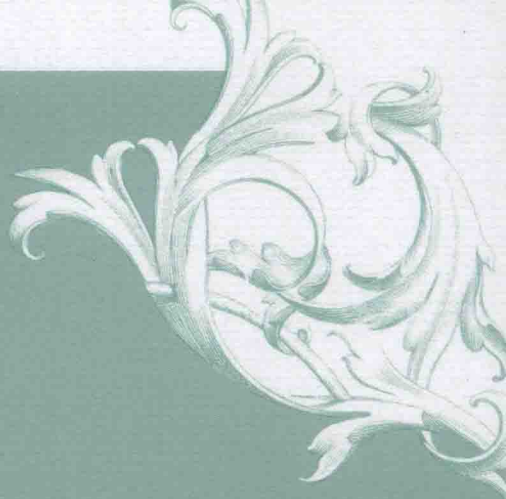




北京市社会科学理论著作出版基金资助



A Comparative Study on Concurrence of
Contractual and Tortious Liabilities

比较法视野下的违约责任 与侵权责任竞合

周丽霞 ◎ 著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

北京市社会科学理论著作出版基金资助

对外经济贸易大学校级学术著作出版资助

比较法视野下的违约责任 与侵权责任竞合

**A Comparative Study on Concurrence of
Contractual and Tortious Liabilities**

周丽霞 著



对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法视野下的违约责任与侵权责任竞合 / 周丽霞
著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2014
ISBN 978-7-5663-1200-6

I. ①比… II. ①周… III. ①合同法-民事责任-研究
②侵权行为-民法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 238037 号

© 2014 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

比较法视野下的违约责任 与侵权责任竞合

A Comparative Study on Concurrence of Contractual and Tortious Liabilities

周丽霞 著

责任编辑: 汪友年 邹 维

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京京华虎彩印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 170mm×240mm 10.75 印张 204 千字

2014 年 11 月北京第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1200-6

定价: 42.00 元

摘要

同一行为,当其既表现为违约行为,又表现为侵权行为,因违约行为和侵权行为都是应承担民事法律责任的违法行为,所以行为人既可承担违约责任,也可承担侵权责任。这种情况,学理上称为违约责任和侵权责任的竞合。依照法律规定,不法行为人一般仅就其中之一承担民事法律责任,即成为竞合。本书的研究对象是大陆法与英美法在违约责任与侵权责任竞合上的比较及其对我国完善相关法律制度的借鉴。

为此目的,本书以规范研究、历史研究、案例研究等方法入手,从二者竞合问题在各国产生、历史沿革、现行立法以及司法实践的角度出发,在理论与实践相结合的基础上对违约责任与侵权责任的竞合作了细致、深刻的比较研究,说明各国相关理论与实践的优缺点,并论证我国现行法律规定与实践中存在的问题与缺陷,证明我国引自德国法的规定已经出现很多问题,在做到简明的同时未能考虑到司法实践中出现的若干问题,因此有必要在学习和借鉴西方各国相关法理与规则的基础之上进一步完善我国有关竞合的法律制度。

为此,在研究与写作的过程中,笔者作了大量的收集资料的准备工作,包括中国知网数据库、维普数据库、LexisNexis 法律数据库、Westlaw 法律数据库等相关网站资料,从中收集了大量相关中英文论文。笔者还从图书馆中收集了不少相关中英文书籍,从中获益匪浅,对这一问题的学术研究与现状有了很多认识。总之,在资料收集与处理方面本书做到了比较完备与详尽。

本书在结构方面遵循总一分一总的逻辑结构,全书以六章对这一问题进行了详细研究,在比较的基础之上针对中国问题进行了论述。第一章是有关违约责任与侵权责任竞合的概述,对违约责任与侵权责任及其竞合进行了介绍性说明,尤其说明了这两种民事责任之间的联系与区别,从而明确了本书的研究目的。

第二章主要从大陆法的视野考察违约责任与侵权责任竞合,这是本书进行比较的基础之一。本章对大陆法在竞合方面的学理、模式、历史原因、现代原因等关键法律问题进行了详尽考察。笔者认为,尽管大陆法中主流的学理有四种并随之产生三种模式,但没有任何一种学理或法条可以对此问题提

出最终解决方案,这种理论与实践的差距反映了此问题的复杂与困难,仅仅依赖学理与法条是不够的。

第三章主要集中在英美法视野下的违约责任与侵权责任的竞合问题。本章对这一问题在英美法中的情况进行了概述,说明了竞合问题在英美法中的含义,回顾了该问题的历史发展、法律特征、核心问题、基本模式等。并在此基础上对其原因给予说明。笔者认为,竞合问题深刻反映了英美法发展的路径与传统,反映了英美法不重体系与概念,而注重解决实际问题 and 提供法律救济。这种路径值得我国借鉴。

第四章从国外回到国内,对违约责任与侵权责任竞合在我国的理论与实践及其缺陷进行分析。本章为此总结了台湾学者和大陆学者中具有代表性的观点,然后对我国的立法沿革与现行规则进行深入分析,并辅之以若干案例研究。在此基础上,本书对我国理论、立法与司法之若干缺陷予以分析,认为现行的大陆法路径有其不可克服之缺点,有必要进一步予以完善。

第五章则对如何完善我国这方面的法律规则与司法实践提出法律建议。本章首先提出了完善我国违约责任与侵权责任竞合的总体进路,阐述了笔者有关未来《民法典》在此问题上应持的立场与立法的进一步细化设想,提出以司法解释、法官自由裁量权、指导案例制度等来达到个案公正。通过本章的研究,我国在现行法律环境下如何看待与解决这一问题得到了更多的解读,并提供了若干富有实践性的建议。

第六章则是总结与展望,说明了本书的研究结论与学术贡献,并对此问题予以展望。

本书经过比较研究认为,对我国的违约责任与侵权责任竞合制度的完善,应当注意在确保当事人利益平衡和力求诉讼效率的基本思路下,对当事人的请求权在选择、变更、转让、行使次数等方面进行立法上更为细化的限制,注意力不再集中于概念之辨析与体系之建构,而是注重提供法律救济,保护当事人的合法权益。如此,司法解释、法官自由裁量权等都需要配合,以期在实践中通过摸索形成富有我国特色、符合我国国情的竞合制度,以期促进民事责任方式的融合、贯通,使民事法律规范能更及时、更有效地调整各种民事关系。

关键词: 竞合; 违约责任; 侵权责任; 《民法典》; 大陆法; 英美法

ABSTRACT

An act may be a breach of contract or a tort, which means that the person responsible for the act may be held liable for contractual liabilities or tortious liabilities as both breach of contract and tort are subject to civil liabilities as provided by law. This is known as concurrence between contractual and tortious liabilities. According to law, the actor only is held liable for one liability, not two kinds of liabilities. This thesis aims to offer a comparative study of the concurrence of contractual and tortious liabilities in terms of Continental laws and Anglo-American law with suggestions for relevant Chinese law to improve itself.

For the above purpose, this thesis adopts the methodologies of historic review, case study and rules and does a thorough study of concurrence of contractual and tortious liabilities in terms of the emergence and historical development and current theories and practices, offering an detailed account of the merits and demerits of each theory and practice. On this basis, this thesis fully demonstrates the deficiencies of existing Chinese law which essentially copies German law and points to the need for further improvement upon comparison.

During the process of research, the author has made extensive works in terms of materials processing, targeting books, journals in both English and Chinese, searching through various date banks, including LexisNexis and Westlaw. In addition, the author has gained access to many academic books and a thus deeper understanding of related issues. In short, in terms of materials processing and research, this thesis has reached to the level of thoroughness.

This thesis follows a structure of from general to specific to general, dividing itself into 6 chapters on the basis of comparison. The first chapter is a detailed account of contractual and tortious liabilities in general and discusses the relations between them and lays a good foundation for comparison.

The second chapter puts the concurrence issue against the context of Continental law, offering a solid foundation for comparative study. This chapter focuses upon the theoretic bases, practical treatment, historical development and modern

developments of concurrence in Continental law. This author believes that, although there have emerged four theories with three models of treatment, no one is conclusive and absolutely right. The gap between theory and practice is so wide as to prove the difficulties involved and that reliance upon theories and rules are far from sufficient.

The third chapter focuses upon the concurrence issue against the context of Anglo-American law. This chapter touches issues like historical development, legal features and core issues and treatment models, pointing to the reasons underlying them. This author believes that the concurrence issue is an illustration of the approaches and traditions of Anglo-American law which puts practical treatment and legal remedy above theories and offers a good example to learn from.

The fourth chapter moves from comparison to domestic issues, discussing the theories and judicial practices and their shared deficiencies. This chapter reviews the legal theories of related scholarly works and existing legal rules of Chinese upon this issue to be supported by certain case studies. After a full review of related deficiencies, this chapter concludes that further improvements are necessary.

The fifth chapter offers suggestions for how to improve the legal rules and judicial practices. The chapter begins with a discussion of the approach of the improvements and offers this author's views upon the position of future Civil Code and further more detailed rules, to be helped by judicial interpretations and judicial discretion and Guiding Cases. This chapter offers other interpretations of the concurrence issues and relevant suggestions.

The sixth chapter is essentially an overview of this paper and presents the academic contributions of this thesis.

In conclusion, after careful comparative study, this thesis concludes that the improvements upon the related Chinese law should balance between the interests of parties involved and increased judicial efficiency, imposing certain limits upon the choice, change and transfer of the parties' claims of concurrences, shifting focus from legal definition and system building to legal remedies for the legitimate interest. To help it, judicial interpretations and discretion may play a bigger role to find treatment in line with China's real situations. Thus, a legal framework of this nature may improve legal liabilities and make legal rules more fast and effective.

KEY WORDS: Concurrence, Liabilities for Breach of Contract, Tort Liabilities, Civil Code, Continental Law, Anglo-American Law

目 录

导论	(1)
第一节 本书选题缘起	(1)
第二节 本书研究对象	(3)
第三节 本书研究方法	(4)
第四节 相关文献综述	(5)
一、国内文献综述	(5)
二、国外文献综述	(6)
第五节 本书研究内容	(12)
第一章 违约责任与侵权责任竞合概述	(13)
第一节 违约责任与侵权责任概述	(13)
一、违约责任与侵权责任概述	(13)
二、违约责任与侵权责任之间的联系	(17)
三、违约责任与侵权责任之间的区别	(18)
第二节 违约责任与侵权责任竞合的含义	(23)
一、违约责任与侵权责任竞合概论	(23)
二、违约责任与侵权责任竞合的特征	(24)
第三节 违约责任与侵权责任竞合的客观形态与典型情况	(26)
一、违约责任与侵权责任竞合的客观形态	(26)
二、违约责任与侵权责任竞合的典型情况	(28)
本章小结	(29)
第二章 违约责任与侵权责任竞合的大陆法视野	(31)
第一节 大陆法中违约责任与侵权责任竞合的学理及其分析	(31)
一、大陆法对违约责任与侵权责任竞合的各种学说	(31)
二、大陆法竞合各种学说之比较分析	(36)
第二节 违约责任与侵权责任竞合的大陆法模式	(40)
一、禁止竞合的法国模式	(41)
二、允许竞合和选择请求权的德国法模式	(44)
第三节 大陆法中违约责任与侵权责任竞合之原因分析	(48)

一、大陆法中竞合的历史背景	(48)
二、大陆法中竞合的现代背景	(50)
三、大陆法中竞合的立法原因	(59)
第四节 大陆法中违约责任与侵权责任竞合模式之总结	(59)
本章小结	(60)
第三章 违约责任与侵权责任竞合的英美法视野	(63)
第一节 英美法中违约责任与侵权责任竞合概述	(63)
一、英美法中违约责任与侵权责任竞合的含义	(63)
二、英美法在竞合问题上的历史发展	(64)
三、英美法中违约责任与侵权责任之间的互动及对竞合的影响	(66)
四、英美法中违约责任与侵权责任竞合的法律特征	(73)
第二节 违约责任与侵权责任竞合的英美法模式及其分析	(76)
一、英美法中违约责任与侵权责任竞合的核心问题	(76)
二、英美法处理竞合问题的基本模式与做法	(77)
三、英美法中侵权与合同竞合的若干问题及其处理	(80)
第三节 竞合问题上英美法模式的原因分析	(83)
一、英美程序法的传统对竞合问题有重大影响	(84)
二、英美判例法冲突对竞合问题有重大影响	(84)
三、英美法司法判决的推理方式对竞合问题有重大影响	(85)
四、英美法中的公共政策对竞合问题有重大影响	(85)
第四节 英美法中违约责任与侵权责任竞合模式之总结与启示	(87)
本章小结	(88)
第四章 违约责任与侵权责任竞合在我国的理论与实践及其分析	(89)
第一节 违约责任与侵权责任竞合在我国的学理分析	(89)
一、我国台湾学者对违约责任与侵权责任竞合的分析	(89)
二、我国大陆学者对违约责任与侵权责任竞合的分析	(90)
三、我国对违约责任与侵权责任竞合的学理分析之缺陷	(91)
第二节 违约责任与侵权责任竞合在我国的立法及其分析	(92)
一、我国违约责任与侵权责任竞合的立法沿革	(92)
二、《合同法》对违约责任与侵权责任竞合的规定及其分析	(93)
第三节 我国有关违约责任与侵权责任竞合的司法实践及其分析	(96)
一、李萍诉被告五月花餐厅赔偿案表明竞合易导致违约责任与 侵权责任在认定上出现混乱	(97)
二、王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿案表明竞合导致诉因 重复易增加司法审判难度	(102)

三、郭某与某医院有关医疗美容赔偿案表明竞合处理不当易导致 双重赔偿	(108)
四、新婚夫妇与婚庆公司录像带纠纷案表明竞合中精神损害赔偿 难以判断	(111)
五、美国 WP 国际发展公司诉吉林市淞美醋酸有限公司、吉林化学 工业股份有限公司侵权赔偿案表明竞合处理不当易对仲裁制度 产生不利影响	(113)
六、沈文诉昆明绕城高速公路开发有限公司财产损害赔偿纠纷案表明 竞合易导致举证责任差异	(117)
第四节 我国违约责任与侵权责任竞合在立法与司法上的缺陷	(119)
一、我国竞合立法目的无法全部实现	(119)
二、若干重要领域的竞合问题在司法中尚未得到细致处理	(120)
三、竞合问题立法与司法缺陷之总结	(125)
本章小结	(126)
第五章 完善我国违约责任与侵权责任竞合的法律建议	(129)
第一节 完善我国违约责任与侵权责任竞合的总体进路	(129)
第二节 违约责任与侵权责任竞合在立法上的进一步完善	(132)
一、未来《民法典》在此问题上应持的立场	(132)
二、竞合问题在立法中的进一步细化	(133)
三、竞合的损害赔偿应得到更多重视	(135)
第三节 司法实践中司法解释、自由裁量权与公平原则的作用	(137)
第四节 责任竞合问题通过指导性案例制度予以细化	(139)
一、指导性案例制度对于竞合问题的意义	(139)
二、进一步改善指导性案例制度以提高责任竞合问题的处理 水平	(142)
本章小结	(143)
第六章 结论	(145)
第一节 本书的研究意义	(145)
第二节 本书的研究结论	(146)
第三节 本书的学术贡献	(147)
参考文献	(149)
后记	(159)

导 论

第一节 本书选题缘起

民法的本质在于维护民事权利。然而,“权利”这一概念的存在本身并不等于可以实现,法作为社会经济关系的规范手段,是按照社会需要对一定的利益及其获取方式的认可和规定。法律本身的特点使其在发挥其作用的同时,也会产生一定的缺陷。现在法治的精神就在于对权利的确认和保护,因此对于权利的保护在实践中体现为法律规范的责任确定以及在司法中的落实。

法是人类社会所独有的一种现象,其分类越来越细,尽管这种分类方法具有一定的合理性,但也会人为地制造问题。从历史来看,合同法与侵权法的分离独立是人类文明发展到近代的产物,从而使意思自治与法定义务各有其领域与不同的规则。但由于民法调整的社会关系错综复杂、相互交错,导致违约责任与侵权责任之间不可避免地存在灰色地带的冲突。因此,侵权责任与违约责任的竞合主要体现为法典化国家处理竞合问题的司法实践与关于竞合的学说理论之间的一种互动。违约责任与侵权责任竞合的出现体现了合同法和侵权法在实践中相互分离独立而又相互渗透的关系,体现了两种责任制度存在差异性的同时,也表明法律滞后于现代社会人际关系发展的复杂性和多重性。因此,出现违约责任和侵权责任的竞合是社会经济生活中不可避免的现象,但是两者毕竟是两种不同的民事责任,即使在社会发展中有融合重叠的部分,也不能完全否认两者之间的区别。对此,各国学理、立法与司法都必须面对并提供方案。

由于这一问题的复杂性,因此无论是在大陆法系国家,还是在英美法系国家,违约责任与侵权责任的竞合都是公认的理论疑难和实务困境。尽管中外学者对之都有深入之研究,但尚未出现已经达成权威的结论与通行做法。不像刑法在竞合问题上早已有一套完备的学理,民法对竞合问题作出明确规定相对不多,民法上所发生的问题因其牵涉太复杂,直到现在还没有完整的学理,当然也不可能制定适当的法条,直接解决请求权发生竞合时的适用问题。在侵权和合同区分不明确的国家,如斯堪的纳维亚半岛,以及区分不很明确的英美法系国家,责任竞合问题并不十分明显。只有在其法典对

两种责任作分立规定的法典化国家，竞合问题才最为突出，因而形成了很多的司法判决和丰富的学说理论。一位意大利的法官认为竞合是一个最难处理和最能引起学术纷争的问题，而英国法官则认为竞合问题是一个无聊的形而上学探究。为妥善解决违约责任与侵权责任的竞合及其处理，各国学者提出了各具特色的各种学说，大陆法方面的代表性学说包括法条竞合说、请求权竞合说、请求权规范竞合说、全规范统合说等，但各种学说均在某些国家具有通说地位，而不能对此问题具有全局性和终局性的解释力，实践中也出现了这样或那样的问题，这一方面表明法律的地方性特点，另一方面反映了各国对于当事人利益的保护仍有出入。

关于违约责任与侵权责任竞合的问题，我国《合同法》第122条予以确立，表明我国在立法上已经有了比较确定的结论。这在世界上也是比较罕见的做法。但是，我国承认违约责任与侵权责任的竞合，并不意味着完全放任当事人选择请求权不作任何限制。如果法律直接规定在特定情况下只能产生一种责任，排除责任竞合的发生，那么应该遵守法律的规定。但是，我国这种允许竞合和选择请求权的规定还存在着诸多不足，抽象性很高的规则并不能代表其他衍生问题也同时可以得到解决，而司法中若干领域的实际问题也未得到完美答案。因此，立法与司法都存在一定的不确定性，影响了司法程序的稳定性和协调性，浪费了大量的司法资源，导致一些案例久拖不决或同案不同判。

在我国实践中，法院在判案时对竞合问题一般有几种解决办法。一是无论当事人的损失是否得到完全补偿，严格按照责任竞合制度，只允许受害人选择行使一种请求权，而且也不采取其他补救办法。这种做法认为立法的旨在追求绝大多数情况下的公平正义，为了确保普遍性的公平，只能牺牲个案利益。但这种做法不够灵活而又欠妥当，虽然说立法只能追求普遍性的公平，但是法官应当运用法律和智慧在个案上弥补立法的不足。二是虽然只允许当事人提出一种请求权，但是在处理上有所不同，或者可以采用提高精神损害赔偿金的办法弥补当事人的损失。三是在对受害人进行违约损害赔偿时，法官根据自由裁量权扩大违约损害赔偿的惩罚性，理由是违约当事人应向受害人赔偿损害正是法律对违法行为人的财产制裁，体现了法律责任的惩罚性质。如果损害赔偿兼具补偿性和惩罚性，就把对受害人的赔偿和对违法行为人的制裁有机地结合起来了。虽然与第一种做法相比更人性化，使受害人的损失得到更大的弥补，但是存在两个问题：一是这样做无疑使法官自由裁量权扩大化，可能导致相同的案件在各地法院的判决数额悬殊大，甚至是同一法院不同法官判决的数额也不一致。这无疑会导致同案不同判的结果。二是精神损害赔偿金的数额是根据对受害人的创伤程度等综合评判，不可能

无限制的提高。但是,由于精神损害赔偿必须要有法律依据,而我国法律目前并没有允许在违约责任中适用精神损害赔偿,所以司法实践中几乎无人采纳这一观点。由此表明我国竞合问题上的司法实践仍然缺乏比较统一的做法,有待于全面的总结。

有鉴于此,在比较与参考各国法律的基础之上提出方案以资改进实属必要。这样,对违约责任与侵权责任竞合的研究有利于促进民事理论体系的进一步完善,适当、合理地解决两种民事责任之间的相互法律关系,促进民事责任方式的融合、贯通和整合。这样,才能从立法上使民事法律规范更进一步地有效调整各种民事关系,为司法提供确定性高的引导,以适应现代社会越来越复杂的民事责任要求。

本书的研究目的在于通过对违约责任与侵权责任竞合制度的理论基础、典型学说及外国法模式等问题的比较研究,对这一问题的理论进行深层次的梳理与探讨,阐明我国责任竞合制度的利弊得失,以使我国在这方面的立法与司法进一步完善与合理,为这方面的争议解决提供更好的法律公共产品。

第二节 本书研究对象

本书的研究对象是大陆法与英美法在违约责任与侵权责任竞合上的理论、实践及其对我国的借鉴。大陆法由于传统法典的影响,在竞合问题上基本停留在抽象权利——请求权上进行探讨。这在起点上看上去比较简单与完美,但在实践中由于请求权背后的各种权利诉求非常复杂,导致其引发的各种问题层出不穷,因此没有任何一种完美的理论可以解释与解决该问题。这一问题旷日持久,大陆法各国不得受本国的传统与理论所影响而发展出各自的做法与实践。大陆法在这一问题上的优缺点都非常明显,那就是在实现概念抽象与理论深奥的同时并没有比较妥当地解决问题。一言以蔽之,抽象的权利并不能代替具体的权利,抽象的理论阐述并不能回避具体问题的解决。本书对大陆法在这方面的理论与实践进行总结与分析,阐述其利弊。

从英美法角度来看,违约责任与侵权责任的竞合在早期就是一个诉讼问题,即诉讼形式(forms of actions)问题,而非实体法问题。在19世纪普通法中合同与侵权发生分离以后,这个问题才进入到理论探讨阶段。由于英美法的起点是提供法律救济而非抽象讨论权利本身,导致这一问题在诉讼中一开始就非常复杂,法官在并无多少理论总结的情况下就必须在判例中不断进行尝试与总结,并随着时代与争议的变化而不断推陈出新。因此,与大陆法纠缠于请求权问题并试图在理论上提出一揽子解决方案不同,英美法更多是靠

掌握部分立法权的法官的智慧与判断,通过试错与纠错来不断对生活中的各种争议予以判断和解决。这样做的优势是法律贴近生活,整体上能够为社会提供高质量的公共产品,法律从概念走向了生活而不是为概念与体系本身所困,法律是经验的总结与演变;其劣势是判例庞杂而矛盾,整合的难度很大,而且好像无法完全整合成为一种理论,对法官与律师的要求很高。本书对英美法在此问题上的进路进行总结与分析,说明其利弊。

在比较与借鉴大陆法与英美法理论与实践的基础之上,本书对我国在这一问题上的理论与实践进行剖析,说明我国在立法与司法层面的不足与缺陷,并提出建设性的法律建议。自1905年以来,我国秉承大陆法传统进行造法,因此法典的作用与学理的分析仍然是必要的,但不妨借鉴英美法的一些思路与做法,不要完全为纯粹的概念与理论问题所束缚,承认法官一定程度上的自由裁量权,在疑难法律问题上有创新,以便对新问题能够积极回应,而不是完全依赖于反应迟缓的学理与法典。

第三节 本书研究方法

鉴于本书研究对象的复杂性,本书首先采用比较分析方法进行分析。如前所述,违约责任与侵权责任竞合具有深厚的历史背景与理论性,也是我国未来《民法典》与当前司法实践中的热点问题。因此,研究违约责任与侵权责任竞合首先需要在大陆法与英美法之间进行比较,然后将我国的情况与英、法、德等国家的立法与司法情况进行有效的对比。没有这种对比,也就无法说明违约责任与侵权责任竞合如何在我国得到确立、认同、规定以及实践中的问题。

其次,本书采取实证主义的方法来探讨竞合问题。违约责任与侵权责任的竞合具有丰富内涵,在不同国家的立法与司法实践中具有很大灵活性,也产生了很大的差异性,并不存在完全统一的认识、定义与做法。在发展的历史过程中,违约责任与侵权责任相关规定都是与不同具体问题相结合,通过与其他规则的冲突和协调而渐次派生出很多规则与看法。因此,研究违约责任与侵权责任竞合必须通过与许多具体案例、事件、思想结合起来讨论才有意义,否则就是缘木求鱼。这一点对于英美法而言尤为重要。

第三,本书采用历史分析方法来研究主题。因为违约责任与侵权责任竞合的出现和完善并不是法律事先规定的问题,而是在立法产生以后随着实践中的问题而逐步产生的,与各国历史的发展有千丝万缕的联系,因此对于其历史必须有一个清醒的认识,历史研究必须要贯穿到本书中来,否则难以在

整体上把握这一原则的要点。为此,本书对英、法、德等国在此问题上的历史发展予以回顾与分析。

第四,本文采用案例分析方法。违约责任与侵权责任竞合的复杂性不仅体现在立法上,更体现在诸多的案例中,案例并没有随着法条的出现而变得简单,而是变得更为复杂,导致这方面的理论与实践更为复杂。因此,本书必须通过对各国的法律实践予以探讨,分析案例在此问题上的处理,以更具体与直观的方式说明该问题的意义与解决之道。因此,本书也要在微观层面来讨论案例。

以上就是本书将要采取的分析方法,通过这几种分析方法,笔者相信可以比较好地说明和解释违约责任与侵权责任竞合所涉及的法律问题。

国外学者对于侵权和合同的竞合这一问题有着广泛的研究。由于英文资料语言上的便利,英美法文献是目前为止国外文献主要的搜集来源。

第四节 相关文献综述

一、国内文献综述

对于侵权和合同竞合的问题,国内学者也进行了很多研究。侵权和合同的竞合是我国民法学上长期研究和争论的问题,在诸多民法学著作当中,都会涉及这个问题。我国台湾学者在20世纪50年代至80年代先后撰文论述侵权责任与合同责任竞合问题,代表作有,王伯琦:《契约责任与侵权责任之竞合》,载于郑玉波主编:《民法债编论文选集(中)》(五南图书出版公司1984年版);王泽鉴:《契约责任与侵权责任之竞合》,载于王泽鉴著《民法学说与判例研究》(中国政法大学出版社1998年版)。在此基础上,我国大陆学者相继对该问题进行探讨,代表作有,王卫国:《民事责任竞合之比较研究》(载于《外国法学研究》1987年第4期);王利明、董安生:《合同责任与侵权责任竞合比较研究》(载于《法学研究》1989年第1期)等等。近年来有代表性的著作有王泽鉴的《侵权行为法》(中国政法大学出版社2001年版),王利明的《违约责任论》(中国政法大学出版社2000年修订版),崔建远的《合同法》(法律出版社1998年版),张广兴的《债法总论》(法律出版社1997年版),苏号朋的《民法学》(对外经济贸易大学出版社2007年版)以及王利明、杨立新的《侵权行为法》(法律出版社1999年版)等等。另外,关于这个问题的专著可见今年六月新出版的王少禹的《侵权与合同竞合问题之展开——以英美法为视角/民商法论丛》(北京大学出版社2010年6月)。

王少禹的著作更多的是从理论和历史沿革的角度对这个问题进行解读。实证分析似乎有所欠缺,该书明确是从英美法的视角来看这个问题的,可是对于英国、美国以及英美前殖民的案例法却没有付诸足够的精力研究,尤其是欠缺对英文原文案例全文的整体分析,如对判决推理、法官并存意见(concurring opinion)、反对意见(dissenting opinion)等缺乏分析和理解。

另外,近年来国内也有很多文章专门讨论这个问题,如王利明的《侵权和违约的区分标准》, (《民商法前沿论坛》(第二辑), 人民法院出版社 2004 年版), 《违约责任和侵权责任之区分标准》(《法学》2002 年第 5 期), 还有《再论违约责任与侵权责任的竞合(续)》, (《中国对外贸易》2001 年第 4 期) 和《再论违约责任与侵权责任的竞合(续)——兼评合同法第 122 条》(《中国对外贸易》2001 年第 2 期), 《论返还不当得利责任与侵权责任的竞合》(《中国法学》1994 年第 5 期) 等。还有王泽鉴的关于请求权竞合理论研究的《契约责任与侵权责任之竞合》一文。段厚省的《请求权竞合研究》(《法学评论》2005 年第 4 期), 齐树洁、郭振忠的《合同责任与侵权责任的竞合研究》(《政法论坛》1997 年第 2 期), 吴钦松的《重思违约责任和侵权责任的竞合》(《法制与社会》2006 年第 15 期) 等上百篇这方面的文章。

学位论文方面, 通过对学位论文库的检索, 检索到相关论文十几篇, 其中只有一篇是博士论文, 是中国政法大学 2008 级博士张绍林的《侵权责任与合同责任竞合的国际私法问题》, 文章主要是从竞合给国际私法带来的冲击和影响的角度展开探讨的。另外有硕士论文十几篇, 如 2007 年吉林大学张志伟的《违约责任与侵权责任竞合研究》, 2007 年上海交通大学周舜隆《违约责任与侵权责任的竞合》, 2005 年武汉大学李思璇《违约与侵权责任竞合的国际私法问题研究》, 从 2003 年至 2005 年华东政法大学先后三位硕士同学三篇论文: 2003 年盛洪的《违约与侵权请求权竞合》, 2004 年丁晓峰的《论侵权与违约的责任竞合》, 2005 年梁勇的《论合同责任与侵权责任的竞合问题》。此外还有, 期刊、会议、报纸网络等收录在论文库中的文章十数篇。

二、国外文献综述

无论是英美法系, 还是大陆法系, 很多侵权法和合同法的论著都会有专门一章论述侵权和合同的竞合。主要的英文论著有 Walter Van Gerven、Jeremy Lever 和 Pierre Larouche 编著的 Tort Law (Common Law of Europe Casebooks) 专章对竞合问题进行了论述, 这一章节从对侵权和合同竞合概念入手, 从初级规则和二级规则的角度来解释侵权和合同的区分。初级规则(primary rules)是设定了体现行为规范的义务及其所产生的相关权利。而二级规则(secondary rules)规定了违反初级规则时应承担的责任和相应救济, 其中最为

突出的就是赔偿问题。接下来作者比较了英国法、法国法和德国法对这一问题的不同理解和处理方式，并分别举出各个法系在该领域的先例判决和经典案例。另外，该书对这一研究领域的一些基本概念界定，清楚的表达了作者的观点：“所有人都自动受制于侵权义务，而没有人会在未经自己同意时就受制于合同”（It remains true however that “people are automatically subject to tortious duties” while “no one is automatically subject to a contract without his consent”）的说法仍然是真理。再如：合同法是创造价值和财富的，侵权法是具有保护性的（Contract law is productive, tort law protective）。换句话说，侵权行为人是典型地需要为将事情变糟而负责，而违反合同者需要为没有使事情变得更好而负责等等。另外，Basil Markesinis、Hannes Unberath 所著的 *German Law Of Torts: A Comparative Treatise-Fouth Edition* 一书，是研究德国侵权法的最重要的英文文献。这本书中也对侵权合同竞合问题进行了专章论述。巴尔教授出版了 *The Common European Law of Torts, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*，以专著的形式对侵权法和合同法、财产法之间的互动关系做了研究。普通法文库中的另一本著作为 Lindsell、W. H. B. Brazier、Margaret 所著的 *Clerk & Lindsell on Torts*，该书是英国侵权法的权威著作。该著作对竞合问题也作了专门探讨。还有 Chitty on Contracts (28th ed. London Sweet & Maxwell, 1999) 也有专门的章节讨论侵权和合同的关系。另外，在诸多有关侵权法的著作中都有篇章涉及侵权合同竞合的问题：如 R. P. Balkin and J. L R Davis 的《侵权法》（Law of Torts），Alastair Mullis and Ken Oliphant 的《侵权法》（Tort Law），Michael Furmstone 编辑的《侵权法：财产和经济损失责任的政策和趋势》（The Law of Tort: Policies and Trends in Liability for Property and Economic Loss），以及《Winfield 和 Jolowicz 论侵权》（Winfield and Jolowicz on Tort），Mark Lunney and Ken Oliphant 的《侵权法：课文和材料》（Tort Law: Text and Materials），S. F. Bias and B. S. Markesinis 的《侵权法》（Tort Law），由 Walter van Gerven 等编辑的《侵权法：保护范围》（Tort Law: Scope of Protection），还有 B. S. Markesinis 的《德国侵权法比较介绍》（A Comparative Introduction to German Law of Torts），B. S. Markesinis with Hannes Unberath & Angus Johnston 的《德国合同法：比较论述》（The German Law of Contract: A Comparative Treatise）及 B. S. Markesinis 的《逐步融合》（Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 131）等关于侵权法及合同法的理论著作中都涉及侵权合同的竞合问题，在此不再一一罗列。

另外，英美法系的判例中，法官也会对这个问题进行全面的阐述，如在 *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners* (1964) 判例中的 Devlin 勋爵，*Esso Petroleum Co. v. Mardon* (1976) 判例中的 Denning 勋爵，*TaiHing Ltd. v.*