

法律定性与经济分析

——评兰德斯与波斯纳的《侵权法的经济结构》

简资修

(台湾大学 法律学系, 台湾 11529)

摘 要: 兰德斯与波斯纳的《侵权法的经济结构》是本集大成之作, 但其以管制的投入产出模型去分析具自治本质的侵权法, 必然是失败的。在大多数情况, 兰德斯与波斯纳将防御投入仅限于物理资源, 因此交易成本以及冲突活动间的价值抵换, 都被排除在考虑之外。但问题是, 前者正是制度选择的基础, 而后者则是正确计算社会损失的保证, 因此其模型就空空如也。其结果是: 一、将侵害人的效益加入了故意侵权之分析; 二、在分析各种赔偿责任制的利弊时, 混淆了(事前)无责任制与(事后)个案中侵害人的无庸负责; 三、在过失认定时, 恰好颠倒了受害人应适用的高低标准。漠视法律定性(基于制度分工), 经济分析将无所附丽。

关键词: 故意侵权; 过失; 合理人标准; 私法; 交易成本

中图分类号: DF0 - 059

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2007)04-0123-06

—

兰德斯与波斯纳的《侵权法的经济结构》是本集大成之作, 从本书在 1987 年出版后, 除了同年萨维尔也出版了《事故法的经济分析》外, 至今二十年仍无新的专书出版即可看出。本书出版的来年, 格雷迪在写其书评时, 即惶恐不安地说, 在此时批评此书, 有如在 1882 年批评霍姆斯前一年出版的《普通法》, 因此必须赶快接着说些好话。[1] 希望二十年的时间, 已足够解消此一压力。本书评的看法是, 兰德斯与波斯纳以管制的投入产出模型去分析具自治本质的侵权法, 必然是失败的。

兰德斯与波斯纳所提出的投入产出模型如下:

$$L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y)$$

在此, L 代表社会总损失, D 是受害人的损害额度, A 是受害人, B 是侵害人, x 、 y 分别表示受害人与侵害人的防御投入, p 为损害发生的机率; x 、 y 与 p 的关系是负向的, 也就是受害人与侵害人的防御投入愈多, 损害发生的机率愈小。社会总损失 L 极小化的条件是, $A_x = -p_x D$ 及 $B_y = -p_y D$, 换言之, 此时受害人与侵害人的防御投入分别为 x^* 、 y^* , 而其边际成本等于边际效益(此即因之减少的预期损害)。在大多数情况, 兰德斯与波斯纳将防御投入仅限于物理资源, 因此交易成本以及冲突活动间的价值抵换, 都被排除在考虑之外。但问题是, 前者正是制度选择的基础, 而后者则是正确计算社会损失的保证, 则其模型的有用性与正确性, 即令人质疑。

兰德斯与波斯纳在本书第二章讨论科斯定理时, 即主张在低交易成本时, 法院应适用维护自愿交易的财产法则 (property rule), 在高交易成本时, 法院应适用第三者决定补偿额而强制交易的补偿

收稿日期: 2007 - 05 - 13

作者简介: 简资修 (1959 -), 男, 台湾人, 台湾大学法律学系合聘副教授, 台湾中央研究院法律学所筹备处暨人社中心制度与行为专题中心合聘副研究员, 法学博士。

法则 (*liability rule*), 而其将上述投入产出模型定位为, 仅在高交易成本确定后, 此模型才是法院决定行为人是否应负损害赔偿责任的标准。则依理说, 交易成本高低既是此投入产出模型适用之前提, 其应为分析核心才是, 但在本书中的分析中, 交易成本往往是被偷渡进来的, 而在有些情况, 则因为过于拘泥模型设定, 分析就错了。

二

兰德斯与波斯纳将交易成本偷渡进来最严重的例子, 是其故意侵权之分析。在本书第六章, 兰德斯与波斯纳将故意行为人因故意侵权所得利益算入社会福利的正项, 设定了如下的故意侵权模型:

$$L(x, y) = p(x, y)(D - G) + A(x) + B(y)$$

此公式中所增加的 G 是代表侵害人的获益, 而其也假设了侵害人会专为侵害行为投下资源 (y) 去增加损害发生的机率, 因此相对前一公式中 p 对 y 的一阶导数为负值, 在此则为正值。此外, 一个理性的人只有在其会受益时, 始会去从事此故意行为, 因此 $G > 0$, 则当受害人的受害额度大于或等于侵害人的获益时, 此即 $D - G \geq 0$, 最适的解就是 $x = 0, y = 0$, 因为此时 $p = 0$, 而 $L = 0$, 也是其最小值之时。[2] (P153 - 154) 换言之, 当行为人不投入资源去侵害, 而且受害人不投入资源去防范侵害时, 即是社会整体损失最小之时。

首先, 此模型其实是预谋而非故意模型。有些故意纯粹是临时起意, 行为人并不会预谋投下资源去造成损害, 当然除了侵害行为本身以外, 则此时 $B(y) = 0$ 但 $p > 0$ 。例如一个开车人偶然发现仇人走在前面, 不减速 (因此客观上其未花费任何时间的机会成本) 故意开车撞死他, 或者一个人为了赶路或飚车自娱, 撞人也在所不惜 (因此主观上其未花费任何成本), 则其即无专门投入资源去造成损害, 但损害却发生了。

不过, 此模型最大的问题其实是, 受害人的受害为何是大于行为人的获益, 此即 $(D - G)$ 为何大于 0 或等于 0? 如果 $(D - G)$ 是小于 0, 则 p 对 y 的一阶导数为正值即甚佳, 而此意味侵害行为应鼓励而非禁止。兰德斯与波斯纳将 $(D - G)$ 可能小于 0 的情况, 分为四类: (一) 在荒山野外因饥寒交迫, 未经同意进入他人木屋取食; (二) 觊觎邻居的车, 虽然此车对于其效益较高, 但因为其较贫困无法出钱购买, 乃偷之; (三) 同样想要邻居的车, 而且也有能力出钱购买, 但仍然以偷代买; (四) 在定义上, 强迫移转才是行为人想要的, 市场无任何替代品, 例如强奸。[2] (P156 - 157)

虽然大部分人直觉上, 会认为 (二) (三) (四) 的行为人是不对的, 因此是不法的, 至于 $(D - G)$ 是否小于 0, 则不是其相关的。在此, 同样的, 兰德斯与波斯纳最后还是要将价值系于自由市场交易, 而不是直接去比较到底是受害人损害大还是行为人获益多。这些行为人之所以是不法的, 是因为在交易成本不高时, 居然舍自由交易市场而径行单方强制移转财产! 至于在 (一) 的情况, 一般人则是不会认为行为人是错误的, 但也不致于认为受害人要白白受害, 因此径行取食也许不是不法, 但行为人是应补偿受害人的损害的。回到交易成本来看, 这是因为此时交易成本很高, 容许径行强制交易, 勿宁是合理的。但容许并不意味着拿了而无庸事后补偿。强制交易仅指方式是强制的, 其对象交易 (互通有无的交换) 仍是存在的, 因此行为人还是要负损害的填补责任。

兰德斯与波斯纳进一步的理论推展是, 为了符合经济学家一贯的所谓“连续性思考”, 将故意与各种过失连结起来, 做了光谱式分析, 但其核心关键也是在舍弃了 $(D - G)$ 之测量, 而完全以交易成本高低为判断标准。兰德斯与波斯纳提出, 当行为人投入的资源 $B(y)$ 与造成损害 pD 的比值愈低时, 是故意侵权, 愈高时, 是不可避免的损害, 近于 1 时, 即是一般过失侵权, 介于故意与一般过

原文第 42 页第一行的“high transaction costs”中的“high”应为“low”之误。详见 William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987, P. 4.

本节详细的论证, 可参见简资修:《故意侵权法之经济分析——兼评 Landes & Posner 模型》,《中研院法学期刊》(即将出版)。在法律上, 这虽不是侵权行为, 但可以不当得利来处理。

失两者之间，为重大过失。[2] (P158) 此说法美则美矣，不过问题是，其只考虑了受害人的损害 (pD) 而不考虑行为人的获益 (pG)，但诚如上述其故意模型之所以异于过失模型，即在于 $p(x, y)$ ($D - G$) 而不仅是 $p(x, y) D$ 才是重点，则未将侵害人获益 (G) 算进来的社会损害额自然是很高的，但其因此也就不是真正的社会损害值了。另外一个解套的方式是，将侵害人获益 (G) 转换为 $B(y)$ ，此即行为人若不为此行为，其获益就无法实现，因此即为其成本，但如此一来， $B(y)$ 的值又变大了，比值也就降不下来，仍然无法符合他们设定的标准。最后只剩下一个可能的解释，此即在低交易成本时，行为人居然舍自由交易而强取，因此法律评价上侵害人的获益就不能算进来，而且要将其投入资源视为浪费，从而 $B(y)$ 为负值。若是如此，则交易成本的高低，而非 $B(y)$ 与 pD 本身，才是决定 $B(y)$ 与 pD 之比值的因素，从而交易成本高低而非 $B(y)$ 与 pD 本身，也才是此公式的灵魂。

总而言之，在兰德斯与波斯纳的此一模型中，受害人的损害大于侵害人的获益 ($D - G > 0$)，是行为人与受害人皆不应投入资源去侵害或防免侵害 ($x = 0, y = 0$) 的前提要件。只要此一条件成立，行为人与受害人皆不应投入资源去侵害或防免侵害，是数学计算上之必然。因此为何在故意，受害人的损害是大于侵害人的获益 ($D - G > 0$)，是要被测量计算出来的，而不是被假设的。但兰德斯与波斯纳在此并未作此计算，而是将之系于行为人是否“恶意”——此即在低交易成本下——回避了市场。如此不仅只是前提 ($D - G > 0$) 被假设了，而是连其结论 ($x = 0, y = 0$) 也被假设进来了。因为不回避市场，即意味着行为人不得强取，即其不得投入资源去侵害，得出： $y = 0$ ；又既然不会有人强取，受害人就无庸投入资源去防免侵害，得出： $x = 0$ 。由此可见，交易成本的高低才是此模型的关键，但兰德斯与波斯纳却以专门投入侵害资源去定义故意行为，而未去论证其与交易成本的关系，使得其整个模型——空了。

三

未将交易成本充分考虑进来，兰德斯与波斯纳在比较无责任 (no liability)、严格责任 (strict liability) 及过失责任 (negligence) 时，也造成了误判。首先，在比较无责任与严格责任时，兰德斯与波斯纳说，此二种责任制是对称的。此即在无责任下，行为人不会投入任何防害资源，因此行为人的最适防害投入 y^* 若非 0，社会损失即未极小化，而在严格责任下，则是受害人不会投入任何防害资源，因此受害人的最适防害投入 x^* 若非 0，社会损失也未极小化。兰德斯与波斯纳因此说，除了在执法成本有差异外 (在无责任制下，不会有任何诉讼要求赔偿，而在严格责任制下，则会有的)，理论上其后果都是一样的——视损害的防免须由行为人或受害人的投入来决定。[2] (P62 - 63) 不过，这仅是就行为人一旦为特定行为了的评价。其实，在无责任下，行为人是可恣意为任何侵害行为而无庸负责，但在严格责任下，行为人只要不为侵害行为，是无庸负责的，因此无责任制，是积极鼓励了侵害行为，而严格责任制，则仅是消极限制了侵害行为。换言之，在无责任制下，行为人的侵害行为数目是开放的无限大，但在严格责任制下，则是只要行为人不为行为，受害人的“侵害行为”——指其应为防害投入而未投入——就不会发生，因此其数目即非开放无限大。转换为私有财产权角度思考，无责任制就是具排他性的私有财产权不存在，而严格责任制则是私有财产权具绝对的排他性。此所以如果只能在无责任制与严格责任制中二选一，严格责任是胜出的。例如大家应可想

当然这里的侵害行为应还有适当的界定，如果 A 主动一头撞向一直回避的 B，而 B 还要被视为侵害人，则无责任与严格责任即合一了，从而也失去了分析的意义。

霍布斯的“万人争斗”名言，即指此而言。

其实，严格责任与无责任的比较，其最大差异还是在，受害人欲买通侵害人不要侵害时，无责任制使得受害人必须面对无数的侵害人，买通了 A，还有 B、C……会出现，而在严格责任制下，如果侵害人所从事的活动仅令少数人受害，买通是没问题的。但既然兰德斯与波斯纳将侵权责任定位在已是高交易成本下 (虽然如此很多重要问题将被排除于分析之外)，本书评要说，无责任更使得无数人去做无数的侵害行为，而严格责任使得侵害人自制了，从而减少了侵害行为。

象，如果车祸肇事，开车人完全无庸负赔偿责任，结果会是如何？

在比较过失责任与严格责任时，兰德斯与波斯纳认为，严格责任不会使行为人采取过度的防范措施，而其间的差异是表现在，执法成本（包括信息成本与主张成本）、保险功能以及活动程度（level of activity）等三方面。[2]（P64 - 72）但此一分析，一如其无责任与严格责任的比较，亦只是就行为人为特定行为为了的评价，从而忽略了行为人可能因为严格责任自始就不从事此一活动。在其后分析人们是否应负好撒马利亚人义务时，兰德斯与波斯纳其实也指出此点了。[2]（P142 - 148）见危不救的场合，既然见危不救人只要为极小的妨害投入就可避免损害发生，若从前述的投入产出模型来看，见危不救是要负损害赔偿责任的。其公式演算为： B 只要投入一点点 y ，就可以救 A ，使得 D 不发生，却舍此而不为，即有过失。但事实是，法律并不要求人们负积极救助的义务。从交易成本来看，则是理当如此。因为所谓交易成本，是指双方当事人愿意交易而无法交易的障碍，在见危不救的情况，虽然处于危急的一方可能是愿意交易的，但不救的一方既然不救，就表明其不愿交易，因此就不存在高交易成本的问题。必须注意的是，此不同于救了，但要如何请求报酬或返还救助费用或补偿救助入自身损害等问题。此后者问题，即有高交易成本问题，法律也提供协助了——无因管理是也。

上述见危不救的例子也许还有人会争议其道德性，营业竞争应该少有人争议。例如假设 A 是某市场已存的厂商，年赚100万元，但由于 B 新加入竞争，使得 A 与 B 都仅年赚10万元，显然 A 因 B 的加入竞争受到了 $(100 - 10 =)$ 90万元的损害，则若要 B 就 A 的损害负严格责任， B 是不会加入竞争的，因为其若加入竞争，反而要损失80万元 $(10 - 90 = - 80)$ 。但是定义上 B 加入竞争是对社会有利的，因为生产者剩余也许少了，但消费者剩余增加了，而且后者增加的额度是大于前者减少的额度。从此例也可知，严格责任所造成最严重后果，不是兰德斯与波斯纳所举的那几项，而是活动类型（kind of activity）的改变，此所以现实的侵权法，不可能是完全的严格责任，而必然是某种程度的过失责任。

四

兰德斯与波斯纳在其模型中，将过失认定标准锁定在物理层面的预防措施，也造成了反淘汰效果。以开车为例，在正常假设下，年少者或年老者相较于一般正常成年人，其开车技术是比较差的，也就是在同样的开车时速时，例如时速六十公里，为避免肇事，其反应比较吃力。兰德斯与波斯纳说，年少者或年老者由于反应比较吃力，意味其想要达到同样预防损害标准，就必须投入较一般成年人更多的预防资源，因此依照上述演算公式，年少者或年老者应该享有比较宽松的过失认定标准。换言之，一般成年开车人如果在时速六十公里时，已构成过失，年少者或年老者由于其反应吃力，因此不构成过失。此一结论，令人难以苟同。

从私权的观点来看，损害之发生是由于权利人活动之冲突，而权利人需要负损害赔偿，是因为其超出了其享有的权利范围，此与其物理上的预防能力无必然关系。具有很好物理预防能力的权利人，若是为所欲为，就会超过其权利界限，反观具有较差预防能力的权利人，若是知所节制，就不会超过其权利界限。简言之，“量能而为”才是认定过失的标准，而非仅是绝对的“能”。[3]（P147 - 160）

在私权的分配上，依照平等原则，从事同样活动的收益，应是同样的。在上述开车之例，正常的

关于好撒马利亚人的故事，可参见王泽鉴：《侵权行为法（一）：基本理论及一般侵权行为》，台湾三民书局1998年版，第103 - 104页。

兰德斯与波斯纳也知道此结论的荒谬，但其以法院的信息不足以区分正常人与年老者或年少者为理由，将这三种人的过失认定标准设为同一。不过，这理由是不成立的。同样属于年少者或年老者的个人间的个别差异也许很难去区分，但成年人、年少者与年老者这三个群体间的差异，根本是清楚明白的，不但长相是一见就明，再不济，身份证件一定记载了其出生日期。

假设是，开车者不管是一般成年人、年老者或年少者，其开车收益都是一样的，在法律采取的是过失赔偿责任制度，即意味社会容许某一程度的开车肇事量之下，则物理预防能力较差的年少者或年老者，其过失认定标准应是比较高的而非比较低的，这是因为其一旦减速反而可以减少较多的损害。以数学式表示，假定 $B = pL$ 是社会容许的肇事量， p 为因减速而减少的肇事发生机率， L 为实际发生的损害额度， B 为因减速而减少开车活动的收益。在 L 固定下，紧急事故使得 B 提升了，所以也使得 p 增加了，因此救护车或消防车可以开快车。而在年少者开车之例， B 及 L 都与一般人相同，因此 p 也要相同，则在年少者低速开车肇事机率等于一般人较高速开车的肇事机率之假定下，年少者必须低速开车，始能符合社会肇事量的设定。

其实，另一法律经济分析名家萨维尔所举年轻人应较年老者多扫雪之例，也犯了同样错误。[4] (P73 - 77) 的确，一般而言，年轻人或者年老者，谁的扫雪能力比较强，其答案是年轻人较强，应是毋庸置疑的。但因此要年轻人多扫雪，则是未必。若用经济学的术语说，此即比较优势而非绝对优势才是谁应多扫雪的决定因素。年轻人虽然在扫雪能力上有绝对优势，但其是否有比较优势，则是不一定的。因为如果老年人的时间比较没有价值，或者是年轻人的时间价值甚高，例如年轻人必须赴战场御敌，则老年人应该多扫除一些雪，或甚至完全由其负担扫雪的工作。

一如兰德斯与波斯纳的上述公式，萨维尔在探讨过失侵权责任时，同样疏忽了制度之存在。因为唯一可以想象年轻人多扫雪的例子是，年轻人与年老者毫无选择地被指派扫雪工作，而且受严密监控，如果其未尽所能，就受惩罚。若以科斯的厂商与市场对立分析架构来看，此一责任分配性属厂商。[5] (P33) 的确，科斯也曾说过，国家是超级大厂商，因此年轻人多扫雪不必然是错误的。例如百年仅见的暴风雪造成了国家紧急危难，年轻人被征调扫雪，是可接受的。但是在承平时期，实证上，这是集体经济，自从柏林围墙倒塌后，其无效率已被证明。其要年轻人多扫雪，较好的方式应是利诱（契约）而非处罚（侵权），也许最好是按件计酬。当然如果论说的不是像国家这样的超级大厂商，而是一般的私人厂商，年轻人也可能多扫雪，毕竟厂商的本质就是命令控制。但若是如此，厂商必然要多付代价给年轻人，否则其是不会有诱因任职该厂商，以较重的赔偿责任加诸年轻人身上，是适得其反的。不过，不管其责任是如何分配，此是契约责任的分配，而非侵权责任的分配。侵权责任的分配，主要是在陌生人间，陌生人间是不负积极的援助义务的。积雪显然不是年轻人或年老人造成的（他们不是上帝或海龙王），则他们为何负扫雪义务？在法律上可想象的是，其应扫除住家前供公众行走走道上的积雪，以免造成公共危险，则其责任的来源是走道的长短，与住家者是年轻人或年老人无关。甚至也许更符合实际的是，年老人往往较富有，因此其住家较大，其所面对的走道就较长，因此其所负的扫雪责任就较重。

五

本书评虽是批判性的，但其仍是从经济分析的内部而非外部为之的。兰德斯与波斯纳的这本《侵权法经济结构》，其分析主轴是皮古式的（Pigouvian Approach），而本书评则可说是科斯式的（Coasian Approach）。

皮古式分析的出发点是，行为所生的物理性损害，必须强制转由行为人承担其对价，否则行为人的私人成本就会与社会成本分离，从而社会福利即无法极大化。科斯的说法则是，行为所生的物理性

若有紧急事故，例如救护车或消防车，其法律上容许的车速，可以较高，因为其开车收益比较一般开车是增加了。

虽然国家可能还是要补偿其所施的劳力，但是征收只是强制交易而非无偿取得。例如台湾的九二一震灾重建暂行条例第 65 条规定：各级政府机关因重建工程或相关措施所需，得继续征用紧急命令期间所征用之物料或人员，至中华民国八十九年十二月三十一日止。前项继续征用之补偿，依紧急命令期间征用之补偿标准办理。

更详细的论证，参见简资修：《命令管制非侵权责任之本质——回应 过失责任标准经济分析之再省思》，《经济研究》（台北大学经济系），2005 年第 2 期。

损害此一现象之存在，并不意味行为人的私人成本与社会成本必然分离，因为不同活动对于同一资源的使用冲突，必然决定了有些活动受到限制或排除，在社会福利极大化的目标下，两害取其轻或两利取其重，因活动受到限制或排除而无法实现的利益，一定会存在的，若因有此损害现象，就要课予行为人责任。此可包括赔偿、补偿、课税或甚至刑罚等。反而可能减损了社会福利。

在兰德斯与波斯纳所提出的模型中， $A(x)$ 或 $B(y)$ 与 p 的关系，完全是一种技术性关系 (technological externality)，属皮古式的管理控制模型 (common and control)，因此其仅可适用于公法管制而不适用私法自治。而波斯纳却认为科斯之所以讨厌数学化的经济学，是来自他的英国派头始然，因为经济学的此一发展，主要是以美国为中心。[6] (P406 - 425) 波斯纳也认为威廉森的法律、组织理论以及经济学是新制度经济学的三大支柱之说法，站不住脚，因为法律根本没有理论，其只是一团待解的准则。[6] (P426 - 443) 事实是，科斯的存疑，并非 (民族) 自尊心作祟，而且法律虽非本体不变，但也不是毫无本质。私法自治是以私权利为中心的运作，若不明乎此，将无以了解或指导侵权法，即便是强力如经济分析者，亦然。

参考文献：

- [1] Mark F. Grady. Discontinuities and Information Burdens: A Review of The Economic Structure of Tort Law [J]. Geo. Wash. L. Rev., 1988, (56).
- [2] William M. Landes & Richard A. Posner. The Economic Structure of Tort Law [M]. Mass Ave: Harvard University Press, 1987.
- [3] 简资修. 经济推理与法律 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.
- [4] Steven Shavell. Economic Analysis of Accident Law [M]. Mass Ave: Harvard University Press, 1987.
- [5] Ronald H. Coase. The Firm, the Market, and the Law [M]. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- [6] Richard A. Posner. Overcoming Law [M]. Mass Ave: Harvard University Press, 1995.

[责任编辑: 郑智航]

Legal Classification and Economic Analysis

Tze-shiou Chien

(Department of Law, Taiwan University, Taiwan 11529)

Abstract: The Economic Structure of Tort Law by William M. Landes and Richard A. Posner is a comprehensive book, but the approach of analyzing tort law which in nature is autonomy by the regulatory model of input and output is definitely failure. In most cases, the book regards input only as material resources, so the transaction cost and value exchange between conflicting activities are out of the consideration. The question is that both the two factors are very important and could not be neglected. The result therefore is, 1, make the efficiency of the infringer into the analysis of intentional tort; 2, in the analysis of the pros and cons of all types of tort liability, the system of no liability before the matter happens and not necessary to be liable in specific cases are blurred; 3, in the recognition of fault, the standard applicable to infringer are upside down. Without legal classification based on institutional division, economic analysis is not possible.

Key words: intentional tort; negligence; criteria of reasonable person; private law; transaction cost