

论侵权行为之债的法律适用新发展

——《中华人民共和国民法(草案)》第九编第 78~82条之评析

吴 凯

(厦门大学 法学院, 厦门 361005)

摘 要:《民法通则》第 146条的规定体现了我国关于侵权行为之债法律适用的三项基本原则:侵权行为地法原则、共同属人法原则、双重可诉原则,这些原则对我国的侵权行为冲突明确了其法律适用的基本原则,但相对世界范围的侵权行为冲突规范软化处理趋势,还需进一步改革。

关键词:侵权行为; 法律适用性; 《民法》(草案)

中图分类号: D 920.0 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672 - 6219(2005)专辑 - 0087 - 02

在《中华人民共和国民法(草案)》对国际私法作专编规定之前,我国关于侵权行为之债法律适用的规定主要是体现在《民法通则》第 146条中。其规定体现了我国关于侵权行为之债法律适用的三项基本原则:侵权行为地法原则、共同属人法原则、双重可诉原则,即重叠适用侵权行为地法和法院地法原则。总体上来说,我国的侵权行为冲突规范明确了侵权行为之债法律适用的基本规则,但相对世界范围的侵权行为冲突规范软化处理趋势,还是比较落后。首先,我国侵权行为冲突规范虽规定了四个连接因素,但法院断案时选择余地还是不大,而且没有采纳获得国际社会广泛承认的最密切联系原则和意思自治原则。其次,立法不周严。根据我国司法解释,如果侵权行为地与损害结果发生地不一致时,可选择适用侵权行为地法或损害结果发生地法,但法院应该依何种标准选择适用的法律缺乏具体标准和明确指导原则。对于上述侵权行为冲突规范的弊端,我国的立法应该如何加以改进呢?《中华人民共和国民法(草案)》第九编第 78~82条对此进行了回答。

一、侵权行为地法原则的改革

《民法草案》第九编第 78条规定:“侵权行为,适用侵权行为地法,包括侵权行为实施地法和侵权结果发生地法。侵权行为为实施地法律与侵权结果发生地法律的规定不同的,适用对受害人有利的法律。”

《民法草案》坚持了传统的“侵权行为适用侵权行为地法”的原则和原来《民通意见》关于侵权地法的定义,同时又不墨守陈规,给该规则注入了新的内容——侵权行为地法的选择标准。它规定:“侵权行为实施地法律与侵权结果发生地法律的规定不同的,适用对受害人有利的法律”。这一规定的合理性

在于:第一,以前法律规定行为实施地和结果地法律不同时,由法院选择适用。同时有了一个较具体的标准,限制了法官过大的自由裁量权,能够在侵权行为地法范围内平衡稳定性和灵活性的要求,既能体现个案公正,又有统一的标准可以遵循。第二,该条把以前一般只是适用于产品责任和损害消费者权益的侵权案件中的有利于受害人原则,列入了一般的侵权法律适用原则规定之中,是一个大的突破,具有先进性。

二、最密切联系原则的引入

《民法草案》第九编第 79条规定:“侵权的全过程表明当事人的国籍、住所、经常居住地、营业所以及其他连接点的聚集地与侵权事件有更密切联系的,适用该最密切联系地法律。”

该条规定将最密切联系原则引入我国对侵权行为之债法律适用的法律规定之中,增强了法律的灵活性,有助于解决广受批评的侵权行为地法原则的机械性,使我国侵权行为冲突规范更加科学合理。最密切联系原则的实质是萨维尼法律关系本座说的发展。根据该原则,适用于某一涉外民事法律关系的准据法应该是该法律关系与之有最密切联系的国家的法律。自从莫里斯提出侵权行为自体法理论以来,该理论逐渐获得了相当程度的国际承认。

最密切联系原则的优点是:首先,它改变了对侵权行为地的思考角度,从具有决定力量的地理因素到不具有绝对支配力的综合环境的一部分,有利于法院选择法律,实现个案的个别解决,实现实体上的公平。其次,它保持了连接点指引准据法的基本模式,符合冲突规则的结构特征,符合程序正义要求。

综上所述,最密切联系原则的出现克服了传统法律选择规则呆板、僵化的缺陷,使得侵权行为法律选择规则更加灵活、合

收稿日期:2005 - 06 - 24

作者简介:吴 凯,男,厦门大学法学院硕士研究生。

理。但是尽管如此,我们还应注意到,该原则毕竟太过于灵活且缺乏必要的明确性,它给予了法官太大的自由裁量权。

三、有限的意思自治原则

《民法草案》第 81 条规定:“侵权行为的加害人和受害人可以协商选择适用法院所在地法律,但不得选择法院所在地法律以外的法律。在侵权行为之债的法律适用新发展中,另一引入瞩目的现象便是当事人意思自治制度的引入。把意思自治原则引入侵权法律适用领域的构想一直到 1987 年的《瑞士国际私法典》的出现才成为现实。该法第 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。它开创了意思自治适用于侵权领域的先河。

将意思自治原则引入侵权领域有着较重要的作用。首先,从冲突法的立法价值取向上看,相对提高侵权之债法律适用的可预见性。侵权行为发生后,允许当事人协议选择法院地法,赋予了当事人明确自己的权利义务的权利,确保了侵权法律适用结果的明确性。在侵权行为发生后,可能被适用的法律有很多,双方当事人如果能够从中权衡利益得失,约定适用法院地法,当然也就提高了侵权法律适用的可预见性。其次,从国际民商事争议角度分析,使当事人更好的协商以解决争议。各国或地区在侵权规定上的差异,决定了当事人之间可能存在利益冲突。允许当事人协议选择法院地法,实际上是给予了当事人在可能适用的各法律冲突之间进行协调的机会。再次,从司法实践的角度看,为法官判定侵权之债的法律适用提供便利。双方当事人的协议选择为法官判定侵权之债法律适用提供了便利。法官可以不经对各个客观连接点的考察来断定应适用什么法律,而直接适用当事人协议选择的法院地法。也就是说,在侵权的法律适用判定过程中,第 81 条使法官首先考虑的是当事人是否对法律适用问题达成了适用法院地法的协议;在没有协议的情况下,再根据其他的相关条款规定的连接点来考察所应适用的法律。同时,既然双方只能选择法院地法,法官基本上不用担心破坏公共秩序的问题。

当然《民法草案》将意思自治原则纳入侵权之债的法律适用范围也存在问题。它所规定的意思自治是有限的,因为当事人只能在法院地法的范围内进行选择,而不像合同领域的意思自治原则那样,可以在有密切联系的法律中选择。这种规定效仿了《瑞士国际私法典》的相关规定。究其原因,笔者认为,这种做法是为了维护法院地的公共秩序,防止当事人协议选择的法律与法院地的公共秩序相违背。如果不加以限制的话,法官要先对当事人协议选择的法律进行审查,如果违背了公共秩序,则协议选择无效,到时还是法官自行确定应该适用的准据法,浪费了诉讼成本。但是,这种限制好像并没有必要,扩大当事人选择的范围更有利于个案的公正判决,而且,对选择权加以限制似乎有扩大法院地法适用的嫌疑。

四、双重可诉原则的质疑

《民法草案》第 82 条规定:“发生在中华人民共和国领域外的侵权行为,如果应当适用的法律为外国法律时,该外国法律对侵权行为的认定和损害赔偿额的确定与中华人民共和国法

律的规定相抵触的,不得适用。”

双重可诉原则强调的是以法院地法来制约以外国法为准据法的侵权案件,这是维护法院地国主权和公共秩序的需要。双重可诉原则作为国际私法的一条传统原则,强调法院地法的制约作用。英国曾经是规定双重原则的最典型的国家,它确定双重可诉原则的是在 1968 年。那时,侵权法被定位于“惩罚性”,而非“补偿性”的。换句话说,侵权法曾与刑法的关系更加密切,而不同于合同法等“私法”,从而与国家公共政策有紧密的联系。但是现代法学对侵权法的认识已与双重可诉原则诞生之日大相径庭。侵权法的主要功能已从“惩罚性”转变为“补偿性”,它和合同法一样,成为公认的“私法”,与国家公共政策之间的联系明显的削弱了。相应地,法院地法对侵权案件的制约作用也应当削弱。在新的历史背景下,再保留所谓的双重可诉原则已不合时宜。1995 年英国国际私法改革在一般原则层面完全抛弃了“双重可诉原则”,而仅在诽谤、不正当竞争等少数领域保留之——因为这些领域与法院地公共政策之间有特殊关系。

在世界各国都抛弃双重可诉原则、限制法院地法适用的今天,我国不但不抛弃它,反而还加强它,赋予法院地法更大的适用空间,是不符合时代发展的潮流,与国际社会的立法改革趋势背道而驰的。具体说来,它将导致以下不良后果:第一,不利于案件的适当处理。既然“应当适用的法律为外国法律”,那么,必然该侵权案件与外国法律有着更密切的联系。在此情况下,如果只要该准据法的规定与中国法的规定相抵触就不分皂白的对其一概否认,肯定将不利于案件的适当处理。同时,这种规定还隐含着这样的假设:即不管案件的事实情况如何,适用中国的国内侵权法具有内在的正当性。这样的假设的确是“十分偏狭”的。第二,造成“挑选法院”。不管案件准据法是什么,也不管准据法如何规定,第 82 条的适用将使所有在我国法院针对域外发生的行为提起的侵权之诉最终得到与直接适用中国法相同的判决结果。这将促成这样一种局面:只要中国法律的规定对侵权案件的当事人有利,该当事人就会倾向于选择在中国起诉。相应的,只要中国法律的规定对侵权案件的当事人不利,该当事人就会倾向于选择在中国以外的国家起诉。第三,不利于国际私法的发展。“国家主义”一向是国际私法发展的大敌。过于强调法院地法的作用,无疑会削弱国际私法的作用。

以上四部分就是笔者对于侵权行为之债的法律适用新发展的分析兼之对我国《中华人民共和国民法(草案)》第九编第 78~82 条的评析。希望我国的立法者,在借鉴国际先进立法的同时,抛弃传统国际私法的一些糟粕,在充分考虑我国的现实和世界立法趋势的基础上,对法律适用问题作出明确规定。

参考文献:

- [1] 韩德培. 国际私法新论 [M]. 武汉:武汉大学出版社,1997.
- [2] 莫里斯. 法律冲突法 [M]. 北京:中国对外翻译出版公司,1990.
- [3] 郑艳. 论对涉外侵权行为冲突规范的软化处理——兼评我国的有关立法 [J]. 政法论丛,1998,(2).
- [4] 中华人民共和国国际私法示范法 [Z]. 北京:法律出版社,2000.