

欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践^{*}

——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角

刘仁山

内容提要:欧盟在酝酿非合同之债法律适用统一规则即《罗马条例 II》的过程中,开启了人格权侵权统一冲突法立法尝试。2003 年《欧委会建议案》与 2005 年《欧洲议会决议案》中的人格权侵权法律适用条款,即是这一尝试的初步成果。二者形式上表现为“损害发生地法”与“加害行为地法”之争,实质上却反映出在人格权保护与言论自由保障的政策平衡问题上,各成员国之间尚存较大分歧。欧盟虽仍坚持在《罗马条例 II》框架下统一人格权侵权法律适用规则,但新近立法协调成果最终能否获得普遍接受尚待观察。欧盟经验表明,对于人格权侵权法律适用规则的构建,宜摒弃传统属地性规则,采用蕴含政策导向方法的最密切联系地法原则;对于人格权侵权中特殊救济措施问题准据法的确定,宜采用“分割论”而非“统一论”。

关键词:人格权侵权 罗马条例 II 基本权利 立法协调

刘仁山,中南财经政法大学法学院教授。

一 问题的提出

人格权侵权的冲突法立法问题业已成为国际私法理论与实践中的重要课题,这是由国际人格权侵权的特殊性和复杂性所决定的。一方面,人格权侵权问题往往涉及人格权与言论自由这两种在宪法上处于同一位阶的基本权利,^[1]这就要求国家既要保障言论自由,又要满足民事主体对人格的保护需求;^[2]另一方面,在人格权保护与言论自由保障之

* 本文系 2011 年度国家社科基金重点项目《〈涉外民事关系法律适用法〉实施问题研究》(编号:11AFX016)的阶段性成果。

[1] 参见张红:《不表意自由与人格权保——以赔礼道歉民事责任为中心》,《中国社会科学》2013 年第 7 期,第 109 页。

[2] 参见李震山:《基本权利之冲突》,《月旦法学杂志》1995 年第 1 期,第 60 页。

间,所涉国家或法域的相关法律可能会各有侧重。因此,为公平合理解决人格权侵权的法律冲突问题,必须从立法政策上处理好二者的平衡关系。

为解决包括人格权侵权在内的非合同之债法律适用问题,欧盟于 1998 年正式重启统一法律适用规则计划。欧盟委员会于 2003 年 6 月出台《欧洲议会与理事会关于非合同之债法律适用条例的建议》草案(即《罗马条例 II》草案,以下简称“《欧委会建议案》”),^[3]其第 6 条包含“侵害隐私或人格权”(a violation of privacy or rights relating to the personality)法律适用规则。在此基础上,欧洲议会于 2005 年 7 月通过《欧洲议会关于〈欧洲议会与理事会关于非合同之债法律适用条例的建议〉之立法决议》(以下简称“《欧洲议会决议案》”)。^[4]在对《欧委会建议案》第 6 条进行重大修改的基础上,《欧洲议会决议案》第 5 条就人格权侵权法律适用规则做出了规定。

但无论是对《欧委会建议案》第 6 条,还是对《欧洲议会决议案》第 5 条,欧盟理论和实务界均存在较大分歧。其中,在人格权保护和媒体言论自由保障两者之间到底采取何种立场,始终是争论焦点所在,并导致欧盟至今难以就人格权侵权法律适用达成共识。欧盟委员会也因此于 2006 年做出决定,在《罗马条例 II》草案中暂时搁置人格权侵权法律适用问题,以便其他非合同之债法律适用规则的统一成果尽早面世。

尽管如此,欧洲议会仍然认为,统一人格权侵权法律适用规则,仍是欧盟的重要工作。^[5]为此,欧盟委员会于 2008 年 10 月公布《二十七成员国关于侵害隐私及与人格有关权利而生之非合同之债法律适用状况的比较研究》,^[6]在此基础上,欧洲议会法律事务委员会于 2011 年 11 月提出关于人格权侵权的新建议案,之后又于 2012 年 5 月 2 日公布《关于修改非合同之债法律适用的欧共体第 864/2007 号条例的最终报告及对委员会之建议》(以下简称《最终建议案》),^[7]并建议将《最终建议案》纳入现行《罗马条例 II》。

研究欧盟在统一人格权侵权法律适用规则方面的立法实践有着显著意义。首先,欧盟的上述立法草案和相关讨论,尽管尚有诸多理论和实践问题有待进一步研究,但也使得相关问题逐渐明朗。其次,欧盟统一人格权侵权法律适用规则的尝试虽然还未取得实际成效,但欧洲议会将《最终建议案》纳入现行《罗马条例 II》的可能性依然存在。此外,欧盟经验对于我国《涉外民事关系法律适用法》(以下简称“《法律适用法》”)相关规定的实施和完善,也不无参考价值。

[3] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=184392, 访问时间:2014 年 10 月 20 日。

[4] European Parliament Legislative Resolution on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?jsessionid=CBI8B84D61D085BDF52CC94558E3C175.node1?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0284+0+DOC+XML+V0//EN>, 访问时间:2014 年 10 月 20 日。

[5] Aaron Warshaw, Uncertainty From Abroad: Rome II and The Choice of Law for Defamation Claims, 32 *Brooklyn Journal of International Law* 269, 274 (2006-2007).

[6] Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable to Non-Contractual Obligations Arising out of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_annexe_3_en.pdf, 访问时间:2014 年 10 月 18 日。

[7] Final Report with Recommendations to the Commission on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0152&format=XML&language=EN#_part1_def10, 访问时间:2014 年 10 月 18 日。

二 《欧委会建议案》:以“损害发生地法”为重心

对于人格权侵权,《欧委会建议案》试图确立一套以适用损害发生地法为一般规则,同时附有若干例外规则的法律适用规则体系。^[8] 建议案第6条专门规定:“如果根据第3条所指引的准据法之适用与法院地关于言论和信息自由的基本原则相冲突的,适用于侵犯隐私或人格权而引起的非合同责任的法律应为法院地法(第1款)。适用于回击权或同等措施的法律,应为广播者或出版者惯常居所地国家的法律(第2款)。”该规定意味着,对于人格权侵权问题,应首先适用该建议案第3条第1款所规定的“损害发生地法”。^[9] 同时,如果具有第3条规定的其他情形,则应依次适用“共同惯常居所地法”或“更密切联系地国家法律”。^[10] 但若上述准据法的适用结果与法院地关于言论自由的基本原则相悖,则适用法院地法。

总体而言,对于人格权侵权问题,《欧委会建议案》以损害发生地法作为法律适用的一般原则,目的在于加强对人格权侵权案件中受害者的保护。

一方面,损害发生地法究竟是指损害结果地法(原告遭受损害地的法律)还是加害行为地法(被告实施侵权行为地法律),对于这一问题,《欧委会建议案》虽未明确回答,但建议案第6条的官方评论认为,建议案更倾向于适用毁誉物发售地法律,即损害结果地法律。理由是毁誉物发售地也是原告声誉最有可能受到损害之地。^[11] 这种解释,实际上与《欧委会建议案》第3条第1款所确立的损害发生地法原则吻合。

另一方面,尽管《欧委会建议案》设置有较多例外条款,但建议案主要遵循的仍是损害发生地法原则。^[12] 一些学者甚至认为,建议案实际上是试图将《罗马条例II》中作为一般规则的损害发生地法扩展适用于人格权侵权案件。^[13] 理由主要如下。

首先,从实际效果来看,建议案第3条第1款和第6条第1款遵循了欧洲法院在“谢维尔案”(Fiona Sheville v. Presse Alliance SA)^[14]中确立的规则,即将毁誉案件的“损害发生地”定义为“出版物发售地和受害人名誉主要受损地”,^[15]同时规定“出版物发售地”是指毁誉物被第三方知晓并由此造成受害人名誉损害的地点。^[16] 据此,结合谢维尔案所确立

[8] Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2003, p. 4.

[9] 《欧委会建议案》第3条第1款规定:“非合同责任的准据法应是损害发生或者可能发生地国家的法律。不考虑引起损害的事件发生地国,也不包括该事件间接后果产生地国。”

[10] 分别见于《欧委会建议案》第3条第2、3款。

[11] Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2003, pp. 17 - 18.

[12] Christopher J. Kunke, Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1770 - 1772 (2005); Aaron Warshaw, Uncertainty from Abroad: Rome II and The Choice of Law for Defamation Claims, 32 *Brooklyn Journal of International Law* 269, 297 - 299 (2006).

[13] Nagy, Csongor István, The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities, 8 *Journal of Private International Law* 251, 281 (2012).

[14] ECJ, C-68/93, Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA [1995] ECR I-415.

[15] ECJ, C-68/93, Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA [1995] ECR I-415, paras. 24 - 25.

[16] ECJ, C-68/93, Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA [1995] ECR I-415, para. 29.

的管辖权规则,受害人若选择在毁誉物发售地或名誉受损地法院起诉,受诉法院即可对法院地国境内发生的损害赔偿行使管辖权,并很有可能根据第 3 条第 1 款之规定,适用损害发生地法即法院地法。

其次,尽管《欧委会建议案》第 6 条第 1 款有迎合出版机构之意图——期望出版机构所在地法院适用法院地法——但其作为逃避规则而得以适用的可能性并不大。主要原因在于,第 6 条第 1 款所规立的例外规则的作用有限,难以撼动损害发生地法的原则性地位。根据谢维尔案,对于受害人在法院地以外国家所遭受的损害赔偿问题,毁誉物出版机构地法院可以适用外国法。然而,《欧委会建议案》的官方评论指出,这一规则导致“A 成员国法院在涉及本国出版者的案件中,即使整个出版行为完全符合 A 成员国法律的要求,对于出版者的民事责任,法院仍应根据 B 成员国或者第三国法律来裁判。而适用 B 成员国或第三国法律,则可能会侵犯 A 国新闻自由政策而构成对 A 国宪法之违反”。^[17]《欧委会建议案》的起草者指出,在这种情形下,根据第 6 条第 1 款之规定,A 成员国法院可排除作为外国法的 B 成员国法律之适用,而适用作为法院地法的 A 成员国法律。^[18] 如果受害人在 A 成员国(出版者所在地)并未遭受损害,所有损害都发生于另一国,A 成员国法院是否还可以根据第 6 条第 1 款之规定适用法院地法?^[19] 对此,《欧委会建议案》的官方评论未作任何说明。事实上,如果实践中出现上述情形,A 成员国法院拒绝适用实质性损害发生地之成员国法律,转而根据《欧委会建议案》第 6 条第 1 款之逃避规则适用法院地法,无疑有悖于侵权法律适用的一般原理,这种做法本身难以为法院所接受。

此外,《欧委会建议案》确立以损害发生地法作为人格权侵权准据法一般原则所经历的曲折过程,更能说明该建议案的出发点就是要侧重保护受害者。欧盟委员会最初拟将“原告惯常居所地法”作为一般原则,但因新闻媒体界强烈反对而最终放弃,转而采用大多数成员国所适用的一般原则,即损害发生地法原则。但即使是损害发生地法原则也仍然遭到新闻出版业和理论界强烈反对,理由是该原则将迫使新闻媒体在报道出版前咨询相关国家的法律专家,客观上增加新闻媒体的财政负担,并由此导致言论自由方面的“寒蝉效应”;若有多个损害发生地时,该原则可能会导致多个不同的法律体系适用于同一案件,从而造成法律适用的不确定性;即使损害发生地法原则能够实现法律适用的可预见性,出版者也可能需要面对多个存在潜在冲突的法律体系。^[20]

对于上述反对意见,欧盟委员会虽然最终选择了损害发生地法原则,但同时也做出了适当妥协,以顾及媒体的言论自由。主要表现在以下两个方面。

其一,《欧委会建议案》第 3 条规定之例外条款以及第 6 条之规定,在一定程度上降低了损害发生地法适用之可能,进而有利于媒体行使其言论自由之权利。一个有力的例

[17] Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2003, p. 18.

[18] Commission of the European Communities, Explanatory Memorandum of the Proposal for Rome II, COM(2003) 427 final, p. 18.

[19] Christopher J. Kunke, Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1754 (2005).

[20] Nagy, Csongor István, The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities, 8 *Journal of Private International Law* 251, 283 (2012).

证是,若出版者与受害人在出版者所在地拥有共同惯常居所,或者出版者所在地与案件有更密切联系时,该建议案第3条规定的“共同惯常居所地法”与“更密切联系国家法律”之例外规则,允许法院适用作为加害行为地法的“出版者所在地法律”。事实上,相关评论也指出,大部分人格权侵权案件都可以归为例外条款中的共同惯常居所地法这个类别并适用该法律。^[21] 这种例外条款的设置无疑有助于保护出版者言论自由之权利。此外,建议案第6条明确规定,若适用损害发生地法违背法院地关于言论与表达自由之基本原则,则应以法院地法代替损害发生地法。这进一步印证了欧盟委员会为保护媒体言论自由而对损害发生地法之适用加以抑制的意图。

其二,对于回击权(right of reply)的法律适用问题,《欧委会建议案》第6条第2款规定以媒体惯常居所地法为准据法,从而避免了适用损害发生地法,有助于媒体言论自由之保障。^[22] 从功能上讲,回击权等特殊救济措施的实质是对媒体言论自由进行限制,从而达到保护人格权的目的。如果对该问题适用损害发生地法,不仅会使得媒体受限于其难以预见的众多损害发生地国家法律关于回击权问题之规定,也难以保障受害人回击权行使的实效性。因为这类救济措施的行使,通常是以广播者或出版者惯常居所地国家法律规定的程序为准。^[23] 更重要的是,作为对媒体言论自由进行限制之途径,受害人回击权的行使,必须对加害人惯常居所地关于言论自由的宪法性权利予以充分尊重。由此也可以看出,对于回击权问题,建议案是将其区别于人格权侵权而予以独立对待的。

需要指出的是,《欧委会建议案》通过设定例外规则的方式在损害发生地法原则上所进行的妥协,虽然并不会影响损害发生地法作为人格权侵权法律适用的一般原则之地位,但这些例外规则,不仅在客观上会加重法律适用的不确定性,^[24] 还有悖于欧盟拟在《罗马条例II》中专门制定人格权侵权法律适用规则的根本目标^[25]——在非合同之债领域的一般立法政策是适用损害发生地法。^[26]

总之,在人格权侵权的法律适用问题上,从《欧委会建议案》开始,欧盟就试图在人格权保护与言论自由保障这两者之间进行平衡,并籍此确定为各方所认可的法律适用规则。

[21] Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2004 O. J. (C 241) 3.

[22] “回击权”亦称“反驳请求权”,是指赋予受报纸报道而被批判、非难、攻击的人的一种权利,受攻击者有权要求免费在加害媒体原报道的同一版面、用同样字体、同样的篇幅刊登反驳的文章。回击权制度在以法国、德国为代表的欧盟成员国得到广泛认可。参见[日]五十岚清著:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第14-15页。

[23] 针对《罗马条例II》未能规定人格权侵权这一问题,欧洲国际私法学界召开了相应的专题研讨会,从讨论情况看,学者们较为一致地认为,回击权等特殊救济措施应当适用广播者或出版者的惯常居所地法律。参见 Gilles Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation, <http://conflictolaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation>, 访问时间:2014年10月20日。

[24] Aaron Warshaw, Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims, 32 *Brooklyn Journal of International Law* 269, 295-297 (2006).

[25] 鉴于欧盟范围内各成员国关于人格权侵权法律选择规则的多样性和实践中的不确定性,协调各成员国的相关冲突规范以提高法律适用的确定性成为《罗马条例II》在人格权侵权法律适用规则上的最重要目标。参见 Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2003, p. 17.

[26] 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,第155-158页。

但遗憾的是,这种努力并未使得相关各方达成共识。

三 《欧洲议会决议案》:以“加害行为地法”为重心

与《欧委会建议案》第 6 条相比,《欧洲议会决议案》第 5 条则是倾向于对人格权侵权案件中媒体业者的保护,表现在准据法原则上,强调的是“加害行为地法”原则。

对于因侵犯隐私或人格权所生非合同之债问题,《欧洲议会决议案》规定了与损害相关的最密切联系因素发生地国法原则,即第 5 条第 1 款所规定的“所发生或可能发生的损失或损害的一个或多个最重要联系因素所在地国法”。具言之,在印刷品出版发行或广播、电视播送引起的人格权侵权案件中,所谓“所发生或可能发生的损失或损害的一个或多个最重要联系因素所在地国法”,是指出版或播送服务的主要指向国。若“出版或播送服务主要指向国”无法确定,则适用该条第 2 款规定的编辑管理地国法律。可见,对于大众媒体引起的人格权侵权案件,《欧洲议会决议案》的一般法律适用规则较为模糊,其所谓“所发生或可能发生的损失或损害的一个或多个最重要联系因素所在地国法”,依次为损害结果发生地法(出版或播送服务主要指向国法)和加害行为地法(编辑管理地国法,亦即所谓“起源国法”)。之所以优先适用作为损害结果发生地法的“出版或播送服务主要指向国法”,是因为考虑到在人格权侵权案件中,受害者只是在公众感知出版或广播的地方遭受损害,而出版和广播服务的主要指向国,很可能也是损害发生地以及受害者惯常居所地国。

与《欧委会建议案》相比,为增强法律适用结果的可预见性,《欧洲议会决议案》所规定的例外规则较少。从法律适用效果来看,《欧洲议会决议案》实际上是以加害行为地法而不是损害发生地法为重心,亦即加害行为地法原则在《欧洲议会决议案》中具有更为重要的地位。

首先,《欧洲议会决议案》关注的是“损失或损害的一个或多个最重要联系因素所在地”,而不是“损害发生地”。该决议案准许法院同等考虑导致损害发生的各类因素发生地法,主要是加害行为地法。^[27] 有学者即指出,如果以所谓出版或播送服务主要指向国为连结点来指引人格权侵权案件的准据法,那么在实践中该准据法通常被暗示为出版物或广播内容来源地国法律,即作为加害行为地的起源地国法律。^[28]

其二,就适用效果而言,《欧洲议会决议案》实际上偏向于适用作为被告加害行为地的编辑管理地国法。因为在大多数情况下,出版者的目标客户人群都是不确定的,对出版、广播电视服务指向国的判断通常也是难以明确的。^[29] 在出版或播送服务指向国不明,而毁誉物的编辑管理地较易确定的情况下,法院通常会选择较为明确的编辑管理地国法。

[27] Christopher J. Kunke, *Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?*, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1741 (2005).

[28] Nagy, Csongor István, *The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities*, 8 *Journal of Private International Law* 251, 283 (2012).

[29] Christopher J. Kunke, *Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?*, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1742 (2005).

其三,欧洲议会法律事务委员会关于《欧洲议会决议案》的报告也隐含对加害行为地法原则的支持。该报告声称,决议第5条赋予法院适用法律上的灵活性,亦即赋予法院在出版或播送服务主要指向国法或者出版或广播内容编辑管理地国法(即加害行为地法)之间选择的便利。但是,为了达到提高出版者和广播者对相关法律适用可预见性之目的,对于大众媒体引发的人格权侵权案件,实践中主要适用的是出版或广播内容编辑管理地国法。^[30]

其四,在涉及大众媒体侵害人格权的司法实践中,对于加害行为地法与损害结果地法,欧洲法院进行法律选择时予以同等考虑。而且,加害行为地通常被认为是媒体设立地(所在地),若受害者选择在媒体设立地国法院起诉,对于发生在该国的损害问题,法院往往要适用媒体者设立地国法律。^[31]

《欧委会建议案》以损害发生地法作为人格权侵权法律适用的一般原则,并且意图通过对损害发生地法附加若干例外规则来调整出版者与受害者之间的法律关系。与此相反,《欧洲议会决议案》却是有意识地将人格权侵权案件的准据法引向媒体业者所在地国法律,^[32]法院因此主要考虑适用的是导致损害产生的加害行为地法。^[33]因而,《欧洲议会决议案》完全颠覆了《欧委会建议案》。

《欧洲议会决议案》摒弃损害发生地法原则,实际原因主要在于媒体业者对《欧委会建议案》的强烈批评。一些学者认为,《欧洲议会决议案》第5条模糊表述的人格权侵权法律适用规则,反映出欧洲议会有试图取悦媒体业的倾向。^[34]出版业也因此将《欧洲议会决议案》视为新闻自由的胜利以及媒体业游说者的努力得以成功的明证。而且,就相对特殊的网络出版而言,大部分新闻媒体业者更是主张适用起源地国法,理由是更有利于确保出版者的行为预期和自我行为规制的有效性,同时可避免出版者为规避本国严厉的法律规制而选择在海外上传毁誉物。有鉴于此,媒体业甚至主张将起源地国法原则作为唯一法律适用原则,以增强法律适用的确定性和可预见性,符合欧盟建立统一市场的初衷。

当然,对于有加害行为地法倾向的《欧洲议会决议案》,也存在不同意见。其中代表性观点为:其一,加害行为地法与《欧洲议会决议案》的整体风格不符。因为在条文设计上,损害结果地法原则在《欧洲议会决议案》中仍然占有重要地位,适用加害行为地法原则将导致立法重心从注重对受害者的人格权之保护,突然转变到强化对出版者言论自由保障和注重法律适用可预见性之目标上。其二,适用加害行为地法这种硬性冲突规则,与起草者所主张的灵活法律适用规则的初衷不符。更为重要的是,加害行为地法(起源地

[30] Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), EUR. PARL. Doc. A6 0211 (2005), pp. 22, 39.

[31] Case C-68/93 Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA, [1995] ECR I-415.

[32] Christopher J. Kunke, Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1741 (2005).

[33] Nagy, Csongor István, The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities, 8 *Journal of Private International Law* 251, 283 (2012).

[34] Christopher J. Kunke, Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1742 (2005).

国法)原则,可能会使出版机构所在地法院将媒体业言论自由之权利,无原则地凌驾于受害者的人格权之上,出版者甚至还可以通过将编辑管理地迁至海外来规避本国严格的法律。也正因为此,有学者注意到,对起源地国法原则的支持率,已呈持续下降态势。^[35]

此外,对于回击权等特殊救济措施问题,《欧洲议会决议案》延续了《欧委会建议案》第 6 条第 2 款之规定,将受害人所享有的回击权或其他预防性方法或禁令问题,交由出版者或广播者惯常居所地国家法律支配。^[36] 与《欧委会建议案》有所不同的是,《欧洲议会决议案》将受害人可能行使的特殊救济措施扩展到其他的预防性方法及禁令。这主要是考虑到在人格权侵权案件中,对于受害人而言,禁令等特殊救济措施对于预防侵权行为和防止已经发生的损害继续扩大,具有极为重要的意义。但是,这种预防性方法及禁令的实效性,有赖于出版或广播者惯常居所地国法律之规定,而且这种应急措施常常被视为对媒体言论自由的限制。^[37] 因此,对预防性方法及禁令的法律适用问题,《欧洲议会决议案》规定适用出版者或广播者惯常居所地国法律是较为现实的选择。

四 《最终建议案》:对“加害行为地法”与“损害发生地法”的折衷

坚持法律适用的稳定性和可预见性,是包括《罗马条例 II》在内的所有欧盟法的共同目标。^[38] 但在解决人格权侵权这类复杂而特殊侵权行为的法律适用问题上,要实现上述目标难免力不从心。尽管如此,欧盟仍未放弃在《罗马条例 II》框架下实现人格权侵权法律适用规则统一化的努力。在 2003 年《欧委会建议案》和 2005 年《欧洲议会决议案》基础上,结合欧洲法院关于“e 时代广告公司案”和“玛廷兹案”的判决,^[39] 欧洲议会法律事务委员会于 2011 年 11 月提出了关于人格权侵权的新建议案,^[40] 并于 2012 年 5 月 2 日公布《最终建议案》。

总体而言,《最终建议案》力图对《欧委会建议案》的损害发生地法原则和《欧洲议会决议案》的加害行为地法原则进行协调。对隐私权和其他相关人格权,包括毁誉所生非合同之债的法律适用问题,《最终建议案》规定原则上适用损失或损害的一个或多个最重要联系因素所在地国法;如被告不能合理预见其行为在前款指定国家的实质性结果时,应适用被告惯常居所地国法。如果侵权系由印刷品的出版或广播所引起,该损失或损害的

[35] Jan-Jaap Kuipers, Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights, 12 *German Law Journal* 1681, 1694 - 1695 (2011).

[36] 《欧洲议会决议案》第 5 条第 2 款规定:“适用于回击或同等措施,以及其他针对出版物的出版发行或广播、电视的播送所采取的预防性方法或禁止性指令的法律,应是广播者或出版者惯常居所地国家的法律。”

[37] 参见[日]五十岚清著:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社 2009 年版,第 224 页。

[38] 参见陈隆修著:《中国思想下的全球化选法规则》,五南图书出版股份有限公司 2012 年版,第 44 页。

[39] eDate Advertising GmbH v. X; Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited. See ECJ, In Joined Cases C 509/09 and C 161/10.

[40] Draft Report with Recommendations to the Commission on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-469.993+01+DOC+PDF+V0//EN&language=FR>, 访问时间:2014 年 10 月 18 日。

一个或多个最重要联系因素所在地国家,是指出版或广播服务的主要指向国。而对于该主要指向国的确定,《最终建议案》规定,应基于出版或广播所使用的语言或特定国家的销量或听众数量在总销量或观众数量中所占比例,或者基于对上述因素的综合考量。在该主要指向国不明的情形下,则适用编辑管理法。可见,在一般规则上,《最终建议案》基本上吸纳了《欧委会建议案》的损害发生地法原则,但增设了若干例外情况。为了对媒体业的言论自由予以尊重,该例外规定特别采纳了加害行为地法原则:在侵权人不能合理预见其侵权行为所生之损害结果时,适用侵权人惯常居所地法(通常也是加害行为地法);在损害结果地不明的情况下,适用编辑管理法。

对于人格权侵权中的特殊救济措施问题,《最终建议案》承袭了《欧委会建议案》与《欧洲议会决议案》的相关规定,即将回击权等人格权侵权案件中特殊救济措施问题,相对独立于人格权侵权责任问题,并从特殊救济措施的实效性出发,规定该问题由出版者、广播者或处理者惯常居所地国家的法律支配。

不难看出,《最终建议案》实际上是一种折衷方案。建议案形式上表现为对损害发生地法原则与加害行为地法原则的协调,实质上则是力图促成各成员国在人格权保护和言论自由保障之间的政策平衡。那么,《最终建议案》能否得到欧洲议会的采纳而纳入现行《罗马条例Ⅱ》?从新近英国对毁誉法所进行的改革来看,这种可能性是存在的。

欧盟成员国之间在人格权侵权立法上的实质性差异,目前集中反映在英国与其他欧盟成员国之间,且主要体现在两个方面:其一,在管辖权问题上,由于英国毁誉法的立法宗旨中没有保障言论自由优先于保护人格权的预设,只要毁誉物在英国传播,英国法院就能够对案件行使管辖权。由此,偏向于原告的法律制度以及因原告挑选在英国法院诉讼而产生的大量毁誉诉讼案件,为伦敦赢得了“毁誉之都”(Libel Capital)的称号;^[41]其二,在法律适用问题上,英国采取的是“双重可诉原则”,而非其他欧盟成员国一般采取的侵权行为地法原则,其目的是保护涉及公共利益的言论自由。^[42]而且,英国法院对毁誉案件积极行使管辖权,往往也是为适用法院地法。

迫于英国新闻媒体业及欧盟其他成员国要求对英国毁誉法进行改革之压力,英国政府于2013年通过了新的《毁誉法》(Defamation Act)。针对广受非议的“诽谤旅行”(libel tourism)问题,新法律主要做了以下改革:第一,限定言论的毁誉性,即除非被告的出版导致或可能导致原告声誉实质性受损,否则被告的言论并不具毁誉性;第二,采取“单一出版规则”以限制平行诉讼,即任何言论所引发的毁誉诉讼,都将被视为由首次出版造成,前提是与首次出版相比,后续出版在形式上无实质性改变;第三,以管辖权为中心来解决“诽谤旅行”问题,即对于住所不在英国的欧盟其他成员国境内的人,英国法院无权管辖相关诉讼,除非就针对相关言论所提起的诉讼而言,英格兰或威尔士法院明显是最适当的

[41] 英国法律倾向于保护受害人的人格权主要有两方面的原因:一方面,英国法在历史上缺乏保障言论自由原则的宪法性规定;另一方面,英国普通法强调通过金钱性损害赔偿的方式保护原告的名誉权。这使得英国诽谤法既不像美国那样为诽谤诉讼的被告提供宪法性保护以促进言论自由,又不像欧洲大陆国家那样强调对诽谤行为的制止、惩罚和原告受损名誉的恢复。参见 Christopher J. Kunke, *Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?*, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1746-1749 (2005).

[42] Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 14th ed., 2006, pp.1958-1962.

法院。^[43]

显而易见,英国改革毁誉法的目的在于适当改变以往过于偏向人格权保护之做法,从而在人格权侵权的实体法政策上与其他欧盟成员国相协调。在平衡言论自由保障与人格权保护的立法政策方面,与前述欧盟实践相比,英国所进行的改革无疑具有相似性。英国的实践从一个侧面预示,相较于未被采纳的《欧洲议会决议案》中的人格权侵权法律适用条款而言,《最终建议案》被纳入《罗马条例Ⅱ》的可能性在增大。

五 欧盟人格权侵权法律适用规则立法实践之启示

在人格权侵权法律适用规则的立法实践中,欧盟表面上是在损害发生地法与加害行为地法二者间游走不定,实质上却反映出欧盟试图在人格权保护与言论自由保障这二者之间寻找到最佳平衡点:以损害发生地法为重心的《欧委会建议案》侧重于对受害者的保护,以加害行为地法为重心的《欧洲议会决议案》侧重于对媒体业者的保护;而对前二者予以折衷的《最终建议案》,则是期望在人格权和言论自由之间获得一种新的平衡。但毋庸置疑的是,这种折衷仍然是在侵权行为地法的框架内进行的。

侵权冲突法的发展表明,只有在特定条件下,侵权行为地法原则的适用才会产生合理结果:其一,损害发生地能够为受害者提供更高水平的保护,或者能够对被告的行为进行更为严格的规制;其二,损害发生地能够被合理地预见。因此,在大众媒体引发的人格权侵权案件中,侵权行为地法原则已暴露出其局限性。《最终建议案》试图强化媒体业者对损害发生地的可预见性,以便适当平衡媒体业者与一般公众之间的利益,从而增强了《最终建议案》被纳入《罗马条例Ⅱ》的可能性。但总体而言,欧盟仍然选择具有传统属地性特征的损害发生地法原则与加害行为地法原则,并基于人格权侵权中的出版者、受害者以及法院地之间的地域性联系来建立统一的人格权侵权法律适用规则。这就注定了欧盟期望在人格权保护与言论自由保障之间进行适当平衡的目的难以实现。

欧盟经验表明,在人格权侵权法律适用规则的构建上,有必要解决好以下两方面的问题。

(一) 人格权侵权法律适用规则的双重考量

根据《欧委会建议案》第6条第1款,法院可以对相关国家有关人格权与言论自由的法律的内容和目的进行考量,而《欧洲议会决议案》亦准许法院对与人格权侵权案有最重要联系因素国家的法律进行考量。《欧委会建议案》制定专门人格权侵权法律适用规则的初衷,是要实现法律适用的确定性目标。《欧洲议会决议案》报告亦指出,对法律确定性目标的追求,必须以个案正义为前提。^[44]然而,在学界看来,无论是《欧委会建议案》第6条之规定,还是《欧洲议会决议案》第5条之规定,均带有浓厚的传统属地性方法色彩,^[45]亦

[43] L. Levi, The Problem of Trans-National Libel, 60 *American Journal of Comparative Law* 507, 533-534 (2012).

[44] Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), Eur. Parl. Doc. A6 0211 (2005), p. 3.

[45] Christopher J. Kunke, Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1754 (2005).

即都是在利用一种形而上的属地性且缺乏必要灵活性的方法,来调整人格权侵权案件中不同国家的法律政策和利益方面之冲突。尤其遗憾的是,《最终建议案》仍然未能摆脱这种属地主义思维。因此,在人格权侵权法律适用规则的构建上,欧盟有必要换一种思路。

从实体法层面而言,欧盟的立法协调之所以陷入僵局,主要是因为各成员国在平衡言论自由保障与人格权保护问题上,难以形成共识。在这两种权利相互冲突的情形下,各成员国一般都力图维护本国的法律政策。

首先,《欧洲人权公约》将言论自由与人格权这两种权利均列为宪法范畴的基本权利,二者在效力位阶上并无先后之分。根据《欧洲人权公约》第8条和第10条,言论自由与人格权均属欧盟内的基本人权。由此,欧盟成员国根据本国冲突规范的援引,无论适用本国法律还是其他成员国或非成员国的法律,均须遵守《欧洲人权公约》的相关规定。但问题是,就上述两种基本权利的保护而言,公约虽然明确规定对言论自由施以公共政策方面的限制,是“保护他人的名誉或者权利”之必要,^[46]但对于言论自由与人格权何者应居于优先地位,公约没有也不可能做出明确规定。这就决定了两者之间的矛盾与冲突仍需在具体个案中通过追求法益平衡来解决。

其次,在解决言论自由与人格权冲突的实体法政策上,欧盟各成员国相互间存在较大差异。英国对于侵害人格权之赔偿包括经济和精神两大方面,但更强调巨额的经济赔偿;而欧洲大陆国家则强调通过回击权、恢复名誉等方式来实现受害者名誉毁损之赔偿。另外,在人格权侵权诉讼中,一些欧盟成员国要求原告必须证明被告存在故意,即侵害人格权的行为不能是过失行为。^[47]这种要求无疑加大了原告在诉讼中举证的难度,从而间接上有利于被告言论自由的行使。

从这个意义上讲,人格权与言论自由之间的平衡,实际上是一个微妙的法律文化问题。^[48]正如有学者所指出的,对于欧盟人格权侵权法律适用规则而言,由于成员国间调整侵害人格权问题的侵权实体法存在较大差异,从协调侵权实体法的角度来解决人格权侵权法律冲突问题就颇为困难。因此,有必要进一步考察冲突法上关于侵权问题法律适用规则的方法论。^[49]

在人格权侵权法律适用问题上,由于传统的属地性方法存在诸多缺陷,不少学者主张采取政策导向方法,其主要理由是,该方法不仅考察讼争问题与案件事实的多样性联系,而且还关注所涉法律的潜在目的和意图。^[50]事实上,前述欧盟实践中所暴露出来的问题,正是因为选法规则的设计者未能注意增强规则的灵活性,从而无法实现在人格权与言

[46] 《欧洲人权公约》第8条、第10条。

[47] Douglas W. Vick & Linda Macpherson, *Anglicizing Defamation Law in the European Union*, 36 *Virginia Journal of International Law* 933, 952 (1996).

[48] Martin George, *Hartley on The Problem of Libel Tourism*, <http://conflictoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism/>, 访问时间:2014年10月20日。

[49] Christopher J. Kunke, *Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?*, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1762 (2005).

[50] Courtland H. Peterson, *Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?*, 46 *American Journal of Comparative Law* 197, 202 (1998).

论自由之间取得适当平衡之目的。因此,在人格权侵权冲突法领域引入政策导向方法,不失为明智之举。

首先,相对于传统属地性方法而言,在人格权侵权法律适用问题的解决上,政策导向方法具有独特优势。在人格权侵权实体法尤其是在非财产损害方面,尽管欧盟各成员国间的法律冲突相当突出,但各成员国法律均有规制侵权行为的相同功能和目的。诚如欧盟委员会所言,尽管当今欧盟各国侵权法中占主导地位的是赔偿功能而非惩罚功能,但不能否认侵权法本身所具有的行为规制功能。^[51] 对于行为发生地的侵权行为之规制,侵权行为地法原则的重要性与适当性虽然不言自明,但对于日趋复杂的人格权侵权案件而言,作为属地性方法代表的损害发生地法与加害行为地法原则,既难以将诉争法律关系客观、合理地分配到特定法域之中,也难以在言论自由保障与人格权保护之间取得适当平衡。这就要求在相关准据法确定过程中充分考虑这两种基本权利之间的冲突,从而弥补属地性方法在解决人格权侵权法律冲突问题上的局限性。这种功能正是“政策导向方法”所具备的。

其次,对于人格权侵权法律适用规则的构建,作为蕴涵政策导向方法的法律适用原则,最密切联系地法原则应得到充分考虑。在人格权侵权案件中,在平衡人格权与言论自由方面,最密切联系地法原则的作用表现在:首先,基于维系原告社会生活关系稳定性的政策考量,案件的最密切联系地一般应为原告人格利益遭受实质性损害之地,适用该地法律无疑有助于保护受害者的人格权。其次,基于提高媒体业者对其行为所产生法律后果的可预见性之政策考量,在确定受害者人格利益的实质性损害时应当综合考量受害者的社会背景,特别是受害者与被告有着共同惯常居所以及毁誉物的发售量等情况;如果对上述因素考量的结果表明原告遭受实质性损害之地并不明确,则案件的最密切联系地法应为媒体业者实施侵权行为之地的法律。这事实上既是对相关国家关于言论自由之宪法性规则的尊重,也是对被告言论自由的保障。因此,在人格权侵权案中采纳最密切联系地法原则,有助于在具体个案中相对灵活地对言论自由保障与人格权保护进行法益上的平衡。

(二)特殊救济措施的准据法问题

人格权侵权的特殊救济措施问题,属于侵权责任承担方式的范畴。而人格权侵权特殊救济措施的法律适用问题,本质上属于人格权侵权准据法适用范围的范畴。^[52]

从国际私法所追求的法律适用的确定性和可预见性考虑,对人格权侵权的所有事项(包括特殊救济措施)适用同一准据法是适当的,此即所谓法律适用的“统一论”主张。但在回击权等特殊救济措施问题上,前述《欧委会建议案》、《欧洲议会决议案》和《最终建议案》均将之与人格权侵权责任的法律适用问题区别对待,在法律适用上采取“分割论”方法。^[53] 这里的原因是多方面的。回击权本身是作为新闻法上的独立制度而发展起来的,并非侵权法范畴内的制度,因为无论是在构成要件还是在实施程序方面,回击权与其他救

[51] Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), 2003, p. 12.

[52] 参见[日]五十岚清著:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第223-224页。

[53] 参见[日]五十岚清著:《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第212-214页。

济措施均存有明显界限。这也是回击权通常被作为一个相对独立的问题予以对待的主要缘由。而且,从功能上讲,回击权并非侵权行为的责任承担方式,而是为减轻受害者与侵权人之间力量的不均衡,对报纸或广播媒体所课加的义务,亦即与人格权受侵害无关的义务。惟其如此,有学者主张,回击权应适用广播总部所在地法律。^[54] 这种主张与前述欧盟的立法实践是相吻合的。

鉴于人格权侵权中特殊救济措施问题涉及对言论自由的限制,欧盟所采取的“分割论”尝试,是欧盟从立法政策上对言论自由保障与人格权保护予以适当平衡的主要举措。这无疑是欧盟今后在统一人格权法律适用规则过程中需要继续坚持的。

六 结 论

伴随现代传媒业的迅猛发展,人格权侵权的法律适用问题日益成为国际私法上的重要课题。统一包括人格权侵权在内的非合同之债的法律适用规则,既是欧盟一贯坚持的立场,也是欧盟在共同体市场进程中构建统一及系统化冲突法律制度体系的重要计划。^[55] 欧盟难以实现统一人格权侵权法律适用规则的目标,一方面是因为欧盟成员国在人格权侵权实体法政策上存在不同程度的差异,另一方面还牵涉到作为《欧洲人权公约》中基本权利的言论自由与人格权之间的冲突问题。这类权利冲突,往往需要在人格权侵权的具体个案中通过法益平衡的方法来解决。

相对于一般侵权而言,人格权侵权的特殊性及复杂性难以言喻。但对于该问题,欧盟已经在立法层面采取一系列举措并取得阶段性成果。在这一过程中,为了使所设计的准据法制度能够在人格权侵权案件中对媒体业与一般公众之间的利益冲突进行最优化协调,如何选定法律适用规则的连结点就成为欧盟机构、成员国与相关利益团体之间争议的焦点。这实质上折射出在涉外人格权侵权法律适用问题的解决上,人格权与言论自由这两种基本权利对于国际私法所提出的内在要求。

由欧盟实践经验观之,人格权侵权法律适用规则的构建不应拘泥于僵化的属地性方法,而应从平衡言论自由保障与人格权保护的角度出发,考虑采纳相对灵活的政策导向方法。就此而言,最密切联系原则无疑是明智选择。一方面,由于该原则一般指向受害者人格利益实质性受损地之法律,从而有助于维系受害者社会生活关系的稳定性;另一方面,对侵权行为实施地法律中关于言论自由的宪法秩序,该原则同样予以充分尊重。

关于人格权侵权中的回击权等特殊救济措施的法律适用问题,欧盟一直将该问题与人格权侵权区别对待,即在法律适用上采取“分割论”方法。作为受害者寻求救济的方式,人格权侵权案中特殊救济措施的功能并不仅限于填补损害,还包括受害者对侵权人言论自由之限制。因此,出于尊重侵权人惯常居所地或所在地法律中关于言论自由之宪法

[54] 参见[日]出口耕自:《国际私法上的名誉毁损》,郭玉军译,载《中国国际私法与比较法年刊》(第2卷),法律出版社2000年版,第683页。

[55] John Ahern & William Binchy, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligation: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 1.

性规则之考虑,对于特殊救济措施法律冲突问题,适用侵权人的惯常居所地或所在地法是恰当的。

综上,对我国 2010 年《法律适用法》第 46 条之规定,^[56]需要在理论上予以反思:其一,《法律适用法》选取“被侵权人的经常居所地法”作为人格权侵权法律适用规则的连结,表明我国仍然遵循传统的属地性方法,忽视了人格权侵权问题的特殊性以及政策性导向方法的独特作用。其二,对于人格权侵权中特殊救济措施的法律适用问题,《法律适用法》采取的是“统一论”而非“分割论”。鉴于人格权侵权中特殊救济措施作为一种责任承担方式所牵涉的公法问题,有必要慎重考虑该特殊救济措施的实效性。

[Abstract] In the process of formulating unified rules on the application of laws on non-contractual obligations, namely Rome II Regulation, the EU began the legislative attempts to make unified rules on the choice of law applicable to international infringement of the right to personality. The clauses on infringement of the right to personality in European Commission's 2003 Proposal and European Parliament's 2005 Resolution were the abecedarian outcomes of the above attempts. The conflicts between the above two legal documents are formally manifestations of the conflicts between *lex loci damni* and *lex loci delicti*, but in essence reflections of the disagreement between EU member states on the balance between the protection of the right to personality and the guarantee of the freedom of expression. Although the EU still insists that unified rules on the choice of laws applicable to international infringement of the right to personality be adopted under the framework of Rome II Regulation, it remains to be seen whether the recent legislative coordination made by the EU could be ultimately accepted by the legislative bodies, Member States and social groups of EU. The EU experience shows that in the construction of the rules on the choice of law applicable to international infringement of the right to personality, the traditional territorial principle should be abandon and the policy-oriented principle of the most significant relationship should be adopted. As for the choice of the law applicable to special remedies for the infringement of the right to personality, the *épeçage* approach, rather than Uniform Approach, should be taken.

(责任编辑:廖 凡)

[56] 《法律适用法》第 46 条规定:“通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的,适用被侵权人经常居所地法律。”