

涉外侵权法律 适用问题研究

殷 骏◎著

SHEWAI QINQUAN FALÜ
SHIYONG WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

C14005880

D923.05
139

涉外侵权法律 适用问题研究

殷 骏◎著



SHEWAI QINQUAN FALÜ
SHIYONG WENTI YANJIU



中国政法大学出版社



北航

C1692690

D923.05

139

- 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(CIP)数据

涉外侵权法律适用问题研究 / 殷骏著. — 北京: 中国政法大学出版社,
2013. 10

ISBN 978-7-5620-5055-1

I. ①涉… II. ①殷… III. ①侵权行为—民法—法律适用—中国 IV.
①D923.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第255252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	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.375
字 数	170 千字
版 次	2013 年 10 月第 1 版
印 次	2013 年 10 月第 1 次印刷
定 价	26.00 元

前 言

随着我国经济实力的增强，我国的企业纷纷到境外投资，而公民出境工作、学习和旅游也呈现出逐年递增之态势。与此同时，在这一进程中，涉外侵权行为的发生率也大幅激增。所谓涉外侵权行为，通常是指加害人和被害人的国籍、惯常居所地（经常居所地、住所地等）、加害行为实施地、侵害结果发生地等行为的要素同时涉及两个或以上的国家（或法域）的侵权行为（Distanzdelikt）。既然同时涉及两个或以上的国家或法域，那么就理所当然地产生法律的选择适用即法律适用问题。时至今日，涉外侵权行为的法律适用问题仍然是我国乃至国际私法学界关注和研究的重点。

在经贸及民间往来日益全球化的背景下，诸如涉及多国的产品责任（如日本丰田乘用车美国召回事件）、境外跨国犯罪集团实施金融诈骗、跨流域的环境污染等等涉及跨国甚至跨洲的涉及侵权赔偿的案件已经进入高发期。在发生这些涉外侵权行为时，如何使我国的企业和公民在作为受害人时其损害得到充分补偿，尤其是如何使我国企业在成为被请求责任方时能避免不公正赔偿或过高赔偿，使我国企业和公民在全面“走出去”的过程中消除后顾之忧无疑成为重中之重。遗憾的是，在2011年4月起生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

中就涉外侵权责任的法律适用仅仅制定了三条规定，且各条规定内容笼统、概念模糊、存在极大极多的疑问；尤其是对于本书后文将进行探讨的涉外侵权行为中跨境侵权行为等的法律适用未作明文规定，也查无有关解释。即便加上《中华人民共和国民用航空法》第189条及《中华人民共和国海商法》第273条等散见于若干特别法中的国际私法（冲突法）规定，无论就量还是就质而言，都远不堪言满意。纵观国际私法立法的发达国家，对于涉外侵权行为这样一个在国际私法（冲突法）领域极为重要的问题大都制定有详细的规定，并以扎实和细致的理论研究为支撑，不断对其提出基于法解释论或修法论乃至立法论层面的相关建议。尤其是以日、德、法等国为代表的大陆法系国家更是以极为严谨的态度和方法对涉外侵权责任的法律适用问题给予持续地高度关注。

国际私法学科不同于国际公法学、国际贸易法学和国际经济法学等相邻学科。世界上第一部近代意义上的国际私法法典诞生于1896年的德国，而第一部单行法典则于两年后（1898年）诞生于日本。因此，掌握乃至精通德语及日语对于国际私法学的研究是至关重要的。遗憾的是，由于历史原因，我国的国际私法学者的外语背景呈现出绝大部分只掌握英语，少数掌握部分德语、拉丁（法、意）语或斯拉夫（俄）语，而精通日语者更是寥寥无几。日本作为亚洲为数不多的大陆法系国家，在长期深入全面地研究借鉴古罗马、法、德、意等国的理论研究、立法和司法实践的成果经验，通过一个半世纪的积累，日本的国际私法研究和立法均达到了很高水准。作为文化背景极相似的国家，日本的国际私法理论、立法及司法实践对于我国而言不可或缺、极为重要。遗憾的是，由于上述语言障碍和重美轻日欧的认识偏颇，目前国内几乎没有曾长期留日从事法

学研究、且精通日语的国际私法学者。但与此同时，日本的国际私法研究及实践的最新动向又时刻受到国内学界的高度关注，这就直接导致国内很多学者在研究日本国际私法时只能舍近求远，通过英语等语种的文献进行研究，转引成为大部分研究的无奈选择。而绝大部分日本的国际私法研究成果从未在美英主导的国际法学类权威刊物上发表，这就使得我国无法大量借鉴日本国际私法的先进经验和成果。同样的问题也可见诸于我国的民法和商法学界。

此外，由于最近数十年，我国社科界惟美英马首是瞻的思维日浓，上述学者外语背景严重不均衡的情况非但未有改观，反而呈渐行渐远之势。就国际私法学的研究而言，众多学者每谈必言及美国的国际私法革命。与国内学界长期以来高度颂扬美国国际私法的一边倒的情况不同的是，以德、日、意等为首的国际私法学科研究创始国的大量著名学者皆不遗余力地对其进行十分深入和独到的剖析，而他们的结论几乎都是持基本否定的态度。其中，日本的学界也呈现出明显地批判性的立场。将相关动向介绍给国内学界变得非常紧迫。

鉴于上述诸多不尽人意之处，在本书中，笔者以留学东瀛十载余、潜心研究以日本为主的大陆法系诸国相关理论的成果为基础和工具，以最近数十年我国的相关问题的立法实践及理论研究为对象、全面深入地剖析、比较和研究我国涉外侵权责任的法律适用问题。结合上述研究，本书将指出国内学界对于相关问题的认识和理解中存在的误解和错误，并以正确的立场为前提提出我国对于涉外侵权责任法律适用问题的个人立法建议稿，以此来尝试对我国的涉外侵权责任法律适用的法规体系进行重构。与此同时，也通过本书向国内学习和研究国际私法的学生介绍和展示一个较之以往更为全面和客观的国际私法学

习和研究的方法论。

最近 30 年,我国在国际私法的立法实践中产生了诸多成果。诸如,《中华人民共和国民法通则》(1986 年)、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(1988 年)、《中华人民共和国海商法》(1992 年)、《中华人民共和国民用航空法》(1995 年)、《中华人民共和国国际私法示范法(六稿)》(2000 年)、《中华人民共和国民法典草案》(2001 年)、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法学界建议稿(2010 年)》、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法审议稿》(2010 年)、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(2011 年)等。无论从制定者的立场、体系的完备性抑或内容的先进性,于 2001 年 12 月 23 日公布的《中华人民共和国民法典草案》和前一年公布的《中华人民共和国国际私法示范法(六稿)》无疑具有最重大的意义,其学术研究的价值甚至超过现行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》。有鉴于此,本书在立法研究的部分将采用上述草案乃至示范法作为主要对象。

目 录

CONTENTS

前 言	1
第一章 绪论	1
第二章 中国民法草案中涉外侵权行为的相关 规定研究	6
第一节 关于侵权行为法律适用的现行规定 (法律适用法颁行前)	7
第二节 民法草案第九编(关于涉外民事关系的 法律适用法)	9
第三节 侵权行为的法律适用	15
第四节 小结	40
第三章 我国近来关于侵权行为法律适用 理论的研究	44
第一节 “最重要联系原则”	45
第二节 国际私法与保护弱者利益 (弱方当事人) 原则	64
第三节 小结	74
第四章 关于侵权行为法律适用的比较法考察	77
第一节 侵权行为地法主义的放弃	78

第二节	适当法理论辨析	81
第三节	最密切联系原则辨析	87
第四节	由当事人选择准据法	102
第五节	侵权行为地法主义	109
第六节	侵权行为地法主义的例外	125
第七节	特殊侵权行为	139
第八节	小结	153
第五章	中国涉外侵权行为法律适用规定	
	个人意见稿	156
第一节	个人意见稿	156
第二节	主观连接（当事人意思自治原则）	158
第三节	原则连接规定	161
第四节	例外连接	166
第五节	法院地法的重叠适用（特别保留规定） ..	178
第六节	特殊侵权行为	184
第七节	其他规定	196
第六章	结语——关于涉外侵权法律适用根本问题的思考	197
第七章	概观——中华人民共和国涉外民事关系法律适用法	201
第一节	法律适用法的立法经纬	201
第二节	法律适用法的概况	202
第三节	侵权行为的法律适用	205
第四节	小结	210
	主要参考文献	211

第一章 绪论

2002年12月,九届全国人大常委会第31次会议正式公布《中华人民共和国民法典(草案)》(以下称为民法草案)并开始审议。新民法草案的公布及审议标志着新中国成立后我国第四次民法典的编纂工作正式拉开序幕。新民法草案共由九编构成,其中的第九编即为国际私法相关规定的《涉外民事关系的法律适用法》编。^{〔1〕}新中国成立后于1986年颁布了相当于我国民事关系基本法的暂行通则的《中华人民共和国民法通则》(以下称为《民法通则》)。在民法通则的第八章中规定了国际私法的相关规定。本次新民法草案的制定,不再遵循以往制定暂行通则的做法,转而采取将民法予以全面法典化的方针。在新的民法草案的编纂中,我国起初采用德国的做法,即不单独制定国际私法法典,而是将相关规定统一编入民法典中。(而如后所述,我国最终还是采取了单行法典的做法。)

在2010年之前的近25年的时间里,我国涉外民事关系法律适用法规体体系中有关侵权行为准据法确定的原则规定仅限于《民法通则》第146条一条。该条规定以侵权行为地法主义为原则,在一定场合下例外性地承认当事人的共同本国法或者共同

〔1〕 详细情况,参见江平:“制定民法典的几点宏观思考”,载《江平文集》,中国政法大学出版社2000年版。

住所地法的适用。这对于几十年前我国的立法现状而言,为被批评为系属方式过于僵硬的侵权行为地法主义注入了灵活性,是具有一定先进性和前瞻性的规定。然而,在我国颁布民法通则之后的数十年的时间里,瑞士联邦(1987年)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(1995年)、德意志联邦共和国(1999年)、大韩民国(2000年)、日本国(2006年)及欧罗巴联盟(2007年)等国家先后对本国的国际私法法规进行了较大幅度的修订。在这股修订国际私法的热潮中,各国对有关涉外侵权行为法律适用的冲突法规定也进行了大幅度的改善。面对上述趋势,国内的不少学者也发出了现行的民法通则中的国际私法(冲突法)相关规定已经不能适应经济全球化的新时期和新形势下的需要的呼声。本次民法草案的公布,正是在民法通则的相关规定受到猛烈批判的背景下被立法机关着力推进的民法规定立法工作的一个重要动作。在民法草案里,有关涉外侵权行为法律适用的规定为第八章第78~94条,总计17条。仅从条文数量而言,已经可以说是比较详尽的法规体系了。

纵观民法草案,具有如下特色。首先,该草案受到冲突法革命后的美国的国际私法理论的影响很深。之所以会如此,一个可能的原因就是,参与此次民法草案编纂的不少专家都有过留学或访问美国(英国)的经历。然而,细细考究草案的相关规定后,我们会发现,这些出于赞成和采用美国冲突法革命后的国际私法理论(尤其是最重要联系理论)的立场而编制的规定实际上并未真正理解美国的相关理论的正确含义。关于这一点,本书将在第三章中予以详细的分析和考察。

其次,作为另一大特色,民法草案格外注重保护弱方当事人利益。中国在过去的30多年时间里,在取得经济建设方面的巨大成就的同时,也造成了社会贫富差距显著拉开的消极影响,

对于社会资源分配不均和不公的不满使得官民关系较为紧张,且该问题已经到了无法忽视的地步。国家为了避免这种局面继续恶化,先后采取、颁行、引入了多项政策、立法和制度,而上述众多举措的共同目标都是指向保护社会弱势群体的利益,政府计划通过这些倾斜性的保护有效地平息弱势群体的愤怒和不满。这股潮流也深深地影响到了我国国际私法的立法工作,其结果就是保护弱方当事人利益成为了国际私法立法工作的一大基本方针和原则。然而,将侵权行为的被害人视为弱方当事人,在所有侵权行为中一律对受害人加以倾斜性保护的做法,在当事人双方的权利义务关系的平衡方面存在明显的问题。而且,对于在侵权行为中,准据法的最密切联系性与保护弱方当事人利益这两者应该孰轻孰重的问题,支持保护弱方当事人利益的学者一直没有给出令人信服的解释和论据,同样的问题也显见于民法草案。因此,为了厘清我国的保护弱方当事人利益这一原则的真正内涵,析出在我国国际私法上实现这一原则的正确方法,有必要对民法草案中的相关规定进行深入的探讨与研究。

再次,民法草案中的不少规定都给予了法官高度的自由裁量权。然而,对于在处理涉外民商事案件尚缺经验的我国法官而言,具有高度灵活性且极为重视所谓实质正义的立法模式,是否合适值得商榷。此外,诸如此类的通过等待法官的裁量来确定准据法的方式将会显著损害双方当事人对于法律适用的可预见性(预见性)及法律规定本身应具备的安定性。因此,民法草案采取的大幅度容忍法官的自由裁量的做法亟需再次慎重考量。

最后,民法草案仿效近来不少国家的立法模式,即将侵权行为的法律适用规定予以较彻底的类型化和精细化。在这种思

想的指导下,草案为总计10种特殊的侵权行为单独设置了特别规定。然而,在这些特别规定中,将现行规定不加任何修改地直接采用者有之,对于尚未经过充分的研究和论辩的领域轻易地制定特别规定者有之,在对于某一特定的侵权行为类型的特点及立法精神考虑欠周延的情况下设置特别规定者亦有之,种种问题,不一而足。

如上所述,民法草案存在着这样那样的问题。遗憾的是,目前为止,对于上述问题从正面进行系统地批判性研究并在此基础上提出修改意见的几乎难觅其踪。然而,考虑到目下我国司法实务界的现状,存在着如此多问题的民法草案,如果不加任何结果性地矫正即予以通过颁行,那么包括侵权行为在内的我国涉外民事关系的法律适用工作将很有可能产生混乱。

作者撰写本书的目的是站在上述问题的基础上,对民法草案进行批判性检证,在参考或论破我国相关理论、学说的前提下,提出基于正确理念的个人意见稿。此外,由于对民法草案的批判性检证需要以对形成该些问题规定的理论土壤进行彻底的分析为前提,因此,在做这些研究时,往往需要超出立法论的范围,对于涉外侵权行为法律适用的基础理论的正确内涵和外延进行深入的思考并提出自己的看法。

本书将在第一章对民法草案进行批判性介绍,并在此基础上归纳出其所存在的诸多问题。在第二章里,针对萌发出第一章所指摘问题的理论土壤进行彻底的剖析,尤其是明确指出我国学界对于美国国际私法理论的错误认识的所在及成因。接下来,本书将在第三章里通过对于近来众多国家的相关立法规定进行网罗式的深入比较分析,来探求正确的涉外侵权行为法律适用的规定应有的形式。通过前三章的研究,本书将在第四章里提出并简单介绍和比较个人意见稿。

另外,在本书完稿时,已经面向社会公布了近8年时间的民法草案第九编在2008年初步列入立法审议安排后突然于2010年10月28日召开的第十一届全国人民代表大会常务委员会第16次会议上以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法草案》(审议稿)的名义获得表决通过。随后,经过短暂的公开征询意见之后于当年10月28日召开的第十一届人大常委会第17次会议上获得正式通过颁行。目前为止,关于法律适用法,只有非常简单的理由说明,学界对于相关规定的研究也尚未全面展开。所以本书只能以概观的形式在末尾对新通过的新国际私法进行简单的介绍和点评。

第二章 中国民法草案中涉外侵权行为的相关规定研究

我国在2002年12月23日召开的九届全国人大常委会第31次会议上公布了《中华人民共和国民法（草案）》（以下简称“民法草案”）。草案中，第九编为《涉外民事关系的法律适用法》即国际私法相关规定，其中的第八章中规定了涉外侵权行为的法律适用（准据法确定）的相关规定。本书将在本章中详细分析该部分规定，并在探究各条规定背后的立法精神和目的的基础上指出其中存在的问题。

此外，由于九届全国人大常委会法工委主任顾昂然起草并提交的《关于中华人民共和国民法草案的说明》中没有涉及关于涉外侵权行为法律适用的内容，故直接参照草案相关规定的精神对规定进行分析比较困难，因此为了准确、深入地探究草案相关规定的主旨，笔者将参考对草案进行相关研究的学者的见解。此外，在民法草案公布之前，中国国际私法学会已经公布了《中华人民共和国国际私法示范法（六稿）》（以下称为“示范法”）。示范法虽然是民间学术团体起草的具有意见稿性质的参考法案，但示范法中的为数众多的条文已被民法草案完整采纳。之所以出现这种情况，主要是因为民法草案第九编的起草人之一——原最高人民法院法官费宗祯先生同时也是示范法

的起草人之一。鉴于上述情况，本章也将示范法作为重要的参考对象之一。接下来，笔者将首先对法律适用法施行前的我国涉外侵权行为法律适用相关规定及民法草案第九编进行概观，而后将逐一分析草案第九编第八章的规定。

第一节 关于侵权行为法律适用的现行规定（法律适用法颁行前）

法律适用法实施前的我国有关侵权行为的原则规定是《民法通则》第146条。^{〔1〕}该条规定：侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理。第146条以侵权行为地法主义为原则，考虑到该主义可能导致的不合理的法律适用结果，采用了共同本国法原则及共同住所地法原则的例外连接的具体情形，推定双方当事人的共同属人法（国籍、住所）一般情况下都比侵权行为地与案件及双方当事人具有更为密切的联系，^{〔2〕}即双方当事人之间存在共同本国法或共同住所地法的，该法优先于

〔1〕除了《民法通则》第146条之外，《中华人民共和国海商法》第273～276条，《中华人民共和国民用航空法》第189条也就特殊涉外侵权行为法律适用进行了规定。

〔2〕1986年に施行された民法通則第8章146条の不法行為準拠法に関する一般規定および民法通則が施行されるまでの中国の不法行為準拠法については、李旺「中国国際私法における不法行為の準拠法」（上）、（下）国際商事法務23巻1号（1995年）53～58頁および2号（1995年）163～169頁；黄軻霆「中国国際私法の現状と改革（特集 比較国際私法（1））」国際私法年報4号（2002年）147～171頁；李旺「中国国際私法の立法動向について」国際商事法務31巻11号（2003年）1583～1587頁を参照。

侵权行为地法得以适用。应该说,第146条作为涉外侵权行为法律适用的原则规定是具有一定的灵活性和前瞻性的。^{〔1〕}虽然该条规定被誉为具有较高的立法技术,对于制定国际私法法典时具有参考价值,^{〔2〕}但与此同时,也不乏消极的意见。如李双元先生就认为:“该规定表面上看,似很详细灵活,但若加细究,则可发现并非没有不完善及构思不科学的地方。”^{〔3〕}该条规定尤其在以下几点上颇受质疑:①从保护被害人利益的角度出发考虑,该条并不能保证法律适用结果在实质上有利于被害人;②该条规定的例外连接仅为双方当事人的共同属人法,而同时并未采用最密切联系原则;③该条同时并未承认当事人的意思自治;④仍然坚持采用法院地法重叠适用的做法明显落后于时代的潮流;⑤缺少关于特殊侵权行为法律适用的特别规定等。^{〔4〕}由于第146条具有如上所述的诸多问题,其在面对涉外民商事案件司法实践时必然并且确实面临很多困难。^{〔5〕}而民法草案第九编第八章正是以上述问题意识为基础编纂的。

〔1〕 参见丁伟、陈冶东:《冲突法论》,法律出版社2005年版,第168页。

〔2〕 参见金彭年:“中国国际私法典示范法:侵权条款及其法理”,载《中外法学》1995年第4期,第66页。

〔3〕 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第599页。

〔4〕 诚然,前面已经提到,除了《民法通则》第146条之外,当时也存在极少数关于民用航空器侵权及船舶碰撞等针对特殊侵权行为法律适用问题的特别规定。

〔5〕 参见李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第600~604页。