

侵权冲突法一般规则之确立

——基于罗马Ⅱ与中国侵权冲突法的对比分析

宋 晓

摘 要 2007 年欧盟《非合同之债法律适用条例》(罗马Ⅱ)是侵权冲突法立法的典范。罗马Ⅱ洋溢着平衡与理性的精神,但关键处亦偏袒欧盟国家的利益需要。中国侵权冲突法已经严重滞后于时代。对比罗马Ⅱ与中国侵权冲突法的一般规则,指陈各自的利弊得失,揭示各自所需服务的特殊法律政策,探索侵权行为地法、共同住所地法、最密切联系原则和意思自治这四大系属公式在侵权冲突法的一般规则中的最佳结合方式,有助于我国在当下的国际私法立法中构建科学合理的侵权冲突法的一般规则。

关键词 侵权冲突法 罗马Ⅱ 侵权行为地法

作者宋晓,法学博士,南京大学法学院副教授。

一、对比分析罗马Ⅱ与中国侵权冲突法一般规则之意义

在 20 世纪国际私法的发展与变革过程中,侵权冲突法是最动荡不宁的领域。“冲突法革命”在很大程度上就是侵权冲突法革命,诸多基本价值观念之争,就是在侵权冲突法领域展开的,侵权冲突法的理论与实践因之更趋复杂。与此同时,20 世纪侵权实体法的急剧变化,亦从外部向侵权冲突法领域注入了变动因素。环顾国际社会,较之合同冲突法立法,侵权冲突法立法为理论争议所累,步伐缓慢而迟滞,直到世纪之交,情况才有所好转。2007 年欧盟《非合同之债法律适用条例(罗马Ⅱ)》酝酿近三十年后瓜熟蒂落,^①终于预示着侵权冲突法纷乱时代的结束。

罗马Ⅱ涵盖侵权、不当得利、无因管理和缔约过失的冲突法,但重心和绝大多数篇幅集中于侵权冲突法。其意义不仅在于统一了欧盟的侵权冲突法,而且有望像罗马Ⅰ成为合同冲突法发展史上的里程碑那样,成为侵权冲突法发展史上的里程碑,成为今后世界各国侵权冲突法立法绕不过去的“示范法”。罗马Ⅱ充分传承了罗马Ⅰ之所以成功的两大形式特征:追求成文法的确定性,以及建立在两大法系、欧洲各国的比较法的基础之上,这样的形式风格自然获得了其他成文立法者的青睐。

美国冲突法革命以其创新精神与深刻程度,成为“传统冲突法”与“现代冲突法”的分水岭。美国冲突法方法虽具有世界性意义,然而在法律形式方面,其浓厚的规则怀疑主义色彩,过分追求

^① 欧洲侵权冲突法的统一进程,始于 20 世纪 60 年代的欧洲经济共同体时代。1972 年,《欧洲经济共同体合同与非合同之债法律适用公约草案》问世,但因欧洲各国在侵权冲突法领域分歧甚大,欧共体便暂时放弃了侵权领域,单独致力于合同冲突法的统一。1980 年罗马《合同之债法律适用公约》诞生,该公约堪称合同冲突法历史上的里程碑,随后大多数国家的合同冲突法立法都以其为摹本,极力效仿。在 1997 年《阿姆斯特丹条约》的推动下,欧盟重启侵权冲突法的统一工作,经过十年的艰苦磋商和推敲,2007 年欧盟《非合同之债法律适用条例》终于得以通过。《合同之债法律适用公约》在 2008 年经修订通过后成为欧盟条例,被称为罗马Ⅰ;与合同冲突法的罗马Ⅰ相对,2007 年《非合同之债法律适用条例》被称为罗马Ⅱ。

个案解决的方法，深深嵌入了普通法传统，灵活性有余，确定性不足，注定它难以对成文法国家的国际私法立法产生全面和直接的影响。^②相反，欧洲在美国冲突法革命尘埃落定之后，在弘扬传统国际私法的确定性的同时，吸收了美国冲突法革命的有益成份，在 21 世纪前后迎来了成文国际私法立法的高潮，被学界誉为“一场静悄悄的革命”，^③罗马 I 与罗马 II 就是其中的两项重大成果。晚近欧洲国际私法持之以恒地维护法的确定性价值，因而比美国冲突法引发了其他成文国际私法立法者更多的共鸣。欧洲许多国家的国际私法长期以来就是世界国际私法的引领者，罗马 I 和罗马 II 作为统一的欧洲国际私法，建立在比较法的基础之上，在一定程度上融会了欧洲各国国际私法之所长，摆脱了欧洲各国国际私法的偏激之处。罗马 I 与罗马 II 致力于协调与平衡，理性与中庸，其强烈的国际色彩从本质上更符合国际私法的价值取向，较易为其他国家尤其是发展中国家所接受。而且，欧盟横跨两大法系，彼此各擅所长，欧盟国际私法如今实现统一，必然最大限度地吸收两大法系的优点，摒除只能为一者所容而为另者所不容的立法规则或方法。从整体上来说，欧盟统一的国际私法立法必然比其任何一个成员国的国际私法具有更多的普世价值。

《中华人民共和国民法通则》（下称《民法通则》）第 146 条确立了侵权冲突法的一般规则，与二十多年后代表侵权冲突法发展趋势的罗马 II 相比，立法技术的高下如何？是否还能因应时代的发展？是否还能满足我国的特殊需要？目前，《涉外民事关系法律适用法》已经列入全国人民代表大会的立法规划，^④这是全面审视我国侵权冲突法、实现自我革新的契机。本文将以一视同仁的批判视角解剖罗马 II 与中国侵权冲突法，对比分析各自的一般规则，探入规则内部，揭示思想渊源，指陈各自的得失利弊，为当下立法构建科学合理的侵权冲突法的一般规则做些力所能及的学术铺垫。只有构建了合理的侵权冲突法的一般规则，才能在此基础上有的放矢地构建侵权冲突法的特殊规则，最后形成相对完善的中国侵权冲突法体系。

二、侵权行为实施地抑或损害结果发生地

当代国际私法大多走向了以“规则”而非“方法”为导向的立法体系，侵权冲突法亦不例外。当代侵权冲突法也不再只是机械地适用侵权行为地法，而是致力于实现三种规则的平衡和妥协，这三种侵权冲突法规则分别是一般规则，作为一般规则的例外规则（即下文所要分析的共同属人法之例外与最密切联系原则之例外），以及侵权冲突法的特殊规则（例如产品责任的法律适用规则或环境侵权的法律适用规则）。三者之间彼此啮合，相互牵制，恰当地平衡与配置是成功制定侵权冲突法的关键，而首当其冲地是要合理地制定侵权冲突法的一般规则，包括作为一般规则的例外规则。

侵权冲突法的一般规则曾周旋于侵权行为地法和法院地法之间，大陆法系国家普遍适用侵权行为地法，普通法系国家则偏重于适用法院地法，但自从普通法系国家废除双重可诉规则之后，侵权行为地法就成为两大法系共同认可的侵权冲突法的一般规则。^⑤侵权行为地虽为一场所意义的概念，但在涉外侵权关系中，许多时候并不容易认定。^⑥如果构成侵权之诉的所有事实发生在一国境

^② 关于美国冲突法革命及其对 20 世纪国际私法发展的影响，参见宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社 2004 年版，第 75 - 148 页。

^③ 参见 [美] 西蒙尼德斯：《20 世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译，黄进校，载《民商法论丛》2002 年第 3 号（总第 24 卷），金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版，第 380 页。

^④ 参见吴邦国：《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会工作报告》，载《中国人大》2010 年第 6 期。

^⑤ 关于双重可诉规则，以及“法院地法”这一系属公式在侵权冲突法中的地位升降，及其在今日的地位和作用，参见宋晓：《双重可诉规则：进退之际》，载《法律科学》2009 年第 1 期。

^⑥ 大陆法系的国际私法对此问题的争论历来尤为激烈，参见 [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》（第 2 版），李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社 2009 年版，第 536 页。

内,那么侵权行为地自然就在该国境内;如果构成侵权之诉的所有事实发生在两个甚至两个以上国家的境内,那么如何认定侵权行为地就颇费思量了。后种情况在涉外侵权关系中是相当常见的,成为各国构建侵权冲突法的一般规则的最大难题。

当构成侵权之诉的所有事实分布在两个或两个以上国家,如果这些国家均可以视为侵权行为地,那么适用侵权行为地法就完全失去了意义。但是,可以对构成侵权之诉的所有事实进行分类,析出侵权行为地的两个子概念,一个是侵权行为实施地,另一个是损害结果发生地,于是适用侵权行为地法就存在下述四种可能的立法方式:适用侵权行为实施地法;适用损害结果发生地法;选择适用侵权行为实施地法或损害结果发生地法;重叠适用侵权行为实施地法和损害结果发生地法。最后一种组合方式,即重叠适用侵权行为实施地法和损害结果发生地法,正如双重可诉规则一般,过分偏袒被告而不利于原告,几乎没有任何国家采取这种立法方式,因而可以不予讨论。

在剩下的三种立法方式之中,究竟哪种立法方式最为合理?抽象探讨也许永远没有结论,因为合理与否是随着法律目的或法律政策的改变而改变的。中国若要制定理想的侵权冲突法的一般规则,就需要仔细揭示各种立法方式背后隐含的立法政策,审慎地择取其中最能够实现自己立法政策的立法方式。罗马Ⅱ在第4条第1款中所选择的立法方式是:“侵权之债适用损害发生地法,不管导致损害的事实发生于何国,也不管该事实所产生的间接后果发生于何国”;我国现行司法解释是:“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。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用”;^⑦《中华人民共和国国际私法示范法》(下称《示范法》)则和现行司法解释稍有不同:“侵权行为实施地法与侵权结果发生地法规定不同的,适用对受害人更为有利的法律。”^⑧由此可见,罗马Ⅱ青睐于损害发生地法,我国现行立法则青睐于选择适用,《示范法》进一步规定了选择适用的具体标准。那么各自背后的立法政策是什么?我国现行立法是否选择了恰当的立法政策和相对应的恰当的立法方式?

罗马Ⅱ在前言(16)集中阐述了之所以要规定适用“损害发生地法”的立法政策,概括起来主要包括三个方面:第一,促进法院判决的可预见性;第二,合理平衡受害人和被告的利益;第三,反映民事责任法的现代方法和严格责任体系的新发展。^⑨罗马Ⅱ在前言(15)认识到,在几乎所有的欧盟成员国,侵权行为地法原则是侵权法律适用的一般原则,但当侵权事实分布于不同国家时,各国运用侵权行为地法原则的方法各不相同,加剧了法律适用的不确定性。^⑩为了促进冲突规则的可预见性和确定性,罗马Ⅱ并非模糊地规定适用侵权行为地法,而是明确规定适用损害发生地法,并在前言(17)进一步细化道:对于人身伤害而言,适用人身伤害承受之地的法律;对于财产损害而言,适用财产受损时的财产所在地法律。^⑪如此清晰的规定确实平息了行为实施地法和损害结果发生地法之争,实现了它所宣称的第一个政策目标。

但是,假如罗马Ⅱ规定适用“行为实施地法”,一样能够实现法律的确定性目标,可见后两个政策目标才是决定适用损害发生地法的本质原因。那么,为什么适用损害发生地法能够“平衡原告、被告的利益”并且“反映现代侵权法的新发展”?其中的因果关系并非是不证自明的。如果受害人能够选择适用行为实施地法或损害发生地法,就可以从中选择侵权更容易成立或赔偿标准更高的法律,这对受害人而言是最为有利的,同时对被告而言就是最为不利的。在一般侵权法律关系中,我

⑦ 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)》第187条。

⑧ 中国国际私法学会:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社2000年版,第26页。

⑨ 参见罗马Ⅱ前言(16)。

⑩ 参见罗马Ⅱ前言(15)。

⑪ 参见罗马Ⅱ前言(17)。

们没有理由认为受害人是社会的或经济的弱者，没有必要对其实施特殊的保护，因此选择适用的立法模式过于偏袒受害人，难以平衡双方利益。我国《示范法》明确适用对受害人更为有利的法律，偏离了一般侵权行为法律关系的本质；现行司法解释规定法官选择适用，寄希望于法官平衡当事人的利益，但没有为法官的选择给出任何政策指南，法官最后难免失之武断。

不管适用其中哪个法律，在形式上对双方当事人都是公平的，符合单个连结点之冲突规则的形式公正。但从可预见性角度出发，被告更容易预见行为实施地法，而受害人则更容易预见损害发生地法。罗马Ⅱ规定适用损害发生地法，多少倾向于保护受害人的预见利益。为了重新取得平衡，罗马Ⅱ特意限定了损害发生地法的范围，即损害发生地法不包括间接后果发生地的法律，以顾及被告的可预见利益，但毕竟是适用损害发生地法而非行为实施地法，最终结果还是偏袒了受害人的预见利益。然而，在侵权法律关系中，有可能承担侵权责任的是被告而非原告，首先需要保护的是被告的预见利益，以免他过多承担事先无法预见的侵权责任和损害赔偿，罗马Ⅱ优先选择保护受害人的预见利益有违侵权法的一般原理。因此，以双方的预见利益而论，适用行为实施地法较之适用损害发生地法更为合理。

诚如罗马Ⅱ前言（16）所言，随着工业进步、科技发展和高危行业的扩展，现代侵权法在传统的过错责任体系之外，大量扩充了严格责任体系。严格责任体系更加注重保护受害人的利益，同时促进了社会保险法和侵权责任法的衔接。^⑫然而，罗马Ⅱ适用损害发生地法，并不能顺应严格责任法的发展，因为损害发生地法不一定比实施地法更多地扩充严格责任，不一定对受害人更为有利。在严格责任体系中，要更多保护受害人的利益，最好的办法是允许受害人选择适用行为实施地法或损害发生地法，而非单单适用损害发生地法。但是，严格责任体系在侵权法中的地位和作用远远没有超越过错责任体系，过错责任体系仍然是侵权法的基本体系。^⑬与此基本格局相对应，侵权冲突法的一般规则应该反映过错责任体系的需要，选择适用模式只能作为侵权冲突法的特殊规则，以反映严格责任体系的发展。

依据罗马Ⅱ，受害人可以在一定条件下直接起诉责任人的保险人，^⑭这正反映了社会保险法和严格责任体系的衔接。然而，保险人更多地是和责任人，即侵权被告人而非受害人置身于同一个国家和同一个法律体系中，被告人更多地是在自己国家中实施侵权行为的，因此，适用行为实施地法而非损害发生地法更能够促进保险人和责任人的法律责任的统一。即使认为涉外侵权大多涉及严格责任问题，即使认为损害发生地法更能够反映严格责任体系的特点，那么将适用损害发生地法确立为侵权冲突法的一般规则时，为了简化侵权冲突法的体系结构，就可省去为严格责任侵权制定繁琐的特殊冲突规则；但是，罗马Ⅱ在以适用损害发生地法为一般规则时，还是为产品责任、环境侵权等严格责任侵权制定了复杂的特殊规则，^⑮这从立法体例上是难以自圆其说的。

综上所述，适用损害发生地法并不能有效实现罗马Ⅱ前言（16）所宣称的后两项立法政策。相反，适用行为实施地法较之适用损害发生地法，更能够保护侵权法律关系的预见利益和反映严格责任体系的特点。若着眼于欧盟的政治经济特点，或许更容易洞窥罗马Ⅱ的真正用意之所在。欧盟是当今世界上发达国家聚集地，侵权赔偿标准要远高于世界平均水平，严格责任体系要比大量发展中

^⑫ 关于严格责任体系的发展，See Zweigert & Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, (3rd ed.), London: Clarendon Press, 1998, pp. 646-682.

^⑬ 参见王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第202-224页。

^⑭ 参见罗马Ⅱ第18条。

^⑮ 罗马Ⅱ第5条（产品责任）；第6条（不公平竞争与限制竞争行为）；第7条（环境损害）；第8条（侵害知识产权）；第9条（工业诉讼）。

国家更为庞大和成熟,适用损害发生地法就极其有利于欧盟国家的国民,其在欧盟境内所受伤害或损害就能够依据欧盟国家的国内法得到几乎是全世界最好的保护;相反,如果欧盟国家的国民在欧盟境内实施了侵权行为,而损害发生地位于欧盟之外的发展中国家,他们就无需依据欧盟国家的法律承担更重的侵权责任,而发展中国家的受害人只能依据发展中国家的法律获得较低的保护。

因此,罗马Ⅱ将适用损害发生地法作为侵权冲突法的一般规则,本质上还是从欧盟自身的政治、经济和法律的特点出发,更多地是在维护欧盟各国国民的利益,这种难以公开宣称的立法政策在产品责任的特殊冲突规则中表现得更为露骨。^⑥ 为了反向平衡,同时也为了顾及行为实施地法难以抹杀的正当性,罗马Ⅱ第17条规定,在评估被告行为时,必要时应将行为实施地国家的行为与安全规则作为事实予以考虑。^⑦ 但是,一连串的不确定性也因此而起:如果法官考虑实施地国家的行为与安全规则,是否等于适用实施地法?被告以实施地国家的行为与安全规则作为对损害发生地法所认定的侵权的抗辩,在多大程度上应予认可?法官“考虑”实施地国家的行为与安全规则,这是强制义务还是自由裁量?从第17条的用语及其在罗马Ⅱ结构中的位置看,第17条应是处于补充和从属的地位,但它过于模糊,很有可能使罗马Ⅱ重新陷于实施地法和损害发生地法两难抉择的泥沼之中。

以罗马Ⅱ为参照,对于中国这样的发展中国家,无论衡之于抽象学理还是国民利益,都应该反其道而行之,将适用侵权行为实施地法而非适用损害发生地法,制定为中国侵权冲突法的一般规则。中国现行司法解释和《示范法》走错了方向。

三、共同属人法之例外

侵权行为适用侵权行为地法,这一规则是20世纪以美国学界为首的冲突法革命的主要对象。罗马Ⅱ虽没有吸纳欧盟学界普遍视之为激进的利益分析方法,但不能认为它只是一成不变地沿袭传统,而应视之为“否定之否定”的结果。罗马Ⅱ不仅对行为实施地或损害发生地作出了较为明确的抉择,而且将传统国际私法方法发挥到了极致,以行为地法为中心,以属人法、最密切联系地法和法院地法为侧翼,精心将这几个系属公式构成了一个严密而有机的整体,这完全可视为是对之前时代的批判运动的回应。在罗马Ⅱ中,侵权冲突法的一般规则不再是孤零零的行为地法,而是数个系属公式错落有致架设而成的体系。^⑧ 共同属人法就是行为地法之后率先进入这个体系的系属公式。

罗马Ⅱ第4条第2款规定:“损害发生时,被诉责任人与受害人有共同惯常居所的,应适用该共同惯常居所地法律。”^⑨ 我国《民法通则》第146条也作了类似规定:“当事人双方国籍相同或者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。”对比罗马Ⅱ与中国法律的规定,下列问题有待分析和解决:作为构成侵权行为地法之例外的共同属人法之例外,究竟是指共同本国法之例外,还是共同住所地法之例外,还是两种例外均成立?适用共同属人法之例外时,是否一定要结合考虑其他因素,例如双方当事人既存关系之存在?共同属人法之例外是否适用于一切涉外侵权法律关系?共同属人法之例外是否还应进一步认可基于最密切联系原则的例外?

^⑥ 参见罗马Ⅱ第5条。

^⑦ 参见罗马Ⅱ第17条。

^⑧ 在罗马Ⅱ中,法院地法主要是通过第16条(优先适用的强制条款)和第26条(法院地的公共政策)发挥作用,因这两个问题是冲突法的共性问题,不是侵权冲突法的特有问题,因而本文不作分析。

^⑨ 因欧盟各国的住所概念不统一,如同海牙国际私法会议,罗马Ⅱ使用“惯常居所”这一中性的概念。罗马Ⅱ第23条对法人的惯常居所作了统一的定义,但自然人的惯常居所还是留待于各国国内法规定。本文在分析时不区分惯常居所和住所。

在侵权冲突法发展历程中,较早构成共同属人法之例外的是共同本国法而非共同住所地法。早期罗马与希腊法律在审理自己公民之间的侵权时,均不适用外国法。^②我国《永徽律》规定:“诸化外人,同类自相犯者,各依其本俗法;异类相犯者,以法律论”,^③与早期罗马与希腊法律一样,均认可共同本国法之例外。第二次世界大战期间,德国审理发生于境外的德国人之间的侵权法律关系时,只允许适用德国法,此规则后来扩充至所有具有共同国籍的当事人之间的侵权。^④共同本国法之例外规则的确立,其基础完全根源于作为属人法两种基本形态之一的本国法主义,而本国法主义则根源于民族主义和国家主义。在侵权冲突法中,认为共同本国法构成侵权行为地法之例外,就是认为民族主义和国家主义应该凌驾于“场所支配行为”的观念之上。

正如住所地法主义和本国法主义相对立,共同住所地法作为侵权行为地法之例外,其理由也是基于住所地法主义之正当性。住所是私人生活和经营的中心场所,因而成为民事法律关系的聚集之地。具有共同住所的当事人之间,在住所所在国境外而非境内发生侵权关系,正如美国经典案例“巴布科克诉杰克逊”(Bobcock v. Jackson)案的事实所表明的,^⑤双方通常彼此熟识,或早已存在侵权之外的法律关系,诸如合同法律关系或身份关系,而且此境外之侵权行为多为偶然所致。不管侵权之诉在哪国进行,由于双方当事人在住所地生活和经营,侵权损害赔偿之后果及其他社会效果必将复归于他们的共同住所地国家。而且,双方当事人一般熟悉共同住所地国家的法律,适用共同住所地法并不会出乎他们的意料之外,也不会在诉讼过程中增加他们证明外国法的负担。

除了可以运用以上传统分析方法,“巴布科克诉杰克逊”案亦是运用政府利益分析方法的绝佳典范。该案表明,侵权行为地法和共同住所地法之间通常是一种虚假冲突,而非真实冲突,因为只有适用共同住所地法,才能实现共同住所地法所公开宣称或隐含的法律政策和法律目标,同时,不适用侵权行为地法并不会减损侵权行为地国家的法律政策或法律目标;两个表面冲突的法律中只有共同住所地法才真正地意欲适用于案件,并在适用过程中具有“政府利益”。^⑥在众多美国学者看来,正是政府利益分析方法而非传统分析方法,真正奠定了适用共同住所地法的基础。各国国际私法学者尽管对政府利益分析方法争论不休,但近几十年那些在侵权冲突法中确立共同住所地法之例外的立法,几乎无一不受到这个标志美国冲突法革命学说的经典案例的影响。

在欧洲大陆的民族国家和民族主义形成和上升时期,民族主义和国家主义作为一种支配性的政治思潮波及国际私法并导致本国法主义的诞生和传播,这是可以理解的。但时至今日,民族国家已然成熟,强烈的民族主义已趋衰退,继续保留这一政治思潮对国际私法的影响已经不合时宜了。在本国法主义和住所地法主义这两种属人法的表现形态中,住所地法主义更加反映了国际私法作为私法的实质和要求,其中所蕴含的法律理性精神远超富含政治激情与道德要求的本国法主义,因而住所地法主义在和本国法主义的漫长角逐过程中渐渐胜出,乃是一种十分自然的趋势。^⑦罗马Ⅱ只承认共同惯常居所地法之例外,而不承认共同本国法之例外,正是这一趋势的集中反映。

我国《民法通则》第146条既规定了共同本国法之例外,又规定了共同住所地法之例外,最后

^② 参见 Peter Hay, “Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community’s ‘Rome II’ Regulation”, 载《中国国际私法与比较法年刊》2008 年卷, 北京大学出版社 2008 年版, 第 52 - 53 页。

^③ 参见黄进:《国际私法》, 法律出版社 1999 年版, 第 162 页。

^④ 同注③, 第 53 页。

^⑤ Bobcock v. Jackson (1963), 参见 [美] 布里梅耶、戈德史密斯:《冲突法——案例与资料》(影印本), 中信出版社 2003 年版, 第 188 - 192 页。

^⑥ 同注⑤, 第 188 - 192 页。有关柯里 (Currie) 本人对政府利益方法的总结性阐述, See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham: Duke University Press, 1963, pp. 584 - 628.

^⑦ 关于属人法连结点分析, 参见焦燕:《变动中的英国住所法》, 载《民商法论丛》(第 31 卷), 法律出版社 2004 年版, 第 430 - 432 页; 同时可参见董海洲:《从“身份”到“场所”——属人法连结点的历史与发展》, 载《法学家》2010 年第 1 期。

是否一定要适用这两项共同属人法之例外,还取决于法官的自由裁量权。《示范法》第114条与之几乎如出一辙。这样规定具有两个明显的缺陷:其一,本国法主义之例外已渐失合理性,我国法律不应在侵权冲突法的一般规则中继续承认它;其二,在涉外侵权案件中,如果侵权行为实施地、损害结果发生地、当事人的共同本国法和当事人的共同住所地法恰巧同时具备且位于不同国家时,那么这些国家的法律都在法官可以自由裁量予以适用的范围之内,法律确定性荡然无存。要克服这两项缺陷,可以借鉴罗马Ⅱ的规定,只承认共同住所地法的例外,而不承认共同本国法的例外,同时,当双方当事人具有共同住所地法时,共同住所地法就应刚性地优先于侵权行为地法,而非像我们规定的“也可以适用”那样的柔性适用方式。

那么,共同住所地法之例外是否适用于一切涉外侵权法律关系?共同住所地法之例外是对住所作为私法关系展开的中心场所的地位的认可,是对双方当事人正当期望的维护,因此该例外之设立完全着眼于双方当事人本身,而没有过多顾及当事人之外的社会因素。侵权法不同于调整刑事不法行为的刑法,其本质在于调整民事不法行为,归根结底是私人之间的补偿即私人之间的“分配正义”问题,一般不涉及具体的公共利益问题,侵权冲突法亦复如此。因此,共同住所地法之例外可以全面适用于涉外侵权领域,除非极个别的侵权领域不仅关乎当事人之间的利益,而且直接涉及到了具体而重大的社会公共利益。罗马Ⅱ在制定共同住所地法之例外时,就反映了这一合理的观点。第4条第2款将共同住所地法之例外上升为一般例外,全面适用于涉外侵权领域,但是,在第6条的“不公平竞争与限制自由竞争行为”、第7条的“环境损害”、第8条的“侵害知识产权”这些特殊条款中,并不适用双方当事人的共同住所地法之例外规则,因为这些领域毫无争议地关乎侵权行为地的重大而具体的社会公共利益,不能被仅仅注重私人之间利益分配的共同住所地法之例外的规则所取代。^⑥

一些有影响的学者认为,双方当事人仅仅存在共同住所之事实因素,并不足以偏离适用侵权行为地法的一般规则;如果要成功地偏离一般规则,必须还要以既存关系为前提条件,这些既存关系可以为合同关系、身份关系甚至可以是朋友关系。^⑦如同“巴布科克诉杰克逊”案,如果双方当事人都是住所位于中国的中国人,相约去日本自驾游,在日本旅游期间,一人开车不慎导致另一人受伤,此时适用他们的共同住所地法即中国法,如前分析完全是合理的;但如果双方当事人本无关联,各自在日本自驾游,两车相撞,让他们惊讶的是,彼此恰巧都是来日本自驾游的中国人,此时如果不适用侵权行为地法即日本法,而适用他们的共同住所地法即中国法,那些学者认为,远不如前一种情况合理。

诚然,既存关系确实可以强化适用共同住所地法之例外的合理性,但是,该例外规则的合理性并非莫基于既存关系,而是莫基于住所地法主义之正当性。只要双方当事人具有共同住所,即使双方之间不存在既存关系而且不相熟识,也只是让他们难以预见侵权事实之产生;双方只是短暂离开住所地,对住所地法的普遍服从义务却未曾中断,^⑧既然他们在境外产生侵权关系的那一刻还是在共同服从同一个住所地法,所以适用共同住所地法仍然在他们的合理期望的范围内,尽管他们对对方的事实存在有可能表示惊讶。因此,适用共同住所地法之例外,并不需要以既存关系之存在为前

^⑥ 这主要是出于保护侵权行为地国家的强制规范和公共政策的需要,如果是法院地的强制规范和公共政策,可通过罗马Ⅱ第16条和第26条予以实现。

^⑦ See Phaedon John Kozyris, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeonides’ ‘Missed Opportunity’”, 56 *Am. J. Comp. L.* (2008), p.480.

^⑧ 关于私人对住所地法的普遍服从义务的分析,贯穿了萨维尼的杰作,参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社1999年版。

提条件。罗马Ⅱ在规定共同住所地法之例外时，没有强调既存关系是合理的，这同时也有助于增进法律的确定性。至于在适用共同住所地法之例外的规则时，是否还要适用最密切联系原则，以创设“例外之例外”，对此在下部分中再做分析。

四、最密切联系原则之补充作用

最密切联系原则已然成为当代国际私法的基本原则，是构建具体规则的最为重要的正当化依据之一。最密切联系原则通常是作为具体规则的例外规则而存在的，很少作为正面的具体规则而存在，否则国际私法将被最密切联系原则所虚化。^②在侵权冲突法领域，如果只适用行为地法而不引入最密切联系原则，那么传统冲突法体系的机械性和僵固性就无法有效地得到克服。为了使侵权冲突法体系具有一定的灵活性，罗马Ⅱ依据最密切联系原则构建了一般例外规则，第4条第3款规定：“若整个案件清楚地表明，侵权行为显然与第1款或第2款以外的另一国家有更密切联系的，则应适用另一国家的法律。”相比之下，我国侵权冲突法缺乏基于最密切联系的一般例外规则，机械有余，灵活不足，这已成为我国学界的普遍共识。^③

自从英国学者莫里斯发表《侵权自体法》之后，^④最密切联系原则在侵权冲突法体系中的重要性始获认同，但在侵权冲突法体系中该如何安排最密切联系原则，则向来是有争议的。第一种观点认为，应该效仿英国合同自体法，将最密切联系原则作为侵权冲突法的一般规则，然后将侵权行为地法作为最密切联系的法律的推定，正如同自体法中的特征履行的推定，最后再规定更密切联系的例外；第二种观点就像罗马Ⅱ那样，侵权行为地法是一般规则，最密切联系原则只是一般规则的例外规则。^⑤第一种观点将最密切联系原则上升为主导地位，适用侵权行为地法只是一种推定；第二种观点只承认最密切联系原则的例外作用，只有在严格条件下才能不适用侵权行为地法。两者在实践中带来的差异是，若要排除侵权行为地法的适用，第二种观点的条件比第一种观点的条件要严格得多，同时，第一种观点所构建的体系的灵活性，及其相伴的法律不确定性，则要高得多。

如果将最密切联系原则上升为侵权冲突法的一般规则，将重蹈1980年《罗马公约》的覆辙。《罗马公约》将最密切联系原则作为决定合同客观准据法的一般规则，但在各国法院的实践中，最密切联系原则与特征履行推定经常陷于暧昧之中，究竟是强推定还是弱推定，各国莫衷一是。^⑥有鉴于此，2008年欧盟借该公约上升为条例之际，一举废除推定方法，将特征履行规则扶正为一般规则，而将最密切联系原则作为特征履行规则的例外，有如罗马Ⅱ的一般规则的结构。^⑦如果说推定方法的不确定性对于普通法国家来说尚且无碍的话，那么对成文法国家来说则是难以承受的。其实，即使是首创侵权自体法理论的莫里斯教授，他也承认“在许多情形下，甚至可能在绝大多数情形下，只要侵权行为地确定无疑，可以说，就无需考虑侵权行为地法之外的法律”，我们只是在少数例外情形下才需要“宽泛的、灵活的冲突规则”。^⑧因此，罗马Ⅱ只承认最密切联系原则的例外和

② 作为规则的最密切联系原则在很大程度上是一种“虚无规则（Non-rule）”，若不谨慎适用，将毁损法的安全，See Peter Hay, “Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law”, 215 *Revue des cours* (1989), p.362.

③ 《示范法》第113条依据最密切联系原则制定了一般例外规则，同注②。

④ See J. H. C. Morris, “The Proper Law of A Tort”, 64 *Harv. L. Rev.* (1951), p.881.

⑤ 参见肖永平：《中国冲突法立法问题研究》，武汉大学出版社1996年版，第326-327页。

⑥ 参见宋晓：《特征履行理论：举废之间》，载《中国国际私法与比较法年刊》2008年卷，北京大学出版社2008年版，第175-178页。

⑦ 参见2008年欧盟《合同之债法律适用条例（罗马Ⅰ）》第4条。

⑧ See note ④, p.885.

补充的地位,这是更为合理的安排。

在罗马Ⅱ中,最密切联系原则所构建的一般例外,不仅针对第4条第1款的侵权行为地法,而且同时针对第4条第2款的共同住所地法。针对行为地法是应有之义,而共同住所地法本身就构成了行为地法之例外,现在针对它再创设“例外之例外”,是否有此必要呢?上文已经证明共同住所地法构成行为地法之例外的合理基础,然而此基础只是着眼于双方当事人之间的私人利益。在诸如环境侵权、限制竞争侵权等公共利益的特殊领域,虽然可以明确表明不再适用共同住所地法之例外,但在一些无法类型化或没有必要制定特殊侵权冲突法的侵权关系中,也有可能涉及一个或多个第三人的利益,如果适用共同住所地法之例外规则完全超出第三人的合理期望,此时只有借助最密切联系原则以否定共同住所地法之适用。也就是说,如果侵权关系关乎第三人利益,不管第三人是否已经成为诉讼案件的当事人或参与人,那么不适用其中两个当事人的共同住所地法而适用侵权行为地法,对案件涉及到的所有人来说可能就是最为公平的了。

利用最密切联系原则之例外,以考虑案件第三人利益,多少是出于社会的、经济的考虑,而非完全出于地理空间的衡量。最密切联系原则之例外一般是衡量空间之密切程度,而非社会经济因素之考量,因为最密切联系原则可能替代的法律,即侵权行为地法和共同住所地法,均建立在地理空间的概念的基础之上。比较一般规则指向的国家与可能存在的另一国家哪个与案件更为密切,自然也是出于地理空间之衡量,并且两者密切程度的比较只有在具有“显然”的差距时,才能适用最密切联系原则之例外。如果过多考虑社会的、经济的因素,而不是单纯的空间比较,就可能引发例外的滥用,使一般规则陷于不安定之中。在适用最密切联系原则之例外规则时,要完全摒除社会的、经济的考量是不现实的,但是,当需要考虑社会的、经济的因素时,这些因素必须构成整个案件的具体事实之一部分,正如案件中所涉及的第三人利益。

最密切联系原则在具体案件中的运用一般依赖于法官的自由裁量,而无法由立法事先加以详尽地规划。当立法给出多项政策指南时,如果导向多重目标,则同样让法官无足适从。罗马Ⅱ放弃了列举政策指南的努力,这是明智的做法。^⑤但第4条第3款在规定最密切联系原则之例外时,特别提到:“与另一国显然有更密切的联系,尤其可能建立在当事人既存关系的基础之上,例如合同,并且此既存关系与诉讼中的侵权关系有着密切的联系。”罗马Ⅱ特别拈出既存关系一项,其目的无非是当双方当事人之间的既存关系与侵权关系存在密切联系时,促使法官适用同一法律。^⑥当事人之间的既存关系,既可能为事实关系,例如共同国籍、朋友关系;也可能为纯粹的法律关系,例如合同关系。如果是事实关系,法官在选择侵权案件的准据法时,自然会加以考虑,以判断该事实关系所在的国家是否比侵权行为地国家与侵权有更密切的联系,此时特别拈出既存关系似乎没有什么必要。^⑦

但是,当事人的既存关系可能是纯粹的法律关系,例如合同关系(正如第4条第3款特别指明的)。罗马Ⅱ的目标是要保持两种关系的法律适用的一致性,可见罗马Ⅱ强调的既存关系主要是指既存之法律关系,而非既存之事实关系。在一般情况下,当既存之法律关系与侵权关系有密切的联系时,当法官在考虑更密切联系之例外时,无法去考虑既存法律关系的准据法,因为准据法本身并

^⑤ Symeonides教授认为应该给出政策指南, See Symeon C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, 56 *Am. J. Comp. L.* (2008), p.198. 但是,如果给出多个政策指南,又不指向一个方向,正如美国《第二次冲突法重述》第6条那样,甚至给出彼此相互冲突的政策指南,结果将会加剧法律的不确定性, See Vischer, “General Course on Private International Law”, 232 *Recueil des Cours* (1992), p.59.

^⑥ See note ④, p.203.

^⑦ 其实,共同住所亦可视为是一既存关系,共同住所地法应该刚性地替代侵权行为地法,因此应该规定共同住所地法之例外。

非空间因素。而且,即使既存之法律关系与侵权关系联系密切,既存关系之准据法也很可能与侵权关系无关。例如,当事人既存之合同关系与侵权关系联系密切,侵权就是在履行合同的过程中产生的,但是,双方当事人共同约定的合同准据法所在的国家与合同本身没有什么联系,与侵权关系更不存在什么联系,此时更是无从适用更密切联系这一例外规则。罗马Ⅱ在最密切联系原则的例外中特别拈出既存关系一项,就是为了扩大最密切联系原则的通常的考虑范围,促使法官去考虑既存关系的准据法因素,尽可能让当事人之间的密切相关的两种法律关系的准据法保持一致。

然而,罗马Ⅱ并没有像少数国家的立法例那样,^③硬性要求侵权准据法与密切相关的既存法律关系的准据法保持一致。如果罗马Ⅱ有此意图,就会像处理共同住所地法那样,使既存法律关系的准据法成为侵权行为地法之一般例外。可见在罗马Ⅱ的立法者心目中,既存关系远没有共同住所地这一因素具有决定意义,所以只是借助最密切联系之例外促使法官去加以考虑罢了。如果侵权关系与既存关系具有密切的联系,而两者又适用不同的法律,就很有可能导致两个法律体系的结论相互冲突,而适用同一法律确实可以最大限度地消除这种冲突,以维护私法秩序之稳定。但是,在国际私法中,促使彼此独立而又关联的法律关系适用同一法律,这并非是十分重要的目标。当这一目标与其他公正性目标相冲突时,常常让位于其他目标,例如先决问题领域就是如此。在侵权冲突法中,侵权关系一旦与既存之合同关系存在密切联系,常常引发合同的免责条款能否有效成为侵权被告抗辩事由的问题。如果合同准据法与侵权准据法对此规定不同,那么侵权准据法是否一定要和合同准据法保持一致,在不同案件中结论常常不同。^④罗马Ⅱ只是指引法官去协调两者关系,但也无法给出确切答案。既然如此,罗马Ⅱ完全没有必要在最密切联系原则之例外这个弹性条款中再去引入一个新的不确定的因素,既存之关系这一因素还是不要规定为好。

罗马Ⅱ在规定最密切联系之例外时,要求法官考虑的是“整个案件”是否与另一国存在更密切的联系,而非某个具体问题与另一国存在更密切的联系。如果是前者,那么整个案件将适用另一国的法律,以取代侵权行为地法或共同住所地法;如果是后者,只有具体问题转而适用另一国的法律,而其余问题仍然适用侵权行为地法或共同住所地法。罗马Ⅱ拒绝了后者,等于在适用最密切联系之例外时,拒绝了“分割”方法,为此一些知名学者提出了严厉的批评。^⑤一般来说,普通法系国家青睐于分割方法,而大陆法系国家则不鼓励分割,这与两大法系的法律风格密切相关。普通法系注重解决一个又一个的问题,而不注重相关问题的法律答案的一致性和体系性;而大陆法系则注重概念主义的、体系化的方法。分割方法是从具体问题出发的,而非从具体问题所属的体系出发的,它在某些场合可能会促进具体问题的公正解决,但也会加剧法律体系的破碎,带来结果的不确定性,这种方法自然是适合普通法系国家而非大陆法系国家。

罗马Ⅱ为了最大限度地统一欧盟各国的侵权冲突法,在第15条中特别规定了侵权准据法的适用范围,该范围之列举几乎将重要的侵权法律问题都囊括进来了,等于明白无误地表明范围内的问题都不允许分割。其中一个问题(第15条e项),即侵权请求权是否可以转让(包括继承转让),也在该范围之内,支持分割的学者认为这个问题尤其应允许分割。^⑥例如,准据法即侵权行为地法为甲国法,而已经死亡的受害人是住所位于乙国的乙国人,受害人的侵权请求权是否应由其乙国的

^③ 例如,《瑞士联邦国际私法》第133条第3款;《比利时国际私法》第100条。

^④ 关于这个问题的讨论, See Lawrence Collins with Specialist Editors, *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, (14th ed.), London: Sweet & Maxwell, 2006, pp.1918-1919.

^⑤ Symeon C. Symeonides 和 Trevor C. Hartley 均基于普通法传统提出了严厉的批评, See note ③, Symeon C. Symeonides, pp.198-199; Trevor C. Hartley, "Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems Under the Rome II Regulation", 57 *I. C. L. Q.* (2008), p.902.

^⑥ See note ③, Symeon C. Symeonides, p.199.

某位亲属继承,这个问题在支持分割的学者眼中,应该与乙国具有更密切的联系,从而该问题应该与其余问题相分割,单独适用乙国法。但是,仅此权利继承问题远不能证明整个案件与乙国具有更密切的联系,而罗马Ⅱ又不允许分割,因而包括该权利继承问题在内的整个案件只能适用甲国法。

如果换一个角度,将权利继承问题识别为继承问题,那么根据“动产继承适用被继承人死亡时的住所地法”的一般规则,这个问题应适用乙国法,从而可以和分割方法取得一致的结论。罗马Ⅱ为了欧盟侵权冲突法的统一,为了迎合占据绝大多数的欧盟境内的成文法国家的法律风格,拒绝分割方法是无可厚非的;但它将诸如权利继承问题也囊括到侵权准据法的适用范围内,也堵塞了对此采取不同识别的国家的后路,这确实带来了一个较重的负面影响。鉴于我国的成文法传统,当下立法在制定最密切联系原则之一般例外时,也应拒绝分割方法,但不应机械地去列举侵权准据法的适用范围,以免在诸如权利继承问题上限制了更为合理的识别的可能。^④

五、意思自治的适用范围

意思自治方法作为基本方法之一在国际私法中已经稳固地确立下来了,它不仅在合同国际私法领域中排除了传统合同国际私法施加的诸多限制,而且正大踏步地向非合同国际私法领域进军。^⑤当然,合同法是私法中赋予私人最大的私法自治的空间,意思自治在非合同国际私法领域所享有的自由无论如何难以与合同国际私法相比肩,所受限制自然要大于合同国际私法领域。罗马Ⅱ旗帜鲜明地推进了意思自治的扩展趋势,而且将意思自治在非合同之债(重心依然在侵权冲突法领域)法律适用领域的自由程度发挥到了史无前例的高度。我国侵权冲突法受时代条件的限制,没有承认意思自治,但未来立法应引入意思自治,我国学界对此已无异议,关键是我们该如何合理地建构侵权冲突法领域的意思自治的相关规则。

如今回顾意思自治在侵权冲突法领域的发展历程,大体可以发现具有标志性的三个阶段:第一阶段以1987年《瑞士联邦国际私法》为代表,该法第132条规定“侵权行为发生后,当事人可以随时协商选择适用法院地法”,小心翼翼地只允许选择法院地法,而且只允许事后选择,不允许事前选择;第二阶段以1999年德国国际私法立法为代表,《德国施行法》第42条规定:“产生非合同之债的事实发生之后,双方当事人可以选择适用于该债务的法律,第三人的权利不受影响”,该法全面扩大了当事人的选择范围,不再局限于法院地法,但仍然只允许事后选择,不允许事前选择;罗马Ⅱ代表了最新的发展阶段,第14条第1款规定:“当事人可以协议选择适用于非合同之债的法律:(a)协议订立于损害事件发生之后;或者(b)当事各方在从事商业活动的,协议经自由协商,亦可订立于损害事件发生之前。法律选择应是明示的,或案件各种情形确切表明的,且不得损害第三人之权利。”该规定不仅对选择范围不加限定,而且不再拘泥于事后选择,在一定条件下开始允许事前选择。

瑞士国际私法在近二十年前虽开风气之先,但亦可反映出它当时对意思自治在侵权冲突法领域的地位和价值还尚存疑虑,加以瑞士联邦侵权法极力反对惩罚性损害赔偿,担心一旦全面允许当事人选择侵权准据法,就会将诸如惩罚性赔偿等瑞士法所不愿接受的侵权法律政策引入瑞士法院,因

^③ 一般来说,为了促进各成员国或缔约国的法律统一,才需在统一的冲突法立法中详细列举准据法的适用范围,《示范法》第127条盲目规定了侵权准据法的适用范围,得不偿失。同注⑧,第29页。

^④ 关于意思自治及其适用领域的扩展,同注②,第203-250页。

而谨慎地将当事人的选择范围限定在法院地法。^{④⑤}然而,二十年过后,再也没有必要去背负这样的包袱了。一方面,意思自治在侵权冲突法中的地位已经得到普遍的认可;另一方面,在现代各国侵权法律体系中,绝大多数规则是在填补损害和分摊风险,只有少量规则是在制裁和惩罚特定的不法行为。因此,允许当事人选择法院地法之外的法律,并不会让法官动辄面对有关外国的旨在制裁与惩罚的侵权法律规则,即使法官面对法院地法难以接受的此类外国规则,也能以其与法院地法的强制规则相抵触或违反本国公共秩序为由不予适用。德国法与罗马Ⅱ均跨越了早先存在的思想障碍,对当事人的选择范围不加限定,是立法实践合理发展的结果。可惜我国《示范法》抱残守缺,仍然只允许当事人选择法院地法,明文规定当事人不得选择法院地法以外的法律为准据法。^{④⑥}

较之先前侵权冲突法有关意思自治的立法,罗马Ⅱ最大的突破就是允许当事人进行事前选择。是否允许事前选择,至今仍是争议很大的问题。与合同冲突法相比,合同是当事人争议之前安排的,合同法律选择的基本模式是事前选择,当然同时允许事后选择;而侵权事件之发生一般是难以预料的,当事人无法事先做出安排,更谈不上大费周章地签订法律适用的协议,所以事后选择是符合侵权的一般情形的。而且,更为重要的是,损害事件发生之后,当事人在合意进行法律选择之前,完全可以根据相关国际私法规则预知可能适用的准据法,并对自己的权利义务有了相对充分的了解,如果双方认为适用侵权行为地法或共同住所地法之外的另一法律,对双方行使权利或承担义务更为便利,他们完全可以选择另一法律。在事后选择的情形中,立法完全没有必要担心双方做出的法律选择过分有利于一方当事人,或一方当事人将自己在社会、经济方面的强势地位强加于另一方当事人,因为在侵权事件发生之后双方均可依据相关法律预知结果的时候,偏袒一方的法律选择的安排是无法获得对方同意的,这就可以推定事后的法律选择对双方当事人来说一般是公平的。^{④⑦}

然而,在国际民商事交往中,尤其是在国际商事实践中,许多情形提出了事前选择的合理性和必要性。例如,在大量国际商事合同中,当事人常常约定“本合同或本合同引发的一切争议适用甲国法”,如果在履行合同过程中一方对另一方实施了侵权行为,而此侵权行为与合同密切相关,但又不能和合同责任相竞合,此时如果以合同法律适用的约定不得涵盖侵权为由,拒绝适用当事人在合同中约定的甲国法,至少从表面上看违反了“本合同引发的一切争议适用甲国法”的最初约定,从而违反了当事人订约时的合理期待。如果侵权冲突法允许事前选择,就可以将当事人的约定不仅视为是合同法律适用的约定,同时也可视为是侵权法律适用的约定,当交易过程中同时产生合同和侵权责任时,就能保证彼此相关的两种性质不同的责任适用同一个法律,从而最大限度保证双方权利义务的完整性和公正性。^{④⑧}当事人在订立合同和从事国际商事交易时,如果事先约定的法律选择条款同时囊括合同责任和侵权责任,则有助于双方当事人根据合意选择的法律全面地评估交易风险和赔偿责任。只要事先给双方当事人提供一个稳定而可预见的法律环境,就能最大限度地促进交易的产生并进而增进交易的安全。

况且,事后选择虽从逻辑上看应是一般模式,但在实践中却很少发生,因为侵权事件发生之后,当事人协商无果而诉之法院,彼此关系已经剑弩拔张,很难平心静气地签订法律适用协议;交易过程中先前的法律选择的约定能否适用于后来发生的侵权事件,这种争执较之事后选择反而更为常见。因此,如果只允许事后选择而不允许事前选择,侵权冲突法中的意思自治条款在很大程度上

^{④⑤} See note ③⑥, Vischer, p.128.

^{④⑥} 同注③⑥。

^{④⑦} See note ③⑥, Symeon C. Symeonides, p.215

^{④⑧} 这里只就当事人合意选择而言,如果由法官来决定侵权准据法,如前所述,法官并不一定会优先考虑侵权准据法与合同准据法的一致性。

就是空中楼阁。尽管如此,德国立法者在上世纪末仍然不赞同事前选择,他们认为,在合同关系中派生的侵权关系,常常是合同强势方对合同弱势方的侵权,为了保护弱方当事人,即使双方当事人可以预见侵权法律关系的产生,也不允许预先约定侵权行为准据法。^④德国立法者所担心的情形在实践中也不可谓不常见,事前选择确实容易被交易中的强势一方所利用,以强化自己在法律上的优势地位,一旦发现交易对自己不利,就有可能使他选择承担事先预见的代价不大的侵权责任,积极对另一方进行侵权,毁损交易的基础,这样无异于鼓励商人将侵权作为达到自己商业目的的一个手段。因此,是否同意事前选择,确实让人面临两难的困境。

罗马Ⅱ为破此困境,在积极肯定事前选择的同时,也对此施加了两项限制条件:其一,事前选择是在商业活动的过程中缔结的;其二,事前选择必须是自由协商的结果。前者肯定了事前选择在商业交易中的合理性和必要性,旨在维护当事人的合理期望,促进交易发展;后者则避免合同中强势一方当事人利用事前选择以强化自己的优势地位,更是要避免合同一方利用自己的强势地位直接或间接逼迫另一方签订对强势方有利的法律选择协议。罗马Ⅱ为突破困境和维持利益平衡付出了巨大的努力,即使如此,批评者仍然认为,“商业”和“自由协商”两个用语在各国法律中歧义甚大,因而含糊有余,精确不足,恐怕难以实现立法的目的。^⑤应该说,罗马Ⅱ允许事前选择的立法方法代表了发展的趋势,但其限制用语确实如批评者所批评的那样过于含糊,不如直接规定当事人的合同法律选择条款同时适用于与合同相关的侵权事件,而且同时规定合同冲突法中对于合同强势方的所有限制条款(诸如消费合同、雇佣合同等合同冲突法领域的限制强势一方的条款)同时适用于侵权事件,利用合同冲突法中的限制性条款以实现侵权冲突法自身难以实现的平衡,^⑥或许这是更好的方法。

罗马Ⅱ既然承认了事前选择,就依据欧洲国际私法的传统习惯,进一步承认了默示选择,^⑦即“案件各种情形确切表明”当事人具有法律选择的意思表示的,虽没有明示,亦加以承认。但是,默示法律选择不仅在形式上损害了法律的确定性,而且其实质内容对我国也不适宜。侵权法律适用的事前选择一般是同时在合同中完成的,而合同领域的意思自治至今已深入人心,如果当事人有法律适用的合意,就应当知晓以明示的方式加以表达,如果当事人没有进行明示的法律选择,则表明当事人之间根本不存在法律适用的合意,此时推断当事人的默示选择就完全是拟制的、强加的,违背了当事人的意思自治本身。那些肯定默示法律选择的西方国家的案例表明,默示法律选择的判断依据常常是标准格式合同、法院选择条款和采用特定国家法律用语等,^⑧但这些判断依据几乎全部指向西方发达国家,而很少指向如我国这样的法治后进国家,如果贸然承认默示法律选择,岂非在许多案件中让我国法官放弃本应适用的中国法而去适用外国法?因而,对于默示选择问题,无论是我国合同冲突法还是侵权冲突法,都不应该盲目效仿两罗马条例。^⑨

^④ See Peter Hay, “From Rule-Oriented to ‘Approach’ in German Conflicts Law: the Effect of the 1986 and 1999 Codifications”, 47 *Am. J. Comp. L.* (1999), p. 645.

^⑤ See note ③, Symeon C. Symeonides, p. 216.

^⑥ 遗憾的是,在2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》中,并没有专门为消费合同、个人雇佣合同的弱方当事人制定特别的保护条款。我国未来冲突法立法应该在这个问题上实现侵权冲突法和合同冲突法的衔接。

^⑦ 罗马Ⅱ和罗马Ⅰ关于默示选择的条文措辞几乎一致,参见2008年欧盟《非合同之债法律适用条例(罗马Ⅰ)》第3条第1款。

^⑧ See note ④, pp. 1573 - 1576.

^⑨ 2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第3条就明确拒绝了默示选择,未来立法也应如此。

六、结 论

罗马Ⅱ在侵权冲突法的一般规则中，将侵权行为地法、共同住所地法、最密切联系的法律以及意思自治这四个系属公式有机地结合起来，取规则形式而弃灵活方法，追求法律的确定性，处处体现了平衡、理性与中庸的特点，这一切共同将侵权冲突法的立法推向了新的境界，为他国侵权冲突法立法成功地开辟了一条稳健的道路。但是，罗马Ⅱ深深烙上了欧盟的政治、经济与法律文化的印记，最显著地莫过于在适用损害发生地法与适用行为地法的选择问题上，虽在立法技术上极尽平衡之能事，但最终还是偏袒欧盟各发达国家的利益。以罗马Ⅱ与中国侵权冲突法的对比分析为参照，我国既有之侵权冲突法的一般规则已严重滞后于时代的发展，现在是到了全面改革的时候了。

在对罗马Ⅱ与中国侵权冲突同等地批判分析之后，我们可以重新勾勒出我国未来侵权冲突法一般规则的大致轮廓：涉外侵权法律关系适用侵权行为实施地法，而不是适用损害发生地法，更不是法官或当事人的选择适用；双方在侵权事件发生之时具有共同住所的，适用双方的共同住所地法，但共同本国法不能作为侵权行为实施地法之一般例外；如果另一国的法律较之侵权行为实施地法或共同住所地法与侵权事件有更密切联系的，那么适用另一国的法律，在衡量另一国法律是否具有更密切联系时，不能采取分割方法，也不必特别顾及既存关系；当事人可以在事后约定侵权准据法，也可在事前的合同关系中约定侵权行为准据法，如果是事前约定的，必须同时适用合同冲突法中保护弱方当事人的特殊规定，而且只承认明示选择，不承认一切形式的默示选择。

罗马Ⅱ代表了侵权冲突法立法的最新成就，将对欧盟之外的国家发挥示范法的效应，这是完全可以预见的。但是，不管外国国际私法立法如何具有普适价值，如何具有示范效应，我们在比较和借鉴之时，都不能失去“独立之精神、自由之思想”，一味赞扬，只谈借鉴，这样的比较法方法积弊渐重，最终将会葬送我国国际私法立法与学术的独立发展之路。本文自始至终贯彻独立、自由和批判的理念，希望对我国当下的国际私法立法有所启示。

【主要参考文献】

1. [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》（第二版），李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社 2009 年版。
2. 中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版。
3. Peter Hay, "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's 'Rome II' Regulation", 载《中国国际私法与比较法年刊》2008 年卷，北京大学出版社 2008 年版。
4. Phaedon John Koziris, "Rome II : Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeonides' 'Missed Opportunity'", 56 *Am. J. Comp. L.* (2008) .
5. J. H. C. Morris, "The Proper Law of A Tort", 64 *Harv. L. Rev.* (1951) .
6. Symeon C. Symeonides, "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", 56 *Am. J. Comp. L.* (2008) .
7. Lawrence Collins with Specialist Editors, *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, (14th ed.), London: Sweet & Maxwell, 2006.
8. Trevor C. Hartley, "Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems Under the Rome II Regulation", 57 *I. C. L. Q.* (2008) .

（责任编辑：杜焕芳）