

侵权行为自体法理论初探

周海荣

侵权行为是不法致人损害的行为。国际私法中的侵权行为则是涉外不法致人的损害的行为,其所涉及的主要问题是依何国法律加以认定和处理。在当今世界,涉外侵权行为日益增多,而各国侵权行为的处理原则及具体规定均不相同,法律冲突越来越频繁。因而,对该问题的研究就具有重要的现实意义。为此,各国都十分重视侵权行为法律适用的理论研究,产生了许多新的理论和学说。侵权行为自体法是其中最重要的学说之一。尽管它产生于侵权行为领域,但其影响却波及国际私法的整体。本文试图对此作些初步的探讨,希望引起海内学者对这一问题的重视和研究。

让我们先从自体法的概念谈起。自体法(proper law)原为合同准据法的一个代名词。一八五八年英国学者韦斯特莱克在其《国际私法论》一节中首创了合同自体法这一概念。他说,当一个合同违反其自体法时即为无效。但他当时所指的合同自体法并无明确的定义,韦斯特莱克本人并未对此作任何说明。至一八九六年,戴雪(英国著名国际私法学家)在其《冲突法》一书中始明确其含义。他认为,合同自体法是某一国家或某些国家的法律,根据这种法律,合同双方当事人打算或可以公平地被认为已经打算使合同受法律的支配。这是典型的合同自体法的主观论。以后,随着合同自体法的主观论日趋衰落和合同自体法的客观论逐渐得势,自体法的概念开始有了诸如真实或最密切联系的含义。而自体法的概念引入侵权行为领域并且形成一种理论,却始于一九五一年英国又一著名国际私法学家莫里斯教授在美国《哈佛法律评论》上发表的“论侵权行为自体法”一文。

莫里斯在该文中,首先批评了侵权行为地法的机械化式的适用方式。他说,用一种单一而机械的公式适用于一切侵权行为以及侵权行为的所有方面,似乎是不可能的。为此,莫里斯举了一个在美国冲突法革命前一直占统治地位的判例来作说明。这个判例即是阿拉巴马大南方铁路公司诉卡罗尔案。该案涉及侵权行为诉讼中的替代责任问题。案情是这样的:原告是被告的雇员。他在密西西比州工作时,因被告(一家铁路公司)所雇的另一名工人的过失而受伤。原被告双方均属阿拉巴马州,他们的雇佣合同也签订于阿拉巴马州。事故发生时,原告正在一辆从阿拉巴马州的伯明翰市开往密西西比州的默恩迪市的列车上当司闸员。根据密西西比州的法律,被告对其雇员的过失不能负替代责任。这是普通法的一个原则,而阿拉巴马州有一项法规已将这条原则废除,因而一名工人因同公司的工人的过失所致的伤害能直接向雇主提起诉讼,雇主必须对其雇员的侵权行为负替代责任。法院适用了侵权行为地法即密西西比州法,因而原告败诉。莫里斯分析道,受理该案的阿拉巴马州的法院应该首先搞清楚这么一

个问题,即,阿拉巴马州的雇主责任法(即修改了普通法原则的那项法律)是否可以适用于下述两种情况:第一种情况是损害发生于阿拉巴马州之外,但侵害者与受害者均为阿拉巴马州人;第二种情况是损害发生在阿拉巴马州,但侵害者与受害者均为外州人。莫里斯断言,法院的合理回答应是,对第一种情况阿拉巴马州法律应予适用,而对于后一种情况则不能。显然,莫里斯对法院在该案中适用了侵权行为地法(密西西比州法)持批判态度。

在对传统规则作了批判的基础上,莫里斯从合同自体法的客观论即最密切联系原则中吸取了新的思想,从而创立了侵权行为自体法的学说。莫里斯认为,从商业角度看,英国法院通过采取合同自体法的学说,用来解决被告是否对其违约行为承担责任的问题,已经取得了比较方便和理想的结果。而从社会角度来看,采用自体法理论用以解决被告是否对侵权行为承担责任的问题,也是方便和理想的。那么,为什么我们不能采用这一理论呢?正如通过合同自体法可以选择与合同及其当事人有最真实和最紧密的联系的法律一样,使用侵权行为自体法也能够使法院选择一种从政策方面来看与具体事件的锁链及后果有最重要联系的法律。莫里斯认为,尽管在大多数情况下仍有适用侵权行为地法的需要,但是,应该有一种足够广泛而且足够灵活的冲突规范,以使其能顾及种种例外情况(当然也要考虑大多数情况)。这种冲突规范就是,侵权行为问题适用侵权行为自体法。

侵权行为自体法,是对侵权行为地法、法院地法、当事人本国法等准据法的揉和。因而,从其内容来看,它并不排除对侵权行为地这一因素的考虑。那么,它是如何实现对传统的侵权行为地法的否定的呢?自体法理论改变了对侵权行为地这一联结因素的考虑角度,即从地理环境的角度转变到社会环境的角度。传统的规则把侵权行为地视为一种不可改变的地理因素,并赋予其以决定其它一切因素的能量和意义。而莫里斯则强调,侵权行为地只是社会环境的一个组成部分。它可能在大多数情况下仍然是一个主要因素,但在有时,起关键作用的是当事人的住所或惯常居所等这样一些因素,此时,侵权行为地这一因素理应被取而代之,而当事人的住所或惯常居所等因素则可成为法律关系与准据法之间的联结因素。自体法理论通过这样的方式,完成了对侵权行为地法的否定。

二

尽管侵权行为自体法的理论已经提出,但学者们对自体法的确切含义是什么却大有分歧。而争议最多的是自体法与准据法的关系,即如何去分辨这两者。在英文的proper law被译成中文时,可能会出现两种情况:一种是将其译作准据法;另一种是将其译作自体法或其它相近的名称如法律关系本身准据法、固有的法、应有的法、适当的法等等。解决这一问题的困难更由于英文本身的多义性而加重。proper law既可指自体法,也可指准据法。在英国,由于proper law被广泛使用,以至于applicable law(准据法)的使用渐见稀少。在不少情况下,人们不能明白proper law这个名词究竟是指自体法还是指准据法。当然,这不仅仅是一个概念的区分和译名的处理问题,它还涉及到对国际私法的新学说以及准据法的基本含义的认识问题。

现在有必要来探究一下侵权行为自体法的真正含义及其对冲突规范基本结构的影响。从英文来看,proper一词含义甚广。中文译作“自体”只取其一种含义且也只代表一种看法。除此之外,英国学者安顿认为proper一词意为适当,因此,proper Law是适当的法^①。我国的卢峻教授认为Proper一词含义广泛,中文宜译为合适的或正当的,因而proper law就是合适的法或正当的法。这一观点与安顿的意见相去不远。日本学者折茂丰在其专著《涉外不

法行为法论》中把它理解为固有的法^②。而将 proper law 译为自体法的观点是我国的韩德培教授于《中国大百科全书》(法学卷)中提出的^③,这一主张较接近折衷丰的看法。之所以将其译为自体法,其理由主要在于考虑到 proper law 既非准据法而又不仅仅是一种合适的法或适当的法,它具有超出准据法或合适的法的特殊含义。

我们知道,现代国际私法最有力的理论是最密切联系说,自体法理论正是以最密切联系说为基础的,或者说自体法理论是英国式的最密切联系说。最密切联系说要求适用与事件及其当事人有最密切联系的法律。我们在运用冲突规范时,一般顺着这样的思路,即从最密切联系寻找应适用的法律即准据法。如果我们把这一顺序倒过来,从准据法回推到最密切联系,再向后推,即可以推到事件及当事人(也即法律关系的代表)。于是,我们发现,最密切联系只不过是一个联结的环节,它本身并不是适用法律的最终根据,最终的根据则是法律关系(以事件及其当事人为代表)。因此,通过最密切联系来寻找准据法,所适用的准据法与其说是最密切联系的法律,不如说是法律关系自身所要求适用的法律。所以,只有把 proper law 译成自体法,才可以使人们明白法律关系与准据法之间的内在一致性。这种内在一致性,是自体法理论所要求的,自体法理论的核心就在于揭示这一内在一致性。因而,从实质上说,自体法即是法律关系自身所需要适用的法律。

自体法的出现影响了冲突规范的结构,即它把冲突规范的单一层次改变成双重层次。让我们以确定侵权行为构成要件的准据法为例,来分析一下侵权行为构成要件的冲突规范的双重层次。根据侵权行为自体法理论的主张,侵权行为构成要件问题依侵权行为自体法解决。这是第一个层次。在这个层次上,侵权行为构成要件的准据法并没有反映出来。准据法一定要通过第二个层次才能体现出来,这个层次为,侵权行为自体法是与事件及当事人有最密切联系的法律。在合同关系中,这两层结构尤为明显。如合同实质效力的冲突规范,其第一个层次为,合同实质效力问题依合同自体法解决。那么,什么是合同自体法呢?合同自体法即是当事人选择的法律或与合同及其当事人有最密切联系的法律。这就是第二层次。从上述分析可以发现,第一层次使用的是传统冲突规范的结构,第二层次则反映了国际私法的新发展。因而,自体法实际上是给传统冲突规范添进了新的内容,使新旧矛盾得到调和。自体法理论之所以博得学者们的承认,就是因为它并不完全抛弃传统规则,它将传统规则作了形式上的保留。

自体法与准据法有密切的关系,两者常常发生交叉和重叠。自体法表示的是准据法的一种应有的或固有的状态,也就是说,自体法是具体准据法确定前的一种可能状态。当这种可能变成现实时,自体法即是准据法。这时,可以说自体法与准据法是一个法律在不同阶段上的两种表现,自体法是准据法的前身,准据法则是自体法的一种延伸。

但是,有的学者认为,自体法就是准据法,自体法并没有超出准据法的特别含义。持这种看法的学者是少数。这些学者不能回答为什么莫里斯会要自体法这个概念对传统的侵权行为准据法进行批评。侵权行为自体法的确立,正是建立在对传统侵权行为准据法进行批判的基础上的,因而没有理由说它们是相同的。尽管自体法有变成准据法的可能性,但是自体法与准据法也会发生脱节,如自体法没有演变成准据法,而得到确定的准据法并不一定是自体法。在这种情况下,更难说自体法与准据法是同一的。

还有的学者认为,自体法如果不与具体问题结合成为合同自体法或侵权行为自体法,就没有什么意义,自体法不能单独存在。这种观点似乎承认自体法,实际上否定自体法。因为如果没有一般意义上的自体法概念,则不可能产生合同自体法、侵权行为自体法以及其它方

面的自体法。尽管目前自体法只流行于合同、侵权等少数几个领域，但是，即使仅仅在这些有限的领域里，自体法仍有其一般意义。

侵权行为自体法理论受到了不少批评。批评者认为它牺牲了传统规则即侵权行为地法所具有的确定性、可预见性和结果统一性。他们认为，侵权行为自体法的概念借自合同自体法，而合同是完全不同于侵权的一种法律关系，它们的法律适用方法也应有所不同。合同自体法首先是指当事人双方选择的法律，当事人通过选择法律这一主动行为可以避免法律适用的盲目性和非确定性。而侵权行为自体法非当事人所选择，故难以避免盲目性和非确定性。

对此，莫里斯提出了反驳。莫里斯说，结果的可预见性无疑是冲突法、也是任何一项法律的重要特性。但是，在侵权行为领域，结果的可预见性远不及在合同或所有权领域里显得那么重要。尤其对过失侵权行为的法律适用来说，结果的可预见性是不必要也是不可能的。因为当事人对过失侵权行为的后果及法律责任是极少能事先预料的。例如，对于一件汽车车祸来说，当事人对于车祸本身是无计划、无准备的，更难设想当事人事先对车祸适用什么法律有什么想法。因而，为了不现实的结果的可预见性而维持一条不好的规则，其代价未免过高了。

还有人认为，自体法理论就是萨维尼的法律关系本座说，对这种认识也有必要加以澄清。应当指出，自体法理论与萨维尼的法律关系本座说有着很相似的性质。它们都试图从法律关系本身来寻找准据法。它们都包含了这么一个假定，即每一种法律关系自其产生之日起就有一种对其适用的法律，而两者的任务均在于找出这种法律。就这几点来说，它们无疑是一致的。然而，它们的历史背景及使命却是相左的。法律关系本座说试图摧毁流行五个多世纪的法则区别说，它把法则区别说的那种从法律到法律的法律适用方式改变成从法律关系到法律的法律适用方式。自体法理论的目的是要改变萨维尼的后辈们依照萨维尼的总意图逐步建立起来的、而在新条件下显得日益僵化的法律适用方式。自体法理论通过联结因素多元化的改革，扩大了从法律关系到准据法的途径，即由原来只有一条途径改变成多条途径，因为自体法理论要求对每一个联结点作出考虑，而每一个联结点都可能成为法律关系与准据法之间的通途。显然，自体法理论所进行的改革要比萨维尼的法律关系本座说更深刻。

另外，萨维尼的法律关系本座说中还有一个自由投归的主张，这是自体法理论中没有的。所谓自由投归，即是给每个法律关系找到一个本座，然后适用本座地的法律。萨维尼在将法律关系进行自由投归后，产生了一些不合理的本座。萨维尼主张将侵权法律关系投归到法院地，因而侵权行为问题适用法院地法，这与自体法理论是不同的。

三

莫里斯提出的侵权行为自体法理论，成了美国冲突法革命的思想先声，同时它也为英国的司法改革提供了理论依据。一九七一年的博伊斯诉查林案就是这种改革的一次实际尝试，下面我们对此作些剖析。

博伊斯案经历了三审，第一审是英国高等法院。原告为查普林，被告是博伊斯。博伊斯败诉后，上诉至上诉法院，被驳回。博伊斯第二次上诉，至上议院，上议院维持原判。基本案情是这样：原被告双方均为英国人。事故发生时，双方均在马耳他的英国驻军中服役。博伊斯开的小汽车因博伊斯的驾驶过失而与查普林坐的摩托车相撞。查氏严重受伤。根据马耳他的法律，查氏只能因受伤后医疗所支出的费用及已经证明的可得利益收入的减少而取得相

应的赔偿费。这项赔偿费为53英镑。但根据英国法，原告还可以因所受到的痛苦而另外取得2250英镑的精神赔偿费。一审法官米尔莫认为，此案应适用英国法，根据为1897年的麦查多诉方特斯案的判例。适用英国法的结果是博伊斯要给查普林赔偿2303英镑（即53英镑+2250英镑）。博伊斯上诉至上诉法院。上诉法院维持原判中适用英国法的决定，但改变了这一决定的理由。负责该案二审的上诉法院院长丹宁，根据双方当事人均为英国公民这一点，认为侵权行为自体法是英国法，故适用英国法。他认为麦查多诉方特斯案的判决是错误的，不能作为本案判决的依据。另一名法官厄普约翰也认为应该适用英国法，但他的判决理由与丹宁的理由有所不同。他认为适用英国法有两个根据，一是麦查多诉方特斯案判例；二是按照程序事项应适用法院地法的原则，本案的损害赔偿费问题属于有关补救的程序问题，故适用法院地法即英国法。还有一名法官是迪普洛克，他认为应适用侵权行为地法即马耳他法。他认为麦查多诉方特斯案判例是错误的，不应遵守。

被告博伊斯第二次上诉，到了三审，由上议院的五名议员组成的法庭审理。尽管他们一致认为适用英国法，但判决的根据却各不相同，归纳起来有三派意见。第一派是霍德森和威尔伯福斯，他们认为应适用侵权行为自体法，本案的自体法即是英国法。第二派是格斯特和多诺万，他们认为本案涉及的是法律救济这个程序问题，故适用法院地法。第三派是帕森，他认为应遵守麦查多诉方特斯案的判例，从而适用英国法。可见，这三种意见实际上均未超过一、二审判决理由的范围。这三种意见究竟哪种较为优先呢？莫里斯认为，只有自体法理论是可取的，而其余两种观点均是落后的。对认为救济是程序问题这一观点，莫里斯作了批评。他假设，如果原告没有受到经济损失，只是受到精神损害，那么，按照马耳他法就没有诉讼理由，而根据英国法却有。这一问题能被当作是程序问题吗？如果这一问题属于程序问题，那么任何问题都可以被当作该程序问题了。对于以麦查多诉方特斯案判例为依据的观点莫里斯也通过假设予以否定。他假设，如果双方当事人均为马耳他人，则自体法属于马耳他。但按照麦查多案判例，这种情况应适用法院地法即英国法。这显然有悖于公理。在这种情况下应适用马耳他法，正是由于马耳他法为该侵权行为自体法，博伊斯案之所以适用英国法是出于同一原理。这样，就从另一方面论证了自体法的正确性。

然而，英国在司法实践方面的改革是很不彻底的，霍德森的判词清楚地表明了这一点。霍德森说，侵权行为自体法只是适用于特定的某些问题，而对一般的情况，仍应适用传统规则，即法院地法和侵权行为地法同时适用。因此，正如莫里斯在1984年版的《冲突法》一书中对英国侵权行为的法律适用原则作的总结所表明的，作为博伊斯案的结果，现行英国侵权行为法律适用原则有三条。首先，英国法认为具有可诉性的行为，才能对它在英国法院起诉（法院地法）；其次，作为一般性原则，如果侵权行为地法不认为有民事责任，这一诉讼仍不能成立（也即适用侵权行为地法）。第三，作为对上述一般性原则的例外，某些特定的争议问题可以由与事件及当事人有最密切联系的国家的法律来支配（即自体法）。从这三条原则来看，莫里斯的思想尽管未被英国司法界广泛采纳（相比之下，美国的司法和学说界几乎全部接受了莫里斯的观点），但毕竟在司法实践中经受了考验，站稳了脚跟。

四

作为一种新的国际私法理论，侵权行为自体法学说反映了当今国际私法在法律适用上的原则化或方法化的总趋势。具体分析，它有以下几个方面值得注意：

首先,联结因素的非固定化。自体法理论把国际私法的那种封闭型的规范改变成开放型的规范。单一的联结因素的时代已经逐渐成为过去,随之而来的是群体、多元的联结因素的时代。自体法通过对各种联结因素进行挑选,产生出更合理的联结因素。在这里必须指出,自体法理论并没有抛弃联结因素,它只是改变了联结因素的单一性的运用方式。因此,侵权行为自体法理论与美国六十年代某些试图抛弃联结因素的激进理论如政府利益分析说有不同之处。政府利益分析说现已被抛弃。

其次,司法化的趋势。由于最密切联系或最重要联系成为联结因素,所以国际私法在立法上被简化了,每一个法律关系的解决都只需一条最密切联系原则即可。而如何解释和确定最密切联系均成为法院的事,这样就必然扩大法院的权能范围,国际私法的重心将转到司法方面,从而导致国际私法的司法化。

再次,理想主义和法律印象主义。自体法理论反映了新时代国际私法的一种理想主义。它试图使法律适用建立在对一切联结因素进行判断的基础上。的确,从某种程度上看,它达到了这样的境界,如最密切联系原则正是建立在对一切因素不排除考虑的基础上的,否则就不成其为最密切联系原则了。不过,另一方面,它较难反映出每一联结因素各自的含义及重要性。因而,对最密切联系的判断就成了法官个人的价值观念及思想感情的综合结果。最密切联系成了法官的一种印象,这一原则也就被称为法律印象主义原则。

侵权行为自体法理论有许多优点,它能解决许多侵权行为地法无法解决或难以公正解决的问题。例如,当损害发生于不同的国家时,适用自体法理论就可以使问题得到比较令人满意的解决。又例如,当侵权行为发生在公海或无主土地上,侵权行为自体法更能提供理想的解决途径,因为这时侵权行为地不属于任何国家,适用侵权行为地法就无从谈起。还有,当侵权行为纯属偶然地发生于某地时,侵权行为地就可以不被认为是一个关键因素,法院可以去寻找其它能确定准据法的因素,使所适用的法律与其所针对的法律关系处于一种最佳的调整状态,产生最优的法律调节功效。

侵权行为自体法也有其不足之处。最大的不足就在于它的任意性。这一理论容易被当作扩大本国法的适用机会的借口。我们知道,在侵权行为法律适用领域,目前的国际斗争非常激烈,各国法院都试图扩大本国法律的适用机会和范围。这一做法,从对本国公民提供更可靠的法律保障这一点来看是无可非议的。但是,如果不适当地、过多地考虑到本国公民的利益,且有益于他国及他国公民的利益,则是应当加以限制的。我们在研究侵权行为自体法这一理论时,必须充分注意到这一理论可能对实践带来的不利影响。

现在,虽然自体法理论主要体现在侵权行为和合同这两个方面,但随着最密切联系原则适用范围的扩大,自体法理论的适用范围也已有所扩大,如在财产、继承、婚姻的某些领域,自体法理论也已开始适用。自体法理论适用范围的扩大必将引起下述两个问题,一是自体法理论是否会遍及国际私法的每一个领域?二是,如果国际私法的每一个领域都适用自体法理论,那么这对于国际私法发展的利弊各有多少?这两个问题尚是未知数,需待实践的进一步发展和理论的深一步探索之后才能再作解答。

注释:

① 安顿,《国际私法》,1967年英文版第185页。

② 折茂丰,《涉外不法行为法论》,1976年日文版,第107页。

③ 《中国大百科全书》(法学卷),1984中文版,第474至475页。