

国际侵权行为法

周海荣



广东高等教育出版社

国际侵权行为法

INTERNATIONAL LAW OF
TORTS

周海荣 著

广东高等教育出版社

国际侵权行为法

周海荣 著

•

广东高等教育出版社出版

广东省新华书店经销

广东省乳源印刷厂印刷

850×1188毫米32开本12.25印张360 千字

1991年7月第1版 1991年7月第1次印刷

印数1—1450册

ISBN 7—5361—0647—5/D·70

定价：3.70元

目 录

第一章 引论	(1)
一、侵权行为的定义和构成要件	(1)
二、变动中的侵权行为和侵权行为法	(8)
三、国际侵权行为法的机制以及研究国际侵权行为法的意义和方法	(18)
第二章 侵权行为的法律冲突	(24)
第一节 各国侵权行为法的比较观	(24)
一、英美法系中的侵权行为法	(24)
二、大陆法系中的侵权行为法	(36)
三、其它国家的侵权行为法	(46)
第二节 侵权行为法律冲突的具体表现	(50)
一、侵权行为法的范围各不一致	(50)
二、侵权行为可能涉及的当事人的不同	(51)
三、损害赔偿的差异	(51)
四、诉讼时效的不同	(54)
第三章 国际侵权行为案件的管辖权	(61)
第一节 国际民事管辖概述	(61)
一、管辖的含义	(61)
二、国内民事管辖和国际民事管辖	(62)
三、国际民事管辖与法律适用	(63)
四、国际民事管辖权的根据	(65)
第二节 一般国际侵权行为案件的管辖权	(73)
一、侵权行为地法院管辖	(73)

二、住所法院管辖·····	(75)
三、其它有关法院管辖·····	(77)
第三节 特殊国际侵权行为案件的管辖权·····	(78)
一、国际产品责任·····	(78)
二、国际污染侵权·····	(86)
三、海上侵权·····	(88)
四、国际航空侵权·····	(94)
第四节 国际侵权案件管辖权的新动向·····	(99)
一、选购法院·····	(99)
二、长臂管辖·····	(103)
三、非方便法院原则·····	(105)
第四章 传统的侵权行为准据法·····	(123)
第一节 侵权行为地法·····	(123)
一、古典学说中的侵权行为地法·····	(123)
二、侵权行为地法在各国法律中的适用·····	(127)
三、对侵权行为地法的限制·····	(131)
四、侵权行为地的确定·····	(135)
五、侵权行为地法的理论依据·····	(142)
六、侵权行为地法的优缺点·····	(146)
第二节 法院地法·····	(147)
一、法院地法的提出·····	(147)
二、哈利案件与英国法院的早期实践·····	(150)
三、法院地法在其它国家的实践·····	(153)
四、赞成和反对法院地法的理由·····	(155)
第三节 混合准据法·····	(158)
一、侵权行为地法与法院地法的结合·····	(158)
二、侵权行为地法与当事人共同属人法的选择 适用·····	(162)

三、侵权行为地法、法院地法和当事人属人法的 共同适用·····	(163)
第四节 小结·····	(166)
第五章 当代侵权行为准据法的理论与实践 ·····	(176)
第一节 对侵权行为地法的扬弃·····	(176)
一、理论方面·····	(176)
二、司法实践方面·····	(181)
第二节 政府利益分析说·····	(187)
一、起源·····	(187)
二、柯里关于政府利益分析说的主要观点·····	(188)
三、里程碑案例——贝科克诉杰克逊案·····	(190)
四、政府利益分析说的具体运用·····	(194)
五、对政府利益分析说的分析与评价·····	(197)
第三节 最密切联系原则·····	(207)
一、渊源与沿革·····	(207)
二、最密切联系原则在美国的运用——最重要联 系原则·····	(210)
三、最密切联系原则在英联邦国家的运用·····	(217)
四、最密切联系原则在其它各国的运用·····	(226)
五、对最密切联系原则的分析与评价·····	(232)
第六章 侵权行为具体问题的准据法 ·····	(248)
第一节 侵权行为的成立问题·····	(249)
一、行为的违法性·····	(249)
二、过失的确定·····	(252)
第二节 侵权行为当事人的确定问题·····	(253)
一、正当被告的确定·····	(254)
二、正当原告的确定·····	(265)
第三节 免责要件问题·····	(269)

一、一般免责要件	(269)
二、特殊免责要件	(270)
第四节 损害赔偿问题	(278)
一、损害赔偿的范围	(278)
二、损害赔偿费的计算	(280)
三、对损害赔偿额的限制	(280)
四、损害赔偿费的支付方式	(281)
五、支付损害赔偿费的货币	(282)
第五节 小结	(285)
第七章 特殊国际侵权行为的法律适用	(295)
第一节 国际产品责任	(295)
一、产品责任准据法的比较研究	(290)
二、产品责任的国际立法	(312)
三、小结	(322)
第二节 国际污染侵权	(325)
一、国际河流湖泊的跨国界污染侵权	(326)
二、国际海洋污染侵权	(328)
三、跨国界大气污染侵权	(332)
四、国际核污染侵权	(335)
五、小结	(338)
第三节 海上侵权	(338)
一、有关海上侵权行为的统一实体法	(339)
二、发生在领水内的侵权行为	(342)
三、发生在公海上的侵权行为	(345)
四、海上侵权行为准据法的适用范围	(352)
第四节 国际航空侵权	(353)
一、关于国际航空侵权的统一实体法	(353)
二、国际航空侵权的冲突法	(359)

三、小结·····	(363)
第五节 其它特殊国际侵权行为·····	(363)
一、国际公路交通事故·····	(363)
二、国际毁誉(诽谤)·····	(364)
三、国际经济侵权·····	(366)
四、外空侵权·····	(373)
后记·····	(379)

第 一 章

引 论

一、侵权行为的定义和构成要件

德国法学家奥托·吉尔克 (Otto Gierke) 曾言: “人之所以为人, 在人与人之结合。”^{〔1〕}用马克思的话来说: “人的本质是一切社会关系的总和。”^{〔2〕}人与人进行交往而发生的人与人之间的关系, 不仅代表着人类的一种普遍属性, 而且还构成人类生存的一个基本条件。而人们进行交往的主要工具是人的行为。何谓行为? 行为乃指人身体上有意识的动静。^{〔3〕}从法律角度看, 动为作为之行为, 静则为不作为之行为。在正常情况下, 人的行为会给行为人本人或其它人带来益处, 唯其如此, 人类才得以进步。然而, 人的行为并不总是有益的, 在许多情况下, 人的行为会带来各种各样的损害。侵权行为就是一种给人带来损害的行为。那么, 从法律上看, 究竟什么是侵权行为呢?

作为一个法律概念, 侵权行为一词最早形成于西方文明。侵权行为在英文中表示为 Torts, 该词最初来源于拉丁文 torquere, 它的意思是扭曲、扭坏或歪曲。^{〔4〕}侵权行为在法文中称 des délits, 而 delit 一词来源于罗马法中的 delictum, ^{〔5〕}意即不法行为。可见, 无论是在英美法系还是在大陆法系, 侵权行为的词源

所反映的是人与人之间的关系的一种被扭曲了的、非正常的形态。那么，侵权行为的实质含义是什么呢？

西方比较侵权行为法的权威学者通克（Tunc）教授认为，用一句话来描述侵权行为亦即给侵权行为下定义，是公认的一桩难事。^{〔6〕}之所以给侵权行为下定义成为难事，是因为侵权行为本身的复杂性和特殊性。侵权行为涉及面广，构成要件也特别，变化发展更是日新月异。尤其是随着当代科技和观念的变革，侵权行为的涵义日益捉摸不定。因而，学者们给它下的定义要么范围太广，把不属于侵权行为的部分都包括进去；要么范围过窄，把属于侵权行为的内容排除在外。^{〔7〕}然而，尽管如此，侵权行为的定义是每一关于侵权行为的研究无法回避的首要问题。

考虑到各国侵权行为法的规定，同时也考虑到侵权行为在晚近的发展动向，笔者认为应当给侵权行为下这样一个定义。“侵权行为是直接违背法律规定的义务，加害于他人的行为。”^{〔8〕}这个定义试图说明如下几个问题：

首先，侵权行为与违约行为不同。侵权行为是直接违背法律规定的义务，而违约行为是合同当事人直接违反合同规定的义务。侵权行为侵犯的是“社会契约”，而违约行为首先是违反“个人契约”。应当指出的是，这里的社会契约只不过是一个法理上的假定，即每一法定权利（如公民的财产权、人身权等）都需要另一个或另一些人承担相应的义务。侵权行为的当事人是不确定的，或者只是相对确定的；^{〔9〕}而违约行为的当事人是确定的，只有合同当事人才能成为违约行为人。正如一位英国学者所言，一项受侵权行为法保护的权利，每个社会成员均须承担相应的义务，这与仅仅涉及一方当事人义务的契约权利截然不同。^{〔10〕}值得一提的是，不少英美学者在给侵权行为下定义时，为了将侵权行为和违约行为区分开来，都使用了否定词。如普罗泽在其巨著《侵权行为》一书中说：“广义上讲，侵权行为是一种民事过错行

为，而不是一种违约行为（着重点为引者加），法院通过损害赔偿诉讼的方式对此加以补救”。^{〔11〕}这种采用为下定义所忌用的否定词的做法既表明了给侵权行为下定义的困难，又反映了侵权行为与违约行为的相近又不相同的特殊关系。事实上，社会生活中存在不少侵权行为与违约行为竞合的情况。^{〔12〕}

其次，尽管侵权行为与犯罪行为同样直接触犯法律，但是侵权行为不同于犯罪行为。侵权行为是加害于他人的行为，这里的“他人”仅仅指个体，而非社会。如果一项行为不但加害于他人，而且危害了社会，达到了应受刑罚处罚的程度，则该行为构成犯罪。这里必须言明，从严格的意义上讲，侵权行为既然加害于他人，那么，对社会中的任何一位成员的不法侵害，都会给社会带来一定程度的危害。也就是说，侵权行为并不是只侵犯个人而丝毫不殃及社会。认清这一点，对我们了解侵权行为法的作用并准确运用侵权行为法的功能有重要意义。侵权行为法不仅具有补偿损失的功能，而且具有惩戒教育的功能。这一惩戒功能与施于犯罪的刑罚功能不能不说有着一致的地方。当然，侵权行为对于社会的危害毕竟是间接的，而犯罪行为对于社会的危害是直接的。

再次，对于侵权行为所侵犯的客体，笔者在定义中未予提及。笔者认为，如果一一加以列举，反倒会出现挂一漏万的情况。有的学者将侵权行为定义为：“行为人不法侵害他人的财产权利或者人身权利的行为。”^{〔13〕}显然，这一定义未能准确地反映侵权行为的客体。因为侵权行为的客体并不局限于财产权和人身权，它还包括利益、^{〔14〕}请求权等。就请求权而言，最主要的是债权。如第三人诱惑或强制雇主终止雇主与雇员订立的雇佣合同，将雇员解雇，对于这种情况，第三人就须负侵权责任。^{〔15〕}这一情况，在英美法系国家被称为诱使违约（Inducing Breach of Contract）或合同之干扰（Interference of Contr-

act)。〔16〕

另外，英美学者在给侵权行为下定义时常把损害赔偿费的救济作为关键部分而置于定义之中，这种方法严格说来也不精确。因为，对于侵权行为的法律救济除损害赔偿费外，尚有排除妨碍、恢复原状、自助行为等。〔17〕由于对于侵权行为可以有多种多样的补救方法而对于这些不能加以全部列举，所以笔者在侵权行为的定义中未予提及。

上述对侵权行为的分析是从定义的角度出发的。然而，关于具体的某项行为是否构成侵权行为，仅仅依靠侵权行为的定义是不够的，要解决这个问题，还必须了解侵权行为的构成要件。侵权行为的构成要件是认识侵权行为概念的核心。然而，关于侵权行为的构成要件，可谓众说纷纭。首先，在我国就有不同的观点。佟柔教授主编的《民法原理》一书认为，在一般情况下，侵权行为有四个构成要件，即，①损害事实的客观存在；②侵权行为的违法性；③违法行为和损害事实之间的因果关系；④行为人的过错。同时，该书认为，在特殊情况下，并不一定同时有四个要件，有关组织和人员也要承担责任，或者还要求附加其它条件，有关组织和人员才能负责。〔18〕这实际上是将侵权行为分为两大类，一类为一般侵权行为，对此采用上述四个要件；另一类是特殊侵权行为，采用各自特有的构成要件。江平教授在其《西方国家民商法概要》一书中指出，根据各国立法的规定，侵权行为的构成要件可以分为两类，一类是客观要件，其中有：①侵犯他人的权利；②损害的发生；③违法；④损害他人权利的行为与损害之间有因果关系；另一类是主观要件，其中有，1. 行为人须有侵权责任能力；2. 行为人须有故意或过失。〔19〕

翻开台湾学者耿云卿的《侵权行为之研究》一书，我们可以看到侵权行为有更多的要件：①自己之行为；②权利或利益之侵害；③损害之发生；④有因果关系；⑤行为之不法；⑥意思能

力；⑦故意过失。^{〔20〕}史尚宽先生在论述侵权行为的构成要件时分两个步骤，首先，他认为，如果从简单的角度来看，侵权行为有三个构成要件，即①有归责性之意思状态；②违法性；③有因果律之损害；其次，从细致的角度来看，侵权行为应有六个要件：①责任能力（识别能力）；②违法性；③不法或故意加害之不当行为；④侵害或损害他人之权利或利益；⑤损害之发生；⑥侵害行为与损害之因果关系。^{〔21〕}

在英美法系国家，由于历史的原因，侵权行为变成了一个“包括除了不履行合同以外的获得损害赔偿的各种情况的大杂烩，^{〔22〕}因此，很难从中归纳出所有侵权行为的共同构成要件，英美学者们也不热衷于作这类研究。在英美法律中，有着许多种类的侵权行为，它们各自有着独特的构成要件。英美侵权行为法的这一特色被有的学者形象地描述为一套放文件的夹子，每个夹子有一个名称。^{〔23〕}不过，尽管如此，我们还是能够发现一些对侵权行为构成要件的归纳总结。如在西方颇有影响的《商法原理》一书认为，侵权行为具有如下五个要素：①引起损害的行为人对受到该损害的人负有某种义务；②与此义务相对应，因对方行为影响而受害的一方享有某种法律权利；③该义务被违反或该权利被侵犯；④某项行为或不行为成为损害结果的相近原因；⑤损害结果发生。^{〔24〕}类似的构成要件在《布莱克法律辞典》中也可以见到，只不过辞典里的归纳更为简洁，即，①被告对原告法律义务的存在；②行为违反该义务；③违反义务的行为是损害的相近原因。^{〔25〕}

在大陆法系的法国，一般认为侵权行为应具备三个要件，即①过错（其中包括非良家父之行为和可归责性两个要素）；②损害；③过错行为与损害之间的因果关系。^{〔26〕}在德国，学者们认为侵权行为必须符合下列要件方得成立：①违法性；②错意（Culpability）；③行为侵犯法律所规定的权益。^{〔27〕}

在其它国家，对于侵权行为构成要件的看法也不一致。如日本

学者加腾一郎在其《不法行为》一书中认为，侵权行为具备下列要件：①自己之行为；②行为之不法；③故意与过失；④侵害权利或利益；⑤发生损害；⑥因果关系。^{〔28〕}匈牙利学者埃尔西(Eörsi)认为，侵权民事责任有三个要件：①损害；②违法行为和可归责性；③因果关系。^{〔29〕}

上述分析显示，英美法较偏重行为的损害而对行为人是否有过错过问不多，而大陆法则恰好相反。笔者认为，任何一项侵权行为，不论它属于哪个种类，都具有如下四个方面的特征，而这四个特征就是侵权行为的必不可少的构成要件：

第一，有责任能力的本人或他人的行为。这一要件有如下几点含义：①行为人或负责任的人必须有责任能力。责任能力之有无，应以民法关于行为能力的年龄和智力标准为准；②侵权行为不一定是自己的行为，在有些情况下，他人的行为也可以导致侵权责任。最显著的例子是替代责任(Vicarious Liability，又译转承责任^{〔30〕})，如一名运输汽油的司机在装油过程中点了一支烟，而后把火柴棒扔到地上，该火柴棒引燃了汽油，最后导致火灾。对于这次火灾，该司机的雇主应负赔偿责任。^{〔31〕}③侵权行为在形态上可以是作为，也可以是不作为；④仅有思想不足以构成行为，但是，一旦将思想表达于语言中，与外界发生接触，则构成行为。因此，语言也是行为（不论口头语言，还是包括声像在内的书面语言），毁誉侵权的主要方式就是语言。

第二，行为必须违法或不当。所谓违法，是指一项行为给他人造成损害，但缺乏某种合法的根据，如正当防卫、紧急避险、被害人同意等。至于说行为不当，是指行为虽然没有形式上违法但却实质上违法。因此，行为不当不是从法律的形式上来判断它是否违法，而是从法律的整个目的（即立法精神）来判断它是否违法。这涉及刑法与民法的一个重大区别，即刑法要以罪刑法定为原则，而民法则以公平善意为原则。如德国民法典规定，对善良

风俗的故意违反构成侵权行为。

第三，必须给他人造成损害。损害的发生乃侵权行为最根本的要件。就现代立法精神来看，侵权行为之所以应负担民事责任，其主要原因在于它造成损害。损害的含义，在传统侵权行为法中仅指财产的减少、生命的丧失和身体的伤残。但在现代社会，随着精神损害概念的确立，损害的内涵更为复杂。有的学者称损害为“财产上或其他法益所受之不利益。”^{〔32〕}为使损害的含义更加明确，笔者认为可以提出这样的损害定义：“损害是指法律所保护的人的物质权益和精神权益的损失。”财产上的损失只是物质权益损失的一部分，而其余损失却要以财产损失的形式来表示。财产损失的额度一般以价值差额为标准来计算。这样，因损害的发生而形成的受损害前和受损害后之间的价值差额就是实际损害的额度。这种损害仅仅是直接损失。除此之外，尚有间接损失。所谓间接损失，即是因损害而导致本来应有而未有的财产收益，也就是说，间接损失是指因损害的发生而在受损害后和假定未受损害后之间的价值差额。间接损失只是一种推测。

第四，行为与损害之间有因果关系。由于因果关系的存在，行为人才应对其行为所造成的损害负责。侵权行为因果关系观点颇多，有条件说、原因说、相当因果关系说等。条件说又有最有力条件说、最后条件说、必要条件说、直接条件说、异常条件说、优胜条件说、原动力条件说等；相当因果关系说中又有主观的相当因果关系说、客观的相当因果关系说、折衷的相当因果关系说等。^{〔33〕}笔者认为，因果关系问题是要回答某一行为是否以及如何（即在多大程度上）造成了损害。首先，因果关系具有客观性，它是行为与损害结果之间的客观联系，这种联系不是当事人想像出来的。一个人趁大风之机点火引起火灾，与另一个人点火后因意外刮起大风而导致火灾，这两种情况，从火灾这一损害结果来看，其发生的原因均在于当事人的行为，点火行为是否构成

火灾的原因不受行为人的主观愿望的影响，即，不管是点火人利用大风还是大风“利用”了点火人，点火人的行为都是火灾的一个原因。其次，因果关系是一种由此及彼的关系，原因对于结果来说具有必不可少的、不可阻挡的性质。有时，原因对于结果起着单独促进的作用，如司机开车将人行道上的行人压在车下，行人当即死亡，在这种情况下，从客观上讲，司机将负较大责任。有时，某人的行为与其他人的因素共同促成了结果的发生，在这种情况下，责任就会分散给各有关的人。如果在某一结果的促成因素中有些属于受害人本身所带来，则也可以因为因果关系的原因而减少行为人的责任。如一名药剂师给一名身患致命重病的人拿错了药，结果出了事故，法院在判决时降低了药剂师所付的损害赔偿费。^{〔34〕}这是因为受害人本身的条件在客观上分散了被告人的责任。因此，在分析侵权行为的因果关系时，不但要确定有无因果关系，而且在大多数情况下，应判断某一原因在客观上所起作用的大小，以便给民事责任的确定提供一个相应的客观依据。

最后，必须说一下侵权行为的主观要件即侵权行为的可归责意思问题。这一点，对于各种侵权行为并无一致要求。侵权行为有故意侵权（如殴打、毁誉等）、过失侵权（如交通事故、医疗事故等）和无过失侵权（如产品责任、高度危险作业侵权等），这三种侵权行为不存在一致的可归责意思要件，因此，笔者认为，将过失作为侵权行为的构成要件是不合适的。

二、变动中的侵权行为和侵权行为法 ●

如果要追溯侵权行为法的起源，恐怕可以追溯到罗马法以前。公元前一千七百多年前的巴比伦王国的汉谟拉比法典规定，因疏忽而致他人田地被水淹没、践踏他人庄稼、偷砍他人树林以及公牛触伤他人等，行为人应赔偿一定数量的粮食或银子。^{〔35〕}然而，被公认为最早比较成熟的侵权行为法是罗马法的规定，尽管

它仍带有早期侵权行为法的特色。这种早期特色，首先是指它保留了部分的同态复仇。如十二铜表法第八表中规定，毁伤他人肢体而不能和解者，他人亦得依同态复仇而毁伤其肢体。^{〔36〕}由于同态复仇带有人身性，所以，受害人不得对加害人的继承人提起诉讼。^{〔37〕}这种同态复仇的侵权行为直到裁判官法时代才被损害赔偿制度所取代；其次，尽管侵权行为法在罗马法中只是债法的一个分支，但其范围非常广泛。在罗马法中，犯罪和侵权行为被统一地用一个词来描述，即，不法行为（*delictum*），犯罪属于公犯（*delictum publicum*），侵权行为属私犯（*delictum privatum*）。私犯的范围远远大于公犯的范围，它把某些被现代法律当作犯罪加以处治的行为也归入私犯范围。私犯有四种，即，盗窃（*furtum*）、强盗（*rapina*）、侮辱（*iniuria*）和非法损害（*damnum iniuria datum*）。其中非法损害最早规定于阿奎利亚法（*Lex Aquilia*），后来被裁判官法加以扩展，最后在优士丁尼的学说汇纂（*Digest Justinian*）中得到了充分的描述。根据学说汇纂，非法损害主要有三个要素，即，损害（*Damnum*）、非法（*iniuria*）和故意（*dolus*）或过失（*culpa*）。^{〔38〕}

这里应当说明的是，学说汇纂本身没有明确归纳出上述三方面的构成要件，上述三个要素是从学说汇纂所列举的一些例子中概括出来的，而这项工作却是由中世纪后期的注释法学家们完成的。在这项成果的基础上，自然法学派的大师们进一步研究了侵权行为。如格老秀斯在《战争与和平》一书中指出：侵权行为有如下三个要素，即，①损害，指法律所保护的权利的减少；②过错行为，即对上述权利的不当干涉；③责任，即建立在由过错行为造成的损害基础上的责任。格老秀斯认为，根据自然法，不仅人的生命，而且人的身体、四肢、名誉、荣誉以及受自己意志支配的行为，都受到法律的保护，对此，他人负有一定程度的谨慎和注意的义务。侵权行为，不管是作为还是不作为，其含义都是指与