

刊登於法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 24-46 頁。

權利之經濟分析：定分或效率

簡資修*

目錄

- 壹、前言
- 貳、寇斯定理
- 參、過失責任
- 肆、刑罰、管制
- 伍、歧視、時效
- 陸、法律體系
- 柒、結語

摘要

現行主流的法律經濟分析是制度空心的市場失靈理論，因此無法解釋作為制度的法律。立基於寇斯的公司理論與張五常的制度作為合約安排的理論，本文提出作為減少權利釐定成本的法律體系理論。我國民法第 148 條第 1 項規定，顯示出了（法律）權利的定分本質。之所以有定分，是其減少了眾人爭鬥之浪費，定分因此必然是體系的一無矛盾性與融貫性。現代主流法律經濟分析，由於是制度空心，因此其是無體系性。本文從過失責任作為私法自治之原則展開，除了說明私法內的契約、侵權與物權等法律規定是如何聯繫的，也說明其與刑事處罰、行政管制或憲法等公法之關係。

關鍵詞：

法律經濟分析、寇斯定理、私法自治、定分、效率、法律體系【法令月刊第68卷9期，2017年9月，第24頁】

壹、前言

我國民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」¹此

* 中央研究院法律學研究所研究員；國立臺灣大學法律學院合聘教授。

1 這是 1982 年修訂前的條文，現在的條文是：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」在民法規定「權利之行使，不得違反公共利益」，立法技術拙劣而偽善。

條文應是預設了：權利之行使，多少會造成他人之損害，但不能是其主要目的。說實之，權利之目的，在於合法損害，定分也。²現代法律經濟分析開創者寇斯（Ronald Coase）也說：「權利之釐定，是市場交易之前提要件。³」這有兩個意義：一、有權利才有市場交易，而市場交易是可以將損害減至最小⁴；二、有權利才有市場交易，而市場交易取代了非市場（自願）交易之爭奪，意味了無謂的損害不見了，這是阿爾欽（Armen Alchian）與張五常的產權經濟分析了⁵。

當今的法律經濟分析，蓬勃發展，但不幸地，其底蘊是，本人稱之為新庇古式（neo-Pigovian）或波斯納式（Posnerian）的福利經濟學（現代稱「外部性理論」，externality）⁶—萬能的政府（法院）矯正市場的失靈—法律只是政策工具（誘因），而非定分本身。例如即使在自治的私法，物權法定主義被以訊息外部性之內部化為主張⁷，而侵權損害賠償則被視為嚇阻造成外部性行為之手段⁸，甚至自願的契約責任都空洞化了。究其原因，有二：一、寇斯定理被錯誤推導得出：現實世界無所不在的交易成本，造成了市場失靈，因此無不需要法律的高權介入⁹；二、這種失靈／誘因強制的外部性理論，非常適合【法令月刊第68卷9期，2017年9月，第25頁】手段目的性質的模型推導與量化分析，理論因此披上了科學的國王新衣¹⁰。但此理論，一者，根本是斷錯病症—損害不即是失靈；二者，其也開錯藥方—法律不僅是嚇阻。

反觀之，權利定分法律觀，其基礎是眾人競爭無所不在，若無定分，眾人為所欲為，互相爭鬥，資源將耗費殆盡，但定分也僅是減少了社會浪費，其不可能完全去除社會浪費，因為定分也是有成本的。此所以，一方面，損害不即是失靈，因為定分即意味了有一方不得使用此資源而受到損害；另一方面，定分是合意出來的，因為減少社會浪費，是互蒙其利的。而裁判之同案同判或不同案不同判（之法學方法）¹¹、裁判者公正（之

2 美國傳教士丁韋良在譯《萬國公法》時，將 right 譯為權利，嚴復批評其「以霸譯王」，丁回以此權非有司之權，而是民眾之分。參見陳宜中（2014），〈潛規則與憲政民主：吳思先生訪談錄〉，《思想》，26期，頁270。

3 Ronald H. Coase（1959），The federal communications commission, *Journal of Law and Economics* 2, p. 27.

4 Ronald H. Coase（1960），The problem of social cost, *Journal of Law and Economics* 3, pp. 1-44.

5 阿爾欽說：「價格決定什麼，遠比價格是怎樣決定的重要」，更清楚表達了市場相對於非市場的好處，而張五常說，只有以市價為競爭準則者，沒有浪費，參見張五常（2014），《經濟解釋》，頁104、107-108。

6 Ronald H. Coase（1988），*The Firm, the Market, and the Law*, pp. 20-30.最近一本《法律經濟分析之效率》的編者，即曾批評說：「這種準世界在經濟學以及法律經濟分析，有非常重要的地位。法律文獻充斥著『外部性』、『市場失靈』等術語。但這不應該。準現實世界應放棄，回歸現實世界。」Richard O. Zerbe（Ed.）（2014），*Efficiency in Law and Economics*, p. xi.

7 Merrill & Smith（2000），Optimal standardization in the law of property: The numerus clausus principle, *The Yale Law Journal* 110（1），pp. 1-70；簡資修（2011），〈物權外部性問題〉，《中研院法學期刊》，8期，頁227-257。

8 Landes & Posner（1987），*The Economic Structure of Tort Law*, pp. 1-326；Steven Shavell（1987），*Economic Analysis of Accident Law*, pp. 1-335；簡資修（2014b），〈過失責任作為私法自治之原則〉，《北大法律評論》，15卷1輯，頁155-173。

9 Pierre Schlag（1989），The problem of transaction costs, *Southern California Law Review* 62, pp. 1661-1700；Pierre Schlag（2013），Coase minus the Coase theorem—some problems with Chicago transaction cost analysis, *Iowa Law Review* 99, pp. 175-222.

10 其批判，參見張五常（2014），〈科學的方法〉，《經濟解釋》，頁53-80。

11 黃茂榮（2011），《法學方法與現代民法》，頁1-782。

司法獨立)以及裁判程序之平等與效率等之存在，始可稱權利釐定了。又法律作為認知操作系統¹²，其必然追求消極的無矛盾性與積極的融貫性，因為其意味了權利釐定成本之減少了。不過，實定法基於編纂理由，僅能為靜態的外部說明體系¹³，其實質互聯的內部定分體系，則是有待法(教義)學建構的¹⁴。

目前的法律(教義)體系，若以私法為界分基準，一方面，其常被混雜亂用，另一方面，其又被孤離分別，不見實質關連。按私法者，私人間的請求關係也，法院的功能因此在於輔助、補充私人間的合約而已，而公法是強制法，由強力的政府機關執行，其因此必須有節制公權力的規定¹⁵，則私法如果公法化即壞了體系¹⁶，權利釐定成本因此增加了。在私法之內，私人間契約請求權是其首要¹⁷，但由於契約之交易成本過【法令月刊第68卷9期，2017年9月，第26頁】高，完滿契約或甚至形式上的契約¹⁸，不可能訂立，則此時法律應是作為虛擬合約—其性質是互蒙其利而非誘因嚇阻或福利補貼。但在目前的侵權法教義，過失被以嚇阻或福利為由而客觀化，從而使得侵權責任、契約責任、物權效力、刑事責任、行政管制或甚至歧視禁止間的實質關係被忽視了。

本文以下首先將探討寇斯定理之真義以及其如何被濫用；再來的第三節將說明侵權法中的過失被客觀化的缺失，以及其作為(不)認知之心理狀態，才可以統一解釋危險責任、契約責任與物權效力等私法規定；第四節則探討侵權責任與刑事處罰與行政管制的關係，其形式上雖都是有關「不法」行為，但其是有實質差異的；第五節將禁止歧視與消滅時效也納入定分體系分析；第六節則是說明法律體系作為認知體系，其功能以及與比較法之研究；第七節是結語。

貳、寇斯定理

現代的法經濟分析，可說源於寇斯的〈社會成本問題〉¹⁹一文之出版，即使稍早已

12 Canaris 即將體系分為認知體系與認知的對象體系，參見雷磊(2015)，〈適於法治的法律體系模式〉，《法學研究》，2015年5期，頁3。Henry Smith 所說語言學中的 intension 與 extension 之區分，也可參照(但其將 Property 物化，應是理論誤用了)，參見 Henry E. Smith (2012)，On the economy of concepts in property, *University of Pennsylvania Law Review*, 160 (7), pp. 2097-2128。

13 胡堅明(2016)，〈請求權基礎規則與法典化立法〉，《華東政法大學學報》，2016年6期，頁38-48。

14 Aulis Aarnio(2011)，*Essays on the Doctrinal Study of Law*, pp. 177-184。蘇永欽也說：「對大陸法系國家而言，創造、發現不同於外部法律體例—那怕只一點點的偏離，而可更流暢操作的內在體系，是每個教科書作者不能迴避的挑戰……這也是我一直覺得遺憾也疑惑的地方，為什麼臺灣教科書作者到今天都還只想沿用法典的體例去寫作，不嘗試建構更進步的體系？」蘇永欽(2014)，《尋找新民法》，增訂版，頁529。

15 這是布坎南的憲政經濟學之精義，參見 James M. Buchanan(2000)，*The Collected Works of James M. Buchanan, v. 7: The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, pp. 1-213。

16 Neil K. Komisar(1994)，*Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, pp. 1-289。

17 王澤鑑(1983)，《民法實例研習叢書第一冊：基礎理論》，頁42-45；胡堅明，前揭註13，頁42。

18 寇斯說：「有些活動為何未經契約約定，其理由與有些契約為何不完備是一樣的—改進這些缺失須花太高的代價。」Ronald H. Coase(1988)，*The Firm, the Market, and the Law*, p. 148。

19 Ronald H. Coase(1960)，The problem of social cost, *Journal of Law and Economics* 3, pp. 1-44。

出版另一篇開創論文〈關於風險分配與侵權法的一些想法〉²⁰的卡勒布列西（Guido Calabresi），也在三十年後的論文〈帕雷托的無意義：推進寇斯〉²¹，明白表明寇斯想法作為法經濟分析之基礎性。不過，寇斯的法經濟分析想法，多僅被以寇斯定理（Coase Theorem）視之。是名經濟學家史蒂格勒（George Stigler）發明了此定理²²。寇斯定理是說，一旦權利確定，在無市場交易成本下，權利不管分配給誰，最終權利會由最高價值者享有。史蒂格勒作為經濟學家，其著重在市場的交易過程以及其結果之精密計算，因此有此定理化。但定理化，有其副作用，此即否定前件的邏輯錯誤（the fallacy of denying the antecedent）發生了。寇斯定理的邏輯表述是：P（權利確定，在無市場交易成本下）→Q（最終權利會由最高價值者享有）；但否定前件錯誤推導得出：~P（權利確定，在有市場交易成本下）→~Q（最終權利不會由最高價值者享有）。鑑於現實世界無所【法令月刊第68卷9期，2017年9月，第27頁】不在的交易成本，經濟學家在根深蒂固的外部性思維下，既然最終權利不會由最高價值者享有之外部性，其即開出法律作為誘因之強制政策。但寇斯的「權利之釐定，是市場交易之前提要件。」之真義是，市場交易過程及其結果之計算即使再精密，若無市場交易前提要件之權利釐定，其是空談的，效率或福利最大化安在哉。

寇斯曾說：「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。²³」有人認為，這豈不表明寇斯也是外部性論者嗎²⁴？這是天大的誤解²⁵。首先，這是在普通法（common law）語境下說的，此時普通法法院面臨無可適用的判決先例而須「造法」，但實際是「法律續造」，否則「在不致使得法律太不確定下」即無意義，因此這裡的市場交易成本，不能是具體個案的，而是抽象類型的，自然不是具體個案性質的外部性理論之適用。次之，此段話是寇斯在指出政府強制、市場交易（社區規約）或甚至放任不管等²⁶，各有其利弊後，僅

20 〈社會成本問題〉一文實際出版於1961年，該年更早幾個月，卡勒布列西已出版了〈關於風險分配與侵權法的一些想法〉，Guido Calabresi（1961），Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *The Yale Law Journal* 70（4），pp. 499-553。

21 Guido Calabresi（1991），The pointlessness of Pareto: Carrying Coase further, *The Yale Law Journal* 100（5），pp. 1211-1237。

22 Ronald H. Coase，前揭註18，頁14。

23 Ronald H. Coase（1988），*The Firm, the Market, and the Law*, p. 119。

24 凌斌（2012），《法治的代價：法律經濟學原理批判》，頁1-285。

25 簡資修（2015a），〈不法治的代價：為何科斯的經濟學〉，《人大法律評論》，2015年卷2輯，頁453-468。

26 此即〈社會成本問題〉的第六節，Ronald H. Coase，前揭註23，頁114-119。

就法院於（私人間）權利釐定時—非此即彼的定分—應將市場交易成本因素考量進來，此當然不同於失靈／誘因強制之外部性理論了。

不過，失靈／誘因強制之外部性理論，對於追求科學或體系性的法律學者，有致命的吸引力。理查·波斯納（Richard Posner）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【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 28 頁】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。²⁷」波斯納在此所指的傳統法律，是指由法院裁判構成的普通法，相對於法典化的大陸法（civil law），是比較無體系的，波斯納因此尋求減少其複雜性，毋寧是必要的，但其訴諸失靈／誘因強制之外部性理論，則是自我催眠罷了一寇斯所言的黑板經濟學也²⁸。例如在其所舉的不確定性的決策，此即預期的成本效益分析，漢德公式（Hand formula）是有關此的，但相關法律的重點，例如過失責任，不是在此公式本身，而是在過失行為時點的正確認定；其經濟分析所發展出來的過失標準，不符合法律上的合理人標準（the reasonable person standard），其因此提出與原本模型不相容的法院的高訊息成本之額外條件，以自原其說²⁹—此不但連解釋力甚弱的特殊理論（ad hoc theories）都夠不上，其根本不是科學³⁰，因為基本假設已被偷天換日了。又例如作為法官，波斯納在 Indiana Harbor Belt³¹一案所為的冗長經濟分析，根本是不必要的，因為單純從法律規定即可導出此判決結果³²。

庫特與波拉特（Robert Cooter & Ariel Porat）在《弄對誘因：如何改進侵權法、契約法與不當得利法》³³一書，更是以失靈／誘因強制之外部性理論完全解析私法。在此書，侵權法的過失責任，被視為未將全部的社會損害納入考量；契約法的債務人負嚴格責任，被視為鼓勵了債權人之不負責任；不當得利法之求償限制，則被視為澆熄了創造利益的誘因。簡言之，庫特與波拉特主張：侵權法與契約法，未能有效率處理所謂負的外部性

27 Richard A. Posner (2014), *Economic Analysis of Law*, 9th ed., pp. xxi-xxii. 張永健也說：「學習、掌握、運用經濟分析，可以讓律師、法官將其論述品質與理論一貫性由羽量級升級到重量級。」張永健（2015），《物權法之經濟分析（第一冊）：所有權》，頁 6。

28 Ronald H. Coase (1988), *The Firm, the Market, and the Law*, p. 19.

29 簡資修(2014a),〈不法行為的決定時點—預防科技的不足或安全活動的逾越?〉,《經濟推理與法律》,頁 221-234。

30 張五常(2014),〈科學的方法〉,《經濟解釋》,頁 53-80。

31 *Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co.*, 916 F. 2d 1174 (7th Cir. 1990) .

32 簡資修(2012a),〈科斯經濟學的法學意義〉,《中外法學》,2012年1期,頁 190、202-203。

33 Cooter & Porat (2014), *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*, pp. 1-224.

(negative externality)，而不當得利法，則未能有效率處理所謂正的外部性 (positive externality)。其理論有甚為複雜的推理與計算，但其弄巧成拙了一科學上，其未能解釋法律，規範上，其顛覆了法律。

私法，自治法也。私法之目的，【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 29 頁】不在於以誘因強制（法律）去達成社會福利或國家目的，而是法院以私人間的規範（合約安排）為裁判依據，從而維持了人間秩序。在侵權法，過失責任來自於人的認知系統之不完滿，其乃以賠償損害相約，令活動得以進行；庫特與波拉特將所有可能損害納入計算，得出一個標準，不但技術上，不可行，在私法上，更非必要。在契約法，債務人之所以負嚴格責任，是因為這是其在具體契約內合意的，而庫特與波拉特以其侵權法的誘因思維，認為債權人會過度依賴或過低協力等，是無視於在請求權基礎上，契約的請求權是先於侵權的請求權的。在不當得利法，其是要去調整無法律上原因之關係，最重要的是原本有契約約定而後契約不存在了，庫特與波拉特將不當得利法，作為創造利益的誘因，其隱含了市場交易（契約）之規避，私法成公法了。

這裡有一問題：為何寇斯一方面被舉為現代法經濟分析之鼻祖，而另一方面，其反對的失靈／誘因強制之外部性理論居然無所不在？不管其是因為否定前件的邏輯錯誤，或者未能理解寇斯所言的法的安定性，交易成本未被正確理解，是其中關鍵³⁴。寇斯在〈公司的本質〉³⁵一文指出，公司之所以存在，是因為市場有交易成本，從而公司（僱傭契約）成立了，因為公司的由上而下管理性質，相對於市場的個別對等交易，其成本是比較低的；張五常在〈公司的合約本質〉³⁶一文進一步指出，此成本之降低，是公司得以成立的要件，因為契約雙方有利可圖；因此當（公司）管理成本愈高，此即僱傭契約成本愈高，在市場的交易成本不變下，公司愈不可能成立。總而言之，單單市場的交易成本，不能決定公司是否存在，（公司）管理成本也是決定因素，而其實公司作為合約，也是交易，其成本因此也可稱作交易成本，則公司之成立單純是由於高交易成本之說法，是不成立的。寇斯說，政府是一超級公司，其面對高的市場交易成本，但其也滋生高的政府交易成本，政府介入因此也必須受到【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 30 頁】約束。庫特與尤倫（Robert Cooter and Thomas Ulen）提出的「規範性寇斯定理」（Normative Coase Theorem）與「規範性霍布斯定理」（Normative Hobbes Theorem）之

34 寇斯在〈社會成本問題〉的結論，即首先指出，外部性理論忽略了部分調整可能導致的系統後果，反而得不償失，但其未將交易成本與法律體系間之關係一般化。參見 (Ronald H. Coase (1988), *The Firm, the Market, and the Law*, pp. 153-154; 艾瑞克·波斯納 (Eric Posner) 也說，過去幾十年之契約法經濟分析之所以失敗，是由於交易成本定義不清; Eric A. Posner (2003), *Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?*, *The Yale Law Journal* 112 (4), pp. 829-880。

35 Ronald H. Coase, 前揭註 34, 頁 33-55。

36 Steven N. S. Cheung (1983), *The contractual nature of the firm*, *Journal of Law and Economics* 26 (1), pp. 1-21; 簡資修 (2015b), 〈法律作為合約安排〉, 《交大法學》, 2015 年 3 期, 頁 37-46; 簡資修 (2016), 〈《經濟解釋》: 法律的經濟學教本〉, 《中國法律評論》, 2016 年 3 期, 頁 191-202。寇斯與張五常的經濟學之相互影響, 參見 Ning Wang (2016), *Steve Cheung and Coasian economics: A Personal Reflection*, *Man and the Economy* 3 (1), pp. 57-64。

一般化交易成本理論³⁷，因此是錯誤的。其規範性寇斯定理說：法律應去除私人間交易之障礙；而其規範性霍布斯定理說：法律應減少私人間交易失敗後之損害。但在規範性寇斯定理，私人間的交易障礙為何是（市場）失靈，並未被探討，即被認定為應去除；在規範性霍布斯定理，減少私人間損害的法律之成本，根本未被考量，其結果可能得不償失。將市場失靈與法律介入分別視之的理論，必定是失敗的。

法律一如公司，是合約的安排，其之所以存在，是其法律（交易）成本，低於其取代的市場或其他交易成本。權利之釐定，避免了眾人間的你爭我奪，但其釐定是有（契約）成本的，此意味了法律必然往體系性的無矛盾與融貫性之減少成本發展。法律之所以有私法、公法之分，是因為公法涉及了高權行使，而基於權力使人腐化的經驗準則，公法必然約束權力，以減少法律（合約之監理）成本；反之，私法，是私人間互動自然而成的法律，其體系性不涉及公權力。誘因強制是公權力之行使，因此其不在私法體系內。例如卡勒布列西與梅勒枚德（Guido Calabresi and A. Douglas Melamed）在其名著〈大教堂的一景〉³⁸，將私法的侵權賠償歸為具強取性質的公法補償規則（liability rules），即是誤失了。

寇斯身為經濟學家，其所在意的是經濟系統，而其認為法律對於經濟系統有非常重大的影響，經濟學家若無視法律之存在，其對經濟系統之研究，絕對是有缺陷的；經濟學對於法律的單方分析，不是寇斯的主張。寇斯認為研究對象而非研究方法，才是學科的分類標準。失靈／誘因強制之外部性理論，僅有經濟分析而無法律，則（科）學科安在哉³⁹。卡勒布列西也說，法律與經濟分析的關係，不能是經濟分析之單向侵入（economic analysis of law），而應是雙向的（law and economics）⁴⁰。的確，法經濟分析作為（實證）科學，其【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 31 頁】研究對象是法律系統—減少社會浪費的（定分）合約安排。

參、過失責任

我國民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」此規定表明：行為人因為其主觀故意或過失，在客觀上不法侵害他人的權利，而須對受害人負填補損失的責任。在失靈／誘因強制之外部性理論看來，法律之

37 Cooter & Ulen (2012), *Law and Economics*, 6th ed., pp. 91-94.

38 Calabresi & Melamed (1972), Property rules, liability rules and inalienability: One view of cathedral, *Harvard Law Review* 85 (6), pp. 1089-1128.

39 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），《物權法之經濟分析（第一冊）：所有權》，頁 44，附註 74。但不斷病因、亂下藥方的庇古式分析，不會因為由法學者出身的法經濟學者所為，就變正確了！不知這些（現行）侷限條件的成因及功能，以想當然耳的「外部成本內部化」與「內部效益外部化」想要改變之一以法律（改革）之名一法治之殤矣。

40 Guido Calabresi (2016), *The Future of Law & Economics: Essays in Reform and Recollection*, pp. 1-534.

所以強制行為人為此金錢給付，是要嚇阻行為人不要為此社會浪費的行為。但何者為社會浪費行為？其理論說：行為人若是增加其物理防制能力的成本，低於因此可以減少的預期損害，而其不為之，即為有過失，因此應負損害賠償責任。例如行為人的物理防制能力的成本（B）為 10 元，而其因此可以減少損害（PL）為 100 元之發生機率 20%（ $100 \times 20\% = 20$ ），則行為人若不為此防制能力，其即有過失（ $B < PL$ ），應負損害賠償責任，因為其只要花 10 元而可以減少（即使是他人的）20 元而不為之，從整體社會角度言，這是浪費的，而課予其損害賠償，造成其 20 元的負擔，可以強制其為此防制能力，雖然其仍須花費 10 元，但總比賠償責任的 20 元低，如此一來，社會即無浪費了⁴¹。這裡完全從社會結果來看，不進一步追問為何是行為人要負責？甚至不管行為人是否認知可能。

現實上常發生的能力不佳者開車的例子⁴²，顯示了此外部性理論之荒謬。在法律上，開車能力不佳者，一般是不能以其能力不佳為理由，主張其無過失，從而不用負損害賠償。但依照上述外部性理論，開車能力不佳者，例如弱視，其增加防制能力的成本是比較高的，在因此減少的預期損害是相同的假設下，其是比較不可能過失的，如此即與法律不符了。法經濟分析名家藍帝斯與波斯納（William Landes and Richard Posner）說，法院區別開車能力是有訊息成本的，因此其就不區分開車能力了⁴³。但這是詭辯了。這裡純粹是「理論」問題，不是事實或證明問題，開車能力之不同已經被設定了一如果被告提出此一抗辯，法院應該知悉此對過失認定有何影響。另一法經濟分析名家許維爾（Steven Shavell）則說，開車能力不佳者，其從事開車活動的利益不足，此「過高」的過失標準，可逼使其不開車，社【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 32 頁】會因此獲利了⁴⁴。但為何開車能力不佳者的開車利益會低於一般能力開車者？這是自圓其說的恣意之筆。

此外，這種只問（個案）社會效果的外部性理論，依其邏輯，會認為一般人皆要負好撒馬利亞人（Good Samaritan）的責任，因為即使無契約訂定，行為人只要花客觀上很小的成本（B），即可減少他人（被救助人）的很大損害（PL），此為過失（ $B < PL$ ），但現實是法律並不要求一般人負此種積極義務的。又其邏輯也要求，救助人得向被救助人請求報酬，此即強制締約，以增加救助人的誘因去減少社會損害，但再一次，現實上的無因管理規定⁴⁵，並非如此。庫特與波拉特認為法律應依之修改，始能增進社會福利⁴⁶。

41 John Prather Brown (1973), Toward an economic theory of liability, *Journal of legal Studies* 2 (2), pp. 323-349.

42 「在若干情形，此種客觀化的過失標準事實上將導致某種危險責任，如天生弱視而駕駛者，必須就其視力不足而負責，此為採過失責任所要付出的代價。」王澤鑑（2010），《侵權行為法》，頁 310。

43 Landes & Posner (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, pp. 123-131.

44 Steven Shavell (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, pp. 73-77.

45 我國民法第 176 條第 1 項規定：「管理事物，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人為本人支出必要或有益費用，或負擔債務，或受損害時，得請求本人償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害。」依法管理人不能請求報酬。

但這違反了私法自治之基本原則—在好撒馬利亞人責任，清醒而不願意締約的救助人被強制締約了，而在無因管理責任，無知而不願意締約的被救助人被強制締約了⁴⁷。

以上發生的問題，都是因為將過失客觀化了。過失是主觀的心理狀態，其指：行為人就其客觀「不法」行為，應認知能認知而不認知。這是法治之要求，因為人們就其法律責任應認知可能，法律才對其有行為拘束力，否則法律僅是暴力而已。我國民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」過失與故意是並列的，其與故意一樣，都是心理狀態；故意是認知到，而過失是未認知到（但可認知到）。過失作為心理主觀狀態，必然是與其行為結合了一行為人可以改變行為，若是其認知到其行為「不法」—因此客觀不法的客體，必然也是行為，而不是（物理的）損害防制能力。外部性理論惑於與行為無關的防制能力與損害間之統計因果關係，以之計算行為是否不法，無異緣木求魚，自然得不出正確的結果。

續以上述開車能力不佳者之責任認定為例，說明之。開車能力不佳者撞車時，其既已是盡其所能，此意味了其不可能改變其行為，因此即非決定其不法行為否的時點；加速或不減速時，才是其不法行為的決定時點，因為此時其才有選擇餘地。此時成本效益之計算是，不加速或減速所生的（時間）成本（B）是否低於因之可以減少的預期損害（PL），若是，則是行為不法，若【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 33 頁】非，即是行為非不法。此時損害防制能力是固定的，但其會影響到因之可以減少的預期損害（PL）之計算，因為開車能力愈不好者，其不加速或減速，所因之減少的預期損害一定比較大；在開車能力一般不會左右時間成本的條件下，則開車能力愈不好者，其合法時速，即比較低—其行為標準比較高。又一般說來，開車能力的高低與其認知開車能力與撞車損害間因果關係之能力無關，則過失也成立了。

將過失從客觀化解放出來，回歸其主觀的認知可能，則一般人不負好撒馬利亞人的義務以及無因管理之不可請求報酬或不當得利，即是邏輯一致的。一般人若是要負好撒馬利亞人的義務，其原因是（別人）客觀上認為其可以比較小的成本，減少他人比較大的損害，但人皆有不忍人之心，為何其見死不救？其可能原因有：一、行為人根本不知他人之需要救助；危險若是行為人自己造成，其當然可以得知其危險性，但在此，危險非行為人造成，非其可得知，此即因此可減少的損害發生機率 P 可能很小，PL 即很小。二、行為人認為其他人會救助，則同樣其因此可減少的損害發生機率 P 很小，PL 即很小。三、行為人有更重要的事要辦，而不足為外人道，則其救助成本 B 很高。四、好人沒好報，救助可能被誤解為犯錯後之補救，則其救助成本 B 也很高。基於以上四原因， $B < PL$ 基本上很難成立，行為人之不救助行為，即不應該是不法。至於無因管理不應該請求報

46 Cooter & Porat (2014), *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*, pp. 1-224.

47 簡資修 (2015c), 〈寇斯定理與私法自治〉, 《月旦民商法雜誌》, 49 期, 頁 78-88。

酬或不當得利，也是類似的計算。一方面，本人很難避免非其主觀需要的他人介入管理，此包括介入管理之人與類型，因此 PL 很小；另一方面，其主觀偏好可能不足為外人道，從而 B 很大；則 $B < PL$ 很難成立，本人不應負給付報酬之責任。

不只此也，物權效力之所以高於債權效力，也是過失責任之表現。物權與債權之原生差別，來自於物權被公示週知，而債權則無，因此從損害避免可能性來看，物權人很難去避免損害債權，由於債權之未公示，此即其因之可以減少的預期損害 PL 很小，反之，債權人很容易可以避免其損害，由於物權公示了，則其因之可以減少的預期損害 PL 很大。換言之，對於物權人而言， $B < PL$ 不容易成立，其不應負損害賠償責任，但對於債權人而言， $B < PL$ 很容易成立，其應自行承擔損害了。

總而言之，過失作為主觀心理狀態，其不是獨立存在，而須有認知可能的不法對象，此即 $B < PL$ 此一公式之成立。例如我國民法第 88 條規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」但書中的過失，必須有其認知可能的不法對象，則受意人明知或可得而知表意人之錯誤或不知事情，對表意人而言，【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 34 頁】其 P 值甚小， $B < PL$ 不容易成立，反之，對於受意人而言，其 P 值甚大， $B < PL$ 即成立了，從而但書不適用了⁴⁸。

肆、刑罰、管制

失靈／誘因強制之外部性理論，將（民事）損害賠償責任視為懲罰，從現行法來看，有幾個問題。其一，（民事）損害賠償的責任範圍，僅是填補實際的損害，因此不具懲罰性⁴⁹；其二，過失的損害賠償責任，是可保險的，而且有時還是國家強制保險⁵⁰，而責任保險是會侵蝕過失責任作為懲罰之嚇阻效力；其三，作為典型處罰的刑法，往往是不處罰過失犯。

以下僅就少為人探討的刑法不處罰過失犯，說明之。首先，我國刑法第 12 條規定：「I 行為非出於故意或過失者，不罰。II 過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」刑法中有關財產的犯罪，例如竊盜罪（第 320 條至第 324 條）、強奪強盜及海盜罪（第 325 條至第 334 條之 1）、侵占罪（第 335 條至第 338 條）或許欺背信及重利罪（第 339 條至第 344 條）等，不但無處罰過失犯的規定，而且還須具不法意圖，才是犯罪。

48 張永健以卡勒布列西的損害賠償責任理論解釋此過失規定，但一者，卡勒布列西的理論是在調整嚴格責任（strict liability）下之歸責，二者，在我國民事責任法下，此理論太特殊了（ad hoc）—為何在此「過失」要有特別的解釋？張永健（2016），〈購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制—經濟分析觀點〉，《政大法學評論》，144 期，頁 155-225。

49 民法第 213 條以下。

50 強制汽車責任保險法（2016/1/6）修正。

次之，在刑事程序，認定犯罪行為的證明標準，較民事侵權行為之認定為高，則刑事之過失（標準）應高於民事之（普通）過失，可稱重大過失，歸責上比較接近故意。

三者，容許風險係不成文的負面刑事不法要件⁵¹，其意味了行為人無須就其行為之所有風險負其刑事責任，而是僅就不容許的風險負責。鑑於過失侵權責任本質上並無不同於與契約不履行，都是基於合約的（只是後者，存在著一個具體契約，而前者，僅是一個抽象契約），則此過失風險當然就是可容許風險，否則合約不可能成立。

王澤鑑說：「刑法在於行使國家公權力，對犯罪者加以處罰，從而關於過失的認定，應採主觀說（或折衷說）；民法（尤其是侵權行為法）則在合理分配損害，過失的認定應採客觀的標準。準此以言，在刑法因無過失（主觀）而不成立犯罪的，在民法上得因過失（客觀）而構成侵權行為。⁵²」這個說法，應不精確。在刑事上無過失，而在民事【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 35 頁】上有過失，並非來自前者是主觀標準而後者是客觀標準，而是（主觀）過失之證明標準不同，在刑事高，而在民事低。雖然從結果來看，其無不同一行為人在民事皆要負責，在刑事皆不要負責—but這不是無聊區辨，而是維持法律體系，令整體定分的成本降低了。

失靈／誘因強制之外部性理論的另一技術缺失是，其不分事前的防制能力管制與事後的侵權行為究責。首先，其以事後的損害賠償責任，想要達成事前的防制能力管制，本質上，是矛盾的，因為事前的防制能力管制，其目的即在防範未然（此即不讓不應該發生的損害發生），而事後的損害賠償，必然是（不應該發生的）損害已經發生，則手段目的間根本無任何連結⁵³！次之，在個人間無法確定其對整體損害之因果關係時，以防制能力分配責任，是可行的，例如各種避免環境惡化的排放標準，但在侵權法規範的具體意外事故，其是可由個人行為避免而未避免，因此損害賠償責任，是在事後追究是否有此行為存在。這是海耶克（F. A. Hayek）所說，個人訊息與科學知識之差別，前者不可能事前管制之。事前管制與事後賠償，其所規範的領域不同，因此無其間替代的問題，不少的這種研究⁵⁴，浪費了。在此意義下，克雷斯威爾（Richard Craswell）的再多也嫌多的（變項）部分分析（partial analysis）之說法⁵⁵，是不能成立的。或甚至推而廣之，再多的實證研究⁵⁶，也不足以證明哪一種規定比較有效，因為根本無從比較起。

至於民法第 184 條第 2 項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償

51 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁 209-219。

52 王澤鑑（2010），《侵權行為法》，頁 307。

53 此即比例原則的第一項「適當原則」，都不符合。

54 Steven Shavell(2013), A fundamental enforcement cost advantage of the Negligence rule over regulation, *The Journal of Legal Studies* 42 (2), pp. 275-302.

55 Richard Craswell (2003), In that case, what is the question? Economics and the demands of contract theory, *The Yale Law Journal* 112 (4), pp. 903-924.

56 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 期，頁 205-294。

責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」條文中的「致」表明：行為人的「違法」狀態與系爭具體損害之發生仍須有因果關係（此即漢德公式 $B < PL$ 中的 P 不能是 0），其始須負損害賠償責任。此所以，例如在車禍中之無照駕駛，並不當然應負損害賠償責任，因為其無因果關係⁵⁷。但在法院實務上，此條之規定，往往被法院作為規避同條文前項之不法與過失之認定⁵⁸，【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 36 頁】甚至不當擴張了保護他人之法律，例如將民法相鄰地的規定也包括在內⁵⁹。

伍、歧視、時效

在臺灣關愛之家協會一案⁶⁰，收容愛滋病患者的臺灣關愛之家，被社區以其規約規定不得收容法定傳染病者為由，要求搬遷，第一審法院判決社區勝訴⁶¹，第二審法院則以立法院修訂的法律已明文禁止此一歧視，判決社區敗訴⁶²。其實，以私法體系而言，其也是禁止歧視的。按私法是自治法，以契約請求權為核心，侵權法既然是默示契約之適用（過失為停止條件之損害賠償責任約款），而不當得利法，在調整（自始與事後）無契約關係之財務變動，則如果有人的訂約機會完全被剝奪，法律不應視而不見。民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」是之謂也。

與此契約前規範類似的，權利一旦成立後，為何經過一段時間後，居然消滅了一消滅時效也。法教義學提出權利安定性、睡眠在權利之上、減輕法院負擔與避免債務人舉證困難等理由，但都似是而非，無法解釋消滅時效的最核心問題—為何有長短消滅時效以及物上請求權也適用嗎？債權人與債務人面對不對稱的證據衰竭，才是主因—債權人相對於債務人的證據衰竭愈具優勢，消滅時效愈短，反之，就愈長⁶³。

陸、法律體系

失靈／誘因強制之外部性理論，將傳統法學貼上「概念法學」、「法條主義」或「形式主義」等標籤，而代之以吾道一以貫之的效率。的確，現行的法教義有其不足之處，例如將過失客觀化，以使防制能力比較差者，負損害賠償責任；在過失責任外另提出「危險責任」，令侵權責任二元化；以侵權責任而非契約責任，處理加害給付；將物權效力物

57 簡資修（2013），〈因果關係的前邊與後界—最高法院一〇一一年度台上字第四四三號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，24 期，頁 14-20。

58 簡資修（2003），〈違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹〉，《政大法律評論》，75 期，頁 79-121。

59 簡資修（2012b），〈保護他人之法律，所為何來？最高法院一〇〇年度台上字第一〇一二號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，18 期，頁 25-31。

60 簡資修（2008），〈風險、社區與人權保障—臺灣關愛之家協會案之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，2 期，頁 315-340。

61 臺灣臺北地方法院 95 年度重訴字第 542 號民事判決。

62 臺灣高等法院 95 年度上易字第 1012 號民事判決。

63 簡資修（2010），〈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〉，《中研院法學期刊》，6 期，頁 129-165。

化處理等等。但失靈／誘因強制之外部性理論，本身是無制度內容的，其所謂「融貫的法律系統」之認識，只是披上偽科學的國王新衣罷了。例如在過失責任的分析中，其連最基本的「防制能力比較差者的過失責任比較高」之【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 37 頁】法律規定，都無法解釋，更不用說，如果其理論成立，根本不會有過失侵權案件之發生，因為這些行為會完全被嚇阻⁶⁴；如果再考慮其他法律，例如過失責任保險之存在以及刑法不處罰過失犯等，過失侵權作為懲罰嚇阻之理論，也是與其不一致的。

失靈／誘因強制之外部性理論，不管其目的是極大化福利 (welfare)、財富 (wealth) 或功用 (utility)，這些目的都是外加的而非法律的，換言之，法律是工具，無自身的合理性。反觀之，法律作為減少社會浪費的合約安排，其一方面，在認定何謂社會浪費時，一定會探討此社會浪費為何會發生，因為人們具有交易之本能，為何有利而不取？另一方面，所謂減少社會浪費的新法律，其也有新的（用法）成本，而且其可能危及法律的安定性，此即令法律失去了定分功能，則社會浪費有可能不減反增。一個愈是融貫的法律體系，愈是能整合此兩方面之考量，愈是減少了社會浪費。

例如在過失責任之分析，失靈／誘因強制之外部性理論，以意外事故為（法律）失靈，然後訂出一個防制能力的標準，課予防制能力低於此標準的行為人負損害賠償的懲罰責任。但首先，損害是由眾人組成社會的常態、必然，其非失靈的充分條件；次之，強制防制能力之標準，是事前管制手段，與侵權法作為事後的損害填補機制，根本是不同的一兩者的用法成本不同，其體系內的位置即不同。反觀之，法律作為減少社會浪費的合約安排，其必然要先瞭解現行法律為何，而問其真的失靈了嗎？事後的損害填補與過失責任，是侵權法的兩大特徵，分析必須從此開始，不能是恣意的。事後的損害填補之特徵，排除了事前的防制能力標準之強制，（自由）行為才是重點，而就意外事故，漢德公式（此即若不為此行為，因之無法實現的利益 B，若小於因之可以減少的預期損害 PL，行為人應負損害賠償責任）是對事前互為行為人與受害人之最好處理，而且這裡也意味了行為人就此是認知可能的，此即過失，但為何仍有過失侵權發生？因為人的認知與決策有兩種系統：快思與慢想⁶⁵，而人之行為多是快思之結果，過失即難免了。過失如此的理解，也與契約責任、無因管理、不當得利以及物權效力等民事責任貫通了，再推至刑罰、行政管制以及禁止歧視等，都是可成立的。

傳統法教義學，將法律分為民法、刑法、行政法與憲法等，看起來卑之無【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 38 頁】甚高論，往往被忘了其各有教義，而且是體系相連的。民法是自治法，其所有的規定，在於填補互蒙其利的契約漏洞；刑法是處罰法，其一方面，不可處罰自治之行為，否則就與私法自治衝突，其另一方面，因為處罰之嚴

64 「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），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？—以司法院釋字第 728 號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56 期，頁 177。

65 Daniel Kahneman（2011），*Thinking, Fast and Slow*, pp. 1-498.

重性，其作為人間制度之不可免錯誤必須被考量，因此其程序嚴格而且範圍受限；行政法是管制法，其一方面，必須是在私法自治不能時，始為之，另一方面，由於行政（權力）機關的濫權傾向，其執程序與人民救濟，即須重視；憲法是整合法，權力分立與基本權利保障，是其核心。

這種功能（動態）體系理解，可以避免形式體系之弊端。例如法律體系的形式邏輯要求，行為不能既是合法又是不法⁶⁶，但在民事不法、行政不法與刑事不法，其「不法」是有不同意涵，不能等同視之。因此損害賠償之過失責任，雖是民事不法，但不一定是行政不法或刑事不法；同樣地，行政不法或刑事不法，也不當然導致民事不法。文義解釋的效力，因此是有限的。此外，所謂的目的解釋，往往其手段與目的之關係，是簡單線性的，而且目的之選取，是恣意的，因此其論證如果要有效，也必須是體系的。換言之，沒有目的解釋這回事，只有體系解釋。

現代國家莫不是管制型、福利型的，但權利作為定分，是不應隨之起舞的。這不但表現在，損害賠償法，不是嚇阻的事前管制法，而是填補的事後履約法，而且也不應是分配的福利法。不過，王澤鑑說：「我國侵權行為法實際上係建立在過失責任及無過失責任二個歸責原則之上，乃在實踐侵權行為法上的平均正義及分配正義。⁶⁷」但侵權責任的二元論是不必要的，其引入分配正義，只是令法律體系更混亂了。過失責任與無過失責任之二元歸責，一方面，一般的無過失責任，不是結果責任，因此實際上不是那麼「無過失」了⁶⁸；另一方面，在實際訴訟時，其先決問題，系爭個案應適用何一責任（法條），成為恣意了，例如適用民法第 191 條之 3 之規定，必須回答多危險才是危險的吊詭問題。霍姆斯說：「我多次對我的法官同仁說，我討厭正義，因為我知道一旦有人開始談起正義，就是其不再為法律論證了。⁶⁹」【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 39 頁】

相對於一般的法律經濟分析論者，以「效率」為法律之目的，卡勒布列西（Guido Calabresi）主張（分配）正義也是法律的目的。在〈帕雷托的無意義：推進寇斯〉一文⁷⁰，從副標題可知，卡勒布列西認為寇斯理論是支持他的，但他應是錯了。卡勒布列西說，誠如寇斯說的，現實世界是交易成本無所不在，則現實即合理，因為交易成本也是真實的成本，所謂社會生產可能曲線內的帕雷托移動（沒有人受損害而有人獲得利益），是不可能存在，（制定）法律要不是曲線上的移動，因此有人獲利而有人受害，要不就是整個曲線向外移，因此也涉及了獲利之分配問題。的確，內部化外部性之福利經濟學，要不

66 黃茂榮（2011），《法學方法與現代民法》，頁 623-627。

67 王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 4。

68 Calabresi & Hirschhoff（1972），Toward a test for strict liability in torts, *The Yale Law Journal* 81（6），pp. 1055-1085.

69 “I have said to my brethren many times that I hate justice, which means that I know if a man begins to talk about that, for one reason or another he is shirking thinking in legal terms.” Oliver Wendell Holmes, in a letter to John Wu, in Robin L. West（2014），*Teaching Law: Justice, politics, and the Demands of Professionalism*, p. 43.

70 Guido Calabresi（1991），The pointlessness of Pareto: Carrying Coase further, *The Yale Law Journal* 100（5），pp. 1211-1237.

漠視交易成本，因此法律不必要，要不就是視其為外生（作為給定之法律介入原因），因此法律無成本，卡勒布列西指出其要害了，但因此將（所有）法律與分配掛勾，則是漠視了法律的定分本質。卡勒布列西這裡所指的法律，都是政策或立法之改變現狀，因此有了分配問題，但一旦是法律了，定分耳，其分配問題必然不見了。卡勒布列西指出，市場經濟與集體經濟之選擇，必然涉及財富分配之不同。但這不能導出，一旦市場經濟被選擇，其市場法律（此即契約法、侵權法與物權法等私法），必須考慮分配，因為若是如此，市場法律就不是市場法律了！另外，市場經濟，並不排除福利補貼，但這兩者的法律，是不同的。

卡勒布列西在〈大教堂的一景〉一文，提出應配分（entitlement）的新觀念，也是在私法引進了分配問題。正如本書至今論證的，私法上的權利，是自治而來，不管其是市場交易之前提否，但應配分的意義，即是國家應該分配給我的，則分配考量其中，即是可能的，或甚至是應該的⁷¹。他又將應配分區別於其保護方式—財產規則、補償規則與禁易規則—並分別也給予其分配考量之可能。但這裡的保護方式，也不能僅是保護方式，而是實體的權利，則應配分／保護方式之二階分析，也是無法維持的。卡勒布列西是一個法律現實論者，其將權利作為定分之法律教義，徹底顛覆了一以建立模型之名⁷²。

在比較法，這種功能（動態）體系理解，也大有助焉。大陸法的特徵是法【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 40 頁】典化，普通法則是案例法，但這不應影響其實體法體系之經濟分析。誠如寇斯指出，法律制度是系統的，不能單取孤例為經濟分析。因此普通法即使是案例法，其經濟分析也要系統為之，但大陸法的法典化，也並非都體系完滿，矛盾或漏洞，應也不少，則其系統的經濟分析，也非理所當然。不過，現今的法律經濟分析，既由美國學者主宰，則其分析始點的法律想像，多是英美普通法，則偏見在所難免了。

例如在普通法，侵權法是獨立侵權類型分列，例如 intentional harms, negligence 和 strict liability 等，因此經濟分析往往以 negligence vs. strict liability 開始，使得其將有責任（being liable）與（strict liability）搞混了。此外，故意與過失在我國侵權法一般條款中（民法第 184 條），僅是行為人的主觀認知條件，但在 intentional harms 或 negligence 既然作為獨立的侵權類型，其則包括了侵權賠償責任成立的所有要件，此所以藍帝斯與波斯納將 intention 等同於責任⁷³，而模糊了其主觀認知特性，因為案件之所以落入 intentional harms 這個類型，即是其主觀認知並無問題，而爭執的問題因此多涉及實質責任之成立

71 entitlement 之譯名「應配分」，是仿自繼承法上之應繼分而來—強調基於（繼承人）身分而應受分配之部分。Entitlement 往往是被用在指福利津貼權利，即可見其義。

72 在該文之結論，其說：「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。」Calabresi & Melamed, Property rules, liability rules and inalienability: One view of cathedral, *Harvard Law Review* 85 (6), p. 1128.

73 簡資修（2007），〈故意侵權法的經濟分析—兼評 Landes & Posner 模型〉，《中研院法學期刊》，1 期，頁 191-212。

否，例如正當防衛或錯誤等。同樣效應也發生在 negligence 之適用。當漢德法官提出其著名的漢德公式 $B < PL$ ，說明在 negligence 侵權類型中，行為人為何應負責任，從而是 negligent，則此公式即等同於賠償責任公式了；但在我國侵權法一般條款中（民法第 184 條），這僅是（客觀）不法，不能理所當然得出應負過失的損害賠償責任，還必須有主觀過失的認定，雖然往往其也成立過失了一愈是行為危險，愈是認知可能。strict liability 之歸類，也避開了主觀認知，因為當行為極端危險時，此即漢德公式中的 P 值近於 1，行為人幾乎百分之百應負損害賠償責任，則主觀認知相對於在 negligence，更不是問題了。

英美侵權法的這種事後案件分類，主觀認知只在案件分類有用，一旦歸入特定侵權種類後，其操作即在客觀的成本效益計算。在 intentional harms 中，其是正當防衛等「阻卻不法」事由；在 negligence 中，其是漢德公式之計算；在 strict liability 中，其是極端危險活動否。但這種客觀的成本效益計算，不應反客為主，如很多法律經濟分析論者然，將主觀認知也客觀化了。藍帝斯與波斯納說，何謂故意？投入實際資源去造成損害也。但這是預謀，不是故意啊！藍帝斯與波斯納認為，主觀認知是不可觀察的，而必須以實際投入的資源去判定，但行為是可觀察到的，其不必然涉及所謂的資源投入，例如應減速而【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 41 頁】不減速。一般法律經濟分析論者，將過失責任之漢德公式計算，集中在防制能力（科技）的直接（支出）成本，而非減少活動的機會成本（因之未實現的利益），以致於得出過失標準高低顛倒，只好發展各種特殊理論以自圓其說⁷⁴，應也是這種主觀認知與客觀不法不分之結果。

柒、結語

誠如諾貝爾獎經濟學（1974 年）得主海耶克說，再也沒有比法學與經濟學之分離，對於社會科學造成的損害更大了；他說，法律人研究正當行為之規則（rules of just conduct），但其不知這些規則所形成的秩序，而經濟學家則是研究秩序而不知這些構成規則⁷⁵。如今的經濟學家持「建構理性論」（constructivist rationalism），漠視這些正當行為規則，自以為可以科學立法去改造社會而建立理想國度，但其實反而令社會走向毀滅，而正當行為規則才是理性的一演進的（evolutionary rationalism）。如今當令的法經濟分析論者理查·波斯納批評海耶克這種「形式主義」⁷⁶，無怪乎此，因為其之失靈／誘因強制之外部性理論，即是此一非經驗性的建構理性論。基於同樣理由，理查·波斯納也正面批評法經濟分析創始人寇斯的經濟學⁷⁷，引來後者的強烈反駁⁷⁸。不過，誠如麥斯特邁

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

75 Friedrich A. Hayek（1973），*Law, Legislation and Liberty, v. 1: Rules and Order*, pp. 4-5.

76 Richard A. Posner（2003），*Law, Pragmatism, and Democracy*, pp. 250-291.

77 Richard A. Posner（1995），Ronald Coase and methodology, in *Overcoming Law*, pp. 406-425. 波斯納最近軟化了其批

克 (Ernst-Joachim Mestmäcker) 直稱波斯納的法律理論是本身即矛盾的無法律之法律理論⁷⁹。另一諾貝爾獎經濟學 (1986 年) 得主布坎南 (James Buchanan) 也說波斯納的法律經濟分析，是「好經濟學，壞法律」⁸⁰。的確，法律不是如失靈／誘因強制之外部性理論的誘因強制，而是作為減少社會損失的合約安排。權利者，法律定分也。權利一旦釐定，一方面，不受約束的競爭之損害減少了，另一方面，市場交易可更進一步減少損害。但法律定分也有其成本，此所以法律必然是體系的，因為體系之無矛盾性以及融貫性，使得成本【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 42 頁】降低了，從而社會損失也減少了。這裡的體系是作為認知系統，其非單純的概念系統、價值系統或規範系統 (框架秩序或原則／規則)，而是私法自治、行政管制、刑事處罰、公正程序以及憲制統整等的動態關聯。私法自治本身要嚴守，不管是契約法、侵權法、物權法或不當得利法等，其適用皆要以互蒙其利的「默示契約」為之。行政管制不應偷渡至私法，因為兩者所生的執法成本不同，否則就是體系矛盾或不融貫了。刑事處罰不應及於私法自治事項，否則也是破壞了體系。在爭訟程序，當事人間的證據衰竭率不對等時，法律應避免不公正之發生。甚至禁止歧視，在私法自治以及憲法上，都可有規範基礎。

參考文獻

- 王澤鑑 (1983)，《民法實例研習叢書第一冊：基礎理論》。臺北：自版。
- 王澤鑑 (2010)，《侵權行為法》。臺北：自版。
- 王澤鑑 (2015)，《侵權行為法》，增訂新版。臺北：自版。
- 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 期，頁 205-294。
- 胡堅明 (2016)，〈請求權基礎規則與法典化立法〉，《華東政法大學學報》，2016 年 6 期，頁 38-48。
- 凌斌 (2012)，《法治的代價：法律經濟學原理批判》。北京：法律出版社。
- 張五常 (2014)，《經濟解釋》。北京：中信。
- 張永健 (2015)，《物權法之經濟分析 (第一冊)：所有權》。臺北：元照。
- 張永健 (2016)，〈購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制－經濟分析觀點〉，《政大法學評論》，144 期，頁 155-225。
- 陳宜中 (2014)，〈潛規則與憲政民主：吳思先生訪談錄〉，《思想》，26 期，頁 241-272。

判寇斯的立場，參見 Richard A. Posner (2011), Keynes and Coase, *Journal of Law and Economics* 54 (S4), pp. 31-40.

78 Ronald H. Coase (1993), Coase on Posner on Coase: Comment, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1), pp. 96-98.

79 Ernst-Joachim Mestmäcker (2007), *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, pp. 1-69.

80 James M. Buchanan (1974), Good economics-bad law, *Virginia Law Review* 60 (3), pp. 483-492.

- 黃茂榮 (2011), 《法學方法與現代民法》。臺北：自版。
- 黃舒芃 (2016), 〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？—以司法院釋字第 728 號解釋之檢討為例〉, 《政治與社會哲學評論》, 56 期, 頁 163-211。
- 黃榮堅 (2012), 《基礎刑法學 (上)》。臺北：元照。
- 雷磊 (2015), 〈適於法治的法律體系模式〉, 《法學研究》, 2015 年 5 期, 頁 3-27。
- 簡資修 (2003), 〈違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹〉, 《政大法律評論》, 75 期, 頁 79-121。
- 簡資修 (2007), 〈故意侵權法的經濟分析—兼評 Landes & Posner 模型〉, 《中研院法學期刊》, 1 期, 頁 191-212。
- 簡資修 (2008), 〈風險、社區與人權保障—臺灣關愛之家協會案之經濟分析〉, 《中研院法學期刊》, 2 期, 頁 315-340。【法令月刊第 68 卷 9 期, 2017 年 9 月, 第 43 頁】
- 簡資修 (2010), 〈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〉, 《中研院法學期刊》, 6 期, 頁 129-165。
- 簡資修 (2011), 〈物權外部性問題〉, 《中研院法學期刊》, 8 期, 頁 227-257。
- 簡資修 (2012a), 〈科斯經濟學的法學意義〉, 《中外法學》, 2012 年 1 期, 頁 190-203。
- 簡資修 (2012b), 〈保護他人之法律, 所為何來? 最高法院一〇〇年度台上字第一〇一二號民事判決評釋〉, 《月旦裁判時報》, 18 期, 頁 25-31。
- 簡資修 (2013), 〈因果關係的前邊與後界—最高法院一〇一年度台上字第四四三號民事判決評釋〉, 《月旦裁判時報》, 24 期, 頁 14-20。
- 簡資修 (2014a), 〈不法行為的決定時點—預防科技的不足或安全活動的逾越?〉, 《經濟推理與法律》, 頁 221-235。臺北：元照。
- 簡資修 (2014b), 〈過失責任作為私法自治之原則〉, 《北大法律評論》, 15 卷 1 輯, 頁 155-173。
- 簡資修 (2015a), 〈不法治的代價：為何科斯的經濟學〉, 《人大法律評論》, 2015 年卷 2 輯, 頁 453-468。
- 簡資修 (2015b), 〈法律作為合約安排〉, 《交大法學》, 2015 年 3 期, 頁 37-46。
- 簡資修 (2015c), 〈寇斯定理與私法自治〉, 《月旦民商法雜誌》, 49 期, 頁 78-88。
- 簡資修 (2016), 〈《經濟解釋》：法律的經濟學教本〉, 《中國法律評論》, 2016 年 3 期, 頁 191-202。
- 蘇永欽 (2014), 《尋找新民法》, 增訂版。北京：北京大學出版社。
- Aarnio, Aulis (2011), *Essays on the Doctrinal Study of Law*. New York: Springer.
- Brown, John Prather (1973), *Toward an economic theory of liability*, *Journal of Legal Studies* 2 (2), pp. 323-349.
- Buchanan, James M. (1974), *Good economics-bad law*, *Virginia Law Review* 60 (3), pp.

483-492.

- Buchanan, James M. (2000), *The Collected Works of James M. Buchanan, v. 7: The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Calabresi, G., & Hirschoff, J. T. (1972), Toward a test for strict liability in torts, *The Yale Law Journal* 81 (6), pp. 1055-1085.
- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1972), Property rules, liability rules and inalienability: One view of cathedral, *Harvard Law Review* 85 (6), pp. 1089-1128.
- Calabresi, Guido (1961), Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *The Yale Law Journal* 70 (4), pp. 499-553.
- Calabresi, Guido (1991), The pointlessness of Pareto: Carrying Coase further, *The Yale Law Journal* 100 (5), pp. 1211-1237. 【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 44 頁】
- Caiaabresi, Guido (2016), *The Future of Law & Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press.
- Cheung, Steven N. S. (1983), The contractual nature of the firm, *Journal of Law and Economics* 26 (1), pp. 1-21.
- Coase, Ronald H. (1959), The Federal Communications commission, *Journal of Law and Economics* 2, pp. 1-40.
- Coase, Ronald H. (1960), The problem of social cost, *Journal of Law and Economics* 3, pp. 1-44.
- Coase, Ronald H. (1988), *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Coase, Ronald H. (1993), Coase on Posner on Coase: Comment, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1), pp. 96-98.
- Cooter, R. D.; & Porat, A. (2014), *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*, Princeton: Princeton University Press.
- Cooter, R. D., & Ulen, T. (2012), *Law and Economics*, 6th ed. Boston: Addison-Wesley.
- Craswell, Richard (2003). In that case, what is the question? Economics and the demands of contract theory, *The Yale Law Journal* 112 (4), pp. 903-924.
- Hayek, Friedrich A. (1973), *Law, Legislation and Liberty, v. 1: Rules and Order*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Kahneman, Daniel (2011), *Thinking, Fast and Slow*. London: Allen Lane.
- Komesar, Neil K. (1994), *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Landes, W. M.; & Posner, R. A. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge:

- Harvard University Press.
- Merrill, T. W., & Smith, H. E. (2000), Optimal standardization in the law of property: The numerus clausus principle, *The Yale Law Journal* 110 (1), pp. 1-70.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (2007), *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Posner, Eric A. (2003), Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?, *The Yale Law Journal* 112 (4), pp. 829-880.
- Posner, Richard A. (1995), *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. (2011), Keynes and Coase, *The Journal of Law and Economics* 54 (S4), pp. 31-40.
- Posner, Richard A. (2014), *Economic Analysis of Law*, 9th ed. New York: Wolters Kluwer.
- Schlag, Pierre (1989), The problem of transaction costs, *Southern California Law Review* 62, pp. 1661-1700. **【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 45 頁】**
- Schlag, Pierre (2013), Coase minus the Coase theorem—some problems with Chicago transaction cost analysis, *Iowa Law Review* 99, pp. 175-223.
- Shavell, Steven (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Shavell, Steven (2013), A fundamental enforcement cost advantage of the Negligence Rule over Regulation, *The Journal of Legal Studies* 42 (2), pp. 275-302.
- Smith, Henry E. (2012), On the economy of concepts in property, *University of Pennsylvania Law Review* 160 (7), pp. 2097-2128.
- Wang, Ning (2016), Steve Cheung and Coasian economics: A personal reflection, *man and the economy* 3 (1), pp. 57-64.
- West, Robin L. (2014), *Teaching Law: Justice, politics, and the Demands of Professionalism*, New York: Cambridge University Press.
- Zerbe, Richard O. (Ed.) (2014), *Efficiency in Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar. **【法令月刊第 68 卷 9 期，2017 年 9 月，第 46 頁】**