

1.1 方法论问题

凯尔森《法与国家的一般理论》：“自 20 世纪初以来，人们提出了对另一种法律理论的要求。人们要求描述人实际上在做什么而不是他们应当做什么，正如物理学描述自然现象一样。通过对实际社会生活的观察，人们可以而且也应该获得这种规则体系。它描述体现法律现象的人的实际行为。这些规则与自然科学用的描述其对象的自然法则是同一类的。这要求一种法律社会学(sociology of law)，它根据‘实在规则’，而不是应当的规则或‘纸面上的规则’来描述法律^[1]。”用新制度经济学的思路和成果来研究民法制度的生成和发展，在方法论上，应该属于凯尔森所说的法社会学。它的功效一如庞德所说：①研究法律制度和法律学说的实际效果。②为准备立法工作进行社会学研究。……③承认特殊化适用法律的重要性——亦即承认合理且正当解决个别案件的重要性，等等^[2]。

秉承这一法理学的宗旨，我们引入新制度经济学的内容探索民法制度的实际效果。

新制度经济学是经济学中的一个年轻学派。其分支学

科有交易费用经济学、产权经济学、经济分析法学、新经济史学等。它们分别探讨制度的构成与制度的起源;制度变迁与制度创新,包括制度需求和制度供给;意识形态与国家理论;制度与经济发展的相互关系^[3]。诺思认为,新制度经济学是新古典经济学的修正。它所保持的是稀缺性的基本假设,和由此产生的竞争和微观经济理论的分析工具(边际和替代)。它所修改的是理性的假设,所引入的是时间,它所作的是在产权、合约、交易费用等方面对常规分析的补充,而不是对它的取代。

新制度经济学有自己独特的方法论:

(1)哲学上的个人主义、自由主义、功利主义三原则并存^[4]。首先,新制度经济学和新古典经济学都遵循了个人主义方法论。新古典主义的个人主义方法论认为人的行为是由个人偏好和目的支配的,而个人偏好是既定的、稳定的。新制度分析方法则是从制度结构出发分析人类行为,认为个人的偏好和目的受制于制度,必须从制度的角度分析个人的目的和偏好。其次,新制度经济学继承了新古典主义的利益最大化假设(即功利主义,诺思例外),并经适当修正,经济人成本收益的计算是在局限条件下进行(其不足之处参见诚信原则、人格权部分)。G. M. 霍奇逊说:“的确,威廉姆森的所有行为模式都包含着一个新古典经济人的特别自私自利观。”“显然,产权学派和威廉姆森的著作都属于这个理论传统。”最后,新制度经济学传承了斯密以来的自由主义传统,极力推崇市场自由竞争。新制度经济学作为新自由主义经济学的—个组成部分,把国家和制度纳入了市场自由竞争的分析框架,即国家和制度作为一种特殊产品,也存在着供求双方,也有均衡与非均衡的变动(参见第八章:制度变迁与民法演

进),这样新制度经济学就成为一个彻底的自由主义学派^[5]。

(2)效用最大化和有限理性。效用最大化意味行为的经济效率,经济效率一词在其标准用法上是指达到最大商品和劳务总值,或指用来生产商品和劳务的稀缺资源最大值。有效率的资源配置常等同于帕累托条件。新制度经济学的代表人物认为,只要考虑了市场行为中的局限条件,市场总是有效率的。这一观点争议很大。另一分支公共选择派认为,当事人用合同进行交易就是有效率的。这意味着由客观效率向主观效率过渡。

有限理性的思想发端于西蒙,他认为,人的理性是介于超理性和无理性之间,总是不完全的。在人的决策过程中,由于只有有限的获取和处理信息的能力,并难以料及意外事件的产生,完全通过合同处理问题是不可能的。

(3)机会主义。机会主义是指人性中有不诚实、欺诈、掩盖偏好、歪曲数据、故意混淆是非等因素,个人会欺诈性地追求自我利益(参见第七章:经济组织部分:经济组织的性质)。

我们认为,新制度主义的个人主义、自由主义的方法论与民法是一致的。学者早就认为,罗马法是建立在发达的个人主义基础上的(参见易继明《私法精神与制度选择》)。庞德《普通法精神》:“仔细观察我们的法律传统,可以看出它有两个特征。一方面,它有一种极端的个人主义特征……它的鲜明的特征是:对个人自由主义的极端重视和对私人财产的无限尊崇。它只与个人权利有关,与社会正义无关。它把具有最高社会意义的问题当做纯粹私人争端来处理”^[6]。两大法系在这一点上趋同(区别是英美法系的个人主义严格得多)。因此,以集体主义为文化信仰的发展中国家的民法,面临着向个人主义文化信仰的转型。(参见第二章:诚信原则

部分:集体主义和个人主义下的诚信观;第三章:人格权部分:人格权变迁的路径依赖;第六章:家族法部分相关论述)。

1.2 新制度经济学与民法相关的主要内容

1.2.1 产权(property rights)

西方产权理论是从解决不确定性和共同财产等问题发展起来的^[7]。“不确定性”是指交易双方各自在其所有权范围内行事,但由于两种所有权的行使范围有交叉,各自的界线不确定,造成一方对另一方的损害,从而双方收益分配也是不确定的。在损益比较的基础上,法律将为引起不确定性的行为设立产权,例如无线电台争夺广播频率而互相干扰,火车排放废气及烟尘损害了铁路两旁的农田等,都需要界定产权。“共同财产”专指本应归于所有者得到,却被有关他人无偿占有的财产收益。德姆塞茨称此为“外部性”,威廉姆森称之为“租金攫取”,巴泽尔称之为“共同财产”,它是交易成本过高,所有权之间权利责任不清的体现。为解决这些问题,科斯提出了著名的两个定理。科斯定理有多种表达方式,科斯本人说:“市场交易的基本前提是界定权利……这样产值最大化最终结果与法律如何决定无关,这就是科斯定理的实质……但能否达到这种结果要看交易成本是否为零。”他又说:“但是当交易成本大于零时,交易双方调整合同协议以使产值最大化的积极性就会消失。至于消失的是哪些积极性,要看执行的是哪种法律,因为法律决定着必须签订何种合同,才能采取造成产值最大化的行动。而不同的法律原则会导致不同的结果,因此判断具体结果如何不能靠直觉,而是要具体问题具体分析。”斯蒂格勒把这一段话总结为科

斯第一定理,第二定理(参见第五章:物权法部分:先占制度)。这意味着零交易成本下,“共同财产”和“不确定性”都能得到解决。

继科斯之后,经济学家针对“不确定性”和“共同财产”问题对产权概念展开了探讨。德姆塞茨对产权所下的定义为:“所谓产权,就是指使自己或他人受益或受损的权利。”费雪认为:“产权是享有财富的收益并且同时承担与这一收益相关的成本的自由或者所获得的许可……产权不是有形的东西或事情,而是抽象的社会关系。产权不是物品。与之相反,产权是人与人之间由于稀缺物品的存在而引起的,与使用它相关的关系。”产权这一定义是与罗马法、普通法、卡尔·马克思的理论和新制度(产权)经济学相一致的。它适用于所有个人相对于别人拥有的权利^[8]。张五常、波斯纳等人则回避了对产权抽象概念的探讨,而是从产权功能(使用、收益、转让)来界定其含义。阿尔奇安将产权理解为政府强制和市场竞争下,人们对资产拥有的制度形式。他的产权理论被称为“阿尔奇安范式”。这一范式以资本私有产权为分析对象,认为私有产权一方面是“国家强制实现的对某种经济物品的各种用途进行选择的权利”;另一方面,产权是市场竞争机制的本质。竞争是私有产权的基本要求和固有属性^[9]。经济学家分析产权概念时,也与人权作了对照。巴泽尔指出:“在产权与人权之间做出区分是荒诞的。人权只不过是人的产权权利的一部分。”阿尔奇安和艾伦则进一步指出:“试图比较人权与产权的做法是错误的。产权是使用经济物品的人权。试图区分使用财产权的人权和公民权的不同,同样是误入歧途了,公民权并不与使用物品的人权相冲突。”本书认为人格权虽然是产权的一种,对其作适当的区分

也是可以的。

上述的各家对产权认识存在着分歧,但其宗旨则是通过解决“共同财产”和“不确定性”问题寻求对经济物品有效配置的权利安排。本书对阿尔奇安的产权含义较为青睐,唯认为人格权既然属于产权之一种,自由转让并非产权的充要条件。也即是说,对产权的性质认识应进一步细化。

拙见以为,新制度经济学的产权概念不应和民法上的权利内涵全部等同。因为民法上的部分权利如请求权和形成权应看做是产权的保障和救济手段。具体而言,民法上的权利可和产权作对应者:①所有权。所有权是产权一般概念中的一类;②相邻权(穿过他人土地的权利);③用益权(使用属于他人的物品,或者将其出租,但不是改变其质量或者出售给别人的权利);④抵押权(保留他人物品但不使用的权利)。

同时,人格权也是产权中的一种特殊类型。一个人的选举权和发表言论的权利就是其产权(参见第三章:人格权部分:人格权与产权)。产权理论也可应用于民法中的继承权及部分亲属权。

产权虽与民法权利不完全等同,但产权理论对理解民法体系及具体制度极有助益(参见第五章:物权法部分地役权的相关论述)。曾世雄《民法总则之未来与现状》认为民法规范基础在于行为本位与资源本位^[10]。所谓资源本位是指民法规定的关于生活资源的分配与取得的制度,有权利资源、法益资源及自由资源。曾氏谓“社会背景之变迁,使民法发生蜕变,蜕变一直进行且未中辍,原初行为本位为主之规范基础,已有改变。经由契约方式取得之生活资源,多受限制。所有权、遗产……等之生活资源,亦不例外。目的无他,兼顾资源分配之合理性。凡此些许数例,已经一叶知秋;资源本

位渐次抬头,已可媲美行为本位”。曾氏又谓:“权利、法益、自由等三资源之关系与法律制度完美有关。法律制度愈趋完善,自由资源愈减少,权利、法益两资源尤以权利资源正比增加。”窃谓产权学派可为民法规范之资源本位张本立说,该理论的核心正是资源合理配置与权利之关系。曾氏又谓:“民法主张私法自治,所谓私法自治,即生活资源得失变更听由个人自作安排。私法自治的基础理论,唯有资源本位方能解释。因为行为本位但求压抑、限制自私心作祟,以期人类得以群居共存,而资源本位则反向运作,鼓励,利用自私心之膨胀,以求最佳绩效。经由单个人作为对自己最佳之安排达成每一基础之健全无瑕,进而使整座城池因而完美、巩固,一般人类社会因稳固而繁荣进步。”自私心膨胀有益与否姑置勿论,但拙见以为,科斯第一定理之精神实质便是私法自治。第二定理则正好证明民法的大量条文设置是为了降低交易成本的。如果没有交易成本,这些条文是多余的。在这里,有必要交待交易成本的概念,交易成本是获得准确的市场信息所需要付出的成本,以及谈判成本和经常性契约成本。

1.2.2 合约理论

合约和合约订立过程是当代制度经济学的研究核心,新制度经济学对分析现实世界中合同条款和为合同安排的多样化寻求合理解释都作出了贡献,传统的新古典经济学忽略了交易成本的存在,只在高度简化的假设下研究交换。标准的竞争模型事先假定只有一种理想化的产权体系存在,并认为信息是完全的。合同的交换、监督、实施成本为零,所以合同并未受到重视。当现实的产权体系和正交易成本引入后,又当交易成本允许订立和实施合同时,合同就显得十分重要^{〔11〕}。因为产权通过合同让渡,当前的产权结构决定了

所定合同的内容,如果合同条款受到当前产权安排的限制,那么合同内容任何的变化都必须建立在当前新产权结构修正或演变的基础上。

合约理论分析了古典合同与关系合同之间的区别。在零交易成本的世界里,古典合同被假设为陌生人之间进行的瞬间交易,合同的外部业绩和内容可以被明晰地规定。但是,在交易成本为正的世界里,任何合同都存在着漏洞,双方谈判必须持续进行,大部分交易在不同程度上依存于一个超越了个别购买的结构,这就需要关系合同。在威廉姆森看来,不确定性、交易频率、资产专用性三者组合是长期关系合同形成的原因。由于专用性资源是不可恢复的,万一初始关系不再继续下去,投资就无法通过市场收回。在没有交易专用性投资或当交易经常或至少是偶尔进行时,市场作为一种治理结构具有经济优势。在这些条件下,双方具体身份并不重要。交易的实质内容通过正式的合同条款确立,但是,当投资具有交易专用性时,关系合同显得更为重要(参见第四章:债:合同分类)。

合约理论也区别了委托代理合同理论和不完备合同理论。前者主要是规范委托人与代理人之间的关系,在其模型中,合同双方只需谈判一次,并且凭借这唯一的一次谈判就解决了一切问题。该理论假定,在合同订立之后,双方在履行合同义务上不存在任何问题。所有问题在合同订立时都已设计好了(参见第四章:债:合同的多样性及合约选择理论)。人们相信合同义务的履行可以由法庭以一种完全可预测的方式强制实施^[12]。与此相反,不完备合同理论认为:由于机会主义的大量存在,合同订立以后,当事人依然可能出现不诚实,欺诈性履行合同或毁约的情形。并且,现实世界

的大部分合同并不配置与所有未来自然状态相联系的风险。对大部分合同关系而言,发生偶然事件的可能性非常大。发现所有这些在未来发生的偶然事件,以及找出交易各方对所有这些假想状态的最优反应,所需的资源成本很高,虽然这种偶然事件可能有显著的再分配效应,但在事前,它只有有限的配置意义。因此,从效率角度看,交易者会把大量时间和金钱资源用于谈判过程,以获得对交易伙伴的信息优势,并通过在合同履行中不断地讨价还价以解决在这一过程中出现的偶然事件。由于为了使试图在明确的合同协议中包括所有偶然事件引致的这些成本最小化,合同被故意设计为不完全的^[13]。

不完全合同理论更强调当事人在合同履行过程中的继续谈判及自助行为,打破了古典完备合同理论中一切合同问题须经法院仲裁的假说(参见第四章:债:新制度经济学合同私下解决理论与债的效力)。

1.2.3 制度

制度被理解为与具体行为集合有关的规范体系,在诺思(1989年)的定义中,制度从根本上说是由非正式规则和正式规则组成的。诺思认为:“制度提供框架,人类得以在里面相互影响。制度确立合作和竞争关系,这些关系构成一个社会,或者更准确地说,构成一种经济秩序……制度是一整套规则、应遵循的要求和合乎伦理道德的行为规范,用以约束个人的行为。”诺思对制度作了进一步分类。诺思对宪法规则、操作规则和规范性行为准则作了区分,同时又指出它们实际上是不能断然区分的。宪法秩序是第一类制度;它规定确立集体选择条件的基本规则,这些规则是制定规则的规则。这一类包括“确立生产、交换和支配的基础的一整套政

治、社会和法律的基本规则”。这些规则一经制定,就要比以它们为根据制定出来的操作规则更难以变动,因而变化缓慢。第二类制度指的是宪法安排,系在宪法秩序框架内所创立的。它包括法律、规章、社团和合同。第三类制度是指规范性行为准则(文化背景或意识形态)。当制度发生变迁时,第一类和第三类制度安排是第二类制度安排的外生变量(参见第八章:制度变迁与民法演进部分;民法制度的均衡;第七章:经济组织部分:经济组织的变迁)。制度的研究成果对民法理论有如下帮助^[14]:

(1)提供规则产生(制度发生)理论。制度如何产生是一个复杂的问题,在这一问题上存在着不同的理论,在一个极端,可以认为制度是决策者在自利(self interest)的基础上自发产生的,也就是说他们可以组织他们自己。(参见第二章:诚信原则部分:诚信原则的生成;第八章:制度变迁与民法演变部分:哈耶克自生自发秩序理论)。在另一个极端,制度可能完全是由一个中央机构组织的。(参见第八章:制度变迁与民法演变部分:国家与民法演变)。总的来说,新制度经济学的支持者们倾向于制度结构自发产生这一假设(进化论理性主义)。威廉姆森(1985)称另一极端为“司法中心主义”。哈耶克(1973)则称之为“理性建构主义”。科斯补充了哈耶克的不足,强调了制度生成过程中计划的重要性。他认识到制度的产生是由寻找在某种意义上优化人们社会行为的组织结构的活动引致的。

(2)揭示产权和交易成本的分析方法。产权和交易成本分析对法律的重要意义从开始得到承认起,产生了比较正式的分析(brown, 1973)。包括对合同侵权行为、财产家庭、民法解释及变迁等。(参见第五章:物权法部分;第四章:债权

部分;第六章:家族法部分等)。利用产权和交易成本的研究成果,通过分析建立监督和实施各种产权制度的成本,可以帮助法学家们明确具体合同和制度安排的演变和采用,以及产权制度影响交易成本的方式。

(3)明确了制度结构的路径依赖。格雷夫认为,具体而言,有三个因素决定了制度结构的路径依赖,阻碍了制度在不同社会间被采纳^[15]。首先,经济制度由两个相关要素组成,文化信仰(个人对他人在各种可能性下行为的预期)和组织。由于文化信仰是非经协调的各种预期,经济制度的改变能力是其历史中的一个函数,这就意味着一个社会应用其他社会组织的能力是有限的。其次,组织发展的本身是一个历史过程,在此过程中,现有组织和制度也决定着引进新组织的可能。因此,以前的组织决定了今后制度和组织者的发展。最后,制度结构之所以表现出路径依赖,是因为过去的行为、文化信仰、社会结构和组织都影响着价值观念和社会实施机制的发展,从而压制背离没有模式的灵活性。(参见第三章:人格权部分的相关论述;第六章:家族法部分的相关论述)。

1.2.4 意识形态理论

非正式规则中,意识形态处于核心地位。意识形态可被定义为关于世界的一套信念。它的制度性作用可以概括为:①是个人与其环境达成协议的一种节约费用的工具;②它所内在的道德评价减少了搭便车行为,阻却个人通过计算成本和收益采取行动;③减少提供其他制度安排的服务费用,一致意识形态可以替代规范性规则和服从程序,意识形态存在使人们相信,现存的规则与正义是共存的。所以它必须解释现存产权结构和交换条件是如何成为更大体制的组织部分,

维持一个现存的秩序成本涉及到对现存体制的合理理解。
(参见第八章:意识形态在民法演进中的作用的相关论述)。

诚信原则

诚信的概念

诚信原则与民法典的关系

社会结构中诚信原则生成机制

集体主义和个人主义下的诚信观

界定产权过程中诚信与效率的关系

诚信原则与产权界定

2.1 诚信的概念

诚信在拉丁文中的符号是 *Bona fides*, 其有三种含义: 第一, 指保证行为; 第二, 指允诺人与受诺人之间建立起来的约束关系; 第三, 指主体在平等者之间的关系中承担担保义务的前提条件。

诚信在现代法律中有如下若干争议^[16]: ①史姆特莱认为, 法律应以社会的理想, 即爱人如爱己的最高理想为标准, 诚信原则即须依此理想为判断。史姆特莱在分析诚信时, 引入了仁慈和宽大的概念, 这便将法律上的正义等同于道德上的正义。卡多佐也认为, (法律诚信) 一个如此博大的理想不可能被浓缩在有关债务人与债权人交易关系的类推中, 将正义视为等价交换。正义的法律规范与正义的道德规范一样, 甚至比后者更多地渗透了与正义有时形成鲜明对比的品质, 诸如慈善和同情。②认为诚信应即是双方当事人利益的公平较量, 或公正估量双方利益以谋利益调和的非正式规则。③有认为诚信原则是交易市场中, 人人可得期待的交易上的

道德基础。诚信原则这三层含义,第一层最为可取。因为它不但被民法本身所实践,例如承租人病困期间,出租人不得行使解约权,或妻处于困窘中时,丈夫不得解除婚姻。这意味着诚信原则的含义已经扩展到了同情、怜悯等内容。而且也是民法在承载建构公民社会任务时所必需的。这种公民社会的核心是慈善、同情、信任、参与等价值观。它们被称之为社会资本。社会资本对现代经济的有效运行起着重要作用,它组成了现代社会的文化部分^[17]。在发达的市场经济中,社会资本正在重建和深化,但它并没有采用代替或补充市场和政府的“规则和调控”的形式,而是采取了隐含知识的形式。这些社会资本由公民社会概念里的社群、邻里关系、自愿协会和教会等基本结构承载,因为它们在教导信任和合作等公民美德。这些新社群促进了公民社会中家庭、邻里关系和学校这些中介组织的发展。这些中介组织为人们提供了超越纯粹个人自我利益的途径。当作为公共利益支撑和仲裁者的国家失去其合法性时,其他形式的公民组织就开始变得越来越重要了。如果民法要和公民社会协调一致,那么成为社会资本重要内容的诚信原则的含义必然要扩张。

2.2 诚信原则与民法典的关系

两者之间是正式规则与非正式规则的关系。诺斯认为,制度包括:①以规则和管制(rules and regulations)形式对行为施加的一系列约束;②检验行为是否偏离了规则和管制的一系列程序;③一系列道德和伦理行为规范,它们定义了规则和管制的订立方式和实施方式。民法典属于①;民事诉讼法属于②;诚信原则属于③。由此可见,诚信原则定义了民法

典的订立方式和实施方式。其在民法订立过程中的影响可用卡多佐的观点阐明：“人们对待行为方式的态度，不可能在所有时间和所有地点都一样。法律调整社会行为，会将该社会道德（指大众可接受的社会道德）作为正义的模式。不仅不同社会的道德不同。同一社会所有群体，其道德规范也不在同一水平中。必须在此群体与彼群体的标准间作出选择。在哪一个层次上，社会压力足以使道德规范变成法律规范。……我们只能说，（使道德规范变成法律规范的）这条线高于最低的道德原则和习惯，而低于最高的道德原则和习惯。法律不会让芸芸众生接受圣人和先知道德，它将依照或努力依照社会视为智慧、善良的穷人与女人的道德原则和习惯^[18]。”不只是普通法如此，大陆民法亦复如此。徐国栋《诚信原则研究》：“诚信起源于罗马法。在罗马法中有两种诚信，一种是诉讼领域的诚信即指法官运用自己的权威解决疑难案件的可被描述为裁判诚信的过程。疑难案件裁判结果便是实体法的确立^[19]。”说的是同样的道理。

诚信原则也定义了民法的实施方式。诚信原则的重要性在很大程度上并不在于实际包含的，相当难以把握的规范性内容，它的作用是为法官提供了价值判断的依据，补充了成文法的不足；在解释合同时，并产生出下列数个解释原则^[20]：①合理的解释，意思表示可以用于合理的目的、合理的手段而为判断。②适当情形下沉默可以认为承诺。如英国合同法，默示条款承担了诚信原则的功能。③依习惯交易。除有特殊事情，应依地方习惯、职业习俗决定其内容。④依个别情况。对于特别事情，例如法律行为的性质，当事人的态度，订约前尤其订约后的态度，依公平原则，可以斟酌这些解释实现个案正义。在民法的实施过程中，诚信原则通过提

供价值判断和数个解释原则起到了具体化、衡平、法修正、法创设的功能^[21]。

在新制度经济学看来,诚信原则是非正式约束,而民法典属于正式约束。非正式约束是正式约束的修正、扩展和限制,它们是更重要的稳定性的来源,因为它们解决了正式规则没有涉及到的大量交换问题。它允许人们进行日常交换活动,而不必在每一时点和情况中考虑交换条件,诚信原则是非正式约束中的一分子,正如“惯例”、“习俗”、“传说”和“文化”一样。它构成了民法的稳定性特征,但是这一稳定性特征并不能保证制度具有效率(参见第三章:人格权部分的相关论述)。对于现实世界而言,稳定性是一个必要条件,但它不是效率的充分条件(虽然有时效率和道德是一致的,参见第十章:界定产权过程中诚信与效率的关系。)。效率需要稳定性条件和提供更有生产力的激励制度。诚信原则是民法的稳定性制度安排,物权、契约自由和组织共同组成了民法的激励性制度安排。卡多佐说:“我对这些矛盾的研究,将从静止与运动、稳定与进步的对立上开始”。“在事物的本性中,有两个固有的原则…… 无论我们探索什么领域,它们都会在某些细节中体现出来,即变革的倾向和保守的倾向…… 没有保守成分的纯粹变革,是一条从虚无到虚无的道路,最终获得的是转瞬即逝的虚无。没有变革成分的纯粹保守亦不可能持久^[22]。”这段话可以概括出稳定性制度安排和激励性制度安排的关系。

2.3 社会结构中诚信原则生成机制

诚信原则是民法的内生制度,但它的形成却部分是外生

的。市场在促进诚信原则生成的过程中起了很大的作用。弗里德曼曾认为,市场作为许多人自愿合作的一种工具在共同价值的形成过程中贡献很大。这些共同价值可能是市场的交换率。弗里德曼说:“市场的交换特征是除非每个参与者都认为他得到的东西比他放弃的东西更有价值,否则,他就不会交换。要使交换得以发生,参与者的价值观就必须不同。如果A先生有商品X,B先生有商品Y,而双方都认为X优于Y,那么,X和Y的交换不可能发生。只有A先生认为Y的价值高于X的价值,而B先生认为X的价值高于Y的价值,用X换Y的交换才能得以发生。……这个小小的例子说明交换本质就是不同价值观的协调一致。就是在不存在一致的情况下取得一致。如果我们不是只考虑用所有的X交换所有的Y这种一次性交换,而是将X和Y的数量看做可分的,将交换看做是逐渐进行的,那么,A先生和B先生的交换就一直进行下去,直到边际上(at the margin)双方对更多一点X或Y都赋予相同的价值。”“但是,这种一致只在他们之间的不变接触点(remain point contact)上成立。例如,尽管交换使得A先生拥有大多数的Y,B先生拥有大多数的X,但双方都非常满意先前进行的这些交换,如果引进其他参与者,那么,在不存在一致情况下,而取得一致的渠道将被拓宽,通过整个市场,所有的参与者都将在边际上达成共同的价值观^[23]。”诚信价值观的形成亦莫例外。除交换之外,行为方式和惯例同样是道德的源泉。卡多佐认为:“道德不纯粹是习惯的约定,也不全是其他什么东西,正如霍布豪斯明确阐明的那样,在道德混合物的形成过程中,映象与模仿,推理与纯粹机械的重复,哲学与传统,毫无疑问,都是结合在一起的^[24]”。他又说:“在伦理学中,习惯与伦理之间的相互作