

背光下的大教堂：找寻失落交易规则

简资修*

摘要 卡拉布雷西与梅拉米德,在其1972年的名著《大教堂一景》中,以应配分之交易为核心,提出自愿交易之财产规则、强迫交易之补偿规则以及禁止交易之禁易规则。不同于经济分析对于法律单向入侵的法律之经济分析,此文展现了法律与经济分析双向沟通的法律与经济分析,值得赞许。但不幸地,其将交易规则视为国家达成目的(政策或价值)之手段,令其与往后的分析,虽然看似理论俨然,但实无法律之解释力。之所以如此,是其于经济模型建构之始,未将法律之经验考虑其中,从而非(实证)科学了。其后论者因此也无定锚的将其不当地衍生,例如补偿规则甚至被选择权化,法律更是失去其权利厘定功能,成为各种政策或价值之工具,法治尽失矣。

关键词 应配分;财产规则;补偿规则;禁易规则;实证经济学

一、前言

卡拉布雷西与梅拉米德(以下简称卡梅二氏),在其1972年的名著《大教堂一景》中,^①以应配分(entitlement)之交易为核心,提出自愿交易之财产规则(property rules)、强迫交易之补偿规则(liability rules)以及禁止交易之禁易规则(inalienability),系法律经济分析之经典,光彩夺目。^②不过,也由于其强烈光芒,对其内里的交易规则反而形成背光效果,令人眼盲了。一如科斯在《公司的本

* 简资修,台湾“中央”研究院法律学研究所研究员,台湾大学法律学系特聘教授。河南大学法学院吴义龙老师催促出了此文。

^① Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 - 1128(1972).

^② 参见 James E. Krier and Stewart J. Schwab, *The Cathedral at Twenty-Five: Citations and Impressions*, 106 Yale L. J. 1997, 2121 - 2148(1997); Fred R. Shapiro & Michelle Pearce, *The Most-Cited Law Review of All Time*, 110 Mich. L. Rev. 1483, 1489(2012).

质》^①一文指出,作为经济学基础的市场交易,如果被假设为完美,作为市场经济不可或缺甚至为核心的公司,是不可能存在的,《大教堂一景》一文异曲同工地指出,交易规则不是只有自愿的财产规则,还有强迫交易的补偿规则与禁止交易的禁易规则。此文展现了法律与经济分析双向沟通的法律与经济分析(law and economics),而不同于经济分析对于法律单向入侵的法律之经济分析(economic analysis of law)。^②但不幸地,卡梅二氏将交易规则视为国家达成目的(政策或价值)之手段,令其与往后的分析,虽然看似理论俨然,但实无法律之解释力。这不足为奇。诚如弗里德曼在其《实证经济学的方法论》中^③指出,在理论建构之始,其理论语言或逻辑,即须是经验性的,则法律之所以是法律,是由于其系统规范性,因此有关法律理论之建构,若以国家目的之工具为之,注定是要失败的。

在进入本文实质探讨前,有必要先就几个翻译名词作说明。entitlement 我译为“应配分”,liability rules 译为“补偿规则”。如此译法,不是标新立异,也不是可有可无,而是(实证)科学理论之要求。理论或假说的语言面向,必须是清楚而无矛盾,如此才能归类管理经验资料,从而理论或假说才有验证可能。^④首先,卡梅二氏在其第一阶之定分阶段,为何舍一般的 right 一词不用,而用 entitlement? 其原因应是,卡梅二氏将纷争解决视为国家给予而非(个人与个人间或个人与国家间)权利之厘定。卡梅二氏是法律现实主义者,其视法律为法官(国家之代表)之政策工具,而 right 作为实体权利(尤其是针对国家而来的防卫性权利),将约束法官的政策决定。反之,福利法上的给付 entitlement,则合其义——一方面,这是国家基于政策给予的,另一方面,国民是基于国民此一身份而受领,因此可借用继承法上的继承人对于遗产享有“应继分”,将 entitlement 译为“应配分”。为其译名正名,不表示卡梅二氏的二阶分析是对的(参见本文第五节),而是要揭露其真实,此为理解之开始。

又多数中文译者将 liability rules 译为责任规则或原则,同样在实证理论之语言面向,也是不清楚的,有碍理论之可验证性(此即相对于英美普通法之中文法学

^① R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, pp. 33 - 55.

^② Guido Calabresi, *Of Law and Economics and Economic Analysis of Law: The Role of the Lawyer*, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, 2016, pp. 1 - 23.

^③ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, pp. 3 - 43.

^④ 参见 Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, pp. 7 - 8.

研究的可适用性)。单字 liability 的确有时是可对应于中文的责任,但在 liability rule 连用时,一定是相对于 injunction(强制行为或不行为)之金钱补偿,译为“责任规则”不但完全无法传达此义,还可能令人想入非非,例如刑事、行政还是民事责任? 增加理解之困难。另外,卡梅二氏与其后来论者往往混淆了补偿规则(强取)与补偿(支付金钱)(参见本文第四节),这只有补偿规则之译法,才可以显示出来,若以责任规则与补偿对照,会使人觉得这些论者为何犯这么低级的错误。最后,不称规则而称原则,^①也不好,因为原则意味着标准,是要被适用的,去比较财产规则或补偿规则何者有效率,即是此之害;规则只是经验分类的,各得其所,无所谓效率比较问题(参见本文第二节)。

二、补偿规则之效率

卡梅二氏说,以财产规则为基础的市场交易成本过高,所以才有集体决定之补偿规则。^② 这是定义性的,如科斯所说,由于市场有交易成本,才有公司之出现。^③ 但这不等同于市场交易成本高时,就采用补偿规则,而市场交易成本低时,就采用财产规则,否则就犯了否定前件的逻辑错误(the fallacy of denying antecedent)。^④ 克莱尔与史瓦伯(James Krier & Stewart Schwab)即指出,如果市场交易成本低,不管是补偿规则或财产规则,当事人都可以交易调整到最好,但如果市场交易成本高,法院采用了补偿规则,当事人即无法交易调整,其意味了法院评估补偿数额的成本是低于市场交易成本,而此是昧于事实了。^⑤ 其又说,由于探求完全(主观)补偿的成本太高,客观市价被采用,使得补偿规则看起来比较有利,但这种假设为何不也适用至财产规则,此即当事人的任何交易结果(包括交易不成功)都可视为其真实价值之显现?^⑥ 其再指出,市场交易成本与法院评估成本之变动,往往是同一方向:一方变高,另一方也变高;一方变低,另一方也变低;如此即难计算比较(这个

^① 参见张永健:《物权法之经济分析(第一册):所有权》,元照出版社 2015 年版,第 66-73 页。

^② Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1106-1110(1972).

^③ R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, pp. 33-55.

^④ https://en.wikipedia.org/wiki/Denying_the_antecedent, 访问日期 2018 年 3 月 9 日。

^⑤ James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 455(1995).

^⑥ James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 457-459(1995).

工作是法院的)。^①不特此也,克莱尔与史瓦伯继续论道,即使市场交易成本高,法官也可以不心软,不做补偿决定,则当事人只好做中学,交易技巧即改善了,交易成本也就降低了;^②其再指出,规则4在受害方人数众多时,由于其集体决策成本高,无法再经由市场去调整法院的无效率的补偿判断,而想象上可行的反向一反向补偿(reverse-reverse damages or the double reverse twist),在现实上,则是不可能,因为其对方当事人之双方都是不利的,根本无人会提起诉讼。^③最后,克莱尔与史瓦伯说,在司法程序看来是怪异的补偿规则,在立法或行政程序不会发生,但公共选择问题将成为新的困扰,则财产规则与补偿规则的正确划分,仍是遥遥无期的。^④

不同于克莱尔与史瓦伯对于补偿规则之质疑,卡普洛与夏维尔(Louis Kaplow & Steven Shavell),^⑤提出占有利益(taking of things)之保护,以财产规则为原则,而非占有利益(harmful externalities)之保护,以补偿规则为原则。不过,这里的问题是,以财产规则或补偿规则之架构,去分析占有或非占有利益法律应如何保护之,其效益几近于零,甚至可能是负效益。例如在非占有利益之工业污染,^⑥卡普洛与夏维尔自己也指出,财产规则以及行政管制,仍占优势,但其认为污染税作为补偿规则,才是最好的法律。令人质疑的是,防治工业污染,一定不是只有污染税一种,至于其他防治规范,也不都是财产规则(当然也不是补偿规则),如此贬抑财产规则而大张补偿规则,又是何必?另外,其将行政管制以财产规则视之,显然错了,因为如果违反管制的处罚是罚款,其是比较接近补偿规则。再者,其认为环境侵权赔偿不是补偿规则,因此较诸补偿规则之污染税无效率,是先射箭再画靶了。最后,其仅因污染许可交易类似财产规则,就认为其比之补偿规则之污染税无效率,也是奇也怪哉。

7

① James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 459 - 462(1995).

② James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 462 - 464(1995).

③ James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 470 - 475(1995).

④ James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 475 - 479(1995).

⑤ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713 - 790(1996).

⑥ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 748 - 752(1996).

在汽车意外事故之例，^①卡普洛与夏维尔说，既然是意外，就意味着侵害人与受害人无法进行市场交易，因此只能采用补偿规则了，但其又说，行政管制与过失责任（而非严格责任），也占有重要地位。其自圆其说，行政管制也是补偿规则；但这里其论理矛盾：为何在上述工业污染，行政管制就不是补偿规则而是财产规则呢？至于过失责任，卡普洛与夏维尔认为其类似财产规则，因此比较无效率；但若依照其推理，其应比较类似于禁易规则而非财产规则，因为过失责任引导行为人不为过失行为，此一行为限制，虽然类似财产规则之禁制令（injunction）效果，但其法定性应从受害人应分配被保护的方式来看，此即因为无过失行为之发生，根本无损害赔偿（其为交易之一种），则交易即被禁止了。但其实，将意外事故放在财产规则与补偿规则架构分析，只是剪不断、理还乱。意外事故之（事后）侵权赔偿，必须是放在私法自治架构下去理解——侵害人与受害人约定：过失为赔偿意外损害启动之停止条件。^②

在占有利益之保护，卡普洛与夏维尔甚至说，其要展现所有权的排他权能特征。^③这是将财产与财产规则画上等号了。财产规则作为应配分的保护方式（此即交易规则之一），其不同于财产；财产比较接近应配分，但其不是国家（法院是其代表）裁量决定的，而是法律之定分，换言之，其本身即意味了排他（纷争之胜诉）；以保护方式的财产规则去证立财产（权能），一者，根本没有必要，二者，财产定分是市场交易之基础，比起仅作为保护方式的财产规则重要多了。这里即显示了卡梅二氏的应配分与其保护方式的二阶分析之谬了。得出规则4应该是此二阶分析的亮点，但规则4在普通法中，除了 *Spur Industries* 那个案例外，可说前无古例，后来者，单一个案无法证立一般架构，甚至应该反过来说，其之稀有，否证了此一一般架构。事实也是，规则4多出现在公法领域中，^④其之证立直接来自公法，根本无须诉诸此二阶分析。换言之，财产规则、补偿规则与禁易规则，应该实体法化，此即这些（交易）规则有法（规范）效力，而从人民角度看，此财产（权利）也！

^① Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 752 - 754(1996).

^② 参见简资修：《过失责任作为私法自治之原则》，载《北大法律评论》2014年第15卷第1辑，第155—173页；《侵权责任私法性质》，载《北大法律评论》2016年第17卷第1辑，第122—141页。

^③ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 758(1996).

^④ A. Douglas Melamed, *Remarks: A Public Law Perspective*, 106 Yale L. J. 2209 - 2213 (1997).

三、补偿规则之政治

在《大教堂一景》一文中,三类交易规则是被作为目的之手段来分析的,但卡拉布雷西作为法律现实论者,最终还是将这三类交易规则价值化了。多数的规则(rules)被单一的体制(the rule)取代。财产规则成为市场体制(market),补偿规则成为补偿体制(the liability rule),而禁易规则成为命令体制(command)。卡拉布雷西说:补偿体制体现的是社会民主价值(social democratic),其补偿(assessment)因此不是模拟的市场价格(price),其可能低于市场价格,因此促进应配分移转;其也可能是高于市场价格的惩罚(penalty),因此延缓应配分移转。^①

不过,这种理论的隐形成胎换骨,其弊轻者,其理论成为套套逻辑,无法律解释力;其弊重者,令补偿规则无法无天,不受限制了。《大教堂一景》以交易成本高低作为财产规则或补偿规则之选择基准,虽然是错的,但至少让人有验证的机会,其理论一旦(社会民主)价值化,即排除了此可能。在无法挑战的社会民主价值下,补偿规则的结构,是无足轻重的。侵权赔偿与公共征收是毋庸区分的,因为都是金钱赔偿,虽然侵权赔偿是在私人间而公共征收是在政府与私人间;为何有惩罚性赔偿,也不值得问;陪审团给予过度赔偿,也不是问题,等等。但这些都是重要问题啊!事实是,侵权赔偿是以过失责任为原则,其不是社会民主的补偿规则;公共征收有严格的程序与实体补偿规定,此也非社会民主价值可涵盖;侵权赔偿以损害填补为原则,例外的惩罚性赔偿,不是理所当然;而陪审团给予过度赔偿,可能是其使用范围无法扩张或甚至萎缩的原因。

四、交易规则之异化

艾尔斯与包尔金(Ian Ayres & J. M. Balkin)进一步以选择权之行使为基础说:^②财产规则其实是补偿规则之特例,所谓财产规则是因为行使补偿规则之(强买)选择权的价格太高,因此无法强买,交易只能是自愿了,不特此也,财产规则与补偿规则,甚至是拍卖法制下的两个类型罢了;其之所以如此,因为更高阶的补偿规则之拍卖法制容许不断而互惠的强取,可以去除信息不对称所产生的无效率。

^① Guido Calabresi, *Of the Relationship of Markets and Command in the Liability Rule*, in *Future of Law and Economics*, Yale University Press, 2016, pp. 117 - 130.

^② Ian Ayres & J. M. Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 Yale L. J. 703 - 750(1996).

不过，诚如艾尔斯自己也承认，现实世界不是其理论所描绘的补偿规则占优，而是财产规则。^①

在卡梅二氏的原始分类中，财产规则与补偿规则之区分，在于自愿或强取，金钱给付；纯粹是其外观，因此其定性为财产规则或补偿规则，应视其目的为维持自愿交易或补偿强取而定，此所以刑事上的罚金或惩罚性赔偿，虽是金钱给付，其是财产规则而不是补偿规则；另外，补偿规则既然是强取，其即意味了不可（自愿）交易。艾尔斯与包尔金错将（金钱）补偿当为补偿规则，才有上述所谓更高阶补偿规则与选择权化之说。张永健也指出，财产法不适用此选择权化的应配分交易分析。^②

不同于艾尔斯与包尔金创设出更高阶的补偿规则去统摄财产规则与补偿规则，凌斌在原始三类型交易规则上外加两个规则——管制规则与无为规则。^③管制规则与无为规则，的确是现代社会之重要法律规范，但此一附挂，有何实益？首先，原本自愿、强迫与禁止交易之分类，是有统一之逻辑，管制与无为之附加，显得非常唐突，不知逻辑何在。次之，管制规则如果是强制性的，其是禁易规则——人因为无损害，就无赔偿，意味交易被禁止了；管制规则如果是强制性（行政处罚款），其就是补偿规则。再者，原始三类型的理论发展，诚如艾布斯坦（Richard Epstein）所说，^④其是要探讨各类型的体制，则无为规则自在其中矣。

五、模型建构作为法律科学

卡梅二氏说：“法律学者就因其不做模型建构，不系统地做，而只看法院裁判，希望类型自显。但这种方法只能看到大教堂的一景，其可能忽略了模型建构之分类始能呈现的议题间之关系。”^⑤卡梅二氏的此一模型建构法学研究取向，刚开始虽被高度质疑，但如今已成为主流。^⑥不过，模型建构只是科学研究的起点，其可验证的实证性（positive）才是科学核心。卡梅二氏在此所提出的交易规则之模

^① Ian Ayres, *Optional Law*, The University of Chicago Press, 2005, pp. 199 - 200.

^② 参见 Yun-chien Chang, *Optional Law in Property: Theoretical Critiques and a New View of the Cathedral*, 9 N.Y.U. J. L. & Bus. 459 - 512(2015).

^③ 凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》2012年第6期。

^④ Richard A. Epstein, *A Clear view of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 Yale L. J. 2091 - 2120(1997).

^⑤ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1128(1972).

^⑥ 卡拉布雷西说，此文之模型分析，在当时的法学研究界根本不为人知，差点还刊登不了。Guido Calabresi, *Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral*, 106 Yale L. J. 2202(1996).

型,是规范性的(normative)或政策性的,因此人人皆可侃侃而谈,言之成理。从法律观点来看,^①交易规则模型之实证性,应该来自各类交易规则之法律特征,而不是其价值或目的。^②这是艾布斯坦所言的制度脉络(institutional setting),^③罗斯(Carol Rose)所言的普通法的历史分类,^④或者笔者所言的法律作为合意减少租值消散的系统规范。^⑤

实证科学有两个面向:形式语言与实质假说。弗里德曼在《实证经济学的方法论》一文中说:“实证科学的最终目的在于发展理论(theory)或假说(hypothesis),有效或有意义(此即非形式真值)推测尚未被观察到的现象。一般而言,这种理论是两种要素的复杂渗透。其一,一种语言(language),意在促进有系统与有组织的推理。其二,一组实质假说,意在抽象出复杂现实的核心特征。”^⑥

何谓模型之语言?弗里德曼说:“作为语言之理论,是没有实质内容,其只是一组套套逻辑。其是一个归档系统,在于帮助我们组织与了解经验资料,因此判断归档系统的好坏,也是判断作为语言之理论好坏之标准。分类是清楚精确的吗?全面无遗漏的吗?个别项目都可精确归类还是模棱两可?这些分类与再分类,可以令我们很快找到我们要的,还是我们要到处找?我们想要的项目是被合并归类吗?这个归档系统避免了繁复的互相参照?”^⑦

在此模型语言面向,卡梅二氏所提出的应配分与其保护方式之二阶分析,其实是不清楚的,逻辑混乱。首先,卡梅二氏自己即称,应配分与禁易规则往往是无法分开理解的,则此二阶分析显然未被贯彻;^⑧再者,应配分既然不是抽象的权利,例

① 此即哈特所言的内部观点。

② 卡梅二氏虽说,其之所以不谈不同法律的各自特征,是要先探讨为何有此不同交易规则之存在,但从此模型之实证要求来看,此二问题是合一的,不可分开处理。Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 n.2(1972).

③ Richard A. Epstein, *A Clear view of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 Yale L. J. 2091, 2111 - 2120(1997).

④ Carol M. Rose, *The Shadow of The Cathedral*, 106 Yale L. J. 2175 - 2200(1997).

⑤ 参见简修修:《权利之经济分析——效率或定分》,载《法令月刊》2017年68卷9期,第24—46页。

⑥ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, p. 7.

⑦ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, p. 7.

⑧ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1093(1972).

如物权或债权,而是针对个案的裁决,其如何可分离于自愿或强迫交易之判断?①事实也是,卡梅二氏与其往后的论者,也都是在财产规则或补偿规则之间选择打转,而不是应配分归谁;三者,普通法的确有类似二阶的救济(remedies),但典型的违约救济——强制履行或金钱赔偿——多不在其讨论之中,②反而是(实体法)侵权之损害赔偿一直是论争中心;四者,如罗斯指出,卡梅二氏与其往后的论者,往往以明例偷渡暗例为补偿规则之推论。③以上这些理论语言的问题,使得言人人殊,理论根本无从验证。

模型建构更重要的是,其自始即须将经验纳入其中。弗里德曼如是说:“经济理论若不只是要去描述行动的后果,而是要去预测,则其不能只是套套逻辑的结论,数学仅是伪装罢了。套套逻辑的有效性最终是建立在实质假说的接受性上——其分类是可以归整零碎的经验现象。”④其又说:“经验证据在两个不同但相关的阶段:假说之建构与假说之有效验证非常重要。有关假说解释对象的全面广泛证据,除了明显地在于提出新假说的作用外,是要确保该假说是要解释其解释的——假说的意涵不与现有的经验相冲突。”⑤

卡梅二氏模型建构的最大问题是,其将实体法律权利完全手段化,因此不是法律的模型了。卡梅二氏所提出的二阶分析,其原型应是英美普通法的救济措施(remedies),但在始阶分析,却舍权利(right)而用了应配分,偷天换日了。救济之所以名为救济,就是其前提之受损,一定是实体之权利,则在模型建构中,以国家施予的应配分取代法律的权利,已不是法律的实证分析了。这是卡梅二氏与其往后论者分析混乱之源。艾瑞克·波斯纳(Eric Posner)即指出,这些所谓(契约)法律的经济分析,一方面,其模型若是简单清楚,往往解释是错的,另一方面,其模型若是复杂正确,其信息要求又过高,根本不现实。⑥

① 卡梅二氏说,对于多数财物而言,其应配分是混合的,例如私人的房子,在一般买卖时,是财产规则,在政府征收时,是补偿规则,而在房主酒醉或失能时,其则是禁易规则。Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1093(1972).

② 参见 Samuel L. Bray, *Remedies, Meet Economics; Economics, Meet Remedies*, 38(1) Oxford J. Legal Stud. 71 - 89(2018);简资修:《一物二卖——有效率之不履约或债权之侵害?》,载《人文及社会科学集刊》2001年第13卷第1期,第65—88页。

③ Carol M. Ross, *The Shadow of The Cathedral*, 106 Yale L. J. 2175 - 2200(1997).

④ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, pp. 11 - 12.

⑤ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, The University of Chicago Press, 1953, p. 12.

⑥ Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* 112 Yale L. J. 829(2003).

六、结 论

克莱尔与史瓦伯在巨细靡遗地检讨过有关财产规则与补偿规则区分之理论、发现这些理论的有效性几乎为零后,很悲观地说:“也许参与这个博弈并不值得,但我们是已在其中。作为学术中人,我们领薪水被赋予去思考或担忧其实不那么值得思考或担忧的事。虽然史瓦伯说,有些好东西,不管是理论或事实,的确有时会 出现,但我们付出的代价太高了。不过,这无紧要。就好像莫内持续画大教堂,学者也会不断地画,不管是否值得。学术本是如此,其中多是无用的,少数可能有用。我们需要的是运气,当好东西出现时,能看出来。这是本文可能的贡献。如果连这也达不到,也无所谓;这就是身为学术中人的我们之所为。”^①反之,艾尔斯则很乐观地说:“理论与现实的差距甚大——我已经展示其效率与公平的理论(尤其是简洁的数学模型),是补偿规则应该占优,但真实世界的事实却是,财产在法律上与人们的认知上占优的。本章或本书并未解决此一理论与现实之不符,也不解决此财产规则与补偿规则何者为优的争论,而是试图将争论深化。我们现在知道更多如何调校补偿规则,虽然仍无一个一般理论。也许一个优美、简洁且清晰的理论,永远不可得;也许财产最终的证立还是在人类生活的不规则;但是本书至少展示了,补偿规则的多样多工是如何令人释放出其原本不为人知的信息。”^②

财产规则与补偿规则何者为优之争论之所以如此纠缠,根本是在卡梅二氏之理论之始即已埋下。卡梅二氏以应配分着手分析法律,但应配分的性质是国家恣意(名为政策或裁量),从实证经济学的角度而言,此经验与理论之分离,注定了其理论之无效。类似艾尔斯之沉迷于单纯理论建构而无视现实的法律经验,系法律经济分析之殇。补偿规则作为一个分析概念,只有在财产规则之对照下,才有意义,艾尔斯怎可说其补偿规则内的分析自有其意义?

卡梅二氏以模型建构取代了普通法之逐案分析,但其模型建构却是(价值)规范的或政策的而非(法律)实证的,而此不但无助于我们了解作为交易规则之法律规范,并且助长了价值混乱与模型灌水——政治分配被引进了补偿规则、补偿规则被认为比较有效率、补偿规则甚至被选择权化以及三规则被扩至五规则等等。诚如艾布斯丁评说:“卡梅二氏将会对法学有重大贡献,如果其只是指出这些救济途

^① James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N. Y. U. L. Rev. 440, 482-483(1995).

^② Ian Ayres, *Optional Law*, The University of Chicago Press, 2005, pp. 199-200.

径如何重复出现于非常不同的实体法领域。”^①

其实，与其如卡梅二氏以自愿、强制与禁止为分类去探讨交易规则，不如回归到传统的私法自治、公法限权与公私调和。例如卡梅二氏将侵权责任归为补偿规则，其一方面与财产权利分离了，另一方面又与公共征收等同视之，此不但使得作为侵权法原则的过失责任，被去私法化，而且也使得公共征收去公法化，令两者都失去了法律灵魂——私法的自治、公法的限权与公私法之调和！^②

Cathedral In The Shadow: Finding Lost Trade Rule

Jian Zixiu

Abstract: In the article entitled “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral”, Calabresi and Melamed pointed out that legal rules governing transactions consist of not only voluntary property rules but also forced liability rules and prohibited inalienability. However, they did not investigate the characteristics of relevant laws concerning these rules. Instead, they based the distinction of rules on transaction costs and goals pursued. This has led analysis in wrong direction of pure modelling without taking account of law. Positive economics requires that the experience should be the built-in element in the model building from the beginning. Entitlement as the courts’ arbitrary decisions is not law, therefore the analysis is not law relevant any more.

Keywords: entitlement; property rules; liability rules; inalienability; positive economics

✎

(责任编辑：艾佳慧)

① Richard A. Epstein, *A Clear view of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 Yale L. J. 2091(1997).

② 参见简资修：《过失责任作为私法自治之原则》，载《北大法律评论》2014年第15卷第1辑，第155—173页；《寇斯定理与私法自治》，载《月旦商法杂志》2015年第49期，第78—88页；《侵权责任的私法性质》，载《北大法律评论》2016年第17卷第1辑，第122—141页；《权利之经济分析：定分或效率》，载《法令月刊》2017年第68卷9期，第24—46页。