

美国涉外侵权冲突法的最新发展

——俄勒冈州《侵权与其他非合同请求的法律选择法》评介

王晓媛

内容提要:俄勒冈《侵权与其他非合同请求的法律选择法》是美国第一部由普通法传统的州颁布的成文侵权冲突法,代表了美国侵权冲突法的最新成就。这部法律在实证分析的基础上准确定位自身特点,将冲突法的立法和研究工作引向纵深发展;在比较法基础上构建最适合自己的规则体系,体现出平衡、独立和理性的特点。与此同时,该法放弃灵活方法,采取规则形式,基于预防损害和填补损害的实体功能在侵权冲突法上的不同要求,确立了行为规则规则和损失分摊规则的分割原则,并通过侵权行为地法原则、意思自治原则、共同住所地法原则以及“最适当”原则的设置,将实质正义因素融入对冲突正义的追求中,力求实现法的确定性与灵活性的最佳平衡。

关键词:侵权冲突法 侵权行为地法原则 共同住所地法原则 意思自治原则 “最适当”原则

王晓媛,四川大学法学院讲师。

一 概 述

2010年1月1日,美国俄勒冈州《侵权与其他非合同请求的法律选择法》(Choice of Law for Torts and Other Non-Contractual Claims,以下简称《法案》)正式施行。它是美国第一部由普通法传统的州颁布的成文侵权冲突法,^[1]具有深远意义。侵权冲突法历来是国际私法中最为动荡不安的领域,美国的冲突法革命很大程度上就是侵权冲突法的革命,许多基本价值观念之争都由此展开,并因其开创精神和深刻程度成为传统冲突法和现代冲突法的分水岭。

传统上美国涉外侵权遵循行为地法原则,而冲突法革命以来属地“规则”遭到猛烈抨击,各种现代冲突法学说下的“方法”占据绝对主导地位。^[2]纯方法的现代冲突法实践一方

[1] 路易斯安那是美国另一个制定了成文侵权冲突法的州,但它是大陆法传统的州。

[2] 据威拉姆特大学法学院院长、《法案》报告员西蒙尼德斯(Symeonides)教授统计,截至2010年12月31日,美国只有10个州仍然沿用传统规则处理侵权冲突案件,其余40个州以及哥伦比亚特区和波多黎各都放弃了传统规则。参见 Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey”, 59 *Am. J. Comp. L.* 303, 331 (2011)。

面要求逐案分析,为从冲突正义到实质正义提供了理论可能性。另一方面,每个案件都需要法官权衡利益、综合各种因素,导致法律选择过程复杂艰难;加之各种方法五花八门、层出不穷,使得法律的确定性和预见性荡然无存。因此,尽管美国的冲突法革命具有世界意义,但其浓烈的规则怀疑主义色彩和过分追求个案解决的方法导致其灵活性有余而确定性不足,长久以来被学界认定难以对成文法国家的国际私法产生全面和直接的影响。^[3]《法案》首次在判例法传统下尝试法律选择的法典化,在成文法形式下平衡法的确定性与灵活性要求,无疑具有开创性意义。

值得注意的是《法案》在方法论上的两个特征:第一,建立在实证分析基础之上,走在了传统理论研究方法的前沿。冲突法学者往往满足于对冲突规则进行定性分析,而忽视“量”的规定性,较少从实证角度审视冲突法问题。《法案》工作小组对冲突法革命以来 40 年间美国法院处理的所有侵权冲突案件进行了经验分析和量化研究。^[4]理性的数据能够再现重复进行的实践操作模式,唯有经过理性分析才能准确定位自身特点并把握发展趋势。《法案》将经验主义的研究工作和实证分析的方法纳入理论研究的视线,为冲突法向纵深发展奠定了基础。第二,建立在比较法基础之上,最大限度地吸纳各种最新研究成果和各国立法优点。“侵权与其他非合同请求”这一名称就是直接借鉴欧洲经验而来。^[5]从立法、判例到方案、规程,^[6]《法案》的比较研究横跨两大法系,代表着美国侵权冲突立法的最新发展,势必成为美国其他侵权冲突法的重要参考。

本文将结合俄勒冈州的立法背景逐条解析《法案》一般规则,深入规则内部揭示其运行效果和利弊得失,并对比 2007 年欧盟《非合同之债法律适用条例》(以下简称《罗马条例 II》)和 2011 年 4 月 1 日生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》),从价值层面和立法技术上进行反思,探求理性、平衡、协调、公正的侵权冲突法规则体系。

二 适用范围

《法案》共 14 条,分为四个部分。^[7]第一部分(第 1 至 5 条)定义《法案》术语,界定适用范围,并对定性、场所化和其他事实认定以及住所问题做出特别规定;第二部分(第 6 至 7 条)规定直接适用俄勒冈州相关立法的情形;第三部分(第 8 至 11 条)是《法案》核心内容,规定侵权和其他非合同请求的法律选择规则;第四部分(第 12 至 14 条)是其他方面的规定,包括官方评释、法案施行时间和对法案条款编号的说明。

[3] 参见宋晓:《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》,《法学家》2010 年第 3 期。

[4] 参见 Symeon C. Symeonides, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, 88 *Or. L. Rev.* 963, 973 (2009)。

[5] 参见 James A. R. Nafziger, “The Louisiana and Oregon Codifications of Choice-of-Law Rules in Context”, 58 *Am. J. Comp. L.* 165, 172 (2010)。

[6] 《法案》一方面参考路易斯安那和波多黎各的成文法、纽约州判例法纽梅尔规则,以及美国法学会出台的《第二次冲突法重述》、《复合诉讼规程》和 8 个学者方案;另一方面,对 18 个其他国家(尤其是欧洲各国)和五个国际公约进行比较研究。参见 Symeon C. Symeonides, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, 第 973 页,注释 50。

[7] 《法案》是俄勒冈州成文法第 31 章“侵权诉讼”的组成部分,从第 31.850 条到第 31.890 条,共 12 条。出于方便公众的考虑,该法重新编号为第 1 至 14 条,但新编号和每个条款标题既不进入正式立法也不反映任何立法意图。

首先,《法案》适用于侵权和其他非合同请求的法律选择。所谓“非合同请求”是指由“侵权行为或其他任何造成或可能造成损害的行为”引起的诉求。这里的“行为”既包括疏忽导致损害的行为,也包括将来可能发生的行为;“损害”是指对人身和财产的损害,包括可能发生的损害,但前提是损害必须具有可补偿性(即使权利人没有提出赔偿请求)。^[8]

第二,《法案》适用于积极的法律冲突,即竞相要求适用的各国法律规定不同,出现适用结果相互抵触的情形。英美学者多把法律冲突理解为法官头脑中一个矛盾的反映,即应该选择哪个国家的法律;换言之,法律冲突即法律选择上的冲突。而《法案》将其调整范围缩小到积极冲突,对于消极冲突^[9]则将构成有关连接因素的具体事实视为相同。例如,《法案》第8条第2款第2项规定,如果行为人和受害人住所在不同的州,但适用其各自法律的结果相同,则将他们的住所视为相同。

第三,《法案》不区分国际法律冲突和区际法律冲突,适用相同规则。如果一国之内的不同法域对争议问题各有独立立法,则将每个法域作为单独的法律选择单位。

第四,《法案》所指的“人”既包括自然人,也包括法团、组织、商号、合伙、有限责任公司和股份公司。同时,根据《法案》第1条第4款的规定,其他国家的法律是指该国的实体法,不包括冲突规范。因此,涉外侵权的法律适用排除反致。

三 核心条款分析

(一)当事人意思自治问题

1. 双方当事人的合意选择权

允许当事人在侵权领域合意选择所适用的法律,是冲突法革命后国际私法的新发展。不过,对于当事人意思自治的自由程度尚无定论,尤其是对法律选择的范围和时间各国规定不同。从比较法的角度看,最早将意思自治引入侵权领域的国内立法多对选法范围做出限制,规定只能选择适用法院地法。^[10]近年来的国内立法和国际条约有了一些变化。《罗马条例Ⅱ》突破了这种限制,但规定当事人的选择不能排除特定第三国以及共同体法律中强制性规则的适用。^[11]《法律适用法》第44条则赋予当事人完整的法律选择权,规定“侵权行为发生后,当事人协议选择适用法律的,按照其协议”。

《法案》区分当事人的选择分别做了规定:选择适用本州法律的,遵其约定不做任何限制;选择适用非本州法律的,必须符合俄勒冈州《关于合同的法律选择法》之相关规定。^[12]具体而言,要求有三:第一,必须明示或从合同条款中能清楚推定当事人的选择。第二,对于一方起草的标准格式合同,法律选择必须明确并足以引起对方当事人注意。第三,未违反该法限制性规定,即不违背当事人未做法律选择时原本应当适用的州(国家)的公共利益。

[8] 参见《法案》第1条。

[9] 消极冲突是指竞相要求适用的法律内容相同,适用结果一致,但法官仍需决定适用哪国法的情形。

[10] 如《瑞士联邦国际私法典》第132条和《俄罗斯联邦民法典》第1219条。

[11] 《罗马条例Ⅱ》第14条第2款规定,造成损害的事件发生时,如果与案件有关的所有因素均位于当事人选择的准据法国之外的第三国,则当事人的选择不能排除该第三国法律中不能减损部分的适用;第3款规定,造成损害的事实发生时,如果与案件有关的所有因素都位于一个或多个成员国内,则当事人选择非成员国的准据法不能排除在成员国法院已经实施的共同体法律中不能减损部分的适用。

[12] 参见《法案》第6条第1款和第11条。相关规定具体是指《关于合同的法律选择法》(Choice of Law for Contracts)第81.100条至81.135条,即关于当事人合同争议法律选择协议有效性的规定。

最大的争议在于是否允许当事人事前选择,即能否在侵权行为发生前即对将来可能发生的损害等问题约定所要适用的法律。这是早期侵权冲突法所忽略的部分,因为过去普遍认为侵权的发生不在当事人的意料之中,不存在事前选择的可能。但现代侵权法的发展特别是在一些特殊侵权行为下,行为本身的危险性使得行为前就可能对损害发生的几率和大小做出估计,而与潜在受害人达成法律选择协议,约定侵权时所适用的法律。《罗马条例 II》即规定侵权行为发生前后均可进行法律选择,但事前选择的当事人必须“参与同一商业活动并且是自由协商的结果”。^[13]

《法案》虽然对当事人的选择法律的时间有所考虑和区分,但最终仍将当事人的选择明确限定在侵权行为发生之后。报告员西蒙尼德斯教授解释说,在这两种情况下,当事人的地位有着本质的不同。争议发生前,当事人特别是可能的侵权行为受害人很少对将来的侵权行为和损害后果加以慎重考虑,极有可能在无经验的情况下仓促签订法律选择条款;而侵权行为实际发生后,当事人有机会仔细衡量法律选择的利弊,过分偏袒一方的选择将无法获得对方同意。因此,前者由于存在被一方当事人滥用的可能而为立法所禁止,后者则被推定为对双方都是公平的,无需法律过多干预。^[14] 对于《罗马条例 II》对事前选择施加的两项限制条件,西蒙尼德斯教授认为“商业”和“自由协商”用语含糊,歧义甚大,难以实现立法目的。^[15]

2. 受害人的有限选择权

《法案》第 8 条第 3 款第 3 项规定了受害人的有限选择权。如果当事人的住所位于不同国家,行为实施地和损害发生地也在不同国家,那么受害人可以在行为实施地法之外选择适用损害发生地法。条件有二:第一,空间预见要求,即能够预见到行为导致的损害结果会在特定国家发生。它不强调对实体结果的预见而侧重于空间上的预见,即损害结果会在“特定国家”发生。例如,处于河流上游靠近边境的工厂,对其排放的有害污水给下游邻国造成的损害即符合此要求。第二,形式要求。受害人必须通过诉状或修正诉状正式提出法律适用要求。需要注意的是,此种情况下选择的法律不能被分割。换言之,它将适用于对被告提出的所有权利主张和争议事项。受害人不能选择将损害发生地法只适用于部分争议事项,而对其他事项仍要求适用行为实施地法。

《法案》规定的受害人有限选择权既是美国当代冲突法理论在立法上的体现,也有来自司法实践的考虑。首先,它是保护弱方利益原则在冲突法上的反映,由受害人在指定范围内决定应适用的法律。其次,它是内容导向和结果导向的规则,提供可选择的连接点,以最大限度实现威慑侵权行为、保护受害人利益的立法目的。第三,它与美国司法实践的通行做法一致。以 2009 年为例,美国法院审理的 115 个侵权冲突案件中有 86% 最终适用了有利于原告的立法。^[16] 虽然绝大多数法院的最终选择相同,但不同法官却是根据不同的冲突法理论和方法进行法律选择,这既不利于司法经济,对当事人而言又不具有预见性。

[13] 参见《罗马条例 II》第 14 条第 1 款第 2 项。

[14] 参见 Symeon C. Symeonides, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, p. 995.

[15] 参见 Symeon C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, 56 *Am. J. Comp. L.* 173, 215 - 216 (2008)。

[16] 参见 Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiffs Win and Should”, 61 *Hastings L. J.* 337, 380 (2009)。

(二) 法律适用的具体规则

《法案》对行为规制规则和损失分配规则做了区分。究其原因,这是侵权法预防损害和填补损害的实体功能在冲突法上的不同要求。前者涉及行为的性质判断,以法律适用的属地主义为原则,凡在该国境内发生的行为,不论当事人是否在该国拥有住所其性质都由行为地法加以认定;后者旨在给受害人提供救济保护,考虑法律适用上的属人主义,即使行为在境外发生,损失分摊问题也可能延伸到当事人的住所地。

1. 行为规制规则——以法律适用的属地主义为原则

根据《法案》第8条第2款和第3款第3项的规定,判断行为性质的注意标准问题适用行为实施地法;如果损害发生在另一国并且能够预见损害会在该国发生,依受害人请求可以适用该国法。可见,行为规制规则坚持法律属地主义,未将当事人的住所地列为连接因素,侵权行为地法作为唯一的系属存在(表1)。^[17]

表1:行为规制规则运行效果^[18]

模式	说明		行为实施地	损害发生地	准据法
1	发生在同一法域	—————	X	X	X
2(a)	发生在不同法域	行为标准相同	X	Y(=X)	X
2(b)		行为标准不同	X	y	X
2(c)			x	Y	Y

注:表中大写字母表示该法规定的行为标准较高,小写字母表示行为标准较低。

模式1中行为实施地和损害发生地相同,由行为实施地法决定行为性质没有任何争议。模式2中二者分别位于不同法域,其中2(a)属于消极冲突,两种法律内容相同、实施结果一致;2(b)属于虚假冲突,行为实施地法较之损害发生地法规定了更高的行为标准,二者都对发生在本国境内的行为进行规制,并且用行为实施地法约束当事人的行为没有任何不合理之处。2(c)属于真实冲突,行为实施地国对发生在本国且依该国法判断为合法之行为,有利益实施本国法予以保护;损害发生地国对所致损害发生在该国且依其法律为不法之行为,也有利益实施本国法予以阻止。按政府利益分析理论,此种情况下应适用法院地法,但美国更多的法院选择适用了有利于原告的损害发生地法。^[19]《法案》的规定符合美国的普通法实践,一方面赋予受害人有限选择权,另一方面行为入也可以通过证明无法预见损害发生在该国来反对适用损害地法。

相比《法案》将侵权行为地首先认定为“行为实施地”的做法,《罗马条例II》明确将之规定为“损害发生地”,《法律适用法》则未对此做出明确界定,只能由法院选择适用行为实施地法或损害发生地法。从法律预见性的角度出发,行为实施地法更易为行为人所预见,损

[17] 需要指出的是,侵权行为若发生在公海或公空,则第8条无法适用;《法案》也未对海上和航空侵权规定单独的冲突规范,留下了立法空白。

[18] 西蒙尼德斯教授在其《第三次冲突法重述建议草案》中即已提出该“两分法”方案。参见 Symeon C. Symeonides, “The Need For A Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)”, 75 *Ind. L. J.* 437, 454 (2000)。

[19] 统计显示,适用法院地法的案件比例为77%,适用损害发生地法的比例为90%。参见 Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiffs Win and Should”, p. 380 (Table 7, Pattern 2)。

害发生地法则更易为受害人所预见。^[20] 而侵权法律关系中可能承担责任的是行为人,需要首先保护的是行为人的预见利益,以免其承担事先无法预见的责任。因此,以双方的预见利益而言,适用行为实施地法较之损害发生地法更为合理。再者,从侵权法威慑不法行为、保护受害人利益角度出发,由受害人进行选择无疑对其最为有利。而为避免过于偏袒受害人,以结果的可预见性限制受害人的选择权是平衡双方利益的合理选择。因此,《法案》的规定是最能体现侵权法立法政策,保护侵权冲突法预见利益的立法设计。

2. 损失分配规则——考虑法律适用的属人主义

损失分配规则主要给受害人提供救济保护,通常不以法律的属地主义为导向,除了首先考虑适用当事人共同住所地法外,在侵权行为地法原则中也将住所地因素纳入考虑范围(表 2)。

表 2: 损失分配规则运行效果

模式		行为 实施地	损害 发生地	原告 住所地	被告 住所地	准据法	规则	
住所地相同	不论侵权行为为地法如何规定	1a	—	—	X	X	X	共同住所地规则 第 8 条第 2 款
		1b	—	—	x	x	x	
		1c	—	—	X	Y(=X)	X	
		1d	—	—	x	y(=x)	x	
住所地不同	行为实施地与损害发生地相同	2a	y	y	X	y	y	第 1 项: 一方住 所地规 则
		2b	Y	Y	x	Y	Y	
		2c	x	x	x	Y	x	
		2d	X	X	X	y	X	
		3a	Z	Z	X	y	Z	第 2 项: 第三国 规则
		3b	Z	Z	x	Y	Z	
		3c	z	z	x	Y	z	
		3d	z	z	X	y	z	
	行为实施地与损害发生地不同	4a	Y	x	x	Y	Y 行为地法	侵权行为地法原则 第 8 条 第 3 款
		4b	Y	x	a	Y		
		4c	Y	x	x	A		
		4d	Y	x	b	A		
4e	Y	x	B	a	第 3 项: 受害人 有限选 择权			
4f	y	X	X	y				
4g	y	X	X	a				
4h	y	X	B	a				
4i	y	X	B	y	X 原告选择 结果地法			
4j	y	X	b	A				

注:表中大写字母表示该国立法规定的赔偿标准较高,小写字母表示赔偿标准较低。

[20] 参见宋晓:《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》。

(1) 共同住所地法原则(模式 1)

根据《法案》第 8 条第 2 款的规定,如果行为人与受害人住所地相同,则损失分配问题由共同住所地法调整而不论侵权行为地法如何规定。《法案》引入了“虚拟共同住所地”概念,即使当事人住所地不同,但若对争议问题适用相关法律将产生相同后果,也视为住所地相同(1c 和 1d)。模式 1 涵盖了共同住所地规则适用的所有案件类型。1a 与 1c 共同住所地法规定了比侵权行为地法更高的赔偿标准,有利于受害人的立法将得到适用。1b 和 1d 侵权行为地法规定的赔偿标准更高,美国司法实践中一些法院适用了侵权行为地法以给予受害人更好的保护。^[21] 但这样做又可能导致出现挑选法院现象,不利于法律的确信性和预见性。最终,《法案》坚持了共同住所地规则,但通过在第 3 款设定例外条款加以矫正。

(2) 侵权行为地法原则

① 行为实施地与损害发生地相同

模式 2:一方住所地规则。当事人住所地不同,如果侵权行为实施地和损害发生地相同并且也是一方当事人的住所地,则适用该住所地法决定损失分配问题。2a 和 2b 行为人在自己的住所地实施侵权行为,损害也发生在该国。2a 模式对被告有利,因为原告住所地法规定的赔偿标准更高。原告对此能否要求适用自己的住所地法?《法案》的回答是否定的,正如卡弗斯教授所言:“在进入某州地域后,游客就将自己暴露在该地域的风险前,他不能指望当地人负担该州法律尚未规定的经济风险。”^[22] 2b 模式对原告有利,他将能获得更高赔偿,对行为人而言适用行为地法同时也是其住所地法也无任何争议。2c 和 2d 受害人在自己所在的州遭受侵权损害:如果行为人来自赔偿标准较高的另一州(2c),受害人在其住所地受到的损害只能享受本州法律的保护,他对获得较高赔偿没有合理期待的根据;如果行为人来自赔偿标准较低的另一州(2d),行为人应按行为地法预见其行为后果,并且“在实行较高标准的州,被告不是司法关怀的对象,他不能在要求享受该州给予外国人利益的同时主张任何责任的例外”。^[23]

模式 3:第三国规则。当事人住所地不同,如果侵权行为实施地和损害发生地在当事人住所地之外的同一第三国,则适用该第三国法。《法案》之所以不直接规定适用“侵权行为地法”而分别规定为“一方住所地规则”和“第三国规则”,是因为《法案》对后者设置了特别例外条款。如果当事人能证明适用第三国法不能满足其立法政策,则将按《法案》第 9 条规定的基本原则确定应予适用的法律,因为当事人住所地之外的第三国成为侵权行为地可能完全出于偶然,对于适用该国法律并无任何利益可言。

② 行为实施地和损害发生地不同(模式 4)

若当事人住所地不同,侵权行为实施地和损害发生地也不同,则适用行为实施地法(4a 到 4e),除非能够合理预见损害发生在另一国且受害人通过诉状或修正诉状正式提出适用损害发生地法(4f 到 4j)。如前所述,这实际上是通过有条件的赋予受害人法律选择权而向保护受害人利益倾斜。之所以将法律选择权交与受害人而不是由法官直接做出决定,是因

[21] 数据显示,69%的案件仍然适用共同住所地法,只有 31%的案件适用了有利于受害人的侵权行为地法(而其中 88%的案件侵权行为地同时也是法院地)。参见 Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Fourth Annual Survey”, 57 *Am. J. Comp. L.* 269, 284-288 (2009)。

[22] David F. Cavers, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965, p. 147.

[23] 同上,第 141 页。

为判断一部立法是否有利于受害人并不总是清晰而无争议的。为避免法院的判断引发争议,《法案》将选择权赋予受害人并规定此种情形不接受分割论;换言之,受害人一旦选择适用损害发生地法,该法将适用于所有权利主张和争议事项。

(三) 法律选择的基本原则和一般方法

《法案》除针对常见情形设置具体规则外,还在第9条概括规定了法律选择的基本原则和一般方法,即甄别并适用“最适当”的法。所谓“最适当”不是基于实体法基础的判断,而是以该法“与当事人及争议事项的联系及其在争议问题上的立法政策”为判断标准。正如克格尔教授所言,法律选择的目标不是适用实体上最好的法,而是适用空间上最好的法。^[24]第9条规定了实现这一目标的一般方法和步骤:

第一,通过连接因素找出相关国家。这些连接因素包括行为实施地、损害发生地、住所地、惯常居所地、营业地和当事人关系中心地。需要说明的是,首先,该条没有穷尽与争议相关的所有连接因素,在进行法律选择时可以考虑未予列举的其他连接点;其次,没有数量和质量上的区分,换言之,多个连接点指向同一国家并不必然意味着要适用该国法律,所列连接点也没有适用先后顺序方面的考虑;最后,对于动态连接点如住所地和惯常居所地没有规定时间限制,这意味着损害发生时以及进行法律选择时当事人的住所地都是可供法院考虑的连接因素。

第二,找出体现在相关国家法律中的立法政策。这里的“法律”是指实体法规则。《法案》要求找到这些规则并分析其中体现的国家政策,即一国通过实施这些实体规则而希望实现的目的。这些立法政策应从国际私法角度理解,换言之,应以国际层面为基础进行分析。例如,一国与案件争议的联系如果十分微弱,那么它在国内案件中坚持的某些政策在涉外案件中就可能减弱。^[25]

最后,评估各国政策,确定准据法。评估标准不是抽象比较各国实体法的正当性或合理性,而是以强度和针对性为标准进行判断。具言之,提出两个需要适当考虑的政策:其一,鼓励负责任的行为,威慑损害行为并对损害提供充分救济;这是侵权行为法的基本宗旨和目的。其二,州际和国际体系的要求与政策,包括尽量减少对他国政策的不利影响;这是出于国际私法的要求。《法案》有意回避使用“利益”一词,以区别于柯里教授的政府利益分析理论。一般而言,一国通过本国法律的实施而实现其政策即具有利益,真实冲突下一国法律的实施必然会对相关国家的政策产生某种程度的不利影响。但柯里教授将法律选择完全视作不同国家间的竞争问题,《法案》则要求考虑相关法律在争议问题上的立法政策,包括尽量减少对他国政策的不利影响,基于法律、经济和其他社会影响选出最适当的法。

四 反思与启示

(一) 实质正义与冲突正义

正如博登海默评价的那样:“在冲突法领域中,有关公平和正义的一般考虑,在发展这一部门法的过程中起到了特别重大的作用。”^[26]基于其间接法性质,国际私法将正义区分为

[24] 参见 Gerhard Kegel, “Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers”, 27 *Am. J. Comp. L.* 615, 615-617 (1979)。

[25] 参见 Symeon C. Symeonides, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, p. 1036。

[26] [美]埃德加·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第466页。

“冲突正义”与“实质正义”。前者指法律选择规则或方法本身的正义问题,理论假设建立在最适当的法即最适当“国家”的法的基础之上;后者则是这些法律选择规则或方法指引的实体法适用之结果对各国或当事人的正义问题,它是国际私法的终极目标。尽管二者理论上应当融合统一,但现实中常常使立法者和法官处于两难境地,甚至其“对立比一般法之形式正义和实质正义还要突出”。^[27]

1964年俄勒冈最高法院在“利连索尔案”中放弃传统规则而采用政府利益分析方法,成为美国第二个加入冲突法革命的州。^[28]一时之间,机械、僵硬、盲目成为传统冲突法的标签,各种追求实质正义的理论争奇斗艳,法官直接从实体法出发,通过解释实体法来确定它们的地域适用范围。用克格尔的话来说:“冲突法成为实体法的一个方面,消失在实体法的黑洞之中。”^[29]问题在于,忽视乃至放弃冲突正义的个案分析方法,能否真正在普遍意义上达成实质上更为公正的结果?实例调查显示,1964年到1985年俄勒冈法院审理的侵权冲突案件几乎全部适用的是本地法;1986年后虽偶有适用域外法的情形,但要么案件争议与俄勒冈无关,要么适用域外法明显有利于本州当事人。^[30]这印证了克格尔的判断,即所谓“适用事实上被认为是更好的法律”等于适用本国法,因为任何一个国家都认为本国法律是最公正的,否则它们就不会被制定出来。^[31]法律选择结果呈现出严重的“恋家情结”,法院地法的扩大适用很难说对当事人各方和相关各国实现了实质公正。

《法案》两个报告员对此态度明确。纳夫齐格教授认为“对现有司法裁决模式的成文化将倾向于法院地法的适用”,“俄勒冈应该扩大视野,接受新的冲突法原则和规则”。^[32]西蒙尼德斯教授更是明确指出“实质正义并不准备取代冲突正义,而是对传统观点进行全面矫正”,“从始至终就不该面临二者取其一的两难困境……问题只是在何时、以何种方式、将多少实质正义的考虑因素融入到对冲突正义的追求之中”。^[33]《法案》对实质正义的考虑主要体现在两个方面:一是结果导向规则的引入,如赋予受害人有限的法律选择权;二是规定“免于适用”条款,给法官留下寻求实质正义的空间。^[34]《法案》将二者的关系从二元对立趋向于相互融合,即以实质正义为目的,以冲突正义为主导,通过对管辖权选择规则的矫正使冲突正义符合实质正义。简言之,通过结果导向规则和“免于适用”条款,使传统上的空间分配规则与实质正义之间的两难处境获得更接近于实质正义的判决结果。

(二) 法的确定性与灵活性

法的确定性与灵活性是任何法律体系都需要面对的一组矛盾。国际私法不能避免这种矛盾,事实上甚至更为突出,因为在法律形式上就存在“规则”与“方法”的较量。

[27] P. H. Neuhaus, “Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Law”, 28 *Law & Contemp. Probs.* 795, 796 (1963).

[28] *Lilienthal v. Kaufman*, 395 P.2d 543 (Or. 1964). 1963年的“巴布科克诉杰克逊案”(Babcock v. Jackson)是美国冲突法革命的标志,纽约也成为揭开美国冲突法革命的第一州。

[29] Gerhard Kegel, “Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers”, p. 617.

[30] 参见 James A. R. Nafziger, “Oregon’s Project to Codify Choice-of-Law Rules”, 60 *La. L. Rev.* 1189, 1193-1195 (2000).

[31] 参见杜涛:《利益法学与国际私法的危机和革命——德国国际私法一代宗师格尔哈特·克格尔教授的生平与学说》,《环球法律评论》2007年第6期。

[32] James A. R. Nafziger, “Oregon’s Project to Codify Choice-of-Law Rules”, pp. 1200-1201.

[33] Symeon C. Symeonides, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, in P. Borchers & J. Zekoll (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger* (2001), pp. 125-140.

[34] 如《法案》第7条第3款、第8条第3款和第4款在指定了准据法后,均规定“若当事人能够证明对争议问题适用其他法律在实质上更为适当,则适用该其他法律”。

1. 法律形式:规则 v. 方法

俄勒冈像一面镜子,反映了美国冲突法理论与实践的演进。《第一次冲突法重述》以硬性连接点构成的冲突规则满足了确定性要求,却牺牲了公正性和灵活性。冲突法革命后柯里宣称“没有冲突规则,我们会更好”,传统规则几乎被扫地出门,开放性、个案化的各种方法取而代之,冲突法开始像“一千零一夜的神话故事,对每个案件的判决仿佛都是唯一的、初次露面的”。^[35]然而,诚如西蒙尼德斯教授指出的那样:“从上世纪60年代即俄勒冈放弃行为地法规则时起,法的确定性就荡然无存了。”^[36]钟摆从《第一次冲突法重述》的极端确定发展到冲突法革命后的极端灵活,如何实现二者的平衡,是对《法案》的挑战。事实上,《法案》制定过程中一直存在两种对立的法典化思路,即主张规定“方法”的宏观派和制定“规则”的微观派,而纳夫齐格教授的结论是“宏观方法对于法典化价值有限”。^[37]

这是否意味着钟摆要再一次荡回传统规则了?国际私法究竟需要怎样的形式?为什么在其他法律部门“规则”没有引发形式危机,唯独在国际私法走得那么远?笔者认为,根本原因在于以单一硬性连接点构成的传统规则形成的是一个封闭体系,没有给法官留下适应新的现实需要的空间。美国学者布里梅耶一针见血地指出,主张抛弃规则形式的言论混淆了规则的内容和形式,不能因为内容的设计缺陷就从根本上否定规则本身的存在价值。^[38]我们需要的是自身富有灵活性的法律规则。在这个意义上,《法案》绝不是传统冲突规则简单的卷土重来,而是融入了实质正义考虑因素的现代国际私法规则体系。

2. 规则体系:原则+规则+例外条款

首先,《法案》并不试图对涉外侵权的所有问题都制定具体规则,而将适用最适当的法上升为基本原则,居于主导地位。侵权行为地法规则和共同住所地法规则只是一种推定,即针对经过充分探讨已成定论的问题,按照基本原则的精神事先预设最适当的法,以减轻法官逐案适用基本原则确定准据法的工作,对于当事人而言也使法律适用具有了预见性。其次,在具体规则的设计上,不再完全依赖于单一连接点,而是增加了弹性连接点和选择连接点,如允许当事人事后选择适用的法律,侵权行为地可由受害人在行为实施地和损害发生地中确定。对于法官而言,选择连接点较之“方法”无疑限制了他们的自由裁量权,削弱了规则的灵活性;但对于规则体系而言,却体现了灵活性与确定性的平衡,既使法律选择不致偏离预设目标,又没有将法律选择僵化地固定于某一特定国家。最后,设置例外条款保障法律适用的灵活性,也为实质正义提供安全价值。《法案》规定的例外条款包括产品责任侵权案的例外、第三国规则的例外和整个第8条受害人和行为人规则的例外;它们在指定了准据法后,均规定“若当事人能够证明对争议问题适用其他法律在实质上更为适当,则适用该其他法律”。^[39]简言之,《法案》规则体系的设计反映了俄勒冈州寻求法的确定性与灵活性的最佳平衡的努力:以开放、普遍的原则和方法,避免陷入僵化、封闭的规则体系;针对单一、具

[35] P. John Kozyris, “Interest Analysis Facing Its Critics—And, Incidentally, What Should Be Done about Choice of Law for Products Liability?”, 46 *Ohio St. L. J.* 569, 578–580 (1985).

[36] Symeon C. Symeonides, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, p. 1041.

[37] James A. R. Nafziger, “Oregon’s Project to Codify Choice-of-Law Rules”, p. 1200.

[38] 参见 Lea Brilmayer, “The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules”, 252 *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), pp. 54–55.

[39] 参见《法案》第7条第3款、第8条第3款第2项和第8条第4款。

体、已充分探讨形成定论的问题制定规则,并引入弹性和选择连接点增加法的灵活性;以例外条款作为确保法律灵活性的必要手段。

(三)分割论与整体论

分割论是指法院针对案件的不同问题分别适用不同国家的法律。当大陆法系国家仍将分割论限于合同领域时,《法案》已将之作为现代法律选择方法的重要特征和体现,肯定了它在涉外侵权领域的适用。其理论基础在于,尽管相关各国与案件看似都存在某种联系,但法律冲突往往只存在于案件的特定方面,分割论化真实冲突为若干虚假冲突,实质上是同时满足了相关各国法律适用的要求。^[40]除了在第8条规定行为规制与损失分摊的分割原则之外,整个《法案》都在反复使用“issue”和“issues”的表述,意味着它把组成案件诉因的各个问题区分看待,强调针对不同问题逐一适用法律。如果案件在多个问题上存在冲突,那么分别适用对于这些特定问题而言最适当的法就可能导致同一案件的不同方面适用不同国家实体法的情形,因而分割论实质上是以一种结合了数国法律规定的混合实体规则来处理涉外侵权案件。但《法案》在两种情形下禁止对案件进行分割:第一,属于第6条规定的应适用俄勒冈法解决的原被告之间的诉求;第二,若受害人依据第8条规定的选择权要求适用损害发生地法,则该法将适用于其所有权利主张和争议事项,禁止再分割适用法律。

我国应否借鉴美国经验,将分割论从合同领域扩展适用到非合同领域?笔者认为,这里存在三个主要障碍:第一,理论基础。政府利益分析说是分割论的理论基础,要求对案件的不同问题分别找出相关国家并逐一对其政策和利益进行分析,适用在该特定问题上最适当的法。而我国从未接受这种利益分析理论,现行立法与司法解释中也没有任何体现和规定。第二,法律传统。普通法系注重解决一个又一个的问题,不太注重相关问题法律选择的一致性和体系性;大陆法系则注重概念主义的、体系化的方法。分割论难免会破坏法律的体系和完整,增加法律的不确定性。第三,具体操作。确定在何种程度上对案件进行分割并非易事,就像俄罗斯套娃一样,由大到小,娃娃里面总有更小的娃娃。法院在确定对一个问题适用某国法后,总会发现该问题又包含着另外的问题,分割似乎可以无休无止的进行下去。就连《法案》报告员西蒙尼德斯教授自己也承认“分割方法有时可能是危险的”。^[41]因此,现阶段我国在侵权领域全面引进分割论的时机尚不成熟。

五 结 语

《法案》放弃灵活方法,采取规则形式,代表了美国侵权冲突立法的最新成就。通过侵权行为地法原则、意思自治原则、共同住所地法原则以及“最适当”原则的设置,追求确定性与灵活性的平衡,将实质正义因素融入到对冲突正义的追求中,在实证分析基础上准确定位自身特点,在比较法基础上构建最适合自己的规则体系。例如,对“侵权行为地”的立法设计体现了侵权法对受害人利益的倾斜,同时又平衡行为人在侵权冲突法上的预见利益。《法案》将美国侵权冲突法推向了新的高度,体现出平衡、理性、独立的特点,勾勒出一幅涉

[40] 参见 Christopher G. Stevenson, “Depeage: Embracing Complexity to Solve Choice-of-Law Issues”, 37 *Ind. L. Rev.* 303, 318-319, 337 (2003)。

[41] Symeon C. Symeonides, “Louisiana’s New Law of Choice of Law for Tort Conflicts: An Exegesis”, 66 *Tul. L. Rev.* 677, 694 (1992)。

外侵权法律适用的蓝图,必将对美国其他涉外侵权冲突立法起到示范效应。

《法律适用法》对侵权冲突法做了新的立法设计。相比《民法通则》对于共同属人法的规定,将其从“共同本国法或共同住所地法”变更为“共同经常居所地法”;同时,将共同属人法由补充原则上升为优先原则,不再规定为“可以适用”而是直接规定“适用”共同经常居所地法。这种变化反映出住所地主义对本国法主义的胜出,是冲突法私法性质的要求和体现。此外,引入了当事人意思自治原则,为保护受害人利益,谨慎地将法律选择时间限制在侵权行为发生之后。

但是,我们也应当看到,相比《法案》,《法律适用法》在某些方面仍显得过于原则和抽象。例如,对于侵权行为地的认定仍未予明确。如果继续寄希望于法官来平衡当事人利益,在行为实施地和损害发生地之间进行选择而不提供任何政策指南,难免失之武断。从向受害人利益倾斜和保护行为人预见利益的角度出发,宜将侵权行为地规定为行为实施地,同时规定损害结果若发生在另一国并且能够预见损害结果会在该国发生,则依受害人请求可适用该另一国的法律。在适当平衡与配置侵权行为地法原则、共同属人法原则和意思自治原则的基础上,应规定“免于适用”的例外条款,以保障法律适用的灵活性,为实质正义提供安全价值。但是,鉴于我国的成文法传统和司法环境,目前不宜在侵权领域全面接受分割论。

[**Abstract**] The Act on Choice of Law for Torts and Other Non-Contractual Claims, the first attempt to codify tort conflicts by the State of Oregon with common law tradition, represents the latest achievement in tort conflicts in America. On the basis of empirical analysis, the Act has offered a clear delineation of its own characteristics, thus enabling the legislation and research of conflict of laws to gain momentum. On the basis of comparative law, the Act has constructed its own body of rules highlighting the values of balance, independence and rationality. Moreover, by abandoning open-ended approach and instead, taking the form of choice-of-law rules, the Act has established the principle of division between the conduct-regulating rule and loss-distributing rule, which is supported by the substantive law of torts and its two fundamental objectives—deterrence and compensation. Through the establishment of the rules of *lex loci delicti*, party autonomy, the law of the common domicile, and the “most appropriate” principle, the Act has also incorporated the substantive justice into its search for conflicts justice, and tried to restore a proper equilibrium between the certainty and flexibility of the law.

(责任编辑:廖 凡)