

法与经济学译丛



侵权法的经济结构

原著：〔美〕威廉·M. 兰德斯
理查德·A. 波斯纳
译者：王 强 杨 媛

William M. Landes
Richard A. Posner



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法与经济学译丛

侵权法的经济结构

THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW

原著：〔美〕威廉·M.兰德斯
理查德·A.波斯纳

译者：王 强 杨 媛



北京大学出版社

北京·2005年

北京市版权局登记号图字:01-2003-8693

图书在版编目(CIP)数据

侵权法的经济结构/(美)兰德斯(Landes, W. M.),波斯纳(Posner, R. A.)
著;王强,杨媛译. —北京:北京大学出版社,2005.10
(法与经济学译丛)
ISBN 7-301-09486-8

I. 侵… II. ①兰… ②波… ③王… ④杨… III. 侵权行为-经济结构-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第101100号

书 名: 侵权法的经济结构

著作责任者: [美]威廉·M. 兰德斯 理查德·A. 波斯纳 著

王强 杨媛 译

责任编辑: 毕竞悦 王 晶

标准书号: ISBN 7-301-09486-8/D·1264

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排版者: 北京高新特打字服务社 82350640

印刷者: 三河新世纪印务有限公司

经销者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 23.25印张 310千字

2005年10月第1版 2005年10月第1次印刷

定 价: 34.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 言

20 世纪 70 年代以来,大量把经济学理论运用到普通法——英美判例法的规范体系和大量的古代惯例的著作研究相继面世,这些普通法调整侵权行为(造成人身伤害或者财产损失的民事过错行为)、合同、财产、犯罪以及许多其他领域的个人行为。令人惊讶的是,这些著作中大部分都认为对于普通法规范的最好解释,是它们可以作为提高经济效率的工具。理查德·A. 波斯纳的《法律的经济分析》(*Economic Analysis of Law*), pt. 2 (3d ed. 1986) 对此有概述。

本书通过考量侵权法规范来验证普通法的经济效率理论。这是第一部尝试将经济学理论运用于法律这一领域的专著,也是第一部对侵权法进行经济分析的专著。本书构建了责任竞合(alternative liability rules)的简单经济模型并将其运用到侵权法领域。由于本书所面向的对象既有经济学家也有法学家,因此,我们在撰写过程中既有专业经济学模型同时也有文字解释说明。经济模型(models)提供了适用侵权法的具体规范来提高经济效率的假设(predictions),而且我们将模型的假设和实际的规范进行了比较。当然,我们不可能对成千上万的有记录的侵权案例都进行分析和讨论,但我们确实在绝大部分侵权法的重要普通法规范中探索一个代表性的样本和视角。“普通法”的界定非常重要,然而,成文法和宪法所涉及的侵权行为不在本书讨论之列。甚至在普通法领域内,主要由于信息市场问题产生的侵权行为——明显的欺诈行为(无权代理)、不正当竞争(包括侵犯商标权)、诽谤以及侵犯隐私权——要么没有讨论,要么仅仅是简单涉及,就像(本书)第六章中所谈到诽谤和无权代理时的处理方法。它们已经在别的研究中从

2 侵权法的经济结构

经济学的角度作过更广泛的分析。参见威廉·比谢普,“从经济学家眼中看过失无权代理”(Negligent Misrepresentation through Economics' eyes), 96 *L. Q. Rev.* 360 (1980); 阿伦·R. 乔丹和保尔·H. 罗宾,“虚假广告法的经济分析”(An Economic Analysis of the Law of False Advertising), 8 *J. Legal Stud.* 527 (1979); 威廉·M. 兰德斯和理查德·A. 波斯纳,“商标法:经济学透视”(Trade mark Law: An Economic Perspective) (*J. Law & Econ.*); 理查德·A. 波斯纳,《司法经济学》(*The Economics of Justice*), pt. 3 (1981)。

虽然我们把重点放在对侵权法实证理论的阐明和验证上,但同时我们也大胆地对法制改革提出了一些临时性的建议。请读者尤其注意我们在第六章中提到的关于生命损害赔偿的评估方面的建议以及在第九章中所介绍的关于疾病或伤害事故责任和损害赔偿如何认定的建议:在一些案例中疾病和伤害(如从低能源辐射中受到的伤害)直到申诉的侵权行为发生多年以后才出现,并且在这种情况下也不可能确定那些暴露在辐射下的人中有哪些本来是可以在没受到侵权损害的情况下免受疾病之苦的。本书在最近对侵权法在保险责任的成本和可行性方面效果的关注爆发前就已经完成了。例如参见“关于当前保险有效性和可负担性危机的原因、外延以及保险单默示条款的侵权责任保险工作组的报告”(Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent, and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability), (GPO Feb. 1986)。另外,哈帕和詹姆斯的侵权专论的六卷修订版出版得太晚,我们没来得及充分地利用。参见弗勒·V. 哈帕、小弗雷明·詹姆斯、奥斯卡·S. 格雷的《侵权法》(*The Law of Torts*) (2d ed. 1986)。

本书也具有一定的教学参考价值:我们相信我们致力于用少数几个简单的经济模型来表达侵权法的基本特征,为理解那些一眼看上去相互之间毫无关联而又晦涩难懂的规则和条例提供了一把钥匙。如果我们的理解是正确的,那么侵权法就是一部比大多数研究侵权行为的学者所质疑的更加简单、更加优雅、更加连贯协

调的法律。我们希望,即使读者对我们的理论没有完全信服,也仍然会同意经济学方法有助于更好地理解侵权法的基本原理以及它们之间的相互关系。

尽管本书经过多次增添和修订,但重点仍然放在几个论题上:《船员、发现者、行善者,以及其他的救助者:法律和利他主义的经济学研究》[7*J. Legal Stud.* 83(1978), copyright 1978 by the University of Chicago];《共同和多重侵权行为人:经济分析》[9*J. Legal Stud.* 517(1980), copyright 1978 by the University of Chicago];《故意侵权行为的经济理论》[1*Intl. Rev. Law & Econ.* 127(1981), copyright © 1981 Butterworths];《侵权法的实证经济学理论》[15*Ga. L. Rev.* 851(1981), copyright © 1981 Georgia Law Review Association, Inc.];《侵权法中的因果关系:经济学方法》[12*J. Legal Stud.* 109(1983), copyright 1983 by the University of Chicago];《侵权法作为对突发灾难性个人伤害的一种规范管理方式》[13*J. Legal Stud.* 417(1984), copyright 1984 by the University of Chicago];《产品责任的实证经济学分析》[14*J. Legal Stud.* 535(1985), copyright 1986 by the University of Chicago]。简摘自理查德·A.波斯纳,《律师们能否解决侵权行为体系的问题?》[73*Calif. L. Rev.* 747(1985), copyright © California Law Review, Inc.],重印在第一章。我们非常感谢国家经济研究局、芝加哥法学院的法律和经济学研究会以及芝加哥大学经济和政府研究中心对本书给予的支持;还要感谢李·奥丁、葛利高利·巴顿、卡罗尔·库克、葛利高利·卡布尔、安德鲁·米勒、德温特·米勒、瑞德尔·比克、海伦·塞若塔、苏珊·史杜肯伯、道格拉斯·魏费尔德和米歇尔·威廉姆斯对本书所给予的协助;感谢史蒂芬·谢沃和一位匿名读者为哈佛大学出版社所做的关于整个手稿的评论;感谢米歇尔·阿罗逊在出版上所给予的鼓励和支持;还要感谢查理·波斯纳在编辑上所给予的协助。

W. M. L

R. A. P

目 录

第一章 侵权法的实证经济学原理	1
侵权法简介	1
侵权法的实证经济学理论的鼻祖	4
对理论的批判	11
本书的结构	29
第二章 财产权与责任规则	33
理论分析	33
非法侵入和妨害之法律	47
第三章 严格责任与过失责任	60
意外事故模型	60
责任规范的一个模型	69
扩展的模型	85
第四章 意外事故法的基本原则	94
汉德公式	94
促成过失和一些辩护措施	97
汉德公式的司法适用(经济学的方法)	106
意外事故法中严格责任的领域	117

2 侵权法的经济结构

第五章	意外事故法的附加原则	134
	理性人	134
	惯例和对免责的解释	143
	自担风险	153
	义务限制;行善的人(Herein of the Good Samaritan)	156
第六章	故意侵权与损害	163
	故意不当行为的经济学分析	163
	理论在法律上的适用	180
	一般侵权赔偿	201
第七章	共同、多重的侵权行为	206
	同时共同侵权	210
	连续共同侵权	235
	从无分担原则转变为分担原则	239
	诱使违约(Inducing Breach of Contract)	243
	附录:表格 7.2 中责任法则的证明	246
第八章	因果关系	249
	原因的经济学模型	251
	存在因果问题的侵权案例分类	254
第九章	灾难性个人伤害	277
	一个关于灾难性事故的模型	279
	随机不确定性的延伸	282
	随机不确定性的其他解决方式	284
	多灾难事故侵权中受害人的注意	292
第十章	产品责任法和工业事故法	296
	产品责任中的经济学	297
	为什么不用合同来解决?	303
	产品责任法的特定法律原则	307
	新发展	331

工业事故法一瞥	332
第十一章 简单总结及对进一步研究的建议	337
案例索引	342
作者索引	346
主题索引	350
译后记	359

第一章

侵权法的实证经济学原理

1

本书探究了这样一种假说:侵权行为的普通法似乎最好解释为法官为提高资源配置的效率而通过将判例作为以后案件的先例所造之法。我们称这种假说为侵权法的实证经济学理论是因为还没有提出比该理论更好的原理。

本章的目的是使非法律工作者对侵权法有一个系统的认识。我们勾勒出侵权法的实证经济学理论的历史轨迹轮廓并将此与其他法学的和经济学角度的侵权学说联系起来,对学术界关于实证经济学理论的主要非难声进行讨论,并对本书的结构进行介绍。

侵权法简介

“侵权”一词来源于拉丁语“tortus”(通过古法语),意思为“邪恶的”或“不正直的”。侵权行为是指任何一种有过错的行为(违约的行为除外),这种有过错的行为有可能导致个人为此提起民事诉讼。在愤怒的状态下殴打某人(非法侵犯)、不小心撞倒某行人(过失)、未经允许私闯他人土地(非法侵入)、恶意中伤某人(诽谤)等等,都是侵权行为的例子。侵权法的创制早于刑法的产生,也早于国家的建立。在大多数古代社会和原始社会中,如果 A 打了 B 并且伤害了他, A 就对 B 有了一个过错行为, B 因此取得从 A 处获得赔偿的权利。实际上,现代侵权法的许多先例都能在上古时期和

原始社会的法律体系中找到。^[1]

- 2 侵权法是英格兰在诺曼底人军事征服时期的习惯法或不成文法的一部分^[2],但是最早的、后来被认为是普通法中侵权法规则渊源的案例则是由征服者威廉*的继承人建立的皇家法庭所判决的。为了在其中一个法庭进行诉讼,原告个人必须首先从(英国上议院的)大法官处获得一份称为令状的文件,用来指示当地的行政司法长官将被告人带到法庭上应对原告的指控。最初,使用暴力非法侵入之诉(用武力和武器)的令状是将侵权案例在皇家法庭提出的主要传讯手段。早在12世纪,法庭就在从这种令状开始的直接侵害案例中判给损失赔偿费。到14世纪末,令状被用于威胁恐吓案(指仅仅有威胁动作而未真正接触到原告人身);并且很快地,“间接侵害之诉(trespass on the case)”的令状被设计用来允许起诉各种形式的间接伤害行为,如被告的仆人将原告打伤^[3]。18世纪后半期,在布莱克斯通撰写关于英国普通法的论著时^[4],侵权法的几种现代原则已经成为当时英格兰的普通法(不成文法、判例法)的一部分^[5];并且,在美国独立战争后,美国的州和联邦法院采纳了这些原则。

然而,在铁路诞生之前,侵权法还是一个不重要的领域,因为

[1] 关于原始社会和古代社会的侵权法请参见 Richard A. Posner, *A Theory of Primitive society, with Special Reference to Law*, 23 *J. Law & Econ.* 1, 42—52 (1980), 经过一些修订重印的 Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 192—203 (1981) 和其中引用的参考文献,还可参见 Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines*, 27 *Harv. L. Rev.* 195 (1914)。

[2] 盎格鲁-萨克逊侵权法遵从粗糙的模式:“对个人的伤害和袭击根据小范围的确定赔偿标准来加以处理。”1 Fredrick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law* 53 (2d ed. 1899)。

* 指诺曼底公爵。——译者注

[3] 关于英国侵权法历史请参见 J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, ch. 4 (2d ed. 1979); M. J. Prichard, *Trespass, Case and the Rule in Williams v. Holland*, 22 *Camb. L. J.* 234 (1964)。

[4] William Blackstone, *Commentaries on the Law of England* (1765—1769)。

[5] 参见前注[3],同书 120—127, 216—222 (1768)。

在报道的案例中很少涉及意外事故,这类案件与诸如威胁和殴打等故意过错行为明显不同,基本上没有被提起诉讼。意外事故案件是应归于严格责任原则的支配之下(无论伤害者是否缺乏注意,或对方是否具有过错,侵害人都应就伤害结果对受害人负责),还是归于其他的原则如过失责任(仅对由缺乏注意引起的伤害负有责任)^[6],具有相当多的不确定性。铁路发展带来的意外事故的激增导致处理事故的侵权法原则获得了相当大的扩充和精炼。到19世纪中叶,英国和美国都已将过失责任原则确立为事故案件中处理责任的一般标准;惟一的例外是严格责任原则。同一时期的诉讼方式(直接侵害之诉、间接侵害之诉等)被废止。到19世纪末,侵权法已经基本上呈现出现代形态。

本世纪*,侵权的普通法在一些方面有所收缩,这主要与工业事故有关。在19世纪,工人因工伤从雇主那里获得赔偿的权利主要由过失责任原则的法律调整。本世纪头几十年,工人人们的请求赔偿运动横扫整个大陆,并且过失责任原则被委员会施行的严格责任原则所取代,不再由法院监管。然而,这一运动并没有在所有产业中都取得成功,尤其是铁路和海运工人,根据《联邦雇工责任法案》(Federal Employers Liability Act)和《琼斯法案》(Jones Act),他们分别被置于极端宽松的过失责任标准之下,从而排除了对责任的重要的普通法保护^[7]。

工人人们的请求赔偿运动不仅推动了侵权责任原则的更替,而且因为侵权行为的各种各样的豁免(immunities)的废止,例如政府和慈善机构的侵权的豁免;对侵权行为责任的许多抗辩事由尤其

[6] 19世纪之前事故是否以及在何种程度上遵从严格责任而非过失责任的问题已经广泛地争论过。对这一问题的详尽讨论请参见上文注[3]引用的文章; Charles O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 *Va. L. Rev.* 359 (1951); Robert L. Rabin, *The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation*, 15 *Ca. L. Rev.* 925 (1981).

* 20世纪,下同。——译者注

[7] 参见45 U.S.C. § 51—60; 46 U.S.C. 688(a). 我们将在下面的脚注56中非常简要地讨论工业事故法律,而第十章的讨论更为广泛。

是产品责任中相互关系辩护 (privity defense) 以及在许多州促成过失 (contributory negligence) * [后来被比较过失 (comparative negligence) ** 代替] 和自担风险 (assumption of risk) 的废止; 还有宪法所涉及的侵权法的巨大扩张 (非本书所讨论) ——这些都推动了责任的膨胀。如今侵权法所调整的领域比以往任何时候都要大得多, 这种扩张是否与效率具有一致性将在合适的时候提出来考虑。〔8〕

4 侵权法的实证经济学理论的鼻祖

对侵权法的实证经济学理论进行学术研究的传统始于杰里米·边沁 (Jeremy Bentham), 他是第一个将经济学运用于法律来规制非市场行为的人, (这一传统) 甚至还有可能追溯到亚当·斯密 (Adam Smith)。但是我们所发现的最早对侵权法进行主要是经济学的学术探讨的是在奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 出版于 1881 年的《普通法》中对侵权法的讨论。凭着事后诸葛亮的优势, 还有可能发现在霍姆斯关于非法侵入和过失责任的章节中以及在一些后来由詹姆斯·巴尔·艾里斯 (James Barr Ames) 和海瑞·特里 (Herry Terry) 所著的有关侵权法的文章中, 都有现代经济学思路的预想。霍姆斯认为, 以侵权法的标准来看过

* 促成过失又叫混合过错、与有过失, 可归责于己的过失, 它是指原告本身的预思, 并且在其所称的由于被告过错而导致的损害中, 原告的过失亦构成致损原因的一部或全部。根据英美法规定只要有证据证明原告本身由于某种过失直接并严重地造成其所受的损害, 被告的责任即可全部免除。后来该规则逐渐被比较过失原则取代。——译者注

** 比较过失是指在损害赔偿之诉中, 将原告的过失与被告的过失相比较, 以减少被告应承担的赔偿份额。一般而言, 被告的过错程度越高, 原告为获得赔偿所需的注意越低, 但无论原告的过错如何, 都不能完全免除被告的责任。——译者注

〔8〕 尤其在第九章和第十章中。

失责任和严格责任的惟一区别在于后者提供了一个事故保险的形式。^[9]正如我们所见,这种来自经济学观点的区别并不是全部,但它是很重要的一部分。艾米斯(Ames)论述了该法是“功利主义”(utilitarian)的^[10],尽管他并没有解释他使用这个术语是什么意思,并且特里也就有用性的平衡方面描述了过失责任标准。^[11]然而这些早期的论述都没有意识到侵权法应该建立用来提高资源配置效率的行为标准。评注者认识到侵权法的威慑效果^[12],但是没有将“侵权法的原则是以功利主义价值观为基础”的思想与“责任阻止了功利主义认为毫无道理的行为”的观点对比联系起来。^[13]

[9] 谈到为什么一个人不能预测到会造成伤害时不用负责任的问题时,霍姆斯写道:“我们法律的一般原则是事故的损失必须归因于事故本身,而且这一原则并未受以下事实影响:个人是不幸的傀儡。但是相对地,对一个具体人而言,任何他不能完全预期可能发生并进而采取措施避免的事都是事故……”;“确实,一个人不需要,这样做或那样行动——行动这个术语暗示着一种选择——但是他必须以某种方式行动。而且,公众通常受益于个人行为。因为这类行动不可避免,而且趋向公众利益,很明显没有政策会将立即引起欲望的和不可避免的危险加诸行为者”;“州可能令人信服地使自身成为应对事故的共同保险公司,而在其所有成员之间分配其公民的灾祸造成的负担……州没有做这些事情中的任何一件,而且占主流地位的观点是它的成负担的、昂贵的机构不应当进入动议,除非有些来自于打破现状的明确利益。州的干预是坏事,没看出有什么好处。广泛、普遍的保险,如果需要,可以由私人企业做得更好,而且成本更低廉”。Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 94—96 (1881)。

[10] James Barr Ames, *Law and Morals*, 22 *Hav. L. Rev.* 97, 110 (1908)。

[11] Henry T. Terry, *Negligence*, 29 *Harv. L. Rev.* 40 (1915)。

[12] 例如,参见 William Schofield, *Davies v. Mann: Theory of contributory Negligence*, 3 *Harv. L. Rev.* 263, 269 (1890):“在过失的行为中,法律没有规定特定的被告应否被迫为损害赔偿金,或损失是否应当搁置。真正重要的是通过对行为的约束,在当事双方之间协调纠纷。如果可能,这种约束将在特定案件中符合正义,但它同样可能适合于社区的需要,而倾向于阻止未来类似事故的发生。”也可参见下文的注[14]。

[13] 一个法国的法律学者出版于1921年的一篇文章包括了一个利用外部性的术语对古代法的令人惊异的、有先见之明的讨论。参见 Rene Demogue, *Fault, Risk and Apportionment of Loss in Responsibility*, 15 *Ill. L. Rev.* 369, 373, 380 (1921)。多明哥(Demogue)可能已经熟悉了庇古(Pigou)的工作(参见下文脚注18和相关原文),虽然他并未对其加以引用。

第二次侵权法学术运动的爆发是在 20 世纪 20 年代到 30 年代的法律现实主义 (legal realist) 运动的全盛时期。弗雷明·詹姆斯 (Fleming James) 和查鲁·格雷戈里 (Charlew Gregory) 这样的法律现实主义者认为, 讨论意外事故中的过错或者希望法律能够对意外事故的发生率有很大的影响是很天真的; 他们相信法律学说对于案件实际的判决影响是非常微小的 (这就是他们的现实主义)。他们将侵权法可发挥的作用与社会保险条款的作用等同起来。在此基础上, 这些现实主义者建议将责任归于有“深口袋” (deep pockets) 的富有侵害人而不论是否有过错, 并且倡议废止诸如促成过失和减少责任范围的自担风险的抗辩权^[14]。

在现代的法律现实主义者后裔中我们能够发现, 既有“无过错”赔偿责任的提倡者 (实际上, 强制性意外事故保险伴随着侵权责任之废止或减少), 也有许多严格责任的倡议者。后者将霍姆斯视为论敌。他以州没有职责提供保险为由反对严格责任。相反, 6 现代的现实主义者基于“侵权法的惟一功能应当是向那些尚未对因事故受损的风险而投保的人提供保险覆盖”的认识, 迫切要求严

[14] 这类文献的一些例子如: William O. Douglas, *Vicarious Liability and the Administration of Risk I*, 38 *Yale L. J.* 584 (1929); Gregory, note 6 above; Fleming James, Jr., *Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance*, 57 *Yale L. J.* 549 (1948); Fleming James, Jr., and John J. Dickinson, *Accident Proneness and Accident Law*, 63 *Harv. L. Rev.* 769 (1950).

但是一位杰出的现实主义者, 克拉伦斯·莫里斯 (Clarence Morris) 强调了侵权责任的威慑效果并且进而提出雇主负责的制止理论 (雇主为其雇员在雇佣过程中犯下的侵权负有责任)。这种理论与我们在第四章和第七章中阐明的非常相似。参见 Clarence Morris, *The Torts of an Independent Contractor*, 29 *Ill. L. Rev.* 339, 341 (1934) [法律不能直接作用于仆人 (因为缺乏应对损害判决的财政能力)。只要主人对其仆人的侵权负有责任, 就可以通过对其主人的威胁和实际惩罚制止侵权]。(脚注从略) (主人和仆人在此指雇主和雇员)。这一点甚至更早就已被指出, 参见 H. J. Laski, *The Basis of Various Liability*, 26 *Yale L. J.* 111, 113—114 (1916)。

格责任或者带有强制性事故保险的无责任。^[15]但是,我们目前的兴趣不在于对法律现实主义者进行规范分析,而在于他们的假定:现实中的司法体系同与其法律原则相一致的正式功能之间存在根本的分歧。

与本书有关的侵权法学术运动的第三次浪潮对侵权法进行明确的经济分析始自1961年罗纳德·科斯发表的关于社会成本的重要论文以及盖多·卡拉布雷西(Guido Calabresi)的第一篇关于侵权法的著述^[16]。分析的起源是边沁的观点:人们在生活的各个领域都将效用最大化。^[17]虽然这暗示责任规则可能用来影响意外事件的发生率,但是,边沁自己并未评论这层含义。现代经济学方法融入侵权法的一个更加直接的起点是社会成本概念,或者因为庇古的清楚阐述而引人注目的外部成本概念。庇古在所举的一个关于火车头产生的火花损害了沿铁路边的农民作物的例子中分析了社会成本与私人成本的潜在分歧。^[18]他认为,农作物的损害,对铁路而言不是一个私人成本的问题;并且只有私人成本才能决定行为。但是它是社会成本,因为农民是社会的一个成员,如同铁路一样。因此,除非找到一些方法强迫铁路部门将这一成本内在化,否则会有过多或过于大意的铁路铺设。

也许因为庇古自己认为要强制使成本内在化的适当方法是征

[15] “所有事故都应适用严格责任或无过错(即无过失)”这一观点的主要鼓吹者是杰夫瑞(Jeffery)。例如,参见 Jeffery O'Connell, *Ending Insult to Injury: No-Fault Insurance for Products and Services* (1975); 同样可参见 Robert E. Keeton and Jeffery O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blueprint for Reforming Automobile Insurance* (1965)。

[16] 参见 R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960); Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L. J.* 499 (1961)。虽然前者显示的是1960年的一个日期,但是刊载科斯这篇文章的 *Journal of Law and Economics* 实际发行于1961年,卡拉布雷西的论文是独立于科斯的发现写出的。

[17] 参见 Jeremy Bentham, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 125, 298 (W. Harrison ed. 1948 [1789])。

[18] A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 134, 192 (4th ed. 1932)。

7

税,他没有讨论侵权行为的责任。社会成本分析直到科斯和卡拉布雷西的文章出现后才被适用于侵权法。科斯的文章以其对庇古见解的批评而著称。科斯提出,如果交易成本是零,那么在庇古的关于火车头产生火花的例子中,铁路和农民会进行磋商直至实现资源的有效配置,而不论铁路是否应对农作物的损害负有责任。这一重要的理论洞见被人称作科斯定理。我们将在下章中讨论它。科斯文章的一个最初被忽视的方面是他对真实的英国的妨害案例的考察和他暗示在这一问题上,英国法庭比庇古等传统的经济学者表现出更好的对经济学问题的直觉性把握。^[19]

卡拉布雷西主要的兴趣并没有集中在法院如何(或者是否)试着使用侵权法原则以使意外事件的成本内在化。和边沁对刑法的考查一样,卡拉布雷西更有兴趣从主要原理开始构造一个全新的、有效率的处理意外事故的法律系统即侵权法系统,而不是评价一个已经存在的有关系统——尽管在后来的工作中他因为该系统没有遵照经济效率的需求而批评了它。^[20] 然而,卡拉布雷西已经对实证经济学原理分析作出了重要的贡献,特别是在侵权法中的财产权利和责任规则以及因果关系的原则之间的联系和区别方面。这些内容在本书以后章节中会讨论到。

伴随着科斯和卡拉布雷西文章出版之后的长达十年之久的争议,直到今天,关于侵权法的经济学的学术观点都一直存在着两种不同的观点,大致上都能追溯到科斯和卡拉布雷西的文章。卡拉布雷西粗略地构建了一个有效率的意外事故法的模型,彼得·戴尔孟德(Peter Diamond)和其他的理论经济学家们相继对它加以具体化。^[21] 科斯表明普通法是一个内在化社会成本的机制,德姆塞茨

[19] 参见前注[16]中提到的科斯文章,在17—28,38页。

[20] Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, pt. 4 (1970).

[21] 责任规则方面的正式文献将在第三章中引用并讨论。