

# 波斯納 與 法律經濟分析

——一個批判性的探究——

—— 作者 林立 ——



學林

# 波斯納與法律經濟分析

——一個批判性的探究——

國家圖書館出版品預行編目資料

波斯納與法律經濟分析：一個批判性的探究／  
林立作．．．一版．．．臺北市：學林文化，  
2004〔民93〕  
面；公分

ISBN 986 - 7697 - 36 - 7 (平裝)

1. 波斯納 (Posner, Richard A.) - 學術思想  
- 法律 2. 法律 - 哲學, 原理

580.1

93006385

## 波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究——

作者：林立

出版者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段13號5樓

電話：(02)23141078 傳真：(02)23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登記證：局版北市業字第1190號

一版：2004年4月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定價：新台幣550元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

ISBN 986 - 7697 - 36 - 7 (平裝)

# 序 言

## 一股奔騰的當代思潮

從二十世紀七十年代開始，由法律學者本身來擔綱、並以 Richard A. Posner 為個中翹楚所開展出來的「法律經濟分析」這一學術思潮，已經造就了繁榮昌盛的「學術工業」；其影響力宛如一股強大的洪濤，早已由美國的法學院及法庭奔流到千萬里之外實施不同法系的眾多國度。「如果引證率可以測度影響力，那麼當仁不讓，Posner 是在世的最有影響的法學家」<sup>1</sup>。就連作為法律經濟分析之堅強批判者的 Dworkin 教授，在以憂慮的眼光看待這一趨勢時，也不得不承認：「這種常常被稱為『對法律的經濟學探討進路』之態度，已經將一大部分美國法學教育變成其殖民地了」<sup>2</sup>。

在台灣，對於法律經濟分析方法的引介與探討，其實肇始甚早，驀然回首、荏苒之間，台灣法學界的前輩學者們論及法律經濟分析，屈指一算已有超過二十年的歷史了。但是多年來，法律經濟分析在我國法學界卻一直僅以「星星之火」的情形續存，而從未形成燎原之勢；又由於法律經濟分析源自美國，因此以留學美國居多的我國經濟

---

<sup>1</sup> 引自朱蘇力《波斯納文叢》總譯序，北京 2001，XII 頁。

<sup>2</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Boston 1985, p. 4.

學家談論得反而要比法學界多。

反觀在中國大陸，其法學界及經濟學界對 Posner 及法律經濟分析學說熱烈探討研究的風潮，在中國學習與接受西方學術思想的歷史中，若是由出自學者及民間自發而為的角度來看，應堪稱是盛況空前的；短短五年左右的時間，幾乎所有重要的一手及二手資料都已經被譯出，數量驚人。在這種情況下，法律經濟分析在台灣的熱度也開始迅速上升，蛰伏二十年後，終於在台灣也成為聚光燈照射的焦點。

法律經濟分析學說在台灣與中國大陸之所以遭到不同的際遇，究其緣由，主要是因為我國法制過去深為德國法律文化所籠罩；而且近年來我們社會上下所一致熱切追求的，已經不是經濟效率，而是社會安全、社會公義、人性尊嚴、生存權利之保障...等等議題。而在中國大陸，其法制的建立受有美國法較大的影響，而法律經濟分析學說之所以形成披靡之勢，乃反映其全民上下一心在現階段勉力追求經濟成長、嚮往學習自由市場制度，裨期盡速增進社會財富的渴望心情；是以 Posner 及法律經濟分析思想在彼岸蔚然成風、不可抑遏、成為空前興盛之顯學，自是其來有自。

對於這樣一個影響全世界數十億人民生命的學說，我們不能不投注以深深關切的目光、給予謹慎的倫理學反省，因為其思想的價值觀有可能影響無數的立法者、法官、檢察官、律師、乃至國家行政的領導人物，而其絲毫之思維舉措，都將影響無數人類的權利與生存禍福。因此，筆者實在是因為關心人性尊嚴保護的殷切動機，才不揣固陋，盡一己綿薄之力，提筆嚐試對 Posner 的思想做一個介紹及反省；並且希望本著 Wittgenstein 所創建的語言分析哲學的精神，對其論述的行文做抽絲剝繭的分析工作、探求其真義之後，再給予評價。期待藉此拋磚引玉，得到賢明諸君的高見，能使筆者獲得教益，則甚幸矣。

## 閱讀本書的輔助及感謝

筆者對法理學有興趣、思考其問題，並曾將反省所得寫成過數篇文章發表。在本書的探討之中經常會觸及到的諸問題，有許多筆者已經在以前發表的論文中試圖依一己反省所得的看法加以說明並回答；在本書中探討問題時，筆者有時也會指涉到這些文章。或許，爲了指涉及讀者查閱參考上的方便，筆者亦考慮未來盡可能將這些論文蒐集起來以論文集的方式成書。然而在此，也先對學林出版社基於對法理學研究的鼓勵，在出版《德沃金與法學方法論》一書之後，再次出版我的書，表示我深摯的謝忱。

筆者才疏學淺，書中疏誤之處，在所難免；而我對前輩或後起之秀的讀者們所賜予我所殷切期待的指正，匡余之不逮，也都事先在此表達誠摯的感謝。若又能藉此書廣結天下愛好法學思想研究之士，則又甚幸矣！

最後，要誠懇祝福所有讀者們健康愉快、生活幸福。

林立 2004年春寫於淡水暮色中

# 目 錄

---

序言 / I

導論 / 1

0.1 革新的方法與激起的回應 / 1

0.1.1 實用主義的方法論 / 1

0.1.2 批判性的迴響 / 4

0.2 本書的內容綱要 / 8

0.2.1 經濟篇 / 8

0.2.1.1 Posner 學說的終極三大難題 / 11

0.2.1.2 對 Posner 學說三大難題的說明 / 13

0.2.1.2.1 Posner 本人對第一個難題的解決策略 / 18

0.2.1.2.2 Posner 本人對第二及第三個難題的答覆 / 20

0.2.2 法理學篇 / 29

0.2.3 法律個案分析篇 / 30

0.2.4 為倫理價值重新作一個奠基的嘗試 / 32

第一篇 經濟學篇 / 37

第一章 作為法律經濟分析基礎的經濟原理 / 39

1.1 法律與經濟學的接軌 / 39

1.1.1 消費者以有限的資源求取最大滿足 / 45

1.1.2 出售者追求最大獲利 / 49

- 1.1.2.1 「機會成本」的意義與人之「最大化理性」／49
- 1.1.2.2 以完全競爭市場闡述人的「最大化理性」／53
- 1.1.3 在自願交易下，資源將得到「最佳」(optimum)之運用／57
- 1.2 「效用」、「價值」、「效率」的探究／61
  - 1.2.1 效用 (Utility)／61
  - 1.2.2 價值 (Value)／63
  - 1.2.3 效率 (Efficiency)／67
    - 1.2.3.1 政策或裁判決定得與失之正當性基礎何在？——Pareto 與 Kaldor-Hicks 的原則／69
    - 1.2.3.2 恢宏的計畫——以自由市場交易模式全面重構法律，以求解決政策或裁判決定得與失之正當性的難題／75
    - 1.2.3.3 對市場效率作為唯一判準的省思——窄化的視野／80
- 1.3 對 Posner 將 Pareto 原則「金錢化」、「可計量化」之反省／82
  - 1.3.1 Pareto 法則的原意／82
    - 1.3.1.1 福利與金錢的分離與糾結／86
  - 1.3.2 由「唯金錢觀」再衍生的視野偏狹／90
    - 1.3.2.1 芝加哥學派與個體經濟學意義的擴張／93
    - 1.3.2.2 偏執的深化與固化——純「科學」的社會改良計畫？／96
- 1.4 Pareto 法則對分配額度的沈默／97
- 1.5 小結／101

## 第二章 法律經濟分析的肇始與轉折／103

- 2.1 法律經濟分析誕生的背景／103
  - 2.1.1 市場機制的窮盡乃法律介入之始／104
  - 2.1.2 「壟斷」作為早期法律經濟分析之主題／106
    - 2.1.2.1 人為壟斷的問題／106



- 2.1.2.1.1 壟斷與反托拉斯法的吊詭／110
- 2.1.2.1.2 獨占是否一定無「效率」？／113
- 2.1.2.1.3 對 Posner 於反托拉斯問題態度之評析／117
- 2.1.2.1.4 「反托拉斯法」小結／120
- 2.1.2.2 對「自然壟斷」的管制／122
- 2.2 新的法律經濟分析之發軔——Coase 與「外部性」／125
  - 2.2.1 「外部性」難解的癥結所在／125
  - 2.2.2 解決「外部性」的傳統方法／127
  - 2.2.3 以市場自由交易機制解決「外部性」的構想／130
    - 2.2.3.1 「交易成本」的關鍵角色與「科斯定理」之精神／133
    - 2.2.3.2 法律決定權利歸屬之迫切性——「法律決定交易成本的高低」／136
  - 2.2.4 「權利相對化」之策略與 Coase 的「純經濟效率」單面向思維／137
    - 2.2.4.1 「純經濟效率」之思維所導致的忽略弱勢者生計的後果／140
- 2.3 新的法律經濟分析精神方向的奠定／143

## 第二篇 法理學篇／147

### 第三章 「財富最大化」之權利理論／149

- 3.1 倫理學建構的濫觴與構思／149
- 3.2 對功利主義的批判／150
  - 3.2.1 功利主義效用考量之外延性／151
    - 3.2.1.1 釐清功利主義之效用計算標準／158
  - 3.2.2 功利主義忽略個人權利之致命缺陷／160
  - 3.2.3 效用量化的困難／162

- 3.2.4 個別行爲與種類行爲之差別結果／163
- 3.2.5 Posner 所矚目的功利主義之弊病／164
- 3.3 由批判功利主義來闡明「財富最大化」價值觀之優點／167
  - 3.3.1 主觀滿足感作為請求權基礎之不當性／167
  - 3.3.2 「財富最大化」倫理學之生產性／170
  - 3.3.3 「財富最大化」倫理學的權利分配原則／172
    - 3.3.3.1 「財富最大化」尊重個人權利嗎？／174
    - 3.3.3.2 無法給予「沒有市場價格」的人性尊嚴一席之地的學說／179
- 3.4 對「財富最大化」倫理學的終極基礎之探究與批判／181

#### 第四章 由「自願性」推導出「對自主性的尊重」作為正當性基礎之嚐試／185

- 4.1 以「自願性」作為解決 Kaldor-Hicks 原則意義下抉擇正當性難題的鎖鑰／185
  - 4.1.1 兩種使法律「契約化」的進路／187
  - 4.1.2 侵權行爲法如何被視為全民之契約／189
    - 4.1.2.1 利益分歧衝突與「全民契約」的不可能性／192
    - 4.1.2.2 「非全民之契約」乃枉然的嚐試——不能解決 Kaldor-Hicks 原則意義下的財富增進之正當性何在的難題／195
- 4.2 Rawls 對個人權普遍保障的嚐試／198
  - 4.2.1 人之侵犯性與求自保之本質／198
  - 4.2.2 由人性推導出成就社會穩定合作的兩個正義原則／201
- 4.3 Rawls 與 Posner 基本價值信念的殊異與理論的爭執／206
  - 4.3.1 古典自由主義對財富重新分配的典型批評／206
  - 4.3.2 終極信念之殊異與兩種學說的不可共量性／209
  - 4.3.3 學說正當性之檢驗在於各自體系內部的終極價值判準／213

4.3.4 「財富最大化」作為正當性基礎的困難性與脆弱性／216

## 第三篇 法律個案分析篇／221

### 第五章 財產法／223

5.1 財產權的意義／223

5.1.1 財產達成有效率使用的兩大條件／225

5.1.2 財產權的必然受限——相互干擾的不可避免性／226

5.1.2.1 在「不相容使用」之中求取效率的方法／227

5.1.3 正義的損失，抑或同時又伴隨「財富」的損失？／235

5.1.3.1 無力對「沒有市場行情的價值」事物的評價／236

5.1.3.2 純經濟思考下的人道困局與妥協的限度／239

5.1.3.3 純經濟思考下的人道困局與案例／241

5.1.4 政策工具性司法下的權利保護之危機／245

5.2 民法的效率思維／247

5.3 智慧財產權／249

5.3.1 保護智慧財產權的意義／250

5.3.1.1 專利權／250

5.3.1.2 營業秘密的保護／253

5.3.1.3 著作權／255

5.3.1.4 商標權／257

### 第六章 契約法／259

6.1 契約的意義——自願交易保證雙贏／259

6.1.1 克服實現契約理想的兩個障礙／259

6.1.1.1 機會主義／260

- 6.1.1.2 偶然／262
  - 6.1.1.2.1 以普遍保險的方式克服偶然性——契約法的新理念／263
  - 6.1.1.2.2 新理念的困難與私法自治的解決可能性／265
- 6.2 Posner 體系中「財富最大化」與「個人權利」的永恆衝突／266
  - 6.2.1 「財富最大化」的實質目的之提出造成二種價值並存之矛盾／266
  - 6.2.2 爲了「財富最大化」而規避法律的方法／268
  - 6.2.3 法律安定性的破滅及個人既有法定權利保護的喪亡／272
  - 6.2.4 「財富最大化」作爲最高價值破壞私法自治／274
- 6.3 違約之下的效率考量／276
  - 6.3.1 選擇最適的損害賠償方式／277
    - 6.3.1.1 「求償範圍限制」的法學問題／280
- 6.4 「約因」(Consideration) 的經濟效率分析／283
  - 6.4.1 「約因」的意義／283
  - 6.4.2 對「約因」所加諸的限制之規避／287
  - 6.4.3 「約因」尙存的意義之省思／289

## 第七章 侵權行為法／293

- 7.1 對「Hand 公式」的再省思與釐清／293
  - 7.1.1 「過失」作爲歸責的基礎／293
  - 7.1.2 「Hand 公式」符合經濟學意義的效率嗎？／296
  - 7.1.3 「邊際 Hand 公式」的提出及檢驗反省／299
    - 7.1.3.1 邊際效用思想的困境與他種出路／308
- 7.2 無過失責任制度下的產品責任／310
  - 7.2.1 商品生產與交易的改變以及消費者保護／310
  - 7.2.2 無過失責任的必要性／312

- 7.2.3 無過失責任的「客觀歸責」問題／313
- 7.2.4 無過失責任下的廠商抗辯的經濟後果／319
- 7.2.5 無過失責任下的經濟後果／322
- 7.2.5.1 無過失責任下的司法成本／324
- 7.2.6 無過失責任經濟效率估算的困難／325
- 7.2.7 無過失責任與公平正義／326
- 7.3 基於普遍保險的社會安全制度之建立——侵權行為法之終結？／327
- 7.3.1 侵權行為法對生存權保障之不足／327
- 7.3.2 責任保險制度及其倫理爭議／329
- 7.3.3 以「無過失補償」取代侵權行為法／332
- 7.3.3.1 無過失補償的公平正義問題／334
- 7.3.4 終極人道的制度須被奠基於高標準的國民公德／336

## 第八章 訴訟法／339

- 8.1 司法的宗旨是什麼——個人權利救濟或增進社會財富？／339
- 8.1.1 法律經濟分析的邊際效益司法觀／339
- 8.1.2 「社會財富最大化」宗旨下什麼叫做「誤判」？／343
- 8.1.2.1 在個人權利救濟的目的之外添加「增加社會財富」的實質目的而造成錯亂／344
- 8.1.2.2 信仰「社會總體利益」而漠視個人權利的理論／345
- 8.1.3 對訴訟本質的徹底誤解——人民走入法庭的目的是什麼？／347
- 8.1.3.1 以只關心社會財富增減的「局外人」立場企圖指揮訴訟當事人／351
- 8.2 民事和解的經濟效率／352
- 8.2.1 和解的訊息基礎／353

- 8.2.2 訊息的獲得與促進效率的功能／356
- 8.2.3 法官的態度為和解正義之前提／358
- 8.3 認罪協商（Plea Bargaining）／360
  - 8.3.1 認罪協商的以法律基本價值為基礎／360
  - 8.3.2 認罪協商的墮落變質／364
  - 8.3.3 思索其它訴訟經濟的方法／371
  - 8.3.4 認罪協商的改革及刑事訴訟法的終極目的／372

## 第九章 刑法／375

- 9.1 刑法的本質／375
  - 9.1.1 刑罰必要性的基礎／376
- 9.2 刑罰手段的目的及功效／378
  - 9.2.1 金錢剝奪與生命或自由的剝奪的效果／378
- 9.3 刑法的多重目的／382
  - 9.3.1 「應報刑論」——罪責與刑罰的對稱／382
  - 9.3.2 預防理論—社會政策的工具性考量／386
    - 9.3.2.1 一般預防理論／386
      - 9.3.2.1.1 訂立威懾的基準／388
      - 9.3.2.1.2 個別預防理論／389
    - 9.3.2.2 純經濟效率意義下的「最佳威懾」及其批判／392
  - 9.3.3 經濟學觀點犯罪之基礎之反省／396
    - 9.4.1 緊急避難與非金錢性侵害的問題／401
- 9.4 經濟學觀點犯罪之基礎之反省／396
  - 9.4.1 緊急避難與非金錢性侵害的問題／401
- 9.5 沒有被害人的犯罪？——自願交易可正當化一切？／402

## 第十章 憲法基本人權／409

- 10.1 人性尊嚴的「價值」／409

- 10.2 「證據排除」法則／411
  - 10.2.1 「證據排除」的意義與緣由／411
  - 10.2.2 作為「司法正潔」象徵的「證據排除」／419
  - 10.2.3 「證據排除」的受限／419
  - 10.2.4 嚴格「證據排除」的必要性／421
  - 10.2.5 「法益衡量」在「證據排除」中的正確定位／426
- 10.3 「緘默權」與「不自證己罪原則」／428
  - 10.3.1 「緘默權」的傳播與不同法系的情形／428
  - 10.3.2 對「緘默權」之合理性的激烈爭辯／430
  - 10.3.3 「緘默權」的真正意義／432
    - 10.3.3.1 偵查階段「緘默權」的保護功能／432
    - 10.3.3.2 審判階段「緘默權」的保護功能／434
  - 10.3.4 人性尊嚴價值超越經濟效率的考量／435
- 10.4 平等權與「歧視」的經濟學／436
  - 10.4.1 平等權的終極性與無上意義／436
  - 10.4.2 歧視的經濟學／438
    - 10.4.2.1 歧視的純粹實證性研究／438
    - 10.4.2.2 純實證研究對實踐的影響／442
    - 10.4.2.3 由實證性研究被過渡到價值判斷性的命題——以財富正當化歧視？／444
    - 10.4.2.4 對歧視心態的批判／446
  - 10.4.3 對 Posner「財富最大化」價值觀的解析與批判／448
    - 10.4.3.1 科學技術的意識形態興起及典型學說／448
    - 10.4.3.2 工具理性僭越而為終極、普遍指導性的實質價值／451
    - 10.4.3.3 技術理性窄化的單維視野為人類生存的危機／457

## 第四篇 倫理奠基篇 / 459

### 第十一章 一個倫理價值重新奠基的嚐試 / 461

- 11.1 由「諸神的黃昏」到新神喻的誕生 / 461
- 11.2 新的論證說服方式的尋求 / 464
  - 11.2.1 訴諸顯明心理事實的進路 / 464
  - 11.2.2 對 Rawls 的推論之解析 / 466
  - 11.2.3 對 Rawls 推論的反省及批評 / 468
    - 11.2.3.1 作為基於人性事實在「真實世界」被實際達成的契約 / 469
    - 11.2.3.2 作為「權利理論」——Dworkin 式的詮釋 / 474
    - 11.2.3.3 由「人類珍視自己的尊嚴」之普遍人性，將「原初狀況」作為對實踐此種道德義務的呼籲 / 477
      - 11.2.3.3.1 以「人類珍視自己的尊嚴」之普遍人性作為道德論證之困難 / 479
  - 11.2.4 「正義兩原則」的尚未完成其作為現實社會道德義務的奠基 / 480
- 11.3 正義兩原則在現實社會的被證立 / 481
  - 11.3.1 「善的單薄理論」——缺乏道德崇高性考量下所達成的正義社會 / 481
  - 11.3.2 由善的生活發展出認同人性尊嚴的道德情感 / 484
    - 11.3.2.1 道德情感之高度發展與「尊重人性尊嚴」作為道德義務的證成 / 487
- 11.4 由「義務論」與「目的論」之對立，反省實用主義「教條主義」批判之問題 / 492
- 11.5 小結 / 495



## 第十二章 結論／497

12.1 科學帝國的美夢與實相／497

12.1.1 經濟學進路的適用性範圍／498

12.2 效率與平均問題的反省／500

12.3 法律的安定性及一般法律原則正義性的反省／503

12.4 結語——完整合理人性價值的尋回／506

參考書目／509

### 縮語表

EAL: *Economic Analysis of Law*, 5. edition, New York 1998.

EJ: *Economics of Justice*, Cambridge (Massachusetts) 1983.

PJ: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts) 1990.

OL: *Overcoming Law*, Cambridge (Massachusetts) 1995.

PML: *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge (Massachusetts) 1999.