

任意規定*

—— 自治的任意或任意的預設

簡資修**

摘要

基於私法自治之原則，契約法律的核心是補充私人意思表示不足之任意規定，但法律實效論的經濟分析論者，則將這些非強行規定賦予其指導之誘因功能，如同電腦應用程式之預設（defaults）然，從而契約解釋也淪為預設（規定）之俘虜，而有懲罰預設、一般預設以及黏稠預設等之分類。我國實務在有名契約之黏稠適用以及未能區分法律解釋與契約作為個案裁判規範之解釋之不同，也是任意規定與預設（規定）不分所致。在物權效力與侵權責任等似乎具國家強制性質的法律規定，其實都是在補充私人的意思表示不足而為之者。法律實效論之經濟分析，是從事實導出規範，其經濟效率不能是法律目的，而其誘因分析也不是法學方法。倒是基於寇斯與張五常的一般交易成本理論之合約法學，從主觀權利定出發，人們在向生意志下，發展出了法律體系，在私法上，即是自治原則了。

關鍵詞：私法自治、契約解釋、任意規定、預設規定、懲罰預設、定型約款、一身專屬、排法規則、經濟效率、誘因分析。

* 投稿日：2020年3月6日，接受刊登日：2020年5月29日。〔責任校對：郭宇傑〕。

** 中央研究院法律學研究所研究員；國立臺灣大學法學院合聘教授。本文初稿曾在海峽兩岸暨港澳法律發展學術討論會（2019年北京大學法學院）、中研院法律所個人學術研討會（2019/12/24）發表，感謝與會者的意見。特別感謝薛熙平、陳冠廷、王必芳、黃松茂、陳柏良與張譯文之討論。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/22611012.pdf>。



目次

壹、前言	肆、契約法律不是實效規定
貳、契約法律作為裁判規範	一、寇斯定理之誤用
一、違約賠償	二、物權之契約面向
二、預設規定	三、侵權之契約面向
三、有名契約	伍、誘因分析不是法學方法
參、契約解釋不是排法規則	一、效率判準不是法律目的
一、契約繼承之一身專屬	二、二階效率不是後設方法
二、契約解釋之社會成本	三、法律體系作為經濟效率
三、契約作為規範之解釋	陸、結論

壹、前言

契約法之任意規定，基於契約自由原則，其目的在於契約有漏洞時予以填補，但持法律實效論之經濟分析論者則說，這些非強行規定之既有預設規定有非自治補充的功能目的，例如誘引契約當事人揭露訊息而減少其錯誤成本¹，或主動臆測契約當事人之合意減少其訂約成本²，或為減少訴訟成本去解釋契約³等，從而補充私人意思表示不足的「任意規定」被偷天換日為「任意」誘導意思表示的「預設規定」了⁴。但這是從事實導出規範，是經濟分析的不當

1 See Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

2 See Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999).

3 See Richard A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, 83 TEX. L. REV. 1581 (2005).

4 電腦應用軟體，都有「預設」(defaults)，例如Word的中文字體預設是12號(點)新細明體，但個別使用者可以依自己的偏好去改變之，法律實效論者因此認為契約法上的任意規定與此並無不同，但這忽視了任意規定之意思補充性——當事人真有此意思但須予以補充闡明——而預設(規定)是意思指導性

運用，危害大矣。因為首先，這種利用法律先發優勢（first-mover advantage）之策略要成功⁵，其前提要件是，契約當事人必須知道法律規定是什麼，才有所謂的反應，但一方面，在一般契約，其契約當事人對於契約法律是無知的；另一方面，在商事契約，由於商務律師之中介或商業習慣之存在，也使得訊息不對稱或不足的問題不存在⁶，則這種誘因性的預設規定，根本是無稽的。次之，這種預設規定系統，理論本身也許是自治的，但對於立法者與司法者而言，皆太過複雜，非其可勝任者⁷。三者，如此理論之缺失以及其實踐之困難之結果，是其法律的偽陽性（false positive）錯誤成本必然極大⁸。

契約法律少數是強行規定，多數是任意規定。強行規定指，即使當事人的意思表示合致了，其也無法基於私法自治原則，取得法

——導引當事人為特定意思之表達，這兩者在法律上有非常不同的意義（參見本文「貳、二」）。因此真實「任意規定」之任意，是「任」契約當事人之「意」，而「預設」被偷渡為「（預設）任意規定」時之「任意」，則是（國家）隨意而為，不受拘束了，參見教育部國語辭典簡編本網站，<https://pedia.cloud.edu.tw/Entry/Detail/?title=%E4%BB%BB%E6%84%8F>（最後瀏覽日：2020年5月8日）。現代的契約法，在管制與福利國家思潮之下，一方面，契約自由被壓縮，另一方面，國家強制介入加大了。本文主旨在於還一般契約法之任意規定的本來面目，並不排斥在特別契約法，例如消費者保護法或勞工法等保護弱勢者之法律，「預設規定」可有「輕推」（nudging）之用，而有助於弱勢之保護（參見本文「貳、二」最後一段），雖然其功效往往被誇大了，但此已非本文可論及。

- 5 See DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, *GAME THEORY AND THE LAW* 43, 60 (1994).
- 6 See Alan Schwartz & Robert E. Scott, *The Common Law of Contract and the Default Rule Project*, 102 VA. L. REV. 1523 (2016).
- 7 See Todd J. Zywicki & Anthony B. Sanders, *Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law*, 93 IOWA L. REV. 559, 575 (2008).
- 8 See F. A. Hayek, *Individualism: True and False*, in *INDIVIDUALISM AND ECONOMIC ORDER* 1 (1948); Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1, 15-17 (1984); Frank H. Easterbrook, *On Identifying Exclusionary Conduct*, 61 NOTRE DAME L. REV. 972, 977 (1986). 張巍，法經濟學與中國司法實踐——法律人思維的一個註腳，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁473-511（2018年）。

律效果。任意規定則指，契約當事人的意思表示若不清楚，那些可為之補充的「(實定)法律規定」——理所當然是既有預設的。對於持法律實效論之經濟分析論者而言，這種強行與否與備位補充的規範性質，是沒有意義的，其在意的是這些既有預設規定如何被適用以及其適用之成效，從而給予其懲罰預設 (penalty defaults)、一般預設 (ordinary defaults)、黏稠預設 (sticky defaults) 而最後延伸至強行規定 (mandatory rules) 之光譜分類⁹，然後再自圓其說分別給予其目的功能。如此一來，私法自治盡失矣——不但既有強行規定，例如物權法定規定，不會受到「有違自治」的質疑，而且「既有但具補充性」的任意規定之適用，也淪為與其規範意義不同的「預設規定」之選擇，從而契約解釋也變為排除既有法律規定之適用 (altering rules)¹⁰，而非合意之探求或補充了。我國司法實務僵化適用有名契約之規定¹¹以及未能區分契約解釋與法律解釋之不同¹²，也是任意規定之自治補充性質，未能為人理解有以致之。

外部性 (externality) 之社會成本分析，是法律實效論之經濟理論基礎。此一理論雖然被法律經濟分析始祖寇斯 (Ronald Coase) 批評殆盡¹³，但其卻藉由披上寇斯定理 (Coase theorem) 之外衣，以否定前件謬誤 (the fallacy of denying the antecedent) 之方式還魂了——高的市場交易成本，必須要有法律之強而有力介入改

9 See Ian Ayres, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules*, 121 YALE L.J. 2032, 2087 (2012).

10 See *Id.*

11 參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁200-207 (1996年)；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，臺大法學論叢，38卷2期，頁131-186 (2009年) (以下簡稱：王文宇，契約定性)；王文宇，契約解釋與任意規定——比較法與案例研究，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法 (下冊)，頁593-656 (2018年) (以下簡稱：王文宇，契約解釋)。

12 參見吳從周，法律行為解釋、契約解釋與法律解釋——以民法第98條之立法溯源與實務運用為中心，中研院法學期刊，23期，頁138-162 (2018年)。

13 See R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

正之¹⁴。這是「不斷病因而亂開藥方」之「致命自負」¹⁵。一者，法律（內容）不都是指令強制式的，例如私法就不是；二者，法律是系統規範，其各種法律是互有關連，構成法律體系，而非各自為政（策）的。契約法律是私法之一種，其原則是自治，管制性——即使是弱的——預設規定是與之衝突的。其他私法的物權效力¹⁶與侵權責任¹⁷，雖然往往給人強制管制的印象，其實也是來自私法自治之要求。物權效力是契約當事人想要的，但由於公示成本而受限，非其本質如此。侵權責任則是來自於當事人真想訂約而無法訂約，法律模擬（互蒙其利）契約去分配風險，因此是貨真價實的任意規定也。

法律經濟分析論者往往認為其之所以不被法學接受，是來自於法學眼光的狹隘，其因此試圖藉由法學方法，尤其是其中的目的性論證，或甚至以經濟效率作為後設法學方法，來宣稱其法學性質¹⁸。但問題不應是法學單方面的，而是這些經濟分析自己理論的不足——想藉由經濟誘因與實效之事實導出法律規範。其結果是，若模型簡單，是錯誤的；若模型複雜，則是無用的¹⁹。法學方法之

14 參見簡資修，*科斯經濟學的法學意義*，*中外法學*，24卷1期，頁190-203（2012年）。

15 See F. A. HAYEK, *THE FATAL CONCEIT: THE ERRORS OF SOCIALISM* (1988).

16 參見蘇永欽，*可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制觀點看物權法定原則鬆綁的界線*，*南京大學法律評論*，2010年秋季卷，頁16-44（2010年）；簡資修，*物權外部性問題*，*中研院法學期刊*，8期，頁227-257（2011年）（以下簡稱：簡資修，*物權外部性問題*）；簡資修，*物權：（實體）物或權（定分）*，*甘肅政法學院學報*，2017年第3期，頁10-22（2017年）（以下簡稱：簡資修，*物權*）。

17 參見簡資修，*侵權法：私法自治或國家統制*，*月旦法學雜誌*，289期，頁81-102（2019年）。

18 參見張永健，*法實證研究：原理、方法與應用*，頁45-110（2019年）；張永健，*社科民法釋義學*，頁11-112（2020年）（以下簡稱：張永健，*社科民法釋義學*）；張永健，*經濟人的法經濟學vs法律人的法經濟分析——答賀劍教授等師友之書評*，*中研院法學期刊*，27期，頁293-344（2020年）（以下簡稱：張永健，*法律人的法經濟分析*）。

19 See Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success*

提出在於減少思維負擔，而矛盾與殘缺的社會成本經濟分析，與之剛好相違背了²⁰。法律之經濟分析，應該放棄這種將交易成本外生化的誘因法學，而回歸寇斯及張五常將交易成本內生化的合約法學，才是科學——從法治原型之權利定分開始，其釐定成本之極小化（經濟化）演變，促成了具一致性與融貫性的法律體系了²¹。

貳、契約法律作為裁判規範

一、違約賠償

Ian Ayres & Robert Gertner以違約賠償之誘因分析開啟了預設規定之經濟分析。按一般經濟通說認為：既有（預設）規定的內容，應該是多數契約當事人想要訂定的約款，但由於高的訂約成本，因此沒有訂定，而既有（預設）規定減少了其訂約成本；但Ayres & Gertner指出：這種多數型的既有（預設）規定的說法，有三個缺失：一、也許多數人的訂約成本總和會低於少數人的訂約成本，因為前者的單一訂約成本比起後者是比較低的，則總體成本就不一定比較高；二、其也未提出如何針對特定類型契約訂出相宜的預設規定；三、這種減少訂約的成本卻可能增加了契約成立後的紛爭解決成本；所以，Ayres & Gertner主張：如果法院決定什麼是多數契約當事人想要約款的成本很高，以少數型之預設規定迫使契約當事人

or Failure?, 112 YALE L.J. 829 (2003). See also ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, A LEGAL THEORY WITHOUT LAW: POSNER V. HAYEK ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2007).

²⁰ See James M. Buchanan, *Good Economics—Bad Law*, 60 VA. L. REV. 483 (1974); Alexander C. Cartwright, *Good Economics—Bad Law: A 40-Year Natural Experiment*, 10 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 626 (2016).

²¹ 參見簡資修，論法律經濟分析之科學性，政治與社會哲學評論，66期，頁1-41（2018年）；簡資修，經濟分析作為法律科學，中國法律評論，2019年第2期，頁101-115（2019年）（以下簡稱：簡資修，作為法律科學）。

就此明文約定，是比較有效率的法律規定²²。更重要的是，Ayres & Gertner說，契約當事人可能為訊息優勢的策略行為，此時具「懲罰性」的少數型預設規定可迫使其釋放出訊息，效率始可達致²³。

Ayres & Gertner以*Hadley v. Baxendale*案為例，說明此懲罰性預設規定是如何運作的²⁴。在該案，磨坊將其壞掉的軸承交由運送人送修，由於運送人的遲延，軸承未能即時送回，致使磨坊停工而無法營業獲利，但法院判決運送人無須就磨坊的營業損失負賠償責任。Ayres & Gertner說，磨坊大可以向運送人表明這種可能的損害，從而與之訂定具保險性質的全額賠償約款，但其不如此做，所以法院對其為不利的判決，則磨坊為了避免此不利益，就會如此做，此預設規定之懲罰性也。Ayres & Gertner因此論說，法院判決可能不是磨坊與運送人想要的多數型預設規定，因為營業損失是真實可能發生的，而運送人可能是比較有效率的風險承擔者，因此運送人應該是要全額賠償，才是契約當事人想要的。Ayres & Gertner在此是強詞奪理了。契約，尤其是商事契約，是以等價為原則²⁵，因此如果運送人要負全額賠償，其運費一定要比較高，則單方面以全額賠償而未搭配較高的運費作為多數契約當事人想要的約款，是不合理的合意猜測。

Ayres & Gertner以「不得請求不可預見損害」之法律規定之「行為」效果，是託運人若有比較高的運送遲延損害，其就會主動揭露其身分去負擔比較高的運費（此即其無法採取具優勢訊息之策略行為），從而認定此法律規定係懲罰性的。但誠如Eric Posner指出，不是只有少數型預設規定，可以使得契約當事人揭露其優勢訊

22 Ayres & Gertner, *supra* note 1, at 93.

23 *Id.* at 94.

24 *Id.* at 101-04, 108-18.

25 有關等價性在契約法之地位發展，參見朱朝暉，潛伏於雙務合同中的等價性，*中外法學*，32卷1期，頁128-156（2020年）。

息，多數型預設規定，也有如此的功能，其間的差別，只是在少數型預設規定，比較多數的人要去揭露，而在多數型預設規定，比較少數的人要去揭露，但如此一來，少數型預設規定的個別交易成本就要比多數型者要高，在現實世界這個假設成立的可能性似乎不高，因為實證結果是並不存在所謂的懲罰性預設規定²⁶。不過，更重要的是，「不得請求不可預見損害」之法律規定之「行為」效果，是不能作為該法律規定之定性，否則就是事實導出規範，非法治了——在契約案件，法院之所以可以為「不得請求不可預見損害」之判決，其規範基礎是具體契約之當事人合意；其行為效果只是附帶的，不能反客為主了。

典型的任意規定是，「這是XX，或者另有約定」的法律規定²⁷，但基於立法之簡潔與私法自治之當然，契約法律是無須一再去重複「或者另有約定」，始為具補充性質之任意規定！更何況我國民法第216條第1項規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」其第2項雖然規定：「依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」但在實務上，相當因果關係說或保護目的說或可預見說等，皆對可請求賠償之所失利益有所限制²⁸，理由無他，是模擬契約對價原則之實現——標準的任意規定也。又，損害賠償責任之成立與範圍雖有概念之區分，但其操作原則是相同的，例如我國民法第220條第2項規定：「過失之責任，

26 Eric A. Posner, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 563, 573 (2006).

27 民法第99條第3項規定：「依當事人之特約，使其條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。」第165條之3規定：「被評定為優等之人有數人同等時，除廣告另有聲明外，共同取得報酬請求權。」第178條規定：「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，適用關於委任之規定。」第202條（外國通用貨幣之債）。第208條（選擇之債）。第224條（代理人或使用人之故意過失責任）。第233條（金錢債務之遲延利息）。

28 參見陳自強，違約責任與契約解消，頁121-130（2016年）。

依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」也是對價原則之表現。

二、預設規定

預設規定作為契約法律，不是只有上述懲罰性少數型預設有問題，而是整個預設規定此一概念有問題。Ayres & Gertner將「既有」(default)非強制性之契約法律規定與電腦應用程式的「預設」(defaults)等同視之²⁹，引喻失義了。契約法律規定可以有強制規定與任意規定之分類，從事後法律效果看，前者是契約當事人無法以合意排除適用，後者是可以合意排除適用³⁰；但從契約自由之事前法律目的來看，強制規定是在於限制契約當事人得合意的範圍，而任意規定是在具體補充契約當事人應有而未有之合意。Ayres & Gertner以(電腦程式的)「預設」可以由使用者更改為之，與契約法律之「任意規定」之效果相同，從而將「預設」之功能加諸「任意規定」之上，使其質變為「預設(任意)規定」，是從事實導出規範之謬誤了。「預設規定」一旦作為契約法律，不管是多數型還是少數型，是國家作為強者在主動測試人民，而「任意規定」則是國家被動在平等私人間無明白約定時去模擬其合意。

契約法律是一般抽象的規範，適用於所有的契約，而預設規定作為具指導性之規定，則僅適用於特定行業或甚至次行業的契約，因此立法者或司法者必須有非常精準的訊息始能成功。Ayres & Gertner自己也說：「若要有效率的預設規定，立法者不但要知道契約當事人想要甚麼，並且要知道達成此目的的成本分布³¹。」但這是不可能的任務。Alan Schwartz & Robert E. Scott即指出³²，契約法

29 See Ayres, *supra* note 9, at 2040.

30 參見黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂6版，頁188-191（2011年）。

31 Ayres & Gertner, *supra* note 1, at 95.

32 Schwartz & Scott, *supra* note 6, at 1523-88.

商A與B，其對於預設規定有不同的需求，S1對A有利，S2則對B有利，但即使A類廠商是多數，而B類廠商是少數，也不意味S1應被作為預設規定，因為A類廠商因之獲得的利益，不一定等於或多於B類廠商者，其條件是A類廠商因之獲得利益與B類廠商因之獲得利益之比，要大於B類廠商數目與A類廠商數目之比。但其實如果立法者知道「S1對A有利而S2則對B有利」，其可以為因勢制宜的預設規定（tailored defaults），而不只是多數型的預設規定。不過，這個假設太不真實，不但產業不會只有兩個，而且同產業內之次產業也不會只有兩個，如果再把時間與地理因素放進來，面面俱到的因勢制宜的預設規定，根本是不可能。以上還只是假定「雖然立法者選定的預設規定不是某類廠商想要的，但對其並未造成負擔」，於是如果此一假設不成立，在經驗上，恐怕也是如此，則「A類廠商因之獲得利益與B類廠商因之獲得利益之比，要大於B類廠商數目與A類廠商數目之比」此一公式也不能適用了，一個更複雜與更難成立的公式就需要了——立法者的訊息負擔更重了³⁴。

再來看懲罰性預設規定。相對於多數型的預設規定，「雖然立法者選定的預設規定不是某類廠商想要的，但對其並未造成負擔」之假設還可能成立，在懲罰性預設規定，此一假設根本是不能成立，因為此預設規定正是要加諸此類廠商不利益，迫使其釋放出訊息，從而立法者的訊息負擔更重了。不特此也，立法者也須額外知道廠商揭露訊息的訂約成本為何，否則也無法訂出最適的懲罰性預設規定³⁵。

至於黏稠性（作為）預設規定，在理論上即有問題。預設規定若是多數型的，契約當事人自然會接受，無黏稠性的問題，而在懲

34 *Id.* at 1553-60.

35 *Id.* at 1560-66.

罰性預設規定，若其是黏稠性是自相矛盾的³⁶。本文甚至認為最典型的「清楚明白陳述」規定（clear statement rules），與其說是黏稠性規定，不如歸為懲罰性預設規定，因為契約當事人只要複製該規定，就可以使其成為契約內容，成本非常小，此為懲罰性預設規定的特徵。

準此，Schwartz & Scott最後指出，由於預設規定之訊息條件過苛，因此其若被提出，也多非商事契約當事人所想要者，則契約當事人於訂約時就會明文排除之，此所以最後留下而未被排除者，是那些超脈絡之規定³⁷，此真正的任意規定也——契約當事人可以合意排除不適用，但實際上未合意排除不適用之法律規定；那些表面上可以為合意排除不適用，而契約當事人一旦知曉就合意排除不適用之法律規定，不但無法減少而且是增加了契約成本，稱任意規定，是僭越了。

此所以，具有預設規定性質的契約範本，只能由市場或個別同業公會或個別主管機關提供，甚至在本文不處理的消費者保護法，其對於定型化契約之「應記載或不得記載事項」之擬訂，也是由個別主管機關為之（參見下述消費者保護法第17條），而非鉅細靡遺規定於一般契約法律之中。預設規定之說法，在此具有管制性質之法領域才是相關的。消費者保護法第15條規定：「定型化契約中之定型化契約約款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」這是典型的預設規定。同法第17條第1項規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」違反之者的效力為何？此即與第15條之關係為何。我國最高法院在最近的一則判決（107年度台上字第1402號民

³⁶ *Id.* at 1566-68.

³⁷ *Id.* at 1577-85.

事判決)說：定型化契約明文排除行政院核定公告之應記載事項，並非無效，在「目的限縮」解釋適用第15條下，其是有效的。誠如陳忠五指出，這是「直接適用」第15條之結果，何來「目的限縮」之適用³⁸？本文的看法是：最高法院想要目的限縮解釋的對象，其實是第17條而非第15條，因為其認為第17條是強行規定，違反之者，理應無效（第17條第4項），但是第17條可以不要以強行規定而以預設規定之理解之，如此一者，與第15條之間，就沒有矛盾——在應記載與不得記載之「預設」下，其排除一定是貨真價實之個別磋商；二者，違反應記載或不得記載之效力不會不同，從而維持法律安定性；三者，法院可以不照單全收主管機關所訂定的應記載或不得記載事項，而回歸依民法第71條之規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」為契約之最後控制。

三、有名契約

我國民法第二編債的第二章是各種之債的規定，其雖因當事人訂立的契約可以不是列名其中者而仍然有效，從而被歸類為任意規定，但實務上，其幾近於強行規定。誠如王文宇說：「強行規定與任意規定之效力與目的理論上雖較容易二分，但實務中個別調條文究屬任意規定或強行規定，其界限甚難辨明。學者有謂『應依其規範目的認定之』，惟所謂規範目的，有時仍然未盡明確，尤其任意規定與強行規定皆由立法者以預設方式制定於法條中，但這些預設規定究竟是作為補充的契約解釋之任意規定，抑或必須被納入契約內容之強行規定，一般並無被立法者清楚的指出，而仰賴學理與實務對其性質的評價。³⁹」例如在其所舉工程契約之例，我國法院將工

³⁸ 陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，375期，頁174-176（2019年）。

³⁹ 王文宇，契約解釋（註11），頁606。陳自強也有類似說法：「鑑於大多數之任意規定及強行規定，存在於各種之債，即法定有名契約類型中，故關於契約之法律適用，傳統上，大陸法系之思考習慣，係以契約之定性為問題解決之出發

程契約定性為我國民法各種之債第七節的承攬（第490條以後），從而依照民法第507條之規定，認為承攬人僅享有契約解除權而不享有契約終止權，即使後者才是紛爭的最佳解⁴⁰。這是將民法第507條往強行規定方向解釋了，但民法第507條之規定是：「（第1項）工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作為之。（第2項）定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。」其第2項規定是，承攬人「得」解除契約，而非「應」解除契約，因此不應因有此條文之規定，即排除了承攬人可能有終止契約之權，即使契約當事人並未就終止權有所約定。

基於私法自治原則，契約之法律效力，並非來自法律之授予，而是來自當事人意思表示之合致，此所以Karl Larenz說：「法效果不是從法律規定中推論出來的，毋寧是由當事人在契約當中所確定，而由法官作徹底思考而得的規整。⁴¹」其又說：「為判斷契約類型，法律家首先必須答覆的問題是：當事人做了什麼約定？我們馬上會說明，為答覆此一問題，法律家必須解釋當事人的表示。只有當我們確定，當事人約定了哪些法律效果，才會再陸續提出下述其他問題：法律上此等約定應如何歸類，如何判斷，應將之視為買

點，我國法上，亦復如是，甚且有非先確定契約究屬於何種法定有名契約類型，不足以解決法律適用之傾向，而忽略首應確認當事人具體約定的內容，無視契約解釋（乃至於契約補充解釋）之重要性，使契約問題淪為類似法律概念之操作。」「此外，非典型契約的出現，並不因契約定性的工作，自然而然解決法律適用的問題，學說判例因契約的定性，議論紛紜，爭執不下，俯拾皆是。再者，於國際商事契約，契約內容不僅複雜，而常為非典型契約，更因其具有涉外因素，使契約法律規範的探求，不單純為內國法的適用，更涉及國際私法（在我國為涉外民事法律適用法）的運用。在上述情形，透過契約解釋，甚至契約補充解釋，當事人的約定本身，若已能提供問題解決的規範基礎，定性並無絕對必要，有時也是多餘。」陳自強，契約之內容與消滅，2版，頁282-284（2013年）。

40 王文宇，契約定性（註11），頁131-186。

41 Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁203。

賣契約、混合贈與、租賃或其他契約。⁴²」

Karl Larenz進一步以「概念」與「類型」之區分，將有名契約歸為後者，限制有名契約規定之適用。其說：「對於『某物』是否屬於某概念所界定的類別，只能有『是』或『否』的答案。依此，某特定契約只能是買賣契約或租賃契約，是僱傭契約或承攬契約。反之，依類型化的觀察方式，同一個契約可以在若干觀點上屬於此類型，在其他角度上屬於另一類型，或者，不同類型的特徵可以特殊的方式結合成一個新的類型。在混合類型的契約，假使不僅涉及個別的給付義務，毋寧牽涉整個契約關係的存在（或存續）與否時，究應適用何種規定則取決於：在契約的整體型態中，究竟是哪一種契約類型的要素『占優勢』。⁴³」其又說：「將契約歸屬於法定契約類型時，必須保留一定的彈性，因為在債權契約的領域盛行契約自由原則，其結果是：交易上大家未必會堅守法律規定的契約模式，毋寧經常會作一些轉變，並且發展出一些新的類型。當然並不排除有下列情況存在：還是有全部細節都符合法定的契約類型特徵，對一般形象沒有任何偏離的契約存在，於此，法院只須用涵攝的方法，將之歸屬到（被解為定義的）類型描述之下即可。然而，只要偏離顯然可見，或者契約類型的定義不夠精確以致不能發揮作用，類型化的方法就必須出面取代概念的方法。⁴⁴」

不過，與其另發新意區分「概念」與「類型」⁴⁵，或許精鍊

42 Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁201。

43 Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁206。

44 Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁206-207。

45 Karl Larenz自己也說：「與純粹概念性的觀察方式相比，類型化的觀察方式有相當大的彈性，這種彈性似乎是以法安定性較小為代價而取得的，但也只是似乎。事實上，只要有可階段化的過渡範圍或混合類型存在，而沒有確定的界限，司法裁判就不是以概念性的方式作決定性的陳述，毋寧多少是以感覺的方式。」Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁206。王鵬翔則批評Karl Larenz的概念與類型分類，是不精確的。參見王鵬翔，論涵攝的邏輯結構——兼評Larenz的類型理論，成大法學，9期，頁1-45（2005年）。

「任意規定」，可以避免引進新觀念之思維負擔。按契約法律之所以要區分強行規定與任意規定，要從私法自治原則來看才有意義——契約約款若違反既有（預設）的法律規定時，其意思表示是否仍可以發生法律效力：違反強行規定者，不發生法律效力；而違反任意規定者，仍發生法律效力。但如今任意規定之理解往往淪為預設規定，此即「契約當事人合意不適用」之規定本身，即成為當事人合意之預設，而非當事人合意之補充。此一意義的微妙轉換，看似無害，但在現實上，必須訴諸契約法律解決紛爭者，正是因為當事人合意不清楚，換言之，「契約當事人合意不適用」必然是不存在的，則（預設）法律規定就被適用了，即使其非此個案的合意補充規定——（任）憑當事人之合（意）。在具體契約，其內容一定是針對具體的權利與義務而約定，根本不會在意其（一般性）法律之定性，例如交易標的是XX車號的汽車，而不會去煩惱其為動產或物之法律定性，或者約定分期付款最後可以決定取得該汽車所有權否，而不去煩惱契約為買賣或租賃，此時有名契約作為補充規定之多樣性與功能性，就非常重要了。

在本節上述工程契約不當適用承攬規定之例，即是工程契約雖然具有承攬性質，但其承攬人所投入之「特定性資產」特性，使得定作人有拿翹之空間，從而其相應的法律關係，應與一般承攬不同⁴⁶。這與「融資性租賃」契約之特性，不在租賃而在融資性，因此其法律關係就應不同於一般租賃⁴⁷，是同樣道理。有名契約本身因此沒有好壞，但其作為補充之任意規定，一者，應符合經驗類型之要求，二者，應符合功能之設定⁴⁸，否則其適用就有可能淪為法治表象之黏稠預設規定。

46 參見王文宇，契約定性（註11），頁133。

47 參見游進發，無名契約典型化之因素，高大法學論叢，13卷1期，頁226-238（2017年）。

48 同前註。

參、契約解釋不是排法規則

Ayres & Gertner既然將預設規定作為契約當事人意思表示的誘因，則契約當事人的意思表示要達到如何的程度始能排除之，其實才是預設規定的實質，Ayres稱之為「排（除）法（律規定之）規則」，從而契約解釋也被納入預設規定的管領之下⁴⁹，契約自由喪失了。誠如Eric Posner指出，法院以契約為規範基礎的審理順序是1、契約是否成立（要約與承諾）；2、契約是否有效（例如無詐欺脅迫）；3、契約的內容；4、如果有漏洞，適用預設規定；5、如果明示或默示約款被違反，宣示違約責任⁵⁰。契約解釋僅存在於第4階段，將契約解釋無限上綱等同於契約紛爭之法律解決，只會模糊了契約法律之體系性，令契約法律作為契約自由之輔助功能盡失矣。

一、契約繼承之一身專屬

我國民法第1148條第1項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」依照本條但書之規定，具被繼承人一身專屬性之權利或義務，繼承人並非當然繼承之。一身專屬性之操作甚為複雜，黃詩淳與張永健訴諸多數型預設規定之說法，試圖給予其統一的理論基礎⁵¹。其認為：概括繼承原則下之所以有此例外，是因為多數被繼承人與他人訂約，若契約所生權利義務係一身專屬，其就會約定此為不可繼承，若其非一身專屬，其就

49 Ian Ayres 將契約法律定性分為三個階段：一、可合意排除之規定（contractible）或強行規定（mandatory）？；二、如果是可合意排除之規定，其內容應如何（default）？三、如果是可合意排除之規定，契約當事人可如何排除此規定之適用（altering rules）？Ayres, *supra* note 9, at 2032-2116.

50 Posner, *supra* note 26, at 565-66.

51 參見黃詩淳、張永健，「一身專屬性」之理論架構——以保證契約之繼承為中心，中研院法學期刊，25期，頁285-353（2019年）。

會約定此為可繼承；因此契約是否有可繼承性係取決於多數人偏好為何。但這是多數型預設規定之錯置了。

首先，黃詩淳與張永健稱其多數型預設規定之理論是來自 Ayres & Gertner，但如本文上述「貳、一」所示，Ayres & Gertner 之理論是少數型預設規定，而其之所以「出名」就是因為其別出心裁提出了有別於「預設規定都是多數型」的一般看法。黃詩淳與張永健訴諸 Ayres & Gertner 的名氣⁵²，以支撐其多數型預設規定之說，有失學說之允當⁵³。

次之，多數型預設規定之實際操作，比起一身專屬性之操作，只有更複雜，沒有更簡單，因為其所謂多數人之偏好，都是認定者主觀說說，完全無實證基礎。黃詩淳與張永健如是說：「多數的預設任意規定理論的應然主張是：若無特殊情形，多數交易雙方所偏好的交易條件，應該被法律設定為『預設任意規定』(default rules)；預設任意規定容許兩造合意排除，因為少數交易雙方所偏好的交易條件仍應尊重。此應然理論以實然面的觀察與推論為基礎，是因為同意此理論的立法者與學者，最好能以問卷、訪談、分析契約等等法實證研究的方法，確定多數交易者之偏好。若因為交易者的身分難以確定，或交易者數量過於龐大，也無法獲得有代表性的樣本，導致可靠的法實證研究無法進行，立法者與學者則至少要以實然理論(positive theories)推論多數交易者之偏好。本文尚未想出能以法實證研究方法探知多數保證契約當事人偏好之方法，

52 黃詩淳與張永健說：「Ayres & Gertner提出的多數的預設任意規定理論，甚有影響力，在Google Scholar上已經被引用超過2,200次。」黃詩淳、張永健(註51)，頁287註1。張永健在其後出版的專書《社科民法釋義學》(註18)，頁280註1，改引用 Ayres & Gertner 的另一篇文章“Majoritarian vs. Minoritarian Defaults”，但這換湯不換藥，因為此文仍是在為前文作者提出的少數型預設規定辯護，而不是在證立張永健在本文的立論基礎之多數型預設規定。

53 參見石世豪，甲說乙說隨便說？法學上「學說」的性質及其取捨問題，全國律師，4卷9期，頁54-75(2000年)。

故仰賴法經濟分析此種實然理論，推論出多數交易者之偏好。⁵⁴」但所謂契約之實證，應該是「實際上已經存在的契約，是否有這種約款之存在」，而現實是幾乎所有的保證契約都沒有這種約款之存在，否則也不會有契約漏洞填補之需求。按契約當事人之偏好，既然未在訂約時表現出來，就一定實證不出來，所謂契約漏洞之填補，一定是規範性的，例如誠信原則之適用，而不是契約當事人偏好之探求（參見「參、三」）。

例如黃詩淳與張永健說：「以保證契約（一種意定法律關係）為例，繼承編修法前，保證人會擔憂禍延子孫，或許有許多保證人因此不偏好保證契約之繼承。最高法院在繼承編修法前，透過判決限縮保證契約可繼承之種類，可能正反應了法院觀察到當時的多數保證契約當事人之偏好。繼承編修法後，保證人之繼承人最多是無法獲得遺產，但自己的固有財產無虞。因此，保證人應會比修法前更傾向於接受保證契約可繼承。⁵⁵」但最高法院之此一見解，是為保護繼承人而來，根本與保證契約當事人之偏好無關，而作者因此去猜測此後保證契約當事人的偏好會因此改變，只是多此一舉罷了。

三者，權利或義務可繼承否，若與契約扯上關係也是存於被繼承人與繼承人間，而不可能是被繼承人與他人間的契約關係，因為基於契約自由原則，其反面就是契約無第三人效力，則訴諸於被繼承人與他人間契約之多數型預設規定之適用，去解決可繼承否之問題，根本是文不對題。

最後，契約是否有可繼承性之所以是問題，是繼承此一觀念未現代化，其仍被以身分地位之承受而視之，因此繼承人要概括承受

54 黃詩淳、張永健（註51），頁288。

55 黃詩淳、張永健（註51），頁290。

被繼承人之權利或義務⁵⁶，即使清算結果對繼承人是不利益的。但這種身分繼承，已是不合個人自主之時代，違背了私法自治之原則——非經繼承人之同意，被繼承人之權利或利益，怎可直接轉由繼承人承受？在無法律行為而承受法律效果之時，一般的法律規定是，僅在對其有利益之情況下，始對其發生法律效力。例如民法第7條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」第77條規定：「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上之利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者，不在此限。」因此民法第1148條第2項之增訂：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」只是回歸正途罷了。

綜而言之，由於繼承被定為概括繼承，造成對於繼承人之不公平，因此法院發展出一身專屬性之說法，以減少此不公平，而此根本不涉及被繼承人與人訂約時之是否要被繼承之偏好，因為即使有此偏好，基於契約自治，其效力是不及於非契約當事人之繼承人。民法第1148條第2項限定繼承之增訂，使得「可繼承性」不再是問題，一身專屬性因此可以卸下此包袱，而專用於遺產之計算，則所謂模擬多數契約當事人之可繼承否合意之預設規定，更是理論錯置了。

二、契約解釋之社會成本

Richard Posner 試圖將契約解釋之必要與成本聯繫於契約當事人花費的訂約成本⁵⁷，其提出以下公式：

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$$

⁵⁶ 民法第1148條第1項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」如果將繼承開始理解為繼承人同意繼受之時，似乎也不太離譜，畢竟遺產若未經清算，很難說其內容為何，則繼承標的何在？

⁵⁷ Posner, *supra* note 3, at 1581-1614.

C代表社會交易總成本，x為契約當事人擬訂契約的投入，p為提出訴訟之機率，y為契約當事人的訴訟投入，z為法院處理訴訟的投入，e為法院判決錯誤所生之成本；p(x)意味了契約當事人擬訂契約的投入x愈高，發生訴訟的機率就愈低，因此契約當事人與法院的預期訴訟投入，也就愈低，同時法院發生誤判的機率也愈低；e(x, y, z)則意味了法院之誤判可能，係受契約當事人擬訂契約的投入x、契約當事人的訴訟投入y與法院處理訴訟的投入z等因素之影響。Richard Posner主張契約法之目的應該在於極小化社會交易成本C，此即第一階段的契約擬定之投入x以及第二階段之訴訟投入與誤判p(x)[y + z + e(x, y, z)]之和，而其條件是當事人擬訂契約的邊際投入x等於其因之減少的誤判成本p(x)[y + z + e(x, y, z)]⁵⁸。

Richard Posner以此解釋契約法中的the Four Corners' Rule、the Parol Evidence Rule、Extrinsic Nonevidence or the Best Guess Rule等法律規定之目的，在於限制（外行）陪審團解釋契約的權力，以減少裁判錯誤。但此公式只是障眼法而已。一者，訴諸 $C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$ 這麼複雜的公式，反而令人分散了陪審團能力不足之注意；次之，外行陪審團之缺失，不是只有在契約解釋才會發生，例如在反托拉斯法或智慧財產法案件，也會發生，因此不是只有透過 $C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$ 這個契約不完備的社會交易成本公式，才可以顯示出來；三者，誠如Gillian Hadfield指出，錯誤裁判機率比較高，不能導出解釋者的裁量要受到限制，甚至剛好是相反⁵⁹；四者，契約解釋的法律規定，不都是證據面向的，尤其是在無陪審團制度的大陸法，則其理論失去一般性了⁶⁰。

58 *Id.* at 1613-14.

59 Gillian K. Hadfield, *Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts*, 23 J. LEGAL STUD. 159, 159-84 (1994).

60 在訂約成本極高之下，例如意外事故，法律甚至是從契約法轉為侵權法之適用。

不特此也，此公式更嚴重的問題是，其只是描述性的——當契約擬訂愈完備，契約需要解釋的機會就愈低，從而發生訴訟的機會就愈低，則其訴訟成本（包括契約當事人和法院之投入以及誤判成本）也愈低——因此如果想從此得出法院應如何解釋契約，即是從事實導出規範，理論錯置了⁶¹——總體現象需要個體行為之解釋而非顛倒的總體現象要求個體行為之改變⁶²。一如本文上述的預設規定（不管是多數型或少數型）之假設不真實——當事人知道契約法律與法院有全知全能的訊息——此公式得出的契約解釋方法，即使不誤導，也是不相關的。

三、契約作為規範之解釋

基於契約自由，契約當事人之合意內容是其法律關係之基礎，但因此說契約之解釋應比擬法律規定之解釋，則是推論過快了。民法上的契約法律，是裁判法不是行為法——其在指引法官如何解釋契約，因此其解釋相對於契約解釋是次階的，從而其解釋方法也應有所不同。有論者將契約之解釋方法，除了法律解釋方法（此即文義解釋、歷史解釋、體系解釋與目的解釋）外，加入了交易習慣與誠信原則⁶³。這看起來面面俱到，但實未解決問題。

文義解釋與歷史解釋，在契約解釋往往要避免，而在法律解釋，則是解釋開始點。體系解釋在契約解釋應不存在，而在法律解釋，則是其核心。目的解釋在契約解釋往往是重要的，但在法律解釋，則是能避之就避之。至於交易習慣與誠信原則，則應置於目的解釋之下。以下分述之。

61 Richard Posner是知道Gary Becker的〈犯罪與刑罰〉(1968)不是刑法理論，但在此其重蹈後者的覆轍了。See Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193 (1985).

62 參見張五常，宏觀理論潰不成軍，收於：經濟學的缺環，頁87-95（2007年）。

63 例如吳從周（註12），頁138-162。

按在實定法制下，法律莫不以文字表現，其解釋當然應以文義為始，否則就非依法裁判；但在契約解釋，我國民法第98條規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」其他相關規定，例如真意保留（民法第86條）、通謀虛偽意思表示（民法第87條）、錯誤意思表示（民法第88條）與意思實現（民法第161條）等，都顯示了契約解釋時，文義解釋不能是開始點。當然契約當事人的真正意思，只有其自知，外人只能從表示行為推知，但這不能說當事人的真意不存在，否則就無私法自治了。這就如過失責任是侵權法的原則，而過失是連「意思」都不存在之心理狀態，其也是從行為之危險性推知的。例如在玻璃娃娃案，我國學說與實務受限於「無辭句即無意思表示」之思維，不敢適用契約責任而就侵權責任，導致其判決理由諸多拼湊，毫無章法⁶⁴。Karl Larenz即說：「關於當事人究竟如何約定的問題，絕不只是確認事實，心理學上的解釋、意見或動機研究的問題而已。當事人雙方不只是（不具拘束力的）通知對方，其期望或意向為何，反之，他們合意：在他們彼此的關係上，應適用特定的法效果。因此，在探求『意思表示』內容時，法律性的判斷已經有一定的影響。當客戶在一個店鋪向售貨員說：『請給我一公斤的蘋果』，依情境而言，其並非意指：該客戶希望獲得這些蘋果的贈與，依該當情境毋寧應認為：他『想購買』這些蘋果，換言之，為此他願意負給付買賣價金之義務。⁶⁵」（粗體為本文所強調）

在歷史解釋，同樣由於在實定法制下，法律之效力來自於立法者，其解釋當然要合乎立法意旨，例如買賣不破租賃（民法第425條）⁶⁶與物權法定（民法第757條）⁶⁷即使有違私法（內部）體系，

64 參見簡資修（註17），頁93-95。

65 Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁201-202。

66 參見簡資修，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，政大法學評論，78期，頁121-147（2004年）；胡天賜，買賣不破租賃制度之法律經濟分析，臺大法學論叢，33卷1期，頁131-182（2004年）。

其仍是有效的，而須被適用；但在契約解釋，一方面由於契約談判過程之必然進取與退讓，其與最後成立之契約必然有違了⁶⁸，另一方面，即使清官也難斷（私人）家務事，若訴諸歷史解釋，徒勞還是好的，因之造成錯判，則是幫倒忙了。

在體系解釋，由於契約法律是私法之一環（例如其與物權法、侵權法或甚至刑罰法都有功能上之關連，參見本文以下「肆、二」、「肆、三」），甚至是國家法律之一環（例如憲法的第三人效力），其解釋當然要從體系觀點為之，但在契約解釋，一者，其契約係為特定目的而訂，其解釋實無聯繫其他契約之必要，若有，也是來自於法律之規定，例如尊重判決先例之要求，而非契約解釋本身；二者，雖然契約也是由眾多的個別條款組成，但其條款間，應無法律體系之多階與多層的結構與各種法源之不同拘束力問題⁶⁹。契約解釋的確要從整體考量，但比擬其為法律之體系解釋，則是不恰當的。鑑於契約係為特定目的而訂定，其疑義之排除，應為目的解釋，訴諸體系解釋過於誇大了。

至於交易習慣與誠信原則，不是契約解釋的方法，而是其內容。法院（基於法律之體系解釋）被契約法律要求，其在為契約（目的）解釋時，應考量交易習慣與誠信原則。我國民法第153條規定：「（第1項）當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。（第2項）當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」

67 參見蘇永欽，物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析，經濟論文叢刊，19卷2期，頁219-257（1991年）；簡資修，物權外部性問題（註16），頁227-257。

68 英美普通法中的parol evidence rule即排除了正式契約簽訂前的書面或口頭協議之契約解釋效力，參見薛波編，元照英美法詞典，頁1027（2003年）。

69 參見蘇永欽，民法第一條的規範意義——從比較法、立法史與方法論角度解析，收於：跨越自治與管制，頁301-306（1999年）。

可見契約成立後之契約解釋之核心，不在於意思表示之探求，因為即使其不一致，也不影響契約之成立，而法院應依事件之性質定之。民法第220條即規定：「(第1項)債務人就其故意或過失之行為，應負其責任。(第2項)過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」這是民法第148條第2項規定(誠信原則)：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」的具體化。但此仍太過抽象，經過時間錘鍊的任意規定(注意，不是預設規定)與(各行業的)交易習慣，例如民法第410條規定：「贈與人僅就其故意或重大過失，對於受贈人負給付不能之責任。」則更是具體，而應優先適用。

我國民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」其意義是：基於私法自治，契約是民事法律關係的基礎，所以其有漏洞，首先依習慣填補之，若無，再依誠信原則之法理決定之。本文以下的「肆、二」、「肆、三」會論說物權規定與侵權規定為何是契約規定之延伸。準此，本條文的法律，除了特別法以及少數的強行規定(例如民法第757條的物權法定或民法第1148條第1項)外，都是任意規定，不是預設規定——不能因為成文化(例如有名契約)就優先適用，而是要具超脈絡的性質(參見本文上述「貳、二」)，因為這才是經過契約當事人長期不去排除從而是經驗驗證過的當事人之(未明示)合意。

肆、契約法律不是實效規定

Eric Posner說，契約法之經濟分析，若非其模型簡單而是錯的，即是複雜而無用⁷⁰。預設規定理論，即有此問題。在多數型預

⁷⁰ Posner, *supra* note 19, at 853-54.

設規定，例如上述的一身專屬性之例，減少訂約成本，是其單一功能，因此簡單，但是錯的。在少數型預設規定，減少各種錯誤成本，是其功能，因此複雜，從而無（法）用。Eric Posner指出，這是因為交易成本涵義不清所導致的⁷¹。但他雖然看出問題，卻未能化解之⁷²。問題的根源應該是，這些經濟分析論者，以否定前件的謬誤適用寇斯定理，以高的市場交易成本為藉口，令庇古的外部性理論還魂了。不過，寇斯僅將交易成本一般化至政府（廠商），而不及於立法與司法⁷³，也令這些法律經濟分析論者，有可趁之機，而直到張五常將交易成本更一般化至制度⁷⁴，此漏洞才被填補了⁷⁵。

一、寇斯定理之誤用

寇斯定理是法律之經濟分析的第一定理⁷⁶，但其往往被誤用了⁷⁷。寇斯定理是說：在權利確定而市場無交易成本下，不管初次權利是分配給侵害人或被害人，其最後結果一定是社會產值最大。之所以如此是，一方面，當侵害人獲得權利，而其侵害利益高於受害利益時，此時社會產值最大；但即使其侵害利益低於受害利益時，此時受害人可以透過市場交易向侵害人買下侵害權利，避免受害，則社會產值也是最大的。另一方面，當受害人獲得利益，而其受害利益高於侵害利益時，此時侵害人會避免侵害，此時社會產值最大；但即使其受害利益低於侵害利益時，此時侵害人可以透過市場交易向受害人買回侵害權利，而仍獲利，則社會產值也是最大的。

71 *Id.* at 832.

72 *Id.* at 870-80.

73 R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 95, 114-33 (1988).

74 張五常，合約的一般理論，收於：經濟解釋，頁815-895（2015年）。

75 參見簡資修，法律作為合約安排，（上海）交大法學，2015年第3期，頁37-46（2015年）。

76 See Steven G. Medema, *A Case of Mistaken Identity: George Stigler, "The Problem of Social Cost", and the Coase theorem*, 31 *EUR. J.L. & ECON.* 11 (2011).

77 參見簡資修（註14），頁190-203。

寇斯定理令「造成損害就要被課予法律責任」之外部性理論除魅了。但現實世界無處不有交易成本，因此寇斯定理在現實上並不適用，但更多論者是以否定前件之謬誤，拿著寇斯旗幟反寇斯思想。寇斯定理的邏輯表現是，「權利確定與無交易成本」之 $P \rightarrow Q$ （社會產值最大），而其推導出「不是權利確定與無交易成本」之 $\sim P \rightarrow \sim Q$ （社會產值不是最大），則是否定前件之謬誤了⁷⁸。此謬誤即發生在本文討論的預設規定之例：其少數型在於減少錯誤成本，而其多數型在於減少訂約成本，都是來自於交易成本之存在，因此推導出預設規定作為契約法律來減少社會成本。

的確，寇斯是知道現實世界處處都有交易成本，因此單純的權利確定，不能保證（注意，不是一定不會）社會產值最大，但其說：若因此認為法律的強制介入是必要的，則是推論錯誤了。寇斯早期曾提出廠商（firm）理論⁷⁹，主張市場有其交易成本，從而由上而下指揮監督之廠商（法律上就是僱傭關係⁸⁰），乃取而代之；不過，由於廠商有其內部管理成本，所以其不是無限制的擴張；當邊際管理成本等於邊際市場成本時，是廠商的界線。基於政府管制的強制力，寇斯將政府比擬為超級廠商（super firm）⁸¹，但其也指出：由於政府之強制力比起一般廠商更強許多，所以其內部管理成本（資訊不足或濫權等）也會更高，則取代市場之法律強制介入，更是要謹慎為之。

寇斯的廠商理論雖有破解外部性理論之用，但若以之瞭解法律

78 最為人熟知的例子是，「天若下雨，則有雲」而推導出「天若不雨，則無雲」。

79 R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 33, 33-55 (1988).

80 寇斯在倫敦經濟學院（LSE）就讀的是商學系，該系的目的是在於訓練工商業管理人，這或許是寇斯選取僱傭關係作為廠商特徵原因，而此有別於經濟學人將廠商作為消費產品市場與生產要素市場之中介假設（寇斯所謂的黑盒子）。See Harold Demsetz, *R. H. Coase and the Neoclassical Model of the Economic System*, 54(4) *J.L. & ECON.* S7, S7-S13 (2011).

81 Coase, *supra* note 73, at 117.

之結構，則是不足的。首先，誠如James E. Krier & Stewart J. Schwab指出，市場交易成本何時是高的，因此需要政府（廠商）介入，根本無標準⁸²。次之，張五常也指出，廠商作為市場的替代，不是僅有由上而下指揮監督的「僱傭」關係，而是多種的，例如承攬或分成等⁸³；三者，法律不是只有管制性的，例如民法就不是。

其實，寇斯的法律經濟思維不是寇斯定理，而是「權利之釐定，是市場交易之前提要件之一。⁸⁴」其意是在提醒作為市場交易研究者的經濟學人，必須注意法律規定，因為若無權利確定，即無市場交易，則經濟研究就是空的。但寇斯這句話可以有更深的意義。阿爾欽說（Armen Alchian）：「價格如何決定不重要，價格決定了什麼才重要⁸⁵」，張五常則說，「只有市場交易沒有租值消散⁸⁶」。結合這三句話，就是權利定分，一方面，使得人們不會你爭我奪造成社會浪費，另一方面，市場交易成為可能，從而更增加社會的福祉。

將權利定分從國家強制介入之枷鎖解放出來，還其本來面目了。契約法律作為私法之一部分，自治是其原則，其功能，因此在於賦予契約執行之效力，以及在契約有真正漏洞時，予以填補，若有強行規定，也多是外加的（參照民法第71條與第72條），而具有懲罰性質或強作解人的預設規定，與此有違了。

Ayres & Gertner主張預設規定之懲罰性，是直將法律適用效果當成法律之目的，而我國民法第148條第1項規定：「權利之行使，

82 See James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. REV. 440, 455-64 (1995). 參見簡資修，背光下的大教堂：找尋失落的交易規則，南京大學法律評論，2018年春季卷，頁5-6（2018年）。

83 張五常，經濟解釋，2014年增訂本，2版，頁411（2015年）。

84 R. H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J.L. & ECON. 1, 27 (1959).

85 張五常（註83），頁732。

86 張五常（註83），頁733。

不得以損害他人為主要目的。」表明了權利之行使，必然造成他人之損害。換言之，造成他人之損害，並非權利之判準⁸⁷。基於主觀權利與客觀法律是一體之兩面⁸⁸，則法律之適用效果（行為影響），也不能是法律（目的）之判準。在*Hadley v. Baxendale*案，法院裁判了不可預見的損害不可以請求賠償，因此往後的託運人如果知其運送遲延所受的損害比較高，就會揭露此訊息，使其成為可預見而可以請求賠償，但這不是法院刻意就此個案為利益衡量之結果，而是法院依法裁判後之行為效果。有了依法裁判（此即權利確定），才可能有行為效果，兩者不可混淆。

這是寇斯所言的黑板經濟學——圖表漂亮，但無解釋力⁸⁹。此即佛利曼（Milton Friedman）在其經濟學方法論大作說：「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。⁹⁰」

二、物權之契約面向

相對於（債權）契約種類之繁多，物權種類是有限的，Merrill & Smith說：這是因為物權創設增加了其他財產交易人與一般人避險的估量成本，而此一成本不在物權創設人的決策考量之內，因此

87 這是寇斯的法律經濟思想的精義。參見簡資修（註14），頁190-203。

88 參見劉幸義，法律概念與體系結構：法學方法論文集，頁13-14（2015年）。

89 R. H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 19 (1988).

90 Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* 3, 11-12 (1966)。另外參見簡資修，論法律經濟分析之科學性（註21），頁1-41；簡資修，作為法律科學（註21），頁101-115。

有外部性，而物權法定使之內部化了⁹¹。但事實是，物權之創設是契約當事人想要的⁹²，因為如此可以增加交易安全——交易標的權利之取得或擔保債權之實現——而物權法律之所以不能如契約法律立即賦予其法律效果，是因為此一訊息若未能為眾人所知，而法律賦予其物權效力之法律效果，則眾人在為交易時，將面臨權利不確定之危險，交易就不可能了；寇斯即說：「權利之釐定，是市場交易之前提要件之一。⁹³」換言之，一方面，如果可以公示，此（物權）契約約款基於私法自治原則即有法律效果；另一方面，公示制度愈強，可以發生法律效果的物權約款就可以愈多樣⁹⁴。我國司法院釋字第349號解釋理由書，有如下的說明：「民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別約定外，前者與特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得、喪失、變更之要件，以保護善意第三人。如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」理由書中的「以保護善意第三人」，其實並不精確，因為物權若未公示，此即權利不確定了，則根本就不會有交易發生，所謂第三人也就不存在，自然也無善意與否之問題。

我國民法第757條，從「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」修訂為「物權除依法律或習慣外，不得創設。」民法第793條規定：「土地所有人於他人之土地、建築物或其他工作物有

91 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1, 1-70 (2000). 另外參見張永健，物權法定與自由之爭議，收於：物權法之經濟分析（一）：所有權，頁113-164（2015年）。

92 參見蘇永欽（註16）。

93 Coase, *supra* note 84, at 27.

94 參見簡資修，物權（註16）；簡資修，物權外部性問題（註16）。

瓦斯、蒸氣、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，不在此限。」(粗體為本文所強調)公寓大廈管理條例第24條規定：「區分所有權之繼受人，應於繼受前向管理負責人或管理委員會請求閱覽或影印第三十五條所定文件，並應於繼受後遵守原區分所有權人依本條例或規約所定之一切權利義務事項。」(粗體為本文所強調)等規定，都顯示了物權效力之合意基礎。

三、侵權之契約面向

相對於物權效力之限制來自於契約之公示不足，侵權之過失責任則是來自於不完全契約之補充，此即任意規定也。基於損害相互性，侵害人所得利益若高於受害人之損失，侵害人是願意而且能夠填補受害人之損失的，但在意外事故，意外之所以是意外，就是侵害人無法預知具體損害之發生，當然也不知具體受害人何在，因此無法具體訂約，從而有待任意規定為之契約填補。但多數侵權法之經濟分析論者，受限於其外部性之思維，並不以契約漏洞的觀點去看非契約的侵權損害賠償，而是認為損害賠償在於懲罰那些未能採取社會最適之損害防制措施者⁹⁵。若是如此，一者，其理論本身就非常狹隘，連防制能力比較差者為何仍須負損害賠償都無法解釋；二者，其無法解釋過失責任作為侵權法之一般原則，三者，其無法釐清契約、無因管理與侵權之關係，四者，其無法理解賠償責任與事前管制、刑事處罰之關係⁹⁶。

在侵權責任之外部性論，其僅在客觀上比較侵害人的防制成本B與受害人的預期損害PL何者比較大——此即漢德公式⁹⁷——若是

95 See STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* (1987); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 187-275 (6th ed. 2012).

96 參見簡資修(註17)，頁81-102。

97 參見簡資修，華文的法律經濟學道路，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發

前者B比較大，侵害人無須負損害賠償責任，若是後者PL比較大，侵害人就要負損害賠償責任。但此種以損害防制能力為責任標準之計算結果，是防制能力比較差者，享有比較低的責任標準，與社會通念不合，從而也與侵權法不合，其因此必須引入額外因素，例如法院之訊息不足或受害人的活動利益比較低等，才能自圓其說，理論性盡失矣⁹⁸。不特此也，其理論意味了：人人須負好撒瑪利亞人責任，從而契約不需要了，無因管理自然就更不需要；行政管制之違反，即須負損害賠償責任；而懲罰性賠償或刑罰是可以任意被動用等等⁹⁹。但現行法律不是如此的。契約法律顯然是私法中的大宗；違反行政管制規定，不是當然就負損害賠償責任（民法第184條第2項參照）；懲罰性賠償原則上是不存在的（民法第213條參照）而財產犯罪是沒有過失犯的（刑法第12條第2項與刑法第320條以下參照）。

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。」是為過失責任。侵害人的（主觀）過失——應知能知而不知——是侵權法作為私法自治之特點。其中的「應知」就是未明示的契約約款，因為這是對於侵害人與受害人雙方最好的安排。誠如寇斯指出，損害具相互性質¹⁰⁰，不是所有的意外事故都是社會之惡；因此在侵害行為所造成的預期損害大於其若不從事此行為所失利益之時，侵害人才須負損害賠償責任，此時社會之善是最大的；而且侵害人與受害人在具體意外事故發生前，其身分是抽象未特定的，因此其利益是共通的，從而此也是對於侵害人與受害人雙方都是最有利的，合意之點也。不過，這裡有

展：法學研究與方法（下冊），頁518-521（2018年）。

98 參見簡資修，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（2014年）。

99 參見簡資修，侵權責任的私法性質，北大法律評論，17卷1輯，頁122-141（2016年）。

100 See Coase, *supra* note 13.

一個問題，如果個人都是理性的，為何侵害人會付出比較高的損害賠償而不放棄侵權行為，畢竟後者所失的利益是小於損害賠償之支出？這是因為個人的決策，很大部分是不思而為而非深思熟慮¹⁰¹，因此會有隨機的差錯，所以損害賠償責任若沒有過失責任之緩衝，其責任就過苛，防禦性行為發生，社會之善就少了¹⁰²。這是過失作為侵權責任不可或缺之構成要件之原因，此所以耶林（Rudolf von Jhering）說：「使人負損害賠償的，不是因為有損害，而是因為有過失，其道理就如同化學上的原則，使蠟燭燃燒的，不是光，而是氧氣一般的淺顯明白。¹⁰³」

我國民法第220條第2項規定：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」這是契約責任漏洞之侵權補充規定。民法第217條第1項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」則可說是侵權責任漏洞之契約補充規定。

最後，甚多的損害賠償特別法，被歸為無過失責任之侵權責任法¹⁰⁴，但其實其是契約責任的——若無這些特別法就損害賠償責任之範圍加以確定（主要是限縮），行為人是不會為此行為的。例如若無鐵路法、公路法、大眾捷運法以及民用航空法等法律，限縮了大眾運輸業者的損害賠償範圍，大概不會有業者進入大眾運輸市場；若無核子損害賠償法，大概也不會有核子電廠之興建；若無藥害救濟法，大概也無新藥之開發¹⁰⁵。

101 See DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW (2011).

102 參見簡資修，醫療事故責任之經濟分析，收於：月旦匯豐醫事法系列——醫療責任保險與法律經濟，頁103-116（2019年）。

103 引自王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，頁12（2015年）。

104 參見王澤鑑（註103），頁697-747。

105 參見簡資修，法律繼受之漂移與超越——民法第184條權利之解釋視野，高大法學論叢，16卷1期，頁1-42（2020年）。

伍、誘因分析不是法學方法

將任意規定與預設規定合而為一的張永健說：「不同於可以推翻國會意志的憲法解釋，不同於可以入人於罪的刑法解釋，也不同於其他禁止規範之法律解釋，民法的解釋帶給第三人的『後患』較少。尤其當法院解釋的對象為契約法之『預設任意規定』，縱使本案當事人受此法律解釋拘束，但仍可用訴訟後交易，排除無效率的法律解釋對當事人交易之干擾；爾後的其他交易者更可以用事前的特約排除該民法條文，以同時排除法院之法律解釋。¹⁰⁶」但這種越幫越忙的解釋方法，怎可以稱為法學方法呢？一方面，預設規定的經濟理論，不管是少數型或多數型，都非常的複雜，法院是難以掌握的，此正好違反了法學方法在於減少（法院）思維負擔之功能設定；另一方面，契約法律原本是在減少契約當事人的交易成本，其經濟解釋反而增加了契約當事人的訂約成本，不是自相矛盾嗎？更糟糕的是，絕大多數人契約當事人不知道契約法律，則其根本無法排除這些不利的法律規定，因此其訂約成本雖然不會增加，但除卻滋生了契約當事人的訴訟成本，而且令（契約）法律不再是交易之輔助而是其障礙了。不特此也，張永健雖然說：「（我）非主張經濟分析可以完全取代法釋義學，而是強調其可補充傳統法學方法在實質內容與後設方法論的不足之處。¹⁰⁷」但其扭曲了法學方法將經濟分析偷渡為法律目的，甚至作為其後設，則誠如布坎南（James Buchanan）所言，此將造成立法者、司法者與習法者的「認知失調」（cognitive dissonance）¹⁰⁸，而此正是法學方法之反例。

106 張永健，*社科民法釋義學*（註18），頁18。

107 張永健，*社科民法釋義學*（註18），頁16-17。

108 Buchanan, *supra* note 20, at 483-92; Cartwright, *supra* note 20, at 626-48.

一、效率判準不是法律目的

張永健之扭曲法學方法，主要是偷渡經濟效率為法律目的，而大肆操作其中的目的解釋¹⁰⁹。這裡的問題有：一、張永健所謂效率之意義，是漂移不定的；二、目的解釋是作為個案裁判之特定法律規定之解釋，其目的一定不同於評估整個法律或法律體系之效率；三、目的解釋是法律解釋方法的控制因素，因此也是最後的必要手段（解釋方法），從而所採取的解釋，必須是達成目的的充分條件而不僅是其必要條件而已¹¹⁰。

張永健提出的經濟效率有配置效率（allocative efficiency）、生產效率（productive efficiency）、帕雷托效率（Pareto efficiency）與卡爾多希克斯效率（Kaldor-Hicks efficiency）等¹¹¹，但誠如賀劍指出，這些效率概念被「任意」（恣意）用了¹¹²。按配置效率即是帕雷托效率，其是指：完全競爭市場所達成的物之最佳配置狀態，其預設了完全訊息以及無交易成本之市場¹¹³，因此不涉及任何（法律）制度之安排。但張永健一方面認為配置效率僅適用至物權法而不及於（市場）契約法，是過度窄化了配置效率之功能；另一方面其又將配置效率（效益）與生產效率（成本）作為成本效益之抵換，則是外部性（市場失靈）之操作——有一個外在的物之最適社

109 張永健雖然也在文義解釋、歷史解釋帶入了經濟效率，但誠如賀劍指出，這些都是因為法條文義或立法者意圖本身即涉及經濟效率所致之，比較沒有經濟分析偷渡的問題。賀劍，物權法經濟分析的方法論之路——評張永健教授《物權法之經濟分析——所有權》及相關論文，中研院法學期刊，27期，頁273-274（2020年）。

110 參見王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌，4期，頁16-29（2004年）；陳弘儒，初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能，歐美研究，50卷2期，頁293-347（2020年）。

111 張永健，社科民法釋義學（註18），頁58-64。

112 賀劍（註109），頁241-256。

113 See Richard O. Zerbe, *Introduction: Economic Welfare Applied to Law with Costly Markets*, in *EFFICIENCY IN LAW AND ECONOMICS*, at ix, x (Richard O. Zerbe ed., 2014).

會配置以及達成此最適配置的法律規定¹¹⁴——此是違反了法律與市場是互相交織的(參見本文「肆」)。此也是其所謂卡爾多希克斯效率之所指,但卡爾多希克斯效率,一者,此成本效益分析是針對(未來發生效果之)政策而言,二者,其僅是作為決策者之參考資訊而非強制約束¹¹⁵。張永健稱其經濟分析為法律人的法經濟分析,「意在思索如何改變法律(解釋)以提昇效率」,而不同於經濟人的法經濟學只是在解釋現象¹¹⁶,意圖為其恣意運用效率解套。但如果經濟學母體的概念被恣意偏離,則所謂法律人的法經濟分析,也只是「甲說乙說隨便說」罷了¹¹⁷。

張永健在法律解釋中的目的解釋,以經濟效率為法律目的之另一問題是,經濟效率是對於整個法律或法律系統為描述或評估,而目的解釋是針對其中的特定規定為解釋,則在特定規定之穩定適用是法律之所以是法律之原因所在,所謂經濟效率即不能作為特定法律規定之目的。此所以在為特定法律規定之解釋時,張永健其實是以個別法律規定之實效代替了經濟效率為其法律目的。如此一來,一方面,法律實效易為人操縱,可人云亦云;二者,目的解釋之形式也被規避了——實效解釋不是系爭法律規定之充分條件,充其量僅是必要條件之一而已。

在上述(本文「貳、一」)懲罰性預設規定*Hadley v. Baxendale*案之例,運送人之所以「無須全額賠償」,是來自於「任意(契約)規定」而非其在給予未來託運人申報之誘因,因為前者可以導出後者,而後者不能導出前者。換言之,基於契約之對價原則,「無須全額賠償」是契約之(默示)部分,法院因此是依(契約)

114 張永健,法律人的法經濟分析(註18),頁301-306。

115 See Richard O. Zerbe, *The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis*, 2 CHARLESTON L. REV. 93 (2007).

116 張永健,法律人的法經濟分析(註18),頁296。

117 參見石世豪(註53)。

法裁判的，而未來的託運人若想要獲得全額賠償，其就會事先揭露其訊息與運送人特別約定，因此排除任意規定之適用了。又誠如 Eric Posner 指出，作為懲罰性預設規定僅是「無須全額賠償」之實效的一種可能解釋，而且不是最可能的解釋¹¹⁸，則其就不符合目的解釋的形式——非此一解釋不足以完成法律之目的。

同樣地，在本文上述「參、一」一身專屬性之例，保證是否可以繼承的問題，是法律規定了繼承是概括性的所造成的，而不是保證人與債權人間是否會約定繼承引起的。按基於契約不及於第三人之原則，保證人與債權人間不管其是否約定可繼承，其效力不應及於保證人之繼承人，如今為了不可繼承之一身專屬性而扭曲契約法之核心規定，吾人不見其智也。換言之，張永健虛擬了保證契約之（可否繼承）目的，然後以模糊不清或甚至不可能實證之偏好去為目的解釋，完全是違背了目的解釋之實質目的（契約無第三人效力）與論證形式（非此不可之解釋）。

二、二階效率不是後設方法

張永健更加碼將效率分為一階與二階：一階效率為法律目的之一，而二階效率則是法律多個目的間衝突與各法律解釋方法間（此即文義、歷史、目的與體系解釋）衝突之解決¹¹⁹；作為後設方法之效率，主要是指卡爾多希克斯效率，而其本質是成本效益分析。但

118 Ayres & Gertner 如此推論：法院之所以不令運送人就其負損害賠償責任，是因為託運人若要避開此一不利益，就會揭露其可能的營業損失，從而運送人就會更小心運送，則此營業損失就不會發生。但如此推論的前提條件是，契約當事人運送人與託運人磨坊是明知有此意外可能但故意不做約定，或者託運人單方故意不提此意外可能。在契約當事人雙方故意不為約定之情形，此案應不是如此，否則運送人會主動提出，避免未來的訴訟；在託運人磨坊單方故意之情形，則是託運人為了避免未來訴訟，其不會故意不提。至於此案若作為判決先例，對於未來類似契約的影響力也是微乎其微的，因為一般人訂約是不知法律是如何規定的。

119 張永健，社科民法釋義學（註18），頁96-102。

這純粹是牽強附會，只因為「衝突」之解決，意謂了「裁量」，從而成本效益之計算了。首先，法律之多個目的而有衝突，往往是不存在的，因為即使有多個，其也是有位階的，自然也無衝突可言。次之，各解釋方法間也是有調和規則，若有殘餘的衝突，也是有限。三者，其所謂成本效益分析是法律實效的，因此在無任何規範基準下，其分析不可能是錯的，但這在法律上是無意義的。

張永健以我國民法第757條之修訂為例，來說明此二階效率¹²⁰。但即使不考慮及此例根本不涉及法律的目的解釋或續造，其將私法自治與交易安全作為競合的法律目的，是太任意了。交易安全是私法自治的一環，其不可能競合——契約無第三人效力，除非其公示了。物權法定主義是私法自治之偏離，其來自於不知物權種類之多寡應是受限於公示制度之產能（參見本文「肆、二」），而不是物權本質如此，我國民法第757條後來之修正，只是回歸私法自治罷了，張永健硬是要將其置於所謂二階效率分析，庸人自擾了。

至於在法律解釋方法之衝突間，王鵬翔即指出，一、文義解釋與歷史解釋相對於目的解釋有初步的優先性，二、若文義解釋與歷史解釋導致不一致的結果時，文義解釋有初步的優先性¹²¹。在此的問題不是說，法律解釋方法間都不會有衝突，或者有衝突都可以解決，而是二階效率之提出，必然使得這些解決衝突之規則被漠視或不被創新發展了。

在法律目的之衝突與法律解釋方法之衝突之預設下，自然就是規範的空白，則法律實效之成本效益計算，就甚有吸引力了，因為法律實效形式上一定計算可能，從而有確定性。不過，事實不能導出規範，因此其只是安慰劑罷了。不特此也，計算雖然形式上可能，但計算之實質內容卻可人云亦云，因此可偷渡意識形態為法律

120 張永健，社科民法釋義學（註18），頁84-85。

121 王鵬翔（註110），頁27-29。

規範。在上述（本文「貳、一」）*Hadley v. Baxendale*之例，所謂懲罰性預設規定之提出，即是Ayres & Gertner不認為有（自治輔助的）任意規定之存在，其因此可以從實效去回推法律之目的在於（懲罰）誘因，換言之，倒果為因了。又在本文上述「參、一」一身專屬性之例，多數型預設規定說法之所以可能，也是契約效力不及於第三人之私法自治核心教義根本被忽略了。

張永健在賀劍強力質疑所謂二階效率只是一階效率之「概念偷換」下¹²²，訴諸Kaplow & Shavell的福利理論以求解套¹²³。但這又是學說繼受之漂移了¹²⁴。一者，Kaplow & Shavell的福利理論根本不區分一階效率與二階效率¹²⁵，而張永健說，其之所以不直接以福利（二階效率）而以（一階）效率分析法律，是福利分析太難了，只好作效率分析了¹²⁶；但若是如此，其提出福利理論之意義何在？二者，Kaplow & Shavell的福利理論的論戰對象，是與之同樣是性屬「價值」的「公平論」（fairness），而在Kaplow & Shavell將法律之作用定為個人福祉（individuals' well-being）加總最大，而「公平論」定義上就是不考慮這種後果，則福利理論當然是比較優的。三者，Kaplow & Shavell是以帕雷托效率為理由——「公平論」造成有人因法律變得更差——而主張福利理論的，但張永健則是主張卡爾多希克斯效率之成本效益分析。四者，也是最重要的，張永健的福利理論或效率理論，若非制度空心的價值理論，即是制度扭曲的外部性理論（參見本文上述「肆」），法律理論安在哉¹²⁷？

122 賀劍（註109），頁278-285。

123 張永健，法律人的法經濟分析（註18），頁307-316。

124 參見簡資修（註105）。

125 See LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002).

126 張永健，法律人的法經濟分析（註18），頁313-315。

127 See MESTMÄCKER, *supra* note 19.

三、法律體系作為經濟效率

法律解釋既然從成文法出發，首先當然應從文義與立法意旨著手理解，但這一定不是最終的，因為不同法律有其不同的功能，例如公務員或不法（民事、行政與刑事），相同的名詞在不同的法律即要有相應不同的理解，此為體系解釋，如果還不行，才有訴諸「目的解釋」，這也是為何只有目的之限縮與擴充之造法，而其他都只是解釋。各種法學方法之衝突，根本不存在。但最重要的是，體系建構之不完備，才有目的論證之必要¹²⁸。又即使有個案之目的論證造法，其也僅能用一次，因為其後法院之援用該法律，已是體系解釋了。此所以我國民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」是造法的規範而不是找法的規範¹²⁹。換言之，法學方法若有後設，其是法律體系之完備——事前減少目的造法之必要，事後減少目的造法之混亂。

法律體系之完備，係指其一致性與融貫性，前者為同案同判，後者為不同案不同判，此為權利釐定成本極小化，因為此時權利即發揮了定分功能——訴訟當事人接受判決結果，不再去尋租而浪費。吾人可說，文義解釋、歷史解釋以及邏輯解釋，確保了法律解釋之一致性，而體系解釋確保了其融貫性，則目的解釋最終是要融入體系解釋，否則權利釐定成本就非極小化了。不特此也，完備的法律體系也使得法律行動者（例如立法者、司法者、執法者與習法者）之認知成本降低了，或稱減少思維之負擔，此即為概念之經濟性。

本文上述立基於權利定分而發展出來的法律體系論，與現代法學方法論之由「利益法學」到「評價法學」之發展是可以互相輝映

128 薩維尼（Friedrich Carl von Savigny）的原始解釋方法是邏輯解釋，後因耶林的目的法學興起，才被目的解釋取代。參見吳從周（註12），頁139註142。

129 參見蘇永欽（註69），頁283-321。

的。利益法學謂：「法律之目的只在於：以賦予特定利益優先地位，而他種利益相對必須作一定程度退讓的方式，來規整個人或社會團體之間可能發生，並且已經被類型化的利益衝突。¹³⁰」這就是寇斯所主張的損害相互性，而權利使之確定了。我國民法第148條第1項之規定，即是此之謂。評價法學是，「『賦予優先地位』本身即是一種評價的表現¹³¹」，而此即是該權利之定分基礎——法律體系之一致性與融貫性所隱含的定分成本極小化。

不過，配置效率、生產效率、卡爾多希克斯效率與帕雷托效率等經濟效率，作為法學方法，雖然是無用，而且可能有害，但若將制度成本（此即交易成本）加入其中，豐富這些效率的內容，或可說服經濟學人，法律有其獨立性，而且影響了經濟活動，其若不知或甚至以不知為知，是災難了。這與寇斯提出「權利之釐定，是市場交易前提要件之一¹³²」，要經濟學人先知道法律才能研究市場交易之精神，是一致的。

先說配置效率。權利之定分，一方面，促進了市場交易，另一方面，減少了尋租浪費，其結果就是資源的最佳利用，配置效率也。次言生產效率。法律體系極小化了權利釐定成本，從國家生產服務其人民觀點言，就是生產效率¹³³。至於卡爾多希克斯效率。我國民法第148條第1項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」表明了權利之行使利益高於他人因之受到的損害，卡爾多希克斯效率也。最後帕雷托效率。權利之定分，減少了尋租浪費，意味了人民之接受，此即人民同意了其損害，帕雷托效率至矣！

130 參見Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁1。

131 參見Karl Larenz著，陳愛娥譯（註11），頁1-2。

132 Coase, *supra* note 84, at 27.

133 寇斯的諾貝爾獎演講題目，就是「生產的制度結構」，強調廠商與市場的制度最佳配置。See R. H. COASE, *ESSAYS ON ECONOMICS AND ECONOMISTS* 3-14 (1994).

陸、結論

契約法律之實質原則是契約自由，而其形式是裁判法而非行為法，因為訂約當事人若是一般人，其訂約根本不慮及法律，而其若是商人，其訂約是實質對價考量，則將契約法律以預設規定視之，無疑理論錯置了。契約解釋因此也不是在於減少訂約成本、錯誤成本或訴訟成本等所謂社會成本，而是在於探討契約成立否，以及其若有漏洞，應為互蒙其利之合意模擬。契約解釋之方法，因此也不同於法律之解釋；文義解釋、歷史解釋與體系解釋，在契約解釋多無適用餘地，而在法律解釋，則是必要的；反觀目的解釋，在契約解釋是必要的，但在法律解釋，則要少用。將契約法律誘因化視為預設規定，是寇斯定理之否定前件謬誤——高交易成本，因此需要法律之強制介入。此一謬誤不只發生在契約法律，在物權法定以及侵權責任，也發生了，而其實後兩者也是契約自由原則之展現。誘因分析不是法學方法，因為事實不能導出規範。各種經濟效率判準不可能是法律目的，因為其理論構成根本無關於制度，更何況是法律，倒是立基於權利定分發展出來的法律體系，可從權利定分成本極小化來看，而此也才是真正的法律之經濟分析了。

參考文獻

1. 中文部分

- Karl Larenz著，陳愛娥譯（1996），法學方法論，臺北：五南。
[Karl Larenz (1991), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer Verlag.]
- 王文字（2009），契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，臺大法學論叢，38卷2期，頁131-186。
- （2018），契約解釋與任意規定——比較法與案例研究，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁593-656，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 王澤鑑（2015），侵權行為法，增訂新版，臺北：自版。
- 王鵬翔（2004），目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌，4期，頁16-29。
- （2005），論涵攝的邏輯結構——兼評Larenz的類型理論，成大法學，9期，頁1-45。
- 石世豪（2000），甲說乙說隨便說？法學上「學說」的性質及其取捨問題，全國律師，4卷9期，頁54-75。
- 朱朝暉（2020），潛伏於雙務合同中的等價性，中外法學，32卷1期，頁128-156。
- 吳從周（2018），法律行為解釋、契約解釋與法律解釋——以民法第98條之立法溯源與實務運用為中心，中研院法學期刊，23期，頁81-169。
- 胡天賜（2004），買賣不破租賃制度之法律經濟分析，臺大法學論叢，33卷1期，頁131-182。
- 張五常（2007），宏觀理論潰不成軍，收於：經濟學的缺環，頁87-95，香港：花千樹。

- (2015), 合約的一般理論, 收於: 經濟解釋, 頁815-895, 北京: 中信。
- (2015), 經濟解釋, 2014年增訂本, 2版, 北京: 中信。
- 張永健 (2015), 物權法定與自由之爭議, 收於: 物權法之經濟分析(一): 所有權, 頁113-164, 臺北: 元照。
- (2019), 法實證研究: 原理、方法與應用, 臺北: 新學林。
- (2020), 社科民法釋義學, 臺北: 新學林。
- (2020), 經濟人的法經濟學vs法律人的法經濟分析——答賀劍教授等師友之書評, 中研院法學期刊, 27期, 頁293-344。
- 張巍 (2018), 法經濟學與中國司法實踐——法律人思維的一個註腳, 收於: 簡資修編, 2014兩岸四地法律發展: 法學研究與方法(下冊), 頁473-511, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- 陳弘儒 (2020), 初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能, 歐美研究, 50卷2期, 頁293-347。
- 陳自強 (2013), 契約之內容與消滅, 2版, 臺北: 自版。
- (2016), 違約責任與契約解消, 臺北: 元照。
- 陳忠五 (2019), 民事類實務導讀, 台灣法學雜誌, 375期, 頁173-185。
- 游進發 (2017), 無名契約典型化之因素, 高大法學論叢, 13卷1期, 頁199-266。
- 賀劍 (2020), 物權法經濟分析的方法論之路——評張永健教授《物權法之經濟分析——所有權》及相關論文, 中研院法學期刊, 27期, 頁231-292。
- 黃茂榮 (2011), 法學方法與現代民法, 增訂6版, 臺北: 國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會。
- 黃詩淳、張永健 (2019), 「一身專屬性」之理論架構——以保證契約之繼承為中心, 中研院法學期刊, 25期, 頁285-353。

- 劉幸義（2015），法律概念與體系結構：法學方法論文集，臺北：翰蘆。
- 薛波編（2003），元照英美法詞典，北京：法律。
- 簡資修（2004），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，政大法學評論，78期，頁121-147。
- （2011），物權外部性問題，中研院法學期刊，8期，頁227-257。
- （2012），科斯經濟學的法學意義，中外法學，24卷1期，頁190-203。
- （2014），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。
- （2015），法律作為合約安排，（上海）交大法學，2015年第3期，頁37-46。
- （2016），侵權責任的私法性質，北大法律評論，17卷1輯，頁122-141。
- （2017），物權：（實體）物或權（定分），甘肅政法學院學報，2017年第3期，頁10-22。
- （2018），背光下的大教堂：找尋失落的交易規則，南京大學法律評論，2018年春季卷，頁1-13。
- （2018），華文的法律經濟學道路，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁513-549，臺北：中央研究院法律學研究所。
- （2018），論法律經濟分析之科學性，政治與社會哲學評論，66期，頁1-41。
- （2019），侵權法：私法自治或國家統制，月旦法學雜誌，289期，頁81-102。
- （2019），經濟分析作為法律科學，中國法律評論，2019年第2期，頁101-115。
- （2019），醫療事故責任之經濟分析，收於：月旦匯豐醫事

法系列——醫療責任保險與法律經濟，頁103-116，臺北：元照。

——（2020），法律繼受之漂移與超越——民法第184條權利之解釋視野，*高大法學論叢*，16卷1期，頁1-42。

蘇永欽（1991），物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析，*經濟論文叢刊*，19卷2期，頁219-257。

——（1999），民法第一條的規範意義——從比較法、立法史與方法論角度解析，收於：*跨越自治與管制*，頁283-321，臺北：五南。

——（2010），可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制觀點看物權法定原則鬆綁的界線，*南京大學法律評論*，2010年秋季卷，頁16-44。

2. 外文部分

Ayres, Ian. 2012. Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules. *Yale Law Journal* 121:2032-2116.

Ayres, Ian, and Robert Gertner. 1989. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal* 99:87-130.

———. 1999. Majoritarian vs. Minoritarian Defaults. *Stanford Law Review* 51:1591-1613.

Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, and Randal C. Picker. 1994. *Game Theory and the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Buchanan, James M. 1974. Good Economics—Bad Law. *Virginia Law Review* 60:483-492.

Cartwright, Alexander C. 2016. Good Economics—Bad Law: A 40-Year Natural Experiment. *New York University Journal of Law and Liberty* 10:626-648.

Coase, R. H. 1959. The Federal Communications Commission. *Journal*

- of Law & Economics* 2:1-40.
- . 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics* 3:1-44.
- . 1988. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 1988. The Problem of Social Cost. Pp. 95-156 in *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 1988. The Nature of the Firm. Pp. 33-55 in *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 1994. *Essays on Economics and Economists*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2012. *Law and Economics*. 6th ed. Boston, MA: Pearson/Addison-Wesley.
- Demsetz, Harold. 2011. R. H. Coase and the Neoclassical Model of the Economic System. *Journal of Law & Economics* 54(4):S7-S13.
- Easterbrook, Frank H. 1984. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review* 63:1-40.
- . 1986. On Identifying Exclusionary Conduct. *Notre Dame Law Review* 61:972-980.
- Friedman, Milton. 1966. The Methodology of Positive Economics. Pp. 3-43 in *Essays in Positive Economics*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Hadfield, Gillian K. 1994. Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts. *Journal of Legal Studies* 23:159-184.
- Hayek, F. A. 1948. Individualism: True and False. Pp. 1-32 in *Individualism and Economic Order*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- . 1988. *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. London: Routledge.

- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, Fast and Slow*. London: Allen Lane.
- Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 2002. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Krier, James E., and Stewart J. Schwab. 1995. Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light. *New York University Law Review* 70:440-483.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. 1987. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Medema, Steven G. 2011. A Case of Mistaken Identity: George Stigler, “The Problem of Social Cost”, and the Coase theorem. *European Journal of Law and Economics* 31:11-38.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2000. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle. *Yale Law Journal* 110:1-70.
- 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?. *Yale Law Journal* 112:829-880.
- . 2006. There Are No Penalty Default Rules in Contract Law. *Florida State University Law Review* 33:563-587.
- Posner, Richard A. 1985. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85:1193-1231.
- . 2005. The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review* 83:1581-1614.
- Schwartz, Alan, and Robert E. Scott. 2016. The Common Law of Contract and the Default Rule Project. *Virginia Law Review* 102:1523-1588.
- Shavell, Steven. 1987. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Zerbe, Richard O. 2007. The Legal Foundation of Cost-Benefit Analysis. *Charleston Law Review* 2(1):93-184.
- . 2014. Introduction: Economic Welfare Applied to Law with Costly Markets. Pp. ix-xxx in *Efficiency in Law and Economics*, edited by Richard O. Zerbe. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Zywicki, Todd J., and Anthony B. Sanders. 2008. Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law. *Iowa Law Review* 93:559-603.

Default Rules: Autonomous Gap-Filling, or Arbitrary Nudging?

*Tze-Shiou Chien**

Abstract

Default rules of contract law should play the role of contract gap-filling, not an active role of nudging contractors, because either ordinary contractors usually are not aware of contract law or commercial contractors do not need contract law to protect themselves. The false positive effect of default rules as nudging would be immense. In contrast, the default rules as gap-filling would shed light on many puzzles in law. The approach to the interpretation of contract should not be the same as the interpretation of law, although the contract is the base norm on which a concrete dispute is resolved. *Numerus clausus* is the result of limited capacity of the publicity system, not the nature of rights *in rem*. The fault principle of tortious liability is a default rule allocating risks due to the high transaction costs which block a risk-allocating contract being reached. The legal effectiveness thinking leads to see default rules as nudging. This example demonstrates the deficiency of neoclassical economic analysis of law as a legal theory, while default rules as gap-filling demonstrate the robustness of Coasean or contractual economic analysis of law.

KEYWORDS: autonomy, contract, default rules, gap-filling, nudging, penalty defaults, sticky defaults, altering rules, legal effectiveness, efficiency.

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Joint-Appointment Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.