

【一般論文】

論法律經濟分析之科學性*

簡資修

中央研究院法律學研究所

On the Scientific Nature of Law and Economics

by

Tze-Shiou Chien

Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica

tschien@sinica.edu.tw

* 本文初稿曾以〈「零交易成本」的假設性思考——法律經濟分析之殤〉發表於中央研究院歐美研究所（2017/11/23）舉辦的「假設性思考工作坊：哲學探索、科學方法與生活實踐」。本文也以〈法律經濟學上的假設性思考〉在臺灣法理學會的專文論壇（2018/4/12）發表，感謝王鵬翔的評論以及諸多朋友的提問；感謝薛熙平的事後辯難；感謝《政治與社會哲學評論》的審查意見；當然仍有的缺失，是作者本人要負責的。

收稿日期：2018 年 4 月 25 日；通過日期：2018 年 7 月 5 日

摘 要

法律經濟分析如今的蓬勃發展，可說歸功於其科學性之宣稱。前期的法律科學，例如普通法的藍德爾主義與大陸法的法教義學，是被其視為形式主義或概念法學，而不是科學。如今主流的法律經濟分析，是訴諸數理模型之建構以及計量統計之分析。但科學之意義，在於其可以經驗驗證，這表現在模型建構之時，即須將經驗考慮其中，而非以理所當然之前提（例如功用極大化或改進市場失靈等）去建構數理模型，然後再以可量化的資料去尋求因果關係或甚至只是相關性之展現。法律經濟分析的研究對象是法律——法律是經驗事實，經濟分析是方法——因此法律經濟分析之科學性，在其模型建構之時，即不可偏離法律之所以是法律的系統規範性，而不是其數理模型或統計分析。

關鍵詞：法律經濟分析、科學性、寇斯定理、合約安排、實證法學研究、漢德公式、補償規則

一、前言

法律經濟分析如今的蓬勃發展，可說歸功於其科學性的宣稱。前期的「法律科學」(Harris, 1979)，例如普通法的藍德爾主義 (Langdellism) 與大陸法的法教義學 (doctrinal study) (Smits, 2017)，是被其視為「形式主義」(formalism) 或「概念法學」(conceptualism) (Richard Posner, 1986)，而不是科學 (Hackney, 2007)。如今主流的法律經濟分析，是訴諸數理模型之建構以及計量統計之分析。但 (實證) 科學之意義 (本文第六節)，在於其可以經驗驗證，這表現在模型建構之時，即須將經驗考慮其中，而非以理所當然之前提 (例如功用極大化¹ 或改進市場失靈等) 去建構數理模型，然後再以可量化的資料去尋求因果關係或甚至只是相關性之展現。法律經濟分析的研究對象是法律——法律是經驗事實，經濟分析是方法——因此法律經濟分析之科學性，在其模型建構之時，即不可偏離法律之所以是法律的系統規範性，而不是其數理模型或統計分析。

如今的法律經濟分析，無不以寇斯定理 (Coase theorem) 為其出發點 (本文第二節)。但此定理的「無交易成本」之假設推導出來的效率結果，往往被論者以否定前件之邏輯錯誤 (the fallacy of denying the antecedent)，反推導出：有交易成本，即無效率，法律應介入改正之。但寇斯 (Ronald Coase) 的此一無交易成本之假設性思考的意

¹ 功用極大化 (utility maximization) 之假設在法律經濟分析有兩大缺失：一、更符合真實的行為經濟學 (behavior economics) 被排除了；二、法律僅被視為影響行為的誘因。本文以下主張的減少租值消散，是立基於人性之合作交易，功用極大化思維不及焉。

涵應是：若無交易成本之存在，法律是無意義的；法律是因應交易成本而生，而非外生於交易成本，因此其非由外而內要去減少交易成本或去改正此「無效率」狀態。

在寇斯定理之後，“Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral”（以下簡稱“*One View of Cathedral*”）是法律經濟分析的另一經典（本文第三節）（Calabresi and Melamed, 1972）。該文提出應配分（entitlement）與其保護方式之二階分析，雖然其自願、強制與禁止交易之規則區分，為以市場交易為核心的（法律）經濟分析論者另開了一扇窗，但不管其應配分或其保護方式之分析，皆以國家裁量而非權利定分為基準點，因此已不是法律的經濟分析，而是政治的經濟分析了。

損害賠償法，一者是金錢給付，二者其非事前約定，因此非常適合數理模型以及計量統計之操作，此所以其是最早也可能是最廣泛被經濟分析的部門法，但也是最經不起實際法律驗證的領域（本文第四節）。例如依其標準模型，計算精準的過失責任，以其嚇阻效力，可以使得無任何過失損害之發生，而極小化社會成本，但事實是，過失損害所在多有，於今尤烈；此外，損害賠償之保險存在，有些甚至是國家強制的，而更是會減損損害賠償之嚇阻功能，則嚇阻模型更是失其附麗了。

驗證是科學的核心，計量統計的實證法律研究（empirical legal studies）以作為驗證法律經濟理論之方法被提出，但往往反客為主，以量化分析主宰了理論發展，則是尾巴搖狗矣（本文第五節）。

法律經濟分析作為法律之科學研究，法律應被視為「合意減少租值消散之系統規範」（本文第七節）。權利定分是法律之始，其減少了租值消散，一方面，其避免了競爭之浪費，另一方面，也進一步促進

了交易。權利定分意味了同案同判與不同案不同判之平等原則，而此有賴於融貫的法律體系以及獨立公正的司法制度，始可得之。此一互蒙其利之定分，在操作上，即為合約安排——民主法治也。

最後，也許應該就本文的範圍有所說明。本文的主旨不在為科學（性）或法律（規範性）之哲學探討，而是比較實用的，此即就主流法律經濟分析之科學性宣稱，指出即使依照其所訂出的（科學）標準，也是不及格的。本文主張，寇斯與張五常之制度作為合約安排之理論，則是符合此項標準，而法律作為制度之一種，其特徵為系統規範。本文即以權利釐定成本之極小化為法律經濟分析的假設前提而驗證之。

二、寇斯定理

在寇斯發表“The Problem of Social Cost”（Coase, 1960）一文之前，經濟學家一般認為：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（externality）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，則是要純化人之互蒙其利交易傾向，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)。

是史蒂格勒 (George Stigler) 而不是寇斯本人，創造了「寇斯定理」(張五常, 2014, 頁 739)：在權利確定與無市場交易成本之條件下，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，也許有助於說服經濟學家去相信市場交易之威力，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 (P)，才使得社會財富最大 (Q)，則市場交易成本不為零 ($\neg P$)，社會財富即不會最大 ($\neg Q$)。² 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，或者 (政治) 財富分配之不可免了。

寇斯在〈社會成本問題〉中的這段話，可能是引起誤解的原因：

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

² 最為人熟知的例子是：天若下雨 (P)，必有雲 (Q)，則天若不下雨 ($\neg P$)，必無雲 ($\neg Q$)。

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，黑體強調是本文作者所加）

但首先，寇斯說此話時已是在“*The Problem of Social Cost*”的第七節；之前的第六節：「將市場交易成本列入考量」（Coase, 1988: 114-119），寇斯已經說明國家作為超級公司（super firm），雖然有很強的執行力，但限於能力不足與權力濫用，法律的介入未必是好事；另外，寇斯也說建商的整區開發，此即社區規約，也解決了所謂外部性問題；寇斯甚至說，由於得不償失，國家之不作為，有時是最好的選擇。寇斯是知道，單單要避免市場交易成本，並不是法律為何的決定因素。更重要的是，文中的「在不致使得法律太不確定下」之條件，已嚴重壓縮法院之裁量空間；³ 換言之，在如今法律之網嚴密下，此一結果解釋之機會已然很少。例如在損害賠償責任之認定上，不但我國法律以過失責任為原則，即使普通法也要求法院選擇 intentional torts、negligence 或 strict liability 等法律規定為裁判，而非個案裁量。

庫特與尤倫（Robert Cooter and Thomas Ulen, 2012: 91-94）提出

³ 寇斯在“*The Problem of Social Cost*”之結論說：「經濟學家往往眼光狹小，為了部分之改進，卻造成系統之破壞，非智也」（1988: 153-154）。

了「規範性寇斯定理」(normative Coase theorem)與「規範性霍布斯定理」(normative Hobbes theorem)之說法。規範性寇斯定理指：建構法律去減少私人間交易之障礙；規範性霍布斯定理指：建構法律去減少私人間交易失敗所生之損害。這是寇斯定理的不當延伸，遵守判決先例（此即權利確定）可以減少市場交易成本，因而可以多促成交易，是理所當然，稱為規範性寇斯定理，並無不可；但在交易不成功，即以市場交易成本過高，應由法院將「權利」歸給價值較高者（此即規範性霍布斯定理），是寇斯批評的外部性理論之借殼還魂了。庫特與尤倫以如果市場交易成本高於法院探求何方價值高之成本者，法院應為「霍布斯決定」；如果低者，法院應為「寇斯決定」。首先，這個公式是個悖論。要判斷法院是否正確適用此一公式，意味了法院不但知道其探求何方價值高之成本，而且也知道市場之交易成本，如此一來，只有「霍布斯決定」才是有效率的，因為「霍布斯決定」一定正確，而市場交易成本根本無須發生。另外，這裡的市場交易成本，並無內容。庫特與尤倫將權利確定下而市場未交易成功者，皆歸為高市場交易成本，其未區分此可能為「個案特例」，如此一來，愈是「惡意交易」，愈可以避開市場交易，而請求法院為「霍布斯決定」，規範性寇斯定理蕩然無存矣。最後，基於「霍布斯決定」的強制性質，其濫用之防止，一定是法律不可不考量的部分（參見本文下節之補償規則部分）。

Merrill and Smith（2012）提出的「寇斯附理」(Coase Corollary)也有同樣的邏輯謬誤。其說：如果沒有交易成本，物權之本質是整體實物或使用組合，都無關緊要，但一旦考慮交易成本，整體實物之物權概念觀，就要優於使用組合之物權概念觀。但事實是，物權作為定分之權利，其不可能單純以整體實物去釐定，而必然涉及相對人權益

之比較（簡資修，2017a），例如即使在侵權之損害賠償，其也非受有損害，即有賠償，而是侵害人要有過失，才有損害賠償責任之發生。所謂寇斯附理，是花車效應。

卡拉布雷西（Calabresi）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）（Calabresi, 1991: 1212）。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。但是帕雷托疆界（最適、效率）之分析，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。卡拉布雷西此一說法，僅適用於一個全新的立法領域，在如今之法律之網下，其非常不實際，更何況，卡拉布雷西所指的法律，往往又是法院之裁判，財富分配之立法判斷，更非其能力所及。

三、交易規則

卡拉布雷西與梅勒枚德（以下簡稱卡梅二氏）在“*One View of Cathedral*”的結論說：

法律學者就因為不做模型建構、不系統分析，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，而可能忽略了模型建構之分類始能呈現的議題間之關係。(Calabresi and Melamed, 1972: 1128)

此一模型建構之法學研究，在當時是不被接受的，但如今已成為法學研究主流 (Calabresi, 1997: 2202)。不過，由於其模型之過度抽離法律，令其與往後論者之研究，無助於法律之理解，甚至如果被以法律改革視之，可能反而壞了法治。

卡梅二氏的所謂模型建構是：假定國家在個人間之爭議為裁決，給予勝者應配分 (entitlement)，並決定對其採取何種保護方式——自願交易之財產規則 (property rules)、強迫交易之補償規則 (liability rules) 或禁止交易之禁易規則 (inalienability)。如同寇斯在 “The Problem of Social Cost” 指出，法律之權利確定是市場之構成要件，作為市場研究者之經濟學家，必須認真對待法律，否則必然徒勞無功；卡梅二氏在此指出，法律上的交易規則，不是只有自願交易之市場規則，還有強迫交易以及禁止交易之非市場規則；法律之經濟分析視野，因此進一步擴張了。但其以市場交易成本之高低，去決定採取財產規則或補償規則之保護方式，則是致命的錯誤。這是本文上節所謂規範性霍布斯定理之原型，也是運用寇斯定理者所犯的否定前件之邏輯謬誤。Krier and Schwab (1995) 即指出，依據卡梅二氏此一公式，是無法算出財產規則與補償規則之分界點的。但 Kaplow and Shavell (1996) 等人繼續將之深化，Ayres (2005) 甚至將補償規則選擇權化，適用至一般的法律權利，法律不再有確定性了。

誠如 Richard Epstein (1997) 所言，財產規則、補償規則與

禁易規則之法律意義，應是要表現在其「制度特質」(institutional setting)，此即強迫交易的規則，其特徵是強取**權力之約束**而非其強取**權力之本身**，否則其怎能稱為應配分之**保護**方式。卡梅二氏自己也強調說：刑罰之所以不能金錢化，是其作為財產規則，是在確保自願交易之市場運行，如果金錢化，即淪為補償規則，市場夫復何在？因此令人不解，卡梅二氏為何將事後損害賠償法歸為補償規則，難道其看不出這意味了結果責任，則要不人人只要付出損害賠償，就可以為所欲為，要不人人不敢行動，市場消失不見了，但過失責任作為損害賠償責任之原則，是普世的。

“One View of Cathedral”的最大敗筆，是其建構了一個號稱法律的模型但實際是政治的模型。在普通法，救濟程序(remedies)的確是存在的，其救濟對象的「權利」是實體確定的，而非法院可裁量的，但應配分在“One View of Cathedral”是法院作為國家代表為裁量的，其顯然偏離法律現實了。不特此也，應配分作為個案裁決，其是無法與其所謂保護方式分離的；換言之，財產規則、補償規則與禁易規則，只能以實體法視之，否則無法定義。誠如卡梅二氏自己所言，財產規則與補償規則之分，是前者之強取，要受到刑事處罰，而後者之強取，則是合法的，則基於罪刑法定主義原則，財產規則之可能，是其「權利」必須事前確定，等到法院在個案為應配分之裁決，已是不教而誅矣。

這種應配分與其保護方式之二階分析，唯一的亮點，是其點出了所謂規則4，此即受害人享有應配分，但受害人可以付出金錢，(強制收買)排除其侵害，此在英美普通法是聞所未聞，但鬼使神差，亞利桑那州最高法院居然在差不多同時也做出了 *Spur Industries* 判決，與之互相輝映了。但這種巧合，在美學上，也許很好，在科學上，則

是災難。普通法法院在該案之前與之後，都無這種案例，是因為法院不是行政機關，很難去做這種補償徵收，此所以規則 4，在公法上是非常普遍，但在私法非常罕見。在卡梅二氏的模型中，國家的代表是法院，則規則 4，即不當地膨脹了法院之權限，違反了權力分立原則。

四、損害賠償法

意外事故之所以是意外，就是由於侵害人與受害人無法事先就系爭事故為損害分配之約定，高（市場）交易成本也。因此依據上述之規範性霍布斯定理（本文第二節）與卡梅二氏之補償規則類型（本文第三節），侵權法即被定位為國家管制法。其標準公式為（Landes and Posner, 1987）： $L(x,y) = p(x,y)D + A(x) + B(y)$ 。在此， L 代表社會總損失， D 是受害人的損害額度， A 是受害人， B 是侵害人， x 、 y 分別表示受害人與侵害人的防害投入， p 為損害發生的機率； x 、 y 與 p 的關係是負向的，也就是受害人與侵害人的防害投入愈多，損害發生的機率愈小。社會總損失 L 極小化的條件是， $Ax = -pxD$ 及 $By = -pyD$ ，換言之，此時受害人與侵害人的防害投入分別為 x^* 、 y^* ，而其邊際成本等於邊際效益（此即因之減少的預期損害）。

公式如美女，英雄競折腰。但此公式中的防害投入是物理能力而非行為，因此愈是能力強者，其愈是要負損害賠償責任，即有違事理。例如在開車能力比較差者，依照此公式，其防害投入之成本比較高，因此其應享有比較低的責任標準，但法律上，其仍是被要求要達到較高的（普通法）合理人或（大陸法）善良管理人標準，理論與事

實不符了。以法院信息不足 (Landes and Posner, 1987: 123-131) 或能力比較差者的活動利益比較小 (Shavell, 1987: 73-77) 等額外條件，挽救此公式，也是不成功的。一者，此公式之可能成立，是其預設了法院的訊息是充足的，驟然提出法院之信息不足，是邏輯矛盾的。二者，能力比較差者的活動利益比較小之條件太過強烈了，也頗不符合事實，理論不夠一般而特殊化了 (張五常, 2014, 頁 58-60)。

再者，在此標準公式，因果關係是不需要的，過失與不法也不分，而且結果責任不區別於嚴格責任或危險責任，因此其已非侵權法的模擬了。我國民法第 184 條第 1 項前段就一般侵權責任為如下規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」過失是與故意一樣，係行為人的主觀心理狀態，其認知的對象是行為與損害間的因果關係與不法性。即使在英美普通法，其「過失侵權」(negligence) 是獨立的侵權類型，因此與「不法」合一，但其既區別於另一獨立侵權類型「故意侵權」(intentional torts)，則顯然「過失」作為主觀心理狀態還是存在的 (否則其就併入故意侵權即可)。我國民法往後有關的侵權規定也是過失推定責任，而非結果責任。即使英美普通法的獨立侵權類型「嚴格責任」(strict liability)，也非結果責任，因為其也有甚多的豁免條款 (Calabresi and Hirschhoff, 1972)。

其實，侵權法是事後的損害賠償法 (簡資修, 2014; 2016)，不是國家管制法，則上述標準公式是關公戰秦瓊了。事後的損害賠償責任，是必須有了損害，才回過頭去追究侵害人是否要負責任，其問：若無此系爭行為，侵害人因之無法實現的利益 (B)，若低於因此可以減少的預期損害 (PL)，其就要負損害賠償之責任 ($B < PL$)；若高於者 ($B > PL$)，則不負責任。此為過失責任，漢德公式 (Hand

formula) 也。國家管制法以能力為管制對象，侵權責任法以行為分配損害。而能力與行為之關係是，能力比較弱者，其行為比較危險，因為其不行為可以減少比較多的預期損害，所以其過失標準比較高，這才符合法律規定。在漢德公式，因果關係是有關於 P 值，無因果關係意味了 P 值為 0，則 $B < PL$ 不易成立，侵害人即不負損害賠償責任；受害人愈是與有過失（甚至故意），意味了侵害人愈難以避免損害之發生，此即 P 值愈接近於 0，則 $B < PL$ 也不易成立，侵害人也不負損害賠償責任。**漢德公式 ($B < PL$) 是不法的公式，其本身不是過失，但其是可推导出過失。**漢德公式 ($B < PL$) 愈是可能成立，意味了侵害人之行為愈危險 (PL 愈大) 或無價值 (B 愈小)，其因此愈是認知可能，則其難以抗辯此非其應知或能知而不為過失。

上述標準公式，由於是國家管制法，因此也無法區別契約責任與侵權責任。但在事後的損害賠償之分配，契約應是第一優先的，然後是準契約，例如無因管理或強制締約，然後是契約解消後之不當得利，最後才是侵權行為。在上述標準公式，由於過失作為行為人之主觀認知可能非其責任之成立要件，因此只要客觀上行為人的能力愈強，其即要負愈高的損害賠償責任，所謂契約責任優先，即不存在了；一般人皆負好撒馬利亞人責任！此即，行為人客觀上可以舉手之勞，即可避免非由其所造成危險之損害，其若不為之，不管其是否認知到此危險，行為人都是要負損害賠償責任的。無因管理此一類型也不存在了，因為所有的人，皆負有法定的見危救助義務，則民法第 172 條之「未受委任，**並無義務**，而為他人管理事務者」，根本不可能成立。如此一來，不但契約訂定自由被剝奪，契約內容自由往往也被剝奪了，例如在醫療責任，醫者不但無拒絕醫療之權，而且其損害賠償責任之標準，還從醫療常規，往較高的醫療水準移動，防禦性醫

療產生了（簡資修，2008）。

五、統計分析

法律經濟分析常被批評之點是，其假設不實，而其回應往往是：假設真實否，並不重要，重要的是，其是可統計驗證的。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，頁 277-360），但法律之本質（最終目的），在於權利之釐定，因此法律之解釋，在於權利之釐定清楚，而此非可以統計分析得之者。

王鵬翔與張永健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（2015，頁 264-279）。這個分類是有問題的，第一類之「檢驗差異製造事實」是一般之分析方法，而第二、三類，是以法律或其執行為對象，更何況檢驗差異製造事實也適用於此，則此分類邏輯上即有缺失了。進一步探求，其第一類其實就是「檢驗法律的實效性」，而其之所以「檢驗差異製造事實」代之，應是其知道法律的實效性一向不是法律解釋的目的，若是如此，其最在意的「經驗面向的規範意義」就失去其意義了。作者雖說，「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」（2015，頁 266）。但作者大張旗鼓做此論文，原意不就是要在價值衝突之際，提出實證研究可以給出科學答案嗎？⁴ 此所以作者將背

⁴ 「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

景條件之實證研究，也塞進第一類型（2015，頁 266-267），應也是意在膨脹實證研究之規範重要性，雖然背景條件不是差異製造事實（Wang and Wang, 2015）。作者往後所舉的第一類實證研究之例，其實也是第二、三類者。其第一例：強制開示證據之例（王鵬翔、張永健，2015，頁 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（2015，頁 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（2015，頁 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

由？本文的答案是肯定的。」（王鵬翔、張永健，2015，頁 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？」（2015，頁 232）。

(以實證方法描述法律論證)，而非法律規範的核心。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，張永健，2015，頁 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。⁵ 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（2015，頁 232-264）。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 and 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。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

⁵ 「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」（黃舒芃，2016，頁 177）。

亦應享有鄰地通行權」(王鵬翔、張永健, 2015, 頁 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, 2017b, 頁 37-42)。換言之, 法律規範理由中的差異製造事實, 應是如此的解釋、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。王鵬翔與張永健以司法院釋字 712 號解釋為例,⁶ 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(2015, 頁 212-214)。其說:「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」(2015, 頁 213)。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

⁶ 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。」

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。（蘇永欽，2013）

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。

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“The Problem of Social Cost”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。

寇斯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）。寇斯說：「如果你對資料刑求夠的話，自然也會招供的。」（If you torture the data enough, nature will always confess.）大哉斯言！

六、實證經濟學

經濟分析作為實證科學，佛利曼（1953）的“*The Methodology of Positive Economics*”大概講的最清楚。其說：

實證科學的最終目的在於發展「理論」（theory）或「假說」（hypothesis），有效或有意義（此即非形式真值）推測尚未被觀察到的現象。一般而言，這種理論是兩種要素的複雜滲透。其一，一種「語言」（language），意在促進有「系統與有組織的推理」。其二，一組實質假說，意在抽象出複雜現實的核心特徵。

作為語言之理論，是沒有實質內容，其只是一組套套邏輯。其是一個歸檔系統，在於幫助我們組織與瞭解經驗資料，因此判斷歸檔系統的好壞，也是判斷作為語言之理論好壞之標準。分類是清楚精確的嗎？全面無遺漏嗎？個別項目都可精確歸類還是模稜兩

可？這些分類與再分類，可以令我們很快找到我們要的，還是我們要到處找？我們想要的項目是被合併歸類嗎？這個歸檔系統避免了繁複的互相參照？（Friedman, 1953: 7）

但更重要的是，其如下闡釋了理論建構與經驗資料之關係：

經濟理論若不只是要去描述行動的後果，而是要去預測，則其不能只是套套邏輯的結構，數學僅是偽裝罷了。套套邏輯的有效性最終是建立在實質假說的接受性上——其分類是可以歸整零碎的經驗現象。……經驗證據在兩個不同但相關的階段非常重要：假說之建構與假說之有效驗證。有關假說解釋對象的全面廣泛證據，除了明顯在提出新假說的作用外，是要確保該假說是要解釋其解釋的——假說的意涵不與現有的經驗衝突。（Friedman, 1953: 11-12）

經濟學家往往僅取其中的「理論之有效性，不在其假設是否真實，而在其預測能力」，作為其不著邊際非真實模型之護身符，佛利曼是嚴重被誤解了。在本文第二節的「規範性寇斯定理」與「規範性霍布斯定理」，其雖指稱法律應該如何又如何，但實際上，其是無法律的，其是交由一個全知全能的法院依照個案去做最有效率的裁決——假說的意涵與現有的經驗衝突了。在本文第三節的應配分與其保護方式之二階分析，也是無經驗支撐的；其一，由法院恣意裁量之應配分在經驗上是不存在的；其二，其補償規則只指強取權力之本身，而排除了強取權力之約束，而這是（法律）經驗上最重要的；其三，其將私法的侵權責任歸為補償規則，也是不符合經驗；其四，*Spur*

Industries 作為孤例，不足以作為支撐規則 4 的經驗基礎。Carol Rose (1997) 即指出，卡梅二氏以及其後的論者，雖明以財產法之例為推理說明，但實際其是契約法或侵權法之例，因此理論也失去了其經驗基礎了。在本文第四節的損害賠償法之社會成本極小化公式，也是理論與經驗脫節了。侵權行為法是事後的損害賠償法，卻被以國家管制法分析了，此所以因果關係、不法與過失等侵權行為法上的要件，完全未顯現在公式中。

Eric Posner (2003) 曾批評契約法的經濟分析說，這些理論若不是簡單而無解釋力，即是條件太過嚴苛而現實無法滿足，但 Richard Craswell (2003) 起而辯護說，法律之經濟分析一如產品設計之工程，其在模擬各種設計的效果，因此當然不符合現實。工程之學是應用科學，其是要以科學為基礎的。法律作為（社會）經驗，其首先是要去被研究的，然後才有創造可能。無（基礎）科學研究之工程學，沙堡也。

七、法律作為合約安排

寇斯 “The Problem of Social Cost” 一文之所以作，其是要回應眾多經濟學家對其前文 “The Federal Communications Commission” (Coase, 1959) 之批評。該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，所謂外部性也。寇斯因此在 “The Problem of Social Cost” 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。寇斯在該文的第五節，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)

寇斯定理已在其中矣。寇斯在“The Problem of Social Cost”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。⁷

張五常曾批評寇斯說，其在“The Problem of Social Cost”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，頁 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（市場）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（1988: 9）。寇斯是知道市場交易成本之高的。

⁷ 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。

不過，從法律研究的角度言，寇斯的取徑是破而不立的——其防止了法律淪為經濟（效率）之工具，但未能證立特定的法律制度。寇斯是徹頭徹尾的經濟學家，其關心的是，法律如何影響了經濟系統，至於法律之系統性本身，則不是其關心的。本文第二節引用寇斯的話：「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。」寇斯對於何謂法律的安定性，是敬而遠之的。後人不察，在現實世界無處不是有交易成本下，主張法院應為經濟後果考量之裁判。本文第四節探討的損害賠償法之經濟分析，即是其例。意外事故之所以是意外，就是其非故意，而此意味了行為人與受害人不可能事先就此具體事故為損害分配約定，此即（市場）交易成本很高，主流法律經濟分析，直接反應即訴諸能力管制之公法，去釐定損害賠償責任；但誠如本文第四節指出，這是錯誤的。意外事故之損害分配，雖然無契約法之適用，但此不意味其無法可用，從而法院要為個案的結果考量之裁判。事實是，侵權行為法作為私法自治體系之一部分，此即寇斯所言的法律安定性，過失責任是其原則；而過失責任是指，行為人必須對於其不法行為（此即合乎漢德公式的計算）有預見可性，始可，否則如何稱自治。意外事故之所以發生，既非故意，此是來自人之思維，多非深思熟慮的慢想，而是快思（Kahneman, 2011），意外即難免，則過失責任相對於結果責任或無責任，就是對大家最好的安排。侵權法是社會就損害為事後究責賠償之合約安排，而過失責任可視為以過失為停止條件之損害賠償約款。⁸

⁸ 侵權法為社會之合約安排，其為抽象規範，在此的過失（責任），因此不是指具體個案中的行為人之應注意能注意而不注意之過失，而是合約上之約款：侵權行為人在其過失時，才負損害賠償責任；其若無過失，則無庸負損

張五常指出：一般經濟分析就交易成本，若不是將之視為不存在，就是認為其高不可攀，因此漠視了因應交易成本而生的制度，其謂之「經濟學的缺環」（張五常，2007，頁 87-150）。其提出交易成本的一般理論，不僅只考量市場交易成本，而且將因應之制度成本以及其轉換成本，也考量進來；其交易成本（transaction cost）不是寇斯在“The Problem of Social Cost”或“The Nature of The Firm”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本，可稱制度成本。但更重要的是，其是從實證經濟學的角度，去解釋制度之形成（減少了租值消散），而非從規範經濟學之角度，去提出改良的制度（極大化社會福利）。張永健說：

制度經濟學者因此似乎傾向把現行法令當成不能改變的侷限條件（constraint）。但法學者出身的法經濟學者，在知道侷限條件後，會想要改變侷限條件（法令），以求提升效率。（張永健，2015，頁 44，附註 74）

但這是制度虛空的規範經濟分析，其不斷病因，即開出藥方，有違治病之醫者第一條戒律：DO NO HARM！

以權利釐定為基礎，法律形成了系統。權利之釐定，不僅是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，頁 104）。張五常更將人與人間的競爭約束（制度），一般化為合約安排害賠償責任。此為「過失為停止條件之損害賠償約款」之意義。

(2007, 頁 104; 簡資修, 2015)。換言之, 人與人間的競爭若不受約束, 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。法律作為人間制度之一種, 法律之學因此是法教義學——以權利定分為基礎的法律體系之學: 私法自治、刑罰謙抑、公法限權、司法獨立以及憲法統合等 (簡資修, 2017b)。

八、結論

推動主流法律經濟分析最功不可沒者, 理查·波斯納 (Richard Posner) 在其論題無所不包的 *Economic Analysis of Law* 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。(Richard Posner, 2014)

法律的破碎化、理論貧乏，是波斯納引經濟分析入法律的原因，但引狼入室了嗎？庫特與尤倫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。人們對於變貴的物品反應，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。（Cooter and Ulen, 2012: 3）

在此，法律是被當工具使用，完全失去其規範性。George Fletcher 以下這段話，描繪非常真實：

美國法學教授之所以不排斥經濟分析，係因美國法有很強的功利傳統。法律經濟分析論者並非特例，其與視法律制度為服務社會利益之論者，是一脈相承的。不過，此中令人驚訝的變形發生了。起先其是立基於確定財產權利、個人選擇與必要之自願交易等價值之帕雷托效率（Pareto efficiency），但經過凱爾多（Kaldor）之微小修正，卻得出了法律介入的理論——財產權利是可被一再修正的，如果這是集體效率之要求。個人至上的理論成為群體至上的哲學。這是令人驚訝的質變。一個不區分市場上的個人主權與群體利益主宰的強制決定之理論，無疑會有很多的跟從者。（George Fletcher, 1996: 162）

經濟分析作為法學研究之方法，其是要受科學方法之規範。法律是系統規範，其經濟模型、理論或假說之建構，自始即須將此社會經驗事實考量進來，否則其是無法驗證的，再複雜的數理模型與再多的統計資料或再複雜的統計分析，都是無濟於事的。

參考文獻

中文部分

王鵬翔

- 2015 〈規則的規範性〉，收錄於謝世民主編，《理由轉向：規範性之哲學研究》。台北：臺大出版中心，頁 325-356。

Wang, Pong-Hsuiang

- 2015 “The Normativity of Rules,” in Ser-Min Shei ed., *Turning to Reasons: Philosophical Essays on Normativity*. Taipei: Taiwan University Press, pp. 325-356.

王鵬翔、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 期，頁 205-294。

Wang, Peng-Hsiang and Yun-Chien Chang

- 2015 “The Normative Significance of the Empirical Dimensions: On the Role of Empirical, Studies in the Doctrinal Study of Law,” *Academia Sinica Law Journal* 17: 205-294.

張五常

- 2007 《經濟學的缺環》。香港：花千樹。
2014 《經濟解釋》。北京：中信。

Cheung, Stephen N.S.

- 2007 *The Missing Link of Economics*. Hong Kong: ARCADIA PRESS.
2014 *Economic Explanation*. Beijing: China CITIC Press.

張永健

2015 《物權法之經濟分析（第一冊）：所有權》。台北：元照。

Chang, Yun-Chien

2015 *Economic Analysis of Property Law, Volume 1: Ownership*.
Taipei: Angle Publishing.

黃茂榮

2011 《法學方法與現代民法》，增訂六版。台北：自版。

Huang, Mao-Zong

2011 *Legal Methodology and Modern Civil Law*. (6th ed.) Taipei:
Author.

簡資修

2008 〈醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐〉，《月旦民商法雜誌》，22期，頁38-52。

2014 〈過失責任作為私法自治之原則〉，《北大法律評論》，15卷1期，頁155-173。

2015 〈法律作為合約安排〉，《交大法學》，3卷，頁37-46。

2016 〈侵權責任的私法性質〉，《北大法律評論》，17卷1期，頁122-141。

2017a 〈物權：（實體）物或權（定分）〉，《甘肅政法學院學報》，3期，頁10-22。

2017b 〈權利之經濟分析：定分或效率〉，《法令月刊》，68卷9期，頁24-46。

Chien, Tze-Shiou

2008 “Doctor’s Malpractice Liability and the Obligation to Disclosure,” *Cross- Strait Law Review* 22: 38-52.

- 2014 “Negligence Rules as the Principle of Private Law,” *Peking University Law Review* 15(1): 155-173.
- 2015 “Law As Contractual Arrangements,” *SJTU Law Review* 3: 37-46.
- 2016 “The Privat Law Nature of Tort Liability,” *Peking University Law Review* 17(1): 122-141.
- 2017a “Right in rem: *Right or In Rem*,” *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* 3: 10-12.
- 2017b “Economic Analysis of Rights: Legal Certainty or Economic Efficiency,” *The Law Monthly* 68(9): 24-46.

蘇永欽

- 2013 〈釋字第七一二號解釋協同意見書〉，查詢日期：2018年8月20日。 <https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/712協同意見書蘇大法官永欽.pdf>

Su, Yeong-Chin

- 2013 “Concurring Opinion of J.Y. Interpretation No. 712.” Available at <https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/712協同意見書蘇大法官永欽.pdf>

外文部分

Ayres, Ian

- 2005 *Optional Law*. Chicago: The University of Chicago Press.

Calabresi, Guido

- 1991 “The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further,” *Yale Law Journal* 100: 1211-1237.

1997 “Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral,” *Yale Law Journal* 106: 2201-2207.

Calabresi, Guido and Jon T. Hirschoff

1972 “Toward a Test for Strict Liability in Torts,” *Yale Law Journal* 81(6): 1055-1085.

Calabresi, Guido and Melamed A. Douglas

1972 “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral,” *Harvard Law Review* 85(6): 1089-1128.

Coase, Ronald H.

1959 “The Federal Communications Commission,” *Journal of Law and Economics* 2: 1-40.

1960 “The Problem of Social Cost,” *Journal of Law and Economics* 3: 1-44.

1988 *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press.

1994 *Essays on Economics and Economists*. Chicago: The University of Chicago Press.

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.) Berkeley: Addison-Wesley.

Craswell, Richard

2003 “In That Case, What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory,” *Yale Law Journal* 112: 903-916.

Epstein, Richard A.

1997 “A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules,” *Yale Law Journal* 106: 2091-2120.

Fletcher, George P.

1996 *Basic Concepts of Legal Thoughts*. Oxford: Oxford University Press.

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*. Durham: Duke University Press.

Harris, J.W.

1979 *Law and Legal Science: An Enquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Oxford: Oxford University Press.

Kahneman, Daniel

2011 *Thinking, Fast and Slow*. England: Penguin Books

Kaplow, Louis and Steven Shavell

1996 “Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis,” *Harvard Law Review* 109: 713-790.

Krier, James E. and Stewart J. Schwab

1995 “Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light,” 70 *NYUL Rev.* 70: 440-455.

Landes, William M. and Richard A. Posner

1987 *The Economic Structure of Tort Law*. Boston: Harvard

University Press.

Merrill, Thomas W. and Henry E. Smith

2012 “Making Coasean Property More Coasean,” *Journal of Law and Economics* 54: 77-104.

Posner, Eric A.

2003 “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?” *Yale Law Journal* 112(4): 829-880.

Posner, Richard A.

1986 “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution,” *Case Western Reserve Law Review* 37(2): 179-217.

2014 *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen.

Rose, Carol M.

1997 “The Shadow of The Cathedral,” *Yale Law Journal* 106: 2175-2200.

Shavell, Steven

1987 *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Smits, Jan M.

2017 “What Is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal Dogmatic Research,” in Rob van Gestel, Hans-W. Micklitz and Edward L. Rubin eds., *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. New York: Cambridge University Press, pp. 207-228.

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. eds, *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*. Heidelberg; New York: Springer, pp. 199-213.

Abstract

The continuing success of economic analysis of law can be attributed to its claim of science. The former “legal science” such as Langdellism in common law or doctrinal study in continental law has been downgraded to formalism or conceptualism, and is thus not science. The current economic analysis of law has been based on mathematic models and statistical analysis. However, the usual separation of models and data from experience, i.e., the real legal rules and legal system, makes it pseudo science. Law has been seen as incentive to achieve policy goals such as maximizing social welfare or correcting market failures in mathematic models and statistical analysis. To be a real science, economic analysis of law should see law as contractual arrangements reducing the dissipation of rent in society. A consistent and coherent legal system would minimize the costs of delimiting rights.

Keywords: economic analysis of law, positive economics, Coase theorem, empirical legal studies, Hand formula, liability rules

Long Summary

In current legal studies, law and economics based on its mathematical modelling and statistical analysis has claimed its scientific nature to explain its dominance. This paper will dispute this claim and will argue that the economics as practiced by Ronald Coase and Steven N. S. Cheung should be the correct one for legal studies.

The Coase Theorem is the origin of most law and economics scholarship. Ironically, it has been abused to resurrect the externality theory which Ronald Coase clearly demonstrated has fatal flaws in his 1960 article “The Problem of Social Cost”. The Coase Theorem as coined by George Stigler is as follows: under perfect delineation of rights and no market transaction costs, the social value will be invariantly maximized regardless of which party is awarded the right. A fallacy of denying the antecedent has been made when legal economists claim that positive transaction costs would result in market failures and that therefore the law should forcefully intervene. Aside from the logical error, there are two flaws damaging law and economics studies. Firstly, the proposed legal policy only has a slight chance of correcting the market failures. Secondly, this approach diverts legal economists’ attention from a really important issue: law is endogenous not exogenous to transaction costs. The Normative Coase Theorem and Normative Hobbes Theorem as invented by Robert Cooter and Thomas Ulen are not workable, because they separately analyze the law and transaction costs. The Coase Corollary

as formulated by Thomas Merrill and Henry Smith shares the same error.

After the Coase Theorem, the liability rules as propounded by Calabresi and Melamed are the second pillar of law and economics. The invention of liability rules may have initiated the above-mentioned persistent abuse of the Coase Theorem. Calabresi and Melamed suggested that when market transaction costs are low, entitlements should be protected by property rules, whereas when market transaction costs are high, entitlements should be protected by liability rules; property rules means that the consent of the entitlement holder is required for the transfer of entitlement, whereas liability rules means that entitlement could be transferred without the holder's consent if the holder is more or less compensated. As Richard Epstein pointed out, the institutional setting should be relevant for the classification of property rules and liability rules, and the one dimension of market transaction costs should not be determinate. It is wrong for Calabresi and Melamed to put tort law into the box of liability rules rather than with property rules. Tort liabilities have never been an outcome liability or absolute liability which indeed is a liability rule. As Calabresi and Hirschhoff have shown, so-called strict liability has never been absolute with no limitation of boundary or scope. Tort law is more or less fault-based. Fault liability requires that the person who is liable for the damages should be one who was capable of foreseeing but did not foresee an accident. The high market transaction costs of allocating accident liability should not automatically lead, as Calabresi and Hirschhoff argued, to an "enforced" transfer of entitlement.

Fault liability is a judicial gap-filling of an incomplete contract concerning accidents. It is closer to property rules rather than liability rules.

Unsurprisingly, the standard economic analysis of tort law is based in regulatory deterrence. In the formula $L(x,y) = p(x,y)D + A(x) + B(y)$, the injurer and the victim have been required to exercise marginal care coordinately to minimize social costs. The dimension of care without exception is the physical capacity of the injurer and the victim. This makes the model one of ex ante regulation of public law rather than of ex post liability of private law. Tort law is a part of private law which assigns responsibility among autonomous individuals, while public law directs individuals to obey for the sake of social interests. The purpose of ex ante regulation is to reduce the frequency and amount of damage due to accidents, while the purpose of ex post liability is to ascertain whether the injurer had engaged in overly risky activities. According to Hand's formula $B < PL$, the injurer should be liable for the damage, as the unrealized benefits (B) are lower than the reduced expected loss (PL) if the injurer had not engaged in the concerned activity. This is ex ante good for the injurer and the victim; therefore, the fault liability is the default rule for accidents.

Although there are many flaws in current law and economics analysis, legal economists would invoke Milton Friedman's "The Methodology of Positive Economics" to argue that the unrealistic assumptions are not important, even not relevant, in scientifically studying social phenomena, and that it is the predictive power of models

that matters. Empirical legal studies based on statistical analysis are flourishing. Like the Coase Theorem, Friedman's methodological arguments have been abused. Of course, modelling has to be abstract. However, Friedman has emphasized that experience should be considered in both constructing and testing the model. As the example of the standard economic model of tort law shows, it is contradictory with experience. Firstly, this model would not allow liability insurance, because it would dilute the deterrence incentive. However, the market for liability insurance exists, and the state sometimes even makes insurance compulsory. Secondly, in the negligence rule, the standard of liability is never a level of physical capacity as calculated by the model. Rather, the standard of liability is whether the injurer had engaged in excessively risky activity in the sense of trade-off of benefits foregone and the reduced expected loss if the injurer had not engaged in the activity. Thirdly, in strict liability, this model implies that the victim does not contribute anything to the occurrence of accidents. In reality, strict liability is never absolute. There are a variety of reasons reducing the scope of (or even exempting) damages. Fourthly, the model blurs the boundary between tortious liability and contractual liability, which is the foundation of private law. Due to the model's contradiction with experience, it is not helpful to produce a lot of data and do sophisticated statistical analysis. As Ronald Coase once said: "If you torture the data enough, nature will always confess." A better example to refute the "unrealistic assumptions" criticism is fault liability as a provision of a contract concerning allocating accident loss between

the injurer and the victim. The injurer and the victim have never actually made that contract, but the contractarian model of tort law has more precise predictive power than any models we have known.