

法律的限度

— 法治、權利的供給與需求

Law's Limits

-The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights

Neil K. Komesar 著

申衛星、王琦 譯



元照出版

法律的限度

——法治、權利的供給與需求



Neil K. Komesar 著

申衛星、王琦 譯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法律的限度 / Neil K. Komesar 著；申衛星、
王琦譯。-- 初版。-- 臺北市：元照，2006[
民 95]
面：公分
參考書目：面
譯自：Law's limits : the rule of law
and the supply and demand of rights

ISBN 986-7279-58-1 (平裝)

1. 物權法 — 美國 — 法規論述 2. 土地所有
權 — 美國 — 法規論述

584.952

95004045

法律的限度

——法治、權利的供給與需求

56MEJ00101

2006年6月 初版第1刷

作 者 Neil K. Komesar

譯 者 申衛星、王琦

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 280 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司



Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-58-1

謹以本書獻給羅斯、伊夫和賈斯汀

自序

寫作真是一位不錯的老師。本書的寫作初衷，在於將我第一本關於制度選擇的書——《不完美的選擇》中所構建的分析框架應用於財產法和財產權的研究。不過，很快這本書的寫作就朝幾個方向發展了，我的思路也隨之發散開來。首先，分析框架的應用領域在不斷拓展。很明顯，財產法和財產權的一些基本理論也可以普適於一般的法律和權利。反過來，這也誘使我將目光投向法治和憲政這樣富有魅力的話題。因而，在保持了對財產法興趣的同時，本書同時也成為一部關於一般性法律的過程和全球範圍內的法律與權利的論著。

其次，法律與權利自身出現了許多變化，我對法律與權利的認識也在深入。我完全沒有料到，在我寫作這本書的時候，法律與權利已經呈現出不同於我創作第一部書時的狀態，尤其是它們在不斷地循環與轉換。當諸如人數和複雜性等系統因素不斷增長時，基本的司法策略之間的循環交替變得更加頻繁，如個體訴訟與集團訴訟之間的交替、規則與標準之間的轉換，還有可能在一個較長時期內向法院完全放棄社會決策時的「缺位元」規則不斷靠攏。

再次，分析框架在不斷地深化和變化。我不得不就我的第一部書中所構建的理論分析框架進行重新思考和重新構建。尤其是，我需要探求諸如人數和複雜性等系統因素的變化對於制度選擇和制度比較的意義和影響。在《不完美的選擇》一書中，我提

出了制度間的「趨同」現象，但並沒有解釋出原因何在。現在諸如人數和複雜性等系統因素已經很容易理解，處於普遍聯繫之中的各種變數，也揭示出為何會出現制度趨同的現象，並且有力地揭示了一個常見的謬誤：在一種情境下進行批判，而在另一種語境中則進行改革。本書對人數和複雜性的關注深化了比較性的制度分析，並且賦予了相似的制度選擇以新的意義。另外，在寫作本書的過程中，我逐漸認識到把社區作為一個可供選擇的制度來進行研究的重要性，也看到了社區與它們的非正式規範以及我早已熟知的其他制度之間的聯繫。

最後，在我第一部書中提出的「參與中心型」路徑的功能，在本書中顯得尤為重要。在《不完美的選擇》一書，我傾向於一般性的制度比較分析，而沒有重視我所運用的特殊策略。但隨著本書寫作的進行，我開始逐漸意識到「參與」不僅僅對理解各種制度有著重要的意義，而且對於社會目標和價值的理解也十分關鍵。許多重要目標的選擇都取決於社會基本的參與理念，因此，「參與中心型」路徑提供了一條途徑，它可以超然於貌似迥異的諸如社會資源分配效率和公平的各種目標之上，把目標選擇和制度選擇結合起來。

我在寫作中的成長和收穫得益於許多人熱情的幫助，我的朋友和同事們閱讀了本書的草稿，有的甚至一連讀過幾個版本的修訂稿。我要特別感謝威茲·貝恩、吉爾·費什、亞什·蓋、大衛·戈德博格、邁克爾·海瑟、凱瑟琳·亨德勒、簡·拉森、維多利亞·諾思、保羅·奧澤卡、湯姆·帕勒、勃·桑特斯、大衛·施瓦茨、格雷格·撒佛，以及比爾·惠特福特，感謝他們對

本書提出了寶貴的意見和建議。我更要特別感謝我的朋友米蓋爾·皮埃爾斯·馬度羅，他和我一樣，都是比較制度分析學的追隨者，他曾無數次地閱讀本書的草稿，並熱情地提出他富有建設性的評論意見，他的見地使我受益匪淺。能擁有他這樣的朋友和同道，我感到十分幸運。

還有大衛·諾特庫特、埃德·帕登和雅克·布拉瓦特幾位朋友出色的研究也給了我莫大的幫助，我還有幸得到了特莉撒·多芬緹的協助，她工作起來不知疲倦，看著我的稿子從一堆亂七八糟的草紙和嘟嘟囔囔的言語化為標準流暢的文字。我還要感謝康橋大學出版社的編輯朋友們，特別要提到斯科特·帕里斯和勞拉·拉里二位為本書所做的貢獻。我還想對誇利和布拉迪表示感謝，還有法學院的各種資助讓我節省了大量的時間並得以順利完成本書。我還要特別感謝阿倫·費臣的協助和支援。更多地，我要感謝我的妻子，謝莉·薩佛，感謝她帶給我的智慧、愛和歡笑。

尼爾·考默薩
Neil K. Komesar

中文版序

我主要是從執教美國法的經驗中構建比較性制度分析理論的。多年來，這一理論從歐洲、南美洲到澳洲，走過了舒適的旅程。在本書中，它面臨著最長的旅程。面對這段旅程，每當我凝神靜思之時，既感到無上的榮幸，又有些惶恐。面對一個與其母國如此迥異的文化和法律體系，它會有怎樣的遭遇？這本書的讀者是判官。我有理由期盼。所有的法律都是「參與」的力量在幾個總是不完美的決策過程運行的產物。司法裁判過程、政治過程和市場，在不同的國家可能會很不一樣，但是它們實際的決策能力卻總是那些能夠被聽到的聲音和事實上被代表利益的函數。

在一個所有文化相互碰撞的日益複雜和相互影響的世界裡，很少再有簡單的答案，愈發需要依賴大規模的、複雜的決策制度。這些制度如何運行，我們如何從中進行選擇，將決定法律和法律策略的命運——以及更為廣義上的國家命運。

法院的角色，憲法和法治，取決於在日益增長的人數和複雜性所帶來的壓力之下，這些制度力量的機能。我希望我分析這些力量的嘗試能夠幫助其他人更好理解法律的實然與應然。如果這個願望實現了，那麼這在很大程度上應該歸功於北京清華大學法學院的申衛星教授和王琦女士為本書的中譯本所做的努力，他們的熱情使得這本書在華文世界出版成為可能。我對他們表示深深的謝意。

尼爾·考默薩
Neil K. Komesar

目 錄

自 序

中文版序

第一部分 基礎理論架構

| | |
|---------------------------|----|
| 第一章 供給與需求 | 3 |
| 第二章 權利的譜系 | 13 |
| 一、從新區流動人口案看普通法和制度選擇 | 14 |
| 二、一些普遍性的經驗 | 27 |
| 三、社區、市場、參與及方法論 | 32 |
| 四、結 論 | 40 |
| 第三章 供給——法律與權利的小引擎 | 43 |
| 一、司法裁判的過程 | 43 |
| 二、人數、複雜性和訴訟的動態演進 | 51 |
| 三、人數、複雜性與集團訴訟 | 55 |
| 四、結 論 | 63 |

第二部分 土地使用及權利

| | |
|---|-----|
| 第四章 規劃及人們對它的不滿——政治失靈 與權利需求 | 67 |
| 一、規制不足與規制過度之間的衝突性看法 | 69 |
| 二、政治的「兩股力量」範式：對少數人和多數人 的擔憂 | 74 |
| 三、司法的回應 | 87 |
| 四、結 論 | 107 |
| 第五章 合理補償——司法定價的問題 | 109 |
| 一、盧卡斯案的侷限 | 111 |
| 二、兩份建議書 | 115 |
| 三、需求方面：合理補償與政治失靈 | 117 |
| 四、供給方面：司法制度與合理補償 | 123 |
| 五、諾蘭案與度蘭案的奇異世界 | 132 |
| 六、結 論 | 139 |
| 第六章 高度利害關係的玩家與 看不見的市場 | 141 |
| 一、「多數人的偏見」和劣幣驅逐良幣的終結 | 142 |
| 二、應對「多數人的偏見」 | 144 |
| 三、結 論 | 151 |

第三部分 法律的規則

| | |
|-------------------------------|-----|
| 第七章 有關財產的理論——從科斯到社群主義 | 157 |
| 一、財產的演進與功能：財產權的經濟學理論 | 159 |
| 二、對社區的考查 | 170 |
| 三、社區和道德規範遇到人數和複雜性 | 182 |
| 四、結 論 | 195 |
| 第八章 人數、複雜性與法治 | 199 |
| 一、移轉與循環：獲得穩定而確定的法律的可能性 在降低 | 200 |
| 二、面對供給方面：法院的形象與現實 | 211 |
| 三、面對需求方面：社群主義v.法治 | 217 |
| 四、結 論 | 221 |
| 第九章 變 革 | 223 |
| 一、改變法學分析 | 223 |
| 二、改變法學教育和法學講座 | 226 |
| 三、改變經濟 | 231 |
| 四、世界範圍的法律 | 233 |
| 五、法律的未來 | 236 |
| 六、突破這個循環 | 238 |
| 參考文獻 | 243 |

第一部分



基礎理論架構

第一章 供給與需求

法律的本質不在於空洞的原理或者抽象的價值。法律是什麼、能夠是什麼，以及應該是什麼，取決於制定、解釋和實施法律的過程的特點。這些過程之間的互動決定了法律的供給與需求。美國的律師和法學家在使用“law”這個詞的時候，通常指的是「法院創制」的法律（court-made law）。這裡法律是一個過程的結果——法院的裁判過程——這個過程中充滿了侷限和交替換位（trade-offs）：精細而複雜的司法程序增加了訴訟參與的成本，降低了資訊的可獲取性；這個制度自身的資源十分有限，上訴制度也是制約其發展的瓶頸。為法律——至少是美國意義上的法律——界定一個角色，意味著需要對法院的角色進行界定，就必須清楚地認識到它自身的侷限性。此即所謂的法律的「供給」方面。

司法資源的妥當分配意味著對供給與需求兩方面都進行周全的思考，即僅僅把目光鎖定在司法制度上是不夠的。當其他可供選擇的決策機構，當諸如政治程序、市場和非正式團體的運轉最為艱難的時候，在這樣的情況下法院被認為是最必要的。比較而言，如果我們僅僅關注於供給的問題，由此而過分依賴法院的特性，則我們往往要無謂地浪費司法資源；而如果僅僅關注需求，由此當其他決策機制出問題時，我們往往會過於依賴司法制度，為法律和法院設置一些遠遠超出其自身能力的目標。為了解法律律的應然和實然問題，我們必須同時考慮供給與需求兩個方面，必須明瞭法院為權利提供司法保護的許可權的範圍及社會對這種司法保護的需求程度，這意味著要對各種決策者，如法院、市場、社區和政治制度等進行充分的理解並做出選擇。

本書所要關注的重點，集中於「法院造法」和「法定權利」（legal rights）的問題。但對法院和權利的關注絕不僅限於美國的範圍。法律和權利在西方民主國家以不同的形式得以發展。事實上，關於法律和權利觀念的影響力已經遠遠超出了美國和西方民主國家的國界，在貼上了諸如「法治」和「憲政」之類的標籤後「出口」到世界各地。許多人相信強有力的司法存在和合法權利觀念將會有效地保護財產和私人權利，進而使之能繁榮經濟、發展民主。¹

但正如本書所要說明的，通過供需機制發揮作用的系統因素注定要挫敗法院、權利和法律所肩負的使命，沒有哪個地方會出現例外。這些因素在作為對法律和權利的需求的形成力量的同時，又注定了會導致法律和權利功能的萎縮；在不斷增加對法律和權利的需求的同時，又削減了對它們的供應。這些因素的力量之強大，要求我們重新審視法律和權利的功能，以及法院所扮演的相應角色。法律與權利的確是在扮演著重要的角色，但是要想對此做出一個清晰的界定卻絕非易事。

把供給和需求結合起來考慮，用以分析法律、權利和法院的功能，意味著必須正視和應對各個制度行為的現實狀況。當受決策影響的人數比較少、決策事項的複雜性比較低的時候，所有的機構，包括法院、政治途徑、市場和非正式團體都會發揮良好的作用。此時，從市民團體到非正式團體到小型政體再到法治的各種理想模式都被構思出來了。但一旦出現人數增加、決策本身趨於複雜化的時候，這些理想模式就難以有用武之地了。而且，現實世界中人數和複雜性的增加會一直繼續下去，通向理想模式的路很長，而且是一條不斷延長的路。

¹ 參見Ackerman（1997）；Franck（1992）；Sunstein（1993）。

本書所描繪的法律和權利的圖景不同於先前。人數和複雜性的增長使得社會對法律和權利的的需求不斷增長，與司法救濟的供應能力空間有限之間的矛盾愈發趨於緊張。法律和權利處於不斷地變換和移轉之中。基本的司法策略之間的循環往復在加劇，如個人訴訟和集團訴訟之間，規則和標準之間的交替。法院讓位於其他決策制度，退出全部社會事務的決策將是一個長期的趨勢。在規範的意義上，目標與實現方式之間將可能有令人意外的結合——私有財產可能會通過政治途徑來獲得最佳保護，而社群主義價值則可能通過分散而自由的市場競爭機制和退出機制來實現。

在本書的描畫中，法律所確立的權利的多寡及性質，取決於供給與需求這兩種力量之間的較量；它們也是制度選擇的精髓。權利的存在往往能夠標示出那些需要法院承擔重要任務的情形。最強大的法定權利包括司法能動主義（judicial activism），但不必然包含大量的法律活動（legal activity）。雖然一方面，強大的法定權利意味著法院對其他機構的替代，但另一方面，法院常常偏離決策的重任。因此，《第一權利修正案》所確定的最為強大的權利，在見證著法院代替立法機關或政治機構進行決策的同時，也發現法院最終還是會將諸如言論自由權所包含的許多決策權交還給個人或者市場。

司法能動主義與司法活動之間的這種區別，同傳統的規則（rules）與標準（standards）二分法之間存在著相互聯繫，適度的權利包含了標準與司法平衡，因此，就需要司法活動最大化。但是無論是最強大的司法能動主義還是最微弱的司法能動主義，都可以在有限的司法活動所運用的規則中找到。這些規則將相當一部分重要的決策責任分配給法院之外的機構，如市場和政治。各種系統變數——諸如不斷增長的人數和複雜性——使得這種責任的移轉日趨必要，同時也趨於複雜化。這裡存在著規則和標準

之間與各種法哲學之間的轉換循環的動態發展。系統因素和制度間的選擇決定了這種轉換和循環，並且以各種令人稱奇的方式塑造著權利。反過來，這又使得小型政府和非正式社會等這類被視為完美的「偶像」制度變得更加糟糕。

爲了更好地構建和闡述法律和權利的這種特性，接下來我想討論一下以美國財產法和財產權爲背景的法定權利及法院的角色。在世界各地極受推崇的「法治」，常常要依賴一種強大的財產權學說，這種學說表面上看來似乎誕生於美國。但美國財產法和財產權的現實情形與法治理念中強有力的司法存在並不完全一致。美國法院大多會決定「不去做決定」，也就是說，把保護財產的任務交給其他的制度去解決。這些看似神聖的替代性制度往往是極不完美的——充滿了偏見、腐敗，反應遲鈍，甚至更糟——這些糟糕的情況還可能隨著時間的推移而趨於惡化。然而，將保護財產的責任交給法院以外的其他機制的做法顯得越來越必要，即使這樣做可能勉爲其難。探究美國財產法並著重考察其本土決策的制度，使我們能夠評價通常被認爲是與法治相對立的公有制制度。正如我們將要看到的那樣，非正式團體及其規範並不比法院和法治好到哪裡去，它們也不是包治百病的靈丹妙藥。

圍繞著「財產」這個話題衍生出大量的思想學說之爭：社群主義v.自由主義、市民團體v.個人主義、市場導向v.政府導向等等。爭論的焦點集中在被稱爲「財產制度」——通常指的是私有產權制度——的優與劣的評判上。但在本書中，我對這種財產制度的創設——存在於社會中的界定、監督、保護和分配財產的種種機制——更加感興趣，這些機制包括以各種道德規範作用於社會的非正式團體、複雜的市場交易制度、政府治理及法院。它們透過各自的方式和途徑作用於社會，扮演著各種不同的角色。

無論所爭議的財產被稱爲什麼，是私有財產、公有財產、社