



《经济解释》：法律的经济学教本^{*}

简资修

台湾“中央”研究院法律学研究所研究员，台湾大学法律学系合聘教授

一、前言

张五常教授出版传世大作《经济解释》¹，法律的科学研究因此有了基础教本。号称科学研究法律的法律经济分析，其主流是新古典经济学，缺少制度面向，但披上了数学与统计等似乎科学的外衣。科斯（Ronald Coase）一再痛陈此种“黑板经济学”之失，但其交易费用²转向之提出，却被借力使力，反成此坏经济分析的护身符。“科斯定理”（Coase Theorem）被窄化为完美制度下的市场交易结果，从而制度为何而生，即被漠视了；而现实世界既然交易费用无所不在，则高权介入也就无所不在了。科斯未提出可操作的一般化交易费用理论，是此悲剧发生的重要原因。张五常提出一般合约理论，将租值消散、交易费用与制度费用同视，可避免此悲剧之发生。张五常以《科学的方法》为书之首章，指出“国王的新

衣”，那些“黑板经济学”更是无所遁形了。也许更重要的是，此一实证科学性之坚持，也令法律经济学必然是法教义学，而法教义学必然是法律经济学——没有经济分析的法教义学是空洞的，没有教义学的法经济分析是盲目的³。张五常也以减少租值消散的观点，说明在市场分配的产权不可能之下，以身份分配的“人权”兴起了，而后者在法律经济分析中常是被忽视的。最后，不可或缺的是，法律“市场失灵”理论，如外部性、共用品、垄断与讯息不对称等，往往与法律经济分析挂了勾，张五常在本书还原了市场本质，指出这些失灵理论的空洞，则法律以之为基础，沙堡也。

二、科斯定理之还原

科斯定理所源出的论文《社会成本问题》，

^{*} 感谢戴昕的评论。

1 张五常：《经济解释》，中信出版社2014年增订本。本书共四卷，原版是分卷出版的，2014年合订为一册。卷一《科学说需求》，2001年初版，2010年大修，2014年再大修。原卷二《供应的行为》，2002年初版，其后分为《收入与成本》与《受价与觅价》，成了本合订本的卷二与卷三。卷四《制度的选择》，是原卷三，2002年初版，2012年至2013年整本从头再写，2014年出版；2014年11月又加入第八章。

2 张五常认为“成本”中的“成”有既成之意涵，而cost必然涉及选择，其是行为的最高代价，此即因行为无法实现的利益，刚好跟既成之意相反，因此成本非cost的好翻译。transaction costs他因此译为交易费用。

3 这是改自法社会学家康托诺维奇的名言：“没有社会学的解释学是空洞的，没有解释学的社会学是盲目的。”参见蔡博方：《法律社会学的知识处境》，载《法律和社会科学》第13卷第1辑，法律出版社2014年版，第271页。



是最近几十年美国法学论文引用率最高的文章⁴，但其被滥用了⁵。诚如施拉格（Pierre Schlag）在近文所显示的：“去掉科斯定理的科斯”才是真正的科斯⁶。张五常说：

科斯说他没有提出什么 theorem，我也认为没有。他提出的是一个看世界的角度，严格来说是提出一个条件。施蒂格勒（George J. Stigler——编者注）发明 Coase Theorem 一词后，行内叫得朗朗上口，执到宝，当然不更正了。（页 739）⁷

张五常说，施蒂格勒曾经对其说，科斯定理是二十世纪经济学发展中最重要思维（页 739）。但此思维如何出现呢？张五常给出“不读书”的说法，他说：

科斯是个幸运的人：他完全没有读过庇古之后的关于外部性的无数文章。要是读过他可能想不出他的定律。我也有类同的运情：分析佃农分成之前我完全没有读过前人对这题材的分析，只是推出自己认为是对的佃农理论才追溯前人之见，发觉跟自己是两回事。要是读过我不会想出自己的。可见书读得多不一定是好事。（页 739）

张五常指出，所谓科斯定理之思维，已现于科斯前一年的文章《联邦传播委员会》；科斯问：“音波频率究竟是谁拥有的呢？为什么不界定为私产然后让市场决定谁有使用权呢？”（页 741）张五常说，“科斯一脚踏中一个千载难逢的例子。”（页 741）“因为那是唯一的没有好人坏人之间之别之（造成损害）实例。”（页 742）

他继续解释说：

我干扰你，你同时也同样地干扰我，谁对谁错、谁好谁坏——再不是问题，经济学者可以容易地客观地看。科斯因而看到一个问题：工厂污染邻居，对邻居有损害，但如果不准工厂污染，岂不是邻居损害了工厂？究竟是哪方需要负责赔偿呢？（页 742）

不只是上述的损害相互性，科斯还指出市场交易的威力，引来后来的“大辩论”与《社会成本问题》一文之出现。张五常指出：

在《联邦传播委员会》一文中，科斯举出一个惹来大争议的例子，文章最后一句话就是后来传世的科斯定律，奇怪当时没有谁注意。该例子是，一个人在地上种植，另一个人在该地泊车，是谁害了谁呢？泊车损害种植，但如果为了种植而不准泊车，则是种植者损害了泊车的人。跟着的推理是，只要土地的使用权利有清楚的界定，种植或泊车哪种用途价值较高，会通过市场的运作决定。于是科斯说：权利界定是市场交易必要的先决条件（The delineation of rights is an essential prelude to market transactions）。（页 742—743）

芝加哥大学诸位经济学大师不同意科斯此一说法，在登载该文的《法律与经济学报》主编戴维德（Aaron Director）家中，与科斯展开了如今广为人知的大辩论⁸。张五常对此也有精彩的描述。不过，施蒂格勒说，该场辩论除了科斯外，尚有二十位经济学名家，张五常在本书则说，包括科

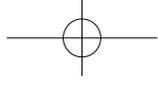
4 参见 Fred R. Shapiro and Michelle Pearse, "The Most-Cited Law Review Articles of All Time", *Michigan Law Review* 110 (8), 2012, p.1483。

5 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，第190—203页。

6 参见 Pierre Schlag, "Coase Minus Coase Theorem—Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis", *Iowa Law Review* 99 (1), 2013, pp.175—222。

7 文内的页码，皆指《经济解释》的页码。

8 参见 Edmund Kitch ed., *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932—1970*, *Journal of Law and Economics* 26(1), 1983, pp.163, 220—222。



斯在内,只有十位。参诸张五常所言,有名有姓(页743),而且是在私宅的餐后辩论,人数不可能多,其所言的十位应该比较可信。

如果科斯定理如此简单,有何意义呢?张五常说:

严格说来,科斯定律应该称为科斯条件。很可惜,到今天经济学者分析市场通常还是把这条件漠视了。科斯是说,买卖一个苹果不要只看一个苹果,而是要看苹果拥有包含着的是些什么权利。属多此一举吗?……

科斯的观点对中国的经济改革是重要的。上世纪八十年代初期,我以中语为文对北京的朋友提出一些改革建议,但私产他们不怎样接受。他们可以接受市场,但不接受私产。没有私产怎可以有市场呢?我因而推出权利要有界定之说,他们容易接受了。(页748)

中国近几十年的持续高速经济发展,界定权利而已⁹。

三、法律制度与租值消散

如果科斯的经济分析仅到上述科斯定理的阶段,此即权利界定之重要,不将交易费用纳入法律考虑,就不会有往后假借交易费用偷渡外部性之弊,但如今蓬勃发展的法律经济学也不会发生了¹⁰。波斯纳(Eric Posner)也曾说,契约法的经济分析,经过几十年的发展,失败了,其原因是交易费用之不精确¹¹。科斯在《社会成本问题》如下这段话,往往被误读了:

在这些案件,法院直接影响了经济活动。法院因此应该知晓其裁判的经济后果,并且在尽可能不损及法律安定性下,将这些经济后果纳入其裁判考虑,此系适当的。即使这些界定权利在市场交易可能,为了避免这些市场交易消耗资源,法院如是裁判,仍是适当的。¹²

库特(Robert Cooter)和尤伦(Thomas Ulen)甚至将之一般化,提出“规范的科斯定理”(Normative Coase Theorem)与“规范的霍布斯定理”(Normative Hobbes Theorem)¹³。前者指,当交易费用低时,法律应仅为权利界定,后果由市场为之;后者指,当交易费用高时,法律应取代市场,直接将权利归给(功用)价值最高者。但一者,法院如何取得交易费用与价值高低的讯息;二者,权利界定必然是稳定可预期的,一个视交易费用高低而变的裁判,不可能为权利界定。此理论既模糊不清,而且互相矛盾。

解读科斯这段话,首先,不能忽略“尽可能不损及法律安定性”这个条件,科斯知道法院之裁量,必须是在法律体系下为之的,不可任意为之。次之,必须脉络解读之。在这段话之后,科斯“重申”¹⁴这些英美法“扰邻”案件(nuisance),主要是要展现法院比起多数经济学家都知道损害的相互性。他说:

即使粗略的研究,也可清楚显示,法院是有体认到其裁判的经济后果,而且是知道损害的相互性质,但很多经济学家不知道。¹⁵

三者,扰邻案件之特征,是“已有”相邻关

9 参见 Ronald Coase and Ning Wang, *How China Became Capitalist*, New York: Palgrave Macmillan, 2013。

10 虽然单单权利界定之重要,就足以推导出稳定法律适用、诉讼程序迅速有效以及司法公正等法治原则,因为若无这些原则,权利是不可能界定的。

11 Eric A. Posner, "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?" *Yale Law Journal* 112(4), 2003, pp. 829, 864-868.

12 R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 119.

13 Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* 4th ed., Pearson Addison Wesley, 2004, pp. 95-99.

14 在《社会成本问题》第五节,科斯开始讨论法院裁判,而这段话是出现在第七节。

15 R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 119-120.



系之变化，其市场交易费用之考虑，是有限制的，不可过度一般化。四者，本段话出现在《社会成本问题》第七节，在第六节，科斯系统比较了市场、（私人）公司、政府或甚至完全无作为，其是以个别制度（系统）的最后总产值，而非个别交易费用高低，来决定何一制度胜出¹⁶；则此段话中的市场交易费用，是不应过度解读的。

主流的侵权法经济分析，以具体意外事故不可能事先交易，交易费用因此很高，从而得出法律之损害赔偿责任之课予，其目的在于吓阻，令行为人去采取其原本不会采取但对社会是最适的损害防制措施（相对于行为本身或活动强度）；此即滥用了科斯的交易费用分析，而外部性理论是其实质¹⁷。同样地，梅里尔与史密斯（Merrill and Smith）认为新设物权由于高的交易费用，因而有外部性，从而必须立法限制其种类，也是滥用了科斯的交易费用分析¹⁸。

张五常将交易费用一般化为制度费用，脱离狭义的市场交易费用，而且与租值消散挂钩，彻底解决了交易费用被拿来但未被研究之弊。张五常曾说：“交易费用不是一个需要争取终生雇用合约的年轻助理教授应该尝试研究的。”（页410）可见交易费用之难。新古典经济学若非将之视而不见，或即视为高不可攀，漠视一也，并无真正研究。张五常说：

等其自己肯定理论与事实皆说佃农分成、雇用劳力、固定租金这三种合约安排有相同的生产效果，因而不能不问为什么市场会选择不同的合约。在引进交易费用与风险来解释合约选择时，我突然意识到科斯的公司的文章也是关于合约的选择。（页411）

科斯曾说，国家是超级公司，其法律之强制力远甚于公司的指令管理，不过，一如公司，其界限仍受市场之约束。科斯仅将公司或国家与市场对比，太狭隘了：一者，忽略了公司或国家的合约性质¹⁹；二者，忽略了其他合约可能性。雇用劳力是科斯所言的公司，但其与佃农分成、固定租金，都是市场选择之结果，而且生产效果相同，无分轩輊。不同合约有不同的交易费用，其皆在减少租值消散，否则生产效果也不会相同了。所以张五常说，不是公司取代市场，而是某种合约取代另一种合约。其含意有二：第一，相对于外部性理论之损害即不法，其必先探讨租值如何消散，始能有如何的制度；第二，相对于其他制度之目的在于增加福利²⁰、财富、效率或甚至正义²¹之说法，此是立足于现实世界，是可验证的，不是“空中楼阁”。

那么交易费用有多广呢？张五常说：

明显地，监管可以没有交易，而交易不一

16 R.H.Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp.114-119.

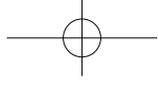
17 参见简资修：《过失责任作为私法自治之原则》，载《北大法律评论》第15卷第1辑，北京大学出版社2014年版，第155—173页。

18 参见简资修：《物权外部性问题》，载《中研院法学期刊》（第8期），台湾“中央”研究院法律学研究所2011年版，第227—257页。

19 这可以从布坎南与贝克对于刑法之经济分析之不同取向看出。参见 James M. Buchanan, "The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan", [1975]2000, pp.165-185, in *The Collected Works of James M. Buchanan Volume 7*, Indianapolis, USA: Liberty Fund; Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76 (1), 1968, pp.169-217.

20 参见 Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

21 布坎南与哈耶克也有“无正义不法律”之说法。参见 James M. Buchanan, "The Reason of Rules: Constitutional Political Economy", [1985]2000, pp.108-124, in *The Collected Works of James M. Buchanan Volume 10*, Indianapolis, USA: Liberty Fund; Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty Volume 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago: University of Chicago, 1976.



定牵涉到监管。更难处理的是监管与交易可以同时执行，二者雇用同一员工。我喜欢举公路收费的实例：守住关口收费是交易，但收费的员工同时“监管”着不付费的车辆不能使用公路。（页411—412）

他接着说：

说交易费用，其复杂程度远超公路的例子……单是市场交易的物品或资产所需要清楚的权利界定，牵涉到产权的保障，差不多所有律师及法官的收入都要算进去。此外，讯息、防盗等，皆费用也。这就是问题。数之不尽的费用跟交易没有直接的关系，而如果这些费用不付出，市场交易或多或少会受到影响。昔日的中国压制市场，导致走后门、搞关系、排队轮购等费用高，而又因为政治上的需要，背口号、记术语、论思想，甚至无日无之的各种斗争——这些是交易费用吗？当时中国的市场交易很少，但可以阐释为交易费用。（页412）

这逼得张五常说：“凡是在一人世界不存在的费用，都是交易费用。”（页412）因此也就是制度费用。

交易或制度费用之高低，并不决定国民收入之大小，减少多少租值消散才是。张五常说：

在我们今天的社会中，交易或社会费用很庞大，往往占国民收入一半以上。商人、律师、法庭、银行、公安、经纪、经理、公务员等，都是因为社会而衍生的。在一个以农业为主的国家，需要防盗，可以有战乱，但一般而言交易或社会费用在国民收入的比例是较低的。也不一定。在人民公社时代的中国，农民占人口百分之八十五，但政治气候促成很高的制度费用。另一方面，以

工商业为主的国家，因为专业生产带来很大的利益，可以容许很大的交易或制度费用的存在而人民还可以称得上是富有。我在一九八二年发表的《中国会走向资本主义的道路吗？》中指出，只要交易或社会费用能在国民收入的百分比上下降少许，国民的总收入会飙升。二〇一〇年看，这推断是应验了。（页413）

所谓“界权成本”是制度费用²²，则单以之评量制度之良窳，是错了²³。塔洛克（Gordon Tullock）说，窃盗之所以对社会有害，是因为物主因此须防盗，而政府也须捕盗，皆浪费也。张五常说，此说法违反了经济分析的人之自私之基本假设，不足取。（页431）从法律作为（制度）合约观点看，窃盗之所以要刑罚，是其令权利不确定，则租值消散了；为了减少租值消散，花费去防盗与捕盗以维持权利确定，毋宁是必要的；这是私有产权的制度费用，交易费用也。

四、法学作为一门科学

法学是一门科学吗？德意志法学大儒耶林曾经如此提问²⁴。从法律适用的形式来看，尤其在三段论法中，作为大前提的法律若是给定的，其适用是机械的，则法学很难是一门科学。但相反极端，以数理模型与计量统计，才是科学，则也是矫枉过正了。张五常在本书刻意不用图表、数学与统计²⁵，但强调其科学性。他说：

我以“科学的方法”置于本书之首，长“章”而大论，倒不是因为这学问对本书有什么不可或缺的重要性。重要的是中国的文化传统，往往大谈仁义道德，缺乏验证的精神，对科学的本质有根深蒂固的误解。（页77）

22 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。

23 参见简资修：《不法治的代价：为何科斯的经济学》，载《人大法律评论》2015年第2辑，法律出版社2015年版，第453—468页。

24 [德]鲁道夫·冯·耶林：《法学是一门科学吗？》，奥科·贝伦茨编注，李君韬译，法律出版社2010年版。

25 卷一补加的第九章《经济学的理论结构与哲学性质》，是唯一例外。



此一说法，在目前法律充斥着正义人权之说词，也颇有意义²⁶。另外，甚多法律经济学披着科学外衣²⁷，但其实是不科学的。

张五常首先指出科学的必需条件，他说：

主观的现象要被众所认同，须有固定的规律，而其发生或出现，是必有原因的。这些是科学的必需条件。（页 57）

他接着说：

在科学上，现象（phenomenon）、事实（fact）、行为（behavior）或观察所得（observation）是同一回事——虽然有些现象是不能用肉眼观察到的。（页 57）

但事实不能解释事实，他说：

权利界定带来经济繁荣——这也是规律——但繁荣不能解释为什么有资产的权利界定；二者倒过来说，也没有解释力。事实的规律只可以使我们知其然，不能使我们知其所以然。（页 57）

科斯的理论：权利确定是市场交易之前提；阿尔钦（Armen A. Alchian）的理论：价格如何决定不重要，价格决定了什么，才重要；张五常的理论：唯有市场价格机制，没有租值消散。这些才是使我们知其所以然的理论。而这些理论意味了法律体系融贯与公平效率执法，否则就是权利未界定了。

特殊理论与套套逻辑，是科学理论的两个极端——前者，缺少一般性，后者，则不可能错。张五常举温度下降解释物体重量减少之特殊理论

为例（页 58—59），非常生动精彩。主流的侵权法的经济分析，也有此问题。它假定过失责任是在吓阻行为人，去采取社会最适的损害防控措施，而其是以行为人的物理防制能力为计算基础，得出防制能力愈差者，过失责任愈低，防制能力愈佳者，过失责任愈高；此不合于事实（英美法中的合理人标准），兰德斯与波斯纳（Landes and Posner）提出法院讯息不足补救，而萨维尔（Steve Shavell）则提出活动效益不够补救，但最后都没有成功，连特殊理论都够不上²⁸。

套套逻辑不可能错，张五常说：

弗里德曼（Milton Friedman）说：愚蠢的问题，当然会得到愚蠢的答案！什么是愚蠢的问题呢？不可能有第二个答案的问题——或答案不可能是错的问题——就是愚蠢了。（页 61）

不过，他又说：

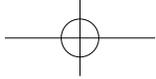
很多重要的科学理论，是来自不可能错的套套逻辑提供的观点或概念的。套套逻辑有一点可取特色：它有极大的一般性。假若我们能把范围加以约束、收窄，有时可以促成一个有内容的——可能错的——理论，其解释能力之强，令人拍案。（页 62）

他举了抽烟与“个人争取最大利益”假定之关系，又举了货币学说中的币量理论之例。他说，“同是套套逻辑，到了本领不同的人手上，会有截然不同的威力。”（页 63）此是指科斯而言。科斯定理虽是套套逻辑，但其纳入交易费用之考虑而得出的制度选择，则是效用非凡。本人对于

26 "I have said to my brethren many times that I hate justice, which means that I know if a man begins to talk about that, for one reason or another he is shirking thinking in legal terms." Oliver Wendell Holmes, in a letter to John Wu, in Robin L. West, *Teaching Law: Justice, politics, and the Demands of Professionalism*, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 43.

27 波斯纳批评科斯，即认为科斯对于数学与统计等科学方法具敌意。参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995, pp. 406–425.

28 参见简资修：《不法行为的决定时点——预防科技的不足或安全活动的逾越？》，载氏著：《经济推理与法律》，台湾元照出版股份有限公司 2014 年版，第 221—248 页。



汉德公式之阐释，也有几分这种味道。汉德公式 $B < PL$ 是说，行为人所付出的成本 B ，若小于其因之可以减少的预期损害 PL ，而其不为，即应负法律责任。此一公式假定了法律责任的“社会成本效益分析”与“个人争取最大利益”，抽象上，不可能错，但适用至具体法律，就可能错了。例如，兰德斯和波斯纳与萨维尔等人以行为人的物理防制能力为计算基础，是事前管制型的，但其将之用至事后损害责任，即是错了。事后损害赔偿赔偿责任，必定是以活动冲突为核心的，因此 B 是若无此活动，行为人因之所失的利益，而 PL 是因之可以减少的预期损害，活动愈是危险，其 PL 值愈大；换言之，行为人的物理防制能力愈差，其活动愈危险，从而其愈可能负损害赔偿赔偿责任，此符合了事实（法律规定），而无须诉诸特殊理论，如兰德斯和波斯纳与萨维尔所为，或所谓过失客观化。不特此也，过失与故意之区分、严格责任无须另生理理由、因果关系简化了、契约责任与侵权责任之关系、为何物权优先于债权受保护等，才有统一合理的说明，私法自治精神始得彰显²⁹。

张五常也指出理论模糊不清与互相矛盾，是科学性之另外大忌。主流的侵权法经济分析，将无责任、过失责任与严格责任，置于同一层级比较，即是如此——将事前法律准则与事后裁判效果不分了。按其严格责任（strict liability）名义上虽是法律准则，但实际上，是指被裁判有责任（held to be liable），不涉及任何法律准则，而过失责任是法律准则，其适用结果，可能是无责任或有责任，则将过失责任与无责任或有责任

比较，即无从说起。无责任与有责任是可比较的，此即想象世界上无损害赔偿这制度与只要有损害即须赔偿之结果比较，但这比较显然意义不大，因为现行法律不是如此的全有或全无的责任制度。额外条件因此必须引入，始能决定该类型案件，行为人是否应负损害赔偿赔偿责任；换言之，具中间性的损害赔偿——某种的过失责任。英美普通法虽区分故意侵权（intentional torts）、过失责任（negligence）与严格责任（strict liability）等不同侵权类型，但逻辑上不可得出其无可统摄“侵权”的共通因素。先认定过失责任与严格责任系绝对独立的两个不同侵权类型，已然错误，其后之比较效果，自然毫无意义，而其副作用则是反客为主，错误的效果淹没了过失责任与严格责任的本质。台湾地区的侵权法是有原则的，此即过失责任，虽然其有权利侵害、违背善良风俗与违反保护他人法律等三种侵权类型（“民法”第184条），主流侵权法的经济分析，因此是不适用至台湾地区的。

科学往往也被与数学或统计挂钩了。张五常说：

有一个常见的谬误。好些人认为用上数学或统计的方程式，推理或验证来得比较精确。这是不对的。量度是数字排列，而精确性的衡量是这排列的众所认同性。（页78—79）

兰德斯和波斯纳批评汉德公式不如其使用的投入产出模型，因为此公式非边际分析³⁰。但他们显然太被数学的边际成本等于边际效益之极大化公式诱惑了，不见汉德公式也是边际分析的³¹。当

29 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》第15卷第1辑，北京大学出版社2014年版，第155—173页。

30 William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, p. 87.

31 张五常即说：“局限不变行为不会变，而不变的行是无从推断或解释的。推断一个人走东或走西，吃饭或睡觉，都是转变，而推断的准等于解释得出。这里要注意，凡是局限或行为的转变皆属‘边际’性的，而此‘际’也，可大可小。数学微积分说是处理小的。其实从宇宙的变化看，小的可看为大，大的可以看作小。懂得从（边际）转变的角度看问题，技术就过了最重要的一关。数学功夫与分析技术是两回事，不要弄错。分析技术重要，因为是逻辑推理的本领。这本领不足，数学或可协助，虽然方程式满纸但内容空空如也的经济学文章可真不少。”（页407）



汉德公式追问若无此（已经实现的危险）行为，行为人因之无法实现的利益B，与其因之可以减少的预期损害PL之比较，此是边际的——行为之有无或活动强度之比较；投入产出模型则是一个工程模型而有均衡，但其非制度相关。张五常说：

经济学传统说的“均衡”，是从物理学搬过来的。物理学的均衡，是指一个钟摆在止动时会停在中间，或一只鸡蛋在地上滚动后达到了一个不动的静止点，又或是一件不停的物体进入了一条轨道，有了规律。这种“均衡”是一些现象，是可以观察到的事实。

经济学的“均衡”是另一回事。例如，经济学者说需求曲线与供应曲线的交点是均衡点。但世上没有需求曲线或供应曲线——这些只不过是经济学者想出来的概念工具。那是说，没有经济学者，这些概念工具不会存在。同样，经济学上所说的“均衡”或“不均衡”也只是概念，在真实世界不存在，不是现象或事实，是不可以观察到的。

……

我向科斯指出“不均衡”可以解作因为被推断的现象没有限制，理论因而缺少了可能被事实推翻的含意，而“均衡”则是指因为有了限制而达到可以验证的理论。（页72—73）

侵权责任法的投入产出之极大化，此即均衡，在现实世界是不存在的。即使在实证层面，其连最基本的过失标准，此即合理人标准，都无法解释，更何况将之连结至见危救助责任或契约责任等了。以之作为应然手段³²，更是副作用多多——

私法的损害填补将完全被管制惩罚所取代。张五常批评卸责、威胁或机会主义等赛局理论等，是不可观察的，因此无解释力（页408）。主流的侵权法经济分析，将损害赔偿（金钱给付）责任，皆以惩罚视之，与之同曲也。

因为事实不能解释事实，所以张五常说，预测（forecast）不同于推测或推断（predict），而后者是同于解释（explain）。张五常说：

经济学并无“没有局限条件”的理论，正如其他科学理论，一定有验证条件的，否则就没有解释力了。（页75）

他又说：

以抽象思想或概念为起点的科学理论，“非真实”是需要的，因为事实不能自作解释，“不可能太详尽”与“简化”——这些是容许的。但验证条件与真实世界脱了节却犯了大忌。（页76）

所以单纯的数学、统计、赛局理论等，其无指定的验证条件，难为科学矣。而法律既为减少交易费用的系统规范，其之探讨，若未以交易费用之变化为验证条件，即非科学探讨而无裨于世事之理解也³³。

五、法律与身份

张五常的经济学虽是方法论个人主义的（methodological individualism）³⁴，但其不像布坎南（James Buchanan）³⁵或哈耶克（F. A. Hayek）³⁶，并不排斥收入的再分配。张五常说：

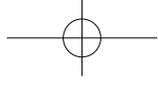
32 艾瑞斯（Ian Ayres）认为实证的经济分析，已经不重要，而应注重其指导法律之功能，此是法律经济分析学者的过度自负了。参见 Ian Ayres, "Valuing Modern Contract Scholarship", *Yale Law Journal* 112 (3), 2003, p. 881。

33 参见简资修：《法律作为合约安排》，载《交大法学》2015年第3期，第37—46页。

34 参见 James M. Buchanan, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*, in *The Collected Works of James M. Buchanan* v. 6, Indianapolis, USA: Liberty Fund, 1999。

35 参见 Geoffrey Brennan and James M. Buchanan, "The Reason of Rules: Constitutional Political Economy", [1985] 2000, pp. 108—124, in *The Collected Works of James M. Buchanan Volume 10*, Indianapolis, USA: Liberty Fund。

36 Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty Volume 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago: University of Chicago Press, 1976。



马歇尔 (Alfred Marshall——编者注) 和费雪 (Irving Fisher——编者注) 的上佳收入分配理论是明显地否决了市场会导致贫富两极分化, 但事实是, 称得上是走市场经济的国家, 贫富分化的现象并不罕见。(页 959)

他提出以下解释:

因为交易费用的存在, 富有的人借钱的利率往往远这不富有的为低, 容许他们多持有非劳力的资产; 二、通货膨胀, 多持有资产的人容易受到资产升价的保护; 三、政府贪污腐败, 钱多才能贿赂, 虽然高的回报率减除可能枪毙的成本后不是那么高, 但财富还是转移到钱多的人那边去; 四、求学与知识重要, 尽管不少政府资助普及教育, 什么国际名校没有钱是难以问津的。(页 963)

但要如何减少此种贫富不均呢? 张五常说:

不靠市场产出的小饼切开摊分后小得不能再切; 靠市场产出的大饼切开后还可以再切, 但如此一来市场也被切得支离破碎了。(页 963)

他接着说:

收入再分配、协助穷人最合乎经济原则的方法, 是鼓励自愿的善意捐助。这方面的困难, 是乐于捐助的人不容易把钱交到真正需要协助的人手上。经过多年的观察, 我认为扶贫的困难不在于找不到乐善好施的人, 而是为善者捐不出他们希望的效果。混水摸鱼的人是太多了。(页 963—964)

的确, 应先知病因, 才能对症下药。一般的“正义”理论, 一如所谓的“外部性理论”, 只看到贫富不均的现象, 即想当然了, 开出“劫富济贫”的税制, 或甚至完全废止市场交易, 不可称智。至少, 一个减少混水摸鱼而增加捐助人信心的慈善机制, 仍是先要探求的。

也许更重要的是, 张五常提出了“权利定律”。

他说:

我在这里提出的产权与人权之别, 是为了要指出一个明显但重要的定律: 因为先天与后天的局限不同, 人与人之间的权利不可能平等: 如果我们要产权平等, 人权的不平等一定要增加; 如果我们要人权平等, 产权的不平等一定要增加。(页 965)

这里的产权, 是指个人享有的资源, 是依照市场分配的, 而人权则是指资源是依照身份分配的。依照市场分配, 个人身份自然不管用; 依照个人身份分配, 市场自然不能运作。此外, 等级排列, 不仅人权有, 产权也有。一般私人公司虽有等级排列, 例如管理人与工人, 但其薪资是由市场决定的, 此所以张五常说: 以公司取代市场之说法, 不对, 而是一种合约被另一种合约取代了。张五常还解释了人权等级排列: 若无产权之保障, 人之争斗, 会使租值消散殆尽, 则依照人权(个人身份)分配, 租值消散即减少了——有规则总比没规则好, 即使其不是最好的。人权等级排列, 因此不是总是不好的, 张五常说, 中国旧家庭的礼教, 即曾发挥很好的经济效果。他说:

其一, 跟中国改革前的干部排列不同, 中国旧家庭的资产属长者所有, 界定明确, 而承继的权利大致上也有界定。其二, 虽然在一家或一个家族内以人权排列, 但一家之外或家与家之间有市场。(页 976)

他继续阐述说:

如果我们把一家或一户作为一个生产单位看, 不管其中的成员多少, 也不管他们的非市场等级怎样排列, 只要引进市场有不同产品的选择, 产品有市价, 中国旧家庭的产出安排会使该户的市场边际产值等于该户的市场边际成本, 从而遵守着边际产量下降定律带来的变化, 把经济学传统的边际产出理论救了一救, 可谓神奇矣!(页 976)



但工业之发展，令人离乡背井，中国旧家庭的等级排列无法维持，礼教失灵，而现代法律制度又非一蹴可几，中国因此破败了。张五常不是一个市场教条主义者，科斯也是如此，非市场的等级排列，在特定的交易费用下，是有好的经济效果，毕竟市场也是因应交易费用而生的啊。

六、法律与市场

在法律经济分析，法律往往被赋予矫正市场失灵的功能，而外部性(externality)、共用品(public goods)、垄断(monopoly)与讯息不对称(asymmetric information)等是其失灵的类型³⁷。但问题是，这些失灵是以所谓完全竞争市场为其标杆，而此完全竞争市场定义上就排除了这些失灵的因素，则先虚拟一个不存在而且不为人认同的目的，然后认定不符合达成此目的之条件者为失灵，毋宁是“自我催眠”了。张五常说，没有交易费用，就没有市场；市场也是因应交易费用而来的。科斯甚至说：“近于完全竞争市场之存在，一个精密的规则与监理系统，往往是必要的。”³⁸

市场失灵理论之所以失灵，是其着重在市场结果，而非市场过程。此失灵理论的市场，是由市场的需求曲线与供应曲线之相交得出，或其方程式之运算得出，其不知市场是由众多个别交易的集合而成。张五常指出：

供应量与需求量皆意图之量，无从观察，不是真有其物，而均衡是说有足以推出验证假说的局限指定。局限要与世事相符，要可以观察到，但均衡只是概念，不是真有其事，无从观察。更重要是在市场上，某些交易费用容许的局限下，供应与需求的二线相交的均衡只是竞争带来的结

果，不是决定市价与成交量的理由，没有解释什么。（页 483）

因此所谓市场不清市，而有短缺或剩余之说，是不成立的；市场之边际成本曲线（供应曲线）与边际效益曲线（需求曲线）之剪刀相交，往往也被滥用了³⁹。史提芬·张需求曲线(Steven Cheung's Demand Curve)(页 217)，可为此说明。在全书的唯一图示(页 218)，张五常不诉诸功用(utility)，以边际用值为需求曲线，展示了两人如何交易，达到了两人边际用值相等之市价；他更指出：需求曲线既然代表着边际用值，也就是其愿意付出的最高代价，而成本的定义，是最高代价，则需求曲线的镜像就是供应曲线了；他再说：加入生产活动，此一分析不变，但投入生产要素会受边际产量下降定律的约束，在市场上，需求曲线向右上升的吉芬物品更不可能存在了；他往前再推一步说：即使此人非自己生产交易，而是参与他人合作，不管是件工或受雇方式，市场均衡了；其得出：没有宏观经济学这回事！（页 219—223）

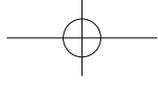
就外部性之除魅，本文第二、三节，已经提及，在此不再复述。现在来看共用品。共用品是相对于私用品(private goods)，指多人可以共享而不干扰他人之享用。张五常说：萨缪尔森发明了“public goods”一词，认为共用品的边际费用为零，因此认为其应由公家提供，否则就供应不足了，中文也将其翻译为公共财，这是大错特错了(页 205—209)。他不无戏谑地说：

萨缪尔森，他大名鼎鼎的《经济学》课本当年畅销天下，让他发了达。一本一本的课本是私

37 参见简资修：《寇斯的〈厂商、市场与法律〉：一个法律人的观点》，载《台大法学论丛》第 26 卷第 2 期，台湾大学法律学系 1997 年版，第 229—246 页。

38 R.H.Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, p.9.

39 参见简资修：《物权是内部化不是外部性》，载《交大法学》2014 年第 2 期，第 136—138 页。



用品，在书中萨氏的思想却是共享的。他把自己产出的共享思想与私用品的书本连销——是一种捆绑销售——而发了达，再以反对共用品由私人产出而夺得诺贝尔经济学奖。此诚天才也（一笑）。（页 209）

这里的要点是，他说：

把共用品捆绑着私用品一起销售，是隔离不付费的人不能享用的一个好方法，可以减低交易费用。（页 210）

他总结说：

差不多所有的物品都具有共用品与私用品的性质。例如欣赏钻石是共享，戴钻石是私用。这样看，钻石的成交也是一种捆绑销售。市场一般偏于以私用特质的量度作价及量，因为比较容易隔离不付价的享用者，不像钢琴演奏那样，要用验票员守在门口。这是说，钻石以克拉量作价，欣赏的共享所值是算在该价之内了……

传统的市场需求曲线，一般是个别需求曲线向右横加。这是私用品的处理，可不是因为共用品的性质少有，而是因为有了“隔离”费用，市场喜欢以私用品的量作价。换言之，经济学者做对了也不知何解也！（页 213）

接着来看垄断。称反托拉斯法、限制竞争法或公平交易法的法律，其目的在反垄断。但垄断为何不好，法律必须加以吓阻？在经济学上，垄断指“一个生产者或出售者面对的需求曲线是向右下倾斜的。此线向右下倾斜，把价提升会卖得少一点，调低会卖得多一点，所以这个垄断者要觅价（price searching）。”（页 509）一般的垄断经济模型假定某产品在某市场只有一个生产者或销售者，其觅价后所定之价高于产出的边际成本，而价也代表着消费者的边际用值，于是边际用值高于边际成本，增加产量因此可以使社会得益，但垄断者基于私利不会这么做，就有了“死三角”

（deadweight loss）的浪费。反垄断法律因此被认为需要了。但张五常说：从每个人的特殊性来看，其都是独一无二的，只是绝大多数不能换得饭吃（页 514）；而能换得饭吃者，其不想工作太多，定义上，其边际成本不可能低于订价，而是相等的（页 516），何来死三角之浪费？反而是政府或利益团体的阻止竞争之垄断，才是浪费之源（页 520）。他总结说：

从社会整体的利益看，经济学者应该诅咒的，要吹的，不是垄断的本身，而是政府或团体阻止竞争。垄断的成因子之不尽，但除了政府或团体阻止竞争带来的那一类，其他所有因由归纳起来只一个：人类要不断创新才可以活得好一点。（页 523）

最后来看讯息不对称。之所以将讯息不对称，以市场失灵视之，是其假设了原本交易是讯息对称的。但诚如张五常指出，“说讯息对称是说讯息费用的存在或不存在皆不会影响人的行为！”（页 602）他说：如果所有的人，都是天才，无所不知，讯息费用为零；又如果所有的人，都是一无所知的蠢材，其讯息费用高不可攀，但如果其存活下来的话，基于适者生存，讯息费用也不会影响其行为；在众人既非天才也非蠢材，但如果大家知道都一样，也不会有隐瞒或行骗，换言之，没有什么讯息还需要传达，讯息费用为零，不过，这可能是乌托邦（页 662—663）。市场是因为交易费用而存在的，讯息费用作为交易费用之一种，所以市场是减低了讯息费用，而非讯息费用造成了市场失灵。张五常指出，劣币驱逐良币之葛氏定律（Gresham's Law）或阿克洛夫（George Akerlof）的柠檬市场分析，是不存在的（页 663—664）。张五常也提及了阿罗有关讯息不对称在医疗保险所引发的“不利的选择”（adverse selection）与道德风险（moral hazard），认为阿罗忽略了医疗费用大幅上升是因为保险官司的费用大升所致（页 666），意味了此非讯息不对称



本身当然所导致者⁴⁰。

七、结语

哈耶克曾说，专业主义所生的不良后果，没有比发生在经济学与法学之分离更大了⁴¹。但自20世纪70年代开始兴起的法律经济学，多沦为科斯口中的“黑板经济学”，令人遗憾。而哈耶克提出的法律经济理论，轻忽公法，在现今复杂世界，适用即有限了；布坎南的宪政经济学，则又过度注重宪法层级或法律原则，且建构成分多

于实证，在一般法律的解释力即差了。科斯提出交易费用，但未将其一般化，以致被坏经济学“借壳还魂”了。张五常将交易费用一般化，视法律为合约安排，而且坚持实证方法，法学的科学研究因此可能。法律经济学中的法律不再仅是客体，而是主体。实证法作为人间的合约约款，是事实、现象，被解释的对象，其必然是体系的——社会科学的均衡——否则根本无法验证。华语法经济学若有贡献于人类知识者，其教本非张五常教授的《经济解释》莫属了。■

40 参见简资修：《医师的赔偿责任与说明义务——经济分析与其法院实践》，载《月旦民商法杂志》2008年12月第22期，台湾元照出版股份有限公司2008年版，第38—52页。

41 Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, Volume 1: Rules and Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1973, p.4.

