

江西财经大学法学文库

湛 建◎著

论冲突法上的侵权类型化 与法律选择

LUN CHONGTUFA SHANG DE QINQUAN LEIXINGHUA YU FALÜ XUANZE



中国政法大学出版社

江|西|财|经|大|学|赣|江|法|学|文|库

论冲突法上的侵权类型化 与法律选择

LUN CHONGTUFÄ SHANG DE QINQUAN LEIXINGHUA YU FÄLÜ XUANZE

湛 建◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

论冲突法上的侵权类型化与法律选择/谌建著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 9
ISBN 978-7-5620-5548-8

I. ①论… II. ①谌… III. ①冲突法—研究 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第200857号



出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	24.25
字 数	384 千字
版 次	2014 年 9 月第 1 版
印 次	2014 年 9 月第 1 次印刷
定 价	53.00 元

自序

笔者曾在冲突法的丛林中彷徨了许久，一直希望可以找到引领自己走出迷茫的幽径，于是翻阅了许多冲突法著作，发现它们对法律选择的解读视角彼此不一，堪称“横看成岭侧成峰”，但总的理论前提是不变的。于是笔者试图归纳出其主要的前提，作为展开本书论点的基础，出于论述的方便，本书主要以侵权为主要对象阐述法律关系（或问题）在法律选择中的分类。

因为以往的冲突法理论和立法都没有对法律关系进行冲突法意义上的分类，所以找到分类标准就成了第一个难点。本书在对法律的性质和法律关系的性质进行梳理后，主要分析了三个基本的理论前提：首先是主权，它既是冲突法的基本原则，也是法律选择理论和立法的基础，主要表现为法律选择规则中属地要素和属人要素在主权国家的立法政策上的重要意义；其次是市民社会的精神，它既是私法的基本精神，也是法律选择中当事人自治的社会基础；最后是全球化背景下的法律多元化，它拓展了产生法律规范的社会共同体的外延，对属人法内涵的理解和法律选择具有重要意义。

这三个理论前提一起决定了：在法律选择中只存在三个基本的法律选择的形式要素，即属地要素、属人要素和当事人自治要素。而这三个要素在法律选择中的内在意义，则取决于实体法的政策。因此法律选择规则中

的连结点的选择不是任意的，它和各国或其他社会共同体在“制定”实体法时的政策目标密切相关。根据这三要素在法律选择中反映的实体法政策的意义，笔者将法律关系（或问题）在冲突法上划分为四种基本类型：属地性侵权、属人性侵权、自治性侵权和混合性侵权。作为对类型化分析的实用性解释，本书的后三章有选择性地对法律选择立法或判例中的一般侵权冲突规范和几种特殊侵权的冲突规范进行了类型化分析，作为帮助读者理解和进行实证分析的范例。

由于笔者的水平有限，书中难免存在许多的疏漏、不足甚至错误，希望读者提出批评意见并斧正。

谌 建

2014年9月3日

目 录

Contents

引 论	1
第一章 冲突法上的侵权类型化问题的提出	10
第一节 冲突法理论基础的历史考察	11
第二节 冲突法上法律与法律关系的性质	22
第三节 冲突法上的侵权类型化问题分析	53
第二章 侵权类型化的理论基础	65
第一节 主权在侵权类型化上的解读	65
第二节 私权自治在侵权类型化上的解读	84
第三节 法律全球化在侵权类型化上的意义	112
第三章 冲突法上的侵权类型化	135
第一节 侵权类型化的理论与立法现状	135
第二节 冲突法上侵权类型划分的标准与基本类型	151
第三节 属地性侵权的界定	165
第四节 属人性侵权的界定	175
第五节 自治性侵权的界定	184
第六节 混合性侵权的界定	191
第七节 法律选择中侵权类型之间的关系	198

第四章 一般侵权的类型化分析	205
第一节 一般侵权在冲突法上的类型化的历史分析	206
第二节 侵权法律选择的现代演进与复杂化	211
第三节 一般侵权法律选择规则的类型化分析	217
第四节 对一般侵权类型化分析的总结	248
第五章 几种特殊侵权的类型化分析	257
第一节 产品侵权的法律选择	258
第二节 不正当竞争侵权的法律选择	276
第三节 人格权侵权的法律选择	282
第四节 对特殊侵权类型化分析的总结	289
第六章 侵权类型化与中国的侵权法律选择	299
第一节 关于侵权类型化的基础的中国分析	300
第二节 我国一般侵权法律选择规则的类型化分析	304
第三节 我国特殊侵权法律选择规则的类型化分析	317
结 语	343
参考文献	357
后 记	381

一、选题背景与意义

（一）选题的背景

国际私法中的侵权法律选择问题是一个非常复杂的问题，不仅在于几乎每部综合性的国际私法著作都将侵权问题作为重要部分阐述，而且关于侵权法律选择的理论专著和理论观点也不胜枚举。并且在实践中由于全球化带来的国际交往的日益密切，跨国侵权问题也成为各国国际私法迫切需要提供解决方案的问题。确知这个问题的难度很大，但笔者主要基于以下几个方面的原因，最后确定了这个主题：

1. 侵权法实体价值的考虑已经成为侵权法律选择立法和判例的重要依据。侵权实体法立法由概括立法发展为越来越类型化和细化，而侵权法律选择理论和立法除了产品责任和交通侵权^{〔1〕}等几个有限领域外，采取的还是一般侵权法律选择（规则）方法。美国 20 世纪 50 年代发生冲突法革命的一个重要原因就在于侵权法律选择

〔1〕 海牙国际私法公约中包含了《产品责任法律适用公约》和《交通侵权法律适用公约》，这方面的分析有 Michael C. Pryles, *Tort and Related Obligations in Private International Law* (1991), *Recueil des cours*, II; Jacob Dolinger, *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*, *Recueil des cours* (2000) 等。ROME II 规则中则在第 5~9 条分别规定了产品、竞争、环境、知识产权和劳工等不同侵权关系的法律适用规则。

规则过于概括和僵化而无法解决跨国（法域）侵权不断细化的问题，^{〔1〕}而采取了各种灵活的方法代替僵硬的规则以实现个案的公正，而这些方法的一个重要特点就是强调对侵权实体法政策的考虑。综合考虑冲突法革命以来的侵权选法理论的诸多对立和融合，笔者发现在他们的理论前提下既具有一些共性，也在不同情况下对各种类型的侵权关系有不同的政策考虑。这些不同考虑是在面对具体侵权案件时体现出来并在理论上得以展开的。这种以实体法政策为基础的方法与大陆法系国家的方法有很大的不同，同时也影响了大陆法系国家的立法。^{〔2〕}

2. 侵权选法理论上对侵权关系类型化的分析尚存不足。新的实体法上的侵权关系的出现，以及新的对不同类型的侵权关系法律选择的特殊考虑，反映了选法理论对实体价值考虑的倾向，^{〔3〕}这些价值考虑至少包括国家对一些特殊利益的考虑，对特定主体地位的考虑，对侵权关系不同方面的特殊考虑，等等。而这种政策考虑在大陆法系国家的选法理论中还主要体现为在一般侵权法律选择规则的范围内进行扩张性的解释，或者对有限的几种实体法上的特殊类型侵权规定特别的法律选择规则；在英美法系国家虽然方法灵活，但也只是按实体法的侵权类型确定法律选择方法，两者都没有从冲突法角度对侵权予以分类并进行类别性分析。^{〔4〕}笔者认为从冲突法上对侵权进行分类并从对每类涉外侵权案件涉及的主要冲突法和（或）实体法上的政策进行分析，有利于按照冲突法本身的特性把握各种侵权案件并依此考虑侵权实体法价值，从而寻求公正解决相应案件的方法。

3. 侵权选法立法有了新的发展。在美国的选法“方法”与欧洲大陆国家

〔1〕 当然，在19世纪末和20世纪初的侵权实体法中采取的是概括的侵权立法，普通法系国家也受到这种影响。在此背景下对侵权法律选择采取概括的“侵权行为地法”的单一规则也是正常的，虽然他们的侵权实体法立法或判例采取的是类型化的模式。参见杨立新：“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择”，载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期。

〔2〕 Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2008.

〔3〕 比如侵权法中的相互性理论，在考虑不同类型的侵权关系时，行为的危险性和行为的损害结果的不同考虑，就会产生行为的规制和损害的分配等不同问题，在其他相关制度的协调中，就涉及法律选择上需要考虑这些因素的作用，从而介入了实体政策和价值的考虑。

〔4〕 由于侵权法律选择规则仍然是概括性的，所以只能在这个概括性的规则范围内对不同的侵权类型的法律选择进行合理的扩张性解释，通过冲突法的比如分割等制度来达到实体上的公正。

的冲突法“规则”的争论中,各自的判例或立法都有了一些新的发展,比如欧盟 *ROME II* 规则的出台和美国法学会重提第三次冲突法重述。^[1]而我国新的侵权行为法^[2]和涉外民事关系法律适用法的出台,也为我国对侵权法律选择的研究提供了契机。虽然现有的立法和理论并没有以冲突法上的侵权分类为基础,但这些最新的动态和实践为对侵权类型化法律选择分析提供了新的经验材料。

4. 侵权选法方法的多元化。在侵权冲突法的研究中,除了美国冲突法革命中的主要理论和大陆国家渐进式的理论修正外,其他分析方法特别是冲突法的经济分析方法的逐渐深化和成熟,以及由同性婚姻引起的法律选择的政治分析方法,为对侵权关系的类型化分析提供了方法上的新视角。

当然还有一些比较次要的原因,比如笔者的兴趣范围和掌握的材料使自己还没充分的自信选择一个全新的领域,因此选择了研究本题作为博士论文的选题。

(二) 选题意义

如果说前面提到的是笔者为什么选择这个选题,那么这里就应该回答这个选题是否有理论和现实意义。对侵权关系类型化的冲突法分析,是对现实的侵权关系复杂化的回应。选择这个选题至少具有以下几个方面的理论和现实意义:

1. 现实意义。面对国际侵权关系越来越复杂化的现实,冲突法上类型化的分析一方面可以突破概括性侵权冲突法规则难以反映侵权复杂化带来的立法盲区的问题;另一方面,依靠特别立法来解决特殊实体法类型侵权的方法,潜在地包含了特殊立法无限扩展的需要,冲突法上类型化的分析则正是为了防止这种潜在的无限度的特殊化。现在的侵权关系已经不是传统的侵权冲突规则所能涵盖的,传统的侵权关系越来越复杂,^[3]而新的实体法上的侵权类

[1] Symeon C. Symeonides, "A New Conflicts Restatement: Why Not?", *Journal of Private International Law*, Vol. 5, 2009.

[2] 《中华人民共和国侵权责任法》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议于2009年12月26日通过,并于2010年7月1日起实施。

[3] 比如危险责任中的民事危险责任和商事危险责任的基础的分化,以及在责任分配中保险制度作用在各国的差异,使得在国际民商事侵权关系中不具有了“相互性”,法律选择立法(方法)因而也需要考虑以“相互性”为前提的法律选择规则可能带来的不公正性。

型比如环境侵权、竞争法上的侵权^[1]、产品侵权、劳资关系中的侵权、互联网侵权,等等,由于其包含的冲突法上的要素越来越复杂,已经不能仅仅依靠简单的连结点的选择就能解决问题。对侵权关系在冲突法上进行分类并分析其冲突法上要素的特质而不是对实体法上的侵权类型进行“个案分析”,既更符合冲突法的特殊性质,也能从侵权类型的冲突法特点中找到更合理的准据法的选择方法。

2. 理论意义。实体法上对侵权的分类,在英美法系和大陆法系之间存在较大的差异,法律思维方式也不同。大陆法系国家侵权实体法立法采取的是—般侵权条款加特殊侵权例外条款的立法模式,但特殊侵权的类型有不断增加的趋势,它主要是一种演绎的思维方式;英美法侵权则没有一般条款,而是在判例法的基础上总结出或多或少的侵权类型,主要是一种归纳式的思维方式。^[2]侵权法律选择理论已经非常丰富和复杂,相互之间的矛盾也很明显,^[3]但很少有国际私法理论从冲突法的角度对法律关系进行分类并研究相应的法律选择问题^[4],对侵权法律关系也是如此。当然这种分类也可以找到历史的痕迹,比如“法则区别说”从法律的性质出发将“法则”分为“人法、物法和混合法”并从而开始法律选择的分析;“国际礼让说”按主权属地

[1] 这类侵权关系已经不仅仅是私人当事人之间的侵权损害赔偿问题,而且和某国特定的经济政策(竞争侵权)以及实现某些人类的共同价值(环境侵权中包含的环境保护目的)密切相关,因而突破了私法的严格界限。

[2] 杨立新:“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择”,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期。

[3] 欧洲大陆国家特别是欧盟的ROME II规则仍然坚持“管辖权选择”的方法并辅以灵活性的例外条款(或作为原则,如最密切联系原则),这有其深厚的理论和立法基础;而美国坚持“政策分析方法”,有丰富的判例实践为支撑。他们在争取理论上的主导地位中互相借鉴又相互批评。参见[德]格哈德·克格尔:《冲突法的危机》,萧凯、邹国勇译,武汉大学出版社2008年版;Symeon C. Symeonides, *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?* XVth International Congress of Comparative Law, London; Boston: Kluwer Law International, 2000;等等。

[4] 其实从笔者掌握的资料来看,根本就没有人对涉外法律关系进行过冲突法上的分类,而是就实体法上的每一种法律关系进行分析并通过冲突法规则(大陆法国家)或通过法律选择方法(美国及受其冲突法革命理论影响的普通法国家)确定其准据法。参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社2003年版;黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年版;[德]马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,北京大学出版社2009年版;Lawrence Collins (General Editorship), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 2006; Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law* (4th edn.), Oxford University Press, 2008; Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, 2008. and etc.

性以“法则区别说”的方法将法律分为国内法和外国法;“法律关系本座说”按照实体法的类型并通过找到每种法律关系的“本座”来分析法律选择,等等。而冲突法本身具有其特殊性,即建立法律关系与特定法律规范之间的联系,所有的选法方法都是为这种联系找到合理的理由,对这种联系进行考察从而涵盖各种法律选择方法就成为对冲突法上的法律关系进行分类的基础。这在理论上至少有两方面的意义:①重新考察了冲突法分析的体系;②寻找协调各种选法方法的分类系统。同时通过对不同理论的重要前提^[1]和它们的考虑因素进行一定的考察^[2],寻找它们普遍适用时的局限和对特定侵权类型适用的恰合性,^[3]并找到在类型化的侵权关系中选择准据法的方法。

3. 我国新近颁布和生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》,尽管在许多方面取得了重要的突破,但仍存在许多需要进一步斟酌的地方。通过对涉外侵权关系法律选择的理论研究,或能为我国相关立法的修订提供理论上的参考。

二、国内外研究现状

(一) 国内研究现状

第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议于2009年12月26日通过了《中华人民共和国侵权责任法》,并将于2010年7月1日起开始施行。其在立法体例上采取了一般侵权条款和几类特殊侵权相结合的模式。而

〔1〕 欧洲一体化及欧盟国家之间的条约关系所体现的目标,以及欧洲大陆的法律传统等因素使其更适合作为传统的冲突法方法的改良;而美国的政治模式,宪法体制,公法与私法不严格区分的普通法传统等使其冲突法问题更为复杂和多元化,这也是“政策分析方法”得以取得主导地位的重要因素。

〔2〕 这些因素非常广泛和复杂,其中至少可以包括:①从政治上来说包括对主权的观念和态度,对个人权利的保护的范围和方式,经济制度及相应的社会制度,对外政策,等等;②从司法制度上来说,包括立法与司法的关系,法律思维的模式,公法和私法的关系,等等;③与侵权法律选择相关的具体因素包括对侵权关系的划分,具体侵权法律体现的政策(实体价值),当事人之间的关系,当事人的预期,等等。

〔3〕 比如,柯里的“政府利益分析说”能很好地解决虚假冲突侵权案件,但对“真实冲突”和“无利益的冲突”的侵权案件的解决并不能令人满意;“法律关系本座说”如果以一种僵硬的方式按“侵权行为地”确定准据法,又不能解决许多特殊的案件的法律选择;“经济分析方法”解决了经济上的效率问题,却无法满足不同其他实体的价值,等等。它们都解决了问题的一个或几个方面而对其他方面的解决则不甚合理。也就是说,它们解决了一类(或几类)问题而不适合解决所有类型的侵权问题。

我国学者早在2006年的著作中已经对侵权行为进行类型化的研究。^{〔1〕}侵权行为为类型化细分的理论发展为国际私法上侵权问题的类分提供了实体法上的重要基础。

关于侵权法律选择,国内学者已经从不同的方面进行了许多深入的研究。除了对各国的国际私法的国别研究中的侵权法律选择研究外,关于侵权法律选择的其他专著和学术论文也已经不少。曾二秀博士就侵权法律选择的理论、方法与规则进行了比较研究;朱子勤,胡晓红就网络侵权法律选择问题,曲波就国际私法中弱者利益保护问题等进行了专门的研究;等等。综合而言,国内关于侵权法律选择的研究或可以概括为以下几个方面:①在总体或国别国际私法研究中对侵权法律选择理论和立法的概括性介绍和分析;^{〔2〕}②对国外侵权法律选择理论和方法的全面介绍和梳理;^{〔3〕}③就具体某一类实体法上侵权关系的专门研究;^{〔4〕}④就侵权关系的法律选择的某一方面有所涉及的介绍和研究^{〔5〕},等等。

但从本人掌握的资料而言,他们的论述有一些基本的特点:①对外国侵权法律选择理论的介绍和分析较少涉及他们的制度和观念前提;②对侵权关系的类型没有进行冲突法上的区分,而只是就一般选择理论和方法进行分析,或者在此基础上对某一个具体的实体法上的侵权类型进行分析;③侵权法律选择政策考虑在法律选择上的地位的确定性较少涉及。^{〔6〕}这为本人就当前选

〔1〕 参见杨立新:《类型侵权行为法研究》,人民法院出版社2006年版;黄松有:《侵权法——司法解释实例释解》,人民法院出版社2006年版;何志:《侵权责任判断研究与适用》,人民法院出版社2009年版。

〔2〕 参见邹龙妹:《俄罗斯国际私法研究》,知识产权出版社2008年版;曾涛:《示范法比较研究》,人民法院出版社2007年版;朱伟东:《南非共和国国际私法研究——一个混合法系国家的视角》,法律出版社2006年版;肖永平主编:《欧盟统一国际私法研究》,武汉大学出版社2002年版;刘仁山:《加拿大国际私法研究》,法律出版社2001年版,等等。

〔3〕 参见邓正来:《美国现代国际私法流派》,中国政法大学出版社2006年版;曾二秀:《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》,法律出版社2004年版。

〔4〕 参见胡晓红、梁琳、王赫等:《网络侵权与国际私法》,中国工人出版社2006年版;胡敏飞:《跨国环境侵权的国际私法问题研究》,复旦大学出版社2009年版;朱子勤等:《网络侵权中的国际私法问题研究》,人民法院出版社2006年版。

〔5〕 叶竹梅:“涉外侵权法律选择中的意思自治”,载《甘肃广播电视大学学报》2008年第1期;白红平:“论法律选择中最密切联系理论的价值取向”,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003年第6期,等等。

〔6〕 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。

题提供了思考空间。

(二) 国外研究现状

对国外的研究现状进行概括很不易,从笔者收集到的资料来看,国外关于侵权法律选择的著作和论文都非常丰富,理论观点和分析视角令人眼花缭乱。从笔者的选题的角度而言,外国关于侵权法律选择的论文和著作,主要有以下几个方面的特点:

1. 自美国冲突法革命以来,侵权法律选择理论层出不穷,理论著作不胜枚举,它们多数在于突破传统僵化的选法规则而求灵活以获个案的公正,并将实体法的政策作为重要的考虑因素。^[1]

2. 侵权法律选择理论和方法中的实证分析使法律选择逐渐回归附有灵活性的规则,^[2]以“政府利益分析说”为基础的方法出现经济分析的新发展;^[3]另外,大陆和普通法系国家在选法理论上具有相互融合的趋势。

[1] Symeon C. Symeonides, etc., *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, Thomson, West, 1998. 当然也有学者对侵权法律选择的原则的发展做了分析和概括,并认为以最密切联系原则为基础的侵权法律选择是现代侵权法律选择的最佳选择。见 Jacob Dolinger, *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*, Recueil des cours, 2000.

[2] 比尔在美国第一次冲突法重述的时候就提出灵活性与确定规则在不同时期的交替,而代替规则的冲突法革命通过近50年的“灵活性”实践已经到了需要“确定的规则”的时候了。方法与规则问题,概括来说是司法裁量权与立法权行使的问题。当由立法确定规则的时候,实体价值在立法中已经得到考虑,并通过“管辖权选择”而做出了判断;而将这种权力交给法院处理的时候,这种实体价值的考虑和“管辖权选择”混合在了一起,在要求灵活性的时期,方法就成为了解决实现实体价值目的和形成选法规则的合理选择。美国司法实践的积累在一些类型的侵权法律选择中已经产生了具有一定稳定性的规则,确认已经成熟的规则和形成新的规则成为第三次重述的重要目标。Symeon C. Symeonides, etc., *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, Thomson, West, 1998; Symeon C. Symeonides, *The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers; Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Second Annual Survey”, 57 *Am. J. Comp. L.* 269; Symeon C. Symeonides, “A New Conflicts Restatement: Why Not?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 5, 2009.

[3] Baxter, Posner, Whincop, Erin A. O'Hara, Andrew T. Guzman等提出了法律选择的比较损害说、比较管理优势说、政策与实用主义理论、世界福利优化说等各种学说,他们运用经济分析工具(分别)从国家、群体和个人的角度进行成本—效率、福利优化、管理优化分析,并以此为基础确立法律选择的原则(或规则)。Erin A. O'Hara ed., *Economics of Conflict of Laws*, Cheltenham, UK · Northampton, MA, USA, 2007; Reppy, William A. Jr., “Eclecticism in Methods for Resolving Tort and Contract Conflict of Laws: The United States and the European Union”, 82 *Tul. L. Rev.* (2007~2008); Mahmood Bagheri, “Conflict of Laws, Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice”, 28 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 113; Emily L. Thompson & F. Soniya Yunus, “Choice of Laws or Choice of Culture: How Western Nation Treat the Islamic Marriage Contract in Domestic Courts”, 25 *Wis. Int'l L. J.* 361; etc.

3. 欧盟 *ROME II* ^[1] 规则在侵权法律选择理论上引起了热烈争论^[2]，欧盟侵权冲突法立法（*ROME II*）坚持传统理论并加入了相当的灵活性，而美国等普通法系国家从他们的理论角度对 *ROME II* 有褒有贬；同时在 *ROME II* 中对几类特殊侵权关系^[3] 法律选择做了明确的规定，这是几种不同于一般侵权关系的需要考虑特殊政策和利益的跨国侵权关系。

综上所述，理论和立法为对冲突法中侵权关系类型化分析提供了大量的理论和方法的资源 and 实践资料，同时却很少从冲突法角度对侵权进行类型化划分，当然也没有以此为基础对冲突法基本分类的细分。笔者希望通过梳理进行侵权法律选择的重要考虑因素的主要理论，结合侵权实体法理论上的相关观点，对国际私法上的侵权进行类型化，并就对各种类型侵权的法律选择作出自己理论上的探讨和比较研究。

三、研究的方法

笔者预计在写作本书中采取的主要方法为：

1. 比较分析法。欧美的侵权法律选择立法、理论和判例是在写作中的主要比较对象。
2. 演绎归纳法。通过对相关立法和理论的分析，归纳出其中一些共同的基础和考虑因素，并在此基础上结合其他前提对类别化的侵权关系进行分析。
3. 价值分析。除了冲突法上的稳定性、可预见性和结果的一致性这些传

[1] 原意应为非合同之债的准据法规则 [Regulation... on the law applicable to non-contractual obligations (*Rome II*)], 包括了本书不作分析的侵权关系之外的法律选择的内容，如不当得利、无因管理、缔约过失责任等。

[2] 2008 年杜伦 (Tulane) 大学法学评论发表了关于“欧洲法律选择的新革命”的一系列文章，从不同的角度对欧洲的冲突法立法进行了分析和评论。其中就包括对侵权法律选择的欧洲“传统方法”与美国“现代方法”的比较分析。“The New European Choice-of-Law Revolution”, 82 *Tul. L. Rev.* pp. 1607 ~ 2181; Illmer Martin, “Neutrality Matters-Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law”, *C. J. Q.* 2009, 28 (2), pp. 237 ~ 260; Symeon C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts A Missed Opportunity”, 56 *Am. J. Comp. L.* 173 (2008); Koziris, Phaeton John, “Rome II Tort Conflicts on the Right Track-A Postscript to Symeon Symeonides’ Missed Opportunity”, 56 *Am. J. Comp. L.* 471 (2008); etc.

[3] *ROME II* 规则在第 5 ~ 9 条分别规定了产品、竞争、环境、知识产权和劳工等不同侵权关系法律适用规则，特别是其中对环境侵权和竞争侵权的规定。

统的冲突法价值外，实体上的目的和政策也是对法律选择进行分析判断的重要基础，虽然各自在不同的侵权类型中的权重不会一样。

4. 实证分析。在本书中，实证分析主要是就各国在立法上体现的对侵权类型的确认，以及这些类型在不同立法中包含的实际内容的分析；也包括了少部分英美法国家侵权法律选择案例的分析。

自 12 世纪冲突法由意大利的注释学派提出的“法则区别说”^{〔1〕}中产生以来,关于法律选择的问题“已经产生惊人的、深厚的思想积淀”^{〔2〕},甚至被说成是“凡值得尝试者,都已经以某种名义尝试过了”。^{〔3〕}这样的评价或许并不夸张,只不过由于冲突法的各种理论繁芜而庞杂,且在所要达到的目的和采用的方法上极度缺乏共识^{〔4〕},因此冲突法总是让人觉得满头雾水,是一群睿智而博学的学者深陷其中的一摊“神秘与混乱的泥沼”;^{〔5〕}而在立法和判例规则上一眼看去却是如此简单,以致国内一些民法学者认为冲突法无非是解决扩大本国法律适用范围的问题,难怪有人认为冲突法“可能是一页历史

〔1〕 在世界上不同学者对国际私法有不同的界定。有人认为国际私法是调整国际民商事法律关系的法律规范的总称,其核心是解决国际民商事法律纠纷的各种方法,包括冲突法方法和统一实体法方法。参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 2003 年版,第 1~9 页。从这个角度来说,国际私法至少可以追溯到罗马法时代的商人法。也有人认为国际私法就是冲突法。Lawrence Collins (General Editorship), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 2006; Symeon C. Symeonides etc., *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, Thomson, West, 1998. 从这个角度来说,国际私法产生于 12 世纪的意大利是很有道理的。

〔2〕 Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publisher, Inc. 2005, p. 6.

〔3〕 Kurt H. Nadelmann, *Marginal Remarks on the New Trends in American Conflicts Law*, 28 Law & Contemp, Probs, 1963, p. 860.

〔4〕 Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publisher, Inc. 2005, pp. 1~2.

〔5〕 William L. Prosser, “Interstate Publication”, 51 Mich. L. Rev. 959 (1952~1953).