

華文的法經濟學之必要

簡資修*

- 一、 前言
- 二、 幾個概念之辨正
 - (一) 寇斯定理
 - (二) 漢德公式
 - (三) 公地悲劇/反公地悲劇
 - (四) 財產規則/補償規則/禁易規則
 - (五) 外部性/市場失靈
- 三、 法律經濟分析之科學性
- 四、 法律經濟分析之教義性
 - (一) 幾個概念之再析
 - (二) 大陸法/普通法
 - (三) 私法自治
 - (四) 法律作為合約安排
- 五、 結論

* 中央研究院法律學研究所研究員；台灣大學法律學系合聘教授。感謝楊岳平、謝長江的評論。

一、前言

法經濟學，不但在美國¹，在全世界²，也都蓬勃發展，華文世界也不例外³。不過，這些經濟分析往往將法律以政策工具視之，不同於法律作為眾人自治之規範⁴。手段目的之關係因此取代了眾人互惠之合意。在立法層面，法律目的為何被忽略了；在司法層面，法官不受法律拘束了；在法學層面，行為研究當道了。固然很多社會不良需要立法解決，但如何的法律形成了此社會不良，是首須明瞭者，而如何去除此社會不良，也必須是合意得出者，不是手段目的可以解決的。又法律不可能是完滿無缺，但因此任令法官自為裁量，不受法律拘束，法治危矣。徒法無以自行，法之行動者的行為，應受重視，但一者，客觀行為往往無法推導出動機；二者，法律實效已是在法律規範合意成立之後，實然無法導出應然；三者，行之有年的法律，多已將這些行為特徵納入考量，否則其不會存續的⁵。本文因此主張，華文的法經濟學，不應只是將主流法經濟學拿來，套用至本土法律問題，而是認真對待法律，經濟分析只是輔助手段而已。

本文以下將先就幾個目前常為人提及的法律經濟分析概念為辨正，說明其如何被濫用了。這些概念有：寇斯定理、漢德公式、公地悲劇/反公地悲劇、財產規則/補償規則/禁易規則，以及外部性/市場失靈等。寇斯定理，往往被人犯了邏輯上的否定前件錯誤，以高交易成本，主張法律的強制介入；漢德公式，原本是事後追究行為是否過度危險，卻被以事前能力管制視之；公地悲劇/反公

¹ 參見 Robert B. Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* 6th ed. (2012); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004).

² 參見 Hans-Bernd Schafer and Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (2004); Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law System* (2013).

³ 參見謝哲勝主編，*法律經濟學*，2007年；張永健，*物權法之經濟分析*（第一冊）：所有權，2015年，台北：元照；魏建，*法經濟學：分析基礎與分析范式*，2007年；錢弘道，*經濟分析法學*，2005年。

⁴ 參見 Mark D. White, *A Kantian Critique of Neoclassical Law and Economics*, 18 (2) *Review of Political Economy* 235-252 (2006).

⁵ 參見 Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* v.1: *Rules and Order* (1973)；Richard A. Epstein, *From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications*, 100 *Iowa Law Review* 1743-1772 (2015).

地悲劇，作為資源使用過度或不足之描述，其對如何避免悲劇是未定的；財產規則/補償規則/禁易規則，此架構如要有法律意義，其必須實體法化，與應配分分離之二階分析，必須放棄；外部性/市場失靈，則根本是制度空心，其先假設完滿世界，然後因為現實世界必然不完滿，所以法律應該強制介入，自欺欺人也。

法律經濟分析之所以如此盛行，應是其使用精密的數學、賽局理論與統計，而有科學性之宣稱。但這些數理方法，畢竟是工具，不能喧賓奪主，將法律視為誘因工具，以便於工具操作，即是寇斯所言的黑板經濟學，此是無關於研究課題——法律經濟分析中的法律。法律既非工具手段，其即不應受非法律目的之影響，因此經濟效率、財富極大化或分配正義等等，即不應是法律經濟分析之目的或準則。法律是眾人為了減少租值消散所作的合約安排，合約必然是體系的，此法律經濟分析之教義性也。

二、 幾個核心概念之釐清

(一) 寇斯定理

寇斯（Ronald Coase）被尊為法經濟學之父，幾無人置疑。其 1960 年的〈社會成本問題〉一文，是被美國法學論文引用最多的文章⁶。經濟學家史蒂格勒（George Stigler）將之形式化為「寇斯定理」（Coase Theorem）：財產權利確定，在無市場交易成本下，不管法律起初將此權利分配給誰，最終此權利將由具較高價值者享有。由於經濟學家多僅注重市場交易之過程與結果而非其前提條件，無怪乎有此定理化。而定理化挾帶了可能的邏輯錯誤，在此即是否定前件的謬誤（denying the antecedent）⁷，寇斯所批判的外部性理論，反而借之還魂

⁶ 參見 Fred R. Shapiro and Michelle Pearce, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 *Mich. L. Rev.* 1483 (2012).

⁷ 參見 <https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%AC%AC%E8%AA%A4%E5%88%97%E8%A1%A8>，最後瀏覽日 2016/8/15。

了。其推論如下：P（無市場交易成本）→Q（最終此權利會由具較高價值者享有），而推導出 $\sim P$ （高市場交易成本）→ $\sim Q$ （最終此權利不會由具較高價值者享有）。庫特與尤倫（Robert Cooter and Thomas Ulen）提出規範性寇斯定理

（Normative Coase Theorem）與規範性霍布斯定理（Normative Hobbes Theorem）⁸之法律指導原則，即是其例。庫特與尤倫認為，法律首先應該減少市場交易障礙，是為規範性寇斯定理；次之，在市場交易失敗後，法律應該減少其損害，是為規範性霍布斯定理。但誠如其指出的，當法院的訊息成本低於市場的交易成本時，應該適用規範性霍布斯定理；當法院的訊息成本高於市場的交易成本時，應該適用規範性寇斯定理；這裡弔詭的是，一旦法院能操作此區分，意味了其不但知道市場的交易成本而且知道其本身的訊息成本，則法院逕為權利界分，即可避免權利調整之市場交易；如此永遠就是規範性霍布斯定理的適用，外部性理論之還魂也。

就法律與經濟，寇斯說的是：法律會影響經濟活動，經濟學家在研究經濟體系時，必須將法律考量進來，否則就是失職了。其在 1959 年的〈聯邦通訊委員會〉一文即指出，權利之釐定清楚，是市場交易的必要前提⁹，在〈社會成本問題〉一文，其只是以虛構的例子，加以闡明罷了——法律權利之確定否，才決定了經濟後果。即使寇斯在〈社會成本問題〉曾說，法院應該將其裁判的經濟後果考量進來後再去做裁判，但他明言這是在不危及法律安定性下，始可為之的¹⁰。現在法經濟學往往是法律的經濟分析（economic analysis of law）¹¹，而且是以個案或無體系的個別法律為對象，是顛倒了「寇斯定理」。當寇斯說，學科應以研究對象而非分析方法為劃分標準¹²，他是要經濟學家應該回歸其本行——研究經濟系統——而不要挾其數理模型與統計分析等分析工具，殖民其他學

⁸ Robert B. Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* 6th ed. 91-93 (2012)

⁹ R. H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 3 *Journal of Law and Economics* 1-40 (1959).

¹⁰ 參見簡資修，不法治的代價：為何科斯的經濟學，*人大法律評論* 2015 年卷第 2 輯，頁 453-468。

¹¹ Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics* 1-23 (2016).

¹² R. H. Coase, *Essays on Economics and Economists* 38 (1994).

科，實行經濟學帝國主義。寇斯直至晚年，仍認為這些工具未能有效探討經濟系統¹³，則將這些工具照搬至探討更是不同的法律系統，他應是會搖頭吧¹⁴。這也是為何主流的法律經濟分析代表人物波斯納，要大費周章為文質疑寇斯的經濟觀點了¹⁵。

(二) 漢德公式

美國聯邦上訴法院法官漢德（Judge Learned Hand）在 1947 年的 *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169) 一案中，提出了著名的「過失責任」（而非僅僅是過失）公式： $B < PL$ ；B 是負擔（burden），P 是機率（probability），L 是損失（loss）；當不行為所增加的負擔小於其因此可以減少的預期損害，而行為人行為時，其就是過失，而應負損害賠償責任¹⁶。侵權法的經濟分析，莫不以此公式為其鼻祖，但在很大程度上，其被誤解了。

本案所涉及的是，停泊於港口的駁船，非因其過失而漂流，致撞擊他船而沉沒，但如果當時駁船留守人未離船，其就可通知附近的救援船隻，沉沒是可避免的；現在的問題是，當時駁船留守人離船未回，船主是否應負過失之責，不能請求全部的賠償。漢德法官對習慣上當時駁船留守人是否可離船，未置可否¹⁷，而提出了上述公式。他判決說，鑑於當時是戰時，船隻出入必然增加，而

¹³ e.g., R. H. Coase, *Why Economics Will Change*, the Newsletter of the International Society for New Institutional Economics, Volume 4 no. 1 (Summer 2002); *Saving Economics from Economists*, Harvard Business Review (2012 December).

¹⁴ 不同見解，參見張永健，*物權法之經濟分析*（第一冊）：所有權，頁 6-7，2015 年，台北：元照。

¹⁵ Richard A. Posner, *Overcoming Law* 406-425 (1995).

¹⁶ "It becomes apparent why there can be no such general rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL."

¹⁷ "Applied to the situation at bar, the likelihood that a barge will break from her fasts and the damage she will do, vary with the place and time; for example, if a storm threatens, the danger is greater; so it is, if she is in a crowded harbor where moored barges are constantly being shifted about. On the other hand, the barge must not be the bargee's prison, even though he lives aboard; he must go ashore at times. We need not say whether, even in such crowded waters as New York Harbor a

且又是日照短暫的一月份，港口可供船隻出入的時間變短了，則船隻出入的頻率必然增加，駁船被調動而漂流的機率也增加了，而駁船留守人又無好理由，可以合理化其未回船，駁船船主因此有過失¹⁸，應承擔部分損失。

作為傑出的法官，漢德法官是知道損害賠償法，不是能力管制法，而是侵權行為法，因此其未去認定駁船留守人的預防能力（當時是否在船上）是否符合一個抽象標準，而是以之為給定，去認定行為是否過度危險；此即事後反問，如果無此行為，其可以減少的預期損害 PL，是否大於無此行為因此無法實現的利益 B；在本案，駁船留守人長時間不回船而提不出好理由，其 B 值即為 0，因為此意味了其若回船，其無法實現的利益幾乎是零（否則就是好理由），但此時是戰時又是日照短的冬天，其若回船，可以減少很多的預期損害 PL，從而 $B < PL$ 即成立，而有過失。

現代侵權法的經濟分析，往往以行為人的預防能力去計算漢德公式，是錯誤的。例如在開車肇事，開車能力比較差的人，例如近視或老年人，法律經濟分析名家藍帝斯與波斯納（William Landes and Richard Posner）¹⁹與史維爾（Steven Shavell）²⁰等，即認為這些人的負擔 B 比較高，而可以減少的預期損害 PL 比較小，因此得出這些人的過失標準比較低，但這顯然與法律不合，而且也不合理；其因此提出諸如法院訊息成本或這些人的活動效益比較低等理

bargee must be aboard at night at all; it may be that the custom is otherwise, as Ward, J., supposed in 'The Kathryn B. Guinan,' supra; n17 and that, if so, the situation is one where custom should control. We leave that question open; but we hold that it is not in all cases a sufficient answer to a bargee's absence without excuse, during working hours, that he has properly made fast his barge to a pier, when he leaves her."

¹⁸ "In the case at bar the bargee left at five o'clock in the afternoon of January 3rd, and the flotilla broke away at about two o'clock in the afternoon of the following day, twenty-one hours afterwards. The bargee had been away all the time, and we hold that his fabricated story was affirmative evidence [*174] that he had no excuse for his absence. At the locus in quo- especially during the short January days and in the full tide of war activity- barges were being constantly 'drilled' in and out. Certainly it was not beyond reasonable expectation that, with the inevitable haste and bustle, the work might not be done with adequate care. In such circumstances we hold- and it is all that we do hold- that it was a fair requirement that the Connors Company should have a bargee aboard (unless he had some excuse for his absence), during the working hours of daylight."

¹⁹ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 123-131(1987)。

²⁰ Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-77 (1987)。

由，來提高這些人的過失標準，以自圓其說²¹。但漢德公式的計算應該是，這些開車能力比較差的人，其開車（或更精確地說，是加速或不減速）是危險行為，其不加速或減速，可以減少比較多的預期損害 PL，而其減速的時間成本 B，一般而言與開車能力正常者相同²²，因此 $B < PL$ 即較易成立，其過失標準就比較高。

在一本最近出版的法律的經濟模型研究手冊²³，其編者說：漢德法官是首先將法律數理模型化者；後來，波斯納（Richard Posner）以邊際分析將之視為令人採取效率注意的法律；布朗（John Brown）又進一步將之數理形式化，成為往後研究各種損害賠償責任的標準模型。其又說：不特此也，若非布朗之數理形式化，吾人難以理解過失責任為何是當今損害賠償的原則，因為這裡涉及了兩人不合作的納許均衡（Nash equilibrium）；庫特（Robert Cooter）又將之延伸至契約法與財產法之分析；漢德公式因此展現了數理經濟模型就英美普通法之解釋威力。其再說：此理論也可適用至刑法，正如貝克（Gary Becker）模型顯示的，刑法一如賠償法，其目的在於防免不想要的損害，懲罰就如賠償，是造成損害行為的「價格」。

漢德法官應該是不會同意此一加冕的。因為在他之後的這些經濟模型，都是事前管制型的——其事先統計算出一個能力標準（甚至可能對不同種類人有不同的標準），然後處罰違反標準者——但如上述，漢德公式不在於決定行為人的能力是否達到某一標準，而是在決定過去的特定行為（包括作為與不作為）是否過度危險——行為人能力本身是不列入計算，其因此不影響因之無法實現的利益 B，但影響因之可以減少的預期損害 PL，而且不同於事前管制，行為人能力越強，其 PL 越小，越不容易過失，此才是合乎事理以及法律。其實，無須訴諸這些事前管制模型，加入行為人的主觀認知條件，漢德公式是可以解釋很

²¹ 參見簡資修，*經濟推理與法律*（第三版），頁 221-234，2014 年，台北：元照。

²² 這與 Carroll Towing 案中的“unless he had some excuse for his absence”同義。

²³ Thomas J. Miceli and Matthew J. Baker ed., *Research Handbook on Economic Models of Law 2-3* (2013).

大部分法律的²⁴，這才是真正的加冕。

(三) 公地悲劇/反公地悲劇

在法律經濟分析，私有財產權之起源，往往被說是為了防止公地悲劇（the tragedy of the commons）之發生。生物學家哈定（Garrett Hardin）在 1968 年發表了〈公地悲劇〉之文²⁵。他指出，早在 1833 年一位業餘數學愛好者羅伊德（William Forster Lloyd），即提出了其所稱的公地悲劇。哈定舉例說，想像一個公地草原上，牧人想要儘量放養多的羊或牛，而來到了瓶頸，每多放養一頭羊或牛，就會對草原造成破壞，因此對大家都不利，但個別牧人卻基於每多放養一頭羊或牛，收益全歸自己，而損害其只不過承受一部份，其結果，大家仍不節制地放養，悲劇也。他再指出，公地悲劇也同樣出現在污染問題——大家不知節制地將不要的東西都往大氣、水體等丟棄；不過，哈定說，是私有財產，促成了此一悲劇：

其實，特定的私有財產概念，雖然使得我們不會去耗竭地球上的積極資源，卻是促成了污染。對水岸邊工廠的所有人，既然其所有權是及於水流中線，其很難理解為何他不能弄髒流過門前的水流²⁶。

三十年後，黑勒（Michael Heller）在 1998 年發表了〈反公地悲劇〉一文²⁷，他認為莫斯科街邊商店之門可羅雀，相比於其街邊攤販之眾客雲集，其原因是前者有太多的規制者，而個別都有否決權，以致於互相掣肘，一事無成；他稱此為反公地悲劇（the tragedy of the anticommons），因為相對於公地悲劇之資源過快枯竭，這裡是資源未能盡其用，正好相反了。

將公地悲劇譯為共用悲劇，而反公地悲劇譯為共決悲劇²⁸，是不精確的。首

²⁴ 參見簡資修，過失責任作為私法自治之原則，北大法律評論，第 15 卷第 1 輯，頁 155-177，2014 年；侵權責任的私法性質，北大法律評論（即將出版）。

²⁵ Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, 162 Science 1243-1248, 13 December 1968.

²⁶ *Id.* at 1245.

²⁷ Michael A. Heller, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harvard Law Review 621- 688 (1998).

²⁸ 我自己早期曾如此翻譯，參見簡資修，物權法：共享與排他之調和，月旦法學雜誌，97 期，頁 217-226，2003 年 6 月；張永健，物權法之經濟分析（第一冊）：所有權，頁 55-66，2015

先，公地悲劇的確都來自大家爭先恐後的使用，但其之所以是悲劇，是因為大家無法達成協議（風俗習慣、公私法等），換言之，也是共決悲劇；次之，共用悲劇隱含了無財產權利之劃分，但如前述，是私有財產才促成了污染。因此直接依照字面將 commons 或 anticommons 翻譯為公地與反公地，才不會橫生枝節，應是比較恰當的。

芳奈而（Lee Anne Fennell）認為公地悲劇與反公地悲劇之區分，不是在於其資源過度使用或過低使用，而是在於其結構之不同——前者是囚犯困境（Prisoner's Dilemma），後者是弱雞賽局（the Game of Chicken）²⁹。她認為反公地悲劇，僅是權利整合問題（assembly problem），而權利整合之目的，並不必然是要加強使用強度³⁰。她舉例說，在石油或天然氣的權利整合，其目的即是要減低而非增加資源的使用強度。她顯然是以「共用」與「排他」，分別定性了「公地」與「反公地」，但誠如其說的，這樣的「公地」與「反公地」並不必然有悲劇發生，則單單強調「公地」與「反公地」的權利型態，即無意義。悲劇如何發生，才是重點，而不知悲劇為何，如何知道悲劇如何發生。悲劇有兩種：資源的過度使用與資源的過低使用，但要如何表示呢？從「共用」與「排他」，一者，其未必導致悲劇，二者，其導致的悲劇，可為資源的過度使用或過低使用，則（共用）公地悲劇與（排他）反公地悲劇之區分，根本幫不上什麼忙。在上述石油或天然氣的權利整合失敗之例，其之所以稱「悲劇」，是因為其造成了資源過度使用，而不是單單權利整合失敗，因為此失敗不必然導致悲劇，所以其應被歸為「公地悲劇」而非「反公地悲劇」。

誠如張五常說，徹底的悲劇，世上少有³¹。他說，悲劇（不管是資源過度使用或過低使用），是來自共享權利（common property rights），此即，權利未界定

年，台北：元照。

²⁹ Lee Anne Fennell, *Commons, anticommons, semicommons*, in Kenneth Ayotte and Henry E. Smith ed., *Research Handbook on the Economics of Property Law* 35-56 (2011).

³⁰ *Id.* at 42-43.

³¹ 張五常，*Common Property Rights*，in *Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung*（張五常英文論文選）745-749（2005）。

清楚，使得資源之租值歸屬不確定，眾人因此競而逐之，但在真實世界，租值因此消散殆盡，很少見。一方面，投入的供應曲線上升（邊際內租值可被擷取），或者使用者有不同的機會成本（非邊際者可享受租值），另一方面，政府管制、慣習或訊息成本，可能也限制了進入競逐。他說，「一個財產之所以是共享，是因為可供擷取的租值，少於執行排他財產權利之成本。若是如此，此租值消散，可不是浪費。³²」換言之，沒有一個財產權利系統，是完美的；租值消散不即是悲劇，如果執行代價太高，則兩害取其輕，事本如此，非悲劇也。

(四) 財產規則/補償規則/禁易規則

法律經濟學作為法律與經濟學的結合，而既然經濟學主要是與市場活動相關的，因此這裡的法律，首指就是作為市場交易基礎的法律。但卡勒布列西與梅勒枚德（Guido Calabresi and A. Douglas Melamed，以下簡稱卡梅二氏）在1972年發表了〈財產規則、補償規則與禁易規則：大教堂一景〉³³，其提出：法律除了作為市場自願交易基礎的財產規則（property rules）³⁴外，另有與市場自願交易違反的補償規則（liability rules）³⁵與禁易規則（inalienability）³⁶；在補償規則，他人不經權利人的同意，只要付出金錢代價，即可強取之；在禁易規則，則是權利的自願交易受到了限制或甚至禁止；但其都是合理存在的。現今的法律經濟分析多在探討財產規則或補償規則之效率比較，或者在補償規則加入選擇權之分析³⁷，是暴殄天物了。

³² Id at 746。

³³ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 95 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

³⁴ rules 譯為「原則」，似不精準。這裡是指具有與自願交易與否有關的法律集合體，並非抽象的原理。參見張永健，頁 66 以後。

³⁵ 直翻為「責任規則」，並不妥當。責任在中文有太多的歧義，例如民事責任、行政責任或刑事責任，不能表現出金錢繳納的特徵。liability 與 rules 連用，在英文一見就知道是金錢繳納。

³⁶ 譯為「禁制規則」，可能與 injunction（禁制令）混淆了，而後者是財產規則的重要特徵，參見張永健，頁 68。卡梅二氏在文章題目僅用 inalienability 而無 rules，可能是要強調其 entitlement 本質上之不可轉讓性，而非來自於法律之規定。不過，在文中，卡梅二氏明白說，entitlement 與其保護方式，在 inalienability 是合而為一了（p.1093）。但不管如何，這裡其是要強調這些法律規定的性質，inalienability 同樣是由各種法律規定組成的，一如 property rules 與 liability rules。

³⁷ 參見 Carol Rose, *The Shadow of the Cathedral*, 106 Yale Law Journal 2175 (1997)；張永健，頁 69-

卡勒布列西多年後明白說³⁸，〈大教堂一景〉一文之所以作，一大原因是反駁名經濟學家貝克的刑罰論。貝克認為刑罰皆可以金錢繳納代之³⁹，卡勒布列西說，若是如此，財產規則豈不隨強取人之意願全可轉換為補償規則，法律安在哉？早於波斯納⁴⁰，卡梅二氏在此提出了刑法理論。他的刑法理論是法體系的，而非手段目的的懲罰論。他說：

換言之，除了要集體達到這些客觀評價之費用外，這些權利移轉的經濟效率，也不是一定的。如果在財產之移轉是如此，就更不用說，涉及了人身保全；即使經濟效率是目的，我們也不會集體客觀去評估比較強姦受害人所受之損害與強姦人所受之利益。事實是，當我們處理人身保全，其是近於權利不得交易，即使經濟效率是其考量，也不是如此直接的利益比較⁴¹。卡梅二氏將刑罰之課予，繫於（民事）財產規則與禁易規則之違反，而非如貝克的單純懲罰效果與執法資源耗費之計算。

不過，卡梅二氏將侵權賠償歸為補償規則，是不當的。除了侵權就是非（具體）契約（自願交易）的損害賠償之理由外，其之所以如此歸類，是想將損害賠償社會化⁴²。不過，首先，無具體約定，並不表示就是強取，否則所有的契約法都是補償規則，因為世上無完滿的契約，而契約法就是在填補契約漏洞；次之，契約不履行的損害（金錢）賠償，其也未被歸入補償規則；三者，也是最重要的，補償規則之範圍，基於制度競爭，其仍受財產規則與禁易規則之約束，這應是其分析架構最重要的意涵。

按權利之存在，是因為有交易成本⁴³，而市場之所以存在，也是其減低了交

73。

³⁸ Guido Calabresi, *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, 77 *Law and Contemporary Problems* 1, 7-8 (2014)

³⁹ Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. Pol. Econ.* 169-217 (1968).

⁴⁰ 波斯納也知道貝克的刑罰論，不是刑法論，所以強調其 1985 年的文章，係刑法而非刑罰的經濟分析之嘗試。Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 *Columbia Law Review* 1193 (1985)

⁴¹ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, at 1125-6.

⁴² Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics* 117-130 (2016).

⁴³ 參見張五常，*經濟解釋*，頁 102-108。

易成本⁴⁴，因此財產規則，並不是意味了其交易成本為零或甚低，而是其法律成本低於無法律所無法實現的利益。至於補償規則，可借用寇斯的公司理論說明之⁴⁵。寇斯說，公司之所以存在，是因為市場交易有成本，人們因此組成公司，節省了市場交易成本，但公司也不是可無限制的擴張，因為公司有其管理成本，而且還有其他公司的競爭。同樣地，補償規則之所以產生，是因為自願交易（財產規則）有其成本，而補償規則也有其成本，例如恣意或偏頗的強取條件與價格，當其邊際成本等於財產規則之邊際成本時，即是補償規則之範圍。

侵權法之所以區別於契約法，當然就是其損害賠償非由具體契約約定，但由此就推定其非財產規則而是補償規則，鑑於上述，是推論過快了。結果責任不是侵權法的損害賠償原則，過失責任才是。結果責任是補償規則，但過失責任不是。結果責任指，行為人只要有人受到損害，就需負賠償責任，其意味了行為人只要負擔得起賠償金額，就可從事侵權行為——典型的強取。之所以世上少見結果責任，因為作為補償規則，其成本太高，遠高於可能因之減少的爭訟成本⁴⁶。但過失責任不一樣，一方面，行為人若是故意，此即強取，會被課予刑罰，財產規則也；另一方面，行為人因其應知能知而不知其從事了過度危險行為，應負損害賠償責任，而行為人之不知，使其不是強取了，補償規則自然說不上。而其之所以是財產規則，是來自於人的認知能力不足。人的認知活動主要是快思，慢想較少，雖然快思的正確率比慢想低，但這是人性⁴⁷。對危險活動之不知，即是此快思之結果，因此若要完全去除任何意外，即是令人們完全不行為，人類將無法存活。鑑於此，人們將同意，行為人應就其應知能知而不知所造成的損害負賠償責任，因為這是對大家都好的，過失責任也。

另外，卡梅二氏創造了「應配分」(entitlement)的概念，將財產規則、補

⁴⁴ 寇斯說：「一個幾近完全競爭的市場，正常都是有一套繁複的規則與指令。」 R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 9 (1988).

⁴⁵ R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33-55 (1988).

⁴⁶ 在結果責任，可能會發生爭執的僅是補償額度，其訴訟因此會少於過失責任，因為後者還要決定行為人過失與否。但其成本是逆選擇與道德危險，一定頗高，否則世上不會不見。

⁴⁷ 參見 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011).

償規則以及禁易規則，僅視為應配分的保護方式，大大減低了此三分架構的分析能力。首先，卡梅二氏也承認禁易規則不但是保護形式，而且也限制或規範了應配分本身⁴⁸，則此一二階區分，三少其一，折損了其理論統一性；再來，其又說，同一財物視不同的情況，有其不同的保護方式⁴⁹，但如此一來，這三種法律規定間的緊張競爭關係就不見了，要此分析架構何用？三者，誠如福雷契爾（George Fletcher）指出⁵⁰，如果財產規則與補償規則，僅是保護的方式，而非實體權利，則對違反財產規則者，法律是無法課予刑罰的，因為只有當法院裁判時，此保護為財產規則或補償規則才揭曉，此違反了刑法基本原則；因此卡梅二氏所擔心的財產規則淪為補償規則，不會發生，但刑罰可能過度了（如果刑罰有溯及性），而此應非財產規則之本意。

卡梅二氏說，國家在面對人民間的衝突時，其首先要做誰贏誰輸，其稱作 *entitlement* 之分配，本文因此仿繼承人基於其身份對整體被繼承財產所享有的部分為應繼分，稱此為「應配分」——國家應該分配給我的部分⁵¹。不過，這裡的國家既然是在決定人民誰輸誰贏，即使不是全部也可能是大部分是針對具體案件而來，此時抽象的應配分誰屬，根本無關緊要，例如在侵權法，受害人的身或財產的歸屬非常清楚，但行為人是否有過失，才是關鍵，而其決定根本無關於抽象應配分是歸屬受害人；或者在污染之例，卡梅二氏所作的分析，也是與抽象應配分誰屬無關。換言之，財產規則、補償規則以及禁易規則，本身即有其邏輯性，非附屬於第一階的應配分之衍生的第二階保護方式。首先，能稱為財產規則之法律，一定包含了權利何屬，否則如何交易？再者，在決定權利

⁴⁸ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, at 1093。

⁴⁹ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, at 1093。

⁵⁰ George Fletcher, *A Transaction Theory of Crime?* 85 Columbia L. Rev. 921, 927-930 (1985).

⁵¹ 葉俊榮將 *entitlement* 譯為優勢，主要是強調其暫時性，因為補償規則或禁易規則，可強取之或禁易之，參見葉俊榮（1993），〈「出賣環境權」：從五輕設廠的十五億「回饋基金」談起〉，氏著，《環境政策與法律》，頁 35-37，台北：元照。但這違反了卡梅二氏之基本設定：*entitlement* 之分配有其自身理由，例如經濟效率、分配偏好或其他正義等，而財產規則、補償規則與禁易規則，僅是其「保護方式」。而且如果即使是所有權，也要面臨公共徵收或無賠償的損害等風險，而不會失去其「物權」或「權利」之本質，則「優勢」暫時性之強調，似無必要。

歸屬時，其是否可再交易，是法律考量因素之一，此也是財產規則。另外，有關交易的成立、履行與責任的法律，自然是自願交易之財產規則了。最後，補償規則與禁易規則，也是要以財產規則而非應配分為對照基準，才有強制交易與禁止交易的制度意義。

卡梅二氏這裡的應配分概念上非常接近所有權。雖然我國民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」但在相鄰關係，有些所有權根本無用，例如民法第 793 條但書之氣響侵入，有些也不能排他，僅能請求金錢補償，例如民法第 787 條之袋地通行，更不用說，侵權損害賠償是繫諸於行為人的是否有過失，與所有權無關。卡梅二氏的應配分之提出，令財產規則、補償規則與禁易規則，去實體法化而且制度虛無，誠不幸也。其實，卡梅二氏大可不提應配分去作文章，僅從權利之確定是市場交易的前提要件出發，即可推出財產規則，然後考慮市場交易成本與強制交易成本或禁止交易成本之平衡，而推出補償規則與禁易規則，而且還是制度比較得出的，可避免錯誤的「市場失靈」式單一直線推論。

(五) 外部性/市場失靈

經濟學教科書往往有「市場失靈」的獨立章節，此包括公共財（public goods）、外部性（externality）、獨占（monopoly）與信息不對稱（asymmetric information）等⁵²。「失靈」具規範意義，意指不佳，應加以改正，但這些概念所指，卻僅是現象，並無規範意義，則失靈從何說起⁵³？又即使先將之定性為市場失靈，然後再以政府失靈來阻卻，並無法解決問題，因為一者，所謂市場失靈很可能就不是失靈——市場僅是減低了交易成本，而非完全去除了交易成本；二者，即使有失靈，此失靈之真正原因在於其基礎規範——權利是因應交

⁵² 例如 Robert B. Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (6th ed.) 38-42 (2012).

⁵³ 最近一本《法律經濟分析之效率》的編者，也說：「這種準世界在經濟學以及法律經濟分析，有非常重要的地位。法律文獻充斥著『外部性』、『市場失靈』等術語。但這不應該。準現實世界應放棄，回歸現實世界。」Richard O. Zerbe, ed., *Efficiency in Law and Economics* xi (2014).

易成本而來——欲改正之，只能從此下手，怎能散彈打鳥歸諸各種政府介入然後評價政府失靈否。

public goods 往往被譯為公共財，從而也被定性為個人不可能提供必須由集體提供。**public goods** 被賦予了非敵對性 (**non-rivalrous**) 與非排他性 (**non-exclusive**)，而非排他性令自利的個人無誘因去提供了。雖然具敵對性的財物，必然排他，但非敵對性財物，並不必然不能排他，否則就犯了邏輯前件錯誤。財物不具敵對性，只意味了愈多人享用愈好，因為其因之增加的成本為零，個人何樂而不為？**public goods**⁵⁴因此應如張五常譯為「共用財」，僅表彰其非敵對性，而不包含其非排他性。排他性與否，與規範強制有關。專利就是具非敵對性，但具排他性——在法律積極強制下才可能的；營業秘密也是具非敵對性，且具排他性——在法律消極保護下可能了。共用品——非敵對性的財物——一如敵對性的財物，其排他與否，皆視法律保護而定，而非相反的推論。

外部性更是被誤用到極致了。一般所言的外部性，一如上述所言的「公共財」，其實僅是現象，因此僅可稱「外部效應」(**external effects**)，而不可稱具規範意義的「外部性」(**externality**)。外部效應可來自個人非常主觀的認知，其也可能已經交易過了，或者可能交易不成功——此才是可能被稱為外部性者⁵⁵。台灣民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使、不得違反公共秩序、或以損害他人為主要目的」。此條文表明了合法造成損害之權利本質。僅僅外部效應，不具任何規範意義，必須探討其交易基礎，始可，但如此一來，外部效應或甚至外部性作為法律介入與否的基準點，就失去了。故意侵權之損害賠償責任，來自於行為人故意損害了受法律保護的權益，此最接近於外部性說法，但少人主張之；過失侵權之損害賠償責任，來自於行為人，應注意能注意而不注意，損害了受法律保護的權益，外部性被宣稱了，但其實是交易過的；污染被認為是外部性，但甚多污染是合法的，例如台灣民法第 793 條但書規定：「但（污

⁵⁴ 大概除了英國將如 Eton 的私校稱為 **public school** 外，**public** 很難不有公或集體的意義。

⁵⁵ See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347-359 (1967).

染)其侵入輕微,或按土地形狀、地方習慣,認為相當者,不在此限(不得禁止之)。」

三、法律經濟分析之科學性

法律經濟分析的開創者理查·波斯納說:「對我而言,法律經濟分析最吸引人之處,在於其融貫的理論、從之精準導出的假設、以及可經驗驗證之,法律研究因此科學了。法律自古以來就是非常重要的社會制度,我看不出其不可科學研究之。經濟學是最先進的社會科學,法律系統與經濟學家成功研究過的系統,不少是類似或重疊。⁵⁶」不過,在契約法的經濟分析,(其子)艾瑞克·波斯納(Eric Posner)卻提問:過去幾十年的研究,是成功還是失敗了?他認為這些契約法的經濟分析,要不是簡單可確定但是錯的(無解釋力),要不就是其理論之訊息要求現實上不可能達到,(經濟)理論因此與法律脫節了⁵⁷。克雷斯威爾(Richard Craswell)則以產品設計類比,起而辯護。其說:一個完整的產品設計理論,應包括一、可算出所有相關設計成本的完整工程理論,二、可預測每一設計的使用者反應之完整理論,三、可算出各種風險抵換的完整道德理論;而毋庸置疑,我們現在擁有的產品設計知識,絕對達不到這個水準,但這些知識令我們失望了嗎⁵⁸?克雷斯威爾引喻失喻了。這些產品設計知識之取得,雖不完滿,但至少是相關,若將運輸模型用至食品研發,可乎?經濟學家如下的自嘲笑話,不是無的放矢:有人在燈下找尋失物久未得,人問其故,其回說,物雖失於他處,但此處有光,所以在此尋之⁵⁹。將法律單純以刺激/反應視之,再多的數量研究,都難以說明法律為何如此。

請以侵權法說明之。現今主流的經濟分析就意外事故,其基本預設是投入

⁵⁶ 引自 Robert B. Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (6th ed.) 1 (2012).

⁵⁷ Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* 112 *Yale Law Journal* 829, 865 (2003).

⁵⁸ Richard Craswell, *In That Case, What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory*, 112 *Yale Law Journal* 903, 916 (2003).

⁵⁹ 參見 https://en.wikipedia.org/wiki/Streetlight_effect (最後瀏覽日 2016/7/11)。

產出模型。其假設行為人與受害人的防害投入，都可以減低意外事故之發生，但我們不希望意外事故完全不發生，因為行為人與受害人的防害投入不是沒有成本的，而且其減少事故發生的效果，還是遞減的——防害投入愈是高，其效果愈是低——則在數學計算上，我們可以得出行為人與受害人的防害投入成本如果愈高，其防害投入就應愈低；如果行為人或受害人的防害投入低於由此算出來的標準，其就是過失，而應負損害賠償⁶⁰。這裡的數學計算，美則美矣，但與侵權法相關嗎？

其一，如果依照這個模型，世界上是不會有人因過失而負損害賠償的，因為行為人支付的損害賠償會高於其防害投入成本而遵守標準去免責，但實際上，過失侵權，無所不在，如何解釋呢？訊息不足因而執行不力？但誠如艾瑞克·波斯納指出，其理論之訊息要求，現實上是不可能達到，則此理論還相關嗎？

其二，此模型中的投入，指的是行為人或受害人的（物理）防害能力，因此能力愈差者，其防害成本愈高，而其可以減少事故發生的效果愈低，從而得出其過失標準愈低（愈不容易過失），但這顯然與法律不符；例如開車能力差的老年人或弱視者，在大陸法因為過失客觀化，在普通法因為合理人標準

（reasonable person standard），其並未享有比較低的過失標準；這是艾瑞克·波斯納指出的另一點：簡單可確定但是錯的（無解釋力）的理論；有人因此提出法院此時訊息成本突然增加⁶¹，或從事活動的利益不足等理由⁶²，意圖自圓其說，則又回復到第二點：其理論之訊息要求，現實上是不可能達到。

其三，以（物理）防害能力為投入，也令此模型在探討嚴格責任的效果時，失真了。以（物理）防害能力為投入，此模型是預設了行為人只能在防害能力面向調整（此即 interior solution），而不是決定活動與否（此即 corner

⁶⁰ 參見 Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 199-201 (6th ed., 2012)

⁶¹ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 123-131 (1987).

⁶² Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-77 (1987).

solution)，因此造成此模型得出：即使課予嚴格責任，行為人仍會採取最適的防害能力，不會過度防害。若是如此，侵權法應該是以嚴格責任為原則，因為其可以減少爭訟成本，而無損於行為人之採取最適的防害能力，但事實上侵權法不是以嚴格責任而是過失責任為原則。簡單可確定但是錯的（無解釋力）缺陷，再加一項。有人認為有些活動的危險性隨頻率而不同，因此防害能力不是「好的」標準，嚴格責任即有優勢⁶³。但首先，現行侵權法中的嚴格責任，真是這一類型的嗎？再者，其理論之訊息要求增加了，第二類缺陷又現了。

其四，此一模型的損害賠償是懲罰性的⁶⁴，其意在以損害賠償嚇阻行為人去採取保護他人的措施，則過失責任是不能保險的，因為如此就會減低行為人採取保護他人措施的誘因，但現實上，第三人責任險，所在多有，而且不只是市場提供，有些還是國家強制⁶⁵。理論之簡單可確定但是錯的（無解釋力），再添一樁。

這些投入產出數理模型之所以失敗，不是在其計算錯誤或不夠精緻、複雜，而是在其基本預設之失真。首先，意外事故定義上就是行為人與受害人無法就具體意外事先訂約分配損害，因為其交易成本（主要是訊息成本）甚高，但投入產出模型在計算行為人與受害人的各自最適投入時，卻又假定其訊息溝通無障礙（這是 interior solution 的意涵），這是邏輯不一致了。次之，此模型視損害賠償為懲罰誘因，其假設了行為人必然就範，而不規避；但誠如張五常指出，價格管制不會出現所謂市場短缺或過剩，而是其他規避行為會出現，一定會清市的；想當然耳的懲罰誘因，其結果一定不是其預期的。三者，其到底與何一制度比較。寇斯說：「政府可以透過行政手段，影響生產要素的使用，因此，就某層意義而言，政府可以說是一家超級廠商（但是性質非常特殊）。... 政府可以徵用或占有人民的財產，政府也可以規定，生產要素只能以何種方式

⁶³ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 211-213 (6th ed., 2012)

⁶⁴ 不是指賠償額度高過實際損害，而是指若無賠償，行為人不會「無過失」行為。

⁶⁵ 紐西蘭是其典型。參見 https://en.wikipedia.org/wiki/Accident_Compensation_Corporation（最後瀏覽日 2016/7/11）。

加以使用。這種強制的方式，省下了一大堆麻煩（對於那些處理問題的人而言）。此外，政府可以動用警察以及其他執法部門，以確保管制規定徹底執行。... 明顯地，由於政府擁有權力，使他有可能以較私人機構（或其他未擁有特別之政府權力的組織）為低的成本完成某些事情。但... 政府的行政機器可能耗費不貲。再者，由於行政部門也可能犯錯，而且面臨政治壓力，又沒有受到競爭者的刺激，因此... 政府的直接管制，不必然會比交由市場或廠商來處理為佳。」⁶⁶

侵權法作為事後損害賠償之法，不能從管制法，而須從契約法或本文二（四）節的卡梅二氏的財產規則去理解。按意外事故是由於行為人之認知能力有限，不知其正在從事過度危險的行為——否則就是故意了——以致於無法防止損害之發生。此往往被稱為高的（市場）交易成本，因此市場失靈，然後政府應（懲罰）介入，本文已證明其非。所應探討者，是人們對於人之認知能力限制之評價。經驗上，人們知道如果要去掉意外事故，是人們完全不從事危險活動，但如此即代價太大了，因為現代認知心裡學證明，人的認知能力之限制，是人之天性；以行為人應注意能注意而不注意之時，其始負損害賠償責任，此即過失責任，最是令眾人互蒙其利。

以漢德公式說明之。首先，認定行為是否過度危險，是問：行為人若不從事此行為，其因之無法實現的利益 B，是否小於其因之可以減少的預期損害 PL。例如在開車之例，是問：如果不開這麼快，換言之，若是減速，其因之無法早到目的地的損失（時間成本），是否小於因此可以減少的預期損害；在這裡，開車能力愈差者，例如老年人或弱視者，其開車愈是危險，所以其減速愈是可以減少比較多的預期損害，因此在時間成本一般不作區分下，開車能力愈差者，其危險標準，即愈低。次之，行為人是否可能認知其行為之危險，此為過失。一般而言，人類之所以存活至今，是其行為愈是危險，其愈是可認知

⁶⁶ 參見簡資修，寇斯的《廠商、市場與法律》——一個法律人的觀點，收於氏著，經濟推理與法律，頁 27-45（2014 年三版）。

到，因此在開車之例，開車能力愈差者，例如老年人或弱視者，既然其開車愈是危險，其即愈難辯解其認知不可能而主張免除責任。過失責任，一者，使得人們不會因認知能力之受限，而完全不活動。二者，其也不會使得能力愈差者，愈是去從事危險活動；反而，其鼓勵了人之上進，因為改善了自身能力，可以增加活動的範圍。三者，受害人的損害也獲得了填補，損失何在？

四、法律經濟分析之教義性

諾貝爾獎經濟學門（1986年）得主布坎南（James Buchanan），在波斯納出版《法律的經濟分析》⁶⁷後，即為文〈好經濟學，壞法律〉⁶⁸，批評波斯納的經濟分析雖好，但壞了法律。麥斯特邁克（Ernst-Joachim Mestmacker）也說波斯納的法律經濟分析，雖號稱是法律理論但其是無法律的⁶⁹。波斯納曾說：「法官面臨一個法律問題，與生意人面臨一個生產或行銷問題，其間是無本質或根本差異的。」⁷⁰這是因為他認為，法律推理（legal reasoning）相較於一般實踐推理（practical reasoning）並無特殊性，律師思維（think like a lawyer）是法學教育灌輸的迷思，其主張法官應如生意人的隨機應變，不應死守形式法律（條），自然也是順理成章之事。迷於法條文字，的確是法律一旦實證化後的必然副作用，不過，法律必定是有規則性的，完全以所羅門式裁決個案糾紛者，並非法律系統。

（一）幾個概念之再析

本文第二節所探討的幾個法律經濟分析概念，其被濫用，是因為法律教義（體系）被忽視了。在寇斯定理，經濟分析傾向論者，將寇斯的想法定理化，

⁶⁷ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1973).

⁶⁸ James M. Buchanan, *Good Economics—Bad Law*, 60 *Va. L. Rev.* 483-92 (1974), in *The Collected Works of James M. Buchanan v. 18: Federalism, Liberty, and the Law* 327-337 (2001).

⁶⁹ Ernst-Joachim Mestmacker, *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (2007).

⁷⁰ Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* 73 (2003).

是在描繪市場交易的過程與結果，這是其關心的，而法律是給定的，因為這不是其關心的；但寇斯說：「權利之確定，是市場交易之前提要件」，而權利之確定，即與法律體系息息相關了。首先，實體法律若無教義體系，同案不同判或不同案同判，即可能發生，權利未確定了；次之，其衍生了司法不公正獨立，例如法官可被當事人或政治收買，權利更加不確定了；三者，爭訟程序也不能迅速有效，例如延宕或無執行力，權利也不可謂之確定。

在漢德公式，漢德法官是知道侵權法是事後損害賠償法，而非事前能力管制法，但現代經濟分析之投入產出模型，卻是後者的，這違反了法律（教義）體系。從經濟後果來看，將事前能力管制法與事後損害賠償法不分，此近於結果責任，社會有比較多的浪費；反之，作為事後損害賠償法之過失責任，其雖不以改善人之能力從而減少社會損害為目的，但其內建誘因——能力愈強，可活動範圍愈大——會促使人去改善其能力，從而社會損害減少了。不可見之手（invisible hand）也！

在公地悲劇，哈定雖是生物學家，其主要還不是在指出悲劇發生的機制，而是探討如何的人間制度可以避免此悲劇。哈定知道私有產權，是公地悲劇發生的原因之一⁷¹，但其沒有因此主張政府必然強制介入，其引用了亞當斯（John Adams）的話：「誰來監管監管者？」⁷²其是深知公法教義的。哈定也知道單純訴諸良心、道德，是無法解決公地悲劇，其因此提出社會安排——相互同意的相互強制（mutual coercion mutually agreed upon）⁷³，法治也（rule of law）。芳奈而說，公地悲劇是囚犯困境，而反公地悲劇是弱雞賽局⁷⁴，但這沒有什麼法律意義。囚犯困境定義上是無脫困之解，但誠如張五常所言，世上無徹徹底底的悲劇，這裡總有某些制度產生，租值不會消散殆盡；弱雞賽局相對於囚犯困境，

⁷¹ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243, 1245, 13 December 1968.

⁷² Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243, 1245-6, 13 December 1968.

⁷³ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243, 1247, 13 December 1968.

⁷⁴ Lee Anne Fennell, *Commons, anticommons, semicommons*, in Kenneth Ayotte and Henry E. Smith ed., *Research Handbook on the Economics of Property Law* 35-56 (2011).

並非完全悲觀，而有程度不同的好解，但這仍是抽象的，至於哪些制度會產生，其也是無解的⁷⁵。經濟分析本身，是無法推導出法律的。

在財產規則、補償規則與禁易規則，卡梅二氏說：「法律學者就因為其不做模型建構，不系統地做，而只看法院裁判，希望類型自顯。但這種方法只能看到大教堂的一景，其可能忽略了模型建構之分類始能呈現的議題間之關係。

⁷⁶」的確，卡梅二氏的此一財產規則、補償規則與禁易規則分析架構，不只是在案例法的普通法有用，在法典化的大陸法也有用。不過，其將應配分與其保護方式分離之二階分析，以及不注重公私法之本質區分，令此分析架構功用大減，而且可能有害。在應配分之分析上，卡梅二氏大可不自創新詞

entitlement，直接以法律上已有的所有權（或接近的）去說明此權利非絕對的，而可導出其被強取（補償規則）與限制（禁易規則）。之所以不如此，卡梅二氏是將 **entitlement** 賦予了這是國家給予的，視其政策目的而分配，則一方面，其避開了私有產權支持者可能之質疑，另一方面，其也顛覆了私有產權之教義，但是走後門的。卡梅二氏將侵權法歸為補償規則，也是偷渡了。誠如卡梅二氏自己指出，公共徵收是補償規則之典型，則如上述哈定引用亞當斯的「誰來監管監管者？」，補償規則一定要受公法教義之限制的。卡梅二氏僅因侵權法之損害賠償，不是來自於特定契約，就想當然耳將之歸為非自願交易的補償規則，一者，作為侵權法原則之過失責任的私法本質，被漠視了；二者，侵權法作為事後損害賠償之究責，被社會化了。財產規則、補償規則與禁易規則作為分析架構，其功能應在彰顯原本不清楚的各法律間關係，但如今經濟效率或分配正義等非法律規範，以科學分析之名，被偷渡進來了。

在外部性，其是指：有損害，就有賠償。但我國民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」此條意味

⁷⁵ 參見張五常，A Theory of Price Control，in Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung（張五常英文論文選）453-478（2005）。

⁷⁶ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, at 1128。

了權利之行使，往往令他人受到損害，但只要不是以損害他人為主要目的，即可。民法第 184 條第 1 項前段也規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」此條也表明，不是有損害，就有賠償；行為人僅就其「過失」之「不法」行為，始負其損害賠償責任。至於民法第 793 條但書有關氣響等侵入之不得禁止，更是表明損害必須承受，即使預防也不可得。換言之，外部性作為抽象之內部化理由，完全無法律意義——其是法律決定的，而非其決定了法律。

(二) 大陸法/普通法

大陸法的特徵是法典化，普通法則是案例法，但這不應影響其實體法體系之經濟分析。誠如寇斯指出，法律制度是系統的，不能單取孤例為經濟分析。因此普通法即使是案例法，其經濟分析也要系統為之，但大陸法的法典化，也並非都體系完滿，矛盾或漏洞，應也不少，則其系統的經濟分析，也非理所當然。現今的法律經濟分析，既由美國學者主宰，則其分析始點的法律想像，多是英美普通法，則偏見在所難免了。

再以侵權法說明之。英美普通法是案例法，其法律表現在實際案例之分類集合，例如在侵權法，*intentional harms*, *negligence* 和 *strict liability* 等，是獨立的類型，但在大陸法，尤其是德國，台灣也是如此，其侵權法是有一般條款的⁷⁷。故意與過失在侵權法一般條款中，僅是行為人的主觀認知條件，但在 *intentional harms* 或 *negligence* 獨立侵權類型，其可廣義包括侵權賠償責任成立的所有要件，此所以藍帝斯與波斯納將 *intention* 等同於責任⁷⁸，而模糊了其主觀認知特性，因為案件之所以落入 *intentional harms* 這個類型，即是其主觀認知並無問題，而爭執的問題因此多涉及實質責任之成立否，例如正當防衛或錯誤

⁷⁷ 台灣民法第 184 條：「I. 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗方法，加損害於他人者，亦同。II. 違法保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」

⁷⁸ 參見簡資修，故意侵權法的經濟分析，中研院法學期刊，第 1 期，頁 191-212（2007 年 9 月）。

等。同樣效應也發生在 *negligence* 之適用。當漢德法官提出其著名的漢德公式 $B < PL$ ，說明在 *negligence* 侵權類型中，行為人為何應負責任，從而是 *negligent*，則此公式即等同於賠償責任公式了；在台灣侵權法一般條款中，這僅是（客觀）不法，而過失作為主觀認知狀態，隱而不顯，必須推論得之——愈是（客觀）不法愈易（主觀）過失，因為基於認知人性，行為愈是危險（*P* 值愈大），愈可能為人認知到。*Strict liability* 之歸類，也避開了主觀認知，因為當行為極端危險時，此即 *P* 值近於 1，漢德公式不可能不成立，行為人篤定應負損害賠償責任，則主觀認知相對於在 *negligence*，更不是問題了。

英美侵權法的這種事後案件分類，主觀認知只在案件分類有用，一旦歸入特定侵權種類後，其操作即在客觀的成本效益計算。在 *intentional harms* 中，其是正當防衛等「阻卻不法」事由；在 *negligence* 中，其是漢德公式之計算；在 *strict liability* 中，其是極端危險活動否。但這種客觀的成本效益計算，不應反客為主，如很多法律經濟分析論者然，將主觀認知也客觀化了。藍帝斯與波斯納說，何謂故意？投入實際資源去造成損害也。但這是預謀，不是故意啊！藍帝斯與波斯納認為，主觀認知是不可觀察的，而必須以實際投入的資源去判定，但行為是可觀察到的，其不必然涉及所謂的資源投入，例如應減速而不減速。一般法律經濟分析論者，將過失責任之漢德公式計算，集中在防制能力（科技）的直接（支出）成本，而非減少活動的機會成本（因之未實現的利益），以致於得出過失標準高低顛倒，只好發展各種特殊理論，自圓其說⁷⁹，也是這種偽科學觀之害。基於 *negligence* 與 *strict liability* 在英美法為獨立的侵權類型，法律經濟分析論者往往以行為人若被課以損害賠償責任，行為人是否會採取最適的防制能力（科技），來決定是否要採取 *strict liability* 否，但這是混淆了法院在個案判定應負損害賠償責任與 *strict liability* 作為損害賠償責任之規範，如此的比較是無法得出 *negligence* 與 *strict liability* 之區別，只是令侵權法

⁷⁹ 參見簡資修，過失責任作為私法自治之原則，北大法律評論，第 15 卷第 1 輯，頁 155-173（2014 年 4 月）。

更無體系、更混亂了。

(三) 私法自治

私法之本質，是自治。所有權絕對、過失責任與契約自由等三原則，是私法之基本教義。但在現實上，物權法定主義、過失客觀化以及契約有名化等，大大減損了私法自治。

梅若與史密斯（Tomas Merrill and Henry Smith）主張，人們創設新的物權，會對他人造成訊息外部性，因此法律必須事先限制人們可創造的物權種類⁸⁰。但其犯了外部性論證的兩個缺陷：假設不實與立法萬能。首先，其一方面，假設創設物權人可以無訊息障礙考慮到其後手之利益；另一方面，其又認為創設物權人有意或無意去造成對他人的訊息障礙；但這不可能同時成立，因為前者必然假定了公示制度，則後者不可能發生。次之，其也假設了立法機關的完全訊息（包括未來）掌握，而根本未考慮法院事後承認的可能較低成本⁸¹。

為了令能力比較差者，負損害賠償責任，過失被客觀化了，但這是嚴重誤解了作為私法自治原則之過失。如本文至今所述，能力比較差者，原本就應負比較高而非比較低的過失責任，將過失客觀化，其實不必要。過失客觀化的副作用，不但令過失責任有懲罰的意味，也令過失責任貫穿私法之功能，無以顯現。過失是有關於行為人對其「不法」（危險）行為（此即漢德公式成立）之認知可能；一般而言，行為愈是危險，行為人認知愈是可能，因此有過失而負損害賠償責任；從而極端的危險行為，行為人即「嚴格」應負損害賠償，則過失責任 v. 危險責任的雙元損害賠償責任說法，也沒必要了；甚至物權效力之所以優於債權效力，是因為物權有公示，而債權沒有，因此物權人很難避免去損害到債權人，而債權人非常容易避免自己受到損害，換言之，物權人無過失，而債權人有過失。

⁸⁰ Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L. J. 1-70 (2000).

⁸¹ 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第 8 期，頁 227-257，2011 年。

過失責任作為主觀認知可能之責任，與契約自由是相通的。侵權法的（過失）損害賠償責任，其認知可能來自於行為危險性，而契約法的損害賠償責任，其認知可能則來自於特定合意，此所以契約當事人大可約定各種責任，從不可抗力至自承風險，皆可。在契約無明文約定，有償時，負較高的損害賠償責任，無償時，負較低的損害賠償責任，其理由類似於侵權法的漢德公式計算——只是在侵權法，PL 比較相關，在契約法，B 比較相關。台灣的法院在契約解釋，往往受限於有名契約之束縛，不敢為符合特定契約之解釋⁸²，或避入侵權法⁸³，誠為遺憾。

（四）法律作為合約安排

在當今世界廣為使用的法律經濟學教科書，其作者庫特與尤倫（Robert Cooter & Thomas Ulen）開宗明義說：「對於經濟學家而言，懲罰有如價格。人們對於變貴的地物的反應，是減少其消費，則人們對於法律懲罰變重的反應，也應推定其會減少從事違法的活動。經濟學有數學上精確的理論（價格理論與賽局理論）以及健全的經驗方法（統計與計量經濟），可以去分析法律作為隱含價格對於行為的影響。⁸⁴」對其而言，法律係誘因、工具，是立法者或執法者，用來達成特定目的的選項，而數學統計，使之精確了。但事實是，價格是由市場形成的，人們隨著價格此一誘因調整行為，是一種自發的秩序，一個法律系統若是獨裁專制，其與市場價格秩序，相去何其遠矣⁸⁵！

⁸² 參見王文宇，合同解釋三部曲——比較法觀點，中國法律評論，2016年第1期（總第9期），頁60-89。

⁸³ 例如玻璃娃娃案，台灣高院93年上字第433號判決。

⁸⁴ Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics 3 (6th ed., 2012)

⁸⁵ "American law professors have been receptive to economic analysis ... because the culture of American law has long had strong ties to utilitarian thought. The devotee of L&E writes in a long line of theorists who think that all legal institutions should serve the interests of society ... Yet we have traced a remarkable transformation. The discussion begins with Pareto's principles of efficiency, grounded in the values of secure property rights, individual choice, and the necessity of voluntary transactions. In light of Kaldor's modest amendment ... we end up with a theory of legal intervention that permits the periodic redefinition of property rights for the sake of a collective vision of efficiency. A theory of individual supremacy ends up as a philosophy of group supremacy. This is a remarkable metamorphosis. Any theory that can successfully obfuscate the difference between individual sovereignty in the market and the dominance of group interests in coercive decision making will surely gain a large number of followers." George P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thoughts 162 (1996);

寇斯說，公司（firm）的特質在於強制指揮，因此國家可以視為一個超級公司，而其強制指揮即是法律懲罰，但這並不意味國家可以任意操控法律懲罰，因為公司是以契約為基礎的。⁸⁶由於法律懲罰是一種改變人之行為的誘因，而且其強度還遠高於價格，因此人們在進入公司關係之前，必然以契約制約之，此法治（the rule of law）之謂也。⁸⁷單方面恣意操控法律懲罰，是違約的，因此無正當性（illegitimate）！

法律作為合約安排，其是帕雷托效率（Pareto efficiency），但不是凱爾多/希克斯效率（kaldor-Hicks efficiency），因為後者雖然整體社會利益變大，但輸者未受到補償，其是不會同意立法的。在侵權法的過失責任，有人主張凱爾多/希克斯效率之理由，但這是只有在將損害賠償視為懲罰誘因去達成社會最大利益者，才需要的論證。但即便如此，也是失敗的。因為在具體案件，法官認定行為人的成本低於減少的預期損害，因此違反凱爾多/希克斯效率，從而判定行為人過失應負損害賠償責任，以回復效率狀態。但首先，回復效率狀態已經不可能，因為一旦有過失侵權，即意味了嚇阻失敗，社會成本增高了，所謂效率已不可得。次之，此認定只存乎法官心中，何能將此個案過失標準傳達於行為人與受害人？若從侵權賠償是損害發生後始啟動的機制，此一有效傳達已是不可能，否則也不會有過失損害發生。過失責任其實是行為人與受害人都想要的，此為契約漏洞之填補，眾人互蒙其利，合乎帕雷托效率。卡勒布列西質疑帕雷托效率之有用性，其認為因為交易成本之存在，所有的現實因此都已是帕雷托效率，從而任何的立法，都涉及贏者與輸者，「分配考量」（政治鬥爭）必在其中⁸⁸。但這過度引伸了，在因交易成本而生的契約漏洞之填補，（個案）分配不是考量，因為這不符合雙方當事人的利益。

⁸⁶ 參見 Steven N. S. Cheung, *The Contractual Nature of the Firm*, 收於收於張五常英語論文選，頁 201（2005 年）。

⁸⁷ See James M. Buchanan, *the Punishment Dilemma*, in *The Collected Works of James M. Buchanan v. 7: The Limits of Liberty* 165-185 (2000).

⁸⁸ Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 *Yale L J* 1211 (1991).

法律作為合約安排，意味了個人自由最大化了。這裡的自由不是指特定自由的最大，而是個人在特定社會的行動受到最少的拘束。法律創造了權利確定，其定分避免了爭奪，而且促進了市場交易，個人所得因此提高，意味了其行動受到的約束變小了，自由也。「國會法律透過協調個人自由彼此之間的衝突，勢必構成對個人自由的限制與侵害，但也正是透過這種侵害，實現對個人自由的界定與保護。⁸⁹」

五、 結論

法治是人類社會的支柱，華文社會不可能例外。經濟分析解釋了法治，但其也有甚多無關制度的理論，令法律的經濟分析走入歧途了。單純功用極大化推導出來的誘因機制或規範狀態，既非真實，往往也適得其反，法律不應隨之起舞。又法律之發展，可有法典化與案例法。目前法律的經濟分析，多是英美普通案例法主導的，而且採取了「立法」而非「司法」模式，以致於法律作為規範不見了。華文社會要避免盲目繼受，但也不能陷入科學化的圈套！

現代法經濟學之父寇斯在其百歲誕辰的訪問談話中說：「過去的經濟學，主要是英國的，現在是美國的，未來是中國的，但中國經濟學家的心態須是正確的。⁹⁰」忽視制度的經濟學，是有理論缺陷的，將之照搬至華文語境，無疑會阻礙瞭解而且會導致發展倒退。法律作為制度之一環，其有共通性，也有地方性。目前主流的法律經濟學，多以英美法為想像，而且多持法律現實論，將之適用至具大陸法風味的華文法律規範，須經創造性轉化。華文的法經濟學，勢在必行了。一方面，華文的經濟學概念，應是制度相關的好經濟學，另一方面，華文經濟分析的法律必須是華文的。最重要的是，法律經濟學，既是法律的，也是經濟的。法律的，意味了依法而治，其是有規範性的；經濟的，意味了相互交易，其是互蒙其利的。

⁸⁹ 黃舒芃，民主國家的憲法及其守護者，頁 14（2009 年）。

⁹⁰ Ning Wang, A Life in Pursuit of "Good Economics": Interview with Ronald Coase by Ning Wang, 1 (1) Man and the Economy 99, 103 (2014).