

# 不法治的代价：何为科斯的经济学

简资修\*

## 一、前言

法律经济学在世界蓬勃发展,但是偏颇了。<sup>[1]</sup> 凌斌教授看出了问题,出版了《法治的代价:法律经济学原理批判》。<sup>[2]</sup> 他批判说,法律作为制度核心的界权成本,被主流法律经济学漠视了——视法治的代价为零——这也是书名之所以。不过,此书前半部,<sup>[3]</sup> 将科斯经济学等同于主流法律经济学,对之严加批判,<sup>[4]</sup> 则是打击错误了。这不但是,主流法律经济分析领军人物波斯纳(Richard A. Posner),曾批判科斯的经济学方法论,<sup>[5]</sup> 而且科斯在其过世前,还期待中国学者摒弃主流西方的经济学,发展出更好的经济学。<sup>[6]</sup> 科斯经济学可

---

\* 台湾大学法律学系合聘教授,中央研究院法律学研究所研究员。

[1] 参见简资修:《经济推理与法律》(增订三版),元照出版公司2014年版。

[2] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版。

[3] 同上注,第24~144页。

[4] 凌斌教授在本书序言说:“提出这一主张的科斯本人,同样带领着追随自己法律经济学后裔,走上了他所批判的庇古式的老路。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第3页。

[5] 波斯纳对于科斯的方法论批判,参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law* 406-425 (1995); 波斯纳最近改变其批判看法,参见 Richard A. Posner, *Keynes and Coase*, 54 *J. L. & Econ.* S31-S40 (2011)。

[6] 科斯说:“In the past, economics was once mainly a British subject. Now it is a subject dominated by the Americans. It will be a Chinese subject if the Chinese economists adopt the right attitude”, at <http://english.unirule.org.cn/Html/Unirule-News/20110101130956819.html>。

以帮助中国的法治进展,误解之,就可惜了。机会成本系因之无法实现的利益,凌斌教授提错了问题,是“不法治的代价”,而不是“法治的代价”,才是症结。另外,在此书后半部,<sup>[7]</sup>凌斌教授也重构了著名的卡拉布雷西与梅拉米德(Guido Calabresi and A. Douglas Melamed)的法律规则分析架构,新增了管制规则与无为规则,但其叠床架屋了。

## 二、伊甸园的神话

凌斌教授在其《导论:夏娃的苹果》中,以故事方式(其称“思想实验”),铺陈了全书的问题与论证。在法律经济学的批判中,以如此文学手法起笔,颇为引人入胜。但这故事有两大缺陷,令其引喻失义。其一,故事中的亚当与夏娃,是幼儿园小孩,而故事集中于老师与园长如何最有效控制这些小孩,这不是法治,而是牧民;其二,科斯不可能是这里的老师,波斯纳可能是。

凌斌教授在此书第一章卷头语引用了科斯如下两段话,<sup>[8]</sup>其一:“经济理论历来受困于未能清楚陈述其假设。经济学家在构建理论时常常疏于检验其据以建立之基础。”其二:“当经济学家发现他们不能分析现实中真正出现的现象时,就会创造一个他们能把握的假想世界。”但凌斌教授在导论中自己创造了一个伊甸园故事,扭曲了本书的论题“法治(的)代价”。将人民比作幼儿园小孩,仅是被管理的对象,无法参与法律之创造与执行,而老师与园长,是不受监督的执法者、司法者或立法者,这与现今的法治理念,差太远了。

故事或模型,并非不能用,其为很好的论证手法,但要切题。例如科斯在《社会成本问题》一文中所举的牧人、农人之例,作为反驳庇古外部性理论之用,是恰当的。<sup>[9]</sup>外部性理论认为,只要有损害,就必须有赔偿,否则社会产值就会有损;而科斯以牧人、农人之例,说明在财产权利确定与无市场交易成本之下,不管有无赔偿,社会产值都是一样的,不会有损;如此即否证了外部性理论。科斯如果以抽象的数学式去论证,恐怕无法达到此效果,简单的数字与情节之例,

[7] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第185~285页。

[8] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第24页。

[9] See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (1988), pp. 96-104.

是科斯论证强有力之所在。诚如科斯引用罗宾逊夫人 (Joan Robinson) 言:经济分析的假设,不但要可操弄,而且要不失真。<sup>[10]</sup> 作为修辞论理的故事,其核心也在其真实。

凌斌教授是知道波斯纳才是主流法律经济学的当令者。他说,“使科斯定理及其推论产生广大而深远的学术和实践影响的,无疑是一手缔造法律经济学帝国的美国法官和学者波斯纳”。<sup>[11]</sup> “这些推论当然都忽略了法律选择的界权成本。从界权成本的角度来看,这些法律经济学推论也断然都是错的。”尤其在本书的第四章的余论——回归“科斯方法”,凌斌教授大篇幅地赞同科斯的“理论方法”,虽然不是其“理论预设”,<sup>[12]</sup> 但这位老师应该是波斯纳而不是科斯。作者滥用了作为作者之命名权了。

### 三、科斯定理、框架、推论、方法、X

凌斌教授发明了太多新词,令人应接不暇。有时,这可能也不是坏事。卡拉布雷西的名著《意外事故的成本》(The Costs of Accidents)即充满了新词。<sup>[13]</sup> 张五常教授也说,威廉姆森 (Oliver E. Williamson) 新词多多,而内容空洞,<sup>[14]</sup> 但后者却是诺贝尔经济学奖得主。与科斯有关者,除了科斯定理外,凌斌教授还推出了所谓科斯框架、科斯推论、科斯理论预设、科斯理论方法等。凌斌教授赞成科斯的理论方法,<sup>[15]</sup> 但对于其他科斯 X,他认为其都忽略界权成本,<sup>[16]</sup> 因此

[10] See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (1988), p. 33, 96 – 104.

[11] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 101 页。

[12] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 139 ~ 144 页。本文以下将会说明,科斯的理论方法与理论预设是不可分的。

[13] Guido Calabresi, *Neologism Revisited: Remarks of Guido Calabresi*, 64 Md. L. Rev. 736 (2005).

[14] 张五常:《经济解释(卷四):制度的选择》,2014 年神州增订版,第 33 页。

[15] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 139 ~ 144 页。

[16] “考察界权成本,就是比较界权与不界权或者一种界权选择与另一种界权选择之间,有什么两样,而不考虑已经不再是选择的‘沉没成本’。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 97 页。

应加批判。这显然有问题,因为所谓科斯的理论方法,即是科斯的一般界权理论,而这些其他科斯 X,都是与此紧密相连的,怎可分开有不同评价呢?

首应注意者,即使人尽皆知的科斯定理,将其定理化也不是科斯本人,而是经济学家施蒂格勒。现今科斯定理的一般版本是,在财产权利确定与无市场交易成本下,不管财产权利归属谁,社会产值都会最大。此推论一经定理化,对于经济学家是有用的,因为经济学家在此之前都持外部性看法,此即有损害,即须有法律救济,否则社会产值不会最大,而科斯证明了即便损害无法律救济,但社会产值仍然最大,外部性看法不成立了。科斯定理在此意义下,法律是外生的——法律如何确定不在其考虑之内。

凌斌教授误解了外生假设与机会成本的意义,宣称科斯“框架”完全忽略了界定权利的成本。<sup>[17]</sup>之所以称“框架”,而非“定理”,是因为凌斌教授认为科斯定理的某些部分,不能是定理,但又是科斯的,只好称“科斯 X”。凌斌教授自己建构了如下的“科斯定理”<sup>[18]</sup>:“不建立初始的权利界定,就不可能有交换和重组这些权利的市场交易。(所谓科斯第一定理)”;“但是倘使定价体制的运行毫无成本,(最大化产值的)最终结果就并不依赖于(初始的)法律市场。(所谓科斯第二定理)”;“当市场交易成本高昂以致难以改变法律建立的权利安排时,法院直接影响着经济活动……即使可以通过市场交易改变法律界权,减少对这类交易的需求,从而减少交易过程中的资源使用,也依然明显可欲。(所谓科斯第三定理)”。凌斌教授称第一定理为“韦伯条件”、第二定理中的零交易成本假设为“寇斯假设”、第二定理中的市场自动实现效率为“斯密结论”,<sup>[19]</sup>并说“‘科斯第三定理’,并非一个可以独立证明的定理,也不是由科斯演绎得出的逻辑推论,而是一个理论上毫无根据的主观判断。”<sup>[20]</sup>

凌斌教授说,第一定理与第二定理不可分,并认为此才是真正的科斯定

[17] “所谓‘科斯第三定理’的逻辑谬误,其实反映出的是整个科斯框架的理论欠缺:将法律界权的机会成本武断地置于经济系统和效率考虑之外。”凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 44 页。

[18] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 25 页。

[19] 同上注,第 32 页。

[20] 同上注,第 41 页。

理,<sup>[21]</sup>而此时法律是外生,界权成本因此为零。又对所谓第三定理,其认为市场交易成本之高低,不能决定界权与否,<sup>[22]</sup>原因有二:其一,“一旦法律逾越了韦伯条件,也就不再适用以韦伯条件为前提得出的任何结论”;<sup>[23]</sup>其二,“为什么法律界权过程中的唯一效率因素,是法律界权结束后的交易成本?为什么即使是作为一种‘市场替代’,法律界权的机会成本同样要被忽略不计?”<sup>[24]</sup>

法律外生被认为界权成本为零之谬,在此先不论,所谓第三定理之科斯说法,被误读了。首先,凌斌教授的所谓科斯第三定理之引文,关键的一句话往往被删掉了:“尽量不造成法律的不安定性。”<sup>[25]</sup>此句话显示了科斯是知道法律的系统性的。而诚如凌斌教授所说,“法律过程的经济性质,是法律权威在私人间澄清规则内容或者明确名义权利,而非仅仅对于已定权利的强制执行”<sup>[26]</sup>其又说:“一方面,即使没有发生法律变革和权利变动,没有任何规则类型和规则内容的改变,仅仅将一个法律规则适用于特定的利益冲突,同样是法律经济学

[21] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第29~32页。

[22] 凌斌教授后来未坚守第一定理与第二定理之不可分,而将第二定理与第三定理合并,换言之,采取了波斯纳等人的界定了。其说:“市场对法定权利的重新转移可能存在两种情况:一是如果交易成本为零,那么市场的重新转移总是能够校正法律的初始权利界定,实现资源分配的帕累托效率(第二定理);二是如果交易成本为正、市场时常不能改变法律的初始界权,就需要由法律代替市场进行重新安排,从而节省交易成本,实现配置效率(第三定理)。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第37页。

[23] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第41页。

[24] 同上注,第41页。

[25] R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 119 (1988). 原文如下:“In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequence of their decisions and should, *insofar as this possible without creating too much uncertainty about the legal position itself*, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.”斜体部分为凌斌教授漏引的部分。参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第34、100页,是惟二未删节之处。

[26] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第99页。

意义上的‘规则选择’和‘权利界定’。”<sup>[27]</sup>可见稳定地适用法律,是界权成本计算中重要的一环,则此一删节,显然有意避重就轻了。<sup>[28]</sup>

此外,凌斌教授说:“他(波斯纳)进一步将上述结论概括为科斯定理的“两个重要推论。”第一个推论是,法律在注重提高经济效率的意义上应当尽可能地减少交易成本,比如清晰界定权利,使之易于交易,以及创设方便有效的违约救济……第二个推论是,在无论法律如何努力市场交易成本依然很高的领域,法律应当效仿市场的资源分配,将权利分配给估价最高的使用者。<sup>[29]</sup>库特与尤伦称第一个推论为“规范的科斯定理”(Normative Coase Theorem),第二个推论为“规范的霍布斯定理”(Normative Hobbes Theorem)。<sup>[30]</sup>这的确是推论错误了,但凌斌教授认为这也是科斯本意,则是混淆是非了。凌斌教授的科斯引文中,除了“尽量不造成法律的不安定性”被删节外,其前一句话也很关键,但也未被引出:“已如所见,如果市场交易成本如此之高,使得法律所为的权利安排,无法(经由市场)改变。”<sup>[31]</sup>科斯并没有说,只要市场交易成本不是零,就要由法律一步到位界权,而是要此成本高致难有市场交易,此即意味着交易成本多高才是高,必然是要视其相对的界权成本多寡而定。这里的市场交易成本,不是如凌斌教授所言,其是界权过程中唯一考虑的效率因素;法律界权的机会成本,也是被考虑到了。

“当市场交易成本高昂以致难以改变法律建立的权利安排时,法院直接影响着经济活动。……即使可以通过市场交易改变法律界权,减少对这类交易的需求,从而减少交易过程中的资源使用,也依然明显可欲。”对此,我们必须脉络解读,不能断章取义。科斯是在英美普通法的扰邻纷争(nuisance)中提出上述

[27] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第71~72页。

[28] 凌斌教授在本书惟二未删节处之一,似乎认为遵循先例的界权成本甚低,因此可忽视之。参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第100页。但这错了,此推理如同从“法律是市场交易之前提”导出法律的界权成本为零。

[29] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第101页。

[30] See Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* 95-99, 4th ed., 2004.

[31] “But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases. . .” R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 119 (1988).

说法的。此意味着资源的使用,已经冲突了,必须化解,利害关系人的交易是必然了。此所以科斯说,当无市场交易成本,交易结果必然是可欲的,因为交易是必然的;又逻辑上,如果有市场交易成本,其交易结果必然不如无市场交易成本之交易结果。如此一来,科斯说,依照其先前提出的公司理论,公司即会出现,例如产权集中由一人所有或组成社区法人;其又说,公司可能还不够,必须借助更强而有力的政府规制;身为比较制度论者,科斯最后说,如果政府规制的副作用过高,政府是不应介入的,即便有高的市场交易成本。<sup>[32]</sup>但科斯接着更提出了石破天惊的看法——如果不须市场交易去重新安排权利,也不会有市场交易成本的问题!而他检视普通法判决,认为法官是如此判的,即使其可能未以经济语言说出。<sup>[33]</sup>台湾地区“民法”也有相同的规定,例如其第 793 条规定:“土地所有人于他人之土地、建筑物或其他工作物有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入时,得禁止之。但其侵入轻微,或按土地形状、地方习惯,认为相当者,不在此限。”条文但书中的这些情况,土地所有人既然未享有权利,自然也无市场交易的问题,交易成本当然就谈不上。

凌斌教授与波斯纳等人,将科斯此段话抽离脉络,定理之,显然可议了。其定理中的市场交易成本,不是资源使用已经冲突必须交易化解者,而是权利确定后之互相增益之一般交易,因此依照其定理,价高者得,甚至可得出强奸系合法的谬论。凌斌教授的上述质疑:“一旦法律逾越了韦伯条件,也就不再适用以韦伯条件为前提得出的任何结论”,“为什么法律界权过程中的唯一效率因素,是法律界权结束后的交易成本?为什么即使是作为一种‘市场替代’,法律界权的机会成本同样要被忽略不计?”是问错了问题。凌斌教授说,“科斯的权威毕竟大不过逻辑”,<sup>[34]</sup>误解了。

---

[32] 这是科斯《社会成本问题》的第六节:加入市场交易成本之考虑。R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 114 - 119 (1988).

[33] 这是科斯《社会成本问题》的第七节:法律界权与经济问题。R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 119 - 133 (1988).

[34] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 44 页。

#### 四、界权成本、交易成本、沉没成本

凌斌教授不但误解了科斯的法律外生假设,而且疏忽了科斯的界权意涵,因此其说,科斯框架将界权成本视为历史成本、沉没成本,从而其值为零。又若仅强调界权成本之重要,不能提出其如何计算,将是凌斌教授批评科斯定理的“跛足的高级理论”<sup>[35]</sup>之重现。因此,凌斌教授再度发挥其创造世界的本事,在本书第四章,提出由“韦伯世界”与“科斯世界”构成的“洛克世界”,加上“霍布斯条件”,说明界权成本应该如何计算。

首应注意者,凌斌教授认为,“法律和市场联手替代的是与之竞争的其他处置机制,比如霍布斯笔下的‘自然状态’或者中国古代的‘礼治’。”<sup>[36]</sup>但相对于其苛责科斯框架之全面性界权成本的主张,<sup>[37]</sup>凌斌教授此一洛克世界排除太多了。尤其凌斌教授批评了众多法治理论,而其替代可能就是自然状态以及法外的礼治,<sup>[38]</sup>则将之排除在外,依其自己的界权机会成本理论,这些批评都很难成立的。但此恐非主因,主因应是凌斌教授误解了界权成本之内容,其因此无法提出全面性的界权成本理论。

在凌斌教授的洛克世界,“界权成本和交易成本无法完全割裂开来。两者之间往往存在交互效应(interaction effect)。也就是说,法律和市场不仅是‘替代品’,也可能是‘互补品’。”<sup>[39]</sup>又洛克世界的“社会福利最大化的资源最优处

[35] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第91页。

[36] 同上注,第127页。

[37] 例如凌斌教授说:“更为重要的是,本文希望‘界权成本’这一进路能够有助于在实践层面将法律界权各个阶段的选择问题纳入经济学研究视野,缓解乃至校正法律对于市场经济和社会生活的过度干预,并在学术层面揭示、质疑和改变科斯定理及其推论忽略法治代价而带来的理念失衡,为法律经济学研究提供更为巩固的理论基础。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第112页。

[38] 例如凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第113~117页。

[39] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第128页。



置,在于约束条件下最小化交易成本和界权成本的加权之和。”<sup>[40]</sup>另外,凌斌教授也以“估价成本”取代了“界权成本”。<sup>[41]</sup>最后,其以估价成本高低与交易成本高低,得出四个原则,并说明其适用情境。<sup>[42]</sup>

按理说,凌斌教授大张旗鼓设立了一个洛克福利函数,又说其函数在求最小化交易成本和界权成本的加权之和,吾人期待其算出此加权如何,至少交易成本与界权成本是如何的“消长关系”(trade-off),<sup>[43]</sup>但凌斌教授不但以先前摒弃的估价成本取代了界权成本,而且得出理所当然的空洞结论——若某成本高,则舍,若某成本低,则取。

在洛克世界中,凌斌教授说:“当我们处理法律对市场的替代问题时,是把法律看做一种类似于市场和企业的定价体制。这时法律选择的机会成本,是一种类似交易成本的‘估价成本’(evaluation cost)。”<sup>[44]</sup>但凌斌教授批判科斯框架的核心,就是该框架将法律、企业与市场皆以定价机制等同视之(估价成本是其中一项),<sup>[45]</sup>而忽略了法律之界权功能,<sup>[46]</sup>为何一旦要计算界权成本,法律又成为定价体制,估价成本又转成了界权成本?前后矛盾了。

至于四原则,凌斌教授的解说,也是令人不解。凌斌教授说,在原则(I):交易成本较小,估价成本也较小,重要的是作一个任意裁定。他说,这种情况必定罕见,因为要不法律已经做出规定,要不市场早就解决了问题,法律需求不会发生。但此一情况即是“自然状态”,为何凌斌教授要在开头即将之排除在模型之外?或者更有可能的是,所谓法律已经做出规定,此即为了维持法律适用的稳定性,则必须依法裁定而不是任意裁定,否则界权成本就太高了。法院可以任意裁定,意味着当事人可以非法律论证的方法,去争取法院的裁定,则力量就是权利的丛林法则,即当道了。

在原则(II):“交易成本较大、估价成本较小”中,凌斌教授又说波斯纳等

[40] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第129页。

[41] 同上注,第134~135页。

[42] 同上注,第136~139页。

[43] 同上注,第128页。

[44] 同上注,第134~135页。

[45] 同上注,第109页。

[46] 同上注,第51页。

人的论证仅适用在此,前倨后恭也。凌斌教授先前对科斯框架的批评,无疑来自其对波斯纳等人的所谓科斯第三定理之驳斥,为何到此居然拥抱之?“交易成本较大、估价成本较小”的情况,应不会如“原则(I):交易成本较小,估价成本也较小”吧,则凌斌教授先前的批判说法,就是空包弹了。

在原则(Ⅲ):“交易成本较小、估价成本较高”,凌斌教授偷渡了原本不适用洛克世界模型的“秋菊的困惑”进来。此诚令人困惑,因为若是洛克世界模型如此有解释力,凌斌教授为何起始即将之排除在外,而有此事后偷渡?此外,在“秋菊的困惑”中,为何说秋菊与村长间的交易成本较低?在其两人未达成协议前,此交易成本低吗?同样的案子都是如此吗?秋菊有可能特别难缠或特别退让。又民法有相邻关系的规定,法律错了吗?

原则(Ⅳ):交易成本较大,估价成本较大。凌斌教授说,这是法律经济学意义上的疑难案件,但其不能推给市场,必定要通过法律解决;至于如何解决,视具体情况而定。这说法不合逻辑。在原则(Ⅱ)、(Ⅲ),视估价成本或交易成本,何者低,胜出;在原则(Ⅰ),是任意裁定;则在原则(Ⅳ),依凌斌教授自己之逻辑,其也应是任意裁定,因为交易成本与估价成本都是成本,为何在此要给估价成本不特定的加权?

至此,凌斌教授提出的所谓界权成本理论,证明是失败了。之所以如此,是他错解了成本概念。凌斌教授一再强调其使用之成本观念是机会成本,<sup>[47]</sup>而包括科斯等人都错了,但从上述其以“估价成本”取代“界权成本”,可以看出来其成本还是直接成本而非机会成本。按机会成本,是指决定之最高代价,而决定即是取最低的最高代价。在是否界权之决定,因此要比较界权与不界权的社会利益多寡:当界权利益比较高,应该界权,因为其放弃的不界权利益比较低;当界权利益比较低,不应该界权,因为其放弃的不界权利益比较高。界权之决定,因此一定是联系于不界权的社会利益(或不利益),而凌斌教授的界权成本,显然将此两者分离,才有至今的剪不断、理还乱。

科斯既出身于伦敦经济学院,其经济学是机会成本的。<sup>[48]</sup>当科斯说,“财产

[47] “‘界权成本’的含义也就一目了然:权利界定或规则选择的机会成本。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第97页。

[48] See James M. Buchanan, *Cost and Choice; An Inquiry in Economic Theory* 26-28, *The Collected Works of James M. Buchanan* v. 6 (1999).

权利确定,是市场交易之前提”,其意味了财产权利若不确定,人们不会从事市场交易,而是其他竞争的行为,例如比武力、比财力或比权力等。换言之,权利不确定的成本,一者是市场交易的互蒙其利之无法实现,二者是非价格竞争的消耗。又当科斯说:“财产权利确定,社会产值会达到最大”,则有损害若不赔偿的外部性说法,是错了。一方面,其是预设了权利在于合法化了损害,因为损害若仍有争执,即不会有市场交易,从而社会产值也不会最大。<sup>[49]</sup>另一方面,此意味着,结果的损害赔偿或课税等法律规则的界权利益可能为零,因为财产权利确定,同样可以达到社会产值极大化,而其界权的成本可能为正值——执行成本与扭曲成本——如此一来,这些所谓市场失灵的改正法律,可谓得不偿失。即使当科斯说:“当市场交易成本高昂以致难以改变法律建立的权利安排时,法院直接影响着经济活动。……即使可以通过市场交易改变法律界权,减少对这类交易的需求,从而减少交易过程中的资源使用,也依然明显可欲。”除了上述的扰邻关系外,再以过失侵权责任为例说明之。在侵权责任法,过失责任相对于结果责任,多了过失与否的认定问题,因此执行成本比较高,但为何现行法都是以过失责任而非结果责任为其原则?因为意外事故定义上是不可能有事先市场交易,则结果责任若是其原则,即无市场机制可去调整此结果责任之有时无效率。按在行为人非从事极端危险活动,或者受害人亦有过失下,若令行为人负结果的损害赔偿,从汉德公式可看出,此时是无效率的,<sup>[50]</sup>而事后的损害赔偿“数额”交易,即使毫无交易障碍,也无法改正无效率的“损害已经造成的事实”。更何况,诚如凌斌教授指出的,由法院来作这种强制交易,是事倍功半的。<sup>[51]</sup>

---

[49] 台湾地区“民法”第148条第1项即规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。”权利之行使,不得以损害他人为主要目的,意味了权利行使之结果,是他人损害,但不能是其主要目的。

[50] 参见简资修:《过失责任作为私法自治之原则》,载《北大法律评论》2014年第1辑。

[51] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第56页。

## 五、法治或法制

凌斌教授严格区分界权成本与交易成本,以为其创新,但代价太高了。虽然其也说过:“实质纷争导致交易成本过高,交易成本过高需要法律界定权利。交易成本过高这一表象背后的实质,就是利益纷争要求权利界定。”<sup>[52]</sup>此表明权利界定是联系于实质利益纷争,但仅昙花一现,即消失无踪了。<sup>[53]</sup>凌斌教授多数场合使用的界权成本,仅指各种界权体制之比较,并不涉及任何实质利益纷争;在为了计算界权成本所构建的洛克世界,其甚至排除了竞争的界权体制,更是缩减了界权成本的范围。界权成本分离于实质利益纷争,即是死了。

凌斌教授说,科斯将法律比拟于公司,<sup>[54]</sup>是比错了,<sup>[55]</sup>因为法律是公共权威,<sup>[56]</sup>而公司一如市场交易,仅能臣服其下,并无可比性。但诚如科斯指出,市场交易是以价格高低分配资源,而公司以管理者的指令分配资源,换言之,有权威性,其甚至称法律为超级公司。此一权威性,从何而来?因为市场交易有成本,而公司的指令管理可以减少之,众人在互蒙其利下,订定契约,成立公司了。公司本身的性质虽是权威的,但其成立则是契约的。可见,法律虽是权威的,但其成立可以是契约的。换言之,界权若减少了不界权因之无法实现的利益,法律(界权)即形成了,而此是来自众人各得其利之订约。凌斌教授也说,“套用布坎南的术语,界权是‘对规则的选择’(choice of rules),而交易则是‘规则下的

[52] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第57页。

[53] 凌斌教授说:“界权成本概念的提出意味着,不是从私人选择的角度,而是从公共权威的角度,不是从市场的角度,而是从社会的角度,来理解权利界定的效率问题。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第80页。

[54] 凌斌教授用“企业”一词,本文采用张五常教授的“公司”,因为后者比较可以显示出人与人之间的关系,而不仅是一生产单位。

[55] “企业是自愿交易的市场替代,法律是强制交易的市场替代。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第53页。

[56] “‘界权’的主体是私人个体之外的公共权威。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第93页。

选择’(choice under rules)。”<sup>[57]</sup> 而人尽皆知,布坎南的规则是以契约为基础的。<sup>[58]</sup> 凌斌教授既然一再强调静态法律与动态界权之不同,而其所要处理者,又是动态界权,则其内容必须是法治(rule of law)而非法制(rule by law),本书的书名不也是“法治的代价”吗?

没能看见界权的交易本质,凌斌教授批评了张五常教授提出的一般交易成本理论。张五常教授说:“私有产权(清楚的权利界定)是一种制度,市场也是一种制度,而这些制度的存在是因为有交易(成本)而起的。”<sup>[59]</sup> 其又说:“答案要从高的交易(成本)减下来,因为私产与市场是为了减低交易(成本)而产生的。”<sup>[60]</sup> 这里要问的是,如果没有私有产权或市场,其结果如何? 丛林法则(力量至上)与交易无门。在丛林法则中,资源浪费在攻击防御;在交易无门中,则不能互蒙其利。这些不利益愈高,私有产权或市场的需求即愈高;而私有产权或市场作为人间制度,其非天上掉下来的礼物,只能是众人合作交易之产物;其交易成功,即减少了不利益,其交易不成功,这些不利益仍在,此为交易成本——未能实现的减少不利益;从而交易成本愈高,私有产权或市场的需求即愈高,其交易愈可能成功! 凌斌教授说:“用交易成本概念指代一切制度选择代价的结果,是几乎不可避免地忽略了作为市场交易前提的界权机制的机会成本——界权成本。”<sup>[61]</sup> 这显然不对了。反面才是——将界权成本分离于交易成本,才是忽略了界权的机会成本。

---

[57] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 93~94 页。

[58] See James M. Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, *The Collected Works of James M. Buchanan* v. 7 (2000). 凌斌教授也曾说:“因为服从法律的安排,正是源自于人们在结成共同体时缔结的‘社会契约’。”参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 54 页。但其未问,自利的人们为何进入这个契约?

[59] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社 2012 年版,第 50 页。

[60] 同上注,第 102 页。

[61] 同上注,第 77 页。

## 六、财产规则、补偿规则、禁易规则

除了批判科斯,凌斌教授在本书第五章以后,也重构了另一重要法律分析架构:卡—梅框架。在原有的财产规则、补偿规则与禁易规则上,凌斌教授又加上管制规则与无为规则,主张如此才是完整架构。不过,一者,凌斌教授未指出此框架的界权问题;二者,其新增规则,不是此框架之改进。

先谈一下名词翻译问题。凌斌教授将 liability rules 翻译为责任规则,恐非恰当。按财产规则是指,他人要取得财产,必须经过财产权利人的同意,始可,而 liability rules 是相对于财产规则,他人只要付出金钱补偿,不经财产权利人之同意,也可取得此财产权利。单单责任一词,在中文太多义了,要令人联想金钱补偿,而且是合法的,太难了。反观,在英美法文献中,liability 往往是与 injunction 对照着用,清楚指示着金钱补偿而非强制或禁制行为,因此 liability rules 一词,不致有多义。

众人援用卡—梅框架,对只要是金钱给付的责任规定,都将之视为补偿规则,是错了。按罚金刑,不是补偿规则而是财产规则;债务不履行之金钱赔偿,也不是补偿规则而是财产规则;甚至过失侵权责任,也不是补偿规则而是财产规则。<sup>[62]</sup>凌斌教授在批评“高交易成本说”,提出法院作为法定价格之决定者之劣势,其实是厘清补偿规则的很好论证,可惜其未将之联系至此。凌斌教授说:“当事人所以诉诸法院,主要不是为了解决规则既定和权责明确情况下的定价问题,而是因为双方对权责分配存在意见分歧,对规则适用具有不同预期。”<sup>[63]</sup>的确,在侵权责任之金钱赔偿案件,法院所扮演的角色,不是定价者,而是定分者;其定分之依据,过失责任是社会契约的约款。

凌斌教授将原本是同一层次三等角的规则分类,重构为二层次的规则分类,令卡—梅框架的解释力降低了。卡—梅框架最感人之处,在于其提出“应配份”(entitlement)的保障,依照自愿移转与否,有三种方式:自愿、强制与禁止,而后两种方式,在此之前,多被视为法律限制而非法律保障。凌斌教授先以移转

[62] 参见简资修:《过失责任作为私法自治之原则》,载《北大法律评论》2014年第1辑。

[63] 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第56页。

自由否,将法律规则分为禁易规则与可易规则,再将后者分为财产规则与补偿规则,如此即无法显现卡—梅框架中的法律限制与法律保障是一体两面之精义。更有甚者,其将补偿规则之强制移转,划为移转自由,太勉强了。

凌斌教授所提出的管制规则,在卡—梅框架中,是包含于禁易规则。政府管制措施,是事先预防措施,避免了事后损害赔偿之发生,换言之,其禁止了利害关系人自愿的风险分配(此即过失侵权责任),禁易规则也。卡、梅二氏以经济效率(主要是交易成本)、平等分配以及其他正义,来探讨此三规则的成因与不足,的确不太注重“界权主体”为何的问题,但此不足令管制规则从禁易规则独立出来,毕竟政府征收与法院定价(例如共有物分割),仍属于补偿规则,虽然其中绝大比例是政府征收,法院定价的比例甚小。

卡—梅框架的财产规则、补偿规则与禁易规则之分类,是建立在“应配份”决定后,此即科斯框架中的初始产权决定。凌斌教授所提出的无为规则,其实就是法律救济请求者,其非应配份之享有者。卡—梅框架的这种二阶处理,的确不佳,但凌斌教授却以卡—梅框架未考虑到此为理由,将之“内向扩展”,即是误解了。卡梅二氏同样以经济效率(主要是交易成本)、平等分配以及其他正义,讨论之,只是其篇幅不如三规则之讨论罢了。

## 七、结语:科斯的经济学

不管主流法经济学如何,科斯本人是很看重法律的。科斯表明,若无法律(确定财产权利),即无市场交易,则经济学家高举的市场效率,根本是空谈。另外,他的损害相互性说法,驳斥了庇古的外部性理论,也是从法律得来的。他甚至说,其之所以引用法官的话,不是在赞许法官,而是在显示经济学家的无知。<sup>[64]</sup> 科斯是法学的意外访客,<sup>[65]</sup> 其意不在法学,但其机会成本论(或称比较制度论),必然是有益于作为制度的法律,<sup>[66]</sup> 法学者不应弃之不论或扭曲之。主流的法律经济学,应该称波斯纳式,而不是科斯式。不过,也许如凯因斯经济学

[64] R. H. Coase, *Law and Economics in Chicago*, 36 J. L. & Econ. 239, 251 (1993).

[65] 参见简资修:《科斯经济学的法学意义》,载《中外法学》2012年第1期。

[66] 例如 Neil K. Komisar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (1994)。

之发展,已使凯因斯的经济学(Keynes's economics)不同于凯因斯式经济学(Keynesian economics),<sup>[67]</sup>而科斯式经济学(Coasean economics)也被滥用了,<sup>[68]</sup>则科斯的经济学(Coase's economics)也要出场了。

(责任编辑:于 浩 吴毅恒)

---

[67] Robert Skidelsky, *Keynes: The Return of the Master* 75 – 128 (2010).

[68] 例如 Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 J. L. & Econ. S77 – S104 (2011)。