

## 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

張永健\*\*

#### 目次

壹、前言	肆、再訪資訊成本、交易成本之定義
貳、重新界定一階效率	一、制度成本範圍太廣？
一、兩種研究典範	二、第三人資訊成本
二、效率標準的兩個使用層次	三、引入Hohfeld概念的交易成本新定義
三、帕雷托標準、卡爾多希克斯標準非專屬於經濟分析	伍、事前與事後觀點
四、合併配置效率與生產效率	陸、經濟分析與法釋義學：水乳交融還是二元對立？
參、後設方法與二階效率	柒、具體問題回應
一、Kaplow & Shavell的福利理論	一、習慣
二、二階效率之木馬屠城？	二、法定通行權
三、為何要區分一階與二階？	三、越界建築
四、經濟分析與法律解釋方法之辨	四、附合
	捌、結論

\* 投稿日：2020年6月29日。〔責任校對：莊佩芬〕。

作者感謝張凱評、陳冠廷、吳振寧、朱一宸、鍾詔安、黃種甲的研究協助。感謝Lee Anne Fennell教授與筆者的討論。感謝王鵬翔一同討論，並協同撰寫部分回應內容。賀劍教授先批評了我的書和文章，也對本文提供意見，是筆者最該感謝的對象。本文寫作受到中央研究院法律學研究所109年度「推力、行為經濟學與行政管制」組群計畫補助。

\*\* 中央研究院法律學研究所研究員、法實證研究資料中心主任。  
kleiber@sinica.edu.tw。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/61517002.pdf>。



## 壹、前言

賀劍教授針對筆者獨著的《物權法之經濟分析——所有權》簡體修正版<sup>1</sup>，以及與王鵬翔教授合著之長篇論文〈論經濟分析在法學方法之運用〉<sup>2</sup>，提出非常深刻的批判<sup>3</sup>。在筆者十年出頭的學術生涯中，撰寫中文論文約七十篇，被點名評論的次數不多<sup>4</sup>。賀劍教授小筆者十歲上下，能針對筆者用力甚深、思考多年的論著，提出顛覆性的意見，讓筆者感到十分興奮。這篇回應文，主要在辨正法經濟分析的大觀念，所以不會一一指出確實應該修改的段落，而會集中在筆者不同意賀劍教授看法處。但這不應該讓讀者誤以為，賀劍教授的評論不到位。恰恰相反，他的評論是學術人的夢想成真，除了有同情的理解，也有不留情的批判。

除了本期刊登的賀劍教授書評外，鄧峰、戴昕、由然、吳義龍、艾佳慧、胡偉強、簡資修等教授，也評論過《物權法之經濟分析——所有權》及〈論經濟分析在法學方法之運用〉之論點，本文會一併回應。

簡言之，本文從法經濟學與法經濟分析的差異起筆，說明為何

- 
- 1 參見張永健，物權法之經濟分析——所有權，簡體修訂版（2019年）。繁體版：張永健，物權法之經濟分析——所有權（第一冊），繁體版（2015年）。
  - 2 參見王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48卷3期，頁791-871（2019年）。
  - 3 參見賀劍，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231-292（2020年）。
  - 4 參見黃維幸，法律解釋所為何事？傳統解釋方法的批判，月旦法學雜誌，249期，頁44-69（2016年）（評王鵬翔、張永健（註1）文的草稿）；李茂生，食品安全衛生管理法下的摻偽、假冒——一個比較法上的省思，法令月刊，67卷10期，頁29-59（2016年）（評邱文聰、張永健，假作真時真亦假——論管制與處罰摻偽假冒食品，收於：李建良編，2015行政管制與行政爭訟——食品安全的法律對策與法治實踐，頁327-402（2018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）；簡資修，物權是內部化而不是外部性，交大法學，2014年第2期，頁136-138（2014年）（評成為《物權法之經濟分析——所有權》第四章的論文）。

經濟學通行的效率定義，在法經濟學往往無用武之地（第貳部分）。本文因此重新界定了一階效率（第貳部分）與二階效率（第參部分），使之更為直觀，也更清楚展現物權法經濟分析的思維步驟。本文提出福利的概念，並區辨效率與福利，因此說明後設方法論並不會使效率吞噬其他價值（第參部分）。帕雷托標準（Pareto criterion）、卡爾多希克斯標準（Kaldor-Hicks criterion），可以和效率結合，也可以和其他價值結合（第貳部分）；既可用於一階，也可用於二階（第參部分）。本文雖然繼續堅持資訊成本與交易成本的區分，但調整了交易成本的定義，使之能運用於物權法以外的部門法（第肆部分）。本文進一步闡釋，事前與事後觀點的不同（第伍部分），及法釋義學與法經濟分析的結合可能（第陸部分）。本文第柒部分回應賀劍教授對物權法具體議題分析的不同意見。

以下，為了加快敘事、節省空間，《物權法之經濟分析——所有權》稱為「本書」；王鵬翔、張永健，〈論經濟分析在法學方法之運用〉，《臺大法學論叢》2019年第48卷第3期，第791-871頁，則稱為「筆者和王鵬翔文章」。這篇回應文章則稱為「本文」。賀劍教授的評論，則直接標出相關頁碼於行文中。

## 貳、重新界定一階效率<sup>5</sup>

### 一、兩種研究典範

在法學與經濟學的交叉領域中，有兩種研究典範，一種是法經濟學（law and economics），另一種是法經濟分析（economic analysis）

---

<sup>5</sup> 本文「貳」、「參」之修訂，亦受益於簡資修，契約法律作為預設（任意）規定？，中央研究院法律學研究所個人學術研討會，中央研究院法律學研究所主辦（2019年12月24日）。

of law)<sup>6</sup>。法經濟學主要是經濟學家從事，對此種研究典範而言，法律規範是外生(exogenous)、給定(given)<sup>7</sup>；其研究方法是經濟學，研究主題(subject matter)是經濟活動，但側重於既定法律規範對經濟活動的影響。至於法經濟分析，則是法學家出身者所側重。對法律人而言，法律規範是內生的，可以修改，經濟分析的要義在於推斷、解釋法律規範變化的後果<sup>8</sup>。法經濟分析的研究主題是法，研究方法是經濟學。

對(法)經濟學者而言，因為法律規範是外生給定，所以A法到B法的轉換，不是他們的研究題目。也因此，張五常作為(法)經濟學者，才會主張：「如果所有侷限條件都放進分析，帕雷托條件或至善點一定獲得滿足。……無效率的出現永遠是源於有不需要指定的侷限被漠視了。<sup>9</sup>」找出侷限條件，以解釋為何「看起來」無效率的現象其實已經是侷限下最大化的結果，是經濟學家的當行本色。但法律經濟分析學者，則在思索如何改變法律(解釋)以提升效率。

兩者的研究方法雖同為經濟學，但是否將法律作為不可更動的侷限條件，看法不同。因此，引用通行的個體經濟學教本定義時，仍要注意是否合於法經濟分析之用。

如賀劍教授所指出(頁248-249)，Robert Cooter和Thomas Ulen的教科書，從個體經濟學的典範取經，將配置效率和帕雷托(Pareto)效率標準同視<sup>10</sup>——因為帕雷托效率標準關心物的配置——並據此

6 See GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION 2-3 (2016).

7 See Pierre Schlag, *Coase Minus the Coase Theorem—Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis*, 99 IOWA L. REV. 175, 182-83 (2013).

8 See Alain Marciano, *Economic Analysis of Law*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 629, 630-32 (Alain Marciano & Giovanni Battista Ramello eds., 2019).

9 張五常，*經濟解釋(四)：制度的選擇*，神州增訂版，頁28(2014年)。

10 See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 14 (6th ed. 2012).

批評本書將配置效率和卡爾多希克斯 (Kaldor-Hicks) 效率標準同視之不當。但是，一個獨夫擁有所有資源，而蒼蒼蒸民一無所有的社會中，帕雷托意義的配置效率也成立<sup>11</sup>。若只在此種意義下使用配置效率一詞，則確實如賀劍教授所言 (頁 251)，這是無用的概念。因此，本書才會主張，以卡爾多希克斯效率標準的方式理解配置效率。英文經濟學教科書上雖然沒有如此表述，但在法經濟分析學者的具體論述中，則如此使用<sup>12</sup>。

## 二、效率標準的兩個使用層次

帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準，在法經濟學論述 (包括本書) 的行文中，經常混用兩種層次：制度比較與變遷、規則個案操作。制度比較與變遷層次，舉例而言，是立法者考量是否要改採物權行為有因性理論。無因性或有因性牽連甚廣，立法時會影響誰都難以界定，但可以肯定的是，從無因性到有因性，肯定有人受害。帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準下的受益、受害，以個人為單位。帕雷托效率之所以常被指稱為無用，就是在制度比較與變遷層次，少有任何政策可能讓無人受害<sup>13</sup>。又如，無論是從法

11 再者，如果立法者通過一個強制賣方揭露資訊的法案，假設所有原本會成交的買賣仍然會順利履行，只是因為賣方揭露資訊而使售價下降。依照配置效率的標準，新、舊法並未影響配置效率；但賣方因為獲利降低，因而在新法下受害 (雖然，買方的獲利完全抵銷賣方的損失，因而只是所得重分配)，所以新法並非帕雷托較優。準此，帕雷托效率標準與配置效率並非總是得出相同結論，故將兩者同視，誠有不當。

12 See, e.g., RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 91-92 (1983).

13 制定市場亟需、公示配套良好的新物權類型，例如2007年民法增加最高限額抵押權，是在制度比較與變遷層次，可能符合帕雷托效率標準的例子。至於帕雷托效率標準及卡爾多希克斯效率標準，是否考慮所謂情感因素？若不考慮情感因素，則諸如開放同性結婚，其他無被害人之犯罪行為的除罪化，可能符合帕雷托效率標準。然而，帕雷托效率標準及卡爾多希克斯效率標準是藉由比較、加總每個個人從A狀態到B狀態的願付價格而獲致結論；願付價格會反應個人的主觀偏好。因此，所謂情感因素會反映在主觀偏好中。因此，無被害人之犯罪行為的除罪化此等事例，可能符合卡爾多希克斯效率標準，但仍不太可能符合

律規定袋地通行要給付償金，改到不用給付償金；或者有反向的立法修改，都不會是帕雷托改善，因為必然有人因此福利降低。立法者甚至不可能在立法時就事先補償袋地所有權人或其鄰人，因為成本甚高，且袋地可以隨時產生，賠不勝賠。卡爾多希克斯效率標準則只要求總體的利益大於總體的損害，因此才可能用以支持某些政策、反對其他政策。

規則個案操作則看比較狹窄的範疇，因此帕雷托效率標準有用武之地。例如：充分資訊下合致的交易，一方透過買賣得到價金，另一方透過買賣得到某物，雙方互蒙其利；所以從自願交易前，到自願交易後，只看交易雙方的福祉變化（亦即從「個案」來看），是帕雷托改善<sup>14</sup>。世上其他人因為不受是否有此交易之影響，所以即使納入其福祉考量，也不影響帕雷托改善的結論。

如果混用兩種使用層次，就會出現以下近乎弔詭的陳述：問此時此刻的世界，是否在帕雷托最優點，答案為否，因為在回答問題的一剎那，各個角落又發生了無數交易，造成了帕雷托改善。但如果問此時此刻的世界，立法者能否制定帕雷托改善的政策，答案為非，因為總有人受害。

帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準在法經濟學的重要應用，大都是在制度比較與變遷層次<sup>15</sup>。買賣本身固然是帕雷托改善，但對契約法學者的重要問題是，應該制定哪些保護資訊弱勢方的強制規定、如何設計預設任意規定。而無論規則內容為何，必然使某

---

帕雷托效率標準。

14 See STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 293 (2004). 社會整體而言，純看自願交易，下一秒都比此時此刻更為帕雷托優越（Pareto superior），一直都有帕雷托改善，而永遠沒有達到帕雷托至善點。這可謂契約自由的經濟學基礎。

15 本文「柒、四」論述的內部拍賣，會使用帕雷托效率標準，但是在規則個案操作層次使用之。

些人（例如資訊強勢方）受害。因此，帕雷托效率標準頂多只能用來排除最差的政策選項，卻不能用以選擇最佳的政策選項。

新法、新法律解釋不是帕雷托優越，但不會因此無庸思考如何改善現狀。也因此，卡爾多希克斯效率標準成為法經濟分析學者比較政策優劣的標準配備。法經濟分析文獻中常常逕以 A 法比 B 法更有效率、A 情形比 B 情形更有效率，來描述從 A 到 B 是卡爾多希克斯改善，及 B 相對於 A 是卡爾多希克斯優越。

不少文獻也直接將成本效益分析（cost-benefit analysis）與卡爾多希克斯效率標準劃上等號<sup>16</sup>。從 A 到 B，從中受益者的淨效益增加之總和，就是天平一端的效益；從中受害者的負效益的總和，就是天平另一端的成本。成本效益分析關注的是天平兩端的社會總效益與社會總成本的相對大小，卡爾多希克斯效率標準亦同；兩者都不要求每個相關人士只能受益、不能受害——換言之，只看總體，不看個體。

成本效益分析和卡爾多希克斯效率標準，表面上只要求考慮收益和成本，並選擇收益大於成本的政策；也就是，並沒有要求選擇社會淨效益（即社會總效益減去社會總成本）最大的政策。不過，只要不斷拿各種政策比較，並選擇其中符合卡爾多希克斯效率標準者，則終究就會選到淨效益最大的政策<sup>17</sup>。

---

16 See COOTER & ULEN, *supra* note 10, at 42; THOMAS J. MICELI, *THE ECONOMIC APPROACH TO LAW* 6 (2d ed. 2008); Ram Singh, *Economic Efficiency*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 637, 639 (Alain Marciano & Giovanni Battista Ramello eds., 2019); Fatih Deyneli, *Efficiency*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 673, 673 (Alain Marciano & Giovanni Battista Ramello eds., 2019). Richard O. Zerbe Jr., *Cost-Benefit Analysis in Legal Decision-Making*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS: VOLUME 1: METHODOLOGY AND CONCEPTS* (Francesco Parisi ed., 2017) 對成本收益分析與卡爾多希克斯效率標準的關連，有更多說明。

17 See MICELI, *supra* note 16, at 6.

如果某新法之社會總效益小於社會總成本，則成本效益分析、卡爾多希克斯效率標準的使用者，會稱此情形為無效率，不會建議採用新法。如果 P 法律解釋和 Q 法律解釋的社會總效益都大於其社會總（會計）成本<sup>18</sup>，但 P 法律解釋的社會淨效益較高，則稱 Q 法律解釋無效率；並稱 P 法律解釋（較）有效率。P 法律解釋不一定是最高效率的方案，但最高效率的方案可能還超乎想像、等待被發掘。本書探討具體民法問題，所提倡的法律解釋不當然最高效率，但務求比既存其他法律解釋更有效率。

### 三、帕雷托標準、卡爾多希克斯標準非專屬於經濟分析

帕雷托標準不等於帕雷托效率標準，卡爾多希克斯標準也不等於卡爾多希克斯效率標準。確實，在法學文獻中，會提到帕雷托、卡爾多、希克斯者，多是法經濟分析學者，所以上述對舉的兩者往往被等量齊觀。帕雷托標準、卡爾多希克斯標準都是在比較兩種以上的可能選項，而且都只是論證形式。這兩種論證形式，不帶有核心價值，因而可以和任何「以個人為單位的」價值結合<sup>19</sup>。

如果優劣的判斷標準是效率（效益減去成本），則可稱之為帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準。而如果受益、受害的判斷標準是效率以外的標準，例如自由，就成為帕雷托自由標準、卡爾多希克斯自由標準<sup>20</sup>。在帕雷托自由標準下，一個新政策較優的前提是，有些人獲得更多自由，但無人獲得更少自由。卡爾多希克斯自

18 如果以機會成本（opportunity cost）思考P與Q的抉擇，則選擇P的機會成本就是Q的淨收益。因為選了一種解釋，系爭法律就無法作另一種解釋。

19 如果某種價值是「社會和諧」、「世界和平」，因為量度單位本來就是超個人，所以毋須、也不能和帕雷托標準、卡爾多希克斯標準結合。

20 帕雷托自由標準、卡爾多希克斯自由標準是筆者的創見。區分帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準，與帕雷托標準、卡爾多希克斯標準，也不見於經濟學文獻。經濟學文獻會逕以Pareto criterion、Kaldor-Hicks criterion稱之。



由標準下，一個新政策較優的前提是，新政策產生的自由總和，高於既有政策的自由總和。如果在現行 X 法律下某甲獲得 10 單位自由，某乙獲得 5 單位自由，而在 Y 法律下某甲獲得 20 單位自由，某乙獲得 4 單位自由。按照帕雷托自由標準，從 X 到 Y 使某乙所獲的自由減少，所以不支持 Y。按照卡爾多希克斯自由標準，Y 法律的總自由高於 X 法律的總自由，應該支持 Y。

如果將福利作為二階價值，包括了各種值得追求的一階價值，如效率、自由<sup>21</sup>，則帕雷托效率標準、卡爾多希克斯效率標準、帕雷托自由標準、卡爾多希克斯自由標準所考慮的價值，都比帕雷托福利標準、卡爾多希克斯福利標準來得窄。符合帕雷托效率標準的法律規範，或帕雷托自由標準的法律規範，不一定符合帕雷托福利標準。

但注意，帕雷托標準、卡爾多希克斯標準作為論證形式，並非價值中立。帕雷托標準堅持，任何人都不能受害，當然是應然立場。卡爾多希克斯標準認為，淨值最大才是王道，也是應然立場。有些學說可能只在乎自由總量，不在乎社會成本；也可能在乎自由的分布，而不那麼在乎自由的總量——這些學說採取的思維工具就不會是卡爾多希克斯標準。

下文「參」論及二階效率時，會再度強調帕雷托標準、卡爾多希克斯標準不是只能和效率結合。

#### 四、合併配置效率與生產效率

如果提升效率就是用成本效益分析計算何種法律政策的總收益最大，為何本書不直接採用卡爾多希克斯標準，而要使用配置效率和生產效率的概念？本書為何多談成本，卻少談收益？以下在賀劍

---

<sup>21</sup> 此種立場之說明，參見張永健，*社科民法釋義學*，頁72-87（2020年）。

教授(頁 243-256)批評的基礎之上,重新說明效率的概念。

卡爾多希克斯標準,可以在一階層次上,判斷政策選項之良窳。所以,重點是:一階價值的內容為何?一階價值可以是自由總量減去社會成本的淨值。其他的學說可能只在乎自由總量,不在乎社會成本;也可以在乎自由的分布,而不那麼在乎自由的總量——這些學說採取的思維工具就不會是卡爾多希克斯標準。

本書採取一階效率作為一階價值。若是如此,為何不談成本、效益就好,還要提出生產效率與配置效率的概念?先承認,探討配置效率,確實有點太物權法本位主義——但本書的主題本來就是物權法啊。以下,嘗試用更一般性的方式,界定一階效率。

其他部門法有何不同?契約法、侵權法的部分議題關乎資源(resource)——或者就用法律人慣用的「物」來替代資源也可以——但物權法全部與物/資源有關。物的配置(allocation),也就是誰擁有什麼物,也就成為物權法的全世界。個體經濟學的老本行,也在於物——在其語境中稱為財貨(goods)——的生產、交易,所以當然也在乎其配置。

賀劍教授一「劍」見血地指出(頁 250),本書的配置效率概念只談到配置收益,而沒有論及配置成本;又在生產效率概念中,以降低制度成本作為產品,太「繞」。為了讓效率的概念更清晰,也回應賀劍教授所言本書只談成本、沒有收益的批評。本文重新定義「效率」概念如下:

物權法經濟分析關注的效益,即「配置效率」,就是物(資源)的配置狀態給人帶來的福祉(well-being)<sup>22</sup>,而不考慮配置的成本。因為配置效率只談到配置收益,而沒有論及配置成本,使用配置效

---

22 配置效率奠基在特定行為假設之上,例如福祉、效用或財富極大。See Henk J. ter Bogt, *Types of Efficiency*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 675, 677 (Alain Marciano & Giovanni Battista Ramello eds., 2019).

率一詞可能造成誤會。但 allocative efficiency 一詞在英文文獻被非常廣泛地使用，可能「回不去了」。但讀者必須注意，最精確而言，應該將未考慮成本的「配置效率」，改稱為「配置效益」。

而帕雷托最適 (Pareto optimality) 意義下的配置效率，是指世間之物都在最能利用者 (highest valuer) 之手。但由於專業分工生產、科技進步等許多原因，每天都發生許多交易 (交易代表配置效率的提升)，因此帕雷托最適的配置效率，似乎從來不曾達到。而無論物權法規範為何，在「制度成本」(institution cost) 的侷限下，自願交易會在侷限下極大配置效率。

另一方面，因為制度成本為正，並非所有的物都在最能利用者之手。侷限下極大的配置效率，並非理論上最大的配置效率。A 法律制度下的配置，和 B 法律制度下的配置——H 屋在 A 下由甲獲得，在 B 下由乙擁有——帶來的福祉不同。假若 A、B 造成的財富效果 (wealth effect) 可以忽略不計，甲、乙也有充分資力<sup>23</sup>，則不同配置的效率差異，可以由可觀察到的甲、乙之願付價格 (willingness to pay) 或願受價格 (willingness to accept) 來量度。如甲願意最高支付 100 元取得 H 屋，乙只願意付 90 元，則 A 法律制度在一開始產生較高的配置效率。如果制度成本夠低，則 B 法律制度下，甲乙也會交易，使 H 屋終歸甲所有。就此而言，因為配置效率只看物帶來的收益，不看成本，A、B 兩種制度同樣有配置效率。

物的不同配置所帶來的不同福祉，是物權法中效率概念的效益面，成本面就是制度成本。制度成本包括資訊成本、交易成本。延續上例，A、B 兩種法律制度的配置效益相同，但制度成本不同——A 制度下甲乙不需要交易，但 B 制度下兩方需要交易，制度成本雖

---

23 這在現實世界中當然不總是成立。每個人的願付價格 (willingness to pay) 受到自身財富多寡的影響；既有個人財富不足者，能否為了對自己有價值之物付出高價，也和借貸市場是否存在有關。

不高，但仍為正。此外，設立、運行 A 制度和 B 制度的制度成本不同。可能 A 制度的法律規範不容易撰寫，可能 B 制度要求法官在每個個案都要耗費心思才能作出判斷。

在此，生產效率 (productive efficiency) 就可以登場。筆者改變見解，不再跟隨 Lee Anne Fennell 的看法<sup>24</sup>，主張生產效率的產品是「制度成本降低」。筆者的新見解是，生產效率之產品，就是物之配置，由法律制度 (配合其他制度) 製造。不同的法律制度伴隨的不同制度成本，就是法經濟分析學者必須斟酌之處。生產效率是指，給定一個產出 (特定配置狀態)，用最少資源投入 (最低成本) 達成任務<sup>25</sup>。或者，給定一些資源投入，要能達到最多產出<sup>26</sup>。

不同於配置效率考慮的僅是成本效益分析的效益面，生產效率下的產品是效益、代價是成本，因而考慮了成本和收益兩面。也因此，生產效率骨子裡就是成本效益分析。如果先給定了現行制度 A 下的配置，生產效率指引了投入成本最少的方案。如果再考慮可能的替代制度 B、C、D 下的配置，生產效率指引了各自投入成本最少的方案。每一次叩問都是成本效益分析。而 A、B、C、D 誰最佳，效率標準只以淨收益為依歸，不考慮所得分配。而當此處之不考慮所得分配，包括不要求 A 轉軌到 B、C、D 制度下的受益者補償受害者，就等於使用卡爾多希克斯效率標準，選出淨收益 (net benefits) 最大者。

物權法經濟分析學者的日常思維活動，就是思考：若改用不同的物權法規範，新配置狀態是否創造更高的個人福祉總和？（也就是，更能利用物之人，是否更可能獲得物權？）替代制度造成的資

---

24 See Lee Anne Fennell, *The Problem of Resource Access*, 126 HARV. L. REV. 1471, 1501-02 (2013).

25 熟悉比例原則的法律人應該對此不陌生——在兩個適合性相同的手段中，要選擇侵害最小（最低成本）者。

26 See COOTER & ULEN, *supra* note 10, at 13; Fennell, *supra* note 24, at 1494 n.92.

訊成本、交易成本為何？效益減去制度成本後，現行制度還是替代制度的淨效益較高？

物權法經濟分析，和其他部門法的經濟分析，差別在於考慮了何種效益、何種成本。因此，每個部門法中界定效率的方式，就會因為其各自關懷的成本、效益迥異而不同。物權法的效益是配置帶來的福祉，成本則是實現配置的制度成本，這種思維和例如侵權法、契約法不完全相同。

侵權法不是處理自願交易，也有一大部分和人身侵害有關，所以不討論配置。在 Steven Shavell 教授凝聚一生武功的集大成之作中，過失侵權法的目標（social goal）是極大化「侵權人與受害人由其行為中獲得的效用」與「社會成本（包括兩方之防範成本和事故的預期損失）」之差<sup>27</sup>，不涉及物之配置。契約的客體也不都是物，所以契約的一般理論也不討論配置。契約效力不拘束第三人，所以也沒有對第三人資訊成本的顧慮。按照 Shavell 的看法，契約法的目標就是極大化社會福利，而且多數情形中只要考慮契約兩造的福祉即可<sup>28</sup>。

總之，物權法經濟分析的效率標準，自然包括收益和成本兩層面的判斷。收益層面就是配置帶來的福祉，成本層面就是制度成本高低。其他部門法的經濟分析，採用的效率標準同樣包括收益和成本兩層面的判斷，也同樣使用金錢或其他替代方式量化收益、成本，只是其收益和成本考量的面向不完全相同——這也是部門法之所以被區分的原因。效率不考慮所得重分配、自由等一階價值<sup>29</sup>。但到

---

27 See SHAVELL, *supra* note 14, at 178, 182, 193-94, 199. 在該書後面章節中，其目標再依據情境微調，但基本邏輯不變。

28 See *id.* at 294.

29 在卡爾多希克斯效率標準下，是否該從A法律解釋，轉為B法律解釋，標準的、理想的操作方式是：想辦法使社群中每個人都誠實申報自己從A改B的願付價格，並加總之。喜歡B者會申報正的願付價格，喜歡A者會申報負的願付價格。

了後設方法的層次，福利，就會一併考慮一階層次的效率、所得分配、自由等等價值，留待本文「參」探討。

感謝賀劍教授的深刻批評，讓筆者重新思考效率之定義。本文定義效率之方式已經不同於本書，也應該比目前英文文獻所論者更加有系統。讀者參考、學習了筆者先前論著的效率定義方式，並照樣操作，應該也不會得到不同的結論。但用更清晰的方式理解並運用效率，可以降低思維負擔。

### 參、後設方法與二階效率

在本書出版後才正式問世的〈論經濟分析在法學方法之運用<sup>30</sup>〉，是筆者與法理學學者王鵬翔合著。該文是本書的重要補充，更是蘇永欽教授在本書序言中期許筆者「把經濟理論融入法釋義學的方法論」的任務總結。該文的重要論點之一，是區分一階效率與二階效率<sup>31</sup>；並指出一階效率是法律追求的價值之一，而二階效率是法學中必備的後設方法論的一種選項——當法學解釋方法發生衝突、目的解釋中之不同目的發生衝突，就須要以後設方法仲裁。本文「貳」已經重新梳理了一階效率的內涵；本部分則釐清二階效率

---

加總之合為正，表示由A改B更有效率。理想操作方式的困境是：每個政策、每個法律解釋都要詢問每位公民的意見，成本很高；如何確保公民都會誠實以告，而非高報或低報。

實際上能操作的方式是：假設每位公民都有完整資訊、理性、只在乎成本、效益，則由「上帝視角」，或者由有最大善意、完整資訊、理性的政策決定者評估後的決策，就會符合卡爾多希克斯效率標準。而此種上帝視角至少是經濟分析學者在寫作論文時採取的路徑。學者會評估A物權法解釋的配置效益與制度成本，與B物權法解釋的配置效益與制度成本（或更多替代方案），並從中選擇淨效益最高者。另一種等價的學者分析路徑，是檢驗從A到B法律解釋所改變的邊際制度成本與邊際配置效益，以確認後者是否大於前者。

30 參見王鵬翔、張永健（註2）。

31 王鵬翔、張永健（註2），頁840-845。

的內涵。準此，必須界定福利(welfare)，並區辨福利與效率之差異。

### 一、Kaplow & Shavell的福利理論

「福利」(welfare)，或「社會福利」(social welfare)，是「個人福祉」(individual well-being)的總合。什麼可以算入「個人福祉」，有三大流派：第一，個人主觀偏好的滿足就是個人福祉；第二，個人的主觀快樂與痛苦才與個人福祉有關；第三，不同於前兩種主觀論，客觀論認為福祉的界定要由客觀而言可以增加個人福利的價值而定<sup>32</sup>。關於第一種流派，本章由下述 Louis Kaplow & Steven Shavell 對主流福利經濟學(welfare economics)的說明，作更多闡釋。第二種流派在法經濟學內很少人採取，暫且略過。在法學中，保障憲法基本權的論述，是一種客觀論——無論當代的公民是否偏好某種(相反的)社會政策(例如同婚、種族歧視)，政府、國會、法院都應該按照憲法規定的基本權內容，制定政策。

本小節介紹法學讀者較不熟悉的主觀論，但以本書目的而言，福利以主觀或客觀方式界定都不影響筆者和王鵬翔文章區分一階、二階的論述框架，也不影響筆者和王鵬翔文章的弱主張——效率是一種價值——除非讀者採取某種主觀論，卻有實證證據說明人其實不偏好效率；或者讀者採取某種客觀論，主張效率不在客觀的福祉範疇中。

Kaplow & Shavell 說明：個人福祉包括個人的物質舒適、精神滿足、無形價值——尤其值得強調者，個人福祉也包括所得分配——亦即，所得分配不均，會降低福利。只要個人主觀認為有價值者，都包括於福祉<sup>33</sup>。福利經濟學作為應然面(normative)取徑，

---

32 See MATTHEW D. ADLER, MEASURING SOCIAL WELFARE: AN INTRODUCTION 10-11 (2019).

33 See LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE 4 (2002).

認為每個人的福祉同等重要<sup>34</sup>，因而不會出現效用怪獸。

福利作為規範價值，考慮面廣於效率，因為效率不考慮所得分配<sup>35</sup>。福利和效率都是全然結果導向（consequentialist）的論證框架，而多數的公平（fairness）<sup>36</sup>論述不是結果導向<sup>37</sup>。公平論述通常採取事後觀點，而福利經濟學、經濟分析採取事前觀點，兩者的立法論、解釋論主張不同，往往導因於公平論述忽略了其主張對當事人以外者的影響<sup>38</sup>。

但 Kaplow & Shavell 也承認，因為福祉是主觀的，如果人的偏好包括特定的公平價值——例如：寧願犧牲大多數人的物質條件，也要保障少數人的某種權利，以實現某種公平——則此種公平價值也被包括在福利的考量中。但是，也如 Kaplow & Shavell 所強調，人偏好何種價值是實證問題，並非學者說了算。福利經濟學只關心大眾實際偏好的價值<sup>39</sup>。

即使法學者、政策決定者以福利為最終唯一價值，區分效率和福利，並且集中分析效率，仍有重大實益：福利包括效率、所得分

---

34 See *id.* at 26, 445.

35 See *id.* at 5, 37.

36 根據 Kaplow & Shavell 定義的「公平」，公平只包括「無關個人福祉的考量」；定義窄於一般論者的界定。See *id.* at 4, 39.

37 See *id.* at 5.

38 See *id.* at 48-49, 437.

39 See *id.* at 17-18, 21-23, 431-36. 法經濟學者 Lewis Kornhauser 從好幾個面向批評 Kaplow & Shavell 的主張，see Lewis A. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, at Section 6.1 (Edward N. Zalta ed. 2017), <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>; Lewis A. Kornhauser, *Preference, Well-Being, and Morality in Social Decisions*, 32 J. LEGAL STUD. 303 (2003) [hereinafter Kornhauser, *Social Decisions*]. Kornhauser 最重要、也和筆者和王鵬翔文章最相關的批評，用本文的術語來說，就是：公平正義此種道德判斷，不是一階價值，而是與福利相競爭的二階價值。公平正義並非偏好，而是判斷，因此不是任何社會福利函數可以加總者。選擇何種道德判斷，就像選擇何種社會福利函數以加總個人福祉，並不由社會福利函數決定，而是外於社會福利函數。See Kornhauser, *Social Decisions*, *supra*, at 316-23.



配、大眾真正關心的其他價值。因為所得分配更適合以稅制進行，稅法以外的論者，可以專注於分析、尋找最有效率的法律規則、法律解釋<sup>40</sup>。許多法律規則、法律解釋的所得分配效果甚微，可被忽略；而當所得分配效果甚大時，以稅制進行所得分配，其他絕大多數部門法規範提升效率，是增進社會福利的較佳方案<sup>41</sup>。

## 二、二階效率之木馬屠城？

賀劍教授擔憂，如果在後設的二階層次，仍然使用效率概念，效率以外的價值會淪為效率的附庸，也與效率並非唯一或最高價值的主張不合（頁 277-278）。

本文「貳」指出，一階效率只追求成本效益極大化，並不考慮所得分配等等價值。後設層次追求的價值，可以是（但不必然是）上一節闡述的福利。準此，一階效率和與其競爭的價值，都被化約為福利單位，而非其他價值蛻變為一階效率。如前一節所述，福利包括效率與所得分配，所以區辨福利與效率，並非筆者強作解人。而即使是 Kaplow & Shavell，都為其福利經濟學框架，留下了納入「減少福祉的公平價值」的口子——只要人真心偏好這種價值，福利經濟學就應該考量之。因此，在後設層次，論者可以採取 Kaplow & Shavell 的核心框架，只考慮一階效率和所得分配。也可以引用實

---

40 此句論述，假設了除了效率、所得分配外，大眾不在乎其他價值。如果大眾確實在乎不能包括於效率、所得分配以外的價值，則必須進一步探討稅法以外的法律規則，如何權衡效率與其他價值——此即下一節探討之後設方法論要處理的問題。

所得分配也被稱為「分配正義」。參見顏厥安，何謂正義？一個初步的理論說明，收於：社團法人台灣法學會編，台灣法學新課題（十），頁8-10（2014年）。

41 KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 33, at 460; See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (2000).

證資料，證明人也偏好其他一階價值，因而併同考量之。也可以用非實證的方式，證立其他一階價值。無論採取上述哪一種主張，只要主張兩種以上的一階價值，就可能產生價值衝突；而解決價值衝突的方法，就是後設方法。在二階層次，筆者主張以福利作為整合性的唯一價值<sup>42</sup>。

賀劍教授似乎誤以為筆者和王鵬翔教授在後設層次也只追求一階效率作為單一價值，才會有「偷換概念」的批評（頁280）。但是，或許是我們承襲自 Anne van Aakan 的「二階效率」一詞，在語意上使人陷於錯誤。二階效率之所以是一種效率，有兩層意義：第一，在二階層次追求福利，而福利此種價值包括（但不限於）效率。第二，福利包括之多重價值發生衝突時，必須權衡後。當權衡的方法是以福利<sup>43</sup>高低量度好處與壞處的大小，並選擇淨好處最大者，是卡爾多希克斯標準的展現，而此同為一階效率所採<sup>44</sup>。根據此第二層意義，Anne van Aakan 的「一階效率」、「二階效率」中共通的「效率」，是卡爾多希克斯標準。

---

42 南京大學法學院的蔡琳教授，在筆者講座中質疑：如果福利只是一種二階價值，又還有其他二階價值，則豈不是需要三階的後設方法，甚至無窮多階、永無止境的後設方法？本文認為，以福利作為二階層次、整合性的唯一價值，就不會有三階後設方法的必要。論者應該爭執的，是在二階層次要以福利還是其他價值作為整合性的唯一價值。

43 一種替代量度方式，就是看兩種競爭的價值，彼此如何互為消長，但不採取某種共通的量度單位：例如，改採X方案，得了若干A價值，失了若干B價值；不改採X方案則反之。但有三種以上價值時，缺乏共通量度單位就會使比較十分困難。

44 由此點來看，王鵬翔、張永健（註2），頁833，將以配置效率與生產效率作為一階效率標準，卡爾多希克斯效率標準和帕雷托效率標準作為二階效率標準，不是最清楚的表述。此乃筆者個人未對相關概念周全思考之故。（法經濟學發展至今一甲子，至少就筆者所見，未有英文文獻周全思考此問題，也讓人嚇一跳。）卡爾多希克斯效率標準和帕雷托效率標準既可以用在一階、也可以用在二階。而因為用於探討制度比較與變遷層次，如本文「貳、二」所述，帕雷托效率標準用處不大。卡爾多希克斯效率標準是一階效率和二階效率的核心與共通點。

在第二層意義上，法經濟分析在一階層次上的作用，是在各部門法提出可以量度社會淨財富的具體效率指標，並結合卡爾多希克斯標準，成為卡爾多希克斯效率標準，以找出極大社會淨財富的政策與法律解釋。法經濟分析在二階層次上的作用是提出福利這個能包括各種一階價值的概念，並結合卡爾多希克斯標準，成為卡爾多希克斯福利標準，找出極大社會淨福利的政策與法律解釋。雖然法經濟分析的強項在一階層次，因為二階層次所要探討的效率以外的一階價值，並非經濟學方法所能完全涵蓋；但各項實體價值的衝突權衡，仍可運用卡爾多希克斯標準作為選擇政策、法律解釋的準繩。而卡爾多希克斯標準雖然只是一種「形式的」、「結果考量」（consequentialist）標準，可以容納任何一階或二階層次的價值；但操作卡爾多希克斯標準時需要判斷好、壞，並且找出淨好處最大的方案，一階層次的效率思維也明白使用。在此種意義上，使用經濟分析的思維方式，有助於在二階（後設）層次上取捨法律解釋、政策，即使在二階層次上發生衝突的價值，並沒有包括效率。

論者若不贊成二階效率，可能有幾種替代方案：第一，贊成追求福利，但以不同於卡爾多希克斯之標準，選擇福利極大的政策<sup>45</sup>。第二，追求不同於福利的價值，且以不同於卡爾多希克斯之標準，選擇政策。第三，否認有後設方法之必要，因為法律永遠只追求單一的一階價值，或者有字典式偏好，所以沒有權衡之必要。

此論點相當重要，且讓筆者再梳理一次。在物權法經濟分析的一階層次，研究者觀察現行法下的配置，估算其所產生的社會總利益（以金錢量度之財富），以及支撐此資源配置所需的制度成本。研究者必須思考，若維持現行資源配置，是否有制度成本更低的政策。

---

<sup>45</sup> 如果追求不同於福利的價值，但仍以卡爾多希克斯標準作為準繩，選擇該價值極大的政策，則仍可以套用二階效率的思維。

到此，已經考慮了配置效益與制度成本。但是，研究者還要思索，如果採取現實可行的替代制度，是否會產生不同資源配置，以及替代制度的成本為何。當研究者面前有一個現行法、一個替代方案，兩者的配置效率與制度成本都不同，應該如何取捨？物權法經濟分析學者以兩種方案下每個相關人的願付價格為量度，以卡爾多希克斯效率標準，選擇淨財富（即淨願付價格）最大的方案<sup>46</sup>。此種淨財富最大的方案，就是物權法經濟分析學者支持的效率方案。

接下來，研究者視野放大，使用其他規範理論，分析其他一階價值。當各種一階價值發生衝突，物權法經濟分析學者以福利為依歸，以卡爾多希克斯標準，選擇淨福利最大的方案。一階、二階方案的分析步驟，都包括卡爾多希克斯標準。

無論是處理目的競合或法律解釋衝突的後設方法論，都可以採用卡爾多希克斯標準，已如上述。字典式偏好（*lexicographic preferences*），則是與卡爾多希克斯標準不同的後設方法，主張永遠先把某價值追求到盡頭，才開始追求別的、次要的價值。德國憲法學說中的「基本權位階秩序」（*Rangordnung der Grundrechte*）是一適例（人性尊嚴位階最高、不可侵犯；其次是憲法未授權法律限制的基本權；再次是憲法直接規定或間接受權法律限制的基本權<sup>47</sup>）。前述不追求淨值極大，而主張某種價值分配方式的方法論，也可以用於後設層次。何種後設方法在規範面較優，自然是另一個大戰場。筆者與王鵬翔的貢獻，是指出二階效率（即以卡爾多希克斯標準追求福利極大）可以作為後設方法的一種，而非主張其是唯一的一種。

---

46 如果補償現行可行，物權法經濟分析學者會選擇同樣的方案，但要求獲益者補償受害者（即使現行法是淨利益較大的方案，都可以使相對於改用替代方案而獲益者，負責補償），使同樣的方案變為符合帕雷托效率標準。

47 參見例如李震山，基本權利之衝突，月旦法學教室，1期，頁60-61（1995年）。

賀劍教授主張，「只有當不同立法目的之得失的好處、壞處可以換算為成本或效益，即當所有價值都臣服於效率價值時，二階效率才有用武之地」（頁 282）。賀劍教授將兩組概念分立，大概是因為認為成本、效益必然只能以金錢價格量度。在一階效率的層次，其成本效益分析，如前所述，可以用價格量度。而在二階效率的層次，則以更抽象的價值——福利或其他價值——評斷好處與壞處。權衡不一定要量化後以金錢價格為度，使用權衡也不等於讓一階效率一統江湖。當然，要能在二階層次處理一階價值衝突，必須假設所有一階價值都能轉化以二階價值來量度（例如 100,000 元的淨財富 = 0.5 單位的福利；1 條人命 = 40 單位的福利）或排序（1 條人命的福利價值高於 100,000 元）。但只要讀者接受本文所論，福利包含但不限於效率，則將一階價值換算為福利單位，頂多是使所有價值都「臣服」於福利價值，而不會使所有價值都臣服於效率價值。

### 三、為何要區分一階與二階？

論述至此，讀者或許要問：如果最終要使用福利作為價值，何苦區分一階和二階？為何不在一開始就使用福利分析，直接得出結論？

有數個原因。第一，最關鍵的原因，是福利分析非常困難。福利是包容多種價值的上位概念，本身還沒有具體的操作步驟。直接以福利思考政策選擇，意味著政策決定者知道某政策使某人民在效率、所得分配、其他一階價值綜合而言變高，某人民則變低。要如何不先作多個一階分析，就知道二階福利價值是高是低？難！打個比方，翻譯工作者都知道翻譯貴在信、雅、達。信、雅、達可以看成一階價值，三者綜合來看的二階價值，姑且稱為「好」。或許有下筆如有神的翻譯者，可以永遠一出手就是「好」翻譯。但絕大多數翻譯者，開始思考或落筆時，可能先選擇信的翻譯，然後再以雅、

達為目標，反覆修潤文稿。而為求一字穩、耐得半宵寒時，就會感受到信、雅、達往往不能得兼，所以「好」的翻譯必須在三者間權衡。翻譯者往往要依據最信、最雅、最達的一階目標，翻譯出一個段落的三種版本，再來作二階取捨。取捨的結果，不一定是付梓最信、最雅、或最達的翻譯，而是平衡兼顧三者，但三者均非最佳的翻譯。而信、雅、達三者的權重，也難有放諸四海之書皆準的標準，而會視情況而定。

又以物權法為例，假設立法者思考修正不動產所有權時效取得之規定（時效改為五個月，已登記不動產也適用），很難直接使用福利為價值思考。比較可行的思考步驟，可能是先估計採取新法後，整體的制度成本若干，不動產配置效益為何；然後思考，修正後對人民（無論是否有不動產）的所得分配效果為何；也思考其他一階價值的達成程度。對現行制度、修正草案作了完整、一步一步來的分析後，若猶認為不妥，則加入第三種、第四種可能方案（取得時效為例如兩年、五年，適用之不動產可能限於房屋），再一步一步分析。此種政策思考過程所納入的可能方案，不會只包括最大化效率、或極度所得平均的方案，最後選擇的方案也不必然是效率最大的方案。但是，唯有知道效率最大的方案為何，政策決定者才知道為了其他一階價值，會犧牲多少效率。

從另一個角度看，即使可以一步登天，直接追求福利極大，仍不一定是政策辯論的最佳選擇。當福利分析是一階價值分析的綜合，則分析者必須逐一揭露其一階價值的思考步驟，供批評、反對者檢驗。但當福利分析是直接融合了各種衝突價值，批評、反對者較難具體挑別思考錯誤之處。甚至，分析者自己的思維也因為沒有被較具體的操作步驟規範，而犯下有意無意的錯誤。

第二，嫻熟掌握各種一階價值分析框架者甚少。筆者多次公開自承，只能進行效率分析的訓練。無論是作學術研究或政策分析，

某個政策選項的效率分析、所得分配分析、其他價值分析，可能都是由不同學者完成。學者各盡其能，貢獻「大教堂的一景」<sup>48</sup>；最後，由負擔政治責任的政策決定者，綜合各種一階價值的好壞高低，選出其認為福利較優之政策以推行。

第三，因為福利分析困難，所以若無必要，毋須硬作。假若各種一階價值的分析結果，得出一致之結論：某種替代政策比現行政策較優（效率提升、所得分配更平均），則無論採取何種方式綜合得出福利結論，都會認為應該採用替代政策。關注困難議題的論者，往往會舉出效率與所得分配或其他一階價值背道而馳的事例。但並非所有議題都是「電車難題」。

第四，如上所論，如果接受 Kaplow & Shavell 的論點<sup>49</sup>，則所得分配最有效、也最低成本的方式，是透過各種稅制的設計，而非經由民法、行政管制內容之調整。準此，如果具體議題中沒有效率、所得分配以外的其他價值需要追求，則稅法學者可以專攻所得分配此種一階價值，其他領域的學者則戮力於效率此種一階價值。此種觀點下，福利提升是以整個法律系統互相配合而達成，而非在每個部門法、每個具體議題，都要追求福利最大。

#### 四、經濟分析與法律解釋方法之辨<sup>50</sup>

賀劍教授也以深厚的德國法學訓練，質疑：經濟分析是體系解釋，還是目的解釋？還是都是？外在體系解釋和內在體系解釋，是

---

48 「大教堂的一景」的說法，來自 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1089 (1972).

49 反對其論點之論述，see generally Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, *The Distributive Deficit in Law and Economics*, 99 MINN. L. REV. 1051 (2016); Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006).

50 本節內容主要為王鵬翔教授撰寫。

否有必要區分(頁 274-277)？

筆者與王鵬翔認為，各種解釋方法，不是非此即彼，本來就會有重疊交集之處。例如基於立法者目的之歷史解釋，也可視為一種目的解釋(因為它具有目的論證之結構)，即主觀目的解釋。內在體系的解釋，訴諸法律體系內的價值原則，也具有目的論證的結構，因此同時也是目的解釋<sup>51</sup>。

外部體系是概念抽象程度位階形成的體系，內部體系是由法律原則與價值組成的體系，兩者著眼點不同。取向於外部體系的解釋方法，與取向於內部體系的解釋方法，可能得出不同的解釋結果，因此仍有區分必要。傳統法學方法論在兩者出現解釋分歧時，往往會訴諸內部體系的原則來修正外部體系的解釋(亦即不要過分執著於概念問題)，將買賣法中移轉風險的「交付」，限縮解釋為現實交付和簡易交付，即為適例。

對經濟分析的批評在於，效率不是法律體系「內在」價值，而筆者與王鵬翔的文章指出<sup>52</sup>，大部分民事財產法原則可視為效率原則的具體化，或體現了成本考量<sup>53</sup>。換言之，筆者與王鵬翔不否定民事財產法諸多基本原則，而是指出其規範性或合理性可歸結至效率原則，從而效率原則能夠對民法諸原則提出一以貫之的證成或說明，而一貫性和統一性正是體系化的要旨。無論從體系解釋出發，或由目的解釋著手，至少在民法領域，都可以使用傳統法學方法論的框架，套用經濟分析。

---

51 王鵬翔、張永健(註2)，頁811。

52 王鵬翔、張永健(註2)，頁850-852。

53 在中國民法語境中，最精彩的論述，就是賀劍教授提出的。參見賀劍，綠色原則與法經濟學，中國法學，2019年第2期，頁110-127(2019年)。



## 肆、再訪資訊成本、交易成本之定義

### 一、制度成本範圍太廣？

艾佳慧教授書評<sup>54</sup>最重要的批評——也正好是戴昕教授書評<sup>55</sup>特別點名稱讚的部分——是資訊成本與交易成本的界分方式。艾佳慧教授正確指出，將魯濱遜一人世界中面對的資訊成本（不知未來天氣好壞），納入制度成本意義不大。原因是，此種資訊成本對於財產法諸多議題的關連甚小，也因此法經濟分析不太需要花費心力探討之。

不過，艾佳慧教授誤讀了本書的立場。本書頁 30 比較筆者定義與張五常定義時，只有宣稱本書的制度成本範疇廣於張五常的定義，並沒有宣稱前者優於後者。而本書較廣的定義，源自於界定制度成本的方式不同。張五常的知名定義是直接界定了制度成本的範疇（「一人世界不存在的費用<sup>56</sup>」），雖然也分出「訊息成本」（即兩岸稱的資訊成本或信息成本），但沒有著力於區辨訊息成本和不屬於訊息成本的制度成本。對於有興趣研究大千世界中各式各樣現象的張五常而言，區辨制度成本的下位概念，並不重要。

本書的定義取徑不同，是由下而上。本書先顧名思義地將資訊

---

54 艾佳慧，民事財產法的經濟釋義——《物權法之經濟分析》的解讀與反思，收於：李晟編，法律書評（第13輯）（2020年）（即將出版）。

55 戴昕，好摘的桃子、難啃的骨頭——評張永健著《物權法之經濟分析——所有權》，收於：李晟編，法律書評（第13輯）（2020年）（即將出版）。

56 值得注意的是，張五常自己對制度費用的定義也經過調整。1998年他以英文發表的論文中，認為制度費用是“All the costs which do not exist in a Robinson Crusoe economy”扣掉“all the conceivable costs in society except those associated with the physical processed of production and transportation”。See Steven N.S. Cheung, *The Transaction Costs Paradigm: 1998 Presidential Address Western Economic Association*, 36 ECONOMIC INQUIRY 514, 515 (1998). 前者就是現在知名的張五常定義，後者卻不見於其《經濟解釋》。原因也不難理解，生產與交通成本在魯濱遜一人世界也存在，所以當然不包括在制度費用之列，毋須扣除。

成本定義為獲得資訊的代價，再界定交易成本；兩者有重疊時歸類為資訊成本。最後將資訊成本與交易成本的聯集稱為制度成本。艾佳慧教授認為，本書定義的制度成本，與張五常《經濟解釋》定義的制度成本，兩者外延之差異乃導因於未來不確定性的資訊成本，學術意義有限。確實如此，但似乎也不用擔心；因為分析具體問題時，最重要的資訊成本類型自然會浮現。

## 二、第三人資訊成本

Thomas W. Merrill & Henry E. Smith 認為，理解物權法的關鍵<sup>57</sup>，是第三人資訊成本。在契約法中，學者毋須操心第三人的資訊成本，因為契約只有對人性 (*in personam*)，第三人不受影響。但契約法經濟分析的一個關鍵詞是「資訊不對稱」(*information asymmetry*)，指出有重要資訊為一方所知、但另一方不知。民事訴訟法經濟分析，也很重視資訊不對稱<sup>58</sup>。這都是「瞭解交易、訴訟對造資訊的成本」。

凡是對世產生義務的財產權，就必然要關注第三人資訊成本。物權、著作權、專利權、信託受益權……等等，都是此處的財產權。因為契約不會對世產生義務，契約產生的債權不屬於對世產生義務的財產權。從不動產所有權移轉是否登記才能生效，到讓與不破租賃的公示要件；從本書第四章的探知權利內容與避免侵害他人權利

---

57 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 779 (2001); Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 HARV. L. REV. 1691, 1691 (2012).

58 See generally Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, 15 RAND J. ECON. 404 (1984); James D. Dana & Kathryn E. Spier, *Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation*, 9 J.L. ECON. & ORG. 349 (1993); Kathryn E. Spier, *Litigation*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS: VOLUME 1, at 259 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007); Jennifer F. Reinganum & Louis L. Wilde, *Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs*, 17 RAND J. ECON. 557 (1986).

的成本，到本書第五章的第三人能否知曉習慣內容；從動產所有權善意取得，到登記簿時效取得，到公信原則——這些物權法議題率皆牽涉第三人資訊成本。著作權與專利權的授權何時拘束第三人，當然就是第三人資訊成本的核心問題。而信託受託人違反信託本旨處分信託財產時，信託受益人能否撤銷處分的關鍵考量，如《信託法》第 18 條清楚顯示，也是在第三人資訊成本。

物權法當然也討論許多交易雙方談判時的資訊成本與交易成本，但這和契約法下交易雙方談判時的制度成本沒有差異。（此種制度成本當然重要，但不是物權法之所以是物權法的原因。）因此，要作物權法的經濟分析，不能不關注第三人資訊成本。在符合性價比的條件下，儘量減少第三人資訊成本，自然就成為物權法經濟分析學者的主要目標。

在此種界定下，也可以回應鄧峰教授書評<sup>59</sup>的質疑：用一個資訊成本理論，統治整個物權法制度是否夠充分？確實不充分，有些實定法、部門法研究歸類於物權法者，涉及第三人資訊成本以外的制度成本。本書的本意也不在論證第三人資訊成本理論就夠了。毋寧，資訊成本理論關注第三人資訊成本，界定了物權法和其他部門法的不同。而物權法和其他部門法（尤其契約法）自然有交集處與類似處，因此交易雙方的資訊成本，以及交易成本，也是物權法的一環。

賀劍教授除了批評本書之取徑，更提出替代方案：以對世權的公示，限縮資訊成本的主要守備範圍（頁 237）。如上所論，物權法相較於其他部門法的特色，正在於第三人的資訊成本；而對世權的恰當公示，可以降低第三人的資訊成本。不過，仍有幾點值得進一

---

59 參見鄧峰，鄧峰評《物權法之經濟分析——所有權》中文世界第一本「物權法經濟分析」專論，中國法律評論，2019年7月7日，<https://mp.weixin.qq.com/s/ZwggkV3qRTsPS4iVsEYRNQ>（最後瀏覽日：2020年7月14日）。

步說明：

- 第一，除了第三人探知權利內容以避免侵權的資訊成本，潛在買受人確認標的物權利內容的資訊成本，還有正在談判雙方的資訊成本（這部分與契約法的關懷範疇重疊）。如果把後者歸入交易成本，也無不可，但就不宜以資訊成本稱呼前者，而必須以「第三人資訊成本」或者「權利公示成本」名之。
- 第二，與對世權公示有關的成本，不都是資訊成本，例如設立、維持土地登記簿的成本，就不是獲取資訊付出的代價。所以「權利公示成本」也會混合了筆者所界定的資訊成本與交易成本。
- 第三，賀劍教授擔憂，先定義資訊成本，而將剩下的制度成本稱為交易成本，使後者近乎「大雜燴」（頁 236）。但是，即使以「第三人資訊成本」或「權利公示成本」限縮本書目前的資訊成本範疇，只要先定義此種成本，交易成本還是會像剩餘類型。
- 第四，管理成本，或稱行政成本（administrative cost），沒有如賀劍教授所疑慮地那樣被遺忘（頁 240-241），而是本來就包括在交易成本的定義中。如果參考 Shavell 討論侵權法的方式，是先假設各種方案的行政成本都相同，然後再探討，一旦放鬆此種假設，對先前分析的結論有何種影響<sup>60</sup>。
- 第五，本書資訊成本與交易成本都應該最小化的應然立場，引起賀劍教授誤會（頁 239）。但只要記得資訊成本與交易成本之和是制度成本，上述命題其實就是「制度成本應

---

<sup>60</sup> See SHAVELL, *supra* note 14, at 280-87.

該最小化」，而這當然以不同政策選項帶來同樣效益為前提，因為效率必須兼顧成本與效益。

### 三、引入Hohfeld概念的交易成本新定義

好幾位師友針對交易成本、資訊成本、制度成本這個基本又重要的概念提出反思，如果筆者只是點對點回應，沒有再進一步深入探討，未免辜負了師友的用心與期許。但什麼是交易成本，實在很費思量。近年來對此問題研究最深的是 Lee Anne Fennell 教授，她的起手式也是感嘆成本概念難以界定<sup>61</sup>。她認為傳統的名詞如交易成本，承載了太多不同看法，也沒有顧名思義的好處，所以改用「資源近用」(resource access)說明問題本質，再將相關成本分為兩大類：「衝突成本」(conflict cost)和「協調成本」(coordination cost)<sup>62</sup>。協調成本包括了至少避免侵害他人權利的這種資訊成本<sup>63</sup>。Fennell 教授的說明與分析都相當有意思，筆者也幾年來一直在思考其概念框架是否更簡潔清晰，至今尚未有定見。

繼續維持本書的概念框架，交易成本的定義方式仍必須調整。本書頁 29 的定義是「設立、維持、使用財產權的費用」。筆者最近受到 100 多年前的分析法理學者 Wesley Hohfeld 影響，開始對法律關係的根本類型與其法釋義學應用產生極大興趣<sup>64</sup>。使用 Hohfeld 的術語，則交易成本的定義會改寫成：「設立、維持、使用『廣義權利』

---

61 See Fennell, *supra* note 24, at 1493.

62 See *id.* at 1511-19.

63 See *id.* at 1515.

64 參見張永健、吳從周，逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題，臺大法學論叢，48卷4期，頁1967-2021（2019年）；張永健，物權的關係本質——基於德國民法概念體系的檢討，中外法學，2020年第3期，頁720-742（2020年）；張永健，農村耕地的產權結構——成員權、三權分置的反思，南大法學，1期，頁81-100（2020年）。

(ablements) 的費用，與逃避、削弱『廣義義務』(disablements) 的費用」。

在物權法領域，前段定義(設立、維持、使用廣義權利的成本)和上一節的定義等價，因為物權是由四種物上廣義權利類型(claim、privilege、power、immunity)疊加組合而成。但是否加上後段定義(逃避、削弱廣義義務的成本)，頗費思量。在 Hohfeld 定義下，法律關係中一方有廣義權利，另一方就有廣義義務。有負擔四種基礎類型廣義義務(duty、no-right、disability、liability)者，會想方設法逃避其廣義義務，甚至侵害他人廣義權利。這些策略行為與違法行為，都應該是交易成本。但是，只要定義得當，策略行為、違法行為的成本，可以納入「維持廣義權利」中。準此，只有與本書原本定義等價的前段定義有必要。

但如果定義等價，又何必要調整定義方式？原因是，寫作本書時，筆者日夜思考的都是物權法問題，不及於契約法、侵權法等其他私法問題。但如果交易成本的概念要能通用於所有民法問題，則只考慮財產權是不夠的——侵害人格權的侵權行為，以及反制行為，會無法歸類於交易成本。在物權法中等價的新定義，若可因此延伸到侵權法，也可減少概念負擔<sup>65</sup>。不過，侵權法中的被害人受傷、身故、物毀的成本，既不是資訊成本，也不是交易成本。因此，侵權法的成本效益分析，恐怕還需要新的概念。筆者尚未深入思索侵權法經濟分析問題，故在此無法全面回應。

賀劍、艾佳慧、鄧峰教授等學者之批評，都有其道理。但以適用到物權法、信託法、智慧財產權法、契約法等領域而言，本書定

---

<sup>65</sup> 本節的內容，是受由然教授書評啟發。參見由然，不只是物權法的經濟分析——評《物權法之經濟分析——所有權》，收於：李晟編，法律書評(第13輯)(2020年)(即將出版)。在筆者另一篇回應中，首次提出此種新的交易成本定義。參見張永健，負負得正——對《物權法之經濟分析——所有權》書評之回應，收於：李晟編，法律書評(第13輯)(2020年)(即將出版)。

義應該仍站得住腳：以制度成本作為總稱，其下包括資訊成本與交易成本。資訊成本與交易成本各有其定義，因此後者不會淪為剩餘類型。資訊成本與交易成本有交集之處，則統一稱為資訊成本，雖然此種成本根據定義也是交易成本。

## 伍、事前與事後觀點

法釋義學者多採「事後觀點」(*ex post viewpoint*)；而法經濟分析主要採用「事前觀點」(*ex ante viewpoint*)，只有在具體個案之判斷不會影響未來行為人的舉措時，才會以事後觀點追求效率。

戴昕教授的書評認為，這兩個名詞最好不要直譯，而依其意義改稱為「向前看」和「向後看」<sup>66</sup>。筆者也贊同向前看、向後看的譯法，因此會交替使用事前觀點與向前看、事後觀點與向後看。

賀劍教授則認為本書應該更強調前者重視全局，後者重視個案，而前者包括後者的內容。由此觀點，則 *ex ante viewpoint* 或許應該翻譯成「全局觀點」，*ex post viewpoint* 或許應該翻譯成「個案觀點」(頁 256-257)。

賀劍教授的建議，會改變本書定義的事前和事後觀點的範疇。事前觀點只考慮可以改變的、必然是未來的行為，而事後觀點是思索在某些行為已經發生、覆水難收時，如何處理善後；兩者可以併存，但不互相包含。全局觀點包括個案觀點，故全局觀點廣於事前觀點。因此，不宜將法經濟分析文獻中的 *ex ante perspective* 翻譯成全局觀點。而個案觀點一詞，可能也過於狹窄，因為與特定個案有類似事實者很多，事後觀點不當然只看個案，而是在全部有特定事

---

<sup>66</sup> 參見戴昕(註55)。類似的用詞，與進一步的觀念闡述，參見熊秉元，罪與罰之外：經濟學家對法學的20個提問，2版，頁138-144(2019年)。

實的案件中，均（只）考量如何善後。因此，事後觀點一詞的指涉又廣於個案觀點。

事前觀點著重於改變可改變的行為，也就是未發生的行為。已經發生的行為，若無可挽回或逆轉，則不在事前觀點的考量範圍內。主流的侵權法經濟分析，主張損害賠償的功能在於嚇阻，是因為侵權行為已經犧牲的性命、傷害的身體，都不能回復。在刑罰理論中，事前觀點對應了一般預防理論（或稱一般嚇阻理論），而事後觀點對應了應報理論<sup>67</sup>。不應該把事前觀點理解為全局觀點，然後主張全局就包括個案；就如同一般預防理論並不考慮應報在當事人間的效果，除非應報之舉增強了刑罰的嚇阻。一再申明事前觀點不考慮個案當事人已經破鏡難圓的行為，不是只在「切割」事後觀點。在完整的福利分析中，事前觀點與事後觀點必然都佔有一席之地，但概念上必須釐清兩種觀點的不同角色。

此外，許多事後觀點分析，完全不考慮訴訟雙方的行為誘因，而只關注權利在雙方間的分配結果。事後觀點的最大缺陷，是過度關注非典型的事件或結果。訴訟案件只是糾紛的冰山一角<sup>68</sup>。為了妥適處理訴訟案件當事人的特殊、罕見遭遇，而調整法律規範或改變法律解釋，就忽略全局，忘記了法律規範或法律解釋對其他人的影響。

法官通常缺乏向前看視野，只有向後看的訓練。因此，目前實務上，法院判決會傾向於避免向後看的無效率，但不會避免向前看的無效率<sup>69</sup>。但是，不應該因為法官目前缺乏此種訓練、視野，就

---

67 刑法理論的深入爭辯，參見例如：謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁139-206（2014年）；許家馨，應報即復仇？——當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，15期，頁207-282（2014年）。

68 See generally George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984).

69 See generally Yun-chien Chang, *Judges Avoid Ex Post but Not Ex Ante Inefficiency*:



認為不應該倡導向前看的法律解釋。關鍵仍是，應然面上，是否應該要法律制定者、法律解釋者向前看。如果應該要，但法官缺乏相關訓練，則學者應該展現此種方法，幫助法院裁判。

### 陸、經濟分析與法釋義學：水乳交融還是二元對立？

賀劍教授評論中，最讓筆者感到困惑的，是他多處行文可能讓讀者誤以為經濟分析與法釋義學是二元對立。例如，賀劍教授總結：「相較於傳統的教義分析，物權法之經濟分析的優勢在於其『視角』，包括事前視角和成本效益視角。不過，事前視角的分析有賴於扎實的事實判斷……決定經濟分析成敗優劣的主要為關於前述問題之洞見，而非視角或方法本身。」（頁 285）

筆者認為，此種看法過度淡化了法釋義學的缺環。固然，法釋義學並不當然與事前觀點互斥，但許多法釋義學者採取事後觀點，也是不爭的事實。採取的視角不同，考量的議題就不同。比例原則採取了狹隘的視角，其所能、所欲判斷的公益與侵害，就少於成本效益分析<sup>70</sup>。如果認為法學不能沒有事前觀點，則法釋義學的使用者，必須時時放下其顯微鏡（只看得到個案當事人），而裝上廣角鏡（讓未來潛在行為人可以入鏡）。

此外，筆者也同意法學論證需要紮實的事實判斷，但法律人怎

---

*Theory and Empirical Evidence from Taiwan, in SELECTION AND DECISION IN JUDICIAL PROCESS AROUND THE WORLD: EMPIRICAL INQUIRES 160 (Yun-chien Chang ed., 2020).*

<sup>70</sup> 參見戴昕、張永健，比例原則還是成本收益分析？——法學方法的批判性重構，*中外法學*，2018年第6期，頁1519-1545（2018年）；此文修改後收錄於張永健（註21），頁113-160。

麼培養紮實的事實判斷？終身學習法釋義學，就會有紮實的事實判斷嗎？筆者學習法釋義學多年，從未獲得心法。除了隨著歲月累積，增添人生智慧之外，要能推斷人的行為（法學論證中最重要，甚至是唯一重要，的事實判斷），尤其是未來的可能行為反應，就要靠行為理論。行為理論是社會科學的當行本色，法釋義學的缺環。因此，法學分析固然仰賴於事實判斷的洞見，但經濟分析提出的此種洞見，正來自於其視角與方法。

賀劍教授也認為，「經濟分析的品質並不必然優於教義分析的品質」（頁285）。筆者當然同意，一篇文章不會因為打著某種紅旗，就必然比較「高大上」。但是，法釋義學和經濟分析是同一個層次的法學方法嗎？筆者和王鵬翔文章主張，法釋義學只是一個論證框架，而經濟分析有多種渠道可以和此種論證框架結合<sup>71</sup>。法釋義學與經濟分析結親，可以獲得強大的行為理論支援。筆者不斷提倡結合法釋義學與經濟分析。兩者絕非勢不兩立，所以也不用一較高下。沒有法釋義學的經濟分析，註定不會在法律人社群中發揮深遠影響。沒有經濟分析的法釋義學，無法穩定、一貫地以較少的代價，達成所欲目的。

## 柒、具體問題回應

賀劍教授書評的第肆部份，是對本書具體物權法分析的回應。有些是延伸闡釋，有些是婉轉建議，有些是大哉問。前兩種回應，筆者會在本書出第二版時調整。對於大哉問，即使筆者沒有大哉答，也在本部分中補充說明。

---

<sup>71</sup> 王鵬翔、張永健（註2），頁797。

## 一、習慣

賀劍教授進一步批評本書第五章關於習慣的論述。他指出，規範面上的假定或價值預設，應該是「若法院顧及效率」，而非僅僅是「若法院顧及資訊成本」（頁 260）。此點筆者無從反駁。在另一篇回應其他評論者<sup>72</sup>的書評中，筆者闡述了和 Henry Smith 教授的合著<sup>73</sup>中，提出的習慣物權四個命題，就一併納入了成本面和效益面的考量。不過，賀劍教授認為，習慣已經「為或可得為相關人群知曉，因而在相關人群中，兩者雖有內容繁簡之異，信息成本未必有別」（頁 260）。此點可以商榷。會鬧上法院且涉及習慣之糾紛，很可能就是因為一方知悉習慣，並按照習慣內容行事；但另一方原本不知悉習慣，而知悉此種慣行後不願意按此行事。所謂「可得為知曉」，正是在描述尚未知情者，因為面臨正的資訊成本，而尚未明瞭習慣物權。

## 二、法定通行權

賀劍教授認為，在袋地通行之情境，毋須如本書頁 182-183 主張，在袋地有諸多鄰地而其彼此競爭時，目的性限縮條文之射程範圍，使袋地所有權人沒有法定通行權。賀劍教授認為，本書論述的背景條件是法院酌定之袋地通行償金過低，如果償金提升，問題可以解決，還不需要付出法院判斷獨占、寡占、自由競爭的成本（頁 261）。

---

72 吳義龍教授書評，也同樣質疑本書對習慣物權的批評。參見吳義龍，信息成本作為約束條件在物權法中的應用——評《物權法之經濟分析——所有權》，收於：李晟編，法律書評（第13輯）（2020年）（即將出版）。

73 See generally Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *The Numerus Clausus Principle, Property Custom, and the Emergence of New Property Forms*, 100 IOWA L. REV. 2275 (2015).

法經濟分析是條件式的論述，所以分析結論不能與其立基的條件、情境割離。賀劍教授確實注意到了本書之論述條件，但沒有進一步探究，如何能在現實世界中使本書分析的背景條件不成立。本書以及筆者其他著作，一再區分「市場價值」(market value)和「經濟價值」(economic value)——經濟價值是市場價值加上物權人的主觀價值(subjective value)。償金之金額遠低於市場價值，是本書論述的背景；但即使有運行良好的法院，總是能以市場價值酌定價金，償金金額仍低於經濟價值。而物權人在交易協商時，都是以自己的經濟價值作為「願受價格」的判準。正因為主觀的經濟價值如此重要，又難以客觀量度，才使得許多法經濟學的才智之士投入此議題，試圖找出一具有般性的方式，量度經濟價值<sup>74</sup>。但目前為止，都還在「同志仍須努力」的階段。而只要法院酌定之償金，系統性地低於經濟價值，本書論述的背景條件仍然存在。賀劍教授指出法院判斷獨占、寡占需要成本(頁261)。確實如此。在設計法律制度時加入新的構成要件，在作法釋義學論述時要求法院多考慮一種變數，都增加判決成本<sup>75</sup>。真正的問題是，成本幾何？是否划算？在袋地情境，固然免不了有灰色地帶，但要求法院在個案中判斷(當然，當事人要提供證據)袋地所有權人是否確實有多種通行可能性，在沒有做過實務工作的筆者來看，似乎不會太難。但這終究是實證問題。

---

74 文獻回顧，參見例如 YUN-CHIEN CHANG, PRIVATE PROPERTY AND TAKINGS COMPENSATION: THEORETICAL FRAMEWORK AND EMPIRICAL ANALYSIS 35-46 (2013).

75 在評論本書第九章時，賀劍教授自問：法院的審查成本，成本效益分析應在多大程度上予以考慮，不無疑問(頁271)。筆者可以十分肯定地主張：法院的審查成本100%要考慮。有能力的法官是稀缺資源，無論如何法官的時間也是稀缺資源。法院的審查成本是制度成本的一環。有些經濟學家提出的法經濟學理論模型，往往就不考慮法院的審查成本，才使得其不現實可行。

賀劍教授的另一個質疑是，本書指出袋地通行償金有確保配置效率的功能，但如果此處之效率是指卡爾多希克斯效率，償金是不必要的；有了償金給付之規定，則是採用了帕雷托效率（頁261-262）。這是在規則個案操作層次使用效率標準<sup>76</sup>。

但是，袋地所有權人的通行利益大小，誰知？天知、地知、袋地所有權人自己知。要確定鄰居的損失小於通行利益（因而袋地通行有效率），唯有要求袋地所有權人支付償金，且償金儘量接近鄰居的實際損失（經濟價值減損），才能克竟全功。如果通行利益不到償金（可能袋地是畸零地，本無多少價值），則袋地所有權人自然不願支付，也不會要求通行。

由此例也可知，第一，如果法院酌定之償金數額太高，則通行即使有效率，袋地所有權人也可能不願意支付償金。第二，立法者並非全知，使用卡爾多希克斯效率標準設計法規則必須謹慎。如果在規則個案操作層次不要求補償，必須是立法者（或法院）明確知悉獲益方之收益確實高過受害方之損失。若否，雖然補償本身僅是財富移轉，本身沒有效率意義，但藉由補償（財富移轉）之要求，可以更加確認獲益方之收益確實高過受害方之損失——否則袋地所有權人不會願意補償鄰人之損失。而若法律規定必須補償，袋地所有權人就選擇不通行，不通行是有效率的結果，因為通行的收益還小於通行的損害。

### 三、越界建築

賀劍教授認為，「即時異議」（即被越界者知悉越界情事後，立

---

<sup>76</sup> 假設袋地所有權人與鄰人，在一年前經歷民法修法——從袋地通行不用補償，改到袋地通行必須補償。一年前的修法，在制度比較與變遷層次，並非帕雷托改善，因為袋地所有權人處境變差。但在修法後，單看一個袋地所有權人與其鄰人，在規則個案操作層次，要求前者補償後者，是有意確保此處袋地通行規則的操作結果，是產生帕雷托改善。

即告知越界者)的功能是「藉由異議，使越界人知悉自己越界」(頁265)。筆者認為，還應該進一步闡述知悉自己越界的效率意涵。通常，越界者知悉自己越界後，會停止投入資本；而所有權保護的規定，會使越界者此前投入之資本，付諸流水。而如果沒有即時異議的規定，被越界者可以等三年、五年，例如等到越界建築落成剪綵的那一天，帶來驚天動地的消息。如果兩方協商失敗，越界者終究要眼見自己樓塌了。從知悉到告知的三、五年間，越界者投入的資本不但是他個人的損失，也是社會的浪費。如果越界者可以早一點另起爐灶，或者變更設計，還有機會保存越界建築。如果協商終究成功，被越界者獲得的更高償金(協商不成對越界者帶來的損失更大，越界者就越願意支付高額償金)，只是所得重分配(而且還不當然是某種規範理論可以證立的所得重分配)，並未當然提昇效率。僅僅是協商失敗導致的預期社會損失，就足以從效率觀點證立即時異議。

由此也可以回應賀劍教授對於「房屋完工後是否被越界者就沒有即時異議義務」的不同看法(頁265-266)。筆者仍然維持本書中的見解，認為即時異議義務不會因為房屋完工與否而有差異。此種論據的前提是，即令在房屋完工後，越界者的邊際投入資本，是零或正數；而如本書所論，越界者的情感投入通常與日俱增。無論是資本或情感投入，都增加越界者的主觀價值，而此種主觀價值在越界建築拆除後歸零。如果被越界者在房屋完工後就沒有即時異議的義務，在拖延的時日當中，越界者就可能繼續投資。而若終究雙方不能達成協議，而越界建築必須拆除，拖延時日中的投資就是社會福利淨損失。而不要求即時異議有此種成本，但有何種效益？筆者想不出來，越界者既然已經知道越界情事，容許其曠日廢時的好處

何在<sup>77</sup>。最終，賀劍教授也擔心拖延造成的社會福利淨損失，因此引入了長期不行使權利的失權規則（頁 266）。若是如此，為何要在房屋完工前認定被越界者有即時異議的義務，而在房屋完工後認定被越界者有即時行使權利的義務。此種過度細緻的分析，所為何來？畢竟，民法第 796 條根本沒有規定以房屋完工作為即時異議義務的終點啊！

賀劍教授甚至還提出「雙重越界」的可能性：善意輕過失之無權占有人可以同時無權占有兩塊相鄰之地，並兩次運用越界建築之規則而逐步成為有權占有人。賀劍教授主張，因為越界人是善意，所以毋須考慮事前觀點；而從經濟分析的事後觀點，並無不許雙重越界之理（頁 263）。然而，順著前述物上請求權的經濟理由推導，即可知：無權占有人是占用一筆、兩筆、還是 20 筆土地，根本無關緊要（一塊方正的空地，可以有一筆地號，也可以有兩百筆地號，但何以應然判斷要考慮之？）。無權占有人不會因為是善意就是較能利用者，也不會因為占有了多筆土地就成為較能利用者。從事前觀點，讓所有權人可以排除無權占有人干涉，雙方之後無論是否有自願交易，都可顯示哪一方才是較能利用者。在單一越界或雙重越界，經濟邏輯完全相同。

#### 四、附合

關於高情感價值物（例如家庭相本，市場價值低，但所有權人之主觀價值高），本書指出其經不起分離，所以合成物應該認為「非毀損不能分離」，因而為合成物而維持共有。賀劍教授指出，高情感

---

<sup>77</sup> 另一種論述前提則是，建築完工後，不再有任何資本或情感投入，只有越界建築人享受使用利益。從事後觀點，越晚拆除，總使用利益越高。假設被越界土地沒有其他用途，則被越界者越晚請求拆除越好，自然不會以法律誘使被越界者儘早異議。

價物也「經不起添附」(頁 267)，是有趣的觀察。不過，如果高情感價物經過了附合，已經面目全非(沖洗出來的家庭相本，沾上了完全遮蔽畫面的某種化學物質)，恐怕就沒有討論所有權歸屬的必要(即使對家庭相本原所有權人，污損的相本已經轉為低情感價物)，反而侵權損害賠償才是主要戰場。如果家庭相本沾上了一些化學物質，相片主人翁的微笑仍清晰可見，但如果要刮除化學物質，反而會進一步造成破壞，刮除的化學物質也只能丟棄，則落入本書原本的分析——經不起分離的高情感價物。

賀劍教授對本書的挑戰是：附合產生的合成物，究竟應該共有、還是單獨所有，才是最佳利用。本書的立場是因為共有物往往導致低度利用，所以要儘量將所有權單獨分配給其中一位原所有權人。賀劍教授挑戰低度利用的推測，因為事實上共有物可能由一位共有人單獨占有與使用(頁 267-268)。在沒有共有物分管約定(其交易成本為正)的情境下，許多大陸法系國家的法律都不允許一位共有人單獨占有(英美物權法則容許之，只要占有之共有人不排除其他共有人之占有使用)。所以賀劍教授的實然推測，至少沒有直觀的說服力，但終究要由實證研究來評判<sup>78</sup>。而無論如何，同一物由一人單獨所有，相比於多位陌生人共有，前者的使用收益毋須與他人協商，後者的使用收益必須與他人協商，否則可能吃上官司等等；實在很難想像，共有不會比單獨所有造成更低度的利用。

但是，賀劍教授的其他顧慮，也不無道理(頁 267-269)。奠基在筆者最近的研究上，筆者要修改見解：附合可以先依照民法第 812 條第 1 項，使相關所有權人成為共有人，但因為共有會造成低度利用，法院可以在同一程序中加入「內部拍賣」(internal auction)，再

---

<sup>78</sup> 從共有物分割事件，推斷共有人間協商的交易成本，筆者有作過實證研究，see generally Yun-chien Chang, *Tenancy in "Anticommons"? A Theoretical and Empirical Analysis of Co-Ownership*, 4 J. LEGAL ANALYSIS 515 (2012).



將共有轉化為單獨所有。此種內部拍賣的行政成本甚低，如下所示。

### (一) 內部拍賣

內部拍賣是什麼？怎麼做？在回應胡偉強教授書評<sup>79</sup>時，筆者介紹了諾貝爾經濟學獎得主 Roger B. Myerson 和其共同作者 Mark A. Satterthwaite 的「不可能定理」(Myerson-Satterthwaite Impossibility Theorem)<sup>80</sup>，以及 Peter Cramton, Robert Gibbons & Paul Klemperer<sup>81</sup> 化不可能為可能的內部拍賣解決方案<sup>82</sup>。這一串重要的文獻，要解決的問題是：如何能確保有效率的交易一定可以達成？Cramton, Gibbons & Klemperer 要處理的是合夥解散時，如何清算才有效率。這些看起來不像大問題的小問題，都隱含著納入考量每個相關人士主觀價值的難題。以附合為例，沾上化學物質的家庭相本如果依據市場價值原物分割，則不但原相本所有人的主觀價值被破壞，獲得多數解離相本者可能是化學物質原所有權人，與吾人直觀不合。但如果依據經濟價值（即市場價值加主觀價值）原物分割，法院如何正確得知兩方（尤其是相本原所有權人方）的經濟價值？如果變價分割，出價者若為第三方，只會參照市場行情出低價。出價者若包括相本原所有權人，才會以高經濟價值出價，但也不當然會完全誠實地競標。唯有競標者有誘因要完全誠實出價，才能確保拍賣結果是永遠（在規則個案操作層次）符合帕雷托效率。

內部拍賣就是只有添附當事人參與的拍賣。由於雙方當事人都

---

79 胡偉強，《物權法之經濟分析——所有權》書評：當法律經濟學遇到物權法，收於：李晟編，法律書評（第13輯）（2020年）（即將出版）。

80 See generally Roger B. Myerson & Mark A. Satterthwaite, *Efficient Mechanisms for Bilateral Trading*, 29 J. ECON. THEORY 265 (1983).

81 See generally Peter Cramton et al., *Dissolving a Partnership Efficiently*, 55 ECONOMETRICA 615 (1987).

82 本小節部分內容改寫自張永健（註65）。

有應有部分，任一方都是同時具備買家和賣家的雙重身份，因而與一般拍賣不同。Cramton, Gibbons & Klemperer 的貢獻，是用數學證明：只要共有人有非常相近的應有部分，例如完全均等，就有誘因要在內部拍賣中誠實出價。而雙方都誠實出價，確保了無論誰拿到單獨所有權，必然是較能利用該物之人，提昇配置效益。若沾上化學物質的家庭相本確實對原相本所有權人仍有高經濟價值，但對化學物質原所有權人沒有任何主觀價值，則內部拍賣就會確保原相本所有權人一定會取得單獨所有權<sup>83</sup>。由於本書主張惡意添附不適用添附規則，吾人毋須擔憂化學物質廠商四處亂灑，以求在內部拍賣中獲得補償。

不過，Cramton, Gibbons & Klemperer 的模型，唯有在共有人有非常相近的應有部分時，才能確保效率一定達成。在附合情境，法院要如何決定共有人的應有部分大小？若受限於現實條件，只能使用兩物附合前的市場價值比率<sup>84</sup>，則不一定會符合 Cramton, Gibbons & Klemperer 模型的前提要件。但請注意，不符合要件，不表示一定導致災難，只是表示不會永遠達成效率。

## (二) 混合型分割

在筆者與 Lee Anne Fennell 教授合著之文章中<sup>85</sup>，我們以共有不

---

83 得標者必須補償未得標者。當內部拍賣的兩位參與者各有50%應有部分時，無論使用「最高價拍賣」(first-price auction)、「次高價拍賣」(second-price auction)，或Cramton, Gibbons & Klemperer設計的拍賣，都可以確保有效率交易一定會實現。但顯然三種拍賣方式的所得分配效果不同。重視效率以外之福利者，可以更多著墨在如何選擇拍賣機制。

84 法律規則也可以設計成兩原物所有權人，無論原物市場價值差異多少，一律各得50%應有部分。好處是，Cramton, Gibbons & Klemperer的內部拍賣機制一定可以適用，壞處是在個案中如此不分青紅皂白，往往是所得重分配，此種重分配也不容易用其他價值證立。

85 See generally Yun-chien Chang & Lee Anne Fennell, *Partition and Revelation*, 81 U. CHI. L. REV. 27 (2014).

動產分割為主要事例，受到 Cramton, Gibbons & Klemperer 的啟發，提出一種新的共有物分割方式。共有人的應有部分比例往往差異甚大，所以前述的 Cramton, Gibbons & Klemperer 內部拍賣方案無法適用。我和 Fennell 提出的分割方式，同樣無法確保永遠達成效率，但相較於各國目前只使用市場價值、不使用主觀價值的現行法，應該更能提昇效率。以下先簡述該文的主要論點：

不動產之分別共有人人各異志時，法律通常允許其自願分割。但若共有人無法達成共識，則許多國家容許其中一位分別共有人向法院訴請分割共有物。法院分割共有物的手段，除了典型的原物分割與變價分割外，也有各種混合手段之可能。然而，既有的法經濟分析文獻，僅有分析原物分割與變價分割兩者間的取捨，而忽略了實務上常常使用的混合型分割方式。再者，該文指出，使用新型共有物混合型分割方式（由該文設計，且各國均能輕易實施無礙），不但運用各共有人之私有資訊，減少共有人的策略行為，而且可以運用共有人自願揭露的真實主觀價格，更適切、符合配置效率地分配共有財產。

該文提出的新共有物分割方式，運用賽局理論以誘使當事人揭露自己對系爭共有不動產的真實主觀價值，並以各自的主觀價值，而非傳統作法的客觀市價，決定共有物分割方式，以及決定各自分配到的不動產與價金。

更具體而言，新共有物分割方式包括如下三步驟：第一步，訴請法院分割共有物的共有人，必須表明其偏好之分割方式為變價分割或部分原物分割。所謂「部分」原物分割，意指共有人只能決定自己是否要留下部分共有土地，但無須為其他共有人決定其是否要留下部分共有土地。訴請部分原物分割者，應已擁有應有部分一定期間，與系爭物有一定關係。制度設計上並可要求其繳納保證金，以確保其確實無意在分割後一定期間內轉讓分割所獲之土地。（換言

之，若部分原物分割完就轉讓出售，保證金會被沒收。)

第二步，所有要求實施部分原物分割的共有人，都必須提交下列資訊：1. 在系爭土地的地籍圖上，標出其有超出市價之「主觀價值」之部分。2. 該部分對該共有人之總價值。3. 不動產估價師對其餘部分土地之估價報告。部分共有人可以聯合提交此種資訊，也可以分別提交。若共有人提交之方案彼此不相容，則法院舉行共有物變價分割；而各共有人提交之上述估價（自己的總主觀價值加上估價師的估價），會被自動納入為投標內容。

第三步，依據投標金額高低，決定分割結果。

假設一土地市價為 240 萬元，有三位共有人，應有部分各 1/3，其中兩人投標。第一人對部分土地有 156 萬元經濟價值（市價＋主觀價值），對其餘部分土地沒有主觀價值，而由估價師計算出 150 萬元市場價格。另一人則是對全部土地有 300 萬元經濟價值（市價＋主觀價值）。第三人（未投標）偏好全部變價分割。第一人以  $156 + 150 = 306$  萬元得標。第一人必須拿出  $306 * 2/3 = 204$  萬元和另外兩位共有人分享。由於沒有主觀價值部分的土地會（理想上）以 150 萬元市場價格售出，第一人就必須拿出  $204 - 150 = 54$  萬元現金支付。然而，另外兩位共有人不會實拿 204 萬元。第二人會實拿其出價 300 萬元的 1/3（其應有部分），也就是 100 萬元；其中 75 萬元由變價拍賣的價金中獲取，其中 25 萬元由第一人支付之現金中獲得。第三人則獲得土地原本市價全部變價分割後其能獲得之 1/3 即  $240 * 1/3 = 80$  萬元；其中 75 萬元由變價拍賣的價金中獲取，其中 5 萬元由第一人支付之現金中獲得。第一人繳交之現金扣除支付予另外二人所剩下的  $54 - 25 - 5 = 24$  萬元，則專款專用於日後促進共有物分割之調解。

該文提出之分割方式，即有如下好處。第一，若採典型的變價分割，則原本共有人的主觀價值，會因為拍賣由他人拍定而消失。

在該文見解之下，因為有主觀價值的共有人，無須拿出土地全部的拍賣價格，比較不會因為受到缺乏現金之限制，而無力參與拍賣。第二，若採典型原物分割，仍然可能會流失共有人的主觀價值，因為各共有人只會獲得與自己應有部分相符的一小部分土地，而幾乎不可能由一人獨得。第三，典型的原物分割與變價分割，都沒有考慮到各共有人的主觀價值。法院採用變價分割，則有主觀價值者被犧牲；法院採用原物分割，則沒有主觀價值者完全沒有雨露均霑到其他共有人的主觀價值——換言之，原物分割後，各共有人分到的價值其實不相等。

再換句話，該文共有物分割制度下，共有人提議的分割方案若被法院採用，必須用自己的經濟價值為基準，分享出去。其他提案未獲青睞的共有人，則以自己的經濟價值為基準，獲得分割補償。兩者之差的剩餘，創造出可以減少共有物分割訴訟的基金，以免共有物分割事件排擠到其他更需要法官專業知識處理的案件。

然而，筆者與 Fennell 教授設計的機制，主要是針對共有不動產。應用到高價動產與不動產之附合，或許不會差異太大。但若應用到動產與動產之附合，可以想見很少會有共有人針對部分動產出價，而是選擇變價分割，或針對全部合成物投標其經濟價值。邏輯共通，但實踐上能否運行無礙，筆者目前也還拿不準。

## 捌、結論

藉由本書簡體版出版的契機，筆者小幅修訂了五年前的繁體版書稿。簡體版出版後，有七位師友撰寫書評，從不同角度檢視本書的論證。賀劍教授以紮實的德國法釋義學訓練，結合嫺熟的法經濟學知識，撰寫精妙的書評，除了對各種概念界定「咬定青山不放鬆」，

也對具體問題提出不同看法。與武林高手過招，使筆者對物權法經濟分析方法論的體會，到了新的境界。論語中說，「子路聞過則喜，見善則拜」。按照此種儒家標準，筆者喜不自勝，看到賀劍教授本人，則該千拜萬拜。

賀劍教授的書評，使《物權法之經濟分析——所有權》浴火而重生，重生後是否看出是鳳凰，則要讓讀者諸君評判。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王鵬翔、張永健（2019），論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48卷3期，頁791-871。
- 由然（2020），不只是物權法的經濟分析——評《物權法之經濟分析——所有權》，收於：李晟編，法律書評（第13輯），北京：北京大學出版社。（即將出版）
- 艾佳慧（2020），民事財產法的經濟釋義——《物權法之經濟分析》的解讀與反思，收於：李晟編，法律書評（第13輯），北京：北京大學出版社。（即將出版）
- 吳義龍（2020），信息成本作為約束條件在物權法中的應用——評《物權法之經濟分析——所有權》，收於：李晟編，法律書評（第13輯），北京：北京大學出版社。（即將出版）
- 李茂生（2016），食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒——一個比較法上的省思，法令月刊，67卷10期，頁29-59。
- 李震山（1995），基本權利之衝突，月旦法學教室，1期，頁60-61。
- 邱文聰、張永健（2018），假作真時真亦假——論管制與處罰攙偽假冒食品，收於：李建良編，2015行政管制與行政爭訟——食品安全的法律對策與法治實踐，頁327-402，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 胡偉強（2020），《物權法之經濟分析——所有權》書評：當法律經濟學遇到物權法，收於：李晟編，法律書評（第13輯），北京：北京大學出版社。（即將出版）
- 張五常（2014），經濟解釋（四）：制度的選擇，神州增訂版，北京：中信。
- 張永健（2015），物權法之經濟分析——所有權（第一冊），繁體版，

臺北：元照。

——(2019), 物權法之經濟分析——所有權, 簡體修訂版, 北京: 北京大學出版社。

——(2020), 物權的關係本質——基於德國民法概念體系的檢討, 中外法學, 2020年第3期, 頁720-742。

——(2020), 社科民法釋義學, 臺北: 新學林。

——(2020), 負負得正——對《物權法之經濟分析——所有權》書評之回應, 收於: 李晟編, 法律書評(第13輯), 北京: 北京大學出版社。

——(2020), 農村耕地的產權結構——成員權、三權分置的反思, 南大法學, 1期, 頁81-100。

張永健、吳從周(2019), 逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題, 臺大法學論叢, 48卷4期, 頁1967-2021。

許家馨(2014), 應報即復仇?——當代應報理論及其對死刑之意涵初探, 中研院法學期刊, 15期, 頁207-282。

賀劍(2019), 綠色原則與法經濟學, 中國法學, 2019年第2期, 頁110-127。

——(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。

黃維幸(2016), 法律解釋所為何事? 傳統解釋方法的批判, 月旦法學雜誌, 249期, 頁44-69。

熊秉元(2019), 罪與罰之外: 經濟學家對法學的20個提問, 2版, 臺北: 天下文化。

鄧峰(2019), 鄧峰評《物權法之經濟分析——所有權》中文世界第一本「物權法經濟分析」專論, 中國法律評論, 2019年7月7日, <https://mp.weixin.qq.com/s/ZwggkV3qRTsPS4iVsEYRNQ>。



- 戴昕 (2020), 好摘的桃子、難啃的骨頭——評張永健著《物權法之經濟分析——所有權》, 收於: 李晟編, 法律書評 (第13輯), 北京: 北京大學出版社。
- 戴昕、張永健 (2018), 比例原則還是成本收益分析? ——法學方法的批判性重構, 中外法學, 2018年第6期, 頁1519-1545。
- 謝煜偉 (2014), 重新檢視死刑的應報意義, 中研院法學期刊, 15期, 頁139-206。
- 簡資修 (2011), 物權外部性問題, 中研院法學期刊, 8期, 頁227-257。  
—— (2014), 物權是內部化而不是外部性, 交大法學, 2014年第2期, 頁136-138。  
—— (2020), 契約法律作為預設 (任意) 規定?, 中央研究院法律學研究所個人學術研討會, 中央研究院法律學研究所主辦, 2019年12月24日。
- 顏厥安 (2014), 何謂正義? 一個初步的理論說明, 收於: 社團法人台灣法學會編, 台灣法學新課題 (十), 頁1-23, 臺北: 元照。

## 2. 外文部分

- Adler, Matthew D. 2019. *Measuring Social Welfare: An Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Bebchuk, Lucian Arye. 1984. Litigation and Settlement under Imperfect Information. *The RAND Journal of Economics* 15:404-415.
- Calabresi, Guido. 2016. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Calabresi, Guido, and A. Douglas Melamed. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 85:1089-1128.
- Chang, Yun-chien. 2012. Tenancy in “Anticommons”? A Theoretical and Empirical Analysis of Co-Ownership. *Journal of Legal Analysis* 4:515-553.

- . 2013. *Private Property and Takings Compensation: Theoretical Framework and Empirical Analysis*. Northampton, Mass.: Edward Elgar.
- . 2020. Judges Avoid Ex Post but Not Ex Ante Inefficiency: Theory and Empirical Evidence from Taiwan, Pp.160-178 in *Selection and Decision in Judicial Process around the World: Empirical Inquires*, edited by Yun-chien Chang. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chang, Yun-chien, and Henry E. Smith. 2015. The Numerus Clausus Principle, Property Custom, and the Emergence of New Property Forms. *Iowa Law Review* 100:2275-2308.
- Chang, Yun-chien, and Lee Anne Fennell. 2014. Partition and Revelation. *The University of Chicago Law Review* 81:27-51.
- Cheung, Steven N.S. 1998. The Transaction Costs Paradigm: 1998 Presidential Address Western Economic Association. *Economic Inquiry* 36:514-521.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2012. *Law and Economics*. 6th ed. Boston, MA: Pearson-Addison Wesley.
- Cramton, Peter, Robert Gibbons, and Paul Klemperer. 1987. Dissolving a Partnership Efficiently. *Econometrica* 55:615-632.
- Dana, James D., and Kathryn E. Spier. 1993. Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation. *Journal of Law, Economics, & Organization* 9:349-367.
- Deyneli, Fatih. 2019. Efficiency. Pp. 673-675 in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Alain Marciano and Giovanni Battista Ramello. New York, NY: Springer.
- Fennell, Lee Anne. 2013. The Problem of Resource Access. *Harvard Law Review* 126:1471-1531.

- Fennell, Lee Anne, and Richard H. McAdams. 2016. The Distributive Deficit in Law and Economics. *Minnesota Law Review* 99:1051-1130.
- Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 1994. Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies* 23:667-681.
- . 2000. Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies* 29:821-835.
- . 2002. *Fairness Versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kornhauser, Lewis A. 2003. Preference, Well-Being, and Morality in Social Decisions. *Journal of Legal Studies* 32:303-329.
- . 2017. The Economic Analysis of Law. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>.
- Lewinsohn-Zamir, Daphna. 2006. In Defense of Redistribution Through Private Law. *Minnesota Law Review* 91:326-397.
- Marciano, Alain. 2019. Economic Analysis of Law. Pp. 629-634 in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Alain Marciano and Giovanni Battista Ramello. New York, NY: Springer.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2001. The Property/Contract Interface. *Columbia Law Review* 101:773-852.
- Miceli, Thomas J. 2008. *The Economic Approach to Law*. 2d ed. Redwood City, CA: Stanford University Press.
- Myerson, Roger B., and Mark A. Satterthwaite. 1983. Efficient Mechanisms for Bilateral Trading. *Journal of Economic Theory* 29:265-281.

- Posner, Richard A. 1983. *The Economics of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Priest, George L., and Benjamin Klein. 1984. The Selection of Disputes for Litigation. *The Journal of Legal Studies* 13:1-55.
- Reinganum, Jennifer F., and Louis L. Wilde. 1986. Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *The RAND Journal of Economics* 17:557-566.
- Schlag, Pierre. 2013. Coase Minus the Coase Theorem—Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis. *Iowa Law Review* 99:175-222.
- Shavell, Steven. 2004. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Singh, Ram. 2019. Economic Efficiency. Pp. 637-640 in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Alain Marciano and Giovanni Battista Ramello. New York, NY: Springer.
- Smith, Henry E. 2012. Property as the Law of Things. *Harvard Law Review* 125:1691-1726.
- Spier, Kathryn E. 2007. Litigation. Pp. 259-342 in *Handbook of Law and Economics: Volume 1*, edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell. Amsterdam: Elsevier.
- ter Bogt, Henk J. 2019. Types of Efficiency. Pp. 675-680 in *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Alain Marciano and Giovanni Battista Ramello. New York, NY: Springer.
- Zerbe, Richard O., Jr. 2017. Cost-Benefit Analysis in Legal Decision-Making. Pp. 355-80 in *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, edited by Francesco Parisi. Oxford: Oxford University Press.