

 法理文丛
Jurisprudence Series

经济推理与法律

Economic Reasoning and the Law

2

简资修

著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法理文丛
Jurisprudence Series

经济推理与法律

Economic Reasoning and the Law

简资修
著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局登记号 图字:01-2005-1302 号

图书在版编目(CIP)数据

经济推理与法律/简资修著. —北京:北京大学出版社,2006.1
(法理文丛)

ISBN 7-301-09086-2

I. 经… II. 简… III. 法律-经济分析-研究
IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 049550 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

经济推理与法律,简资修 著,2003 年,第 1 版,

ISBN 986-7787-57-9

书 名:经济推理与法律

著作责任者:简资修 著

责任编辑:屈冬冬 吕亚萍

标准书号:ISBN 7-301-09086-2/D·1197

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16 开本 19.25 印张 260 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价:29.50 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其著作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1) 台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2) 一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3) 为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以说明,因此如果

没有特殊标注,书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。(4)我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等,为了保持作品原貌,也没有加以修改。特此一并声明,敬请读者注意,以免产生误会和质疑。

序

在我初习法律时,也许是个性使然,当时传统的法律释义,对我总是格格不入。1986年初,在“教育部”公费资助下,我负笈至美国 Georgetown University Law Center 进修,在误打误撞下,选了 Professor Warren F. Schwartz 的 Economic Reasoning and the Law 这门课。在第一堂课上,当他从囚犯两难赛局开始说起法律的起源时,我有被电击的感觉。我的法律学习,因此有了另外一扇窗。此窗当然不是全视的,但总是增加了我的视角,让我对“法律是什么”看得更清楚些。为了纪念此一因缘,我取自该堂课的中文直译,将本论文集题为经济推理与法律。

本论文集所收录的文章,若从法律的分类看起来,显得有些杂,其中包括民法、环境法、竞争法,甚至刑法等等。之所以如此,一方面是因为法律的经济分析本质上是一种分析的工具,所以在运用上必然会纵横切割原本的法律分类;另一方面则是法律的经济分析在台湾地区仍属萌芽阶段,市场范围不大,因此专业分工就不够细致。从学术的标准来看,我是希望本论文集的内容,是前者的因素多一点,而后者的因素少一点。当然这只是希望,尚有待时间的验证。另外,有两点也必须说明:(1) 本论文集收录了几篇我对他人已公开发表论文的评论,其目的不在臧否,而是欲思促进法律人间的论学;(2) 本论文集中的文章,由于皆已对外公开发表,因此除了有些语句不顺外,即便有些论点或专有名词,现今我已经有了改变,在此仍是照旧文刊出,以存其真。最后,学贵有同道,尚请大家不吝予我指正。

高世奇

2004年2月5日
于“中研院”社科所研究室

目 录

第一章 法律之经济分析	
——一个自主但开放的法学观点	1
壹、前言	1
贰、几个基本观念	2
叁、法律释义与经济分析	7
肆、比较法与经济分析	9
伍、结语	11
第二章 科斯的《厂商、市场与法律》	
——一个法律人的观点	13
壹、前言	13
贰、科斯对经济学的批判	15
叁、空污费之例	22
肆、《公平交易法》之例	24
伍、侵权行为法之例	27
陆、结论	30
第三章 一物二卖	
——有效率之不履约或债权之侵害?	32
壹、前言	32
贰、财产权保障方式之效能分析——金钱赔偿、 强制履行与回复原状	34

2 经济推理与法律

叁、财产权保障之“宪法”基础与法律体系	39
肆、《民法》第244条修订之商榷——特定债权人 不应具撤销权？	43
伍、结论	51
参考文献	53
附论 评《从经济观点论保障财产权的方式 ——以财产法则与责任法则为中心》	56
第四章 让与(买卖)不破租赁及其类推适用	
——长期投资保障观点之分析	61
壹、问题之提出	61
贰、租赁物权之需求与其公示供给	64
叁、几个争议问题	67
肆、租赁物权之形式限制——公证？	71
伍、类推适用——使用借贷？分管契约？	74
陆、结论	78
参考文献	79
第五章 公寓大厦屋顶平台之产权研究	82
壹、前言	82
贰、现状——共有	83
叁、改革——公有？	88
肆、衡量——专有	89
伍、结论	95
第六章 违反保护他人法律之过失推定	
——经济功效与司法仙丹	96
壹、问题之提出	96
贰、赔偿责任与过失推定——以吓阻功能为中心	99
叁、实务探讨——规避之门与争点失焦	113
肆、结论	124
参考文献	126

第七章	几个侵权行为法之经济分析案例	131
	壹、产品责任、与有过失及经济分析	131
	贰、具体过失、抽象过失与经济分析	137
	叁、危险责任、过失推定与经济分析	142
第八章	不法行为的决定时点	
	——预防科技的不足或安全活动的逾越?	147
	壹、前言	147
	贰、水泥厂防治空气污染之例	148
	叁、Reasonable Man Standard(RMS)的经济分析	149
	肆、预防科技的进步诱因	157
	伍、结论	159
	附论 是的,大师偶尔也有失手的时候!	161
第九章	行政管制的合理性与赔偿责任的补充功能	168
	壹、前言	168
	贰、行政管制的合理性——策略性行为的防治	169
	叁、赔偿责任的决定时点——最后有效决定权的归属	172
	肆、赔偿责任的补充功能	177
	伍、结论	179
第十章	科学证据与侵权行为法	
	——美国有关边得克汀诉讼的省思	181
	壹、前言	181
	贰、有关边得克汀的诉讼	182
	叁、科学证据与证据能力	195
	肆、科学证据与诉讼衡平	199
	伍、科学证据与社会财富	201
	陆、侵权诉讼与科学发现	202
	柒、结论	204
	参考文献	205

第十一章	石化业污染纠纷中之法院	209
	壹、导论	209
	贰、法院的对外地位——起诉与公证	216
	叁、法院的自我定位(一)——民事裁判	220
	肆、法院的自我定位(二)——“国家”赔偿裁判	229
	伍、法院的自我定位(三)——刑事裁判	234
	陆、结论	236
	参考文献	242
第十二章	民意参与电源开发的制度化设计	
	——环境保护协议书	245
	壹、前言	245
	贰、比较法	246
	叁、环保协议书的合法性	252
	肆、环保协议书的工具性	253
	伍、环保协议书的公平性	254
	陆、环保协议书的可行性	256
	柒、结论	258
	参考文献	258
第十三章	美国反托拉斯法上联合定价概念之演变	
	——法律解释之价值取向	260
	壹、联合定价之演变简史	260
	贰、联合定价之法律效果——本身不法	263
	叁、联合定价之不法原型——本身交易限制	
	而非定价	268
	肆、联合定价之概念操作	270
	伍、联合定价之价值取向	271
	陆、法律概念演进之价值取向——代结论	273
第十四章	经济理论在美国反托拉斯法即决判决之适用	
	——Kodak 案之解析	275
	壹、前言	275

	貳、Kodak 案之背景说明	278
	叁、Kodak 案之法院推理	280
	肆、Kodak 案之解析	284
	伍、结论	288
第十五章	几则评论	289
	壹、波斯纳的老年经济分析	289
	贰、乱世用重典的经济分析	292
	叁、从消费者利益看律师考选问题	295

第一章

法律之经济分析

——一个自主但开放的法学观点*

壹、前言

法律之经济分析(economic analysis of law),又称法与经济学(law and economics),或若欲强调法学研究的主体性,则不妨称之为经济分析法学。其特征是,将经济学的研究方法融入法学研究之中。在此特别强调的是经济学的分析方法——此即经济分析,而非一般人所认知的经济活动。此研究取向系近年来法学研究中最重要现象之一。从1950年代后期萌始于北美后,法律之经济分析,现在不但已在英美法系取得不可忽视的地位^[1],在大陆法系也逐渐受到重视。^[2]

* 原登载于《月旦法学杂志》第93期,第236—242页(2003)。

- [1] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed., 1998); *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1998).
- [2] Robert Cooter & James Gordley 主编, *Symposium, 11 International Review of Law and Economics* (1991); Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (1997); Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest 主编, *Encyclopedia of Law and Economics* § 0300 (2000) (本部百科全书,可在网站 <http://encyclo.find-law.com/> 免费浏览或下载!); Bruno Deffains & Thierry Kirat 主编, *Law and Economics in Civil Law Countries* (2001)。法律经济分析在中国大陆的发展,似也不弱。例如王成:《道路交通事故损害赔偿归责原则之经济分析——以“沈阳市行人与机动车道路交通事故处理办法”为背景》,载《法令月刊》第53卷第12期,第68—76页(2002)。

2 经济推理与法律

其所以如此,应是时代所趋。早在百余年前,美国法学家霍姆斯就曾说:“在理性研究法律上,知文字者也许是现在的当令者,但是未来是属于统计人与经济学的专精者。”^{〔3〕}如今则因为一方面,随着管制福利国家的兴起,法律的介入范围,是不断地扩张,例如传统上属于经济学分析领域的经济活动,也笼罩在法律规范之下;另一方面,经济学也演进为行为科学,其分析已不仅限于经济活动,而且及于所有的行为选择,则法律既为人类社会的产物,自然也被纳入其分析范围之内。法学与经济学的碰撞,显然是不可避免了。法律人不管基于自利或美学,都不应错过此碰撞出来的璀璨火花。

一般说来,法律之经济分析所要达成的目的有三:(1) 探讨法律的影响;(2) 理解法律为何如此;(3) 法律应该是如何。相对于传统上法律人的核心活动——法律释义,上述活动可称之为外部观点。不过,一方面,法律人的活动,其实可以不需如此狭隘,因此不管其是往人文素养或往专业需求(例如商务律师^{〔4〕})方向发展,法律之经济分析应都有其可观之处。另一方面,极高明的法律释义,必然是融合了这些外部观点,否则法还能谓之法?

贰、几个基本观念

当然上述法学任务之达成,并非法律之经济分析的专利。法社会学、法制史学或法哲学等,对此皆可做贡献之处。经济分析的独特性,则在于其有一个统一的人性假设,此即自利的个人或称理性人。在此基础上,吾人就可以比较有系统地去研究众人间的互动,不管其是实证性(positive)或是规范性(normative)的。

经济学目前作为一个学科,其特征不在于其研究对象(此即市

〔3〕 Oliver W. Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* 457—478 (1897).

〔4〕 Ronald J. Gilson, “Lawyers as Transaction Cost Engineers”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 508—513 (1998).

场活动),而在于其研究方法(此即 Robbins 及 Becker 所言的选择科学)^[5],大概已无人争议,虽然科斯^[6]及布坎南^[7]这两位诺贝尔经济学奖得主,会希望经济学家有其特定的研究领域。科斯希望经济学家是研究实实在在的经济组织,而非纯粹的选择逻辑。布坎南则认为法则之形成——宪法政治经济学(Constitutional Political Economy),才是经济学家适名之所在。惟不管经济学界内,是如何的争执,其研究方法及成果,只要有助于吾人了解或进而改革法律制度,法律人是不应排斥的。

首先,何谓自利的个人?一般经济学家是以理性(rationality)称之,而其特征在于极大化其效益(utility maximization)。但对科斯而言,此种效益极大化的说法,不符合事实,而在经济分析上,也非必然。他认为经济推论的基础,只要是对于欲分析的众人而言,在绝大多数的情况下,任何物的相对价格一旦提高,其需求就减少,即足矣。^[8]

法律之经济分析,比较应着重者,是交易成本。因为诚如科斯在《社会成本问题》一文论证的——在无交易成本的世界中,理性自利人自然会交易达成最佳的资源分配状态,法律制度因此即无存在的必要。^[9]在该文中,科斯为文的对象是经济学家,他挑了损邻案件作为说明基础,因为这是经济学家熟悉的“外部效应”问题。从法律人的观点来看,若以物权是否要法定,则更具法律问题意

[5] Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976).

[6] Ronald H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (1988); *Essays on Economics and Economists* (1994).

[7] James M. Buchanan, *What Should Economists Do?* (1979).

[8] Coase, 前注 6, 第 2—5 页;熊秉元:《个体行为和总体现象》,载《法令月刊》第 53 卷第 12 期,第 77—84 页(2002)。

[9] Coase, 前注 6, 第 95—156 页;干学平:《交易成本与经济法学》,载《律师通讯》第 148 期,第 49—53 页(1992);王文字:《财产法的经济分析与科斯定理——从一则土地相邻关系的判决谈起》,收于氏著:《民商法理论与经济分析》,第 131—149 页(2000)。

识。^[10]

苏永钦教授在《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》一文中^[11],即做了此尝试。文中所举的公寓大楼的扰邻例子,使得科斯定理更贴近了现代及本土。该文论证了大楼住户是希望其协议(大楼公约)有物权效力,也就是得对抗往后的受让人。但是法律若不赋予此协议物权效力——此即受限于物权法定而且其类型过少——住户还是会利用债权契约去约束住户,只是如此一来,协议的成本就增加了,因此要不协议达不成了,要不就是协议的订约及监督成本增加了。

在上述分析中,理性人的假设,是表现在住户会想去交易,不管是买住家安宁或是买经商营利,只要其是有利可图即可。此一假设甚为简单,也颇合实际,大概少有人质疑。此外,促成这些理性人可以达成协议的条件——协议具物权效力——也是合情合理,毕竟世上有多少人会愿意认真去订一个当事人可随时毁约的契约?不过,至此的分析,仅着重在如何促进大楼住户间达成协议,而未考虑到此协议应如何公示于众,以免受让的第三人受害。若虑及此,另一层次的交易成本就发生了。苏永钦教授在该文中精辟分析了不同公示制度的产能与效益,得出了在目前自动化时代,登记制度的产能大幅提升之际,若再拘泥于物权法定主义,一方面增加了以债权代替物权的成本(即住户协议的成本),另一方面也未能充分发挥登记制度的产能,造成双重的浪费。如此逐步分析下来,其间所涉及的成本效益计算,都是合情合理、清晰可见的。

模型假设不切实际,常是经济分析为人诟病之处。假设不切实际,不必然是经济分析的致命伤,在某种意义上,甚至是其不可或缺的形式。不过,诚如科斯指出,经济分析的假设,最好是既符合实际,又具可操作性^[12],如此的经济分析就有可观之处。上述物

[10] Paul Burrows & Cento G. Veljanovski, *The Economic Approach to Law* 22—25 (1981).

[11] 收于氏著:《经济法的挑战》,第1—58页(1994)。

[12] Coase, 前注6,第33页。

权法定主义的分析,就具备了此特质,因此就有了洞察力。此外,经济分析的方式,法律人不应是陌生的。法律人操作的法律概念,不就是舍弃不重要的特征,应目的而生的^[13]? 此与经济分析有异曲同工之妙。

经济分析另外常为人批评之处是,只讲效率不讲正义。其实,做此批评的人,往往仅诉诸主观,并无一个客观的正义说法。当然,效率也有种种的说法,但数量上,应是少多了。Pareto efficiency 与 Kaldor-Hicks efficiency,是其中两个常为人提起的。前者指的是,一个行动不会使得相关人中的任何人受到损失,即是有效率;后者则指,一个行动使得相关人中受有的利益高于受到的损失,即是有效率,而不管其利益及损失的分配状态。不过,在很多的经济分析中,并无须诉诸此二概念,尤其是在所考虑者,系交易成本时^[14],更是如此。例如在上述的物权法定主义的分析中,减少了交易成本,就增加了社会财富。少有人会去质疑此社会目标吧?

另外,效率与正义往往也不是冲突的。例如最近《民法》增订了第 191 条之 3,课予从事危险活动者,负推定过失的损害赔偿赔偿责任。其修订理由为:“近代企业发达、科技进步……如有损害发生,而须由被害人证明经营一定事业或从事其他工作或活动之人有过失,被害人将难获得赔偿机会,实为社会不公平现象。”^[15]此现象的确不公平,法律应思补救。在法律制度内,匡正不公平,一如在福利经济学内,想要匡正市场失灵一样,诚如科斯所言,不能仅见现象之弊,而不见对策执行之弊。既然政府有(可能常常)失灵的时候,增订的法条,也有失灵的时候,而其取舍标准的决定,除了做制度间的成本利益比较分析外,是别无他法。

课予过失推定的损害赔偿赔偿责任,虽然在实体法上还是维持了

[13] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,第一章(1987)。

[14] Guido Calabresi, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", 100 *Yale Law Journal* 1211—1237 (1991).

[15] “法务部”:《民法债编部分条文暨民法债编施行法修正草案》,第 67—69 页(1997)。

过失责任的名目,但若从“举证之所在,败诉之所在”的诉讼成本负担来看,其已偏向无过失责任,虽然此要视法院的具体认定而定。而课予无过失责任,除了公平理由外,其实也有效率在其中。例如由于有关危险防治科技的讯息不对称——从事危险活动者比起受害人,有较充分的讯息——则无过失责任有吓阻功能;另外,行为人若是较有分散损失的能力,课予行为人无过失责任,亦有助于效率之达成。不过,一如上述物权效力之分析,制度的利与弊,总是相随的。无过失责任之无效率在于,道德危险及逆选择,此即受害人就无诱因去防治危险,或则高危险群的人才会进入此活动市场,造成市场之崩溃。^[16] 因此将无过失责任的利弊分析清楚后,实现公平正义所需付出的代价,也就浮现了。甚至在某程度内,完全不诉诸公平正义,仅以法律技术的成本利益衡量,反而更可以实现公平正义。

法律经济分析还有一项常令人误解之处,此即反对政府管制。此一误解,当然一方面来自目前政府管制无所不在,作为经济分析对象,因此是必然的,分析结果有所批评,也不难理解;另一方面,原本政府管制所依赖的市场失灵理论,由于未考虑到政府失灵部分,也造成了理论失灵。其实,法律经济分析并无此立场,若从政策或法律的规范面言,其仅是强调了要做制度间的成本效益比较分析,政府失灵并不表示就不要政府管制,而是要比较其失灵的后果。

例如,我国台湾地区现行《民法》第184条第2项规定,违反保护他人之法律,致生损害于他人者,应负损害赔偿责任。此条文,系引介条款。其引入了公法规定进入民事赔偿领域,在某意义上,是政府管制侵入了市场领域。因此其适用,就必须在此比较制度间为成本效益之衡量,否则难免矫枉过正。^[17]

[16] 简资修:《危险责任之生成与界线——举证责任与过度防治》,载《台北大学法学论丛》第48期,第43—68页(2001)。

[17] 简资修:《违反保护他人法律之过失推定——经济功效与司法仙丹》,载《政大法学评论》第75期,第79—121页(2003)。