

### 三版序

本書十年前初版時，有些迫於情勢，但這次三版，我是主動積極的。背後的原動力是寇斯，他在 2010 年其百歲誕辰接受訪問時說：「如果你相信你的想法，你必須堅強，在理念市場中，去捍衛、推廣之，直到你真心認為，你被證明錯了。自立之道，唯此而已。<sup>1</sup>」目前法律經濟分析雖然蓬勃發展，但有兩個缺失：一、去法學化；二、英美法化。我至今二十餘年的研究，即是在將經濟分析法學化、本土化。雖然法學化被認為是經濟學沒學好，而本土化則被認為是英文不好，但我相信此一研究取向，不但是有助於台灣法治進展，而且是可貢獻於人類知識者。

本次改版刪除舊版超過二分之一，新增約同量的論文，以經濟分析與現代民法為主題，分為四編：基礎理論、債物之分、侵權賠償、救濟與人權。法律的經濟分析，必須是寇斯式的，不能是波斯納式的。波斯納將法律視為誘因，是黑箱立法者（政府）達成政策的工具，令法律失去其規範性，從而已非法律了。寇斯本人雖對法律存而不論，但其理論可導出法律作為減少交易成本的制度，因而具有了規範性——來自眾人的（同意）交易。這是〈科斯經濟學的法學意義〉、〈寇斯的《廠商、市場與法律》：一個法律人的觀點〉與〈波斯納與經濟分析：一個辯護性的說明〉等三文的重點。〈市場、法院與政府：法律實踐的制度面向〉與〈習慣：游移於事實與法律之間〉兩文，則是應用的制度比較之例。

按民事財產法的功能，無非在定分止爭，確定財產權利之歸屬，從而減少租值消散，而非在改正不知所以的市場失靈，這是寇斯定理的真義。不過，財產之利用，往往是衝突與互補的，但其不能以損害或獲利的簡單物理或經濟關係，來決定財產權利的歸屬，否則就是犯了皮古式外部性的錯誤。當今的法律經濟分析，以物權的效力太強，係侵害了他人，因此必須祭出物權法定以防弊之，〈物權外

---

<sup>1</sup> 原文是 "If you believe in your view, you have to be strong to defend it and promote it in the market for ideas until you are convinced it is proved wrong. This is the only way to be independent." <http://english.unirule.org.cn/Html/Unirule-News/20110101130956819.html>

部性問題〉一文則論證，物權效力是眾人皆要的，只是其受限於公示能力，而非其本質是不好的，皮古式外部性理論在此誤導了。〈讓與（買賣）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析〉與〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害？〉兩文，同樣係以公示能力為支撐的物權效力，去說明買賣是否可破租賃以及一物二賣之法律救濟。此兩文未陷入英美法偏見的經濟分析中——租賃係物權以及金錢賠償係債務不履行的救濟預設——而是在台灣法制語境下，為合理預設的經濟分析。〈公寓大廈屋頂平台之產權研究〉一文，則比較了專有、共有與公有等不同所有權型態的特長與功能。

侵權法應該是目前法律經濟分析最嚴重缺失之所在。侵權法係事後的損害填補機制，但卻被以事前管制的嚇阻誘因分析了。法律現實論、英美法的各自獨立侵權類型，以及皮古式外部性理論之結合，形塑了目前侵權法經濟分析的主流。台灣法界將過失客觀化，也是不明民事財產法的經濟結構所致。〈過失責任作為私法自治之原則〉一文，就此作了全面性的說明。〈故意侵權法的經濟分析——兼評Landes & Posner模型〉、〈違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹〉、〈科學證據與侵權行為法：美國有關邊得克汀訴訟的省思〉等文，則是個別要件之深入分析。〈不法行為的決定時點：預防科技的不足或安全活動的逾越？〉一文，是以上論文的思想源頭。〈命令管制非侵權責任之本質——回應〈過失責任標準經濟分析之再省思〉〉一文，是針對經濟學家質疑上文的回應，進一步釐清了我的想法。〈醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐〉一文，則說明了混淆侵權責任與契約責任之不良後果。

〈消滅時效的證據衰竭不等說——並論其在物上與公法請求的適用〉一文，檢驗了各種想當然耳的學說，提出證據衰竭不等說，並驗證之。〈風險、社區與人權保障——台灣關愛之家協會案之經濟分析〉一文，以實際案例說明社區規約雖是私法自治，但如果其過度歧視弱勢者，則有憲法的限制。

以上有些論文是原刊載於大陸的法律學報，其使用字詞可能與台灣有異，例

如其稱寇斯為科斯，但本書不改之，畢竟此是論文的合集，且其影響閱讀有限。大陸法學研究進展迅速而且多元，這些論文頗有得益於此。華文法學是可作為世界法學，寇斯即期許經濟學應有中國學派<sup>2</sup>，法律經濟學當如是？

感謝中央研究院院士麥朝成先生給了我進入中央研究院工作的機會，我才可以無憂地從事非典型的法學研究；感謝許宗力教授將我合聘於台灣大學法律系，此支撐了士氣，也讓我教學相長；感謝干學平教授的賞評，我只能鼓起餘勇，繼續奮鬥了。

本書獻給我的雙親簡萬治先生與簡邱彩雲女士。

簡資修

2014年4月於南港中央研究院法律所研究室

---

<sup>2</sup> 寇斯說：“In the past, economics was once mainly a British subject. Now it is a subject dominated by the Americans. It will be a Chinese subject if the Chinese economists adopt the right attitude.”同前註。