

法律作为合约安排

简资修*

目次

- 一、前言
- 二、科斯定理与交易费用
- 三、交易费用与私法自治
- 四、法律之规范体系性
- 五、法律之演化
- 六、法律之内在价值
- 七、华文的法律经济学：代结论

摘要 科斯提出交易费用解释了制度之存在,但其未将之操作化,令庇古式外部性理论借之还魂了。张五常将租值消散、交易费用与制度费用等同视之,避免了此一缺憾。在此理解下,法律是合约安排,而非吓阻诱因。法律作为合约安排,才能合理解释物权效力与过失责任之现实存在。更重要的是,法律作为合约,必然要求了法律的规范体系性,而法律作为诱因,则令法律工具化,失去其规范之本质。法律内在价值,例如自由或正义,也只有在此才有意义。

关键词 科斯定理 交易费用 经济解释 张五常

一、前言

当今法律经济学虽然蓬勃发展,但其有沦为数理模型与统计分析的形式主义之趋势,^[1]法律

* 台北中央研究院法律学研究所研究员、台湾大学法律学系合聘教授、法学博士。

[1] See Eric Posner, "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?" 112 Yale Law Journal 829 (2003); Elisabeth Kreche, "Economic Analysis and Legal Pragmatism", 23 International Review of Law and Economics 421 - 437 (2004); Joshua B. Fischman, "Reuniting 'is' and 'ought' in Empirical Legal Scholarship", 162 University of Pennsylvania Law Review 117 - 168 (2013).

不见了。科斯虽然指出法律与比较制度之重要,大力驳斥这种黑板经济学,^{〔2〕}但其首发探究的交易费用之概念,反被误用,成为经济形式主义的护身符。经济形式主义以单纯现象为失序,主张因高交易费用之存在,必须以法律的强制力作为诱因工具去改正之。但这不是法律,因为其不具规范性与体系性。正本清源之道,是将交易费用一般化,始能看出法律作为人间制度之本质,此非张五常的经济解释莫属了。其说,人为了生存发展,会以合约制度约束各自的行为,减少了租值消散,^{〔3〕}从而交易费用、制度费用与租值消散同一了。^{〔4〕}法律因此是合约安排,其目的在于减少租值消散,其本身即是(合约)交易费用,从而此费用数额的高低,并非法律形成的关键,而是其如何减少了租值消散才是。这不同于经济形式主义,在法律作为合约制度,现象一定先被检验,而且以交易费用计算,法律即在其中矣。这里的法律不是诱因工具,而是本身即具目的的规范体系,这也才是真正的法律的经济学。^{〔5〕}本文以下首先讨论科斯提出交易费用的原因、限制与其被误用;接着以物权法与侵权法的经济分析为例,说明法律作为诱因之谬,而合约分析才是正途;再来是,法律的规范性与体系性特征,不可能存在于法律作为诱因,而法律作为合约安排才是与其一致的;又法律的演进,也只有法律作为合约安排才是能说明的;最后,为人常提及的法律价值,例如自由或正义,从法律作为合约安排看,才能厘得清。

二、科斯定理与交易费用

法律经济学的理论基础来自科斯的《社会成本问题》一文。^{〔6〕}科斯说,只要财产权利确定,在无交易费用下,财产会由具有使用价值最高者取得;^{〔7〕}但他又说,在高交易费用下,市场交易不可能,财产权利的确定,即是最后的结果,则法律在确定财产的权利归属时,就必须将权利分配给使用价值最高者,社会总产值才会最大。^{〔8〕}现实世界无处不存在着交易费用,一般法律经济分析学者,因此认为法律高权应无所不在了。但这是科斯批评的庇古外部性理论之还魂了。^{〔9〕}不过,科斯的论证方式,的确令人想入非非了。^{〔10〕}

首先,科斯之无交易费用之假设,是要凸显权利确定之重要,因为权利一旦确定,市场即可以

〔2〕 波斯纳认为科斯少见多怪,无异放弃了有用的科学方法。See Richard A. Posner, "Ronald Coase and Methodology", in *Overcoming Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1995), pp. 406 - 425.

〔3〕 科斯本人没有跟进租值消散,因此未将交易成本一般化? 张五常:《经济解释(卷四):制度的选择(神州增订版)》,中信出版社2014年版,第472页。

〔4〕 张五常:《经济解释(卷一)(神州增订版)》《经济解释(卷二)(神州增订版)》《经济解释(卷三)(神州增订版)》《经济解释(卷四)(神州增订版)》,中信出版社2010—2014年版。

〔5〕 布坎南说波斯纳的法律经济学是“好经济学、坏法律”。James M. Buchanan, "Good Economics — Bad Law", 60 *Virginia Law Review* 483 - 492 (1974), in *The Collected Works of James M. Buchanan v. 18: Federalism, Liberty, and the Law* 327 - 337 (2001). 麦斯麦克更是说,波斯纳的法律理论是没有法律的。Ernst-Joachim Mestmacker, *A Legal Theory Without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007). 苏永钦说,“没有法律的经济分析,就不会有真正的法律经济学”。苏永钦:《寻找新民法》,台北元照出版公司2008年版,第420页。

〔6〕 R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 1988), pp. 95 - 156.

〔7〕 这是《社会成本问题》的第三、四与五节。

〔8〕 这是《社会成本问题》的第六与七节。

〔9〕 参见简资修:《科斯经济学的法学意义》,载《中外法学》2012年第1期,第190~203页。

〔10〕 例如凌斌即误解之,参见其《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版;对此批判之批判,参见简资修:《不法治的代价:为何科斯的经济学》,载《人大法律评论》(2015年即将出版)。

交易,而达至经济学家所在意的效率(社会产值最大)。这推翻了庇古的外部性理论——造成损害若不受到法律制裁,社会产值即不会最大。这里的交易费用,因此是指权利确定后,不变更权利性质的纯粹交易障碍,将之假设为零,可避免横生枝节。但即便如此,还是有人争执了何谓无交易费用,例如库特(Robert Cooter)即认为其不包括策略行为,^[11]从而零交易费用并不保证交易一定达成。但定义上,科斯这里的无交易费用,一定排除了任何影响市场交易的阻碍,策略行为当然在其中。科斯是要论证权利确定促成了市场交易,所谓的外部性损害被消弭了——即使可能不是全部——但已足以证明全称的外部性理论是错了。将权利确定以外的交易障碍引用至此分析,必然干扰了科斯的核心理论,库特之例可证。另外,科斯这里的权利确定也是武断假设的,诚如张五常说的,^[12]权利确定也是来自减少交易费用(租值消散),则权利确定又假设无交易费用,是逻辑矛盾了;但如果从有效破解庇古外部性理论来看,这一武断假设也是必要的,否则纯粹设想的养牛人与农人利益互相冲突之例,也不可能出现,其只能诉诸实际法院裁判,如此一来,法律的争执,必然模糊了其经济分析——损害未受到法律制裁,但社会产值仍是最大的,因此庇古的外部性理论是错的。法史学家辛普森(A. W. Brian Simpson)即以科斯两度引用的 *sturges v. Bridgman* 案件为例,调查其史料,指出原告与被告,不但在裁判前,未能达成协议,在裁判后(权利因此确定了),也未能达成协议。^[13]但这正是权利不确定之例,或者说,只要是进入法院诉讼,其权利都是不确定的,否则也不会有诉讼。^[14]从破解庇古外部性理论言,诉诸个别实际法院案例,并非良策,武断地假设权利确定,然后设想一个利益冲突案例,去说明市场交易之效果,恐怕才是科斯折服众多经济学家的原因之所在。

次之,科斯的高交易费用说法,其设有前提条件,但同样被忽视了。对应前述无交易费用假设,科斯说,在高交易费用时,权利确定就是结果了,因此法院在权利确定时,就必须将社会总产值结果考虑进来,因为无市场交易可调整此权利分配了。在这段话之前,科斯加了一个条件——不可危及法律的稳定适用。^[15]此一法律安定性条件,不像“无交易费用”之假设,仅是便宜说明之用,而是具有决定性限制法院的权利确定裁决。^[16]科斯说,其之所以引用那些法官的说辞,不是在赞许法官(的正确裁决),而是在指出经济学家的外部性理论之无知。^[17]他主要想说,法官是知道(或法律规定)^[18],不是一旦有损害,就有法律责任。科斯一再强调法律是否有效率,必须是整个系统比较的,不能是外部性理论之局部偏见。^[19]但经济形式主义的黑板经济学毕竟太强大了,科斯的此高交易费用说法,被简约为法律制裁的理由。例如库特与尤伦(Robert Cooter & Thomas Ulen)发展出“规范性的科斯定理”(Normative Coase Theorem)与“规范性的霍布斯定理”(Normative

[11] Robert Cooter, “The Cost of Coase”, 11 *The Journal of Legal Studies* 1-33 (1982).

[12] 参见前注[3],张五常书,第124页。

[13] A. W. Brian Simpson, “Coase v. Piogou Reexamined”, 25 *The Journal of Legal Studies* 53 (1996).

[14] See Yoram Barzel, “Dispute and Its Resolution: Delineating the economic role of the common law”, 2 (2) *American Law and Economics Review* 238-258 (2000).

[15] 原文说“It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions”. (底线系本文所加)R. H. Coase, *supra* note [6], at 119.

[16] 在欧陆法系,法官的“造法”功能相对小很多,这种法律安定性的要求,更是必要。

[17] R. H. Coase, “Law and Economics in Chicago”, 36 *Journal of Law and Economics* 251 (1993).

[18] 我国台湾地区“民法”第148条第1项:“权利之行使。不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。”此意味了权利之行使往往造成了他人损害,但只要不是以损害他人为主要目的,即不须负法律责任。

[19] 外部性理论为何是局部偏见,请见本文第四节。

Hobbes Theorem), 作为法律政策之依据。^[20] 其认为, 当法院探知何方对权利享有较高价值的讯息费用(IC), 低于权利的交易费用(TC)时, 应该采用“规范性的霍布斯定理”, 此即法院应一步到位将财产权利分配给对其价值较高之人; 若是 $IC > TC$, 则法院应该采用“规范性的科斯定理”, 此即法院仅须将权利确定, 而由利害关系人自为交易。但这是一个无法操作的准则! 一方面, 在诉讼阶段才决定权利何在的, 令法律不再是法律, 无法引导人的行为了; 另一方面, 法院无能力在每个个案为此成本比较分析, 事倍功半也。

三、交易费用与私法自治

由于真实世界到处是交易费用, 经济形式主义者滥用科斯定理, 以法律为外部改正行为之工具, 甚至在以自治为核心的私法, 也被如此对待了。

在欧陆法系, 物权的种类是由立法机关决定的, 谓之物权法定主义。梅里尔与史密斯(Thomas W. Merrill & Henry E. Smith)说, 由于物权的创设有讯息外部性, 立法机关因此必须限制物权的种类数量, 来导正之。^[21] 但讯息外部性从何说起? 梅里尔与史密斯说, 他人为了避免侵害此物权以及被此物权侵害(物权高于债权以及前物权先于后物权), 必须投入资源取得此讯息, 外部性也。梅里尔与史密斯隐然认为, 物权创设人一味自私, 而他人也不知何所在, 其交易费用即非常高, 从而法律必须高权介入。但首先, 立法机关的讯息如何取得? 相比于物权自治的法院之事后是否承认物权, 立法机关是事前猜测, 其讯息费用应更高, 则此法律高权介入, 即不合理。再者, 世界上的财产非一人独有, 今日的物权创设人, 明日即是他人, 其为何要创造物权外部性, 搬石头砸自己的脚? 何种社会的折现率, 如此之高? 三者, 创设物权人为了取信于其交易相对人及其后手, 其必然需要公示制度, 从而他人的取得讯息, 即不是问题。四者, 普通法定义上即无物权法定, 其无效率乎? 总之, 外部性之说, 是虚构的。^[22]

在意外事故法, 事故既为意外, 定义上, 其行为人与受害人即无法事先交易, 则交易费用非常高, 主流的法律经济分析学者, 因此认为外部性存在, 而损害赔偿即是法律的高权制裁去矫正之者。^[23] 但这无法解释甚多的法律现象:^[24] 为何是过失责任而非严格责任? 侵权责任如何区别于契约责任? 为何过失仅赔偿不刑罚? 为何过失赔偿责任可以保险? 等等。

马歇尔说: “这些争议的经验告诉我们, 除非经过理智的考究与阐释, 我们不可能从事实中学得些什么。这也教训了我们, 使我们知道最鲁莽而又虚伪的, 是那些公开声言让事实自作解释的理论家; 或者无意识地, 自己在幕后操纵事实的选择与组合, 然后提出如下的推论: 在这之后, 所以这就是原因。^[25]” 真哉斯言!

张五常的交易费用一般化理论, 避免了外部性理论之缺失。在物权的分析, 应探讨者, 是物权

^[20] Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (4th ed.) (Boston: Addison Wesley, 2004), pp. 95 - 99.

^[21] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, 110 *Yale Law Journal* 1 - 70 (2000).

^[22] 参见简资修: 《物权外部性问题》, 载《中研院法学期刊》2011年第8期, 第227~257页。

^[23] See Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987); William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987).

^[24] 参见简资修: 《过失责任作为私法自治之原则》, 载《北大法律评论》第15卷第1辑(2014年), 第155~173页。

^[25] 引自张五常: 《经济解释(卷一): 科学说需求(神州增订版)》, 中信出版社2010年版, 卷头语。

相对于债权有优先效力,此(新设)制度到底减少了什么租值消散? 物权分所有权与定限物权。所有权的出现,德姆塞兹以北美的水獭与野牛的产权演变为例,^[26]分析得很好。他说,水獭的皮毛需求旺,野牛的皮毛需求低;水獭的所有权维护费用低,野牛的所有权的维护费用高;因此所有权此一制度在水獭发生,但不发生在野牛。在定限物权,所有权人想作部分权利之转让,其相对人(定限物权人)也想享有此优先效力的权利;在使用定限物权,例如地上权,物理上的占有,可部分确保此优先权利;但在保证定限物权,例如抵押权,既无物理上的占有,则其权利优先性,完全须靠法律之力来支撑;当公示(产权维护)的费用高,例如登记制度高于物理占有,而此定限物权需求低,例如工商不发达对资金需求不高,则此定限物权即不会出现,抵押权之发展,是很好的例子。简言之,物权制度之生成与内容,不管是所有权或定限物权,其是决定于物权所可减少的租值消散(需求高),多于产权维护(主要是公示)费用。探求物权种类数量,梅里尔与史密斯将公示制度排除在外,注定其失败了。其仅从他人须付出探知代价避免损害,即得出物权创造了外部性,从而应该立法限制之,虽然套上了交易费用的说辞,但无疑是庇古式的外部性分析。庇古以损害之出现为外部性,梅里尔与史密斯以避免损害之讯息探求为外部性,皆未探求此现象之合约因素,因此失败了。

在侵权法的分析,同样地,应探讨者,还是此制度(合约)减少了什么租值消散? 但主流的经济分析学者,一看到侵权法是损害赔偿法,就认为此是法律在(制裁)改正外部性。于是其认为过失责任与严格责任之不同,在于何一责任可以比较有效使行为人采取所谓最适的(物理)损害防制措施;其也认为过失标准是决定于物理损害防制措施的等级,而且将行为人与受害人的最适物理损害防制措施等级,以投入产出的生产函数算出了。^[27]但侵权法实际上不是如此啊!更不用说,过失仅负损害赔偿赔偿责任而不负刑事罪责,^[28]或过失责任可以保险,等等。^[29]

按侵权法是事后损害赔偿法,主要在处理意外事故的损害分配。在现实世界,若是要完全去除意外事故,只有人类不存在,这租值消散太大了,意外事故之存在,因此是减少了租值消散。但意外事故不能完全去除,并不表示其不可减少。首先,行为人若是完全无责任,意味着竞争无法律约束,租值可消散殆尽。但反过来,行为人若是负结果责任,一方面,受害人不会减少损害之发生;另一方面,此损害若是行为人非可预见,赔偿责任之课予,即无引导行为的功能,两者皆使租值消散了。过失责任的汉德公式则是,当行为人不为此行为因之无法实现的利益(B),小于因之可以减少的预期损害(PL),此即 $B < PL$,行为人为过失,应负损害赔偿赔偿责任。在此公式内,一者,受害人的行为被约束了,因为其若是可减少损害之发生而不为之,此使得行为人愈难去避免此损害,换言之,其因之可以减少的损害发生概率或额度(PL)变小了,则 $B < PL$ 即不易成立,从而行为人无过失,不负损害赔偿赔偿责任,受害人即须自为承担损害;二者,行为人的行为也被约束了,因为其行为愈是危险,此即 PL 值愈大, $B < PL$ 愈可能成立,其为过失而须负损害赔偿赔偿责任,其因此有诱因去采取损害防制措施,从事适度的危险行为,令边际上其因之无法实现的利益(B)等于其因之可以减少的预期损害(PL)。过失责任相对于结果责任,其是减少了租值消散。过失责任不是外部性理论的制裁吓阻,而是减少租值消散的合约(制度)!

[26] Harold Demsetz, "Toward A Theory of Property Rights", 57 The American Economic Review 347 - 359 (1967).

[27] See John Prather Brown, "Toward an Economic Theory of Liability", 2 The Journal of Legal Studies 323 - 349 (1973).

[28] 我国台湾地区“刑法”没有财产罪的过失犯,有关非财产犯罪,在容许风险作为违法阻却事由以及罪疑惟轻等证据法则下,(普通)过失犯罪也可说不存在。参见简资修:《过失侵权的不法性质》(尚未发表的论文)。

[29] 作为吓阻制裁的责任,若是可保险,其吓阻制裁即失效,法律自打嘴巴了。

四、法律之规范体系性

法律的特征,在于其规范性与体系性。法律之所以是法律,是因为人们知道其为规范而受其拘束,是为规范性;规范有多种多样,其必须融洽不冲突,否则即失其规范性,是为法律的体系性。但一般的法律经济分析,将法律视为诱因工具,由立法者操作控制,去改正各种失序。如此进路,一者,为何现象是失序的,并未分析,而是想当然耳,例如在前述的物权效力性或意外事故损害,将外部效应(external effects)当作外部性(externality)。二者,将法律皆以惩罚或奖励视之,例如将侵权损害赔偿视为惩罚,或物权种类必须事前限制而不是由法院事后不承认。三者,其假设了法律的惩罚或奖励之高权,必然使得人们就范了。如此的法律经济分析,适合数理模型与统计分析的黑板计算,但已非真正的法律经济分析,因为法律的规范性与体系性,完全被弃置了,在法律仅作为惩罚或奖励。

一方面,人们失去其主体性,仅能被动迫于法律而行动,法律对其失去规范意义;另一方面,为了避免租值消散,人们规避法律了。至于不去分析现象如何发生,其又是何是失序,法律的体系性,更无用武之地了。张五常说:“特殊理论也是理论,不过因为过于特殊,一般性的解释能力也就谈不上,不是因为理论的内容不足,而是内容太多,以致内容稍微一改,理论就被推翻了。”^[30]

例如在侵权法,法律若作为惩罚吓阻,^[31]过失作为行为人的(不认知)心理状态,是不可能的。如此的法律,仅以物理的损害防制等级为过失标准,行为人的认知与否根本不重要,因为其认为是惩罚程度决定了认知与否,而非认知决定了赔偿责任。其既然已算出一个最有“效率”的物理损害防制等级,换言之,此为法律的目的,因此行为人的不认知,若阻碍了此目的之达成,不妨加重惩罚,迫其认知而就范。但在法律作为合约,其探求了意外事故的性质,发现过失作为行为人的应预见能预见而不预见损害之发生,才是人们互蒙其利的损害分配约款。如此才能解释为何侵权法是采取过失责任原则,而非结果责任,而且也才能厘清严格责任其实是过失责任的一个类型。

再例如在物权法之分析,物权法定主义是法律作为高权,但已不合时宜了。在台湾,首先,最高限额抵押虽然违反了物权法定主义,但台湾法律实务是承认的;^[32]再者,台湾的大法官说:“〔物权行为〕于以公示方法使第三人得知悉之状态下,对任何第三人均发生法律上之效力。”^[33]此无异宣示了物权是依附公示而非法律高权;三者,众多的小区规约,具物权效力,则物权法定主义,名存实亡了;^[34]最后,台湾地区新修订的“民法”(第757条),放弃物权法定主义了。^[35]此例展示了,无合约检视基础的法律高权,在体系内被规避了,如果其租值消散过高的话。

按权利之所以生,是(法律制度)合约约束了竞争行为,减少了租值消散。科斯说,“权利之厘清,是市场交易之前提条件”;阿尔钦说,“价格如何决定不重要,价格决定了什么才重要”。所谓权

[30] 见前注[25],张五常书,第40页。

[31] 金钱给付义务之发生,虽然“引导”了行为,但其不等同于惩罚吓阻。在民事上,其多是填补性的,例如契约不履行之损害赔偿,侵权法之损害赔偿,亦同。我国台湾地区“民法”第213条即是如此规定。参见简资修:《过失侵权的不法性质》(尚未发表的论文)。

[32] 参见谢在全:《民法物权论(下)》,台北三民出版社2004年版,第60页。

[33] 司法院释字349号解释。

[34] 台湾地区“公寓大厦管理条例”第24条第1项规定:“区分所有权之继受人,应于继受前向管理负责人或管理委员会请求阅览或影印第三十五条所定文件,并应于继受后遵守原区分所有权人依本条例或规约所定之一切权利义务事项。”

[35] 台湾地区2009年修订前的“民法”第757条为:“物权,除本法或其他法律有规定外,不得创设。”现修订为:“物权除依法律或习惯外,不得创设。”

利,其必须是界定清楚的,此即定分。在逻辑上,其须符合同一律、矛盾律、排他律与充分律等。^[36]矛盾律与排他律,使得法律不能既容许又禁止,如此权利即不确定了。例如在侵权法分析中,过失侵权若被定性为吓阻惩罚,法律即不应许其保险,更不用说强制保险了,因为法律不能既禁止又容许;如果再加上刑事不处罚(一般)过失犯,此过失侵权的惩罚定性,即是错了。又例如在物权法分析中,自治既然是私法之原则,而物权又是私法,在立法机关的讯息费用未被证明低于法院前,物法定规定,恐即违反了矛盾律与排他律。^[37]

除了逻辑体系外,法律有其内部体系,其概念或类型,必须是价值关联的。法律作为诱因工具的经济分析,仅能是单一面向的,其不能为体系关联。例如将过失赔偿责任视为吓阻惩罚,其仅能在惩罚程度,例如刑罚或惩罚性赔偿,或物理损害防制措施等级,去调控出无法验证的最适组合。但过失责任若是作为减少租值消散的合约,其即有了体系关联:过失责任即是危险责任,此使得严格责任无须另寻证立理由;一般人不负减少危险义务,契约可能了,而无因管理人,也仅负重大过失或故意责任;债权效力不及物权效力,致债权人受到损害,其不可请求赔偿,因为其自承危险或至少是与有过失,此来自物权是公示的。

体系之强调,还涉及正法与实证法之关系。^[38]在法律作为诱因工具的经济分析,法律的目的,是给定的,并未经检验,例如所谓物权外部性或意外事故损害,然后再以最有效率或最低费用的(法律)手段去达成之。这将法律与目的分离,法律不可能是规范体系,正法与实证法永远分离了。反观法律作为减少交易费用的制度,其必然是将法律与目的结合的,例如物权是在减少交易障碍或过失责任是在避免不可避免损害之无谓移转,在此法律不是一个上帝或效率的工具,而是自有其价值的。正法与实证法若是永远分离,意味着实证法永远无法符合正法,则正法还有何法律意义?但法律作为减少租值消散之合约(制度),其是可验证的,若正法与实证法有差距,此也是交易费用有以致之,从而可缩短此差距——正法是空想应放弃,或对症须下苦药。

法律作为诱因,也令经验法学研究(empirical legal studies)可能偏差了。例如以社会上意外损害数额^[39]或诉讼量多寡,^[40]来评价损害赔偿法的有效或正当性与否。克雷斯威尔(Richard Craswell)认为验证法律实效性的各种变量,即便不是功成圆满,还是对社会有用的;^[41]但问题是,其所谓的法律,根本未被定性——未经如何减少交易费用之检验——仅被视为诱因工具,再多的变数检验,都是空中楼阁。当费雪曼(Joshua B. Fischman)说,经验的法学研究必须融入法律规范研究,他是有感而发的。^[42]

五、法律之演化

作为减少租值消散的理论,也有助于了解法律之适用与演化。张五常在《价格管制理论》,分

[36] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,2011年增订6版,第623页。

[37] 当然在国会优位原则下,即无此逻辑定律之适用了。

[38] 参见前注[36],黄茂荣书,第627~637页。

[39] 例如王泽鉴:《侵权行为法》,2011年版,第1~5页。

[40] 例如陈忠五:《法国法上医疗过错的举证责任》,收于朱柏松等:《医疗过失举证责任之比较》,2008年版,第115页,149~151页。

[41] Richard Craswell, "In That Case, What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory", 112 Yale Law Journal 903 (2003).

[42] Joshua B. Fischman, "Reuniting 'is' and 'ought' in Empirical Legal Scholarship", 162 University of Pennsylvania Law Review 117-168 (2013).

析了人们在高权法律下会如何选择,减少租值消散;在《中国会走向资本主义的道路吗?》,其进而展示了法律也可为之变更。

在台湾地区的物权法定主义之弱化,也可从此一观点来理解。例如台湾地区法院之所以承认最高限额抵押,除了有其特殊的历史因素外,^[43]未尝不可以减少租值消散的观点看。当工商业发达,银行融资为必要时,最高限额抵押无疑可减少很多的交易费用,则若是严格解释物权法定主义,禁止最高限额抵押,租值即消散了。又例如,当台湾城市化,公寓大厦等集合住宅兴起,其中必然涉及了甚多的公共事务,其协议必须有追及他人的物权效力,否则就徒劳无功了,此所以台湾的“大法官”在释字 349 号解释,虽然宣告了台湾“最高法院”的抽象上分管契约有物权效力之判例失效,但仍令集合住宅的分管契约一般而言是有效的;最后,台湾的立法机关以“公寓大厦管理条例”将之成文化了。

台湾地区的医师医疗责任的演变,又是一例。^[44]台湾地区于 1994 年制定“消费者保护法”,明文将服务纳入其中,造成了医师是否也在此法规范之内,从而应负无过失责任之争议;^[45]另外,2000 年开始施行的增订“民法”第 191 条之 3,^[46]规定了从事危险活动者,应负过失推定的损害赔偿赔偿责任,同样地,医师是在从事危险活动吗?台湾地区法院虽然无法或甚至错误分析防御性医疗之行成,但仍以之为理由,认为医师不负消保法或从事危险活动之无过失损害赔偿赔偿责任。的确,防御性医疗是租值消散了。台湾地区的立法机关,也在“医疗法”修订时,明文规定医师仅负故意或过失的医疗损害赔偿赔偿责任。

六、法律之内在价值

科斯在《社会成本问题》一文中说:“本文的分析,一如经济学此部分,是局限在以市价计算的生产价值之比较。不过,为了解决经济问题所选择的社会安排,其标准是可以更宽广的,即将此安排对生活各层面的影响纳入计算之。诚如奈特经常强调的,福利经济学最终必然是美、善之探讨。”^[47]在一篇未正式发表的论文中,张五常探讨了自由。^[48]

在现代法治,自由不但是宪法的基础,而且也是私法自治之核心。张五常说,自由是不可能毫

[43] 最高限额抵押在日本据台时,即为金融业所采用。

[44] 参见简资修:《医师的赔偿责任与说明义务——经济分析与其法院实践》,载《月旦民商法杂志》2008 年第 22 期,第 38~52 页。

[45] 该法第 7 条第 1 项规定:“从事设计、生产、制造或提供服务之企业经营者,于提供商品流通进入市场,或提供服务时,应确保该商品或服务,符合当时科技或专业水平可合理期待之安全性。”同条第 3 项规定,违反第 1 项致生损害者,应负赔偿责任。

[46] 该条规定:“经营一定事业或从事其他工作或活动之人,其工作或活动之性质或其使用之工具或方法有生损害于他人之危险者,对他人之损害应负损害赔偿赔偿责任。但损害非由于其工作或活动或其使用之工具或方法所致,或于防止损害之发生已尽相当之注意者,不在此限。”

[47] R. H. Coase, supra note [6], at 154.

[48] 张五常:“Why Is There a Lack of Freedom Under Communism”,载《张五常英语论文选》,香港花千树出版公司 2005 年版,第 721~727 页。张五常曾说,“向美追寻是人之常情,所以科学也可以有艺术性,有艺术的美。科学的本质可不是艺术,前者是以阐释现象为主旨的。另一方面,人到底是人,不能冷若冰霜,半点感情也没有……以经济学来说,主观感情与客观分析的清楚划分是比较困难的。不是不能做到,而是比自然科学——如物理、化学等——困难……优秀的经济学家在分析时有‘忘我’之能;这是一心二用之本领了”。见前注[25],张五常书,第 33~34 页。“我以‘科学的方法’置于本书之首,长‘章’而大论,倒不是因为这学问对本书有什么不可或缺的重要性。重要的是中国的文化传统,往往大谈仁义道德,缺乏验证的精神,对科学的本质有根深蒂固的误解。”见前注[25],张五常书,第 62 页。

无限制的，人的选择一定是有局限约束的，则当局限拘束愈强，其自由愈弱；但在制度系统比较上，一个系统制度不可能在所有个别的活动中，其自由都比较强或比较弱，则自由何所指？他结论说，“自由不是其创造了较高的所得，而是其以较低的成本取得了同等的所得，此来自清楚的财产权界分，因此才有了较高的自由”。^[49]这是天才之笔！

张五常说，在共产制度下，由于无私有产权，租值必然消散，但又由于人之自利不可能令租值消散殆尽，以人之身份划分的产权发生了；这种“人权”相对于“物权”，种类复杂繁多，而且模糊，例如维护“人权”所及，言论会受到限制，换言之，“人权”的交易（制度）费用高于“物权”者；如此一来，“人权”制度下的人们，比诸“物权”制度者，其取得同样货品或服务，必须付出更高的代价、忍受更高的不利益——此为局限约束更高了——更不自由了。

台湾地区“民法”第 765 条规定：“所有人，于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉。”从条文文义看，所有人只要不违反（强制禁止）法令，其是可以为所欲为，毫不受限制。但即使不提限制了物权种类创设的物权法定主义，^[50]在各种相邻地关系中，^[51]所有人的使用、收益与处分，显然是受到限制的，则自由安在哉？在此，自由也要从“自由不是其创造了较高的所得，而是其以较低的成本取得了同等的所得”观点看，只是其非仅来自“清楚的财产权界分”，而是可能包括了强制移转或甚至禁止移转，此即卡勒不列西与梅勒枚德（Guido Calabresi & A. Douglas Melamed）所谓的“补偿规则”（liability rules）与禁分规则（inalienability）^[52]。黑格尔也说：“自由是必要之体认啊！”^[53]法治国的侵害保留原则，也可如是观：“国会法律透过协调个人自由彼此之间的冲突，势必构成对个人自由的限制与侵害，但也正是透过这种侵害，实现对个人自由的界定与保护。”^[54]

交易费用之提出，也影响了法律的正义观。罗尔斯（John Rawls）说，契约法不能太复杂，以至于讯息费用过高，也不能强制个人与分散各地的第三人交易，而滋生过高的交易费用；他因此将契约法区别于作为时时调整背景正义（background justice）的基本架构（basic structure）。^[55]换言之，分配正义（distributive justice），至少不是直接指导了契约法。不过，卡勒不列西认为，无所不在的交易费用，并无不同于推进帕累托疆界（Pareto frontier）向外的科技、组织、知识或说服等之不足，因此任何法律（不管是公法或私法）的新创或改变，必然涉及了赢家与输家，单纯的帕累托效率或境界（Pareto efficiency）是自欺欺人了。^[56]但现实是，以过失责任为原则的侵权法，并无输家，如

[49] 见前注[48]，张五常书（2005年），第727页。

[50] 台湾地区现行“民法”第757条规定：“物权除依法律或习惯外，不得创设。”其在1999年修订前的条文为：“物权，除本法或其他法律有规定外，不得创设。”

[51] 其有“民法”第779条第2项（高地所有人的过水权）、第780条（他人工作物的过水使用权）、第783条（使用邻地余水权）、第785条（堰之设置与利用）、第786条（管线安设权）、第787条（袋地所有人的通行权）、第788条（通行权人的开路权）、第791条（寻查取回物侵入之容许）、第792条（邻地使用权）及第796条（越界建筑）等。以管线安设权为例。“民法”第786条第1项如此规定：“土地所有人非通过他人之土地，不能设置电线、水管、瓦斯管或其他管线，或虽能设置而需费过巨者，得通过他人土地之上下而设置之。但应择其损害最少之处所及方法为之，并应支付偿金。”

[52] Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral”, 95 Harvard Law Review 1089 (1972).

[53] See Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons”, 162 Science 1243, 1248 (1968).

[54] 黄舒芃：《民主国家的宪法及其守护者》，台北元照出版有限公司2009年版，第14页。

[55] See Samuel Scheffler, “Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law”, 33 (2) Oxford Journal of Legal Studies 213 - 235 (2015).

[56] Guido Calabresi, “The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, 100 Yale Law Journal 1211 (1991).

果其不从吓阻来看,而是以合约安排或个人自治来看。^[57]张五常在《中国会走向资本主义的道路吗?》一文,^[58]也正确计算了制度转换所得利益,会高于转换成本——既得利益者之补偿——推断出中国会走向资本主义道路。

在政府少干预的市场经济体制下,依照马歇尔的边际产出理论与费雪的利息理论,可以解释收入或财富不均,但不能解释贫富分化之出现。张五常提出四点解释之:一、富有的人借钱利率比较低,其因此可持有比较多的非劳力资产;二、在通货膨胀,非劳力资产调教升值快,而劳力薪资调教升值慢;三、有规模的贪污报酬率比较高;四、读书求知识须花大钱。这些都可以交易费用解释。^[59]但“不靠市场产出的小饼切开摊分后小得不能再切;靠市场产出的大饼切开后可以再切,但如此一来市场也被切得支离破碎了”。^[60]张五常提出的解方是,鼓励自愿的慈善捐助,但这有一困难是,乐于捐助的人不容易把钱交到真正需要协助的人手上,因为浑水摸鱼的人太多了。^[61]相对于以分配结果之平均与否来认定正义者,一者,其未探讨成因;二者,其沦为永无止境的财富重分配,直至均贫为止,张五常的正义探讨,毋宁才是可行之道。

七、华文的法律经济学:代结论

法律经济学有“法律与经济学”(law and economics)与“法律的经济分析”(economic analysis of law)之分,前者,科斯是其代表,后者,是波斯纳。^[62]波斯纳式法律经济学,以法律为诱因,系立法者或法官的工具,令法律非法律化了。科斯虽然将经济学限缩在经济的生产交易活动之研究,法律被其视为外生的选择局限,因此非经济学的范围,但其强调的不同系统制度之整体产值比较,必然赋予了法律其经济意义,法律的经济学反而可能了。科斯提出交易费用此一关键概念,但其一般化与操作化,则是张五常贡献之所在。科斯说,“经济学在过去主要是英国的领域,现在则是美国主导,未来是中国的,如果其经济学者有正确的态度”。^[63]他又说,“我不喜欢科斯式经济学这个称呼。如果我心中所想的正确经济学,被中国经济学者首先发展出来,未来的历史学家会称之为经济学的中国学派”。张五常说,“就是在思考《中国的经济制度》的几年中,我的感受,是科斯希望我能以一夫之勇在中国推出他喜欢的经济学,从而把这学问反传到西方,可不是凭空想象或幻想”。^[64]

(责任编辑:黄韬)

[57] See Mark A. Geistfeld, “Risk Distribution and the Law of Torts: Carrying Calabresi Further”, 77 Law and Contemporary Problems 165 (2014); 见前注[24], 简资修文, 第155~173页。

[58] 张五常:“Will China Go Capitalist?”载《张五常英语论文选》,第609~667页。

[59] 参见前注[3],张五常书,第319~326页。

[60] 参见前注[3],张五常书,第327页。

[61] 参见前注[3],张五常书,第327页。

[62] See Alain B. Marciano, “Consent, Choice, and Guido Calabresi’s Heterodox Economic Analysis of Law”, 77 Law and Contemporary Problems 97 (2014).

[63] Ning Wang, “A Life in Pursuit of ‘Good Economics’”, 1 (1) Man and Economics 99, 103 (2014).

[64] 参见前注[25],张五常书,第21~22页。