



从单一到多元：互联网跨境人格权侵权 法律适用制度之反思与重构

徐伟功 张亚军*

摘要：在中国互联网跨境人格权侵权法律适用的司法实践中，中国法院通常适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第44条的规定，忽视或放弃第46条的规定。这种做法不仅与特别规则优于一般规则的适用原则相矛盾，也偏离了单独规定互联网跨境人格权侵权冲突规则以强调弱者利益保护原则的立法初衷，导致第44条扩大适用的正当性受到质疑。同时，这也反映了第46条规定存在模糊性、滞后性、不合目的性等立法局限。中国未来人格权侵权法律适用制度，可通过梯次选择性冲突规则的设计、有限意思自治原则的引入、最密切联系原则的合理运用、人格权侵权法律适用范围调整等方式进行完善。目前，中国法院应厘清第46条与第44条的适用边界，规范冲突法裁判思维与说理过程。

关键词：互联网 跨境人格权侵权 法律适用 冲突法 弱者权利保护

在大数据信息技术、移动互联网社交应用工具、互联网自媒体等数字化产业繁荣发展的背景下，人们遭受网络暴力、诽谤、个人信息与隐私泄露的风险加剧，个人在网络环境下的人格权益显得更加脆弱，互联网侵害人格权案件占全部人格权案件的比重也不断提升。在人格权保护的国内实体法上，中国通过在《中华人民共和国民法典》（下文简称《民法典》）中将“人格权”独立成编并增设隐私权与个人信息权益保护、信用权、人格权禁令、人格权的商业化许可使用、自然人声音权益保护、新闻媒体言论自由与公共利益的平衡等新内容，强化了人格权的保护力度。2021年11月1日实施的《中华人民共和国个人信息保护法》（下文简称《个人信息保护法》）也在隐私与个人信息保护方面承载了一定的人格权益保护功能。与此相应，需要重新审视《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下文简称《法律适用法》）中第46条关于人格权侵权的特殊规则能否继续应对当下网络空间司法治理中复杂多变的实践需求。国际法研究院（Institut de droit international）于2019年在海牙召开会议，通过了题为《互联网与隐私权侵害：管辖权问题、法律适用和境外判决执行》的决议，^①该决议

* 徐伟功，中南财经政法大学法学院教授；张亚军，中南财经政法大学法学院国际法专业博士研究生。本文是2019年国家社会科学基金重点项目“我国涉外民事审判中法官自由裁量权实证研究”（项目编号：19AFX026）的阶段性研究成果，也是2020年国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”（项目编号：20&ZD202）的中期成果之一。本文所有网络资源的最后访问时间均为2023年3月3日。

① See Institut de droit international, “Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments”, Session of the Hague-2019, 8 RES EN, 31 August 2019, p. 7, <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>.

汇集了世界权威国际法学者对于互联网时代人格权侵权法律适用新发展的研究成果。对此,美国国际私法学者西蒙尼德斯(Symeon C. Symeonides)教授就互联网跨境侵害人格权的管辖权冲突与各国法律适用差异等问题撰写了《互联网跨境人格权侵害研究》(Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet)一书。^①国内学界在人格权侵权法律适用方面的研究成果主要包括以下方面:有学者运用交叉学科视角研究网络用户隐私在跨境电商贸易中的侵权法律适用规则,^②有学者通过比较法研究方法关注欧盟协调人格权与表达自由的经验及其对中国的启示,^③有学者运用解释论的方法阐释具体涉外名誉权保护、数据保护、姓名权保护的法律适用。^④不同研究路径形成的共同结论是当前人格权侵权法律适用制度已经无法满足时代发展的需要。但是,通过实证研究路径来分析中国互联网人格权侵权法律适用问题的成果较少。在此背景下,本文主要立足于中国法院在互联网跨境人格权侵权法律适用方面的司法实践,比较国际上人格权侵权法律适用制度的立法实践与中国人格权法律适用制度的立法实践,揭示中国互联网跨境人格权侵权在司法适用与立法实践中的问题及其原因。最后,重新思考如何完善现有制度,以期化解人格权侵权冲突规则中连结点的唯一性与互联网跨境人格权侵权法律关系复杂性之间紧张对立的矛盾与冲突。

一 中国互联网跨境人格权侵权法律适用之实践考察

(一) 裁决文书样本之选取

本文中实证考察样本的最终数据均来自于中国裁判文书网。在检索过程中,笔者首先对《法律适用法》第46条^⑤关于互联网跨境人格权侵权冲突规则的文本中的关键词进行检索。根据该条件检索到的判决书内容,可以发现精神性人格权纠纷所引用的冲突规则是《法律适用法》第3条、第15条、^⑥第44条^⑦和第46条等多条规则,并非单独适用《法律适用法》第46条的规定。为了避免遗漏数据,又分别对《法律适用法》第3条、^⑧第15条、第44条、第46条中的关键词单独检索,进一步筛选出涉及人格权纠纷的判决书。最终,经过比较发现,关于生命权、身体权、健康权等物质性人格权的纠纷以及不涉及互联网的一般性人格权纠纷全部适用《法律适用法》第44条的规定。

① Symeon C. Symeonides, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet* (Brill, 2021).

② 参见李旻:《“网络用户隐私权”在跨境电商中的侵权法律适用研究》,华东政法大学2021年博士学位论文。

③ 参见刘仁山:《欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵害法律适用规则之立法尝试为视角》,载《环球法律评论》2014年第6期;黄志慧:《国际人格权侵权法律适用问题之司法协调:从欧盟到中国》,载《政法论坛》2015年第3期。

④ 参见刘阳:《〈民法典〉背景下跨国姓名权法律选择的完善》,载《西南政法大学学报》2021年第4期;孙登科:《个人数据保护法律适用规则构建的基本逻辑》,载《上海法学研究》2020年第1期;姜悠悠:《涉外网络诽谤的法律适用问题研究》,载《武大国际法评论》2019年第6期;许凯:《论跨国侵害精神性人格权的法律适用——兼评我国〈涉外民事关系法律适用法〉第46条》,载《浙江社会科学》2013年第3期;田曼莉、余泽之:《我国人格权法律适用法的问题与完善》,载《同济大学学报(社会科学版)》2013年第6期。

⑤ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第46条规定:“通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的,适用被侵权人经常居所地法律。”

⑥ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第15条规定:“人格权的内容,适用权利人经常居所地法律。”

⑦ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第44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。”

⑧ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》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。”

截至2023年3月3日，在中国裁判文书网、Alpha法律案例库中检索到的适用《法律适用法》第3条、第15条、第44条、第46条涉及互联网跨境人格权侵害的案件中，笔者排除了涉及生命权、健康权等物质性人格权纠纷的案件，排除了不涉及网络、新闻媒体等侵权方式的判决书，排除了分别检索时涉及法条重复的案件及经历二审的重复案件，最终筛选出关于精神性人格权纠纷的案件共计94件。

（二）裁决文书样本之分析

1. 总体概况

在94件互联网跨境人格权侵权纠纷案件的涉外因素方面，涉及中国香港地区33件、^①中国台湾地区22件、^②美国10件、^③澳大利亚7件、^④加拿大6件、^⑤意大利4件、^⑥澳门4件、^⑦韩国4件、^⑧英国3件、^⑨埃及1件。^⑩其中，涉及中国香港地区和中国台湾地区的案件占比约为58%，且其中大部分是港台地区籍明星针对名誉权、肖像权、姓名权在大陆法院起诉的案件，原告方是外国人的案件较少。

在法院登记的案由分类方面，涉及名誉权纠纷37件、^⑪网络侵权责任纠纷22件、^⑫肖像权纠纷20件、^⑬一般人格权纠纷9件、^⑭荣誉权纠纷3件、^⑮姓名权纠纷3件。^⑯实际上，在详阅网

- ① 仅列举代表性案件，参见广州市中级人民法院（2020）粤01民终23582号民事判决书、广东自由贸易区南沙片区人民法院（2019）粤0191民初2896号民事判决书、北京市第四中级人民法院（2021）京04民终153号民事判决书。
- ② 仅列举代表性案件，参见北京互联网法院（2021）京0491民初19053号民事判决书、广州互联网法院（2019）粤0192民初23380号民事判决书、厦门市中级人民法院（2021）闽02民终2415号民事判决书。
- ③ 仅列举代表性案件，参见西双版纳傣族自治州中级人民法院（2019）云28民终115号民事判决书、上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终43号民事判决书。
- ④ 仅列举代表性案件，参见广州互联网法院（2019）粤0192民初23203号民事判决书、广州互联网法院（2019）粤0192民初48417号民事判决书、广州市越秀区人民法院（2019）粤0104民初41800号民事判决书。
- ⑤ 仅列举代表性案件，参见北京市第一中级人民法院（2020）京01民终4930号民事判决书、北京市海淀区人民法院（2018）京0108民初1660号民事判决书。
- ⑥ 仅列举代表性案件，参见苏州市中级人民法院（2019）苏05民终7188号民事判决书、苏州市中级人民法院（2019）苏05民终7190号民事判决书。
- ⑦ 仅列举代表性案件，参见珠海横琴新区人民法院（2019）粤0491民初6号民事判决书、广州市荔湾区区人民法院（2014）穗荔法民一初字第1355号民事判决书。
- ⑧ 仅列举代表性案件，参见杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110民初927号民事判决书、杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110民初960号民事判决书。
- ⑨ 仅列举代表性案件，参见北京市第四中级人民法院（2021）京04民终690号、上海市普陀区人民法院（2020）沪0107民初607号民事判决书。
- ⑩ 参见义乌市人民法院（2014）金义民初字第2951号民事判决书。
- ⑪ 仅列举代表性案件，参见上海市普陀区人民法院（2020）沪0107民初607号民事判决书、广州市中级人民法院（2020）粤01民终23582号民事判决书、北京市昌平区人民法院（2018）京0114民初10689号民事判决书。
- ⑫ 仅列举代表性案件，参见北京市第四中级人民法院（2021）京04民终690号民事判决书、广州互联网法院（2021）粤0192民初32722号民事判决书、北京互联网法院（2021）京0491民初19054号民事判决书。
- ⑬ 仅列举代表性案件，参见北京市海淀区人民法院（2018）京0108民初1660号民事判决书、广州市中级人民法院（2019）粤01民终10450号民事判决书、广州市白云区区人民法院（2018）粤0111民初14966号民事判决书。
- ⑭ 仅列举代表性案件，参见广州市荔湾区区人民法院（2014）穗荔法民一初字第1355号民事判决书、苏州市中级人民法院（2019）苏05民终7188号民事判决书、苏州市中级人民法院（2019）苏05民终7190号民事判决书。
- ⑮ 仅列举代表性案件，参见南京市中级人民法院（2018）苏01民终9549号民事判决书、广州市越秀区人民法院（2019）粤0104民初41800号民事判决书。
- ⑯ 仅列举代表性案件，参见杭州互联网法院（2018）浙0192民初9181号民事判决书、广州市中级人民法院（2020）粤01民终5981号民事判决书。

络侵权责任纠纷案由项下的具体判决书内容后,发现其中也都是涉及肖像权、姓名权、名誉权的纠纷。

在地域适用差异性方面,不同地区法院就同类型人格权侵权案件所适用的冲突法也不统一。比如,北京互联网法院关于人格权侵权案件都是直接单独援引《法律适用法》第46条,^①而广州互联网法院、广州市中级人民法院是根据需要选择《法律适用法》第3条、第44条、第46条随机混合适用。^②

总体上,互联网人格权侵权案件在全部精神性人格权侵权案件中的占比最大,而通过发传单散布虚假信息或个人隐私信息、当街侮辱等传统方式侵害人格权的案件仅有4件。此外,判决内容显示,侵权人都是通过微信群及微信公众号、抖音、新浪微博、电子商务网站、大众点评等互联网应用平台实施侵权行为,涉及盗用明星肖像、姓名进行虚假代言,散布虚假信息、他人隐私与个人信息等等。

2. 法律选择方法之分析

在冲突规则的选择方面,有51件^③案件单独援引《法律适用法》第44条,有25件^④案件单独援引《法律适用法》第46条,有2件^⑤单独援引《法律适用法》第15条,有9件^⑥并列援引《法律适用法》第3条、第44条、第46条的规定,有4件^⑦并列援引《法律适用法》第15条、第44条的规定,有1件^⑧并列援引《法律适用法》第15条、第44条、第46条的规定,有2件^⑨并列援引《法律适用法》第3条、第44条的规定。可见,法院在互联网跨境人格权侵权纠纷案件中援引《法律适用法》第44条规定的案件数远高于援引第46条的案件数,法官对于《法律适用法》第44条一般侵权冲突法与第46条人格权特殊侵权冲突法的区分适用程度不明显,选择何种冲突规则取决于法官对不同个案的司法实践需求。同时,法院在多数情况下也没有将《法律适用法》第15条与第46条进行区分适用。基于此,特对以上实践问题作如下详细

① 仅列举代表性案件,参见北京互联网法院(2021)京0491民初19054号民事判决书、北京互联网法院(2021)京0491民初19053号民事判决书、北京互联网法院(2021)京0491民初19055号民事判决书。

② 仅列举代表性案件,参见广州互联网法院(2019)粤0192民初23203号民事判决书、广州互联网法院(2019)粤0192民初48420号民事判决书、广州市中级人民法院(2021)粤01民终17958号民事判决书、广州互联网法院(2019)粤0192民初1759号民事判决书、广州市中级人民法院(2020)粤01民终13547号民事判决书、南京市中级人民法院(2018)苏01民终4780号民事判决书。

③ 仅列举代表性案件,参见广州市中级人民法院(2020)粤01民终23582号民事判决书、北京市第四中级人民法院(2020)京04民终507号民事判决书、广州市中级人民法院(2021)粤01民终17958号民事判决书、厦门市中级人民法院(2021)闽02民终2415号民事判决书。

④ 仅列举代表性案件,参见北京互联网法院(2021)京0491民初19055号民事判决书、北京互联网法院(2020)京0491民初34019号民事判决书、北京互联网法院(2019)京0491民初28734号民事判决书。

⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终13495号民事判决书、广州市越秀区人民法院(2019)粤0104民初41800号民事判决书。

⑥ 仅列举代表性案件,参见广州市中级人民法院(2020)粤01民终25745号民事判决书、广州市中级人民法院(2020)粤01民终25744号民事判决书、广州互联网法院(2021)粤0192民初32722号民事判决书、广州互联网法院(2019)粤0192民初48420号民事判决书。

⑦ 仅列举代表性案件,参见北京市第一中级人民法院(2020)京01民终4930号民事判决书、苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7188号民事判决书、苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7190号民事判决书。

⑧ 参见广州市荔湾区人民法院(2014)穗荔法民一初字第1355号民事判决书。

⑨ 参见广州互联网法院(2019)粤0192民初1759号民事判决书、广州互联网法院(2019)粤0192民初23380号民事判决书。

分析。

其一，一般侵权冲突规则在互联网跨境人格权侵权案件中存在扩大适用的倾向。在 94 件互联网跨境人格权侵权纠纷中，根据《法律适用法》第 46 条特殊侵权冲突法中“被侵权人经常居所地”这个连结点来确定准据法的案件只有 30 件，^① 剩余 64 件互联网跨境人格权侵权纠纷案件都根据侵权行为地这个连结点来选择准据法。本应适用特殊侵权冲突规则却适用了一般侵权冲突规则的案件比率高达 68%，而这些案件中有 40 件^②是依据《法律适用法》第 44 条中的侵权行为地连结点确定案件准据法，有 8 件^③是依据《法律适用法》第 44 条中的意思自治原则来确定案件准据法，有 4 件^④是依据《法律适用法》第 44 条的当事人共同经常居所地这个连结点来确定案件准据法，有 6 件^⑤是重叠适用《法律适用法》第 44 条中的侵权行为地和当事人共同经常居所地这两个连结点来确定案件准据法，在剩下的 6 件^⑥中法院对于依据冲突规则的何种连结点来确定准据法未作任何说明，仅仅是将《法律适用法》第 44 条作为判决依据简单列出。显然，这种将一般侵权冲突规则在互联网跨境人格权侵权类案件中扩大适用的做法与当初单独制定《法律适用法》第 46 条的初衷相矛盾，即当初单独制定互联网跨境人格权侵权冲突规则的目的是考虑受害人利益以及避免互联网时代侵权行为地太多所带来的司法任务复杂化问题，可当前司法实践却呈现出并不完全需要考虑这些因素的状态。在法律适用的逻辑顺序上，这也与特殊规则优先于一般规则的适用原则相矛盾。如此一来，人们不禁会诘问当初单独制定《法律适用法》第 46 条的意义何在。对此，我们需要重新审视《法律适用法》第 46 条与第 44 条这两条冲突规则适用边界的实际区分情况，反思其中涉及的理论或实践问题。

其二，《法律适用法》并未明确第 46 条与第 15 条究竟是何种关系，这也是另一个长期困扰中国国际私法学界的问题。虽然这两条都是关于人格权的法律适用规范，但法院在判决中却很少厘清两者之间的适用差别。陈卫佐教授提出，第 15 条只是能够标榜该法具有先进性的漂亮摆设，而全然不具备确定性、可预见性或可操作性，所以第 15 条没有单独存在的必要，未来应根据实践需要来分别确定各类具体人格权的准据法。^⑦ 详言之，由于人格权纠纷很少单独作为一种类型的涉外民事法律关系呈现出来，法院在审理实践中也很少遇到这种纠纷，第 15 条关于人格权内

① 仅列举代表性案件，参见广东自由贸易区南沙片区人民法院（2019）粤 0191 民初 2896 号民事判决书、上海市金山区人民法院（2019）沪 0116 民初 452 号民事判决书、北京市昌平区人民法院（2018）京 0114 民初 10689 号民事判决书。

② 仅列举代表性案件，参见北京市第一中级人民法院（2020）京 01 民终 1512 号民事判决书、北京市第一中级人民法院（2020）京 01 民终 1460 号民事判决书、广州市中级人民法院（2019）粤 01 民终 10450 号民事判决书、北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 1660 号民事判决书。

③ 仅列举代表性案件，参见广州市中级人民法院（2021）粤 01 民终 17958 号民事判决书、杭州互联网法院（2018）浙 0192 民初 9181 号民事判决书、广州市中级人民法院（2020）粤 01 民终 13547 号民事判决书。

④ 仅列举代表性案件，参见广州互联网法院（2019）粤 0192 民初 23203 号民事判决书、北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 507 号民事判决书、北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 556 号民事判决书、北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 256 号民事判决书。

⑤ 仅列举代表性案件，参见北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 556 号民事判决书、北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民终 507 号民事判决书。

⑥ 仅列举代表性案件，参见上海市第一中级人民法院（2020）沪 01 民终 1477 号民事判决书、北京市第一中级人民法院（2020）京 01 民终 4930 号民事判决书。

⑦ 参见陈卫佐：《比较国际私法：涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社 2012 年版，第 289—290 页。

容的确定也可理解为《法律适用法》第8条^①的法律关系定性问题，进而适用法院地法来确定人格权的内容即可。^②不过，最高人民法院曾经在对相关条文的解释与适用中对第15条与第46条的适用进行了区分，即第15条专门指人格权内容的法律适用规则，第46条是针对人格权保护的法律适用规则。^③尽管当前存在不同的认识，但笔者认为，人格权侵权法律适用的前提是人格权的确立，所以两者之间存在着紧密的联系，难以完全割裂开来。

3. 法律选择说理之分析

本文对于裁判文书样本中裁判说理适当性与规范性的研究范围，仅针对案件应当适用何种冲突规则来确定案件所适用准据法的说理论证过程，不包括引用实体法进行说理论证的部分。客观上，虽然本文的研究样本中存在裁判说理较为充分的案件，但在部分案件中也存在一些不能忽视的普遍性问题。笔者并未质疑裁判结果，仅分析裁判文书说理中适用冲突规则的适当性与规范性。现有问题具体表现为以下3种类型。

第一种类型是，未经过冲突规则指引并说明理由，完全无法看出依据冲突规则中何种连结因素确定所适用准据法的过程。例如，在陈永朋与北京微梦创科网络技术有限公司等名誉权纠纷案的民事判决书中，^④“本院认为”部分完全没有提到本案应依据何条冲突规则确定本案所适用的准据法，而是直接依据中国实体法进行裁判说理，在最后的判决依据中简单列举“依据《法律适用法》第15条、第44条规定判决如下……”。本来互联网跨境人格权纠纷应当优先适用《法律适用法》第46条的特殊侵权冲突规则，而该案在错误援引了第44条的一般侵权冲突规则之后，也没有继续说明其所依据的第44条所规定的侵权行为地、当事人共同经常居所地、当事人意思自治当中的具体连结因素。可见，法院判决未在具体的案件事实之中分析连结因素是如何确定的，忽视了冲突规则如何适用于具体案件事实的整个过程。其实，这也反映了当前涉外民事审判中法官不愿对冲突规则适用过程进行裁判说理的部分现象。

第二种类型是，援引选择性冲突规则却未比较与分析其他连结因素为何不适用，而直接适用侵权行为地法。例如，在林旭与张玲嘉名誉权纠纷案中，^⑤被告通过微信朋友圈、微信群发表有损原告名誉的言论，法院认为：“本案原告林旭以名誉权侵权责任为诉由诉至法院，其主张的侵权行为地在福建省厦门市，根据《法律适用法》第44条之规定，故本案应当适用中国内地法律。”首先，该案是移动互联网侵犯人格权的案件，应当适用《法律适用法》第46条的特殊侵权冲突规则，但法院却错误适用了第44条。其次，从该案对冲突规则适用的裁判说理过程来看，该判决也明显忽略了第44条作为梯次选择性冲突规则的适用要求。该条的适用要求是应当按照是否有当事人协议、当事人共同经常居所地、侵权行为地的先后顺序依次进行比较与分析，最终在说明本案不存在当事人协议和当事人共同经常居所地的情况下，本案才依侵权行为地这一连结因素确定准据法。然而，本案中的被告虽然是台湾地区居民，但其长期经常居住在厦门市，而原告也经常居住在厦门市集美区，双方当事人存在共同经常居所地。本案在双方

① 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第8条规定：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”

② 参见陈卫佐：《比较国际私法：涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社2012年版，第289页。

③ 万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，中国法制出版社2011年版，第118页。

④ 参见北京市第一中级人民法院（2020）京01民终4930号民事判决书。

⑤ 参见厦门市海沧区人民法院（2018）闽0205民初2125号民事判决书。

不存在协议选法的情况下，根据《法律适用法》第44条，应当优先适用双方当事人共同经常居所地这一连结因素来确定本案准据法。因此，本案径直采用侵权行为地这个连结因素完全不符合梯次选择性冲突规则的实践逻辑，即便最后适用的都是中国法律，但这样的裁判说理过程却显得不够规范。

第三种类型是，重叠适用当事人经常居所地法和侵权行为地法。比如，在北京燕园博思心理咨询有限责任公司与杨颖网络侵权责任纠纷案中，^① 法院认为该案应依据《法律适用法》第44条确定准据法。该案不涉及当事人协议选择适用法律的情况，因该案中当事人共同经常居所地、侵权行为地及结果发生地均在中国境内，故该案应将中国法律作为处理本案纠纷的准据法。虽然该判决在说理论证过程中强调了连结数量较多，以表示中国存在更强的联系来增强其说理的说服力。但是，《法律适用法》第44条属于国际私法理论中的梯次选择性冲突规则，^② 并不属于重叠性冲突规则。^③ 两类冲突规则在国际私法理论与实践中有本质区别，前者是指根据多个连结点之间的规定顺序依次进行选择适用，在不存在前一个连结点的情况下，才能适用后一个连结点的法律。^④ 而后者大多是规定了两个连结点的，对于所要解决的涉外民事法律关系，必须同时符合两个国家或地区的实体法规定。^⑤ 因此，该案判决的说理过程也不符合梯次选择性冲突规则的实践逻辑。

以上实践表明，当前涉外民事审判实践中，一些法官对冲突规则适用过程的裁判说理的适当性和规范性不够重视。然而，司法正义的实现以及裁判结论的可接受性很大程度上取决于裁判说理的适当性与规范性。法律选择的正当化过程若缺乏适当性与规范性，将对法律适用的严肃性和权威性构成威胁，不利于维护《法律适用法》的司法公信力。

4. 法律选择结果之分析

上述94件样本中仅2件^⑥适用了韩国法律，即便剩余92件样本中适用冲突规则的连结因素不同，但最终目标都指向了中国法律的适用。实际上，从确定互联网跨境人格权侵权案件管辖权的法律依据来看，^⑦ 法院也是首先依据法院地法识别了侵权行为实施地、侵权结果发生地、被告

① 参见北京市第四中级人民法院（2020）京04民终556号民事判决书。

② 徐伟功：《我国冲突法立法局限性之克服》，载《社会科学》2022年第3期，第103页。

③ 杜新丽：《国际私法》，中国人民大学出版社2010年版，第112页。

④ 例如，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第21条规定：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”梯次选择性冲突规则是20世纪中叶以来冲突法变革的产物，其主要目的是克服冲突法的不合目的性。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335—337页。

⑤ 例如，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第28条规定：“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律”。根据这一规定，收养的条件和手续要同时适用收养人和被收养人经常居所地法律。重叠型冲突规则体现了内国法限制外国法适用和严格适用条件的做法，而多数重叠型冲突规则所指向的两个应重叠适用的准据法中，通常有一个是法院地法。这是立法者出于维护法院地公共政策不被破坏的考量。参见张仲伯：《国际私法学》（第四版），中国政法大学出版社2012年版，第97页。

⑥ 参见杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110民初927号民事判决书、杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110民初960号民事判决书。

⑦ 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第1条规定：“本规定所称的利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件，是指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。”其第2条规定：“利用信息网络侵害人身权益提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等终端设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。”

住所地在中国后,才让案件进入中国法院的管辖范围。由此一来,凡是能够进入中国法院审理的互联网跨境人格权侵权案件,基本上也就存在着侵权行为实施地或损害结果发生地在中国的情况,那么法院依据《法律适用法》第44条、第46条中的连结因素指向中国法律的结果自然就显得比较多。但是,实践中对于法院依据《法律适用法》第44条中的连结因素指向法院地法适用的正当性产生了质疑。比如,在原告卢卡·多蒂(Luca Dotti)诉被告苏州工业园区金海华餐饮管理有限公司一般人格权纠纷案中,^①原告系意大利公民且经常居所地在意大利,原告诉称被告在其自营电商网站、微信公众号中使用原告的母亲奥黛丽·赫本(Audrey Hepburn)的肖像、姓名推销产品且网络推文内容带有侮辱、丑化、贬损的性质,致使原告精神权益受损。二审法院归纳了本案的首要争议焦点是该案涉外民事法律关系适用何种冲突规则来确定准据法。对此,原审被告辩称其在网络推广的行为属于互联网跨境侵权行为,本案应该依据《法律适用法》第46条的特殊侵权冲突规则适用被侵权人经常居所地意大利的法律,并明确指出一审法院直接适用《法律适用法》第44条的侵权行为地法,规避了外国法的查明与适用。然而,二审法院却没有支持其抗辩,理由是原审被告即便通过其微信公众号、官网推送有关奥黛丽·赫本姓名及肖像的宣传文章,这也仅仅属于其经营餐厅的营销手段,而非利用网络媒体的侵权手段。因此,被告的行为不属于《法律适用法》第46条中以互联网等方式从事的特殊侵权,应认定为第44条规定的一般侵权,故本案侵权行为地在苏州市而应适用中国法律。至此,法院认定该案通过微信公众号推文、自营网站等方式侵犯他人肖像权与姓名权不属于互联网侵权的理由,显然不符合大众对新型互联网自媒体的通常认识。

尽管法院在大部分案件的选法过程中经常忽视或放弃《法律适用法》第46条的规定,但也有少量案例的选法过程仍符合国际私法中的冲突正义要求。^②例如,在原告郑多燕与被告浙江淘宝网络有限公司、陈尊玉肖像权与姓名权纠纷案中,^③原告系韩国籍知名体育健身明星且经常居所地在韩国,被告为扩大其健身产品销量而擅自在网络平台使用原告的肖像与姓名进行虚假代言,法院严格依据《法律适用法》第46条中的被侵权人经常居所地韩国的法律解决本案争议。

上述实证分析表明,中国互联网跨境人格权侵权的法律适用制度在实践中存在一些问题,在法律选择方法上存在一般侵权冲突法扩大适用的倾向,不少案件在法律选择的裁判说理过程中存在瑕疵,法律选择的结果往往是以法院地法为主。但是,产生上述司法实践问题的原因是多方面的。从司法适用层面来看,既有当事人一方为了减少外国法查明成本和维权时间,以及当事人对法官适用外国法的准确性不够信任等因素,也有法官在裁判过程中存在有限理性或简化司法任务考量等因素。从人格权侵权冲突法立法层面来看,这也与当前互联网跨境人格权侵权冲突法立法的局限性所造成的理解与适用差异有关。下文第三部分将结合重点案例对人格权侵权冲突法的立法局限进行深入剖析。

① 参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7190号民事判决书。

② 参见杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110民初927号民事判决书、杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110民初960号民事判决书。

③ 参见杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110民初927号民事判决书。

二 互联网跨境人格权侵权法律适用之国际考察

考察国际社会人格权侵权冲突法的立法实践，便于从比较法视角下发现其他国家在人格权侵权冲突法方面的发展优势，从而为中国人格权侵权法律适用制度的完善提供国际经验。

（一）国际社会传统人格权侵权冲突法之立法实践

在侵权冲突法的发展早期，各国通常未明确区分一般侵权与特殊侵权的关系，所以人格权侵权冲突法的早期发展过程几乎与传统一般侵权冲突法的发展紧密相连。而传统的侵权行为法律适用问题主要受侵权行为地法原则与法院地法原则支配，尤以侵权行为地法原则影响更大。^①此外，在完善侵权行为地法的过程中，传统上的侵权法律适用规则还出现了重叠适用法院地法与侵权行为地法、例外适用当事人共同属人法等做法。^②

（二）国际社会人格权侵权冲突法之立法变革

1. 变革方向

人格权侵权冲突法的发展趋势主要表现为从机械规则到弹性规则、从确定性规则到灵活性规则的发展。虽然侵权行为地这一连结因素客观而明确，适用起来简单方便，减少了法院的负担与当事人之间的争议，但是随着现代科学技术、移动互联网以及大数据信息的发展，活动的地点与当事人之间并不都具有固定的联系，导致连结点的偶然性增大、具有认定上的困难以及忽视属人法的作用等等。在涉外侵权案件中，一概适用侵权行为地法难免过于僵硬，不能适应现代侵权案件的发展趋势。侵权行为地作为空间地理位置的连结点的的作用在不断下降，在侵权领域引入灵活的法律适用方法在所难免。因此，近几十年来，意思自治原则、最密切联系原则、适用有利于弱者利益保护的选法原则都在不同程度上被引入各国国际私法的立法实践之中，使单一的冲突规则形式发展成多元化的选择性冲突规则，以增加法律选择的灵活性。

（1）有限的自治原则

当事人意思自治思想由杜摩兰（C. M. Dumoulin）提出之后，经过长时间的发展，^③目前已成为司法实践和立法中广泛运用的原则。然而，历史上也出现过反对意思自治的声音，理由是意思自治侵犯了国家的立法权、为当事人规避法律提供了空间、可能会导致法律适用的不确定性等。当然，意思自治原则仍然占据主流，不仅因为意思自治原则符合私法自治的理论基础，而且因为市场经济的确立与发展具备意思自治的经济基础，意思自治原则在争议解决过程中也具有可操作性和可预见性。随着实践的发展，意思自治原则逐步引入人格权侵害的法律适用领域。一些国家的国际私法立法从保护受害人的角度出发，不同程度地单独赋予原告有限的法律选择权，选

① 在一般侵权领域中，长期以来适用侵权行为地法作为侵权行为的准据法。此原则是一项古老的国际私法原则，是“场所支配行为”原则在侵权领域的具体体现。正如巴迪福所说：“侵权行为地法，乃是国际私法上最早确立的原则之一。”参见〔法〕亨利·巴迪福：《国际私法各论》，曾陈明汝译，正中书局1979年版，第225页。

② 参见刘仁山主编：《国际私法》，中国法制出版社2019年版，第256—259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160—164页。

择有利于实现对受害人补偿和救济的法律。例如,2017年修订的瑞士《关于国际私法的联邦法》第139条^①是关于侵害人格权的规定,该条首先赋予受害人单方面的法律选择权,受害人可在其惯常居所地法、侵权行为结果发生地法、侵权行为人的营业所在地法或惯常居所地法中选择其一,受害者单方选择权也是弱者权益保护原则在冲突法上的体现。但是,受害人选择适用可能对其有利的惯常居所地法或损害结果发生地法时,其选择应受到一定前提条件的限制,即“侵权者应当预见结果将发生在该地”,以此维护侵权者对自身行为结果的正当预期,体现了对媒体合理使用者的保护。此外,为了防止本国新闻媒体的言论自由权受到外国法的限制性影响,该条第2款还规定“对定期传播媒体提出抗辩的权利,排他地适用印刷品发行地、广播或电视播发射地国家的法律”。这是对侵权者抗辩权的特别规定。适用侵权行为地法同样体现了对媒体合理使用者的保护。由此可见,瑞士关于人格权侵权的冲突法立法并未过分强调适用有利于受害者的法律或完全由受害者单方选择的准据法,以防止本国媒体的新闻自由在国际诉讼中遭受重创。由于瑞士国际私法立法中采取有限意思自治立法模式,这合理地平衡了人格权保护与言论自由保障这两种政策目标,因此受到众多国家立法的效仿。类似的立法模式还存在于黑山共和国^②、比利时^③、土耳其^④、保加利亚^⑤等。

(2) 最密切联系原则

最密切联系原则在侵权领域是一种主要的软化措施,但各国引入最密切联系原则的具体做法不

- ① 瑞士《关于国际私法的联邦法》(2017年修订)第139条规定:“1. 因利用传播媒介,特别是报纸、无线电、电视或其他公共信息传播工具对个人人格的损害而提出的诉讼请求,经受害人选择而适用:(1) 受害人的惯常居所地国家的法律,前提是加害人应当预见结果将发生在该国;(2) 加害人的营业地或惯常居所地国家的法律,前提是加害人应当预见结果将发生在该国;(3) 损害结果发生地国家的法律,前提是加害人应当预见到结果会在该国国家发生。2. 对定期传播媒介提出抗辩的权利,排他地适用印刷品发行地、广播或者电视发射地国家的法律。3. 本条第1款也适用因处理个人信息侵犯人格权而提出的请求以及因损害个人信息的查询权而提出的请求。”参见邹国勇译注:《外国国际私法立法选择》,武汉大学出版社2017年版,第380页。
- ② 黑山共和国《关于国际私法的法律》(2013年实施)第55条规定:“因通过媒体,特别是通过新闻媒体作品、广播、电视或其他信息媒介侵害人格权而产生的义务,依受害人的选择而适用下列地点所在国法律:(1) 受害人的经常居所地;(2) 损害发生地;(3) 被请求承担责任者的经常居所地或者营业地。在本条第1款第1项、第2项所指情形下,被请求承担责任者必须能合理预期损害将在受害人的经常居所地或者损害在该损害地国发生。通过媒体侵害人格权的,其抗辩权适用媒体侵害人格权的所在国法律。本条第1款的规定,亦适用于因侵害与保护人格权相关的权利而产生的义务。”参见邹国勇译注:《外国国际私法立法选择》,武汉大学出版社2017年版,第354页。
- ③ 比利时《国际私法法典》(2004年实施)第99条第2款规定:“对于诽谤、侵害隐私权或人格权,适用侵权行为或损害结果发生或可能发生地国家的法律,具体由原告选择,但侵权人能够证明其无法预测损害结果会发生于该国的除外。”参见邹国勇译注:《外国国际私法立法选择》,武汉大学出版社2017年版,第380页。
- ④ 土耳其共和国《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第5718号法律》(2007年修订)第35条规定,“因通过出版物、无线电广播、电视以及互联网等媒体或其他大众通讯手段侵害人格权而产生的请求权,依受害人的选择适用:(1) 受害人的惯常居所地国法,但必须以施害人能预料损害发生在该国境内为条件;(2) 施害人的营业地或惯常居所地国法;(3) 损害发生地国法,但必须以施害人能预料损害发生在该国境内为条件。在发生人格权侵害时,对定期出现的媒体所提出的抗辩权,只能适用印刷品出现地或广播发射地国法。因处理个人数据以及由于损害个人数据的知情权致使人格权受到侵害而产生的请求权,亦适用第1款的规定。”参见邹国勇译注:《外国国际私法立法选择》,武汉大学出版社2017年版,第296页。
- ⑤ 保加利亚《关于国际私法的法典》(2005年实施)第108条规定:“1. 由于通过大众媒体,如印刷品、广播、电视或其他信息手段,侵害人格权产生的义务,依受害者选择适用:(1) 其惯常居所地国法律或者(2) 损害发生地国法;(3) 承担责任者的惯常居所地法或事务所所在地国法。2. 在第一款第一种和第二种情况下,要求承担责任者能够理性的估计到将在相关国家发生损害。3. 在人格权受到侵害时针对大众媒体的抗辩权,依(信息)公布或者信号发射地国法。4. 第一款规定亦适用因侵害与保护个人信息相关的权利而产生的义务。”参见刘仁山:《国际私法》,中国法制出版社2019年版,第346页。

一。英国自在合同领域提出自体法 (Proper Law)^① 理论之后, 又在侵权法律适用领域提出了侵权行为自体法 (Proper Law of Torts) 理论, 后者由英国学者莫里斯 (H. C. Morris) 于 1951 年在其发表的一篇论文中首先提出。^② 侵权行为自体法其实就是最密切联系原则在英国特有的表述, 它要求侵权案件适用与之密切联系的法律, 但它并不排除传统的连结因素, 只是对传统的连结因素进行综合考虑并加以融合。换言之, 从单一因素到多种因素的考虑, 从地理因素到社会因素的考虑, 充分尊重了法官的自由裁量权。^③ 比如, 1995 年《英国国际私法 (杂项规定)》^④ 第 11 条仍然采取了传统的侵权行为地规则, 并具体规定了不同类型侵权案件的侵权行为地。但第 12 条引入了最密切联系原则, 可以推翻第 11 条规定的具体侵权行为地所指引的法律, 相关案件应适用更适当或更密切联系的法律。^⑤ 此外, 英国仍在立法中规定诽谤领域依然保留传统的“双重可诉原则”, 意在平衡名誉权保护与言论自由之间的价值冲突。美国在侵权领域的立法比英国更早地引进了最密切联系原则, 其典型判例就是 1963 年美国纽约州上诉法院审理的巴布科克诉杰克逊案。^⑥ 该案件是交通事故造成的人身损害案件, 如果采取传统的侵权行为地法, 即加拿大安大略省的法律, 原告诉讼赔偿的请求根本得不到支持。但是纽约州最高法院成功地运用最密切联系方法, 推翻了本应适用的安大略省法律, 适用了最密切联系的纽约州法律, 实现了对原告的保护。进一步, 美国 1971 年《冲突法重述 (第二版)》第 145 条^⑦ 规定了侵权领域的最密切联系方法, 这也是美国国际私法发展的重要里程碑。晚近, 诸如奥地利、^⑧ 德

① 自体法的英文表述为 Proper Law, 其起源于合同领域, 逐步扩展到侵权等其他领域。中国学者对此有不同的译法, 有自体法、适当法、特有法等。参见《中国大百科全书·法学》, 中国大百科全书出版社 1984 年版, 第 474 页; 吕岩峰:《英国“适当法理论”之研究》, 载《吉林大学社会科学学报》1992 年第 5 期, 第 17 页; 李双元:《国际私法 (冲突法篇)》, 武汉大学出版社 1987 年版, 第 344 页。

② 英国学者莫里斯在 1951 年发表的《论侵权行为的自体法》一文中认为, 尽管大多数情况下仍然有适用侵权行为地法的必要, 但是应该有一个足够广泛而且足够灵活的冲突规则, 以使其能顾及种种例外情况。See J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (Stevens and Stones, 3rd edn, 1984), p. 310.

③ See J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (Stevens and Stones, 3rd edn, 1984), p. 310.

④ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

⑤ 1995 年《英国国际私法 (杂项规定)》第 11 条 (准据法的选择: 一般规则) 规定: “(1) 一般规则是准据法乃侵权或不法行为之事件发生地国家的法律。(2) 如此类事件的某些因素发生在不同国家, 依一般规则准据法应为: (a) 对导致个人人身伤害或因人身伤害而造成死亡所提起的诉讼, 乃该个人遭受伤害地法; (b) 因对财产损害而提起的诉讼, 乃财产遭受损害时所在地法; (c) 在其他案件中均适用最密切联系地之法律。该法第 12 条 (准据法的选择: 对一般规则的取代) 规定: 在所有的情况下, 经比较, 如出现 (a) 与侵权或不法行为有最重要连结因素的国家的法律依上述一般规则应予适用, 以及 (b) 任何与侵权或不法行为有最重要连结的因素在其他国家, 如果在实质上更适合于适用来解决案件中的问题或任何此类问题的, 应是该其他国家法律的, 则一般规则应被取代, 适用其他国家的法律来解决 (案件可能发生的) 所有问题或某个问题。”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 136 页。

⑥ See *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 240 N. Y. S. 2d 743, 191 N. E. 2d 279 (1963).

⑦ 美国《冲突法重述 (第二版)》第 145 条规定: “1. 对有关侵权行为当事人的权利和义务, 依第 6 条的原则, 应适用与侵权行为事件及当事人有最重要联系的那个州的实体法; 2. 在依第 6 条原则决定应适用的法律时, 应当加以考虑的因素有: (1) 损害发生地; (2) 加害行为发生地; (3) 当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和营业地; (4) 当事人之间有联系时其联系最集中的地方。上述因素是按其对特定问题的重要程度加以衡量的。” See American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (American Law Institute Publishers, 1971), pp. VII, IX.

⑧ 奥地利共和国《关于国际私法的联邦法》(2015 年修订) 第 48 条关于非合同性损害赔偿请求权的第 2 款规定: “如果当事人对于此种债务关系未进行有效的法律选择, 则依照造成损害的行为实施地国法律判定。但是, 如果所涉各方均与另一国家的法律存在更强联系, 则以该另一国法律为准。”参见邹国勇译注:《外国国际私法立法选择》, 武汉大学出版社 2017 年版, 第 163 页。

国^①等大陆法国家也在非合同之债领域的国际私法立法中引入了最密切联系原则。

(3) 选择性冲突规则

选择性冲突规则是20世纪中叶以来欧洲大陆与美国国际私法革命和改良运动后的主要成果之一，其主要批判对象是传统国际私法法律选择方法的僵化性等局限性。选择性冲突规则可分为无条件任意选择性冲突规则与有条件梯次选择性冲突规则。随着具体人格权内容日益丰富，大数据时代背景下互联网人格权侵权法律关系日益复杂，如果还固守原来单一的被侵权人经常居所地的选法方法，那么就会出现连结点的唯一性与涉外人格权侵权法律关系复杂性之间紧张对立的矛盾，比如根据该唯一连结因素指向的法律认定涉案请求是无效的，但根据该法律关系其他连结因素指向的法律认定涉案请求是合法有效的，必然在某种程度上损害了某些特殊案件中法律适用的合理性与正当性，损害了当事人的正当利益，这样造成的实际结果就是阻碍了各国的民商事交流。^②那么，选择性冲突规则的设计就可以打破原来冲突规则连结点的唯一性，根据涉外民事法律关系诸多因素的重要性，排列数个可选择适用的连结点，增加法律行为有效的可能性。前文在介绍瑞士、黑山共和国、比利时、土耳其等国的人格权法律适用条款中的有限意思自治原则时，可以看出，这些冲突规则设定了侵权行为人经常居所地、受害人经常居所地、损害结果发生地等多个连结因素，供原告方无条件任意选择。另外，梯次选择性冲突规则是指在这种冲突规则中设定两个或两个以上的连结因素，法院在审理涉外民商事案件时根据立法规定的逻辑顺序依次选择符合条件的连结点所指向的法律，只有在不存在前一个连结点的前提下才适用后一个连结点所指向的法律。中国《法律适用法》在立法上具有后发优势，例如其第12条、第16条、第44条等规定所采用的梯次选择性冲突规则顺应了当代国际私法的发展潮流，这种做法既保持了传统国际私法对某类法律关系适用法律的稳定性，又在一定程度上为某些案件留下适用其他法律的可能性，增强了法律适用的正当性与合理性。^③

2. 欧盟、美国的变革实践

(1) 欧盟

欧盟曾经一直尝试制定统一的人格权侵权冲突法，虽然没有对人格权侵权制定出一致普遍接受的规则，但反映出各成员国非常重视人格权保护与言论自由保障的政策平衡问题。欧盟委员会于2003年6月曾提出《欧洲议会与理事会关于非合同之债法律适用条例的建议》草案，主张人格权侵害原则上适用损害发生地法，旨在强化对受害人的的人格权保护，但该建议因各国分歧巨大而未被接受。^④随后，欧洲议会于2005年通过了《欧洲议会关于〈欧洲议会与理事会关于非合同之债法律适用条例的建议〉之立法决议》，^⑤主张侧重对媒体从业者的保护，应以“加害行为

① 德国《民法典施行法》第41条也将最密切联系原则确立为确定非合同之债准据法的首要原则。参见邹国勇译注：《外国国际私法立法选择》，武汉大学出版社2017年版，第119页。

② 参见屈广清、周后春、陈小云：《论选择适用的冲突规则在当代的发展》，载《福建政法管理干部学院学报》2003年第3期。

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339页。

④ See “Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, COM/2003/0427 final – COD 2003/0168, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52003PC0427>.

⑤ See “European Parliament Legislative Resolution on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *Official Journal of the European Union*, Volume 49, 06 July 2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2006:157E:TOC>.

地法”为主，但该决议同样未成功转化为《欧盟关于非合同义务法律适用的第 864/2007 号条例》（下文简称《罗马条例 II》）^① 的内容。从相关学者的研究中，可以发现其中的原因。从欧盟委员会于 2008 年 10 月公布的《27 成员国关于侵害隐私及与人格有关权利而生之非合同之债法律适用状况的比较研究》^② 可以看出，欧盟成员国对于人格权侵权的实体法律适用问题在理论与实践上均存在不同程度的分歧，导致人格权与言论自由权之间存在价值平衡的争议，使得人格权侵权所生之非财产损害问题上存在法律冲突。^③ 因此，即便 2007 年《罗马条例 II》第 14 条^④也规定了一般侵权的法律适用规则，即优先适用双方意思自治选择的法律，再依次适用第 4 条的损害发生地国家的法律、侵权责任人与被受害人共同惯常居所地国家的法律，最后例外适用更密切联系国家的法律。但是，《罗马条例 II》第 1 条关于该条例的适用范围明确排除了侵犯隐私权、人格权以及诽谤产生的非合同之债，最终未专门就人格权侵害的法律适用达成一致意见。此外，对于欧洲法院的司法实践，中国学者认为，欧洲法院在谢维尔案（*Fiona Sheville v. Presse Alliance SA*）^⑤ 中所确立的与跨境人格权侵权法律适用问题相关的“马赛克准则”，^⑥ 为我们提供了可以借鉴的经验。此即表明，欧洲法院的司法实践虽然未能就跨境人格权侵权案件的法律适用问题达成一致的解决方案，但需要关注人格权保护和言论自由保障之间的政策平衡问题，构建灵活的法律选择方法。^⑦

（2）美国

1971 年美国《冲突法重述（第二版）》第 153 条^⑧对媒体或网络侵害隐私权的法律适用进行了详细的规定，其中包含了诽谤和侵犯隐私权两种侵犯人格权的情况。二者又被进一步细化为两

① “Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II)”, *Official Journal of the European Union*, L 199, 31 July 2007, pp. 40 - 49.

② “Comparative Study on the Situation in the 27 Members States as Regards the Law Applicable to Non-Contractual Obligations Arising out of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality”, ANNEX III - EU 27 National Reports, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_annexe_3_en.pdf.

③ 参见黄志慧：《国际人格权侵权法律适用问题之司法协调：从欧盟到中国》，载《政法论坛》2015 年第 3 期，第 105 页。

④ 2007 年《欧盟关于非合同之债的法律适用条例》（《罗马条例 II》）第 14 条第 1 款规定：“当事人可以协议选择适用于非合同之债的法律：（a）协议订立于损害事件发生之后；或者（b）当事各方在从事商业活动的，协议经自由协商，亦可订立于损害事件发生之前。法律选择应是明示的，或案件各种情形确切表明的，且不得损害第三人之权利。”参见“Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II)”, *Official Journal of the European Union*, L 199, 31 July 2007, pp. 40 - 49.

⑤ See Aaron Warshaw, “Uncertainty from Abroad: Rome II and The Choice of Law for Defamation Claims”, (2006) 32 *Brooklyn Journal of International Law* 279.

⑥ “马赛克准则”（mosaic principle）是指：如果受害人在加害行为地或损害结果地起诉，受案法院可以适用法院地法；如果受害人选择在毁誉物出版机构设立地起诉，则对于原告在法院地国境内遭受的损害赔偿问题，可以适用法院地法，而对于原告在其他国家遭受的损害赔偿问题，则需要根据毁誉物的发售状况分别适用各外国法。参见 Gilles Cuniberti, “Von Hein on Rome II and Defamation”, <http://conflictflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation>.

⑦ 参见刘仁山：《欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵害法律适用规则之立法尝试为视角》，载《环球法律评论》2014 年第 6 期，第 185 页；黄志慧：《国际人格权侵权法律适用问题之司法协调：从欧盟到中国》，载《政法论坛》2015 年第 3 期，第 104 页。

⑧ 美国《冲突法重述（第二版）》第 153 条规定：“对隐私的跨州侵害因包含在书籍或报纸的任何一个版本、电台或电视台的任何一次广播、电影的任何一次放映或类似的一次性传播中的侵害原告隐私权的内容而引起的权利义务，依在该特定问题上，按照第 6 条规定的原则，与该事件及当事人有最重要联系的州的法律。如果被指控的内容在原告住所地州出版，该州通常为最重要联系的州。”See Restatement (Second) of Conflict of Laws, pp. VII, IX.

种类型：一是通过非大众传媒导致的诽谤和侵犯隐私权；二是通过大众传媒导致的诽谤和侵犯隐私权。以对诽谤的规定为例，通过非大众传媒导致的诽谤，“讯息公布所在法域的实体法决定当事人的权利和责任；除非对于特定的争点，其他法域根据第6条所述的原则与事件和当事人存在更重要的关系；在这种情况下，适用其他法域的实体法”。^①通过大众传媒导致的诽谤，“根据第6条所述原则，适用对于特定的争点与事件和当事人具有‘最重要关系’的法域的实体法”。^②但是，如果一个自然人在其住所遭遇他自己所指控的向大众传播的诽谤事件，该法域通常就是存在“最重要关系”的法域；如果一法人在其主要营业所遭遇它自己所指控的向大众传播的诽谤事件，该法域通常就是存在“最重要关系”的法域。^③

2016年，美国法学会公布了《冲突法重述（第三版）》草案。^④许庆坤教授将其与《冲突法重述（第二版）》进行比较研究发现，前者关于媒体或网络侵犯人格权的法律适用规则更为简洁与灵活。^⑤美国《冲突法重述（第三版）》草案关于媒体或网络侵犯隐私权的规定为：“出现在出版物、广播或其他公共媒体中的隐私权侵害行为，因此发生的侵权责任适用原告（被侵权人）所属地的法律，适用的前提是隐私传播于此地；否则，适用第1节的一般规则。”^⑥此外，美国《冲突法重述（第三版）》草案倾向于在一般侵权冲突规则领域采用分割方法，即将侵权法律适用冲突规则进一步划分为行为规制的冲突规则和损失分担的冲突规则，^⑦还赋予当事人在侵权事实发生之前或之后选择法律的权利。^⑧由此可见，美国人格权侵权冲突法通过分割法、最密切联系原则、意思自治原则确保规则的灵活性。^⑨

（3）国际法研究院的决议

国际法研究院于2019年在海牙召开会议，通过了题为《互联网与隐私权侵害：管辖权问题、法律适用和境外判决执行》的决议，^⑩该决议汇集了世界权威国际法学者对于互联网时代人格权侵权法律适用新发展的研究成果。该决议在序文中指出，由于数字化时代和移动互联网的发展，传统的侵权行为地法律适用已经变得飘忽不定，同时考虑到言论自由与保护个人隐私、名誉、荣誉和其他人格权利的冲突，各国国际法学者希望通过该决议为达成国际共识作出贡献，包括尽可能在言论自由政策和人格权保护之间寻求平衡，公平对待潜在诉讼当事人等。具体而言，该决议

① Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 153 (1971).

② Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 153 (1971).

③ Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 153 (1971).

④ See Symeon C. Symeonides, “The Third Conflicts Restatement’s First Draft on Tort Conflicts”, (2017) 92 *Tulane Law Review* 1, p. 7.

⑤ 参见许庆坤：《重回冲突法确定性？——美国〈冲突法重述（第三版）〉草案初探》，载《国际法研究》2022年第1期，第106—107页。

⑥ Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws, § 6.15.

⑦ Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws, Chapter 6 Torts, “Introductory Note”.

⑧ Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws, § 6.10.

⑨ 参见许庆坤：《涉外民事关系法律适用的司法解释问题研究》，法律出版社2019年版，第272—273页。

⑩ See “Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments”, p. 7.

第7条^①对于互联网人格权侵权法律适用的规则设定了多个连结点，将属地连结点、属人连结点和主观连结点有机结合，还将法律适用规则与管辖权规则紧密联系。同时，决议允许在一定条件下由当事人自行选择法律，只要当事人选择的法律符合决议对于实际联系的要求即可。这体现了对于当事人意思自治的尊重，同时呈现出人格权法律适用规则多元化发展的趋势。

综上所述，经过总结与比较上述各国人格权侵权冲突法的当代变革趋势，本文发现其都做了相应的软化处理，改变了传统的单一、固定、刚性的连结点，代之以多元、开放、软性的连结因素，从而更好地适应各种新的涉外民事关系需求。

三 中国互联网跨境人格权侵权法律适用之立法考察

（一）中国人格权侵权冲突法的立法发展

中国人格权侵权行为的法律适用问题，呈现出从传统侵权行为地法一般规则、当事人共同属人法例外规则、“双重可诉”限制规则向有利于保护被侵权人的法律适用规则的转变。在《法律适用法》实施以前，中国并未明确区分一般侵权与特殊侵权的法律适用问题，除海商法、票据法、民用航空法中的特殊冲突规则外，一切侵权行为的法律适用问题均依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》（下文简称《民法通则》）第146条（已被废止）中的侵权行为地法规则、当事人共同住所地法规则、“双重可诉”限制规则。^②对于侵权行为地的确定，《民通意见》第187条（已被废止）规定了侵权行为地包括侵权行为实施地与侵权结果发生地。^③在《法律适用法》实施之后，该法对一般侵权行为与特殊侵权行为分别规定了法律适用规则，并完善了精神性人格权的具体类型。该法第44条是一般侵权行为的一般法律适用规则，第15条、第46条则单独就人格权的法律适用作出特别规定，即人格权的内容与人格权侵权的法律适用均依据“被侵权人经常居所地法”规则确定。从当时的立法初衷看，考虑到互联网时代媒体信息侵权行为的影响范围广且传播速度快，导致侵权行为实施地的连结点呈现多样化，损害结果发生地难以确定，而设定“被侵权人经常居所地”具有更强的可操作性和确定性，体现了中国重视对受害人的补偿和救

① 该决议第7条规定，在当事人之间不存在第8条的有效法律选择协议时，适用法律的确定方式如下：如果法院的管辖权基于第5条第1款即依据侵权行为地确定的管辖权，适用的法律应是法院地法律；若侵权人的住所地或经常居住地的法院对案件确立了管辖权，则可适用该国法律；若侵权行为人的侵害行为发生时和审判时的住所地不一致，则应当选取其中与案件联系最为密切的国家之法律进行适用；若所涉范围最广的损害结果发生地国法院确立了对案件的管辖权，则审理法院可适用该国法，除非被害人能够证明关键的侵权行为实施在另外一个国家、且其主张适用这一国家的法律、并且能够查明该国法；若被侵权人住所地或经常居住地的法院确立了管辖权，则该国内法可以适用，除非侵权人能够证明所涉范围最广的损害结果发生在另一国且主张适用该国法、并且能够查明该国法；若受诉法院的管辖权由双方当事人之间的有效法院选择协议确立、且该法院所在地国属于前述任何一种情况，则法律适用也如前所述确定；若当事人选择的法院所在地国不属于前述情况，则受理法院应当按照最密切联系原则选择适用的实体法。决议第8条为承认双方当事人在争议发生后合意选择的法律的适用效力。See “Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments”, p. 7.

② 《中华人民共和国民事诉讼法通则》第146条规定：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律；当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律；中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理。”

③ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第187条规定：“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。”

济、有利于弱者保护的立法理念，这也与中国现代社会注重人格权保护的时代精神相契合。^①

《民法典》既统一了民事实体法，也废除了《民法通则》等载有涉外民事关系法律适用规范的单行法，客观上消除了以往分散立法导致的国际私法规范内部结构的不和谐现象，其对中国国际私法的立法结构和内容完善也产生了较大影响。^② 根据《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）》第3条第2款，以及最高人民法院相关负责人在该司法解释答记者问^③对《法律适用法》与《民法通则》的关系作出的界定，《民法通则》第146条关于侵权法律适用中的双重可诉规则是《法律适用法》所没有规定的。那么，原《民法通则》第146条与《法律适用法》中人格权侵权法律适用规则之间是交叉与互补的关系。所以，在《民法通则》尚未失效之前，“双重可诉规则”依然可以独立于《法律适用法》进行有效适用，并非《法律适用法》的实施完全废除了《民法通则》中涉外民事关系法律适用制度。然而，由于中国过往的国际私法立法模式是将冲突规则与单行民事实体法混合在一起，当《民法典》对过往单行民事实体法律进行整合而废除《民法通则》时，夹杂在《民法通则》中的“双重可诉规则”等单行法律也无法避免被废除的命运。当然，学界关于“双重可诉规则”的存废之争由来已久。宋晓教授认为，在涉外诽谤侵权领域，针对被告言论自由的公共政策、惩罚性赔偿或重复赔偿的最高限额，应继续适用“双重可诉规则”，理由是为了避免中国被告承担不可预见的外国准据法确定的赔偿数额。^④ 反对方则认为，当原告是本国人时，法官反而会束手束脚，且该原则是对本国被告的偏袒，与国际私法追求判决一致性的形式目标与追求国际实质正义的价值取向背道而驰。^⑤ 可见，“双重可诉规则”的适用过程是一把“双刃剑”，在未来立法修改过程中有待研究其存废基础。

（二）中国人格权侵权冲突法的立法局限

1. 模糊性

因《法律适用法》第44条一般侵权冲突规则与第46条互联网跨境人格权侵权冲突规则之间的适用边界模糊，不同司法参与者在理解与适用人格权侵权冲突法的过程中产生了分歧，导致互联网跨境人格权侵权纠纷解决过程中所适用的冲突规则未能保持一致。目前，通说认为第44条和第46条之间是一般侵权规则和特殊侵权规则的关系，二者在责任构成要件、归责原则、举证责任等方面均存在差异。第46条的适用范围是关于互联网等新媒体侵害精神性人格权的法律适用规则。此外，第46条单独规定“被侵权人经常居所地”这个连结点的目的，就是为了避免第44条中的“侵权行为地”这一传统连结点在互联网侵权中的不确定性，最终兼顾法律选择结果

① 参见黄进、姜茹娇主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉司法解释与适用》，法律出版社2011年版，第261—263页；万鄂湘主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文理解与适用》，中国法制出版社2011年版，第326—329页。

② 参见丁伟：《后〈民法典〉时代中国国际私法的优化》，载《政法论坛》2020年第5期，第33页。

③ 《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）》第3条第2款规定：“涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。”最高人民法院民四庭负责人在《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）》答记者问中指出，该法与《中华人民共和国民事诉讼法通则》等法律中的冲突规则的相互关系为，《涉外民事关系法律适用法》对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。

④ 参见宋晓：《中国国际私法的制度生成》，北京大学出版社2018年版，第209页。

⑤ 参见霍政欣：《国际私法学》，中国政法大学出版社2020年版，第203页。

的确定性与弱者利益保护。因此，第44条和第46条的适用逻辑自然是遵循特别规则优先于一般规则的适用原则。但是，也有学者从当时的立法背景出发进行考虑，认为第46条的规定仅仅是当时国家出于对网络侵权这一新兴模式的强调，所以网络侵权的法律适用与其他侵权方式并无二致。^①同时，还有观点认为，第46条的法律适用过程仍不排除第44条中当事人意思自治原则的适用基础。^②更进一步，第44条冲突规则指明其连结对象是侵权责任，第46条冲突规则未明确其适用范围是损害赔偿还是单独的人格权请求权，^③加上在当时立法背景下人格权侵权的实体救济规则也受侵权责任法的调整，如果冲突规则指向的准据法是中国法，最终适用的实体法都会包括侵权责任法。因此，实践中可能会出现这样的理解：既然二者同为侵权责任的冲突规则且在范围上存在重合，那么一般侵权冲突法自然也可以替代性适用于互联网跨境人格权侵权纠纷，法院可以根据实践需要来选择单独适用第46条或第44条。

事实上，以上认识分歧导致同类互联网侵害人格权案件适用不同的冲突规则，这对法律适用的稳定性目标构成威胁。例如，在原告林健华诉被告卢毅名誉权纠纷案^④中，争议焦点是被告卢毅在其个人使用的Instagram移动互联网社交平台中发布林健华被刑事立案等虚假信息并在各微信群传播该虚假信息是否构成名誉权侵权，以及本案适用何种冲突规则。一审法院认为，根据《法律适用法》第46条的规定，被侵权人林健华虽为香港地区居民，但其经常居所地为广州市番禺区，故本案应适用中国内地法律，且该案最终适用的实体法依据包括中国内地有关网络侵害人身权益的司法解释。^⑤然而，二审法院却选择了《法律适用法》第44条中的一般侵权冲突规则，认定本案侵权行为地在中国境内，故适用中国内地法。再如，在原告刘德华诉被告浙江斑马鱼健康科技有限公司人格权纠纷案^⑥中，本案争议是被告在净水器产品及包装盒上使用原告刘德华的肖像和签名并在公司网站、北京信息网、淘宝网、西游汽车网、搜狐网等其他网站中对侵权产品进行销售、宣传和推广的行为是否构成侵权。本案显然属于被告利用互联网侵犯原告肖像权的纠纷，但法院却认为该案人格权类纠纷属于侵权纠纷，因而适用《法律适用法》第44条下的一般侵权冲突规则。然而，上述案件如果按照特别规则优先于一般规则的适用原理，就应当优先适用第46条下的互联网跨境人格权侵权法律适用规则。令人遗憾的是，生效判决将其归入一般侵权冲突法的适用范围，也未详细说明二者的区别。从特殊侵权规则优于一般侵权规则的逻辑理性来看，前述案例中这种法律适用的正当化过程很难符合公众对法律选择的适当性和可接受性的期待。

综上，虽然《法律适用法》第44条的规定能够满足互联网跨境人格权侵权纠纷案件对于多元化连结因素的实践需求，但这并不意味着第46条的特殊规则可以全部由第44条的一般规则取而代之。毕竟，第44条中一般侵权冲突规则也并非全部符合互联网跨境人格权侵权法律适用中的

① 参见黄进、姜茹娇主编：《〈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261页。

② 参见万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，中国法制出版社2011年版，第318页。

③ 参见陈卫佐：《比较国际私法：涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社2012年版，第411—412页。

④ 参见广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终23582号民事判决书。

⑤ 参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》。

⑥ 参见杭州互联网法院（2018）浙0192民初9181号民事判决书。

特殊立法价值。况且，这种做法也损害了公众对于法律选择正当性及原立法目的实现的期待利益，与国际私法中冲突正义的价值目标不相符。

2. 滞后性

《民法典》最重要的创新之举，就是将人格权独立于侵权责任法设置成编并丰富了人格权的实体法内容，而这也打破了《法律适用法》中人格权侵权法律适用规则的立法平衡。首先，王利明教授指出，《民法典》下的人格权法与侵权责任法是同一位阶的法律，人格权请求权与侵权损害赔偿请求权分离的目的是充分有效地保护人格权，其他大陆法系国家的民法没有规定人格权请求权，而主要是通过侵权法规则来保护人格权，但这种立法模式已不足以应对实际需求。^①其次，中国《民法典》增加了个人信息保护等新型具体人格权益类型，完善了隐私权等各项人格权的具体内容、肖像权与姓名权的商业化许可利用制度以及新闻媒体报道为了公共利益的言论自由与名誉权保护的关系问题，创设了人格权侵害的禁令救济制度等。那么，《法律适用法》中人格权的范围有待与《民法典》中人格权的范围调整一致。否则，这些新规与域外其他国家或地区的法律冲突，将对中国传统人格权侵权法律适用的灵活性构成极大挑战。例如，中国法上的隐私权不同于美国法上的隐私权，美国法上的隐私权法采用了开放性的大隐私权概念，发挥了一般人格权的作用。美国侵权法上的隐私权保护范围极为广泛，包括为达成商业利益窃取他人姓名、肖像、毁坏他人名誉、跟踪监视等带给他人的精神损害。^②再如，中国与欧美国家在个人信息权益与隐私保护的属性方面存在区别，欧美国家大多倾向于从基本权利角度看待个人信息权与隐私保护，2018年施行的欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation）在导言部分第1条明确了自然人在个人数据处理方面获得保护是一项基本权利，1950年《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights）第8条第1款将隐私权规定为现代社会最基本的权利之一。^③美国关于信息隐私的立法包括1974年《隐私法》（Privacy Act of 1974）、1978年《财务隐私权法》（Right to Financial Privacy Act of 1978）、1994年《驾驶员隐私保护法》（Driver's Privacy Protection Act of 1994）、1999年《儿童在线隐私保护法》（Children's Online Privacy Protection Act of 1998）等，尤其是美国联邦最高法院在1977年的“惠伦诉罗案”（*Whalen v. Roe*）中确定了宪法上的信息隐私权。^④然而，中国立法上的隐私权保护最初是在名誉权之中，发展至今成为与《民法典》中的肖像权、姓名权、个人信息权益等并列的具体人格权。民法学者程啸教授认为，中国隐私权不属于宪法上的权利。^⑤当然，该观点有待商榷。因此，《法律适用法》中具体人格权类型的范围已经滞后于《民法典》时代的发展，难以充分回应当下现实需求。

3. 不合目的性

与前述主要欧美国家多元化的人格权法律适用规则相比，中国《法律适用法》第46条规定的互联网跨境人格权侵权纠纷的法律适用规则相对单一。若将该法律规则适用于具体的案件，可能会违背该规则自身的目的，产生非正义的现象，与法律追求实体正义、公平、合理的目的背道

① 参见王利明：《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》，载《中国法学》2019年第1期，第238页。

② 程啸：《论我国民法典中个人信息权益的性质》，载《政治与法律》2020年第8期，第10页。

③ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《〈中华人民共和国民法典〉人格权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第338页。

④ 参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第37—38页。

⑤ 参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第38页。

而驰。^① 基本权利保护之于互联网跨境人格权侵权法律适用主要是一种价值塑形的作用，主要表现为在冲突正义中融入实质正义与弱者权利保护的人文关怀理念。在当时立法背景下的考虑因素中，一方面是从弱者利益保护原则出发，反映了冲突法立法的人文关怀；另一方面是因为互联网侵权中侵权行为地与损害结果发生地的连结点多且遍布各国而无法准确筛选，为了避免法律适用的不确定性和简化司法任务而作出最优选择。但是，从前述实证考察的数据来看，法官多次突破《法律适用法》第46条的约束，而嵌套运用第44条中的侵权行为地与意思自治原则以及第2条中的最密切联系原则来确定案件适用的准据法。这揭示了第46条的单一性规定已不能满足涉外人格权侵权法律适用的多元化价值需求，所以法院在该类案件中追求一般侵权冲突规则的扩大化适用，从而满足不同个案的实质正义需求。

除了上述不合目性的实践问题之外，学者们也在理论层面提出了不同角度的看法。其一，《法律适用法》第46条未区分中国人格权禁令措施涉及对言论自由权限制时的法律冲突。虽然中国人格权禁令是一项程序性法律措施，但其适用的前提是依据人格权法的实体内容作出是否侵权的初步判断，自然涉及法律适用的冲突问题。刘仁山教授认为，这种冲突难免会影响到特殊救济措施的实效性。^② 其二，《欧洲人权公约》将言论自由与人格权这两种权利作为宪法上同一位阶的基本权利，这表明国家有时需要对两种基本权利在各国法律政策上的冲突进行适当平衡。但各国在解决言论自由权与人格权之间的冲突方面存在着侵权实体法政策上的差异性，而中国上述人格权侵权法律适用规则忽视了政策性导向方法在解决人格侵权法律适用中的独特作用，即一国法院可以基本权利保护为依据而接受或拒绝外国法的适用。^③ 其三，《法律适用法》第15条和第46条规定的都是“被侵权人经常居所地”，当中国不认为是人格权或者人格权侵权，而权利人经常居所地法认为是人格权或人格权侵权时，中国被告的利益得不到正当保护，甚至会涉及美国惩罚性天价赔偿的风险。^④ 若想避免这样的法律风险，依据《法律适用法》第15条和第46条之规定，公民或法人必须对权利人的经常居所地法律有一定程度的了解，而人们大都习惯性地以自己所处国家的法律来判断自己行为的合法性。所以，田曼莉教授等认为，《法律适用法》中的人格权法律适用规则明显加重了行为人了解并遵守其本国法及其经常居所地法以外法律的义务。^⑤ 与此相比，前文所提到的瑞士等国规定了权利人惯常居所地法律的适用前提，即加害人正常能够预见其侵害结果会发生在权利人惯常居所地，而中国关于侵害人格权的法律适用规则恰恰没有这样的前提性规定。其四，有学者认为《法律适用法》第46条的互联网跨境人格权侵权法律适用规则缺乏当事人意思自治的法律基础，^⑥ 并不一定有利于被害人的法律选择实践。有些侵权行为、损害结果发生在国内的涉外人格权纠纷案件的权利人的经常居所地在外国，但其为了便于取证与执行判决而选择向侵权行为地的中国法院起诉，也并不想适用其经常居所地国法。由于权利人担

① 参见徐伟功：《我国冲突法立法局限性之克服》，载《社会科学》2022年第3期，第101页。

② 参见刘仁山：《欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵害法律适用规则之立法尝试为视角》，载《环球法律评论》2014年第6期，第180页。

③ 参见刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以〈涉外民事关系法律适用法〉实施为据》，法律出版社2019年版，第416—418页；黄志慧：《人权保护对欧盟国际私法的影响》，法律出版社2018年版，第212—216页。

④ 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371页。

⑤ 参见田曼莉、余泽之：《我国人格权法律适用法的问题与完善》，载《同济大学学报（社会科学版）》2013年第6期，第113页。

⑥ 参见高宏贵：《中国涉外民事关系法律适用法研究》，法律出版社2016年版，第384页。

忧中国法院适用外国法审理,需要支付昂贵的外国法查明费用并花费更长的维权时间,且未熟悉外国法的中国法官未必能准确理解与适用外国法,于是权利人便想运用意思自治原则选择适用中国法。这对于中国法院审理涉外人格权侵权纠纷更方便,但单独靠第46条的法律适用规则却无法满足权利人的此类需求。这就导致出现了前文实证考察部分中有判决在适用冲突规则过程中转向第44条意思自治规则的情况,正如在布兰登卢克麦克马努斯与谢炆名誉权纠纷案中,^① 本应适用第46条关于网络侵犯名誉权的法律适用规则。

四 中国互联网跨境人格权侵权法律适用之立法重构

未来在重新审视互联网跨境人格权侵权法律适用制度的发展与完善过程中,既要在立法修改或司法解释中考虑法律适用的确定性和灵活性,兼顾正义、自由、效率等多重价值的平衡问题,又要思考在司法实践中如何让司法者正确有效地反映立法者的法律价值取向问题。具体而言,一方面要通过多元化的法律选择方法来克服原互联网跨境人格权侵害冲突规则中的模糊性、滞后性、不合目的性等局限。另一方面,为了使涉外人格权纠纷案件的裁判说理具有更强的可接受性,更需要在司法实践中强化涉外法官的冲突法裁判思维,确保设计优良的制度在司法实践中有效实施,促使法律选择的说理过程更具适当性、合理性和规范性。因此,本文对互联网跨境人格权侵害冲突规则进行软化处理,具体方案如下。

(一) 比较法视野下之立法重构路径:从单一到多元

采用多元的可能适用多个国家法律的“马赛克规则”,避免适用一个国家法律的单一规则的局限性,可实现弱者权利保护效果的最佳化。原互联网跨境人格权侵权冲突法中对弱者利益保护的观念值得肯定,协调了互联网侵权空间的不确定性问题,既具有较强的可操作性,也能客观真实地反映与当事人具有最重要联系的法律。^② 但是,该规定实际上并未达到保护被侵权人权利的最佳效果。首先,从属人法的角度来看,《法律适用法》第46条单独适用被侵权人经常居所地这一唯一连结点指向的法律,首先需要克服经常居所地本身的界定障碍。因为经常居所是一个较为模糊的概念,其因确定经常居所的评估期间和当事人定居意图这两个方面的问题而变得不确定,因而可能影响到当事人的合法利益。在经常居所地的界定上,何其生教授曾经指出,中国现有规则和司法实践仅关注当事人是否连续居住满一年以上,却不关注当事人是否存在真实居住的目的,这在涉外民商事诉讼领域未必完全合理。^③ 例如某些人仅因出国访学交流等原因而在某地居住满一年,但其并没有深度融入该地社会环境的强烈意愿,对当地法律制度未必熟悉。其次,若只设定被侵权人经常居所地这个单一的连结点,可供选择的法律即被限定为被侵权人经常居所地法律,显然僵化性有余而灵活性不够。例如,同一当事人对分布在各国的众多受害者实施互联网跨境人格权侵权行为,若有些被侵权人经常居所地法认为这属于言论自由范围,不通过适用与本案争议事实有密切联系的法律加以调整,就难免产生同案不同判的结果。最后,中国2021年

① 参见上海市普陀区人民法院(2020)沪0107民初607号民事判决书。

② 参见徐冬根:《国际私法》,北京大学出版社2013年版,第311页。

③ 参见何其生:《我国属人法重构视阈下的经常居所地问题研究》,载《法商研究》2013年第3期,第88页。

实施的《民法典》中的人格权的实体法内容较以往更加丰富，其已远超《法律适用法》于2011年实施时的人格权内容，增加了诸如隐私与个人信息权益等新型人格权益，未来继续适用一个国家法律的单一规则，显然无法应对更加复杂多元的人格权法律冲突。因而，从最大限度保护弱者权利或受害者权利的角度出发，《法律适用法》中关于互联网跨境人格权侵权的冲突法有必要采用多元的可能适用多个国家法律的“马赛克规则”。

相较而言，从前文中欧盟、美国及海牙国际私法会议关于人格权侵权冲突法的立法变革实践来看，其亦无法固守单一的法律选择方法，均企图在立法中使法律选择的多元化方法得以共存与融合。^① 目前各国对于人格权保护的实体私法价值存在很大差异，欧盟《罗马条例 II》也未能就人格权的法律适用规则达成一致。在人格权侵权法律适用的统一实体法公约出台之前，主要是通过冲突法的国际统一来保障案件实质正义的实现。从前述比较研究过程中发现，大部分国家都是通过改造人格权侵权冲突规则结构的灵活性来增强法律适用的正当性、合理性与协调性。同样，类比中国《法律适用法》中其他特殊侵权的法律适用规则，无论是产品责任、知识产权还是其他类型的绝对权，也都在一般侵权冲突法之外规定了更为详尽的多元化法律选择方法，这一逻辑同样适用于互联网跨境人格权侵权的法律适用规则。

以上表明，《法律适用法》第46条的规定整体上依然是单一、硬性、机械的传统侵权法律适用规则，没有引入当代国际私法在人格权侵权领域的新理念与新规则，最密切联系原则与当事人意思自治等弹性选法规则缺位。只有设定多元化的法律选择方法，才能为复杂多变的司法实践留下充足的回旋余地。值得注意的是，关于是否应进一步对第46条中人格权侵权的成立与侵权损害赔偿分别设立冲突规则^②的问题，学界尚存争议。赞同“分割论”的理由是，该做法可以将笼统的争点细化处理并实现特定的价值追求。^③ 而反对的观点认为，这可能会割裂两者之间的因果联系。当人格权侵权成立适用的法律与损害赔偿适用的法律不一致时，若两国法律对人格权侵权成立要件和责任分担之规定存在较大差异，无疑增加了法律适用结果的不可预测性以及法官的司法比较负担，这被学者比作难以完成的“赫拉克勒斯任务”（Herculean Task）。^④ 尽管如此，国内外对于在互联网跨境人格权侵权领域设定多元化的法律选择方法已逐步形成共识。因此，未来在完善互联网跨境人格权侵权的具体冲突规则时，可暂时不作具体分割适用的规定，为未来司法解释留下空间。在保留原规范的基础上，适当增加侵害行为人经常居所地、侵害行为实施地、损害结果发生地作为有限意思自治的连结点选择范围，最后通过最密切联系原则的例外适用来兜底，以实现特殊政策导向目标，调整人格权侵权之法律适用范围，进而厘清一般侵权冲突法与人格权侵权冲突法的适用边界。

（二）梯次选择性冲突规则之设计

设计梯次选择性冲突规则的目的在于克服原互联网跨境人格权侵权法律适用制度的不合目的性之局限。随着具体人格权内容越来越丰富，人工智能和大数据时代背景下的互联网人格权侵权

① 参见杜新丽：《当代法律选择多元方法的并存与融合》，载《武大国际法评论》2013年第1期，第62—67页。

② 参见姜悠悠：《我国涉外名誉权侵权法律适用的体系解释》，载《中国国际私法与比较法年刊》第26卷，第176页。

③ See Willis L. M. Reese, “Depeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law”, (1973) *Columbia Law Review* 73, p. 75.

④ Thomas Thiede and Colm P. McGrath, “Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws”, <http://ssrn.com/abstract=1964506>, p. 10.

法律关系日益复杂，如果还固守原来单一的被侵权人经常居所地的选法方法，那么就会出现连结点的唯一性与涉外人格权侵权法律关系复杂性之间紧张对立的矛盾。连结点的唯一性要求互联网跨境人格权侵权法律关系必须适用其所指向的一个统一的法律，但是互联网跨境人格权侵权法律关系的复杂性则要求对于这类涉外民事关系中的特殊案件适用不同的法律，即适用的法律不具有统一性。如果仅适用统一的法律，必然在某种程度上损害了某些特殊案件中法律适用的合理性与正当性，损害了当事人的正当利益。那么，梯次选择性冲突规则的设计就可以打破原来冲突规则连结点的唯一性，并根据涉外民事法律关系诸多因素的重要性，依次排列数个可选择适用的连结点。^①

（三）有限意思自治原则之体现

引入意思自治原则的目的在于克服原互联网跨境人格权侵权法律适用制度的滞后性之局限。如前所述，在实践中被侵权人未必愿意选择其境外经常居所地法律，给予其单方选择侵权行为人经常居所地法、侵权行为地法、损害结果发生地法的权利，加强了对被侵权人之人格权的保护力度，也体现了对弱者利益保护的观念。实际上，类比前述国外人格权的立法趋势与中国的产品侵权冲突规则、知识产权侵权冲突规则，都单独引入了意思自治原则。互联网跨境人格权侵权作为《法律适用法》中特殊侵权冲突规则，也应保持理念上的一致性。当然，这里的意思自治原则应当受到侵权行为人对自身行为合法性的合理预期和言论自由的限制。详言之，被侵权人单方选择的某地法律所适用的前提条件是侵权行为人能够预见损害结果会发生在该地，同时赋予侵权行为人依据其行为地法抗辩的权利。实际上，要求侵权人遵守其自身合理预期范围内的一切法律也符合情理。总之，有限意思自治原则的引入既能满足对个案公正的价值追求，又能实现国际私法立法中司法任务简单化的目标。赋予当事人法律选择的权利，能够克服新型互联网人格权侵权案件中法律适用的滞后性局限，也体现出对个人自由的尊重。

（四）最密切联系原则之例外适用

引入最密切联系原则的目的亦在于克服互联网跨境人格权侵权法律适用制度僵化、滞后性之局限。由于各国人格权侵权的实体法政策差异，在平衡新闻媒体言论自由权与人格权实体法政策的实践中，有学者从欧盟实践经验中发现，可以在个案中采纳相对灵活的政策导向方法，引入最密切联系原则无疑是明智的选择。^②不少学者对此表示认可的主要理由有如下三个方面。其一，最密切联系原则本身作为一种蕴含政策导向的法律适用原则，更为大陆法系国家所广泛运用。其二，由于最密切联系地法指向受害人人格利益实质受损地法，这样既有助于维系受害人社会生活关系的稳定性，又能对侵权行为人的属人法中关于言论自由的宪法性规则予以尊重，从而有助于侵权行为人言论自由权的行使。^③其三，对于同一个案件中受害人经常居所地分布在众多国家、损害行为发生在多国的群体性人格权侵权案件或者同一侵权主体因实施众多相同侵权行为所产生

① 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339页。

② 参见黄志慧：《国际人格权侵权法律适用问题之司法协调：从欧盟到中国》，载《政法论坛》2015年第3期，第115页。

③ 参见刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以〈涉外民事关系法律适用法〉实施为据》，法律出版社2019年版，第418页。

的同类案件，依据原互联网跨境人格权侵权冲突规则会导致多国法律的适用。这不仅会增加外国法查明的负担，^①也会造成同一案件中不同当事人因适用不同法律而产生的人格权保护差异，对司法任务简单化与实质正义目标的实现构成障碍。此时，适用最密切联系原则的例外来确定案件的准据法即可破除前述障碍。

（五）调整人格权侵权之法律适用范围

随着时代的发展，互联网跨境人格权侵权方式以及具体人格权类型的范围也在随之调整。首先，《法律适用法》第46条中的“或采用其他方式”可适当拓宽为“通过网络、广播、电视、微信、微博、抖音等移动互联网自媒体平台或其他公共信息媒体”，以适应当下生活与工作场景中互联网侵害人格权的主流方式。其次，就具体的人格权类型而言，保持与《民法典》规定的精神性人格权类型相一致，比如调整为姓名权、肖像权、名誉权、隐私权与个人信息权益、信用权、名称权等精神性人格权，既缓解了原冲突规则的滞后性，又明确与一般侵权法律适用规则区分开来。虽然也有少数人提出了单独对姓名权等具体人格权分别制定具体冲突规则的设想，^②但该设想有待结合涉外民事司法实践的发展需求进行考量。最后，对于《民法典》单独设置的人格权侵权责任、人格权禁令等特殊救济方式，《法律适用法》第46条规定有待明确回应是否将其囊括在内。不过，司法实践中对于人格权禁令救济措施是否应当包含在第46条中统一适用暂未形成共识。刘仁山教授曾指出，人格权侵权中的特殊救济措施是限制侵权行为人言论自由权行使的重要途径，而第46条采取“统一论”的做法会与侵权行为人属人法中关于言论自由的宪法性规则相冲突，难免会影响人格权禁令特殊救济措施的时效性，故对人格权禁令措施适用侵权行为人的属人法就可缓解前述冲突。^③可见，其认可了对人格权禁令特殊救济措施采取“分割论”的做法，即对人格权禁令救济措施的法律适用采取单独规定的方式。

（六）厘清一般侵权冲突法与人格权侵权冲突法之适用边界

克服互联网跨境人格权侵权法律适用的模糊性，需要厘清一般侵权冲突法与人格权侵权冲突法的关系。具体而言，应明确在第46条中规定“因互联网跨境人格权侵权的法律适用应当依据本条内容确定”，排除第44条中一般侵权法律适用的空间。如此，通过调整法律语言的准确性，明确裁判行为的边界，约束法官自由裁量权的空间，可以规范法官裁判活动的效果，避免造成实践中法律适用的混乱。

五 结语

中国已成为全球网络基础设施的重要建设者和数字经济领域创新的重要驱动力。本文总结中国在互联网空间的司法治理经验，优化数字化时代的涉外司法治理规则，对中国积极参与全球互

① 参见许庆坤：《〈涉外民事关系法律适用法〉的司法解释问题研究》，法律出版社2019年版，第275页。

② 参见刘阳：《民法典背景下跨国姓名权法律选择的完善》，载《西南政法大学学报》2021年第2期，第33页。

③ 参见刘仁山：《国际私法与人类命运共同体之构建——以〈涉外民事关系法律适用法〉实施为据》，法律出版社2019年版，第418页。

联网治理具有重大的现实意义。优化我国互联网跨境人格权侵权法律适用制度，可通过梯次选择性冲突规范的设计，对互联网跨境人格权侵权冲突规范进行软化处理。笔者建议：在保留《法律适用法》第 46 条“被侵权人经常居所地”这一连结点的基础上，适当增加侵害行为人经常居所地、侵害行为实施地、损害结果发生地作为有限意思自治的连结点；引入最密切联系原则的例外适用来兜底，促进特殊政策导向目标的实现；明确《法律适用法》第 46 条中的“采用其他方式”，可适当拓宽为“通过网络、广播、电视、微信、微博、抖音等移动互联网新媒体应用平台或其他公共信息媒体”；将具体的人格权类型与《民法典》规定的精神性人格权类型调整一致；排除《法律适用法》第 44 条中一般侵权冲突法在互联网跨境人格权侵权法律关系中的适用空间。最后，在促进制度的有效实施方面，可及时公布适用域外准据法的典型案例作为裁判指引，从而规范冲突法裁判思维与说理过程。

From Single to Multiple: Reflection and Reconstruction of the Legal Application System of Cross-Border Infringement of Personality Rights on the Internet

Xu Weigong and Zhang Yajun

Abstract: In the judicial practice of the law of cross-border infringement of personality rights in China, Chinese courts usually apply the provisions of Article 44 of the Law Application Act and ignore the provisions of Article 46. Such practice not only contradicts to the principle that special rules are superior to general rules, but also deviates from the original intention of the legislation to emphasize the principle of protecting the interests of the weak by stipulating the conflict rules of cross-border infringement of personality rights on the Internet separately, which leads to doubts about the legitimacy of the expanded application of Article 44. At the same time, it also reflects the legislative limitations of Article 46, such as vagueness, latency and inconformity with the purpose of legislation. In the future, the application system of the tort law of personality rights can be perfected through the design of the hierarchical selective conflict rules, the introduction of the principle of limited autonomy, the reasonable application of the principle of the most signification relationship, and the adjustment of the applicable scope of the tort law of personality rights. At present, Chinese courts should clarify the boundary of the application of Article 46 and Article 44, and strengthen the implementation of the judgment thinking of conflict law.

Keywords: Internet, Cross-Border Infringement of Personality Rights, Application of Law, Conflict of Laws, Protection of Rights of the Weak

(责任编辑: 王惠茹)