

国际私法上侵权行为 行为的法律适用

金彭年*

侵权行为之债是指不法侵害他人人身或财产权利,并造成损失而承担民事责任所构成的一种法定之债。几个世纪以来,在国际私法中,侵权法与合同法比较而言,是一个曾被长期忽视的课题。例如,被誉为美国国际私法之父的斯托雷(Joseph Story, 1779 - 1845)在1834年发表的《冲突法评论》一书中根本没有涉及国际性侵权行为的法律适用问题。英国国际私法的经典之作戴赛的名著《法律冲突论》在1949年由莫里斯续编出版时,也只有9页是关于侵权行为的,而涉及合同的则有175页。但自从20世纪50年代以后,情况就大为改观了,侵权行为成了国际私法中的热门话题。^[1]经济和科学技术的发展,总会对法律产生直接或间接的影响。在19世纪,国际贸易的大发展对国际私法上的合同法研究曾起了巨大的推动作用。同样,在20世纪尤其是50年代以后,新技术革命的浪潮一浪高过一浪,现代科学技术广泛运用于商品的生产和分配以及运输和通讯领域等,国际性的产品责任案件与日俱增,涉外交通事故屡见不鲜,国际性的诽谤案件层出不穷,商业上的不正当竞争也超越了国界。正因为如此,各国学者对国际私法上的侵权行为的研究热情大增,各国在立法上也加强了对涉外侵权行为法律适用的立法规定。我国近年来,国际私法学界也开始重视对侵权法律适用制度的研究。

—

在具有涉外因素的侵权案件中,一个行为是否构成侵权,是否应承担损害赔偿,在应负赔偿责任时其责任的范围如何等等问题,一般都要由侵权行为准据法来支配。概观各国国际私法上解决侵权行为的准据法,主要有以下几种理论和实践:

(一)适用侵权行为地法

侵权行为适用侵权行为地法,早在13世纪法则区别说时代就提出来了。国际私法的创始人巴托鲁斯(Bartolus, 1314 - 1357)就认为,侵权行为适用场所支配行为的原则,即依侵权行为地法。^[2]这一原则在往昔几乎为国际社会所普遍承认,只是理由各异。例如,法国当代著名国际私法学家巴迪福(Henri Batiffol)指出,历史告诉我们,侵权行为地法,乃是国际私法上最

* 杭州大学法学院副教授。

[1] 参见[英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1990年版,第302页。

[2] 李双元、金彭年:《中国国际私法》,海洋出版社1991年版,第55页。

早确立的原则之一。之所以要适用侵权行为地法,他认为首先是由于此种债的发生,是基于法律的权威,而非债权债务人的意思作用,法律要求行为人应该预见其行为的后果;其次,规定行为人为人承担法律责任,旨在保证每个人的权利平衡,而此种平衡之所以被打破,恰好因责任人在行为地的侵权所致;再次,行为地的公共秩序也要求依当地法律追究行为人的责任;最后,适用侵权行为地法也易于查明事实的性质和确定法律上的责任。^[3]而日本学者则认为,侵权行为之债适用行为地法主要是基于二大原因:一是侵害发生地国家因此种行为而蒙受的损失最大;二是认为侵权法属于社会保护法,故为了加重对侵权案件的加害人对其行为的危险的预测与评价的责任,唯依行为地法最为贴切恰当。^[4]英美国际私法在往昔也是主张适用侵权行为地法,其理由要么是“国际礼让说”,要么是“既得权说”。如由比尔主持编纂的1934年美国第一部《冲突法重述》就是从既得权说理论出发,认为依行为地法受害人因加害人的不法侵害而取得的权利,当然也应该依行为地法使其得到实现。而比较国际私法学派始祖拉沛尔更是指出,侵权行为之债适用侵权行为地法这个原则,是从13世纪起就由宗教法学者和法则区别说学者所创立,并且一旦沿用下来。纵观国际社会的国际私法理论与实践,可以认为侵权行为适用侵权行为地法律,是国际社会普遍采用的一项作法。由于各国对侵权行为地认定标准不同,有的主张以侵权行为实施地作为侵权行为地,有的主张以侵权结果发生地作为侵权行为地,也有的把侵权行为地理解为包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。^[5]因此,各国在采侵权行为适用侵权行为地法时又各有特色,大致可以分为以下几种:

1. 适用侵权行为实施地法律。采此种立法例的有意大利、阿尔巴尼亚等国。例如1978年意大利民法典第25条第2款规定,非合同之债,适用引起债的事实发生地法律。1964年阿尔巴尼亚国际私法第19条也规定,非依据合同所构成的义务适用产生该项义务的事实形成地国家的法律。1967年法国国际私法立法草案第2312条和1974年阿根廷国际私法草案第34条也作上述理解。此外,日本、波兰、泰国、埃及、约旦等国也把侵权行为实施地视作侵权行为地,但是这些国家不是单纯采用侵权行为实施地法,而是对侵权行为重叠适用侵权行为实施地法和法院地法。

2. 适用侵权结果发生地法律。采此种立法例的国家有加蓬等。1972年加蓬民法典第41条规定,侵权行为责任依损害事实发生地法律。

3. 无条件选择适用侵权行为实施地法律或者侵权结果发生地法律。采用此种立法例的国家有捷克等。例如1964年原捷克斯洛伐克国际私法及国际民事诉讼法第15条规定,损害赔偿请求权,除因违反契约及其他法律行为而规定的义务外,依损害发生地或赔偿请求原因事实发生地法。此外,中国也采用相同作法,最高人民法院关于适用民法通则若干问题的意见(试行)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。”不过,中国的作法是把此一作法跟另外的冲突原则相结合,采混合规则,而不是象捷克单采此说。

4. 有条件选择适用侵权行为实施地法和侵权结果发生地法。采上述无条件选择适用冲突规则,如果一个行为依实施地法为侵权而依结果发生地法不认为是侵权,或者相反,则会使

[3] [法]巴迪福:《国际私法各论》,曾陈明汝译,台湾正中书局1979年版,第255页。

[4] [日]北胁敏一:《国际私法》,姚梅镇译,法律出版社1989年版,第126页。

[5] 李双元、金彭年等:《中国国际私法通论》,法律出版社1996年版,第385页。

法院无所适从,因而有的国家便采取有条件选择适用的冲突原则,例如1984年秘鲁民法典第2097条规定,非合同之债,依引起损害发生的主要行为地法,如果行为人依行为地法不负赔偿责任,在行为人应该预见该不法行为将造成损害时,适用损害结果发生地法。1982年南斯拉夫法律冲突法第28条也明文规定,对非合同的损害责任,如果对某些情况没有其他规定,则依行为施行地法律或后果发生地法律,选择该二法律中对受害人最为有利者而适用之。

此外,1979年匈牙利国际私法第32条也有与南斯拉夫法类似的规定。1996年葡萄牙民法典第455条第2款、1987年瑞士联邦国际私法第133条第2款也均规定有条件地选择适用侵权行为实施地法和侵权结果发生地法,只是这两个立法例是采用混合规则而已。

5. 适用待确定的侵权行为地法。正是因为侵权行为的发生一般具有偶发性的特征,不便机械硬性规定何地为侵权行为地,因而有些国家只规定侵权行为适用侵权行为地法,至于何地为侵权行为地则在具体案件中再另行确定。例如,1946年希腊民法典第26条规定侵权行为的债务适用侵权行为地法。1962年马达加斯加国际私法第30条第2款和1965年中非国际私法第42条第2款也均规定,侵权行为适用侵权行为地法。此外,1975年阿尔及利亚国际私法第20条也规定,侵权行为适用侵权行为地法,只是该国法同时要求对发生在阿尔及利亚境外的侵权行为重叠适用阿尔及利亚法律。

笔者认为,在上述五种作法中,第一种和第二种作法固然有明确之长,但其规定过于硬性,失之灵活,不足以更好地保护内国当事人的权益;第三种作法的优缺点刚好跟上述二种作法的优缺点相反,是灵活有余,明确不足,如果一个行为依实施地法为侵权而依结果发生地法不为侵权,或者相反,一个行为依结果发生地法为侵权而依实施地法不为侵权,那么,到底是适用侵权实施地法还是侵权结果发生地法呢?这对当事人来说可是至关重要的。此种作法,其结果不但是增加了法院在准据法适用上的困难,同时在客观上也为法官可能的徇私裁判和当事人及其代理人“走后门”、“打关系”提供了合法的条件。应该说第四种作法较为可取,既有足够的灵活性,又有明确的选择标准。第五种作法也保持了足够的灵活性,使法官在具体案件中确定何地法律为侵权准据法提供了相当大的自由度,但其可能存在的弊端同第三种作法。

(二)适用法院地法

一般认为,侵权行为适用法院地法的理论最早来自德国。被誉为近代国际私法之父的德国杰出法学家萨维尼(Savigny, 1779-1861)于1849年出版的《现代罗马法体系》第8卷中认为侵权行为应该适用法院地法。其理由主要是侵权行为责任与犯罪责任非常接近,因而适用外国法是不合适的;而且,侵权行为责任跟法院地的公共秩序有密切关系,也只宜适用法院地法。不过,在今天仍然坚持侵权行为必须适用法院地法的国家已屈指可数,一般是采用重叠适用侵权行为地法和法院地法的混合作法。^[6]

在为数不多的采法院地法的国家中,又可细分为:

1. 硬性规定侵权行为只适用法院地法。例如阿拉伯也门共和国民法典第31条规定,“因发生于外国的非合同行为而产生的责任和赔偿,适用也门法律。”

2. 有条件适用法院地法。例如也门人民民主共和国民法典第34条规定:通常,侵权行为应适用产生债之事实出现地国家的法律,但是,如果在受害者要求时,也得适用也门人民民主

[6] 马汉宝主编:《国际私法论文选辑》上册,台湾五南图书出版公司1984年版,第73页以下。

共和国的法律。瑞士法也有类似规定。^[7]此外,还有许多国家如中国、日本、韩国、泰国、埃及、阿尔及利亚、约旦、匈牙利等,要求对于发生在国外的侵权行为重叠适用法院地法。

笔者认为,在当今象阿拉伯也门那样仍然坚持具有涉外因素的侵权行为一律适用法院地国家法律,确实过于绝对,在法理上站不住脚,在实践中对内国当事人也不一定有利,而且其判决也很难在域外被承认和执行。有条件适用法院地法,而其条件仅仅是应受害人要求,看似保护了受害人的权益,但若侵权人在法院国既无住所也无财产,则其判决同样不易为外国所承认和执行。

(三)重叠适用侵权行为地法和法院地法

这是目前国际社会比较普遍的作法。有的学者认为,之所以要重叠适用侵权行为地法和法院地法,是因为某种行为是否适法,固然要以行为地法为原则,但为了维护法院地的公共秩序,对依行为地法成立的债权,也要在法院地法认许的范围内才给予保护。所以,对侵权行为之债要重叠适用准据法,必须依行为地法和法院地法均认为不法时方能成立。^[8]

例如根据 1896 年德国民法施行法第 12 条规定,“对于德国人在外国所为的不法行为的请求,不得大于德国所承认之请求”。这就是说,侵权行为一般应适用侵权行为地法,但如行为人系德国人,则行为地法加于他的责任范围大于德国法所允许的,德国法院是不会同意此种请求的。也即:加害人是外国人的,适用侵权行为地法,而加害人是德国人时,其责任范围适用德国法即法院地法。1986 年新的德国民法施行法第 38 条仍然坚持此一作法。

日本国际私法也是采用重叠适用侵权行为地法和法院地法的。日本法例第 11 条就规定,因不法行为而产生的债的成立及效力应依其原因或事实发生地法;但不法行为事实发生在外国,依日本法不认为不法时,不适用前款规定;并且,对发生在外国的行为虽依日本法也认为不法,但被害人仍无权请求为日本所不承认的损害赔偿和其他处分。韩国国际私法是以日本法为范本制定的,也作了与日本法类似的规定。

1939 年泰国国际私法第 15 条规定,“因不法行为而产生之债,依物或不法行为事实发生地法。但泰国法律不承认在外国发生的事实为不法行为时,则不适用本法规定。”1979 年匈牙利国际私法第 34 条作了与上述日本法相似规定:匈牙利法院不得对匈牙利法不认为是非法的行为决定责任,并且,匈牙利法院不得对侵权行为决定匈牙利法所不认可的法律后果。其他如 1948 年埃及民法典第 21 条、阿拉伯联合酋长国民事关系法典第 20 条、1975 年阿尔及利亚国际私法第 20 条、1976 年约旦国际私法第 22 条以及原苏联和各加盟共和国民事立法纲要第 126 条之 4 等也作了与上述泰国法类似的规定。

中国法也要求对发生在国外的侵权行为重叠适用侵权行为地法和法院地法。中国民法通则第 146 条第 2 款规定:“中华人民共和国法律不认为中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作侵权行为处理。”

笔者认为,为了最大程度地维护内国当事人的权益,对涉外侵权行为重叠适用侵权行为地法和法院地法,确实无可厚非,但在立法技巧上要作妥当处理。

(四)有条件选择适用侵权行为地法和共同属人法

[7] 1987 年瑞士联邦国际私法第 132 条规定,侵权行为发生后,只要双方当事人达成一致意见可以随时选择适用侵权行为地或法院地法。

[8] 陆东亚:《国际私法》,台湾正中书局 1979 年版,第 189 页。

在侵权行为案件中,有条件选择适用双方当事人共同的属人法,可说是为了克服传统冲突规范缺陷而从本世纪50年代出现的对传统冲突规范进行“软化处理”(softening process)的思潮在立法上的表现之一。^[9]在采此种立法例时,尽管对于侵权行为通常是适用侵权行为地法,但如果在侵权事件中加害人和被加害人具有共同属人法的,则适用他们共同的属人法。但这些国家在具体立法规定上又有所差别:

1. 只有双方当事人的国籍国法和住所地法均相同的,才适用他们的本国法(也即住所地法)。例如1996年波兰国际私法第31条规定,非法律行为所产生之债,依债务原因事实发生地法;但当事人有同一国籍,又在同一国内有住所时,依当事人本国法。

2. 只要双方当事人的住所地法或惯常居所地法相同的,就适用他们的共同住所地法或惯常居所地法。例如1978年匈牙利国际私法第32条第3款规定:“如果侵权行为人和受害人的住所同一个国家,适用该国法。”1987年瑞士联邦国际私法第133条第1款规定,“有关侵权行为的诉讼,如果加害人与受害人在同一国家具有共同习惯居所的,适用该国的法律。”

3. 只要双方当事人的本国法或者住所地法(惯常居所地法)之一相同的,就可以适用他们的共同本国法或住所地法(惯常居所地法)。例如1966年葡萄牙民法典第45条第3款规定:“如果侵权行为人和受害人具有相同国籍,或拥有共同惯常居所地的,恰好双方都临时在国外,则可适用共同本国法或共同惯常居所地法”。我国民法通则第146条第1款后半部分规定:“当事人双方的国籍相同或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”。

笔者认为,在涉外侵权行为准据法的确定上,采取有条件选择适用侵权行为地法和当事人共同属人法,确实较为可取,特别是中国的上述规定具有相当大的灵活性。涉外侵权行为的损害赔偿适用当事人的本国法或住所地法的前提固然是加害人和受害人必须具有同一国籍或同一国家有住所,但是有了这个前提,中国法院仍然可以根据个案的实际情况而不适用当事人的本国法或住所地法,而适用侵权行为地法。至于在个案中到底是适用还是不适用共同的属人法,则应充分考虑诉讼的便利和公正以及判决的有利于域外承认和执行。^[10]

(五)适用与侵权案件有最密切联系的法律

侵权行为适用侵权行为地法或法院地法,是传统国际私法的作法。但自从本世纪40年代以来,学者们纷纷著书立说抨击此种传统作法:首先,在现代科学技术和交通及通讯条件下,侵权行为地往往有极大的偶然性,用此种带有偶然性的连接点所指引的准据法去判定行为人的责任,显然对个案是缺乏针对性的;其次,侵权行为地到底在何处,也不易确定,何况,如果侵权行为发生在公海或公空也无侵权行为地法可以适用;最后,把刑法的不具有域外效力类推及于侵权法这个民事法律也是缺乏说服力的,因为早在罗马法时代,侵权法已从刑法中逐渐分离出来,至今这两个法是属于完全不同的法律部门。

正是基于对侵权行为地法和法院地法的批评,英国当代著名国际私法学家莫里斯提出“侵权行为自体法”(proper law of the torts)学说,即侵权行为应适用与侵权案件有最密切联系的法律。此一学说已为许多国家的侵权冲突法所采用。

在美国,对于侵权行为原先是适用侵权损害地法,但在1963年纽约州法院审理的巴蓓科

[9] 关于冲突规范的软化处理可参见前引[2],李双元书,第118页以下。

[10] 参见金彭年:《侵权行为法律适用的新发展及中国的理论实践》,《法学研究》,1993年第3期。

诉杰克逊(Babcock v. Jackson)一案中就采用了该学说。总结了自1934年第一次《冲突法重述》问世后近40年来美国国际私法的司法实践和理论发展的1971年的第二次《冲突法重述》第145条明确规定：“1. 对有关侵权行为当事人的权利义务，依第6条规定的原则，应适用与侵权行为事件及当事人有最重要(密切)联系的州的实体法。2. 在依第6条的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。上述因素应按其对特定问题的重要程度加以衡量。”

英国传统的国际私法对侵权行为一直是重叠适用法院地法和侵权行为地法的，但自从有了1971年博伊斯诉查普林一案后，目前英国侵权冲突规则可以重述如下：(1)在英国不能对发生在英国国外的侵权行为起诉，除非根据英国国内法该行为是可以起诉的；(2)作为一般规则，如果根据侵权行为地法，在诉讼实际当事人之间并不存在民事责任，也不能提起诉讼；(3)但作为一般规则的例外，特定的争端，可能受就该争端而言与行为的发生和当事人有最密切联系的国家的法律支配。^[11]

1979年奥地利联邦国际私法第48条第1款也规定，“非契约损害求偿权，依造成此种损害的行为发生地国家的法律。但如所涉及的人均与另外同一国家的法律有更密切联系时，适用该国家的法律”。1982年土耳其国际私法和国际诉讼程序法第25条规定：“非合同性的侵权行为之债，适用侵权行为实施地法律。当侵权行为的实施与损害结果位于不同国家时，适用损害结果发生地法律。因侵权行为而产生的法律关系与他国有更密切联系时，则适用该国的法律”。

笔者认为，“最密切联系”学说的出现及其在立法和司法实践上的采用，确实带来了国际私法上的革命，对于涉外侵权行为适用与侵权行为有最密切联系的国家的法律，确实是当今国际性侵权行为法律适用新发展的最显著的标志，但同时也应该看到“最密切联系”学说自身的短处，即过于灵活而缺少必要的明确性，因此，在立法上采侵权行为适用与侵权行为有最密切联系的国家的法律，还必须象美国那样作相应的配套立法规定或作必要的司法解释。

(六) 区别一般和特殊侵权行为适用不同的法律

在早先，对侵权行为的法律适用，是不区别其种类和性质，只是概括规定一个准据法。如日本法例第11条仅规定，因不法行为而产生的债权成立及效力，适用其原因或事实发生地法。但是，自本世纪70年代以来，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。例如1971年美国第二次《冲突法重述》对侵权行为的规定达30条之多(第145—174条)，不但规定了一般侵权行为的法律适用(即上文提及的第145条)，而且，对人身损害、诽谤、隐私权、干涉婚姻关系、对有形物的损害、欺诈及虚假陈述、伤害性虚假陈述、跨州诽谤、对隐私的跨州侵犯和恶意控告及滥用法律程序等10种特殊的侵权行为分别规定了准据法。1979年匈牙利国际私法第32条、33条也区别一般侵权行为、因违反交通或其他安全规章的侵权行为、对登记的船舶或飞机实行的侵权行为而规定了不同的准据法。1978年奥地利联邦国际私法第48条也把不正当竞争从一般侵权行为中分离出来而另行规定了准据法，即适用受此不正当竞争影响的市场所在国家的法律。

1987年瑞士联邦国际私法是迄今世界上最详尽完备的一部国际私法典，达200条之多。

[11] 参见前引[1]，莫里斯书，第316页以下。

该法对侵权行为法律适用的规定同样是详备的,它首先把侵权行为区别为一般的和特殊的,分别规定其法律适用,在特殊侵权行为中又细分为公路交通事故、产品责任、不正当竞争、妨碍竞争、以及因不动产产生的有害影响和基于传播媒介对个人人格的损害等6种,并分别规定了法律适用(第132—142条)。

笔者认为,随着科技的进步,社会的发展,侵权行为涉及的面将越来越广,种类将越来越多,因此,区别一般侵权行为和特殊侵权行为分别规定准据法将是国际私法上侵权行为法律适用的一大趋势。在这方面,美国法和瑞士法走在了前列。并且国际社会也于1971年和1973年在海牙分别缔结了《公路交通事故法律适用公约》和《产品责任法律适用公约》,这两个公约对这两种特殊的侵权行为分别规定了详尽的法律适用制度。

二

通过以上对各国关于侵权行为法律适用制度的分析比较,可以得出以下几点结论:

其一,侵权行为适用侵权行为地法,既是传统国际私法的作法,也为当今许多国家的立法所坚持。侵权行为地这个连接点在确定侵权行为法律适用时,无论是在过去还是今天,仍然不失其重要性;有些国家把它作为确定侵权行为准据法的唯一的连接点;而更多的国家是把它作为确定侵权行为准据法的基本的或重要的连接点。之所以如此,笔者认为,这当然是因为一起侵权案件发生后,在通常情况下和侵权案件或当事人有最密切联系的地点便是侵权行为地。

至于如何适用侵权行为地法,目前国际社会一般有五种作法,笔者认为采用无条件或有条件选择适用侵权行为实施地法和侵权结果发生地法较为可取。其中,采有条件选择适用准据法的,如南斯拉夫、秘鲁、匈牙利、葡萄牙、瑞士等国的立法,明确规定适用那个使加害人负赔偿责任的法律或对受害人最为有利的法律,这跟目前国际社会不断高涨的保护弱方当事人权益的思潮相适应,似乎更值得推崇。

可以说,尽管侵权行为适用侵权行为地法自本世纪以来不断受到抨击和非难,但至今仍具有生命力,是国际社会确定侵权行为法律适用的基本准则。

其二,侵权行为只适用法院地法,既缺少强有力的理论依据,也无更多的立法例予以支持。但是,法院地法在判定涉外侵权行为的成立及效力时仍然具有重要性,因为至今仍有许多国家坚持对发生在境外的侵权行为重叠适用法院地法。之所以要对发生国外的侵权行为重叠适用侵权行为地法和法院地法,是考虑到各国侵权法的不同,并且其立法宗旨是为了保护内国人的权益。但根据我国学者的研究,对发生在国外的行为是否为侵权行为要由法院地法(即内国法)作出判断,也似乎过于绝对化而在许多案件中并无意义,而在有些案件中却又将带来不利于内国原告的后果。^[12]因此,笔者认为此种立法例也并不是一定可取,即使要规定,也宜改成1986年德国民法施行法第38条那样的措辞。

其三,侵权行为适用与侵权案件有最密切联系的法律,即采用“侵权行为自体法”说,是当今国际社会关于侵权行为法律适用新发展的最显著标志。尽管在立法上明确采用侵权行为自体法的国家还不是很多,但该学说已经显示出其强劲的生命力,代表了当代侵权冲突法立法的大趋势。还要指出的是,有些国家尽管在立法上没有直接采用侵权行为自体法说,但却也是根

[12] 李双元主编:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社1993年版,第66页以下。

据侵权行为自体法学说进行立法规定的或者说是采用了使最密切联系原则具体化的立法技术。比如说,象中国、瑞士、葡萄牙、波兰、匈牙利等国,均规定如果双方当事人有共同属人法的,则适用其共同属人法的作法,便是采用了此种立法技术。同时,区别一般与特殊种类侵权行为各别规定准据法,也或多或少体现了最密切联系原则的要求。笔者认为如中国立法那样在在有条件选择适用当事人共同本国法或属人法时加上“也可以”三字,似乎更是体现了最密切联系原则的真谛。

其四,在侵权行为法律适用中引入了当事人意思自治原则,这是一个令人瞩目、使人鼓舞的新现象。尽管采用此种作法的只有瑞士一个国家,^[13]瑞士法赋予当事人的仅是有限的意思自治,当事人协议选择适用的法律也只能是法院地法,但这毕竟是一种突破,第一次在侵权行为法律适用领域也采用当事人意思自治原则。

通过以上评析,笔者认为,我国民法通则第146条关于涉外侵权行为法律适用的规定还是比较先进和可行的,但为了使之更加完善,不妨改成如下行文:^[14]

第1款 侵权行为之债,适用侵权行为地法律。

侵权行为适用侵权行为地法律,是国际私法的始祖巴托鲁斯早在14世纪就提出来的,而后被视作陈规,为世界各国广泛采用。究其原因,主要是这样做有利于维护行为地国家的法律秩序,也有利于当事人预见其行为法律后果。如上文所述,即便在今天,仍然有许多国家的国际私法在不同程度上采用了此种作法。因此,仍可把侵权行为之债适用侵权行为地法律作为我国解决涉外侵权行为之债法律适用的一般原则予以规定。只是在措辞时应稍作改动,宜把侵权行为的损害赔偿适用侵权行为地法律,改为“侵权行为之债,适用侵权行为地法律”。之所以要稍作改动,是考虑到侵权行为地法的适用范围要广泛得多,不局限于损害赔偿。^[15]

第2款 侵权行为实施地法律与侵权结果发生地法律不一致的,人民法院可视何种法律与侵权案件有最密切的联系而作选择适用。

尽管侵权行为之债适用侵权行为地法律是各国普遍的作法,但是如何判定侵权行为地却是国际私法中一个颇为棘手、很有分歧而且是无法回避的难题。依上文所述,大致有五种不同的学说和实践。笔者认为,可以基本采用我国最高人民法院1988年发布的《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)》第187条的规定。该规定是这样的:“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律或者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。”但是我国上述司法解释,没有规定人民法院按照什么标准在两者之间进行选择,而把选择准据法的主动权完全交给了人民法院。冲突规范的软化处理固然是当今国际私法的一大潮流,但如果过分灵活,不规定某种客观上的选择标准,那么法院或法官的主观任意性就有可能严重影响法律的严肃性和可预见性。因此,宜规定一个客观的又足够灵活的选择标准,即依最密切联系原则。笔者认为,人民法院根据最密切联系原则在侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律之间作出选择适用时,主要是应该依照哪个法律更有利于保护受害

[13] 瑞士国际私法第132条规定:“当事人可以在侵权行为出现后的任何时候,协议选择适用法院地的法律。”

[14] 参见金彭年:《中国国际私法典示范法:侵权条款及其法理》,《中外法学》1995年第3期。应说明的是,这里仅是就一般侵权行为而言,待时机成熟后宜对特殊侵权行为法律适用再作出规定。

[15] 瑞士国际私法第142条第1款规定,“适用于侵权行为的法律特别决定侵权行为为能力、责任的条件和范围以及负有责任的人”。关于侵权准据法的适用范围,可参见前引[5],李双元等书,第389页。

人的权利,但同时也得兼顾双方当事人权利义务的平等。^[16] 如果从连接点着眼,一般说来,人民法院则可以视何者同时又是法院地法或受害人属人法作出选择。

第3款 当事人双方国籍相同或者在同一个国家有住所的,也可以适用当事人的共同本国法或者住所地法。

我国民法通则第146条第1款后半部分的条款,立法技术水平很高,可以照用。该条款从某种角度来讲,可以说是“侵权行为自体法”学说的具体运用,是最密切联系原则在我国侵权冲突法领域的具体立法表现。^[17] 因为在一般情况下,对侵权行为之债适用双方当事人的共同本国法或住所地法,确实比适用侵权行为地法来得更公正合理,并且有利于判决的域外承认与执行。还应指出的是,涉外侵权行为之债适用当事人的本国法或住所地法的前提条件固然是加害人和受害人必须具有同一国籍或者在同一国家有住所,但是即使有了这个前提条件,人民法院仍然可以视个案的具体情况而不适用当事人的本国法或住所地法,而仍旧适用侵权行为地法。

第4款 对于发生在外国的侵权行为,不得对中国公民或法人提起比中国法规定更高的赔偿请求。

我国已有的立法,对发生在国外的侵权行为之债要求重叠适用侵权行为地法和中国法,此种立法规定显然是考虑到各国侵权法的不同,并且是为了保护我国公民和法人利益。不过,在上文中已经提及,根据我国学者的细致研究,对发生在国外的行为是否为侵权行为要由我国法律作出判断,也似乎过于绝对化而在许多案件中并无意义,而在有些案件中却又将带来不利于中国原告的后果。并且对侵权行为要求重叠适用准据法的,也只有日本、泰国、埃及、匈牙利、前苏联、德国等少数国家,又大多属于早期的立法例,不能代表当今侵权冲突法立法的发展趋势。因此,我国原有立法不可取,但完全不规定也不好,应从我国具体国情出发,规定一个保护条款,不使我国当事人承担比中国法规定的更高的赔偿责任。

[16] 民法学界有学者指出,侵权行为法在客观上能够起到平衡社会利益之功效:一方面要保护受害人的利益,另一方面又要考虑被告的承受限度。参见张新宝:《我国侵权行为法若干基本理论研讨》,《法学研究》1993年第3期。

[17] 国际私法上有名的采用“侵权行为自体法”的巴蓓科诉杰克逊案,美国法院便以双方当事人的共同住所地法取代了侵权行为地法。