

论涉外邮轮侵权法律适用规则的困境与完善

——以我国首例公海邮轮侵权案为例

严凌成*

内容摘要:作为我国首例公海邮轮侵权案,“蓝宝石公主”号案判决表明:由于我国《海商法》对涉外海事侵权法律适用规则未做规定,当前我国《法律适用法》第44条在涉外邮轮侵权纠纷中已暴露出适用困境。未来我国涉外邮轮侵权法律适用规则的完善,应坚持优先保护邮轮旅客的利益并适当兼顾邮轮公司对法律适用的可预见性利益,一方面,建议《海商法》修订中增加涉外邮轮侵权法律适用条款;另一方面,建议最高人民法院对《法律适用法》第44条的适用做出司法解释。

关键词:蓝宝石公主号案 法律适用法 涉外邮轮侵权 法律适用

当前,邮轮旅游合作已成为推动共建21世纪海上丝绸之路的重要举措。^①尽管我国是仅次于美国的全球第二大邮轮旅游消费市场,但是我国邮轮旅游市场几乎被欧美邮轮公司垄断,其原因主要有两点:一是我国邮轮旅游业起步较晚;二是我国涉外邮轮旅游法治体系仍然处于初建阶段。^②尤其是,我国因缺乏全国性的邮轮旅游单独立法以及实行特殊的“邮轮船票销售模式”^③,导致学界对邮轮旅游合同基础法

* 中山大学法学院博士研究生,中山大学海洋战略与法律团队研究人员。

本文系南方海洋科学与工程广东省实验室(珠海)资助项目(SML2020SP005)的阶段性成果。

① 参见国家发展改革委、外交部、商务部:《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,http://www.xinhuanet.com/world/2015-03/28/c_1114793986.htm,2022年8月19日访问。

② 当前,我国法院审理的邮轮旅游纠纷基本属于涉外民商事纠纷,因为此类案件的当事人一般会涉及外籍邮轮公司,而且侵权行为地主要位于公海领域。

③ 目前中国邮轮旅游市场主要采取“包销为主,直销为辅”的邮轮船票销售模式。“邮轮船票包销模式”是指旅行社通过与邮轮公司签订邮轮船票销售合同,由前者购买后者的全部或部分邮轮船票(所以又叫“包切舱船票销售”),然后再由前者与旅客签订邮轮旅游合同将邮轮船票销售给旅客;“邮轮船票直销模式”是指邮轮公司及其代理人、受雇人直接与旅客签订邮轮船票合同后向旅客直接出售邮轮船票。“邮轮船票包销模式”是我国主流的邮轮船票销售模式,而“邮轮船票直销模式”是域外主流的邮轮船票销售模式。有学者认为,中国邮轮船票包销模式实际上是我国理论界和实务界对邮轮船票合同定性不明以及中国尚未形成完整的邮轮经济产业链与需求量大的邮轮旅游业的妥协产物。参见吕方园:《运输视角下邮轮法律问题研究》,大连海事大学2015年博士学位论文,第163页。笔者认为,鉴于国际邮轮旅游业的强大经济附带作用以及中国邮轮市场被外籍邮轮公司完全垄断,加之全球疫情引起的邮轮公共卫生事件,权衡利弊之后,邮轮船票包销模式仍是未来我国邮轮旅游市场的主流模式。

律关系问题仍有较大分歧。^①这种现状直接导致中国邮轮旅客在“蓝宝石公主”号案^②中放弃“合同之诉”而选择“侵权之诉”向法院起诉。

应该说,作为我国首例公海邮轮侵权纠纷,“蓝宝石公主”号案在国内外海事界引起了不少关注。^③上海海事法院将该案识别为涉外海上人身损害责任纠纷后,否定了公海船舶内部侵权纠纷适用船旗国法的传统做法,而是认为《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下称《法律适用法》)第44条^④之“一般涉外侵权法律适用规则”已无法适用,进而依据该法第2条第2款^⑤之最密切联系原则确定准据法为中国法。尽管已有不少学者就该案中的法律适用问题进行了讨论,^⑥却鲜有学者对《法律适用法》第44条在涉外邮轮侵权纠纷中的具体适用困境进行系统性研究。鉴于《中华人民共和国海商法》(以下称《海商法》)对涉外海事侵权法律适用规则的立法缺位,未来我国法院仍然会依据《法律适用法》第44条来确定涉外邮轮侵权纠纷的准据法。^⑦故本文首先对“蓝宝石公主”号案进行介评;其次,对《法律适用法》第44条在涉外邮轮侵权纠纷中的适用困境进行论析;最后,从立法和司法视角提出我

① 参见陈琦:《邮轮旅游经营者法律界定分歧的破解——以〈旅游法〉〈海商法〉的制度冲突为视角》,《法学》2020年第6期,第141-156页;孙思琪、戒逸:《邮轮旅游法律关系的立法范式与理论辩证》,《中国海商法研究》2017年第3期,第85-96页;郭萍:《对邮轮合同法律性质的探究及思考》,《中国海商法研究》2016年第1期,第55-62页。

② 参见羊某某诉英国嘉年华邮轮有限公司海上人身损害责任纠纷案,上海海事法院〔2016〕沪72民初2336号民事判决书。

③ 早前,我国司法实践也有不少案例涉及涉外邮轮侵权纠纷的法律适用争议,但由于侵权行为地位于中国海域或者案件标的额较小,邮轮当事人基本上通过和解或调解即可结案。例如,赵某诉皇家加勒比邮轮船务(中国)有限公司等海上人身损害赔偿责任纠纷案(上海市高级人民法院〔2019〕沪民终225号民事判决书);蒋某某等诉浙江省国际合作旅行社有限公司上海分公司海上人身损害责任纠纷案(上海市高级人民法院〔2018〕沪民终85号民事判决书);严某某诉意大利歌诗达邮轮有限公司等海上人身损害赔偿纠纷案(上海海事法院〔2016〕沪72民初2620号民事裁定书)等。

④ 《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,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。

⑤ 《法律适用法》第2条第2款规定,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。

⑥ 参见闻银玲:《我国国际邮轮旅游法律问题研究》,中国旅游出版社2020年版,第140页;孙思琪、郑睿:《邮轮旅客人身损害责任纠纷四题——评中国邮轮旅客公海人身侵权第一案》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2020年第2期,第4-6页;谢振衍、郭灿:《外籍邮轮人身损害赔偿责任纠纷的法律适用》,《人民司法》2019年第5期,第79-83页;陈琦:《海事国际私法视角下邮轮旅游法律适用规则的审思与重构——以〈海商法〉修订为契机》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第2-10页;谢忱:《我国涉外邮轮侵权纠纷法律适用研究》,《山东警察学院学报》2018年第3期,第39-49页。

⑦ 除了船舶碰撞侵权责任准据法之外,我国《海商法》并未规定船舶油污、海上人员伤亡等其他涉外海事关系法律适用问题,因此,我国司法实践一般直接根据《法律适用法》第44条确定涉外海事侵权纠纷的准据法。

国涉外邮轮侵权法律适用规则的完善路径。^①

一、“蓝宝石公主”号案介评

“蓝宝石公主”号案从立案至结案,一共历时4年之久,在此期间内经过2次管辖权异议、1次先予执行、7次庭前会议证据交换、1次执行裁定。

(一)案情回顾

2015年8月1日,原告中国公民羊某某及其母亲羊某与第三人浙江省中国旅行社集团有限公司(下称“浙江中旅”)订立《浙江省出境旅游合同》,商定搭乘被告英国嘉年华邮轮有限公司(下称“嘉年华公司”)经营的“蓝宝石公主”号邮轮于2015年8月2日至6日进行“上海—济州—福冈—上海”为期4天的海上旅游观光。同年8月5日,当邮轮从公海返回上海港过程中,原告羊某某因在邮轮游泳池里发生溺水事故而受伤,被认定属于一级伤残,需要终身看护。事后,羊某某的法定代理人羊某以侵权为诉向中国法院起诉被告嘉年华公司。该案经过2次管辖权异议之后,最终被移送至上海海事法院审理。

2018年4月26日,上海海事法院依据《法律适用法》《中华人民共和国民事诉讼法》(下称《民事诉讼法》)、《1974年海上旅客及其行李运输雅典公约》(下称《雅典公约》)等中国法律和国际公约判决被告嘉年华公司向原告羊某某赔偿290多万元。

(二)争议焦点

本案主要争议焦点之一为准据法的确定问题,即原告主张适用船旗国法(英国法),被告主张适用侵权结果发生地法(中国法),而上海海事法院则依据最密切联系原则确定准据法为中国法。具体分析如下:

1.原告的主张

原告认为,一方面,由于本案侵权行为发生于公海邮轮上,被告及其邮轮船旗均属于英国籍,根据国际法上将船舶视为浮动的领土理论^②(下称“船舶浮动领土说”),本案应适用船旗国法(英国法);另一方面,本案不应依据《法律适用法》第44条适用当事人共同经常居所地法,而应该适用侵权行为地法。因为根据《民事诉讼法》规定,当事人和第三人在诉讼中是两个不同的概念,且本案浙江中旅为无独立

^① 本文主要研究“涉外邮轮侵权法律适用问题”,即从国际私法的视角切入,研究侵权诉因下邮轮在海上或与海相通的可航水域巡游期间,因邮轮公司及其受雇人、代理人未正确履行安全保障义务而导致旅客在邮轮上发生侵权责任纠纷时的法律适用问题。

^② 原告援引世界海事大学前副校长布鲁山托·K.穆克吉在《中国海商法研究》发表的《冲突法:以海商法为视角》一文观点,参见布鲁山托·K.穆克吉:《冲突法:以海商法为视角》,谢忱、张金蕾译,《中国海商法研究》2017年第1期,第42页。

请求权的第三人,因此本案当事人不存在共同经常居所地。由于本案侵权行为实施地和侵权结果发生地均发生在公海邮轮上,因此本案应当适用英国法。

2. 被告的主张

首先,被告认为,船舶浮动领土说属于一种法学理论学说,其在中国法语境下无清晰的法律依据,因此该学说难以作为本案的法律适用依据。其次,尽管本案侵权行为实施地发生在公海邮轮上,但公海上不存在对应的国家或地区法律。由于本案侵权结果发生地位于中国领土内,故本案准据法为中国法。再次,被告和第三人均认为对《法律适用法》第 44 条中的“当事人”应作广义和狭义的区别,即广义上当事人包括第三人。^①由于本案原告和第三人的共同经常居所地为中国,因此本案应适用中国法。最后,被告认为,本案应适用《雅典公约》,因为被告作为本案的实际承运人,实际上安排了原告从上海港出发经日本、韩国再回到上海港的海上运输及相关活动,符合《雅典公约》的适用范围。

3. 法院的判决

上海海事法院认为,本案纠纷是因中国旅客在外籍邮轮泳池里发生溺水事故所致,原告以侵权为诉因向法院起诉,故本案系涉外海上人身损害责任纠纷,本案准据法应根据《法律适用法》第 44 条确定。

首先,由于本案侵权行为发生后当事人未达成选法协议,且原、被告之间不存在共同经常居所地,故本案无法依据当事人意思自治和共同经常居所地确定准据法。其次,关于本案侵权行为地法的认定问题。根据 1988 年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下称《民通意见》)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,人民法院可以选择适用。”虽然本案侵权行为实施地和侵权结果发生地均为公海上的英国籍邮轮,但是原告援引的船舶浮动领土说系学术观点,由此认定本案侵权行为地法为英国法缺乏法律依据。因此,依据《法律适用法》第 44 条无法确定本案准据法。最后,本案准据法应依据最密切联系原则来确定更为公平合理,这也与侵权损害赔偿法上的“填补原则”相符合。根据最密切联系原则,确定本案准据法时应综合考虑以下连结点:侵权行为实施地、侵权结果发生地、受害人的住所地和经常居所地、涉案船舶的船旗国、船舶所有人国籍、船舶经营人国籍、合同签订地、邮轮旅客运输的出发港和目的港、被告公司营业地。从数量和质量因素上分析,上述因素均是与本案具有最直接、真实联系的因素,对维护受害人的合法权益影响最大,而这些因素均指向中国。从另一方面看,本案船舶的船旗国、船舶所有人或者经营人的国籍可能是随机的,那么将船旗国法或者国籍法作为本案准据法具有不

^① 第三人认为,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 18 条规定的“各方当事人”应包括第三人。

确定性和不公平性。因此,无论是从法律的公正本质还是从连结点的数量、数量因素来考量,本案准据法均应被认定为中国法。

(三)评析

笔者认为,尽管《法律适用法》第44条在本案中已出现严重不适应性,但该条在本案中并未完全落空,上海海事法院不应依据最密切联系原则确定本案准据法,而是应适用侵权结果发生地法。理由如下:

适用《法律适用法》第44条应遵循三步走程序,即当事人事后协议选法——共同经常居所地法——侵权行为地法。在“蓝宝石公主”号案中,当事人事后并未达成意思自治,而且原告和被告之间不存在共同经常居所地,因此,本案只能适用侵权行为地法。

1.侵权行为地法:行为正当性和救济公平性的辩证统一

其一,尽管最高人民法院《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(试行)》(以下称《民通意见》)第187条明确规定了侵权行为地法包括侵权行为实施地法和侵权结果发生地法^①,但是目前该条是否具有法律效力是存疑的。因为,一方面,《民通意见》第187条是在1986年《中华人民共和国民事诉讼法》(以下称《民法通则》)第146条之基础上做出的司法解释;而《法律适用法》第51条则明确规定,《民法通则》第146条、第147条,与本法的规定不一致的,适用本法。由于《民法通则》第146条与现行《法律适用法》第44条的规定不一致,因而对《民法通则》第146条进行司法解释的《民通意见》第187条之法律效力也随之失效。^②虽然早前我国司法实践和仲裁案件中曾援引《民通意见》第187条来解释“侵权行为地法”之含义^③,但是在2011年《法律适用法》生效后,鲜有案件援引《民通意见》第187条作为法律依据。^④另一方面,在一些特殊类型的涉外侵权案件中,我国司法实践中经常将“侵权行为法”解释为侵权行为实施地法和侵权结果发生地法。^⑤可以说,我国司法实践对

^① 在理论研究上,侵权结果发生地,又可以称为“损害结果发生地”。下文若无特别说明,两者不作区分。

^② 参见李婧:《我国涉外侵权法律适用规则的完善——基于私人自治与政府规制的经济学思考》,《河南社会科学》2017年第1期,第97-98页。

^③ 笔者通过在北大法宝上输入《民通意见》第187条,其中仅有一个司法案例和一个仲裁案例援引《民通意见》第187条。参见五矿钢铁有限责任公司诉哈莫尼航运公司(Harmony Navigation Ltd.)海运侵权损害赔偿纠纷案,天津海事法院[2001]海商初字第392号民事判决书;“莞航268号”轮货损损失争议案裁决书。

^④ 参见2020年最高人民法院《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》。

^⑤ 参见安徽省外经建设(集团)有限公司诉东方置业房地产有限公司保函欺诈纠纷案,最高人民法院[2017]最高法民再134号再审民事判决书;Power Links International等诉远东电缆有限公司欺诈纠纷案,江苏省高级人民法院[2016]苏民终932号民事二审判决书。

于侵权行为地的二分法模式已成为一种习惯做法,而《民通意见》第 187 条是否被我国法院援引说理已成为一个无足轻重的问题。换言之,从法理上讲,《民通意见》第 187 条的司法解释效力应随《民法通则》第 146 条的废止而终止。但是,在没有新的法律或司法解释出台之前,该规定在我国司法实践中仍可起到参考作用。^①

其二,从受害人救济公平性的视角考量,当前我国学界基本上认可司法实践中的侵权行为地法的二分法,但是学界对于侵权行为实施地法和侵权结果发生地法不一致时应适用何种法律是存在争议的。例如,有学者认为,《民通意见》第 187 条将认定侵权行为地法的权力赋予法官是不合理的。因为法官所选择的法律可能不符合受害人之真实意愿,相反,应由受害人自主选择适用侵权行为发生地法抑或是侵权结果发生地法。^②而有学者则认为,当侵权行为实施地与侵权结果发生地不同时,我国法官应以最有利于受害人为原则,确定侵权行为地法。^③笔者认为后一种观点较为合理。因为,若允许法院援引《民通意见》第 187 条,那么就應該在该条的语境内作规范分析。申言之,第 187 条已明确指出,侵权行为地法包括侵权行为实施地法和侵权结果发生地法,两者不一致时应由法院来选择,因此就不可能出现持第一种观点的学者所说的“由受害人来选择侵权行为实施地法和侵权结果发生地法”的情形。

其三,侵权行为地法的最终判定权属于法官“自由裁量权”的范围。由于《民通意见》的制定者并未给予法官任何参照或判定标准,进而适用“侵权行为实施地法”还是“侵权结果发生地法”系法官之“自由裁量权”。故对于《民通意见》第 187 条的具体解释有必要引入一些法理价值来指引法官自由裁量权的规范化。笔者认为,涉外侵权法律适用规则应当被分割为两个方面:行为正当性和救济公平性,二者应当兼顾。传统单一采“行为地法”的做法背离了公平正义之二元价值追求。侵权行为地法在涉外侵权纠纷中应该合理平衡受害人的救济利益和被侵权人的可预见性利益,当两者发生冲突时应优先保护受害人的救济利益。

2. 侵权行为地法并未完全落空

诚然,在“蓝宝石公主”号案中,针对涉外邮轮侵权纠纷的特殊性和复杂性,上海海事法院将本案侵权行为地法进行二分法解释是值得肯定的,但是其对侵权结果发生地法的解释有待商榷。

首先,笔者赞同上海海事法院对本案侵权行为实施地法的认定,即虽然本案侵权行为实施地位于公海邮轮上,但是不能依据船舶浮动领土说适用船旗国法。质言

^① 参见霍政欣:《国际私法》,中国政法大学出版社 2017 年版,第 207 页。

^② 参见杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,中国法制出版社 2011 年版,第 348 页。

^③ 参见王晓勇、邹国勇:《我国侵权冲突法的演进及其最新发展》,《江西社会科学》2014 年第 2 期,第 180 页。

之,法学学说与司法裁判的“适当分离”才是法治持续进步的阶梯。^①当前船舶浮动领土说不仅在现代国际法上未取得通说地位,而且在当前我国立法上也未获得承认。^②更重要的是,适用船旗国法与现代邮轮旅游业的跨境流动性相冲突,邮轮本身与船旗国法并不存在真正联系。^③

其次,本案侵权行为地法并未完全落空。从某种程度来讲,侵权行为地法包括侵权行为实施地法和侵权结果发生地,尽管二者在通常情况下是相同的,但在某些特殊侵权纠纷中,侵权结果在侵权行为发生时并未完全表征,而是经过一段时间才会显现。^④现有案例中,“侵权结果发生地”或者被理解为“损害结果影响地”,或者被理解为“受害人居住地”。^⑤可见,“侵权结果发生地”的最终认定可能要留给法官自由裁量。

最后,在“蓝宝石公主”号案中,侵权结果发生地仅涉及两个,即公海和中国。一方面,尽管首次侵权行为地是位于公海上的英国籍邮轮,但不能以此为由进而适用船旗国法。另一方面,在公海上发生侵权事故后,邮轮就直接将受害人运送至中国上海港接受治疗,中间并未经过任何国家的海域,而且原告后续治疗发生的所有费用均发生在中国领土范围内。因此,除了本案首次侵权结果发生地是位于公海邮轮上外,“损害结果影响地”“受害人居住地”等其他侵权结果发生地均位于中国管辖范围内。

综上,从保护邮轮旅客的利益考量,本案不应依据最密切联系原则确定准据法为中国法,而应依侵权结果发生地确定准据法为中国法。^⑥

二、我国涉外邮轮侵权法律适用规则的困境

应该说,作为中国首例公海邮轮侵权法律适用案,“蓝宝石公主”号案判决已经在国内外引起了不少关注。^⑦当前,由于《海商法》未明确涉外海事侵权法律适用规则,因此未来我国法院只能依据《法律适用法》第44条进行裁判。然而,基于涉外邮

① 参见王立梅:《裁判文书直接引用学者观点的反思》,《法学论坛》2020年第4期,第98页。

② 参见周鲠生:《国际法》(下册),武汉大学出版社2007年版,第429页。

③ 参见陈琦:《海事国际私法视角下邮轮旅游法律适用规则的审思与重构——以〈海商法〉修订为契机》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第5-6页。

④ 参见杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,中国法制出版社2011年版,第347-348页。

⑤ 参见袁发强:《分割法涉外侵权法律适用中的二元价值追求》,《法律科学》2013年第1期,第44页。

⑥ 笔者认为,如果本案中中国旅客在公海邮轮上发生侵权纠纷后,为了返回中国上海港接受治疗,途经韩国、日本等其他国家海域,那么本案侵权行为地可能难以确定,无法依此确定准据法,法院只能依据最密切联系原则确定准据法。

⑦ 目前该判决被选为上海海事法院2018年十篇优秀裁判文书之一、入选第二届全国法院“百篇优秀裁判文书”,被深圳前海合作区人民法院“一带一路”法律公共服务平台全文转发,被收录在新加坡国立大学海商法数据库和英国《2020年劳氏法律报告》中。

轮侵权纠纷的特殊性和复杂性^①,有必要以“蓝宝石公主”号案判决为契机,对未来我国一般侵权冲突规范在此类特殊侵权纠纷中可能出现的适用困境进行系统审思。

(一) 邮轮法律适用条款与意思自治原则之冲突

当前,我国《法律适用法》第44条将当事人事后协议选择法律作为侵权行为地法例外规则的例外^②,然而,关于当事人意思表示的认定问题,各国司法实践的态度是不同的。尤其是在合同与侵权竞合的情形下,如果当事人提起侵权之诉,那么当事人之间的合同法律适用条款能否约束当事人之间的侵权纠纷?这种困惑在涉外邮轮侵权纠纷领域表现得尤为突出。详言之,一方面,邮轮法律适用条款^③已明显出现“单边性”特质,即在邮轮旅游实践中,邮轮公司通常会在邮轮船票合同中并入法律适用条款,此类条款实际上属于格式条款^④。另一方面,《法律适用法》第44条规定“当事人可以在侵权行为发生后协议选择法律适用”,由此可见,此处的“意思自治”应该是当事人“双方合意”的结果,其体现的是意思自治原则的“双边性”特质。因此,当前邮轮法律适用条款的“单边性”实际上不符合意思自治原则的“双边性”。

有学者认为,在“蓝宝石公主”号案中,因为被告邮轮公司在其官方网站公布的邮轮法律适用条款已明确写明准据法为英国法,而原告在侵权行为发生后也主张适用英国法,此时应认定当事人已达成选择英国法的合意。^⑤然而,笔者认为,这种观点有待商榷。因为,在侵权行为发生后到一审法院辩论终结前^⑥,原告主张适用英国法,而被告主张适用中国法;尽管本案原告主张适用英国法,但其并未将邮轮法律适用条款作为证据提出,那么上海海事法院没有法定义务主动审查并依据法律适用条款确定准据法。^⑦可见,本案当事人实际上并未达成选法合意。

此外,考察各国司法实践可以发现,由于域外国家一般采取邮轮船票直销模式,

① 涉外邮轮侵权纠纷的特殊性在于:侵权行为地一般发生在公海或国外挂靠港口、侵权纠纷主要由非传统海事事故引起、法律适用条款多不利于邮轮旅客。参见谢忱:《我国涉外邮轮侵权纠纷法律适用研究》,《山东警察学院学报》2018年第3期,第40-42页。

② 根据我国《法律适用法》第44条,一般涉外侵权责任法律适用规则的三种情形为:一般规则是指“侵权行为地法”、例外规则是指“共同经常居所地法”、例外规则的例外是指“当事人协议选法”。

③ 本文所谓邮轮法律适用条款,是指邮轮公司单方事先制定的邮轮船票合同通常订立“法律选择条款”(Clause of Choice of Law)或“准据法条款”(Clause of Applicable Law)。这种条款往往直接规定有关邮轮上发生的任何纠纷或索赔(包括合同和侵权纠纷)均适用某国法。

④ 根据《民法典》第496条第1款。

⑤ 参见孙思琪、郑睿:《邮轮旅客人身损害责任纠纷四题——评中国邮轮旅客公海人身侵权第一案》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2020年第2期,第7页。

⑥ 参见高晓力:《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)解读》,《法律适用》2013年第3期,第41页。

⑦ “谁主张,谁举证”是我国《民事诉讼法》举证责任制度的一般原则。

因此邮轮公司和旅客之间具有海上旅客运输合同关系通常是没有争议的,但是其对于邮轮法律适用条款的司法审查态度却不尽相同。例如,美国法院出于保护本国邮轮产业发展的考虑,一般倾向于维护邮轮公司的利益,因此对于邮轮法律适用条款的认定采取包容的态度,仅在此类条款存在违反公共政策或严重侵害旅客的合法权益的情况下才认定无效。^①但是,当前不少学者认为,美国法院对这种法律适用条款的包容态度是偏袒邮轮公司而损害了邮轮旅客的权益。^②而澳大利亚法院则倾向于保护本国邮轮旅客的利益,对邮轮法律适用条款采取严格的审查态度。^③因此,对于邮轮法律适用条款的效力认定问题应结合本国的实际情况进行综合研判。

笔者认为,在中国邮轮旅游业已被外籍邮轮公司(尤其是美国邮轮公司)高度垄断的情况下,邮轮公司与邮轮旅客在获取信息、议价能力与维权手段上处于严重不对等的情形。为追求自身经济利益的最大化,邮轮公司往往在邮轮船票合同中事先并入对自身有利的法律适用条款。那么,出于保护我国邮轮旅客的利益考量,我国法院不应随意地确认此类“单方”法律适用条款的合法性。

实际上,在我国司法实践中,当事人在侵权纠纷发生后,一般很难达成合意,意思自治原则在涉外侵权纠纷领域经常被束之高阁。^④而且将意思自治原则完全适用于合同领域之外的法律关系也存在较大的不合理性。^⑤例如,意思自治原则仅出现在涉外海事合同法律适用规则中^⑥,而该原则在涉外海事侵权法律适用规则中几乎没有应用。^⑦质言之,无论是在涉外邮轮侵权的司法实践中还是在立法选择上,意思自治原则应该是“限制”而不是“扩张”。

(二)共同经常居所地法的适用落空

“经常居所地法”,又被称为“惯常居所地法”,是与当事人存在最密切联系的法律,其不仅体现了对私人利益的尊重和保护,也符合当事人对法律适用的可预见

^① See *Oran v. Fair Wind Sailing, Inc.*, 2009 WL 4349321 (D. V. I. 2009); *Russell v. Harman Intern. Industries, Inc.*, 2013 WL 2237793 (D. D. C. 2013); *Hova v. Royal Caribbean Cruises Ltd.*, 2013 WL 1820914 (E. D. N.Y. 2013).

^② See Thomas A. Dickerson, *Choice of Law Issues in US Travel Cases*, 2006 *International Travel Law Journal* 148 (2006); Charles L. Knapp, *Contract Law Walks the Plank: Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 12 *Nevada Law Journal* 555-557 (2012).

^③ 近期的一起案件中,澳大利亚法院否认了美国邮轮公司单方制定的邮轮法律适用条款和法院管辖条款的效力,其理由是这些集体豁免条款损害澳大利亚旅客的合法权益。See *Karpik v. Carnival PLC*, [2021] FCA 1082.

^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232页。

^⑤ 参见沈涓:《法律选择协议效力的法律适用辨析》,《法学研究》2015年第6期,第107-202页。

^⑥ 参见《海商法》第269条。

^⑦ 当前,我国《海商法》修订仅将意思自治原则运用至船舶碰撞侵权责任法律适用规则,对于其他涉外海事侵权法律适用规则并未考虑该原则。参见《中华人民共和国海商法(征求意见稿)》第273条。

性。^①尽管我国《法律适用法》第 44 条将“当事人共同经常居所地法”作为侵权行为地法之例外规则,但是该法及其司法解释并未对“当事人”“经常居所地”做出明确定义。因此,“当事人”的含义在“蓝宝石公主”号案中引起了不少争议,尤其是关于当事人是否包括第三人的问题。原告认为,根据《民事诉讼法》的规定,当事人和第三人是两个不同的概念,且本案浙江中旅是无独立请求权的第三人,因此本案当事人之间不存在共同经常居所地。被告和第三人则认为,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)》(以下称《〈法律适用法〉司法解释》)第 16 条规定的“各方当事人”应包括第三人,因此《法律适用法》第 44 条中的“当事人”应作广义和狭义的分,即广义上的当事人包括第三人。故本案原告和第三人存在共同经常居所地——中国,那么本案也应适用中国法。然而,上海海事法院则直接指出“本案原被告不存在共同经常居所地”。换言之,上海海事法院认为,当事人仅包括原告和被告,而不包括第三人。

笔者认为,上海海事法院对《法律适用法》第 44 条之“当事人”含义的裁判说理不足。从诉讼法视角分析,当事人原则上仅包括原告和被告,但是从民事诉讼法理来讲,其外延应该还包括有独立请求权的第三人和被判决承担民事责任的无独立请求权的第三人。^②在“蓝宝石公主”号案中,第三人浙江中旅既不是有独立请求权的第三人,也不是一审被判决承担责任的无独立请求权的第三人,因此其不属于诉讼法中当事人的范畴。那么,本案当事人仅包括原告和被告,而两者的经常居所地分别位于中国和英国,故本案当事人不存在共同经常居所地。

然而,鉴于我国涉外邮轮侵权纠纷的特殊性,共同经常居所地法将会面临适用落空的常态化现象。当前,我国涉外邮轮侵权案件一般会涉及邮轮公司、旅行社、旅客三方法律主体,因此三者之间是否存在共同经常居所地需要明晰。^③一方面,旅客与旅行社的共同经常居所地一般为中国。根据我国《旅行社条例》第 23 条规定:“外商投资旅行社不得经营中国内地居民出国旅游业务以及赴香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区旅游的业务,但是国务院决定或者我国签署的自由贸易协定和内地与香港、澳门关于建立更紧密经贸关系的安排另有规定的除外。”因此,在中国经营邮轮旅游业务的旅行社一般是中国企业,那么中国旅行社与中国旅客的共同经常居所地一般也为中国。另一方面,当前中国邮轮旅游市场基本上被外籍邮轮公司垄断,但是外籍邮轮公司的主营业地并不在中国,其仅在中国设立办事处或分公司,

^① 参见万鄂湘主编:《〈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 311 页。

^② 参见谭兵:《民事诉讼法学》,法律出版社 1997 年版,第 148 页。

^③ 关于自然人和法人的经常居所地认定,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 13 条做出了规定。

旅客与邮轮公司通常不存在共同经常居所地。综上,共同经常居所地法在涉外邮轮侵权纠纷中可能出现适用落空的情况。^①

实际上,从历史的视角看,属人法连结点是从“场所”到“身份”的发展演变,即从住所地到国籍和住所地并存——共同经常居所地。共同经常居所地的引入体现我国侵权纠纷准据法从“属人立法”向“属地立法”的飞跃。^②换言之,从《民法通则》第146条到《法律适用法》第44条,可以看出我国立法者对于侵权冲突规范的立法政策取向从追求法律适用的“灵活性”走向“可预见性”的价值演变。可以说,经常居所地法的“可预见性”价值是其向我国侵权冲突规范扩张的法理依据。然而,在国际海事私法领域却很少能够看到经常居所地法、住所地法的足迹,而仅仅只有共同属人法的相关表述。^③实际上,国际海事私法秉持这种立法模式也存在一定合理性。因为船舶不可能存在固定住所或经常居所地,唯一与船舶及其船员存在联系的就是船旗国。但是,由于方便旗船舶的全球盛行,当前各国法院也会基于公共利益而否定船旗国法的适用,进而选择更为熟悉的本国法。^④

(三) 邮轮盛行公海游与侵权行为地法的认定困惑

基于公海航行自由原则^⑤,公海已成为国内外邮轮公司极为青睐的旅游胜地^⑥,而由此带来的便是公海邮轮侵权事件的频发。可以说,作为我国法院首例邮轮公海侵权案,“蓝宝石公主”号案充分暴露出了侵权行为地法在邮轮公海侵权诉讼中的认定困惑。根据《法律适用法》第44条,由于邮轮侵权纠纷大多发生在公海,若当事人事后未达成合意以及不存在共同经常居所地,那么法院只能适用侵权行为地法。诚然,侵权行为适用侵权行为地法是国际社会的普遍做法,但涉外邮轮侵权纠纷的特

① 实际上,这也是本文仅研究邮轮公司及其受雇人、代理人对旅客之间“涉外侵权纠纷”而不研究“涉外合同纠纷”的主要理由之一。换言之,我国邮轮旅游合同法律关系的复杂性和特殊的邮轮船票包销模式已导致邮轮当事人对合同法律适用问题产生困惑。因此,受“蓝宝石公主”号案的影响,从法律心理学和法律经济学的视角来看,作为理性邮轮消费者一方来说,向经济雄厚的邮轮公司提起侵权之诉是最节约成本、效率最高、赔偿最多的法律救济方式。然而,邮轮公司和旅客之间的共同经常居所地法经常落空。

② 参见董海洲:《从“身份”到“场所”——属人法连结点的历史与发展》,《法学家》2010年第1期,第156-165页。

③ 例如,我国《海商法》第273条规定:“若两条发生碰撞的船舶国籍均相同,则无论其碰撞地点在何处,均应适用共同船旗国法。”

④ 参见谢忱:《我国涉外邮轮侵权纠纷法律适用研究》,《山东警察学院学报》2018年第3期,第45页。

⑤ 公海自由虽然已成为普遍承认的国际法原则,但是因海洋国家各自利益不同,关于海洋自由的解释仍然存在较大分歧。必须指出,由于海洋国家对制海权的争夺,它们关于公海自由的主张,主要是作为政治问题提出的,并不是正确反映国际法原则。参见周鲠生:《国际法》(下册),武汉大学出版社2007年版,第400页。

⑥ 邮轮之所以选择公海巡游作为其主要惯常地,除了各国船舶在公海享有自由航行的权利外,还因为在公海上发生的邮轮侵权纠纷主要受船旗国法的管辖。

殊性使得侵权行为地法的识别从“事实分析问题”演变为“理论争议问题”。一方面,由于侵权行为发生在邮轮上,那么能否根据船舶浮动领土说将公海上的“邮轮”视为侵权行为地?另一方面,如果侵权行为实施地和侵权结果发生地不一致,应如何选择?由此,邮轮公海游的做法导致侵权行为地法在涉外邮轮侵权纠纷中出现适用困惑。

关于第一个问题,笔者不赞同根据船舶浮动领土说将在公海上的“邮轮”视为侵权行为地。诚然,邮轮公海游的做法致使邮轮侵权事故经常发生在公海上,故根据传统国际海事惯例,各国法院一般依据船旗国法来确定当事人之间的权利义务关系。^①然而,笔者认为,国际惯例通常可分为国际私法惯例和国际公法惯例,二者的适用条件是存在差异的。从国际公法的视角分析,如果某国并非习惯性地否决某一项惯例做法,那么该惯例便对该国具有法律约束力。^②因此,能否适用国际公法惯例应取决于某一国的国家意志和国家实践。当前,船旗国法管辖主要源于公海上船舶碰撞引起的刑事、行政、纪律等公法事务专属管辖,本质上属于国际公法的范畴。相反地,现代国际海事惯例大多具有私法属性,因此,其适用应该遵循意思自治原则。^③

目前我国理论界和实务界对国际海事惯例的构成要件和适用范围有着较大分歧,我国《海商法》第 268 条既未指出国际海事惯例的具体含义及其构成要件,也未规定国际惯例和我国法律发生冲突时如何协调,而是采取“可以”的表述。因此,司法实践对于国际海事惯例和我国法律的冲突问题一般属于法官之自由裁量权范畴。^④当前,我国海事司法实践通常习惯从“海商法属于民法特别法”这一视角切入,认为《海商法》没有直接规定某一事项的情况下可以直接适用民法中的有关法律规定,其结果是隐去了国际海事惯例的身影。^⑤

在“蓝宝石公主”号案中,原告仅引用了一名海商法学者的观点作为适用船旗国

① 晚近,一些西方国际法学者主张政府军舰、公务船舶在公海以及外国领水内都应被视为船旗国的领土。后来该理论逐渐被扩大解释为包括商船在内的私人性质的商业船舶,进而形成现在的“船舶浮动领土说”。参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(第二分册上卷),王铁崖、陈体强译,商务出版社 1989 年版,第 8-9 页;[加]威廉·泰特雷:《国际冲突法:普通法、大陆法及海事法》,刘兴莉译,法律出版社 2003 年版,第 678 页。早前,我国国际海事私法学者基本上也认为船舶公海侵权纠纷应适用船旗国法。参见韩立新编著:《海事国际私法》,大连海事大学出版社 2015 年版,第 180 页;屈广清:《海事法律冲突与法律适用研究》,中国书籍出版社 2015 年版,第 164 页;王国华:《海事国际私法(冲突法篇)》,北京大学出版社 2009 年版,第 33-34 页。

② 参见车丕照:《国际经济法概要》,清华大学出版社 2003 年版,第 26 页。

③ 参见傅廷中:《国际海事惯例的适用之反思》,《社会科学辑刊》2020 年第 5 期,第 111 页。

④ 关于国际海事惯例在中国法下的适用问题,可参见陈亚芹:《论海事国际惯例在中国法中的地位》,复旦大学 2008 年博士学位论文,第 133-173 页。

⑤ 参见傅廷中:《国际海事惯例的适用之反思》,《社会科学辑刊》2020 年第 5 期,第 107 页。

法的理据,而这种观点很显然不能被视为国际海事惯例。质言之,法官说理不仅要坚持“当事人本位”^①,还要注意法学学说与司法裁判的适当分离^②。因此,就公海邮轮侵权纠纷的准据法而言,我国法院不能简单地基于船舶浮动领土说而认为“邮轮”构成侵权行为地进而适用船旗国法。

此外,由于邮轮旅客往往来源于世界各国,如果发生涉外邮轮侵权纠纷时,旅客的权利救济法律机制运行失灵极易引发群体性的旅客侵权事件,进而对邮轮内部治理秩序、邮轮母港国安全等邮轮本身以外的第三方利益造成严重影响。因此,不论是从司法程序的便利性考量,还是从邮轮旅客对法律适用的可预见性分析,适用法院地法均明显优于船旗国法。^③

关于第二个问题,笔者认为,在涉外邮轮侵权纠纷中适用侵权行为地法应该合理平衡弱者利益保护和法律适用可预见;当两者发生冲突时,应优先考虑弱者利益保护。^④当前,我国《法律适用法》第44条规定无条件选择适用侵权行为实施地法或侵权结果发生地法,增加了法院确定准据法的负担。^⑤虽然我国《法律适用法》对一般涉外侵权纠纷选择统一适用侵权行为地法的做法符合法律适用的可预见性,但是在涉外邮轮旅游侵权纠纷等特殊侵权领域中不能仅考量法律适用的可预见性,而应将国际私法上的弱者利益保护原则^⑥融入侵权行为地法的认定之中。随着我国国际邮轮产业快速发展,我国对待邮轮产业的价值选择“以人为本”,不管在立法者修法中还是在司法实践中都应该体现出来,才能有益于我国邮轮产业的可持续健康发展。^⑦质言之,无论是适用侵权行为实施地法,还是适用侵权结果发生地法,法官应该选择最有利于保护邮轮旅客的法律。

三、我国涉外邮轮侵权法律适用规则的完善

当前,由于《海商法》对涉外海事侵权法律适用规则的立法缺位以及《法律适用

① 参见王立梅:《裁判文书直接引用学者观点的反思》,《法学论坛》2020年第4期,第98页。

② 参见彭中礼:《司法裁判引证法律学说的功能研究——基于生效裁判文书的实证分析》,《现代法学》2022年第1期,第43页。

③ 参见谢忱:《我国涉外邮轮侵权纠纷法律适用研究》,《山东警察学院学报》2018年第3期,第45页。

④ 国际私法在处理跨国性的私法问题时,强调保护弱者当事人的合法权益的原则,不应被视为一个无关紧要的问题。参见李双元主编:《国际私法》,北京大学出版社2005年版,第25页。

⑤ 参见金彭年、蒋奋:《涉外民事纠纷的法律适用与中国司法实践》,浙江大学出版社2017年版,第180-181页。

⑥ 本文所谓国际私法弱者利益保护原则,是指借由弱者保护理念而限制意思自治选择法律适用,并通过特别冲突规范来实现冲突正义和实质正义合理平衡的一种法律适用原则。参见袁发强:《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》,《法商研究》2014年第6期,第101页。

⑦ 参见郭萍:《〈海商法〉“海上旅客运输合同”修改:现实困惑与价值选择》,《地方立法研究》2020年第3期,第103页。

法》的不适应性,“蓝宝石公主”号案已充分暴露出我国传统侵权冲突规范理论在涉外邮轮侵权纠纷中的危机,加之国际邮轮公共卫生事件的影响^①,这将加剧未来我国涉外邮轮侵权法律适用的现实困境,进而倒逼我国法院延续“蓝宝石公主”号案的做法,即否定《法律适用法》第44条的适用,进而根据最密切联系原则确定准据法。然而,最密切联系原则在我国司法实践的灵活性失控似乎已经成为一种较普遍的现象。^②而且,最密切联系原则在涉外合同纠纷中适用较广,而在涉外侵权领域很少被运用。^③因此,有必要从立法和司法的双重视角对当前我国涉外邮轮侵权法律适用规则进行完善。

(一)立法路径:增加涉外邮轮侵权法律适用条款

当前我国涉外邮轮侵权法律适用规则的立法模式可分为三种:一是在邮轮旅游单行立法中增加“涉外关系的法律适用”一章;二是在《海商法》第十四章“涉外关系的法律适用”中专门增加“涉外邮轮侵权法律适用条款”;三是在编纂中国国际私法典“涉外海事侵权法律适用规则”时增加“涉外邮轮侵权法律适用条款”。笔者认为,构建我国涉外邮轮侵权法律适用制度在邮轮旅游单行立法、《海商法》、中国国际私法典中的规定均具有必要性,目前来看在《海商法》中进行规定更具有可行性。^④

1.一般规则

将“旅客经常居所地法”作为涉外邮轮侵权法律适用一般规则。一方面,邮轮

① 如果国际邮轮在海上发生突发公共卫生事件,不仅会引起旅客群体性人身伤亡责任索赔,而且还会因不同旅客国籍身份的差异性、公共利益保护等因素导致此类侵权纠纷的法律适用问题复杂化。

② 有学者通过实证分析发现,最密切联系原则在我国司法实践中处于灵活性失控状态。参见田洪墉、张雪媛:《失去控制的灵活性:最密切联系原则在我国的适用及反思》,《社会科学战线》2019年第8期,第219-224页。

③ 参见卢月:《论〈涉外民事关系法律适用法〉中最密切联系原则的司法适用》,《时代法学》2015年第4期,第107页。

④ 笔者认为,涉外邮轮侵权法律适用制度要在邮轮旅游单独立法中规定几乎没有可能性。其次,当前中国国际私法典编纂已经有考虑沿袭《示范法》的路径增加“涉外海事侵权法律适用规则”,但对于涉外邮轮旅游法律适用问题并未涉及。因为,尽管中国国际私法学会曾对“蓝宝石公主”号案的国际私法问题举办研讨会,但是在2019、2020年举办了两次中国国际私法法典(学会建议稿)编纂工作会议中并未涉及任何有关涉外邮轮旅游的法律适用问题。参见《中国国际私法法典(学会建议稿)编纂工作会议在西安成功召开》《打造中国国际私法典 助力我国涉外法律体系建设——中国国际私法法典(学会建议稿)编纂工作会议在钦州成功召开》, http://www.cspil.org/Plus/m_default/Cms/default.php?DLanguage=0, 2022年3月25日访问。因此,涉外邮轮侵权法律适用制度在中国国际私法法典编纂、邮轮旅游单行立法中规定的可行性不大。故本文建议我国《海商法》修订时可在第十四章“涉外关系法律适用”中增加“涉外邮轮侵权法律适用条款”。

旅客作为消费者,相对邮轮公司处于弱势地位。^①因此,根据弱者权益保护原则,应优先保护邮轮旅客的权益。另一方面,邮轮公司为旅客提供的海上观光和消费项目本质上属于一种服务,因此,邮轮公司及其受雇人或代理人未履行安全保障义务而造成旅客人身或行李损害,应该属于特殊产品侵权责任的范畴。那么,基于邮轮旅客具有的消费者和产品受害人双重身份,笔者参照《法律适用法》第42条^②和第45条^③以“消费者或被侵权人的经常居所地法”作为涉外消费者合同法律适用、涉外产品责任法律适用的一般规则做法,因为其立法理由在于充分考虑到消费者权益保护和产品责任的被侵权人的弱势地位,突出对消费者、被侵权人的利益进行实质性保护,^④以体现国际私法弱者权益保护的基本原则^⑤。此外,由于邮轮公司是以中国港口作为其邮轮母港并专门设立了代办处或办事处,因此邮轮公司作为经营者在中国从事相关经营活动,这也符合邮轮旅游当事人对法律适用的可预见性原则。

2.例外规则

将“邮轮公司主营业地法”和“邮轮母港所在地法”作为涉外邮轮侵权法律适用制度的例外规则。笔者认为,构建我国涉外邮轮侵权法律适用制度,应当适当增加有利于保护中国邮轮旅客利益的连结点,同时适当兼顾邮轮公司对法律适用的可预见性。换言之,为提高法律选择的灵活性,应该赋予邮轮当事人一定的选法自由,也即将意思自治原则作为旅客经常居所地的例外规则。但是,由于旅客处于弱势地位,因此意思自治原则应该受到弱者权益保护原则的适当限制。申言之,应该允许旅客单方选择适用邮轮公司主营业地法或邮轮母港所在地法。首先,为了防止邮轮公司单方事先在邮轮船票合同中订立法律适用条款损害我国邮轮旅客的合法权益,无论从学理上还是从立法实践上考量,我们均应该“反其道而行之”,预先在立法上

^① 无论是从实践层面还是从理论层面而言,消费者权益保护问题均应视为可能涉及“直接适用的法”。参见刘仁山:《“直接适用的法”在我国适用——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)第10条》,《法商研究》2013年第3期,第77页。

^② 《法律适用法》第42条规定: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。

^③ 《法律适用法》第45条规定:产品责任,适用被侵权人经常居所地法律;被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的,或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的,适用侵权人主营业地法律或者损害发生地法律。

^④ 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303-325页。

^⑤ 参见袁发强:《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》,《法商研究》2014年第6期,第102页。晚近,域外国家对于涉外产品侵权和的涉外消费者合同的法律适用立法均突出了保护消费者和被侵权人利益的做法。See Symeon C. Symeonides, Choice of law 273, 409 (Oxford University Press 2016).

对意思自治原则在涉外邮轮侵权纠纷中的适用进行必要限制,明确当事人选法是属于旅客单方选法。其次,为合理平衡邮轮公司和旅客之间的利益,防止过度保护我国邮轮旅客利益的立法倾向,促进中国邮轮旅游产业的可持续健康发展,可将旅客单方选法的范围限制在邮轮公司主营业地法及邮轮母港所在地法。最后,邮轮公司主营业地、邮轮母港所在地作为旅客选择准据法的连结点^①,不仅体现对邮轮旅客消费者权益的倾斜性保护,也适当兼顾到邮轮公司对法律适用的可预见性。申言之,一方面,邮轮公司的主营业地属于其法人登记地,其公司的财产、员工以及公司的主要经营活动均发生在此地,故邮轮公司对其主营业地法律应当较为熟悉。目前大多数邮轮公司均是以其主营业地法作为准据法,可以说这符合邮轮公司对法律适用的可预见性要求。^②另一方面,适用“邮轮母港所在地法”符合国际私法最密切联系原则的要求。^③因为除了公司主营业地外,邮轮公司一般会在邮轮母港所在地接送旅客上下船,同时在此地设立相应的邮轮船票办事处或代办处,无论是邮轮公司还是船上旅客均对邮轮母港所在地法较为熟悉。当前,在美国注册邮轮公司经常会选择以我国港口作为邮轮母港并设立办事处,适用邮轮母港所在地法不仅是扩大我国法律域外适用的一种举措^④,也可以起到保护我国旅客的作用。^⑤涉外邮轮侵权法律适用问题不仅具有很强的“国际海事基础性”,而且当前中国邮轮市场已经被欧美邮轮公司高度垄断。基于此,关于涉外邮轮侵权法律适用问题,可以考虑增加与中国有关的连结点来扩大中国海事海商法律的域外适用。^⑥

3. 例外规则之例外

将“法院地法”作为涉外邮轮侵权法律适用制度例外规则之例外。笔者认为,法律关系之间的联系程度和当事人特殊利益的考量才是选择适用法院地法的衡量标

① 连结点(point of contact)是冲突规范借以确定国际民商事关系应当适用什么法律的根据。当前连结点的选择正在从“僵硬、简单、单一”走向“灵活、复杂、多元”的发展态势。参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2014年版,第99-106页。

② 参见孙思琪:《邮轮旅游法律适用论要》,《武大国际法评论》2018年第2期,第131-132页。

③ 参见谢忱:《我国涉外邮轮侵权纠纷法律适用研究》,《山东警察学院学报》2018年第3期,第45页。

④ 有关中国法域外适用制度构建问题研究,可参见霍政欣:《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》,《中国法律评论》2022年第1期,第41-51页;肖永平、焦小丁:《从司法视角看中国法域外适用体系的构建》,《中国应用法学》2020年第5期,第56-72页;廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,《中国法学》2019年第6期,第20-38页等。

⑤ 实际上,作为涉外性最强的国内法,中国海商海事法的域外适用问题是涉外法治体系建设中不可忽视的问题。例如,我国海上货物运输合同的强制适用、多式联运运输定损的法律适用问题、共同海损的法律适用问题、其他海上侵权法律适用问题等争议比较大的海事法律问题。

⑥ 当前,法律的适用范围是判断一国海事海商国际竞争力的重要指标。参见郭瑜:《海商法的未来——中国的方向和方法》,北京大学出版社2022年版,第87页。

准。^①因此,明确涉外邮轮侵权的法律性质以及旅客利益保护的特别需要才是能否适用法院地法的依据。当前涉外邮轮侵权纠纷一般是由非航行事故引起的,但是不排除以后邮轮上发生旅客群体性人身或行李侵权事件。因为邮轮比传统客船更容易引发航行风险。^②如果邮轮海上巡游的过程中发生沉没、碰撞、搁浅、爆炸、火灾等航行事故引起旅客人身伤亡及其行李损失事故,其不仅涉及公共利益问题和邮轮以外第三方的利益,而且还会出现邮轮公海侵权行为地的认定疑惑以及邮轮旅客人数众多而导致共同经常居所地法落空。此时,旅客也很难单方选择法律适用,因此,这种情形下适用法院地法是具有正当性、实用性、合理性的。

另一方面,当前的国际邮轮公共卫生事件,充分暴露出了国际邮轮公共卫生安全治理危机的突出问题。^③但是,目前鉴于邮轮旅游的巨大经济效益以及旅客对邮轮旅游的强烈需求,美国、英国等域外国家已经逐渐开展国际邮轮海上巡游计划。^④可以说,如何平衡国际邮轮旅游经济的可持续发展和确保邮轮公共卫生安全治理仍然是各国未来一段时间内的重点工作。邮轮公共卫生事件的影响不再局限于邮轮内部,而是将会影响邮轮自身以外的船旗国、沿海国、港口国等相关方的利益。在这种复杂的旅客群体性侵权事件背景下,可能很难适用旅客经常居所地法,或者让旅客单方选择适用邮轮公司主营业地法、邮轮母港所在地法。因此,笔者认为,当邮轮突发公共卫生事件引起旅客群体性人身或行李侵权时,适用法院地法符合国际私法的最密切联系原则以及保护社会公共秩序利益原则。

(二)司法路径:《法律适用法》第44条之解释论

当下我国法院仅能依据《法律适用法》第44条来确定涉外邮轮侵权纠纷的准据法。为避免我国法院再次延续“蓝宝石公主”号案的法律适用困境,笔者建议最高人民法院对《法律适用法》第44条在涉外邮轮侵权纠纷中的适用做出司法解释。

第一,当事人协议选法是指“事后的”意思自治法。由于我国司法解释已经明确当事人选法的期间应为侵权行为发生后到一审法庭辩论终结前^⑤,因此我国法院不能直接以邮轮公司在侵权行为发生前在其官网上公布的邮轮法律适用条款来确定

^① 参见沈涓:《法院地法的纵与限——兼论中国国际私法的态度》,《清华法学》2013年第4期,第175页。

^② See Yvonne Baatz (ed.), *Maritime Law 55* (Rutledge 2021).

^③ 参见吴蔚:《国际法规则的“邮轮困境”与人类卫生健康共同体建设》,《亚太安全与海洋研究》2020年第4期,第55-67页;刘晨虹:《疫情邮轮的责任困境与海洋法律体系的完善》,《中国海商法研究》2020年第1期,第3-10页。

^④ See Cruise Lines International Association, *State of the Cruise Industry Outlook 2022*, <https://cr-uisng.org/en/News-and-Research/Research/2022/January/State-Of-The-Cruise-Industry-Outlook-2022>, visited on 19 June 2022.

^⑤ 参见最高人民法院《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6条。