

民商合一视角下商事侵权责任的法经济学分析路径

夏 沁

(中南大学,湖南 长沙 401120)

摘要:民商合一的立法背景下,以公平价值为依托的法学方法不足以论证商事规范的独特性,难以真正实现民法典立法的民商合一,这也是民法学者与商法学者无法形成有效对话的根本原因。事实上,商事规范与商品经济的效率价值密切相关,商事独特性有赖于经济学分析方法为其提供论证路径。通过对商事侵权行为的成本收益分析以及商事侵权归责原则的行为激励分析,可以发现经济学方法不仅是法学方法的重要补充,更是实现侵权责任商事规范独特性的关键。质言之,法律中的公平价值只是商事侵权责任的理论基础,商事侵权责任特殊属性的论证还需要经济效率价值的支撑。而法经济学分析方法正为我们确定商事规范的独特性提供了一个全新的视角和契机,也为民商学者提供了一个共同对话的平台。是故,民法典侵权责任编需要在法经济学视角下实现公平与效率的统一,进而实现民商事侵权规范立法的合一。

关键词:商事侵权责任;法学方法;经济学方法;民商合一

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1003-8477(2018)08-0142-09

DOI:10.13660/j.cnki.42-1112/c.014728

尽管《民法总则》草案中明确指出民法典是民商合一的民法典,然就有关民商合一还是分立的争论并未止戈,反有愈演愈烈之势。事实上,无论是民商合一抑或民商分立不仅没有否定商事规范的独特性,而且还需要论证商事规范的独特性。但就目前商事责任的研究而言,无论是主张商事责任独立于民事责任的商法学者,还是主张商事责任是特殊民事责任的民法学者,都试图从商事主体、商事行为、商事基本原则、价值取向等方面论证商事责任的一般概念以及基本内容,以商事主体和义务以

及不利的法律后果作为商事责任的核心内容。^①不难发现,民商学者对商事规范的研究容易陷入传统法学方法,试图以法学方法、法学视角、法学思维去研究商品经济中的商事规范、商事侵权责任,如有学者认为商事责任是一种民事责任。^[1](p67-68)]而作为商品经济运行的商事规范不仅是法学意义上的法律规范属性,更具有经济学意义上的经济运行的品性规范。申言之,法经济分析方法研究商事规范的独特性具有天然的重合性。如果仅依循法学方法路径研究经济性商事规范,终究还是无法准确把握

作者简介:夏沁(1992—),女,中南大学博士研究生,马斯赫里赫特大学联合培养博士研究生。

基金项目:国家法治与法学理论研究项目“商法规范的独特性与我国民法典编纂”(16SFB1006)和2017研究生自主创新项目“民商合一视角下民法典各分编商事规范的立法设计”(502221703)的阶段性成果。

①参见余志勤、王华寿:《商法·商事责任论》,西北大学出版社2006年版,第29页;樊海、王延川:《商事责任与追诉机制研究》,法律出版社2008年版,第23-65页;李春:《商事责任研究》,吉林大学2010年博士学位论文,第18-34页;童列春:《商事责任的法理分析》,载《理论与改革》2017年第5期,第158-168页。

商事规范的要领,难以为独特性商事规范提供充分的理论支撑。就此,我们必须认识到运用经济学方法分析商事法律规范对于构建民商合一的民法典的重大意义。商事规则独特性、原则独特性以及价值独特性都有赖于经济学分析方法的论证。商事侵权责任亦然。是以,本文旨从法经济学分析的视角重新审视《侵权责任法》中的侵权行为、归责原则以及赔偿方式等,并试图证成商事侵权的基本特点和制度构造,以此构建民商合一的侵权责任编,献力于民法典的编纂进程。

一、法经济学分析商事侵权责任是民商合一立法的应然选择

(一)法律上以公平为依托的侵权责任无法体现商事规范的独特性。

民事法律中侵权责任的实质在于恢复损失,即受害人要求侵权行为人补偿其所受到的损害,从而实现双方当事人权利义务的均衡配置。《侵权责任法》相关法律中的侵权责任规则的配置基本着眼点便在于此。如《侵权责任法》第15条基本赔偿方式的规定,第16条、第20条人身损害赔偿金的规定。^{[2](p57)}公平价值是民商事法律规范的基础,民商合一的立法模式意味着商事侵权责任制度应当是以民事责任为基础定性并展开的一系列规则设计。

第一,商事侵权责任以补偿受害人损失为最终目的。所谓的商事侵权责任是指商事主体在营业过程中需要承担的损害赔偿赔偿责任。换言之,法律意义上的商事责任仍然没有脱离民事基本公平价值。其实,无论是《民法总则》抑或是《侵权责任法》都没有明确地定义商事责任或商事侵权责任。例如,《侵权责任法》第2条只是简单确定了侵权民事权益,承担侵权责任。因此,目前仍有部分学者认为商事责任应当是独立责任或综合性质的责任。^{[3](p103-108)}理论上,商事侵权责任也简单地以民事思维和逻辑推演,例如有学者认为“商事责任是指商事主体在经营活动和主体存续中因违反商事私法义务而产生的依法应予履行或需予容忍的义务。”^{[4](p21)}然而,在民商合一的立法背景下,商事侵权责任还应当是具有独特性的民事责任。具体而言,商事责任的特殊性主要表现为其一,侵权行为主体的特殊性,即侵权主体为商事主体;其二,发生领域的特殊性,即侵权发生在营业过程中。尽管如此,商事侵权责任的法律设计并没有脱离损害赔偿的

目的,也没有脱离民事公平价值的基本取向。

第二,消费者权益保护规则的基本宗旨是保护处于弱势地位的消费者,实现消费者权利义务的实质平等。《民法总则》第128条确定了对于消费者民事权利有特别保护的适用特别法。该条款将消费者与未成年人、老年人以及残疾人、妇女并列为弱势群体,旨在通过特别法律加强对弱势群体利益的保护,同时课以较重的义务,以此实现权利义务实质上的平等。例如,《消费者权益保护法》中就明确规定了消费者知情权、自主选择权、公平交易权等权利,经营者接受监督、安全保障等等义务以及国家、消费者组织对消费者权益的保护,以此保障作为弱势群体的消费者的合法权益。可以说,《侵权责任法》第五章产品责任,实质上也是基于消费者的弱势地位,从而确定了经营者对消费者承担无过错的产品质量责任。

第三,惩罚性赔偿责任的设置旨在惩罚处于强势地位的经营者,实现权利义务的公平配置。《民法总则》第179条确定了惩罚性赔偿是民事责任的承担方式,《侵权责任法》第47条明确了产品责任中受害方有权利请求经营者给予惩罚性赔偿。《消费者权益保护法》进一步确定了三倍的惩罚性赔偿。不可否认的是,惩罚性赔偿规则具有惩罚和威慑商事主体的功能,在一定程度上能够体现商事责任的严苛性特征。然而,惩罚或威慑商事主体的最终目的还在于补偿消费者的已经或未来可能受到的损失,实现经营者和消费者权利义务的公平配置。^{[5](p104)}

可以发现,尽管《侵权责任法》中诸如惩罚性赔偿、严格责任等规则契合商事责任的某些表层特点,却无法反映商事责任的本质特征,更无法确定商事侵权责任的独特性。究其根源在于法律意义上商事侵权责任制度是为了实现民法公平价值。进言之,传统法律层面分析并不足以以为侵权责任的商事规范独特性提供适当的论证,《侵权责任法》中有关商事责任的规定仅仅是为迎合市场经济而表现出某些商事特殊性,并没有反映商事责任与民事责任的实质差异。

(二)商事侵权责任应当以经济效率为核心。

需要明确的是,即使存在法律意义上的效率价值,但由于法律本身的局限性,也无法为市场化效率提供充分的论证,这也是传统法学方法研究无法实现商事规范特殊性的根本原因。其实,效率是市

场经济运行的本质属性,经济学方法则是研究市场经济运行的基本规律,因此基于商事交易的本质,商事侵权责任特殊性研究离不开经济学方法。所谓经济学意义上的侵权行为,都是对第三方或多方民事主体的合法权益造成侵害,由此产生负的外部性。由此不难发现,侵权的经济实质在于产生了负外部性,而侵权责任的经济实质则实现了负外部性的内部化。^{[6](p187)}是故,就经济层面而言,商事侵权责任的实质在于实现商事主体在营业过程中产生负外部性的内部化。具言之,商事责任制度能够实现生产资源的效率化配置,主要因为:

第一,商事侵权责任能够有效地降低交易成本。根据科斯定理,谈判费用、起草合同、个人信息等等交易成本在资源配置中起到至关重要的作用。在交易费用为零的情况下,当事人尚可自行协商、合作解决问题。一旦存在交易费用,成本便会溢出,即产生外部性。在商事侵权的情况下,由于双方当事人经济地位差异,商事主体占据有力的谈判地位,交易费用较高。如此,商事责任法律规则便通过加重或确定由商事主体承担责任,实现负外部性的内部化,使商事主体侵权行为所造成的社会成本最小化,由此提高分配效率。^{[7](p175)}

第二,商事侵权责任能够减少信息不对称所造成的逆向选择问题。商事交易中,经营者掌握了绝大多数的信息,而消费者却几乎或很少能够获得相关信息,由此产生信息不对称。一方面,信息不对称有利于商事主体保持有利地位,实现效率化经营;另一方面,信息不对称会引发消费者逆向选择的问题,即消费者选择质量较差的产品,导致劣质品驱逐优质品,最终市场产品平均质量下降。商事主体商事程度越高的交易中信息不对称就越明显,甚至可能会引发市场失灵。由此,确定商事主体严格责任或惩罚性赔偿的商事侵权责任机制,能够减少信息不对称所引发的逆向选择,从而实现市场资源的有效配置。^{[8](p34)}

第三,商事侵权责任能够通过损失的价格化实现赔偿的效率化。就一般民事侵权而言,侵权主体承担责任方式呈现多样化,包括但不限于:损害赔偿、恢复原状、赔礼道歉、排除妨碍等等。而商事侵权责任承担方式则主要是损害赔偿,旨在通过损失的价格化,再用相应的金钱赔偿或替代损失。如此一来,价格化损害能够通过替代给付使得外部性损

失内部化,从而实现效率化的责任承担机制。^{[9](p138)}

(三)法经济学分析能够实现公平与效率价值的统一。

商事侵权责任制度法律规则的设计旨在实现当事人之间权利义务的公平配置,课以商事主体严格责任,赋予消费者权益亦如此。相关条款的解释以及实践运用也多从公平价值出发。然而,商事侵权责任法律规则仅以公平为价值导向尚不足以适用快速发展的商事生活,也无法满足市场资源的效率化配置,甚至导致民事法律与商事生活的脱轨。其实,法律原则在于规制交易实现公平,而经济原则在于规制交易实现效率。为此,运用经济学方法分析商事侵权责任法律制度具有重要意义。

首先,方法论上,经济学方法与法学方法能够相互补充。从经济学视角分析法学问题,能够帮助我们更好地了解既有商事侵权责任制度背后的法理含义。从法律角度分析经济学问题有助于从制度层面实现控制市场失灵的相关因素。例如,经济学家能够运用商事严格责任归责原则以及有限责任规则帮助控制市场风险。不仅如此,经济学分析方式还可以作为测试现行法律规则是否有效的工具。^{[10](p2)}

其次,解释论上,经济学方法与法学方法能够高度统一。法学方法往往侧重于法律具体规则或制度微观层面的解释分析,例如,比较解释并分析不同国家的具体法条、案例解释分析等等。经济学方法则侧重于整个市场机制宏观层面的解释分析,例如,成本收益分析法、博弈论以及效率分析法。是故,聚焦于抽象、原则化的经济学分析方法有利于实现不同国家或地区法律制度统一的解释和分析。^{[11](p73)}如此一来,结合经济学方法与法学方法分析商事侵权责任,既能避免不同国家或地区具体规则的多样化而带来的烦琐,又能保持高度抽象法律规则的正当性,有利于法律的普遍化、全球化,从而实现统一化的解释路径。^{[10](p4)}

最后,价值论上,经济学方法与法学方法能够实现均衡。商事侵权责任的法律体系是以权利为导向的,而权利义务公平配置是体系的内在价值。事实上,以权利导向性的商事侵权责任体系并不能独立发挥功能,其还有赖于经济分析方法实现市场经济的分配标准。任何忽视经济效率价值的商事侵权责任规则终将背离公平价值。就此而论,法学

方法与经济学方法并不是相互替代,而是相互支撑。^{[12](p234-253)}公正价值以及效率价值也正是在法律调整市场机制过程中得以实现均衡。因此可以说,经济学分析有利于实现商事侵权责任的公平价值和效率价值的有效均衡。

二、法经济学分析商事侵权责任的基本方法: 以成本收益法为中心

(一)成本收益分析商事侵权责任的理论基础。

较传统的法学分析方法而言,法经济学方法有两大显著特征:其一,法经济学方法研究起点不同于传统的法学方法。法经济学侧重于从个人行为入手展开分析,即通过分析行为主体的内在动因探究个体行动,法学方法则注重于分析整体效应,即试图研究法律对整体或一般意义上的主体可能产生的效力;其二,法经济学研究落脚点不同于传统的法学方法。法经济学方法侧重以构建适用的预防机制为目的展开研究,即法经济学方法旨在通过分析个人行为动因,从而设计出预防不经济的事先机制,而法学方法则更关注行为的事后机制,即法学方法旨在通过分析行为模式以及后果,从而合理解决纠纷的事后机制。^{[13](p2-9)}

另一方面,商事侵权行为也不同于一般民事侵权行为,主要表现在两个方面:其一,侵权动机具有特定性。商事侵权行为的主体是商事主体且侵权行为发生在商事营业过程中,这就意味着商事侵权行为伴随着特定的商业化侵权动机,所以商事侵权行为的研究绕不过对特定群体的特定动机的分析。其二,侵权后果具有反复性。商事主体不仅占据强有力的市场地位,而且还有相对固定的经营和运行模式。如此,商事侵权会重复发生,导致侵权后果呈现出反复性,从而造成巨大的经济损失。然重复性或习惯性的侵权行为可以通过一定的事先机制预防侵权再次发生,从而降低或消除损失。就此而论,商事侵权行为的研究还应当以预防性为基本目的。^{[7](p4-11)}

由此可见,以个体动因为导向,以预防为目的的法经济学方法对于分析商事侵权责任具有天然优势。因此,借助法经济学方法能够为我们深入分析、研究如何规制商事侵权责任提供一条可取的途径。

(二)成本收益法是分析商事侵权责任的出发点。

商事主体以盈利为宗旨,追求利益最大化。然而,盈利的同时不可避免地会对第三方造成损害,即产生负外部性。例如,某公司生产并销售某物品盈利的同时,尽管产品交换能够为买卖双方带来增值,但是由于瑕疵产品或生产污染的存在,必然会导致第三方利益受损。^{[14](p1061)}就商事主体而言,效率是其生产、销售等经营的主导原则,所谓效率是指产出效率,即能够以最低成本获得同样数量的产品或服务或者以相同成本获得最大量的产品或服务。^{[15](p37-40)}这就决定了该公司在生产经营过程中还需要考虑产品质量问题可能带来的成本。如此,商事主体在实施可能的侵权行为的同时,既会考虑收益,也会考虑存在的成本,以此实现产出的效率化。是故,成本收益分析是研究商事侵权行为的基本方法。

具体而言,商事主体在生产某商品时考虑的成本至少包括:其一,产品生产或制度成本;其二,确保产品安全而增加的生产或制造成本;其三,补偿或赔偿消费者损害的成本;其四,流失消费者而增加的潜在成本。根据成本收益分析,只有在获得收益超过支出成本的情况下,商事主体才能盈利。因此,只有当销售产品或服务的收益大于产品成本以及赔偿责任成本时,商事主体才会生产该商品。另一方面,根据边际效应递减规律,只有在安全控制的额外增加成本等于减少赔偿以及增加客户的收益时,商事主体才能实现利益最大化。因此,商事主体会不断调整产品安全成本,以期达到产出效率。^{[6](p3-4)}

第一,应当根据成本收益确定商事侵权的赔偿金额。传统的民事责任旨在恢复受害者的损失,赔偿金额或方式是以受害人受到的损害为基础而确定的。例如,某主体人格权受到侵害,需要根据受害人的损失确定赔偿责任的具体金额,受害者并不会因此获利,以此恢复权利义务公平配置。然就商事侵权而言,以恢复受害人损失为赔偿标准,一方面,可能由于消费者所受的损害远低于商事主体获得利润引发“效率化侵权”,导致侵权责任制度形同虚设;另一方面,也可能因为消费者所受到损害远超出商事主体营利甚至资产导致商事主体破产,最终也难以恢复受害人的损失。^{[14](p88-90)}可见,恢复受害者损失的补偿责任并不能有效规制商事侵权行为。其实,商事主体为实现盈利以及产出效率,

必然会考虑赔偿成本。在赔偿成本大于获得利润情况下,继续侵权是不经济的。就此而论,成本收益才是确定商事主体赔偿金额的合理标准。^{[16](p507-514)}申言之,惩罚性赔偿是更为效率的商事赔偿责任,其赔偿金额高于一般损害赔偿。通过增加赔偿成本,能有效威慑商事主体的侵权行为。但同时需要注意的是,我国《消费者权益保护法》确定的固定倍数惩罚性赔偿实际上还是以消费者所受到损害为基准,尽管方便操作,却不契合效率也有失灵活,难以发挥威慑商事主体的功能。因此,惩罚性赔偿应当根据成本收益高于一般民事损害赔偿,同时不能超过商事主体责任限度的商事赔偿责任。^{[17](p20-23)}

第二,根据成本收益可以明确商事主体享有商誉权。一般民事主体享有名誉权,《民法总则》第11条就确定了自然人以及法人和非法人组织等民事主体的名誉权,其实质是民事主体享有的精神性人格利益。而商事主体,诸如合伙组织、公司,尽管法律承认其主体资格,法理上却不能赋予其精神性人格利益,因此也不享有所谓的名誉权。事实上,在对商事侵权的成本收益分析的过程中,可以发现商事主体的主体资格表现为潜在消费者增加或流失而获得收益或增加成本的经济性利益。即,商事主体并不像民事主体一样,反映出精神性、情感性的人格,而是反映出市场性、经济性的人格。因此,商事主体的主体资格可以通过成本收益予以确定,法律上应当表征为具有经济内容的商誉权。

(三)成本收益法的理论挑战与实践发展。

成本收益分析的核心是产生效率,其旨在设计适当的商事赔偿规则使得商事主体无法实现产出的效率化,从而威慑商事主体不实施某一侵权行为。就此,可以在法律上找到规制商事侵权行为的有效路径。然而,就社会整体而言,效率不仅仅是产出效率,更是分配效率。所谓分配效率则是指将资源分配给最能实现使用价值的主体,从而实现社会资源的最优分配。其后虽然改进为帕累托最优以及卡尔多-希克斯效率,^①但都没有脱离实现社会整体资源最优分配的宗旨。事实上,法律制度本身就是实现权利义务的优化分配。^{[7](p50-51)}就此而论,

以产出效率为基础的成本收益分析并不利于设计能够实现社会整体分配效率的法律规则。

其实不然。第一,商事侵权责任确定的分配标准过于狭隘和粗劣。例如,侵权责任法以及消费者权益保护法一般将消费者和经营者作为基本的分配标准,但事实上消费者并不等同于穷人,经营者也不能等同于富人,因此不能简单地认为商事责任法律规则在于实现消费者与经营者财富的优化分配。第二,难以确定商事侵权责任是否能够实现资源优化分配。例如,商事主体承担侵权责任后,可能会通过提高产品价格保持其财富不变。第三,商事侵权责任实现资源分配的交易成本过高。例如,商事主体不仅需要承担受害者损失,还需要承担高昂的诉讼费用以及律师费用。第四,商事侵权责任分配资源会过度扭曲经济。例如,针对旅游业展开商事责任立法会过度扭曲旅游业的市場。凡此种种可以说明,商事侵权责任法律制度本质上并不适合分配资源,也不能期望通过商事侵权责任制度的立法实现分配效率。^{[6](p8-9)}当然,产出效率与分配效率差异的实质在于价值不同,前者注重效率价值,而后者更注重分配价值。^{[18](p5-12)}是故,尽管就社会整体而言,效率是分配意义上的资源配置效率,但这并不排斥以效率价值为核心的产出效率,也不排斥产出效率作为商事侵权行为研究的基础,分配价值则由更适合的载体实现。如税法、物权法。相反,以产出效率为核心的成本收益分析能够更加细致深入地分析商事主体侵权的动因,从而更为恰当地安排商事侵权责任的相关法律制度。

事实上,绝大部分学者认为早期美国侵权案件的司法实践是不效率的。典型的如,Libeck v. McDonald's Restaurants一案中,法院判决麦当劳赔偿将近三百万的惩罚性赔偿金。正是这种无限制高额惩罚性赔偿几乎摧毁了美国法院侵权责任体系的正常运转。后联邦和州法院对产品责任法律进行经济性的改革。在联邦法院层面,通过确定统一产品质量责任法律节约立法成本,同时也为商事主体提供统一的行为标准;在州法院层面,法院开始运用成本收益分析法审理案件,特别是商事性的案件,从而显著地提高了产品责任司法裁判的效

①帕累托最优是指在任何人的利益没有变坏的前提下,使得至少一个人变得更好。卡尔多-希克斯效率是指一方境况由于变革而变好,因而他能够补偿另一方的损失而且还有剩余,因此整体而言是有效益的。

率。如1995年,路易斯安州法院颁布了司法改革法案,明确限制非经济性损害赔偿的最大金额以及损害赔偿的三倍的惩罚性赔偿。据统计,美国联邦法院1985—1991年审理的产品质量侵权责任案件数量减少了40%,并一直保持稳定到2000年,其后也只是稍有提升。^{[6](p267)}就此至少可以说,成本收益分析法是法院实现效率化审理产品质量责任案件,合理确定民事赔偿以及惩罚性赔偿金额的合理路径。

三、法经济学分析商事侵权责任的具 体论证: 以商事侵权归责原则为例

传统法律意义上的民事侵权责任,旨在通过事后赔偿机制恢复受害人的损失以此实现补偿功能,然经济学意义上的商事侵权责任则在于通过事先激励行为人最小化侵权社会成本,从而实现威慑功能。就此而论,商事责任以及风险的分配安排成为驱动双方当事人行为的内在动因,不同商事归责原则会激励当事人采取不同的行为。另外,民事责任补偿功能与商事责任威慑功能实质上并不冲突,相反威慑功能是传统民事责任功能的重要补充,使得民商合一的侵权责任体系更为完整。因此,有必要从经济学视角探究商事侵权归责原则。

(一)行为激励是确定商事侵权归责原则的经济要素。

侵权归责原则的首要宗旨是实现社会成本的最小化,可以说,“侵权归责原则能够激励潜在当事人采取适当的行为,从而最大限度地降低损害的社会成本。”^{[10](p75)}不难发现,归责原则的经济原理在于激励潜在当事人,实现最佳的或效率的注意水平,此时注意义务的边际成本等于降低损失的边际收益。是以,在确定适当的商事侵权归责原则之前,首先还需要分析侵权归责原则对侵权主体行为激励的作用。

第一,在单方性事故情况下,过失责任与严格责任都能激励当事人采取最佳的注意措施。所谓单方性事故,是由侵权行为人单方决定风险的故事。在此情景下,无责任归责原则无法激励侵权行为人采取适当的注意义务,也不能将负外部性内部化,从而无法实现效率。严格责任归责原则意味着侵权行为人需要承担所有社会损失成本,侵权主体因此负有注意义务,从而能够实现社会成本的最小化。而在法定注意义务与经济最佳的注意义务相同时,过失责任归责原则也能够有效激励侵权主体

采取适当的行为。

第二,在双方性事故情况下,过失责任、比较责任、附过错抗辩的过失责任、附过错抗辩的严格责任,能够激励当事人采取最佳的注意措施。所谓双方性事故,是指侵权行为人与受害人都会影响风险的故事。此时,无责任以及严格责任都只能激励一方当事人的行为,无法实现效率化的注意水平。而附过错抗辩的严格责任需要受害人采取适当的注意义务,能够同时激励侵权行为人和受害人,达到最佳的注意水平。在过失责任以及附过错抗辩的情形中,侵权行为人或受害人都需要为自身过失承担责任,以此能够激励双方行为。比较过失意味着当事人需要根据各自过失承担相应的责任,也能有效地激励双方当事人行为,实现最佳的注意水平。^{[6](p200-207)}

尽管比较责任、附过错抗辩的过失责任以及附过错抗辩的严格责任都能有效激励当事人采取最佳的注意措施,但是我国《侵权责任法》仅确定了过失责任以及严格责任的归责原则。通过行为激励分析,可以发现严格责任仅能在单方性事故中实现最佳的注意水平,而过失责任在单方性事故以及双方性事故情况下都能够实现有效激励。如此,似乎过失责任应当作为商事侵权行为的归责原则,其实不然。

(二)过错责任无法有效地激励商事主体最佳注意水平。

对于民事侵权,侵权责任法尚能根据过失责任,确定民事主体是否尽到一般注意义务而承担责任,以此实现平等民事主体之间权利义务的均衡。但在商事侵权中,过失责任并不能均衡商事主体与受害人的权利义务,也不利于实现效率价值。^{[19](p7)}

第一,商事侵权中难以确定过失责任的过失标准。不同于法律意义上确定一般民事主体注意义务的抽象标准,经济学意义上的过失责任可以通过汉德公式推论得出。根据汉德公式(learned hand),在 $B > LP$ 的情形下(B 是行为人负担义务, L 是赔偿责任, P 是承担责任的可能性),认为侵权行为人采取了最佳注意措施,不需要承担责任, $B < LP$ 则反之。^{[20](p512)}尽管汉德公式在一定程度上能够合理化过失标准,有利于预防风险,但公式中 B 、 L 、 P 因素本身难以确定,而且侵权行为人还能够利用汉德公式逃脱责任。因此,尽管汉德公式被较为广泛地

适用于侵权责任案例审理中,但事实上,美国绝大部分法院在使用汉德公式时经常容易忽视自我风险降低的收益,导致过失标准设定过低,极大地影响了过失责任的效用。^①

第二,商事侵权中确定过失标准的成本过高。过失标准一般通过以下两个途径确定:其一,法院在具体案件的审理中,通过汉德公式确定合适的过失标准;其二,立法机关通过汉德公式确定等同于效率注意水平的过失标准。无论是法院或是立法机关必须获得准确且较为全面的侵权事故信息,才能确定适当的过失标准。立法机关还需遵循一定立法程序才能确定法定的过失标准。因此,在确定当事人是否尽到效率的注意义务的过程中,存在较高的信息成本和管理成本。这意味着过失责任并不契合商事侵权责任的效率价值。^{[10](p80)}

第三,商事侵权中的过失责任只能在短期内激励最佳注意水平。一般而论,过失责任能够激励侵权行为人采取最佳的注意措施,实现效率。但在商业市场背景下,即使法院或立法机关能够获得充分信息,过失责任作为商事主体的归责原则也是不效率的。这是因为短期内,商事主体数量保持不变,商事主体适用过失责任归责尚不需承担自身侵权行为的成本,不会改变市场价值,但从长期来看,过失责任归责会降低市场价格以及准入成本,导致大量商事主体进入该行业,而过失责任标准并不足以妥当地管制大量增加的商事主体,也无法有效激励商事主体最佳注意水平。^{[21](p1-3)}

(三)严格责任才能有效激励商事主体最佳注意水平和行为水平。

事实上,商事侵权大多发生在单方性事故的情形下,例如,产品侵权、环境污染侵权,而且附过失抗辩的严格责任在双方性事故情形中也能发挥激励双方当事人行为的作用。是故,不能因为单方性或双方性而否定严格责任的效用。相反严格责任作为商事侵权的归责原则具有以下优势。

第一,有利于降低信息费用和管理费用。过错责任的过错标准的确定,不仅难以确定相关因素,而且会给法院或立法机关带来较高的信息费用和管理费用。严格责任则不需要确定任何过错标准,

只要商事侵权行为人实施一定侵权行为,给受害人造成损失,且行为与损失之间存在因果关系,商事侵权行为人就需要承担。也就是说,严格责任是由商事侵权行为人实现负外部性的内部化,就商事侵权的一切损失承担责任。就此,法院以及立法机关并不需要获得商事侵权行为人的过错信息,确定相关的过错标准,从而能够有效降低侵权的社会成本(信息费用和管理费用),实现效率。^{[22](p23-25)}

第二,考虑了侵权行为人的行为水平。所谓行为水平,指实施某一行为的次数。商事侵权的发生不仅受到商事主体所尽的注意义务的影响,也受到行为水平的影响。“总体言之,商事主体最终承担责任是实现最佳注意水平以及最佳行为水平带来的减少侵权的可能性和严重性的收益的内部化。”^{[6](p212)}是故,商事侵权归责原则不仅需要考虑激励侵权行为人的注意水平,还要考虑激励其行为水平。然而,过失责任意味着法院遵循法定过错标准,无法确定商事主体的最佳行为水平,也不能因此认定存在“过错”。严格责任则不同,其不论过错,商事侵权行为人需要承担所有的商事侵权责任。尽管这会在一定程度上增加法院审理的费用,但也正是如此,侵权行为人为减少预期总成本会采取最佳的行为水平。^{[10](p84)}因此,严格责任不仅能够激励商事主体最佳注意义务,还能够激励当事人的最佳行为水平,以实现预期责任成本的最小化。

第三,有助于发挥长期的激励作用。尽管过失责任与严格责任在短期内都能有效激励商事主体,但从长期来看,严格责任才是激励商事主体最佳注意义务和行为水平的归责原则。这是因为商事主体的数量会在长期的商业市场环境中增加,过失责任需承担自身侵权行为的成本,由此改变商品市场价值,而严格责任并不需要承担由部分管制行为造成的损失,其自身侵权行为的成本也能够内部化,这些损失都不会反映到商品市场价格之中,因此严格责任归责能够保持商品市场价格,也能够确保市场机制持续稳定。是故,严格责任能够长期地发挥激励商事主体的作用。^{[21](p5-12)}

典型的如,美国最高法院在 *Seely v. White Motor Co.* 一案中因为买卖双方协商能力的差异确定了

^①法经济学上,汉德公式的一般解读:B为边际预防成本,L为赔偿损失成本,P为边际可能性。See Cooter, Ulen, Law and Economics, Pearson Education Ltd, 2014, pp214-217.

产品责任侵权的严格责任,以此补充合同法救济以及过错责任救济补偿的不充分,从而明确商事产品侵权责任与一般民事侵权责任的差异。“在市场交易中,消费者不应当按照经营者的意愿承担购买产品的风险。”^{[23](p12)}而后在 *Santors v. A&M Karagehussian* 一案中,最高法院进一步明确了商事侵权严格责任的两个基本要素。其一,市场交易中,消费者与经营者处于普遍地不对等的协商地位;其二,消费者对经营者出售产品具有依赖性。“确定商事侵权的严格责任在于产品的经营者、制造者与消费者的现实关系,正如我们在 *Henningsen* 一案中所指出的,消费群体的大规模性并不能获得充分的信息,也没有充足的机会确定购买的产品质量如何。显而易见,消费者对产品质量的把握有赖于经营者的技术、技能以及商誉。”^{[24](p6)}至此,美国法院承认并认可在商事交易中,无论侵权行为人是否存在过错,都需要为其产品质量造成的损害承担责任。不难发现,在商事交易情形中,正是由于消费者与经营者市场地位不对等以及信息不对称的经济现实,确定了商事侵权的严格责任,有利于激励经营者采取适当的注意措施,包括披露产品必要信息,采取最佳行为水平保证产品质量等等,从而有利于市场经济的良性运转。^{[14](p1068)}

四、法经济学分析实现《侵权责任法》民商合一的立法路径

令人遗憾的是,《民法总则》,特别是《侵权责任法》确定的有关侵权行为、侵权归责原则以及赔偿方式等内容,过分地侧重民事责任机制的公平价值理念及民事性特征,忽视了商事侵权责任的效率价值及经济独特性,故而没有体现出民商合一的侵权责任立法。在法经济学方法的研究视角下,《侵权责任法》的商事化改造应当注重以下方面。

首先,合理把握法经济学分析商事侵权责任的限度。其一,传统法学理论是认定商事侵权责任的基础前提。有关侵权行为人是否构成侵权认定以及赔偿仍然离不开民法理论。其二,法经济学分析是商事侵权责任独特属性的论证依据。传统法学理论只是为商事侵权责任提供了理论基础,但商事侵权责任特殊性的论证,还需要法经济学方法的支撑。其三,商事责任的法经济学分析不能严重地偏离公平价值。例如,商事侵权责任是负外部性内部化的分析,旨在探究个体侵权行为的动因,但是当

事人权利义务的具体安排还要考虑规范的公平价值。

其次,准确界定商事侵权责任的独特性。商事侵权责任的侵权行为、归责原则、赔偿基本方式都不同于传统的民事责任。如学者所述,“我国现行的以维护社会经济秩序为目的的商事责任制度混淆了民事责任与商事责任,片面追求交易安全。”^{[25](p57)}但这并不意味着商事侵权责任与民事责任割裂成为一种独立的责任类型。本质上,民商事侵权责任规范都属于私法规范,具备共同的调整对象、价值取向以及基本原则。因此,商事侵权责任并不能脱离民事责任的一般性规范,而是基于商事的经济性具备特殊性的责任制度和具体规范。^{[25](p112-126)}

最后,构建商事侵权责任的预防机制。商事侵权造成的损失具有重大性、难以修复性以及广泛性。例如,近些年频发的毒生姜、地沟油等有毒食品侵权案件。然而,传统法学理论的事后赔偿机制并不能有效地防止损害并救济受害人。法经济学方法强调经济的效率性,注重商事侵权责任的事先预防机制,即通过规定一系列的预防制度,威慑侵权主体从而防止侵权行为的发生。^{[26](p94-96)}为此,一方面应当坚持商事侵权责任的严格性,包括惩罚性赔偿制度等加重责任规范以及严格责任的归责原则;另一方面还需要确定商事损害赔偿的保障制度,包括明确有限责任制度以及保险、基金等替代责任制度,保证商事侵权赔偿责任的可接受性以及合理性。例如,在《侵权责任法》的一般规范中增加严格责任作为商事主体承担责任的基本原则,并明确商事主体强制责任保险的类型和义务。事实上,“各国商法均创设了相关的制度,如有限责任公司制度、商业判断原则、限定损害赔偿的范围和最高赔偿数额、责任保险制度、商主体的破产救济制度、简易免责制度、风险分散制度。”^{[4](p62)}

结语

商事规范独特性的论证,在很大程度上仍然属于“不同的方法得出不同的结论”。^{[27](p4)}不难发现,法律体系之中的法学思维、法学视角、法学方法先天脱离经济属性的范畴,就此决定传统法学研究路径无法为商事规范独特性提供充分的论证路径。其实,传统法学方法是研究民事规范的基本方法,经济学方法才是研究经济性的商事规范的基本方

法。而所谓民商合一的民法典不仅需要法律主体、法律权利义务以及法律责任等实体层面实现民商合一,更需要在研究方法层面实现民商合一,以此真正地实现法典立法的民商合一。是以,法经济学视角不仅为我们实现民法典侵权责任编商事责任的独特性提供了基本路径,更是构建民商学者共同对话的平台,为研究民商合一的民法典提供全新视角和契机。

参考文献:

- [1] 董列春. 商法学基础理论建构[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [2] 樊涛. 我国商事责任制度的缺陷及重构[J]. 法商研究, 2009, (4).
- [3] 龙卫球. 《侵权责任法》的基础构建与主要发展[J]. 中国社会科学, 2012, (12).
- [4] 李春. 商事责任研究[D]. 长春: 吉林大学, 2010.
- [5] 朱广新. 惩罚性赔偿制度的演进与适用[J]. 中国社会科学, 2014, (3).
- [6] Cooter, Ulen. Law and Economics[M]. Pearson Education Ltd, 2014.
- [7] Henry N. Butler. Economic Analysis for Lawyers [M]. Carolina Academic Press, 2006.
- [8] Richard A. Posner. The Economics of Justice[M]. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.
- [9] Richard A. Posner. Economic Analysis of Law[M]. Aspen Publishers, 2011.
- [10] Michael Faure. Environment Law and Economics [M]. Maastricht University published, 2016.
- [11] Michael Faure. How law and economics may contribute to the harmonization of tort law in Europe[M]. in R Zimmerman (ed.) Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- [12] Mark D. White. Theoretical Foundations of Law

and Economics[M]. Cambridge University Press, 2009.

- [13] 李正生. 法律经济学[M]. 成都: 电子科技大学出版社, 2007.
- [14] Maastricht University Library. Productsliability in Commercial Transactions[M]. Colum, L. Rev. 1957.
- [15] François Lévêque, Yann Ménière, The Economics of Patents and Copyright[M]. Berkeley Electronic Press, 2004.
- [16] Report of the Governor's Blue Ribbon Commission, The Commercial Liability Insurance Crisis[J]. Hamline L. Rev., 1987, (1).
- [17] Don Tracy. Disclaiming and Limiting Liability for Commercial Damages[J]. 83 Com, L. J. 1987, (8).
- [18] Patrick J. Jr. O'Connor. Commercial General Liability Coverage[J]. Constr. Law, 1999, (19).
- [19] 冯志军, 李军. 侵权归责原则的法经济学分析导论[J]. 山西财经大学学报, 2008, (6).
- [20] 冯珏. 汉德公式的解读与反思[J]. 中外法学, 2008, (4).
- [21] A. Mitchell Polinsky. Strict Liability Versus Negligence In A Market Setting[J]. Cambridge MA, 1980, (1).
- [22] Shavell. Strict Liability versus Negligence[J]. Journal of Legal Studies, 1980, (9) 1-25.
- [23] Seely v. White Motor Co.
- [24] Santors v. A & M Karageheusan.
- [25] 王利明. 论我国侵权责任法分则的体系及其完善[J]. 清华法学, 2016, (1).
- [26] 刘道远. 商事责任法律制度的反思与重构[J]. 北京工商大学学报(社会科学版), 2010, (5).
- [27] 习近平. 构建中国特色哲学社会科学[N]. 学习中国, 2016-5-23(4).

责任编辑 王京