

「零交易成本」的假設性思考——

法律經濟分析之殤

簡資修*

一、前言

假設性的案例教學，在傳統法學，甚為重要。在大陸（成文）法，其是在訓練學法者的法教義操作（王澤鑑 2010）；在普通（案例）法，其所謂蘇格拉底式教學，則在「詭辯」（Harris 1982: 4-6; Brownsword 2017: 112）¹。兩者，雖然形式上截然不同，但都是服務於法律實務——在大陸（成文）法，為法官審結案件；在普通（案例）法，為律師贏取官司。在大陸（成文）法，此未探討教義本身合理與否，易流於「概念法學」之僵化；在普通（案例）法，此太注重個別案情，有礙於法律體系之形成。無怪乎，法律經濟分析以科學之名而起了（Hackney 2007）。

法律經濟分析的開創者之一，理查·波斯納（Richard Posner 2014）在其論題無所不包的《法律的經濟分析》一書前言說：「法經濟分析不但影響了很多的法領域，也改變了法學教育。之所以如此，是法律表面上的極端複雜所致。法律被細分為很多領域，而各領域有其自身的複雜規則。傳統上，各領域之學習，是獨立分開的，而各領域的自身規則，又被視為封閉自主的。反之，數量不多的經濟概念——例如不確定性下的決策、交易成本、成本效益分析、避險與正或負的外部性——可以一再適用至非常不同的法領域，從而顯示出法律系統的樣貌，學生也會有比較融貫的法律系統認識——瞭解各法律間的關係與其統一性，因此當新問題出現時，可以有效地解決之。」

另一法律經濟分析的開創者，卡拉布雷西與其合作者梅勒枚德（Guido

* 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。

¹ 波斯納（Richard Posner 2013：20）說，經過哈佛法學院一年級的洗禮，覺得自己變聰明了。

Calabresi and A. Douglas Melamed 1972 : 1128) 在其經典論文〈大教堂一景〉也說：「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。」

不管波斯納或卡拉布雷西的法律經濟分析，都來自「寇斯定理」(Coase theorem) 的引伸，但是走錯了方向(簡資修 2012)。寇斯定理之無交易成本的假設，被其反推為有交易成本，就要有法律之強制介入，而去達成(波斯納式)經濟效率或(卡拉布雷西式)政治分配。這是犯了否定前件的邏輯錯誤(fallacy of denying the antecedent)，而且偷渡了其法律規範主張。此外，將法律定性為強制介入，其意在嚇阻懲罰，也誤導了法律實證研究，甚至有時實證研究反客為主，變成了法律之規範性主張。但是寇斯(Ronald Coase)之無交易成本之假設，其實是為了避免節外生枝，從而可以清楚說明如下命題：在權利確定下，所謂「外部性」(externality)——社會成本與私人成本之分離——根本不存在！從其整體思維來看，寇斯(Coase, 1988; 1994)知道法律不是強制嚇阻，而是合約形成的規範體系。張五常(2014)繼之將交易成本一般化，解釋了(法律包括在內的)人間制度。立基於此，筆者提出以下的法律經濟理論：不管在規範面向或經驗面向，權利釐定成本之極小化，促成了法律之一致性與融貫性之體系化(簡資修，2017)。

本文以下首先將說明寇斯定理中的無交易成本假設的本意；接著批判因此錯誤推導出的視法律為經濟效率之誘因工具之理論；再下一節，續之批判也是錯誤推導出的視法律為政治分配之本身；至此，可以說明法律作為定分，其減少了租值消散，此即權利釐定成本之極小化；再來，法學作為經驗也是規範科學，統計實證研究卻往往被濫用，反客為主偷渡了規範主張；最後，本文檢討經濟分析作為法學方法，認為理性人之假設被誤用而不必要，需求定律則是不可缺的。

二、 社會成本問題

在寇斯發表其〈社會成本問題〉(Coase 1960) 之文前，經濟學家認為，造成他人損害之行為，若不受到抑制，私人成本與社會成本分離，社會財富即無法極大化，所謂外部性也。但寇斯在該文的前兩節指出，從整體社會財富（經濟）來看，這樣界定問題是錯的；造成損害本身不是問題，造成損害的行為之價值是否高於損害，才是問題。寇斯接著在該文的第三、四節，以假設的農人與牧人間的衝突（損害）為例，說明造成損害的牧人即使不負任何的法律責任，整體社會財富仍未減損，這證明了外部性理論之錯誤。寇斯在舉例時，做了兩個假設：權利確定與無市場交易成本。權利確定之假設，是因為經濟學家認為法律強制介入才能去除外部性，則非法律強制介入之不負損害賠償責任的確定，若仍能使整體社會財富最大，外部性理論即失效了。致於無市場交易成本之假設，則是要避免模糊人都有取利交易的傾向，則若是其權利之初始分配不是社會財富最大，其可以經由市場交易去達成社會財富最大。無市場交易成本之假設與權利確定之假設，都有其特定的功能。現實上，權利之確定，當然不可能百分之百；同樣地，市場交易成本也不可能百分之百為零。去爭執市場交易成本不可能百分之百為零，因此主張寇斯的證明無效 (Cooter 1982)，完全是劃錯重點了 (Coase 1988: 14-16)。

不過，史蒂格勒 (George Stigler) 創造了「寇斯定理」(張五常 2014: 739)：在權利確定與無市場交易之條件下，權利不管分配給誰，社會財富是不變 (invariance thesis) 的最大 (efficiency thesis)。此一定理化，也許有助於數學運算之證明，但卻失去了寇斯原本設例的靈魂——外部性理論根本是空的。不特此也，此一定理化，也淪為他人犯否定前件邏輯錯誤之藉口——如果市場交易成本為零，才使得社會財富最大，則市場交易成本不為零，社會財富即不會最大。如此一來，既然現實世界無處不有交易成本，即使權利確定，其社會財富也不會最大，則法律強制介入之（經濟）外部性理論還魂了（本文第三

節)，或者（政治）財富分配之不可免了（本文第四節）。

三、法律作為誘因

庫特與尤倫（Robert Cooter & Thomas Ulen，2012：3）在其被廣為採用的法律與經濟學教科書，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。」將法律作為誘因是外部性理論的本質，其有兩個假設，一是，客觀上的損害，都是未經過交易的，二是，法律的強制介入，可以消彌此損害。但在現實上，符合此兩條件者，甚少。

例如在作為典型外部性之環境污染中，社區規約可能就此已經有所規定了²，換言之，這是交易過了。此外，我國民法第 793 條規定：「土地所有人於他人之土地、建築物或其他工作物有瓦斯、蒸氣、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，不在此限。」德國民法甚至以正面禁止排他反面才容許排他規定之。其第 906 條規定：「（第一項）土地所有人對於瓦斯、蒸氣、臭氣、煙、煤、熱、音響及振動之侵入，及其他來自鄰地之類似干擾，並不妨害其對土地利用、或其妨害僅係不重大者，不得禁止之。法律或法規命令所定之上限值或標準值，不為依該規定確定及評估之干擾所超過者，通常構成不重大之妨害。依聯邦公害防治法第四十八條規定公有且反映現有技術狀態之一般行政規定之數值者，亦同。」³這些私法自治的預設規定，從法律作為合約安排來看，意味了這些損害也是交易過的。再者，法律的強制介入，往往也是過猶不及。這裡不僅是訊息的問題，例如法院或行政官署如何得知損害的額

² 參照公寓大廈管理條例（2016 年）第 3 條第十一款、第 23 條、第 24 條。

³ 德國民法（總則編、債編、物權編），頁 867，國立臺灣大學法律學院（德國民法編譯委員會）、財團法人台大法學基金會，2016 年修訂第二版，台北：元照出版。

度，而且其所採取的手段，是對症下藥嗎？這不是假定課予多少的污染稅，可以令市場供給曲線往上移，從而使得市場均衡於社會最適點所能解決的

(Cooter & Ulen, 2012:23)，因為這是自我催眠的黑板經濟分析——想當然耳 (Coase 1988: 179-185)！更何況，即使可能受害人數眾多，也不表示交易會失敗，因此法律必須強制介入。例如我國公害糾紛處理法第 30 條第 2 項即規定：「事業得與所在地居民或地方政府簽訂環境保護協定，防止公害之發生。」而排放許可之交易，例如溫室氣體排放交易⁴，則更是放棄了法律之強制介入。

四、 法律作為分配

卡拉布雷西 (Calabresi 1991: 1212) 基於寇斯的交易成本無所不在之提點，推出：交易成本 (包括不理性與訊息不足) 如同現有的科技，決定了一個社會的可能成就——帕雷托疆界 (Pareto frontier)。因此他說，在既有的交易成本下，一個社會現在或很快就會在帕雷托最適點上，從而要改變現狀，一定會造成一些人的不利益 (因此財富分配不可避免)，或者試圖擴張疆界 (因此也經常涉及財富分配)。卡拉布雷西很正確指出：一向為人主張的帕雷托疆界內之到達是虛幻的；不理性與訊息不足等之交易成本，是實實在在的成本，一如科技不足或甚至天不降財富，不可假設其不存在；一旦定性為帕雷托疆界內之到達，改變即為理所當然，則不理性與訊息不足等交易障礙，即不會被認真看待。的確，帕雷托疆界 (最適、效率) 之分析，其缺陷一如本文上節所言的外部性理論，是寇斯所言的不食人間煙火的黑板經濟學——滿足於黑板上圖表與數學之漂亮運算。不過，卡拉布雷西認為改變現狀必然要考慮到財富分配，尤其其所謂改變現狀往往意味著法律適用，則是推論過快了。

在〈大教堂一景〉一文，卡拉布雷西以應配分 (entitlement) 為法律分析的基本單位，並且說其保護方式可有財產規則 (property rules)、補償規則 (liability rules) 與禁易規則 (inalienability) 等。其認為應配分與其保護方式之

⁴ 參照溫室氣體減量及管理法 (2015 年) 第 18 條。

選取，視法律的目的為經濟效率、（社會）分配偏好或其他正義考量而決定的。其如此「去實質化」法律的目的，無非是要強調法律是政治（集體）決定的，法律僅是工具，並無其自身的結構。但這種形式化的兩階法律分析，其前提與邏輯，是大有問題的。所謂應配分，是利益衝突之裁決，其一定有法律規範基礎，在私法其是自治，不分適用於私法或公法，任意以經濟效率、（社會）分配偏好或其他正義考量決定應配分，視法律為無物了。此外，將應配分與其保護方式分離為兩階分析，也是邏輯矛盾了。應配分既是利益衝突之裁決，其就是保護的方式，邏輯上，不可能分離。例如，補償規則與財產規則之不同，若僅是在救濟方面，其是無法區分的，因為作為財產規則特徵之刑罰，將無用武之地——刑法不能處罰無過失者。此外，這種兩階分析，使得侵權賠償被歸為補償規則，從而令侵權責任法公法化了（Calabresi 2016: 117-130）。侵權責任法作為區別於（個別）契約之責任，令人聯想於「只要付出第三人訂出價格可以不管權利人同意」之補償規則，並不意外。但侵權責任法的原則，是過失責任，不是結果責任。換言之，即使是在侵權責任的訴訟，其重心並不在損害賠償之多少，而是在過失責任成立與否，此非補償規則可涵蓋。侵權責任法，其實是財產規則——以侵害人之過失為停止條件之損害賠償約款（簡資修 2016）。

五、 法律作為定分

寇斯〈社會成本問題〉一文之所以作，其是要回應眾多經濟學家對其前文〈聯邦通訊委員會〉（Coase 1959）之批評。〈聯邦通訊委員會〉一文之主旨就是一句話：權利之釐定是市場交易之前提要件。寇斯知道經濟學家之所以不接受此一說法，是因為經濟學家有意無意間皆以庇古（A. C. Pigou）的外部性理論為圭臬——只要有損害，就要有（法律）責任，所謂內部化也。寇斯因此在〈社會成本問題〉的第三、四節以牧人農人衝突之例，展示了一旦權利釐定清楚，市場交易可以令社會的產值最大，所謂外部性根本不會發生。寇斯在〈社會成本問題〉的第五節，進一步以真實的英美法判決說明：「法院所面臨的問

題，不是誰將會做什麼，而是誰有做什麼的法律權利。而經過市場交易，初次的法律權利歸屬，是可被修正的（Coase 1988: 114）。」這是寇斯定理的重述。寇斯在〈社會成本問題〉第三、四節的「無交易成本」假設，真的不重要，重要的是，權利之釐定——法律作為定分——令所謂外部性根本不會發生⁵。

權利之釐定，其實不是僅有為市場交易之前提要件之消極意義，而更有減少你爭我奪的社會浪費之積極意義。艾爾欽（Armen Alchian）說，在資源缺乏下，人與人間必然競爭，決定誰勝誰負要有準則，此即產權制度（張五常 2007：104）。張五常更將人與人間的競爭約束（制度），一般化為合約安排（張五常 2007：104）。換言之，人與人間的競爭若不受到約束，打打殺殺，資源之租值消散（dissipation of rent），則人基於自利，必然以合約安排之制度去減少此社會浪費。作為權利釐定之法律制度，其本質因此是最小化權利釐定之成本。寇斯如下這段話，必須在此視角下，才不會引人誤解：「當然，如果市場交易是無成本的，（法院）應在意的（除了衡平法外），是很好釐清當事人的權利，令人可預測訴訟結果。但如前述，當市場交易成本如此之高，令人很困難去交易（法院）釐清後的權利，（法院）即不應僅是（形式）釐清權利就好。在這些情況，法院（的裁判）直接影響了經濟活動。法院如下的作法，應是好的：法院應該知曉其裁判的經濟後果，在不致使得法律太不確定下，將這些經濟後果納入裁判之考量。甚至即使市場可以交易這些釐清後的權利，但法院的裁判，如果可以避免這些市場交易，資源因此不浪費在此，未嘗不是一件好事（Coase 1988: 119）。」文中的「在不致使得法律太不確定下」，寇斯未予以理論化，造成往後很多不必要的誤解。

在張五常的制度作為合約安排（簡資修 2015），其交易成本（transaction cost）不是寇斯在〈社會成本問題〉或〈公司本質〉等文中的交易成本，後者是指具體契約之交易成本，可稱市場成本，而前者則是指制度間變遷之交易成

⁵ 這裡的市場交易成本為零，其實可以從邊際來看，此即假定市場交易成本是恆定的、外生的（exogenous），則權利多一分確定，所謂外部性即多一分不可能發生。

本，可稱制度成本。張五常曾批評寇斯說，其在〈社會成本問題〉一文，同時假設權利確定與無交易成本，是矛盾的，因為權利之所以存在，是其減少了交易成本，則若無交易成本，即無權利確定之必要（張五常 2014：799）。這個批評過於嚴苛了。寇斯在此所指的**交易成本**，是具體契約的市場交易，並非制度變遷的（社會）合約，其假設交易成本為無，是功能性的——為了凸顯權利確定之重要而外部性理論之荒謬。這也是為何寇斯贊同張五常說的，「如果無交易成本，私有財產權的假設，也可不要，而寇斯定理仍然成立。（Coase 1988: 14-15）」更何況寇斯的公司理論，就是源自於市場交易之有成本啊！不特此也，寇斯甚至說，市場愈是接近完全競爭，愈須要一個管制密度很高的法令系統（Coase 1988: 9）。寇斯是知道市場交易成本之高的。

不過，寇斯的這種比較狹義的**交易成本**，在法律的經濟分析上，被不少人誤用了。所謂**規範性寇斯定理**（**normative Coase theorem**）與**規範性霍布斯定理**（**normative Hobbes theorem**）之提出，即是一例。前者，指法院應該形式遵守法律，從而減少市場交易成本，促成市場交易，而後者，則是因為市場交易成本太高，法院應該自為裁判，將權利判給具較高價值之一方（Cooter & Ulen 2012: 91-94）。這真是災難性的推導，法律作為權利釐定成本之最小化，被徹底摧毀了。法院若可以個案的市場交易成本高低來決定適用法律與否，權利還有確定性嗎？另一個誤用之例，是**侵權責任**的經濟分析。侵權責任之所以是侵權責任而不是契約責任，就是其市場交易成本太高了，但因此認定其原則之過失責任，其目的在於作為管制工具之嚇阻或強取之補償規則（Calabresi & Melamed 1972），也是此交易成本概念觀之害。侵權責任既然是私法的一環，其非具體契約責任之定性，仍須在私法自治原則下為之——事後給付損害填補之約款（簡資修 2016）。過失之所以是損害賠償之啟動條件，是因為人之理性不是無限的，人的行為往往非經深思熟慮（Kahneman 2013），因此應注意能注意而不注意之情事，即不可避免發生，則一旦意外因之發生，令行為人填補損

害，是社會眾人互蒙其利的。一者，受害人之損害受到填補了，二者，行為人的危險活動，毋庸放棄，租值消散因此減少了。

六、法律實證研究

假設性思考既然是假設，其目的在於幫助解決真實問題，因此真實問題是否解決了，才是其驗證標準。在如今數字當道的時代，統計分析主宰了此驗證領域。雖然法律是規範命題，此即如何的行為（法律構成要件），會有如何的法律效果，但其研究在科學之名下，也被統計分析入侵了。毋庸諱言，法律有其經驗面向，例如不能指鹿為馬之不同於實體規範之證據面向（黃茂榮 2011：277-360），但如今的法律實證分析，往往被作為偷渡規範主張的工具了。

王鵬翔與張永健（2015：264-279）將法實證研究分為三類：一、檢驗差異製造事實是否存在；二、檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為；三、以實證方法描述法律論證。首先，這個分類有問題。其第一類之「檢驗差異製造事實是否存在」，係分析方法，而第二、三類是以「法律」為對象，則分類有些突兀，令人理解不易，而其實其是以差異製造事實是否存在去「檢驗法律的合理性」⁶。換言之，這是作者最在意的經驗面向的規範意義。不以法律的合理性為分類之名，似乎有意避重就輕。即便如此，作者開頭卻說，實證研究不能解決法律價值分歧問題，其只是各擁其主罷了。作者說，「實證研究論述力道較弱，並非實證研究本身所致，而是價值論辯尚未到硝煙散去的時刻。」（王鵬翔與張永健 2015：266）但作者大張旗鼓做此論文，原意不就是在價值衝突之際，提出實證研究可以給出科學答案嗎⁷？另外，作者將背景條件之實證研究，也塞進這個類型（王鵬翔與張永健 2015：266-267），應也是意在膨脹實證研究之規範重要

⁶ 法律的有效性（validity），其形式意義太強，故不採之。

⁷ 「本文關心的焦點之一即在於：經驗事實——特別是由法實證研究發現的經驗事實——是否能夠在法律論證中，作為支持某項法律上規範主張的理由？本文的答案是肯定的。」（王鵬翔與張永健 2015：221）；「本文認為，的確有可能進行所謂『內在觀點的法學實證研究』，為了回答其所涉及的關鍵問題——『法實證研究的成果在何種條件與範圍內，有助於解決法釋義學所關注的規範問題？』、『在法律論證中，法實證研究的結果可否作為支持或反對某一論證的理由？』」（王鵬翔與張永健 2015：232）。

性——但背景條件不是差異製造事實（Wang & Wang 2015），是不能作為檢驗法律合理性之標準的。不只如此，作者往後所舉的實證研究之例，也多非屬此類，而是屬第二、三類者。其第一例：強制開示證據之例（王鵬翔與張永健 2015：267）應屬於檢驗法律的實效性，既然其有實效，對於法律之規範性，意義不大，其若要有意義，應是要研究強制開示證據的成本，例如訴訟是否延長了、強制代理或策略性行為增加了等，是否低於和解率增加的利益。其第二例：2003 年民事訴訟法修正給予最高法院選案權之例（王鵬翔與張永健 2015：267-268），應屬於檢驗法律的實效性或刻畫制度性行為；但此一實證結果，不能證明此法律修訂之「無效」，因為若無此修訂，最高法院即無法律基礎去選案，所以此修訂可視為最高法院法律續造之必要條件，但不是充分條件。這樣的法律修訂，並非無意義。其第三例：共有物分割以原物分割為原則之例（王鵬翔與張永健 2015：268），同樣應屬檢驗法律的實效性或刻畫制度性行為，或甚至是描述法律論證；同樣地，此一實證結果，不能證明此法律修訂之「無效」。以原物分割為原則，並不表示案件最後多以原物分割結案才符合法律目的，因為以原物分割為原則，僅是指出法官應思考的順序，若實際上多數案件以變價分配，並不能證立原物分割為原則之規定是不合理的。

王鵬翔與張永健所提的法律實證研究，若非全部也絕大部分是其分類的第二類（檢驗法律的實效性與刻畫制度性行為）或第三類（以實證方法描述法律論證），而非第一類的法律合理性——而此才是法律作為規範的核心意義。如此其值得議論者，即有一，以實證方法描述法律論證，在法律規範上，沒有太大意義。實證上，比較多的判決或甚至法院，採取 A 說而不是 B 說，在法律論證上，不能得出 A 說為真或有權威。與其花費大量心力於資料蒐集與分析，不如針對 A 說或 B 說為實質探討。其二，刻畫制度性行為，仍只是指出現象，其為何如此以及改變此現象的後果，仍是無知的，但往往規範被提出了——想當然耳或有心人士操作。例如即使法官的族群出身的確影響了判決結果，就推出法

官組成一定要依族群比例為之（王鵬翔與張永健 2015：239）？其三，法律之實效，應在於其符合法律構成要件，即有法律效果，但頗多法律實證研究卻將是否嚇阻了行為，作為其實效標準⁸。例如辯論死刑是否有嚇阻效力或侵權責任法是否減低了意外事故之數量或金額，都是法律規範不相關的。

在理論方面，王鵬翔與張永健（2015：232-264）提出「差異製造事實」作為統計分析可以推導出法律規範之理由，但此值得商榷。王鵬翔與王一奇提出差異製造事實之說法，其意在說明法律規則僅是給予規範理由的事實，不是規範理由本身，因此法律規則的規範性，是來自行為人知曉其行為是此法律規則所要求之此一差異製造事實（王鵬翔 2015；Wang & Wang 2015）。其主要是在化解法律規則作為內容獨立所產生的規範縫隙問題，但王鵬翔與張永健這裡所提的法律實證研究，都是內容相關的，理論與應用之差距，不可謂不大。王鵬翔與張永健將差異製造事實與目的解釋與結果解釋掛勾，毋寧是在偷渡規範性理由。例如其主張「為了發揮袋地的土地利用價值，袋地之承租人或使用借貸人亦應享有鄰地通行權」（王鵬翔與張永健 2015：218-219），但袋地之承租人或使用借貸人享有（法定）鄰地通行權，根本不是差異製造事實，因為其鄰地通行權是可以而且必須經由土地所有權人為之，此不但可行，而且才無例如「法定（通行）租金誰屬」之副作用。

法（教義）學既然是體系之學，其在法律解釋、法律續造甚至法律制訂，都要受此約束。法律體系的特徵是一致（無矛盾）性與融貫性，因為如此才是權利釐定成本之最小（簡資修 2017：37-42）。換言之，法律規範理由中的差異製造事實，是如此的解釋、續造或立法，使得（整體）權利釐定成本最小，而非其各種具因果關係的法律「實效」，例如行為嚇阻或訴訟變少等，因為這些並非法律規範之「目的」所在。王鵬翔與張永健（2015：212-214）以司法院釋字

⁸ 「一個在現實上根本不可能被違反的規範，自始就喪失了它作為規範的意義」。黃舒梵（2016），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？以司法院釋字 728 號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56 期，頁 177。

712 號解釋為例⁹，指出大法官在適用比例原則時是如何忽視了經驗，意味了大法官有失其作為憲法守護者之職守。但首先，其說（王鵬翔與張永健 2015：213）：「本文不認為既有的數據已經足以作出明確推論，甚至可以說既有的數據隱然指向：收養制度開放不大可能造成人口衝擊。」不過，在合憲解釋原則下，大法官本來就不負有比例原則適用之舉證責任，則數據指向僅「隱然」與大法官認定者不同，實難以責怪大法官之「經驗」不足（因此導致司法不良）。更重要的是，司法院釋字 712 號解釋的規範議題，根本不是開放收養大陸人民是否會造成臺灣的人口失衡，而是臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女被排除在外，是否侵害了其基本權，即使開放收養大陸人民會造成臺灣的人口失衡。誠如蘇永欽大法官在其協同意見書指出：「本件解釋最重要的問題，就是應從何種基本權切入，作為審查有關收養限制規定的憲法基礎。」其又說：「規範兩岸人民關係的立法者如果要對家庭事務作一定的規範，因為其基本人權的定位，應該要非常小心，比如我們很難想像，兩岸條例對於兩岸人民通婚或生育作這樣那樣的限制乃至管制，就此即使把人口政策的考量放進去，也很難合憲化……但非屬家庭權核心部分的收養行為，其限制就不必適用和結婚一樣高的門檻。其結果和本件解釋以收養自由為審查的基本權，因其非基本人權而一概採寬鬆標準，最後雖可得到相同的結論，但論述上的殊途，如果不能更嚴謹的去作抉擇，就很難說下次還能不能同歸了。」這才是法律體系之學——論證之一致性與融貫性，權利釐定成本因此降低了。

再以過失責任為例，說明差異製造事實作為規範理由之論證。在侵權責任法，侵害人因其過失，始負損害賠償責任。在實務與學說，往往將過失客觀化，主張侵害人的物理損害防制能力必須達到一個客觀的標準，否則就應負損

⁹ 解釋文為：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第二十二條保障收養自由之意旨及第二十三條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」

害賠償責任。但這是混淆了差異製造事實與背景條件。侵害人是因為其從事了危險行為而負損害賠償責任，而其物理損害防制能力是其背景條件——物理損害防制能力愈弱，其行為愈危險；物理損害防制能力愈強，其行為愈不危險。過失責任漢德公式 $B < PL$ 之所以成立，是從事愈危險行為，其 P 值愈高，從而愈可能負損害賠償責任。行為才是差異製造事實，行為人的物理損害防制能力僅是背景條件。

七、經濟分析作為法學方法

經濟分析以其理論（模型）建構與經驗驗證，宣稱其科學性。佛利曼（Milton Friedman 1953）說，理論之有效與否，不在於其假設真實與否，而是其預測能力。佛利曼此說，在其時代背景下，促成了理論與經驗結合之經濟學，居功厥偉（Mayer 1993）。經濟學人若依其說，是不應該去爭執寇斯定理中的無交易成本假設，因為這是「虛胖假設」（fat assumption）而不是「必要假設」（necessary assumption）（Mayer 1993：218），權利確定才是其必要假設。不過，佛利曼此說，往往也被援用為黑板經濟學的護身符。在法律經濟分析，法律一旦被定性為（經濟或政治）政策工具，則其手段目的之實效性，即是可計算的，從而可驗證或預測，套套邏輯也！例如在損害賠償法，損害首先被視為非社會所欲的，而事後賠償（侵權法）、事前管制（行政法）或事前出賣（使用費）等是其防制的法律手段，如此一來，在邊際利益等於邊際成本時總收益為最大的公式下，可以得出損害防制之最佳法律。但誠如寇斯在〈社會成本問題〉一文指出的，損害是社會之必然，其往往是交易過的，則這種手段目的之模型與驗證，無異緣木求魚。「損害係非社會所欲」之假設，不是虛胖假設而是必要假設，而其是不真實的，再多複雜的模型建構或統計驗證，只是金玉其外，敗絮其中罷了。

寇斯即指出，其自身經歷的三個重要經濟理論（海耶克的蕭條理論、凱恩斯革命以及壟斷性競爭理論），在短時間內即為經濟學家接受，根本無所謂的預

測檢驗，佛利曼上述說法，因此值得商榷（Coase 1994: 18-24）。不特此也，寇斯也以其長年擔任法律與經濟學報編輯的經驗說，多數的量化研究，根本不是在檢驗理論的正確與否，而是在測量其效果；其他的量化研究，也是理論偏見，其迴歸分析結果，多數證實了理論，即使統計上不顯著，也被認為在正確方向，只是資料不夠，甚至統計上顯著地不支持理論，理論也不被認為失效，而是應該更加深研究；又即使在檢驗多數理論優劣之量化研究，其也是被其中一理論主宰，而非結果預測準確決定了何一理論之優（Coase 1994: 25-28）。即使有上述的種種缺失，寇斯不認為經濟學家可能改變此研究方法，而是提出不定於一尊的自由競爭學術環境，才是解方（Coase 1994: 28-33）。

理性人是經濟分析的基本假設，其被套用至法律經濟分析領域，即是上述庫特與尤倫將法律作為隱含價格，分析其對於行為的影響。首先，寇斯質疑這種抽離人性的功用極大化假設，對於吾人瞭解經濟系統有任何幫助（Coase 1988: 1-5）；二者，若將法律視為隱含價格，其對於行為之影響，只是技術上之計算而已，但法律的本質，不是懲罰或補貼之誘因機制，而是規範系統！誠如寇斯指出，人性為何難以滿足，這是社會生物學家或其他科學家的工作，經濟學家只要知道需求定律即可——對於多數人而言，一物的（比較）價格升高，幾乎皆會導致其需求之減少（Coase 1988: 4）。此定律雖簡單，但分析能力強大無比。法律作為定分，權利釐定即在於減少租值消散（包括減少爭鬥以及促進交易），需求定律之表現也。

八、 結論

寇斯在〈社會成本問題〉一文，假設交易成本為零，其交易成本是指具體契約之市場成本，其作用是要凸顯權利確定在減少社會浪費之重要，從而證明所謂有損害必有法律責任之外部性理論之荒謬。波斯納等主流法律經濟分析論者，犯了否定前件之邏輯錯誤，卻以現實世界無不存在著交易成本，必有社會浪費，因此須有法律之強制介入。卡拉布雷西也以此為理由，主張法律必然涉

及政治分配。但法律作為人間制度，其是因應交易成本而生的，此即法律是交易成本之函數，其非外生關係的。法律既非經濟效率之工具，亦非政治分配之本身，而是權利釐定成本之最小化。法律實證研究作為差異製造事實之提供，因此其是在於法律體系化之論證，而非掛著目的解釋或結果解釋之面具，去偷渡法律之規範主張。經濟分析作為法學方法，其精義不在其模型建構或統計實證，而是在其需求定律之運用於法律作為定分之權利釐定分析。

參考文獻：

王澤鑑（2010）。《法律思維與民法實例：請求權基礎理論體系》。台北：自刊。

王鵬翔（2015）。〈規則的規範性〉，謝世民主編，《理由轉向：規範性之哲學研究》325-356。台北：台大出版中心。

王鵬祥、張永健（2015）。〈經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17：205-294。

張五常（2014）。《經濟解釋》。北京：中信。

張五常（2007）。《經濟學的缺環》。香港：花千樹。

黃舒芃（2016）。〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？以司法院釋字 728 號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56：163-211。

簡資修（2017）。〈權利之經濟分析：定分或效率〉，《法令月刊》，68（9）：24-46。

簡資修（2016）。〈侵權責任的私法性質〉，《北大法律評論》，17（1）：122-141。

簡資修（2015）。〈法律作為合約安排〉，《交大法學》，2015（3）：37-46。

簡資修（2014）。〈過失責任作為私法自治之原則〉，《北大法律評論》，15（1）：155-173。

簡資修（2012）。〈科斯經濟學的法學意義〉，《中外法學》，2012（1）：190-203。

Brownsword, Roger (2017), *Field, Frame and Focus: Methodological Issues in the New World*, in Rob van Gestel, Hans-W. Micklitz and Edward L. Rubin ed., *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Calabresi, Guido (2016), *The Future of Law & Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven: Yale University Press.

Calabresi, Guido (1991), *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, *Yale*

Law Journal 100 (5). pp. 1211-1237.

Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed (1972), Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral, *Harvard Law Review* 95(6). pp. 1089-1128.

Coase, R. H. (1994), *Essays on Economics and Economists*, University of Chicago Press.

Coase, R. H. (1988), *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: The University of Chicago Press.

Coase, R. H. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3 (Oct.) : 1-44.

Coase, R. H. (1959), The Federal Communications Commission, *Journal of Law and Economics* 2 (Oct.) : 1-40.

Cooter, Robert (1982), The Cost of Coase, *Journal of Legal Studies* 11: 1-34.

Cooter, Robert D. and Thomas Ulen (2012), *Law and Economics* (6th ed.), Addison-Wesley.

Friedman, Milton (1953), *Essays in Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press.

Hackney, James R. (2007), *Under Cover of Science: American Legal- Economic Theory and the Quest for Objectivity*, Duke University Press.

Hardin, Garret (1968), The Tragedy of the Commons, *Science* 162 (Dec.): 1243-1248.

Harris, J.W. (1982), *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rules and Legal System*, Oxford University Press.

Kahneman, Daniel (2011), *Thinking, Fast and Slow*, London: Allen Lane.

Mayer, Thomas (1993), Friedman's Methodology of Positive Economics: A Soft Reading, *Economic Inquiry* 31 (April): 213-223.

Posner, Richard A. (2014), *Economic Analysis of Law*, Aspen.

Posner, Richard A. (2013), *Reflections on Judging*, Cambridge, US: Harvard University Press.

Wang, Peng-Shiang and Linton Wang (2015), Rules as Reason-Giving Facts: A Difference-Making-Based Account of the Normativity of Rules, Michał Araszkiewicz et al. ed, *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, pp. 199-213, Heidelberg/New York: Springer.