

# 我国涉外网络人格侵权法律适用规则的考察与优化

孙尚鸿\*

**摘要:**随着网络信息技术的应用与发展,网络信息传播引发的跨国人格侵权争议及解决引起国际社会的普遍关注。当前我国司法实践亟待厘清《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第46条有关人格侵权法律适用特殊规则的确切含义,及其与该法第44条一般侵权法律适用规则之间的适用边界。人格侵权争议相对于诸如知识产权、产品责任等侵权争议而言,在法律适用上有其特殊性。特别是在网络不良信息传播中,当事人主观行为追求和相关国家的不同价值标准,必然给侵权行为地、受害人惯常居所地、最密切联系地等法律适用规则注入相应的当事人主观行为追求、技术手段利用程度等新的考虑因素。此种考虑亦是发展和完善我国跨国网络人格侵权法律适用规则的思路。

**关键词:**网络人格侵权 法律适用 场所化 利益平衡

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)第46条就网络人格侵权的法律适用作了特别规定,即“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”。然而,有关该条规定的确切含义以及该条规定与《涉外民事关系法律适用法》第44条关于侵权责任法律适用一般规则之间的关系,不无疑问。有关司法实践更存在法律适用方法论上的不足与较大的不确定性。在信息网络技术应用日渐普遍的背景下,以网络诽谤和网络隐私侵权等人格权益之争为借镜,就世界范围跨国网络侵权法律适用规则予以探究评析,对我国未来立法和司法实践完善与发展不无裨益。

## 一、我国涉外网络人格侵权法律适用之立法考察

与有关实体法和程序法立法状况不同,《涉外民事关系法律适用法》在其他条款均未就“涉网争议案件”予以特别规定甚或缺乏基本考虑的同时,却出人意料地就网络人格侵权法律适用问题

\* 西北政法大学国际法学院教授、涉外法治研究中心研究员  
基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(22JJD820011)

特别予以规定。

### (一)我国涉外人格侵权法律适用规则的发展

随着 2010 年《涉外民事关系法律适用法》的生效,我国涉外人格侵权法律适用规则有了很大的发展变化。该法在规定侵权行为一般法律适用规则的同时,还进一步就人格侵权、特殊争议事项确立了特别法律适用规则。不仅如此,《涉外民事关系法律适用法》在侵权行为一般法律适用规定上,摒弃了有关重叠适用法院地法的不当限制,同时还如同《非契约之债法律适用规则》(以下简称《罗马规则 II》)等其他国家或地区晚近国际私法立法一样,认可当事人就侵权争议案件协议选择适用法律的自由。依据《涉外民事关系法律适用法》第 44 条规定,如果当事人在侵权行为发生后就所适用法律达成协议,则应该优先适用当事人所选择的法律。就涉外人格侵权争议事项,我国与瑞士、罗马尼亚、日本等国国际私法立法实践一样,顾及处理涉外人格侵权争议案件的特殊需求,确立了特殊法律适用规则。基于同一立法中有关特别规定优于一般规定之基本法律适用原理,由我国人民法院所受理的涉外人格侵权争议案件,将优先适用《涉外民事关系法律适用法》第 46 条有关人格侵权法律适用的特殊规定。不过司法实践状况并非总是如此,不少受案人民法院存在忽略《涉外民事关系法律适用法》第 44 条有关侵权争议一般法律适用规则与第 46 条有关人格侵权特殊法律规则相互间关系,甚至将二者混同适用的问题。

有关人格权的保护内容和范围,各国立法和司法实践不尽相同,除了姓名权、肖像权、名誉权和隐私权等狭义的人格权之外,还可能如《中华人民共和国民法典》第 990 条的规定一样,包括生命权、健康权和身体权等广义人格权。<sup>①</sup> 甚至在当前网络技术背景下,还包括信息数据权和被遗忘权。<sup>②</sup> 此外各国在解决人格侵权争议案件中,还存在侧重财产权益抑或侧重隐私权益维护之价值导向的不同。<sup>③</sup> 由此,在确定跨国网络人格侵权争议案件法律适用问题时,首先明确有关人格权范围与内容的法律适用规则,往往是颇为必要且富有意义的。就此而言,《涉外民事关系法律适用法》第 15 条所规定“人格权的内容,适用权利人经常居所地法律”之法律适用规则值得肯定。尽管《涉外民事关系法律适用法》第 46 条就人格侵权法律适用问题特别予以规定,因人格权内容的多元性,对于该条规范到底是适用于所有人格侵权争议类型,还是仅适用于通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权争议类型,以及其他诸如生命权、健康权和身体权等广义的人格侵权类型,是否依然需依据该法第 44 条一般侵权法律适用规则确定争议案件的法律适用问题,不无疑问。换言之,有关该法第 46 条之特殊法律适用规定和第 44 条之一般法律适用规定相互间的关系问题,是一个不甚明晰而有必要进一步予以探究的问题。

<sup>①</sup> See Barbara C Steining, The Protection of Personality Rights in Comparative Perspective: Basic Questions, in Ken Oliphant, Zhang Pinghua & Chen Lei (eds.), The Legal Protection of Personality Rights: Chinese and European Perspectives, Brill/Nijhoff, 2018, pp.13-14; Johann Neethling, Personality Rights: A Comparative Overview, 38 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 217-244 (July 2005).

<sup>②</sup> See Graham Smith et al., Internet Law and Regulation, Sweet and Maxwell, 5th ed., 2020 pp.838-839; Mark Burdon, Digital Data Collection and Information Privacy Law, Cambridge University Press, 2020, pp.140-184; Kiesow Cortez (ed.), Data Protection Around the World: Privacy Laws in Action, T.M.C. Asser Press, 2021, pp.1-3.

<sup>③</sup> See Amy M. Conroy, Protecting Your Personality Rights in Canada: A Matter of Property or Privacy? 1 Western Journal of Legal Studies, 17-19 (2012).

(二)我国涉外人格侵权特殊法律适用规则评析

《涉外民事关系法律适用法》第46条特别就网络人格侵权法律适用问题明确予以规定,无疑体现了涉外网络争议案件法律适用的特殊需求,然而该法有关人格侵权特殊法律适用规则的适当性不应被高估。《涉外民事关系法律适用法》第46条注重自然人人格权益的维护,虽然对法人和其他实体之商誉等人格权关注程度不够,<sup>①</sup>但是并未将有关法人和其他实体之人格权争议事项排除在该条规定适用范围之外,没有像其他类似国家的特殊法律适用规则一样,强调诽谤侵权特殊争议类型,也没有如英美实践一样顾及诽谤争议案件与侵犯隐私权争议案件因实体法上的差异而带来不同法律适用之考量,而是将各种类型的人格侵权争议均纳入同一法律适用规则支配之下,以方便有关冲突规范的援引。该条有关人格侵权法律适用规则范围之规定,涵盖事项较广,免去了有关诽谤和侵犯隐私等争议事项之识别的困难,同时就不同人格侵权争议的法律适用予以同一对待,增进了法律适用的一致性并简化了司法任务,值得肯定。<sup>②</sup>然而,该条有关法律适用连结因素的规定则显然未顾及人格侵权争议解决的多元价值需求。

与中国国际私法学会所起草的《国际私法示范法》确立了权利请求人可以从受害人住所或惯常居所地法、加害人住所或惯常居所地法、传播行为发生地或侵权结果发生地法中选择适用法律的多元因素连结点不一样的是,《涉外民事关系法律适用法》第46条之规定仅仅确认了被侵权人经常居所(即惯常居所)这个唯一的连结点。受害人惯常居所地通常即是有关人格侵权争议案件之侵权行为发生地,也通常是与诽谤及侵犯隐私等人格侵权争议案件有最密切联系的地点,不少国家的立法和司法实践亦认可受害人惯常居所地在人格侵权争议案件中的特殊地位。在当前我国缺乏有关网络侵权争议解决中单一发布与复合发布概念的理论研究和立法与司法实践的背景下,以被侵权人经常居所地而非侵权行为地为基本连结因素,不仅可以免去侵权行为地之认定的不确定性,而且还可在某种程度上方便受害人权益的维护。然而,此种立法显然低估了网络人格侵权争议的复杂性。

第一,在我国立法未就不同人格侵权争议类型加以区分的前提下,有关人格侵权争议类型极为丰富,所涉问题也颇为复杂,受害人惯常居所地并非总是与争议有最密切联系的地点,或者即为侵权行为地。而且在当事人短暂出国旅行或参加会议、艺术参展等情形下,有关侵权行为并非总与当事人住所或惯常居所地密切相关,也许对方加害行为人根本就没有注意受害人惯常居所地法的可能与必要。特别是在网络技术背景下,对方当事人对于其行为有可能在作为受害人惯常居所地的他国所可能产生的侵犯他人人格权的后果根本无法合理地预见,由此不少国家对于侵权行为地或受害人惯常居所地法的适用有可预见性分析要素的考虑。

第二,即使是从受害人权益保护出发,尽管受害人惯常居所地法相对于其他相关法律而言,通常是与受害人联系最为密切、也是最为受害人所熟知的法律,然而就受害人权益维护而言,受害人惯常居所地法并非总是最有利于受害人权益维护或者是对受害人保障程度最高的法律。如果此种立法规定之意旨的确在于对受害人权益提供最大程度的保护,那么该种认可优先适用受

<sup>①</sup> See Collins et al., *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 16th ed., Sweet & Maxwell, 2022, p. 2269.

<sup>②</sup> See Dan Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 4th ed., Kluwer Law International, 2021, p.598.

害人从诸种与案件有所联系的法律中选择法律的立法例,无疑是一种最为理想的选择。在新近制定并对跨国人格侵权法律适用问题特别予以规制的立法中,我国和日本是为数不多的没有给受害人以任何法律选择权的国家。<sup>①</sup>

第三,在人格侵权争议解决中,有关自然人和法人及其他实体之权益维护,往往有不同特质与需求。就自然人而言,也许受害人惯常居所地通常与受害人联系更为密切些,自然人也往往在惯常居所地存在某些需要保护的特别权益;然而,就法人和其他实体而言,问题可能要复杂很多,就侵犯商誉、对有关商品或服务的诋毁性评价等诽谤争议案件,以及泄露商业秘密等人格侵权争议案件而言,也许受害人主营业所、商业活动地或相应的市场范围才是有关争议的利益中心所在地。<sup>②</sup>单纯以受害人惯常居所地为唯一联系因素,缺乏其他诸如更密切联系之矫正因素的冲突规则,很难确保相关跨国人格侵权案件争议解决的质量。

第四,顾及各国在人格侵权领域实体法律规则,以及信息自由与私人权益维护等价值取舍问题上所存在的差异,就有关行为是否构成侵权和随之引起的损害赔偿的性质、范围、时效、损害程度、损害赔偿额、举证责任承担等事项,加害人所享有的抗辩权利以及所可能采取的对应措施,以及针对加害人所可能采取的禁令或类似临时措施,分别适用不同国家法律有其根深蒂固的价值需求和无可否认的合理性,《涉外民事关系法律适用法》第46条之规定无疑失之于粗浅了,甚至可以说完全忽视了对网络人格侵权法律适用地域性及域外效力的考量。

第五,《涉外民事关系法律适用法》第46条所谓“通过网络或者采用其他方式”之立法措辞的确切含义,在实践中也存在到底该解释为仅指网络或类似方式信息传播侵权法律适用,抑或涵盖任何形式人格侵权法律适用问题之解决的疑问。

## 二、我国涉外网络人格侵权法律适用之司法考察

### (一)基于法律选择方法路径的整体考察

当前较为理想的司法实践当属最高人民法院确认发布的指导性案例。然而,历经北京市第一中级人民法院、<sup>③</sup>北京市高级人民法院审理,<sup>④</sup>最高人民法院再审,<sup>⑤</sup>并最终被确立为指导性案例的“乔丹”商标争议行政纠纷案(以下简称“‘乔丹’案”),<sup>⑥</sup>对构成该案裁判核心争点的“姓名权”可否认定为商标法所规定的“在先权利”的判决,不仅因为忽视了涉外商标争议冲突规范的援引,从而存在法律适用方法上的缺陷,而且还丧失了充分阐释有关涉外人格侵权争议案件的定性识别、人格权的权利内容以及《涉外民事关系法律适用法》第44条与第46条之间相互关系的绝佳机会。由此,尽管该案最终被确认为指导性案例,但是因该案本身在法律适用和裁判方法上的不足,故就涉外人格侵权法律适用而言,要求各受案人民法院参照该指导性案例的裁判要点作出

<sup>①</sup> See Symeon C. Symeonides, Cross Border Infringement of Personality Rights via the Internet: A Resolution of the Institute of International Law, Brill/Nijhoff, 2021, pp.104-105, 119.

<sup>②</sup> See Jaani Riordan, The Liability of Internet Intermediaries, Oxford University Press, 2016, pp.301-302.

<sup>③</sup> 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中行(知)初字第9163号行政判决书。

<sup>④</sup> 参见北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1915号行政判决书。

<sup>⑤</sup> 参见最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书。

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院指导性案例113号。

裁判的正当性不够充分。

从判决结果上考察,最高人民法院有关“‘乔丹’案”的再审判决无疑是正确的,但正如最高人民法院再判决书所分析的一样,将核心争点认定为商标法上在先权利的争议姓名权,并非基于《中华人民共和国商标法》之有关特别规定,而是基于《中华人民共和国民法通则》(已废止)第99条第1款、《中华人民共和国侵权责任法》(已废止)第2条第2款等有关自然人依法享有姓名权的其他法律规定,同时所谓争议自然人姓名权所涉“乔丹”即指美国篮球职业联赛前运动员乔丹无疑。本案争议之解决,需要面对两个方面的法律问题:一方面,该争议案件具有涉外因素,需注意到冲突规范的援引;另一方面,该争议案件涉及两个以上的法律关系,即有关姓名权的权利归属与人格权的内容,以及商标注册侵权损害的存在。由此该争议案件法律适用问题,首先应当依据《涉外民事关系法律适用法》第2条之规定,援引该法有关冲突规范予以确定;其次,因该案争议涉及两个以上法律关系,且有关姓名权的权利认定构成争议商标注册是否侵权之前提条件,故应依据《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12条、第13条之规定,分别确定应适用之法律;最后,就该案争议姓名权之人格侵权法律适用问题而言,存在当援引适用《涉外民事关系法律适用法》第44条的规定抑或第46条的疑问。最高人民法院再审判决回避依据《涉外民事关系法律适用法》确定法律适用问题而径直援引我国有关内国立法规定予以裁判的做法,不仅在法律适用方法上有所欠缺,也失去了通过最高级别的裁判实践就《涉外民事关系法律适用法》第44条和第46条之间的关系予以考察阐释的机会。作为指导性案例的该案裁判在法律适用方法的指引价值上所可能发挥的功效的确不容高估。事实上,上海市第二中级人民法院在2020年所作类似判决中,即注意到有关争议案件的涉外性,明确援引《涉外民事关系法律适用法》第44条作为裁判案件的依据。<sup>①</sup>虽然该案判决并未进一步阐明为何以《涉外民事关系法律适用法》第44条而非以第46条裁判争议案件的问题,但是受案人民法院明显对第46条之规定持限制性的解释立场。

与“‘乔丹’案”的判案实践不同,不少受案人民法院在裁判实践中不同程度地注意到了涉外人格侵权法律适用问题的特殊性,分别或者同时依据《涉外民事关系法律适用法》第44条和第46条之规定作为裁判案件的依据。在笔者所筛选的近50个有代表性的判案实践中,一些受案人民法院的裁判说理和法律适用方法颇为成熟,而另一些受案人民法院的判决则不尽如人意,立法层面的缺陷暴露无遗。当前我国受案人民法院有关涉外人格侵权法律适用问题的实践状况大致可以概括如下:(1)各受案人民法院对有关案件争议事实和当事人权利请求与抗辩陈述之认定,几乎都确立在我国相关立法和司法实践基础之上。虽然此种做法合乎《涉外民事关系法律适用法》第8条涉外民事关系的定性适用法院地法律的立法规定,但是将争议事实和当事人权利请求与抗辩陈述的认定完全局限于内国法规定,有可能从一开始即限制了受案人民法院对争议本身属性的认识,从而进一步制约了有关冲突规范的适当援引。(2)与前述定性识别问题相对应,《涉外民事关系法律适用法》第44条与第46条的具体适用和相互关系往往是困扰受案人民法院和当事人的一个比较棘手的问题。依据特殊法优于一般法以及《涉外民事关系法律适用法》上下文分析,第46条构成第44条适用的例外。然而虽然第46条的措辞看似清楚明了,但是在司法实践中仍具有极大的不确定性,甚至令某些受案人民法院无所适从,受案人民法院根据该条立法

<sup>①</sup> 参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民一(民)初字第1号民事判决书。

规定展开的司法实践不能说不混乱。立法所谓“通过网络或者采用其他方式侵害……人格权”是就各种人格侵权而言抑或仅限于网络或类似大众传媒人格侵权而言?从字面理解,通过网络或其他各种形式的人格侵权均可包括在内,即该条之规定当适用于各种人格侵权。然而如果该条之规定意在适用于各种人格侵权争议,立法者为何不直接一般性地规定人格侵权法律适用规则而特意突出“网络”字样呢?相反,如果该条规定旨在仅适用于网络或类似人格侵权争议,为何又采用“其他形式”这一并无任何限定的兜底性措辞呢?不够严谨的立法规定,难免带来司法实践的不确定性。

## (二)司法实践状况的类型化分析

当前我国受案人民法院对于人格侵权法律适用问题的实践,虽然不乏裁判说理和法律适用都颇为恰当的判决,但整体状况很难尽如人意,甚至有些人民法院对于明显通过网络或类似媒介侵犯人格权的案件判决亦完全忽略了《涉外民事关系法律适用法》第46条的存在。以下试以网络人格侵权为研究对象,以类型化的方法对相关司法实践予以剖析。

1. 注重网络人格侵权特殊法律规则的适用。无论《涉外民事关系法律适用法》第46条之规定的确切含义为何,就网络人格侵权而言,援引该条规定适用被侵权人经常居所地法律裁判有关争议,当是该立法规定应有之意。事实上,不少受案人民法院<sup>①</sup>即充分注意到网络人格侵权的特殊性,清楚明白地适用《涉外民事关系法律适用法》第46条确定争议案件的法律适用问题。

2. 忽视网络人格侵权法律适用规则的特殊性。尽管《涉外民事关系法律适用法》第46条对人格侵权法律适用问题有特殊规定,从而在很大程度上排除了一般侵权法律适用规则就人格侵权争议案件的可适用性,但是司法实践并非总是那么确定。不少受案人民法院<sup>②</sup>显然忽视甚或回避了有关争议的特殊性,简单地援引《涉外民事关系法律适用法》第44条确定争议案件的法律适用。例如,在“中山市国美电器制造有限公司与林志玲肖像权、姓名权纠纷案”<sup>③</sup>中,国美公司通过其官方网站、1688平台网店等媒介及平台广泛使用林志玲照片和签名对其产品进行宣传推广及销售,尽管受案人民法院认可国美公司实施侵权的方式、所造成的影响均在网络上,但是忽视了《涉外民事关系法律适用法》第46条规定,不加解释地援引第44条规定。此类判案实践绝非个例,不少受案人民法院在关涉网络人格侵权的司法实践中都忽视了网络人格侵权的特殊性,径直以《涉外民事关系法律适用法》第44条作为裁判依据,有关法律适用和裁判说理的适当性值得怀疑。

3. 否定网络人格侵权特殊法律适用规则的适用。与前述忽视网络人格侵权的特殊性而简单地直接援引《涉外民事关系法律适用法》第44条规定作为裁判案件依据的司法实践不同,某些受案人民法院虽然注意到了第46条规定的存在,但是依然基于某种分析缘由否定该特殊法律适

<sup>①</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01民终4780号民事判决书、江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01民终9549号民事判决书、上海市闵行区人民法院(2020)沪0112民初9984号民事裁定书、上海市闵行区人民法院(2020)沪0112民初10280号民事裁定书、北京市第四中级人民法院(2021)京04民终132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。

<sup>②</sup> 广东省广州市白云区人民法院(2018)粤0111民初11163号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终9141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、北京市第四中级人民法院(2020)京04民终256号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见广东省中山市中级人民法院(2018)粤20民终7306号民事判决书。

用规则的适用,而肯定了一般侵权法律适用规则的可适用性。尽管该种限制性解释之分析说理并不令人满意,但是此种分析解决问题的方法,相对于那种完全忽视有关法律特殊规定的实践而言,仍是值得肯定的。例如,在“LucaDotti 与苏州工业园区金海华餐饮管理有限责任公司一般人格权纠纷案”<sup>①</sup>中,江苏省苏州市中级人民法院指出:“《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。上述法律规定确定了以媒体方式侵害人格权的特殊法律适用原则,上述法律规定中的‘其他方式’指向与网络相近或相类似的媒介传播方式,例如电视、电影、广播、传真、电报、短信等无线通信方式或报纸、杂志、图书、信件等纸质传媒方式。本案中,金海华公司虽通过微信公众号、官网方式推送有关奥黛丽·赫本姓名及肖像的宣传文章,但上述行为属于金海华公司经营餐厅的营销手段,与以媒体方式进行侵权的本质不同,金海华公司依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 46 条规定要求法院查明、适用外国法,本院不予支持”。受案人民法院通过区分行为方式和实质目的,对《涉外民事关系法律适用法》第 46 条之适用予以限制性解释。虽然此种分析说理和法律适用的适当性有待进一步观察考究,但是就裁判方法和法律适用路径而言,无疑是值得肯定的。

在关涉通过微信群、推文发布信息侵犯他人名誉权的“卢毅、林健华名誉权纠纷案”<sup>②</sup>中,一审法院以《涉外民事关系法律适用法》第 46 条作为裁判案件的依据,二审人民法院则援引第 44 条作为裁判案件的依据,继而否定了第 46 条的规定。遗憾的是,就此种法律适用的不同,二审人民法院并未作任何分析说理,其裁判结论也是“一审法院判决认定事实清楚,适用法律正确,本院予以维持。卢毅的上诉理由不成立,本院依法予以驳回”。二审人民法院的裁判法理,实在令人困惑。同时,该案裁判也在很大程度上暴露了受案人民法院在法律适用中所存在方法论上的缺陷。

4. 将网络人格侵权法律适用规则与一般侵权法律适用规则相混同。无论《涉外民事关系法律适用法》第 46 条所规定人格侵权法律适用规则的确切含义为何,该条规定与该法第 44 条所规定的一般侵权法律适用规则在法律适用方法和路径上有着显著的不同。第 46 条之规定以被侵权人经常居所地法律为唯一可适用的法律;第 44 条则以侵权行为地法律为一般法律适用依据,在当事人具有共同经常居所的情况下,应该适用当事人共同经常居所地法,此外第 44 条之规定还充分肯定了当事人在侵权行为发生后协议选择法律的可能。注意到二者在方法、路径和适用后果上存在着明显差异,没有理由在具体司法实践中将这两条规定混为一谈。然而依然有不少受案人民法院<sup>③</sup>不加分析地对《涉外民事关系法律适用法》第 44 条和第 46 条之规定一揽子加以适用,有关裁判文书逻辑推理颇为混乱或者缺乏有力说理。甚至有受案人民法院裁判认为,《涉外民事关系法律适用法》第 44 条和第 46 条之规定相一致,该法有关人格侵权法律适用问题的特殊规定,并不排除当事人协议选择法律的可能!<sup>④</sup>

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

③ 参见广州互联网法院(2019)粤 0192 民初 1583 号民事判决书、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 23380 号民事判决书。

④ 参见广东省广州市中级人民法院(2019)粤 0192 民初 23380 号民事判决书、广东省广州市中级人民法院(2019)粤 0192 民初 1583 号民事判决书。

可见,我国受案人民法院在确定涉外人格侵权法律适用问题时,除了因《涉外民事关系法律适用法》第46条的立法规定不够严谨从而带来司法实践的不确定性之外,不少受案人民法院对有关立法所确定的法律适用方法和路径的认识模糊不清也是一个很重要的原因。<sup>①</sup>受案人民法院在《涉外民事关系法律适用法》第46条与第44条关系上所呈现出来的认知问题与不足,以及立法对网络人格侵权法律适用依据特别加以限制,仅存在适用被侵权人经常居所地法可能的立法规制,亟待在未来立法和司法实践中予以矫正、发展与完善。值得肯定的是,也有不少受案人民法院在裁判涉外人格侵权争议实践中,注意到各国有关人格权的内容所存在的差异及其由此所引起的法律冲突问题,援引《涉外民事关系法律适用法》第15条就争议案件人格权的内容加以确定。<sup>②</sup>至于在司法实践中那种完全忽视涉外人格侵权法律适用的特殊性,将涉外人格侵权和纯国内人格侵权混为一谈,直接援引国内实体法律规则裁判案件的实践,则是另一层面值得关注的问题,不在本文研究之列。

### 三、域外网络人格侵权法律适用规则考察与借鉴

#### (一)一般侵权法律适用规则

因各种媒介所引起的跨国人格侵权争议,除了少数国家确立特殊规则解决法律适用问题之外,大多数国家的立法和司法实践并未就人格侵权确立特殊的管辖规则和法律适用规则,而是继续援引侵权行为地此种一般冲突规则以解决法律适用问题。<sup>③</sup>

人格侵权适用侵权行为地法之冲突规范,在具体争议解决适用中首先存在的问题是侵权行为地如何加以确定。将有关加害行为地抑或损害行为地认定为人格侵权法律适用之侵权行为地本身就值得置疑,<sup>④</sup>就网络人格侵权法律适用之侵权行为地的认定而言,问题又要复杂很多。网络人格侵权争议往往起因于信息发布者借助一定的网络媒介发表披露不良信息内容,或者网络服务商不当承载或散布某些非法讯息。虽然此等行为是引致网络人格侵权的根源,但是单纯的此等前期行为并不当然造成侵权行为后果,仅当信息发布人之外的第三人阅读或点击有关信息内容进而在一定范围内对受害人形成否定性评价或者不良影响时,相关侵权行为才确切地最终发生。仅仅将有关信息披露在网络平台本身通常尚不足以成其为发布的证据。<sup>⑤</sup>各国对信息自由和私人权益维护所奉行的价值观念不同,对人格权益维护所赋予的内涵和保护程度也有所差异,在一国属于正当的信息发布或信息收集行为在另一国可能构成侵权。特别是因为人格侵权

<sup>①</sup> 参见徐伟功、张亚军:《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》,《国际法研究》2023年第2期。

<sup>②</sup> 参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7188号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7190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、广东省珠海横琴新区人民法院(2020)粤0491民初1215号民事判决书。

<sup>③</sup> See Javier Carrascosa González, *The Internet Privacy and Rights Relating to Personality*, 378 *Recueil des Cours*, 396 (2015).

<sup>④</sup> See Interim ILA Report, *Protection of Privacy in Private International and Procedural Law*, Sydney Conference 2018, note 81.

<sup>⑤</sup> See Matthew Collins, *Collins on Defamation*, Oxford University Press, 2014, p.71.



信息内容往往借助不同媒介在不同范围内予以散布,各国在跨国诽谤等人格侵权争议解决中,历来存在单一发布规则与复合发布规则的分野。具体到人格侵权法律适用中,又存在以信息来源发表地为侵权行为地,抑或以信息接收散布地或受害人所在地为侵权行为地的不同做法。通常而言,强调信息自由的国家往往倾向于以信息来源地或加害人行为地为侵权行为地;而注重私人权益维护的国家则更倾向于以信息接收地或受害人住所或惯常居所地等损害后果地为侵权行为地。<sup>①</sup>

将侵权行为地确立为一条一般法律适用规则,在具体实践中的做法颇为复杂。有些国家会简单地以此为据确定跨国人格侵权法律适用问题,更多的国家则在此种一般法律适用规则基础上,结合处理案件争议需要,注入诸如当事人主观意向、当事人住所或主要活动地、最密切联系、当事人可预见性等因素以增进法律适用的灵活性,甚至构成侵权行为地法律适用规则的例外。事实上,即便是侵权行为地规则自身,也因对侵权行为地的不同解释或对当事人所受损害程度的关注而存在一定的灵活性。<sup>②</sup>在网络人格侵权争议解决中,因为有关信息内容在理论上有可能在世界任何国家或地区得以传播知晓,虽然有关侵权行为地规则的适用仍然有其可适应性,<sup>③</sup>但此种有关着眼点和动态平衡的考量无疑更为重要。

## (二)侵权行为地法律适用规则的例外

尽管当今专门针对人格侵权确定特殊法律适用规则的国家还为数甚少,大多数国家依然援引一般侵权法律适用规则确定人格侵权法律适用问题,但是这其中有不少国家通过授权受害人选择适用加害行为地或后果发生地法律、适用受害人惯常居所地法、适用最密切联系地法、适用法院地法等方式增进法律适用的质量。<sup>④</sup>(1)当事人协议选择。从增进法律适用的可预见性和维护当事人自身利益角度而言,认可当事人自主选择处理侵权争议的法律值得肯定。不过在人格侵权领域,通过当事人自主选择确定法律适用问题,虽然得到某些国家的认可,但是在实践中并不普遍。究其原因,在于双方当事人的人格侵权争议领域很少倾向于通过协商解决争议。(2)当事人共同属人法。跨国人格侵权争议案件的解决,虽然凸显了某种价值观念或公共利益因素的考量,但是从根本上看其重心仍主要关乎当事人个人切身利益的维护。当事人双方共同国籍国、当事人共同住所地国或当事人共同惯常居所地国,往往与当事人自身生活或有关行为具有最密切的联系,而且该有关国家通常可对双方当事人的权益公平地给予保护。因此,在实践中,有些国家认可属人法在人格侵权争议案件中的优先适用性,即当事人具有同一国家国籍、住所或惯常居所时,可排除侵权行为地法的适用而例外地适用共同属人法。需指出的是,此种共同属人法

<sup>①</sup> 由澳大利亚最高法院于2002年所审理的“道琼斯公司诉古尼克案”,较为集中地反映了单一发布规则与复合发布规则在跨国网络诽谤领域的不同应用。See *Dow Jones & Company Inc v. Gutnick*, [2002] HCA 56 (10 December 2002); Matthew Castel, *Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet*, 51 *Alberta Law Review*, 155—156 (2013).

<sup>②</sup> See Pedro De Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, pp.182—183.

<sup>③</sup> See Collins et al., *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 16th ed., Sweet & Maxwell, 2022, pp.2347—2349.

<sup>④</sup> See Symeon C. Symeonides, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet: A Resolution of the Institute of International Law*, Brill/Nijhoff, 2021, pp.122—126.

的适用,在许可当事人协议选择准据法的国家,并不具有超越当事人所选择法律而优先适用的效力。(3)最密切联系或更密切联系地法。在诸种侵权行为地法律适用例外规则中,最密切联系或更密切联系规则也许是最有助于提升法律选择的质量、平衡多元价值需求的法律选择规则,如果在地域联系因素之外,适当注入利益分析因素,或首先顾及利益中心地法律适用的价值,无疑更适宜用于处理跨国网络人格侵权争议案件的解决。<sup>①</sup> 将其作为侵权行为地法律适用规则的例外,援引该规则所可能导致的法律选择的后果并非那么地不可预见,甚至可以说,因为此种有所节制的灵活性规则的引入,在某种程度上增进了法律选择的质量。特别是在当事人之所在及有关行为地点之所在往往不够确定的受害人针对网络服务商诉请权利救济的网络人格侵权争议解决中,严格掌握的最密切联系之例外适用无疑是一种颇值肯定的实现网络侵权争议场所化的方法和路径。(4)受害人住所地或惯常居所地法。确切说来,人格侵权受害人住所地或惯常居所地法的适用并非侵权行为地一般法律适用规则的例外。因为受害人住所地或惯常居所地通常即是损害后果发生地,由此在某种意义上言之,该因素乃是确定侵权行为地的一项重要标准。<sup>②</sup> 然而在某些情形下,的确存在损害后果地与当事人住所或惯常居所地不一致的可能,由此将受害人住所或惯常居所地法作为侵权行为法律适用规则的例外亦有其现实可行性。

有关人格侵权适用受害人属人法,特别是受害人惯常居所地法,无论是对受害人抑或是对侵权行为人而言,对法律适用结果往往具有可预见性。在网络技术背景下,当事人惯常居所相对于侵权行为地等其他因素而言,无疑是一个更具确定性的连结因素。同时也因不少人格侵权案件受害人选择在自己之所在地提起诉讼请求,该有关受害人惯常居所地法,往往即是法院地法的原因,有关法律适用问题的解决相对而言较为容易。特别是在大多情形下,受害人惯常居所地即是当事人生活工作中心之所在地的原因,受害人惯常居所地法通常亦是与争议有最密切联系的法律。不过值得注意的是,对某些有意在惯常居所地之外构筑个人生活特别是工作重心的当事人而言,惯常居所地未必是与有关争议存在最密切联系的地点,甚至个别受害人之惯常居所的确定本身即成为问题。<sup>③</sup>

### (三)人格侵权特殊法律适用规则

出于对人格侵权争议特殊性的考虑,也因受到国际私法立法专门化趋势的影响,有些国家通过立法就人格侵权争议类型确立了专门的法律适用规则,以特别适用于跨国人格侵权争议的法律选择。瑞士、日本、匈牙利、拉脱维亚、比利时、保加利亚、罗马尼亚、澳大利亚、美国等国家,都存在有关人格侵权特殊法律适用规则的立法和司法实践。确立人格侵权特殊法律适用规则的国家通常并不否定侵权地法的适用,而是在加害行为地和损害后果地的基础上,通过对损害后果地

<sup>①</sup> See Frederike Zufal, *Shifting Role of the “Place”: From locus delicti to Online Ubiquity in EU, Japanese and U.S. Conflict of Tort Laws*, 83 *RebelsZ*, 783–784 (2019).

<sup>②</sup> See James R. Pielemeier, *Choice of Law for Multistate Defamation—The State of Affairs as Internet Defamation Beckons*, 35 *Arizona State Law Journal*, 85–89 (2003); *Mzamani v. Winfrey*, 693 F. Supp. 2d 442 (E.D. Pa. 2010); John F. Coyle, William S. Dodge and Aaron D. Simowitz, *Choice of Law in the American Courts in 2022: Thirty–Sixth Annual Survey*, 71 *American Journal Comparative Law*, 253 (2023).

<sup>③</sup> See Jan von Hein and Anna Bizer, *Social Media and the Protection of Privacy: Current Gaps and Future Directions in European Private International Law*, 2018 *International Journal of Data Science and Analytics*, 236–239 (2018).

的进一步阐释,注入受害人住所或惯常居所等相关要素,授权受害人在顾及加害人之可预见性的前提下,就可适用的法律进行选择;或者在适用某种法律适用规则的基础上,以更密切联系原则对所应适用的法律加以矫正;或者结合信息自由和私人权益维护之不同考虑,对信息发布者抗辩理由和受害人损害赔偿分别适用不同国家的法律。具体到不同国家,有关立法和司法实践状况不尽相同。<sup>①</sup>

值得注意的是,虽然因为分歧较大,《罗马规则 II》曾明确地将诽谤等人格侵权法律适用问题排除在规则适用范围之外,<sup>②</sup>但是欧盟有关确立统一人格侵权法律适用规则的努力一直没有停止。欧洲议会于2012年5月所发表的有关修正《罗马规则 II》的最新立法动议(以下简称《动议》)之规定值得关注。《动议》提议增补隐私和相关人格侵权特殊法律适用规则。《动议》第1款开宗明义地规定,侵犯隐私或包含诽谤在内的有关人格权利的非契约之债争议事项所适用的法律,应该是与所引致或可能造成之损失或损害有最密切联系的国家的法律;但如果该行为人无法合理预见其行为在所述有关国家所引致之实质后果,则应适用该行为人所惯常居所地法。《动议》第3款规定,当有关侵权之争起因于印刷品出版或某一广播行为时,出版或广播服务主要针对国将被视为最密切联系国,如果此种针对性不甚明显,则编辑控制实施地国家将被视为最密切联系国,此等最密切联系国的法律将进而得到适用。有关出版或广播主要针对国,应该特别通过出版或广播语言、在某国的销售行为或视听人数占整个销售或视听人数的比例,或综合此种多元因素加以确定。《动议》第4款还进一步规定,针对出版者或广播者就所控出版或广播行为,以及对其因经手个人数据而引致侵犯隐私或其他人格权利指控,出版者或广播者予以回应的权利或可采取之对应措施,以及对其所施加任何阻止措施或禁止性的命令所适用的法律,应该是有关出版者、广播者或数据经手人所惯常居所地法律。<sup>③</sup>与大多数国家国内立法规定不同,《动议》并未将受害人住所地或惯常居所地作为首要法律适用依据,也未给予受害人优先选择法律的权利,加之《动议》有关信息发布者抗辩权利和所采取对应措施的规定,多少有偏袒信息发布者权益之嫌。不过《动议》有关最密切联系规则的规定和针对性标准的注入,依然在很大程度上保证了《动议》的较高立法水平,特别是就应对日益丰富的网络人格侵权争议案件之法律适用需求而言,《动议》值得我国立法和司法实践予以参酌借鉴。

#### 四、我国涉外网络人格侵权法律适用规则的优化完善

适当的人格侵权法律适用规则,至少是能平衡受害人权益维护和加害人责任承担之公平、顾

<sup>①</sup> See Symeon C. Symeonides, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet: A Resolution of the Institute of International Law*, Brill/Nijhoff, 2021, pp.102-107.

<sup>②</sup> See Graham Smith et al., *Internet Law and Regulation*, 5th ed., Sweet and Maxwell, 2020, p.800.

<sup>③</sup> See A7-0152/2012, Report with Recommendations to the Commission on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), [2009/2170(INI)], Annex to the Motion for a Resolution; Detailed Recommendations as the Content of the Proposal Requested; P7\_TA(2012)0200, European Parliament Resolution of 10 May 2012 with Recommendation to the Commission on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) [2009/2170(INI)].

及法律适用的灵活性和可预见性、融合冲突公平与个案公正、体现多元价值需求的复合因素法律适用规则。<sup>①</sup> 借鉴各国立法和司法实践,从我国立法、司法实践现状和涉外人格侵权案件争议解决需求出发,可以从以下几个路径完善我国涉外网络人格侵权法律适用规则:(1)在最大程度地尊重我国现有立法成就的基础上,通过注入更密切联系分析要素,以适当地增加法律适用的灵活性。具体可作如下规定:“通过网络或其他方式侵害他人姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的,适用被侵权人惯常居所地法律”;“但是如果从案件当事人和争议事实等基本要素分析,争议明显与另一国有更密切联系时,适用该另一国的法律”。(2)充分顾及受害人权益维护的需要,优先适用受害人单方面选择的与争议有所关联的法律,同时在顾及加害人对法律适用后果之可预见性的同时,适当尊重信息来源地法所确认的特殊救济手段,以及加害人就所传播信息侵权指控予以回应的权利。可以借鉴瑞士、罗马尼亚、德国等国的立法实践,作出如下规定:“通过网络、出版物、广播、电视等公众传媒,以诽谤或侵犯隐私等方式构成人格侵权的,适用权利请求人所选择的,加害人可预见在该地招致侵权后果的受害人惯常居所地法、加害人主营业所或惯常居所地法、加害人可预见之损害后果发生地法”;“加害人针对有关传媒所采取抗辩回应的权利等特殊事项,则受信息来源地法或传播行为发生地法支配”。(3)在确立更为中立的法律适用规则的同时,尽量简化规则条文本内容和司法任务,并反映当代法律适用的多元价值需求。也即可一般性地规定,“通过网络、书报、试听媒介等公众传媒侵犯人格权的,适用与争议当事人和争议事实联系最为密切的国家的法律”;“最密切联系地的认定,应该综合考虑加害人惯常居所地或营业中心所在地、信息传播行为发生地、受害人惯常居所地或营业中心所在地、受害人利益中心所在地、加害人对有关信息传播及损害后果的可预见性、信息传播范围、在特定国家的传播程度和受众人数在整个信息传播中所占的比例等有关分析要素”;“通常情况下,受害人惯常居所地即是最密切联系地,除非其他有关国家与争议和当事人之间的联系更为紧密”;“如果双方当事人在争议发生后,或者在彼此所参与的商事行为或与网络服务商所达成公众媒介协议中,就所引致非契约之争法律适用问题事先达成了选择协议,则应该优先适用当事人所选择的法律”。这一立法建议,与国际法协会题为《网络人格侵权:管辖权、法律适用和外国判决执行问题》的最新研究报告有关建议案相比,虽然立法技巧有所不同,但实质内容上是一致的。<sup>②</sup> (4)为确保跨国人格侵权法律适用规则(包括网络人格侵权争议案件法律适用规则)的适当适用,避免法律适用的不确定性,在未来立法中可考虑借鉴域外立法和司法实践,如同拟议中的《美国第三次冲突法重述》(立法临时草案)一样,摒弃有关“通过网络或其他方式”之限制性措辞,一般性地对侵犯隐私、诽谤等

<sup>①</sup> See Peyer Hay, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, 226 *Recueil des cours*, 394-400 (1991-D); Symeon C. Symeonides, ed., *Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer International Law, 21-62 (1999); François Meier, *Unification of Choice-of-Law Rules for Defamation Claims*, 12 *Journal Private International Law*, 501-507 (2016); Kermit Roosevelt III, *Certainty Versus Flexibility in the Conflict of Laws*, in *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Franco Ferrari & Fernández Arroyo (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, 2019, pp.7-15.

<sup>②</sup> See Erik Jayme et Symeon C. Symeonides, *Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments*, 8ème commission, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2019, pp.274-277.

人格侵权法律适用规则予以规定。<sup>①</sup>

上述有关立法建议在综合涉外人格侵权争议解决之多元价值需求、适当顾及法律适用的确定性和灵活性的同时,还较为恰切地反映了网络技术手段和云计算等公众传媒的发展利用。对人格侵权法律适用在网络技术背景下所可能带来的冲击与挑战,值得引起我国有关立法和司法实践部门较高程度的重视。

---

---

**Abstract:** With the application and development of information network technology, the controversy and settlement of transnational personality infringement caused by internet information dissemination have aroused the widespread concern of the international community. As to China's contemporary judicial practice, it should make clear the just meaning of Article 46 of China Applicable Law to Foreign Related Civil Matters as to special conflicts rule of personality infringement, and the applicable boundary between Article 46 and general tort conflicts rule of Article 44. Personality infringement has particularity in the application of law relative to infringement disputes such as intellectual property rights and product liability. Especially in the dissemination of bad information in the internet, the subjective behavior of the parties and the different values of the relevant countries, is bound to inject new legal considerations such as the place of fort, the habitual residence of the victim, the most closely contact and other applicable rules into the corresponding consideration of the subjective behavior of the parties, and the degree of utilization of the technical means. This kind of consideration is also an appropriate choice for the development and perfection of the rules of applicable law to China's transnational internet personality infringement.

**Key Words:** internet personality infringement, applicable law, localization, fair balance

---

---

责任编辑 何 艳

---

<sup>①</sup> See ALI, Restatement of the Third Conflict of Laws, Tentative Draft No. 2, March 25, 2021.