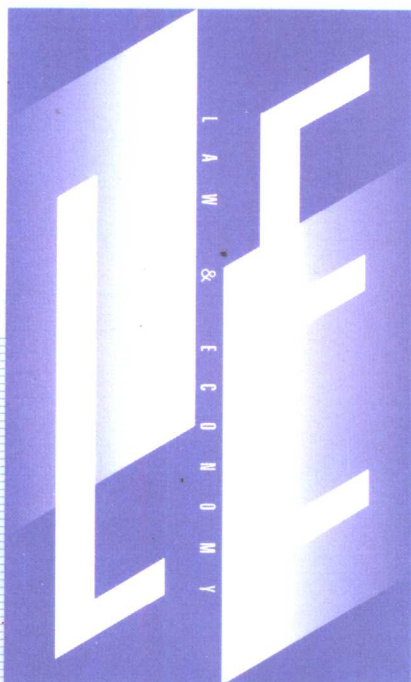




法律与经济普及文库

侵权行为的经济分析

| 黄文平 王则柯 ◎ 著 |



中国政法大学出版社

法律与经济普及文库

侵权行为的经济分析

黄文平 王则柯 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权行为的经济分析/黄文平,王则柯著. —北京:中国政法大学出版社,2004.11

(法律与经济普及文库)

ISBN 7-5620-2667-X

I.侵... II.①黄...②王... III.侵权行为-经济分析 IV.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128479 号

.....

- 书 名 侵权行为的经济分析
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 10
字 数 250 千字
版 本 2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2667-X/D·2627
定 价 22.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编 委 会

主 编 吴敬琏 江 平

执行主编 梁治平 李 波

编委会成员 (按姓氏汉语拼音排序)

方流芳	高西庆	季卫东	江 平
焦津洪	金立佐	李 波	梁治平
刘遵义	茅于軾	钱颖一	秦 晖
吴敬琏	谢 平	许成刚	余永定
张春霖	张 军	张维迎	

前 言

(一)

人与人之间的非合作竞争，广泛存在于人类社会。无论是公开的、直接的竞争，还是潜在的、间接的竞争，都可以是对社会有益的竞争。这也是市场机制能够运作的前提和基础。

但是，非合作的竞争，需要一套合理的制度规则。俗话说，“没有规矩无以成方圆”，表明了“规矩”（原则、规则、制度等）的重要性。虽然“规矩”都是人们自己设计的，但并非所有的规矩都是好的、合理的规矩，否则，我们也就不需要改革了。而且，由于人存在趋利避害的本能，总有一些人或团体，为谋取自身利益而超越、破坏规矩，损害其他人或团体的利益。这时，就需要对这些不规矩的人或团体实行规制。根据违法（破坏规矩）的性质和损害的程度，规制可以是刑法范围内的刑事责任，也可以是侵权法范围内的侵权责任。在本书里，我们主要研究的是侵权行为。

侵权，是法律法学的专门用语，意思是对权利（或利益）的侵犯。这种侵犯因其性质和程度较犯罪为轻，一般来说还达不到适用刑罚的程度；另一方面，侵权和违约不同，侵权行为侵害的对象通常是个体的人身、财产、名誉、隐私等绝对权利（或利益），侵权行为的成立与否和是否存在合同无关。

几乎所有的人类活动都存在侵权的可能。譬如，我们每个人都需要说话，但如果讲话不慎重就可能侵犯他人的名誉或隐私而构成诽谤；进行文学写作时，虽然有“源于生活、高于生活”的创作原则，但其“高”到何种程度并没有固定统一的标准，如不谨慎也可能侵害生者或死者的名誉权；疲劳过度、无照驾驶或不遵守交通规则，尽管享有交通工具所带来的便捷、舒适，但如发生交通事故造成人身伤亡，其代价亦十分昂贵；随意往楼下扔东西，往往伤害到楼下行人的身体而遭侵权诉讼；厂家生产不合格、不安全或标识不明的产品，很可能导致消费者伤害，生产商就得承担产品责任的损害赔偿；抄袭别人成果、假冒他人姓名，就是一种侵害他人著作权、姓名权的不法行为；自己豢养的家禽或宠物，如果因自己的过失而伤害他人，就得承担动物致害的特殊侵权责任；行政机关违法行政造成行政相对人受损，亦得承担行政侵权责任。如此等等，不一而足。可以看出，侵权行为涵盖的领域十分广泛，对人们生活的影响也非常巨大。

那么，究竟哪些行为可构成侵权？或者说，人们的行动应符合什么样的规范，才可以避免侵权诉讼呢？其实，侵权法涉及的领域并非一成不变，而是随时代发展和社会需要逐渐丰富起来的。法谚有“任何法都是为人设计的”，处于不同历史时期、不同社会环境下的人，其行为规范自然存在差异。比较研究发现，侵权行为的界定同一个国家或民族的风俗习惯、文化传统、经济发展水平、个人权利意识、国家制度等方面都有着紧密的联系。

迄今为止，对侵权行为的研究，在我国基本上是以法学（法律）家为主，在法学范围内进行学理和案例研究。其传统的研究进路，一般是以学理式的逻辑分析为核心，配之以历史分析、实证分析和规范分析等手段对侵权行为的构成要件、归责原则、抗辩事由、侵权形态、损害赔偿等方面进行法律研究。这种研究方式的主要不足之处，在于研究方法的局限性，导致以法论

法，对经济因素的重要影响缺乏应有的关注，因而在一定程度上影响了法律实施的效果。本书尝试在经济学的视角下，用经济学方法对侵权行为作一概略性的扫描。

(二)

经济学分析法学，或者说法律的经济分析 (Economic Analysis of Law)，是 20 世纪 70 年代初首先在美国兴起的一门边缘性、交叉性学科，其先驱者是罗纳德·H·科斯，G·卡拉布雷西和 A·A·阿尔钦等人。他们在 20 世纪 60 年代分别发表了“社会成本问题”(Ronald. H. Coase, 1960)， “关于风险分配和侵权法的一些思考”(Guido Calabresi, 1961) 以及“关于财产权的经济学”(A. A. Alchain, 1961) 的经典论文，代表了经济分析方法运用于法律领域中的最初尝试。

几乎与此同时，法律经济学还从另外两个方面得到发展：其一是当时弗吉尼亚理工学院和弗吉尼亚大学公共选择研究中心的创始者詹姆斯·M·布坎南 (James M. Buchanan) 和戈登·塔洛克 (Gordon Tullock)，他们试图通过追求自身利益的经济人行为假设以解释政府和官僚行为，即公共选择理论 (Theory of Public Choice)；其二是加里·S·贝克尔 (Gary S. Becker) 将微观经济学，主要是价格理论运用于非市场行为研究，包括对婚姻、家庭、家务、歧视、犯罪等一般的人类行为的分析，从而大大拓展了经济学的研究领域。

以上的发展基本上奠定了法律经济学研究的理论基础。在西方，该学科还被冠以其他类似的称呼，如“法经济学”(Law and Economics)， “法律的经济学”(The Economics of Law)， “法律的经济学研究”(The Economic Approach to Law)。

如果要给这门学科一个初步解释的话，我们不妨引用这一领域中的集大成者，芝加哥大学教授波斯纳 (Richard Allen Pos-

ner, 1939 ~) 给法律经济学下的定义：法律经济学是用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。一方面，它以人类社会的法律现象为研究对象，故成为法学的一个分支或法理学的一大流派；另一方面，由于它以经济理论和方法为其指导思想和研究方法、工具，故又是经济学的分支学科。

波斯纳认为，经济学是人类在一个资源有限、不敷需要的世界中进行选择的科学。它的假设是：人是对自己的生活目标、自己的满足，也即我们通常所讲的“自我利益”的理性的、最大限度的追求者。（自我利益不应与自私自利混同，他人的福利也可能是个人追求的满足。）在此假定基础上，波斯纳导出了三个基本理念作为对法律进行经济分析的理论基础：第一个是支付价格和需求数量的反比例关系，即经济学中的供求法则；第二个是成本等于“可供选择的价格”（alternative price）或机会成本（opportunity cost）；第三个是如果容许交换，资源就具有最高利用价值的倾向。

关于经济学和法律的关系，波斯纳指出：经济学是对法律进行规范分析的一个有力工具，在一个资源有限的世界中，效益是公认的价值，一种行动比另一种更有效当然是制定公共政策的一个重要因素。他同时强调，人们往往将法律简单地理解为以国家强制力为后盾的命令，因而，凡来自主权权力的任何命令都是法律，这就歪曲了法律一词的通常意义。有鉴于此，波斯纳认为，法律的定义必须包括以下四种因素：第一，作为法律，这种命令必须是人们能遵守的；第二，对类似的人必须平等对待；第三，必须是公开的；第四，必须有用以确定事实真相的程序。这些因素都是法律经济学的组成部分。

美国著名法理学和宪法学家艾克曼 (Bruce Ackerman) 对运用经济学理论分析法律这样评价：这种思路提供了一个分析结构，使我们能够对由于采用一个法律规则而不是另一个法律规则的结果而产生的效益的规模和分配，进行理智的评价。这种分析特别重要，因为它常常揭示出，法律规则的潜在影响可能与推动制定该规则的立法机关或法院的目标（至少在表面上）大不相同。所以，只要不把经济学作为唯一的评价原则来误用，而是理智地运用它，就能使学生揭开修辞学的帷幕，抓住躲在法律问题背后的真正的价值问题。

在我国，运用经济学理论、方法对法律进行分析尚属起步阶段，我们不揣自己学识的浅陋，尝试对这方面进行初步的研究。正如科斯教授在 1988 年所指出的那样：在“法与经济学”这一新的领域里，人们仍将面临最艰巨的任务。经济制度与法律的关系极为复杂，法律的变化对经济制度的运行（经济政策的具体表现）产生的许多效应，我们还一无所知……。在我们面前，是那遥远、艰难又值得试探的旅途。

(三)

在建立有中国特色的社会主义市场经济体制和推进法制现代化的过程中，个人、企业、政府和社会都面临着因现代化和体制转轨所产生的激励和约束问题。发达国家的经济发展表明：现代化，在很大程度上首先是一个工业化的问题。我国也不例外，但是，我国的现代化有着自身独特的历史背景：

首先，中国的二元经济非常明显，目前农村人口占全部人口的比例仍然高达三分之二；其次，区域经济差距扩大，地方保护主义导致的市场分割延缓了统一市场的进程；第三，法制的内涵和本质，是规则之治。现代法制要应付的主要是陌生人组成的工商社会，而不是熟人组成的乡土社会。如何对庞大的差异性人口

进行统一的格式化，我们必须关注法制方式的成本和收益；最后，在计划经济向市场经济的转轨时期，因多种因素的影响，政府行为时常逾越法律所授予的权限而侵害民众权益。

在经济市场化和社会法制化的巨大变革时期，我们必须对上述背景作出恰当回应。现代社会，市场经济完全打破了人与人之间经济上的隔膜，专业化和市场分工正把越来越多的人席卷到经济上相互依存、情感上互相隔离的法制空间。因此，设计一套有效的激励约束机制，以减少个人、企业或政府的侵权行为给其他人或企业带来不必要的损害，就是非常要紧的了。“法律必须被信仰，否则它将形同虚设（Harold J. Berman）”，这表明，仅有纸面上的法律法规是不够的，民众的法律素养水平无疑在相当大的程度上影响着法律实施的效果。希望我们的尝试，能对我国的法制建设和社会发展尽绵薄之力。

在本书中，我们试图用法学和经济学相结合的方法，以大量具体生动的案例作铺垫，描述、分析生活中的各种侵权行为及其界定，努力使研究方法多样化、研究对象具体化、研究内容平民化。在研究方法上，除涉及侵权行为的法学理论外，我们还运用经济学理论，主要是微观经济理论（需求理论，外部性理论，博弈论，信息经济学）、制度经济学、产权经济学等分析侵权行为的产生、后果及其矫正、预防；在研究对象上，我们针对日常生活中大量发生的具体侵权行为，分门别类，力求简中求真、静中求动；在研究内容上，我们关注普通民众的生活需求，通过一个个生动案例来演示法律所追求的公平正义，希冀达到“从群众中来，到群众中去”的根本目的。

考虑到读者的思维、理解、阅读等方面的知识性习惯，我们把全书分为四个部分共 15 小节，每节内容相互独立。这样安排，既照顾到了理论体系的完整，又考虑了读者阅读理解的需要，不会对非连续阅读造成大的影响。

最后，因时间仓促和我们知识的局限，书中难免存在疏漏和错误，恳请读者和专家惠予批评，不吝指教。

作者谨识于癸午仲秋

目 录

第一部分 侵权导论

第一节	何为侵权	(3)
第二节	合理人的标准	(22)
第三节	因果关系	(51)
第四节	责任分担与责任竞合	(71)
第五节	私人物品、公共物品与外部性	(96)

第二部分 侵权行为的分类及构成

第六节	故意侵权与过失侵权	(119)
第七节	严格侵权行为	(145)
第八节	替代责任与共同侵权	(167)

第三部分 几种具体的侵权行为

第九节	产品责任	(187)
第十节	交通事故责任	(209)
第十一节	医疗事故责任	(228)

2 目 录

第十二节	对名誉、隐私等人格权的侵犯	(238)
第十三节	对知识产权的侵犯	(269)

第四部分 权利保护的选择

第十四节	主动性的权利保护	(287)
第十五节	交易成本、产权与侵权法的替代	(297)

第一部分 侵权导论

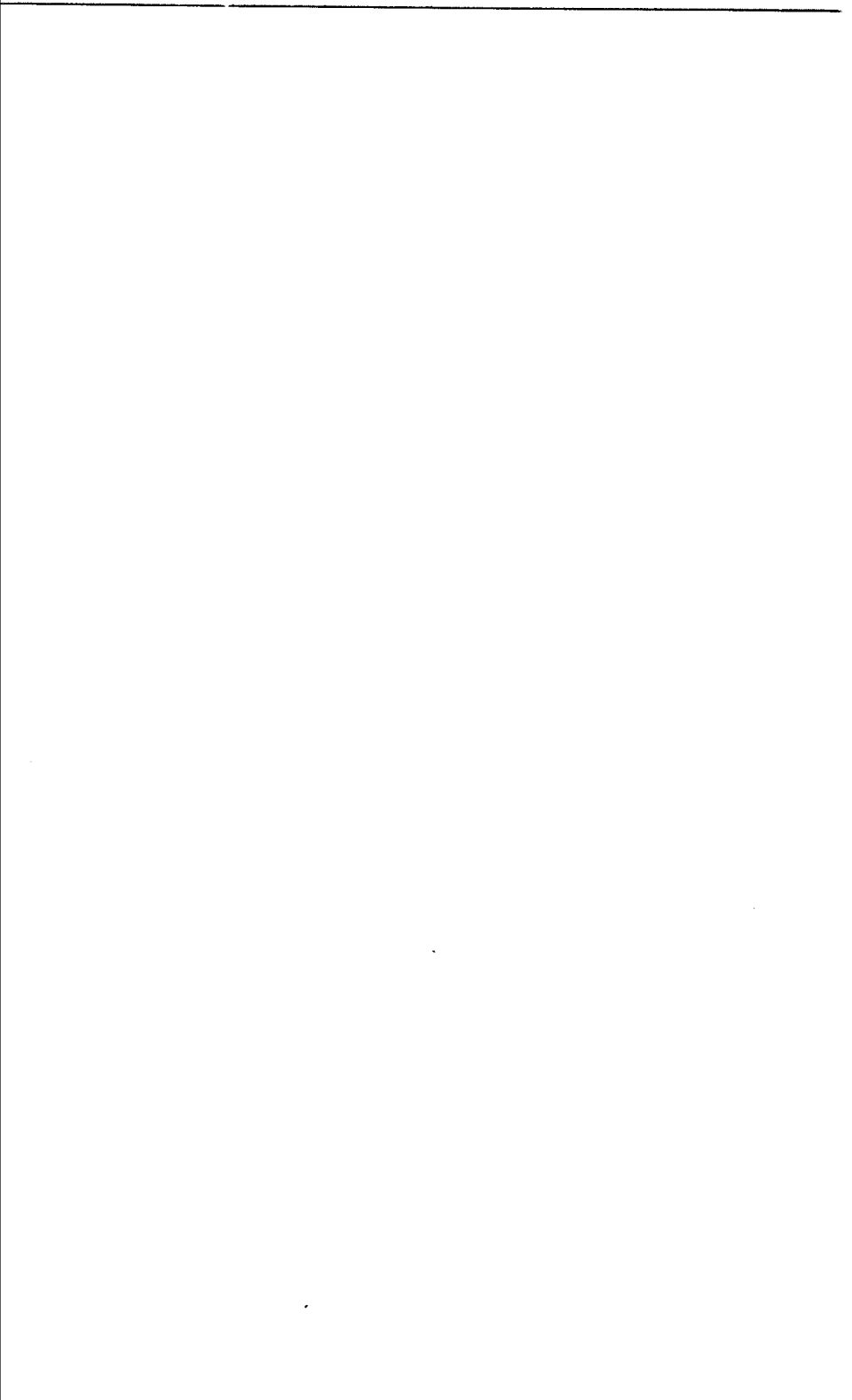
本部分主要介绍侵权的基本含义和分类，侵权法的功能，侵权责任的归责原则以及外部性和公共物品等内容。其中，合理人标准、因果关系和侵权责任的归责原则是需要仔细领会并掌握的核心概念或原理。

合理人标准说明，个人的行为需要满足何种条件才符合人们通常的行为规范；在什么情况下个人需要承担侵权责任；以及对未成年人、具有特殊技能和专业知识的人来说，合理人标准的特殊性。

因果关系的概念非常复杂，我们这里只是对其在侵权法以及侵权行为界定的应用方面，作一初步的分析。事实原因和法律原因的厘定，是判断侵权行为与损害结果之间因果关系是否成立的关键。

侵权损害的归责原则，是指在侵权行为确定之后，如何就侵权行为的损害赔偿在有关各方之间进行合理分担。侵权责任的归责原则，一般包括过失责任、无过失责任和衡平责任。现实生活中，对归责原则的应用必须回归到具体的案件，并与当时侵权行为的特定背景相联系。

最后，我们从法经济学角度分析了经济学与侵权行为之间的密切联系，并就外部性、公共物品和帕累托最优等问题进行了细致的讨论。



第一节 何为侵权

1.1 引 子

日常生活中，个人总免不了和其他“人”打交道。这里的“人”，除自然人，如你、我、他之外，还包括法律拟制的法人及非法人组织，如公司、学校、医院、政府机关等。打交道也可细分为两类：主动性交往（合作性博弈）和被动性交往（非合作性博弈）。主动性交往，如探亲访友、超市购物、餐馆就餐、医院看病，颇有点“无事不登三宝殿”的味道；被动性交往，如交通事故、产品伤害、知识产权纠纷等，即俗语中的“不打不相识”。

可以肯定，不论和什么样的人打什么样的交道，人们总是希冀出现一个好的结果，避免出现坏的结果。没有人期望上街时被车撞倒，或者饮酒时被啤酒瓶意外炸伤，更没有人愿意在手术时被医生错误地切除功能正常的器官。但是，人们对事件或结果的好坏评价或多或少总是存在一定程度的差异，这也实属正常。例如，骑自行车横穿马路时和超速行驶的汽车相撞，造成骑车人重伤和汽车损坏。这时，谁更应该受到谴责？各自承担多大的责任才显得公平合理？个人背景不同，看法可能就有差异。

有的时候，“好结果”和“坏结果”的出现并不能被人们预

4 侵权行为的经济分析

料到，即使能够预料到，也可能无法事先避免。例如，当你在桥上步行时，桥突然坍塌，你还没有来得及思考怎么回事就随车辆人群一齐坠入波涛汹涌的江水。桥坍塌这个事实，你很难预料，自然也就无法避免。还比如，住院接受手术，总是存在一定的风险。即使以前同类手术的成功概率很高，或者就没有失败的先例，医院（或医生）也不能保证百分百的成功，但作为病人，你我都得接受这个现实。

有的时候，一个“好结果”或“坏结果”的产生，是多方面因素造成的。譬如，尽管你上街走路很谨慎，过马路时也遵守交通规则，如果碰上某个醉酒的司机，一场交通意外就很可能发生。另外，人们总是需要政府提供各种各样的服务，如缴纳税收，办理驾驶执照、户口、婚姻或房产登记，申请出国护照及签证，等等，这些都得和政府部门打交道。而政府部门的工作人员，有可能拒绝提供服务，或者态度粗暴、蛮不讲理，或者超额收费，这些事情都会让人心情不畅。

还有的时候，其他人的活动可能给无辜的你带来损失，或者，你的某些嗜好也许给他人的生活造成不便。譬如，假定你的房屋在交通繁忙的马路边上，来往车辆日夜不断，巨大的噪音肯定会让你全家不愉快，那么，谁对噪音污染承担责任？还有，如果你的邻居喜欢过一种清静的生活，而你恰好喜欢热闹，过年过节总要放一些鞭炮之类的东西，倘若邻居希望你不要放鞭炮，你怎么办？

可见，在个人相互影响、相互依存的现代社会，如何多出好结果、避免坏结果，或者，当坏结果产生时，社会如何以合理的方式来解决冲突，从而让双方满意？这不仅关系到千家万户的幸福，而且也影响到社会秩序的稳定。迄今的实践表明，经济学研究和法（律）学研究最有助于该问题的解决。

一般来说，经济学主要研究如何多出好结果，如一国 GDP