当代经济学系列丛书
Contemporary Economics Series
主编 陈昕

PEARSON

（第五版）

法和经济学

当代经济学
教学参考书系

[美] 罗伯特·考特 托马斯·尤伦 著
史晋川 董雪兵 等 译
史晋川 审校

格致出版社
上海三联书店
上海人民出版社

（第五版）

法和经济学

运用经济学概念于法律中的典范

在这本最畅销的教材（第五版）中，考特和尤伦将经济学概念应用到五个法律的核心领域：财产、合同、侵权、法律程序和刑事犯罪，同时对经济学概念作了清晰的阐述。作者对法学和经济学两大学科的交互关系提出了许多新的洞见，阐明了微观经济理论是如何用来批判性地评价公共政策的。

这本教材写得非常好，包含了一贯有用的大陆法系和普通法系的比较，是对法和经济学领域中现存思想的精彩反映。

——厄尔·汤普森，加州大学洛杉矶分校

考特和尤伦的这部教材是学习法和经济学最好的入门读物。该书以一种直接和直观的方式成功地介绍了法和经济学领域的重要概念。

——约翰·百福，西北大学法学院

本书配套的网站针对新版做了大幅更新，包括各种各样的学习辅导，例如新闻项目、兴趣网站、法和经济学的重要案例、推荐阅读材料等等。书中的每个有关的网页便笺都可在配套网站的相关网页便笺部分找到扩展的内容。访问www.aw-bc.com/cooter_ulen可获取更多信息。

PEARSON Education
PEARSON
www.PearsonEd.com

ISBN 978-7-5432-1760-7
9 787543 217607 >
定价：56.00元
易文网：www.ewen.cc
格致网：www.hibooks.cn

当代经济学系列丛书
Contemporary Economics Series
主编 陈昕

PEARSON

（第五版）

法和经济学

特 托马斯·尤伦 著
史晋川 董雪兵 等 译
史晋川 审校

当代经济学教学参考书系

格致出版社
上海三联书店
上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法和经济学:第5版/(美)考特(Cooter, R.),(美)尤伦(Ulen, T.)著;史晋川等译. —上海:格致出版社:上海人民出版社,2010
(当代经济学系列丛书/陈昕主编)
书名原文:Law and Economics, 5E
ISBN 978-7-5432-1760-7

Ⅰ.①法… Ⅱ.①考…②尤…③史… Ⅲ.①法学—关系—经济学 Ⅳ.①D90-05

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第074253号

责任编辑 麻俊生
装帧设计 敬人设计工作室
吕敬人

[美] 罗伯特·考特 托马斯·尤伦 著
史晋川 董雪兵 等译

法和经济学(第五版)

格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社
(200001 上海福建中路193号24层 www.ewen.cc)

编辑部热线 021-63914988
市场部热线 021-63914081
www.hibooks.cn

世纪出版集团发行中心发行
上海市图宇印刷有限公司印刷
2010年7月第1版
2010年7月第1次印刷
开本:787×1092 1/16
印张:34.5 插页:5 字数:682,000

ISBN 978-7-5432-1760-7/F·282 定价:56.00元

出版前言

为了全面地、系统地反映当代经济学的全貌及其进程，总结与挖掘当代经济学已有的和潜在的成果，展示当代经济学新的发展方向，我们决定出版“当代经济学系列丛书”。

“当代经济学系列丛书”是大型的、高层次的、综合性的经济学术理论丛书。它包括三个子系列：(1)当代经济学文库；(2)当代经济学译库；(3)当代经济学教学参考书系。该丛书在学科领域方面，不仅着眼于各传统经济学科的新成果，更注重经济前沿学科、边缘学科和综合学科的新成就；在选题的采择上，广泛联系海内外学者，努力开掘学术功力深厚、思想新颖独到、作品水平拔尖的“高、新、尖”著作。“文库”力求达到中国经济学界当前的最高水平；“译库”翻译当代经济学的名人名著；“教学参考书系”则主要出版国外著名高等院校的通用教材。

本丛书致力于推动中国经济学的现代化和国际标准化，力图在一个不太长的时期内，从研究范围、研究内容、研究方法、分析技术等方面逐步完成中国经济学从传统向现代的转轨。我们渴望经济学家们支持我们的追求，向这套丛书提供高质量的标准经济学著作，进而为提高中国经济学的水平，使之立足于世界经济学之林而共同努力。

我们和经济学家一起瞻望着中国经济学的未来。

译者序*

经济学理论谱系是美国经济学家保罗·萨缪尔森在《经济学》（第十版）中提到的概念，本序借用这一概念旨在从比较经济理论及经济思想史的角度来初步阐述法和经济学在经济学理论谱系中的位置。

比较经济理论与比较制度经济学或比较经济学既有联系、亦有差别，不同之处在于后者主要是关于经济制度及经济制度中的财产结构、决策结构、信息和协调机制及激励机制的比较研究，而前者的研究重点是政治经济学这门学科产生以来的经济学的主要理论体系的比较研究。

自亚当·斯密创立古典政治经济学理论以来，任何一个比较完整的经济理论体系都要涉及社会经济制度中的财产制度安排和社会经济活动的经济运行机制，以及两者间的相互关系问题。财产制度是社会经济制度中最重要和最基本的制度安排，近代经济史研究表明，依照财产制度特征可以把社会经济制度划分为两种基本的类型，即以私有财产制度（简称私有制）为基础的社会经济制度和以公有财产制度（简称公有制）为基础的社会经济制度。同样地，从理论上也可以将近代以来的社会经济活动中的经济运行机制划分为两种基本的类型，即市场机制主导的经济运行机制（简称市场机制）和计划机制主导的经济运行机

* 本序系根据拙文《法律经济学在经济理论谱系中的位置》（原载《学术月刊》2006年第4期）修改成文。

制（简称计划机制）。

倘若参照不同的社会经济制度的基本类型和不同的经济运行机制的基本类型，再将两者组合起来加以研究，大致上可以把古典政治经济学产生以来的主要经济理论体系划分为四大基本的经济理论体系：一是以研究私有财产制度和市场机制及其两者关系为基本内容的自由市场经济理论体系；二是以研究公有财产制度和计划机制及其两者关系为基本内容的计划经济理论体系；三是在私有财产制度与市场机制相结合的理论研究框架内引进政府干预机制（广义的计划机制）的混合经济理论体系；四是在公有财产制度和计划机制相结合的理论研究框架内引进市场机制的改革经济理论体系。当然，也存在着一些过渡形态的经济理论体系，比如，在改革经济理论体系与混合经济理论体系之间的所谓转型经济理论。

确定法和经济学在经济学理论谱系中的位置，重点是研究自由市场经济理论体系和混合经济理论体系的演变及其两个经济理论体系间的内在逻辑关系。

自由市场经济理论体系所研究的最核心的内容是在私有财产制度这一社会经济制度的前提下，研究市场机制对社会经济活动中资源配置的作用，目的是实现自由市场经济均衡运行及社会资源的最优配置。自由市场经济理论认为，私有财产制度是一种最合乎“经济人”的“利己心”本性的社会经济制度，由“利己心”支配从事各类经济活动的经济主体，在市场机制这只“看不见的手”的引导下，从事着各种以契约关系为基础的自愿交换活动，人们通过这种经济活动在满足自身利益的同时，也促进了社会利益的和谐和增进（亚当·斯密）。

但是，社会经济运行的现实中，自由市场经济并没有完全按照自由市场经济理论描述的那样顺利地运行。由此，自由市场经济理论体系导致了来自两个方面的理论批评：第一个方面的批评来自马克思主义经济学，从本质上彻底否定了私有财产制度与市场机制，并提出了作为替代自由市场经济理论的计划经济理论；第二个方面的批评来自西方经济学的内部，主要是针对20世纪30年代的世界经济大萧条及“经济学的第一次危机”（琼·罗宾逊）提出的凯恩斯主义经济学理论。

凯恩斯主义经济学理论，经由汉森、希克斯和萨缪尔森等英美经济学家在第二次世界大战后的补充及发展，在20世纪60年代以“新古典综合学派”的面貌出现，也即所谓的“混合经济”的经济理论体系。混合经济理论对自由市场经济理论的理论批评与理论修补主要集中在市场经济的运行机制方面，认为市场机制在调节社会经济活动时存在着某些缺陷或不足，并不能自动调节保持经济运行的稳定，只有通过对社会经济活动实行一定程度的政府干预，才能纠正市场的失灵或为市场机制发挥作用提供必要的前提条件，保持社会经济活动的正常运行。

法和经济学的产生与发展，在一定程度上是对自由市场经济理论向混合经济理论演变过程的新的理论反思。这种理论反思产生了两个方面的积极结果：一是进一步修正完善了自由市场经济理论体系自身的逻辑；二是纠正了在混合经济理论逐渐占据主导地位的过程中对市场失灵问题的某些偏见及相应的经济政策建议。

自由市场经济理论本身存在着一定的逻辑缺陷。例如，自由市场经济理论在探讨市场经济运行时并没专门考察研究过市场的运行费用——交易费用这一问题。在新古典经济学家眼中只有生产费用，而无交易费用。庇古在讨论所谓的“外部性问题”时，一方面忽视了交易费用的存在，另一方面又得出了“外部性”导致市场机制失灵的结论，提出了用政府干预（例如庇古税）来解决“外部性”问题。作为法和经济学的鼻祖，科斯的研究表明，倘若交易费用为零，市场机制就完全可以适用于解决“外部性问题”；反之，倘若交易费用不为零，才可能导致市场机制失灵。因此，经济理论研究正确的逻辑是许多市场失灵的问题仅与正的交易费用有关，而与零交易费用无关。零交易费用的世界中，无所谓会有“外部性”一类的市场失灵问题。由此可见，法和经济学的逻辑本质上即是新自由主义经济学及新制度经济学的逻辑。

依照法和经济学的逻辑，由从“实证的科斯定理”推演而来的“规范的科斯定理”可知，建构一个完善合理的法律制度，可以降低社会经济活动中的交易费用，有利于消除私人间通过谈判达成协议的障碍。因此，当社会经济活动中出现所谓“市场失灵”问题时，在许多场合中，从表象上看是市场机制在调节社会经济活动中出了问题，但从法和经济学的研究视角深究下去，许多市场失灵并不是市场机制本身的缺陷，而是由社会经济制度尤其是法律制度层面所引起的问题。社会经济制度的不完善造成了交易费用过高的障碍和产权界定的困难，致使经济活动主体无法利用市场机制从事经济活动。一句话，是由于制度的缺陷导致了市场机制发挥调节经济运行的前提条件的缺失。由此可见，解决市场失灵问题，并非一定如同新古典经济理论所认为的，无论何种情形，只要存在市场失灵就必须引入政府的干预，而是可以通过制度（包括法律制度）的完善，来降低社会经济活动中的交易费用，使得人们能够有一个更好的制度环境来利用市场机制从事经济活动。此外，根据法和经济学的研究，在市场活动交易费用较高的情形下，是否有必要引入政府干预，也必须考虑到引入政府干预后的新的制度安排的费用，只有在对不同的制度安排的效率作出比较之后，才能给出明确的答案。

上述分析表明，法和经济学在本质上是一种向自由市场经济理论回归的经济理论。同时，作为新制度经济学的一个有机组成部分，法和经济学在向自由市场经济理论回归的过程中，也表现出其自身的一些理论研究的特色。当新制度经济学将曾经被新古典经济学作为“既定前提”的社会制度问题重新纳入经济学的研究视野后，在有关社会制度问题的研究中，尤其是有关正式制度安排的研究中，法和经济学运用经济学的基本理论和分析工具对法律的结构和法律的效果问题的研究是非常富有成效的。

法和经济学的理论研究特色，一方面表现为促进了经济学理论有关制度问题研究的具体化和深入化。在自由市场经济理论中，作为一种社会经济制度安排的市场被抽象地视为一只“看不见的手”，经济学理论对“看不见的手”的作用及作用机制有过大量的研究。但是，当法和经济学开始介入到普通法的核心内容——财

产、合同和侵权的研究之中，事实上经济理论就深入到了研究“看不见的手”的各个有机组成部分及其功能和相互作用的问题，使得人们对“看不见的手”的理论认识更为系统和深入。另一方面，通过对经济理论和法律理论的比较，人们可以发现，由于法律理论研究的主体（“正常人”）与经济理论研究的主体（“经济人”）具有很大的共性，所以就构成了法律理论与经济理论研究的“基准点”（benchmark）的相似性；加上法律理论和经济理论所研究的问题又大多属于“两人间，一对一”的利益关系，或者说是可以比较清楚定义的且能用货币来衡量的经济利益关系，由此又构成了法律理论与经济理论在研究主题（subject matter）上的一致性（熊秉元）。正是因为研究的“基准点”的相似性和研究主题的一致性，使得经济学家能够相对比较成功地将经济学所奉行的方法论个人主义及以此为基础的经济学的那一套强有力的人类行为理论扩张到法律领域，用来阐释法律的形成、法律的框架和法律的运作以及法律制度对社会经济活动所产生的影响。

总的说来，从经济学理论的演进视角来看，法和经济学在经济学理论谱系中的地位大致上可以确定在自由市场经济理论体系的发展演变范围之内。同时，也应该看到，作为向自由市场经济理论复归的法和经济学，在其自身的理论复归过程中，也对经济学理论的进步及“经济学帝国主义”的扩张做出了巨大的贡献。

史晋川

2010 年 6 月

前　言

作者在20多年前开始编写这部教材时，法和经济学这一领域如混沌初开，充满活力却缺少章法。在此期间，法律理论吸收了诸多经济学概念，如激励效应、机会成本、风险规避、交易成本、搭便车、囚徒困境、信息不对称、开源资源、中间投票者规则、规制俘获、寻租、可置信承诺、逆向选择等。而近来，经济学者意识到，有效的产权与契约制度是经济增长与发展的基础。这种意识让经济学对各种法律概念更为开放，如诉讼成本、财产规则、责任法则、违约规则、严格责任、独立裁判、第三方执行、腐败、无偿付能力致害人、信赖赔偿责任、破产优先偿付、内部交易、行为规范、内化价值、非货币制裁等。

以上两方面的发展大力推动了经济学在分析法律和经济运行时的运用，并且拉近了法学与经济学两大学科之间的距离。我们期待着它们将在以下三个方面进一步交融发展。首先，对私法分析的提炼（其具体成果见诸本书的每个修订版本）以及经济分析向公司法、破产法*、立法与选举、国际公法、宪法等公法领域的持续扩张。其次，可以预见到随着定量方法的普及，法学领域中实证方法的运用及其复杂程度都将大为提升。这一版本中及相应网站上都列出了一些新近的实证研究文献，以供参考。法和经济学第三个重要发展是日益蓬勃的有关人类真实行为与理性选择理

---

* 公司法、破产法为私法，而非公法，此处疑为作者笔误。——译者注

论下的预期行为差异的研究。新的版本已在前一版的基础上，更多地列举了一些该领域中的重要文献。

资深学者都会关注自己学生的阅读内容。当从事多年研究后，我们希望本书已随着本研究领域的发展而日臻完善，努力让每一次改版都能随着“法和经济学”运动的发展而不断深入。对本书的这一版本（即第五版），我们在保留了之前版本章节结构的同时，也做了许多改进与调整。

希望您能在阅读此书时得到享受，正如作者在写作时所获得的愉悦一般。

本版新修内容

根据法和经济学的最新发展，本书第五版在以下方面作了详细的修订与更新。

- 更新了表格与图表。
- 全书中增加了推荐阅读的书籍、材料。
- 更新了原有的网上注释，并新增了网上注释和相应网站的链接。
- 第 5 章，新增了专利与版权等知识产权法的相关案例，案例讨论及注释。
- 第 6 章，新增了交易责任与规则等内容。
- 第 7 章，新增了“不可验证的行为与反保险”、“期限”、“无期限或非明确承诺”等章节。
- 第 9 章，新增了权利终止章节及相关案例、数据，并补充了替代责任、难以估量的损害、惩罚性赔偿、大规模侵权、医疗事故等内容。
- 第 10 章，新增了一大节有关司法过程实证评估的内容，以及运用新数据的决策树问题。
- 第 12 章作了相应的修订，补充了案例、更新了数据，并新增了有关美国犯罪率下降的章节。

在线资源

作者的网站 www. aw-bc. com/cooter_ulen 是本书的重要组成部分，它为法和经济学的教学提供了大量的补充材料。书中全新的“网页便笺”都清晰地标明了相关材料在本书网站的位置与链接。我们会持续在网站上贴出相关修订案例，作为教学材料的探讨与延伸。此外，我们附上了有关试题与问题集，以及其他重要的法和经济学资源的链接。

作者希望本书的网站能让学习法和经济学的过程变得更加便捷、深入和有趣。

作者会将根据本书修订的新版教师手册供授课教师参考。每章附录中问题的“参考答案”则详见 www. aw-bc. com/irc 网站的教师资源中心（Instructor's Resource Center）。

致谢

作者对加州大学伯克利分校以及伊利诺伊大学法学院的同事们感激至深，是他们创造了卓越的学术环境，同时为本书问题的梳理给予无数帮助。我们在享受课堂讲授的愉悦的同时，从伯克利和伊利诺伊的学子那里获益良多，可谓是学术生涯中的惊喜。

作者也要感谢北美地区采用本书教学的大学同行及学生所提供的反馈意见，这对本书新版的修订大有裨益。

得益于法和经济学在全球其他地方的日益兴起，我们很荣幸地能与世界各地的法学师生们进行交流。衷心感谢他们对我们的共同事业——法和经济学研究——投入的兴趣与热忱。

作者要感谢以下评阅者对本书第四版的精辟意见，他们是：罗杰·布莱尔、史蒂夫·卡兰奇洛、塞斯·钱德勒、乔恩·哈福德、本特利·麦克劳德、大卫·玛斯特德、约翰·百福、厄尔·汤普森。

作者同时要感谢达涅利·阿韦克斯、安布尔·埃文斯、亚当·格林菲尔德、西奥多·尤伦、蒂莫西·尤伦、阿里尔·德罗尔对第五版修订所作的大量工作，我们还要感谢简·克劳特、李·安芬内尔、约翰·特卡、理查德·麦克亚当斯、汤姆·农能马赫、丹·范德、大卫·威沙特长期以来的无私支持与帮助。

最后，作者要向伯克利分校法学院助理艾达·吴以及伊利诺伊大学法学院助理萨利·库克献表达最诚挚的谢意，感谢他们对本书修订工作所提供的巨细靡遗的帮助；没有他们的协助，也就不会有本书新版本的问世。

罗伯特·考特
加州大学伯克利分校
托马斯·尤伦
伊利诺伊大学香槟分校

目　录

001　译者序
001　前言

001　1　法和经济学导论
003　1.1　何为法律的经济分析
005　1.2　经典的例子
008　1.3　私法分析中效率优先于分配
010　1.4　法学家为何应该学习经济学？经济学家为何应该学习法学
011　1.5　本书的框架

013　2　微观经济学理论回顾
013　2.1　微观经济学理论概述
014　2.2　基本概念：最大化、均衡和效率
016　2.3　数学工具
019　2.4　消费者选择与需求理论
026　2.5　供给理论
028　2.6　市场均衡
032　2.7　博弈论
035　2.8　资产价格理论
035　2.9　一般均衡与福利经济学
040　2.10　不确定性下的决策：风险及保险

045 2.11 收益与增长
045 复习题

049 3 法律和法律制度概念

049 3.1 大陆法和普通法
052 3.2 美国联邦法院与州法院的制度体系
055 3.3 法律纠纷的性质
057 3.4 法律规则是如何演变的
061 结论

063 4 财产的经济理论

066 4.1 财产的法律概念
067 4.2 谈判理论
069 4.3 财产制度的起源:一个思想实验
073 4.4 财产的经济理论
086 4.5 如何保护产权
093 4.6 何物能被私人占有——公共物品和私人物品
096 4.7 所有者如何处置财产
097 4.8 关于分配
098 结论
100 附录 财产的哲学概念

103 5 财产法经济学专题

103 5.1 何物能被私人占有
132 5.2 所有权是如何建立和核证的
145 5.3 所有者如何处置他们的财产
154 5.4 对财产权侵犯的救济是什么
173 结论

174 6 合同的经济理论

175 6.1 交易理论:合同法概论
181 6.2 合同的经济理论
220 结论

222 7 合同法经济学专题
222 7.1 违约救济的激励作用
256 7.2 立约抗辩和履约抗辩
285 结论
288 附录 数学附录
298 8 侵权法的经济理论
300 8.1 何谓侵权法
311 8.2 侵权责任的经济理论
338 结论
340 附录 责任及其对称性
342 9 侵权责任的经济学专题
342 9.1 扩展经济模型
364 9.2 赔偿金计算
373 9.3 对美国侵权责任体系的经验评估
385 结论
388 10 程序法的经济分析
390 10.1 法律程序的目标
392 10.2 为何起诉
407 10.3 信息的交换
415 10.4 和解协商
423 10.5 审判
438 10.6 上诉
445 10.7 对法律程序的经验评估
455 结论
456 11 犯罪与刑罚的经济理论
457 11.1 传统刑法理论
462 11.2 犯罪与惩罚的经济理论
487 结论

489 12 犯罪与惩罚的经济学专题

489 12.1 美国的犯罪

495 12.2 惩罚可以威慑犯罪吗

502 12.3 有效惩罚

510 12.4 死刑

519 12.5 上瘾性毒品与犯罪的经济学

523 12.6 手枪控制的经济学分析

527 12.7 解读美国的犯罪率下降

532 结论

534 后记

▶1

法和经济学导论

"现在学习法律推理的人可能是倒霉蛋，但是未来学习法律的人是掌握了统计学和经济学的人……众所周知，为了获得某些东西，必须放弃一些其他的东西，也就是通常所说的，人们应该对得失进行权衡，这样当人们在选择的时候才知道自己在干什么。"

——奥利弗·温德尔·霍姆斯：《法律之路》
《哈佛法律评论》1897 年第 10 卷，第 457、469、474 页①

"对我来说，法和经济学最有趣的方面就是，它试图将学习法律的理论、从理论中推导出的精确假设与对假设的经验验证建立在一个科学的基础之上。法律是一种非常古老和重要的社会制度，看不出来有任何理由能让它游离于科学研究之外。经济学是所有社会科学中发展最成熟的学科，法律制度同经济学家成功研究过的制度有很多相似与重叠之处。"

——理查德·波斯纳法官
摘自迈克尔·福尔和罗杰·范·德·伯格编
《法和经济学文集》，1989 年

迄今为止，法学仍然把经济学的应用范围限制在反垄断法、行业规制、税收和货币赔偿的确定等领域。在这些领域中，法学需要经济学回答这样的问题，例如："被告占有多少市场份额"、"对汽车保险的价格管制是否会降低其效用性"、"谁是资本收益税的真正承担者"，以及"由于母亲的去世，孩子们未来收入的损失是多少"等问题。

这种学科间相对局限的互动在 20 世纪 60 年代早期发生了巨大的变化，法律的经济分析扩展到了更传统的法律领域，比如财产、合同、侵权、刑法与程序，以及

① 我们引用的格式，是美国最常用的合法引用格式的另一种形式。引用格式含义如下：所引用部分来源文章的作者是小奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes），来源文章的题目是《法律之路》（"The Path of the Law"）。这篇文章 1897 年载于《哈佛法律评论》（Harvard Law Review）的第 10 卷，从第 457 页开始。引用材料部分，出自该文的第 469 页到第 474 页。

宪法。[①] 经济学在法学领域的全新应用提出了诸如此类的问题，例如："电磁频谱的私人所有权是否促进对其高效的使用"、"对合同违约的哪一种补救方法能够导致人们对承诺的有效信任"、"商家是否由于法律要求他们对消费者的伤害承担严格的责任而采取正确的预防措施"、"更严厉的惩罚是否将阻止暴力犯罪"和"两院制度如何影响法庭的自由裁定权"等问题。

经济学已经改变了法学的性质、对法律规则和制度的一般性理解乃至于法律实务。如果想要寻找证据的话，可以考虑以下指标，这些指标表现了经济学对法学的冲击。截至1990年，在北美的每一所顶尖的法学院教师中至少有一名经济学家，在一些西欧国家同样如此。许多著名大学都有双学位计划（一个经济学博士学位加上一个法学博士学位）。法学刊物发表了很多使用经济学分析方法的论文，其中有几本刊物专门属于这个研究领域。[②] 最近，有一项精彩的研究发现，在美国主流法学期刊中，使用经济学分析方法的论文数量要多于使用其他任何方法的文章。[③] 现在美国大多数法学院课程中都要包括对法律的经济学分析的概述。有些大学为所有的一年级学生开设了专门的短期课程，介绍法和经济学这门学科。现在有许多关于实体法的学科，例如公司法课程，都是从法和经济学的视角来讲授课堂内容的。[④]

在20世纪90年代后期，欧洲、加拿大、美国、拉丁美洲以及澳大利亚都有了法和经济学的专业分支部门。当1991年和1992年诺贝尔经济学奖[⑤]接连授予对于法律的经济分析的奠基人罗纳德·科斯和加里·贝克尔时，这一研究领域获得了最高的荣誉。总而言之，耶鲁法学院的布鲁斯·阿克曼教授把法律的经济学分析方法称为"法学在20世纪最重要的进展"。

新领域研究已经超出了大学研究的范围，对法律以及公共政策的实施都产生了影响。经济学的发展为70年代的解除管制提供了学术基础，而70年代的解除管制政策使美国发生了戏剧性的变化，导致了那些曾经为制定航空航线、公路和铁路的价格与道路管制的机构的解散。目前，经济学正在促使电力产业部门放松管

---

① 现在研究的领域，从两篇具有里程碑意义的文章发表后开始。这两篇文章分别是：*The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 1(1960) and Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L. J. 499 (1961)。

② 例如，《法和经济学杂志》(*Journal of Law and Economics*)创刊于1958年，《法律研究杂志》(*Journal of Legal Studies*)创刊于1972年，《法和经济学研究》(*Research in Law and Economics*)、《法和经济学国际评论》(*International Review of Law and Ecomomics*)、《法学、经济学和组织学杂志》(*Journal of Law, Economics, and Organization*)创刊于20世纪80年代，《法律实证研究》(*Journal of Empirical Legal Studies*)创刊于2000年后。

③ William M. Landes & Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 J. L. & Econ. 385 (1993).

④ 比如：Stephen M. Bainbridge, Corporation Law and Economics (2002)。

⑤ 经济学诺贝尔奖的全称是"纪念阿尔弗雷德·诺贝尔瑞典银行经济学奖"。瑞典皇家银行，为庆祝成立300周年，在1968年特别设立了这个奖项。浏览网站 www. cooter-ulen. com，可以查阅诺贝尔奖获得者的名单，以及他们所做工作的简介。

制，这在以前是很难想象的。此外，经济学作为学术力量，推动了70年代和80年代美国反托拉斯法的改革，现在又即将在刚起步的欧盟反托拉斯改革运动中起到类似的作用。在政治方面，美国国会在1984年成立了一个委员会，目的是改革联邦法院对犯罪的判决。该委员会明确地使用了法和经济学方面的研究成果，来达成部分目的。

此外，一些著名的法和经济学学者，已经成为联邦法官，并在他们的判决中使用经济学分析方法，例如，美国最高法院的大法官斯蒂芬·布雷尔，美国第七巡回上诉法院的法官理查德·波斯纳和弗兰克·伊斯特布鲁克，美国第二巡回上诉法院的法官奎多·卡拉布雷西，美国哥伦比亚特区联邦上诉法院的法官道格拉斯·金斯伯格以及前法官罗伯特·博克，以及美国第九巡回上诉法院的法官亚历克斯·科津斯基。

1.1 何为法律的经济分析

法律的经济分析为何取得成功？就像澳大利亚的兔子一样，经济学在法学的“知识分子生态环境”中找到了一处空隙并立刻跳入其中。为了解释这个空隙，请考虑一下法律的古典定义：“法律是有国家强制力为后盾的行为规范。”

立法者和裁决者们经常会问：“这项制裁将如何影响行为人们的举动？”比如说，如果要求那些生产劣质产品的厂家赔偿，未来产品的安全性和价格两方面将发生什么样的变化？或者，如果累计三次犯法的人会被自动关进监狱的话，犯罪的数量是否会下降？1960年的立法者回答这些问题时采取的方法和公元前60年的人们一样——通过直觉和一切可以利用的事实，来做出判断。

经济学提供了一个科学的理论，这个理论可以预测法律制裁对相关行为的影响。对于经济学家来说，制裁就像是价格，并假设人们对于制裁的反映与对价格的反映相同。人们通过减少消费对较高价格作出回应。因此可以假设人们对于较为严厉的法律制裁的反应是从事更少的会被制裁的行为。经济学家们有数理形式的精确理论（价格理论和博弈论）和经验上的可靠方法（统计学和计量经济学）来分析价格对行为的效应。

举例说，假设一个生产者知道其产品有时会对消费者造成损害，他将把产品做到怎样的安全程度？答案取决于两个成本：一是达到安全的实际成本，它是由设计和制造等方面所产生的成本；其二是生产者所承担的对受伤害的消费者履行法律赔偿责任的“隐性价格”。责任是由于伤害别人而产生的法律制裁。生产者需要律师来评估这一隐性价格。在获得所需要的信息之后，生产者将会比较安全成本和意外事故的隐性价格，为了使利润最大化，生产者将把安全程度调整到边际安全的实际成本等于边际意外事故的隐性价格。

通常来说，可以认为经济学提供了一种行为理论，使我们能够预测人们如何对法律作出反应。这个理论是基于人们如何对各种刺激因素作出反应，这不仅仅依

靠直觉，就像常识不能替代科学。法和经济学领域最有名的一篇论文是《大教堂的视角》[①]。这篇文章题目的隐喻，把经济学分析比作是从一个角度来观察巨大、古老、复杂、美丽、神秘而神圣的教堂。其中包含的另一个隐喻是，一些经济学的预测经常引导着法律的发展，行为科学就像是教堂石头之间的泥浆，无处不在并且支撑着每块石头。在社会科学进展的目前阶段，经济学是行为科学中对法律最有用的学科。

除了关于行为的一套科学理论之外，经济学还提供了一整套评估法律和政策的行之有效的规范性标准。法律不仅仅是神秘不可思议的技术性辩论，它们是用来实现重要社会目标的工具。为了了解法律对于这些目标的作用，法官和立法者们必须掌握某种方法来评估法律对于实现有关目标所产生的效应。经济学预测了政策对效率产生的影响。[②] 效率总是与政策制定相关的，因为能够以较低的成本而不是较高的成本来实现某一特定的政策总是可取的。公共部门的官员们从不提倡浪费。

商人更多谈论的是利益，而不是效率。律师们帮助商人最大化他们的收益。旨在增大收益的法律涵盖了财产和合同，本书也已经有所提及。本书中没包括有关公司、证券和破产等方面的法律。当一宗商业交易使交易双方的收益最大时，其含义是：在此状态下，没有办法增大交易一方的收益而同时不损害另一方的收益。用专业术语来说，这宗交易此时对双方而言达到“帕累托最优”。帕累托最优这个概念和收益最大化是紧密联系的。在财产和合同章节中有关效率的原则，直接应用到了商业合同中。律师可以运用效率原则来帮助商人从事更大收益的交易，也能帮助立法者制定更好的法律促使商业更加繁荣。

除了使商业交易受益，法律同时也限制商业活动。旨在限制商业活动的法律涵盖了民事侵权行为和犯罪行为，本书也将涉及这些方面的法律。可本书中没包括有关管制和税收方面的法律。法律限制是必要的，可用来保证合同是出于自愿。正如偷窃行为需要遏制，交易行为则需要鼓励。法律限制对保护那些不是合同交易方却受合同影响的人们，也是必要的。例如，一辆汽车的买卖双方很少会考虑到附带造成的汽车拥挤和空气污染会使社会的其他人受到损害。一个商业合同的“社会效率”，同每一个受到这宗交易影响的人有关，并不仅仅是参与交易的人。一个好的法律体系既能保障商人的收益，同时也要保障社会公众的福利。结果，商人追求自身收益的同时也会使社会公众受益。从这个角度看，所有现实的法律制度都有严重的缺陷，本书中的一些原理可以指出这些缺陷并提出改进的途径。

法律事务所的实际事务分为交易、管制和诉讼。交易指的是商业交易，管制指的是法律限制。诉讼指的是解决法律判决问题，这需要花费许多开销。小心谨慎

---

① Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

② 我们将在第2章讨论效率。

的交易以及对管制的服从可以使商人避免大多数分歧。当交易各方无法避免分歧，那么有效的解决分歧的方式可以省钱。本书将会提到，对诉讼效率的分析可以帮助商人们用省钱的方式解决对方的指控，正如一个有效的合同可以在友好的交易中增加收益。

除了效率和收益之外，经济学也能在预测政策对收入和财富分配的影响方面产生积极的作用。经济学最早在公共政策中的应用，是它能够预测由谁来承担税收。与其他社会科学家相比，经济学家更加理解法律对社会各个阶层的收入和财富分配的影响。尽管经济学家经常提出改进效率的建议，但同时却又极力避免卷入到有关收入分配的争论中，他们通常将关于收入分配的建议留给了政策制定者和选民。

1.2 经典的例子

为了更好的理解法和经济学所阐述的内容，下面将讨论几个法和经济学的经典例子。首先，我们将尝试确定在每一个例子中由法规所引发的隐性价格；其次，预测在这一隐性价格下的各种可能结果；最后，将从效率和（在可能的情况下）分配的角度来评估法律规则的效应。

例 1

某委员会被授权对刑法进行修改。该委员会已经证明，某些白领犯罪（比如，挪用其雇主的钱财）是在罪犯理性计算了被捕和惩罚的风险与可能获得的收益之后才实施的。近日，对那些被宣判犯了上述罪名的人要判处有期徒刑。在进行了广泛的取证后（证词大多来自于经济学家们），该委员会决定对这些违法者应处以罚金而不是监禁。委员会依照犯罪的严重性对每个犯罪分子逐个排队，并且决定罚金应该随着违法程度的严重性而递增，那么，应该要处以多少罚金呢？

在委员会面前作证的经济学家让委员们相信，某些白领犯罪行为只有在犯罪分子的预期收益大于预期成本时才会发生，预期成本取决于两个方面：被抓住并判刑的可能性以及惩罚力度。因此，可以把罪犯的犯罪预期成本定义为惩罚的可能性和惩罚力度两者的乘积。

假设惩罚的可能性下降了 5%而惩罚力度上升 5%，此时犯罪分子的犯罪预期成本保持不变，基于这一原因，可以假定犯罪分子还会进行同样多的犯罪活动（后文将解释这一结论成立的具体条件）。

至此，我们已经描述了犯罪制裁的隐性价格并预测了其对罪犯行为的效应。现在再从经济效率的角度来评估其效应。当惩罚的可能性下降和惩罚力度上升两者相互抵消时，对于犯罪分子来说，犯罪预期成本保持不变。但是对于司法审判系

统来说，惩治犯罪的成本可能变化了。被抓住并宣判有罪的可能性主要取决于投入到对白领犯罪的检察、起诉的资源的数量与质量，包括审计员、税务员、银行检查员、警察和检察官等。这些资源都是成本很高的，相比之下，管理罚金的成本要低很多。

这些情况表明了一个国家用最低的成本来控制白领犯罪的方法：在对犯罪分子的检察和起诉上投入很少，但是一旦查处将处以严厉的罚金。的确，可以证明最严重的犯罪应该处以犯罪者能够负担的最大数额的罚金（加里·贝克尔教授因为在其一篇著名的论文中得出这一结论，而被诺贝尔评奖委员会授予其诺贝尔经济学奖）。另外，还能够证明监禁任何犯罪分子（不只是白领罪犯）都是没有效率的，除非其已丧失交纳罚金的能力。因此，委员会可能会在其对白领罪犯的惩罚措施中提议使用高额的罚金措施，第 11 章和第 12 章中将仔细讨论这些观点。

例 2

一家石油公司签订一份在某个时期从中东向欧洲工厂运输石油的合同。在石油被运输之前，石油出口国爆发了战争，因此石油公司无法如约履行合同。由于缺乏石油，欧洲的那家工厂减产并且利润下降。该工厂就石油公司违约一事采取了行动（即提出法律诉讼），并要求法院判决一定数量的现金作为“赔偿金”，该金额等于如果石油能如约运抵时该工厂所能实现的利润。很不幸，合同没有提到因为战争而不能履约的风险，所以法院不能简单的根据合同本身的条款来解决问题。要判决这个诉讼案，法院必须在以下两者中做出裁决：到底要以战争造成石油公司“不可能”履约为由原谅石油公司，还是判定石油公司因违反合同约定从而必须赔偿工厂损失的利润。①

对于分析这桩案件的经济学家来说，关键的一点就是双方未能约定如何在他们中间分摊风险，这些风险会使合同履行发生困难，在本例中，这种风险就是战争。战争是在中东做生意的风险，必须由合同的某一方来承担。鉴于合同中对于如何分摊风险只字未提，法院必须裁定分配这个风险，并且，根据法院对案件的判决，一方或者另一方将不得不承担风险的补偿代价。

不同的法院规则对如何分配这一风险损失会产生怎样的影响呢？如果法院原谅石油公司，那么工厂就要承担因为石油没有运送到工厂所产生的损失；相反，如果法院坚持认为石油公司应该负责向欧洲工厂赔偿由于没有及时运抵石油所造成的利润损失，那么石油公司将承担没有运送石油产生的损失。因此，法院对案件的判决决定了损失在双方之间的分配。

我们必须注意的一个非常重要的问题是：法院如何分配交易双方之间的损失

① 如果想要对例子来源的案例进行全面的讨论，可以查阅 Richard Posner & Andrew Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law*, 6 J. LEGAL STUD. 88 (1977)。

应该有助于解决两件事情：第一，解决当事人之间的纠纷；第二，告诉将来处于类似情况的交易双方，法院将会如何处理这类纠纷。这两点常常被称为法院所起到的“解决纠纷”和“规则制定”的作用。就后者而言，人们希望法律能够引导合同双方在协议中，对于双方关系中可能出现差错的地方，明确各自应有的责任。或者，也有可能未来交易双方决定不明确写出责任，但是双方都明白法院会按照以前案例的判决原则做出判决。

法和经济学除了对这些工作的第一步即解决纠纷有所帮助之外，它还在规则制定方面，即法院和其他立法者如何处理某个特殊案例或纠纷，起到了特定的作用。确实，这就是本书余下部分的中心议题：“法律部门如何制定规则，以便在未来的相似案情中制定一套特定的解决方案？这种方案可取吗？”

经济学能够为法院提供这样一种思路，告诉法官哪种分配方式更优。从经济效率的角度来说，法院应该以使将来的合同更有效率为目标，来分配未能运输石油的损失。达到这个目标的一个规则就是把损失分配给能以最低成本来承担风险的一方，①从而使能够承受风险的一方提前采取预防措施。在中东做生意的石油公司显然比欧洲工厂更能够估计当地的战争风险，并且更容易采取预防措施。比如，石油公司能够安排其他不受战争封锁的备选航线，石油公司还能在中东地区爆发战争的情况下安排从其他地区购买和运输石油。

由于石油公司更有能力承担战争的风险，因此法院依据经济效率要求，将会坚持石油公司承担违约责任，并向欧洲工厂支付由于违约所损失的利润。这一结论与1967年中东战争中发生的实际案例结果相吻合。请注意，法院的一般规则可以从石油市场扩展到包括所有不可能履行合同所带来的福利效应。我们将在第6章和第7章详细讨论这桩案例所隐含的原则。

例3

艾迪电气公司排放的烟尘弄脏了附近露西尔洗衣店洗涤的衣服。艾迪公司能够通过在其烟囱上安装除尘器以减少污染，而露西尔洗衣店则能够通过在其通风系统中安装过滤器以减少损失。艾迪公司安装的除尘器与露西尔洗衣店安装的过滤器都能完全消除烟尘的损害。安装过滤器比安装除尘器便宜。同时，没有其他人会受到污染的影响，因为艾迪公司和露西尔洗衣店离得很近，同时和其他人都离得很远。露西尔洗衣店向法院提起诉讼，要求法院判决艾迪公司造成了“损害”。如果起诉成功，法院将命令艾迪公司减少污染。否则，法院将不会介入这一争端之中。上述纠纷的合理解决途径是什么？

① 这个例子中，我们假定法院将没有履行合同造成的所有损失判给交易中的一方承担。当然，法院也可以将损失按比例判给所有交易方。

首先，假设艾迪公司和露西尔洗衣店不能相互谈判或者合作。如果露西尔洗衣店赢得了诉讼，并且法院命令艾迪公司减少污染，艾迪公司必须安装除尘器，从而降低了自己的利润。不过，如果露西尔洗衣店败诉，那么露西尔店不得不安装过滤器，从而降低了自己的利润。假设安装过滤器是消除污染的两种方法中相对便宜的一种。因此，从社会角度来说，露西尔洗衣店败诉有助于效率提高。

现在，考虑如果艾迪公司和露西尔洗衣店能够相互谈判与合作，结果将如何改变。如果他们选择比较便宜的消除污染的方法，他们的共同利润（两店的利润之和）会比较高。当共同利润较高时，他们能够共同分享收益，从而双方的情况都变得更好。便宜的方法也是有效率的方法。在本例中，无论法规如何规定，当露西尔洗衣店和艾迪公司相互谈判与进行合作时，结果都可能提高效率（罗纳德·科斯因其在一篇著名的论文中得出上述结论而被诺贝尔评奖委员会授予诺贝尔经济学奖）。

1.3 私法分析中效率优先于分配

如前所述，经济学家是研究效率和分配的专家。大多数法律纠纷的解决，例如被告是否需要对伤害进行赔偿或者被告是否应该停止某项特殊的活动，都是具有货币价值的。某个纠纷的货币价值，就好比是这个问题中的“利益”。处理一个法律纠纷几乎总要涉及如何在各方之间分配利益。对各方应该获得多少利益的处理，为未来的行为提供了动机，这不仅仅是对处于特定纠纷中的人，也包括所有处于类似情境的人。本书中，将运用这些动机因素的影响，来预测法律裁决、政策、规则、制度所造成的结果。通过评估这些结果，研究就能聚焦在效率而不是分配问题上。

一个法律纠纷中的责任分配可能会影响到许多处于类似处境的人。具体来说，案件中的原告是某种产品的消费者、某种特定股票的投资者，或者一辆汽车的司机，那么对原告的判决可能会使每个消费该产品、投资该股票或者驾驶某辆车的人受益。然而，大多数坚持收入再分配是法律的中心目标的人，却并不是这么想的。收入财富再分配的提倡者常常关注的是一些社会群体，如穷人、妇女以及少数民族，而不是消费者、投资者或者司机。一些人强烈要求政府根据阶级、性别或者种族来进行收入与财富的再分配，以保证社会的公正。实现社会公正目标的一个可能途径是可以通过私法，例如财产法、合同法和民事侵权法来进行再分配。根据上述的理论，法院应该制定各种私法，通过将财富再分配给应得的社会群体，来实现社会的正义。举例来说，如果平均来说消费者比投资者贫穷，那么法院应该制定可靠的规则来照顾消费者而怠慢投资者。

本书并不想介绍私法在再分配中的运用。追求再分配的目的应该是私法应用的一种例外。在特定情况下，也许可以达到公正的效果，但不应该作为私法运用的普遍情况。原因在于，正如大多数人一样，经济学家不同意在他们之间进行再分配

的结果，但是经济学家一般都认可再分配这种手段。有效率的再分配可以通过避免浪费使得每一个在低效率再分配状况中的人受益。通过避免浪费，有效的再分配可以让分配获得更多的社会支持。比如，人们更加愿意捐钱给那些能够用有效的方式进行再分配财富的慈善机构，而不是那些把大部分收入花在自身管理上的慈善机构。

一个略带讽刺意味的例子，可以帮助人们了解有效率的再分配的好处。假设一片沙漠中有两块绿洲，其中的一块绿洲有冰激凌，而另一块绿洲却没有。当那些倡导社会正义支持再分配的人来管理这片沙漠时，就会声明第一块绿洲应该和第二块绿洲分享冰激凌。于是，人们从第一块绿洲拿出一大碗冰激凌，并派出一个年轻人将冰激凌运送到第二块绿洲去。火热的太阳融化了一些冰激凌，于是第一块绿洲付出的冰激凌要比第二块绿洲得到的冰激凌要多。融化掉的冰激凌，就代表着再分配的成本。那些强烈反对第一块绿洲应该给第二块绿洲冰激凌的人们，也许会同意应该派一个跑得快的人来运送冰激凌。同样，他们也应该会同意选择一个诚实的、不会在途中偷吃冰激凌的人来运送。

许多经济学家认为，累进税率制度和社会福利项目即“税收转移制度”，正如它的名字一样，在现代国家，这种制度比修改或改革私人法律权益，更能有效地达到再分配的目标。如下理由说明了为什么改革私法权益就像是在沙漠中把冰激凌交给一个跑得慢的人去运送。

首先，收入所得税关注的是不平等，然而私人法律权益下的再分配关注的是平均值。举例说明，假设法院制定一项法律来支持消费者打压公司，以达到将财富从富人再分配到穷人的目的。[①] 实际上，“消费者”和“投资者”并不完全对应着“富人”和“穷人”。法拉利跑车、滑雪和音乐会的消费者实际上相对来说更加富有，许多小型企业却以公司形式组建。同时，拥有良好养老金计划的工会会员对许多大公司的股票有着数量可观的投资。通过对收入征税这种方式，法律可以比直接去确定“消费者”和“投资者”更好地区分富人和穷人。

其次，修改私人法律权益的分配效果很难预测。可以这样解释，法院并不能确保，如果让公司对消费者负有法律责任，就能减少公司股东的财富。也许公司可以用更高价格的形式把更高的成本传递给消费者，在这种情况下，法院将一些消费者的花费再分配给了另一些消费者。从长期来看，资本的流通性会增加投资者的收益。

再次，通过私法进行的再分配的交易成本是非常高的。举例说明，在美国，一个意外事故原告的代理律师可以按照惯例收取 1/3 的赔偿费。如果被告的代理律师也收取类似的费用，那么双方的代理律师得到了这个纠纷中 2/3 的赔偿费用。相比之下，支付给准备所得税申报会计师的费用只是税务申报的一小部分，诉诸诉讼而非通过和解，是非常浪费的。

① 当消费者按照指南使用公司产品而产生损失时，法庭总会倾向于个人消费者。

除了上述的三个原因之外，还有第四个原因，即通过私法的再分配比累进税率制度更加扭曲了经济。例如，假如一项使番茄消费者受益的法律导致了番茄农场投资者回报的下降。于是投资者会作出减少投资番茄生产的反应，转而投资其他行业。因此，番茄的供应将会减少，而消费者为此就要支付较高的番茄价格。总体而言，运用更加广泛的税收制度，能够减少再分配政策对经济的扭曲，而不是仅仅求助于法律。

出于上述以及更多的原因，经济学家无论支持或者反对将再分配作为私法目的的人都认为，利用私人法律权益的方法是运用错误的方法来追求社会分配的公正。不幸的是，这些事实基本上很难被那些没有学过经济学的律师们所接受。

我们已经阐述了反对利用私法来达到再分配目的的理由。特别讨论了错误定位、不可测结果、高额交易成本和对投资动机的扭曲等问题。由于这些原因，私法的总体原则不能够应用在社会财富再分配方面。然而，在特殊的情况下，私法可以相对有效地进行再分配。举例说明，法律可以要求雇主在建造设施时，为使用轮椅的人提供特殊的通道。如果合理地制定法律，这些法律就能够以可预测的方式为残疾人士提供有效的帮助。同时，私法的执行也可以便宜而有效，而且对投资动机的扭曲也较少。然而，通过制定法律达到有利于残疾人士的理想结果，需要更多地关注经济学基本原理，而非监管者通常所表现出来的行为。

网页便笺 1.1

除了效率之外，还需要关注有无其他什么政策目标可以用来制定法律并加以实施呢？在哈佛法学院的路易斯·卡普洛(Louis Kaplow)和斯蒂文·萨维尔(Steven Shavell)2002 年出版的一本书《公平与福利》(Fairness versus welfare)中，他们认为："完全没有。"当然，一定会有人不同意这种看法。敬请查阅 Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, 86 CORNELL L. REV. 1005 (2001), and Daniel Farber, *What (If Anything) Can Economics Say About Equity?*, 101 MICH. L. REV. 1791 (2003)。

1.4 法学家为何应该学习经济学？经济学家为何应该学习法学

法律的经济学分析是一门交叉学科，它综合了两大研究领域，并且使人们加深了对这两个领域的理解。经济学有助于让人们用一种全新的方法来认识法律，这种方法对于任何法学家和任何对公共政策感兴趣的人都非常有用。你或许已经习惯于把法律想象为正义的工具。确实，很多人都仅仅从提供正义这个角度来看待

法律的功用。本书将教你从改变行为的诱因(隐性价格)和政策目标(效率与分配)的手段的角度来审视法律。

当我们集中精力分析经济学能给法学带来什么的时候,同样也能够发现法学给经济学所带来的东西。经济分析经常视财产、合同等制度为外生的,而它们对经济运行具有显著影响。比如说,由于缺乏安全的财产保护与可靠的合同,使得东欧和第三世界的一些国家的经济陷入瘫痪状态。再比如说,法律制度的差异导致日本、德国和美国的资本市场组织形式存在巨大差异,并且这些差异对于这些国家的经济表现的差异有着很大的影响作用。

除了法律内容之外,经济学家还可以从法学家那里学到很多分析技术。法学家们花费大量时间去处理实际问题,这种对实际问题处理的投入造就了法律分析的技术。因为一个案子的结果常常由描述案情的词语所决定,因此学习法学的学生对文字差异十分敏感。这些文字的差异有时给法学之外的人留下了诡辩的印象,但这些文字差异恰是基于被经济学家们所忽略的微妙而又重要的事实。比如说,经济学家不断地歌颂自由交换,但是经济学没有告诉人们自愿的交换意味着什么。正如我们所见,合同法有一个复杂而清晰的意志理论。如果经济学家从法学家那里学习一些东西,他们就会发现自己所做的模型会更加接近现实。

1.5 本书的框架

从交叉学科的研究中获益只需付出一点努力:法学家必须学点经济学,而经济学家则需要学点法学。我们要求读者付出一些努力去阅读下面两章的内容。第2章是对微观经济理论的一个简要回顾。如果你很熟悉这些的话,你可以把这些内容当作复习材料来快速阅读,或者快速浏览那些你学习微观经济学时没有做过的习题。为了检查一下你是否需要在第2章多花点时间,你可以试着做一下本章的习题。

第3章是对法律和立法程序的介绍,这些材料对于那些从来没有接受过正规法律训练的人来说应该仔细阅读。我们尝试去描述法律系统是如何运作的,美国的法律系统与世界其他地方的法律体系有何不同之处,以及究竟什么是"法律"。

从第4章开始,我们将从经济的角度对法律展开实质性分析。关于实体法律问题都是成双成对安排的:第4章和第5章集中于财产法;第6章和第7章集中于合同法;第8章和第9章集中于侵权法;第10章是有关民法程序的分析;第11章和第12章专门分析刑法问题。每一部分中的前一章先是对该法律领域的各方面问题做一个概述,紧接着提出对该法律领域的经济学分析。每一部分的后一章则将核心的经济分析理论扩展到一系列专题中。比如,第8章提出了一个关于侵权责任的经济理论,而第9章则将这一理论扩展到汽车、医疗实践和商业产品的意外事故等专门领域中。第4章到第10章处理的法律问题通常称之为"私法",因为原告和被告一般都是私人。第11章和第12章处理的是公法(刑法)的问题,因为在

这里国家是公诉人，而且成文法是适用的法律。

推荐阅读

每章的最后都会列出一些以该章节内容为主题的最重要的文章。这个书单并不全面，因为法和经济学领域的发展十分迅速，每个月都会增加重要的附加材料。请查阅网站 www. cooter-ulen. com 获得本书的更多资源。《法律期刊索引》(Legal Periodicals Index)和《经济学文献杂志》(Journal of Economic Literature)包含了所有法律评论和经济学杂志方面的文章索引；它们都包含"经济学"和"法和经济学"这两个条目。

BOUCKAERT, BOUDWIJN, & GERRIT DE GEEST, EDS., ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (1999).

DAU-SCHMIDT, KEN, & THOMAS S. ULEN, EDS., A LAW AND ECONOMICS ANTHOLOGY (1997).

NEWMAN, PETER, ED., THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND LAW (3 vols., 1998).

POLINSKY, A. MITCHELL, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (2d ed., 1989).

POLINSKY, A. MITCHELL, & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, v. 1(2007).

POSNER, RICHARD A., *The Decline of Law as an Autonomous Discipline, 1962—1987*, 100 HARV. L. REV. 761(1987).

POSNER, RICHARD A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (7th ed., 2007).

SHAVELL, STEVEN, FOUNDATIONS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2003).

▶2 微观经济学理论回顾

"那些认为自己完全不受任何思想影响的实干家，常常是某些已逝的经济学家的奴隶…无论好与坏，真正可怕的是观念，而非既得利益。"

——约翰·梅纳德·凯恩斯：《就业、利息、和货币通论》(1936)

"在愚昧的国度里，为了消遣，我把自己的注意力转移到政治经济学。"

——托马斯·德昆西：《一个英国瘾君子的自白》(1821)

"经济学是研究关于目的与可供选择用途的手段之间相互关系的人类行为科学。"

——莱昂内尔·查尔斯·罗宾斯：《经济科学的意义与性质》(1932)

法和经济学分析根植于微观经济学理论，因而我们将在本章中对微观经济学加以回顾。对于没有学习过微观经济学的读者而言，阅读本章将相当费力，但掌握本章内容对阅读本书其余章节大有裨益。对于学习过微观经济学的读者，阅读本章则没有必要。介于两者之间的读者，建议您阅读本章时，略读所熟知的内容，同时学习您所不太熟悉的部分。如果您不太确定自己的微观经济学知识水平，请先看本章末尾的习题。如果这些习题对您有一定难度，那么仔细阅读本章将使您受益匪浅。

2.1 微观经济学理论概述

微观经济学关注个人及诸如家庭、俱乐部、厂商和政府组织等群体的决策制定。正如本章开篇罗宾斯的名言，微观经济学研究竞争环境中的稀缺资源配置。你是应该买所中意的 mp3，还是为求职面试准备一套体面的西装？周末是与朋友旅行还是呆在家？由于金钱与时间的有限，你无法购买你想拥有的一切，也不能做所有你想做的事：你必须做出选择。微观经济学将对人们如何做出选择提供通用的理论。

可以将微观经济学分为五个部分来学习。第一部分是消费者选择及需求理

论。它将描述一个有限收入的典型消费者，如何在众多商品与服务中做出选择。

第二部分将阐述商业机构及厂商的决策问题。我们将建立一个厂商模型，从而来帮助人们了解厂商如何决定提供何种商品与服务，以及如何确定其生产成本与出售价格。

第三部分，将讨论消费者与厂商之间的相互作用。结合消费者与厂商理论，我们将揭示消费者与厂商的决策如何通过市场价格的变动达到协调。最终，消费者决策与厂商决策将在长期中达成一致，此时，他们双方对商品与服务的价格与质量持有同样意见。当消费决策与生产决策保持长期协调一致时，市场处于均衡状态。我们可以看到，存在强大的力量推动市场趋向均衡，因而任何使市场偏离此路径的行为通常是无效的或有害的。

第四部分将讨论生产过程中投入的供给与需求。这些投入包括劳动、资本、土地以及人力资源。概括地说，投入是指厂商在生产消费者所需的商品与服务中所必需的所有生产要素。

最后一部分是微观经济学中的福利经济学。我们将讨论市场的组成以及市场是如何有效率地运作。

这五个部分内容构成本章微观经济学回顾的核心。此外，还有三个与上述章节联系不是最为紧密的问题，但为更好理解法和经济学，您也应该对这些内容有所了解，即：博弈论、不确定条件下的决策理论和增长理论。这些内容将在本章最后一节中作介绍。

2.2 基本概念：最大化、均衡和效率

经济学家通常假设每一个经济主体将促使某些东西最大化：消费者追求效用（如快乐、满意度）最大化，厂商期望利润最大化，政客则希望得到最多的选票，政府部门希望财政收入最大化等等。经济学家通常称此为最大化行为假设。由于大多数人是理性的，出于理性，所以希望最大化。“理性”的概念在于理性的行为人能够根据某种标准对自己所希望获得东西进行排序。在实践中，一个人的选择是有限的，消费者的预算约束限定了其选择。一个理性的消费者应该在约束下做出其最优选择。“理性”的另一层含义则是消费者将做出适合其目标的、“好”的选择。

网页便笺 2.1

理性选择理论（理性行为模型）是现代社会科学的经典理论之一。然而，对理性选择理论某些假说的批评也与日俱增。事实上，2002 年诺贝尔经济学奖授予心理学家丹尼尔·卡尼曼，他的贡献正是在于，通过研究表明消费者行为有时会违背理性选择理论。想知道关于理性假说理论更多的批评，请访问本书作者的网站 www. cooter-ulen. com。

约束条件下的最优选择问题可以用数学中的最大化方法求解。考虑理性消费者的选择可以按照从小到大的序数排列。相应的，更好的选择对应更大的数字。经济学家称其为“效用函数”，这将在后面详细介绍。此外，数学上对选择的约束条件则用“可行性约束”来表示。约束条件下的最优选择问题可以对应于可行性约束下效用函数的最大化问题。因此，消费者可以说是在自己的预算约束下追求效用最大化。

再来看第二个基本概念。经济学家最为深刻的习惯思维在于，他们往往促使自己用人们在交往中最终达到**“均衡”**来描述每一种社会现象。均衡是指除非被外力打破，否则将保持不变的状态。经济学家通常假设，不同事物间通过相互作用将达到均衡，不管当事人是处于市场、选举、俱乐部、体育比赛、团队、公司甚至婚姻之中。

微观经济学理论中存在着一个关键的环节，即将“最大化”与“均衡”两者连接起来。我们通常将个人或团体的行为概括为最大化某项目标。最大化行为将推动个人或团体最终达到静止，即均衡。当然，他们并未在主观上寻求均衡；事实上，他们仅仅是尽可能最大化某种他们感兴趣的事物。即便如此，他们之间的相互影响最终将会达到均衡。

一个**稳定**均衡是指除非有外界因素干涉，否则将保持不变的状态。举例子说，山谷中的积雪是一个稳定的均衡，而山峰之巅的积雪则是一个不稳定的均衡。在无外力影响下，以稳定均衡为目标的作用力将确实发挥作用。社会生活中，在这种相互作用影响到均衡时，外力首先会介入其中。不过，均衡分析同样有意义。高级微观经济学理论中包括了增长、周期以及非均衡方面的内容，但本书无须涉及。均衡的比较，又称作比较静态均衡，也是本书的基本分析方法。

再看第三个基本概念。经济学家对于**效率**有许多不同的定义。在满足以下两个条件中任意一个的情况下，生产过程被称作具有生产效率：

（1）无论如何变动投入，都不可能以更低的成本生产出同等数量产品；

（2）或者在现有投入组合下，不可能生产出更多数量产品。

假设一个工厂使用劳动与机器生产一种玩具。如果这个工厂每周使用 10 个工人和 15 台机器，生产 100 个玩具。在以下情况下这个工厂的生产被称作具有生产效率：

（1）如果工厂每周使用 10 个工人但少于 15 台机器，或者使用 15 台机器但少于 10 个工人，都无法生产 100 个玩具。

（2）工厂在使用 10 个工人及 15 台机器的情况下，每周生产的玩具产量无法超过 100 个。

另一种效率，是以其提出者①命名的“帕累托最优”，有时也称为最优配置，通常用其考虑个体偏好的满足。如果在不使某人境况变差的情况下，不能使另一人情况变好，则称之为**帕累托最优**或**最优配置**。简单地说，假设只有两个消费者，史

① 维尔弗雷多·帕累托是活跃于 1900 年左右的意大利政治科学家、律师及经济学家。

密斯和琼斯；同时只有两种商品，雨伞和面包。首先，将商品分别分配给这两个消费者。这种分配是帕累托最优吗？是的，因为如果重新分配，在不损害另一方利益下，则不可能使史密斯或琼斯中任何一方境况变好。①

经济学三个基本概念——最大化、均衡以及效率——是解释经济行为的基础，尤其是在诸如市场等涉及众多不同人群相互影响的分散组织中。不过，许多对法和经济学分析持保留态度的律师，对这些经济学概念能否真正能够有效地解释重要的社会现象仍存有疑问。他们通常会提出，“为什么是均衡而非改变？如果在直觉下做出预测，而非严格的遵循理性的规定，这样会不会使情况变得更好？”虽然这些批评有时有一定的道理，但这三个基本概念广泛适用于法学的事实却无可辩驳。

2.3 数学工具

可能读者对本书的数学部分有所担心，但事实上无需过多担心，因为，本书所使用的数学仅只是一些代数和图表。

2.3.1 函数

经济学家普遍使用函数，包括生产函数，效用函数，成本函数，社会福利函数以及其他函数。**函数**是一种关系，这种关系使得一个集合里的每一个元素对应到另一个（可能相同的）集合里的惟一元素。例如，下表即为一函数形式，x 列中的 4 对应 y 列中的 10。

事实上，可以注意到 x 列中的每一数字对应 y 列中的某一数字。因而，我们可以称变量 y 是变量 x 的函数，通常情况下用以下形式表示：

$$y=f(x)$$

我们称“y 为 x 的函数”或“y 等于 $f(x)$”。

y	x
2	3
3	0
10	4
10	6
12	9
7	12

注意到 x 列中的 4 惟一对应 y 列中的 10；而 6 同样对应 10。此表中，给定 x，其对应惟一的一个 y；但对某些 y 值，却不只对应一个 x 值。因而，在方程 $y=f(x)$ 中，y 称为因变量，x 称为自变量。

① 这里涉及另一个效率概念——卡尔多—希克斯效率中的潜在帕累托改进，我们将在后文介绍。

现在假设存在另一个因变量 z，其自变量同样为 x。假设此函数为 g，则：

$$z=g(x)$$

当存在两个函数，$g(x)$和 $f(x)$，其带有不同的因变量 z 和 y，厘清每一个函数对应的变量有时会存在困难。为避免这种情况，可以规定函数名对应其变量，即：

$$y=f(x)\Rightarrow y=y(x)$$

$$z=g(x)\Rightarrow z=z(x)$$

有时我们会考虑不存在特别数字的抽象方程。例如，读者会被告知 y 是 x 的函数，但却不知道具体哪个 y 值对应哪个 x 值，只需要知道 y 与 x 相关即可。如果给出了缺失的数字，则可以用如同上文一样的表格来加以表示。另一种表示因变量与自变量关系的方法是给出一个确定的方程。例如，函数 $z=z(x)$为：

$$z=z(x)=5+x/2$$

下图表示不同 z 值所对应的 x 值：

z 列	x 列
6.5	3
12.5	15
8.0	6
6.0	2
9.5	9

函数同样也包括一个因变量(通常指方程的一部分)对应几个自变量的情况。例如 $y=h(x,z)$，表示函数 h 中每一对自变量 x 和 z 的值对应因变量 y 的一个值。函数的具体形式为：

$$y=h(x,z)=-3x+z$$

据此，当 x 增加 1 个单位时，y 减少 3 个单位；当 z 增加 1 个单位时，y 增加 1 个单位。

2.3.2 曲线图

为进一步加深对函数关系的理解，也可以使用曲线图。曲线图中，自变量通常用水平坐标轴表示，因变量则用垂直坐标轴表示。例如图 2.1，向上倾斜的直线表示函数 $y=5+x/2$。有兴趣的读者可以进行验证。如果 $y=0$，x 是多少？如果 y

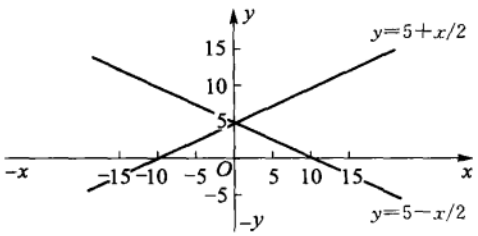

图 2.1 直线方程 $y=5+x/2$(正斜率)与 $y=5-x/2$(负斜率)

=0，则 x 应为−10。则(−10,0)应为直线上一点。同理，(0,5)也落在直线上。

图 2.1 表示显示了 x 与 y 更多关系。例如，可以看出函数直线向上倾斜，或者从西南方向到东北方向。而 x 与 y 是正相关，即 x 增加时，y 也增加；x 减少时，y 也减少。更一般的是，因变量和自变量同方向变动，这幅图中直线的斜率是正的。

同时，曲线图也显示 x 对 y 影响的大小。注意到如果 x 增加 2 个单位，y 增加 1 个单位。换一种说法，如果 y 增加 10 个单位，则 x 需增加 20 个单位。①

与正相关相反的则是负相关。某些情况下，自变量与因变量变动方向相反。x 增加，将导致 y 减少；x 减少，将导致 y 增加。一个例子便是 $y=5-x/2$，从图 2.1 可以看出，直线是向右下方倾斜的。

问题 2A

假设方程为 $y=5+x$，则用坐标图表示是怎样？是正相关还是负相关？其斜率与 $y=5+x/2$ 比较，哪个方程的更大？

假设方程为 $y=5-x$，则用坐标图如何表示？变量是正相关还是负相关？与 $y=5-x/2$ 比较，哪个方程右图中的斜率更平坦？

图 2.1 中，$y=5+x/2$ 也表明变量之间是线性关系。这意味着在作图表示自变量与因变量取值时，其最终图形是一条直线。“线性”的一个含义是，当自变量发生变动时，因变量以一个不变的比例发生变动。在图 2.1 中，如果想知道 x 扩大两倍从而对 y 的影响，则不管 x 是 2 还是 3 147 都无关紧要。x 扩大两倍对 y 的影响始终保持不变比例，不管 x 取值如何。

存在线性关系，当然也会存在有非线性关系。大体说来，非线性关系比线性关系更加复杂。通常情况下(但非绝对)，非线性关系通常为自变量的指数化函数形式。例如，$y=x^2$ 与 $y=5/x^{1/2}$。图 2.2 表示了 $y=x^2$ 的曲线。经济学中另一种非线性关系是形如 $A=xy$，其中 A 是一个定值，图形表示形如图 2.3。

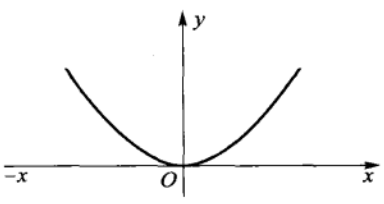

图 2.2　非线性关系，方程 $y=x^2$

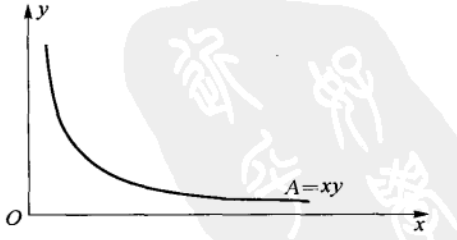

图 2.3　非线性关系，$A=xy$

① 图 2.1 中的斜率为 1/2，即 x 的系数。事实上，任何线性关系中自变量的系数就是斜率。

2.4 消费者选择与需求理论

经济学家关于消费者如何作出选择的基本理论是理性选择理论。本节中，将会介绍该理论怎样解释消费者决定购买何种商品、服务以及其数量。

2.4.1 消费者偏好排序

消费者选择理论起始于一个具有众多偏好的消费者。假设消费者清楚地了解自己的好恶，同时能够对可加选择的商品和服务进行排序以满足自身需求。这些选择中当然包括“不多于”、“比……好”、“比……差”和“至少一样好”。事实上，一些经济学家相信，他们所考虑的消费者偏好排序的条件构成了经济学家所谓的“理性”。这些条件是什么呢？它们包括了一个消费者的偏好排序必须满足**完备性**、**传递性**以及**自反性**。完备性是指消费者可以就其能够选择的商品和服务进行排序。假设 A 代表一组商品和服务，B 代表另一组不同数量的商品与服务。完备性意味着消费者能够通过比较说出她喜欢 A 胜过 B，或者喜欢 B 胜过 A，或者 A 和 B 同样喜欢。消费者不能说，“我无法比较”。

传递性是指偏好排序满足下列条件：如果 A 优于 B，且 B 优于 C，则一定存在 A 优于 C。传递性同样包括无差异情况：如果消费者对 A 与 B 的偏好无差异，对 B 与 C 的偏好无差异，则消费者对于 A 与 C 的偏好同样无差异。传递性排除了消费者偏好的循环可能，如 A 比 B 好，B 比 C 好，C 比 A 好。大多数情况下，人们会觉得有这种循环偏好的人太过幼稚或者有些疯狂。

自反性是消费者偏好的一个特殊条件。它表示对于一组商品 A，它至少与其本身一样好。正是因为这一偏好性质如此直白，因此反而比较难举出相应的例子。

问题 2B

假设你问詹姆斯，午饭想吃汉堡包还是热狗，他说想吃热狗。五个小时后，你问他晚饭想吃什么，他却说想吃汉堡包。那么詹姆斯对热狗和汉堡包的偏好是否满足上述条件？为什么？

非常重要的一点是，要切记消费者的偏好是非常主观的。不同的人有不同的品味，这直接反映在面对同样的商品时，不同的人会做出不同的选择。经济学家将不考虑那些影响偏好的因素（心理学、社会学这些导致不同偏好的因素）。正如经

济学家所说，经济学把偏好视作是**外生**的，这意味着偏好受经济系统以外的其他因素影响。

个人偏好主观性的一个重要结果便是经济学家没有一个可行的方法用来比较不同消费者偏好的强烈程度。假设斯丹说他喜欢 A 胜过 B，而吉尔说她也同样喜欢 A 胜过 B。我们有办法分辨谁更喜欢 A 吗？理论上讲，答案是否定的。对于消费者的偏好，我们仅仅能知道她的排序，但却不可能知道她的偏好程度。事实上，不存在一种度量单位可以衡量消费者的偏好程度，虽然经济学家常常用“单位”来代指消费者的满意程度。对于**福利的人际比较**的无能为力对设计和实施政府政策有着重要意义，这在后面的福利经济学中将有所涉及。

2.4.2 效用函数以及无差异曲线

如果消费者能够描述其偏好顺序，那就可以构造其效用方程。效用方程中更大的数字用来代表更高的偏好。假设只有两种商品，x 和 y。如果令 u 表示消费者效用，则函数 $u=u(x,y)$ 表示消费者的效用取决于不同数量的 x 和 y 的组合。

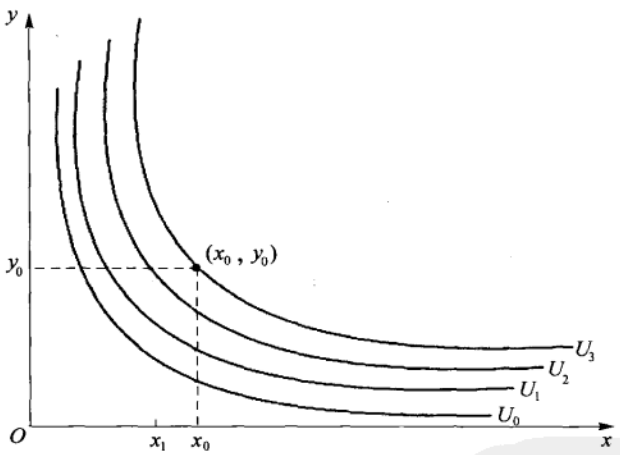

图 2.4 消费者无差异曲线

形象描述消费者的效用函数的一个非常有用的方法便是无差异偏好曲线图。图 2.4 就是一个例子。在图中有许多条无差异曲线，每一条曲线代表能带来同等效用的不同数量的 x 和 y 的组合。换句话说，在任意一条曲线上，消费者的满足程度是无差异的——故这条曲线被称为**无差异曲线**。例如，在曲线 U_0 上的任一 x 和 y 的组合带给消费者同样的效用。同样，在更高的无差异曲线 U_1 上的 x 和 y 的组合效用是相等的，不同的是消费者在 U_1 上的效用高于 U_0 上的 x 和 y 的组合的效用。

问题 2C

假设在点(x_0, y_0)，现在x从x_0减少到x_1，那么y要相应增加多少才能保持消费者效用不变？

消费者选择中存在的问题来自于由于某些障碍带给消费者偏好的冲突。所谓障碍是指，迫使消费者从众多选择中做出决定的某些限制。现实中有许多限制，包括时间、精力、知识以及个人的文化，但最为常见的还是一个人有限的收入。我们可以用图 2.5 中的直线来表示消费者的收入约束或称预算约束。直线之内以及直线上的区域表示在给定收入 I[①] 的条件下，消费者有能力购买的 x 和 y 的组合。假设消费者想花光自己所有收入来购买这两种商品，那么，我们就可以只观察预算约束线上的 x 和 y 的组合。

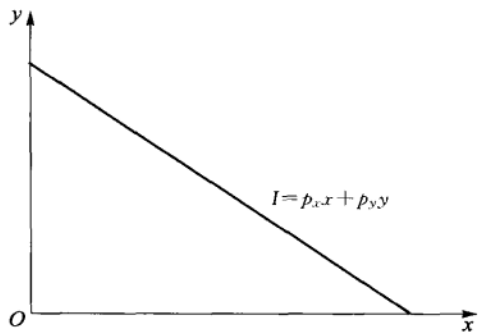

图 2.5　消费者的预算约束线

问题 2D

假设消费者目前的约束线如图 2.5 所示，则在以下变动下，消费者的预算约束线将如何变化？

（1）消费者收入增加，商品价格不变；

（2）消费者收入减少，商品价格不变；

① 预算约束线的方程是 $I=p_x x+p_y y$，其中 p_x 为每单位 x 的价格，p_y 为每单位 y 的价格。作为一个练习，你可以重新变动这个方程，可以把 y 作为因变量，表明预算约束线的斜率是负的。当你这样做的时候，你会发现变量 x 的相关系数是 $-p_x/p_y$。经济学家称这个比例为“相对价格”。

（3）x 价格降低，消费者收入及 y 价格不变；

（4）y 价格增加，消费者收入及 x 价格不变。

2.4.3 消费者的最优选择

本节将结合前面已阐述的内容，通过图 2.6 解释消费者如何在有限收入约束下，选择适合的 x 和 y 组合，以达到个人效用最大化。

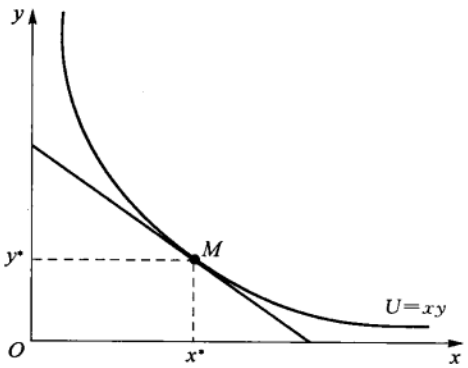

图 2.6 消费者的最优选择

消费者的最优消费组合如 M 点显示。在所有可选组合中，M 点组合带给消费者最大化效用。①

2.4.4 总结：经济学的最优即边际成本＝边际收益

为更清楚地阐述微观经济学中约束条件下最大化问题的核心思想，不妨先来看看更为一般的最大化问题：

约束条件下的最大化问题，或其他的经济最大化问题，都可以概括为：边际成本＝边际收益。

如何运用这条定律来解决最大化问题呢？② 首先假设决策者选择其初始水平；其次决策者需要考虑这个水平是否使其利益最大化；最后，在局限条件下，这是否是他能达到的最大水平？要回答这个问题，可以使用一个非常小的量（经济学上所谓的**边际**）来改变决策者的初始水平。假设消费者在其初始水平上有少许增加，则称此为边际收益；同时，为获得边际收益消费者必须付出一定的代价，称此为边

① 因为假设正常的无差异曲线凸向原点，因此有惟一的消费束 x、y 使得消费者效用最大化。对于其他形状的无差异曲线，可能会有不只一组效用最大化的消费束。

② 这种规律同样适用于消费者试图最小化某种东西。这种情况下，最优情况是 $MC=MB$ 时，但下一章中典型的消费者行为将与本节有所不同。

际成本。此时消费者会比较他现在的状态和初始状态。如果边际收益大于边际成本，消费者将重复其上述的调整行为，直到边际收益等于边际成本。这时，决策者便实现了最大化。

问题 2E

假设如果消费者不采用增加的方法，而是首先减少一定数量的消费以实现效用最大化。试解释边际成本与边际收益之间的变化关系及如何实现决策者的最优水平（假设初始水平比最优化水平更高）。

以收入约束下的消费者效用最大化为例，图 2.6 中的 M 点，即边际成本等于边际收益。预算线 I 上的任一方向变动，表示消费者增加某种商品的购买，同时减少另一种商品的购买。比如，消费者在 x 上多花一美元，则必须在 y 上少花一美元。可以称减少的 y 购买量为调整购买的边际成本，增加的 x 的购买量为边际收益。

消费者应该在 x 上多支出一美元，而在 y 上少支出一美元吗？事实上，只有当边际收益大于边际成本时才应当这样做。在这种情况下，理性的消费者会继续从购买 y 的钱中省出一部分用于购买 x，直到边际成本等于边际收益。此时，正好位于图 2.6 中的 M 点。

图 2.7 解释了减少污染排放量的约束条件下的最大化问题。纵坐标表示美元数量，横坐标表示污染减少量。起初，这里没有减少污染的动力。在横坐标 100% 处表示污染被完全消除。

直线 MB 表示减少污染的社会边际收益。假设其中包括健康、环境以及减少

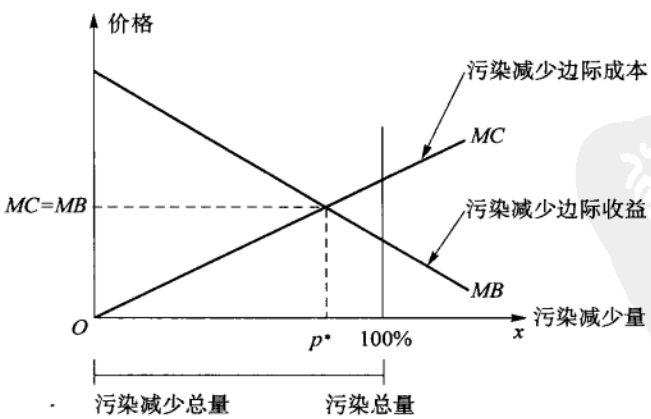

图 2.7　减少污染的最优量分析

污染所带来的其他公益。可以看出，直线 MB 递减，意味着最初减少一单位污染将会给社会带来巨大收益。减少第二单位污染时，虽然同样能够社会带来收益，但其收效已不如最初。最后，当减少的污染量已达到 100%时，虽然此时带来的社会收益仍然为正，但其效果已不能和最初同日而语。

直线 MC 表示因反对减少污染所带来的社会成本。由于减少污染，私人和厂家都会增加成本：更清洁的生产方式相对会更昂贵；他们必须安装监控装置以随时监测污染程度；以及由于他们排放污染物被指违反污染排放条例，于是不得不上法庭。直线 MC 向上倾斜表明随着减少排污量的增加，边际成本也随之增加。这表明减少污染起初所带来的成本不会很高，但却会变得越来越昂贵。

给出递增的边际成本以及递减的边际收益，我们的问题便是：社会减少排污的最优量是多少？图 2.7 中的 p^* 即社会减少排污的最优量选择。此时，多减少一单位污染将带来更多的损失，而如果少减少一单位污染还存着优化社会效用的可能。

请注意，从前面的图中可以看出，完全消除污染并不是社会的最优选择。因而，容忍一定程度的污染才是社会的最佳选择。特别的，当减少污染量等于 p^* 时，此时全社会污染总量为 $100-p^*$，也称为社会最优污染量。天下没有免费的午餐。这是经济学家们智慧的结晶，也是在综合衡量成本收益后的结果。

问题 2F

假设我们在考虑排污减少问题时，是以社会净收益最大化为目标的。定义社会净收益＝边际收益－边际成本。则此时的污染减少量应该是多少？

问题 2G

如图 2.7，试解释当发生以下变化时，减少的排污量应发生什么变化：

(1) 技术进步导致减少污染的边际成本降低；

(2) 一项研究表明，污染给人类健康带来的危害远比现在所认识到的更加严重。

如果你掌握了经济学家的思维，即几乎所有的决策都是以边际成本等于边际收益的标准来衡量，那么你已经迈出了巨大的一步，这将有助于你理解本书中所提出的大多数问题。

2.4.5 个人需求

我们将利用前一节的消费者选择模型来推导如何决定商品价格以及消费者购买数量。需求曲线则描绘商品价格与购买数量两者的关系。

如图 2.6 中 M 点，当商品 x 的价格和预算线给定后，其最优购买数量便是 x^*。但是，如果预算约束线不变，x 价格下降，那么消费者将购买多少 x 以实现其效用最大化呢？要回答这个问题，我先可以假设 P_y、I 不变，P_x 下降，观察此时消费者的最优选择结果。毫无疑问，结果将显示 x 的价格与最优选择下的 x 购买数量呈反方向变动。当 P_y 与 I 保持不变(其它条件不变)，x 价格上升时，消费者对 x 的消费量将减少，反之亦然。这就是**需求法则**。

通过刻画消费者在不同 P_x 下的 x 消费量两者的关系，我们可以画出个人需求曲线 D，如图 2.8 所示。需求曲线可以有不同的斜率，或平坦或陡峭。决定其陡峭程度的便是一个重要概念，称为**需求价格弹性**，或简称为**需求弹性**。①

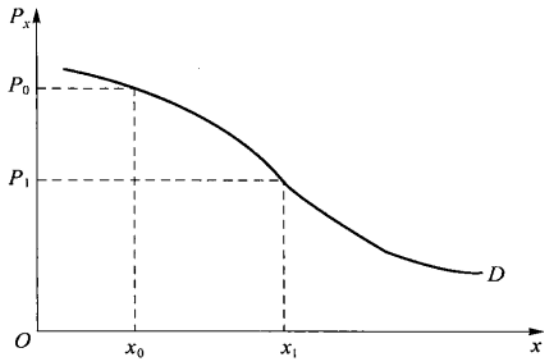

图 2.8　个人需求曲线，表明价格与需求量之间反方向变动

这是一个非常有用的概念：它衡量的是在价格变化时消费者的反应程度。有很多因素都会影响消费者对商品的需求。例如，如果两个商品的用途相似，则商品 A 价格上升而另一种商品价格不变，那么消费者将明显减少对商品 A 的需求量。总的说来，影响需求弹性的决定性因素便是其替代物的可用性。某种商品的替代品越多，则该商品的需求弹性越大；替代品越少，则需求弹性越小。替换在同一类商品中较容易实现，但发生在不同种类商品间就很困难。如果黄瓜的价格上升，那么换成吃豌豆、或胡萝卜是很容易的事；如果蔬菜的价格上升，那么转变成吃肉也是可能的；但是如果食物的价格都上升，那么人们因此去减少食物量就确实很难做到的。因而我们可以看出，豌豆的需求弹性大于蔬菜的需求弹性，也大于食物的弹性。同理，长期需求也比短期需求更具有弹性。例如，如果相对于天然气，电力价格上升，则消费者便会逐渐用气燃具来替换电燃具，转向使用天然气。经济学家通常通过反复计算商品和服务的价格，来预测消费者对价格上升的反应。

① 弹性通常用字母 e 表示，其中 $e<1$ 为缺乏弹性，$e>1$ 为富有弹性，$e=1$ 为单位弹性。通过转换，需求的价格弹性为正数。对于缺乏弹性的商品，价格的变动比率超过需求量的变动比率。因此，若某商品的 $e=0.5$，则商品价格下降 50%，需求量会上升 25%。对于富有弹性的商品，价格的变动比率小于需求量的变动比率。例如，如果一个商品 $e=1.5$，则价格每下降 50%，需求量会上升 75%，或者说价格每增加 20%，将会导致数量下降 30%。

2.5 供给理论

现在来复习一下关于市场的另一方面：供给。为消费者提供商品与服务的主要组织是厂商。在本节中，首先将介绍厂商生产的目的以及厂商如何决定生产何种产品。在下一节中，将结合供给与需求模型，介绍消费者与厂商如何通过各自独立的最大化行为，来实现市场均衡。

2.5.1 利润最大化厂商

厂商是将投入（资本、劳动、土地等等）转变成产出（服务与产品）的组织。正如我们假设消费者在其收入约束下最大化其收益，同样可以假设厂商在消费者需求和生产技术等约束下最大化其利润。

在微观经济学中，**利润**定义为产品总收益与总成本之差。总收益等于产量乘以商品单价，总成本等于产量乘以单位成本，再加上其他投入。利润最大化厂商追求总收益与总成本之差最大化。微观经济学理论显示，厂商利润最大化的生产是当其**边际收益等于边际成本**时（事实上，这便是前面所说的基本原则：达到最优时边际成本等于边际收益）。

上述原则表明，当边际收益大于边际成本时，厂商应该增加产量；当边际成本超过边际收益时，厂商应该减少产量。当边际成本与边际收益相等时，厂商达到利润最大化。

务必注意经济学的这个原则：为使利润最大化，厂商不用考虑总成本与总收益；相应的，只需要考虑边际原则，便可以明确最大化利润的产量水平。

图 2.9 显示，厂商的边际成本曲线 MC 与边际收益曲线 MR 相交。因而厂商利润最大化产量水平即 q^*。总利润为图中所示阴影部分，等于厂商的总收益（p

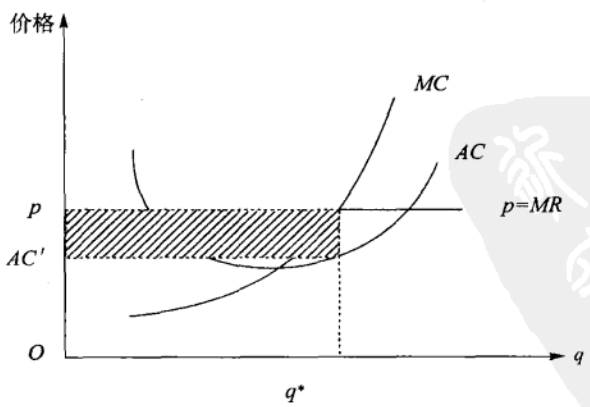

图 2.9 厂商利润最大化产出

乘以 q^*）与总成本之差。

图中有许多需要留意的地方。假定边际收益曲线水平且等于市场价格。这意味着厂商能在现行市场价格下卖出他愿意卖出的任意数量产品。当单个厂商扩大其销售量不会对商品的市场价格产生任何影响时，这种厂商可以称之为**价格接受者**。它描述的是这样一种情况：在市场中有许多厂商，每一个厂商的生产规模都很小，因此没有任何一家厂商能够单独影响商品的市场价格。一个典型的例子便是农业。市场上存在着大量小麦的供给者，因而任何一个农民增加或减少其供给量都不会对小麦市场价格产生任何影响（当然，如果所有农民同时使自己的产量翻倍，这将会对市场价格产生明显影响）。这种类型的市场被称为“完全竞争市场”。

2.5.2 短期与长期

在微观经济学中，厂商的行为按时间长短划分为两类：短期和长期。这种划分并不与日历计时相一致，而是按照厂商生产的周期来定义。在短期中，至少有一项投入是固定无法变动的，通常是资本（厂房、机器以及其他耐用品）。因为在短期中资本是固定的，因此所有与资本相关的成本被称为**固定成本**。大体上讲，在短期中，厂商可以忽略这些成本：无论厂商生产 1 000 万件商品或是什么都不生产，固定资本都是存在的（产量变动所带来的成本是“可变成本”，其增加或减少受产量变动影响）。而在长期中，所有的投入都是可变的，不再有任何固定成本。厂商可以扩大其投入，也可以完全退出行业，同时也会有新的厂商进入市场。

长期与短期的另一个区别是厂商的均衡利润水平不同。任何时间点上经济中都会存在资本的平均收益率。当某个行业的收益率超过社会的平均收益率时，其他厂商就会进入该行业（假设不存在进入壁垒）。随着新厂商的进入，整个行业产量上升，商品市场价格降低，导致厂商的收益降低。同时，激烈的竞争提高了投入品价格，导致厂商成本上升。两者结合导致厂商的总利润下降。当利润等于平均利润率时，不再有新的厂商进入。

经济学家在描述这些现象时有自己特别的方法。资本的平均收益率被视作成本的一部分，因而把其从收益中减去，以得到“经济利润”。因而，资本的回报率等于整个经济的平均收益率时，可以称为“经济利润为零”。①

因此可以得知，在长期均衡中，任何完全竞争行业的经济利润均为零。因为这种情况只会发生在厂商平均成本曲线的最低点，此时生产成本已经尽可能的低，长期均衡中投入将会更有效率的使用。因此，经济利润为零，不仅不是厂商的噩梦，反而是一种非常理想的社会经济状态。

① 当一个行业的收益低于整个经济的平均收益时，则称经济利润为负。当这种情况出现时，某些厂家退出该行业进入收益率至少等于平均收益的行业。做为一个小练习，请你思考如何描述经济利润为负的行业重新达到零的过程。

2.6 市场均衡

描述了消费者的效用最大化以及厂商的利润最大化行为后，现在的任务是将两者结合起来阐明它们如何相互作用。首先，将介绍在完全竞争市场中，供给和需求如何决定商品的价格和产量；接着，分析当市场结构发生变化时，在垄断条件下的价格与产量的决定。最后，我们将以一项重要的政府政策为例，展开均衡分析。

2.6.1 完全竞争市场的均衡

如果一个市场中有数量足够多的厂商与消费者，以至于没有任何单一个人的行为能够影响市场价格，则称此市场为**完全竞争市场**。如图 2.10，在这样一个市场中，市场需求可以由一条向下倾斜的需求曲线代表，即 $d=d(p)$；市场供给可以由向上倾斜的供给曲线表示，即 $s=s(p)$。需求曲线与供给曲线的交点决定了市场**出清（均衡）**价格和产量。在此价格与产量下，消费者与供给者的决策保持不变。

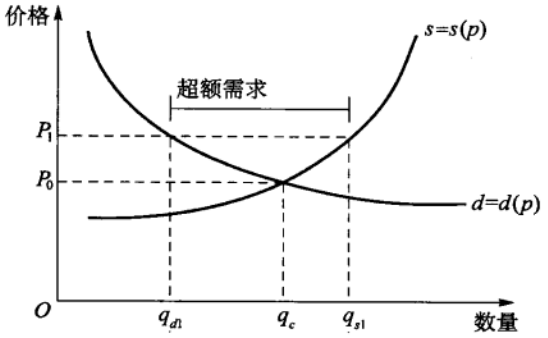

图 2.10 完全竞争市场均衡

阐明图 2.10 中 P_e、q_e 是均衡结果的一种方法，便是观察当价格和产量发生变化时，市场将如何变动。假设市场初始价格为 P_1，此时市场的最大供给量为 q_{s1}，同时消费者对商品的需求量为 q_{d1}。在 P_1 时，供给量与需求量不一致；厂商提供的商品数量超过消费者意愿购买的数量。市场将怎样解决这一部分超额供给呢？显然，市场价格将降低。随着价格的降低，消费者需求会提高。同时厂商供给会减少，供给与需求之间的差距也会变小。最终，价格将下降到 P_e，这一市场价格将使厂商供给量与消费者需求量相等。

2.6.2 垄断市场的均衡

完全垄断是市场结构的另一种极端。在完全垄断市场中，只有惟一的一个供给者。只有当存在进入壁垒、竞争厂商不可能出现时，垄断市场才会出现。总体来

讲，这样的壁垒有两种类型：一是法律和法规对进入的限制；二是生产的技术条件，即**规模经济**。一个有关进入方面法令限制的例子是自 20 世纪 30 年代至 70 年代中期，国家航空委员会禁止新航空公司在重要的航线上如洛杉矶至纽约和芝加哥至迈阿密进入客运市场。

另一个进入壁垒是技术性的。规模经济是指生产过程中，随着产量的增加，平均成本降低。由于规模经济而获得其垄断地位的垄断者通常称为**自然垄断**。公用事业公司，如自来水、电力、通讯、邮政、能源公司等，通常属于自然垄断。如果允许这些部门限制产量从而收取垄断价格，那么自然垄断所带来的技术优势便会被削弱。正因为如此，自然垄断行业通常由政府管制。

机会成本与比较优势

微观经济学中隐藏着一个基本概念：机会成本。机会成本是指为了得到某种东西而所要放弃的另一样东西。如果你想读大学，你就必须放弃其他选择，如工作、或是成为职业运动员、周游世界。考虑到读大学的成本，经济学上的成本就是其他可能性中某一种最好的选择。这对于任何一个经济主体都是适用的：在效用最大化行为中，消费者必须考虑他选择这样商品而放弃购买其他产品的成本；在最大化利润时，厂商必须考虑资源用来生产这种产品而非其他产品所带来的损失。

总的说来，经济学概念中的机会成本比会计成本的适用更加普遍。一个例子可以证明。① 假如你的一个阔亲戚给了你一辆市场价格为 15 000 美元的汽车。她说你可以卖掉这辆车，也可以留下来自己用，但是如果你自己用这辆车，她会替你付油费、保养费、维修费及保险费用。总之，她说："你用车，我买单，一切免费。"真是这样吗？假设，如果把 15 000 美元存进银行，每年将有 12%的利率，即一年有 1 800 美元的收入。如果你使用一年后再把这辆车卖出去，它的价格将会下降到 11 000 美元——你将损失 4 000 美元。因此，使用这辆车一年的机会成本是 4 000 美元加上 1 800 美元等于 5 800 美元。这显然不是免费的。此时，会计成本为零，而机会成本为正。

比较优势是与机会成本相关联的经济学上另一个非常有用的概念。比较优势原则要求人们选择那些机会成本比起其他东西要低的活动。例如，一个身高 7 英尺的人在应聘篮球运动员的工作上具有比较优势。但是另一个擅长处理许多事情的人呢？例如，一个优秀的律师同时是一位具有打字技能的人。她是应该自己打印文件还是雇用某人做这件事，以便自己更专心地处理法律上的事呢？比较优势支持专业化：律师如果能够随意雇用一个人替她完成低技术性工作而自己只处理法律专业问题，会比她同时做打字这样一份工作，能挣更多的钱。

① 这个例子来源于 Roy Ruffin & Paul Gregory, Principles of Microeconomics 156 (2d ed. 1986)。

与竞争性厂商类似，垄断者同样通过使边际收益等于边际成本来实现利润最大化。垄断者的边际成本与竞争性厂商一样，是增加生产一单位产品的投入增量，图 2.11 显示了边际成本曲线 MC。但是，垄断者的边际收益曲线与完全竞争厂商不同。回顾一下，边际收益描述的是每多生产一单位产品收益的增量。因为，竞争性厂商可以在市场价格下卖出他所愿意卖出的任何数量的产品，因此每新增加卖出一单位产品，总收益的增量都等于产品价格。而对垄断者而言，随着卖出产品数量的增加，边际收益会递减。图 2.11 向下倾斜的曲线 MR 表明了这一点。注意到 MR 曲线位于需求曲线下方，这意味着每单位产品的边际收益比市场价格低。曲线 MR 开始为正，但当产品数量到 q_c 时下降至 0；由此可见，垄断厂商每多卖出一单位产品，厂商的总收益增加，但总收益增加速度变慢。增至第 q_c 单位产品时，不再会增加总收益（$MR=0$），而产量超过 q_c 后，厂商每增加生产一单位产品，MR 为负，说明垄断厂商每增加生产一单位产品将减少垄断者自己的总收益。

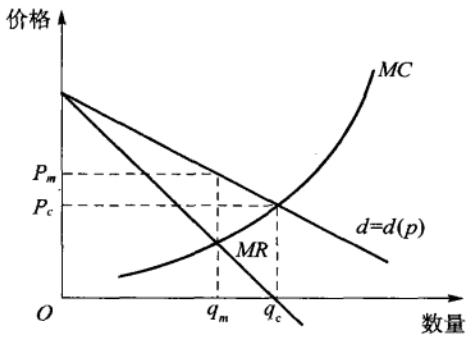

图 2.11　垄断者的利润最大化产量及价格

导致垄断者边际收益与产品销售量这种复杂关系的原因是向下倾斜的需求曲线。向下倾斜的需求曲线表明，垄断者必须降低其价格才能售出更多的产品；但是当垄断厂商为了多售出一单位产品，不仅需要降低这一单位产品的价格，而且需要降低所有产品的价格。① 可以看出，新增一单位销售量的新增收益会小于该单位产品的价格。由于 MR 低于每单位产品的售价，当需求曲线向下倾斜时，MR 曲线同时也向下倾斜，同时位于需求曲线下方。

垄断者通过选择使得边际收益等于边际成本的产量水平来实现利润最大化。图 2.11 显示了这样的产量 q_m。需求曲线显示，消费者会为购买这一产量支付的价格为 P_m。注意，如果这个市场是完全竞争而非垄断，厂商利润最大化的决策点将会在总供给曲线 S 和市场需求曲线 D 的交点。竞争性价格 P_c 将会低于垄断价格，此时的产量 q_c 也会大于垄断市场中的产量。

在这两种极端的市场结构——完全竞争和完全垄断之间，经济学家还分析了

① 假设垄断者不实行价格歧视（价格歧视：厂家对不同的消费者购买同质的商品收取不同的价格）。

其他类型的中间状态的市场。其中，最重要的两种便是**寡头垄断**和**不完全竞争**。寡头垄断市场是指，在一个市场中存在少数厂商，而他们的最大化行为是互相依赖的。这表明，厂商 A 的最优化行为选择不仅只与其自身的边际成本与边际收益相关，同时也与厂商 B、C、D 的产量与价格相关。对于厂商之间这种相互作用的经济学分析涉及博弈论，这些内容将在后文讨论。不完全竞争市场与完全竞争市场有许多相似之处——例如，无进入壁垒且市场上存在着大量厂商，但同时又具有垄断的成分：厂商生产的产品具有高度替代性，同时具有差异；并非像完全竞争市场那样，厂商的产品同质。因此，在不完全竞争市场中，厂商通过品牌、颜色、型号、质量、耐用性等使得自己的产品与众不同。

2.6.3 均衡分析的例子

用一个具体事例来解释理论是非常有帮助的。让我们想象一个如图 2.12 所表示的房屋租赁市场。房屋的市场需求由需求曲线 D 表示，市场供给则由向右上倾斜的供给曲线 S 表示。假设该市场为竞争性市场，因此消费者与厂商各自的最大化行为将会决定租金 r_1 和 h_1 的房屋被出租。这便是前面曾经讨论的均衡：对产品的需求和供给决定了价格为 r_1。除非需求曲线或供给曲线发生移动，否则该价格和数量将会长期保持。

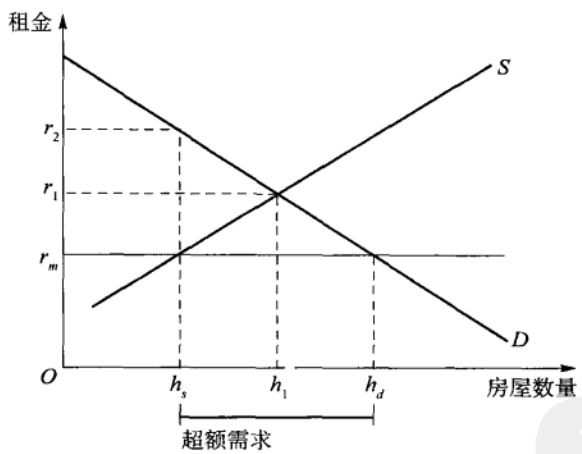

图 2.12 政府法令要求租赁价格低于市场出清价格的结果

现在假设政府认为 r_1 太高，因而制定了条令限制房屋租金最高为 r_m，这一最高限价低于均衡价格。政府希望，在这一较低的租金水平上会有更多的房屋被租赁。图 2.12 显示，结果并不尽如人意。在 r_m，消费者需要 h_d 的住房，多于均衡量 h_1。同时在较低的价格上，供给者只愿意提供 h_s 的住房。显然，在此低租金水平，供给者不愿意提供足够的房屋；他们可能会把房屋用在别处，比如自己家庭使用或者出售。因此，由于政府制定最高限价而导致的超额需求等于 $(h_d - h_s)$。

如果严格执行最高限价，则短缺将长期存在。一些非价格调控措施将会陆续出现，如排队。最终，无论是需求曲线向内移动或是供给曲线向外移动，短缺会得到控制。但也可能，由于房屋失修，房东任其损害，房屋的质量下降，导致此时 r_m 是一个可接受的均衡价格。

但是，如果最高限价并非严格执行，则消费者和供给者会找到相应的方法以消除短缺。例如，租赁者会提供免费服务或秘密付款给房东，从而使得实际支付金额高于 r_m，让房东更愿意把房子租给他们，这些额外支付为 $(r_2 - r_m)$。

2.7 博弈论

通常人们会遇到这样的情况：存在着一些决策者，且每一个人的最优化选择依赖于其他人的行为。这些情况包括博弈中每个人必须作出自己的决策。决策是行为人如何就其他人的行为做出反应。**博弈论**主要解决在决策显得极为重要时的情况。因而，博弈论会加深人们对于一些法律法规的理解。有兴趣更深入了解博弈论的读者，可参阅作者推荐的部分博弈论的优秀书籍。①

为了解释博弈论，首先要确定三个基本因素：

(1) 决策者；

(2) 决策者的策略；

(3) 决策者的每一种策略的支付。

首先来看一个著名的例子——囚徒困境。两个嫌疑犯，嫌疑犯 1 和嫌疑犯 2，两人合谋犯罪，但运气不佳，俩人被警察逮捕带到了警察局，并分别关在两个房间，无法相互串供。审问者分别审问两人并试图使他们指证对方。由于警方掌握的对他们不利的证据比较无力——他们仅仅是在错误的时间出现在错误的地点。如果检察官在法庭上提出这些证据，他们只会因为较小的罪名判处很轻的处罚——1 年有期徒刑。检察官希望他们中的一个或者两个嫌疑犯交代出更多的罪行。如果其中一个嫌疑犯交待了罪行，而另一个嫌疑犯拒不交待，那么拒不交待的嫌疑犯将被判处 7 年有期徒刑，而主动交待的嫌疑犯只需在监狱里坐上半年牢。如果两个嫌疑犯都交待了罪行，则他们都将被判处 5 年有期徒刑。两名嫌疑犯该怎么做——坦白还是抵赖？

图 2.13 是嫌疑犯的策略及支付矩阵。每一个嫌疑犯都有两个策略：坦白或抵

① 对博弈论感兴趣的读者，这里有一些非常优秀的入门书籍：Eric Rasmusen, Games and Information: An Introduction to Game Theory (3d ed. 2001); David Kreps, Game Theory and Economic Modelling (1990); and Avinash Dixit & Barry Nalebuff, Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life (1991). More advanced treatments may be found in Roger Myerson, Game Theory (1991) and Drew Fudenberg & Jean Tirole, Game Theory (1991)。有关法律的特别分析，可参见 Douglas Baird, Robert Gertner, & Randal Picker, Game Theory and the Law (1995)。

赖。不同策略导致的结果如图所示。

另有一种博弈树的方法也可以用来描述两个嫌疑犯的策略。如图 2.14 所示。

		嫌疑犯 1	
		坦白	抵赖
嫌疑犯 2	坦白	−5 −5	−7 −0.5
	抵赖	−0.5 −7	−1 −1

图 2.13 “囚徒困境”博弈

现在来寻找最优策略——坦白还是抵赖。假设嫌疑犯 1 会选择其最优策略。记住两个嫌疑犯是分别关押，他们之间无法串供（由于该模型为对称模型，所以只要考虑嫌疑犯 1 的策略选择）。

首先，如果嫌疑犯 2 坦白，嫌疑犯 1 该怎么做？如果他抵赖，将坐 7 年牢；如果他坦白的话，则会被判 5 年。显然，如果嫌疑犯 2 坦白，嫌疑犯 1 最好也坦白。

但是如果嫌疑犯 2 抵赖呢？如果嫌疑犯 2 抵赖而嫌疑犯 1 坦白，他只用在监狱里待半年；如果他也不交待，则会在监狱里待 1 年。同样，嫌疑犯 1 此时的最优策略仍然是坦白。

因此，嫌疑犯 1 总是会坦白罪行。不管别人怎么做，交待罪行总能使他在监狱待上更少的时间。囚徒困境意味着“坦白”是一个**占优策略**——不管其他人行为如何，这样的策略对决策人总是最优的。

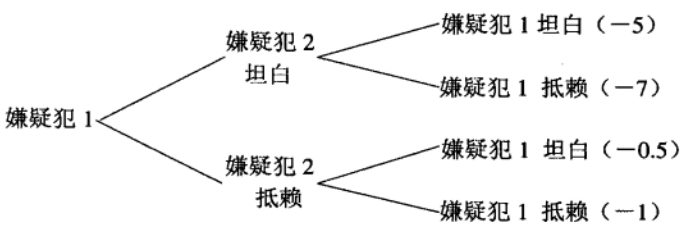

图 2.14 囚徒困境的扩展式

另一个嫌疑犯也会作出同样的考虑，他也会坦白罪行。“坦白”对于双方都是优势策略，因此，最终两人都会被判五年徒刑。

这个博弈的结果——两人都坦白，是一个均衡，即对于任何一个决策者而言都没有动机改变其策略。博弈问题中描述这种均衡是一个非常著名的概念——**纳什均衡**。在纳什均衡中，给定别人策略的情况下，没有人能通过改变自己的行为使自己的境况变得更好（前文中提到的竞争均衡就是一个多人参与博弈的纳什均衡）。

纳什均衡是博弈论的一个基本概念，可它仍然有不完美之处。比如，许多博弈没有纳什均衡，而某些博弈则有多个纳什均衡。并且，纳什均衡与帕累托最优之间没有必然联系。回到前面的囚徒困境，可以看出，纳什均衡的结果是两个嫌疑犯都

坦白交待。但是，从嫌疑犯的角度来讲，这并不是一个帕累托最优结果。当两个嫌疑犯都坦白时，他们都得在监狱里待上 5 年。如果他们都选择沉默，则有机会可以使双方的境况都变得更好。因为，两个嫌疑犯都只在监狱里待 1 年是一个帕累托最优结果。显然，由于两个嫌疑犯不可能通过串供都拒不交待，所以这个结果是不可能出现的。①

我们可以用囚徒困境的例子讨论博弈论的另一重要概念——**重复博弈**。假设囚徒困境的博弈不是只进行一次，而是可以由同样的决策者进行多次相同博弈，上述分析结果将改变吗？如果同样的人依照同样的规则进行多次博弈，那么他们就有可能加强合作并有动机建立起某种声望——比如上例中所提及的信任。

关于重复博弈，有一个重要的问题必须弄清楚：即博弈是有限次数博弈还是无限次数博弈。为理解其中的不同，假设囚徒困境博弈将被进行 10 次。因而每一个嫌疑犯的最优策略与这 10 次博弈的总结果有关，而非仅仅一次博弈。假设嫌疑犯 2 仔细思量，在第一次博弈前得出了他以下每次博弈应该采用的策略。他会预先想到，如果他和他的同伙每次都被抓住，他们会学会抵赖而非坦白。但是，当嫌疑犯 2 考虑到最后一次博弈，即使在前 9 次中他们都学会抵赖，第 10 次的结果也会不同。因为这是最后一次博弈，故嫌疑犯 1 可能有强烈的动机选择交待。如果嫌疑犯 1 交待而嫌疑犯 2 依然按照以前的约定进行抵赖，那么同嫌疑犯 1 的半年徒刑相比，嫌疑犯 2 将被判 7 年徒刑。想清楚这一点后，嫌疑犯 2 便有动机在最后一次博弈中选择背叛约定，因此他也会选择坦白。沿着这一思路，现在第 9 次博弈就变成了实际意义上的最后一战。按照相同的逻辑，在第 9 次博弈中，他们同样会坦白。嫌疑犯 1 也会用同样的思维预计到这样的结果来推测第 8 次博弈。从理论上讲，博弈中的攻守同盟最终被瓦解。如果进行有限次数博弈，在每一次博弈中坦白都是最终的结果。

而如果进行无限次博弈，则结果将会不同。在此种情况下，双方都有动机选择合作。罗伯特·阿克斯罗德曾证明，在类似于囚徒困境的无限次博弈中，最优策略是**一报还一报**——如果另一个决策者在上一轮选择合作，那么你在这一轮也合作；如果他在上一轮背叛，那么你在这一轮也就背叛。②

有限博弈与无限博弈看上去似乎违反了博弈论的法则，但事实并非如此。假设这样的博弈关系存在于债务人与债权人之间。假设债务人的经济状况一直较好，那么债权人与债务人之间的信用关系看起来则与无限博弈相似。但如果债务人即将破产，那么这种信用关系则更像是有限次数博弈，两者之间的信任与合作将会瓦解，债务人试图隐瞒其财产，而债权人会想方设法的挽回自己的损失。

博弈论的这些重要概念将会对人们理解法律和法规产生重要影响。

---

① 你能想出一个有效的方法使得嫌疑人在犯罪前商定决不妥协吗？请用博弈论语言表达，囚徒困境中的嫌疑犯怎样才能作出可信的承诺：在他或同伴被捕后拒不交待。

② 参见 Robert Axelrod, The Evolution of Cooperation (1984)。

2.8 资产价格理论

微观经济学中关于劳动与资本市场的内容要远多于本书中的部分。可是，我们将运用到其中的一个工具：资产价格理论。

资产是产生收入流的来源。例如，一套公寓可以带来租金流；一项专利可带来使用费的现金流；一份年金每年将带来固定的收入流。我们有一种方法可以把未来的收入转化成今天的收入。一个经常被问起的问题便是："要购买一份未来的现金，今天需要准备多少资产？"

来回答这个问题，可以通过计算未来收益的**净现值**（PDV）。假设一份资产第一年年末能产生 F_1 的收益，第二年年末产生 F_2 的收益，第三年年末产生 F_3 的收益，第 n 年年末产生 F_n 的收益，假设现行利率为 r，则净现值等于：

$$PDV=\frac{F_1}{(1+r)}+\frac{F_2}{(1+r)}+\frac{F_3}{(1+r)}+\cdots+\frac{F_n}{(1+r)}$$

这个结果具有许多重要意义。比如，假设如果法庭为给某个资产被损害的人追回利益，其中一种计算损失的方法就是使用净现值计算方法。

2.9 一般均衡与福利经济学

在前面的章节中，主要讨论了微观经济学中消费者与厂商的最大化、均衡及效率等概念。微观经济学中的**福利经济学**则是探讨众多个人与厂商的决定如何相互作用来影响个人的福利。福利经济学比微观经济学中其他部分更具有伦理性，许多重要的问题也随之产生。例如，公平与效率之间是否存在内在的矛盾？如何规制市场中的个体最大化行为？政府何时以何种方式干涉市场？市场能确保商品和服务的公平分配吗？在本章的介绍中，仅能对微观经济学如何解决这些问题理出一个脉络。但是，对于法律的分析，这些知识是最基本的内容。

2.9.1 一般均衡及效率定律

微观经济学的一个重要结论便是，在追求效用最大化的消费者和追求利润最大化的厂商各自独立决策的情形下，最终会在所有市场上自发建立均衡。这种情况被称为**一般均衡**。只有当竞争使得市场上所有商品和服务的边际成本等于边际收益时，才能达到一般均衡。正如你所想象，这种情况在现实社会中不太可能实现。不过，有两个理由可以解释为什么必须了解达成一般均衡的条件。首先，虽然并非所有的真实市场都能够满足这些条件，但大多数条件还是能够成立的。其次，这些实现一般均衡的特殊条件为政府政策提供了评价市场运行的基本标准。

2.9.2 市场失灵

在福利经济学中，一般均衡是一个理想的状态，能够帮助人们弄清实现这种状态的基本条件。抛开繁缛的细节，最核心的条件是所有的市场都是完全竞争的。由此可以清楚认识到妨碍市场均衡的情况。在本节中，将要介绍四种导致**市场失灵**的因素，并从理论层面上阐释能够纠正失灵的政府政策。

1. 垄断和市场势力

市场失灵的首要原因是存在不同形式的垄断：产品市场的垄断，许多竞争性厂商或原材料供给者之间的合谋勾结，投入品市场的垄断（只有一个买者）。如果该行业是竞争性的，边际收益与边际成本相等。但是正如图 2.11 所示，垄断者效用最大化的产量和价格出现在价格高于边际成本水平上。从效率角度上讲，此时价格太高，供给太少。

政府纠正市场垄断弊端的方法是用竞争取代垄断，或者对垄断者确定的价格进行管制。就反托拉斯法而言，第一条政策是合理的。但有时用竞争取代垄断并不太可能，公共设施的自然垄断便是一个例子；这种垄断将始终存在，于是政府必须进行价格管制。

2. 外部性

市场失灵的第二个来源在于经济学家所谓的**外部性**。市场中的商品交换是自发且互利的。通常，交换的双方享受所有利益并承担一切损失，也对交换的可行性具有完全信息。但有时候，交换所带来的利益会流向第三方。此外，交换所带来的成本也会转嫁给第三方。前者是**外部收益**，后者是**外部成本**。外部收益的一个例子便是养蜂人的蜜蜂会为其邻居的苹果园授粉，而外部成本的一个例子则是空气污染或水污染。

让我们看看外部成本（通常简称外部性）如何导致市场失灵以及解决外部成本问题的方法。假设一家位于人口稠密城市上游的工厂，每天都向河中倾倒大量有毒的生产副产品。这种行为给下游居民带来巨大的无法要求赔付的成本：他们必须花额外的费用净化水源或从别处购买洁净水。这个例子中，市场是怎样失灵的呢？原因在于，由于工厂无须为其对别人造成的损害进行赔付，因此也就缺乏自我约束。工厂倾倒污水的行为仿佛成本为零，但事实上，成本确确实实存在。从学术角度讲，生产所带来的外部性太大，是因为**私人边际成本**与**社会边际成本**间存在着巨大差异。

工厂生产每单位产品的边际成本是私人边际成本，而社会边际成本则是私人边际成本以及给第三方所带来的损失之和。如图 2.15 所示，在每一产出水平上，社会边际成本都大于私人边际成本。两条曲线垂直方向上的差异显示了每一单位产品生产带来的外部边际成本。注意，如果产出为零，则不存在外部性，但随着产量的增加，每单位产量所带来的外部成本也随之增加。

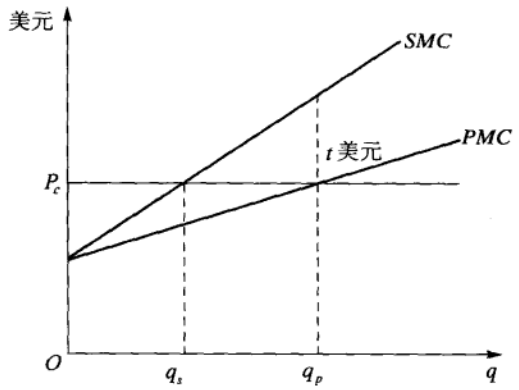

图 2.15　私人边际成本和社会边际成本的区别

利润最大化厂商在生产中以其私人边际成本曲线考虑决策，并通过选择 $P_c = PMC$ 的 q_p 来最大化其利润水平。但是从社会的角度而言，此产量太大。为使社会资源得到有效利用，厂商应选择使 P_c 与 SMC 相等的 q_s。在这个产量水平上，厂商不仅考虑自身成本，同时也考虑了其带来的社会成本。

何种政策可以使得外部性的制造者来考虑外部性呢？这将是本书试图讨论的核心问题之一。在外部性存在的条件下实现社会最优的关键，是如何引导最大化个人利益者限制其产量到社会最优水平，而非私人最优水平。政策需要迫使厂商按照社会成本曲线而非私人成本曲线运作。如果能做到这点，则可以说外部性已经纳入私人到厂商的考虑中，从而被**内部化**。

问题 2E

在图 2.15 中，如果产量为 q_s，是否还有其他的外部成本产生？如果是，那么为什么称这样的生产水平为社会最优？如果没有任何外部成本是否会更好？此时的产量是多少？我们前面所说内容能否为“社会最优是当社会边际成本等于社会边际收益”的观点提供支持？在社会边际成本等于社会收益的点上，是否仍然存在外部成本？为什么？

3. 公共产品

市场失灵的第三个来源是公共产品的存在。公共产品通常具有以下两个特点：

（1）非竞争性：一个人对公共产品的使用并不会减少其他消费者的使用；

（2）非排他性：要使其他人不使用此产品的成本非常高，以至于没有私人厂商愿意提供此种商品。

考虑国防的例子。假设如果国防由私人厂家提供，一个每一年收取年费的厂家会向消费者出售其所提供的国防安全，保护领空、领海、领土免遭外国的入侵。只有那些购买了保护的消费者才能受到保护。这些消费者可能通过穿着特别的制服加以区别，或者他们的房屋顶上将刷上一个大大的白色 X。

谁将会购买这些私人国防公司的服务呢？一些人会而另一些人则不会。许多不会购买的人会解释说，如果他们的邻居购买了保护服务，他们同样也会受到保护：对于私人国防公司而言，很难做到只保护那些购买了服务的人，而不保护仅仅与他们一墙之隔的没有购买服务的人。因此，国防安全保护是非竞争性：一个人的使用并不会减少其他人的利益。因此，对于消费者而言，有着强烈的**搭便车**的动机：希望自己不出任何费用，而从别人的花费中得到好处。

公共产品的私人供给者面临的另一个问题是，排除那些不付费的受益者实在太难。如果试图去分辨谁缴了钱、谁没有缴钱，几乎注定会失败。例如，前文所说的特别制服和房屋记号会很容易地被人模仿抄袭。

由于搭便车者的存在，以及高额的分辨成本，因此私人厂家很难使消费者购买其国防服务。如果私人厂商是国防服务的惟一提供者，那么则只有很少一部分商品被购买。

政策怎样纠正由于产品是公共产品所带来的市场失灵呢？存在两个方法：第一，政府可以通过税收系统直接或者间接地对私人供给者提供补贴。基础科学研究即为一例。第二，政府可以自己提供公共产品，通过强制性税收收入支付成本。这也就是国防安全的提供方法。

网页便笺 2.2

市场的另一个问题是合作性与集体性。要了解更多，请参见我们的网站。

4. 严重的信息不对称

市场失灵的第四个原因是交易双方的信息不对称，一方占有极大优势从而交易被阻碍。

例如，通常卖主比买主更了解产品的质量。一个卖车的人远比其潜在消费者更了解车的信息。同样，当银行展示一项新的储蓄业务给开户者时，银行比顾客更了解这份合约的法律内涵。

当卖主比买主知道产品的更多信息，或者相反，可以称市场信息不对称。在某些情况下，这种信息不对称可以通过自发交换而被消除，如买方对其售出产品的服务进行担保。但是严重的信息不对称可能扰乱市场，以至于不可能通过自发交换实现社会最优。这种情况发生时，政府对市场的干预能够很好的改变这种信息不对称，实现更多的最优交换。例如，购房的一方与房屋拥有者相比是处于信息劣势的一方，可能会遇到诸如白蚁、垮塌的地基等潜在问题。结果，房屋市场无法有效

运作;购房者可能会给的价格过高,或者由于担心潜在缺陷,某些购房者会打退堂鼓。美国许多州都要求,卖主必须告知买主房屋所有的不足。如果卖主没有告知这些信息,那么遇到问题时他们有责任赔付。

网页便笺 2.3

福利经济学的最重要的问题之一便是社会福利函数的偏差。现代经济学最天才的成就之一——阿罗不可能定理指出,不可能在同时满足众多看似合理的条件下,做到将个人偏好转变为公共选择。更多内容,敬请查阅作者的网站。

2.9.3 潜在的帕累托改进或卡尔多—希克斯效率

由于对帕累托标准的不满意,经济学家们确立了新的概念:潜在的帕累托改进(有时也称作卡尔多—希克斯效率)。按照帕累托标准的限制,认为只有在至少一个人的情况变好而其他人的情况不会变差,改变才是可取的。这种标准要求受益者需赔偿其他人的一切损失。如果没有赔付,利益受损者可以拒绝任何变化。也就是说,所有的变动都必须得到一致同意。对于制定公共政策来说,这是一个明显的局限。

相反,潜在的帕累托改进允许存在受益者和受损者,但要求受益者的收益要大于受损者的损失。如果这种情况出现,理论上讲,受益者可以弥补受损者的损失同时自己还有剩余。就潜在帕累托改进而言,并不一定要求实际支付损失,但在理论上它必须能够支付损失。总之,这是一个理论上的成本—收益分析。在成本—收益分析中,当收益超过成本时项目将被实施,也暗含着以收益弥补损失。成本—收益分析试图考虑私人与社会的成本与收益。这虽然同样也是理论上的问题,但是对福利经济学有着重大意义。

考虑这两个标准——帕累托标准和卡尔多—希克斯标准,它们将有助于人们分析如何确立效率与分配公平的问题。假设一个工厂宣布将从 A 镇搬到 B 镇。这里有受益者——B 镇的居民将会有更多就业机会,房屋建造者,公司的股东等等。但是同样也有利益受损者——A 镇失业的居民,A 镇的零售商等。如果用帕累托标准来衡量此决策,受益者必须赔偿受损者,为他们承担由于工厂从 A 地迁到 B 地所带来的差异。如果用潜在的帕累托改进标准去解决这个问题,只要受益者得到的利益较受损者失去的更多即可。

网页便笺 2.4

浏览作者的网站,查阅更多关于成本—收益分析。

2.10 不确定性下的决策：风险及保险

迄今为止我们所分析的所有经济学模型中，均暗含假设不存在不确定性会影响决策。现在，通过引入不确定性的存在来扩展经济学模型。

2.10.1 期望价值

假设一家公司面临两个可投资的项目。D_1 是生产熟悉而稳定的市场产品，因此 D_1 的结果不存在不确定性。如果选择 D_1，将会获得一笔确定性收入 200 美元；第二个项目 D_2，生产一种消费市场前景尚不明确的新型产品。如果消费者喜欢，公司将赚到 300 美元；不过，如果消费者不喜欢，公司将亏损 30 美元。

这家公司应当如何评估这两个项目呢？一种方法是比较其预期价值或欲望值。期望值是所有可能性概率乘以其收益价值的总和。例如，假设有四种可能的结果，用 O_1 到 O_4 表示。假设它们发生的概率独立，并用 p_1 到 p_4 表示。则期望值（EV）是：

$$EV=p_1O_1+p_2O_2+p_3O_3+p_4O_4$$

回到先前的例子，选择 D_1，公司可以获得 200 美元。那么，D_2 的期望值是多少呢？因为存在两种可能结果，因此要计算期望值必须知道每种结果发生的概率。令 P 为公司新产品成功的概率，则$(1-P)$是其失败的概率。因此 D_2 的期望值表达式为：

$$EMV(D_2)=300p+(-30)(1-p)$$

因此，如果新产品成功的可能性为$\frac{1}{3}$，则此新产品的期望收益为 80 美元。

进一步，决策者怎样得到各种不同结果的可能概率呢？一种可能是，优秀的企业家可以由直觉得出 p 或者通过市场调查科学地估计 p。另一种可能是，通过计算得出能使两个项目期望值相等的 p，知道使其期望值与 D_1 相同的 p 是非常有价值的。比如，即使无法知道 p 的准确值，如果通过计算得出要使风险项目回报高于稳定项目汇报，成功的概率需为 0.95，这便是相当重要的信息。

计算使 D_1、D_2 期望值相同的概率非常简单。下面是 p 的计算等式：

$$300p-30(1-p)=200$$

此时 $p\approx0.7$，这意味着，如果成功的可能性为 0.7 或更高，那么企业家应该选择项目 D_2。

2.10.2 期望效用最大化：面对风险的态度

人们是否通过最大化期望值来解决不确定性问题呢？假如在前一节的例子

中，D_1、D_2 具有相同的限制，那么是否这两个项目就是无差异呢？可能未必。D_1 是一个确定的项目，D_2 却是不确定的项目。现实中来看，一般人不会选择 D_2，除非 D_2 的期望收益高于 D_1。产生这种犹豫的原因可能来源于人们并不愿意赌博，而是更喜欢获得一项确定性的受益，比如 D_1。我们能详细描述人们在不确定性条件下的选择态度吗？

对于这种厌恶风险现象的正式解释是由 18 世纪瑞士牧师兼数学家丹尼尔·贝努里提出来的。经常注意到人们在不确定性下作选择时，并不是试图最大化其期望值。相反，他们最大化期望效用。为阐述期望效用，首先来介绍一下人们关于风险的态度。

1. 风险规避

假设效用是人们收入水平的函数：

$$U=U(I)$$

贝努利解释说，通常人的效用随着收入的提高而增加，但增长速度却在变慢。这个效用函数暗含边际效用随收入增加而递减。例如，如果一个人的收入为 10 000 美元，新增 100 美元带给他的效用会大于这笔钱给一个收入为 40 000 美元的人带来的效用。图 2.16 显示了此时的效用函数。当在低收入水平时，收入增加 1 000 美元，效用从 100 变成 125，增加了 25 个单位；但当收入较高，新增的 1 000 美元只能使其效用从 300 变成 310，增加量仅仅为 10 个单位。

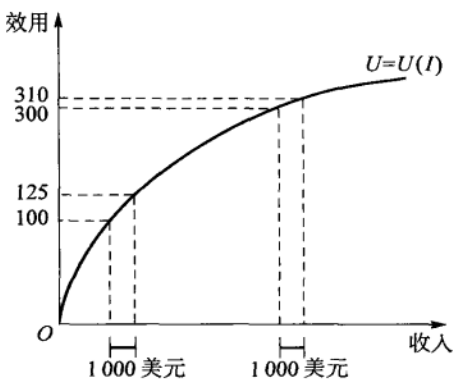

图 2.16　边际效用递减的风险规避者

一个具有收入边际效用递减的人被称为**风险规避**。以下是关于风险规避更为正式的定义：

如果一个人对同样期望值的收入，其对确定性情况下的收入比不确定性下收入的评价更高，则称此为风险规避。

2. 风险中性

经济学家认为，大多数人都是风险规避者，但有一些人却是风险中性或是风险偏好，如赌徒、攀岩者、赛车手。与风险规避者相似，我们同样用收入的效用函数即

边际效用函数来定义。

如果一个人具有不变的边际效用，则其是一个**风险中性**者，即相同期望值的确定性收入和不确定性收入对其而言无差异。图 2.17 给出了风险中性者的效用函数。因为风险中性者的边际效用不变，故其是一条直线。

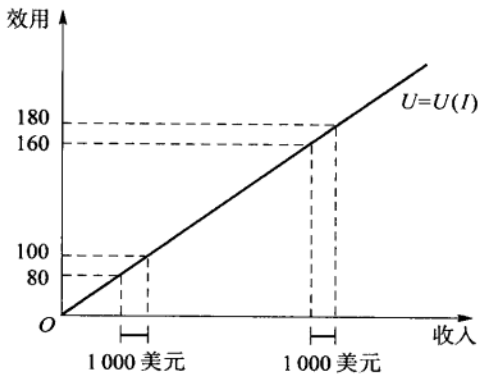

图 2.17　边际效用不变的风险中性

图中比较了在不同收入水平下，新增 1 000 美元带来的效用增加。当在低收入水平时，收入增加 1 000 美元，其效用从 80 变成 100，增加了 20 个单位；当在高收入水平时其收入增加 1 000 美元，其效用从 160 变成 180，同样增加了 20 个单位。因此，对于风险中性者，边际效用不变。

经济学家及金融专家很少把人归为风险中性。但是，他们通常假设商业组织是风险中性。

3. 风险追求或风险偏好

风险追求或风险偏好者具有递增的边际效用，因此，对于期望值相等的资产，其更偏好不确定性资产。图 2.18 给出了风险偏好者的效用函数，图中比较了在不同收入水平下，新增 1 000 美元带来的效用增加。当在低收入水平时，收入增加 1 000 美元，效用从 80 变成 85，增加了 5 个单位；当在高收入水平时，收入增加

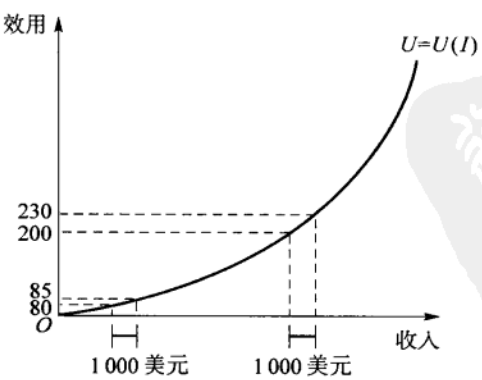

图 2.18　边际效用递增的风险偏好者

1 000 美元，其效用从 200 变成 230，增加了 30 个单位。因此，风险偏好者的边际效用递增。

网页便笺 2.5

2002 年诺贝尔经济学奖获得者之一，现执教于普林斯顿大学的心理学家丹尼尔·卡尼曼以及他的助手阿莫斯·特沃斯基做了一系列的试验以检验人们对风险的不同态度。实践证明大多数人对损失和收益有着复杂的态度，卡尼曼称之为“损失规避”。要了解他们的试验，请访问作者的网站。

2.10.3 保险的需求

风险规避行为隐含的一个重要含义是人们往往愿意出更多的费用来避免面对不确定结果。也就是说，风险规避者往往更青睐一个低一点的确定性收入，而非另一个相对较高的不确定性收入。

有三种方法可以使风险规避者将不确定性结果转化成确定性结果。第一，他可以从其他人处购买保险。在放弃一个确定性数量的收入后（保险费），保险公司将承担不确定性事件的风险。风险规避者认为，在一个确定性低收入下，他的生活状态会比一个不确定性高收入更好。其次，他可以进行自我保险。这包括可以采取措施减少不确定性事件发生的概率或降低其发生时的损失。例如，吸烟者会在家里安装烟雾报警器。另一种形式的自我保险是留出一部分钱以弥补可能的损失。第三，想购买风险资产的风险规避者往往会出一个比较低的价格来购买该项资产。

2.10.4 保险的供给

前一节中，谈到风险规避者时介绍了对保险的需求。现在从收益最大化的保险公司来看保险的供给。假设保险公司以收益最大化为目标，他们之所以提供保险并非因为与确定性相比，他们更偏好赌博；而是因为存在一个数学定理：大数定律。该定理认为，当数量足够大时，不确定性事件变得可预测。例如，我们谁也不知道明年自己的房子是否会着火。但是，一个城市、一个州或一个国家的火灾却是肯定存在的，因此保险公司可以很容易地确定事件发生的概率。如果有大量的投保人，那么保险公司则可以预测总的赔付款。

1. 道德风险

当购买保险后，投保人可能放纵自己的行为，因此损失的可能性以及损失的数额可能会上升，**道德风险**也随之产生。一个极端的例子是，如果允许一个人对其房

屋以高于市价的价格投保，那么他就有动机把自己的房子烧掉。另一个更实际的例子便是失窃。假设你刚刚为你的汽车购买了一套音响系统，并且没有因此而购买防盗保险。在这种情况下，当你离开时你会锁好汽车，或者把它停放在安全的停车处。现在假设你买了保险。此时，你对于锁好汽车、停在安全的停车场等问题可能变得不那么在意。简单的说，由于购买了保险而产生的疏忽行为会增加损失发生的可能性。

保险公司通常大体上将保险费设置的比期望损失略高。如果设立保险费时不考虑道德风险可能提高发生损失的概率，则保险费可能会偏低并影响保险公司的长期盈利。即使保险公司意识到这个问题并尽可能将危害最小化，通常是通过共保或扣除条款。在共保条款下，投保人必须承担一个固定比率的损失；而扣除条款中，投保人须承担固定数额的损失。此外，保险公司也可以通过降低投保费来使索赔的费用减少。比如，生命健康险的保费对不吸烟者而言更低，汽车保险费对开车时间较少者更低；对于安装了烟雾探测器的人，火险保费也会更低。

2. 逆向选择

保险公司面临的另一个问题便是**逆向选择**。假设投保人中存在高风险者和低风险者两类投保人。虽然保险公司可以通过大样本中的平均发生概率来估计事件发生概率，并用平均发生概率来计算保险费。例如，保险公司发现，16 到 25 周岁的未婚男性，比其他人更有可能发生车祸。因此，对这部分人收取的保险费会比其他发生事故可能性小的人要高。

但是，即使是 16 到 25 周岁的男性，虽然平均说来他们更有可能卷入事故，但他们中的有些人也会比其他人粗心得多。如果保险公司不能从 16 到 25 周岁的男性中高风险的人们辨别出来的话，那么保险费就只能按照平均发生概率来设置，这看起来更像是对不同群体之间的一种妥协。

一个合理假设是，在很多情况下，个人会比保险公司更了解他们本人的风险。例如，投保人会知道他自己酗酒且在床上吸烟；或者他可能杀死自己的配偶，并把自己写成保险受益人。如果这样，那么这种非对称信息会导致只有高风险的人才会购买保险而低风险的不会购买。

保险公司用来解决道德风险的方法同样可以用来解决逆向选择问题。共保条款和扣除条款对于低风险者而言，吸引力比高风险者更大，通过投保人对前提条件接受的意愿，保险公司可以辨别投保人究竟属于哪一组人群。对于已经存在的问题所导致的损失，保险公司免责是另一种判断高风险者与低风险者的方法。保险公司可以通过长期的尝试，找出辨别方法来减少逆向选择问题，例如体检与心理测试，从而对投保人准确归类。最后，保险公司经常实行“经验评价”——根据其以往的经历调整保险费用的高低。如果一个投保者是事故易发型的人，则保险公司会提高他的保险费，甚至拒绝为此人提供保险。

2.11 收益与增长[①]

假设一个银行家被要求在国际象棋的第一个方格放一便士，第二个方格放两便士，第三个放四便士，依此类推。假设只是用白色方格，则经过 31 次后，则在最后一个格内会有 2 100 万美元。增长的速度远远超过人们所能有的想象。1900 年，阿根廷的人均收入与加拿大相似，但今天，加拿大却高出三倍。“二战”后，韩国和尼日利亚人均国民收入接近，但韩国现在是尼日利亚的 19 倍。大多数人无法想象中国会比美国更具有经济影响力，但是，如果现在的发展态势持续下去，在 2014 年，中国的国民收入会超过美国。[②] 能够使东亚这么多人摆脱贫困是 20 世纪历史最伟大的成绩之一。相反，20 世纪经济的一个重大失败是在撒哈拉沙漠，自 1975 年来，该地区人均国内生产总值下降了 25%。

为什么一些国家的增长速度始终比别人快？原因在于，可持续发展需要创新。当某人发现更好的事物或方法时，创新便产生了。企业家通过优化企业和开辟市场发现更好的途径，科学家发明更先进的东西。在经济学家拥有足够的理论创新前，增长始终会保持其神秘性。迄今为止，惟一对经济增长理论有贡献并获得诺贝尔经济学奖的理论只介绍了资本和劳动创新的结果，而没有试图解释创新本身。[③]

我们相信，法律是解决这个问题的方法之一。当创新者有一个新点子时，就应该开发出来促使经济的增长。新的想法和资本可能会遇到一些障碍。一个在波士顿投资银行的经济学家收到一封信说：“我知道你们银行怎么才能挣 1 000 万美元。如果你给我 1 美元，我会告诉你。”这封信捕捉到了金融创新的问题：在确定其价值前，银行不会为此信息付款。法律是解决这个问题的关键。在本书后面的章节将提到“交易律师”，他通过运用法律解决了阻止人们合作的不信任问题。最基本的有关交易的法律是产权和合同，我们将在第 4 章、第 5 章、第 6 章、第 7 章中进行介绍。这些法律的有效运用将结合创新与资本的力量推动经济增长。拥有更具效率的产权及合约的国家会为创新与增长建立法律基础。

复习题

如果你不清楚自己是否需要复习微观经济学，请尝试回答以下问题。如果你

① 本节参考于 Robert Cooter & Hans-Bernd Schaefer, Law and the Poverty of Nations (2008)。

② 因为中国的人口是美国的 4 至 5 倍，到 2014 年中国的每资本收入将是美国的 1/4 至 1/5。这个预测由乔治敦大学国际事务与信息讲席教授 C. J. 达尔曼(C. J. Dahlman)得出。

③ 1987 年，罗伯特·索洛凭借经济增长理论获得诺贝尔经济学奖。埃德蒙德·菲利普斯也是凭借经济增长理论获得 2006 年诺贝尔经济学奖。——译者注

发现它们太难，阅读本章后再看这些问题。如果只有一些问题有困难，则阅读相关章节即可。

2.1 定义微观经济学中最大化与均衡的数学概念。

2.2 定义并辨析**生产效率**与**配置效率**。

2.3 什么是消费者最大化？通常最大化会有怎样的约束？描述约束下个人消费者的最大化。你能描述当边际成本等于边际收益时最大化问题的特点吗？

2.4 一对有孩子的夫妻考虑离婚。他们正在商议离婚的两个问题：抚养孩子的费用将会付给带孩子的一方，而与孩子相处的时间两方都有。带孩子的一方希望能从利益方得到更多的抚养费以及更多与孩子相处的时间。此外，带孩子的一方相信，随着抚养的增加，相对于抚养而言，与孩子相处的时间价值减少。

a. 以照管孩子的付出作为横轴，与孩子相处的时间作为纵轴，画出孩子监护方的无差异曲线。这条无差异曲线是否凸向原点？为什么？

b. 假设孩子的监护方具有效用方程：$u=cv$，c 为每周对孩子的照顾，v 为与孩子相处的时间。假设起初一周的照顾水平是 100 美元，与孩子相处的时间是 4 天。那么这种安排下他的效用水平是多少？如果另一方决定把照顾水平减少到 80 美元，那么为达到同样的效用水平，监护方需要与孩子相处多少天？

2.5 定义需求的价格弹性并解释它将在什么价格范围内起作用。

2.6 用“机会成本”解释为什么“天下没有免费的午餐”。

2.7 “一周旅行的成本是用在机票、食品等的费用之和。”这一说法是对是错？解释你的答案。

2.8 什么市场上最大化？厂商在什么约束条件下最大化？描述厂商如何通过产出水平实现最大化？你能说出当边际成本等于边际收益时，厂商的最大化生产特点吗？

2.9 总结在以下不同市场结构中厂商的行为：完全竞争、垄断、寡头垄断、不完全竞争。比较同一行业在完全竞争市场及垄断下的产量和价格。

2.10 垄断存在的必要条件是什么？

2.11 假设如果当地政府认为食品的价格太高并准备为其设立一个低于均衡价格的价格上限。预测此价格上限带来的后果。

2.12 政府规定的最低工资通常比市场出清工资要高。作图解释最低工资对劳动力市场的影响。

2.13 “在日本，工人一旦被雇佣就不能被解雇；因此，在日本最低工资法（最低工资高于市场出清工资）不会导致失业。”这一说法是对是错？解释你的答案。

2.14 在美国，20 世纪后期，各州推行无过错离婚法（离婚只是各个州的事务，而与联邦政府无关）。不考虑导致离婚的其他问题并假设其他条件不变，则无过错离婚导致的隐性成本是什么？这种变化将会对结婚和离婚的隐性价格带来什么影响？如果在下一个十年，州政府宣布放弃无过错离婚制而回到原来的制度，则离婚率和结婚率会有什么变化？

2.15《信贷条例》要求债权人必须将利率设置在可接受的程度。假设在这项法案

公布前，并没有明确规定利率水平，这项法案公布后，不确定性减少。那么这项法案的通过将会对借款人带来什么影响？是否会对穷人和富人产生不同的效果？为什么？这项法案是否增加了债权人的边际成本，而减少了债权人的收益？

2.16 什么是一般均衡？什么条件下可以实现一般均衡？福利结果下的一般均衡是什么？

2.17 市场失灵的四种来源是什么？解释它们是怎么导致个人与厂商的最大化行为时如何作出私人最优而非社会最优的决策。政府政策如何纠正这些市场失灵？

2.18 下面哪些是私人产品，并由私人利益最大化者提供？哪些是公共产品，应该由政府提供或者予以补助？

a. 一个可容纳数百人的游泳池；

b. 烟花展；

c. 心脏移植；

d. 高传染性疾病的疫苗；

e. 荒野；

f. 职业教育；

g. 在职培训；

h. 中学教育。

2.19 什么是帕累托有效？资源的初次分配中最重要的是什么？经过帕累托改进后分配又是怎样的？

2.20 一项我们禁止自愿交换的有价值的资源便是选举。正如我们所看到的，最初的要素禀赋是无效率的，自愿交换可以提高双方的利益。现实表明，允许一个合法的选票市场是一种帕累托改进。那么对于选票市场是否有明确导致市场失灵的因素呢？如果是这样，是否有什么纠正措施？如果大量收入悬殊的人参与这个市场是否会造成麻烦，如果是这样，为什么这些不同对选票市场的影响会更大？在这个选票市场中你会做什么？

2.21 辨析在评价受益者与受损者时，帕累托标准与卡尔多—希克斯（潜在的帕累托）标准的区别。

2.22 在博弈论中，什么是优势策略？当二人博弈中，两个博弈者同时占有优势策略，该博弈是否有均衡结果？什么是纳什均衡？占优策略均衡是否是纳什均衡？纳什均衡的缺陷是什么？

推荐阅读

EATWELL, JOHN, MURRAY MILGATE, & PETER NEWMAN, EDS., THE NEW PAL-

GRAVE: A DICTIONARY OF ECONOMICS, 4 vols. (1991).
KREPS, DAVID, A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY (1990).
LANDSBURG, STEPHEN, THE ARMCHAIR ECONOMIST (1991).
PINDYK, ROBERT, & DANIEL RUBINFELD, MICROECONOMICS (6th ed. 2004).
WINTER, HAROLD, TRADE-OFFS: AN INTRODUCTION TO ECONOMIC REASONING AND SOCIAL ISSUES (2005).

▶3 法律和法律制度概论

"您已经老啦!"儿子说,"您的嘴巴应该是衰弱得只能喝些稀汤,可是你把一整只鹅,连骨带嘴全都吃光,您是怎么做到的呢?"

"我年轻的时候喜欢法律,"父亲说,"对于每个案子,我都同妻子辩论一番,这给我的颚骨以强健的肌肉,令我受用终身。"

——列维斯·卡罗尔:《爱丽丝梦游仙境》中的"威廉父亲"

"法律的生命不在于逻辑,而在于经验。时代的迫切需求、普遍流行的道德及政治理论、有关公共政策的公开坦承的或是不自觉的直觉感知、甚至是法官与其同僚所共有的偏见,这些因素对于人们所应遵循的规则的决定,向来都比逻辑三段论法则有着更大的影响力。"

——奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》1(1881 年)

经济学家拿起一本法律杂志要比法学家拿起一本经济学杂志,更能理解杂志里面的内容。因此,要使一个法学家相信他不懂得经济学并不难(说服他应该学习经济学会更难一点)。另一方面,经济学家有时会让法学家相信对社会生活的任何方面的理解,如果没有经济学作为基础会感到十分困难。带着对法律的尊重,经济学家有时想知道律师真正研究的是什么东西:法律是哲学的一个分支吗?它是一个由一系列著名案件组成的列表吗?法律是一些规则的集合吗?

无论如何,如果经济学家们没有仔细研究法学,就不可能对法律分析做出多大的贡献。因而,本章向非法律人士提供了一个对法律的入门介绍。我们需要阐述的内容,首先是由欧洲传递到世界其他国家的两大法律传统之间的不同之处和相似之处;其次是美国联邦和州法院体系的架构;再次是法律纠纷是如何产生的以及如何解决的(例如在美国的法律体系里);最后是由法官制定的法律规则是如何演变的。

3.1 大陆法和普通法

立法机关通过颁布法案来制定法律,而法官必须解释和应用这些法案。如果

制定的法律存在故意含糊其词的地方或没有注意到的不明确之处，法官则可以在几种不同的解释中进行选择。有时候，对某项条款解释的选择使法案的制定显得较不重要，在这种情况下，可以说是法官而不是立法机关制定了法律。法官连同独立法院通过解释所有法律制度里的条款来制定法律。

当然，法官也用其他方法来制定法律。在中世纪欧洲，大多数国家的国王可以颁布公告作为法律，而且皇家法院拥有类似的权力。然而，皇家法院并不是能像颁布法律一样自由地宣布他们所希望的任何命令。根据一项传统的法学理论，英国皇家法院要研究社会生活，并寻找已经存在的法律。英国皇家法院要在普遍存在的社会规范中选择其中一些规范，然后进行执行。这些可执行的社会规范按照推测来说应该是“自然法则”，其中的原因和必要性已经被规定。

英国皇家法院对一项法律条款的判决为法院创造了**判例**，以供其日后遵循。[①] 判例的遵循是灵活的，而不是盲从的，因此法律条文逐渐地开始变化。许多年来，皇家法院“建立”了许多重要的法律，尤其是在刑事犯罪、财产所有权、合同以及突发事件（民事侵权行为）这些领域。这些判决统称为“普通法”，因为它们据说是根植于人们的普通规范中。普通法仍然适用于英语国家，除了那些被立法机构所取代来制定法律的国家和地区。

在法国和欧洲其他国家，法律史是不同的。18 世纪末法国发生暴乱时，革命者认为法官和国王一样是腐败和毫无价值的，所以他们杀掉国王并废除了他的法律，从而废除了法国的普通法，同时打算在一个更广泛的基础上来推出法律。一套全面的法规体系被要求用来填补原先的空白，人们因此才会知道什么是财产，一项有效的合同如何订立，以及谁应该来承担事故的费用。拿破仑委派法律学者制定了被称为《拿破仑法典》的法律草案，这项法案在 1804 年公布执行。起草该法案的学者以“民法大全”（Corpus Juris Civilis）作为他们的最初模型，民法大全是于公元 528—534 年在当时的东罗马帝国查士丁尼大帝的指令下编撰的。因此，法国革命者期望的是来源古老、纯粹理性的法律，而不是直接地继承源于中世纪的法律。

拿破仑的军队将《拿破仑法典》传播到欧洲大部分地区，即使军队撤出很久以后，这部法典依然存在。同样地，欧洲人向世界各地传播他们的法律，它们的影响即使在殖民帝国崩溃之后仍然得到了长期的维持。“大陆法传统”，正如它的名称一样，在大多数的西欧、中美洲和南美洲、受欧洲国家而不是英国殖民的部分亚洲国家，甚至是在拥有普通法的地区，比如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省，以及波多黎各自治邦，都占据了主导地位。普通法传统起源于英国，不仅在大不列颠盛行，而且也盛行于爱尔兰、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰以及非洲和被英国殖民统治的亚洲部分地区，其中包括印度。

---

① “判例”是指法院先前的某一判决具有法律的效力，从而成为以后审判同类案件的依据。假如争论双方获知法庭将采用判例法来解决争端，那么他们就可以清楚地知道解决该争端的法律决议。判例可促使争论方自行解决问题而不用通过法庭采取判决可知的法律手段。

除了这两大传统外，每个国家的独特历史对法律的形成也烙有印记。例如，从来没有被殖民过的日本，它所采用的法律主动地从德国民法中吸收了相当大部分的内容，当然也保持了其独有的日本特色。在中东的大部分地区，伊斯兰法律混合着欧洲殖民者的法律，或者被后者取代。在东欧，共产主义改变了大陆法传统，现在正重新回到传统。

普通法和大陆法传统在如何判断法官制定的法律是否公正合理的这个问题上存在着显著的区别。普通法法官传统上通过参照判例和社会规范，或者根据公共政策对合理性的广泛要求，来证明他们的法律裁决是公正的。大陆法法官传统上通过参照学者们从冗长的注释中得出的意思，来证明他们对法规的解释是有道理的。由于普通法法官相对来说更加依赖过去的法院判决，而大陆法法官比较依赖法庭上的陈述，所以普通法系统比起大陆法系统更多的是基于判例。辩护方式的不同影响了对律师的培训方式。普通法的教学方法是通过阅读案例并直接进行论辩，而大陆法的教学方法则通过阅读法律条文并对各种注释进行争论。

但是相对现实中的微妙和复杂，所有这些关于两种法律传统的差异的一般性概括似乎是有点简单化了。例如，虽然美国表面上是一个普通法系国家，但美国政府一直试图通过颁布《统一商法典》而使自己在商业法上获得更大的统一性。《统一商法典》的解决纷争的方式与法国民法典有着很大的相似之处。同时，美国法律学会成立于 20 世纪 20 年代，当在不同地方出现不同的做法时，这个组织会周期性地举行会议以重新修订法律。这些修订案，如《合同法（第二次）重述》和《侵权法（第二次）重述》，在功能上被认为具有大陆法国家法令中才有的特征。比较法律学者在大陆法和普通法之间的区别是否要比真实的情况更为明显这一问题上的争论一直非常激烈。

除了历史上两者之间的区别，两种传统下的法律在具体执行过程中也有所不同。在普通法国家里，法庭辩论双方单独由他们的律师提供辩词，而法官无须指定提问或陈述供词。在这种**对抗式程序**中，法官或多或少作为一个中立的裁判角色，他只需要做到让双方的律师遵守法律程序和提供证据。对抗性制度暗含的一个重要原则是，真相将会通过双方的激烈辩论而大白于天下。

相比之下，大陆法法官在指定提问和陈述供词的过程中起到了积极的作用。在**质询程序**中，法官应该负责查明真相。律师必须经常响应法官，而不是依靠他们自己来处理案件。质询体系中的原则是，法院有直接的责任寻找私人纠纷或犯罪行为的真相。

这两个体系的另一个区别就是有关陪审团的作用。陪审团更广泛地被应用在普通法系统。在美国，通常有争议的一方有权请求陪审团审理，尽管双方有时候放弃这个权利而让法官最终判决此案。在英国，自 1966 年以来在几乎所有的民事案件中，①陪审团已经被取消了，但在一些刑事犯罪案件中还常常使用（注意前面的

① 诽谤是个例外。

句子中“民事”的不同使用①)。但是在法国,除了最严重的刑事犯罪,诸如谋杀,陪审团在所有的案件中均被取消。一般来说,取消陪审团的做法在欧洲大陆要比在普通法系国家更为普遍。在一个普通法体系中陪审团审判前,法官判断的应该是法律问题,而陪审团判断的应该是事实问题。

在每个法律制度体系中,法律形成了一个等级制度。宪法优先于法案,法案通常优于由执行官或政府机构颁布的法令。在普通法国家,法案优先于一切。“优先”意味着在处理冲突事件时具有较高效力的法律。法律的主要诠释者——法院,必须决定法律之间是否存在着矛盾。我们已经解释了法官是通过解释法律或法令间接地来制定法律。法官制定法律的另一种方式是通过寻找法律之间的冲突,并撤开取消较低一级的法律。最后,在那些保持普通法体系的国家,法官可以直接制定普通法——我们将在本章的后面进行解释。

宪法具有普遍性,所以必然存在模糊之处,如何对它们进行解释尤其是一个问题。复审法律合宪性的权力在原则上使法院有权废除由立法机构制定的法律。这种权利放弃存在潜在的危险,因为它将会使法官与选举出来的国家议员之间产生冲突。这种权力的行使程度在国与国之间相差甚远。在美国,联邦最高法院能够推翻他们认为与宪法相违背的法律,但这种权力是有限的。美国一些最深邃的法律是由法院制定的,它们解释了宪法,如 1954 年的布朗诉教育委员会案,最终导致有关学校种族隔离法律的废除。在其他国家如英国,法院没有权力审查法规的合宪性,也没有发生以违宪为由而取消立法的情况。合宪性审查的权限范围对法院的权力和威望是至关重要的,但与一国法律传统是普通法还是大陆法并没有必然的联系。

3.2 美国联邦法院与州法院的制度体系

在美国,州法院与联邦法院系统都由三个层次组成。这些层次构成了一个具有等级特征的金字塔,其中底层法院数目众多,中间层法院数目较少,金字塔的最高端只有一个法院。最底层的是一般管辖权法院,也就是“初级法院”(“entry-level”),各种各样的民事和刑事纠纷首先在这些法院进行审理。这些初审法院亦被称为“记录法院”(“courts of record”),也就是说,法庭上的诉讼过程需要记录下来,并且由政府保存。在州法院系统中,法院通常是按县设立的。例如伊利诺伊州有 102 个县,每个县都有一个被称为“巡回法院”(“circuit court”)的一般管辖权法院。初审法院在每个州都有不同的例法,在加利福尼亚被叫做“高级法院”(“supe-

① “civil law”有两个意思。它可能指的是那些放弃普通法制度的欧洲大部分国家的法律制度。此外,“民法”还指私人双方引起的纠纷,如由于毁约或汽车事故所导致的情况。在后一种意思上,“民法”的对立面是刑法,刑法是由政府检察官制定并执行,针对的是那些指控违反刑法如伪造或杀人等这样的罪犯。因此,如有关合同的普通法就可被视为“民法”,意为“私人法”或“非刑法”。

rior courts"),而在纽约州被叫做"最高法院"("supreme courts")。每一起民事和刑事案件都将由一名法官,或是一个陪审团来审理。

在联邦法院体系中,整个美国被分割成 94 个司法区,每一个司法区都包含一个联邦地方法院,而它是联邦司法体系中具有一般裁判权的审判法院。联邦中的每个州至少有一个联邦地方法院,大约一半左右的州只有一个。哥伦比亚特区有它自己的地方法院。在较大的州中,由于会出现大量涉及联邦问题的纠纷,所以会有多达四个地区法院,这些地区法院常常是根据各州的地理分界线建立的。纽约州有四个地区:南部、北部、东部和西部。伊利诺伊州有三个联邦地区:北部、中部、南部。随着联邦诉讼案件的规模增加,美国国会与其说是通过增设地方法院,还不如说是通过在每个地区指派更多的法官这样一种做法来对此做出回应。纽约的南区是美国最繁忙的地区之一,它覆盖了大部分的纽约市。在该区,法官的数量多达 25 名。另一个繁忙的地区是伊利诺伊州的北区,它有 12 名法官。联邦地区的一般做法是,每一个案件由一个法官来审理,但是有时候,一个案件也由一个 3 名法官组成的法官小组来进行审理。

此外,联邦法院体系包括几个专门法庭。比如,特别税务法庭以及像联邦通讯委员会这样的联邦管理机构,它们让行政法法官在他们面前听证相关案件的辩论。正如我们在后面会看到的,在联邦法院体系中还设有一个特别的上诉法庭来处理知识产权案件。

以上所提到的设在州及联邦法院体系中的审判法院被称之为**上诉法院**。在大多数州法院系统中,只有一个上诉法院。但是大约有 1/3 的州以及所有的联邦地区都有**中级上诉法院**,它介于具有一般裁判权的初审法院与最高法院或**最终审判法院**之间。例如,伊利诺伊州有 5 个中级上诉法院,共有超过 50 名法官。在设有中级上诉法院的地方,审判法庭中的当事人可以"根据合法权利"对下级法庭的判决进行上诉。这也就意味着,只要他们愿意支付上诉所需要的花费,当事人中任何一方总是可以寻求上诉法庭对下级法院的判决做出复审。在联邦法院系统中上诉也是一种权利,至少可以从该地方法院上诉到中级上诉法院。

尽管任何一方当事人都有权利对具有一般司法权的审判法院的判决进行上诉,但是如果任何一方当事人想对中级上诉法院的判决进行上诉,则情况就有所不同了。在州和联邦司法体系中,最高上诉法院通常拥有复审的**自由权**。这就意味着伊利诺伊州最高法院、美国最高法院以及其他终审法院在一定限度内可以选择他们认为需要进行复审的案件。有些案件,比如说两个州之间的纠纷可以直接被送到美国最高法院,而无需得到法官的许可。在许多州最高法院有义务对死刑进行复审。因此,美国最高法院和州最高法院控制了大部分但不是全部的案件。

联邦司法体系中的中级上诉法院被叫做"第____巡回上诉法院"。这样的巡回上诉法院有 13 个。第一巡回法院在新英格兰;第七巡回法院覆盖了印地安那州、伊利诺伊州和威斯康辛州;第九巡回法院涵盖了西海岸地区、蒙大拿州、爱达荷州、内华达州、阿拉斯加和夏威夷。哥伦比亚地区不仅有它自身的巡回上诉法院,而且

还有自己的地方法院。其他所有的巡回法院覆盖了几个州。在联邦地方法院败诉的诉讼人拥有权利将上诉提请到上诉法院。这些法院经常安排在一个3名法官组成的小组中。对于一个特别重要的案例，有时巡回法官会联合在一起对这个案子进行判决。在那种情况下，法庭可以说是“济济一堂”。在多于一名法官审理的案件中，最终的判决是由多数投票来决定。

在联邦法院体系中还设有一个特别的上诉法庭来处理知识产权案件，就是美国联邦巡回上诉法院。1982年，美国国会成立了美国联邦巡回上诉法院。这是唯一的一个由事物管辖权而不是地理因素明确划定的美国联邦上诉法院。美国联邦巡回上诉法院承担美国关税及专利权上诉法院的审判权和美国索赔法院的上诉审判权。在联邦巡回法院中共有12名法官。

美国最高法院在联邦司法体系中是最高法院。这个法院有9名法官，包括一名首席大法官和其他8名大法官。每个案件的判决是由所有的大法官而不是某一法官小组做出的。法院在每年10月的第一个星期一开始工作，然后在下一年6月结束开庭期。自20世纪80年代以来，最高法院的工作量大幅度增加了，而最高法院有争议的观点数量却已经大幅度降低。尤其是，大法官只对提交上来的不到10%的案件进行了复审。关于这个数字是太大还是太少，有着很多激烈的争论。最近，一些评论家要求国会在上诉法院和最高法院之间建立一个国家上诉法院。理由是国家法院可以处理更多的来自于13个巡回法院的日常上诉案件（例如，巡回法院之间存在分歧的案件，这意味着一些巡回法院用一种方式解释法律，而其他巡回法院用另外一种不同的方式解释法律）。支持者认为这将把高级法院解脱出来并使其将更多的精力致力于真正重要的案件上。

最后，还有一些规则用来确定一个纠纷应该在州还是联邦法院体系中进行审理。[①] 这通常是律师在处理案件上具有战略意义的一个重要环节。决定司法权的一般规则是相当简单的。州法院在涉及本州法令的纠纷上，在本州居民之间的民事诉讼中，在那些联邦法律下产生的、但国会还没有授予联邦法院绝对司法权的案件中都具有司法权。

联邦法院的司法权是由国会确定的，这是通过宪法分配的权利。这一司法权仅限于三个主要领域：

（1）联邦政府的问题——即在美国宪法或联邦法律或条约下产生的问题。[②]

（2）美国政府作为一方当事人的案件。通常是涉及联邦法律的刑事案件。

（3）多元化的案件——一般是涉及诉讼金额超过75 000美元，诉讼双方来自不同州的民事纠纷案件。在18世纪末，国会允许这些纠纷案件由州移交到联邦法

① 决定一项州法律或联邦法律可否运用于某一特定争议的规则是复杂的，这些规则本身就可构成一门特殊的法律课程，即“冲突法”课程。

② 即使是在联邦问题上，曾经也有最低美元数额的规定（10 000美元），满足这个要求原告、被告双方才会被允许进入联邦法院。现在已经不再有这个最小限制的要求了。

院，因为其认为州的地方观念太强以至于另一个州的居民无论在案件中多么有理，可能仅仅因为他是一个“外来者”而在州法院败诉。①

如果联邦地方法院对不涉及联邦问题的多元化纠纷案件进行审理，那么法院会普遍采用当地的州法律。与二百年前相比，如今的公民多样性对于联邦法院承担这类司法权不再是一个令人信服的理由。实际上，前首席大法官伯格就曾督促国会通过将多元化案件彻底从联邦管辖权限撤离出来以减少联邦司法机构的案件数量。②

对于大法官的选拔和任职期限问题，通常有两种做法。按照规定，美国联邦法院的大法官经过参议院的建议和批准后，由总统任命其为终身法官，只有经过众议院的弹劾和参议院的确认，大法官才能被罢免。对于大多数州的州法官，规定是由法官团选举并有任期限制。对于其余的州，州法官由行政机构提名并由立法机构批准，任期虽有不同但期限固定。

3.3 法律纠纷的性质

当有人声称遭到别人的非法侵害时，一场法律纠纷就产生了。受害人和侵害人相互之间也存在着解决纠纷的可能，但是有时候他们解决不了。受到伤害的人也许就有了起诉的理由，也就是一个起诉他人或另一组织的有效法律要求。为了坚持诉讼，他会提出指控，因而被称为原告。指控必须说明到底发生了什么事情，为什么原告觉得他受到了伤害，涉及法律的哪一个领域，与之有关的是什么法案或者其他什么法律条文，以及他希望法院给他什么样的补偿。指控以及随后而来的对争议问题的管理变得复杂化；通常，平民百姓可以寻求律师的帮助，这些律师常常在处理这些问题上比平民百姓有更丰富的经验，可以在诉讼中提供帮助。③

被指控侵害了受害人或原告的人称为被告，他必须对这些指控进行答复。这种答复并不需要仔细描述所涉及的事实，而只是一个简短的申明，即陈述一下如果进入审判阶段被告打算辩论些什么。因此，这种答复可能是承认所指控的事实是真实的，但是即便如此，被告在法律上也不意味着要对原告的不幸负有责任。打个比方说，被告的答复犹如说，“那又怎么样?”或者答复可能会说所指控的事实不真实，当知道事实的真相，被告将可能会被认为是无罪的。

纠纷也可能就此停止。例如，当事人双方可能决定不再追究。他们可以简单地放弃整个诉讼或协议解决他们的纠纷——也就是说达成一个双方都满意的能解

① 国会为了减轻联邦司法管辖范围的案件量，已经变动了多元化案件中的最小货币数量。显然，最小货币数额越大，有资格由联邦法院判决的多元化案件将会越少。

② 但是对于一些判决的利益归一州而成本却落到另一个州身上的一些多样化案件，仍然有人赞成保持联邦在多样化案件的管辖权。

③ 当然，在一场法律纠纷中，公民可以代表自己，也就是指自行代理，即“为自己辩护”。律师中有这样一个常见的笑话：一个为自己辩护的律师，傻瓜才会做他的客户。

决这个纠纷的协议。一个法官必须根据指控和答复确定是否有足够的理由来继续进行审判。法官可能会判定原告没能陈述一个有效的起诉理由，或者被告对指控做出了一个完整且有说服力的答复。如果是这样的话，他可能会驳回指控或者对被告进行即决审判。通常，他将会允许双方进入审判程序。当事人可以对即决审判或驳回诉讼进行上诉。

如果纠纷进入审判阶段，陪审团将被选任并且对事实进行认定，或者案子在没有陪审团的情况下进行审判；这种情况被称为**对席审判**。每一方都将提供证据和证词来支持他们的合法陈词，然后法官或者陪审团退席合议来决定谁赢得官司。[①] 陪审团或法官做出决定所用的准则是**优势证据原则**。这就意味着，如果原告的论据比被告的更可信，则原告胜诉；如果被告的证据更可信，则被告胜诉。有些人认为，优势证据原则意味着如果原告的故事有51%的可信度，那么她就会胜诉。注意这个标准在处理涉及私人作为诉讼当事人的案件中是常规标准，但是不同于刑事案件审判程序中的证据标准原则。对于刑事案件，公诉人必须要让陪审团深信，用于指控被告的证据达到了**排除合理怀疑**的程度，这是一个比优势证据原则更加严格的证据标准原则。

法院能够并且已经建立起普遍运用于私法争端上的其他原则。举个例子，对于民事案件的某些方面，一些司法制度已经建立了**清楚且有说服力**的证据标准，如对惩罚性的损失赔偿的判决。没有人能确切地肯定这个标准所要求达到的程度，但是可以肯定它比优势证据原则要求更严，但比刑法中排除合理怀疑的证据标准原则要松一些。

重新开庭后，陪审团的裁决只是简单地宣布哪一方胜诉。但是裁决并非是诉讼的终结。法官必须就这一裁决做出**最后的判决**。控制法院诉讼结果的是**判决**而不是裁决。大部分时间，法官的判决与陪审团的裁决是一致的。但是只是在很少的案件中，法官不依从陪审团的裁决，而是坚持做出与陪审团裁决相反的判决。

民事纠纷中，任何一方当事人，无论是胜诉方还是败诉方，都可以对法庭的裁决进行上诉。胜诉方会上诉可能是因为他觉得他没有得到他有权享有的一切；败诉方会因为一个明显的原因而上诉，那就是他认为他本来应该可以胜诉。有趣的是，上诉的理由必须是下级法院在相关法律方面犯了错误，其中包括法院所运用的相关普遍原则以及法庭上所采取的**法律**程序，而不是关于**事实**的。例如，上诉人（请求上诉的有关当事人）可能认为法官提供给了陪审团有关相关法律是什么、陪审团可以将什么认作为事实或者什么不可以认作为事实等方面的不适宜的指令，或者法官不适宜地将一些证据或证词排除在陪审团的考虑之外。

上诉过程中，将不会引入新的证据或事实。上诉法院将审判法院所获得的事

① 甚至在案件开始审理之后，在法官或陪审团的判决出来之前，双方当事人都有权自由解决案件。这里甚至有这样一些案例（在第10章中我们会对此提出些问题），即原告在已经秘密与其中一个被告人和解的情况下，仍然允许法庭得出审判结果。

实视作为是给定的。惟一出现在上诉审判团面前的人将会是上诉人的律师以及被上诉人的律师。律师们将向上诉审判专门小组提交案情摘要，然后在审判专门小组前进行口头辩论，在这期间他们会得到非常细致的对有关事件的提问。此外，**法官的顾问**（亦称"法庭之友"）有可能提交一些附加的案情摘要；虽然这些当事人没有直接与该法律纠纷有关，但是他们认为所涉及的法律问题影响到了他们的利益，他们希望法院除了考虑上诉人和被上诉人的论据之外也能考虑他们的看法。

上诉审判团休庭来考虑这个问题，并在稍后给出意见。法官们也许会达成一致意见，并且仅给出一种意见。然而，审判小组可能也会产生分歧，这种分歧可能会导致多种意见：多数人的意见和少数人的意见或反对意见。上诉审判小组可能会**维持**下级法院的判决或**推翻**这一判决。在某些情况下，审判小组会将案件发回下级法院进行**重审**，要求其采取具体的纠正措施，例如重新计算原告应得的赔偿数额。

3.4 法律规则是如何演变的

为了运用前面的理论并说明法律是如何演变的，我们现在就来思考以下的一系列案件。这三个案例取自于英国，且涉及到有关意外事故的民事侵权法。

巴特菲尔德诉菲勒斯特案，11 East 60（英国高等法院，1809 年）①

这是一起堵塞公路的诉讼案，②由于公路堵塞，正沿着公路骑马的原告被摔下马，并受了伤。由贝利法官（Bayley, J.）③在德比镇主持的审判中，案情如下：被告的房子紧靠小镇一头的路边，他为了修理他的房子，就在路上架起一根柱子，在同一方向的另一条岔路留出了一条通道。八月的一个晚上，原告在八点钟离开了距事故发生地不远的一家小酒店。这时，被告正要开始点燃蜡烛，蜡烛的光线足以让人在一百码的远处看出障碍物；目击者证实了这一点，目击者说，如果原告不是一直骑得很快的话，他可以看到并避开它；但是，原告骑马很快，没有注意到障碍物，反而迎面骑了过去，最后从马上摔了下来并因此受了重伤。而且没有任何迹象表明他那时喝醉了。根据这个证据，贝利法官指示陪审团，如果一个人在骑马时给予合理注意，他就会能看到并避开障碍物；如果他们相信原告快速而不是谨慎地沿街骑马，他们就该判被告胜诉，陪审团照做了。

① 我们所选用的许多例子和对他们的讨论都归功于罗伯特·萨默斯教授在第五次经济学家讲座上所作的极富启发性的讲演。

② "类案诉讼"属于一种旧的法律争议范畴，可以简单地称之为"争议"。

③ "J."指法官，按传统意见它由写多数意见的法官的最后一个名字打头，"J."跟在这个名字后面。

问题 3.1

a. 谁是原告？他请求法院做些什么？

b. 存在这样一个与该纠纷有关的法律文件吗？

c. 谁赢得了诉讼？

d. 陪审团被要求去判定事实或是法律了吗？法律是怎样说明的呢？

这个案子被判决以后，英国法律接受了这样一个原则：如果是被告的疏忽造成原告的伤害，则认为责任在于被告。因此，法官指示陪审团，如果被告本该可以采取“适当”的措施来避免这一事故，那么他就有责任了。这个案件带来了一个新的问题：假设被告存在疏忽，但是同时假设受害人也存在疏忽。那么被告应该为受害人的损失承担责任吗？以下摘要是来自此次上诉案件中法官的意见。

> 首席法官埃伦伯勒勋爵的意见：如果不是一方当事人没有正确地采取通常的和一般的谨慎方式，他就不会把自己扔到由另一方的过失而造成的障碍物上。假使人们在被认为是在路的错误一边骑马，并不等于另一个人可以故意朝他们骑马。一个人有过失不妨碍另一个人自己采取一般的谨慎措施。两个事实必定支持这个诉讼：由于被告的过失造成的路障，原告没有采取一般的谨慎方式来避开……共同造成的疏忽是获取赔偿的真正障碍。

问题 3.2

a. 谁对判决进行上诉？

b. 谁赢得了上诉？

c. 法官支持哪一方？

当判例不能为解决一个纠纷提供清晰的原则时，法官就必须**创造**出一个判例。**新纠纷**的出现是法官改变法律的机遇。法官埃伦伯勒勋爵在这个案例上创造出一个新的判例。这个新的判例范围有多广？根据一种狭义的理解，法官认为如果骑马者没有以正常的谨慎方式骑马，而且这种缺少谨慎的做法导致了事故的发生，他就不应该为他受到的损害向有过失的被告索取赔偿。这种狭义的解释说法仅仅适用于此类事故。确实，法官埃伦伯勒勋爵所举的例子——在路的错误一边骑马的

人撞上了在路的正确一边骑马的人——似乎是支持这种狭义的解释的。但是还可能存在一个对法院裁决的更为宽泛的解释，而且事实上也成了常见的解释。根据对裁定的广义的解释，埃伦伯勒勋爵认为：当原告自己的过失促成了他们自己的损害时（即使被告也有过失），原告不可能得到赔偿。这就是新法律。

此后，还有另一个类似这种情况的新案例。

戴维斯诉曼恩案，10 M. &W. 545(EX., 1842 年)①

由厄斯金法官主持的审判中，案情是原告在拴住属于他的一头驴的前腿之后，把它扔在了公路上，现在这头被拴住的驴正在距路边大约 8 码处吃草。这时被告的一辆三架马车从略微倾斜的山坡上冲下来，以目击者所称的轻快的溜达这种速度，朝这头驴冲了过来，把驴撞倒而且车轮碾过了它，不久后驴就死了。博学的法官告诉陪审团：要是他们认定假如赶车人采取了一般的谨慎措施事故就可以避免事故的话，就支持原告。陪审团做出了有利于原告的裁决……

由于法官给了陪审团错误的指示，戈德森现在提出重审（也就是说，因为上诉法院错误地指示了陪审团在这个案件中运用于事实的法律，被告的律师根据判决进行上诉）。原告把驴赶上公路的行为是不合法的，而且由于损坏主要是由这一行为引起的，原告无权得到赔偿金，这些赔偿若不是他自己的不合法行为就绝不会发生损害的……从这类案子中可推导出的法律原理是：在事故是双方过失的共同作用的情况下，任何一方当事人都不得继续诉讼。因此，

① 传统的英格兰法庭制度形成于 12 世纪晚期，直到 19 世纪晚期才盛行。它是由 3 个普通法法庭和 1 个衡平法法庭组成。第一个普通法法庭是中级法院法庭。该法庭的成员称为最高法院法官并受到首席最高法院法官的节制。该法庭最初专门处理与土地有关的民事争端，但后来也涉及范围更广的民事争端。王座法庭——第二个普通法法庭——最初是个刑事法庭，但最后成为一个复审法庭，审理来自中级法院法庭的各种民事问题。第三个普通法法庭是国库法院，或者简单地说就是国库法庭。财政是国王的金库，该法庭最初审理由纳税义务引起的争端和与国王的收入有关的其他各种问题。到 16 世纪晚期，国库法庭已将其权限扩大到囊括几乎所有的民事争端。“戴维斯诉曼恩”一案中的上诉正是由这个法庭审理的。它的成员称为男爵——缩写为“B.”，并受到首席男爵（缩写为“C. B.”）的节制。

衡平法法庭是衡平法院的法庭，这样称呼它是因为它是由司法官——国王的立法班子中的最重要的成员——主持的。到 15 世纪晚期衡平法法庭确立为单独的法庭，实施比普通法法庭更灵活的，特别是与赔偿有关的审判（在本书的全过程我们都将区分衡平法的和法律的或普通法的赔偿）。

在 1873 年颁行的审判条例和 1925 年颁行的最高审判法庭（合并）条例中，英国议会以一种不区分普通法和衡平法的大为简化的结构代替了所有的这些法庭。今天，英国有了一个作为民事和刑事分工的上诉法庭。

正如我们在本书第 4 章中所看到的，这些尘封的历史事件与最为有名的关于法律与经济的案例之一有关，即美国耶鲁大学法学院教授卡拉布雷西与梅拉米德对于保护合法权利的最有效方法的争论。

在“巴特菲尔德诉菲勒斯特，11 East 60”一案中人们认为：因遇到障碍物摔倒而受伤的人不得继续诉讼，如果他正在很快地骑马而且缺乏一般的谨慎措施，否则他就能看到并避开障碍物。

首席法官阿宾格勋爵的意见：由于被告可以采取适当的谨慎措施来避免伤害牲畜但他没有那样做，他要对他的过失所造成的后果负起责任，尽管这牲畜不应该留在那里。

帕克男爵的意见：使原告不能在拥有这种性质的法律纠纷案中获得索赔的过失必须是这样的过失，他有可能采取一般的谨慎措施来避免因被告的过失可能造成的后果……尽管驴不该留在那里，但是被告也必须以尽可能防止伤害发生的速度前进。否则的话，一个人就可以为碾过留在公路上的物品甚至碾过睡在那里的人，抑或是故意撞在路的错误一边行驶的马车之类的行为进行辩护……

［重审被否决了。］

问题 3.3

a. 谁对判决进行了上诉？

b. 谁赢得了上诉？

c. 法官支持哪一方？实际上有三个观点，它们是否一致呢？

原告遭到了损失：他的驴死了，他认为是因为对于当时的路况，被告把车赶得太快这一错误行为所致。但是，原告自己把驴扔在公路边，使之无人照看也是有过失的，尽管驴事先被拴在了公路旁。严格遵循“巴特菲尔德诉菲勒斯特”一案中的规则，原告的过失促成了自己的损失因此不可能获得索赔。这正是曼恩的律师将下级法庭对原告的判决提起上诉所争辩的问题。但是在一审中陪审团相信“戴维斯诉曼恩”一案的事实与此前许多案子的事实不同，在那些案子里有连带责任过失的原告不准向有过失的被告索赔。在阿格宾勋爵和帕克男爵看来，有两个理由可以豁免原告的过失。第一，时间因素。尽管原告把驴扔在公路上有过错，但被告的过失是在此后发生的。如果被告没有莽撞地赶车的话，他将会有时间停止或转弯来避免撞上驴——即使那驴不应该被留在那里无人照看。显然，被告的过失在后，而且导致了后果。这种条文现已成为“最后避让机会”规则：如果事故的当事人双方都有过失，没利用好能避免事故发生的最后避让机会的一方当事人被认为应对这个事故引起的损失进行负责。

法官做出豁免原告过失的判决的第二个理由是：提醒与案件中被告这样的人

处境相同的人们在未来进行预防措施。而且正如帕克男爵巧妙地指出的那样："尽管驴不该留在那里，但是被告必须以尽可能防止伤害发生的速度前进。否则的话，一个人就可以为碾过留在公路上的物品甚至碾过睡在那里的人，抑或是故意撞在路的错误一边行驶的马车之类的行为进行辩护。"对法律的这种解释表明：法规应该为避免事故提供激励。

注意到"戴维斯诉曼恩"的案件改变了"巴特菲尔德诉菲勒斯特"案件所记录下来的法律。从较早的案例总结出来的通用规则——连带责任过失不得赔偿——已由面临新情况的法官修正。自"戴维斯诉曼恩"案例之后，可以说法律规则已经改变为：连带责任过失不得赔偿，除非被告有最后的挽救机会可避免事故发生而没有利用这种机会。

这种"最后避免机会"原则很快地被沿用普通法的国家所采用。①

网页便笺 3.1

更多关于法律案件，可以阅读 www.cooter-rule.com 中的第 3 章。我们从中摘录了另一个著名的案例，并提出问题来帮助理解需要考虑的真正的法律纠纷。

结论

综上所述，本章比较了两个重要的法律传统——大陆法和普通法。同时考察了美国法院的等级架构。我们看到了法律纠纷的一般特征：原告声称他遭到被告的不公正对待，为了得到补偿向法院寻求帮助。我们了解了法官如何用来解决新问题的一些办法。最后，我们看到了由法院提出的有关连带责任过失的原则的发展历程。本章选择性地提供了有关法律的基本内容作出简要介绍。本书将在以后

① 但是这并不是故事的结尾。对于以后发生的情况，见 *British Columbia Electric Rail Co., Led. v. Loach*,[1916] 1A.C. 719。简而言之，这个案例中存在的争议如下：本杰明·桑兹正一边赶马车一边和一个朋友交谈。由于没有注意到周围的环境，他把车赶到了火车轨道上停了下来。他抬起头来，看到一辆火车正向他驶来，而火车司机一看到桑兹和他的马车正停在轨道上就马上按了刹车。不幸的是，火车司机不知道火车的刹车坏了，没法使火车停下来，最终，火车撞死了桑兹先生。桑兹先生遗产的执行者洛奇先生起诉英国哥伦比亚电车公司负有过失责任。遵循"巴特菲尔德诉菲特斯特"一案，电车公司则表示，电车公司不应该承担责任因为桑兹先生负有共同过失责任。而洛奇先生遵循"戴维斯诉曼恩"一案，则回复说，电车公司有最后避让机会来避免伤亡的造成，但是它却没有把握这个机会。电车公司又声明，事实上，电车并没有最后避让机会，因为它的刹车坏了（所有人都认为要是电车刹车工作情况良好，电车就可以及时停下来，他们还认为那天早上铁路公司应该在电车离站前检查一下刹车）。最后裁定是铁路公司负全责：法庭表示，如果不让铁路公司负责，那就会助长人们不愿维护火车（或汽车，或马车等其他交通工具）的良好工作性能的这样一种心理。

的各章中利用经济学方法来分析这些法律问题。

推荐阅读

BERMAN, HAROLD J., & WILLIAM R. GREINER, THE NATURE AND FUNCTIONS OF LAW (4th ed. 1980).

CARDOZO, BENJAMIN, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921).

EISENBERG, MELVIN A., THE NATURE OF THE COMMON LAW (1989).

FRANKLIN, MARC A., THE BIOGRAPHY OF A LEGAL DISPUTE: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CIVIL PROCEDURE (1968).

LEVI, EDWARD H., AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (1949).

MERRYMAN, JOHN H., THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA (2nd ed. 1985).

▶4

财产的经济理论

“没有什么能够像财产权一样，如此广泛地激发人们的想象并对人们产生影响；财产权是一人主张并对世界上的外部事物行使的惟一和专有的权利，完全排除了宇宙中任何其他个体的权利。然而却极少有人会去费心思考这种权利的起源和基础。”

——威廉·布莱克斯通：《英国法律评论》，第2卷，第1章，第2页（1765—1769年）

在一个叫做巴罗策的非洲部落里，“财产法所定义的与其说是人对物的权利，还不如说是关于物的人与人之间的义务。”

——马克斯·格卢克曼：《巴罗策法学中的思想》，171（1965年）

共产主义者可用一句话来概括自己的理论：“消灭私有制。”

——卡尔·马克思、弗里德里希·恩格斯：《共产党宣言》，（1848年）

财产法为资源配置和财富分配提供法律框架。正如本章引文所示，人们和社会对于如何配置资源和分配财富的看法存在极大的分歧。布莱克斯通认为产权就是产权所有者控制所有的资源，并且把这种自由控制物质资料的权利看做是“其他所有权利的保卫者”。格卢克曼发现巴罗策王族中的产权传承是所有者自身的责任，而不是自由。举例说，巴罗策王族认为富裕的人有责任把财富捐赠给自己的亲属。最后，马克思和恩格斯认为财产是少数人得以奴役多数人的一种制度。

古典哲学家试图通过解释财产权到底是什么来解决社会组织中的这些深层次争论。本章的附录中提供了一些哲学理论的观点，例如，财产是一种预期（本杰明·边沁）、公平分配的对象（亚里士多德）、自我表达的手段（黑格尔），或者是社区生活的自由基础（埃德蒙·伯克）。与试图解释到底什么是财产权不同的是，经济学家试图预测两种可供选择的所有权形式的影响，特别是在效率和分配上的不同影响。我们将对两种财产规则和制度进行相关预测分析。

下面所要关注的是一些关于财产规则和制度的案例：

例 1

“一天清晨，在遥远的怀俄明州的大草原上，一匹小骡子呱呱坠地。这匹小骡子属于谁呢？”[1]它属于(1)生出小骡子的母骡的主人；(2)当地租用骡子的木材加工公司；(3)或是由于森林是国家所有的财产，所以属于联邦政府？

例 2

奥比特考姆公司(Orbitcom)花费 1.25 亿美元用于设计、发射和回收一个在欧洲和美国之间传递商业数据的卫星。该卫星被定位在大西洋上方 25 英里处的同步卫星轨道上。[2] 近来，一个属于温德桑公司(Windsong)的原有的资源监控卫星已经处于离奥比特考姆公司卫星很近的地方，导致奥比特考姆公司在欧洲与美国之间的数据传输中断。结果，奥比特考姆公司丢失了客户，因此以侵占本公司同步卫星的产权为由起诉温德桑公司。

例 3

福斯特(Foster)参观了城北一块新规划土地上在建的一幢房子，并决定购买。在她搬进去的第二天，风向转了，从北方吹过来的风使她嗅到了一股强烈的臭味。经过一番调查，她得知一个牧场就坐落在郊区北部的山脊上，更糟糕的是，这家牧场还要计划继续扩大规模。福斯特与其他房屋产权所有者一起准备采取行动，要求关闭牧场。

例 4

布劳格斯(Bloggs)从父亲那里继承了一个农场的一部分，其中的大部分农场土地已经出售并用于房屋开发，剩下是被父亲称作“湿地”的土地，现在的用途是养殖鱼和鸭子。但布劳格斯想要把湿地放水排干，开发成住宅区。然而，当地大学的科学家认定布劳格斯的财产是沼泽地的一部分，而沼泽地滋养着当地河流及河流中的鱼。城镇委员会得知布劳格斯的计划之后，通过了一项禁止排干湿地的法令。布劳格斯为保护改变财产用途的权利进行起诉，却败诉而归。随后他要求法院勒令市政府以地产开发的现行市价从他手里购买这块土地。

---

① 这个著名问题是研究财产法的重要学者之一约翰·克里贝特教授在伊利诺伊大学法学院为一年级法律系学生对财产理论进行第一节的授课开头时通常要讲述的案例。

② 同步轨道的含义在于卫星以一致的速度随着地球运转，因此卫星始终出现并保持在地球表面一点所对应的上方。

例 5

某地方法规要求房子需建在离土地不动产边界线 5 英尺以内的地方。乔·波台托斯(Joe Potatoes)在尚未开垦的地区买下了一块树木茂盛的土地,并在其中建造了一幢房子。10 年之后,拥有一块毗邻土地的弗莱德·帕斯雷(Fred Parsley)通过测量,发现波台托斯的房子超出了土地边界线 2 英尺并伸到帕斯雷的土地里去了。波台托斯因侵权向帕斯雷提供赔偿,但帕斯雷拒绝赔偿,而进行起诉,要求波台托斯按法令将房屋后移。

这五个案例囊括了任何财产体系都必须解决的最基本的问题。例 1 和 2 提出了产权最初是如何建立的问题。奥比特考姆公司显然是依据其早于其他公司在轨道上放置卫星的权利而索取产权。这种要求诉诸一个被称为**先占原则**的法律规则。谁先占有无人认领的资源,谁就有资格提出产权要求(但这种规则怎样解决小骡子出生在怀俄明州大草原的案例呢)。一个基本的问题由此而生:"人们怎样获得某物的所有权?"

例 2 提出了何种物品可以被私人拥有的问题。奥比特考姆公司主张卫星轨道可以像土地或者音乐创作一样被私人占有,然而温德桑公司认为,或许轨道应该被所有人共同占有,并且在同等条件下向所有人开放,就像公海一样。经济学对于私人占有、公共所有或无人占有的资源利用结果有着大量的研究。

例 3 提出了"不相容性使用"的问题。法律允许一个财产所有者制造一种侵犯其他财产所有者的臭气吗?一般意义上,法律试图保护财产所有者避免相互之间的妨碍。在这个案例中,跟其他一些情形一样,是两个竞争事物之间的权衡。是牧场制造臭气的影响干涉了居民,还是居民试图关闭牧场干涉了牧场?法律的处理结果部分地取决于这股臭气是否符合法律所定义的"损害"。经济学家对这方面的界定也有大量的研究。

与例 3 相同,例 4 提出了"所有者怎样合理处置产权"的问题。不同的是,例 3 是私人产权之间的争端,而例 4 则是私人与政府之间的争端。例 4 中提到的特殊问题是私人所有者是否拥有通过自己的意愿变更他的土地财产用途的权利,还是必须遵从政府制定的产权变更规则。问题的关键在于政府可以多大程度地约束私人所有者使用他们的财产权。经济学家对于政府管制和使用私人财产权同样作了大量研究。

在最后一个案例中,一个财产所有者侵犯了别人的土地,但是这种侵犯多年来一直未被察觉并且没有造成明显的损害。这个案例提出的问题是侵占的赔偿方式。所有者应该因为侵权行为一直未被察觉而拒绝赔偿吗?还是法院应该下令通过损失赔偿方式进行赔偿?抑或是法院应该用禁令的方式迫使所有者把房子后移?我们将看到,经济学阐明了不同赔偿方法的效应,并在此基础上提出一个强有

力的工具来选择最好的解决方法。

总之，上述案例提出了财产法的四个基础性问题：

（1）所有权如何建立？

（2）何物能被私人占有？

（3）财产所有者如何处置财产？

（4）对财产权侵犯的救济是什么？

在下面两章，我们将运用经济学原理解决这些问题。传统财产法学知识在方法论的应用方面是比较薄弱的，至少跟合同法、侵权法相比是这样的。[①] 这个事实也解释了为什么许多学生会产生关于财产的普通法十分冗长和松散的看法。利用经济学能使这门学科变得有条理和有秩序。在本章，我们将提出对财产进行经济学分析的基本工具：谈判理论、公共产品理论以及外部性理论。在下一章，我们将把工具运用到大量的财产法和财产制度的分析中去。

4.1 财产的法律概念

从法律视角看，财产权是**一组权利**。这一组权利描述人们对其拥有的资源可以做什么、不可以做什么：他们可以占有、使用、开发、改善、改变、消费、消耗、破坏、出售、捐赠、遗赠、转让、抵押、出租、借贷，或者阻止他人侵犯自己的财产。这些权利并不是永远不变的；例如，它们可以在从上一代传给下一代的过程中发生改变。但在任何一个特定的时点上，这些权利构成了上述财产权四个基本问题的具体法律答案。

构成所有权的法律权利束具有双重含义，认识到这一点对于理解产权是至关重要的。首先，所有者自由行使其财产权利，意思是指法律不能禁止或者要求所有者行使这些权利。在本章开篇的案例中，帕斯雷可以耕种土地，也可以不耕种土地，法律对于他的这两种做法是没有影响的。其次，不允许他人对所有者行使产权进行干涉。事实上，如果帕斯雷决定耕种土地，波台托斯不能在犁过的土地上放置石头。这种保护被用于抵御可能来自两个方面的侵权——私人和政府。

于是，法律概念上的财产就是一组所有者自由行使物质资料并且其行使权利不受他人干涉的权利束。因此，财产创造出一片稳定的空间，在这里，所有者可以按照他们的意愿来行使权利而不用向他人解释，正如之前布莱克斯通所强调的一样。这些事实可以被总结为一句话，产权赋予所有者处理事物的自由。

这种一般性的财产定义与很多不同的理论是兼容的，比如哪些特殊的权利是

① 20世纪初，在合同法和侵权法方面美国法律界占支配地位的是古典理论。介绍合同和侵权的这几章将论述古典理论。然而在财产方面，不存在一个在系统、详实和发展状况上可与之相比的古典理论。相反，存在的是一个非常抽象的财产制度的悠久的哲学传统。本章附录部分对此有所论述。

要受保护及怎样维护权利。同时也是与人们在成为所有者的过程中积累的不同权利义务责任相一致的。法律旨在透过自身发现包含在有关哪些权利应当属于财产权的理论中蕴含的哲理。在本章的附录里，我们将讨论相关的哲学理论。

在本章提出的理论中，我们重点考察不同的权利如何对资源优化配置起激励作用。资源优化配置可以使国家财富最大化。我们先从介绍财产权利交易对一国财富的贡献入手来展开讨论。

4.2 谈判理论[①]

要想建立一个关于财产的经济理论，必须先要建立谈判博弈的经济理论。起初你可能不理解谈判理论与财产法之间的关系，但不久就会认识到这是真正的财产经济理论的基础。我们可以通过一个熟悉的交易——出售旧车的例子来构建谈判理论的组成部分。现在考虑以下事实：

生活在小镇上的亚当拥有一辆修缮一新的1957年的追猎敞篷车。亚当占有和使用这辆车的效用为3 000美元。多年来一直想得到这辆车的布莱尔继承了5 000美元，他想从亚当手里购买这辆车。在对这辆车进行评估之后，布莱尔认为他占有和使用这辆车的效用是4 000美元。

根据这些事实，交易后这辆车将从效用为3 000美元的亚当那里转移到效用为4 000美元的布莱尔手中。潜在出售者对这辆车的估价低于潜在购买者，所以存在谈判的余地。假定交易是自愿的，亚当不会接受少于3 000美元的出价，布莱尔也不会支付多于4 000美元的价格，所以成交价格只可能在3 000美元到4 000美元之间。出售价格有可能在3 500美元这个折中价格上。

用博弈论的语言复述这些事实，可以澄清这宗交易的逻辑。这个例子反映出来的博弈结果双方都是获益的。确切地说，双方的交易可以使一种资源从估价较低的人（亚当）手中转移到估价较高的人（布莱尔）手中。资源从估价3 000美元的亚当手中转移到估价4 000美元的布莱尔手中，将创造1 000美元的价值。这种资源经由交易被转移到更有价值的使用者手中而创造出来的价值称为合作剩余。当然，每一方获取的剩余份额取决于这辆车的出售价格。如果价格定在3 500美元，每一方将会获得交易所创造的价值的一半，即500美元。如果价格定在3 800美元，合作剩余的价值将不会被均等分配，亚当享有$\frac{4}{5}$的剩余，即800美元；布莱尔享有$\frac{1}{5}$的剩余，即200美元。如果价格定在3 200美元，亚当将享有$\frac{1}{5}$的剩余，即200美元；而布莱尔享有$\frac{4}{5}$的剩余，即800美元。

双方通常会基于价格进行谈判。在谈判中，各方可能会陈述事实（“这辆车在机械上很完美……”），提出规范（“3 700美元是一个不公平的价格……”），威胁

① 谈判理论是博弈论的一种形式。相关背景资料可参见第2章博弈论部分。

("少于 3 500 元我是不会同意的……"),等等。这些都是在谈判艺术中使用的方法。事实上,双方可以协商的事实是谈判或者合作博弈与其他博弈(非合作的博弈)相比具有的优势,正如在第 2 章提到的著名的囚徒困境。尽管协商是可能的,但也不能保证谈判一定成功。如果谈判破裂,双方不能达成合作,把资源转移到更高价值的用途上的想法就无法实现,也就不能创造出新价值。因此,谈判博弈中创造价值的阻碍在于就如何分配价值的问题上能够达成一致。价值将按汽车出售的价格所决定的比例在交易双方进行分配。对于汽车的售价有了一致意见标志着谈判成功,而对于汽车的售价意见不一致表明谈判过程失败。

为了把博弈论应用到这一例子中,我们把可能的结果描绘成合作解和不合作解。合作解是指亚当和布莱尔在价格上达成一致意见并成功交易了旧车。不合作解是指他们未能在价格上达成一致意见而没有交易旧车。为了分析谈判的逻辑,我们必须首先考虑不合作的结果。如果双方谈判失败,他们将仍旧处于各自的福利水平。亚当继续拥有并驾驶这辆车,对于他来说价值 3 000 美元。布莱尔继续拥有 5 000 美元,或者他也可以把钱花在除了车以外的其他用途上。为简单起见,假设所使用的货币价值就是货币的面值,即 5 000 美元。因此在不合作解中,各方的利益(称为风险值)为亚当 3 000 美元(拥有汽车的价值),以及布莱尔 5 000 美元(拥有的现款)。不合作解的总价值是 3 000+5 000=8 000(美元)。

相反地,合作解是亚当把汽车卖给了布莱尔。通过交易,布莱尔拥有了汽车,这对于他来说价值 4 000 美元,此外,双方都还各自得到布莱尔的 5 000 美元的一部分。例如,亚当可能同意以 3 500 美元进行交易。于是布莱尔拥有了这辆车,对于他来说价值 4 000 美元,还有 5 000 美元中剩余的 1 500 美元。因此,合作解的价值是:

4 000+1 500+3 500=9 000(美元)

(布莱尔拥有汽车的价值) (5 000 美元除掉买车后剩余的货币金额) (亚当通过买车得到的货币金额)

合作解与不合作解相比,净剩余是 9 000−8 000=1 000(美元)。

在任何自由谈判中,每一方谈判者至少能保有其风险值,否则合作就无利可图了。谈判问题的合理解是要每一方获得风险值加上一个平等享有的合作剩余,即亚当获得 3 500 美元,布莱尔获得 5 500 美元。① 要达成这一分配结果,布莱尔应该付给亚当 3 500 美元获得该车。这会给亚当带来 3 500 美元现金,同时卖出汽车;而布莱尔则获得了对她来说价值 4 000 美元的汽车和 1 500 美元现金。

① 经济学家对于一个自利理性似乎并不足以决定合作剩余分配的这一事实争论不已。这就是我们为什么用具备社会标准的合理解取代完全理性的解。通过它们的不同,考虑合作解理性的分配值。假设亚当知道合作剩余是 1 000 美元的一部分,如果完全理性,他会向布莱尔索要 3 995 美元购买汽车。而且,尽管亚当获得 995 美元剩余,布莱尔分得的剩余只有 5 美元,亚当也会想尽办法让布莱尔同意的。"如果你不接受这个价格,我不会与你交易,那你什么也得不到。在 3 995 美元的成交价格上,你还可以获得 5 美元的合作剩余,比什么都得不到要强。"抛开所有这些亚当认为有意义的原因,布莱尔可能在这个问题上停留(如果他拒绝亚当真的会不进行交易而离开么),这种合作剩余的分配是完全理性的,但是不合理。事实上,大量的反复试验,都证明大多数人不会接受亚当的意见,尽管那很理性。

问题 4.1

假定亚当接受了来自于第三方克莱尔的 3 200 美元的出价。克莱尔的出价将如何改变风险值、合作剩余以及合作解?

我们已经阐明谈判过程可被分为三个阶段:建立风险值,决定合作剩余,在合作解中就合作剩余的分配达成一致。这些步骤将在下一节中用于理解财产制度的起源。

在进一步讨论之前,我们必须提醒你在法经济学分析中,有一个普遍存在的问题。大体上说,经济学分析有时候是利用道义上的或无感情的语言描述一些有用的概念。"风险值"就是一个例子。"风险"意味着"胁迫",而且胁迫经常使合同无效或者构成侵权犯罪。如果你在与法官或陪审团说话时,不想表达非法内涵,就不要用"风险"这样的词。如果当你需要用某些词来代替某些经济用语时,你需要注意类似语言的应用。比如,拒绝与他人合作、独立经营也是法律认可的,不用"风险值"一词,可用"底价"或者"单边价值"来代替。

4.3 财产制度的起源:一个思想实验

谈判模型说明了合作是如何创造出使每个人都能受益的剩余。这种类型的推理可用于演示一个有助于理解财产起源的思想实验。

民事纠纷中的谈判

由于诉讼费用昂贵,双方通常选择对自己有利的私了方式,这就是为什么诉诸法庭的纠纷如此之少的原因。像我们将在第 10 章看到的,最新的估计是,在进入法律程序的所有纠纷中,大约只有 5%的比例真正进入诉讼程序。这里提出了一个问题,你必须将谈判理论应用于民事纠纷中。

事实:亚瑟称贝蒂向他借了一只价格不斐的水壶并打碎了此壶,所以他起诉要求赔偿,价值 300 美元。这些情况很模糊。贝蒂争辩说她从未从亚瑟那里借过水壶;即使可以证明她从亚瑟那里借过水壶,她也不承认水壶碎了;即使可以证明她从亚瑟那里借过水壶并且碎了,她也不承认是她打碎的。

假设由于本案事实模糊不清,亚瑟和贝蒂相信在法庭上胜诉的机会都是 50%。进一步假设,在法院打官司将花费每人 50 美元,而私了的花费为零。所以在这个故事中,合作意味着私了并节省打官司的费用,不合作则意味着打官司。

问题 4.2

a. 亚瑟的风险值是多少?

b. 贝蒂的风险值是多少?

c. 如果亚瑟和贝蒂一起合作解决双方的纠纷,那么用于解决纠纷的净成本为多少?

d. 合作剩余是多少?

e. 一个合理的解决办法是贝蒂想亚瑟赔偿____。

f. 假设双方不相信胜诉的机会平等,而双方都很乐观。具体来说,亚瑟认为他能获胜的机率是$\frac{2}{3}$,而贝蒂认为她获胜的机率也是$\frac{2}{3}$。

(1) 亚瑟假定的风险值(相信自己不与贝蒂合作也能取胜的风险值)为多少?

(2) 贝蒂假定的风险值(相信自己不与亚瑟合作也能取胜的风险值)为多少?

(3) 假定的合作剩余等于____。

(4) 简要描述一下解决纠纷的障碍。

假设在一个简单的世界里,有人、有地、有农业工具、有武器,但没有法院、没有警察。在这个假想的世界中,政府不能澄清和保护居住在土地上的人们所要求的财产权利。个体、家庭或者家族联盟运用抵御他人对自己土地侵犯的各种方法来保护自己的财产权。人们必须决定每个人所要保护产权的数量。正如在第 2 章中所看到的,理性的人配置有限资源总是遵循这样的原则:保护土地的边际成本与边际收益正好相等。这意味着在边际上用于武力目的的资源所产生的价值(边际收益)等于这些资源用于诸如种植谷物和畜牧之类的生产性目的的价值(边际机会成本)。举例来说,如果所有者是理性的,多花点时间在财产保护区的周围巡逻放哨给所有者带来的财富增加值,应该等于他们多花点时间种植谷物会带来的财富增加值。相同的原理也可以应用到对其他事情的理解上,比如是利用土地种植庄稼还是修筑防御工事,或者是把生铁打造成箭还是铸成犁。

这些事实描述了这样一个世界,在那里种植谷物和抵御侵害都是理性的。但对社会而言,这是有效率的吗? 在第 2 章中,我们提出了无效率生产的定义:同样的(或更少的)投入可以生产出更大的(或同样的)总产出。能够找到一些机制使得用更少的资源达到相同水平的产权保护吗? 可能有效的机制之一就是法律。假定利用法律操纵这个产权系统的成本小于所有私人各自保护自己产权的成本总和。这样一种机制就可以将原先使用于防御的部分资源转为用于土地的耕种生产。举例来说,土地所有者可以创造一个政府,以最低的私人税款来保护他们的财产权利,取代每个私人个体在防御中的花费。这种节省可能是来自于规模经济,它是通过由社会拥有一个大规模的武装而不是由许多小规模的私人武装防御对土地的侵

占来实现的。[1] 换言之，武装防御可能存在自然垄断。

我们可以假想各方在建立政府来界定和执行产权的问题上进行谈判。人们谈判的动机在于他们认识到财产保护上存在规模经济。通过达成建立一个由武力作为后盾的政府的一致意见，每个人都能享受更多的财富和安全。哲学家们把经过这些协商最终达成的谈判称为**社会契约**，因为它建立了社会生活的基本条款。[2] 除了排他权之外，社会契约还包含了其他权利，这样的谈判双方都是理性的。现行的财产权利束包含很多权利，如使用权、转让权和变更权等。诚然，除了财产权之外，许多别的权利也可成为社会契约的一部分，如言论自由权和宗教信仰自由的权利，但是它们不在本章考察的范围之内。

同样，用于解释二手汽车销售的谈判模型也可以被应用于一个原始社会来发展出一套产权系统的思想实验。首先，对当不存在那种可以靠武力建立所有权的政府时人们的行动进行描述。这种情况——称为**自然状态**——相当于双方各执己见时不合作的风险值。其次，对创造一个界定和执行财产权的政府所具有的优势进行描述。这样的政府存在于市民社会中，相当于博弈中双方达成共识的合作解。将自然状态下保护土地所花费的总费用与市民社会中操作一个产权系统的总成本的差额定义为社会剩余，相当于博弈中的合作剩余。第三，对分配合作剩余的方法进行描述。在汽车交易的案例中，合作是在一个双方都同意的价格基础上实现的。在这个思想实验中，这种合作是一个包括财产基本法在内的社会契约。

为了更清晰地理解这种比较，假设全世界只有两个人：A 和 B。在自然状态下，每个人都种一些谷物，同时也从对方那里偷谷物并防御谷物被别人偷窃。每一方种植、偷窃及防御的能力是不同的，表 4.1 归纳了双方在自然状态下的最终结果。A 和 B 共生产 200 单位的谷物，但是偷窃使得谷物被重新分配。例如，A 从 B 那里偷窃了 40 单位的谷物，同时因 B 的偷窃丢失了 10 单位的谷物。请注意，在计算因偷窃产生的得失之后，最终 A 享有 80 单位的谷物，B 享有 120 单位的谷物。

表 4.1　自然状态

农场主	种植的谷物	偷来的谷物	被偷的谷物	净消费的谷物
A	50	40	−10	80
B	150	10	−40	120
总计	200	50	−50	200

① 回忆一下规模经济，随着总体产出数量的增加，每个单位生产成本下降。这种每个单位生产成本下降，甚至下降幅度很大的生产方法，叫做自然垄断，因为与小生产者相比，大生产商可以以更低的价格来进行售卖。

② 社会契约经常被人们看成是逻辑上的建构，但是一些理论家总是用它来解释历史。例如，中世纪的封建制度与我们想象中的世界条件是否大致相同，一直是有争议的。在道格拉斯·C. 诺斯（Douglass C. North）和罗伯特·保罗·托马斯（Robert Paul Thomas）的《西方世界的兴起》（*The Rise of the Western World*）一书中，讨论了在西欧一些地区，导致封建制度被私有产权制度所替代，并且是由中央政府来推动的经济因素。

为了不再继续在自然状态下生存，A 和 B 决定达成一个合作的协议，界定各自的产权，并建立制止偷窃行为的执行机制。假设合作能使他们将更多的资源用于耕种，而将较少的资源用于防盗，所以总产量从 200 单位增加到 300 单位，这 100 单位构成社会的合作剩余。在市民社会中有一个分配合作剩余的机制，如政府的税收和补贴。双方必须通过谈判决定怎样分配剩余。一种合理的剩余分配方法是给每一方相同的份额。所以，在市民社会中，每一方都得到合作剩余的一半，外加在自然状态下各自的净消费量，即双方的风险值。这些事实通过表 4.2 汇总反映。

表 4.2　市民社会

农场主	风险值	剩余的分享份额	净消费谷物
A	80	50	130
B	120	50	170
总计	200	100	300

这个包含了产权起源的“思想实验”的意义是什么？逐字逐句读下来之后，你会认识到，个人或部落通过集聚在一起并同意建立包括产权制度在内的法律体系进而发展成为政府。这种字面意思的阅读是与历史研究和人类学研究不相符的。与合同不同，财产制度可以由军事占领的方式与封建制度对抗开始，或者发端于共和的瓦解。这个思想实验与历史不同，但却是时常会发生的真实过程。

在一个变革的社会中，产权的新形式不断地兴起。譬如，在 20 世纪的美国，关于地下天然气和电磁频谱（广播或无线电视）的财产法得到了发展。此外，过去的几十年间，关于电脑软件、音乐、视频和互联网上其他介质的财产法和关于生命基因工程的财产法也得到了发展。对新的财产法形式的需求产生同我们思想实验中的情形相似。例如，数字音乐像谷物一样可以被人偷窃。如果没有有效的财产法，人们会在音乐盗版和防止盗版上投入很多资源。这种努力只是重新分配音乐作品的使用，并没有发明或制造音乐。现在美国已经具有了保护数字音乐不被盗版的财产法。这些法律的执行极大地刺激了音乐的生产。所以，我们的思想实验是促进社会继续创造更多产权形式的激励制度的一个寓言。

我们针对财产法的第一个问题是“所有权如何建立？”这是一个有关于所有者怎样获得财产法的法定权利的问题。我们的思想实验也回答了“所有权为什么要建立”的问题。这是一个关于为什么社会像创造法律权利一样创造财产权的问题。这两个问题有很强的相关性。社会把产权创造成为一种法律权利来鼓励生产、阻止偷窃，并且减少保护产品被盗的各种成本。法律规定了很多方式来获得财产权，如某人可以发现或购买蕴藏有天然气的土地、发明电脑程序，或者发现沉没在海底的宝藏。

我们现在转而探讨谈判理论是如何帮助法律规定获取产权的方式，以便鼓励生产，阻止偷窃，以及减少保护产品的成本。

问题 4.3

a. 合作解是公平的吗？市民社会中的结果不平等是合理的吗？回答这些问题的时候，注意你对于公平的直觉想法，或者最好查阅著名哲学大师霍布斯(Hobbes)、洛克(Locke)、罗尔斯(Rawls)或亚里士多德关于公平的定义。

b. 假设谈判过程中不允许破坏性风险，如偷窃的风险。这个限制对剩余分配有何影响？

c. "按各自风险分配"的原则与"按各自生产力分配"的原则，两者有何不同？

4.4 财产的经济理论

谈判理论既可用来解释一辆二手车的出售，也可用来解释市民社会的创立，这个事实证明了该理论的普遍性和解释力。确实正如本章所要表明的，谈判理论有极强的解释力，所以它是财产法经济理论的基础。让我们简短地总结一下要进一步讨论的问题。

通过谈判理论，人们总是在交流和合作中达成共识。但有时，交流和合作的形式是外部强加于人们身上的——如法律。人们自愿达成的规则常常要比由法律制定者强加于他们身上的规则更为有效。因为它包括的思想是，当谈判成功时法律没有必要且没有意义，而当谈判失败时法律十分必要且有意义。

现在，将这些假定应用到之前提到的财产的四个基本问题中。在某种特定条件下，人们不需要财产法回答本章开头提出的四个问题。而且，在这些特定条件下，私人谈判将规定什么是财产，谁拥有财产权，所有者可以如何处置财产以及谁可以干涉所有者财产的问题。定义法律局限性的这种特殊条件，在被称为著名的"科斯定理"的命题中可以得到详细的说明。科斯定理有助于建立法律的经济分析，也为科斯本人赢得了诺贝尔经济学奖。

4.4.1 科斯定理[①]

不同的评论者所阐释的科斯定理是不尽相同的。我们将先详述一个简单的版本，然后再来进一步熟悉其他的评述。

先看图 4.1 中描绘的养牛的牧场主和种植谷物的农场主的案例。一个牧场主生活在农场主的附近。农场主在他的土地上种植谷物，剩余一部分土地未作耕种。

① 这个定理在 Ronald H. Coase's *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1(1960)一文中被提出。这篇文章已经被多次印刷在法律与经济文选中，值得注意的是，R. 贝宁(R. Berring)主编的《大美国法评论》(Great American Law Reviews, 1984)，该文集收录了美国法律评论中 22 篇于 1965 年前发表的最杰出的文章。

牧场主则是利用全部土地来放牛。牧场和农场的边界很清楚，但没有栅栏隔开。因此，有时牧场的牛会跑到农场主的土地上，并毁坏了谷物。可以通过建栅栏、不断地监督奶牛、保留较少的奶牛或者种植较少的谷物来降低损失——每一种方法都要花费成本。牧场主和农场主可以进行谈判来决定谁应该承担损失的成本。或者，法律也可以介入并分配造成损失的责任。

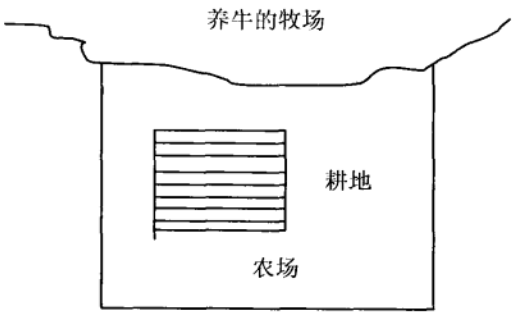

图 4.1

存在两种法律可以采纳的具体规则：

（1）农场主负有责任把牛控制在耕地范围以外，同时必须自行承担牛进入耕地所造成的损失（可以把这种规则叫做“牧场主权”或“开放放牧”）。

（2）牧场主有责任把牛控制在自己的牧场范围内，他必须为牛走出财牧场造成的损失进行赔偿（“农场主权”或“封闭放牧”）。

在第一种规则下，农场主不能对邻居牛群造成的损失提出法律诉求。为了减少损害，农场主不得不种植较少的谷物或者在谷物地周围建栅栏。在第二种规则下，牧场主必须建栅栏把牛圈在牧场内。如果牛跑出了牧场，法律会确认事实，并判定损害的货币价值，责令牧场主给农场主赔偿。

哪一种法律规则更优？或许你认为要求损害者去赔偿由他所造成的损失是公平的。如果是这样，那你和传统的律师一样是出于对原因和公平的思考来解决问题的。牧场主的牛糟蹋了农场主的谷物，但是农场主的谷物没有对牛产生侵害。这个损失的发生是由牧场主带给农场主的，很多人都认为谁造成的损失谁就要给予赔偿，这才是公平的。

然而，科斯教授从**效率角度**回答了这个问题。在所有其他条件相同的情况下，要使得法律规则能提高牧场主和农场主的土地使用效率。这一视角得出了一个反直觉的结论，可以利用一些数据来解释这个结论。假定没有栅栏，牛的入侵使农场主种植谷物每年减少 100 美元的利润。而在农场主的谷物周围安装和维护栅栏的成本是每年 50 美元，在牧场周围建栅栏的成本是每年 75 美元。由此可知，每年 100 美元的损失额可以通过农场主支付 50 美元或者牧场主每年支付 75 美元修建栅栏来加以避免。显然，与牧场主在牧场周围建栅栏相比，农场主在谷物地周围建栅栏更有效率。

现在考虑在每种规则下将会发生什么情况。在第一种规则下(牧场主权),农场主将承担每年谷物被牛糟蹋的100美元损失费用。他可以通过修建栅栏把损失减少到50美元,净节约50美元。因此,第一种规则会使农场主在谷物周围建栅栏。在第二种规则下(农场主权),牧场主可以通过建栅栏将每年100美元的损失费用减少到每年75美元。因此,第二种规则使牧场主在牧场周围建栅栏,净节约25美元。显然,第一种规则节约50美元比第二种规则节约25美元更有效率。但是现在效率只是表面上看得到的,并不是真正发生的事实。

我们可以先假定牧场主和农场主进行合作谈判解决问题,然后在不同法规下对比最终结果与表象结果有什么不同,从而理解上述情况为什么只是表象。假设农场主和牧场主相爱并结婚,合并了俩人的产业。他们会得到农场和牧场的最大利润,而且当不在牧场周围建栅栏而是在谷物地周围建栅栏时,联合利润达到最大化。结果,无论法律上采用的是第一种规则还是第二种规则,这对新婚夫妇都只会在谷物地周围建栅栏。换句话说,不管法律规则如何,他们都会合作使联合利润最大化。

我们已经看到,如果农场主和牧场主遵循法律而非自愿合作,第一种规则就比第二种规则更有效率,但是当两者自愿合作时,法律规则的效率对比就显得不重要了。农场主和牧场主并不需要真的为了合作结婚。理性的商人经常会通过谈判进行合作。通过谈判达成合作与通过法律解决而非合作相比,牧场主和农场主可以节省25美元。也就是说,如果双方谈判成功从而彼此合作,那么无论法律怎样规定,都会实现高效率的结果。

回顾一下,最有效率的结果是农场主在谷地周围建栅栏,而且当双方单纯的只接受法律、不考虑合作情况下,第二种规则(农场主权)规定牧场主在牧场周围建栅栏,显然是无效率的。但是,现在先来考虑一下在第二种规则上谈判是怎样进行的:

牧场主:"法律使我有义务承担我的牛对谷地造成的损失。如果有栅栏就不会有这种破坏。我可以每年花费75美元在牧场周围建栅栏,而你可以每年花费50美元在谷地周围建栅栏。让我们做一个交易,我将每年付给你50美元,请你在谷地周围建栅栏。"

农场主:"如果我同意,你每年付给我50美元,我在谷地周围建栅栏,我在其中没有比我什么都没做时多获得了什么,然而你却可以节约25美元。你不能独占合作剩余。你应该付给我多于每年用于在谷地周围建栅栏50美元的费用,使我也分享一部分合作剩余。"

牧场主:"好的。让我们平分合作剩余。我将每年付给你62.5美元,你修建栅栏。这样,我们每个人都可以从25美元的合作剩余中获得一半。"

农场主:"同意。"

记住这个重要的含义:尽管事实上法律是在第二种规则(农场主权)下执行的,但是合作也会使得解决办法是在农场主的谷地周围建栅栏。第一种规则的效率是表面上的,而不必是真实的。同时也提醒你注意到前述关于汽车所有权的谈判和土地所有权谈判的问题。亚当拥有一辆汽车,布莱尔对汽车的估价高于亚当。通过谈判达成合作,他们可以创造剩余并共同瓜分。类似地,第二种规则规定了牧场主管制牛的义务,但是农场主可以用更小的成本管制牛以避免损失。通过谈判达

成合作，双方都节约了成本并分配了节约的剩余。①

让我们总结一下能够从案例讨论中学到的东西。当一方行为受其他行为影响时，法律必须决定一方有无权利影响或者另一方是否有权利不受影响。从表面上看，公平要求导致损害的一方要支付赔偿。相反地，效率要求权利应该配置给评价最高的一方。当双方不合作而只是遵循法律时，权利的法律分配会对效率产生很大的影响。而当双方谈判成功时，权利的法律分配与效率无关。一旦谈判成功，资源的利用（栅栏的修建、养牛的数量、谷物种植的面积等等）都会是有效率的，与法律规定无关。

我们讨论了“成功的谈判”，但还没有讨论为什么谈判有时成功，有时失败。谈判是通过双方的交流产生的。交流有多种成本，如租用会议室、雇用速记员，以及在谈判中花费的时间。科斯用“交易成本”这个术语来指代这种交流所需的成本，以及其他各种各样的成本，我们将在接下来的部分讨论这些成本。事实上，科斯用“交易成本”一词包括了谈判中的**所有**阻碍。给出一个定义，当交易成本为零时谈判**必然**会成功。我们可以通过如下表述的科斯定理来总结讨论的结论：

> 当交易成本为零时，无论产权在法律上如何安排，私人谈判都会导致资源最优配置。

现在我们必须把科斯定理与更宏大的发展产权的经济分析这一设想联系起来。科斯定理抽象地表述了案例中所体现的具体事实：如果交易成本为零，那么人们不用担心有关产权的法律规则到底应该怎样规定才能达到效率的要求。私人谈判会关注如下事情：什么可以私有，所有者可以怎样处置产权，以及其他。通过确定在何种条件下产权法会导致更有效率的资源使用是不重要的，科斯定理含蓄地指明了在何种条件下产权法才是很重要的。为了更加明确所讨论的问题，我们可以给出科斯定理的推论：

> 当交易成本很高以至于阻碍谈判时，有效率的资源利用将取决于产权的安排。

为了解释这个推论，让我们回到牧场主和农场主的例子中。谈判达成协议需要交流。假设交流的成本高昂。特别地，假定谈判的交易成本是 35 美元。为了计算合作的净收益，交易成本必须从合作剩余中扣除掉。这时，假设依照第二种规则

---

① 如果法律采用第一种规则（牧场主权）而不采用第二种规则（农场主权），谈判情况就完全不同了。在第一种规则下，农场主有责任修建栅栏把牛阻挡在谷物之外。在这种条件下，农场主与牧场主之间合作与否都没有节约成本。结果，在第一种规则下，农场主会有所行动，不用谈判就会建栅栏。第一种规则和二手车的例子有相似之处。回顾一下，布莱尔对二手车的估价比亚当高，这就是亚当把车卖给布莱尔产生的剩余价值的原因。如果布莱尔本来就拥有这辆车，与亚当谈判或合作就没有任何所得。因此，布莱尔拥有这辆车与“牧场主权”是相似的。在汽车这个例子中，因为对汽车估价最高的一方已经拥有了这辆车，所以没有谈判的必要；在牛—谷物的例子中，因为修建栅栏所需费用最低的一方已经承担了建栅栏的责任，所以也没有谈判的必要。

(农场主权),那么通过牧场主将钱付给农场主,农场主在谷地周围建栅栏,合作会产生 25 美元的剩余。谈判净收益为合作剩余减交易成本,即 25－35＝－10 美元。发现谈判的净收益为负,双方不会谈判。如果双方不谈判,他们将依据法律而不是合作。具体来说,农场主将利用产权来使谷物不再受牛群侵害,牧场主将在牧场周围修建栅栏,而这是低效率的。为了避免这种低效率,法律只好采取第一种规则(牧场主权),这样双方不用谈判,也会依赖法律这种非合作手段达到效率要求。

问题 4.4

假设有一条铁路沿着种植经济作物的农田旁边修建。火车是靠蒸汽机提供动力的,蒸汽机工作时会导致煤尘从火车的烟囱中喷出。有时燃烧的煤尘火星落在了离轨道不远的谷物上,把谷物烧焦。假设种庄稼的农场主每年因此损失 3 000 美元的利润,而在铁路安装并维护一个防护火星装置防止谷物受损害需要 1 750 美元。法律是保护农场主不受火星的侵害还是允许铁路火车不负任何责任地散播火星,这一点对于农场主土地的有效利用或对于铁路的有效运作影响重要吗?为什么重要或为什么不重要?

科斯定理非常著名,但也有很多人对此提出了质疑。虽然这里不能大篇幅地讨论这些文献,但我们可以把几个重要的观点梳理为以下一些问题:

问题 4.5

长期性。一些评论者认为科斯定理可能只在短期内是正确的,在长期来看是不正确的。在农场主和牧场主的例子中,改变土地的用途需要时间。例如,把一块土地从放牧的草场改为耕种的土地,农场主就必须修建栅栏并且犁地。科斯定理中的效率在长期中取决于随着相对价格和机会成本的变化,私人在谈判过程中承受长期改变资源用途的额外成本的能力。试述牧场主和农场主之间签订长期合作的合同与签订短期合作的合同在影响方式上有何不同。

问题 4.6

不变性。如果交易成本为零,无论法律怎样规定,农场主在谷地周围修建栅栏比牧场主在牧场周围修建栅栏更有效率。注意在这个例子中,无论最初的产权分配如何,利用田地来养牛和种植谷物是一样的。科斯定理的这种描述被称作"不变性"(因为资源配置在不同的产权分配下是一样的)。这种描述仅是一个特例。更

普遍的情况是无论产权怎样分配，资源配置都是有效率的（并非是完全一致）。存在一个产品和服务的帕累托效率分配，但它可能与通过产权分配而得到的帕累托效率分配不同。

为了说明这一点，假定农场主想吃更多的谷物，吃更少的牛肉，然而牧场主想吃更多的牛肉，更少的谷物。假设农场主和牧场主拥有各自的土地，交易成本为零，并且建栅栏的费用与他们的收入密切相关。产权由牧场主变更到农场主手中将提高农场主的收入并降低牧场主的收入。结果是，对谷物的需求增加，对牛肉的需求减少。对谷物的更高需求要求种植和保养更多的谷地。因此，法律的变化促使修建更多的栅栏。还记得在需求理论中提到的“价格效应”和“收入效应”的区别吗？你能应用这两个概念来解释这个例子吗？①

问题 4.7

禀赋效应。调查和实验显示人们有时候为了得到某些东西，放弃的比想要支付的要多得多。举例说明，把人们有机会将正在使用的清洁空气“出售”给一个污染者的情形和没有清洁空气的人们有机会从污染者那“购买”到清洁空气的情形做个对比。事实证明，人们相对于同样的权利会以更高的价格出售。**禀赋**是所有权的最初分配。买价和卖价的分歧被称为**禀赋效应**，因为价格的差异取决于最初的所有权分配。

为什么农场主在远离牛群的破坏时设定的价格取决于他们是否卖出或买进产权？在这些权利上设定不同的价格是理性的吗？这些不同的相对评价如何使得产权配置的效率分析变得复杂？

问题 4.8

社会习惯。社会习惯经常是在谈判或法律之外逐步形成的需要应付的外部成本。例如，加州北部某个县的社会习惯有这样的要求：牧场主有责任管好他的牛，尽管该县的一部分地方是“开放放牧”的（即法律责任落在农场主身上的一些地区）。此外，该县的牧场主和农场主表面上没有如科斯定理想象那样进行谈判。这些事实怎样反映了科斯定理的分析？为什么你会期望与邻居保持长期的联系以能够利用有效的社会习惯来控制外部性？②

① 关于科斯定理的不同版本，见 Robert D. Cooter, “The Coase Theorem,” in THE NEW PALGRAVE: A DICTIONARY OF ECONOMICS (1987)。关于科斯定理不变性版本的特殊假定，见 Thomas S. Ulen, *Flogging a Dead Pig: Professor Posin on the Coase Theorem*, 38 WAYNE L. REV. 91 (1991)。

② 参见 ROBERT ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW (1991)。

网页便笺 4.1

在作者的网站上有更多的关于科斯定理的问题，在那里作者指出了其他一些问题并且描述了一些为验证科斯定理而设计的实验研究。

4.4.2 交易成本的组成因素

什么是交易成本？它是否可以忽略不计？我们不能不带着这样的问题用科斯定理来理解法律。交易成本是交易过程中的成本。一宗交易的进行由三个阶段组成：第一，必须找到交易对象。这包括找到想购买你所出售的东西的人，或者出售你想购买的东西的人。第二，谈判必须在交易双方进行。一个达成共识的谈判可能包括合作协议的拟定。第三，当合作达成后，它必须得到执行。执行包括监督双方的行为和对违背协议行为的惩罚。我们可以将与交易的三个阶段中相应的三种交易成本称为：(1)搜寻成本，(2)谈判成本，(3)执行成本。

问题 4.9

用搜寻成本、谈判成本、执行成本将下列购买 1957 年的雪佛兰车的每个交易环节的成本进行分类：

a. 关于价格的谈判。

b. 每月收取的购买汽车的分期付款。

c. 从工作中挤时间使买卖双方见面。

d. 在报纸的“分栏”部分购买一个广告。

e. 为获得“分栏”部分而购买报纸。

f. 买者向卖者询问关于汽车发动装置系统的问题。

什么时候交易成本高？什么时候交易成本低？可以通过考察交易成本的三个组成因素来回答这个问题。如果是独特的商品或者服务，则搜寻成本高；如果是标准化的商品或者服务，则搜寻成本低。譬如，找到一个出售 1957 年雪佛兰的人比找到一个卖软饮料的人要难得多。

从搜寻成本转到谈判成本时，注意上述谈判案例假定双方都**知道**对方的风险值和合作解。博弈论者把双方了解这些信息的情况称作信息是“公共”的(博弈论者把这样的谈判称为具备“共同知识”的环境)。相反，当一方知道其中的部分价值而另一方不知道，信息就是“私人”的。如果双方都知道风险值和合作解，他们便可

以计算合作的合理条件。一般而言，公共信息可以通过双方对合作条件的合理定位使得合作变得更容易。所以，当关于风险值和合作解的信息是公共的时候，谈判变得简单容易。例如，买卖西瓜的协商非常简单，因为没有什么更多需要知道的信息。

当有关风险值和合作解的信息是私人的时候，协商变得复杂且困难。私人信息阻碍谈判进程，因此大多数私人信息在计算双方合理的合作条件之前，必须先被转换为公共信息。一般而言，当需要把许多私人信息转换成公共信息时，谈判是昂贵的。具体说，关于卖房子的谈判，包括很多财务上的争议，安排时间、房子质量及价格等。卖房者对于房子的缺点比买房者具有更多的信息，而买者对于自己的财务情况、支付能力比卖者具有更多信息。每个人在谈判进程中都试图想方设法得到这些信息。为了达成协议，双方可能会分享一些信息。但是他们可能不会分享全部信息。每一方对合作剩余的分享份额部分地取决于自己所保留的私人信息；但是为了谈判成功，又必须把一些信息公开。平衡这些冲突是很困难的，而且潜在成本很大。

关于谈判博弈的文献资料有很多，包括大量的用于检验科斯定理而细致构造的实验。[①] 这些试验中所得出的最强的结论之一就是，当产权清晰时谈判双方更愿意合作，当产权模糊时谈判双方不愿意合作。用更规范的语言表达，当风险值是共同知识时谈判博弈会更容易有解。各方的权利决定了各自在法律纠纷中的风险值。这个发现说明，财产法应该倾向于能够使得所有权清晰且简单的标准。有效财产法最直接的规定是使产权清晰且简单。例如，关于土地所有权的公共登记系统避免了许多争议，并因系统的产生使得决策变得更简单。类似地，确认某人占有或使用一种产权就变得很简单。鉴于这样的事实，在需要决定所有权方面，法律对占有和使用产权有重大影响。相反地，不清晰的产权是合作过程中一项最大的障碍，并且也是资源浪费的主要原因。因此，在发展中国家，占用他人所拥有土地的居民是不会改善他们的住所的，因为他们不清楚这些改善是否归自己所有。

我们所说的大多数谈判博弈都只包含两个谈判者。双方的谈判通常是成本较低的，尤其当双方彼此相近时。然而，很多谈判包含第三方或者更多的谈判方。包含越多的谈判者，尤其当他们又彼此分散时，谈判就会变得更加昂贵和困难。这个事实可能解释了为什么包含许多国家的条约很难能达成共识。

最后，谈判各方可能想要起草一份协议，这也许是成本昂贵的，因为协议必须预期很多可能会改变谈判评价的偶然性因素。

---

① 参见 J. KEITH MURNIGHAN, BARGAINING GAMES (1992)关于此类文献的具有高度可读性的综述。关于科斯定理的实验，见 Elizabeth Hoffman & Matthew Spitzer, *The Coase Theorem: Some Experimental Tests*, 25 J. LAW & ECON. 73 (1982)，和 Hoffman & Spitzer, *Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups*, 15 J. LEGAL STUD. 149 (1986)。阿兰·艾尔斯(Ian Ayres)最近反对这些意见，认为模糊不清的权利才能造成谈判，在作者的网站上可以找到更多文献。

谈判的另一个阻碍因素是敌意。有争议的双方可能感情上的矛盾会影响理性的合作，就像当离婚被痛苦地提出时。彼此憎恨的人们不会同意合作剩余的分配，尽管所有相关的事实都是共同知识。具体来说，许多司法在离婚的财产划分问题上有规定，而离婚本身是简单的，并且对于大多数无子女家庭是可预期的。然而，这些婚姻的很大部分都是在法院解决，而不是通过私下协商。在这种情况下，律师可以对具有敌意的双方发挥影响作用使协商变得容易。

然而，即使没有敌意，谈判也会因双方行为的非理性——例如，过分强调自己的利益(律师称之为"过度")——而成本高昂。谈判中最基本的要素是策略。在谈判策略形成中，每一方都试图预测对方将要让利给自己多少。如果双方错误计算了另一方的估算，各方都会惊奇地发现另一方死不认输，结果是协商失败。错误计算容易在表 4.3 的情形中出现，例如双方彼此不了解，文化差异阻碍交流，或者双方对于公平的道德标准认识上有冲突。

表 4.3　影响交易成本的因素

降低交易成本	提高交易成本
1. 标准化的商品或服务	1. 特殊的商品或服务
2. 清晰、简单的产权	2. 模糊、复杂的产权
3. 谈判方少	3. 谈判方多
4. 友好的谈判方	4. 敌意的谈判方
5. 熟悉的谈判方	5. 不熟悉的谈判方
6. 理性行为	6. 非理性行为
7. 即时交易	7. 延时交易
8. 没有偶然因素	8. 很多偶然因素
9. 监管成本低	9. 监管成本高
10. 廉价的惩罚	10. 昂贵的惩罚

执行成本是交易成本的第三个也是最后一个因素，当合作需要时间来完成时就会产生。一个不需时间就可完成的合约是没有执行成本。例如一宗即时交易：我付你 1 美元，你给我一个西瓜。对于一宗复杂的交易，监控和惩罚违反协议的行为是成本高昂的。举例说，考虑本章开篇布劳格斯想要在他的土地范围内排干湿地来建立住宅的案例。假设城市允许他在湿地的某一地块上建造房屋，只要他保证不在湿地其他的地方再造房屋。这时行政部门必须监视他来保证遵守他的承诺。进一步讲，行政部门可以要求布劳格斯上交保证金，如果侵犯了剩余的湿地就将保证金充公；如果他没有非法占用其他湿地进行房屋建筑，就返还保证金。一般来说，当对协议的侵犯易于观察并且惩罚易于执行时，执行成本较低。

现在总结一下学过的交易成本内容。交易有三个阶段，每个阶段都有特殊类型的成本——搜寻成本、谈判成本和执行成本。这些成本根据交易特性不同在零到无穷之间可以有不同取值。

问题 4.10

将下面六种交易按交易成本从小到大进行排序。通过搜寻成本、谈判成本和执行成本来解释排序(没有惟一正确的答案)。

a. 结婚;

b. 购买一盆洋蓟;

c. 获得在邻居的财产下铺设煤气管道的权利;

d. 出卖汉堡王的特许经营权;

e. 去大学读书;

f. 为汽车购买一份保单。

4.4.3 交易成本水平与合适的法律规则

科斯定理认为,当交易成本为零时,资源的有效利用与产权的初始配置无关。这意味着,当交易成本不为零时,产权的配置对于资源的有效利用有可能是至关重要的(这一点将在后面章节继续加以说明)。我们在前述部分提到交易成本可以是在零到无穷之间分布的。现在将交易成本水平与合适的法律规则之间关系具体化,来得出有实际意义的结论。

我们先把前面讲到的交易成本在零到无穷之间的内容用图表的形式表示出来,如图 4.2 所示。现在可以依照对交易成本水平的估计(就像表 4.3 中提到的各因素),指出各种潜在交易从成本为零到无穷大的分布间的任何一点。于是,必须提出这样的问题,这些成本对于我们来说是足够低以至于可以通过谈判来解决资源的有效利用,还是成本太高以至于会导致谈判失败——所以谈判中的一些可替代的选择是必要的。

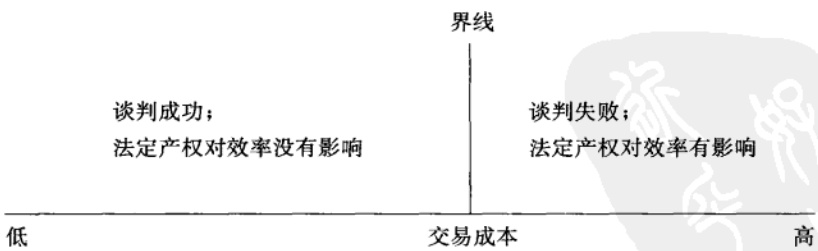

图 4.2 将科斯定理区分为适用与不适用区域的交易成本临界水平

存在一条界线把交易成本划分为谈判成功的区域和谈判失败的区域。图 4.2 指出了这条界线。有时这条界线的定位对于每个人来说都是显而易见的。例如,

当一条支路转过主干道时，法律应该规定支路上的驾驶员服从主干道上的驾驶员。如果法律规定了相反的结果，那么驾驶者不能纠正这种错误，也不可避免地会造成浪费。而对汽车司机而言，修正错误是不可能瞬时办到的，他们没有时间与对方谈判。支路上的司机服从主干道上的司机，这个结论是无可厚非的。然而，有时界线的定位并不明显而且人们坚决反对制定这种政策。

用第 9 章的一个案例进行具体说明，法律必须认定致伤者应该对因机动车事故中受伤或遇难的人进行赔偿。如果受害者基本上不接受或完全不接受受伤和遇难的赔偿，市场就没有修正这个问题，原因是不存在受伤或遇难的保险市场。没有受伤或遇难的保险，受害者必须寻求侵权责任并索要赔偿。然而，法学家对于一些问题并未形成一致意见，如是否没有受伤或遇难的保险就表明市场失灵，以及消费者对受伤和遇难赔偿的估价是否高到足以补偿这些侵害。这种不一致也使得面对受伤和遇难的赔偿时，法学家不知道赔偿应该像美国那样高还是应该像德国那样低，现在仍然没有达成统一意见。

问题 4.11

考虑下面几种情况，应该给予吸烟人吸烟权利还是不给予其这种权利。你认为在哪种情况下交易成本高到了阻碍私人谈判的地步，哪种情况下交易成本低到会发生私人谈判的地步？解释你的答案。

a. 在私人住所吸烟；

b. 在公共场所吸烟，如购物中心、室内竞技场或者音乐会厅，或者室外体育场；

c. 在旅店房间吸烟；

d. 在商业性航空班机上吸烟。

对于这里的每个问题，赞成和反对采取谈判或者干预的处理方式的理由是什么？社会习惯，而非法律，会在多大程度上对结果产生决定性影响？

4.4.4 规范的科斯定理和规范的霍布斯定理

我们已经提到，科斯定理对财产法的惟一借鉴意义就是，法律决定交易成本的水平并且作出相应的规定。但是我们还可以更进一步讨论。

到目前为止，我们所说过的交易成本像是一种外生于法律体系的东西——也就是说，交易成本像是只取决于法律领域之外的谈判状况的客观特征事实。当然也并不总是这样。一些交易成本对于法律系统是**内生的**，因为法律规则可以降低私人谈判的阻碍。科斯定理指出，法律可以通过降低交易成本从而促进谈判。

我们用数字例子来进行具体说明。如果交换产生的剩余是25美元，同时交换成本却高达30美元，那么双方可以在私人谈判中获得一个净收益25美元－30美元＝－5美元。换一种说法，至少有一方会从私人交易中遭受损失。一个理性的人不会自愿进行亏损的交易。所以当净收益为负时，理性的人不会进行私人谈判。然而，如果交易成本降低为10美元，那么交易的净收益为25美元－10美元＝15美元。当合作剩余超过交易成本时，私人交易的净收益为正，谈判双方均可从私人交易中获利。通常当净收益为正时，理性人才会从事私人交易。

降低交易成本会"润滑"谈判。法律的一个重要目标就是通过降低交易成本促进私人谈判顺利进行。法律完成这项目标的重要途径是定义简单且清晰的产权。谈判在产权清晰简单时比复杂模糊时更容易。举例来说，"先在权利优先"原则是决定所有权的简单且清晰的方式。类似地，要求财产的公证记录使得决定所有权变得更加容易。更进一步，使这些记录在网上能够查询会在先前基础上进一步降低交易成本。在本书中，将遇到很多法律促进谈判的相关案例。通过促进谈判，法律使得私人谈判各方交易法律权利，减轻了法律制定者有效配置法律权利的工作复杂性。①

我们可以把这个原则正式地称为**规范的科斯定理**：

> 构建法律消除私人协商的障碍。

这个原则是**规范的**，因为它给法律制定者提供了规范的指导。这个定理是从科斯定理中引申出来的，因为它假定在适当的条件下，私人交易可有效地分配法律权利。20世纪90年代世界范围内的私有化浪潮消除了私人协商中许多管制性的障碍，佐证了该原则的适用性。

除了促进谈判，法律体系也试图减少不合作或合作失败这些对社会来讲成本很高的事情。17世纪的英国哲学家托马斯·霍布斯尤其强调了减少不合作的损失的重要性。霍布斯认为，在合作剩余的划分上很少达到足够的理性，即使在谈判没有阻碍时也是一样的。② 天生的贪婪使人们争论不休，除非存在一个强有力的第三方强迫他们合作。这些考虑表明了以下的财产法原则，我们称之为**规范的霍布斯定理**：

> 构建法律以使私人协商失败造成的损害最小化。③

---

① 像我们在第6章看到的，合同法可以被看作是规范的科斯定理，这表明合同法基本上可被看作是对降低双方合作的交易成本的一种尝试。

② 因为该书是霍布斯在17世纪完成的，他并没有明确地用这些术语来表达这一思想，但是这种论点遍布在他的经典著作《利维坦》(Leviathan，1651)中。基于霍布斯有关分配的悲观主义，现代的思想是，博弈理论一般不存在该分配的可供选择的方法。

③ 这一思想在Cooter，*The Cost of Coase*，11 J. LEGAL STUD. 1 (1982)一文中，得到深入发展。

根据这个原则，设定法律的目标应该是防止强制性的风险和消除不合作所造成的破坏性。

当双方没能达成事实上可能实现的私人合作协议时，他们会失去交易的剩余。为了将由此导致的损失最小化，法律应该**把产权分配给评价最高的一方**。通过把产权分配给评价最高的一方，法律就使得产权交易不再必要，因此节省了交易成本。举例说明，把规范的霍布斯定理与之前的案例结合起来考察，结论是要求法律"公开放牧"（牧场主权），而不是"封闭放牧"（农场主权）。

这两个规范的财产法规则——把资源配置的私人不合作导致的损失最小化（规范的霍布斯定理），把资源配置中私人谈判的阻碍最小化（规范的科斯定理）——在法律上具有广泛的应用。加上之前讨论的科斯定理及其推论，这些原则将在本章及后面章节中成为财产法经济分析的核心。

4.4.5 润滑还是配置？科斯对霍布斯

科斯定理和霍布斯定理描述了当交易成本为正时法律可以提高效率的两种方式。首先，法律通过降低交易成本**润滑**私人交易。其次，法律可以把权利**配置**给对其评价最高的一方。

现在我们考虑法律制定者如何在润滑和配置中选择。回到农场主和牧场主的案例中，修建栅栏会花费牧场主 75 美元，花费农场主 50 美元，假设法律把修建栅栏的责任规定为牧场主（农场主权）。给定这些事实之后，如果把修建栅栏的责任从牧场主转移到了农场主（牧场主权），那么就会产生 25 美元的剩余。然而，假定私人交易成本为 35 美元，从而会阻碍交易进行。那该怎么做呢？如果法律可以把交易成本从 35 美元降低到 10 美元，交易成本将不再阻碍交易进行。所以，当私人交易没有阻碍时，建栅栏的责任从牧场主转移到了农场主，会产生 15 美元的净收益。

可供选择的方法是，假定法律不能降低交换中的交易成本，另一种可能的救济就是改变法律，将修建栅栏的责任指定给农场主（牧场主权），而不是指定给牧场主（农场主权）。如果农场主有责任建栅栏，法律权利被有效地配置。当权利已经被有效配置时，权利的交换不会产生剩余。交换是没必要的，也不会发生。

然而不幸的是，法律制定者通常不知道哪一方对财产权利评价更高，并且要找到确切的结果是很困难的。譬如，必须考虑在农场主的谷地周围建栅栏的成本核定问题。在法庭上作证时，农场主有夸大其成本的激励。了解到这一事实，法官和陪审团不知道该不该相信农场主的陈述。

法律制定者信息有限，面临着交易成本和信息成本的权衡问题。一方面，严格遵照惯例，法庭可以避免决定谁是对权利评价更高一方的信息成本。当法院严格遵照惯例判案时，各方必须承担纠正无效的法律权利配置的交易成本。另一方面，法庭可能尝试去确定哪一方对权利评价更高并且以此校正法律。随着权利的重新

配置，法院或其他法律制定者必须承担决定哪一方对权利评价更高的信息成本。效率要求法院尽可能廉价地解决问题。

我们可以用形式化的方法来解释这些结论，用 IC 表示法院决定谁对法律权利评价更高的信息成本，用 TC 表示法律权利交易的交易成本，有效的法院会遵循以下规则：

$IC<TC$，则把初始的法律权利配置给对其评价更高的人；

$TC<IC$，则严格遵守惯例。

为了阐明这个原则的应用，可以看到随着人口增长以及土地利用的增加，美国西部的土地由开放放牧变为封闭放牧。假设法官或者陪审团必须考虑该国的一些土地是否应该开放放牧或者封闭放牧的问题。为了解决这个问题，法官或者陪审团应该在牧场主和农场主私人谈判的交易成本与法律制定者对牧场主和农场主建栅栏成本的确定成本两者之间达到平衡。

问题 4.12

a. 当交易成本足够低时，无论产权如何进行特别分配，有效的资源配置都会出现。当交易成本足够高时，有效率的资源配置要求把产权分配给对其评价最高的一方。对每一种情况举例说明。

b. 你能否用规范的霍布斯定理来证明对雇主和雇员工会之间的集体谈判过程进行法律规制是正确的？

c. 当人们存在很大的分歧时，他们可能试图去侵害对方，或者可能放弃一个潜在的有利的交易。根据规范的霍布斯定理，针对这两种可能性，法律应该如何应对？

4.5 如何保护产权

现在我们胸有成竹，可以回答本章开篇提出的四个关于财产法的基本问题之一："对财产权侵犯的救济是什么？"这个问题关乎到当私人或者政府干涉他人产权时，法院应该给予怎样的应对。本章的讨论集中在私人干预部分，下一章将考虑政府的干预行为。

4.5.1 赔偿和禁令

首先，需要了解一些背景知识。普通法法院常用的救济方式要么是**法律的**，要么是**衡平的**。常见的普通法法律救济是指被告向原告支付**损失赔偿费**。这些赔偿

费是由于被告的侵犯所造成的赔偿给原告的一笔钱。法院判定的合理的赔偿金额，正如常言所说，“足以使原告恢复原状”。这笔金额的衡量标准本身就是一个很复杂的问题，我们将在后面进行讨论。① **衡平救济**是指由法院颁布的，用于指导被告执行行动或者以一个具体方式限制其行动的法令。这个法令经常以**禁令**的形式出现，即命令被告做什么或禁止被告做什么的一个特定的法令。②

注意，法律救济是“向后看”的，意思是它给已经遭受到损失的原告提供赔偿，而衡平救济是“向前看”的，意思是它阻止被告将来有可能给原告造成的损害。因此，法院可以将两种形式的救济结合起来运用，对过去伤害给予赔偿金并禁止未来有可能造成损害的行为。

赔偿经常是制裁违约或者意外事故的惩罚措施，而禁令通常是对盗用、侵犯或者干涉他人财产行为的惩罚措施。换种说法，赔偿一般是合同法和侵权法的救济方法，而禁令一般是财产法的救济方法。由于这些原因，赔偿经常在法律文献中称为“责任规则”，而衡平救济通常称为“财产规则”。举例来说，农场主将因违反了提供干草的合同或在打猎时无意射中了一头牛而支付牧场主赔偿金。但是如果牛损毁了农场主的谷物（而且如果农场主有权利免受牛对谷物的侵害），那么法院将可能判定牧场主必须为过去所造成的损害支付赔偿金，同时要求牧场主在未来有责任限制牛的侵害行为。

4.5.2 洗衣店和电力公司：一个案例

在法令中，禁令似乎是一种绝对禁止。例如，如果法院禁止牧场主的牛往后再损毁农场主的谷物，也可以理解为牧场主将不得不修建栅栏。这其实是个误解。禁令并没有禁止牧场主的牛永远不得侵犯农场主的财产，只是说在没经过农场主同意时不得侵害农场主财产。农场主可以签订不执行禁令的合约。譬如，农场主可以同意不执行禁令以换取牧场主向农场主支付一定数额货币的赔偿。③

鉴于这些事实，禁令的权利应该可以看成是清晰的产权界定。一旦产权被清晰地界定，产权所有者可以通过谈判出卖产权。因此，如果法律对牧场主使用禁令，不让他的牛去侵害他人的产权，那么，也可以把它看成是一个正式宣布：农场主

① 有两点值得注意。第一，如果被告不能支付法律要他支付的赔偿金，被告的财产会被没收并拍卖来筹措赔偿金。第二，补偿性赔偿与惩罚性赔偿是不同的，惩罚性赔偿是为惩罚被告而收取的高于损害赔偿的金额。惩罚性赔偿的目的是惩罚被告，不是赔偿原告。我们将在第 9 章中讨论惩罚性赔偿。

② 被告违反衡平法令的后果要比不支付货币赔偿的后果严重得多。不遵守禁令的被告不仅会给原告造成损失，还构成对法庭权威的冒犯。不遵守衡平法令的被告会被指控藐视法庭并被监禁，直到他同意遵守法院法令。

③ 谈判的诱因可能与现实相比更具有理论性。因为沃德·法恩思沃斯关于事前禁令的谈判进行了讨论，见网页便笺 4.2。

有避免牛侵犯其财产的法定执行权利。如果牧场主对于被允许侵入农场主财产这一权利的评价高于农场主对不受侵入权利的评价，那么牧场主就有从农场主那里购买产权的交易动机。

大多数法律争端通过双方谈判的形式解决，而不用进行审理，但谈判条件会受审理时得到的救济方法的影响。[①] 尤其是，谈判条件会根据赔偿或禁令的救济方式不同而不同。第1章中的一个案例将有助于理解法律救济和谈判之间的关系。

事实：电力公司 E 排放的烟雾污染了洗衣店 L 所洗的物品。因为 E 和 L 是邻居，且远离其他人，所以没有其他人受到影响。E 通过在其排气管上安装涤气器可消除这个外部成本，而 L 通过在其通风系统上安装过滤器也能减少损害。E 安装涤气器或者 L 安装过滤器均可彻底消除污染。表4.4给出了每个公司采取减少污染的行动而获得的利润（矩阵表中显示的利润不包括因法律纠纷而可能支付或者接受的任何补偿。）

表 4.4　法院采取行动之前的利润*

		洗衣店	
		不安装过滤器	安装过滤器
电力公司	不安装涤气器	100 1 000	200 1 000
	安装涤气器	300 500	200 500

* 电力公司的利润在每格的左下方；洗衣店的利润在每格的右上方。

表4.4的数字解释如下。当 E 没有安装涤气器时，E 的利润为1 000美元（不考虑洗衣店的做法）。当 L 没有安装过滤器并没有遭受污染时（因为 E 已经安装了涤气器），L 获得300美元利润，而污染会给 L 造成200美元的利润损失。L 可以通过安装100美元的过滤器避免这个损失，或者 E 可以通过安装500美元的涤气器避免这个损失。试试看，你是否可以用这些事实解释表中的数据。

按定义，最有效的结果出现在，双方的总利润（被称为“联合利润”）最大的情形下。联合利润是由表中每格的两个数字相加得到的。联合利润在右上格中最大，即 E 没有安装涤气器而 L 安装过滤器时，可得到1 200美元的联合利润。

E 和 L 之间关系紧张的根源在于污染造成的损害。他们也许能够解决分歧达成合作，也可能不合作而将争执诉诸法庭。我们感兴趣的是如何将财产法的规则利用到这件事情上来引导双方取得污染损害最小的有效解决方法。

假设 E 和 L 为其争端打官司。在这次审理中有三种可选的法律规则：

（1）污染者的权利：E 有权自由制造污染。

（2）被污染者的索赔权：L 有权向 E 索赔（损失赔偿是 E 向 L 支付的用于弥

① 这属于“在法律阴影下谈判”。

补因 E 的污染而使 L 减少的利润)。

(3) 被污染者的禁令权:L 有权要求颁布一个禁止 E 制造污染的禁令(禁令是要求 E 停止污染的法院命令)。

现在来确定一下每一种规则下不合作解的值,如表 4.5 所示。

表 4.5 三种法律规则下的谈判利润

	不合作		剩余	合作	
	电力公司	洗衣店		电力公司	洗衣店
规则 1:有权污染	1 000	200	0	1 000	200
规则 2:赔偿	800	300	100	850	350
规则 3:禁令	500	300	400	700	500

先看规则 1,如果 E 自由制造污染,那么对于 E 来说最有利的行动是不安装涤气器而享有 1 000 美元的利润。而 L 最有利的反应是安装过滤器而享有 200 美元的利润。因此,自由制造污染的不合作解为 1 200 美元。这是最有效的解,即表中的右上格。

再来看规则 2,假设 E 必须支付给 L 赔偿金,并且 L 没有安装过滤器的法律义务(没有"缓解"的义务)。如果 E 必须因污染向 L 支付赔偿金,那么 L 将不用考虑安装过滤器。E 必须向 L 支付没有污染时 L 享有的 300 美元利润与有污染时 L 享有的 100 美元利润的差额的赔偿金。E 可以在安装涤气器和向 L 赔偿 200 美元之间进行选择。E 最有利的选择是不安装涤气器,这样起初拥有的 1 000 美元利润,减去必须支付给 L 的 200 美元损失赔偿金,E 获得的净利润为 800 美元。L 获得 300 美元利润(100 美元生产剩余加上 E 支付的 200 美元)。在规则 2 下的不合作解(损失赔偿的责任规则)是 1 100 美元=300 美元+800 美元。这是表中的左上格。

再来看规则 3,如果 E 被勒令禁止污染,并安装涤气器,那么 E 的利润是 500 美元。当 E 安装了涤气器,L 就不用考虑安装过滤器,所以 L 的利润是 300 美元。所以,在禁令污染规则下的不合作解是 800 美元=500 美元+300 美元,是表中的左下格。

在 E 和 L 不合作的悲观假定下,只有一个法律规则是有效的,即规则 1。若不做双方无法合作的悲观假定,而是做一个双方将用合作解决他们争端的乐观假定(我们假定交易成本非常低)。当 E 和 L 合作时,他们的最佳策略是两个企业的联合利润最大化。只要他们采取有效行动,在这个案例中就是 L 安装过滤器而 E 不安装涤气器,联合利润就会最大化,即产生 1 200 美元的联合利润。这是在右下格的有效解。

因此,有两种方法可以得出有效解。一种方法是法律采纳不合作解是有效率解的规则。这个解是规范的霍布斯定理所提倡的。在我们的例子中(但未必在别的污染案例中),不合作解在规则 1 下——即赋予 E 自由污染的权利——最有效。达到效率最大化的另一种方法是双方进行合作。合作解在这三种法律规则下均是有效的。根据科斯定理,像规则 2、3 这样的法律权利的低效率配置,可以在谈判成

功的条件下，通过私人协议而得到纠正。

如果交易成本为零并且成功的谈判可以纠正低效率的法律，那么法律的影响是什么呢？一种回答是法律影响合作剩余的分配，从而影响谈判。为了说明分配这一点，回忆一下法律的结构——例如规则 1、2 和 3——如何影响双方的风险值。一个合理的谈判解是每一方都得到他的风险值加上一个平等的合作剩余的分享。每一方在谈判中都偏好于能够提供给他最大风险值的法律规则。明确地说，在财产纠纷中，原告的风险值在禁令救济下至少要和在损害赔偿下一样大。所以原告偏好于对未来损害发布禁令，或更好的是，对未来损害的禁令救济加上对过去损害的损害赔偿。相反地，被告偏好于对未来损害的损害赔偿，当然，没有赔偿更好。

法律规则在 E 和 L 合作剩余分配上的影响可以被精确地计算出来。假设 E 和 L 进入谈判中，并且为了使计算简化，假定双方为达成协议而进行谈判或诉诸法院是没有成本的。表 4.5 总结了三个规则下的不合作结果，即如果谈判失败每一方能单独享有的利润。该表中间还标出了合作的联合利润与风险值之差的合作剩余。一个合理的谈判解是每一方获得他的风险值加上一半的合作剩余。双方从合作中得到的利润由右侧两列给出。注意，在每一种合作解中收益之和都是 1 200 美元，但是 L 在禁令规则下（规则 3）获利最大，在损失赔偿规则下（规则 2）获利中等，在 E 自由污染规则下（规则 1）获利最小。

问题 4.13

在之前的案例中，对于被告来说，执行禁令规则来制止未来侵权的成本比防范未来侵权的损害赔偿更高。这个事实具有一般性还是只是本案例中特有的？

4.5.3 有效赔偿

我们之前提到过禁令一般都是用于侵权赔偿。我们将从效率的角度对这个概括进行解释，也会提到例外的一些情况。前面的例子表明，当交易成本为零时，损失赔偿与禁令都是有效的救济方法。所以，效率的不同在于交易成本的不同。如果交易成本高到阻止谈判进行的程度，那么更有效的救济方法是损失赔偿，而不是禁令。

当交易成本高到阻止谈判进行时，损失赔偿比禁令更有效的原因可以在洗衣店和电力公司的例子中很容易找到答案。如果赔偿金完全地支付给了洗衣店，不管电力公司是否污染，洗衣店的利润与原来保持一致（具体说就是 300 美元）。所以，洗衣店在损失赔偿和禁令两种法律方案之间无差异（假设没有谈判）。在赔偿方式下，电力公司可以污染并支付赔偿，或者可以不污染不支付赔偿。它污染并支付赔偿金时的利润会从不污染的 500 美元变成 800 美元。相反，禁令（没有谈判）

则没有这种选择。具体而言，禁令强迫电力公司不准污染，这时的利润为 500 美元。一般地，当交易成本阻碍谈判进行时，从禁令到损失赔偿的转变没有使受害者境况变得更糟，但会使施害者境况变得更好而不是更坏。在洗衣店和电力公司的案例中，这种转变使电力公司的境况变得更好。根据表 4.5，电力公司的不合作解在损失赔偿下是 800 美元，在禁令下是 500 美元；然而洗衣店在两种情况下均是 300 美元。

我们已经解释了在交易成本很高时，损失赔偿的优越性。相反的情况是什么？即当交易成本很低时禁令会有优越性吗？传统的回答是："是的。"我们将对此进行解释。我们之前注意到，当双方的法律权利清晰且简单时，谈判就会趋向于成功。传统观点认为禁令比赔偿更清晰、更简单，因为法院裁决的赔偿费是不确定的。譬如，在案例 2 中，法院很难对因温德桑公司的卫星侵占了奥比特考姆公司的卫星轨道而造成的损失进行货币估价。类似地，在案例 5 中，法院也很难针对因波台托斯的房子侵占了帕斯雷的两英尺土地所造成的损失确定赔偿金额。相反，禁令权给双方一个清晰的谈判条件。在谈判进程中，他们可以自行确定赔偿金额。因此，传统的结论是双方谈判时，禁令远比损失赔偿有效得多。换一种说法，在交易成本低的情况下，法律采用的最优政策是定义清晰且简单的产权，从而使谈判顺利进行。

我们已经得出了奎多·卡拉布雷西法官（之后也获得了教授头衔）和道格拉斯·A. 梅拉米德[①]的著作中的结论，他们给出下列规则指出侵权赔偿的最优救济措施：

> 当存有较多合作阻碍时（例如较高的交易成本），损失赔偿更有效。
>
> 当几乎没有合作阻碍时（例如较低的交易成本），禁止被告侵犯原告财产的禁令更有效。

这两条规则在实际应用中，所选择的法律救济措施在很大程度上取决于有几方参与争议的解决。两方参与的交流往往很简单，尤其是当他们相互毗邻时。类似地，许多产权纠纷经常涉及的是一小部分相邻土地所有者。在包括少数地理集中的互相认识的人群中，合作很少遇到阻碍。在这种条件下，交流成本明显很低；各方能够以较小的成本监督协议的执行，因为每个人都能够观察到在自己的土地上到底发生了什么；而且，如果土地所有权是稳定不变的，相邻的土地所有者之间又是互相了解的，那么策略成本也很低。在这些条件下谈判基本上都能够成功，而且，解决大多数财产纠纷的最有效办法是禁令。[②]

然而，很多谈判包含三个或多个谈判方。包含越多的谈判人数，关系就越疏

---

① Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)。正如题目所表述的那样，作者找到了促进产权有效利用的第三种方法——不可让与性，禁止产权有效使用的谈判解决方式。我们将在下一章对这种方法的有效性做简短的讨论。

② 这解释了卡拉布雷西（Calabresi）和梅拉米德（Melamed）对衡平救济方法，如"财产规则"的描述。

散，他们之间的交流成本就越大。私人交易在包含多方疏散的陌生人之间谈判时不容易成功，因为交流成本太高，监督成本也高，并且策略性行为易发生。大量的土地所有者通常受很多事件影响，如空气污染，或者例 3 中的牲畜群制造的臭气。在这些事件中，损失赔偿是较好的救济方法。

前面的两条规则构成了“传统规定”，即法和经济学者给法律制定者在损失赔偿和禁令两种救济方法中的一种选择。在大多数情况下，传统的规定是正确的。然而更仔细地想想，可以再次提炼和完善它们。第一条规则——当交易成本很高并阻碍谈判时判决损失赔偿——要求向法庭公开有用信息作为证据。这条规则假定，谈判成本已经阻止了自愿交易，因此通过禁令救济保护权利，从而阻止非自愿的交易。所以，权利仍然在法律最初配置的那个人手中。通过这种方法实现效率，权利必须配置给对其评价最高的那一方。为了做这种分配，法院必须比较双方对权利的评价。[①] 他们不需要知道任何一方对产权绝对的评价值。

可供选择的方法是，假定法院决定用损失赔偿来保护产权。与禁令的救济措施不同，通过损失赔偿保护产权，允许非自愿的交易。没有权利的一方可从另一方获得权利，并支付赔偿费。没有产权的一方在他认为产权价值大于他所需要赔偿的支付费用，就会这样做。效率也要求没有产权的一方在对权利的评价高于另一方时，就这样做。所以，有效的非自愿交易要求法院判定的赔偿费与得到权利配置的所有者对权利的评价相等。通过这些赔偿金，产权将会不自觉地从评价低的一方转移到评价高的一方，而不会沿着相反的方向移动。

现在我们可以重新更准确地表述第一条规则：

> 当交易成本阻碍谈判时，如果知道哪一方评价较高但不知道各方的绝对评价值，法院应该用禁令的救济方法来保护产权。相反地，如果知道其中一方的绝对评价值但不知道哪一方评价较高，法院应该用损失赔偿的救济方法来保护产权。

第二条规则——当交易成本较低允许谈判时采取禁令的方法——也要求公开信息的条件。这条规则假设当被禁令保护时，权利的自愿交易更容易发生，因为禁令比赔偿更简单也更清晰。这一点通常是正确的，但并不总是正确的。

在谈判中，重要的是成本，而不是过程。无论禁令多么清晰，遵守禁令的成本也可能是不清晰的。为了润滑谈判，每一方需要知道对方的风险值或者独立行为的价值。禁令解决不了关于成本和评价的私人信息阻碍谈判的问题。举例来说，让电力公司停止污染的禁令是清晰的，但是电力公司遵守禁令的成本对于电力公

---

① 从专业术语上讲，法庭不能观测到的私人评价因素必须与法庭可观测到的评价因素正向相关。参见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 HARV. L. REV. 715 (1996)。但是 Ian Ayres & Paul Goldbart, *Correlated Values in the Theory of Property and Liability Rules*, 32 J. LEGAL STUD. 121 (2003)（反对相关价值索赔——“当争议双方的评价是相关的时候，责任规则不能产生私人信息”）。

司来说可能是清楚的也可能是不清楚的，而对于洗衣店来说是不清楚的。

事实要比传统的分析结果更模糊不清。在禁令的法律救济下，私人谈判的阻碍包含原告对被告是否服从法院判决的不确定性。相反地，在赔偿的法律救济下，私人谈判的阻碍包含被告对原告受损金额的不确定性。把这些争议加入到论述之中，形成了一条更有说服力的新版的第二条规则：

> 当合作几乎没有阻碍时（如低交易成本），当原告估计被告的遵守禁令成本比被告估计原告的损失赔偿更容易时，给予禁令是最有效的救济方式。

问题 4.14

用交易成本理论判断下列权利是应该用禁令还是应该用赔偿来保护：

a. 一个土地所有者禁止他的邻居在他的土地上安装输气管道的权利。

b. 一辆新车的所有者要求他的销售商更换有缺陷的汽车传动装置的权利。

c. 一个居民不受附近工厂排气造成的空气污染的权利。

d. 婚姻一方在离婚时享有半所房子财产的权利。

问题 4.15

假设两个人选择诉讼解决争端。法院是否可以推断：如果双方准备起诉，那么就说明交易成本一定很高，因而法院应该选择赔偿的救济方法，而不是禁令？

网页便笺 4.2

最近涌现了大量的学术研究对卡拉布雷西和梅拉米德有关救济的效率问题产生争议。作者在网站上对这些文献进行了讨论，包括观察禁令之后是否通常会紧随着出现谈判问题的实证文献。

4.6 何物能被私人占有——公共物品和私人物品[①]

在这一节我们转而回答财产法的另一个基本问题：产权应该被私人所有还是集体所有？首先，我们利用公共物品和私人物品之间的经济区别（第 2 章中提出

① 在阅读本节之前，温习一下第 2 章关于公共物品的内容会对你有所帮助。

的)来区分那些由私人所有最有效的资源和由公共所有最有效的资源。

到目前为止,本书已经讨论过的关于产权的大部分案例都是经济学家所谓的"私人物品"。被经济学家所描述的纯粹私人产品,具有个人排他使用的特点:例如,当一个人吃一个苹果时,别人就无法吃它;在某个时间一条裤子只能被一个人穿;一辆汽车不能同时朝两个不同方向行驶,如此等等。这些事实有时可归纳为私人物品的消费具有竞争性。

相反的另一端是纯公共物品,在消费上无竞争性。公共物品的一个常规例子是核时代的军事安全。向一位公民提供核保护并不会削减为其他公民提供核保护的数量。对于一个纯公共物品来说,在消费上无竞争性。

区分私人物品和公共物品还有另外一个属性。一旦财产权被界定为私人物品,他们的执行成本就很低(相对的)。具体来说,所有者可以用低成本排除他人使用。例如,农场主可以用相对低的成本建栅栏来防止牛的入侵。然而,排除他人不享有公共物品的成本极高。譬如,向不同的公民提供不同数量的防止核袭击的保护,是绝对不可能的。

我们已经解释了在经济学和法学上私人物品与公共物品的区别,现在把两者结合起来。它们的关系很简单:私人物品被私人拥有,公共物品被公共拥有,这是最有效的。换句话说,竞争性和排他性的产品应该被个人或小团体占有,而非竞争性和非排他性的产品应该被一大群人如政府所有,才是有效的。因此,私人物品和公共物品之间的区别应该引导财产规则向回答"什么能被私人占有"的方向发展。

我们可以针对这种规则给出主要的观点,但不包括细节。具有竞争性的私人产品必须被个人使用或消费,不能被每个人共享。效率要求每一个私人物品应该由对其评价最高的一方使用和消费。在自由市场中,每个私人物品都会经由交换到对其评价最高的一方手中。因此,法律可以通过清晰、简单地配置产权来降低谈判成本,从而使私人物品有效配置。一旦政府承认私人产权,私人物品所有者能排除他人使用或消费其财产,除非得到所有者的允许。个人的排他权利引导私人物品使用和消费进入自愿交易,从而促进了这些物品的有效利用。这就是一个"润滑谈判"的案例。

相反地,公共物品的技术特征阻碍了利用谈判来促进效率最大化。举例来说,假设某城市的防卫设施遭歹徒破坏,因此有些居民主张雇佣私人护卫队。许多居民自愿为支付护卫队的薪水做出贡献,但是可能也有一些人反对这样做。出钱的居民可能会让护卫队在发生抢劫时不帮助没出钱的人。即使如此,守卫在街上的护卫队也会给每个人带来安全,因为行凶抢劫者不可能知道谁为防卫队出钱,谁没出钱。给定这些事实,出资者就无法迫使没有出资的人也要出资帮助。

那些没有为消费公共物品出钱的人,被称为"搭便车者"。为理解这一概念,想象一辆公共汽车上装有一只电动计量表,要想使汽车启动,乘客必须往计量表里投钱。一旦乘客意识到只要有人付了钱,其他人都可免费乘车,也许一些乘客会向表里投足够的钱;一些乘客投掷一部分钱;还有一些乘客根本不投钱。由于存在"搭

便车者”，没有充足的钱被投掷到计量表中，所以公交汽车公司会提供比效率所要求提供的汽车数量更少的公交汽车数量。一般来说，市场基本上不提供公共物品，是因为私人提供者不能将那些没有支付相应费用的使用者排除在外。

我们已经解释过具有竞争性、排他性的私人物品应该被私人所有，并且具有非竞争性、非排他性的公共物品应该被公共所有。这里对土地这个例子来进行具体说明。有些土地的有效利用涉及少部分地区，影响少数人，例如建房子或种谷物。“房子”和“谷物”是具有较低排他成本的竞争性产品，所以住房和谷物的市场很容易形成。另外一些土地的有效利用涉及到较广泛的地区，会影响许多人。例如，用于飞机起降的非拥挤的机场或者用于运输的公海都是非竞争的，排他成本昂贵。因此，机场和公海都是公共物品。其拥挤程度随着更多飞机和更多轮船的使用而增加，政府会在高空和海洋的使用上制定法规。

这些都是私人物品被私人拥有和公共物品被公共拥有符合效率要求的案例。然而，也有许多私人物品被公共所有的案例。私人物品的公共所有通常会导致错误配置，即出现物品不是被评价最高的人使用和消费的情形。举个例子，签订契约在公共土地上放牧的人可能是政府官员的朋友。类似地，管理契约的政府官员可能没有尽责地监管以阻止过度放牧，过度放牧的养牛者也许会导致土地的荒芜。20 世纪 90 年代世界范围内的“放松管制”运动，其大多数的推动力来自于一种认识，即许多政府活动控制了私人物品市场，而政府在这个市场上原来应该是起到润滑的作用。譬如，铁路、航空和航运等运输是私人服务，应该由自由市场提供。放松管制的结果导致了美国州际商务委员会、民用航空委员会以及其他管制机构的解体。

比较私人和公共所有权的方法是考察交易成本的形式。私人所有权产生不同的私人执行和交换的交易成本。公共所有权以公共管理和集体决策的方式产生交易成本。为了说明不同之处，考虑控制工厂污染的两种可能方式。私人产权的方法是赋予每个人清洁空气的权利，用补偿性赔偿的救济方法保护。这种方法导致的结果是很多土地所有者为赔偿金而诉讼或者在法庭外通过谈判解决。相反地，公共产权则宣布清洁的空气是公共物品，并且把空气质量监测的事务分派给了政府的职能部门。这种方法导致的结果是政治谈判和规制，还有资源的错误配置。从这个角度看，在私人所有权和公共所有权两者间的选择应该取决于私人的执行和交换成本是高于还是低于公共管理、政治谈判和资源错误配置的成本。

在下一章我们将通过讨论两个重要问题继续扩展主题：何种资源私人所有比公共所有或集体所有更有效？反之呢？在何种条件下政府应该被允许从公民那里占有私人产权？①

① 当然，我们并不是说在产品和服务的公共提供者和私人提供者之间的现行责任划分必须符合我们刚刚提出的这些规则。也就是说，现在有许多政府提供私人物品或对其进行补贴，以及公共物品私人提供或供给不足的情况。这种反常情况在多大程度上存在，为什么它们会继续存在下去，属于微观经济学的一个研究分支，称为“公共选择理论”的研究范畴。

问题 4.16

如果每个人都自由进入公共海滩，如果有人有权控制资源的利用，那么那个人是谁？

问题 4.17

讨论如何调整私人产权和公共产权来发展非洲的生态旅游。

4.7 所有者如何处置财产

我们用私人物品和公共物品的理论回答了“什么可以被私人所有”的问题，同公共物品理论密切相关的是外部性理论，我们在第 2 章曾提到过。现在我们借助这个理论来回答“所有者如何处置财产”的问题。

法律对人们如何处置财产施加了许多限制，但是在普通法上约束甚少，因为一般的规则是未侵犯他人财产或权利的任何使用都是许可的。的确，我们可以这样说，普通法接近**自由最大化**的法律体系，允许产权所有者任意处置自己的产权，只要不干涉他人的财产或其他权利。这种不干涉他人权利的限制可以在经济学概念**外部成本**中找到理由。回忆一下，外部成本是指非自愿地由他人强加在某人身上的成本。因为市场的交易是自愿的，外部性是市场交换系统外部的——由此得名。例如，一家工厂排放有怪味的浓烟，并蔓延到附近的居民区中，就是一个外部性的例子。在本章开篇的案例 3 中，来自于牧场的恶臭侵扰了福斯特在房子里舒适居住，产生了外部性。在案例 4 中，布劳格斯对湿地的开发侵犯了整个小镇赖以生存的河流和小溪。注意，这些侵犯像是公共物品，因为他们影响多个财产所有者。正如在恶臭气味的环境中，福斯特和他的邻居在呼吸臭气方面是没有竞争性和排他性的。这些侵犯确实是公共物品，只不过它们是坏的而不是好的公共物品。

我们已经解释了为什么市场不能有效提供公共物品。相应的道理同样可以解释为什么私人谈判不能解决外部性的问题，或者像前面所说的公害问题。为了说明这一点，假定福斯特有足够的钱付给养牛场以阻止臭气的排出。如果他与这个养牛场私下交易，他的邻居可以不付钱而得到收益。事实表明，福斯特不会付钱给牧场来阻止臭气排出。更一般地说，搭便车行为阻止私人谈判解决外部性或公害。这就需要某种形式的法律介入。一种可能是禁止私人侵害，保证这种禁止有效的规则是当侵犯发生时要进行赔偿。我们已经说明了谈判理论是怎样设计救济方式，即补偿性损失赔偿的支付形式。另一种救济方法是我们下一章将要考虑的管理机构对公害或外部性活动的管制。

相反，私害可以通过私人协议自我纠正（回忆“牧场主—农场主”的例子），所以不需要法律解决。另一种方法是法院可准备签署一项禁令，目的是让人们形成没

有必要从事这种活动的充分预期。

4.8 关于分配

我们已经提出了基于有效所有权的财产经济理论。然而，一些经济学家批评说，财产法应该以分配为基础，而非效率。

一些人认为，政府应该把财富由富人那里转到穷人那里进行重新分配以显社会公平，相反，另一些人认为政府应该避免重新分配财富，让个人获得到自己艰辛工作、发明创造、甘冒风险及父母精明投资选择的全部回报。正如大多数人一样，经济学家之间对于再分配的目标也存有分歧。但是，经济学家对再分配方式的意见是一致的。

考虑到再分配结果，经济学家一般会追求最有效的分配方法。将 1 美元从一个群人转到另一群人，1 美元通常会被损耗一部分。最有效的再分配方法是用损耗最小的代价完成收入转移。第 1 章中通过把冰淇淋在从一个绿洲转移到另一个绿洲穿越沙漠时融化的例子，说明了这种转移代价。另一个例子是对慈善机构花费的管理成本占捐款的比重。许多经济学家认为在现代社会中，通过累进式的税收实现再分配目标要比大幅度改变财产权利好得多。除了避免浪费这一点之外，更有效的再分配从必须支付的人那里得到了更多的支持。如果经济学家是正确的，那么社会公平的再分配应该主要关注税收和消费，而不是产权。

再分配过程中，累进的税收和消费比产权的大幅改变更有效率，其中的原因众多。最浪费的财富再分配方式是法院进行司法审理时，看原告还是被告谁更穷。如果法院在法律纷争中倾向于贫困者一方，那么无论法律诉讼是否生效，人们都会偏向于不干涉贫困人群相关的事情。因此，一个人不会选择比他还穷的人作邻居。类似地，如果偏向贫困者一方的法律体现在合同纠纷中，会使人们减少与比自己更穷的人去做生意。

一些其他的原因也使得再分配方式中税收比财产法更优越。首先，收入税把不平等作为目标，而财产法依赖于天然的平等。譬如，假定在蒙大拿州的某县，法律规定为“牧场主权”。如果在该县牧场主一般比农场主富裕，那么把规则改为“农场主权”会使财富再分配更加公平。然而，尽管大多数的牧场主比农场主更富裕，但还是有一些农场主是比牧场主更富。把产权由牧场主变为农场主反而加重了富农场主和穷牧场主的不公平。相反地，累进的税收将会较好地改善收入不平等状况。

另一个反对产权大幅变动的原因是产权变动可能达不到预期的分配效应。为了说明这一点，假定农场主和牧场主都是从休耕的土地所有者手中租用的土地。如果财产法把修建栅栏的成本移到了牧场主，土地所有者之间的竞争可能使他们调整地租来补偿成本上的变化。尤其是，用于农地的土地所有者将提高向农场主索取的地租，而用于牧场的土地所有者将减少向牧场主索取的地租。结果，产权的

改变将不会影响在农场主和牧场主之间的财富再分配。相反，将土地租用作农地的土地所有者将获利，将土地租用作牧场的土地所有者将受损。一般来说，土地价值上的任何变化都会使地租"资本化"。因而，在零交易成本的世界里，产权改变对财富的效应趋向于体现在土地所有者身上而不是土地使用者身上。①

此外，还有一个关于财产法的再分配低效率的原因。从长期看，通过财产法再分配比日益成熟的税收分配更容易造成经济运行上的扭曲。例如，如果财产法对农场主而不是牧场主更有利，一些富有的养牛人会转向种植业来获得有价值的法律权利。相反地，一个复杂的收入税阻止人们通过改变收入来源减少税收负担。②由于以上这些以及更多原因，支持再分配和不支持再分配的经济学家在财产法不能进行公平再分配问题上达成了共识。不幸的是，这些事实不能被没有学习过经济学的律师们所理解。③

我们已经提出了很多原因来反对将再分配作为财产法的目标。尤其是讨论了不准确的目标、不可预知的结果、高交易成本和激励的较大曲解。当一般的财产法原则不依赖于财富再分配时，特定的再分配法可以改变这些反对意见并且使批判不再尖锐。有这样一个例子，法律要求雇主为建筑物设计一个残疾人专用通道。如果设计合理，那么法律将以可预期的方式准确地定位在为残疾人服务上，私人法律行动的实施成本不会十分昂贵，激励的扭曲也会比较适度。然而，设计这样的法律来实现预想结果，就要求比一般管制者更精通经济学原理。

结论

我们把财产看成是一组权利，分析财产权的激励效应。当国家财富能够最大化地创造激励作用的时候，产权是最有效的。自愿交换通常会把资源从评价较低的一方转移到评价较高的一方。所以，产权通过保护和增强自愿交易使财富最大化。自愿交易的效率在法律权利和物质产品上都起作用。产权也可以通过使得获

① 科斯教授在《企业、市场和法律》(*The Firm, The Market, and The Law*, 1988)一书中的以"关于社会成本问题的注释"("Notes on the Problem of Social Cost")为题的文章中进行了讨论。一般来说，税收和其他政府税款最终都落在了相对确定的一些事物上，如土地。

② 在公共财政中的一个基本原则是，当适用于一个较为广泛的而非较为狭窄的税基时，税收的扭曲效应较小。随着税基范围的扩大，扭曲效应会减少，因为需求更为缺乏弹性。譬如，食物的需求弹性比蔬菜的需求弹性小，蔬菜的需求弹性比胡萝卜的需求弹性小。收入是一个较为广泛的税基。

③ 在正式的福利经济学中，一个重要的专业性结论强调了在本文中形成的结论——也即，效率和公平是分开的。如果运用到财产法上，该结论可以这样理解，财产法应该寻求配置和执行权利以使社会有效地利用资源，应该利用税收转移制度来实现分配上的平等。参见 Steven Shavell, *A Note on Efficiency v. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, 71 AM. ECON. REV. 414 (1981)，以及 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994)。

取利润和利用资源的成本内在化来实现财富最大化。简言之，产权通过谈判来实现配置效率，通过内部化的方式来实现生产效率。这些道理使得我们能够回答关于财产的基本问题。在下一章中，我们将回顾有关财产基本问题的答案并且从更微观的角度重新进行考察。

推荐阅读

Calabresi, Guido, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L. J. 1043(1991).

Cooter, Robert, *The Cost of Coase*, 11 J. LEGAL STUD. 1 (1982).

Ellickson, Robert, *Property in Land*, 102 YALE L. J. 1315(1993).

ELLICKSON, ROBERT, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991).

Heller, Michael A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).

Lueck, Dean, & Thomas Miceli, "Property," in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, v. 1(2007).

Merrill, Thomas W., & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L. J. 1 (2000).

Merrill, Thomas W., & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 YALE. L. J. 357 (2001).

Polinsky, A. Mitchell, *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, 32 STAN. L. REV. 1075 (1980).

▶附录

财产的哲学概念

哲学家一般把财产理解为实现基本价值的工具。一些研究财产的哲学家感兴趣的是财产增加诸如功利、公平、自我表现及社会进化等价值的能力。这些思想传统影响了法律。本附录向读者介绍四种相关的思想传统，并把它们与财产的经济分析联系起来。

1 功利主义

功利主义者用实际产生的快乐或满足来衡量一件物品或一个行动的价值。对功利主义者来说，财产制度的目的是使获得物质或者其他资源的快乐或满足的总量最大化。因此，边沁将财产定义为对功利的一种渴望："财产不过是渴望的基础；遵从这种关系的结果是，我们渴望占有会给我们带来利益的物品。"[①]总效用最大化的目标构成评价财产规则的标准。在本章开篇给出的例子中，每一个纠纷都可以通过在功利主义范围内，建立一个总体上使社会效用或快乐的总和最大化的法律规则来加以解决。

功利主义的方法使一个人对其财产的权利变得不确定，如果剥夺的利益在功利上超过所有者的损失，那么就可以剥夺财产。例如，假设一位年轻的儿子在父母家里跟他们一起生活。按照功利主义的观点，假如他的父母因财产被剥夺而损失的功利小于他把父母赶出家门的功利，这位青年将其父母赶出家门似乎是可以宽恕的。对功利主义的批评经常会对该理论是否使所有权太不确定提出疑问。所有权难道仅仅是某种渴望吗？我们真的认为仅仅因为给他人带来的利益多于损失就可以名正言顺地剥夺其财产吗？

对功利主义财产论的这个抨击同样可以用于批判"财产的目的就是要使财富最大化"的传统经济理论。所有权难道仅仅是对收入流量的权利吗？我们真的认为仅

① JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION: PRINCIPLES OF THE CODE 111—113 (Hildreth ed. 1931).

仅因为给他人带来的财富增加多于他的财富损失就可以名正言顺地剥夺其财产吗?

2 分配公平

另一个处理财产法问题的哲学方法强调的是财产法实现分配公平而不是快乐或满足的能力。例如,亚里士多德认为各种形式的社会组织里都隐含这种分配公平的概念。对亚里士多德来说,不同的社会有不同的公平原则,但每种类型的社会通过其包括产权观念在内的制度和法律来增强自己的分配公平的观念却是一样的。他认为民主将赞成财富的平等分配,而独裁(亚里士多德主张的形式)将赞成按各阶级的用处分配财富。用亚里士多德的理论来说,独裁者获得财富的不均等份额是正当的,因为他们将财富用于比别人更有价值的目的。

从亚里士多德的民主平等理论出发,我们可以推测,要实现财产分配的大体平等必须实行不断的公平分配,从而定期分配社会有价资产的政策。总而言之,这种再分配将劫富济贫。另一方面,从亚里士多德赞成独裁不均的观点,我们可以推测出完全相反的再分配公平政策,据此社会资产将被定期地再分配给独裁者。在独裁和富裕属同一集团范围内,财产的这种再分配才会劫富济贫。无论在哪种情况下,这些分配的公平观念都会使财产所有权变得像在功利主义情况下一样不确定,因而要忍受同样的批评。

与分配公平和财产有关的另一派哲学思想在财产的分配中强调界定和履行产权的**过程**公平,而不是**结果**或归宿公平。[①] 根据这个理论的翻版,任何财富都是公平的,只要它是从初始的资源公平分配开始的并通过自愿交换达到最终分配。在实际中,这意味着市场交换的过程是公平的,因为所有权是在一个存在着自由和完全竞争的不受约束的市场上最公平地建立和履行的。诺齐克将马克思的话改写为:"各尽所能,各得其所。"这个公平过程带来的财富分配也是公平的。因此,按照这一理论,削弱竞争效果的财产再分配就是不公平的。

人们对于分配公平的这一观念提出了许多批评。最值得一提的批评是认为竞争会导致分配从人人享有平等份额发展为一个人拥有99%的财产,而其他人分享余下的1%财产的多重分配结果。这些结果全都是有效率的。然而,显然它们并非都是平等或公平的。把竞争过程当作分配公平的观念并不是一个设计财产法规则的充分有效的指南。至少,还要增加一个用于评价各种初始财产禀赋的独立标准。

3 自由和自我表现

除了功利和分配公平之外,另一个可能构成财产法基础的基本价值是自由。

① 在R. 诺齐克(R. Nozick)的《混乱、政权和乌托邦》(Anarchy, State, And Utopia, 1974)一书中,有一个对这个观点的最有力的现代表述。

私有财产是市场的先决条件，而市场则是配置资源的分权机制。绝大多数市场可以而且确实能在没有政府广泛干预或监督的情况下运行。现代经济中实际替代市场的是某种形式的政府计划。政府计划是把经济事务的权力都集中到政府官员手里。对经济生活的操纵为官员们提供了可以用于控制生活其他方面的杠杆，而私有财产却设立了一个自由圈，在这个圈内，个人不受政府官员的干预。因此，私有财产被一些哲学家看作一座防御政府专横势力的堡垒。① 例如，有人认为资本主义就是为了通过剥夺国王的经济权势来摧毁专制主义而蓄意发明出来的。美国的宪法可能就是以这个思想为基础的。

财产和自由之间的另一个联系侧重于个人的自我表现。黑格尔强调了一种观念，就是人们通过其作品将自然转化成对人的表现，并通过这一转化使自然世界变得完美。一位画家以普通方式摄取调色板上的颜料，并把它们重新组合成一件艺术品。把人之存在注入作品之中，艺术家们改变了自然客体，并使它们变成了艺术家自己的。难以想象一个财产法系统会不考虑这个事实。因此，为了鼓励自我表现，国家需要承认首创者对其发明创造的所有权。注意，这个命题不仅是对艺术而言，而是适用于人类的大多数作品。

4 保守主义和财产的起源

到目前为止，我们所讨论的哲学理论趋于将财产制度看成实现最终价值的工具，如功利、分配公平或自由。还有一种哲学传统不是研究财产的目的，而是研究其起源。进一步说明，中世纪对于不动产的使用和买卖就有许多限制。铲除这些套在不动产买卖上的债权，就从封建主义那里产生了私有财产的普通法，并获得了其现代特征。像伯克和哈耶克这样的政治保守主义者，把从许多个人的分散决定那里自然进化过来的社会秩序加以理想化，就像普通财产法。这个观点认为社会是一个无异于其他生命物种的不断进化的有机体，因而服从同样的生态规则。这些保守主义的哲学家对那些以计划者、工程师、政治家及其他社会决策人员为名套在我们身上的各种制度加以谴责，这和环境学家谴责破坏某个地方的生态活动大致出于同一原因。

① 这是《联邦党人文集》(*The Federalist Papers*, 1786)中的一个主题，也是弗里德里希·哈耶克(Friedrich Hayek)晚期作品的主题，例如《自由宪章》(*The Constitution of Liberty*, 1972)。

▶5

财产法经济学专题

前一章中，我们提出了产权和救济的经济理论。我们发现财产法创造了一组权利，使得财产的所有者能够按照自己认为合适的方式自由的行使权利，不受政府和个人的干预。与这种自由相一致的就是通过自愿交易所实现的配置机制。财产法通过消除谈判的障碍来促进自愿交易。当谈判的障碍较少的时候，资源将会得到有效配置。现在，我们运用这个框架和经济理论来回答以下四个必须用财产法理论着手解决的问题：

（1）何物能被私人占有？

（2）所有权如何建立？

（3）财产所有者如何处置财产？

（4）对财产权侵犯的救济是什么？

为了回答第一个问题，我们先要区分私人物品和公共物品，而前者应该是归私人所有的。当物品的使用上存在竞争性和排他性的时候，适用于私人所有。为了回答第二个问题，我们给出一个思想实验来阐释财产法是如何鼓励生产，阻止偷窃和降低物品的保护成本。根据这一思想实验，人们同意建立财产权来分享生产率提高后带来的收益。通过发展外部性理论可以回答第三个问题，其中特别涉及经济学上的公害与法律上的妨害两者的关联。我们提到普通法近似于一种自由最大化的制度，它允许所有者在不干扰其他人的财产权的前提下，任意使用自己的财产权。在回答第四个问题的时候，运用谈判理论能够得出，禁令救济更适用于私害问题，主要原因是私人谈判的交易成本较低；相反，损害赔偿救济更适用于公害问题，则是因为较高的交易成本阻碍了私人谈判。

前一章中所给出的答案是非常概括的。本章将结合理论具体的应用详细地重新考察这些问题，相应的专题则是大致按照财产法的四个基本问题来安排的。

5.1 何物能被私人占有

经济学对于公共物品和私人物品的区分表征为两种完美的类型。尽管现实是

不完美的，但是对于这些完美类型的理解会有助于增加人们对法律控制真实物品的理解。这一部分将讨论信息产权法的应用，信息拥有一些公共物品的特征。法律在信息方面界定产权的四个领域被统称为“知识产权法”。**专利制度**在发明和其他的技术改进方面建立了所有权，**版权制度**对作者、艺术家和作曲者赋予了权利，**商标制度**为特有的商业标志或符号建立所有权，**商业秘密法**主要规范的是商业企业具有产权利益的商业实践行为(以下部分简单讨论商业秘密，更多的扩展部分可参见作者的网站)。在讨论了信息经济学之后，我们将致力于专利法、版权法和商标法的应用。然后转向一个新的部分，讨论关于组织特别是企业的所有权问题。

5.1.1 信息经济学

五千年前，人们眠于草屋，裹以兽皮，以尖锐石器缚于棍上用来投掷射杀动物。本书作者之一考特教授的一位美籍印第安朋友曾说，“我们的父辈居于石器时代，我长于钢铁时代，将死于计算机时代”。技术革新驱动着这些变化进一步加速。自工业革命以来，创新导致了财富以几何级数增长。按一个世纪复利率增速来算，2%的年均增速将使财富增加超过 6 倍；5%的年均增速将使财富增加超过 130 倍；10%的年均增速使财富增加接近 14 000 倍。

本部分相关的法律都会促进创新并引起复利率增速地增长。人们要理解这些法律是如何影响增长的，就必须先来解释一下创新的经济学基本原理，一般从创新对福利的影响开始。经济学上的创新是提供一个更好的途径去制造物品或是找到一些方法来制造更好的物品。用更好的方法来制造物品会降低其成本，由此供给曲线向右下方移动。对消费者而言，这将会导致商品的价格下降，其收益可以通过在相对更便宜的产品的市场中消费者剩余的增加来衡量。同样地，制造一些更好的物品会创造出新的产品以供消费者购买。

消费者能从购买的商品价格下降或是新商品的使用中获得好处。此外，创新还能促使整个产业兴起、消亡或是重构。只有历史学家还记得美国冰业托拉斯(American Ice Trust)，它在 1900 年曾是美国最大的公司之一，通过改变工资和就业，以创新的方式打破了原有的企业组织，导致了不同企业的成长与衰退。在 20 世纪初期，美国农业的机械化淘空了当时的乡村地区，在众多小镇上留下了大批用木板封存的空房子。尽管许多农业工人移居到了城市中谋求更高的工资，但是仍然有一个拥有马队的农夫留在乡村地区寻找着少数几个能够重视其技术的雇主。在欧洲，产业革命将拥有大量地产的贵族推挤出了政治权力的核心。创新被近似地称为“创造性毁灭”。

大多数不同社会阶层的人都重视从快速增长中获得的收益，且远甚于对其毁灭效应的恐惧。财产法有助于保障快速的经济增长。一个勇于创新的公司能够获得竞争优势，竞争优势可以立即创造出惊人的利润。这些惊人的利润是对创新者在从事非常有风险的活动中投入的资源和努力的回报。然而从长期来看，竞争导

致了创新的传播，许多公司开始利用创新技术。当创新技术完全扩散后，创新者就失去了竞争优势，其利润就跌回了正常的水平。当创新技术扩散完成时，经济达到了一个新的均衡，均衡状态中收益的扩散甚至比创新更广。

在创新的生命周期中，创新引发了一轮非均衡。只要非均衡存在，创新者就能获得惊人的利润。因此，创新的回报就依赖于非均衡能持续多久。快速地恢复到均衡表明对创新者的投入资源和可能风险的回报是很少的。没有法律的干预，竞争会很快地破坏掉创新带来的利润，从而导致更少的创新。为了理解其中原因，有必要了解一些信息经济学的基本原理。拥有电视或电脑的人都能购买信息，但信息与其他产品如橘子或剃刀刀片是不同的。对信息产品界定产权或建立市场会存在哪些特殊的问题呢？信息具有的两个特征使得信息的交易与一般私人物品的交易有所不同。第一个特征是**可信性**，这一点将在第 7 章讨论。现在讨论信息的第二个特征是**非占有性**。一般而言，信息的生产要花费巨大的成本，而信息的传播花费极少。举例来说，流行音乐的制作花费巨大，而唱片的复制花费极少。生产者将信息卖给买方，买方就成为了原来生产者的潜在竞争者。例如，当某人在音像制品商店购买了 CD 唱片，他就马上能复制并转售他人。而且，转售者只需承担传播的成本，而不需承担生产的成本。因此，承担传播成本的转售者会削低价格与承担生产成本的生产者抢生意。消费者试图通过只支付传播成本来“搭便车”。生产者很难以高于传播成本一丁点的价格卖出信息，这种情况就是所谓的“非占有性”问题。

考虑一下，非占有性与公共物品的联系。信息包含着思想。一个人使用一种思想不能减少别人使用思想的程度。因此，信息的使用是**非竞争的**。因为信息的传播是极其便宜的，所以排除其他人学习新思想是成本极高的。由此可见，信息是**非排他的**。这两点恰是第 2 章中所定义的公共物品的特征。信息的非占有性本质上与公共物品的非排他性问题是相同的。

由于这些问题的存在，私人市场经常对公共物品供给不足。同样地，最初提出信息经济学的经济学家认为，私人市场对信息的产出往往是少于有效的数量。这些理论思考表明了一个非管制的市场对体现思想的原创作品，如科学、发明、书籍和画作，往往是供给不足的。下面将提出解决此类问题的四种不同救济方法。

第一种救济方法是政府**对艺术和科学的供给或资助**，特别是对基础研究的供给或资助。于是，政府拥有或资助许多大学。与本书更相关的资助是对审判方面的资助。在许多大陆法系的国家如墨西哥和智利，公民有权利免费使用法院。在美国，诉讼人承担诉讼费用，但费用比法院成本低很多，所以审判受到资助。第 10 章中，将会讨论法律判例是有价值的思想储备。从这一方面，可以得出结论，美国法院应该停止资助私人争端的解决，而应该继续资助法律判例的创造。

第二种救济方法是**慈善捐赠**。在美国和一些其他国家（但不是所有的国家）的最大传统是可以期望有钱人将会对艺术和科学给予实质性的自愿捐赠。除了社会

标准要求的赠予，美国的税收系统允许从捐赠人的应税收入中扣除慈善捐赠。实际上，慈善扣除税额意味着捐赠者的捐赠约占捐赠总价值的三分之二，美国财政部贡献了剩下的三分之一。其他国家，比如瑞士不允许这样的扣除，这显然是出于这样一种考虑，应该由政府而不是富人控制艺术和科学。然而，慈善方式比政府资助更具有优势：捐赠者通过他们喜爱的慈善活动监管着他们的钱财的使用，这比纳税人监管政府税收的使用更谨慎，并且监管的花费更少。

第三种救济方法，广义上称为**商业秘密保护**，来源于合同法与侵权法。硅谷的公司雇员或承包商通常需要签署保密协议（NDA）。在保密协议中，雇员或承包商不能说出或写出公司的机械、设备、研究或商业模式。商业秘密保护完美地阻止了信息的传播，允许其生产者独占使用其价值。

然而，商业秘密法中存在的一些缺点影响了它的有效性。假定发明者 A 雇用了一位雇员 B，并签订了保密协议。然后，B 泄露了 A 的秘密给 C 公司，整个过程如图 5.1 所示：

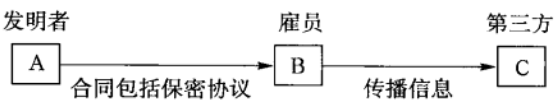

图 5.1　商业秘密的泄露

A 与 B 有合同但与 C 无合同。因为 C 与 A 没有合同义务（在法律上，A 与 C 没有合同的“知情权”），A 几乎没有什么权利阻止 C 使用 A 的商业秘密或是将其传播给其他人。如果 C 得知或是有理由知道 B 违反了保密协议，那么 A 可以起诉 C。如果 C 诱导 B 去违反保密协议，那么 A 也可以起诉 C。但是如果 C 不知道，或是没有理由知道，或没有诱导 B 破坏与 A 的合同，那么 C 接受信息就没有任何过错。此外，如果信息被彻底泄露并成为行业的共同知识，任何人都可以免费使用，即使他们知道这些信息原先流入公共领域是通过违反合同实现的。

近期的调查研究结果表明，商业秘密保护在硅谷并不是非常有效的。在现实中，硅谷的雇员会频繁地更换工作，他们会将旧公司的许多秘密带到新公司。事实上，许多硅谷雇员当他们侵犯商业秘密法的时候自己还没意识到违法，部分原因是因为这些法律根据硅谷商业规范的不同而会有所不同。

第四种救济方法，就是经常作为商业秘密保护补充的**知识产权法**。除了与雇员、合伙人和商业客户签订保密协议，发明者 A 可以尝试获得专利、版权或是商标。如果申请成功，A 就对他生产的信息拥有产权。由于这个原因，这三个法律的主体属于**知识产权**研究的范畴，我们将在下面章节进行讨论。

网页便笺 5.1

作者在网站上讨论了发展中的有关商业秘密的法和经济学文献。

公共资源与反公共资源

早期关于产权的经济分析都是关注对原先无人所有或共同所有的资源界定财产权益(通常是,个人财产权益)的效率收益。主要论点是除非一个私人所有者对贵重的资源拥有法律保护的权益,否则就缺少激励投资开发那些资源。另外,能够接触到公共资源——例如,中世纪村庄周围的放牧区域或是现在的公海里的鱼类——的使用者,通常会过度使用那些资源,过度放牧公共牧场里的牧草或是从公共鱼群中捕捞过多的鱼。已故学者加勒特·哈丁将其称为著名的"公地悲剧"①。对这个问题存在两个矫正方法。将资源的所有权转给个人(那些人就会有适当的激励去投资于保护和使用该资源,并且排除其他人使用该资源)或是制定可执行的和有效的方法,限制接触到公共资源。②

迈克尔·黑勒教授承认,20 世纪 90 年代初期的苏联解体,暴露了一个在所有权的转让过程中存在的非常不同的问题③。不是存在太少财产权益——公共资源问题——而是有太多的财产权益。这是如何被形成的呢?在苏联时期,私有财产权益基本上是不被了解,人们是以一种特有的方式拥有了资源的所有权。于是,例如一个有着许多房间的公寓,在 1917 年革命之前是归私人所有的,已经成为数个不同的家庭的家。每个家庭可能占有公寓的一个房间,并共享使用厨房和卫生间。当苏联解体的时候,这些家庭认为他们对单个的房间和公共的空间继续拥有着所有权。假定如果整个公寓归一个单人所有者所有,这个公寓或可被称为集体公寓,将值 500 000 美元。再假定,现在有 4 个房客家庭,每一户拥有一个房间,并共享公共空间的使用。如果分开出售,房客们可以得到的收益总共在 25 000 美元至 100 000 美元之间。将集体公寓转换为单人公寓能够创造出 400 000 美元的价值。但经常有这样的情况,就是将单人房客的利益组合成更有价值的整体利益的费用是相当之高,以至于排除了这种更有价值的资源使用方法。

黑勒称这个问题为反公地悲剧:"多个所有者每个都赋予了排除他人使用稀缺资源的权利,但没有人有一个有效的特权来使用该资源。"财产权益能够被相当细分,以至于对后来的愿意将财产权益合成为一个更有价值整体的使用者强加了一个很大的组合成本。黑勒和其他人认为,正是这种反公地悲剧

① Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

② 参见 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR ACTION (1990)。

③ 参见 *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Market*, 111 HARV. L. REV. 621(1998)。

问题出现在生物医药研究领域。[1] 我们将在本章后面关于公共领域的讨论框中看到另一个例子。

公地悲剧和反公地悲剧问题表明的是“产权化不足”和“过度产权化”的效率问题。正如三只熊分粥一样，可能是太烫或是太冷或刚刚好，因此同样，法律界定财产权利可能是太细致或是根本没有，或是刚好恰如其分。

5.1.2 知识产权

如同不动产那样，思想产物的所有权也表明了排除他人使用的权利。当知识产权法有效实施时，那么，新的电脑芯片或小说的所有者可以使用他的排他权利，从其他使用者身上收取一定的价格。这个价格是给创作者的回报，这样能促使更多的创新和更快的增长——一种“动态效率”的模式。

创新出现后，传播创新知识允许更多的人来享受它的好处，知识产权也能够促进传播。没有知识产权，创新者为了从中获利可能会试图将创新视作一个秘密。因此，文艺复兴时期的威尼斯人谨慎小心地保护其玻璃制作的秘密，莎士比亚谨慎小心地保护他的剧本，结果只有他自己的公司可以表演这些戏剧。然而，有了有效的知识产权，创新者不再需要害怕其他人会偷走他们的创新。所有者不再将创新作为秘密保存，而是会致力传播并对使用收费，比如专利的许可证费和剧本的表演费。用产权替代秘密增加了传播，传播导致了更广泛的使用——“静态效率”的提高。

尽管安全的知识产权导致了所有者传播创新，但是在静态效率还未达到前，传播通常就停止了。垄断理论可以解释其原因。一个有价值的发明创造了一个更好的产品或更好的方法来制作产品。如果发明没有相近的替代品，那么可以保证专利或版权创造了一个“垄断权”，这意味着卖方可以提高价格。为了利润最大化，垄断者设置了对于社会效率而言过高的使用费，于是使用变少。因此，与静态效率所要求的创新传播相比，知识产权法导致了较少的创新传播。

专利和版权是临时的垄断权，根据范围和期限而呈现不同。窄范围和短期限的知识产权经常减少垄断利益并增加传播。例如，可以假定一个人写了一部小说，另一个人改编成电影。窄的版权法赋予小说家小说的所有权，也赋予了改编者电影的所有权。相对而言，宽的版权法赋予了小说家小说和电影两者的所有权。相似地，计算机芯片专利在不同的国家可以持续不同的时间长度。从又窄又短的知识产权开始，加宽加长知识产权给创作者回报并鼓励更多创新。如果创新能被作

① Michael A. Heller & Rebecca Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation?: The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998).

为秘密，那么加宽加长知识产权可以通过增加对使用者的收费来回报传播。这样，增加了创造的激励也增加了传播的激励，使之至少达到一定的程度。然而，超过这一程度，再对创作者的产权加宽范围和加长期限就会增加垄断权力，这种垄断权力能够回报创新但也会减少传播。因此，激励创新与激励传播是一种权衡（后面将会解释再进一步增加创作者产权的范围和期限最终仍然会减少创新和传播）。

为了分析传播的问题，可以考虑桥梁通行费的案例。效率要求通行费应该等于通过桥梁的边际成本。允许某个驾车者穿过**非拥挤的**大桥的成本大约为零，于是最优的通行费近似为零。如果最优的通行费不为零，那么那些为过桥盘算过费用的人，就不会过桥，就会出现大桥的闲置浪费。假定过桥费是 1 美元。有一个愿意出 0.75 美元的人就不会过桥，过桥费由此减少了 0.75 美元，而在零过桥费时，原本是可以有这笔收益的（对于一个拥挤的桥梁而言，结论就不同了，增加的拥挤是允许另一个驾车者通过的成本）。相似地，允许另一个人使用受专利保护的计算机程序或音乐唱片的成本几乎为零，所以最优的使用费也大约为零。然而，对所有者而言，利润最大化的费用要比零来得大。因此，知识产权导致了过高的使用费和过低的传播。

创新和传播的权衡在当今世界造成了重大的贸易关系紧张。世界上的发达国家创造了比发展中国家更多的创新，这些创新导致了专利或版权。因此，发达国家关注的是用严格的知识产权来保护创新者的收益。相对而言，发展中国家可以从低成本的广泛的技术传播中获益。因此，发展中国家缺乏热情来实施知识产权并对消费者提高价格。

知识产权法都面对创新与传播的权衡，但在其三个主要的领域——专利、版权和商标——每一个领域的解决方式都存有不同。然而，知识产权法是历史的积淀，不是科学基础上的发展。只有在近期，才开始用经济分析方法研究财产法。然而，即使是时至今日，可用的经济分析对目标而言仍然是无法满足。经济分析的常用方法包括固定技术水平条件下的比较均衡分析（“静态均衡分析”），而知识产权法需要创新和技术进步的分析（“增长理论”）。信息经济学的改进毫无疑问会产生一些对知识产权法的又新又好的批评改进。同时，知识产权法的经济分析也必须用已有的分析工具着手研究。除了科学的分析工具不足，知识产权法也不太符合经济效率，因为立法者从政治的角度是对强大的特殊利益集团作出反应，而这些利益集团关心自己的利润远远超过关心国家的财富。高技术产业的发展改变了经济理论与法学理论。几乎所有关于知识产权的问题都是开放的。这个事实使得这一研究主题既令人激动又使人困惑。

1. 专利：太宽或太窄

分析专利法的历史，需要考虑专利法的演化。欧洲的专利发明是在 1474 年的威尼斯共和国开始的，并通过 1623 年的英国垄断法案确定下来的。美国宪法第一条第八款赋予国会保护版权和专利的权利：“通过保证作者和发明者对其各自作品和发明有限时间的排他权来保护科学和艺术的进步。”为了把这种权利转化为行

动，美国国会在1790年通过了美国的第一部专利法，该法在1793年、1836年、1952年和1995年分别作了修订。为了确保发明的排他权，发明者必须向美国专利局提交申请，证实该发明是一个“新的和有用的工艺、机器、制造方法或合成物，或（一种）新的有用的改进。”（35，《美国法典》，101）发明必须是“非显而易见的”，必须是有“实用性”（所有的申请者或多或少都要证明的特征），必须没有被商业化或成为公共知识，且要早于申请日一年以上。专利的鉴定者——政府官员，理想中还应是一个具有很强科学背景的律师——必须决定是否授予专利。大约所有申请者中的$\frac{3}{4}$被专利局授予专利。整个20世纪70年代，美国平均每年授予的专利在70 000件到80 000件。[①] 但是，到20世纪90年代，美国专利申请和专利授予数暴涨到每年近150 000件。成功的申请者，现在可以接受20年的发明使用的垄断权，[②]除非所有者同意，其他人不能使用发明。其他人想要使用发明必须从专利持有者那里购买权利。持有者根据他的决定，**许可使用**专利，以获取被许可人支付的被称为**特许权使用费**的收益。[③]

如果一个专利持有者相信另一个人未经他的同意正在使用他的专利，他可能会寻找禁令和法律救济手段对侵权采取行动。

网页便笺5.2

在作者的网站上，可以看到更多的有关美国和其他国家专利法的近期发展，包括对于专利数量在20世纪90年代和21世纪初期急剧增长的原因研究。

申请专利的发明者要冒一定的风险，且可能要支付比律师费更高的费用。在申请过程中的信息可能被公开。如果申请失败，竞争者可能免费使用申请书中描述的发明。如果申请成功的话，竞争者会获知有关专利的精确描述，于是他就能试着模仿专利且不属于非法侵权（“专利工程”）。出于这些原因，一些发明者宁愿依赖商业秘密保护也不申请专利。但是，更通常的是，发明者同时依赖商业秘密法和专利法来保护知识产权。

专利在发明的两个维度上建立了排他权：**期限**和**范围**。“期限”指的是专利从登记至到期的年限。例如，大多数美国专利期限为申请日算起20年。“范围”是指

① 1971年至1975年间授予的专利，51%是授予本国公司，23%授予国外公司和政府，2%授予美国联邦政府，23%给个人发明者。这种分配代表了一种趋势即倾向新专利的公司所有者而不倾向新专利的个人所有者。FREDERICK SCHERER, INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE (2d ed. 1980)。

② 在1995年，美国国会改变了专利的有效期，从同意之日算起17年到申请之日算起20年。这使美国的专利系统符合其他国家的专利系统的变化，以及最新批准的国际贸易协定。

③ 95%以上的美国专利是授予给男性的。如果社会决定女性应该接受更多份额的专利授予，那么应该通过赋予女性发明者比男性发明者更长的专利寿命（如25年）来明智地鼓励女性发明者。

类似的另一个发明如何才能不侵犯原始发明的专利权。举例来说，魔方是一种流行的游戏，立方体的六个面，每一面都分为 3×3 格，每个格子都是有颜色的。游戏的目标是操纵魔方，使同色的格子排列在同一面。美国法院曾判定魔方没有侵犯一个早期的专利，即由莫里库尼(Moleculon)公司发明的类似的使用 2×2 网格的游戏。①

(1) 专利范围

关注专利的有效范围是一个重要的政策问题。可通过比较两个发明者、两个发明和两种规则，来理解宽专利和窄专利激励效应的差异。假定两个发明者正在考虑通过投资来进行两个发明的研究。第一个发明改进了石油裂解过程，第二个发明提供了一个含铅汽油的替代品。两个发明者都预期两个发明是相似但不完全相同的。在宽专利的规则下，一个单一的专利将包括两个发明。因为首先发明的那一方将获取发明的排他权，最早发明的那一方得到所有的利润，而另一方则一无所有。因此，宽的规则鼓励了快速的重复型研究。相反，在一个窄的规则下，对每一个发明赋予一个单独的专利。第一个发明的那一方会得到其发明的专利权，第二个发明的那一方也会得到其发明的排他权利。因此，窄的规则鼓励了慢的、互补型研究。

为了对宽专利和窄专利进行比较分析，可以考虑具有代表性的研究与开发(R&D)的关系。研究有时候可以得到一个原创性的发现，却没有即时的商业价值，但可能有巨大的商业潜力。要实现这个潜力，原创性的发现必须要经开发并“推向市场”。开发包括一系列小的改进。因此，一个原创性的发现之后总会出现一系列的应用。法律的问题是一个原创性发现的专利是否能延伸到那些应用。宽的专利鼓励基础性的研究，窄的专利则鼓励开发。

举例说明，假定一个价值 100 000 美元的研究投入产生了一项没有商业价值的原创性发明。随后，一个价值 50 000 美元的开发投入产生了对原创性发明的改进，且具有 1 000 000 美元的商业价值。如果法律赋予的是宽专利，原创性发明的专利也能涵盖到改进，但是如果法律赋予的是窄专利，原创性发明和改进将各自获得单独的专利。

什么范围的专利更有效？如果投资于基础研究的社会价值大于投资于开发应用的社会价值，那么，专利应该放宽。相反地，如果投资于开发应用的社会价值大于投资于基础研究的社会价值，那么，专利应该收窄。

在现实中，专利宽度问题法律上是根据“等同原则”来确定的，它是指一系列在发现专利侵权之前用以说明两个发明有多相同的法院调整结果。这个原则是模糊和不可测定的。法院有时有理由认为一项发明存在巨大商业价值的改进，不应该被解释为对没有独立价值的原创性发明的侵权。② 毕竟，人们所重视的是改进，而

① Moleculon Research Corp. v. CBS, Inc., 872F. 2d 407. 409 (Fed. Cir. 1989).

② 参见 *Westinghouse v. Boyden Power Brake Co.*, 170 U. S. 537, 572 (1898)。

不是原创性发明。

经济学家兼律师霍华德·张，近期表明以创造性活动的社会价值最大化为目标来看，这个论点是站不住脚的。[①] 如果从事基础研究的人只得到原创性发明的销售价值，但他们不能得到商业应用的销售价值，那么就不会存在足够的基础性研究。欲知原因，可以考虑一个关于原创性发明与养羊的类推。羊被出售的是羊肉和羊毛。假定羊身上的羊肉比羊毛更值钱，如果牧羊人得到的是羊毛的价值，而不是羊肉的价值，那么牧羊人没有得到足够的收益，于是他们就会少养羊。羊肉和羊毛是养羊的**共生产品**。有效的激励要求牧羊人得到其产品（羊）的销售价值，即羊肉和羊毛的销售价值总和。

类似地，商业应用和原创性发明都是基础研究的共生产品。商业应用需要原创性发明，原创性发明需要基础研究。如果对供给者的补偿只等于其中某个共生产品的商业价值，那么共生产品将会出现供给不足的情况。理想的情况是，基础研究和商业开发联合在一起，由一家单一的公司来做。如果这些活动是联合起来由生产者来做，那么生产者会得到基础研究和商业应用的价值总和，就如同支付给牧羊人羊肉和羊毛的总价值。

即使是一家公司做基础研究，另一家公司开发商业应用，那么在交易成本为零的情况下，激励问题还是能解决的。如果交易成本为零，科斯定理就能适用：只要发明者能够与另一方无成本的谈判并签订有效的合约，专利的范围就不会影响经济效率。

在现实中，交易成本阻碍了基础研究的供给者与商业应用开发的供给者之间的谈判，问题由此产生。这时，有两种方法的法律救济是可用的：润滑交易（规范的科斯定理）或将权利配置给评价最高的一方（规范的霍布斯定理）。美国法律不但没有朝这两个救济方向努力，反而在两个方面都做得不很恰当。

发明者之间的谈判时常会给联合研究带来风险，由于竞争性的制造者分享同一套研发设备，但双方在生产和销售方面都是相互竞争的。在美国，反托拉斯法并不允许联合研究和开发。因此，反托拉斯法应用在研发方面阻碍了发明的联合生产问题的解决。幸运的是，美国官方已经认识到了政策的失败并采取措施进行纠正。

单独的生产者从事联合发明时，官方又面临着一个困难的问题，即如何确定专利的范围。如果原创性的发明没有任何单独价值，那么，部分改进的价值必须支付给原创性的发明者，目的在于给原创性发明提供足够的激励。另一方面，如果原创性发明有巨大的单独价值，那么，其发明者通常已经得到足够的回报，即使他没有获得任何改进方面的价值。因此，对那些**没有**单独价值的原创性发明的专利保护

① 参见 Howard F. Chang, *Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation*, 26 RAND J. ECON. 34 (1995)。又见 Robert P. Merges & Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839 (1990)。

应该**宽**一些，而对那些有**巨大**单独价值的原创性发明的专利保护应该**窄**一些。这正好与美国法院有些时候判决的结果相反。①

问题 5.1

当一种名叫“利眠宁”的药物(一种镇静剂，安定片的前身)专利到期时，其价格从 15 美元跌到 1.10 美元。② 解释为何会出现价格的下跌。可以从思想的创造和传播的有效激励问题来进行解释。

问题 5.2

回想一下我们的例子，投资 100 000 美元在研究上，得到了没有商业价值的原创性发明，再后续投资 50 000 美元的开发上，得到了 1 000 000 美元的商业价值的改进。假定厂商 A 特别适合做原创性研究，厂商 B 特别适合开发应用。预测一下，宽的专利法和窄的专利法导致的投资差异。在预测时，要区分两种情况，一是交易成本阻止了厂商 A 和厂商 B 相互谈判，另一种是谈判的交易成本为零。

问题 5.3

当发明呈现为发现和应用两种形式，当局可以赋予原创性发明以“主专利”，赋予改进以“从属专利”。没有主专利和从属专利持有人的同意，从属发明就不能被合法的制造出来。因此，双方被迫进行谈判，且在改进制造之前每一方都有否决和同意将来利益分配的权利。缺少这样的协议，只有原创性发明能够被生产出来。在以下的假设条件下回答问题 5.2，新的假设没有考虑宽专利和窄专利的情况，而是考虑法律赋予了主专利和从属专利的情况。

(2) 专利期限

前面提到，专利权是要持续一段固定时期的。什么是最优的专利寿命？我们提供了一个经济学的框架来回答这个问题。因为专利创造了一个暂时的垄断权来

① 给出不当结果的法律原则的术语名称是“等同原则”。应用这一原则，法院发现没有单独价值的原创性发明不等同于其应用，所以前者的专利不延伸到后者。相反地，法院也发现有单独价值的原创性发明等同于其应用，所以前者的专利可延伸到后者。

② “‘当利眠宁，霍夫曼—拉罗什的安定片前身，专利到期，价格从 15 美元跌到 1 美元，’威廉·哈达德，通用药品工业协会主席说，”参见《通用药物的转变》，《纽约时报》(New York Times)，1984 年 7 月 23 日，第 19 版。

回报创造者并对买方收取高价，最优的专利寿命就是要在鼓励创造和阻止传播之间设置一种平衡。因为专利期限的增加，全社会都从更多的创新中获得更大的好处。但是，这些好处增加的速率可能是递减的。因此，更多创新带来的边际收益是随着专利期限的增加而减少的。随着专利期限的增加，全社会由于传播减少而付出更大的成本。对于保护期限长的专利，社会的反应是寻求专利产品的替代品。社会寻找的时间越长，越多的替代品会被发现。与收益一样，专利社会成本增加的速率可能是随专利期限递减的。因此，传播的边际成本随着专利期限的增加而可能是减少的。

边际主义的推理分析从抽象的术语描述了最优专利寿命。但是，什么是具体的最优专利寿命呢？正如我们所见，在美国，一个符合一定条件的发明将被授予从备案之时算起 20 年的专利。理想地看，对每个发明应该根据其各自的特征赋予不同的专利寿命。

这种个体化专利的构想是不切实际的，现实中存在的可供选择的方法是对每一个专利授予 20 年的专利。例如，德国建立了一个双层专利体系。主要的发明在德国可得到完全时期的专利保护，而次要的发明和改进只能得到 3 年期限的窄专利。此外，德国还要求专利持有人要缴纳年费来继续持有专利。年费在专利寿命的前几年内是相对适中的，但此后定期提高直到专利期用尽。因此，少于 5%的德国专利会在整个期限内生效，平均的专利寿命为略少于 8 年。这个事实并不令人惊讶，可以想一下，给定利率为 10%，承诺 8 年后支付的 1 美元其现值还不到 0.5 美元，承诺 20 年后支付的 1 美元其现值还不到 0.2 美元。

改变美国的体系来仿效德国体系，经济效率会提高吗？或许吧。一个令人信服的答案是需要众多的统计研究来提供广义加权平均的证明，这种研究仍然有许多工作要做。

（3）专利过度

尽管缺少统计研究，但也存在证据表明专利法延伸得太远，在某些领域出现了扼制创造性的威胁。制药业研究提供了法律纠正这个问题的例证。为开发一种新药，公司经常会不得不使用已经存在的药物。由于害怕竞争，药物专利的所有者不愿意授权许可竞争者研发时使用该专利。这就是专利法抑制创新的案例，而创新是专利法的根本目的。食品、药品和化妆品法案，也被称为《哈奇—维克斯曼修正案》，通过允许研究开发一般性替代品时可自由使用专利保护的化合物，部分地解决了这一问题。在“默克股份两合公司诉英特格拉生命科学有限公司”一案（2005）中，最高法院将该法律扩展到开发完全新药的研究领域。

另一个过度扩展专利法的例子是关于商业方法。在过去，没有人认为商业方法可受专利保护。但是有创造性的律师引导美国专利局将专利授予了某些商业方法。最著名的例子就是亚马逊“一键上网规则”专利，大多数学者相信创新者创造了新的商业方法，但同时也不认为由此应该获得专利。

最优专利寿命:罕见病药品

我们已经评论了专利期限20年这一事实。这里的分析要表明,这种情况并不是最优的。显然,发明和创新的社会成本与社会收益是不同的,有时是很明显的。理想地来看,专利体系应该承认这些差异,并根据每项发明的净社会收益给予不同的专利期限。但是逐一确定每个发明的最优专利寿命的行政费用——或是甚至把发明分为不同的等级并给予不同的专利期限的行政费用——都可以是高得令人望而却步的。毫无疑问,会存在社会成本——可能是重要的社会成本随之而来。例如,有可能存在这样一个很有价值的发明,其开发成本极高,但如果在20年的专利期限中,以一个证明是合理的成本进行销售,那么根本无法产生足够的收益。

美国国会已经认识到几个此类发明的重要案例。一个是1984年的《哈奇—维克斯曼法案》(《药品价格竞争及专利恢复法案》)。该法案对制药行业增加了35年的专利寿命,用以弥补食品和药物管理局(FDA)要求的新药预先核准的时间损失。此法案也撤销了对仿制药品重复的安全效果测试(那些共享化学成分的药物的专利即将到期)。

国会在1983年的罕见病药品法案以及其后续修正案中更进一步。国会着手制定的法案,就是我们上面提及问题的一个实例——一个有价值的发明可能不能被开发,因为标准的专利寿命不足以长到能够满足开发成本。一种"罕见病药品"是治疗"任何疾病或病情,但很少会发生在美国,以至于可以合理预期的是药品的开发和营销成本不可能被销售收入所弥补"。后续的修正案进一步定义了这样的疾病或病情为那些只对少于200 000美国人产生影响的疾病。这个法案给予罕见病药品的开发者,临床研究费用的税收抵免和其他开发费用的补贴。此外,罕见病药品的开发者还被给予了7年的独家经营权,但如果开发商未能将药物提供给患病人群或放弃研制药物,那么这些权利可被撤销。① 最后,食品和药品管理局大幅加快了罕见病药品的审批过程,有时只需8个月就可获得批准。

该法案表面上可以达到理想的效果。在1983年之前的20年,食品和药物

① 独家经营权这个术语可能会让一些读者感觉奇怪。是所有的专利都授予独家经营权吗?是的,但是有一个非常重要的资格限定。常见的专利授予持有人对发明或创新的排他权。但其他人是可以自由开发独特的但不同的发明来替代(但不是侵权)已有的专利。(参见我们在此部分关于"等同原则"的简短讨论)。所以,你可以开发并受专利保护降低不良胆固醇的药物。但其他人也能开发其他具有相同功效的化学制剂,只要他不是你的药物的相近复制品。(考虑到你对不动产拥有所有权所以授予你对该财产的排他权,但不是对相似财产的排他权。)罕见病药品法案的区别是一旦由一个人已经开发了一种药物且满足标准被指定为罕见病药品,那么没有人能在这7年内开发即使是不同的但用于相同病情或疾病的药物了(至少在法案原先的陈述中)。

管理局同意的只有 10 种罕见病药品。但在 1984 年一年中就通过了 24 种。在法案的第一个 15 年中，罕见病药品的数量增加了五倍，而非罕见病药品的数量只增加了两倍。①

虽然这是一个成功的记录，但罕见病药品法案还是值得关注。第一个就是独家经营权的期限。例如，7 年的期限鼓励了最初的开发但阻止了竞争性的化学成分上却是不同的其他药物的开发。国会发现这并不符合要求，所以在 1993 年他们通过了法案的修正案允许对与原来罕见病药品一样用于相同的疾病和病情的第二种或是第三种罕见病药品授予专利，只要那第二种和第三种药品在界定方式上比原来的药品具有临床上的优势。比如，假定患病人群扩大超过 200 000 界限，或是罕见病药品对其他非罕见病药品和病情非常有效，或是罕见病药品原来是极为有利可图的。在这些情况下，罕见病药品是否该撤销？国会已经开始考虑这个问题但还没能对如何解决此问题达成协议。

问题 5.4

续期收费系统来决定最优专利寿命的可能缺陷是，理想的情况下，我们希望专利持有人比较续期费与继续 1 年专利的社会收益，而不是续期 1 年专利的私人收益。你能否给出某些建议，在设置每年续期费的情况下，我们如何引导专利持有者作出正确的社会计算？

问题 5.5

减少专利授予寿命太长的第三种方式是**强制许可**政策。这种政策是西欧国家专利体系的组成部分。它允许失败的未获得许可的人可以请求法院强迫专利人授权许可他们使用，如果他们能证明专利持有人没有在某段特定时期内在本国市场上使用其专利，或当补偿性发明的使用非常重要但专利持有人却没有许可，或专利持有人滥用他们的有利地位，如过度限制其发明的供给。如果法院被获得许可人所说服并强制许可的话，那么它也决定了一个**合理的**特许权。给出强制许可政策的经济评价。

（4）专利的结论

① 参见 Frank Lichtenberg & Joel Waldfogel, "Does Misery Love Company? Evidence from Pharmaceutical Markets Before and After the Orphan Drug Act," NBER Working Paper No. 9750 (2007)。

如同已经解释过的，原先的信息经济学得出的结论是，不受管制的私人市场会造成信息供给不足。解决问题的救济方法包括公共供给或对科学研究补贴，慈善捐赠和知识产权。这一看法仍然主宰着大多数的政策决策。然而，特殊的情况也会发生，没有规则或补贴会导致过多的信息或刚好数量的信息。①

究其原因，可以考虑一个有关于更优的天气预报方法的发明。原来的理论认为发明者不能适当的对其发明作出评价，因为购买其预报信息的人有可能将预报信息转售给他人。然而，还存在其他可供选择的方式能让发明者获利。例如，天气预报的发明者能够通过预测农业价格来获利。这一方法如何使用呢？我们假定发明者预测秋天是雨季，那么农业收成要减少，会导致玉米的价格上升。天气预报者可以将信息保密，在夏季购入玉米并在秋季出售，当秋天收割的时候，农民会履行合同将玉米按照低的夏季价格卖给发明者。随后，由于秋季多雨，发明者可以马上以高价转卖玉米。由此，米利都的泰勒斯用哲学来预测天气，并在压榨橄榄油的看涨期权方面大发横财。②

一般而言，信息生产者可以通过投机性投资获得利润。在硅谷，发明者经常参与组建公司并获得大量股票。发明者大概比公众知道更多的有关于公司未来运作的信息。发明除了即刻的应用外，还可以给公司带来许多方面的竞争优势。例如，公司可以领先于竞争对手学到许多各个不同领域中有关运用和销售发明的东西。同时，公司也可以开发与自身的发明有关的商品品牌。一旦市场获悉公司的真实价值，发明者的股票就会升值。

沿着这种思路，有些学者认为某些市场在信息方面生产了过多的产品。例如考虑整个股票市场。投资者比其他人更早发现某个公司通过购买目标公司的股票来赚取大量利润。相对于大量的财富再分配从未获信息的股票持有者手上转移到拥有信息的投资者手中，社会从目标公司股票快速的上升中得到的好处是有限的。这个事实也解释了为何美国或其他地方的证券法禁止公司员工基于他们非公开的信息交易他们的股票——禁止**内幕交易**。

投资者先于其他人快速购入即将升值的股票，这会导致出现过度交易的可能性。类似地，渔夫先于其他人快速地捕捞海里的鱼，这会导致悲剧性的过度捕捞。投资者也会快速地确保专利。与奥林匹克比赛不同的是，专利法没有银牌——第二名参赛者将一无所获。发明像海里的鱼吗？不像。增长的益处极多，全社会都能从创新竞赛中获益，即使这种增长有些疯狂。打击专利竞赛的竞争有负外部性，但发明会导致更大量的正外部性，这种正外部性随着创新的传播能让所有公众都

① 参见 J. Hirschleifer, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Innovative Activity*, 61 AM. ECON. REV. 561 (1971)。又见 R. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulations*, 83 J. POL. ECON. 807 (1975)，以及 E. Rice & T. Ulen, *Rent-Seeking and Welfare Loss*, 3 RES. IN LAW & ECON. 53 (1981)。

② Aristotle's *Politics*, Book 1, Chapter 11。感谢埃里克·拉斯缪森(Eric Rasmusen)提供这个例子。

享受到。

结束这部分之前，我们想提到一个理由来解释为何对有些发明的专利保护是高于经济效率所要求的水平。除了授予专利之后形成的法律垄断，有些专利还创造了自然垄断。当平均成本随着生产规模的扩大而降低时，就存在自然垄断。给定自然垄断的条件下，拥有最低成本的最大厂商会驱逐竞争。例如，将研发成本延伸到更大的产量规模上来减少创新的平均成本。由此，为个人计算机用户开发一个操作系统的平均成本也是随着用户数量的增加而减少的。在信息技术行业里，行业标准提供了一个额外的自然垄断的因素。举例来说，键盘字母的标准化要求在文字处理程序中移动光标可降低每个人文字处理的学习成本。随着标准变得越来越占主导地位，用户对它的评价越高。随后，能够利用行业标准建立排他权的公司就能享受自然垄断，并且利用权利来授权使用标准。

如果发明是以自然垄断为基础的，那么发明者即使没有专利也能获得垄断利润。这种情况下，发明者必须利用领先的时间扩张他的业务，比竞争对手更快的创新发明。通过快于竞争对手的增长与创新，领先者会享受到递增的规模报酬，这会带来更多的垄断利润。举例来说，假定一个计算机软件产品是从一个基础发现开始的，之后通过创新经历了不断的改进。为了给不断的改进融资，公司需要较大的销售水平。原来的发明者可以先于其他人达到一个临界的销售水平，并定出足够低的产品价格来排除其他厂商的进入。阻止竞争者进入市场的价格（即所谓的“限制进入价格”）对生产者而言仍然能够得到超额利润。

自然垄断也是网络的常见特征，应用在网络中时，有一个特殊的名称——**网络效应**。网络效应的经济学分析是从19世纪的铁路运输开始的。最有效的铁路运输组织通常要求路线是从中央车站辐射出去的。中央车站是“中枢”，辐射出去的路线是“辐射”（这些相同的语言现在在航空中也在运用）。中央车站的所有者偏向于连接自己所有的铁路线，不喜欢连接竞争对手的铁路线。铁路网络效应给地区的中央车站的所有者带来极大的优势。类似地，信息产业经常依赖于类似中央铁路车站模式的连接。例如，所有的个人计算机软件必须使用操作系统。一个个人计算机操作系统的排他性所有者偏爱于使用自己的软件，而不喜欢使用竞争对手的软件。这是一种滥用模式，是最近美国司法部对微软反垄断诉讼的核心指控。拥有了计算机操作系统就如同拥有了使用英语的专利。

问题 5.6

假定天气预报技术的发明者确定农作物在成长期的天气极好，会导致大丰收。请解释发明者该如何使用此信息作有利可图的投资。

问题 5.7

公司董事经常是第一个得知会影响股票价格的事实的人。美国法律禁止董事和其他"内部人"使用"内幕消息"来投机买卖公司股票。利用先占原理和信息经济学讨论赞成和反对这个禁令的效率。

网页便笺 5.3

有关专利问题的另外一些法和经济学文献可参见作者网站。

专利(和其他)奖励

关于专利的经济学争议认为,授予开发者新的、有用的、非显而易见的发明或创新以排他性权利,能够鼓励投资和传播新的方法、设备和作法。但总还是存在对专利体系必要性的怀疑。有关的批评长期以来认为这个体系的缺陷在于——特别高的价格和限制垄断的产出——成本高于所谓的收益。[①] 确实,有些欧洲国家包括瑞典和荷兰,因为深刻理解知识产权系统的副作用,在19世纪的中后期暂停了他们的知识产权体系长达几十年之久。

但是如果没有专利体系,社会如何鼓励发明的投资和传播?一种可能的方法是通过奖励回报。这是对指定的成果和一般性创新的货币回报,可以是由公众一方或是私人一方或是两者同时来提供。或许有一个例子能很好地说明,对公众的奖励是如何导致一个特殊发明的产生,这个例子就是英国政府寻找一种精确的方法测量经度。[②] 利用太阳光,船只能够相对容易的测量出纬度,即赤道南北的距离。但是对于经度,人们相当迷茫。不知所终的结果有时是非常致命的。一场著名的船舶失事引起的反应是英国议会决定采取一些行动。在1714年,他们提供20 000英镑的奖励,奖给第一个能够准确测量海上经度的人。为了评价提交的结果,议会任命了一个经度委员会,由艾萨克·牛顿爵士担任首席委员,他们需要一个到西印度群岛的测试航程作为成功的标准。

约克郡的木匠和钟表匠,约翰·哈里森,认为测量经度的关键是一个极其精确的钟(大多数其他想拿奖金的发明者认为关键在于准确的天体观测)。哈里森的看法是地球旋转360度,即在24小时内一个完整的旋转。结果是,地

① 参见 Michelle Boldrin & David Levine, *The Case Against Intellectual Property*, 92 Am. Econ. Rev. 209 (2002)。又见作者网站 www.econ.wustl.edu 上书本一样厚的书稿《反知识产权》。

② 参见 Dava Sobel, Longitude (1997)。

球在每天里的每个小时转过 15 度。如果能够测量海上的一艘船与地球表面的一个点(如伦敦)之间的时差,那么就能知道一个人绕着地球走了多远。举例来说,如果一个人能确切地算出是距离伦敦向东 3 个小时,那么此人就可以精确知道经度为——向东 45 度。但是用这种方法来测量要求有一个极其精确的钟。这就是哈里森给自己确定的任务。

1759 年,哈里森终于开发了一只极其精确的钟,并称为 H－4。1764 年,经度委员会指定 H－4 来测试一艘从朴茨茅斯到巴巴多斯的船舶,同时哈里森的儿子威廉则到巴巴多斯监督测试。闹钟完成得相当出色,但是竞争者阻止哈里森领奖,直到他的儿子向乔治三世国王作了一个生动且成功的诉请。哈里森最后得到了他的回报,与他最初开发寻求答案相距了 43 年。

英国并没有因为这次经历而扭转方向。议会后来还对第一个成功研制开发天花疫苗的人提供了奖励。

确实,有许多——且数量递增的——私人奖励被指定用来引出特殊发明活动。1996 年设立的著名的安萨里 X 奖,提供 10 000 000 美元给第一个私人团队,而这个团队必须能够融资、制造和发射一艘能搭载 3 个人的飞船到距离地面 1 000 公里(62.5 英里)的高空,并安全返航,两周后使用同一飞船进行重复飞行。一个以伯特·鲁坦和保罗·艾伦,微软创始人之一,为首的团队,在 2005 年 10 月赢得奖项。

有人建议可将这种成功的特殊成果的奖励形式延伸到一般性的发明中。史蒂文·谢威尔和唐基·范·普塞勒认为开发新的、有用的、非显而易见的发明的一般性政府奖励体系比现在的专利回报体系要优越。① 奖励的社会成本和社会收益会明显优于现代专利体系的社会成本和社会收益吗?是否有人认为公共和私人对发明活动的报酬体系是专利体系的补充形式,所以两个体系应该同时运行?

2. 版权

我们在分析专利的时候,运用了信息经济学来回答了关于专利范围和期限这两个基本的问题。相同的分析框架也可用在其他知识产权的主题上,尤其是版权和商标,来进行简单的探讨。版权授予作者、作曲者以及其他艺术家对其创作作品的产权,以表明其作品是**原创表达**。② 与专利体系不同的是,美国版权体系并不要求创作者为得到版权保护而登记作品。但与专利法极相像的是,版权保护也有范

① 参见 Steven Shavell & Tanguy van Ypersele, *Reward Versus Intellectual Property Rights*, 44 J. Law & Econ. 525 (2001)。又见 Michael Abramowicz, *Perfecting Patent Prizes*, 56 Vand. L. Rev. 115 (2003)。

② 正如麦考利勋爵(Lord Macaulay)所说的那样,版权是"对读者征税,目的是给作者一种奖励。" Thomas B. Macaulay, Speeches on Copyright 25 (C. Gaston ed. 1914)。

围和期限的限制。

版权的范围涉及受版权保护的材料可以未经授权的使用。宽的专利禁止任何未经授权的使用，但窄专利允许某些未经授权的使用。例如，书被作为评语和讽刺的引用，或是教育目的的影印。法律是通过所谓的**合理使用**的例外来处理这些问题。如在“美国索尼公司诉环球电影制片公司”的案件（合众国判例汇编，第464卷，第417页，1984年），美国最高法院判定，为了“改变观看时间”的目的，而不一定是为了“存档”的目的，录制下载的受版权保护的电视节目到录像带上是合理使用。在诉讼中，经常用一条模糊的线，来划分合理和非合理的未经授权的复制。

自从18世纪初期，美国已经延长了版权的期限，现在为作者有生之年加上身后70年。[①] 版权的最优期限是与专利不一样的问题——特别是**追溯成本**。[②] 在生产自己的受版权保护的作品时，创作者可能想要检查一下例如他的小说思想是否是原创的。在所有的小说中授予并确定他的思想没有无意地侵害其他人的版权的成本非常大。为了限制这些成本，创作者的创作被给定了有限的期限和相对窄的范围。然而，复制的便捷和文献的传播增加了其他人避免支付版权持有人版税的能力。所以，版权保护的延长允许给予创作者一段更长的时期来收回他们合理的版税。

在某些地区，版权和专利法扩展得太远，且对创造力产生了扼制的威胁作用。为了理解这一点，设想某人得到了英语的版权。不支付许可费就没有人可以说话了。这种版权就会阻碍语言的创造性。类似地，许多计算机专家认为基本的计算机语言应该留在公共领域中，人们可以自由地修改、改编、改进和使用它们。例如，Linux操作系统开发成为一种有用的程序工具。然而，当我们从操作系统转向应用程序时，私人所有者控制了最成功的程序，例如，微软的Word和Google。我们可将操作系统比作英语并将应用程序比作小说。这些事实表明了在开放源代码软件和专有软件之间有一条自然的界限。计算机程序这条边界的适合定位面临着激烈的争论。这场争辩就如17世纪的宗教战争或是20世纪的社会主义和资本主义之间的激烈斗争。

版权法的历史遗留问题常常妨碍和阻挠学者们的沟通并延缓了科学的发展。在互联网出现之前，学者们的沟通在不能面对面谈论时大多数依靠纸面系统，出版

① 在1998年10月，美国国会通过了SonnyBono版权期限扩展法案，提高了对1998年1月1日之后的作品的版权保护，延长到作者有生之年加上70年，把现存的“公司所有的或雇佣的人所创造的”版权延长到95年。在这个转变之前，1976年版权法案的保护是作者有生之年加上50年。无论是其他什么原因支持了版权期限扩展法案，有一个理由是它使得美国的立法实践与西欧的立法实践相符合了。

② William Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989)。又见 Wendy Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 VA. L. REV. 149 (1992).

纸质学术期刊的成本很高，所以出版者不得不通过收取高额的订阅费用来限制获取。有了互联网，传播学术期刊的成本暴跌，然而同样的收取高额订阅费用的学术期刊在许多学术领域占主导地位。为了改变这种情况，一些学者现在拒绝将文章的版权转让给收取高额订阅费用的期刊出版商，或是他们自己保留互联网的传播权。一个叫做“创作共用”的倡议试图创造一个新的版权标准来保证作者在互联网上低成本传播学术的权利。①

什么是数字时代版权的未来？根据对未来的一种设想，大多数数字信息的用户将从少数几个实行统一收费标准的大卖家那里下载信息。在这个系统中，获得信息就像把钱放入点唱机中来听歌。根据“空中点唱机”模式（参见保罗·戈尔茨坦的书，在本章最后引用到），数字信息的每个使用者将像当代的美国广播电台，无论何时想播出歌曲，必须支付标准的版税给中央信息交换站。如果空中点唱机成功的话，那么版权将成为数字时代主要的法律。然而，根据另一种可供选择的想法，版权法将会消亡，因为技术使得法律没有存在的必要。在“数字化自由主义”模式中，通过低成本的加密，技术保护将比知识产权的法律保护更有效。低成本的加密，据称可以被数字信息的生产商加以利用，他们不需要什么法律就能够控制信息的使用者。新的法律是新设备的答案，或是新设备才是新设备的答案？如果你认为自己知道未来是否会走向空中点唱机模式或是走向数字化自由主义，那么你应该立即去买科技股。

网页便笺 5.4

作者的网站上有大量的版权经济学内容，如近期关于 Napster 和其他下载版权作品网站的法律争议，20 世纪 90 年代后期对版权扩展的宪法性反对，版权改革的进一步建议，最近的理查德·波斯纳法官和威廉·兰德斯教授给出的无限期的可续展版权的建议。

3. 商标

许多现代的商业和服务性组织投资了大量的钱为其产品建立易于识别的标识。例如，许多国家的儿童都认识表示麦当劳汉堡专卖店的所在位置的金色拱门标志。这种标志就是**商标或服务商标**。普通法的法律法规保护商标最早是从 13 世纪的英格兰开始的。美国现代的商标法源自 1946 年的《联邦商标法案》，一般称为《兰汉姆法案》。该法案提供了一种获得商标或服务商标的联邦注册方法。② 如同专利的情况一样，商标必须通过一定的标准才能申请成功，其中最重要的标准是

① 创作共用，斯坦福大学法学院劳伦斯·莱斯格教授的项目，允许作者、作曲者和其他创作者在各种保护形式中来选择保护其表达。参见 www. creativecommons. org。

② 但是，注意，一个人不能仅仅为了得到商标的所有权而注册商标。

独特性。美国商标局的注册赋予商标持有人一定的保护和权利，其中最重要的特权是，在商标旁边放置一个标识®，表明此商标为注册商标。①

商标有助于解决消费者对产品质量不清楚的问题。当质量不透明时，消费者可以用商标作为质量的标志。此外，商标减少了消费者寻找特殊质量商品的成本。给商标赋予产权的最主要的经济理由，是商标降低了消费者的搜寻成本和对生产者供给高质量商品形成激励。

在1989年之前的东欧市场中的买卖，表明没有商标将会发生什么情况。国营商店出售没有品牌只有通用标签的商品——"面包"，"衬衫"，"油"或"笔"。一个消费者在一个商店的货架上会发现一至两种没有商标的笔，于是他或她无法知道是谁设计或制造它们，购买就是从国营工厂生产的所有物品中的任意抽取。因为工厂不能从消费者那里获得声誉，它们就不会通过竞争来提高质量。相反地，商标法使得一个公司建立高质量的声誉，或可信的广告，因此，它可以在这些方面与其他公司竞争。

信誉的一般问题主要与信息经济学有关。信息的购买者一般要到拥有信息时，才能够决定其价值。举例说明，一个银行家近日接到一封信，上面说，"如果你付给我一百万美元，我会告诉你如何使你的银行赚两百万美元"。能使这个说法真实可信的惟一办法是提供这个信息给银行。然而，当银行有了信息之后，它没有理由为信息而付费。相似地，评价创新软件的价值，一个大的买家如微软必须理解它是如何运行的。但是，当获悉软件如何运行时，微软就会生产它自己版本的产品，而不会支付版税给小公司。

注意，商标的经济理由是与专利和版权的经济理由不同的。与专利和版权不一样的是，商标不关注创新、暂时的垄断，或限制的传播。由此，我们不能得出相同的经济学上的论断，也即不能像在专利和版权案例中那样来限制商标的财产权期限。限制专利和版权的期限是合理的，因为这样做能使垄断和追溯的社会成本最小化。然而，商标鼓励竞争且不强加追溯成本。② 可能这就是为何商标可以永久，直到被遗弃。从这个方面看，商标像土地的产权，而不太像其他形式的知识产权。

商标的范围问题存在一个有趣的问题。在商标法中没有什么问题比产品名称不能作商标更难解决的了。例如，没有什么照相机生产商可以用"照相机"(camera)这个词来注册商标。允许这样的商标存在会使得其所有者可以起诉每一个用"照相机"(camera)这个词来为产品作广告的照相机生产商。如果一般性的商品名称可以做商标的话，那么商标法会创造出垄断权，而不是促进竞争。然而，有时候一种竞争性产品非常成功以至其商标变成一种一般性商品名称。例如，人们如今说"施乐复印"(Xeroxing)来意指"复印"(photocopying)，或是说"苏格兰胶带"(Scotch tape)来意指透明胶纸，或是说"胡佛电动吸尘器"(Hoover)来意指吸尘器。

① 一些生产商将TM或SM(服务商标)的标识放在产品上，但那些标志是没有法律效力的。

② 参见William Landes & Richard A. Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 J. LAW & ECON. 265 (1987)。

当这种情况出现时，商标所有者必须通过起诉那些使用一般性商品名称描述产品的竞争对手从而来保护商标。否则，生产商会失去对一般性名称的产权。

这种事情在1921年的时候发生在斯特林医药公司。在那年，美国联邦地方法院判定斯特林公司的乙酰水杨酸的商标名称“阿司匹林”(Aspirin)，作为任何品牌的这类药物的共同名词，而不再是斯特林公司独有。这个裁决之后，所有乙酰水杨酸的生产商都可以使用术语“阿司匹林”(aspirin)来描述他们的产品。拜耳设法阻止在墨西哥和加拿大对商标名称“阿司匹林”(Aspirin)的侵蚀。① 想知道非常成功的产品生产商是如何保护他们的商标，可以阅读本章的栏目“可口(Coke)”。

除了质量，商标也是声望的信号。在一些东亚市场上，消费者可以购买一个无品牌的手表，然后选一个商标贴上去。因此，消费者可以获得宣称自己带着“劳力士”手表的声誉，且不需要支付成本。这些侵犯商标法的“翻版”，回报了消费者但是欺骗了真正好的商品的生产者。不幸的是，标准的经济工具不是特别适合分析声誉，它们没有很好的方法来衡量翻版的成本和收益。

问题 5.8

美国法律从18世纪开始通过几个阶段逐步延长版权期限直至达到作者有生之年加上70年。假定一个作者在40岁的时候完成一部小说。如果作者活到75岁，那么版权持续了105年。按利率10%，1美元的现值在105年后支付远远少于5美分。这个事实对“有效的版权期限到底是比现在法律规定的长还是短”的问题有何启示？

问题 5.9

1939年，作曲家伊戈尔·达拉汶斯基从华特·迪士尼那里取得6 000美元，转让“春之祭”在放映米老鼠的动画电影“梦幻曲”中使用的权利。迪士尼是否应该拥有以电影录像带的形式发布电影的排他权，这个权利从1996年发布的头两年里创造了3.6亿美元的收入，或是达拉汶斯基的受让人是否有权获得部分的钱财？②

问题 5.10

没有专利持有人的允许，无人可以使用专利。但是在一些有限的环境里，其他

① 德国拜耳公司在19世纪90年代后期开发了乙酰水杨酸。美国政府在第一次世界大战期间抢占了“Aspirin”这个商标，并在1918年将使用商标的权利卖给了斯特林医药公司。有趣的是，拜耳在1994年收购了斯特林公司。

② 詹姆斯·津尼，《不协调的裁决》，《福布斯》(*Forbes*)，1998年10月5日，第66页。

人在没有版权持有人同意的情况下也可以使用版权保护的作品。这种情况——所谓的“合理使用”例外——例如，允许评论家在没有许可的情况下从版权作品中进行引用，允许教师影印和分发有限部分的版权作品给其班级成员，允许乐队在他们自己的作曲中包括或“抽样”版权保护的音乐。请用经济理论来解释为何允许合理使用例外是有效的。

问题 5.11

为何限制专利和版权的期限是有效的，但不动产的产权几乎持续到永远？

问题 5.12

商标法不允许持有人出售独立于附着商品的商标。因此可口可乐公司不能将商标“Coke”卖给另一个可口可乐糖浆的生产商；那个商标只有和可口可乐公司生产或在可口可乐公司监督下生产出来的糖浆一起出售。你能对这个限制给出经济学的解释吗？

网页便笺 5.5

什么是对非法使用专利、版权和商标的适当救济？关于那些问题的经济学讨论可参见作者的网站。

网页便笺 5.6

本部分只是浏览了知识产权法近 10 年来辉煌发展的概况。想知道更多关于这个领域的问题——如私有产权与开放源代码软件——可参见作者的网站。

“可口”(COKE)是它！

世界上最有名的商标之一就是“Coke”这个词了，它描述的是可口可乐公司的可乐软饮料。正因为它非常著名，所以可口可乐公司存在着风险，消费者可能会使用“Coke”这个名称来泛指任何的可乐软饮料，而不仅仅指可口可乐公司生产的这一种。如果这种情况发生，那么“Coke”将会变成一种通用商品名称，任何生产者都可以使用。可口可乐贸易开发部，每年预算约两百万美元，雇佣了一支由 25 个调查员组成的团队，他们的工作就是在美国闲逛，在餐馆

和饮料店点“可乐”和“可口可乐”。然后调查员把他们点的饮料样品送回在亚特兰大的公司总部作化学分析。如果公司认定餐馆供应给他们的是可口可乐以外的其他产品，那么该业务会被告知是违法的。

从1945年以来，可口可乐公司平均每年起诉约40—60位零售商。零售商称藏在公司大力的商业活动背后的不是害怕商标被侵权，而是阴险的和反竞争的企图，用以恐吓零售商使其只销售可口可乐公司的产品。他们指出，对他们来说有些作法成本太高——例如在一个繁忙的晚上——要告诉每个真正想点朗姆酒和百事可乐的顾客只能点朗姆酒和可口可乐。与其面对商标侵权的法律起诉，许多零售商宁愿与可口可乐公司签订协议做其独家供应商，这样做对他们而言成本较低。零售商指出一个事实，可口可乐在饮料店市场上有80%的市场份额，但在超市只有很小的份额，这证明贸易研究部的工作部分地具有反竞争的市场运作性质。

资料来源：“Mixing with Coke Over Trademarks is Always a Fizzle: Coca-Cola Adds a Little Life in Court to Those Failing to Serve the Real Thing,”*Wall Street Journal*, March 9,1978, p. 1, col. 4。

5.1.3 产权组织

家庭、俱乐部、教堂、合作社、信托机构、慈善机构和政府都是可以拥有如土地、建筑物和设备等产权的组织。但是，组织本身与他们所拥有的产权不同。对于某些类型的组织，其成员可以购买和销售资产，但是没有人能购买和销售组织。举例来说，家庭、俱乐部、教堂、合作社、信托机构、慈善机构或政府不归任何人所有。相反的是，公司有买进和卖出的所有者，买卖的不仅是公司的资产，而且还有公司本身。简而言之，许多组织拥有产权，同时有些组织本身就是产权。

被人所有或不被人所有的组织在社会中扮演着不同的角色。不被人所有的组织在社会生活、宗教和政府方面扮演重要角色，而公司在生产和经济增长方面扮演重要角色。为此，我们将解释所有权差异和功能差异之间的联系。

首先，考虑组织是什么。组织一般都有一个由法律或契约形成的职务结构，如主席、出纳、监察员。组织的一些成员有职务，所有的成员都有角色可以扮演。劳动分工的标准化创造出了像会计、机械师或采购代理等职务。通过提供职务和角色结构，组织协调各个成员的行为来达成其目标。当协调足够紧密，组织的观察者会将目标归因于组织，而不是归因于个人成员。因此，我们可将组织定义为**一种职务结构和能够协调行动的角色**。

组织能调整其结构来改进运行或改变目标。被人所有的组织会对组织面临的市场压力作出调整反应。例如，公司管理人员不能很好的运作，就会发现他们公司

会被新的所有者收购，并解雇原来的管理者、雇用新的管理者。相反，不被人所有的组织避免了组织所面对的市场压力，因为没有人会买卖这类组织。

我们必须考虑组织面对的市场是如何改变他们的行为的。根据本书中发展出来的产权谈判理论，市场倾向于将产权从评价低的一方转向评价高的一方。因此，组织面对的市场倾向于将组织从评价低的所有者手中转向评价高的所有者手中。公司是最重要的赚钱工具，所以公司的所有者倾向于根据盈利能力来进行评价。因此，公司面对的市场倾向于将每个公司的所有权赋予能够为公司带来更多利润的人。在完全竞争模型的理想条件下，盈利性衡量的是公司创造的社会价值。当现实接近于这些条件，公司面对的市场通过将所有权转移给能更好地运作公司的人，从而使国民财富最大化。

因为没有人会对家庭、俱乐部、教堂、合作社、信托机构、慈善机构或政府拥有所有权，所以就没有市场可以将这些组织的控制权转移给能盈利最大化的人。因此，这些组织的首要目标不是利润。大多数人不会将这些组织作为财富的工具，而是考虑其他用途。如果这些组织是被人所有的，组织所面对的市场压力会使他们的目标转化为营利性。因而，没有人会愿意拥有一个不以营利为目标的组织，这也是我们在现实中所观察到的情况。

产权的所有人对产权拥有自由决定权，包括转换产权的权利。当组织是被人所有的，所有者通常有权利去重构其管理机构和功能，以及变换履行职能的人。所有者对组织的法律权利使其有足够能力来控制组织。然而，当组织是未被人所有的，没有人能够控制组织的管理机构和功能。**所有权的可供选择的替代形式通常是监管**。监管体系包括政治控制和集体控制。为了说明差异，小公司的所有者依据他个人的意愿控制和处置公司，但是俱乐部、教堂、合作社或民主政府的成员要合作决策和参与政治。所有权通常最有利于追求财富，监管通常最有利于一些分散的目标。

我们已经解释了不同的组织有不同的功能，公司的首要功能是追求利润创造财富。公司所面对的市场有助于将管理强化在这个目标上。然而，公司所面对的市场经常比较“单薄”，即几乎只有很少的买方和卖方。例如，在21世纪的世纪之交出现的经济衰退以及恐怖分子制造的纽约世贸中心的毁灭，导致了航空旅行人数的显著下跌。在这种情况下，许多(但不是所有)航空公司都没有盈利。这种情况对未盈利的航空公司所有者产生了一种出售公司的压力。潜在的买方在数目上极少，因为购买航空公司非常昂贵，而且运营航空公司需要专业知识。航空市场十分“单薄”即指其只有极少的买方和卖方。单薄市场的问题由于反垄断机构阻止某家航空公司并购其他航空公司变得更加严重。一般而言，阻止产品市场增加竞争的并购行为会使公司所面对的市场更单薄。

随着市场日趋单薄，竞争性的压力也会消失。特别是，公司面对的单薄市场允许他们的成员追求公司利润最大化以外的其他目标。要理解这个事实需要了解公司法的历史。公司是非常古老的组织形式。例如，在过去英国政府部分是通过出

售排他性许可证给大公司的方式来资助大公司发展殖民地贸易。作为一个特殊的案例，1670 年成立的哈德逊海湾公司很快就控制了相当于现在加拿大 1/3 地域范围的皮毛贸易和其他交易。

有两个重要的法律创新将这些历史上的公司和现代公司区分开来。第一，如哈德逊海湾公司，历史上的公司的特许权是限制他们的活动和地域的。相反，现代公司几乎可以进入任何地区的任何商业。举例说明，在印第安纳州特许设立的公司几乎可以进入美国的其他任何州的任何交易（在美国有些商业交易是限制公司进入的，是保留给合伙企业的，特别是法律和会计，或是要求个人企业，特别是商业银行）。排除了对活动和地域的限制，大大地增强了公司间的竞争。

第二，历史上的公司的所有者是要对公司的债务负全部责任的。举例说明，如果哈德逊海湾公司在 18 世纪破产，那么它的债权人能够通过查封股东财产来获得偿还的。给定公司的投资者对公司债务负有无限责任，那么投资人必须谨慎监管和控制公司的决策。相反，现代公司的所有者是不对公司的债务负全部责任的。例如，如果一个航空公司破产，其债权人可以清算资产，但债权人不能查封股东的住宅、汽车或银行账户。作为**有限责任**的结果，投资股权的人冒的最大风险也就是损失他们的投资，仅此而已。有限责任允许人们投资公司时不需要尽其全力监管和控制公司的决策。

有限责任是分离公司财产与其所有者和经营者财产这个更一般性问题的一个方面。有限责任阻止了公司的债权人触及公司所有者的个人财产。一个同样重要的法律规定阻止了所有者的债权人触及公司的财产。可分离的财产称为“分而置之”，不可分离的财产称为“共用共置”。现代公司法将公司财产和所有者财产分块，但是在历史上的法律是将其两者混同的。

有限责任导致一种被普遍称为**所有权与控制权分离**的情况出现。这个词是指这样的情况，许多在公众证券交易所卖出股份的大公司的股东几乎不监管公司，对公司没有控制权。有时很小数目的大投资者监管和控制公司。然而，通常的情况是没有一个所有者在行使公司的控制权。公司的控制反而依靠其管理层。大多数投资者想赚钱，所以他们希望管理者能使利润最大化。但是，管理者也有他们自己的目标要追求。

一个繁荣的公司市场能够阻止管理者追求公司利润最大化以外的其他目标。一般而言，股票市场会抬高公司股票价格直到其等于公司预期未来收益折算的现值总和。如果管理者不能将利润最大化，那么公司的预期未来收益下跌，其股票价格也下跌。在这样的情况下，局外人可能试图购买公司并取代其原管理者。这种理论预测，计量结果表明企业股票上升和保持走高是一个成功的竞争对手收购的结果。新的管理者必须使收购企业能更好地盈利。预见到竞争对手收购的可能性有助于阻止管理者远离公司利润最大化的目标。反过来，一个单薄的公司市场会使竞争对手收购无法发生，所以管理者可以追求利润以外的其他目标。

近年来，许多学术和应用研究都关注于法律是如何改善或加剧所有权与控制

权分离所造成的问题。例如，管理者运用各种合同方法来减少有人收购公司和带来新管理者的可能性。（如“毒丸防御计划”、“金色降落伞退职协议”、“锁定”和无表决权股票。）同样，管理者也可以为了公司控制权通过颁布条例来减少市场的有效性（特别是威廉姆斯法案）。

在开始一个新话题之前，我们想在这里提及关于产权组织的讨论同下一章的联系。现代公司的所有权和控制权分离的问题有一个一般的分析模式。所有者经常将他们的资产放置在别人的控制下。在这种情况下，经济学家将所有者称为“委托人”，控制者称为“代理人”。委托—代理问题描述了这样的一种合同，代理人有激励以最有利于委托人的方式来管理资产。下一章将运用委托—代理模型来研究合同理论。

问题 5.13

a. 给出具体的例子，说明所有权和组织监管的差异。在你的例子中，哪种组织形式在决策时交易成本更高？

b. 找出一个具体的公司案例，其经营者面对一个成功的敌对收购报价。在收购以后，收购企业的管理者发生了什么变化？

5.1.4 公共和私人财产

在讨论了组织的所有权后，现在回到讨论组织的资产如土地、建筑物和机器的所有权问题上。我们将运用产权理论来解释资源的私人所有和公共所有的差异。私人的和公共的外部性根据影响的人数而不同。相似地，私人的和公共的所有权也可以根据所有者的人数来区分。一种资源由单个个人所有的是私有产权。一个公司由一群股东所有（“封闭持股公司”或“封闭公司”）是一家“私人公司”。一个公司由许多股东所有的是“上市公司”。类似地，政府被称为“公共部门”。当国家拥有某种资源，例如公园，我们有时认为资源是属于所有的市民或不属于任何一个人，而不是属于国家的。

所有者人数不同会有何种差异？在讨论科斯定理时，我们描述了独立产权的所有者之间的讨价还价，如牧场主和农夫。当数人共同拥有产权时也会发生讨价还价。例如，生意合伙人关于任务分配的谈判。私人所有权和公共所有权的差异可以被描述为一种谈判结构的差异。

所有产权将人们分成几个小团体。只要外部性是私人的，私人所有者就可以通过与一小部分人合作来增加他们的利益。不同小团体人群之间的讨价还价倾向于导致合作和达到效率。因而，当生产函数和效用函数是可分的，或当外部性只影

响极少数人的时候，私人所有权的情况很容易实现。在这些情况下，公共所有权是一种成本极高的错误。

一个例子是来源于对美国沿大西洋和墨西哥湾海岸的牡蛎养殖场的研究。[①] 在牡蛎生活的早期阶段，它们是将自己牢牢地黏附在一些水下物质上，如岩石。这种黏附使得对商业性捕捞的牡蛎界定私有产权成为可以想象的情况。然而，沿大西洋和墨西哥湾沿岸有商业牡蛎行业的各州还没有确定一个统一的牡蛎产权体系。一些州判定，牡蛎倾向于聚集的水下区域，对牡蛎收集者来说是**共同**产权；任何人都可以从那些区域中采走牡蛎，没有一个人可以排除其他人采集牡蛎。其他有些州认为，这些区域可以由私人向州租赁，租赁人可以拥有常见的排他权和转让权（存在一些限制）。这种差异引发了阿涅洛教授和唐纳利教授比较私人产权体系和共同产权体系的相对效率。他们是用劳动生产率（牡蛎捕捞的每人工小时产量）来衡量效率的。他们发现，私人租赁的牡蛎河床上雇佣的劳动与共同牡蛎河床上雇佣的劳动相比，生产率更高。显而易见，这项研究的作者们得出结论，如果所有的牡蛎河床在 1969 年都被私人租赁，那么牡蛎采集者的平均收入将比原先高出 50%。这表明了由于公共所有权造成了相当大的福利损失。

公共牡蛎河床是开放获取资源由于过度使用引起损耗的例证，回想一下，这就是所谓的“公地悲剧”。开放获取拥挤的自然资源的无情逻辑就是导致可怕的结局，如同希腊悲剧。

我们讨论了一个简单的案例，此类案例中，私人所有权的效用函数和生产函数是可分的，且外部性是私人的。当许多所有者的生产和效用函数是相互依赖的且外部性是公共的，就会引出一个更复杂的公共所有权和私人所有权的选择问题。要通过私人所有权处理这个问题，受影响的一方必须要与另一方谈判，交易成本会高得令人不敢问津。公共所有权于是成了可能的解决方法。当从私人所有权转向公共所有权时，结构性谈判和诸如多数同意的集体选择原则将取代非结构性谈判和一致同意原则。

以冰岛山区的牧地为例。[②] 要在单个私人间划分山区牧地，就需要构建成本极高的篱笆来防护。高地上的牧地反而是留作公有的，每个村拥有不同的牧地，是根据湖泊、山峰等自然特征来划分的。如果村里的每个人都在公共牧地上想放多少羊就放多少羊，那么牧场就会因为过度使用而被破坏和侵蚀。事实上，冰岛山区的公共牧地没有被过度使用和破坏，这是因为村民拥有高效的管理系统。他们采用规则来保护和保有公共牧地。羊群只有在夏季的时候，才能到山区公共牧地来

① 参见 R. J. Agnello & L. P. Donnelly, *Property Rights and Efficiency in the Oyster Industry*, 18 J. Law & Econ. 521 (1975)。又见 G. Power, *More About Oysters Than You Wanted to Know*, 30 Md. L. Rev. 199 (1970)。

② 参见 Thrainn Eggertsson, Economic Behavior and Institutions (1990) 中关于冰岛公共山区牧地的讨论。

放牧，冬季要回到山谷里的私人农场去放牧。夏季允许在山地牧场放牧的羊群总数量是与牧场的承载能力相适应的。每个村民将根据在冬季时他在自己的牧地用干草喂养羊群数量的比例获得一个份额。

一些关于私人所有权优于公共所有权的讨论将公共所有权与公开获取的资源相提并论。这两者的等同过于简单。事实上，一般公众是不能够免费获取大多数公共产权的。譬如，美国的国家公园是公共所有的，但进入是要付费的。许多活动要求事先预约（一种按时间配额的形式），也没有人被允许可以放牧动物或砍伐木头。彻底破坏形式的公地悲剧，前提条件是政治瘫痪，使得政府无法制止资源的破坏。这种瘫痪对于某些资源，如渔业，达到极致阶段。对于其他一些资源，有一些瘫痪症状，但没有完全破坏。例如，联邦政府在美国西部拥有辽阔的土地，并且出售这些土地上的牧业、林业和矿业的许可权。由于联邦政府对土地没有进行有效的管理，结果导致环境恶化。①

苏联和东欧地区的一些国家剧变表明了一种忽视产权的问题。莫斯科的许多商店已关闭数年，结果繁忙的售货亭出现在这些店前面的街道上。潜在盈利的商店仍然关闭，是因为太多的人用法律或有效的权利来阻止任何人使用这些商店。过去颁布的法律的悬空导致了大多数人投否决票。这种每个人都可以阻止任何其他人使用莫斯科商店的情况，实际上就是没有人能阻止任何人在公海里捕鱼的情况的镜像。公海的问题已经被称为“公地悲剧”，于是莫斯科商店的问题可被命名为“反公地悲剧”。一旦反公地问题出现，要将权利集中成为有用的私有产权就变得严峻且缓慢了。

私人所有权将每份资源分配给其所有者，所有者可以通过排除他人使用来控制获取。私人所有者必须承受边界维护的成本。当生产函数和效用函数是可分的，或外部性影响极少数能谈判者的时候，私人所有权运行良好。**公共所有权**以三种方式出现。第一，**开放获取**允许每一个人可以使用资源，没有人能够排除其他任何人使用资源。无需在维护边界上有所花费。当资源是不拥挤的时候，开放获取运行良好，但是拥挤会导致资源过度使用。第二，**政治控制**允许法律制定者或监管者强行制定获取规则。对于国家财产而言，包括公共土地，限制获取是最普遍的规则。第三，开放获取的反面是**一致同意**。即除非每个人都同意，不然不允许任何人获取资源。在所有者众多时，需要一致同意会不幸地导致资源使用不足。在特殊的情况下，目的是保存资源处于一种未使用的状态下，使用不足属偶发性状态，而不是悲剧性的了。

如果冰岛的一个没有差异的小村庄陷入政治瘫痪，以至于无法管理公共资源，这会是令人惊讶的。然而，一个差异性很大的国家如美国，在管理公共资源方面确实会面对更困难的问题。一种解决方法是通过出售联邦所有的土地减少公共所有权。如果现在在公共控制下的土地转为私人控制，那么美国西部土地所带来的产

① 有关美国土地所有权的介绍，可参见 MARION CLAWSON, THE FEDERAL LANDS REVISITED (1983)。

品的市场价值将会提高。

但是，这个论断不可能说服那些本身就想要看到大量荒地利用不足的人。大多数生态学家相信，公共土地不应该以其获得的市场价值最大化为目标来进行管理。某些人倾向于思考那些比财富更有价值的东西（至少在边际上），如自由或真理；对某些人而言，荒地就是有这样的价值。爱好自由的人不会通过询问人们是否能多听取他们的意见或是不让他们说话，以表决来决定人是否拥有发表言论的权利。相似地，那些喜好荒野的人也不会通过询问开发商是否会比生态学家为土地出更多的钱，以此来决定是否对加州秃鹰巢建立公共管辖区。生态学家通常反对将公共土地出售给私人谋利，因为他们的目标是阻止开发而不是增加土地收益。给定生态学家和开发商争议的范围，似乎可以肯定，这种有关美国西部公共土地的政治争论将会耗尽丰富的资源。

问题 5.14

合作企业是集体所有的，其事务是通过共同治理来指导的。运用前述理论来讨论一些你所熟悉的合作企业的管理，如合作的奶制品厂，合作的公寓建筑开发，以色列的基布兹（集体公社），哈特派的农场，公社等等。

5.2 所有权是如何建立和核证的

如同在前面章节所解释的一样，财产权的明确界定有利于谈判和自愿交换。但是，产权的界定和实施需要很高的费用。因而，有必要在界定产权和控制成本之间达到平衡。本部分考察的是法律如何达到平衡。

5.2.1 流动性财产的产权建立：先占对连带所有权

产权界定的问题对于像土地和房屋这类有明确边界且停留在原地的物体来说，看似十分简单。但是，对于像天然气或野生动物这类会移动的或是边界不明确的物体，产权又如何界定呢？这类事物被称为“流动性财产”，这会引出一个法律问题，这个法律问题最初主要是从“哈蒙兹诉肯塔基州中央天然气公司”一案（肯塔基上诉法院，225Ky. 685，75 S. W. 2d204，1934）提出的。肯塔基州中央天然气公司租赁了蕴藏大量天然气储存的土地。一些租赁的土地被其他的没有归公司所有或租赁的土地分隔开来。天然气的地质穹顶结构使得公司在采气时，部分设施铺设在租赁土地之下，部分设施在未被租赁土地之下。哈蒙兹拥有 54 英亩的土地在肯塔基州中央天然气公司的地质穹顶结构上，但是他没有将其土地的地下权利让渡给

公司。当肯塔基州中央天然气公司从穹顶中抽取天然气和石油时，他对公司提起诉讼，认为部分天然气是在她的土地之下让被告错误地占用。

在这个案例中，界定哪些天然气来自于未被租赁的土地，哪些来自于被租赁的土地，即使不是不可能的话，那也是相当困难的。两个一般性原则可以解决所有权建立的问题：

（1）**先占**：石油和天然气不是任何人的财产，除非有人能够通过抽取减少实际储量。

（2）**连带所有**：地表的所有者拥有对地下储存物的排他权利。

在第一个原则之下，肯塔基州中央天然气公司有权从穹顶中抽取所有的天然气，不管是否拥有地表的权利。但是，在第二个原则之下，肯塔基州中央天然气公司只有权抽取其所拥有的或租赁的土地之下的天然气。

为了有效勘探和开采天然气，这两个规则的后果是非常不同的。根据第一个规则，流动性的天然气不属于任何人直到有人占有它，第一个占有的人因而成为所有者。由此，这个规则被称为**先占原则**。先占原则应用了一句法律格言“先在权利优先”。这个规则被用来建立所有权已有数百年。举例来说，在干旱的美国西南部，州法律允许第一个使河水流出的人有权获得河流中的水，用以采矿或灌溉（参见本章的“拥有海洋”）。现在，已经很少用这种方法来宣称未被占有的土地或水，但是先占原则现在被应用在无形财产的重要形态上，如发明。

先占原则的最大优势是它集中关注较少的简单事实，所以能够相对容易和低成本的加以应用。在关于所有权的争端事件中，决定谁最先占有财产的问题通常来说是非常简单的，例如物证可表明谁最先发现水资源的供给。然而，先占原则也存在一些不足：它会产生一种激励，使有些人通过不经济的投资获取他人财产所有权。先占原则为何会造成过多过早的投资激励，原因是很容易理解的。根据先占原则，适当的投资将资源的所有权转给了投资者。稀缺资源的所有者可以将资源租给其他人。随着资源稀缺程度上升，租金会提高。因为租金是资源稀缺性的价值表现。在先占原则下，投资对投资者带来两类收益：(1)生产性收益（更多的是利用现有资源生产出的价值），(2)未来收益（资源在未来的稀缺价值）。

举例来说，假定法律允许一个人通过构筑篱笆来圈地获得“荒芜”土地的所有权。篱笆圈地提高了土地的生产率，比如说在土地上放牛。按照假定，篱笆圈地也将所有权转让给了构筑篱笆的人。同时假定在荒芜土地上建篱笆的成本大于以现值计算的放牛的利润，但每个人都预期土地的使用价值会随着未来人口的增加而增加。投资者可以构筑无用的篱笆来“先占”土地排除他人，确保对土地的权利。

先占投资说明了一个适用于先占原则的一般性经济原理。当政府赋予财产权，人们就会通过恶性竞争来获得这一权利。在权利的竞争中，人们试图得到能转让给他们的所有权。然而，经济效率所关注的是财富的**生产**，而不是**转让**。投资是为了转让财富，而不是生产财富，将导致缺乏社会效率。

从专业术语上讲，社会效率要求投资者在资源上投资直到边际成本等于生产的边际收益。先占原则导致人们在资源上的投资直到边际成本等于增加生产的价值加上转让所有权的边际价值。因此，先占原则下的转让效应导致了过度投资，即投资超过了法律所定义的获得法律占有时必要的投资。为了转让所有权而改变财产状况，主要是出于投资者的自我利益考虑，而非考虑社会效率的利益。

举例来说，美国1862年的《宅地法》(Home stead Act)建立了一个规则：允许美国公民私人获取西部的160英亩公共土地。该法案要求申领者在获取土地权利之前完成一定的申领要求。例如，申领者必须提交一份宣誓书，宣誓他是一家之主或是已年满21周岁，申领"目的是为了实际居住和耕作，而不是直接地或间接地，为了其他人或其他任何人的使用和收益。"另外，在以每英亩1.25美元获取完全的土地权利之前，申领者须在申领地居住6个月并使得土地有"适当的"改善。这个要求意味着使转让效应最小化并鼓励生产。然而，在现实中，这些要求实施过快(通常是居住要求的案例)和容易逃避("适当的"改善包括放置微缩型房屋——实际大小尺寸有如玩偶房子——在申领地上)。美国边境地区的经济占有和开发要比竞争性市场或严格实施《宅地法》的情况下快得多。

与先占原则相反，在第二种情况下的流动性天然气的所有权是没有漏洞的，根据该规则，所有的地下气体属于地面拥有者。延伸开去，第二个规则也表明野生动物属于某块土地的所有者，如野生动物出生的土地。鱼类和其他海洋资源的所有权可能与海底的所有权有关。一般而言，第二个规则被称为**连带所有权原则**，将流动财产的所有权附属到确定的财产上。

普通法和大陆法经常运用加入原则来连带所有权。根据这个原则，新生的事物是归最近的或最明显的财产所有者所有的。因此，新生的小牛属于母牛的所有者。由于河流改变而产生的新土地属于河岸的所有者；商标的所有者有排他权在互联网域名上使用该商标；版权的所有者有排他权将其作品改编为其他传播形式；公寓的所有者也对房客附着在墙上的固定设备拥有所有权；新的商业机会是由公司的雇员在工作时期内完成的，也同样属于公司；一个木匠在不知不觉中使用了其他人的木头制作了一个水桶，于是就拥有该水桶(但他必须支付一定的赔偿金给木头的所有者)。①

将流动性财产的所有权附属到固定财产上，避免了先占性的投资，**只要所有者宣称流动性财产所连带的资源已经是确定的**即可。举例说明，在第二个规则下，所有的天然气都已经物有其主，因为所有的地面权利已经被人所有，所以这个规则没有提供通过尽快、尽可能多的投资和开采天然气来获取所有权的激励。相似地，如果鲑鱼是归它们产卵的河流的主人所有，所有者就不会捕捞过多的鲑鱼使其迅速耗尽。

① Thomas A. Merrill, "Establishing Ownership: First Possession versus Accession." Berkeley Law and Economics Workshop (26 February 2007).

哈蒙兹案中的事实表明，第二种规则的问题在于很难建立和核实所有权。天然气的同质性和在地下深处的分散性，使得证明其原始地下位置变得非常困难且成本高昂。

我们对于流动性资源的分析，揭示了财产法的一种共同的权衡关系：

> 所有权先占规则的优势是易于管理，劣势是对所有者行为的非经济投资提供激励；但是所有权非先占规则，其优势在于避免先占投资，劣势是管理成本高昂。

在哈蒙兹案例中，选择更有效的规则要求在先占原则下的过度投资激励与在没有先占原则下的管理和实施所有权的成本之间达到均衡。

问题 5.15

这是“皮尔逊诉波斯特”案例的关键部分：①

“……波斯特，拥有一定量的家狗和猎犬供其驱使，‘在一片野生的，无人居住的，无所有权的和荒芜的土地上，即所谓的滩涂上，发现和惊动了一种有害的野兽即狐狸’，在波斯特的家狗和猎犬们追逐、追赶和追击野兽的同时，皮尔逊也看见了狐狸，因其深知狐狸的追逐和追击方法，捕杀了狐狸；在波斯特看来，皮尔斯阻止了他抓住相同的狐狸，并且将狐狸杀掉并夺走。地方法院裁定（波斯特）原告胜诉，（皮尔逊上诉）……尽管在这个案子中，皮尔逊对波斯特的举动是无礼的或粗鲁的，但是并没有导致伤害或赔偿，没有法律救济可以应用。我们的意见是：地方法院的判决是错误的，应予以否决。”

这个决定体现了连带所有权原则或是先占原则？注意这个案例，这是一个美国大学产权法导论课中的主要案例，看似与现代条件无关，因为狐狸的先占表面上不会导致太多太快的捕获。

问题 5.16

你能理解先占原则是“自然公正”的原则这个命题吗？

经济分析表明本案不应该关注哪一个猎手该拥有狐狸。而是通过这个案例的有效分析来权衡成本和收益。

① Cal. R. 175, 2 Am. Dec. 264（纽约高级法院，1805）。

5.2.2 何时将开放获取资源转为私人财产：拥挤与维护边界的权衡

我们已经讨论了各种未被所有的资源变为私人财产的历史案例。未被人所有的资源**何时**可以被人所有？经济学给出了答案。

当财产是共有的且易被公众所获取的时候，先占原则经常会被运用。可以被广大公众获取使用的财产被称为**开放获取资源**。举例来说，海洋是公众可获取的公共财产。在许多案例中，海里的鱼类和哺乳动物可以归任何抓住它的人所有。因此，鱼类和海底哺乳动物已被猎取的数量超过了符合经济的标准。有些鱼类资源濒临灭绝的边缘。相似地，在世界的许多地方，公共的狩猎区总是会被过度狩猎，公共的牧地会被过度放牧，公共的森林会被过度砍伐。世界上多数的土壤侵蚀和森林损耗是开放获取规则导致的结果。

下面有一些专业术语有助于解释这种情况的经济不合理。“最高持续产量”是在长期内最大的可持续产出。要使产出最大化，劳动和资本的应用必须扩张到劳动和资本的边际产量为零。世界上所有的主要渔业目前捕捞已经超过了最高持续产量，这意味着劳动和资本的边际产量为负。在这种情况下，简单地减少努力和减少劳动与资本的支出，鱼的捕捞量就会增加。相似地，通过减少投资和减少树木的砍伐数量，许多开放获取森林的产量就会增加，通过减少投资和保持较少数量的牲畜，许多开放获取的牧地的产量就会增加。过度使用鱼类、森林和牧地，就类似于一个工厂雇用了过多的工人，结果导致工人在工作过程中相互妨碍降低了生产效率。所以，只要通过减少工厂的雇用人数就可以提高工厂的总产量。不会有什么比指派工人们从事负产出的工作更不理性的了。

阻止公共资源的过度使用除了开放获取规则还包括其他各种手段的控制使用。连带所有权是一种方法。例如，为了阻止在公共牧地过度放牧，冰岛的小公社传统上将公共牧地的获取与私人牧地的生产相关联。具体来看，根据每个农夫在冬季用其在低地私人牧地所生长的干草喂养的动物数量为参考基数，来确定农夫们被允许夏季在公共高地牧场放牧的牲畜数量。①

另一种阻止过度使用的方法是**私有化**，也就是将公共所有权转为私人所有权。举例来说，公共所有权条件下许多人都能够耕作土地，在海里捕鱼，或收集珊瑚礁。相反地，私人所有者能够排除其他人使用他的资源。赋予土地、鲸鱼或大象等私有产权，可以通过将权利限制给其所有者而阻止他人的获取。因此，耕作并定居在土地上可以将公共所有权转为私有；一些鲑鱼生活的河流也被转为私人所有；一些村

① 参见 T. Eggertsson, *Analyzing Institutional Successes and Failures: A Millennium of Common Mountain Pastures in I-celand*, 12 INTN'L. REV. LAW & ECON. 423 (1992)。

庄也对珊瑚礁赋予私人所有权。

将公共所有权转为私人所有权包含这样一种权衡：即开放获取规则会导致资源的过度使用，但是私人所有权要求排除其他非所有者的成本极高。这种权衡表明了一个经济理性的社会何时将会改变其对资源的法律规则，从开放获取转向私人所有。当资源是不拥挤的、且维护边界成本昂贵时，开放获取比私人所有更便宜。但是，随着时间推移，资源使用的拥挤会增加，维护边界的技术会改进，最终会达到这一点，即私人所有比开放获取更便宜。经济理性的社会会在维护边界成本少于资源过度使用导致的浪费时将资源私有化。①

这一理论能够对有关私有化问题作出明确的解释。例如，它解释了带刺铁丝网的发明，该发明降低了维持边界的成本，促进了美国西部地区公共土地的私有化。作为另一个案例，这一理论解释了当广播频道开始互相干扰的时候，电磁波谱的产权就会产生。这个理论的一些预测被某些事实所证实，某些预测也被其他事实所驳斥。显然地，如同理论所假定的一样，社会经常是理性的，但也不是完全理性的。政治带来的谈判和妥协通常会违背经济效率的要求。有关这些妥协的案例，可参阅“拥有海洋”一文。

拥有海洋

水以海洋的形式覆盖了70%的地球表面，然而几乎所有的大量的水是不受明确定义的产权的影响。在16世纪后期和17世纪初期，伟大的航海发现和由此产生的欧洲海上帝国需要就使用海洋权达成国际公认的规则。这些权利最早是在荷兰的雨果·格老秀斯著名的《海上自由》一文中被编入目录的。他提出：“海洋，因为它跟无法被抓住的空气一样，所以不能被附合在任何特定国家的财产上。”在格老秀斯建议的也是在国际法最流行的近300年的体系中，每个国家都有排他的权利在距其海岸线3英里的范围内使用海洋，这个区域被称为“领海”(3英里的距离不是随便选出来的；这是17世纪初期炮弹能够达到的距离)。3英里界限以外，格老秀斯极力主张“公海”应该是公共资源，除了海盗以外，没有人被合法地排除在外。

在19世纪初期和中期，公海的使用日益增多，导致“自由使用”的原则被替代为“合理使用”。“二战”以后，航运、渔业、近海石油和天然气资源以及

① 这个重要的观点见 Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967)。他认为，例如，当管理规则的成本超过私人所有的收益，美国印第安纳州就没有建立土地产权。沿着这个思路继续向前，他试着解释为何某些北美的印第安部落，如在美国东北部地区的以诱捕动物获取皮毛为主要经济活动的部落发展出产权的概念，而其他的如以迁徙水牛为主要资源的平原印第安人都没有发展出概念。他的观点在何种程度上与历史学或人类学相一致，仍然值得商榷。

海底采矿的日趋重要，导致了海洋权利的法律体系崩溃。在1945年，杜鲁门总统宣称美国对水下有机资源——如石油和天然气——的排他权利扩展到大陆架或边界以及美国大西洋海岸200英里的区域。其他国家也很快作出相似的宣称。与这些单边的行动不同，国际合作的努力达成了妥协。

举例说明，当第三次联合国海洋法大会(UNCLOS)在1974年召开时，有与会者普遍认为，领海将设立在12英里的界限，而且应该有一个“经济带”，主要但并非完全是由沿海的国家控制，海岸线以外200英里，是一般的大陆架。

没有一般性的协议来解决超出200英里界限以外区域的所有权问题，正是这些领域的处理提出了真正的难题。发达国家极力主张私人产权为基础的发展体系，但是发展中国家提供的是公共产权体系。最终达成的是折中的体系，被称为**平行体系**。同时存在私人开发和联合国资助及运行的公司，都称为“企业”。为了赋予企业更高的能力与发达世界的先进者相竞争，成立了国际海底管理局(ISA)来配置海洋开采的权利。大会指定了一种有独创性的改变方法来切蛋糕，即“我切，你选”，用以分配采矿权。在该法可以运行之前，私人或政府不得不提交给ISA两个运行的选址。那么管理局将在那些地址中选一个通过企业进行后续的开发，允许申请人进行其他的采矿。

尽管在1982年12月最终已有117个国家签署条约，但是美国拒绝签署最终条约。随着时间的推移，美国对第三次联合国海洋法规的缺席规定的反对已经消退，或被证明是无理由的。条约在1994年生效。美国签署了条约，但国会还是没有批准。

问题 5.17

这些历史发展在哪些方面反映了效率，以及在何种程度上他们对政治权力和分配作出了反应？

问题 5.18

阅读以下水的立法历史的记载，讨论相关法律是否是以经济效率为目标的。

水是最有价值的自然资源之一，但是由于其易流失，因此在定义和配置水的产权时总是存在问题。在数百年前的英格兰，一般性的规则是权利归属“河岸的所有者”。上游使用者使用流经所属河段的水，会减少流向下游用户的用水，以这种方式侵犯其他人的权利。因此，上游用户不能分流过多的水供自己使用，且导致下游用水明显减少。河岸拥有者被限制把水出售给非河岸拥有者(即不拥有沿水流的

土地的人)。

然而,在19世纪,由于对自然河水的产业需求经常超过供给,这个法律安排不得不进行改变。在美国东部,这个问题是通过拟订在英国普通法已经采用的水权自然流理论来解决的。一个可供选择的水权理论出现在美国西部。在合理使用理论下,河岸的所有者合理使用水流。当一个所有者在没有其他人使用水源的情况下用完了所有的河流或湖泊中的水也被看作是合理使用。在合理使用理论下,河岸所有者对自然水流不拥有权利。此外,河岸所有者可以将权利转让给非河岸所有者。

5.2.3 登记和转移所有权:核证成本对注册成本

给牛打上烙印,在汽车部件上冲压发动机序列号,把社会安全号用模板印在电视机上——这些都是私人试图证明自己对贵重物品所有权的方法。在私人救济以外,政府有时也会提供所有权登记。政府或私人公司雇用的品牌监管人员会对这种侵害加以管制。因此,商标注册可以避免重复或重叠。尽管有这些措施,但是人们有时"购买"的商品不是买方所售的商品。因而,这里关注的是,当商品在未经所有者允许的情况下被"出售"时,所有权的核证和救济。

假定你决定实现毕生的梦想,购买一个农场。你在乡下发现了一片你喜爱的土地,并且与住在那里的农夫进行接触。在讨论了土地的边界、肥力和排水情况后,农夫提出一个很有吸引力的价格出售该地。握手成交后,你下周带着支票回来,交给农夫,不久搬进农场。两周后,一个人敲开了你的房门,宣称他是产权所有人,并解释他来此是驱逐租住在你现在正居住的房屋里的可恶房客。此时,你想起了一个笑话:"嘿,哥们,你想如何购买布鲁克林大桥吗?"

当你购置财产时,应该确定合法所有人并与他交易。确定所有权的可靠和廉价方法能够阻止如租户代表所有者本身的那种欺诈性财产出让。有许多不同的用来建立所有权登记的方法。讲一个可能是杜撰的故事:在中世纪的英格兰"记录"所有权,当时几乎很少有人能够读懂这些记录。据说在证明**财产让渡**之前,卖方要在仪式中交给买方财产物中的草皮土地和小树枝。而后,成年人会严厉痛打见证了草皮和树枝传递的小孩,使小孩在他有生之年都会记住这一天,形成一个转让的真实记录。

幸运的是,我们现在有更好的方法来记录土地所有权。在美国,没有统一的土地登记的方法,[①]但50个州中的每一个州都有一套为公民记录土地所有权的制度。地产所有权的变动必须在官方的转让登记处,例如县的记录办公室登记。登

① 有一种可供选择的土地登记体系,被称为托伦斯制度,是由理查德·托伦斯爵士在1958年将这种简化的机制引入澳大利亚南部的,该制度或相似的一些制度已经在世界很多地方运用。在托伦斯制度中,政府进行登记并运行一个所有权保险基金。当政府的记录者导致所有权的缺陷时,将从保险基金中给予补偿。美国有几个州尝试了托伦斯制度,但每个州都放弃这个制度,因为不胜任的记录导致政府运行的所有权保险基金最终破产[SHELDON KURTZ & HERBERT HOVENKAMP, AMERICAN PROPERTY LAW 1151—1244 (1987)]。

记中记录下正式的过程，记录是对公众开放的。以文件形式的所有权记录通常包含对财产位置的正式描述，针对财产的一系列限制，以及关于谁在某个时点拥有产权的说明。

虽然像土地和其他少量贵重物品，如汽车，是有所有权记录制度，但是大多数其他物品是没有这种制度的。在大多数的交易中，买方并不会将资源用于确定是否卖方真正地对他出售的商品拥有所有权。例如，你很少会质疑你在书店买的书是否是书店正当销售的。你通常假定，谁拥有这本书谁就是该书的正当所有者。所有权的进一步证明是销售时证人的记忆，就如同中世纪案例中的孩子，或书面的销售合同。记录书本所有权的制度会给商业带来负担，阻碍商品的有效流转。

重要合同的安全性可以通过让官方证人到场作证的制度得以加强。官方的证人，被称为“公证人”，在官方文件上记录事件，并在上面加盖公章。美国的某些州政府给许多公证人发放许可证，所以公证的收费很低。另一个极端，有些国家，像意大利存在多种限制，只有专业律师通过很难的考试才能成为公证人，而且公证人要提供复杂的服务，远远超过记录文件这样的琐事，但他们能获取高额的垄断利润，特别是在房地产交易中。

我们遇到了财产法的另一个权衡问题。一方面，以正式形式确认所有权，如记录交易行为，会减少交易带来的不确定性。另一方面，以正式形式确认所有权成本极高。因此财产法不得不发展出这样的规则，**在不确定的所有权所导致的对商业阻碍与维持产权证明制度的成本之间达到平衡**。对于交易数额大的项目，如住房和汽车，法律通过提供记录所有权的制度来减少妨碍商业的不确定性，法律通过记录交易过程来特别地促进所有销售，同时拒绝保护这类项目中未作记录的交易。然而对于金额较小的交易，维持核证制度的成本将会超过降低风险的收益。①

5.2.4 窃贼能准许获得商品所有权吗

现在来考察一下人们是如何对法律证实所有权的责任配置作出反应的。假想你做成了一笔很精明的生意，从一个你在本地酒吧外面的停车场中邂逅的人那里购买了一台电视机。卖方告诉你说他出售电视是因为急需现金，并从其汽车的行李箱中取出电视机交给你。当你夜晚正在享受你新买的电视机时，警察和电视机被偷的人来到了你的公寓。法律允许你保留电视机还是要求你返还？这个例子提出了一个一般性的问题：如果一个商品是从所有者 A 那里被小偷 B 所盗取的，B 将商品卖给无辜的买方 C，然后拿着钱消失了，那么商品属于 A 还是 C 呢？

事实的图形描述如图 5.2 所示：

这个问题在不同的司法规则下有不同的回答。根据美国的规则，转让者通常只能转让自己的合法财产。因此，一个没有所有权的人就不能将所有权转让给购

① 应该可以认识到这种赞同所有权记录体系的观点是上一章规范的科斯定理的一般性案例。

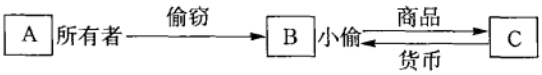

图 5.2　事实关系示意

买者。[①] 在这个例子中，小偷不拥有电视机的所有权，所以他不能将电视机的所有权给予你。相反，所有权归属电视机原来的主人。根据美国的规则，你必须将电视机还给原来的所有者。如果窃贼被捕且还有钱，你有权从窃贼那里拿回你的钱（技术上，小偷不具备所有权的授权）。

当买方以"善意"[②]购买取得所有权时，在欧洲流行一种不同的规则。善意取得是指买方必须真诚地相信卖方拥有商品所有权。善意取得防止了隐藏在法律背后的被偷物品的"收赃者"。法律也可以要求买方作出合理的努力来核实所有权，例如检查序列号能否将电视机归档。善意取得规则应用到这个案例中，欧洲的法律可能会允许买者保留电视机，如果可能的话，原所有者可以从窃贼那里拿回你的钱。

一般而言，法律必须分配赃物被善意购买的风险。美国规则将完全的风险分配给购买者，然而欧洲规则将风险分配给原所有者。美国规则给买方额外的激励去核实卖方是否是真正的所有者。欧洲规则给所有者额外的激励去保护他们自己的财产不被偷盗。从给商业只增加较轻的负担和促进产权自愿交易的意义上看，其中必定有一条规则会更有效率。

哪条规则更有效率呢？这里有一种判断的方法。C_O表示原所有者保护其财产不被偷盗的最低成本，比方说，将他的社会安全号码刻在物品上。C_B表示买者核实卖者是否是真正所有者的最低成本，比方说，从可以证明卖方原来就拥有商品的另一方确认事实。为形成有效的激励，责任应该落在能以最低成本证明所有权的一方。因此，判断竞争规则的效率标准如下：

（1）如果确实是$C_O<C_B$，那么善意买者取得商品所有权比原所有者取得更有效率。

（2）如果确实是$C_O>C_B$，那么原所有者保留所有权比善意买者取得更有效率。

可惜的是，由于缺乏有关C_O和C_B价值的实证证据，使得我们不能明确地回答哪条规则更优于另一条规则。确实，实证的缺乏也阻碍了不同的国家确定和采用更有效率的规则。然而，西班牙的例子提供了一种可能是最好的方案。在西班牙，

① 一般而言，确实是这样的，但也存在重要的例外。例如，一个小偷偷了钱并用钱从商人那里购买了货物，那么钱的原主人不能从商人那里拿回这些钱。一个窃贼可以将商品的所有权转为货币。此外，统一商法典允许正当的商人有时被给予比他们得到的更好的所有权。因此，如果碰巧电视商店已经拥有且出售了被盗电视机，买方有权推定该经销商有电视机的商品所有权。任何电视机的真正所有者责任依赖于经销商。你能从经济学的原理来理解为何这是一个明智的规则？

② 我们对欧洲规则的简化是忽略了大陆法系的细微差异。因此，德国民法典第 935 条规定将失去可移动商品占有权的所有者区分为自愿的和非自愿的。非自愿丧失占有权的所有者对善意购买者有相对较强的要求权。

当窃贼是从居民那里盗窃财物并卖给商家的时候，通常应用“美国规则”。换句话说，法国的商人不能够从窃贼那里得到商品所有权。商人从窃贼那里购买赃物会通过使赃物更易销售获利而鼓励偷窃。西班牙的实践对从窃贼那里购买商品的商人应用美国规则，阻止商人买卖赃物，因而减少了窃贼的赢利。然而，在西班牙，当窃贼从商人那里偷得商品，且将物品出售给另一个商人或居民的时候，通常应用买方能够从窃贼那里取得商品所有权的“欧洲规则”。因此，西班牙实践增加了商品在商人之间的流通和向消费者流转的便利性。①

5.2.5 所有权链条的断裂

不确定的所有权加重了商业活动的负担，并导致了未来购买者对资产的价值大幅贬值。因此，经济效率要求消除不确定性，或者所有权的“瑕疵”。这部分将简要地研究了财产法是如何排除所有权的瑕疵。

1. 逆权占有

在前面的章节讨论过一个案例，在例子中，乔·波台托斯建造的房屋超过产权线 2 英尺，侵占了弗雷德·帕斯里的地产。回忆一下，帕斯里一直没有发现非法侵占，直到 10 年过去后才提起诉讼。普托塔可以对其占有的部分帕斯里的不动产获得任何权利吗？根据英美法，他可以获得。如果所有者“睡在自己的权利上”，允许侵占超过一定时期，侵占者就可以获得财产的所有权。

相关的法律学说是**逆权占有**。这个词是指这样的一个事实，侵占者占有的土地是不利于所有者的利益。② 倘若占有是不利于所有者的利益，且原所有者并没有提出抗议或采取法律行动，那么，某人通过占有财产达到法规规定的时期，就可以获得他人财产的所有权。③

---

① C. Paz-Ares, Seguridad Jurica y Seguridad del Trafico, REV. DE DERECHO MERCANTIL 7—40 (1985)。感谢帕克·加西马丁(Paco Garcimartin)给出的这条参考书目。

② 通过不良使用他人的财产，有可能获得地役权。例如，某人在没有遭到所有者抗议的情况下习惯性地穿越他人的财产，可能会获得继续穿越财产的权利。

③ 确切地说，传统学者分出了逆权占有必须满足的四个条件：

(1) 逆权占有者必须是实际进入有争议的财产，且被假设为排他占有。

(2) 占有必须是“公开的和众人皆知的”。这个词意指侵占不是秘密进行的；一个警觉的所有者是应该能够侦查到的。

(3) 侵占者的占有根据“权利主张”必须是逆向的或敌对的。这个条件要求侵占是与所有者的使用权不一致的，是与所有者的利益相背的。

(4) 最后，侵占必须是持续达到法规特别规定的期限。

美国西部的某些州还要求逆权占有者在法规特别规定的未获得所有权的期限内支付财产税。参见 LAWRENCE FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 360—361 (2d ed. 1985)。注意这些条件没有调查逆权占有者的意图。尽管这样，还是有证据表明当侵占是无意的时候，法院更可能应用逆权占有原则。参见 Richard Helmholz, *Adverse Possession and Subjective Intent*, 61 WASH. U. L. Q. 331 (1983)。

逆权占有的经济优势是它消除了所有权瑕疵，允许财产转移到评价更高的使用者一方。举例来说，假定你想购买一幢建于 1910 年，且于 1925 年、1937 年和 1963 年出售过的房子。你在搜索所有权的时候发现了一个法律记录上的混乱问题，即 1937 年的销售是否是合法的。然而，现在的所有者从 1963 年开始就已经居住在这幢房子里了，且毫无法律的争议。这个司法管辖权的法律规定逆权占有达 25 年就将所有权转给侵占者。由此，逆权占有的法规和现在的所有者自 1963 年毫无争议的占用，就消除了 1937 年的所有权的瑕疵。一般而言，通过逆权占有获得所有权的规则，通过消除所有权在遥远过去基础上发生争议的风险，降低了建立合法所有权的成本。

另一种逆权占有能够成立的理由在过去特别强调：逆权占有通过指定一种生产能力高的使用者从生产能力低的使用者那里获得所有权的规则，阻止了有价值的资源被长期闲散留置。在这样的规则下，忽视管理自己财产边界的人须承担丢失财产闲置部分给闲置财产使用者的风险。从这个方面看，该规则倾向于将财产从闲置使用转向生产性使用。有时居住者可以通过逆权占有从不知情的所有者那里获得土地。在美国西部，历史上就有居住者通过逆权占有获取了许多印第安人的土地。居住者认为他们更好的使用了土地，但印第安人将居住者视为窃贼。

除了两类经济收益，逆权占有还有一个成本。这种成本就是所有者必须积极地管理他们的土地，驱逐那些可能通过逆权占有成为所有者的侵占者。没有逆权占有的规定，所有者可能会减少管理成本，更多的侵占者会享受到使用他人土地的好处。

问题 5.19

将逆权占有的概念应用在电磁波谱的问题上。

问题 5.20

为何你会认为在某些印第安人拥有大量土地的州如奥克拉荷马州逆权占有的规定期限会倾向于较短？

问题 5.21

假定逆权占有的规定限制是 10 年。侵占了 9.9 年后所有者仍保留完全的权利，但侵占 10 年后所有者丧失了他们的权利。作为所有者在 10 年结束时突然丧失权利的替代，可以规定权利是随着时间逐步贬值的。例如，侵占者每年逆权占有

可以被给予财产的10%的利益，以便1年后侵占者可以拥有10%的权利，10年后侵占者可以完全拥有它。比较“非连续规则”和“连续规则”的效率。

2. 失主不明条款

假定当你漫步在曼哈顿的小巷里，突然被一只牛皮纸袋绊倒了。你打开袋子，发现袋里装有钻石胸针。自然地，你想占为己有。但很明显有人丢失了胸针。如果在一个合理的期限后所有者没有要回你是否有权保留它？你是否有义务尽力去找到所有者，比方说，通过在报纸上登广告？谁拥有遗弃、丢失或放错地方的财产呢？**失主不明条款**回答了这些问题。

在美国，典型的失主不明条款规定发现者获得丢失或遗弃物品的所有权。如果财产超过规定的价值，发现者将不得不出现在法庭官员面前，并签署一份关于财产发现相关事实的文件。然后法庭官员刊登关于发现物品的广告。如果所有者在规定期限（如1年）没有出现并来申领，发现者成为所有者。未按照规定置留物品的发现者会被处以罚款。

像登记所有权一样，失物法规阻碍了财产的偷盗。给定失物法规，一个窃贼被逮住时持有他人财产，他不能通过声称他们发现了物品就被免除责任（“你是在哪里得到手表的？”大侦探夏洛克·福尔摩斯询问嫌疑犯，“它是从一辆卡车上掉下来的，”嫌疑犯回答）。因此，失主不明条款有助于区分善意发现者和窃贼。像逆权占有规则一样，失主不明条款倾向于消除所有权的瑕疵，并将财产转给能力更高的使用者。最后，失主不明条款通过发现者促进了信息的扩散，因而减少了丢失或放错财物的所有者的搜寻成本。

问题 5.22

如果一个丢失物的价值足够低，失主不明条款将不适用。因此，发现者没有广告的法律责任。根据失主不明条款，讨论需要平衡最有效降低失物价值边界的成本。

问题 5.23

在海事法中，存有一些配置海上丢失物所有权的规则。在美国，被遗弃船只的发现者一般可获得所有权，但在某些案例中，政府占有了水中被遗弃的船只。如果出现后一种情况，救助者（如打捞了遗弃船只的人）通常会能获得由法院决定的救助奖励。

这种奖励打捞者的实践是否会鼓励不诚实，或者这种实践是否会吸引更多有

效数量的资源用于搜寻丢失船只？赋予完整所有权给发现者的制度比奖励救助更有效还是更无效？

5.3 所有者如何处置他们的财产

所有者可以如何处置他们的财产？在这个部分中，我们分析产权的传统局限性后，将会转向讨论现代政府管制，如分区制。

5.3.1 遗赠与继承：规避成本和损耗成本

在封建或氏族社会中，法律通常规定了土地的继承人，而不是由所有者选择继承人。举例来说，在中世纪的英格兰长子继承父亲所有的土地，[①]在母系氏族里经常是侄女从姑妈那里继承土地。此外，封建和原始社会通常限制土地买卖。随着法律的现代化，所有者获得了更多的权利来规定继承和买卖等相关事宜。西方国家的法律几个世纪以来朝着更自由的方向在发展，所有者可以自由的指定在他死后谁可以拥有财产以及他们能如何处置财产。在此，简要地讨论一下有关这种趋势的经济分析。

任何对于所有者的选择限制都会导致一种规避的激励。举例来说，设想一个所有者想把他的土地遗赠给一位特殊的朋友，同时假定法律将财产授予其他指定的人。所有者可以规避法律，比方说，通过今天转让所有权且以每年 1 美元的价格租赁回来直至她去世。规避法律通常要有一位精明的律师帮助。一般而言，所有者在使用高昂的法律资源来规避财产使用的限制。

现在换个例子，假定严密的法律和成本高昂的律师阻止了所有者突破规避遗赠的限制。可是他还是想让指派给他的继承者沮丧，这时所有者可以在他去世之前耗尽其财产。例如，他可能会过早砍伐木材，或通过密集种植耗尽土壤的肥力，或推迟建筑物需要的改进修缮。一般而言，限制转移的规则会破坏所有者使财产价值最大化的激励。

规避成本和损耗成本提供了两个允许所有者死后自由转移财产的理由。然而，出于同样的理由，在特殊的情况下限制所有者的自由也是合理的。大多数产权是永存的，而所有的所有者都会去世。有时一代所有者想限制后代所有者的自由裁量权。譬如，假定我拥有本家族的名为布莱克阿瑟(Blackacre)的祖屋，我在自己的遗嘱中规定不允许任何人将布莱克阿瑟祖屋用于居住以外的其他用途。我去世后，我的继承人想将布莱克阿瑟祖屋发展成高尔夫球场。法律应该实施我遗嘱的

① 从 1066 年(诺尔曼征服的日期)到 1925 年，在英格兰大多数地区，在一个人去世后处置地产的一般规则是由死者的长子完全继承，这个体系被称为**长子继承制**。除了在一些非常窄的情况下，否则立遗嘱人不能自由改变该规则。

限制，还是将遗嘱搁置允许我的继承人建一个高尔夫球场呢？如果法律按惯例将限制搁置，那么我会有激励在去世前耗尽资源或规避法律。如果法律实施这样的限制，那么我的愿望可以实现，但要以一定的社会成本为代价，因为如果可能的话，布莱克阿瑟祖屋很难转移到比作为住房更高使用价值的用途上。

前面的例子中，所有者表面上出于美学目的限制布莱克阿瑟祖屋的未来用途。但在其他的例子中，所有者创建一个信托基金（称为“败家子”信托）来保护后代不受其自身错误判断的影响，①或遗赠努力使财产能在家族中永久保留，②或通过限制性契约将未来的销售渠道限制在一定阶层的买方身上。③ 一般而言，当现在的所有者想限制未来所有者时，现在的所有者依其意愿自由组织交易的原则碰到了一个难题。在这些案例中，同一财产的顺序所有者的自由之间存在冲突。无论自由的减少来源于法律或是自由交易，序列中任何所有者自由的减少都会导致经济浪费。

英国普通法一般是通过讨论“转让限制”，从而对这些事实作出回应的，正如他们所称的，特别是在复杂法律的遗赠案例中，被称为**反永久所有权规则**。该规则是对礼赠、出售、遗赠或其他交易形式的财产限制强加一个时间期限。与持续永久相反的是，当法定期限到期时限制自动失效。规定法定期限有一个奇怪的公式“有生之年加 21 年”。为了进一步说明，假定本人惟一的小孩是一个未婚的女儿，我在遗嘱中规定她将继承我的布莱克阿瑟祖屋，遗嘱中的条件是除了居住不能作他用。根据规则，限制在我女儿去世后 21 年失效。

注意反永久性所有权规则是一个“隔代规则”。我们用这个词是指它允许所有者通过限制他们对财产的使用略过在世的一代，但是财产在传到未出生的下一代时没有限制，当再下一代人达到 21 岁就成为合法的成年人，他们所继承的财产不受限制。隔代规则是有经济理由的。假定你必须选择一个有关一代人对后代在财产的使用上强加限制的权利。你选的原则将应用到每一代。你知道世界正以不可预料的方式发生改变，所以没有限制永远是好的。你也知道多数的所有者对继承人是谨慎的也是和蔼的，少数的所有者是愚蠢和贪财的。实际上，给定一个不断变化的世界，你所希望的只是用一个保护原则来阻止某个偶尔会在无数的所有者序列中出现的傻瓜。

谨慎的所有者不会限制谨慎的继承人，谨慎的所有者会限制愚蠢的继承人。给定这些事实，对你而言有吸引力的原则是选择允许每一代限制下一代，但是不限制后续各代。当谨慎的所有者应用此原则，只有愚蠢的继承人会被限制。此外，谨慎所有者强加给愚蠢所有者的限制会阻止愚蠢所有者强加限制给下一代。于是，

① 例如，建立信托基金，其中受益人从信托财产中接受利息收入，但不能接触到资本直到他中年为止。

② 例如，所有者留下指示，在他死后，他的土地要给其长子，在长子死后土地仍留给长子等。

③ 过去在美国，契约有时被限制只能在未来销售给属于一定种族的买者。

反永久所有权规则似乎能使跨代财产的价值最大化。

信托是一种组织，其中一个人为了其他人的收益拥有且管理金钱。信托有不同的目的，比如转移财产给继承人且要规避遗产税。当一个人创建并授权给信托机构时，信托机构就付钱给受益人，这并不是遗产，因而不能被征遗产税。然而，最终信托被解散时，税务机关可以重新收回信托机构规避的那部分税收。为了进一步减少税收义务，美国的一些州实施法律允许公民创建"永久信托"或"朝代信托"。因为它们不会被解散，它们可以避免解散所引发的税收义务，但是它也是与反永久所有权规则不一致的。

美国某个州的公民可以在另一州建立信托。各州通过制定有利的法律特别是避免联邦政府或其他州的税收进行竞争来吸引信托企业。永久信托是一个例子。除了避税，信托企业的竞争也可以提高信托的效率。信托机构经常会有的股票投资组合管理，就反映了这样的一种改进。在 19 世纪，大多数美国的州采纳了这样一种规则，如果包括投机性股票在内的投资组合损失了价值，受托人要承担责任。这个规则导致了受托人购买债券和非常保守的"蓝筹股"。然而，低风险是整个资产组合的特点，而不是每只股票都是低风险的。在资产组合平衡理论中，一个股票的风险可以抵消另一个股票的风险。用专业术语来说，持有与风险负向相关的股票导致资产整体低风险，即使每只单个的股票是高风险的。有些创新的州对这些事实作出了反应，它们改变了信托管理的规则。在修改的规则下，持有平衡资产组合的受托人不需要对单个股票价值下跌导致的损失负责任。这种规则的改变导致了信托资产组合从保守的债券转向更具单独风险的股票。发生革新的州吸引了更多的信托机构，对其他没有对信托管理规则现代化的州产生了压力。①

问题 5.24

作为"有生之年加 21 年"的替代，规则也可以是"有生之年加 10 年"，或"有生之年加 35 年"。从"隔代"的角度比较这些规则。

问题 5.25

假定遗嘱订立人强加了一个无法满足的条件。例如，过世者留下他的遗产是供印第安纳州的黎巴嫩医学院使用的，但是在立遗嘱人去世后，印第安纳州放弃了

① 参见 Max M. Schanzenbach & Robert H. Sitkoff, *Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation?*, 50 J. Law & Econ -(2007)。作为司法竞争的另一个例子，信托是在普通法系中发展起来的，而不是在大陆法系中发展起来的。伦敦银行在信托业务方面的成功对巴黎银行产生了压力，迫使其修改了法国民法来获取英国普通法中信托带来的所有好处。

兴建医学院的计划。在这种情况下，美国法院应用力求**近似原则**（“cy pres”，发音如“see pray”，在法国法律中意指“近似地”）。在此规则之下，法院发现与过世者意图尽可能相近的可供选择的条件。如出售过世者在印第安纳州黎巴嫩县的财产后产生的收益，可以考虑用于其他地方医学院的使用。运用规避成本和损耗成本的概念为该原则提供经济学原理的解释。

问题 5.26

我们在前面建议每年增加的续期费用是设置最优专利期限的有效方式。相似地，假定想要限制其财产未来使用的所有者也不得不每年支付一笔费用来限制遗嘱的执行。例如，如果我的遗嘱规定布莱克阿瑟祖屋应该仅限用作居住 100 年，那么，我不得不在遗嘱中作出规定，为了限制遗产用途每年向政府支付一定的费用。实际上，政府已经减少对想要在财产上强加死后限制达一定特殊年限的过世者的遗产的年费。在何种程度上你会设置这样的费用？对于所有的条件和所有类型的财产都相同吗？这种收费的制度是否比反永久所有权规则更有效呢？

5.3.2 使用他人财产的权利

一般而言，没有人可以在未经所有者同意的情况下使用他人的财产。未经所有者允许而使用他人财产是一种非法侵占行为。如同我们在第 4 章看到的，此规则和合意的交易费用会促使那些想要使用他人财产的人去与所有者谈判。谈判会导致财产被评价最高的一方所使用，这也是配置效率的要求。

是否曾有人在未经所有者同意的情况下合法使用他人财产？我们已经看到了这样的事例，在有限的情况下，“合理使用”例外允许某人在未获所有者同意的情况下使用作品的复印本（参见问题 5.11）。这一问题源于一个著名的案例：“普卢夫诉帕特南”。[①] 帕特南是尚普兰湖中一个小岛的所有者，该湖的大部分水域处于佛蒙特州的北部。在 1904 年的 11 月，普卢夫与他的妻子及两个孩子在那个湖上乘坐单桅帆船航行，忽然遭遇到猛烈的暴风雨袭击。普卢夫急切需要一个安全的港口，而最近的港口就在帕特南的小岛。普卢夫将其单桅帆船停泊在那个小岛的码头上，希望他的船和家人能够安然度过这场暴风雨。然而，帕特南的一个雇工，害怕单桅帆船在风暴期间会反复撞击码头而损害其雇主的财产，因而将船从码头上解开并推走。单桅帆船和其乘客当时只能任由暴风雨的摆布。帆船最终被暴风雨打上了岸且严重损毁。

普卢夫起诉帕特南，提出他的船的损害和他与他家人的受伤都是由于被告通过其雇员的错误行动造成的。普卢夫认为暴风雨造成一种紧急情况，在此情况下

① 81. Vt. 471, 71A. 188（佛蒙特州高级法院，1908）。

他对被告财产的侵占即未经允许使用也是有正当理由的。他要求对其损失进行补偿。帕特南应诉说美国产权所有者都有权驱逐侵占者。他声称，这个原则是如此根深蒂固，法院应该直接判处即席判决不需要继续审理。主审法官驳回了被告的即席判决议案，被告提出上诉。佛蒙特高级法院维持原判，并认为**私人紧急避险**就如同普卢夫的情况是一般侵占规则的例外。

在紧急情况下，一个人未经允许可以使用他人财产。但是，使用者必须补偿所有者使用的费用。举例来说，在偏僻荒野迷路的徒步旅行者可以进入无人居住的小屋获取水和住所，但是旅行者必须补偿所有者小屋损坏和食品消耗的费用。另一个例子，X 在夜间病重，小镇上惟一的药店已关门，无法找到药店的所有者 Z，于是 X 闯进了 Z 的药店，取走了所需的药品。法律会对侵入作出解释，但 X 必须赔偿 Z 的损失。最后一个例子，X 即将被 Y 谋杀，此时 X 捡起最近的重物，Z 的价值昂贵的中国花瓶，打破了 Y 的头，因而救了自己的命。X 必须对 Z 支付其花瓶的损失。简而言之，私人紧急避险原则允许危急时刻的侵占，但要进行赔偿。

谈判理论将一般性侵占原则的例外私人紧急避险合理化。在危急时刻，交易成本会排除谈判。例如，突发的暴风雨使得普卢夫无法去找到帕特南并进行谈判。当谈判被排除时，自愿的交易就不一定会导致商品被评价最高的一方使用。允许补偿侵占的原则保证了侵占只会在其价值对于侵占者而言大于所有者成本时才会发生。

如果普卢夫发现帕特南在码头上，两人进行谈判。突发的紧急情况将垄断权利转到了帕特南手上，只有他拥有最近的码头。给定帕特南的垄断地位和普卢夫的绝望处境，帕特南会可能要求一笔过高数目的码头使用费。普卢夫当时可能会承诺支付，而后在紧急情况过后拒绝支付。当我们在后面谈到合同法中“紧急避险原则”时，将会对这类“邪恶的撒玛利亚合同”的法律进行讨论。

问题 5.27

对普卢夫案件中实施的有趣权变也发生在“文森特诉伊利湖运输公司”案，109 Minn. 456，124 N. W. 221（美国明尼苏达州最高法院，1910）。在 1905 年的 11 月下旬，雷诺兹号货船停泊于原告在德卢斯的码头卸货。苏必利尔湖上暴风雨突至。雷诺兹号货船用信号示意拖船将其拉离码头，但是由于暴风雨，没有人发现信号。暴风雨期间货船仍然停留在码头上。暴风雨的反复猛烈冲击将货船抛向原告的码头，导致了 300 美元的损失。原告要求该数目的赔偿。伊利湖运输公司则声称其货船是非自愿的侵入者。雷诺兹号货船已经试图离开原告财产，但由于非自身过错而无法离开码头。法院认为原告有权取得赔偿。请提出理由证明此裁决是有效的。

5.3.3 不可让与性

法律禁止销售某些有价值的物品，如人体器官、性、海洛因、儿童、投票权、核武器或人权。你甚至不能**放弃**这些物品，比如海洛因或国民选举中的投票权。你不能通过任何合法的手段丢弃这些事物，比如你的人权。**让与**的一层意思就是丢弃某物，特别是丢弃贴近你自身的部分。在法律上，**不可让与**的术语是指你的某些物品你是不能通过特殊方法丢弃的。因此，人体器官、性和儿童是不能转让交易的，你的投票权也是不能转让或赠予的，你的人权也不能以任何方式让渡。

性或儿童的交易是被传统道德和法律所禁止的。许多形式的不可让与性反映了传统道德。其他形式的不可让与性，如人权的实施，表达了著名政治理论家的愿望。经济学家的想法呢？他们对不可让与性的效率有何说法？偶尔，管制会增加转让的效率。这个事实为管制提供了经济原理。但是，不可让与更甚于管制。尽管管制限制了转让，但是不可让与性是禁止了转让。转让的效率不会通过禁止而提高。一般而言，禁止转让是无效率的，因为其阻止了人们得到他们想要的东西。沿着这种思路，一些经济学者们抨击法律，因为法律使某些事物成为不可让与。[①] 不可让与性是否具备任何经济学的理由？[②]

一些学者认为某些物品的销售通过更高级的方式破坏了其转让。例如，考虑医院血液的供给。有两种互补的方式可以保证血液是不受感染的：供血个人的病历记录和实验室检测过的血。私人供给者在献血时比卖血时更可能提供准确病历。因此，献血更能远离感染。这个事实为献血而不是卖血提供了经济学原理，但是并没有理由来禁止血液交易。[③] 例如，在美国大多数血液是献血而来，但也有部分源于卖血。[④]

然而，假定血液的销售破坏了自愿捐赠。例如，只要血能卖，人们可能会感觉到无偿献血是很愚蠢的事情。如果这些事实是真的，那么为了将转让转向更高的

---

① 例如，Elizabeth Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 J. LEGAL STUD, 323 (1978)以及 J. Robert Pritchard, *A Market for Babies*? 34 U. TORONTO L. J. 341 (1984)。又见在《波士顿大学法律评论》(*Boston University Law Review*)上的关于 1987 年出售儿童的经济学讨论会。

② 参见 Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 COLUM. L. REV. 931 (1985), Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987)，和 Richard Epstein, *Why Restrain Alienation*?, 85 COLUM. L. REV. 970 (1985)。

③ 参见 RICHARD TITMUSS, THE GIFT RELATIONSHIP: FROM HUMAN BLOOD TO SOCIAL POLICY (1971)，在书中作者认为不可让与性是一种有效的保证质量控制的方法。也可参见 Kenneth Arrow, *Gifts and Exchanges*, 1 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 343 (1972)，以及 Reuben Kessel, *Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem*, 17 J. LAW & ECON. 265 (1974)。

④ 在美国血液可以被买卖，但是联邦食品药品管理局要求明确区分标明血液的来源是“支付捐助”或是“自愿捐助”。注意非营利机构采集的是“自愿捐助”的血液，通常卖给了医院。

赠与渠道，禁止血液的买卖就可能是必要的。相似地，人类学家认为，市场破坏了氏族社会中人们的赠予经济。虽然看似有理，但对这一理论的事实支撑还不够有力，不能提供令人信服的对不可让与性的辩护。于是，不可让与性看似是基于传统道德和政治哲学观的价值而非基于帕累托效率。

问题 5.28

假定在特定司法管辖区内的每个成年人都有资格担任陪审员。潜在陪审员小组是从合格的人口中轮流抽出的。现在没有司法管辖区允许某人聘请合格的替代者，来代替其提供陪审服务。如果人们被允许从事进入陪审员市场，那么，社会是否会变得更好？

网页便笺 5.7

随着可移植的人体器官利用技术的进步，对人体器官的需求远远超过了在不可让与原则下可用的供给。参见作者的网站（和专栏“不可让与的人体器官”），讨论管制的人体器官市场是如何显著增加供给的。

不可让与的人体器官

在近 20 年间，医疗技术的进步使得移植某人的人体器官到另一个人身上成为可能，这导致了对可移植的人体器官的需求大量增长。每年在美国有近 80 000 人等待器官移植。但是被称为“尸体器官”的适合器官供给非常之少——每年大约 10 000 个器官。对于存在过度需求的市场，价格上涨会带来供求均衡。但是这不能发生在可移植器官市场上，因为法律禁止这些器官的市场交易。《统一解剖捐赠法案》，在 1968 年首次颁布，在 20 世纪 70 年代初期被所有的州和哥伦比亚特区所通过，使合同买卖人体器官成为非法。《器官移植法案》，42 US. C. § 274(1994)，也禁止合同买卖用于人体移植的人体器官。因此，捐赠和捐献是供给可移植人体器官的唯一途径。

为了捐赠某人的人体器官，该人必须表明——经常在取得或更新驾驶执照时——愿意在死亡事件中放弃可移植器官。不到百分之二十的美国驾驶年龄人口已填写了器官捐赠卡，其中但百分之八十五的人口表示他们愿意捐出他们的器官。

因为太多的人没有明确表示他们捐赠的意愿，也因为对可移植器官的强大需求，所以要考虑如何增加供给。在现有的体系下，医生通常要询问最近的亲属是否可以让他们“收取”死者的器官。因为任何一个人都可以想象，这可能并不是最好的时机来作出此种请求。现有体系的一种可供选择的方法是“假定同意”：除非他们作出断然宣称拒绝，否则每个人将被假定同意他或她的器官被收取。许多欧洲的国家有这样的默认规则，但有变异。例如，法国假定同意收取但要求当局与死者家属核实一下。奥地利接近于使用纯粹的假定同意。奇怪的是，奥地利的结果，在人均上与美国相比，有更多的可供移植的肾脏，相同数量的肝脏和较少数量的心脏。

还有几种其他可能性能够增加供给。技术可增加从其他动物向人类移植器官的可能性；可选择的有，技术可以开发出人造器官，非常类同于已经开发出的人造关节和人造眼球。最后，管制的人体器官市场可能被允许。这类市场的优点和缺点在下面所列的资料中有所研究。

大量超额需求将会存在，直到供给能够增加。此外，缺乏市场在有需要的众人中配置有限的资源，就会出现非市场的配置方法。在美国，决定谁将得到可移植的器官，有一套极其复杂的方法。这种方法力求公平和有效，在目前十分困难的情况下，它可能算是相当不错地取得了成功。[①] 实质上，目前美国使用的配置体系给予器官是根据病人的官方轮候名单上的顺序进行的。在 2006 年，负责器官移植组织(UWOS)提出了一种可供替代的分配方法——器官被首先给予那些移植后可能活得最长的人。该建议由于存有争议，仍在讨论中。

资料来源：

Lloyd R. Cohen, *Increasing the Supply of Transplantable Organs: The Virtues of a Futures Market*, 58 Geo. WASH. L. REV. 1 (1989).

Gregory Crespi, *Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a Futures Market in Bodily Organs*, 55 OHIO ST. L. J. 1 (1994).

RICHARD EPSTEIN, MORTAL PERIL: OUR INALIENABLE RIGHT TO HEALTH CARE? (1997).

5.3.4 分拆产权

一般而言，财产的所有者拥有一组权利，有时法律限制所有者重新组装其权利的能力。举例来说，商品的所有者对商品拥有 W、X、Y 和 Z 等各项权利。所有者

① 有一个关于经济学家的笑话可以说明这种类似情况：一个等待心脏移植的病人从医生处获悉忽然有两个心脏可供选择——一个是非常健康的 24 岁马拉松选手，死于医院前面，另一个是 90 岁高龄的经济学家。毫不犹豫，病人选择接受经济学家的心脏，他给惊讶的医生的解释是因为“它从来就没有被使用”！

可能想拆分这些权利，将 W 和 X 出售给一个人，保留 Y 和 Z 归自己所有。然而，有时法律不允许分拆却允许出售一组完整的权利。例如，一块城市土地的所有者可以将土地作为整体销售，但同时城市法规可能阻止他将土地分成两半并出售一半。

分区制表明了一种阻止分拆产权的特殊管制。更深入的问题是，是否财产性质层面的内容都要一般限制或限制分拆。为了说明何种情形是利害攸关的，假定 A 继承了他家族的传家宝怀表。B 是 A 的兄弟，每年都会戴着表出席圣诞晚会。B 支付一定的钱给 A，以换取 A 同意每个圣诞节让 B 戴表的权利。可在后面的一年中，A 拒绝让 B 戴着表过圣诞，这违反了俩人的合约，于是 B 起诉 A。

继续这个例子，假定 A 将表卖给了 C。为了达成交易，A 没有告诉 C 有关 B 的问题。C 也忽略了 A 与 B 的合同，直到圣诞节来临，B 向 C 要求借表。C 拒绝。B 能做些什么？无法对 C 采取行动。C 并不需要把表在圣诞节借给 B。B 惟一能得到的救济是起诉 A，要求得到违反合约的损失补偿。

正如这个例子所表明的，A 和 B 的合同不能保证 B 总是能在圣诞节戴上表。B 想要得到的权利是在圣诞节能戴上怀表的权利，且能够与任何拥有表的人主张该项权利。B 可能会采取一种新的法律途径来试图得到保障：让 A 将表在圣诞节的使用权出售给 B，并让 A 保留所有其他权利。如果 A 不拥有表在圣诞节的使用权，那么，可以假定 A 不能将那些权利出售给任何其他人。此外，任何想试图阻止 B 在圣诞节使用表的人将会涉及干涉产权。特别是，如果 C 拒绝让 B 在圣诞节使用表，那么 B 可以起诉 C“侵占”，并得到特殊的履行（第 6 章和第 7 章将更详细地解释这些术语）。

注意，当 A 和 B 用 A 出售给 B 使用权来替代 A 对 B 的合同承诺，那么将发生什么变化。损害赔偿是合同违约常见的救济方式。于是，B 在圣诞节戴表的合同权利是通过 A 支付违约赔偿的责任得到保护的。相反地，禁令是产权侵占的常见救济方式。于是，B 在圣诞节戴表的所有权权利是通过他可以获得法庭命令规定 C 让 B 戴表过圣诞节得到保护的。

怀表的例子说明了分拆会妨碍交易。特别是，如果分拆被允许，C 将不能确定从 A 那里买到的表可获得何种权利，这将抑制 C 购买表的兴趣。繁荣的市场要求买方关于他们要求的权利具有确定性。

这个例子提出了一个一般性的问题：“拥有一组权利的财产所有者是否可以自由地重新安排相关权利，随意地转让，并迫使法院用禁令保护转让者的权利？”这个问题很少发生在怀表或类似物品上，却经常发生在不动产上。举例来说，假定我拥有本家族的祖屋布莱克阿瑟，并且我想保证永远没有人会用于住房以外的目的使用它。为了保证这个结果，我想将开发权从产权中移除出来。我能这样做吗？根据普通法系的财产法，我只能在有限的期限内限制布莱克阿瑟祖屋未来的所有者的使用权（参见前面有关反永久财产规则的内容）。一般而言，在普通法中所有者不能自由地分拆和重新安排不动产的产权。相似地，大陆法系国家（如法国）比普通法更甚一筹，列举了所有者不能改变的不动产的各种权利。根据大陆法系的传统，所列

举的权利是附着在财产物本身上的，而不是附着在恰好拥有财产的人身上的。①

另一种能挑起捆绑和拆分争议的重要类型的财产是公司。公司的股东是公司的法律所有者。然而近年来，一些公司创造了新的股票形式，不给予这些股票的所有者以投票权。还有其他例子，可以用来说明公司分拆和重新安排了传统的所有者享有的权利。

我们不要纠缠在不动产法或公司法的细节上，更要关注这些争议中反映的共同要点。在家传怀表的案例中，根本问题在于是否财产的所有者可以给予不同人的不同的权利，并基于此项权利，可以针对任何干预的人得到强制执行。

经济效率一般赞同当无论何时分拆都可以增加财产的市场价值时，就允许分拆。财产所有者一般是想使其财产市场价值最大化，他们比政府有着更好的条件来了解如何解决问题。因而，政府很少有理由可以阻止想要拆分的所有者拆分产权。但是，回想一下我们前面关于“反公共资源”的讨论。拆分可能会将未来的成本强加给那些想要将权利重新合成一个新的配置权利的人。就反对分拆的经济理由而言，主要是基于想将权利配置为一个更有价值的整体时所发生的未来成本最小化的考虑。

一些学者们认为，个人有时通过分拆以销售其他财产的方式增加了交易成本，同时也可以增加他自己的财产价值。譬如，标准格式合同的卖者降低了标准化的成本，但会增加其他卖者的成本。一般而言，关于合同的公共基础知识可以降低交换的交易成本，拆分则会使公共基础知识发生外流。这一看法意味着，财产法要求通过对规定的具体化对拆分进行限制。

然而，这种看法并不令人信服。除非各方当事人在合同中规定，否则大多数合同法有适用的规则（参见下一章中关于“默认规则”的讨论）。政府不需要管理合同以确保它们保持足够地标准化。国家标准化合同的要求通常是误导的，出于同样的原因，国家对拆分产权的限制也是误导的。法律应当责成卖方披露由于过去交易所发生的不可能的所有权限制，但只要有关交易各方都了解他们所购买的东西，法律一般应该执行拆分产权的协议。

5.4 对财产权侵犯的救济是什么

正如第4章所提到的那样，普通法接近于一个自由权利最大化的法律系统，这样就允许所有者在不干涉他人财产的基础上自由处置其产权。当应用这个原则时，提供给所有者的自由度取决于把自己的财产使用权从别人的财产使用权中分

① 在法律术语中，物权法定原则是指权利包括产权的限制列举。在财产法中，这些权利是对物的，是指他们附着在财产上不管其所有者，但合同权利是对人的，是指他们附着在特定的签订合同的人身上。参见在第4章最后引用的米歇尔·黑勒（Michael Heller）和托马斯·梅里尔（Thomas Merrill）以及亨利·斯密斯（Henry Smith）的文章。

离出来的难度。当使用权是可分的时候，一个所有者对其他所有者的效应通过自愿成交的方法产生，就像市场交易一样。当使用权是不可分的时候，一个所有者对其他所有者产生不自觉的效应，就像我的黑烟覆盖了你的财产。本部分将讨论由相互影响的使用权方式产生的特殊的法律和经济问题。

5.4.1 外部性的公共侵害

当人们同意把成本和收益加诸彼此，他们通常会签订一份合同。然而，当不同人们的效用或生产函数是相互影响时，他们把收益和成本强加给对方，并没有考虑对方是否已经同意。由于成本和收益被传递到了市场的外部，这种相互影响被称为**外部性**。必须说明，有所不同的是，如果我在附近的水果商店买了很多西瓜，卖者就会提高价格，我的行为就影响了其他购买者，但是抬价只是市场中普通运作的一种手段，而非外部性。相反地，如果我养的公鸡因啼叫打扰了我的邻居，那么我的行为就对邻居产生了影响但又与市场交易无关。所以，噪音是一种外部性。

成本和收益被传递到市场的外部时是没有被定价的。成本和收益不被定价的时候，提供者缺乏激励提供有效产量。要解决激励问题需要对外部性进行定价。当一种外部性被定价，它的供给可以通过市场来加以引导，这就是所谓的**外部性内部化**。因此，解决互相影响的财产使用权问题的办法是通过市场的引导，或者说是外部性内部化。

解决外部性内部化问题的有效办法取决于受影响的人数。如果互相作用影响了一小部分人，这种外部性就是“私人的”。例如，我养的公鸡，它的啼叫干扰了几户邻居，那么，这种噪音就属于私人的外部性，如果相互作用影响了大多数人，这种外部性就是“公共的”。例如，从一家工厂冒出的黑烟影响了很多住宅区，这就属于公共的外部性。类似地，当一辆汽车想进入拥挤的高速公路，所有其他的驾驶者都要放慢车速，所以拥挤也是一种公共外部性。在经济学上，私人和公共的区别基于一个受到某些人行为影响的连续统的描述。随着受某人行为影响的人数增加，一个含糊的分界线被分割成为“私人的”和“公共的”。

在第 4 章中，我们解释了一个人对一种公共物品的消费不会减少别人消费的数量，同时排除人们享用公共物品也是困难的。公共外部性具有典型的非竞争性和非排他性的特征。例如，当一个人呼吸污浊的空气，同时很多其他人也都吸入了同样数量的污浊空气，而且阻止人们在给定空气质量的地区呼吸空气是很困难的。因此，这种有危害的公共外部性被称为“公害”。

可以用比较形式化的方法来概述这些观点。假设在由 a 和 b 两人组成的经济中，有三种私人物品：x_1, x_2, x_3。前两种商品的消费没有外部性，但第三种商品的消费具有外部性。例如，前两种商品是苹果和梨，第三种商品是香烟。我们给商品注上角标来标明商品是由谁消费的。所以，a 的效用可以表示为 a 所消费的三种商品数量组成的消费效用函数 $u^a = u^a(x_1^a, x_2^a, x_3^a)$。假设 b 消费前两种商品，不消

费第三种商品，也就是说，b 不吸烟。更进一步，假设 b 不喜欢呼吸到 a 抽烟产生的烟味。因此，b 的效用函数是 $u^b=u^b(x_1^b,x_2^b,x_3^a)$（注意：$b$ 的效用随着对 x_1、x_2 消费的增加而严格增加，却随 a 对 x_3 消费的增加而严格减少）。a 和 b 的效用彼此影响，因为 a 对第三种商品的消费在 b 的效用函数中起作用。换句话说，在 b 的效用函数中，含有上角标 a 的变量 x_3^a，表明存在外部性。

再添加些其他的标记来表示不完全市场。假定有三种商品（x_1，x_2，x_3）在商店里以（p_1，p_2，p_3）的价格出售。a 要对 x_3 支付的价格就是人们购买这种商品的价格。这个价格不包括 a 对 x_3 的消费所引起的对 b 的危害成本。

所以，没有与 b 的效用函数中变量 x_3^a 相关联的价格。要想加上这种价格，a 和 b 不得不相互谈判。通过谈判，外部性可能内部化。我们的两人经济是一个私人外部性的例子。另一方面，假定有 1，2，3，…，n 个像 b 一样的人。从 n 个人中任选一人，标为 j。j 的效用函数可写成 $u^j=u^j(x_1^j,x_2^j,x_3^a)$，$j=1,2,3,\cdots,n$。现在来源于 a 对 x_3 的消费造成危害的外部性影响了 n 数量这么多的人，这就变成了公害。同 n 个人谈判的交易成本高得让人望而却步，所以外部性不能通过私人谈判而内部化。换言之，必须找到另一种方法给外部性定价。

问题 5.29

把下列问题按照市场、私人外部性或公共外部性进行分类。

a. 警示船舶防止触礁的灯塔；

b. 我的建筑阻挡了你房子的光线；

c. 你在拍卖会上的叫价高于我的叫价；

d. 我的蜜蜂给你的苹果树传授花粉；

e. 机场噪音降低了我的房屋的出售价格。

问题 5.30

假定第三种商品 x_3，表示的是由 1，2，3，…，n 等人驾驶汽车的公里数，假定汽车是会产生污染的。重新用前面的公式中第 j 个人的效用函数，来表明这个问题。

5.4.2 外部性赔偿

在财产法中，有害的外部性被称为**妨害**。回顾一下，我们在第 4 章中讨论的禁令和损失赔偿两种方式对妨害进行救济的区别，以及这两种救济方式相比较时的效率与公共—私人的区别有关。如果妨害是私人的，很少人数的交易方会受其影

响，所以，谈判成本较低。当谈判成本低的时候，交易方容易达成合作协议，并且有效率地行事。因此，在这种情形下，选择赔偿对于谈判结果的效率没有什么区别。传统的财产法救济——禁令救济——在这种条件下是非常具有吸引力的，因为法院不需要承担因计算赔偿而需做的艰难工作。如果一个人把禁令看成是禁止冒犯行为的长久之计，那么这种缺乏灵活性是成本高昂的。然而，如果一个人把禁令看成双方通过自愿交易解决他们争端的工具，那么它是私人妨害很好的救济方式。

相反地，通过谈判修正公害性质的严重的外部性，会涉及受影响的所有交易各方的合作。在这种情形下，谈判因为需要太多人的共同合作而失败。法律将有危害的公共外部性称为**公害**。我们的分析表明，对于公害来说侵权赔偿相比于禁令会更为有效。

如果运用此法则决定选择禁令还是损害赔偿，法院必须考察受外部性影响的人数。然而，法院不需要对禁令和侵权赔偿进行成本—收益分析的比较。成本收益分析要求的信息，一般会多于法院能够掌握的信息，所以那些在应用中需要成本收益分析的法律规则就需要避开。

当补偿性的赔偿是最好的时候，他们将受害者的效用函数恢复到他不曾受到损害时的水平。损失的赔偿可以是**暂时性的**，也可以是**永久性的**。在暂时性赔偿中，原告必须回到法院接受额外的赔偿。因此，暂时性赔偿对于解决办法的讨论需要高昂的交易成本。在暂时性赔偿中，未来危害的减少直接地演变成赔偿责任的减少。所以，暂时性损失赔偿给予了受害者一种动力，即努力采取技术上的进步减少外部成本。

在永久性损失赔偿中，原告接受过去损害的赔偿，加上所有未来可预期的损失的贴现价值。这样的一次性付款偿清了法律判决中规定的过去和未来的损害。[①] 不幸的是，在技术上和价格上的未来变化是很难预测的，所以未来损害的估计有可能是错误的。因此，永久性赔偿存在大量的错误成本。更进一步，受害者通过这种永久性赔偿"购买"了直至判决中规定的外部损害水平的权利。因此，永久性赔偿并没有使受害者有采取技术进步把外部性降低到法律规定的水平之下的动力。[②]

就像已经解释的那样，暂时性赔偿需要高昂的交易成本，然而永久性赔偿需要高昂的错误成本，削弱了减少未来损失的激励。无论是司法审理还是用协议解决，在法律责任是确定的并且损害容易被测量的时候，解决冲突的交易成本都是很低的。当创新能够改进降低损害的技术并能改变人们对外部性导致损害的理解时，错误成本就是高昂的。因此，暂时性赔偿在给定损害简单的度量和快速创新的情况下，会更有效率。相反地，永久性赔偿在给定损害的成本高昂和缺乏创新的情况

① 参见第 2 章讨论的贴现问题。

② 在"布默诉大西洋水泥公司"一案中的不同观点，我们将做进一步的讨论，贾斯蒂斯·贾森在他对大部分判决为永久性赔偿的批判中辨别出了这一点。他写道："更进一步，一旦永久性赔偿被提出并支付，减少犯错误的动机会降低，因此会继续不负责任地在这个地区进行空气污染。"

下，会更有效率。

我们把损失赔偿看作是公害的解决办法。然而，普通法尚未遵循这个规定。当公众受到侵害时，法院传统上让受到损害的各方对其进行禁止。下面的案例表明普通法传统上已经开始逐渐接受公害的损害赔偿方式。阅读这个案例，思考传统的妨害救济（对过去损害的赔偿和对未来损害的禁止），重复赔偿和永久性赔偿的区别。读完案例之后，完成一些问题测试来看看你对外部性知识的理解。

布默诉大西洋水泥公司，INC. 309N. Y. S. 2d312，257. N. E. 2d87（纽约上诉法院，1970）

被告伯根在奥尔巴尼经营一个大型的水泥厂。相邻的农田所有者有权利通过禁令或损失赔偿以避免来自于水泥厂产生的污水、黑烟和电磁波震动。

（在初审法院和上诉中，被告的水泥生产对于原告邻居是一种妨害。法院判定为暂时性赔偿，但是对工厂将来会导致同样或更大损害的固体污染、烟尘污染、电磁波污染的禁令却被否决了。原告进行上诉以求获得对于妨害的传统赔偿——禁令。）

不同意禁令的依据……是在于损害的经济后果和禁令的经济后果有很大不同。然而，这个理论不能也并没有否决在一些法院的主要案件中重申的或者从未被否认的学说。哪里有侵害，哪里有重大的侵害申诉，哪里就会授予禁令。

纽约的规则是损害会被下令禁止，尽管禁令和损害的经济后果表现出了不同……

特别期限法庭（初审法庭）也发现大量的对于原告的永久性赔偿，因为双方在这件事情上的导向被定为永久性赔偿的赔偿方和接受方，用这种方式作为在不同方的所有矛盾的解决办法。永久性赔偿给原告方的赔偿总和为 185 000 美元……

结果……背离了已经建立的规则；但是，在此案中如果刻板地遵循已有规则，会使得水泥厂立刻关闭。法院完全同意避免这灾难性的严重赔偿；只是在怎样最好地避免此问题上产生分歧（法院的备注：大西洋水泥公司对于水泥的投资达到了 45 000 000 美元，有 300 人受雇于该厂）。

如果在一小段时间，如 18 个月，妨害不能通过技术改进来减少，法庭肯定会将特别期限延长，让被告施展良好的信誉努力来发现新技术。被告支付了足够的赔偿，双方可以在任何时间打官司解决，而且水泥厂倒闭的威胁将给被告带来压力……

而且，减少污染的技术和其他避免生产水泥的污染的办法不会通过短时间的任何研究被解决，而是要依赖于国家和世界的水泥行业的共同努力发展。无论在哪里生产水泥，这个问题都是普遍存在的。

由于明显的原因，研发新技术的速度并不是被告能控制的。若18个月期限到期时，整个行业尚未找到技术上的解决办法，如果法庭还适当考虑公平原则的话，法庭很难让这一水泥厂关闭。

另一方面，如果被告未能向原告支付法庭所规定的永久性赔偿，那么批准禁令似乎对于双方来说都是公正的。原告所提出的财产的所有经济损失都将得到补偿……

有理由认为，被要求支付永久性赔偿给遭受水泥厂损害的财产所有者的风险本身就是一个引致水泥厂研究技术改进以将妨害降到最低的合理有效的激励……因此判决看起来对于双方制定永久性赔偿是公平的，这就终止这一私人诉讼……这种判决，即通过永久性赔偿给予行动基础的地役权，将会通过原告或者他们的受让人，阻止在未来发生死灰复燃的情形。

被告支付的和原告接受的由法庭判决的永久性赔偿是对地役权的补偿，这应该是不容置疑的。①

判决应该无异议地被撤销，而且案件发回奥尔巴尼高级法院，批准禁令，但是这禁令可在被告按法庭规定的数额支付给各个原告永久性赔偿费后得以取消。

贾森提出反对意见。我同意大多数人关于撤销决议的观点，但是我不支持永久性赔偿替代禁令的新学说，如果替代，会使大量的产权受到妨碍的损害……

在妨碍导致不断损害的地方过分地实行我们长期建立的批准禁令的规则有很大的危险。多数人的意见是，允许禁令在永久性赔偿后不再生效，结果是允许继续侵权。就像对于水泥公司来说，只要你付费就可以对邻居继续侵害（作者的观点）。而且，一旦这种永久性赔偿被估算并且支付，减少侵权的激励就会被削弱，所以工厂就会不负责任地在土地上继续进行空气污染。

确实一些法院认可了被大多数人推崇的在大多数案例中体现的解决办法，但是官方机构在此之前却没有类似的解决办法。在这些案例中，法院否定禁令，判决赔偿金，是在展示这种产权是与公共利益不同的私人产权。在这里，从另一方面，这样的一种观点被建立起来，即水泥厂在继续进行私人的空气污染行为，而与公共利益无关……在我看来，促进制造污染的水泥公司的利益没有丝毫的公共用途或者利益。

我将命令被告水泥厂如果在18个月内不能消除危害，那么不允许继续在邻居的财产上释放灰尘颗粒……

① 土地上的地役权在真正的产权中是一种限制或者义务。地役权被形象地称为“与土地一起”，意味着它永久地与特定的一块土地相连，因此不依赖于所有者的身份。在我们对这件事情的讨论中，我们会看到为什么法院想给地役权永久赔偿的义务而不是某个个人。

问题 5.31

在布默案件中的外部性是私人的还是公共的?

问题 5.32

在各方之间的谈判的交易成本是高还是低?

问题 5.33

假设居民有禁止水泥公司空气污染的权利。假设想从居民手中获得这一权利,水泥厂将会遇到什么阻碍?

问题 5.34

解释法院给出的救济办法。假设在未来的某个时候,水泥厂提高了它的产出率,因而提高噪音、烟尘和电磁波等的排放,增加了对居民的损害。居民对此有何救济办法呢?

问题 5.35

对比暂时性赔偿和永久性赔偿在人们于水泥厂附近建造新房的激励的不同。

问题 5.36

在什么程度上,私人的财产法可以解决污染问题?

网页便笺 5.8

参见作者的网站上关于使用妨害解决外部性的一些案例和问题。

5.4.3 作图描绘外部性

现在我们运用图形来解释赔偿的支付是如何使得外部性问题内部化,并且恢复效率。我们假设像大西洋水泥厂一样的一家公司,对他人的外部成本负有责任。公司的情况反映在图 5.3 中。该公司边际私人成本曲线是 *MPC*,表示该公司生产

不同数量水泥产生的私人成本。私人成本包括资本、劳动力、土地和生产资料，但是不包括污染产生的外部损害。污染的外部成本加上私人成本就是生产水泥的社会成本。图 5.3 描述了表示两种不同技术的两条边际社会成本曲线。在旧的技术下，加入到生产的私人成本之中的外部成本产生了边际社会成本曲线 MSC，这条曲线描绘了在旧的技术下对于社会而言不同产量水平的真实成本。同样地，一个新的技术水平会使污染降低。它的边际社会成本曲线用 MSC' 来表示。新技术方法的优势在于与旧技术方法对应的各个产量水平相比，它的污染只是原来的二分之一。例如，旧的技术方法可能会在烟囱里使用过滤器，而新技术可能会在烟囱里使用清污装置。

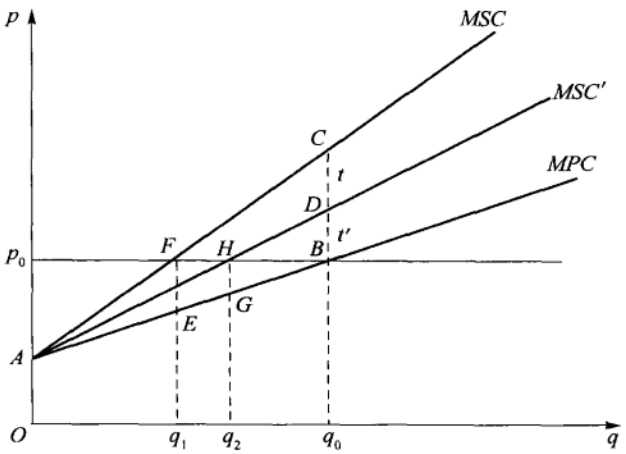

图 5.3　在暂时性赔偿的规则下，采取一个新的、先进技术的激励

任何技术水平下，在缺乏法院或管制行为的情况下，公司的利润最大化产量为 q_0，它是由私人边际成本曲线和市场通行的产品价格 p_0 的交点决定的。在旧技术下，产量 q_0 所需的全部外部成本是 ABD 区域。在旧技术下的由最后一单位产出产生的净社会成本是 $t'+t$，在新技术下的则是 t'。注意，我们很容易看到，就算对于公司来说没有法律强制去计算外部成本，相比于旧技术条件下，新技术条件下公司的产量仍是 q_0，社会的境况也会得以改善。然而，如果公司不需要将外部成本内部化，它就没有激励采纳新的技术。

然而，如果公司不得不将生产水泥的外部成本内部化，情况就大不一样了。在旧技术条件下，公司对外部成本要负责任，所以利润最大化的产量是由 p_0 和 MSC 在 q_1 的交点决定。但是在新技术条件下，公司对外部成本负责任，利润最大化的产量是由 p_0 和 MSC' 在 q_2 的交点决定。根据我们的假设，由两种产出所决定的全部社会成本是一样的。也就是说，AEF 区域对于 AGH 区域来说是相等的。但因为 $q_2>q_1$，社会更愿意让公司采纳新的技术并且沿着 MSC' 曲线生产。

但是公司会选择怎么做？两种技术方法是否仍然没有什么差异吗？不是的。

假定公司支付污染成本，它在旧技术条件下的最大利润是 AP_0F 区域，然而在新技术条件下，最大利润是 AP_0H 区域。显然，$AP_0H > AP_0F$。

如何将这些考虑与上面提出的关于在不同赔偿方式上采用新生产技术的激励联系起来呢？直觉的合理答案是，与永久性赔偿相比，暂时性赔偿会更快地促使水泥公司采用污染少的新技术，这已经在我们的图形分析中得到证明。然而，暂时性损失赔偿费相对于永久性赔偿费在经济上的好处还应与暂时性判决潜在的较高行政成本相比较。

问题 5.37

图 5.3 中的价格线 p_0 是一条水平线，这一事实指出了与竞争有关的什么现象？

问题 5.38

假设科学发现吸入水泥厂的污染会导致一个新的健康问题。这一发现会对于图产生什么影响，并怎样改变水泥生产的有效水平？

5.4.4 占用

第 4 章提出的财产理论强调，清晰和确定的财产权有助于谈判的顺利进行，并为合作和交换创造剩余。相反地，模糊和不确定的财产权将阻碍谈判的进行，并丧失社会剩余。政府占用财产和管理其用途减少了产权的清晰度和确定性。社会剩余的最终减少是政府占用财产和管理其用途的经济成本。减少这种经济成本是在较低的成本下提供公共产品的收益。在本章中，我们将这些思想发展成一个占用和管理权的经济学理论。

在许多国家中，宪法限制国家占有私人财产的权力。例如，美国宪法第五修正案中的占用条款这样写道："除非得到公正的赔偿，私人财产不得被占用来作为公共使用。"因此，第五修正案禁止了政府占用私人财产，除非是在以下两种情况下：(1)私人财产被占用作为公共使用，(2)所有者得到赔偿。下面将解释这两条原则的经济学原理。

1. 赔偿

为了理解赔偿条款，比较一下占用和税收。税收是在一个广泛的基础上进行征收的，例如收入、财产、销售或赠与。每个人在被征税时，面对的是同一税率水平。相比之下，占用涉及的是具体到个人的特殊财产。暴政可以通过从私人那里掠夺财产为政府提供资金，让官僚迅速致富。通过占用为政府提供资金，资产被占

用的私人所有者一定不会得到赔偿。如果私人所有者获得了相当于市场价值的赔偿，那么政府将无法通过占用获得任何利润。所有赔偿的要求可以被看做是将政府获取的资金纳入到税收体系中，从而远离占用的一种途径。

经济学为政府通过税收方式而不是占用方式获取资金提供了强有力的理由。任何一种征用都将扭曲人们的激励，并导致经济无效率，但是税收的扭曲程度要比无偿的占用小得多。为什么会这样呢？考虑公共融资中的一个基本原则，即将注意力主要集中在税收的扭曲上而不是宽泛意义上的税收水平。应用这一原则，在一个给定的税收水平下，对食物征税要比对蔬菜征税带来更少的扭曲，或者对蔬菜征税要比对胡萝卜征税带来更少的扭曲。这个原则是基于这样一个事实，规避一个宽泛的税收要比规避一个狭窄的税收更难。例如，规避食物上的税收的办法就是吃少一点，但是规避对胡萝卜的税收可以通过消费其他蔬菜，如黄瓜来达到目的。范围宽的税收扭曲程度较小是因为许多人不能改变他们的行为来规避税收。因此，效率要求政府基于较宽泛的范围来征税，如收入税或消费税。① 相反地，占用具有狭窄的范围。单个所有者阻止政府无偿占用他们的产权，要支付高昂的费用。事实上，无偿占用的可能性将会使资源从生产领域转移到财富再分配的政治斗争中去。

2. 公共使用

赔偿的要求并没有阻止另一种政治滥用，即政府会将一个人的财产转卖给其他人。为了理解这个问题，考虑一下占用和出售之间的区别。买卖是由互惠的动机促成的，互惠是因为能将财产从评价较低的一方转移至评价较高的一方而产生的。举例说明，布莱尔从亚当那里购买一款 1957 年生产的雪佛兰汽车产生了交换剩余，因为布莱尔对这辆车的评价高于亚当的评价。双方同意进行交易的事实证明了这种互惠的存在。相反地，占用并不需要财产所有者的同意，所以，单方面的收益能够促使占用的发生。此时，一个财产所有者可能对于他的财产的评价要高于占用这种财产的人。

例如，假设赛姆森拥有他家族的一块土地，其市场价值为 30 000 美元，但是赛姆森并不想卖掉它，由于家族感情的原因，他对这块地产的评价是 100 000 美元。德雷拉对赛姆森的地产已经垂涎已久，愿意支付最高达到 40 000 美元来购买该地产。假定政府能够强迫赛姆森以“公平地价”出售地产。这样，德雷拉为一个有名的政府官员竞选活动提供 5 000 美元的捐款，该官员以 30 000 美元的价格从赛姆森那里获得地产，然后以 30 000 美元的价格转卖给德雷拉。因此，德雷拉和政府官员每人各获得 5 000 美元，尽管赛姆森失去了 70 000 美元。

通过从赛姆森那里获得财产并将它出售给德雷拉，政府将财产从一个人手里转移至另一个人手里，这样德雷拉就不必按照赛姆森的主观价格支付获得该地产。

① 准确的陈述是，产品的征收税率应该是与它们的需求和供给弹性呈反比。较宽的征税应该是针对缺乏需求和供给弹性的总量产品。

以市场价格进行补偿的要求并没有阻止这种滥用，这是由所有者的主观价值超过了以市场价值支付的赔偿所导致的。为消除这种滥用，政府应该按所有者的主观价值而不是市场价格来赔偿。但是，除了所有者之外，没有人能够知道其主观价值。在自由交易中，所有者至少获得其主观价值，否则他决不会出售。如果政府希望至少按照所有者的主观价值进行赔偿，则政府将会购买该地产，而不是占用它。

在该例中，“公共使用”的要求避免了这种滥用。德雷拉使用赛姆森的地产是私人性质的用途，而非公共性的。因此，这个例子中的占用违背了公共使用要求。公共使用要求禁止绕过市场使用占用，将私人财产从一个人手里转移到另一个人手里。相反，财产的占用必须用作公共用途。例如，赛姆森的地产可以是因建筑公园、学校或高速公路而被占用。

公共使用要求并没有解决在自愿转移过程中的非效率问题。举个例子来描述，假设开汽车的人愿意支付 40 000 美元来使用穿过赛姆森地产的高速公路，而该地产的市值是 30 000 美元。通过占用该地产建造高速公路，支付赛姆森 30 000 美元，政府预期有 10 000 美元的剩余。事实上，赛姆森对其地产的评价为 100 000 美元，所以净社会损失为 60 000 美元，赛姆森失去 70 000 美元的剩余。

这例说明，政府不应该通过补偿占用财产来提供公共产品。事实上，政府购买许多资源来提供公共产品。例如，政府购买水泥、笔、汽车、灯泡和劳动。事实上，占用所受到的限制要比赔偿和公共使用这两个要求更广。

3. 要挟

政府为了提供公共产品，像军事设施、飞机场、高速公路和野生自然保护区，必须要从许多所有者那里购买大片的土地。这些计划常常需要“连续性”，即意味着地块必须互相毗邻。例如，不同的高速公路的路段除非紧密相连，否则无法连结在一起。连续性给土地所有者进行“要挟”创造了机会，从而会阻碍谈判。

举例来说，假设政府提出在横跨三块由不同所有者拥有的土地上建造一条马路。政府决定为了建造这条路，开汽车的人们得支付 200 000 美元，这个价格高于建造公路的成本。因而，如果土地的价格少于 200 000 美元，政府承担这一建设项目将满足效率要求。三个土地所有者对其土地的评价均为 30 000 美元，所以公路的建设将产生 110 000 美元的社会剩余。假设政府获得一个以 30 000 美元购买其中一块地皮的选择权。政府可以为其他两块地皮最高支付 170 000 美元，项目仍然可以进行。知道这种情况，每个所有者在出卖他的土地时会要价 100 000 美元。如果政府必须购买这块土地，而不是占用它，则该项目就会被搁浅。

当政府在完成公共项目建设获取必备的连在一起的土地时，最后一块地皮的所有者常常会进行“要挟”。在一个现实的例子中，一位在丹佛市建造棒球场的开发商购买了除一个“要挟”者的财产之外的所有土地，报纸将这个“要挟”者称为“抢到第一垒的小子”。即使当所有者没有进行“要挟”，但这样做可能戏剧性地提高了购买连在一起的地皮的交易成本。占用的权利可以消除这个问题。政府只有在有很多卖者，每个卖者控制了项目必备的资源的时候，才可以求助于强迫性出售。因

此，占用应该根据这一原则：**一般地，政府只有在交易成本阻碍购买必要的财产时才能够采取有赔偿的占用来提供公共产品。**

问题 5.39

如果政府为了提供一种公共产品如卫星跟踪站需要购买一项大型的财产，此时应该怎么做？交易的对象只有一个私人所有者。他的财产是仅有的适合建站的土地。政府是否应该被允许强迫此人——假想中的公共使用的垄断者——以公平的市场出售？

问题 5.40

公共使用要求的政府占用近来成为了诉讼和评论的对象。考虑这样一个例子。大城市的商业区遭受着多年的经济萧条和漠视。市政府相信共同的经济振兴需要一个鲜明的有吸引力的商业区。所以，政府利用国家征用权，占用了很多衰败的财产并且转给（明显低于市场价值）私人房地产开发公司，指示公司如何使得商业区的居民和商业生活趋于繁荣。

尽管财产已经变成了私人产权，这种占用是有效的吗？①

问题 5.41

比较下面两种修正公平赔偿限制方法的效率：

a. 确定公平赔偿高于正常的市场价格（包括重置成本），如 20%。

b. 允许私人财产所有者作出他们对自己财产的评价。财产所有者同意为其自我评估支付税收。如果政府占用了财产，他同意政府支付自我评价的财产价值来作为公平赔偿。

4. 保险

人们总是会在很大程度上为自己的财富购买保险，如房屋保险。大多数的房屋所有者购买火灾险。类似地，人们也希望有占用险。私人公司提供火灾保险，然而政府通过补偿财产所有者提供对占用的保险。为什么私人部门提供火灾保险，政府部门提供占用保险？

① 一定要看网页便笺 5.9 中更多的近期相关案例，包括像这些问题的事实类型。

这个问题对你能否将占用和保险经济学联系起来提出了挑战。保险是将风险分散在所有的保险单持有人身上。一般地，将风险分散的范围越广，任何人所承担的风险量就越少。政府可以将占用的风险分散到所有纳税人的身上，这要比任何保险公司保单持有人的规模都要大。所以分散风险要求进行公共保险。

管理效率要求进行私人保险。竞争的严酷性导致私人保险基金的管理效率水平要高于政府保险基金。许多政府保险基金，如美国储蓄银行的存款保险，它们的未来令人沮丧。

风险分散和管理成本并不是决定性的。占用的公共保险的决定性因素取决于政府内部的激励效应。占用的决策是由政府作出的。如果政府无需支付赔偿，它可能会占用财产为自己融资，或者它可能占用财产来转让给政客的幕僚，或者它可能会购买过多的公共产品。①

5. 管制

在本章之前，我们讨论了有关联的效用函数或生产函数可能导致社会成本的外部化。妨害起诉提供了一种赔偿，政府管制提供了另一种赔偿。管制限制了财产的使用但并没有将财产从所有者那里拿走。执行管制涉及受益者和受害者之间的政治斗争。由于结果取决于政治，而不是成本收益分析，所以管制的总成本常常大于总收益。但是，财产这一章里不可能详尽叙述有关管制的批评。在本章中，我们将目标集中在有关占用的问题上。

管制一般会导致一些目标财产价值的下降，这可能会引起赔偿的起诉。例如，一位企业家获取土地建造工厂可能会在当地政府禁止工业使用土地的禁令下受阻。该企业家可以起诉，声称政府虽然没有占用财产的所有权却“占用”了财产。当法院找到了支持原告的证据，他们会判定存在“占用”。但法院为被告寻找证据时，他们却判定存在“管制”。区别在于占用需要赔偿，而管制不需要赔偿。

我们想讨论补偿限制（占用）和非补偿限制（管制）这两种不同的政策的激励效应。如果政府不需要为限制进行补偿，那么它将施加过多的限制。如果存在过多的限制，那么资源将不会流到对其用途评价最高的地方。因此，非补偿限制将导致非效率的资源使用。相反地，如果政府必须为限制进行完全补偿，那么财产所有者将在政府是限制他们还是不限制他们之间无差异。如果财产所有者在受限制和不受限制之间无差异，他们改善他们的财产就如同没有任何限制会阻止使用改进成果的风险时一样。如果限制随后阻止了改进的使用，投资将被浪费。因此，补偿性的限制将导致不经济的改进。

下面通过一个案例来说明这里的讨论。②

---

① 关于占用保险的更多内容，参见 Lawrence Blume & Dan Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 CAL. L. REV. 569 (1984)。

② 参见 Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985)。

事实：谢威尔是一个政府官员，他的办公室挂着一幅很大的地图，图中央有一条蓝色粗线穿过。目前土地规划法规定蓝线以南的部分地区可以用于商业、工业和住宅建设。政府现在建议改变法规，禁止将此地区用做发展工业，但仍可以用于发展商业。

伊冯娜在蓝线处有一幢房子，目前用做零售商品，但是她打算对其进行扩建和改进，以便使之成为一家工厂。伊冯娜必须决定投资多少来改进她的房屋。如果她放弃经营工厂的念头，她只要进行一笔小小的投资用于改建，仍将之作为零售商品使用，政府的土地使用规定对她也没有影响。但是，如果她仍打算经营工厂，她则要投入很大一笔资金，而且政府土地使用规定对她会产生影响。假如政府执行了改变后的规划，她将因此而蒙受大量投资损失。于是，法庭则必须判定她是否有权为此损失获得赔偿。判决将取决于法院把政府的限制说成是无须赔偿的限制，还是必须赔偿的占有。

考虑一下法院的判决对伊冯娜的激励效应。如果她深信政府执行分区制后她将获得补偿，她进行大投资就不会承担任何风险，所以她将会投资，就像不存在任何因政府行为而产生的损失。另一方面，如果她深信分区制是一种管制，她将没有任何补偿，她就要承担因投资价值被政府的规划而破坏的危险，因此她将限制自己的投资。

图 5.4 可以说明这些事实。纵轴代表美元，横轴代表伊冯娜要修建房屋的面积大小。标有“总成本”的直线代表她在扩建房屋上的支出。有两条曲线 R_m 和 R_r，它们表示房屋带来的可能收益是房屋面积大小的函数。标明 R_m 的一条较高的收益曲线表明没有管制时将房屋用于经营工厂可得到的收益。较低的一条用 R_r 标明的曲线，表示存在管制时房屋不能用于经营工厂可得到的收益。

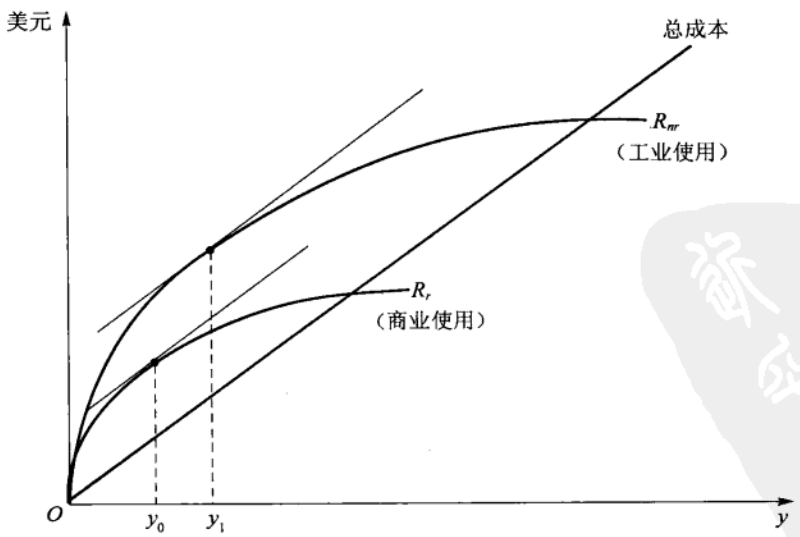

图 5.4　补偿性占用和非补偿性管制对私人投资者激励效应的差异

运用常规的经济学逻辑。伊冯娜将会通过选择房屋的面积使边际成本等于边际收益，从而实现利润最大化。边际收益由图中总价值曲线斜率给出。y_0是较低收益曲线的斜率等于总成本曲线的斜率的那一点，所以y_0是当工业使用土地被禁止时利润最大化的投资水平。如果伊冯娜确定法院坚持分区制是一种管制，那么她将通过在较低水平y_0处进行投资以使利润最大化。

y_1是较高收益曲线的斜率等于总成本曲线的斜率的那一点，所以y_1是当工业使用土地被允许的时候利润最大化的投资水平。如果伊冯娜确信分区制将被法院判定为占用，那么她将通过在较高水平进行投资来使利润最大化（包括补偿）。

现在考虑投资的有效水平。社会效率要求伊冯娜考虑到真实风险，包括她预想的投资被政府规划破坏的风险。如果确信政府将不会在该地区改变土地使用规定，那么效率将要求伊冯娜在较高水平y_1处进行投资。另一方面，如果确信政府将会更改规划，那么效率将要求伊冯娜在较低水平y_0处进行投资。事实上，政府是否更改规划是不确定的，所以效率要求伊冯娜在介于y_0和y_1水平之间进行投资。①

没有补偿使得伊冯娜内部化这种风险。当她内部化风险时，她会在高于y_0和低于y_1之间的水平进行有效的投资。因而结论是，对由政府造成的投资价值的损失不给予赔偿会刺激有效率的私人投资。但是，赔偿会导致她在y_1外进行投资，就像风险为零。我们的结论是，对由政府造成的投资价值损失给予全额赔偿会刺激过度的私人投资。

这些讨论仅仅考虑了对私人的激励作用，没有考虑对政府的激励作用。当讨论对象从私人转向政府官员时，两种法律制度——管制和占用——产生的作用大相径庭。如果法庭判决在相关领域改变土地可能的用途只能是管制，那么政府就无须赔偿，对政府来说法律变更没有任何成本。另一方面，如果法院判定改变土地用途这种特殊行为是一种占用，赔偿就必须被支付，那么对于政府来说改变土地用途成本高昂。显然，**管制的非补偿性给予政府官员进行过度管制的激励，而占用的补偿要求使得政府官员将征用私人财产的总成本内部化**。当政府行为有可能被判定为占用，政府将内部化行动成本，因而限制了其对私人财产的占用。另一方面，当政府行为有可能只被判定为一种管制，政府就会缺乏保护有价值财产权使用的激励。

如果政府为占用补偿所有者，财产所有者有进行过度改进的激励，而如果政府不进行补偿，政府有对私人财产进行过度管制的激励。这就是**补偿悖论**，我们将在合同法和侵权法的研究中再次遇到这一问题。当必须决定减少私人财产权价值的政府行为应该是占用还是管制的时候，官员应该考虑这个悖论。如果私人所有者

① 精确地讲，效率要求她作进一步的改进，一直到没有政府行动的利润增加乘以没有政府行动的概率，等于有政府行动时的利润损失乘以政府行动的概率。

通过进一步的改进对赔偿作出反应，那么他们的行为会通过宣布政府行为是管制而得以改进。相反，如果政府通过对产权所有者的过度侵害作出无赔偿的回应，那么它的行为会通过宣布政府行为是占用得以改进。用专业术语说，**对于赔偿而言，私人投资的供给弹性，更偏爱于管制而不是占用；而且对于赔偿而言，政府行为的供给弹性，更偏爱于占用而不是管制。**

网页便笺 5.9

在美国附近有一些关于不需赔偿的管制和需要赔偿的占用的模糊案例。作者在网站上重新评论了这些案例和一些近期的文献。

5.4.5 官民谈判

现在来看一个著名的案例，一位土地所有者成功地起诉了政府通过管制扩张占用其财产权。洛杉矶北部，加州宏伟的海岸线上仍有大部分土地尚未开发，而且加州海岸委员会有责任以这种方式保管这片土地。一位名叫诺兰的财产所有者从委员会手中拿到了一个将海边小屋扩大为别墅的许可证。如图 5.5 中显示，房产位于海岸和公路中间。该房屋会减少并降低从公路到海边的视野。委员会想保护从公路望向海边的视野，为了保护视野，海岸委员会拒绝了建造房屋的请求。然而，委员会出于其他目的采取了另外一种方法。如图中显示，沿海岸建造一条公共

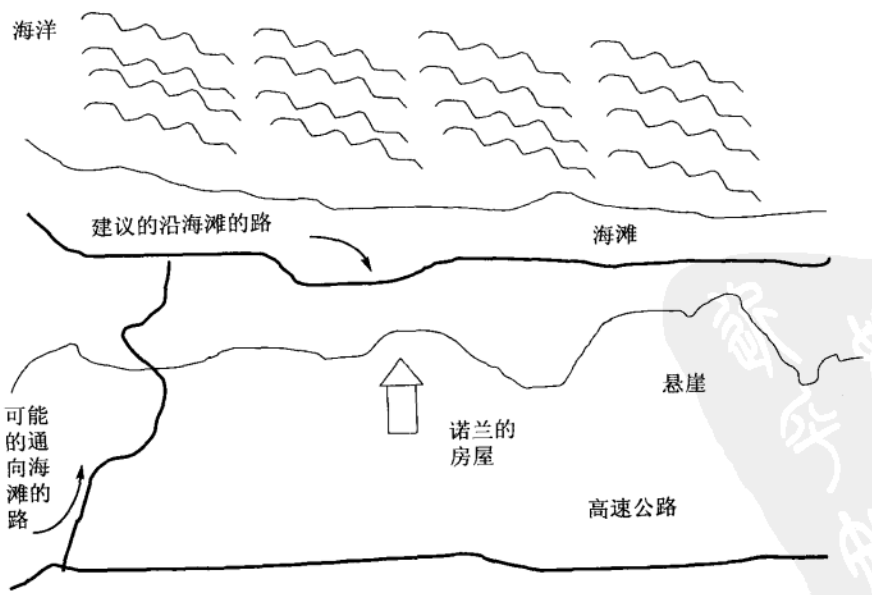

图 5.5 海滩示意

的散步的小路。委员会要求所有者为沿海的公路捐款作为交换允许其建造房屋。私人开发商也为获得许可证进行了捐款，就像房屋开发商在农田上建造房屋，他以为学校和公路的建造捐款作为交换条件。但是，此案例中所有者并没有为小路捐款，而是起诉了海岸委员会。

法律明确地让政府管制产权来防止公害，并且法律也清楚地禁止了政府征用选中的财产所有者建造公共财政物品。海岸委员会是保证公共财产还是让私人支付地役权呢？美国高级法院得到的最后结论被斯卡利亚大法官写进了一个复杂的观点中。法院在所有者（阻挡了公路上人们的公共视线）导致的侵害与委员会需要的救济（沿海滨捐款公共小路）之间寻找“联系”。法院没有找到联系，管制只能是一种非法的占用。因为法院无法找到联系，所以所有者赢得诉讼。

一条法律原则可以从这样的事实中被抽象出来。法院为了像阻止公害的发生而进行的管制，这种管制必须是为了**缓解**侵害。政府可以为缓解因它的权利行使产生的侵害要求一个许可证。一个为缓解侵害的对道路的捐赠是被允许的。例如，委员会可能会让诺兰在房子周围修路，并且一直到达海岸（见图中“可能的通向海滩的路”）。与危害无关的道路的捐款不会减缓侵害。取而代之的是其他目的的捐款，通过提供其他一些价值来补偿侵害。诺兰可能认为政府不会发放补偿因许可行为产生危害的许可证。

一些受诺兰案件激发的假设案件的数字，表明了这种在补偿中禁止许可证的问题。从表 5.1 中看，产权所有者估计房价 1 000 美元，并且委员会估计公共损失 300 美元。而表 5.1 显示“修建”和“不修建”的价值，表 5.2 显示“缓解”和“补偿”的价值。缓解要求设计房子改进视野，委员会估计这会让所有者花费 300 美元，为社会贡献利润 250 美元。或者，沿海边捐款修路会让所有者花费 250 美元，对社会利润贡献 400 美元。

表 5.1　建和不建的价值

	行动（建房）	不行动（不建房）
财产所有者	+1 000	0
公众委员会	−300	0

表 5.2　缓解和补偿的价值

	重新设计房屋（缓解）	沿海滩的路（补偿）
财产所有者	−300	−250
公众委员会	+250	+400

表 5.3 包括前面两个方案给出不同行为的净收益。“不行动”即对双方而言都为零。“行动并缓解”对财产所有者价值 700 美元（1 000−300＝700），而且对于公共的效用是−50 美元（−300+250＝−50）。这两种方案显然是法院允许诺兰进行的仅有的选择。做出这两种选择，委员会大概会拒绝提供许可证，而且对于双方

来说利润都为零。

表 5.3　净价值

	不行动	行动并缓解	行动并补偿
财产所有者	0	700	750
公众委员会	0	−50	100
总计	0	650	850

法院明显不会允许双方行动并进行补偿，尽管这将使双方受益。“运转并补偿”对产权所有者产生 750 美元利润(1 000−250=750)，并且给公共委员会带来 100 美元利润(−300+400=100)。

基于这些假定的数字，诺兰一案维持的结果是对双方的支付都为零(委员会不授予房屋许可证)，但允许委员会制定一个补偿的措施会导致 850 美元收益(委员会给许可证，土地所有者为修路捐款)。这些假设的数据说明诺兰的行为很容易促使房屋许可证的成批的无效性。高级法院明显支持该原则，因为法院担心政府滥用补偿费。政府可能从政治上弱小的产权所有者身上要求补偿费来替代收集的税收。例如，一个租赁者选举出来的市长，无论何时地主需要建筑许可证，都要求补偿。市长可能应用补偿费替代向租赁者征税的形式进行公共物资的财政投入。

滥用补偿的潜在范围很广。原因有两点：第一，政府具有广泛的管制权，且很多已经闲置了。政府可能在建房方面引入不必要的限制，只是为了补偿费。第二，政府可能要求价值超过了由行使许可权造成的侵害的补偿费用。在表 5.1 中，建造房屋给所有者带来 1 000 美元的收益。因此，政府可能要求的补偿费上升到 1 000 美元，作为允许所有者建造房屋的条件，所有者接受出价，尽管建房对公共的危害为 300 美元。

对滥用权利的担心是有道理的，但是法院应该以一种避免无效率的方式来解决这个问题。一个更好的解决方法是如果政府不给产权所有者缓解的机会，就禁止赔偿。这个方法表明委员会必须给产权所有者建房许可证，只要所有者要么缓解，要么赔偿。我们提出的是一个反意条件许可证。

另一种选择可以使双方都受益。在表 5.3 中，反意条件许可证要求所有者重新以 300 美元的成本设计房子(缓解)或者为沿河边建小路捐款 250 美元(补偿)。所有者会选择后者，后者对公共的利润大于前者。总而言之，要求政府另一种选择——以缓解或补偿的条件颁发许可证——至少不会让政府境况变差。通过颁发反意条件许可证，政府给产权所有者多了一种选择。在表 5.3 中，产权所有者会选择补偿。总而言之，要求产权所有者一个额外的选择——缓解或补偿——不会使产权所有者境况变差。所以，允许政府选择或拒绝颁发反意条件许可证，相比于不允许政府这样做，是更具有(帕累托)效率的。

问题 5.42

假设表 5.1 和表 5.2 描述了诺兰一案的事实。为什么产权所有者会挑战和起诉委员会，而不是以在沿岸修路捐款作为交换条件接受委员会提供许可证呢？

问题 5.43

诺兰事件的图 5.5 表明了“建议的沿海滩的路”和“可能的通向海滩的路”。法院不允许委员会以在沿岸修路捐款作为条件授予建房许可证。为什么法院允许委员会以修建通向海岸的路捐款作为条件授予建房许可证？

问题 5.44

联邦政府提供灾害保险，有助于人们在易受洪水影响的地方，如沙丘地，建立度假屋。同时假设政府想通过阻止在海洋附近的特殊沙丘地上建造房屋来保护环境。如果政府占有沙地上的私人产权，或者宣告这里的房屋不适合居住，或者进行禁止任何建筑的管制，应不应该补偿包括因政府对洪灾保险造成的土地升值这一块？

5.4.6 分区制和对开发的管制

有些物品被称为**互补品**，同时消费会更好，例如热狗和泡菜；还有一些物品，被称为**替代品**，单独消费会更好，例如冰激凌和泡菜。一个相似的分类可能通过经济活动的空间划分来做出：把旅馆建在办公室附近是最优的，并且从居民区中将污染工业撤离是最优的。然而，食品跟地域的分离有一个最重要的不同：没有法律禁止边吃泡菜边吃冰淇淋，但是在大多数地区的分区制法规中，都禁止在居民区附近开工厂。

我们试图要解释的正是分区制在经济活动分割中的强制因素。颁布分区制法规很可能是对一个重要的市场失败的回应。当对商品的需求增加时，价格也增加，生产者的反应是提供更多的这种商品。价格的提高对于生产者来说，是投入更多资源生产商品的信号。这个信号通常是合适的，因为资源移动到价格升高的商品的生产对社会来说效用更高。然而，在特殊情况下，信号的传播会受阻。在这些特殊环境中，如果生产者对价格上升的反应是提供较少的商品，对社会则是有益的；但在自由市场上，他们会因此而提供更多的商品。

通过一个历史事件进行说明，假定在 1900 年，有工厂建在加州一个尚未开发的海滨。在海滨建工厂，就能很容易利用靠近船舶的优势。然而，到了 1960 年，厂商更多地运用卡车取代船只进行运输。此外，现在的港口，比以前更富美学和精神的感染力。给定条件的变化，效率要求重新布局工厂到远离海岸的内陆地区，而在港口附近布局居民区或娱乐场所。

工厂迁出同时居民迁入，必然会导致住宅开发商哄抬海港土地价格使之高于内陆的土地价格。然而，对于未受管制的市场，想要达成此目标存在一个阻碍。问题在于没有人想住在工厂附近，所以住宅开发商不愿意在工厂存在时花费钱财去购买港口土地进行建筑。取代工厂从港口搬走的是相反的情况：随工业扩建，居民可能离水源越来越远。如果水源附近土地的相对价格随着居民为逃离工业区移向内陆而降低，那么在这种情况下，尚未管制的市场就会给出错误的信号。①

结论

在第4章和第5章中，提出了有关财产权的理论，并将其运用于广泛的法律问题中。我们的理论将财产权视为一种提供人们自由处置资源的制度；财产法通过制定润滑谈判和交易的法规，从而鼓励人们有效地使用资源。我们围绕四个问题来组织有关财产法的理论讨论，这四个问题也是一个财产法体系必须要给出回答的。我们在回答这些问题的时候，揭示了财产法背后的经济学逻辑。

推荐阅读

Cooter, Robert D., *Organization as Property: Economic Analysis of Property Law Applied to Privatization*, 2 J. LEGAL ECON. 77(1992).

EPSTEIN, RICHARD A., TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985).

FISCHEL, WILLIAM A., REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS (1995).

GOLDSTEIN, PAUL, COPYRIGHT'S HIGHWAY: THE LAW AND LORE OF COPYRIGHT FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX (1994).

JAFFE, ADAM B., & MANUEL TRAJTENBERG, PATENTS, CITATIONS, AND INNOVATIONS: A WINDOW ON THE KNOWLEDGE ECONOMY (2002).

LUBET, STEVEN, *Notes on the Bedouin Horse Trade or Why Doesn't the Market Clear, Daddy?*, 74 TEX. L. REV. 1039 (1996).

MICELI, THOMAS J., & KATHLEEN SEGERSON, COMPENSATION FOR REGULATORY TAKINGS: AN ECONOMIC ANALYSIS WITH APPLICATIONS (1996).

Rapaczynski, Andrzej, *The Roles of the State and the Market in Establishing Property Rights*, 10 J. ECON. PERSP. 87 (1996).

① 对于如何解释为何市场在这种情况下给出了错误的信号，有点需要专业分析。作者的网站上包含了解释。

▶6 合同的经济理论

"迄今为止，社会的进步可以被看作是一个从身份到契约的变化过程。"

——亨利·梅因：《古代法》170(1861)

"无论是谁，如果他要与旁人做买卖，他首先就要这样提议。请给我我所要的东西吧，同时，你也可以获得所要的东西：这句话是交易的通义。我们所需要的相互帮忙，大部分是依照这个方法取得的。我们每天所需要的食料和饮料不是出自屠户、酿酒商或烙面师的恩惠，而且出自他们自利的打算。"

——亚当·密斯：《国富论》22(第5版，1789)

"承诺不仅产生对当前行为的信任，而且还包括对未来行为的信赖"

——查尔斯·弗里德：《契约即允诺》11(1981)

人们总是在不断地做出各种承诺：销售员承诺让顾客满意；恋人允诺要与对方结婚；将军许诺打赢战争；孩子们答应更守规矩。当承诺被要求兑现时，就必然涉及法律。例如：

例1 富有的叔叔

某位勤奋的大学生有一位富有的叔叔。在毕业典礼上，叔叔听到侄子以优异的成绩毕业，一时兴起作出承诺，将资助侄子一笔周游世界的费用。可是之后，叔叔反悔了，于是，大学生就向法庭提起诉讼，要求法庭强制叔叔履行承诺，支付他周游世界的费用。

例2 生锈的汽车

某人答应以1 000美元的价格将一辆二手车卖给他的邻居。买方把钱给卖方后，卖方就把汽车钥匙交给买方。然而，买方这才吃惊地发现，卖方所给的是后院生锈的雪佛兰的钥匙，而不是他想要的车道上那辆崭新的凯迪拉克的钥

匙。卖方也同样意外地发现，他的邻居原来以为花 1 000 美元可以买到的是那辆凯迪拉克。因而，买主向法院起诉，要求卖方交付那辆凯迪拉克。

例 3　蝗虫捕杀器

一位农场主被一本某杂志上一则关于“有效捕杀蝗虫方法”的广告所吸引而寄去 25 美元，结果，他只收到两块木板及写着“将蝗虫置于木板 A 上，再用木板 B 去拍压”的捕杀方法说明书。于是，农场主向法庭起诉，要求卖方退还 25 美元并支付 500 美元的损害赔偿。

法庭应该判决强制履行上述这些例子中的承诺吗？如果法庭要求违约方向受害者提供补偿，那么，这个承诺就被赋予可强制履行的法律效力。传统意义上，对那些没有支付对价的承诺的强制履行问题，法庭通常采取非常谨慎的态度。例 1 中，资助环球旅行的允诺是给侄子的一个礼物，富有的叔叔并没有从中得到任何对价；所以，依照传统意义上的分析，法院通常不会强制叔叔履行该承诺。例 2 中，虽然有金钱作为承诺的对价，但卖方认为他给出的许诺与买方所希望得到的承诺并不一致。法庭也通常会拒绝这种被误解的承诺的强制履行。因而，例 2 中，法院通常会的做出判决是，让卖方退还买方钱，而买方还给卖方车钥匙。但例 3 则纯属骗局而非误解。一个“有效的蝗虫捕杀器”的承诺不应该是卖方现在所提供的那种东西。因而，法庭通常会要求对受骗的受害者予以补偿。

如果一个在法律上应该被强制履行的诺言没有履行，那应该施以何种法律救济呢？一种救济方法是，要求违背诺言的人遵守原来的诺言。例如，例 2 中，法院可以判定卖方违约并强制卖方将凯迪拉克交付于买方。但这种救济方式在例 3 中却不适用，因为卖方并不能提供他所承诺的有效的蝗虫捕杀器。因此，例 3 中对受害人的救济只能通过法庭判未能提供有效蝗虫捕杀器的卖方向受骗的买方支付损害赔偿金的方式来实现。

上述这 3 个例子给出了合同法中两个基本的问题：“哪些承诺应该被强制履行”和“违背这些应该被强制履行的承诺应当赋予何种法律救济。”法院在解决合同纠纷、立法机关在进行合同立法时，都会碰到这些问题。

因而，合同法理论必须能为法院、立法者、缔约当事人（及他们的律师）提供这方面的指导。

6.1　交易理论：合同法概论

19 世纪末 20 世纪初，英美法庭和法学界提出了一种关于合同的议价理论来解释合同法的这两个基本问题。议价理论认为，法律应该赋予具有对价的承诺以

强制履行的法律效力。为了更好地理解这个答案，理论界进一步分离和抽象出一个典型的议价过程所要包含的最基本要素。这些要素构成了法学家们研究合同时所要考虑的基本思路。为了更好地抽象和运用构成合同经济理论的基本要素，让我们首先对议价理论加以解释。

6.1.1 哪些承诺在法律上是可强制履行的

“哪些承诺在法律上是可强制履行的?”议价理论为此提供了一个明确的答案。延续梅文·艾森伯格教授的观点，议价的原则是，**如果一个承诺构成了讨价还价的一个组成部分，那么这个承诺应当具有法律上的可强制履行效力；反之亦然**。换言之，议价理论将承诺划分为“可讨价还价的承诺”和“不可讨价还价的承诺”，以判断承诺是否具有可强制履行的法律效力。因而，议价理论要求，法庭明确将“可讨价还价”作为一个承诺在法律上可强制履行的充分必要条件。

议价是一种为了在价格上达成一致而进行的讨价还价。议价理论区分了讨价还价中的三个基本要素：要约、承诺和对价。其中，“要约”和“承诺”在这个理论中的含义与其中日常用语中含义完全相同：一方作出要约(我说，“我想用 1 000 美元购买那辆生锈的雪佛兰”)，且另一方必须表示愿意接受这个要约(“同意”)。有时，要约和承诺的信号可以通过商业惯例或社会习俗来确定。例如，拍卖中，竞买人通过举手表示要约，而拍卖商则通过大喊“成交”来表示承诺。有时，合同法或某些法规也会明确规定，要约和承诺必须要遵循的特定程序。例如，绝大多数州都规定，土地买卖不仅要签订合同，还要去相关部门进行登记后方能生效。

“要约人”是指做出要约的一方，而“受约人”则是接受要约的一方。在交易中，受约人可以诱使要约人做出承诺。这种诱因可能是金钱，例如，农场主寄去 25 美元以换取蝗虫捕杀器的承诺；也可能是货物，比如，汽车经销商交付一辆汽车以换取购买人远期付款的承诺；还可能是一种服务，如粉刷匠通过粉刷一幢房子来换取工资的承诺。或是诱因本身就可能是另外一个承诺，如，一位农场主答应在秋天将其收获后的作物运送给批发商，而批发商则允诺支付一定的货款。因而，交易有四种形式：金钱与承诺的交易、货物与承诺的交易、服务与承诺的交易，以及承诺与承诺的交易。

无论是哪种交易形式，都包括互惠的诱因：缔约一方想要获得对方的承诺，就必须给对方一定的好处。普通法用“对价”这个词来指这种诱因。因此，例 3 中，农场主支付的 25 美元就构成了卖方承诺提供一套蝗虫捕杀器的对价；而汽车的交付、房子的粉刷、或递送农作物的承诺也就构成合同另一方当事人事后付款的对价。

根据议价理论，合同直至受约人给予要约人相应的对价后，才处于完备状态。合同一旦成立，就具有强制履行的法律效力。换言之，正是对价使承诺具有强制履行的法律效力。议价理论认为，附有对价的承诺方具有强制履行的法律效力，而缺

乏对价的承诺则不应被强制履行。

下面，我们将通过对本章开篇所举的三个例子的分析来进一步解释议价理论。例 1 中，对于富有的叔叔资助侄子周游世界的承诺，侄子显然没有支付任何用于交换的诱因，因而也不存在任何对价，因此，这个承诺不具备强制履行的法律效力。通常，如果一个承诺是不附任何回报的、纯粹礼物性质的，那么，根据议价理论，该承诺就不具有法律上的强制履行性。

相反，例 2 中交付一辆二手车的承诺是存在对价的。但这里的问题是，要约和承诺是否针对同一标的物。卖方认为，他们交易的标的物是生锈的雪佛兰，而买方却认为完好无损的凯迪拉克才是他们交易的对象。即，卖方要出售的东西，跟买主同意购买的东西并不一致。双方并未就同一物品达成“一致的意思表示”。既然不存在“合意”，当然也就没有真正的要约和承诺，交易只能告吹。

例 3 中，卖方做出要约，愿意以 25 美元的价格出售一种有效地捕杀蝗虫的方法，而买方接受了这个报价，并支付了 25 美元的对价。因而，根据议价理论，该承诺具有强制履行的法律效力。

我们现在将公平原则引入议价理论来对这一节的内容加以总结。绝大多数的人都愿意接受公平交易的理念。公平交易意味着交易各方的付出是等价的。用法律术语来说，当且仅当承诺与对价的价值相等时，合同才是公平的。相反，如果承诺与对价的价值不同，将构成一个不公平的交易。如，著名圣经故事，哥哥（以扫）为了换取一碗红豆汤而承诺将自己的遗产继承权转让给弟弟（雅各），就是一次典型的不公平交易。

然而，根据议价理论，法院判决一个承诺是否具有强制履行的法律效力，只根据承诺是否附有对价，而不考虑该对价的价值是否与承诺的价值相等。即，议价理论认为，只要立约人觉得该对价足以诱导其做出承诺，那么，这个承诺就具有强制履行的法律效力。议价理论认为，法庭只需要查明是否存在过讨价还价，而不是探究交易结果是否公平。因而，对价说会导致法庭判决强制履行一些不公平的，类似用遗产继承权换一碗红豆汤的承诺。①

另一种理论则希望法庭只判决强制履行公平的交易。根据这种理论，法庭必须查明，承诺与对价的价值是否相等。人们时常会对同一物品价值的认识存在分歧，而且诉讼当事人也经常会在法庭上隐瞒实情。判决交易是否等价，要求法庭掌握大量的信息。监督所有交易以确保公平性，不仅会让法庭不堪重负，而且也会抑制交易活动。因而，绝大多数人都只希望法庭判决强制执行合同的内容，而不是监督交易本身是否公平。这一事实也许能解释为何法庭在日常审判中并不注重审查合同本身是否公平。然而，也有些合同极度偏袒一方当事人，以至于绝大多数人都

① 如果以扫是在快饿死的情况下，才做出愿意用他的遗产继承权换取一碗红豆汤的承诺，那么，根据议价原则的例外，这种承诺将不具有强制履行的法律效力。这种例外，我们将在下一章，“必要抗辩”中加以阐述。

能轻易判断其是不公平的。现在，美国法院有时会拒绝强制执行此类明显不公平的合同（参见下一章中，对“显失公平”的阐述）。

在绝大多数英语国家，传统的普通法学说，要求将“对价”作为承诺是否可强制履行的核心构成要件（参阅专栏“同义反复的法学”）。与普通法将“对价”作为判别承诺是否可强制执行的核心要件所不同的是，盛行于欧洲大陆的成文法国家却使用一个同样令人困惑的“正当理由”作为承诺是否具有可强制履行的法律效力的构成要件。正如普通法下的议价理论试图解释“对价”一样，成文法也提出了各种理论试图解释“正当理由”，意图理论就是其中之一。意图理论认为，一份有法律约束力的合同要求合同当事人都愿意接受该合同的约束。当缔约各方都愿意受其约束时，他们的意思表示一致，合同方能成立。在以后的章节中，我们还将进一步阐释，这种意思表示一致类似于帕累托最优。

问题 6.1

人们经常改变承诺的形式，试图增加法庭确保其强制履行的可能性。例如，例1中，富有的叔叔总是试图表达，他资助侄子环球旅行的承诺完全可强制履行。法院更倾向于强制履行交易承诺而非赠予承诺。惯例规定了如何将一个赠予承诺转化为一个交易承诺。依照惯例，侄子至少要提供一份名义上的答谢礼，或郑重地提供一份真正的答谢礼以换取叔叔正式为其提供环球旅行的费用。现在，人们常利用类似“作为回报，我给你1块钱”这样的措词，将一个赠予承诺伪装成一个交易承诺。这种伪装会使叔叔的承诺在议价理论下变得可强制履行吗？我们首先可以借由“法庭通过对对价是否存在，而不是对价是否适当的调查”这一原则来回答这个问题。然后，再借助“法庭应该拒绝履行显失公平的交易”这一原则对上述回答加以补充。

汉普特·邓普特式法学：“对价”一词的历史渊源

“当我差字遣词时，字义完全由我决定，我要它代表什么，它就代表什么。”

——汉普特·邓普特（刘易斯·卡罗尔：《爱丽丝镜中奇遇记》中的人物）

在合同的议价理论中，“对价”是指，缔约一方为换取对方的承诺而付出的代价。依照议价理论，对价使承诺具有可强制履行的法律效力。英美法系早在20世纪初就接受了这种理论，并在司法实践中采纳了“对价赋予承诺强制履行效力”的法律原则。然而，随着时间的流逝，该原则的例外不断增加。法院也逐渐在司法实践中慢慢地不再采纳这个原则。但这并不意味着法庭对该

原则的完全摈弃，而是通过一些特殊的方式改变了“对价”一词的原有内涵。换言之，“对价”不再意味着“缔约一方为换取对方的承诺而付出的代价”，而是“对价成为承诺有强制履行的法律效力的构成要件”。

然而，这个定义却是对该命题的一种同义反复，如同“所有丈夫都是已婚的”一样。当法庭改变了“对价”含义时，却也将这一法律原则简化为一种同义反复。如果“对价”是指“一个使承诺具有强制履行效力的构成要件”，那么“对价赋予承诺强制履行的效力”的法律原则就不具有逻辑上的可检验性。一旦法律原则成为一种同义反复，它就仅仅引起我们对这个词本身的关注，而不再考虑行为的法律后果。换言之，一旦“对价”原则成为了一种同义反复，法院就可以大言不惭地宣称，他们再也不会犯错了。因此，我们也就有了一个汉普特·邓普特式的法学理论典型。

6.1.2 违反强制履行的承诺该如何进行法律救济

合同理论的第二个基本问题是：对违反强制履行的承诺该如何进行法律救济。对此，议价理论也提供了相应的答案。依照议价理论，受约人有权“从交易中受益”，即受约人能通过承诺的履行得到好处。根据这种思路，违约损害赔偿的计算将不得不回答这样假设性问题：“如果承诺得到履行，受约人将能从中得到多少利益?”这个假设性问题关注的是，受约人能从承诺中可以得到的适当的预期收益。因而，议价理论下计算的违约损害赔偿金通常被称为“预期违约损害赔偿”。

值得注意的是，议价理论对“何种承诺应当被强制履行”和“应如何对违反具有强制履行效力的承诺进行救济”这两个问题的回答是相联系的。议价理论认为，如果承诺构成交易的一部分，那它就具有强制履行的法律效力，一旦食言，就应根据交易的预期收益进行赔偿。交易成立的事实赋予了承诺强制履行的法律效力，而交易的预期价值决定了违约损害赔偿金的计算。

如果假设本章开头的三个例子中的承诺都具有强制履行效力。那么，它们的预期违约损害赔偿金又要如何计算呢? 例 1 中，侄子的预期损害赔偿金为一次环球旅行的费用。例 2 中，买主的预期损害赔偿等于他对生锈的雪佛兰和完好的凯迪拉克估价间的差价。例 3 中，农场主的预期损害赔偿等于被蝗虫所毁坏的农作物的价值。

这类假设价值的计算是非常困难的。例 1 中，环球旅行的费用取决于旅行路线的选择，以及旅行者选择何种旅行方式。例 2 中，特定的二手凯迪拉克的价值主要取决于买者的主观估价。例 3 中，蝗虫捕杀器的预期收益取决于，如果农作物没有被除蝗虫以外的其他害虫所毁坏的情况下所能收获的农作物的价值。

6.1.3 对议价理论的批评

议价理论清楚地回答了合同理论的第一个问题。然而，不幸的是，法庭实际的做法不但与经典理论的准则相去甚远，而且相关的答案也是错误的。有的承诺是立约人和受约人都希望得到强制履行的。合同法就应当强制履行这样的承诺，从而使双方能各取所需。然而，如果根据议价理论，当承诺不是源于交易时，这样的承诺将拒绝被强制履行。

例如，一个购车者要了一辆新的雪佛兰汽车进行试驾。试驾后，他想再找找其他的汽车经销商。卖方为了诱导买方重新仔细考虑是否购买试驾的雪佛兰车，作出承诺，如果买方在一个星期内决定购买新的雪佛兰汽车，将以特定的价格卖给他。换言之，卖方作了一个“实盘报价”；并承诺，该报价在一星期内有效。买主当然不愿意为了一个卖方到时会违约的承诺而浪费时间仔细去考虑该报价。因而，买方当然希望这个承诺具有强制履行的法律效力。卖方知道，只有该承诺是可强制履行的，买主才更有可能仔细考虑该报价，故卖方也希望该承诺具有强制履行的法律效力。因此，合同双方都希望该承诺是可强制履行的。然而，尽管交易双方都抱有上述希望，但事实上，在这个例子中，买方并没有提供任何东西来交换卖方所给出的承诺，因而，议价理论将拒绝赋予该承诺以强制履行的法律效力(“不存在对价”)。

另一个例子是，一个优秀的女校友承诺资助塞瓦锡大学建一栋大楼。该大学和女校友都希望马上动工。但女校友要将捐赠物变现需要一定的时间。大学在没有得到一个具有强制履行的法律效力的承诺前是不敢动工的。事实上，双方也同样希望该承诺是可强制履行的，但议价理论同样并不支持该承诺具有强制履行的法律效力。其原因在于，该承诺“缺少对价”。赠予承诺并非源于预期利益，因而必然是缺少对价的。

在前面这两个例子中，合同双方都希望承诺是可强制履行的，但却得不到议价理论的支持。如果一个法律理论总是与人们的意愿相违背，那么，其只能被称之为**教条**。相反，如果一个法律理论总能满足相关当事人的希望，那它才是**合理的理论**。通常，一个合理的理论能最大化人们的福利，而一个教条式的理论却以牺牲人们的福利来达成其他的目的。当代美国法院更倾向于选择合理的而非教条式的理论。因而，现代美国法庭通常强制履行实盘报价和赠予承诺。[①] 也正因为如此，议价理论通常被认为是错误的。[②]

---

① 《统一商法典》(*The Uniform Commercial Code*)第 2 章节第 205 条在一定程度上(但并非完全)允许实盘报价在 3 个月内具有强制履行的法律效力(UCC 在第 7 章开头的专栏中有介绍)。美国法院通常会强制履行基于合理信任的赠予承诺。当承诺的受约人是像大学那样的非营利组织时，美国法院有时也会赋予这样的承诺完全强制履行的法律效力。我们还将在我们的网站上对赠予承诺进行经济学分析。也可参见问题 6.15。

② 合同理论史上，著名评论家格兰特·吉尔默(Grant Gilmore)在《契约的死亡》(*The Death of Contract*)一书中指出，古典理论或契约理论在产生之时就已濒临死亡。

议价理论还存在第二个问题——任何交易的强制履行效力性，即根据议价理论，只要是一个交易，无论其条款多不合理，都应该被强制履行。根据议价理论，本章开头的例子中，农场主和所谓的“蝗虫捕杀器”的卖主间是存在一个交易的。因此，其应该具有强制履行的法律效力。而且根据议价理论，没有任何特殊理由可以阻挡强制履行效力的发挥。但这样的强制履行却有悖常理。因为存在卖方对买方的欺骗。虽然，有人可能会反驳，买方“应该小心谨慎”，但卖方的行为显然违背了人们普遍认可的公平原则。事实上，绝大多数的现代法院都不会强制履行这种合同，因为其具有欺骗性(下面的章节中，我们还将会对公平与不公平做进一步阐述)。

至此，我们已经看到，合同的磋商理论并不是一个好的合同理论。它一方面会赋予一些不应该被强制履行的合同以强制履行的效力，另一方面又会使一些应该被强制履行的合同得不到强制履行。而且，该理论也不能有效指导法庭的司法实践。换言之，它不能正确判断哪些承诺应该具有强制履行的法律效力。因而，我们需要新的合同理论，其不但能有效指导法庭的司法实践，也能赋予合同双方意思表示一致的合同应该在任何的法律体系下都具有强制履行的法律效力。

6.2 合同的经济理论

我们希望能找到一种非教条的，更合理的合同理论来代替议价理论。在前面的二个例子中，合同的强制履行显然如他们所预期的使双方处境都得到了改善，而没有任何一方遭受损失。法律上的任何改变只要能使所有当事人的处境都得到改善，那么，“帕累托效率”将要求改变法律。“帕累托有效法”是用以描述合理的法律的专业术语。如果一个法律理论是建立在帕累托效率基础上的，那么，它就是合理的，非教条的理论。

通常，经济效率要求强制履行的承诺，总是合同双方都希望强制履行的承诺。首先，我们将运用合同的经济理论的核心思想来回答合同法的第一个问题：“什么样的承诺应该被强制履行?”

6.2.1 合作和承诺

许多交易是即时且瞬时发生的，比如，一位购买者在食品杂货商店通过支付现金购物。在即时的且瞬时的交易中，几乎不需要做出什么承诺。需要做出承诺的典型情况是**远期交易**，即交易要持续一段时间才能完成。例如，一方当事人现在支付货款，另一方当事人承诺一段时间后交付货物(“为承诺而支付货款”)；或一方当事人先交付货物，而另一方当事人承诺一段时间后支付货款(“为承诺而交付货物”)，或是一方当事人承诺之后交付货物，而另一方当事人承诺在货物交付时支付货款(“为承诺而做出承诺”)。

当承诺的交换和承诺的兑现两者之间存在时间差时，承诺的履行过程中就会

产生不确定性和风险。而不确定性和风险又会阻碍承诺的兑现和合作。为了说明这个问题，我们考虑，当承诺不具备强制履行效力时的远期交易。卖方要求买主现在为将来的货物交付支付货款。这个不具备强制履行效力的承诺有很大的风险：卖方可能不会像其所承诺的那样交付货物。一个小心谨慎的买主不会在当前为一个不具有强制履行效力的未来的货物交付承诺而付款。小心谨慎的买主希望得到一个相较于卖方的道德责任更强的约束来确保卖方的未来交付。此外，小心谨慎的买主也希望卖方必须承担未来交付货物的法律义务。小心谨慎的买主也可能乐意现在为一个具有强制履行效力的未来货物的交付而承诺付款。因此，承诺的强制履行效力将有助于促成人们相互交易与合作。

注意，在这个例子中，双方当事人都希望卖方的承诺在做出时就具有强制履行的效力。小心谨慎的买主希望通过承诺的强制履行来确保卖方履约，或在卖方违约时能获得赔偿。卖方希望通过承诺的强制履行来诱使买方做出购买决定。通过强制履行承诺，法庭能使买卖双方获得他们想要的东西。即，法庭能通过减少不确定性和风险来鼓励合作，促成自愿交易。

为了加深理解，我们选取商业活动中常见“代理博弈”为例加以说明。在这个博弈中，博弈参与人 1 决定是否向一个由博弈参与人 2 控制的项目进行投资。博弈参与人 1 可能是公司投资者、先付款后收货的消费者、某银行的存款人、保单的购买人，或商品的发货人等。如果博弈参与人 1 同意将资产交予博弈参与人 2 控制，那么，博弈参与人 2 就可以决定是与之合作还是侵吞博弈参与人 1 的资产。合作是生产性的。生产性行为能使投资带来利润，交易产生剩余，或贷款产生利息。双方当事人能通过分享合作收益而受益。相反，侵吞是分配性的，如果博弈参与人 2 侵吞了博弈参与人 1 的资产，那么，这种重新分配是以损害博弈参与人 1 为代价而使博弈参与人 2 受益。

我们用图 6.1 来描述这种相机抉择，并附以数字说明。图中的数字分别表示，博弈前后博弈双方的财富变化。图 6.1 中，博弈参与人 1 选择其是否投资 1 单位。如果博弈参与人 1 不投资，那么博弈结束，博弈双方没有任何收益。相反，如果博弈参与人 1 投资 1 单位，博弈参与人 2 将决定是与之合作还是侵吞投资。合作将生产1 单位净收益。博弈双方平分净收益：博弈参与人 1 不但能收回 1 单位的投资，还收到 0.5 单位净收益，博弈参与人 2 也同样可以分得 0.5 单位净收益。因此，博

博弈参与人 2
（代理人或立约人）

博弈参与人 1（委托人或承诺人）		合作	侵吞
	投资	0.5 0.5	1.0 −1.0
	不投资	0 0	0 0

图 6.1　无合同的代理博弈

弈双方均能从这个代理博弈中获得均等收益。但如果博弈参与人 2 选择侵吞博弈参与人 1 的投资，那么侵吞能使博弈参与人 2 获得博弈参与人 1 的 1 单位投资，但却不会创造任何价值：即，博弈参与人 1 失去 1 单位财富，博弈参与人 2 增加 1 单位财富。

考虑图 6.1 中，博弈双方所能做出的最优策略。如果博弈参与人 1 投资，那么博弈参与人 2 选择侵吞将比合作收益更高。因而，博弈参与人 2 的最优选择是侵吞博弈参与人 1 的投资。① 博弈参与人 1 可以预期，博弈参与人 2 的选择必然是侵吞他的投资。因而，博弈参与人 1 的最优选择是“不投资”。故图 6.1 所示代理博弈的均衡解为“不投资”。

图 6.1 所示的代理博弈模型表明，博弈双方无法订立一个具有强制履行效力的合同。这种阻碍具有强制履行效力的合同订立的原因可能是教条式的法律或腐败的法庭。现在，我们考虑，如果存在合理的法律，或廉洁公正的法庭而使当事人能订立具有强制履行效力的合同时，这个博弈的支付矩阵将如何变化。我们假设，博弈参与人 2 表示愿意通过合作来换取博弈方 1 的投资，且博弈参与人 1 通过选择投资表示接受。博弈参与人 1 的投资可以被看作是为获得博弈参与人 2 的承诺而支付的对价。再假设，如博弈参与人 2 违背承诺、私吞投资时，法律将强制其对博弈参与人 1 的损失进行赔偿。

图 6.2 描述了按上面情况变化后的支付矩阵：博弈参与人 1 通过提供投资，来换取博弈参与人 2 选择合作的、**可强制履行的**承诺。首先，考虑博弈参与人 1 的情况。如果博弈参与人 1 投资，且博弈参与人 2 履行合作合同，那么博弈参与人 1 不仅能收回投资，还能获得 0.5 单位的投资回报。相反，如果博弈参与人 1 投资，而博弈参与人 2 违约，那么，博弈参与人 1 将获得违约损害赔偿。我们假设，博弈参与人 1 所获得的违约损害赔偿能使其处境恢复到博弈参与人 2 履约时，博弈参与人 1 所能达到的处境。由于，如果博弈参与人 2 履约，博弈参与人 1 将能收回原有投资 1 单位和投资收益 0.5 单位。因此，无论博弈参与人 2 选择何种策略，博弈参与人 1 只要选择投资，其不但能收到 1 单位的投资，还能获得的 0.5 单位的净收益。

		博弈参与人 2	
		履约	违约
博弈参与人 1	投资(有合同)	0.5 0.5	−0.5 0.5
	不投资(无合同)	0 0	0 0

图 6.2　有合同的代理博弈

① 博弈论研究者把无论对方如何反应都属于该博弈参与人的最佳选择的策略称为“占优策略”。图 6.1 中，博弈参与人 2 存在一个占优策略。博弈参与人 1 虽然没有占优策略，但其针对博弈参与人 2 的占优策略存在一个最佳对策。

相反，博弈参与人 1 如果选择不投资，其所能获得的收益为 0。因此，投资是博弈参与人 1 的最优策略。

接下来，考虑博弈参与人 1 投资时，博弈参与人 2 的收益。如果博弈参与人 2 履约（选择合作），其将能获得 0.5 单位的回报。相反，如果博弈参与人 2 违约（选择侵吞），其将从博弈参与人 1 处获得 1 单位的违约收益。但为了使博弈参与人 1 的处境恢复到博弈参与人 2 履约后状态，博弈参与人 1 必须能收回 1 单位的投资及 0.5 单位的投资收益。因而，博弈参与人 2 最终要承担的违约责任为 1.5 单位，减去其从违约中所获得的 1 单位违约收益，博弈参与人 2 从违约中所能得到的净收益为 −0.5 单位。因此，博弈参与人 2 的最优策略是合作。

图 6.1 说明了，当承诺不具强制履行效力时，博弈参与人 1 不愿意投资的情况。图 6.2 则表明，当承诺可强制履行时，博弈参与人 1 投资，且博弈参与人 2 选择合作策略的情形。因此，一份可强制履行的合同，能把一个非合作博弈转变为合作博弈。**合同法的首要目标是，通过把非合作博弈转变为合作博弈来促使人们选择合作策略。**

前面我们已经说明了，合同代理博弈有惟一的均衡解{投资，合作}。到目前为止，我们都是分别从各博弈参与人角度来讨论各自的最优策略。下面，我们来考虑博弈双方的总收益。博弈双方的总收益可由图 6.1 或图 6.2 中每一格中的两个数字相加而得。效率原则要求选择能最大化总收益的那个结果。[①] 当博弈参与人 1 选择投资，且博弈参与人 2 选择合作时，总收益为 1。否则，总收益为 0。投资和合作是生产性的，而“不投资”则不会改变现状，“侵吞”仅仅是把财富从博弈参与人 1 转移给博弈参与人 2。鉴于上述分析，我们能得到如下结论：**合同法的首要目标是，促使人们把无效率均衡解的博弈转化为有效率均衡解的博弈。**

博弈分析清楚阐述了具有强制履行效力的合同能促进合作。在博弈论中，**承诺**意味着排除其他选择。我们可以引用中国古代军事家孙膑的名言“帅之深入诸侯之地，而发其机，焚舟破釜”来加深对上述结论的理解。[②] 烧掉船只和桥梁，意味着军队除进攻外，已无退路。同样地，订立合同意味着博弈参与人 2 只能选择合作策略。承诺断绝了博弈参与人 2 选择侵吞策略的可能性，即选择侵吞策略的可能性因过高的责任成本而被排除。

承诺只有在对方无可退之路时，才是**可信的**。例如，军队只攻不退的承诺只有在敌方看到船只和桥梁被烧毁后才是可信的。同样，在图 6.2 中，只有当博弈参与人 1 了解博弈参与人 2 的报酬矩阵后，博弈参与人 2 的合作承诺才是可信的。因而，博弈参与人 1 只要了解图 6.2 中博弈参与人 2 的报酬矩阵，就能推算出，合作策略

① 严格来说，成本—收益分析要求选择使博弈总收益最大化的那个结果。在这个例子中，上述结果也符合帕累托效率原则。

② 孙膑，《孙子兵法》，第 3 部分，第 9 节。这是世界上最早的阐述战争的书籍，可追溯至公元前 6 世纪。

是博弈参与人 2 的最优选择。

度假村的厨师会问你，晚餐比较喜欢吃鸡肉还是牛肉，或是在鸡肉、牛肉及鱼肉中做出选择。也许你会认为："更多的选择绝不会使你的处境恶化，而只可能会改善你的处境。"这个命题在多数情况下是正确的，但在与其他人协作的情况下却可能是错误的。在与其他人协调的过程中，你为了使对方增加对你的信任而不得不约束自己可供选择的范围。

至此，我们已经回答合同法的第一个问题——"什么样的承诺应该被强制履行"。在做出承诺时，如果双方当事人都希望其具有强制履行的法律效力，那么这个承诺应该被强制履行。既然双方当事人都希望承诺具有强制履行效力，那么立约人就可以诚信地履约。一个可信的承诺不但能促使当事人的合作，而且这种合作也是有效率的。

为了说明这个问题，让我们回顾富有的叔叔承诺资助侄子环球旅行的例子。一方面，富有的叔叔可能要通过变现部分资产来支付资助侄子环球旅行的费用。另一方面，侄子也可能需要购买一些物品来为旅行做准备，如飞机票、行李箱、去北极用的滑雪靴等等。除非法律赋予叔叔的承诺以强制履行的法律效力，否则，侄子就不得不自己承担这些冤枉钱。因而，在叔叔承诺做出时，侄子就希望其是可强制履行的。如果叔叔希望侄子为旅行做准备，那么叔叔也在承诺做出之时就希望其具有强制履行的法律效力。承诺的强制履行性能使叔叔对侄子做出一个可信的承诺，而这个可信的承诺能促成他们的合作。

在本章开始的例 2 中，买主想购买的是一辆崭新的凯迪拉克，而卖主想卖的却是一辆生锈的雪佛兰。虽然买卖双方都希望承诺在做出时就具有强制履行的法律效力，但他们心里想的却不是同一个承诺。即使他们错误地认为他们所想的是同一个意思，但事实上，他们的合作并不会生产收益。在生锈的雪佛兰的例子中，缺乏双方当事人意思表示一致。

在本章开头的例 3 中，农场主相信提供"有效的蝗虫捕杀器"的承诺而寄出了 25 美元。卖方明知自己做出的是欺骗性的要约。欺骗性的要约不能作为合作的基础。我们已经说过，如果在承诺作出时，立约人和受约人都希望其有强制履行的效力，那么强制履行这一承诺是符合经济效率的。在蝗虫捕杀器的这个例子中，受约人希望承诺是可强制履行的，但立约人却持相反态度。这个例子中，法律不会强制要求立约人履行承诺，以防止一些欺骗性的承诺的强制履行。因而，例 3 说明了，虽然效率有时会要求一些承诺是可强制履行的，哪怕在承诺做出时，一方当事人并不希望其具有强制履行的法律效力。我们在下一章中还会进一步举例说明，当立约人和受约人间存在信息不对称时的情形。

问题 6.2

请解释为何合同的经济理论强制履行汽车经销商出售雪佛兰的实盘报价和老

校友对塞瓦锡大学的赠予承诺?

问题 6.3

请解释为何图 6.2 中的数字代表了当博弈参与人 2 违约时,其所要承担的**预期**违约损害赔偿额?

问题 6.4

在图 6.2 中,如果在做出承诺时,双方当事人都希望博弈参与人 2 的承诺具有强制履行的效力,但在实际履行时,立约人可能不希望承诺被强制履行。这些事实将如何解释强制履行博弈参与人 2 的承诺才能达到帕累托效率呢?(提示:请区分以下两种情况的帕累托效率:一是,承诺做出时强制履行的帕累托效率,称为**事前的**帕累托效率;二是,承诺执行时实际强制履行的帕累托效率,称为**事后的**帕累托效率。)

问题 6.5

作为对法学词汇运用的一种练习,让我们改变图 6.2 中的合同的一些特征,并进行不同的描述。假设,博弈参与人 1 为了获得博弈参与人 2 的合作而做出投资的要约,且博弈参与人 2 通过承诺合作来表示接受该要约。那么,这个合同中的"对价"是什么?

问题 6.6

图 6.2 描述了一个建立在交易基础上的博弈。请构造一个类似的博弈支付矩阵来说明建立在实盘报价基础上的博弈。

网页便笺 6.1

在作者的网站上收录了一些最新的,分析缔约过失的谈判成本和赠予承诺的经济学分析方面的文献,可供浏览。

6.2.2 信息

促成交易双方承诺与合作的一个重要环节是彼此间的信息交流。在订立合同前,交易双方各自拥有以下各方面的私人信息,包括:他们希望从相互合作中获得

的回报，他们愿意选择合作所能接受的价格和其他合同条款，以及承诺的哪些方面对他们而言是重要的，哪些方面相对不是那么重要。除此之外，一个当事人可能还拥有具有很高价值，但未被另一方当事人所了解的其他信息，例如，他们所要交易的农田下面埋藏着极具价值的矿产。

就像我们在第 2 章所提到的那样，这些信息不对称会导致正常交易出现问题。事实上，我们注意到，信息不对称有时甚至会阻碍有效率的交易发生。

合同法能够巧妙地和强制性地引导双方当事人批露私人信息，以解决合作双方的信息不对称问题。因而，**合同法的第二目标是，鼓励合同当事人间有效率地信息批露。**下面，我们还将进一步阐述，合同法赋予了合同当事人向对方批露信息的义务。因此，法律可能不会支持违约受害人就某些特定的损失获得违约损害赔偿，除非他能证明，在合同订立时，这些特定的风险就已经存在。我们将在下面的 6.2.7和第 7 章的 7.2 部分对上述情况加以详细说明。

6.2.3 履约

我们接着分析合同法的第二个问题："违反强制履行的承诺应该如何进行法律救济？"我们将运用与回答第一个问题相同的分析框架来回答第二个问题。若把赔偿视为立约人因违反合同而支付的"价格"，那么，违约的价格越高，立约人越愿意履行承诺。**合同法的第三个目的是，使承诺得到最优的履行。**接下来，我们将详细解释这个命题。

1. 完全的预期损害赔偿

合同当事人有时考虑自身利益会存在短视行为。例如，巡回演出团和二手车经销商会欺骗消费者。同样地，房地产交易中，房屋所有者和买方之间也存在相互欺骗。通常，一次性交易和大宗物品的交易过程中容易存在非诚信交易。在大宗物品的一次性交易中，立约人不太会关注违约给受约人造成的损失。事实上，立约人对违约的关注不会超过其所要承担的责任。如果立约人关注的只是违约责任，那么，当违约成本高于违约责任时，他将会履约；反之，他将会违约。可以通过下面的公式来概括这个事实：

自利的、短视的立约人的实际履约和违约

[立约人的履约成本＞立约人的违约责任]

⇒违约；

[立约人的履约成本＜立约人的违约责任]

⇒履约。

前面我们讨论了立约人履约的现实约束。下面，转而考虑理想的约束。效率原则要求最大化立约人和受约人的报酬总额。但履行一个承诺可能只使受约人受

益，而却使立约人受损。因此，效率原则要求立约人在其履约的成本小于受约人的收益时履约，反之，则要求立约人违约。这可以由下面的公式表示：

最优履约和违约

［立约人的履约成本＞受约人从履约中获得的收益］

⇒违约是有效率的；

［立约人的履约成本＜受约人从履约中获得的收益］

⇒履约是有效率的。

通过比较两个公式可以得到能促成有效率的履约或违约的法律救济方式。如公式所示，当且仅当实际的履约与有效率的履约相一致时，就能给立约人提供有效率的行为激励。此外，通过比较也可以看到，当受约人从履约中获得的收益等于立约人的违约责任时，这两个公式是等价的。换言之，**当立约人的违约责任等于受约人在履约时所能获得的预期收益时，能同时对立约人的履约和违约行为提供有效激励。**

我们可以用不同的方式重新叙述这一命题。注意，当立约人的违约责任等于受约人在履约时所能获得的预期收益时，立约人将内在化其违约成本。因此，**当责任内在化了违约成本时，立约人就有履约的有效激励。**这一重述引出了讨论中的一个隐含假设，即责任包括因立约人违约而加诸在他人身上的所有成本。下一章还将讨论那些违约成本之外的责任成本。①

如前所述，法律通常会把“预期损失”作为违约损害赔偿判给受约人。**完全**预期损害赔偿能使受约人的处境恢复到履约时所能享受的状态。换句话说，完全预期损害赔偿等于受约人在立约人违约时所能获得的预期收益。例如，图 6.2 中，无论博弈参与人 2 是否履约，博弈参与人 1 都能得到相同的收益，故图 6.2 所示的博弈模型的暗含假设是：违约的受害人能得到完全预期损害赔偿。完全预期损害赔偿将诱使立约人内在化违约成本。因此，**完全预期损害赔偿能提供有效的履约激励和违约激励。**

承诺约束立约人履约。违约责任的成本越高，承诺带来的履约约束力就越强。当违约责任置于有效率的水平时，如果履约比违约有效率，那么立约人将履约，反之，他将违约。因此，**完全预期违约损害赔偿会激励立约人有效率地履约。**

2. 最优履约的一个例子

为了说明最优履约，我们将构造一个例子来加以说明，有时履约比违约更有效率，而有时却恰恰相反。由于承诺总是先于履约而做出，因而两者间的时间差会带来履约成本的不确定性。例如，在上面的博弈模型中，博弈参与人 2 并不清楚，在他做出承诺后是否会发生突发性事件。如果出现突发事件，履约的成本就会增加，因为履约需要调用其他更多的稀缺性资源。这种情况下，履约成本就可能会超过收益。

① 责任成本通常包括两个重要成本：(1)受约人的诉讼成本；(2)违约加诸第三方（除立约人和受约人之外的其他人）的成本。

相反，如果博弈参与人 2 没遇到突发性事件，履约成本可能会比较低。成本之所以较低是由于履约不需要调用额外资源。在这种情况下，履约收益将高于低效的履约成本。一般而言，资源的机会成本变化会影响履约的成本。

我们可能通过修正图 6.2 来说明履约成本的变化。图 6.2 暗含的假设是，博弈参与人 2 选择合作策略的成本为 0。如果履约成本为 0，那么，根据图 6.2，博弈参与人 1 和博弈参与人 2 的合作报酬均为 0.5。接下来，考虑履约成本为 1.5 的情况。当履约成本等于 1.5 时，博弈参与人 1 的合作报酬仍为 0.5，而博弈参与人 2 的合作报酬就变为 0.5－1.5＝－1.0。图 6.3 描述了博弈参与人 2 的履约成本为 0 和 1.5 时，这个博弈的报酬矩阵。其中，第一列表示合作成本为 0 时的双方的报酬，其与图 6.2 中的第一列完全相同。相较于图 6.2 增加的第二列，表示当履约的合作成本为 1.5 时双方的报酬。第三列则表示博弈参与人 2 侵吞了博弈参与人 1 的投资，违约的情况，该列与图 6.1 的第二列相同。与图 6.2 的情况相同，图 6.3 也是假设当事人之间不存在强制履行的合同时的报酬矩阵。

博弈参与人 2

博弈参与人 1		履约(成本为 0)	违约(成本为 1.5)	私吞
	投资	0.5 0.5	－1.0 0.5	－0.5 0.5
	不投资	0 0	0 0	0 0

图 6.3　履约成本不确定时，无合同约束的代理博弈

图 6.2 中，履约总比违约有效率。但在图 6.3 中，有时违约却比履约更有效率。效率要求博弈参与人选择的策略能最大化博弈参与人 1 和博弈参与人 2 的报酬总额。报酬总额是通过图 6.3 每格中的两个数字加总而得。当履约成本等于 1.5 时，合作的总收益为 0.5－1.0＝－0.5。因此，履约是无效率的。而不合作的总报酬为 0。故当履约成本等于 1.5 时，不合作比合作更有效率。因而，效率原则会要求博弈参与人 2 在合作成本为 0 时履约，而当合作成本为 1.5 时，博弈参与人 2 违约才是有效率的。

下面我们要说明，当博弈参与人是自利的时候，他们选择策略是否有效率。假设博弈参与人 2 承诺合作，且承诺具有强制履行的法律效力；再假设只要博弈参与人 1 向博弈参与人 2 投资，且只要后者违约，博弈参与人 1 总能获得完全预期违约损害赔偿。那么，图 6.3 就是存在一个强制履行的合同，且一方违约后另一方能获得完全预期违约损害赔偿的博弈支付矩阵。因而，无论博弈参与人 2 是否履约，博弈参与人 1 总能从投资中获得 0.5 单位的收益。而如果博弈参与人 1 不投资，那他所能获得的收益将为 0。因而，对博弈参与人 1 而言，最优策略是投资。

接下来，考虑图 6.3 中，博弈参与人 2 的最优策略。如果履约成本为 0，履约能给博弈参与人 2 带来 0.5 单位的净收益。但如果履约成本为 1.5，那履约只会给博弈参与人 2 带来 1.0 单位的净损失。考虑违约的情况。如果博弈参与人 2 违约，

其所得到的回报与图 6.2 中的违约情况相同，都获得－0.5 单位的净收益。比较这两种情况，对于一个订立了强制履行合同的博弈参与人 2 而言，只要履约成本为 0，那么履约是他的最优策略，而当履约成本为 1.5 时，违约才是他的最优策略。前面，我们已经证明，效率要求博弈参与人 2 在履约成本为 0 时履约，而履约成本为 1.5 时违约。因此，我们能得到下面的结论：完全预期违约损害赔偿能同时为有效率的履约和违约提供有效激励。

预期违约损害赔偿是美国法庭用得最多的违约救济方式。然而，现实中的赔偿跟理论上的赔偿往往是有区别的。换言之，法庭实际判决的预期损害赔偿通常是不完全的。这种不完全源于实际操作的困难，尤其是法庭在获取正确信息上的困难。例如，事先的利润可能是很难估计的。有时，实际操作的困难也会使法庭放弃预期违约损害赔偿，而用其他的救济方式来代替，我们在下一章会对此加以进一步的解释。

假设立约人和受约人希望在合同中详细地明确列出违约的赔偿方式。那么，他们通常究竟会选择完全预期损害赔偿，还是其他可供选择的赔偿方式呢？根据上面的阐述，完全预期损害赔偿能有效激励有效率的履约和违约。有效率的承诺可以最大化所有合同当事人分享的合作剩余。因此，相较于其他的违约救济方式，合同当事人通常更能从完全预期损害赔偿中受益。通过判给预期损害赔偿，法庭就能使所有合同当事人都获得他们在订立合同时就希望得到的违约损害赔偿。

一般而言，最优的损害赔偿计算方式能激励立约人的履约达到一个有效率的水平，反之，一个错误的损害赔偿计算方式只会导致立约人的履约达到一个无效率的水平。当赔偿低于最优水平时，会使立约人过于频繁地违约以致于受约人不再愿意与之订立合同。相反，如果赔偿高于最优水平，立约人会因履约成本过高，而不愿意签订合同。我们将会在下一章中通过正式模型来论证这些解释。

问题 6.7

假设高的履约成本会导致立约人违约，并向受约人支付完全预期损害赔偿。那么，受约人仍会希望立约人履约吗？

问题 6.8

请解释当履约才是有效率时，允许立约人违约，并支付预期损害赔偿的情况下所能获得的总报酬。

6.2.4 信任

我们前面已经解释了合同的强制履行会促使合同当事人合作。这里的合作包

括两个行为：第一，立约人为履约做准备。还是以富有的叔叔资助侄子环球旅行为例。叔叔必须为履约做准备，比如将其部分资产变现或通过其他的获利方式为其侄子准备旅行费用。第二，受约人基于对立约人承诺的信任而进行投资。在上述例子中，侄子必须购买一些旅行必需品来为旅行做准备，比如，可能要购买行李箱、雪地靴、太阳帽等。而在农场主邮寄购买"蝗虫捕杀器"的例子中，农场主可能因为预期需要储藏更多的农作物而投资扩建仓库。通常，立约人会对履约进行投资而受约人则基于对承诺的信任而进行投资。这些投资可能是金钱、时间、精力或放弃其他机会等。

信任是指由承诺诱使的受约人处境的一种改变。对受约人而言，这种改变将能提高履约的价值。例如，对侄子而言，通过购买一些旅行必需品将使他的环球旅行变得更有价值。同样地，对农场主来说，拥有一个更大的农作物储存仓库，将显然能使"蝗虫捕杀器"有更大的用武之地。然而，履约价值的提高往往是要付出代价的。信任明显会增加立约人的违约成本。例如，侄子基于对叔叔资助环球旅行的信任而购买了旅行用品，一旦叔叔食言，侄子将不得不卖掉这些东西而损失一笔钱。同样的，如果"蝗虫捕杀器"是无效的，那么农场主就不必为扩建仓库而花钱了。因而，可以把基于承诺的信任视为一把双刃剑，其一方面会增加履约的收益，另一方面也会增加违约的成本。因此，**合同法的第四个目的是，获得最优的信任**。

1. 最优信任

何种程度的信任才是最优的？基于额外信任而增加的预期收益等于受约人履约价值的增量乘以履约的概率。例如，侄子由于信任叔叔资助其环球旅行的承诺而购买了一顶热带地区用的太阳帽。那么，对侄子而言，增加的预期收益等于叔叔履行承诺的概率乘以戴这顶帽子在热带地区旅行时所能给他带来的收益增量。而源于这种额外信任的预期损失等于受约人因立约人违约而产生的损失增量乘以立约人违约的概率。例如，对侄子而言，购买太阳帽的预期损失等于其叔叔食言的概率乘以他不得不转卖太阳帽给他带来的损失。只要预期收益超过预期损失，效率就要求投入更多的信任。相反，如果增加信任投入导致的损失超过预期收益，那么减少信任投入才是有效率的。

(立约人履约的概率)×(基于增加信任而提高的履约价值)≥(增加信任的成本)
⇒(增加信任投入是有效率的)

2. 最优信任：一个例子

我们同样也用代理博弈来为最优信任提供一个数据的案例。跟前面一样，我们首先分析不存在强制履行合同的情况，之后再加入强制履行合同的约束。图 6.4 提供了一个不存在强制履行合同时的支付矩阵。假设博弈参与人 2 承诺，如果博弈参与人 1 愿意投资，他将与之合作。博弈参与人 1 不只是向博弈参与人 2 进行投资，同时这种投资还涉及信任投资。博弈参与人 1 可以在高信任投资和低信任投资间进行选择。图 6.4 中的第一行是给定博弈参与人 1 低信任投资时的

支付；而第二行则是给定博弈参与人 1 高信任投资时的支付。

		博弈方 2	
		履约	违约
博弈方 1	低信任投入	0.5 0.5	1.0 −1.0
	高信任投入	0.5 0.6	1.0 −2.0

图 6.4　信任投资不确定时，无合同约束的代理博弈

跟前面的分析一样，博弈参与人 2 的履约成本分别是 0 单位和 1.5 单位。当履约成本为 0 单位时，博弈参与人 2 履约，而当履约成本为 1.5 单位时，其将违约。图 6.4 左上角表示，当博弈参与人 1 进行低信任投资，且博弈参与人 2 履约时的报酬。而图 6.5 右上角则表示，当博弈参与人 1 进行低信任投资，而博弈参与人 2 违约时的报酬。

如果博弈参与人 1 选择高信任投资策略，那么，其将额外增加 1 单位的投资。这个投资会把博弈参与人 1 的履约价值从 0.5 单位增加到 0.6 单位，也就是图 6.4 中左下角。然而，一旦博弈参与人 2 违约，博弈参与人 1 的信任投资就会血本无归。因此，一旦博弈参与人 2 违约，博弈参与人 1 回报就降为 −2 单位，即如图 6.4 中右下角所示。

效率要求最大化两个博弈参与人的报酬之和。图 6.4 中，两个博弈参与人的总报酬等于每一格中两个数字的加总。如果博弈参与人 2 肯定履约，那么，博弈参与人 1 选择高信任投入才是有效率的。但如果博弈参与人 2 会违约，那么，博弈参与人 1 选择低信任投资才是有效率的。故当博弈参与人 2 肯定履约时，博弈参与人 1 的最优选择是高信任投资；而当博弈参与人 2 是否履约不确定时，博弈参与人 1 的最优选择是低信任投资。

随着博弈参与人 2 履约可能性的增加，博弈参与人 1 的“最优信任点”也从低向高移动。我们可以算出这个点的值。令 p 表示履约的概率，博弈参与人 1 低信任投资时的预期净回报等于：

$$\underbrace{p(0.5+0.5)}_{\text{履约的预期总收益}} + \underbrace{(1-p)\times(-1.0+1.0)}_{\text{违约的预期总损失}}$$

博弈参与人 1 高信任投资时的预期净回报等于：

$$\underbrace{p(0.6+0.5)}_{\text{履约的预期总收益}} + \underbrace{(1-p)\times(-2.0+1.0)}_{\text{违约的预期总损失}}$$

令 p^* 表示“博弈参与人 1 的最优信任投资点”，即当 $p=p^*$ 时，高信任投资的预期净回报等于低信任投资时的预期净回报。

$$\begin{aligned}&p^*\times(0.5+0.5)+(1-p^*)\times(-1.0+1.0)\\&=p^*\times(0.6+0.5)+(1-p^*)\times(-2.0+1.0)\\&\Rightarrow p^*=0.91\end{aligned}$$

因而，当履约的概率大于91%时，博弈参与人1选择高信任投资是最优的；反之，当违约的概率超过9%时，博弈参与人1选择低信任投资才是有效率的。

3. 信任的法律激励

前面我们已经阐述了合同法是如何激励最优履约承诺，现在我们来解释合同法又是如何激励最优的信任（在下一章还将对此进行更详细地分析）。为了突出对信任问题的分析，现在来考虑，为何违约的完全预期损害赔偿会导致过度信任。完全预期损害赔偿意味着，无论受约人信任投资的高低，只要给定其信任投资水平，完全预期损害偿额都等于受约人源于履约的预期收益。事实上，完全预期损害赔偿能完全消除信任投资的风险，因此，即使效率要求抑制信任投资，受约人也总会选择完全信任。

博弈方2

博弈方1		履约	违约
	低信任投资	0.5 0.5	1.0 −1.0
	高信任投资	0.5 0.6	1.6 −0.6

图6.5　信任投资不确定时，附合同约束及完全预期损害赔偿下的代理博弈

为了举例说明这个问题，我们对没有强制履行合同约束的图6.4进行了修正，得到附有强制履行合同约束和完全预期损害赔偿的图6.5，考虑这种情况下双方当事人的报酬矩阵。为了加深对图6.5的理解，首先考虑低信任投资，即博弈参与人1只投资1单位，而不进行任何信任投资。那么，其预期得到1.5单位的总收益，其中净收益为0.5单位。如果博弈参与人2违约，那么，他必须返还博弈参与人1所投资的1单位，并额外赔偿0.5单位的投资收益，也就是图6.5中第一行所写的数字。接下来，考虑高信任投资，即博弈参与人1不仅投资1单位，而且还额外进行了1单位的信任投资。因而其预期不仅能收回2单位的总投资，而且还能得到0.6单位的投资回报。如果博弈参与人2违约，完全预期损害赔偿将要求其归还博弈参与人1所投资的2单位，并还要额外支付0.6单位的损害赔偿，这也就是图6.5中第二排所列的数字。

在图6.5中，博弈参与人1从低信任投资中得到的净报酬为0.5单位，而从高信任投资中得到的净回报为0.6单位。因而，完全信任损害赔偿会激励合同当事人选择高水平的信任投资，而不管违约的概率是多少。前面我们已经证明了，当违约概率大于9%时，低水平的信任投资才是有效率的。而在这个例子中，无论违约的概率是否超过9%，完全的预期损害赔偿的救济方式总会提供过度信任的激励。

一个更为复杂的预期赔偿计量方法将被用于处理激励问题。这里，我们将不再选择实际的信任投资作为预期损害赔偿的衡量标准，而是技巧性地选择最优信任投资作为预期损害赔偿的基准。改进的预期损害赔偿等于给定受约人最优信任投资情况下，其所能得到的履约收益。

图 6.6 说明了改进的预期损害赔偿，假设前提是，当违约概率超过 9%时，低信任投资才是有效率的。当博弈参与人 1 选择低信任投资，且博弈参与人 2 违约时，博弈参与人 2 不仅要归还博弈参与人 1 所投资的 1 单位，还是额外支付 0.5 单位的损害赔偿，也就是图 6.6 第一行所示的数据。在采取改进的预期损害赔偿的救济方式下，即使博弈参与人 1 选择了高水平的信任投资，博弈参与人 2 违约的赔偿责任仍保持不变。如果博弈参与人 1 选择高水平的信任投资，即其不仅向博弈参与人 2 投资了 1 单位，而且还投入了 1 单位的信任投资。此时，如果博弈参与人 2 违约，博弈参与人 1 将损失 2 单位。然而，在改进的救济方式下，博弈参与人 1 仍然只能从参与人 2 处到 1.5 单位的违约损害赔偿。因此，在博弈参与人 1 高信任投资，且参与人 2 违约时，博弈参与人 1 将面临 0.5 单位的净损失，也就是图 6.6 中第二行所列的数据。

		博弈方 2	
		履约	违约
博弈方 1	低信任投资	0.5 0.5	−0.5 0.5
	高信任投资	0.5 0.6	−0.5 −0.5

图 6.6　信任投资不确定时，附合同约束及最优预期损害赔偿下的代理博弈

图 6.6 中，博弈参与人 1 在选择低信任投资时，净报酬为 0.5 单位。当博弈参与人 1 选择高信任投资时，如果博弈参与人 2 履约，那么博弈参与人 1 将获得 0.6 单位的净收益，而如果博弈参与人 2 违约，博弈参与人 1 将面临 0.5 单位的净损失。因此，当违约的可能性很大时，博弈参与人 1 就有激励选择低信任投资，反之，如果履约的可能性很大时，博弈参与人 1 就有激励选择高信任投资。这也就不难说明，当违约的概率低于 9%时，博弈参与人 1 为了最大化其预期回报，而将从低信任投资转到高信任投资。因此，改进的预期损害赔偿能有效激励最优信任。

根据前面的定义，**最优**预期损害赔偿是指能将受约人的处境恢复到如果合同得到顺利履行，其所能预期的状态。这种处境也就取决于受约人采取的信任投资水平。为了符合经济效率，受约人的信任投资应该是最优的。我们考虑将这一事实纳入到最优预期损害赔偿的定义中。根据定义，最优预期损害赔偿等于能使做出**最优**信任投资选择的受约人恢复到如下状态的损害赔偿：如果承诺得以履行，受约人应该享有的处境。

过度信任会提高违约损害。法律通过限制受害人可能获得的损害赔偿来抑制过度信任。如果法庭能根据这里所给出的定义来判给最优预期损害赔偿，那么受害人的过度信任投资将得不到任何补偿。因为，理想的法律判给违约受害人的实际损害赔偿仅仅等于当其采取最优信任投资时，如对方当事人违约所遭受的损失，而对于受害人过度信任投资的损失要自己承担。因此，受约人有很强的激励来避免**过度信任**。

过度信任一词存在各种法律上的定义。普通法的一个重要原则是立足于可预见标准。如果受约人的信任等于立约人在当时的环境下能合理预期的数值，那么该信任就是能被立约人所预见的。如果受约人的信任超过了立约人在当时情况下的合理预期，那么该信任就是不可预见的。由于英美法系把过度信任定义为不可预见性，因此也是不可补偿的。①

下面我们举例说明，过度信任即为不可预见的信任这一定义。假设一个电报公司忘记为股票经纪人传送一份出售股票的电报。由于事关重大，股票经纪人不应该投入过多信任。比如，股票经纪人应该要求对方在收到电报后立即做出确认。电报公司并不能预见到股票经纪人没有采取合理的预防措施的疏忽。因此，电报公司也不能预见到因忘记传送一条电报而造成的数百万美元的损失。

另一个例子是，假设侄子为了准备环球旅行而购买了适合热带地区的一套白色丝织衣服和一个与之相配的钻石皮带扣。当叔叔食言后，侄子因不得不转卖衣服和钻石皮带扣而损失了一笔钱。之后，侄子提起诉讼，要求叔叔赔偿这两件物品的购买价与转卖价之间的差价。法院认为，叔叔可能会预见，侄子会为了去热带地区旅行而购买一件丝织衣服，但同时会判决，叔叔对侄子购买钻石皮带扣的行为是不可预见的。因而，法庭会判决叔叔赔偿侄子丝织衣服的购买价与转卖价之间的差价，但却会要求侄子自己承担购买和转卖钻石皮带扣的差价损失。②

问题 6.9

请解释为什么对违约受害方的最优损害赔偿会激励有效率的履约和违约，而违约受害人的过度损害赔偿却会导致无效率的履约和违约？

问题 6.10

假如股票经纪人已经告诉电报公司，如果忘记传送这条电报将导致数百万美元的损失。这称为“特别注意”。那么，对电报公司而言，实际损失是可预见的吗（在下一章中，我们会讨论普通法中“特别注意”将如何影响违约责任）。

6.2.5 缺省规则和交易成本

合同时常包括风险。例如，假设麦圭尔一家与沃巴什建筑公司签订了一份房屋建筑合同。楼面规划、建筑材料、地毯样式、景观美化、对当地区域分区规划的遵

① 参见下一章中对“哈德利诉巴克斯德尔”案的阐述。

② 根据美国法律，赠予承诺在可预见的信任范围内通常具有强制履行的法律效力。

守，及价格、房屋的交付时间等都在这份合同中有了明确的规定。现在，假设发生了一些问题。我们可以想象一些可能出差错的事情，例如，由于硬木地板供应商的罢工而延迟了整个建筑计划，或是偏远国家的战争导致铜管的价格飞涨，当地的分区规划可能不许可这一景观美化计划，一位沃巴什建筑公司的工伤职员诉讼可能导致建筑公司破产，麦圭尔先生可能去世，而他的家人可能不再需要这个房子，麦圭尔一家也可能破产，以至于他们没有能力再负担这栋房屋的建筑费用等。

合同会明确规定一些风险的分配。例如，合同可能会规定，因重要罢工事件导致的工期延误，不算违约。另外，合同也可能对一些风险未作明确规定，例如，由谁来承担因分区规划管理部门否决了景观美化计划的风险。现实中的合同总是有很多不完备之处。当一份合同对某种风险没有做明确规定时，这份合同就存在“缺口”。

缺口可能是无心之失。例如，合同可能对因某起劫机事件导致飞机场关闭而使销售方不能如期交货的可能性未加考虑。因而，合同当事人之所以在合同中留下这个缺口，可能确实只是无心之失，因为他们谁也不会预见到有劫机的可能。此外，有些缺口也可能是有意留下的。例如，一份契约可能没有注意到一场未经工会允许的工人罢工会阻碍制造商如期履行交货合同的可能性。这个缺口是合同当事人经过深思熟虑后留下的，因为他们认为，发生这种罢工的可能性是微乎其微的。为这种微小的风险而花费交易双方谈判和起草合同的成本是不值得的，因而双方都愿意放任这个合同缺口的存在。

1. 合理的缺口

让我们考虑，合同双方经深思熟虑后，有意留下合同缺口的计算。回头看前面例子中，由于遭遇重大罢工事件，而导致麦圭尔一家与沃巴什建筑公司订立的房屋建筑合同延期的情形。合同双方当然可以在订立合同时，就这个风险的分配加以磋商，但这也必然会增加交易成本。相反，麦圭尔一家和沃巴什建筑公司也可以选择留下这个合同缺口。当这个风险真正发生时，双方再共同协商这个风险责任的分配。

“事前风险”是指，合同双方在商议合同时，将要面对未来损失的风险。**“事后损失”**则表示，合同双方在签订合同后发生的实际损失。因而，合同当事人必须在事前风险分配和事后损失分配间做出选择。

考虑到分配风险和损失之间交易成本的差异。如果当事人就风险分配的条款进行协商，那他们肯定要承担一定的交易成本。如果他们留下缺口，他们将承担发生概率为正的交易成本。合同缺口的预期交易成本等于损失实际发生的概率乘以分配损失的成本。当明确协商分配风险条款的实际成本高于填补缺口的预期成本时，合同当事人就会为了节约交易成本而留下合同缺口。我们可以通过下面式子来归纳这些事实：

最小化合同交易成本

分配风险的成本＞分配损失的成本×损失发生的概率

⇒留下缺口；

分配风险的成本＜分配损失的成本×损失发生的概率

⇒填补缺口。

通常合同当事人就风险的分配相较于损失分配更容易达成协议。我们可以借助造成重大影响的罢工事件导致麦圭尔一家的房子存在延期交付风险的例子来说明其中原因。假设在建筑合同中，明确规定这部分风险的分配需要花费 25 美元的成本。如果合同明确就此做出规定，那么，当能造成重要影响的罢工事件真的发生了，合同双方就能轻易地分配由此产生的损失。相反，如果合同双方决定留下这个合同缺口。这个合同缺口的存在，将导致造成重大影响的罢工发生后，合同当事人在就此导致损失的分配上会有很多的意见和协商处理的困难。假设损失实际发生后，合同当事人分配这些损失的交易成本为 500 美元。实际的损失分配成本必须是损失发生后分配损失的交易成本乘以损失实际发生的概率。假设造成重大影响的罢工发生的概论为 0.04。因此，留下合同缺口的预期交易成本为 20 美元。[①] 在这个例子中，合同双方通过留下合同缺口而节约了 5 美元的预期交易成本。

2. 法庭填补缺口

法院需要能填补缺口的规则。合同理论应该能给法庭（或通过法庭的判决影响合同当事人及他们的律师）就以下问题的回答提供指导："法庭应该如何填补合同缺口？"我们的答案是标准科斯定理的一个应用，法律通过降低交易成本来激励有效率的行为。[②]

有时，法院会通过在合同中"加入"一个条款来填补合同缺口，这就意味着，法庭将根据该新加入的条款来处理，尽管合同当事人事前并没有就此进行协商。例如，法庭可能会加入一条因战争导致商品无法如期交货的免责条款。相反，法庭也可能只强制履行合同明确规定的条款。例如，当合同明确规定战争不能作为履行不能的免责条款时，法庭可能会判决卖方必须为战争期间未能如期交货承担责任。

有时，合同明确规定的条款会与法律规定的填补缺口的规则相冲突。同样地，我们还是以沃巴什建筑公司和麦圭尔一家的建筑合同为例来加以解释。假设合同明确规定，如果发生重要影响的罢工事件，建筑工程的完工时间将顺延，顺延的天

① 500 美元×0.04＝20 美元。

② 这篇文献区分了"任意性规则"和"强制性规则"。"任意性规则"是指，合同双方当事人可以自由协商订立或改变的条款。例如，法律可能规定一些任意性规则，合同双方可以自己决定承担一些更高的特殊义务。相反，"强制性规则"是不能由合同双方自行改变或订立的条款；这些规则也不能由任何一方当事人自行放弃。例如，合同法的一个强制性规定是，成人与小孩子订立一份对孩子不利的合同是无效合同。我们更倾向于用"规则"来代替文献中通常喜欢采用的"强制性规则"。

数与罢工持续的天数相同。如果合同对造成重大影响的罢工事件未做任何规定，法庭可能会判决沃巴什建筑公司为罢工引起的工程延期承担责任。这样，合同明确规定的条款就与法律提供的填补缺口条款相互冲突。

当法律责任发生冲突时，法律必须决定何者为先。在这个例子中，面对此种冲突，法庭通常会判决允许建筑工程延期，而且延期的天数与罢工持续的天数相等，而不是强制要求沃巴什建筑公司为因罢工引起的工程延期承担责任。通常，合同明确规定的条款的效力优于法庭为填补缺口而选择的条款。当明示条款的效力优先于隐含条款时，隐含条款将作为**缺省**条款来填补合同缺口，这也就是“缺乏明示条款的对立面”。合同法的填补条款绝大多数都是“缺省条款”。

前面，我们已经解释过，用有效的合同条款来代替无效的合同条款能创造剩余。同样地，用**有效率的缺省条款**代替**无效率的缺省条款**也能创造社会剩余。其原因很容易解释。我们已经解释过，合同双方出于节约交易成本的考虑在合同中留下缺口。当合同留有缺口时，法庭就会用缺省条款来填补。有效率的缺省条款能最大化合同当事人的收益，而无效率的缺省条款则会减少双方的盈余。一般来说，**当立法者用有效率的缺省条款代替无效率的缺省条款时，合同双方都能从中受益。**

再来回顾一下沃巴什建筑公司和麦圭尔一家的建筑合同的例子。合同双方可以在事前为填补这个缺口而花费 25 美元的成本进行协商；或是在合同中留下这个缺口，而这个缺口将导致 20 美元的交易成本。在这个例子中，留下合同缺口将会给合同双方节约 5 美元的交易费用。然而，交易费用并不是惟一相关成本。除此之外，合同当事人还要考虑承受有重大影响的罢工风险的成本。假设沃巴什建筑公司承受有重大影响的罢工风险的成本为 60 美元，麦圭尔一家承受此风险的成本为 20 美元。因此，一个有效率的有重大影响的罢工风险分配条款，与一个无效率的分配条款相比，能节约 40 美元。

比较一下适用有效率的缺省条款和适合无效率的缺省条款所导致的结果。一个有效率缺省条款会把由重大影响的罢工事件所导致的风险分配给麦圭尔一家。如果一个实际的缺省条款是有效率的缺省条款，那么，合同双方将预留合同缺口，并能因此节约 5 美元的交易成本。通常，一个有效率的缺省条款能使合同双方通过预留合同缺口而最小化缔约成本。

相反，一个无效率的缺省条款会把因重大影响的罢工事件所导致的风险分配给沃巴什建筑公司。一个无效率的缺省条款会给沃巴什建筑公司和麦圭尔一家留下议价空间。给定无效率的缺省条款，留下合同缺口将会使合同双方无辜地多承受 40 美元的风险承受成本。但合同双方也可以选择通过谈判达成一个有效率的风险分配方案。通过用有效率的合同明示条款代替无效率的缺省条款，将给合同双方节约 40 美元的风险承受成本。然而，与缺省条款相比，通过合同双方为协商达成明示条款来填补合同缺口仍要多花费 5 美元的预期交易成本。一般来说，无效率的缺省条款会导致合同双方在交易成本与风险承受间做出权衡。

合同双方都倾向于有效率的合同条款而不是无效率的条款。同样的，合同双方也都更喜欢有效率的缺省条款而不是无效率的缺省条款。当法律能为合同双方提供他们想要的缺省条款时，合同双方就可以在合同中省去这些条款。忽略这些不必要考虑的条款，合同双方就能集中精力关注对其他条款的谈判。需要协商的合同条款越少，合同的订立程序就越便宜。因此，法律通过提供可以用以填补合同缺口的缺省条款而使合同双方节约订立合同的费用。因此，**合同法的第五个目的在于，通过提供有效率的缺省条款和规则最小化签订合同的交易成本**（我们将在7.2及6.2.6中阐述合同法的这些原则）。

3. 假想合同

经济分析为法庭提供了可以给合同提供有效率的缺省条款的简单规则。现在考虑合同双方通过协商制定能填补合同缺口的条款的情形。**如果合同双方就所有相关风险进行了讨价还价，那么，他们将把解决这些风险的所有条款都写进合同**。假设在沃巴什建筑公司和麦圭尔一家签订的建筑合同中，对因铜管的价格飞涨而导致的风险未作明确说明。如前所述，法庭会根据合同明确规定的条款来分配风险，只要合同当事人曾经就此达成一致。由于这条规则试图加入绝大多数合同当事人所希望的填补缺口的分配条款，因而，这样的规则又被称为“多数主义的”缺省条款。注意，这些条款并不是强制性的：合同双方可以自由决定是否签订。①

真实的契约由经合同双方协商一致后的条款所构成。假想合同由合同双方当事人通过谈判达成的用以填补合同缺口的条款所组成。前面的原则要求，法院根据假想合同来填补合同缺口。当法院用假想合同来填补合同缺口时，合同双方能根据法律得到他们想要的合同。合同双方的讨价还价并不能改进法庭对风险分配的结果。因此，无论那种方式的成本更低，合同双方都能通过预留合同缺口而最小化交易成本。

实施假想合同的原则分为两个步骤。通过改进第4章的交易模型，我们能得到如下结论：效率原则要求，当交易成本为零时，协议的达成将耗尽所有合同剩余。首先，法院在构造假想合同时，必须建立最有效率的合作模式。在第4章中，我们曾经说明，平分合作剩余是合理的。其次，法院必须分配达成合作产生的剩余。换句话说，**法院是通过有效率地分配责任和合理地调整价格来处理合同缺口的**。

我们通过对上述例子做一些变化来阐述这一原则。假设麦圭尔一家与沃巴什建筑公司签订合同时，麦圭尔先生知道建筑房屋所需要的铜管可能急剧上升为2 000美元的概率为0.5。这导致沃巴什建筑公司的预期建筑成本将增加2000×0.5=1 000美元。进一步假设，沃巴什建筑公司能用400美元来避免这个风险。

① David Charny, *Hypothetical Buigains: The Normative Structure of Contract Interpretation*, 89. MICH. L. REV. 1815 (1991).

通过采取避险行为，沃巴什建筑公司能通过花费 400 美元来避免 1 000 美元的损失，故能产生 600 美元的剩余。[①] 相反，假设麦圭尔一家不能预见铜价的变化，而不能采取避险行为。那么，效率理论只会要求沃巴什建筑公司而不是麦圭尔一家进行风险规避。

但不幸的是，沃巴什建筑公司没有采取任何规避黄铜价格飞涨的措施。沃巴什建筑公司在建筑工程完工后，向麦圭尔一家递送了一张标有额外的 2 000 美元的支票。麦圭尔一家拒绝支付，沃巴什建筑公司因此提起诉讼。真实的合同并没有对因铜价飞涨导致的风险做出规定。

考虑法院通过引入零交易成本下，合同双方所签订的假想合同来处理这个案件。实施一个假想合同必须包括两个步骤。首先，法院必须确定由谁来承担铜价上涨风险的成本较低。在这个例子，显然沃巴什建筑公司才是**更加有效率的风险承受者**。因此，法院会依效率理论决定，假想合同将规定把由铜价飞涨而导致的风险分配给沃巴什建筑公司承担。

其次，法院必须调整合同价格来回应有效率的风险分配条款。房屋的建造通常涉及很多风险，包括建筑材料价格上涨的风险；而这些风险对建筑公司而言，通常是可预见的，而且假想合同无需对此加以明确规定。因为，沃巴什建筑公司可以预见这一风险，因而其在签订合同时，就必然会在商定价格时考虑到承受这种风险应得到的补偿。谈判这方面价格时任何的失败都应该是沃巴什建筑公司的过错。故法庭将认为，沃巴什建筑公司有责任了解，合同的价格中已经包括了因铜价上涨而导致风险的那部分成本，所以，麦圭尔一家无需补偿沃巴什建筑公司由此造成的任何损失。

通常，在合同中添加新的条款必须对贸易习惯及合同当事人所拥有的信息进行详细调查。当一个有效率的风险承担者实际预见到的风险，或应该预见到的风险时，法庭将假设，协商一致的合同价格中包含了承担这部分风险的补偿。在这个案件中，沃巴什建筑公司是否真的预见到这个风险是一个事实问题，而沃巴什建筑公司应该预见到这个风险则是一个良好的商业习惯问题。

然而，有时任何一方合同当事人都无法预见或应该无法预见到风险。例如，一个偏远国家铜业工人联合会的秘密政治活动导致的大罢工引起的铜价飞涨。这种特殊事件，无论是沃巴什建筑公司，或是麦圭尔一家都是无法预见的。这种情况下，必须在无过错的合同当事人间分配不可预见的损失。

同样的，法律也可以利用理想合同作为引导。理想合同会把这种不可预见的损失分配给相对有效率的风险承担者。在这个例子中，相较于麦圭尔一家，沃巴什建筑公司更能就建筑材料的价格变化做出反应，并且最小化由此带来的损失。沃巴什建筑公司显然是更有效率的风险承担者，因为其相较于麦圭尔一家拥有更多处理此类事件的经验。因而，法庭会判决由沃巴什建筑公司承担这部分风险。然

① 2 000×0.5−400=600(美元)。

而，法院也可能裁定，现实的合同价格并不能反应沃巴什建筑公司的风险承受能力，故法庭也可能会调整合同价格以合理地反应这一风险。①

下面考虑这个例子的另一种变化，即立约人延期交付。有时，合同会明确规定延期交付的损害赔偿，例如每延期一天赔偿 100 美元。然而，许多合同对延期交付并没做任何规定。当合同对此未做明确规定时，法庭就必须决定延期交付的损害赔偿。例如，沃巴什建筑公司向麦圭尔一家承诺 9 月 1 日完工，但 7 月份的恶劣天气严重影响了工程进度。沃巴什建筑公司是按原计划继续施工并在 10 月 1 日完工，还是在 8 月加快建筑速度，以保证 9 月 1 日如期完工呢？在 8 月加快工程进度将给沃巴什建筑公司带来 2 000 美元的额外成本。而一旦延期交付，沃巴什建筑公司必须向麦圭尔一家支付在新房延期建造期间每月花费 1 000 美元的租房成本。合同对延期交付赔偿未做明确规定。沃巴什建筑公司决定按原定进度施工，并于 10 月 1 日完工。换言之，沃巴什建筑公司愿意赔偿麦圭尔一家每月 1 000 美元的房租损失，及另外花费 500 美元解决争端。

但沃巴什建筑公司并不知道，麦圭尔一家邀请了他们的亲戚朋友在 9 月 15 日团聚。新房子将为他们提供住宿。如果新房子无法入住，麦圭尔一家必须为他们的亲戚朋友支付 1 500 美元的住宿费。因而，麦圭尔一家向法庭要求沃巴什建筑公司赔偿 2 500 美元，其中包括房租和亲戚朋友的住宿费。

假想合同将如何分配延期交付的风险呢？根据前面的论述，加快工程进度将能用 2 000 美元的代价来节约 2 500 美元的成本，故能创造 500 美元的净剩余。但沃巴什建筑公司并不知道这些。沃巴什建筑公司只会认为，加快工程进度是以 2 000美元的花费以换取 1 500 美元的收益，故会导致 500 美元的净损失。为了更有效率地实施合同，沃巴什建筑公司并不知道延期交付的异常损失，而相关的信息，麦圭尔一家也没有提供给沃巴什建筑公司。有效率的合同通常会把由某方当事人的过失引起的损失分配给其本人承担。因而，在这种情况下，因为麦圭尔一家的过错导致了 500 美元的损失。有效率的缺省条款明显将要求沃巴什建筑公司承担 1 500 美元的损失，而麦圭尔一家则要自己承担 1 000 美元的额外损失。

这个例子举例说明，麦圭尔一家投入了过度信任。因为，沃巴什建筑公司通常只能合理地预期到麦圭尔一家投入低水平的信任。但事实上，麦圭尔一家却投入了高水平的信任。而且，麦圭尔一家并没有把他们的过度信任告知沃巴什建筑公司。因此，麦圭尔一家必须承担因过度信任引起的违约成本的增加。这一条款跟普通法的一个重要原则相一致。该原则规定，立约人应该承担违约的正常成本

① 假设沃巴什建筑公司预见到了这一风险，并额外索要 700 美元作为承担这一风险的代价。那么，理想合同会规定，由沃巴什建筑公司承担 2 000 美元的风险损失，而麦圭尔一家则要为此支付 700 美元的价格。根据理想合同，法庭将判决，由麦圭尔一家支付 700 美元给沃巴什建筑公司。麦圭尔一家将损失 700 美元。而沃巴什建筑公司将从法院判决中获得 700 美元，但却会因铜价上涨而增加 2 000 美元的成本，故其净损失为 1 300 美元。以上就是现实合同如果是完备的情况下，2 000 美元损失在合同当事人间的分配。

("合理预期的违约成本"),而受约人必须承担违约的特殊成本("不能合理预期的违约成本"),除非受约人把这些特殊成本告知了立约人。①

问题 6.11

请解释"缺省规则节约的交易成本是跟效率成正比的"这一命题。

问题 6.12

假如沃巴什建筑公司延期一个月完工。而这是由于恶劣的天气引起的工程拖延,不是任何人的过错。请阐述,法庭将如何计算有效率的违约损害赔偿?

问题 6.13

一些合同的缺口是由于合同当事人的过错造成的。例如,假设合同的一方当事人拥有有关重大风险的私人信息。效率可能要求拥有私人信息的一方当事人发起就这个风险的谈判。如果没有发起谈判,就会给合同留下一个缺口。这样,如果由该风险导致的损害发生,法庭可能会判决拥有该风险私人信息的一方当事人承担由此导致的损失。在这种情况下,责任被视为是对过错的一种惩罚。因此,这样的责任分配被称为是**缺省的惩罚性条款**。② 在前面论述的那个例子中,麦圭尔一家并没有向沃巴什建筑公司透露,其对沃巴什建筑公司在 9 月 1 日完工的承诺有不可预见的过度信任。请解释,为何在这个例子中适用的普通法规则被视为是缺省的惩罚性条款?

问题 6.14

合伙的医生可能在合伙合同中不会涉及未来散伙的问题。合伙各方当事人可能是故意避免讨论这个问题,以免引起彼此间的不信任。请提供一些经过深思熟虑后仍留下合同缺口的例子。

---

① 这个规则引自"哈德利诉巴克斯德尔"案,9 EXCH. 341 (1854)。

② 参见 Ian Ayrcs & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L. J. 87 (1989)。艾尔斯(Ayrcs)和戈特纳(Gertner)给出了一个有关缺省的惩罚性条款的例子,如《统一商法典》规定,如果合同没有规定数量条款,该合同无效。但与之相反,如果一个合同中没有规定价格条款,法庭却会引入一个合理的价格条款。请解释这两个条款的异同点。

6.2.6 完备合同和市场失灵

前面，我们已经讨论了合同中未明确规定的强制履行条款（缺省条款）。下面，将讨论合同中明确规定的非强制履行条款。除了合同缺口外，现实生活中的合同有时还会明确规定一些似乎跟实际呈现的发展状况不相适宜的条款。有时，法庭也会宣告一些合同明确规定的条款无效。例如，法庭可能会判决下面的合同条款无效：消费者放弃就缺陷产品引起的损害获得赔偿的权利。有时，法院也会用一些条款来代替合同中原本明确规定的条款。例如，针对一个限制行为能力的未成年人签订的合同，法庭可能会用新的条款来取代合同中原有条款或宣布合同无效。

当法庭宣告合同条款无效或改变原有的合同条款时，我们就可以说，法律对合同进行了调整。不同于缺省规则，调整是强制性规则。调整合同类似于调节市场。在这两种情况下，政府都是通过私法来改变私人交易。而且，对调整合同的经济学原理也与调节市场的经济学原理相类似。调节市场的经济学原理，开始于一个不存在任何外力干涉的理想中的完全竞争市场的描述。当现实中的市场与理想中的市场相左，就是理论上的**市场失灵**。我们也将把这种分析方法用于对合同的研究。

为了拓展市场失灵理论，假设从事远期交易的合同双方草拟了一份**完备合同**。完备合同是完美无缺的，每种可能性都被考虑到；任何相关风险都事先通过沟通在合同双方间进行了有效率地分配；而且没有任何出错的可能性。一份完备合同当然也是**有效率**的。每种资源都被分配给最重视该资源的合同当事人；每种风险也被分配给能以最低成本承担的一方；而且合同条款详尽阐述了合同双方能通过合作获益的任何可能性。

如果合同当事人能通过协商订立一份完备合同，那么，合同将不会存在任何缺口，合同当事人当然也就不需要法庭为其提供缺省条款。换言之，如果合同当事人能协商订立一份完备合同，那么就不会存在合同失灵，当然也就不需要法庭对其进行调整。因而，我们就能得到如下结论，一份完备的合同只需要法律强制合同当事人依照合同条款履行，而不需要法律再提供任何其他的调整。

在什么情况下，合同当事人能够订立一份完备合同呢？通过第 4 章对科斯定理的讨论，我们知道，根据科斯定理，当交易成本为零时，理性的合同当事人就能订立一份完备合同。当交易成本为零时，合同是完备的，因为对额外条款的讨价还价不需要花费任何成本。此时，合同当然也是有效率的，因为每项权利都被分配给认为其最有价值的一方，而且每种风险也相应分配给能用最低成本承担的那方当事人。给定一份完备合同，法律对其任何条款的废弃或改变都是无效率的。通常，**对理性的合同当事人在零交易成本下订立合同的调整都会导致无效率**。

相反，当合同当事人是非理性的或交易成本为正时，订立的合同都是不完备的。我们将通过对市场失灵理论的拓展来详细阐述这个命题。下面，我们将参照市场失灵的校正理论对合同的法律调整进行分类。

1. 个体理性

在第 2 章对微观经济学的论述中，我们了解了个体理性选择的三个假设条件。首先，一个理性的决策者能按偏好次序对其可能的选择以从优到劣进行排序。为了实现这样的排序，决策者必须有一个稳定的偏好。如果一个决策者的偏好是完全不稳定或混乱无序的，那么其在法律上就不具备签订具有强制履行的法律效力的合同的行为能力。例如，儿童和精神病人在法律上就是不具有完全的行为能力的主体。

其次，理性的决策者的机会受到适当约束，只能部分而不是完全地实现其目标。过度限制会破坏行动自由。违约者的两个主要免责事由是，当其签订合同时面临**胁迫**和**趁人之危**。如果合同一方当事人的受益是源于威胁行为，那么另一方当事人的违约就能因为被胁迫而得到免责。例如，在一部著名电影《教父》中，受害人因为被枪顶着头而与黑帮组织签订了一份“完全不能被拒绝的合同”。显然，不会有法庭要求强制履行这样的一份合同。

同样地，如果承诺是立约人在穷途末路时做出的，那么，法庭也可能会基于**趁人之危**签订的合同无效而免于其强制履行的责任。例如，一位在沙漠中旅行的外科医生，因汽油耗尽而面临死亡时，一个过路人提出愿意以 50 000 美元卖给他 5 升汽油。即使该医生在当时接受了这一提议，之后法院也不会强制其履行承诺。因为，该承诺是过路人在医生身处绝境时趁人之危迫使其做出的，故法庭一般不会赋予其强制履行的法律效力。

注意，虽然**胁迫**和**趁人之危**都是指立约人处于紧急情况下做出的承诺，但两者的起因却不相同。趁人之危通常是立约人的错误判断，运气不好或是第三人的原因造成的。例如，医生之所以在沙漠的旅行中耗尽汽油是因为他可能没有仔细检查油表，或是隐藏缺陷导致油表失灵，或是他的仇人暗中毁坏了他的油箱。相反，胁迫却通常归因于受约人。例如，教父拿枪顶着立约人的脑袋。因此，胁迫被认为是受约人使立约人陷于绝境。

在上述这些例子中，极端约束都是发生在承诺**之前**。但有时，极端约束也可能**跟随**承诺而发生。在承诺后发生的极端约束可能会阻碍立约人履行承诺。例如，一个答应动手术的外科医生可能在手术前突然摔断了手。如果这个承诺是该医生善意做出的，而时运不济却使其无法履行承诺，那么，在这种情况下的违约可能会因为**履行不能**而免责。又如，制造商可能因为工厂发生火灾，而使其违约行为得以免责。通常，**履行不能**条款适用于因意外事件的发生而导致合同无法履行。在下一章中，我们将还进一步讨论这些事件中的风险的最优配置问题。

网页便笺 6.2

目前，已经有大量探讨与个体理性相背离案例的有趣的重要学术文献。其中，与合同理论相关的学术文献可以参见作者的网站。

2. 交易成本

我们接下来从对个体理性的阐述转到对交易成本的探讨。签订一份合同包括：寻找合同伙伴，商议合同条款，起草合同，及履行合同。寻找合作伙伴需要耗费精力；商议合同条款需要时间；起草合同需要专业知识；而履行合同则需要毅力。在许多合同中，这些交易成本相对于合作剩余而言，可能是微不足道的。然而，在另外一些情况下，这些交易成本相对于合作剩余，可能是一笔很大的支出。事实上，有时这些交易成本可能足够地大而阻碍合作的达成。下面，我们将区分三种可能导致交易成本足够高而阻碍有效率的交易发生的障碍。

（1）外部性。

有时，交易成本会阻碍人们参于那些可能对他们产生影响的谈判。例如，一个发电厂采用一种有污染的方法发电，如通过燃烧烟煤，那么，其生产行为可能会对他人产生不利影响。相反，如果该发电厂采取一种无污染的方法发电，如通过燃烧天燃气，那么，其生产行为可能就不会直接对第三方产生不利影响。因而，一份供电合同可能基于发电厂采取有污染的生产方式还是无污染的生产方式发电而具有第三方效应。

这种第三方效应称为**外部性**。外部成本使个体的自利行为与社会效率发生偏离。这种偏离则为法律调节行为创造了机会。虽然合同通常带有外部性，但法律对外部性矫正却很少包括合同法。在绝大多数情况下，违约诉讼中的原告必然是获得承诺的一方（受约人），或是获得受约人权利让渡的一方（受让人）。[①] 第三方被定义为，既不是受约人也不是受让人的一方当事人。除非在特殊情况下，第三方声称其不能基于合同法就他们因合同带来的损害获得救济。[②] 合同法的实施是建立在第三方利益受其他法律保护的假设基础之上的。受损的第三方不是基于合同法，而通常是基于侵权法、财产法、刑法，或其他法律来寻求救济。例如，一份污染制造厂购买货物的合同导致了更多污染，但污染受害者不能通过合同法提起诉讼，而必须通过公害法或环境法提起诉讼。

有时，合同法会通过拒绝强制履行第一方和第二方当事人之间的合同来保护第三方的利益。当合同**背离公共政策**时，法院就可能拒绝强制履行此类合同。例如，一个刑事案件的受害人承诺，如果警察能抓住罪犯，就对其予以奖励。警察的职责在于捕捉罪犯，如果允许受害人对这样的行为支付报酬可能会扭曲警察努力。此类酬谢可能会使警察过度关注受害人会因破案而获得经济补偿从而愿意支付报酬的案件的侦破，例如汽车盗窃案。然而，警察却会忽视一些迫切需要排除防碍，

① 因此，遗产继承人可以对死者的违约提起诉讼。同样的，当一家企业接管另一家企业时，接管企业通常可以就其他企业对被接管企业的违约行为提起诉讼。

② 合同通常会产生一些引发对第三方产生责任的关系。例如，公司的董事长对股东负有信用责任，这种责任将阻止其签订特定类型的合同。有时，并不能清楚地判断一些源于合同关系的责任是否应被归类于合同责任。此外，许多大陆法系国家根据默示担保强制对消费者事故适用严格责任；而英美法系国家则根据侵权法来达到相同效果。

但受害人却不会因案件的破获而获得经济补偿而愿意支付报酬的案件的侦破，比如强奸案。

一些重要的经济合同之所以得不到强制履行也是因为不符合公共政策。企业希望签订合同而使彼此之间不再存在相互竞争。签订不竞争的协议将使卡特尔能通过索取垄断价格来剥削买方。19 世纪，英美法系国家的法庭通常不愿意赋予组建卡特尔的合同有强制履行的法律效力。因为，此类合同是与鼓励竞争的公共政策相违背的。之后，美国和西欧各国的反托拉斯法也禁止组建卡特尔。例如，在欧洲，欧盟的法律规定组建卡特尔的合同无效(《欧盟条约》，第二部分，第 85 条)。

同样的，法院也不愿意强制履行在合同协商中，合同当事人被束缚而不能自由选择的合同。例如，假设 A 公司提出支付给工人每小时 10 美元的报酬，而工会则要求每小时 15 美元。工会以罢工来威胁 A 公司，并声称在 A 公司做出让步前，罢工会一直持续下去。为了使威胁更具可信性，工会与 B 公司签订了一份合同，规定，如果工会同意工人以低于每小时 10 美元的报酬为 A 公司工作，那么，其承诺将使工人以每小时 1 美元的报酬为 B 公司工作。与 B 公司签订这样的合同的目的在于，增加工会向 A 公司妥协的成本。而提高工会向 A 公司妥协的成本又会阻碍工会对 A 公司做出妥协。

美国法律强制规定，工会有真诚地跟 A 公司讨价还价的义务。因为工会与 B 公司的合同阻碍了其与 A 公司的议价，那么，他们之间的合同将损害工会对 A 公司负有的法定责任。因此，工会与 B 公司签订的合同不具可强制履行的法律效力。

这是一些法律将不会赋予其强制履行效力的违法的或是与公共政策相违背的合同的例子。但也存在很多相反的例子，即，法律会强制履行不合法或与公共政策相违背的合同。通过“强制履行”，就意味着“对违约提供一种法律救济”。因此，一个已婚的男人可能要对一个相信他的结婚承诺的女人负责，即使法律禁止他在没有离婚前与这个女人结婚。一家没有按合同供货的企业要承担违约责任，即使按销售合同规定设计的货物会违反政府安全规则。同样地，一家企业也要因为无法按合同规定供货而承担违约责任，既使其在不违背环境规则下生产这种产品是不可能的。

对于那些违反了法律或公共政策的合同，法律是否应该强制履行呢？经济学分析为此提供了答案。责任应该由知道、或有理由知道该合同的履行是不合法或与公共政策相违背的那方合同当事人承担。这是因为，他应该知道，不能订立这样的合同。尤其是立约人在以下情况下应该承担责任：(1)立约人知道，或有理由知道，承诺是不合法的或与公共政策相违背的；(2)受约人不了解这个事实，或没有理由了解这个事实。相反，立约人在以下情况下不用承担责任：(1)立约人不知道，或没有理由知道，承诺是不合法的或与公共政策相违背的；(2)受约人了解这个事实或有理由了解这个事实。

(2) 不对称信息。

有时，合同的一方或多方当事人缺乏合同的基本信息。信息的缺乏可以有多

种原因。人们有时会为了在讨价还价中赢得优势而说谎或隐瞒信息。人们有时也会为了节约沟通成本而没有传递信息。或是当事实被传输后，接收方可能仍无法了解该事实。

通常，当信息的获取成本超过获悉信息的预期收益时，不去了解该信息才是理性的。例如，许多理性的人都不会去阅读有关药品的警告。支持这种行为的理由是，各种规则、侵权法及药品制造商为了保持良好的声誉，都使服用这种药品导致损害的可能性非常低。相反，当获悉信息的预期收益超过获得信息的成本时，不去了解该信息是不理性的。例如，某些人拒绝立遗嘱或购买人身保险，是因为他们不想面对未来的死亡问题。

我们已经讨论了一些未获知信息就签订合同的原因。现在，我们来考虑合同法中基于错误信息而签订合同后，违约的免责条款：**欺诈**、**未批露**、**情势变更**和**共同错误**。

如果承诺的收益是源于谎言，那么，违约就可以因为**欺诈**而获得免责。例如，出售"有效的蝗虫捕杀器"的卖方欺骗了农场主。欺诈违反了合同当事人不能将错误信息告之另一方当事人的消极义务。除消极义务外，合同当事人有时还有一些批露信息的积极义务。在民法惯例中，合同可能因为你没有提供你应该提供的信息而无效，即，**缔约过失**责任。在绝大多数销售合同中，卖方都有义务把与产品使用有关的潜在风险告之买方，即使这些信息可能使买方放弃购买决定。例如，药品制造商必须把药品的副作用告诉用户。在这些情况下，普通法认为卖方有主动批露信息的义务。

有时，隐瞒缺陷虽然会降低产品的价值，但却不会使其有危险或不适于使用。普通法"显然"不会强制卖方承担批露此类缺陷的一般性义务。[①] 例如，普通法并不要求二手车经营商有批露其所售汽车缺陷的义务（其只承担不对那些缺陷撒谎的义务）。但对于新商品，美国法要求其符合**适合特定用途的默示担保**。[②] **默示担保**是指，即使合同中没有明确规定此类担保，法庭也可以硬把其加到原有的合同之中。根据适合特定用途的默示担保原则，新商品销售商必须承诺该产品适合预期使用。例如，如果新车的某个缺陷设计阻碍了其运输功能的行使，那么该新车的销售商就违背了此项担保义务，而必须把购车款退还给买方。然而，此种默示担保并不要求汽车必须满足作高尔夫球车或船的使用。

然而，如果这种错误的信息是合同当事人一方自己收集到并据此签订了合同，那么就不存在任何法律原则使其免于承担履行合同的责任。例如，一个承诺在 6 个月内提供 100 股埃克森公司股票的证券经纪人，不能因为其预计股票下跌而实际价格上涨而逃避履约责任。

我们前面提及的大部分例子都是，合同一方当事人拥有错误信息，而另一方当

① 我们之所以称之为"显然"，是因为法律对这个内容的规定并不明确。

② 参见 UCC § § 2－314 和 2－315。

事人却消息灵通。但也存在另一种可能，双方当事人都是基于相同的错误信息而签订的合同。这就是俗称基于**情势变更**而导致的违约免责。英国法在这个问题上有一些著名的案例，“加冕典礼案”就是其中之一。在20世纪初，坐落在伦敦主要街道的建筑物的房东因新国王的加冕典礼游行要经过此处而提前把房子租给想要观礼的人。然而，加冕典礼却因为王位继承人生病而推迟。加冕典礼的推迟使租赁协议对承租人而言，变得毫无价值。但出租房间的房东却仍想尽办法要收取房租。法庭拒绝强制履行这样的合同，因为情势变更导致合同原有目的无法实现。

还有一种可能是，合同双方是基于不同的错误信息而签订合同。如果承诺是在矛盾而又合理的基础上进行交易的，那么，这种合同就是建立在**共同错误**基础之上。我们利用本章开头的例2来说明这个问题，卖方真诚地认为，他正在跟邻居协商出售生锈的雪佛兰车，而买方却真诚地相信，他们正在就车道上崭新的凯迪拉克进行讨价还价。类似于情势变更，共同错误也可能使法庭宣布合同无效。在这个例子中，法院可能会判决买主归还汽车钥匙，而卖方则退还购车款。

（3）垄断。

完全竞争的市场意味着市场上有足够多的买方和卖方，以致于每个人都可以自由选择交易对象。相反，供不应求的市场情况使可供选择的潜在交易伙伴的数量大为减少，尤其是完全垄断使潜在的交易对象限定为单一卖方。当贸易伙伴的数量受到限制时，交易可能是单方的，即一方相对于另一方占据了绝对优势。在议价理论下，法庭总会强制履行合同，而不论合同条款是否公平。因此，合同法对防范垄断剥削的保护措施是软弱无力的。大量防范垄断的保护措施都是由成文法而不是普通法提供。

历史上少数的通过普通法防范垄断的例子中，就是我们前面讨论过的必要性原则。然而，近几年来，普通法在这方面有了新的发展，允许法官对合同的实体性条款进行仔细审查。当合同条款显失公平，以至于强制履行会违背法官的良心时，法官可以根据**不合理学说**判定该合同条款无效。例如，一个消费者跟一名家具销售商订立了一份分期付款合同，规定，只要消费者在某个月没有对某件家具支付分期货款，销售商就有权收回所有家具。法院可能会认为，这种收回条款是“不合理的”，而拒绝强制履行该条款。我们将在下一章，详细讨论这个令人困惑的学说。传统民法中，有一个概念——“损害”——和不合理性相类似。“损害”表示一份合同是如此的不公平，以至于使其无法获得法律效力。

在这里值得一提的是，在下一章对该学说加以详细说明前，合同法的不合理性趋向于描述以下的情况，其并不严格限定于传统经济学对完全垄断的定义——存在阻碍其他卖方参与竞争以至于只有一个卖方的情形。而且，这种不合理性的情形更趋向于是由于“情境垄断”所引起的。存在一些特殊情形，即某个特定时期，人们为了自身特定的意图或目的，主动地创造了一种垄断的局面。人们能在著名的案例，“普卢夫诉帕特南”案中看到这种情形。在这个案件中，普卢夫先生一家正在一个很大的湖中航行，突然遇到大风暴而使他们处于极端的危险之中。他们将船

驶向附近一个小岛的码头，但当他们准备停靠在该码头以躲避暴风雨时，帕特南先生的仆人把普卢夫先生一家赶走了。这种情况下，帕特南先生是唯一能在暴风雨中为普卢夫先生一家提供一个安全避难港的垄断者。下一章中，我们还将继续提供有关情境垄断的一些其他案例。

表 6.1 概括了个体理性、交易成本和合同法对承诺调整之间的关系。为了帮助对表 6.1 的理解，我们将简单介绍一下它的使用。给定低交易成本，理性的人们会使合同更接近于完备。一份完备合同意味着不存在任何可供法庭填补的缺口或利用各种规章纠正其无效率的可能性。如果一份合同是完备的，那么法庭要做的只不过是强制履行它。但随着交易成本的增加，人们就会在合同中留下缺口。法院将运用有效率的缺省条款来填补这些缺口。交易成本也可能引起外部性、信息误传，或情境垄断。严重的合同不完备可能会引起市场失灵及要通过法律对合同加以调整的需要。**现实与完全理性和零交易成本相距越远，对法庭运用法律对合同加以调整的需求就越强烈。**表 6.1 据此对试图纠正市场失灵的合同法的主要原则进行了分类总结。

表 6.1　个体理性、交易成本和合同法的调整原则

假　说	如果违反，合同法的调整原则
A. 个体理性	
1. 稳定的、有序的偏好	1. 无权利能力；无行为能力
2. 受约束的选择	2. 强迫；胁迫；趁人之危；履行不能
B. 交易成本	
1. 外部性	1. 违反公共政策和法定义务的合同不具有强制履行的法律效力
2. 信息	2. 欺诈；未批露；情势变更；共同错误
3. 垄断	3. 必要性；不合理性或损害

从经济学的视野中，我们可以看到，合同法是一种能提供缺省条款或调整原则模板的方法，其能引导私人主体实现表 6.2 中概括的 5 个目标（我们在下一节会对第 6 个目标加以说明）。与合同相类似，调整合同的法官也是有缺陷的。调整合同的法官也需要对信息和纠正市场失灵的激励。但现实中，法庭总是缺乏信息的，而且一些法官也缺少这样的激励。合同法应该充分考虑到这点，防止超越法官本身的局限性来纠正不完备的合同。

表 6.2　合同法的经济理论：六个目的

1. 通过改变合同当事人交换博弈的约束条件，变非合作解为合作解
2. 有激励合同关系中有效率的信息批露
3. 确保最优履约的实现
4. 确保最优信息批露的达成
5. 通过提供缺省条款和法律调整，最小化合同协商的交易成本
6. 有利于培养长期合作关系，从而通过法庭的强制履行来解决低信任下的合作问题

问题 6.15

合同的议价理论否定了赠予承诺的强制履行性，但英美法系有时也会根据**损害性信赖**学说来强制履行赠予承诺。[①] 如果，立约人没有履行赠予承诺，但受约人却基于对立约人履行承诺的信赖而遭受了一些损失，即蒙受了一些债务或放弃了一些有价值的机会，那么，法庭可能会强制履行赠予承诺。法经济学研究表明，赋予赠予承诺的可强制履行性，能同时增加捐赠者和受赠者的福利。但也有部分法经济学研究者基于以下理由，反对赋予赠予承诺强制履行的法律效力：(1)举证问题(即，如何判断一个赠予承诺是否做出，或是捐赠人是真的有做出赠予的意思表示，还是只是假装而已)；(2)警诫性问题(即，大多数的赠予承诺之所以没有履行，是因为从赠予承诺的履行中所能获得的收益是很少的)；(3)沟通问题(例如，大量的赠予承诺都是一时冲动下的产物，所以其不可强制履性有利于保护潜在捐赠者免受冲动行为的损害)。我们能运用表 6.1 中的各种合同缺陷术语来分析这个问题。

6.2.7 关系合同：长期关系的经济学

合同通常会产生关系，而关系通常会产生一些不是合同组成部分的法律责任。例如，当一个消费者在美国某银行开立了一个经常性账户，那么，他就与银行之间签订了一份“存款合同”，从而也就建立了一种“信托关系”。这种关系给银行施加了许多并没有在存款合同中一一列明的责任。再如，一个“经销商”(当地投资者)与“特许权授予者”(总公司)签订了一份在当地经营快餐店的合同。这种特许经营权授予关系将产生许多合同中未能提及的法律责任。

商业关系通常会持续数年之久。在这种关系的持续期间，许多条件都会发生变化。合同双方如果要维持这种关系来追求自身利益，那么他们就必须对这些变化做出反应。能适应这些变化的协议必然是具有弹性而不是僵化的。因此，无论

① 1932 年发行的美国《合同法(第一次)重述》，在第 75 条阐述了议价理论。然而，在该《重述》的第 90 条中认为，赠予承诺可能会对一个理性的当事人产生损害性信赖，故应赋予其可强制履行的效力。标题为“能诱使产生明确和真实行为的适度承诺”的第 90 条规定：“允诺人对因其允诺所引致的作为或不作为是可合理预见的，且只有强制执行其允诺才能避免不公平结果的发生时，该允诺有约束力。”这一原则后来通常被称为“允诺禁反言”。虽然其在《合同法(第一次)重述》的第 90 条中并没有做明确规定，但在《合同法(第二次)重述》中发展了该原则，并把其主要运用于商业而非赠予的场合。例如，它可以被运用于承诺者已予以信任的转包商投标的强制履行上。最新的，针对赠予承诺可强制履性的尝试性研究可参见 Richard A. Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, 6 J. LEGAL STUD. 411 (1977); Melvin A. Eisenberg, *Donative Promises*, 47 U. CHI. L. REV. 1 (1979); Charles Goetz & Robert Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 YALE L. J. 1261 (1980); Steven A. Shavell, *An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts*, 20 J. LEGAL STUD. 401 (1991); and Andrew Kull, *Reconsidering Gratuitous Promises*, 21 J. LEGAL STUD. 39 (1992)。

是商业活动还是人们的生活都不可能由法规严格控制。

长期关系维持通常依赖非正式的手段而不是依赖可强制履行的法律来保证当事人之间的相互合作。因此，为了维持合同关系，一个傲慢的当事人更可能受到警告，而不是诉诸法律。或是一个缺乏遵守职业道德的商人可能逐渐被非议和排斥，从而被磨练得遵守规则。① 这些非正式机制通常有利于长期关系的维持。经济学者们研究了相对于强制履行的合同，长期关系将如何影响人们的行为。② 下面，我们将以代理博弈为例来解释一些主要的结论。

1. 重复博弈

在代理博弈中，博弈参与人 1 提供资金，且该资金在博弈参与人 2 的控制下进行投资。经济学家把冒险提供资金的博弈参与人 1 称为“委托人”。例如，在储户和银行的信托关系中，储户是委托人；在快餐店的特许经营关系中，取得代销权的经销商是委托人。经济学家又把控制委托人资金的博弈参与人 2 称为“代理人”。例如，在信托关系中，银行就是代理人；特权经营关系中，拥有特许权转让资格的总公司为代理人。“委托—代理”的经济学模型被用于许多对法律关系的研究，其中就包括信托关系和特许权授予关系。

为了描述长期关系中的合作，我们假设，图 6.7 所表示的代理关系可以无限次重复，这样，就把一个“一次性博弈”转变为“无限次重复博弈”。在这个无限次重复博弈的任何一个子博弈中，委托人（博弈参与人 1）投资，而代理人（博弈参与人 2）则能从私吞对方的投资中直接获利。但委托人也可以在下一回合的子博弈中进行报复，惩罚代理人。

博弈参与人 2 的策略	轮次	$n-1$	n	$n+1$	$n+2$	$n+3$	$n+4$	$n+5$	$n+6$
	私吞	…	1	0	0	1	0	0	…
	合作	…	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	…

图 6.7　博弈参与人 1（委托人）针锋相对时，博弈参与人 2（代理人）的收益矩阵

图 6.7 举例说明了委托人可以通过对代理人的私吞行为有效地采取报复行动来打消代理人私吞其投资念头。假设，代理人在第 n 回合子博弈中，选择私吞委托人的投资。那么，代理人将在 n 回合博弈中获得 1 单位的报酬。然而，委托人会在接下来的 $n+1$ 和 $n+2$ 回合子博弈中，采取不再进行投资的报复行为。那么，代理人在 $n+1$ 和 $n+2$ 回合子博弈中，所能获得的收益为 0。因此，代理人采取私吞策略后，从

① 本杰明·克莱因（Benjamin Klein）和基斯·莱弗勒（Keith Leffler）的研究表明，声誉规则能激励合同当事人遵守合同。可参见 Benjamin Klein & Keith Leffler, The Rule of Market Forces in Assuring Contractual Performance. 89 J. Pol. Econ. 615 (1981)。

② 在律师界，这一观点的主要代表人物是兰若·马克奈尔，经济学界的代表人物是奥利弗·威廉姆森、本杰明·克莱因和维克托·金德伯格。亦可参见斯蒂沃特·麦克考雷（Stewart Macaulay）就这个问题的经典研究，Stewart Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28 AM. Soc. Rev. 55 (1963)。

n 回合到 $n+2$ 回合子博弈中所能获得的总报酬为 1 单位。即图 6.7 第二行所示。

相反，如果代理人在每一轮博弈中都选择合作策略，那么，当代理人选择合作策略时，委托人的反应是投资。代理人在 n、$n+1$ 和 $n+2$ 回合的每个子博弈中，所能获得的报酬均等于 0.5 单位。因而，选择合作策略使代理人从 n 回合到 $n+2$ 回合子博弈中所能获得的总报酬为 1.5 单位。① 图 6.7 中的第三行归纳了这种情况。

图 6.7 表明，从 n 到 $n+2$ 回合子博弈中，代理人选择合作的收益要高于选择私吞的收益。假如委托人继续采取相同策略，那么，这三个回合子博弈的结论就能成立。例如，代理人在 $n+3$ 回合子博弈中选择私吞，那么其从 $n+3$ 到 $n+5$ 回合子博弈中所获得的总收益为 1 单位；相反，如果代理人选择合作，那么总回报为 1.5 单位。因而，从长期看，代理人从合作策略中所能获得的收益要高于从私吞策略中所能获得的收益。委托人的报复策略能让代理人了解到这个教训。如果代理人在 n 回合子博弈中选择私吞策略，那么，他将在 $n+1$ 和 $n+2$ 回合子博弈中因无法得到委托人的投资而收益为 0。当代理人学到这个教训后，其在 $n+3$ 回合子博弈中就会自动选择合作策略。

我们已经描述了这样的一个策略组合：如果代理人合作，委托人回报以投资；如果代理人私吞，委托人则以不投资作为报复。奖励合作、惩罚私吞的策略，被称为“针锋相对”策略。② 当委托人采取针锋相对策略时，代理人只能通过选择合作来最大化收益。那委托人的回报又是如何呢？他能通过采取针锋相对的策略使自己的收益最大化吗？实验数据表明，针锋相对策略的结果非常接近于能使委托人收益最大化的策略；而且这种经验研究也得到了一般性理论研究的支持。③

---

① 图 6.7 假设不存在对时间的贴现。严格来说，收益应该按收到的时间进行贴现。假设贴现率为 r，那么，当下面的不等式成立时，博弈参与人 2 在 n 回合的博弈中，选择合作策略的收益高于选择私吞策略的收益：$0.5+\frac{1.5}{1+r}+\frac{1.5}{(1+r)^2}>1$

② R. Axelrod, The Evolution of Cooperation (1984).

③ 埃里克·马斯金(Eric Maskin)和朱·弗登伯格(Drew Fudenberg)的研究证明，在任何一个博弈(参阅第 2 章对重复博弈的讨论)中，如果能满足以下条件：(1)博弈参与人能把每一期效用之和的贴现值最大化；(2)贴现率并不太高；(3)博弈各方参与人能观察到以往各轮博弈的情况；那么，受帕累托最大最小原则支配的任何一对回报都能作为该重复博弈的平均均衡回报而出现。因此，博弈的重复性能使帕累托改进成为可能。然而，这个定理仍然不能解释，为何帕累托最优的解决方案的概率会和经验研究所得到的概率一样大。参见 Drew Fudenberg & Eric Maskin, “The Folk Theorem in Repealed Games with Discounting, or With Incomplete Information”, 54 Econometrica 533 (1986)。

一种神秘的力量围绕着“终局博弈”问题。就如我们在第 2 章所看到的那样，如果一个分配博弈能无限次重复进行，那么，合作是个体的理性策略。然而，如果这样的博弈只是有限次重复进行，那么，在最后的一回合子博弈中，“欺诈”才是个体的理性策略。但如果欺诈是最后一轮中个体的理性策略，那么，它也会是前一回合及前面各回合中个体的理性策略。因此，个体理性将导致博弈的瓦解。然而，如果博弈参与人愿意采取一种能使其收益无限接近于自身收益最大化的量，但却不是这个值的策略，那么终局博弈问题就能得到解决，博弈各方也将采取合作策略。具体分析可参见 Avinash Dixit & Barry Nalebuff, Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life (1991), and Drew Fudenberg & Jean Tirole, Game Theory (1991)。

因此，针锋相对策略对重复博弈而言，是一个有效率的均衡。①

现在来归纳一下理论分析的结论。图 6.1 描述了合作问题：除非代理人有合作的激励，否则委托人将不会投资。图 6.2 提供了对这个问题的一个法律解决方案，即签订一份可强制履行的合同。一份可强制履行的合同可以通过提高代理人的私吞成本来解决这个问题。因而，这个方案的有效性在于，预先假设存在一个包括合同法和财产法在内的有效率的司法体系。与前者不同，图 6.7 提供了解决该问题的非法律的解决方案，即形成一种长期关系。长期关系使委托人可以通过对代理人私吞行为的报复来解决这个问题。而且，长期关系的有效性并不一定要求有一个有效的司法体系。

长期关系需要约束机制。传统约束机制包括友谊、亲属关系、种族划分和宗教信仰等。传统约束机制能在无政府保护的情况下促进经济合作。因此，传统约束机制经常在缺乏政府保护情况下，在经济生活中处于支配地位。缺乏政府保护的商业团体包括国际商人、政府软弱或腐败国家中的商人，处于国内战争时期的商人，及不属于任何国家的原始部落等。我们的模型合理地解释了在一些情形下，传统约束机制发挥着巨大的作用。此外，我们的模型也能解释，在政府能提供有效的法律保护的团体中，传统约束机制的作用将相应减弱。

同样地，传统的约束机制也在与政府敌对组织的经济生活中处于支配地位。与政府敌对的组织包括有组织的犯罪团伙和私人地下交易。我们的模型足以胜任对这些地区中传统约束机制尤为发达的现象的解释。

长期关系源于约束机制，并能形成制度。例如，日本的职员跟企业间存在较高程度的约束，因而日本劳动力的流动率较低。我们的理论能正确解释，相较于美国和欧洲的企业，长期关系使日本企业较少依赖于强制履行的合同。因而，比起其他国家，日本经济中的长期关系产生了较多的规则和较少的法律。

商人们也创设了一些富有成效的非正式机制，可以使其避免在长期关系中处于相对劣势。例如，大卫·蒂斯发现，像福特公司那样的大制造商也经常通过长期合同从小公司那里购买零部件。在这些合同中，福特公司通常拥有制造工序所需要的专业化设备的所有权，并把这些设备租给小承包商。形成这种关系可以使福特公司免受零部件供应商的要胁。

为了探求其中原因，我们假设，一个小承包商为福特公司提供一种必不可少的汽车零件；并假设该承包商是制造该零部件所需设备的所有者。那么，他就能通过拒绝向福特公司供应这种必不可少的零部件而长期控制福特公司的整个制造流

① 按照惯例，我们的模型有一些暗含假设，其中最重要的假设是，博弈各方能观察到对方的策略，而且对未来收益的贴现率并不高。在这里，我们并不关注无合作解的例外博弈。参见 Glenn W. Harrison & Jack Hirshleifer, "An Experimental Evaluation of Weakest Link/Best Shot Models of Public Goods", 97 *J. POLITICAL ECON.* 201 (1989) and Jack Hirshleifer & Juan Carlos Martinez Coll, "What Strategies Can Support the Evolutionary Emergence of Cooperation?" 32 J. CONFI, ICT RESOLUTION 367 (1988)。

程。这也就有可能破坏福特公司的生产计划。通过拥有这些专业化生产设备的所有权，福特公司就能使自己免受这种威胁。一旦小承包商拒绝供应这种必不可少的零部件，福特公司就能收回这些专业生产设备，并把它转包给其他承包商，从而确保生产不会因为缺少这种零部件而中断。①

另一种可供选择的策略是，福特公司可以在与零部件供应商签订合同时，尽可能地事先约定一些条件，以防止其控制福特公司的生产。然而，与非正式约束机制相比，这种正式合同往往更缺少灵活性且更官僚主义。另外，商业活动也经常通过长期关系来节约交易成本。如前所述，长期关系产生的重复博弈，能有效解决合作中原本依赖强制履行合同解决的缺乏信任问题。

一个长期的商业合同，与其说是一个一次性交易还不如说是一种婚姻关系。相反，当合作伙伴不想再与对方有任何交易时，苛刻的交易就有可能发生。

我们已经讨论了优于政府且无需政府支持就能持续发挥作用的约束机制。但其他的一些长期关系是在一个合同法和财产法的框架下产生的。例如，法律确立了信托关系和特许经营权授予关系。下面，我们将转而讨论法律如何促进长期关系，不过在此之前，我们必须先从困扰长期关系的问题出发，进一步完善我们的理论。

2. 终局博弈问题

时间再长的合作关系也总有结束的时候。在合作关系即将结束之时，商业关系通常会面临困境。至于其中原因何在，让我们回到图 6.7 所描述的针锋相对的例子。如图所示，当委托人不能采取下几个回合不投资的报复策略时，代理人将选择私吞投资。而在博弈的最后一个回合，恰好使委托人不具报复能力。因而，代理博弈的最后一个回合与一次性博弈的逻辑结构完全相同。

假设图 6.7 的代理博弈存在一个终局博弈，而且这是博弈双方都了解的事实。更具体地说，博弈双方都知道博弈将在 $n+3$ 个回合后结束。在 $n+3$ 回合子博弈中，代理人不再畏惧委托人的报复，因为他知道，这已经是最后一轮博弈。因而，在 $n+3$ 回合子博弈中，代理人的最优策略是通过私吞投资来获得 1 单位报酬，而不是选择合作以换取 0.5 单位的报酬。因此，代理人将在 $n+3$ 回合子博弈中通过私吞投资来最大化其收益。了解这个事实，委托人就会在 $n+3$ 回合子博弈中拒绝投资。所以，博弈参与人在 $n+3$ 回合子博弈中，无法达成合作。

我们已经阐述了在一个有限次重复博弈的最后一个子博弈阶段有着跟一次性博弈相同的逻辑结构。这将导致在最后一个子博弈中，如果缺乏强制履行的合同约束，博弈参与人就不能达成合作。但更严重的问题在于，博弈参与人可能在每一回合的子博弈中都不能达成合作。为了探求其原因所在，让我们考虑这种情况下

① 对蒂斯教授研究中所涉及经济学理论的介绍的著名的入门书可参见 Benjamin Klein, Robert Crawford, & Armen Alchian, "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process," 21 L Law & Econ. 297(1978)。

的严格逻辑结构。我们已经说明，委托人采取的是针锋相对策略，即采取在随后的几回合的子博弈中继续投资作为代理人选择合作的回报，或在随后的几回合的子博弈中不投资作为代理人选择私吞的惩罚。我们也说明了，在 $n+3$ 回合子博弈，也就是最后一轮博弈中，委托人不会投资。因而，委托人不能用在 $n+3$ 回合子博弈中是否投资来奖励 $n+2$ 回合子博弈中代理人的合作，或惩罚代理人的私吞。一旦代理人了解这个事实，其就会在 $n+2$ 回合子博弈中选择私吞，而不用惧怕委托人在 $n+3$ 回合子博弈中的报复。没有了对被委托人报复的恐惧，代理人将会在 $n+2$ 回合子博弈中通过私吞投资来最大化其收益。委托人了解这点，自然也就在 $n+2$ 回合子博弈中拒绝投资。

同样的逻辑分析过程也适用于对 $n+1$ 回合子博弈的分析，并一直可以类推到首个子博弈过程。通常，可以证明，只要博弈参与人在给定的任何一回合的子博弈中不能达成合作，那么，在这回合之前的任何一个回合的子博弈中都不可能达成合作。一旦完全理性的博弈参与人了解到这是一个有限次重复博弈，那么，整个博弈将瓦解，博弈双方不能在任何一个回合的子博弈中达成合作。“终局博弈问题”描述了有限次重复博弈将在最后一个回合中的子博弈不能达成合作。

在长期关系中，人们创设了一些社会规范来调节他们的行为，而不需要进行讨价还价，这些社会规范被商人们称为“贸易惯例”。利萨·伯恩斯坦研究发现了一个特殊现象：贸易惯例经常跟合同中明确规定的条款相冲突。[①] 在孟斐斯的纺织品贸易中，卖方把棉花过磅以确保他运送的数量能与其与买方签订合同中规定的数量相一致。合同也明确规定，当买方接受棉花也必须把棉花过磅，以免以后因棉花的数量发生争议。然而，贸易惯例只要求买主接到棉花时，将棉花过磅，并把重量通知给卖方即可，这就可以避免两次过磅而产生的交易成本。

我们很容易看出，书面合同与贸易惯例之间的矛盾。贸易惯例产生于买卖双方间建立了长期的彼此信任的交易关系中。只要这种交易关系稳定地维持下去，他们之间就不太需要合同。然而，合同的存在是为了约束逐渐恶化的交易关系。当买卖双方不再信任他们之间的关系时，他们就转而需要依赖书面合同的约束。在交易中，我们需要一个长期的贸易惯例和一份终局博弈合同。

这种事实使得在法庭上使用贸易惯例来解释合同变得复杂。在买卖双方的关系瓦解后，买方可能会抱怨，卖方在最后一次交货中“缺斤少两”。在这样的一场争论中，买方将根据贸易惯例来提供证据，要求法院认可卖方交货不足。然而，卖方也会提出抗辩，合同规定，买方在收货时有义务把棉花过磅。按照卖方的提议，买方在收货时没有过磅，就意味着买方不能在以后的诉讼中就交货数量不足向卖方要求赔偿。法庭应该怎么做呢？我们可以推测，法庭会注意到，买卖双方是为了约束逐渐恶化的交易关系而订立书面合同，所以当争议发生后，法庭会要求强制履行

① Lisa Bernstein, “Private commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institution”, 99 MICH. L. REV. 1724(2001).

书面合同。

3. 临时约束

迄今为止，我们已经阐述了维持长期关系的约束机制。然而，绝大多数的商业活动都是“开放性”的。开放性的关系没有预定结局。他们既可能无限期地持续下去，也可能出人意料地结束。当环境发生变化后，开放性的关系就很容易中断或重新组建。下面，我们将构建一个开放性关系模型。像前面一样，我们还是假设存在一个无限次重复的代理博弈。但与前面不同的是，之前假设只存在两个博弈参与人，而这里我们假设存在无数个博弈参与人，在每一回合的子博弈中两两配对达成交易。在每个回合的子博弈中，一个博弈参与人被定义为是委托人，而另一个就是前面所定义的代理人。在每个回合的子博弈结束后，有些关系将在下一回合的子博弈中得以持续，而其他的一些关系将瓦解。关系会因为两种方式瓦解：一是一些不可预见的变化导致博弈参与人放弃了这种关系；二是由于代理人私吞投资而使委托人解除了这种关系。

我们可以举例分析上述情况，假设委托人 P 和代理人 A 在 n 回合的子博弈中形成了商业关系。在 n 回合的子博弈中，P 投资，且 A 选择合作来响应。因而，在 n 回合的子博弈中，每个参与人的收益均为 0.5 单位。在 n 回合的子博弈结束后，不可预见的事件发生而导致关系终结。如果不可预见的事件没有发生，那么，博弈参与人将在 $n+1$ 回合的子博弈继续这种商业关系。假设，在 $n+1$ 回合的子博弈中，P 投资，而 A 却回报以私吞策略。P 将不再跟一个私吞其投资的代理人继续保持商业关系。因此，P 将在 $n+1$ 回合的子博弈结束后终止关系，并拒绝再与 A 做生意。所以，P 和 A 之间的关系可能会因为不可预见的事件或 A 的私吞行为而瓦解。

当关系瓦解后，博弈参与人必须在下一回合的子博弈中找到新的合作伙伴。换言之，如 P 和 A 之间的关系在 n 回合的子博弈后瓦解，他们每人都必须在 $n+1$ 回合的子博弈中找到另一个与之配对的博弈参与人。但这种搜寻并不能自动获得成功。如果一个博弈参与人没有找到合作伙伴，那么，在他花时间寻找合作伙伴的那几个回合的子博弈中，收益都为 0。

假设，只要代理人采取私吞策略，委托人就会选择退出策略。即委托人通过终结关系来惩罚不忠实的代理人。从临时关系中退出类似于长期关系中的针锋相对。在这两种情形中，代理人私吞投资都会引起委托人在下一回合的子博弈中采取报复行为。

当委托人以退出策略来回应代理人的不忠行为时，博弈中的代理人面临两种选择。第一个选择是合作，并一直把双方之间的关系持续下去，直到有不可预见的事件发生而使关系瓦解。这种策略会使在关系存续期间，代理人在每个回合的子博弈中都获得 0.5 单位的回报。第二个策略是私吞，这会激怒委托人解除关系。但在第二个策略下，代理人在少数回合的子博弈中能获得 1 单位回报，而在大多数回合的子博弈中因找不到委托人而收益为 0。简言之，代理人要在以下的两种策

略中进行选择，如果选择合作，那会在大多数回合的子博弈中获得适度回报；如果选择私吞，那将在少数回合的子博弈中获得巨额回报。

代理博弈的这两种策略在日常商业活动中是极为常见的。一些企业试图在大量交易中获得适度利润。这些企业往往关注于跟老客户之间的长期生意。而另一些企业则希望通过少数交易来赚大钱。因而，他们更关注于与新客户的一次性交易。

在一个竞争性均衡中，这两种策略所能获得的收益必须相等。换言之，长期关系中的合作策略所能获得的回报必须等于一次性关系中的私吞策略所获得的收益。

下面，我们举例说明这个问题，假设，一个**稳定均衡**中有 70%的代理人选择合作策略，而 30%的代理人选择私吞策略。即，假设当 70%的代理人选择合作策略而 30%的代理人选择私吞策略时，两种策略下代理人所能获得的总报酬相等。为了说明系统将如何达到均衡，首先假设系统不处于均衡状态。具体假设：实际选择合作策略的代理人有 75%，选择私吞策略的代理人有 25%，即假设选择合作策略的代理人超过均衡比例 5%。由于实际选择合作策略的代理人人数超过了均衡时的代理人人数，从而导致合作产生的回报低于均衡时的回报，这将激励代理人停止采取合作策略。另一方面，实际采取私吞策略的代理人人数少于均衡时采取该策略的代理人人数，从而导致私吞的实际回报高于均衡时的私吞回报，这将激励更多的代理人采取私吞策略。由于私吞的回报高于合作的回报，从而使一些原来采取合作策略的代理人转而采取私吞策略。这个策略选择的转换将持续到两种策略产生的回报相同为止。根据假设，当 70%代理人合作而 30%代理人私吞时，这两种策略将产生相同的回报。

这个均衡实现过程和与现实市场的动态过程相类似。以诉讼律师市场为例。绝大多数的诉讼律师会如实地评估他们的诉讼委托人在诉讼中的前景，并以此作为是否选择庭外和解的依据。这些律师与代理博弈中的合作者很相似，都是吸引老顾客并与他们保持长期关系。然而，也有一些律师对他们的委托人在诉讼中的前景做不切实际的乐观评估，并以此说服委托人选择成本很高的诉讼。这些律师就像是代理博弈中的私吞者，他们吸引较少的顾客，并与绝大多数诉讼委托人保持临时关系。这两种类型律师的比例是根据这两种策略所产生收益的可能性来决定。

我们已经解释过，委托人拥有退出代理关系的权利可以使一些合作能在没有强制履行的合同约束下达成。然而，更有效率的法律能增加合作的数量。例如在前面的例子中，代理人在均衡时选择合作和私吞的比例为 70∶30。如果政府能有效地保护委托人免受代理人私吞投资的侵害，那么，代理人选择合作的比例会上升。例如，有效率的财产制度和合同法可以使代理人选择合作和私吞的比例上升为 90∶10。

合作的增加可以提高经济产出。例如，合作的共同回报为 1 单位，而私吞的共

同回报为0。如果在每个回合的子博弈中，有70%的代理人选择合作，那么，每个回合子博弈的产出就为70个单位。但如果在每个回合的子博弈中，有90%的代理人选择合作，那么，每个回合子博弈的产出就为90个单位。有效率的合同法能使代理人选择合作策略的比例从70%上升到90%，从而使产出增加20个单位，即，产出增加近30%。

我们同样也能把这个推理过程运用于对两种类型诉讼律师的研究中。如果法庭能找到一种方法降低律师从诉讼中获得的收益，那么，就会有更多律师试图通过和解而不是诉讼办案。致力于采取庭外和解而不是法庭诉讼去解决纠纷的律师，能用更少的时间解决更多的纠纷。因此，促使律师通过采取庭外和解而不是法庭诉讼解决纠纷的策略，能提高他们处理争议的效率。

许多做出承诺请求的细微变化都会改变商业惯例。假设，有两家计算机公司考虑合并。为了讨论可能发生的合并行为，两家公司的CEO决定在未来两个月内，每周聚餐2次。聚餐实行AA制付款或两人轮流买单。如果实行AA制，那么他们任何一个都没有吃过量的激励。相反，如果他们轮流买单，那么他们中任何一人都有激励在对方买单的那次聚餐中点非常昂贵的菜。“每人为自己吃东西买单”显然是一种更好的惯例。然而，当我们更深入思考时，前面的结论却是错误的。吃过量的风险与企业合并失败的风险相比，是微不足道的。企业的合并要求他们彼此间的信任。他们可能试图在进行企业合并这样的大动作前，先通过聚餐这样的小事来建立他们之间的信任。“轮流买单”就成为建立信任的一个更好的惯例。

4. 调节长期关系的法律

我们已经阐述了保证合作通常需要满足的条件：在一次性交易中需要强制履行的合同约束，在临时关系中需要退出机制，而在长期关系中则要求针锋相对策略。随着商业关系持续时间的延长，合同法不再注重强制履行的承诺，而是更关注于如何促进或维持这种关系。因而，**合同法的第六个目标是，培养长期关系，使之较少地依赖法庭强制履行合同来解决缺乏信任的合作问题。**

法庭通过提供能激励长期关系的法律体系来培养长期关系。例如，我们已经了解到，法庭会把一些责任转嫁到合同之外的关系上，如信托关系和特许经营权授予关系等。这些责任的转嫁有助于双方建立联系。例如，存款人知道法律可以保护他们的存款不会被信托代理人私吞。同样，地区经销商也明白，法律可以保护他的投资免于被特许权授予者私吞。

在商业关系中，经常发生纠纷，并使双方诉诸法庭。当长期关系的双方当事人卷入法律纠纷时，法庭可能试图**修复他们之间的关系**。修复关系不同于强制履行合同当事人的权利。因此，法庭有时会适用不同于调节一次性交易的方法来调节长期关系。

为了说明这点，我们可以对涉及孩子的离婚案件和汽车销售纠纷进行比较分析。离婚后的父母仍需要保持一种长期关系以便照顾他们的孩子。法庭总是试图促成他们之间的可持续关系，而这种可持续关系是建立在相互妥协的基础之上。

因此，法庭所行使的是一个调解者的职能。

如何交换抵押品

中世纪的国王们经常通过交换抵押品来换取和平，如果抵押品的给予方发动了战争，那么，抵押品的接受方将拒绝归还抵押品。奥利弗·威廉姆森(Oliver Williamson)曾经分析了抵押品的交换逻辑，并把它应用于现代合同中，尤其是长期关系之中[参见 Oliver Williamson, "Credible Commitments-Using Hostages to Support Exchange", *83 AM. ECON. REV.* 519 (1983).]。你也许可以问自己这样一个问题：如果一位国王想要与另一位国王通过交换抵押品来换取和平。假设，该国王认为，他的孩子跟珠宝对他而言是同样重要的。即，他认为，他的钻石戒指恰好跟他的儿子等值。那么，哪种才是更好的抵押品呢？国王的钻石戒指还是他的儿子？

更好的抵押品是一种能更好地阻止抵押品的给予者和接受者发动战争的东西。根据假设，国王认为，他的钻石戒指和他的儿子具有相等价值；他对发动战争而失去钻石戒指的恐惧和失去儿子的恐怖是相同的。故，这两者在阻止抵押品给予者发动战争上能起到相同作用。然而，它们在阻止抵押品接受方发动战争的作用却是不同的。我们推测，抵押品的接受者可能更喜欢钻石戒指，而不认为邻国国王的儿子有多大价值。因此，当抵押品的接受者持有钻石戒指而不是邻国国王的儿子时，更有冲动为保有抵押品而发动战争。这就是为何国王的儿子相较于钻石戒指是更好的抵押品的原因所在。

通常，一个好的抵押品是一种抵押品的给予者估价高，而抵押品的接受者估价低的东西。因此，不对称估价是一个物品成为好的抵押品的前提。

问题 6.16

在长期合同关系中，哪类物品能成为商业合作抵押品？在长期关系中的抵押品，在短期合同中是否能发挥相同的功效？

相反，汽车买卖是典型的一次性交易。通过诉讼解决纠纷后，买卖双方不需要在未来继续保持联系。因此，法官不需要促成他们之间的持续性关系，也不需要寻求双方当事人之间的平衡，而只要确认彼此间的权利义务关系。双方的权利义务关系只要根据纠纷中少数的事实就能确定，因为法官不需要考虑他们之间关系上宽泛的公平问题。确定合同当事人的权利义务关系可能会产生完全有利于一方，而不利于另一方的后果。权利义务关系的清楚界定有利于促进讨价还价和交易，

相反，权利义务关系的模糊不清将为未来的争端埋下隐患。

近年来，法律社会学家声称，很多现代商业关系更类似于家庭纠纷，而不是汽车买卖纠纷。[①] 他们认为，为了更好地理解商业关系，我们应该更关注于非正式的纠纷解决机制和商业活动的行为模式，而不是正式的合同法。例如，有些社会学家们可能更倾向于用传统方式来解决纠纷。替代性的解决方案是重视对关系的修补。比如，当特许经营权的授受双方就合同争议诉诸法庭时，法庭可能不会马上清楚地界定他们彼此间的权利，而是认为，任何一方合同当事人都有责任真诚地与对方进行协商以解决他们之间的争议。在这个例子中，替代性的纠纷解决方案关注的是过程而不是结果。因此，我们需要投入更多的研究去评估，对过程的关注是否有利于促使法庭更好地解决长期关系中人们的争议问题。[②]

网页便笺 6.3

更多对关系合同的研究文献可参见作者的网站。

结论

合同法和法庭通过强制履行、解释和调节承诺来促进人们之间的合作。通过强制履行承诺，合同法使人们能做出相互合作的可信的承诺。通过有效率地履行承诺，合同法能为有效率的合作提供有效激励。当立约人遵守合同规定并在有效率的水平上进行履约投资，而受约人也在有效率的水平上给予信任投资时，合作是有效率的。合同法通过对合同关系中哪些信息必须被批露，而哪些信息可以保密提供指导，从而能为合同关系中的信息交流提供有效率的激励。通过对承诺的解释和有效率地表达，合同法和法庭有助于节约合作的交易成本。尤其是，通过提供有效率的缺省条款，合同法和法庭能降低合同的协商成本。通过调整合同，法庭能纠正市场失灵。通过纠正源于外部性、不对称信息和情境垄断而导致的市场失灵，合同法能减少损害人们相互签订承诺意愿的机会主义行为的威胁。最后，合同法有助于解决缺乏以政府权力为后盾的最低信任上的合作问题。这个合作问题可以通过培养长期关系，从而最低限度地依赖政府保护的方法加以解决。

通过代理博弈模型，我们解释了合同法的目的。我们运用帕累托效率标准来

① 参见对这个论题的经典研究，Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business", 28 Am. Soc. Rev. 555(1963)。

② 对一些情况下可供选择的纠纷解决机制的理论研究却可能得出了一些否定性的结论。具体可参阅 Lisa Bernstein, "Understanding the Limits of Court-Connected ADR: A Critique of Federal Court-Annexed Arbitration Programs", 141 U. Pa. L. Rev. 2169 (1993)。我们将在第 10 章中对 ADR 做进一步深入的经济学分析。

评估代理博弈，效率要求法律能帮助私人主体尽可能地实现其目标。经济的分析必然能产生一种能响应合同双方意愿的法律理论，而不是一种建立在兴趣基础上的武断的法律理论。

推荐阅读

Bernstein, Lisa, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115(1992).

Eisenberg, Melvin Aron, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211 (1995).

——, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741 (1982).

Hermalin, Benjamin E., Avery W. Katz, & Richard Craswell, "The Law and Economics of Contracts," in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS v. 1 (2007).

Posner, Eric A., *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L. J. 829 (2003). See also the responses to Posner's article: Ian Ayres, *Valuing Modern Contract Scholarship*, 112 YALE L. J. 881 (2003), and Richard Craswell, *In That Case What Is the Question?: Economics and the Demands of Contract Theory*, 112 YALE L. J. 903 (2003).

TREBILCOCK, MICHAEL J., THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT (1993).

▶7

合同法经济学专题

在前一中章，我们已经阐述了合同理论必须回答的两个问题："什么样的承诺应被强制履行"和"一旦违背了强制履行的承诺，该如何救济"。为了回答这两个问题，我们介绍了古典合同理论，并提出了一种有关完备合同的微观经济学理论。我们知道，合作能带来高效率，因而，人们经常做出合作的承诺。只有承诺是强制履行的，才能使人们之间的承诺变得可信。当双方当事人都希望能通过强制履行的承诺来促成合作时，法庭就应该赋予这样的承诺以强制履行的法律效力。理论上，承诺的强制履行能激励在低交易成本情形下的最优履行和最优信任，从而最大化合作双方的预期收益。

前一章所阐述的经济理论已经为分析合同提供了一个经济学的分析框架。在这一章中，将对这一分析框架展开详细论述。本章的第一个部分，将着重探讨合同的违约救济问题。对违约的最优救济能确保人们做出最优的承诺，即激励最有效率地订立合同、履行合同和最优信任。

合同中的明示条款可能需要进一步解释，合同缺口需要填补，而无效率的或不公平的条款则需要加以校正。前一章中已经提出了一个能对合同条款做出最优解释、填补空白和校正不公平条款的一般化理论。根据这个理论，合同法能通过最小化交易成本和纠正市场失灵来使合同完备。本章的第二部分，将详细阐述有关的合同法基本原则。

在本章的第一部分，我们将详细阐述前一章所提到的有关违约救济的经济理论。

7.1 违约救济的激励作用

一方当事人没有按合同规定履约，受害人可以向法庭起诉要求救济。违约的救济方法分为三类：(1)当事人在合同条款中明确规定一方当事人如果违约所应承担的损害赔偿责任；(2)法庭判决违约方所要承担的损害赔偿责任；(3)强制履行

(合同义务)。首先,合同可能明确规定了违约救济的方式和内容,即合同条款中明确规定一方当事人违约时所要承担的损害赔偿责任。例如,一份建筑合同可以规定,如果施工方逾期仍未完工,则必须赔偿对方当事人每天 200 美元的误工费。除了这种具体规定违约损害赔偿的内容外,合同也可能规定违约损害赔偿的议定方式。例如,合同可以明确规定,一旦当事人之间发生纠纷就应当提交国际商会仲裁,并按仲裁条款来确定赔偿责任。

由于合同谈判和起草都需要花费昂贵的成本,所以一份有效率的合同一般不会涵盖所有的突发性事件。事实上,绝大多数的合同都没有对违约救济做出明确规定。当一份合同缺少对违约救济的规定时,法庭就必须对此进行补充。因而,法庭既可能要求违约方向受害人支付损害赔偿金,也可能强制其按合同条款继续履行合同。

损害赔偿和强制履行(合同义务)是法庭通常会采用的两种违约救济方式。不同国家由于所属法系的不同,所倾向选择的违约救济方式也有所不同。在普通法系国家和法国,法庭更倾向于判给损害赔偿金,而在德国和其他绝大部分欧洲国家,强制履行才是法庭更倾向于判给的违约救济方式。然而,这种司法传统的不同,更多地是体现在理论上而不是实践中。在司法实践中,每种法系都会根据具体情况来选择相应的违约救济方式。而且,在各国的法律体系中,有关违约救济的规定也存在相通之处。会存在这种重叠的原因在于,不同法系遵循的是相同的经济学逻辑。无论是普通法系还是大陆法系都致力于规定最有效率的违约救济方式。

《统一商法典》、《合同法重述》和《欺诈法》

大陆法系(包括欧洲大陆国家在内)中,合同法已经被写入法典并由立法机关通过并颁布实施。在普通法系国家(包括美国在内),合同法是通过法官用具体判例的形式构成。但事实上,这种形式上的区别是被夸大的。例如,在美国,大量有关合同的习惯法已经被归纳整理成三个重要的法律文件:《统一商法典》、美国法律协会的《合同法重述》和基于对英国古老的《欺诈法》修正基础上的现代法律。

为了统一各州的习惯法,美国 1980 年成立了国家统一州法委员会(NCCUSL)。委员会和美国法学会于 1952 年通过了《统一商法典》,并于 1956 年进行了大规模修改,时至今日仍进行周期性修订。目前,已经有四十九个州(除路易斯安那州外,该州一向有大陆法的传统)都已经采纳了《统一商法典》。该法典由 9 个部分组成,涉及商业交易的所有方面。例如,第一部分是法规的总则;第二部分是对商品(不包括服务)买卖的规定;而第九部分则是有关保险交易的内容。

《合同法重述》是美国法学会(ALI)的成果，美国法学会成立于1923年，由法官、律师和法学教授自发组成。他们致力于“将有关财产、合同和侵权的习惯法进行清楚准确的归纳和描述”。ALI的第一个成果就是于1932年公布，并于1972年修订的《合同法重述》。ALI也致力于对有关财产、合同、侵权及其他法律领域内的习惯法进行重述。

《欺诈法》(《防止欺诈和伪证法》)是英国国会在1677年通过的一个法案。其立法目标是，规范合同证据上的欺诈行为，包括土地交易、信托和遗嘱中的欺诈和伪证行为。为了保证记录的可信赖性，法律规定特定的交易必须订立书面合同，作为合同成立的证据。当合同标的物的价值超过一定最低限额时，必须订立书面合同，已经成为现代法规修订中的一个重要特征，并已被美国几乎所有的州所采纳。

7.1.1 各种违约救济方式

不同的违约救济方式会对合同当事人产生不同的激励。下面将通过构造一个模型来比较不同违约救济方式对履约和信任的不同激励。当然，在此之前，首先需要对各种违约救济方式加以详细解释。

1. 预期损害赔偿

违约损害赔偿是指没有履行合同的立约人向受约人做出的损害赔偿。在合同设置中，“损害”条款有几种不同的含义。一种含义是，受约人的处境由于立约人未能履行合同而恶化。因而，合同履行后的结果就为损害赔偿的计算提供了一个基准。法庭据此来决定，如果一方当事人没有履约，受害人应该获得的损害赔偿的数量。

受约人希望能从履约中获益。因而，普通法传统上倾向于根据履约的预期收益来决定损害赔偿额的大小，称为“预期损害赔偿”。[①] 而大陆法传统上倾向于把这些损害赔偿称为“积极损害赔偿”(**所失利益**)，因为这部分损害赔偿是用来弥补受害人因对方当事人违约而失去的未来的获利机会。如果预期损害赔偿和积极损害赔偿能达到实施的目的，那么，无论对方当事人是否违约，潜在受害者的处境都是完全相同的。因而，我们就能用**最优预期损害赔偿**来使得潜在受害人的处境并不会因为对方当事人是否违约而发生变化。

下面，将通过三个例子来对预期损害赔偿进行分析：

① 预期损害赔偿和信赖损害赔偿的区别是大陆法中的一个古老议题，但对英美法而言，这个议题并没有多久的历史，也没有明确的区分。

例1 卖方违约

假设票务代理 O 以 p_O 的价格提供歌剧票，而票务代理 K 却能以更低的价格 p_K 提供完全相同的歌剧票。某消费者以合同价 p_K 向票务代理 K 订了 x_K 张歌剧票，并承诺将在收到票时向票务代理 K 付款。然而，随着履约日期的临近，票务代理 K 却因为无法提供歌剧票给消费者而将面临违约。而此时，歌剧的演出非常成功，票价也已经上涨；因而，该消费者不得不用更高的价格 p_S 向第三方票务代理购买歌剧票。

通过一个完备的替代方案可以使被违约的消费者的处境恢复到合同得以顺利履行时的状态。在这个例子中，“替代履约”是指用 p_S 的价格购买歌剧票。因而，最优预期损害赔偿就等于 $x_K(p_S-p_K)$。[①] 我们将用合同法的语言来重新表述这个规则。合同是为了保障未来货物的交付（“期货交易”）而订立的。一旦发生违约，消费者就不得不在未来的现货市场购买产品（“现货交易”）。如果商品的价格上涨，那么现货交易的价格将高于合同价格。为了使消费者的处境跟合同顺利履行时相同，违约的卖方就不得不必须把现货交易价格 p_S 和合同价格 p_K 间的差价补偿给消费者。

下面，考虑买方违约的情形。

例2 买方违约

假设，票务代理 K 以 p_K 的价格出售歌剧票。某消费者以这个价格向其订购了 x_K 张歌剧票，并承诺将在收到票时向票务代理 K 付款。基于对消费者承诺的信任，票务代理 K 以 p_W 的批发价购入 x_K 张歌剧票。如果，消费者没有向票务代理 K 订票，票务代理 K 将与票务代理 O 签订合同，以一个较低的价格 p_O 将票卖给票务代理 O。随着履约日期的临近，消费者声称他将不再需要这些歌剧票因而不会为此付款。但此时，由于歌剧演出失败，票价下跌，票务代理 K 不得不以一个更低的价格 p_S 将这些票卖给其他消费者。

例2中，为了使票务代理 K 的处境能恢复到消费者履约时的状态，预期损害赔偿额就必须等于 $x_K(p_K-p_S)$。换言之，买方违约时的最优预期损害赔偿必须等于合同价格 p_K 和现货交易价格 p_S 间的差价。

① 这种特定的损害赔偿计算公式又被称为是“替代—价格规则”。其被用于计算违约受害人因采取新的履约方式来替代原有的合同履行所花费的成本。如果某种商品是同质的，那么，替代履约跟合同履行是完全相同的。在这种情况下，替代—价格规则就能达到最优的预期损害赔偿。但如果商品是异质的，那么替代将是不完全的。

在例 1 和例 2 中，歌剧表演厅的许多位子几乎是可完全替代的。但在接下来的例 3 中，考虑不存在完全替代时的违约。

例 3　合同标的物是独一无二情况下的买方违约

假设，卖方是定制船只的制造商，而买方则是将船卖给消费者的销售商。卖方向买方提供的要约中声明，其能根据买方的需要定制附带以下任何一种罗盘导航系统的船只，这三种型号的罗盘系统分别被称为 K、O 和 A。买主正确估计了分别配备这三种型号罗盘导航系统的船只的市场价值，分别为 V_K、V_O 和 V_A。这些价值分别代表船只的销售价格减去了罗盘定制成本后的净值。由于 $V_K > V_O > V_A$，因而，买方将通过向卖方定购配备 K 罗盘系统的船只来使自己的收益最大化。然而，卖方实际上提供的却是配备 A 罗盘系统的船只。如果更换罗盘系统的成本是非常高的，那么买方只好在未来销售配备 A 罗盘系统的船只。

例 3 中，为了使买方的处境恢复到合同顺利履行时的状态，违约损害赔偿必须等于 $V_K - V_A$。[①] 换言之，当卖方违约时，最优预期损害赔偿额等于按原合同规定完全履行时所获得商品的价值和实际提供的商品价值间的差额。

表 7.1 归纳了前面三个例子中所列举的预期损害赔偿的各种因素。接下来，我们简单地解释一下“信赖损害赔偿”和“机会成本”。

表 7.1　预期损害赔偿各种因素的归纳

	例 1：当合同标的物存在完全替代品时的卖方违约	例 2：买方违约	例 3：当合同标的物不存在完全替代品时的卖方违约
预期损害赔偿	$x_K(p_S - p_K)$	$x_K(p_K - p_S)$	$V_K - V_A$
信赖损害赔偿	0	$x_K(p_W - p_S)$	0
机会成本	$x_K(p_S - p_O)$	$x_K(p_O - p_S)$	$V_O - V_A$

2. 信赖损害赔偿

现在来考虑合同条款中“损害”的第二种含义。受约人可能会基于对立约人承诺的信任而进行投资。通常，违约会减少或摧毁信任投资的价值。因此，信任投资会使违约导致的损失扩大。违约会使进行信任投资的受约人的处境比没有订立合同前的处境更糟。那么，“没有订立合同”也就成为计算这种损害赔偿的基准。法庭将根据这个基准来判定在这种情况下违约受害人所应得到的损害赔偿，从而将

① 这被称为“减少价值规则”。当合同是部分履行或不完全履行时，减少价值规则就被用于计算违约受害方所遭受的合同价值损失。被判定的这部分价值等于违约后，受害方按合同得到的被更改的商品的价值和按原合同规定完全履行时的商品的价值间的差值。

受害人的处境恢复到没有订立合同前的状态。

普通法传统上把以此为基准计算的损害赔偿称为“信赖损害赔偿”。大陆法传统上倾向于把这种损害赔偿称为“消极损害赔偿”，因为这种损害赔偿是用来弥补受害人的实际利益损失。如果信赖损害赔偿或消极损害赔偿能发挥其作用，那么，对潜在的违约受害人而言，无论对方当事人是否履行合同，其处境都是相同的。因此，我们就能用**最优信赖损害赔偿**来使潜在受害人的处境并不会因对方当事人是否违约而发生变化。①

可以通过例 1 对此加以说明，假设票务代理 K 违约后，消费者不得不以 p_S 的现货交易价格购买歌剧票。这种情况下，消费者的处境跟其没有与任何票务代理订立购买合同前的情况是完全相同的。消费者不会基于对合同的信任而使其处境发生变化，因此，例 1 中消费者的信赖损害赔偿等于 0（你能想象，消费者在这种情况下可能会做出的适度的信任投资吗）。

例 2 中，基于对消费者承诺的信任，票务代理 K 以 p_K 的批发价购入了 x_K 张歌剧票。当消费者违约后，票务代理 K 以 p_S 的现货交易价格将所有票卖出。假设批发价高于现货交易价，对合同的信任投资会给票务代理 K 带来 $x_K(p_W - p_S)$ 的损失，②这就是最优信赖损害赔偿额的值。

例 3 中，买方的处境并没有因为卖方是否按合同规定交付的是配备 K 型号罗盘导航系统的船只，还是没按合同规定交付的配备其他型号罗盘导航系统的船只而发生变化，因此，信赖损害赔偿额为零。

前面的表 7.1 归纳了不同情况下的“信赖损害赔偿”。

3. 机会成本

下面，考虑合同条款中“损害”的第三个含义。订立一份合同就意味着要失去订立另外一份合同的机会。这个失去的机会就为损害赔偿的计算提供一个基准。法庭将根据这个基准来判定，违约受害人所能获得的损害赔偿是其在签订合同、且最优的可供选择的合同顺利履行时，所能获得的收益。换言之，损害赔偿是其失去的机会的价值。

以此为基准计算出来的损害赔偿称为“机会—成本”损害赔偿。如果机会—成本损害赔偿能完全发挥它的作用，那么，潜在违约受害人的处境不会因为其订立的最有利于其利益的合同没有得到履行而变坏。这样，我们就可以用**最优机会—成本损害赔偿**，来使潜在违约受害人的处境不会因其订立的最优合同是否得到顺利履行而受到影响。

之前，已经讨论过受约人可能会基于对合同的信任而进行投资。同样地，受约

① 这里我们可以回顾一下，前一章对金钱损害赔偿和信赖损害赔偿间微妙关系的讨论。

② 这个特定的赔偿规则称为“付现成本规则”。付现成本规则用于判定违约受害人基于对合同的信任而导致的损失，其是指受害人基于对合同履行的信任而在对方当事人违约前支付的投资，和违约后被了解到的当原合同顺利履行时这些投资能给受害人造成的价值间的差额。

人也可能因为对一个承诺的信任而放弃一个机会。因此，普通法传统上把机会—成本损害赔偿视为是信赖损害赔偿的一种形式。这种信赖损害赔偿形式把基于对承诺信任的机会损失也考虑在内，而不仅限于受约人的信任投资(**积极损害**)。

举例说明，例 1 中，如果消费者没有跟票务代理 K 签订用 p_K 的价格购买歌剧票的合同，那么，他会以 p_O 的价格向票务代理 O 购买。基于对票务代理 K 承诺的信任，消费者失去了向票务代理 O 购买歌剧票的机会，又不得不在票务代理 K 违约后，以 p_S 的价格进行现货交易。因此，机会损失也就是两个价格之间的差额 $x_K(p_S-p_O)$。换言之，在卖方违约的情况下，最优机会—成本损害赔偿额等于最优的可供选择的合同价格和现货交易价格间的差价。

例 2 中，基于对消费者承诺的信任，以 p_K 批发价购买入 x_K 张歌剧票的票务代理 K 失去了把这些票以 p_O 的价格卖给票务代理 O 的机会。在消费者违约后，票务代理 K 不得不以 p_S 的现货交易价格将票卖出。假设批发价高于现货交易价格，那么，对票务代理 K 而言，最优的机会—损害赔偿为：$x_K(p_O-p_S)$。[①] 换言之，在买方违约的情况下，最优的机会—成本损害赔偿额等于最优的可供选择的合同价格和现货交易价格之间的差价。

例 3 中，签订定配备 K 型号罗盘导航系统船只的买方失去了购买配备 O 型号罗盘导航系统的船只的机会。该船只的零售价和配备实际安装 A 罗盘导航系统船只的零售价间的差值就是最优机会—成本损害赔偿：V_O-V_A。

表 7.1 中“机会损害赔偿”一行归纳了上述这些情况。

4. 主观价值问题：“豪金斯诉麦琪案”

在前面的例子中，有关预期损害赔偿、信任损害赔偿和机会—成本损害赔偿的价值评估都是根据市场价格决定的。下面，来看一个著名的案例——“豪金斯诉麦琪”案，84 N. H. 114，146 A. 641 (N. H.，1929)：在这个案例中，违约受害人的主观价值评估与市场价格不同。这个案例戏剧性地说明了，当受害人的主观估价不同于市场价格时，这几种类型的违约损害赔偿是有区别的。这个案件的原告乔治·豪金斯，因为童年时的一次意外事件而在手上留下了一条永久性的疤痕。豪金斯 18 岁时，他的家庭医生麦琪，说服他接受一个外科手术，并声称能完全恢复他的手的原貌。手术是把原告胸部的皮肤移植到他的手上，但结果却非常可怕。原来那个小的疤痕不但被扩大了，而且由于上面又长出了毛发，显得非常恐怖(历代美国法学院的学生都知道这个“豪金斯诉麦琪”的“长头发的手”的案例)。豪金斯向法庭提起诉讼，状告麦琪违背了将其手恢复至完好如初的承诺。

在这个案件诉讼中出现的一个问题是：“应该如何判定对豪金斯的损害赔偿额?”我们可以通过图 7.1 来举例说明。横轴表示手可能出现的状况，从完好无损到完全伤残。纵轴则表示损害赔偿额(美元)。图中的曲线就表示了不同的伤残程

① 通常，如果违约受害方能得到一个替代履行，那么机会—成本规则规定，损害赔偿额就等于在签订合同时最优的可供选择的合同价格和违约后得到的替代履行价格之间的差额。

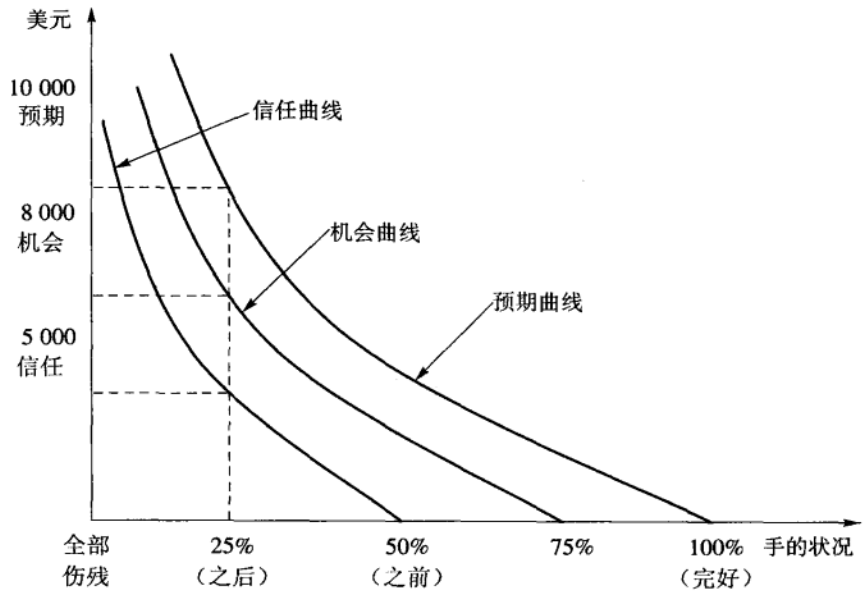

图 7.1　豪金斯诉麦琪案中预期损害赔偿、机会—成本赔偿和信赖损害赔偿的衡量

度和损害赔偿额之间的关系。

法庭每天都面临人身伤害的损害赔偿金的计算。在美国，通常是由陪审团来计算损害赔偿金，而在欧洲则由法官来计算。现在的问题是，法庭要如何计算或应该如何计算损害赔偿金的确切值。人们经常会感到困惑，金钱是否真能对严重的人身伤害进行补偿。我们现在先把这个困惑放在一边，去考虑有关赔偿的经济理论。假设图 7.1 中，每条曲线上的福利或效用水平都是相同的。沿着曲线的移动，福利或效用水平不会发生变化，因为人身伤残的变化刚好与金钱补偿相抵消。这些曲线类似于微观经济学中的消费者选择理论中的无差异曲线（参见第 2 章）。

通过图 7.1，我们就能对预期损害赔偿、信任损害赔偿和机会—成本损害赔偿进行比较分析。首先，看“豪金斯诉麦琪”案中的预期损害赔偿，其可由图中的“预期曲线”表示。外科医生承诺让男孩的手完好如初。如果医生履行了承诺，豪金斯将得到一只完好无缺的手，而不需要任何金钱补偿。假设手术后，病人的手只恢复 25%。预期损害赔偿是足以弥补原来承诺的完好无缺的手和现实中只得到 25% 恢复的手之间效用或福利差值的金钱数量。为了能计算这个损害，先在横轴上找到手恢复 25% 的点，再垂直上移至“预期曲线”上，这个点对应纵横上的数值，10 000 美元，就是相应的预期损害赔偿额。这里假设，对病人而言，拥有一只 25% 恢复的手和 10 000 美元的损害赔偿与拥有一只 100%完好无缺的手这两者的福利或效用水平是完全相同的。

现在，考虑信赖损害赔偿，这可由图中的“信任曲线”表示。根据信赖损害赔偿

的概念，未受损的状态应该是病人没有与违约方签订合同前的原本状态。假设，在签订合同前，病人拥有一只50%完好的手，而在手术后，病人却只得到一只25%恢复的手。信赖损害赔偿是指能使病人的处境从25%完好的手恢复到50%完好的手的状态的金钱赔偿额。类似于预期曲线，信任曲线表示的是伤残程度和所需要的金钱补偿间的关系。两者惟一不同在于，信任曲线与横轴相交于50%完好的点，而不是100%完好无缺的点。类似于前面的分析步骤，我们发现，病人在拥有一只25%完好的手和5 000美元的金钱赔偿时的处境跟其拥有一只50%完好的手和没有任何金钱补偿时的处境完全相同。因此，信赖损害赔偿就等于5 000美元。①

最后，考虑机会—成本损害赔偿。假设，由麦琪医生来动手术使豪金斯失去了一次由另一位医生成功做手术的机会。如果这样的一个机会丧失了，那么它的价值就为计算机会—成本损害赔偿提供了另一个基准。失去的机会的价值取决于另一个医生的手术能使病人的手恢复到完好的程度。例如，假设另一位外科医生的手术能使病人的手恢复到75%。麦琪医生给病人带来的损害就等于，病人拥有一只75%完好的手与拥有一只25%的手两者的福利与效用水平之间的差额。

为了计算机会—成本损害赔偿，现在考虑图7.1中的“机会曲线”。机会曲线与横轴相交于75%的点，它表示，病人在手术前其他可供选择的最好的医生的手术能给他带来的效用水平。与其他的两条曲线相同，机会—成本曲线上所有的点都代表相同的效用或福利水平。因此，在该条曲线上点的移动，病人的效用或福利水平并不会发生变化，不同的手的状况对应不同的金钱损害赔偿。同样，我们也能通过类似步骤从图中得到失去的机会的价值。即，机会—成本损害赔偿为8 000美元，小于预期损害赔偿(10 000美元)，大于信赖损害赔偿(5 000美元)。

图7.1表明，预期损害赔偿、信赖损害赔偿及机会—成本损害赔偿之间的区别在于，计算损失的基准不同，这里的基准表示“未受损失的状态”。对于预期损害赔偿的计算而言，受约人未受损失的状态是指合同得到顺利履行时受约人的状态。②对于信赖损害赔偿的计算而言，受约人未受损失的状态是指受约人在订立合同前的状态。对于机会—成本损害赔偿的计算而言，受约人未受损失的状态是指受约人在最优的可选择的合同得到顺利履行后所处的状态。

通常，**完全赔偿**意味着受害人得到一笔足够多的钱，使其在受损害后因得到这笔钱而能使其效用或福利水平恢复到未受到损害(当然也不存在金钱赔偿)时的效

① 事实上，豪金斯从原陪审团处收到了3 000美元的损害赔偿；后来，经上诉，法庭重新判给其1 400美元赔偿和要求被告承担律师费。

② 这个命题的暗含假设是，违约率是很低的。当违约率较高以致于预期达到某种程度时，受约人就会有被违约的预期，就像航空公司和旅馆的“放空费”计划。一旦违约率在统计上是可被预期的，就会产生有关预期损害赔偿的一系列特殊问题。

用或福利水平相同的状态。图 7.1 中的曲线描述了完全预期损害赔偿、完全机会—成本损害赔偿和完全信赖损害赔偿这三种情况。[①] 当提及对“预期损害赔偿”,或“信赖损害赔偿”的计算时,所指的都是一个理想化及最优的计算。

由于实际合同的履行,会使受约人的处境至少优于选择其他可供选择的最优合同履行后的处境。因此,完全预期损害赔偿肯定高于完全机会—成本损害赔偿。可供选择的最优合同的履行使立约人的处境必然优于没签订合同时的处境。因而,完全机会—成本损害赔偿额肯定高于完全信赖损害赔偿额。因此,当法庭判给的损害赔偿额是完全时,有以下不等式成立:

预期损害赔偿≥机会—成本损害赔偿≥信赖损害赔偿

为什么这三种类型的损害赔偿会存在上述的大小关系呢?受约人通常会选择对其最有利的合同;一旦发生违约,其所遭受的损失通常会大于其选择次优合同履行后所能得到的收益。因此,预期损害赔偿必然高于机会—成本损害赔偿。[②] 而且,受约人从订立合同中所能获得的预期收益必然高于没有订立合同时的收益,因此,预期损害赔偿必然高于信赖损害赔偿(你是否能解释,为何机会—成本损害赔偿通常也会高于信赖损害赔偿)。

然而,有时这两种损害赔偿额并没有标准的大小次序。其中一个原因是,法庭判给的损害赔偿通常是不完全的,甚至有时候不完全性非常明显,以致于不完全的信赖损害赔偿可能超过不完全预期损害赔偿。例如,立约人与受约人签订了一份帮助制作一颗将属于受约人祖母的玻璃钻石的合同。基于一些令人伤感的理由和出于对合同的信任,受约人为这颗玻璃钻石配了一个昂贵的戒托。由于受约人是受伤感的动机所支配而委托制作这枚戒指,故这个戒指无论是否配有玻璃钻石,其市场价值都将低于制作成本。假设立约人没能制成玻璃钻石,而受约人提起诉讼。完全预期损害赔偿就等于受约人对这枚钻石戒指的主观估价。然而,法院会拒绝以受约人的主观估价为依据判给损害赔偿金。相反,法庭主张,“预期损害赔偿”应等于钻石戒指的**市场价值**。根据前面的陈述,戒指的市场价格低于它的制作成本,因而,在这种情况下,完全信赖损害赔偿就等于戒指的成本。此时,信赖损害赔偿就会超过法庭判给的“预期损害赔偿”。

法庭判给的损害赔偿的不完全性会违背完全损害赔偿的大小关系。而且,完全损害赔偿也会因为受约人在签订合同中的过错而偏离通常的大小次序。这些情况下,实际合同的履行可能会使受约人的处境比没有合同时,或履行其他可供选择的合同时的处境更差。例如,一个投机者预期一种商品的市场价格会在未来大幅上涨而签订了一份远期合同。然而,如果他的预测出错,商品价格下跌,那么,对他

① 注意图 7.1 中的曲线仅仅是举例说明了补偿的逻辑,而不是这个案件中的实际损害赔偿额。

② 当市场无限趋向于完全竞争时,这两种方法计算所得的损害赔偿额也将无限接近。原因在于,在完全竞争的市场结构下,每份合同都是可完全替代的,因此,实际的合同与未签订的可供选择的最优合同是完全同质的。

而言，没有订立这样一份合同的处境会优于履行这份合约的处境。这种情况下，他的信赖损害赔偿会高于预期损害赔偿。但事实上，这种事几乎不会发生，因为这种情况下，立约人根本不会违约。①

我们已经区分了这三种损害赔偿措施，并举例说明了它们的计算方法。问题7.1是一个对你是否掌握对这三种损害赔偿的区分及计算能力的很好测试。为了能解决这个问题，建议你算出合同顺利履行后的预期收益(900美元)。然后，计算实际损失(11 100美元)。最后，计算如果履行一个可供选择的最优合同时的收益(400美元)。这样，你就应该可以得出预期损害赔偿、信赖损害赔偿和机会—成本损害赔偿。

问题7.1

买方B付给新奥尔良的粮食经济人D一笔10 000美元的货款，D承诺在10月1日将粮食运到B在伦敦的仓库交货。因为这份合同的签订，B决定不再以10 500美元跟其他粮食经济人签订一份类似的合同。同时，D也跟船运公司S签订了一份运输粮食的合同。而且，B承诺在粮食抵达伦敦后，将以11 000美元的价格卖给另一方。B还预先为轮船支付了100美元(不可返还的)轮船抵达伦敦后的码头费和卸货费。

轮船从新奥尔良开出几天后又返回了新奥尔良。经检查发现，粮食已经被海水浸泡而损坏，D不得不将其以500美元的价格作为动物饲料出售。D把消息告诉在伦敦的B后，B不得不在10月1日以12 000的现货交易价格买入同样数量的粮食。

a. D违约后，B的预期损害赔偿是多少？

b. 信赖损害赔偿是多少？

c. 机会—损害赔偿又是多少？

① 举例说明，假设，一个油生产商A承诺在下个月交付x桶油给B。而B承诺，在交货后付给A每桶油p_C的合同价格。B是一个贩卖油的投机者，而且总会一如既往地相信合同会如期履行。然而，月底时，A的精炼厂发生大火，导致无法向B交货，所以A不得不违约或以p_S的现货交易价格通过在市场上买成品油来向B交货。

下面，考虑两种可能的情形。其一，假设合同价格p_C高于现货交易价格p_S。那么，B预期其能从A的履约中获得$(p_C-p_S)x$的收益。如果A违约，预期损害赔偿等于$(p_C-p_S)x$，而信赖损害赔偿等于0。这就能满足通常的损害赔偿的大小关系。其二，假设现货交易价格p_S高于合同价格p_C。那么，B将预期其会因为A的履约而有$(p_C-p_S)x$的损失。如果A违约，预期损害赔偿是负的，信赖损害赔偿则等于0。这就有了跟平常不同的损害赔偿的大小关系。然而，在第二个情形中，A是肯定不会违约的。因为，相较于选择违约，A更倾向于以p_S的现货交易价格在市场上买入成品油来向B交货，这样既能如期履约而且还能赚取$(p_C-p_S)x$的利润。

问题 7.2

违约损害赔偿方式的实际选择通常是根据实际问题而不是理论假设来决定。请举例说明，哪些违约情况下，机会—成本损害赔偿比预期损害赔偿更容易计算和实施？再请举例说明，哪些违约情况下，信赖损害赔偿比机会—成本损害赔偿更容易计算和实施？

问题 7.3

在完全竞争的市场上，有许多签订了相同合同的买方和卖方，因此，可供选择的最优合同与实际签订的合同是完全一致的。那么，在完全竞争的市场上违约时，完全预期损害赔偿和完全机会—成本损害赔偿之间存在什么样的关系？

问题 7.4

航空公司的惯例是，售出比飞机实际座位更多的机票。但这种“超售”却很少带来麻烦，因为通过统计显示，有一定数量的订票人总是无法按时搭乘航班。相反，每一个出售助听器的零售商都有能力卖出比其每周实际销售量更多的助听器。“能力(产量)过剩”是助听器的零售商的常态。请比较，在“超售”和“能力(产量)过剩”这两种情况下，买方违约会给卖方造成什么样的利润损失。①

问题 7.5

这是一起由于合同违约时间争议导致的诉讼。

1月1日，A 与 B 签订了一份承诺在6月1日以2美元的价格给 B 送去一个小器具的合同。

A 在4月1日单方撕毁了合同。此时，B 能立即以3美元的价格在市场上购买这个小器具，或跟 C 签订一份在6月1日以3.25美元的价格买这个小器具的合同。但 B 既没有立即购买，也没有签订远期合同。

6月1日，B 对 A 的诉讼胜诉。法庭认为，A 是在4月1日违约的，并打算判给 B 完全预期损害赔偿。

问：法庭应该判给多少损害赔偿，1.25美元，2美元，3美元，3.25美元，4美元，或5美元？

问：损害赔偿额是根据什么计算的，B 在4月1日购买小器具的价格，或是 B 在4月1日跟 C 签订的合同价格，还是 B 在6月1日购买小器具的价格？

① 这个问题与“购买量损失”问题相关。

5. 恢复原状

在远期交易中，一方当事人通常要付给另一方当事人某物来换取其在未来做出某种行为的承诺。此时，违约救济就要求违约方必须返还对方之前交付的物品。例如，购买汽车的买主通常要在收到汽车之前"预付定金"。如果卖方违反了交付汽车的合同，法庭可能会要求卖方返还买方预付的定金。这种违约救济方式称为"恢复原状"，因为它要求损害方归还他从受害方获得的东西。① 恢复原状是最基本的损害赔偿。它并没有补偿违约受害者的预期损害、机会损失和信任损失。这三种损害赔偿额都比恢复原状的价值高。然而，虽然这种赔偿只是最低限度的，但却具有易操作和可强制执行的特点。

6. 返还非法所得

完全损害赔偿是一笔能完全弥补损害的金钱，能使受害人的处境恢复到没有受到损害前的状态。受害人一旦获得完全损害赔偿，就不再有理由对损害进行抱怨。因而，法庭通常不会惩罚那些对受害人做出完全损害赔偿的违约人。

我们可以用经济学术语来重新表述这个命题。完全损害赔偿能完全内在化违约损害带来的外部成本。当成本被完全内在化时，效率将要求行动自由而不是阻碍。给定成本内在化和行动自由的情况下，一个理性的人出于对效率的追求，只要其违约行为的收益大于完全损害赔偿，就会选择违约。

然而，在某些损害情况下，完全损害赔偿原则上是不可能的。例如，含糊不清的承诺会导致履约价值的不确定。当履约价值不确定时，完全损害赔偿是不可能的。对违背含糊不清的承诺的赔偿必然也是不完全的。

含糊不清的承诺通常会出现在一些长期关系中。尽管承诺是含糊不清的，但对维持长期关系仍然非常重要。因而，合同当事人虽然可能会希望这些含糊不清的承诺具有强制履行的效力，但他们更倾向于选择一种不同于完全损害赔偿的违约救济方式。

以公司股东和董事两者之间的关系为例。公司董事通常只会对股东作出承诺，说他们会对公司忠诚不二并尽心尽力，但他们并不会对股东承诺一个具体明确的投资回报率。既使公司董事没有做出这样的承诺，但普通法传统上也会要求董事对股东忠诚不二并尽力而为。② 然而，有时当公司董事有不忠诚行为时，股东就能对其提起诉讼。例如，某公司的一位董事了解到，公司拥有的土地下埋藏着很有

---

① 参见 E. Aflan Farnsworth, Your Loss or My Gain"?: The Dilemma of the DiKgorgemen of the Principle in Comma Damages, 94 YALE L. J. 1339 (1985)；和 Robert Cooler & Bradley J. Freedman, The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, 66 N. Y. U. L. REV. 1045 (1991)。

② 鉴于公司董事与股东间的信托关系，普通法传统上要求公司董事负有"忠诚的义务"。此外，普通法传统上要求公司董事要根据"经营判断规则"做出公司决策。经营判断规则要求公司董事要尽其最大努力收集信息，并慎重地做出对公司产生影响的决策，但该规则免除了那些已尽最大努力但收效仍然不佳的公司董事对股东造成损害的赔偿义务。

价值的矿石。但该董事在其他人发现这个秘密前诱使公司把这片土地卖给了他本人。因此，该公司董事把本来应属于公司所有的财富据为己有的行为就违背了他的忠诚义务。

公司董事和股东之间存在信赖关系。如果允许公司董事将原来属于公司所有的财产据为己有，就会损害这种信赖关系。法律通过各种措施来防止公司董事的这种不忠诚行为，例如，法律强制施害方把由这些不法行为获得的收益退还给受害方。“返还非法所得”就是为了防止施害方通过不法行为中获利而将这部分收益返还给受害方的赔偿。例如，这位购买了公司土地的董事将这块土地以很高的价格卖给了第三方，那么，根据“返还非法所得”原则，该董事必须把从土地转卖中获得的收益归还给公司。

如果“返还非法所得”是完全的，那么，对施害人而言，不从事这样的非法行为和从事这样的非法行为并承担返还非法所得赔偿责任这两种情况，就是没有差别的。因此，完全返还非法所得跟完全损害赔偿是同质。在完全返还非法所得情况下，施害人并没有从非法行为中获得任何收益；同样的，在完全损害赔偿情况下，受害人也没有因对方当事人的非法行为遭受任何损失。

网页便笺 7.1

更多有关损害赔偿计算上的困难及进一步的讨论请参阅作者的网站。

7. 强制履行①

除损害赔偿外，法庭可能也会强制违约方继续履行合同作为一种违约的救济方式。“强制履行”通常要求立约人根据合同条款的规定继续履行合同。② 如前所述，强制履行通常是一些大陆法国家传统上倾向于选择的一种违约救济方式，而损害赔偿则是普通法国家传统上常用的一种违约救济方式，但在司法实践中，绝大多数的法律体系在类似案件中都会采取类似强制履行的违约救济方式。

法庭选择强制履行作为违约救济方式的典型情况是，合同标的物没有完全替代品的存在，例如，土地、房屋、古董、艺术作品及特定的劳务合同等。相反，当合同标的物存在类似替代品时，一旦发生违约，法庭通常会选择损害赔偿作为违约救济方式，受害人能用损害赔偿重新购买替代品，如，汽车、小麦、电视机和公开发行的股票等。

为了加深对这个问题的理解，可以考虑两个相反的例子。一是票务代理 K 违反了他将提供两张歌剧票的承诺，消费者不得不在演出当晚以高价向“黄牛”购入

① 这部分内容以 Ulen, The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies, 83 MICH. L. REV. 358 (1984)中的相关材料为基础。

② 有时，法庭会强制立约人按原合同规定继续履行合同，有时法庭也会禁止立约人跟受约人以外的第三方履行类似合同。

相同的票。歌剧票是完全同质的，因此，票价上的不同就足以计算预期损害赔偿。二是一个书商违反了他将威廉·福克纳《喧哗与骚动》一书的唯一手稿卖给一位富有的收藏家。这本独一无二的手稿的价值是非常主观的，法庭通常不能做出准确判断。这种情况下，预期损害赔偿的计算是非常不完全的，因而法庭通常会强制书商履行原合同将这本手稿卖给收藏家。

通常，法庭在估算预期损害赔偿上的误差会随着履约可替代性的增加而减少。误差的减少是因为，法庭会根据受害人在市场上购买替代品的价格来判给损害赔偿。如合同标的物在市场上随时可以买到十分类似的替代品，那么，任何人都不会对合同标的物做出比替代品的市场价格高出很多的估价。

相反，强制履行的救济方式是赋予受约人享有合同标的物的本身，而不是标的物价值的权利。法庭通过在合同标的物是独一无二时采取强制履行作为违约救济方式，能有效避免一项无法完成的任务，即由法庭估算受约人对该物品主观价值。接下来，我们还将进一步比较强制履行和损害赔偿这两种违约救济方式的优缺点。

8. 合同当事人设定的损害赔偿：预先约定的损害赔偿

合同通常会具体规定，当一方当事人违约后的补救方式。合同可能会明确规定一笔赔偿金，作为违约方支付给无过错方的损害赔偿（“预先约定的损害赔偿金”）。或是合同双方会将一笔现金或履约担保金交予第三方保管，并规定，一旦发生违约，这笔钱将用于对受害人的赔偿（“履约保函”）。此外，合同双方也可以规定，选择何种方式来解决履约过程中的争议，例如，交由国际商会适用纽约法进行仲裁。

相较于其他合同条款，法院对与违约救济相关条款的审查更为严格和挑剔。法庭有时可能不会强制执行这些条款，而是以法庭指定的赔偿方式来替代。例如，美国的销售商经常在提供给买方的合同中规定，双方的争议应该由卖方所在城市的仲裁机构解决。因此，一位纽约的制造商在一份提供给洛杉矶的买方的合同中规定，合同争议将由在纽约的美国商务仲裁协会处理。如果买主在加利福尼亚州法院对卖方提起诉讼，法庭将不愿意承认在纽约的仲裁机构的仲裁权（虽然这种法律规定听起来似乎侵犯了合同当事人自由决定合同争议处理方式的权利）。

普通法系和大陆法系传统上在对待合同中的惩罚性条款上采取了不同的态度。普通法传统上不支持强制履行合同中规定的超过违约损害的那部分赔偿。法庭把合同规定的违约赔偿超过实际违约损害（或对损害事先的合理估计值）的那部分赔偿称为“惩罚性条款”。当合同中规定的违约赔偿没有超过实际违约赔偿（或对损害事先的合理估计值）时，法庭称其之为“预先约定的损害赔偿”条款。普通法传统上强制履行预先约定的损害赔偿，但却拒绝执行惩罚性损害赔偿。相反，大陆法国家更倾向于强制执行合同中的惩罚性条款，或只是把惩罚程度降低，而不是完全拒绝履行类似的条款。

现在，一些经济学者认为，大陆法系对惩罚性条款的强制执行是正确的。因为，这种超出补偿的损害赔偿的规定具有三大功能。首先，惩罚因素可以被认为是违约方以书面保险的形式支付给无过错方的一份保证金。[①] 当合同一方当事人对合同的履行寄予很高的主观期望值，而合同的另一方正好是期望值损失的保险人时，这种情况就会发生。

例如，让我们来看古兹和斯科特教授提出的一个有趣的案例——“非常渴望观看比赛的校友案”。弗吉尼亚的大学一位校友包了一辆公共汽车跟他的朋友一起去一个重要的比赛现场，在那里有一场他们学校参加的篮球比赛。这名校友非常渴望观看这场比赛，所以他很担心有意外发生而使他不能按时赶到比赛现场。假如，公共汽车路上抛锚了，或是因为恶劣的天气阻碍了汽车的正常行驶，或是可能因为交通堵塞而使他无法按时到达。他对能将他按时送到比赛现场的合同顺利履行的主观估价远远高于他租用公共汽车的成本，因此，这种主观估价对法庭而言，可能根本无法准确计算。这时，只要该校友同意以高于普通市场价格的钱来租用公共汽车，公交公司就会同意在其违约情况下按该校友的主观估价来支付损害赔偿。合同价和普通市场价格之间的差额可视为保单上的保险费，而这份保单是由公交公司为该校友开具的，用来赔偿因公交公司的过失而使他们不能准时到达比赛现场观看篮球比赛的情况下的主观损失。

强制执行惩罚性条款的第二个理由是，这些条款能传达立约人的可靠性和履约能力的信息。例如，考虑一份规定建筑工程具体完工期限的合同。可能承建方完全有能力在合同规定的时期内完工，但投资方却可能对承建方的能力产生怀疑。如果承建方承诺，一旦他不能按期完工，他愿意支付一大笔惩罚性赔偿，那么，这就能有效证明承建方真的有按期完工的能力。一个惩罚性违约损害赔偿可能是承建方以最低廉的成本来同投资方沟通的方式。

埃弗里·卡茨认为，强制执行惩罚性条款的第三个理由是，绝大多数惩罚都能被看作是一种奖励。例如，卖方因做出一个月后向买方交付价值 100 美元货物的承诺而从买主那得到 90 美元。进一步假设，合同双方都希望在合同中规定，一旦卖方违约，必须赔偿买方 125 美元。由于这个条款，产生了 25 美元的违约惩罚，所以法庭可能不会强制执行这个条款。表 7.2 的第一行归纳了惩罚合同下的相关数据。如果惩罚合同得到顺利履行，买方的净收益为 100－90＝10 美元，而卖方的净收益为 90 美元。当卖方违反惩罚合同时，买方的净收益为 125－90＝35 美元，而卖方的净收益为 90－125＝－35 美元。

① 参见 Charles Goetz & Robert Scott, Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle: Same Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach, 77 COLUM. L. REV. 554 (1977)。根据传统理论中一个成熟的经济学观点，对损害赔偿额的规定应限于尽可能合理地接近法庭可能会判给的损害赔偿额。参见 Eric L. Taliey, Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule, 46 STAN. L. REV. I 195 f 1995)。泰利(Eric L. Taliey)认为，传统理论推进了科斯讨价还价理论在合同双方当事人重新协商合同时的应用。

表 7.2　惩罚合同与奖励合同比较

	价格	执行奖励	卖方从合同履行中获得的收益	违约的实际损害	违约惩罚	卖方因违约导致的损失	买方从违约中获得的收益
惩罚合同	90	0	90	100	25	−35	+35
奖励合同	65	25	90	100	0	−35	+35

为了增加法院强制执行惩罚合同的可能性，合同双方可能会重新表述合同。此时，合同履行奖励可能会代替违约惩罚出现在合同条款中，但这两份合同的实质是完全相同的。为了达到上述目的，一种可供选择的合同条款是，买方在签订合同时支付 65 美元给卖方，并在合同如期履行后，再奖励卖方 25 美元。那么，买方因为合同履行的净收益为 100−65−25=10 美元，而卖方履约的净收益为 65+25=90 美元，这跟惩罚合同下，合同双方当事人的净收益完全相同。在这宗交易中，卖方如果违反了奖励合同，卖方支付给买方 100 美元的违约损害赔偿。因此，买方从违约中获得的净收益为 100−65=35 美元，而卖方的净收益为 65−100=−35 美元，双方的净收益跟惩罚合同下完全相同。很明显，惩罚合同包含了违法的惩罚条款，而奖励合同却包含了合法的奖励条款，虽然这两份合同的实质完全相同。这个例子说明，法庭一旦不同意强制执行惩罚条款，就会对合同当事人产生把惩罚条款改换成同质的奖励条款的激励。

问题 7.6

前面已经解释了，强制履行是对违反提供无近似可替代物品的合同的常见的违约救济方式，而违约损害赔偿则是对违反提供有近似替代物品的合同的常见的违约救济方式。请使用“替代品的相似度”来解释，为何一位画家死后，他的财产可以免于被他签订的绘画合同的对方当事人所追索，而一位房屋油漆工死后，他的财产却不能免于被他签订的油漆房屋合同的对方当事人所追索？

问题 7.7

既然恢复原状对违约受害人的赔偿通常是不充分的，那么，法庭为何还是采取恢复原状这种违约救济方式呢？

问题 7.8

假设，一个诈骗者被抓后，惩罚是他必须把之前骗取的财物返还原失主，为了使

诈骗活动无利可图(诈骗的预期收益为零),那么,抓获诈骗者的概率应该有多高?

问题 7.9

请举例说明,在什么样的情况下,强制履行是一种完全不可行的违约救济方式?请举例说明,在什么样的情况下,强制履行对第三方而言是一种不公平的违约救济方式(提示:纽约的那个书商违约,将福克纳的手稿卖给了另外一个人)?

问题 7.10

建筑公司 C 和房屋的所有人 L 签订了一份建筑一栋办公大楼的合同,在合同中规定于 9 月 1 日完工,并交付于 L 使用。L 想在 9 月 1 日与一个商业承租人签订一份租赁合同。然而,一些不可预期的因素经常会导致建筑工程的延期。C 愿意承担由此带来风险。C 计划办公大楼的造价为 1 000 万美元,且其愿意因延期交付而赔偿给 L 每天 1 500 美元的损害赔偿。你是一位被 L 雇用的帮助起草合同的律师。L 私下告诉你,一旦发生工程延误,他每天的实际损失是 1 000 而不是 1 500 美元。你如何向 L 解释,他争取把延期损害赔偿从每天的 1 500 美元降到 1 000 美元,对他而言才更有利?

网页便笺 7.2

在作者的网站有对如何规定损害赔偿议题的进一步探讨,其中包括波斯纳法官对强制执行惩罚条款、或其他一些违约救济方式的判决的引用。

7.1.2 违约救济模型

前面已经介绍了合同违约的各种救济方式,现在要对这些方式来进行具体分析,即通过构建经济学模型分析各种违约救济方式对主体行为的影响。虽然不同的违约救济方式都会影响各种行为,但我们无法对它们都进行模型化的分析。[①] 下面将主要分析以下三种行为:

(1) 立约人有关违约或履约的决定;

(2) 立约人在履约过程中的投资;

① 下面是部分受违约救济方式影响的行为:(1)寻找交易合作伙伴;(2)谈判交易;(3)起草合同(明示条款);(4)保持或打破承诺;(5)对可能引起违约的事件的防范;(6)对承诺进行信任投资;(7)减少违约导致损害的行为;(8)解决违约引起的争议等。

(3) 受约人出于对承诺的信任而进行的投资。

1. 有效率的违约和履约

当情况发生变化时,有时违约可能比履约更有效率。在两种情况下,会发生合同的不被履行。一是立约人通过违反承诺而违约,学者将其称为"有效率的违约"。二是合同双方当事人通过重新协商,修改合同,同意彼此都不再履行原有的合同义务。

例如,A 承诺帮 B 定制一个装饰品,并于 9 月 1 日交货。但在 8 月 1 日,A 发现定制这样的一个装饰品的成本要远高于预期,而且已经超过了该物品对 B 的价值。这是一个负面的突发性事件。然而,A 可能知道,这个装饰品对 C 而言,相较于 B,价值更高,所以,将装饰品卖给 C 比卖给 B 能创造更多的价值。这是一个正面的突发性事件。在任何一种情况,继续履行与 B 的承诺都是无效率的。为了避免这种无效率,A 可以选择违约,并承担相应的后果,比如,支付给 B 违约损害赔偿。另一种可供选择的方案是,A 与 B 重新协商,解除彼此间的合同约束,通常的做法包括,A 给 B 一定的补偿,这个补偿能使 B 在解约情况下的处境优于继续履约后的处境。

当不履约比履约更有效率时,是什么决定 A 将选择违约还是重新与 B 进行协商呢?根据科斯定理,当交易成本很低时,合同双方当事人将进行重新协商。在重新协商的过程中,双方当事人将通过用一个更有效率的方案代替原来的合同而产生合作剩余。重新协商的条款取决于双方当事人讨价还价的能力,而后者则取决于当双方当事人协商失败后能采取的法律救济方式。接下来的两个部分,我们将讨论,当有正面或负面的突发性事件出现后,违约的法律救济方式(例如,预期损害赔偿或强制履行)将如何对合同双方当事人讨价还价的能力产生影响。

(1) 负面的突发性事件。

在前面的章节中,我们已经通过代理博弈模型分析了负面的突发性事件。在相关的代理博弈中,代理人(后行者)承诺与委托人(先行者)合作。当作出这样的承诺时,合作的未来成本是不确定的,合作的成本可高可低。低合作成本是双方所乐见的,而高合作成本则相反。高合作成本是一个令违约有效率的负面的突发性事件所导致。

图 7.2 利用图 6.3 中所构造的数据,把这些收益都刻画在一个矩阵中。合作给代理人带来的成本有时是 0 单位,有时是 1.5 单位。图中的第二列就表示当合作成本为 0 单位时双方的收益;而第三列则表示合作成本为 1.5 单位时双方的收益。至于第四列则表示代理人私吞委托人投资(不合作)时双方的收益。

博弈参与人 2(代理人)

博弈参与人 1(委托人)		合作(成本为 0)	合作(成本为 1.5)	私吞
	投资	0.5 0.5	−1.0 0.5	−1.0 −1.0
	不投资	0 0	0 0	0 0

图 7.2 不存在合同约束和不同合作成本下的代理博弈

图 7.2 描述了当双方当事人间不存在一份具有强制履行法律效力的合同时，双方当事人在各种情况下的收益。如果委托人投资，代理人选择私吞将能比选择合作得到更多的收益。因而，代理人的最优策略应该是私吞委托人的投资。委托人能预期代理人会私吞他的投资，但自己却没有权利获得法律救济。因此，委托人的最优策略是“不投资”。故在不存在一份具有强制履行效力的合同时，如同图 7.2 所示，双方当事人无法达成合作。

图 7.3(即图 6.4)则描述了当存在一份具有强制履行法律效力的合同时，双方当事人的收益。如图 7.2 和图 7.3 中的第二列和第三列所示，如果代理人履约，那么委托人的净收益为 0.5 单位。第二列和第三列表示，当代理人可能自愿履行合同时，双方当事人的收益。代理人也可能不愿按合同约定履行，那么，第二列和第三列表示代理人违约后要承担的违约损害赔偿。代理人违约的预期损害赔偿使委托人的处境恢复到跟代理人履约时相同的状态。图中的第三栏则表示，当代理人违约但却承担损害赔偿责任后，委托人的净收益为 0.5 单位，即预期损害赔偿为 0.5 单位。

博弈参与人 2(代理人)

博弈参与人 1（委托人）		履约(成本为 0)	履约(成本为 1.5)	违约并赔偿损害
	投资	0.5 0.5	−1.0 0.5	−0.5 0.5
	不投资	0 0	0 0	0 0

图 7.3　存在合同约束和合作的交易成本可变时的代理博弈

首先，考虑图 7.3 中的委托人如何通过选择投资或不投资策略来最大化自身收益。图中的第二行表示，无论代理人是否履约，委托人都能从投资中获得 0.5 单位的收益。而图中的第三行则表示，委托人如果不投资，他的收益为 0。因而，委托人将通过选择投资策略来使自身利益最大化。

接下来考虑，图 7.3 中代理人如何通过选择履约或违约来使自身利益最大化。如果履约成本较低，代理人的最优策略是履约，并得到 0.5 单位的收益。相反，如果履约成本较高，代理人的最优策略则依不同的违约救济方式而定。此时，损害赔偿和强制履行这两种违约救济方式会使代理人产生不同的策略选择。首先，考虑损害赔偿方式。这种违约救济方式会给代理人提供履约，或是违约并承担损害赔偿责任两种选择。在图 7.3 所示的高履约成本情况下，代理人从履约中获得的收益为−1.0 单位；而代理人选择违约并承担损害赔偿责任时，其收益为−0.5 单位。因此，在高履约成本的情况下，代理人的最优策略是违约并承担损害赔偿责任。

当强制履行是违约救济方式时，这种违约救济方式使委托人有权要求代理人继续履约而不考虑代理人履约成本的高低。一旦委托人主张这种权利，那么代理人将被迫在高履约成本情况下继续履约。如图 7.3 所示，如果委托人强制代理人在高履约成本情况下履约，那么，代理人的收益为−1.0 单位，而委托人的收益为

0.5 单位。

相反，如果代理人不行使这种权利，那么，可能采取跟代理人重新协商合同的方式来对负面的突发性事件做出反应。如果合同重新协商成功，那么，委托人将同意接受损害赔偿而允许代理人违约。当代理人违约时，如图 7.3 所示，双方的总收益为 0。相反，一旦重新协商失败，委托人将继续行使要求代理人履约的权利。那么，情况将如图 7.3 所示，在高履约成本情况下，双方的总收益为(−1.0+0.5)=−0.5 单位。这两种总收益间的差额就是重新成功协商带来的合作剩余。即重新协商的合作剩余为(0−1.0+0.5)=0.5 单位。

成功地重新协商合同能使双方当事人分享 0.5 单位的合作剩余。我们已经在第 4 章详细讨论了协商合作的剩余分配问题。合理性本身通常不能完成对合作剩余的分配。下面，我们考虑一种合理分摊合作剩余的方法。如果不重新协商合同，委托人可以强迫代理人履约，这将给委托人带来 0.5 单位的收益。因此，委托人至少要能从重新协商中获得 0.5 单位的收益，才愿意与代理人重新协商。即委托人除了得到 0.5 单位的收益外，还要求分享协商的合作剩余。一个合理的合作剩余分配方案是，双方当事人各占一半，即各得 0.25 单位的收益。因此，一个合理的重新对合同的协商行为将给委托人带来 0.5+0.25=0.75 单位的收益。即，代理人必须支付给委托人 0.75 单位的收益，才能换取委托人免除其继续履约的义务(你能证明，这个解决方案也给代理人带来等于他原来应得的收益加上重新协商的合作剩余的一半的总收益吗①)。

效率要求合同当事人选择的策略能最大化委托人和代理人的收益之和。两人的总收益由图 7.3 中每格中的两个数字相加而成。很容易发现，当履约成本较低时，履约比违约更有效率；反之，当履约成本较高时，违约比履约更有效率。我们已经证明，损害赔偿这种违约救济方式能激励代理人在低履约成本情况下履约，而在高履约成本情况下违约。相反，强制履行这种违约救济方式会激励代理人在低履约成本情况下履约，而在高履约成本情况下，是否履约取决于合同的重新协商是否成功。一旦重新协商失败，代理人就不得不在高履约成本情况下履约。因此，损害赔偿这种违约救济方式总是有效率的，而强制履行这种违约救济方式有时却可能是无效率的。

这两种违约救济方式在效率上的差异很容易被理解。损害赔偿这种违约救济方式给立约人提供了履约和违约并承担损害赔偿责任这两种选择。立约人自然会选择成本较低的策略。② 相反，强制履行这种违约救济方式只赋予了受约人强迫

① 如果没有重新协商，代理人被迫在高履约成本下履行合同，将给代理人带来−1.0 单位的收益。一个合理的重新协商能给代理人带来一半的合作剩余，即 0.25 单位的收益。因此，代理人重新协商后的总收益为−1.0+0.25=−0.75 单位。

② 回顾一下，前面曾提到，最优预期损害赔偿能内在化立约人全部的违约成本。因而，出于对自身利益最大化的追求，立约人总会选择社会成本最小的方式行为。

立约人履约的权利，而不考虑履约成本的高低。在不适当的情况下，这种权利的行使会导致无效率。为了避免强制履行这种权利行使的无效率，合同必须能进行成功的重新协商。成功的重新协商能达成有效率的违约策略选择。换言之，只要委托人和代理人能成功地就合同进行重新协商，损害赔偿这种违约救济方式就只能影响分配而不会导致无效率。

从前面第 4 章对规范的科斯理论的阐述，尤其是从洗衣店和电力公司的案例中，你应该已经了解有关重新协商的结论。根据规范的科斯理论，零交易成本情况下，私人的讨价还价总能达成对资源的有效配置。给定交易成本为零，法律只会影响分配而不会影响效率。现在将规范的科斯理论应用于合同中，可以发现，只要重新协商成功，代理人无论在何种法律规则下，总能有效率地违约。给定重新协商的交易成本为零，合同违约的法律救济方式只会影响利益的分配而不会影响效率。然而，当重新协商的成本很高时，损害赔偿的违约救济方式就优于强制履行，这就好比，当谈判成本很高时，在不妨碍别人的情况下，补偿比禁令更有效率。

网页便笺 7.3

在这部分，阐述了合同条款从签订后到履行前，合同双方当事人重新协商的可能性。有关合同修订的议题是一个非常重要，也非常引人注目的问题，目前已经有大量研究此问题的文献，具体可参见作者的网站。

（2）正面的突发性事件。

前面已经解释过，当一个负面的突发性事件出现后，继续履约是无效率的，立约人希望不再履约；禁令救济能提高受约人与后续的损害赔偿相关的讨价还价能力。下面，我们将运用同样的分析思路来研究正面的突发性事件。一个正面的突发事件通常会导致一个比原合同更为有利的可供选择的合同机会。当一个正面的突发性事件发生后，立约人希望不再履行原合同，而履行新的能带来更多收益的可供选择的合同。同时，禁令救济也能提高受约人与后续的损害赔偿相关的讨价还价能力。随着受约人讨价还价能力的提高，受约人能享有更多的因正面的突发性事件创造的合作剩余。

为了解释这个事实，假设 A 现在所居住的房子的价值为 90 000 美元，B 对 A 房子的估价是 110 000 美元。A 承诺将房子以 100 000 美元的价格卖给 B，这个交易行为将产生 20 000 美元的合作剩余。然而，在完成售卖前，C 出现了。C 对这栋房子的估价是 126 000 美元，而且 C 愿意以 118 000 美元的价格向 A 购买。对 A 而言，C 的出现产生了一个比原合同更有利的新的合同机会。将房子从对其估价 90 000 美元的 A 处转移到对房子估价 126 000 美元的 C 处，将创造 36 000 美元的合作剩余。表 7.3 中“对房子的估价”一栏归纳了这些情况。

表 7.3 违约的救济方式

	对房子的估价	无违约救济情况下的剩余分配	当违约救济方式是强制履行情况下的剩余分配	当违约救济方式是损害赔偿情况下的剩余分配
当事人 A	90 000	28 000	10 000	18 000
当事人 B	110 000	0	18 000	10 000
当事人 C	126 000	8 000	8 000	8 000
总计		36 000	36 000	36 000

假设,由于 C 的出现,使 A 不愿意将房子卖给 B 而违约,于是,B 起诉 A。当法律不赋予 B 任何法律救济权利时,考虑三方当事人的收益情况。此时,法律将允许 A 将房子卖给 C,A 的收益等于 A 对自己房子的估价(90 000 美元)和 C 的购买价格(118 000 美元)之间的差价,即 28 000 美元。B 的收益为 0。C 的收益等于其对 A 房子的估价(126 000 美元)和其购买价格(118 000 美元)间的差价,即 8 000 美元。表 7.3 的"无违约救济情况下的剩余分配"一栏归纳了上述内容。

现在,假设法庭受理了 B 的诉讼,并判决 A 强制履行合同。强制履行是指,法庭责令 A 履行原来跟 B 签订的以 100 000 美元将房子卖给 B 的合同。此时,A 的收益等于合同价格(100 000 美元)与其对自己房子的估价(90 000 美元)之间的差价,即 10 000 美元。假设 B 拿到房子后,又会以 118 000 美元的价格卖给 C。那么,B 的收益就等于他向 A 的购买价(100 000 美元)与其向 C 的出售价(118 000 美元)间的差值,即 18 000 美元。C 从中获得的收益为他的购买价(118 000 美元)和他对房子的估价(126 000 美元),即 8 000 美元。表 7.3"当违约救济方式是强制履行情况下的剩余分配"一栏归纳了这些数据。

最后,假设法庭受理了 B 的诉讼,但却判决 A 承担损害赔偿责任。A 违反了与 B 的合同,并把房子以 118 000 美元的价格卖给了 C。此时,A 的收益是他对自己房子的估价(90 000 美元)和房子的实际售价(118 000 美元)间的差价,即 28 000 美元。得到了 28 000 美元交易剩余的 A 必须向 B 支付违约损害赔偿,违约损害赔偿将取决于 28 000 美元在 A 和 B 之间的分配。假设法庭根据 B 所预期的原合同顺利履约后的处境来决定损害赔偿的大小。由于 B 对房子的估价是 110 000 美元,但 B 希望能以 100 000 美元的价格买入。根据计算,B 的预期损害赔偿额是10 000 美元。因此,在预期损害赔偿情况下,通过该房子的交易,A 能获得 18 000 美元的剩余,B 能获得 10 000 美元的剩余,而 C 能获得 8 000 美元的剩余。表 7.3"当违约救济方式是损害赔偿情况下的剩余分配"一栏归纳了这些数据。

现在,让我们比较强制履行和预期损害赔偿这两种违约救济方式。经济效率要求把资源配置给对他们估价最高的一方。C 对房子的估价高于 A 和 B,所以有效率的救济方式应该是让 C 得到房子。在强制履行情况下,C 从 B 处购入房子,B 得到比 A 更多的剩余。而在预期损害赔偿情况下,C 从 A 处购入房子,A 比 B 得

到更多的剩余。因而，无论法庭选择哪种违约救济方式，都会在房子的配置方面产生有效率的激励；但不同的救济方式会影响交换剩余在他们三人间的分配。在本章前一部分和第 4 章，我们已经说过，给定零交易成本情况下，法律只会影响分配而不会影响效率。表 7.3 直观地表达了这个结果。只要 A、B、C 能在零交易成本基础上成功地讨价还价，不同的违约救济方式只会影响分配，不会影响效率。

预期损害赔偿的违约救济方式给立约人在履约、或者违约并支付违约损害赔偿间进行选择的权利。当违约救济方式是损害赔偿时，剩余的分配有利于立约人。相反，当违约救济方式是强制履行时，剩余的分配有利于受约人。科斯定理指出，只有当交易成本为正时，法庭选择不同的违约救济方式才可能影响效率。当交易成本为正时，法庭判决的最有效率的违约救济方式应该是能以最低的交易成本将资源配置给对其估价最高的人。回头看上面的例子，法庭选择的最有效率的违约救济方式应该是能以最低的交易成本将房子从 A 转移到 C 所有。表 7.3 中因为假设转移是在零交易成本情况下进行，所以这两种违约救济方式都一样有效率（虽然它们造成了交易剩余在他们三人之间的不同分配结果）。

前面已经解释了，通过损害赔偿救济或禁令救济来保护权利，在合同法领域与财产法领域有很多相似之处。当财产所有者能以很低的成本讨价还价、或合同当事人重新协商的成本很低时，禁令救济能提高财产权所有者讨价还价的能力，而且不会影响产出的效率。然而，当谈判成本很高时，不同的救济方式会影响效率水平的高低。在财产争议中，当违约救济方式是强制履行时，合同的重新协商可能比较简单。考虑在上述案例中，法庭将面临损害赔偿的计算。为了确定损害赔偿额，法庭必须了解 B 对这个房子的估价。买主的主观估价对法院言是很困难估计的。但买方的主观估价一定会超过销售价格，但超过多少呢？律师们对 B 对房子的主观估价究竟是 105 000 美元，还是 110 000 美元，又或是 125 000 美元的争论通常要花费大量的辩论成本。[①] 这种不确定性给合同双方当事人在法庭外解决类似纠纷带来了很大的障碍。

不同于损害赔偿，强制履行的违约救济方式并不会让法庭面临主观估价的问题。当法院采用这种违约救济方式时，法庭将责令 A 以**原来的合同价**把房子卖给 B。法庭不需要再计算价格。房子也无需转移给 B 占有。讨价还价可能会代替履约。在讨价还价中，彼此都无法确实了解对方的主观估价。对于这种情况的解决，市场比法庭更有优势。一些经济学者认为，由于法庭对估价问题的态度过于严谨，合同法应该更广泛地采用强制履行的违约救济方式。[②]

① 诉讼过程中，损害赔偿额大小的决定被经济学家们称为是一个“显示性偏好”问题。常见的问题是，如何尽可能地缩小客观价格和主观估价间的差距。到目前为止，经济学家在这个问题的解决上仍缺乏创见。

② 参见 Ulcn，supra n. 15。

问题 7.11

假设，A 对自己房子的估价是 90 000 美元。B 为了在他工作地点附近居住，所以愿意花 110 000 美元购买 A 的房子（在这个例子中没有 C 的出现）。合同签订后，B 的老板突然宣布公司将搬到另外一座城市。这样，B 对这个房子的估价就降到了 75 000 美元。从效率角度看，谁应该拥有房子，A 或 B？如果法庭判决强制履行合同，那双方当事人要如何分配房子才是有效率的？

问题 7.12

请分别举例说明，哪些负面或正面的突发性事件会使违约比履约更有效率？请说明，合同双方当事人为何不太愿意在合同中明确规定如何处理这些突发性事件？如，在合同中明确规定，当履约成本非常高时可以允许违约。

问题 7.13

请问如何用科斯定理来分析各种违约救济方式？

问题 7.14

假设一个正面的突发性事件使一个销售合同的违约比履约更有效率。再假设合同双方当事人不能对合同进行重新协商。请解释，为何损害赔偿的违约救济方式可以通过减少把货物移交给能对货物做出最高估价的那方当事人来节约交易成本？请解释，为何强制履行的违约救济方式能避免法庭对物品的主观估价问题？

7.1.3 履约投资和信任投资

我们已经比较了两种不同的违约救济方式（预期损害赔偿和强制履行）对立约人行为（履约或违约）的激励作用。现在，我们来考虑一些不同的违约救济方式对合同当事人的两种决策（履约投资和信任投资）的激励作用。在财产法领域，当比较以下两种政府行为时，得出了一个悖论：一是对那些会减少私人财产所有者的财产价值（“征用”）的政府行为可以要求损害赔偿；二是对有些政府行为（“规制”）不能要求损害赔偿。很明显，要求损害赔偿能给政府行为提供一个有效率的激励，但却无法有效率地激励私人财产所有者的投资，反之亦然。当我们考虑对合同当事人的两种决策（履约投资和信任投资）的激励时，也将在合同法中遇到同样的悖论。

1. 赔偿的悖论

下面，我们试图解释合同中的赔偿悖论。一份典型的要花费昂贵成本履行的

合同总会给立约人强加一份义务。为了履约，或增加履约的可能性，立约人必须进行一定的投资。当违约责任很重时，立约人就有激励做更多的履约投资。另一方面，受约人也能通过信任投资来提高履约的价值，但信任投资也会增加违约的损失。当违约责任很重时，受约人也同样有进行更多信任投资的激励。

下面举例说明这种情形。

例　华夫饭店

伊冯娜拥有一家饭店，因为其服务内容和服务对象而被经济学家称为华夫饭店。由于生意非常兴隆，她不得不进行饭店的扩建。伊冯娜与建筑商赛维尔签订了一份新饭店的建造合同。合同规定，赛维尔要在9月1日将新饭店建成并交给伊冯娜使用。赛维尔知道有些事件会妨碍饭店的按时完工，比如，水管工人的罢工，市容监督员的挑剔，恶劣的天气等。为了减少延期完工的可能性，他可能会付出一些代价要求水管工人加班加点、恳求市容检查员手下留情，或是在雨季来临之前加快工作进度等。

伊冯娜预期，当新店开张那天，宾客云集，生意兴隆。为了应付开张那天的生意，她需要订购比旧餐馆更多的食品原材料。她希望增订的食品原材料能在9月1日到达以便保证新饭店的正常经营，但万一新店不能如期完工，她就要承担这部分食品原材料过剩的损失。

因此，提高赛维尔因饭店不能如期完工而对伊冯娜的损害赔偿额，不但能激励赛维尔对履约的投资，也能激励伊冯娜对信任的投资。

之前，我们已经比较过三种完全损害赔偿之间的大小关系，我们知道，预期损害赔偿至少大于机会—成本损害赔偿，而机会—成本损害赔偿至少大于信赖损害赔偿。因此，一旦违约损害赔偿的计算基准从预期损害赔偿变为机会—成本损害赔偿时，立约人进行履约投资的激励将下降。同样地，伊冯娜进行信任投资的激励也会减少。

什么样的损害赔偿水平能激励立约人进行有效率的履约投资，从而使立约人既不会过度履约也不会履约不足呢？有效率的激励意味着，立约人必须将因违约给受约人造成的全部成本内在化。完全预期损害赔偿能使立约人将受约人的全部违约损失内在化，从而满足效率的要求。因为完全预期损害赔偿至少等于完全机会—成本损害赔偿，而后者通常能使立约人内在化违约的部分成本。同样地，由于完全机会—成本损害赔偿至少等于完全信赖损害赔偿，而后者也通常能使立约人将更多的违约成本内在化。

接下来看受约人的情况：什么样的损害赔偿水平能给受约人提供有效率的信任投资激励，使其既不会过度信任，也不会信任不足呢？有效率的激励意味着，受约人能完全内在化违约损失，换言之，受约人不会因为立约人的违约而遭受损害。

随着计算损害赔偿的基准从信赖损害赔偿提高到机会—成本损害赔偿，再提高到预期损害赔偿，受约人对违约损失外在化的程度也在不断地提高。而完全预期损害赔偿将受约人所有违约损害外在化。合同法里的赔偿悖论是指，从完全预期损害赔偿标准降到机会—成本损害赔偿，再降到信赖损害赔偿，一方面会不断稀释对立约人的激励，但另一方面却不断加强对受约人的激励；反则亦然。

可以利用赛维尔和伊冯娜之间建筑合同的例子来说明赔偿悖论。如果赛维尔有责任对因饭店未能按期交付的实际损失承担全部责任，那么，赛维尔将完全内在化伊冯娜从饭店按时交付中所能获得的收益。因此，就存在一个有效率的激励，使他在履约成本和伊冯娜的收益之间寻求均衡。然而，不幸的是，赛维尔责任的加强会稀释对伊冯娜的激励。如果赛维尔对因为延期交付而导致的实际损失承担全部责任，那么，伊冯娜将完全外在化信任投资成本。换言之，赛维尔向她提供了一份防范延期交付的全额保险。因此，她有激励像已经确定按时完工那样，在 9 月 1 日订购足够多的食品原材料。相反的，如果赛维尔对饭店延期交付不承担任何责任，那么，他将完全外在化因延期交付而给伊冯娜造成的全部损失。这种情况虽然对赛维尔不能提供有效率的履约投资激励，但却能给伊冯娜提供有效率的信任投资激励。

图 7.4 概述了这些事实。横轴表示立约人的违约损害赔偿责任，纵轴则表示受约人获得的违约损害赔偿的权利。沿着 45 度线，立约人承担的赔偿责任等于受约人获得损害赔偿的权利。在预期损害赔偿下，立约人内在化了全部的违约成本，

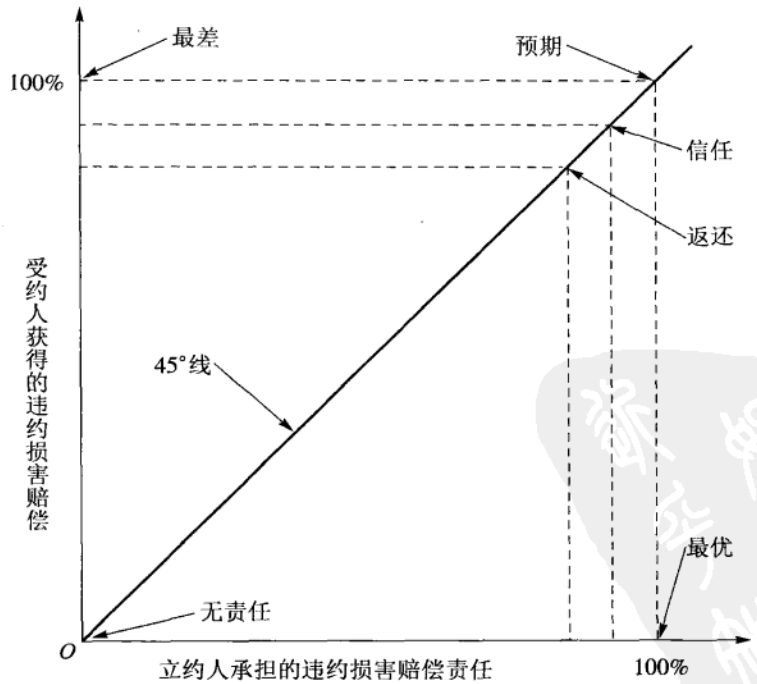

图 7.4　受约人获得违约损害赔偿的权利

所以，这种赔偿方式能给他提供有效率的履约投资激励。但另一方面，受约人却完全没有内在化任何的违约成本，所以，这种违约方式不能给受约人提供有效率的信任投资激励。相反，在图 7.4 的原点，违约损害赔偿为 0，立约人完全没有内在化任何的违约成本，所以，对立约人而言，激励是无效率的，而此时受约人却能完全内在化违约成本，因此，对受约人而言，激励是有效率的。而在上述两个极端之间的是机会—成本损害赔偿和信赖损害赔偿，它们既不激励双方当事人 100% 内在化违约成本，也不会完全不提供任何内在化违约成本的激励，因此，这两种损害赔偿都不能对受约人的履约投资和受约人的信任投资提供完全有效率的激励。

现在给出赔偿悖论的一般形式：(1)为了使施害方完全内在化成本，其必须对受害人承担完全损害赔偿责任；(2)为了使受害人完全内在化成本，其必须不能获得来自施害人的任何赔偿；(3)在私法中，施害人支付的赔偿等于受害人得到的赔偿；(4)因此，私法无法按效率要求同时实现受害人和施害人的成本完全内在化。

私法的很多领域都存在这个悖论。我们在第 4 章讨论财产被政府征用时的赔偿中已经遇到过类似问题；而且在下一章，讨论意外事件的赔偿时，还会再一次碰到。在合同法中，这个悖论的形式如下：(1)为了使立约人完全内在化从履约投资中获得的所有收益，其必须因违约而对受约人承担完全损害赔偿责任；(2)为了受约人完全内在化信任投资成本，他必须不会因立约人的违约而从立约人处获得任何赔偿；(3)在合同法中，立约人支付的违约损害赔偿等于受约人获得的赔偿；(4)因此，合同法不能按效率要求同时提供能立约人和受约人的成本完全内在化的激励。

2. 无法查证的行为和反保险

由图 7.4 可以看出，完全预期损害赔偿责任能给立约人提供有效率的履约投资激励，但却无法给受约人提供有效率的信任投资激励。为何不能通过“让任何人都承诺其在任何时候都会有效率的行动”来解决赔偿悖论呢？这个方法是无法实施的，因为承诺必须是可强制执行的。为了要强制执行一个承诺，法庭必须能查证，该承诺是被履行还是被违背。许多合同当事人答应实施有效率的行为的承诺都无法被法庭所查证。

为了进一步解释这个问题，再来看华夫饭店的案例，赛维尔向伊冯娜承诺，他将在 9 月 1 日把新饭店交付于伊冯娜使用。为了如期完工，赛维尔需要伊冯娜动用她的政治影响力来获得城市官员的建筑许可证。合同双方无法事先预见赛维尔到底要求伊冯娜给予多大程度的帮助，比如，是要求伊冯娜去游说议员，还是给市长打电话。由于这个不确定性的存在，双方当事人在合同中加入了一个模糊不清的条款：伊冯娜承诺，她将“尽最大努力”帮助赛维尔获得建筑许可证。“尽最大努力”条款是根本无法强制执行的，因为伊冯娜的尽力程度是法庭无法查证的(稍后，我们还将继续讨论，为何双方当事人经常在合同中写入一些类似“尽最大努力”这种含糊不清的条款)。

通常，当两人合作进行共同投资时，有些投入是无法查证的。为了最大化合作

价值，当事人总会试图把一些内容列入合同，以诱使对方提供有效率的联合投入。但与无法查证的投入相关的那些承诺是无法强制履行的。

为了避免这些对无法查证的投入的承诺，当事人会试图通过关注履约结果责任的方法来解决这些问题。任何人，只要他对履约结果负有100%的责任，那么，就能按效率要求完全内在化投入的成本和收益，哪怕是那些无法查证的投入。因此，合同可能会规定，如果发生延期交付，建筑商每周要赔偿委托人1 000美元。如果建筑商每周的实际延期成本为1 000美元，那么，他就会内在化准时完成这个建筑项目的收益。然而，对委托人而言，因为按期完工和延期交付但每周能收到1 000美元赔偿是同质的，因此，委托人将完全外在化延期完工的成本。换言之，为了使委托人完全内在化延期完工的成本，委托人必须不能获得任何源于建筑物延期完工给他造成损害的赔偿。在零损害赔偿情况下，委托人将对延期完工的成本承担100%的责任。即，如果委托人收不到因为建筑商延期完工的任何损害赔偿，那么，委托人将有强有力的激励帮助建筑商获得建筑许可证。

为了同时使建筑商对履约结果承担100%的责任，且委托人无法得到建筑商违约的任何损害赔偿，合同必须包括一个第三方。合同应该规定，当立约人违约时，必须把违约损害赔偿支付给第三方，而不是受约人。因此，建筑商承诺如果工程延期，将每周支付1 000美元的损害赔偿给第三方，这样，建筑商和委托人都将对因为建筑商的违约而导致的损失承担100%的责任。即，建筑商和委托人的总责任为200%。**通常，对不可查证的投入的有效率供给要求双方当事人都对履约结果承担100%的责任，因此，相加而成的总责任为200%。**

这种有三方当事人的合同称为**反保险**。[①] 为了理解这个名语，我们考虑上述例子中的三种可能性。没有保险、责任保险和反保险。在没有保险情况下，建筑商承担所有因延期完工给委托人造成的损失，所以，建筑商和委托人承担的总责任为100%的损害。当存在责任保险时，保险公司承担因建筑商违约给委托人造成的损失，因此，建筑商和委托人承担的总责任为零。当存在反保险时，建筑商向第三方承担100%的违约责任，因此，建筑商和委托人承担的总责任为200%的损害。虽然对这个问题而言，反保险大概只能是一个理论上的主张，但只要我们能更好地理解反保险，我们也就能进一步理解对法庭无法查证行为的激励问题。

3. 对于赔偿悖论的合同解决方案

我们已经阐述了受约人为立约人提供帮助的激励问题，例如，伊冯娜通过帮助赛维尔获取建筑许可证来提高履约的可能性。接下来，我们考虑对受约人信任投

① Robert Cooler & Ariel Porat, Anti-insurance, 31 *J. Legcial Stud.* 203 (2002)。他们把这种第三方称为"逆向保险人"。在上面的这个例子中，逆向保险人能从合同的违约中获得1 000美元的收益，但却不会因为合同履行而有任何损失；所以，对逆向保险人而言，这种合同是非常有利可图的。逆向保险人之间的竞争将导致他们要先向合同双方当事人支付一定的金钱，以换取履行这种有利可图的服务的权利。

资的激励。例如，如果新饭馆肯定能如期完工，伊冯娜在完工当日订购食品原材料，将提高履约的**价值**。在一些合同中，双方当事人都希望受约人能给予足够的信任，相信合同的顺利履约是必然的。而在其他的一些合同中，双方当事人都希望，出于对履约不确定性的考虑，受约人能约束他的信任投资。在后面一种情况下，赔偿悖论预示，对受害人的违约损害赔偿将导致他们的过度信任。

在讨论避免受约人过度信任的法律机制之前，我们将先解释一下，解决赔偿悖论的一般化策略。有效率的激励通常要求内在化边际成本而不是总成本。其中的一个方法是，把损害赔偿建立在违约的可预见的损害而不是真实损害的基础之上。当受约人进行有效率的信任投资时，可预见的预期损害赔偿等于其能从履约中获得的收益。因此，可预见的预期损害赔偿能使违约受害人的处境恢复到其从事有效率的信任投资且合同被顺利履行时所处的状态。可预见的预期损害赔偿不能赔偿实际损害。受约人的实际损害是因其过度信任投资引起的。

例如，假设违约给进行有效率的信任投资的受约人造成 100 美元的损害，而过度信任的受约人将损失 125 美元。可预见的预期损害赔偿为 100 美元。如果法庭判给可预见的预期损害赔偿，那么，过度信任的受约人要承担 25 美元的额外损失。因此，受约人会根据效率要求内在化实际信任投资的边际成本。

对可预见的预期损害赔偿的责任可以通过两种方式体现。首先，合同规定违约损害赔偿额为可预见的预期损害赔偿。在前面的案例中，合同当事人能通过在原合同中加入一个清算条款，规定违约损害赔偿额为 100 美元，给他们彼此设定有效率的激励。其次，如果合同当事人没有在合同中规定违约损害赔偿额，法庭也可能判决不对过度信任导致的损害进行赔偿。在前面的案例中，法庭将从违约的实际损害(125 美元)中扣除 25 美元，只判给受约人 100 美元的损害赔偿。

因此，法庭解决这个问题的方法，并不是直接扣除过度信任导致的损害，而是通过**可预见性**原则间接地解决。在特定环境下，受约人对立约人的合理信任是可预见的。而在特定情况下，受约人对立约人超过一定数量的不合理信任是无法预见的。普通法中的预见性原则要求，只对可预见的信任投资给予赔偿，而对不可预见的信任投资则不予赔偿。可预见原则给损害赔偿增加了一个上限。如果“可预见的信任投资”等于“有效率的信任投资”，那么，可预见原则确定的损害赔偿就能满足有效率的激励的需要。

著名的“哈德利诉巴克斯德尔”案创立了不可预见的过度信任得不到赔偿的原则。这个案例的基本内容为：哈德利拥有一个小型磨粉厂，厂里磨粉机的主轴坏了，哈德利雇了巴克斯德尔所在的船运公司将坏了的主轴送去修理。由于这根已经损坏的主轴是哈德利磨粉厂里唯一的磨粉机主轴，所以，厂里的机器都不得不停工等这根主轴修好后送回。由于装货工人没有及时装货，导致送修的主轴没有在合同期限内送回。哈德利向法庭提起诉讼，要求巴克斯德尔船运公司赔偿其在等待主轴送回这段时间内的利润损失。但被告辩称，违约损害赔偿额(如果存在违约

的话)应该比原告主张的小的多。船运公司可以预见,哈德利跟绝大多数磨粉厂一样,机器经常是空闲的。船运公司认为,哈德利并没有把他急需这个送修的主轴的消息告诉他。① 最后,船运公司打赢了这场诉讼,并在这个案件中创设了从违约中所能获得的赔偿仅限于可以预见的损害的原则。②

考虑违约损害赔偿的上限与边际信任之间的关系。只要实际损害低于这个上限,增加信任投资既会提高实际损害,也会增加受约人获得的违约损害赔偿。相反,当事实损害高于这个上限时,增加信任投资会提高实际损害,但受约人并不能因此得到更多的违约损害赔偿。一旦达到这个上限,违约损害赔偿就不会发生变化,受约人就要承担额外信任的边际成本。哈德利规则不仅使损害赔偿不会因为信任投资的多少而发生变化,而且合同中预先规定的损害赔偿金也与实际的信任投资无关。在合同中明确规定损害赔偿额是一种常见的防止过度信任的机制。

根据哈德利规则,当受约人面临不可预期的损害时,应该事先通知立约人,以使立约人能预见相关事实的损害。原则上,告知立约人将能使立约人对违约导致的实际损害承担责任,这种损害包括未被告之的立约人事先无法预见的损害。因此,哈德利规则给受约人提供了一种当其在与立约人签订合同时,尽可能地披露信息的激励。

学者们运用了许多有用的术语来描述这些事实:哈德利规则通过创设"自我执行规则"强制信息披露。自我执行规则是指,如果受约人没有把立约人违约导致的特殊损害告之立约人,将惩罚受约人不能就这部分立约人不可预见的损害获得赔偿。③

聪明的博弈论研究者可能会注意到,在一定的条件下,单纯依赖市场机制,不需要法律也能达到这样的结果。考虑一个由很多从事低信任投资的受约人和少量从事高信任投资的受约人组成的世界。如果没有哈德利规则,每个低信任投资的受约人都想向立约人表明这点,从而能得到一个较低的合同价格。立约人就能推断,那些没有要求低价格的受约人肯定是高信任投资的受约人。与哈德利规则的作用相类似,市场机制的作用会使立约人了解所有有关受约人因违约遭受损害相关事实。两者之间惟一的区别在于,哈德利规则的作用将使高信任投资的受约人来披露信息,而市场机制的作用则使低信任投资的受约人来披露信息。通常,由少数人来披露信息总比由大多数人来披露信息的成本低;因此,相较于市场机制,哈德利规则能降低披露受约人违约的预期损害的交易成本。

---

① 但哈德利辩称,他已经把他急需这根送修的主轴的消息告诉了巴克斯德尔,因为这是厂里唯一的磨粉机主轴。

② "哈德利诉巴克斯德尔案"中这个原则已经写入《合同法(第二次)重述》(1979)的第 351 条的第 1 部分。

③ "自我执行"术语源于 Ian Ayres & Robert Gertner. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 87 YALE L. J. 87 (1989)。

问题 7.15

请解释可预见事件和已经预见事件之间的区别。

问题 7.16

假设你拍摄了一些非常有价值的相片，想把这个事实告诉相片店，以便在其破坏了这些胶片后，要承担特别责任。然而，相片店跟你签订的合同中却只规定按正常情况给予损害赔偿。如果相片店后来损坏了这些胶片，你将能获得多少损害赔偿，是普通的损害赔偿，还是特别损害赔偿？

问题 7.17

在违约前限制信任投资能减少因违约导致的损害。而限制违约后的赔偿，也能降低违约导致的损害。在华夫饭店这个案例中，伊冯娜可以通过把订购的食品原材料转卖给其他饭店来减少因对方当事人违约给她造成的损害。普通法要求受约人减轻损害。很明显，受约人必须采取合理的行为来减少立约人违约造成的损失。请描述有效率的减少损害量。减少损害的要求要怎样设置才能对减少损害量的行为提供有效率的激励？

3. 时期

在前面，对违约责任的激励效应的讨论中，并没有明确提到各种合同行为的实施时间。合同通常有以下的一个履约次序：

时期 0：买主为卖方在第二个时期交货的承诺付款。

时期 1：买方开始进行信任投资；卖方开始制造货物。

时期 2：买方完成信任投资；卖方交付货物。

0 ····· 1 ····· 2

付款和承诺　　开始信任投资和履约　　完成信任投资和履约

如果卖方违反承诺，无法在时期 2 交货，那么，卖方必须向买方支付损害赔偿。预期损害赔偿等于在时期 2 能买到的类似替代品的价格。

具体而言，假设，买方在时期 0 支付了 100 美元以换取卖方在时期 2 的交货。如果卖方在时期 2 违约，此时，合同标的物的价格为 125 美元，那么预期损害赔偿就为 125 美元。卖方必须把之前从买方处取得的 100 美元返还，并支付 25 美元的

损害赔偿以应对货物价格的上涨。

有时候，卖方可能在时期 1 就已经预期到，他将在时期 2 违约。那么，卖方就可能在时期 1 就中止合同，并通知买方，他不会再履行合同。中止合同称为“预期违约”，预期违约的预期损害赔偿有两种可能。一是，买方在卖方预期违约后就能买到替代品，并以替代品的价格要求卖方支付违约损害赔偿。在前面的例子中，假设，在时期 1 买到卖方在时期 2 交货的物品的价格为 110 美元。当卖方在时期 1 中断合同后，买方将以 110 美元的价格取得替代合同，并要求卖方支付 110 美元的损害赔偿。二是，买方一直等到时期 2，以 125 美元的价格购买替代品，并向卖方要求 125 美元的损害赔偿。上面两种方法都可以让买方恢复到卖方如期履行合同时的处境，因此，买方没有理由放弃任何一种选择。

在前面的例子中，合同标的物的价格从合同签订时的 100 美元上升到时期 1 的 110 美元，再上升到时期 2 的 125 美元。接下来，我们考虑合同标的物价格下降时的情况。假设，买方在时期 0 以 100 美元的价格换取卖方在时期 2 交货的承诺。如果卖方在时期 2 违约，且此时货物的市场价格为 80 美元，那么，预期损害赔偿就是 80 美元。此时，卖方只要将他在时期 0 从买方处取得的 100 美元中返还 80 美元即可，自己还能保留 20 美元。

付款后就能马上拿到货物的合同称为“即期合同”。为未来的一个货物交付承诺付款的合同称为“远期合同”。我们能用这两个术语重新表述前面的结论。违反远期合同的预期损害赔偿等于标的物替代品在交货期的现货价格。预期违约的预期损害赔偿等于在宣布中断合同时标的物替代品的远期价格或承诺交货期的现货价格。任何一种损害赔偿方式都将使受约人的处境恢复到立约人如期履约时的状态。

当立约人的履约成本突然出乎意料地上升时，通常会违约或中断合同。但立约人如果能从第三方购买货物来交货的情况下，他通常不会选择违约或中断合同。这种情况下，立约人将通过购买和交付替代品的方式继续履约，而不是违约。给定一个替代履约的市场，是由立约人来购买替代品交货（履约），还是由受约人来购买替代品并从立约人处获得损害赔偿（违约且支付损害赔偿），并无本质区别。

上述两种方式的主要区别在于交易成本的不同。当立约人能比受约人以更低的成本购买到替代品时，履约比违约更有效率。相反，当受约人能以比立约人更低的价格购买到替代品时，违约比履约更有效率。在后面一种情形中，不履约可以采取的形式是对合同的重新协商，此时，立约人将同意为受约人支付购买替代品的价格，而受约人也会同意解除与立约人之前订立的那份合同。当然，还有一种可供选择的不履约的形式是，立约人违约并向受约人支付损害赔偿。

我们已经解释了，如果存在一个替代履约的市场，且交易成本很低，就能使卖方以跟支付违约损害赔偿一样的成本通过购买替代品来履约。由于卖方不需要支付额外的成本就能避免违约，从而使卖方也能避免承担法庭判给的过高的损害赔偿。尤其是，当卖方不能确定预期违约的损害赔偿时，法庭会根据中断合同时的合

同标的物替代品期货价格还是以原合同规定的交付时的现货价格来判定的情况。①

我们也已经解释了，远期合同违约的预期损害赔偿等于与合同标的物类似的替代品的市场价格。然而，有些时候，一种物品未必存在类似的替代品，比如，客户定制的计算机程序、著名设计师设计的房子，或歌剧明星的表演等。当合同标的物是独一无二的产品时，最近似替代品的市场价格也不能完全代表原合同顺利履行对受约人的价值。因而，当合同标的物是独一无二时，预期损害赔偿计算上的困难会使法庭选择信赖损害赔偿作为判给损害赔偿金的基准。前面已经解释了，对于独一无二的合同标的物而言，违约的信赖损害赔偿会产生一个激励不足的问题：立约人不能完全将违约对受约人造成的成本内在化，所以，立约人将过于迅速地中断合同或是过于频繁地违约。

在之前的例子中，假设，买方在时期 1 投入了 5 单位的信任投资，在时期 2 又投入了 10 单位的信任投资。时期 2 的信赖损害赔偿就等于买方在时期 1、2 的信任投资之和，即 15 单位。而在时期 1 预期违约的信赖损害赔偿就等于买方在时期 1 的信任投资，即 5 单位。卖方之所以愿意在时期 1 宣布中断合同的一个原因就在于可以减少他对信任损害赔偿的责任。但无论如何，买方对继续履约的估价都高于 5 单位，或 15 单位的信任投资。对信赖损害赔偿的责任会导致卖方过于迅速地中断合同或是过于频繁地违约，此时，卖方的违约成本，即 5 单位或 15 单位，通常低于买方的成本，即履约对买方的价值。

我们曾经提到过，当立约人履约的成本不可思议地上涨时，立约人通常会违约或中断合同。当一个承诺的合同没有可替代的近似履行时，其履约成本的上涨会导致双方当事人进入新一轮关于合同的讨价还价之中。重新协商的成功与否通常取决于双方当事人的权利义务关系是否明确。不幸的是，普通法对预期违约的规定非常含糊不清，从而经常导致无效率或产生其他问题。② 为了理解这些事实，我们将对重新协商理论的一些因素加以解释。

在前一章，我们已经阐述了有关合同法的基本经济学原理：当双方当事人都希望已经签订的合同具有强制履行效力时，应该强制履行合同。这个原则，可以通过

① 如果卖方认为货物 g 的价格将上涨，那么，违约的卖方倾向于让买方尽可能快地购买合同标的物替代品而不是推迟购买。相反，如果卖方认为货物 g 的价格将下跌，那么违约的卖方倾向于买主推迟购买替代品而不是立刻购买。在任何一种情况下，如果卖方害怕买方不会像他所希望的那样行动，那么，卖方就可能通过自己购买替代品履约，而不是选择违约。换言之，只要存在一个替代履约的市场和低交易成本，卖方自己购买替代品来履约才是无风险的。

② 这里存在一些复杂的内容使法律变得不明确。部分履约后，卖方中断了合同，受约人将就之后的信任投资得不到任何赔偿。直到受约人通过变更他的处境来对合同的中断做出回应（例如，跟第三方建立可供选择的替代合同关系）之前，立约人可以在一些情况下“中断合同的中断”，重新建立合同关系。此外，受约人也可能在“一个商业上合理的时期内对合同的中断进行抗议”。对预期违约的经济学分析可参见 George Triantis & Jody Kraus, Anticipatory Repudiation Reconsidered, 6 VIRGINIA J. 54 (2003)。

在合同双方当事人想要的时候给他们想要的合同来达到帕累托效率。一份重新协商的合同，是源于原有合同，并试图替代原有合同的合同。有关重新协商的合同的强制履行性的基本原则跟普通合同完全相同：当合同双方当事人在对其进行重新协商并希望其具有强制履行效力时，应该强制履行该合同。

根据这项原则，法院应该在双方当事人认为履行新合同比继续履行原合同更有利时，强制履行重新协商的合同。当环境发生变化、且立约人只能在没有替代履行的情况下违约时，一份重新协商的合同通常对合同双方都是有利的。双方当事人之所以都能受益，是因为双方当事人都认为对方相较于其他的第三方，是更好的合作伙伴，所以，他们需要在新环境下继续合作。当我们探讨非自愿情况下签订的合同时，还会提到重新协商理论。

问题 7.18

在时期 0，买方向卖方付款，以换取卖方在时期 2 交付货物 g 的承诺。卖方在时期 1 宣布中断合同。市场中存在货物 g 的完美替代品。在时期 1 签订一份远期替代品合同的成本为 110 美元。然而，买方并没有在时期 1 购买替代品，而是等到时期 2，以 125 美元的现货价格购买替代品。买方向法庭起诉，要求卖方支付 125 美元的预期损害赔偿，而卖方辩称，预期损害赔偿应该为 110 美元。法院必须判定损害赔偿的具体金额。请解释，为何无论在这个损害赔偿额间如何选择都不会影响合同双方当事人（买方和卖方）未来的行为？

问题 7.19

在时期 0，买方向卖方付款，以换取卖方在时期 2 的交付，合同标的物 g 是一个独一无二的物品。假设，前面所给出的数据高于一个近似替代品的市场价格（并不是特别相似）和买方的信赖损害赔偿。由于卖方的履约成本不可思议地上涨，所以卖方和买方试图就原合同进行重新协商。请解释，当法庭判给的是违约信赖损害赔偿而不是预期损害赔偿的情况下，为何卖方仍宁愿选择就合同进行重新协商？

7.2 立约抗辩和履约抗辩

本章的第一部分关注的问题是："当违反一个具有强制履行效力的合同时，应该采取什么样的违约救济方式？"本章的第二个部分则要回答："什么样的承诺应该被强制履行？"这个问题的答案源于前一章做出的提示，即可以把合同条款分为两类，一是缺省条款，二是调节条款。缺省条款是用来填补合同缺口，降低交易成本。

合同的调节条款则用来纠正市场失灵。本章其余的部分将会分析一些填补合同缺口和调节合同的主要原则。我们按表 7.4 所列次序来分析这些理论，表 7.4 归纳了合同法中针对不同的市场失灵而选择的不同的调节方法(表 7.4 是对前一章表 6.1 的再现)。

表 7.4　合同法的调节原则

假说	如果违反，合同法的调节原则
A. 个体理性	
1. 稳定的、有序的偏好	1. 无权利能力；无行为能力
2. 受约束的选择	2. 强迫；胁迫；趁人之危；履行不能
B. 交易成本	
1. 外部性	1. 违反公共政策和法定义务的合同不具强制履行效力
2. 信息	2. 欺诈；未披露；情势变更；共同错误
3. 垄断	3. 必要性；不合理性或损害

当被告在合同争议中使用这些原则进行辩护时，他们可能会做出两种不同的辩解。一方面，被告可能辩解说，他们对原告不负任何法律责任，因为他与原告之间并没有合同约束，这类辩解称为“立约抗辩”。在这种抗辩中，被告辩称，合同缺少成立要件，所以合同不能成立。例如，拒绝赠送礼物的人可能会声称，他赠送礼物的承诺并没有产生法律义务。

另一方面，被告可能辩称，虽然合同是存在的，但因为出现了某些意外事件使其免除了履行合同的义务，这也就是“履约抗辩”。履约抗辩承认合同的存在，但却拒绝承担违约责任。责任之所以被免除是因为有不寻常的、足以妨碍履约的意外事件的发生。例如，一个制造业者可能会辩称，因为他的工厂被烧毁而应该免除交货义务。合同的不完备是立约抗辩的理由，而不寻常的意外事件的发生是履约抗辩的依据。

7.2.1　无行为能力

一个理性的决策者应该能按照从不太喜欢到最喜欢的偏好对各种结果进行排序，这就要求决策者有稳定的偏好。如果决策者的偏好是不稳定或无序的，那么，他就没有能力根据自己的兴趣做出判断。这样的人，就是法律上的无行为能力人。例如，未成年人、精神病患者，和一些智力低下的成年人都是法律上的无行为能力人。

在一些特定情况下，一个有行为能力的人也可能暂时成为无行为能力人。例如，因服用某种处方药而无行为能力。暂时无行为能力人可能不能做出具有法律强制履行效力的承诺。例如，一个销售商通过高压策略迷惑消费者，并令他签订了对自身不利的合同，此时，消费者的律师就可以以“无交易能力”起诉，即在这种情

况下，消费者没有行为能力做此类交易。

绝大多数人都比别人能更好地维护自己的利益。然而，无行为能力人却不能自己照顾自己，所以需要别人的照顾。法律通过规定有行为能力的人不能与无行为能力的人签订对后者不利的合同来保护无行为能力人的利益。**有行为能力的人必须保护无行为能力人的合同对象的利益，或是承担如果没有这么做时的责任。**因此，当法律在对有行为能力人和无行为能力人签订的合同进行解释时，总是做最有利于后者的解释。例如，法律会允许一个法律上无行为能力人不履行其签订的对己不利的合同，而且，法律还要求一个法律上有行为能力的人签订的合同要有利于法律上无行为能力的受约人。

有行为能力的合同当事人通常相较于其他人更适合去签订对无行为能力的合同当事人无害的合同。换言之，**有行为能力的合同当事人相较于其他人能以更低的成本去签订对无行为能力的合同当事人无害的合同。**因此，法律就把避免无行为能力的合同当事人遭受损害的责任分配给能以最低成本避免这种损害的有行为能力的合同当事人。在这点上，合同法和侵权法遵循的是同一个原则：让最低成本的规避者来承担责任。下一章中还将详细阐述这个原则。

问题 7.20

一个小女孩，在森林里发现一块漂亮的石头，并以 1 美元的价格卖给了一位珠宝商。之后，她的家人发现，这块石头实际上是一块价值 700 美元的未经切割的钻石。她的家人要求法庭根据无行为能力而判合同无效。在这个交易中，谁才是能以最低成本保护小女孩的人？

问题 7.21

假设过度喝酒会使一个人暂时失去行为能力，并假设一个饮酒过度的人与一个清醒的人签订了一份合同。请比较合同在强制履行和不强制履行的情况下分别会带来什么样的激励效应？

7.2.2 重大强迫和轻微的风险

按表 7.4 的次序，下面我们将进入对受约束选择的讨论。绝大多数的讨价还价都是在适度强迫中发生的，但有时，一方当事人可能面临重大强迫。一个重大强迫可能使决策者别无选择。在合同法中，重大强迫和适度强迫是被区别对待的。一个重大强迫可能成为立约人违约的抗辩理由或借口。下面，将来讨论这些原则。

1. 胁迫

法律禁止人们做以下威胁，比如，“如果你想让你妹妹安全从学校回家，你就要为我工作”，“如果你不把这东西以 3 500 美元的价格卖给我，我就让你生意破产”等。如果一个人是通过这种威胁迫使对方做出承诺，那么，这个承诺就称为“合同是被胁迫而签订的”，因而不具强制履行的法律效力。不同于威胁，法律允许人们在讨价还价中做出类似的要求，比如，“请付我 10 美元每小时，否则我将为你的竞争对手工作”，“我最后对你的汽车的报价是 3 500 美元，卖不卖随便你”。在讨价还价中，这种要求是很常见的。事实上，一个人通过这样的要求换取的承诺是不能做为对方不履约的抗辩理由或借口。

有关胁迫的理论必须区分禁止的威胁和许可的要求。我们将运用讨价还价理论来对这两者的区别加以说明。首先，我们回顾一下第 4 章所介绍的讨价还价的基本原理。在一个交易中，合同双方都认为合作能产生收益(“剩余”)，能改善他们各自的处境。为了达成合作，他们必须就合作收益的分配达成一致，合同双方必须能获得至少他们在没有合作时所能得到的收益(“威胁价值”)。讨价还价通常包括交换需求和对合作价格达成一致。

法律之所以允许人们在讨价还价中提出要求，其理由是显而易见的。人们总是比旁人更关心自己的利益，也能更好地维护自己的利益。绝大多数的人在决定自己要参与哪种合作时总比旁人为他们做决定时，能更好地维护自己的利益。法律通过强制履行私人议价来帮助人们做出自己的决定。但法律也有可能通过禁止私人议价来阻止人们做出自己的决定。效率要求法律能促进私人议价而不是禁止。

许多试图适度约束私人交易的国家最终也都以失败而告终。例如，许多发达国家都不再通过法律来为消费品定价。作为国家计划和国家定价的替代方案，法律显然会为了满足要求而强制履行给定的承诺。

包括要求和报价的讨价还价显然不同于胁迫，后者只包括威胁。合同通常包括一个讨论还价的过程，在这个过程中，一方当事人通过给出某些条件来诱使对方做出承诺。交易能促成合作，是有效率的。双方当事人通常都希望从交易中获益，所以双方都要求通过强制履行来确保合作承诺的可信性。

相反，在胁迫下签订的合同则完全不同。胁迫通常是用威胁来获取承诺。强制履行这样的承诺通常是将财富从一方当事人转移给另一方当事人。所以，一方当事人会因这种强迫承诺获益，而另一方则会受损。一方当事人想要强制履行这种胁迫承诺，而另一方当事人则不想履行。

我们可以来比较一下自愿情况下和胁迫情况下的物品交换。当交换是自愿时，双方之所以同意交易，是因为他们都能从这个交易中获益。物品所有权通常从对其估价低的一方转移到对其估价高的一方。配置效率要求商品从对其估价较低的一方移动到对其估价较高的一方。相反，当交易是非自愿时，一方当事人被迫以低于其物品估价的价格出售该物品。因此，物品的所有权从对其估价较高的一方

转移到对其估价较低的一方，显然，这种配置是无效率的。

讨价还价和胁迫合同的另外的一个重要区别在于，签订合同谈判失败的后果。如果讨价还价失败，双方当事人无法达成合作，也就不会产生合作剩余。比如，我说，“付我每小时 10 美元的工资，否则，我将为你的竞争对手工作”。你只愿提供每小时 9 美元的工资，所以，我可能为你的竞争对手工作，虽然你的竞争对手只愿意支付每小时 8 美元的工资。这时，我可供选择的最优的议价显然比你提供的报价的收益要低。

相反，如果胁迫合同谈判失败，施害人就会实施威胁，他就会破坏一些对受害人有价值的东西。例如，胁迫谈判的一方当事人说：“如果你想你妹妹安全从学校回家，就要为我工作。”一旦你拒绝了，而且如果实施了威胁，惨案就会发生。通常，**讨价还价失败只是不产生收益，但胁迫谈判失败却会导致损害。**

在胁迫情况下，即使没有真的实施威胁也会因受害人进行防范投资而造成浪费。例如，一个当地的“小流氓”要以 10 美元的价格和不殴打车主为代价来购买一辆自行车。自行车的车主将会尽力保护自己，而这就要使用资源。法律通常比其他方式在保护受害人免受威胁上成本更低。通过利用法律来保护人们免受威胁，国家就能把资源从原来的防御方面配置到生产用途上。①

我们已经解释了，非自愿的合同通常会导致财富的重新分配。因此，现代国家禁止私人的、非自愿的财富分配，比如，偷窃、欺诈等。但同时，现代国家也保留了通过法律进行的非自愿的财富分配，比如，累进税。

对胁迫的经济学分析提出了以下规则：**一个以自愿合作价格换取的承诺是可强制履行的，但一个以威胁来换取的承诺是不可强制履行的。**我们可以通过下面的例子来说明这个规则。一位船长在西雅图雇用了一批船员去阿拉斯加州捕鱼。在船到达阿拉斯加州后，全体船员要求一份额外的奖金才愿完成航行。船长在阿拉斯加州因找不到可以替换的船员而不得不同意。在船返回西雅图后，船长以胁迫为由拒绝支付这笔奖金。

这个例子中的胁迫形式称为**要胁**。在进行初始合同的谈判时，船员们面临其他船员的竞争。但当船抵达阿拉斯加州后，船员们不再面临其他船员的竞争。船长出于对合同的信任，而放弃了在西雅图与其他船员签订合同的机会。而且，船长基于对合同的信任做了信任投资，比如，购买燃料和补给。在缺乏竞争和船长对船员信任的情况下，船员们的议价能力得到增强。因此，船员们试图对价格进行重新协商。

这个案例区分了合法的要求和非法的威胁。如果当事人没有就初始合同达成一致，那么，他们就不会合作。既然没有合作，自然不会产生合作剩余。重新协商就不一样了。在签订合同后，船长出于信任，放弃了与另一批船员签订合同的机

① 我们在第 4 章讨论一个没有法律的世界时，曾经提到过这一点，在这样的一个世界里，人们不得不把时间配置到种植、保护和偷窃谷物上。有了法律的保护，就可以使人们把原来配置在保护和偷窃谷物的时间用在生产上。

会，并对将要开往阿拉斯加州的船进行了装备。在重新协商中，船员们的威胁破坏了船长信任投资的价值。这种在信任投资后进行的破坏性的违约威胁会对重新协商的价格产生胁迫。通常，法律不会强制履行由于受约人的信任投资而使立约人的议价能力提高导致的重新谈判的合同。

在这个捕鱼船员例子中，胁迫引发了对合同的重新协商。我们已经说过，法庭强制履行重新协商的合同的一般原则是，当两个合同当事人在重新协商时都希望该合同具有强制履行的法律效力。而这个例子中，可以推测，船长在重新协商时并不希望该合同具有强制履行效力。如果重新协商的合同没有强制履行效力，那么，船员们的惟一选择是，在原合同约束下继续捕鱼或不捕鱼直接返回码头。对船员们而言，最优选择显然是继续捕鱼。因此，船长希望法律不赋予重新协商的合同有强制履行的法律效力。

然而，只要我们改变这个案例中的某些事实，就会产生完全相反的结果。假设，合同规定为了捕鱼，要雇用这些船员 2 周时间。但 1 周后，船员们接到一份无线电报，这份电报让他们决定返回码头，而不是继续按合同规定捕鱼。给定这些事实，船长为了诱使船员完成航行而提供了一份对后者更为有利的合同。船员们之所以愿意接受这份合同，是因为其有强制履行的法律效力，而不是相反。在这种情况下，船长和船员们都希望重新协商签订的合同是可强制履行的，所以法庭也就应该赋予该合同强制履行的法律效力。①

按照前面的解释，法庭通常说一个承诺“具有对价”而宣布其有强制履行的法律效力，或是法庭也会经常因为一个承诺“不具有对价”而判定该承诺没有强制履行的法律效力。同样地，法庭也会根据“在环境变化”下重新协商的合同来判定其具有强制履行的法律效力，而法律也可能会根据“胁迫”下重新协商签订的合同来判定其不具有强制履行的法律效力。法院可能也不会强制履行那些一方当事人是在“别无选择”或“没有足够的救济”的情况下修订的合同。经济分析为如何使用这些术语提供了指导。依照对可强制履行的重新协商的合同的原则，一个无线电报增加了船员继续航行的机会成本，所以法庭认为“环境发生了变化”，而船员在环境没有发生变化的情况下提出的要求就被认为是“胁迫”。

问题 7.22

假设 A 用枪指着 B，让 B 开支票。请解释事后允许 B 取消这张支票的效率理由。

① 在第一种情况下，船员们的违约威胁是不合理的；而在第二种情况下，船员们的威胁是合理的。有关对威胁是否合理将决定立约人重新协商签订的合同是否具有强制履行的法律效力。相关研究可参见 Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, The Law of Duress and the Economics of Credible Threats 33 J. LEGAL STUD. 391 (2004)。

问题 7.23

假设，一个棒球运动员以 1 000 000 美元的年薪签订了一份为期五年的合同。在合同的第三年，该运动员提出他的命中率远高于其他队员而要求对他的年薪进行重新协商。效率要求法律强制履行原有合同还是把它弃之一边？

网页便笺. 7. 4

作者的网站上还讨论了上面提到有捕鱼船员案例的一些其他问题。

2. 趁人之危

下面，我们用一个例子来说明另一个合同原则，“趁人之危”。一个独立在沙漠中旅行的外科医生耗尽了汽油。这时，一个过路人要求外科医生承诺支付他 50 000 美元才愿意卖给他 5 升汽油。外科医生不得不做出这样的承诺，并用买到的汽油走出了沙漠。但事后，外科医生却拒绝支付 50 000 美元。外科医生的抗辩理由是，对方是“趁人之危”迫使其做出承诺。

类似于胁迫，趁人之危也是指立约人在重大强迫下做出承诺。前面曾经解释，胁迫是受约人强加于立约人的一种重大强迫。与前者不同，趁人之危是指受约人之外的原因强加于立约人的一种重大强迫，这个原因可能是立约人本身、第三方，或是坏运气。例如，外科医生之所以独自在沙漠中旅行时耗尽了汽油，可能是因为他本人的疏忽没有在出行前灌满油箱，也可能是某人指错了方向，或是一块岩石撞坏了油箱。

在胁迫和趁人之危的情况下，受约人做出了一个破坏性的威胁，而立约人则不得不做出单方承诺。然而，这两种情况下，威胁的本质是完全不同的。在胁迫的情况下，受约人以自己的破坏性行为做威胁；而在趁人之危的情况下，受约人的威胁不是作为，而是不作为，尤其是不援助。在上面那个例子中，过路人的威胁是不管外科医生，让他继续留在沙漠里，除非外科医生愿意做出以 50 000 美元购买 5 升汽油的承诺。

在一个圣经寓言中，一位“见义勇为者”救了一位被强盗袭击的人，并照顾他直至其康复，却没有索要任何的报酬。在趁人之危的情况下，一位“趁人之危的人”是为了索取高昂报酬的承诺而施救。援救应该得到适当的酬谢而不是高昂的酬谢。一个适当的报酬能对援救行为提供有效率的激励。对援救有效率的激励能导致在援救上的足够投资，以使援救的成本等于收益，即援救的预期收益等于援救的概率乘以它的价值。

回到耗尽汽油的独自在沙漠中旅行的外科医生的例子，过路人的援救成本为

5 升汽油的价值加上因为援救行为给他造成的不便和担搁。为了给援救提供激励，援救者为援救所花费的成本应该能得到补偿。除了这些成本外，援救者还应该能得到足够的酬谢，从而使援救者在未来也能热心地而不是心不甘情不愿地实施援救。

我们能通过援救成本的不同来区分三种类型的援救行为。一是**偶然的援救**，只需要援救者运用手上的资源。在上面的例子中，过路人偶遇束手无策的外科医生时，他的油箱里恰好有额外的汽油，所以，他就从自己汽车的油箱中取出 5 升汽油加进外科医生汽车的油箱。二是**预期的援救**，事先为援救准备了资源，随时都能进行援救。例如，过路人总会在自己的汽车后备箱中携带一个装有 5 升汽油的小油罐，以便他人有需要时可以使用。三是**有计划的援救**，援救者主动去寻找需要援救的人。例如，一位专业的援救者在沙漠中巡逻时，碰到了孤立无援的外科医生。

这三种援助行为的不同成本使能产生有效激励的报酬也各不相同。偶然的援救所使用的仅是援救者手边的资源。因而，对偶然的援助的激励，只需要一个适度的回报来补偿在援救过程中所消耗的资源。预期的援救使用的是事先为紧急事件而预留在手边的资源。因而，对预期的援救的激励要求一个充分的回报足以补偿用来应对紧急事件而进行的准备。准备所消耗的资源要比实际援救所消耗的资源更多。有计划的援救使用的资源包括在沙漠中寻找受困人的搜索成本。因而，对有计划的援救的激励要求有充分的回报足以补偿搜寻成本。通常搜索成本要高于为应付紧急事件而事先准备的成本，更高于偶遇成本。综上所述，对有计划的援救的激励要求，其回报高于激励预期援救的回报；而激励预期援救的回报则要高于激励偶然援救的回报。

法律对援救回报的调节应该激励对援救的投资达到有效率的水平。当危难是很罕见的，而且后果也是很轻微的，那么，进行偶然性的援救投资就足够了。例如，如果人们很少在沙漠旅行中耗尽汽油，而且既使碰到了，后果也只是暂时的不便，那么，对这种情况的援救只要给予少许回报就足够了。如果危险可能性和严重性提高了，那么，效率就要求预期的或有计划的援救。例如，人们有时候会在沙漠旅行中耗尽汽油，而且结果非常严重，那么，一个额外的回报将激励援救者携带额外的汽油以备不时之需。最后，如果人们时常在沙漠旅行中耗尽汽油，而且后果将威胁生命，那么，一个更大的回报将激励有计划的援救者组成“沙漠巡逻队”进行搜寻援救。①

问题 7.24

请解释为何专业救助者应该比预期救助者索取更高的报酬？而预期救助者又

① 援救市场是可以自由的进入的，就像可以公开进入的渔业市场一样，会由于拥挤而存在激励问题，但这只是一个技术上的细节问题。

应该比偶然救助者索取更高的报酬?

问题 7.25

一栋房子失火了。大火是在下述人员的共同努力下扑灭的:(1)专业的救火队,(2)帮助专业救火的救火志愿者,(3)自发加入帮助专业救火队和志愿者的过路人。房主做出了各种承诺来激励这三种人的帮助。请用经济学解释,为何法院不应该强制履行屋主的承诺,而是要求屋主以以下数量关系来支付报酬,支付给(1)的报酬比支付给(2)的报酬多,而支付给(2)的报酬又比支付给(3)的报酬多。

问题 7.26

在"波斯特诉琼斯"案,60U. S. (19 How.) 150 (1857) 中,理奇蒙德号捕鲸船,装满了鲸油,在大西洋的一个荒凉的海岸触礁,并开始慢慢地下沉。几天后,其他三艘捕鲸船靠近了理奇蒙德号。这三艘船的三位船长同意解救理奇蒙德号的船员,但却威胁说,除非理奇蒙德号的船长同意将船上的鲸油拍卖,否则,他们不会运送船上的任何货物。其中一位船长出价每桶 1 美元,而另外两位船长则都出价每桶 0.75 美元。但这两个价格都远低于鲸油的市场价格。当这三艘船载着理奇蒙德号的船员和鲸油返回码头后,理奇蒙德号的船主向法庭提起诉讼,要求法庭不能履行鲸油低价拍卖的合同。请问,购买鲸油的船长做了破坏性威胁了吗?根据效率原则,法庭应该取消这次拍卖吗?这三位援救者应该得到的补偿是多少(注意:在海洋上航行的船长有法定义务援救处于困境中的船只和货物)?

3. 履行不能

在胁迫和趁人之危中,重大强迫是先于承诺而发生的。有时,重大强迫也会在承诺之后发生,并阻碍承诺的履行。例如,一位外科医生答应动手术,但其却在手术前摔断了手。虽然外科手术是不能进行了,但他能支付损害赔偿。如果,外科医生是由于这个原因而不能动手术,法律可能会免除他的损害赔偿责任。通常,当一个突发事件使履约变成不可能时,应该免除立约人的责任吗?这部分对"履行不能"原则的分析就是用来回答这个问题的。

根据前一章的阐述,完备合同明确规定了所有风险的分配。但明确规定风险的分配需要昂贵的谈判。谈判的成本必须与明确规定风险分配的收益进行平衡。为了达到平衡,当谈判的成本高于明确规定风险分配的收益时,有效率的合同就可能存在有关罕见的风险分配的缺口。

有时,合同中明确规定的条款可能会为这些缺口提供一定的指导。例如,假设一家公司承诺为一位客户打一口井,但在打井过程中,碰到了钻孔机无法穿透的花岗岩。如果合同对这个突发性事件未做出明确规定,那么法庭就要决定,该公司是

否应该向客户提供损害赔偿。如果原打井合同的价格远远超过了市场竞争价格，那么，相当于打井公司默示要向客户承担成功打井的责任。如果打井公司给出了这样的默示担保，那么他就要向客户承担损害赔偿的责任。又如果行业惯例规定，打井公司要承担这种成本，那么，无论合同是否明确做出类似规定，法庭都应该在这个案例中适用这项惯例。

但在一些情况下，无论合同条款还是行业惯例都没有为这种风险的分配提供指导。如果合同没有对这种风险的分配做出明确规定或暗示由某方当事人承担，那么法庭就必须对此做出判决。在合同法中，立约人原则上都要为违约承担损害赔偿责任，而无论违约是不是由他的过错造成的。换言之，合同责任是**严格责任**。例如，一家建筑公司要对一幢建筑物的延期交付承担违约责任，而不论其是否已经竭尽全力。同样地，当合同对突发性事件导致的违约没有明确规定时，立约人原则上也要承担损害赔偿责任，即使这种情况下的违约并不是立约人的过错引起的。在典型的情况下，立约人必须为合同中没有提及的引起罕见风险的突发性事件导致的损害承担责任。

然而，在一些情况下，由于一些客观原因导致的无法履行可以成为不履约的抗辩事由。① 例如，某人与一名著名的肖像画家签订了一份肖像合同，但这份合同却可能因为画家的死亡而取消，而画家也不用承担违约责任。② 同样地，一位制造商可以因为他的制造工厂毁于大火而免除其继续履约的责任。③ 工厂的火灾是“上帝的行为”或源于**不可抗力**。此外，如果履约被宣布为不合法，那么，违约责任也自然得到免除。例如，一个轮船公司的船只在战争期间被政府征用运送军需物资，那么，其无法履行原来的合同的责任也就可以得到免除。

上面这些都是有关客观履行不能的例子。但也有一些情况下，履约在客观上是可行的，但经济上却是不可行的。④ 例如，在上面的例子中，打井公司不能履约的免责事由是，如果要钻透花岗岩所花费的成本可能是如此高昂以至于会导致该公司破产。

这些案例中包含的基本理论思想是什么呢？根据传统的法学理论，突发性事件摧毁了“每个合同所立足的基本假设”。⑤ 例如，肖像画家的合同前提是该画家还活着，打井合同的前提是，该打井公司没有破产，运输合同的前提是，该轮船公司

① “杰克逊贸易公司诉挪威皇家政府”(*L. N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Government*)，177 F. 2d 694 (2d Cir. 949)，cert，den.，339 U. S. 914 (1950)。

② 注意这个免责事由，在这个例子中，典型地涉及了提供私人服务的承诺。无论是普通法系还是大陆法系，通常不会在任何情况下都强制履行劳务合同。

③ 参见美国《合同法(第二次)重述》(1979)，第 263 节。

④ 经济上的履行不能称为“无法实施”或“经济上无法实施”。有时，这种抗辩关注的是与履约相关的绝对成本，而有时，这种抗辩关注的却与立约人财产相关的相对履约成本(如，履约可能会使立约人破产)。

⑤ 参见美国《合同法(第二次)重述》(1979)，第 11 章。

没有被政府所征用。根据这个理论，只要突发性事件破坏了合同存在的基本前提，那么，善意的违约应该可以免责。

我们要如何确定某一个假设前提是基本的，还是可有可无的呢？经济学理论能对这个含糊不清的情况进行明确的区分，或是在有些情况下，经济学认为这种区分是没必要的。履约不能原则是指，突发性事件导致履约变得不可能。这些突发性事件可能表现为风险，如，感染肺炎的风险或是发生交通意外事故的风险。经济学具有一套有关效率的风险承担理论。效率要求把风险配置给以最低成本承担它的人。如果，合同法中履行不能原则是有效率的，那么，**其就会把责任分配给能以最低成本承担使履行变得不可能的风险的人。**

有几种因素可以决定谁才是能以最低成本承担风险的人。首先，经常采取措施来降低履行变得不可能的概率或降低违约损失的人。例如，一位年迈且身体状况不佳的画家可能为了完成一幅受人委托的肖像而耽搁了其他工作。船主可能会在政府征用其船只的战争时期提醒消费者，还存在其他可以替代它的轮船公司。工厂主可能会安装自动灭火装置来降低火灾造成的损害。这些都说明，风险应该被指派给能以较低成本采取预防措施来降低风险的人。

其次，即使没有人能采取预防措施来减少风险，有人也能够分散风险。例如，假设发生了一场地震阻碍了卖方的准时交货。没有人能阻止地震的发生，但人们却可以投保地震险。保险公司是分散风险的专业主体。即使没有保险，一个个体也可能通过其他方式分散风险。例如，一个工厂投资者能通过购买其他地方公司的股票（投资组合多样化）来防范地震风险。风险集中比风险分散需要有更高的成本来防范风险。这表明，风险应该被指派给能以较低的成本通过保险或其他方式来分散风险的一方当事人。

一个人降低和分散风险的能力决定了他承担风险的成本。效率要求把风险分派给能以最低成本承担它的人。因此，效率要求对履行不能原则的解释如下：如果一个突发性事件使得合同的履约变得不可能，那么，**应该把责任分配给能以最低成本降低或分散风险的一方当事人。**

“最低成本风险承担者”这一概念为我们在许多难以判断的案件中适用履行不能原则提供了清晰的思路。为了进一步解释，我们再来看，被征用船只案例的两种情形。第一种情形下，轮船公司比普通市民货主更容易找到可替代的货运方式。因此，轮船公司是相较于市民货主能以更低成本来承担轮船被征用的风险，所以，轮船公司应该承担违约责任。第二种情形下，市民货主比轮船公司更容易找到替代的运输方式。因此，市民货主是相较于轮船公司能以更低成本来承担轮船被征用的风险，所以，市民货主应该承担违约责任（为了进一步深入了解经济学对这个问题的研究，请用“基本假设”来比较这两种情形下的轮船被征用案例）。

同样的分析也适用于其他例子。如果肖像画家能通过变更他的日程安排来优先完成对方当事人委托的肖像，那么，他就能以较低的成本防范违约风险；相反，如果委托人能很容易地请到其他画家为其绘制相同水准的肖像，那么，委托人才是更

低的违约风险的承担者。同样地，如果工厂主能轻易地通过购买火险来防范因火灾引起的无法交货的风险，那么其就是能以更低成本承担风险；相反，如果消费者能轻易在市场买到同质的替代品，那么，消费者才是这个案件中的最低风险承担者。我们可以用将责任分派给能以最低成本承担未来风险的最低成本的风险承担者来解释履行不能原则。最小化未来的风险可以使由双方当事人共享的合同剩余最大化。所以，双方当事人都可以从对履行不能原则的经济学解释中获益。我们假定，如果双方当事人能明确地分配风险，那么，他们将把风险指派给能以较低成本承担的那一方当事人。因此，经济学理论有助于符合合同双方当事人意愿的理性重构。

而且，如果经济学理论能像缺省规则一样被得到应用，那么，不仅能有助于未来的合同当事人降低签约成本，而且在责任分配问题上，也可以如合同双方当事人所希望地那样适用缺省条款。

问题 7.27

闪电是“上帝的行为”。请描述它对人们的几种激励效应。

问题 7.28

在著名的案例“泰勒诉卡德威尔”案，3 B. & s. 826，122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863)中，原告泰勒，租用了被告卡德威尔 4 个晚上的音乐厅，并承诺每次演出后，支付给卡德威尔 100 英镑。但演出一个晚上后，音乐厅毁于一场大火。泰勒向法庭起诉卡德威尔违约，并要求其支付违约赔偿以补偿他为准备以后三个晚上的演出所做的花费。被告以音乐厅遭遇火灾而使他不能履约为由提出抗辩，要求法庭免除其违约责任。

a. 哪些因素可以使一方当事人相较于另一方能更好地防范风险？

b. 哪些因素可以使一方当事人相较于另一方当事人能更好地投保火险？

c. 这些因素是趋向于集中还是分散，或是它们之间的联系仅仅是偶然的吗？

d. 在经济学的视解下，你将如何处理这个案件？

问题 7.29

20 世纪 70 年代中期，西屋电气公司试图说服电力公司购买他的核反应堆，且西屋电气公司承诺愿意以每磅 8－10 美元的价格向购买了其核反应堆的电力公司提供铀。到 1975 年中期前，西屋电气公司承诺向该电力公司提供了 40 000 吨的

铀，这个数量已经远远超过了西屋电气公司的存货和已签订的期货合同的总量，而且，此时铀的市场价格飞速上涨，已经超过了 30 美元每磅。为了弥补铀的短缺，西屋电气公司将不得不承担 2 亿美元的损失，而这将导致西屋电气公司破产。到了 1975 年 9 月，西屋电气公司宣布不再继续履行合同。西屋电气公司试图通过继续履约在经济上已经不可能（“经济上无法实施”）的抗辩事由来免除违约责任。绝大部分的电力公司都对西屋电气公司提出控告。你认为，法庭在判决西屋电气公司是否应该被免除违约责任时，应该考虑哪些因素？①

4. 情势变更

在讨论完导致履行不能的突发性事件后，我们再来考虑破坏合同目的的突发性事件。伦敦曾计划在 1902 年的 6 月举办一场加冕典礼。沿着游行路线的很多房屋的屋主都把房子在那一天出租给了想要观看这一加冕典礼的人。然而，这次典礼却因为国王的生病而推迟，许多租客拒绝支付房租，而有一些屋主则向法庭提起诉讼要求强制履行这些合同。法院判定，该合同不具强制履行的法律效力，因为合同的目的因为加冕典礼的推迟而无法实现。②

根据前面的阐释，履行不能原则提供了一个分配由未来导致合同无法履行的突发性事件所造成损失的缺省条款。同样地，情势变更原则提供了一个分配由突发性事件导致合同履行变得毫无意义的突发性事件所造成损失的缺省条款。无意义的履约无法使合同当事人实现签订合同的目的。例如，原计划的加冕典礼是诱使合同当事人为了观看典礼而签订租房合同的目的。效率要求把风险分配给能以最低成本承担风险的那方合同当事人。因此，根据效率要求，我们对情势变更原则做如下解释：**如果一个突发性事件使合同的履行变得毫无意义，那么，应该把责任分配给能以最低成本承担风险的那方合同当事人。**

根据前面的论述，一个人降低和分散风险的能力决定了他承担风险的成本。回到我们前面的例子，出租房屋的屋主完全可以在第二次加冕典礼时把房间再出租就能完全消除典礼延期而导致的损失。因此，屋主几乎不需要任何成本就能承担典礼延期的风险。相反，租用房间观看典礼的人却面临支付两次房租的风险。所以，效率显然要求把典礼延期的风险分配给屋主，而不是租客。

问题 7.30

我们把合同法的理论分为填补合同缺口的缺省条款和约束承诺的调整条款。

① 参见 Paul Joskow, Commercial Impossibility, the Uranium Market, and the “Westinghouse” Case, 6 J. LEGAL STUD. 119 (1976)。所有的诉讼都是庭外和解的。

② 例如，参见，“凯利诉亨利”案，2 K. B. 740 (1903)。

请把下面的原则分别归类到缺省条款和调整条款之中：无行为能力、胁迫、趁人之危、履行不能和情势变更。

5. 对事实的互有错误

前面已经讨论了，在合同当事人签订合同后发生的突发性事件可能会使合同的履行变得毫无意义。还有一种可能性是，突发性事件在双方签订合同前就已经发生了，只是签约者自己不知道而已。例如，买方与卖方签订了一份购买某片林地上种植的木材的合同。买卖双方都相信那片林地上生长有树木，却并不知道，事实上，那片林地因为发生火灾，已经没有树木了。双方当事人在考虑销售物品时，对同一个基本事实犯下了共同错误。

在分析情势变更时，我们提出了以下原则：**如果一个突发性事件使合同的履行变的毫无意义，那么，应该把责任分配给能以最低成本承担风险的那方当事人。**在类似这样的案件中，法律应该把责任分配给能以最低的成本采取防范措施来阻止突发性事件的一方当事人，或能以最低的成本为突发性事件投保的一方当事人。同样的原则也被应用于售卖时发生的对合同基本事实认识的相互的误解上。例如，如果卖方能比买主以更低的成本防范森林火灾或投保火险，那么，卖方就不能免除对上述合同的强制履行。在突发性事件发生时，物品的所有者通常是最低成本防范者。

6. 对合同标的物的互有错误

现在，我们考虑对交易物认识的相互错误。当买主和卖方各自头脑中想的是不同的物品时，就会对交易物产生相互的误解。回想前面提到的生锈的雪佛兰汽车的案例，买卖双方同意以 1 000 美元的价格就一辆汽车进行交易，但卖方打算出售的是一辆生锈的雪佛兰，而买方打算购买的是崭新的凯迪拉克。在这个案例中，买主误解了卖方想要出售的标的物，而卖方也误解了买方想要购买的标的物。

当合同双方对交易物发生互有错误时，交换并没有达成真正的合意。如果法庭强制执行这样的交换，那么，这种交换是非自愿的。非自愿的交换事实上会破坏价值而不是创造价值。非自愿交换通过把物品从对其估价高的一方转移到对其估价低的一方，将导致价值损失。例如，买方对崭新的凯迪拉克车的估价是 2 000 美元，而卖方对其的估价是 2 500 美元。强迫转移凯迪拉克车的所有权将导致 500 美元的价格损失（“负剩余”）。通过判定基于互有错误的合同无效，法庭就能阻止因非自愿交易而导致的价值损失。

问题 7.31

在“拉福尔诉威切尔霍斯”案[2 Hurl. & C. 906, 159 Eng. Rep. 375 (Ex.

1864)]中，原告卖给被告125包棉花，并规定“在从孟买出发的波尔莱斯号船上交货”，即准备用波尔莱斯号轮船从印度孟买运货。一艘名为波尔莱斯的轮船12月从印度出发，但当它到达时，被告拒绝交货，因为，他的货物已经交给另外一艘10月就从印度孟买出发的叫波尔莱斯的轮船。财政署法庭以买卖双方并没有达成真正的合意为由，判决被告胜诉。你将会如何分析这个案例？

7.2.3 信息

我们已经阐述了有关风险分配的合同理论，下面来考虑有关信息分配的合同理论。有关信息分配的理论和有关经济物品分配的理论是不同的，这是由于信息和经济物品的本质差异所导致的。信息是被发现和传播的，而绝大多数的物品是被制造和消费的。不同于物品的制造，信息的发现者享有其收益，这也就产生了对专利权的需要。也不同于物品的消费，信息的使用不会造成信息使用量的减少。因此，信息能被没有损耗地传播给很多人。这些事实使信息不同于绝大多数的其他物品(回顾第5章信息经济学专题中对公共物品的阐述)。

在对信息的财产权的定义和建立信息市场中会存在哪些特殊的问题呢？每个拥有电视机和电脑的人都要购买信息，但信息不同于其他日用品，比如柳橙或剃刀的刀片。买主在拥有信息前，不能确定信息的价值，因此，买方通常不愿意为信息付费。例如，一位银行家最近收到一封信，上面写着：“如果你给我一百万，我将告诉你，如何让你的银行赚两百万。”这封信的例子说明了在计算机软件中普遍存在的一个问题：小公司经常发明一些只有大公司才能销售的软件。为了对产品的价值进行估算，一个大买家，比如微软，必须了解这个软件的工作原理。然而，一旦大公司了解了这个软件的工作原理，它就会自己生产相同版本的软件，而不用向小公司支付版税。

我们已经解释了，合同理论对有效率的信息发现和传播的激励作用。经济学家认为，讨价还价中的公众(或公共)信息是为双方当事人所了解的信息；但私人(或不对称)信息只为一方当事人所了解，而另一方当事人则并不知情的信息。私人信息通常会促进交换。例如，某人比某种资源的所有者更懂得如何利用该资源来获得更多的产量。为了要增加产量，信息必须跟控制权相结合。为了实现信息和控制权的结合，资源所有者必须获得信息，或是信息拥有者必须获得该资源的所有权。通常，信息的传输或货物的售卖可以实现信息和资源控制权的结合。**效率要求，信息和资源控制权能以最低的成本结合，这种成本包括信息的传输成本和资源的销售成本。**

合同当事人通常通过私人的讨价还价来解决私人信息问题。例如，掌握信息的当事人可能会购入资源，因为他可能支付比不掌握信息的当事人使用资源收益更高的价格。或是，掌握信息的当事人也可能以得到增加的部分利润为条件，与没有掌握信息的资源拥有方分享。相较于其他手段，如法律命令的方式，私人的讨价

还价通常能更好地解决信息不对称问题。因此，法律通常会强制执行建立在信息不对称基础上的合同。

并不是所有的合同都是把信息和资源控制权相结合，有些合同是把两者分开。信息和资源控制权的分离会降低资源使用的效率。出于效率的考虑，把信息和资源控制权分离的合同应该被废除。我们将在接下来的部分里讨论以下三种理论：单方错误、未能披露和欺诈。

1. 单方错误

在讨价还价中，一方当事人会知道一些对方当事人所不知道的信息。有时候，一方当事人会知道对方当事人的看法是错误的。例如，汽车的卖方可能认为他的车很旧了，但买方却可能会认为这辆车很古典。虽然卖方可能对自己的车子的估价错误，但买方却没有，所以这种错误是单方的。用法学术语解释，当一方当事人了解真相，而另一方当事人不知道时，就会产生基于“单方错误”的交易。法院通常强制执行基于单方错误的合同。例如，如果一位汽车所有者承诺以低于市场价格出售一辆古典汽车，那么，法庭通常会强制执行这个承诺。

在这个例子中，当买方获得这辆古典汽车后，信息和控制权就结合在一起，这明显能提高效率。例如，买方因为了解汽车的价值，所以可能会更好地照顾它。合同也会以另一种方式来增加效率。发现信息通常要投入时间和资源，因此需要得到回报。在这个例子中，买方可能通过长时间地搜索，才发现一个不知道自己拥有一辆古典汽车的卖方。因此，以低价购入这辆古典汽车的收益是买方的搜寻行为应该得到的回报。

前面，我们已经解释了对于事实或交易物的互有错误是合同法中一种有效的立约抗辩，但单方错误却不是。因此，希望合同履行的一方当事人可能会说，这种错误是单方的，而不希望合同履行的另一方当事人可能会说错误是双方共同的。[①] 经济效率为这种区分提供一个标准。互有错误会把一份合同变成非自愿的交易，可能会导致价值损失；而建立在单方错误基础上的合同通常会通过回报发现和实现信息与控制权的结合来增进效率。我们提议通过以下原则来实现对互有错误和单方错误的法律区分：**终止履行建立在非自愿交易基础上的合同，而强制履行可以回报发现及实现信息和控制权相结合的合同。**

我们把这个原则应用于著名的“莱德劳诉奥肯”案，15 Us（2 Wheat.）178（1815）。在 1812 年英美战争时期，英国封锁了新奥尔良，导致像烟草这类出口商品价格暴跌。一位名叫奥肯的烟草商，得到了一份说战争马上就要因为缔结和约

① 这里，我们要引起注意的是确定当事人在合同订立时的真实意图的证明问题。有时，可能会存在一些有关这个问题的同时期的可信的证据。然而，一旦缺乏这些证据，当事人在陈述自己当时的意图时就会存在相反的激励。希望合同顺利履行的当事人会有激励说，他在签订合同时对合同条款不存在误解，虽然对方当事人可能有犯错误；而不希望合同顺利履行的当事人会有激励说，签订合同时存在互有错误。

而结束的机密情报，所以，他打电话给莱德劳烟草公司的代理人，提出要购买烟草。莱德劳烟草公司的代理人并不知道缔结停战和约的消息，所以，他们以一个下跌的价格签订了合同。第二天，新奥尔良发布公告，战争结束，烟草的价格开始飞涨。这份合同中的错误是单方而不是共同的——奥肯知道停战和约，而莱德劳烟草公司则完全不知情。尽管如此，这份合同最后还是被法庭宣布无效。①

我们可以为这个结论找到经济学理论的支持。根据前面的原则，如果有值得回报的发现和实现信息与控制权的结合的合同是应该被强制履行的。但有证据表明，奥肯只是偶然得知战争和平结束的消息，而不是花费时间和金钱发现的。再者，这份合同只在信息和控制权的结合上加速了一天，并不能促进烟草的生产。所以，强制执行这样的合同并不会增进效率。

为了进一步深入分析，需要对生产性的信息和再分配性的信息作一区分。利用生产性的信息能创造更多的财富。这种信息能使资源配置到能够被更加有效使用的地方（比如，农田下埋藏有矿产资源的信息），或者是这种信息能提供一种新的组织资源进行更有效率生产的方法（比如，复式记账法）。再比如说，预防小儿麻痹症的牛痘疫苗的发明和从欧洲到中国的水路航线的发现都是生产性的。效率要求必须给人们提供强有力的激励去发现这些信息。由于信息的传输过于容易，以致于发现信息的人很少能占有它的全部价值。因此，国家必须采取一些特别措施来奖赏发现生产性信息的人。所以，国家必须资助基础性研究，并为发明者提供专利保护。

相反，再分配性信息是指产生交易优势的信息，它将导致财富向有利于信息优势方的再分配。例如，比公众提前一段时间知道政府要在哪些地方修建一条新的高速公路，将能在不动产市场形成很强的交易优势。在发现再分配信息上的投资是一种资源浪费。而且，还会促使其他人为了防止自己的财富流向信息优势方而不得不增加开支保护现有财富。这种保护性开支是用来阻止再分配，而不是用来增加生产。因此，在分配性信息上的投资将造成直接和间接的资源浪费。

法律不应该为发现再分配性信息创造激励，而是应该阻止对发现再分配性信息的投资。例如，法律应该惩罚在公告前泄露新高速公路位置的政府官员，因为这样的泄露激励不动产商通过把资源用于从官员身上获得内幕信息而获益。

为了进一步弄清这个复杂的问题，我们也要对人们获取信息的方法加以区分。人们可以通过积极的方式获取信息，例如通过投入资源来获取信息，也可能是偶然地、幸运地获得信息。根据在第 5 章的详细解释，通过鼓励人们为获取有价值的、生产性的信息的投资能带来很大的社会收益。但这个结论是建立在存在知识产权法的前提上的。可是偶然获得信息是不同时，这种机会的多少并不会带来社会收

① 审判结果最后被买方上诉到美国联邦最高法院，要求复审，但复审情况如何无从得知。可参见 Anthony Kronman, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1978)。

益的增加。

我们把对信息特征的关注——是生产性的还是再分配性的，和对获取信息的方法的关注——是投资获得还是偶然获得结合起来，就能得到一个有关于如何激励合同中的信息有效率地交换和使用的提议。

考虑表 7.5 所示的两维图：

表 7.5　合同中的信息

		获取信息的方式	
		投资获取	偶然获取
信息的	生产性	强制履行	不强制履行
特征	再分配性	不强制履行	不强制履行

注意，只有当信息的特征和获得信息的方法相结合时，才能提供强有力的激励，建立在表 7.5 中左上角的那个信息组合基础上的合同的强制履行才是有效率的，即生产性的信息是通过积极的资源投资的方式获取的。强制履行基于表 7.5 中其他三个组合的信息的合同都是无效率的。事实上，我们能进一步证明强制履行建立在积极投入资源获得的再分配信息基础上的合同，也是无效率的，这种投资类似于通过偷听政府官员的谈话，或是跟政府官员保持密切联系，以便能第一时间知道新建的高速公路的具体路线。基于对这些因素的考虑，我们就可以得到一个有助于区分单方错误和共同错误的经济原则：**当合同建立在一方当事人通过积极资源投资的手段获取的生产性信息的基础上的，那么，这个合同应该具有强制履行的法律效力；相反，如果合同是建立在一方当事人获取的纯粹的再分配性信息基础上，或是只是一方当事人偶然获取的信息的基础上的，那么，这样的合同就不应该被强制执行。**这个原则既能增加对发现生产性信息投资的激励，又能阻止对发现再分配性信息的投入。①

在第 5 章对信息经济学的阐述中，我们已经解释了绝大多数的信息都是既有生产性的特征，又有再分配性的特征，可以把这些信息称为“混合”信息。例如，1972 年艾利·维特尼发明的轧棉机，一方面大大地提高了棉花的生产效率，另一方面也导致了对适合棉花种植土地的投机行为激增。又例如，前面例子中一个知情的买方向一个不知情的卖方购买一辆古典汽车的合同，也是一个混合信息的例子。这里的信息既是生产性的又是再分配性的。信息之所以是生产性的，是因为见多识广的买主知道汽车应该得到特别的照料。而信息之所以又是再分配性的，是因为见多识广的买主从获得汽车中得到的收益可能超过他对汽车特别照顾后能增加的汽车的价值。我们也已经说明了，私人的讨价还价通常能在发现信息和促进信息和控制权的结合上获得成功。因此，绝大多数建立在影响生产和再分配信

① 克罗曼教授在他的文章的脚注中指出，奥肯和莱德劳的合同是应该被宣布无效的，因为奥肯只是偶然的，而不是通过有意识的投资获取的停战信息。

息的认识差别上的议价都应该被强制执行。换言之，绝大多数建立在能影响生产和再分配的混合信息基础上的交易都应该被强制执行。

至此，我们已经有了足以胜任对合同案件（这些合同案件中出现了错误的立约抗辩）分析的三个经济原则：

（1）基于生产性信息认知差异的合同是应该强制履行的；

（2）绝大多数建立在混合信息（既是生产性信息又是再分配性信息）认知差异基础上的合同是应该强制履行的；

（3）基于纯粹的再分配性信息认知差异的合同，或是基于偶然获取的信息的合同是不应具有强制履行效力的。

这些标准化的原则将共同错误和单方错误中所暗含的法律理论进行了分类。

问题 7.32

考虑“莱德尔诉奥肯”案。请指出奥肯所拥有的信息哪些是生产性的？请解释为何奥肯的信息应该是再分配性？请根据效率要求判断，这个合同是否应该被强制履行？

问题 7.33

大量的案件都包含有关合同标的物的数量或价值的共同错误或单方错误的争议。在一个著名的案例，“舍伍德诉沃克”案[66 Mich. 568. 33 N. W. 919 (Mich. 1887)]中，卖方（沃克）承诺出售一头母牛给买方（舍伍德）。卖方原本认为，售出的这头母牛是不能怀孕的，但就在交付前，意外地发现母牛怀孕了。一头怀孕的母牛远比一头不育的母牛价值高得多。因此，卖方拒绝按合同约定把母牛交给买方。他辩称，合同是建立在母牛是不育这个共同错误基础上。但买方否认他自己也有类似的错误。

a. 有关一只母牛是否能生育的信息是生产性的而不是仅仅是再分配性的，原因何在？

b. 假设法律强制舍伍德（原告，买方）有责任将母牛怀孕的信息告诉沃克（被告，卖方）。你是否能根据效率原则对这个责任提出异议？

c. 如果在这个案例中，沃克是一个职业的牧场主，而舍伍德却是一个银行家，那会对这个案件的判决产生影响吗？

2. 信息披露责任

在前面部分，我们已经阐述了生产性信息和再分配性信息。现在，我们考虑另

外一种类型的信息，**安全信息**，这种信息能帮助人们规避损害。例如，电器设备方面的安全信息可以帮助人们防范火灾。而隐瞒安全信息将会增加意外事故的发生概率和严重程度。

法律对安全信息的规定不同于生产性信息和再分配性信息。如同前面的解释，合同通常是因为双方当事人拥有的信息差异引起的。法律通常不会要求拥有生产性信息或再分配性信息的一方当事人向没有拥有这方面信息的另一方当事人披露相关信息。然而，法律却明确要求，拥有安全信息的一方必须向不掌握该信息的另一方当事人披露安全信息。例如，制造商必须提供与产品相关的安全信息，否则，一旦发生意外事故，就要承担相应的责任。管制法将大量的披露安全信息的责任强加于制造商。在这部分，我们将讨论合同法对信息披露责任的规定。

"奥夫德诉施莱迈耶"案[56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960)]，为我们提供了一个有关信息披露责任的合同法案例。在这个案例中，一幢建筑物的卖方知道，建筑物白蚁成灾。但卖方在出售时，故意向买主隐瞒了有关白蚁的信息。不过卖方也不曾向买方说谎，因为买方并没有询问有关白蚁的事情。购买后不久，买方就发现了房子白蚁成灾，并起诉卖方。①

为了使白蚁的损害降到最低，一旦发现，就应该马上消灭。卖方隐瞒蚁害就有可能导致白蚁造成更大的破坏。在这个案例中，法庭做出了与传统惯例不同的判决，要求卖方承担披露白蚁信息的责任。② 法庭通过强加这样的信息披露责任，来避免因为缺乏安全信息而导致的未来的损害；而且也有利于减少了未来警惕的买方提防卖方隐瞒信息的成本。

卖方知道白蚁成灾，但买方却并不知情。因此，出售白蚁成灾的房子就意味着把信息和房子的控制权分离。当卖方没有向买方透露合同标的物所需要的防范损害的相关信息时，该合同的签订就意味着信息和控制权的分离。之前，我们已经解释，合同法的目的在于，寻求信息和控制权的结合。因此，建立没有披露安全信息基础上的合同有违合同法的目的。这些思考得出了有关合同案件相关信息的第四个经济原则：**在合同议价时，双方当事人必须披露安全性信息。**

问题 7.34

假设卖方并没有做过他的房子是否有白蚁的调查，所以，他也不知道房子白蚁成

① 在这个案例中，买方并不要求取消合同，而只要求卖方赔偿他治理白蚁的成本。

② 普通法传统上并不要求卖方承担信息披露的责任。旧的规则是"买方当心，货物出门，概不退换"。但卖方有不能说谎的责任。可参见下一部分对欺诈的讨论。注意，现在，在美国的很多地方的法律案例中，都要求不动产的卖方向买方提供一份由权威检查部门出具的许可证来证明房屋没有白蚁灾害。

灾。当买主问起时，他说，“我想没有吧”。根据效率原则，这个声明足以使合同无效吗？

问题 7.35

一位地质学家，斯密德教授以每英亩 2 000 美元的价格购买了麦克唐纳的农场，这个价格是根据临近的优质农场的价格确定的。然而，斯密德教授根据自己的地质学研究得知，麦克唐纳的农场地下埋藏着非常有价值的矿产，而这可使麦克唐纳农场的土地每英亩的价值上升到 25 000 美元。斯密德的真实目的在农场交付前，就被麦克唐纳发现了，所以，麦克唐纳拒绝交付农场。斯密德向法庭起诉麦克唐纳违约。麦克唐纳以斯密德有责任向他披露他的研究成果为由提出抗辩。根据前面的经济学原则，谁将胜诉？

3. 欺诈和虚假陈述

在“奥夫德诉施莱迈耶”案中，卖方没有向买方披露安全性信息，但他也没有声称，他的房子没有蚁害。如果卖方有声明，他的房子没有蚁害，那么这份合同就包含欺诈。在普通法中，欺诈是指合同中包含谎言——为有意识的欺骗而做的虚假陈述。根据普通法的传统，欺诈受害方有权因欺诈导致的损害获得赔偿。

法庭不强制履行基于欺诈的合同的经济学逻辑是显而易见的。如果合同双方当事人知道欺诈会使合同无效，那么，他们就会根据真实信息来进行对合同的协商。这就能节约双方当事人为证实合同重要信息真实可靠的成本。这当然也就能降低达成合作的成本，这也正是合同法的经济目标之一。

很多误导性陈述是介于欺诈和隐瞒之间，而且也是绝大多数争议的根源。最近，美国的法庭和立法机关都已经大大扩展了因当事人的隐瞒而宣布合同无效的范围。例如，法律规定，贷款人有责任公布他给所有消费者提供的消费贷款的年利率。二手车经销商有责任透露他所售汽车的主要维修记录。几乎所的州都规定，房屋出售者要向买方披露房屋的各种潜在缺陷，比如，地基可能存在裂缝等。食物的生产者要求列出食物包含的主要成份。一些仪器设备的制造商必须把有关设备的耗能情况告知消费者。类似于普通法有关欺诈的传统规定，这些规则的目的在于促进私人合同中的信息交换。虽然，强制执行这些规则的代价可能是昂贵的，但法律在这方面的直接立法仍可以防止因缺乏这些规则给消费者造成的损害及减少消费者防范欺诈的高成本支出。

问题 7.36

假如卖方对他的房子很有感情，只希望卖给仍然以独户住宅形式使用的人。

一位买主声称，他本来就只是想把房子当作独户住宅来使用。于是，买卖成交，卖方搬出了这个房子。然而，几天后，卖方得知，买方本意是拆掉整幢房子，并在原址上建一个商业中心。根据效率原则，法庭是要强制履行合同还是宣布合同无效？

4. 不确定或含糊不清的承诺

人们通常会做出一些不希望法律强制履行的非正式承诺。人们有时也会在正式合同中包含一些模糊的条款，以致于法院不知道是不是要强制履行这些条款。因此，一个代表别人采取行动的人可能会承诺“竭尽所能”，或是尽“合理的努力”，或是在讨价还价中保持诚信等。但双方当事人都知道，法院不可能对这些模糊的术语做清楚地界定。

法院是应该尽可能地清楚界定这些条款，还是拒绝强制履行这些条款呢？我们重新回顾以下的基本原则，法院应该强制履行当签订合同时，双方当事人都希望强制履行的合同。同样地，法院也应该根据合同双方在签订这些含糊不清的条款时希望它们被强制履行的程度来决定要如何强制执行这些条款。

那么，现在的问题是，法院要如何了解合同当事人的实际想法呢？之前，我们曾经讨论过，“自我执行规则”能强制一方当事人在交易中向另一方当事人披露信息。同样，法院也会通过拒绝执行过于含糊不清的条款来惩罚签订合同的当事人。普通法允许法院通过应用“不确定性”或“确定无效”原则——法庭将不会强制执行合同中过于不确定或过于含糊不清的条款——来判定合同中含糊不清的条款无效。通过适用这个原则，让非正式合同的违约交由非正式的方式进行救济，法院将为合同当事人提供更精确地签订合同的激励。

然而，当合同是一份正式的合同时，合同当事人通常希望法庭最好能强制执行这些含糊不清的条款。合同双方因为通常能准确地预见未来的突发性事件，而在合同中对它们事先进行明确规定。因此，绝大多数的商业冒险行为的失败都是由于没有人能预先知道未来发生的所有事件。虽然当合同当事人不能**事前**准确规定合同条款时，他们仍可能希望法庭能**事后**适用这些含糊不清的条款。如果没有人能预先准确地界定“竭尽全力”地从事商业活动，那么，合同当事人可能希望事后根据事实来决定。虽然，法院可能没办法区分“尽了最大努力”和“尽了较大努力”，但法院可能可以区分“尽了最大努力”和“几乎没有尽力”。同样地，如果合同当事人事先不能穷尽所有导致合同需要修改的可能性，那么。他们可以预期未来可能需要修改合同。因此，合同双方可能会在合同中规定，他们将“诚信”地重新协商。虽然，法院可能无法区分“非常诚信”和“较为诚信”，但法院肯定能区分“诚信”和“奸诈”。“诚信”规定可能会令法院做出举例责任倒置的判决。因此，一个有责任在讨价还价中诚信的合同当事人也就有责任证明，自己之所以违约是因为有一个足以说服众人的理由。

通常，法院会拒绝强制执行含糊不清的合同条款，或是法院可能会大致上强制执行这些条款，或是用这些不确定的条款去改变假设和程序。在这类案件中，法院

如果要做出一个好的判决，就要求其能完全理解合同意图。理解合同意图要求法院能洞悉合同当事人在订立这些不确定条款时，希望其能被强制执行的程度。在帮助理解合同经济意图方面，经济分析为法官和律师提供有用的且很有价值的分析工具。①

7.2.4 垄断

我们已经阐述了重大强迫会使立约人别无选择。当一个垄断者控制着许多人都想要的物品时，就会产生一种极端的情况。让我们先对垄断者做出严格的定义，垄断者是指，不存在替代品的物品的唯一卖方。一个垄断者能决定合同的价格和非价格条款，而买方必须接受这样的合同，否则就无法得到产品。

垄断的对立面是**完全竞争**，有无数的买方和卖方，而且相互之间是完全可替代的。在完全竞争的情况下，没有人能决定合同的价格和非价格条款。因为每一个买方或卖方只要不喜欢他的合作伙伴，就能轻易地在市场上找到一个完全同质的合作伙伴，并得到一份完全可替代的合同。从完全竞争向垄断的转变中，获得替代品的可能性不断地下降。

垄断者要价过高会扭曲经济。当产品的价格超过生产该产品的边际成本时，定价就过高了。当产品的价格超过边际成本时，一些消费者的支付愿意超过了产品的生产成本，这些消费者就不会购买该产品。如果产品的生产成本低于人们的支付意愿时，那么不生产该产品将导致无效率（“分配的无效率”）。除了高价格外，垄断还会削弱企业家进取的动力（“动态的无效率”）。结果，经济学者反对垄断的理由是垄断无效率。

法学家反对垄断的理由是不公平。在垄断中，卖方独自面对许多潜在的买方，而买方却只能面对一个潜在的卖方。这个卖方和买方之间的不对称导致了垄断的不公平性。因此，法律是带着怀疑的眼光来看待垄断合同的。之前曾经说过，重大强迫可以作为违约的立约抗辩和违约抗辩事由。现在进一步讨论，垄断是否也可以作为违约的一个立约抗辩或违约抗辩事由。

在议价理论中，法庭强制执行讨价还价达成的合同，而不问其合同条款是否公平。因此，普通法传统上反对垄断的力度是很弱的。绝大多数反对垄断的保护来自于法令而不是普通法。同样地，在欧洲大陆的“重商主义者”传统也是倾向于通过法令来反对垄断。欧洲的民法典中很少涉及针对垄断的保护。例如，公司通常希望通过合同而不是彼此之间的竞争来维持高价。这种协议能通过组成卡特尔来

① 有关对不确合同目的研究可参见 Robert Scott & George Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*. 1 15 Yale L. J. 814 (2006)。也可参见 Lewis Kornhauser & W. Bentley MacLeod, *Contingency and Control: A Theory of Contracts*. Berkeley Law and Economics Seminar. 2 Feb 2005。

对买方索取垄断价格。英美法庭在19世纪就不愿意强制执行有关组建卡特尔的合同。然而，普通法除了不强制执行有关组建卡特尔的合同外，并没有其他的措施来削弱卡特尔组织。因此，卡特尔组织最后是通过反托拉斯法而非普通法宣布为非法的。

除禁止组建卡特尔组织的合同外，两个普通法的原则可能会导致法庭不强制执行垄断合同。我们将会解释和批评这两个反对强制执行垄断合同的原则。根据这些原则，持健康怀疑论的法庭认为，垄断会导致经济活动的混乱。

问题 7.37

请解释替代的可获得性和产品的需求弹性之间的关系。

问题 7.38

我想在自己的后院中建一个车库。但我的邻居的车道是惟一可以到达我打算新建车库的道路。我向我的邻居提出购买地役权，使我能跟他分享车道。经济学把我跟我邻居之间的这种关系称为“双边垄断”。请解释这个术语的使用是否适当？

1. 填写表格：附合合同

绝大多数的书面合同都采取格式合同的形式。在这些标准的格式合同中，一些条款是固定的，而另外一些条款是可变的。例如，汽车制造商提供给销售人员的格式合同，合同上规定了统一的担保条款（固定条款），和可供协商的价格条款（可变条款）。一些格式合同甚至不允许合同双方当事人对合同条款做任何变更。在这种极端的情形中，一方当事人提供了一份要么接受要么放弃的合同，这就意味着对方当事人必须签下这份标准的合同，而不是对合同进行协商。

很多标准化的格式合同条款在整个行业中都是统一的。举例来说，许多汽车制造商都承诺在汽车售出的5年内或50 000公里的行程内负责维修汽车的一些特定故障。当这些条款被统一后，卖方之间就不需要为这些条款进行竞争。而缩小竞争范围就可能减少竞争的强度。

原因何在？考虑一个卡特尔组织。在卡特尔组织中，成员达成高价协议以保证所有成员作为一个整体从中获益。然而，卡特尔组织的每个成员都可以通过把价格定在卡特尔价格之下，而从其他卡特尔组织成员那里吸引顾客来获得更高收益。为了避免这样的“欺骗”，卡特尔组织必须严惩暗自削价的成员。合同中统一的固定条款阻碍了卖方向买方做出特殊让步。因此，卡特尔组织就能把重心放在

判定是否所有成员都以卡特尔价格出价。当所有的卖方都采用同样的固定条款合同时，卡特尔组织就更容易监控“欺骗”。

弗里德里克·凯瑟勒(Friedrich kessler)在一篇有影响力的文章中，把这种要么接受要么放弃的合同称为“附合合同”[Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629 (1943)]这个术语表明，标准的格式合同暗含垄断，剥夺了买方讨价还价的能力。因此，法庭有时会以“附合合同”为由宣布合同无效。

当卖方通过标准的格式合同来减少竞争时，法庭的这种判决是正当的。然而，当卖方通过使用标准的格式合同来增加交换效率时，法庭的这种判决就不合适了的。标准的格式合同能缩小讨论的范围，所以，能从两方面来增进效率。首先，标准的格式合同能通过减少产品的差异度来促进价格竞争。我们可以通过一个类比来说明原因所在。牙膏在规格大小、形状、质地、口味等方面各有不同。制造商想通过这些方面的差异来吸引消费者购买他的产品。产品的差异会使价格变得比较复杂。如果所有的牙膏在这些方面都是同质的，那么，价格的竞争就会激烈。同样地，统一的合同条款可以减少合同的差异，而强化合同价格的竞争。

其次，标准的格式合同能减少交易成本。合同双方只需要对合同的可变条款进行讨价还价，比如价格，而对于固定条款就免去了进一步协商的必要。买方通过的由不同的价格条款和相同的非价格条款组成的不同的标准格式合同之间进行选择，来取代讨价还价。卖方可能会通过把各种“组件”放入一个普遍适用的框架内来设定一个实际的合同。因此，标准的格式合同能减少起草、协商和达成一致所需要的合同条款的数量。

完全竞争市场的一个标准假设是交易成本为零。标准的格式合同通过降低交易成本，让一个现实的市场更接近于一个理想的完全竞争的市场。对完全竞争市场的一个可行的替代是避免所有关于价格的议价；同样的替代也会阻碍人们对合同的讨价还价。通常，这种替代将使任何人都成为价格的“接受者”。事实上，许多使用标准的格式合同的公司都暗示着公司之间存在高度的竞争。要么接受要么放弃的合同是意味着完全竞争而不是垄断。

因为标准的格式合同能提高交易的竞争和效率，“附合合同”这一术语就不能用来描述标准的格式合同，而是专指垄断合同。相关的问题是，一个市场是竞争性的还是垄断性的？事实上，一份合同是不是具有标准的形式与市场结构并无直接联系。

在垄断合同中，法院应该怎样处理这些条款呢？在垄断合同中，价格定的过高。然而，法院通常并不认为对合同的价格进行调整是自己的工作。法院更乐意调整合同的非价格条款。法院究竟怎么做才是正确的？

为了回答这个问题，我们首先要问，垄断合同的非价格条款是否有效率？经济理论对这个问题给出的抽象回答是非常简单的。合同的非价格条款典型地会产生影响交换剩余大小的激励，且有效率的非价格条款能最大化交换剩余。相反，合同

的价格条款是典型地影响交换剩余在合同当事人之间的分配因素。有时，独占者可能会利用他的垄断力量在每次交换中都榨取全部的交换剩余。具有垄断力量的垄断者总是通过最大化榨取每次交换中剩余来最大化自己的收益。简言之，一个能通过控制价格来榨取每次交换中所有剩余的垄断者将会选择有效率的非价格条款。

相反，一个不能通过控制价格来榨取每次交换中所有剩余的垄断者可能会通过选择无效率的非价格条款来提高他在价格条款上的控制力（经济学家能运用熟悉的术语对这些命题进行重新表述）。[①] 例如，某种软件的一个垄断供应者可以在合同中增加禁止转卖的条款来提高自己在价格上的控制力。

除了垄断外，其他的市场缺陷也会导致合同标准化的无效率。当卖方利用买方的无知时，律师经常会使用“附合合同”术语。合同通常会规定有利于买方的解决合同纠纷的处理方式，比如，通过卖方联合会的强制仲裁。买主通常因为没有足够仔细地阅读合同而没有意识到这样的条款，或买方没有充分意识到这些条款的重要性。当这样的合同产生法律纠纷时，买方的律师通常会主张，法庭应该判决这样的合同无效，因为，合同的标准化会限制买方的讨价还价（回顾一下根据合同的议价理论，大量的法官认为“没有讨价还价”就意味着“没有合同”）。然而，这个论据是错误的。只要买主是见多识广的，且市场是竞争的，那么，合同的标准化条款应该是有效率的，即使不存在讨价还价，也不会造成对买方的不公平。因此，这种合同的真正问题在于买方的无知，而不是缺乏讨价还价。

问题 7.39

请解释为何统一性能通过加强卡特尔削弱价格竞争或通过减少产品的差异性来增加价格竞争？

问题 7.40

竞争使价格趋于成本，而垄断则使价格高于成本。加利福尼亚银行由于自行征收高于成本的服务费而支付了大量的损害赔偿。假设，一个汽车制造商对每一

① 运用经济学术语的表述是：一个能进行完全价格歧视的垄断者将在合同中选择有效率的非价格条款。否则，一个垄断者可能通过使用无效率的非价格条款来提高他实行价格歧视的能力。举例说明后者，一个愿意支付高价的买方希望得到更强的担保，而一个只愿意支付很低价格的买方则倾向于很弱的担保。垄断者只要了解这种事实，就能提供两份合同：一份高价强担保合同和一份低价弱担保合同。担保的不同有助于把消费者分成两类，垄断者也就能向他们索取不同的价格。如果没有非价格条款，垄断就无法对消费者进行分类。

辆汽车加收了450美元的自动传送费。如果消费者起诉该制造商，并能证明，450美元远高于自动传送的实际成本，这种无效率会产生什么样的后果？

问题 7.41

垄断会通过定价过高而扭曲合同。为何一个垄断者想通过减少对缺陷产品的损害赔偿责任来扭曲非价格条款？

问题 7.42

假设有两种类型的买方跟一个垄断者签订了一份购买货物的期货合同。一种类型的买方比另一种买方对货物的估价更高。垄断者想对估价更高的买方索取高价，但无法区分谁是估价更高的买主。为了克服这个问题，他提供了两份不同的合同。一份合同索取高价，并承诺如果卖方无法如期交货就支付高额的损害赔偿。另一份合同索取低价，并承诺如果卖方无法如期交货就支付较低的损害赔偿。请解释，为何两种不同类型的买方可能选择不同的合同？请解释为何垄断者能通过提供这两份不同的合同而获利（用经济学术语说，不同的合同条款把消费者分成两类以便卖方实施差别价格歧视）。

2. 显失公平

当一份合同太过于倾向一方当事人，以致于它的履行会损害法庭的道义标准时，普通法规定能适用**显失公平**原则来判定合同无效。大陆法系中也有类似于显失公平的概念。在大陆法中，“损害”是指太不公平以致于不能履行。很容易理解，为何法庭不允许强制履行显失公平的合同。然而，要界定“什么样的合同是违背了法律道义”的法律理论是很困难的。[①] 下面将运用经济学分析来消除显失公平原则中的一些含糊不清之处。

由于缺乏普遍接受的定义，所以，我们不得不从案例出发对“显失公平”加以分

① 美国《统一商法典》和《合同法（第二次）重述》（1979）都曾经试图对“显失公平”进行定义，但都没有成功。他们分别给出的定义是：

《统一商法典》第2章第302条（1977），[显失公平]基本的检验标准是……合同或合同的任何条款在制定时，明显偏向一方当事人，以致于显失公平……这一原则是一种对强迫和不公平行为的一种防范……

《合同法（第二次）重述》第208条（1979）：c. 总体不平衡。缺少对价本身并不会使合同无效，但交换物价值差异过大可能是确定合同显失公平的一个重要因素，从而足以成为确定合同无效的理由……这样的差异也可能暗示着讨价还价过程存在过失……讨价还价能力的总体不平衡，及毫无道理地偏向优势方的合同条款，就可以表明，交易中存在欺诈或强迫的因素，或表明，劣势方缺乏选择的余地，也不存在真正可供选择的余地，因此，事实上他们并不赞成或同意这些不公平的条款。

析。先简要介绍一个著名的案例，“威廉姆森诉沃克·托马斯家具公司”案[350 F. 2d 445 (D. C. Cir. 1965)]。希望通过这个案例来说明经济原则是如何与常识发生抵触的。威廉姆森通过信用贷款的方式向一位零售商购买耐用消费品。当零售商贷款给消费者购买商品时，他希望消费者能提供担保。借款人会提供他(或亲属)所拥有的有价值的东西作为担保。贷款人对该有价值的抵押品享有的权利，俗称“担保物权”。如果借款人怠于还款，贷款人就能占有并出售抵押品，且可以用全部或部分销售收入来清偿本金、利息及出售该抵押品的成本。①

理论上，借款人可以提供任何有价值的东西作为抵押品，但实际上，借款人通常用借款所购买的物品作为担保品，比如，电冰箱或汽车。贷款的零售商明显了解这些物品的市场行情，并很容易将抵押品再次出售。然而，耐用消费品的价值的下跌速度通常会快于还清贷款的速度。因此，对购买物品的重占权不足以赔偿因借款人的违约给贷款人造成的损失。例如，一个贷款人，汽车经销商贷款 20 000 美元给某个消费者购买一辆新车。汽车一旦离开经销处，就变成了一辆“二手车”，价值就跌到 16 000 美元。如果消费者，借款人怠于归还 20 000 美元的贷款，汽车经销商最多能从重占该汽车并再销售中获得 16 000 美元。因此，消费者必须提供额外的担保品才能借钱购买耐用消费品。最好的替代方案是现金支付，称为“首付”，其等于购买价和贷款额之间的差额。可是，没有现金支付首付能力的消费者该怎么办呢？这个问题能通过一个“附加条款”加以解决，即规定借款人先前从贷款零售商处购得的所有物品都作为当期购买商品的额外担保品。

例如，A 在 2 年前以 800 美元的价格从 B 的商店里购买了一台电冰箱。其中，600 美元是从 B 处贷款而得，因此，A 承诺在未来的 5 年内每月支付 10 美元。在过去的 2 年中，A 每月都按时付款，因此，到目前为止，他还剩下 360 美元的债务。现在，A 决定再购买一台价值 500 美元的电视机。由于 A 没有现金支付首付，所以 B 建议，在合同中增加一个附加条款，规定 A 同时提供冰箱和电视机作为抵押品。换言之，如果，A 怠于归还购买电视机的贷款，B 就可以通过重占冰箱和电视机来清偿 A 在电视机上的债务。②

威廉姆森案件就包含一个附加条款。威廉姆森女士是一位有七个孩子的单亲妈妈，而且没受过多少教育。当她对最近贷款购买的商品无法如期付款时，沃克·

① 绝大多数国家的法律都规定，重占者从出售抵押品中获得的收入只限于用来补偿债务和出售该抵押品的成本。参见 Alan Schwartz, *The Enforceability of Security Interests in Consumer Goods*, 26 J. LAW & ECON. 117(1983)。

② B 不能从这个重占中获利。在重新销售重占物所得的资金中，B 只能取回他有权享有的对原贷款余额的清偿。超过部分仍要归还 A 所有。

这里不仅仅是附加条款的问题。而且它还规定，通常贷款人可以运用自己的判断力决定这笔重新出售物品而得的资金应该先偿还购买哪种物品的分期贷款。这就可能允许那怕在 5 年后，只要冰箱还使用，贷款人就仍然享有对冰箱的担保物权。通过巧妙的会计计算，贷款人能对借款人所购买的所有商品都享有担保物权，直到借款人还清所有贷款为止。

托马斯家具公司对她过去签订的超过5年分期付款期限的14份合同中的商品提出了认领要求。在这个案例中，消费者将陷于困境而需要法律援助。法庭认为，在这个案件中的附加条款是显失公平的。

律师把重心放在单个案件，但经济学家关注的却是整体。从整体上看，法律对威廉姆森女士这种家长式的保护会在贷款市场上给贫穷的消费者这个整体强加一个高昂的成本。[①] 附加条款大概是贫穷的消费者获得贷款的最廉价的方式。否决这种贷款方式，将使原来通过这种方式贷款的人只能通过更昂贵的方式贷款，或是会阻碍他们通过贷款来购买耐用品。贫穷的消费者作为一个整体将因为贷款成本的提高，而无法购买他们想要的物品。而那些通过附加条款、低成本给消费者提供贷款的零售商也会因此而受损。他们的销售量可能会下降，成本会增加，换言之，他们的利润会下降。

根据我们的解释，威廉姆森女士作为个体应该得到保护，但否决附加条款会使贫穷的消费者整体受到损害。法庭需要更细致的分析来区分需要受到更好保护的消费者和其他会因此受损的消费者。一些消费者可能无法理解附加条款的复杂性。也许，他们会认为如果他们无法对最近贷款购买的商品按期付款，零售商就只会重占他们最近购买的商品。这样的消费者是在没有完全了解附加条款的风险和怠于还款的后果的情况下接受了该条款。这就像本案的威廉姆森女士，法庭可能会要求零售商提供买方已经理解附加条款的证据，才会强制执行。法院可能会通过对签订合同的程序要求来保护对附加条款无知的借款人。显失公平原则可能会保护无知的合同当事人，但在其他方面也要求他们自己做决定。

法院经常要把显失公平分为实体上的显失公平和程序上的显失公平。实体上显失公平通常是指合同价格与市场价值明显不成比例。相反，程序上的显失公平包括在讨价还价中表现出来的情况和程序明显违背了人们普通接受的公平准则。在现实的案例中，实体上的显失公平和程序上的显失公平经常是交织在一起的，因为一个不公平的程序时常造成一个不公平的价格。对这些准则的违背破坏了合同合意的本质。

问题 7.43

一位21岁的音乐创作人，在1966年跟一个音乐出版商签订了一份合同。合同采取标准格式合同的形式，规定原告所有作品的版权都归被告公司所有，被告同意支付50%的版税给原告作为交换。合同为期5年，合同同时还规定，如果在第一期原告的版税超过5 000英镑，合同将在下一期自动续签。被告公司在解除合同

① 参见 Richard Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J. Law & Econ. 293 (1975)。

前，必须提前1个月通知原告，并可以在不经原告许可的情况下，转让该合同及该合同下的任何版权。签订合同后，原告可以得到提前预支的50英镑的版税。后来，原告成为了一名成功的音乐创作人，并以合同显失公平地偏袒音乐出版商为由要求解除合同["麦考利诉施迈瑟出版公司案"，(1974) 1 W. L. R. 1308 (H. L.)]。请用经济学理论来分析这个案例。

网页便笺 7.5

存在很多有关显失公平的令人困扰的和混乱的主题。在作者的网站上，可以看到我们讨论包括这个原则本身和这个原则的一些其他问题的文献和案例。

网页便笺 7.6

有关合同法的有趣的经验研究逐年递增。在作者的网站上，我们介绍了其中的一些文献，尤其是，耶鲁大学的阿兰·艾瑞斯教授对新车交易中不公平的合同条款的研究和加州大学洛杉矶分校的拉塞尔·科罗布金教授有关合同法领域的文献综述。

结论

现在我们对立约抗辩和履约抗辩的分析进行总结。无行为能力原则是由一个无行为能力人签订合同时所导致的，法律通过从最有利于他们的角度去解释合同，从而实现能以最低成本提供保护无行为能力人的激励。胁迫原则是由受约人通过破坏性威胁迫使立约人不得不做出单方的承诺而导致的问题。法律通过不强制履行受强迫而做出的承诺来激励对威胁的制止。趁人之危原则是由受约人通过威胁立约人不对其进行援救而迫使其签订的单方合同所导致的。法律通过要求立约人支付援救成本及回报，并通过不予执行单方的承诺来对有效援救提供激励。履行不能则是由一个突发性事件阻碍履约所引发的，法律通过把责任分配给能以最低成本承担突发性意外事件风险的一方来激励有效防范和分散风险。

当双方当事人产生互有错误时，或当卖方没有披露买方为防止损害发生所需要的信息，或当受约人有意向立约人提供虚假信息时，一份合同就会把信息和控制权分开。

再来看垄断，一份标准的格式合同能被用于促进卡特尔的共谋。法律不应该强制执行这样的"附合合同"。但典型的是，标准的格式合同能通过减少产品的差异性和降低交易成本来促进竞争。最后，"显失公平"原则包括一系列令人困惑的理论，其中包括消费者对合同重要条款无知时的议价过程。如果争议中包含了这

些原则，那么，对消费者是“极度不公平的”。相应的救济方式是要求合同的订立过程中包含信息交换，而且这也是合同具有强制履行效力的条件。表 7.6 归纳了上述所有的分析及结论。

表 7.6　立约抗辩和违约抗辩

法律原则	引致法律原则问题的事实	激励问题	法律解决方案
无行为能力	无行为能力人做出承诺	以最低成本保护无行为能力人	以最有利于无行为能力人的利益的方式解释合同
胁迫	受约人进行破坏性威胁	阻止威胁	不强制执行受强迫情况下做出的承诺
趁人之危	受约人威胁不进行援救	回报援救	受益人支付援救成本和回报
履行不能	突发性事件阻碍了合同履行	鼓励防范和分散风险	由最小成本风险承担者承担责任
情势变更	突发性事件摧毁了履约的目的	鼓励防范和分散风险	由最小成本风险承担者承担责任
对事实的互有错误	买卖双方对事实都存在误解	鼓励防范和分散风险	由最小成本风险承担者承担责任
对合同标的物的互有错误	买卖双方所想的不是同一回事	阻止非自愿交易	解除合同
单方错误	买方或卖方对事实存在单方误解	结合信息和控制权；鼓励发现	强制履行合同
信息披露责任	受约人因为没有了解信息而受损	激励信息供给	对损害承担责任
欺诈	受约人有意提供虚假信息	防止虚假信息的供给	不予履行合同和承担损害赔偿责任
定式合同	卡特尔利用标准的格式合同促进共谋	分解卡特尔组织	不予履行卡特尔合同
程序上显失公平	消费者对零售合同中一些重要条款的无知	为有关合同条款含义的交流提供激励	除非讨价还价的过程中存在重要信息的交流，否则不予履行合同

推荐阅读

Eisenberg, Melvin A., *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741 (1982).

Eisenberg, Melvin A., *The Limits of Cognition and the Limits of Contract Law*, 47 STAN. L. REV. 211 (1995).

Eisenberg, Melvin A., *The Emergence of Dynamic Contract Law*, 88 CAL. L. REV. 1743 (2000).

Eisenberg, Melvin A., *Disclosure in Contract Law*, 99 CAL. L. REV. 1645 (2003).

Eisenberg, Melvin A., *Mistake in Contract Law*, 99 CAL. L. REV. 1573 (2003).

Eisenberg, Melvin A., *Actual and Virtual Specific Performance: The Theory of Efficient Breach and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 CAL. L. REV. 975 (2005).

GOLDBERG, VICTOR E., FRAMING CONTRACT LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE (2007).

GOLDBERG, VICTOR E., ED., READINGS IN THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW (2006).

Hermalin, Benjamin, Avery W. Katz, & Richard Craswell, "The Economics of Contract Law," in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, v. 1 (2007).

Katz, Avery W., *The Option Element in Contracting*, 90 VA. L. REV. 2187 (2004).

Katz, Avery W., *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 COLUM. L. REV. 496 (2004).

Posner, Richard A., *The Law and Economics of Contract Interpretation*, 83 TEX. L. REV. 1581 (2005).

SALANIE, BERNARD, THE ECONOMICS OF CONTRACTS: A PRIMER (2nd ed. 2005).

Schwartz, Alan & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L. J. 541 (2003).

Scott, Robert E. & George G. Triantis, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 COLUM. L. REV. 1428 (2004).

Scott, Robert E. & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*. 115 YALE L. J. 814 (2006).

Shavell, Steven, *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*, 84 TEX. L. REV. 831 (2006).

▶附录

数学附录

1 建立模型

为了能通过模型对履约和信任进行更为形式化的分析，我们将用数学和图表来分析华夫饭店的案例。图 7.5 描述了赛维尔的预防支出和履约概率之间的关系。变量 x 表示赛维尔的预防支出；变量 p 表示履约的概率；$p=p(x)$ 表示这两个变量之间的函数关系。当赛维尔的支出增加时，履约的概率提高；所以，p 是关于 x 的增函数。

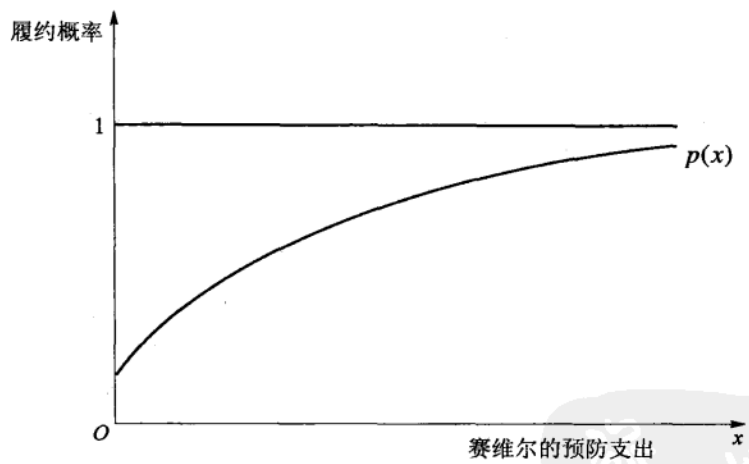

图 7.5 预防支出和履约概率的直接关系

接着，我们来看伊冯娜的信任投资。图 7.6 描绘了伊冯娜在 9 月份预订食品原材料的数量和盈利之间的关系。根据定义，9 月的盈利等于总收入减去总成本。食品原材料的定货支出是伊冯娜的一种可变成本。为了简单起见，假设伊冯娜在 9 月份再无其他的成本。所以，变量 y 用来表示伊冯娜在食品原材料上的支出，也是她每个月的总的可变成本。

总收入等于伊冯娜9月份的销售额，数额取决于她是在新店营业还是在旧店营业。如果赛维尔如期交付，那么，伊冯娜将在9月1日拥有新店，从而在9月份得到高收入，图7.6中以曲线$R_p(y)$表示。相反，如果赛维尔没能如期交付，那么，伊冯娜在9月1日将只拥有旧店，从而9月份只能获得低收入，用图7.6中的曲线$R_{np}(y)$表示。

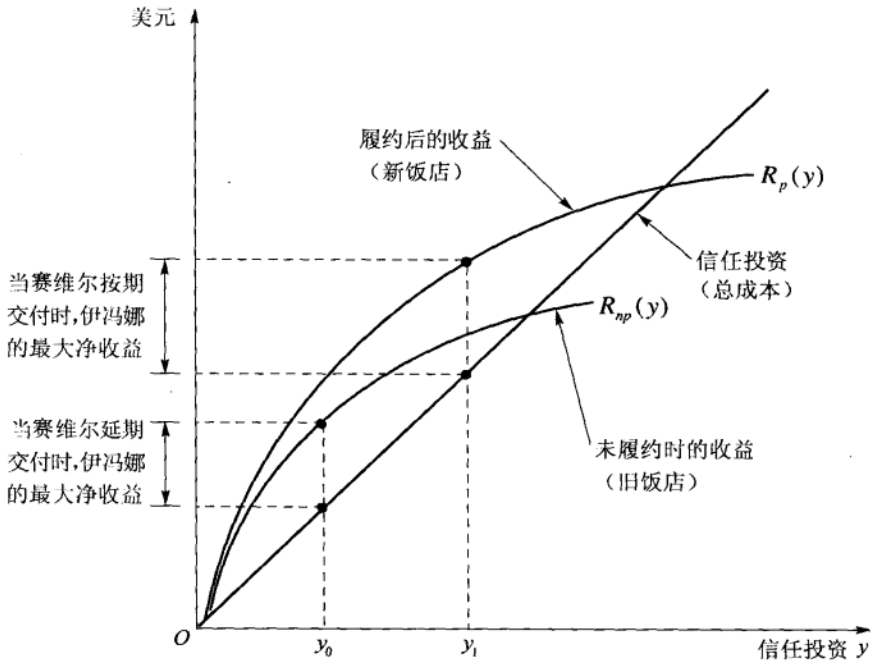

图7.6　受约人的信任投资如何取决于立约人履约的概率

如图7.6所示，利润等于总收入和总可变成本的差额，是相应的总收入曲线和总成本曲线间的垂直距离。具体是哪条总收入曲线取决于赛维尔如期完工的概率。如果，赛维尔能如期完工，那么，总收入曲线是$R_p(y)$；相反，如果赛维尔延期交付，那么，总收入曲线是$R_{np}(y)$。

伊冯娜通过最大化总收入曲线和总成本曲线间的垂直距离来最大化其净收益。当总收入曲线是$R_p(y)$时，高水平的信任投资——图7.6定义的y_1——能最大化伊冯娜的净收益。而当总收入曲线是$R_{np}(y)$时，低水平的信任投资——图7.6定义的y_0——能最大化伊冯娜的净收益。在两种信任投资水平上，都有信任投资的边际成本（通过原点的直线的固定斜率）等于信任投资的边际收益[$R_p(y)$或$R_{np}(y)$的斜率]。

在y_0的基础上增加对食品原材料的订购是有风险的。如果赛维尔如期交付，当y超过y_0越多（趋向于最大值y_1），伊冯娜的收益增加的也越多，但如果赛维尔延期交货，伊冯娜的收益减少的也越多。

从华夫饭店这个具体的案例，我们能归纳出两个一般性的原理：一是立约人能采取高成本的预防措施来提高履约的概率；二是如果立约人履约，受约人的信任投资越高，其利润就越大，但如果立约人违约，其损害也就越大。

2 效率

效率要求通过对预防支出和信任投资的选择使伊冯娜的预期收益减去赛维尔的预防支出后的差值最大。首先，考虑赛维尔的预防支出。支出的增加会同时提高赛维尔的履约成本和伊冯娜的预期收益。效率要求赛维尔在自己的成本和伊冯娜的收益间取得平衡。其次，考虑信任投资。伊冯娜信任投资的增加会提高当赛维尔如期交付时她的收益，但也会减少当赛维尔延期交付时她的收益。效率要求伊冯娜在预期收益和信任损失间寻求平衡。

下面，用数学语言重新表述上面对效率问题的说明。效率要求通过选择适当的 x 和 y 来最大化伊冯娜的预期收益与赛维尔的预防成本的差值：

$$\max_{x,y} \underbrace{p(x)R_p(y)+[1-p(x)]R_{np}(y)}_{\text{伊冯娜的预期收益}} - \underbrace{y}_{\text{伊冯娜订购食品原材料的成本}} - \underbrace{x}_{\text{赛维尔的预防成本}} \qquad (7.1)$$

伊冯娜的预期利润

我们将会解释，要如何选择 x 和 y 才能最大化上式。首先，考虑赛维尔的预防支出，x 的增加能提高履约的概率 $p(x)$，从而使伊冯娜有高收益 $R_{np}(y)$。效率要求，赛维尔最后 1 美元的预防支出能使伊冯娜增加 1 美元的利润。用数学表达为：

$$\underbrace{1}_{\text{边际预防支出}} = \underbrace{p'(x)[R_p(y)-R_{np}]}_{\text{边际预期收入}} \qquad (7.2)$$

其次，考虑伊冯娜。在 y_0 基础上提高 y 的支出，就有 p 的概率增加她的收益 $R_p(y)$，而有 $(1-p)$ 的概率减少她的收益 $R_{np}(y)$。效率要求，伊冯娜对于信任投资的最后 1 美元支出可使她的预期收益增加 1 美元，其数学表达式为：

$$\underbrace{1}_{\text{边际信任投资}} = \underbrace{pR'_p(y)}_{\text{预期收益的增加}} + \underbrace{(1-p)R'_{np}(y)}_{\text{预期收益的增加}} \qquad (7.3)$$

通过(7.2)式和(7.3)式解出(7.2)式中能实现最大化的 x 和 y 的值。我们用 x^* 和 y^* 来表示，这也就是最优的预防水平和信任投资水平。y^* 的值取决于赛维尔履约的概率 p。如果履约是几乎不可能的，那么，很低的信任投资才是有效率的，即 y^* 将无限接近于 y_0。相反，如果履约几乎是确实的，那么，高信任投资才是有效率的，即 y^* 将无限接近于 y_1。如履约的概率大于 0 小于 1，那么，y^* 的值处于 y_0 和 y_1 之间。

3 损害赔偿措施

考虑几种不同的损害赔偿措施。预期损害赔偿 D_e，能使伊冯娜的处境恢复到赛维尔如期交货的状态。因此，预期损害赔偿等于当赛维尔如期交付时伊冯娜的利润$[R_p(y)-y]$，减去当赛维尔延期交付时伊冯娜的实际收益$[R_{np}(y)-y]$。所以，我们就可以对预期损害赔偿做如下定义：

$$\begin{array}{ccccc} D_e & = & R_p(y) & - & R_{np}(y) \\ \text{预期损害赔偿} & & \text{履约收益减去实际收益} & & \end{array} \tag{7.4}$$

机会—成本损害赔偿 D_0，可以使伊冯娜在赛维尔违约的处境恢复到如果她签订的可供选择的最优合同得到履行时她所处的状态。伊冯娜之所以会签订实际的合同，是因为她发现，这个合同的条款至少跟可供她选择的最优合同的条款一样好。为了使模型简单化，我们就不对可供选择的最优合同做具体解释了。

信赖损害赔偿 D_r，可以使伊冯娜的处境恢复到当其没有跟赛维尔或其他任何人签订合同前的状态。假如她没有签订建筑合同，那么，她将花费 y_0 订购食品原材料，并在旧饭店中经营，所以，她的利润为$[R_{np}(y_0)-y_0]$。但现在她实际花费了 y 订购食品原材料，当赛维尔违约时，她的利润为$[R_{np}(y_0)-y]$。两种情况下的利润差就等于她的信赖损害赔偿：

$$\begin{array}{ccccc} D_r & = & [R_{np}(y_0)-y_0] & - & [R_{np}(y_0)-y] \\ \text{信赖损害赔偿} & & \text{无合同时的利润} & & \text{实际利润} \end{array} \tag{7.5}$$

现在，来比较三种损害赔偿措施。履行伊冯娜签订的实际合同至少可以使她的处境跟履行可供选择的最优合同时的处境一样好。因此，预期损害赔偿至少跟机会—成本损害赔偿一样大：$D_e \geqslant D_0$。而履行可供选择的最优合同至少使伊冯娜的处境优于没有签订合同时的状态，所以，机会—成本损害赔偿至少跟信赖损害赔偿一样大：$D_0 \geqslant D_r$。因此：

$$D_e \geqslant D_0 \geqslant D_r \tag{7.6}$$

4 对有效率的预防措施的激励

我们已经用文字和数学公式描述了有效率的行为，接下来，将分析几种可供选择的损害赔偿措施。现在，我们考虑哪种损害赔偿措施能对立约人和受约人的有效率的行为产生激励。

赛维尔要承担自己预防措施的全部成本 x。他还有$[1-p(x)]$的概率要承担损害赔偿 D。因此，$\{x+[1-p(x)]\}$就是赛维尔的预期成本。其通过对 x 的选择来最小化预期成本：

$$\min_{x} \quad x \quad + \quad [1-p(x)D]$$

预防成本　　预期责任　　(7.7)

图 7.7 描述了赛维尔面临的问题。如图所示，当他不采取任何预防措施时，他的成本很高，因为，他的预期损害赔偿会很高。但如果他采取了过度的预防措施，他的成本也会很高，因为预防成本高于责任成本的下降。赛维尔通过选择适当的预防措施，即图 7.7 中的 x^* 来最小化他的成本，此时，他的预期成本曲线达到最低点。赛维尔每增加 1 美元的预防成本，就能带来 1 美元预期责任成本的减少。换言之，当预防的边际成本等于预期的边际责任成本减少时，其总成本最小：

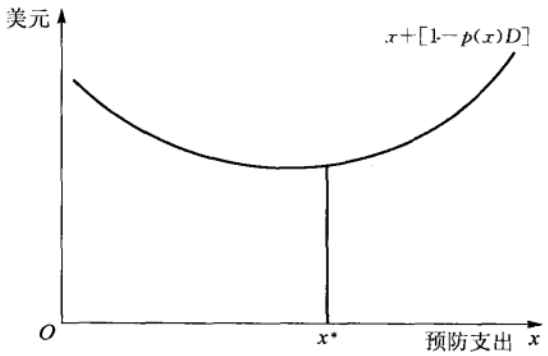

图 7.7　受约人的预防成本和违约的预期支出

$$1 \quad = \quad p'(x)D$$

预防的边际成本　　边际预期责任成本的减少　　(7.8)

我们能通过对(7.8)式中的 D 的不同定义来比较三种损害赔偿措施的激励作用。首先，考虑(7.4)式所定义的预期损害赔偿 D_e。用 D_e 替换的(7.8)式中的 D 可得：

$$1 \quad = \quad p'(x)[R_p(y)-R_{np}(y)]$$

预防的边际成本　　边际预期收益　　(7.9)

这个等式和(7.2)式的效率约束是完全一样的，证明了预期损害赔偿能使赛维尔采取社会最优的预防水平来最小化他的预期成本。

预期损害赔偿之所以能对立约人采取有效率的预防水平的激励作用是显而易见的。立约人要承担预防的全部成本。但当他们也享有预防的全部收益时，这种激励是有效率的。全部的收益等于，他自己获取的收益加上受约人获取的预期收益。受约人获取的预期收益等于立约人在预期损害赔偿下的责任成本。因此，**预期损害赔偿能使立约人内在化他预防违约的全部收益**，即能激励有效率的预防水平。

现在考虑机会—成本损害赔偿和信赖损害赔偿。由(7.6)式可得，预期损害赔偿至少与机会—成本损害赔偿一样多，而机会—成本损害赔偿又至少与信赖损害

赔偿一样多。如果这三种损害赔偿相等，那么，它们每一种都激励立约人采取有效率的预防。但如果预期损害赔偿大于另外两种可供选择的损害赔偿，那么，另外两种可供选择的损害赔偿就不能对立约人采取有效率的预防提供充分的激励。“不能提供充分的预防激励”意味着，立约人将通过低于最优预防水平的预防来最小化预期成本。我们能对上述结论做如下总结：

对立约人采取预防违约措施的激励

预期损害赔偿		机会—成本损害赔偿		信赖损害赔偿
D_e	=	D_0	=	D_r
有效的		有效的		有效的
D_e	>	D_0	>	D_r
有效的		不充分的		不充分的

图 7.8 描述了上述内容。预期损害赔偿 D 的增加，将激励赛维尔采取预防措施来防范可能导致他违约的突发性事件。当损害赔偿从 D_r 增加到 D_0，再从 D_0 增加到 D_e 时，赛维尔最小化成本的预防水平也从 x_r 增加到 x_0，再从 x_0 增加到 x_e。

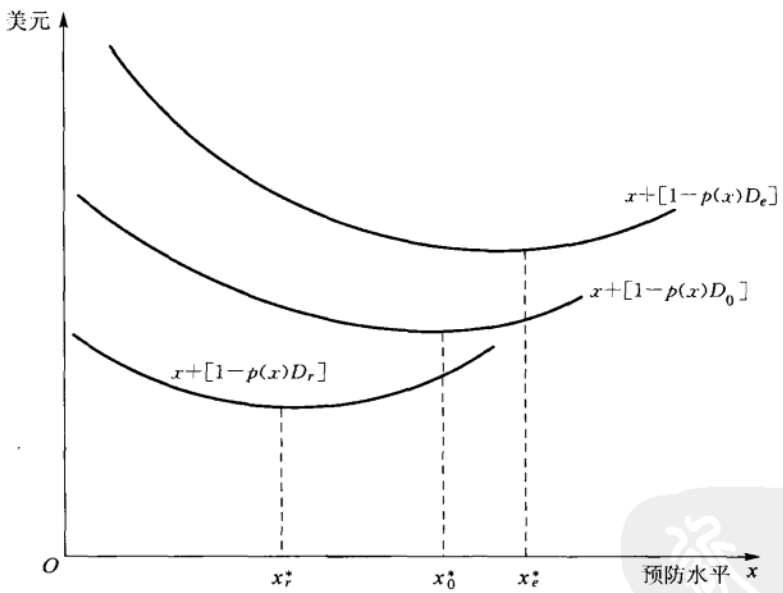

图 7.8 预防水平随着违约损害赔偿大小而变化

我们不难理解，为何当损害赔偿金低于预期损害赔偿额时，就会产生激励不足。根据前面的解释，预期损害赔偿能使立约人完全内在化预防的全部预期收益。所以，当损害赔偿金少于预期损害赔偿时，就使立约人的部分收益外在化。例如，机会—成本损害赔偿将外在化部分受约人源于合同履行的收益，而这部分收益是受约人通过选择可供选择的最优合同所无法取得的。

问题 7.44

请解释，为何完全预期损害赔偿能给立约人采取有效率的预防产生充分的激励？请解释，为何完全的机会—成本损害赔偿或信赖损害赔偿无法为立约人采取有效率的预防提供充分的激励？

问题 7.45

假设违约救济方式是强制履行。

a. 利用图 7.8 解出，当立约人的强制履行的成本等于预期损害赔偿时，赛维尔采取的预防水平。

b. 利用图 7.8 解出，当立约人的强制履行的成本大于预期损害赔偿时，赛维尔采取的预防水平（你对立约人和受约人的重新协商有什么暗含假设）。

问题 7.46

假设违约救济的方式是返还非法所得，同时假设返还非法所得额超过预期损害赔偿额。利用图 7.8 解出赛维尔采取的预防水平。

5 对有效率的信任投资的激励

我们已经解释了，对立约人采取的预防水平的激励是否有效取决于损害赔偿的水平（“总的损害赔偿额”）。预期损害赔偿为立约人采取有效率的违约预防提供了有效率的激励；而且机会—成本损害赔偿和信赖损害赔偿都只能提供不充分的激励。接下来，将解释法律如何为受约人的信任投资提供有效率的激励。我们将发现，对立受约人信任投资激励的有效性取决于信任投资导致损害赔偿的变化（“边际损害赔偿”）。

伊冯娜的信任投资为 y；她将以 p 的概率获得收益 $R_p(y)$，以 $(1-p)$ 的概率获得收益 $R_{np}(y)$ 和损害赔偿 D。这个概率权重之和就等于她预期净收益，伊冯娜通过对 y 的选择最大化她的预期净收益：

$$\max_{y} \quad \underbrace{pR_p(y)+(1-p)[R_{np}(y)+D]}_{\text{预期收益和损害赔偿}} - \underbrace{y}_{\text{信任投资}} \tag{7.10}$$

图 7.9 描述了伊冯娜的最大化问题。如果伊冯娜的信任投资为 0，那么会因为在将来订购不到充足的食品原材料而预期净利益很低。如果她过度信任而订购了太多的食品原材料，也会导致她的预期净收益很低。伊冯娜通过选择一个适当的信任投资，图 7.9 中的 $y^{\sim}$——此时，伊冯娜的净收益曲线达到最高点——来最大

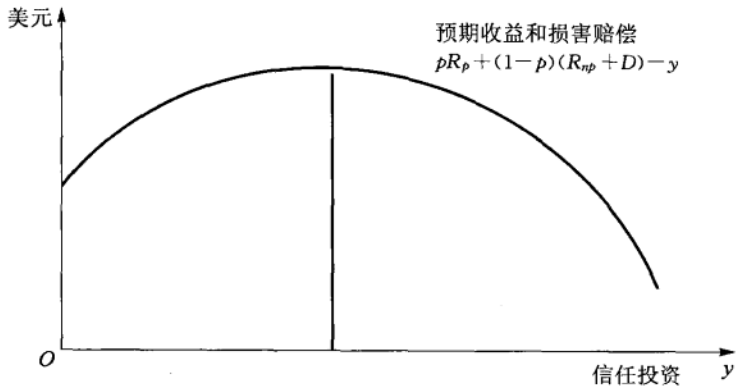

图 7.9　受约人的预期净收益

化净收益。换言之，当信任投资的边际成本等于预期收益和损害赔偿的边际增加时，伊冯娜的净收益最大。

$$1 = pR_p'(y)+(1-p)R_{np}'(y) + (1-p)D'$$

信任投资的边际成本　预期边际收益　预期边际损害赔偿　(7.11)

我们可以通过(7.10)式来比较各种损害赔偿措施的激励作用。回顾一下，预期损害赔偿可以使立约人的处境恢复到合同得到顺利履行时其所处的状态。在前一章中，我们已经把完全预期损害赔偿定义为，足以使受约人的处境恢复到合同顺利履行且其信任投资最优时其所处状态的赔偿。在华夫饭店这个案例中，完全预期损害赔偿等于当赛维尔如期交货时伊冯娜的收益和当赛维尔违约时伊冯娜的收益间的差价(假设伊冯娜进行最有效率的信任投资，$y=y^*$)：

$$D_e^* = R_p(y^*) - R_{np}(y^*)$$

完全预期损害赔偿　给定最优信任投资水平下，预期收益减去实际收益　(7.12)

注意，(7.12)式包含的并不是伊冯娜的实际信任投资 y，而是她的最优信任投资 y^*。当信任投资等于 y^* 时，伊冯娜的预期损害赔偿就不再随着实际信任投资的变化而变化。增加 1 单位的信任投资 y 并不会改变她所能获取的损害赔偿。用 D' 表示“边际损害赔偿”，意思是，伊冯娜每增加 1 美元的信任投资，她所能获得的损害赔偿额的增量。因此，如果伊冯娜进行最优信任投资，她的边际损害赔偿就等于 0，即 $D'=0$。把 $D'=0$ 代入(7.11)式可得：

$$1 = pR_p'(y) + (1-p)R_{np}'(y)$$

边际信任投资　预期收益的增加　预期收益的减少　(7.13)

(7.13)式和(7.3)式的效率条件是完全相同的，这证明了，完全预期损害赔偿能激励伊冯娜采取社会最优的信任投资水平。

完全预期损害赔偿能对受约人的信任投资提供有效激励的原因也是显而易见的。效率要求让增加风险的人来承担风险。受约人的信任投资增加了风险，尤其是一旦发生违约，受约人的投资会受损。当受约人的信任投资超过最优水平时，完全预期损害赔偿不再随之提高而是保持不变。因此，过度信任导致的风险仍由受约

人自己承担。简言之，完全损害赔偿能使受约人内在化超过最优信任投资的风险。

我们利用图 7.10 对完全预期损害赔偿和不完全预期损害赔偿进行比较分析。“无损害赔偿”曲线，当 $D=0$ 时，伊冯娜的预期净收益。通过增加完全预期损害赔偿 $D=D_e^*=D(y^*)$ 对这条曲线加以移动，得到“完全预期损害赔偿”曲线。当信任投资增加时，完全损害赔偿保持不变，所以有 $D'=0$。当伊冯娜的信任投资最优，即 $y=y^*$ 时，图 7.10 中的完全预期损害赔偿曲线达到最高点。

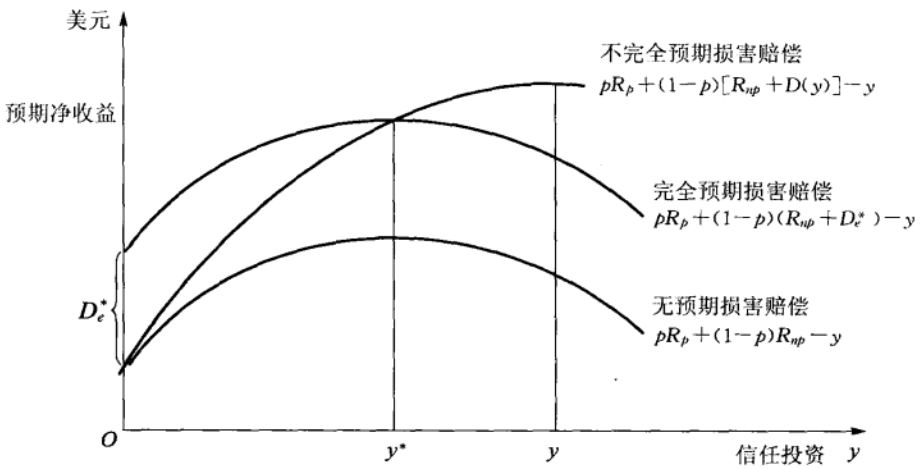

图 7.10　信任投资随违约边际成本而变化

最后，图 7.10 中“不完全预期损害赔偿”曲线是指，当损害赔偿是信任投资的函数，即 $D=D(y)$ 时，伊冯娜的净收益。① 注意，不完全损害赔偿 $D(y)$ 随着伊冯娜信任投资的增加而增加，所以有边际预期损害赔偿大于零，$D'>0$。这将导致，当 $y>y^*$ 时，图 7.10 中伊冯娜的预期净收益曲线向右移。这种移动导致伊冯娜的预期净收益曲线在 $\tilde{y}$ 达到最大值，且有 $\tilde{y}>y^*$。② 简言之，图 7.10 举例说明了，正的边际损害赔偿（$D'>0$）会导致过度信任投资（$y>y^*$）。

问题 7.47

图 7.10 中，为何“无损害赔偿”曲线和“完全损害赔偿”曲线会在相同的 y 取到

① 可以用三个事实来解释图中不完全损害赔偿曲线的形状：(1)在信任投资不足时，完全损害赔偿超过不完全损害赔偿：当 $y<y^*$ 时，有 $D_e^*>D(y)$；(2)达到有效率的信任投资水平时，有完全损害赔偿等于不完全损害赔偿：当 $y=y^*$ 时，有 $D_e^*=D(y)$；(3)在信任投资过度，不完全损害赔偿超过完全损害赔偿时：当 $y>y^*$ 时，有 $D_e^*<D(y)$。

② 证明，当 D 由零增长为一个正值时，伊冯娜的信任投资会增加。注意，$D'>0$ 意味着，对于任意给定的 y，(7.11)式的右边项大于由(7.3)式[或(7.13)式]给出的效率条件。

最大值？请解释，为何“无损害赔偿”会给伊冯娜的信任投资提供有效率的激励，而却无法为赛维尔的预防投资提供有效率的激励？

问题 7.48

图 7.10 中，当 y 大于 y^* 时，“不完全损害赔偿”曲线位于“完全损害赔偿曲线”的上方；而当 y 小于 y^* 时，“不完全损害赔偿”曲线位于“完全损害赔偿曲线”的下方。下面我们考虑一条由 y 小于 y^* 时的“不完全损害赔偿”曲线和 y 大于 y^* 时的“完全损害赔偿”曲线所组成的混合曲线。

$$D=D(y)，当\ y<y^*$$

$$D=D(y^*)，当\ y>y^*$$

假设伊冯娜的预期净收益就是由这条混合曲线所决定，那么，其能得到的对实际损害的最大补偿为 $D(y^*)$。请问，给定这条混合的损害赔偿曲线，能最大化伊冯娜预期净收益的 y 是多少？

问题 7.49

假设双方当事人没有就合同进行重新协商。也假设违约救济方式是强制履行。强制履行确保了赛维尔的履约。请问在图 7.6 和图 7.10 中，伊冯娜的信任投资是多少，y_1，y^*，y_0？并对回答加以解释。

问题 7.50

假设合同的救济方式是返还非法所得。返还非法所得取决于立约人从违约中所能获得利益。因而，返还非法所得并不会随着受约人的信任投资发生变化，即 $D'=0$。请用图 7.10 解释，返还非法所得对冯伊娜的信任投资是否提供有效激励？

▶8 侵权法的经济理论

"早期的法律，问题总是很简单，'被告是否做出了伤害原告身体的行为？'今天的法律除去某些基于公共政策的案件之外，往往会问更深一层的问题，'该行为有过失吗？'"

——詹姆斯·巴尔·亚当斯(James Barr Adams)：
法律和道德(Law and Moral)，22 HARV. L. REV. 97，99(1908)

"即便不存在过失，公共政策仍然要求责任能够确定不移，只要它能最有效的减低市场上有缺陷的产品对人们生命和健康所造成的危害。"

——罗杰·特莱诺(Roger Traynor)法官：
"伊斯克拉诉可口可乐瓶装公司"案
(Escola v. Coca-Cola Bottling Company)，150 P. 2d 436(1944)

人们总是会做错事而彼此伤害：驾驶汽车的在高速公路上发生撞车；酒吧里的顾客挥拳打伤了站在他附近的无辜者；意在控制生育的子宫内节育器却导致妇女不孕；报纸失实的报道说某商人因嫖宿而下狱了；教授进行了一场不公平的考试；如此等等，不一而足。犯下这些错事里，有些是无意间偶发的，有些则是蓄意为之；有些非常严重，有些纯属鸡毛蒜皮；有些已经构成犯罪，有些则仅是滋生些许烦恼而已。

倘若以上这些案例中的受害者都提起了法律诉讼，那么受害者当按何种实体法进行起诉呢？由于原告和被告都是个人(而非国家)，根据定义，这些诉讼自然属于"私法"范畴。我们已经学习了两类实体法，它们主要是私法——财产法和合同法。由于在上述任一案例中，并没有违约导致损害的事情发生，所以受害者显然不能以合同法起诉。同样，受害者也不能以财产法起诉他人伤害了其身体、名誉或学校记录，因为这些东西并非**财产**(你不能转让自己的身体，把你的名誉馈赠他人或者卖掉你的学校记录)。众多诸如此类的损失，合同法或财产法力不能逮，例如，1989 年在阿拉斯加，Exxon Valdez 油轮残骸造成的直接经济损失高达 10 亿美元以上(这还不算因此造成的大量鸟类、鱼类、海豹、乌贼和鲸鱼的死亡)。

事实证明，在财产法和合同法之外，还需要第三类重要的实体私法。这类私法

应该能够处理某些可补偿的错误，这类错误既非来自对合同的背离，亦不能由对未来行为干预的严厉禁止加以补救。以下是几个具体的例子。

例 1

乔·泼忒托斯因为妻子琼·泼忒托斯的不贞行为而心情烦乱。在卸货码头一夜繁重的劳作之后，乔看到吉姆·布劳格斯走近。由于怀疑吉姆迷恋琼，乔侮辱了吉姆·布劳格斯并且对其实施了殴打，打断了吉姆的鼻子。布劳格斯随后以侵犯其名誉和打伤鼻子为名，起诉了乔。

例 2

三个猎人到树林里打雉鸡。猎人们以 25 公尺左右的距离四散排开，沿着相同的方向前进。走在中间的那个猎人惊起了一只鸟，那只鸟扑棱着翅膀飞起来。在这个猎人左右两边的猎手一起转向中间并开了火。鸟飞走了，但是中间的那个猎人被猎枪打瞎了眼。他左右的两个猎人肯定有一个造成了这一事故，但是无法分辨到底谁是肇事者。受害人便把他们两个都告上了法庭。

例 3

一个生产汽车燃料添加剂的生产厂家需要严格的质量控制。如果质量控制在较高的水平，那么产品中的化学混合物就会比较适中，不会损害汽车的发动机。但是，如果质量控制有所放松，从而混合比例不恰当，则这批化学混合物就会出现瑕疵。有些车使用了这种有瑕疵的产品会受损，特别是发动机会因拉杆脱落而报废。拉杆脱落之后，细心一点的修理工检查该车的燃料和其他有关迹象，可以找到事故原因。生产厂家认为，保持高水平的质量控制所花费的成本，比由于低水平的质量控制造成的某些汽车发动机报废所带来的损失还要大，因此厂家坚持在较低的水平上进行质量控制。被损害车的车主遂起诉了该厂家，并请求惩罚性的损害赔偿。

在英语国家里，关于这些案例的普通法实体名称即为侵权法。日尔曼人在 1066 年征服英格兰之后，很快就丢弃了法语，但是在法律的书写方面却保留了其独特的方式。侵权(Tort)是“法兰西法律用语”，本身来源于拉丁单词“tortus”[意思是扭曲缠绕(twisted)]。在欧洲大陆，关于侵权的普通法和“民事责任”法律有重合之处。欧洲大陆用这个词来表示适用于损害的私法，与犯罪诉讼相区别。然而，不同的法律传统处理这些法律领域的边界往往比较宽泛，多少总有些差异，并且也多多少少接受了其他不同的法条。

例1说明了何谓“故意侵权”，之所以这么称呼，是因为施害人对受害人故意造成伤害。很多故意侵权也是犯罪，比如强奸罪，违法殴打，非法监禁以及蓄意非法胁迫。受害人可以以侵权法起诉造成这类行为的人为其损失负责，也可以由国家检察部门以刑法提起公诉。故意侵权和犯罪非常相近，所以，在此将暂不讨论它们，而留至第11章展开对犯罪的分析时，再讨论故意侵权。

在本章和下一章讨论的侵权行为，主要是非故意的错误行为，也即因过失造成的事故。例2即是如此，它描述了一个打猎中发生的意外事故，并非蓄意伤人。例3稍微复杂些。厂家对质量控制停留在低水平上确是故意的，而且对汽车可能造成的损害在统计上也是可以预测的，但是对于具体哪一辆汽车会造成损害实属偶然。因为施害人卖给了受害人一个产品，因此双方都参与了一场商业交易，从这个角度上看，该案例和其他两个案例又有所不同。

有关意外事故的法律是私法最早的组成部分之一，并成功运用正式的经济模型进行了分析。我们将在本章内容中解释这些模型。本章和本书所有的导论性章节一样，主要集中于理论阐述，下一章中我们将经济理论运用于侵权法的具体领域，展开更为详尽的分析，探讨侵权责任制度改进的建议。

8.1 何谓侵权法

在本章开始，我们先看到了几个合同法和财产法不提供救济的伤害案例。因为这里面不存在违约行为，也没有造成财产损失，也不存在对禁令的一再违反，因此受害人无法根据这些法律进行起诉。这一缺失导致了对侵权法的需求。现在我们力图证明，合同法和财产法之间**必然**存在着这样的脱节，由此，我们可以说明侵权法的经济学本质。

8.1.1 侵权法的经济本质

正如第4章所解释的那样，财产法通过清晰的权利界定，使得人与人之间的合作更为便利。也正如第6章所解释的那样，合同法通过使人能够做出可信承诺，便利了人们之间的合作行为。在一个人对他人施加的多种伤害上，财产法和合同法可以让人们彼此合作，共同解决问题。为说明这一点，可以回想一下在解释科斯定理时所讨论的例子，比如牧场主的牛和农场主的庄稼，抑或发电厂排放的烟雾和洗衣店的白色衣服，又或者铁路擦出的火星和农民的麦地。

然而，就有些伤害而言，议价成本如此高昂，以至于事故各方无法一同合作解决其事。举例而言，单个司机无法和其他每一个司机都进行谈判，从而得出一致的意见，来处理如何分派未来交通事故的成本。每个司机也无法与乘车的或步行的人都进行签约，尽管这些人都有可能会被汽车撞到。乘客们也不会达成一系列私人协议，实行从社会角度看更有效率的防范。

对于其他各种谈判来说，绝对成本并不是很高，但是相对成本却很高昂。考察一下例 2 中的三个猎人，就能说明这一点。在去打雉鸡之前，他们能够彼此协商，达成协议分担事故的成本。但是，协商的成本（包括由于这样的协商制造出来的不愉快氛围）相对于事故发生的微小概率而言是很大的。这些例子表明，财产法和合同法之间必然存在着漏罅，在这些地方，高昂的交易成本关闭了讨价还价之门。

例 1 中，乔·泼忒托斯在打断吉姆鼻子的时候，并没有想过要与他人进行谈判。在这个例子中，合作的障碍在于情绪，而不是成本。在例 3 中，虽然质量较差的汽车燃料添加剂会损伤汽车发动机，但厂家可能认为大多数消费者都对这种由于燃料添加剂造成的危险没有多少认识。结果汽车燃料添加剂厂家可能不想去警示消费者，不愿在与消费者签订的合同或者产品保证书中提及。例 3 中的合作障碍是消费者的无知以及生产者为保护自己的私人信息而做出的策略性决定。

现在来回忆一下科斯定理是如何用来处理所有这些议价障碍的——包括议价成本、情绪化、私密信息和策略行为，科斯定理把它们全部归为“交易成本”。我们可以用这一概念来解释合同法与侵权法之间的边界。合同法处理的是人与人之间的关系，这种关系中达成私人协议的交易成本相对较低，然而，侵权法涉及的则是私人协议的交易成本相对高昂的那一类人与人之间的关系。经济学家把由私人协议之外所造成的伤害叫做**外部性**。侵权责任的经济学目的就是希望，使施害人和受害人将那些由于未能防范而造成的伤害的成本**内部化**。侵权法通过让施害人补偿受害人来实现成本内部化。当潜在的犯错者内部化了他们所造成的伤害的成本时，他们就有动力去在有效率的水平上进行安全上的投资。**侵权法的经济本质即是通过责任的运用，将那些由于高交易成本造成的外部性内部化。**

侵权责任仅仅是把这种外部性内部化的政策工具之一。其他的政策工具还包括刑事条例、安全规章和税收激励。每一种工具都有其优势和劣势。本章将解释侵权责任作为内部化外部性的政策工具，其强弱之处何在。

问题 8.1

第 6 章中，我们区分了默示规则和明令规章之间的差别。只要各方明确同意使用某一规则，则默示规则即可适用。明令规章则不考虑各方是否同意，是强制性的。第 6 章中我们对比了在合同法中默示规则比明令规章更为有效率的各种情境，以及那些明令规章比默示规则更为有效率的各种情境。在侵权法中，同样可以用经济学来做相同的比较。

8.1.2 侵权责任的传统理论

接下来将根据经济功能来阐述侵权法的本质。在分析之前，我们先来看一下

关于侵权的传统法学理论。在20世纪早期，有一种法学理论划分了侵权的各个基本要素。这一关于侵权法的传统理论在100年前的美国被广泛接受，尽管它从未像人们对待古典契约理论那样，取得同样的一致意见。我们之所以讨论传统理论，是因为由其所确立的关于侵权的基本要素划分，在对侵权责任进行分析的经济模型里同样也是基本的组成部分。

传统的侵权理论中，原告必须提供三个基本要素：

（1）原告必须已经受到**伤害**；

（2）被告的行为或者过失必须与原告所受伤害存在**因果关系**；

（3）被告的行为或者过失必须构成被告对原告的**未尽义务**。

下面将依次解释这些基本要素，并从经济学的理论角度加以阐释。

1. 伤害

原告以侵权为由进行起诉所要求的第一个基本要素就是他必须已经遭到伤害。如果没有伤害，即便该行为是危险的，也不适用侵权。为了说明这一点，我们假定例3中的厂家卖了一批燃料添加剂，这种燃料添加剂卖给装有常规汽化器的汽车是无害的，但是如果卖给装有涡轮汽化器的汽车就有危险。如果一个车主安装的是常规汽化器，他得知真相可能会很愤慨，但是并不会因此得到赔偿。赔偿的前提是他的车必须确实已经因此受到损害。

同样，责任法并不向处于风险之中的人进行补偿，只是在风险发生时赔偿。为了更好的理解，我们假设一家工厂发生了意外，把100名工人处在一种化学品影响之下，根据医学专家的说法，这会导致其中15%的人20年后罹患肝癌。在传统的侵权理论里，受害人很难胜诉，因为无法揭示其已处在危险之中。相反，受害人必须等到20年后，彼时人们确已罹患癌症，方能因伤害而起诉。一些学者支持赔偿处于风险之中的受害人，但是到目前为止，美国法院还是不愿予以采纳（关心这类伤害风险的社会团体大都使用政府机构颁行的安全条例而非侵权法，来最小化遥远未来受到伤害的风险）。

对于伤害，还有一个简单的经济学解释：受害人的效用或利润函数向下移动。为了展开分析，在图8.1里画出查理的个人效用函数，主要考察两种商品——健康（横轴表示）和财富（纵轴表示）。图8.1中的无差异曲线如U_0或U_1，表明此上所有健康和财富的组合给查理的满足水平是一样的。更高的无差异曲线表示更多的满足水平。这样，U_0以上任何健康和财富的组合都比U_0本身和U_0以下的健康和财富的组合更好。查理的无差异曲线形状表明他愿意在维持总的福祉水平下，对两种物品的多寡进行权衡。图中，如果查理沿着U_0向下移动，他的财富会以一定比率上升，正好弥补他恶化的健康。同样，如果查理沿着U_1向上移动，他的健康会以一定比率提高，正好弥补他减少的财富。

假定查理最初拥有健康H_0，拥有财富W_0，效用函数即为：$U_0=U(H_0,W_0)$。现在假设阿曼达伤害了查理，使得他的健康下降到H_1，财富下降到W_1。查理已经受伤害，因阿曼达的原因，查理的效用由U_0下降到U_1。完全赔偿的话，阿曼达需

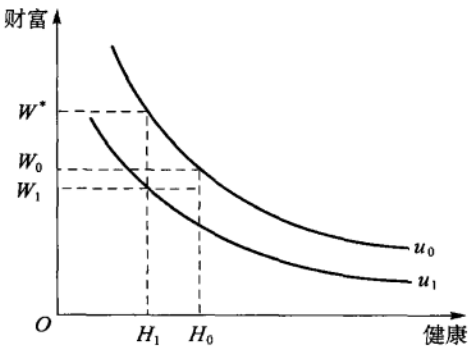

图 8.1 表示伤害导致受害人的效用从较高的无差异曲线移到较低的无差异曲线，以及对损害赔偿的测量

要将查理的效用重新恢复到 U_0 水平。达到此目的的传统方式是支付一笔赔偿金。当然，这里我们必须保证精心的治疗可以恢复查理的健康。一般来说，这笔赔偿金总额上应由补偿财富损失的(W_0-W_1)以及恢复健康所需花费的费用(H_0-H_1)组成。这可以将查理的状态恢复到事故发生以前的水平。

然而，如果假设此次事故对查理造成的伤害将是难以愈合的，也即查理的健康将永久地停留在 H_1 上，虽是如此，阿曼达也只能通过增加查理的财富使其满意程度恢复到事故发生之前的水平，这不再是恢复财富到原来 W_0 水平，而是要使财富达到某个水平 W^* 上。由于查理会在财富和健康之间进行权衡，阿曼达可以给他等价的货币来补偿他在健康上不可挽回的亏负(注意此处对补偿性的货币赔偿的阐述与第 7 章中“豪金斯诉麦琪”案的阐释是相同的)。

图 8.1 表达的是完全赔偿的理想状态。在现实生活中，侵权法对受害人能够从施害人处获得赔偿的那些伤害给予了多种限制。传统上来说，法院会要求对易于记录的切实损失给予赔偿，比如说医疗成本、收入损失、财产的重置或者修复费用等等。对照而言，法院习惯上不太乐于对那些不是很切实的、或者很难测量的损失要求赔偿，比如感情伤害、精神压抑、友情损失以及“痛苦和伤心”等等。当然，美国法院已经在稳步扩大赔偿伤害的范围，以包括更多的非切实的损害。例 1 可以说明这一点，布劳格斯可能会获得由于泼忒托斯的辱骂和殴打而造成的情感伤害的赔偿。其他国家也已经在扩大可赔偿伤害的范围，但是尚且没有美国这样广泛。

扩大可赔偿伤害的范围有利有弊。一方面，这种扩展会允许对过去不受赔偿的真正伤害予以赔偿，这一点，下面这个曾经用过的案例可以很好的说明。假定某人驾车出了意外，撞死了一个生活在温馨家庭的儿童。这个儿童的死并不会给其他家庭成员带来收入上的损失，相反还可能节省开支。这一情形曾给法院出了个难题：法官们希望将损害赔偿限定在可测算的经济损失范围之内，然而从需要抚养的小孩的死亡上无法得出这样的损失。由于家庭的其他成员要求索赔，法院不得

不允许对感情伤害和丧亲之痛进行赔偿。①

扩大可赔偿伤害的赔偿范围还有一个令人烦恼的问题：那就是法院如何对非切实的(但又是真实发生的)损失用货币来计算其数值呢？如前所述，完全赔偿意味着货币偿付需充分到可以使受害人在获得此金额之后能够恢复到其受伤害或受赔付之前的效用水平上来。完全赔偿是法院试图将成本内部化的一个正确的目标，但是对于非切实然而真实的损失而言，执行这样的赔偿的确有着困难。更糟的是，完全赔偿的观念有时在法庭上也遭失利。对一个儿童的死亡进行赔偿，虽则支付给了他的父母一笔金钱，但是无论如何也无法使得其父母把这些钱的价值等同于他们的孩子。

对于这类非切实损失带来的困扰，可归之于**责任差异**，如果同一个法院给受到同一种伤害的受害人不同的赔偿时，这类责任差异的情况就出现了。同样，面对受到同样伤害的不同受害人，法院所判定的受害人的损失各国之间也大相径庭，例如，美国人就比德国人支付的损失赔付更高，德国人又超过了日本人。公平和效率看起来似乎需要在每一个法院里减少责任差异，在不同的管辖区域尽量协调一致。经济学建议，可以通过接受更好的推理和更好的预测能力的方式，来计算非切实伤害的损失，从而减少责任差异。

问题 8.2

假设某人在一次事故中被烧伤，经历了一周左右的剧烈疼痛，之后痊愈了。在这次烧伤事故里，原则上的“完全赔偿”是指什么？为什么你会预期真正的赔偿不会是完美的？

问题 8.3

描述布莱克尔纵火案中，对格斯考尼恩—斯塔布斯家族 15 代孙的财产所遭受的破坏，执行完全赔偿会遇到哪些困难？

2. 因果关系

根据传统的侵权理论，一项侵权的第二个基本要素就是“因果关系”。按照传统理论，原告若想起诉，被告必须已经造成了对原告的伤害。我们可以通过修改例 1 来说明这一点，假定正当泼忒托斯的拳头就要打中布劳格斯的鼻子时，布劳格斯

① 很多法律体系有着相似的情形，它们过去常认为，一个人行为的法律事由随着他的死去而灭失。因此，如果有人在一次事故中遇难，依据这样的理论，他的社会地位不能带来对抗施害人的行为。在下一章，我们还将转回来讨论这个问题，同样还会讨论有测量困难的损失之类的赔偿。

脚下的地板破碎，他摔倒了，且跌伤了自己的鼻子。此次跌倒使得布劳格斯躲过了泼忒托斯的拳头，但是他的鼻子还是难逃厄运。在这个新的例子里，有过失（打了一拳），也有损失（鼻子伤了），但是前者不再是导致后者的原因。没有这层因果关系，打了一拳的泼忒托斯在侵权法中就不需对伤害负责。

因果关系这个基本要素把侵权和道德迅速的拉开了距离。为了说明这一点，我们设想一下例 2，当猎人对雉鸡开枪的时候，两个猎人同样都很鲁莽，未曾预料到结果如何。这仅仅是一次巧合，其中一个猎人确实射瞎了受害人的眼睛，而另外一个没有射到眼睛，乃是出于侥幸。因为他一样是很莽撞的，在道德上并无二致。他们可能都应受到谴责，但是他们并不同样负有责任。在传统的侵权规则里，只有那个确实造成伤害的猎人才是有责任的；另外一个侥幸的猎人没有责任。

这种因果关系的观念看似十分简单——或许你脑海中会有两个台球互撞的景象——但是这一印象容易使人误导。因果关系在哲学上是一个出了名的难题，而且这一困难也带到了法律中来。法律区分了两类原因。第一种也是最广泛的，即“事实原因”（cause in fact）。律师经常使用一个简单的标准，他们称之为“条件检验法”（but for test），以此来决定行为 A 是否是结果 B 的事实原因：“要是没有 A，B 还会发生么？”如果这个问题的答案是否定的，那么 A 就是 B 的事实原因。如果这个问题的答案是肯定的，那么 A 就不是 B 的事实原因。

为了说明这一点，让我们在例 3 中来运用这一方法。除非劣质燃料添加剂的确是造成引擎拉杆脱落的事实原因，否则车主就无法索赔。要不是因为劣质燃料添加剂，引擎拉杆还会脱落吗？如果答案是否定的，那么劣质燃料添加剂就是事实原因；如果答案是肯定的，那么劣质燃料添加剂就不是事实原因。

条件检验法可以在很多法律案例里决定因果关系，但是在某些案例中，它却可能是无效的，或者说是容易发生误导的。如果伤害的原因很多时，它就可能无效。现在我们再来改变一下例 1，假定泼忒托斯向布劳格斯挥舞老拳，布劳格斯躲开了，不慎跳到一块腐烂的地板上，结果地板塌陷，布劳格斯跌倒伤到了自己的鼻子。如果没有泼忒托斯老拳相向，要打布劳格斯，布劳格斯的鼻子还会受伤吗？即便布劳格斯并没有被迫躲开泼忒托斯，这个答案也还要取决于布劳格斯是否会踩到腐烂的地板。如此以来，泼忒托斯这一拳是否是使布劳格斯的鼻子受伤的事实原因就不是那么清楚了。这一拳可能不是伤害发生的必要条件，尽管它确是充分条件集合里的一个因素。①

多重原因也能提高伤害的几率，比如有一个人，他父母死于肺癌，他则生活在石棉墙板的房间，而且在一个有着致癌化学品的工厂里工作，平时还抽烟，那么他患癌症的几率就很大。法院一直在努力发展一种更具操作性的理论，来分配当可能的伤害事实上成真的时候产生的责任。一位经济学家可能会用一个回归分析来

① 哲学里有一篇著名的文章认为，原因是充分非必要条件集合中的必要非充分部分（INU）。参见 J. L. Mackie, Causes and Conditions, 2 Am. Phil. Q. 245(1965)。

估计由遗传、石棉墙板、工作环境里的化学品或者抽烟所带来的患癌症的几率，有着最大的系数的变量就是最主要的原因。如果这个人真得了肺癌，要起诉某人的话，法院可以将全部责任赋予最主要的原因、在各种因素中的分摊责任，或者认定没有责任。

将条件检验法应用在伤害之前的一系列事件上时，会产生另外一个问题：条件检验法对远因和近因一视同仁。① 为了说明这一点，我们回到最初泼忒托斯打断了布劳格斯鼻子的例子。这一拳是布劳格斯鼻子断掉的事实原因，但是还有很多其他的原因。比如说，如果泼忒托斯没有出生，他就不会打断布劳格斯的鼻子；如果乔·泼忒托斯的父母没有怀上他，他就不会出生；因此乔的父母也是布劳格斯的鼻子被打断的事实原因。条件检验法在近因（乔的拳头）和远因（乔的出生）上并不做区分，一视同仁。

被告的行为必须不仅是事实原因；它还必须是造成原告伤害的近因，这样才能建立起传统理论下的法律责任。“近”是一个程度的问题，这样问题就产生了，“在法律上，具体一个原因的确定，与其相联的接近程度又如何确定呢?”一个最著名的案例就提出了这样的问题，这就是“帕斯格拉夫诉长岛铁路公司”案[248 N. Y. 399，162 N. E. 99(1928)]。法庭所据以判断的相关事实如下：

> 原告帕斯格拉夫夫人买了一张去洛克威海滩的火车票，准备坐火车去那里，她站在被告长岛铁路公司铁路旁边的站台上。此时，一列火车停在站内，准备开往下一站。这时有两个人冲过来上车，其中一人抓住了车厢，虽然这时列车已经开动了，但是他没有发生意外。可是另外一个人背着一个袋子跳上车厢，似乎没有站稳，快要摔下来了。车厢里的乘务员这时打开车门，伸手把他拉进去。另外一个站在月台上的乘务人员从背后来推他。就在这个时候，这名乘客的背包松落，掉在了车轨上。背包并不大，约 15 英寸见方，外面是一层报纸裹着。但是实际上背包里面装的却是烟花，从表面上看不出包里是什么，也没有任何标志。这些烟花落地之后，发生了爆炸，炸毁了站台另一头几英尺远的一些路标。正是这些路标的碎片击中了原告，使她受到了伤害，帕斯格拉夫夫人因此进行起诉。

① 有一个著名的例子可以说明一个细微的原因能够导致多么大的事件发生，这是《鹅妈妈》(Mother Goose)中的诗句：

丢失一枚钉子，坏了一只蹄铁；
坏了一只蹄铁，折了一匹战马；
折了一匹战马，伤了一位骑士；
伤了一位骑士，输了一场战斗；
输了一场战斗，亡了一个帝国；
这一切都只因丢了一枚蹄铁钉。

纽约地方法院判定被告不对帕斯格拉夫夫人的伤负有责任，因为铁路公司的乘务员推那名乘客的行为在引发原告受伤事件的一系列因果关系中是相距较远的间接原因。[①] 正如这个案例所表明的那样，对于责任而言，尽管有时候具有决定作用，但是却并不是很严密。

著名哲学家伯特兰·罗素(Bertrand Russell)认为，科学的进步正是以精确的数学概念"函数"取代模糊的"因果关系"概念达成的。[②] 侵权法中的因果关系的观念与经济模型里的函数彼此是可以联系在一起的。经济模型中的消费者偏好用效用函数来表达，生产函数则用来表示生产者技术。效用函数中的各个变量值决定了消费者的效用水平，生产函数中的各个变量则决定了产出水平。消费者可以通过改变消费函数中的变量值来实现效用最大化，生产者则通过改变生产函数中的变量值来实现利润最大化。如果某人所控制的变量会降低其他人的效用函数或者生产函数，那么他就会对其他人造成伤害。比如说，长岛铁路公司控制着影响其产出的变量，这些变量同样影响着帕斯格拉夫夫人的效用。侵权法中的因果关系的函数表示，是在其他人的效用函数或者生产函数中出现了某人控制的变量。

为了说明这一点，我们假定阿曼达喜欢抽烟，用函数 $u_A=u_A(S,\cdots)$ 表示，这里 u_A 表示阿曼达的效用水平，S 表示阿曼达抽烟的数量，"…"表示所有其他影响阿曼达效用的变量。查理的效用取决于他的健康和财富，我们把它写作 $u_C=u_C(H,W)$。假定查理的健康是阿曼达抽烟这一行为的减函数：$H=H(S)$。阿曼达的效用函数是 $u_A=u_A(S)$，查理的效用函数是 $u_C=u_C[H(S),W]$，都包含变量 S。阿曼达控制的变量 S 直接影响了查理的效用(进一步复杂化前面的函数形式，我们可以得出阿曼达抽烟和查理的健康水平之间的或然性联系[③])。

当同样的变量在不同的人们的效用或生产函数里出现时，这些函数会是"相互依赖的"。相互依赖的效用或生产函数构成了外部性问题，此时，总有一些障碍阻挡各方一起谈判，以及在有效率的价值上就相互依赖变量的设置达成协议。侵权法中的"因果关系"普遍存在着这种有相互依赖的效用或生产函数导致的外部性问题。

问题 8.4

假设有一辆汽车由于汽化器的原因导致穿越铁路时抛锚，此时，一列火车驶

① 就像很多著名案例所表明的，事实并不像一代代的法学院学生们所相信的那样的直截了当。参见 John Noonan, Persons and Masks of the law 127(1976)。

② Bertrand Russell, *On the Notion of Cause*, 13 Proceeding of the Aristotelian Society(1912—1913).

③ 为了说明这一点，令 $H=1$ 表示"无癌"，$H=0$ 表示"有癌"。令 p 表示患癌的概率，此处 $p=p(S)$ 是一个增函数。查理的预期效用可以写为：$p(S)u_C(0,W)+[1-p(S)u_C(1,W)]$。

来，由于刹车失灵撞上了该辆汽车。在这次意外事故里，何者是最近的近因？谁又有“明显的最后机会”来避免此次事故的发生呢？对第一个问题的回答会否影响到第二个问题的答案？

3. 未尽义务

在某些情况下，我们所提到的前两种基本要素——伤害和近因——对于确认被告的侵权责任已经是足够了。建立在伤害和因果关系之上的责任规则即是所谓的“严格责任”。比如，某建筑公司使用炸药清除道路障碍，那么在普通法里，由于爆炸而出现的任何伤害建筑公司都负有责任。总的来说，普通法将严格责任原则应用到“非常规的危险活动”上，就比如刚才所说的炸药爆炸的情况。①

然而，在一般的案例中，受害人为了索取损失的赔偿，在伤害和因果关系之外，还需要证明更多的东西。除了这两个基本要素之外，原告一般必须证明的是，被告有些原本应对原告做出的义务未尽到，并且正是由于这一未尽义务造成了原告的伤害。为了说明这一点，我们来看例 1 中泼忒托斯没有将不准伤害布劳格斯的鼻子这一义务尽到。当施害人未尽一项法律义务时，他就已经是“有过错”(at fault)或说已经是存在“过失”(negligent)了。例如，例 2 中那两个猎人中的一个甚或两个猎人在使用枪支上都存在过错。

责任归属规则(rule of liability)要求被告去证实伤害、因果关系以及过错的存在，它是一个“过失”归责原则。这不像严格责任原则，过失侵权责任原则允许被告以遵守了所有要求注意的适用标准(applicable standard of care)进行抗诉。

现在准备展开对过错的经济学解释。有一些过错是二元的(要么—要么、是—否、开—关)。比如说，一位乘客要么系上了安全带要么没有系上；一个游泳池要么装了救生设施要么没有装。不过，注意的法律标准(legal standard of care)有时也适用于持续的变量。比如，汽车可以持续的改变行驶速度，信托公司可以持续的改变所持有的政府债券(一个非常安全的投资项目)在整个信托投资组合中的比例。经济学家常偏爱在经济理论中使用连续变量。因此，我们用连续变量 x 表示预防水平，x 值较高表示预防水平较高。在侵权案件里，原告通常必须证明，被告未尽到本应对原告履行的义务。保管责任(duty of care)指的是一种法定标准，它规定了最低可接受的预防水平。图 8.2 中，$\tilde{x}$ 表示法律标准。低于 $\tilde{x}$ 的预防水平就违背了保管责任。预防水平 $\tilde{x}$ 将图 8.2 一分为二，划分成两个区域——一个是允许区域，一个是禁止区域。这样，$x<\tilde{x}$ 表示行为者有过错，而 $x\geqslant\tilde{x}$ 表示行为者没有过错，x 表示施害人提供的真实预防水平。在过失侵权责任原则下，如果决策人采取了相当于甚或高于法定水准的预防的话，他将被免除对他人所有意外伤害的责任；而那些采取了低于法定预防水准的人，则须向受到意外伤害的人支付损害赔偿金。

法律又是如何来判断过错的呢？在很多国家，政府针对某些特定行为制定了

① 美国《侵权法(第二次)重述》€519(1)(1977)。

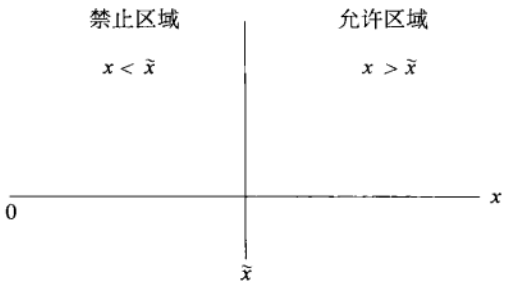

图 8.2　连续变化的预防水平的法定标准

详尽的管制条例，比如高速公路上的限速条例就是这样，然而对其他的法律义务则语焉不详，对“鲁莽驾驶”的法律定义就是一例。鲁莽驾驶这类行为，法律通常向不成文的社会规范和社区习俗求援，比如运用“道路规范”之类来规范。各国法律在就“注意”的广泛原则以及表达这些原则的语言方面，取舍万殊。英语国家的普通法强调**合理**注意的义务。这一标准在被告的真实预防行为和一个理性的人应该在该情况下做出的预防行为之间，进行了比较。欧洲的民法典并不依靠“合理性”这一概念(参看此节专栏，那里赫伯特爵士对“理性人”概念极尽挖苦)。大陆法系的律师经常被要求合理注意的规范弄得无所适从，因为这类规范极少给人以行为指导，更多的是倚重法官的判断。结果，民法典经常在精确的定义责任方面费尽心机。大陆法系的律师(也即在那些民法国家从业的律师)时常会旁征博引那些宽泛的原则，诸如“权利滥用”(即所有者以某种方式行使其财产权时损害到他人利益)，或“家长制”(一个人负有这样的义务，即要求像父亲对待其家人一样对待其他人)，又或“理性”(选择有效方式达到法律目的)。正如我们下面看到的，经济分析会揭示出隐藏在不同法律传统和语言下的行为上的相似性。

我们已用图 8.2 解释了“过失”的含义。在过失侵权责任原则下，对过失的证实是构成责任的必要条件。对照而言，严格侵权责任原则下因果关系的证明是构成责任的必要条件，而过失的证实则是不必要的。有些学者发现在历史上责任法于这两种责任归属原则之间变动的模式(本章起始引述的亚当斯教授的话即是其例)。严格责任是部落中氏族之间常用的责任归属原则。与此相似，这些历史学家们声称，欧洲很多国家 19 世纪之前也都采用严格责任原则，而进入 20 世纪之后，过失责任原则开始成为一般性的责任归属原则。所以，就像本章起始的引文所表明的，近年来“将过错作为界定责任的一个条件”这样的要求胜出了。然而，严格责任原则在 20 世纪的下半叶再次复兴，尤其是在针对美国消费者的制造商责任这方面。在当今美国，制造商对其有缺陷的产品所引起的伤害负有严格责任，并无须问对于这一缺陷制造商是否有过错。这在本章起始的第二段引文里即已表明。例 3 可以说明这一点，有缺陷的燃料添加剂生产厂家应对由于该添加剂造成的汽车伤害负有严格责任。

网页便笺 8.1

复归严格产品责任的明显态势有一些最新的迹象——可以称之为发生在产品责任领域的一场“静悄悄的革命”。在我们的网站上，讨论了这一迹象。

问题 8.5

通过图 8.2，来说明机动车辆必须遵守规定的时速限制（如 90 千米/小时）。

问题 8.6

对于狗主人何以对狗所造成的伤害负有过失责任，而老虎的主人要对老虎所造成的伤害负有严格责任，请给出一个经济学的解释。

让我们来歌颂理性人

下面是 A. P. 赫伯特爵士（A. P. Herbert）[①]在一篇名为“理性人”的文章里，写的一段著名的关于理性人的搞笑模仿秀：

“英国普通法不辞辛苦，虚构了这么一个神话般的人物——‘理性人’形象。这真是一个最高典范，一个样板，是集我们所有想要的优秀公民的品格于一身的圣哲化身……在构成英国普通法博学判决的令人目眩神迷的森林里，无论我们旅行到任何地方，亦无论我们的旅行多么短暂，想不遇到这个理性人是不可能的……

理性人总是顾念他人；以审慎为指导，‘安全第一’是其人生信条。所到之处，他总是不断顾盼，在每一次跳跃之前他总是细心观察前方，谨慎如一；他既不会分心他顾，心不在焉，也不会在临近舞台出场门或码头边沿时还毫无知觉；他会在支票的存根上详细记下每一件事，而且认为这样做实在天经地义；他绝不会爬上一辆还在移动的公共汽车，也不会在火车开动时走出车来；在施舍乞丐之前，总要对乞丐盘根问底；耍弄小狗时，也总会提醒自己这个小狗的历史习性；在弄清真相之前，他绝不轻信流言，更不用说传播它了；他从不踢球，

① Sir A. P. Herbert(1890—1971)：英国小说家、剧作家、诗人和政治家，以诙谐幽默见称。作为牛津大学议会中的无党派人士，他曾提出婚姻诉讼法案(1937 年通过)，该法案从根本上修正了英国的离婚法律。——译者注

除非他前边的人已经把场地清扫的干干净净，空无一物；每年辞旧迎新之日，他也从不对他的妻子、邻居、佣人甚至牛、驴等牲畜提过分的要求；做生意时，但求薄利即可，而且还要至少一打人都认可这做法'公平'才行，即便他对生意伙伴或者代理人及货物有些怀疑和不信任，也均能在法律认可范围之内；他从不骂人、不赌不怒，信守中庸，即使在鞭打自己的孩子时也常常想着那至高无上的中庸之道；他就像一座巍然屹立在我们正义法庭之上的纪念碑，徒劳地向他的同胞们呼吁，以他为榜样来安顿自己的人生……"

本节的结论

侵权责任的这三个基本要素与井井有条的社会生活画面如此巧妙的契合在一起。在平常生活中，人们会彼此转嫁风险。社会已经发展出各种规定行为标准的社会规范，来限制这些风险的发生。人们有时会违反这些行为标准，从而带来了伤害。这些伤害的费用必须有人承担。法院追溯伤害的因果关系与对标准的违反，并因之要么将责任归属于有过错的一方，要么简单地将责任归于造成伤害的那一方。

大多数侵权行为与这一图景是一致的，因此，以之作为本主题的导引是有帮助的。但是，法院的实际判例已经开始偏离传统的侵权理论。有时候现代的法院会发现，在有些案件里，侵权的三个基本要素有一个并不具备。下面，我们会介绍一些对传统的侵权理论有所偏离的情况，在此之前，我们先来给出一个美国侵权责任法最新情况的概览。我们已经讨论过侵权法的基本要素，并给出了定义。侵权律师不断地推进那些边界，扩大侵权责任以求囊括非切实性、或然性关联和无过错责任。

问题 8.7

说出下面几种侵权行为的三个基本要素：

a. 一个司机驾车过十字路口时闯红灯，与另一辆汽车相撞，发生车祸；

b. 艾尔油炸圈饼店的主人散布谣言，声称贝蒂油炸圈饼店的顾客食用该店的油炸圈饼中毒。

c. 一家商店的自动扶梯把一位顾客的裤腿绞成了碎条。

8.2 侵权责任的经济理论

哲学关注意义，科学关注因果关系。经济分析不是通过其基本要素来界定"侵

权”，而是将责任归属原则的影响加以模型化，进行分析。我们已经解释过，当交易成本过于高昂，阻碍私人之间达成协议时，侵权责任可以使得施害人将其施加于他人身上的成本内部化。现在，我们来展开最简单的侵权法成本内部化模型，用于从经济学角度解释伤害、因果关系和过错。

8.2.1 最小化事故的社会成本

侵权法的经济学模型建立在非常简单的元素之上：伤害的成本和避免伤害的成本。让我们先从一些概念和简单的函数开始。事故发生的概率用 p 表示，随着用 x 表示的预防水平的提高，p 值会下降。这样 $p=p(x)$ 即是 x 的减函数。如果事故发生，它会产生以下的伤害：收入损失、财产损害、医疗花销等等。若用 A 表示事故造成伤害的货币价值，A 乘以 p 等于用美元表示的伤害的预期值（之所以称为“预期”是因为存在概率分布）。

和 $p(x)$ 一样，预期伤害 $p(x)A$ 是预防水平 x 的减函数。[①] 图 8.3 表述了这一情况，横轴表示行为人预防水平 x 的值，纵轴则表示美元数量，包括预期伤害的美元价值 $p(x)A$。图 8.3 中标有 $p(x)A$ 的曲线向右下方倾斜，表示预期伤害随着预防水平的提高而下降。

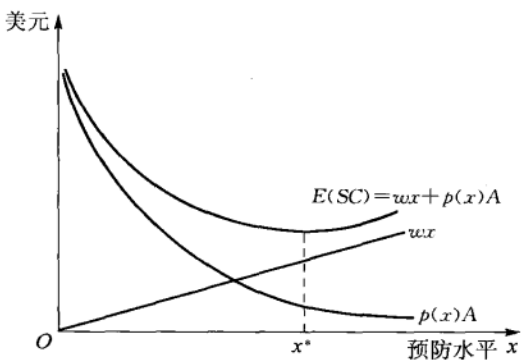

图 8.3 预期伤害函数

采取预防措施常常意味着金钱和时间上的损失，或是会带来不便。假设预防成本每单位 w 元。为了分析简化，假定 w 是一个常数，不会随预防水平 x 的变化而变化。因此，xw 等于花费在预防措施上的费用。图 8.3 中的 xw 的图形是一条过原点的直线，斜率为 w。

图 8.3 描述了两类事故成本：用于预防的成本以及预期伤害的成本。在这个最为简化的模型里，假定没有任何额外的社会成本。这样的简化乍看起来有些牵

① 为了使曲线图更简洁，我们假定 A 是一个常数。只要 $p(x)A$ 是凹函数，假设 A 是 x 的减函数并不会改变分析结果。

强，但是在吉多·卡拉布雷西(Guido Calabresi)的《事故的成本》(*the cost of Accidents*，1970)一书中这却是关键的一步。该书首次系统地比较了不同侵权规则下的激励效应。

因此，我们可以将预防的成本和预期伤害的成本相加，以取得事故的预期社会总成本，用 SC 表示：

$$SC=wx+p(x)A \tag{8.1}$$

预期社会总成本曲线在图 8.3 中可由 wx 线和 $p(x)A$ 曲线在每一个预防水平 x 上垂直相加而得，其结果是一个 U 型曲线，可将之标识为 $SC=wx+p(x)A$。

由于预期社会总成本曲线是 U 型的，在 U 型的底部必有一个 x 值存在。这个值在图 8.3 中标为 x^*，即最小化事故的预期社会总成本的预防水平。对效率的追求，要求最小化事故的预期社会总成本，因此 x^* 即是社会总体有效率的预防水平，或简单的说是预防的有效水平。

从数学上来描述 x^* 的性质。更多一点预防带来的成本(边际成本)等于每单位 w 的价格。更多一点预防会减少伤害的预期成本(边际收益)。这一减少当等于事故的概率[用 $-p'(x)$ 表示]乘以伤害 A 的成本。① 这样以来，有效预防水平 x^* 可以解下述方程求得：

$$\underset{\text{边际社会成本}}{w} \quad = \quad \underset{\text{边际社会收益}}{-p'(x^*)A} \tag{8.2}$$

这个方程解决了上述问题，即“选择能够最小化事故成本以避免事故发生的预防水平。”

如果预防水平小于有效水平，那么预防的边际社会成本就小于边际社会收益：$(x<x^*)\Rightarrow[w<-p'(x^*)A]$。当预防的边际社会成本小于边际社会收益时，效率标准会要求更高的预防水平。在这种情况下，更高的预防水平是成本有效的。同样，如果预防水平越过了有效量，那么预防的边际社会成本就超过了边际社会收益：$(x>x^*)\Rightarrow]w>-p'(x^*)A]$。在这种情况下，效率标准会要求采取稍低一点的预防水平。

图 8.3 描述了预防水平对社会成本的影响。但是在图 8.3 中并没有论及是谁的预防水平。有时候潜在的施害人可能采取了预防措施，而潜在的受害人却没有，比如在对无意识的人进行外科手术时就是这样。有时候可能两方都可以采取预防措施，比如生产厂家为其药品的纯度做出保证，而消费者须服用医生建议的剂量。图 8.3 可以用来表示由受害人或施害人所做出的预防水平与社会成本之间的关系。注意这里的“预防”(precaution)指的是任何降低事故发生概率和数量的行为。表 8.1 是表示各种可能性的几个例子。

① 紧随 p 后的(′)表示函数 $p(x)$ 在 x 处的曲线斜率，该斜率在图 8.3 中是负的，因此在 p 之前置一个负号，以使表达式 $-p'(x)$ 为正。

表 8.1 事故与预防

意外事故	施害人的预防措施	受害人的预防措施
违章连接电路致使房屋失火	施工电路时应更谨慎	房屋防火措施
开车撞到停在路边的车	安全行车	将车停放在更安全的地方
开车撞到行人	安全行车	过马路注意安全
电脑软件不能运行	设计更好的软件	将数据备份
可乐瓶爆炸	提高瓶子的质量控制	小心使用
药物的副作用	改善药物使用说明	认真阅读药物的使用说明

8.2.2 在无责任或严格责任下对于预防的激励作用

在得出预防水平的效率值之后，现在来考虑一下如何达到该效率值的激励机制。为了达到有效率的激励，法律应该调整行为人的私人收益和成本，从而使之与社会收益和成本相一致。一般而言，当决策人将其行为的边际收益与边际成本内部化时，激励机制即符合效率标准。在简单模型里，对预防的激励取决于谁来采取措施防范事故的发生，以及法律如何分配伤害所造成的成本。下面将比较在几种不同的配置伤害成本的法律规则下，有关各方各自的激励效应。

首先，考虑这样的情况：事故施害人不承担任何责任，即由受害人选择预防水平。先来看受害人的决策，将他的预防水平标识为 x_v。[①] 受害人选择预防水平，用 x 的下标 v 和 w_v 来表示，受害人为 x_v 单位的预防水平支付成本 w_v。现在考虑伤害 A 的成本，这是受害人所承受的。因为已事先假定现在的侵权责任原则是无责任原则，即施害人不承担责任，所以，受害人要承担预期的伤害 $p(x_v)A$。受害人预期承担的总成本等于预防措施带来的成本加上伤害的预期成本：$w_v x_v + p(x_v)A$。受害人有动力去最小化他承受的成本。结果，受害人会选择 x_v 来最小化 $w_v x_v + p(x_v)A$ 的值。设当预防水平为 x_v^* 时，总成本取得最小值，此时，受害人预防的边际成本等于伤害的预期成本上的最终减少量：

$$\underset{\text{受害人的边际成本}}{x_v} = \underset{\text{受害人的边际收益}}{-p'(x_v^*)A} \tag{8.2'}$$

(8.2′)式与(8.2)式的效率条件是一致的。因此，可以表明：**无责任原则会使得受害人将预防的边际收益和边际成本内部化，这给予受害人采取有效预防以激励**（稍后会考虑施害人的激励效应）。

现在，从相反方向对另外一个法律规则来重复进行上述分析。设想当施害人是严格责任的时候，受害人采取预防措施的激励动机（尽管这一设想并不现实，但

① 为了更好地说明，我们假定在事故发生之前，受害人知道他可能会成为受害人，施害人知道他也可能会成为施害人。在现实生活里，一个人通常——但不总是——在其是否会成为一个受害人或施害人之前不知道这一点。

是完全赔偿这一假设对于分析还是非常有用的)。和前面一样,受害人承担预防成本 $w_v x_v$,并且仍然承担预期伤害成本 $p(x_v)A$。此外,受害人在事故发生时还要受到损害 D。根据假设可知,损害是完全可赔偿的,此时 $D=A$。这样,在完全赔偿条件下,受害人在严格责任原则下预期须承担的总的净成本等于预防成本:

$$w_v x_v + p(x_v)A - p(x_v)D$$

受害人有动力去最小化其承担的成本。最终,受害人会选择 x_v 去最小化 $w_v x_v$ 的值。因为 x_v 不能低于 0,故而当预防为 0,即 $x_v=0$ 时,该式有最小值。由此,可以表明:**在完美赔偿条件下的严格责任原则不会给受害人以任何激励去采取预防措施。**

上述结论有一个简单的解释。在完全赔偿条件的严格责任原则下,受害人并不关心是发生意外时获取赔偿还是没有事故发生。受害人若支付其预防成本来降低事故发生的概率,他本身不会得到任何好处。换句话说,受害人将预防的成本内部化了,同时将收益外部化了。因此,受害人有激励不采取预防措施。

我们已经分析了无责任原则和严格责任原则在激励受害人采取预防措施方面的影响。前者给了受害人采取有效预防措施的激励;后者则使受害人没有了采取任何预防措施的激励动机。① 现在,我们考察两种原则在促使施害人采取预防措施方面的作用。用 x_i 表示施害人采取的预防措施的值。施害人为 x_i 单位的预防措施支付的成本为 w_i。然而,伤害 A 的成本却是由受害人承负。除非法律再次重新配置伤害的成本,否则施害人会将之外部化。

假定法律的原则是完全赔偿条件下的严格责任原则。这样,只要事故发生,施害人就必须为损害赔付价值等于伤害成本的数额:$D=A$。施害人的预期责任等于事故发生的概率乘以由事故所造成的伤害:$p(x_i)A$。施害人在完全赔偿的严格责任原则下预期的总成本等于 $w_i x_i + p(x_i)A$。施害人有激励去最小化其所承担的成本。因此,施害人选择 x_i 来使得 $w_i x_i + p(x_i)A$ 最小化。该式取得最小值时的预防水平,我们标识为 x_i^*,此时施害人采取预防措施的边际成本等于伤害的预期成本的最终减少量:

$$\underset{\text{施害人的边际成本}}{x_i} = \underset{\text{施害人的边际收益}}{-p'(x_i^*)A} \qquad (8.2'')$$

(8.2″)式与(8.2)式的效率条件是相对应的。由此,可以表明:**完全赔偿条件下的严格责任原则会使得施害人将采取预防措施的边际成本和收益内部化,这给予其以采取有效预防的激励。**

最后考虑一下无责任原则对施害人采取预防措施的激励效应。假定施害人选择预防水平 x_i,则施害人须承担预防成本 $w_i x_i$。不过,伤害 A 则由受害人担负,而且在无责任原则下,施害人不需支付赔偿,即 $D=0$。施害人须支付的总成本为

① 我们再一次注意一下我们的假设——它经常不真实——在事故发生之前,一方知道他会是施害人。

$w_i x_i$，施害人有最小化其成本的动机。因此，施害人会选择 x_i 以使得 $w_i x_i$ 最小。由于 x_i 须大于 0，因此施害人成本最小时的预防水平也应为 0，即 $x_i=0$。这样，我们表明了：**无责任原则会使得施害人没有采取任何预防措施的激励动机。**该结论也有一个简单的解释：**在无责任原则下，施害人对是否发生意外事故漠不关心。如此一来，施害人内部化了预防成本，外部化了其收益。**

我们利用表 8.2 来总结一下上述各种结论。注意表中的对称性：在每种原则下受害人对于采取预防措施的激励与受害人在另外一种原则下对于采取预防措施的激励是相同的。该表的比较表明，法律是如何为有效率的预防创造激励机制的。如果只有受害人采取预防措施，则无责任原则为有效率的预防提供了激励。如果仅有施害人采取预防措施，则有完全赔偿的严格责任原则为有效率的预防提供了激励。

表 8.2　不同责任原则的激励机制的效率情况一览

	法律原则	采取预防措施	活动水平	
	受害人	施害人	受害人	施害人
无责任原则	是	无	是	否
严格责任原则	无	是	否	是
简单的过失原则	是	是	是	否
过失原则＋与有过失原则	是	是	是	否
严格责任原则＋与有过失原则	是	是	否	是
相对过失原则	是	是	是	否

“是”表示有效率的激励；
“否”表示无效率的激励；
“无”表示没有激励。
鉴定完全赔偿条件和法律标准视同有效率的预防水平。

8.2.3　双边预防

在前述讨论中，我们仅假定一方可以采取措施以防不测事故的发生，这种假设可称为**单边预防（unilateral precaution）**假定。相应的结论是，由于无责任原则能够提供受害人采取有效率预防的激励，因此，在只有受害人采取措施预防事故发生时，无责任原则更佳。反之，因为严格责任原则能够提供施害人采取有效率预防的激励，当仅有施害人可以采取预防措施时，严格责任原则更胜一筹。

现在，我们来考虑施害人和受害人都可采取预防措施的情况，效率标准要求他们双方都采取预防措施。这种假定可称为**双边预防（Bilateral Precaution）**假定（双边预防也被称为“联合预防”）。根据这一假定，社会成本函数具有以下形式：

$$SC=w_v x_v+w_i x_i+p(x_v,x_i)A,$$

而且，社会成本在两方的正的预防水平上取的最小值，即 $x_v^*>0, x_i^*>0$。如前所

述，无责任原则会使得受害人内部化伤害的成本，而施害人则会使之外部化。最终受害人有着有效率的激励，而施害人会面临无效率的激励。无论预防是单边还是双边，这一结论都是明确无误的。相反，完全赔偿下的严格责任原则会使得施害人内部化伤害的成本，而受害人则会使之外部化。最终施害人有着有效率的激励，而受害人则会面临无效率的激励。无论预防是单边的还是双边的，这一结论都是千真万确的。我们因此陷入进退维谷之境：**无论严格责任原则还是无责任原则，都无法满足双边预防假定下的效率要求，即对双方都能产生采取有效预防的激励。**

我们无法通过在受害人和施害人之间分配伤害成本，来摆脱尴尬境地。在双方之间分配伤害成本，会导致每个人都将部分伤害成本外部化，因此对于他们的预防激励会产生低于有效率水平的预防。[①] 这一事实称为“赔偿悖论”(paradox of compensation)，图 7.4 已对此做出过描述。对于这一两难困境，解决之法乃在于过失责任原则，我们将在下一小节进行讨论。

问题 8.8

假使你的汽车停在停车场的拐角处，一个卡车司机在转弯时由于车速太快，不慎将保险杠撞到你的车身上。他的卡车未损毫发，而你的汽车则被撞坏了。无责任原则给了卡车司机避免此次事故的激励，同完全赔偿条件下的严格责任原则所给予的将汽车停放在更安全的位置上的激励是相同的。你能解释一下这是为什么吗？

问题 8.9

请解释在问题 8.8 中，激励问题为何不能由不完全赔偿条件的严格责任原则来解决(例如，实际赔偿为完全赔偿的 50%)。

8.2.4 过失责任原则下的预防激励

现在要证明，过失责任原则能够给施害人和受害人提供有效率的预防激励。

① 为了看清为什么会如此，我们假定有不完全赔偿条件下的严格责任原则，这意味着实际支付赔偿要低于完全赔偿所要求的金额($D<A$)。在不完全赔偿条件的严格责任原则下，施害人会将受害人外部化的那部分伤害成本(D)内部化，并将受害人内部化的部分伤害成本($A-D$)外部化。因此，不完全赔偿条件的严格责任原则并不能给予施害人有效率的预防激励。原因是效率标准要求施害人选择 x_i 以实现 $w_i x_i + p(x_v, x_i)A$ 的最小化，而赔偿条件为赔偿金为 D 的严格责任原则会使得施害人去最小化 $w_i x_i + p(x_v, x_i)D$。如果 $D=A$，则对施害人的激励是符合效率的；如果 $D<A$，则对施害人的激励达不到有效率的水平。同样的讨论可以应用到受害人方面。

过失责任原则指的是行为人如果想规避责任，必须满足法定的谨慎标准。我们假设法院总是执行某一个确定水平的预防标准。根据此假定，我们用$\tilde{x}$来表示法定标准，如图 8.2 中那样，将预防水平分为允许和禁止两个区域。现在，我们把图 8.2 所展示的过失责任原则与在图 8.3 中所展示的经济分析组合在一起。

在图 8.2 中的法定标准用$\tilde{x}$来表示，而图 8.3 中的 x^* 则表示有效率的预防水平。将这两个图形结合在一起，说明$\tilde{x}$和 x^* 之间的相互关系。最为简单的假定是，法定标准即是有效率的谨慎水平：$x^*=\tilde{x}$，随后来证明它是合理的。依据该假设将这两个图形结合起来，用图 8.4 来加以表示。在图 8.4 中的禁止区域($x<\tilde{x}$)对应着低于有效率的预防水平部分($x<\tilde{x}$)，允许部分对应着超过有效率的预防水平的部分($x>x^*$)，在两个区域之间，虚线部分表示有效的预防水平($x=x^*$)。

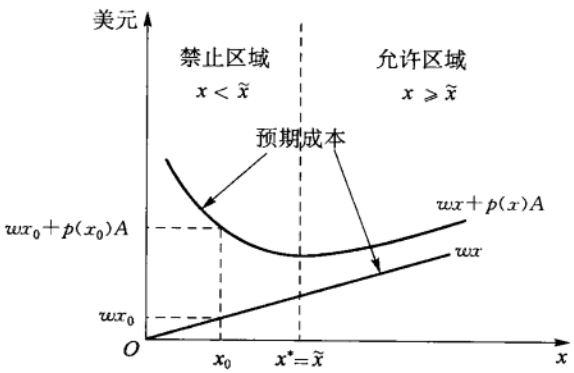

图 8.4　在 x^* 处非连续的预期成本

考虑到施害人的成本是其预防水平的函数，在允许区域内，他是没有责任的，仅仅承担其预防成本 w_ix_i，而不承担受害人所遭受伤害的成本。这样，施害人在区域的成本可以图 8.4 中的直线 w_ix_i 表示。在禁止区域，施害人是有责任的，其所担负的成本既包括其预防成本 w_ix_i，还应包括预期伤害成本 $p(x_i)A$。这样，在禁止区域内，施害人的预期成本即由图 8.4 中的曲线 $w_ix_i+p(x_i)A$ 表示。因此，在图 8.4 中，根据过失责任原则，施害人的成本在禁止区域内为一条平滑的曲线，在 $x=\tilde{x}$处间断，然后变成一条直线。在这条成本线的最低点上，施害人的预防水平等于法定的标准，即 $x=\tilde{x}$。施害人为了最小化其成本，会将预防水平控制在这一水平上。可以由此得出结论：**完全赔偿条件下的过失责任原则在法律标准可视同为有效率的预防水平时，为施害人提供了有效率的预防激励。**

为了说明过失责任原则的激励作用，现在来考虑施害人是如何确定其最优预防水平的。假定施害人将其预防水平定在图 8.4 中的 x_0 处，他将担负预防成本 wx_0 美元，以及他的预期须为事故责任支付成本 $p(x_0)A$ 美元。施害人每增加一个单位的预防水平，其所增加的成本低于由于降低了事故发生概率而相应减少的预期责任成本。因此，理性的施害人会采取更多的预防措施，从而提高预防水平到 x^*，此时责任将为零，施害人也不再有提高其预防水平的动机了。如果施害人的

预防水平已经超过了 x^*，则他将仅仅为其自身的预防措施支付成本每单位 w_i，但是他的责任保持为零不变，因此他将不会采取超过 x^* 的额外预防措施。①

回顾一下，在本节开始时所遭遇的两难困境：一种责任原则如何提供对施害人和受害人都有效率的预防激励？我们已经解释了过失责任原则是如何为施害人提供有效率的预防激励的。现在，解释过失责任原则如何能够为受害人提供有效率的预防激励是很简单的了。而一如前述，理性的施害人为了规避意外事故伤害责任，会采取符合法定标准的预防水平（$x \geqslant \tilde{x}$）。当施害人没有责任时，意外事故的受害人将得不到任何赔偿。由此可知，受害人的行为和在无责任原则情况下是一样的。我们已经证明，无责任原则会使得受害人内部化其边际预防成本和收益，这会带来有效率的预防激励。一般而言，使得施害人采取预防措施满足法定标准以规避责任的过失责任原则，能够为受害人提供有效率的预防激励。关于过失责任原则会产生预防激励的结论，在表 8.1 已做了简要说明。

问题 8.10

*如果没有参与人在其他参与人不改变其策略的情况下通过改变自己的策略提高其支付时，该博弈即达到了均衡。*② *请试证明在施害人和受害人都采取有效率的谨慎水平时，这个简单的责任博弈是均衡的。*

8.2.5 与有过失原则和相对过失原则

过失责任原则有几种不同的形式。我们一直在讨论它最简单的形式，在这种原则下，无论受害人的预防水平如何，当且仅当施害人的预防水平低于法定标准时，施害人对其所导致的意外事故即负有责任。因此可以象征性地把简单过失原则描述如下：

简单过失责任原则：

施害人有过错，$x_i < x_i^* \Rightarrow$施害人负有责任；

施害人无过错，$x_i \geqslant x_i^* \Rightarrow$施害人不负有责任

现在来考察与有过失抗辩的过失责任原则。根据这种法律原则，有过失责任

① 我们在这里可以给出正式的证明。在给定完全赔偿条件的过失责任原则以及法定标准等于有效率的预防水平条件下，施害人面对的是下面的成本函数：

$$x < x^*\text{（禁止区域）} \Rightarrow \text{施害人成本} + w_i x_i = p(x_i)A;$$

$$x \geqslant x^*\text{（允许区域）} \Rightarrow \text{施害人成本} = w_i x_i$$

在禁止区域，施害人的成本随着 x 越来越趋近于 x^*，其成本值也越来越趋近最小值；在允许区域，当 $x = x^*$ 时施害人成本最小，因此通过让 $x = x^*$，可以使得施害人最小化其成本。

② 这就是纳什均衡的定义。

的施害人可以通过证明受害人的预防低于法定预防标准来规避法律责任。在第3章中的“巴特菲尔德诉菲勒斯特”案里，我们已经遇到过与有过失责任。与有过失责任是强加给受害人的一项法律预防标准，也可以象征性地将这种形式的过失责任原则描述如下：

与有过失抗辩的过失责任原则：

施害人有过错，$x_i < x_i^*$，而且受害人无过错，$x_v \geqslant x_v^*$ ⇒施害人负有责任；

施害人无过错，$x_i \geqslant x_i^*$，或者受害人有过错，$x_v < x_v^*$ ⇒施害人不负有责任。

下面的例子对比了过失责任原则的这两种形式。某人在游泳池跳水，头触碰到池底，他以此起诉泳池主人，认为泳池主人没有张贴泳池过浅不能跳水的警告。泳池主人承认他确实没有张贴警告，但他强调说受害人在跳水之前也没有去查验游泳池中水的深度，因而也有过失责任。若双方都有过失，根据**简单过失责任原则**，泳池的主人**负有责任**；若根据与有过失抗辩的过失责任原则，泳池主人是**不负任何责任的**。

在简单过失责任原则或与有过失抗辩的过失原则之下，即便双方都有过错，也仅有一方为所有的事故成本负责。过失责任原则的另一种形式称为“相对过失责任原则”(comparative negligence)，该原则会根据事故双方的过失责任按比例分配成本。例如，如果受害人的过失责任应当对事故伤害的20%负责、施害人的过失责任应当对事故伤害的80%负责的话，那么受害人可从施害人处获得其损失的80%，作为赔偿。

同样可以象征性地将相对过失责任原则描述如下：

相对过失责任原则：

施害人有过错，$x_i < x_i^*$，而且受害人无过错，$x_v \geqslant x_v^*$ ⇒施害人负有100%责任；

施害人无过错，$x_i \geqslant x_i^*$，而且受害人有过错，$x_v < x_v^*$ ⇒受害人负有100%责任；

施害人有过错，$x_i < x_i^*$，而且受害人有过错，$x_v < x_v^*$ ⇒根据过失比例承担成本①

我们已经讨论了简单过失责任原则、与有过失抗辩的过失责任原则，以及相对过失责任原则。过失责任原则还有一些其他形式。比如与有过失抗辩的严格责任原则，依据这一原则，除非受害人无过错，否则无论施害人的预防水平怎样，施害人

① 施害人的过失程度为$\tilde{x}_i - x_i$，受害人的过失程度为$\tilde{x}_v - x_v$（此处$\tilde{x}$下标原文无，但译者考诸英文版的第三版和第四版，都有加下标，根据上下文，加下标似乎更为妥当，因为受害人的最优预防与施害人的最优预防不见得总是相等的，虽然在作者下面的例子中二者是相等的。特此注明。——译者注）。各方的过失责任比例，可以根据相对过失责任原则进行计算并分配责任：

$$\tilde{x}_i - x_i / [(\tilde{x}_i - x_i) + (\tilde{x}_v - x_v)] = \text{有过失的施害人的责任比例；}$$

$$\tilde{x}_v - x_v / [(\tilde{x}_i - x_i) + (\tilde{x}_v - x_v)] = \text{有过失的受害人的责任比例}$$

为了说明这一点，我们看一个例子，假如在一条限速30千米/小时的公路上，一辆时速为40千米/小时的汽车与一辆时速为35千米/小时的汽车相撞，则这两个司机的责任比例各为三分之二和三分之一。

都要承担事故伤害成本：

与有过失抗辩的严格责任原则：

受害人有过错，$x_v < x_v^*$ ⇒施害人不负有责任；

受害人无过错，$x_v \geqslant x_v^*$ ⇒施害人负有责任

为了说明这一点，可以来看消费品责任的例子。消费品责任一般适合于与有过失抗辩的严格责任原则。根据这一责任原则，当有缺陷的产品造成意外事故时，如果消费者没有过失，那么，该生产厂家须对造成的损害承负责任；如果消费者有过失，则生产厂家不须承担责任。

过失责任原则的这些不同的形式，在数学上有着优美的对称性，本章附录将会给出说明。

我们已经概括了四种不同的过失责任原则。法律的经济学分析证明了侵权责任的简单模型一个惊人的事实：**假定完全赔偿条件和每一个法律标准都与符合效率的最优谨慎水平相同，则过失责任原则的任一形式都能够为施害人和受害人提供有效的预防激励。**①

可以很容易的解释上述结论成立的理由。回想一下，简单过失责任原则能够给予双方有效的预防激励的原因：一个理性的施害人为了规避责任，会采取符合法定标准的预防水平，理性的受害人预期到这一点，会将事故伤害的成本内部化，这样就产生了有效的预防激励。对于其他形式的过失责任原则，可以依此类推。假定完全赔偿条件，而且每种责任原则的法定标准都可视同为有效预防水平，那么，在每一个过失责任原则形式下，当事的任一方都可以通过达到法定标准来规避对损害成本的担负，该方总会采取有效率的预防。而另一方则会将事故成本内部化，如此即带来了有效率的预防激励。表 8.2 总结了关于各种责任原则与预防激励的结论。

前面分析过的双边预防假定，可以定义为是一种要求施害人和受害人都采取预防措施的情形。另外一种可能是“预防过剩”(redundant precaution)，其定义为是双方都采取了预防措施，但是本来只要有一方采取了有效率的预防措施就可以了。为了说明这一点，我们来看这样一个例子，生产厂家和建筑商都可以检查电导线的缺陷，但是生产厂家检查起来成本相对较低，前述对不同的法律原则的分析同样可以用于连续型的预防过剩情况，例如电导线生产厂家的质量检测成本问题。

但是，如果预防成本是非连续的，即离散的，前述的分析就会因技术原因而无法适用。举例来看，假如汽车司机自己扣上安全带比生产厂家设计一个自动扣上的安全带所付出的努力成本低得多，那么根据假设，效率标准就会要求司机采取预防措施，而生产厂家不需要这样做。但是，根据(简单)过失责任原则，因为没有系安全带而受伤的司机却可以成功的起诉生产厂家。因此(简单)过失责任原则导致了生产商有采取预防措施的动机。反之，与有过失抗辩的过失责任原则为司机而

① 在一些学者的论文里，这一结果有时被称为“等价结果”。

不是生产厂家提供了有效率的预防激励。

需要注意的是，扣不扣安全带是一个离散型的选择（要么是、要么否）。对于这类预防，不同的原则，其效率依赖于具体的事实。一般来说，离散型的变量和成本函数只能得到一些散乱的最优结果，不能得出确切的值来，而连续型变量和成本函数则能够解出确定的解。一般来说，根据确切的解来建立理论，之后将任何散乱的结果视为例外情况，总是最好的。

问题 8.11

假设 B 的违章驾驶导致了一场车祸，伤到了司机 A，A 在他的驾驶上并没有过错，但是他没有系上安全带，这导致他的伤害更加危重。分别根据简单过失责任原则、与有过失抗辩的过失责任原则，以及相对过失责任原则，来讨论该事故的责任问题。

问题 8.12

简单过失责任原则强加给受害人一个谨慎标准，这会提高其效率吗？试参照简单模型来解释你的回答。

到目前为止，我们一直在讨论的事故是：一方——即所谓施害人，伤害了另一方——即所谓受害人。双方均可采取预防措施，以降低事故发生的概率和数量。若以技术性语言来讲，就是这些事故包括了单边伤害和双边预防。我们的结论是：过失责任原则的每一种形式都可以给双方带来有效率的预防激励。但是，在很多案例里，可以看到，事实上双方都可能会遭受伤害，比如两辆汽车相撞，这里面既有双边伤害，也有双边预防的问题。那么，上述的主要结论在伤害是双边的情况下，是否仍能成立呢？

除了很少的例外，法律允许事故中受到伤害的各方相互起诉。就比如我的车和你的车撞了，你可以因为你的车受损起诉我，我也可以因为我的车受损起诉你。这样，一个案例可以分为两半，可以作为两个单边伤害事故来起诉了。对于事故中我的车所受到的损害，我是受害人，你是施害人；对于你的车所受的损害，我是施害人，你是受害人。这样的话，可以应用本章前面的分析来进一步应用到每一案例中，同时用于两个事故上进行的复杂分析，所得的结论并没有不同。举例而言，对于任何一种过失责任原则，若其法定标准是根据“汉德公式”所定下来的，就都会对施害人—受害人（injurer-victims）带来有效的预防激励。①

① Jennifer H. Arlen, *Re-examining Liability Rules when Injurers as well as Victims Suffer Losses*, 10 INTERNAT. REV. OF LAW & ECON. 233 (1990).

8.2.6 活动水平

简单模型中，无责任原则与严格责任原则为受害人或施害人提供了有效率的预防激励，但这仅仅是就单方而言，不是双方的；但是过失责任原则的各种不同的形式则对施害人或者受害人都带来了有效率的预防激励。所以，简单模型的政策含义是：如果是双边预防，那么应当采用过失责任原则，遗憾的是，简单模型却不能给出为何一种过失责任原则会优于另一种的原因。因此，为了把各种不同形式的过失责任原则彼此区分开来，我们需要一个复杂模型来给出一个更为有效的阐释。

简单的模型中，施害人或者受害人只需选择预防水平。现在，允许他们再做一个选择，从而使模型变得稍为复杂一些。一次车祸发生的概率不仅取决于开车时的预防水平，还取决于其行车里程。如果一年行驶了一万千米，那么你开车撞到别人的概率大概是你每年行车一千千米时的十倍。现在来比较一下不同责任原则对人们所从事的风险活动的量上的影响，比如驾车之类。①

首先，比较一下简单过失责任原则和严格责任原则。根据简单过失责任原则，一个司机无论其行车里程数是多少，都可通过满足法定的预防标准来规避责任。所以，司机可以增加其行车里程数，这会加大其伤害到他人的风险，但却不会增加他的预期责任。在过失责任原则下，行车里程数更高所带给他人伤害的边际风险给外部化了。

在严格责任原则下，激励结构是完全不同的。如果司机对其所造成的伤害负有严格责任，那么无论事故是出于活动的水平还是缺乏应有的预防所造成，司机都会将事故的社会成本内部化。严格责任原则使得潜在的施害人去设定每一个变量，以影响在事故有效率的水平上发生的概率。因此，严格责任原则可以使得司机采取有效率的预防水平和有效率的活动水平。②

我们可以将这一结论类推到所有的活动和所有的责任原则上来。有些责任原则使得行为人通过满足预防的法定标准规避责任。然而，最终有些人还是一定要承担事故伤害的成本的。这个人称为“最后承担人”(residual bearer)。现在通过简单模型来加以说明：在简单过失责任原则下，所造成的伤害的最后承担人是受害人，而具有与有过失抗辩的严格责任原则条件下，伤害成本的最后承担人是施害人。一般而言，**伤害成本的最后承担人会将其所有行为所产生的收益内部化，这些行为是那些可以减少事故的概率和严重程度的行为，包括更多的预防和更少的活动水平。**

由此类推，扩展一下表 8.2。最后两列用以表示不同责任原则对受害人和施害人活动水平的影响。由于每一种责任原则下的伤害成本的最后承担人都具有调

① 参见 Aaron Edlin & Pinar Karaca-Mandic, *The Accident Externality from Driving*, 114 J. POL. ECON. 931(2006)。

② 这一结论最初的阐述，可以见 Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1(1980)。

整其行为以达到有效率水平的激励动机，故而另一方也会调整其行为到一非有效率的活动水平上。

表 8.2 为立法者如何选择责任原则提供了一个有用的向导。首先，它考察了有效率的预防水平的激励问题。如果效率标准要求只需一方采取预防措施，则无责任原则和严格责任原则与过失责任原则是一样的，都符合效率标准。如果效率标准要求双边预防，那么，过失责任原则比无责任原则和严格责任原则可以带来更为有效率的预防激励。第二，从有效率的活动水平激励方面考虑。一般来说，一方的活动水平可能会高于另一方的活动水平，而影响到事故发生。效率标准要求选取这样一种责任原则，能使得其活动最能影响到事故发生的一方成为事故伤害成本的最后承担人。

除了这一有益的指导之外，该表还表现出了责任法在带来有效性激励方面的局限性一面。比如说，不同的责任原则只能为某一方而不是双方的活动水平提供有效率的激励。换言之，双边活动水平问题给立法者带来了一个两难的困境。一般来说，政策制定者通常难以用一个政策变量来实现两个政策目标，而为了实现两个政策目标，则需要有两个控制变量。因此，这就要求有一个责任法以外的可控变量来调整活动水平。举例而言，可以通过燃油税或随着行车里程数的提高而增加保险费率的保险政策来影响司机的行车里程数。

问题 8.13

在相对过失原则下，谁是伤害成本的最后承担人？请就你的回答给出解释。

问题 8.14

在表 8.1 中，无责任原则和严格责任原则对活动水平有不同的影响机制，请问为什么会是这样？

问题 8.15

就意外事故理论的目的而言，如何界定铁路公司的活动水平？航空公司又如何界定呢？对于有些活动，很难定义其与意外事故发生概率的相关度。能不能就房屋所有人对其门前台阶的活动水平下一个定义？对于出售有副作用的药品的药物公司呢？

8.2.7 设定法律标准：汉德法则

前述对过失责任原则的讨论里，我们假定法定标准等于有效率的预防水平，即 $\bar{x}=x^*$。现在我们进一步来解释，立法者在指定法律标准时是如何确定最优预防

水平的。在“美利坚合众国诉凯洛拖轮公司”一案里，[①]有一位美国法官发展了一套法则以解决出现在该案中的上述问题。我们先来描述一下这个案件的事实部分，然后就该法官形成这一法则的判决进行摘录。

这个案例涉及的是纽约港一个驳船及所载货物的损失问题。很多驳船是用一根系泊绳系在几个凸式码头上。被告的拖船被租去将其中的一艘驳船拖出港口。为了将该驳船解开，被告的拖船上的船员发现所有驳船上都没有人了，就自己来调整了系泊绳。但是他们却没有按照正确的方法调整好，结果后来有一艘驳船松动了，与另外一艘船相撞，驳船连同货物一起沉入海底。所沉驳船的主人认为拖船主人的雇员在调整系泊缆绳时存在过失，起诉了拖船船主。拖船船主答复说驳船船主也有过失，因为他的代理人，也即驳船上的船员在该拖船船员调整系泊缆绳的时候不在驳船上，驳船船员本来能保证系泊缆绳能够以正确的方式调整的，因为驳船船员不在，才会有这场事故。在判决这一案件上，勒尼德·汉德(Learned Hand)法官形成了以下著名的法则：

> 法官L.汉德……从之前的情况来看，没有一个一般性的原则规定当驳船船员或者其他参与人员不在船上时，若该驳船冲出其泊留位置给其他船只造成伤害，该船主人应该负责。既然每只船都可能冲出其泊留位置，而且一旦冲出来，就会构成对周围船只的威胁，那么船主的责任，和其他相似的情形一样，就在防止伤害的发生，这一责任是三个变量的函数：(1)船只冲出泊留位置的概率；(2)如果冲出来了，则其产生的损害的严重性；(3)充足的预防之义务。用代数的术语来表述可能可以把这一概念变得易于理解：如果令概率为 P，损害为 L，义务为 B；而责任则取决于 B 是否小于 L 与 P 的乘积，即是否 $B<PL$……(汉德法官接着将该公式应用到本案中来，并得出结论说，由于在本案中 $B<PL$，所以驳船主人由于没有在白天的工作时间留置船员于船上，负有过失责任。)

汉德法官对这一法则的陈述，在那些变量是指边际值还是总值上，语焉不详。如果假定他是一个优秀的经济学家，在脑海中有边际的概念的话，那么他可能会把他的那些概念转化为我们在关于预防的简单模型里所使用的那些概念。(见表 8.3)

表 8.3　汉德所用概念的转化

汉德所用的名称	我们所用的名称	汉德的符号	我们的符号
义务	预防的边际成本	B	w_i
责任	事故伤害的成本	L	A
概率	边际概率	P	p'

① 159 F. 2d 169(2d Cir. 1947).

把这些符号代入汉德公式，可以得到边际汉德法则(marginal Hand rule)：

$$w_i < -p'A \Rightarrow \text{施害人有过失责任}$$

边际汉德法则意指，若施害人的边际预防成本低于相应的边际收益，那么他就负有过失责任。如此一来，根据汉德法则，在进一步采取预防措施是成本有效的时候，施害人负有责任。所谓进一步采取预防措施是成本有效的，是指预防水平低于有效率的水平的时候($x < x^*$)。

在汉德法则下，施害人若想规避责任，必须提高预防水平直到汉德公式里的不等式变成等式：

$$\underset{\text{边际社会成本}}{w} = \underset{\text{边际社会收益}}{-p'(x^*)A} \tag{8.3}$$

如果施害人的预防水平是符合效率标准的，即 $x = x^*$，那么边际社会成本就会与边际社会收益相等，即 $w_i = -p'A$。在这一点上，进一步采取预防措施，就不再是成本有效的了。

美国法院经常使用汉德法则来判理过失责任问题。[①] 反复应用汉德公式，可以使法庭裁判官发现最优的谨慎水平。在一系列的案例里，裁判官总会问及进一步采取预防措施是否是成本有效的。若答案为“是”，则施害人就没有满足法定标准，从而负有责任。施害人一般也会对这样的判决有所应对，这一应对即是提高他们的预防水平。最终，送到法庭裁判官手上的案子，进一步采取预防措施就不再是成本有效的了。就像一个登山者在大雾中不停向上攀登，终于爬到了平整光滑的山巅一样，这样法院就可以通过裁定被告没有尽到采取成本有效的预防水平而负有责任，来发现最有效率的谨慎水平。事实上，汉德法则遵循了同样的搜寻模式，这一模式是一些计算机程序用来计算函数的最大化时使用的方法。[②]

为了应用汉德法则，决策者必须知晓是否有更多一点的预防成本超过或者不足于预期的事故成本的最终减少。计算预期的事故成本 $p(x)A$ 可能是很困难的。比如说，如果你将驾驶速度从 40 码每小时提高到 50 码每小时，事故带来的最终平均损失会提高 1 000 000 美元还是 10 美元，抑或是两者之间呢？不管是施害人、法院、立法者还是管理人员，若应用成本收益分析都需要大量的信息。责任法应该考虑谁是获得事故信息的最佳人选。

逐个案例的应用汉德法则，是寻找有效率的法律标准的一种方式。在审判过程中，法院会听取专家对相关概率的证据证词。如果法院能够得到比较精确的有关事故的信息，而成本又比较适中，那么，这样的情形就支持“逐案判决”(case-by-case adjudication)。另外一种方法就是起草法规条例，对能够视同有效率的预防水

① 汉德法则在美国法学会所编纂的《侵权法(第二次)重述》一书中关于过失责任的定义中被奉为圭臬。

② 连续凹函数的最大值可以沿着一阶导数的最大值处的方向得到，这就像雾中登山者要沿着最陡峭的山坡才能爬上巅峰一样。

平的法律标准进行甄别判定。比如说，高速公路的管理者们可以计算在某一具体线路上对于乘客来说的最优速度范围，将乘客的时间价值和缓慢驾驶带来的事故减少一起考虑在内。然后，这些管理者们就可以宣布这一最优速度就是法定速度限制值。政客与官僚们也时常按此行事，但是他们的决策更多是反映他们自身的利益。如果一个立法者或管制者能够取得事故的精确信息，并能以适中的成本取得，愿意利用这些信息，则这样的情况最好采用事故的公共法律系统，比如工人的工伤赔偿即是如此。

另一种方法是法律强制实施社会习俗或行业最佳惯例。在这一方法中，立法者无须平衡边际成本和收益，而是依靠创造了规范的社区民众，或是形成了惯例的行业，去平衡成本和收益。比如说，一个住宅区有对住宅前面台阶进行养护的规定，会计师行业有谨慎审计的执业规范。一旦强制实施诸如此类的“社区标准”，法院在计算预防的边际成本和收益时对信息的需要相对要少得多。不过，在强制实施这些社区标准之前，法律制定者应该肯定社区确实平衡了成本和收益。本书第 10 章中，我们还会回到这一主题，因为届时将考虑社会规范如何朝向效率要求演化。

美国法院在应用汉德法则时，以一种对结果极具影响的方式不断地犯错。在应用汉德法则上，法院必须在施害人的负担与采取预防措施所带来的全部收益之间达到平衡。所有收益包括原告风险的降低（“对他人的风险”）以及施害人风险的降低（“对自身的风险”）。很显然，法院忽略了自身风险的减低，结果标准设得过低。为了说明这一点，假设银行劫匪在抢劫一家没有护卫的银行时伤害了一名银行客户。这名客户起诉银行，声称银行本应设有护卫岗位，以防打劫。如果法院应用汉德法则来判断银行是否有过失，那么法院必须比较雇佣一名护卫人员与如此所带来的伤害的预期减少二者孰大孰小。伤害的预期减少包括保护客户免于受伤害（“对他人的风险”），以及保护银行免于被打劫（“对自身的风险”）两个方面。如果法院不去考虑银行风险的减低，则它会遗漏雇佣护卫人员所带来的收益中超过一半的部分。①

再来看另外一个例子，现在假设，法院必须判断一位司机在转弯时的速度是否超乎常规，从而带来了危险。法院必须在放慢速度和事故风险降低所带给他人和司机自身的收益之间进行平衡。然而，在使用汉德法则上，法院基本上关注的是对他人的风险之减少，并不重视对施害人本身减低风险所带来的价值。无视对施害人自身的风险，使得法庭会设定比正确应用汉德法则所允许的速度更高的速度。

忽略对施害人自身的风险是应用汉德法则时会犯的一个逻辑错误。除了遵循逻辑之外，还经常有一些心理因素的影响存在。心理学家们已经查明影响感知的系统偏误。其中一个这样的偏误是关于概率估计上的先见和后见之间的差别。比如，一个公民在五月估算 11 月份某位候选人赢得总统大选的概率是 0.5。11 月份真的到

① R. Cooter & A. Porat, *Does Risk to Increase the Care Owed to Others*? 29 J. LEGAL STUD. 19 (2000).

来时，该候选人胜出了。在12月份，这位公民被问及他是如何在5月份考虑该候选人胜出的概率时，他回答说是0.7。这一事后的估计显然高于当时的估计值0.5。还有一个关于“后见偏误”(hindsight bias)的例子，某投资者观察到一只股票价格在涨，他认为它的上涨是板上钉钉的事。一般来说，对于一件确实发生的事情，后见概率往往比先见概率要高。将之应用到意外事故上，后见偏误可能会导致法院错误估计那些未能采取的预防措施对确实已发生的事故其发生概率的影响作用。如此一来，后见概率会导致在汉德法则下的责任认定，而在此情况下，先见概率本不会产生责任的。

问题 8.16

假定在“美利坚合众国诉凯洛拖轮公司”案中，所沉驳船及其货物价值100 000美元。再假定如果驳船船员不在现场，从而驳船松动的概率是0.001。如果该驳船的船员在现场，那么驳船松动的概率会降低一半，为0.000 5。使得该驳船船员留守船上，驳船船主需支付给他25美元。如果该驳船船主没有承负这25美元的开支，根据汉德法则，他的行为存在过失吗？

问题 8.17

在设定过失标准或设置一个独立于社区规范的法律标准时，法院必须决定是否遵从社区规范。某居民区有保持房屋前面的门廊阶梯安全的社区规范。同样，集备血液的医院或者私人公司都有安全保藏血液的业内标准。请对以下问题发表你的看法：为什么法院会对上述社区规范和业内标准适当地表示尊重？

8.2.8 误差

我们已经解释了对于受害人和施害人来说，一种过失责任原则能够产生有效的激励，而严格责任原则仅能对施害人产生有效的激励。尽管如此，20世纪却见证了严格责任原则范围扩大，以及过失责任原则与消费者产品伤害的结合。导致这一变化的原因是什么呢？答案是信息。证明因果关系比证明过失的存在容易得多。可乐瓶爆炸，炸伤了餐馆的工人，证明两者之间存在因果关系，要远比证明生产厂家是否遵循了过失瓶装程序要容易的多。如果责任原则要求受害人去证实过失，那就像在过失责任原则条件下一样，则很多生产厂家都会规避责任，而且几乎不采取什么预防措施。如果责任原则仅仅要求受害人证实因果关系，那就像在严格责任原则条件下一样，则新生产厂家会通过采取更多的预防措施来规避责任。简单地说，在降低对责任的信息要求时，严格责任原则是比过失责任原则更好的。提高施害人的预防水平而不是更多赔偿，这会改变受害人的激励机制。这些事实

提醒人们在应用侵权法时需要更为细致的考察误差问题。

侵权问题的争论中，涉及伤害的程度、事故的因果关系、行为人的过错时，经常会出现一些失误。对于这些失误，法院和法律制定者无法避免，因为他们必须依靠由诸如原告和被告之类的利益各方提供给他们的信息来确认事实，而且关于真实发生的事情，又常覆盖着一层不确定性笼罩的迷雾，就更加令人感到扑朔迷离。这些错误在意外事故的施害人和受害人中也很常见，因为他们缺少类似专家所拥有的那些关于风险和预防的信息。本节中，我们就来解释这些失误是如何影响预防激励的，以及法律制定者和法院应该如何考虑他们自身的容易犯的失误。

首先考虑的是，法院在评估伤害时所犯的错误是如何影响到预防水平的。在严格责任原则和无责任原则下，这些影响是截然不同的。对施害人采取预防措施的激励在有完全赔偿的严格责任原则下是符合效率标准的。但是假如法院总是在估计伤害上马马虎虎，总是不能使损害与完全赔偿之额度相等，如果该损害确由法院判定，总是低于完全赔偿的额度，那么施害人就会将部分的伤害成本外部化；因此，这就给了施害人采取非效率预防水平的激励。反之，如果法院所判定的损害总是超过完全赔偿的额度，那么施害人就有动力过度预防。一般而言，**在严格责任原则下法院在设定损害时所不断犯下的错误会导致施害人根据与错误相同的方向去选择自己的预防水平。**

其次要考虑的是，在严格责任原则下判断是谁造成了意外事故方面所犯的错误。具体来说，假设法院有时无法让那个真正造成事故的人负起责任。这类失误降低了施害人的预期责任，就好比让他少承担了损害的成本。降低承担责任的概率所造成的影响，与降低损害所需赔偿额度的效果是一样的：施害人都会采取更少的预防措施。一般而言，**法院因未判定施害人负有责任而犯的失误，会导致施害人采取较少的预防措施**（反之，错误的判定一个人对并非由其所导致的意外事故负责，会驱使其他人尽量在那些容易产生错误归责的活动上收敛自己的行为，以求规避这种可能的伤害）。①

在过失责任原则下，情况就大不一样了。在过失责任原则条件下，施害人的预期成本在法定标准$\tilde{x}$上发生跳跃，就像图 8.4 所描述的那样。在该间断的左侧，施害人的预期成本为$[wx+p(x)A]$美元；在此间断的右侧，潜在的施害人的预期成本是 wx 美元。当预防水平确与法定标准相等（$x=\tilde{x}$）时，施害人的预期成本实现了最小化，且可以避开责任。一般而言，**施害人的预防水平并不对法院在过失责任原则下设定赔偿金所犯的限度以内的失误做出反应。**②

① 感谢 Nick Tideman 纠正了此原理早先表达中的不精确之处。

② 下面给出这一更精确、更技术化的表述：许多施害人在严格责任原则下会对赔偿金的变动做出一些反应[对集约边际(intensive margin)做出的反应]，而另一些施害人在过失责任原则下，会对法定标准的变化做出一些反应[根据广泛边际(extensive margin)做出的反应，该边际在预期成本函数上具有非凸性]。

可以利用图 8.5 阐明这一情况。该图中，曲线 A 到 D 表示不同的事故预期成本水平。在法院确定完全赔偿的赔偿金时，假定施害人的预期责任成本在图 8.5 中由曲线 B 给出。高于 B，法院判定了过高的赔偿金，这就会导致像 A 这样较高的预期成本曲线；低于 B，法院判定了过低的赔偿金，预期成本曲线会降低到 C。且不论法院的这些失误，在施害人满足了法定标准之时，施害人的预期成本会向下跳到 $w_i x$，因此施害人仍然可以通过使他的预防水平等于法定标准（$x=\tilde{x}$）而实现其预期成本的最小化。要想改变施害人成本最小化的预防水平，法院在判定赔偿金时所犯错误必须非常之大，就比如图 8.5 中的曲线 D 那样。在此情况下，成本最小化的预防水平会低于法定标准。

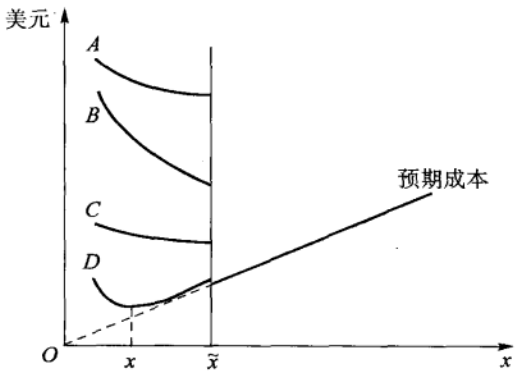

图 8.5　单一法定标准和不同的预期事故成本

我们不仅可以将图 8.5 解释成描述法院所犯的错误，而且还可以用它来分析施害人所犯的错误。让我们来想一想曲线 A、B、C、D，把它们描述成四个不同施害人的预期成本曲线。曲线 B 代表正确预期法院行为的施害人的预期成本，曲线 A 代表过高地估计法院判定赔偿金的施害人的预期成本，而曲线 C 则代表过低估计法院判定赔偿金的施害人的预期成本。无论是否犯了这些错误，在施害人满足法定标准时，施害人的预期成本就会跳到 $w_i x$ 上来。所以，每一个施害人都可以通过将其预防水平等于法定标准（$x=\tilde{x}$）来最小化其预期成本。要想改变施害人成本最小化的预防水平，则施害人在预期赔偿金上，必须所犯的错误很大，就像图 8.5 中的曲线 D 那样。一般而言，**在过失责任原则下，施害人的预防水平并不会随着施害人在预测赔偿金上所犯的限度以内的错误而发生变化。**

我们已经解释了图 8.5 中由于法院判定或施害人计算赔偿金上所犯失误，而引出的预期成本曲线。此外，不同的预期成本曲线还可以解释为在判定谁是肇事者方面所犯的失误。一般而言，**在过失责任原则下，施害人的预防水平并不随法院在判定谁是肇事者上所犯的限度以内的失误而发生变化。**

在已经讨论了计算赔偿金和判定因果关系方面的失误之后，现在讨论在设定法定标准上面的误差。这里的“误差”（*errors*），其意思是指法律制定者将法定标准

设定在异于有效率的预防水平的情况。绝对大多数施害人切实和法定标准相一致，而最小化自己的成本，并不考虑这一标准是不是超过或不足于有效率的预防水平。结果，那些较高的法定标准会带来过多的防范，而较低的法定标准又会导致防范不足。一般而言，**在过失责任原则下，施害人确实会对法院在设定法定标准上做出反应。**

图 8.6 的分析可以说明这一点。该图描述了在过失责任原则下，当法定标准低于有效率的预防水平，即$\tilde{x}<x^*$时，施害人的预期成本是怎么样的。图 8.6 中的实线表示施害人的成本是预防水平的函数。施害人通过设定预防水平与法定标准相等，即 $x=\tilde{x}$，来最小化其成本。施害人的预防水平低于有效率的水平：$x<x^*$，结果将导致过多的意外事故发生，而且它们造成的伤害也非常严重。

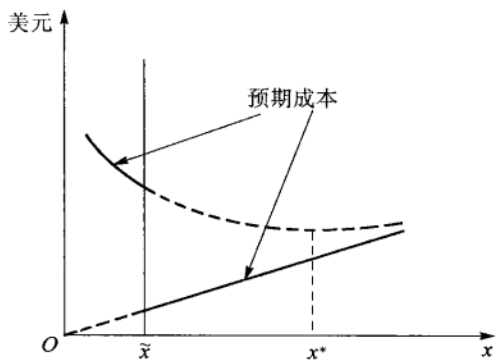

图 8.6　当法定标准低于社会最优的预防水平时的预期成本

问题 8.18

做图说明当法定标准超过有效率的预防水平，即$\tilde{x}>x^*$时的结果。

问题 8.19

“一般而言，施害人在过失责任原则下，其预防水平会对法院在设定法定标准上所犯错误做出反应。”此话是对所有形式的过失责任原则都对，还是只对简单过失责任原则正确呢？

8.2.9　模糊的标准和不确定性

前面分析过的所有原则都是很精确的——无论有效率与否，都很精确——也就是所谓“阳光原则”（bright-line rules），其意义是指事物像在阳光下那样清楚。

可是，在真实世界里，法律训令经常是笼统的，难于预测的，往往只是参考“标准”。模糊且无可预测的侵权原则将人们置于不确定性的境地，即对自己行为的法律后果上面临着无法确定的窘境。下面要来讨论的是人们如何根据法律的不确定性来调整其预防水平。

假定法院犯错误是完全随机的，比如对同样性质的案件判的赔偿金不同，抑或施害人在预测法院会做何反应时犯错误也是完全随机的。所谓“完全随机”(purely random)，意思是指过于严厉和失之宽泛是一样多的，因此发生失误的均值为零(从技术上来说，我们假定错误遵循零均值的随机分布)。我们来考虑在赔偿金和法定标准上完全随机的错误。

首先，考虑在法院计算赔偿金或施害人预测赔偿金数额上的完全随机错误。赔偿金上的完全随机错误并不会改变施害人的预期责任。预期责任保持不变，则是因为超额的误差部分和不足的误差部分相互抵消了。因为预期责任保持不变，对于赔偿金具有完全随机误差来说，施害人要求最小化其预期成本并不会改变其原来的预防水平。[①] 对于任何一种责任原则来说，这都是千真万确的。一般而言，**无论在哪一种责任原则之下，最小化预期成本的施害人都不会根据在计算或预测赔偿金数额上产生的随机错误而改变其预防水平。**

不过，对于过失责任原则的法定标准中的随机误差，情况会有所不同。为分析简化，先考虑在简单过失责任原则下施害人的法定谨慎标准$\tilde{x}_i$。假设法院在设定法律标准$\tilde{x}$上会出现随机误差，或者法院在比较施害人的预防水平 x 和法定标准$\tilde{x}$时会产生随机误差，又或者施害人在预测法定标准$\tilde{x}$时会产生随机误差。由于这诸种可能的存在，施害人不能确定其所采取的具体预防水平是不是会导致法院判定他对意外事故承担责任。如果法院认为他的预防超过法定标准，也即他采取了不必要的预防措施，这只会令他损失一小部分。反之，如果法院发现他的预防水平低于法定标准，那么他就要承担责任，这则会令其损失很大。这种不对称性会促使施害人采取更多的预防，以形成一个不用他负责的误差缓冲区间。一般而言，在过失责任原则下，法定标准内的些微随机误差会使得施害人提高预防水平。

表 8.4 总结了上述对精确误差和模糊标准的讨论结论，并且可以提供给法律制定者和法院一些指导意见。首先，在严格责任原则下，法院在计算赔偿金时所产生的误差会使得预防水平发生扭曲，因此法院应当尽量避免这些误差。第二，在过失责任原则下，法院在确定标准中的误差要比在计算赔偿金中的误差更多地扭曲预防水平，因此，法院应该集中力量避免在预防标准设定中出现的错误。根据上述两点建议，法院在给定的一系列案件中若评估赔偿金比确定标准更精确的话，它应偏向于选择严格责任原则；如果是相反的话，就应该选择过失责任原则。第三，在过失责任原则下，由于模糊标准会造成过度预防，因此，法院在适用模糊标准时，应

① 用技术术语来说，如果我们用 $E(A+\mu)$ 来替换 A，(8.2)式的解并不会改变，此处 E 是期望算子，而 μ 是一个有着零均值和常数方差的随机变量。

当尽量宽容，以免加剧过度预防问题。

表 8.4　超额误差的结果

责任原则	法院产生的误差	施害人产生的误差	对施害人的影响
严格责任原则	过多的赔偿金	高估赔偿金	过度预防
过失责任原则	过多的赔偿金	高估赔偿金	无
过失责任原则	过高的法定标准	高估法定标准	过度预防
严格责任原则	赔偿金中的随机误差	赔偿金中的随机误差	无
过失责任原则	法定标准中的随机误差	法定标准中的随机误差	过度预防

问题 8.20

“在过失责任原则下，过多的赔偿金会提高预期责任，这会导致过度的预防。”解释这一命题中的错误。

问题 8.21

“如果在过失责任原则下预防的法定标准有必要是模糊一些的，则法院应该将其设定在低于有效率的预防水平以下。”请解释支持这一命题的经济学依据。

规则与标准

一项法律可以是很精确的，比如“限速每小时 50 公里”，又或一个规定可以是很不精确的，像“以一个合理的速度驾驶”。法和经济学学者称精确的法律为“规则”(rules)，而称不精确的法律为“标准”(standards)。[①] 判定行为是否与精确的规则相一致，要比判定与不精确的规则是否一致更为容易。执法官员以及必须遵守法律的公民们，往往希望规则的确定性和可预测性。然而，人们的想象并不能穷尽所有的情况，精确的规则所切中的错误行为有时很难预期，比如这样的时刻：警察因超速而让汽车停下，但是这个车里所载乘客是一位即将生产的孕妇，情况甚是危急。规则体系试图通过制造例外来克服这种僵化，比如“限速并不适用于紧急事件”就是这样。不过，规则一旦有了例外，这个例外就是一个“开集”(open set)，因此没有哪一个规则能够穷尽一切

① 参见 Louis Kaplow, *Rules and Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L. J. 557(1992)。注意哲学家经常不用“标准”(standards)，而是用“原则”(principles)来指代不精确的法律。

可能。随着无法预见的事例增多，例外的情况就会上升，规则体系就会变得更为复杂。相反，标准体系可以通过案例变得逐渐精确起来。一旦一个事例出现，其解决方案就会使得标准的应用变得更为精确，使得它更适应环境。在一个案例中对标准的别出心裁的应用即构成了先例。普通法就是一个有着很多案例的标准体系，而制定法(regulatory law)则是一个有着很多例外的规则体系。民法典包括了很多不精确的标准。

规则和标准哪一种更好呢？在第7章，我们讨论过精确的合同条款，比如“交付不及每日须付100美元”，也有模糊的合同条款，如“为按时交付须尽最大努力。”我们对合同的讨论所得出的结论是，当他们能够提前订明有效率的行为时，有关各方会偏爱精确条款，而当他们在事情发生后希望法院来判定行为是否公平有效时，偏爱不精确的条款。在合同中可证实和不可证实的条款和侵权法中的规则与标准很相近。侵权法应该在其事先能够确定有效和公平行为时使用规则，而在纠纷发生后法院能够区分有效和公平行为时适用标准。

8.2.10 管理成本和量身定做的规则

简单模型里，侵权责任系统的经济目标即使预防和事故伤害两项成本的加总最小化。一个更为复杂的模型，囊括了另外一个重要的成本要素：管理。管理成本是为了分配事故损害成本而产生的。比如，私法系统会引发须支付给律师、法官以及其他参与解决法律纠纷的官员们的费用。同样，补偿工人工伤的公共系统则必须缴纳税款、裁定请求并支付救济金。

我们通过单独分析管理成本，使之暂时脱离预防和事故伤害成本，来展开分析。在司法中，施害人直接对受害人做出赔偿，而在公法中，施害人须向国家支付罚金。私法可以降低管理成本，因为它是由相当了解损害成因及程度的受害人来起诉施害人；对照而言，公法则要求管理者查出违法的施害人。对于很多伤害事故，私法的强制执行比公法的强制执行来得有效，但是这并非全部。为了集中考虑三种责任原则——无责任原则、严格责任原则和过失责任原则——下的管理成本，暂且不对公法和私法的执行上做进一步系统的考察比较。

无责任原则并不试图重新分配事故伤害成本，因而对于无责任原则也就不存在分配事故伤害成本的管理成本问题。相反，严格责任原则和过失责任原则在一定情况下对事故伤害成本进行再分配。这样，相对于严格责任原则和过失责任原则，无责任原则节省了管理成本。

这一事实使得改革者提倡在多数汽车交通事故中采用无责任原则。在所谓的“无过错”原则下，汽车事故中的各方要承担各自的事故伤害成本。在实践中，这意味着每一个事故受害人都是从自己的保险公司获得赔偿，而不是从施害人的保险

公司取得补偿。[①] 无责任原则的消极之处在于施害人没有采取预防的激励动机。比如说，对于一辆车前加装有保险杠的卡车车主来说，无责任原则条件下，他就会莽撞的驾驶，毫无顾忌。这样，无过错体系大概会节省管理成本，但是却破坏了对于预防的激励作用。

现在，再来比较严格责任原则和过失责任原则的管理成本问题。回想一下，严格责任原则要求原告证明事故的伤害和因果关系，而过失责任原则则需要原告证实伤害、因果关系和过错。过失责任原则中多出的这一项要求额外的裁决，这当然会增加管理成本。如此一来，**相对于过失责任原则，严格责任原则通过精简法官的任务，节省了管理成本。**

但是严格责任原则的这一优点却被其另外一个缺点给消解了。严格责任原则比过失责任原则给予更多的受害人以获得赔偿的权利。具体来说，严格责任原则给每一个由于施害人的行为而遭受伤害的受害人以权利索赔。而过失责任原则给予每一个由于施害人过失而遭受痛苦的受害人以获得补偿的权利。如此一来，过失责任原则相较于严格责任原则来说，它通过对较少的案例重新分配伤害成本，从而节省了管理成本。总体来说，严格责任原则会出现较多的、但是也易于解决的赔偿要求，而过失责任原则则会产生较少的、但是处理起来比较复杂的赔偿要求。

我们业已对比了严格责任原则和过失责任原则的管理成本，除去责任原则的形式之外，管理成本还依赖于这些原则的简单性和广泛性。简单的原则建立在易于证实的事实之上，而广泛的原则可以调整众多不同的案例。反之，复杂的原则建立在那些难以证实的事实之上，而狭隘的原则仅能应用于很少的案例。我们可以将简单性和广泛性的两个极端概括为“批发性原则”(wholesale rules)，而把复杂性和狭隘性的两极端比为“个案裁决”(case-by-case adjudication)。批发性原则可以以更低的成本去制定、执行和理解法律。但是，也由于对具有不同效用和成本函数的人做了相同的处理，而扭曲了激励。一种理想的法律标准应该依据特定事实而设计，从而来适合于每一个人，因而具有不同技术和预防成本的施害人可以面对不同的法律。一般而言，**批发性原则节省了管理成本，扭曲了边际预防成本和伤害的边际减少量之间的关系，而个案裁决则具有相反的效果。**

除了事故伤害成本的分配之外，法律还要分配管理成本。不同的国家在分配管理成本上也大不一样。比如，在美国一个事故的受害人可以成功的提起诉讼，并且获得应有的赔偿金，但是通常无法取得诉讼成本的偿付。对比来说，很多欧洲国家要求诉讼的胜方向失败一方支付诉讼成本。管理成本的分配方式在对受害人起诉动机和当事人庭外和解动机的影响上举足轻重。我们在第 10 章会讨论这些动机。

因为管理成本是纯粹作为手段的花费，因此降低管理成本，而不增加事故发生就是纯粹的收益了。为了保持对施害人同样程度的威慑力，法律可以通过提高责

① 最近对在医疗事故伤害中实行无过错制度存在着争议。我们在第 9 章会讨论这个建议。

任的量级并减少其概率来做到这一点。比如说，假定有过失的施害人必须支付100单位赔偿金，现在改变规则，通过扔硬币来决定是让他支付200单位赔偿金，还是不付分文。由于扔硬币是随机的，期望的责任仍然是100单位，对施害人的威慑本身没有改变。但是，由于只对一半的施害人收取赔偿金，从而使得管理成本大大降低。一般来说，责任增加的同时，还能以较小的频率判罚，就会节省管理成本，从而不会影响事故的数量。这些事实表明，效率标准要求高的责任规模和低的承担责任的概率。

然而，责任规模的扩大也会遇到障碍。私法一般都会限制施害人向受害人支付赔偿金的责任。有些专家希望通过"拆分"赔偿金(decoupling damages)的方法来绕开这一障碍，这样就是施害人一方面要支付给受害人以赔偿，另一方面也给国家支付罚金。[①] 原则上，拆分支付可以使得法律通过提高责任规模并降低其概率来节约管理成本。第11章中，当分析犯罪惩罚的最优规模和确定性时还会遇到同样的情况。

问题 8.22

在医生出于过失而导致患者加重病情时，医生负有责任。假定责任原则从过失责任原则变为严格责任原则，此时管理成本如何变化？

问题 8.23

梯子的踏板在建造时必须能够承受爬上去的人的重量。试比较政府对所有梯子踏板必须承受的重量制定精确的标准，还是针对每个具体的案例应用汉德法则来确定梯子踏板所应承受的重量，两种方法的相对效率。

8.2.11 消费品伤害：在侵权和合同之间

本章开头，我们即已解释了侵权法用责任来内部化由高昂的交易成本所产生的外部性。当交易成本妨碍了施害人和受害人在事故发生之前达成一致协商时，有关侵权的模型即可运用，就像大多数交通事故中所体现出来的那样。但是，当各方存在市场关系时，上述分析必须更改，例如在将要涉及的消费品伤害事故领域。

① A. Mitchell & Yeon-Koo Che, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, 22 RAND J. ECON. 562—570(1991).

表 8.5 汽水公司的成本

公司行为	每单位产品的公司成本	对消费者造成事故的概率	事故损失	预期事故损失	单位产品成本
瓶装汽水	40 美分	1/100 000	10 000 美元	10 美分	50 美分
罐装汽水	43 美分	1/200 000	4 000 美元	2 美分	45 美分

表 8.5 中的数据都是从波林斯基(Polinsky)所发展出来的假设的例子里得来。[①] 消费者面临着这样一个选择:买瓶装汽水还是罐装汽水。生产玻璃瓶当然比生产铝罐更便宜,这我们可以从第一列看出来,但是玻璃瓶对消费者造成伤害事故的概率是铝罐的两倍,就像第二列所示,而且玻璃瓶造成的事故是很严重的,如第三列。第四列的预期损失等于第二列的概率值和第三列的损失值相乘。第五列所示的每单位整个的成本,等于第一列的生产成本和第四列的预期事故损失的总和。

注意在这一假想的例子里玻璃瓶的总成本(50 美分)超过了铝罐的总成本(45 美分)。这样一来,效率标准会要求使用铝罐,而不是玻璃瓶。现在来看看消费者是不是真的用铝罐来代替玻璃瓶。消费者的行为取决于他所掌握的信息,此外还有责任法以及汽水市场。先假设市场是竞争性的,因为竞争的存在,会使得商品的价格降到它的成本水平,这已经在第 2 章阐述过了。供给汽水的成本取决于生产成本和责任,我们假定,一单位汽水的价格等于生产成本加上厂家的责任成本。在无责任原则下,一单位汽水的价格等于第一列中所示的生产成本,即每瓶 40 美分和每罐 43 美分。在严格责任原则下,一单位汽水的价格等于第五列中所示的总成本,即每瓶 50 美分和每罐 45 美分。

首先,来考虑一下具有完美信息的消费者在无责任原则下的行为。由于信息是完美的,消费者知道预期的事故成本,以及他们必须承担这些成本的事实。因此,消费者会偏爱其全部成本更低的汽水,具体而言就是罐装汽水。**这样一来,拥有完美信息的消费者会选择在无责任原则下最具经济效率的产品。**

其次,来考虑一下具有不完美信息的消费者在无责任原则下的行为。由于信息是不完美的,消费者不知道事故成本的期望值。如果消费者高估了玻璃瓶带来的危险,他们就会买罐装汽水;如果消费者低估了玻璃瓶所带来的更大危险,或者如果他们无视这一危险,他们会为了每瓶 40 美分的更低价格,购买瓶装汽水,而不是去买每罐 43 美分的罐装汽水。**这样一来,拥有不完美信息的消费者不一定会选择在无责任原则下最具经济效率的产品。**

第三,来考虑一下严格责任原则下具有不完美信息的消费者的行为。严格责任原则和完全竞争会使得汽水价格等于它的全部成本,也即是每瓶 50 美分和每罐 45 美分。消费者当然更喜欢罐装,而不是瓶装,此时不管他们是高估还是低估,抑

① A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics (2d ed. 1989), Table 11, p. 98.

或无视玻璃瓶的危险问题。**这样一来，拥有不完美信息的消费者在严格责任原则下，总会选择最有效的产品。**

这个例子说明了，让生产厂家对有缺陷的产品给消费者所造成的伤害负严格责任，其基本的合理性所在：责任成本将会在价格上体现出来，所以自然会引导消费者朝向符合效率的方向去，而不须管信息是否完美。然而，这一分析忽略了对于消费品伤害的严格责任体系的诸多缺陷，比如管理成本、受害人预防激励的匮乏，以及生产者对消费者的过度保险问题等。我们将在下一章来详细的讨论有关产品缺陷问题。

问题 8.24

实际上，严格责任原则需要卖者为消费者提供连带的产品：汽水和保险。这样的强制性购买会产生怎样的无效率呢？

结论

在前苏联这样的高度集中的计划经济国家里，中央计划者无法取得他们所要管理的日益复杂的经济的所有信息，正是这一点使得中央计划经济难以为继。日益复杂的经济必然越来越依赖市场，正是市场使信息分散化了。制定法律很像制造商品。随着经济越来越复杂，中央官员也不可能取得他所要制定细密条例的全部信息。取代中央计划型立法的，是现代经济需要的分立的立法，这一点和市场极为相似。

侵权法利用责任来内部化由高昂的交易成本所带来的外部性。侵权责任把对事故的判定，从官僚和政客手中夺过来，让法官来制定法律，让原告来决定何时起诉违法之徒，而让法院去裁决施害人需要支付多少赔偿金。如此一来，责任体制将很多把外部性内部化的工作分散开去。然而，不论在这个世界任何地方，侵权法都有着严重的缺陷。本章仅仅是为了理解侵权法而展开了一些基本的理论。下一章中，为了提出困扰侵权法的问题，我们将会把经济理论变得更为精致有力。

推荐阅读

Brown, John P., *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 323(1973).

Grady, Mark, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 YALE L. J.

799(1983).

LANDES, WILLIAM, & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987).

SHAVELL, STEVEN, AN ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW (1987).

Shavell, Steven, "Liability for Accidents," in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS v. 1 (2007).

▶附录

责任及其对称性

过失责任原则对施害人加上了一个关于预防的标准，我们把这个标准看成是将施害人的预防划分为允许和禁止两个区域。与有过失之抗辩给受害人加上了一个关于预防的法定标准，这可以看作把受害人的预防划分为允许和禁止两个区域。

图 8.7 表示，在横轴上表示的是施害人的预防水平，在纵轴上是受害人的预防水平。两条法律标准的划分，可以将图 8.7 分为四个象限。表 8.6 总结了这四个象限和各方的过错之间的关系。

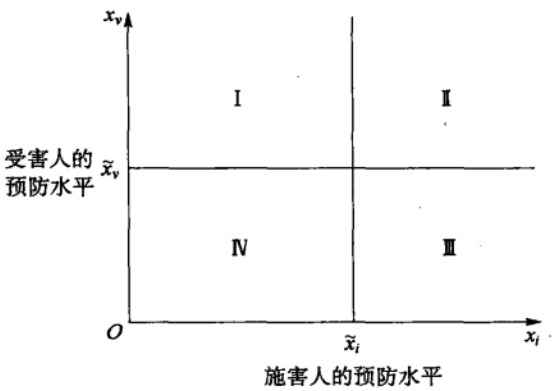

图 8.7　施害人与受害人的预防水平

表 8.6　四个象限中施害人与受害人的过错关系

象限	施害人	受害人
Ⅰ	有过错	无过错
Ⅱ	无过错	无过错
Ⅲ	无过错	有过错
Ⅳ	有过错	有过错

举例来说，在Ⅰ象限，施害人存在过错，因为 $x_i<\tilde{x}_i$，而受害人无过错，因为 $x_v>\tilde{x}_v$。

表 8.7 表总结了不同的责任原则在各方之间分配事故伤害成本上的方式，这取决于各象限的预防水平：

表 8.7　不同责任原则的伤害成本分配

责任原则	施害人承担伤害成本	受害人承担伤害成本
简单过失责任原则	Ⅰ，Ⅳ	Ⅱ，Ⅲ
与有过失抗辩的过失责任原则	Ⅰ	Ⅱ，Ⅲ，Ⅳ
与有过失抗辩的严格责任原则	Ⅰ，Ⅱ	Ⅲ，Ⅳ
双重与有过失抗辩的严格责任原则	Ⅰ，Ⅱ，Ⅳ	Ⅲ

如果将图 8.7 中的坐标轴调换，用纵轴表示施害人的预防水平，横轴表示受害人的预防水平，接着再来比较责任原则是如何分配伤害的负担的，就会发现一些有趣的联系："简单过失"是"与有过失抗辩的严格责任"的镜像，而"与有过失抗辩的过失责任"又是"与有过失抗辩的严格责任"的镜像。

问题 8.25

试解释根据与有过失抗辩的严格责任原则，为何在Ⅳ象限受害人要承担事故伤害的成本。

问题 8.26

试解释在与有过失抗辩的严格责任原则下，为何在Ⅱ象限的施害人要承担事故伤害的成本。

▶9 侵权责任的经济学专题

上一章介绍了侵权法的基本概念，同时就侵权责任展开了经济分析。本章旨在从以下两个方面加深对侵权责任经济学的理解。一是放松一些出于简化分析目的所做的假设，以便使得我们的模型更为接近真实世界；二是进一步来检验一些观点，这些观点认为侵权责任体系运作的不太令人满意，需要改革。在这一检验的过程里，我们会观察到一些最近的证据，这些证据是关于侵权责任体系是如何较好的最小化事故的社会成本的。

9.1 扩展经济模型

上一章所介绍的经济模型，为了简化分析，做出了几个隐含的假设。经济学中的这一重要传统已经使我们预先知道，进一步分析时将会放宽简化的假设，然后再忘记它们。但是，我们真诚的希望可以做得更好。在我们放开简化假设之时，会立刻转而探讨那些由简单模型所给出的结论。

9.1.1 放宽核心假设

在上一章，在展开对侵权法的经济分析之前，曾经做出了五个隐含的简化假设：

(1) 决策制定者是理性自利的。

(2) 不存在为了削减外部成本而设计的管制规章。

(3) 不存在保险。

(4) 所有施害人都有支付力，且能全额赔偿。

(5) 诉讼成本为零。

本节的目的是要放宽这些假定，同时还要考虑看，如果放宽这些假定对于前述从侵权责任理论里所得到的结论确有影响的话，那么，这种影响作用是什么样的。

1. 理性

经济理论中，决策者是理性自利的，这是一个核心的假设。从专业的角度来说，

这意味着(就像在第 6 章所看到的)决策者有着稳定、良序(stable, well-ordered)的偏好,[1]这隐含的意思是在说明决策者的认知和推理能力问题。具体而言,它表明决策者能够计算其可获取的各种手段的成本和收益,而且能够从中选出提供最大净收益的选项。

第 8 章里侵权责任的经济模型与理性假设有着至关重要的联系。我们看到,用经济学的语言来说,设计分配侵权责任的原则目的是向潜在的受害人和潜在的施害人发送关于他们该如何行为的信号。若侵权责任体系有此影响,则法律试图影响的对象必然是理性的人,否则绝无可能。说他们理性,即是说他们确定能够察知自己可以通过采取某种形式和一定数量的预防措施,以最小化自身的责任。

可是,人们真的会以这种方式来对潜在的责任做出决策吗?有些人是可以的,但是另一些人就未必了。最近的学术文献指出,很多决策者在侵权责任所鼓励他们去做的那些计算方面,犯了不少错误。举例来说,像卡尼曼和特沃斯基就报告了两个令人感到困扰的结论。[2] 首先,多数人一般不能精确的估计小概率事件;人们总是假设,小概率事件是不会发生的,从而认定这类事件发生的概率为 0,以此来处理这类事件。其二,对于那些广为人知的潜在的灾难性后果——诸如核电站事故——多数人会系统地夸大事故发生的概率,而不考虑与之相反的客观信息。

这两种截然相反的失误——错误理解大多数小概率事件和高估某些低概率事件上的失误——显然具有某种一般性的缘由。这一缘由就是提醒人们记住这些风险的频度和鲜明程度。罕见且相对乏味的风险会使人们低估它们的存在,相反,频发而形象鲜明的风险会使得人们高估其发生的可能性。很多小概率事件很少在媒体上被讨论和渲染,因此人们倾向于这些事件的概率接近于零,然而,像核风险这样的潜在的灾难性事件却被媒体大肆渲染,所以人们也倾向于过高估计这类事件的概率。

这些发现对于侵权理论模型来说有着重要意义。如果很多人不能准确地估计风险,那么他们就不能做出那些经济理论所假设他们会做出的恰当的计算。倘若继续使用前一章的符号来表示,有些人会将小概率事件的概率误定为 0,因此没有采取任何预防措施,实际上,此时的概率是正值,他们**应该**采取预防措施。这些决策者由于在做出准确计算上能力不足,导致了过多或者过于严重的事故发生。在其他一些案例里,决策者则会高估 $p(x)$——也就是说,他们所认为的事故发生可能性远比事实上的情况高——因此会采取太多的预防措施。由于这些在正确计算方面的能力不足,侵权责任体系将无法引导人们去采取行动以最小化事故的社会成本。

① 回忆一下,这样的偏好在如下意义上是稳定的,即它们不会改变的太快或者太过于荒诞,在以下意义上是良序的,即它们是可传递的,就是说如果偏好 A 甚于 B,而偏好 B 甚于 C,则偏好 A 必然甚于 C。

② 可以参见 Daniel Kahneman & Amos Tversky, eds., Judgment Under Uncertainty: Biases and Heuristics (1981)。关于将行为视角运用于法律这一方面的文献,可以参看 Russell Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 Cal. L. Rev. 1051 (2000)。

侵权责任的经济理论不仅使我们注意到了理性假设在分析侵权法律时的重要性，也同时表明在违背假设之时修正的方法。这里，来考察一下那些由于电源开关问题所引发的事故。有人可能会假定在这些案例中预防是双边的：他们认为消费者和生产者都可以采取某些措施来减少事故发生的概率和严重程度。经济学理论则会表明，某一形式的过失责任原则应该可以用来引导消费者和生产者采取符合效率标准的预防措施。但是，倘若有充足的证据表明消费者不能精确的评估电源开关使用的风险，后果会如何呢？消费者可能会认为，开关很安全，以至于他们以为在使用开关时不需要采取任何特别的预防措施。简言之就是消费者可能会错误的认定事故发生的概率为0，从而几乎不采取任何预防措施。那样的话实际上会导致在此情况下仅仅存在**单边而不是双边预防**：只有生产厂家才会比较符合实际的去采取措施，降低事故发生的概率和严重程度。[①] 在这一情形下，生产厂家可能会因为无法设计出这样一款开关——能够避免可以预见的理性不足的消费者的误用——而承担责任。

概率认知错误之外，很多事故还由于以下原因造成：踉跄的脚步、颤抖的手、注意力分散、舌头失控，软弱的意志、情绪的爆发、距离误判，或者结果误算。再抽象一点说，就是源自笨拙、疏忽、误判误识和意志薄弱的事故。这类偶发性的行为即所谓"失误"(lapses)。第11章解释了失误是如何造成犯罪的。这里，我们集中关注那些导致非主观过失的失误，这一非主观的过失转而导致了事故的发生。在这些案例中，行为人以某一给定的预防水平作为目标，却没有达到。过失责任原则通过比较施害人真实的预防水平——而不是施害人作为目标的水平——之法定标准来判定责任。因此，对于由于行为人的失误而造成的伤害而言，在过失责任原则之下，行为人须承担责任。

下面是一个例子。

例1

驾驶员的非主观过失：第五跨州公路上某司机开始了从旧金山去洛杉矶的长途车程。这条公路并不拥塞，时值天黑，限速是70码小时。这种情况下，有保持不变车速装置["巡行控制"(cruise control)]的汽车，理性的司机会将速度设定在每小时70码。然而，这一辆汽车并没有这样的装置。由于没有这一装置，该司机不可能总是在70码/小时的速度上行驶。他便力争在65码/小时的水平驾驶。在注意力上偶然的失误，常使他在超过或者不足设定的65码/小时的速度上行驶。在行程的接近终点处，该司机出了事故，此时车速为73码/小时，如果他一直以70码/小时驾驶的话，这一事故本是可以避免的。在过失责任原则条件下，该司机对事故造成的伤害负有责任。

① 需要进一步注意的是，如果理性假设不成立，那么对于更好的知会有关各方该风险的客观价值这一政策而言，就没有太多要说的了。他们要么会对信息大打折扣，要么就干脆忽略不管。

在这个例子里，一个原本来谨慎的司机，因为偶然开快车，而承担了事故的责任。现在，再从对称性的角度来考虑一个相反的例子。

例 2

驾驶员的非主观过失：前例中的事实依然不变，就是有一点例外，该司机设定的目标速度现改为 75 码/小时，因此他主观上即以一个不太合理的速度在驾驶。在注意力上偶然的失误，使得他没有达到设定的 75 码/小时的速度。在行程接近终点处，该司机出了事故，此时车速为 67 码/小时。在过失责任原则条件下，这位司机并不需为事故造成的伤害负有责任。

这个例子里，由于司机偶然的在一个安全的速度上驾驶，使得这位“危险”的司机无需为事故所造成的伤害负责。

第一位司机在大多数时间内主观上没有过失，而在部分时间内偶发性的存在过失，在一个错误的时间里偶然地把车开的太快，结果酿成了一场事故，实在是“倒大霉”。第二位司机则相反，在多数时间里他是有着主观上的过失的，而在恰巧某一时间内没犯有过失，在一个正确的时间里偶然的把车开的过慢，从而逃过了责任，就责任而言实在是“走好运”。①

允许在判定责任时运气因素的存在，可能被认为似乎不公平。撇开公平不谈，降低判定责任时的运气成分，可以提高激励水平，并且减少非效率的情况。原因何在呢？我们画一幅图来表示倒霉的谨慎司机。图 9.1 中，纵轴代表在某一特定速度上行驶的概率，横轴表示预防行为，这与前例中低速驾驶的情况相对应。通过把

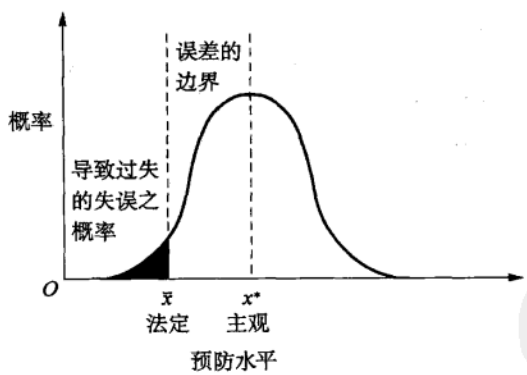

图 9.1　主观和实际预防之间的概率

① 因为他本不能以 67 码/小时的速度避免这场事故，超速不是这场事故的原因，所以他应该不会承担责任，即便他已经超速。不过，在实践里，法院可能对这些事实也不确定，而且如果他在事故发生时以 75 码/小时在驾驶，发现他应当承担责任也是可能的。

失误模型化，以之作为主观的和实际的预防之间概率上的联系。图 9.1 中的行为人主观上意欲达到 x^* 水平的预防，这超过了法定的预防水平 $\bar{x}$。当实际的预防水平低于主观的预防水平时，行为人的失误就发生了。在图 9.1 中，导致过失的失误的概率时，即图中阴影部分在概率密度函数以下、法定水平以左。

图 9.1 中，该行为人通过超过法定水平，取得了一个私人的收益，但是社会效率标准却要求该行为人不要超过法定标准。我们已经在前一章解释了这一情况，这里我们再简单地回顾一下，当行为人多采取的预防成本等于更少事故发生的社会效益时，预防就是全社会最优的。如果法定标准正好设置在法定最优水平，超出法定标准的预防部分就收益而言，有着更多的社会成本需要付出。然而，对于该行为人来说，当他的预防水平达到法定标准时，由于他逃脱了责任，私人收益就显著提高了。因此，该行为人会采取过度的预防措施（运气还有另外一个不好的激励效应，此处暂不予讨论[①]）。

如前所述，允许运气因素影响责任判定看起来似乎是不公平的，而且扭曲了激励。对那些由于过失导致的事故责任原则，代之以由于主观过失导致的事故责任原则，会减少责任判定中的运气成分。但很不幸，这一补救措施通常比原来的问题更加要命。与客观过失的责任原则相比，主观过失的责任原则要求原告在索取赔偿金之前做出更多的证实工作。如果原告为了索赔，不得不去证实主观过失，取证的责任将会过于沉重，从而索赔便会很少发生。这样以来，如果必须证实司机是主观上如此驾驶才酿成车祸的话，交通事故的受害人就很少能够进行索赔。有关信息在实际执行中存在的问题，使得法院只要求以客观过失作为责任判定的条件，而不是以主观过失为判定依据（然而，我们设想一下，全球定位系统或许在某一天提供了有关于司机在第五跨州公路上的全部行驶记录，这就可能会允许司机来证实其行驶速度只是非主观的失误）。

关于侵权责任是否会引导潜在的施害人和受害人采取恰如其分的预防措施的想法得到了关注。我们将暂时保留理性假设，但是，如果有确切可信的证据表明该决策者的确没有按照理性行事时，我们可以随时准备修改关于合乎效率的侵权责任原则的结论。

问题 9.1

系上安全带和护肩皮带对最小化交通事故所带来的成本而言，是一个有效率

① 在人们最终不能完全克服失误时，他们可以通过集中注意力、做好准备、汲取教训，以及培训等措施，来控制失误的频度和数量。运气成分使得理性的行为人在这些活动上采取了过多的投资。不过，我们之所以把这些情况放在脚注里，是因为不理性的人们总是在培养自控方面投资过少，给社会带来更大的危险。

的手段。如果这些被动的限制所带来的收益，超过了它们的成本，可为什么不是所有的司机和乘客都使用安全带，侵权责任原则如何为使更多的人系上安全带和护肩皮带而有所改变？

网页便笺 9.1

我们之前曾提及在行为法和经济学方面的新近文献。其中许多研究涉及对侵权责任原则所做的经济学检验有关。倘若想查看更多的关于行为法和经济学与侵权法之间的联系，可以上我们的网站去浏览。

2. 管制

消防管制通常要求商店配备灭火器。检查人员会不定期检查商店是否遵守规章。如果没有遵守，管制者会进行罚款。可是即便商店确实遵守了规章，依然可能发生火灾伤害了顾客，这时商店同样会对因其行为而造成的火灾中的消费者负有责任。这个例子中，商店同时受限于安全规章和责任原则的。第 8 章里，基本模型中则假定施害人面对的是责任而不是管制条例。施害人经常处于既面对责任原则又面对管制条例的情况，这让我们不禁要提出这样一个问题："为什么既要有管制条例，又要有责任原则呢？"如果在我们的例子里，责任法在促成安全的预防上是足够了的，即便没有安全条例，商店也可能会安装灭火器。而且，如果商店遵守了该条例，可能受到伤害的顾客应去其保险公司寻求赔偿，而不是向商店索赔。

比较一下责任原则和管制条例，就会发现有时这一个比另外一个更加有效率，有时两者合用，要比单独使用一个更有效率。关于安全规章和侵权责任原则的一般性理论必须区分这些不同的选择方案。我们不想要给出一个包罗万象的理论，只是简要地罗列其中几个决定因素。①

行政管理者有权力命令施害人，在事故发生之前改正其危险性行为，而法院则有权力在事故发生之后强令施害人对受害人进行赔付。管制是行政管理人员的一种事前强制执行，责任原则则是法院的一种事后强制执行。这一差别，奠立了两者各自的优点和不足。

行政管理者和法院在信息方面的优势并不一样。行政管理者常常可以拥有评估行业安全性所需的专业化技术知识，而拥有司法权的普通法院在累积关于行业中的专业技术知识上存在困难。这类情况下，行政管理者设置标准会比法院更合适，而法院可以将安全条例作为判定责任的谨慎标准。法院会遵从行政管理人员

① 参见 Steven Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 J. LEGAL STUD, 357—374(1984)，以及 Charles Kolstad, Thomas Ulen and Gary Johnson, *Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?*, 80 AM. EMON. REV. 888(1990)。

的意见，通过接受安全条例来界定侵权责任法定预防标准。如果安全条例和责任法确定的是一样的预防标准，那么，为了既规避事前的罚款，又规避事后的责任，潜在的施害人会与该标准保持一致。

然而，有时候法院比行政管理者拥有更多的关于安全的信息。例如，一次审判就可为法院提供关于事故造成的伤害，比行政管理者所能取得的更多的信息。此外，法院常常比行政管理人员具有更少的政治意图。信息和意图问题，会造成法院不相信安全条例所确定的法定标准。

法院可能感到，管制者为了规避具有政治势力的企业集团的责任，会把标准定得太低。这类情形下，由法院确定的预防标准会超过由安全条例所确定的标准。如果责任法确定了一个比安全条例更高的标准，那么，大多数潜在的施害人为了规避责任，会选择与更高的标准保持一致。

相应的，有时候法院也会感到，管制者为了抑制竞争，而将标准定的过高。例如，美国汽车生产厂家为了提高国外竞争者的成本，会寻求更高的安全标准。如果安全条例确定了一个比责任法更高的标准，那么，多数潜在的施害人为了逃避罚款，就会选择与管制条例保持一致。

安全条例为许多国家里的官员提供了受贿的温床。有时候，官方希望管制更为严格，这可以保证向官员行贿比遵守管制条例来得更划算。在那些行政管理人员比法官更腐败的国家里，责任原则远较管制条例为优。

当责任法的规定超过施害人的财富所能承受的限度时，施害人就会破产。有些风险性行为会吸引那些资本不足的企业，这些企业能够通过破产逃避责任。而资本充足的企业就不会来从事这些活动并以破产来避免承担责任的风险。在那些资本不足的企业会冒破产风险来从事经营的行业，安全规章就优于责任原则。通过在事故发生之前收取罚款，政府可以强令一家资本不足的企业遵守安全标准，此时，而如果责任是惟一的惩罚，企业就会违反安全标准。

最后，考虑管制和责任原则各自的行政成本。有时候，意外事故给一个大群体带来了小伤害。对于每个受害人来说，审判成本会超过他的收益，责任法的运作要求加总的诉求，就像集体诉讼案件一样。有时，在行政程序而不是法院审判中进行索赔，相对更为容易。一般而言，安全管制在这类事件上，作为事故的救济手段要比责任原则更好。

网页便笺 9.2

试图对烟草带来的伤害进行规制，且让烟草公司对那些伤害承担责任，是史上著名的传奇，这为责任原则和管制之间关系的研究，提供了深富意义的案例。浏览我们的网站，可以看到有关烟草案例的讨论和在美国烟草诉讼中达成的解决方案。

3. 保险

保险是如何影响到有关侵权责任的分析的呢？到目前为止，对各种侵权责任原则和制度的分析，似乎没有提到谁被保险。但是，在现实生活里，涉及事故和侵权责任问题时，保险无处不在。现在，我们需要讨论保险如何与侵权责任相互作用，并且考察保险是推进还是阻碍了侵权法目标的实现。所谓侵权法的目标，在此是指将预防成本、事故成本和行政管理成本三者之和最小化。

一个面临事故风险的人会购买保险。当事故发生时，拥有保险的受害人会向他的保险公司申请保险赔付。除了向他的保险公司请求赔偿之外，受害人还可以依照侵权法赋予的权利，向施害人索赔。原则上来说，事故受害人可以索赔两次——一次来自保险公司，一次来自施害人。然而，保险合同通常将受害人的索赔权通过所谓的“代位清偿”(subrogation)转嫁给保险公司。在侵权诉讼里，保险公司在保险所请求的伤害上，取代了受害人。让我们来看看这是怎么样的一种情况，事故发生会导致受害人损失医疗费用 100 美元，在伤痛之苦[①]方面还需要 200 美元来补偿。受害人有健康保险可以承担医疗费用，但不会有对伤痛的保险。因此，受害人将从保险公司处索赔 100 美元，从施害人处索赔 200 美元，而保险公司将从施害人处索赔 100 美元。

除去事故伤害成本之外，很多人还会购买责任险。在前述例子里，施害人须承担 300 美元的责任。如果施害人有完全责任险的话，施害人的保险公司会支付施害人的责任赔偿 300 美元(200 美元给受害人，100 美元给受害人的保险公司)。

前面的例子里，受害人的保险是不完全的(它涵盖了医疗费用，但是不包括伤痛之苦带来的成本)，而施害人的保险是完全的(它涵盖了医疗费用和伤痛之苦带来的成本)。因为保险变得更为完全，我们会得出这样一种结论，受害人从保险公司索取全部赔付，施害人从保险公司索得全部责任，而保险公司在他们之间解决了争端。实际上，保险是责任法的私人体系，它根据施害人和受害者之间的合同重新配置了事故的成本。随着这一私人体系变得更为完整，施害人和受害人可以直接与保险公司进行协商处理，而无需彼此再进行交涉。在这类情况下，人们更关心保险理赔率及所涵盖的理赔范围，较少关注事故背后的法律基础(除去那些后者会影响前者的因素)。

保险公司设定一定数额的保费，由此可以获得收益。保险公司也受理索赔，并且进行支付，这些都是经营成本。在完全竞争的市场条件下，公司只能取得零利润。把这一结论拿到保险市场上来，即可命题表明，保险金须等于索赔额加上管理成本。之前，我们把侵权法的目标定位为，将事故伤害带来的成本、规避事故的成本和事故的管理成本之和最小化。**在一个普遍保险的体制下，在保险市场完全竞争时，侵权法的目标可以被描述为最小化政策适用对象的保险总成本。**

为了说明这一命题，来对照无责任原则和严格责任原则。无责任原则下，潜在

① 即伤痛带给受害人的负效用，下同。——译者注

的受害人购买事故保险，而潜在的施害人几乎不需要责任险。在严格责任原则下，潜在的施害人需要责任险，潜在的受害人几乎不需要为这些施害人需要负责的事故进行保险。因此，无责任原则使得施害人购买相对多的保险，而严格责任原则，会使得受害人购买相对多的保险。①

哪一种原则更有效率呢？关于这一政策的争论源远流长。在19世纪，被有缺陷的产品所伤害的消费者极少能够从法庭上获得赔偿，因此需要保险的消费者不得不自己购买保险。② 在20世纪，侵权法中严格产品责任的出现有效地促使生产厂家为消费者保险，而且生产厂家经常为他们自己购买责任险。这些史实激起了有关受害人保险和施害人保险在效率上孰是孰非的争辩。我们无法完全回答这一问题，但是可以平添一些争论的气氛。

一般而言，保险是将风险从受损害的一方（所谓受害者）转移给了施害人一方。转移（transfer）是**外部化**的另一个称呼。将风险外部化，给了受害者以激励去降低预防水平。保险业是很古老的行当，有其自己的话语系统，他们称由于保险而造成的预防水平下降为“道德风险”。什么是道德风险呢，举例来说，如果一个车主为自己的车买了偷盗险，他可能就不会再像原先一样细心的锁车了。

保险公司使用了多种手段，来减少道德风险，较为有名的有共保条款（co-insurance）、扣除条款（deductibles）以及经验费率（experience rating）。在扣除条款下，③受害者为其事故损失支付一个固定的金额。在共保条款下④，受害者为其事故损失支付一个固定的比例。在经验费率下，⑤保险公司则根据受害人的索赔请求的历史经验来确定受害人的等级。例如，某受害人在第二年有索赔，通常意味着第三年其费率会增加。这些设置可以减少道德风险，但是无法消除。因此，保险最终还是破坏了受害者对预防的激励机制。

针对这一类问题，责任险保险公司增设了一些安全标准，政策适用者必须满足保险所要求的条款。可以看到，火灾保险公司可能要求企业把装备灭火器作为条件写进保险政策条款。在前一节里，我们对比了事前的管制和事后的责任原则。保险公司加上了事前的标准，公司有关人员会对这一要求进行检查。保险安全标准是由合同所添加的私人管制条款，是私人各方所执行的，这和有法律做后盾、有

① 原文如此。疑误，无责任原则下受害人当需购买较多保险，而严格责任原则下则相反，施害人需购买较多保险。——译者注

② 不过，请注意，在19世纪，我们所认为当然的很多保险险种是无法取得的。保险市场需要时间来发展。

③ 扣除条款：保险单内的条款之一，免除保险人对被保险户承受的损失赔偿最初的规定的金额。——译者注

④ 共保条款在财产保险中经常用到。共保比例一般是80%，如果被保险人投保的保险金额占到财产总价值的80%，那么就视同足额保险，损失不再比例分摊，尽管此时是不足额险；但如果没有达到这一比例，就相当于不足额保险，损失就要进行比例分摊。——译者注

⑤ 经验费率是保险合同中的一个条款，该条款规定下一年的保费率将作为前一时期被保险人的实际损失的函数做出相应调整。——译者注

政府官员来执行的公共管制不同。总而言之，法学家一般认为保险促进了侵权法目标的实现，应该受到鼓励。①

在讨论完保险的激励效应之后，现在转过来讨论“无责任原则或严格责任原则哪一种责任原则更适合消费品伤害的人”这一问题。就保险市场的效率而言，严格责任原则比无责任原则有着突出的优势。正如已经解释过的，保险公司通常会根据个人索赔的历史记录，及通过“经验费率”的估算过程来确定保费费率。很多理赔请求会引起过高的收费，几乎很少有理赔请求能够得到减轻保费的待遇。在严格责任原则下，生产了有缺陷产品的公司会向其保险公司递交很多理赔申请，这就需要支付较高费率。这一情况通过使生产厂家减少消费者事故来减少理赔申请，从而达到对其采取更多预防措施进行激励。但是，这些对生产者的激励在无责任原则下就会消失殆尽，在该原则下，消费者必须自己购买保险。支持消费品伤害严格责任的一个主要观点认为，这一原则会导致责任险保险公司要来监督生产厂家的安全问题。

有些学者反对严格责任原则，他们乃是基于以下理由，认为它为消费者提供了他们不必要的保险。所谓的“不必要”(unwanted)是指消费者如果不得不为其付费的话，他们并不情愿购买这一保险。为了说明这一点，举例来看，一个保过险的美国汽车司机，由于他的车在冰上行驶时打滑而伤到了膝盖，他可以从保险公司获赔医疗费用、损失的工资和汽车损毁。然而，如果该驾驶员由于另外一个司机的原因而造成伤害的话，他也将获得为其伤痛在侵权责任上须付的额外赔偿。一般而言，侵权责任体系可以为消费者提供有效的关于伤痛之苦的保险，这些保险他无需为自己购买。在个人伤害案例里，伤痛之苦赔偿可以相对很大，这意味着消费者要购买很多不必要的保险(稍后我们将讨论侵权索赔权市场如何能够解决这一问题，该问题可以通过允许潜在的事故受害人售卖其未来的责任权利而得到解决)。

前面已经讨论过侵权责任原则和保险市场之间的复杂互动关系。在离开这一主题之前，我们打算解释关于保险市场的一个问题。在 1985 年、1986 年，以及后来再次在 1990 年代中期，在美国和其他地方爆发的有关责任险的“危机”——特别是关于医疗灾难保险。在危机期间，保险公司放弃了一些保险业务，拒绝继续为某些个人和公司提供保险，也缩小了有些保险的范围，并且大幅提高保费。这场危机提出了这样的问题：“保险行业是不是内在不稳定的?”对这个问题的回答，解释了保险行业的一些基本特征。

有两个原因说明答案可能是肯定的。第一个原因涉及保险公司所拥有的“储备”(reverse)。对于一些保险项目来说，大量的索赔请求可能会突然集中发生。比如在多数年份里地震险不会有什么索赔请求，但一场地震过后，就会有大量的索赔发生。因此，保险公司必须依靠在没有索赔年份里所积累的保费来建立其“储备基金”(reverse funding)。有时候，一家保险公司所拥有的储备又会超过它对某种风

① 不过，有些州禁止为惩罚性损失投保责任险，也许是出于同一原因，各州禁止了为刑事罚款投保。

险所要支付的赔偿金额。如果一家保险公司拥有超额的储备，那么它就可以以较低的成本拓展它的保险业务。在其他时候，保险公司没有超额储备，所以它们就不能在没有增加储备的前提下签发更多的保单。因为税负的原因，改变储备水平花费甚巨。[①] 有一种理论认为，保险危机的爆发乃是因为保险公司耗尽了它们的储备。

第二个解释在特性上则全然不同。假定保费上涨，有些人会停止购买保险。继续投保的人都是那些具有高风险的人，所以保险公司不得不再次提高保费。例如，假定有 20%的概率，我会遭受损失为 10 000 美元的事故，而对于你来说，你只有 10%的概率遭受相同的事故。如果我们大家都来投保，那我从保险公司获赔的期望值为 2 000 美元，你则只有 1 000 美元。又假如保险公司对我们的保单确定了相同的保费，比如都是 1 500 美元，这并不会使我比你支付更多，因为没有充分的信息能够把你我区分开来（抑或管制部门不会允许“价格歧视”）。那么，该保险公司共得保费 3 000 美元，预期的理赔支付为 3 000 美元，因而它分文未赚，利润为零，就像在完全竞争情况下所要求的那样。

如果该保险公司将保费提高到 1 600 美元，那将会发生什么呢？你会比我更有可能决定放弃继续投保（为什么）。但是如果你放弃了投保，保险公司就损失了一个低风险的客户（你），而保留了一个高风险的客户（我）。现在保险公司获得保费为 1 600 美元，而预期的理赔支付为 2 000 美元，因此它预期会损失 400 美元。为了弥补亏损，保险公司不得不再次提高保费。保费之所以第二次上涨，是因为第一次费率上调导致了低风险客户停购保险而高风险的客户继续投保的缘故。

这一现象，也即保费增加只会赶走低风险客户而保留了高风险客户的现象，被称为“逆向选择”。关于保险危机的第二种解释认为，增加的理赔请求导致了保险公司做出增加保费的选择。无论该保险危机的真实解释是什么，储备问题和逆向选择都会导致保险供给的不稳定性。[②]

问题 9.2

有些保险合同包括“代位清偿条款”，在这一条款下，被保险人将其法律诉求归于保险人名下。就比如说，如果 A 和 B 公司有责任险合同，那么就可能会有这样的合同，该合同包含将所有 A 的责任险请求以该合同归于 B 公司。如果 A 是过失

① 从储备里转出的资金就会成为需要纳税的利润，因此保险公司一般不愿意从其储备里转出资金，除非在他们亏损的年份里可以抵消其税负。同样，增加储备额可以降低税负（尤其是在美国 1986 年改革前的税法之下），因此保险公司会在其他业务获得大量利润的年份增加储备。

② 参看 Ralph Winter, *The Liability Crisis and the Dynamics of competitive Insurance Markets*, 45 YALE J. REG, 455(1988)，以及 M. J. Trebilcock, *The Role of Insurance Considerations in The Choice of Efficient Civil Liability Rules*, 4 J. LAW, ECON. & ORG, 243(1988)。

施害人所造成事故的受害者，那么，B 可以赔偿 A，然后代表 A 向施害人请求赔偿。

代位清偿条款是有效率的吗？根据下面关于诉讼成本一节和诉讼成本对侵权责任体系的影响，重新审视你的答案。

4. 破产

根据在第 8 章中的假定所作的解释，严格责任原则使得企业将事故的社会成本内部化，因此它会选择社会最优的活动和预防水平。通过破产来逃脱责任的可能性，使得这一结论必须改变。当对侵权受害人的潜在伤害超过了企业的净值时，企业就会将部分风险外部化，如此就破坏了对企业采取预防的激励机制，而保有了其活动水平。有限责任会产生过少的预防，以及过多的危险活动。

我们来考虑这样的一个例子。有一家处理危险废料的企业准备长时期的经营下去，为了规避未来的责任，它须在倾倒危险废料上极端小心。又或者它可以采取鲁莽的倾倒策略，从而积累潜在的侵权责任到一定程度，超过其本身的资产。由于预期到未来的责任和破产情况，该企业就会持续的分发利润，并使得资本保持不足。一旦伤害发生且被起诉时，该企业就会宣布破产，其侵权受害人和其他未被满足的债权人就会取代该企业所有者的位置。

这种情况说明，那些高风险行业的企业可能会面对太多的事故，同时拥有过少的资本，结果会降低产量，并扭曲了资本比率。此外，如果侵权责任导致了破产和清算的话，公司的那些不可转让的资产就会被破坏。比如商誉（“好口碑”），组织机构以及其雇员在该公司如何运作上所拥有的知识（即所谓“企业专用性人力资本”）。这样一来，通过破产规避责任，导致了严重的非效率。

不过，最近一篇文章指出，新的证据判别技术能够使得公司无需资本不足即可规避侵权责任。[①] 首先，一家企业可以将它的风险业务转给其旗下的一家子公司，而法院很少会因子公司的破产而强制执行母公司的资产的。有证据显示，侵权责任的存在使得美国一些公司将风险业务剥离，并组建了更小的公司来从事经营活动。[②] 一些学者敦促美国法院实行“刺破公司面纱”原则，并将侵权责任延伸到子公司的母公司，甚至是那些拥有破产公司股权的人们。理查·布鲁克斯（Richard Brooks）对埃克森·瓦尔迪兹（Exxon Valdez）的研究——即 1989 年春天埃克森的一艘油轮失事，污染了阿拉斯加海岸——证明石油公司显然认为法院会刺破公司的面纱。[③] 具体来说，大型石油公司对使用自己的两艘油轮来运送更多的石油所带来的重大责任须有所应对，而不是试图通过与油轮公司签订合同让他们运送石油来逃避自身的责任。

---

① Lynn M. Lopucki, *The Death of Liability*, 106 YALE L. J. 1(1996).

② Al H. Ringleb & Steven N. Wiggins, *Liability and Large-Scale , Long Term Hazards*, 98 J. POL. ECON. 574(1990).

③ Richard. R. W. Brooks, *Liability and Organizational Choice*, 45 J. LAW & ECON. 91(2000).

第二，对于其他非担保权人，包括侵权受害人，企业的担保权人在企业的破产程序中拥有优先受偿权。通过将公司的更大比例的债务借给担保权人，公司可以将其大部分资产从侵权受害人手中躲开索赔请求，从而避免损失。

第三，企业通常都会有预期收入，比如企业客户的未来支付（“应收账款”）。在所谓的“证券化”过程中，公司可以将预期收入转换为证券然后再将它们卖给投资者。[①] 证券化之后，预期收入就属于证券持有人，也不能作为赔偿侵权受害人的支付来源。

由于清偿能力不足而造成的预防激励的扭曲，还没有完美的解决方法。不完美的方法包括强制保险、发行债券或者以事前管制来代替事后责任。此外，用过失责任原则来取代严格责任原则可以来改善这一问题。过失责任原则允许企业通过采取符合法定标准的预防水平来规避责任。如果已经规避了责任，企业就没有必要从侵权诉讼中防护自己的财产了。相比之下，严格责任原则只是允许企业通过破产来规避责任。

5. 诉讼成本

侵权责任的经济理论最后一个核心假设就是诉讼是无成本的。当然，事实总是最有说服力的：诉讼成本很高昂，有时甚至会高到具有毁灭性的地步。对于各种责任原则的效率，一个更完整的分析显然应该引入这些成本。[②]

昂贵的诉讼对于潜在的受害人和潜在的施害人，其影响效果是不一样的。除此以外，这些不同的效果对第 8 章中我们对效率的分析，也有着非常不同的含义。

首先，我们来考虑高成本的诉讼对潜在的受害人的影响作用。如果受害人必须为其索赔请求付出一定成本的话，那么，他们可能会减少索赔请求的次数。考虑一种极端的情况，诉讼成本超过了预期对损害的赔偿，受害人就不会起诉施害人。因此，潜在的施害人将不会从侵权责任体系得到这样的信号：他们所正在做的一切都是不可接受的。于是，他们就可能采取更少的预防，其结果只能是事故频发，而且还会更为严重，而他们本可不必这样的。

然而，高成本的诉讼对于潜在的施害人的决策却有着相反的作用。如果施害人应诉的成本很高，那么，就会导致施害人采取较诉讼成本为零时更高的预防水平。采取更高的预防水平，潜在的施害人就可以降低事故发生的概率和严重程度。如果这一额外的预防成本低于应诉的成本，那么我们就可以预期，在诉讼成本非常高的时候，潜在施害人会采取这类额外的预防。这样一来，结果将是事故发生的概

① 这类债券允许发行人将未来收益流转换为一次清偿额。第一个使用证券化方法的，是摇滚歌手 David Bowie，他发行了一种债券，给债券持有人一个对 Bowie 未来收入的要求权。为了纪念这一创造，证券化债券有时亦被称为“David Bowie 债券”。

② 参见 Janusz Ordover, *Costly Ligation in the Model of Single Activity Accidents*, 7 J. LEGAL STUD. 243(1978)；以及 A. Mitchell Polinsky & Daniel Rubinfeld, *The Welfare Implications of Costly Litigation in the Theory of Liability*, 17 J. LEGAL STUD. 151 (1988)。

率和严重程度都会降低。

由于诉讼成本对潜在受害人和潜在施害人的影响作用是完全相反的两个方向(一个是建议减少预防;一个是建议增加预防)的,我们无法确定放松无成本诉讼假定之后,其净影响作用是怎么样的。

高诉讼成本还有一个未曾解决、并与人们的直观感受相悖的意义,这可以通过对比两种可能的法律程序规则来加以说明。在第一种程序下,假定当原告抱怨犯错者造成了 100 美元的损失时,法官听闻此案,不管原告是否证明必要的事实,即判给他 100 美元作为损害赔偿。在第二种程序下,我们假定当原告抱怨犯错者造成了 100 美元损失时,法官开始扔硬币,如果硬币是正面,则对原告的抱怨不予理会。但是,如果硬币呈现反面,法院判决此案,以实际损失的 200%对损害进行赔付。施害人预期的责任在两种程序下都是一样的——在旧程序下是 1.0×100,而在新程序下是 0.5×200。如果潜在施害人决定基于期望责任,需要采取某些预防措施的话,那么,程序的改变不会影响他们的行为,因此,事故伤害的成本和规避事故的成本之和显然可以不变。不过,新程序却可以减少 50%的诉讼,因此行政管理成本在第二种程序下可以变得更低。

把法律体系从第一种改换成第二种,可以节省成本,但是这并不会发生。实际断案的法官如果以扔硬币来断案,必然激起公愤。即使如此,我们的例子也可以做出如下重要的结论:一个法律体系可以通过降低责任发生的概率,并且以赔偿金的上涨来抵消这一下降,从而节省行政管理成本。第 11 章会转过来在刑法中讨论与此等价的结果,到时候所讨论的是刑事罚款,而非民事责任。

问题 9.3

试用关于议价的经济理论来概括,解决争端面临的交易成本可能很大时的侵权行为[提示:回忆一下坏的公共产品(public bads)和坏的私人产品(private bads)之间的区别]。

问题 9.4

请说出你认为对于哪一种责任标准而言,其诉讼成本会更高——是过失责任原则还是严格责任原则?为什么?对于效率的进一步讨论是否能得出一种责任标准优于另一种的结论呢?

6. 结论

综上所述,在放宽了上一章那些核心假设之后,我们得到的最终结论是什么

呢？也许多少令人意外，经济模型的结论几乎原封不动地被保留下来。我们已经看到，放宽理性假定可能是没有依据的，而一旦放松，经济理论就能够帮助我们搞清楚侵权法应该如何考虑那些它试图去影响的行为人的认知缺陷。我们还认识到，在放松不存在第一或第三方保险假定的情况下，关于侵权责任的经济理论的结论并未改变。共保条款、扣除条款、代位清偿条款以及更高保费抑或政策撤销的潜在威胁，仍然保持了对潜在施害人采取最优预防的激励不变，对潜在的受害人（通过其保险公司）采取行动，以使得潜在施害人将他们鲁莽所致的社会成本内部化的激励也得以保留下来。其他的社会政策，诸如安全管制之类，也无法令改变所得出的经济分析结论。对于如何更好地调节侵权责任和安全管制，这些社会政策给予了考虑，而这类调节可能需要对经济权衡进行理解。最后，诉讼成本不为零的事实也没有能对经济学模型进行改动。相反，我们看到了高昂的诉讼导致了两个不同的结果：一方面，它可能会使得潜在受害人避免诉讼（这样就使得潜在的施害人不必承担其鲁莽所带来的全部成本，并鼓励他在将来采取较少的预防措施）；另一方面，它可能驱使潜在受害人采取更多的预防措施（如果采取额外的预防使得事故发生的概率和严重程度降低的成本低于诉讼的成本的话）。

9.1.2 扩展基本模型

在本章和前一章所探讨的经济模型，不仅解释了关于侵权责任体系目标的众多宽泛议题，比较了过失责任和严格责任之间的差异，而且还帮助我们理解了关于侵权责任的一些比较特殊的理论。本节将展示经济学理论是如何应用到具体案例中去的——例如，雇主对雇员的侵权行为的责任——以及有关侵权责任前沿的一些主题。

1. 转承责任

在有些情况下，一个人须为他人造成的侵权行为承担责任。发生这种情况时，该第三方即可说成是对侵权行为者的行为负有“转承责任”（*Vicarious Liability*）。转承责任可从代理人推及委托人，或者从被抚养的子女推及其父母，转承责任最为普遍的例子，就是在雇主责任原则（“让主人答复”）的法律原则下，雇主对雇员的侵权行为负有转承责任。这一法律原则的本质是说，如果雇员“在其职责范围内行事”，则雇主就会对该雇员的非故意侵权行为承担转承责任。可以用这样一个事例来说明雇主对雇员的转承责任：一位雇主告诉其员工绝不要在驾驶公司的卡车时开的太快，以至于超过车速限制。可是该员工超速了，酿成事故。这时，雇主应承担责任。

雇主责任原则是不是可以驱使雇主和雇员采取符合效率的行为呢？这一原则对雇主产生了一种在挑选雇员、分配工作以及决定雇员的装备水平时要有谨慎态度的激励。如果是这种情况，那就是符合效率的——就像一般看上去的那样，即雇

主比雇员在做这些决策时处于更为有利的位置。①

在讨论侵权责任时，我们常常在严格责任原则和过失责任原则之间做出区分。对这种差异的分析也可以应用到转承责任原则上来。在严格转承责任原则下，雇主对雇员所造成的伤害承担责任。在过失转承责任原则下，雇主对那些由于雇员的过失监管(negligent supervision)所导致的伤害承担责任。从过失责任向严格责任的转换，减轻了原告的举证负担。为了说明这一点，可以来看这样的一种情况。一位粗心的护士被一家医院雇用，工作中伤害了一个病人。在严格转承责任原则下，为了从医院处索取赔偿金，该病人必须证明医院在监管护士时存在过失，这相对是比较困难的。当我们讨论消费品伤害时，你已经遇到了这类支持严格责任原则的观点。

我们已经给出了支持严格转承责任原则而不是过失转承责任原则的观点，另一个主张却走在相反的方向上。为了说明这一点，我们可以来看如下情况，比如油轮上的一个水手可能由于过失，在夜间将原油排放在了公共海滩。倘若迅速告知当局伤害发生，会减低最终伤害和清除成本。雇主可能是除了水手之外惟一知晓事故发生，或者能够证明污染来自他的船的人。但是，严格转承责任原则导致雇主萌发为了躲避惩罚，而保持沉默的私心。相反，在过失转承责任原则下，细心监管可以使得雇主规避责任。两相对照，为过失监管而承担转承责任的原则可以激励雇主更多地解释雇员的过错行为。②

问题 9.5

如果一个雇员对雇主声称自己有从事某项工作的能力，而事实上他并没有胜任这项工作的能力，然后他从事该工作造成事故，那么应该如何处理？根据雇主责任原则，雇主是否仍需要对受害人的损失承担责任？

问题 9.6

普通法并不要求父母对其子女的非故意侵权行为负责，除非该父母疏于监督直接导致了侵权。但是普通法却要求丈夫对妻子的侵权行为负责(这个规则后来被废止)。你能否对这些普通法原则给出符合效率的解释？

① 关于这个主题更全面的经济学讨论，参见 Alan Sykes, *The Economics of Vicarious Liability*, 93 YALE L. J. 1231(1984)。

② Jennifer Arlen & Reinier Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporation Liability Regimes*, 72 NYU L. REV. 687(1997).

问题 9.7

在很多州，酒吧侍者（在所谓“酒店责任法”①规定下）、朋友、聚会的主人或其他任何给醉酒者斟酒之人，醉酒者后来对他人或他人财产造成损害的，上述个人即须承担转承责任，予以赔偿。这种转承责任的形式具有经济意义么？

2. 共同分摊与非共同分摊下的连带责任和多方责任

当多方造成对某人的伤害时，关于受害人应当起诉谁，以及赔偿金应当如何在施害者之间分配的问题就提出来了。我们可以这样来说明这一点，假定你在一次由两个人造成的事故中损失 100 美元，把这两个人分别称为 A 和 B。如果你能够一次起诉他们俩，他们须负连带责任，就是说 A 和 B 是共同被告，可以从他们那里获得 100 美元。如果你能够分别起诉 A 或者 B，他们是多方责任，就是说他们在不同的诉讼案例每一个都是被告，分别应从每个人处判罚 100 美元。

如果他们每个人都需为所有受害人的全部损失——而不是其中的一部分人、及一部分损失——负责的话，被告就是要承担所说的“连带和多方责任”。原告可以起诉全体施害人要求他们负连带责任，也可以选择向其中几个或仅仅一人索取全部损害赔偿金（典型的，原告可以起诉被告中的“大财东”，即拥有财产又有能力赔偿的施害人）。

普通法只有在以下两种情况下，才对连带和多方责任予以确认：(1)如果被告共同行为导致受害人受到伤害，(2)如果受害人的伤害是不可分的。关于第一种情况，有一个例子是由 A 和 B 驾驶的两辆汽车沿着街道比赛，其中一个人撞到了 C，一个步行者。关于第二种情况，适用的例子是这样的，两个猎人打猎，结果却不小心意外的开枪打中了第三个人。

假设原告选择从几个施害人中的一个人那里索取赔偿，那么，被告可以迫使其他施害人共同分担损害赔偿金吗？按照非故意侵权的普通法，被告一般没有这个权利要求和其他共同侵权人分摊，即使原告在选择对哪个侵权行为人起诉时心怀恶意，或者根本就是任意选择的，这个规定都是适用的。进一步看，双倍赔偿会把一个并不情愿当受害者的受害人变成一个热切希望担受这一角色的受害人，这实在没有任何经济意义。几乎在所有州里，这一禁止分摊赔偿金的苛刻规则通常都由成文法律明令废除，但是有的时候则是经过司法判例来废止的。② 法律通常会把一个侵权行为人分担的赔偿从其他行为人所应当支付的赔偿金里减去，比如，如

① 所谓酒店责任法（dram shop laws），又称酒店责任（dram shop liability），根据这一理论，酒醉者在造成第三人伤亡的情况下，对其提供酒类之酒店酒保或甚至社交场所之主人等，均应负连带之损害赔偿责任。该法只有美国的某些州施行。——译者注

② 这种废除仅仅适用于非故意侵权行为，至于诸如违反反托拉斯法等故意侵权行为，被告仍然无权要求在共同侵权人之间分摊赔偿金。

果 A 和 B 对你造成的伤害为 100 美元，而你从 A 处得到了 40 美元的赔偿，则对 B 的判罚上限为 60 美元。

对原告最为慷慨的法律就是无分摊的多方责任了，它允许原告分别起诉施害人中的每一个，并且可以向每一个施害人要求全部赔偿。而对原告最不慷慨的法律则是有分摊的连带责任，它要求原告一起起诉所有施害人，并且对实际伤害的总索赔额做了限制。在美国，对于大多数有着多个施害人的案例，实际上的适用法律都是“有分摊的连带和多方责任”。因为责任是“连带和多方”的，原告可以连带起诉或分别起诉施害人，只要他愿意即可。因为该法允许“分摊”，索赔额被限制在伤害价值的 100%以内。

对于连带和多方责任而言，存在有几个经济学上的原因。一是它减轻了受害人为证明是谁带来了伤害这一问题的潜在高昂成本。这一原则允许受害人认定这些人中的一个或者其中几个人对受害人进行了伤害，同时并不需为说明哪个或哪几个需要承担责任而支付成本。从本质上来说，这一原则就是将确定究竟谁带来了伤害的成本转给被告。想象一下这样的情形：一个病人被麻醉后，送去进行手术，在手术过程中有人伤害了该病人。事后该病人就可以起诉当时在手术室里的所有的医护人员，因为显而易见，该病人无法确定究竟是谁对他造成了伤害。

另外一个原因则是，连带和多方责任允许受害人起诉被称为“大财东”的一方，这会使受害人更可能全额获取赔偿。假如一个未投保的汽车司机在高速行驶时，陷入路上的一个坑，汽车失控，撞上了另一个人的汽车，对另一个人造成了严重的伤害。为便于说明，假定高速行驶的司机有 90%的过错，而市政当局因未填平路坑有 10%的过错。由于前者没有保险，因而受害人向他索赔有困难。但是如果法律允许受害人要求司机和市政当局负连带和多方责任，且如果受害人能够证明该城市在道路养护方面有过错，则受害人可以向该市政府要求赔偿 100%的损失。而该市政府基本没有希望能从那个没有保险的高速驾驶的司机那里获取它所支付的那 90%的赔偿金。

还有一个经济学的问题，是关于分摊和效率的。分摊原则和不分摊原则哪一个更有效率呢？不分摊原则使得所有被告都能把事故成本内部化，而且由此给他们每个人采取最优预防提供了激励机制。相反，分摊原则会导致每个被告将事故成本部分内部化，部分外部化，因为成本被部分外部化，所以分摊原则就无法为每个被告采取最优预防提供激励机制。举例来说，在 A 和 B 赛车时撞伤了 C 的案例里，最优的激励机制是要求 A 承担事故的全部成本，B 也承担事故的全部成本。①

① 参见 Landes & Posner, *Multiple Tortfeasor: An Economic Analysis*, 9 J. LEGAL STUD. 517 (1980)；以及 Polinsky & Shavell, *Contribution and Claim Reduction Among Antitrust Defendants: An Economic Analysis*, 33 STAN. L. REV. 447 (1981)。

尽管不分摊原则对共同施害人采取预防创造了符合效率的激励机制，但是，双倍赔偿的可能性却会使得原来不是非常积极的受害人，现在变得非常热切，甚至有些狂热。比如，如果C仅从A处获取完全赔偿，则对C而言，有无事故并无二致；但如果C可以从A和B处都获取完全的赔偿的话，则C就会更偏向于事故发生。可能正是这个原因，可以解释何以法律倾向于选择分摊原则而不是不分摊原则。

网页便笺 9.3

当存在多个被告时，其中一个或更多被告会和原告达成协议，以解决其索赔请求，然后将这一协议对其他被告保密，这种情况也时有发生。这类协议被称为"玛丽—卡特尔协议"(Mary Carter agreements)，之所以起这个名字，是因为他们在玛丽—卡特尔的案件中首先启用。对玛丽—卡特尔协议，可以在我们的网站上找到其历史记录，以及经济分析。

3. 证据的不确定性和相对过失原则①

前一章已然讨论了几种形式的过失责任原则：简单过失责任原则，与有过失责任原则和相对过失责任原则。在过去200年的大部分时间里，与有过失责任原则不仅是过失责任原则的主要形式，而且是普通法国家里的主要侵权责任原则。然而，在过去的40年里，一切都已经发生变化。在今天，除了少数几个州之外，其他所有各州都已更改了它们的事故法律，以至于与产品无关的侵权行为其相对过失原则成为了占主导的责任标准。这种变化主要受到成文法规以及少数几个州通过司法判例采信的影响。而欧洲大多数国家的民事司法体系，早在美国之前就已经做出了采用相对过失原则的转变。本节将简要介绍相对过失原则的运行情况，同时也关注一下它与有过失责任原则之间的区别，然后我们将表明，"证据的不确定性"是如何引发一种关于相对过失原则的效率主张的。

相对过失原则的兴盛，一个简单的原因是，人们对与有过失原则的日渐不满。回顾一下，在与有过失案例中，原告无法向被告索取任何东西，即便是从有过失的被告那里也是如此。这个规则给多数人带来了极度的打击。为了便于说明，我们来看，假设发生了一场交通事故，被告和原告当时都在驾车行驶。再假定只要违反最高限速即构成过失，并且有证据表明，原告在限速为30英里每小时的路段内以35英里每小时的速度行驶，而被告在同一路段以65英里每小时的速度行驶。根据规则，它禁止有过失的原告索赔，因而原告将无法追回损失。这种结果显得过于严苛，因为与被告的过失相比，原告的过失是相对轻微的。

① 这一节的材料取自 Cooter & Ulen, *An Economic Case for Comparative Negligence*, 61 NYU L. REV. 1067(1986)。

为了避免这类苛刻法律的结果，大多数司法管辖区都已找到限制与有过失原则的范围之手段——例如，通过所谓的“最后明显机会原则”①。② 但是最终，这些对与有过失责任原则的应用限制，给相对过失责任原则打开了方便之门。

相对过失原则与有过失责任原则主要区别在于，根据相对过失原则，原告的共同过错只是向有过失的被告索赔的部分而非全部的障碍。因此，根据相对过失原则，有过失的施害人要给予有过失的受害人部分而非全部赔偿。③

采取相对过失原则的主要理由是公平的主张。然而，也存在着对采取相对过失原则的符合经济效率的主张。为了说明这一观点，我们需要至少放宽上一章中的一个核心假设。回忆一下，在第 8 章所介绍的有关侵权责任的基本经济理论告诉我们，各种形式的过失责任原则（简单、与有和相对过失）都一样有效。我们能够区分它们的有效性，惟一办法在于放松一个核心假设。假定有一件过失案例，同时再假设诉讼成本高昂，而法院将如何评价案件中的证据是不确定的。如此一来，被告和原告都不能肯定法院是否会认为他们的预防措施足够了，从而免去他们中一方的过失。比如说，也许法院会认为他们中某一方的预防不足，尽管该方认为其已经采取必要的预防措施，已经履行了相应的义务；又或法院会认为其中一方是无过失的，尽管事实上该方违反了法定的预防标准。我们称这种情况为“证据的不确定性”（evidentiary uncertainty）。

先来解释证据的不确定性对潜在施害人的预防决策所产生的影响。我们假定——这看起来似乎不是很现实——潜在的施害人被判无责任的概率随着他们预防水平的提高而增加。图 9.2 表明了这种情况对预期成本的影响。证据不确定性的影响作用是将在第 8 章所展开的（假定的）法定预防标准上预期责任的间断平滑联接起来。平滑联接之所以能够实现，乃是因为施害人的预期成本是须承担责任时的成本和不须承担责任时的成本的加权平均值，该权数是由他们被判须承担责任的概率给出的。图 9.2 中所示的这一效应是由连接预期成本曲线和预防成本线的倾斜的曲线所表示出来的。关于法院对当事人预防水平与法定标准的权衡比较上的不确定性，驱使大多数施害人采取超过法定标准所规定的预防措施。他们实际上为自己建立了一个确信可规避责任的误差边界。这种行为在图 9.2 中的表示

① 最后明显机会原则（last clear-chance rule）又译“最后避免机会原则”，是英美交通法中的一项规则。这一规则的主旨在于削弱侵权责任人的抗辩效果，按照规则，原告对于损害的发生虽有过错，但仍有理由可提出损害赔偿的请求。如果在事故发生前，被告对原告所致之损害曾有最后明显机会可以避免，但因为未能实行以致损害发生时，即应负赔偿之责。例如穿越马路者被汽车撞到而导致伤亡时，如汽车驾驶人有机会可转向而不致撞及行人，但其并未及时转向，那么，尽管对于损害的发生，受害人有过错，汽车驾驶人仍应负赔偿责任，即受害人仍可获得损害赔偿——译者注。

② 每一种限制都允许在与有过失责任原则下的被告获得**全部损失**的赔偿。在下面我们会介绍这与相对过失责任原则下的结果有什么不同。

③ 相对过失责任原则有三种不同的形式：纯粹相对过失（pure）、修正的相对过失（modified）以及轻重相权相对过失（slight-gross）。这些形式都非常有趣，只不过它们不是我们经济分析的中心内容。

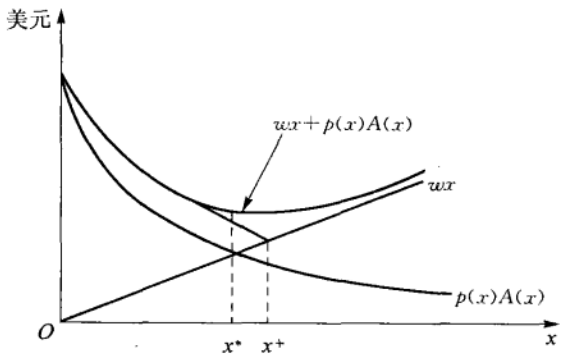

图 9.2　证据的不确定性使得成本曲线在法定预防标准处的间断点上连续，并且驱使潜在施害人采取额外的预防措施

如下：在高于法定标准 x^* 的预防水平 x^+ 上，平滑曲线上的施害人成本达到最小化。

证据的不确定性导致潜在施害人采取超过刚好能使得他规避责任的预防水平。[①] 也即，证据的不确定性将会造成相对于有效率的预防水平而言的过度预防。

在过失责任原则的每一种形式之下，这一结果都是正确无误的。那么，如果存在证据的不确定时，相对过失责任原则所能产生的效率优势又在哪里呢？在某些情况下，实行相对过失责任时产生的过度预防，要比实行其他类型的过失责任原则所产生的要少一些。理由很简单：根据相对过失责任原则，如果任何一方当事人在选择预防水平以满足法定预防标准时出了差错，这个过错的后果不会像在其他类型的过失责任原则下那样完全由犯有过错的一方承担，因为在相对过失责任原则下，损失要在当事人双方之间分摊，而不是集于一方。

对相对过失责任原则的一个常见的批评是说，其管理成本太高。用于分配过错的规则有些模糊，即使在各当事方从事同一活动时也是如此。在 A 以 45 码的车速在限速 30 码每小时的路段行驶，而 B 以 60 码的车速行驶在同一条道路上，这时对于如何分配过错，人们并无十足的把握。但是，更糟糕的情形发生在当事各方从事不同活动的时候。比如说，你将如何来对第 3 章中巴特菲尔德诉菲勒斯特案中的过错进行分解呢？此案是关于菲勒斯特留在路上的障碍物和一个存在过失的骑手巴特菲尔德——他撞上了障碍物。假如存在这一困难，可以断言，在不可能达到准确的分配时，诉讼双方以及陪审团试图确定过错的确切比例，要耗费非比寻常的努力。

相对过失责任原则有较高的管理成本，这一看法亦可能有其真实性的一面。若果真是如此，就应该在相对过失责任原则的符合效率的优势和其管理成本之间找到一个平衡点。但是，除非能够进行比较审慎的经验研究，我们无法确切知道转

① 这就是我们在本章前面所作的讨论之一，也即由于诉讼成本高昂，会导致潜在施害人采取超过他们所应该采取的预防措施。超额的预防水平就会使事故（当然，也会使得诉讼）发生概率降低。

而寻求这种新责任原则是不是存在一个净的效率所得。

网页便笺 9.4

关于相对过失责任原则，经济学已经有了相当可观的文献。在我们的网站上可以浏览相关文献。

问题 9.8

海事法——处理通航水域上争端的法律——使用了一个简单潦草的方法，处理相对过失责任原则的管理成本问题。海事法并不试图将争端各方间调整过失的程度，而是简单的将损失五五开，不管双方在过失上具体各自承担多少责任。对这种加少相对过错的管理成本的方法，请你评论一下其效率如何。你会建议在分配诸如双方均有过错的交通事故上应用海事法的规则吗？并说明原因。

对看不见的行为人的激励

当局如何为那些对他们来说无法看得到的人们制造激励呢？佛罗里达州有一个聪明的办法。该州农民用磷来给他们的土地施肥，雨水把这些磷冲到了大片美丽而又脆弱的沼泽地，也即著名的埃弗格莱兹湿地。① 为了控制磷肥污染，管理当局接受了一个新颖的激励系统。从 1995—1996 年开始，磷肥施肥可以与得自 1979—1988 年的施肥记录底线进行比较。如果排入埃弗格莱兹湿地的磷肥没有达到法令规定的减少量，在规定区域内的所有农民必须交“农权税”(agricultural privilege tax)。农民若想使得此税不再上升，必须超过法定磷肥排出削减量的 25%，即排出更少的污染量。在这种体制下，每个农民努力的减排，降低了最终污染排量上自己的责任。结果，每一个农民都把这种减排的边际收益和边际成本内部化了，这符合效率的要求。

这一激励系统在两个方面是很引人注目的。第一，在当局不了解具体单个农民减排量的情况下，每个农民都有采取有效减排的激励动机。当局仅仅需要知道所有农民的总减排量。第二，如果当局在选择减排目标水平上是正确的，那么农民会继续减排，直到他们能够达到这一目标，因此没有一个农民

① 埃弗格莱兹：美国佛罗里达州南部的一片亚热带沼泽地区，内有大沼泽国家公园，以其园内的野生动物，特别以鳄鱼、短吻鳄鱼和白鹭而闻名。——译者注

会最后支付该税。学者们把这一方法称为过量伤害的总责任原则(a rule of total liability for excessive harm)。“总责任”(total liability)是指每个行为人的责任取决于所有行为人所造成的伤害。“过量伤害”(excessive harm)是指责任适应于所有行为造成的伤害超过了一个底线所规定的量。①

9.2 赔偿金计算

我们在上一章中提到,责任原则在达到有效率的预防水平上的程度部分取决于法院事实上的补偿金判给的能力。这些赔偿金同时可以达成两件事情:(1)赔偿金可以使得受害人恢复到其未受伤害以前的效用水平或无差异曲线上;(2)赔偿金是施害人因为伤害了受害人而必须支付的“价格”。这一节中,我们来考察通过微观经济学帮助我们确定赔偿金确切数额的方式。此外,我们还将运用微观经济学来讨论侵权判决中惩罚性赔偿的效率标准方面的问题。

9.2.1 汉德法则赔偿金

补偿性赔偿金意在“使受害人完好无损”。但是,在有些情况下,这是不可能的事情。例如,在一场侵权事故中一个孩子遇难了,我们无法根据这样的方案来计算损害赔偿金:“算出这样的一笔钱,使其父母对要这笔钱而失去孩子,或者不要这笔钱而使孩子复活无差异。”在无法恢复的致残事故造成的身体伤害相对轻一些的案例中,同样的困难也会出现。

事实上,在侵权行为法里,有两个大相径庭的补偿性赔偿金概念。一个是无差异这个标准的经济学概念:当受害人对于受到伤害并得到赔偿金,和未受到伤害但也得不到赔偿金没有区别时,补偿是完美的。这样一来,当潜在受害人并不关心是否发生可以获得损害赔偿金的事故时,补偿性赔偿金就可以说是完全的。这一概念是与那种损失了在市场上可以求得替代品的物品所造成的伤害类似的。当替代品可以求得时,该替代品的市场价格可以衡量原告原物品的价值。同时,这一概念也与那些可以随时买卖,却又无正规组织的市场上的物品类似。比如说,詹姆斯·乔伊斯②的一封手札真迹和一辆 1957 年的雪佛兰,尽管在市场上随时有售,但是它们如此稀少,以至于常规的市场并不存在。它们的主人通

① Robert Cooter & Ariel Porat, Total liability for excessive harm, 36 J. LEGAL STUD. 63 (2007).

② 詹姆斯·乔伊斯:(1882—1941)爱尔兰作家,他创新的文学手法对现代小说有着深远影响。他的作品包括《尤利西斯》(1922 年)以及《为芬尼根守灵》(1939 年)。——译者注

常只有在打算出售的时候才定出价格，而这类价格才是完美的衡量补偿性赔偿金的标杆。①

这个以无差异为基础的完美补偿概念是对激励动机进行经济学解释的基本概念。如果潜在施害人对完美补偿性赔偿金承担责任的话，他就把事故所导致的外在损害给内部化了，这就给潜在施害人采取符合效率标准的预防措施提供了动力。如果已经存在一个替代品市场，这类损害赔偿是很容易计算出来的。

但是，就有些侵权伤害来说，却没有一个可供参考的市场替代品。比如，没有哪一个善良的家长会卖掉自己的孩子，不会有这样的价格。在一个孩子和一笔金钱面前，如果有人认为它们之间没有差别，这种想法会令人感到十分可憎。而且，对于大部分人来说，也没有谁会愿意开价出售自己的手臂或大腿的。② 因此，对于那些失去孩子或肢体的伤害而言，赔偿无论如何都谈不上完美。尽管如此，陪审团仍然必须对造成儿童死亡和人身伤亡等悲惨的伤害做出裁决。所以，我们的任务就是对他们的计算方法提供一种更加令人信服的解释。

当美国法院对那些无法赔偿的损失——诸如儿童的死亡——判定赔偿金时，陪审团通常要设定数量。很遗憾，法官为陪审团提供的关于如何计算赔偿金的指示并不一致。我们来看，法官给马萨诸塞州陪审团的指示：

> 对非法的死亡进行赔偿，给活着的人支付赔偿金，表示对生者而言死者生命价值所带给他们的损失……在法律如何估算原告的赔偿金上，并无具体的方案……这一估算应当公平、充分而且符合正义，这是你们的职责所在。你们必须运用你们的智慧和判断力，以及你们将基本的正义转换为分分厘厘的金钱，这些钱能够完全、公正而又合理地补偿死者的家属。你必须由对该案证据而听从你的常识和你的理性的引导……

对于一个被深爱着的人来说，金钱无法弥补爱人的损失，这是常识，那么，常识如何可以假定能引导陪审团得出一个金钱上的价值呢？加利福尼亚陪审团指示则直接撇开常识，引出“合乎理性”(reasonableness)这一概念：

> 对于失去爱人、友伴、安慰者、慈爱之情、伴护人、慰藉物或精神支持所带来的损失，你应该能够给出合乎理性的赔偿金额。

如果没有办法给出一定数量的金钱来赔偿失去爱人之苦，那么，在“赔偿”前加上

① 经济学家们使用“保留价格”(reservation price)这个词来表示物主愿意出售其商品的最低价格，确定物主对某一特有商品的保留价格是一个困难的实际问题，但并非一个概念上的问题。

② 对于有些人来说，出售一条手臂可以得到一大笔钱，也许是一项十分诱人的买卖，但是他们的道德观不允许自己这样做。

“合乎理性”的，只会加深困惑，而无法使之更为清楚。

除了法院之外，还有管制部门也必须基于成本收益分析的考虑，给失去生命这类损失指定一个价值。这和法院又不一样，管制部门则拥有经济学家所发展出来的不少方法。我们来描述一下这样一个方法，并且为让法庭能够使用它来解释一些对它的修正。

生活的一个必然组成部分，就是应付死亡或严重伤害这类的风险。比如说，乘坐飞机或在高速公路上驾驶车辆都有这样的风险。人们常常可以减少这类风险，但这样做也总是花费可观。举例而言，我们可能会注意到飞机必须每隔一段时间进行检修，虽然这类检修成本很高，但是检修间隔时间越短，事故就越少。同样，载有特殊安全装置的重型客车也会为旅客提供额外的安全保障，但是这样以来客车生产成本就很高了，这需要消费者更多的支出。当一位家长决定购买具有何种安全装置的汽车，或者一家商业航空公司决定每隔多长时间对飞机进行检修以确保安全时，他们也就是在额外的预防成本和损害减少可能性之间进行权衡。

对于这类风险，要做出的理性决策就是对预防的成本和收益进行权衡。据此推理，则计算出损失的生命价值就有可能。让我们这样来看，假定花在汽车安全上的附加成本为 100 美元时，发生致命交通事故的概率下降了万分之一。如果用于汽车安全的费用合理，那么，致命交通事故发生概率的减少量乘以一个假定的致命风险(fatal risk)就等于预防的边际成本：

$$(1/10\,000)\times(\text{致命风险})=100$$

或者：

$$(\text{致命风险})=100/(1/10\,000)$$

这意味着致命风险的价值为 1 000 000 美元。

这种计算非正常死亡赔偿金的方法，将切实的市场购买作为了解售卖者估价安全，或者以其内含说是购买活着的价值为多少的指导。举例而言，假定一个消费者可能会向零售商支付额外的费用来购买一个安全装置，比如说是一个安全气囊。如果我们能够知道消费者购买这个安全装置的成本，以及安装这个安全装置后死亡的概率降低了多少，则我们就可以推断出这个消费者对生命安全的估计值，这就暗含了致命风险的价值。我们使用上述例子中的数字，假定购买安全装置花费 100 美元，而它使死亡概率降低了 1/10 000(请记住，这表示生存的价值是 1 000 000 美元)。如果消费者购买了这个安全装置，那么，上面的计算意味着该消费者对生命的价值估计至少为 1 000 000 美元。

为了把这种方法应用于法律争端上，法院需要考虑那些公认的“合理的”风险情况。在这些情况下，致命事故的概率为 p，预防责任为 B。效率标准要求采取额外预防，直到预防责任等于概率 p 的变化乘以损失 L，即 $B=pL$(注意，这就是汉德法则)。如此一来，法院就可以通过解这个方程来计算致命风险的价值 L，可求得：$L=B/p$。

注意，这种方法一般的方式使用了汉德法则。以这种一般的方式，法院使用汉德法则判定施害人的预防水平是否达到法定标准。在其通常的运用上，决策者使

用可接受的预防标准，一旦个体违反，即以此来判定其责任。

我们已经描述了两种截然不同的计算补偿性赔偿金的方法：无差异赔偿方法和汉德法则赔偿方法。第一种方法用于计算对于市场商品的赔偿——也即对于那些存在替代品市场的损失进行的赔偿；第二种方法用于计算对于那些由于法律和道德的障碍而不存在市场的损失之赔偿。只有在无差异方法适用的时候，对损害的完美赔偿才是可能的。不过，这两种方法的应用在没有差错的情况下，都可以为潜在施害人采取符合效率的预防水平提供激励动机。

经验证据表明，汉德法则比美国法院对交通事故失去生命判定的赔偿金的平均水平要高出好几倍。[①] 例如，美国国家高速公路交通安全部（NHTSA）通常估计交通死亡事故的价值在 2 500 万美元。然而，利用汉德法则来计算的赔偿金将会使得赔偿金数额显著增加，而且也会加剧一些重要的事故种类的保险成本。汉德法则赔偿金法也会使在不同的个体案例里出现的赔偿金上的较大差异得以抚平。[②] 除了与法律原则内在一致这一条之外，执行汉德法则赔偿金方法还会为更多合理的安全支出提供激励，从而创造一个更为安全的世界。

在美国，同样的事故会比德国带来更多的赔偿金，而德国又比日本多一些。赔偿金在同一国家的同一类事故中，不应有很大差异，而且，每一个国家其规定也当是最优的。当然，有些地方似乎也需要实质性的改革。我们的看法是，其实处处都需要实质性的改革。关于如何改善预防激励来创造一个更安全的社会，可以通过运用经济学理论直观地思考这一问题来作为起点。汉德法则赔偿金法表明，对个人伤害的赔偿金多数时候是太低了，以至于无助于消除伤害，即便在美国也是如此。对于交通事故，以及其他一些由一般人群所造成的伤害，和那些由公司或政府部门造成的伤害相比，这显得尤为正确，后者赔偿金更高一些。交通事故造成的个人伤害其赔偿金的实质上浮，会提高保险率，这会降低驾车的次数，并使得司机开车时更为小心。在美国，个人伤害案例中的赔偿金缺乏一种系统的计算，这意味着赔偿金可以随机性的有所不同，这也会导致了责任不等。在公司被告须为惩罚性赔偿金负责时，责任不等就更加为甚，这是接下来要讨论的主题。

问题 9.9

受害人 V 有一份工作，该工作可能会偶然曝露在化学品之下，这一情况将提

① 参见 Robert Cooter，“Hand Rule Damages，” Conference Entitled “Theories of Compensation，” Institute for Law and Philosophy，University of San Diego Law School，February 28，2003。

② 注意一下下面的情况是很有趣的，有记载的第一个法典，汉谟拉比法典，规定了同样数额的赔偿金，以赔付自由的男人或妇女被误杀的情况，然而，在美国强调个性化的体制下，对男人的误杀比对女人的在赔偿金判决上更高一些。

高其20年后罹患肺癌的几率从0.01上升到0.02。V为规避曝露于这一风险之下的危险，须付出15 000美元，或者他可以得到这15 000美元，如果他愿意曝露在这一风险之下的话。无论他如何努力，他都无法想象他如果接受这份风险导致最终死于肺癌，愿意用总额多少的金钱来抵偿。在20年后，风险成为了现实，V突然死于肺癌。汉德法则赔偿金法会判给V的遗属多少钱？若曝露于该风险之下，而又在死亡之前，V花去了1 000美元搬到了有更好空气的邻近地方。1 000美元应该加在汉德法则赔偿金上吗，或者它已经隐含地包含进去了吗？

网页便笺9.5

关于管理部门和其他法律决策者应当如何为逝去的生命定价——即指"统计性生命价值"(value of a statistical life, VSL)，有一篇扩展文献。在我们的网站上，我们评论了这篇文献，并附有例子。

9.2.2 惩罚性赔偿金

在1984年，格蒂石油公司(Getty oil)同意将自己卖给彭泽尔·奎克·斯达特公司(Pennzoil)，但是德士古石油公司(Texaco)暗中介入这项交易，并购买了格蒂。在诉讼中，得克萨斯陪审团判出了75.3亿美元的天价赔偿金给彭泽尔·奎克·斯达特公司，以及30亿美元的惩罚性赔偿金(最终，原告庭外和解，因为这个判决足以使得被告破产)。关于这个案例，有评论家就被告是否确实犯有过错不敢苟同，因为被告所犯之事乃是家常便饭，而且有一个名字："侵权性诱使违约"(tortious inducement to breach a contract)。放在任何一个案例里，30亿美元的判罚都是破纪录的，且难以想象。先前曾经提到责任不等(liability disparity)这一问题，该问题在类似产生不同判决的时候才会出现。惩罚性赔偿金是责任不等的一个重要来源。它们产生了很多不确定性，在公司和政府部门作为被告时带来了不小的令他们感到惊惧的色彩。我们现在要来分析惩罚性赔偿金，希望有更好的理解，进而寻求如何改善。

"我的当事人很幸运，受害人死了。"

如果让你在死掉还是变成残疾之间进行选择，你又当作何想？在多数侵权事故中，受害人及其家属宁愿你活着成为一个残疾人，也不愿看着你死掉。因此，在侵权事故中，导致一个人死亡比使得他变成残疾更为糟糕。但是，受害人的死亡对于施害人可说是幸运之事，因为侵权事故受害人在残废之后法

院判定的损害赔偿金往往比其死去所判罚的要多一些。比如说，某人受到了严重的伤害，但是还可以维持相当长一段时间的生命，这就需要特别的补偿。受害人无法继续享有的收入需要得到补偿，而其所需的每日不可间断的昂贵的医疗费用也要纳入损害赔偿金的计算里来。

反之，如果受害人死去，其家属（或者其他被抚养人）仅仅可以取得当受害人活着的时候他们能够从其处所得的那部分赔偿。这样一来，如果死者在未来 20 年内能够赚到每年 10 万美元的收入，并将其中 2/3 给予被抚养人，则被抚养人可以获得这笔数额的赔偿，并且要折算成现值。

根据定义，惩罚性赔偿金是作为惩罚被告的一种方式而给予原告的赔偿。在我们开始经济分析之前，必须得先回答这样两个问题：

（1）在何种条件下，可以裁定惩罚性赔偿金？

（2）惩罚性赔偿金是如何计算的？

在美国大多数州里，都有描述惩罚性赔偿金裁定条件的法规，通常，这些法规都意在说明实际上为法院所遵循的习惯做法。根据惯常的表述，当被告是蓄意而为，且令人无法忍受、故意而任性，或具有欺诈性的时候，就可裁定惩罚性赔偿金。[①] 这类法令仅仅为裁定惩罚性赔偿金规定了总的方针，但是由于这些准则尚未被制定成确定的规则，所以，有关何时才能裁定惩罚性赔偿金的问题，就有了相当的不确定性。认知心理学给出了结论性的证明，人们可以根据他们的情况有多糟糕进行行为排序，但是人们无法将惩罚的适当水平与内在一致的数字联系起来。[②] 因为基于道德的排序无法与金钱制裁一致地契合起来，法律必须为计算金钱制裁制定标准，以规避那种在处理人们各种问题上的任意性的不均等。

作为受害者的组织

经济学家常常例行公事般的将个体消费者和工人一般化为一个效用函数。但是，如果寻求赔偿的受害人是一个组织，比如合伙企业、一个公司、一个政府部门或一个俱乐部，又当如何呢？与个体一样，组织也可以被看作是决策

① 下面是关于“模范赔偿金”的一节（这是惩罚性赔偿金的另外一个名字），来自《加利福尼亚民法典》，€3294：“对于压迫、欺诈或者蓄意为恶（Oppression，Fraud or Malice）。

（a）在背弃并非来自合同的义务（obligation）之行动中，若被告犯有压迫、欺诈或者蓄意为恶之罪恶，原告可于赔偿金之外，以以儆效尤和惩罚被告之目的，索取赔偿金。”

（b）在治理那些动辄数以百万美元计的行为上，并没有很多细节上的规定。注意，在计算惩罚性赔偿金上，原文付之阙如。

② Daniel Kahneman, Cass Sunstein, et al., *Assessing Punitive Damages*, 107 YALE L. J. 2071 (1998).

者，而且它们的选择也可被当作显现出来的组织的偏好。还是与个体一样，一个理性的组织，它的偏好也可以用效用函数来表示，因此其中的问题就出现了："补偿的效用分析理论能否适用于组织？"

在应用福利经济学中，机构的收益和损害可以追溯到个人，至少在原则上是这样。举例来说，一家企业所经受的利润损失可以追溯到该企业所有者的收入损失。普通的做法是，组织利润的损失与单个所有者的收入损失是一对一的关系，并且假定他们都仅仅是为了利润才从事商业活动。由此假设可得，公司的利润可以"取代"受影响者的效用，既然企业利润的变化等于所有者收入的变化，对组织的补偿也就相当于对所有者的补偿。

在工商企业里，经济学的通常假设是假定它们追求利润最大化，在用效用函数推算一个企业的惯常选择范围时，它就只有一种简单的形式，即利润为其惟一关心之处。对于一个工商企业来说，从较高的无差异曲线向较低的无差异曲线的下移与利润的下降相对应，而利润的下降则可通过支付给该企业相当于所损失利润的赔偿金得到补偿。

总而言之，当组织的偏好所衡量的损失与个人的损失之间具有一一对应的关系时，组织的偏好就可以看作是受影响的个人福利的替代品。然而，把对补偿的效用分析扩展到适用于诸如政府、俱乐部以及非营利性企业之类的不以利润为目标的组织时，就很成问题了。因为有关描述这些组织行为的理论还不尽一致，在还没有公认的行为理论的情况下，对于如何把这类组织所受损害的结果追溯到它对个人福利的影响，也就不会存在一致的观点。

在如何计算惩罚性赔偿金问题上，具有更大的不确定性。这些法规基本上没有对计算惩罚性赔偿金给出什么指示。惩罚性赔偿金的设定，与补偿性赔偿以及被告的支付能力有着合理的关系，但是法院也未具体指明在此情境之下，"合理"和"支付能力"的具体含义是指什么。比如说，惩罚性赔偿金可以仅仅是补偿性赔偿金的2倍，也可以是其1 000倍，但是这不是很确定。在最近的一个案例里（这个案例在网页便笺9.7中描述过），美国最高法院认为，为补偿性赔偿金2倍大小的惩罚性赔偿金会引起过度审查。虽然法官们显然对于多少金额才算足够有其思考，但是，并没有什么关于惩罚性赔偿金计算的规则可循。[①] 在侵权行为中，为惩罚性赔偿金确定一个更为一致的数量，已有迫切需要，而经济学分析可以为这一数量的确定，提供指导性纲领。

为了开始对惩罚性赔偿金进行经济分析，让我们先给出前一章例3所述之情形里的一些数字。

① 参见 *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513(2003)。

案情

某燃料添加剂生产厂家一直十分注重成本管理。如果质量控制保持在较高水平，为此每年须花费 9 000 美元，则产品中的化学混合物会达到一般标准，不会对汽车发动机造成伤害。但是，如果放松管理，并允许它降到较低水平，则虽节省了 9 000 美元，但造成若干批次的化学混合物失灵，许多使用这类批次的失效混合物的汽车会受到损害，对汽车的预期损害甚至可达每年 10 000 美元（即令 10 辆汽车损坏，且每辆车的预期损害为 1 000 美元）。

从经济学的角度来看，效率标准要求该生产厂家必须支付这笔费用，即该厂商每年在质量管理上花费 9 000 美元，这样可以每年为消费者节省 10 000 美元。

令生产厂家对补偿性赔偿金承担严格责任会不会产生这个结果呢？如果侵权责任体系完美无缺的话，答案是肯定的；反之，如果该体系不是完美的，则答案是否定的。假设侵权责任制度在如下意义上来说是完美无缺的，即厂家和消费者之间的争端能够无成本、无差错地得以解决，赔偿金能够完美地补偿损失。由于有一套完备的侵权责任体系和一套严格的责任原则，受到产品伤害的每一个车主都会向生产厂家索赔，而不必为争端解决支付费用。因而，如果生产者不采取耗资达 9 000 美元的预防措施的话，他就需要支付 10 000 美元的预期责任支出。一个理性的生产厂家总要追求预期侵权责任的利润净值最大化，因此厂家会实行高水平的质量控制。

现在，我们来考虑更现实一些的假设，也就是说，侵权责任体系运行并不完美。具体来讲，假定在每 2 个汽车受到损害的消费者当中，实际只有一个消费者提起诉讼，要求赔偿。另外一个消费者不起诉要求索赔，是因为他不知道是该生产厂家的燃料添加剂导致了这一伤害，或者他虽然知道，却无法证明。我们把已经得到补偿的受害人在全部受害人中的比例（在本例中是 1/2）称为“履行差错”（enforcement error）。给定 1/2 的履行差错，并且胜诉的原告只得到补偿性赔偿金，则生产厂家的预期责任将达 5 000 美元，这是在它保持低水平质量控制的条件下所达到的情形。可是，厂家把质量控制从高水平降到低水平，却可以节省 9 000 美元。因此，履行差错就造成了这样的情况：追求利润最大化的、其预期责任又限于补偿性赔偿金的厂家，将选择低水平的质量控制，而这种低水平质量控制是缺乏效率的。

由于履行差错所导致的效率损失，可以通过用惩罚性赔偿金来补充补偿性赔偿金，从而有所弥补。我们延续上面的例子，假定每辆车的实际损失达 1 000 美元，但是法院令补偿性金额加倍，于是每辆车赔偿金总额可达 2 000 美元。如果我们称超额补偿金为“惩罚性赔偿金”，那么，对每辆车的惩罚性赔偿金就是 1 000 美元。我们还可以提出这样一个乘数因子，把它称为“惩罚性乘数”，用它乘以补偿性赔偿金，就等于总的损害赔偿金。在我们这个例子里，以 2 为惩罚倍数就精确地弥

补了 1/2 的履行差错，同时也使得厂家的责任恢复到完美执行时应达到的水平。①

可以通过使用一些符号，来更抽象地阐述这种计算惩罚性赔偿金的方法。如果不存在惩罚性赔偿金的话，决策者的责任(L)局限在补偿性赔偿金(A)以内，这是由事故中的履行差错(e)所赋予的。这样，可得：

$$L=Ae$$

为了弥补这一差错，我们加上惩罚性乘数(m)，因此，消费者责任可由下列方程给出：

$$L=Aem$$

我们可以让惩罚性乘数等于履行差错的倒数，即 $m=\frac{1}{e}$。如此一来，惩罚性乘数就确然弥补了履行差错，且决策者的责任削减到 $L=A$。

当可以裁定惩罚性赔偿金时，则法律可以接受这样的规则：惩罚性乘数应等于履行差错的倒数。如果这一规则被写进法律，不管是通过法规条文还是通过法官，陪审团在设定惩罚性乘数上就有章可循了。比如说，如果有证据表明一个施害人没有采取有效率的预防措施，是因为他认为仅仅是部分受害人会起诉他，那么法院就可以通过让惩罚性乘数等于履行差错的倒数，来判罚惩罚性赔偿金。②

网页便笺 9.6

除了前面脚注中所引述的卡尼曼(kahneman)和桑斯坦(Sunstein)等人的片段之外，关于惩罚性赔偿金的经济学又涌现出了一些有趣的文献，这其中包括波林斯基(Polinsky)和谢威尔(Shavell)所写的一篇重要文章。在网站上，我们挂出了对该文献的评论。

网页便笺 9.7

美国最高法院近来就惩罚性赔偿金的合宪性问题宣布了几条重要的决议。在我们的网站上，描述了这些裁决，并将其与本节内容挂起钩来。

网页便笺 9.8

对事故带来的伤痛支付赔偿金，面临着困难的估价问题。1975 年，加利福尼亚州将医疗诉讼中对伤痛的赔付限制在 250 000 美元以内，其他各州在 20 世纪 80 年代和 90 年代相继效仿。在我们的网站上，我们评论了这方面的文献。

① 在这一观点内隐含的是下面的假设，消费者成功对生产厂家提起诉讼的比率，在惩罚性赔偿金加到补偿性赔偿金上时，并未改变。这是一个很强的不现实的假设。当赔偿判决比较高时，受害人和他们的代理人有更强烈的动机，去采取行动对抗那些伤害过他们的人。这就造成了第二轮的效应，因为随着行动次数的增加，执行错误就会降下来，因此惩罚性乘数理应下降。惩罚性乘数的存在是否能够提高行动的次数，以正好达到纠正由于执行误差，或者是否过度执行所带来的非效率，这是一个明显存在的问题。

② 联邦最高法院近来的一个观点("菲利普·莫里斯诉威廉姆斯"案，2007)似乎暗示说，作为手段使用我们在本节所提议的惩罚性赔偿金，可能违宪。参见网页注记 9.7。

9.3 对美国侵权责任体系的经验评估

侵权责任体系如何能较好地实现最小化事故成本的经济目标呢？很多人——包括一些立法者和其他主要的决策者——都相信，美国的侵权责任体系混乱不堪、不公平，而且缺乏效率。所用的论据大部分是轶事一类的道听途说，并没有系统性，但是这些轶事一类的道听途说却很有震撼力。举例而言，很多人都听说过，在20世纪90年代中期，一位新墨西哥州的妇女收到了麦当劳的巨额赔偿金，其中64美元为补偿性赔偿金，另有290万美元为惩罚性赔偿金，原因是该妇女在驱车离开餐厅时被一杯热咖啡烫伤。[①] 很多市政当局由于害怕承担责任，已然将公园里的游乐设施和秋千，以及公共游泳池的跳板拆掉了。国会和很多州立法机构每一年都会收到许多侵权方面的改革方案，所有这些法案都希望减少责任险的高成本（据说这都是由于不利的责任判决触发的）。

道听途说之类的轶事不能作为评价像美国侵权责任体系这样复杂事务的依据。客观的评价要求数量上的经验证据，这类研究已然如火如荼，只是还处在发展的早期阶段。我们将会来检视这些证据，并且表明美国侵权责任体系实际上比苛刻的批评所称的表现要好得多。我们先以某些描述性数字开始，然后再简要的考察一下关于产品责任、医疗事故和大规模侵权方面的经验文献。[②]

9.3.1 美国侵权责任体系的一些一般性事实情况

在过去150年里，联邦和地方法院里最多的争论来自合同法。然而，在20世纪90年代中期的某些时间段里，侵权案例成了司法争论中最普遍的情形。

在美国，侵权法像合同法和财产法一样，很大程度上是州法律。正如我们在本书中所展示的若干情况一样，在这些法律的实际领域内，各州之间确实有着重大差异。在最近一份对民事司法系统所作的评估报告里，1994年有超过41 000件侵权案件在联邦地区法院得到解决（这其中有一些是因其为某些变化而在联邦法院处理的，但是判决仍然是联邦法院依据州法律来作出的）。在同一时期，有超过378 000件侵权案件是在美国最大的75个县的州法院判决的。

这些州和联邦的侵权案件中，94%是单个原告。这与合同案件形成鲜明对比，后者的很大比例上是多个原告。

---

① *Libeck v. McDonald's Restaurants, P. T. S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N. M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994).

② 我们可以参考 Daniel Kessler & Daniel Rubinfeld, "Empirical Study of the Civil Justice System", in A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, eds., Handbook of Law and Economics, v. 1 (2007)。也可以参考我们的网站，可以看到更多的关于侵权责任体系的经验评估材料。

在75个美国最大的县里，略多于60%的侵权案件处理的是交通事故。位居其次的最为普通的侵权纠纷类型（在1992年所有侵权案件中刚好超过17%）来自于滑跌（slips and falls）或在居所、政府办公场所或者商业设施等处的伤害而带来的"前提责任"（premises liability）。第三类最普通的侵权案件形式就是医疗事故，占侵权案件总数的5%。第四类是产品责任，占3.4%。①

在美国，对侵权责任体系的批评者主张，陪审团判罚惩罚性赔偿金太频繁，亦太自由，法官在限制这些惩罚性判决上所做有限。然而，惩罚性赔偿金实在是太少了。在1965—1990年间的所有产品责任案件里，仅仅有353件案例判罚了惩罚性赔偿金，平均赔偿金额为625 000美元（按1990年美元计）。仲裁小组（Appellate panels）又削减了其中一些，因此最后平均赔偿金额降到了135 000美元。在这353例判罚惩罚性赔偿金的案件中，有超过四分之一的案件涉及石棉伤害。在考察的整个时期内，平均每年在产品责任案件中，有11例判罚了惩罚性赔偿金。通过对产品责任案件中惩罚性赔偿金的细致研究，可以发现在这些庭审案件里，惩罚性赔偿金与补偿性赔偿金的比例为1.2∶1；而在那些判罚惩罚性赔偿金的案例中，又有超过三分之一的案件其补偿性赔偿金多于惩罚性赔偿金。② 有一半以上的州或禁止、或对惩罚性赔偿金设置上限、或提高证据标准——在获得惩罚性赔偿金以前必须满足这一标准。③ 回忆一下，在民事诉讼中通常的标准是"优势证据"（preponderance of the evidence），这意味着至少有51%的可信度。"清晰且有说服力"（clear and convincing）的证据标准更为严格，但是还不像刑法中的"排除合理怀疑"（beyond a reasonable doubt）标准那般严格。

很多经验文献的主题都是侵权责任体系（可能与行政机构的管理体系相结合的）在防止事故发生方面运行得相当不错。在美国，大多数可能发生事故的环境里，最近的趋势是事故越来越少，伤害也越来越轻微。例如，机动车辆造成的死伤数量在1970年左右达到顶峰，此后一直呈下降趋势。人均伤亡率也呈明显下降趋势。

网页便笺9.9

侵权法经济分析的一个核心主题就是，侵权责任原则使得各方以一种符合效率的方式来行为的程度。在过去若干年里，学术上的倾向是以细致的经验研究来探讨这一问题。在我们的网站上，可以看到对这一些文献的评述。

① 在下一章我们会看到，有证据表明各类审判的总数在美国已然呈下降趋势。我们也会考虑到关于诉讼有一些额外的情况，比如原告在各种不同的起诉中的成功率。关于侵权案例中具体的一些信息，我们在本章接下来两节对之做出描述。

② Michael Rustad, *Demystifying Punitive Damages in Products Liability Cases: A Survey of a Quarter Century of Verdicts*, The Roscoe Pound Foundation (1991).

③ 有12个州对惩罚性赔偿金的证据标准要求是"清晰而有说服力"。另有12个州设置了惩罚性赔偿金的上限，并同时要求达到"清晰而有说服力的证据"标准。7个州要求惩罚性赔偿金所得的一部分上交州政府。还有4个州禁止惩罚性赔偿金。

9.3.2 医疗事故

至于那些关于医源性伤害(由提供健康护理过程中出现的)的纠纷,在所有侵权案件中也只占一个相对很小的比例(大概占总额的5%),但是,关于医疗事故诉讼的争论却甚嚣尘上。医学研究院(the institute of medicine)在2000年报告称,医疗失误是"美国意外死亡中的主要原因"。① 确切的数字很难得到,但是1997年估计每年大约有44 000—100 000人死于此因,超过了工伤造成的死亡人数。② 20世纪80年代,在美国纽约州进行的一项关于医院住院情况的全面调查发现,涉及重伤害的有百分之一的住院申请是因为存在过失的医护造成的。③

关于医疗事故诉讼最为缜密的研究表明:"平均每个医师被诉医疗事故的数字以及每一起起诉所判给的支付,从20世纪60年代到20世纪80年代,迅速攀升。被起诉的频率至少以每年十个百分点增加,在20世纪80年代达到峰值:每百名医师被起诉17次。每次起诉所判金额也以两倍于通货膨胀率的速度递增。"④也有一些证据表明,至少在某些司法辖区,这两个指标的增长率在20世纪90年代都出现停滞或增长显著缓慢,大概这是法规改革的结果吧,关于这一点将放在本节最后讨论。

侵权责任体系应当为医师或其他医护人员为防止伤害采取预防措施提供激励机制。那么,该体系当前所提供的激励机制是无效的、有效的,抑或太过了呢?就目前的证据而言,我们只能猜测。当医师需要承担由其造成的事故的成本时,他们对谨慎小心行医有着金钱上的激励。责任险将医师造成的事故成本转给了保险公司。个体医师的保险率仅仅与对他们的侵权索赔请求记录有微弱的对应关系,因此,医师可能仅仅承担了患者伤害的一部分成本。⑤ 更有甚者,由维勒(Weiler)所发起的一项针对纽约州住院患者的研究发现,那些受到伤害的患者——即便很严重——仅有约10%对于给他们提供医护服务的人员有所抱怨。这些事实表明,对医师用心医护的金钱激励是没有什么效率的。

关于"防御性治疗"(defensive medicine)的证据,可以被解释成表达了相反的

---

① JANET CORRIGAN, LINDA T. KOHN, & MOLLA S. DAVIDSON, TO ERR IS HUMAN: BUILDING A SAFER HEALTH SYSTEM(2000).

② 参见Daniel Kessler在2000年冬季所编辑的NBER报告,可以在下面的网址获得:http//www.nber.org/repoter/winter00/Kessler.html。

③ 参见PAUL C. WEILER, HOWARD HIATT, JOSEPH P. NEWHOUSE, WILLIAM G. JOHNSON, TROYEN A. BRENNAN, & LUCIAN L. LEAPE, A MEASURE OF MALPRACTICE: MEDICAL INJURY, MALPRACTICE LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION(1993)。

④ Patricia Danzon, "Liability for Medical Malpractice," in A. J. CULYER & JOSEPH P. NEWHOUSE, EDS., HANDBOOK OF HEALTH ECONOMICS, v. 1B (2000).

⑤ 参见Frank Sloan, *Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?*, 80 AM. ECON. REV(1990)。

结论。这个名称是指通过减少责任而不是降低医护需要，而采取的治疗方法或方案。如此一来，医生和医院为了在希望预防伤害或者在以后的诉讼中证明自己已经“竭尽所能”的避免伤害上，采取过度的谨慎态度。患者很少有理由抵制一些不必要的一些治疗方案，只要保险公司支付账单。在 2005 年，美国健康医护支出占 GDP 的 16%，人均达 6 697 美元。① 看似合理的估算，实际上表明，保守治疗支出占总健康医护支出的 5%左右。如果这些数据确实无误，那么每年花费在保守治疗的成本均摊到每一个美国人头上合计 300 美元。

健康医护的取得及其成本的社会影响，以及医疗事故和这些社会影响之间的可能关联，促使很多州改革了它们的医疗事故处理体制。② 改革方案呈现出两种具体的形式——对医疗事故行为中可获得的赔偿金总量和种类进行限制，以及在医疗事故中的间接来源原则(collateral source rule)的废除。

改革有时候也会出现有一些有悖常理的结果。在 20 世纪 80 年代中期，印第安纳州规定医疗事故赔偿中赔偿金最高限为 500 000 美元，并且还成立了一个专业管理患者补偿基金以判定那些高于 100 000 美元以上的损失。未曾预料到的是，在印第安纳医疗事故的判罚甚至比密歇根州和俄亥俄州还要高出 1/3，而后两个州一直都是采取传统的补偿方法的。导致印第安纳州产生这一结果的可能原因是，专业管理人员比陪审员在计算赔偿金上能力更强，因此更接近“真正的”更高的受害人的损失。

有关医疗事故赔偿金的诉讼及其预期的作用，我们预期是很显而易见。有些州限制在任一侵权行为里能够索赔的总的金额，而其他州则定了一个非经济性赔偿金的上限，比如关于伤痛之苦的赔偿金。有些州最高法院，像伊利诺伊州，已然推翻了这些限制。但是多数州的上限限制在立法改革的尝试以及受到起诉之后，仍然继续留存。③

我们在本书前面关于保险业的讨论里，解释道，事故受害人来自保险公司的赔偿不会降低由施害人所应支付的侵权赔偿金。假定原告请求从被告——施害人处索赔 100 000 美元，而且已经从其保险公司获赔 80 000 美元。根据所谓的“间接来源原则”(collateral source rule)的法律原理，原告并不会通过扣除间接的利益，而

---

① Aaron Catlin, Cathy Cowan, Stephen Heffler, & Benjamin Washington, National Health Spending in 2005: The Slowdown Continues", 26 HEALTH AFFAIRS, 142 (2007).

② 在美国健康防护成本约占 13 万亿美元 GDP 总量的 15%，在 2006 年下半年，有大约 4 500 万未投保的人们(总人口也仅比这个数字高 3 000 万而已)，他们中三分之二属于低收入阶层。

③ 至少在佛罗里达州，通过废除美式规则，而在某些医疗失当行为中采用英国的律师费规则，来寻找削减医疗失当诉讼的数量(美式规则我们在下一章将对之进行讨论，即要求每一方支付自己的律师费。英式规则要求失败的一方不但要支付己方的律师费，还要支付胜方的律师费。)佛罗里达州在试验了 5 年之后，即 1980—1985 年，终止了试验。参见 James W. Hughes & Edward A. Snyder. *Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence*, 38 J. LAW & ECON. 225 (1995)(此文发现，原告胜诉率、陪审团的平均判付以及庭外和解的规模，在英式规则下都上升了，大概这是因为那些索赔请求的平均质量在英式规则下得以上升了吧)，而 A. Mitchell Polinsky & Daniel Rubinfeld, *Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs?*, 32 J. LEGAL STUD. 517 (1998)(该文认为，考虑到解决过程，英式规则鼓励了更多的低胜诉概率的原告进行诉讼)。

减少他从原告处所索求的数量——也就是 20 000 美元。有些州改变了这一规则，明令扣除健康医护过程中所产生伤害的间接利益。其想法是这样的，该原则为原告按照以下理论提起诉讼创造了激励：他们能够索取比真正的损失更多的赔偿。因此，在其他条件不变的情况下，去除这一原则可以减少带来医疗事故诉讼的激励。

两类改革方案都在试图通过减少医疗事故判罚，来寻求降低健康医护成本。那么，这些改革是否应当为 20 世纪 90 年代以来的医疗事故行为的减速，以及平均医疗事故判罚额度的增长率也停滞不前这样的现象负责呢？或者还有其他的原因——比如医疗技术和预防水平的提高——可以解释这些效果呢？证据依然不足。也有一些证据表明，在 20 世纪 80 年代的改革使得保守治疗支出减低了五到九个百分点，那些制定了非经济性赔偿金上限的州，和那些没有这些限制的州相比，在医师的供给上高出 12 个百分点。[①] 但是，其他的证据则表明，医疗事故问题在美国观察到的并不是专属于美国民事司法系统才有的，而是在全世界广泛存在的，这可能是因为医疗技术的巨大进展才使得可能的医疗干预这一现象遍及各处——也许这是一个更为危险的现象。

9.3.3 产品责任

30 年前，产品责任法只是侵权法中的很小部分，但是近年来，它已然蔚成大观，而且成为一个重要的专门领域，也已经成为全部侵权责任体系中深为公众不满的焦点。更甚者，在有些情况下，保险公司认定产品责任领域是如此的不确定，以至于他们需要从这个市场上全面退出。一些生产厂家和其他无法为其产品投保的企业已经决定不再生产其产品。最近由董事会协会（一个商业利益团体）所作的对各家公司的首席执行官的调查显示，出于可能会承担法律责任的考虑，47%的被调查者声称撤掉了一条或更多条产品生产线，25%的被调查者终止了他们的研发，39%的被调查者取消了新产品计划。

1. 与产品相关事故中有效率的责任标准

在与产品相关的事故中适用的责任原则成为“严格产品责任”（strict products liability）。在此原则下，[②]如果被告——生产厂家必须承担责任，则该产品必须是有缺陷的。缺陷可以是如下三种形式之一。

（1）产品设计上的缺陷，如果由于汽车油箱的设计问题导致油箱破裂而爆炸，汽车公司须承担责任，这就是其中一个例子（参看我们的网站，可以获取更多信息）；

（2）生产上出现的缺陷，比如组装一台割草机时少装了一个螺栓，从而导致一片刀片飞出，划伤了操作者的情形；

（3）警告提示中的缺陷，即生产厂家在对产品使用中的危险没有给出警告提

① Kessler & Rubinfeld, supra n. 35, for citations.

② 美国《侵权法（第二次）重述》（1965），€402A，由美国法律协会出版，该案给出了这一标准。

示的情形。

经济理论能为产品相关事故提供什么样的责任标准呢？回忆一下，在前面对过失责任和严格责任原则所做的分析中，我们主要关注的是为降低事故发生的可能性与严重性所采取的预防措施是单边还是双边。如果预防是双边的（也即当事双方都采取预防行为，以降低事故发生的概率和严重程度），那么，某种形式的过失责任原则就是合适的标准。如果预防是单边的（也即只有施害人可以采取行动以降低事故发生的概率及其严重程度），那么严格责任原则是比较合适的责任标准。如果运用经济分析予以审视的话，那么，现代产品责任原则应当采取哪一种呢？

更符合效率的标准似乎是严格责任原则，这是因为在大多数与产品有关的伤害事件里，都是由生产厂家单方面采取预防措施的。正是厂家控制着产品设计、生产的工序，也正是他们最有可能认识到其产品会出现的任何具体的危险，因而他们能够通过警告提示来最有效的传递有关这类危险的信息。

但是，如果进行更进一步的分析，我们会发现在产品事故里也存在双边预防的情况。使用者也可以采取预防来降低事故发生的概率和严重程度。例如，产品使用者可以认真阅读警告提示并正确使用该产品。曾经有过这样的例子，一群消费者使用燃油或电动割草机来修剪篱笆，而生产割草机的厂家从来没有考虑过以这种使用方式来设计其产品。

产品责任法可以同时被单边预防的观点（所以严格责任是合适的标准）以及双边预防的观点（因此过失责任是合适的标准）所接纳，左右逢源。它要求被告生产厂家对其在设计、生产和警示方面的缺陷负有严格责任，但是，如果受害人故意去尝试可能受到伤害的风险，或者错误地使用该产品，则生产厂家可以免责。这种抗辩条件可以使得与产品有关的伤害所导致的损失风险能够在消费者和生产者之间进行有效率的分配。

如果割草机的生产者无法因为消费者的错误操作或者故意冒其风险而免责，它就不得不为每一个消费者投保，为了补偿其投保的成本，生产厂家又不得不提高产品的价格。这一结果最后的困境就是，所有的消费者都要支付较高的价格，而不仅仅是那些不慎重操作的人。那些小心操作的消费者情愿为产品支付较低的价格，而另外再为其他地方的损失购买保险。

我们的结论是，对冒险尝试和产品误用等抗辩条件的严格责任原则是一种符合效率的标准，它可以最小化与产品有关的伤害的社会成本。这些抗辩条件不可或缺，否则就会使得生产商为其产品购买保险，这会导致一个无效率的结果。

问题 9.10

有些学者观察到现代产品责任法的一个发展趋势，即在朝向绝对责任或有时所称的“企业责任”（enterprise liability）的方向上发展。在这样的理论之下，生产厂家要对使用其产品所致的几乎每一个伤害承担责任。请给出在与产品有关的伤

害事故中应用这种责任标准的经济分析。

2. 改革产品责任法

自从 20 世纪 80 年代早期以来，美国政治上就有一种强烈的要求，在联邦和州两层级上改革产品责任法，然而直到最近也没有任何实际改革行动出现。

厂商们殷切希望在联邦一级推进改革，这有两个方面原因：首先，厂商认为一部统一的联邦产品责任法可以为各州的立法提供标准，这样可以节省成本，因而可以节省消费者的支出。第二，许多厂商都相信，作为各州现存规范的产品责任法有着很多的缺陷，并且越来越严重，尤其是他们认为原告可以很容易赢得诉讼，而陪审团对于胜诉的原告又过于慷慨大度（就像前文所介绍的麦当劳公司为热咖啡事件赔偿的例子里所看到的那样）。厂商们宣称，所有这些无效率的情况都可以通过国会实行一部合理的统一联邦责任法来予以纠正。然而，尽管改革方案早已递呈国会多年，但是至今从来未被两院通过。

州这一级，在 20 世纪 80 年代中期曾掀起过一次改革产品责任法的高潮，第二次改革高潮则发生在 20 世纪 90 年代中期。州一级的改革一般都是对受害人可以获取的补偿金额设定上限，而这些上限有时也仅仅是限制那些对感情伤害的赔偿，比如对伤痛之苦的赔偿或者惩罚性赔偿金。举例来说，1995 年伊利诺伊州的《民事司法改革法案》(Civil Justice Reform Act)就规定对非经济型损害赔偿设定上限为 50 万美元，并将惩罚性赔偿金限制在补偿性赔偿金三倍以内。①

应当注意到，根据本章开始的材料，联邦管制机构确实在做一些提高产品安全性的重要工作。比如说，消费者产品安全委员会(Consumer Product Safety Commission)，国家高速交通安全管理局(National Highway Transportation Safety Administration)，职业健康与安全管理局(Occupational Health and Safety Administration)，联邦航空管理局(Federal Aviation Administration)，食品与药物管理局(Food and Drug Administration)，以及环境保护办公室(Environmental Protection Agency)发布和实行了各种广泛的产品安全管制。② 一个重要的主题就是这些事前安全管制和事后责任原则的联合体系是否能够取得社会性最优的预防水平。或者它做的是太少了还是太多了。

以医疗事故的情形来看，其效果尚不明朗。关于产品责任、管制条例以及 20 世纪 80 年代和 20 世纪 90 年代的改革措施的效果进行的经验研究文献仍然是刚刚起步，还未能达成较一致的认识。有证据表明，这些改革减轻了对生产厂家的压力，因而导致责任险的保费结束了长期以来的增长方式。

---

① 1997 年伊利诺伊高等法院认为这一法案违宪。

② 参见 CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, THE ECONOMICS OF U. S. TORT LIABILITY: A PRIMER(2003)，可以在以下网站找到：http://www.cbo.gov/showdoc.cfm? index=4641 &sequence=0。也可以回顾网页便笺 9.2，在那里我们描述了由吸烟造成伤害的侵权责任故事。

问题 9.11

运用第 2 章中对租金控制的分析，来分析对司法赔偿设置的上限或限制。

问题 9.12

使用上一章采用的对责任的图形分析方法来说明，当受害人可能获得的补偿性赔偿金被设置上限时，对于一个潜在的施害人决定采取预防措施的影响是什么。

问题 9.13

假定判给原告的惩罚性赔偿金总是会支付，但不是支付给原告，而是支付给原告所指定的某个慈善机构。根据这一方案，原告索要惩罚性赔偿金的激励动机会受何影响？陪审团对惩罚性赔偿金的判罚又将受何影响？

尽管存在一些具体的问题，但是，仍然有其他一些迹象表明侵权责任体系运行的相当不错。在 20 世纪 80 年代中后期，美国的产品责任案件有所增加，但是其中大部分的案件都是关于石棉的。如果把涉及石棉的赔偿案件拿掉的话，从 1985—1991 年联邦法院受理的产品责任案件数量就会下降 40 个百分点。另外一个有趣的变化是原告的胜诉比例。在 1981—1987 年，被告赢得了产品责任案件中的 51%，而在 1988—1994 年，被告胜诉的比例上升到 64%。最后，产品责任保险费用所导致的产品价格增长仅为四分之一个百分点——这个数值显然很小。①

9.3.4 海量侵权

海量侵权(mass torts)并不是一个法律术语，而是用来指称这样一种情况：极大数量的侵权索赔都是由于一个事件或者使用同一个产品所造成的。② 有一个例子，那就是 1984 年发生在印度的博帕尔大灾难，从联合碳化工厂中升腾出一团有剧毒的化学气体，这导致了 15 000 到 20 000 人遇难，伤者数以千计。处理这类事故，需要超越正常的规章和侵权责任体系的惯例。结果是，法律通过特殊安排，尝试着解决了海量侵权的问题。

---

① 参见 James A. Henderson & Theodore Eisenberg, *The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change*, 37 UCLA L. REV. 479(1990)。该研究所引用的数字，是联邦法院起诉的案件。大多数侵权案件是在州法院起诉的，但是作者认为联邦法院的统计数据亦能反映州法院的情况。

② 海量侵权与集体起诉(class actions)有联系也有区别，这也是对于处理海量侵权有一个可资借鉴的方法。我们在下一章会讨论集体起诉的经济学。

考虑一些石棉引发的问题。石棉有着很好的防火功效，这使得它成为了很有价值的建筑材料。在美国从20世纪30年代直到1979年被确实禁止，石棉一直被广泛使用。禁止使用的原因是，人们越来越清楚地认识到石棉对个人的健康极为危险，甚至会导致一些吸入石棉纤维的人死亡。吸入石棉会导致癌症，但是从接触石棉到癌症病发之间大约有20年时间的潜伏期。在使用石棉的这50年间，以及禁用石棉的10年间，这已经成为很普遍的情况（在怀疑石棉弊大于利之前），超过2 500万美国工人曾处在石棉纤维飞扬的环境中工作，因此感染了严重疾病或者就死掉了。据估计，在1985年到2000年间由于石棉纤维而致死的未成年人超过225 000人。另据估计，在接下来10年甚至更长的时间里，每年会新增10 000人因此而死去。还有很多人由于曝露在石棉纤维空气里，而身染沉疴。

无疑，当这类健康风险变得众所周知时，会有大量的索赔请求像雪片一般的飞向石棉生产厂家和其他有关部门。事实也是如此。截至2000年，60万份索赔请求将6 000位被告所代表的83个有关行业中的75个送上了法庭（这表明这个问题几乎已经渗透到美国经济的所有分支）。因为之前的判决，或者合理预期到的不利裁决，很多石棉企业已经递交了破产申请。

许多人——也许是索赔请求中的绝大多数——可能从没有得过与石棉有关的疾病，即便在今天进行X光验查也不易看出其是否符合患病的早期症状。这一不确定性使得索赔请求极为不易，但是也为被告提供了进行责任辩驳的动力（以及为了在将来使得与石棉有关的疾病不再显著，他们能拖则拖，延缓解决时间）。在美国，每个司法辖区都有限制规定，要求所有那些请求补偿的人们须自愿在一个相对较短的时间内向他人宣布自己的索赔请求。① 如果不这样做，则会使得受害人的行动根据丧失。根据这些法令，那些认为他们会得与石棉有关的疾病的索赔请求就会尽快的显现出来。

处理这样的诉讼费用非常巨大。有估计认为，花在石棉诉讼上的费用已经高过500亿美元。据称，其中一多半是支付交易费用，还不是给受害人的支付。未来诉讼成本可达2 500亿之巨，甚至还会更多，这一估计当属在合理范围内。

为了处理这类海量侵权问题，法院和立法者已经打算接受一些特殊做法。采用这类特殊做法的一个原因在于担心依赖侵权责任的传统标准工具会导致不公正的结果。与石棉有关疾病的缓慢发展，在限制法令所要求的索赔的时间期限同应受赔偿的原告希望得到补偿的需要之间发生了冲突。国会为了解决关于通过私人诉讼来解决大量的石棉索赔请求而涌现的各种问题，已于多年前提出了议案（即“石棉伤害解决法案中的公平”，但并未立案），希望建立信托基金，为那些因患上由石棉所引发的疾病的受害人提供有限度的补偿，并且限制被告们

① 每一个法律体系都有一套相似的鼓励提起法律请求支援的规则。在受害人提起诉讼请求的时间段，我们称之为“诉讼时效”，这是民法体系的一个概念。法律亦可以使用“休眠法令”（statute of repose）和“懈怠”（laches）等词汇来描述与时限法规相似的情境。

的责任。

我们再来看另外一个例子——在海量侵权现象中出现的证明因果关系的问题，这次事故是关于如何处理 DES(diethylstibestrol)药品问题。DES 是给孕妇用的药物，旨在防止流产。然而，这种药物会产生生殖器疾病，包括宫颈癌，如果有些母亲在 20 年甚至更久之前服用了 DES，那么其女儿成年后有些就会患上宫颈癌。人们发现了成年后的疾病与 DES 之间的联系，但对于原告来说，证明其在 20 年甚至更久之前的时间里服用过生产厂家生产的 DES 已经是不可能的了。在侵权法中，标准的因果关系的理论要求原告证明被告确须对原告的伤害负有不可推卸的责任，该证据必须占上风方可。在这些情况下，原告被其中一家 DES 生产厂家所伤害，但是他们无法证实是哪一家。为了不让原告两手空空的离开法院，加利福尼亚州高等法院根据以下原则采取了一项新奇的责任理论：所有可能卖给原告母亲 DES 的生产厂家根据它们当时在 DES 市场上所占的市场份额为依据，承担原告的赔偿金。①

网页便笺 9.10

2001 年 9 月 11 日，发生了惨痛的“9·11 事件”，也引起了海量侵权问题。联邦政府给那些在这次惨案中失去家人和其他亲人的人们一股脑地按照同样的赔偿方案来处理，浏览我们的网站，可以看到有关这一方法的讨论。

疫苗和产品责任

很多近来的产品责任案件都涉及药品生产商和医生给那些服用有潜在危险药品的人以警告的责任。

这类案件中有一个涉及两种脊髓灰质炎疫苗。对付这类致残疾病的第一种疫苗是萨尔克(Salk)疫苗，或者称 IPV，即所谓的“死亡病毒”疫苗。这种死亡病毒疫苗能够预防接收者的脊髓灰质炎，使他无患小儿麻痹症之忧。第二种疫苗是萨宾(Sabin)疫苗，或称 OPV，这是一种“活病毒”疫苗。由于萨宾疫苗是用活病毒制成，因而可以把病毒留在体内，并能传给他人，因为这种病毒毒性很弱，所以那些通过与服用过 OPV 的人接触而接收这种病毒的人也能对脊髓灰质炎产生免疫力。由于 OPV 疫苗的这种显著的外部效应，公共卫生当局大力提倡婴幼儿服用这种萨宾疫苗，以取代以前的萨尔克疫苗。在此之前，每年要有 2 500 例小儿麻痹症，而在专用这种活病毒疫苗之后，小儿麻痹症

① 参见“辛德尔诉艾伯特实验室”案，26 Cal. 3d 588，607 P. 2d 924，163 Cal. Rptr. 132，cert. denied，101 s. Ct. 285(1980)。

基本上绝迹了。然而，活病毒疫苗也引起了危险。[1] 在每 400 万服用过这种疫苗的人或者与那些服用过 OPV 者保持密切接触的人群之中，大约就会有 1 个人患上小儿麻痹症。

法律应该要求疫苗生产者对服用者提示服用这种活病毒疫苗的风险。这恰好是美国上诉法院第五巡回法院在“雷耶斯诉韦恩实验室”[498 F. 2 d 1264 (1974)]的判决中所坚持的。在该案判决之后，药品生产商把对 OPV 的接收者做出有关其危险的警告包括在包装插页内，这就成了约定俗成的标准做法了。

然而，这种解决方法仅仅是暂时性的。正如前面所提及的，更普遍的趋势是在这个市场里对与产品有关的伤害采取绝对责任或企业责任。在最近的一些案例中，那些其父母已经得到适当的警示而在服用活病毒疫苗后患上小儿麻痹症的儿童仍然起诉了生产商，并且获得了高额的赔偿。在给予了充分的警示之后，生产商却不能利用风险的承担进行抗辩以规避责任。于是，企业只有将这种高额的预期成本加入生产成本之内了。

药品的生产者都很害怕产品责任判决，以致他们已经不愿意生产和销售有益的产品了。在 1976 年，十分危险的猪流感爆发后，该疾病疫苗的生产者拒绝销售这种疫苗，因为私人保险公司因为害怕承担给一亿多人注射疫苗的产品责任而不愿意承保责任险。也就是在联邦政府同意作为因猪流感疫苗所致伤害的诉讼的惟一被告之后，这些公司才开始提供这种疫苗。[2] 在美国，用于治疗百日咳的 DPT 疫苗也出现了供应的短缺，因为其最大的生产商——礼来公司由于惧怕不利的产品责任判决，已经停止了这种药品的生产。当今美国，下列曾经由多家厂商生产的疫苗现在仅仅由一家公司生产：麻疹、流行性腮腺炎、萨宾脊髓灰质炎、萨克尔脊髓灰质炎以及狂犬病等疫苗。更糟的是，产品责任诉讼的威胁会大大降低制药公司对有潜在收益的新药的研发进行投资的动力。

对侵权责任危机的契约解决方法[3]

受害人因为事故伤害而求补偿的权利是保险的一种形式。受害人从保险公司根据合同买入这些权利，而侵权法根据法律将这些权利赋予给了潜在的受害人。然而，侵权体系却给了人们超过从保险公司购买的更多的权利。对

① 参见 Edmund Kitch, *Vaccines and product liability: A case of Contagious Litigation, Regulation*, (1985)。

② 在这一事情上，疫苗生产者表现出了其狡猾之处。这种疫苗有可能导致一小部分疫苗注射者身患麻痹，或一种名为 Guillain-Barré 的致命疾病。之后，有大量受害人以不充分警示为由起诉联邦政府这一唯一的被告。因此，联邦政府很快就终止了猪流感疫苗的注射活动。

③ 这一部分的材料来自 Robert D. Cooter, *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, 75 VA. L. REV. 383(1989)。也可以参见 PAUL RUBIN, TORT REFORM BY CONTRACT (1993)。

侵权责任体系的批评者们经常抱怨它给了人们在其不得不为自己支付的时候本不会购买的保险。就像父母很少为自己的孩子购买生命险，也很少有人购买感情伤害险或者伤痛之苦险。

我们很容易明白为什么人们不会为某些侵权法须补偿的伤害购买保险。保险是将金钱从没有受伤害的状态（客户因保险政策而交付的保费）转移到受伤害的状态（受伤害的保险适用者所做的申请）。对于有些侵权索赔申请来说，转移的成本是很高昂的。对非金钱的赔偿金索赔请求，在评估和管理上非常昂贵，而证明过失也是花费巨大，比如说医疗事故的情况就是这样。对于其他的一些侵权索赔请求来说，这样的转嫁也不合适，因为金钱在受伤害状态比不受伤害来说，并非万能。就像一个需要抚养的孩子的死可以减少父母对钱的需要一样。

从道理上说，允许潜在的受害人卖出其未来的索赔权利可以解决由于侵权责任所导致的不必要保险的问题。我们称受害人所具有的在未来某个时刻获取赔偿的权利为“未实现的侵权索赔请求”（unwanted tort claim，即 UTC）。我们来设想一个 UTC 市场。潜在的侵权受害人可以出售他们获得赔偿的权利，并且可以选择出售哪些相关的权利，而保留其余的权利归自己所用。举例而言，一个受害人可以出售在交通事故中其获取非货币损失补偿的那部分权利，而保留获取货币损失补偿的权利；或者他可以出售在医疗过失事故中获取赔偿的权利，而保留在与产品相关的事故中获取赔偿的权利。如果有人在出售其侵权索赔权利给第三方后受到了伤害，他只能从其保险公司那里得到损失的赔偿，或者自己承担损失。

UTC 市场应该及其灵活。比如，我们看一个无过错汽车保险制度会因为 UTC 市场的存在而受何种影响。假定司机们会向其保险公司出售在交通事故中受到侵权性伤害后获取赔偿的权利，然后他们的保险公司会通过与其他司机的保险公司相交换来免除彼此的权利和责任。

如果买卖 UTC 是合法的，则潜在的受害人就有可能以保险来代替目前的侵权责任体系的赔偿方法。较之侵权责任体系而言，保险就会成为一种赔偿受害人的成本更低的方法。但是，对于侵权法的威慑机制又将如何呢？一个 UTC 市场的产生会如何影响受害人和施害人采取预防的激励呢？有趣的是，与目前的体系相比，阻碍机制不会有明显的不同，甚至还有可能改善。毕竟会有人为了一起事故的损害赔偿起诉施害人，尽管可能不是受害人来做这件事。事实上，一个 UTC 市场所产生的威慑机制可能比目前的体系更好：购买了 UTC 的第三方会有很强的动机去调整潜在受害人和施害人的行为，使之达到最优的预防水平。

当前的美国法律禁止受害人将侵权索赔权卖给律师。就是说，原告不能与其律师签订合同，在审判之前，获得一笔固定的金额，同时把自己所有或者几乎所有的法院最终判给的赔偿金作为交换条件。但是，目前的法律没有禁止非律师购买到期的侵权索赔权，在互联网上，一个小规模的市场已然风生水起。

问题 9.14

试解释一个潜在的受害人放弃未来索赔权(例如,一个雇员声称如果他在工作中受到伤害将不向他的雇主请求赔偿)如何与 UTC 交易相似的?

问题 9.15

设想这样一种制度,在与产品有关的伤害事故中运用合同性或选择性无过错责任制度,生产商在提供产品时保证如果消费者在使用其产品时受到伤害,生产商将给予补偿。就是说,如果发生了伤害事故,将不会问及是因为产品的缺陷还是因为消费者的错误操作所引起;根据合同条款向消费者赔偿,伤痛之苦是不能得到补偿的,担保权益也要相应减少,而且会有一些严格的约束条件。那些没有选择采用无过错责任制度的生产商,仍然要根据现有的制度体系对与产品有关的事故负严格责任。试解释这样一种选择性的无过错责任制度的效率(参看 J. O'CONNELL, ENDING INSULT TO INJURY[1975])。

结论

在降低人们意外的财产损失、健康损害乃至意外丧生的频度方面,侵权法体系功不可没。通过分配事故的成本,侵权责任体系为采取合理的预防水平提供了激励机制,这与市场对成本的配置以及对生产的激励十分相像。提高侵权责任体系的效率,可以使得这个世界不需花费更多的成本就变得更安全。观察家们注意到了侵权责任法律在非效率方面的不同特征,比如在同样财富水平的不同国家里对同一种伤害补偿性赔偿金参差不齐、案例之间对责任和赔偿金的判决不可预测(责任不等)、保守医疗以及疫苗短缺等等。若想超越逸闻之类的道听途说,就需要认真地统计研究,但是这方面显然还有待加强。我们这个时代所掌握的统计学知识足够揭示那些关于侵权责任体系后面的秘密。

对工人的补偿

在美国,无过错责任的最主要形式是用于处理发生在工作场所的事故,这些事故是很普遍的。据估计,在任意给定年份里,有 10% 左右的产业工人在他们的工作岗位上受到伤害,不过,其中只有三分之一的事故发生在工作时间之外。工作事故的平均风险要比非工作(比如在家里)事故的风险略大一些,但还是只有交通事故中伤害风险的一半左右。

在19世纪末，普通法中对于与工作相关的事故的规定，使得一个在工作中受到伤害的原告雇员很难向其雇主或其他什么人索赔。[①] 在20世纪初，多数的工业化国家，包括美国在内，都采取了一种代替有关工作事故的侵权责任的方法，这是一种不论过错而强制赔偿受害雇员的制度，它从对雇主的税收中筹资，并受政府管理。在1911—1920年间，几乎每一个州都制定了某种形式的无过错赔偿制度的法律。起初，正如人们所了解的那样，这类工人赔偿制度是有选择性的，仅仅限于那些极其危险的职业。但到了1950年，美国的工人赔偿制度已经扩散开去，以致在今天除了3个州之外的所有各州都有一个适用于几乎一切工人的强制赔偿制度。其结果是工人赔偿制度涵盖了美国90%的劳动力。工人赔偿制度在州与州之间略有不同，有些州仍然有选择性的适用范围，另外一些州对厂商的规模有所限制——小厂商不得加入这个制度。许多州还把农场工人排除在适用范围之外。联邦政府的作用仅限于为诸如矿工、铁路职工等被州法律排除在外的雇员提供特别工人赔偿。

这种无过错责任制度的目的是确保受害雇员能够得到相对快捷的、对他们所受的与工作相关的伤害的特定赔偿。这一制度免除了雇员和雇主各自为了出示和证明是谁的过失而支付的成本，并且使雇员得到其损失的部分（而非全部）赔偿。

这一制度一般采用以下方式。雇主依照州的工人赔偿制度缴付一笔以其雇员工资总额为基础的款项。当一个雇员受到伤害的时候，他要向管理这种制度的州政府机构提交索赔书。如果该机构认定其所受伤害与工作有关，则它就依据法定保赔费明细表做出给予其赔偿的裁决。对某些特定的伤害的赔偿金额是固定的，而不论实际损失或工人的实际职位。比如，失去一只手臂的保赔费可能就是5 000美元。而就另一些伤害而言，保赔费则要视受害雇员的实际损失情况而定。例如，受害人可以得到不超过其损失工作的三分之二的补偿和不限制医疗与康复开支的全面赔偿。一旦雇员和工人赔偿委员会发生争执，这个问题就由法院来判决。每个州的制度都规定以下伤害不属于保赔范围。一般来说，它们是可归咎于故意渎职、挑衅性行为以及醉酒等的伤害。

各州工人赔偿制度之间的一个重要差异在于它们的工人赔偿制度和侵权责任体系的关系。在有些州里，工人在获得工人赔偿保赔费的同时，还可以根据过失责任理论要求其雇主赔偿，而在另外一些州，雇员必须选择其中一种作为补救方法，他们或者从工人赔偿制度中获取保赔费，或者从侵权责任体系获得赔偿。

① 雇主有三个抗辩理由：(1)一般雇佣[也称“同事雇员原则”(fellow servant rule)]，在这一原则下，雇主可以说明原告的伤害近因是另一个雇员的过失所致，从而逃避责任；(2)风险假设，雇主可以说雇员愿意承担与工作有关的伤害的风险[对此的经济学分析，参看Kip Viscusi, Risky by Choice (1983)]；(3)与有过失，雇主可能承认自己也有过失，但他可以说明雇员的过失促成了伤害的发生，从而逃避责任。

推荐阅读

BAKER, TOM. THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH (2005).

Bar-gill, Oren & Omri Ben-Shahar, *The Uneasy Care for Comparative Negligence*, 5 AM. LAW & ECON. REV. 433 (2003).

Black, Bernard, Charles Silver, David A. Hyman, & William M. Sage, *Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988—2002*, 2 J. EMP. LEGAL STUD. 207 (2005).

DEWEES, DONALD, DONALD DUFF, AND MICHAEL J. TREBILCOCK, EXPLORING THE DOMAIN OF ACCIDENT LAW (1996).

GAWANDE, ATUL, COMPLICATIONS: A SURGEON'S NOTES ON AN IMPERFECT SCIENCE (2002).

HYMAN, DAVID A., *Medical Malpractice: What Do We Know and What (If Anything) Should We Do About It?*, 80 TEX. L. REV. 1639 (2002).

PORAT, ARIEL, & ALEX STEIN, TORT LAW UNDER UNCERTAINTY (2002).

SCHWARTZ, GARY T., *The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law*, 26 GA. L. REV. 601 (1992).

Shavell, Steven, "Liability for Accidents," in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, v. 1 (2007).

SUNSTEIN, CASS R., REID HASTIE, JOHN W. PAYNE, DAVID A. SCHKADE, AND W. KIP VISCUSI, PUNITIVE DAMAGES: HOW JURIES DECIDE (2002).

▶10 程序法的经济分析

"我们要做的第一件事情就是——杀死所有的律师。"

——威廉·莎士比亚:《亨利六世》中篇,第四幕,第二场

前面的章节利用经济学分析了实体法中的财产、民事侵权与合同问题。实体法对引发法律诉讼的伤害成本进行了分担配置,从而激励了行为的合适和规范。本章运用经济学理论研究**民事诉讼**的程序领域的问题。诉讼程序方面包括从提出控告到诉讼裁决的整个过程。

尽管不同的国家遵循不同的法律程序,这些程序之间还是存在很多相似之处。为了阐述这些共同的核心原则,我们可以考虑一下几乎任何一个国家法律诉讼都将面临的那些阶段。乔·泼忒托斯怀疑吉姆·布劳格斯与其妻琼·泼忒托斯有染,乔羞辱了布劳格斯,并且打破了他的鼻子。布劳格斯咨询了一位律师,律师拟对泼忒托斯提起控诉。泼忒托斯也咨询了律师,这位律师联系了布劳格斯的律师,两个人试图解决这个纠纷。如果这种努力失败,这个诉讼就会通过一系列法律程序进行下去并最终进行审判,这其中包括泼忒托斯的律师对控告进行应诉,审判前法官的听证,以及律师之间相互交换关于案件的信息。如果进一步的谈判仍无法解决纠纷,那么只能听从法庭的审判。审判后,双方都可以决定是否向上一级法院进行上诉。

正如这个例子所说明的,如果不考虑实质性的情况,一个完整的法律诉讼包含图 10.1 所描述的几个阶段。图 10.1 中的每一个阶段代表可能发生的行为,以及法律规则分析通常碰到的问题。我们接下来将要举例对这些问题略展开分析。

例 1

在"蝗虫必杀"的广告诱惑下,一个农民邮寄了 25 美元后收到了寄回的两个木块,说明书写着:"将蝗虫放到木块 A 上面,用木块 B 去拍压"。如果为此提起法律诉讼,成本将远高于他损失的 25 美元。于是,农夫咨询律师来决定是否采取法律的救济手段,同时这种救济又比较经济。

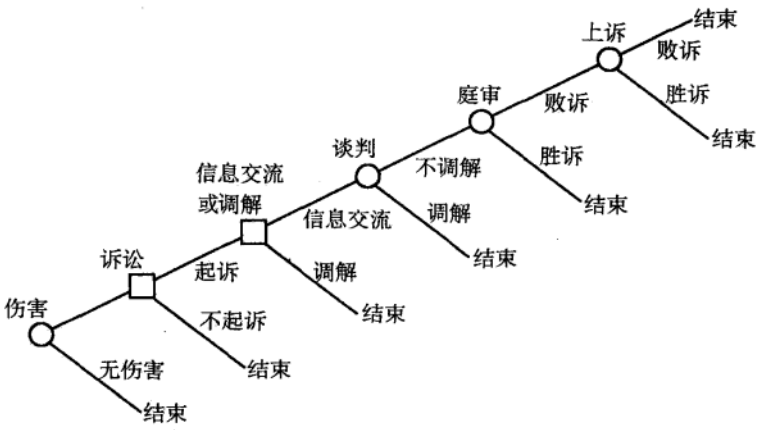

图 10.1　法律诉讼的不同阶段

例 2

一些消费者提起诉讼，声称他们的汽车发动机被一种有问题的燃油添加剂损坏。燃油添加剂的生产厂商愿意在法院审判和媒体知道这件事情之前解决纠纷。为了解需要多少赔偿才能解决纠纷，生产厂商的律师请法官要求消费者的律师公开所拥有的证据，这些证据包括造成损失的原因和损失的程度。

例 3

琼·波忒托斯想和丈夫乔离婚，可两人在房产的分割上无法达成一致。在双方律师谈判失败后，法官考虑是否要求他们在法庭审判前咨询一个专业的仲裁人。

例 4

一个洛杉矶的生产厂商，由于在 1965 年倾倒危险的废弃物而面临巨大的责任。由于保险公司在 1965 年推出这一保险政策，这个生产厂商向伦敦的保险公司提出赔偿。但保险公司认为这个政策不应该为损失埋单。生产厂商可以在洛杉矶也可以在伦敦起诉保险公司。在洛杉矶，双方各自承担自己的法律费用，但在伦敦，败诉的一方还要承担胜诉方的法律费用。于是，生产厂商咨询法律顾问，法律费用的分担将会如何影响起诉地点的选择。

例 5

一个游泳者跳进游泳池造成头部撞击到泳池底部，因此起诉泳池的所有者未能树立标识警告游泳者游泳池太浅不能跳水。泳池的所有者回应，这个受害者在跳水前应该检查水的深度。在审判时，法庭采用了辩护方提出的由于受害人的疏忽造成伤害的原则，因此泳池的所有者不需承担责任。原告想了解是否上诉并且要求法庭不要参照以往判例而是采用相对过失的原则①。

为了提起诉讼，原告必须有一个“行动理由”，这通常包括被告所造成的伤害，而法律可以对此进行补救。在例 1 中，伤害的损失包括 25 美元，以及相信这种误导消费者的广告所造成的其他的损失。并非每个有行动理由的原告，都能通过官司获得有利赔偿。例 1 提出了这一问题：什么时候提起诉讼有利可图？我们将通过计算原告提出法律诉讼的预期价值来回答这一问题。程序规则对预期价值具有决定性影响。

大部分法律体系都会要求，双方在庭审前公开他们各自掌握的一些**私人信息**（一方所掌握为另一方所不知的有关诉讼情况）。在美国法律体系中，庭审前，控辩双方通过一种称之为“庭审前的证据开示”程序交换信息。在德国以及其他欧洲国家的法律体系中，双方在审判第一阶段的“举证”程序中进行信息互换。例 2 表明强制的私人信息交换促成了和解。我们将用博弈论来检验这一命题。

很多批评经常抱怨庭审的正式性，庭审增加了解决纠纷的成本。例 3 提出了这样一个问题，即像强制性仲裁这些非正式程序，是否改善了正式法律程序。为了回答这个问题，我们将用博弈论来解释为什么有时候谈判会成功而有时候则以失败告终。公众通常认为法律程序是不透明且晦涩难懂，这激发了之前我们在本章援引中提到的愤慨情绪：“杀掉所有的律师。”博弈论表明法律程序的改善相当复杂。

不同法律体系的诉讼成本分担方式不同，“各人自理”（美式）与“输者买单”（英式），是两种相互对立的极端规则情况。例 4 试图探寻，是否其中一种费用分担方式对被告特别有利。为了回答这个问题，我们将考虑不同的费用分担方式所产生的激励。

最后，例 5 提出一个问题，是否国家应该奖励法庭的诉讼程序，这一程序给予法官创设法律的机会。这个问题与一个有争论的话题紧密相关，即普通法是否朝着经济上有效率的原则演进，这是接下来要讨论的内容。

10.1 法律程序的目标

10.1.1 最小化社会成本

正如一些批评所指出的，法律程序是否必须这么复杂和昂贵呢？评估不同的

① 相对过失要求游泳池的所有者按照比例对由于其疏忽造成的那部分损失进行赔偿。

程序规则及实践，需要一种度量社会成本的方法。在第 8 章中，我们找到一种度量社会成本的简便方法，这种方法为分析民事侵权提供了一种有用的指导。类似的，简单的社会成本度量方法，也为分析程序规则和实践提供了有益的参考。为了推导简单的度量方法，我们需要把程序规则看成是实体法运用的一个工具。使用这种工具是要花费成本的，即第 8 章中所称的“管理成本”。此外，使用这些工具，有时会导致实体法运用错误。举例来说，无过失的一方会承担责任，或是有过失的一方会承担责任，但数额有错误。错误扭曲激励，并给社会强加了一系列成本。最简单的社会成本度量用 SC 表示，管理成本用 c_a 表示，错误成本为 $c(e)$。**我们假定程序法的经济目标就是最小化管理成本和错误成本之和：**

$$\min SC = c_a + c(e) \tag{10.1}$$

为了说明这一点，假定法院的诉讼结果和控辩双方的调解结果一致。由于假定调解和判决的结果一致，那么调解中的错误成本（如果存在错误的话）等于诉讼的错误成本。因此，调解节约了社会成本。一般来说，与诉讼结果相一致的调解行为，减少了纠纷解决的社会成本。

为了进一步突出成本最小化目标，先来考虑一下成本的构成。管理成本是牵涉诉讼各方在历经不同法律程序阶段的所有成本耗费的总和，比如，权利主张的成本、各方交换信息的成本、为达成调解的谈判成本、提起诉讼的成本、上诉的成本。相比管理成本，错误成本更加难以理解和度量，因为度量错误需要树立无错误标准。

为了得到一个无错误的标准，我们先考虑法庭拥有的信息。现实中，法庭并不拥有完全信息，这使得法庭在运用实体法时可能存在错误。然而，随着信息状况的改善，法庭会逐步减少错误。作为一项思想实验，设想存在这样一个独立法庭，对所处理的案件的实情和法律拥有完美信息。这个法庭从不犯错误，根据现有法律作出完美的决定。我们称这种决定为完美信息下的判决，用 $j*$ 来表示。

完全信息下的判决 $j*$ 与实际的判决 j 之间的差异，即为法庭错误所造成的损害：$e=j*-j$。[①] 可以通过例 2 来说明这一点，完全信息下的判决 $j*$，让车主得到的赔偿正好等于更换被燃油添加剂损坏的发动机所需的费用，假设为 2 500 美元。如果实际判决为 2 000 美元，则错误程度就为 $j*-j=500$ 美元。

然而，错误程度并不一定等于其社会成本。错误的社会成本，还取决于它所造成的激励扭曲。举例来说，如果完美赔偿为 2 500 美元，而实际赔偿只有 2 000 美元，则 500 美元的错误也许会让燃油添加剂的生产厂商从此习惯于低质量控制。降低质量控制节约了生产厂商的成本，比如 1 000 美元，但是将造成车主额外 10 000美元的损失。在这个例子中，错误的社会成本等于降低质量控制带来的 9 000美元的净损失：c(500 美元)=9 000 美元。

本章的余下部分内容，将对法律程序的每一个阶段进行建模，论证不同的程序

① 当然，除了损失计算错误之外，还存在许多错误的来源。我们仅仅将其作为一个例子。

规则和实践产生的激励影响，并根据社会成本对之进行比较。大体上，错误的社会成本难以度量。因此，我们避免依赖精确的错误度量来得出结论。不同国家法律程序上的差异，对我们建立一般性的模型提出了挑战。幸运的是，这些差异也为比较不同程序效率提供了多样信息。

问题 10.1

假设下述法律原则适用于例 1("蝗虫捕杀器"案)："由虚假或是误导性广告承诺所引发的违约责任，应等于消费者实际支付费用的两倍"。根据这个原则，完美信息下的判决结果应该如何呢？

问题 10.2

在同等条件下，从经济角度看为什么诉讼劣于调解？

网页便笺 10.1

律师往往受人诟病。后文将会对这些批评展开简单的讨论。有关美国实际司法成本以及律师补偿的文献回顾，请参考本书的网站，相关文献都颇有意思。

10.2 为何起诉

绝大部分私人争议在庭外解决(一般估计表明，只有不到 5%的纠纷诉诸于法院诉讼)。典型的，一般只有在受损害方要求赔偿的情况下，才会打官司。提起诉讼标志着一套正式法律程序的开始。这些事实提出了这样一个问题："为何起诉?"我们将通过阐释博弈论来对此问题作出回答。

10.2.1 决策树

一个客户委托一个律师接受他的案子，并允诺按照法庭判决金额的 30%支付律师费。如果原告胜诉，法庭的判决结果是 j，那么律师得到 $0.3j$。再假定在提出诉讼的情况下，原告胜诉的几率为 0.5，但如果原告败诉，那么律师的所得是 0。律师估计他花费在这个案子上的时间价值为 15 单位。那么，律师接受这个案子时预期判决的最低价值是多少呢？答案是 100 单位。也许你凭直觉知道答案，也许不能。不论怎样，运用下述决策树可以很容易把预期价值计算出来。

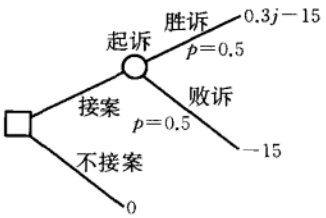

图 10.2　接案决策树

接受这个案子的预期价值等于 $0.5\times0.3j-15)+0.5\times(-15)$。如果接受案子的预期价值为正，那么律师就会接受案子。接受这个案子的临界点是判决使得预期价值为零，即：$0.5\times(0.3j-15)+0.5\times(-15)=0$。解这个方程得到 $j=100$。所以，如果律师预期判决结果等于或大于 100 单位，那他就会接受这个案子。

接下来是一个有关决策树更为复杂一点的例子。一个公司被指控给消费者造成超过 100 单位的损害。消费者要求赔偿 50 单位解决纠纷。如果公司拒绝，它将面临费用为 10 单位的诉讼成本。如果败诉，公司就会赔给消费者 100 单位。若公司预期通过调解解决此案更好，那么消费者胜诉的概率最低为多少？

依惯例，决策树中的圆形代表着概率，方形代表着决策。如果没有调解时公司预期收益等于 $-10\times p-(110)\times(1-p)$，如果调解则支付为 -50。为了找出胜诉概率，即和解的临界点，使前者等于后者解出概率 p：

$$-10\times p-110\times(1-p)=-50\Rightarrow p=0.6$$

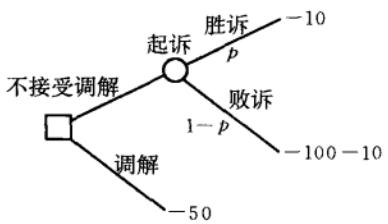

图 10.3　调解决策树

如果预期胜诉的概率高于 0.6，公司就应该拒绝和解。

在许多情形，决策树可以明显的有助于厘清正确的决策思路。下一节中讨论更为复杂的决策时尤其如此。

10.2.2　计算权利主张的价值

如果起诉，原告通常要雇佣一个律师，并向法庭支付诉讼费。当然起诉也意味着权利主张。决定是否要起诉，一个理性的原告会比较诉讼成本和权利主张的预期价值。权利主张的预期价值（*EVC*），取决于在起诉后原告认为会发生何种情况。图 10.1 描绘了可能的情况。为了决定是否起诉，理性的原告必须考虑各种事件的

概率和相应的支付。假定原告在律师的帮助下，给图 10.4 所示的各种事件，赋上相应的概率和支付(为了简化计算，图 10.4a 中按比例将各数额作了调整，各个值均低于实际水平)。

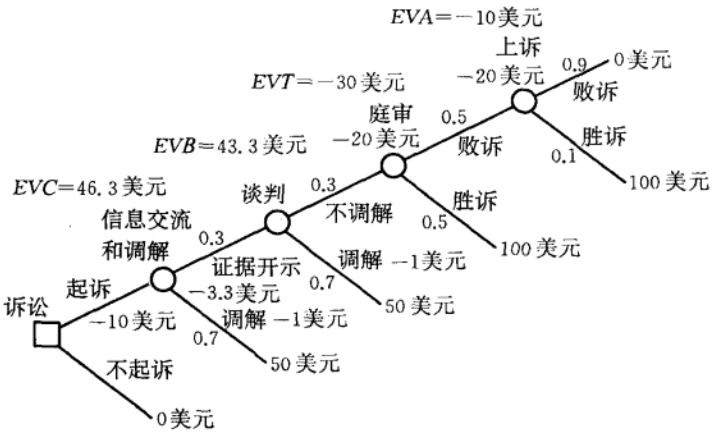

图 10.4*a*　伸张权利对于原告的预期价值

在进行计算之前，必须先弄清楚由谁来支付诉讼费。在美国，控辩双方通常自理费用。在欧洲(以及世界上大部分国家)，败诉方通常要为胜诉方支付大部分的诉讼费。[①] 简单说来，美国规则是“各人自理”，而欧洲的方式是(也称为英国准则)“输者埋单”。大体上，这两种规则需要对应两种略有不同的计算权利主张价值的方式。欧洲规则在分析上要复杂得多，因为这种规则下诉讼费的分担，取决于何方胜诉。因此，在给出的例子中，先是假定双方承担各自的诉讼成本，其后再考虑败诉方承担所有费用的情况。然而，为了避免来自英国准则国家的读者感到困惑，我们在具体例子中对数字进行了设计，以便使得“各人自理”和“输者埋单”得到相同的决策结果。以下例子中，由于所构建了特殊数字，将使得两种规则的答案相同。

为了计算一系列连续事件中的预期价值，应该从最末端的可能事件开始，图 10.4a 中是“上诉”，由此倒推到第一个事件，即起诉决策。[②] 我们将采用这种方法计算，法律过程中每个阶段权利主张的预期价值。假设各方自理诉讼费。根据图 10.4a，原告败诉必须支付 20 美元的诉讼费。在上诉中，原告以概率 0.1 赢得 100 美元，败诉的概率为 0.9。因此，上诉的预期价值(EVA)等于−10 美元：

$$EVA=0.1\times100+0.9\times0-20=-10(\text{美元})$$

由于上诉的预期价值为负，在庭审中败诉的理性原告就不会选择上诉(注意，如果规则由“各人自理”改为“输者埋单”，那么诉讼的预期价值就会下降得更多，所以不论是在美国规则还是欧洲方式下都会不上诉)。

① 我们非常感谢瑞典的 Raoul Meier 指出了之前版本陈述这一规则时存在的错误。

② 博弈论中，这称为“后向推理”，或是“前看和后向推理”(looking forward and reasoning backward)，或是通过递归方法求解一个博弈。

计算了上诉(第二次诉讼)的预期价值后,现在我们能够计算第一次诉讼的预期价值。根据图 10.4a,如果原告未能在庭外通过谈判和解,那就必须付 20 美元进行庭审。在庭审中,原告以 0.5 的概率赢得 100 美元,输的概率为 0.5。如果原告败诉,他将不会上诉并将获得 0 美元的赔偿。将这些数字放在一起,即可解出第一次诉讼的预期价值(EVT):

$$EVT=0.5\times100+0.5\times0-20=30(\text{美元})$$

(你自己再确认一下,假定被告与原告的诉讼费相同,那么不论是在欧洲规则还是美国规则下 EVT 都是相同)。①

计算了庭审的预期价值之后,我们接下来计算庭审之前协商解决的预期价值。根据图 10.4a,在与被告完成信息沟通过程之后,原告通过法庭之外的调解成功的概率为 0.7。如果调解成功,原告通过调解获得 50 美元,同时支付 1 美元的调解成本。无法调解的概率为 0.3,这种情况下原告将诉诸于法律,得到的预期价值等于 30 美元。将这些数据放在一起,可以得出调解的预期价值(EVB):

$$EVB=0.7\times(50-1)+0.3\times30=43.3(\text{美元})$$

由于调解的预期价值为正,所以到达此阶段的原告将选择调解。

计算了调解的预期价值之后,现在我们可以计算起诉之后权利主张的预期价值。起诉之后,双方可以进行调解。根据图 10.4a,进行起诉之后的原告一下子实现调解的概率为 0.7,这时候他得到 50 美元,并支付 1 美元的调解成本。或者,原告没法一下子调解的概率为 0.3,而接下来要和被告进行信息交流,这将花费 3.3 美元的成本。信息交流交换之后,双方继续调解。我们已经计算了调解的预期价值为 43.3 美元。将这些数据合在一起来,就可以得到原告起诉所主张的预期价值(EVC):

$$EVC=0.7(50-1)+0.3(43.3-3.3)=46.3(\text{美元})$$

在德国及其他欧洲国家,庭审开始之前都不存在证据开示程序(discovery)。相反,庭审的第一个阶段主要涉及"举证"(beweisverfahren),这个阶段各当事方要给出支撑案件基本事实的证据。单就决策树计算起诉的价值来看,证据开示程序与举证并没有区别(在更加具体的分析中,两者之间的一些重要区别必须考虑在内)。②

提起诉讼的成本(FC)包括雇佣律师,起草诉状和支付法庭估算的起诉费用。

---

① 按照美国规则,原告确定要支付 20 美元的诉讼费;而在欧洲规则下,原告要么以 0.5 的概率无须支付任何费用,要么以 0.5 的概率为双方费用埋单(20 美元+20 美元)。这样,在美国规则下,原告面临着 20 美元的诉讼成本,在欧洲规则下的预期成本同样是 20 美元。切记我们计算的是预期价值,而不是预期效用(如果你不清楚这种区别,请参考第 2 章的相关章节)。

② 至少存在四个重要的差异。第一,证据开示程序并非在法官或陪审团面前进行,而举证必须在法官面前操作,法官在其中扮演了一个积极的角色。第二,证据开示程序中,一方可能强迫另一方揭露信息,而在举证中则很少或不可能存在强制披露问题。第三,证据开示程序中,允许质问和交叉质问目击证人,而举证中,目击证人是法庭传唤但不受质问(named but not examined)。最后,在举证中,在进行下一个审判程序之前,法官得决定所陈述事实是否得当可用;而美国司法体系中,当原告提出即决裁断(summary judgment)时,法官通常在证据开示程序之前或之后的单独的听证会上,对这些证据问题进行决断。

根据图 10.4a，提起诉讼的成本等于 10 美元。提起诉讼后，原告当时将得到所主张的价值（*EVC*）为 46.3 美元。因此，提起诉讼的预期净收益等于 46.3 美元－10 美元＝36.3 美元。如果预期净收益为正，理性的被告将进行起诉：

$$EVC \geqslant FC \rightarrow \text{提起诉讼}; \qquad (10.2)$$
$$EVC < FC \rightarrow \text{放弃诉讼}$$

因而，图 10.4a 中那位理性的原告将提起诉讼。

被告的情况又是如何？当原告提起诉讼，被告必须做出回应。为了计算最优的反应，理性的被告也必须解一个类似图 10.4a 所描述的原告所面临的决策问题（见图 10.4b）。被告的决策问题就是最小化他的法律责任的预期成本。由于被告的决策问题与原告非常相似，我们在此不再展开详细解释。①

问题 10.3

除了原告的审判成本从 20 美元变为 40 美元，调解价值从 50 美元变为 51 美元，图 10.4b 与图 10.4a 完全相同。请递归解出每个阶段法律主张的预期价值，并将其填入以下决策树的空白处。原告提起诉讼的预期净利润为多少？

问题 10.4

在欧洲，败诉的一方为胜诉方支付诉讼成本。假定在之前的图中原告败诉则需支付 40 美元的诉讼成本，胜诉的诉讼成本为 0。按照几个假定，重新计算法律主张的预期价值。

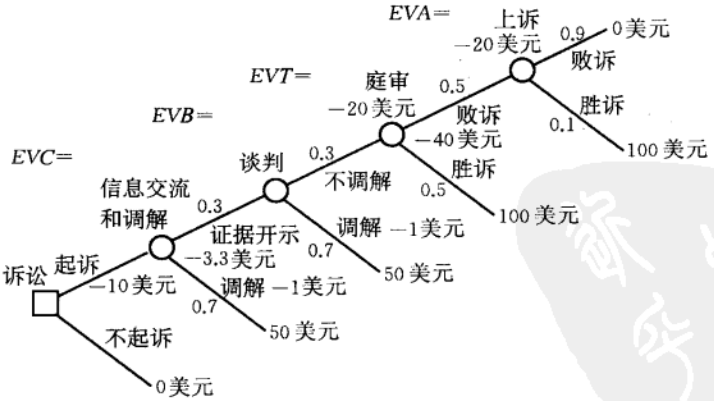

图 10.4b　应诉对于被告的预期价值

① 必须注意，双方可能在每个阶段的金额和成功的概率方面存在分歧。当下，我们还是假定金额和概率相同。尔后，我们将放宽这个假定。

10.2.3 损失赔偿——决定诉讼

我们的模型区分了提起诉讼的三种直接原因：

（1）对所致伤害存在分歧；

（2）提起诉讼的成本；

（3）主张的预期价值。

随着导致诉讼背后事件的增加，比如，事故、违约、财产侵犯等，诉讼也相应会随之增加。而随着提起诉讼的成本下降，包括律师费的下降，诉讼也同样会增加。最后，权利主张的预期价值的提高，也应该会导致诉讼增加。

为弄清楚这些原因是如何起作用，先来看一下原告胜诉后货币赔偿的增加，将如何影响诉讼请求。货币赔偿的增加，将提高庭审的预期价值（*EVT*），这将提高法律主张的预期价值，进而引发更多的诉讼。为了说明这一点，假定一个事故受害者提出诉讼必须支付501美元，而预期败诉的概率为0.5，胜诉概率也为0.5，胜诉可获得1 000美元。因此，诉讼的预期价值为：$-501+0.5\times0+0.5\times1\,000=-1$（美元）。这种情况下，原告不大可能会提起诉讼。然而，如果胜诉后原告的损失赔偿提高到2 000美元，那么诉讼的预期价值将等于499美元，这样原告就可能提起诉讼。

因此，胜诉对原告损失赔偿的增加，将提高诉讼的预期价值，从而引起提起诉讼的数量增加。胜诉对原告赔偿的增加，同时也存在另外一个相反的效应，即潜在的被告通常也会避免引发争端的致害。如果原告的胜诉赔偿增加（或者，原告胜诉的概率上升，或两者都有，即简单来说是原告预期的损失赔偿增加），潜在的被告将提高谨慎程度，尽量避免给潜在的原告机会来提起诉讼。例如，制造商将提高产品质量控制，以避免产品的瑕疵，使公司陷入受害消费者的责任主张的诉讼困扰。

以上推理提示了，原告胜诉赔偿额度与法律诉讼数量之间可能存在的联系。如果损失为零，则预期诉讼价值如此之低，于是潜在原告不大会提起诉讼。随着损失的增加，越来越多的原告将提起诉讼。然而，随着损失的进一步提升，潜在的被告将会试图尽力让尽量少的潜在原告采取法律手段。最终，将会到达这样一个点，即随着损失的增加，诉讼数量开始下降。图10.5描绘了这个情况。纵轴所表示的诉讼数量，在横轴所表示的预期判决等于d时达到最大。损失的一个微小增加，对

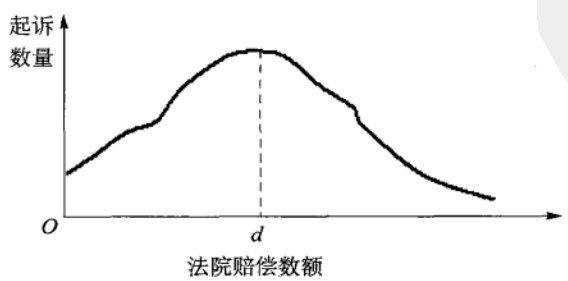

图10.5 诉讼为损失的函数

诉讼数量的影响取决于起始点在 d 点之下还是之上。在 d 点以下，损失的微小增加，诉讼数量将增加。而 d 点以上，损失的微小增加，诉讼数量将减少。

10.2.4 作为过滤器的诉讼费

在一些大陆法系国家，比如墨西哥和智利，公民权就体现在政府不应该在民事诉讼中对法庭的使用收取任何法庭费用，包括提起权利主张的费用。在美国，法院对提起权利主张是要收费的，并且接下来的每个法律程序阶段也都必须收费，而这些费用仅仅是政府整个法院成本的一部分。正如形形色色的政府补贴，补贴规模无从得知，因为法庭无须按要求保存资金记录。理论上，补贴可以介于 100%（如墨西哥的情况）到 0%之间。事实上，律师们声称世界上某些司法体系，政府确实对民事纠纷争端解决中使用法庭，收取了足以弥补法院成本的全部费用，但是我们没有确切的例子。再者，也可能存在收费超过法院成本的情况，这时则是税收替代了补贴。正如过桥要收拥挤费，或者正如最近在伦敦实施的，在城市中心开车须收费一样，对法院而言拥挤税同样也可能可许。

本节讨论如何确定诉讼费用。图 10.6 的横轴代表在起诉时预期法律主张的价值（EVC），纵轴表示相应的潜在原告数量。一些原告的法律主张有价值，而其他人的主张则可能一文不名。图中的分界线表明，诉讼成本（FC）将潜在的原告分布细分为两个群体。在 FC 左边的原告，诉讼成本超过法律主张的预期价值，因而这些原告将不主张诉讼。而那些在 FC 右边的原告，法律主张的预期价值超过诉讼成本，因而将选择诉讼。因此，诉讼成本扮演了一个诉讼纠纷的过滤器。价值高的纠纷通过了过滤器进入诉讼阶段，而低价值的纠纷被过滤器挡住，也就没有诉讼发生。

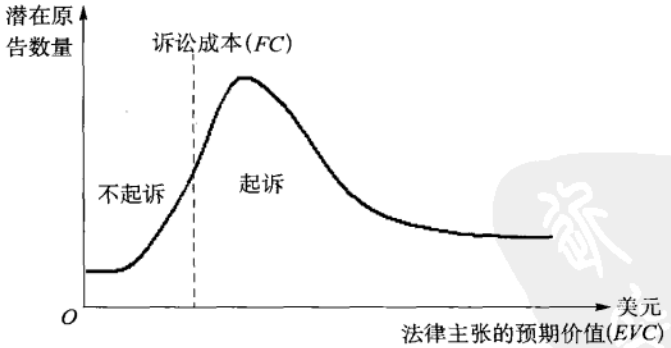

图 10.6　提起诉讼的数量

通过变动诉讼费，官员们可以变化图 10.6 中的划分，改变诉讼的价值。提高法院受理申诉的费用，当局将图 10.6 中的分界线移向右侧，进而导致诉讼数量下降。因此，政府可以提高诉讼的最低价值。或者，通过降低诉讼费，当局也可以将

图 10.6 中的分界线移往左侧，这样将出现更多的诉讼，也就调低了诉讼的最低价值。

诉讼数量与社会效率之间如何联系起来？当局应当通过设定一个法院收取的诉讼费用，以最小化管理成本和错误成本：$\min[c_a + c(e)]$。提起一个诉讼，就在原告和被告之间施加了一个解决纠纷的管理成本。而错误成本则是指，从现有法律出发到设想的一个伤害完美赔偿情况的差距。从这个视角出发，完美赔偿条件等价于法庭对案件事实和法律均具有完美信息时的裁断（判决的完美信息）。按照任何其他有别于此种纠纷裁决，都将产生错误成本，$c(e)$。**当从边际上来看，一个案件的管理成本等于未赔偿伤害所造成的错误成本时，法庭的诉讼成本达到最优。**

当局可以通过计算来确定是否应当升高或降低诉讼的收费。当进行此类计算时，当局应当关注边际案件，即图 10.6 中边界线上介于“诉”与“不诉”的案件。就边际案件而言，诉讼的边际成本等于法律主张的预期收益，即 $FC = EVC$。法院收取的诉讼费用的微小上升，将让边际案件的原告放弃诉讼。因此，边际案件的原告将得到 0 而非 EVC。当局必须对管理成本的节约以及所造成的错误成本进行比较。

减少错误的社会价值，取决于错误是影响生产，还是仅仅只对分配有影响。当错误对引致伤害的行为有很强的激励效应时，比如侵占财产，毁约或开车粗心大意，错误将对生产有影响。如果错误对谨慎存在较大的激励效应时，那么诉讼费用应当低一些。相反，错误并不导致致害行为的改变时，它影响的只是再分配。如果错误影响收入再分配，而对激励没有影响，则经济效率要求维持较高的诉讼费用。

许多宪法赋予公民通过诉讼解决纠纷的权利。正如我们已经看到的，在墨西哥和智利，这项权利的解释意味着诉讼对各方而言都应当免费。然而，在美国及其他一些地方，宪法规定的诉讼权，被解释为可以通过支付“法庭成本”解决纠纷。我们的模型预测，相比存在法庭成本的制度，免费诉讼将带来更多的诉讼和权利主张。该预测与基于墨西哥、智利及美国法庭的简单对比保持一致，但是据我们所知，还没有在统计方面，对此法庭印象作深入展开的比较研究。我们后文有关上诉的讨论，将要解释在美国及其他地方纠纷双方所支付的法庭费用，均不足以弥补诉讼给一国带来的成本。停止这项补贴意味着美国诉讼量将下降。进一步地，我们也注意到，美国宪法规定的陪审团审判权，被解释为陪审团审判无须支付费用。美国公民被拉去充任陪审团成员，只获得名义上的补偿。如果陪审团的实际成本被包括在法庭费用里面，需要由纠纷方支付，那么要求陪审团参加的审判将大大减少，并且将有更多的人乐于让法官裁断案件事实。

问题 10.5

假定商业毁约对生产产生巨大影响，而离婚财产纠纷只影响分配（对生产没有

影响)。解释这些假定对涉及商业合同及离婚财产纠纷案件中,有效率的诉讼费用设定有何影响。

10.2.5 法律服务的供给

下面考虑律师数量的增加如何影响权利主张的诉讼(事实上,近年美国律师数量迅速攀升)。律师数量增加的影响,取决于法律服务市场的组织结构,所有国家都是律师协会管制法律服务市场。作为讨论的基点,首先考虑法律服务市场管制相对宽松的国家,律师数量增加的影响。用"宽松的管制"一词,意思是指律师在与客户缔约时,所享有的自由度较大,比如美国。在自由市场中,供给与需求决定价格,律师数量的增加,将导致供给曲线向外移动,如图 10.7 所示。供给曲线从 S 移到 S',将导致律师服务价格从 p_1 下降到 p_2。因而,律师供给数量的增加,将导致诉讼成本下降。律师费用从 p_1 下降到 p_2,导致对律师服务的需求由 q_1 上升到 q_2。我们的结论是,律师数量的增加,结果将导致更多的诉讼。

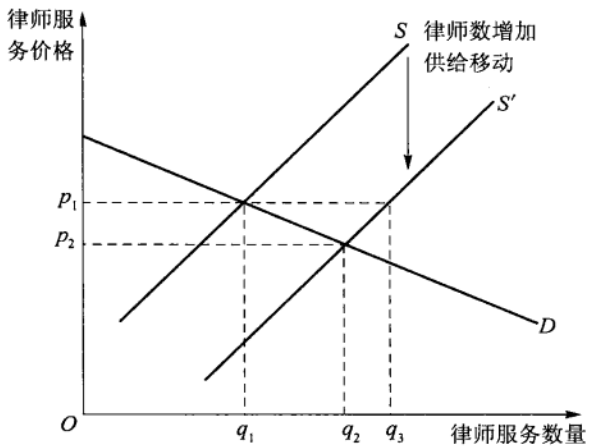

图 10.7 律师数量增加对律师服务市场的影响

举例来说,在美国的一些侵权案件中,原告律师的补偿是采取"风险代理收费"(contingency fee)的形式,这意味着如果客户胜诉律师将获得判决的一部分,而若客户败诉律师将一无所得。① 假定原告预期将以 0.5 的概率胜诉获得 1 000 美元,风险代理收费为 0.3。那么,对原告律师而言,该案件的预期价值为 $1\,000\times0.5\times0.3=150$(美元)。如果该案件准备和审问需要耗费两个小时,则律师的预期报酬为每小时 75 美元。因而,只要没有其他超过每小时 75 美元报酬的工作机会,一个

① 绝大多数的原告律师都使用一个变动的风险代理收费。通常的做法是,如果案件没有起诉审判就了结,则律师从原告的获益中拿走三分之一;起诉审判,则比例为 40%;而若上诉胜诉,则收取 50%。收费标准因时而异因地而异。

利润最大化的律师将接下这个案子。律师数量的增加，每个律师平均获得的机会趋于减少。随着律师数量的增加，一些之前没有律师问津的案件，将被通过风险代理收费制得以诉讼。①

一些美国律师说："过去法律是一项职业，现在就是一笔生意。"市场力量和压力的倍增，显然让律师之间的友好度锐减。然而，作为一个群体，律师并非市场的被动受害者。和许多职业联盟类似，每个国家的律师协会都试图控制职业门槛，让法律服务维持较低的供给水平和较高的价格。律师协会主要通过设立较高的法庭辩论或其他法律服务的专业资质，以践行这种权力。可以预测，律师协会成功限制律师数量，会提升律师费用，因而将减少诉讼数量。②

律师数量增加将导致诉讼数量增加，这个命题与如下命题存在相似之处，即律师协会也无法置身于供给需求规律之外。然而，许多国家的律师协会，却使自身尽可能远离法律服务市场。举例来说，在许多国家，比如德国，法律严格规定律师法律服务收取的最低价格。一旦法律规定了法律服务的一揽子费用表，并且费用表可以有效地加以实施，那么律师数量的增加并不能改变律师的服务费用。相反，律师数量增加将导致律师的失业率上升。

为了证明这个情况，假定法律服务的价格依法规定为图 10.7 中的 p_1。如果律师的供给曲线为 S，则法定价格 p_1 将没有任何影响，因为它仅仅只是肯定了市场价格。然而，设想律师供给曲线从 S 移到 S'，而法律服务的价格仍旧等于 p_1。这个价格下律师服务的需求为 q_1，而供给曲线从 S 移到 S' 之后，价格为 p_1 时率时的供给数量为 q_3。(q_3-q_1)度量了供过于求的数量("供给过多")，这与价格为 p_1 时愿意工作但是得不到雇佣的律师数量密切相关。

事实上，德国的年轻律师有时候对失业或雇用不足都颇有怨言，但是法律禁止他们降低收费吸引客户。为了避开这纸禁令，年轻的德国律师为了吸引生意，通常可能会在一个法律事务上花费更多的时间，相同的事情一个年长的德国律师很快就可以完成；而年轻的德国律师还会提供一些额外的"免费"服务。大体上，价格竞争禁令促进了质量竞争，但同时也滋生了暗地里的打折。

除了规定价格，法律还可以通过律师协会的进入限制，以提高律师们的收入。在一些国家，比如巴西，许多学生学习法律，大学毕业后他们可以轻而易举就加入律师协会。而在其他一些国家，比如美国，加入律师协会要求大学毕业后，还必须在法学院接受一些特殊的培训，并通过一个严格的考试——"律师资格考试"。在为数不多的一些国家，比如日本，律师协会会员资格，利用难度很大的国家考试而严加控制。我们可以通过图 10.7 解释这些限制措施的影响。律师资格考难度的提升，导致律师协会会员供给数量下降。供给曲线从 S' 上移到 S，这将导致律师数

① 除了美国，绝大多数的司法体系都不允许律师按照风险代理收费制接案。

② 律师管制公开标准的解释是为了确保高质量，而非让律师们饱私囊。参见本节末尾的网页便笺，有关不同国家法律职业管制的原因及效果的文献概述，这些文献都颇有意思。

量从 q_2 减少到 q_1，而工资水平从 p_2 上升到 p_1。

其他有关法律程序规则如何影响诉讼率的例子，参见专栏“集体诉讼”。

问题 10.6

价格管制让一些对商品价值评定高于商品供给成本的人购买不到商品。假定政府将价格设在 p_1，供给为 S'，将该命题应用到图 10.7 中。

问题 10.7

如果绝大多数的司法行为都是代价高昂的财富再分配，那么从经济效率角度考虑，公共政策应当尽量减少其发生。试比较以下法律服务市场限制的相对效率：(a)对伤害损失的赔偿降低；(b)法庭对权利主张收取高额费用；(c)政府将律师费设定在很高的水平。

问题 10.8

司法保险将原告或被告的法律成本转移给保险人。这种保险对诉讼数量有何影响，你有什么看法？

网页便笺 10.2

请参见本书网站有关律师职业近期文献的概述。文中讨论与比较了不同国家如何教育、组织与管理律师。

集体诉讼

你是否曾经开过票面金额超过你银行账户金额的支票？这些支票往往都被银行“退票”，并且银行还要加收一笔称为“NSF 费”(not-sufficient-fund charge，余额不足费)的费用。1975 年，在加利福尼亚，珀杜先生由于签发了一张 NSF 支票，被克罗克(Crocker)银行罚了 6 美元。他将银行告上法庭，最终这个案件上诉到加利福尼亚最高法院。该案件的诉讼成本远远超过 6 美元。事实上，珀杜先生采取这个行动，不仅仅是代表自己，同时也是代表所有

在克罗克银行开户并支付过 NSF 费用的人。如果胜诉，珀杜先生将拿回 6 美元，其他所有克罗克银行向其客户多收的费用也将返还。

一旦某个原告试图代表一群原告采取法律行动，法庭必须决定是否将其“认定”为“集体”，以及是否允许像珀杜先生这种人，代表他自己以及所宣称的集体中的其他每个人进行诉讼。这是一个非常棘手的问题，因为珀杜先生若成功提起诉讼，则其他每个人的法律主张都自动消亡。而集体诉讼一旦成功，集体中的成员，尽管绝大多数甚至从不过问本案，都一律丧失了诉讼权。

什么时候应当认定为集体诉讼呢？经济学理论的建议是，如果加总的争议数额巨大，而每个原告的数额较小，则集体诉讼比较合适。在我们的例子里，在克罗克银行开户的所有客户的 NSF 罚款加总，大概就是争议的总金额，而单个账户所有者的金额大约只有 6 美元。因而，认定为集体诉讼似乎比较合适。

一旦认定为集体诉讼，如果代表整个集体的原告同意调解，或者如果原告胜诉，则被告必须支付所有的损失。而这些损失赔偿必须按照如下方式进行，即所有的原告集体都将获益，而不是作为代表的原告及他的律师，后者天然倾向于试图为自己多分一杯羹。法庭必须决定，某个集体诉讼中的分配方案是否公平。例如，活跃的原告律师，惯常负责组织和提起诉讼，是否应当按照标准方案进行支付？抑或，他们是否应当由于承担了较高的输掉官司的风险，而得到高于平常律师费用的补偿？将小数额的资金分给集体中的每个人，往往代价高昂得令人却步。有时候，法院也会准许将资金分配给集体中的部分成员，而将剩下的赔偿所得捐赠给慈善机构，以使类似该集体成员的人们获益。

用技术术语来讲，集体诉讼很理想地充实和巩固了诉讼，从而实现了规模经济，为加总起来损失很大的小伤害提供了一个法律救济[另外，集体诉讼有时也被用于降低大众侵权案件中的总诉讼成本，比如石棉肺患者(asbestos vitims)，或者正如我们第 9 章网页便笺提到的，香烟消费致害诉讼]。

集体诉讼的潜在经济利益异常清楚。但是，最近也有一些人提出，集体诉讼可能也存在经济成本。主要的考虑是，有些情况下即便单个个体的权利主张微乎其微(因此，每个人认同的客观概率非常小)，法庭仍旧会认定一些原告群体对被告采取的集体诉讼。但是，对被告而言，将要面临集体诉讼成功所带来巨大灾难的风险，因而，即便和每个集体诉讼成员打官司都可能获胜，被告基本上还是被勒索协商解决集体诉讼。

这些正是理查德·A·波斯纳法官，在罗纳普朗克制药公司事件中所写的证词[51 F. 3d 1293(7th Cir. 1995)]。这个诉讼案例涉及一个约 300 人的血友病患者群体，这些人声称由于服用罗纳普朗克制药公司 20 世纪 80 年代初生产的血凝剂——AHF，他们都变成 HIV 呈阳性。这 300 名被告都有非常充分相似的主张，即他们都已经向联邦地区法院申诉，并获得集体诉讼的证

明。上诉法院的波斯纳法官却不愿意认定此案件为集体诉讼。这一次上诉的13件个人案件,12件都是被告获胜;于是,波斯纳法官猜想剩下的个人案件中,绝大多数时候都是被告方胜诉。虽然如此,他给出的建议却是如果将此案件认定为集体诉讼,将会有更多的原告跳出来,数量可能成千上万。那么,在那种情况下,罗纳普朗克制药公司可能将要面临250亿美元的潜在责任,结果只能是破产了。"他们可能也不愿意摇动这些骰子。说得宽转一点就是,他们试图通过施加强大压力下进行调解。"波斯纳法官援引亨利·弗兰德利(Henry Friendly)的话,说道,"集体诉讼中,可能性较小但影响极为深远的判决,所引发的调解都是'勒索式调解'"。也就是说,有些时候仅仅是集体诉讼认定,就已经足够让一文不名的权利主张摇身一变,带来高概率的灾难性破坏,于是被告被迫调解。

这些对集体诉讼会对调解造成压力的担心,可能是有些杞人忧天了。参见查尔斯·M·西尔弗,"我们对死亡充满恐惧:集体证明和勒索"[We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail, 78 N. Y. U. L. REV. 1357(2003)]。然而,议会却觉得这种担心着实令人担忧,于是通过了2005年集体诉讼公平法案(Class Action Fairness Act of 2005),该法案扩展了联邦司法在集体诉讼中的管辖权,并对集体诉讼中的律师费设定了限制。

其他许多国家,包括那些欧盟成员国,都还没有集体诉讼。然而,这个局面正在改变,欧盟似乎开始认同集体诉讼。

问题 10.9

可以将诉讼原因区分为:(1)伤害,(2)诉讼成本,(3)合法主张的预期价值,试利用以上区分解释集体诉讼对诉讼量的影响。

10.2.6 代理问题

回顾一下我们在第6章中利用"代理人博弈"来构建契约理论。在这个博弈中,委托人决定是否将某种有价值的资产置身于代理人的控制,而代理人的决策是合作还是攫取。在法律纠纷中,原告将法律主张置于律师的控制之下。律师可以为客户服务,也可能剥削客户。因而,法律服务市场是一个委托—代理博弈。律师给他的客户提出建议,并且律师努力赢下官司。接下来我们将考虑一下律师提供信息的激励;以及努力为客户服务的激励。

首先,先考虑律师在案件上的工作激励。正如第6章所解释的,从委托人和代

理人的视角看，如果双方最大化联合收益，那么代理关系就是有效率的。为了最大化联合收益，律师在该案件上的工作，应当一直持续到边际成本等于给双方带来的边际收益。律师在一个诉讼中所耗费时间的边际成本，等于他的时间在其他可选用途中的最大价值（“机会成本”）。客户的边际收益，应该等于客户合法权利主张的预期价值的提升（或者客户法律责任预期价值的下降）。

设计一个合同以实现以上理想目标非常困难。与律师签订的合约，通常集中在以下三个因素：(1)工作时间付出，(2)服务，(3)争端的结果。① 许多时候，律师都是按照小时收费（甚至或者是按分钟收费）②。按小时计酬，致使律师外化案件上的工作成本，这也让他们有激励在案件上投入过多的时间。律师通常也有按照服务项目收费（起诉一个案件多少美元，在法庭上进行辩护又是多少美元，上诉又是多少美元等等）。服务收费合同让律师们将额外服务的时间成本内部化，而收益则外化，从而律师们有激励在服务时尽可能少花时间。风险代理收费制下，原告律师分到赔偿金的一部分，比如法院判决或协商的三分之一。③ 为三分之一的风险代理收费工作时，律师内化了投入到法律服务的其他时间成本，同时也内化了三分之一的收益。

其次，考虑律师提供信息的激励。设想原告向一个律师咨询，起诉的成本是否超过权利主张的预期价值，如图 10.6 所示。真实的答案未必能最大化律师的预期收益。按照小时或服务计酬的律师，为了让客户支付申诉费用，可能夸大所主张权利的预期价值。

另外，按照风险代理收费制计酬的律师，有误导客户并将客户引向反方向的激励。设想一位原告咨询律师是否应当接受 1/3 的风险代理收费。根据这个合约，律师内部化了所有的诉讼成本，同时律师却只内化了 1/3 的权利主张的预期价值。因而，律师可能拒绝接受这个案子，虽然权利主张的预期所得超过诉讼成本。

值得注意的是，如果律师是按照“100%的风险代理收费”接收案件，则这个激励问题就可以得到解决。100%的风险代理收费内部化了案件的所有成本，而律师也获得协商或判决的 100%的收益。“100%的风险代理收费”意味着，律师可以保留全部的协商或判决的收益，事实上，这就意味着客户将权利主张卖给律师。竞争

① 其他我们没有讨论的就是雇用一个全职律师（“法律顾问”），或者购买责任险。

② 笑话一：某商人收到律师的一个收款条，上面写着：“过街去看了一下客户。想来应该是你。50 美元。”

笑话二：一位研究人类长寿秘诀的社会学家发现，平均而言律师比医生要多活一倍的时间，而大概又是学校老师平均水平的三倍之长。因为律师的寿命是按照小时计算。

③ 如果被告律师按照三分之一风险代理收费接了一个案件，被告在诉讼开始之初就必须给律师支付一笔垫底费用。举例来说，被告可能支付一笔 5 000 美元的垫底费，同时同意支付三分之二的审判结果（被告律师支付剩下的三分之一）。因而，如果该案件最终应赔 10 000 美元，被告的净成本应该等于 5 000 美元+6 667 美元，而被告律师的所得为 5 000 美元−3 333 美元。虽然法律允许，但是风险代理收费通常是原告律师采用，被告律师鲜有采用。我们还没有听说过哪个案件，被告方律师真正使用了一个风险代理收费合同。

性权利主张市场将解决律师的激励问题，然而，所有地方法律都禁止这些交易。①

像美国这样管制相对宽松的市场，律师与其客户有较大的空间设计他们自己的合约。因而，原告律师可能对一些费用收取按小时计酬的酬金，而对其他一些服务收取固定费用，或者采取风险代理收费制。在像德国那种严格管制的市场，政府可能会规定服务费用，限定在该案件上的多余时间支出的报酬，同时禁止风险代理收费。另外，一些国家，比如英国，存在“拆分”的情况，这意味着客户可能和一个律师交易（“初级律师”），而客户的律师则选择另外一个律师（“高级律师”）在法庭上为本案辩护。② 不同国家代理问题的解决之道千差万别，这反映了代理问题的困难之处，也体现了古老职业的政治权力。

大体上，律师与客户之间出现的代理问题，存在以下两个原因：信息不对称和随机性。和客户相比，律师对法律是熟稔得多，而往往客户又比律师更了解案件的事实情况。另外，案件的结果还取决于一些随机事件，比如所指定的法官以及是否有目击证人。随机性让客户无法从案件的结果推断律师的表现。

为了克服这些问题，人们通常根据声誉和长期关系选择律师，长期关系里面存在极为重要的相互信任（回顾一下我们在第 6 章中证明的长期关系可以解决代理问题）。声誉可以解释，为何成立律师事务所要比其他服务类型收费要高一些。声誉的日益重要，可能也可以解释许多国家律师事务所规模的稳步增长。大型事务所本身就是“品牌”，代表了法律服务的质量。然后，许多国家设置了许多障碍防止法律领域的“品牌”成长。例如，许多国家就禁止律师事务所以任何非本公司在职员工的名字命名，因而，当高级合伙人退休之后，律师事务所的名字也必须更改了。另外，绝大多数国家都限制或禁止律师做广告，这样一来，律师也就不能通过广告来宣扬自己的成就而赢得信誉。③

问题 10.10

从经济学视角看，限制律师做广告看上去有些类似于律师协会使用某种机制限制竞争（这些广告限制在美国被废除了，不是因为它们违反了反托拉斯法，而是因为法院发现它们违背了宪法赋予的言论自由权利）。从经济学视角看，律师做广告与其他职业人的广告，比如会计或保险人，有什么差别吗？

① 普通法国家将此禁止行为称为“助讼”。如果律师购买了法律主张，一个新的激励问题就冒出来了：原告没有激励配合和作证（我们在第 9 章的专栏中讨论了一个不成熟的侵权主张交易市场）。

② 英国正在逐渐废除这种差异。

③ 我们其中的一位作者，20 世纪 80 年代末在中国时，恰逢中国政府 40 年里首次在上海批准成立了第一批私人律师事务所。这些律师事务所的被命名为“上海人民律师事务所 1 号”，“上海人民律师事务所 2 号”等等。现今，中国的律师事务所一般用其开创者的名字命名。

问题 10.11

风险代理收费制：

a. 如果原告比他的律师更加风险规避，那么这个事实意味着他更加倾向于选择风险代理收费还是按小时计酬？

b. 根据风险代理收费，原告无须支付律师的任何诉讼费用。因而，原告在协商谈判是可以采取比较强硬的立场。试解释原告律师同样可能从这种谈判的强硬立场中获益。

c. 在美国，原告律师普遍按照风险代理制计酬，但是被告律师却是鲜有如此。根据风险代理收费合同，被告必须在法律程序开始之前给律师一笔固定费用，而律师将承担部分审判判决。风险代理收费制对原告律师和被告律师的激励效应完全相同吗？

网页便笺 10.3

有关风险收费制的经济学分析，请参见本书的网站。

10.3 信息的交换

在分析完起诉之后，我们现在讨论图 10.1 中所描述的法律纠纷中的下一个阶段。

10.3.1 坏消息有助于和解

在原告起诉而且被告应诉之后，双方在其走向审判之前总要尝试着解决他们的纠纷。为什么有些起诉以审判告终而非和解呢？这个问题给人的第一印象似乎是，只有当某些人非理性地行事之时才会发生。但是最初的印象，往往不足为凭。博弈论解释了为何理性的谈判者时常无法和解而最终要进入审判。尽管分析思路众多，但最简单的解释则是，审判之所以发生乃是因为原告预期会有一个较大的判决金额，而被告预期只会有一个较小的判决金额。在这类情况之下，双方都表现出了相对的乐观主义。倘若如此，则原告会要求一个较大的和解金额，但是被告只给出了一个较小的和解金额，因此双方就不可能就庭外和解的条款达成一致。

我们来看一个假设的例子，以说明这一现象。假如一辆公共汽车撞倒了一个行人，公交公司承认了错误，但是双方在赔偿金额上相持不下，意见各异。公交公司认为，行人只是受到了一些皮外轻伤，预期审判将花费公司 1 000 美元，并判决

赔付 1 500 美元，因而总的花费是 2 500 美元。而实际上行人受了重伤，需要进行手术，他预期审判将花费 1 000 美元，并且判决赔偿金 15 000 美元，净收益当为 14 000美元。公交公司对于审判的这一错误的乐观态度，将导致它会拒绝任何该行人所能接受的和解条款。

我们再来扼要地解释一下，为何双方的不同预期会影响他们庭外和解的能力。在双方试图进行庭外和解时，原告的要求反映的是其根据图 10.2 中的方法所计算的预期法律索赔额，原告通常会拒绝被告提出的低于该预期法律索赔额的开价。[①] 用上面的例子来说的话，就是原告将会拒绝低于 14 000 美元的和解开价。

现在我们再从原告转到被告，被告的开价反映的是其法律赔偿责任的预期价值。被告通常会拒绝原告提出的超过预期法律赔偿额的要求。用上面的例子来说，就是被告将会拒绝高于 2 500 美元的和解要求。**如果原告的预期判决价值（即预期法律索赔额的一个组成要素）超过被告的预期判决价值（即预期法律赔偿额的一个组成要素）的话，我们说双方都具有相对的乐观主义。**

对于审判的相对乐观主义会使得庭外和解举步维艰（后面将会给出严格的证明）。相反，如果原告认为他们在审判中能够赢得的赔偿比被告认为他们将会失去的要少的话，庭外和解就比较容易达成。为了具体说明这一情况，我们再把公交公司和行人的案例中数字给颠倒过来，以表达相对的悲观主义，而不是相对乐观主义。我们还是假定一辆公共汽车撞倒了一个行人，而且公交公司承认了错误，双方对赔偿金的估计现在颠倒过来，以反映对审判的悲观态度。公交公司知道行人动过手术，认为审判将花费公司 1 000 美元，并且判处赔偿金 15 000 美元，因此总成本为 16 000 美元。而行人知道手术治疗的是以前的毛病，不是这次因意外事故造成的伤害。因此，行人预期审判将花费 1 000 美元，而判处的赔偿金为 1 500 美元，因此净收益为 500 美元。公交公司对审判所持的错误的悲观态度，将使得它接受一个远远超出行人认为他在审判中能够得到的和解开价，比如说 10 000 美元，只要公交公司不了解真实情况，案件就会庭外和解。

在很多诉讼中，原告往往比被告更清楚关于损害程度的详情，而被告比原告对被告关于意外事故的预防水平知之更详。如果被告高估了原告受到的损害，而原告又高估了被告的预防水平，则双方都具有相对悲观主义，那和解就非常容易。相反，如果被告低估了原告所受的伤害，而原告也低估了被告的预防水平，那么双方都有相对乐观主义，和解起来势必困难。

双方的预期法律诉讼价值之所以会有不同，乃是由于**私人（或不对称）信息**的差异。所谓私人信息，是指一方拥有而另一方不清楚的信息。当最初的相对乐观主义阻碍了双方达成庭外和解时，他们也许能够在审判之前纠正这一态度，从而达

① 我们这里说“通常”，回忆一下，乃是因为我们在讨论预期价值，而不是预期效用。一个风险规避的原告会接受一个低于预期法律索赔额的和解开价，这当然是有可能的。而且，同样的保守现象，也会出现在被告身上。

成和解。换言之，就是传达坏消息有助于和解。

10.3.2 坏消息是免费的

法律争端各方会在法律并不作要求的情况下自愿交换一些私人信息。自愿的信息沟通经由双方之间的非正式讨论进行。当然，这也可以是正式的，此时法官举行一个预审会议，要求双方讨论他们预期在审判中将会发生什么。在欧洲式审判的第一阶段，当原告举证以支持其诉讼要求，而被告对所举的证据给出回应时，双方便是在法官面前完成了信息的交换。在美国，双方之间在审判前的信息交换一般不需要法官在场。

除了自愿的信息交换之外，有些信息的沟通是强制性的。比如说，法律也许会要求提起诉讼的一方告诉另一方在审判时他将在法庭上提出什么证据。美国法律强迫每一方必须回答另外一方就本案所提出的问题。这一惯例叫做“质询”(discovery)，因为每一方都有权利就某些事实质询知道真相的另一方。然而，在欧洲的举证程序里，任何一方都没有权利了解另一方不愿意透露的信息。因此，相比于欧洲的举证，美国的质询是一种更强的强迫透露事实的方式。

我们将对自愿和非自愿的信息交换之间的关系提出两个问题。第一，“自愿的信息交换是否能够促进庭外和解的达成?”第二，“非自愿的信息交换是否比自愿的信息交换促进了更多的庭外和解达成?”

一般而言，**当事双方会尝试通过在审判之前的自愿信息披露来纠正另一方的相对乐观主义，从而促进和解的达成。**换言之，坏消息是免费的。为了明白这是个道理，我们还是回到前面的公共汽车伤人案例，一辆公共汽车撞伤了一个行人，公交公司承认了错误，可是公交公司错误地认为行人只是受了点轻伤。公交公司错误地预期审判将会花费 1 000 美元，并且法庭会判处赔偿金 1 500 美元，而且行人也会准确地预期到审判将会花费 1 000 美元，法庭会判处赔偿金 15 000 美元。如果和解，则可以给各方节省 1 000 美元的审判费。可是，公交公司对审判所持的错误的乐观态度将导致其拒绝行人所能接受的任何和解条款。了解了这些事实之后，行人有通过透露伤害程度来纠正公交公司所持有的错误的乐观主义态度的激励。这样做之后，行人将很有可能使得双方能够达成和解，并且节约各自的审判费用，这于双方而言都是有利的。

我们再来重新阐述这一案例的结论。如前面已经解释过的那样，当事双方对审判的结果都持有相对乐观主义态度时，审判便会发生，因此每一方都倾向于通过审判而不是达成一个能为另一方所接受的和解协议来解决问题。当双方都持有相对乐观主义态度时，至少其中一方的信息是错误的。在审判之先，信息沟通能够降低相对乐观主义从而促进和解达成。此外，通过披露私人信息来纠正另一方错误的乐观主义，披露方能够利用信息披露来提高达成更有利条款的可能性。因此，效率(即节省审判费用)和再分配(即加强你的谈判地位)给人们提供了激励，使他们

具有自愿披露信息以纠正另一方所持有的错误的乐观主义态度的动机。

同样的，**双方会隐瞒能够纠正另一方所持有的相对悲观主义的信息，从而促进和解的达成。**这又是为什么呢？让我们重新回到前面的例子，但是现在我们假设公交公司所持有的错误信念是悲观的，即公交公司认为行人动了手术，并且错误的将手术的原因归于公共汽车所造成的意外事故，公司由此认为审判将会花费 1 000 美元，并且法庭会判处赔偿金 15 000 美元。然而，行人知道手术治疗的其实是以前的病根，从而他预期审判将花费 1 000 美元，而法庭会判处赔偿金 1 500 美元。公交公司对审判所持有的错误的悲观主义态度，使得它会接受一个远远超过行人认为他在审判中能够得到的和解开价。只要公交公司不了解事实真相，案件就会达成庭外和解。如果清楚了这些事实，行人就有动机隐瞒关于伤害的真相这一信息。

我们也来重新抽象地阐述一下这个例子的结论。当当事双方对审判的结果都持有相对悲观主义的态度，和解就会达成。因此，每一方都倾向于和解，而不是去冒审判的风险。倘若当事双方持有相对悲观主义的态度，至少其中一方的信息是错误的。在披露私人信息以纠正另一方错误的悲观主义态度后，披露方所能得到的另一方愿意接受的庭外和解条款将会变差。这些事实为人们提供了很强的激励，使他们隐瞒能够纠正另一方错误的悲观主义态度的信息。

我们已经解释了自愿的信息交换会纠正错误的乐观主义，但是无法纠正错误的悲观主义，从而达成庭外和解。这一结论，和前面在第 7 章对不对称信息合同所进行的讨论的结果有些类似。我们认为由于人们拥有不同的信息，因此人们对商品经常有不同的估价。即使是这样，他们也通常能以自由交换的方式从贸易中获取所有的潜在收益。同样，一个案件的双方通常自愿交换信息，从而避免浪费诉讼费用。

现在，我们转过来讨论非自愿的信息披露，即一方质询由另一方所隐瞒的信息。诚如我们已经解释过的那样，所隐瞒的信息是自愿披露的信息的另外一面，即当事双方会隐瞒将会纠正另一方错误的悲观主义态度的信息。在美国，“质询”指的是强迫披露私人信息的审判前的程序。我们使用这一名词来代表非自愿的信息披露。质询将会揭开被隐瞒的信息，从而纠正错误的悲观主义态度。纠正错误的悲观主义态度会降低某一方在谈判中做出不必要让步的可能性。一般而言，**双方会尝试着质询能够纠正自己的相对悲观主义的信息，从而使他们得到更好的庭外和解协议条款。**

为说明这一点，我们重新回到前面的例子，即公交公司错误地认为审判将会导致更大的赔偿金判决，而行人知道并非如此。公交公司对审判所持有的错误的悲观主义态度将使得它接受一个远远超过行人认为他在审判中能够得到的和解开价。如果公交公司发现了事实真相，那么它将通过要求一个更有利的庭外和解条款来帮自己节省一大笔支出。

如果当事双方都已质询了另一方所隐瞒的信息之后，信息的沟通会减少不确

定性和双方不必要的猜疑，从而使得庭外和解更为可行。但是，发现某些更有利于某一方当事人要求的和解条款的信息，也可能使得庭外和解的可能性降低。给定这些相反的效果，我们无法肯定质询所导致的庭外和解数量是否比由自愿信息披露所导致的庭外和解数量更高还是更低。

损失厌恶、后悔厌恶和审判

对于有关审判的相对乐观主义态度的解释，有一个替代（或称补充）的解释，那就是“损失厌恶”问题。这是由丹尼尔·卡尼曼（Daniel Kahneman）和后来的阿莫斯·特沃斯基（Amos Tversky）在大量的经验基础之上发展出来的在不确定性条件下的行为的观点。[①] 这一理论的要旨如下，在有风险的情况下做出决策选择时，人们会将结果“表达”为从他们的当前状态出发的收益或损失，对于收益，人们是风险厌恶的；而对于损失，人们则是风险偏好的。假如某人面临如下选择：

（1）50 美元的确定收益；

（2）1/2 的概率得到 100 美元，1/2 的概率什么也得不到的赌博。

两个选择的预期价值都是 50 美元，大多数人将选择确定收益，而不是去赌博。

然而，假如某人面临如下的选择：

（1）50 美元的确定损失；

（2）1/2 的概率损失 100 美元，1/2 的概率什么也不失去的赌博。

两个选择的预期价值都是－50 美元，但是大多数人都选择赌博而非确定损失。

最近，杰夫·拉切林斯基（Jeff Rachlinski）指出这一观察结果对于诉讼理论有着重要的应用价值。[②] 在审判和和解之间进行权衡时，原告也会将该选择表达为和解的确定收益与胜诉的可能收益之间的权衡。如果大多数原告都是风险厌恶的，那么他们就会倾向于和解而非诉讼。然而，被告也许会把该选择视为是和解的确定损失和审判的可能损失之间的选择。由于大多数被告都是损失厌恶型的——也即对损失是风险偏好的——他们会倾向于诉讼而非和解。

关于为什么和解可能更经常发生这一现象，除了逻辑上的原因之外，克里斯·古特里（Chris Guthrie）还曾给出了一个心理原因来解释。寻求和解的诉讼人永远不会知晓他们本可以在审判中能得到的是多少，因此他们不会感到

① 参看 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263(1979)。卡尼曼教授在 2002 年荣获诺贝尔经济学奖金。

② *Gains, losses and the Psychology of Litigation*, 70 SO. CAL. REV. 113(1996).

遗憾。然而，对于寻求审判解决的诉讼人，如果他们放弃了事后证明比审判结果要好的和解开价时，他们会感到后悔。因此，他预测很多诉讼人选择和解而非审判，乃是出于不想后悔的考虑。（参看（*The Regret Aversion Theory of Litigation Behavior*，1999，U. ILL. L. REV. 43.）。

他在两个经验研究中验证了这个假说，在这两个研究里，参与者需要决定是和解还是起诉。一组在“传统”的司法条件下进行选择，所谓传统的司法条件是指“如果案件和解，则诉讼人不会知道如果审判会发生什么”。这样一来，在传统的司法条件下，和解排除了后悔的可能性。另外一组在“后悔的司法”条件下进行选择，后悔的司法条件，我们定义它为“就了解当事双方已经达成庭外和解一事，要求法官通知各方如果他们真的走到审判这一阶段的话，他将会判出的结果”。在后悔的司法条件下，当事双方不管是和解还是诉讼，都会感到后悔。古特里教授预测到，而且他的统计数据也证实，在传统的司法条件下，诉讼人会比在后悔的司法条件下更为倾向于和解。

纠纷双方表达其选择的方式的差异，可能会使得诉讼与和解问题更加复杂化。你认为我们在本章这些小节中的分析应当如何才能与被告的损失厌恶相兼容呢？

10.3.3 美国与欧洲的比较

不同的国家和司法体系，有着不同的质询规则。至于最广泛和详尽的质询，美国当仁不让：在美国，早在审判开始之前，每一方必须披露其预计在审判中使用的基本观点和用以支持这些观点的证据、证人姓名以及证人将提供的证词的一般情况，未经披露的观点和证据可能会被法官禁止在审判中的使用。此外，美国的程序规则赋予每一方都有权利质询由另一方所拥有的与本案有关的任何证据，譬如实物检查、文件阅读乃至于与证人见面等。新事实的发现能极大地改变法律诉讼的进程。

与美国不同的是，大多数欧洲国家很少、甚至没有质询。实践中的一些原因导致了这一程序上的区别。在美国，当事一方拥有宪法赋予的权利，可以要求法官进行审判。参加陪审团工作将会使陪审团的成员暂停他们的工作和其他活动。法院为了尽量减少对陪审员的生活打扰，要求当事各方在审判之前做好详尽的准备，然后在审判中可以不经打扰地贯穿始终。相反，欧洲国家则极少使用陪审团来决定民事案件。与陪审员相比，程序的迁延和打扰对法官造成的不便要小的多，因此欧洲式的审判经常会在多次拉锯式的中断和继续之后才有结果。美国式审判就像是从第一幕一直演到最后一幕的舞台剧，而欧洲式的审判则像是将一部电影拆成几段来放映。

另外一个区别则与法官所扮演的角色有关。在欧洲的民法传统中，法官在得出观点和质询证据时扮演着积极的角色，即所谓“法官盘问程序”(inquisitorial procedure)。事实上，法官也许会禁止律师在审判之前盘问证人或审查某些证据。未经准备的证人更为坦白率直，并且常会在不经意之间透露出许多事实。然而，在普通法传统中，法官扮演的角色则消极得多。普通法法官并不引导案件，而是对立的律师之间辩论的比赛裁判，即所谓“对抗性程序”(adversarial procedure)。在美国，法官希望律师在案件审判之先即得出观点并质询证据。充分的准备可以提高观点的质量，而且一个有准备的证人可以直奔其证言的主题，免去不少蔓延枝节。

10.3.4 最小化社会成本

接下来，我们把自愿和非自愿的信息交换与管理成本和犯错成本之和的最小化这一目标联系起来，自愿的信息交换可以避开审判，避开审判就节省了管理成本。此外，自愿的信息交换将纠正一些会导致和解条款偏离预期判决价值的错误计算。缩小和解条款和预期判决价值之间的差距通常减少了犯错成本(后面将会详加讨论)。所以，**自愿的信息交换通常同时降低了社会成本的两个组成部分，即管理成本和犯错成本。**

强制性信息交换对社会成本的影响作用不太明确。首先考虑质询对管理成本的影响。诚如之前所解释的那样，一般而言，博弈论并不能指出质询是鼓励还是妨害了和解的达成。在进入审判的情况之下，审判前的质询通常简化了审判中将会使用的观点和证据。然而，我们不能确定质询所减少的审判成本在数量上是否与质询本身的成本相称。① 从目前的研究看，关于质询是否降低了管理成本，还不能简单地给出定论。

质询的滥用：过程就是惩罚

假定你有法律赋予的权利要求某人承担为你提供足以装满一节邮政火车车厢的文件的费用。在美国复杂的法律纠纷中，质询的法律权利有时便给了其中一方这样的权利。一方能够要求另一方寄送一邮车厢的文件，只要它们与本案有关，并且做起来不是太过麻烦的话[联邦程序法，FEDERAL RULES OF PROCEDURE，RULE 26(b)(1)]。

① 质询是比诉讼更便宜的程序。因此，在审判之前质询事实要比在审判中发现同样的事实要便宜。然而，质询比审判更有可能发生。所以，将强制性的质询事实一直推迟到审判之前，意味着和解有可能完全避免这一成本。

与当下的联邦法不同，经济学为质询的滥用及其补救方法提供了一个清晰的思路。从经济学的角度来说，当进行质询的成本超过该信息对质询方的预期价值时，质询就被滥用了。要求和提供文件的成本等于提出要求、找到文件、检查所有文件，以及复制和寄送这些文件的成本。这些信息对质询方的预期价值，等于从这些文件中所发现的证据所产生的法律索赔额提高的预期值。

在当前的美国法律下，原告支付绝大部分提出质询的成本，而被告支付大部分执行质询的成本。执行成本的外部化，为滥用质询提供了激励。比如说，假定原告花费 500 美元来提出质询要求，且被告花费 2 000 美元来执行。双方的总成本是 2 500 美元。假设原告预期由质询所得到的证据所带来的法律索赔额的增加值低于 1 500 美元，由于原告花费 500 美元便能得到 1 500 美元的预期收益，原告将会有很强的动机提出要求。由于成本——也即 2 500 美元——超过了预期收益(1 500 美元)，质询被滥用了。因此，当前的美国法律为质询的滥用提供了温床。

我们应该注意到，如果原告必须支付被告的执行成本，而将全部质询成本内部化，滥用就会消失。质询表达了一个一般的命题，即当一方有权利要求某个程序，而另一方必须承担执行该要求的一部分成本时，人们就能够使用法律程序来折磨其他人。此外，将执行的成本转移给提出要求的一方，滥用的动机就会被消灭。

现在，我们来讨论犯错成本。如前所解释过的，质询纠正了一些会产生和解条款偏离预期判决价值的错误计算。由于质询缩小了和解条款和预期判决价值之间的差距。因此，我们的结论是**质询通常会减少犯错的机会**。简而言之，非自愿的信息交换减低了社会成本中的一部分(犯错成本)，但可能并没有降低另一部分(管理成本)。

问题 10.12

例 3 中讲到的是一位法官是否应当命令一对离婚夫妻在开始审判之前咨询仲裁人。假设错误的乐观主义导致审判的发生，那么请估计是否强制性的仲裁将使得更多的纠纷无需审判就可以解决。

问题 10.13

假如质询提高了原告的乐观态度，从而提高了他们的法律索赔额。请解释一下这对起诉数量将有何影响。

问题 10.14

审判程序是正式的，并且会牵涉极广；而质询程序相对非正式，且牵涉面也会窄一些。因此，在审判之先质询事实比在审判之中发现事实要便宜。然而，大多数审判都可以通过庭外和解来避免。作为结果，如果双方将对事实的发现一直推迟到审判之前，他们就可能完全避免了这一成本。为了对成本和确定性之间的权衡进行评价，我们讨论一个数量化的问题。令 x 为审判中发现事实的成本与审判前质询事实的成本之比。假设庭外和解的可能性等于 90%，为了让在审判中发现事实的预期成本超过在审判之前进行质询的成本，x 的值必须达到多大？

问题 10.15

质询促进了深思熟虑，从而提高了观点的质量。然而，质询降低了自发性，证人自发的回答有时候比深思熟虑的回答能够透露更多的信息（即所谓的“言多必失”）。因此，一个完整的关于质询的经济理论将对事实披露中的深思熟虑与脱口而出之间的权衡进行建模。说明一下你打算怎么对这一权衡进行建模。

10.4 和解协商

我们在分析完信息的交换之后，现在马上进入图 10.1 中的下一阶段。这一阶段探讨的是进行庭外和解的协商。和其他阶段不太一样，程序法并没有规定在何时进行解决纠纷的协商。不过，协商可以在法律程序中的任何时候进行。我们之所以将谈判这一阶段安排在图 10.1 中审判之前，是因为在昂贵的法律程序启动之前，为了避免这一成本，协商最为关键。然而，协商在审判已经开始之后有充分的理由应该继续，甚至在陪审团有备而来时亦是如此。

多数法律纠纷未曾借助审判就解决了。有估计称只有 5%—10%的民事纠纷最终需要进行审判方能解决。[①] 对于大多数纠纷的解决来说，协商比审判更加重要。然而，协商是在法律的影响之下进行的。换言之，关于审判的预期决定了协商的结果。

① 参见 Galanter *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. REV. 40, 44 (1983)。不过，一项更为仔细的数据分析，为我们指出了一幅更为复杂的画面。艾尔哈德·布兰肯伯格(Erhard Blankenberg)发现，在德国交通事故中和解与判决的比例是 10:1，但在索债纠纷中只有 2.7:1，在服务合同纠纷中是 2.4:1，而在租赁合同纠纷中是 1.7:1。参见 *Legal Insurance, Litigant Decisions, and the Rising Caseloads of Courts: A West German Study*, 16 LAW & SOC. REV. 619(1981—1982)。

10.4.1 复制审判的和解

在本节开始时，我们先来回忆第 4 章中所讨论的议价谈判理论(bargaining theory)。在谈判中，双方可以合作，或者一方可以在没有另一方合作的情况下自行决定其行动。合作的联合收益要超过不合作的情况下各自的收益之和。为了诱使一些人进行合作，一方必须得到不少于不合作时所能得到的收益，这被称之为“威胁价值”(threat value)。威胁价值之和等于博弈中的非合作价值。在博弈中，由合作所得到的联合收益与非合作价值之间的差异等于合作剩余。为了能够实现合作，双方必须同意分割该合作剩余。对剩余的平均分割是合理的，然而，追求自利的狭隘理性并不能保证双方都能通情达理，因此他们可能并不会同意，或者他们可能会达成一个不甚合理的协议。

现在，我们把这些概念应用到民事纠纷中的和解谈判里来(我们早在第 4 章的“作为议价谈判博弈的民事纠纷”就简要的讨论过)。在一场民事纠纷中，庭外和解的协议能够“复制”法院在审判中可能会作出的任何判决。我们用离婚案来做说明，假设法院在审判后决定双方应当出售房屋并平分财产，对孩子的监护权在丈夫和妻子之间应当以四成和六成的比例分配。若双方未经审判就同意了这些条款，法官就会接受这一协议并使之生效。因此，和解能够实现和审判相同的结果，并且双方都能够节省诉讼成本。审判成本的节省可以在双方之间分配，从而使得每一方的处境都得到改善。对任何审判而言，当双方都得到改善时，和解通常便会出现，因此再进行审判通常是无效率的。

有别于一般化情形的例外情况也时有发生。比如说，一方想获得审判的公开性，或者一方想要通过赢得上诉而创造先例。但现在不需要纠缠这些例外的情况。

庭外和解是一个合作解，而审判是一个非合作解。和解的联合收益与审判的个人收益之和间的差异等于合作剩余。一个合乎理性的和解方案应当平分合作剩余。可以用图 10.4a 来表达如何计算这些值。如图所示，原告预期以二分之一的概率赢得 100 美元，以二分之一的概率输掉官司。无论输赢，审判都要花费原告 20 美元。如果原告输了就不会上诉，根据图 10.4a，上诉的预期价值是负的。因此，审判对于原告而言的预期价值等于 30 美元。因为审判不要求另一方的合作，原告的预期审判价值等于他的威胁价值。

为将此例变成一个议价谈判问题，我们还得要描述被告的预期审判价值。假设被告是原告的“映像”：即和原告一样，预期在审判中以二分之一的概率输掉 100 美元，以二分之一的概率赢得官司。如果被告败诉的话，由于假设上诉的预期价值是负的，他也将不会上诉。那么，可以计算被告的预期审判价值：

$$0.5\times(-100)+0.5\times 0-20=-70(\text{美元})$$

因为审判不要求双方的任何合作，被告的预期审判价值等于他的威胁价值。

原告和被告双方的威胁价值之和等于博弈的非合作价值：

非合作价值＝30－70＝－40(美元)

如果双方庭外和解，原告将得到和解金额(记为 S)，被告将损失 S。此外，每一方将支付 1 美元的和解费用。因此，可以计算出博弈之合作价值：

合作价值＝S－1－S－1＝－2(美元)

最后，合作剩余等于博弈的非合作价值与合作价值之间的差额：

合作剩余＝－2－(－40)＝38(美元)

注意到合作剩余等于和解的联合成本(－2 美元)与诉讼的联合成本(－40 美元)之差。因此，和解所节省的交易成本产生了合作剩余。

现在，让我们来计算这一纠纷的合理的和解金额。一个合理的和解协议应当使得每一方得到其威胁价值的基础上得到平分剩余。原告的威胁价值等于 30 美元，剩余的一半是 19 美元。因此，一个合理的和解协议应当使得原告得到 49 美元。为了实现这一点，被告应该支付 50 美元给原告，然后原告必须支付 1 美元的和解费，从而使得原告的净收益等于 49 美元。

现在我们再来估算被告的情况。被告的威胁价值等于－70 美元，合作剩余的一半是 19 美元。因此，一个合理的和解协议应当使得被告的支出等于－70 美元加上 19 美元，就是－51 美元。为了实现这一点，被告应当支付 50 美元给原告，然后被告必须再支付 1 美元的和解费。

现在我们将合理的和解协议与预期判决联系起来。一个审判的预期判决价值等于实际的判决价值乘以其概率。在图 10.4a 中，审判的预期判决价值为 0.5×100＝50(美元)。合理的和解金额当为 50 美元。因此，在这个例子里，合理的和解协议与预期的判决结果是一致的。

回忆一下对社会成本的简单度量，即社会成本等于管理成本与犯错成本之和。当和解协议与预期判决结果相同时，和解所发生的交易成本要比审判发生的成本少得多。因此，管理成本和犯错成本也同样低得多，所以说，**与审判具有相同结果的和解通常降低了社会成本**。给定这一事实，法律应当鼓励与审判具有相同结果的和解。由此，法律能在降低社会成本的同时仍然实现与审判相同的结果。

这一重要的结论引出了这样一个问题："什么时候合理的和解金额等于预期的审判结果呢?"上面的例子得出这一结果是因为我们假设被告所面临的问题正好与原告相反。一般来说，**当原告与被告对审判具有相同的预期，且原告与被告为解决这一纠纷所承担的交易成本相同时，合理的和解金额才等于预期的审判结果。**我们将用一个例子来证明这一命题的正确性，这是分析和设计法律程序的基本方法。

10.4.2 无法达成和解

我们已经解释了相对乐观主义会导致审判的发生。现在运用议价谈判理论来进一步阐释这一观点。考虑一下，如果在上面的例子里，双方对审判的预期不同的

话，合理的解将会如何改变。为了简化问题，假设原告预期在审判中有八成胜算。因此，原告的主观威胁价值等于：

$$0.8\times100+0.2\times0-20=60(\text{美元})$$

被告的预期保持不变，因此其预期在审判中损失 70 美元。那么，我们可以计算出如下的合作剩余：

$$\begin{aligned}\text{合作剩余}&=\text{合作价值}-\text{非合作价值}\\&=S-1-S-1-(60-70)\\&=8(\text{美元})\end{aligned}$$

一个合理的和解协议使得原告得到他的威胁价值加上剩余的一半，即 60＋4＝64。为了让原告得到 64 美元的净收益，被告应当付出 65 美元，其中 1 美元将用来支付和解费（你能证明从被告的角度来说，65 美元也是一个合理的和解价格吗①）。

在这个例子里，原告预期以 80％的概率胜诉，而被告预期以 50％的概率输掉官司，因此原告具有相对乐观主义。在此请注意原告的相对乐观主义将合作剩余从 40 美元减少到了 8 美元。**如果相对乐观主义将合作剩余减少到了零以下，则和解不可能发生。**

为了说明这一点，假定原告预期有九成五的把握胜诉。那么，相应的，原告的主观威胁价值等于：

$$0.95\times100+0.05\times0-20=75(\text{美元})$$

被告的预期保持不变，因此他预期在审判中损失 70 美元。那么，我们计算出的合作剩余如下：

$$\begin{aligned}\text{合作剩余}&=\text{合作价值}-\text{非合作价值}\\&=S-1-S-1-(75-70)\\&=-7(\text{美元})\end{aligned}$$

由于合作产生了一个负的预期剩余，双方将会倾向于审判。由于每一方都预期他在审判中得到的要多于他从一个能被另一方所接受的和解中所能得到的，故而和解不可能发生（你能计算出原告角度的“合理协议价格”，并证明被告不能接受它吗②）。

这个例子表明，关于审判的相对乐观主义能够超过诉讼费用的节省。我们可以准确地叙述两者间的关系。相对乐观主义是由双方的预期审判价值的差异来衡量的，把它记做 ΔEJ，通过和解，双方节省了诉讼费与和解费之间的差异：$LC-$

① 被告的主观威胁价值等于－70 美元；一半剩余是 4 美元；因此被告的和解支付应当为 66 美元。为了做到这一点，被告应支付给原告 65 美元，并支付 1 美元的和解费。

② 一个合理的协议使得原告得到他的威胁价值加上一半剩余：75 美元－3.5 美元＝71.5 美元。因此，被告必须支付 72.5 美元，其中 1 美元被原告用来支付和解费并使得原告得到 71.5 美元的净收益。然而，被告预期在审判中损失 70 美元。被告将不会接受一个比审判结果更糟的和解协议。

SC。**当相对乐观主义超过诉讼费与和解费之间的差异时，和解的预期剩余就是负的，从而使得审判不可避免。**即：

$$\Delta EJ > LC - SC \Rightarrow \text{审判}$$

问题 10.16

假设诉讼将花费原告 100 美元和被告 100 美元。假设庭外和解是免费的，即 SC 为零。双方能够庭外和解的最大相对乐观主义值 ΔEJ 是多少？

10.4.3 妨害诉讼

我们已然证明了在满足以下两个条件时，合理的和解协议等于预期的审判结果，即(1)原告和被告对审判具有相同的预期；(2)原告和被告承担相同的交易成本。稍后又证明了相对乐观主义的不同预期将可能导致审判。现在，让我们来看看不同的诉讼成本将如何影响和解。

假设诉讼使一方付出的成本远远高于另一方。比如，假设一个审判对被告的干扰远远大于原告。干扰成本增加了被告在审判中所承担的费用。因此，被告的谈判地位相对较弱。给定这些情况，一个合理的和解协议会对原告有利。

可以用一个极端的例子来说明这一点。纽约市的开发商们有时为了避免耽误建设工期，在遇到诉讼时就进行和解。在这样的“妨害诉讼”中，原告提出诉讼的目的完全是为了拖延建设项目并获得和解。原告并不期望在审判中得到什么。原告的目的不是赢得官司，而是预期被告将会通过和解来“收买”他。被告“收买”原告的目的是为了避免审判中的建设延误所带来的巨额成本。

那么，哪些条件可能会引起妨害诉讼呢？运用议价谈判理论可以很容易地回答这一问题。首先，我们描述一个妨害诉讼失败的例子，然后再改变一下数字来说明妨害诉讼的成功。假设诉讼将会花去原告和被告各 1 000 美元，并且审判将会导致被告的胜诉，即 EJ 为零。原告的威胁价值是－1 000 美元。很容易可以看出一个合理的和解协议要求被告支付原告 0 美元。[①] 如果原告提起诉讼并要求和解，被告会认定原告在诈骗，并拒绝和解。

现在，改变一下数字。假设审判将会用去原告 1 000 美元，用去被告 5 000 美元，并且原告预期将在审判中赢得零美元。被告在审判上要花大笔的费用，可能是因为他是纽约市的开发商。这 5 000 美元的审判成本包括了建设工程耽搁至审判结束时他所承担的间接费用。在这些新的数字下，一个理性的被告将会付钱给原

① 合作剩余(这里指双方因不经审判而节省下来的总额)是 2 000 美元。在和解中，原告应当得到他的威胁价值加上剩余的一半，或者说－1 000 美元加上 2 000 美元的一半，等于零美元。

告以对解该妨害诉讼(你能证明合理的和解价格等于2 000美元吗①)。

上述关于妨害诉讼的叙述,遗漏了下面这个潜在的重要事实,一方可能先于另一方付出很多开销。我们通过修正前例来说明这一点,假定大多数原告的1 000美元花费包括在审判前收集证据的支出,而大多数被告的5 000美元花费则包括审判过程所耗去的时间。实际上,原告首先必须支付1 000美元,在此之后原告才有权力让被告花费5 000美元,自己则不需再有开销。在为该案花费任何金钱之前,原告问被告要2 000美元以求和解。被告到底应该接受还是拒绝呢?这个答案取决于被告是否认为原告准备为该案支付这1 000美元。也许被告认为原告不会首先支付1 000美元,则被告就会拒绝这一不可置信的威胁。又或者,被告认为原告会首先支付1 000美元,则被告应该在付出更多金钱之前接受和解开价。

问题 10.17

将图10.2中的数字做一个小小的调整。假设诉讼花费原告20美元,并且原告预期在审判中以5%的概率赢得40美元(不是100美元)。定义妨害诉讼为一个预期审判价值非正的诉讼,即$EVT \leqslant 0$。证明这是一个妨害诉讼。

问题 10.18

前一个问题中假设原告预期在审判中以5%的概率赢得40美元,并且审判花费原告20美元。假设诉讼花费被告60美元,而非20美元。证明对于被告来说的合理和解价格是支付给原告40美元。

问题 10.19

使用前例中的数字,但是假设总的诉讼费用80美元(即被告60美元,原告20美元)由败诉方支付(即输者全付的欧式规则)。证明对于被告而言的合理的和解价格是支付给原告20美元。

问题 10.20

使用本节的分析解释一下,为什么"勒索式和解"(blackmail settlements)可能

① 原告的威胁价值等于−1 000美元。不进行审判的合作剩余现在等于6 000美元(原告所节省的1 000美元加上被告所节省的5 000美元)。被告支付给原告的金额应当等于原告的威胁价值加上剩余的一半,或者说是−1 000美元加上6 000美元的一半,等于2 000美元。

会在某些集体行为诉讼(class action lawsuits)中发生(参看前面的关于“集体诉讼”的材料)?

10.4.4 过滤原告

我们已经说明了相对乐观主义会带来浪费钱财的审判。然而,有时候在并不乐观的当事人之间也会发生浪费钱财的审判。这种审判的发生,是由讨价还价策略的性质决定的。我们来用一个例子说明这一点,这个例子是根据美国的一些真实案例建立模型的,在这个模型里,被告使用和解开价来过滤原告。

假设被告有缺陷的产品对人们产生了伤害,后者起诉要求赔偿。如果该纠纷进行审判,原告将得到等于真实伤害成本的赔偿金。然而,被告在审判前并不能确定原告的真实伤害程度。因此,被告不能够为每一个原告开出正好等于其个人伤害的和解价格。相反,被告试图为每一个原告开出同样的和解价格。受了轻微伤害的原告将会接受该价格,而受了严重伤害的原告则会拒绝。

为了进行具体分析,我们假定被告向每一个原告提出赔偿 10 000 美元以庭外和解。如果一位原告拒绝该条件坚持进行审判,诉讼将花费 1 000 美元,并且法院将会判决等于其真实伤害程度的赔偿金。因此,如果真实伤害程度不超过 11 000 美元的话,每一个原告都会接受 10 000 美元的和解协议。因此,被告提出支付给那些受轻微伤害的原告的钱要多于他们在和解中打算要求的。相反,如果真实伤害程度超过 11 000 美元的话,每一个原告都会拒绝该条件。因为,被告提出支付给那些受严重伤害的原告的钱要少于他们在和解中打算要求的。

在这个例子中,10 000 美元的和解开价根据原告的受伤害程度是否超出 11 000美元,对原告进行了过滤。把开价提高到 10 100 美元将根据原告的受伤害程度是否超过 11 100 美元对他们进行过滤。相反,把开价降低到 9 900 美元将根据原告的受伤害程度是否超过 10 900 美元对他们进行过滤。

为了最小化被告的法律赔偿总成本,他的开价应当是多少?他的开价越高,则他在和解中支付的就越多,但在审判和诉讼费中支付的就越少。他的开价越低,则他在和解中支付的就越少,但在审判和诉讼费中支付的就越多。他通过平衡这些考虑来最小化自己的赔偿成本。

为了说明这一点,假设当被告开价 10 000 美元时有 50 位原告接受和解,而当他开价 10 100 美元时有 55 位原告接受和解。提高开价使得被告需要支付给原来的 50 位原告每人额外的 100 美元,总计增加了 5 000 美元的成本。通过提高开价,他和额外的 5 个原告达成了和解,诉讼就减少了 5 个,每个人节省 1 000 美元的诉讼费用,总计 5 000 美元。还有,通过和额外的 5 个原告达成协议,被告支付他们每人 10 100 美元并避免了付给他们法庭将会判决的金额。如果要支付法庭将会判决的金额的话,每个人将会超过 11 000 美元但少于 11 100 美元,平均值大约是

11 050 美元。[①] 总的说来，开价提高 100 美元导致被告的成本变化如下：

$$100\times50-1\,000\times5+10\,100\times5-11\,050\times5=-4\,750(\text{美元})$$

边际内和解成本　管理成本　边际和解成本　边际判决金额

这样一来，被告应当提高他的开价。并且，被告应当一直提高开价，直到他的成本停止下降。

有时候被告能够通过随机开价来节省成本。例如，假设被告对 80%提出诉讼的人开价 10 000 美元，对 20%的人开价 0 美元。随机化能够通过阻碍妨害诉讼来降低成本。为了说明这一点，我们考虑一下没有收到开价的 20%的原告的行为，他们将会要求审判或者撤诉。此时，在这 20%之中的任何妨害诉讼都将撤诉，因为在一个妨害诉讼中原告的预期审判价值是负的。事实上，一个妨害诉讼等于是一种诈骗，在此实际上假设被告认为 20%的案件属于诈骗。当博弈的参与人偶尔行诈时，他们的对手通常能够通过将一定比例(既非 100%亦非 0)的行为认定是诈骗而有所得益。

进一步扩展这个例子可以表明随机认定诈骗的价值。如前一样，假设被告对一定百分比(p)的原告开出 10 000 美元的和解价格，并且被告拒绝与($1-p$)的原告和解。还假设潜在的原告必须支付 3 000 美元以提起诉讼。根据定义，妨害诉讼的目的只是为了获得和解，因此假设诉讼对原告的预期价值等于 0 美元。因此，提起妨害诉讼的人将花费 3 000 美元以得到 $10\,000p+0(1-p)$的预期价值。当如下条件得到满足时，一个最大化预期价值的理性原告将会提出妨害诉讼：

$$10\,000p+0(1-p)>3\,000$$

$$p>0.3$$

这样一来，被告通过随机的与不超过 30%的原告达成和解就能够消除所有的妨害诉讼。在现实中，和上述的例子相反，随机选择消除了一部分，但不是全部的妨害诉讼。这一结果与以下事实类似：扑克牌玩家可以通过更多次叫牌和更少次弃牌，而减少其他方的欺诈。

当信息更多时，原告能够发展出一个更好的策略。如果被告有足够的信息分辨出那些比其他原告更有可能提出妨害诉讼的原告，那么被告就可能会以较低的概率向他们提出和解，而以较高的概率向其他原告提出和解。

问题 10.21

一个成功的侵权诉讼使得一家美国生产商倒闭，该厂商生产植入妇女体内以

① 这 5 个原告拒绝了 10 000 美元的开价，但接受了 10 100 美元的开价以庭外和解。审判金额必须超过 11 000 美元，否则这些原告将会接受 10 000 美元的开价。判决金额必须少于 11 100 美元，否则这些原告将会拒绝 10 100 美元的开价。

预防怀孕的商业产品。法院使用该厂商的资产成立了一家基金，向那些提出证据表明她们受到该商品伤害的妇女提供赔偿。向该基金提出申请的妇女能得到一个和解开价，她们可以接受，或者起诉该基金以获得更大的金额。假设基金雇用了一位经济学家以最小化它的成本。用语言说明该经济学家应当如何决定该向受害者提出多少金额以庭外和解。

10.5 审判

在分析了庭外和解的谈判之后，现在继续转向图 10.1 中的下一阶段来分析审判。不同的国家皆以不同的方式组织审判。例如，在普通法国家中，法官的角色是中立的裁判（“对抗性程序”），而在欧洲国家中法官积极地引导着案件（“法官盘问程序”）；欧洲国家还有专门的法院（民事、行政、劳动、社会、宪法），而普通法国家更多的依赖于普通权限法院；美国的民事审判通常包括陪审团，而大多数其他国家的民事审判中则没有；美国的律师替他们的证人做准备，而一些国家则限制证人和律师在审判前的接触；并且欧洲国家有时候允许出示一些美国法院不接受的证据。①

这些只是不同国家的审判中诸多差异的一部分。大多数审判中的差异还没有利用经济学模型来加以分析过。因此，我们只能够勾勒出一部分差异的轮廓，然后考虑建立一些正式的模型。

在我们开始分析审判之前，先来考虑一些审判的替代方式。审判无论在哪里都是很昂贵的。诉讼的成本一向臭名昭著，这已经产生了难以计数的讽刺律师的笑话，在网络上比比皆是（问：为什么鲨鱼不攻击律师？答：出于职业上的礼貌。在本书作者的网站可以找到很多类似的笑话）。诉讼成本主要来自三类：

（1）各种费用——在很多国家里，律师们都要收取高昂的费用，部分原因是由于律师公会所导致的垄断性权力以及其接触法律事务的特权。在腐败导致贿赂公行的地方，法律程序中的部分例行之事也要贿赂才能行，这样，法律费用就进一步抬高了。

（2）各类延期——中国的法院在一年以内处理大多数案件，在洛杉矶案件上诉到高等法院要花 3 年，而在印度则需花掉 10 年（除了审判之外，还有很多政府提供的服务让人排起了长队，这些服务包括以免费或低于成本价提供的道路、交通许可或移民申请文件）。

① 在美国“传闻证据规则”（hearsay rule）是很基本的，而在欧洲则有所削弱。美国法院一般会排除“传闻证据”，所谓传闻证据是指那些他人所见转述给证人听的。一个原因是陪审团可能无法判断其有效性。这一原因可以引用来解释为什么欧洲民事法院——该法院不使用陪审团——削弱了传闻证据规则。另外一个排除传闻证据规则的原因，这个原因也同样适用于摆在陪审团或法官面前的审判，是这一规则给了证人走上法庭并予证实的一个理由，而不是让法官和陪审团们无法获取任何确实的证据。

（3）不确定性——法律缺乏清晰性也给陷入法律纠纷的人们带来了各项不可预测的成本。如果考虑到这些成本，陷入一场法律纠纷本身就是一种惩罚。

为了避开这一惩罚，很多律师以使人们从法律纠纷中脱身为业。这样一来，很多商业性的律师自豪于能够写出严谨的合同，这样的合同会预期到所有的偶发事件，并为当事人提供了细致而清晰的服务，如此，几乎无人能够捉住这类合同的毛病来加以起诉。遗憾的是，就是最好的合同有时也会导致诉讼的发生。预期到这一可能性的比率，促使很多商人去寻找审判的替代方法，在合同中具体界定清楚未来的争议如何解决。这些特别的程序极具特点地绕开了公共法院，而代之以一些富有弹性的替代方法。这些替代程序有一个名字叫“可选择的争端解决方法”，或称 ADR，这包括各种不同类型的中介和仲裁者。比如说，在某个遵守特定仲裁协会规则的城市，会通过仲裁来解决任一争端。举个例子，在巴黎的国际商业理事会为众多的国际企业派出仲裁人员，解决商业纠纷。相比于审判，仲裁程序更少形式化的手续，相对程式化的权利更弱，而对上诉的限制要求也更为严格。这些因素使得仲裁更为简单，而且比审判来得更快。仲裁一般比公开审判更能保持秘密，这也是企业所特别偏爱的。

Visa 信用卡公司提供了另外一个有趣的例子。Visa 公司提供了一个服务网，这个服务网将向用户发行信用卡的银行和对愿意接受 Visa 卡为支付货款方式的商人进行注册登记的银行联络起来。用户有时拒付有争议的账单（“货物从未交付”）。当发生这样的事情时，对该用户发行信用卡的银行将设法使给出售该项争议货物的商人进行注册登记的银行来承担这笔费用。这种行为自然可能在两家银行之间引起有关这笔费用责任问题的法律纠纷。这类纠纷属于 Visa 仲裁委员会处理范围之列。此案“原告”需支付一笔起诉费，且当事双方要呈交书面的事实陈述。仲裁委员会就在这些材料的基础上做出裁决，而不用和纠纷的双方见面。仲裁委员会宣布裁决后，败诉方支付裁决费及仲裁费。这里不需要律师，没有繁杂的法律程序，避免了纠纷双方面对面的冲突。

公共法院遵循的繁琐程序本意在于查清真相，保护当事人的权利。Visa 的成员本可以采纳这些程序来解决他们的纠纷，但实际上他们没有选择这样做。Visa 成员自愿放弃了许多程序上的权利这一事实意味着：对 Visa 成员来说，采用这些程序，其成本超过了收益。

当合同双方都是企业时，就像 Visa 系统中的诸银行一样，合同条款吁求对争端进行仲裁，相对而言是没什么问题的。然而，更多的问题出现在这样的时候，一方是企业，而另一方是消费者。在美国保健合同有时候会这样约定，患者和医生之间的纠纷将由强制规定的仲裁机构来解决。这一举动显然意在减少医疗事故保险的成本。同样，很多货物配送合同规定，纠纷须根据美国仲裁协会的规则，由强制性规定的仲裁来解决，且应在卖者所在的城市进行仲裁。这是卖者为了避免自己在遥远的地方进行辩护的昂贵成本而做的一种尝试。可是，一直到纠纷出现，签下这些合同的消费者也常常意识不到仲裁条款或者不清楚这一

条款的重要意义。如果是相对无知的消费者，企业就能经常选定那些支持自己而不维护消费者的仲裁程序和仲裁组织，因为毕竟企业是仲裁机构的常客，而消费者只是一锤子买卖。

网页便笺 10.4

在本书的网站上，可以看到对中介和仲裁的新出文献所进行的一次总结。

10.5.1 独立与结盟

现在我们开始来分析审判。首先，让我们对积极引导案件以试图找出真相的法官与裁判纠纷的法官两种角色进行比较，目标是决定法官的最优积极性。法官角色的差异和律师角色的差异是平行的。当法官积极地引导案件时，律师必须对法官做出回应，这缩小了律师引导他们自己的观点的空间。相反，当法官只是对纠纷做裁判时，律师有更大的空间引导他们自己的观点。因此，对抗性和盘根问底两种制度体制之间的区别部分的在于法官和律师之间如何更多地调动那一方的积极性。

我们将从法官和律师所面对的激励的视角来评估他们的角色。像其他职业人士一样，律师通过出售他们的服务来追求自己的私利。在社会科学最著名的一个比喻里，亚当·斯密指出，在竞争性的市场中，“看不见的手”引导着追求自己私利的个人会服务于社会公共利益。根据斯密的说法，竞争性的市场将私人和公共利益完美地结合在了一起。律师市场也完全是按照这样的方式来运行的。在法律环境中，职业规范、道德和个人利益引导着律师们追求他们客户的最大利益。通过追求客户的最大利益，律师帮助法院得出理想的纠纷结果，这就是我们所称的“完美信息判决”。

正如我们已经解释过的那样，律师的激励结构使得个人利益和公共利益完美地结合到了一起。然而，法官的激励结构和律师的又非常不同。立法人之间的讨价还价产生了法律，市民之间的讨价还价产生了合同。为了实现合作，参与谈判的当事人需要一个独立的人来解释他们的协议。为了实现独立性，解释者的财富和权力必须不受解释的影响。国家能够通过创造一个独立的司法体系来提供一个法律和合同的独立解释者。在这里，不是通过将公共和私人利益结合起来，而是通过独立性使得法官的决定和他们自己的财富或权力连接起来。

不同的国家通过不同的方法来确保法官的独立性。在欧洲，法官是一个等级制的官僚体系中的公务员。欧洲法官的升迁前景取决于他们的上级对他们工作绩效的评估，这些上级是高级法官和其他的高级公务员。因此，欧洲司法体系的独立性取决于司法官僚体系与社会中的私人纠纷的隔离。相反，美国的联邦法院和各

州的高等法院中的法官是政府任命的，不是公务员。[①] 在美国，升迁到更高一级的法院是极难预期的。但是一旦被任命到高级的法院，美国法官就能享有长期而稳定的任期（联邦法官是终身制的），并且还禁止政客评论任期中的法官。因此，美国法官的独立性之基础，是在他们被任命之后，政客和行政官员都对他们没有持续的影响力。[②]

由于有一位独立法官所决定的案件结果与他的财富和权力无关，对于法官来说，做他们认为是对的事情不比做他们认为是错的事情成本更高。因此，独立法官能够仅凭其内心的正义与邪恶来引导。此外，独立法官在一个案件中投入更多的精力，得不到任何物质上的好处。因此，可以预期法官只要守住他们的独立性即可使他们的生活舒服惬意。

作为一个即兴的小结，我们要说法官有动机做正确和轻松的事情，而律师有动机做有利润但困难的事情。这一预期给出了应当如何去分析法官的最优激励问题。将引导案件的责任从律师转移到法官确实可以提高独立性，但降低了工作激励。在盘问制中，法官的较高积极性带来了他们实施和解释法律的更高的独立性；而在对抗制中，律师的较大活动空间带来了他们寻找事实和论据的更大活力。下面的专题用统计学的语言重新阐述了这一观点。

对陪审团的分析和对法官的分析如出一辙。和对待法官一样，法律体系试图让陪审员尽量独立，以便做他们认为是对的事。和法官不一样的是，陪审员被要求来服务，而且他们的补偿是名义上的。根据来自美国国家州法院中心的数据，各州陪审团的补偿从新墨西哥州的每天 42.20 美元到若干个州的 0 美元之间不等（本书作者之一的罗伯特·考特就曾被邀到阿拉米达[③]高等法院履行陪审职责，法院传票所推荐停车的官方车位，每日所付车位费竟然比给陪审员的每日津贴还要高！）。考虑到多数强制性的劳动，美国的体制极端浪费陪审员的时间。其他法律体系在不同的法律制度架构下也使用陪审员或其他类似的形式。举个例子，在德国慕尼黑的青少年法庭，就包括未受过任何法律训练，以适中的工资标准服务若干年，即可取得与专业法官一起工作的陪审员资格来判定案件的“外行法官”（lay judges）。陪审员和外行法官都倾向于给社会规范更高的权重，在判决中相对轻视正式的法律，这是因为他们在社会规范方面更为精通。我们在本章后面的法律演化一节里将会讨论社会规范的作用。此外，人数众多的陪审团可以为防止腐败提

① 不同的州选择高等法院法官有不同的规则。例如，在加州，州长任命加州最高法院的法官，不过，在获得任命之后，一个法官必须在普选中获得加州人的多数票确认方可就任。在伊利诺伊州，中等上诉法院和最高法院的法官是从由州立法机关规定的选区中选出来的。在美国的地方法院中，大多数法官是从有限制条款的事务所中选出来的。

② 关于法官的法令和惯例，欧洲和美国有一个有趣的对比，参见 J. MARK RAMSEYER & ERIC B. RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE: THE POLITICAL ECONOMY OF JUDGING IN JAPAN (2003)。

③ 阿拉米达：美国加利福尼亚中部偏西城市，位于奥克兰附近圣弗朗西斯科湾的一座岛上。该城是美国海军飞行基地。人口 76 459 人。——译者注

供一些保护，毕竟贿赂和威胁在人数少的时候更可能凑效，而人数众多分散时就不那么管用。

应用到法律审判上来的信息经济学

我们用 x 表示一个与某个法律纠纷有关的变量。用 x^* 表示变量 x 的真实值。法院寻找真相，但是法院以误差 ε 观察到 x^*，这是一个随机变量。因此，法院观察到 $x^*+\varepsilon$。法院观察值的预期值记做 $E(x)=x^*+E(\varepsilon)$，其中 $E(\varepsilon)$ 等于平均或均值误差。如果平均误差是零，即 $E(\varepsilon)=0$，则法院的预期观察值是准确的，即 $E(x)=x^*$。如果预期误差不是零，比如说 $E(\varepsilon)=10$，则法院的预期观察值是**有偏的**。如果 ε 的方差很大，则法院的观察值是**不稳定的**。

律师的自利导致他们对信息进行勤勉的、有偏的搜寻，而法官的独立性则导致他们进行松懈的、无偏的搜寻。因此，律师倾向于对 x 进行方差有偏的观察，而独立的法官则倾向于对 x 进行无偏的不稳定的观察。

问题 10.22

从分配给一个审判的时间多少这一角度，比较对法官和律师的激励。

问题 10.23

贿赂或胁迫法院一直是审判中的隐忧之一。使用陪审团的原因之一常常是因为腐化整个陪审团比腐化一个法官要更加困难。为什么这可能是对的呢？

10.5.2 败诉者应支付全部费用吗

在英国，通过审判解决的纠纷要比美国少。而且，在英国败诉方必须承担胜诉方的诉讼费用，而在美国各当事人一般承担各自的诉讼费用。有人认为，英国的“输者埋单”的规定——这也是很多欧洲国家的规定——所引起的审判比美国的“各人自理”的规定引起的审判要少。然而，英国和美国审判惯例中的其他重要区别也能够对两个国家诉讼率的差异做出解释。[①] 为了评估“输者埋单”是否比“各

① 举个例子，英国律师业分为初级律师和高级律师，偶发性费用在英国是不允许的，并且在英国的民事审判没有陪审团（除了名誉权案件之外）。那些差异中的头两种就不见了。

人自理”引起更少的诉讼，我们对这两种规则的激励效应做一个比较。①

大多数民事纠纷包含两个问题：责任和赔偿。预期的判决等于承担责任的概率乘以赔偿金额。例如，在一个医疗失误的案件中，原告可能预期以90%的概率输掉官司，并以10%的概率赢得1 000万美元，则预期的判决是100万美元。在这个例子里，“各人自理”规则导致原告在所有的案件中都支付他自己的法律费用。相反，“输者埋单”的规则则导致原告以10%的概率不支付任何法律费用，而以90%的概率支付双方的法律费用。在原告获胜概率较低的诉讼案中，相对于“各人自理”规则来说，“输者埋单”的规则增加了原告的预期成本。一般而言，**在法院判定被告承担责任的概率较低时，“输者埋单”的规则将会减少诉讼**（这一规则减少的诉讼，也包括妨害诉讼以及那些原告对合理的伤害原因并没有确定证据的诉讼）。

现在我们来考虑被告承担责任的概率接近一半的案件。前面已经解释过审判最简单的原因是当事人的相对乐观主义。例如，如果原告相信法院宣判被告承担责任的概率为60%，而被告相信法院宣判自己承担责任的概率为40%时，庭外和解是很难达成的。从这个例子里，可以很容易看出“输者埋单”规则扩大了相对乐观主义问题。在“各人自理”规则中，在这个例子里的每一方都预期在审判中以100%的概率承担他自己的诉讼费用。相反，在一个“输者埋单”规则中，每一方都预期在审判中以60%的概率避免承担任何诉讼费用。**当法院判定被告承担责任的概率并不是很低时，由于错误的乐观主义，“输者埋单”规则通常会增加审判的数量。**

我们已经就责任讨论了诉讼问题。在有些纠纷中，被告承认了自己的错误，双方就赔偿金额产生了争议。在这些案件里，双方都同意原告将在审判中赢得一些东西，但他们不能就原告到底应赢得多少达成一致意见。当在这些案件中应用“输者埋单”规则时，原告并不因为被告承认错误就自动“胜出”了。相反，“胜者”的定义取决于原告能赢得多少。为了说明这一点，考虑这样一个例子：假设琼·泼忒托斯在于其丈夫乔的离婚案中对价值1 000美元的汽车要求有600美元作为她应得的份额。许多美国法院承认一种叫“妥协要价”（offers to compromise）的制度，而这种制度实际上是在此类案件中采纳了“输者埋单”的规则。② 在这种制度下，琼提议在600美元上达成和解的事实将被记录在案。如果乔拒绝了提议，并且审判

① 关于这些费用配置规则，有一种和我们不一样的观点，可以参看 John J. Donohue Ⅲ, *Opting for the British Rule, or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?*, 104 HARV. L. REV. 1093(1991)。Donohue教授认为，律师费补偿规则是一个缺省规则，和当事人就和解的部分进行议价是非常不同的。因此，他还认为，这一规则不可能对效率影响很大，这一缺省规则是美式还是英式并无关紧要。当事各方会通过讨价还价，就任何可能的费用分担达成满意的结果。

② 每个州都有它自己的规则。在美国的联邦法院中，第68条规则描述了“妥协要价”的一种形式，虽然相对于我们这里描述的“对称”形式而言，它是“不对称”的。一般来说，美国形式的“输者埋单”并不转移所有的诉讼费用。

发生了，胜者是由法院判给琼的金额是多于还是少于 600 美元来决定的。如果法院判给琼的金额多于 600 美元，则乔将承担大部分琼的法律费用；而如果法院判给琼的金额少于 600 美元，则琼将承担大部分乔的法律费用。**在被告承认错误责任而对赔偿金额有争议的纠纷中，“胜者”可以由和解的最后要价和法庭判决之间的差异而得到明确的规定。**

我们注意到，这一制度的效果是要惩罚强硬的讨价还价。在“输者埋单”规则下，更多的要求会提高其支付对方的诉讼成本的概率。为了说明这一点，我们来看为什么会是这样：假定琼把她的要求从 600 美元提高到 601 美元。结果，他在和解中获得了额外的 1 美元，但她也提高了支付乔在审判中的全部诉讼成本。**在被告承认错误但对赔偿金额争议的纠纷中，“输者埋单”规则将通过惩罚强硬的讨价还价来减少审判。**①

问题 10.24

假设原告要求 1 000 美元来和解，被告拒绝了该建议，且陪审团在审判中判决了 900 美元。在“输者埋单”规则中，谁“赢”了？

问题 10.25

假设原告要求 1 000 美元来和解，被告提议 600 美元，且陪审团在审判中判决了 900 美元。为了应用“输者埋单”规则，将“赢者”和“输者”的定义扩展到这一案件中来。

问题 10.26

我们记得，根据定义，由于原告的预期判决价值为零，妨害诉讼没有任何的法律意义。在“各人自理”还是在“输者埋单”的规则下，会出现更多的妨害诉讼？

问题 10.27

诉讼各方可以争论责任的事实和程度。关于被告是否有责任上的争议经常不为妥协留下余地，而对赔偿金额上的争议还有妥协空间。解释一下为什么“输者埋单”规则可以导致各方解决大多数在责任的程度上的争议，而无法解决责任事实的

① 注意到在被告承认错误但争论赔偿金额的纠纷中，“输者埋单”的规则由于错误的乐观主义而鼓励了审判。

争议。

问题 10.27A

假设法律纠纷的当事双方对于败诉是风险厌恶的。风险厌恶的当事人是在“各人自理”还是在“输者埋单”规则下会更加倾向于庭外和解?

问题 10.28

假设“输者埋单”比“各人自理”更有效率。在一个遵循“各人自理”规则的司法体系里,科斯定理指出双方当事人将签署一项合同要求输者补偿赢者,从而通过私人协议采纳更有效率的规则。给出一些经济上的解释为什么这并没有在实际生活中发生。

10.5.3 单一审判对分段审判

一个审判通常牵涉多个问题,比如被告是否要承担责任,以及如果承担责任的话,赔偿的程度。这些问题能够合并在一次单一审判中,或者分开来单独进行审判。例如,在美国大多数的侵权诉讼中,责任与赔偿都是在同一次审判中决定的,但有时候就责任与赔偿分开进行审判。此外,欧洲的审判经常是分成小段,在一系列的审判中决定各个分开的问题。

这些事实引发了至少两个有趣的问题:是在单一审判还是分段审判中,解决纠纷的交易成本更低?分段审判是对原告有利还是对被告有利?经济学家们已经开始研究这些问题。例如,通过使用“范围经济”概念来进行研究。“范围经济”指的是将两种不完全相同的活动结合在一起能够降低成本。有时候责任赔偿问题是捆在一起的。例如,在没有对损害程度做出度量的情况下,汉德规则下的疏忽是无法认定的。当这些问题是捆在一起时,同时决定它们比分开决定要更省力。因此,范围经济偏向于单一审判。

然而,有时候一系列审判中的早期审判就能够处理案件。例如,在第一个审判中的“免责”判决便排除了关于赔偿的第二个审判。序列判决能够通过排除之后的审判来节省成本。因此,最小化解决纠纷的交易成本要求平衡范围经济和早期解决。较大的范围经济偏向于单一审判。而经常性的需要排除出来进行处理则偏向于分段性审判。①

在美国,法官有权决定审判是单一的还是分段的。在这些程序之间进行选择时,法官很可能会在考虑其他事实的情况下,比较范围经济和早期解决的可能性。

① 参见 *Sequential Versus Unitary Trials: An Economic Analysis*, 22 J. LEGAL STUD 99(1993)。

被告经常会要求法官进行分段审判，而原告经常寻求单一审判，部分是由于有关责任和赔偿的事实经常相互支持。例如，关于损害的图表解释能够在陪审团中产生对被告的厌恶，并使之偏向于判决一大笔赔偿金额，即便严格说来，正式的法律规定了这两种判决之间的独立性，陪审团也可能这样做。为了说明法律上的独立性，请注意一项专利是否被侵权与侵权所造成的损失是两个独立的问题。

除了这些关于陪审团的心理方面的事实之外，还有一个理性的原因解释为什么被告可能更喜欢分段审判。相对于单一审判而言，分段审判更有利于过滤原告并迫使他们摊牌，就像我们在一个假想的例子中所表现的那样。假设受到伤害的消费者声称某个公司应当承担责任。根据原告在审判中所得到的结果，可以将他们分成两类：第一类（“没有受到伤害的原告”）将会败诉，而第二类（“受到伤害的原告”）将会胜诉并得到实质性的赔偿。当他们开始法律程序时，他们知道自己的类型，但被告并不知道。当被告提出和解协议时，他并不能区分这两类原告。

在这些情形中，对于被告来说，分段审判比单一审判的优势要大得多。首先，假设进行的是单一审判，并考虑被告在庭外和解方面的努力。在审判之前，被告能够提出一项和解协议。除非受到伤害的原告会接受和解协议，否则它就没有任何意义。如果被告对每个人提出同样的和解协议，并能够让受到伤害的原告接受，那么没有受到伤害的原告也将会接受。因此，被告能够提出的惟一成功的和解协议是每个原告都会接受的。在单一审判下，被告可能会与每个人都达成协议。

现在来转而考虑分段审判的情况。如果被告拒绝在第一个审判前提出和解协议，所有的没有受到伤害的原告将会撤回他们的要求，而不是在审判中败诉。相反，受到伤害的原告将会继续进行审判。因此，第一个审判区分了受到伤害的原告和没有受到伤害的原告，在第一个审判中判定责任之后，被告就能够只向受到伤害的原告提议和解。因此，将审判分段使得被告能够将原告根据伤害进行分类，从而提出和解协议。[①] **一般而言，分段审判使得被告能够解决信息不对称问题，并根据原告的诉讼实力将他们区分为不同类型。**

问题 10.29

在上面的例子中，我们从被告的成本角度比较了单一和分段的审判。请从社会成本，即管理成本与犯错成本之和的角度来分析该例子。

① 从技术的角度来说，“分叉均衡是分离的”（受到伤害和没有受到伤害的原告得到不同的支付），而“单一均衡是混同的”（受到伤害和没有受到伤害的原告得到相同的支付）。注意到这个例子中，如果受到伤害的原告进行诉讼的费用低于受到伤害的原告达成的和解的费用的话，相当于单一审判来说，分段审判为被告节省了钱。

网页便笺 10.5

行为法律经济学文献曾检验过名为“后见之明”(hindsight bias)的现象，这可能对由审判达成合意的社会结果之能力有着深刻的影响。在我们的网站上，你可以看到对这一文献的概括，以及就单一和分段审判的讨论而言，“后见之明”现象如何影响这场讨论的建议。

10.5.4 共同侵权人：共同与多方责任

在第 9 章中，我们解释了美国的意外事故法牵涉“追偿共同和多方责任”的共同侵权人。因为责任是“共同和多方”的，原告能够按照他的愿望共同或分开起诉侵权人。因为法律允许“追偿”(contribution)，赔偿被限制在损害价值的 100%之内。如果追偿被允许，是多方责任还是共同责任将会导致更多的审判？

法律理论家经常假设多方责任比共同责任导致较少的审判和更多的和解。他们的推论是，为了避免在审判中承担个人责任，多方责任将导致被告提议和解。为了说明这一点，假设 A 和 B 共同对 C 造成了价值为 100 单位的损害。在追偿共同和多方责任的情况下，C 能够要求 A 付出价值 50 单位以达成和解，或者 C 将和 B 达成价值为 30 的和解，并向 A 起诉要求价值为 70 单位的赔偿。C 也能够对 B 提出同样的要求。由于害怕承担不成比例的个人责任，这使得被告之间无法合作，并导致他们同意和解。相反，在共同责任下进行的和解要求所有的被告同意和解的条款。获得所有人的同意可能是困难的，从而导致更多的审判。

然而，这一推理是有缺陷的。对该问题的重新考虑指出，如果被告不能够合作，有追偿的多方责任可能实际上会阻碍和解。[①] 为了说明这一点，假设 A 和 B 共同行为，但是关于责任问题的关键性事实仍然不清楚，由于不确定性，C 能够以 50%的概率在对 A、或 B、或 A 和 B 的审判中赢得价值 100 单元。在共同责任下，C 能够起诉 A 和 B 要求赔偿 100 单位，预期赢得 0.5×100 单位的赔偿。在多方责任下，C 能够起诉 A 要求赔偿 100 单位，预期收益是 0.5×100 单位。多方责任使得 C 有两次机会在审判中赢得 100 单位。因此，C 的预期诉讼价值等于：

$$0.5\times100+0.5\times(0.5\times100)=75$$

在这个例子中，从共同责任转向多方责任将导致 C 的预期诉讼价值从 50 单位增加到 75 单位这一结果。C 将在庭外和解中要求更多，这将使得和解更困难而审判更可能。实际上，有追偿的多方责任给予了原告一项关于审判风险的保险政策。保险来自于这样一个事实，即他能够尝试着在多次，而不仅仅是一次审判中获胜。

① Lewis A. Kornhauser & Richard L. Revesz, *Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors*, 98 YALE L. J. 831(1989).

由于对审判的损失保了险，原告对于和解就不那么迫切了。

在考虑了C的预期价值之后，现在考虑A的预期损失。A预期在审判中以50%的概率败诉，并支付100单位。如果A在审判中输给了C，则A预期以50%的概率在对B的诉讼中追偿回一半。因此A预期诉讼将花费：

$$-0.5\times(100-0.5\times50)=37.5$$

B的情况与A一样，因此B也预期诉讼将花费37.5单位。

如果C要求A付出75单位以和解，则A将拒绝。相似地，如果C要求B付出75单位以和解，则B也将拒绝。如前所述，多方责任使得被告之间的合作变得困难。

我们已经解释了为什么旧的观念认为有追偿的多方责任会导致更多的和解和更少的审判。我们也解释了为什么新的信念认为有追偿的多方责任比共同责任会导致更多的审判和更少的和解。哪一种效应更强仍然是一个无法回答的经验问题。

问题 10.30

上面的讨论，从审判数量的角度比较了共同和多方责任(有追偿)。请从社会成本，即管理成本和犯错成本的角度来比较这两个规则。

10.5.5 举证责任和证据标准

经济理论已经展示了一种在不确定的情况下做出决策的复杂的计算方法。其基本观点是说，一个明智的决策者是分四步进行的：第一步，确定每一个可能的情形出现的概率；第二步，计算每种可能情形的效用；第三步，用效用乘以概率得出预期效用；第四步，选择能够最大化其预期效用的行为。例如，假设琼和伊丽莎白同意用抛硬币的方法来争夺最后一块馅饼。如果硬币的正面朝上，则琼将得到馅饼。抛硬币的正面朝上的概率是0.5，因此这次打赌的预期效用是0.5乘以这块馅饼的效用。①

为一块馅饼抛硬币是一种涉及不确定性的决策。给一栋房屋投保或购买股票组合也是一样。一般来说，在不确定的情况下作选择是进行投机。不确定下的经济决策理论规定了理性投机的规则，如果投机者没有遵守这些规则，他们对赌金的估价将是相互矛盾的，其行为方式会使他们的对手获胜。

审判是一个要求法院做出判决的一项不确定事件。法院程序是否与不确定性的经济决策的逻辑相一致呢？如果答案是“一致”，那么法院会像理性的投机者那

① 参看第2章，可以看到对不确定条件下的经济学决策制定的一个全面讨论。

样做出不确定的判断，如果答案是“不”，那么根据适用于投机和保险的标准，法院就是缺乏理性的。

法律程序的一个显著特点是证据规则禁止进行推理，而理性的投机者则可以。例如，美国法官不允许证人就其他人告诉他的东西作为证词（这就是“反道听途说”规则）。虽然第二手的观察被排除在法院之外，但这种证据可以被用来购买股票或购买保险。一般来说，传闻、道听途说和其他信息会影响理性的投资者确定事件的概率。因此，一个投机者如果忽略了被法院排除的证据，他就可能是非理性的。

法律程序和理性投机者之间的矛盾的另一个例子涉及举证责任和证据标准。举证责任是指当事人必须证明什么，例如，在过失与直接过失抗辩责任规则下，原告有责任证明被告确实存在忽略（有些情况下，这些举证责任被转移给了被告一方）。一旦原告达到这些要求，**被告通常即有责任证明原告有直接过失。证据标准**指的是证据所必须达到的一定的确定性水平。普通法国家里，在民事诉讼中原告必须用占优势的证据来证明案件，而在刑事诉讼中原告必须确定无疑地证明案件。

为了弄清楚概率是怎样影响到整个举证责任和证据标准的，让我们来看看下面的例子，一桩**破门而入的奇事**：

> 一个摇滚音乐会的票子卖完了。礼堂可容纳 1 000 人。持票者排队从前门进入，占了 400 个座位。后来，在其他合法持票者进场之前，有一些粗野的年轻人打破后门闯了进来，占领了全部剩下的 600 个座位。无票闯入的人太多，以至于音乐会的组织者无法将他们驱逐出去，只好开始演奏音乐。
>
> 音乐会的组织者给人群拍了照，并成功地辨认出 100 名观众，对于这 100 名观众，他不知道哪些人买了票，哪些人是无票闯入的，因此在诉讼时他全部都提到了。在提起诉讼时，票根早就被扔掉了，所以很少有人能证明自己买了票。审判中，原告的律师指出，民事诉讼是依照证据来判决的。他又进一步指出，1 000 名观众中有 600 名是无票闯入的，因此每个被告是无票闯入者的概率就会至少是 60%。因此该律师认为，证据的优势原则倾向于判定每个被告应当承担责任，即他的客户应当胜诉。

在对某个特定的被告是否无票闯入进行打赌时，运用概率推理无疑是可以的，但是在法庭上确实不能接受。让我们改变一下事实以便此证据更容易被认可：

> 后门的某个门卫据说能够辨认出这 100 个人中哪些是无票闯入者。音乐会的组织者对这 100 人提出诉讼，并且该守卫在法庭作证他们是无票闯进来的。对守卫所做的测试表明他回忆并准确识别面貌的准确率为 60%。律师的原告指出，民事诉讼是依照证据的优势来做出判决的，并且该守卫的识别更有可能是正确而不是错误的。因此，该律师认为，原告应当胜诉。

第一个证据的例子是以纯粹的概率为基础的[文献上被称作"未证实的统计证据"(naked statistical evidence)],对此法院是不采纳的,第二个证据的例子是以目击者的报告为基础的,对此法院是采纳的。这个被构造出来的例子中纯概率等同于目击者证词的可靠性。即便如此,前一个证据也有可能被美国法院排除,而后一个证据则可能被接受;因此,原告在第一类事实条件下可能会败诉,而在第二类事实条件下可能会胜诉。然而,在一个理性的投机者做出决策时,他会给予具有相同可靠性的概率证据和目击者证词同样的权重。当对被告是否是无票闯入者进行打赌时,理性的投机者对60%的概率和60%可靠性的目击者证词的评价是一样的。

未经证实的统计证据所产生的错误与目击证人证词所产生的错误相比不分上下,就这样的情况来说,把后者的错误从法庭上拿开,把前者的错误纳入,似乎都甚武断。

就像最近在加利福尼亚州奥克兰市所进行的一场审判表明的那样,综合证据下的法律习惯常与概率理论的法则相抵牾。一人去医院做一个疝气手术。在手术前,麻醉师给病人做了一个医疗测试。结束测试之后,麻醉师使该患者"入睡"了。在一般情况下,麻醉师会让这位患者一直"睡到"外科手术修复疝气之后,手术结束后该患者才会醒来,然后患者会离开医院,当天晚上即可回家。然而,在这个案子里,患者竟然停止了呼吸,心搏停止,就此丧失性命。验尸报告称,受害人的心肌过厚且留有创伤,这种情况普遍被称为"心衰"(heavy heart)。这一情况会使人对心脏侵袭较为敏感脆弱。直到死后验尸报告出来为止,无人知道这个病人患有此病。手术的紧张对于一般人来说是毫无问题的,但这却导致了该患者心搏停止。

该患者死后,其家属将麻醉师告上法庭。原告对麻醉师的疏忽做出两项指控。第一,原告断定是麻醉师没有在手术前做出足够的检验,以确定该患者是否有诸如心衰这类情况。其次,原告宣称在手术期间该患者开始有呼吸困难的时候,麻醉师反应迟缓且处置不当。

考虑一下法院所用以权衡事实的证据规则。原告不得不根据证据优势原则去证实,被告的过失导致了受害人死亡。我们将集中在综合证据的法律规则上,来建构这样的证明过程。

图10.8描述了法院问题的决策树。第一个分枝表明在手术前麻醉师可能已经犯下过失,或者没有犯下过失。"证据优势原则"将会被解释成50%或更高的概率。根据图10.8,证据显示,这一概率为0.4,即有40%的可能,手术前过失导致了该患者的死亡。因此,原告无法根据证据优势原则确证手术前检查存在过失。

在该决策树第二个分枝,麻醉师可能已经在手术中犯有过失或者没犯过失。根据图10.8,证据显示,手术过程中的过失导致该患者死亡的概率为0.4。因此,根据证据优势原则,原告不能证明手术过程中的过失。

我们已经阐明,证据优势标准的独立或连续使用会得到这样的结论:麻醉师无过失。达成全面判决的联合概率又怎么样呢?如果决策树上每一个分枝的概率是

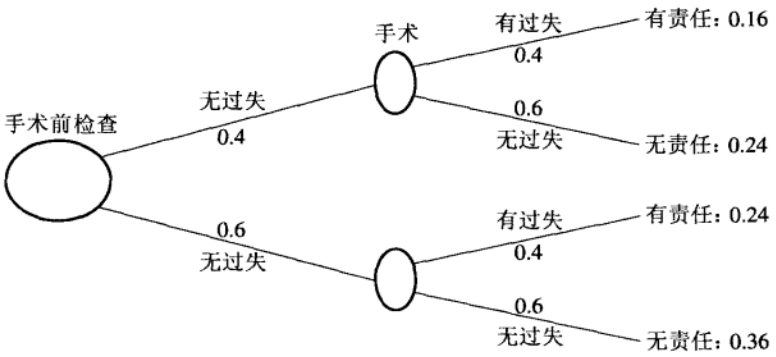

图 10.8　麻醉师的决策

独立的，[1]那么，概率论的定律就为我们提供了一个简单的规则：乘法法则。将这一法则应用到图 10.8 中，麻醉师在术前检查中没有过失的概率，并且在手术过程中也没有过失的概率是 0.36，这点决策树上表示的很清楚。那么，麻醉师术前检查有过失或者在法律过程中有过失的概率就是 1－0.36，也就是 0.64。所以，证据优势原则表明，被告的过失或者在手术前检查环节，或者在手术中环节导致该患者死亡。

决策树澄清了这一事实，即证据优势标准的单独或连续使用有时候可以从全盘判决中得到不同的结果。后一种方法由概率论的思路出发，更为正确。加利福尼亚州奥克兰法院给陪审团做出了语焉不详的指示，认为无法在这两种推理之间进行分辨。这一案例表明，法院并没有努力争取与概率论相一致，而形成自己的推理规则。[2]

虽然程序规则有时与在不确定情况下做出决策的经济规则相矛盾，但很多方面仍然是一致的。例如，可以证明当程序规则对法院情形加以限制时，陪审团和法官就像理性的经济决策者那样在这些限制范围内进行推理。程序规则规定如同一个框架，其理由不一定是经济上的，但在这个框架内，经济逻辑是可以起作用的。

一个经济上理性的决策者从某些先验的信念开始，然后根据新的证据运用一致的推理规则来对它们进行修正。法院也许是用几乎相同的方法来进行证据处理的。例如，法官指示陪审员们在审判开始时摆脱所有与案件有关的先验概念。他们在开始审判时，应当似乎对该纠纷的事实一无所知。他们从没有先验观念的立场出发，根据法院认可的证据来对他们的信念进行全面的修改。此外，法官解释说当事人中的一方有责任举证以证明其在纠纷中的立场。因此，在普通法的民事诉讼中，原告通常必须用占有优势的证据来证明被告的责任；而在刑事审判中，检察

① 从原告的立场来看，似乎所宣称的过失是一般可靠的医师在判断上的失误，这和我们对独立概率的假设是一致的。原告确实提供了一些观点，将两种行为上的过失给联系起来。比如说，原告并不认为麻醉师会因偶然的注意力分散（比如宿醉）或者长期无法做出良好判断（比如训练不够精良）而受到什么损失。

② 更为详尽的对这一真实案件的讨论，参见 R. Cooter, "Adapt or Optimize: Psychology and Economics of Evidence Law," in Gerd Gigerenzer & Christoph Engel, eds, Heuristics and the Law (2006)。

官必须证明被告的罪行是确定无疑的。

这个框架可以用决策理论的语言来重新描述。一个理性的投机者从先验信念出发，这些先验信念是以他的经验、预感、直觉以及他所搜集到的与问题有关的所有各种信息为基础的。法官要求某陪审员预定一个与证据规则相一致的关于被告的责任或罪行的概率估计[统计学家称作"先验概率估计"(prior probability estimate)或统计"先验值"(prior)]。所构造的概率估计假设对任何与案件有关的特定事实都不知晓。此外，所构造的概率估计对被告有利，因为原告有举证的责任。陪审团根据审判所允许的证据来修订所设定的概率估计。在审判结束时，决策者(陪审团或法官)将会得出一个与被告责任有关的后验概率(也就是说，在听取了审判中所呈上的并接受的证据之后所形成的概率)。如果后验概率大于50%，那么原告就已经以占优势的证据证明了案件，并应当获胜；否则原告就应当败诉。因而法院的推理可以在不确定的情况下进行有约束的理性选择，这里的约束是由证据规则构成的，并在法律的限制内约束打赌行为。①

租用法官

在许多国家，公民要在国立法院排很长的队才能等到他们的纠纷得到处理。与其他大多数大城市一样，在洛杉矶的纠纷要想在公共法院得到处理可能要花几年时间。然而，与其他大多数大城市不一样，在洛杉矶有一种民间选择方式，可以作为公共法院的近似代替物。当事人可以同意"租用"一名退休法官来审判他们的案件。由此而来的民间审判提出是在对双方都很便利的方式进行的。比如像旅馆的客房里。退休法官组织审判的程序通常是非正式的，不需要考虑公共审判中所表现的程序。案件是运用有关的州立法来判决的。此外，法官的最终判决向州立法院登记注册，从而取得充分的法律效力，就像公共审判中的判决一样。

批评者认为"租用法官"制度对穷人来说是不公平的，因为只有富人才能使用。支持者则认为每个人都从中得益：租用法官的人因审判能迅速解决而获益，而其他人则因为减少了在公共法院中的拥挤而间接地得到了好处。注意到租用法官改变了法官的激励。假设你是一名打算参加租用法官项目的退休法官，当你以前作为一名公共法官时，你应该是"独立的"。也就是说，你作为一名公共法官而享有的收入与你如何判案没有关系。现在情况改变了。你的收入直接由你被"租用"的次数来决定。为了被租用，你必须被潜在纠纷的双方当事人所选择才行。

① 决策制定过程于此描述的是"贝叶斯推论"的例子。沿着这条线，还有更多的内容，可以参看 Dale Nance, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 49 HASTINGS L. J. 621(1998)。

问题 10.31

你认为一名寻求获得高收入的“租用法官”判案时与一名独立的公共法官会有什么样的不同？

问题 10.32

证据的规则可以改变行为。一座城市中40%的公共汽车是由红色公交公司所运营，另外60%则由绿色公交公司运营。一辆公共汽车无意中在晚间撞倒一个骑自行车的行人，而受害人起诉了绿色公交公司。一位目击者证实他看到了一辆公共汽车撞倒了行人，但是天太黑，无法分辨这辆车是红色还是绿色的。如果法院无法确定索赔的可能性的话，那么对于公交公司应该采取的预防激励将会产生什么样的影响呢？如果可以确定的话，这对红色和绿色两公交公司的合并之激励，又有什么影响呢？

问题 10.32A

假定你是前面所描述的那场摇滚乐会的破门而入者。如果法院接受或拒绝概率推理，你更可能被阻止吗？如果法院接受了概率推理，你不会被阻止，你宁愿独自破门而入还是找几个人和你一起闯进去呢？

问题 10.33

投两次硬币都是正面朝上的概率是$0.5^2=0.25$。假设侵权案件的责任要求原告证明被告造成了伤害，并且被告的行为有疏忽。原告以0.7的概率提出证据证明每一个主张，因此，两个主张都得到证实的概率是$0.72=0.49$。显然，占优势的证据能够分开支持每一个主张，但是联合起来则不能。法院应当如何判决该案件？

10.6 上诉

在许多由等级制的法院所构成的法院系统中，没有得到满意结果的诉讼者可以就低级法院的判决进行上诉，并要求更高一级的法院来重新审判。有时候更高一级的法院必须接受上诉，并审理案件（当事人可能“有权”上诉），并且有时候高一级的法院能够选择是否接受上诉或者驳回（法院有“复审决定权”）。例如，美国联邦法院由三级构成，其中最高一级法院（美国最高法院）能够决定是否接受或者驳回绝大多数来自于中级法院（上诉巡回法院）的上诉，而中级法院必须接受来自最低一级法院（区法院）的上诉。在有些国家（并不像在美国的联邦法院和州法院里），上诉法院会从始至终重新审理全部案情[“案件重审”(trial de novo)]。比如

说，欧洲大陆上诉法院经常从案件的最初阶段开始重审，重新考虑有关事实与法律问题。然而，有时候上诉法院只讨论某些问题而不涉及其他问题。例如，普通法国家的上诉法院通常只限于讨论法律问题，而不对由低级法院判定的事实进行重审。

上诉法院有两个显著的功能。首先，它们修正了由低级法院所做出的判决中的错误。其次，它们制定法律，这可以是直接的，如普通法，也可以是间接的，如通过对法规的解释。我们将依次讨论上诉法院的每一个功能。

1. 修正错误

等级制的法院系统使得最高法官能够监督较低级的法院修正他们的错误。上诉体系使得监督成本比较低的原因是，通常只有当较低级的法院出现错误时诉讼者才会上诉。因此，一个上诉体系使得最高法官能够得到上诉者关于较低级法院是否犯错误的私人信息。通过使用这一信息，一个上诉系统能够减少纠纷判决中管理成本和犯错成本的总和。

为了说明这一点，我们对没有上诉的体系和有上诉的体系就社会成本作一数量上的比较。假设一次审判花费原告和被告 500 美元，总计是 1 000 美元的管理成本。假设审判法院在判决案件中犯错误的概率是 20%，并且犯错误的社会成本等于 25 000 美元。则审判法院判决纠纷的社会成本是：

$$\text{社会成本} = 1\,000 + 0.2 \times 25\,000 = 6\,000(\text{美元})$$

管理成本　预期犯错成本

现在考虑创造一个上诉法院将如何影响社会成本。现在假设当且仅当审判法院犯错时案件会被上诉。假设上诉花费双方当事人各 1 000 美元，总计是 2 000 美元的管理成本。当审判法院犯错时，上诉法院修正其错误的可能性很大。假设，上诉法院修正审判法院的错误概率是 90%，也就是说上诉法院继续审判法院的错误概率是 10%。在有上诉可能性的法院系统中，判决纠纷的社会成本是：

$$\text{社会成本} = 1\,000 + 0.2 \times (2\,000 + 0.1 \times 25\,000) = 1\,900(\text{美元})$$

第一次审判　上诉　第二次审判　预期犯错成本
的管理成本　概率　的管理成本

在这个例子中，上诉法院的存在导致社会成本从 6 000 美元下降到 1 900 美元。

一个理性的诉讼者只有当上诉的预期价值超过其成本时才会上诉。当上诉法院很可能修正审判法院的判决时，上诉的预期价值很高。当较低级的法院出现错误时，上诉法院很有可能会修正其错误。因此，当：(1)上诉法院更有可能是修正较低级法院的错误而非正确判决，(2)当上诉法院的这种行为导致诉讼者以较高的概率上诉较低级法院的错误而非正确判决时，上诉法院的这种行为很有可能降低社会成本。

问题 10.34

在决定上诉费时，国家能够通过较低的胜诉概率来减少上诉。构造一个定量

分析的例子来说明这一事实。

问题 10.35

国家承担了部分的上诉诉讼费，从这个意义上来说，上诉被补贴了。使用前面的理论来构造一个国家补贴上诉的司法体系。

问题 10.36

假设拖延对原告的成本比对被告更高。修正法院判决的上诉可能性会导致案件拖延解决，这将如何影响当事人庭外和解纠纷的谈判？

2. 诉讼市场的效率

现在从纠正错误转向制定法律。一项审判给国家带来了实质上的成本，包括法院的建筑以及法官、法庭记录员、法警以及其他协助人员的薪资。遗憾的是，法院一直疏于估算，我们也无法知道在美国法院花在审判上每小时的成本的合理估算是多少。很显然，没有人知道审判带给国家的成本到底有多少是补贴，多少则由纠纷各方以法院费用的形式来补偿。

我们确实不知道这项补贴到底是多少，但是我们可以就它应该是多少，表达一下自己的看法。判决纠纷和制定法律这两方面是截然不同的：判决主要是影响原告和被告，而新的程序则会影响很多人。这一差异对审判的经济学分析是非常基本的。当上诉法院创造了一项新的法律时，这一判例还会影响除了当时陷入纠纷之外的很多人。因为纠纷各方不可能把这种影响的大部分给内部化，他们也不应该支付其主要的成本。由于该例的公共价值，国家应该补贴上诉的这一新生判例。但这种观点并不适用于纠纷判决，因为后者主要限于原告和被告之间的影响。当法律已经创立，则纠纷涉及的事实，对其进行解决的影响效果并不会超出当事各方的范围。因此，补贴审判以解决私人争端的情况，要远弱于补贴审判以创造法律的情形。

法官创造法律（判例法）对公众有多少好处呢？我们将通过讨论一些理论，试着来回答法律程序是否向有效率的方向演化这一问题。一些社会目标无需政府的有意识的努力便可以达到。例如，亚当·斯密认为竞争性的市场将导致有意识地追求私利的人们服务于公共利益。一个竞争性市场就像某种社会机器，它的运转规律有效地配置资源，无需任何人有意识地为此目的而努力。诉讼就带有某些竞争性市场的因素，即原告与被告相互竞争以达到他们自己的目的。那么，法院是否像竞争性市场那样，无需任何人有意识的努力，法官指定的法律便可以趋向效率？

对法律的经济分析研究了一种令人鼓舞的可能性，即诉讼无需法官有意识的帮助便可以使得法律更有效率。这有可能通过**选择性诉讼**（selective litigation）来做到。假设无效法律比有效法律更有可能被用于诉讼（下面我们会说明为什么是

这样)。这个假设的结果是无效法律不断地在法庭上遭到挑战,而有效法律规则则较少遭到挑战。如果有效法律并不特别为法官所喜爱或厌恶,则法律在通过法院检验的概率与它是有效或无效是相互独立的。但是我们假设无效法律比有效法律在法庭上遭到更多地挑战。这两个假设——效率与法院检验的概率无关,以及效率与法律通过检验的概率相关——便足以导致法律向效率的演变。

在这些假设下,选择性诉讼就像过滤器一样起作用,它截住无效法律而放过有效法律。法律经过不断地过滤,就会随着时间的推移而变得更加有效率。过滤掉无效法律的程序在无需法官有意识地支持效率的情况下就可以进行;事实上,法官只要不反对效率就足够了。为了让选择性诉讼能够引起法律向有效率的方向演变,必须使其对无效的法律抱有成见。

是否有理由认为无效法律比有效法律更经常地在法庭上遭到挑战呢?答案是"肯定的",但不十分肯定——更像是"很可能"。为了理解其原因,请考虑一下无效法律意味着什么:无效法律将权利分配给错误的一方。让我们回到例 3,关于离婚中财产分割的例子。假设琼·泼忒托斯和乔·泼忒托斯对他们的房屋估价不同:琼估价 15 万美元而乔估价 10 万美元。效率要求将法定权利分配给估价最高的人,因此效率要求琼取得这所房屋。如果琼取得这所房屋,那么对于乔来说,推翻这种分配的价值是 10 万美元。相反,如果乔得到这所房屋,那么对于琼来说推翻这种分配的价值是 15 万美元。由于琼在赌金上比乔多,因此琼比乔更有可能对不利的法定分配提出异议。一般来说,对法定权利估价最高的当事人为了取得这个法定权利,在诉讼上花的钱比其他任何人都多。因此,无效的权利分配比有效的权利分配在诉讼上引起的花费更大。

对无效法律提出异议所要花的钱比对有效法律提出异议所花的钱要更多。更多的钱将被广泛而深入地花费掉:更广泛的诉讼意味着在法庭上的挑战更加频繁,更深入的诉讼意味着原告要雇佣更昂贵的律师并在案件的准备上花更多的钱。只要这些花费能够提高法庭辩论的质量,并使法庭受更高质量的辩论的影响,反对无效法律的诉讼将会比反对有效法律的诉讼更倾向于成功。

我们已经讨论了诉讼有选择地反对无效法律,从而导致更频繁的法庭异议和原告对案件更充分的准备。因此,在普通法中有某种机制起着类似于市场中"看不见的手"的作用。不幸的是,这只"看不见的手"在法庭上的影响力远不如它在市场上的作用。为了说明原因,我们来看一看法律程序和科学发现之间的类比。某些科学进步,包括基本原理的发现,是不能取得专利的。只要科学进步不能够取得专利,研究的投资者便不能占有科学进步为社会带来的全部价值。部分价值外溢,构成了一种外部性。为基本的科学发现建立市场可能会因价值外溢而失败,因为它不像(比如说)香蕉市场,在这个市场中种植者占有了产品的全部价值。

审判与科学进步研究的共同点比它与香蕉市场的共同点要多。一项法律就其本质上来说,其使用范围是普遍的,因此对一项法律提出挑战将会影响到正在或者将要受到该法律约束的每个人。一个新的更加有效的判例,其效力所及远不止是

该判例的案件中所涉及的当事人。因此，大多数原告所占有的价值不超过新判例所创造并重新分配的那部分价值，其他的受益者搭了这个原告获胜的便车。因此，诉讼选择的是那些成本被原告中的某一个所内在化的法规。在引导诉讼压力中，搭便车是比非效率更为强大的力量。

问题 10.37

在指定一个更有效率的判例中，提起诉讼的原告只能享受一部分社会价值。这一事实是否表明政府应当通过支付一部分诉讼费用来进行补贴？

问题 10.38

相对于对抗性的体系而言，盘根究底的体系的哪些因素可能会削弱选择性诉讼的压力？

3. 制定社会规范

我们已经讨论了是否诉讼市场上的竞争性能够推动判例法向更具效率的方向发展。显然，竞争性压力会导致效率，但在诉讼市场的效果是微弱的。在法律的经济分析这项事业于 20 世纪 60 年代兴起伊始，它就已经表明，普通法和效率之间的一致性远超乎所有人的预料，一致性的程度远远超过了人们从诉讼市场上的竞争压力中所能预期的。除了诉讼压力之外，另一个导致效率的可能因素是“社会规范”之间的竞争，我们指的是在法律体系之外所产生的规范。规范是在人们重复交往的过程中产生的。社会规范相互竞争以获得人们的采纳，并且，在一定的条件下，最有效率的规范将赢得竞争。法官有时候会运用社会规范。如果判例法与社会规范的发展方向一致，则“规范市场”的竞争性将推动判例法趋向于效率。

“商法”的传统解释提供了一个例子。中世纪的商人参与许多的商业活动，例如相互用汇票向对方进行支付。[①] 这些惯例相互竞争，其中最有效率的惯例流传开来。能够流传开来的惯例在商人之间被提升到了强制执行的程度。这些在中世纪的英格兰进行贸易的商人们建立了他们自己的法院来管理贸易。当英国的法律体系变得更加强大并统一时，英国的法官们逐渐开始就商人之间的纠纷进行审判。英国的法官们通常对这些专门的商业事务并没有足够的知识用以评估可选择的规则。因此，英国的法官们试着找出在商人之间存在着什么样的规则，并选择性地实施这些规

① 基本上，“交换汇票”(bill of exchange)是一个正式的强制性的有约束力的汇票。这些汇票最初是债务人给债权人的，后来可能债权人又传给了他的债务人，以解除自己的债务。在有些地区，这些汇票就是事实上的货币。

则，而不是制定新的规则。在此，法官所做的只是遵守商人惯例，而不是制定商人应当遵守的惯例。18世纪时的票据和汇票法作为这一模式的例证，尤为典型。①

商法的模型曾经在法律哲学中占有了一个特殊的地位。根据一种早期的法学理论，法院应当**发现**普通法，而不是**制定**它。法官通过识别社会规范来发现普通法，并选择性地将它们提高到法律水平。当法官遵循这一模式时，普通法便得到了风俗习惯的认可。这一哲学并不仅限于普通法。法律法规的制定者也经常遵循这一哲学。例如，卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)，美国最成功的法规——统一商法典——的起草者，就是直接确定出最好的商业惯例，并将它们写入了法规。类似地，欧洲著名法典的编写者也经常试着确定出当时最好的商业惯例并将它们写入法典。

我们现在生活在一个新的商法时代。现代经济创造出许多专门的商业团体规范以协调人们的交往。不同的商业规范的形式是不同的。自我管理的职业，比如法律和会计，以及像Visa这样的正式网络发布他们自己的规则。自愿的协会，比如家用设备生产商协会，也许会发布指南。非正式的网络，例如计算机软件制造商，也许会有初步的道德标准。所以这些社会规范为分散化的判据提供了丰富的资源。当经济发展并变得越来越复杂时，社会规范应当成为更重要的法律来源。

社会规范相互竞争以获得人们的采纳，并且，在一定的条件下，最有效率的规范将赢得竞争。经济学家已经开始研究社会规范以试图了解它们何时会向效率方向演化。一个简短的回答是，当社会规范在长期关系内协调人们的行为，并且当这些规范的效应并不溢出到其他人身上时，它们将会向效率演化。我们在此还不能进一步发展这一理论。

问题 10.39

高度集中的中央计划是计划经济用来生产产品的方式。制定法律和生产产品并没有太大的区别。对集权的和分权的制定法律的方式进行比较。

网页便笺 10.6

关于社会规范和法律之间的关系，目今已有大量的有趣的文献。在我们的网站上有参考书目、链接和概括。

① 中世纪的商法在多大程度上是实质性而不是程序性的，仍然有争议，并且它与普通法和海事法的关系是很难重建的。在18世纪中所发生的将汇票和票据吸收进普通法的过程被很好的记录下来。传统理论是由霍尔登(James W. Holden)在 HISTORY OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS IN ENGLISH LAW (1993)中提出来的。约翰·贝克在 *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*[38, CAMBRIDGE L. J. 295 (1979)]中对霍尔登提出了批评。

4. 作为司法动机的效率

我们已经讨论了法官创造法律(即判例法)是否能在没有任何人有意识的努力下便可以趋向效率。我们在诉讼市场上发现了趋向效率的微弱压力,并在规范市场上发现了趋向效率的较强压力。那么,有意识的力量又会怎么样呢?法官会有意识地把效率作为目标吗?例如,我们可以说法官应当公平地分配法定权利,而公平的分配与有效的分配并没有系统的联系。尽管有这种观点,法官经常倾向于更有效的法规,只不过他们自己的描述所采用的名称不是"效率"罢了。冠以其他名称的效率原则在法律中已经根深蒂固。

我们无法在此系统地展开这个理论,但能够提供一些有启发性的例子。也就是,当私人决策者承担社会成本时,他就面对了有效的激励。为了说明这一点,回忆一下第 8 章中对侵权法的分析。一个侵权者可以通过预防事故的发生从而避免伤害他人。内在化要求侵权者把伤害看作好像是对他自己的伤害(也就是说,好像伤害是他的预期成本中的一部分)。当侵权者内在化伤害成本时,他们将会像经济效率要求的那样将伤害成本和预防措施进行权衡。因此,侵权法要求侵权者把对他人的伤害看作似乎是对他们自己的伤害,并采取预防措施。法官也许称之为"要求一个侵权者对其他人遭受的伤害所表示的关心同对自己的伤害所表示的关心应该是一样的"。可是,这只不过是成本内部化的另一种说法而已。

这里又有一个法院因效率原因使用其他可替代的术语来判案的例子:在诉讼中原告所得的每一分钱都必须由被告来付,所以判决的直接后果是纯粹的重新分配。关于分配,自利的诉讼者们也许会有完全相反的倾向。但是假设他们的眼光越过当前的分割,而考虑到应用于他们的法规的未来影响,那么,即使他们在这个案件中的意见不统一,他们也可能会对运用该法规解决以后发生的新纠纷取得一致的意见。

考虑这样一个例子。在普通法国家中过去使用的过失原则(当共同过失是补偿的完全障碍时)是占有一切或一无所有(all-or-nothing):要么是原告占有伤害的全部赔偿金,要么是被告没有责任。近年来许多司法体系已经放弃了占有一切或一无所有的规则,而采用相对过失原则。在相对过失原则下,各当事人根据他引起伤害的比例来承担事故的费用。因此,如果被告的过失是原告的两倍,那么被告对伤害应当承担三分之二的责任。

假设生活在由占有一切或一无所有原则管辖的司法体系中,每个人都赞成改用相对过失原则;再假设在某人受到伤害时,现行法规将所有成本都让另一个当事人承担,而相对过失原则会将此成本由双方分担。这时,事故的受害者会想用现行法规来解决此次纠纷,即使他和其他人都赞成用相对过失原则的新法规来解决将来的纠纷。

在一个普通法体系中,一个法院可以将这样的案件看成是将旧的占有一切或一无所有原则改变为新的相对过失原则的机会。好的辩论能够指出法官有权

放弃一项法规以支持能改善每个人的境况的另一项替代性法规。当然，法院在做出这种变革时应指出将来的好处人人都能够享用，以此来证明变革的合理性。可以用这样的理由为有追溯力的新法规作辩护，即每个人都赞同新法规的预期应用。

经济学中的一个重要的规范性标准是帕累托效率。根据帕累托标准，改进就是在其他人的境况没有恶化的情况下使某些人的境况改善。根据帕累托标准，存在某些失败者的变动不是改进。因此，最简单意义上的帕累托标准并没有给审判纠纷提供指南。然而，我们已经说明了，那些不赞同解决他们当前纠纷的最佳法规的人们，也许会赞同解决他将来的纠纷的最佳法规。如果一项新法规的预期应用能够在不使其他人的境况恶化的情况下使某些人的境况改善，那么，根据事前帕累托标准，我们将可以说这些新法规是一个改进。

在对法律的经济分析中，经修改的帕累托效率这个概念是非常有价值的。当上诉法院采纳一项预期会对每个人都带来好处的新法规时，法院可能会用不同的措词来论证这个新的判例是事前帕累托有效的。

问题 10.40

在第 8 章中我们解释了决定一个侵权者是否有过失的汉德法则。是否汉德法则要求“侵权者对其他人遭受的伤害所表示的关心同对自己的伤害所表示的关心应该是一样的”？

10.7 对法律程序的经验评估

有这么一个老笑话：“去年冬天太冷了，冷到我看见有一个律师把他的双手插到自己的口袋里去了。”这个笑话意在说明，法律费用很昂贵，不过，我们可以改编一下德莱克·博克(Derek Bok)的评论来加以回复。博克是一位律师，曾任哈佛大学校长。他在回复那些对教育高成本的抱怨时说：“如果你认为教育太贵了，那么就试试无知吧。”同样，我们也可以这样来回复对诉讼的抱怨，“如果你认为正义太贵了，那么就试试非正义吧。”然而，这只是隐喻之间的争斗，无论如何雄辩也无法解决我们在本章开始所提出的问题：法律体系可以最小化管理成本和错误成本之和吗？我们已经发展了若干理论来解释这一问题，并且分析了诉讼过程的各个阶段。现在，我们转过来考察一下相关的经验研究，先从美国的一些基本事实说起。

在 2002 年美国的联邦和州审判法庭处理了约 2 000 万起民事案件，近 1 600 万起刑事案件，以及约 200 万起青少年案件。这些数字粗略显示每 8 个美国人每

年就有一起诉讼案件发生。①

这些最终的处理决定采取的是什么样的形式呢？有关在联邦法院对案件的法律起诉请求最终的处理决定，有一些很好的数据，而且也有很好的理由使我们相信，在州法院申请的起诉请求方面的数据遵循着同样的模式。此外，我们也有理由相信，这些数字与联邦法院在2000年前后做出的处理决定是一致的。举例而言，我们知道在2000年联邦法院处理了将近26万件民事案件。其中不超过总数的2%是通过审判来处理的(仅仅约3 100件，或者占总数的1.2%的案件陪审团给出的裁决，而约1 500件，或者占总数0.6%的案件是由法官裁决的)。因此，联邦法院以其他方式处理了其中的98.2%的民事诉讼。它们中超过半数(53.3%)因为无法可依、自愿撤诉、和解以及其他原因的撤诉而被驳回。约20%(18.5%)因为需进一步上诉、遣回州法院、由仲裁者对其进行判决、依据仲裁判决重新审判或者需转给其他法官，而将案件转往其他法院审理。另外13%通过审判前的动议(pre-trial motions)解决。而略微超过8%的是由缺席判决(default judgment)处理的。②

大多数民事法律诉讼(约占98%)是在州法院而非联邦法院起诉的。③

每8个美国人每年就会有一件法律起诉是太多了。随着时间的变化，这一趋势又是怎么样的呢？在美国州和联邦两级法院，所有犯罪和民事争端的总的情况在1981年到1992年间增长了1/3，但是从那以后显著下降了。20世纪中民事争议由审判解决的长期模式，在该世纪上半期缓慢而稳定的上升，随后又缓慢(而后加速)的脱离了诉讼这一方式。正像在第9章所看到的，在法院，合同争议直到最近在数量上也远为不及其他类型的民事争端。然而，从20世纪90年代中期的某个时候开始，侵权争议超过了合同争议，而成为民事诉讼的主流。财产争议的数量又远远的落在侵权和合同争议的后面。

1. 律师

提起法律诉讼以及处理评价都需要律师。不同国家的人均律师数量有着很大差异。美国律师协会在2005年估算，大约在美国有110万律师，即每275人中就有一个律师。对比而言，德国每622人中才有一名律师，英国每496人中有一名律

① 在本节有一些技术术语，这就需要注解。一项"法律控诉"(legal complaint)是向法院提交的申诉，请求对一项不平之事诉诸法律或者对一件犯罪行为的主管判断予以解决。法律系统然后以各种不同的方式"处理"提交给它的控诉请求。有些控诉自行终止了；有些则由双方议价和解；有些是由审判前的动议以及简明的判决给解决；有些则被驳回；有些悬而未决(也就是说等待解决)；有些正在转往其他法院的途中；而有些则静待法官的审判。在理想的世界里，100件控诉请求应该有100个处理决定。但正如我们马上将看到的，100件控诉之中仅有3到5件是通过审判处理的。绝大多数法律控诉是通过审判以外的其他手段处理的。

② 在一方无法到庭或无法为控诉辩驳的情况下，致使另一方胜诉时，"缺席判决"就产生了。剩下的约5%的处理决定要么是没有记录，要么是悬而未决。这些数字来自Chris Guthrie, Procedural Justice Research and the Paucity of Trials, J. Disp. Res. 127(2002)。Guthrie注意到，大约35%的法律控诉是通过审判前动议或简明判决(summary judgment)完成的。

③ Marc Galanter, *The Day After the Litigation Explosion*, 46 Md. L. Rev. 3(1986).

师，而日本每5 800人中才有一名律师。①

人均律师更多是一个好事情吗？多数律师是——用罗恩·吉尔森(Ron Gilson)的话说②——“交易成本工程师”，他们大多是要拆除私人各方间的合作障碍(就像在第4章的规范科斯定理所认为的)。如果没有他们，在建立商业组织、雇用劳工、建立互信或者解决婚姻问题等方面，人们会有更多的困难，而使得一些为合作而生的活动师出有名，也就需要法律的支持。③ 法律交易和律师协会应该供给有能力的律师，而不应该人为地限制其数量或者操控价格，当然，这是理想的状态。在公平竞争的条件之下，雇用律师的人们就是最能判断他们对法律服务需要的那些人。遗憾的是，无论何地，律师协会的历史总是弥漫着限制供给和垄断惯例。值得庆幸的是，最近美国的历史创造了克服这些限制的先例，废除了一些垄断惯例，尤其是在允许律师以不同的方式为自己的业务做广告这一点上。

2. 审判

我们在本节中考虑三个有关审判的主题：一是审判的成本，二是何种争端应该进入审判以及谁赢得审判；三是如何解释审判正在不断减少的事实。

(1) 审判的成本。

没有人确切知道美国所有民事纠纷的总成本或平均成本，但是我们的确也知道一些有关审判程序的不同部分的成本内容。④ 举例来说，我们对“提起申请费”有一些了解，这是请求法院解决争端的成本。这些费用因不同的司法管辖权、辩论量(the amount in controversy)而不同。在伊利诺伊的库克县——即芝加哥——启动一场民事诉讼需要花费294美元，到目前为止辩论量不超过15 000美元。如果辩论量为250美元或更少的话，这些申请费可以低到76美元。但是，还有其他一些费用，比如出场费，判决供认状以及法律归档费，反诉、第三方行动以及税费，陪审团费(这还要取决于陪审团是6人还是12人)，传达扣押令者的工资，发传票的费用，如此等等。⑤这些例行的民事诉讼费用可以很快攀升到成百上千美元。

我们也掌控一些有关审判前质询的成本数据。民事诉讼研究课题检视了大约

① 在2005年，德国总人口8 250万人，有律师约13万人，在2004年，英国总人口6 020万人，有律师12.1万人，而2005年日本总人口1.28亿人，有律师仅2.2万人。不过，日本最近进行了一场法律教育体系改革以增加其律师数量。

② Ronald Gilson, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, 94 YALE L. J. 239,301—02(1984).

③ 一些经验证据表明，在人均律师数量和国家的增长率之间有着正的因果关系，这和律师基本上是交易成本工程师这一说法相互一致。参见Frank B. Cross, *The First Thing We Do, Let's Kill All the Economists: An Empirical Evaluation of the Effects of Lawyers on the United States Economy and Political Systen*, 70 TEX. L. REV. 645,689(1992)。

④ Charles Silver, Does Civil Justice Cost Too Much?, 80 TEX. L. REV. 2073(2002).

⑤ 在伊利诺伊更多的县里，这些申请费是很少的。比如说，在查姆斐恩县，发起诉讼只需要210美元，而在人口相对稀少的伊利诺伊西南部的蒙恩罗县，只需要173美元。

1 600 件来自联邦法院和州法院的案件，发现超过一半的案件没有采取质询程序。而那些涉及质询程序的案件中，也仅仅只有五个“质询事项”(discovery events)。其他研究也发现，在平均或者随机抽取的案件里，质询并不十分常见，因此不可能对民事司法的成本有显著影响。兰德公司(RAND)的一项研究得出这样的结论：“质询对于大多数案件来说，并不是一个非常普遍的诉讼成本问题。经验数据表明，任何可能同质询共同存在的问题，都只是集中在一小撮案件中。”①同一份兰德的研究还发现，质询基本上消耗了“平均每例诉讼总的律师工作时间的大约 1/4 到 1/3。质询在我们所检视过的一般民事案件的所有子集中占了律师工作时间的接近一半，而且在那些标的额超过 50 万美元的案件中，质询也很少占到律师工作时间的 30%。而律师时间是诉讼成本最大的组成部分。

查尔斯·西尔沃(Charles Silver)得出结论说，约 3%的法律诉讼是通过审判解决的，而 97%是通过法庭之外的手段解决的(或者以其他方式解决)。和诉讼相对比，和解更为低廉。塞缪尔·格罗斯(Samuel Gross)和肯特·赛弗鲁德(Kent Syverud)发现，一桩有代表性的审判一般持续 9 天，而同样一桩有代表性的解决相同问题的谈判只会持续 9 个小时。②

我们可以使用这些数字对每种成本做一个不甚精确的估算。在美国，审判的参加者通常包括，起诉者、或曰原告，原告的律师，被告和他的律师，一位法官，12 人组成的陪审团，一个法庭速记员和一个法庭警卫。通常还有证人——一个作证，其他人等待作证。这加在一起差不多有 20 人左右，其劳动成本和机会成本差异甚大。律师通常是 250 美元一小时，因此审判中将会花去 500 美元律师费(这还不包括在法院之外，律师为准备审判而花费的时间)。如果审判每天要花去 4 小时，那么每天花在 2 位律师身上的审判费用就是 2 000 美元。法官是按照是否应予审判的每年基准来支付工资的。尽管如此，我们还是可以通过与律师的(每小时 250 美元)比较，计算出法官的时间，并且假设法官的时间成本是每天 1 000 美元。陪审员通常会以每天 10 美元的价格予以补偿，这与他们时间的机会成本相比是远远不及的。陪审员以 12 人计算(尽管不是所有的民事案件都有陪审团)，则总额应为每天 120 美元。如果我们估计其他参与人员的工资平均值为 40 美元每小时，那么，再有 5 个人参加，每小时就是 200 美元，审判每天 4 个小时，就需要 800 美元。这样一来，我们可以看到，审判的每天的社会总成本略低于 4 000 美元。

现在，我们将这些每天的成本转换为每件审判的成本。如果我们这样来估算，即一件民事审判平均需要花费 9 天(就像格罗斯和赛弗鲁德所发现的那样)，那么，平均每件民事审判的社会总成本将是 36 000 美元。

这些数字还低估了审判的社会成本，因为它们并没有包括为准备审判而花去

① Charles Silver, *Does Civil Justice Cost Too Much?*, 80 TEX. L. REV. 2095(2002).

② 参见 Samuel Gross & Kent Syverud, *getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial*, 90 MICH. L. REV. 319(1991)。

的时间，管理的费用以及法官和律师的助手、陪审团成员和证人们所花时间的机会成本、法庭房屋隐性的租金价值等。在总账的另外一面，我们还没有去尝试着估计审判的社会效益，这包括解决了争端的私人各方的收益、为没有通过审判而解决的案件提供一条讨价还价的基准线、对潜在被告的错误行为和伤害加以威慑，以及通过新的先例的演化改善法律。在任何一件案件中，除非标的物确实庞大，否则完全进行审判都非明智之举。这一事实提供了采取其他解决争端方案的激励动机，或者说提供了像在较小的上诉法院那样简化审判的激励动力。

（2）选择效应和对半法则。

我们在本章前面部分中已经发展了一套关于理性的当事方如何在诉讼与和解之间进行抉择的理论。我们得出的结论认为，审判的主要原因是相对乐观主义造成的——即每个人都预期审判会带给他比另一方认为带给他的结果更好。分别而论，审判的主要原因是当事各方的私人信息使得他们在审判可能的结果上看法不尽相同。结果导致了审判而非和解的纠纷必然具有这样的特点：它产生了相对乐观主义情绪。走向审判的纠纷，是所有纠纷的一个有偏倚的集合，这是就导致期望值发散这一特点而言的。因为这一"选择效应"，由审判所解决的纠纷的特征分布，和所有纠纷的特征分布大不一样。

1984 年，乔治·普里斯特(George Priest)和本杰明·克莱因(Benjamin Klein)就这些主题发表了一篇有影响的论文。① 他们猜想，每一方都一样有可能会犯因产生错误的乐观主义从而发生审判这样的错误。因为每一方同样有可能犯这样的错误，他们推断每一方同样有可能在审判中胜诉。一般而言，从结果上看原告在审判中胜诉的可能性和被告胜诉的可能性是相同的，都在 50%左右。

如果每一方都同样有可能犯错误，这能得出每一方有同样的可能"取胜"这一结论吗？我们就以"取胜"这个词在法律纠纷中所理解的那样来加以定义。我们需要小心检视，看看是否理论证实了这一抓人眼球的简单结论。在审判里，原告"取胜"通常意味着法院将赔偿金判给原告。为什么这样说呢？我们考虑这样的情况，在很多纠纷中被告承认责任归己，并就赔偿金进行辩驳。这样的话，被告可能会承认是他的过失对原告的汽车造成了重大影响，但是却不认为他的过失导致了前灯毁坏。在这类情况下，原告在审判中"取胜"的定义就不再意味着原告赢得了什么东西，那只会在 100%确定的情况下才会发生。原告"取胜"的定义必然意味着诸如"法院判决给原告比被告希望付出的更高的赔偿金"。②

另外一个对"取胜"的可能定义，发生在系统性的对称情形下的案件里，在这种情况下，被告认可赔偿金的数额，但对责任有所争议。为了说明这一点，我们假设

① George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1(1984).

② 在欧洲民法体系下，败诉方支付胜诉方的法律费用，在这样的案例里，如果法庭的判决超出了被告的和解开价的话，被告将不得不支付原告的法律费用。

被告认可了原告 1 000 美元赔偿金的索赔。假定原告成功的真实概率为 0.10。走向审判的案件里，原告错误地认为他会赢的概率超过 0.10，或者被告错误地认为他会输的概率不足 0.10。原告和被告都错了。可是，在 10%的这类诉讼案件中，原告赢取了赔偿金。

将这些论点加以一般化，史蒂文·谢威尔(Steve Shavell)证明："对那些需走向审判的案件来说，导致原告以某一概率胜出是有可能的。此外，若给定审判中原告胜出的某一概率值，在已然解决的案例中(如果他们已经尝试过)，原告胜出的概率可能会是任何其他的概率值。"①因此，审判中原告 50%胜出的情况在理论上并不是那么强。

对半法则在事实上是否是真实的，这个问题还未曾得到回答。珀洛馥(Perloff)和鲁宾菲尔德(Rubinfeld)检验了 20 世纪 70 年代末以及 20 世纪 80 年代早中期的反托拉斯案件，发现这些案件中 70%是被告胜诉的。② 唐纳德·威特曼(Donald Wittman)检验了在加利福尼亚的汽车追尾案例样本后发现，这些数据并不能证实对半法则。③ 西奥多·埃森伯格(Theodore Eisenberg)认为，就联邦法院的情况看，在产品责任案例中的原告胜诉率大约为 50%，但在医疗事故案例中则不足 40%。④杰里米·瓦尔德福格尔(Jeremy Waldfogel)就 20 世纪 80 年代中期纽约南区所搜集遴选来的关于合同、知识产权和侵权案件进行了检验。他发现，当在所选范围内相对很少的案例最终走向了审判时，原告胜诉率接近 50%。然而，当审判率提高时，原告胜诉率就从 50%这一点游离开去——有些情况下更高，有些情况下更低。⑤

最后，凯斯勒(Kessler)、梅茨(Meites)以及米勒(Miller)集中考察受理上诉的案件，而不是那些来自审判法庭的案件，通过对超过 3 000 件案件进行回归分析，试图发现从对半法则偏离的原因。考虑到标的、信息、和解以及诉讼成本上的差

---

① 对双方当事人诉讼成本差异的考虑进一步破坏了 50%法则。参见 Steven Shavell, *Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial Is Possible*, 25 J. LEGAL STUD. 493(1996)。

② Jeffrey Perloff & Daniel Rubinfeld, "Settlement in private Antitrust Litigation", in Steven Salop & Lawrence White EDS., Private Antitrust Litigation(1987)。也可参见 Jeffrey Perloff, Daniel Rubinfeld & Paul Ruud, Antitrust Settlement and Trial Ocotcomes, 78 REV. ECON. & STAT. 401(1996)。

③ Donald Wittman, *Is the Selection of Cases for Trial Biased?* 14 J. LEGAL STUD. 185(1985)。乔治·普里斯特(George Priest)通过检验伊利诺伊州库克县的汽车追尾案件进行了回应，从而在数据包里找到了支持 50%法则的证据。

④ 参见 Theodore Eisenberg, *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, 9 J. LEGAL. STUD. 337, 349(1990)。"在基本的选择效应得以保留的情况下 50%假说可以放弃了"。之后在其和 Kevin Clermont, Eisenberg 的合作研究中发现了这一令人稍感困惑的结果，即在法官处理纠纷而不是陪审团时，原告胜诉率实际上是更高的，之所以令人困惑，乃是因为竟然有九成的案件里大家都选择由陪审团来处理他们的法律请求。Kevin Clermont & Theodore Eisenberg, *Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism*, 77 CORNELL L. REV, 1124(1992)。

⑤ Joel Waldfogel, *The Selection Hypothesis and the Relationship between Trial and Plaintiff Victory*, 103 J. POL. ECON. 229 (1995).

异，以及四个其他与纠纷具体相关的特征，他们发现这些特征在统计上显著影响了胜诉率。进一步而言，这些效应与本章模型的预测是相一致的。①

因此，关于对半法则的经验证据含混不清：有些研究发现证据上的确如此；其他的则认为不是这样；有些发现这一法则只是在某些特定类型纠纷里才是对的，在其他类纠纷中并不正确；而有些则认为证据仅仅在有限制的环境下才支持了假说，普里斯特和克莱因就持此论。

（3）化审判于无？

美国一向以乐于讼诉而著称于世，即便实际上只有不足5%的法律纠纷是由审判解决的。另外一个令人惊讶的事实是，民事审判在美国过去四十年里已然下降了。这是马克·格兰特(Marc Galanter)教授一篇重要论文的核心内容。② 格兰特表明，即便纠纷处理的总数在1962年到2002年间提高了，但是2002年在美国各个法院的民事审判的数目不超过20%，这远低于1962年的水平。不是人均更低——相对于美国的人口数量——而是绝对数量上更低。2002年由审判来处理的纠纷"不到1962年的1/6，1962年是11.5%，2002年为1.8%"。审判的下降是最近的事，而且非常快速，并不是过去40年缓慢而稳定的下降。实际上，在联邦法院中民事审判的数量从1962—1985年一直在上升，然后从1985—2002年下降超过了40%。③ 同时，随着民事审判的数字一直下跌，有陪审团的而非仅仅只有法官的审判的百分比却在上升。到2002年，所有民事审判中的2/3是陪审团审判。④ 自从1962年起，法官审判已然下跌了50%，而陪审团审判的数字提高了9%。

挑选法院

律师们常常面临这样一个选择，那就是到哪里去申请起诉——这个决断被称为"挑选法院"(Forum Shopping)决策。这样，原告可以寻找对自己最有利的司法管辖地来提起诉讼，而且被告亦可以通过要求将案件从州法院移交到联邦法院审理，以此作为回应(在原告和被告都居住在不同州时被告可以这样要求变更)。挑选法院在过去三十年间已然大行其道。在1970年，15%的州法院案件移交给了联邦法院，这是被告在原告提起诉讼之后申请移交的。在

① Daniel Kessler, Thomas Meites, & Geoffrey Miller, *Explaining Deviations from the Fifty-Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation*, 25 J. LEGAL STUD. 223(1996).

② Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMP. LEGAL STUD. 459(2004)。这本杂志的那个主题也包括了一群杰出的法律学者对Galanter文章的回应。

③ 格兰特认为，有约98%的诉讼在这里发生的州法院，它的这种趋势亦可以反映到联邦法院上来。

④ 这些关于法官审判和陪审团审判的相同趋势，对州法院审判在1962—2002年间的审判数量而言是不是确定无疑，还不清楚。

2000 年，超过 30%的州法院案件移交给了联邦法院。

就理论的角度而言，我们并不清楚挑选法院是否符合效率。如果起诉人能够决定在哪里进行审判这一点上挑选司法管辖地，那么这就会产生对司法竞争的激励，从而竞相提供更好的诉讼服务。比如说，它们可以提供更为清晰明确的实体法，更为迅捷的决断以及更为专业化的服务。根据这一理论，特拉华州已经使自身成为了最有吸引力的审判地，在那里公司法的各项规定都可遇到。但是这类司法竞争也有其不足的一面。各州可能不是通过提供更好的服务来竞争，而是提供更为廉价的公正或者提供为客户或公司客户量身定制的公正来进行竞争。比如说，有些司法管辖区在过去十年左右，因对原告友善而著称。概而言之，对于挑选法院到底是好事还是坏事，尚且无从判断。①

那么，为什么挑选法院之风仍在升涨呢？凯文·克拉蒙特(Kevin Clermont)和泰德·埃森伯格(Ted Eisenberg)检视超过 3 000 桩案件，在这些案件里，居民的居住地多样性当可以允许原告在原告所在州、被告所在州或者联邦法院提起诉讼。② 他们推理称，原告会寻找对原告友善的司法管辖区进行起诉，而被告会寻求将案件移交到对被告友善的司法管辖区进行审判。因此，克拉蒙特和埃森伯格预测，一直保留在原告最初选择的司法管辖区的案件，比那些被告成功地将案件申请移交到联邦法院的案件，原告将更可能胜诉。事实上，他们的预测和检验的结论是一致的。原告在所有案件中，以超过 70%比例胜诉，但是在移交到联邦法院的案件中，这一比例下降到了 34%。该研究的一项重要的意义在于，挑选法院的初始能力支持了原告，而将案件移交到联邦法院的能力支持了被告。

诉讼种类上的变化也是引人注目的。比如，在 1962 年侵权案件占所有民事审判的 55%，占所有民事的陪审团审判案件的 81%。到了 2002 年，侵权案件已经下降到只占所有民事审判案件的 23.4%，在所有民事的陪审团审判案件中只占 26%。相反，在 1962 年合同纠纷占所有民事审判案件的差不多 20%。其中约 3/4 的审判是法官做出的，没有陪审团参加。到 2002 年，合同纠纷约占所有民事审判案件的约 15%，其中 53%有陪审团审理。20 世纪 80 年代，在联邦法院提起诉讼的合同案件比侵权案件要多。综合而言，合同加侵权，两类审判已经从 1962 年的占所有民事审判案件的 74%，下降到 2002 年的 38%。那么又是什么审判案件取代其位了呢？

在 1962 年，民事权利审判不超过总比重的 1%。在 2002 年，它们在所有审判中占据了 33%的份额，在所有有陪审团的审判中占了 41%。在其他各种争议中，有两类比较特殊，即劳工案件和知识产权案件。对于它们，同样总的趋势也是可以应用到

① 参见 Daniel Kessler & Daniel Rubinfeld, "An Empirical Study of the Civil Justice System," in A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, eds., Handbook of Law And Economics, v. 1 (2007)。

② Kevin Clermont & Theodore Eisenberg, *Litigation Realities*, 88 Cornell L. Rev. 119(2002).

它们身上的——也就是说，在审判数目上先有一个上升，然后近期有一个下降；由审判来处理的案件比例持续下降；陪审团审理的案件比例也从很小而变为很为普遍。

那么，同样的趋势可以适用到刑事犯罪上来吗？简洁的回答是，“可以”。在联邦法院，刑事待处理之案件已经从 1962 年的 33 110 件上升到 2002 年的 76 827 件，上升率在民事方面的一半左右。今天，刑事案件由审判来处理的百分比也是很小—— 2002 年不足 5%，这和 1962 年的 15%不可同日而语。刑事审判的绝对数量在 1962—2002 年间减少了 30%。

对于刑事审判的这种下降，一个可能的解释是联邦法院终审判决的执行。这一判决方针，由于“接受责任”(acceptance of responsibility)而以刑事违法水平减少的形式，为避开审判提供了激励动机。由于这一方针在 1987 年 11 月的执行，刑事审判数量自此开始下降。从 1962 年到 1991 年，刑事案件审判的百分比相对稳定在 13%—15%之间。然而，自 1991 年以来，这个百分比开始稳步下降(2001 年是个例外，有 0.06%的上升)，从 1991 年的 12.6%，到 2002 年时已经不足 4.7%。正如我们将会在第 12 章所要看到的那样，这一下降与美国始于 20 世纪 90 年代早期的犯罪数量的急剧下降是一致的。

何以会有审判数量上的如此巨大的下降呢？格兰特充分探讨了各种可能的解释。举例来说，他排除了诸多可能性的解释：如在程序法上有某些重大的变化，集体诉讼已取代行为的个体原因，以及诉讼法官的匮乏等等之类。①

对这一现象，有三个相互关联的解释值得进一步研究。第一，审判的相对成本显著提高了(可能是因为诉讼争议更加复杂，需要更多的律师业务，更为专业化的律师，更多的专家证人，更多的陪审团顾问等等之类)。

第二，相对成本的提高会引起争议人以其他方式替代审判，而寻找更为合适的纠纷解决方法。在网页便笺 10.4 中，我们已经说明其中的一种——仲裁和调节的优点，这些方法更为低廉，也比诉讼更省时间。即便是这样，还是有一些因果性证据表明，可替代事议解决方式方面的上升对于大规模的“化审判于无”仍然是不足的。我们知道，可替代事议解决方式在 20 世纪 90 年代提升很快，但是可能还无法充分解释自 20 世纪 80 年代以来在联邦法院“消失”的 30 万件合同案件。至迟在 1992 年，仲裁可以解释在美国 75 个最大的县的州法院所发生的案件，其中1.7%的合同案件的处理，以及 3.5%的侵权案件的处理。

第三，之所以审判更少发生，也可能是因为纠纷更少了，而之所以纠纷更少了，乃是因为今天比过去有更好的律师服务。如果表现如交易成本工程师一样的律师们在处理问题上不断地趋于娴熟，不但可以提供事前和平解决的方案，也可以较为成功地得出协商结果，那么，律师们在化审判于无上就居功至伟。可也有一个因果性证据反对这一点。回忆一下 1962—2002 年增长了 5 倍之巨的诉讼处理。在此期间，美国人口从 1962 年的 1.87 亿人，增加到了 2002 年的 2.9 亿人。因此，人均

① 浏览本书的网站，可以找到更多关于格兰特文章的信息。

纠纷在这一时期显著增加。但是，这本可以归因于个体和经济生活的不断提升的复杂性。在放弃更好的律师服务在化审判于无上居功至伟的可能性这一可能的解释上，我们还需要更多的经验工作要做。

3. 上诉

有时候，审判的判决并不是最终的结局。其中一方——甚至是胜诉方——可能会感到审判法庭错判了，而且结果不公平或者不充分。作为普通法体系的一项权利，任何一方都可以将审判法庭的判决上诉到更高一级法院。①

上诉不是没有成本的，事实上，成本还很昂贵的。在联邦法院，待判决的诉讼其申请费高达每方当事人 450 美元。此外，还有证明结果合乎上诉资格的费用，以及为调用下一级法院的记录费用，从审判法庭复印记录的费用，证明文件合格的费用，等等——所有这些上诉费用可能高达数以百计的美元。因为受理上诉的诉讼案在律师界属于一个专门的领域，雇佣律师打上诉官司的每小时费用几乎可以肯定会更加高——而且可能非常高——于初次审判时候的律师费。比如说，因事而定的费用安排上，对于原告律师来说收取法庭判决额度的 33%，而如果上诉且成功的话，将收取 40%的额度，这是一个惯例。在上诉案件里支付给成功的律师更高的比例，表明了在上诉时需要更为紧张密集性的律师服务。②

关于提起上诉的经济学理论与对决定进入审判的理论分析是一样的，可比照而行，但在成本上有些差别：上诉法庭有选择听取哪些案件的自由，当然选择自有其根据。举例而言，一个上诉法庭愿意考虑一件上诉案，这必然意味着在审判法庭上出现了法律应用上的错误。可以预测，这些错误必然稀少（当然其额外的成本也就更高），而绝大多数审判判决都不会到上诉这一步。统计数据也证实了这一点。

我们可以通过在伊利诺伊州和联邦司法部门待受理的上诉案件里寻找最近的一些趋势，从而来观察一下上诉法院的工作。表 10.1 给出了巡回法院（审判法院）和伊利诺伊州上诉法院在 2001—2005 年提起上诉的案件之统计数字。

表 10.1　2001—2005 年伊利诺伊州上诉案件统计

年份	巡回法院 总申请案件数	巡回法院 申请的民事案件数	上诉法院 申请的总案件数	上诉案件在总案件数中 所占比例
2001	4 071 700	646 350	9 226	0.002 2
2002	4 158 800	677 582	8 290	0.002 0
2003	4 171 700	697 700	8 182	0.002 0
2004	4 240 300	685 557	8 060	0.002 0
2005	4 213 700	672 781	8 153	0.002 0

注：待受理的总案件包括交通、重大犯罪、离婚、衡平法院诉讼事务以及其他类型的案件。

令人震惊的是，上诉案件在总案件数中的比例竟然如此之小——仅仅 0.02%。

① 参见本书第 2 章对上诉程序的讨论。

② 在上诉里，并没有新的证人或证据需要呈供，因此申请费和律师费是上诉人和被上诉人的主要支出。

所有上诉中约有一半是与刑事犯罪有关，一半是关乎民事的。

联邦司法部门的数字是从美国法院管理办公室得来的，但是只有一年时间，截至2006年9月30日。该数字显示，在前一年，12个联邦巡回上诉法庭处理了66 618件案件申请。在同一年，美国特区法院处理了总数达259 541件民事起诉和88 216件刑事起诉，2006年总起诉件数为347 757件。

结果，联邦法院的上诉率刚好低于20%，比伊利诺伊州的情况要高出不少。

结论

我们在这一章里发展了一套理论，用来分析法律程序的效率。我们定义了社会成本的简单衡量方法；区分了法律程序的几个阶段；并且在每一个阶段都将不同规则的激励效应加以模型化。单单凭借理论，并不能完全回答法律程序是否在某些国家过于繁冗和昂贵这一问题。于是我们还简单地浏览了对美国法律程序所进行的经验研究文献，并且发现这些文献在呈现出某些意外收获的同时，也大体上证实了本章理论分析的假说。

推荐阅读

Cooter, Robert & Daniel Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. ECON. LIT. 1067 (1989).

Cooter, Robert, *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, 14 INT. REV. LAW & ECON. 215 (1994).

Daughety, Andrew F., & Jennifer Reinganum, *Economic Theories of Settlement Bargaining*, 1 ANN. REV. LAW & SOC. SCI 35 (2005).

Donohue, John, *Opting for the British Rule, or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?*, 104 HARV. L. REV. 1093 (1991).

Ginsburg, Tom, & Glenn Hoetker, *The Unreluctant Litigant?: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*, 35 J. LEGAL STUD. 31 (2006).

Hadfield, Gillian K., *Bias in the Evolution of Legal Rules*, 80 GEO. L. J. 583 (1992).

Hay, Bruce & Kathryn Spier, "Settlement of Litigation," in PETER NEWMAN, ED., THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW (1998).

Posner Richard A., *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everyone Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. (1993).

Spier, Kathryn, *Tied to the Mast: Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Contracts*, 32 J. LEGAL STUD. 91 (2003).

▶11

犯罪与刑罚的经济理论

"犯罪的真实度量是其对社会造成的损害"

——贝卡里亚:《犯罪与刑罚》64(1764)

任何犯罪理论都必须回答以下两个问题:"何种行为必须受到惩罚"以及"惩罚程度应该多大"。第一个问题是区分犯罪的标准,而第二个问题则是讨论惩罚。我们将在接下来的两章中提出一个犯罪的经济理论,并将其与特定的道德理论进行比较。我们认为,就这两个一般性的问题而言,经济理论给出的答案更加确切可信,尤其是在处理具体犯罪的政策方面的问题更是如此。

绝大多数人并不觉得犯罪对理论是一个挑战,相反却觉得它威胁到生命和财产安全。曾经在许多人看来犯罪相当罕见,但是在许多国家犯罪却如家常便饭。在美国,每年约有 1/3 的家庭直接受到犯罪的影响。这样一来,许多热情洋溢的想法蜂拥而至,要求通过激烈的变革使得惩罚更加确定、迅捷、严厉。相反,同样激情澎湃的观点也相应出炉,认为这些改革的不公平损害了某些群体的利益。最近,美国犯罪率显著下降,鼓吹重罚的人则声称这种改善是严厉惩罚的结果;相反,反对者却认为犯罪率的下降,正好为取消严厉惩罚提供了一个新的理由。

为了进一步深入研究这些争论,刑事犯罪理论必须能够对不同犯罪政策下的犯罪率及其他政策目标值的影响做出预测。接下来的两章里面,我们将利用经济理论界定犯罪,并将其与民事过失区分开来,提出罪犯和警察的行为模型,校验犯罪率的统计数据,并对诸如死刑、手枪管制、毒品及犯罪惩罚的威慑效应等重要主题展开详细的考察。下面我们将先来具体讨论的几个刑法主题的例子:

例 1

金·布劳斯被认定是挑衅了乔·潘多斯,并将其鼻子打破。就惩罚而言,法官有权选择处以一个固定数额赔偿的惩罚或者是一次短时间的监禁。如果法官认定,每种惩罚对未来犯罪的威慑程度相同,那么应该选择哪种惩罚方式呢?

例 2

布劳斯被判以监禁，但是监狱已经满员，监狱当局无法再接纳更多的犯人。政府可以选择新建另外一个监狱，或是释放一些当前在押的罪犯，给布劳斯腾出牢房。哪种应对方案正好可以实现合意的犯罪威慑，并且最小化犯罪的社会成本呢？

例 3

小偷打碎了价值 100 美元的汽车玻璃窗，偷走了价值 75 美元的收音机。这个犯罪的社会成本是 175 美元（受害者的损失），还是 100 美元（受害者的损失减去施害者的得益），或者其他数量？

例 4

伊冯娜希望提高自己家的防盗安全。她考虑以下三种备选方案：(1)往窗户上增加护栏；(2)引进一种响声更大的防盗报警器；(3)买一只手枪。以上每种方案对她房子的盗窃概率以及邻居房子被偷概率有何影响？举例来说，伊冯娜的房子新装的护栏是将降低整个附近区域的犯罪率，还是仅仅将罪犯转引到别的住房？报警的警报会让邻居提高警惕吗？盗贼是否知道她有枪呢？政府应鼓励伊冯娜采取哪种方案呢？

这一章里面，我们先讨论传统刑法理论对这些问题的回答，接着给出一个犯罪与惩罚的经济理论。在我们看来，犯罪与惩罚经济理论可以克服传统法学理论的某些不足。

11.1 传统刑法理论

在英国，刑法的大部分内容最初都是普通法的一部分。但是往后几十年中，刑事诉讼条例渐渐取代了普通法的刑法。现今，不论普通法国家还是大陆法国家，现代刑法都是以法条法典的形式存在。这些法律条文可称之为传统的法学理论，而其中刑法和民法的差异主要体现在以下几个方面：

(1) 犯罪分子的行为是故意过错，而一些民法过失则是意外所致。

(2) 犯罪分子不仅对私人有损害同时也损害了公共利益。

(3) 原告是政府，而不是私人个体。

（4）相对民事诉讼，刑事诉讼的原告证据标准更高。

（5）被告一旦被判定有罪，将会受到惩罚。

一个完整的刑法必须解释为什么刑法和私法（或民法）有差别，以及刑法为何具有以上五个独特的特征。同时，它还同样必须回答本章开头提出的两个一般性问题。在回答这两个一般性问题时，经济分析的核心脉络着眼于社会福利。如果将某个行为视为犯罪有助于增进社会福利，那么就应该将其视为犯罪。类似的，犯罪的惩罚程度也应该遵从社会福利最大化原则。这些问题的回答将犯罪的经济理论置身于源远流长的功利主义思想传统之下。

与此相对，我们讨论的道德理论属于一种报复主义。这个视角下，刑事政策需要做的是正确的事情，而正确的事情就是惩罚那些有罪的人，错误的事情则是惩罚了无辜的人。惩罚的程度应该与犯罪的严重程度成比例，不成比例的惩罚也是错误。①

比较功利主义和报复主义理论的惯常做法是举出一些假想的例子，用一种理论来批判另外一种理论，或者是迫使人们在两者之间做出抉择。而我们的做法则显得更加务实一些。我们认为，道德理论只是提出了一些重要的问题，但在应用到犯罪政策时，可能给出了一些错误的答案，而经济理论则是提供了一个颇有裨益的分析框架。

网页便笺 11.1

我们关注的主要是犯罪与惩罚的经济理论，当然，有时候也会将之与报复主义的理论作一些比较。然而，两者的不同之处在此无法事无巨细地展开。刑罚报复主义理论源远流长，其完整内涵远比目前呈现的要复杂的多。刑罚报复主义及其与犯罪惩罚的经济理论之间的异同，在本书作者的网站上提供了更为详细的阐述。

11.1.1 犯罪动机

谨慎驾驶的司机没有过失，对他人安全的威胁也较为有限，相反一个粗心的司机有过失，给他人带来更大的危险。过失的司机必须补偿那些被他伤害的人。然而，即便是粗心的司机也并非对他人安全视若无睹，或者故意对他人造成过多的危险。故意给他人带来过多危险的司机的行事是疏忽。正如我们在第 9 章看到的，在有些国家中的疏忽行为，除了需要赔付补偿性损失，同时还要支付惩罚

① 参见本章结尾推荐的迈克尔·S. 莫尔（Michael S. Moore）的著作，对现代刑罚报复主义做了一个绝佳诠释。

性损失。

对他人安全视若无睹的司机，不一定就是故意撞人。但是，疏忽行为的背后却是故意伤害。“甚至一只狗都知道被绊倒与被踢倒两者有所不同”，因而法律肯定也清楚。有关意外伤害和故意伤害之间的区别，法律上有许多阐述。侵权法考虑的绝大多数是意外伤害，而刑法则主要关心故意伤害。

“Mens rea”（拉丁文“犯罪意图”）就是法律术语中的犯罪动机。[①] 为了讲清楚犯罪意图的具体涵义，必须区分意外伤害和故意伤害。考虑图 11.1 中的一系列连续行为的排序。

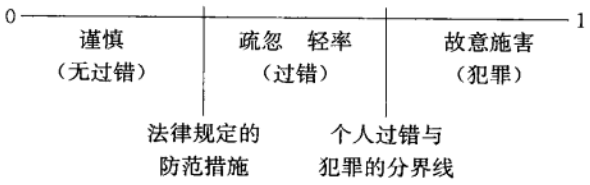

图 11.1　过错范围

从过错范围的最左端开始，施害者已经足够谨慎，因而无可指责。往右边移动，施害者的行为变得有过失，进而为疏忽，最后是犯罪。相比过失行为，谨慎行为过错要轻；而故意伤害的过错要大得多。按照这种连续性，过错和犯罪意图之间的分界线应该在疏忽和故意施害之间。行为人如果越过这个分界线，那么就从过错变成为有罪。

犯罪意图的进一步排序，有时候与惩罚的确定相关。举例来说，故意伤害某人以获取个人利益，相比残暴的伤害一个人并以受害者的痛苦为乐的恶性程度要低得多。因而，道德上评价一个行为人的行为，从好的无可指责一端到坏的残暴不仁一端，一定存在一个连续的排序分段。[②] 长久以来，许多哲学家和社会科学家都投身于这些排序区分。本章末尾在讨论完备理性和弱理性（diminished rationality）的时候，将对经济学家在这方面的贡献略作阐述。

问题 11.1

我们将犯罪界定为“对人身或财产的故意侵害”。在社会主义社会，“犯罪”一般被定义为一种“危害社会”的行为。你能联系以上描述的连续谱系讲出这两者定义上的区别吗？

① 有关犯罪意图的经济阐释，参见 Jeffrey S. Parker, *The Economics of Mens Rea*, 79 VA. L. REV. 741(1993)。

② 当然，我们也可以扩充这条线，在空格间隙中填上刑法里已有的区分。举例来说，范围的最左边是值得嘉奖的行为，最右边则是残酷暴行。

11.1.2 公共损害和公诉

依据我们所列的条目，犯罪的第二个显著特征就是伤害这一本质。从法律方面看，目前为止已经讨论了财产、合同和侵权，这里面绝大多数的侵害都是私人性的。刑法中大多数损害是公共性的。因而，仍未归案的谋杀犯危及社会的和平与安全，让未受到迫害的人也开始担心自己的身家性命。18 世纪著名的英国法评论家——威廉·布莱克斯通(William Blackstone)，曾经说道："这些野蛮残忍的伤害中(我们称之为犯罪)，私人过错已经完全被大众舆论所吞噬：因为社会要求是如此之巨，以至于人们鲜有提及个人是否满意。"①

下文将把传统上这种有关公共损害的讨论，与经济学中的公共物品理论联系在一起。我们的讨论将评判布莱克斯通所表述的传统观点，即犯罪损害了公众的利益，而侵权只导致私害。然而，就现在的讨论而言，我们先解释一下刑罚犯罪是公害的传统观点，几代律师在这一点上都持有相同的观点。

认为犯罪损害了公众利益的观点具有如下几点含义。首先，这表明民事诉讼和刑事诉讼的原告不同。民事诉讼中，原告是私人个体(受害者)。而刑事诉讼的原告是社会，由公诉人或检察长代表社会起诉。

其次，犯罪损害了公众利益这个观点也意味着可能存在"无受害者"的犯罪，比如赌博、卖淫和贩毒。这些犯罪中的关联方通常都是出于互惠利益而自愿参与交易。但是，传统刑法理论坚持认为这些交易存在受害者，即社会和平安全受到了威胁。

再次，传统公共损害理论主张惩罚致害的犯罪意图，即便犯罪未遂。一旦潜在致害行为没有造成真实的损害，即受害者的损伤为零，那么受害者往往缺乏民事诉讼的理由。但是，犯罪意图失效，即所谓的犯罪未遂，也给公众造成了恐惧和其他伤害。传统刑法理论认为，企图伤害他人即便没有成功也应当受到惩罚。

问题 11.2

请解释为什么制造假币也是犯罪？谁是受害者？

问题 11.3

试对以下两者做出区分：(1)鲁莽驾驶给他人带来危险，但却没有发生事故；(2)试图给他人造成恐惧但是犯罪未遂。

① William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, V. IV, P. 6 (1776, reptd. 1977).

11.1.3 证明标准

犯罪的第四个特征是起诉方的证据标准要求非常高。相比民事案件，刑事案件中起诉方必须能够满足更高的证据标准。普通法国家的民事案件中，正如我们在前一章所看到的，原告必须用优势证据证明这个案件，也就是说，原告的陈述必须比被告的更为可信。而在普通法的刑事案件中，起诉方必须提供**排除合理怀疑标准**的证据。

刑事案件之所以要求高标准的起诉证据，传统理论给出了两个解释。首先，误判一个无辜的人有罪，似乎比无法判定一个人有罪要糟糕得多。刑法试图努力在这两类错误之间做出平衡（统计学家分别称为第二类错误和第一类错误）以保护被告。其次，起诉方可以动员整个政府资源用以胜诉。于是，要求起诉方更严格的证据标准削弱了这种优势。再次，需要保护民众们免于遭受那些过度热衷追求官阶和政治晋升的检察官们的侵扰。

与普通法国家相比，一些大陆法国家鼓励法官和政府检察官之间建立良好的内部关系。例如，在德国，担任法官的官员之前一般都做过检察官，或者在这两者之间调任。这种内部私密关系的合理性在于可以减少法官和检察官的错误。知晓法官的视角有利于检察官避免浪费庭审时间。类似的，相比普通法国家，大陆法国家的法官在审判判决书的拟定方面，扮演了更加积极的角色。有过担任检察官公诉人的经历以后，法官拟定判词方面也明显更有效率。刑事案件中减少错误显得尤为关键，因为犯罪起诉过程对被告而言往往充满尴尬且代价高昂，即便最终的判定是“无罪”。值得注意的是，在普通法国家里有些人也会对大陆法国家法官与检察官之间的内部密切关系夸大其词，他们会说，这样一个检察官与法官不分的司法体系里，除非被告能证明自己无罪，否则都会被指认为有罪。这种说法错的离谱。①

问题 11.4

试解释公众对检察官的信心如何影响刑事案件审判中的证据标准。

问题 11.5

绝大多数的司法体系审判刑事案件时都有两个可能的判决结果：罪名成立或无罪。苏格兰的刑事审判却有三个结果：罪名成立、无法证明或无罪。试从证据标

① 根据《人权和基本自由保障条例》第6章第2款，欧盟要求所有成员国必须接受的加入条件包括，要求假定无罪，即除非被证明有罪，所有被控告有罪的人都是无罪。

准角度分析两种裁决结果和三种结果之间的区别。

11.1.4 惩罚

犯罪分子有受到惩罚的危险。惩罚可以有许多种形式:监狱监禁,有活动限制的缓刑[现在美国联邦法里面称为"监督释放"(supervisiory release)],或者罚金。这三种——监禁、缓刑和罚金——应该是最常见的惩罚形式。其他形式的惩罚还包括诸如强制劳动("社区服务")和必须身处在一些管辖区域里。在有些管辖区域里,被告仍旧可能受到殴打、伤害或被政府处死。欧盟的成员国已经禁止死刑,但是在其他一些国家,比如中国,死刑仍旧存在,而在美国的许多州中死刑消失一段时间后现在又重新恢复。

刑法中的惩罚和民法里的补偿不同。民法中的补偿力求以施害者为代价来恢复受害者的福利状况。而刑法的惩罚是让施害者福利受损,但却无直接让受害人得益。由于目的不同,每个特定案例中赔偿和惩罚往往是相互独立的。因此,在侵权恢复诉讼之后还有刑事诉讼,这时惩罚可能被置于赔偿之上。或者,政府也可能因伤害罪监禁施害的穷人,而受害者也无法提出侵权诉讼,因为施害者没有能力支付赔偿,这时惩罚就被用于代替补偿。

在那些涉及金钱的案件中,则可以用一个严格的定义区分赔偿和惩罚。完全赔偿就是赔付的金额,使得受害者在无伤害和伤害赔偿之间没有差异。我们在第9章定义了一个类似的概念,完全不当得利(perfect disgorgement),即让施害者在损害中得利和无损害之间没有差异的金额。根据定义,惩罚超过了不当得利。货币惩罚的金额必须让惩罚者相比损害赔偿和不损害之间更加偏好后者。利用例3可以对此加以说明,如果某窃贼打碎一个价值100美元的汽车玻璃窗,偷走了一个价值75美元的收音机,则完全赔偿就是175美元,完全不当得利是75美元,而惩罚就是罚金超过75美元。因此,犯罪分子将要给受害者支付175美元的赔偿,同时还支付给政府100美元的罚金。

问题 11.6

就入室盗窃而言,受害者的损失通常超过施害者的所得,而违约的情况刚好相反。原因何在呢?这对赔偿与惩罚金额的相对大小有何启示?

11.2 犯罪与惩罚的经济理论

传统刑法理论在界定犯罪的特征方面给出了几点理由,并且区分了刑事诉讼

和民事争端，但是并没有给出一个可预测的犯罪行为模型，也没有提出刑法的确切目标。本章即将展开的犯罪的经济理论，不仅要解决所有这些问题，同时还将涉及一些更宽泛的主题。首先，我们将对刑事诉讼和民事纠纷做出区分，并给出界定刑事犯罪特征的一些理由。进而，我们将从理性选择犯罪理论出发，构建一个犯罪行为的预测模型。最后，我们将提出一个清晰的刑法与刑事政策目标：犯罪的社会成本最小化。依据这一标准，来界定最优的刑事法律政策。

11.2.1 侵权法的不足与刑法的必要性

第8章和第9章中，我们讨论了侵权法如何通过让施害者，或者有些时候是受害者，内在化事故成本，从而实现有效率的激励。绝大多数犯罪行为同时也是侵权问题，这意味着大多数罪犯也可能受到民事诉讼的指控。倘若民事诉讼可以让施害者内部化犯罪的成本，那么从经济学视角看，刑法并无存在的必要性。然而，由于好几个方面的原因，民事诉讼无法内在化犯罪的成本。下面将逐一阐述这些理由以论证刑法存在的合理性。

第一个原因是考虑到补偿的非连续性的局限。第8章中，曾经说到当潜在的受害者对事故与否没有差异，即他们对伤害损失与无伤害损失之间没有差别，这时补偿是完美的。完美赔偿内在化了施害者造成的损害。然而，第9章中也曾经论证了，对绝大多数失去一条腿或一个孩子的人而言，完美赔偿实际不大可能。在此类案件里，法庭的损失支付是为了威慑不合情理的风险，而并非是在对实际损失进行赔付。

类似的，刑事惩罚目标是威慑故意伤害，而不是对故意伤害进行补偿。考虑一项犯罪的思想实验。多少钱才能让你同意允许他人用一个锤子伤害你呢？这个问题其实意义不大。无差异这个概念，很难应用到在诸如伤害这类犯罪上。结果，相关法律的目标也就不能在于完美补偿受害者或让施害者内部化成本。惩罚的目标与其说是对犯罪定价，毋宁说是为了威慑犯罪。政府禁止任何人故意伤害他人，并通过惩罚手段支撑这个禁令。因此，当完美赔偿不可能时，刑法就成了侵权法的必要补充。

完美赔偿即便理论上可行，事实上仍旧可能行不通。举例来说，设想存在某种水平的补偿，乔尼对弗兰克是否砍掉其胳膊没有差异。可这一赔偿水平在法庭上也无法证明。证明的困难在于，胳膊无法在市场上买卖；同样也无法确知失去胳膊对乔尼造成的损失。倘若法庭问乔尼觉得应当用多大的金额补偿损失，他可能也不知道答案，或者他的回答会有所夸大。一旦缺乏市场引导人们去揭示自己的主观估价，经济学家就说这时存在“偏好显示难题”。完美赔偿原则上有可能，但是由于存在偏好显示难题，事实上这将难以实现。

我们已经说明了赔偿不完美时刑法的必要性。但是，假定完美赔偿可行，无须借助刑法，私法能达有效率的结果吗？回答是否定的。为了说明理由，必须考虑其

他论证。在有关财产法的章节中，我们区分了保护利益和保护权利的差别。回顾一下，如果法律允许非法侵入，前提是非法侵入者须赔偿所有给物主造成的损失，那么法律是保护了物主拥有财产的利益。但是，这样一来法律并没有保护物主用度财产的权利，比如他可以选择不受他人侵扰。类似的，如果汽车事故的受害者得到完美的补偿，他们人身或财产的利益得到了保护，但是他们自顾自不受他人侵扰的权利却受到了侵犯。自顾自不受侵扰也是自由的一部分。保护利益保障了财富，而权利保护则保障了自由。

相比保护利益，权利更需要保护，这有很好的经济理由。在前面一些章节里，我们已经看到，当物品通过自愿互换取得时，整个社会境况都将改善，因为这种互换确保物品流动到那些最珍视它们的地方，这样做的结果使交易双方都变好了。如果物品的转手没有双方的一致同意，比如通过偷窃，则无法实现类似的保证。相比窃贼，窃品对物主而言可能价值更高。窃贼无需支付物主的要价。因而，刑法上的救济就应当规定保护和鼓励依托市场的自愿交易。

至此，我们已经论证了赔偿无法取代惩罚的两大困难：首先，完美赔偿可能不可行；其次，完美赔偿即便可行，法律也可能要试图保护潜在受害者的权利而非仅仅利益。

在有些情况下，还存在第三个理由必须用惩罚来补充责任：惩罚对威慑而言往往是必要的。为了说明这一点，设想一个窃贼正在盘算是否要去偷取一个 1 000 美元的电视机。假定窃贼只受制于财产法而不受到刑法的惩罚。盗窃对罪犯的预期成本等于预期责任：0.5×1 000＝500（美元）。窃贼的收益等于 1 000 美元。因此，窃贼的净收益等于 1 000－500＝500（美元）。在这个例子里，不存在惩罚的民事责任让偷窃有利可图。

一般而言，被抓获仅要求退还所盗赃物是无法威慑窃贼的。为了威慑窃贼，法律必须强加足够的惩罚，使得罪犯的预期犯罪净收益为负。之前的例子里面，威慑窃贼就必须要求退还电视机、或者 1 000 美元的价值，外加一个额外的罚金。

根据前面的讨论，侵权法的目标往往是内在化诸如事故风险之类的成本。一旦成本内在化了，行动者只要支付代价就可以随意行为。然而，由于完美赔偿原则上不可能或事实上不可行，或者人们需要法律来保护其权利而不是利益，或者实施错误系统性的侵蚀了责任，内在化就不再是适合的目标了。这些情形里，法律的合适目标是威慑。当目标是威慑时，行动者就不能自由支付代价而随意行为。相反，惩罚是要将代价调整到能够威慑那些即便支付代价仍旧偏好行动的行动者。

惩罚与行动者心理状态之间的关联，可以让评论者知晓法律的目标是内在化还是威慑。随着行动者对既定行为的心理依附提高，威慑行动者需要更大的惩罚。而若目标是威慑，随着行动的心理依附增加，惩罚的严厉度需要更大程度的提升。举例来说，威慑要求相同的行为，故意为之会比无意之举受到的惩罚要更加严厉。类似的，威慑也意味着累犯相比初犯会受到更重的惩罚。

相反，行动者之于行为的心理依附，对内在化目标并无影响。内在化考虑的是

行动者强加于他人的成本。他人的成本取决于行动所造成的损害，而不是行动者行为时的心理依附。随着行动者之于行为的心理依附增加，内在化并无要求惩罚相应提升。举例来说，内在化并没有要求对于同样的行为，故意为之的惩罚要比无意之举更加严厉，或者对累犯的惩罚要重于初犯。

现在，回到第一个根本问题，“何种行为必须受到惩罚”。一旦目的是威慑，行为就必须受到惩罚，而若目的在于内在化，则行为就必须给予定价。[①] 当完美赔偿无论原则上或实际上都不可行时，人们需要法律保护其权利而不是利益，或者当实施错误系统性地侵蚀责任时，法律的目标就应当是威慑。

问题 11.7

我们已经给出了刑罚取代侵权责任的三个理由。请分别结合具体例子说明每一个理由。

11.2.2 理性犯罪

我们已经就为何必须用刑法补充侵权法给出几个经济理由。接下来，将首先通过分析一个理性且无道德约束的人如何决策是否实施犯罪，提出一个犯罪行为的预测理论(后面将会考虑理性程度下降与犯罪之间的关系)。“理性、无道德约束的人”，是指那些不受罪恶或内在道德约束，刻意选择犯罪手段以达到非法目的的人。

犯罪可以根据严重程度排序，而惩罚则按严厉程度排序。典型的情况是，犯罪越严重惩罚相应越严厉。把这些事实刻画在图 11.2 中，犯罪的按严重程度沿着横轴排列，惩罚的严厉程度排列在纵轴。标记“实际惩罚”的曲线显示，刑法规定的惩罚的严厉程度为犯罪严重程度的函数。惩罚曲线右上倾斜表明，随着犯罪越严重惩罚越严厉。

为了更具体地说明这个图的含义，我们考虑一下非法占用犯罪。非法占用犯罪的严重程度，有时候是按照挪用的数量衡量。按照这个假设，图 11.2 横轴的度量单位就是美元。类似的，假定当下的惩罚是罚金，因而更严厉的惩罚就对应更高的罚金。根据这个假定，图 11.2 纵轴的度量单位也是美元。由于两个度量单位都是美元，因而图 11.2 中的曲线代表的是不同的惩罚表。45 度线代表了非常典型的一种旨在威慑的惩罚表，沿着 45 度线，惩罚的罚金与非法占用的数量完全等同。举例来说，某个人非法占用了 1 000 美元就必须支付 1 000 美元。当惩罚的严厉程

① 参见 Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 Colum. L. Rev. 1523(1984)。

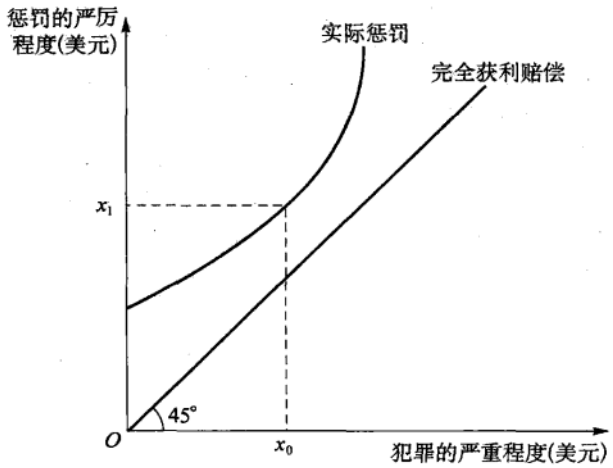

图 11.2　惩罚的严厉程度是犯罪严重程度的函数

度等于犯罪的严重程度时，惩罚将实现完全的获利赔偿。因而，图 11.2 中的 45 度线被标记为“完全获利赔偿”。

非法占有者一旦被抓就退还所偷的金额，可能无法实现威慑的效果。因而，非法占有的实际惩罚，必须超过完美获利赔偿。图 11.2 中完美获利赔偿线的上方，是另一条标记为“实际惩罚”的曲线。假定这条线代表既定司法系统的实际惩罚表，因此，非法占用数额 x_0 的实际惩罚是 x_1（具体的实际惩罚表形状由法律制定者决定。图 11.2 中的曲线形状只表示了其中的一种可能性）。

罪犯受到惩罚是一个概率事件。罪犯可能逃脱侦察或逮捕，或者被逮捕但却未被定罪。一个理性的决策者在谋划任何一个犯罪时（包括非法占有），已经将这种惩罚的可能性考虑在内。我们可以说理性的非法占有者计算非法占有的预期价值，这等于收益减去被抓获定罪的可能性乘以相应的惩罚。

公司犯罪？

公司时常会出现侵权。比如，许多消费者产品责任法都涉及公司侵权问题。一个公司出现侵权时，责任是指向公司组织，而不是公司的员工个体。但犯罪的情况如何？公司能否犯罪呢？证明公司犯罪存在一个私法上的困难：犯罪意图。个体可以有犯罪的心理，但是公司组织是否如此就不清楚了。犯罪意图要求存在做错的故意，并且造成了伤害。推想起来，组织没有心智，因而也不存在意图了（除了隐喻性的）。

只要认定公司不能有犯罪意图，公司可能的犯罪就局限于所谓的严格责任犯罪。严格犯罪责任不需要有任何做错的意图。严格责任犯罪的例子有出售未经认证的药品，或者在禁止路线上运输易爆物品。其他犯罪，诸如杀人、

诈骗或伤害，可以是公司员工所犯，但不是公司组织。

可以直接按照严格责任犯罪起诉公司，让监管者和其他官员又多了一个威慑公司错误行为的手段。在民事诉讼中，起诉方只需通过大量证据证明责任成立，但是损失赔偿只局限于错误行为实际造成的伤害（可能也有惩罚性损失赔偿）。刑事诉讼中，起诉方必须证明案件证据确凿不容置疑，这要难得多。但是，成功的刑事诉讼的结果是惩罚，不仅仅是责任而已。

问题 11.8

假定一个公司有侵权问题，同时又是严格责任犯罪。政府应当如何定夺采取民事诉讼还是刑事诉讼？

问题 11.8A

公司故意做某事这意味着什么？对公司的惩罚可以超过其资产价值吗？

为了说明这一点，如果非法占有 1 000 美元罚金为 2 000 美元，而罪犯被抓获定罪的可能性为 0.75，那么预期惩罚等于 0.75×2 000＝1 500 美元。为了体现这个不确定因素，可以在图 11.3 中原惩罚曲线的下方增加一条新的惩罚曲线（标记为“预期惩罚曲线”）。图中更低的惩罚曲线，等于高惩罚曲线减去惩罚的不确定性打折的部分。

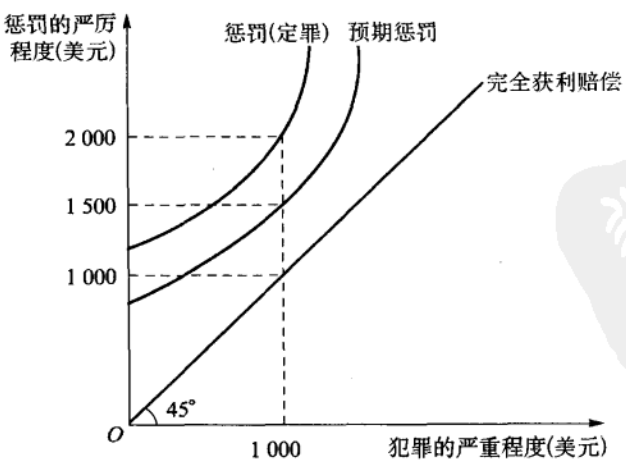

图 11.3　惩罚的不确定的影响

一个理性的罪犯如何应对预期惩罚表呢？在某些假设条件下，一个理性无道德约束的决策者将选择非法占有，只要收益超过预期的惩罚。[①] 即便根据假定惩罚存在不确定，图 11.3 中的预期惩罚仍旧超过完全不当获利赔偿，罪犯犯罪的预期境况将恶化。因此，非法占有将不会出现。大致想来，即便对那些理性自利、没有道德约束的人而言，犯罪往往也并非有利可图。因此，图 11.3 所代表的情形，大多数人实际上都对得上号。

图 11.4 显示的是另一种情况。在这个例子里，预期惩罚在非法占有数额处于 x_1 和 x_2 之间时均小于完全获利赔偿。在这个范围里面，犯罪的收益超过预期的损失，所以犯罪有利可图。这些条件下，一个无道德约束的决策者将会非法占有一些金钱。从图中可以清楚地看出最有利可图的犯罪将有多严重。犯罪的预期收益等于完全获利赔偿与预期惩罚之间的差距，即图中完全获利赔偿线和预期惩罚线之间的垂直距离。当犯罪的严重程度等于 x^* 的时候，垂直距离达到最大。我们可以认为理性的决策者将侵占 x^* 数量的金钱。

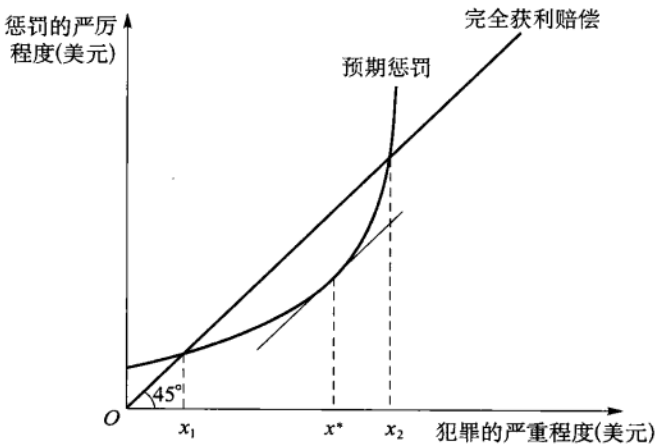

图 11.4　预期惩罚与犯罪决策

这个结论可以用边际价值加以表达。罪犯从犯罪严重程度提升一点所得到的边际收益，由完全获利补偿线的斜率给出，即 45 度线。罪犯的预期边际成本等于犯罪严重程度提高一点相应预期惩罚提高的数量，即由预期惩罚曲线的切线斜率给出。对小于 x^* 的所有 x 的值，罪犯的边际收益超过预期的边际成本，因而罪犯将提高犯罪的严重程度。而超过 x^* 的那些 x，预期边际成本超过预期收益，所以罪犯将降低犯罪的严重程度。而 x 等于 x^* 时，边际收益等于预期边际成本，因此不改变犯罪的严重程度，罪犯将实现净收益最大化。

① 我们隐含的假定了风险中性。保持预期惩罚不变，相比惩罚适中概率增加和严厉惩罚但概率较低，一个风险规避的人更容易受到威慑。

问题 11.9

图 11.2 中惩罚曲线与纵轴渐进相交于一个正的值，这一点有何重要意义？

问题 11.10

如果警察变得更有效率，抓住更多的罪犯，那么图 11.3 和图 11.4 将有何变化？图形的变化意味着罪犯行为将出现什么样的变化？

11.2.3 理性犯罪的数学表达

图 11.3 对应的理性犯罪行为模型，同样可以用数学符号加以表示。用变量 x 代表犯罪的严重程度（单位为美元），变量 y 表示罪犯从事犯罪活动的收益（单位为美元）。假定收益是犯罪严重程度的增函数：$y=y(x)$。

惩罚为 f，假定就是罚金，犯罪严重程度为 x 的惩罚由函数 $f=f(x)$ 给出。进一步假定犯有严重程度为 x 的犯罪被惩罚的概率由函数 $p=p(x)$ 给出。因此，预期惩罚等于惩罚数量乘以相应概率：$p(x)f(x)$。

理性、无道德约束的罪犯选择犯罪严重程度 x 以最大化他的净收益，这等于收益 $y(x)$ 减去预期惩罚：

$$\max\ y(x)-p(x)f(x)$$

函数 $p(x)$、$f(x)$ 的边际值，分别记为 p'、f'，表示犯罪严重程度 x 的微小变化，导致惩罚概率和惩罚程度的变化。类似的，y 的边际值记为 y'，表示犯罪严重程度的微小变化导致收益支付的变动。犯罪分子最大化净收益，即将选择非法占有钱财的数额会一直增加，直到新增加一个单位非法占有所带来的边际收益与预期的边际惩罚相等：

$$y'=p'f+pf'$$

犯罪分子的预期边际收益　　犯罪分子的预期边际惩罚的成本

多占有 1 美元的预期边际惩罚由两部分构成：惩罚概率 p' 的变化乘以罚金；惩罚程度的变化 f'，乘以惩罚的概率。我们可以给这两个部分分别标上符号。严重犯罪更能吸引执法当局的多倍努力，因此，随着犯罪严重程度提高，惩罚的概率通常会提升，因而，p' 一般是正的。进一步，随着犯罪严重程度提高，惩罚的严厉程度几乎总是增加，因此，f' 也为正。因为 p' 和 f' 通常都是正的，所以图 11.2、图 11.3 和图 11.4 中的预期惩罚曲线均向右上方倾斜。

可以用这个分析来预测边际成本和边际收益变化时犯罪分子的反应。刑法实施方面的投入增加，犯罪分子被惩罚的边际概率 p' 将提高。类似的，惩罚犯罪分子的投入增加，比如，增进罚金收缴系统的效率，这将提高惩罚的边际严重程度 f'。根据之前的等式和图形，p' 和 f' 的增加将降低理性犯罪分子实施犯罪的严重程度。

理性犯罪分子降低犯罪的严重程度，是为了平衡惩罚表中惩罚危险的上升。

我们之前解释了惩罚越严厉确定，就越能降低犯罪的严重程度。现在考虑一下像非法占有这类犯罪机会变化的影响。随着有利可图的犯罪机会的减少，犯罪的边际收益下降。根据之前的等式，犯罪的边际收益 y' 下降，理性犯罪分子将选择降低犯罪的严重程度。相反，当非法占有机会增加，理性犯罪分子将提高犯罪的严重程度，一直到受到惩罚的风险上升到某个水平正好能够补偿增加的犯罪机会。①

我们已经解释了理性、无道德约束的犯罪分子，如何应对惩罚概率、犯罪严重程度以及犯罪机会的变化。接下来，我们将讨论如何将这些预测应用到公共刑事政策当中。

随着预期惩罚的提高，犯罪严重程度和犯罪频率都将下降，这个命题正好对应于消费者对商品的需求曲线向下倾斜。经济学家对这个预测信心十足。

问题 11.11

假定惩罚函数 $f(x)$ 提高一个固定的额度 k，亦即 $f(x)$ 变为 $f(x)+k$。这将对罪犯行为有何影响？

问题 11.12

假定支付函数 $y(x)$ 提高一个固定的额度 k，亦即 $y(x)$ 变为 $y(x)+k$。这又将对罪犯行为有何影响？

11.2.4 理性犯罪模型在公共政策上的应用

上述有关理性犯罪的讨论主要集中于犯罪的质量，具体来说是犯罪的严重程度。然而，有关犯罪的讨论却往往都集中在犯罪数量上。需求曲线向下倾斜意味着价格下降一点，每个消费者都将多购买一些商品，比如汽油；或者需求曲线向下倾斜可能也意味着，有些之前没有购买的消费者购买了商品，比如房子。这个解释完全正确，之前没有购买某种商品的消费者现在加入了购物队伍，在需求分析中表明购物人数增加，需求曲线向右外侧移动，即所谓的“需求变化”。类似的道理同样适用于犯罪的数量及其严重程度。只需一个很微小的调整，有关犯罪严重程度的模型，就可以变成一个犯罪数量的模型。和之前的图形横轴代表犯罪的严重程度

① 你是否可以尝试解释清楚可能出现犯罪机会的系统性变化，比如非法占有。追踪公司资源技术的进步将给犯罪机会带来什么样的影响？同时，试解释机会成本如何影响犯罪决策。

不同，横轴也可以重新加以解释为代表理性犯罪分子犯罪的数量。和之前相似，纵轴代表惩罚的严重程度，即随着行为者犯罪数量增加，预期的惩罚愈加严重。按照这个解释，图 11.4 中的 x^* 代表理性犯罪分子的犯罪数量。

将每个犯罪分子的犯罪数相加得到整个社会的犯罪总数。于是，p' 或 f' 上升，或者 y' 下降，理性犯罪分子将减少犯罪数，而不是降低犯罪的严重程度。由于 p' 或 f' 的上升，将减少每个犯罪分子的犯罪数，因而所有犯罪分子的犯罪总数也会下降。图 11.5 描绘了这个情况，随着预期惩罚程度上升而总犯罪数下降。预期惩罚提高将导致犯罪数量下降这个命题，也和消费者的商品需求曲线向下倾斜命题保持一致。实际上，图 11.5 描绘了犯罪分子对犯罪的“需求”。预期惩罚提高将导致犯罪数量下降，因为有些犯罪分子减少了犯罪的数量，或者有些人不再参与犯罪。

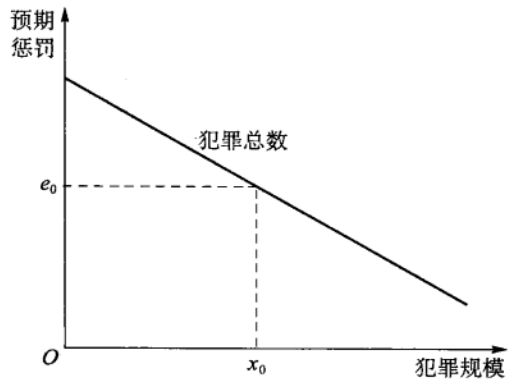

图 11.5　犯罪总量

随着商品价格上升，人们对其需求将下降，这个命题有一个相当著名的名称——“需求第一定理”。类似的，预期惩罚提高，人们将减少犯罪数量，此命题我们称之为“威慑第一定理”。可能你会认为，威慑第一定理不能成立，因为人们犯罪是出于情绪激怒、非理性或愚昧无知。然而，经济学家对基于丰富统计研究的向下倾斜的需求曲线则是信心十足。在实验室试验中，甚至老鼠的行为都遵循第一威慑定理，而人们即便是在境况最糟的时候，肯定都会比老鼠要理性的多。

我们感兴趣的问题并非随着预期惩罚的提高，人们是否将减少犯罪，相反，我们关心的是“犯罪率对预期惩罚提高的反应程度”。换句话说，我们关心的问题是犯罪的供给弹性。如果犯罪的供给富有弹性，政策制定者通过适当提高预期惩罚水平就可以相当显著地减少犯罪。而如果犯罪的供给缺乏弹性，则对政策制定者而言，理性犯罪经济模型所涵盖的变量相比其他变量，比如失业率、家庭结构、吸毒情况、学校教育质量等，并无更多的重要性。

必须说明一点，理性犯罪模型在许多方面对现实情况做了极端的简化。现实中，犯罪有多种多样的诱因，因而，有关犯罪的经验研究应该尤其依赖多元回归分析。此处，虽然无法讨论更加复杂的模型，但是我们将简要讨论一些简化的假定。

我们假定犯罪分子有充分的信息，知道犯罪相关的成本、收益和概率；还假定犯罪分子是风险中性；并且所有犯罪成本收益均可以货币化表达。绝大多数的犯罪分子对犯罪的收益、概率以及惩罚程度，都只具有非常有限的信息；犯罪分子也不大可能是风险中性，绝大多数人都是风险规避者，尽管有些犯罪分子通常是风险偏好者（后面我将更多讨论一些风险问题）；许多犯罪都具有非货币化的惩罚和收益，比如受到广大社会群体的唾弃，但同时却在罪犯圈子里面享有声誉。这些评价意味着经验研究中，以上简单的模型需要做一些调整。

11.2.5 犯罪行为和犯罪动机

经济学家通常将经济学中的决策模型视为是对人们行为的刻画，而不是在描述主观理性推理过程。因此，消费者往往被描述成仿佛是在计算边际效用。类似的，犯罪分子仿佛在比较犯罪的边际收益和预期边际惩罚。然而，绝大多数犯罪的实施，还要求存在犯罪动机。就犯罪实施而言，仿佛犯罪分子具有犯罪动机是不够的。他们必须确实有犯罪动机。因而，刑法考虑的是犯罪的原因，而不仅仅是犯罪行为。

即便关注的是犯罪行为而不是犯罪原因，经济学的理性选择模型仍旧不失为对犯罪心理的有用描述。犯罪动机通常可以根据故意的程度加以区分。比如，犯罪的实施可能是一个自发的自然行为，即犯罪分子事先没有任何计划。自发的自然犯罪分子并没有到处搜寻犯罪机会，而是一旦犯罪机会出现在他们面前，他们就实施犯罪。而另一个极端，犯罪分子事先可能精密谋划，并权衡所有的可能性。因而，一个有预谋的犯罪相比自发自然的犯罪，犯罪故意程度要高得多。

经济学模型可以理解为描述了一个理性、无道德约束的人，事先决策是否实施某项犯罪的故意程度。在精密谋划的犯罪中，经济学模型正好对应了罪犯的实际推理过程。而在自发的自然犯罪中，由于不存在故意策划，因而经济学模型可以被理解为是犯罪分子行为的描述，而不是他们推理过程的描述。就自发的自然犯罪而言，犯罪分子可能实际并不是按照经济学模型那样推理，但是他们的行为仿佛意味着他们是在做类似的推理。说犯罪分子的行为“仿佛”是故意为之，其意思是：一旦提供给他们犯罪机会以实施犯罪，他们马上就对收益和风险有所反应，仿佛已经权衡过那般。如果他们的反应确实如此，那么他们的行为就可以用经济学模型加以解释，即便他们的推理过程与这个过程并不一致。

许多刑法都聚焦于刑事审判，这主要考虑每个被告个体实施具体犯罪时的推定动机。然而，主要关注个人实施某项特定的犯罪，并非刑法的惟一视角。刑事司法体系中，针对犯罪的一般性政策必须由立法者和官员共同确定。举例来说，在一个城市中，警察必须决定到哪里去巡逻，而检察官则必须决策起诉哪些犯罪。这些一般性政策的制定必须着眼于其总体影响，比如犯罪的社会成本。

我们业已断定，如果犯罪事先有缜密的谋划，则经济学的选择模型正好描述了理性犯罪分子的谋划过程，而且我们也认为实施自发的自然犯罪时，理性犯罪分子

的行为仿佛受经济学模型所指引。如果这个断言可以成立，那么经验研究应当能证明，犯罪率对模型中所考虑的那些因素会有反应。具体来说，犯罪率的变动应当和对惩罚和收益的预测保持一致。这不只是一个逻辑问题，也有待经验事实来加以解答。幸运的是，有关这个问题已经出现了一大批证据，下一章将对威慑问题的研究做一个简单的文献梳理。我们接下来转而讨论那些不大理性的犯罪。

问题 11.13

为何对犯罪类型相同的犯罪分子，相比无心过失犯罪，法律对故意犯罪的惩罚要重的多？

问题 11.14

实验室试验表明老鼠对惩罚的反应符合经济理性，然而法律上老鼠却不能犯罪。为什么不能呢？

11.2.6 理性程度的下降——周末夜狂热[①]

有关行为的经济理论始于超级理性，但是并不止于此。许多犯罪和侵权都出现在理性程度下降的情形时，经济学家们也已开始对此建模研究。比如，许多犯罪都源于行为失常，第 8 章里曾对这些暂时性行为异常有过讨论。因为，年轻人暂时性的控制不了自己的情绪冲动行事，往往就演变成实施犯罪。我们将这种行为称为“周末夜狂热”。周末夜狂热的证据是，一个人在星期天早上醒来时想到：“我实在无法相信我昨晚的所作所为！”

本节将给出一个有关这类行为失常的经济模型。谨慎意味着对未来事件赋予适当的权重，而鲁莽则意味着对未来事件，所赋予的权重小得不合情理。偶尔的鲁莽是这样一类行为失常，即行为人一时将他行为未来的后果，按照比平时高得多的折现率进行折现。而如果当下这个行为非法，则行为人对未来的惩罚没有按照正常较高的折现率进行折现。

正式的阐述以上想法即是，设想某个人对未来的成本和收益的折现率，存在一个概率分布。大多数时候，这个人从分布的中心选取一个适中的折现率，因而他行动谨慎没有实施犯罪。然而，他时不时从分布的尾部择取较高的折现率。在这种

① 罗伯特·考特在许多篇文章里都讨论了这个模型，最近的是 *Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the Bad Man of Holmes*, Boston U. L. Rev. 78, 903(1998)。

情形里，这个人可能就出现行为失常并犯罪。

用符号表达以上推理即是，假定做坏事在时期 1 将马上获得收益，记为 b_1，而在时期 2 可能受到未来惩罚的风险，其成本记为 c_2，用 r 表示行动者对未来不确定性的折现。① “峰点”(Tipping point)，记为 r^*，表示即时的收益等于预期的未来成本。因而，如果行动者的折现率超过 r^* 就将做坏事，而那些折现率小于 r^* 的人将不会做错。

随着心情的变化，人们对未来的折现将各不相同。图 11.6 的横轴描绘了依赖型行动者心情变化折现率 r 的可能取值。纵轴描绘了行动者在某个时间取不同 r 值的概率分布 $g(r)$。如果从概率分布 $g(r)$ 中选取的真实值 r 大于等于 r^*，行动者将会犯罪。

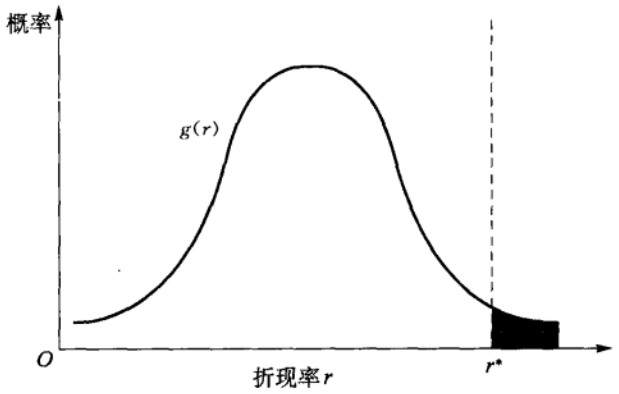

图 11.6　行为失常的峰点

上图分布右侧尾部的阴影部分代表行动者做错事的概率。相反，如果分布 $g(r)$ 中选取的真实值小于 r^*，则行动者将不会做错。概率分布中没有阴影的部分表示行动者没有做错的概率。

决定行动者之于未来不确定的折现率大小的心情，遵循一个神奇的化学过程。实际上，图 11.6 假定心情在任何时点上均无法预测，但是沿时间的分布却是可以预测的。行动者选取大于 r^* 的 r 值从而实施犯罪的概率较小。而在很大的概率下，行动者都将选取远小于 r^* 的 r 值，也没有实施犯罪。这些概率分布特征则是对应了犯罪不正常这个命题。

心情变数增加，行动者做坏事的概率也将相应提高。按照图 11.2 的术语，通

① 折现率 r 大于 1。举例来说，折现率可能是 $r=(1+0.07)$。因而理性行动者根据以下规则：

$$b_1-\frac{c_2}{r}<0\Rightarrow\text{不犯罪}$$

峰点出现在行动者对犯罪与不犯罪这两者之间没有差异。于是，峰点的 r 值，记为 r^*，可以通过求解之前的等式得出，即：

$$r^*=\frac{c_2}{b_1}$$

过将概率密度转移到尾部挤压分布，这将增加右侧尾部 r^* 的面积。r^* 右边的密度面积增加，意味着做坏事的概率也在提高。[①] 情绪波动易变对应着分布函数 $g(r)$ 的方差较高，这导致某些年轻人犯罪率居高不下。相反，心情变数较低则意味着做错事的概率下降。成熟后情绪愈发稳定，这将降低折现率的方差，进而年纪越大的人犯罪率将趋于下降。

惩罚 c 的提高可以降低犯罪吗？当行动者选择的贴现率接近峰点 r^* 时，惩罚 c 的微小变化将导致决策多少出现一些改变。举例来说，惩罚程度提高将导致行动者减少犯罪，而惩罚的下降将让行动者的决策更偏向于做坏事。因而，惩罚具有威慑效果。

我们之前曾给经济学家们解释过这个问题，然而问题在于要有多大程度的惩罚威慑。行动者选取接近 r^* 的可能性较低，然而选取比 r^* 大得多或小得多的折现率的概率却要高的多。而如果 r 并不接近 r^*，惩罚的微小变化并不能对决策有所影响。

既然鲁莽失常导致犯罪，那么更严厉的惩罚可能并非一个有效的威慑手段。惩罚的严重之所以无效，那是因为之所以犯罪是由于对未来的惩罚的折现异乎寻常的低。在这些情形里，增加惩罚的严重程度，对折现率乃至对行为的影响相当有限。相反，提高惩罚的确定性或及时性对威慑犯罪而言将会更加有效。举例来说，如果学校中十几岁的青少年，时不时会对彼此暴力相向，那么一个秩序维护员在场保证及时确定的惩罚，相比提高未来惩罚的严重程度，效果要好的多。

相比成年人，年轻人的情绪更容易波动。用图 11.6 的术语来说就是，年龄降低了 $g(r)$ 的方差。于是，对年轻人的犯罪威慑需要及时确定的惩罚，而严厉但不大确定也相对遥远的惩罚，则可以威慑一些成年人的犯罪，比如非法占有。总体上，政府应当对年轻人行为失常导致的犯罪和成年人的故意犯罪，分别施以不同的惩罚。对冲动的年轻人而言，惩罚的确定性可能相对重要，而对故意犯罪的成年人来说，惩罚的严厉程度重要性要更高一些。

最近的一项经验研究肯定了，相比惩罚的确定性，严厉的惩罚不大能威慑年轻的犯罪分子。对许多犯罪而言，当犯罪分子达到 18 岁变成一个法定的成年人，法律规定的惩罚严厉程度将急剧上升。如果惩罚的严重程度有威慑作用，那么越接近 18 岁生日人们所犯的罪应当增加，而一旦达到 18 岁，他们的犯罪数量应当大幅下降。与这个预测刚好相反，有关佛罗里达州逮捕数据的经济分析表明，当个体 18 岁时犯罪概率并没有下降的趋势。即将成为法定成年人的年轻人，并未受到他们面临的惩罚的非连续提升的威慑。虽然更长时间的监禁惩罚似乎没有威慑作用，但是惩罚的确定性提高却有威慑效果，这意味着将钱财从监禁转移到警察项目上，可能可以显著减少年轻人的犯罪。[②]

① 更确切地说，做错事的概率增加，或是不会减少，而分布 $g(r)$ 的均值保持不变。

② David S. Lee & Justin McCrary, "Crime, Punishment, and Myopia", NBER Working Paper 11491 (2006).

除了惩罚，这个模型还预测社会政策可以通过降低情绪的波动进而减少犯罪。举例来说，化学兴奋剂或镇静剂，比如酒精和毒品，增加了情绪波动。减少酒精和毒品使用的社会政策将能降低犯罪。心理咨询测试及新医疗药品的使用，则可以帮助青少年稳定情绪。正常的生活节奏，比如稳定的工作，对大多数人而言大都可以降低情绪波动。

至此，我们已经解释了情绪可能导致行为人对未来的折现偶而不大合理。另外，也有研究表明，一些人、尤其一些年轻人，对未来的折现整体上都不大合理。最重要的经验发现是，相比未来与当下的选择权衡，人们对两个未来的选择之间的权衡要一致得多。为了说明这一点，假定一个小孩必须在星期六得到一个糖果和在星期天得到两个糖果之间做出选择。如果选择发生在星期一、星期二、星期三、星期四和星期五，他都偏好两个糖果。而一旦星期六来临时，这个小孩可能改变主意选择立马得到一个糖果，而不是第二天得到两个糖果。注意到小孩在两个未来选择之间的权衡，与其在当下与未来选择的权衡之间存在冲突。[①] 与未来两个选择之间的权衡相比，小孩对未来与当下选择之间的权衡显得不合情理。而一旦人们按照这种不合理的方式对未来进行折现，那么做错事的当下收益相比未来的惩罚要有吸引力得多。于是，提高未来惩罚的强度对他们的行为影响十分有限，因为未来对其行为几乎没有影响。

对未来的不合理折现，不论是偶发性或系统性，都是理性程度下降的一种表现，这也困扰了许多人。若理性程度下降了太多，人将变得精神失常。从法律上看，一个精神失常的人无力实施犯罪。美国的精神失常无罪抗辩源于19世纪的迈克·纳顿(M'Naughten)规则：行为人无法区分对错，则为精神失常。犯罪分子知晓这两者的区别而会做错误的选择，然而，一个精神失常的人由于无法分辨这两者，于是无法做出适当的选择。由于一个精神失常的人法律上无法对之进行惩罚，因而他必须被限制行动自由，直到其精神失常的状态不再威胁到他人。

大体来说，那类无法区分对错的人，与不受威慑的人并不完全相同。限制自由的威胁，有可能威慑一些法律上判定为精神失常的人伤害他人。总有一天，心理学家或经济学家可能可以增进我们区分哪些精神失常能被威慑、哪些不能被威慑的能力。而人们必须设计出特殊政策以威慑前者，正如我们建议对年轻的犯罪分子采取特殊政策，强调惩罚的确定性和惩罚强度。

11.2.7 公民行为

当下讨论的犯罪的经济学模型假定，行为人基于自利计算决定是否遵纪守法。

① 经济学家将这类行为称为"时间不一致偏好"(time-inconsistent preferences)，哲学家称之为"自控能力缺失"(akrasia)，心理学家则将其命名为"双曲线型折现"(hyperbolic discounting)。就政策应用来说，参见 Jonathan Gruber & Botond Koszegi, *Tax Incidence when Individuals Are Time Inconsistent: The Case of Cigarette Excise Taxes*, 88 J. Pub. Econ. 1959(2004)。

事实上，许多人之所以遵守法律是源于内在固有的动机和对法律的尊重。抑制犯罪需要大多数有德之士帮助警察和其他政府官员。没有公民对法律的尊重，国家就将由于千千万万的细微错失而分崩离析，正如奥登的诗歌“罗马的秋天”(The Fall of Rome)所描述的：

幻觉遍布夜礼服；
国库代理人穿过；
偏僻小镇的下水道；
追赶着潜逃的抗税者。

履行公民行为，诸如协助警察破案，通常费时费钱，又要搭上一些努力牺牲某些机会，同时带来一些不便或危险。因而，图 11.7 的纵轴代表人们为履行一个具体的公民行为愿意支付的数额，横轴代表部分公民们对此愿意支付的价格。根据图 11.7，一小部分人愿意支付较大的数额，而大部分人都只愿意支付很小的比例。大约有 80%的公民都愿意为履行公民责任支付一些代价，虽然数额大小有所差异，而大约 20%的人则一点都不愿支付。为了更具体的说明这一点，设想某个国家里 80%的公民都愿意耗费一些时间和精力协助警察破案，但是每个人愿意支付的数额并不相同，而 20%的公民一点都不愿支付。因此，80%的公民将公民责任准则内化了，而 20%的人则对这些准则置身事外。

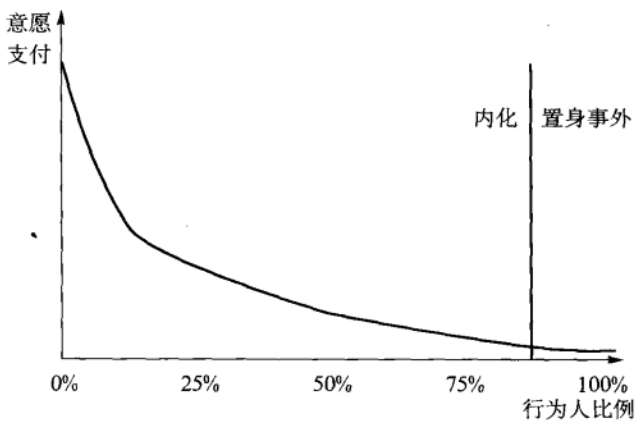

图 11.7　公民行为的意愿支付

按照经济学专业术语，意愿支付曲线刻画了公民行为“偏好”的分布，偏好是人们内在的东西。

开车令人快乐，这是一种内在的价值，而开车上下班则是工具价值。这两种汽车使用方式的需求曲线，经济学分析略有不同。① 类似的，公民行为既有内在价值也有工具价值。公民行为之于行为者的工具价值，通常取决于其从成为一个好公

① 内在价值带来“最终需求”，而工具价值创造了“引致需求”。导致最终需求和引致需求变化的原因并不相同。

民中所获得的声誉收益。例如，人们可能偏好同有良好声誉的人做生意。图 11.7 中的意愿支付曲线描绘了公民行为的内在价值而不是工具价值。图 11.7 中工具价值是通过成本曲线被纳入分析，接下来我们将对此进行讨论。

履行一个人的公民责任，比如协助警察，通常意味着费钱费力、不便、风险或机会丧失的直接成本。而履行公民责任也将给行为人带来一定的工具收益，比如提高声誉。在直接成本中扣除工具收益将得到净成本。图 11.8 描绘了履行公民行为的净成本。

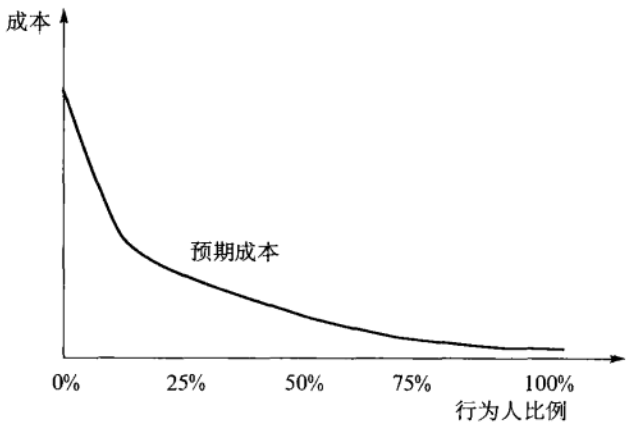

图 11.8　公民行为的成本

大体上，随着遵纪守法人数的增加净成本可能上升或下降。图 11.8 描绘了遵纪守法人数增加成本下降的情况，这有一个简单的解释。人们极为容易受到群体压力的影响，对此有许多描绘，比如屈从，羊群效应或社会团结。由于群体压力的存在，行为流行程度提高其成本趋于下降。具体例子就是，随着越来越少的人在机场吸烟，不吸烟的人将会感到，要求吸烟者遵守不能吸烟的规则受到抵制的可能性将下降。或者当绝大多数人都协助警察，每个如此行为的人都会觉得他受到犯罪分子报复的风险趋于下降。

下面一幅图将之前的两幅图合并在一起。具体来说，图 11.9 不仅描绘了支付意愿，同时还给出了成本曲线。它们的交点，大概在 40%的地方，代表均衡的公民行为水平。为了提高均衡的公民行为，公共政策可以试着激励更多人内在化公民道德，即将意愿支付曲线移往左上方。提高公民道德修养可能可以源于学校教育对公民责任的强调。类似的，为了提高均衡的文明行为，公共政策可以尝试降低其成本，即将成本曲线移往右下方。成本的下降可能由于政府对文明行为的褒奖，或者对有良好公民声誉的嘉奖。

均衡的文明行为的一个重要特征需要进一步加以解释。在之前的图形中，意愿支付曲线等价于消费者理论中的需求曲线。注意到意愿支付曲线具有类似通常需求曲线向下倾斜的斜率，然而图 11.9 中的成本曲线等价于供给曲线，同样也是

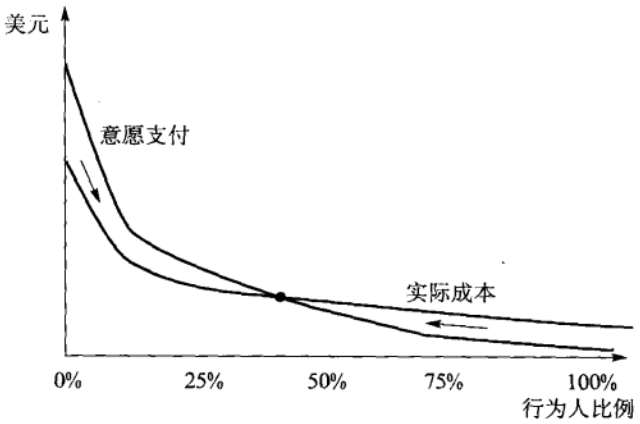

图 11.9　稳定的内点解

向下倾斜，这与正常的供给曲线形状有所不同。

如图 11.10 所示，如果供给曲线与意愿支付曲线相比，向下倾斜的更加陡峭，将出现一个颇有意思的效应。与两个曲线相交存在一个稳定的均衡点不同，这时图上出现两个稳定的角点均衡。在一个角点，文明行为的人数比例为 0，而另一个角点人数比例高达 100%（脚注对此做了解释①）。

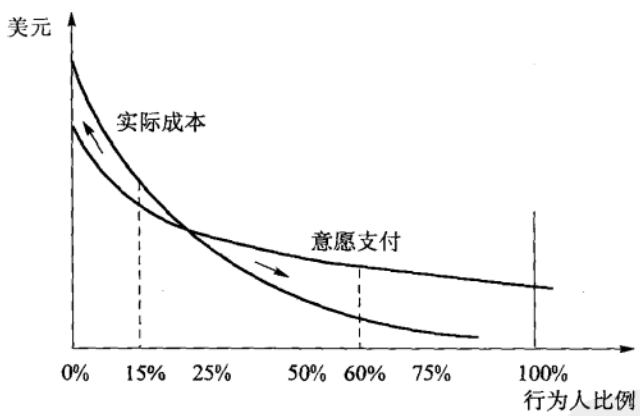

图 11.10　角点解

这个例子的要点是，最终可能出现非常多或非常少的文明行为举止的情形。这两种可能性分别对应，许多人帮忙抑制犯罪和几乎没有人协助抑制犯罪的两个

① 试考虑当图 11.10 中采取文明行为的行为人比例变为 15%将会出现什么变化。在那个点上，文明行为的真实成本超过行为人的意愿支付，因而采取文明行为的人数将减少。这个过程将一直延续到没有人采取文明行为。相反，考虑一下图 11.10 中文明行为的行为人比例变为 60%将出现什么情况。在那个点上，文明行为的实际成本将低于人们的意愿支付，因而采取文明行为的人数将上升。而这个过程将持续到 100%的行为人都采取文明行为。

世界。这些情形里，法律发挥了一个完全异于威慑的关键性作用。与威慑犯罪分子不同，法律可以激励良好公民移动到这样一个均衡，即许多人都采取文明行为而犯罪较少。用经济学的专业术语说就是，刑法“协调”了良好的市民合作，因而社会实现了一个低犯罪率均衡。

网页便笺 11.2

正如我们即将在接下来的章节中看到的，在此之前勾勒的经济学理论均有许多清晰且可检验的预测，现在我们来对异常丰富的经验工作做一个总结概述。你也肯定知道有其他犯罪决策理论。其中最为著名、同时也被广为接受的一个就是所谓“社会经济理论”。作者的网站对这个理论做了一些概述，并给出了一些相关的参考文献。

11.2.8 刑法的经济目标

犯罪给社会带来各式各样的成本，可以将其简化归结为两个基本类型。第一，犯罪分子获得了一些收益，而受害者个人或财产受到了损害。根据经济学家们的标准观点，最终的社会损害等于净价值损失。例 3 可以说明这一点，如果窃贼打碎价值 100 美元的汽车窗户，偷走了价值 75 美元的收音机，那么犯罪的收益为 75 美元而受害者的损失为 175 美元，社会净损失为 100 美元。净损失等于损坏的价值，而不是价值的重新再分配。第二，政府及潜在的犯罪受害者所支出的用于保护免受犯罪侵害的资源。例如，房主在窗户上安装上护栏，城市里雇佣警察在街上巡逻。

现在讨论两类基本的社会成本：犯罪的净损害以及为防范犯罪的资源支出。最优犯罪数量或有效率的威慑必须权衡这些成本。为了分析刑法，假定有以下简单目标：**刑法必须最小化犯罪的社会成本，使其等于犯罪所造成的损害以及防范犯罪的成本。**

就分析而言，这两类基本的社会成本已经足够。如果分析需要更加复杂，也可以限制或扩充社会成本的类型。举例来说，犯罪行为将犯罪分子的努力从合法活动转移到非法活动当中，这存在一个机会成本。例如，从事于非法占有资金活动的会计，在会计簿记方面的时间将缩减。进一步看，关进监狱中的会计也无法为客户审计会计报表。会计犯罪的机会成本可能大到足以影响针对非法侵占的最优威慑。为了满足分析的需要，我们时不时地将对社会成本的定义进行扩展，比如包括犯罪分子机会成本的损失。

另一个复杂性涉及犯罪分子所感知的犯罪收益。按照经济学家们的标准看法，正如之前提到的，犯罪分子的收益部分弥补了受害人的成本。然而，道德家们可能会说犯罪分子的非法所得不能记为社会收益。正常人对此问题也是见仁见

智，这取决于案件的详细细节。举例来说，绝大多数人认同一个迷失荒野中的人，从一个无主木屋中偷取食物活命的收益应当记为社会收益；同样，绝大多数也会同意，强奸犯所感受的愉悦（如果真有这种愉悦的话）相当于受害者的痛苦，就不应当被记入社会收益。

不幸的是，政策制定者碰到的许多重要例子中，有关犯罪收益的社会价值，人们很难达成一致观点，即便是经济学家也是如此。举例来说，有些政府行业管制通过纠正市场失灵从而改善效率，例如禁止往河流中倾倒有毒的化学品，而其他一些限制竞争的管制利润，在政治上对某些利益集团有利，例如限制农产品种植。有关管制存在的分歧最为戏剧性的例子就是，20 世纪 70 年代美国最具想象力、最能赚钱的金融家迈克尔·麦肯（Michael Miken），他用高风险债券（“垃圾债”）融资对公司进行杠杆性收购及敌意接收。由于触犯了证券法中的技术性规定，他被处以监禁。一些经济学家坚持认为，他的所作所为有助于美国工业的现代化，而其他一些经济学家则认为他的欺诈行为损害了证券市场。

如果政策制定者对犯罪的社会收益存在分歧，对经济学家而言最好的策略莫过于澄清问题，而不是试图解决争议。遵循这个策略，我们将尽可能回避这类争论中需要选定立场的结论。

问题 11.15

衡量谋杀的社会成本有哪些方法（回顾我们在第 9 章中如何对事故中丧生的生命赋予价值）？

问题 11.16

试比较刑法与侵权法的简单经济目标。

11.2.9 犯罪威慑的最优规模与有效率的惩罚

图 11.11 描绘了如何在犯罪导致的净损失成本与预防犯罪成本之间进行权衡。图中，横轴度量犯罪活动的下降，原点代表没有任何下降，到犯罪 100%消失，纵轴度量的是美元价值。曲线 MSC_D 代表为实现一个既定的犯罪数量下降所耗费的边际社会成本，MSC_D 向上倾斜，因为官员一开始采取的是简单的威慑措施，而后是逐级递增。结果，为实现既定水平的犯罪数量下降，成本变得越来越高。例如，相比犯罪率已经下降了 95%，当犯罪率只下降 5%时，进一步减少 1%的犯罪率要容易的多。

曲线 MSB 衡量的是，实现既定水平的犯罪率下降或威慑的边际社会收益。因

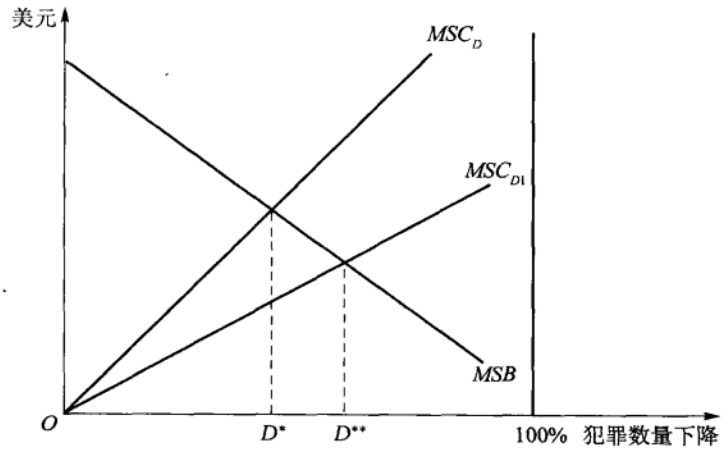

图 11.11 威慑的有效水平

为对整个社会而言，随着犯罪总量的下降，犯罪率下降一个较小的比率，社会收益趋于减少，所以 MSB 向下倾斜。因而，对社会整体而言，相比犯罪率减少 95%到减少 97%，犯罪率从减少 5%到减少 7%收益要大的多。

社会最优的威慑水平出现在进一步降低犯罪率的边际社会成本等于边际社会收益时。图 11.11 中，社会最优的点是标记为 D^* 的威慑水平。注意到任何犯罪下降水平低于 D^*，再减少犯罪的边际社会收益超过边际社会成本，因而社会应该进一步降低犯罪规模。类似的，任何超过 D^* 的犯罪下降水平，再减少一个单位的犯罪的边际成本超过边际社会收益，因而社会应该允许更多犯罪不受到威慑。

注意到 MSC_D 和 MSB 的变动将导致最优威慑水平改变。例如，假定犯罪威慑的资源投入的机会成本下降，而威慑的边际社会收益保持不变，MSC_D 将下降到 MSC_{D1}，最优威慑水平将提高到 D^{**}。

只要威慑有成本，则最优犯罪数量将大于零。高昂的威慑成本使得一个理性社会不会试图去消灭全部的犯罪。如果威慑成本增加，则最优犯罪数量也将上升。而如果犯罪的净危害上升，最优犯罪数量将趋于下降。

下一章将讨论那些试图确定美国的边际威慑成本是大于还是小于犯罪率下降的收益的研究。换句话说，这些研究试图确定美国的 D 值是大于等于还是小于最优威慑值 D^*。

值得注意的是，这种数学表达从许多方面简化了最优威慑的计算，其中一个重要简化是没有模型化相关犯罪的最优惩罚谱系。犯罪惩罚并非是独立的，而是相互整合形成一个惩罚的体系，这对惩罚的最优规模将有影响。在轻罪上使用强有力的威慑力量，将意味着无法将其应用于严重得多的犯罪上。

为了说明这一点，假定终身监禁是一个社会最严厉的惩罚，并且法律规定非法占有将被处以此种惩罚。现在假定一个警察在追捕一个带枪的非法占有者。如果警察抓到非法占有者，按照严酷法律的要求，犯罪分子将受到终生监禁。因而，非

法占有者也有可能试图开枪射杀警察。如果他成功杀掉警察将可以逃逸。但若失败，也不会有更多的追加惩罚，因为非法占有的惩罚已经最为严厉了。这个例子里面，对轻罪的严厉惩罚将降低对重罪的威慑程度。颇为遗憾的是，设计惩罚时将这些情况考虑在内，所需要的数学知识已经超过本书的范围。

符合效率要求的严酷惩罚，可能侵害犯罪分子的道德或宪法规定的权利。例如，考虑一下一个法律对非法占有微不足道的现金就处以死刑。这个法律在犯罪的严重程度和惩罚的严厉程度上就非常不平衡。绝大多数人会认为此种法律不道德，而美国的法官可能会宣称其违宪。这类非经济方面的考虑，可能也制约了最优威慑的设计。

问题 11.17

假定给警察配备电脑将提高警察队伍的效率。图 11.11 将如何变动？

问题 11.18

假定配备电脑后犯罪分子将有利于逃脱追捕。图 11.11 将如何变动？

11.2.10 最优犯罪威慑手段的数学表达

我们已经说明了如何确定最优威慑规模，接下来开始分析最优的犯罪威慑手段。有许多配置方案可供选择，比如警察是徒步巡逻还是坐车巡逻，增加警察规模还是检察官规模，以及更多使用罚金惩罚还是监禁惩罚。我们将详细考察这些选择，进而试图勾勒一些内在的基本原理。

首先，考虑惩罚的确定性和惩罚强度提高这两者之间的资源配置选择。比如，在警察项目上分配更多资源则惩罚的确定性增加，而若分配更多资源在监狱上，则惩罚时间将延长。注意到预期惩罚等于惩罚的概率乘以惩罚的强度。举例来说，表 11.1 的四行分别代表不同的惩罚强度 f，比如可以是美元为单位的罚金，相应的概率 p，而最终预期的惩罚 $p \times f$ 均等于 10。

表 11.1 犯罪的预期惩罚

f(惩罚强度)	p(概率)	$p \times f$(预期惩罚)
10	1.00	10
20	0.50	10
40	0.25	10
100	0.10	10

将惩罚概率乘以惩罚的严厉程度将得到预期惩罚。为了简化分析，假定如果预期惩罚不变，犯罪规模将保持不变。根据这个假定，上面这张表中罚金和概率的四种组合，犯罪数量将相同。于是，从社会的角度来看，有效率的组合应该是成本最低的组合。几乎可以肯定，罚金 100 惩罚概率为 0.1 是成本最低的惩罚组合。这是因为惩罚概率提高则警察与检察官方面的支出将增加，而收缴高罚金并不比低罚金需要耗费更多的成本。确实，罚金的成本如此之低，因而，只要罚金相对犯罪分子的财富不是太高，罚金惩罚对政府而言就更有利。由于相比罚金惩罚的严厉程度，惩罚的确定性对政府而言成本要高许多，因而加大罚金规模降低惩罚概率，比罚金低而惩罚概率高要有效率得多。

罪犯保险？

我们已经解释了政府应当尽可能通过罚金而不是监禁威慑犯罪。然而，可能由于犯罪分子无法支付相应的罚金而限制了其应用。犯罪分子的破产迫使司法系统诉诸以监禁惩罚。保险可以克服破产约束，例如，100 000 美元的罪犯罚金保单，可以确保资产仅为 100 000 美元的人有能力支付 50 000 美元的罚金。

于是，政府似乎应当鼓励罪犯的罚金保险。而实际上，美国和其他国家或地区通常都禁止覆盖罪犯罚金的保单。显然，官员们担心，由于道德风险，保险将会促使犯罪分子实施更加严厉的犯罪，因为惩罚最终是落在罪犯保险人身上。按照这个论证逻辑，保险不利于犯罪威慑。然而，如果准许针对罪犯的罚金保险，保险公司将需要监督保单持有者，并确保其不实施犯罪。因此，保险公司的私人法律实施，将对警察的公共法律实施构成补充。保险公司的私人法律实施在犯罪威慑中可能会很有效率。这类法律值得反思。

迄今为止，我们的讨论都假定犯罪分子有能力支付罚金。而许多犯罪分子实际上穷到无法支付与自己罪行严重程度相当的罚金水平。这些情形则就需要监禁惩罚。按照经济学术语，可以说监禁确保制裁可以避开犯罪分子的破产约束。然而，对政府而言，罚金非常廉价而监禁则成本高昂。这个事实对罚金和监禁判决的最优组合有一重要启示：在未先榨干犯罪分子支付罚金的能力之前，将其投入监狱基本上是愚不可及的。倘若政府没有遵守这个规则，而监禁了有能力支付罚金的犯罪分子，那么它原本还是可以通过最大化罚金规模，相应减少监禁惩罚而维持威慑水平不变，从而节约纳税人的钱。罚金与监禁惩罚的最优组合，应当包括犯罪分子所能支付的最大罚金数额。这个事实即刻鼓动政策制定者想方设法提高犯罪分子支付罚金的能力。下一章中，我们将介绍北欧发明的一个惩罚体系，名为“日罚金”，试图克服犯罪分子的破产约束使其无法支付罚金。

之前的讨论解释了，不合理的未来值和现值之间的高折现率，削弱了未来惩罚威胁的威慑力。现在将这种理论应用到监禁上。如果所考虑的惩罚是监禁，惩罚严厉程度提高意味着监禁时间延长。由于折现率异常高，在监禁惩罚期结束时再新增加时间，其威慑价值将微乎其微。① 表 11.2 用数字诠释了这一事实。对一个特定的犯罪分子而言，表 11.2 中的每一行描述的是，构成相同威慑程度的不同惩罚强度与确定性的组合。因此，从表中的每一行移动到另一行，将不会改变该犯罪分子的犯罪数量。第一行中，10 个单位的监禁惩罚相应概率为 1。第二行，惩罚概率从 1 下降到 0.5，为了弥补这种下降维持威慑不变，表 11.2 表明监禁必须从 10 个单位上升到 30 个单位。类似的，惩罚概率从 0.5 下降到 0.25 将要求惩罚强度从 30 个单位上升到 80 个单位，以此类推。

表 11.2　监禁惩罚维持相同的犯罪威慑

f(惩罚强度)	p(概率)	pf(预期惩罚)
10	1	10
30	0.5	15
80	0.25	20
300	0.10	30

表 11.2 的构造确保我们从表中每一行移到下一行时犯罪威慑不变，因而犯罪所造成的危害应该也没有改变。然而，惩罚罪犯的成本却是在增加。第三列表示“预期惩罚”，或者说是为达到当前的威慑水平所需要的平均监禁的限度。由于沿着每一行往下，平均监禁规模在提高，因而政府的监禁成本在增加。我们已经得出一个最基本的权衡：维持暴力犯罪数量不变，政府若减少警察的支出，则必须增加监狱项目上的支出。

美国的警察与监狱规模的组合，是否大致与犯罪所造成的损害最小化，以及犯罪预防成本最小化相一致呢？在美国，增加一个单位警察的成本大约等于关押一个罪犯三年所需的支出。如果多雇佣一个单位的警察，平均减少 3 年的监禁惩罚，结果犯罪率反而下降，那么美国可以通过雇佣更多警察，缩短监禁时间，实现犯罪率下降的同时又没有对纳税人带来额外的成本。有些州，例如加利福尼亚，已经显著延长重罪累犯的惩罚长度，即“三犯出局”(three strikes and you are out)政策。年轻的犯罪分子对未来的贴现不合理，这一事实意味着警察规模增加而监禁时间缩短，有望降低加利福尼亚的年轻犯罪分子暴力犯罪的成本。然而，至今还没有人能够用经验数据验证这一假说。

① 限于篇幅，我们无法讨论未来事件贴现与不确定事件贴现之间的关系。不合理的未来贴现可能导致同样不合理的对不确定性的贴现。这两种不合理贴现形式相互强化，使得每种情况里犯罪威慑都将需要延长相当多的监禁时间，以弥补惩罚程度的微小下降。

问题 11.19

试用文字说明什么时候严厉惩罚而惩罚概率低是有效率，而什么时候惩罚适中概率提高有效率？

问题 11.20

充分就业如何降低犯罪的威慑成本？

11.2.11 私人威慑

私人个体而不是政府官员，威慑了大部分的犯罪。因而，例 4 考虑的是伊冯娜应通过以下哪种方案保护自己：(1)在自己的窗户上安装护栏；(2)安装一个响声很大的防盗警报器；(3)购买一把枪。这个例子提出了这样一个问题，即私人公民是否有最优投资犯罪威慑的激励。大体上，答案是否定的。私人公民绝大多数时候都只考虑私人成本和收益，这与公共成本收益并无必然关联。

举例来说，假定伊冯娜在前门安装了一个 X 牌的双保险锁。如果这把锁可以拒窃贼于门外，则对她而言就有一定的私人价值。之所以将这个效应称为私人威慑，那是因为它是对私人预防盗窃投资的奖赏。而如果窃贼避开那些同样安装 X 牌双保险锁的邻居房子，那么安装这把锁对伊冯娜的邻居而言就有一定的公共价值。之所以把这个效应称为公共威慑，那是因为其对公众有益。而若安装了这把锁后，窃贼没法进入伊冯娜的房子，导致邻居的房子被抢，那么该锁就无多少社会价值。我们将这种效应称为犯罪再分配。犯罪再分配没有社会净收益。

预防犯罪的私人投资，往往兼具这三种效应：私人威慑、公共威慑和再分配。政府应当鼓励私人投资贡献于公共威慑，而不鼓励私人投资于私人威慑。同时，政府不应当鼓励只导致犯罪再分配的私人投资。

一个简单的条件可以确定再分配效应的大小。实施犯罪之前，犯罪分子可以观察一些私人预防手段。就盗窃而言，事先可观察的预防的例子包括，人行道上的亮灯，外部窗户的护栏，以及外部的报警器。事先可观察的预防手段趋于犯罪的再分配，坏人们都会避开亮堂的街道，而窃贼则不光顾有护栏保护窗户和显眼的警报器的房子。就盗窃而言，事后可观察的预防的例子包括门内锁、内部报警器、贵重物品的商标标识，以及户主的枪支。事后可观察的预防手段，提高了公共威慑水平，降低了犯罪的平均收益。这些事实意味着如下确定有效的犯罪预防的私人投资策略：政府应当鼓励事后可见的预防手段，而不鼓励事前可观察的预防手段（下一章中，将讨论一个特殊的情况——枪，它们是否应被鼓励作为事后可见的预防手段）。

现代化的猎手嘉奖计划?

人们对日益上升的犯罪率颇有怨言。私人的法律实施会有帮助吗?考虑一下这个私有化计划:任何逮到罪犯的人将获得罪犯必须交纳给政府的罚金。不再依靠警察,社会将借助那些嘉奖的猎手逮捕那些可以支以罚金惩罚的犯罪分子。为了限制嘉奖的猎手们,他们必须交纳一定的抵押,并且对抓错人所造成的所有损害负责。

这个系统的缺陷与导致过度捕捞的公海捕鱼非常类似,给猎手所有的罚金,将会吸引太多的私人猎手。为改正这个缺陷,从而避免过度狩猎,政府应当保留部分的罚金,将剩下的一部分给嘉奖猎手。通过逐步调整这个"税收",政府能够得出最优的私人实施努力。举例来说,这个系统对机动车违章停车的监察将比较有效。

问题 11.21

试将以下犯罪预防手段归类为事先可见和事先不可见,并做出解释:店铺的私人保安,汽车防盗,紧急呼叫系统的"快速拨号"(美国的"911"),隐匿的摄像机以及便衣侦探。

问题 11.22

假定窃贼正确地认识到你家的那些邻居都有枪。这个事实如何可能增加你的安全?而这又如何对你造成危险?

结论

本章开篇讨论了犯罪的传统特征,接着用犯罪行为的经济理论重构了犯罪理论。该理论认为,理性犯罪分子将权衡比较犯罪的收益与刑事法律体系施加的预期惩罚。我们用这个行为理论构建出基于犯罪社会损害及威慑成本最小化的最优惩罚的经济理论,解释了如何确定最优的犯罪威慑水平,以及如何在不同的犯罪威慑手段上最优地分配社会资源。下一章的任务则是解释如何利用这些模型构建刑法领域的相关政策。

推荐阅读

Becker, Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

HART, H. L. A., PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY (1968).

KATZ, LEO, BAD ACTS AND GUILTY MINDS: CONUNDRUMS OF THE CRIMINAL LAW (1987).

KATZ, LEO, MICHAEL S. MOORE, AND STEPHEN F. MORSE, EDS., FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (1999).

MOORE, MICHAEL S., PLACING BLAME: A GENERAL THEORY OF THE CRIMINAL LAW (1998).

Posner, Richard A., *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193 (1985).

▶12

犯罪与惩罚的经济学专题

"我们这儿有的是严峻的法律，就像马衔和马勒，可以约束顽劣的野马。可是在这十四年来，我们却把它当作具文……因此……我们的法律也是一样，因为从不施行的缘故，变成了毫无效力的东西，胆大妄为的人，可以把它恣意玩弄；正像婴孩殴打他的保姆一样，法纪完全荡然扫地了。"

莎士比亚：《量罪记》，第一幕第三场

本章旨在将前一章的理论应用到刑法的相关公共政策专题基础上，重点关注的是美国情况。我们将回顾相关的一些证据，即人们是否像犯罪经济理论所预测的那样对惩罚作出反应，进而利用这些证据解释美国当前的犯罪变动趋势，同时简述有关死刑惩罚的经济学文献，审视犯罪与吸毒之间的关系，并对枪支控制的经济学分析展开讨论。

12.1 美国的犯罪

先来简要回顾一下美国的犯罪情况。正如本章开始援引的莎士比亚名句，美国的投票者显然都认为，刑事司法当局"轻易放纵"了那些"需要刻意严罚拘禁的顽固之徒"。立法者对投票人诉求的回应则是，近年已经对犯罪分子采取严厉的措施，颁布了一些"严酷的法律法规"。近年，美国所有监狱的犯人总数急剧上升，达到1980年的四倍。2002年初，所有监狱中的犯人数超过200万，而2005年年中监禁的犯人数已高达218.6万，143.8万关押在州和联邦大牢，74.75万收押在地方拘押所。另有480万犯人正被处以缓刑或正在假释中。所有监禁的犯罪分子中，大约93%是男性。联邦监狱中关押的犯罪分子，60%均与毒品犯罪有关。2005年，美国每10万人口的监禁人数超过700人，为世界之最。与此相对，大多数西欧国家，每10万人口的监禁犯人数均低于100人。①

① 资料更新源于James Q. Wilson, *What to Do About Crime?*, COMMENTARY (September, 1994)。有意思的是，1933—1973年期间，美国的监禁率一直维持在每10万人口100到120个犯人之间波动。1973年开始就已经出现每10万人口的监禁犯人数超过700人，但这主要还是1980年以后的事情。

美国人口占世界人口的5%，但监禁人数的比例却高达25%。每15个美国人里面将有1个人，在他的一生中需要在监狱里面度过一段时间，妇女的比例是1.8%，白人和黑人则分别为11%和18%。

前所未有的监禁惩罚的宽度和广度，是对公众感觉到过量的犯罪对社会带来过高的成本的反应。为了验证这个感觉的正确性，本节简要考察美国的犯罪统计及犯罪的社会成本。但是，正如我们要将看到的，有关犯罪的正确解释及其与监禁比率之间的关系，可能没有人们想象的那么简单。

在许多州，滥用监禁惩罚的社会成本，也就是将释放的犯罪分子重新整合到正常的经济社会生活中的成本，直到现在才开始慢慢显现。2007年，将近70万的监禁人员获释，这相当于一个大城市的人口规模。近来，美国国会通过了《二次机会法案》(Second Chance Act)，将在未来的两年内给州政府拨付1亿美元，帮助各州设计让这些监禁犯人重返社会的方案。这类项目的必要性勿庸置疑：最好的估计是这些释放的监禁人员，未来3年内将有2/3会重新犯罪。

12.1.1 犯罪率

美国近几十年的犯罪率(犯罪数除以人口数量)变动趋势如下：

(1) 自20世纪30年代中期的犯罪高峰以来，绝大多数犯罪(包括暴力与非暴力)在60年代初期降到一个低点。

(2) 从20世纪60年代初期到70年代中后期，所有犯罪以前所未有的速度急剧上升。

(3) 80年代初和90年代初，绝大多数的成人非暴力犯罪显著减少，成人暴力犯罪也略有减少，而年轻人的暴力犯罪则有所增加。

(4) 从90年代初到2000年，非暴力犯罪继续减少，暴力犯罪从90年代中期开始到2000年持续下降；21世纪初这两类犯罪数仍在继续减少，但速度减缓许多。①

相对而言，其他国家的这些数字又是如何？就非暴力犯罪来说，美国当下的犯罪率与其他发达国家的数字大致相当。更确切说，近来其他国家的非暴力犯罪率呈略有抬头上升的趋势，而美国却在下降，结果美国的非暴力犯罪率现在大致等于或甚至低于其他发达国家的水平。例如，设想一下20世纪80年代初英国的盗窃犯罪率远低于美国水平，但是21世纪初英国的盗窃犯罪率却高于美国。类似的，20世纪80年代法国的汽车盗窃率同样低于美国，然而21世纪初法国的汽车盗窃率却又变得比美国高。最后，早在1984年，荷兰的盗窃率就已经几乎是美国的两倍。

虽然，非暴力犯罪率方面美国与欧洲大致相似，但是暴力犯罪率方面差别显

① 犯罪统计信息的主要来源是美国联邦调查局的《标准犯罪报告(年度)》(Uniform Crime Reports)以及美国司法局、司法统计局的《犯罪司法统计资料手册(年度)》(Sourcebook on Criminal Justice Statistics)。

著。自有记录以来，美国的杀人犯罪率（杀人犯罪除以人口数）在工业化国家中一直保持领先。在将近 100 年的时间里面，美国大城市的杀人犯罪率远高于相等规模的欧洲城市。尽管如此，20 世纪 60 年代开始，美国的杀人犯罪和其他暴力犯罪势头，和欧洲倒是没有一点相象的地方。虽然，美国的杀人犯罪率一直以来都高于欧洲，但是总体上这些比率最近已经开始下降。最近的 10 年，欧洲本来较低的杀人犯罪率持续下降（令人不解的例外是英国，杀人犯罪率反而在上升）。美国居高不下的杀人犯罪率同样也在下降。事实上，1991 年美国的杀人犯罪大约有 24 700 起，而 2004 年这个数字大约只有 16 600，降幅超过 1/3。①

暴力犯罪方面的差异，激励人们详细考察统计数据以寻找可能的原因。首先，绝大多数大城市的暴力犯罪率都比市郊地区高出 2—7 倍。这个事实意味着城市化可能导致犯罪，但是城市化的变动不足以解释以上描述的犯罪趋势。

其次，犯罪分子中年轻男性的数量高得不成比例。逮捕人数的统计显示，2/3 的美国街头犯罪，犯罪分子年龄都不超过 25 岁。于是，犯罪率往往随着人口年龄结构分布的变动而变动。保持其他条件不变，青少年人口比重增加，犯罪率将上升。20 世纪 60 年代初，所有犯罪的明显跃升，正好和“二战”后出生的那一代“婴儿潮”进入青少年期（大致是 14—24 岁）的时间吻合，而 80 年代犯罪率的下降又是对应了这一代人口的年龄增长与成熟。② 然而，20 世纪 60 年代以来，犯罪数量增加如此之剧，以至 14—24 岁的人口数量只能解释其中的一部分。例如，有一项研究发现，60 年代谋杀犯罪的增长率，是人口年龄分布变动所预测的十倍之多。③

第三，美国的暴力犯罪罪犯和受害者中，黑人的数量畸高。举例来说，以美国非黑人为对象的杀人犯罪，其数量大致相当于欧洲国家针对非少数族群人口的犯罪；事实上，可能还低于一些欧洲国家。杀人犯罪的黑人受害者数量，一下子将美国的谋杀犯罪率提升到所有发达国家的最高水平。美国最具讽刺意味的政策辩论之一就是，有关种族与暴力犯罪之间存在关联的原因。一方将原因归咎于歧视，而另一方则认为问题出在黑人社会内部（参见专栏“黑人与犯罪”）。

第四，极少部分的人实施了大部分的暴力犯罪。大约 6%的某个特定年龄段的青年男性，实施了 50%以上的那个年龄段的所有重罪。这个典型的事实在大多

① 2002 年到 2004 年，暴力犯罪（谋杀、强奸、抢劫和人身伤害）略有下降，而 2005 年又略有升高（2.5%）。2004 年谋杀犯罪减少了 2.4%，但是 2005 年却上升了 4.8%。

② 1950 年 14—24 岁的人口有 2 400 万，1960 年这个数据仅增加到 2 700 万。然而，下一个十年这个数据增加了 1 300 万，或年均增长为 130 万。相比 1980 年，1990 年 15—19 岁之间的年轻男性人口减少了 150 万。1980 年，这个群体占到美国人口数的 9.3%，而 1990 年这个比例仅为 7.2%。参见以下 12.2.4 部分对这些变化及与犯罪数量变动的可能联系的理论解释。

③ 有关 20 世纪 60 年代犯罪激增的相关数据及不同解释，可以参考詹姆斯·威尔逊（James Q. Wilson），《畅想犯罪》（1983 年修订版），第 13—25 页[第一章，“犯罪大量涌现：60 年代的悖论”（Crime Amidst Plenty: The Paradox of the Sixties）]，以及第 223—249 页[第 12 章，“犯罪与美国文化”（Crime and American Culture）]。同样非常重要值得注意的是，犯罪率的长期上升在所有发达国家都出现过，并非惟独美国如此。

数国家都成立，并非惟独美国如此。不同文化背景方面，这6%的青年男性人口的特征，也非常显著的保持一致。他们大多来自混乱的家庭，近亲（包括父母）也是犯罪分子，言语智商一般较低，在学校的表现较差，又是酗酒或吸毒，居住地附近贫穷混杂，并且在很小的时候就开始有不端行为。①

这种社会学式的速描意味着，犯罪与贫困之间存在一定关系，这也进一步意味着犯罪与经济状况有联系。例如，失业率增加可能导致犯罪率上升。实际上，这两者之间的关系很弱。20世纪60年代经济繁荣，美国经济增长中的收入分配也变得更加平等，这时期美国的犯罪规模却急剧上升。然而，同样是90年代的经济繁荣，犯罪率却急剧下降（稍后将详细分析这波犯罪率下降的原因）。

自此，我们已经讨论了犯罪的社会统计，而前一章则分析了惩罚的犯罪威慑问题。于是，这里有关犯罪率上升的解释，也是和前一章犯罪的经济理论保持一致的，那就是美国对实施重罪的预期惩罚在过去的40年里直线下降。50年代的惩罚为22天，而现在仅剩下11天，同时青少年的预期惩罚更是相当低。②

网页便笺 12.1

我们的网站提供了美国及其他国家最新的犯罪统计；同时还有进一步的相关信息，以及有关不同国家犯罪规模差异的比较解释的网站链接。

12.1.2 犯罪的社会成本

接下来，从犯罪数量转向犯罪成本的分析。我们将犯罪的社会成本分解为受害者的财产及人身损害，以及私人与社会在预防犯罪的成本支出。为了计算近年美国每年犯罪的社会成本，可以先来粗略估计以上每个构成要素的数额大小。

黑人与犯罪③

1992年，个人盗窃受害者的比例，黑人与白人完全相同。然而，更严重的偷窃（入室行窃、盗窃以及盗窃车辆），黑人受害者的比例要比白人高出33%。更具戏剧性的是，1988年美国最出名的75个县市中，仅占县市人口20%的黑

① 有关这些关联的政策启示的讨论，参见威尔逊，同前页，注2。

② 同上。

③ 本专栏中的资料源于John J. Dilulio, *The Question of Black Crime*, The Publish Interest (Fall, 1994)。同样参见格伦·C. 罗利（Glenn C. Loury）、詹姆斯·Q. 威尔逊（James Q. Wilson）、保罗·H. 罗宾逊（Paul H. Robinson）、帕特里克·A. 兰冈（Patrick A. Langan）以及理查德·T. 吉尔（Richard T. Gill）对这篇文章的评论。

人却占据谋杀犯罪的受害者的54%。① 为什么美国的黑人在暴力犯罪受害者中的比例居高不下？迪卢洛(Dilulio)教授总结认为，富裕的美国人移居到安全的社区，选择更加安全的工作，享受相对安全的娱乐形式，而贫穷则让许多美国的黑人无法对罪犯敬而远之(值得注意，美国绝大多数的暴力犯罪都发生于种族内部：黑人罪犯倾向于侵犯黑人，而白人犯罪分子则倾向于侵害白人)。②

犯罪分子中，类似的种族不平衡同样存在。在所有最知名的75个县市中，黑人占到总人口的20%，但是谋杀案的原告中却有62%是黑人。1991年，年轻黑人男性暴力犯罪的逮捕率高出年轻白人男性五倍之多(年轻黑人男性是每10万人口1 456人，而年轻白人男性则是每10万人口283人)。

不成比例的逮捕率导致黑人的监禁比例居高不下。1990年，48.9%的州一级监狱和31.4%的联邦监狱中关押的是黑人罪犯(1980年这个比例几乎完全相同)。③ 为什么黑人在暴力犯罪中出奇的高呢？迪卢洛教授指出了一个不幸的事实，即异常多的年轻黑人都成长于一个非正常家庭，所处的街区不良违法行为极为常见。相反，美国的中国移民犯罪率较低，往往是由于家庭和文化特征。④

最容易记载的成本是国家在犯罪预防和罪犯惩罚方面的支出。1992年，刑事司法系统的支出占据了所有基层、州和联邦政府支出的7.5%。到2002年，这个数字下降了许多，很大程度上是因为20世纪90年代国内生产总值的急剧上升。美国各级政府每年在刑事司法系统中的支出远超过1 000亿美元。这个总数当中，大约1/3用于警察保护，联邦和州监狱系统用了其中的1/3，而检察官、公诉人、假释官、法庭和记录员等则用了剩下的1/3。

相比政府支出，对私人个体和私人组织在犯罪预防上支出的估计要困难的多。这些钱花费在警报系统、私人保安、安全系统，以及在贵重物品上印上标记等。1993年，美国私人犯罪预防的支出大约达到650亿美元。到2003年，这个数字攀

① 所有的暴力犯罪中，1992年10—20岁的黑人男子的受害者比例为每千人口113人，而10—20岁黑人女子为每千人口94人，类似比例白人男性是90人，而白人女性为55人。年纪稍微大一些的黑人男性(20—34岁之间)，这个比例是80人；相同年龄段的白人男性，这个比例是52人。最后，35—64岁之间的黑人男性，这个比例为35人，而成年白人的比例则为18人。

② 大约84%的单一侵害人的黑人暴力犯罪都是针对黑人，而大约73%的白人暴力犯罪侵害的是白人。

③ 有些人认为，逮捕、定罪和监禁记录反映了犯罪司法体系的种族歧视。许多证据都不支持这种观点。最近国家科学院的研究指出："几乎很少有犯罪学家会认为现今黑人与白人监禁规模的差异，主要是由于审判或刑事司法体系决策过程中的歧视所致。"类似的，1991年兰德(RAND)公司一项有关14个大城市地区成年人抢劫及入室行窃被告的研究发现，定罪率、监禁时间或其他重要的司法指标并不存在种族或民族歧视的证据。

④ "20世纪60年代，洛杉矶有个街区收入最低，失业率极高，年收入低于4 000美元的家庭比例非常之高，受教育年数最短，肺结核的比例最高，平均标准以下住房比例最高……这个街区就是唐人街。然而，1965年，整个加利福尼亚洲只有五个中国人犯罪。"见 James Q. Wilson & Richard J. Herrnstein, Crime and Human Nature(1985)。

升到接近 900 亿美元。

丢失的财物价值，以及犯罪对个体受害者个人造成的损失，是犯罪的社会成本最难估计的两个构成要素。1992 年，所有被窃品的价值据估计大约为 450 亿美元。我们仅仅非常粗略的估计对受害者的私人损失：比如，1992 年这类犯罪伤害造成 50 亿美元的医疗费用，这显然忽略了犯罪对受害者造成的许多间接影响，比如，精神刺激、焦虑以及生活被破坏等。有理由相信，20 世纪 90 年代初以来，这些数字并没有显著上升。其中一个原因是，过去 10 年里美国犯罪总量已经下降到 20 世纪 30 年代才有的低水平。另外一个原因是，医疗人员现在对精神损害反应的速度和技术都已经进步，这意味着个人伤害的医疗成本的下降，比如受到枪击受伤。

如果将这些要素叠加在一起，整个犯罪的社会成本大致等于 5 000 亿美元，大约是美国国内生产总值的 4%。①

问题 12.1

统计是否支持这样一种感觉，即犯罪浪潮席卷美国？

问题 12.2

如果犯罪预防成本为 200 亿美元，而犯罪给受害人造成的成本至少等于 300 亿美元，那么，美国政府放弃所有预防犯罪的方案将能否节省 5 000 亿美元？

问题 12.3

经济学将如何回答如下问题："随着社会变得越来越富有，犯罪是增加还是减少？"

问题 12.4

法律上规定每种犯罪分别对应具体的惩罚，法官的自由裁量权弱化，而检察官则在上升。试预测这种变化对逮捕审判嫌疑犯的可能影响。

网页便笺 12.2

我们的网站上可以找到有关犯罪的社会成本及其他成本的最近的信息。

① 参见 John Donohue，*Fighting Crime：An Economist's View*，The Milken Institute Review（First Quarter，2005）。

12.2 惩罚可以威慑犯罪吗

前一章初步勾勒了犯罪行为决策的经济理论。根据这一理论，保持其他条件不变，预期惩罚增加将导致犯罪率下降。经验研究支持这个预测吗？威慑假说认为预期惩罚增加，将导致犯罪规模的显著下降。用专业术语来说就是，威慑假说意味着犯罪供给对惩罚富有弹性。如果这样的话，一个社会在逮捕、定罪及罪犯惩罚方面的资源支出增加，将有望降低犯罪危害的社会成本（除非犯罪规模已经处在社会最优水平）。

与此相对的假说则认为，惩罚的确定性和强度的变化并不能显著的威慑犯罪。相反，犯罪是一系列复杂的经济社会因素或可能的生理因素作用的结果。最小化犯罪的社会成本的合适方法则是根除这些犯罪的根源，例如，将资源用于职业创造、收入维持、家庭顾问、精神健康、毒品和酒精咨询以及其他一些项目旨在缓和犯罪的社会经济以及生理影响因素。

虽然，公众论辩往往将这两个假说视为互斥，但是如下意义上它们可能都是正确的，即犯罪涉及许多因素，其中包括确定性惩罚的缺失导致犯罪。如果这两个假说都是正确的，降低犯罪率的最优政策就是，将刑事司法与经济社会两方面组合起来。我们逐一审视有关两个假说的相关文献，进而在本节的末尾，将就其有用性略作陈述。

12.2.1 犯罪威慑

有关犯罪威慑的统计研究，一般都试图将某种犯罪解释为三种类型变量的函数。这些解释变量具体包括：第一，某些预期惩罚的代理变量，比如，某种犯罪逮捕定罪的概率和平均监禁时间；第二，某些劳动力市场条件用于度量犯罪的机会成本，比如，失业率和辖区内的收入水平；第三，某些经济社会变量，比如，平均年龄、种族以及辖区的城市人口。这些统计指标可能源于同一个司法辖区不同时间的数据，也可能是同一个时点不同司法辖区的信息，或者两者皆有。

众多经验研究都按照这种进路开展。在此我们讨论三个特别值得注意的例子。首先，艾萨克·埃里奇（Isaac Ehrlich）的一项著名研究，利用整个美国 1940 年、1950 年及 1960 年的抢劫数据估计威慑效应。他的结论是，保持其他变量不变，抢劫定罪概率上升，抢劫犯罪率将下降。[①] 其次，阿尔弗雷德·布鲁斯腾（Alfred Blumstein）和丹尼尔·纳金（Daniel Nagin）研究了 20 世纪 60 年代和 70 年代逃避服兵役与罚款惩罚之间的关系。他们发现，定罪概率上升和罚款增加，都

① Isaac Ehrlich, *Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation*, 81 J. Pol. Econ. 521 (1973)。同时，埃里奇还发现，用 1940 年和 1960 年抢劫犯罪平均监禁时间度量的惩罚强度，并不存在威慑效应，而 1950 年抢劫的平均监禁时间有威慑效果。

将导致逃避服兵役率下降。① 第三，肯尼思·沃尔平(Kenneth Wolpin)利用英格兰和威尔士1894—1967年间的时间序列数据，检验这两个地方的威慑效应。沃尔平发现，英国的犯罪率与惩罚概率及惩罚严重程度之间存在反向相关关系。②

这些研究(及其他研究)都发现显著的威慑效应。1978年，美国科学院下属的国家研究院，成立一个专家小组研究威慑效应和能力剥夺效应，并对许多犯罪威慑的学术研究进行了评价。专家小组发现"与威慑效应不起作用的论断相比较，已有证据显然更加支持存在威慑效应。"③

这些研究都试图解释高度加总统计的"犯罪率"，而不是关注具体各种犯罪率，后者可以用于度量威慑效应，研究一小撮犯罪分子的行为。众所周知，总人口中相当小一部分的人实施了绝大部分的犯罪。在预测哪些人有可能成为暴力犯罪分子方面，经济学家是有一定心得成就的(参见专栏"未来的嫌疑犯")。接下来，我们讨论有关威慑这类人群犯罪的两个研究。

未来的嫌疑犯

社会科学家预测犯罪的能力日益见长。例如，彼得·格林伍德(Peter Greenwood)为兰德公司所做的题目为"有选择的监禁"(Selective Incapacitation，1982)的研究发现，高概率的犯罪分子通常具有以下七个特征：(1)年轻时候犯过罪；(2)年轻时候吸过毒；(3)近两年内有吸毒经历；(4)近两年雇佣时间低于50%；(5)曾在少年管教中心关押过；(6)近两年超过50%的时间在监禁中度过；(7)之前犯过类似罪刑。

有些人由此得出一个非常有争议的论断就是，相比他人具有这些特征的犯罪分子必须在监牢里面关押更长时间。例如，M. 摩尔(Moore)，S. 埃斯特里克(Estrich)，D. 麦吉尔(McGillis)以及W. 斯伯尔曼(Sperlman)在"Dangerous Offenders: The Elusive Target of Justice"(1985)一书中就鼓吹对"符合条件"的适用"选择性监禁"政策。当然，是否可以获得保释，以及惩罚的严重程度、假释，都是基于罪犯是否可能再犯的预测。在Barefoot v. Estelle，463 U. S. 880(1983)，reh. den. 464 U. S. 874(1983)一案中，美国最高法院就曾允许陪审团，在裁定是否给予被告死刑之前，先听取有关罪犯未来危险程度的精神病学证据。

① Alfred Blumstein & Daniel Nagin, *The Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion*, STAN. L. REV. 241 (1997).

② Kenneth Wolpin, *An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales* 1894—1967, 86 J. POL. ECON. 815(1978)。由于所覆盖的时期是如此之长，可以对相关假说进行充分的检验，所以，这个研究的数据比美国所有类似的数据都要好。

③ BLUMSTEIN, Conen & NAGIN, EDS., Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates(1978)。对此报告的批评参见Ehrlich & Mark, *Fear of Deterrence*, 6 J. LEGAL STUD. 293 (1977)。

问题 12.5

依据对未来犯罪的预测进行惩罚是否有效率？这样做有欠公平吗？

首先，安·怀特(Ann Witte)教授跟踪调查 641 名刑满释放的犯罪分子三年。她收集了有关这些人在这个期间是否再次被抓捕(大约 80%)，之前的罪名监禁情况、释放之后的劳动市场经历，以及他们是否酗酒或吸毒的相关信息。怀特教授检验了如下假说，即证罪和监禁使得这些高风险犯罪分子后来的犯罪率下降。她发现证罪概率和监禁的可能性越高，出狱后每个月被逮捕的次数将越少。①

其次，查尔斯·默里(Charles Murray)和小路易斯·考克斯(Louis Cox, Jr.)跟踪调查了 317 名年龄平均在 16 岁的芝加哥男性的犯罪记录，这些人都曾在第一次行为不端时被伊利诺依州矫正部门关押过。尽管都很年幼，这些年轻人还真是一群顽固不化的家伙：在第一次监禁惩罚之前，他们之前平均都有 13 次逮捕记录；作为一个群体他们受到的指控包括 14 项谋杀、23 项强奸、300 多项人生伤害、300 多项盗窃汽车、将近 200 次持械抢劫以及 700 多次盗窃罪。这些人平均受到的惩罚是 10 个月。默里和考克斯追查了这些刑满释放的年轻犯罪分子近 18 个月，结果发现这期间这群人的逮捕记录下降了 2/3。作者总结认为监禁对未来高风险群体的未来犯罪有威慑作用。②

网页便笺 12.3

我们在网站上面介绍了新近几项有关犯罪惩罚威慑效应的研究。

12.2.2 经济条件与犯罪率

理性、没有道德约束的犯罪分子对犯罪的机会成本有反应，因而，赚取合法收入的机会提高将导致犯罪率下降。如果机会成本效果显著，则减少犯罪率最好的政策应该就是改善经济社会条件。举例来说，从 1991 年到 2001 年美国避免了衰

① Ann Witte, *Estimating the Economic Model of Crime with Individual Data*, 94 Q. J. Econ. 57 (1990)。另外，她发现威慑效应的力度对不同类型的潜在犯罪分子存在差异。对那些参与严重犯罪的，比如暴力犯罪，相比惩罚的确定性，惩罚强度的威慑效应更大。而那些参与侵财犯罪的，逮捕和定罪概率的威慑效应又要高于惩罚的强度。威慑效应对瘾君子最不起作用。最后，多少有些令人不解的是，后续的雇佣便利对未来犯罪行为并没有显著作用。

② C. A. Murray & L. A. Cox, JR., Beyond Probation: Juvenile Corrections and The Chronic Delinquent(1979)。值得注意的是，默里和考克斯发现，相比监禁，被处以假释的青少年的再逮捕率更高。

退，经历了有史以来最长时间的和平与经济繁荣，据我们所知，这一时期刚好与所有暴力、非暴力犯罪急剧下降对应。经济繁荣真是犯罪率下降的原因吗？下面将简要评价就业与收入保障型公共政策，在多大程度上能降低犯罪率的经验研究（暂不涉及有关早期家庭生活、遗传及其他非经济因素对犯罪率影响的统计研究）。①

失业工人犯罪可能是为了获取收入，或者是为了消遣无聊的时间，因而雇用状况恶化将导致侵财犯罪数量增加。经济状况的周期性波动，与犯罪率之间是否存在明显可识别的关系呢？关于这一点的证据并不相同。1981 年的一份文献综述里，托马斯·奥萨格（Thomas Orsagh）和安·怀特并没有发现这两者关系存在显著关系的证据。② 最近，库克（Cook）和扎金（Zarkin）发现，新近的经济不景气时其中盗窃和抢劫犯罪数量略有增加，同时经济周期与谋杀犯罪之间不存在相关关系，而经济状况与车辆盗窃之间存在一个反周期关系。最后，库克和扎金指出，犯罪率的长期趋势与经济周期无关。③

这些不同的结果与犯罪威慑理论并不矛盾。在犯罪威慑的经济理论中，经济周期不仅影响犯罪的机会成本，同时也涉及犯罪的机遇增加。这两种影响方向相反。随着经济状况恶化，犯罪分子合法收入机会越发减少，而犯罪机会同样也减少。例如，失业让人有激励去卖可卡因，但同时也使得潜在客户大幅减少。④ 这也意味着，随着经济状况改善，犯罪的机会成本上升，但同时成功犯罪的收益也大大增加。这当中何种因素占主导地位仍旧颇具争议。然而，正如曾经说过，至少有些不那么严格的证据表明，合法雇佣的机会成本有很大的影响，即美国 1991—2001 年之间经济繁荣与同时期犯罪率下降之间存在关联（第 7 节中将讨论这其中的关系）。

有关犯罪威慑的文献，可以简单的总结如下：逮捕、定罪和惩罚概率的提高以及惩罚强度增加，对大多数人以及那极小部分最容易犯罪的人而言，都有显著的威慑效应；而经济条件的改善对犯罪率有着显著的负向作用。

我们在下结论之前，对所有犯罪威慑的统计研究提出两个普遍存在的问题。首先，犯罪数据的准确性在不同司法辖区任何时点任何时候都不尽相同，同一司法

---

① 参见 James Q. Wilson & Richard Herrnstein, Crime and Human Nature(1985)。

② Oksagh & Witte, *Economic Status and Crime: Implications for Offender Rehabilitation*, 72 J. Crim. L. & Criminol. 1055(1981)。这项研究之后，罗伯特·吉列斯派（Robert Gillespie）做了一个文献综述。吉列斯派发现有 3 项研究支持失业率与犯罪之间存在一个显著的关系，而 7 项研究对此并不支持。Robert Gillespie, "Economic Factors in Crime and Delinquency: A Critical Review of the Empirical Evidence", in Unemployment and Crime: Hearings Before the Subcommittee on Crime of the Committee on The Judiciary(House of Representatives, 1978)。

③ Philip J. Cook & Gary A. Zarkin, *Crime and Business Cycle*, 14 J. Legal Stud. 115(1985)。鉴于经济周期与轻度财产犯罪相关，并且考虑到人们往往认为这些财产犯罪与谋杀存在关联，这或许显得有些奇怪了。同样也可以参见 Richard Freeman, "Crime and Unemployment", in James Q. Willson, ED., Crime and Public Policy(1983)，以及 James Q. Wilson & Philip J. Cook, *Unemployment and Crime——What Is the Connection?*, 97 Public Interest 3 (1985)。

④ 有关通过提高法律手段威慑犯罪的一个优秀的文献讨论参见威尔逊，《畅想犯罪》(1983 年修订版)，第 137—142 页。

辖区不同时点也很有差异。比如，有些犯罪几乎总会报给当局，而一些犯罪则几乎没有汇报，而这些报案在不同时间不同司法辖区都存在差异。这些不准确问题可能导致统计关系显得尤为可疑（有关这个主题更多的材料参见网页便笺 12.1）。其次，估计模型遗漏了一些重要但却很难度量的变量，比如家长是否虐待小孩。如果遗漏变量同已有变量相关，那么估计将有偏误。随着时间推移，犯罪度量变量的准确性和统计技术的提高，将克服犯罪威慑研究中的这两方面的不足。

12.2.3 犯罪是否有利可图

绝大多数人一辈子都未曾涉足犯罪，但有些人却以此为业。这些职业罪犯显然认为犯罪的收益超过预期惩罚。为何职业罪犯得出的结论与常人截然不同？犯罪真的对他们而言如此有利可图，抑或合法收入对他们如此缺乏吸引力，或者他们对风险和时间价值都有非常独特的态度？

为了回答这个问题，詹姆斯·威尔逊和阿兰·亚伯拉罕[见 *Does Crime Pay?* 9 Justtice Querterly 359 (1992)]比较了三个州监狱所关押的一批犯人的合法工作收入，以及罪犯所获得的合法工资。威尔逊和亚伯拉罕将犯人分为两组：轻度犯罪分子和深度犯罪分子。利用全国刑事犯罪普查报告的不同犯罪的受害者的平均损失，作者估计了罪犯的年收入。① 进而，他们将这些罪犯的收入估计，与犯人对合法渠道收入的估计进行对比。三分之二的犯罪分子没被关押监禁之前，都有相当稳定的工作，平均而言犯罪分子认为他们在这些合法工作上可以赚得每小时 5.78 美元的收入。

正如表 12.1 表明的，威尔逊和亚伯拉罕发现，对偶犯（mid-rate）而言，除了汽车盗窃，工作比任何一种犯罪都更有利可图。然而，对惯犯而言，除了入室盗窃，所有犯罪的收益比合法工作都要高。这些数据涉及犯罪的收入，但是并没有考虑犯罪之于犯罪分子的主要成本：在监狱度过的时间。当作者加入考虑那些成本时，不论惯犯还是偶犯，犯罪的净收入均要低于合法工作的收入。

表 12.1 每年犯罪所得与合法收入（1988 年，单位：美元）

	惯犯		偶犯	
犯罪类型	犯罪	工作	犯罪	工作
盗窃/偷窃	5 711	5 540	2 368	7 931
抢劫	6 541	3 766	2 814	5 816
诈骗	14 801	6 345	6 816	8 113
盗窃汽车	26 043	2 308	15 008	5 457
混合	6 915	5 086	5 626	6 956

资料来源：Wilson & Abrabamse, *Does Crime Pay?*, 9 Justtice Querterly 359 (1992)。

① 举例来说，他们估计偷一辆汽车的价值是汽车市场价值的 20%。借鉴一项研究华盛顿地区毒品买卖的研究，他们估计一个毒贩子的平均月收入为 2 000 美元。

那么，职业罪犯为什么犯罪呢？威尔逊和亚伯拉罕对此做了思考，并排除了两种解释。首先，监禁犯人可能觉得他们不得不实施犯罪，因为他们缺乏机会获得合法工作。作者对这种观点提出质疑：2/3 的犯罪在所考察的时间内，都曾被雇佣一段时间。其次，犯人们可能有严重的酒精或毒瘾，这使得他们无法保有合法工作。作者争辩到，虽然 2/3 的犯罪分子都有喝酒或毒品问题，其他一些研究的证据表明这些问题对合法雇用一般没有影响。威尔逊和亚伯拉罕总结认为，由于职业罪犯往往都“不正常冲动或只顾眼前”，所以他们“时不时的情绪失常将导致对犯罪的收益过度看重，相反却低估了犯罪的成本”。按照经济学的术语，这些人对未来惩罚的不确定性的贴现，要比其他人高的多。

问题 12.6

统一犯罪统计数据的收集对威慑理论的研究有何意义？

问题 12.7

试说明理想情况下，统计学家们如何分离经济周期的犯罪的机会成本和收益。

问题 12.8

假定犯罪分子对风险和未来的折现比他人高，那么根据这个事实，哪些政策可能可以减少犯罪。

网页便笺 12.4

本小节的标题是“犯罪是否有利可图”。我们网站将对这个问题其他相关文献略作评论。

12.2.4 堕胎与犯罪

犯罪的经济学分析的假说认为，犯罪惩罚强度的确定性、合法的经济收益机会、人口年龄结构以及其他一些经济社会因素，已经可以较为完整地解释特定时间和地点的犯罪规模。举例来说，本章开篇就美国近来的犯罪情况变化，我们提出四个方面的要点，确实是根据以上提到的四个要素深入考察研究的结果。然而，在最

近一篇颇有意思的论文中，耶鲁大学法学院的约翰·多纳胡(John Donohue)教授和芝加哥大学经济系的斯蒂芬·莱维特(Steve Levitt)教授，却发现堕胎可能是理解近年犯罪率变动的又一重要因素。

下面对有待解释的美国近年犯罪率变动的核心事实略作回顾：

(1) 20 世纪 90 年代侵犯财产的犯罪下降了 30%；

(2) 20 世纪 90 年代谋杀犯罪下降了 40%，为 30 年代以来的最低水平。

刑事司法方面的文献，主要围绕以下五个可能的假说，来解释近年来犯罪率的急剧下降。其中，第一个观点是，业已提及的"威慑有效论"。这一解释指出，如果惩罚了足够多的罪犯，潜在犯罪分子的预期犯罪成本曲线将向上移动，进而实施犯罪的数量将显著减少。近 200 万的美国公民被收押，美国的监禁比率比西欧国家高出 7 倍，这个事实被刑罚威慑的倡导者视为是对威慑理论的支持和肯定。第二个可能的解释是，20 世纪 80 年代中后期席卷美国的可卡因泛滥慢慢消失。可卡因与犯罪之间的关联是：第一，可卡因让吸食者无法维持一个稳定的工作，于是将他们从合法劳动市场推向犯罪；其次，贩卖可卡因的往往都是街道上的黑帮，通常为了控制毒品市场而大打出手。第三个有关 90 年代犯罪率明显下降的理由是经济繁荣。经济繁荣与犯罪之间的关系，之前曾经略有涉及，稍后将做进一步的考察。第四个原因是受害者警觉度提高。第五个原因是警察策略的显著改变，最为普遍的创新就是"社区警察"制度的引入，其核心是社区成员与负责该社区的警察人员之间构建起紧密的联系。①

多纳胡和莱维特给出一个截然不同的解释——1973 年的堕胎合法化。② 他们论证的核心是，当 1973 年最高联邦法院在"罗伊诉韦德"一案中裁定堕胎合法化，堕胎数量大大增加，从 1973 年的 75 000 例(当年出生的婴儿总数为 310 万)，变成 1980 年的 160 万(当年出生的婴儿数为 360 万)，进而，结果从 1991 年开始 18 岁的年轻男性数量将显著下降。正如本章开头所介绍的，社会中男性所占的人口比重，与 14—24 岁间的人口数量显著相关。多纳胡和莱维特的假说就认为，1991 年以来美国这部分人口数量的减少，可以解释一半的犯罪规模的下降。而剩余的其他所有要素加起来可以解释剩下的一半(12.7 中将讨论剩下来的其他因素)。

这两位作者指出，有五个方面的因素支持他们的假说。首先，正如所注意到的，20 世纪 90 年代早期高犯罪年龄段的人口绝对数量和比例都双双下降，很大程度上是

① 有关以上警察策略的变更，一个非常有影响的理论解释是 James Q. Wilson & George Lkelling, *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*, The Atlantic Monthly (March, 1992)，提到的"破窗"理论。这篇文章可以从以下地址下载到：http://www.theatlantic.com/politics/crime/windows.htm。芝加哥大学法学院的伯纳德·E. 哈考特(Bernard E. Harcourt)教授，在"幻想的秩序：破窗警察理论的事与愿违"(*Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, 2001)曾对威尔逊—克莱因假说提出批评。

② John J. Donohue III & Steven D. Levitt, *The Impact of Legalized Abortion on Crime*, 116 Q. J. Econ. 379 (2001).

1973 年以来堕胎增加的结果。其次，在“罗伊诉韦德”案中最高法院确定堕胎合法化（在怀孕的前两个阶段）之前，1970 年就已经有五个州先行堕胎合法化，而这五个州和余下那些州相比，犯罪率的下降出现的更早一些。第三，20 世纪 70 年代末、80 年代初的“堕胎率越高，则 1985 年到 1997 年期间犯罪率将越低，两者统计上显著相关”。第四，20 世纪 70 年代中晚期堕胎率高低与该州 1972—1985 年间的犯罪率无关。第五，20 世纪 90 年代所有犯罪的减少，几乎都可以“归功于堕胎合法化后出生的群体犯罪率的下降；而年长一些的群体（最近 30 年）的犯罪率并没有多少变化”。

进一步，多纳胡和莱维特还主张，有关犯罪率下降的传统解释，不能充分解释已观察的犯罪率下降的态势。例如，他们指出 20 世纪 90 年代经济繁荣的解释相当可疑，首先，正如我们已经看到的，宏观经济活动与犯罪水平之间的相关度微弱；其次，经济繁荣始于 1993 年而不是 1991 年。而在之前较长时间的经济繁荣之后，20 世纪 80 年代初犯罪规模也无多少下降。作为不完备解释的另外一个例子，多纳胡和莱维特还批评了，警察策略与犯罪率下降之间可能存在关联的观点，因为全国各地的犯罪率都在下降，而不仅仅局限于那些警察实施新政策的地区。

多纳胡和莱维特将堕胎合法化导致犯罪减少区分为以下两个效应：群体规模效应和群体素质效应。群体规模效应意味着，从 1991 年开始 18 岁男性人口减少，是犯罪率下降的一个重要原因。另外，他们同时还颇有争议地主张，由于 1973 年开始的堕胎而没有出生的那一部分群体，素质上相比一般 18 岁人口更差，可能更容易实施犯罪或其他反社会行为。这是因为，“需要堕胎的妇女（少女母亲、未婚先孕且经济条件较差），往往很大程度上最有可能生养会从事犯罪活动的孩子”。女性们倾向于将堕胎作为一个改变孩子生育时间的重要手段；她们可能会一直等到经济条件和个人状况的改善。进而，孩子将生活在一个更美好的成长环境。

多纳胡和莱维特认为，将近一半以上的 90 年代中所有犯罪率下降，都应该归功于堕胎合法化的影响。在这 50%的贡献中，群体规模效应有一半的贡献，而剩下的一半则是孩子素质的提高。

网页便笺 12.5

有关多纳胡和莱维特假说的更多内容，针对该假说的批评，以及有关 90 年代犯罪率下降原因的其他文献，均可以参考我们的网站。

12.3 有效惩罚

在美国，通常会选用哪种惩罚形式，这些惩罚形式是否有效？本节将先审视监禁的社会成本与收益，然后讨论罚金惩罚作为犯罪威慑手段的成本与收益。分析将证明，美国刑事司法体系过于依赖监禁惩罚，鲜有罚金惩罚。

12.3.1 监禁

1. 监禁的社会收益

大体上，监禁惩罚至少有以下四个社会收益：(1)威慑效应，(2)财富再分配效应，(3)矫治和改造，(4)能力剥夺效应。之前我们已经讨论了有关犯罪威慑的经验研究证据，因而接下来将逐一研究那些剩下的其他收益。

首先，“报复主义”认为，法庭对犯罪分子的惩罚，应当与其犯罪的严重程度成比例。你可能会觉得，经济学只考虑效率，因而，对这个司法问题可能一无所知。事实上，经济学确实对任何明确的政策目标皆可以有所建言，比如公平。参见专栏“收入再分配与经济学”。

与监禁有关的第二项收益是“犯罪矫治”，这意味着监禁将让罪犯洗心革面，刑满释放后他们未来将不再实施犯罪。例如，监狱可能教会罪犯某个有市场需求的工作技能，或者施以宗教规劝使他们远离犯罪。理想的犯罪矫治，曾经在美国饱受推崇，现在已经几乎无人问津，部分原因是矫治项目的结果不大理想。[①] 而美国监狱在规劝、职业训练以及普通教育方面的支出，近年也都大大减少。

惩罚报应与经济学

按照惩罚报应的原则，根据所犯罪责扬善罚恶即为正义。相反，惩罚无辜、放过有罪的或者对有罪的惩罚超过其所犯罪刑，都将是非正义的。为了避免这些非正义，负责逮捕或起诉的官员必须对被逮捕或起诉的人有充分的信息。考虑到信息需要耗费成本，这些官员也会犯错误。按照统计学家的语言，惩罚无辜就是“假阳性”(false negative)，也称为“第一类错误”。而没有惩罚有罪的则是“假阴性”，也称为“第二类错误”。

随着官员逐渐提高刑事司法系统的效率，在某个点上将出现减少一类错误则必须以增加另一类错误为代价的情况。比如，假定检察官根据定罪概率从弱到强将案子进行排序。于是便有一个分界点，在此以上的所有案件都将被起诉，而以下的案件将不作起诉。提高分界点将导致只有高定罪概率的案件才会受到起诉，减少了假阳性(即惩罚无辜)但却增加了假阴性(没有惩罚有罪者)。降低分界点将导致相反的效果。

选择分界点的其中一个办法是让假阳性与假阴性的预期社会成本相等。如果惩罚无辜的社会成本超过放过有罪的社会成本，那么分界点将更偏向有利于被告。而当假阳性和假阴性的社会成本恰好相等时，由惩罚报应原则所代表的正义，与体现为犯罪社会成本最小化的效率正好保持一致。之所以这二者能够保持一致，那是因为错判监禁或从监禁中错放的社会成本，取决于人们所持的正义信念。

① 参见 Francis Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal* (1981)。

监禁的最后一个社会收益称为“能力剥夺效应”，指行动受到限制的犯罪分子将无法对监狱之外的人实施犯罪。即便监狱无法威慑或改造犯罪分子，通过将犯罪分子关押起来监禁惩罚同样可以降低犯罪率。近来绝大多数的研究表明，当前正在监狱服刑的 2/3 的犯罪分子此前都有犯罪经历。另外，大概 25%—50%的犯罪分子，刑满释放后很短的时间——6 个月到 1 年，通常又被逮捕。而其中的 2/3 在三年里又将重犯。根据布鲁金斯研究所的研究，暴力犯罪的罪犯如果不是关押在监狱中而是释放在外，他们平均每年将要实施 12 次严重犯罪(不包括毒品罪)。①

从以上这些事实，人们很可能会得出结论认为监禁显著降低了犯罪。然而，这些事实有待进一步审视。监禁降低犯罪率，必须有两个前提条件。第一，监禁和被剥夺能力的那些罪犯不能立即被新的罪犯所替代。例如，关押一个毒贩子意味着，马上将有其他人取代这个毒贩子的位子，那么监禁并没有减少毒品的总销售量。用技术性术语来说就是，倘若犯罪供给曲线缺乏弹性，则监禁在降低犯罪率时最有效率。大体上，供给缺乏弹性源于某种生产要素的固定不变。例如，某个重要的毒枭可能对非法市场有着无人能及的知识，于是，他被捕之后，也不会有人很快可以取代他的位子。

第二，要使监禁能够实现减少犯罪，则监禁必须降低累犯在整个犯罪生涯中的犯罪总量。对一些罪犯来说，监禁影响了作案的时间，但是对作案数量可能没有影响。为了说明这一点，设想随着每重犯一次，典型惩罚的严重程度逐一提升。假定第二次定罪之后，由于第三次定罪所面临的惩罚前景非常严厉，人们将停止实施犯罪。这个例子里面，前两次定罪后收押监禁让其无法实施犯罪，可能并不影响这个人实施犯罪的总量。相反，监禁时间仅仅推延了第二次定罪的到来。第三次定罪后的惩罚如此之高，以至于威慑了所有未来的犯罪。大体上，如果个人实施犯罪直到预期惩罚成本超过犯罪收益，则监禁的威慑效应决定了一个人犯罪的数量，监禁剥夺能力单独并无作用。

现在考虑相反类型的罪犯。对这个人来说，年轻时候实施犯罪的欲望无可抑制，而随着年龄的增长欲望逐渐消减。如果政府把这个人年轻的时候关进监狱，在生命的后半段将其放出，这样整个犯罪生涯中的犯罪数量将减少。因而，监禁降低了年轻人的犯罪数量。

随着年龄增长，累犯的犯罪数量趋于递减，这可能是与年龄增长相关的生理和社会因素影响所致，或者是因为犯罪记录的延长，相应预期惩罚提高的缘故。

区分监禁的能力剥夺效应和威慑效应，是一个相当复杂的实证研究问题。一方面，将一个人关押进监狱将减少犯罪数量，这仅仅是因为监禁使得其无法实施犯罪(研究文献将其称为“具体威慑”)。另一方面，将一个人关押进监狱也可能减少犯罪，因为其他人观察到定罪给一个人带来的惩罚，进而为了避免受到类似的惩罚而选择放弃犯罪(即研究文献里面提到的“一般威慑”)。任何一种效应都可能独立

① John J. Dilulio, *The Costs of Crime*, Brookings Review (Fall, 1994).

存在或同时并存(或者两者皆无),区分这两者已经被证明是一项非常费时费力的经验实证工作。

20 世纪 90 年代,科瑟勒(Kessler)和莱维特发表的一篇文章中声称,发现了一种可以区分一般监禁犯罪惩罚的能力剥夺效应和威慑效应的方法。[①] 1982 年,加利福尼亚投票通过一项法案(Proposition 8),对某些符合条件的犯罪(谋杀、强奸、抢劫、入室盗窃以及持械致害)立即进行追加惩罚:任何之前已经被定罪的重罪犯人将被追加 5 年的监禁。这项法案的通过实施,提供了一个经济学家意义上的"自然实验",用于区分能力剥夺效应和一般威慑效应。科瑟勒和莱维特指出,那些适用追加惩罚的犯罪率的即刻下降,不是能力剥夺效应的结果,相反应该是受到边际威慑效应的影响。科瑟勒和莱维特发现,投票通过那个法案随后的一年里,加利福尼亚州适用追加惩罚的犯罪率一下子下降了 4%,而接下来的几年里面犯罪率仍旧继续减少。[②] 这也是迄今最为严谨细致的研究之一,发现了犯罪惩罚的威慑效应,可以从监禁的能力剥夺效应中区分开来。

谋利型监狱与篱笆工厂

美国政府从私人公司购买战斗机、银行服务以及医疗保健。那为何不付钱给私人公司囚禁囚犯呢?利润动机激励将带来成本节约、质量控制及技术创新,这正是私人企业比政府更有效率的原因。举例来说,美国行为矫正公司(Corrections Corporation of America, Inc., CCA)在休斯顿为美国移民归化局建造的拘留中心,其成本耗费仅为政府建造相似规模设施的一半,而时间仅为三分之一。美国行为矫正公司声称其成本大体上要比政府同类设施低 6%。CCA 现在拥有 40 家矫正中心,并且几乎所有州及超过 12 个市级的监狱管理中都有它们的身影。

另外一家私人公司,西南行为系统(Behavioral Systems Southwest),在租来的旅馆和大房子内,每天为州一级的监狱系统监禁 600—700 名犯人。这家公司只处理那些危险度较低的囚犯,其在租来的设施中关押罪犯的成本每天大致为 25 美元,而传统设施每天监禁的成本高达 75—100 美元。

现今,美国只存在少数几个私人运营的监狱,然而监狱管理方面的专家坚

① Daniel Kessler & Steven D. Levitt, *Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Incapacitation and Deterrence* 42 J. LAW & ECON. 343 (1998)。这篇文章应该发表于 1999 年,原文有误。——译者注

② 有学者曾对科瑟勒—莱维特的研究提出批评,见 Cheryl Marie Webster, Anthony N. Doob & Franklin E. Zimring, *Proposition 8 and Crime Rates in California: The Case of the Disappearing Deterrent*, 5 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 417 (2006)。另外,也可以参考 Levitt, *The Case of the Critics Who Missed the Point: A Reply to Webster et al.*, 5 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 449 (2006)。

信这个趋势将大大扩展。约翰·霍华德协会(The John Howard Association),一个为囚犯权利游说的私人非营利组织,还未决定是否支持或反对私人监狱。美国行为矫正协会同样对此也是采取观望态度。然而,代表4万矫治雇员的国家治安官协会以及美国州、市、县的政府雇员,均极力反对私有化进程(你能明白这是为什么吗)。

2. 监禁的社会成本

监禁的社会成本包括直接的监狱建造、维护和人员成本,以及监禁人员生产力流失的机会成本。就直接成本而言,最近的估计表明在美国最安全的监狱,每年关押一个犯人的成本高达40 000美金。

转到机会成本,美国监狱中的囚犯绝大多数时间,都耗费在制作高速公路标牌、洗衣服、准备食物等诸如此类琐事上。显然,更有效率的时间利用肯定可以找到。其中一项建议,美国最高法院前任首席大法官华伦·博格(Warren Burger)曾经称之为"篱笆工厂",即邀请私人企业雇佣犯人生产有市场需求的产品。纽约的阿提卡(Attica)州立监狱,一个金属制品工厂就专门制造文件柜,其1984年的利润大约达到130万美元。在明尼苏达州,静水数据处理公司(Stillwater Data Processing Inc.),一个私营非营利性企业,雇用最高防备监狱的犯人作为计算机程序员。在伊利诺依州,中等防备监狱经常生产和销售,诸如高中和大学军乐队制服之类有价值的商品。在北卡罗来纳州,女性囚犯充任该州旅游电话热线的接线员。囚犯们对这类工作评价甚高,并且还通过良好的行为表现竞争这类岗位。然而,这些事业的发展却面临许多法律限制,比如,有一项联邦法律就规定州际之间的监狱制造产品的运输为非法,而"政府使用"法案则禁止监狱制造产品卖给绝大多数州的政府。尽管预期将会受到工会的反对,许多急于从"篱笆工厂"想法中获利的州,都已经废止了"政府使用"法案。

是否存在比监禁成本更加低廉的威慑罪犯的方法呢?其中一个可能的答案是我们即将要谈到的罚金。另一个则是使用高科技监视设备,对未被监禁关押的罪犯的行为进行限制。举例来说,缓刑条款限制罪犯离开某个特定的城市,并且要求罪犯每个礼拜向缓刑官员报告。1994年,美国40 000个罪犯都带着一种脚铐,它们无法被罪犯取下,并且能够发射出一种信号可以让警察对之进行定位。这种脚铐对当局的成本是每天10美元,只占到每天监禁成本的很小一部分。现今,这些脚铐又被安装上GPS系统,进而任何时间均可以发现带脚铐人的具体位置。

3. 审判改革

监禁犯人审判方面的两项改革,可能导致我们之前提到的美国监狱犯人的急剧增加。1980年,绝大多数州都奉行所谓的"即刻审判"制度。按照即刻审判制度,刑法对某项具体犯罪只规定一个不确定的条款,例如监禁"不少于五年且不多

于十年”。法官在这些宽泛的范围内拥有确定具体判罚的裁量权。法官宣布判罚之后，实际服刑时间将由监狱管理当局和假释委员会，根据罪犯的表现和习惯来进一步确定。①

20 世纪 80 年代中后期，州和联邦当局用更加确定或法定判罚，取代原先的司法裁量体系。按照这个体系，刑法条文对具体犯罪都规定了一个具体的惩罚，比如，*X* 犯罪将监禁 15 年。只有已经服完法律条文所规定的一定时间的刑期，罪犯才有资格假释。犯罪还根据其严重程度在表格中从上到下排列，从最轻微犯罪到一级谋杀。犯罪方格顶部则是罪犯的既往历史，从 0（初犯）到 9（暴力为业的罪犯）。表格自上而下或从左及右，严重程度都在提高。法官更改判罚的裁量权微乎其微。②

之前曾提到，2005 年美国的监狱犯人总数高达近 220 万。犯人数急剧上升的主要原因就是，对毒贩子的从严判罚。现今，联邦监狱 60%的犯人，以及州一级监狱 20%的犯人，全都是与毒品案有关（后文将分析毒品犯罪）。

为了满足法定判罚的要求，各州都耗尽了监狱的每一寸空间和每一美元。例如，现今德克萨斯州关押了 500 000 名罪犯，年均成本高达 30 亿美元。而 20 世纪 80 年代初只关押了 188 000 名犯人，成本为 6 亿美元。联邦法院又禁止将更多类似的犯人投放到同样一个监狱。③ 议会则根据一些条款试图给各州提供更多的监狱地盘。④

另外一项法案可能也导致监禁人数激增，即是著名的“三犯出局”法案。依照这个法案，罪犯第三次被定罪将面临极端的惩罚，比如终生监禁并取消假释的可能性。许多州现在都开始引进这个法律，1994 年美国国会通过的打击犯罪议案，就包含一个“三犯出局”条款。“三犯出局”的经济智慧有些值得商榷。终生监禁一个 25 岁的人将耗费一笔庞大的支出，可能超过 1 000 000 美元。另外，将一把年纪的犯人关押在监狱中也代价不菲，同时也无多少社会收益。加利福尼亚的一项研究发现，每年 55 岁及以上的监狱犯人的医疗成本可能达 100 000 美元。此外，55 岁

① 现今，暴力犯罪在州一级监狱服刑的时间平均只占到总刑期的 40%。

② 前宾夕法尼亚州法院审判庭法官曾对法定判罚提出批评，并证明之前的司法裁量体系运转完好。参见 Lois G. Forer, A Rage to Punish: The Unintended Consequences of Mandatory Sentencing (1994)。

③ 在北卡罗来纳州，监狱犯人控告政府，声称监狱拥挤违背了美国宪法第八修正案，即禁止残忍不符合常规的惩罚。1988 年平息这起诉讼的协议规定，北卡罗来纳州必须给每个囚犯提供 50 平方英尺的空间。按照既有设施，为了达到这项规定的要求，北卡罗来纳州只能容纳 214 000 名犯人；在北卡罗来纳州，过去的 7 年里，囚犯平均服刑时间已经从原来总刑期的 40%下降到 18.5%。

④ 1994 年的反击犯罪法案中，美国国会曾拨款让联邦政府修建 10 个“区域型监狱”，拟在未来的 5 年内新增加 50 000—100 000 个监禁囚位。国会也曾鼓励州政府将囚犯关押到这些新建监狱中（这样一来，就可以为各州节省政治上颇为艰巨的修建新监狱的成本。），但是，州政府必须做到愿意从多方面改革其刑法条款，并且最重要的是必须向联邦政府保证暴力犯罪的罪犯将在监狱中服完 85%的刑期。

及以上的犯罪分子再次被逮捕的概率仅为2%。支持"三犯出局"法案最为强烈的经济学理由是它的极端威慑性;如果这样,可以预想"三犯出局"制度下,监禁老年人数将大大缩减,因而社会成本也大为减少。惟有详细的经验研究可以回答,哪个效应占主导地位。

在许多州,社会矫正方面的支出已经取代健康卫生支出,成为政府预算中增长最快的一部分。为削减矫正支出,许多州都开始践行犯罪审判改革。例如,密歇根州最近已经废止了有关贩毒的法定最低判罚。路易斯安那州也去除了一些法定判罚,重新支持裁量判罚,并对"三犯出局"做出修正,即只有之前两次皆为暴力犯罪才可以认定为"二犯"。1995年被密西西比州废止了的裁量假释,2005年又在首次非暴力犯罪审判中重新粉墨登场。其他18个州也都通过了类似的审判改革法案。

监狱与社会计划

1980年到2002年间,美国监狱人口从50 000增加到超过200万。随着监禁在定罪惩罚中的可能性上升,许多严重犯罪的数量急剧减少(以下我们将对两者关系做更详细的考察)。修建监狱及监狱运转成本均不菲。已有最佳的估计指出,监禁的可变成本是关押一名犯人每年需耗费46 000美元。由于这个社会中监禁犯人数增加如此迅猛,因而我们很有可能已经处于监禁的边际社会收益递减的区域。也就是说,多监禁100个罪犯的社会成本,大约为4 600万,可能超过其社会收益(按照犯罪威慑衡量)。

在最近一项较为重要的研究中,约翰·多纳胡和彼得·塞格尔曼计算了监禁的社会边际社会成本,并将其与旨在威慑犯罪的社会干预项目的支出收益相比较。他们的结论是,监禁的社会收益在递减,而犯罪的监禁弹性为−0.15。①

这个数字意味着,监禁支出增加10%将导致犯罪数量减少1.5%。

一项旨在最小化犯罪的社会成本的经济性政策,必须仔细考虑这个弹性和其他一些因素。例如,如果我们有犯罪对其他社会项目支出、警察及其他犯罪威慑政策的弹性信息,我们必须在这些犯罪威慑政策中配置资源,使得1美元的犯罪治理支出,尽可能实现最大化的犯罪抑减。已有估计指出,犯罪对警察支出的弹性大约比监狱支出弹性大20%,这意味着我们的社会必须减少监狱的支出,相反应增加警察支出。也有估计发现,犯罪对学前项目支出的弹性显著的超过−0.15,这表明社会应当将资源从监狱转到学前项目上。

① 参见John J. Donohue III & Peter Siegelman, *Allocating Resources Among Prisons and Social Programs in the Battle Against Crime*, 27 J. LEGAL STUD. 1 (1998)。

12.3.2 罚金

关押的人越多及时间越长，可能并非最有效率的减少犯罪的方法。监禁惩罚最重要的替代是罚金。前一章，曾讨论了罚金理论，所以此处着重分析罚金体系在威慑犯罪中的收益，及其罚金体系的实施存在的问题。

表 12.2 比较了几个西方国家罚金和监禁惩罚两种方法的使用情况。值得注意的是，西欧国家更多是依靠罚金，美国则更多诉诸于监禁。如何理解这种差异呢？一个可能的解释是，美国罪犯与西欧罪犯的行事方式截然不同。举例来说，美国人可能更经常持枪或使用其他危险的武器，因而需要更严厉的惩罚。第二种可能性是，美国监禁人口中，累犯的比例要大得多，对这些人而言监禁可能是更为可取的惩罚方式；相比之下，欧洲的许多罪犯均为初犯，于是，对他们处以罚金监禁更为适合。第三种可能性则是，相比美国的犯罪分子，欧洲的罪犯对惩罚的威胁反应更加敏感。因而，为维持相同水平的犯罪威慑，美国官方需要使用更多严厉的惩罚，而欧洲的惩罚要缓和得多。最后，这些差异可能也是文化和哲学传统不同所致。欧洲人不相信监禁的威慑作用，①而美国人对罚金的有效性则充满狐疑。②

表 12.2 1977 年若干种传统罪刑的惩罚比较

国家或辖区	总抽取的被告数量	占所有被告的比例(%)	监禁的比例(%)	只有罚金的比例(%)	其他(%)
威尔士/英格兰	293 580	69	14	56	30
德国	191 329	77	19	77	13
瑞典	292 121	67	13	43	44
美国联邦法院	16 057	56	39	5	56
华盛顿地区最高法院，1974	1 847	38	32	4	64

资料来源：Robert Gillespie, *Sanctioning Traditional Crimes with Fines: A Comparative Analysis*, 5 INT. J. COMP. APPL. CRIM. JUST. 197 (1981)。

美国典型的罚金惩罚是每种犯罪设定一个固定的罚金，不考虑违法者的财富，只是法律上规定了一个绝对上限数额。与此不同，许多欧洲国家都混合使用罪刑固定罚金制度，和根据违法者收入水平厘定的附加罚款[即所谓的“日罚没”(day-fine)制度]。按照这种处罚方案，检察官先确定被告最近的日均收入，进而建议如果被告有罪则应支付日均收入乘以既定的天数。就轻罪而言，比如违反交通规则，

① G. Mansell, *Comparative Correctional Systems: United States and Sweden*, 8 CRIM. L. BULL. 148 (1972).

② 美国律师协会刑事审判标准方案，《判罚尺度及程序的衡量标准》(1971)，以及美国国家顾问委员会的刑事审判标准及目标，《国家刑事审判会议纪要》(1973)。

天数可能就是5天或10天。而若重罪，最大天数可能高达120天[1]。罪名成立的罪犯被允许可以在一段时间里面分期支付罚款，无需一次付清。罚款分期支付克服了罚金可能相对收入或财富过大的问题。

问题 12.9

卖方之间的竞争将提高出售给消费者的商品的质量。这个机制对私人监狱供给是否有效？

问题 12.10

充分就业和高工资如何提高罚金惩罚的威慑力？

网页便笺 12.6

我们的网站给出了一些最近有关警察的犯罪威慑的有效性和成本的学术讨论。关于讨论也可以参见12.7节。

12.4 死刑

死刑是终极惩罚。近些年来，许多国家都已废止这种惩罚，整个20世纪60年代美国执行死刑基本已经停止。1972年，最高法院发现死刑的适用方面存在"随意及歧视"，这与宪法精神相违背。[2] 最高法院的决定，在一些州激起选民的强烈愤慨，许多立法者则通过重启死刑判罚作为回应。1972年之后，州立法当局修改了与死刑有关的法律，使其与最高法院决定相一致，开始允许对一些最为恶劣严重

① 有关这个体系运作的具体细节，参见 H. Thornstedt, *The Day—Fine System in Sweden*, CRIM. L. REV. 307(1975)。之所以我们会觉得罪犯的罚金应当与其收入或财富无关，那是因为我们忽略了被判有罪对后续雇佣机会的隐性经济影响。小约翰·R. 洛特[John Lott, Jr., *Do We Punish High Income Criminals Too Heavily?*, 30 ECON. INQ. 583 (1992)]证明了，相比中低收入的罪犯，被证有罪将给高收入罪犯后续的收入造成更大的损失。洛特的计算表明，将这些损失因素考虑在内，则犯罪的总经济惩罚(罪犯罚金加上后续的收入损失)应严格累进。

② Furman v. Georgia, 408 U. S. 238(1972)。瑟古德·马歇尔(Thurgood Marshall)和威廉·布伦南(William Brennan)法官觉得，任何情况下死刑都过于残忍异乎寻常(因而，违背了宪法第八修正案)，所以都是违宪的(1994年，哈里·布莱克曼在即将退休之际，也开始坚信任何情况下死刑都一定违宪)。而占多数的其他三个法官却没有打算走这么远，相反，他们认为只有当州执行死刑时存在随意和歧视时，才属于违宪。

的犯罪执行死刑。1976 年，最高法院认定三个州修改过的死刑法案符合宪法规定。[①] 目前，38 个州和联邦政府都有死刑法案，剩下的 12 个州和哥伦比亚特区则没有。1976—2006 年期间，在美国总共有 1 227 名罪犯被执行死刑，平均下来每年 41 人。2006 年被执行死刑的有 53 人，都是男性。死刑执行发生在 14 个州，其中德克萨斯 24 例，俄亥俄 5 例，佛罗里达、俄克拉荷马、北卡罗莱纳和弗吉尼亚各 4 例，印第安纳、阿拉巴马、密西西比、南卡罗莱纳、田纳西、加利福尼亚、蒙大拿和内华达各 1 例。除了 1 例，其他均为接受注射死刑。到 2005 年底为止，死刑名单的犯人数为 3 254 人，这个数字已经连续五年保持下降。[②]

然而，美国的死刑惩罚的应用，还是经历了些有意思的发展过程。自从 1976 年重新恢复死刑判罚以来，死刑执行最高峰出现在 1999 年，当年有 98 名罪犯被执行。有意思的是，近年德克萨斯、加利福尼亚、佛罗里达和北卡罗莱纳四个州，就占到新增死刑名额的一半。再近些年来，俄克拉荷马和德克萨斯两个州就已经占到死刑执行的一半名额。2001 年至今，美国所有的死刑执行都采取注射死刑的方式。1999 年以来，所有州的死刑人数都在递减。事实上，2002 年监禁犯人的死刑数量，在过去的一段时间里首次下降。这些数据表明美国司法选择方面的一些重要趋势。虽然，公众对死刑判罚的支持度仍旧很高（2006 年的抽样调查有 65%），但是，相比 20 世纪 80 年代 75%的支持率还是有所下降。而且，40%—50%的美国人认为死刑管理也并非公平。时至今日，只有 30%的美国人相信死刑可以威慑谋杀，而 1985 年这个比例为 60%。

支持率下降的其中一个原因是，20 世纪 90 年代中后期揭露出许多被判死刑的罪犯事实上是无辜。1976 年以来，一共有 304 名被处以监禁的犯人最终被无罪释放。而 20 世纪 90 年代末，单单伊利诺依州就释放了 13 个被错误判为谋杀处以死刑、而实际上无罪的人。[③] 2003 年 1 月初，伊利诺依州州长乔治·赖安又再赦免了 4 名在监死刑犯人，因为发现他们是被冤枉的。而在瑞恩担任州长任期的最后日子里，他又将伊利诺依州 163 名男性和 4 名女性的死刑判罚改为终身监禁。[④]

死刑惩罚的经济学文献主要集中在如下经验问题，即执行死刑是否威慑谋杀犯罪。辩论的焦点在于统计问题，比如，待估计的模型的设定或者数据是否充分。这一节将评论这些文献，并就死刑判罚的威慑效应给出一些初步的结论。

---

① Profitt v. Florida, 428 U. S. 242(1976); Jurek v. Texas, 428 U. S. 252(1976);以及"格雷格诉乔治亚州", 428 U. S. 153(1976)。

② 43%的死刑犯都是黑人。女性大约占到 1.5%，而 17 岁及以下的大约有 2%。

③ 这些无罪释放应归功于西北大学新闻专业学生的英勇工作，以及拉里·马歇尔及其在西北大学法学院错误判罚中心的合作者们的努力付出。

④ 参见 Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery, & Sujata Patil, *Exonerations in the United States, 1989 Through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINAL. 523 (2005)，以及 Andrew Gelman, James S. Liebman, Valerie West, & Alexander Kiss, *A Broken System: The Persistent Pattern of Reversals of Death Sentences in the United States*, 1 J. EMP. LEGAL STUD. 209 (2004)。

网页便笺 12.7

发现大量被证明有罪的人其实无辜，促使包括伊利诺依在内的许多州开始反思法庭判罚死刑的程序。若要对新程序有更进一步的了解，以及有关错误判罚的更多信息和链接文章，请参见我们的网站。也可以参考 Scott Turow, The Ultimate Punishment: A Lawyer's Reflections on Dealing with the Death Penalty(2003)。

12.4.1 死刑的威慑效应

社会学家索尔斯坦·赛林(Thorsten Sellin)第一次对死刑的威慑效应做了较为全面的探讨。[①] 赛林用四个检验来检测威慑效应。首先，他比较了相邻州存在死刑和不存在死刑的谋杀犯罪率。他发现这些相邻州的谋杀犯罪率没有差别，因而得出结论是死刑判罚没有威慑效应。其次，赛林比较了同一个州死刑判罚废止和恢复前后谋杀犯罪率的差异。他发现，谋杀犯罪率与死刑判罚法律状态并没有显著差异。第三，赛林观察了每个城市谋杀犯罪的情况，其中死刑执行时有发生，并且也广为人之。死刑执行前后谋杀犯罪率同样没有差别。最后，他比较了谋杀警察是否处以死罪的各个州警察的死亡率。[②] 从这四个检验，赛林总体上的结论是死刑并不能威慑谋杀犯罪。

或然惩罚：好的经济学与坏的法律

绝大多数人不喜欢拿大赌注冒险，比如生命。中国古典法律系统充分利用了这一点，从而非常廉价有效的威慑了犯罪。[③] 在封建时期的中国，原则上许多犯罪都可以处以死刑。现实当中，显贵家族的罪犯鲜有被执行死刑，但是许多却受到死刑的威胁。被判死刑的罪犯经过一系列仪式程序后，最终的执行结果有些随机了。最后一个环节，每年每个被判死刑的犯人名字都写在一个卷册上，呈现给皇帝。皇帝用朱批在卷册上批划。所有带有朱批的名字，这仅仅是卷册名字的一部分，都将被执行死刑。而多数人安全度过这最后一关的将被释放。这个体系最主要的优势是，不用对太多人执行死刑(许多人都不

① Thorsten Sellin, Capital Punishment(1967)。也可以参考 T. Sellin, The Penalty of Death (1980)。

② 有些人宣称，死刑若废除则十恶不赦的罪犯杀死监狱看守或其他罪犯，就将不会有什么更严重的损失，因而将会实施更多此类谋杀。

③ Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, (1981)。也可以参见 Neil Duxbury, Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making(2002)。

敢实施严重犯罪),对国家而言成本较低。风险是物美价廉的惩罚。

然而,纽约州一个名不见经传的案件却清楚的显示,公众却明确反对随机惩罚。有个罪犯被证明犯有重罪,法官声称他愿意通过抛硬币决定这个年轻人是无罪释放或关押进监牢。这些事实见诸于报端后,激起民众的极大不满,最终这名法官由于举止失当被撤职,并被罚不能再担任纽约州的法官。①

问题 12.11

当前刑罚司法系统的随机性主要源于哪里?

问题 12.12

你觉得这种随机性是鼓励还是抑制犯罪?

批评者指出赛林的研究存在三个严重的瑕疵。首先,他并没有严格的保持"其他条件不变"。例如,众所周知城区的谋杀犯罪会更多,因而,赛林应当将所比较的不同州的城市化程度考虑在内。再者,在一个社会里,相比其他年龄阶层,青年男性实施的谋杀犯罪要多得多,因此,他应当也要考虑不同州之间的年龄分布差异。其次,赛林定义的谋杀也不大明确。赛林所使用的数据,也正是这个问题上,大多数研究都使用的,并没有区分一级谋杀或蓄意谋杀,和其他二级谋杀或过失杀人罪,对于前者死刑是一种惩罚方式,而后者则罪不至死。因此,这两类杀人犯罪的比例在不同州之间的差异越大,或者同一个州不同时间的差异越大,则赛林的结论将变得越不可靠。再次,赛林并没有充分控制司法体系实际执行的一致性。他将谋杀犯罪数与司法体系是否存在死刑判罚立法进行回归,而许多州确实保有死刑判罚的可能性,但实际上却从未使用。例如,直到 20 世纪 60 年代末马萨诸塞州一直有死刑立法,但是 1947 年以来该州就没有一名罪犯被执行死刑。1965 年,也就是赛林的研究问世的那年,虽然几乎所有州都有死刑判罚法律,但是,所有司法辖区加起来却只有 7 个死刑执行州的例子。

① W. G. Blair(1982. 2. 2), *Flip of Coin Decides Jail Term in a Manhattan Criminal Case*, New York Times; K. R. Shipp(1983. 4. 7), Ex-Jurist Who Made Coin-Toss Decision is Barred from Being New York Judge Again, New York Times.

鉴于赛林的研究存在这些严重的缺陷，死刑判罚之于谋杀犯罪的威慑效应，有待进一步做更详细的探讨。① 最著名的死刑威慑效应的研究来自经济学家艾萨克·埃里奇(Isaac Ehrlich)。② 埃里奇假定潜在的谋杀者在预期惩罚和预期收益之间进行权衡。埃里奇利用一些经济社会变量度量谋杀给杀人犯带来的收益。他所使用的数据包括失业率、劳动参与率、财富水平、人口中的年龄构成以及种族构成。③

埃里奇认为谋杀犯罪的预期成本取决于以下三个变量：犯罪被逮捕的概率(用谋杀犯罪逮捕数除以总立案的谋杀犯罪数衡量)，被证明谋杀犯罪成立的概率(用谋杀犯罪成立数除以谋杀犯罪逮捕数度量)，以及罪名成立被执行的概率(用总执行数除以总谋杀罪名成立数衡量)。埃里奇预计以上三个概率与谋杀犯罪之间负相关。

利用美国 1933 年到 1969 年间的时间序列数据，埃里奇发现谋杀犯罪与以上三个威慑效应的度量显著负相关。同时，埃里奇的模型也预测，谋杀犯罪最大的威慑效应应当源于逮捕概率的提高，其次是证罪概率，再次是死刑执行概率的上升。数据也和他有关这三个变量相对威慑力度的预测保持一致。他的结论中最具戏剧性的部分是，每年新增加 1 个死刑执行，则每年将会减少 7 到 8 例谋杀。④

批评者们在埃里奇的研究中发现两个统计方面的瑕疵。首先，埃里奇的行为模型中，谋杀犯罪率可以是自变量的线性函数、乘法函数、对数函数或其他形式的函数。埃里奇对回归估计中所使用的具体函数形式，并没有很有说服力的说明，而函数形式的改变会使得结果也将不同。⑤

---

① 另有一项研究和赛林的研究方法论上极为相似，汉斯·泽塞尔(Hans Zeisel)教授试图弄清楚 1968 年到 1976 年间的停止执行死刑的影响。他的预测是，如果死刑有威慑效应，那么相比那些像马萨诸塞那样没有废除死刑的州，那些已经废除死刑的谋杀犯罪应当有更大的增长，因为后者已经有相当长的时间没有执行死刑。他没有发现明显的谋杀犯罪率上升，于是得出结论死刑并没有威慑谋杀。Hans Zeisel, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: Facts v. Faith*, The Supreme Court Review 317 (1967)。类似对赛林工作的批评同样适合于泽塞尔的研究。举例来说，很难说 1968 年确实代表了一个重要的分界点。正如之前注意到的，早在 1960 年死刑执行就已经降到一个非常低的水平。

② Isaac Ehrtich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, 65 Am. Econ. Rev. 397 (1975)。同样可以参见 Isaac Ehrlich, *Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence*, 85 J. Pol. Econ. 741 (1977)。

③ 之所以引入种族变量，他的理由是合法雇佣机会对黑人，尤其男性黑人青年，显得非常有限。因此，黑人实施财产犯罪的可能性更大，因为这些犯罪与谋杀相关，因而他们也更可能实施谋杀犯罪。

④ 司法部门在"格雷格诉乔治亚州"(Gregg v. Georgia)一案的辩护中，援引这个具体结论以支持死刑判罚。肯尼思·沃尔平(Kenneth Wolpin)利用英格兰和威尔士地区 1929 年到 1968 年的数据，做了一个和埃里奇类似的研究，他的结论是多增加 1 例死刑执行将减少 4 例谋杀。Kenneth Wolpin, *Capital Punishment and Homicide: The English Experience*, 68 Amecon. Rev. 422 (1978)。埃里奇的研究的另一项发现是，劳动力市场状况改善的犯罪抑制效应，要比任何司法体系变量的威慑效应大得多，这一点在有关死刑威慑效应的争论中往往没有得到重视。

⑤ John Taylor, *Econometric Model of Criminal Behavior*, in Economic Models of Criminal Behavior, (J. M. Heineke, ed., 1978).

其次，埃里奇的结论对所估计的时间区间极度敏感。注意到埃里奇最早的研究涵盖的是1933—1969年，这段时期的最后7年，死刑执行数急剧下降，从1962年的47例下降到1967年的2例，1968年和1969年则都是0。而这7年间，犯罪率急剧攀升。这些事实支持应当将1962—1969年的数据从回归分析中剔除。约翰·泰勒(John Taylor)和彼得·帕塞尔(Peter Possell)重新做了埃里奇的研究，剔除1962—1969年这个时间段，他们发现死刑执行数与谋杀犯罪之间的威慑关系统计上不再显著。①

除了这些统计上的问题，批评者们还指出一个更微妙的理论问题。埃里奇发现谋杀犯罪与谋杀犯罪定罪概率反向相关，这意味着谋杀犯罪定罪概率越高，谋杀犯罪数应当越低。假定陪审团清楚，如果原告谋杀罪名成立，死刑执行概率将非常之高。他们可能很不愿意处以一级谋杀罪。如果这样，那么以下行为悖论将出现：某类谋杀犯罪惩罚执行越多将导致证罪概率下降。这又将降低死刑及证罪概率对后续谋杀者的威慑效应。

有证据表明，这类关系在英国确实也同样存在。1965年死刑废除之前，相比美国的陪审团和法官，英国法官在避免判处犯一级谋杀罪的被告执行死刑方面，并没有过多的裁量决断权。如果发现罪犯有精神问题，则可以免于执行。1965年之前，相比美国，英国的谋杀犯人被发现精神有问题的比例要大得多。毫不奇怪的是，1965年死刑废止以后，英国的谋杀犯人精神有问题的大幅减少。英国罪犯阶层的精神健康状况，并没有突然急剧提升。相反，只是在1965年之前，英国法官不情愿将有罪的谋杀犯处以死刑。

正是基于罪名成立与不情愿执行之间存在的如上关系，理查德·伦珀特(Richard Lempert)教授重新估计了埃里奇的模型，他发现存在死刑判罚将降低谋杀犯人被证明有罪的概率下降17%。②

20世纪80年代末和90年代的大部分时间，死刑的犯罪威慑效应的研究都归于沉寂，21世纪初又涌现出一批新的研究。为何如此呢？部分是因为已经积累了许多新的经验，相应地，也有新的数据可以做计量检验。也有部分原因是在过去20年左右的时间里，许多存在死刑判罚的州又出现一些新情况，本章对此曾有提及。举例来说，有些州，比如伊利诺依州，已经停止了死刑执行，理论上如果死刑的

① Passell & Taylor, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another View*, 57 Am. Econ. Rev. 445 (1977)。作为对这些批评的回应，埃里奇利用许多州1940年和1960年的截面数据，研究死刑的威慑效应。Ehrlich, *Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence*, 85 J. Pol. Econ. 741 (1977)。埃里奇再一次发现执行概率提高对谋杀犯罪存在威慑效应。后面这个研究可以避免之前工作受到的批评，但是对埃里奇使用截面数据，又有其他反对意见开始出现。

② Richard Lepert, *Desert and Deterrence: An Assessment of the Moral Bases of the Case for Capital Punishment*, 79 Mich. L. Rev. 1177(1981)。以上提到的沃尔平的工作，同样注意到，他本人之于英国死刑的威慑效应的结论要成立，则罪名成立被执行死刑概率的变化，不能改变谋杀犯罪证罪概率的变动。

威慑效应实际存在，这将导致谋杀犯罪增加。新研究勃发的另一个原因是，已经发展出一些更新更强大的经验研究技术。

新出现的一些研究，有的发现死刑的威慑效应显著，而其他一些则发现威慑效应并不显著。例如，劳伦斯·卡茨（Lawrence Katz）、斯蒂芬·莱维特（Steven D. Levitt）和艾伦·西斯脱维奇（Ellen Shustorovich）就发现死刑的威慑效应不显著。实际上，他们预期不会发现威慑效应，原因很简单，因为每年死刑执行数的变动非常有限，而谋杀犯罪的年份波动却非常之大。① 与此不同，德兹巴卡什（Dezhbakhsh）和谢菲尔德（shepherd）在一项利用1960—2000年的时间序列数据的分析中发现，死刑判罚与谋杀犯罪率存在显著的负向因果关系。实际上，他们发现的威慑效应非常之大，即每增加1例新的死刑执行将减少150例谋杀犯罪。② 更早一些，利用不同的数据，德兹巴卡什、鲁宾和谢菲尔德同样发现威慑效应大概是每执行1例死刑将威慑后续18例谋杀。③ 最后，莫坎（Mocan）和吉廷斯（Gittings）利用1977—1997年县一级的月度面板数据，发现将减刑、执行和犯罪率考虑在内后，每执行1例将威慑5例后续的谋杀，而每减刑1例将导致5例谋杀犯罪的增加。④

那些已经发现死刑存在威慑效应的研究，估计数值的大小、精细化程度及论证强度，对争论都有很重要的影响。例如，两位知名的法律学者，卡斯·R. 苏斯琳（Cass Sunstein）和艾德里安·冯缪勒（Adrian Vermeule）就宣称，这些新研究发现死刑存在显著的威慑效应，肯定会对人们对待死刑的观点产生影响。他们更为具体的辩称，如果正如以上提到的三项研究指出的，死刑执行对谋杀犯罪的威慑力均较大，那么不实施死刑的成本就是无辜的生命了，按照预测受害人的数量从5、18到150不等。⑤

这个反应促使约翰·多纳胡和贾斯汀·沃尔弗斯（Justin Wolfers），对新的死刑威慑效应文献做了一个全面的综述梳理。⑥ 简单概括并评价了以上提到的三项研究之后，他们将注意力集中到两个可以很好的说明死刑执行与谋杀犯罪之间不存在因果关系的证据，虽然这两者都有些奇闻轶事的色彩。第一个是有关美国和加拿大的谋杀犯罪率的对比。加拿大的谋杀犯罪率大概是美国的1/3，但是，在过

① Lawrence Katz, Steven Levitt, & Ellen Shustorovich, *Prison Conditions, Deterrence, and Capital Punishment*, 5 AM. LAW & ECON. REV. 213 (2003).

② Hashem Dezhbakhsh & Joanna M. Shepherd, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: Evidence from a 'Judicial Experiment'*, 5 AM. LAW & ECON REV. 344 (2003).

③ Hashem Dezhbakhsh, Paul H. Rubin, & Joanna M. Shepherd, *Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect?: New Evidence from Postmoratorium Panel Data*, 46 J. LAW & ECON, REV. 453 (2003).

④ H. Naci Mocan & R. Kaj Gittings, *Getting Off Death Row: Commuted Sentences and the Deterrent Effect of Capital Punishment*, 58. STAN. L. REV. 791 (2005).

⑤ Sunstein & Vermeule, *Is Capital Punishment Required?: Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs*, 58 STAN. L. REV. 703 (2005).

⑥ John J. Donohue III & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 791 (2005)。值得注意的是，这篇文章与苏斯琳和冯缪勒的文章登在同一期的《斯坦福法律评论》上。

去的 50 年里，加拿大的谋杀犯罪率却很离奇的和美国谋杀犯罪率的上下波动完全一致。而 1962 年以来加拿大就已经没有执行死刑。

第二个例子是有关那些存在死刑的州和没有死刑的州两者谋杀犯罪率的对比。“在从 1960 年到 2000 年的样本里，所有书面记载都表明有 6 个州一直都不存在死刑……再次，令人惊讶不已的发现是，这两类州的谋杀犯罪的变动却是紧密保持一致。”①

多纳胡和沃尔弗斯得出的结论是，新的研究并没有令人信服的证明死刑存在威慑效应。

12.4.2 死刑的社会成本

虽然，死刑的威慑效应，即死刑的社会收益，仍旧是一个未决的问题，然而，死刑高昂的实施管理成本却是勿庸置疑。陪审团的选择是一件尤为艰辛的事情，因为州法律通常允许公诉方和被告要求更多的陪审员。最近一个有关加利福尼亚死刑案例的研究发现，死刑案子中陪审团的选择平均是 13 天，而非命案选择陪审团大概只要 3 天。

陪审团一经选定后，相比非命案死刑案件，命案死刑案件的审判过程耗费的成本也要高昂得多。公诉方和被告在案子前前后后都动足了脑筋。最近的一项估计表明，一项命案起诉的成本平均为 200 万美元。此外，加利福尼亚大学洛杉矶分校和总统经济顾问委员会凯瑟琳·拜克尔(Katherine Baicker)的研究发现：“即便是一项简单的命案审判，平均下来也将要让县里提高 1.6%的税收，否则将减少了诸如高速公路和警察方面的支出。”②进一步，典型的死刑审判均被分割成两个判决，一是确认是否有罪，二是厘定刑期。确定刑期的审判阶段，警卫保护非常严密，因而这个阶段与证明罪名成立阶段的审判时间相差无几是再正常不过了。

最后，死刑案件中罪名成立之后的法律程序，也异常复杂而代价高昂。绝大多数州都要求，所有死刑案件都自动需要该州最高法院重新审核一遍。这种重新审核，不仅直接对公诉方和被告都代价不菲，同时也分散了本州法院稀缺的司法资源，使其无法被用于其他紧迫用途。当然，最近发现死刑案子中存在的错判，势必又将对审判和罪名成立后上诉(毫无疑问，正应如此)，变得比以往要代价昂贵得多。

即便不考虑上诉环节，死刑对一个州的成本同样很高。相比正常监禁犯人，死刑犯人监禁的成本要高两倍。死刑监禁犯人需要更细致的安全和监控设施。他们

① John J. Donohue III & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 800 页到 801 页。多纳胡和沃尔弗斯将这些事件称为“最高法院授权的自然实验”。

② Katherine Baicker, “The Budgetary Repercussions of Capital Convictions” (NBER Working Paper, 8382, June, 2001).

不能被雇佣到平常的监狱企业中劳作，因而，他们对监狱收入几乎没有贡献。由于异常的压力，死刑监禁犯人的医疗及精神治疗方面的成本都很高。

12.4.3 死刑威慑的结论

统计证据并不支持，确凿的证罪和执行可以威慑谋杀犯罪。或许，我们也无法获取更具说服力的统计结论。[①] 将死刑执行与其他变量效应区分开，需要大规模但非常难以收集的案例数据。再者，每个州死刑执行都只局限于一小撮杀人犯，因而统计学家们可以分析的样本数据少的可怜。最后，最近发现许多案件中死刑判罚，被错误的加之于无辜民众身上，这一点尤为令人困扰。

问题 12.13

死刑的赞同者和反对者都否认他们的信念取决于是否存在威慑效应，[②]然而，埃里奇的研究却激起了广泛的争论和愤慨。这些事实说明，刑罚的计量经济学分析有哪些贡献呢？

问题 12.14

18世纪，监禁犯人不仅有被执行死刑，同时他们也有被鞭打、烙印或肢体伤残。你能否想出其中的经济理由，为什么许多现代的州政府都放弃这些惩罚，而只留下罚金、监禁和缓刑？

种族歧视与死刑

被告的种族是否显著影响死刑判罚的概率？沃尔夫冈(Wolfgang)和阿姆斯特丹(Amsterdem)基于1945—1965年11个南方州3 000例强奸犯的研究表明，被证明有罪的黑人被执行死刑的概率相当小(13%)。然而，这项研究也发现，同样的犯罪黑人比白人被执行死刑的概率要高7倍，而黑人男性强奸

① 参见 Edward Leamer, *Let's Take the "Con" Out of Econometrics*, 73 Am. Econ. Rev. 31(1983)。利墨(Leamer)教授基于一项死刑判罚的威慑效应的计量经济学研究，说明研究者的先验信念对其结论的影响。同上引，第40到43页。

② 例如，90%的支持者说，即便可以很确定的证明死刑不存在威慑效应，他们还是支持这种判罚。Vidmar & Ellsworth, *Public Opinion and the Death Penalty*, 26 Stan. L. Rev. 1245(1974)。

白人女性，相比受害人和施害人的其他可能种族组合，其被执行死刑的概率要高出18倍。这些事实与传统上南方白人，对黑人男性与白人妇女之间的性关系的仇视保持一致。类似对比一下北方黑人和白人犯下相同罪型被执行死刑的差异，种族的差别在北方就不大明显。

谋杀犯罪方面的结论有所不同。1930年到1967年之间，相比白人被白人所杀，黑人杀害黑人，谋杀者被执行死刑的概率要略小一些。而1967年到1978年间，统计数据显示黑人比白人被宣判死刑的概率略低。

这些统计数据背后存在一个简单直白的事实：犯命案的黑人罪犯比例畸高，导致死刑判罚被执行的黑人比例，要大大超过黑人在总人口中的占比。单单这个事实，就已经为死刑判罚在未来的政治辩论中受到种族主义的质疑开下口子。[①] 无论如何，黑人被判死刑的畸高比例，确实也引发了令人担忧的或隐或现的种族偏见。

12.5 上瘾性毒品与犯罪的经济学

犯罪率的攀升一个流行解释是毒品的泛滥。诸如海洛因、可卡因和PCP(五氯酚，迷幻药的一种)等上瘾性毒品的使用，从三个方面增加了犯罪。首先，有些瘾君子需要实施犯罪获取收入。毒瘾让他们虚弱到无法胜任合法岗位上的工作，抑或合法工作的收入不足以支付吸毒的支出。其次，和饮酒类似，毒品可能通过降低自我控制能力或使情绪波动加剧，从而人们更容易犯罪。大约70%的美国大城市中由于抢劫、枪支犯罪和盗窃被捕的罪犯，经检查都发现曾吸食海洛因、可卡因或PCP。再次，毒品买卖是一项利润丰厚的生意，因而，也值得为之展开保护和争夺。于是，毒贩子将对其竞争对手实施暴力犯罪。

毒品导致犯罪显著增加，因而降低犯罪的社会成本也应包括减少上瘾性毒品的使用。我们已经发现，至今超过200万的美国监禁犯人中，有很高比例都是因为与毒品犯罪有关。

12.5.1 惩罚贩毒

当前，美国的政策试图通过截断毒品供给和减少毒品的需求，破解上瘾性毒品

① 参见 Stanley Rothman & Stephen Powers, *Execution by Quota?*, 116 PUB. INTEREST 3 (1994)。也可参见 John Blume, Theodore Eisenberg, & Martin T. Wells, *Explaining Death Row's Population and Racial Composition*, 1 J. EMP LEGAL STUD. 165 (2004)。

使用与犯罪之间的关联。减少非法毒品供给和使用的一个方法是，提高贩卖和吸食毒品的预期成本。一些毒品供给商将离开贩毒行业，转而投向风险更低的合法活动中。与此同时，由于供给控制所导致的高昂市场价格，也让消费者减少毒品的购买。

一些经济学家们辩称，因为事实性前提不正确，所以这个政策不对。批评者指出，上瘾使得毒品的需求缺乏弹性。因此，供给控制所导致的非法毒品的市场价格上升，将不会显著减少瘾君子的毒品消费。相反，这将促使瘾君子增加犯罪数量获取更多收入，以支撑其吸食之恶习。

图 12.1 描述了这种论断。这个图分成两个部分，分别代表两种毒品使用者。左边图表示瘾君子的毒品需求为 D，右边图表示未上瘾时的毒品需求为 D'。“未上瘾”的意思是偶尔的毒品吸食者，生理上并未对毒品产生依赖。图 12.1 显示了一个成功的阻断毒品、惩罚毒品贩子和吸毒者行动的影响。行动之前，毒品价格为 p_1，瘾君子和非瘾君子的毒品使用量分别表示为 x_1 和 x_1'。对毒品采取行动之后，价格上升到 p_2。这个价格包括了购买价格，以及购买非法毒品所带来的惩罚风险的货币当量。x_2 比 x_1 并没有下降多少，这意味着瘾君子的需求缺乏弹性。价格为 p_2 时，非瘾君子的毒品使用量为 x_2'。x_2' 相比 x_1' 减小很多，这表明非瘾君子的毒品需求富有弹性。价格从 p_1 上升到 p_2 对瘾君子的吸毒量没有多大影响，相反非瘾君子的毒品需求下降很多。

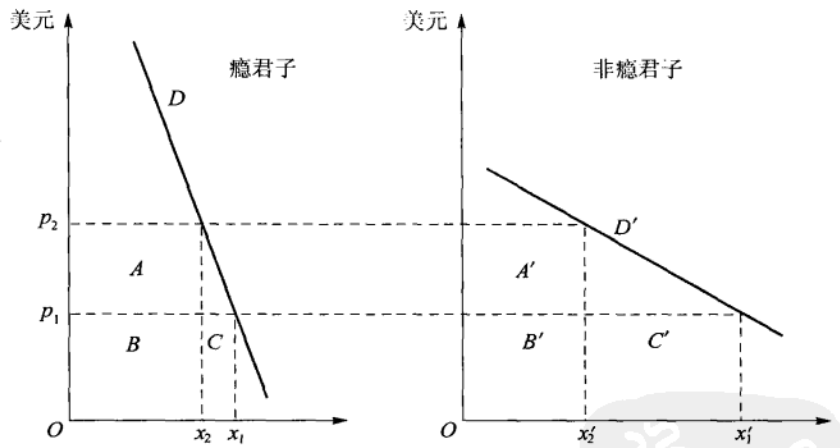

图 12.1　毒品市场与价格

现在考虑价格上升对吸毒支出的影响。瘾君子购买 x_1 数量毒品时的较低价格为 p_1，总支出为 $x_1 \times p_1$，即图 12.1 中 $B+C$ 的面积。禁毒行动之后，瘾君子以 p_2 的价格购买 x_2 数量的毒品，总支出为 $p_2 \times x_2$，即图 12.1 中的 $A+B$ 的面积。因而，禁毒行动导致瘾君子毒品支出的大幅增加，具体增加额为 $A-C$。总支出之所以增加，那是因为瘾君子购买的毒品数量几乎不变，而支付的价格却大大提高。结果，瘾君子们将需要更多的金钱支付毒品，而大多数的钱财都可能来源于财产犯罪。因此，提高瘾君子吸毒成本的公共政策，可能导致更多犯罪的增加（禁毒行动

提升了毒品价格，也导致非瘾君子的吸毒总支出下降了 $A'-C'$）。

以上分析揭示了一个两难困境：公共政策提高毒品价格，好的效应是减少非瘾君子的毒品使用。非瘾君子吸毒减少，大概意味着他们的犯罪量也将下降，同样也减少非瘾君子变成瘾君子的数量。然而，提高毒品价格的公共政策，不好的影响是显著增加了瘾君子的毒品支出。瘾君子支出增加意味着，他们为了获得更多钱财购买毒品，将会实施更多的犯罪。

针对这些事实，显而易见的一个反应就是，尽量抽取两个世界的好的方面，即提高非瘾君子的毒品价格，而瘾君子的毒品价格不能上升。就这句话来说，显而易见的对策就是，毒品政策必须对瘾君子和非瘾君子进行价格歧视。成功的价格歧视，致使图 12.1 中的瘾君子面临的是低价格 p_1，而非瘾君子的价格则是高价 p_2。正如英国和其他一些地方实施的情况，瘾君子可以接受医疗检验登记其上瘾性。登记后，他们可以按照处方购买到合法低廉的毒品，与人们从医生处获取处方买药大体类似。结果，瘾君子可以得到安全充足的毒品以维持其恶习。然而，非瘾君子（或未登记的瘾君子）就不能从药房合法的获得毒品，相反他们只能诉诸于价格高昂的非法毒品。

我们已经讨论了一套上瘾毒品的销售方案，即在瘾君子和非瘾君子之间形成价格歧视。值得注意的是，这个体系中的价格歧视，和利润最大化厂商所奉行的价格歧视方向刚好相反。这个方案旨在降低缺乏弹性的上瘾消费者的价格，而利润最大化的厂商则是对缺乏需求弹性的商品课以高价。

12.5.2 控制和禁止

前面一节，我们批评了那些旨在提高非法毒品贩子的预期惩罚的政策。接下来，将考察控制毒品生产和禁止毒品进口政策的失当之处。

首先，先考虑限制国外非法毒品生产问题。20 世纪 70 年代美国政府试图根除土耳其的罂粟种植，因为这些罂粟最终绝大多数都成为美国市场上海洛因的主要原材料。这个项目在土耳其取得了一定的成功，但是墨西哥开始种植罂粟，并且提供了美国市场 80%的供给。于是，美国政府开始在墨西哥推行根除计划，然而，生产又简单地移到了别的地区。人们对这些计划的成功一定倍感惊讶。美国公民每年海洛因的需求量大约是 6 吨。为制造这么多的海洛因，大概需要 60 吨的罂粟，大约占到全世界每年非法罂粟种植总量的 2%到 3%。世界罂粟和海洛因市场太大了，这些毒品的生产有充分弹性灵活，美国根本无法控制。

类似的，试图限制毒品进口的努力也归于失败。[①]小小分量的非法毒品价

① 参见 Peter Reuter. *Can the Borders Be Sealed?*, 82 PUB. INTEREST 36 (1988)。也可参考 Jonathan P. Caulkins, Peter Reuter, Martin Y. Iguchi, & James Chiesa, "How Goes the 'War on Drugs'?", RAND. Drue Policy Research Center, 2005。

格就已经非常高昂，价值几十万美元的毒品可以轻易的被隐匿在商务航线的个人行李箱中。当局无法对数以百万计搭乘商务航线抵达本国的旅客实施有效的监督。一旦一条路线被堵住，供给者很轻松就换到另外一条线路。同时，毒贩子还可以通过停靠边远港口的船只或降落在乡村私人跑道的飞机，进行毒品走私。

12.5.3 合法化

上述不大可靠的毒品政策的代价却异常高昂。20 世纪 80 年代，联邦政府毒品控制执行方面的支出翻了近两番，从大约每年 10 亿美元，上升到每年超过 30 亿美元，而 20 世纪 90 年代初期更是攀升至每年 67 亿美元。州政府的支出甚至比联邦政府的支出还要大。已有最精确的估计是，90 年代中期美国所有层级政府每年在清除毒品上的花费加起来超过 150 亿美元。

尽管毒品合法化的经济理由比较充分，然而，可供选择的合法化政策却是一个差异甚广的连续谱系。一个极端是几乎没有任何政府控制的合法化，另一个极端则是犯罪化(criminalization)，即由政府控制所有的毒品生产和销售。介于两者之间则是兼容多种可能的管制，比如许可生产、消费、禁止向少数派销售、对生产和消费的时间及空间进行管制，利用更加积极的计划帮助瘾君子，以及增加有关毒品滥用危险方面的教育。①

对毒品和酒精做一个比较可以发现，当前失败的政策尚有出路。在美国，每年有 8 到 10 人直接丧身于酒精，而另有 10 万人口的死亡中，酒精是一个重要影响因素。美国州政府监狱中所监禁的严重暴力犯罪，超过 1/3 与酗酒有关。据估计，美国的酗酒者或酒鬼高达 2 千万，而每年酗酒给美国带来的社会成本，超过 1 000 亿美金。烟草的社会成本也大致相当。每年，大约有 32 万人死于烟草消费。与此形成对比，1985 年所有非法毒品造成的死亡人数仅为 3 562 人。非法毒品所造成的社会成本，仅仅占到饮酒及烟草社会成本很小的一部分。

尽管饮酒所造成的危害如此之巨，20 世纪 20 年代美国尝试将饮酒规定为犯罪行为的尝试还是失败了。例如，在“禁酒令”时期，谋杀犯罪率急剧攀升到接近今天的水平。很大程度上因为“酒精战”的结束，饮酒开始由州政府管制并且不再属于违法，谋杀犯罪率开始急剧下降。虽然，酒精可能导致犯罪增加，但似乎禁酒会引发更多得多的犯罪。

对当下的毒品而言，类似的道理可能可以成立。如果毒品由州政府控制，就不再属于违法活动，而再也不会有“毒品战争”，这样谋杀犯罪率将会下降很多。废除目前所有的管制法律法规，毒品泛滥可能会略微增加一些，而就毒品取消管制可能

① 有关合法化的许多变种的讨论，参见 Mark Kleiman & Aaron Sager, *Drug Legalization: The Importance of Asking the Right Question*, 18 HOFSTRA L. REV. 527 (1990)。

是比目前犯罪环境中毒品泛滥要更好。①

在最近一项研究中，加里·贝克尔(Gary Becker)、凯文·墨菲(Kevin Murphy)和迈克尔·格鲁斯曼(Michael Grossman)探讨了，毒品合法化的一些经济后果。② 他们的结论是："即便考虑到生产者可能会转向地下生产以逃避货币税收因素，相比最优执法对合法商品征收货币税，将导致产出更多下降和价格更多上升。"

问题 12.15

在"向毒品宣战"期间，美国绝大多数非法毒品的街面价格仍保持稳定，或有些略有下降。这个事实说明，谁在赢得这场"战争"？

问题 12.16

利用经济学分析比较海洛因需求抑减的三种方法：(1)为登记的瘾君子，提供其他东西，即危险程度较低、对人体削弱程度降低的替代品，比如用美沙酮代替海洛因；(2)让登记的瘾君子免费获得非法毒品；(3)目前的政策，即凭合法处方使用。

问题 12.17

如果暴力犯罪分子一旦被逮捕即接受检测，那么你认为还会有更多人被查出近期毒品或汉堡消费呈阳性反应吗？犯罪分子中畸高的吸毒率的关键又在哪里呢？

12.6 手枪控制的经济学分析

长久以来，美国的暴力犯罪率都远远高于西欧国家。和绝大多数(但非全部)

① 有关毒品的非犯罪化不会增加毒品泛滥的论证，参见 Ethan Nadelman, *The Case for Legalization*, 82 PUB. INTEREST 3 (1988)。最近认同去犯罪化的论调，参见 Andrew D. Leipold, *The War on Drugs and the Puzzle of Deterrence*, 6 J. GENDER, RACE, JUST. 111 (2002)。

② Murphy, & Grossman, *The Economic Theory of Illegal Goods: The Case of Drugs*, 114 J. POL. ECON. 38 (2006)。他们的讨论涵盖所有广义的非法物品，即"物品之于社会的价值小于私人价值"。一般性结论是，具有这种属性的物品，"最有效率的方式是允许其变为合法，但是必须征收私人价值与社会价值之间差额的货币税收"。如果那是最优政策，那为什么自古以来所有社会，对诸如卖淫、贩毒、和赌博这些非法物品，都采取次优策略，比如禁止？作者们认为："实际政策与最优政策之间的不一致的一个解释是，这取决于其对中产阶级和穷人们消费的不同影响。中高收入阶层的家庭，相比税收通常更喜欢维持某物品的非法状态，穷人正好相反。如果穷人的政治力量要小的多，则这些物品最终就成为非法了。"

欧洲国家相比，美国的枪支持有率，尤其手枪持有率，也是居高不下。本节将考察枪支的广泛持有是否是犯罪的原因，或者犯罪导致广泛持有枪支。罪犯持有枪支是为了犯罪更容易得手或使逮捕更加困难，因此，枪支倾向于滋生犯罪。犯罪的潜在受害者持有枪支，为了使自己不容易受侵害，或对罪犯而言变得更加危险，这样看来枪支持有倾向于减少犯罪。下面详细考察有关这两种效应的相对大小的证据。

12.6.1 美国的枪支数据

枪支数量和犯罪数量之间存在很高的相关性。据估计，美国私人手上大概有2亿支枪支，其中6 700万都是手枪。大约一半的美国家庭都有枪，平均每户拥有4.5支。有一项估计表明，每天有10万学童携带手枪上学。[①] 回想一下科罗拉多州丹佛附近的哥伦比亚高级中学的那宗恐怖事件，两个全副武装的年轻人射杀了许多同学和老师后开枪自杀。

美国枪支拥有数量和犯罪数量，大致在同一时间开始攀升。20世纪60年代和70年代，美国的抢劫犯罪率增加了6倍，谋杀犯罪率翻番。枪支拥有数量大概也成倍增长。在美国，每年大约有64万犯罪都涉及枪支。1992年大约有1万1千人死于枪支谋杀（同年，日本枪支谋杀犯罪数为87，英国为22，澳大利亚是10）。1989年以来，美国的持枪谋杀犯罪增长了59%，而其他方式的谋杀却下降了30%。这些相关是因果关系抑或仅仅为巧合呢？枪支数量增加使得犯罪率是上升还是下降？回想一下整个90年代私人拥有枪支数量在增加，但是所有犯罪数量都在下降。

12.6.2 枪支控制

破除手枪与犯罪之间联系的努力，主要聚焦于以下两个一般性管制措施：第一，限制手枪的生产和持有；第二，对持枪犯罪克以更严重的惩罚。[②]

自从19世纪末，政府通过第一项枪支管制法（具体来说是藏匿武器），该管制法案成为联邦、州及地方政府最经常使用的管制方法。例如，20世纪30年代，国会禁止美国的邮递系统为跨州手枪买卖服务；要求对机枪、短统和消音器（当时罪犯喜欢的武器和装备）进行登记；这些武器的持有者必须拍照并做指纹登记，且任何时候枪支转让都必须支付200美元的税收。

---

① 参见詹姆斯·Q. 威尔逊，同上引，注1。

② 大约80%的美国公民（包括大约60%的国家步枪协会会员，这些人一向被视为是反对手枪管制的主要游说者），都赞同对枪支拥有采取更进一步的限制，手枪尤其如此。只有30%的人支持完全的禁枪。

联邦政府最近一次限制枪支持有的尝试是布拉迪法案(该法案于1993年由国会通过,以里根总统的新闻秘书詹姆斯·布拉迪的名字命名,他在1981年的一次针对里根总统的刺杀行动中中枪身亡)。这个法案要求枪支购买者必须等五个工作日,彻底调查背景后才能拥有其所购买的枪支。由于良好的档案记录对该法案的成功实施异常关键,然而绝大多数州的档案记录都差强人意,于是,法案授权联邦政府每年支出2个多亿美元,以帮助州改进档案记录的保管,最终目标是用瞬时完成的近五年背景记录检查,取代现有的5天背景审查等待期。①

类似布拉迪法案这样的规制,可能可以阻止最容易犯罪的那些人,从合法渠道获取手枪。构成美国一半人口的20多个州,已经都有了类似的背景审查等待期。这些州的经验发现,通过背景材料调查,大约1%—2%的枪支购买者都不符合条件。举例来说,近两年的时间里,加利福尼亚的背景检查法,已经让12 000个有犯罪记录、精神疾病或有酗酒历史的人,不能购买手枪。伊利诺依州类似的法律,也已经将2 000人排除在购买手枪的队伍之外。至于这些人后来从非法渠道购买了多少枪支,人们无从知晓。

地方政府层面,枪支管制采取了完全不同的做法。1982年4月之前,手枪买卖在芝加哥一直为非法。② 近来,一些地方政府已经向其居民要约收购枪支,至今也没有出现什么问题。1992年,圣路易斯向每把上交的手枪支付25美元。1个月的时间里,该市收集了7 465支枪,将其统统熔化。大城市的许多公立学校都有金属探测器;克林顿时期的行政管理当局建议通过随机抽查房子以搜查枪支;而一些当地政府则通过随机的设置路障,检查车里是否携带枪支。

除了以上提到的生产和持有方面的限制,违反手枪持有管制的规定,或对持枪犯罪的惩罚都在提高。许多州都已经通过立法要求,对未经允许持枪进行更严厉确定的惩罚。举例来说,1974年马萨诸塞州的巴特利—福克斯(Bartley—Fox)法案就规定,对未获私人手枪许可证的持枪者将处以监禁一年的强制惩罚,并且在这一年中不能获得缓刑、假释或其他任何形式的减刑。许多项研究都在度量巴特利—福克斯法案的影响。已有证据表明,该法案一开始是降低了枪支的无序持有,进而是减少了伤害、抢劫和谋杀犯罪中的持枪犯罪比例。③

尽管有以上证据,但是值得注意的是,也存在两种类型的管制对犯罪率似乎也

---

① 这些检查的目的是,让那些身犯重罪的玩命之徒、未成年人、当下或前瘾君子,以及曾受到精神病困扰的人,无法接触到手枪。

② 持有伊利诺依州枪械所有者身份识别卡(FOID)的人,可以购买步枪、散弹猎枪和弹药。这种身份识别卡需要等1个月才能拿到,即便枪支购买者已经持有此卡,他也必须等上一段时间才能拿到枪。即便有这些努力,芝加哥还是有成千上万支非法枪支;原因是要封住芝加哥的边境实在是难比登天。枪支可能来自管制较松的郊区,或者也从隔壁的印第安纳州和威斯康星州涌入。这个经验表明,局部的管制不大可能有效。

③ 参见威尔逊,《畅想犯罪》(1983年再修订本),第135到136页。杀人及其他重罪数量都在下降,虽然在波士顿和其他一些大城市,这二者仍旧攀升。

没有多大的影响。这些管制的主要前提都值得质疑，即手枪数量增加一定将引发更多的暴力犯罪。如果罪犯知道，老实的市民都不大可能携带枪支，他们会觉得犯罪的风险较低，因而将实施更多的犯罪。但是，如果犯罪分子知道许多私人都有枪，那他们实施犯罪就要保持高度谨慎。这个观察就使得手枪数与犯罪之间的因果关系方向变得模糊起来。标准的论证是，手枪数量增加导致犯罪率上升。但是，手枪增加同样可能导致犯罪率下降。如果这样，那么手枪数量减少反而将导致犯罪率上升。①

因果关系及其他一些更加细节的证据②都表明，手枪数量的增加与暴力犯罪之间并不存在简单的因果关联。因果关系方面的证据注意到，20 世纪 80 年代美国私人手枪拥有数量，每年的增长都高达一百多万，但是许多犯罪率都在下降。我们也已经见证了，90 年代私人枪支数量增加，包括暴力犯罪率在内所有犯罪率都反而下降。再者，加拿大、瑞士、新西兰和以色列，平均住户枪支拥有数量和美国相差无几或比美国更高，但是犯罪率都低于美国。相反，墨西哥和南非都存在异常严厉的手枪管制法，然而，这些国家的谋杀犯罪率却高达美国的两倍。自从州政府让市民得以更加容易的携带隐匿的武器，佛罗里达的谋杀犯罪率就开始下降（参见本节末尾的网页注释 12.8）。

然而，有关枪支与犯罪这个事情的另一项有意思的证据却是，私人枪支拥有数量与“热门”盗窃（“hot” burglaries，是指家中有人时候发生的盗窃）之间存在关联。如果房屋主人可以合法拥有手枪，保持其他条件不变，那么潜在的盗窃就应当尽量减少侵入有人在家的房屋。然而，如果按照法律规定房屋主人不能拥有手枪，那么即便有人在家窃贼也会闯入。因而，在允许房主拥有手枪的司法辖区，应当能观察到较少的“热门”盗窃。确实，这也同已有发现一致。美国、加拿大和英国的盗窃犯罪率大致相等。然而，美国的“热门”盗窃率（私人手枪持有大都合法），大约只有 10%，而加拿大和英国（一般不允许私人持有手枪）这个数字高达 50%。③

如同在犯罪与惩罚经济学中探讨的许多其他主题，这个问题同样错综复杂。还需要更好的经验研究，这样才能得出有关手枪持有与犯罪之间关系的确定性结论，进而才有望给出更确切的政策建议。这个问题并非仅是开放枪支市场和全面禁止持有枪支的区别。相反，问题在于需要找到具体的规制措施，能够真正成功降低暴力犯罪。例如，小口径子弹往往让人伤不至死，而大口径子弹则杀伤力很强。在美国，禁止大口径手枪，将导致小口径手枪的需求增加，进而死亡率将下降。

① Daniel Polsby, *The False Promise of Gun Control*, The Atlantic Monthly (March, 1994), p. 57.

② Arthur Kellerman et al., N Engl. J. Med. October 7, 1993.

③ 感谢小约翰·洛特（John Lott, Jr.）提供了这方面的证据。参见 Lott, More Guns, Less Crime (1999)，有关该论点的扩展。

问题 12.18

应用经济学知识对以下情形的犯罪率进行排序：

(1) 没有私人持枪(有效的禁止)。

(2) 只有犯罪分子持枪(对犯罪分子的控制无效)。

(3) 每个人都可以很轻易的买到枪支。

(4) 只有诚实的市民才能买到枪支。

问题 12.19

是否可能设计并实施一项法律，只有诚实的市民才可以买到枪支？

问题 12.20

在美国，枪支管制在高犯罪率区域，政治上尤其不受人们欢迎。利用经济学对此做出解释。

问题 12.21

每年大约于 38 000 美国人死于枪伤。这些死亡中不到一半是谋杀，事故和自杀占据了涉枪死亡的 54%。假定诚实家庭拥有枪支确实威慑犯罪，但会导致意外死亡。你将如何比较这二者的成本？

网页便笺 12.8

在最近出版的书《枪支数量增加与犯罪率下降》中，小约翰·R. 洛特试图证明如果州政府通过一个“隐匿携带”法，允许登记的枪支主人携带武器，那么继而该州的犯罪率将明显下降。洛特论证到，如果犯罪分子是理性的，而且他们知道受害者或犯罪现场附近的人可能都有手枪，因而自己受到严重伤害或致死的可能性都大大提高，那么他们将不大可能去犯罪。本书的网站里面，我们对洛特的论证做了一些评论，并对有关其研究的批评也略作评述。

12.7 解读美国的犯罪率下降

1991 年到 2001 年这 10 年间，美国的严重犯罪大概下降 30%。哪些因素导致犯罪率的下降？经济学家斯蒂芬·莱维特指出四个因素导致了犯罪率的下降，而

六个其他评论者认为有效果的其实不然。[①] 本节描述犯罪率的下降，并对莱维特提到的影响因素略作讨论。

回顾一下20世纪90年代初开始的犯罪率下降，不仅影响暴力犯罪，同时也影响到非暴力犯罪。从1991年到2001年，谋杀犯罪率下降了43%，达到20世纪30年代以来的最低点。同期，联邦调查委员会(FBI)暴力犯罪和财产犯罪指数，分别下降了34%和29%。利用《标准犯罪报告》(Uniform Crime Reports)和《全国犯罪受害者调查》(National Crime Victimization Surveys)的数据，莱维特将这些变化简要概括的记录在附表上，即表12.3。

表12.3 全国具体犯罪类型的变动趋势

犯罪种类及数据来源	1973—1991年间犯罪率变动的百分比(%)	1991—2001年间犯罪率变动的百分比(%)
源于UCR的报案率		
暴力犯罪	+82.9	−33.6
谋杀	+5.4	−42.9
强奸	+73.4	−24.8
抢劫	+50.0	−45.8
恶性伤害	+118.1	−26.7
侵财犯罪	+38.2	−28.8
入室盗窃	+3.0	−40.9
盗窃	+56.7	−23.2
盗窃机动车	+49.8	−34.6
源于NCVS的犯罪受害人数		
暴力犯罪	+1.6	−50.1
强奸	−20.0	−45.0
抢劫	−15.5	−53.3
恶性伤害	−3.9	−56.9
轻微伤害	+10.7	−47.0
侵财犯罪	−32.0	−52.8
入室盗窃	−41.3	−55.6
盗窃	−46.5	−51.6
盗窃机动车	+16.2	−58.6

资料来源：莱维特，表2，第167页。

他进一步说明90年代的犯罪率下降“波及所有地区也影响了所有的年龄群体……最大比例的犯罪率上升出现在大都市的统计地区(MSAs)，尤其是人口超过250万的大城市。”

① Steven D. Levitt, *Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not*, 18 J. ECON. PERSP. 163 (2004)。本节剩下部分的内容，都将局限于引用这篇文章的具体小节。同样也可以参见 Steven D. Levitt & Thomas J. Miles, “Empirical Study of Criminal Punishment,” in A. MITCHELL POLINSKY & STEVEN SHAVELL, EDS., HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS v. 1 (2007)。

12.7.1 没有影响的六个因素

莱维特发现对美国90年代犯罪率下降基本没有影响的六个因素如下：(1)经济繁荣；(2)人口结构变更；(3)警察策略的改善；(4)枪支控制法案；(5)允许携带隐匿武器法案；(6)死刑应用的增加。

1. 经济繁荣

1991年到2001年这段期间，是美国历史上持续时间最长的经济增长时期，人均实际GDP增长了30%，而年均失业率降到4%左右。有人可能会合乎情理的预测，经济繁荣让潜在犯罪分子获得更好的合法收入机会，从而犯罪率下降。然而，正如我们在本章前面看到的，并不存在良好的经验证据表明，经济波动与犯罪率之间存在相关关系或因果关系。莱维特指出，至多失业率改善一个百分点，财产犯罪下降一个百分点(暴力犯罪并无变化)。因此，1991—2001年失业率平均下降2个点，只能给财产犯罪率下降带来2个点的贡献。但是，实际上，财产犯罪下降了30%。另外，人们也应该对广义经济要素在解释犯罪率变动的重要性产生质疑，因为20世纪60年代犯罪率急剧上升，而同期经济却迅猛增长。

2. 人口结构变动

之前我们已经看到人口结构与犯罪率存在很强的因果关系：其他条件保持不变，社会中年轻男性人口比重增加，犯罪率数量也将增加。相反，老年人口比重越多，犯罪率将越低。① 在所考虑的时期内，15—24岁之间的人口比例从13.7%上升到14.6%，这种变化过小不足以导致犯罪数量出现多少变动。犯罪率下降这段时间里面，人口结构也没有其他显著变化了，因而，显然不可能存在可以解释犯罪率急剧下降的因素。

3. 警察策略的改善

1991—2001年这段时间的初期，纽约州开始尝试一些创新性的警察策略，比如“社区警察”，并委任一位精力旺盛的全新警长。在所有的大城市里面，纽约市的犯罪率下降幅度最大，因而，评论家们往往指出纽约市抗击犯罪方面之所以取得巨大成功，最重要的两个因素当属警察策略的变换和新任的警长。

莱维特的质疑是，这两个变化与纽约市的犯罪率变化不存在多大的关系。首先，犯罪率的下降先于这些变化。另外，在警察策略变化或新警长走马上任的时点，也没有任何可以观察到的犯罪率的加速下降趋势，事实上，没有发生任何改变。其次，在整个90年代，纽约市的警察部门规模增加了45%，这个比率高达全国平均水平的三倍。正如我们将要看到的，警察数量的增加比警察策略的变动要重要得多。再次，其他绝大多数城市，都没有采取类似纽约的警察策略变更，然而，这些城

① “2001年，65岁以上人口的人均逮捕率大约是15—19岁之间逮捕率的十五分之一。”而老年人的受害率大约是那些年轻人的十分之一。

市犯罪率同样也显著下降。①

4. 枪支控制法

我们之前已经看到，在美国私人手上持有的枪支数量超过两亿，而每年大约16 000件的谋杀案件中，约有11 000件都使用枪支。因此，更加严厉的枪支控制法将减少犯罪，尤其谋杀犯罪，这似乎有一定的道理。然而，詹斯·路德维格(Jens Ludwig)和菲利普·J. 库克(Phitip Cook)给出的报告却指出，那些法律，尤其1993年布拉迪手枪暴力预防法案，对谋杀犯罪率的变动趋势并不存在统计上显著的影响。② 同样也没有其他证据证明，更严厉的枪支控制法案，或者市政府限制黑枪购买的政策，对枪支暴力有任何影响。

5. 法律允许人们携带隐匿武器

与越来越严格的枪支控制法案相反，有些州倒是放松了携带隐匿武器的限制。一篇实证研究文献声称，法律允许登记者携带隐匿武器，对犯罪率的下降有显著影响，然而莱维特和其他人认为该论断尚缺乏证据(参见网页便笺12.8)。③

6. 死刑使用的增加

20世纪90年代被执行死刑的人数(478)，高达80年代被处决人数(117)的四倍之多。莱维特几乎很肯定这对严重犯罪没有影响。首先，被判死刑的人鲜有被处决(2006年死刑犯有3 200名，而只有53人被处决，不到2%的比例)，处决的如此延后以至于"理性的罪犯就不应该被处决的威胁所威慑"。事实上，"实施谋杀犯罪被处决的概率，仍旧低于两百分之一"。许多死刑犯死于所住周围暴力事件的概率，都要高于判死刑后被处死。其次，设想从犯罪威慑文献获得一个数字，即每处决一名犯人将可以威慑6例后续的谋杀。那么，"死刑处决从1991年的14例，上升到2001年的66例，将可以减少300到400例谋杀犯罪，即谋杀犯罪率下降1.5%，这还不到这段时间所观察到的谋杀犯罪率下降的125分之一"。

12.7.2 解释美国20世纪90年代犯罪率下降的四大因素

莱维特认为导致犯罪率下降的四大因素如下：(1)警察规模的增加；(2)监狱犯人数量的增加；(3)可卡因热的退却；(4)20世纪70年代初的堕胎合法化。我们已

① 纽约的第四个重要因素，这个因素我们已经做过探讨，即纽约市20世纪70年代的堕胎率为全国最高水平。纽约市于1970年实现堕胎合法化，比最高法院有关"罗伊诉韦德"案(410 U. S. 113 (1973))的判决整整早了3年。

② Jens Ludwig & Philip J. Cook, *Homicide and Suicide Rates Associated with Implementation of the Brady Handgun Violence Prevention Act*, 284 J. Am. Med. Assoc. 585 (2000).

③ 参见John R. Lott, Jr. & David B. Mustard, *Crime, Deterrence, and the Right to Carry Concealed Handguns*, 26 J. Legal Stud. 1(1997)。该假说在John R. Lott, Jr., More Guns, Less Crime: Understand Crime and Gun-Control Laws (1998)中得到进一步的拓展。

经用整整一节的篇幅，讨论堕胎合法化在犯罪率下降中作用的论点及证据。在此，仅对其他一些影响因素略作概述。

1. 警察规模的增加

警察数量对犯罪存在显著的威慑效应。托马斯·马维沃(Thomas Marvell)和卡莱尔·穆迪(Carlisle Moody)估计，[①]90年代中期犯罪率的警察弹性为−0.3。也就是说，警察数量增加10%，将导致犯罪率下降3%。莱维特此后发现犯罪对警察数量的弹性介于−0.43和−0.5之间(请注意这些估计值，比监禁的犯罪抑制弹性要大的多)。[②] 90年代，美国总的警察数量增加了50 000到60 000人，增加了14%。如果利用−0.4的弹性度量，那么可以将这个期间犯罪率下降的5%—6%，归功于警察数量的增加。也就是说，单独这个因素就解释了，十分之一到五分之一的总犯罪率的下降。

2. 监狱犯人数量的增加

我们已经看到，从1980年到2002年，美国的监狱犯人数量翻了四倍，而略超过一半的增加都出现在90年代。有很好的证据表明，犯罪的预期惩罚弹性介于−0.1到−0.4之间(该证据显示暴力犯罪的弹性值靠近区间上方，而侵财犯罪的弹性值则在区间下方)。假定暴力犯罪对预期惩罚的弹性为−0.3，而侵财犯罪为−0.2，那么，预期惩罚增加"可以解释大约12%的前两项犯罪率，和8%的侵财犯罪率的下降，或者三分之一的总犯罪率的下降。"

3. 可卡因热的退却

利用加热可卡因粉和烘焙的苏打混合制成空心块状的可卡因，20世纪80年代一经出现，便在市场上广受欢迎获得丰厚的收益。新型可卡因相对较便宜，但是可以带来短暂强烈的兴奋感。售卖这种非法产品的竞争异常激烈，1985年以来与此竞争相关的帮派暴力，成为美国社会的一个大问题。结果是，美国25岁以下的年轻黑人男性的谋杀率，一直居高不下持续到整个80年代末。

然而，20世纪90年代初开始可卡因风靡开始衰退，相应的年轻黑人男性的高谋杀犯罪率也开始下降。1991年到2001年间，相比同期白人成年男性谋杀犯罪率下降为30%，年轻黑人男性的谋杀犯罪率下降了将近50%。莱维特估计，可卡因热的消退大约可以解释这十年所有谋杀犯罪率下降的15%。他还估计到，可卡因对其他犯罪的减少影响十分有限，大概只有3%。

12.7.3 小结

莱维特将这些内容总结在下一页的表12.4中。

① Thomas Marvell & Carlisle Moody, *Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates*, 34 CRIMINOLOGY 609 (1996).

② Levitt, *Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime: A Reply*, 92 AM. ECON. REV. 1244 (2002)。莱维特利用消防员数量的变化作为警察数量变化的工具变量。

表 12.4　影响 20 世纪 90 年代犯罪率下降的各因素贡献率的总结

	因素变化导致 1991—2001 年犯罪率的变化比例			
因素	谋杀	暴力犯罪	侵财犯罪	估计影响的可信度
经济繁荣	0	0	−2	高
人口结构变动	0	−2	−5	高
警察策略改善	−1	−1	−1	低
枪支管制法	0	0	0	中
隐匿枪支法	0	0	0	高
死刑使用增加	−1.5	0	0	中
警察数量增加	−5.5	−5.5	−5.5	中
监狱人口数增加	−12	−12	−8	高
可卡因减少	−6	−3	0	高
堕胎合法化	−10	−10	−10	低
所有变量	−36	−33.5	−31.5	中

资料来源：莱维特，表 5，第 184 页。

结论

本章利用犯罪与惩罚的经济理论，检验了一些重要的刑事司法政策问题。经济理论在梳理问题和得出可能的结论方面均颇有价值，而实证研究在权衡不同政策方案，以最小化犯罪的社会成本方面，则显得尤为必要。

推荐阅读

Bar-Gill, Oren, & Alon Harel, *Crime Rates and Expected Sanctions: The Economics of Deterrence Revisited*, 30 J. LEGAL STUD. 485(2001).

Freeman, Richard D., *Why Do So Many Young Americans Commit Crime and What Can We Do About It?*, 10 J. ECON. PERSP. 25 (1996).

Harcourt, Bernard, & Jens Ludwig, *Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiments*, 73 U. CHI. L. REV. 271 (2006).

Krueger, Alan B., & Jitka Maleckova, *Education, Poverty, and Terrorism: Is There a Connection?*, 17 J. ECON. PERSP. 119(2003).

Levitt, Steven D., *Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime*, 87 AM. ECON. REV. 270(1997). See also Levitt,

Reply, 92 AM. ECON. REV. 1244(2002).

Milhaupt, Curtis & Mark D. West, *The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime*, 67 U. CHI. L. REV. 41(2000).

Stuntz, William, *Local Policing After the Terror*, 111 YALE L. J. 2137(2002).

VENKATESH, SUDHIR ALLADI, OFF THE BOOKS: THE UNDERGROUND ECONOMY OF THE URBAN POOR (2006).

后记

罗伯特·考特和托马斯·尤伦两位教授所著的《法和经济学》，是一部在法和经济学领域有着持续影响力的著作，同时也是一部被许多国内外大学广泛采用的法和经济学教科书。复旦大学的张军教授主持翻译了这部著作的前两版，对推动中国的法和经济学的教学与研究起到了十分重要的作用。现在由我本人来主持这部著作新版本的翻译工作，深感荣幸与责任重大。

我本人是在1993—1994年在美国芝加哥大学经济学系做访问教授期间，开始接触到法和经济学这门学科的，回国后转入法和经济学的研究。自1998年招收博士研究生以来，我自己在法和经济学领域已经指导培养了19名博士研究生，其中已毕业获博士学位的11人，目前在读的8人，浙江大学经济学院由此也初步形成了一支法和经济学的研究队伍，并成立了浙江大学法律经济学研究所。《法和经济学》新版本的翻译工作就是由浙江大学法和经济学的研究团队共同承担完成的。

新版的《法和经济学》的翻译工作大致的分工为：董雪兵博士负责翻译第1、2、3章，朱慧博士负责翻译第4、5章，吴晓露博士负责翻译第6、7章，李井奎博士负责翻译第8、9章，李井奎博士和陈春良博士负责合作翻译第10章（其中已在浙江财经学院任教的李井奎博士负责10.3及以后各节，在浙江工商大学任教的陈春良博士负责10.1、10.2小节），陈春良博士负责翻译第11、12章。各章翻译出初稿后，由史晋川教授负责全书的审阅校对，同时提出比较详细的修改意见，会同各章译者共同进行修改完善，最终由史晋川教授终校定稿。浙江大学经济学院的博士研究生吴兴杰同学和美国伊利诺伊大学数学系的史册同学，协助史晋川教授做了前言及版权页等部分的翻译校对工作，董雪兵博士和朱慧博士协助做了译稿的整理和编排工作。

尽管在整个翻译工作过程中，译者和校对者在主观上都尽了最大的努力来认真对待这项工作，力求按照“信、达、雅”的标准来翻译这部著作。但是，由于校译者的知识水平和学术水平的局限，特别是我本人各方面的水平局限，翻译中一定会存在种种不妥之处，甚至错误也在所难免，我们真诚地希望并欢迎读者及学界同仁在阅读时不吝赐教。

史晋川

2010年6月

浙江大学玉泉校区