



南开大学法学院
学术文存

不完备合同的经济分析

Bu Wanbei Hetong De
Jingji Fenxi

贾敬华◇著



人民大学出版社



南开大学法学院
学术文存

不完备合同的 经济分析

贾敬华◇著

 人 民 出 版 社

责任编辑:姜冬红

版式设计:程凤琴

责任校对:吴海平

图书在版编目(CIP)数据

不完备合同的经济分析/贾敬华著.

-北京:人民出版社,2006.11

ISBN 7-01-005924-1

I. 不… II. 贾… III. 合同法-法的理论 IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 130555 号

不完备合同的经济分析

BU WANBEI HETONG DE JINGJI FENXI

贾敬华 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:8

字数:181 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 7-01-005924-1 定价:16.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539



作者简介

贾敬华，南开大学法学院讲师，中国人民大学法学博士，吉林大学博士后流动站研究人员，主要从事法理学研究。

内容提要

本书起始于对经济学中不完全契约理论的介绍，探讨其成因、经济理性及其局限，为法学中的不完备合同理论奠定基础。为了将不完备合同“转换”成完备合同，就需要抽象出完备合同赖以存在的主客观环境，确保在不完备合同的状态下为当事人达到完备的目标提供实践性规范标准，从而对二者之间的差额进行有效率的分配。由于买卖合同在合同法中最具有代表性，对其中所包含的合同漏洞进行有效补充也最有助于阐释法经济学的基本理念，所以本书对其进行较为全面的分析，同时也为其他类型合同的填补提供相应的参照。在履约中，本书对风险负担的所有人主义和交付主义作了交易成本的比较，赞成明确的“实际控制实现标准”；在违约中，则用经济人假设考察实际履行优先原则和损害赔偿优先原则对市场机制的尊重程度，同时对惩罚性赔偿和有效违约也作了效率分析，认为交易安全优于交易公平。

策 划：李春林

封面设计：

装帧设计
xy6001@126.com

Bu Wanbei Hetong De
Jingji Fenxi

目 录

导 言	(1)
第一章 经济学中的不完全契约理论概述	(5)
第一节 不完全契约的成因和经济理性	(5)
第二节 不完全契约的基本方法论	(8)
一、逻辑实证主义的纯粹科学观	(9)
二、并未超越虚构的逻辑实证主义以及事实真相	(15)
三、不完全契约中逻辑实证主义的影响	(24)
第二章 经济学中公平和效率的冲突	(27)
第一节 对效率的不同理解	(28)
第二节 对公平的不同理解	(30)
一、对公平的观察视角	(31)
二、对公平的两种分类	(34)
第三节 公平和效率的关系	(39)
一、冲突的公平和效率	(39)
二、协调的公平和效率	(43)
第四节 法经济学对公平和效率的选择	(45)
第三章 不完备合同的基本理论	(49)

2 不完备合同的经济分析

第一节 完备合同的基本条件	(49)
一、合同当事人的“经济人”品格	(50)
二、完全竞争的市场环境	(84)
第二节 不完备合同存在的原因	(86)
一、有限理性	(86)
二、不完全信息	(96)
三、交易成本	(100)
第三节 解决不完备合同的合同网络框架	(116)
一、附加保险合同	(117)
二、远期合同转化为期货合同	(118)
三、借助长期合同	(120)
第四章 不完备合同补充的顺序规则	(123)
第一节 合同漏洞补充的基本方式	(124)
一、以共同的默示意图补充	(124)
二、以推定的当事人意图补充	(125)
三、以法律规范补充	(126)
四、以习惯和惯例补充	(127)
第二节 补充顺序	(128)
第五章 履约中不完备合同的补充	(133)
第一节 买卖合同中风险负担的分配	(135)
一、两种类型的风险转移立法	(135)
二、两种风险转移类型的经济分析	(141)
三、我国交付主义原则的缺陷及改进	(147)
第二节 格式合同的经济分析	(150)
一、格式合同内容的效率因素	(150)

二、格式合同中的不公平条款——对效率的抵消	(154)
三、国外对格式合同的规制	(156)
四、反垄断的目标取向	(165)
五、格式合同和合同自由	(172)
第六章 违约中不完备合同的补充	(174)
第一节 实际履行的经济分析	(175)
一、两大法系、国际公约对实际履行的态度	(176)
二、实际履行的成本效益分析	(191)
第二节 损害赔偿的经济分析	(196)
一、两种赔偿方式	(196)
二、两种损害赔偿方式的效率性选择	(200)
三、损害赔偿的应当预见规则限制	(204)
第三节 惩罚性赔偿	(210)
一、惩罚性损害赔偿制度概述	(210)
二、惩罚性赔偿的效率分析	(217)
第七章 马克思主义与制度经济学	(221)
第一节 马克思主义与制度经济学的关系概述	(222)
第二节 马克思主义国家观与制度经济学国家观 的比较	(224)
一、国家的起源	(224)
二、国家的职能与目的	(228)
第三节 技术和制度的关系	(232)
一、马克思主义关于技术和制度的关系	(232)
二、制度经济学关于技术和制度的关系	(234)
三、马克思主义对制度经济学在技术和制度关系	

4 不完备合同的经济分析

方面的影响 (237)

第四节 整体主义与个体主义的分歧 (238)

主要参考文献 (242)

导 言

美国的福特、卡特、里根、克林顿等几任总统都曾在其任期内作出过专门指示,要求对联邦规制进行事先的成本—收益核算。在司法实践中,对于法律的经济分析的运用更是先于其立法实践。早在1947年,联邦第二巡回区上诉法院首席法官伦尼德·汉德在审理“美利坚合众国诉卡罗尔拖轮公司”一案中,就从经济分析的角度提出了著名的“汉德公式”,即过失责任取决于预防成本与损害的概率的比较。汉德之后,又有诸如理查德·波斯纳、弗兰克·伊斯特布罗克、斯蒂芬·布雷尔、罗伯特·博克、安东尼·斯卡利等联邦法院法官继续在司法审判中推行经济分析法学的主张。^①博登海默指出:“如果某人未接受经济学的训练,那么他就无法认识到法律问题与经济问题之间的紧密联系,而这种关系在许多法律领域里都存在着……如果一个人只是个法律工匠,只知道审判程序的方法和精通实在法的专门规则,那么他的确不能成为第一流的法律工作者。一个法律工作者如果不研究经济学与社会学,那么他极易成为一个社会公敌。”^②给法律的分析提供一个经济学

① [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版。“译者的话”第13页。

② [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第490—491页。

的视角可以拓宽和加深对法律的认识,从而全面地描述法律的复杂面相。

本书第一章从经济学中的不完全契约理论开始,对不完全契约的成因和经济合理性以及所采用的方法论作了描述,为不完备合同理论的分析提供一条线索。在对不完备合同进行填补时的价值选择是一个基础性核心问题,所以第二章对公平和效率的冲突进行了揭示。在法所中介的诸多价值里面,公平和效率之间的冲突与融合也许是最易于牵动人们敏感神经的,可是对二者的适当关系又必须有一个明确的态度。法学家们对此问题已经进行了深入的、形形色色的探讨,美中不足的是他们的论证过程在价值无涉论者看来充满了强烈的主观色彩。根据逻辑实证主义的观点,当定义公平和效率以及确定何者应具优先地位时须排除个人的学识、家庭背景甚至对人类的基本怜悯情愫的干扰,只从它们所表现出来的外部效果给出一个可观察的、可重复的、可从统计资料得到验证的答案。经济学家的主要任务是像物理学家或化学家一样冷静地认识客观现象的内在性质,因而大多采用实证分析方法。本书第二章虽然探讨的是公平和效率的关系这个在法学中属老生常谈的问题,但参照的几乎都是经济学的材料,目的在于与法学材料作一个对比并得出经验性结论。例如法学家中的公平优先论者主要是基于对弱者的同情心理,而经济学家中的公平优先论者却用消费倾向边际递减规律和资本收益边际递减规律证实自己的观点。

本书第三章论述了不完备合同的基本理论,要理解这一理论需要对“完备合同”这个概念有一个宏观的把握,后面各章内容也是以此为基础的。所谓的完备合同是一种没有制度和人性干扰、没有信息和成本障碍的世界里能产生的利益最大化的乌托邦式理

想合同,其虚幻性可与无摩擦力的物理学世界相比拟。一旦社会中存在的正式制度、非正式制度和人的个性等因素不符合交易的本质就会产生不完备的合同,因此即使说现实中所存在的合同都是不完备的也不存在逻辑上的错误。

面对作为常态的不完备合同,法院需要国家制定的规则以及非正式制度使之尽量完善,当然在私法领域当事人的意志也是应考虑的重要因素。第四章的内容就在于解决补充合同时个人自由、国家意志与非正式制度之间的有效顺序问题,本书对此三者是按照当事人协商→探求当事人的真意→适用强行性规范→适用任意性规范→适用交易习惯→推定当事人的共同意图来确定其位阶的。单就该顺序中的法律规范而言,第五章从履约的角度分析了补充不完备合同的两种风险移转的立法例、作为不完备合同特殊形式的格式合同的规制以及因格式合同源于垄断又促进垄断所产生的反垄断法问题;第六章从违约的角度分析了补充不完备合同时违约补救的两种重要方式——实际履行与损害赔偿——的效率位阶、损害赔偿的两种方式——期待利益赔偿与信赖利益赔偿——的效率位阶,以及备受争议的法官或当事人在合同中加入惩罚性条款所产生的惩罚性赔偿问题。

前面几章内容涉及的都是个人主义的经济分析法学及其在合同法领域内的具体运用,这种理论和我国的马克思主义的指导思想并不具有整体上的耦合性,因此本书最后一章对马克思主义与制度经济学的理论渊源和观念分歧作了探讨和论证,旨在说明,既然以马克思主义为理论渊源的制度经济学能开出个人主义的经济分析法学的奇葩,那么马克思主义的整体主义分析思路与最大化原则、激励分析、机会成本和社会成本理论、效率和平等理论、公共选择等理论相结合会产生什么结果,也需要我们予以重视。

4 不完备合同的经济分析

尽管经济分析法学的基本观点值得尊重,我们也要意识到,经济分析法学家试图在将经济学的触角延伸至几乎法律体系的各个部门的时候,这种解释虽有独特效果但并不总是当然有效,毕竟法律和经济、法律主体和经济主体、法庭和市场各有其逻辑领域,虽有交叉但不完全重合。

第一章 经济学中的不完全 契约理论概述

20 世纪末期以来,经济学围绕不完全契约展开了丰富多彩的探讨,例如对长期经济关系的效率、有些制度何以存在、有些企业形式何以发生诸多问题的解释等等。这种深入的探索为法学的发展提供了大量现代契约学素材,尤其为法学中相关的不完备合同理论的形成和发展注入了经济学视域的灵感。所以,要想对不完备合同展开分析,首先需要对不完全契约形成的原因、所包含的经济理性以及所运用的基本方法论有一个大概的了解,这是十分必要的。

第一节 不完全契约的成因和经济理性

契约大致可以分为完全契约和不完全契约两大类,完全契约以缔约方的完全理性假设、稳定的偏好选择为前提,详尽描述了当事人现在和将来可能面临的各种情形,以及其中所包含的个人效用最大化的权利义务分配。完全契约具有以下特征:未来的可预期性和可描述性;对可能发生的任何事件都有足够的应对方案,双方在无交易成本的状态下即能达成合意;契约方不但对契约内容没有争议,而且愿意遵守能使自己利益最大化的协议;契约内容是透明的,在没有鉴定成本的情形下第三方即能对相关的争议作出

判断并予以强制执行。事实上,现实生活中存在着大量并没有详细而精确地描述与交易有关的各种可能性以及相应的权利义务安排的契约,它们或者对有些问题只有一些模糊规定或者根本就没有规定,也就是说总包含着遗漏条款,立约的不完全直接导致了履约的困难,这样的契约就属于不完全契约。

造成不完全契约的原因复杂多样,例如信息成本、环境的不确定性、人的有限理性以及故意的遗漏等等。施瓦茨认为契约的不完全性大致有五个方面的原因:第一,一个契约有时因为语句是模棱两可或不清晰而造成契约的模棱两可或不清晰;第二,由于契约方的疏忽未就有关的事宜订立相应条款;第三,因为契约方订立一个条款以解决一特定的事宜的成本超出了其收益而造成一个契约是不完全的,成本中包括信息处理成本,因此第三条原因包括了由于有限的理性而出现的不完全性;第四,一个契约可能由于不对称信息而是不完全的。^① 契约的不完全性在于难以在事前制定详尽无遗的条文,即具有“不可描述性”。威廉姆森认为,契约的不完全性主要是由于人的有限理性所致,人们所生活的世界具有很强的随机性、不确定性,无法在变动的世界里预测得太远。即使是对所预见到的可能性状态,由于语言和事物之间的对立,也很难用恰当的条款对各种情况发生时所必需的权利义务作出适当安排。而且,即使有了相应的条款规定,由于非对称信息的存在,缔约方也会对相同的事物有不同的观点。不过,在有些情况下,即使缔约各方具有完全对称的信息,契约也可能是不完全的。在不完全契约中,由于契约中的部分内容是第三方(包括权威性的仲裁

① [瑞]拉斯·沃因、汉斯·韦坎德编:《契约经济学》,经济科学出版社1999年版,第102页。

机构和法庭等)可观察但不可证实的,因此契约大多是不完全的,契约的漏洞往往是无法避免的。

不完全契约尽管在一定程度上增加了交易风险、扩大了交易成本,但还是有其一定的经济合理性。人们缔结契约的目的是利益最大化,适度的灵活性给双方的深入合作和商谈留下了空间。如果当事方都将其行为依附于特定的可验证事件,那么这些可验证性事件可能会加强当事人在这些方面的注意力,从而干扰整体目标的实现。随着信息量的变化,人们需要在多维度的目标之中进行反复权衡、调整,过于僵硬的契约反而不利于缔约人。贝恩海姆和韦斯腾用“战略的模糊性”(strategic ambiguity)来描述这种故意在契约中设置遗漏条款的状况。不完全契约存在的一个重要原因是对契约关系的多种可替代性治理工具的使用。纳比尔·阿拉加指出,即使经济交易最简单的情况也是非常复杂的,治理这种复杂的交易关系不仅需要通过明确的契约关系,也需要弹性治理工具的补充。因为声誉、习俗(惯例)、物质资本产权或者法律体制等弹性治理工具的使用,能够节省签约成本,并增加契约关系的弹性或适应能力。但也要意识到,更有弹性的可替代性治理工具的存在可能使得初始的不完全契约变得更加不完全。原因在于,弹性治理工具越有效,契约关系中的规定就越简单,有时候甚至根本不需要明确的契约。^①此外,不完全契约能在一定范围内节约信息搜寻成本。斯蒂格勒于20世纪60年代提出了“信息搜寻”理论,他认为信息是人们做出决策的基础,但并不是可以免费获得的,为了寻找信息而付出的金钱与时间等成本就是信息搜寻成本。

① 陈赤平:《论契约的不完全性及其经济影响》,载《教学与研究》2005年第7期。