

导 言

经济学解释预设了一种历史中的上帝:这个预设的上帝控制着引线,操纵着木偶朝着各种不同的方向运动,并由此而制造了我们称之为历史的各种表象。此前的思想家们只是误解了这个上帝而已;这个上帝实际上并不是“观念”,也不是“绝对的”或“无意识的”,而是经济的。^①

——庞德

第一节 问题的提出

问题的提出要从法律效力谈起。法律为法律关系的主体创设了权利义务,这就是法律效力的体现。法律的效力是有空间和地域范围的,并依此分为属地效力和属人效力,也可分为域内效力和域外效力。

一般认为,属地效力是一国^②法律对领域内一切人、物、事(行为)的约束力。属人效力则是一国法律对本国人^③的约束力。笔者认为,法律的效力就是指法律对主体的效力,即对人、组织和国家的效力,^④而所谓的对物、事的效力,实质上反映的也是主体之间的权利义务关系。所以法律的属地效力就是对领域内存在的一切权利义务关系的约束力,而属人效力就是对“主体涉及本国人”的权利义务关系的约束力。一国的法律也可以相应的分为属地法和属人法,显然两者调整对象有重合的部分:本国领域内涉及本国人的权利义务关系。域内效力的含义与属地效力完全相同,但是域外效力的含义却与属人效力大不相同。域外效力是指“一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力”^⑤。关键是什么叫作“尚能发生效力”。笔者认为,域外效力(包括域内效力)可以通过主体主动地行使权利和承

① [美]庞德:《法律史解释》,邓正来译,137页,北京,中国法制出版社,2002。

② “国”在本书中不做特别说明时,皆指“法域”。

③ 在国际私法领域,“本国人”的确定除了国籍标准之外,还有住所地(惯常居所地)标准。

④ 张文显主编:《法理学》(第二版),83~84页,北京,高等教育出版社,2003。

⑤ 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,11页,武汉,武汉大学出版社,2001。

担义务来实现,除此以外,法律的适用也是法律效力实现的一个重要途径。下面以 A、B 两国法院法律适用的情形为例来说明 A、B 两国法律域外效力的实现。

A 国法律域外效力的实现包括三种情形:一是 B 国法院适用了 A 国调整 A 国域外涉及 A 国人权利义务关系的法律,也就是 A 国的属人法的一部分。理论界认为一般意义上的“承认外国法律效力”就是指这种情形,这时“A 国域外”往往指的就是 B 国域内;二是 B 国法院适用了 A 国调整 A 国域内权利义务关系的法律,即属地法;^①三是 A 国自己的法院适用了本国调整域外权利义务关系的法律,即属人法的一部分。同理可以推出 B 国法律域外效力的实现的三种情形。需要注意的是,后两种情形往往被不恰当地忽略。总之,法律的域外效力是有待通过主体主动行使权利、承担义务或者通过法律适用而实现的待定事实或者是已经实现的既定事实。

如果没有任何参照地使用“域外效力”“域内效力”的概念,不但概念本身不清晰,而且会导致相关理论的混乱。例如,一般认为属地法仅有域内效力,只有属人法才能产生域外效力。然而,通过上述 A、B 国情形的分析可以看出,属地法也可以产生域外效力。再者,有的学者认为法律冲突就是“外国法律的域外效力与内国法律的域内效力之间,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。”^②这种观点基于两个预设的对应关系:一是“外国的域外”恰恰就是“内国的域内”,二是“外国的域内”恰恰就是“内国的域外”。然而,这两个对应关系无法覆盖法律冲突的所有情形。仅从语言逻辑上分析,“外国的域外”可能还是“内国的域外”;^③而“外国的域内”虽然必定是“内国的域外”,但是发生法律冲突的可能是“外国的域内”与“另一外国的域外”。关键是法律冲突涉及的就不一定是两个国家。此外,通过前面对法律适用情形下一国域外效力实现的分析,可知外国具有域内效力的法律经由内国法院的适用便实现了它的域外效力,那么此时的法律冲突状态是形容为内国法律的域外效力与外国法律的域内效力的冲突呢(依上述学者的观点),还是内国法律的域外效力与外国法律的域外效力的冲突?可见,如此界定法律冲突,混乱在所难免。

笔者认为法律冲突的实质就是不同国家的法律在调整同一权利义务关系时产生的冲突。这种冲突既可能发生在法律冲突当事国其中的任何

① 例如适用了 A 国的侵权法来处理发生在 A 国的涉及 A、B 两国人之间的侵权案件。

② 姚壮、任继圣:《国际私法基础》,23 页,北京,中国社会科学出版社,1981。

③ 例如 A 国与 B 国的法律发生冲突,而法院地在 C 国,这里并不涉及 C 国的内国法。

一国的领域内,也可能发生在其他国家的领域内;既可能是属人法与属地法的冲突,也可能是属人法与属人法的冲突。而属地法与属地法的冲突尚无从想象,但也许会极例外地存在。

“承认”是产生法律冲突的原因之一,同时也是解决法律冲突的前提。它是法律冲突法(law of the conflict of Laws)中最先涉及和需要解决的问题,是冲突法里最基础的问题,也是国际私法之发端。“承认”包括承认外国的属人法和承认外国的属地法。综上所述,通说上的“承认外国法的域外效力”的表述是不全面、不科学的,存在逻辑误区:域外效力实现的途径之一便是“承认”和“适用”,“承认”的对象并非局限于外国法律的域外效力,还可能是该外国法律的域内效力。那么,“承认”外国法律和适用外国法律之间又是什么关系呢?“承认”可以分为静态和动态两种,前者指的是只在理论上不予否认而没有实际的司法活动,后者则是通过适用外国法律的司法实践表达了承认的态度。从理论上讲,承认外国的法律效力是进行法律选择的前提,因为承认意味着法律选择成为可能,选择的结果要么是适用内国法,要么是适用外国法。而现实中的层次并非如此清晰,“适用外国法”往往作为“承认”的直接表象,^①此时“承认”和“适用”同时发生,适用外国法或者说进行法律选择的理由也就是“承认”的理由。关于“承认”或者说“适用外国法”的理由,历史上有三个最重要的学说:法则区别说、国际礼让说和法律关系本座说。^②

一个国家的法院为什么在一定的条件下适用外国法,这是国际私法的核心问题。在国际礼让学说诞生之前,以巴托鲁斯为代表的意大利法则区别说以自然法为基础,认为城邦(一国)的某些法则是具有普遍适用性的,所以被其他城邦承认和适用是理所应当的。法则区别说还试图建立一些普遍适用的法律选择规则,以此界定具有普遍适用性法则的范围。在强调“国家主权”思潮的冲击下,巴根多斯在继承达让特莱(法国法则区别说代表人物之一)的属地原则的同时,结合“国家主权”的观念,认为独立主权国家必然有排除适用任何外国法的权力,但是出于商业利益需要,只要不与本国主权和利益相悖,出于一种礼让,也可以适用外国法。胡伯进一步明确指出适用外国法是国家的礼让行为,国家没有“承认”的义务。法律

① 即使一国法院在某个案件中适用了内国法,也并不意味着它否认外国法律的效力,因为这可能是它在对内国法和外国法进行了比较之后作出的选择。如果不承认外国法的效力,那么外国法连和内国法比较的资格都没有。

② 本书设定的历史平台为意大利法则区别说时期。

关系本座说的代表萨维尼认为“承认”是根据所涉法律关系自身的性质决定的。与巴根多斯和胡伯强调国家的主观意志不同,萨维尼似乎更强调事实或纠纷与一国法律客观上存在的特定联系或密切联系。“适用于特定情况的法律规则首先且主要取决于某人附属于特定地域的法律;但是,与此同时,由于特定事物、行为或生活关系与其他地域法律之间存在的关系,将会出现大量极为重要的变更。”^①法律关系本座说的要义即主张“每一种法律关系确定依其本质所应归属或应受制的法律秩序,为此,即应探得各该法律关系的‘本座’(Sitz):支配该本座所在地的法律秩序,即为该法律关系所应归属的法律秩序。而法律关系的本座应依法律关系的特性来确定。”^②

有学者认为:“法律的发展是以经济发展为基础的。……在处理涉外民事关系时需要考虑外国法的不同规定,这是国际经济关系发展到一定历史时期的产物,是各国都只按属地原则适用自己的实体法已不能保证司法公正而只会妨碍国际民商事交往的产物。所以适用外国法的根据只能到客观存在的国际民商事关系发展的需要中去探寻。历史上各种学说的出现以及他们的理论核心,都与它们各自所属时代和国家的社会、政治、经济的发展需要有关。”^③这种类型的解释涉及的理论局限于经济决定论,相应的历史材料也多集中于经济的发展,它认为“承认”是经济发展的结果。笔者认为这种解释是粗线条的,缺少更抽象的理论和相应的历史细节。那么,如何从更广阔的经济角度来解释“承认”这个现象和重新解读意大利法则区别说?“承认”问题的经济分析对国际私法的理论和实践有何启示?这些就是本研究所要解决的问题。

第二节 对“承认”问题进行经济学分析的目的和价值

一、研究目的

对“承认”问题进行经济学分析的目的有二:基本目的是用有别于国际私法传统法学方法的新理论(法律经济学理论)来对“承认”问题进行重

① [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,6~7页,北京,法律出版社,1999。

② 吕岩峰:《吕岩峰论国际法》,339页,长春,吉林人民出版社,2005。

③ 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,102页,武汉,武汉大学出版社,2001。

新的、细致的、深入的动态描述,同时为重新解读传统学说(法则区别说)提供新的思路;而从这种实证分析中探寻国际私法的理论内核及其发生、发展的一般路径则是终极目的。

二、研究价值

(一)学术价值

1. 为国际私法经济分析奠定理论、方法论和框架基础

本研究运用国际私法经济分析的基本理论对国际私法的基本问题进行了分析。一是奠定理论基础。本研究首次提出并详细论述了国际私法经济分析的基本理论。探讨了国际私法经济分析涉及的法律关系、分析视角、价值取向和与国际私法经济分析及国际私法基本理论都密切相关的国际私法的经济功能。这些理论是对国际私法进行经济分析的必要的理论前提,澄清这些理论才能避免对国际私法的经济分析出现零散或割裂的局面,因为这些理论提供了一个对国际私法经济分析的理论(现有的和未来的)进行评价和甄别的一个统一标准,对这些理论的不同认识会带来不同的国际私法经济分析的思路。二是奠定方法论基础。本研究首次提出了国际私法经济分析的综合范式。与现有的国际私法经济分析或法律经济分析的主流范式相比,综合范式更适合对国际私法,特别是国际私法的历史学说领域进行深入研究。三是奠定了框架基础。初步构造了一个新的对国际私法具体内容进行经济分析的框架。即以“法律选择”为主题构造的分析框架,包括对法律选择前提(承认外国法律效力)的经济分析、对法律选择方法(当事人意思自治原则、最密切联系原则等)的经济分析、对法律选择辅助机制(识别、先决、反致等)的经济分析和对法律选择的具体领域(合同、侵权等)的经济分析。

2. 丰富和发展国际私法的基本理论

一是丰富了关于“承认外国法律效力”的理论,为解决国际私法基本理论问题提供了新的法理学、社会学和经济学视角。笔者认为“承认”是法律(制度)进化表现的一部分。“承认”的性质和范围取决于实力和利益的微妙平衡,这种平衡随着整个世界政治经济格局的不断变化而不断被打破,实力和利益的博弈在不断发生,但是博弈的内核却是不变的,那就是“进化”的理念,博弈带来的各种平衡应该也确实沿着进化的思路向前发展,这种进化的思路不论在哪个历史时期都表现为“竞争与合作”。二是丰富了对国际私法理论内核的研究,为研究国际私法的发展规律提供新视

角。笔者认为,“进化”这种理念应该就是国际私法理论的内核,而“竞争与合作”则是国际私法发展的根本路径。各国在国际私法领域的竞争与合作的演变主导了国际私法的发生、发展、变化和消亡。三是丰富了对法则区别说的理解,为研究国际私法史、国际私法学说史提供了新的学科工具。笔者设定具体的历史平台,运用法律经济学的多种分析工具从不同角度、不同侧面对学说所涉及的“承认”问题进行了细致的分析,这样就在重新理解“承认”问题的同时也对学说进行了重新的解读。

3. 拓宽法律经济学研究范围并发展法律经济学分析模式

一方面,本研究对国际私法的基本问题(承认外国的法律效力)的经济分析拓宽了法律经济学在国际私法领域的研究范围;另一方面,国际私法经济分析综合范式的提出,发展了法律经济分析现有的主流范式和后“制度主义综合范式”。

(二)应用价值

在国际私法领域,不论是一个国家的国内立法还是国际合作的诸多形式(例如制定统一实体法、统一冲突法和司法协助),都离不开国际私法基本理论的指导,这个理论的内核就是经由“竞争与合作”而实现的“法律进化”,它为我国国际私法立法和开展相关国际司法合作提供了指导思想。合作是对竞争成果的肯定,是国际私法发展的重要途径之一,这说明了加强与他国进行国际司法合作的重要性。但是合作不能是无条件的和盲目的,因为合作是通过竞争完成的,为了获得竞争中的优势位置,我们必须先充分地争取自己的利益,包括自己的当事人、法院、国家的利益。这样才会在博弈中先行获得有利的战略地位。所以合作的前提是充分的竞争。充分的竞争意味着要注重本国法律制度(既包括实体法、程序法也包括冲突法)的完善和发展,有选择的合作才能不割断法律发展的历史、民族特征的纽带,才能使本国的法律文化、法律制度有机地发展。

第三节 研究思路与基本方法

一、研究思路

本书行文围绕两条主线展开:一是学说(内容)主线,即意大利法则区别说,学说主线实际上也是历史主线;二是方法主线,即法律经济分析的主流范式与国际私法经济分析的综合范式,并以后者为重点。首先,运用主

流范式分析,结论是成本收益分析并不能清晰地解释“承认”的原因,但是它能够引发有益的思考;而非合作博弈分析也无法解释“承认”的现象;接下来运用“综合范式”分析,结合对“承认”问题学说背景的详尽历史分析,尝试运用制度经济学、行为经济学和供给需求理论等多种理论解释和分析“承认”问题。其中还涉及了实验经济学、经济决定论、法律市场理论和竞争与合作等理论。最终在以全新思路诠释剖析了“承认”问题的同时,也提供了理解国际私法传统学说的全新视角和理念,并且通过对不同分析方法的比较,有助于更深刻地理解法律经济分析主流范式和综合范式的分析方法。总之,本书既包括对国际私法基本法律问题的研究,也包对国际私法历史的研究,作为研究对象,后者更具魅力却往往被忽略。

二、基本方法

笔者提出了贯穿“承认”问题经济分析始终的“国际私法经济分析的综合范式”,这一范式同样适用于国际私法其他问题的研究,也应适用于其他法律领域问题的经济分析研究。

国际私法经济分析的综合范式也是针对主流范式的不足提出来的,例如主流范式的效率标准缺乏历史特征,而且效率评价也具有一定的主观性,而人的理性是有限的。另外,过于单一和流于形式主义的分析方法使其对历史及现实问题的解释力下降。成本和收益分析所需要的过多的假设与现实不符,同时其本身界定的模糊性也成为众矢之的,国际私法领域的成本和收益是难以量化的,其他法律领域也或多或少存在类似问题,这也是法律经济学或法律经济分析难以大行其道的重要原因。这些不足在分析历史问题上的缺陷更加明显,这正是笔者提出“综合范式”的直接原因。

综合范式大致体现在以下几个方面:一是在方法论上体现了抽象演绎与历史归纳的综合、个人主义与整体主义的综合、实证分析和规范分析的综合;二是在经济学理论工具上体现了对主流范式和主流范式的综合;三是上述的综合运用都是围绕着国际私法经济分析的分析视角与价值取向展开的。

第四节 主要内容、创新和不足

一、主要内容

本书包括两方面的主要内容:国际私法经济分析的基本理论和“承

认”问题的经济分析,前者为研究后者提供前提性准备,后者包括“承认”的主流范式分析和综合范式分析两部分,以综合范式分析为主。

关于国际私法经济分析的基本理论的讨论与重构集中在第二章,着眼于对基本概念的澄清。这一部分首先界定了国际私法经济分析的范围,在此基础上提出了四分法的国际私法经济分析视角;接着运用不同的分析视角全方位地揭示了国际私法经济分析的价值取向和国际私法的经济功能,指出“管辖权配置”是核心经济功能;最后,在完成国际私法经济分析基本理论主观标准构建的基础上,提出了国际私法经济分析的综合范式。

在界定基本概念和解决基本问题之后,第三章开始对“承认”问题进行法律经济学主流范式的分析。一方面,批判主流范式分析的不足;另一方面,也要肯定主流范式带来的有益启示,从而引出“承认”的综合范式的分析。综合范式的特点之一就是运用各种分析方法将特定问题置于特定的历史环境下进行综合分析。所以在对“承认”进行综合范式经济分析之前,本书先设定了一个具体的历史平台:意大利法则区别说时期。

历史平台确定之后,笔者分别运用综合范式包含的多种分析工具,即制度主义经济学、行为经济学和供给需求理论对“承认”问题进行分析,构造了一个“制度—行为—市场”的分析框架,这就是本书第五章到第七章的内容安排。其中,一方面要明确各种分析工具之间的逻辑关系。前面提到综合范式分析的前提是具体历史背景的预设,而对历史中的政治、经济、法律等制度进行描述和分析时,主要运用的就是制度经济学中的制度变迁理论和产权理论。将种种历史因素摊开细数之后,笔者发现了“利他主义”“有限理性”等意识层面变迁的痕迹,而这些正是行为经济学的核心概念,同时它们也为进化博弈提供了直接的理论支持。于是,制度经济学、行为经济学和进化博弈理论在不同的历史背景下针对同一问题有机结合起来,笔者便得到了主流范式博弈分析所无法得出的{承认,承认}的合作解,从而完成了对“承认”行为的动态描述,并从中发掘出国际私法的理论内核:进化。接下来,需要进一步探寻“承认”发生发展的路径,因为其中可能孕育了国际私法发展的根本路径。这时,笔者使用了法律经济分析的主流范式的理论——供给需求理论,来对“承认”问题进行进一步的分析。^①通过对法律产品与市场、法律需求和法律供给的分析,得出“竞争与合作”的发展路径。另一方面,则涉及经济学分析工具的具体应用,这是研究的重点和难点。

^① 这种对各种分析方法的综合运用也正是国际私法经济分析综合范式的另一个特点。

一是对制度经济学工具的应用。笔者选择了其中的制度变迁理论和产权理论。制度的变迁是由于原来的均衡状态已经被新的情况破坏,需要新的制度达到新的均衡状态。当存在一种剧烈的环境、技术与人口的变迁时,这种变化使得原来理所当然的制度安排变得不可行。笔者认为这正是极端属地主义不合时宜的制度原因。所以,笔者考虑将“承认”现象的出现和形成与法律制度变迁联系起来,同时也完成了对政治、法律、经济和人们的意识等历史背景因素的分析。而运用产权理论的一个根本前提则是笔者认为国家主权与产权具有可比性。管辖权作为主权的主要内容,它的配置与产权的配置(界定与交易)就具有了共性。而产权交易的需要也正是“承认”仍然会发生的动因之一。

二是对行为经济学的应用。笔者认为,“承认”就是国家主体的理性和非理性因素的融合。在特定的时代,我们可以认为“承认”是国家的一致偏好,但这种一致不能掩盖有关“外国法律的范围”界定上的分歧,这种分歧又体现了偏好的随机性。“承认”偏好的背后是更深层的、更基础的偏好,它可能是“声誉、地位”,也可能是“自我利益以外的东西”,如“公平”“国际认可”或者“互让考虑”,这种偏好还可能是源于人类的“互惠互利”的基因。

三是对进化博弈理论的运用。“承认”问题的研究对象是随着时间变化的国家群体,进化博弈分析的目的是更好理解这个群体演化的动态过程,并解释说明为何群体可以达到目前的这一状态——{承认,承认},以及是如何达到的。影响群体变化的因素既具备一定的随机性和扰动现象(突变),又具备通过演化过程中的选择机制而呈现出来的规律性(竞争与合作)。

四是对供给需求理论的应用。每个历史时期都存在着一个有着深刻时代烙印的法律市场,都存在着形形色色的法律供给者和法律需求者,而“承认”的过程则可看作是法律产品竞争与合作的过程。

二、创新之处

本书在方法论上提出了国际私法经济分析的综合范式,并提出了以下新结论。

第一,关于国际私法经济分析基本理论的结论创新。提出并界定了国际私法经济分析范围、国际私法的经济功能的概念;重新界定了国际私法经济分析视角和价值取向的内容。

第二,关于“承认”动态描述的创新。一方面,现有的理论只是从政

治、经济、法律和学说等层面建立了一个简单的描述轮廓,而笔者则将“承认”问题和法律制度构成、政治经济和法律制度变迁、人们的行为意识的演变等背景因素联系起来,并且运用进化博弈理论、供给需求理论、产权理论、竞争与合作理论等多种思维模式对“承认”问题进行细致、生动、深入的分析。这种实证描述本身即属创新。另一方面,关于法则区别说、国际礼让说和法律关系本座说这些历史学说和“承认”之间的关系,现有理论只是简单地归结为“从法则区别说的普遍主义到国际礼让说的特殊主义,再到萨维尼的普遍主义的回归”。而笔者通过对背景因素的细致分析,为两者提供了更多有机联系的线索,证明了“承认”问题在各个学说的相应历史时期并不是简单的某个“主义”的体现,这为重新理解国际私法的历史学说提供了有益启发。

第三,关于国际私法发展路径和理论内核的创新。O'Hara(2003)认为竞争是唯一的途径,而 Solimine(1989)和 Gunman(2002)等学者则认为合作是最终的途径,实则两者密不可分。合作是国际私法的最终出路,而合作是通过竞争完成的,为了获得竞争中的优势位置,各国必须先充分地争取己方利益,包括自己的当事人、法院、国家的利益,其前提是不违反国际法原则,这样才会在博弈中占据有利的战略地位。所以,合作的前提是充分竞争。充分竞争意味着要注重本国法律制度的完善和发展,有选择的合作才能不割断法律发展的历史、民族特征的纽带,才能使本国的法律文化和法律制度有机地发展和进化。“各国法律制度的进化”就是国际私法的理论内核。“进化”的路径就是“竞争与合作”,而只有充分竞争下的合作才能带来世界法律文化的繁荣和进步,提高整个世界法律市场的效率。

三、不足之处

首先,制度变迁理论、产权理论、行为经济学理论和进化博弈理论尚属首次被运用到国际私法领域,虽笔者尽力使诸理论得以精准运用,但由于材料所限、学识所囿,论述及最终表达的效果必定有限。其次,由于篇幅所限,本书无法描绘出“承认”问题从发端至今的完整画面,如果能运用不同的经济分析工具对“承认”的“普遍主义—特殊主义—普遍主义”的路线进行完整分析,在得到关于“承认”更全面的解释的同时,还有可能得出不同的经济分析工具之间、同一工具的不同内容之间的新的联系。这些都说明“承认”问题的经济分析还有进一步研讨的空间和必要。

第一章 文献综述

目前,国内外几乎没有专门针对“承认”问题进行经济分析的文章。^①因此,只能从与“承认”的经济分析相关的若干层面来搜集资料,期冀从中发现有益的线索和启发,而“若干层面”与主题的“相关程度”各不相同,自然而然的,搜集文献的工作便循沿着“相关性”的由近及远、由密及疏的思路展开。

对与“承认”类似的问题进行经济分析的相关资料首先被纳入搜寻的视野,是因为其借鉴意义相对而言是最直接的,而此类资料仍是少之又少。于是,对“承认”问题在国际私法领域的研究现状的考察就成为必要和必然。一方面,需要评估和确定这个选题的重要性,起码是对于国际私法研究的重要性;另一方面,缺少直接借鉴材料的局面也迫使笔者不得不将注意力转向纯粹的法学研究,在丰富“承认”问题理论内容的同时,力求找到其与经济分析理论的契合点。对于寻找这种契合点启发最大的莫过于现有的对国际私法若干领域进行的经济分析,这正是笔者将下一个搜集工作的重点转移到国际私法经济分析现状的原因之一。除此之外,还有一个更重要的原因,即尝试更新观点的需要。在肯定了“承认”问题对于国际私法研究的重要性的同时,笔者也发现,在国际私法传统理论、理念的束缚下,关于“承认”的观点千篇一律,少有新意。因而寄希望于现有的国际私法经济分析的成果能够提供有关国际私法基本理念、价值和研究方法等方面的新鲜血液,从而对更新关于“承认”问题的观点有所裨益。在这一过程中,笔者得出了一个至关重要以至于对全书写作产生了直接影响的结论:观点更新的出发点往往不在观点本身,而在于方法的更新。经济分析方法固然是对国际私法传统研究方法的更新,但是现有的国际私法的经济分析更多的是对以波斯纳为代表的法律经济分析范式(主流范式)的复制,正所谓渊源于此,亦禁锢于此。最后,原本是在观点更新动机促使下的方法更新的尝试,却指引着笔者来到了“距观点最远”的整个法律经济学

^① 本部分内容虽完成于2008年,但迄今为止,尚未见类似的研究。

领域。不过笔者的工作不是对其所有的研究成果进行面面俱到的总结,而是仅对现有的法律经济分析范式进行比较分析,从而遴选出或是尝试构造出一个对“承认”问题进行经济分析的理想范式(国际私法经济分析的综合范式)。

这样,“由近及远、由密及疏”这一思路的尽头反而成了行文成章的关键。所以,下面对文献进行述评的顺序反其道而行之,即先从法律经济分析范式的现状谈起。

第一节 法律经济分析范式文献综述

现有的法律经济分析范式可以分为主流范式和非主流范式。

简而言之,主流范式是指以“市场本位”为精神实质,以“效率”为核心价值,以主流经济学的理论为分析工具,来解释和设计法律制度的一种法律经济学的主要模式。首先,在精神、价值方面,主流范式秉承了主流经济学核心:坚定的市场观念和效率(财富)最大化,主张通过市场自愿交易达到效用(财富)的最大化。至此,“效率”作为一种法律的价值取向被提升到前所未有的高度。其次,结合主流经济学的理论,主流范式总结了法律经济学的三个定理。(1)斯密定理(Adam Smith, 1776):自愿交换对个人是互利的。(2)科斯定理(Coase, 1961):在一个零交易费用的世界里,法律对资源配置不发生影响;而在存在正交易成本的现实世界里,能使交易成本最小化的法律是最适当的法律。(3)波斯纳定理(Posner, 1974):如果市场交易成本过高抑制交易,财产权利应赋予对它净值评价最高的人。最后,主流范式的分析工具也相应地集中于新古典主义经济学,例如成本收益理论、供给需求理论、博弈理论、贸易理论等。笔者认为,除了新古典主义经济学外,福利经济学和公共经济学也是法律经济分析的主要理论来源,例如政府管制分析和公共选择分析,之所以没有将这些模式归入主流,是为了突出主流范式和新古典主义经济学的重要联系。可以把它们纳入广义的主流范式,也可以把它们作为主流范式的重要补充,这完全取决于讨论的需要。另外,需要注意的是,制度经济学中的产权理论已逐渐被主流范式所吸收并接纳,制度变迁理论则相对独立而更适合被归入非主流范畴。纵观国内现存的法律经济分析(周林彬, 1999; 丁利, 1999; 史晋川, 2001; 柯华庆, 2002; 陈国富, 2005)的工具,几乎全部来源于以上的理论。主流范式的影响力可见一斑。张建伟(2005)认为,1958—1973年这一时期是法律经济学主流范式的提出阶段,主要代表人物是 Coase、Calabresi

和 Manne; 1973—1980 年则是范式接受期,这一时期的领军人物就是 Posner、Cooter 和 Ulen;而 1976—1983 年则是范式质疑期。主流范式之所以遭受质疑,与其本身面临的诸多问题密切相关。

笔者将问题大致归纳为两个方面。一方面是对其基本理论的质疑。首先就是对效率标准的疑问:“第一,效率缺乏历史特征,对于任何特定问题而言,一种给定条件下的解释都可说是一种效率解,但法律是变动的制度体系,如果存在一种趋向效率的解,那么在这一时间进程中,效率就不是唯一解;第二,效率评价具有主观性。”这种批评主要来自奥地利学派 (Peter J. Boettke、Kirzner Israel, 1973) 和德沃金 (1979) 等法理学家。韦尔纳·Z. 荷西 (1988) 则认为效率不是评价和设计法律的唯一标准:“如果效率确实能严格地作为唯一的和最终的目标,那么,我们的任务会轻松得多。然而,我们所面对的却总是几乎完全对立的两个目标——效率和公平。”还有对财富最大化的质疑 (林立, 1999): 财富的最大化的含义是什么? 是个人财富的最大化,还是以牺牲部分人的财富为代价获得的社会财富的最大化? 财富最大化就能带来幸福吗? 另外,针对“理性人”的假设,行为法律经济学者 (Cass Sunstein, Richard H. Thaler, 1998) 指出: 人的理性是有限的。另一方面是对其方法的质疑。过于单一和流于形式主义的分析方法使其对历史及现实问题的解释力下降。《比较法律经济学》的作者 Ugo Mattei (1987) 认为: “对于大陆法系、成文法系国家而言,由于其政治结构与普通法法系国家不同,主流法律经济学的‘普通法的效率’理论对其就很难具有解释力。”Gordon Tullock 则指出,对法律的分析离不开对政治因素的考虑。Ellickson (1991) 的研究表明,将法律视为解决外部性冲突的唯一方法的做法是有缺陷的。除此以外,成本和收益分析过多的假设成分与现实不符,同时其本身界定的模糊性也遭到了广泛的批评。这些批评者主要是一些制度分析者,如 Goldberg (1976)、Schmid (1976)、Samuels (1976) 等。

在对主流范式的批判和反思中,逐渐形成了一些非主流的分析范式。这些分析范式以新的分析方法为核心,例如制度经济学中的制度变迁理论、行为经济学、进化博弈论、法律人类学、法律社会学、实验经济学等。针对主流范式的形式主义分析,非主流范式强调以现实主义的不完全市场、不完备法律、不完全合同、有限理性的政府为出发点,强调各种治理资源和治理机制之间的互补性或替代性制度结构。张建伟 (2005) 将主流范式和上述非主流范式融合在一起,并称之为: 法律经济学的后“制度主义综合范式”或比较制度分析范式。“在这个范式中,政治过程、交易成本、非正式

制度(社会规范、社会资本或社会关系网络)、法律制度、公共政策等都被纳入一个更为贴近历史和现实的经济过程中加以综合考察,其目的在于为合作秩序的治理、公共政策与立法提供理论基础。”

总之,这种综合范式与主流范式相比,更应注重法律与具体时间、空间的联系,强调法律随着时间的流逝所导致的历史过程和演进变化的重要性(Samuels, 1989),也就是强调演化的历史分析方法(Alexander Field, 1979, 1981, Daniel Bromley, 1989)。所以笔者认为法律经济分析的综合范式更适合作为本书的首选方法模式。在以其为主的前提下,尽力发挥与主题相关的人类学、社会学、哲学等传统法律交叉学科对法律研究的重要性。与此同时还要借鉴 Robin Paul Malloy(1995)提出的广义的“法与(和)经济学”(Law and Economics)的概念,即不但要“从经济学的角度看法律”,还要“从法律的角度看经济学”。当然,由于学识所有,对于后者笔者只求稍作尝试。

第二节 国际私法经济分析文献综述

国际私法的经济分析方兴未艾。吕岩峰(2007)教授指出:“对于国际私法研究而言,经济分析方法是法学分析方法的有益补充,法学分析方法无法解释和提供的效率标准的问题恰恰是经济分析所能够解决的。”从这个角度讲,“经济分析能够克服传统国际私法研究之局限”。这也正是国内外学者展开相关研究的目的之一。笔者将这些研究成果分为国外国内两部分来述评。

Posner(1999)认为冲突法经济分析之开端始于 William F. Baxter。Baxter(1963)提出了比较损害说(Comparative Impairment Theory)。他从州利益的视角出发,以侵权领域(产品责任)为范例,运用成本收益理论、囚徒困境的传统博弈模式和公共选择理论,对跨州民商事案件的法律适用进行分析,寻求实现“不同实体政策效用最大化”的途径。Baxter认为冲突法问题实际上就是州政府在对内部目标和外部目标进行衡量取舍后,对政策利益的“立法控制范围的分配(Allocation of Prescriptive Control)”。笔者认为,这个观点虽然本身有失偏狭,但对理解国际私法的经济功能有巨大的启示作用(这也是本书的内容之一)。国际私法的经济功能也必然是对某些资源的分配,各国可以根据价值出发点或实际国情的不同,或倾向公平的分配,或青睐效率的分配。之所以说 Baxter 的观点失之偏颇,是因为可供选择分配的资源绝不仅仅限于“政策利益”,还有个人利

益、国际社会的利益等,对于大陆法系国家来说,法院利益似乎与政策利益也有所区别,就像司法利益有别于立法利益。Baxter 还认为“两州在比较内部法律目标的基础上,可以实现合作”。这个观点同样也会引发一个重要的探讨——合作的理念对国际私法的重要性——笔者在后面的述评中还会有所涉及,通过合作实现国际私法的终极目的正是本书所要论证的重要课题之一。

随后 Posner(1986)提出了“比较管理优势说(Comparative Regulatory Advantage)”。孔令杰(2005)认为 Posner 的理论出发点是州利益视角或者说主权视角,笔者认为不够准确。Posner 的表述是:“能够减少司法错误和交易成本的冲突法就是有效率的。”这应该是从法院利益的视角出发,运用成本收益分析的方法,对程序法领域提出的经济目标。实际上,Posner 认为断定比较管理优势所应考虑的不应是州的政策利益,而应是哪个州最适合争讼的情势。笔者理解“适合”的标准就是司法成本相对较小,这种观点的缺点很明显,节约司法成本不是国际私法的最终目的,只能说是相对次要的目的之一,起码这涉及了效率、公平等价值在国际私法领域中的排序问题。这也是笔者所要思考的问题之一。Posner 还提到各州都具有资源配置和财富配置的利益,分配的标准是解决司法成本,而不是州的政策利益。他认为每个州各自致力于减少本州的司法成本,就等同于形成了一种合作模式,最终的结果是每个州都受益。

Michael E. Solimine(1989)从州利益的视角出发,运用成本收益、公共选择等理论对美国侵权冲突法规则、方法与理论进行了实证分析。他指出了 Posner 比较管理优势理论的缺陷,即地域主义倾向。根据公共产品理论,他认为“利益集团的影响是很多州采用现代侵权冲突方法而放弃传统的侵权行为地法原则的原因之一”。另外一个重要的原因则是州与州之间的竞争,竞争本可以带来效率(Race to the Top),但是在多数州互相效仿而纷纷放弃侵权行为地法的情况下,竞争的结果是“向下”(to the Bottom)的。尽管如此,Solimine 使我们注意到了与“合作”同样重要并且密切相关的一个概念:竞争。两者在国际私法的资源配置和发展历程中起着决定性的作用,这也是本书的一个根本观点。

Joel P. Trachtman(1994)运用博弈分析和成本收益分析,阐述了政府管辖资源配置理论。他认为“在交易成本既定的情况下,冲突法应根据所受影响的比例,尽量准确地将管辖分配给其成员受标的影响的政府”。这种分配立足于对个人利益得失的分析,又涉及州际之间资源的分配,不仅如此,他还指出了分配的途径:“解决法律冲突的最佳途径是国家间的谈判

与协议,国内立法次之。”所以笔者认为,Trachtman 的分析视角不是单独的州/国家利益视角,还包括个人利益视角和国际社会视角。关于国际私法经济分析视角的讨论也是本书的基本内容。

Erin O'Hara 与 Larry Ribstein(1993—2000)则干脆将分析视角由国家/州利益转向私人利益,他们认为效率最大化应被确立为冲突法的基本目标。如前所述,这种观点同样涉及对国际私法经济分析价值取向的讨论。O'Hara 认为实现冲突法效率最大化的最佳途径是尊重当事人的意思自治,为此他运用博弈论、成本收益理论对合同的法律适用进行了细致分析。笔者认为这个观点会因为意思自治原则受到的诸多限制而难以推而广之,况且效率目标也未必能在国际私法的方方面面都备受推崇。O'Hara 本人也多少认识到了这一点,他在运用公共选择理论进行冲突法的效率分析时提及了追求福利最大化所面临的困难。他认为同样的困难也会出现在国家间合作的过程中(他还运用博弈理论说明了合作是难以实现的),即利益集团的影响。他认为实现冲突法效率的途径是竞争,笔者认为这个思路非常重要,笔者认为合作的前提就是国家间充分的竞争,这也是本书的一个根本观点。

Andrew Gunman(2002)将国家看作独立的个体,认为国家在冲突规则产生的激励下追求自我利益的同时,就可以实现全球福利的最大化。这一观点引起了巨大的争议,Paul Stephan 与 O'Hara 等人以公共选择理论对其进行了批判,也带来了冲突法经济分析上的第一次大思辨。我们暂且不谈全球福利与利益集团的福利如何调和,不管怎样,Gunman 提出的合作理论还是值得肯定的。他认为冲突法实现效率的途径在于国家间的合作。笔者认为,不论效率也好、公平也罢,国际私法的诸多目标都要通过合作的途径才能实现。

Whincop 与 Keyes(2001)的《冲突法中的政策与实用主义》被 Posner 认为是“分析视角的从长期统治冲突法理论的主权与政府利益转向导致冲突法问题产生的私人利益”的典范,是目前唯一较全面的冲突法经济分析专著。Whincop 主张私法领域的实体政策在相应的冲突法领域应得到相应的体现。同时还主张在国际社会共同体的大环境下讨论冲突法,突破传统的狭隘的思路。从这点上看,似乎其分析视角不限于个人利益,还有国际利益。在对合同法律适用进行成本收益分析时,同 O'Hara 一样,Whincop 高度评价了意思自治原则的重要地位,而且他还在科斯定理的基础上,指出了不存在当事人合意时的法律适用规则:递补规则(Default Rules)。Whincop 将侵权分为市场性侵权(Market Tort)与非市场性侵权(Non-Market Tort),前者指当事人间不存在任何特殊人身关系,如亲属等。

而后者则指加害人与受害人之间存在一定的人身关系,如夫妻关系等。在市场性侵权上,冲突法的任务在于确保当事人的事先预期,及其行为安排能力,因此应适用当事人选择的法律,或者与行为相关的合同的准据法。在当事方未选择法律的情况下,应根据市场的成熟程度等因素确定具体侵权领域的中间递补规则。在非市场性侵权上,冲突法的任务在于减少争议解决成本。因此,明确的规则,特别是侵权行为地法是有效率的。笔者认为市场/非市场的划分很有意义,应该加以运用,特别应留意例如婚姻家庭、继承、抚养等领域的非市场性与相关的外国法适用的理由之间的关系。Whincop 还运用博弈理论对国际民商事管辖权和国际民商事判决承认与执行进行了分析。关于前者,比较重要的结论是:管辖权异议成本是限制被告的有效经济激励;至于后者,笔者后面会专门评述。

与国外相比,国内的研究方兴未艾。从许庆坤(2003)《国际私法的经济分析初探》的初步设想,到栗晓宏(2005)《国际私法产生及立法的分析》的初步尝试,再到吕岩峰(2007)《国际私法与经济分析》承前启后的综合盘点,国际私法的经济分析开始渐渐走入国内学者的视野并引起了更多的关注。其中,孔令杰(2005)的硕士论文《冲突法的经济分析》和朱莉(2007)的博士论文《国际私法的经济分析》对国外的相关理论作了系统的介绍,并且对国际私法的某些领域进行了初步的经济分析,这些研究成果对国际私法经济分析的进一步发展起到了重要作用。下面着重对这两篇论文进行述评。

孔令杰在较为全面地介绍、分析国外相关理论的基础上,提出了国际私法经济分析所涉及的三种进路、两种视角、三个层面和两个层次。这种从国际私法经济分析的基本问题层面入手的思路很有借鉴意义。比较重要的是前两点。首先,三种进路主要指国家间通过法律融合“避免冲突”,当事人意思自治选择准据法“避开冲突”,国家或个人通过冲突法规则与方法“解决冲突”。笔者认为,这种划分比较模糊,一是国家间的法律融合不局限于实体法律的融合,还有冲突法的融合,而且后者更应成为近期内努力的对象;二是当事人的合意并没有避开冲突,而是指明了冲突使用的法律,是“解决冲突”;三是解决冲突的主体更多时候是法律适用者(法院/仲裁机构),而不是国家和个人。其次,两种视角即国家主权与私人利益。前者突显了冲突法的公法性与国家的实体法政策利益,后者明示了冲突法的私法性与个人正当期望利益的保护。Whincop 等学者认为分析视角从国家主权转向私人利益是一大趋势。笔者认为,不论哪种视角,对于国际私法的经济分析都是不可或缺的,区分是必要的,但是将两者对立是不可

取的。而且笔者认为较为合理的是用四分法划分视角:个人视角、法律适用者视角、国家视角和国际视角(超国家视角)。至于层面和层次的划分,与这两点密切相关,互为求证,所以不再赘述。孔令杰认识到了国外学者的理论存在忽略国际私法经济分析基本问题研究的不足,所以他针对“内国法/外国法的适用”问题进行了专门的分析。他通过国家主权视角下,国际层面的成本收益分析,揭示了法院地法相对于外国法在成本上的优越性,解释了国际私法中“回家去”的趋向。通过博弈论分析解释了国家间在国际层面上合作,避免冲突的内在诱因与限制,及在解决冲突上的囚徒困境与合作。通过把法律适用中完全适用内国法和适当适用外国法与贸易理论中的绝对优势与相对优势作类比,借助贸易理论分析了一国在当今经济全球化背景下,平等对待内外外国法,建立开放的法律适用体制,实现法律适用上的“自由贸易”;又通过私人利益视角下,个人层面的成本收益分析,揭示了个人作为法律选择成本与收益的最终承担者与享受者,不会一味盲目地投入,也不会在有利可图的情况下不进行投入。他认为成本收益分析也为冲突法任意性适用体制提供了经济学基础。而个人间的法律选择博弈分析则论释了私人间于事先或者事后达成法律选择协议的博弈过程、策略、收益与纳什均衡。博弈分析为当事人意思自治原则提供了相应的经济学支持。

朱莉(2007)则尝试构建一个与国际私法本身的框架相对应的国际私法经济分析的框架,她主要运用成本收益理论、博弈理论对从管辖权规范、法律适用的各个具体领域到外国人民事法律地位的主要法律制度进行了初步的分析,对法律适用原则中比较重要的当事人意思自治原则也进行了专门的分析。对统一实体规范的经济分析是其论文的创新之处。从国际社会的范围来说,统一实体规范在对应的国际民商事领域起着国内实体规范所具有的节约交易成本的作用。值得注意的是,朱莉对国际私法的经济功能进行了专门的论述,笔者前面提到过,这是对广义的“法和经济学”概念作出的积极反应。

总之,国际私法经济分析的现有成果是本书写作的思路和观点的重要来源。国际私法的经济分析虽然取得了一定的成果,但由于方兴伊始,所以也存在很多问题,主要体现在分析领域、分析方法两个方面。一方面,分析的领域比较零散,对各个具体领域的分析缺少相互的联系,这就导致理论上的混乱和随意性。笔者认为出现这种情况的主要原因是缺少对国际私法经济分析基本理论的系统研究,例如国际私法经济分析的范围、视角的划分,国际私法经济分析的价值取向、国际私法的经济功能的界定等。

这是因为国内现有的分析基本上是英美法系研究成果的舶来品,而众所周知,比之国际私法的基本理论,英美法系更注重实践问题,这就导致了相关环节研究薄弱的现状。另一方面,分析方法几乎都属于法律经济分析的主流范式,例如成本收益理论、博弈理论、贸易理论、竞争与合作等。所以它也与主流范式面临的问题相同:效率标准的唯一性问题、研究方法的单一性问题、成本收益如何量化的问题等。

第三节 “承认”问题文献综述

承认外国法律的效力,是国际私法一切内容的开始,是法律选择的前提。但是目前国内外对这个问题的研究仍停留在传统理论层面,鲜有新的专门的论述。所谓传统理论即法则区别说、国际礼让说、法律关系本座说、既得权说等。14世纪意大利的法则区别说不但首次明确提出了“域外效力”的概念,而且基于自然法提出了承认外国法律效力的普遍性的理由。所以法则区别说被誉为“作为国际私法学说的最早形态,像一颗新星出现在意大利北部城邦的上空”。关于“承认”的原因,学者们普遍接受了“从法则区别说的普遍主义到国际礼让说的特殊主义,再到萨维尼的普遍主义的回归”这样的一种理论模式。与此同时,在提及各个学说的背景时,学者们只是从政治、经济、法律层面进行了初步的分析,建立了一个简单的制度分析的轮廓,而没有将“承认”问题和法律制度构成、政治经济和法律制度变迁、人们的行为意识的演变等联系起来。另外,对于“承认”含义的界定尚不清晰。在用上述学说来表述时,往往提及的是“承认”的理由/原因,也可以说是“适用外国法”的理由/原因,而有的学者在论述“适用外国法”的理由时,除了上述学说外还提到了国籍原则、政府利益分析、最密切联系等(肖永平,2003),这就存在一定的混乱。笔者认为将最密切联系原则等称为“法律选择的方法”,或者说是“适用外国法”的方法更为合适。相应的,笔者把“承认外国的法律效力”称为法律选择的前提,也就是适用外国法的前提。实际上,不论对“承认”如何理解,我们都不否认“承认外国的法律效力”本身除了有理由/原因之意外,也会涉及“适用”的方法。正因为这样,笔者才认为,最好将“承认外国法律的效力”与“适用外国法”区别而论,将前者视为后者的前提。这样逻辑上的完整表述就是:法律选择的前提,也就是适用外国法的前提是承认外国法律的效力,而“承认”的过程往往与适用外国法律的过程同时发生,难分先后,所以“承认”的理由中一定会有适用方法或者说法律选择方法的雏形。但如果就此认为方法是“承认”的理

由,就是因果倒置。所以,本书的研究范围界定为“承认外国法律效力”。

第四节 “承认”问题经济分析的研究现状之述评

对于“承认”问题的经济分析,目前尚未发现专门的论述,对类似问题的研究成果一个是 Whincop 对外国法院判决的承认和执行进行的博弈分析,另一个是孔令杰对适用内国法和适用外国法进行的成本收益分析和贸易理论分析。笔者认为,这些分析都属于法律经济分析的主流范式在国际私法领域的应用,而笔者运用的国际私法经济分析的综合范式正是在批判和借鉴主流范式的基础之上提出来的,为了更好地理解综合范式的比较理论优势,笔者将这部分纳入第三章的讨论范围,这里不予赘述。

第五节 小 结

本章分别对与“承认”问题经济分析密切相关的法律经济分析的范式、国际私法的经济分析和“承认”等问题进行了相关的文献综述,从而进一步明晰本书的研究方法、研究内容和研究意义。

首先,通过对法律经济分析范式进行文献综述,发现主流范式在取得了不菲成绩的同时也遭受了诸多质疑。这些质疑令人不得不重新审度主流范式对“承认”问题的解释力。主流范式忽略历史的方法,以效率为唯一的价值取向,并且其主要的“存活环境”为英美法系框架。而“承认”问题主要就是一个历史题材的问题,考察“承认”问题不得不追溯其发端,探究其历史细节。并且“承认”作为一个历史的、国际的法律问题,涉及形形色色的主体和纷繁芜杂的国际民商事行为,其间所彰显的价值取向不会仅限于“效率”。同时,笔者所研究的“承认”问题是隶属于大陆法系框架的。于是,非主流的分析方法就顺其自然地进入研究视野,下一章将尝试具体构建一个以非主流分析方法为主的国际私法经济分析的综合范式。

其次,“承认”问题的经济分析是国际私法经济分析的组成部分,因此对于后者现状的把握是必要的。国际私法经济分析方兴未艾,研究方向体现出“重具体、轻基础”的特点,本书属于“基础”类研究,丰富了国际私法经济分析的内容。现有分析视角仅限于在“国家”和“个人”之间进行选择,笔者认为多视角并存有利于全面考察问题,不同视角可能涉及不同的价值取向,“国家/个人”二元视角是对“承认”进行经济分析的基础,同时也成为国际私法经济分析的基本理论之一。