

京师法律文库

冲突法中的政策 与实用主义

Policy and Pragmatism in the
Conflict of Laws

[澳] 迈克尔·J. 温考普

玛丽·凯斯◎著

阎 愚◎译



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

冲突法中的政策 与实用主义

Policy and Pragmatism in the
Conflict of Laws



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

版权声明

Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws

Copyright © Michael J. Whincop and Mary Keyes, April 2001

All rights reserved.

Simplified Chinese Translation Copyright © 2012 by Beijing Normal University Press

This translation is published by arrangement with Ashgate Publishing Limited.

简体中文版由 Ashgate 公司授权北京师范大学出版社出版发行

北京市版权局著作权合同登记号: 图字 01-2012-0795

图书在版编目(CIP) 数据

冲突法中的政策与实用主义 / 阎愚译. —北京: 北京师范大学出版社, 2012.3

ISBN 978-7-303-11751-2

I. ①冲… II. ①阎… III. ①冲突法—研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 215797 号

营销中心电话

010-58802181 58808006

北师大出版社高等教育分社网

<http://gaojiao.bnup.com.cn>

电子邮箱

beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 155 mm × 235 mm

印 张: 14

字 数: 220 千字

版 次: 2012 年 3 月第 1 版

印 次: 2012 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

策划编辑: 李洪波

责任编辑: 李洪波

美术编辑: 毛 佳

装帧设计: 毛 佳

责任校对: 李 茵

责任印制: 李 啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

理查德·A·波斯纳^①的序

据我所知，这是第一部将经济学方法引入冲突法这一重要法律领域的著作。两位作者将他们的方法描述为“实用主义”而不是经济学，这是合理的，因为他们没有把自己局限在经济学观点中。他们的著作兼收并蓄，因而在处理任何法律领域的问题时都是合适的，特别是对于偶尔使用经济学方法的领域。但是这本书充满了经济学方法，并且作者已经成功地展示出一个冲突法使用经济学方法的始料未及的丰硕成果。

我曾经说过，在此之前经济学只是偶尔被用于冲突法，这样说不否认那些先前的贡献，对这些贡献，本书的作者完全予以承认。举例来说，罗伯塔·罗曼诺(Roberta Romano)和其他学者已经证明，各州有关公司设立的法律是如何刺激了各州之间在吸引公司来本州设立上而展开的竞争，并且这种竞争已经趋向于公司法的最优化(而非我们曾经认为的退化)。威廉姆·巴克斯特(William Baxter)和其他学者已经表明，对于州际或国际纠纷适用具有比较管理优势的法域(可能由于是引起纠纷的伤害发生地)的法律——该法域的法律可以对当事人的行为进行最佳管理——能够提高效率。但是温考普(Whincop)和凯斯(Keyes)的著作比先前有关法律问题的经济分析走得更远，不仅体现在综合性上，还体现在视野的深度上。他们的阐释尽管主要是采用来自于英国与澳大利亚的案例，但他们的分析完全适用于美国的州际冲突，也适用于国际冲突的全部范围。

他们最具特色的分析上的“转变”是从强调在冲突法法律文献中已占主导地位的政府利益转变为在产生冲突法问题的纠纷中强调当事人的利益。在这方面，他们的方法可以被认为是罗曼诺和其他学者关于公司法的“竞优”(race to the top)方法的一般化；在这里也同样重视当事人对所适用法律的选择；有关将公司设在哪里的选择是由股东和官员做出的，这些股东和官员用他们已经选择的法域的法律解决他们有关公司法的纠纷。

① 理查德·A·波斯纳，当代著名的法经济学家，美国联邦第七巡回区上诉法院的首席法官；芝加哥大学法学院的高级讲师。

以当事人为中心的方法相当于经济学中对自由市场的强调，作者对合同案件法律冲突的分析富有启发性地阐释了这个方法。他们的基本观点是：适用于合同纠纷的法律选择应该简单地被视为当事人决策的延伸，即当事人决定将哪些条款写入合同之中。这个观点简明、新颖、重要，而且完全是经济学的。法律选择不过是另一个条款。温考普和凯斯的下述论证是很有说服力的。如果当事人指明了一个法律选择，这个法律选择就应该得到兑现，即使该选择规避了某法域在其他情况下本应适用的强行性规则。如果当事人没有指明法律选择，法院就应当作出选择，该选择是当事人在考虑这个问题时最有可能作出的那一个。

本书写得极为清楚，而且，正如我所说的，本书所选择的用来论证的案例都是来自作者最熟悉的法域，这绝不是贬低他们分析的普遍性。在美国，正如它在其他英语国家和欧盟中那样，这本书对于转换冲突法的研究思路是有价值的，对全新的、实用主义的冲突法感兴趣并对经济学作为重构冲突法理论工具的效用感兴趣的法官、律师和法学教授将首选此书，并从中获益。

译 序

冲突法学者不厌其烦地告诉他们的学生，学者是怎样对国际私法施加影响的，这种影响远比其他法学领域要多。对这样的学者来说，比尔(Beale)或柯里(Currie)的范例会让他们想起拿破仑的洞见：不想当将军的士兵不是好士兵。不幸的是，国际私法还是像韦伯恩的音乐那样“易于理解”^①，它的学术仍然是褊狭的、令人生畏的领域。甚至学界的“名人们”都抱怨他们的学科，将它谴责成“令人忧郁的”或“糊涂可笑的”。因此，如果学者们的抱怨是真的，那真不是什么值得夸耀的事情。

本书的主要目标是拆除冲突学说与学界其他部分之间貌似真实的藩篱。为此，我们将把为实体法领域提出的理论扩展到多州以及国际背景中。那意味着我们的分析并不从法律冲突开始，也不从主权国家的利益或权力开始。相反，它退而审视更大的背景，不管那是私序的增强、风险的分配、财产权利的保护，还是诉讼的裁决。经济分析的使用往往意味着，我们发现国家利益是毫无助益或扭曲变形的，正如它们在内国私法背景中经常所是的那样。我们试图发展一种多州的法律理论，这种理论是私人的、实用主义的、反形而上学的和自由的——而非统计的、教条主义的或形式主义的。

本书收集、增补并大大地修订了我们在该领域早些时候发表的研究作品。要感谢以下各位对本书及早先的文章所做出的评论；他们是：伊恩·艾瑞斯(Ian Ayres)、沃恩·布莱克(Vaughan Black)、安吉斯·考伯特(Angus Corbett)、凯文·戴维斯(Kevin Davis)、马丁·戴维斯(Martin Davies)、尼克·乔治克波罗斯(Nick Georgakopoulos)、拉塞尔·科罗布金(Russell Korobkin)、伊瑞因·奥哈拉(Erin O'Hara)、布莱恩·奥普斯金(Brian Opeskin)、帕特里克·帕金森(Patrick Parkinson)、拉里·李伯斯坦(Larry Ribstein)、梅根·理查德森(Megan Richardson)、迈克尔·提尔堡(Michael Tilbury)、史蒂芬·维尔(Stephen Ware)以及多伦多大学和乔治梅森大学法学院的两个法经济学研讨会的成员们。我们要特别对汤姆·坎贝尔(Tom Campbell)表示感谢，他对本课题付出了极大的热情。迈克尔·温科普(Michael Whincop)要感谢他的母亲和姐姐付出的忠诚与支持。玛丽·凯斯(Mary Keyes)要感谢她的家人。

① 韦伯恩的音乐：安东冯·韦伯恩是奥地利的作曲家。他创作了大量无调式音乐，他的音乐作品，极为凝炼，而且很复杂，“至今没有确切说明，顶多只是猜测，或者看法大相径庭”，所以他的音乐对其听众来说“似乎要长期被拒绝”。参见[德]汉斯彼得·克雷尔曼，《罗沃尔特音乐家传记丛书：韦伯恩》，北京：人民音乐出版社，2009。

致 谢

本书的部分内容建立在我们较早发表的几篇文章基础上。第二章包含在《迈向国际私法的经济理论》(《澳大利亚法哲学期刊》，2000(25))一文中以不同形式发表的内容。第三章来自于《把“私”还给国际私法：默认规则与合同的自体法》(《墨尔本大学法学评论》，1997(21))一文的资料，但作出了重要的修改。第六章修订并扩展了《对侵权案件法律冲突的经济分析：离散型与关联型侵权》(《墨尔本大学法学评论》，1998(22))一文。第九章的前半部分建立在《法院的联结：关于公司管辖权的合同性理论》(《新南威尔士大学法学评论》，1998(21))一文的基础上。不过这些章节并未使用来自那些文章的版权资料。

第四章建立在最早发表于《悉尼法学评论》的《国际私法中法规的领地：强行性规则界限的经济理论》(1998年，第20卷，第435页)一文的基础上并包含该文内容。我们非常感激《悉尼法学评论》的编辑们允许我们在本书中使用这篇文章的版权材料。第五章建立在首次发表于《西北大学国际法和商业杂志》上的《国际私法中的市场性侵权》(1999年，第19卷，第215页)一文的基础上并复制了该文的一些章节。西北大学是这篇文章的版权所有人，本书使用的版权资料遵循了作者的版权转让书的条款。

第七章首先是作为迈克尔·温考普的文章《大教堂中的冲突：迈向国际私法中的产权理论》(《多伦多大学法学期刊》，2000(50))我们非常感谢多伦多大学出版社允许我们在这里使用版权资料。

第八章基于迈克尔·温考普的一些著作。关于法院选择的经济学和管辖权异议那个部分是一篇名为《法院选择、中止请求和管辖交易：国际诉讼的一个经济模式》的研讨论文的非正式修订。在第八章中关于禁诉令和中止裁决的部分以某种改进的形式复制了迈克尔·温考普《国际管辖权的三个积极理论》(《墨尔本大学法学评论》，2000(24))一文的第五部分(B)。我们非常感谢编辑允许我们从这篇文章中复制版权资料。CSR v. Cigna一案的讨论是温考普《无责任挑选法院：CSR v. Cigna案后禁诉令的法经济学》(《堪培拉法学评论》，1998(5))一文的重要修订版。对判决承认的讨论主要观点来自迈克尔·温考普《承认的情境：外国判决承认的博弈论问题》(《墨尔本大学法学评论》，1999(23))。除了提到的那些地方，第八章没有复制这些文章所包含的版权资料。

第十章中关于互联网冲突的资料是以迈克尔·温考普《法律选择、管辖权和互联网：一种政策分析》(《国家法学评论》，1999)一文为基础的。第十章没有复制该文包含的版权资料。

序 言

自 20 世纪 60 年代法经济学兴起以来，利用经济学方法分析法学问题的研究模式逐渐延伸到法学各个领域，成本、效率等经济概念也逐渐为法学学者所熟悉。可以说，法经济学掀起了法学研究的一个热潮，这股热潮同样波及我国。从 20 世纪 90 年代开始，已有越来越多的学者对法经济学产生了浓厚兴趣，出版了一批高水平研究成果。但是，无论是国外还是国内的法经济学研究，一旦涉及冲突法领域就仿佛遇到了很大的障碍，这个领域的经济分析一方面起步很晚；另一方面，研究成果也远不及民法、刑法等主流法经济学领域丰富。澳大利亚学者温考普和凯斯的著作《冲突法中的政策与实用主义》一书出版于 2001 年，比法经济学的兴起晚了近 40 年。这本书被美国著名法经济学家波斯纳教授称为第一本用经济学方法研究冲突法问题的著作。可以说，这部著作的出版填补了法经济学研究的一个空白。因此，把这本书翻译引进到中国来，让中国学者能够比较方便地参考、借鉴与引用具有重要的理论意义。

总的来说，这本书的研究是非常全面的。尽管在书名上，作者将研究对象界定为冲突法，它实际上涉及国际私法的主要领域，包括国际民事诉讼法的很多内容，对管辖权问题的分析占了相当大的篇幅。而且，本书最后一章还涉及互联网的法律冲突问题，这在今天也算是很前沿的问题。作者对此从经济学的视角提出了很具实践可行性的解决方案，增加了本书十分现实的研究价值。目前，国内尝试在冲突法领域进行经济分析的学者对本书也多有引用，这从另一个侧面反映了本书在这一领域的重要性。

本书的一个重要特色是对当事人利益的重视高于国家利益，这表明作者在冲突法研究上具有自由主义倾向。在政府干预已经成为现实状态的现代民主制度中，这种研究立场是颇受争议的。更不用说，自美国冲突法革命以来，很多理论成果即使没有将柯里的“政府利益分析说”奉为圣经，也或多或少受到了它的影响，将国家或政府利益视为解决法律冲突的重要影响因素。这使本书作者在研究国际私法问题时将当事人利益视为至高无上的首要考虑显得特别突出。在本书中，作者

较为充分地论证了关注当事人的利益如何能够推进国家间的合作性妥协、限制寻租并降低解决法律冲突的难度，论证过程系统全面，很有说服力。

本书另一个重要特点是它对法经济学的态度和运用方式。与很多法经济学研究将经济分析视为主流分析范式并以经济模型主导论证过程的模式不同，除了第八章对管辖权问题的分析出现了一些经济学著作中常见的图表、公式外，本书其他章节的经济分析是以一种并不明显的经济学方式进行论证的。但这丝毫不影响本书作为法经济学著作的特征。在强调当事人利益的同时，作者将其经济思想融入到对“交易性”方法的追求中。这种交易性方法的根源来自奠基法经济学科的科斯定理及其推论，意指当事人可以通过交易改变无效率的权利配置。如何降低交易成本并促进这种交易的达成应该是解决法律冲突的首要考虑。从此出发，不仅合同、产权问题能从交易的角度加以解决，管辖权问题也可以被视为就权利进行的交易，产生于某种合同的侵权问题在很多情况下也可以同合同问题有同样的解决方案，公司作为“一组契约的联结”，其交易性也是不言而喻的。

在阐述这种交易性方法的过程中，虽然交易成本、效率、收益始终是作者关注的焦点，但经济分析并没有呈现出过分的强势。在多数情况下，作者强调的是一种包含经济学思维模式的理念而非一个经过严密数学演算或模型推导的结论。换句话说，作者认为法律冲突的解决应该降低交易成本，但并不会论证某种解决方案在某个情况下能够具体降低多少成本。在作者看来，经济分析的各种指标只是一些非常实用的标准，能够为法律冲突的解决确立一个方向。有些时候，如非市场性侵权中的离散型侵权情形下，这种经济标准还要让位给其他更具形而上的主张，如正义、公平等。这种态度无疑更容易被法学学者接受，毕竟法学问题不同于纯粹的经济学问题，具体数据算出的结论有时并不一定同正义的要求相一致。

此外，从比较法研究的角度来看，这本书的理论价值也是十分明显的。一方面，这部由两位澳大利亚学者完成的著作使用了很多来自澳洲的经典案例，其中的大部分并不为国内学者所了解。因此，这本书能够很好地充实国内冲突法研究的资源。另一方面，本书涉及了很多国内学者以前没有重视的冲突法问题，如合同领域中的“私序”和“默认规则”；侵权领域中对“市场性侵权”与“非市场性侵权”以及后者中“关联型侵权”与“离散型侵权”的划分；财产法领域中产权垄断对法律冲突的影响；管辖权领域中的“管辖交易”等。我国学者对这些问题的

研究关注不多，本书作者比较充分地论证了它们对解决法律冲突的重要性。

最后，值得指出的是，从法学学者的角度来看，本书的理论并不算艰深，特别是其中的经济分析并没有涉及太多的数学推演和经济模型，使没有经济学基础的法学学者或学生也很容易看懂。但同时，作者又很好地展现了经济学的思维模式对于冲突法研究以及法律冲突的解决具有怎样的重要意义。因此，无论是对法经济学感兴趣的学者，还是希望深入研究冲突法问题的学者，或是单纯想拓展知识领域、开阔研究视野的学者，本书无疑都是一个很好的选择。尽管本书涉及一些较为专业的问题，但它们不会成为读者欣赏本书并从中汲取知识、扩展思维的障碍。

肖永平

2011年7月

目 录

第一章 导 论	1
一、在现代全球秩序中的国际私法	1
二、国际私法的实用主义理论	4
三、本书概要	7
第二章 冲突法中的理论	10
一、冲突的理论背景	10
二、理论上的分类	13
三、肯定国家利益的二阶法律选择(A 型)	13
四、肯定国家利益的一阶法律选择(B 型)	16
五、肯定当事人利益的一阶法律选择(C 型)	19
六、肯定当事人利益的二阶法律选择(D 型)	21
七、法律选择理论的动力	23
八、国际私法的功能	25
九、小 结	29
第三章 合 同	30
一、合同法的作用	30
二、高交易成本背景中的法律选择和管辖权选择	34
三、默认规则的默认选择	39
四、小 结	44
第四章 强行性规则和法律解释	46
一、内国的和国际的强行性规则	46
二、强行性规则和居间默认规则的关系	47
三、在多数世界中解释合同法规	53
四、解释合同法规的司法方法	58
五、小 结	61

第五章 市场性侵权和竞合责任	63
一、合同、市场性侵权和非市场性侵权	63
二、侵权的法律选择	66
三、识别	68
四、侵权法的合同性选择	70
五、市场性侵权的法律选择默认规则	71
六、产品责任案中的法律选择	73
七、投资者之诉(Investor Suits)中的法律选择	76
八、小结	78
第六章 非市场性侵权	79
一、非市场性侵权和效率	79
二、非市场性侵权的成本	80
三、离散型非市场性侵权的最佳冲突规则	86
四、关联型侵权的最佳冲突规则	88
五、无知之幕背后的法律选择	90
六、法律选择与矫正正义	92
七、法律选择的合理预期	93
八、小结	94
第七章 财产权	95
一、经济学与国际私法中的财产权	95
二、多州交易中的财产权	96
三、土地权利的监管和确定	102
四、小结	112
第八章 管辖权和程序	113
一、管辖权的重要性	113
二、与管辖原则相关的利益	114
三、管辖权的经济学	115
四、确立管辖权：再论二阶规则	127
五、拒绝管辖权	130
六、禁诉令	138
七、判决的承认	143
八、小结	146

第九章 公司作为管辖权主体	147
一、公司和企业理论：再议科斯	148
二、国际私法中的公司	149
三、询问正确的问题	152
四、关于管辖权的契约理论	154
五、国际破产中的管辖权与法律选择	159
六、小 结	162
第十章 超越民族国家	163
一、实用主义的重新探讨	163
二、弱小的州，强大的联邦	165
三、法律冲突与互联网	169
四、小 结	175
案例列表	177
法规列表	184
参考文献	185
索 引	203
后 记	208

第一章 导 论

一、在现代全球秩序中的国际私法

正如我们常说的，世界正越变越小。国家主权正在衰落，贸易保护主义正在逐步消失，区域主义与全球化是现代政策中的两大争端。随着全球“距离”的缩短，世界上各民族国家的法律和法律体系之间的相互吸引不断增强。国内法与国际法不再有明确的界定或区分。

法律界限的崩溃带来两个后果，其中一个显而易见，另一个则不太明显。显而易见的后果是，有关其他法域的法律知识不再仅仅属于“比较法学者”。许多执业律师和大多数学者都已被迫地把自己的视野扩展到国外。而另外一个不太明显的后果是，国际法的作用、分析和学术就其传统形式而言如果说以前还行得通，那么现在已经不再站得住脚了。在本书中，我们主要研究国际私法领域中的这种现象，即国际法中涉及合同、侵权与财产等私法领域的那一部分。

作为一个学科，国际私法的开端在很大程度上与其他许多法律领域有着同样的方式。^① 国际私法依托在一个三脚架上，这个三脚架的三个脚分别是法院的管辖权、要求在交易中适用不同的法律所引发的法律冲突的解决，以及对外国法院判决的承认。人们最初认为，界定这些法律的

^① 见 Juenger (1984)。

法律规则可以从国家、法院、法律、判决及当事人等数量不多的基本概念中合乎逻辑地推导出来。^①就如同在其他法律领域中那样，形式主义的教义占据着优势。而在国际私法领域中，形式主义者的自命不凡尤为强烈。国际私法曾经是，而且在一定程度上仍然是，一个很强的公式化法律体系，充满了丰富而且具有权威性的拉丁文和法文，只需看看经典文献就知道了。时至今日，《戴西和莫里斯论冲突法》这本书还是以学说可以简化为众多规则为前提。^②

1 被诸多法律领域共同分享的形式化教义方法随着法律现实主义的兴起而普遍地退缩。然而，对于现实主义和反形式主义贡献最大的法官，小奥利佛·文德尔·霍姆斯(Oliver Whndell Holmes)，对国际私法案件中的权利问题研究却采取了一种形而上学的方法，仿佛又倒退为形式主义者了。^③尽管后来的现实主义者提出了一些颇为实用的见解，但他们的研究计划却从未在国际私法领域中真正地实现。^④或许从结果上看，那些后现实主义学说的扫帚——批判法律研究、女权主义、法与经济学理论、正义理论等——从来没有将这个领域打扫干净。^⑤以政策为依据的冲突理论在美国出现了。这种“政府利益分析”理论是根据各州将其法律适用于具体案件时所产生的各自的利益来寻求冲突的解决。^⑥这一理论尚存在一些缺陷，如统计假设问题、目标含糊不清以及演算方法独特等。对于大西洋彼岸的英国，或者太平洋彼岸的澳大利亚，它的影响不大。^⑦不过，英国和澳大利亚的学者们也没有提出任何能够替代政府利益分析说的理论，只是以一种非理论的但不太形式化的方式探究冲突法教义。这种方法有时候被称为“实用主义”的方法。^⑧

一种学说中存在政策上的困惑，而其他学说则忽视这种困惑，这即便在以前还是可以的，现在却已不再是令人满意的情形。世界经济

① 以这样的口吻著成的经典著作如 Dicey (1896) 及 Beale (1935)。

② 见 Collins (1987)。

③ 见 1914 年 Western Union Tel. Co. v. Brown 案(234 U.S. 542)，547 页，1904 年 Slater v. Mexican National R.R. Co. 案(194 U.S. 120)，126 页。

④ 见 Cavers (1965)，Cook (1942)，Lorenzen (1947)，详见第二章。

⑤ 针对已经变化了的、理论分析与法律学说的跨学科形式之间的关系，Posner(1995)提出了一个新的探讨。

⑥ 见 Currie (1963)。对政府利益分析说的探讨和评论详见第二章第 17~19 页(原书页码)。

⑦ 见 Fawcett (1982)。

⑧ 见第二章第 15~16 页(原书页码)。

较之以往更加国际化,更具有相互依赖性。人们可以通过各种方式对这样的变化做出反应。其一是辨别不同的国际私法规则的后果,选择出能够最大限度地迎合社会选择标准(比如财富、正义或者公正)的法规。国际私法可以像工具一样用来解决经济全球化带来的冲突。其二是可以透过法律规则之间的差别的最小化来达到一种实质意义上的和谐。^①这就降低了冲突的数量和危害性。然而,除非有一种含义丰富的理论能精确判断变动实体法或冲突理论的意义,否则无论是第一种战略还是第二种战略,抑或在二者间进行选择都是不可能实现的。

本书的目的之一就是探讨政策与实用主义的观念,以此来推导和分析国际私法。与英国学者的理论前提不同,在这本书中我们主张,实用主义意味着政策;一个实用主义的方法必然是一种政策方法。实用主义的概念如其在哲学中的理解一样,对不同的人有不同的含义;它已经成为一种对激进主义者和自由主义者都有吸引力的哲学。^②实用主义的张力大多有三个共同特点。第一,它们是反基础的,即它们拒绝形式主义所暗示的建立一种可靠的哲学或形而上学话语基础的需要。^③第二,实用主义是前瞻性的。它把回顾过去看成是更清楚地理解未来的手段。^④第三,实用主义本质上是工具性的和效果论的。它并不(必然)是一种对结果的一味承诺,而是试图弄清这种或那种现象用于什么目的,以及在怎样的程度上实现了这些目的,以便作为一种方法便于有意义的选择和行动。^⑤

通常在表述或促进合法政策目标方面,政府利益分析被认为是令人满意的,我们将证明这一观点是错误的。然而,认为拒绝政府利益分析就是在一般意义上拒绝对国际私法进行政策分析,也是错误的。^⑥相反,人们很容易能认识到有必要为分析政策问题找到更好的手段。在本书中,我们将为回应这种需要做出分析。

① 见 Stephan (1999)。

② 对比如 Posner (1995) 和 Rorty (1989) 的研究。

③ 见 Diggins (1994)。

④ 见 West (1989)。

⑤ William James (1968) 将真理定义为:“我们思维方式的权宜之计,正如权利是我们行为方式的权宜之计一样。”

⑥ 见 Brilmayer (1989)。

二、国际私法的实用主义理论

怎样才能确切地阐述一种用于法律冲突的政策方法？我们的阐述依赖于三个前提。首先，那些用来支撑被我们视为“实体”私法领域的政策，就应该也适合用以指示适用于这些领域的国际私法规则。我们已经提到，坚持国际法与国内法之间的分界已不那么容易了。在本书中，我们将继续强化这一观点，即在涉及多国的案件中，将国际私法视为基本实体法的补充。由此可以断定，一种面向政策的实用主义方法应当开始于私法的理论和学说。例如，合同案件中，法律的选择应与合同关系的其他私序问题有大致相同的思考方式。当然，在不同的法律之间，政策倾向也是不同的——如果不是这样，冲突将是相当模糊的。因此，在这些案件中，冲突规范必须起到打破僵局(tie-breaker)的作用。我们强调的是，用于评价实体法的理论能更好地解释在打破僵局过程中反映出来的价值。促进合同案件的私序化(private ordering)就是一个例子。我们认为，较之不能阐明这些价值或假定不存在这些价值的方法，这是一种比较好的方法。

3 在本书中，我们将广泛地运用法经济学理论。在有关侵权、合同、财产和民事诉讼的政策分析中，法经济学已经被证明是占主导地位的理论范式。如果把它带到国际私法领域，它也有同样的洞察力。我们并不认为我们“首先”开发了一种国际私法的经济学理论。已经有了一些国际私法学家所写的优秀著作。^① 还有一些有关竞争式联邦主义(也译作“竞争型联邦制”competitive federalism)的强有力的分析，特别是美国公司执照市场背景中的那些，已经对法律选择产生了明显的影响。^② 本书将对这些文献进行理论综合并在实质上加以扩展。

其次，为了适应国际“私”法理论，我们强调当事人和当事人的利益。^③ 也就是说不强调主权国家的利益。大多数冲突文献把国家的利益与该国法律在案件中的适用看成是同延的——因而促成那些法律的

① 见 Burkley 与 Ribstein (2000), Choi 与 Guzman (1998), Hay (1992), Kobayashi 与 Ribstein (1999), McConnell (1988), Posner (1998a), 645~646 页, Ribstein (1993, 1994), Ribstein 与 O'Hara (1997), Solimine (1989)。

② 较有创意的成果是 Tiebout (1956); 新古典理论是 Romano (1993)。对联邦主义经济学的概述见 Posner (1998a), 695~712 页。

③ O'Hara 与 Ribstein (2000) 和 Guzman (2000) 给出了类似的一般性主张，认为冲突的解决应参照当事人的利益。