特　稿
《中研院法學期刊》第 39 期
頁 45-90（2026 年 9 月）

合約法學*
—— 法之經濟分析

簡資修**

摘 要

目前標準的法律經濟分析，將法律視為政策的工具，一方面，法律不再是法律而失去其規範性；另一方面，其法政策面，是「不斷病因而亂開藥方」之制度空心之「外部性理論」，民主法治喪矣！寇斯作為經濟學人最精確指出此取徑之弊端。後之來者，財產權論者進一步將交易成本一般化，等值制度成本，從而法律有其獨立性，不再是經濟政策的附庸。另一諾貝爾桂冠布坎南更是直接發展出憲政經濟學——基於個人之互蒙其利交易傾向，人們會合意出規則解決紛爭從而又促進了市場交易。法律系統是真實的社會現象，因此以其為探索對象的法教義學是科學的。在實踐面，法院作

＊　投稿日：2026年4月29日〔責任校對：涂景亮〕。
這是筆者2024年7月5日於中央研究院法律學研究所退休演說〈權分體系——法律經濟分析之批判與重構〉的修訂版。1986年初筆者領教育部公費至美國喬治城大學法學院進修，誤打誤撞修了Professor Warren Schwartz的Economic Reasoning and the Law，第一節課就被震撼教育，至今難忘。到圖書館找到當時法律經濟分析代表人物波斯納（Richard Posner）談及Coke法官的artificial reasoning的文章來讀，完全不知所云。如今經過近四十年的跌跌撞撞，筆者要從批判波斯納式也是如今標準的法律經濟分析開始，然後發展出一個適切我國歐陸法學的經濟分析取徑。近二十年前，德國著名競爭法教授Ernst-Joachim Mestmäcker在其退休演講，也是以批評波斯納式法律經濟分析為題：A LEGAL THEORY WITHOUT LAW: POSNER V. HAYEK ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2007)，而如今的法律經濟分析更是席捲全球，即更有加以釐清之必要了。

＊＊ 中央研究院法律學研究所兼任研究員。
穩定網址：https://publication.iias.sinica.edu.tw/83205162.pdf。

為中立的法律適用者，是法治的必要條件；在理論面，將與時俱進的紛雜法律體系化，減低了法治成本，因此增加了法治的存活率。這種法治的合約觀，既是經濟（帕雷托）效率的，也是政治民主的，也是社會接受的。

關鍵詞：合約法學、法律經濟分析、嚇阻、效率、寇斯定理、交易成本、法律體系、法教義學、比較法學、權利定分。

講 綱

壹、前言
貳、合約之法
　一、私法自治
　二、刑事懲罰
　三、行政管制
　四、基本權利
　五、法律之治
參、經濟之學
　一、寇斯定理
　二、憲政經濟
　三、經濟科學
肆、法學方法
　一、法教義學
　二、目的論證
　三、比較法學
伍、法價值論
　一、效率福利
　二、分配正義
陸、結論

壹、前言

法律經濟分析（法經濟學）（law and economics, economic analysis of law, economic approach to law）無疑是現代法學研究的現象。其以數學模型與統計分析之量化工具，顛覆了法律作為規範之研究。惟量化工具畢竟是工具，其使用正當與否，仍須視其欲驗證的理論正確與否，否則就是偽科學了[1]。目前標準的法律經濟分

1 *See* R. H. Coase, *How Should Economists Choose?*, *in* ESSAYS ON ECONOMICS AND ECONOMISTS 15 (1994).

析，將法律視為政策工具，而且其政策本身是「不斷病因而亂開藥方」的外部性理論（externality）[2]，因此作為法律之科學研究，其是失敗的。可幸的是，在經濟學中，相對於這種將人視為強制對象的「工程之學」，另有研究人們如何達成合作的「交易之學」[3]，此始能有助於現代之以民為主的法治（the rule of law）研究了[4]。

本文以下首先展示：合約模型相對於標準法律經濟分析之嚇阻誘因模型，就私法、刑法、行政法、憲法與法律體系等實定法之分析，都比較合理融貫，換言之，比較有解釋力，從而是比較好的科學理論。在此實證基礎下，本文指出，寇斯（Ronald Coase）作為經濟學人，就外部性理論之批判，非常深刻且到位，而張五常進一步將寇斯認為經濟分析不可或缺的交易成本（transaction cost）一般化，從而法律（作為合約安排）的經濟分析，成為可能了；不特此也，另一諾貝爾經濟學獎得主布坎南（James Buchanan）提出憲政經濟學（constitutional economics, constitutional political economy），其主張就是政策應受法律之節制，而非反過來的標準法律經濟分析之論了；又經濟學作為社會科學，其科學性誠如海耶克（F. A. Hayek）與羅賓斯（Lionel Robbins）指出，並不在於其量化，而是在於其就社會現象的解釋力了。本文在下一節「肆、法學方法」，則就法學方法與經濟分析之關係為探討；法教義學被標準法律經濟分析批評為僵化不知變通，這是因為法教義學雖然是法治的基礎，但其一如氧氣對於人的生命非常重要，卻因太過平常，而為人忽視了；又由於法律之抽象性，其須經解釋始能適用，標準法律經濟論者以實效誘因為法律目的，是扭曲了目的論證，因為法律系統是自

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

3 *See* JAMES M. BUCHANAN, *What Should Economists Do?*, *in* 1 THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: THE LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LIBERTY 28 (Liberty Fund 1999).

4 *See, e.g.*, Gillian K. Hadfield, Jens Meierhenrich & Barry R. Weingast, *A Positive Theory of the Rule of Law*, *in* THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE RULE OF LAW 237 (Jens Meierhenrich & Martin Loughlin eds., 2021).

發的複雜系統，此一結果論證，是因果顛倒了；另外，由於資料與算力之增加，使得比較法學可量化研究，但法律之體系性與複雜性，使得此量化研究頗為可疑。再來一節「伍、法價值論」，本文處理法之價值或法所為何來？標準法律經濟分析訴諸於效率或福利，但誠如本文至今展示的，這些僅是高大上之詞，法治根本與之無涉；又分配正義作為政治價值，並無不可，但作為價值之實現，其是要在法治之下為之的。

貳、合約之法

一、私法自治[5]

在現實的世界，資源有限、契約不完滿而意外事故頻發，外部性論者，想當然耳認為這些現象是不好的，因此法律應強力介入改正之。但這是違反了私法自治之原則了。

梅史二氏（Thomas Merrill & Henry Smith）在如今是經典的〈財產法的最適標準化——物權法定原則〉（*Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000)）一文說：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，因此有外部性，而物權法定使之內部化了。但其是虛擬了此一外部性，而且其物權法定的主張也是恣意的。其往後的修正論者，以定義不清楚的社會成本公式，例如加入公示（系統）成本，意圖擴大外部性的範圍，只可說治絲益棼。分析的方向，應該是反過來的。物權是內部化的結果，若其還有外部性，是來自於取代個別訂約的公示（內部化）成本過高，而非其有獨立的外部性。外部性的分析，若要有

5 *See* Tze-Shiou Chien, *Economic Analysis of Private Law in Taiwan: A Return to the Private Autonomy Principle*, 16 ASIAN J.L. & ECON. 87 (2025).

意義，不在於發現某人的行動增加了他人的成本（或損害），這必然到處都是的，否則也不會有經濟問題——競爭稀有資源——而是發現是否有交易障礙，從而減少之，這是內部化。善意保護或不得大於自己處分等原則，促進了交易與避免了侵權，當然減少了外部性。採取先進的登記制度，增加了系統成本，但其減少了交易障礙，則不管其是經由收費或課稅，外部性是減少了而非增加了[6]。

在契約法[7]，基於契約自由原則，其任意規定之目的應在於契約有漏洞時予以填補，但實效之法律經濟分析論者則說，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[8]，或主動臆測契約當事人之合意減少其訂約成本[9]，或為減少訴訟成本去解釋契約[10]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[11]。首先，這種利用法律先發優勢（first-mover

6 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，8期，頁227-257，2011年。

7 參見簡資修，任意規定——自治的任意或任意的預設，中研院法學期刊，28期，頁161-210，2021年。

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

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

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

11 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——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。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【任意】，教育部國語辭典簡編本網站，https://dict.concised.moe.edu.tw/dictView.jsp?ID=36278（最後瀏覽日：2026/07/02）。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，雖然其功效往往被誇大了。

advantage）之策略要成功，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，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，理論本身也許是自洽的，但對於立法者與司法者而言，皆太過複雜，非其可勝任者。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。

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。對於實效之法律經濟分析論者而言，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[12]，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）[13]，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以及未能區分契約解釋與法律解釋之不同[14]，也是任意規定之自治補充性質，未能為人理解導致的。

---

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

13 *Id.*

14 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。

在侵權法，標準法律經濟分析主張：損害賠償責任之課予，在於嚇阻侵害人與受害人去採取其原本不會採取的預防措施[15]。但一者，損害賠償是填補性的而非懲罰性的，顯然理論預設與實定法律不符了[16]。二者，這也是一個不可驗證的理論，從而各種實效分析都可合理化了。按此理論是一完全嚇阻模型，因此其在現實世界之適用，若有意外損害發生，意味了此損害是不可避免的，從而侵害人是「無過錯」而無庸負責，但現實是，應負侵權損害賠償責任的案件，並非少有，甚至相對是多的。執法不力或成本過高等理由，僅是規避之飾詞，因為若是如此，表示法院作為執法者之能力是不足的，其就不足以承擔此執法任務，則侵權法（作為意外事故發生後的損害賠償責任之認定機制）失其存在意義矣[17]！

意外損害賠償責任之定性，要從權利釐定的角度來看。此即侵害行為與受害活動有了衝突，但由於其「意外」性質，因此雙方無法事先就此事後發生之損害為分配約定，則紛爭發生了。鑑於私法自治之互蒙其利原則，就此意外損害發生之均衡即為：當侵害行為所增加的利益（B）等於因之增加的預期損害（PL），B＝PL也。因此當侵害行為所增加的利益（B）小於因之增加的預期損害（PL）時，此即B<PL，則侵害人即須負損害賠償責任，因為其違反B＝PL之「約定」了。此所以意外損害賠償責任是過失責任——行為人應知（這是其約定）能知（認識行為造成損害的能力）而不知。而且這種以化解活動衝突為中心的取徑，反而有內建的機制促進行為人去採取較好的預防措施。在標準的風險預防之嚇阻模型，其雖以引導行為人採取最適預防措施為目標，但諷刺的是，其模型卻得出愈是預防能力弱者，其責任標準愈低，因此人們即無誘因去

15 *See* WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987); STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW (1987).

16 懲罰性賠償是非常例外或須特別立法。

17 參見簡資修，過失責任作為私法自治之原則，收於：經濟推理與法律，4版，頁225-251，2017年。

增進其預防能力，最後，這些論者只好訴諸特別額外因素去自圓其說了。反而在風險分擔之合約模型，預防能力愈弱者，其賠償責任標準愈高，則人們即有誘因去提高其預防能力，因為如此可以擴張其活動範圍、增加其利益了[18]。

二、刑事懲罰

標準的法律經濟分析一以貫之，認為刑罰目的在於減少社會成本，而社會成本係由犯罪純損失與嚇阻犯罪之花費兩部分組成[19]。但這嚴重違反了刑法之本質——犯罪行為與刑罰之確定。按犯罪既然為犯罪，必然意味了犯罪者之所得是少於社會損害，所謂犯罪純損失之說法，是自暴其短了[20]。雖然在損害賠償責任之認定，侵害人的所得是列入計算與受害人的損害為之抵換，但這是因為此損害之發生係意外，而無事先具體契約之風險分配，因此吾人必須模擬互蒙其利之契約條款（此即過失責任）去分配風險；但在刑罰，犯罪行為是被禁止的，此即：犯罪者之犯罪所得一定是小於社會損害的，否則刑罰就是不理性的。至於在嚇阻犯罪之花費上，其刑罰之金錢化與工具化之設準，也使刑罰徹底變質了。刑罰之所以區別於賠償，其理由是：前者係犯罪行為人有意識地去從事過度危險的活動，因此不能僅是賠償了事，而後者則是侵權行為人無意識地逾越了安全活動的範圍，因此不能額外課予刑罰。王澤鑑教授說：「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

18 參見簡資修，不法行為的決定時點——預防科技的不足或安全活動的逾越？，收於：經濟推理與法律，4版，頁289-303，2017年；Tze-Shiou Chien, *Tort Law as Risk Allocation Contract: Some Critical Remarks on the Regulatory Deterrence Model*, 6 Institutiones Administrationis - J. ADMIN. SCI. 71 (2026).

19 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 474 (6th ed. 2016); *See* Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

20 *See* George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. POL. ECON. 526, 527 (1970).

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。[21]」此說不確。在刑法上，不構成過失犯罪，但在民法上構成過失侵權，不是來自於主觀或客觀之不同認定，而是來自主觀（個人）認知之客觀（經驗）認定程度之不同，此即行為危險性之一般認知，過失責任公式B<PL中的P值也！另外，相對於損害賠償法係私人自治補充性質之任意規定，刑法係強行規定，因此其結構是「權力限制型」而非政策導向型，此所以罪刑法定主義是其原則。

標準法律經濟分析秉其法律工具論之立場，視所有的法律責任皆為嚇阻行為之誘因，因此損害賠償責任與刑罰對其而言，是不區分的，從而其必須去說明為何要有刑罰，畢竟刑罰之採用成本，是比較高的——警察之設、較嚴的法院程序與興建監獄等。其給了三個理由[22]：一、非財產損害是無法以金錢填補的；二、損害賠償責任僅保障了「利益」而不及於「權利」；三、有時民事損害賠償責任無法嚇阻侵害行為。但此三理由皆似是而非，以下依序檢討之。

就第一個理由，一方面，非財產之損害，是有慰撫金之賠償的，甚至可有懲罰性賠償[23]；另一方面，財產犯罪所在多有（如果不是比較多的話），則此理由即不充足了。第二個理由是說，損害賠償僅填補了「直接受害」，其無法填補權利作為權利之不可侵奪性。但若是如此，一者，刑罰自始與損害賠償在功能上就是不同的，二者，財產犯罪是不處罰過失犯的，雖然其權利也受到侵奪了。第三個理由是損害賠償之求償率往往非百分之百，因此僅是損

21 王澤鑑，侵權行為法，頁307，2011年。

22 COOTER & ULEN, *supra* note 19, at 460-63.

23 主流法律經濟分析既然不區分損害賠償責任與刑罰之不同，因此損害賠償之功能不在於損害填補，而是在嚇阻，從而其賠償之懲罰性是無限制的。

害填補之賠償是無法嚇阻侵害行為的[24]。這樣推理的問題是，一、如同第一個理由之問題，懲罰性賠償可以解決啊；二、如同第二個理由，財產犯罪是不處罰過失犯的，其理由何在？總之，這三個理由只有立於「損害賠償與刑罰都在行為嚇阻」之立場，才有作為合理化之意義，但在損害賠償與刑罰是不同的一般認知下，此理由根本是無意義的——這個問題根本不是個問題，為何要給理由？

嚇阻論的更嚴重問題是，其所謂「理性犯罪」之計算，根本解釋不了現代刑法之核心特徵——何種行為才是犯罪以及其各自相應的不同刑度。在「理性犯罪」模型，其主要假設是，刑度與犯罪人所得（功用增加）是正相關的，否則即無所謂行為嚇阻可言[25]。這在特定的財產犯罪內，例如竊盜或侵占，或許是如此，但在不同罪名間，就不是如此。例如搶奪罪（刑法第325條第1項）之刑度比竊盜罪（刑法第320條第1項）高，但其犯罪所得（功用增加）一定比較高嗎？又例如殺人罪（刑法第271條第1項）的刑度比傷害罪（刑法第277條第1項）高，殺人犯的所得（功用增加）一定高於傷害犯？事實是，犯罪的危害程度而非犯罪人的所得（功用）才是刑罰的設準，則以嚇阻理論去計算刑罰的社會成本，根本是偏題了[26]。例如計算犯罪人的期望犯罪成本時，認為刑度可以與逮捕機率（此即偵查費用）為抵換，但法律上，刑度是法定不可變的。又例如有人主張監獄要花錢，不如採取金錢刑，則不但社會成本極小化，而且由負轉正成社會利益，但如此一來，刑罰失去其意義，而法律秩序也不存在了。

---

24 例如A偷了價值1,000元的電視，而其被逮捕的機率是50%，若其一旦被捕只賠償1,000元，則其仍會去偷的。*See* COOTER & ULEN, *supra* note 19, at 462.

25 *See* COOTER & ULEN, *supra* note 19, at 463-67.

26 即使在探討刑罰嚇阻論之不足之文，此一最基本缺陷，仍未被指出。*See* Alex Raskolnikov, *Criminal Deterrence: A Review of the Missing Literature*, 28 SUP. CT. ECON. REV. 1 (2020).

準此，基於法律體系之一致性，侵權法之過失責任既為意外風險之合意分擔，而非行為的懲罰（此即嚇阻），則刑法是不應處罰「過失犯」，而只能懲罰「故意犯」。一方面，我國刑法即無處罰財產犯罪之過失犯；另一方面，刑罰的正當性基礎在於應報，預防效果若有，也僅是附帶的。而應報之基礎是，法律對於自由人之自我否定之否定[27]，此即刑罰之課予是人們事前就法秩序之維持而合意出就破壞者之懲罰[28]。

三、行政管制

行政管制是外部性理論的標準法律介入市場失靈之改正，但一者，政府的動機，並非都是公共利益的；二者，政府的資訊，並非都是完滿的；三者，放手市場，可能更具效率，則行政管制之合理性，是須要受到檢視的。更重要的是，行政管制之強取性質，是不同於私法自治，其因此可能侵害了個人權益，從而須受法律約束。

卡梅二氏（Guido Calabresi & A. Douglas Melamed）將法律規定依據其與交易之關係，分為：財產規則（property rules）、補償規則（liability rules）與禁易規則（inalienability）等三類[29]。財產規則指，只有經過權利人同意後，始能取得系爭權利之法律規定。補償規則指，只要付出第三人訂出的價錢，就可以不經權利人同意取得系爭權利之法律規定。禁易規則指，即使權利人同意，也無法取得系爭權利。從法律經濟分析論者往往是市場論者之觀點言，卡梅二氏的確點出了其盲點——法律規定不都是促進市場交易的財產規

27 參見廖宜寧，應報作為刑罰的正當性基礎，政大法學評論，180期，頁121-210，2025年。

28 *See* 7 JAMES M. BUCHANAN, THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: THE LIMITS OF LIBERTY: BETWEEN ANARCHY AND LEVIATHAN 136-85 (Liberty Fund 2000) (1975).

29 *See* Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

則，強取的補償規則與不得交易的禁易規則，也是所在多有。但卡梅二氏並未去分析這些不同規則之結構有何不同，而是以政策目的，例如效率、分配或其他正義，去檢驗這些規則的工具性。如此一來，法律作為規範體系被法律作為政策工具取代了[30]。

例如卡梅二氏以高低交易成本之回應去區分補償規則與財產規則之存在，因此將私法的意外損害賠償與公法的公共徵收同視為補償規則。但兩者面對的高交易成本性質上是不同的。意外損害賠償是單純的訊息問題，而公共徵收則是搭便車或策略行為等真正交易問題，是公共選擇問題[31]。在意外損害賠償，吾人可以直接模擬出互蒙其利的風險分擔，此即過失責任；但在公共徵收，不能直接得出強取，而是要模擬出互蒙其利的操作程序與補償。此所以「受害人不能主張停止侵害而僅能主張補償」之規則4在私法，非常罕見，*Spur*案是空前絕後之孤例了[32]。另外，在「巨災」之損害賠償額度限制，須要特別立法，例如我國的核子損害賠償法、航空客貨損害賠償（辦）法等，不能任由法院定之。又，依據民法第793條之規定，那些侵害輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，是不負損害賠償責任的。即使那些應由法院裁量補償額度之「補償規則」之規定，例如民法第787條之強制袋地通行權，多也僅涉及為數不多的人，而且有市價之參考。

---

30 此所以卡梅二氏不說其是分析right（權利）而是分兩階段：entitlement（應配分）與其保護方式：財產規則、補償規則與禁易規則。但實務上，這是不可分的。首先，禁易規則既然禁止交易，則應配分誰屬之決定即與保護方式合一了。二者，所謂right（權利）從來也不是絕對的，而是脈絡的，權利定分——人間訴訟解決，必然有一方輸了。

31 *See* 3 JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (Liberty Fund 1999) (1962).

32 *See* Guido Calabresi, *Neologisms Revisited*, 64 MD. L. REV. 736, 736-37 (2005)；張永健，〈出賣環境權〉與管制理論：向卡梅框架道別，收於：張文貞、林春元編，行政法與管制理論：葉俊榮教授的學術對話，頁381-405，2025年。

四、基本權利[33]

我國憲法法庭往往以比例原則審查法律是否侵害人民之自由基本權，法律經濟分析論者張永健說，此實踐的比例原則是殘缺的成本效益分析，因此其主張應回歸完整的成本效益分析[34]。但實踐的比例原則之所以缺陷，不在於其不夠成本效益分析，而是在於其挑錯法律目的並實質再審法律之利益衡量與價值判斷。權力分立之憲法原則以及法院本身之能力限制，都使得成本效益分析，不得作為違憲審查的標準。以下以司法院釋字第791號為例，說明之。

在本號解釋，大法官以「通姦罪與相姦罪，侵害了人民的性自主權並且造成了性別不平等，而其保障婚姻制度與維續婚姻之功能已幾不存在」為由，宣告其違憲而立即失效。首先，大法官並未實證說明，其先例司法院釋字第554號當年的社會文化環境與本號解釋時有何差異[35]，從而必須推翻之。不特此也，觀諸各國的通姦除罪，幾乎全部由國會立法決定之，在我國民意多數反對除罪之下，大法官的立場，更是堪虞了。

次之，大法官就通姦罪之成本效益分析式之比例原則審查，是違反法律體系思維的，從而違反法治了。按婚姻之功能不彰，文化因素，應該才是其主因，則大法官以之去計算通姦罪之實效，當然得出甚少或無，然後在刑罰之執行一定有成本之下，自然是成本大於效益，而違憲了。其實，刑罰之目的，絕對不在於其實效，一者，此實效之計算，若非不可能，就是曠日廢時，絕對不是法院能置喙者；二者，刑罰的目的，在於應報——故意毀約者之懲罰。按守法作為公共財，若無處罰違約者，法律秩序不存矣。

---

33 參見簡資修，婚姻，兒戲乎？——司法院釋字第791號解釋評釋，月旦裁判時報，104期，頁67-73，2021年；簡資修，法律實效作為違憲審查標準？——再論司法院釋字第791號解釋，台灣法律人，46期，頁149-167，2026年。

34 張永健，社科民法釋義學，頁113-160，2020年。

35 從民意調查來看，差異似乎不大。

比例原則之適用，應回歸法律是否被平等適用之審查。就通姦入罪，通姦配偶故意毀婚姻（性獨占是其重要約款），而相姦人故意侵害他人性獨占權，並不違反刑罰基本原則，因此其有適當性。次之，民事之損害賠償，是損害填補，本質上，不是懲罰，因此其存在並不意味刑罰之不必要。最後，相姦人可為同居、一夜情或甚至買春[36]，因此其性自主所受到的限制，是微乎其微，也符合（狹義）比例原則。

司法院釋字第584號，又是一個以法律實效為違憲審查的標準之例，只是其結果與司法院釋字第791號不同。在本號解釋，大法官以這些犯罪人累再犯率高以及其他較小限制而有效管理措施之不存在，宣告88年4月21日修正公布之道路交通管理處罰條例第37條第1項規定：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」之規定，符合比例原則而不違憲。的確，累再犯率高低與乘客安全之因果關係與是否存在限制較小而有效管理措施，是可爭執的，但與其淪於數字之各說各話，也許應該問，這些犯罪人是否因為不能開計程車就無法存活了？如此才可避免司法權與立法權之矛盾衝突，而且補遺保障了個人的基本權利。

五、法律之治

「法律只是紙上的墨水而已，如果其不為人們相信。」又據說：「建立法律之治，最初的五百年是最困難的。[37]」按在眾多紛爭解決方式競爭下，例如暴力、財力、權力[38]、道德（社會規範）

36 如果將相姦人視為潛在婚姻者，此相姦人之特殊性，甚至不存在。

37 *See* KAUSHIK BASU, THE REPUBLIC OF BELIEFS: A NEW APPROACH TO LAW AND ECONOMICS 5 (2018).

38 *See* DOUGLASS C. NORTH, JOHN JOSEPH WALLIS & BARRY R. WEINGAST, VIOLENCE AND SOCIAL ORDERS (2009).

或科技[39]等，為何人們選擇了以法院為中心的法律之治？總結至今的經驗，其條件為：（一）獨立公正的法院（二）為即時（融貫法律體系之操作）（三）有效（同案同判，不同案不同判）的裁決。

在標準法律經濟分析，一方面，在理論上法律作為交易失靈之改正時，將法院視為萬能，另一方面，在實證上為裁判之評價時，法院是自私的。簡言之，法院作為法治之核心——司法者——被漠視了。例如其認為司法程序單純在於減少（訴訟）執行成本與錯誤成本之社會成本[40]。但問題是，其執行成本之設定，並無定錨，因此在和解與審判的結果係一致的強假設下，認定和解的執行成本比較低，從而以促成和解與否去評價訴訟法律規定，毋寧是打擊錯誤了。而其錯誤成本是與（訴訟）執行成本分離而與完美裁判掛鉤，則是實體法與程序法不分了。

上述的私法自治、刑事懲罰、行政管制與基本人權的法律規定，一方面，其皆是針對解決特定紛爭之合約安排，因此確保了人民之接受；另一方面，其分工是清楚的而且形成了「複雜系統」[41]，使得整個法律系統的操作成本——立法、司法、執法與習法等成本——是最小的，從而在紛爭解決場域存活了（參見本文「參、一、寇斯定理」中之張五常部分）。

參、經濟之學

庫特與尤倫（Robert Cooter & Thomas Ulen）在其被廣為採用

39 *See* LAWRENCE LESSIG, CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999).
40 *See* COOTER & ULEN, *supra* note 19, at 384-86.
41 *See* MELANIE MITCHELL, COMPLEXITY: A GUIDED TOUR (2009); Henry E. Smith, *Systems Theory: Emergent Private Law*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW 143 (Andrew S. Gold et al. eds., 2020).

的法律與經濟學教科書開宗明義說：「對於經濟學家而言，制裁有如價格。人們對於變貴的物品的反應，是減少其消費，則人們對於法律制裁變重的反應，也應推定其會減少從事違法的活動。經濟學有數學上精確的理論（價格理論與賽局理論）以及健全的經驗方法（統計與計量經濟），可以去分析法律作為隱含價格對於行為的影響[42]。」這是非常不恰當的比附援引了。一方面，法律不都是制裁，即使在制裁，例如行政處罰或刑事懲罰，其法律核心也是在於避免濫權或過當，而非制裁之有效性。另一方面，價格是自由市場互動形成的，而法律制裁是由上而下之強制，兩者顯然不同，怎可類推適用呢？再者，鑑於交易標的之多樣性，價格僅是合約條款之一，其理論因此並非經濟理論之全部；最後，市場價格往往決定於法律規定，而非反向為之。因此此一「法律作為隱含價格」論，其實是假借數學與統計之科學工具，偷渡了「不斷病因，亂開藥方」的「外部性」經濟政策理論至規範性的法律之治了。

一、寇斯定理

寇斯是對外部性理論提出最廣泛也最深刻批判的經濟學人[43]。但弔詭的是，其思維被定理化為「寇斯定理」，外部性理論反而借之還魂了。按「寇斯定理」是說：權利不管誰屬，在無交易成本下，資源配置都會是有效率的。標準的法律經濟分析論者，以現實世界處處充滿交易成本，則寇斯定理不適用，外部性處處有之，因此有法律強制介入改正之必要。這是犯了否定前件之邏輯謬誤（the fallacy of denying the antecedent）了。此所以標準法律經濟分析之謬誤，如本文上節展示的：以嚇阻模型分析損害賠償責任、以物權外部性分析物權種類、以管制誘因解釋契約法之任意規定、不

42 COOTER & ULEN, *supra* note 19, at 3.

43 *See* R. H. COASE, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW (1988)；簡資修，寇斯的《廠商、市場與法律》：一個法律人的觀點，臺大法學論叢，26卷2期，頁229-246，1997年。

分損害賠償、行政管制與刑事懲罰而皆以行為誘因視之、與法律之實效作為違憲審查的標準。

其實，寇斯定理之無交易成本之假設，是被定理化後，才成為「條件」，其（不）存在實為其說明「權利釐定」之重要，免生枝節。寇斯定理所從出的〈社會成本問題〉（*The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960)）一文，是寇斯為其在前文〈聯邦通訊委員會〉（*The Federal Communications Commission*, 2 J.L. & ECON. 1 (1959)）主張的「權利釐定是市場交易的前提要件」戰勝群雄後之總結。寇斯作為經濟學人，一方面是要提醒以研究市場為己任的經濟學人，若其不重視「權利釐定」，其研究會有偏差的；另一方面，寇斯指出「損害的雙面性」（此即稀缺性），因此經濟學人所謂的外部性（私人成本與社會成本分離），往往是不存在的。

寇斯又說，政府是「超級廠商」（super firm），基於其由上而下的指揮能力，可以更有效代替市場，但有一好無兩好，政府有訊息不足與權力濫用之問題，因此也有邊界——邊際政府交易成本等於邊際市場交易成本之時[44]。不過，張五常認為：此一「廠商v.市場」之交易成本兩分法，不夠精確，因為廠商與市場都有不同的合約型態，例如在土地之使用，僱傭、租賃與分成等都存在，去為廠商與市場之區分，實無助於解釋合約之選擇。

張五常提出「履行定律」——人們會選取一個可以量度的變項作價，雖然其非合約的真正交易標的，但由於其可量度，監管成本小，債務人就傾向履行，此所以時間工資替代了件工計價[45]。其法律上的意義為：法律規定之所以成文化，是其監管成本小，而有助於人們履約守法。

---

44 Coase, *supra* note 2, at 17-18.

45 张五常，经济解释卷4：制度的选择，增订版，页173-199，2019年。

他又提出一個「四二均衡定律」[46]。第一個均衡是：分工合作所帶來的增產利益，邊際上要與交易成本邊際上升相等；第二個均衡是，同樣的產出貢獻，合約選擇的均衡是不同合約的交易成本邊際上相等。張五常主張制度係減少租值消散的合約安排，則法律（權利釐定）即是解決紛爭——減少你爭我鬥之租值消散——的合約安排。紛爭可存於私人之間，也可以存於國家與人民之間，其租值消散有所不同，因此其合約選擇（法律）也會有所不同。標準法律經濟分析以（市場失靈）外部性理論為基礎，不區分民事、行政與刑事責任，將法律皆以制裁視之，即是忽視了法律之合約選擇本質。

例如，在意外損害之分配上，雖然意外定義上就是事故當事人無法事先訂約去分配責任，但私法之回應，不應是管制嚇阻而應是風險分擔。一者，損害賠償是於事故發生後始發生的，則此意味了若非管制嚇阻之不靈就是管制嚇阻之殘餘，其手段與目的即不合，從而毫無生產利益可言；反觀之，風險分擔模型是基於人與人交往之頻繁，不可避免產生意外事故，因此事先合意訂出互蒙其利的風險分擔規則，此即過錯責任，是真正解決了意外風險分擔問題。二者，管制嚇阻破壞了私法體系，因此其交易成本上升了；反觀之，風險分擔模型是支撐私人自治的任意規定而非取代的強行規定或預設規定，因此其交易成本是甚低的。在契約法，同樣基於私法自治原則，任意規定較諸預設規定，其交易成本比較低而且其增益比較多。在物權法，物權外部性模型較諸合約模型，也是交易成本高而增益低。在刑罰，其是履約擔保，從而增加合約成立之可能性，減少交易成本也。在行政管制，政府權力之限制，是授權合約的必要內容，也是減少了交易成本。在基本權利，法律作為抽象規則，操作後難免有遺珠之憾，因此補遺的基本權利規定，可視為法治合約的一部分。

---

46 张五常，注45，页220。

另外，目前在資料取得較易以及統計分析能力較強下，實證法律作為隱含價格對於行為的影響，已是法律經濟分析的標準。但寇斯說：「理論不是如飛機或巴士的時刻表。預測精準與否，並非吾人唯一的關心；理論也要提供吾人思考的基礎。[47]」。寇斯說，在經濟學界的經驗上，此即1930年代的海耶克的"Prices and Production"、凱恩斯革命（Keynesian revolution）以及Edward Chamberlin的"Theory of Monopolistic Competition"和Joan Robinson的"Economics of Imperfect Competition"之被經濟學界快速接受，並不是來自於這些理論精準預測了經濟現象，而是當時根本無理論可言，因此這些理論就被接受了。寇斯解釋說，要做這些計量實證，必須先相信了這些理論，始能為之，但如此一來，理論之被接受是先於被計量驗證為真了。寇斯又以其任「法律與經濟學報」（Journal of Law and Economics）編輯的經驗說，很多的計量實證研究，都僅是在測量已有理論之效果而非理論本身有效否；有些研究，則多數是證實了理論，而即使不是那麼具有顯著性，其結論也會說這理論基本上是對的，甚至在結果與理論不合，其也不會直接否認該理論而是說要更加強研究。寇斯說：「如果對資料刑求夠的話，自然也會招供的。[48]」寇斯又引用孔恩（Thomas Kuhn）的話說：「在科學實踐上，理論之真正驗證，往往在於兩個理論與世界間之比較，而非單一理論與世界間之比較。[49]」

寇斯的上述質疑，在因果推論之新科學下[50]，可進一步獲得證實。如下的因果圖形顯示了受規範人之行為誘因，不僅是系爭法律規定而已，因此以行為數據去評估系爭法律規定之有效與否，是不科學的。

---

47 Coase, *supra* note 1, at 16.
48 Coase, *supra* note 1, at 27.
49 Coase, *supra* note 1, at 27-28.
50 *See* JUDEA PEARL & DANA MACKENZIE, THE BOOK OF WHY: THE NEW SCIENCE OF CAUSE AND EFFECT (2018)；王一奇，獅頭人身、毒蘋果與變化球：因果大革命，2021年。

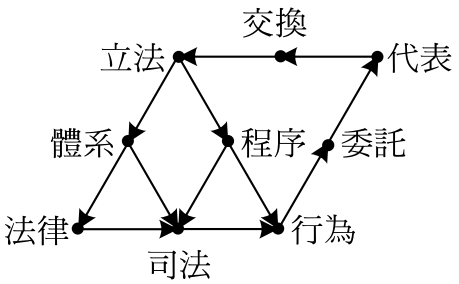


圖1 法治因果圖

資料來源：作者自繪。

在此因果圖形中，系爭法律規定是要透過法院才能影響行為，而司法強度除了涉及法院之獨立與能力外，其也受到系爭法律規定之體系化程度影響，例如填補性或懲罰性賠償；再而，系爭法律規定之立法過程是否合法，也會影響人民守法與否。總而言之，觀察到的人民行為，其造成原因甚多，因此以此去評估法律規定本身之有效否，是誤相關性為因果性了。

二、憲政經濟

另一位諾貝爾獎得主（1986年）布坎南更是直指核心，主張經濟學之研究對象，是人們如何經過合約創設出法規範，去解決紛爭，促進交易，從而繁榮興盛：憲政經濟學[51]，是也。

對於布坎南而言，所謂「市場失靈」或「外部性理論」，這種將法律視為政策工具之說法，是因果顛倒了——反而是，政策必須是在法律約束下為之[52]。之所以如此，是社會係由自由人構成的，

51 *See* JAMES M. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, *in* 16 THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: CHOICE, CONTRACT, AND CONSTITUTIONS 3-14 (Liberty Fund 2001).

52 *See* James M. Buchanan, *Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy*, 2 J.L. & ECON. 124 (1959).

因此其構成制度（「憲法」）即須由自由人合意而來[53]。他論證了在霍布斯（Thomas Hobbes）的叢林世界中，人們基於避免無止境的「軍備競賽」會「自然」停戰，訂立裁軍協議，然後互相承認對方享有其自然稟賦與占有物資的權利，因此再有進一步的市場交易[54]。這時國家扮演的角色是確保權利不受侵害之「保護性國家」（protective state），以法院為其代表。另外，隨著社會複雜化，「公共財」（public provisions）之需求也增加了，這時國家就必須扮演生產性的角色（productive state），但提供的範圍與財政，在自由人社會，仍是要經由眾人合意得出的。但基於「搭便車」之因素，多人之全體一致決，甚為困難，非一致決的決定標準乃有必要。不過，這種非一致決的決定標準，若無更「高」一層的「憲法限制」，例如與稅則之掛勾，會導致（基本）權利之名存實亡[55]。

布坎南在波斯納（Richard Posner）1973年初版其學科奠基性的《法律的經濟分析》（ECONOMIC ANALYSIS OF LAW）之書後隔年，即發表其書評"*Good Economics—Bad Law*"[56]，直接指出法官不為法律之適用而為政策考量之不當。他甚至指出法官造神之心態：「執法代理人擴大其職權而侵犯到原本應屬於憲法後合約國家者（譯者注，此即議會），將使得個別公民更加疏離於政府……如果執法者（法院）是唯一可以決定特定協議（例如預算案）合憲與否，而且此裁決是不可挑戰，則執法者不會嚴肅去區分『合憲性』（constitutionality）與『公共善』（public good），而後者又是其私見偷渡了。（如果他人視他為神，他也會以為自己是神。）當法哲學者或政治哲學者不能區分這兩類標準之絕對不同時，更是如此。[57]」

---

53 BUCHANAN, *supra* note 28.
54 BUCHANAN, *supra* note 28, at 69-95.
55 BUCHANAN, *supra* note 28, at 46-68.
56 *See* James M. Buchanan, *Good Economics—Bad Law*, 60 VA. L. REV. 483 (1974).
57 BUCHANAN, *supra* note 28, at 134.

三、經濟科學

波斯納曾為文批判奧地利經濟學的代表人物海耶克的法理論過於「形式主義」（formalistic）不夠「實用主義」（pragmatic），反而不如凱爾森（Hans Kelsen）的純粹法學，可以接納其一手締造的「法律經濟學」[58]。但誠如麥斯麥克（Ernst-Joachim Mestmäcker）指出，波斯納的法理論是一個「沒有法律的法理論」[59]，則此一「不夠手段目的工具性」之批評，即不奇怪，畢竟法律不是政策——前者是抽象規定，而後者是具體預測，因此前者之驗證必然是形式的，而後者之驗證才是手段目的之實效。

海耶克主張「社會科學」之經驗性是不同於自然科學的[60]。自然科學之觀察對象——物質——「就在那裡」，因此其客觀描述可不涉及人之主觀心智，但社會事實則是人們怎麼想它們的。寇斯也曾批評經濟學家，對於生產要素之計算，多以物理單位為之，例如多少人或多少面積，而忽略了其「權利範圍」[61]，例如工時或使用限制，使得其社會福利之計算，是不正確的。在現代社會，人們是不會混淆法律和政策的，因此以實效去評估法律，即非科學了。

海耶克又指出，建構經濟模型，必須清楚說出訊息如何取得以及如何溝通，畢竟經濟學之研究對象是人之社會行動[62]。例如在標準的侵權法經濟分析，法律經濟學人以工廠的投入產出之生產函數去算出責任標準[63]，就是忽略了此一訊息面向，從而解釋力甚為薄

58 RICHARD A. POSNER, *Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics, and Democracy*, *in* LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 250 (2003).

59 *See* ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, A LEGAL THEORY WITHOUT LAW: POSNER V. HAYEK ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2007).

60 F. A. HAYEK, INDIVIDUALISM AND ECONOMIC ORDER 57-76 (1948).

61 Coase, *supra* note 2, at 43-44.。

62 HAYEK, *supra* note 60, at 33-56.

63 *See* John Prather Brown, *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 323 (1973).

弱。按「工廠」生產函數，意味了生產要素之投入多寡是由「廠長」決定的，而非生產要素間「溝通」出來的。雖然意外事故之發生，是由於侵害人訊息認知有誤（否則就是故意了），因此「市場失靈」，但這不能立即導出過失責任標準，應由法官依據侵害人與受害人之預防能力去算出來。這是外部性理論之思維了。意外事故之發生，不是因為侵害人之預防能力不達標，而是其超乎了其預防能力之行為——預防能力愈強，其可容忍行為愈廣，而非標準經濟分析得出的愈窄。在開車之例，能力愈弱者，例如近視或年老，其可容許的車速愈低，而非愈高。侵權法是「損害填補」之法，因此其是私人間就意外風險之分擔而非管制或懲罰之法。其責任標準為侵害人若不為系爭行為，社會因之所失利益（B）等於可減少的預期損害（PL），這是意外風險分擔之均衡。因此若B<PL，侵害人即須負損害賠償責任。此一過失責任標準之認知，對於侵害人而言，是理所當然的——當侵害可能性愈高（P）或額度愈高（L），其愈是認知可能。反觀在標準的管制嚇阻模型，此一標準是由外部第三者（法院）決定的，人民既無從事前得知，而且其標準也是錯誤的——因為其以絕對的預防能力而非行為價值衝突為認定基點。

外部性理論，一者，將社會上之「衝突」，皆視為「叢林世界」，有待法律介入；二者，法律作為強制或誘導工具。海耶克指出，這是原始的部落思維——人間制度是人（早期是虛擬的人格化神）刻意設計出來的；「開放社會」（open society）或「偉大社會」（great society）則是建立在人們遵守非其刻意設計出來的規則之上的[64]。海耶克從市場經濟秩序獲得啟發。在市場交易，以價格為中介，人們之私知，充分被利用了[65]。同樣地，面對環境（包括自然界與其他人），人們的訊息是有限的，其遵守成規，長期上是最好的策略。

64 F. A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY 9-136 (2013).
65 HAYEK, *supra* note 60, at 77-91.

再以過失責任為例。隨著工商社會之發展，人們互動增加，意外衝突也隨之增加，而此非物權侵害——此即故意侵權——可解決者，過失責任因此出現了。其法律效果為損害填補，所以不具懲罰嚇阻功能，但標準法律經濟分析，僅以造成損害，就以懲罰視之，然後去計算嚇阻標準，完全是劃錯重點了。過失責任若以此懲罰嚇阻功能去操作，則其救濟不再是損害填補，而是懲罰性賠償，如此一來，必然引來與行政管制和刑罰無盡的糾纏[66]。

羅賓斯又是另一位堅強的「經濟學作為科學」論者，其主張經濟學的研究標的是「人在**既定目的**下如何選擇（分配）有多用途的手段」之形式，因此一方面，經濟分析不僅限於「物質活動」（一般人的經濟想像），另一方面，經濟學人對於目的之選擇是沒有專家發言權的[67]。例如他指出，邊際功用遞減定律（the Law of Marginal Diminishing Utility），是不能作為財富重分配的理由。一者，此定律是內在於個人的，是無法在個人間做比較的；二者，即使某些政策真能增加所謂的「社會功用」（social utility），但事實不能導出規範，「社會義務」（social obligation）並不隨之發生[68]。他又指出，競爭均衡只是競爭均衡——在某些條件下，需求被比較好的滿足，並不表示這些條件是社會想要的。這不但是非邏輯必然，而且在「公共財」之提供上，此個人競爭模型根本不適用[69]。他因此說，目的沒有「經濟」與否（economical or uneconomical）；所謂不經濟，是指在給定目的下，支出了不必要的費用[70]。準此，標準法律經濟分析，將「規範性的法律」以政策的工具性分析之，是偷渡變換目的以實其工具性之計算，偽經濟科學也。

---

66 *See* Scott Baker, *Reflections on Translating Law and Economic Models for Lawyers and Law Professors*, 16 ASIAN J.L. & ECON. 169 (2025).

67 *See* LIONEL ROBBINS, AN ESSAY ON THE NATURE AND SIGNIFICANCE OF ECONOMIC SCIENCE (reprt. 1945) (1932).

68 *Id.* at 136-43.

69 *Id.* at 143-45.

70 *Id.* at 145-46.

按現代法治或法律之治（rule of law）不同於「法制」（rule by law），其經濟分析，因此依據羅賓斯的定義，其目的係權利定分——法律係止爭之合約安排；則獨立公正的法院，依據（作為合約安排的）法律而有體系（分工）為裁決，是其手段矣。法治的一個核心價值（目的）是限制權力，權力分立因此是其內容[71]。私法自治、罪刑法定、公法委託與後設憲法等，是其展現也。反觀之，標準的法律經濟分析，以法律為政策之最小成本手段，有如羅賓斯指出的有效率的大量生產，面對不存在的需求（法治之目的不在於極大化物質生產），只是浪費而已[72]。

最後，依據「最佳解釋推論」（the inference to the best explanation，簡稱IBE[73]），本文主張的「合約模型」比起標準的「實效模型」，廣度（consilience）更廣，因為前者解釋了法律之規範本質，而且少訴諸特殊條件而比較簡潔（simplicity），然後又是實定法內之類推（analogy），因此是比較「科學的」（scientific）。

肆、法學方法

一、法教義學

現代法律經濟分析的開創者波斯納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

71 這很像分工之起源來自於市場之擴大。*Id.* at 50.

72 *Id.* at 49-51.

73 *See* Paul R. Thagard, *The Best Explanation: Criteria for Theory Choice*, 75 J. PHIL. 76 (1978); BRIAN LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE: ESSAYS ON AMERICAN LEGAL REALISM AND NATURALISM IN LEGAL PHILOSOPHY 204 (2007).

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。[74]」但誠如法律經濟分析的先行者霍姆斯（Oliver W. Holmes, Jr.）[75]指出，法學的任務是將雜亂無章的判決先例體系化[76]。他將判決先例稱為「法諭」（oracles of law）說：「最重要而且可能也是法律思想可以稱為新之所在，是使這些法諭更精確，並將之一般體系化。[77]」他接著說：「將過去判決先例提煉出一般命題，寫於教科書或制定成法律，則這些法諭就會易於記憶與理解。[78]」又說：「經過一般體系化的法諭，其數目就不會很大。人們在合理時間內就可以掌握這些有限的法教義。[79]」因此法教義學不僅是零散的個別規則之適用，而是融貫的法律體系之構建。

法教義學分為兩部分：法律適用（而非創造）與法律體系化[80]，這被標準法律經濟分析視為過度「形式化」（formalistic），未為結

74 RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, at xxi (9th ed. 2014).

75 霍姆斯在法經濟分析初起的1960年代前之逾半世紀即說"For the rational study of law, the black-letter man may be the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics." Oliver W. Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897).

76 霍姆斯往往被誤解為法律現實主義者（此即法無定法，法官個人行為而已）或法律實證主義者（此即法律完全不涉及價值），*See* FREDERIC R. KELLOGG, OLIVER WENDELL HOLMES JR. AND LEGAL LOGIC (2018).

77 Holmes, *supra* note 75, at 457-58.

78 Holmes, *supra* note 75, at 458.

79 *Id*.

80 Aulis Aarnio, *Is Legal Science a Social Science?*, *in* PRESCRIPTIVE FORMALITY AND NORMATIVE RATIONALITY IN MODERN LEGAL SYSTEMS: FESTSCHRIFT FOR ROBERT S. SUMMERS 3, 3-17 (Werner Krawietz, Neil MacCormick & Georg Henrik von Wright eds., 1994).

果考量，因此沒有經濟效率或社會福利極大化。惟誠如桑默斯（Robert Summers）指出，在法律系統中，形式性與功能性是不可分的[81]——規範上之理性係來自於規定之形式性[82]。在法律之治，法院之功能在於法律適用而非創造，是人們信任法院的先決條件，而法律體系化則是減少了司法、立法、執法與習法等成本，從而法律之治才可在紛爭解決場域中與暴力或權力競爭中勝出。

以侵權法之經濟分析為例。標準法律經濟分析，立基於「趨吉避凶」之行為理論，以事前管制模型去解釋事後的損害賠償機制，是理論錯置了。其要不增加特殊條件去自圓其無法說明的法律規定，例如過失責任的合理人規定（reasonable person standard）；要不扭曲了法律概念，例如其模型中的嚴格責任（strict liability）不是作為獨立侵權類型中的嚴格規定，而是毫無規範基礎的結果責任[83]。又例如分析故意侵權時，其將故意等同於預謀[84]。因此其之「經濟效率」說法，只是使得侵權法之認知或適用，更為困難，何效率之有？

反觀，在侵權責任作為意外風險分擔條款之說，其不但內部整合了諸多的侵權法律概念[85]，而且外部區別於契約責任、行政處罰

---

81 *See* ROBERT S. SUMMERS, FORM AND FUNCTION IN A LEGAL SYSTEM: A GENERAL STUDY (2006).

82 桑默斯祝壽論文集的書名，很精確指出桑默斯理論的要義。*See* PRESCRIPTIVE FORMALITY AND NORMATIVE RATIONALITY IN MODERN LEGAL SYSTEMS: FESTSCHRIFT FOR ROBERT S. SUMMERS (Werner Krawietz, Neil MacCormick & Georg Henrik von Wright eds., 1994); 另外參見Shyamkrishna Balganesh & Taisu Zhang, *Legal Internalism as a Mode of Reasoning*, 70 AM. J. JURIS. 149 (2025).

83 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；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1-41，2020年（以下簡稱：簡資修，法律繼受之漂移與超越）。

84 參見簡資修，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191-212，2007年。

85 *See* Claudio Michelon, *The Inference to the Best Legal Explanation*, 39 OXFORD J. LEGAL STUD. 878 (2019)；駱怡辰，論辯式的類推適用模型：一個「最佳說明理論」的嘗試，歐美研究，54卷2期，頁235-291，2024年。

與刑事懲罰，使得立法與司法更順暢了[86]。按侵權責任之生是：行為人應知能知其行為所生的利益（B）不足以抵銷因之所生的他人預期損害（PL），過錯責任也。因此B愈小，行為人愈可能負責，或P或L愈大，行為人愈可能負責。此解釋了為何要有因果關係，因為若無因果關係，其P值為0，則B<PL難以成立。此也解釋了為何預防能力愈差的人，其應負比較高的賠償責任，所謂過失客觀化，完全不必要，因為預防能力比較差的人，一旦不行為，其可防止的預期損害PL比較高。在外部區別上，侵權法之事後損害填補特徵，被認真看待，因此其區別於事前管制違反之處罰以及非填補性之刑事懲罰。另外，也由於其私法性質，契約責任優先於侵權責任，請求權（規範）競合說，應不足採，因為其破壞了體系。

張永健認為法教義學應該放棄「事後觀點」改採「事前觀點」，並且要有行為理論之依據[87]。他稱裁判若注重個案事實與正義，是為採「事後觀點」；這無可厚非，但其將法教義學，歸入此範疇，則是錯了。誠如黃舒芃指出：法教義學「**在於透過對實證法的體系性建構，為法律規範在個案中的具體適用，提供一套客觀的認知及操作架構。**[88]」法教義學顯然正是要去避免這種個案裁量的「事後觀點」。張永健不必要地引入「事後觀點v.事前觀點」這種有好壞意涵之分析架構，然後指鹿為馬將法教義學歸為「事後觀點」，而其「以行為理論為基礎的法（適用）經濟分析」為「事前觀點」，從而跳躍偷渡其法經濟分析是好的。但一者，法教義學才是採「事前觀點」，二者，「以行為理論為基礎的法（適用）經濟分析」反而

86 *See* Amalia Amaya, *Coherence and Systematization in Law*, *in* HANDBOOK OF LEGAL REASONING AND ARGUMENTATION 637 (Giorgio Bongiovanni et al. eds., 2018); Tarunabh Khaitan & Sandy Steel, *Areas of Law: Three Questions in Special Jurisprudence*, 43 OXFORD J. LEGAL STUD. 76 (2023).

87 張永健，法經濟分析：方法論與物權法應用，頁41-86，2021年。此與波斯納之「法律史終結」主張，係異曲同工。*See* MESTMÄCKER, *supra* note 59, at 56-62.

88 黃舒芃，什麼是法釋義學？：以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡，頁11-12，2020年。（引文內粗體字型為筆者所加）

才是採取了「事後觀點」，因為其意味法院不受立法（教義）拘束須獨立計算其裁判之實效。

法教義學是從文義始。之所以如此，因為「法律僅是紙上的墨水，如果其未能被受規範者信任。[89]」法教義學不隨具體個案而為不同的裁判，是貨真價實的「事前觀點」。張永健認為法院之適用法律與立法之創造法律，性質上無不同，而立法應為實效之考量，因此法院也應採取「以行為理論為基礎的法（適用）經濟分析」。但一者，即使在立法階段，此實效必然涉及價值判斷與利益衡量，因此不是單純的技術計算問題，而是有待民意（代表）協商之政治解決[90]。二者，一般而言，法律實效，若非經長時間的累積調查計算，無法得出比較切確的結果，而法院裁判，是有時間壓力的，則法院要為此實效考量，若非遲滯裁判，即是訴諸表象的想當然耳[91]。換言之，法教義學，一方面，在於確保民主立法之價值判斷之被實踐[92]，另一方面，其也在於減輕司法成本。

張永健認為侵權法之功能在於嚇阻，是由於傷害已經發生，無法回復，所以採「事前觀點」；不特此也，他說，在刑罰理論中，「事前觀點」是對應了一般預防理論，而「事後觀點」是對應了應報理論[93]。從此也可以看出，他的「事前觀點」與「事後觀點」之區分，是多麼的混亂。按侵權法的法律責任是損害填補，根本無超越回復原狀的懲罰意味，他卻以損害已經發生無法回復，因此無法採取「事後觀點」而必須採取「事前觀點」，從而認為侵權法之功能在於嚇阻。但補償已經發生的損害不是「事後」的嗎？而其責任不是「一有損害就須負責」，則不管是過失責任或嚴格責任，不都

89 BASU, *supra* note 37, at 33.
90 *See* Buchanan, *supra* note 52, at 124-38.
91 參見註33。
92 *See* Jeremy Waldron, *"Transcendental Nonsense" and System in the Law*, 100 COLUM. L. REV. 16 (2000).
93 張永健，註87，頁48-49。

是既存的嗎？可稱「事前觀點」吧。所以侵權法的嚇阻功能，根本是無中生有，他的「事前觀點」之說，只是障眼法罷了。又刑法之最高位階功能是應報，一般預防是較低階的，則他將應報對應「事後觀點」而預防對應「事前觀點」，不又使得其所說的「事前觀點」與「事後觀點」之好壞指涉顛倒了嗎？！

張永健將Henry Smith的「衡平法作為後設法」放入其「事前觀點v.事後觀點」架構[94]，又是令人困惑之例。他將普通法（common law）歸為「事前觀點」，衡平法（equity）歸為「事後觀點」，但此時他又說衡平法是好的。如此一來，就令人質疑「事前觀點v.事後觀點」架構之引入，是否治絲益棼了？按衡平法目前已是建制法律的一部分，換言之，其適用並非個案衡量而是依據一般（但歷史上來自衡平法院）法律，例如不當得利返還（disgorgement）或強制履行（injunction）等，這與其歸為「事後觀點」，不如歸為「事前觀點」比較好吧。又這些衡平法規定，其目的也不在行為嚇阻，否則也不會稱為「衡平」法，則行為理論即是多餘的。

諾貝爾經濟學獎得主（1976年）佛利曼（Milton Friedman）指出：「實證科學最終的目的，是就那些尚未觀察到的現象，發展出可以為有效、有意義預測的理論或假說。[95]」在司法裁判，「待發現的現象」不是指裁判的勝負，而是指何一特定法律規定會被適用——這是理論或假說預測的對象。霍姆斯說：「法律的生命，不是邏輯，而是經驗。[96]」他不是在反對邏輯本身，而是邏輯之誤用；他所謂的經驗，也不是如密爾（John Stuart Mill）所主張的單純從個案到個案的同時性單一主體歸納，而是歷時性的社會多人歸納（social induction）——社會利益之衝突，在初期紛爭之解決，

94 張永健，註87，頁56-63。

95 MILTON FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, *in* ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS 3, 7 (1953).

96 OLIVER W. HOLMES, JR., THE COMMON LAW 1 (1881).

法律規範並不明確，僅能個案解決之，但經過一段期間，法律規範是可提煉出來的[97]。這可以因果圖形說明之。法律規定與法院裁判經由法學者之中介——理論法教義學——進一步促成了體系化了。

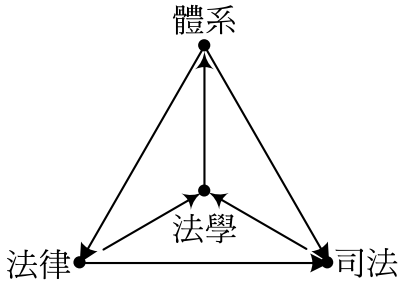


圖2 體系形成因果圖

資料來源：作者自繪。

二、目的論證

實效法學主張：效率考量與成本效益分析，不但是法律的目的解釋或結果解釋，而且可以解決各種法律解釋方法衝突之問題，甚至可以指引法律之制定[98]。但這誤解了目的解釋的補充性質[99]、混淆了法律之（規範）目的與實效[100]、違反了法律之價值多元[101]。按法學方法或法教義學的對象，應是立法者、司法者、執法者與習法者等法律從業人員，而非人民，因此其無關於法律之實效[102]，而

97 *See* KELLOGG, *supra* note 76.

98 參見張永健，註34，頁11-112。

99 參見Robert Alexy（王鵬翔譯），亞圖・考夫曼的法律獲得理論，收於：Ulfrid Neumann、Winfried Hassemer、Ulrich Schroth編，自我負責人格之法律——Arthur Kaufmann的法律哲學，頁93-143，2010年。

100 參見陳弘儒，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。

101 *See* Eric A. Posner, *The Boundaries of Normative Law and Economics*, 38 YALE J. ON REGUL. 657 (2021).

102 哈特（H. L. A. HART）即指出，一般人就個別規定是知道其是法律否，H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 2-3 (reprt. 1988) (1961)。

是提供法律概念組成的法律體系，去減低這些法律從業人員的法律操作成本。法律概念之統一，有助於立法者達成其立法目的；法律體系之一致與融貫，不但有助於法院之依法裁判，而且有助於法律之學習與認知[103]。

在法院之法律「獲得」(包括適用與發現）方法[104]，誠如阿列克西（Robert Alexy）指出[105]，語意論據（因此文義解釋、歷史解釋與體系解釋）是優先於歸納、逆推或類比等目的論據的，這是基於民主法治原則而來的[106]。若沒有這個「前理解」，目的論證會過快被濫用。王伯琦說：「我們現階段的執法者，不論其為司法官或行政官，不患其不能自由，唯恐其不知科學，不患其拘泥邏輯，唯恐其沒有概念。[107]」至今仍非虛言。

按目的論證之一般結構是：（T1）目的Z應該被實現；（T2）採取某個措施M（例如，採取某個法律解釋、進行某種法律續造或制定某項法律規範)，有助於實現Z；因此，應該採取M這個措施[108]。但在此應注意：一、目的論證之形式雖是手段目的之工具理性，但因為其仍是「法律（規範)」而非事實之論證，因此其目的，若非是基於權力分立之立法者主觀目的，即是基於法體系化之客觀目的[109]。

---

103 中國古樂譜不是記載音階、強弱或快慢，而是記載動作，因此不同的樂器有不同的樂譜，不但記載繁雜，而且必須親身教，無法抽象化，不但容易失傳，而且無法形成理論。楊照，不一樣的中國史8：從外放到內向，重文輕武的時代——五代十國、宋，頁128-130，2020年。

104 參見Arthur Kaufmann（雷磊译)，法律获取的程序——一种理性分析，2015年。

105 Robert Alexy（王鵬翔譯)，註99，頁93-143。

106 參見黃舒芃，註88。

107 王伯琦，王伯琦法學論著集，頁50-52，1999年。

108 參見張永健，註34，頁56。

109 參見陳弘儒，註100，頁293-347。陳妙芬也有如下的說明：「這裡的核心命題『合目的性』，源於康德哲學用語，指的是一項規範的價值選擇『蘊含（工具與目的之間的）合理性』，對人民而言，國家法體系的價值秩序，如存在想像中的價值承諾。根據這個承諾，對司法者（或有權力、做法律判斷之人）有方法上的要求，即法律判斷滿足如下的基本推論形式：由法律所要實現的目的——找出某個目的價值（內在價值Vi = intrinsic value)，根據理由（Ri=

二、「採取某個措施M，有助於實現Z」，應該解為「若不採取某個措施M，Z即無法實現」[110]，因為若不如此，法律之文義解釋與體系解釋即無適用餘地，法律即失去其規範性了。

例如在「袋地之承租人或使用借貸人，在民法無明文規定下，是否應如所有人亦享有鄰地通行權？」，張永健直接以「充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益」為法律「目的」，而「將鄰地通行權的主體擴展至袋地承租人與使用借貸人」為其手段之目的論證，主張答案是肯定的[111]。但這裡的前提法律問題是：民法無此明文規定是漏洞嗎？依據體系解釋，顯然不是——袋地之承租人或使用借貸人可以經由租賃契約或借貸契約行使所有人之袋地通行權啊！換言之，即使不去爭執「充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益」這種空洞說法可以作為「法律目的」（此即上述目的論證之一般結構T1），其第二個前提T2也是不成立的——若不為此「目的性擴張」即無法「充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益」之法律目的[112]。

---

reason），導出結論為規範命題（Ni = norm），即下列論證模式：(Vi) ⊨ (Ri) → (Ni)。法律規範(Ni)的工具價值，是相對於目的價值（內在價值）(Vi)才成立的，兩者之間的關係是經由(Ri)建立的。所以，上面的(Ri)有如下定義：(Ri)合目的性的理由：針對法律工具與目的之間的關係，所形成的關係性判斷之理由……建立關係性的方法並不是依循規則——不是分析性的邏輯關係（沒有規則可循），而是一種綜合性的推理……這……要透過『範例』及『經驗』琢磨判斷力去加以體驗……關注法體系的規範及實踐推理。」陳妙芬，價值法學：法體系及價值思考（下），植根雜誌，37卷8期，頁281、284、308，2021年。

110 這是阿列克西的原始表述，參見陳弘儒，註100，頁306-317。

111 參見張永健，註34，頁64-66。

112 即使在「有助於實現Z」之弱版本，這種破壞私法自治，系統上也是無助於實現Z的。按袋地通行權是一種強制契約（法定地役權），通行權人是要補償鄰地所有人的，因此其可能契約不履行而不付款，而袋地所有人在此解釋下既非此契約當事人，就無須就此違約負責，其土地也因此非此契約之擔保，則鄰地所有權之保護即不足，因為一者，袋地所有人可能惡意假借租賃或使用借貸去侵害鄰地，二者，袋地所有人可以契約手段，例如終止契約，有效防止租賃人或使用借貸者之不付通行費。這種解釋創造了道德風險，此即權利不確定了，定義上就無助於實現「促進物盡其用之社會整體利益」之Z。

從上述（圖2）體系形成因果圖可看出，體系是法律規定與司法解釋之共同原因，因此吾人無法從法律規定之「漏洞」直接推論出此為真正漏洞而須由法院訴諸法律實效去填補之。換言之，這不符合「唯一差異原則」之因果關係[113]。

三、比較法學

實證計量方法作為標準法律經濟分析的重大支柱，世界上五彩繽紛的法域，天生即是其可大展手腳之地[114]，計算成本之大幅降低，更是使其如虎添翼了。但在「實然不可導出應然」的法律本質約束下，此實證比較法不可被高估，甚至更應被嚴格檢視，因為其資料量比起國內法更大，則大數據魔咒更可能上身了——求取愈多可觀察變項間之相關性——雖然如此更增加因果關係認定之困難——誤而導出法域「分類」與改革「借鏡」之規範意義。

張永健將實證比較法分為五類[115]：一、實證的比較法律規範；二、實證的比較法律制度運行結果；三、比較法理論與實踐的實證研究；四、以實證研究支撐比較法的因果推論；五、反向比較法。其第一類至第三類，比較是「描述性」的，單純從法律認知看，相對於大陸法／普通法或英美法／德國法／法國法／日本法等分類，不知有何增值，例如知道我國將農育權作為獨立物權係獨步全球[116]，有何意義？按法域間之所以區分，是或多或少其有系統性，以過錄簿方式計量比較分析各地法律[117]，毋寧是以相關性為因果關係[118]，不見其智也。

---

113 參見王一奇，註50，頁75-78。

114 「最大差異案例比較」是其中一種，引自張永健，法實證研究方法論：實證比較法的五種取徑，月旦法學雜誌，326期，頁68，2022年。

115 張永健，註114，頁59-76。

116 張永健，註114，頁67。

117 張永健，註114，頁63-68。

118 例如發現人均巧克力消耗量與諾貝爾獎得主人數之正相關，*See* PEARL & MACKENZIE, *supra* note 50, at 69.

臺灣作為法治後進國，比較法研究是必要的，但其多以「繼受」為之。在早期，基於「路徑依賴」，此無可厚非，但在日新月異的現代，不但法治先進國自己也在摸索前進當中，而且臺灣也今非昔比，有自己獨特的問題，則比較法學應超越繼受了。實效法學一支的「法律淵源理論」（legal origins theory）說，普通法比起大陸法，較有利於經濟發展，而後者中，德國法又比法國法，較有利於經濟發展；但這又是誤相關性為因果關係在比較法之展現了[119]。

張永健提出「兩重的因果推論」之比較法[120]，也有同樣的問題。其說：「假設論者看到德國法有A條文，B法律現象或結果，臺灣沒有A條文，而有C法律現象或結果。論者若認為B優於C，而倡議臺灣引入A條文，嚴格說來，必須立基於下述的兩重因果推論：1) 德國若無A條文，不會有B現象（可能產生C現象或其他現象）；或者，制定A條文使B現象出現的機率增高，或B現象更為普遍。用法哲學行話來說，A導致B是『差異製造事實』（difference-making facts）；用白話講，A是因，B是果。2) 臺灣制定A條文後，由C法律現象轉為B法律現象的機率增加。」

首先，臺灣的法律繼受或實用性的比較法，多不是以臺灣的法律現象不同於法制先進國，而是有相同的現象，例如違約或侵權等，但臺灣法律「不足」，因此必須增補。次之，這種「兩重的因果推論」，使得A條文（「規定」比較精確）是否需要這個實質法律問題被避開了，因為其實證結果，並不能證明A條文是或不是要存在。例如張永健舉J. Mark Ramseyer研究日本醫療訴訟何以稀少之例，證明「法條」比較研究之不需要，但一者，臺灣的醫療訴訟不是太少而是太多；二者，若如Ramseyer所言，其關鍵在於日本的健保制

119 *See* Ralf Michaels, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 AM. J. COMPAR. L. 765 (2009).

120 參見張永健，註34，頁373-403。

度，則此已非侵權法之適用或修訂，可以解決；三者，真正的法律問題，此即醫療事故法律責任是否造成了防禦性醫療，被規避了[121]。

比較法之研究還是要回歸到法治本質，如此其才有參考點，而能言之有物。例如我國的侵權法，無疑繼受自德國法，但在諸如權利與利益之差別保護、過失之客觀化、過失責任與危險責任之雙元與契約責任與侵權責任係請求權競合等，訴諸德國法，其不但往往不精確，而且滋生不必要的成本[122]。即便不同於大陸法之獨立類型之普通法，也不少見被用為我國法律論證之支撐，而標準法律經濟分析論者甚至高舉判決中出現的漢德公式（the Hand formula）為其實效法學之源。但這些比較法，都是未能鎔鑄出我國法律體系，因此無助於減少我國法律人之思維負擔。

法律之繼受往往是揠苗助長了。例如在司法院釋字第791號，大法官以通姦之除罪是世界潮流，宣告違憲，而忽視其幾乎都是經過各國民主廢法為之。此顯示了大法官之不了解法律之治是一「非線性系統」或「複雜系統」[123]，其無法為「逆向工程」複製之，因為法律之治是由下而上之人民合約之治啊！

伍、法價值論

一、效率福利

標準法律經濟分析將法律視為（經濟）政策工具，因此以效率

121 參見簡資修，醫療事故責任之經濟分析，收於：朱勗華、陳俞沛、陳學德、簡資修，醫療責任保險與法律經濟，頁103-116，2019年；簡資修，防禦性醫療之行為與法律，月旦醫事法報告，68期，頁47-55，2022年。

122 參見簡資修，法律繼受之漂移與超越，註83。

123 *See* James M. Buchanan & Viktor J. Vanberg, *The Market as a Creative Process*, 7 ECON. & PHIL. 167 (1991); MITCHELL, *supra* note 41; Smith, *supra* note 41.

（efficiency）、福利（welfare）或財富（wealth）去評價法律。惟這些概念是以「完美市場」為標竿，因此是制度空心，則將之用於法律作為制度之評價與解釋，無疑是理論錯置了[124]。按「權利釐定是市場交易的先決條件」，意味了法律是市場的基礎，則在引入「市場失靈」，然後以「完美市場」為參照點，得出「法律介入」，是因果顛倒了。「經濟財」是法律介入之必要條件而非充分條件，因為法律有其成本，此為張五常的四二均衡定律與德姆塞茲（Harold Demsetz）的財產權探源論說之所在。因此法律不是在改進「市場失靈」而強力介入去增加社會福利或財富或達到效率，而是在減少權利不清之租值消散之合約安排。整體法律系統作為與暴力或權力等紛爭解決機制之競爭，基於「適者生存」，是可以說有「效率」（傾向），但個別部門法，更不用說特定法律規定，不可能是在達成「效率」。

張永健著有創意地區分「法經濟學」（law and economics）與「法經濟分析」（economic analysis of law）。他稱前者，是經濟學人探討法律對於經濟活動的影響，法律是中立給定的；後者，是法律學人運用經濟分析去「思索如何改變法律（解釋）以促進效率」[125]。這是他誤解了寇斯定理與張五常的交易成本／制度成本理論（參見本文「參、一、寇斯定理」）。寇斯實證指出，經濟學人立基於外部性理論所提出的改正市場失靈的法律，往往是錯的，因此他主張經濟學人應回歸本行，作為研究市場的專家，不要撈過界，而是要謙虛對待市場交易的前提條件——法律。張五常更直指核心，指出若有外部性存在，必然是有些租值消散未被觀察到，所謂外部性云云，根本是無稽之談。張永健所言的法律學人運用之經濟分析方

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

125 張永健，註87，頁101。

法，正是寇斯與張五常所摒斥的外部性理論，則換由法律人為之，並不會就變正確了。此所以，他不時變換「效率」或「福利」的內容，以規避批評[126]。

例如他將「效率」與「福利」化約為法律之成本效益計算[127]，則此兩概念之提出，僅是誘引彈[128]，偷渡了面目不清的成本效益計算。以「對世財產法」為例，張永健以「配置效率（效益）」（allocative efficiency）為效益面，而包括交易成本與資訊成本的制度成本是其成本面。但誠如他自己指出的，所謂「配置效率」之所以是「效率」，就是此一結果狀態是好的[129]，現在其將此結果狀態之「好」轉變為計算過程之「效益」變項，是邏輯錯誤了。然後其以「生產效率之產品，就是物之配置」而「生產效率」（productive efficiency）是制度成本之降低之說法[130]，避開了如何計算「配置效率（效益）」之尷尬。而且制度成本之降低，其實並不意味（配置？）效率了。張永健引用張五常的「交易費用」（transaction cost）為其「制度成本」（institution cost）[131]，但張五常如下說道：「在我們今天的社會中，交易或社會費用很龐大，往往占國民收入一半以上。商人、律師、法庭、銀行、公安、經紀、經理、公務員等，都是因為有社會而衍生的。在一個以農業為主的國家，需要防盜，可以有戰亂，但一般而言交易或社會費用在國民收入的比例是

126 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；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；陳冠廷，效率的僭政——評張永健教授《社科民法釋義學》中的方法論論題，中研院法學期刊，32期，頁277-312，2023年。

127 張永健，註87，頁110。

128 *See* NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 125-155 (2001).

129 張永健，註87，頁117-118。

130 張永健，註87，頁120。

131 張永健，註87，頁134。

較低的。也不一定。在人民公社時代的中國，農民占人口百分之八十五，但政治氣候促成很高的制度費用。另一方面，以工商業為主的國家，因為專業生產帶來很大的利益，可以容許很大的交易或制度費用的存在而人民還可以稱得上是富有。我在一九八二年發表的《中國會走向資本主義的道路嗎？》中指出，只要交易或社會費用能在國民收入的百分比上下降少許，國民的總收入會飆升。二〇一〇年看，這推斷是應驗了。[132]」顯然制度成本的高低，並不決定了經濟「效率」。

張永健將制度成本分為交易成本與資訊成本，然後其以「第三人資訊成本」為理解對世財產法（物權法）的關鍵[133]。但一方面，此一分離說明，非常繁瑣，另一方面，其為之鋪路的「第三人資訊成本」，並非可決定對世財產法各項規定為何，甚至往往是無關的，因此從成本效益言，此一分析架構是無效率的。例如在共用、共決與半共用之分析[134]，若在其悲劇面，此即單純描述資源過度使用或資源低度使用之過程，與制度成本扯不上關係，更與第三人資訊成本無關。若在其喜劇面，自由財（例如空氣）或「公共財」（例如安全）是共用之表現，共有物之轉讓是共決之表現，這裡也不涉及第三人資訊成本，去探討制度成本之減低更是沒意義。又例如在財產規則與補償規則之分析[135]，誠如克史二氏（James Krier & Stewart Schwab）指出，以交易成本之高低去決定採何種規則，其實是不可能的[136]。制度成本或第三人資訊成本，安在哉？當艾爾斯（Ian Ayres）將補償規則推至極致而「選擇權化」（optional law）[137]

132 张五常，注45，页214-215。
133 張永健，註87，頁135。
134 張永健，註87，頁154-165。
135 張永健，註87，頁165-178。
136 James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. Rev. 440 (1995).
137 張永健，註87，頁172。

更是完全無視制度成本（包括交易成本與資訊成本）。「第三人資訊成本」倒是在物權是否法定之分析有用，但也被濫用了。張永健贊成梅史二氏之「物權創設對第三人造成資訊外部性，因此應由立法機關限制其種類」主張[138]。但筆者指出，物權創設人基於自身利益，其是想讓此資訊公之於世的，因此物權種類之限制[139]，是來自於當時的公示制度之「產能」——產能越強，可創設的物權種類即越多——[140]因此由立法機關限制其種類非屬必然，而且隨著物權種類需求增加，立法機關更是捉襟見肘了。在既定公示制度之下，有些物權是無法創設的，例如若無登記制度，（非占有之）抵押權是不可能存在的。相對於物權法定之物權自治，並非無公示制度之世界，因此所謂的「估量成本」或「第三人資訊成本」，根本非成本效益計算中的成本，而是社會現實。張永健將公示制度作為物權創設之社會成本之一，從而與不知所云的社會利益「黃金交叉」，得出社會最適量的物權種類，誠黑板經濟學也。

張永健認為對世財產法（物權法）、契約法與侵權法之成本效益計算（經濟分析），應有不同內容[141]，但此違反了私法自治原則——「私法作為私法」，是法院僅為「輔助自治」而非「強力管制」。此所以侵權法之過失責任，其目的不在於嚇阻預防措施不足的行為，而是在於實踐社會之意外風險分擔合約（參見本文上述「貳、一、私法自治」）；契約法之任意規定，其目的不在於強迫資訊揭露，而是契約當事人的默示約款；物權法之種類限制，並非來自物權創設人之不考慮第三人資訊成本，而是當時公示制度之能量（參見本文上段）。卡梅二氏分析架構[142]，因此可以「交易型態」為

138 張永健，註87，頁191-256。
139 參見簡資修，註6。
140 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。
141 張永健，註87，頁121-122。
142 Calabresi & Melamed, *supra* note 29.

理解基礎：財產規則，自願交易；補償規則，強迫交易；禁易規則，禁止交易。但過失責任之損害賠償不同於相鄰地關係之損害補償（例如民法第787條之強制袋地通行），其也將之歸為補償規則，則是不當的，前者，並非強迫交易，而是停止條件之成立，因此應屬財產規則。

卡許二氏（Louis Kaplow & Steven Shavell）以普通法學常見的「類公平」主張（notions of fairness）為對照組，主張福利經濟分析在法律制定與適用之優越性[143]。但這種比較是障眼法——所謂「類公平」是稻草人，因為在法律本身無規範性而僅是政策工具之理論下，本身作為政策指引之福利經濟分析，定義上就是法律之最高價值了。在大陸法，張永健在面對法教（釋）義學之質疑時，也移植了這種論證了[144]。

不同於卡許二氏之法經濟分析是直球對決之明版本，張永健是「木馬屠城」[145]或「概念偷換」[146]之暗版本，但「效率僭政」一也[147]。首先，張永健為了減低傳統法學者之戒心[148]，強調其（經濟）效率主張僅是法律的價值之一，但若是如此，一者，因為其非唯一法律價值，所以無助於法律解釋之目的論證；二者，其可以不去探討法律之真正價值，而可任意填空「效率」框框了。次之，在法教（釋）義學中，語意解釋、歷史解釋、體系解釋與目的解釋等解釋方法間之適用順序，一直未獲得好好解決，張永健見縫插針因此提出了二階效率之說。但誠如賀劍指出，這是概念偷換了[149]。張

143 *See* LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002).
144 參見張永健，註126；張永健，註87，頁1-188。
145 參見張永健，註126，頁309。
146 賀劍，註126，頁283。
147 參見陳冠廷，註126，頁277-312。
148 某程度上，他是成功的。參見王澤鑑，物權法的經濟分析，台灣法律人，13期，頁28-42，2022年。
149 賀劍，註126，頁231-292。

永健因此改援用卡許二氏的「福利」(welfare)取代二階效率，以為迴避，這是病急亂投醫了。

誠如卡許二氏指出，福利經濟學之福利所指非常廣泛，係個人福祉(individuals' well-being)之加總，因此若有人有「類公平」的偏好，這也是要算進社會福利中的。換言之，在福利經濟學，「類公平」是不能作為獨立的法律好壞的評斷標準(此即法律價值)，其一定是要轉換為福利(單位)才可以，這是定義性的。奇怪的是，張永健既然在分析物權法時說，這種「類公平」(所得分配)不重要，因為稅法可以更有效達成此目的，則其援用卡許二氏之福利經濟學，不知其理由何在。更奇怪的是，張永健之二階效率說，原意在計算出何一解釋方法優先適用或創新出新的解釋方法，此很難說與卡許二氏福利說之核心——個人福祉——有關，至少張永健未給予任何證明。又即使其能證明，卡許二氏之福利經濟學作為法律價值，仍是受到廣泛質疑的啊[150]！張永健僅因為卡許二氏之福利說包含了效率說，從而證立其同樣也是「效率異質」之分階效率說，是類比錯誤了。

二、分配正義

卡拉布雷西(Guido Calabresi)以現實世界交易成本無所不在，指出帕雷托效率(Pareto efficiency)與凱爾多／希克斯效率(Kaldor/Hicks efficiency)不可能為實定法之指導思想，從而分配或個人間的功用比較，是不可避免的[151]。他認為：寇斯所言的交易成本，性質上，並無不同於科技不足、運氣差或其他達到帕雷托之障礙，因此法律之改變，無所謂的「帕雷托改善」(move to Pareto frontier)，而只有在帕雷托曲線上之變動(因此有輸有贏之分配變

150 *See* Posner, *supra* note 101.

151 Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211 (1991).

動），或者帕雷托曲線之外推（shift of Pareto frontier），而此也或多或少涉及了有輸有贏的分配變動。

他是從「政策之法」而非「規範之法」去論斷法律了。以侵權法為例。卡拉布雷西不認為，不管是歐陸法或普通法上之「過錯責任」法教義，係意外損害賠償責任之判定標準，而是在個案綜合預防成本、損害分散以及操作成本最小化，去裁決之[152]。這也是為何他將侵權法歸為「補償規則」——法官作為國家代理人強制分配意外損害[153]。但這不是法律之治了。從人民來看，法律是不可預測的，民無所措手足了；從法官來看，沒有基準法律規定，每個案都須「裁量」，則其若非無能為力，就是遲滯個案從而堵塞整個司法制度[154]。

合約法學之合約，並非由上而下的「社會契約」，而是解決特定類型紛爭之合意，因此不會有卡拉布雷西指出的效率問題。例如在侵權法，過錯責任是其基本原則，在B與L的衡量上，無社會共識的利益，是不被承認的。例如車不開快就不爽與緊急送醫開快車，前者，不可算入B，後者，必須算入。又例如超跑受到損害，其賠償額度應僅限於一般車輛之損害填補，但蛋殼腦袋之受害，則須獲得完全賠償。

公平正義，一如效率福利，本身是沒有法律規範性的，其必須有實定法基礎。誠如卡許二氏指出，公平正義之實施，可能造成個人福祉之減少，因此其不能為獨立的法律評價標準[155]。其論說，之

---

152 *See* GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970).

153 *See* GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION (2016).

154 連能如波斯納法官，也是力有未逮。*See* David Rosenberg, *The Judicial Posner on Negligence versus Strict Liability:* Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co., 120 HARV. L. REV. 1210 (2007).

155 KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 143, at 52-58. 本文不贊同其以社會福利極大化

所以公平正義在評價法律上有很高的引用率，是其為社會規範，決定了人們日常行為，法律既為社會的規範，即無須區別。但其又指出，一方面，社會規範對於環境的反應，不是深思熟慮之精確，個人福祉之減少就難免了；另一方面，社會規範的救濟、懲罰或實施費用相對於法律規範是比較簡單的，以前者為後者之指導，就力有未逮了。卡許二氏又說，社會規範作為日常生活之指導，是不能作為法律政策專業者之指導，因為前者是問what，後者是問how and why[156]。

如果「公平正義」是指人間資源應有的（或多或少）平等分配狀態，例如羅爾斯（John Rawls）的正義論，其是無法作為人間制度之指導或評價標準的[157]。按合約的法律體系是一非線性的「複雜系統」——各部門法各有其原則或目的，而其間關係是不矛盾而融貫的（參見本文「貳、合約之法」），而非在達成法外之價值。但這並不意味，不能有些法律是注重分配的，例如累進的所得稅或房屋租賃管制，而是如果要這些法律，就必須是經過民主正當法律程序為之。複雜系統的一個特徵是底層的互動形成未預期的結果，從而由上而下的指令，往往是事與願違。例如憲法雖是最高法，但其適

之法律經濟分析，但大體同意其對於公平正義作為獨立的法律評價標準之分析。

156 魏瑟（Uwe Wesel）指出：在早期之無國家階段，法的範疇很小，而且是與道德一致的，換言之，法律是受到人民充分信任的。後來隨著社會之發展，法的範疇也逐漸擴大，但與道德也逐漸分離了，從而法律受到人民信任之原因，也不是合於道德了；而此時政治之影響力也逐漸加強。社會進一步發展，終於導致逐漸減弱的道德合致性與逐漸增加的政治影響力之交叉。Uwe Wesel（李建良譯），法學導論的博雅講堂：當代德國法學名家的法律通識課，頁323-334，2023年。

157 "It is this inability to say anything about rules changes, this inability to play God, this inability to raise himself above the masses, that the social philosopher cannot abide. He has an ingrained prejudice against the status quo, however this may be defined, understandably so, since his very role, as he interprets it, is one that finds itself only in social reform." JAMES M. BUCHANAN, *Boundaries on Social Contract*, *in* 16 THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN: CHOICE, CONTRACT, AND CONSTITUTIONS 87, 91 (Liberty Fund 2001).

用，並非直接要求下一位階之法律去實質化之，因為其係法律之「後設法」——在法律一般操作下，「漏洞」出現，次階規則（secondary rules）出現而調適之。例如在司法院釋字第791號（參見本文「貳、四、基本權利」），大法官以憲法保護者自居，無視刑罰在整體法律體系地位，直接為基本權利實質化之審查，即非法律之治了。

陸、結論

目前標準的法律經濟分析，將法律視為政策的工具，一方面，法律不再是法律而失去其規範性；另一方面，其法政策面，是「不斷病因而亂開藥方」之制度空心之「外部性理論」，民主法治喪矣！寇斯作為經濟學人最精確指出此取徑之弊端。後之來者，財產權論者進一步將交易成本一般化，等值制度成本，從而法律有其獨立性，不再是經濟政策的附庸。另一諾貝爾桂冠布坎南更是直接發展出憲政經濟學——基於個人之互蒙其利交易傾向，人們會合意出規則解決紛爭從而又促進了市場交易。羅賓斯與海耶克澄清了社會科學之科學性一如自然科學；社會科學研究的對象為人與人間之互動關係，而自然界間是單向關係，因此後者的化約方法，不適用於前者之科學性評價。因此研究真實社會現象的法教義學是科學的。在實踐面，法院作為中立的法律適用者，是法治的必要條件；在理論面，將與時俱進的紛雜法律體系化，減低了法治成本，因此增加了法治的存活率。這種法治的合約觀，既是經濟（帕雷托）效率的，也是政治民主的，也是社會接受的。

Contractual Jurisprudence:

A Contractarian Approach to Economic Analysis of Law

*Tze-Shiou Chien**

Abstract

The current economic analysis of law has modelled laws as instruments for implementing public policies. On the one hand, as Ronald Coase pointed out, the policy-guiding externality theories are seriously defective because they are institution free. On the other hand, the law in the economic analysis of law is not really law as we understand it. The rule of law is, in fact, the delineation of rights through which people resort to independent courts applying the rules agreed on by people to reduce rent-dissipation and resolve conflicts of interests. Legal dogmatics is therefore fundamental in the rule of law because it is how contract could be reached in the first place. To compete with violence, power, or money in dispute/conflict resolution, the law has to be systematized to reduce operating costs. In short, this contractual view of economic analysis of law is economically efficient, politically democratic and socially legitimate.

KEYWORDS: contractual jurisprudence, economic analysis of law, deterrence, efficiency, Coase theorem, transaction costs, legal system, legal dogmatics, comparative law, delineation of rights.

* Adjunct Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.