

论侵权与契约的替代

——一个法律经济学的视角

黄文平

摘要: 传统侵权法是以过错为核心的伦理道德理论,该理论强调行为过错的可责性。随着经济与社会的发展,传统侵权法正面临越来越大的被契约法(合同法)替代的现实可能性。法律经济学认为,并非所有的侵权都是不好的,从而需要被法律予以禁止,只有那些得不偿失的侵权才是真正的侵权。在资源稀缺的真实世界里,以契约替代侵权,将能更好地实行社会正义。

关键词: 交易成本 产权 侵权 契约 替代

一、侵权法的制度变迁

传统的侵权法理论,是以“过错”(包括故意与过失)概念为核心的道德理论,该理论强调行为过错的可责性。根据传统的侵权法理论,判断一个行为是否侵权,通常需以行为的过错、行为与结果之间的因果联系以及损害后果等链条来构造侵权责任的要件。因之,奠基于行为过错基础上的侵权法理论体系,其隐含的前提条件是天赋人权以及权利的神圣不可侵犯等自然的伦理和道德规范。

然而,进入19世纪以后,随着资本主义国家的建立和社会经济的快速发展,抽象的、先验的自然法理论已完成其历史使命,对具体、现实的资本主义政治法律制度进行实证分析的实证主义法学应运而生。至19世纪后期,西方资本主义由自由竞争逐渐向垄断和垄断竞争过渡,法制理想与法律现实极不协调,各种社会问题日益严重。尤其在环境污染、产品责任、交通和医疗事故、知识产权保护、收入分配等领域,政府不能只满足于充当“守夜人”的角色,而需要进行积极的干预。大量的社会立法被制定出来,“法社会化”成为时代的潮流。法社会学主张从社会学的视角,运用社会学的理论、观点和方法来认识和研究法律,强调法律从“个人本位”向“社会本位”的转变。

与此同时,侵权法必须反映这种社会环境的变化,以指导和规范个体或经济组织的行为。首先,自由竞争向垄断和垄断竞争的过渡,不仅意味着经济组织和竞争方式的转变,而且反映了资源配置和收入分配模式的改变。在自由竞争状态,市场参与者数量众多,竞争主体的地位平等,资源自由流动,任何个体或组织在竞争中不存在市场势力。从经济角度评价,这种对资源的竞争性配置和使用相对于垄断、寡头垄断以及垄断竞争来说是效率最高的。而在垄断和垄断竞争状态下,竞争主体的数量受到极大限制,具体来说,在完全垄断情况下,市场上仅一个垄断者,垄断者提供整个市场所需的产品或服务;在寡头垄断情况下,市场上存在少数几个生产同质或异质产品的寡头生产者;在垄断竞争情况下,虽然市场参与者较多,但远不及自由竞争时市场参与者的数量。在这样的背景下,垄断者、寡头以及垄断竞争者对自身的产 品或服务都拥有程度不同的市场势力,或者说垄断势力。市场势力,既是垄断所带来的后果,它造成了市场失灵;也是形成垄断和市场失灵的前提条件。市场势力的存在以

及市场的失灵,为政府干预提供了现实和可能。

其次,随着工业革命的不断深入,人类活动的步伐逐渐由适应自然向改造自然的高度发展。一方面,因生产力的发达和人口的膨胀,有限资源和无限欲望之间的矛盾已开始显现,人与自然资源之间的紧张所引起的人与人之间的对立和冲突,使得资源稀缺成了制约人类选择和制度安排的重要因素;另一方面,生产力的高度发展,推动了人类社会物质生产和生活的巨大变革,但生产的负外部性和消费的负外部性恶化了自然生态环境,使得自然资源更显稀缺。在此背景下,由“无形之手”所引导的自由竞争,不仅无法达到资源的最优配置,竞争的结果亦很难符合社会公正。这也为政府干预提供了现实的必要。

再次,在市场经济中,丰富多样的私人物品和足够必要的公共物品或公共服务对个人和社会都同样必不可少。民族国家的存在、市民社会的发达以及私人生产和消费的扩大,需要一个足够有效的公共资源来扩展和深化公共空间,以保障社会的公共生产和私人的公共消费。事实上,一个社会物质产品的丰富并不意味着公共物品或公共服务的有效供给,竞争性的市场并不能自动提供社会满意的公共物品或公共服务。因此,社会对公共物品或公共服务的需求,同样为政府对公共事务的干预预留了活动的空间。

最后,市场的深化使得分工和专业化更为发达,知识的分裂和信息的膨胀,造成了广泛的信息不对称,尤其是产品和服务方面的信息不对称。信息不对称的出现,可能使拥有信息优势的一方利用不对称信息谋取不当利益,损害信息劣势方的权益。因此,信息不对称的存在也为政府干预提供了前提和必要。

一般地,因市场失灵、外部性、公共物品以及信息不对称等四个方面的原因,使得政府对市场的干预具有了理论和现实的可能与必要。无论政府采取何种干预形式,干预的主要目的在于:促进市场有效竞争,保障收入公正分配。在“无形之手”的引导下,有效的市场竞争并不会自动带来公正的收入分配,惟有适度、合理的政府干预方能舒缓市场竞争所导致的社会紧张。

在法律与社会发展关系上,法律并不只是被动地适应社会的发展,法律本身就是社会的一个重要组成部分。如果经济是关于“人们怎样谋生”,那么法律就可被看做是关于“人们怎样在相对有秩序的社会存在中谋生”。从这个角度而

言,法律与经济以及社会发展之间,既紧密联系又相互制约。美国著名法学家哈罗德·J·伯尔曼(Harold J. Berman)曾说:“法律像田地和机器一样,是一个社会中生产方式的一部分;不经操作,田地或机器便毫无意义,而法律恰是关于它们操作的组成部分。如果没有关于工作和交换的权利和义务,就没有人播种和收获庄稼。如果没有某种法律对机器的生产和使用活动予以规定,就没有人生产机器,机器就不会从生产者转移到使用者手中并予以使用,它的使用价值和受益也就不会获得。这样的法律调整本身就是资本的一种形式。”可见,法律的变迁,无疑是法律适应和引导政府与市场关系变化的一种制度性反馈安排。侵权法的调整和变迁亦如此。

具体来说,19世纪后期至20世纪初以来,以机械化自动化为标志的科学技术革命、企业组织制度的创新以及市民社会的发达,社会生产力获得了高度发展,物质产品极大丰富。而随着生产和交换的发达,环境污染、产品致害、交通和医疗事故、知识产权保护、收入分配等问题日益增多,“效率”和“平等”的社会矛盾越来越突出。在此背景下,传统的以过错为核心的侵权法已不能适应变化了的社会形势,客观上需要一种既能实行社会正义,又能保持经济效率的侵权法制安排。

而1929-1933年间席卷整个西方资本主义国家的经济危机导致了人们对自由竞争市场机制的彻底反思,约翰·梅纳德·凯恩斯(John Maynard Keynes)《就业、利息与货币通论》(1936)一书的诞生,不仅掀起了一场经济学革命,而且为西方资本主义国家政府由“守夜人”向政府干预的角色转变提供了理论支持。随后,罗纳德·科斯(Ronald Coase)发表了《企业的性质》(1937)、《边际成本的争论》(1946)、《联邦通讯委员会》(1959)和《社会成本问题》(1960)等4篇经典论文,由此引发了以交易成本和产权为核心的交易成本经济学、产权经济学以及法律经济学。循此思路,以交易成本和产权为纽带来改造传统的侵权法就是水到渠成的事了。

二、交易成本、科斯定理及产权界定

交易成本(又译交易费用)一词,肇始于1991年诺贝尔经济学奖获得者R.H. 科斯1937年发表的著名论文《企业的性质》。在这篇文章中,科斯试图回答:当价格机制普遍被认为是配置资源的有效手段时,为什么还有企业这类非市场机制的组织形式广泛存在?他认为,“主要理由似乎在于使用价格机制是需要支付成本的。产生这种成本的最明显原因在于,要发现相对价格是什么……在市场上发生的每一笔交易,其协商和签订合同的成本也必须考虑进去。”既然如此,“通过形成一个组织并让某种权力(企业家)来支配资源,就可以节省部分市场费用。”在这个意义上,科斯认为,“可以说企业最显著的特征是:它是价格机制的替代物。”这样,就存在两种协调和配置资源的制度安排:“在企业外部,价格变动指导生产,生产通过市场上一系列的交易而得到调节。在企业内部,这些市场交易消失了,企业家——调节者取代了由交易形成的复杂的市场结构,企业家在指导生产。很明显,这些乃是调节生产的可供替代和选择的不同方式。”

在科斯的基础上,奥利弗·威廉姆森(Oliver Williamson)把信息不对称引入交易成本概念之中,将交易成本细分为事前的交易成本和事后的交易成本。事前的交易成本,包括搜寻、起草、谈判和签订合同的成本。事后的交易成本,则是指维护合同履行、防止和解决因违反合同所引致的各种费用支出。

不言而喻,任何类型的交易成本,都是社会财富或资源

的一种浪费,但在真实世界里交易成本总是存在的。正如1982年诺贝尔经济学奖获得者乔治·斯蒂格勒(George Stigler)所比喻的那样,一个没有交易成本的社会,宛如自然界没有摩擦力一样,是不现实的。根据威廉姆森的观点,交易成本存在的原因,取决于以下三个因素:个人的有限理性、个人的机会主义行为以及资产的特殊性。何谓有限理性,学界并无公认一致的看法,首先提出有限理性概念的是诺贝尔经济学奖获得者西蒙(Simon)。他提出有限理性的理论,主要是“考虑限制决策者信息处理能力的约束的理论”。西蒙提议将不完全信息、处理信息的费用和一些非传统的决策者目标函数引入经济分析。而机会主义行为,按照威廉姆森的阐释,是指“狡诈地追求利润的利己主义”。至于资产特殊性,则是指耐用人力资产或物质资产在多大程度上被锁定而投入某个特定的贸易关系,这意味着在多大程度上他们在可供选择的经济活动中所具有的价值。

将交易成本和产权概念联系起来的是著名的科斯定理。科斯定理所要表达的思想,主要见于科斯在芝加哥大学法学院1959年出版的《法律经济学学报》上的论文《联邦通讯委员会》以及1960年发表的《社会成本问题》。在20世纪初无线电技术刚刚被广泛应用的时候,曾出现过电台过于拥挤并且互相干扰的情形,这导致了政府对电台经营权的管制。《1910年无线电法》、1927年《联邦无线电法》以及1934年《通讯法》相继颁布,而联邦无线电委员会以及后来的联邦通讯委员会也应运而生。

然而,联邦通讯委员会(FCC)的成立并没有使该问题得到很好的解决。FCC的管制总是左右摇摆,不是滥发执照,导致电台之间的互相干扰,就是对电台的内容进行干预,而这又似乎违背了美国宪法第一修正案。科斯认为,问题的关键是无线电频率这种资源不仅具有稀缺性和拥挤性,而且由于其技术特性,在物理上无法保证这种资源不受其他电台的侵扰,从而在法律上很像是一种公共资源。在《联邦通讯委员会》一文中,科斯强调,无线电频率互相干扰(侵权)的本质是产权不清,如果无线电频率的产权界定清楚,有频率产权的无线电台自然会去起诉那些随意使用他人频率的无线电台,没有频率产权的无线电台自然会去购买频率产权,联邦通讯委员会对无线电频率的管制是多此一举。因此,政府要做的事情,就是界定清楚无线电频率之间的产权边界,并以拍卖的方式转让给民间电台,结果将会使这种资源获得最佳配置。

继“联邦通讯委员会”之后,科斯1960年发表的《社会成本问题》是对上述思想的一般化。即从频率干扰扩展到一般的“侵害”问题。《社会成本问题》一文的发表是法律经济学上一个重要的里程碑。这篇文章由4个实际的侵权案例和一个假想的“牛吃麦”案例构成,这与法律学的研究思路十分相似,但在案例分析中,贯穿始终的却是标准的新古典微观经济学的方法,也就是边际分析方法,而非法律学研究中通常所见的、对先例中法官判决所进行的语词分析。

在《社会成本问题》中,科斯一开始就提出“侵害的相互性”——洗衣店不让工厂排放污染,也是对工厂的损害——这看上去强词夺理,但在法庭辩论中却不鲜见。利益衡量在普通法和大陆法中都是很常见的思想:侵害总是存在的,问题的关键不是避免一切损害,而是避免较严重的损害。这里,科斯提出的问题和暗示的解决方案,实质上是“契约对侵权的边际替代”。其实,早在《企业的性质》一文中,科斯就提出了类似的问题——“市场对企业的边际替代”。无论是企业对市场的边际替代,还是契约对侵权的边际替代,边际替

代是否可能和可行,核心都是交易成本的问题。而交易成本的大小与产权界定以及经济绩效有着十分紧密的联系,它们之间的关系就是科斯定理所要表达的内容。

将科斯在《社会成本问题》一文中的核心思想表述为“科斯定理”的是美国著名经济学家斯蒂格勒教授。他在1966年出版的《价格理论》一书中首次提出和使用了科斯定理的表述:“在完全竞争条件下,私人成本将等于社会成本。”此后,科斯定理一词广为流传。关于科斯定理,目前并无公认一致的表述,但科斯的核心理念是一致的。事实上,科斯在《社会成本问题》一文中指出:“用市场交易变更权利的最初法律界定,总是可能的。当然,如果这类市场交易是无成本的,如果权利的重新安排会导致产值的增长,那么权利的这种重新安排将总是会发生的。”一般地,科斯定理的主要思想可表述为:“当财产权能够被很好地界定且交易成本为零时,具有独立明示功能的代理人将相互协作,使他们的总赢利最大化。法律权利的初始界定将影响总赢利的分配,因为它决定了每一方当事人以各自独立行为获得多少利益。但只要没有任何收入效果,资源分配将不再取决于如何分配财产权。”简单地讲,当交易成本为零时,不论产权如何安排,当事人之间的交易总会导致最优的资源配置;但当交易成本不为零时,不同的产权安排会带来不同的配置效率。

由于交易成本无处不在,科斯定理就为人们解决彼此之间的冲突提供了一个可行的思路。事实上,任何侵权案件,其成立都存在一个隐含的前提假设,即权利的界定是完备的、清晰的、可执行的。如果界定权利的成本过高,或者是依据“先占原则”来确定权利,或者权利根本就没有被明确界定过,在这些情形下,权利就不可能很好地被界定或者即使界定了也无法执行。此时,判定某个行为是否侵权就失去了评判的基础。对追求美好生活的人们来说,在一个资源稀缺的环境中,不仅正义是要紧的,效率也是要紧的。这就为以契约替代侵权开启了一条新的路径。

三、侵权法的发展:契约对侵权的替代

粗略地讲,侵权法要处理的是当个人(或组织)与其他无契约关系的个人(或组织)因对方行为而造成相对方权利或利益受损时给予救济的一种规范,而合同法要处理的则是个人(或组织)在契约的签订、执行、履行等过程中因不确定事件导致各方权利或利益变动时的一种规范。以传统的视角考察,尽管存在责任竞合的问题,侵权法和合同法之间的分野依然十分清晰。

根据前面对侵权法演变过程的分析,可以发现:侵权法规范的对象及其范围并不是一成不变,而是随着社会生活的变动而改变,尤其是与合同法和行政法的发展密切相关。倘若以交易成本为依据来确定侵权法、合同法以及行政法的法域(即法的适用范围之意),则它们三者之间的关系大致是:如果当事人之间的交易成本较大,那么侵权法和行政法的法域将扩大,而合同法的法域就将缩小;如果当事人之间的交易成本较小,那么侵权法和行政法的法域将缩小,而合同法的法域将扩大;如果当事人之间的交易成本为零,根据科斯定理,无论是侵权法、行政法还是合同法,对资源配置效率来说都是无差异的。这里,社会对交易成本的考量,不仅影响了各部门法作用的范围,同时也深刻地影响了人们的行为方式。

必须指出,交易成本的大小并非固定不变,而是随着经济发展和技术创新而处于不断的变动之中。譬如,在汽车发明后的相当一段时间内,交通事故都是传统侵权法适用的领域,随着保险精算技术的发展和大量交通事故统计样本的累

积,交通事故保险合同应运而生,这无疑是统计和保险技术发展而降低交易成本所导致的契约对侵权的一种替代。在其他高风险领域,如医疗活动、产品制造等,保险法和保险合同也大行其道,相当程度地替代了传统侵权法所需面对的领域。而在环境污染、产品质量等领域,政府(行政)规制的大量存在也在很大程度上替代了侵权法的适用。^①

上述契约对侵权的替代表明,在传统侵权法适用的领域,因技术的发展和制度的创新而引起交易成本的减小,导致了在传统侵权法的领域内契约对侵权的部分替代。这种以契约替代侵权的模式节约了社会在旷日持久的侵权诉讼方面的资源,进而优化了资源配置,提高了资源的配置效率。可以说,契约对侵权的替代,是一个社会的帕累托改进。

总之,在一个社会的法律体系内,各部门法之间存在着既严格区分又密切相关、既互补又替代的关系。在一定条件下,它们之间的互补关系会被替代关系所弱化,反过来,它们之间的替代关系也可能被互补关系所弱化。按照法律经济学的观点,无论互补还是替代,只要涉及资源使用,无不打上经济合理性的烙印。美国著名法律经济学家波斯纳说过,“对法律经济学家而言,过去只是一种‘沉没了的’成本,他们将法律看成一种影响未来行为的激励系统。”^②经济主体并不是盲目地选择和适用法律规范,他们总是选择和适用于己最为有利的法律规范,尽量减少或者规避对其不利的法律规范。当法律规范不能或不能全满足自身需要时,他们就会转而寻找一些非制度规范来实现这种需要。

市场经济法律体系的建立和完善是中国市场经济最终得以建立的首要前提和显著标志。法律的任务就是降低社会的交易成本,促进社会资源的充分利用,并在经济增长的基础上,通过权利界定和程序规定使社会收入分配的成本最小化,以形成一种和谐的社会秩序。而侵权法的发展演化无疑是这个过程的一个不容忽视的重要组成部分!

注释:

转引自 M. 克雷齐尔:《法律人类学评介》,载《国外社会科学》,1987(11)。

哈罗德 J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中文版,664页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

科斯:《企业的性质》,见迈克尔·迪屈奇:《交易成本经济学》,中文版,20~25页,北京,经济科学出版社,1999;张军:《现代产权经济学》,5~6页,上海,上海三联书店,1994。

Stigler, G.J., 1972. “The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars”. *Journal of Legal Studies*, 1, p. 12.

参阅迈克尔·迪屈奇:《交易成本经济学》,中文版,29~30页,北京,经济科学出版社,1999。

参阅科斯:《论生产的制度结构》,中文版,上海,上海三联书店,1994。

斯蒂格勒:《价格理论》,转引自张军:《现代产权经济学》,96页,上海,上海三联书店,1994。

皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》,中文版,第1卷,303页,北京,法律出版社,2003;R. 科斯, A. 阿尔钦, D. 诺斯:《财产权利与制度变迁》,中文版,20页,上海,上海三联书店,1994。

合同,也称为契约、合约或者协议,它的英文是 Contract, Compactor Covenant。在法文中,合同一词为“Contract”或“pacte”,德文为“Vertrag”或“Kontrakt”,它们都来源于罗马法中的合同(或契约)“Contractus”一词,而“Contractus”的本意为“共相交换”。这里,我们交替使用合同与契约一词,当无损于读者的理解。

① Landes, W.M. and Posner, R.A., 1987. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

② Posner, R.A., 1977. *Economic Analysis of Law*. Little Brown, p. 5.

(作者单位:浙江财经学院经济系 杭州 310012
中山大学岭南学院 广州 510275)
(责任编辑: S)