

Economic Analysis of Tort Law

侵权法的经济学分析

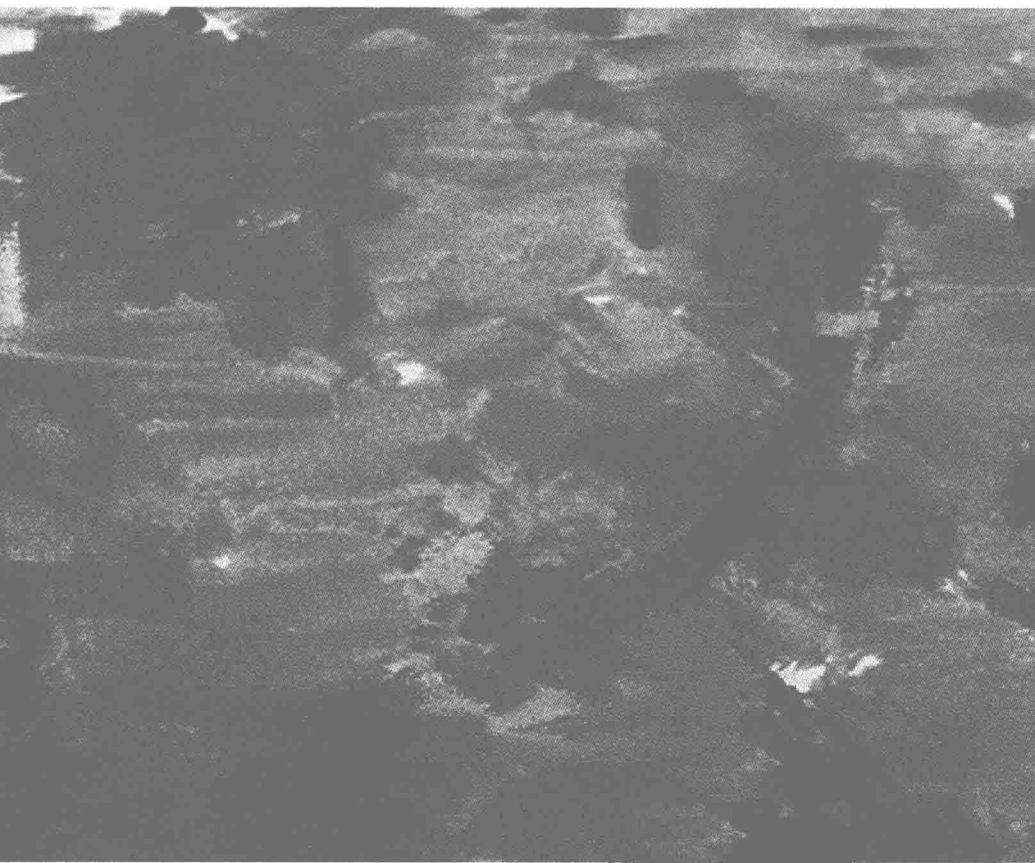
李 婧 著



Economic Analysis of Tort Law

侵权法的经济学分析

李 婧 ◎ 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权法的经济学分析 / 李婧著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 8

ISBN 978-7-5130-4389-2

I. ①侵… II. ①李… III. ①侵权法—经济分析—中国 IV. ①D923.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 195267 号

责任编辑: 李燕芬

责任出版: 刘译文

特约编辑: 于 森

封面设计: 河上图文

侵权法的经济学分析

李婧 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责任编辑: 010-82000860 转 8173

责任编辑: nancylee688@163.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 15.25

版 次: 2016 年 8 月第 1 版

印 次: 2016 年 8 月第 1 次印刷

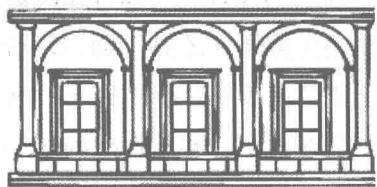
字 数: 188 千字

定 价: 48.00 元

ISBN 978-7-5130-4389-2

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



序

初识李婧是通过她于 2002 年 3 月 22 日写给我的信，信中说，她是青岛大学 98 级经济法三班的一名学生，在读期间获得了一系列荣誉，英语是专业八级，为“满足自己的求知欲”报考了国际私法方向研究生。她从网上查阅了一些资料，她说“我知道在您那儿可以学到好多好多东西，跟着您学，绝不会平平庸庸一辈子的”，还说“读您的论文有种如沐春风的感觉，那种豁然开朗之感，每当我读完一篇您所写的论文之后，都会产生”。她还让一位同学复印了我授课的课堂笔记，她说“不知老师是否还记得您在讲‘法律冲突’时最后所做的总结：如果把‘法律冲突’比作‘阑尾炎’的话，那么冲突规范的解决方法是‘消炎’的方法，统一实体规范的解决方法则是‘割掉阑尾’的方法。我不知道国际私法的课原来可以这么讲！”……考生的真诚认同对我是一种激励，我继而获悉在当年国际法专业的考生中她的成绩名列前茅，于是我们之间开启了教学相长的师生之

缘。2005年7月，她于吉林大学法学院获得法学硕士学位后又考入吉林大学经济学院攻读博士学位，成为我以经济学院“双聘教授”、博士生导师身份招收的一名法经济学博士生，2009年获得经济学博士学位。本书即是在其博士学位论文基础上修改完善而成的。

侵权法是关于如何对侵权行为进行定义和分类、如何界定侵权责任、如何对侵权损害后果进行补救的民事法律规范的总称。它作为民事法律制度的重要组成部分，在保障民事权益、构筑生活秩序、促进社会发展方面有着极其重要的作用。一般来讲，侵权法承载着民事权益保护和个人行为自由双重价值目标，由此决定了侵权法的制定和完善需要以如下两方面目的为旨求：一是保护被侵权人；二是减少侵权行为。前者体现了侵权法的赔偿功能，后者则更多地体现为侵权法的预防功能。学者们对侵权法的功能有着不同的关注和侧重，并从不同视角对侵权法进行分析，在论证侵权法的正当性时形成了矫正正义理论和经济分析理论两大派别。源自亚里士多德正义观中的矫正正义是指对不当行为造成的不公进行补偿和纠正的一种符合正义要求的规则和原则，正是因为侵权法中蕴含着丰富的道德元素以及那些被相信可以作为侵权法规范的正义观念，所以矫正正义理论一直占据着侵权法理论研究的主流地位，侵害人与受害人之间的所得与所失，依据矫正正义导致损害与赔偿，从而达到法律的正义。与之相对，经济分析理论则试图赋予侵权法一种经济学解释。在该理论看来，对损害做出赔偿还是任其留在原处取决于对经济效率的考量，有效的侵权法规则能够最大限度地防止损害事故的发生进而降低社会成本。由此，预防成为经济分析理论所认可的侵权法的基本功能——受害人应否受到赔偿以及赔偿数额的多少并不取决于其是否被过错行为所侵害，而是取决于该判决的作出是否可以避免预防不足和预防过度。此外，受害人提起侵权诉讼不仅是为了维护自身利益，而且也是为了降低社会成本。

侵权法虽然是国外法经济学学者关注的重要领域，但在国内却鲜有学者运用经济学的理论和方法对侵权法进行深入和系统的分析。李婧博士的专著《侵权法的经济学分析》选择从经济学视角对侵权法进行研究，呈现出一种新的分析进路，具有重要的学术价值。专著在回顾侵权法经济学分析历史的基础上，基于法经济学的经济人、效用最大化和稀缺性三个基本假设，以波斯纳定理、帕累托最优标准、卡尔多—希克斯效率标准和理性选择理论为指导，运用个人主义方法论、实证分析、规范分析、激励分析、均衡分析和博弈论等法经济学分析工具，对侵权法加以“观照”。其研究的重点不仅包含侵权行为构成要件、归责原则和损害赔偿等侵权实体规则，而且还将视角延伸至侵权法律适用领域，并在此基础上，针对我国侵权法律制度，评析了存在的不足，提出了完善建议。在本书中，李婧博士通过经济学分析和解释，得出了一些有关侵权法的认识和结论。比如就侵权行为归责原则提出了如下见解：第一，无论单方事故还是双方事故，过错责任归责原则均可以发挥引导受害人和受害人采取有效预防的激励，所以过错责任归责原则理应成为侵权法的基本归责原则。但是，在适用过错责任归责原则时，假如侵害人和受害人各自的预防成本均低于预期事故损失，则应适用比较过错抗辩。第二，对于仅由侵害人能够采取预防措施予以避免的单方事故，严格责任归责原则可以发挥有效预防激励，所以具有侵害人单方预防性的事故应适用严格责任归责原则。但是，当存在双边预防的可能性时则应适用比较过错抗辩。又如在人身损害赔偿方面，分析了人身损害赔偿标准的不完全性，提出该类侵害行为的负外部性因为无法实现完全内部化，所以应该引入精神损害赔偿，并且对于严重侵权行为，还应考虑增加惩罚性损害赔偿，以此增加侵害人成本，促使侵害人采取较高水平的预防。再如在侵权法律适用问题上，提出侵权法律适用规则的经济学分析存在着注重事故成本最小化的私人

效率视角与注重国家实体政策、规制利益最大化的国家规制视角之间的对峙。基于效率视角的分析，认为允许当事人协议选择侵权准据法，可以避免那些无效率的侵权实体法，确保更有效率的侵权实体法得以适用，不仅有利于降低交易成本和诉讼成本，而且有利于实现国家之间的帕累托最优。基于规制视角的分析，认为涉外侵权法律适用规则应该使得一国与此相关的政府规制政策利益得以实施并在实施过程中实现成本最小化、收益最大化，即是否选择一种连结点以及在多种连结点之间如何确定主次顺序，在于考察该连结点是否具有相关规制利益以及规制利益的大小。

法经济学是一门新兴交叉学科，已经吸引了越来越多学者的关注。李婧博士的专著既为这一领域增添了值得肯定的成果，又为侵权法的研究开拓了更为广阔的境界。作为导师，我对本书的出版和李婧所取得的成就感到欣慰！

李婧，敏而好学，作风踏实，品学兼优。我一直希望她能够任职高校、专事学术——这也是她本人的志趣所在。无奈，我们的大学现在要求任教者须有这样那样的“身份”条件，这使她与高校只能是“长相知，勿相忘”。博士研究生毕业后，她心系法治理想，胸怀报国之志，考入吉林省高级人民法院从事审判工作。她的学术功底和专业素养使她在分析和解决司法实践问题的过程中已经崭露头角，常得赞赏。工作之余，她笔耕不辍，已有多篇论文获得重要奖项并发表于核心期刊。

记得1977年11月我参加“文革”结束后第一次高考的语文试卷附加题是赏析龚自珍的诗《己亥杂诗·其二百二十》，其中的名句四十年来不时在我心中回荡：“我劝天公重抖擞，不拘一格降人才。”本书付梓之际，正值中央提出建设“世界一流大学和一流学科”方案之时，我想，无论是一流大学还是一流学科，都必须建立在“一流人才”之上，否则便是无源之水、无本之木，便是“泡沫”，而

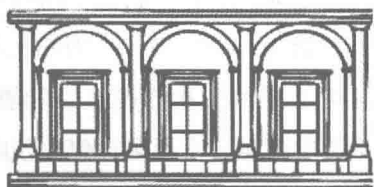
“一流人才”的标准不应该是某些框定的规格，更不应该是某些个人的偏好，而应该是客观实在的素养和表现。或许，李婧的学术梦可以做得更香甜了！

“夜耕者是最先迎接曙光的人，也是把明天掌握在自己手中的人。”这是我于昨天就李婧在微信朋友圈中发布的熬夜信息所做的评论。以此结序。

吕岩峰

2016年8月9日

半亩园·日月和春居



前 言

侵权法律制度属于民事基本法律制度，是保障民事权益、维护经济秩序、构建和谐社会的基本规范。它承载着民事权益的保护和人的行为自由双重价值目标，由此决定了侵权法律制度的建立和完善需要满足两个方面的目的：一是保护被侵权人；二是减少侵权行为。从经济学角度对侵权法进行分析和研究，对于我国侵权法律制度的完善具有重要的现实意义：笔者拟对侵权法进行系统的经济学分析，采用法经济学的研究方法对侵权行为的界定、归责原则、损害赔偿及法律适用等相关问题从经济学的视角进行论证，赋予其存在的经济合理性，并审视我国侵权法律制度，通过分析其中存在的立法不足进而提出完善的建议。

从经济学视角分析侵权法，具有以下四个方面的理论意义：

第一，关于侵权行为的界定，笔者拟在前人研究的基础上，使用实证分析和规范分析两种研究方法，对界定侵权行为的三大要件，

即损害、因果关系和过错进行系统的经济学分析，从而为侵权行为的界定提供一种全新的思路和见解。

第二，关于侵权行为归责原则，笔者基于经济学的视角，分别分析了三种归责原则是否能够为当事人提供有效预防的激励机制，确定出何种归责原则在何种预防条件下属于最优的选择。

第三，关于侵权损害赔偿，从经济学角度考虑，侵权法律制度设定损害赔偿的目的是促使行为人采取最优的注意水平和最优的行为水平，从而实现帕累托最优和社会效用最大化。笔者从经济学角度对影响损害赔偿的各种因素存在的合理性进行分析，并对损害赔偿法律制度发挥作用的机制进行阐述，具有重要的理论意义。

第四，关于侵权法律适用，笔者区分私人视角和国家视角，对侵权法律适用领域中，体现属地主义的侵权行为地法，体现属人主义的当事人共同住所地法和体现自治思想的当事人意思自治原则分别进行了经济学分析，具有重要的理论意义。

本书围绕侵权法四个核心问题展开：一是侵权行为的构成要件问题；二是侵权归责原则问题；三是侵权损害赔偿问题；四是侵权法律适用问题。首先，使用法经济学的相关研究方法，结合相关法经济学理论，对侵权行为的三个构成要件，即损害、因果关系和过错，进行了系统的分析和论证。其次，区分单方事故和双方事故，分别分析了无责任归责原则、过错责任归责原则和严格责任归责原则对行为人采取注意的程度和从事行为的水平所产生的不同激励作用，分析在这些归责原则的规制下，是否能够实现均衡？能否达到社会最优状态？对于侵权损害赔偿问题，则是结合归责原则和损失形态，论证了不同形态损失应该确立的赔偿规则。对于侵权法律适用问题，则是区分私人视角和国家视角，对不同的侵权法律适用规则进行了简要分析。在上述论证的基础上，笔者针对我国侵权法律制度存在的立法缺陷，又提出了完善建议。

本书分为前言和正文两大部分。前言的内容包括选题的意义、论文的写作思路、结构安排、创新与不足五个部分。

正文分为七章：

第一章，侵权法经济学分析的文献综述。本章主要是通过对相关文献的梳理，了解该领域的研究进展，从而明确本书的研究方向和研究内容。

第二章，侵权法分析的法经济学理论基础和研究方法。本章论述了侵权法分析的法经济学理论基础和研究方法。从法经济学的渊源和发展、基本理论、基本假设和基本方法四个方面，对与侵权法分析相关的法经济学知识进行了简要系统的分析，为本书的研究奠定了理论基础。

第三章，侵权行为构成要件的经济学分析。本章从经济学的视角对侵权行为的三个构成要件，即损害、因果关系和过错，进行了系统的分析和论证。

第四章，归责原则 VS 预防激励。本章区分单方事故和双方事故，分别分析不同归责原则对行为人采取注意的程度和从事行为的水平所产生的不同激励作用。

第五章，侵权损害赔偿经济学分析。本章结合归责原则和损失形态对损害赔偿金额的确定进行了论证。区分可替代损害和不可替代损害两种形态的损害，论述相关损害赔偿规则是否可以达到实现社会成本最小化和最优预防激励的效果。在这一章的最后部分，又专门阐述了惩罚性损害赔偿金存在的经济合理性。

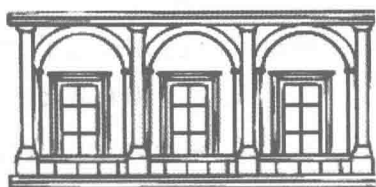
第六章，侵权法律适用的经济学分析。本章基于国际私法经济学分析的两个视角，首先，阐述了侵权法律适用的经济学原理，即实现事故成本最小化以及国内实体政策和规制利益的最大化。其次，论述了侵权行为地法和当事人共同住所地法两种不同的侵权法律适用规则存在的经济合理性。最后，从经济学视角论证了当事人意思

自治原则在侵权法律冲突领域适用的合理理由。

第七章，对我国侵权法律制度的评析和建议。本章旨在前文对侵权法进行系统经济学分析的基础上，分别对《侵权责任法》规定的侵权实体规则和《涉外民事关系法律适用法》规定的侵权冲突规则进行经济学评析，通过分析其中存在的立法不足进而提出完善建议。

本书创新之处体现在以下两点：其一，本书试图从经济学视角对侵权法进行全面的分析和研究，不仅对侵权实体法律规则进行了经济学分析，而且还对侵权法律适用的经济学原理进行了简要阐述，与以往的研究相比，更具系统性；其二，本书在对侵权法领域中侵权行为的构成要件、归责原则、损害赔偿和法律适用四个核心问题进行系统经济学分析的基础上，针对我国的侵权法律制度存在的立法不足，提出了完善建议。

本书的不足之处在于，因篇幅所限，笔者仅对侵权法理论问题进行分析和研究，没有详细论述具体侵权行为类型。并且，因研究能力所限，笔者在本书最后一章为我国侵权法制建设所提出的立法建议，没有进行实证检验，在一定程度上影响了本书的说服力，笔者今后将在这方面做进一步的努力。



目 录

第一章 侵权法经济学分析的文献综述	/ 1
第一节 侵权法经济学分析理论研究进程综述	/ 1
第二节 侵权行为构成要件的经济学研究综述	/ 4
一、损害	/ 5
二、因果关系	/ 6
三、过错	/ 7
第三节 侵权行为归责原则的经济学分析综述	/ 8
一、过错责任归责原则的经济学分析	/ 8
二、严格责任归责原则的经济学分析	/ 10
第四节 侵权损害赔偿的经济学分析综述	/ 10
一、过错责任归责原则下最优可替代损害赔偿的 经济学分析	/ 10

二、严格责任归责原则下最优可替代损害赔偿的 经济学分析	/ 12
第五节 侵权法律适用的经济学分析综述	/ 14
一、巴克斯特与比较损害说	/ 14
二、波斯纳与比较规制优势说	/ 16
三、对侵权法律适用规则的实证分析	/ 17
四、温考克—凯伊丝与政策和实用主义理论	/ 18
五、奥哈拉—里波斯坦与当事人意思自治原则	/ 20
第六节 小结	/ 21
第二章 侵权法分析的法经济学理论基础和研究方法	/ 23
第一节 法经济学的发展轨迹	/ 23
一、法经济学的理论渊源	/ 24
二、法经济学的发展历程	/ 30
第二节 与侵权法分析相关的法经济学基本理论	/ 34
一、波斯纳定理 (Posner Theorem)	/ 34
二、帕累托最优标准 (Pareto Optimality Criterion)	/ 35
三、卡尔多—希克斯效率标准 (Kaldor-Hicks Efficiency Criterion)	/ 36
四、理性选择理论 (Rational Choice Perspective)	/ 37
第三节 与侵权法分析相关的法经济学基本假设	/ 40
一、经济人假设	/ 40
二、效用最大化假设	/ 42
三、稀缺性假设	/ 42
第四节 与侵权法分析相关的法经济学基本方法	/ 43
一、个人主义方法论	/ 43
二、实证分析方法和规范分析方法相结合	/ 45
三、激励分析方法	/ 47

四、均衡分析方法	/ 48
五、博弈论方法	/ 49
第五节 小结	/ 50
第三章 侵权行为构成要件的经济学分析	/ 51
第一节 损害——基于威慑效能分析	/ 51
一、侵害人收益 Vs 受害人损失	/ 51
二、事前安全规制 Vs 事后损害责任	/ 57
第二节 因果关系	/ 58
一、事实原因和近因	/ 59
二、因果关系和最优注意水平	/ 60
三、因果关系中的不确定性	/ 63
四、不可预见性	/ 68
第三节 过错	/ 69
一、汉德公式——确定过错的标准	/ 69
二、确定过错的相关因素	/ 73
第四节 小结	/ 75
第四章 归责原则 Vs 预防激励	/ 80
第一节 注意水平	/ 81
一、单方事故	/ 81
二、双方事故	/ 88
第二节 行为水平	/ 94
一、单方事故	/ 96
二、双方事故	/ 98
第三节 小结	/ 102
第五章 侵权损害赔偿的经济学分析	/ 107
第一节 可替代损害之损害赔偿的经济学分析	/ 109
一、归责原则 Vs 损害赔偿	/ 109

二、与确定损害赔偿相关的因素	/ 112
第二节 不可替代损害之损害赔偿经济学分析	/ 118
一、最优赔偿规则	/ 118
二、有效威慑 Vs 风险分散	/ 124
第三节 惩罚性损害赔偿金存在的经济合理性	/ 125
一、通过引导受害人积极追偿而达到最优威慑	/ 126
二、校正损失计算错误所致的补偿不足	/ 127
三、制止侵害人从事获得违法效用的侵权行为	/ 127
四、鼓励市场交易	/ 127
五、基于惩罚侵害人的目的	/ 128
第四节 小结	/ 129
第六章 侵权法律适用的经济学分析	/ 135
第一节 分析模式：私人视角 Vs 国家视角	/ 135
一、私人视角：实现事故成本最小化	/ 135
二、国家视角：实现内国实体政策和规制利益的最大化	/ 140
第二节 侵权行为地法 (Lex Loci Delicti) Vs 当事人共同住所地法 (Law of Common Domicile of Parties)	/ 143
一、适用侵权行为地法的经济合理性	/ 145
二、适用当事人共同住所地法的经济理由	/ 146
第三节 当事人意思自治 (Party Autonomy)	/ 147
一、私人视角下事前选择方式和事后选择方式的对比分析	/ 148
二、国家视角下事前选择方式和事后选择方式的对比分析	/ 150
第四节 小结	/ 152

第七章 对我国侵权法律制度的评析和建议	/ 156
第一节 我国侵权实体法规则之经济学评析	/ 156
一、预防性侵权责任的立法评析和完善建议	/ 157
二、补偿性侵权责任的立法评析和完善建议	/ 162
第二节 我国侵权法律适用规则之经济学评析	/ 178
一、效率视角下的当事人意思自治原则	/ 179
二、规制视角下的属地法和属人法之争	/ 184
第三节 小结	/ 192
结 论	/ 198
参考文献	/ 202
一、中文类	/ 202
二、外文类	/ 211
主要科研成果	/ 223
后记	/ 225