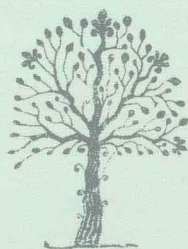


文库主编：华东政法大学国际法研究中心

侵权冲突法研究

许凯 著



华东政法大学
国际法学文库

*Research on the Law of the
Conflict of Laws on Torts*

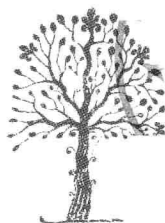


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研

侵权冲突法研究

许 凯 著



华东政法大学
国际法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权冲突法研究/许凯著. —北京:法律出版社,
2013.12

(华东政法大学国际法学文库)

ISBN 978-7-5118-5690-6

I. ①侵… II. ①许… III. ①侵权行为—冲突法—研究 IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第279958号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/14.75 字数/393千

版本/2013年12月第1版

印次/2013年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5690-6 定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由

上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助出版

本书是

高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的教学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民法院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007 年 4 月 27 日

序

从国际私法的发展历史来看,侵权法律选择的规则一度呈现出定型化、简单化和单一化的特点。但自 20 世纪中叶以来,由于日新月异的国际私法理论变化以及不少国家国际私法法典化的影响,侵权冲突法的研究深度日益加强、立法宽度逐渐扩大,司法实践中一些涉及交叉学科的难题也开始频频显现。以我国的侵权冲突立法为例,在 2010 年《涉外民事关系法律适用法》公布之前,我国调整涉外侵权的法律适用规则主要表现在《民法通则》第 146 条的规定之中,但这样简单的规范方式逐渐无法适应我国日益完善的国内侵权责任立法以及复杂的涉外审判实践。于是,2010 年《涉外民事关系法律适用法》在充分借鉴国外经验和国内实践的基础上,构建了一个系统性、立体化的侵权法律选择体系。因此,许凯博士撰写《侵权冲突法研究》一书,正是很好地抓住了国际、国内侵权冲突法变动这一契机,同时以近四十万字的宏大篇幅详细、深入探索了侵权法律选择领域的各项问题。我作为许凯博士的博士生导师,对该书的出版感到由衷的高兴。

本书前四章的内容,运用了历史研究与比较研究的方法,将侵权冲突的法律选择规则划分为传统、现代和当代三个时期进行分类研究,并最终得出当代侵权法律选择的主要特点和价值取向的变动规律。对我国而言,国际私法这一部门法是一个“舶来品”,因而就国际私法各个领域的历史研究主要依靠对国外法制的考察。许凯博士在本书中不惜笔墨,以各时期侵权冲突法的国际国内立法和一些著名的示范法为研究中心,介绍、分析了大量的法律文本和国际条约。在前人研究的基础上,对当代最新侵权冲突立法如 2010 年美国俄勒

冈州《侵权冲突法律选择法》、欧盟 2007 年《非合同之债法律适用条例》的分析更是书中的重心。尤其值得肯定的是,他在书中引入了法哲学的思考方法,独辟蹊径地从立法趋势、理论价值、法律选择规则与方法四个维度对未来侵权冲突法的发展走向提出了颇有见地的意见。

本书的另一个特点在于突出以问题为中心的研究路径。一直以来,有关国际私法论文的写作总是受到教科书体例的限制,不少文章的结构千篇一律。但许凯博士在本书的写作中却可以将其原有民商法学的研究功底与国际私法学的基本问题实现衔接,分别对于竞合情况下侵权冲突法律选择规则的确定、分割方法的运用、惩罚性赔偿法律的选择以及特殊侵权法律选择规则等问题进行专门性研究,避免平铺直叙式的教科书思路。与传统的侵权冲突法不同,上述问题的出现正是在现当代社会现实变动之下所衍生出来的一些前沿问题,故作者能够在本书中对这些尚无定论的问题开展深入研究,对于推动我国国际私法的前进无疑具有重要的理论价值。

在我国积极构建具有中国特色的社会主义法律体系的新时期,以科学发展观为统领,积极推动立法、司法实践与理论研究三者的良性互动,保证我国国际私法的和谐发展,是我一直强调的国际私法研究理念。许凯博士在本书中一直坚持侵权冲突法理论、立法与司法实践互动研究的思路,尤其关注国内外司法实践的发展与变动情况。比如,在对美国侵权冲突法的研究过程中,除了介绍各时期美国国际私法的学术流派以及几次《冲突法重述》的制定状况外,书中还特别对现代美国各州侵权法律选择的司法实践做了统计分析,以全面彰显美国侵权冲突法之全貌。当然,对于中国侵权冲突法的关注是本书的又一大研究重点。许凯博士在书中的最后一章对中国侵权冲突法的理论发展、立法流变以及实践特点进行了全方位的梳理,在充分论证中国侵权冲突法“国情”的基础上,对当代侵权冲突法中的特点予以指导,并对未来中国侵权冲突法的发展提出一些既务实又符合规律的建议。

在我看来,国际私法任何领域的研究都应当是与时俱进的,在《涉外民事法律适用法》通过之后,未来有关侵权法律选择的讨论议题定当更为广泛与突出。所幸的是,许凯博士已经成为一名华东政法大学的专业教师,相信本书的面世必将成为其研究道路上的一个亮点,也衷心希望许凯博士能够在未来的学术旅途中一如既往,取得一项项新的成绩。

是为序!

华东政法大学教授、博士生导师

上海市人大法工委主任

中国国际私法学会副会长

丁 伟

2013年6月12日

内容提要

侵权冲突法是一项古老但又充满生机的国际私法制度。无论是国际社会还是中国国内,关于侵权冲突法的理论、立法与实践均伴随着国际私法一同起步。在传统意义上,由于国际私法价值论上单一的冲突正义取向,侵权冲突的法律选择规则主要表现为侵权行为地法规则和法院地法规则的互相限制。然而,到了现代社会,因为实质正义价值取向的异军突起,导致侵权冲突法律选择规则呈现出范围扩大化、规则多元化、方法多样化的特征。时至今日,当代侵权冲突法的发展在理论上不断创新,在实践中愈发成熟,在立法上更加独立,美国和欧盟侵权冲突法的最新发展成为推动这一领域向未来迈进的最新动力。与此同时,我国在2010年《涉外民事关系法律适用法》通过之后,侵权冲突法的立法达到了一个新的高度。因此,研究侵权冲突法的发展规律和演进趋势,不但有助于理论上的拓展与深入,而且对将来国际国内的侵权冲突立法亦有很大助益。

在这样的背景之下,本书旨在以侵权冲突法的历史演进为主线,对于这一领域在不同时期的理论问题、立法表现以及司法实践进行有针对性的研究,以期总结出侵权冲突法在各个时期的价值取向和发展趋势。在论述方式上,全书以归纳总结为主,以问题研究为中心,涵盖了侵权冲突法在国际国内各个时期的基本问题,力求达到资料穷尽、论证周延。

第一章,“侵权冲突的传统法律选择方法”,其目的在于通过对侵权行为地法规则、法院地法规则以及重叠适用侵权行为地法和法院地法规则的全面分析,厘清三种规则在传统侵权冲突法中的演变发展和不同地位。侵权行为地法作为调整侵权法律冲突最为重要的

系属公式,其不仅在理论上受到法则区分说、国际礼让说和既得权说的肯定,而且在早先的各国实践和国际条约里亦有体现。笔者在明晰其理论基础和优越性的同时,对于侵权行为地的确定问题提出了一些认定方法。单一适用法院地法调整侵权法律冲突尽管受到了魏希特和萨维尼的支持,但其在各国的实践中基本不被接受,所以笔者采用批判的视角对这一系属公式进行了评价。重叠适用侵权行为地法和法院地法是一种限制侵权行为地法功能、保护法院地国利益的冲突规范,其发轫于英国法中的双重可诉规则,在大陆法系传统的国际私法中也多受推崇。究其原因,其体现了一种国家主义和国际主义的适当平衡,也是传统国际私法以冲突正义为唯一价值取向的最优选择。

第二章,“侵权冲突的现代法律选择方法”,主要选取了美国、英国和大陆法系国家的现代侵权冲突法作为论述依据,以期对现代多元化的侵权法律选择方法进行全方位的解析。对于美国现代侵权冲突法而言,其源于对《第一次冲突法重述》侵权行为地规则的批判,兴起于冲突法革命中的各家学说的论战,并以《第二次冲突法重述》的编撰达到顶点。巴布科克案是美国司法实践中侵权冲突法律选择方法的转折点,此后美国的司法实践在各种现代冲突法学说的指引下,呈现出灵活性、多样性的总体特点。英国现代侵权冲突法起始于莫里斯教授提出的侵权自体法理论,尽管这一理论没有得到实践的完全响应,但其却为1995年《国际私法(杂项规定)法》的出台提供了理论依托。20世纪中后叶,大陆法系国家国际私法法典化的浪潮带动了侵权冲突法的改革,而最密切联系原则、保护弱者利益原则、意思自治原则以及直接适用的法理论的出现成为这一时期大陆法系侵权冲突立法的典型特征。这一时期之所以产生了法律选择方法上的重大变化,原因在于对实质正义价值的追求成为各国所一致努力的方向。

第三章,“现代侵权冲突法中的特殊问题”,主要针对侵权冲突法在现代法制发展过程中所面临的四大特殊问题进行探讨。侵权责

任与违约责任竞合时的法律选择问题在现代国际民商事争议中是一个焦点问题,其不仅会涉及民法理论中对于责任竞合的基本理论,也与国际私法中的识别制度息息相关。在这种特殊情形下,侵权冲突的法律选择规则会受到合同关系、合同准据法和合同免责条款的影响。分割方法作为一种颇具争议的法律适用方法,其已经在现代美国的侵权冲突法中占有了一席之地,但欧洲国家一般对其保持谨慎的态度。因此,笔者在揭示分割方法理论内核的基础上,对其在侵权冲突法中的适用场合和适用程度进行理性思辨。再者,随着惩罚性赔偿制度在世界范围内的逐渐接受,如何在侵权法律选择领域对外国惩罚性赔偿的实体法律进行取舍成为一项新议题。笔者在书中对于现行各国所采纳的三种主流模式进行了深入分析,并对我国的应对之路提出一些管见。现代侵权冲突法的另一特点在于区分一般侵权行为与特殊侵权行为,并为后者设置独立性的调整规范。笔者在书中选取了产品责任、公路交通事故、一般环境侵权、知识产权侵权、不正当竞争和侵害精神性人格权六种典型的特殊侵权行为,并通过比较方法对现代特殊侵权行为的法律适用特征作出归纳和总结。

第四章,“当代侵权冲突法的动向与趋势”,主要通过21世纪以来欧美侵权冲突法最新进展的分析,进而从宏观角度对侵权冲突法在当代的发展趋势予以回顾和展望。其中,美国当代的侵权冲突法具有两大动向:一是冲突法理论界在批判《第二次冲突法重述》的基础上,对于《第三次冲突法重述》的制定提出了众多的方案,其中包含了许多有关侵权冲突法的重构意见;二是侵权冲突法的统一化和成文化倾向显著,在联邦层面主要是1993年美国法学会批准的《混合诉讼规程》,在州一级层面主要有1992年路易斯安那州的《侵权冲突法》和2010年俄勒冈州的《侵权冲突法律选择法》。在欧洲,欧盟的成立为制定该区域内统一的侵权冲突法提供了平台,2007年欧盟《非合同之债法律适用条例》(以下简称罗马规则Ⅱ)代表着当代侵权冲突法的发展方向,因而本书对其内容进行了全面细致的研究。最后,笔者在本章末试图从四个方面对当代侵权冲突法的未来

走向进行分析,并提出自己的一些结论性意见。这四个方面包括:侵权冲突立法的成文化与趋同化;实质正义价值的追求与限制;三种法律选择方法的对立统一;法律选择确定性和灵活性的平衡。

第五章,“中国侵权冲突法的历史与展望”,主要是在回顾中国侵权冲突法发展历史的前提下,对于侵权冲突法在中国的立法现状、理论研究和司法实践进行全面审视,并结合前章的结论性观点提出一些意见与建议。中国侵权冲突法的萌芽自封建时期即已有之,但时至1918年才有了自己第一部成文的国际私法。新中国成立后,中国的侵权冲突立法经历了《民法通则》时期的初步发展,在21世纪初叶进入了一个成熟期。当代中国的侵权冲突法以理论研究为先导、以司法实践为检验,2010年《涉外民事关系法律适用法》的出台更是将其带向了一个新的立法高度。但是,在肯定成绩的同时,也要看到当代中国侵权冲突法在法律渊源、立法体系、立法技术以及司法实践等方面存在的缺陷与不足。因此,以侵权冲突法在当代的趋势为指导,为中国侵权冲突法在未来的发展献计献策,是笔者重点关注的内容。

目 录

导 言 / 001

第一章 侵权冲突的传统法律选择方法 / 003

第一节 侵权行为地法规则 / 004

一、侵权行为地法的学说演进 / 004

二、侵权行为地法规则的早期实践 / 014

三、侵权行为地法规则的评价 / 026

第二节 法院地法规则 / 034

一、法院地法理论的提出 / 035

二、法院地法规则的不同实践 / 038

三、法院地法规则的批判性评价 / 044

第三节 重叠适用法院地法与侵权行为地法规则 / 049

一、英国的双重可诉规则 / 049

二、大陆法系国家的重叠适用规范 / 054

三、重叠适用规则的评价 / 058

本章小结:冲突正义与国家利益引领下的侵权冲突法 / 063

第二章 侵权冲突的现代法律选择方法 / 065

第一节 美国现代侵权冲突法的理论演变与规则构建 / 066

一、美国现代侵权冲突法理论述评 / 066

二、《第二次冲突法重述》中的侵权冲突规则 / 077

三、美国现代侵权法律选择的司法实践 / 085

第二节 英国现代侵权冲突法的革新 / 095

- 一、侵权自体法理论的历史与发展 / 096
- 二、英国侵权法律冲突规则的成文化改革 / 106
- 第三节 大陆法系国家侵权冲突立法的现代化 / 115
 - 一、最密切联系原则的采用 / 116
 - 二、保护弱者利益原则的体现 / 121
 - 三、意思自治原则的扩张 / 125
 - 四、“直接适用的法”的运用 / 131
- 本章小结:迈向实质正义的现代侵权冲突法 / 135

第三章 现代侵权冲突法中的特殊问题 / 138

- 第一节 侵权责任与违约责任竞合时的侵权法律选择 / 139
 - 一、侵权责任与违约责任竞合的基本理论 / 139
 - 二、侵权责任与违约责任竞合下的识别 / 145
 - 三、责任竞合对侵权冲突法律选择的影响 / 152
- 第二节 分割方法在现代侵权冲突法中的适用 / 160
 - 一、分割方法在美国侵权冲突法中的演进 / 160
 - 二、分割方法在美国司法实践中的运用 / 166
 - 三、欧洲国家对分割方法的批判 / 175
 - 四、侵权冲突法中适用分割方法的思考 / 178
- 第三节 国际惩罚性赔偿的法律适用模式 / 182
 - 一、传统的公共秩序保留模式 / 184
 - 二、侵权冲突法中的双重可诉模式 / 187
 - 三、美国冲突法中的分割方法模式 / 192
- 第四节 特殊侵权行为的法律适用 / 206
 - 一、国际产品责任的法律适用 / 207
 - 二、国际公路交通事故的法律适用 / 214
 - 三、一般跨国环境侵权的法律适用 / 218
 - 四、国际知识产权侵权的法律适用 / 221
 - 五、国际不正当竞争的的法律适用 / 228

六、跨国侵害精神性人格权的法律适用 / 233

本章小结:实体法影响下现代侵权冲突法的细化发展 / 238

第四章 当代侵权冲突法的动向与趋势 / 240

第一节 美国当代侵权冲突法的变动与发展 / 241

一、《第二次冲突法重述》的功过评判 / 241

二、侵权冲突规则的统一化与成文化 / 248

三、《第三次冲突法重述》的方案分析 / 262

第二节 欧盟侵权冲突法的统一化倾向 / 277

一、《罗马规则Ⅱ》的制定背景和过程 / 278

二、《罗马规则Ⅱ》的适用范围 / 281

三、一般侵权行为的法律选择规则 / 288

四、特殊侵权行为的法律选择规则 / 294

五、侵权法律选择的例外规定 / 301

第三节 当代侵权冲突法的价值定位与发展走向 / 309

一、侵权冲突立法的成文化与趋同化 / 309

二、实质正义价值追求的扩张性与有限性 / 315

三、法律选择方法的多样性与混合性 / 321

四、法律选择规则的确定性与灵活性 / 326

本章小结:当代侵权冲突法的远景展望 / 330

第五章 中国侵权冲突法的历史与展望 / 332

第一节 中国侵权冲突法的历史回顾 / 332

一、中国古代侵权冲突法的萌芽 / 333

二、中国近代侵权冲突法的出现 / 340

三、新中国成立后侵权冲突法的初步发展 / 342

第二节 当代中国侵权冲突法理论、实践与立法的发展 / 345

一、中国侵权冲突法的理论研究现状 / 346

二、中国涉外侵权法律冲突的司法实践 / 353

三、《涉外民事关系法律适用法》关于侵权冲突法的规定 / 368

第三节 中国侵权冲突法的现状评析与完善建议 / 375

一、当代中国侵权冲突法的突出特点 / 375

二、当代中国侵权冲突法的不足与缺陷 / 379

三、中国侵权冲突法未来走向的完善建议 / 388

本章小结:和谐发展的中国侵权冲突法 / 393

附录一 中文名称的简称与全称对照 / 395

附录二 书中重要名词的中外文对照 / 396

参考文献 / 406

后记 / 451