

我国《涉外民事关系法律适用法》 司法实践之检视

许庆坤*

摘 要：对我国东部上海市、中部河南省和西部陕西省三个省市高级人民法院2011年4月1日至2016年12月31日适用《涉外民事关系法律适用法》所作裁判文书的分析可从另一侧面呈现我国近年来涉外司法实践的图景。法院受理的案件中大部分为涉外合同纠纷，再加上涉外侵权纠纷和不当得利纠纷的涉外债权纠纷则占了绝大部分；若更细致地比较三个法院所受理的涉外合同纠纷的具体类型及其所占比重，则统计结果可清楚地显示三地不同的发展水平和地方特色。在采用的法律选择方法上，意思自治原则广受法官偏爱，已然成为法律适用方法之王；当事人在开庭之前协议选择准据法的案例少见，而庭审中达成法律选择协议的案例占绝大多数；最密切联系原则适用的广泛程度仅次于意思自治原则，但法院运用该原则相当随意。我国法院在援引法条方面特点突出：援引新法中“债权”部分条文的案件占全部案件的比重达七成以上；错误倚重一般法律原则或规定的判决比例偏高；没有援引具体法条的判决书依然占有相当大的比例。

关键词：《涉外民事关系法律适用法》 意思自治原则 最密切联系原则

我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）立法的实际成效需要司法实践来检验。即便结构精致而完美、规则细密而合理的立法，若得不到有效实施也只是一纸空文。“书本上的法”（Law in Books）与“行动中的法”（Law in Action）之间向来存在差距，这种落差即便在发达法治国家也很难幸免。^①我国虽然在上世纪80年代就制定了不少冲突法规则，但法院在涉外审判中不考虑冲突法问题，或者虽考虑冲突法问题但径直适用中国法而不说明理由的情况相当普遍。^②直至我国2001年加入世界贸易组织后，为应对入世需要和提升对外司法形象，冲突

* 山东大学法学院教授，法学博士。本文系笔者主持的国家社会科学基金一般项目“我国涉外民事关系法律适用法司法难点研究”（项目编号：12BFX138）的阶段性成果。

① 这是美国法律现实主义观察法律的重要视角。参见许庆坤：《美国冲突法理论嬗变的法理：从法律形式主义到法律现实主义》，商务印书馆2009年版，第14页、第23—25页。

② 最高人民法院2003年7月法〔2003〕121号《关于我国法院审理涉外商事案件适用法律情况的通报》指出：“仍有不少人民法院对适用法律问题意识不强，甚至在裁判文书中没有对适用法律问题进行任何分析和论述”，并特别强调：“绝不能无视法律适用问题而想当然地适用本国法，也不能只得出关于适用法律的结论而对原因不予阐述。”

法适用问题才逐步得到重视。^① 在我国入世多年之后,我国法院适用冲突法的水平是否有了实质性的大幅提高,尤其是2010年《法律适用法》实施之后,其司法实践效果如何,值得我们深刻检视。

我国国际私法学界近些年日益重视对冲突法司法实践的研究。黄进教授等自2001年中国国际私法实践年度报告起,持续不断地每年推出新篇。^② 郭玉军教授等在2010年《法律适用法》实施之前就曾对900份涉外民商事判决从多视角统计分析,在新法实施一年多之后专门分析了该法的司法实践状况。^③ 还有些学者对意思自治原则和最密切联系原则的司法实践情况作了专题研究。^④ 伴随司法公开和数据库的推广,涉外审判的信息获取愈益便利,此类研究成果的可靠性逐步增强。因此笔者在下文分析中将借鉴现有成果的可取之处。

但是,现有成果对涉外司法实践的分析或者失之取样太少,代表性不足,或者取样信息相对陈旧,或者议题有些狭窄,因此笔者将另辟蹊径,选取上海市、河南省和陕西省的高级人民法院从2011年4月1日至2016年12月31日适用《法律适用法》所作裁判的文书作为样本,力图从另一个侧面呈现我国近年来涉外司法实践状况的图景。^⑤

通过检索“中国裁判文书网”“北大法宝”“北大法意”和“上海高级人民法院网”等,笔者共查到上海市高级人民法院、河南省高级人民法院和陕西省高级人民法院于2011年4月1日至2016年12月31日期间适用《法律适用法》各自所作裁判文书49份、24份和11份,总数为

-
- ① 除了2003年最高人民法院专门发布《关于我国法院审理涉外商事案件适用法律情况的通报》强调冲突法适用问题,对法律适用的重视还可见于当时负责涉外民商事审判的最高人民法院副院长万鄂湘2005年的讲话:《全面提高涉外商事海事审判水平 为我国对外开放提供有力的司法保障——在第二次全国涉外商事海事审判工作会议上的讲话》,北大法宝数据库(<http://www.pkulaw.cn>),最后访问时间:2017年8月3日。最高人民法院民事审判庭第四庭还专门就判决书的撰写发布了《涉外商事纠纷案件一、二审判决书参考样式及其说明》,其中特别强调了无论一审还是二审的判决书中判决理由部分“首先应明确解决本案争议的准据法,即明确法律适用问题”。参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社2005年版,第121、124、129页。
- ② 前10年的年度报告已经结集出版,参见黄进、杜焕芳等:《中国国际私法司法实践研究(2001—2010)》,法律出版社2014年版。年度报告通常正式发表在《中国国际私法与比较法年刊》,但在正式发表前常常先在中国国际私法学会年会上发布。
- ③ 参见郭玉军、徐锦堂:《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》2008年第11卷,北京大学出版社2008年版,第122—155页;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42—47页。
- ④ 例如参见林燕萍、娄卫阳:《意思自治原则在上海涉外审判中的运用》,载《法学》2015年第12期,第133—144页;田洪鋈、李芳:《多维视角下最密切联系原则在中国国际私法实践中的适用》,载《中国国际私法与比较法年刊》2015年第18卷,法律出版社2016年版,第51—65页。
- ⑤ 之所以如此选取样本,主要考虑因素有三方面:一是上海市、河南省和陕西省可以作为我国东部地区、中部地区和西部地区的代表,且上海市、郑州市、西安市均为“一带一路”开放新格局下的中心城市,其高级人民法院涉外审判状况具有相当的代表性;二是高级人民法院的涉外审判水平整体较高,这既是笔者同部分法院法官私下交流的观感,也是比较不同法院判决书的客观结论;三是尽管我国每年涉外案件已达4万件左右,但高级人民法院以下法院的涉外裁判文书相当大地具有同质性,其实研究价值有限,同时过多的裁判文书的分析对笔者而言也不具有可行性。笔者也意识到如此取样的缺陷:三地的选择具有主观性,通过调解结案的案件以及基层法院受理的案件无法上诉到高级人民法院,部分高级人民法院的判决水平有限。尽管如此,笔者这一选择和分析可以给学界提供一个新颖视角,而且分析结论与笔者多年跟踪涉外司法实践的感受比较一致。

84份。^①下文将从纠纷类型、法律选择方法和条文依据三方面展示三地法院涉外审判的整体状况。

一 纠纷类型

我国法院在确定民事案件的案由时，通常以“当事人主张的民事法律关系的性质”为标准，即便存在请求权竞合的情况下也是如此；在当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不一致的，人民法院结案时有权根据实际存在的法律关系的性质，相应变更案件的案由。^②据此规定，案由体现的就是民事法律关系的类型，涉外案件也是如此。在涉外审判中，涉外民事关系的类型确定决定了具体冲突法条文的援引问题，在相当大程度上决定了案件的准据法，意义重大。但是，原告起诉时出于自身利益最大化考虑，通常选择的是对自己有利的涉外民事法律关系类型，与法官适用冲突法的第一步——对涉外民事关系的定性存在一定差距。对于案由与涉外民事关系的定性存在偏差的案件，法官若不适当调整，往往导致错误适用冲突法条文。例如“Yingyingzheng与刘毓侠返还原物纠纷上诉案”，法院根据当事人的主张将案由确定为“返还原物纠纷”，将该案争点定性为“一般侵权”问题，依据《法律适用法》第44条确定适用中国大陆法律；^③其实本案争点应为“法定继承”问题，法院应依据《法律适用法》第31条确定适用德国法律。^④为更准确地反映涉外纠纷的类型，笔者适当调整了法院对涉外民事关系定性明显不当之处。

同时需要说明的是，高级人民法院受理的涉外民商事纠纷有特殊性。我国自2002年起对5类涉外民商事案件实行集中管辖制度，^⑤后来这一制度虽有所松动，^⑥但原则上涉外合同和侵权

① 之所以选择这个时段是因为2011年4月1日为《法律适用法》生效时间，截至2016年12月31日是因为2017年裁判的文书不一定及时上传，检索结果与实际情况可能存在较大差距，而2016年的数据相对稳定，同时如此设定时段也与笔者的研究时间有关。笔者使用的检索词为“涉外民事关系法律适用法”，检索范围为“全文检索”，2017年7月15日检索“中国裁判文书网”获得上海市、河南省和陕西省高级人民法院的裁判文书分别为13份、17份（检索结果为21份，但其中7份存在重复上传问题）和11份（检索结果为12份，但有2份相同）；以同样的检索条件于7月17日在“上海高级人民法院网”中“裁判文书公开”部分获得36份裁判文书（检索结果49份，但与前面检索结果重复的有13份）；于7月20日在“北大法宝”、“北大法意”以同样检索词和条件检索，获得另外河南省高级人民法院的7份判决书。

② 参见《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》，法〔2011〕42号；《最高人民法院关于印发〈民事案件案由规定〉的通知》，法发〔2008〕11号；《最高人民法院关于印发〈民事案件案由规定（试行）〉的通知》，法发〔2000〕26号。

③ “Yingyingzheng与刘毓侠返还原物纠纷上诉案”，（2015）豫法民三终字第239号民事判决书。该判决书中相关表述为：“因郑莹莹系德意志联邦共和国公民，本案为涉外侵权纠纷案件，郑莹莹和刘某在原审法院审理中就本案法律适用问题达成一致，即均同意适用中华人民共和国法律，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‘侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议’的规定，原审法院依据郑莹莹与刘某的协议选择，适用中华人民共和国法律作为审理涉案纠纷的准据法并无不妥，本院予以确认。”

④ 《法律适用法》第31条：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”

⑤ 这5类案件是：（一）涉外合同和侵权纠纷案件；（二）信用证纠纷案件；（三）申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；（四）审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；（五）申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第3条，法释〔2002〕5号。

⑥ 参见《最高人民法院关于加强涉外民商事案件诉讼管辖工作的通知》，法〔2004〕265号。上海市高级人民法院便依据这一规定制定了黄浦区人民法院管辖第一审涉外商事案件。参见《上海市高级人民法院关于指定黄浦区人民法院受理第一审涉外商事案件的通知》，沪高法〔2005〕67号。

纠纷以及信用证纠纷案件依然由中级人民法院管辖。2005 年最高人民法院也将相当数量的知识产权纠纷案件的管辖权提升到中级人民法院。^① 我国海事法院在级别上属于中级人民法院，其受理案件的上诉审也是由相应高级人民法院负责。^② 这是高级人民法院受理的案件多为涉外合同和侵权纠纷案件以及知识产权纠纷案件的重要原因。与之相比，涉外婚姻、家庭和继承案件的一审原则上依然由基层人民法院负责，只有重大涉外案件才由中级人民法院管辖，^③ 因此高级人民法院受理的此类案件数量较少，在本文选择的样本中仅有 1 件此类案件。不过，其他学者的研究和笔者的检索结果表明，适用《法律适用法》的涉外婚姻家庭和继承案件比例并不高，本文的统计还是能在相当大程度上体现目前涉外民商事审判的受案情况。^④ 基于上述说明，笔者将 84 起涉外民商事纠纷统计如下：

表 1 涉外纠纷类型^⑤

纠纷类型	数量	百分比
涉外合同纠纷	51	60.71%
涉外侵权纠纷	15	17.86%
涉外不当得利纠纷	3	3.57%
涉外知识产权纠纷	5	5.95%
涉外公司内部事项纠纷	8	9.52%
涉外继承纠纷	1	1.19%
涉外信托纠纷	1	1.19%

从上述统计可以看出，三个高级人民法院受理的案件中大部分为涉外合同纠纷，比例达 60.71%；再加上涉外侵权纠纷和不当得利纠纷的涉外债权纠纷则占了绝大部分，比例达 82.14%。这与郭玉军教授等对全国涉外案件的统计结果相当接近。^⑥ 这既与涉外商事海事审判机关注重判决书公开和适用冲突法有一定关系，同时也在一定程度上反映了我国当前对外民商事交往的状况。^⑦

不过，三地的高级人民法院受理案件的类型及其所占比重又有不同。在上海市高级人民法院受理的案件中，涉外合同纠纷、涉外侵权纠纷、涉外不当得利纠纷和涉外公司内部事项纠纷的数量分别为 29 起、14 起、1 起和 5 起，所占比重分别为 59.18%、28.57%、2.04% 和 10.21%；在河南省高级人民

① 参见 2005 年《最高法院民事审判第三庭（知识产权）有关负责人就有关知识产权诉讼的管辖做出答复》。

② 《全国人大常委会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》第 3 条第 3 款：“对海事法院的判决和裁定的上诉案件，由海事法院所在地的高级人民法院管辖。”

③ 《民事诉讼法》（2012 年和 2017 年修正）第 19 条第 1 项延续了以往的规定，中级人民法院仅受理“重大涉外案件”。

④ 郭玉军教授等对适用《法律适用法》的涉外案件统计结果显示，涉外婚姻家庭和继承纠纷占比为 2.8%。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 42 页。郭玉军教授等对《法律适用法》实施之前 900 件涉外案件的统计结果显示，涉外婚姻家庭和继承纠纷仅占 0.44%。笔者 2017 年 8 月 8 日以“涉外民事关系法律适用法”全文检索“北大法宝”数据库，该数据库自动统计涉外婚姻家庭和继承案件为 1080 件，占有 8107 件案件的 13.32%。不过，上述统计也表明，我国可以检索到的涉外婚姻家庭和继承案件的比例在上升，将来应重视对该领域的深入研究。

⑤ 涉外合同纠纷和涉外侵权纠纷不包括涉外知识产权纠纷中的涉外知识产权合同纠纷和涉外知识产权侵权纠纷。

⑥ 郭玉军教授等统计涉外债权纠纷占比为 89.1%。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 42 页。

⑦ 万鄂湘教授担任最高人民法院副院长不久就开设了“中国涉外商事海事审判网”，并特别强调判决书公开。该网站网址为：<http://ccmt.court.gov.cn/>。

法院受理的案件中，涉外合同纠纷、涉外侵权纠纷、涉外公司内部事项纠纷、涉外知识产权纠纷和涉外继承纠纷的数量分别为 14 起、1 起、3 起、5 起和 1 起，所占比重分别为 58.33%、4.17%、12.59%、20.83% 和 4.17%；而在陕西省高级人民法院受理的案件中，涉外合同纠纷、涉外不当得利纠纷和涉外信托纠纷的数量分别为 8 起、2 起和 1 起，所占比重分别为 72.73%、18.18% 和 9.09%。

若更细致地比较三个法院所受理的涉外合同纠纷的具体类型及其所占比重，则统计结果可以清楚地显示三地不同的发展水平和地方特色。在上海市高级人民法院受理的涉外合同纠纷案件中，涉及国际货物贸易各环节的合同纠纷案件有 17 起，占比达 58.62%；在河南省高级人民法院受理的合同纠纷案件中，此类案件仅 1 起，而其涉外借贷合同纠纷案件有 6 起，占比达 42.86%；在陕西省高级人民法院受理的涉外合同纠纷案件中，国际贸易纠纷案件有 2 起，占比为 25%。

表 2 涉外合同纠纷类型

涉外合同纠纷类型	上海市高级人民法院	河南省高级人民法院	陕西省高级人民法院
涉外货物买卖合同	4	1	2
涉外海上货物运输合同	5		
涉外航空货物运输合同	3		
涉外海上货物运输保险合同	1		
涉外海上货运代理合同	4		
涉外委托合同	2	1	
涉外借款合同	5	6	
涉外借款担保合同		1	
涉外加工承揽合同	1		2
涉外债权转让合同	1	1	
涉外债权追偿合同	1		
涉外劳动合同		2	
涉外旅游合同		2	1
涉外拍卖合同			1
涉外代理合同			1
中外合资经营企业合同			1
其他合同	1		
缔约过失	1		

在承认上述统计结果相对客观地反映了法院所受理涉外纠纷现状的同时，笔者也意识到法院错误定性所导致的统计数据的失实之处。在此次统计样本中，两类定性错误尤其突出。（1）将“非债权”问题定性为“债权”问题。例如前文提到的“Yingyingzheng 与刘毓侠返还原物纠纷上诉案”，法院将“涉外继承”问题定性为“一般侵权”问题。^① 再如“王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷上诉案”，法院将该案争点定性为“一般合同”问题，依据《法律适用法》第 41 条确定适用中国大陆法律；^② 其实本案争点应为“信托”问题，法院应依据《法律适用法》第 17 条确定法律适用。^③ 再如“鑫隆公司与智义公司、傅际综股权转让纠纷上诉案”，法

① 参见本部分“纠纷类型”第 1 段文末的举例。

② “王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷上诉案”，（2016）陕民终 211 号民事判决书。该判决书中相关表述为：“本案系信托合同纠纷，因双方当事人均选择适用大陆法律，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条‘当事人可以协议选择合同适用的法律’之规定，本案应适用大陆法律。”

③ 《法律适用法》第 17 条：“当事人可以协议选择信托适用的法律。当事人没有选择的，适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”

院将该案争点定性为“一般合同”问题并依《法律适用法》第41条确定适用中国内地法律;^①其实该案争点为“法人内部事项”问题,法院应依据《法律适用法》第14条第1款确定准据法。^②(2)将“特殊合同”问题定性为“一般合同”问题。例如“高兰香、丁静等与河南职工国际旅行社、河南新华飞扬国际旅行社有限公司旅游合同纠纷上诉案”,法院将该案争点定性为“一般合同”问题,依据《法律适用法》第41条确定适用中国法律;^③其实本案旅游合同纠纷应为“消费者合同”问题,法院应适用《法律适用法》第42条的规定。^④再如“戚务诚与陕西宁陕县冰晶顶旅游开发有限公司合同纠纷上诉案”,法院将“中外合资经营企业合同”问题识别为“一般合同”问题,将《合同法》第126条第2款的特别规定弃之不顾,^⑤径直适用了《法律适用法》第41条的一般规定。^⑥这两种定性错误导致了统计结果中涉外债权纠纷比例畸高,掩盖了涉外民商事纠纷的多样性,并直接导致了法条援引的错误。

二 法律选择方法

此处所谓的“法律选择方法”其实用词并不准确。严格而言,法律选择方法有单边方法与双边方法之分;前者根据法律的内容选择法律,例如“法则区别说”和“法律适用意愿分析说”中采用的法律选择方法,后者根据法律关系的性质选择法律,例如“法律关系本座说”主张的法律选择方法。^⑦我国作为成文法国家,冲突法立法的理论基础其实为萨维尼的“法律关系本座说”,内含的法律选择方法主要是双边方法。^⑧由于我国不实行判例法制度,因此法院无权在立法之外另立新规,采用其他法律选择方法。受制于立法,我国法院在涉外审判中主要采用的是法律选择的双边方法,这与美国不同州的法院采用诸如传统法律选择方法、“法律适用意愿分析方

① “鑫隆公司与智义公司、傅际综股权转让纠纷上诉案”, (2016)沪民终107号民事判决书。该判决书中相关表述为:“本案系涉港股权转让纠纷,双方当事人股权转让协议中约定协议项下争议的解决应适用中国法律,该约定符合《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定,依法予以确认。”

② 《法律适用法》第14条第1款:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。”

③ “高兰香、丁静等与河南职工国际旅行社、河南新华飞扬国际旅行社有限公司旅游合同纠纷上诉案”, (2016)豫民终579号民事判决书。该判决书中相关表述为:“本案系涉外合同纠纷,案涉当事人未明确约定解决纠纷适用的法律,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条‘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’,原审法院依据最密切联系原则,适用中华人民共和国法律审理本案并无不妥,本院予以确认。”

④ 《法律适用法》第42条:“消费者合同,适用消费者经常居所地法律;消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。”

⑤ 《合同法》第126条第2款:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”

⑥ “戚务诚与陕西宁陕县冰晶顶旅游开发有限公司合同纠纷上诉案”, (2016)陕民终509号民事判决书。该判决书中相关表述为:“本案系合同纠纷案件,双方当事人虽未明确选择法律适用,但在双方起诉与答辩过程中所依据的均为中国内地法律,且涉案《联合开发合同》的履行地在中国内地,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条‘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’之规定,本案应适用内地法律。”

⑦ See S. Symeonides, “Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress?”, in Symeon Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress* (Hague: Kluwer Law International, 2000), pp. 9–12.

⑧ 但是诸如《法律适用法》第4条有关强制性规定的内容体现的是单边方法的思路。

法”、法院地法方法、“较好法”方法等琳琅满目的多种方法形成了鲜明对比。^① 我国国际私法学界研究涉外司法实践的著述中所称“法律选择方法”其实是指立法中的法律选择原则或准据法类型，^② 教材中也称之为“系属公式”。^③ 为便于读者理解，本文也延续了学界的这一惯常称谓。

由于涉外司法实践中涉外债权纠纷占了绝大部分，而相应的冲突法规则主要采用了意思自治原则、最密切联系原则和侵权行为地法等，据此不难推断我国法院目前主要采用的法律选择方法为这三种方法。就本文的取样而言，具体的统计结果同样可清楚验证这一结论：

表 3 法律选择方法^④

方法类型	案件数量	所占总数比例
意思自治原则	43	51.19%
最密切联系原则	18	21.43%
强制性规定	3	3.57%
侵权行为地法	7	8.33%
被请求保护地法	5	5.95%
劳动者工作地法	1	1.19%
不当得利发生地法	1	1.19%
法院地法	1	1.19%
法人登记地法	1	1.19%
选法方法不明确	4	4.76%

上述统计结果显示，适用意思自治原则、最密切联系原则和侵权行为地法的案件占比达 80.95%，而采用意思自治原则的案件占比达 51.19%。可见，意思自治原则广受法官偏爱，已然成为法律适用方法之王。这一现象与郭玉军教授等对全国范围内案件的统计结论类似，^⑤ 同时与林燕萍教授等对上海市法院运用意思自治原则的统计结果接近。^⑥ 之所以出现这种现象，一方面是因为《法律适用法》将意思自治原则确立为基本原则，并在合同、侵权、不当得利以及知识产权等领域广泛采用该原则，涉及条文达 15 条，另一方面也与前文提到的法官错误将“非债

① See Symeon Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2015: Twenty-Ninth Annual Survey”, (2016) 64 *American Journal of Comparative Law* 221, p. 291.

② 例如黄进、连俊雅、杜焕芳：《2014 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》2015 年第 18 卷，法律出版社 2016 年版，第 276—296 页。

③ 参见韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年第 3 版，第 106—107 页。

④ 有的法院竟然将实质不同的意思自治原则和最密切联系原则并用得出一个结论。例如河南省高级人民法院在“阿拉伯石化产品国际贸易公司与河南东方华宇实业有限公司买卖合同纠纷上诉案”判决中认为：“虽然阿拉伯石化公司与东方华宇公司对所适用的法律未作明确约定，但是在本案一审程序中，双方当事人均同意适用中华人民共和国法律来调整双方的合同纠纷，依照意思自治原则和最密切联系原则，本院确认东方华宇公司住所地的中华人民共和国法律作为解决本案争议的准据法正确。”（下划线为笔者所加）对于此种情况，笔者将首要的意思自治原则作为法院采用的法律选择方法。

⑤ 在郭玉军教授等统计的 73 个案件中，运用意思自治原则的案件有 31 件，占比 42.47%。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 43 页。

⑥ 在林教授等统计的 596 件案件中，运用意思自治原则的案件为 352 件，占比达 59.06%。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》，载《法学》2015 年第 12 期，第 133—134 页。

权”问题定性为“债权”问题，将“特殊合同”问题定性为“一般合同”问题有密切关联。^①与之对比鲜明的是，在《法律适用法》出台之前，是最密切联系原则而非意思自治原则位列各种法律选择方法之首。^②

在意思自治原则备受法官青睐的同时，其被不当甚至错误适用的问题相当严重。此类问题首先体现在前文中提到的错误定性，将“非一般合同”问题定性为“一般合同”问题，从而扩大了意思自治原则适用的范围；其次体现为在排斥意思自治原则的领域采用意思自治原则，例如河南省高级人民法院在“白旷达与河南省教育国际交流服务有限公司劳务合同纠纷上诉案”中，明确依据的法条是有关劳动合同的《法律适用法》第43条，却适用了意思自治原则；^③最后体现在一种更为普遍的现象，即当事人在庭审中达成法律适用的协议。这种现象的普遍性可用下表来展示：

表 4 当事人选择法律的时间

选择时间和方式	案件数量	所占比例
庭审时同意	36	83.72%
诉讼中共同援引中国法律	2	4.65%
合同中约定	5	11.63%

从统计数据可以看出，当事人在开庭之前协议选择准据法的案例仅为5件，而庭审中达成法律选择协议的案例占绝大多数。如果说当事人在诉讼中共同援引中国法律论证尚可视作为基于对中国法的理解而作出的抉择，那么在庭审过程中快速作出法律选择的决断是否真正体现了当事人的理性判断则值得怀疑！当事人诉讼中理性选择法律应一方面查明相关国家或地区法律的内容，另一方面针对特定争点比较和判断适用何种法律对自己更为有利。考虑到即便法院利用多种资源查明外国法也往往耗时费力，当事人在紧张诉讼中短期作出理性选择的难度可想而知。

最密切联系原则和强制性规定的适用同样存在问题。最密切联系原则适用的广泛程度仅次于意思自治原则，占比达21.43%，这与其他学者对全国案件统计结果相当接近。^④但法院运用该原则相当随意，甚至在多个连结点中，只要有一个连结点在中国，法院就认为足以适用该原则。^⑤

① 法官错误定性的论述参见上一部分“纠纷类型”的最后一段。

② 在郭玉军教授等统计的900份判决中，运用最密切联系原则的判决共321份，占比达35.67%。参见郭玉军、徐锦堂：《从统计分析看我国涉外民事审判实践的发展》，载《中国国际私法与比较法年刊》2008年第11卷，北京大学出版社2008年版，第129页。

③ “Christopher John Pratt（中文名白旷达）与河南省教育国际交流服务有限公司劳务合同纠纷上诉案”，（2014）豫法民三终字第00063号民事判决书。该判决书中相关表述为：“原审法院依据……《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条，……之规定判决如下：……本院认为：本案当事人白旷达是美国公民，本案为涉外民事案件。原审法院经征询双方当事人同意，以中华人民共和国法律作为本案准据法正确。”

④ 田洪鋈副教授等统计的2011年4月1日至2014年4月1日全国涉外民事案件1088件中，运用最密切联系原则的案件为258件，占比达23.7%。参见田洪鋈、李芳：《多维视角下最密切联系原则在中国国际私法实践中的适用》，载《中国国际私法与比较法年刊》2015年第18卷，法律出版社2016年版，第52页。

⑤ 例如，在“洛阳市兴隆实业总公司、河南高鹏科技发展有限公司、河南富立达电子商务有限公司、高鹏（集团）有限公司借款合同纠纷上诉案”中，（2013）豫法民三终字第00049号民事判决书以借款地在中国内地而适用中国内地法律（该判决书原文为“因本案争议借款发生地在中国内地，故审理本案的准据法应为中华人民共和国大陆区际法”），而在“黄勇、李丽娟民间借贷纠纷上诉案”中，（2016）豫民终1392号民事判决书则以当事人共同经常居所在中国内地为由而适用中国内地法律（该判决书原文为“本案中，双方未选择所适用的法律，但李爱枝与黄勇、李丽娟双方经常居住地均在中国内地，故本案应以内地法律作为解决本案合同争议的准据法”）。

法院既不做不同法域连结点数量比较,也不做相关法律内容分析,更遑论对法律内容背后的政策分析!难怪有国内学者提出质疑:“最密切联系原则软化冲突规范的价值功能是否已经沦为法官属地主义的工具”。^①相比较而言,强制性规定适用的错误更加严重。适用有关强制性规定的《法律适用法》第4条的3份判决,^②裁判的案件其实均为在中华人民共和国履行的中外合资经营合同的效力或履行问题的纠纷。对于在中华人民共和国履行的中外合资经营企业合同,我国《合同法》第126条第2款的冲突法规则明确规定适用中华人民共和国法律。法官本来可径直适用具体的冲突法规则裁判此类案件,而不应适用一般性的强制性规定制度。

三 条文依据

下面表格的统计数据均以法院判决书中实际援引的法条为准。但需要注意的是,由于前文所述的定性错误,^③法院援引法条必然错误。统计数据中包含了这类错误援引的法条。此外,同一法院援引法条前后不一的情况并不罕见。例如河南省高级人民法院的“董存富等14人与被上诉人河南旅游公司旅游合同纠纷案二审民事判决书”,^④该判决书由于事关大陆居民赴台湾旅游,因此适用了《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;^⑤而在该院的“王锦民与河南周口百吉利食品有限公司及陈麒安欠款纠纷二审民事判决书”中,^⑥虽然该案因当事人之一陈麒安为台湾人,属于典型的涉台民商事案件,但是法院对最高人民法院有关涉台案件法律适用的司法解释置若罔闻。^⑦与之类似的情况是,在认定涉外案件时,仅有河南省高级人民法院的1份判决书援引了《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)》(以下简称《〈法律适用法〉解释(一)》)第1条,^⑧其余判决书通常直接认定涉外案件而缺乏法律依据;^⑨在决定涉港案件的法律适用时,仅有3份判决书援

① 田洪鋈、李芳:《多维视角下最密切联系原则在中国国际私法实践中的适用》,载《中国国际私法与比较法年刊》2015年第18卷,法律出版社2016年版,第55页。

② 这3份判决是“LFTE(USA)与上海正誉工业炉有限公司、上海悦星机械制造有限公司股权转让纠纷二审民事判决书”,(2012)沪高民二(商)终字第47号;“上海鼎庞贸易有限公司与有限会社小林商会、上海运标运输有限公司股权转让纠纷二审民事判决书”,(2013)沪高民二(商)终字第28号;“董桂琴与励明股权转让纠纷二审民事判决书”,(2012)豫法民三终字第00126号。

③ 参见前文“纠纷类型”部分最后1段。

④ 参见“董存富等14人与被上诉人河南旅游公司旅游合同纠纷案二审民事判决书”,(2015)豫法民二终字第321号。

⑤ 《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条第1款:“人民法院审理涉台民商事案件,应当适用法律和司法解释的有关规定。”第2款:“根据法律和司法解释中选择适用法律的规则,确定适用台湾地区民事法律的,人民法院予以适用。”

⑥ “王锦民与河南周口百吉利食品有限公司及陈麒安欠款纠纷二审民事判决书”,(2012)豫法民三终字第50号。

⑦ 该判决书的作出时间为2012年5月30日,而该司法解释实施日期为2011年1月1日,本应得到法院的援引。

⑧ “董存富等14人与被上诉人河南旅游公司旅游合同纠纷案二审民事判决书”,(2015)豫法民二终字第321号。

⑨ 例如“江阴岚富时装有限公司与上海浦东国际货运有限公司、盛康达货运(深圳)有限公司、盛康达货运(深圳)有限公司上海分公司海上货物运输无单放货侵权损害赔偿纠纷二审民事判决书”,(2014)沪高民四(海)终字第44号。该判决书相关表述为:“本院认为,本案系海上货物运输无单放货侵权损害赔偿纠纷。因各方诉争侵权行为发生在美国,本案具有涉外因素。”

引了《〈法律适用法〉解释（一）》第 19 条，^① 而众多涉港案件直接适用了冲突法。基于上述说明，笔者将 3 个法院援引法条的情况统计如下：

表 5 法条依据^②

依据的条文	案件数量	所占比例
第 2 条	2	2. 38%
第 3 条	3	3. 57%
第 4 条	3	3. 57%
第 8 条	2	2. 38%
第 10 条	1	1. 19%
第 14 条	2	2. 38%
第 24 条	1	1. 19%
第 41 条	40	47. 62%
第 43 条	1	1. 19%
第 44 条	15	17. 86%
第 47 条	3	3. 57%
第 48 条	1	1. 19%
第 50 条	5	5. 95%
《〈法律适用法〉解释（一）》第 1 条	1	1. 19%
《〈法律适用法〉解释（一）》第 18 条	1	1. 19%
《〈法律适用法〉解释（一）》第 19 条	3	3. 57%
《民法通则》第 142 条	1	1. 19%
《民法通则》第 145 条	1	1. 19%
《民法通则意见》第 178 条	2	2. 38%
《合同法》第 126 条	1	1. 19%
《涉外合同规定》第 4 条	1	1. 19%
《涉外合同规定》第 5 条	2	2. 38%
《涉外合同规定》第 11 条	4	4. 76%
《海商法》第 269 条	1	1. 19%
《海商法》第 273 条	1	1. 19%
《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》第 1 条	1	1. 19%
没有援引具体法条	6	7. 14%

上述统计结果显示我国法院在援引法条方面具有三个突出的特点：（1）援引《法律适用法》中“债权”部分条文（第 41 条至第 47 条）的案件占全部案件的比重达 70. 24%，其中援引最多的是有关一般合同法律适用的第 41 条，占比达 47. 62%，其次是援引有关一般侵权法律适用的第 44 条的案件，占比达 17. 86%。这种现象与前文统计的债权债务（尤其是合同纠纷）最为常见有直接关系。（2）错误倚重一般法律原则或规定的判决比例偏高。第 2 条是有关《法律适用法》与其他冲突法立法关系和最密切联系原则作为兜底原则的规定，第 3 条是有关意思自治原则的宣示性规定，第 4 条是有关强制性规定的条文。这 3 条相对于具体冲突法规则均为一般规定，只有

① 这 3 份判决书均为陕西省高级人民法院所作：“控特有限公司与西安普明物流贸易发展有限公司、西安润基智能科技发展有限公司、深圳市波创科技发展有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书”，（2016）陕民终 226 号；“维建投资控股有限公司与渭南市民政局拍卖合同纠纷二审民事判决书”，（2016）陕民终 386 号；“威务诚与陕西宁陕县冰晶顶旅游开发有限公司合同纠纷民事二审判决书”，（2016）陕民终 509 号。

② 由于一些案件援引多个条文，因此表中案件数量超过 84 件的案件总数；占比的计算分母依然是 84，因此表中的百分比总数也是超过 100%。同时，二审法院若只是认可或未推翻一审法院选择的准据法而未明确依据的法条，但一审判决有明确的法条依据的，则一审中的法条依据也被视为二审法院的法条依据。

在极其例外的情况下才有适用的可能，但统计结果显示援引这 3 条的判决书有 8 份，占比达 9.52%，近十分之一。同时，这些判决书适用一般规定的正确性均值得商榷。例如第 2 条第 2 款明确规定“本法和其他法律对涉外民事关系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”，而法院却在“姜涛与被上诉人东方国贸公司、任伟民民间借贷纠纷上诉案”中对第 41 条一般合同冲突法有规定的情形也适用了该条。^①再如法院在“环球公司与张园委托合同纠纷上诉案”中，抛却本应援引的第 41 条有关合同法律适用的具体规定，而援引了第 3 条宣示性的规定。^②其实，黄进教授等早在《法律适用法》实施之初，就敏锐地指出“不少法院无法很好地平衡原则与规则之间的关系”，^③但法院对此并未引起足够重视。（3）没有援引具体法条的判决书依然占有相当大的比例。在本文统计的样本中共有 6 份，占比 7.14%。相对于《法律适用法》实施之前，超过全部案件 16% 的判决书完全忽视法律选择过程和理由，^④目前的状况比过去有了相当程度的改善。但是，司法是据法裁判的事业，没有法条依据的裁决犹如建在沙滩上的大厦，而根基不牢的裁决难以让当事人感受到公平正义的光辉！考虑到本文统计的判决均为高级人民法院所为，超过 7% 的判决不援引法条的问题不可谓不严重。

此外，无论法院适用哪一法条，绝大部分判决最终适用了法院地法的现象值得关注。法院地法与非法院地法的具体适用比例如下表：

表 6 准据法类型

准据法类型	案件数量	所占比例
法院地法 ^⑤	81	96.43%
香港法和内地法 ^⑥	1	1.19%
国际条约 ^⑦	1	1.19%
国际条约和中国法 ^⑧	1	1.19%

① “姜涛与被上诉人东方国贸公司、任伟民民间借贷纠纷上诉案”，（2015）沪高民二（商）终字第 S26 号民事判决书。一审法院同时依据《法律适用法》第 2 条与第 41 条作出判决，二审法院认为“一审法院关于准据法的适用正确，本院予以确认。”

② “环球公司与张园委托合同纠纷上诉案”，（2013）沪高民二（商）终字第 S34 号。判决书中相关表述为：“本案系涉外合同纠纷，双方当事人在庭审中均表示同意适用中华人民共和国法律。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条之规定，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，因此本案适用中华人民共和国法律。”

③ 黄进、傅攀峰、杜焕芳：《2011 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》2012 年第 15 卷，北京大学出版社 2013 年版，第 638 页。

④ 参见郭玉军、徐锦堂：《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》，载《中国国际私法与比较法年刊》2008 年第 11 卷，北京大学出版社 2008 年版，第 130 页。

⑤ 有两份判决书判定个别争点的准据法分别应为巴西法和墨西哥法，但最后因外国法无法查明而适用了法院地法。参见“法国达飞轮船公司诉被上海励志国际物流有限公司海上货物运输合同纠纷二审民事判决书”，（2011）沪高民四（海）终字第 205 号；“新加坡长荣海运股份有限公司与第一产物保险股份有限公司、长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷二审民事判决书”，（2015）沪高民四（海）终字第 55 号。

⑥ 参见“赵杰、朱莉诉上海菲尔德成衣有限公司公司证照返还纠纷二审民事判决书”，（2011）沪高民二（商）终字第 48 号。

⑦ 参见“伽姆普公司、Walls LLC 与被上诉人奥知公司买卖合同纠纷案二审民事判决书”，（2015）沪高民二（商）终字第 S3 号。

⑧ 参见“上航进出口公司与被商寅舟及海通华德国际货物买卖合同纠纷案二审民事判决书”，（2015）沪高民二（商）终字第 S38 号。

四 结语

毋庸置疑,近年来我国法院的涉外司法水平有所提升,但以往涉外判决中存在的严重问题依然普遍存在。2010年《法律适用法》实施之前,有学者指出我国涉外民商事判决书的缺陷之一是法院不注重对涉外民事关系的识别。^①在笔者选取的判决书样本中,这种现象虽然没有杜绝,但已有了一定改观。至少从形式上,一些法院已经重视识别案件中的不同问题,并分别适用不同的冲突法。^②此外,还有一些学者尖锐地指出我国涉外司法实践中法律适用方面还存在一些其他亟待解决的问题:(1)判决不说明法律选择的理由,(2)法院地法倾向明显,(3)类似案情判决不一等。^③在《法律适用法》和《〈法律适用法〉解释(一)》颁行之后,冲突法规则更加合理和丰富,加之最高人民法院多年来孜孜不倦地推行涉外民商事裁判文书的规范化,^④判决不援引法律条文径行适用中国法或者仅援引条文而不说理的现象已经大为减少。^⑤如今,面对涉外民商事纠纷的多样化,法院的法律适用方法和援引的法条呈现出更加准确和丰富的良好趋向。但是,之前判决书说理不全面、不充分、不透彻的问题依然严重和普遍。同时,涉外司法中的法院地法倾向和判决不一的现象在新法实施前后没有明显改观。在笔者收集的样本中,95%以上的判决书最终适用了法院地法,在黄进教授等的统计中,这一比例在2014年和2015年也分别达到82%和90%。^⑥

司法判决的权威来自于全面、充分和透彻的说理,判决一致性是现代法治的基本要求,指引

① 参见宋连斌、赵正华:《我国涉外民商事裁判文书现存问题探讨》,载《法学评论》2011年第1期,第116页。

② 例如“赵杰、朱莉诉上海菲尔德成衣有限公司公司证照返还纠纷上诉案”, (2011)沪高民二(商)终字第48号民事判决书。判决书中的相关表述为:“菲尔德公司系以赵杰、朱莉作为公司的实际控制人拒绝执行董事会决议、非法占有菲尔德公司印章、证照、财务凭证账册,侵害公司利益为由提起本案诉讼,请求返还公司证照等,故本案实质系侵权纠纷。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十四条规定‘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。’因菲尔德公司的住所地在中华人民共和国境内,相关证照、资料的占有、使用或返还均发生在中华人民共和国境内,故对于是否构成侵权,赵杰、朱莉应承担返还责任等问题应适用中华人民共和国法律。但本案首要的争议在于成衣香港公司的法人董事——联汇公司所发更换董事的通知是否有效问题,该问题涉及对联汇公司民事行为能力的认定。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条规定‘法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法。’所以,认定联汇公司是否有权代表成衣香港公司发出更换董事的通知,应当依据联汇公司及成衣香港公司的登记地——香港特别行政区的相关公司法例确定。”

③ 参见郭玉军、徐锦堂:《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》,载《中国国际私法与比较法年刊》2008年第11卷,北京大学出版社2008年版,第142—145页。

④ 最高人民法院民事审判庭第四庭2005年专门就判决书的撰写发布了《涉外商事纠纷案件一、二审判决书参考样式及其说明》,其中特别强调了无论一审还是二审的判决书中判决理由部分“首先应明确解决本案争议的准据法,即明确法律适用问题”。参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社2005年版,第121、124、129页。另见最高人民法院《关于印发〈涉外商事海事裁判文书写作规范〉的通知》,法〔2015〕67号。

⑤ 笔者在“中国裁判文书网”和“北大法宝”数据库检索上海市高级人民法院、河南省高级人民法院和陕西省高级人民法院审理的旅游合同纠纷案件,未发现将涉外案件当作国内案件审理的判决书。但在其他法院审理的案件中,笔者发现了部分涉外旅游合同纠纷案件被当作国内案件而直接适用了国内法。例如深圳市中级人民法院审理的“孟庆朝等与深圳招商国际旅游有限公司旅游合同纠纷上诉案”, (2015)深中法商终字第1913号民事判决书。

⑥ 参见黄进、连俊雅、杜焕芳:《2014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》2015年第18卷,法律出版社2016年版,第296页;黄进、连俊雅、杜焕芳:《2015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》2016年第19卷,法律出版社2017年版,第295页。

适当准据法是冲突法的根本使命。当前我国涉外司法中普遍存在的说理不足、判决不一和滥用法院地法之类问题已经严重影响我国的国际司法公信力和涉外民商事交往。若在改革开放初期,国际私法立法供给不足、专业人才稀缺,出现此类问题尚有情可原,而在改革开放四十年后的今天,国际私法立法日臻完善、专业人才济济,此类问题依然普遍则值得深思。若在基层人民法院甚至中级人民法院层面出现此类问题尚可归咎于法官工作态度和业务素质,而在高级人民法院层面此类问题同样严重,则令人不得不将目光投向涉外司法体制的根本缺陷。在目前“一带一路”建设大举推进、金砖国家合作蓬勃发展,对外开放格局日新月异的背景下,如何通过改进涉外司法体制提升我国涉外审判的国际公信力,这是当前国际私法学界面临的紧要课题,笔者将另行撰文探讨。

A Review of the Judicial Practice of *the Law on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships* in China

Xu Qingkun

Abstract: The landscape of recent Chinese choice-of-law decisions can be observed from the examination of decisions applying *the Law on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships* from April 1, 2011 to December 31, 2016 by three high courts in Shanghai of Eastern China, Henan Province of Central China and Shanxi Province of Western China. The foreign-related contractual disputes account for the most cases seized by the courts, while these disputes plus those relating to tort and unjust enrichment account for the vast majority. The level of economic development and regional features of cases can be demonstrated from the detailed comparison of particular types and its percentage of foreign-related contractual cases seized by the three courts. In regard to choice-of-law approaches, the principle of party autonomy has become the king of all approaches, most widely adopted by judges. However, the vast majority of agreements on choice of law were reached by parties during trial and it was rare to reach the agreement before trial. The principle of the closest connection is the second most popular choice-of-law approach, but was applied rather randomly by the courts. In respect of applying articles of *the Law on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships*, the features are prominent. More than 70% decisions applied the articles of the Chapter “Obligation”. The percentage is surprisingly high for those decisions wrongly applying general principles or provisions. There are still so many decisions without applying any provision.

Keywords: *the Law on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships*, Principle of Party Autonomy, Principle of the Closest Connection

(责任编辑:李庆明)