

张五常《经济解释》对法律 经济学方法论之启示

张永健*

目次

- 一、导论
- 二、制度费用之界分
- 三、外部性与无效率的难题
 - (一) 外部性是胡闹?!
 - (二) 外部性与无效率观念对法律经济学研究者仍有意义
 - (三) 从租值大小看效率高低
- 四、产权的法学与经济学不同视角
- 五、结语

摘要 本文回顾张五常教授《经济解释》与其他著作中与法律经济学方法论有关之部分,除了摘述其核心思想,本文并提出意见不同处。本文对制度费用之界定更宽,并先定义信息成本之范畴。外部性观念对法律经济学者仍有正面帮助,因为对法律经济学者,法令是可以改变的局限条件,而降低外部性也不需仰赖政府直接介入。制度费用高者,租值消散高;而不同制度所隐含的租值高低,正可以用有效率与无效率来描述。效率概念仍应保留作为制度改革良窳之量尺。产权的概念是制度经济学与法律经济学的共同核心,但定义方式始终不同。本文认为,后者的产权概念,较诸前者,能有效与法律体系接轨,并考虑更多制度细节,并能清楚界定。

关键词 外部性 效率 租值 制度费用 交易成本 财产权 所有权 信息成本(讯息成本)
新制度经济学

一、导 论

本文系受《交大法学》嘱托所作,目的在以一期专号探讨张五常教授之经济思想与其对法学之

* 台北中央研究院法律所副研究员、法学博士。作者感谢朱芒教授、高薇教授邀请撰写本文。感谢李孟颖、陈忆馨的研究协助。感谢薛兆丰教授、乔仕彤教授、芝加哥大学法学院研究生蒋侃学的宝贵意见。

启示。对此邀稿,笔者深觉却之不恭、受之有愧。张五常教授是享誉海内外的经济思想家,门生、弟子、私淑者无数。笔者虽于2002年有幸于香港与张五常教授私下晤谈,并且如粉丝一般几乎读遍了张五常教授所有中文著作与许多英文著作,但毕竟经济学不是当行本色,贸然提笔,若因自己学养不够而有所误会,实在见笑方家。但能以一篇短文,一方面表达笔者对张五常教授之敬意,一方面趁机将多年来自己偷学武功产生的疑惑,一并请教,也算是了却一桩心事。笔者接下了《交大法学》朱芒教授、高薇教授嘱咐的任务,因而有此文。

2003年笔者硕士论文完稿时,正值《经济解释》第一版问世不久,笔者满脑都是“制度的选择”。硕士论文中十余次引用《经济解释》,并开始从头反省传统的法律经济学,是否太倾向于新古典经济学,而仍一边尊崇科斯、一边继续忽略制度的重要性。而后笔者赴美留学、回台任教,研究领域峰回路转变成物权法,而物权法正是制度经济学关怀的核心之一。张五常教授的经典英文论文,反复在笔者阅读的英文法律经济学文献中出现。前些年《经济解释》的神州增订版逐一面世,再加上笔者自己也一直思考物权法经济分析的根本方法论问题,^[1]交易成本、制度选择的问题镇日萦绕心头,但至今没有完全解开心头的谜团。不过,《经济解释》仍然在我分析具体法律问题,助我一臂之力。本文则是第一次,反过来用法律经济学的研究成果,反省《经济解释》是否尚有可精进之处。须再三强调者,本文对《经济解释》之商榷意见,不代表笔者否定《经济解释》之价值。正相反,笔者认为,任何懂中文且有意从事法律经济学研究(遑论制度经济学研究)者,必定要熟读《经济解释》。但学者的天职,是不断想办法推进知识的典范。《经济解释》中也反复出现“吾爱吾师,吾更爱真理”的学者风范,对于阿尔钦(A. Alchian)、科斯(R. H. Coase)、弗里德曼(M. Friedman)等提携张五常教授的前辈学者,不吝指出其论理疏漏之处。

本文以下之结构,其实对应到笔者自己对《经济解释》尚未完全参透之几个问题。第二部分探讨制度费用之范畴。第三部分反省无效率与外部性之观念,在法律经济学之用途。第四部分指出产权一词的界定,在《经济解释》与法律经济学中的落差。第五部分作结。

二、制度费用之界分

《经济解释》中反复强调,所谓的 transaction costs 就是鲁滨逊一人世界中没有的费用。^[2]而 transaction costs,因为张五常教授不喜发明新字汇,有时译为“交易费用”^[3],有时改称为“制度费用”(institution costs^[4])。^[5]但《经济解释》中关心的不只是 transaction costs。在一个重要段落中,张五常教授指出,“讯息费用是交易费用的一部分,好些时二者分不开……有些讯息费用不是交易费用:在鲁滨逊的一人世界交易费用不存在,但可以有讯息费用”^[6]。讯息费用^[7]在《经济

[1] 初步思考成果,参见张永健:《物权法之经济分析导论(一)——事前观点与交易成本》,载《月旦法学杂志》2014年第230期;张永健:《物权法之经济分析导论(二)——效率》,载《月旦法学杂志》2014年第231期;张永健:《物权法之经济分析导论(三)——共享、共决、半共享》,载《月旦法学杂志》2014年第232期。

[2] 参见例如张五常:《经济解释卷四:制度的选择》,中信出版社2014年版,第63页。

[3] 参见张五常:《经济解释卷二:供应的行为(上篇)——收入与成本》,中信出版社2011年版,第141页。

[4] See Steven N. S. Cheung, “The Transaction Costs Paradigm”, 36 Economic Inquiry 514 (1998).

[5] 参见前注[3],张五常书,第228页。

[6] 参见张五常:《经济解释卷三:供应的行为(下篇)——受价与觅价》,中信出版社2012年版,第281页。

[7] 参见前注[3],张五常书,第35、119页。

解释》中有时称为“信息费用”〔8〕。而信息成本既可能超越交易费用的范围，如何划定各种成本/费用之范畴，就是问题所在。

法学向来以概念构筑体系，概念之区辨是一等一的大事。〔9〕法律经济学之研究者，为了降低与传统法学者之沟通成本，必须选择一种定义方式，并一以贯之。笔者即将出版之《物权法之经济分析：所有权》〔10〕专书中，选择下列之定义方式：

“究竟该如何区辨交易成本与信息成本？本章接受道格拉斯·阿伦(Douglas Allen)教授的分类与界定，将交易成本定义为‘设立、维持、使用财产权的费用’(the costs establishing, maintaining, and using property rights)〔11〕，而顾名思义，信息成本则是为取得信息而付出之代价。阿伦教授并主张，‘信息成本是交易成本存在的必要条件，但信息成本不总是交易成本……交易成本为零时，可以用无数的契约来解决信息不充分之问题’〔12〕；‘信息成本也不是交易成本的充分条件’〔13〕。阿伦教授并称此种定义交易成本与信息成本之方式为‘财产权学派’(相对于定义方式不同的‘新古典经济学派’)〔14〕，财产权学派的支持者多半是‘新制度经济学派’(neo-institutionalism)的健将，笔者也自认为是此派的成员。〔15〕对此派而言，交易成本并不是最好的名词，因为它让人联想到狭义的谈判交易，但无法联想到更广义的财产权制度之成本。张五常教授主张应该使用‘制度费用’一词取代‘交易成本’〔16〕，本章认为甚有见地。〔17〕而因为财产权学派学者不一定区分交易

〔8〕 参见前注〔5〕，张五常书，第188页。

〔9〕 经济学者，相对而言，对精确界定概念并没有高度兴趣。以《经济解释》为例，什么是制度？一方面，制度被称为 system。参见前注〔2〕，张五常书，第277页。但书名《制度的选择》翻译为 institutional arrangement。参见前注〔2〕，张五常书，版权页。制度被理解为 system 或 institution，似乎有重大差异，故笔者不明白为何也要以制度来指涉 system，而不用体系或系统。

张五常：《经济解释卷一：科学说需求》，中信出版社2010年版，第144页提到 use value 与 exchange value 之区别，目前的法律经济学英文文献很少使用。但笔者认为，前者与 economic value，后者与 market value 基本上可以看成同义。关于 economic value 与 market value 之区别，see Yun-Chien Chang, *Private Property and Takings Compensation: Theoretical Framework and Empirical Analysis* (Cheltenham, UK; Northampton, USA; Edward Elgar Publishing Ltd., 2013), pp. 4-5.

〔10〕 张永健：《物权法之经济分析：所有权》，北京大学出版社2015年版。

〔11〕 Douglas W. Allen, “Transaction Costs”, in Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (Cheltenham; Edward Elgar, 2000), p. 893, 898; Douglas W. Allen, “What Are Transaction Costs?” 14 *Research in Law and Economics* 1 (1991); Robert D. Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics* (6th Edition) (New Jersey: Prentice Hall, 2011), pp. 88-91. See also Richard O. Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics* (Cheltenham, UK; Northampton, USA; Edward Elgar Pub, 2001), p. 168. 阿伦(Allen)教授没有明白列出“使用财产权的费用”，亨利·史密斯(Henry Smith)教授则包括之。See Henry E. Smith, “Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights”, 50 *Arizona Law Review* 445, 446-447 (2008). 列出“使用财产权的费用”，更能彰显此种新的交易成本定义，仍旧包括狭义的、顾名思义的谈判成本。

〔12〕 Allen, supra note [3], at 906.

〔13〕 *Id.* at 907.

〔14〕 *Id.* at 893-895.

〔15〕 波斯纳法官指出，新制度经济学与法律经济学是一体两面。See Richard A. Posner, *Overcoming Law* (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1995), p. 440.

〔16〕 参见例如前注〔6〕，张五常书，第221, 228页。See also Steven N. S. Cheung, “Transaction Costs Paradigm”, in *Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung* (香港花千树出版社2005年版)，p. 99, 103.

〔17〕 李·芬内尔(Lee Fennell)教授最近的力作则主张用“资源近用成本”(resource access costs)取代交易成本，亦值得重视。See Lee Anne Fennell, “The Problem of Resource Access”, 126 *Harvard Law Review* 1471 (2013).

成本与信息成本,两者也没有明确的上位概念,故本章使用‘制度费用’一词作为交易成本与信息成本的统称。”(以上引用内容,正文未变,但配合本文行文而调整了引用处之脚注内容)

在《经济解释》中,张五常教授并没有刻意区分信息成本与交易成本。但因为有一人世界中仍存在之信息成本,信息成本又与交易成本可以区隔。一种界分方式,是“凡一人世界不存在的费用,都是交易费用”^[18],而不能包括在交易成本范畴内,又与制度运行相关之信息取得代价,称为信息成本。^[19]或许张五常教授会偏好此种定义方式。笔者在拙著中之定义方式,是先划出信息成本(与制度运行相关之信息取得代价),再将其他产权相关费用称为交易成本,并将两者合称制度费用。两者之差异是:第一,笔者定义之制度费用,范畴广于张五常教授定义之制度费用,因为前者包括一人世界仍存在之费用。第二,一人世界不存在、二人以上世界才存在之信息取得代价,例如确认谈判对手的保留价格,在笔者定义下之信息成本,在张五常教授定义下应该属于交易成本。

采取拙著定义之方式,至少有助于发展物权法经济分析理论。本文选择此种定义,是实用主义式(pragmatism)的思维;它奠基在张五常教授深富洞见的定义之上,再依据物权法经济分析之需求而稍作调整。详言之,物权法(以及著作权法),相对于例如侵权法,特别重视信息成本。^[20]把全部与信息相关之成本,无论是否在一人世界才存在,统合在信息成本的卷标底下,有助于厘清问题本质,减轻思维负担。反观侵权法经济分析的根本问题是,肇事者与受害人无法在事前相互交易,约定彼此的小心程度等,这是交易成本问题。所以,关注侵权法的学者,往往不需要烦恼交易成本、信息成本等划界问题,其来有自。但须注意者,笔者学植有限,能稍微深入思考的问题,都是物权相关的问题。若有人能全面关照所有法律部门的经济分析问题,或许会觉得本文之定义过于偏重物权法,不利于其他领域的分析与界定。笔者既然是实用主义者,自然不会排斥在其他领域法经济分析学者之后续研究后,考虑调整交易成本与信息成本之定义方式。

最终,不管采用何种界分方式,应该都会关注同样的制度运行费用。但能在概念上厘清两者的定义方式差异,有助于进一步对话。即令不同领域学者使用不同名词概念,若能厘清彼此概念界定之范畴,与两者差异,仍有助于沟通理解。

三、外部性与无效率的难题

(一) 外部性是胡闹?!

张五常教授多次在《经济解释》中,指称外部性理论是胡闹或胡说八道。^[21]其中一个原因或许是,张五常教授曾指出蜂农与果农间有合约,推翻了外部性存在的神话。^[22]《经济解释》中指出,外

[18] 参见例如前注[2],张五常书,第63页。

[19] 张五常教授认为“成本”一词,不如“代价”或“费用”精准。参见前注[3],第141页。但法学界早已习惯交易成本一词,身为末学的笔者,只能继续“路径相依”(path dependence)。

[20] 物权法经济分析大师亨利·史密斯教授的文章,常常有 information cost theory 字眼,或明白地关注信息成本问题。See, e. g., Yun-Chien Chang & Henry E. Smith, “The Numerus Clausus Principle, Property Custom, and the Emergence of New Property Forms”, 100 Iowa Law Review (2015); Henry E. Smith, “Community and Custom in Property”, 10 Theoretical Inquiries in Law 5 (2009); Henry E. Smith, “Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights”, 31 Journal of Legal Studies S453 (2002).

[21] 参见前注[2],张五常书,第68页。

[22] See Steven N. S. Cheung, “The Fable of the Bees: An Economic Investigation”, 16 The Journal of Law and Economics 11 (1973).

部性无所不在,大部分没有处理;^[23] 并批评论者动辄以外部性而要求政府干预。^[24] 《经济解释》认为,市场的安排会把污染的工厂放在适合的地方,不需要政府或环保团体的左右。需要的是权利有界定,而非政府或利益团体的操作。^[25] 可惜的是,《经济解释》中并未更有系统地处理外部性问题。下一节是笔者自己的外部性理论观点,并由外部性之讨论,拉到另一个重要问题:什么是无效率。

(二) 外部性与无效率观念对法律经济学研究者仍有意义^[26]

科斯在 *The Problem of Social Costs*^[27] 中批评庇古(Pigou)的福利分析有误,但庇古式以租税来内部化外部性(internalize externality)的做法,至今仍常被运用在公共政策。为什么?在交易成本极低的世界中,庇古税确实是多余的。^[28] 透过没有成本的自愿交易,就可以分配产权。但在正(高)交易成本的现实世界中,并非所有资源都能产权化;也不是全部带有产权的资源,其权利内涵都 100% 清楚;实践权利的高成本往往令权利人却步。是故,环境主管机关还是要用罚款或租税手段,让污染者切身感受社会成本。寻求自愿交易不成的私人,也往往有侵权行为损害赔偿请求权,作为另一种内部化外部性的法律工具。由此可知,内部化外部性问题就是制度费用问题。有正的制度费用,才有无法内部化的外部性。然而,并不是所有的正制度费用产生的问题,都是外部性问题。外部性问题,也不是只能利用庇古式的手段解决。转换制度(法律制度或非法律制度)往往会影响到外部性的高低。从物权法定转到物权自由,就是法律制度本身影响到外部性的适例。^[29]

科斯提到的“损害相互性”(reciprocal nature of harm)^[30],值得再加阐释。损害相互性的意思是,一个巴掌拍不响:若有工厂排放黑烟,但附近没有居民,因此无人受害,就没有外部性。而黑烟制造的外部性,源头有二:有人排放黑烟,有人住在附近;故工厂与居民都是外部性产生的原因。科斯强调损害相互性,是为了反思传统的“单线损害观”——是工厂“制造”居民的损害。科斯认为,重点是何种制度安排(工厂放烟还是居民不受烟扰)最能极大化产值。换言之,

[23] 参见前注[2],张五常书,第 82 页。

[24] 参见前注[2],张五常书,第 74~75 页。

[25] 参见前注[2],张五常书,第 83 页。另外,张五常教授曾指出,增加租值消散的安排,只有在集体性的选择可以出现。张五常:《经济学的缺环》,香港花千树出版社 2009 年版,第 137 页。张五常教授应该是担心,为了外部性而要求政府介入,最终可能弄巧成拙,降低租值。

在张五常教授早期的英文论文中,就直接提倡废除外部性的概念。See Steven N. S. Cheung, “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, 13 *The Journal of Law and Economics* 49 (1970).

[26] 本节改写自张永健:《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社 2015 年版。

[27] See Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *The Journal of Law and Economics* 1 (1960).

[28] See Ronald H. Coase, *Essays on Economics and Economists* (Chicago: University of Chicago Press, 1994), pp. 10-11.

[29] 相关辩论,请参见《交大法学》之前刊登的论战:简资修:《物权是内部化而不是外部性》,载《交大法学》2014 年第 2 期;张永健:《再访物权法定与自由的争议》,载《交大法学》2014 年第 2 期。以及苏永钦教授之几篇重要论述:苏永钦:《从以房养老看物权的自由化——再谈民法作为自治与管制的工具》,载《中国法研究》2013 年第 1 期;苏永钦:《可登记财产利益的交易自由——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界线》,载《南京大学法学评论》2010 年秋季卷;苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系》,载苏永钦:《寻找新民法》,台北元照出版有限公司 2008 年版;苏永钦:《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》,载《经济论文丛刊》1991 年第 19 卷第 2 期。

[30] 张五常教授指出,科斯研究音频频率,没有好人、坏人之别,是损害相互性的好例子。参见前注[2],张五常书,第 53 页。科斯的研究,see Ronald H. Coase, “The Federal Communications Commission”, 2 *The Journal of Law and Economics* 1 (1959).

若工厂产值较高,则工厂应该继续生产;若居民安居乐业的产值较高,则工厂应该停止排放黑烟。

然而,这不表示所有的侵权诉讼都没有经济道理。在零制度费用的世界,损害相互性成立。在制度费用为正,而系争资源(如空气)的产权没有被划定时,损害相互性的概念也很重要——若法院的目标是极大化产值,则在分配资源之产权时,^[31]即可将产权划分给产值较高者,不管他在传统观念上是污染者还是被污染者。

但在正制度费用的世界中,许多资源的产权已经被分派给私人。此时,权利人与侵权者的界线就清晰起来。在此世界中,较可行的制度设计是要求自认为更能利用资源者,透过磋商向产权拥有者要求购买资源或授权使用资源,而不是直接侵害权利。没有事后在个案中让法院划分产权,是因为法院往往无法知道谁是产值较高者。而且,容许法院有时依据其产值认定而剥夺既有产权,反而使得科斯念兹在兹的权利界定(right delimitation)变得比较不清楚。

所以,在物权法领域中,若分配产权的制度费用没有太高,法律就将资源财产化,并将产权初始分配给特定人;并留待市场自愿交易来促进资源的有效率使用。^[32] 物权拥有者有排他效力,他人若未经同意而使用其资源,物权拥有者可以视情况动用所有物返还请求权、防止侵害请求权或侵权行为损害赔偿请求权。无权而干扰他人资源者,不能以“损害相互性”作为抗辩。换言之,在制度费用为正,但资源已经财产化的社会,以财产原则(property rules)保护既有的产权秩序是原则;在特定情况中,改以补偿原则(liability rules)^[33]让产权易手(但必须补偿原产权人^[34])。绝大多数现实法律规定,不以损害相互性作为一造的抗辩理由,良有以也。

经济学者担忧外部性会成为政府胡乱干预的借口。确实,世界上许多行为会造成外部性,其矫正都需要(生产)成本,因此多半不值得由政府介入。但法律经济学者会碰到的外部性,往往是法令规定所造成。有法令存在,就已经不是单纯的(狭义)“市场”运作结果。故法律经济分析学者往往应该正面面对外部性,思索不同法律解释、法律政策(制度设计)对系争问题外部性之影响。

公寓大厦(小区)中的外部性,或许是最容易理解的例子。无资力购置透天别墅的都市居民,都应该有邻居打麻将、唱KTV、放鞭炮、怒吼而难以入眠的经验,或为对门乱置鞋、伞于楼梯间而深感不便。从骚扰发生当时来看,这些都是外部性。但如薛兆丰教授精辟地向笔者指出的,若引入“预期”(expectation),则前述噪声就不是外部性,因为“鸡犬(人)之声相闻”,早在意料之中,因而反映在买房价格中。换言之,“结庐在人境,而‘有’车马喧”的不快,已经在较低的房价中获得补偿(较低是相较于无车马喧时的房价)。

但进一步看,如果能以够低的代价揭露信息,使喜欢打麻将的人住到同样的公寓大厦,你洗牌、我自摸,谁都吵谁、谁就都不吵谁。比起“牛骥同一皂”的混合均衡(pooled equilibrium),整体房价上升,住户的整体福祉也上升。要揭露信息,使外部性降低(如不能乱放伞),或使得外部性不再

[31] 关于分配资源之产权(entitlement), see, e. g., Yun-chien Chang, “Optional Law in Property: Theoretical Critiques”, NYU Journal of Law & Liberty (2015), forthcoming.

[32] See, e. g., Henry E. Smith, supra note [20], at S453; Henry E. Smith, “Property and Property Rules”, 79 N. Y. U. Law Review 1719 (2004); Yun-chien Chang & Henry E. Smith, “An Economic Analysis of Civil Versus Common Law Property”, 88 Notre Dame Law Review 1 (2012).

[33] 关于补偿原则之介绍与分析,参见前注[1],张永健:《物权法之经济分析导论(二)——效率》。

[34] 时效取得是没有补偿就可以转换产权,是知名的例外,但笔者认为时效取得制度在特定制度环境中,没有经济道理。参见张永健:《历久弥新或不合时宜?民法不动产时效取得制度之实践与革新》,即将刊登于《中研院法学期刊》第18期(2016年3月)。

是外部性(千家万户一齐引吭高歌),不一定要靠政府直接干预。

立法者可以透过“公寓大厦规约”与“规约内容强制揭露”之制度设计,^[35]使个别公寓或大厦的居民可以自己互相约束,俾便形成小群体中的“社会规范”(social norm)。规约甚至可以设有赔偿金之约定,或借由赋予管理委员会对特定小区事务的裁量权,制裁不合作的居民。因此,在相关法律中创设了规约(covenant)制度,^[36]就给物权人压制外部成本(或让外部成本不再是成本)一大利器。^[37]好的制度设计,可以降低外部性;而如上所示,降低外部性,不当然是靠政府直接干预。法律经济学者,不应该一概否认外部性的存在,或不思索降低外部性的诸多制度选择。

至于为何笔者认为法律经济学者应该重视外部性,张五常教授却认为外部性是胡说?或许这正反映了学科关怀之不同。所谓的法律经济学是使用(制度)经济学的分析工具,研究对象(subject matter)则是法令及与其相关之制度。^[38]制度经济学使用同样或类似的分析工具,但研究对象主要仍是市场或其他经济组织,而非法令。制度经济学者因此似乎倾向把现行法令当成局限条件(constraint)。《经济解释》中屡次提及的另一位制度经济学大家哈罗德·德姆塞茨(Harold Demsetz),在其近作中^[39]采取与《经济解释》类似之效率观,^[40]认为无效率是没有把某些局限纳入分析。芝加哥大学法学院的法律经济学者李·芬内尔则指出,^[41]德姆塞茨将法律当成外生给定,但法律人则有倡议修法之雄心。意思就是,法学者出身的法律经济学者,在知道局限条件后,会想要改变局限条件(法令),以求提升效率。然而,此时张五常教授和德姆塞茨提出的效率观,就无法直接用以判断现行法令较佳,或被倡议来取代的政策较佳。当然,改制成本^[42]不可能是0,所以要纳入考虑。但有些时候,没有改制的原因,不是改制成本太高,而是没有人想出更好的法律制度。而(法律)学者的工作就在于想出更好的法律制度。

(三) 从租值大小看效率高低

再到无效率之定义。按照《经济解释》之看法,只要将局限条件都纳入分析,依据定义,现状必定都符合 Pareto Optimality。^[43]若是如此,如何比较两种世界在经济效率上的优劣?就此问题,

[35] 关于我国台湾地区法相关问题之讨论与分析, see Yun-chien Chang, *Condominium Law in Taiwan*, under review.

[36] 在美国法中称为 Covenants, conditions and restrictions, 简称为 CC&R.

[37] 由此,可以再进一步思索,台湾地区 and 大陆地区的民法是否都应该引入 real covenants, 以作为在公寓大厦(小区)之外,进一步控制外部成本的制度设计。倡议引入 real covenants(或称 covenants running with land)之论述,参考谢哲胜:《从释字第 349 号解释论随土地所有权移转的债权契约》,载谢哲胜:《财产法专题研究》,台北三民书局 1995 年版,第 57~77 页。

[38] 参见王鹏翔、张永健:《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,中央研究院法律学研究所,“两岸四地法律发展”学术研讨会,2014 年。

[39] See Harold Demsetz, *From Economic Man to Economic System: Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism* (New York: Cambridge University Press, 2008), pp. 109-114; Harold Demsetz, “The Problem of Social Cost: What Problem? A Critique of the Reasoning of A. C. Pigou and R. H. Coase”, 7 *Review of Law & Economics* 1, 8-9 (2011).

[40] 参见前注[2],张五常书,第 28、279 页;前注[3],张五常书,第 249 页;张五常:《中国的前途》,香港花千树出版社 2002 年版,第 239 页。

[41] See Lee Anne Fennell, “The Problem of Resource Access”, 126 *Harvard Law Review* 1471, 1480-1482 (2013). See also Pierre Schlag, “Coase Minus the Coase Theorem — Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis”, 99 *Iowa Law Review* 175, 214-215 (2013).

[42] 改制费用之问题,参见前注[2],张五常书,第 293 页;见前注[40],张五常书,第 245 页。

[43] See also Steven N. S. Cheung, *supra* note [4].

第一版的《经济解释》反而阐释得更清楚：并非所有的管制(或不管制)都一样好,因为不同的局限条件会产出大小不同的“租值”(rent),或说租值消散(dissipation of rent)多寡不一。^[44]亦即,不同的制度,隐含不同的局限条件;不同的局限条件下,租值也不同。重点在找出现实可达、租值最大的制度。从低租值的制度转变到高租值的制度,只要改制成本不要高于制度转变带来的净收益,就可以用“较有效率”来形容“租值比较高的制度”^[45]。

在神州增订版的《经济解释》,看法虽较为隐晦,但也明确指出“交易费用皆可作租值消散看”^[46]。既然如此,不同制度下的交易/制度费用高低,或租值消散多寡,纵使无法用计量方法精准推估,至少可以在理论上辨明其相对大小。科斯认为均衡(equilibrium)与不均衡的概念无用,应该取缔;^[47]但张五常教授认为,此概念非常流行,应该要赋予新诠释。^[48]同样地,效率与无效率或许是为更流行,且外行人都听过的名词;若认为将局限条件都考虑进去后,任何现状均为有效率,则效率一词也失去作用。要解救此名词,或许就可以改用制度费用高低(或租值消散多寡)作为效率与无效率之新解。^[49]

四、产权的法学与经济学不同视角

上文论及,(制度)经济学与法律经济学虽然使用类似之研究方法,但研究对象不同。不幸的是,两个有相近关怀的学科,使用同样的名词,却指涉不同的内容。这就像中医与西医虽然都说心、肝、脾、肺,但其意义截然不同。科斯对制度经济学、产权经济学、法律经济学都有很深远之影响,但他对 property 的认知与想象,却与法律上的 property rights 有很大不同,导致法学与经济学两边的鸡同鸭讲,甚至由概念上的误会导出论理上之偏差。此问题梅林和史密斯(Merrill & Smith)已有深入论述,^[50]本文在此不赘。

在《经济解释》中,张五常教授所阐释的“产权”(property rights)^[51],也和法律学者使用 property rights 时,有不同之意义,值得为《交大法学》的读者,稍加阐明。^[52]《经济解释》认为,产权包括四种权利:所有权(ownership rights)、使用权(use rights)、收入权(right to income)、转让

[44] 参见张五常:《经济解释卷三:制度的选择》,香港花千树出版社2002年版,第133~134页;张五常:《经济解释卷二:供应的行为》,香港花千树出版社2002年版,第66~67页。

[45] 张永健:《论药品、健康食品、食品之管制》,台湾大学法律学研究所2003年硕士论文,第77~78页。

[46] 参见前注[2],张五常书,第65页。

[47] 张五常:《五常谈学术》,香港花千树出版社2000年版,第211页。

[48] 新诠释,see Steven N. S. Cheung, supra note [4].

[49] 笔者主张,物权法经济分析应特别重视配置效率(allocative efficiency)。参见前注[1],张永健:《物权法之经济分析导论(二)——效率》。配置效率高,就是租值消散较少,故两者相通。

[50] See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “What Happened to Property in Law and Economics”, 111 Yale Law Journal 357 (2001); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “Making Coasean Property More Coasean”, 54 The Journal of Law and Economics 577 (2012).

[51] 前注[9],张五常书,第93页,明确指出法律学与经济学对 property(产)定义有别,认为经济学的定义较广,除了资产也包括消费物品。不过,此处似有误会,在英美普通法上谈到 property,是物都包括在内,消费物品自然不例外。

[52] 另一个困难的名词之争,是 contract 的意义与范畴。《经济解释》说“合约就是制度,合约的选择因而是制度的选择”,似乎将合约与制度画上等号。参见前注[2],张五常书,第277页。这显然比法学者所界定的,你要约、我承诺所构筑的约定叫做合约,宽广许多。在另一本书中,张五常教授也明确指出法学与经济学对合约的界定不同,但言简意赅,没有悟性的笔者仍有疑惑,希望张五常教授仍有机会再加阐释。参见前注[25],张五常书,第113页。

权(right to transfer)。^[53] 张五常教授并进一步指出,“所有权在经济学不重要”^[54];“今天,在法律上,所有权的概念不重要”^[55];“使用权重要”^[56]。张五常教授并以自己亲身经验为例,说明当他贷款买汽车时,银行是汽车法定车主,自己是注册车主,但不是法定车主对其使用该车的行为一点影响都没有。^[57]

本文认为,当所有权的意思仅限于“名义上所有权”时,或许我们可以说所有权不重要。张五常教授这么说,来自他长期跟进中国(包括香港)经济发展,发现土地虽然名义上是国家的、是集体的,但不妨碍拥有某种使用权(像是承包经营权、建设用地使用权)的人民,大搞一番后发达起来。然而,若能够实现土地私有,经济成长的力道,或许又会再往上翻。

所有权因为是与实体物有关的物上权利之总汇,^[58] 所以很难仅是名义。^[59] 以中国物权法而言,土地的使用权人,其转让权往往受有限制;其使用权的期限也只有几十年,并非永久。使用权人投资、利用、开发土地之诱因,是否会和拥有所有权的私人相同,恐有疑义。以台湾地区为例,台湾的违章建筑(大陆地区称小产权房),在法院的解释下,可以转让“事实上处分权”,不能转让名义上的所有权。事实上处分权人拥有完整的使用权,也可以再转让事实上处分权,也可以出租换取收入。但欠缺了所有权,在不少法律问题的解释上碰到困难,最终事实上处分权此种使用权,无法取代所有权。^[60] 再以张五常教授亲身经验而论,仅身为注册车主固然对使用没有影响,但对于出租汽车换取收入、拿车去当铺质押等利用行为,还是有差。总而言之,所有权是空壳时,所有权不重要;但现实世界中的法律制度,很少会将所有权设计成只是空壳,故所有权不能弃如敝屣。

《经济解释》将 property rights 分成四种权利,而且认为是所有权、使用权、转让权、收入权,也和法律经济学文献甚有不同。笔者曾为文批评过去法学文献混淆了 property rights(财产权/产权/物权)和 ownership(所有权)。^[61] 《经济解释》区分所有权和产权,并将前者归为后者之一种,洵属正确。但将转让权、收入权、使用权,与所有权对举,并同列为产权之一种,则有再商榷之处。从法典分类来看,与所有权对举者,应为他物权,包括抵押权、役权等。从经济功能上,使用权、转让权、收入权则构筑了所有权大部分(但应非全部)的权能;换言之,所有权是全体,使用权、转让权、收入权则是部分。

再者,尤其在法典化的大陆法系国家,所有权、使用权、转让权等名词,写在法律里,也有明确

[53] 前注[2],张五常书,第154页。稍微详细一点的阐释,参见张五常:《二十一世纪看中国的经济革命》,香港花千树出版社2002年版,第64~65页;前注[40],张五常书,第239~240页。

[54] 前注[2],张五常书,第154页。

[55] 前注[2],张五常书,第155页。

[56] 前注[2],张五常书,第155页。

[57] 前注[2],张五常书,第156页。另参见张五常:《中国的经济制度》,香港花千树出版社2008年版,第106页。

[58] Ownership as a bundle of rights. See Yun-Chien Chang, “The Economy of Concept and Possession”, in Yun-chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 103.

[59] 张五常教授早期作品中,也曾强调过所有权的重要性。参见张五常:《再论中国》,香港花千树出版社2002年版,第97~98页。

[60] 张永健:《违章建筑事实上处分权之理论建构》,载《台北大学法学论丛》2015年。另外参见苏永钦:《违章建筑与小产权房》,载《法令月刊》2015年第4期。

[61] 张永健:《物权的本质》,载《南京大学法律评论》2014年春季号。See also Yun-chien Chang & Henry Smith, *supra* note [32].

(虽不一定正确)之定义。若在社会科学论述中使用同样名词,但加以不同定义,民主正当性较低(有点言重了!),而且也几乎不可能改变法律用语。若把法律用语看成局限,或许在修法前配合法律用语为佳——至少,论者应该明确指出其用语和法律用语之差异。

最后,从法学者的视角,法典上或文献上的 property rights,指的是具备三个核心要素——对世效力(in rem)、排他效力(right to exclude)、追及效力(running with assets)^[62]——的物上权利,像是所有权、役权、抵押权等。而转让权、收入权、使用权,或再加上占有权^[63]等^[64]“权能”,全部囊括于所有权;而他物权仅具备部分权能。权能之切分与重组方式,则受到物权法定原则之限制。^[65] 产权是制度经济学与法律经济学的核心观念,因此笔者多费了唇舌,希望抛砖引玉。

五、结 语

在《经济解释》中,张五常教授多次批评主流经济学用太多数学,反而忽略了现实世界的考究。对法律人来说,数学模型让人望而生畏。即使下了苦功弄懂,也往往觉得斧凿太过,对处理现实世界的法律问题没有太直接的帮助。

可喜的是,21世纪的经济学似乎开始转变。除了科斯等制度经济学派的倡导之外,结合了认知心理学的 behavioral economics,让黑板经济学越来越捉襟见肘。大数据的兴起导致计量经济学的蓬勃发展,现场实验(field experiment)方法日渐抬头,也让吾人对现实世界的运作方式,有更多了解。但无论典范如何移转,《经济解释》阐扬的思维模式,还可引领风骚数十年不成问题。定稿前最后一次阅读《经济解释》,不禁庆幸自己能阅读中文,才能在过去近廿年学习经济学的过程,直接受惠于《经济解释》的智慧与洞见。

(责任编辑:黄韬)

[62] See Yun-chien Chang & Henry Smith, supra note [32].

[63] 关于占有权能之分析,参见张永健:《占有规范之法理分析》,载《国立台湾大学法学论丛》2013年特刊期。

[64] 所有权的权能要如何切分,文献争议不少,也是笔者正在用力思考的问题。

[65] See Yun-chien Chang, “The Problematic Concept of Possession in DCFR: Lessons from Law and Economics of Possession”, submitted to European Journal of Property Law.