用范围。<sup>②</sup>由于当事人意思自治是由法律适用规则来规定的，如果依据域外法而允许当事人选择法律，则相当于适用域外法中的法律适用规则来确定准据法。但依据《法律适用法》第9条，中国法院不应依据域外法中的法律适用规则确定准据法。因此，“依照法律规定”只能是指依照中国的法律规定。

### 2. “依照法律规定”应是指依照含有当事人意思自治连结点的法律适用规则

在《法律适用法》第3条中，“可以”与“选择”共同构成谓语，表示授予当事人选择的权利，当事人可以选择，也可以不选择；而“明示”只是“选择”的修饰性状语，表明当事人选择法律的方式。<sup>③</sup>所以，《法律适用法》第3条总体上在表达“当事人可否选择法律”的问题。相应地，“依照法律规定”作为《法律适用法》第3条的构成要件，应是指依照允许当事人选择法律的法律规定，即含有“当事人意思自治”连结点的法律适用规则，如《法律适用法》第41条。尽管当事人选择法律还需要符合法定的选法方式、时间、可选法律的范围等条件，<sup>④</sup>但《法律适用法》第3条中的“依照法律规定”不直接涉及当事人选法的上述具体条件。

① 参见徐显明主编：《法理学原理》，中国政法大学出版社2009年版，第74—75页。

② 参见齐湘泉：《基本原则与宣示性条款之辩——〈涉外民事关系法律适用法〉第3条再解读》，载《清华法学》2018年第2期，第199—200页。

③ 参见徐伟功：《〈涉外民事关系法律适用法〉实施研究》，法律出版社2019年版，第211页；涂广建：《解读我国〈涉外民事关系法律适用法〉》，载《时代法学》2011年第2期，第14页。

④ 如《司法解释（一）》第6条。

应注意的是，中国相关立法对于部分同一涉外民事关系作出了不同的法律适用规定，如存在不适用当事人意思自治的特别规定，则依据特别规定，适用其他连结点来确定准据法。例如，《中华人民共和国海商法》（下称《海商法》）第273条<sup>①</sup>所规定的船舶碰撞的损害赔偿，属于《法律适用法》第44条<sup>②</sup>所规定的侵权责任的特别类型。依据《中华人民共和国立法法》第103条，<sup>③</sup>由于《法律适用法》与《海商法》的制定机关均为全国人大常委会，作为特别规定的《海商法》第273条应优于作为一般规定的《法律适用法》第44条而得到适用。因此，尽管船舶碰撞的损害赔偿可以定性为《法律适用法》第44条的“侵权责任”，但应依据《海商法》第273条确定准据法，不应适用当事人意思自治。<sup>④</sup>对此，《司法解释（一）》第3条第1款也有明确规定。同理，同一部法律对同一涉外民事关系作出不同的法律适用规定，也应优先适用特别规定。例如，在网络侵犯人格权案件中，应依据《法律适用法》第46条适用被侵权人经常居所地法，而不应依据《法律适用法》第44条适用当事人所选之法。

### 3. “依照法律规定”中的“法律规定”应包括相关司法解释

从中国现有法律规定来看，含有“当事人意思自治”连结点的法律适用规则主要被规定于《法律适用法》中，此外一些司法解释中也有所涉及，如《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第22条、《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第2条、第4条、第6条和《最高人民法院关于审理涉船员纠纷案件若干问题的规定》第17条等。因此，将《法律适用法》第3条中“法律规定”理解为包括相关司法解释更为合适。

综上所述，《法律适用法》第3条“依照法律规定”是指依照中国法律和司法解释中含有“当事人意思自治”连结点的法律适用规则。《法律适用法》第3条只是规定当事人在一定条件下有选法的权利，不是当事人行使选法权利的直接依据。在司法实践中，法院应当依据具体的法律适用规则确认当事人是否享有选择法律的权利。

## 二 《法律适用法》第3条在司法实践中存在的问题

在“中国裁判文书网”上以“《涉外民事关系法律适用法》第三条”为关键词进行全文检索可知，从2011年4月1日至2022年12月31日，共有1221份一审民事判决书援引了《法律适用法》第3条；除去重复和不相关的判决书，可供检视的判决书共1190份（见图1）。<sup>⑤</sup>下文对这

① 《海商法》第273条：“船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。”

② 《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。”

③ 《中华人民共和国立法法》第103条：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”

④ 交通运输部起草的《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》在船舶碰撞的法律适用中引入了当事人意思自治。可见，未来中国立法可能会在船舶碰撞的法律适用中引入当事人意思自治。

⑤ 数据来源：中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn>，最后访问时间：2023年3月16日。需要说明的是，鉴于绝大多数的二审判决书和再审判决书或将一审判决书中的相关论述重复一遍，或直接表示认同一审法院对准据法的认定，又或略过法律适用问题而直接讨论实体问题，笔者在统计分析《法律适用法》第3条的适用现状时未将其纳入考虑范围。

1190份一审民事判决书进行文本分析,探讨司法实践中适用《法律适用法》第3条所存在的问题。

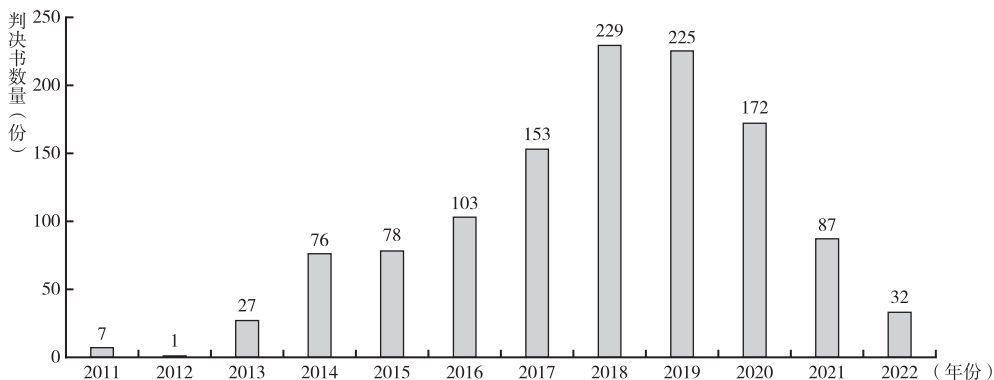


图1 2011—2022年援引《法律适用法》第3条的一审民事判决书数量

### (一) 在判决书中未释明适用《法律适用法》第3条的理由

在援引《法律适用法》第3条的1190份判决书中,有249份判决书在裁判理由部分没有提及《法律适用法》第3条,约占总数的20.92%。其中,在裁判依据部分第一次提及《法律适用法》第3条的判决书有246份,仅在法条附录中列举《法律适用法》第3条的判决书有3份(见表1)。以上249份判决书均未明确说明适用《法律适用法》第3条的理由。由此可见,《法律适用法》第3条在司法实践中的适用具有一定的随意性和不规范性。

表1 《法律适用法》第3条在判决书中第一次出现的位置

《法律适用法》第3条在判决书中第一次出现的位置	案件数	占比
裁判理由部分	941	79.08%
裁判依据部分	246	20.67%
法条附录部分	3	0.25%
总计	1190	100.00%

### (二) 在非涉外民事案件中援引《法律适用法》第3条

在1190份判决书中,有7个案件属于非涉外民事案件。<sup>①</sup>这些案件的判决书均未提及任何涉外因素,虽援引《法律适用法》第3条,但没有释明法律适用的理由,因而无从得知援引《法律适用法》第3条的用意。<sup>②</sup>依据《法律适用法》第1条和第2条第1款,《法律适用法》的适

① 本文广义地来理解“涉外民事案件”,将其界定为涉外法域的民事案件,包括国际民事案件、涉港民事案件、涉澳民事案件、涉台民事案件以及同时涉及多个法域的民事案件。需要特别说明的是,立法者持狭义的“涉外民事案件”的定义,不过依据《司法解释(一)》第17条和《最高人民法院关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》第1条,涉港澳台民事案件的准据法确定应参照适用《法律适用法》及其司法解释等相关规定,所以对于一切涉外法域的案件,法官都是根据《法律适用法》及其司法解释等相关规定确定准据法。

② 如潘某与马某某、张某某民间借贷纠纷案,北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初38146号民事判决书。

用范围是“涉外民事关系”。从《法律适用法》第3条的规定来看,当事人可以选择法律的对象也是具有涉外因素的民事关系。<sup>①</sup>因此,非涉外民事案件不应适用《法律适用法》第3条。上述7个案件不具备涉外因素,也就不涉及涉外民事关系法律适用的问题,更无需考虑当事人选法问题,应当直接适用中国国内法。<sup>②</sup>

### (三) 援引《法律适用法》第3条确定准据法的逻辑思路不规范

从判决书中援引的法条及适用的连结点可以得知,搜集的案例援引《法律适用法》第3条确定准据法的逻辑思路不规范。经统计,1190份判决书中,单独援引《法律适用法》第3条的共834份,占比70.08%;共同援引《法律适用法》第3条和具体的法律适用规则的共356份,占比29.92%。(见表2)

表2 确定准据法的法律依据及案件数<sup>③</sup>

援引模式	确定准据法的法律依据	案件数	总计	占比
单独援引	《法律适用法》第3条	834	834	70.08%
共同援引	《法律适用法》第3条、第41条	276	356	29.92%
	《法律适用法》第3条、第41条、《合同法》第126条	1		
	《法律适用法》第3条、第41条、《民法通则》第145条	3		
	《法律适用法》第3条、《民法通则》第145条	35		
	《法律适用法》第3条、《合同法》第126条	4		
	《法律适用法》第3条、《合同法》 <sup>④</sup>	1		
共同援引	《法律适用法》第3条、相关合同法律规定	1	356	29.92%
	《法律适用法》第3条、第14条	4		
	《法律适用法》第3条、第24条	1		
	《法律适用法》第3条、第32条	1		
	《法律适用法》第3条、第36条	2		
	《法律适用法》第3条、第41条、第44条	5		
	《法律适用法》第3条、第44条	16		
	《法律适用法》第3条、第47条	1		
	《法律适用法》第3条、第48条、第50条	1		
	《法律适用法》第3条、第50条	2		
	《法律适用法》第3条、《海商法》第269条	1		
	《法律适用法》第3条、第37条、《海商法》第269条、第271条	1		
总计		1190	1190	100.00%

虽在法条援引上存在“单独援引”或是“共同援引”<sup>⑤</sup>的情形,但对这些情形进一步考察后,我们发现法官在论证说理时实际存在着单独适用当事人意思自治、同时适用当事人意思自治和其他连结点、单独适用当事人意思自治以外的连结点来确定准据法的情况。(见表3)

① 参见霍政欣:《国际私法学》(第2版),中国政法大学出版社2020年版,第5—9页。

② 参见刘祥祥:《前海商事案件选择适用法律问题研究》,载《法律适用》2016年第4期,第4页。是否采纳“并入合同内容说”,进而考虑当事人选择的域外法,此处不予讨论。

③ 案件中援引的《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)及《中华人民共和国民法通则》(下称《民法通则》)现已失效。

④ 判决书仅笼统援引《合同法》,未说明援引的具体条款。

⑤ “单独援引”是指单独援引《法律适用法》第3条;“共同援引”是指共同援引《法律适用法》第3条和具体的法律适用规则。

表3 援引《法律适用法》第3条所适用的连结点的

适用的连结点		“单独援引” (案件数)	占比	“共同援引” (案件数)	占比	总计 (案件数)	占比
当事人意思自治		800	95.92%	243	68.26%	1043	87.65%
同时适用当事人 意思自治和其他 连结点	当事人意思自治 + 最 密切联系原则	9	1.08%	22	6.18%	40	3.36%
	当事人意思自治 + 侵 权行为地	0	0.00%	3	0.84%		
	当事人意思自治 + 不 动产所在地	1	0.12%	1	0.28%		
	当事人意思自治 + 法 人登记地	0	0.00%	2	0.56%		
	当事人意思自治 + 被 请求保护地	0	0.00%	1	0.28%		
	当事人意思自治 + 船 旗国	0	0.00%	1	0.28%		
适用当事人意思自 治以外的连结点	最密切联系原则	6	0.72%	58	16.29%	68	5.71%
	不动产所在地	0	0.00%	2	0.56%		
	法人登记地	0	0.00%	1	0.28%		
	侵权行为地	0	0.00%	1	0.28%		
无说理		18	2.16%	21	5.90%	39	3.28%
总计		834	100.00%	356	100.00%	1190	100.00%

下文将结合表2和表3的数据以及搜集的案例，剖析《法律适用法》第3条在司法实践中的适用逻辑。

### 1. 直接依据《法律适用法》第3条适用当事人意思自治

如前文所述，《法律适用法》第3条不是当事人意思自治的直接依据，一般情况下适用《法律适用法》第3条的同时也应当适用具体的法律适用规则，而司法实践往往忽略了寻找具体的法律适用规则这一步骤。如表3所示，这类案件数量最多，共800个。

第一，忽略含当事人意思自治的法律适用规则，直接依据《法律适用法》第3条适用当事人意思自治。例如，在ALFAMEDA有限责任公司与晟润天津进出口有限公司买卖合同纠纷案中，<sup>①</sup>法院认为，各方当事人在庭审中均明确表示选择中国法律，依据《法律适用法》第3条，该案应适用中国法。尽管该案的法律适用结果是正确的，因为当事人依照《法律适用法》第41条可以协议选择涉外合同所适用的法律，但法院并没有援引这条规定，而将当事人选择法律的事实直接涵摄于《法律适用法》第3条，逻辑上这是有欠缺的。在该案中，法院须适用的是《法律适用法》第41条，至于《法律适用法》第3条，则并非必须适用。

第二，忽略其他不含当事人意思自治的法律适用规则，直接依据《法律适用法》第3条适用当事人意思自治。这种做法突破了《法律适用法》第3条“依照法律规定”的限制，在司法上创造了当事人选法的权利。例如，在中国新城镇控股有限公司与江西中科浩飞科技城开发运营有限公司股东知情权纠纷案（涉港）中，<sup>②</sup>双方于庭审中均选择中国内地法律，法院依据《法律

<sup>①</sup> ALFAMEDA 有限责任公司与晟润天津进出口有限公司买卖合同纠纷案，天津市滨海新区人民法院（2014）滨民初字第718号民事判决书。

<sup>②</sup> 中国新城镇控股有限公司与江西中科浩飞科技城开发运营有限公司股东知情权纠纷案，江西省南昌市中级人民法院（2020）赣01民初455号民事判决书。



适用法》第3条适用当事人所选之法。然而，该案系股东知情权纠纷，本质上属于股东权利义务纠纷，应当依据《法律适用法》第14条第1款适用被告法人的登记地法，而不应适用当事人所选之法。再如，在孙某、钟某法定继承纠纷案（涉台）中，双方当事人庭审中选择大陆法律，一审法院依据《法律适用法》第3条适用大陆法律作为准据法。然而，该案应当依据《法律适用法》第31条关于法定继承的法律适用规则来确定准据法，而该规定并未授予当事人选法的权利。<sup>①</sup>

## 2. 同时适用当事人意思自治与其他连结点说理不足

如表3所示，“单独援引”和“共同援引”的案件均存在同时适用当事人意思自治与其他连结点的情况，占比3.36%。一般情况下，只有重叠适用的法律适用规则才要求同时适用两个或两个以上的连结点。而这些案件同时适用当事人意思自治与其他连结点，往往是因为当事人所选之法与其他连结点所指向的法律是同一法域之法。单独援引《法律适用法》第3条而同时适用当事人意思自治与其他连结点的法律依据明显不足。共同援引《法律适用法》第3条和其他法律适用规则而同时适用当事人意思自治与其他连结点，判决说理也存在不足，具体表现在以下几方面。

第一，关于合同的法律适用规则的不当适用。<sup>②</sup>以《法律适用法》第41条为例，其所规定的当事人意思自治和最密切联系原则之适用是有先后的，即首先适用当事人意思自治，若当事人没有选择法律，方可适用最密切联系原则。如表3所示，22个案件同时适用了这两个连结点，均属于对合同法律适用规则的不当适用。例如，在南宁市金通小额贷款有限公司与广西梧州市港圣堂保健食品有限公司、广西全通投资集团有限公司等企业借贷纠纷案中，<sup>③</sup>法院认为，依据《法律适用法》第3条和第41条，因当事人选择适用中国法律，且案涉合同的履行地在中国境内，故法院将中国法律作为准据法。在该案中，法院可以基于当事人选择中国法律的事实而依法适用中国法律，无须再适用最密切联系原则。

第二，法律适用规则不含当事人意思自治连结点，则意味着排除了当事人意思自治的适用，而司法实践中有的案件依据《法律适用法》第3条适用当事人意思自治，并同时依据具体的法律适用规则<sup>④</sup>适用其他连结点。以华鸿国际有限公司、耀声（厦门）物业管理有限公司等与福建东南广播电视网络有限公司物权保护纠纷案（涉港）为例，<sup>⑤</sup>法院认为，庭审中各当事人均同意适用中国内地法律，且案涉房产处于中国内地，依据《法律适用法》第3条、第36条，该案适用中国法律。可见，该案共同援引《法律适用法》第3条和第36条，并同时适用了当事人意思自治和不动产所在地两个连结点。由于《法律适用法》第36条规定“不动产物权，适用不动产所在地法律”，未允许当事人选择法律，该案应直接依据《法律适用法》第36条适用不动产所在地法律，不应依据《法律适用法》第3条所规定的当事人意思自治确定准据法。

## 3. 援引《法律适用法》第3条而适用其他连结点

如表3所示，在68个案件中，法院援引《法律适用法》第3条，却根据当事人意思自治以

① 孙某、钟某法定继承纠纷案，广西壮族自治区梧州市中级人民法院（2019）桂04民终1358号民事判决书。二审法院对一审法院的法律适用依据予以了纠正。

② 此种情形涉及《法律适用法》第41条、《合同法》第126条和《民法通则》第145条。

③ 南宁市金通小额贷款有限公司与广西梧州市港圣堂保健食品有限公司、广西全通投资集团有限公司等企业借贷纠纷案，广西壮族自治区梧州市中级人民法院（2016）桂04民初82号民事判决书。

④ 如表2所列的《法律适用法》第14条、第32条、第36条、第48条以及《海商法》第271条。

⑤ 华鸿国际有限公司、耀声（厦门）物业管理有限公司等与福建东南广播电视网络有限公司物权保护纠纷案，福建省厦门市湖里区人民法院（2016）闽0206民初10286号民事判决书。

外的连结点来确定准据法。其中，“单独援引”的案件有6个，“共同援引”的案件有62个。《法律适用法》第3条是关于当事人意思自治的规定，一般情况下，如适用其他连结点则应单独援引具体的法律适用规则。

在“单独援引”的6个案件中，当事人均未选法，法院依据《法律适用法》第3条适用最密切联系原则确定准据法的法律依据不当。例如，在斯某某与余某某买卖合同纠纷案（涉澳）中，<sup>①</sup>法院认为，双方没有约定适用的法律，依据《法律适用法》第3条，因案涉交易及欠款事实均发生在中国内地，依据最密切联系原则，该案以中国内地法律为准据法。首先，在涉外民事案件中，如果当事人没有选择法律，则法院无须援引关于当事人意思自治的《法律适用法》第3条，直接依据具体的法律适用规则确定准据法即可。其次，该案系涉外合同纠纷，适用最密切联系原则的法律依据应当是《法律适用法》第41条，而非《法律适用法》第3条。

在“共同援引”的62个案件中，绝大部分案件的当事人未选法，不应援引《法律适用法》第3条。其中，58个案件适用最密切联系原则。例如，在郭某某、蔡某某民间借贷纠纷案中，<sup>②</sup>法院认为，依据《法律适用法》第3条、第41条，该案按照最密切联系原则以中国法律为准据法。然而，该案当事人未选择法律，单独援引《法律适用法》第41条适用最密切联系原则即可。此外，有4个案件适用不动产所在地、法人登记地和侵权行为地这些连结点（见表3）。这些案件判决书均在裁判理由部分援引具体的法律适用规则来说明确定准据法的依据，而《法律适用法》第3条仅出现在判决书的裁判依据部分，可谓多此一举。

#### （四）对《司法解释（一）》第4条的忽略与误解

《司法解释（一）》第4条针对《法律适用法》第3条作出了权威解释，然而在司法实践中适用该司法解释这一规定的案件可谓少之又少。通过检索发现，“中国裁判文书网”和“北大法宝网”上仅有4个案件援引了《司法解释（一）》第4条。<sup>③</sup>

其中，仅有1个案件准确适用该司法解释规定。在（株）圃木园控股等与上海福生豆制品有限公司等股东出资纠纷案中，<sup>④</sup>二审法院认为，该案系股东出资纠纷，依据《法律适用法》第14条，应当适用上海圃园福生绿色食品有限公司的登记地法律，即中国法律；依据《司法解释（一）》第4条，原审法院以当事人一致选择中国法律为由确定准据法不当。

其余3个案件均为非涉外民事案件，<sup>⑤</sup>这些案件的当事人均选择了法律。如前文所述，《法律适用法》第3条不应适用于非涉外民事案件。同理，《司法解释（一）》第4条作为《法律适

① 斯某某与余某某买卖合同纠纷案，浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民初616号民事判决书。

② 郭某某、蔡某某民间借贷纠纷案，福建省福清市人民法院（2020）闽0181民初7013号民事判决书。

③ 数据来源：中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn>，最后访问时间：2023年4月16日；北大法宝网，<https://www.pkulaw.com>，最后访问时间：2023年4月16日。对于2020年12月31日之前作出的裁判文书，全文检索“《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）》第六条”；对于2021年1月1日之后作出裁判文书，全文检索“《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）》第四条”。

④ （株）圃木园控股等与上海福生豆制品有限公司等股东出资纠纷案，上海市高级人民法院（2013）沪高民二（商）终字第S36号民事判决书。

⑤ 深圳市建达建筑工程有限公司与金亿利（东莞）房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，广东省东莞市中级人民法院（2016）粤19民终7243号、（2016）粤19民终7645号民事判决书；钟某某、许某委托合同纠纷案，四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终8741号民事判决书。

用法》第3条的司法解释,也不应适用于非涉外民事案件。法院应援引《法律适用法》第1条和第2条第1款来释明当事人选法协议无效的理由,而非《司法解释(一)》第4条。

由此可见,司法实践不仅忽视《司法解释(一)》第4条的存在,而且对《司法解释(一)》第4条本身的理解也存在一定的问题。《司法解释(一)》第4条作为《法律适用法》第3条的司法解释,尚未发挥其应有的作用。这也是《法律适用法》第3条在司法实践中被误解和误用的原因之一。

### 三 《法律适用法》第3条的制度反思及规范适用建议

《法律适用法》第3条及其他14个涉及当事人意思自治的条款等法律规定,构成了涉外民事法律关系中当事人选择适用法律(包括域外法)的规则体系。一方面要求当事人“依照法律规定”作出法律选择,另一方面要求法官“依照法律规定”认定当事人选法的效力。从上述研究来看,司法审判中《法律适用法》第3条的适用与其应有的立法意涵存在较大的出入,反映出当事人意思自治的具体适用仍存在诸多问题。下文将对中国当事人意思自治制度进行反思,并提出规范适用《法律适用法》第3条的相关建议。

#### (一)《法律适用法》第3条的制度反思

在审判实践中,法院适用《法律适用法》第3条确定准据法时,如果忽略“依照法律规定”的前提条件,无视具体的法律适用规则,必然会突破现有法律所规定的当事人意思自治的适用范围。在准据法适用正确的情况下,这类实践有一定合理性,直接依据《法律适用法》第3条适用当事人所选之法可以为法院省略一系列复杂的法律适用环节,包括涉外民事关系的定性、法律适用规则的确定、客观连结点的认定等。事实上,在前述案件中大多数当事人在一审庭审中选择了中国法律,同时为法院省去了域外法查明环节,从而提高了审判效率。也因此,有学者曾经提出在涉外民事诉讼程序中设立一个前置程序,首先通知各方当事人在固定的期间内选择法律,如果当事人在这个固定的期间内未作出选择,那么法官将依据法律适用规则中的其他连结点确定准据法。<sup>①</sup>

前述程序设想虽在一定程度上与绝大部分适用《法律适用法》第3条的审判实践不谋而合,然而在该程序之中《法律适用法》第3条中“依照法律规定”的限制变得毫无意义,进而含有“当事人意思自治”连结点的具体法律适用规则也无存在必要。从目前各国立法来看,几乎所有成文法国家都通过具体法律适用规则连结点的形式采纳当事人意思自治。中国现行立法尚未对此作出突破性尝试,《法律适用法》第3条只是强调了当事人意思自治的重要地位。此外,现有审判实践表明当事人意思自治并不是所有涉外民事领域法律适用的基本原则。在“中国裁判文书网”上以“《涉外民事关系法律适用法》”为关键词进行全文检索得出,从2011年4月1日至2022年12月31日,共有40733份一审民事判决书援引了《法律适用法》的条文,<sup>②</sup>其中援引《法律适用法》第3条的一审民事判决书的占比不足3.00%。这说明绝大部分的涉外民商事案件还是依据具体法律适用规则等其他规定来确定准据法的。从目前来看,在中国不论是立法还是司

① 参见孟昭华:《意思自治原则定位论:法律选择视域的研究》,人民出版社2017年版,第155—165页、第210页。

② 数据来源:中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn>, 最后访问时间:2024年1月12日。

法实践，当事人意思自治还不能成为所有涉外民事领域法律适用的基本原则，因此仍有必要规范《法律适用法》第3条的司法适用问题，以完善当事人依法选择适用法律（包括域外法）的涉外司法审判制度，实现涉外立法与涉外司法的协调统一。

## （二）规范适用《法律适用法》第3条的建议

### 1. 厘清《法律适用法》第3条的适用逻辑

如前文所述，审判实践中援引《法律适用法》第3条确定准据法的逻辑思路不规范，当事人选择法律的直接依据不是《法律适用法》第3条，而是具体的法律适用规则。具体来说，《法律适用法》第3条的适用涉及以下3个步骤。

第一步是“定性”。依据《司法解释（一）》第1条认定案涉民事关系是否具有涉外因素，并确定案涉民事关系的具体类型。首先，如果案件不具有涉外因素，则应当适用中国国内民法。其次，如果案件具有涉外因素，则应注意区分民事案件案由的确定与涉外民事关系的定性，定性的对象除了案由所指的民事关系之外，还有其他民事关系。例如，在陈某某船员劳务合同纠纷案中，<sup>①</sup>不仅存在案由所指的劳务合同关系，还存在船舶优先权关系，依据《司法解释（一）》第11条，应分别依据不同的法律适用规则确定相应的准据法。此外，同一涉外民事关系的不同方面可能适用不同的准据法。例如，涉外合同关系中，对于当事人的缔约能力，应当依据《法律适用法》第12条或者第14条确定准据法；对于合同的成立与效力等问题，则应依据《法律适用法》第41条确定准据法。<sup>②</sup>

第二步是根据“定性”的结果，确定应适用的法律适用规则。如果该法律适用规则含有当事人意思自治连结点，且不存在特别规定，则可以适用当事人所选之法，此时法官可以同时援引《法律适用法》第3条，判定当事人的选法方式是否符合“明示”的要求。如果该法律适用规则不含当事人意思自治连结点，或者没有相关的法律适用规则，则在当事人协议选择了法律的情况下，法院可以援引《法律适用法》第3条以及具体的法律适用规则（如有）来释明不适用当事人所选之法的理由。应注意的是，依据《法律适用法》第4条，如果中国法律和行政法规中存在相关强制性规定，则应当直接适用该强制性规定，无须通过法律适用规则确定准据法。

如果案件应适用当事人所选择之域外法，则还需进行第三步，即域外法的查明和适用。首先，当事人负有查明该域外法的义务。依据《法律适用法》第10条以及《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（二）》第3条和第9条第2款，当事人在法院确定的期限内无正当理由未提供该域外法的具体规定及作出相关说明的，法院可以认定为不能查明该域外法，适用中国法律作出判决。其次，依据《法律适用法》第5条，如果当事人依法提供了该域外法，但适用该域外法将损害中国社会公共利益，则法院应适用中国法律作出判决。

### 2. 释明《法律适用法》第3条的适用理由

从前述对司法实践的分析来看，相当一部分判决书援引《法律适用法》第3条时未释明适用的理由（见表1），其他判决书则大多数未能正确理解《法律适用法》第3条的立法意涵，适用《法律适用法》第3条的理由较为牵强。

① 陈某某船员劳务合同纠纷案，宁波海事法院（2018）浙72民初1690号民事判决书。

② 参见霍政欣：《国际私法学》（第2版），中国政法大学出版社2020年版，第195页。

2018年《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》提出,裁判文书“要释明法理,说明裁判所依据的法律规范以及适用法律规范的理由”,“反映推理过程,做到层次分明”;如“法律适用存在法律规范竞合或者冲突”,应说明选择的理由。当然,该意见也同时提出:“诉讼各方对案件法律适用无争议且法律含义不需要阐明的,裁判文书应当集中围绕裁判内容和尺度进行释法说理。”在适用《法律适用法》第3条的案件中,91.26%的案件当事人达成了法律选择协议,对法律适用不存在争议,法院可以集中阐释其他问题,但这不是忽视法律适用问题的正当理由。

从中国民事裁判文书的格式来看,裁判依据或法条附录部分仅列举法条,并非用于释明法理,法官应在裁判理由部分援引《法律适用法》第3条并释明适用的理由。此外,司法解释的制定与适用是完善涉外司法审判制度的重要手段,也是健全涉外法治实施体系、推进涉外法治建设的关键环节。法院应当重视和加强对《司法解释(一)》第4条的理解,在具体案件中也可以援引《司法解释(一)》第4条来阐释不适用当事人所选之法的理由。

### 3. 避免出现裁判文书中的法律适用瑕疵

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第332条和第405条,对于原裁判适用法律有瑕疵,但裁判结果正确的,二审或再审法院予以纠正后维持原判。例如,在陈某某与黄某某、胡某某、东莞东矽电子有限公司与公司有关的纠纷案(涉台)中,<sup>①</sup>二审法院认为,该案关于股东权利义务的纠纷应适用公司的注册登记地法即大陆法律,一审法院依据《法律适用法》第3条确定适用当事人选择的大陆法律有误,二审法院对此予以了纠正。然而,司法实践中这类案件由于裁判结果正确,一般不会进入二审或再审程序。尽管由于实体问题而进入二审或再审程序,大多数案件的二审或再审法院对一审法院的法律适用理由表示认同,<sup>②</sup>或者略过法律适用问题而只讨论实体问题。<sup>③</sup>因此,裁判文书中的法律适用瑕疵往往未能得以纠正,上述案例仅为极个别情况。

各级法院应通过多种形式,如指导案例、典型案例、司法指导性文件等,加强涉外民事案件法律适用的培训,从源头上解决司法审判中不当适用《法律适用法》第3条的问题,并引导法官关注二审或再审案件中的法律选择问题,纠正裁判文书中的法律适用瑕疵,整体提高涉外民事司法审判中法律适用的专业性和规范性。

## 四 结论

《法律适用法》第3条是关于涉外民事关系中当事人选择适用法律的总则性规定,彰显了当事

- 
- ① 陈某某与黄某某、胡某某、东莞东矽电子有限公司与公司有关的纠纷案,广东省东莞市中级人民法院(2019)粤19民终11318号民事判决书。
  - ② 例如,在霍某某与娄某某民间借贷纠纷案(涉港)中,虽然一审法院依据《法律适用法》第3条而适用当事人所选之法,法律适用上存在瑕疵,但是二审法院基于双方当事人对原审关于法律适用的认定均无异议,确认了一审法院所适用的准据法。参见浙江省高级人民法院(2013)浙商外终字第62号民事判决书。
  - ③ 例如,在罗某某与温某某股权转让纠纷案(涉澳)中,虽然一审判决中在法律适用上也存在瑕疵,然而二审法院未对此加以分析,直接认定“一审判决认定事实清楚,适用法律正确”。参见广西壮族自治区高级人民法院(2013)桂民四终字第33号民事判决书。

人意思自治在涉外民事关系法律适用中的重要地位。同时,该条规定对当事人意思自治作出了“依照法律规定”和“明示选择”的限制,体现出个人自由与国家权力之间的平衡状态。司法实践中,有的案件依据《法律适用法》第3条而适用当事人所选之法没有相关“法律规定”的支撑。这很大程度上源于法院对《法律适用法》第3条的误解。《司法解释(一)》第4条通过明确《法律适用法》第3条中“依照法律规定”的意涵,为各级法院的司法审判活动提供了统一的裁判标准。法院应当重视并遵循《司法解释(一)》第4条的规定,正确适用当事人选法所依据的“法律规定”,做到在中国法律有相关规定的前提下允许当事人选择法律(包括域外法),从而贯彻落实二十届三中全会《决定》中关于完善涉外民事法律关系中当事人依法选择适用域外法之司法审判制度的要求。

## **The Legislative Connotation and Juridical Inspection of Article 3 of *Chinese Law on Application of Laws over Foreign-Related Civil Relations***

*Xu Junke and He Jiaxin*

**Abstract:** Article 3 of Chinese Law on Application of Laws over Foreign-Related Civil Relations (hereinafter referred to as Law on Application of Laws) stipulates that the parties may explicitly choose the laws applicable to foreign-related civil relations in accordance with the provisions of law, which determines the orientation of party autonomy in Chinese legislation to some extent. The phrase “in accordance with the provisions of law” in Article 3 refers to the rules of application of laws with the connecting point of party autonomy in Chinese laws and judicial interpretations. That is, only in accordance with the provisions of Chinese law are the parties allowed to choose the applicable law. If there is a special provision that excludes party autonomy, other connecting points are applied to determine the applicable law. Therefore, party autonomy, applying only to foreign-related civil relations as provided in Chinese law, has not yet become the basic principle of application of laws over foreign-related civil relations. Based on the study of a large number of judicial decisions, it is found that there exist many problems of the application of Article 3 in judicial practice, such as that the reasons for applying Article 3 are not explained in a certain amount of judgments, that Article 3 is applied to some non-foreign civil cases, that the logic of applying Article 3 to determine the applicable law is not convincing, and that Article 4 of Judicial Interpretation (I) of Law on Application of Laws is forgotten and misunderstood to some extent. In order to refine the judicial system that allows the parties in foreign-related civil lawsuits to lawfully choose applicable laws including extraterritorial laws, the court should clarify the rationale for application of Article 3, elucidate the reasons for application of Article 3 in judgments, and strengthen guidance on application of laws in foreign-related civil trials so as to avoid the defects of application of laws in judgments.

**Keywords:** Chinese Law on Application of Laws over Foreign-Related Civil Relations, Party Autonomy, Private International Law, Rule of Application of Laws, Foreign-Related Civil Relations

(责任编辑:林强)