

南湖法学文库



An Analysis of Conflict of Law Based on
—— Game Theory ——

冲突法的博弈分析

徐伟功 著



NLIC 2970701261



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

冲突法的博弈分析

徐伟功 著



NLIC 2970701261



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

冲突法的博弈分析/徐伟功著. —北京:北京大学出版社, 2011.5
(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18776 - 0

I. ①冲… II. ①徐… III. ①冲突法 - 研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 063638 号

书 名: 冲突法的博弈分析

著作责任者: 徐伟功 著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18776 - 0/D · 2840

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 15.75 印张 229 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神,中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,作出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积攒了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南

学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢干扎根基础理论的研究,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍为中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5到6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新作出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2010年12月1日

目 录

前 言 冲突法的研究范式	
——法经济学研究范式的确立 / 1	

第一章 基本概念 / 16

第一节 冲突法的基本概念 / 16	
第二节 博弈论的基本概念 / 22	
第三节 冲突法的博弈分析的研究现状 / 30	

第二章 国际民事管辖权的博弈分析

——国家之间的博弈 / 43

第一节 非合作博弈 / 43	
第二节 合作博弈 / 66	

第三章 国际民事管辖权的博弈分析
——个人之间的博弈 / 83

第一节 非合作博弈 / 83

第二节 合作博弈 / 102

第四章 法律适用的博弈分析 / 115

第一节 法律适用基本问题的博弈分析 / 115

第二节 法律适用合作博弈的方法 / 129

第三节 法律适用制度的博弈分析 / 138

第五章 外国法院判决的承认与执行的博弈分析 / 155

第一节 非合作博弈 / 155

第二节 合作博弈 / 166

第六章 中国区际冲突法的博弈分析 / 173

第一节 中国区际法律冲突解决的博弈分析 / 173

**第二节 内地与香港相互认可与执行民商事
判决的博弈分析 / 180**

**第三节 内地与澳门相互认可与执行民商事
判决的博弈分析 / 199**

简短的结论 / 207

附录 主要法律法规 / 210

主要参考文献 / 239

后记 / 246

前言 冲突法的研究范式

——法经济学研究范式的 确立

冲突法对大多数人来说,是一座迷宫,充满着神秘。难怪有学者写道:“冲突法领域是一片暗淡的沼泽地,到处充满摇颤的泥潭。一些博学而怪癖的教授流连其间,为神秘事物创设理论,用的是晦涩的,令人费解的专业术语。”^①冲突法的理论抽象深奥,方法五花八门,从头到尾存在各种各样的分歧和争议。巴托鲁斯(Bartolus, 1314—1357)的法则区别说、杜摩林(Charles Dumoulin, 1500—1566)的意思自治说、达让特莱(D'Argentré, 1519—1590)的属地主义、胡伯(Huber, 1636—1694)的国际礼让说、萨维尼(Savigny, 1779—1861)的法律关系本座说、孟西尼(P. S. Mancini, 1817—1888)的国籍主义、斯托雷(Story, 1779—1845)的属地法说、戴西(Dicey, 1835—1922)的既得权说、原苏联的对外政策需要说、库克(Cook, 1873—1943)的本地法说、柯里(Currie, 1912—

^① Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
p. 1. 转引自宋晓著:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第2页。

1965)的政府利益分析说、里斯(Reese,1913—1990)的最密切联系说、卡弗斯(Cavers,1902—1986)的“规则选择”或“结果选择”方法等,都从不同方面揭示了冲突法的本质,对冲突法的研究采取了不同的进路,相互之间存在矛盾和对立。我们应该在广泛的层面找到理论上的可通约性,改变旧有的范式,建立新的研究范式。^①

一、法经济学的范式引入冲突法领域

范式(paradigm)最早是由科学史家和科学哲学家托马斯·库恩(Thomas S. Kuhn)于1962年首创。库恩认为范式这个概念与“科学家集团”或“科学共同体”这个概念是密切相关联的,是“科学家集团”或“科学共同体”的成员们所共同具有的东西。库恩在《必要的张力》中说道:“‘范式’一词,无论从实际上还是逻辑上,都接近科学共同体这个词。一种范式是,而且也仅仅是一个科学共同体成员所共有的东西。反过来说,也正是由于他们掌握了共有的范式才组成了这个科学共同体”;“科学共同体是一群经历相同的教育和业务的传授,吸收了相同的技术文献,获得了相同的学科训练的科学专业的从事者组成的”;“‘范式’是使一门学科成为独立学科的‘必要条件’或‘成熟标志’”;“一种范式通过革命向另一种范式的过渡,便是成熟科学通常发展模式”;“范式是观察世界和实践科学的方法”。^②根据库恩的论述,范式的要义大概包括:(1)范式是一种全新的理解系统,即有关对象的本体论、本质与规律的解释系统;(2)范式是一种全新的理论框架,即构成该学术群体的研究基础及范围、概念系统、基石范畴和核心理论;(3)范式提供的是一种全新的理论背景,即范式是一个学术共同体学术活动的大平台、论坛、舞台;(4)范式是一种方法论和一套新颖的基本方法;(5)范式表征一种学术传统和学术品格(学术形象),标志着一门学科成为独立学科的

^① 秦海著:《制度、演化与路径依赖——制度分析综合的理论尝试》,中国财政经济出版社2004年版,第5页。

^② [美]库恩著:《必要的张力》,纪树立、范岱年、罗慧生等译,福建人民出版社1981年版,第291页。

“必要条件”或“成熟标志”。^①简单说,范式实际上就是研究立场、观点和方法的综合体,其内容表现为对科学研究中一种信念、认知成果、研究方法的整合与升华,是一种理论模型、框架,一种思维方式和理解现实的思想体系,以及科学共同体的最高共识。^②

冲突法作为法学学科的一个分支,是衔接国内市场和国外市场的法制,其研究范式离不开法学的共有范式,而其中最主要的范式就是法经济学范式。科斯(Ronald. H. Coase)于1937年和1960年,分别发表了《企业的性质》和《社会成本问题》两篇文章,提出了交易费用的概念,以及被后来学者所称的“科斯定理”:若交易费用为零,无论权利如何界定,都可以通过市场交易达到资源的最佳配置。显然,现实经济生活中交易费用不可能为零,由此人们推出“科斯反定理”或“科斯第二定理”,即在交易费用为正的情况下,不同的权利界定,会带来不同效率的资源配置。^③科斯的理论为制度经济学的研究打开了一扇门,也为法经济学的发展指明了方向,表明了法律对于资源配置的重要性以及如何对法律进行经济分析,区别了以公平为基点的法律分析,提供了对法律进行经济分析的基本方法——交易成本分析方法。法律制度的有效运行需要付出成本,包括产权界定成本以及法律框架下的权利交易成本。交易成本成为比较法律制度效率大小的标准,说明交易成本及其最小化的途径,就说明了法律制度与资源配置之间的关系。^④法经济学得到了快速发展,最初的研究基本上局限于反托拉斯法和政府对经济实行公开管制的领域,后来则转向了以普通法的中心内容——财产、合同和侵权为重点的整个法律领域。^⑤冲突法学者也逐步采用法经济学的范式对冲突法进行研究,例如澳大利亚学者温考普(Michael J. Whincop)著的

① 张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》,载《中国法学》2001年第1期。

② 冯玉军:《法经济学范式的知识基础研究》,载《中国人民大学学报》2005年第4期。

③ 卢现祥著:《西方制度经济学》(修订版),中国发展出版社2003年版,第11页。

④ 魏建:《法经济学分析范式的演变及其方向瞻望》,载《学术月刊》2006年第7期。

⑤ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,前言第1页。

《冲突法的政策和实用主义》(Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws)、美国学者布里美耶(Lea Brilmayer)著的《冲突法的基础与未来方向》(Conflict of Laws——Foundations and Future Directions)等书,另外还有较多关于这一方面的冲突法的论文。总之,法经济学范式关注的不仅是作为社会资源配置系统的法律制度,而且是法律背后的经济逻辑以及人们的法律生活本身。如果把法律理解为有关社会生活的各种规则和社会结构,那么,法经济学不仅以局外人和旁观者的立场获得有关法律的“客观、中立”的外在观点,而且作为接受这些规则并以此作为其行动指南的一个群体成员的立场获得有关法律运作成本和收益的内在观点,这样的法经济学范式,实质上就是在一种社会复杂交往实践基础之上的偏重于运用经济学原理和方法分析法学问题的研究范式,具有开放性、经验性和反思性的特点,而就其指称意义而言,它既非单一的经济方法,也非单一的法学方法,不仅是一种新颖独特的方法模式,而且是一种价值,一种能够给人类活动赋予意义的合理的精神基础。^①

二、基本假设

法学(包括冲突法)和经济学都是研究人类行为的科学,都直接或间接地包含着对人们行为的假设。我们在研究冲突法时,其实都自觉或不自觉地在这些假设基础上进行。这些假定有经济人、理性和机会主义的假定。当然在解释这些假设之前,有必要说明冲突法的存在基础。

冲突法的中心任务在于解决多元法律体系之间的私法冲突,因此冲突法的存在基础就是多元法律体系和法律共同体的存在。

虽然有学者认为冲突法在中国秦汉时期就开始萌芽^②,并早在《唐律疏议》的“名例律”篇中,就有冲突规范的规定:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论”^③,但真正意义上的冲突法是随同西方法律传统的形成而诞生的。在13世纪前后,意大利北部诸城邦的封建制度已告

① 冯玉军:《法经济学范式的知识基础研究》,载《中国人民大学学报》2005年第4期。

② 沈涓著:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第24页。

③ 《唐律疏议》,中华书局1983年版,“名例律”,第133页。

衰落,各城邦有自己独立的法律体系,而且,各城邦之间的商业往来空前活跃,就在意大利北部诸邦的多元法律体系的基础上产生了冲突法的法则区别理论。^① 法国学者巴蒂福尔和拉加德说道:“在意大利,封建法律制度没有真正牢固地建立起来,因为封建制度从来没有在那里扎下深根。”“城市文明就意味着有比纯粹的农村经济更为活跃的贸易;如果一国的各个城市服从不同的法律,就必须建立服从这些不同法律的公民之间的法律制度。”“有关遗产继承和家庭的民事法律关系的多样性,在每个城市中社会状况和进行的交易种类的不同,都要求建立另外一种制度。也许各城市之间始终存在着一种共同的立法基础,它们都是以罗马法为基础;应该看到这种现象,因为它表现了这个文化上的共性,该共同文化以及没有封建割据,维持着城市之间的联系。但是,虽然封建主义没有在意大利取得胜利,产生封建主义的无政府状态和不安全却从政治上使意大利各城市之间相互孤立,并足以导致各城市进行局部立法,分别制定自己的‘法则’。这样,服从不同法律的,至少是部分地服从于不同法律的个人之间就发生了经常的关系。关系的经常性以及由此产生的情况的多样性不允许像商品交易会那样,建立专门的立法;而且,每个城市都认为其自己的法则最符合所要管理调整的利益。除了各城市间订立关于根据自己的法律调整‘混合’关系的法官的管辖权的条约的做法外,看来最迅速、最令人满意的解决办法是确立每个立法所要管理调整的利益。”^②

法则区别理论产生之后的最初几百年里一直建立在一国之内的多元法律体系的基础之上。西欧民族国家形成以后,各民族国家致力于本国法律的统一,法律体系在法律统一的国家内就以国家为基本单位,于是冲突法就建立在欧洲地区的多元法律体系的基础之上。如果世界范围内只有一个法律体系,自然没有冲突法存在的必要,但如果多个法律体系的文化基础、法律信仰、法律结构、法律概念等毫无共通之处,那么即使拥有字面上完善的

① 宋晓著:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第5页。

② [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第17—18页。

冲突规则体系,也会缺乏适用外国法的心理基础和技术基础。因此,无论是处于哪个极端,都不可能有真正的冲突法。西方冲突法之所以能够产生并获得发展,就是在这两个极端之间维持了一种均衡:一方面是多元法律体系的并存,另一方面是在多元法律体系之上存在着一个法律共同体。因此,冲突法的存在基础是由两个相反的方面构成的,即强调法律多样性的“多元法律体系”和强调法律统一性的“法律共同体”,如果冲突法的发展忽视任何一个方面的作用,都极有可能导致冲突法的衰落或危机。^①

冲突法理论和制度的产生与发展,都暗含着对人的行为的基本假设,即经济人的假设、理性假设和机会主义的假设。

其一,经济人的假设,即把人类行为界定为追求财富最大化。人的一切行为都表现为趋利避害,谋求自身利益最大化。正如亚当·斯密说的:“我们每天所需要的食物和饮料,不是出自屠夫、酿酒家或烙面师的恩惠,而是出自他们自利的打算。我们不说唤起他们利他心的话,而说唤起他们利己心的话。”^②冲突法的某些问题就是因为人追求自身利益所产生的。例如,一事两诉问题,不管是重复诉讼还是对抗诉讼,均是原被告寻求对自身最有利法院诉讼的结果。重复诉讼是指原告在一国法院起诉后,又针对同一被告就同一纠纷事实向系属另一法域有管辖权的法院再次起诉。在重复诉讼中最主要的动机就是原告认为正在进行的第一诉讼正朝着对其不利的方向进行或者认为被告在多个国家(地区)有财产,原告希望通过重复诉讼来弥补对其不利的局面或希望最终判决能够在这些地区执行。对抗诉讼是指第一诉讼的被告依据同一纠纷事实以第一诉讼的原告为被告向系属其他法域有管辖权的法院提起的诉讼。对抗诉讼的主要动机就是被告认为第一诉讼地的选择是不正当的、不充分的,或者至少是对其不利的,因此,希望在另一个对他更有利的法院诉讼。再例如冲突法中的挑选法院问题,当事人之所以从事这种挑选法院的行为,是由于在涉外民商事纠纷的解决过程中,双方

① 宋晓著:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第5—7页。

② [英]亚当·斯密著:《国民财富的性质和原因的研究》,郭大力、王亚南译,商务印书馆1981年版,第14页。

当事人都有均等的选择受诉法院的机会,而对利益的追求促使当事人在行为的选择上,总是力图以最小的耗费使需要得到最大的实现。由于各国所实行的实体法、程序法和公共政策的不同,因此,涉外民商事争议当事人在选择法院时势必将权衡在某一国家法院进行诉讼的利弊,不同的当事人往往就会选择在对自己最有利的法院进行诉讼,或者在一方当事人已选择一国法院诉讼的情况下,通过提出外国法院的管辖权抗辩以使诉讼朝对自己最有利的方向发展,而且,在利益追求的驱动下,即使同一当事人也可能选择在多个国家的法院起诉,从而实现个人利益的最大化。^①

但新制度经济学的研究表明,人类行为动机是双重的:一方面人们追求财富最大化,另一方面人们又追求非财富最大化。正如诺思所说:“我相信传统的行为假设已妨碍了经济学家去把握某些非常基本的问题,对这些假定的修正实质上是社会科学的进步。行动者的动机比现有理论所假定的要复杂得多。”“人类行为比经济学家模型中的个人效用函数所包含的内容更为复杂。有许多情况不仅是一种财富最大化行为,而是利他的和自我施加的约束,它们会根本改变人们实际作出选择的结果。”^②诺思的话表明了人类行为中不仅有利己的一面,也有利他的一面。非财富最大化动机往往具有集体行为的偏好,人们往往要在财富与非财富价值之间进行权衡。这种权衡过程实质上就是在这两者之间寻找均衡点的过程。^③人类历史上制度创新的过程,实际上就是人类这种双重动机均衡的结果。人类对财富最大化与非最大化的双重追求表明,法律作为一个重要变量影响着人们为其偏好所支付的成本,决定了人们在法律制度的约束下的行为选择。例如,有人为了一元钱打官司,就不是为了财富最大化了。

其二,人的理性假设。传统的新古典经济学不仅把人假设为单一的经济人或追求自身利益最大化的机器,而且,假定经济人具备完全理性,即假定人随时随地都自觉地而且全智全能追求最大化或最优化,是具备完全理

① 徐卉著:《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》,中国政法大学出版社2001年版,第48页。

② [美]诺思著:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海三联书店1994年版,第23页。

③ 袁庆明著:《新制度经济学》,中国发展出版社2005年版,第21页。

性的经济人。在冲突法中,就假定人们对于冲突法是熟知的,对自己在所适用的准据法中享有的权利和应该承担的义务是清楚的,会通盘考虑适用法律行为所引致的法律后果,并作出恰当的有利于实现自己利益的行为选择。但是,冲突法当事人不可能都认识到所有的法律,尤其是准据法是外国法时,当事人不太可能知晓外国法,那么也不可能确定自己的权利与义务,就是说当事人不可能是完全理性,而是有限理性的。人的有限理性由阿罗首先认识,用他的话说,有限理性就是人的行为“是有意识的理性的,但这种理性又是有限的”。诺思认为人的有限理性包括两个方面的含义:一是环境是复杂的,在非个人交换形式中,由于参加者很多,同一项交易很少重复进行,所以人们面临的是一个复杂的、不确定的世界,而且交易越多,不确定性就越大,信息也就越不完全;二是人对环境的计算能力和社会认识能力是有限的,人不可能无所不知。^①威廉姆森认为:“理性问题应该包括三个层次。一是强理性,即预期收益最大化;二是弱理性,即有组织的理性;三是中等理性,介于以上两者之间。”新古典经济学强调的是收益最大化,即第一层次的,而制度经济学强调的是中等理性,即有限理性。有限理性就是关于领悟力的一个假定:有了这一条,交易成本经济学才能成立。这就是所谓中等理性;按照这种理论,各种经济角色的心态就被视为“理性有限却刻意为之”。^②

有限理性与不完全信息是有关联的,正如柯武刚说道,合理的决策需要知识,并要在各种可选方案中有意识地选择。为了作出合理选择,必须了解各种可能方案。然而,获取不同方案的信息所需要的资源和时间都十分稀缺和昂贵,所以不可能无止境地收集信息。“信息成本是一无所知变为无所不知的成本,极少有交易者能负担得起这一全过程。”我们经常宁愿保留无知,因为获取信息太昂贵了。否则的话,人类将因分析而麻痹衰亡。^③ 这里

① 卢现祥著:《西方制度经济学》(修订版),中国发展出版社2003年版,第16—17页。

② [美]奥利弗·E.威廉姆森著:《资本主义经济制度——论企业签约与市场签约》,段毅才、王伟译,商务印书馆2002年版,第68—71页。

③ [德]柯武刚、史漫飞著:《制度经济学——社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第64页。

存在一个信息悖论。信息搜寻不可能达到最佳状态,因为在获得信息之前无法确定信息的价值,即不可能了解获取某类信息的预期成本和效益,不可能从尚未到手的知识中获得最大化的净收益。通常不可能事先就知道,要等到信息积累到什么程度后,经验才会告诉人们,已可以进行决策。信息成本一旦发生,那就是沉淀成本。信息的价值不可能在获取它之前得到评估。这一事实构成了一个显而易见的陷阱,它使信息搜寻成为一项有风险的活动,从而大大地限制了人们对信息的搜寻。^① 总而言之,有限理性假设一般来自于:(1) 社会和生活的复杂性;(2) 事物本身是发展的,其属性和状态是不稳定的和不可确知的;(3) 人的大脑也是一种稀缺资源,人自身生理和心理的限制,要穷尽所有的行为可能并预见所有行为的后果,实际上是办不到的;(4) 搜寻信息、处理及计算、行为本身的执行都是有成本的。由此,有限理性不仅反映出客观现实,而且也反映人的经济特性。正是因为有限理性,所以人们才需要集团、制度与组织,需要分工与协作,需要法律与契约,以应对个人在复杂性和不确定性面前的理性不足。

人们的理性认识有限,也注定了人定的相关法律法规并不完美,是有限的。在冲突法中,解决立法者有限理性的问题,就是赋予法官一定的自由裁量权,使得法官的自由裁量活动成为立法活动的延伸。冲突法中的最密切联系原则的兴起,并被广泛运用到冲突法的各个领域,也表明了人的有限理性。

其三,机会主义假设。人的机会主义倾向,就是指人具有随机应变、投机取巧、为自己谋取更大利益的行为倾向。用经济学术语定义,所谓人的机会主义倾向是指在非均衡市场上,人们追求收益内在、成本外化的逃避经济责任的行为。法律主体行为的机会主义倾向突出表现为法律规避。法律规避是世界上普遍存在的现象,几乎令各国的统治者在其颁布的法律有效性问题上感到怀疑。一般来说,根据罗马法格言,欺诈使一切归于无效,规避者的行为是没有法律效力的。冲突法中的法律规避制度,既有一般法律规

① 卢现祥著:《西方制度经济学》(修订版),中国发展出版社2003年版,第17页。

避的特点,又有不同于一般法律规避的内容,并且冲突法对于法律规避是否有法律效力有不同的观点。冲突法中的法律规避(evasion of law),又称法律欺诈(fraud a la loi),是指涉外民商事法律关系的当事人为了实现利己的目的,故意制造某种连结点,以避免本应适用的对其不利的法律,从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法或脱法行为。其来源于一个著名的案例,即1878年法国法院审理的鲍富莱蒙(Bauffremont)案。法律规避的构成必须具备以下要件:(1)从主观上讲,当事人规避某法律必须是出于故意,亦即当事人有规避适用某法律的意图。(2)从行为主体上讲,法律规避必须是当事人自己的行为造成的。(3)从行为方式上讲,当事人规避法律必须是通过故意改变或制造某种连结点的手段来实现的。(4)从规避的对象上讲,被规避的法律一般应是依法院地国冲突规范本应适用的强制性或禁止性的法律。(5)从客观结果上讲,法律规避行为必须是既遂的。显然,法律规避不能用法律意识淡薄、文化水平和道德素质等因素来解释,法律规避背后必然有只“看不见的手”在默默地、强有力地驱动在法律框架内的人们选择规避,这只“看不见的手”就是人们的机会主义倾向。

三、基本定理和基本方法

总结学者的研究,我们可以梳理出以下几个法经济学的基本定理:

其一,斯密定理。自愿交换对个人是互利的。^①这也就是“看不见的手”定理。亚当·斯密在《国富论》写到:“每个人都力图用好他的资本,使其产出能实现最大的价值。一般说来,他既不企图增进公共福利,也不知道他能够增进多少。他所追求的仅仅是一己的安全或私利。但是,在他这样做的时候,有一只看不见的手在引导着他去帮助实现另外一种目标,尽管该目标并非是他的本意。追逐个人利益的结果,是他经常地增进社会的利益,其效果要比他真的想要增进社会的利益时更好。”斯密关于市场机制运行的

① [美]理查德·A.波斯纳著:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,中文版译者序言第20页。