

# 从美国《第二次冲突法重述》看我国侵权冲突规则

黄长营<sup>1</sup>, 王承志<sup>2</sup>

(1. 湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105; 2. 中山大学 法学院, 广东 广州 510275)

[作者简介] 黄长营(1957-), 男, 湖北安陆人, 湘潭大学法学院博士生, 主要从事诉讼法研究; 王承志(1977-), 男, 湖北鄂州人, 中山大学法学院讲师, 博士, 主要从事国际私法研究。

[摘要] 美国《第二次冲突法重述》以最密切联系原则为核心, 对一般侵权行为和特殊侵权行为的法律进行了系统规定, 建立了一套科学的侵权冲突规则体系。对比美国冲突法重述规则与我国现行侵权冲突规则, 我们应积极借鉴美国冲突法重述中的有关规定, 在侵权领域全面引入最密切联系原则; 区分一般侵权行为与特殊侵权行为, 并将重要争点的法律适用纳入一般侵权行为予以规定; 抛弃“双重可诉原则”。

[关键词] 冲突法重述; 侵权; 冲突规则

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)05-0596-04

## 一、美国《第二次冲突法重述》及其侵权冲突规则

由于冲突法领域总是充满了无法解决的难题, 美国法学会在启动第一次重述的系统工程时, 就将目光投向了该领域。1923 年, 美国法学会任命哈佛大学比尔教授负责《第一次冲突法重述》(以下简称《第一次重述》)的起草工作。而侵权法律适用向来是冲突法领域最为棘手的问题之一, 正是在这一复杂的领域, 孕育了现代冲突法的各种理论及规则, 《第一次重述》就是这些侵权冲突规则的集大成者。但是, 由于这些规则过于僵硬和机械, 使得法官在实践中不得不运用一切可行的例外机制, 如识别、反致、公共政策、甚至程序问题与实体问题的划分来寻求判决结果的公正。而例外机制的频繁采用, 致使《第一次重述》渐渐被认为不足以实现它所要求的法律的确定性和可预见性的目标<sup>[1]</sup> (第 131 页)。

其实, 早在比尔着手编撰《第一次重述》时, 美国冲突法学界就对其理论主张、法律选择方法和规则展开了批判, 引发了美国“冲突法革命”。美国法学会于 1952 年任命哥伦比亚大学里斯教授为报告员开始起草《第二次冲突法重述》(以下简称《第二次重述》)。《第二次重述》虽以灵活性著称, 但仍有不少学者对里斯教授在《第二次重述》中保留了太多《第一次重述》的规则的做法提出了批评。虽然这并非里斯的本意, 但囿于“重述方法”自身的限制和束缚, 他不得不在现有判决的基础上开展工作。对于里斯而言, 规则的确立在冲突法领域与在其他领域一样, 具有客观性。因此, 在《第二次重述》中占主体地位的仍是遍布各章节的法律选择规则。以第 6 条或最密切联系原则为基础的“非规则”(non-rules)主要体现在侵权、合同等问题上, 而对于其他领域, 如程序、物权、信托、财产的管理等问题, 《第二次重述》均规定了比较刚性的法律选择条款。

对于侵权问题的法律适用, 《第二次重述》采用了与合同法律适用大致相同的模式, 即首先规定侵权法律适用的一般原则, 由两部分组成: 最密切联系原则和若干连结因素的列举; 随后对不同种类的特殊

侵权行为分别规定准据法,区分一般侵权行为和特殊侵权行为也是《第二次重述》的重要特点。《第二次重述》抛弃了《第一次重述》要求法院适用“得以使行为人对其被指控的侵权行为承担责任的最后事件发生地法”的规定,不仅规定了一般侵权行为的法律适用,而且对于许多特殊侵权行为分别规定了准据法,如对人身损害、有体物之损害、隐私侵权等问题,《第二次重述》均要求适用损害发生地州的本地法,而对于诽谤、干涉婚姻关系则要求适用行为地法。随后,它以例外规定的形式,要求在各特定问题上适用更密切联系州的法律。对于侵权领域的许多重要争点,《第二次重述》并不是简单地要求适用第145条的一般性规定,即“适用与该侵权行为事件的发生以及与当事人有最密切联系地的法律来决定当事人的权利与责任”,而是另外附上一款,采用“准据法通常为……州的本地法”模式指出最密切联系地,如行为非法性的认定、注意的标准、对原告应尽的义务、法定事由、责任的特殊条件、混合过错、危险负担、归责过失、共同侵权行为等问题的准据法通常为损害发生地州的本地法,而家庭成员之间的免责通常由当事人住所地州的本地法决定。

《第二次重述》在区分一般侵权与特殊侵权之余,还将解决具体案件的重要争点(important issues)集中作出规定,如行为非法性的认定、当事人的注意标准、赋予法律保障的权益、对原告应尽的义务、因果关系、连带责任等。虽然上述条文均指出损害发生地法是准据法,但它们与特殊侵权行为准据法的确定模式却不同,它们在确定准据法时首先指向第145条的一般性规定,然后才具体规定在通常情况下以损害发生地法为准据法<sup>[2]</sup>(第216页)。

## 二、我国现行侵权冲突规则概述

我国现行侵权法律适用规则主要见于《民法通则》、《海商法》和《民用航空法》的规定中,鉴于《民法通则》的基本法地位,本文仅就其第146条的有关规定进行剖析。

可以说,“侵权行为的损害赔偿适用行为地法”是解决我国侵权法律冲突的一般规则。根据最高人民法院的司法解释,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,如果二者不一致,由法院选择适用。这对法院而言有极大的灵活性,但对当事人而言却是不确定性。如果不提出某种客观上的标准,法院或法官的主观任意性就可能严重影响法律的严肃性和可预见性。

《民法通则》还规定,我国法律不认为在我国境外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。虽然该款规定并非真正意义上的法律适用规则,但根据英美传统的“双重可诉原则”的一般含义,某一行为只有在依法院地法和侵权行为地法均构成侵权时才可被诉,受诉法院随后根据本国冲突规则的指引决定应适用的法律。但《民法通则》仅规定法院地法不认为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。但未规定,如果中国法(法院地法)认为是侵权行为,而侵权行为实施地法不认为是侵权行为,在此情形下我国法院是否可以受理受害人的起诉;其次,它的适用条件如何,诸如它是否只适用于中国公民或法人提起的诉讼,是否只适用于在我国法院提起的诉讼,是否也适用于我国法院对外国法院作出的侵权之诉的判决的承认和执行等,都不明确<sup>[3]</sup>(第390页)。

## 三、比较性的结论

对比美国《第二次重述》与我国现行法律有关侵权冲突规则的规定,有以下几点启示:

### (一)在侵权领域全面引入最密切联系原则

侵权行为适用侵权行为地法(或法院地法),是传统冲突法的做法。机械地对各种侵权行为案件一律适用侵权行为地(包括行为实施地和结果发生地)法,而不考虑居所、住所和当事人的社会环境的规则,已引起越来越多的不满。为避免侵权行为地法的适用,法院往往借助各种手段,如将侵权问题识别为合同问题、程序问题或家庭关系问题,有的甚至干脆运用公共政策,拒绝适用侵权行为地法。

尽管侵权行为地法的传统规则具有确定性、适用方便和结果可预见性等优点,但由于管辖地法与事件或当事人之间的关系或联系,赋予与诉讼中的特殊问题有重大利害关系的这一法律以控制性的效力,就能最好地实现公平、合理和“最佳实际后果”<sup>[4]</sup>(第 1386 页)。我国现有的冲突法立法已将最密切联系原则引入合同和扶养领域,但理论界公认,侵权领域也应该而且可能实施最密切联系原则。将最密切联系原则运用与侵权领域,是对传统侵权法律适用规则的扬弃,而不是抛弃。

最密切联系原则一方面引进了法律适用的灵活性,赋予了法官较大的自由裁量权,理论上有助于个案公正的实现,但另一方面,这种灵活性是一种“双刃剑”,到底怎样应用掌握在法官的手里。因此,在我国现行司法体制下,应该对最密切联系原则进行合理定位,以求达到法律的确定性与灵活性的平衡。笔者虽然主张在侵权领域全面引入最密切联系原则,但同时还须进行配套制度设计。不妨借鉴美国《第二次重述》的模式列举若干连结因素,以此作为确定最密切联系地的参考,另外,辅之以例外条款,指向与事件及当事人具有更密切联系地的法律。

### (二)区分一般侵权行为与特殊侵权行为,并将重要争点的法律适用纳入一般侵权行为予以规定

早先,各国对于侵权行为的法律适用,一般不区分其种类和性质,只概括性地规定一项准据法。随着高新技术的应用、侵权行为的分化和特殊侵权方式的发生,这种做法日益捉襟见肘,力不从心。侵权行为范围从一般侵权扩大到特殊侵权,其种类越来越繁多,性质越来越复杂,笼统地适用单一的冲突规则抹杀了不同性质侵权行为的特殊性,如交通案件的偶然性、国际诽谤案件的发散性愈来愈要求根据侵权行为的性质和种类的不同,规定不同的法律适用规则,施行区别对待。20 世纪中叶以来,出现了对侵权行为视其不同性质和种类分别规定准据法的立法例<sup>[5]</sup>(第 137 页)。《第二次重述》在起草之时显然已意识到这一问题,它对一般侵权行为和特殊侵权行为作了明确区分。由于《民法通则》仅以一条对涉外侵权的法律适用作出规定,因而谈不上区分问题。随后颁布的《海商法》和《民用航空法》分别对海事侵权和航空侵权作出了规定,从而形成了《民法通则》规定一般侵权,其他各相关立法规定特殊侵权的局面。要改变这种现状,惟有顺应现代社会侵权方式多样化的趋势,系统对特殊侵权行为予以规定。

对于侵权行为中的重要争点,由于我国现有冲突法立法基本上将侵权行为准据法的适用范围限定在“损害赔偿”部分,而对于行为非法性的认定、责任人及其责任能力、划分责任的依据、免责事由、因果关系和连带责任等问题未予明确。美国《第二次重述》将其全部统一在“重要争点”之下予以规定,在具体规定上主要是采取“最密切联系地法+损害发生地法”模式,仅“家庭成员间的免责”一条指向当事人住所地法。对于这种做法的必要性,笔者表示怀疑,反而使整部重述显得十分罗嗦。为提高司法效率、简化程序,侵权行为的法律适用不宜采用“分割”方法,而应将其统一至一般侵权的规定之下,在准据法确定之后,由该法支配侵权行为的方方面面。显然,这也是简化法律条文,提高立法技术的表现。

### (三)抛弃“双重可诉原则”

“双重可诉原则”的一个重要表现是,法院一旦认为在外国发生的某种行为可作为诉因在法院起诉时,往往只适用其本地法来判定侵权行为人的责任。这种做法即使在该原则的诞生地——英国本土也遭致学者们的严厉批评,因为在法院地法规定不可提起侵权之诉的情况下,如果法院拒绝作出有利于原告的判决,那么,对于侵权行为地法确认为侵权的事项,法院就可能对当事人的诉权施加不合理的限制,从而作出不公正的裁判。而且在现代,侵权法与合同法一样,已日益成为分配性、而不是惩罚性的工具,侵权法并不一定就比合同法与法院地的基本政策有更密切的联系,因此,“双重可诉原则”中主张法院地法的观点在今天已没有多少说服力了。另外,如果仅仅因为法院地的内国法与侵权行为地法的规定有所不同而拒绝当事人的诉讼请求,并不合理,且无必要。

1995 年《英国国际私法法》在诽谤、反不正当竞争等少数领域之外彻底废除了“双重可诉原则”,把侵权行为地法作为侵权行为法律适用的一般原则,同样适用于发生在国外的侵权行为;并在特殊情况下,侵权行为自体法可以代替一般规则而予以适用。也就是说,一般情况下,如果英国法院根据其本国的管辖权规则取得对发生在国外的某一行为的管辖权,它必须首先依据侵权行为地法判断被诉行为是

否构成侵权,如果答案是肯定的,即使英国法律不认为是侵权,它也不能单纯据此驳回起诉,而必须依侵权行为地法来判断行为人的责任问题。在特殊情况下,如适用与案件有最密切联系的某一第三国的法律“实质上更为合理”时,也可排除一般规则而适用该第三国的法律。这一方面扩大了英国法院的管辖范围,它可以受理英国国内法不予以承认的一切侵权行为诉讼,只要侵权行为地法认为该行为构成侵权;另一方面,它限制了法院地法的适用,抛弃了“双重可诉原则”下对发生在国外的侵权行为案一律适用英国法的不合理做法。

对行为非法性的认定,《第二次重述》并未引入“双重可诉原则”,只是在第156条规定依第145条的原则确定准据法,该准据法通常为损害发生地法。对侵权行为的认定要求重叠适用行为地法和法院地法的,只有日本、泰国、埃及、匈牙利和德国等少数国家,且大多属于早期立法,不能代表当今侵权冲突法立法的发展趋势。涉外侵权行为法律适用发展趋势是对“双重可诉原则”的弱化甚至抛弃,对法院地法适用的限制。而且,在实践中,对发生在我国领域外的行为是否为侵权行为由我国法律加以识别,也似乎过于绝对化,在许多案件中似乎没有多大意义,甚至在有些案件中还可能带来不利于中国原告的后果。例如,当受害者为中国公民,外国法律承认对我国公民的不法行为是侵权行为,而我国法律不承认是侵权行为,在此情况下,适用“双重可诉原则”显然不利于保护我国公民的利益。鉴于此,在各国都在扩大本国法院管辖范围的今天,我国立法已无必要固守传统的“双重可诉原则”。

#### [参 考 文 献]

- [1] 肖永平. 肖永平论冲突法[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2002.
- [2] 邓正来. 美国现代国际私法流派[M]. 北京:法律出版社, 1987.
- [3] 李双元. 中国国际私法通论[M]. 北京:法律出版社, 1996.
- [4] [英] J. H. C. 莫里斯. 戴西和莫里斯论冲突法[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1998.
- [5] 金彭年. 国际私法上侵权行为的法律适用[J]. 法学研究, 1998, (3).

(责任编辑 车 英)

## Look at the Tort Choice-of-Law Rules of China from the Perspective of the Restatement of Conflicts (Second) of USA

HUANG Changying<sup>1</sup>, WANG Chengzhi<sup>2</sup>

(1. Xiangtan University Law School, Xiangtan 411105, Hunan, China;

2. Zhongshan University Law School, Guangzhou 510275, Guangdong, China)

**Biographies:** HUANG Changying (1957-), male, Doctoral Candidate, Xiangtan University Law School, majoring in procedure law; WANG Chengzhi (1977-), male, Doctor & Lecturer, Zhongshan University Law School, majoring in private international law.

**Abstract:** The Restatement of Conflicts of Law (Second) of the U. S. has stipulated the choice-of-law rules for torts, systemically from general principle to particular torts. Comparing with the rules of the Restatement (Second), we should actively use the concerned rules for reference when we review the gain and loss in our conflicts legislation. Under the existing legal system, we could try to realize the perfect coordination between certainty and flexibility in conflict rules for torts.

**Key words:** restatement of conflicts of law; torts; conflict rules