

·国际民商法专题研究丛书

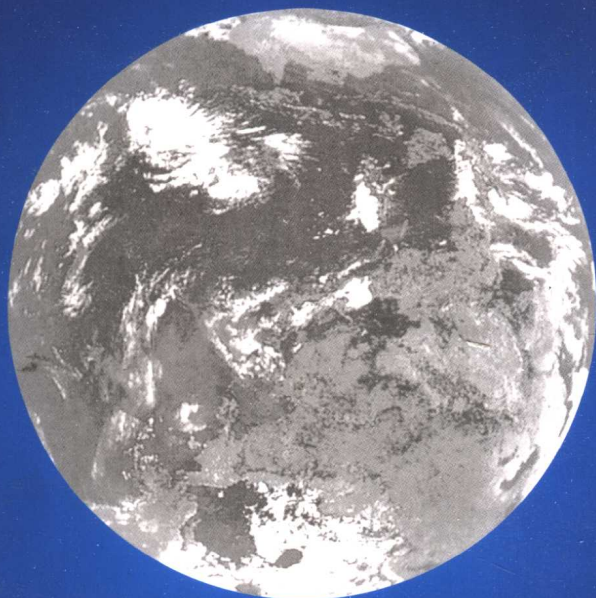
丛书主编 韩德培 黄进

侵权法律选择的理论、方法与规则 ——欧美侵权冲突法比较研究

Tort Choice of Law: Theories, Methods and Rules

A Comparative study of the tort conflict of laws in the US and Europe

曾二秀/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

国际民商法专题研究丛书

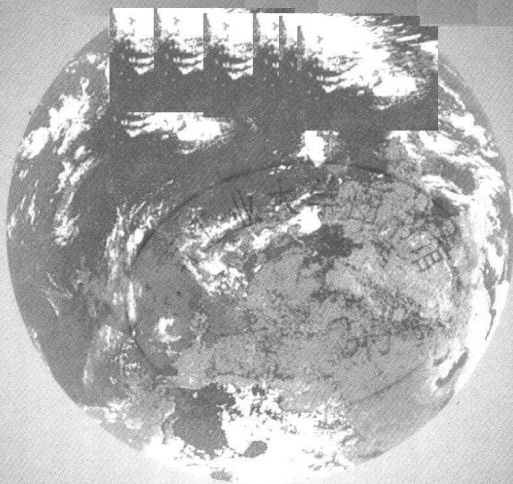
丛书主编 韩德培 黄进

侵权法律选择的理论、方法与规则

——欧美侵权冲突法比较研究

Tort Choice of Law: Theories, Methods and Rules
A Comparative study of the tort conflict of laws in the US and Europe

曾二秀/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法律选择的理论、方法与规则:欧美侵权冲突法比较研究/曾二秀著. —北京:法律出版社, 2004. 12
(国际民商法专题研究丛书)
ISBN 7-5036-5219-5

I. 侵… II. 曾… III. 侵权行为-民法-对比研究-美国、欧洲
IV. ①D950.3②D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 117452 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/胡欣李瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/12.125 字数/317千

版本/2004年12月第1版

印次/2004年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5219-5/D·4936

定价:25.00元

作者简介

曾二秀,女,1967年9月生,祖籍福建。1987年毕业于福建师范大学外语系英语专业,获文学学士学位;当年考入复旦大学法律系国际经济法第二学士学位班,1989年毕业,获法学学士学位。1993年9月~1994年7月,在香港大学法学院学习,获法学硕士学位。2000年7月~2001年4月受司法部选派到欧盟各成员国参加第一批“中欧法律与司法合作项目(律师部分)”培训。2001年进入武汉大学法学院攻读国际私法专业博士学位,2004年6月完成学业,获法学博士学位。现任华南师范大学政法学院副教授、硕士生导师,中国国际私法学会理事,广东省人大常委会立法顾问,广东省法学会国际法学研究会干事。主攻方向为国际私法、国际贸易法。先后在《中国国际私法与比较法年刊》、《中国法学》等重要学术刊物上发表专业学术论文10余篇,曾主持或参加省部级科研项目多项,参编研究生教材1部,译著1部。

总 序

韩德培 黄 进

法律大别为国内法和国际法。国内法和国际法是两个既有联系又有区别的法律体系。一般认为,在国内法体系下有宪法、行政法、民商法、刑法、经济法、环境法、行政诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、刑事诉讼法等法律部门或分支。至于国际法体系,学界意见并不统一。有的学者认为,不存在一个与国内法相对应的国际法体系,国际法就是国际公法;但也有学者认为,与国内法体系相对应的国际法体系的存在是一个不争的事实。笔者赞同后一种主张。如果肯定国际法体系存在,那么,在国际法体系下有哪些法律部门或分支呢?这也是一个仁者见仁、智者见智的问题。根据国际法存在的现实和将来的发展趋势,在笔者看来,在国际法体系下大致有如下法律部门或分支:国际公法、国际私法(国际民商法)、国际经济法、国际刑法、国际行政法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、国际刑事诉讼法等,其中有的已相当成熟,有的则初露端倪。

由于法律分为国内法和国际法,故以法律为研究对象的法学也可以分为国内法学和国际法学,而且,两者还可以分别进一步划分成若干部门法学或法学分支。比如,在国内法中有宪法学、行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、环境法学、行政诉讼法学、民事诉讼法学、仲裁法学、刑事诉讼法学等;在国际法中有国际公法学、国际私法

学(国际民商法学)、国际经济法学、国际刑法学、国际行政法学、国际民事诉讼法学、国际商事仲裁法学、国际刑事诉讼法学等。

第二次世界大战后,传统的国际法即国际公法的概念,无论是其内涵还是其外延,都已不能容纳已有巨大发展的国际法律本身。这一点在民商法和民商事争议解决领域表现得尤为明显。在民商法领域,国际上已出现了大量调整国际民商事关系的法律规则和惯例,如1969年订于布鲁塞尔的《国际油污损害民事责任公约》、1979年订于蒙得维的亚的《美洲国家间关于国际私法中自然人住所的公约》、1980年订于维也纳的《联合国国际货物销售合同公约》和国际商会《2000年国际贸易术语解释通则》等。在民商事争议解决领域,国际上也出现了大量调整国际民事诉讼关系和国际商事仲裁关系的法律规则和惯例,如1958年订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1961年订于日内瓦的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、1965年订于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1968年订于布鲁塞尔的《关于民商事管辖权及判决执行的公约》、1970年订于海牙的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》、1975年订于巴拿马城的《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》和1985年公布的由联合国国际贸易法委员会主持拟定并经联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》等。上述情形不仅可以证明国际法是一个正在不断发展的体系,而且也表明作为国际法体系的部门或分支的国际民商法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法正在成长和形成之中。

隶属国际法体系的国际私法是一个从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止,不同的国家和地区及其学者对国际私法有不同的认识和称谓。过去或现在较为普遍使用的名称有“国际私法”、“私国际法”、“冲突法”和“法律冲突法”等。也有人称之为“法律适用法”、“法律选择法”、“民法施行法”或“法例”。特别值得一提的是,在早期,还有人称之为“国际民法”、“国际民商法”或“国际民事诉讼法”。例如,1889年,美洲一些国家曾在蒙得维的亚订立了

《国际民法条约》和《国际商法条约》;1940年,同样是美洲一些国家在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《陆上国际商法条约》。笔者在这里列举这些名称和现象,就是想从一个侧面说明,国际法体系内的一些部门或分支的内容尚不发达,子体系尚不完整,界限尚不明确,同时,正因为如此,人们对国际私法的认识还相当不一致。不可否认,国际私法是一个正在不断发展的法律部门,研究国际私法的法律学科也在不断发展之中。的确,早期的国际私法是以冲突法为主的,主要用冲突规范即冲突法来调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突。后来,由于海牙国际私法会议等国际组织以及一些国家立法的推动,国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范逐渐纳入其中。二战后,随着国际经济贸易的迅速发展,国际统一民商法即国际统一实体私法进入一个新的发展时期,无论是以国际条约形式还是以国际惯例形式出现的国际统一民商法在数量上大大增加,在适用范围方面大大扩展,已成为国际私法的重要组成部分。今天,我们可以这样说,国际私法已从传统的国际冲突法演变为以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突和争议的法律部门,集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范(或国际统一民商法规范)、国际民商事争议解决规范于一体。从某种意义上讲(在其中的国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范各自自成一体并从国际私法中独立出去后),国际私法就是国际民商法。

本丛书原设计叫做“国际私法与比较法专题研究丛书”,但后来考虑到有必要推动我国法学界对国际民商法的重视和研究,遂改为《国际民商法专题研究丛书》。我们希望借此为国际体系的研究,特别是为国际私法的研究提供新的视角、新的视窗和新的视野。本丛书将坚持开放、择优和纳新的原则。纳入本丛书出版的著作并不仅限于实体法意义上的国际民商法方面的著作,凡讨论、探索、研究调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律问题、解决国际民商事法律冲突以及解决国际民商事法律争议的上乘之作,无论是实体法

4 侵权法律选择的理论、方法与规则——欧美侵权冲突法比较研究

著作,还是程序法著作或冲突法著作,均在欢迎之列。

最后,借此机会,我们并代表丛书各位作者衷心感谢法律出版社对丛书编辑和出版的大力支持和协助。

2001 年秋
于珞珈山麓

前 言

法律的冲突与不同法律制度,特别是与不同主权国家的法律制度的存在有着密切的联系,并随着不同法律制度下人们交往关系的发展而发展。尤其是在当今经济全球化、市场化和信息化的时代,各种资源,包括人力资源、经济资源、信息资源等都可以跨国地自由流动,更加剧了这种冲突,赋予了冲突以新的、更为复杂的内容。在日益全球化、信息化、市场化和工业化的时代,侵权行为法的重要性正在不断提升,侵权冲突法的研究也随之成为了国际私法研究的重要课题。

欧洲是国际私法的发源地,其侵权冲突法有着深厚悠久的历史背景,当代成文化的侵权冲突法更是引人注目。美国的国际私法虽然源于欧洲,但其发展的理论基础却不同于欧洲占主导的理论;一场针对其传统冲突法理论、方法与规则的“冲突法革命”使美国的冲突法更具自己的特色。美国“冲突法革命”中产生的一系列新的理论和方法不仅带来了美国侵权冲突法的变革,也对其他国家的侵权冲突法带来了巨大的冲击,带来了侵权法律选择理论、方法与规则的变革。对欧美侵权法律选择的理论、方法与规则从比较的视角进行研究,在新的全球化社会背景条件下,具有更为重要的理论与现实意义,对完善我国侵权冲突法也有着十分重要的借鉴意义。

第一,对欧美侵权冲突法的研究有助于我们了解他们之间的异同及其产生的基础。欧洲是国际私法的发源地,自然也是侵权冲突法的发源地。其侵权冲突法经历了一个不断发展演进的过程。随着

欧洲各国交往密切程度的不断增加,特别是随着欧洲统一大市场的建立,各国的侵权冲突法在不断演进发展的过程中也在逐渐走向一致,特别是在海牙国际私法会议和欧盟的推动下,这种统一正朝着更深更广的方向发展。与欧洲的统一化形成鲜明对照的是美国的侵权冲突法的发展,它由传统的采用同一理论方法与规则的统一向当代采用不同理论、不同方法的分立的方向发展。对这两种发展趋势明显不相同的侵权冲突法的研究,不仅能让我们了解他们之间的差异,更重要的是通过揭示这些差异产生的原因让我们了解政治、经济、社会文化背景和人文环境等对侵权冲突法的发展产生的巨大影响。侵权冲突法作为法律的一部分构成社会的上层建筑,是与它存在的经济基础、政治环境密切联系的。因此,我们在借鉴欧美侵权冲突法的经验时同样不能脱离我国的政治经济的发展、社会文化的传统。

第二,对欧美侵权冲突法的研究能促进对涉外侵权关系中的我国当事人的更有效的帮助。随着经济全球化的发展,随着我国加入WTO,我国的对外交流交往随之大量增加,涉外纠纷也会大量增加。由于并非所有的与我国人民有关的涉外案件都会在我国审理,对外国冲突法的了解研究也就有它非常重要、非常现实的意义。对欧美侵权冲突法的研究因此有助于我们从事涉外侵权法律实务的人员更好地了解他们的侵权冲突法,从而更好地为当事人提供最有效最有利的服务。当然,这是一项需要长期努力长期继续的工作,本书的研究只是为此努力的一个非常小的部分。当然,这种努力是全球化发展的必然要求。

第三,对欧美侵权冲突法的研究能为完善我国区际的和国际的侵权冲突法提供有益的借鉴。随着全球化、信息化的发展,随着我国加入WTO对外开放和对外交往的增加,特别是随着港澳的回归及将来与台湾的统一,我国不仅会面临大量的国际法律冲突,同时会面临大量的区际法律冲突,我国现行冲突法,包括侵权冲突法急需修改完善。这就要求我们不仅要研究我国的国情,制定符合我国国情的侵权冲突法,更要借鉴符合我国国情的外国的经验。国际私法的制

定尽管是各国主权范围内的事务,但它的涉外性使它的制定不能不考虑外国的发展。对欧美侵权法律选择理论、方法与规则的研究能为完善我国的侵权冲突法提供帮助。美国的侵权冲突法主要是为解决其州际法律冲突,而欧洲各国及欧盟的立法则是为解决国际法律冲突,对他们采用的不同的模式的研究对我国处理区际法律冲突和处理国际法律冲突都能提供有益的借鉴。

第四,对欧美侵权冲突法的比较研究,能扩展深化我国国际私法的研究。目前,我国对欧美各国国际私法的总体研究已取得了很多成果,如:对美国的冲突法的研究成果有韩德培教授与韩健教授合著的《美国国际私法(冲突法)导论》;对欧洲国际私法研究的成果有陈卫佐著的《瑞士国际私法法典研究》、杜涛的博士论文《德国国际私法:理论、方法和立法的变迁》、刘卫翔著的《欧洲联盟国际私法》、袁泉著的《荷兰国际私法研究》及罗剑雯著的《欧盟民商事管辖权比较研究》等。但对欧美冲突法各个领域的研究还比较缺乏,这其中就包括对侵权冲突法的研究不够深入。特别是近几年来,欧美的侵权冲突法又有了许多新发展,我们对欧美侵权冲突法的研究也相应地需要更新。不仅如此,在侵权冲突法领域,从比较的角度做历史的实证的研究,特别是将侵权冲突法放在全球化、信息化的背景下,放在其本国的社会环境、经济环境、人文环境、法律环境的背景下进行研究的更缺乏。本文的研究因此有其理论价值。

第五,对欧美侵权法律选择理论、方法与规则的研究,有助于揭示法律选择理论、方法与规则相互之间的关系。在侵权法律选择上,无论是美国采用的方法还是欧洲采用的规则都是在特定的理论指导下产生的方法和规则;方法与规则也是密不可分的,方法是规则据以制定的方法,规则则是方法运用的结果。特别是在欧美普遍采用的规则与方法结合的立法中,对规则的研究更是离不开对方法的研究。

本书突出全球化、信息化、市场化和民主化这个时代特征,把论述重点放在这样的社会背景条件下进行。着重分析比较在这种新的社会背景条件下,欧美侵权法律选择理论、方法与规则的形成、发展

变化及其运用,揭示这种发展变化背后的立法政策与价值取向,及欧美侵权冲突法的异同及其原因。

本书采用历史的、比较的、理论联系实际的实证研究以及典型案例分析方法对欧美侵权法律选择理论方法与规则展开研究。从历史的观点出发,采用历史研究方法有助于通过探索侵权法律选择理论、方法与规则产生、发展变化的演进过程,揭示出侵权法律选择理论、方法与规则的发展与特定政治、经济、社会环境的联系,揭示出各种理论、方法与规则演进的内在逻辑与规律。从比较的视野出发,采用比较研究方法有助于通过研究欧美侵权法律选择理论、方法与规则本身,揭示欧美侵权法律选择理论、方法与规则及其发展变化的异同以及这些异同产生与存在的根源。从理论、方法与规则的实际应用出发的案例分析研究有助于更好地了解美国这样的采用判例制度的国家的侵权法律选择理论、方法与规则实际发生作用的过程,有助于更好地揭示各种侵权法律选择理论、方法与规则的实际运作过程。

本书一个突出的特点就是将侵权法律选择的理论、方法与规则联系起来进行系统地研究,明确了理论的基础意义、方法对规则的指导意义。通过对欧美侵权法律选择理论、方法与规则的全面分析比较,展示其发展脉络、发展趋势和走向。本书另一个突出的特点就是以比较研究为视角,但并没有局限于被比较对象——侵权法律选择理论、方法与规则本身,而是通过对欧美侵权法律选择的理论、方法与规则的比较研究,来深入研究欧美国家侵权法律选择理论、方法与规则的差异及产生差异的社会背景、文化背景和法律制度背景等各种原因。

本书的研究是侵权冲突法研究领域,较好地把握系统、综合研究与专门研究有机结合的代表,避免了以往研究中只做侵权法律选择规则研究或只做侵权法律选择方法研究存在的片面性,也避免了对冲突法进行整体研究必然存在的笼统性和缺乏针对性,有助于从新的视野上拓展国际私法的研究方法,丰富其研究内容。

本书共分七章。第一、二、三章着重研究美国侵权法律选择理

论、方法与规则。侵权冲突法是美国 20 世纪下半叶发展变化最大的冲突法领域,是引发美国“冲突法革命”和受“冲突法革命”影响最大的领域,也是传统冲突法理论与“冲突法革命”中各种理论争战的主战场。美国“冲突法革命”催生的美国当代侵权冲突法对世界各国侵权冲突法的发展产生了极大的影响。正因为如此,本书首先将美国侵权冲突法而不是历史更悠久的欧洲侵权冲突法放在前面部分研究。在具体内容上,第一章着重研究了贯穿比尔“既得权理论”的第一次《冲突法重述》对侵权法律选择的规定以及这种传统的侵权法律选择规则的具体运用;第二章是对美国当代侵权法律选择理论与规则的分析,包括对“冲突法革命”的分析,对“冲突法革命”产生的理论方法及其运用的分析,对纽约州和路易斯安那州的侵权法律选择方法与规则的分析这几部分内容;第三章研究了美国当代侵权冲突法的发展走向以及对美国学界关于第三次《冲突法重述》讨论的讨论分析,其中包括对两位学者提出的侵权法律选择规则的具体分析。

第四、五、六章着重研究了欧洲具有典型代表意义的瑞士、英国和德国侵权法律选择方法与规则。在具体内容上,第四章是对欧洲历史上各个时期的法律选择理论的集中的分析研究;第五章选取瑞士、英国和德国为代表对欧洲的特别是当代的侵权法律选择方法与规则进行分析研究,在各个单独分析的基础上又对他们予以了比较研究;第六章则专门分析欧洲两大组织对侵权冲突法的统一的成果,其中有得到欧洲众多国家接受的海牙国际私法会议的两部侵权冲突法公约:《海牙公路交通事故法律适用公约》和《海牙产品责任法律适用公约》;还有欧盟已完成起草的《关于非合同责任法律适用的欧洲议会和理事会规则》,该规则通过后将在除丹麦、英国、爱尔兰之外的所有成员国生效并在成员国国内具有直接效力和最高效力,其产生的影响要比公约的影响大且广。这种研究旨在为欧洲与美国的侵权冲突法进行比较研究奠定基础。

第七章以前面的研究为基础,对美国和欧洲的侵权法律选择理论、方法与规则予以分析比较研究。通过比较分析揭示欧美侵权法

律选择的理论、方法与规则的差异,以及这些差异产生的社会背景、文化背景和法律制度背景等各种原因。最后是在对我国现行侵权法律选择规则进行评析的基础上提出了根据我国具体国情和借鉴欧美经验来完善我国侵权冲突法的法律选择方法与规则的建议。

目 录

前言	1
第一章 美国传统侵权法律选择理论、方法与规则	1
第一节 美国传统的冲突法理论	1
一、斯托雷的“礼让”说	1
二、比尔的“既得权”说	5
第二节 美国传统侵权法律选择方法与规则	8
一、美国法院的早期实践	8
二、第一次《冲突法重述》	9
三、传统侵权法律选择方法与规则在当代美国的影响	11
第三节 美国传统侵权法律选择规则的运用	13
一、卡罗尔诉阿拉巴马大南方铁路公司案的分析	13
二、“识别”的实际应用与分析	18
三、“反致”的实际应用与分析	35
四、“公共政策例外”的实际应用与分析	39
本章小结	42
第二章 美国当代侵权法律选择理论、方法与规则	45
第一节 美国传统法律选择理论、方法与规则的反思与批判	46
一、对比尔“既得权”理论的反思与批判	46
二、对传统法律选择方法与规则的反思与批判	48
第二节 美国当代侵权法律选择理论、方法与规则的建构	52
一、柯里的“政府利益分析”说	52

2 侵权法律选择的理论、方法与规则——欧美侵权冲突法比较研究

二、威廉·巴克斯特的比较损害方法	58
三、莱弗拉尔的“较好法”方法	59
四、艾伦茨威格的“法院地法原则”	60
五、第二次《冲突法重述》	61
第三节 第二次《冲突法重述》的侵权法律选择方法与规则	64
一、对总则中规定的侵权法律选择方法的分析	64
二、对特殊侵权行为法律适用的规定的分析	66
三、对重要问题法律适用的规定的分析	68
第四节 美国当代司法中的侵权法律选择方法	69
一、利益分析方法的运用	71
二、重要连结点方法的运用	72
三、法院地法方法的运用	73
四、较好法方法的运用	77
五、第二次《冲突法重述》的适用分析	79
第五节 美国当代侵权法律选择规则	87
一、纽约州的纽梅尔规则(Neumeier Rules)	87
二、路易斯安那州的侵权法律选择规则	93
本章小结	110
第三章 第三次《冲突法重述》与美国侵权冲突法的发展走向	113
第一节 进行第三次《冲突法重述》的必要性分析	115
一、进行第三次《冲突法重述》的必要性分析	115
二、第三次《冲突法重述》起草时机的把握	124
第二节 着手第三次《冲突法重述》的方法	127
一、以经验研究为基础进行重述的准备	127
二、第三次《冲突法重述》的方案设计	130
第三节 侵权冲突法重述“草案”及其分析	134
一、西蒙尼德斯尝试性提案	134
二、塞德勒侵权法律选择的“真实世界”的规则	145
本章小结	148

第四章 欧洲法律选择理论的历史演进	150
第一节 欧洲 13~18 世纪的法律选择理论	150
一、“法则区别说”	150
二、“国际礼让说”	156
第二节 欧洲 19 世纪的法律选择理论	158
一、萨维尼的“法律关系本座说”	159
二、孟西尼的法律适用理论	165
三、戴赛的“既得权说”	169
第三节 欧洲 20 世纪的法律选择理论	171
一、莫里斯的“公平需要”说与侵权自体法理论	171
二、克格尔的“利益论”	172
三、弗朗西斯卡基斯的“直接适用的法律”	175
本章小结	176
第五章 欧洲当代侵权法律选择方法与规则	179
第一节 瑞士侵权法律选择方法与规则	179
一、瑞士 1987 年之前的侵权法律选择规则	180
二、《瑞士联邦国际私法典》对侵权法律选择的规定	181
第二节 英国侵权法律选择方法与规则	191
一、英国普通法上的侵权法律选择规则	192
二、《国际私法法》关于侵权法律选择的方法与规则	195
第三节 德国侵权法律选择方法与规则	208
一、1999 年之前德国的侵权法律选择规则	208
二、《民法施行法》关于侵权法律选择的方法与规则	209
本章小结	217
第六章 欧洲侵权法律选择方法与规则的统一化	223
第一节 海牙国际私法会议对侵权法律选择规则统一的促进	224
一、海牙《公路交通事故法律适用公约》中的法律选择方法与规则	225