

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research



*Economic Analysis
of Jurisdiction, Choice of Law
Approach and Rule*

管辖权、法律选择方法 与规则的经济学分析

朱莉 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research

管辖权、法律选择方法与 规则的经济学分析

*Economic Analysis
of Jurisdiction, Choice of Law
Approach and Rule*

朱莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

管辖权、法律选择方法与规则的经济学分析/朱莉著.
北京:法律出版社,2008.11
(哈工大法学文丛)
ISBN 978-7-5036-8684-9

I. 管… II. 朱… III. 冲突法—经济分析 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第110757号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.125 字数/223千

版本/2008年11月第1版

印次/2008年11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 978-7-5036-8684-9

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序

法律出版社一向以推进法学学术研究为目标,为法律学人提供了良好的交流平台。承蒙法律出版社的大力支持,《哈工大法学文丛》这一学术项目的帷幕徐徐拉开,这无疑是哈工大法学院向学界同行集中展示学院教师学术研究成果、拓宽和深入与专家学者交流的一个极好机会。同时推出这些成果,也是纪念哈工大法学院成立三周年和哈工大法学专业建立十周年的极好形式。我非常高兴应法律出版社本文丛负责人易明群女士之邀,写几行文字,对哈工大法学院的学术研究略作介绍,以为本丛书之序。

在学校领导的大力支持下,在哈工大建设世界一流大学的背景中,哈工大法学院于2005年底正式成立。学院现有教职工31名,其中全职教师26名。学院师资队伍的独特特点是国际化。首先是师资队伍结构的国际化,拥有15位来自美国、德国、法国、意大利、国际司法机构、国际学术组织的海外客座教授群,分别担任学院的客座教授和长期合约教授,这些知名专家学者频繁来学院讲学交流;其次是全职教师学缘

结构的国际化,全院教师均有良好的学缘背景,其中3位教授、副教授获得德国名校博士学位,两位教授、副教授长期留学法国和爱尔兰,1位副教授获得芬兰赫尔辛基大学副博士,1位副教授为哈萨克斯坦国立大学的博士,另有几位教师正在攻读意大利和法国的博士学位;再次是师资队伍工作目标的国际化,科学研究全方位国际化,人才培养方面切实贯彻培养面向世界的国际化人才的目标,积极采取加强学生跨文化交流能力的系列措施,取得良好效果。学院师资队伍的另一特点是年轻化。学院的教师大多拥有国内名校的法学学位,毕业于北京大学、武汉大学、吉林大学、中国政法大学等,获得博士学位和正在攻读法学博士学位的教师占60%左右。目前几位学术带头人都在四十岁左右,绝大多数骨干教师都在三十多岁。他们主持着十余项省部级课题和国际合作项目。若干年轻博士担任了学校和学院法学研究机构的负责人。这就使得法学院的研究和教学工作充满了活力和蓬勃向上的氛围。

三年多来,哈工大法学院以高起点、研究型、国际化为特色,学科建设取得了突出的进展,师资力量大大加强,研究方向进一步明确,学术成果不断增多,在国内法学界尤其是理工科高校同行中的影响逐渐显现。2008年1月,在哈工大法学院承办的教育部法学教学指导委员会“理工科高校法学人才培养模式研讨会”上,学院提出的理工科高校法学建设要“入主流、有特色、建亮点”的思路,获得了同行们的认可。

科学研究历来处于学院建设的龙头地位,学院始终致力于推出并传播高层次学术成果,在实力雄厚的国际法尤其是外层空间法、欧洲法、国际司法制度、国际刑法以及比较法等领域,开展了认真扎实的研究,发表了一系列学术成果,搭建了一个个学术平台。建院以来,在学校的支持下,先后建立了哈工大欧洲法与比较法研究所、哈工大空间法研究所、哈工大人权法研究所、哈工大私法研究所、哈工大德国法研究所,以及法学院知识产权研究中心和法学院俄罗斯法研究中心等。这些学术机构的建立,对于推动资源和人才整合,强化研究方向、突出研究重点起到了良好的作用,是我们的一个重要经验。

由于我国在空间技术领域的迅猛发展和在国际空间活动中重要地位的日益凸显,对于空间法律全面深入的研究日益迫切,法学院在这一领域开展了卓有成效的研究工作。赵海峰教授先后主持完成了中国空间立法研究、空间活动的国际法与国内法比较研究等省部级课题,近三年每年在国际空间法年度研讨会上发表论文。以哈工大空间法研究所为中心,形成了一支稳定的研究队伍,研究人员在国内重要期刊上就空间立法、空间管理体制、空间争端解决、空间商业化、国内外空间法的教学和研究问题等发表近二十篇学术论文;出版了《空间法教程》(2006年,Marco Pedrazzi、赵海峰著,吴晓丹译)等著作;推出了国内唯一的《空间法评论》(2006年创办,赵海峰主编)学术刊物,创办该刊是为了给国内外空间法学者专家提供发表空间法研究成果的平台,推动空间法的研究,并欲与美国、加拿大等国的空间法刊物呈鼎足之势。学院广泛邀请德国、美国、意大利、韩国等国家空间法研究领域的领军人物前来授课、讲学,开展各种形式的学术交流。研究人员积极为国家有关部门的决策提供咨询意见。学院在2006年组织了首次全国规模的空间法学术研讨会,取得了丰硕的学术成果,进一步推动了国内空间法研究工作。哈工大空间法研究所也被同行们界定为国内一流的空间法研究机构。

在欧洲法方面,学院以近十名毕业于欧洲著名高校的归国教师为依托,在包括欧盟法、欧洲人权法和欧洲国家国内法等领域展开了重点学术研究,并于2007年主持召开了中国欧洲学会欧洲法研究会首届学术年会,推出了《欧洲法问题专论》(2006年,赵海峰著)、列入本文丛的《欧洲法析论》(2008年,葛勇平、孙珺著)、《欧盟法律体系》(李滨、赵海峰等译)、《欧盟宪法条约与欧洲法的新发展》(赵海峰主编)等著作,发表了一系列欧洲法研究的学术论文,赵海峰主编的《国际法与比较法论坛》(2006年创刊)学术刊物上也发表了诸多欧洲法的研究成果。

在国际司法制度方面的研究,哈工大法学院处于国内前列。已经完成和正在进行的省部级课题包括赵海峰主持的“国际司法程序问题研究”、宋健强主持的“国际刑事法院经典判例实证研究”和“国际刑事法

治”的实践理性——以国际刑事法院情势和案件为例”等。赵海峰、李滨、宋健强等就此发表了一系列学术论文,并出版了《国际司法制度初论》(2006年,赵海峰等著)一书。赵海峰教授认为,国际司法机构由于近年来快速的发展、在国际关系中日益显著的作用和丰富的研究对象,应当成为一门独立的学科。宋健强副教授对于国际刑事司法制度尤其是国际刑事法院的机制与判例开展了密集研究,先后出版了《国际刑事司法制度通论》(2006年)、《国际刑事法院诉讼详情实证研究》(2007年)等专著,以及列入本文丛的《国际刑事法院“三造诉讼”实证研究》(2008年)等,学术界对此给予了充分关注,陈兴良教授肯定了宋健强在研究中分别就国际刑法哲学、国际刑事法治、表面正义等方面提出的新观点的学术价值,并指出“宋健强致力于国际刑法研究,新作迭出,锋头颇健,值得称道”。

在比较法研究方面,法学院也着力甚巨。比较法研究的一个主攻方向是国别法研究。赵海峰教授很早以来,就主持了法律出版社《法国现代法学名著译丛》的翻译和出版工作,目前该丛书中的《法国商法》(罗结珍、赵海峰译)、《法国民法总论》、《世界法的三个挑战》(罗结珍、赵海峰等译)等著作已经出版,《法国宪政学》一书也即将出版;同时主持的北大出版社的《海外学子法学文库》也正在推进,第一种《欧盟对华投资的法律框架——解构与建构》已经出版;另外主编的《国际法与比较法论坛》第一、二、三辑中,发表了不少比较法学的论文。哈工大德国法研究所主任葛勇平、孙珺两位教授主编的《德国法研究》(2008年创刊)刊物的第一、二卷,发表了相当数量的德国法研究的学术论文。学院在俄罗斯法研究方面也发表了十余篇学术论文,主持了若干包括省部级课题在内的研究课题。

哈工大法学院在民商法和法理学方面,力量也比较强。民商法教师,主持了有关土地登记制度等内容的若干高层次研究课题。知识产权等领域成果集中,分别出版了《网络知识的法律保护》(2008年,郭丹主编)、《网络法概论》(郭丹主编)、《知识产权法》(2008年,王伟、李晶珠编著)、《合同之债例解》(2006年,任旭东、冯秋燕等编著)等专著和教材。

法理学的研究目前在人权法方面比较突出,哈工大人权法研究所所

长杨成铭教授在欧洲人权机制和教育权等方面的研究成果丰硕；副所长王宏伟副教授在哈萨克斯坦出版了《中亚国家人权研究》(2007年)、《国际法与中国—哈萨克斯坦两国关系研究》(2007年)等专著,并发表了一系列学术论文;副所长王勇波博士则在国际著名出版社出版了有关香港问题的人权法英文专著《The Protection of the Fundamental Rights in the Hong Kong Special Administrative Region: An Analysis of Transition》(2007年)。对于死刑问题,除了发表研究论文之外,还组织翻译了两部重要著作在法律出版社出版:一部是法国巴丹戴尔的《为废除死刑而战》(2006年,罗结珍、赵海峰译);另一部是爱尔兰人权中心主任夏巴斯的《国际法上的废除死刑》(2008年,赵海峰、吴晓丹、宋健强、李晶珠译)。在国际法的基本理论方面,葛勇平教授在国际法主体理论方面做过深入研究,在德国出版了《香港与欧洲联盟的国际法主体资格问题研究》(2003)一书。朱莉博士以经济分析的方法展开了对国际私法问题的研究,侯瑞雪博士则主攻有关国家—社会的理论框架与我国法学研究的问题。在本文丛中,她们的《管辖权、法律选择方法与规则的经济分析》、《“国家—社会”框架与中国法学研究》都在第一批书目之中,两本专著都是在他们博士论文的基础上修改而成的。法理学方面的另一成果是高立忠、窦玉前编著的《继承与发展:中国依法治国的理论与实践》(2005年)一书。

以上对学院近年来学术研究的几个重点和进展进行了回顾性介绍,有点像流水帐,但应当说触及了哈工大法学研究的核心。需要强调的是,这些研究,仅仅是一个良好的开端,哈工大法学院的科学研究,在深度、广度和层次方面都需要做更进一步的艰苦努力。我们一定要抓住时机,找准方向,突出重点,潜心研究,为繁荣我国的法学研究做出更大的贡献,这也是本文丛的一个努力目标。

本文丛的出版获得了哈工大法学平台建设基金的支持。

赵海峰 教授

2008年10月于哈尔滨

序

作为一种新的法学思潮,经济学分析法已经对西方国家的法学研究产生了重要影响,在中国,经济学分析法可谓方兴未艾。

经济学分析法,又被称为法经济学、法与经济学、法律与经济,等等,无论怎样称谓,都旨在揭示法学研究与经济学方法之间存在的瓜葛。经济学分析法提供的分析方法已经被愈益广泛地运用于宪法、刑法、合同法、侵权法、知识产权法、婚姻家庭法等领域中具体制度的研究,而相关的理论成果不断出现在美国、英国、德国、法国、日本、中国等国家。这种态势印证了波斯纳的看法:“近年来,最雄心勃勃而且可能最有影响的努力是法律与经济学的交叉领域。”经济学分析法的发展将会进一步证实波斯纳的这一预见。《管辖权、法律选择方法与规则的经济分析》一书的出版,既可视作经济学分析法思潮中的一粟涟漪,也可视为国际私法园地中的一枝新蕊。

管辖权、法律选择方法与规则是国际私法领域

的主要问题。传统国际私法(冲突法)的主要任务是通过解决管辖权冲突以及法律适用的冲突最终协调有关各国和当事人的利益关系。管辖权确定原则、法律选择方法与法律选择规则是国际私法为解决管辖权冲突、法律适用冲突提供的机制。传统国际私法研究和实践对潜藏在各国管辖权以及法律选择政策背后的经济动因缺乏应有的洞察,因而对管辖权和法律选择问题的解释、评价和处理缺少经济的维度。这不仅是关于管辖权和法律选择理论研究上的一种缺憾,而且是管辖权确定原则、法律选择方法和规则实践上的一种匮乏。本书尝试运用经济学的分析方法研究管辖权、法律选择方法和规则的理论 and 实践问题,是朝着弥补和充实这种缺憾和匮乏的目标所做出的一个切实而有益的努力。

无论是经济学分析法学方法,还是国际私法的经济分析,在我国都还处于探索和开拓阶段。本书作者在读硕士研究生时专攻国际私法,奠定了扎实的国际私法专业功底。考取法经济学博士研究生后,她通过各种方式加强自己的经济学修养,并努力将国际私法与经济学二者结合起来加以研习,最终完成了以“国际私法的经济分析”为题的博士学位论文。本书即是对其博士学位论文的主体内容进行提炼和完善之后所取得的成果,也可以说是一位兼有法学硕士和经济学博士两个学位的学术新秀的一份学力证明。

在包括作者在内的我的硕士生和博士生的课堂上,我常常就我所阐述的见解和主张向学生们诚恳地表示一种态度:“供批判用。”这既是为了倡导学术批评,也是为了培养学生的思辨能力和创造精神——认识往往是经过各种批判的修正而成熟起来的;创造性的成果往往是经过否定之否定的过程而产生的;真理越是受到批判便越是放射出夺目的光辉——这是我在读中学时通过对批判“三项指示为纲”和反击右倾翻案风运动的观察与思考而得出的看法。就本书而言,我相信读

者的批评既表明了一种关注,也有助于作者的进步。当然,我更希望本书对我国的国际私法理论和实践能够有所裨益,对经济学分析法学思潮在我国的涌动激荡起到推波助澜的作用。

吕岩峰

2008年北京奥运会开幕
倒计时50天之日于长春

用经济分析的方法对冲突法中的管辖权冲突与法律选择问题进行了研究。本书在运用经济学的思考路径与分析方法寻找解决管辖权冲突与法律选择问题的最佳方案。本书既是 21 世纪的冲突法研究成果，又是以冲突法中的相关具体制度为研究对象深化法经济学理论的一次尝试。就研究方法而言，本书在运用成本收益分析、供求理论、公共选择理论、博弈理论进行规范分析的同时，也通过案例分析、具体冲突法制度的效率评价完成了对应内容的实证分析。就研究内容而言，“从冲突法的经济学分析理论中发觉法律选择问题的解决方法”、“对现有的管辖权确定原则以及传统的法律选择方法进行效率评价”以及“运用经济学的分析方法、以实现法律适用过程中以及准据法适用后的资源有效配置为目标选择具体的法律选择规则”是本书所要研究的重点内容。就研究进展而言，本书取得了以下几个研究成果：在管辖权的经济学思考部分，本书确定了各国行使管辖权的条件并对法院为了增加诉讼或者抑制诉讼的具体措施提出了建议；在法律选择方法的经济学分析部分，本书确定了得到经济学分

内容简介

本书是一部运用经济学的原理和方法分析冲突法制度的作品，其旨在运用经济学的思考路径与分析方法寻找解决管辖权冲突与法律选择问题的最佳方案。本书既是 21 世纪的冲突法研究成果，又是以冲突法中的相关具体制度为研究对象深化法经济学理论的一次尝试。就研究方法而言，本书在运用成本收益分析、供求理论、公共选择理论、博弈理论进行规范分析的同时，也通过案例分析、具体冲突法制度的效率评价完成了对应内容的实证分析。就研究内容而言，“从冲突法的经济学分析理论中发觉法律选择问题的解决方法”、“对现有的管辖权确定原则以及传统的法律选择方法进行效率评价”以及“运用经济学的分析方法、以实现法律适用过程中以及准据法适用后的资源有效配置为目标选择具体的法律选择规则”是本书所要研究的重点内容。就研究进展而言，本书取得了以下几个研究成果：在管辖权的经济学思考部分，本书确定了各国行使管辖权的条件并对法院为了增加诉讼或者抑制诉讼的具体措施提出了建议；在法律选择方法的经济学分析部分，本书确定了得到经济学分

析支持的新的法律选择方法并为传统法律选择方法设计了有效的适用途径；在法律选择规则的经济学研究部分，本书不仅从宏观上确定了法律选择规则所具有的灵活性与确定性的不同存在条件，又从微观上确定了合同、侵权、知识产权、继承等领域能够实现相关资源有效配置的法律选择规则。

内容简介

本书在总论部分首先阐述了法律选择规则的基本原理，其次对法律选择规则的经济学分析进行了系统的论述。在分论部分，本书分别就合同、侵权、知识产权、继承等领域的法律选择规则进行了详细的分析。本书力求做到理论与实践相结合，既注重对法律选择规则的理论探讨，又注重对法律选择规则的实证分析。本书可作为法学专业及相关专业的教材，也可供从事法律工作的实务人员参考。

目 录

第一章 理论基础 /1

第一节 经济学分析的内涵、方法与优势 /1

一、经济学分析的内涵 /1

二、经济学分析的方法 /5

三、经济学分析的优势 /13

第二节 经济学分析法学的理论功能 /15

一、经济学分析法学的学科定位 /16

二、经济学分析法学的理论功能 /18

第三节 效率与正义的内在统一 /21

一、正义的效率诠释 /22

二、效率实现过程中的正义 /23

三、在正义与效率的冲突中权衡 /24

第二章 冲突法的经济学分析:文献述评 /28

第一节 巴克斯特与比较损害说 /30

一、概述 /30

2 管辖权、法律选择方法与规则的经济学分析

二、比较损害说的经济学论证 /30

三、短评 /33

第二节 波斯纳与比较管理优势说 /33

一、概述 /33

二、波斯纳的分析 /34

三、比较管理优势说的评价 /35

四、比较管理优势说的启示 /39

第三节 温克普与政策与实用主义理论 /41

一、概述 /41

二、管辖权交易的经济学分析 /42

三、温克普与递补规则 /44

四、政策与实用主义的具体体现 /45

五、对冲突法之作用的基本认识 /52

六、政策与实用主义的合理性 /53

第四节 罗哈罗、莱本斯坦与当事人意思自治原则的经济学思考 /55

一、罗哈罗的观点 /55

二、莱本斯坦的观点 /60

三、来自罗哈罗与莱本斯坦理论的启示 /64

第五节 古兹曼与全球福利最大化 /66

一、概述 /66

二、冲突法与全球福利最大化 /67

三、国际合作的可行性与国际合作的多层次性 /67

四、评价 /70

第六节 萨里米尼与属地法律选择规则的经济学分析 /72

一、属地的法律选择规则的经济功能:规范分析 /73

二、属地的法律选择规则与灵活的法律选择规则:实证分析 /75

三、评价 /77

第三章 管辖权相关问题的经济学分析 /79

第一节 国际民事管辖权的经济属性与经济功能 /79

一、管辖权的经济属性 /79	
二、国际民事管辖权的经济功能 /80	
第二节 管辖权的确定:成本收益分析 /81	
一、与司法管辖服务相关的成本和收益的确定 /82	
二、现有国际民事管辖权确定原则的效率评价 /84	
三、当事人和法院根据成本收益分析对管辖权的选择和确定 /88	
第三节 管辖权的发展趋势:供求理论分析 /96	
一、司法管辖服务市场的定性 /96	
二、影响司法管辖服务的需求与供给的因素 /97	
三、法院根据供求原理采取的调整措施 /99	
第四节 外国法院判决之承认与执行的博弈分析和公共选择理论分析 /100	
一、外国法院的判决得到承认的法律依据 /101	
二、承认外国法院判决的经济学分析 /102	
第四章 法律选择方法的传统理论认识与经济学分析 /106	
第一节 关于法律选择方法的传统理论 /106	
一、法律选择方法的基本类型与适用范围 /106	
二、法律选择方法相关理论的演进与现状 /120	
第二节 冲突法的经济学分析理论与法律选择方法的新发展 /130	
一、冲突法的经济学分析理论中提供的法律选择方法 /131	
二、对不同法律选择方法的评价 /138	
三、经济学分析肯定的法律选择方法 /145	
第五章 法律选择规则的经济学分析 /150	
第一节 法律选择规则之发展趋势:经济学分析 /150	
一、法律选择规则增加灵活性的趋势:经济学分析 /152	
二、法律选择规则在灵活性与确定性之间的权衡:经济分析 /160	
第二节 当事人意思自治原则与最密切联系原则 /165	
一、国际合同领域里的当事人意思自治原则 /165	
二、当事人意思自治原则的扩张与限制:成本收益分析 /172	

4 管辖权、法律选择方法与规则的经济学分析

三、最密切联系原则的经济功能、成本陷阱与有效适用 /180

第三节 具体领域法律选择规则的确定与证明 /187

一、合同 /188

二、物权 /194

三、知识产权 /198

四、侵权 /203

五、不当得利与无因管理 /213

六、婚姻家庭 /216

七、继承 /222

第六章 结论与启示 /226

附录:统一实体法学的经济学分析 /239

一、统一实体规范与合作均衡 /240

二、统一实体规范的经济功能 /241

三、统一实体规范与冲突规范的经济功能比较 /259

参考文献 /261

后记 /273