

## 第二章 法律經濟分析概述

法律根源自生活，尤其是物質生活，而人們的物質生活又外在表現為人們的思想與行為，對於研究法律變化發展的法律科學來說，要真正把握法律變化發展的內在力量，就必須深入探討人們的思想與行為的運動規律，人們根據法律建立的誘因結構而改變其行為，許多的社會科學，從不同的角度進行了廣泛的研究，而其中又以經濟學最為顯著，經濟學提供了科學式的理論以預測法律制裁對行為之影響，對經濟學而言，制裁就像是價格，經濟學假設人們對這些制裁的反應與對價格的反應非常相似，由於人們會減少昂貴物品的消費來回應嚴厲的法律，經濟學提供精確的數學理論(價格理論和賽局理論)，且有完整的實證方法(統計學和經濟計量學)可據以分析價格對行為的影響。<sup>1</sup>法律與經濟學的結合在 1960 年代末期以前，僅限於反托拉斯法(Antitrust Law)、規章等，之後擴展至財產(Property)、契約(Contract)、刑法(Criminal Law)等。1990 年在北美及西歐有很多大學提供經濟與法律的雙學位(Joint degree program)，且在法律系至少都有一位以上專職經濟學家。1991 年寇斯(Ronald Coase)與貝克(Gary Becker)相繼拿到諾貝爾經濟學獎(Nobel Memorial Prizes in Economics)，至此經濟學在法律上的分析，被法學者當成是 20 世紀最重要的發展，相較國外，國內的發展就顯得較牛步化，不但沒有經濟與法律的雙學位設計，在大學中有關法律與經濟學結合的課程提供也相當有限，目前僅台大、清華、暨南、中央、東海、銘傳、世新與中原等共 8 個學校提供此類課程，且大部份是大學部的選修課。法律經濟分析於國內之發展不僅速度較緩，且受重視之程度也不如傳統法學<sup>2</sup>，但是在美國，法律經濟學早已成為法律研究中炙手可熱的學

---

1 See Cooter & Ulen, 溫麗琪編譯, 法律經濟學(2003), 頁 3。

2 由於國內法學教育於很大的程度受制於國家考試方向的影響，因此往往溢出於傳統法學研究領域外之法律學門便無法受到應有的重視。

門<sup>3</sup>，不僅法律學者之研究方向致力於此，實務界中許多法官更成為法律經濟分析的開拓者<sup>4</sup>。

## 第一節 法律經濟分析之內涵

何謂法律經濟分析，波斯納堅信經濟學是分析一系列法律問題的有力工具。他認為，所謂法律經濟學是指運用經濟學的方法和理論，主要是運用價格理論或個體經濟學、福利經濟學、公共選擇理論及其他有關實證和規範方法，考察、研究法律制度的形成、結構、過程、效果、效率及未來發展的學科。它既以人類社會的法律現象為研究對象，又以經濟理論和方法為其指導思想和研究方法，故而分屬於法學和經濟學，成為它們的分支學科。之所以努力獲得一個獨立的領域並將它命名為法律經濟學，其目的是將經濟學的研究方法與法學理論和法律制度的有關實質性知識結合起來。可以說，法律經濟學是法學與經濟學科際整合的邊緣學科<sup>5</sup>。作為法學與經濟學之間交叉的一門邊緣學科，法律經濟學發展初期即引起了學術界廣泛的關注，它從經濟學成本投入與資源分配等角度出發，對法律與制度的安排作經濟的分析，以期使這種安排達到最佳效益，以經濟學的角度分析法律，重新思考如何訂定制度，以經濟分析方法——理性與效率來討論法律，作為一門新興學科，法律經濟學開闢了法學研究領域的新視野，對於解釋現行的法律制度，預測其發展趨勢有著積極的意義。一般說來，法律經濟分析所要達成的目的有三：一、探討法律的影響；二、理解法律為何

---

3 美國法律經濟分析之專業期刊多達七種：Journal of Law and Economics；Journal of Legal Studies；Research in Law and Economics；International Review of Law and Economics；Supreme Court Economic Review；Journal of Law，Economics，and Organization；European Journal of Law and Economics。

4 許多法律經濟分析的學者也成為聯邦法院的法官，並且於判決理由中顯現其運用經濟分析的見解，如：Justice Stephen Breyer of the U. S. Supreme Court，Judge Richard A. Posner and Frank Easterbrook of the U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit，Judge Guido Calabresi of the U. S. Court of Appeals for the Second Circuit，Judge Douglas Ginsburg and Former Judge Robert Bork of the U. S. Court of Appeals for the D. C. Circuit，and Judge Alex Kozinski of the U. S. Court of Appeals for the Ninth Circuit。其中第七巡迴法院法官Richard A. Posner 更是法律經濟學的先鋒，其所著之「法律經濟分析」Economic Analysis of Law 更成為法律經濟學的經典之作。

5 請參閱Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (5th ed 1998) .p25-27。

是如此；三、法律應該是如何。相對於傳統法律人的核心活動—法律釋義，上述活動可稱之為外部觀點。<sup>6</sup>法律經濟學的一個主要目標，就是重新理解法律制度的成因，並評價其合理性<sup>7</sup>在美國，幾乎任何接受過法律訓練的人都曾接觸過法律經濟學，大多數的法律學生也許沒修過整門課，但從法律的核心課程裡，卻也持續不斷地聽過法律經濟學的觀念，例如，在研讀契約法時，沒有人不曾聽過有效違約（efficient breach of contract）的概念，其基本上即完全屬於經濟學的概念，而法律的最傳統學習領域財產法方面，目前也涵蓋了風險分配、柏拉圖、Kaldor-Hicks 有效資源分配，以及寇斯定理等經濟學概念，還有侵權法的核心課程所涵蓋的經濟學概念也延伸到法則觀念應極小化車禍的社會成本<sup>8</sup>，許多法律學者認為，經濟學就是研究通貨膨脹、失業、商業週期和其他神秘莫測的宏觀經濟現象，它們與法律制度所關注的日常事務無關。事實上，經濟學領域比這要寬泛得多，在任何特定的法律案件中，大眾關心的是現行法律如何處理已經發生的案件，但是從事後的觀點出發，往往難以了解現行的法律，原因不在於法律沒有道理，而是我們搞錯了方向。諾貝爾經濟學獎得主大衛·傅利曼在經濟學與法律的對話書中舉出許多有趣的生活小例子，說明法律規定和經濟分析下所推演出來的各種問題。例如若一個人在偶然的機會將自己的叔叔推下懸崖，並被目擊人看到，法律會基於公理正義的把人抓起來，但是從經濟學家的角度來看，卻不看已經發生的案件，而是往前看，如果這次放了這個人走，就代表著未來其他人犯下類似案件遭到處罰的風險降低，無法嚇阻未來的殺人犯，從此例可看出，人們是根據法律建立的誘因結構，以及因應這些誘因而改變行為的結果來判斷法律。因此，作者認為，要設計符合經濟效率的法律體系，必須考慮「財產法則」以及「補償法則」，選擇一個適當的組合；界定和組合財產權，並將界定、防衛和交易財產的成本降到最低；並且在對法律作經濟分析的過程中，應該考慮所有人的誘因、交易

---

6 請參閱簡資修，一個自主但開放的法學觀點，經濟推理與法律，頁1。

7 請參閱蘇永欽，締約過失責任的經濟分析—從現代交易的階段化談起，台大法學論叢第三十三卷第一期。

8 請參閱 Cooter & Ulen, 溫麗琪編譯, 法律經濟學(2003), 序頁3。

成本以及資訊分散和不完整的問題，創造機制促使人們在符合自身利益的情況下創造合適的法律<sup>9</sup>。過去，法律給人的感覺就是不考慮成本，也不考慮施行的後果，而是靠抽象的正義感以及可感受的體系性來操作。例如，民法有關契約的規定，基本上是不考慮締約雙方所造成的外部成本。但是，近二十年來自美國發展出來的法律經濟分析（economic analysis of law）或法律經濟學（law and economics），卻試圖改變這種情境，而且有相當的成果。有部分論者已經看出，法院判決雖然沒有明白的講出效率是所追求的目標，但許多判決都朝向效率的方向論證。還有一些論者則用經濟的方法，去分析為什麼法律要採取過失責任的原則，又為什麼在許多場合要採取嚴格責任。隨著學術的發展，經濟分析的法律議題更已經擴增到婚姻、刑事政策，乃至政府組織或修憲程序。經濟學本質上是一門關於理性分析的科學，經濟學的任務，主要在於探究一個理性極大者——亦即所謂追求自利的理性人——在資源有限卻慾望無窮的世界裡，會採取怎樣的行為。理性，是指人能思索，而且會思索；自利，是指人會設法追求自己的福祉。<sup>10</sup>在這個理性極大化的假設之下，法律的功能，往往就在於提供這個理性個體採取或不採取一定行為的誘因，甚至，從許多法律經濟學學者的分析角度來看，會認為「效率」（efficiency）往往和「正義」（justice）之間具有同義互換的關係。法律與經濟的關係，說實在的，這與科技整合的性質有些不大一樣，法律本身是議題，經濟則是分析的方法，換言之，法律提供表演場地，經濟則在舞台上跳著成本與利益的恰恰，因此法律經濟學類似一種廣泛地重新反省與思考法律研究方法的學問。科技整合，則較傾向個別法律領域中，實務、學術與技術三者地位的重新調整。

以目前的發展趨勢來看，經濟學正不斷延伸觸角，應用範圍越來越廣，而隨著經濟學的應用延伸到非傳統的領域，法律經濟學的視野也不斷拓展；這樣的現象，或許也透露了某些訊息：單一觀點引導任何學科或領域發展的時代，或許早該過去了，法律實質進入其他學科的論述內涵和論述

---

9 請參閱大衛傅利曼，*經濟學與法律的對話*，頁 25。

10 請參閱熊秉元，*經濟分析的深層意義*，經濟學者的十四堂法學課，頁 190-191。

邏輯裡才能真正能夠反映多元性和互補性視野的跨科際對話和合作。經濟學正是讓我們有能力去分析法律的工具。它圍繞著一個簡單的中心問題：什麼樣的法律制度能讓每個人盡可能達成目標？什麼樣的法律具有經濟效率？對經濟分析來說，除了觀察和描述規則之外，更重要的，是希望知其然、而且知其所以然。不只是了解一時一地的規則，而且能掌握規則背後形成的力量，當這些力量發生變化時，知道規則會如何與時俱進<sup>11</sup>。

## 第二節 法律經濟分析的背景與發展

法律的經濟分析這一學派從產生起就一直交織著法學家運用經濟學的方法研究法律問題，經濟學家探討與法律有關的經濟學問題這樣兩個軌道，從萌芽階段，經過許多學者的共同努力，到趨於成熟，最終成為一法學流派，這中間經歷了新、舊兩個時期，即 20 世紀 60 年代以前為舊時期，20 世紀 60 年代以後為新時期。法律的經濟分析的思想萌芽從 18 世紀下半葉開始，Adam Smith 的國富論，學界一般認為意大利著名刑法學家 Jeremy Bentham 在論犯罪和刑罰中提出的刑罰與犯罪的均衡的原理包含了某種經濟學的分析方法，孟德斯鳩對此也有一些闡述和某種嘗試，經濟和法律的真正結合肇始於 20 世紀 20 年代到 30 年代，1930 年代初，在對資本主義世界經濟危機的反思中，Learned Hand and Robert Hale 將經濟分析法運用於法學研究，1930 年代的法律經濟分析幾乎是反托拉斯法經濟分析的同名詞，其目的是試圖解釋顯性經濟市場的行為，儘管在此也存在一些對稅法（例如亨利·西蒙）、公司法（例如亨利·梅尼）、公用事業和公共運輸業管制（例如羅奈爾得·H·科斯和其他人）的重要經濟研究工作。反托拉斯案件的記錄為商業實務提供了豐富的資訊，經濟學家們由此開始發現這些商業實務的經濟理性和結果。他們的發現當然會對法律政策產生暗示作用，但他們所做的工作與經濟學家們傳統上所做的工作基本上沒有差異——試圖解釋顯性經濟市場的行為。<sup>12</sup>法律經濟分析不是個暴起的新興現象，過去

<sup>11</sup> 請參閱熊秉元，熊秉元漫步法律，頁 49-51。

<sup>12</sup> See Judge Steven I. Platt, Economic theory and the law twine together appeared in The (Baltimore)

數十年來，法律經濟學（law and economics）或者法律經濟分析方法，一直是美國法學院教學和研究的「顯學」之一。法律學與經濟學兩者間的關連，最早固然可以追溯到 Adam Smith 和 Jeremy Bentham，但是在法律經濟學的發展過程裡，芝加哥大學的經濟系和法學院（The University of Chicago Law School）則是扮演了相當關鍵的角色。有許多人將法律經濟分析的發軔歸功於諾貝爾經濟學獎搖籃的芝加哥大學經濟系，雖然事實上此一見解也的確言之成理，但是同樣值得注意的是，早在一九二〇年到一九三〇年代間，透過法律學研究領域的 legal realists 和經濟學研究領域的制度學派學者（institutionalism）兩派學者之間的對話和互動，便已經搭建起法學與經濟學兩者融合的重要橋樑，尤其芝加哥大學法學院在一九三〇年代末期因為在當時院長 Wilber Katz 的努力下，設計出一整套為期四年，以促進法學與經濟學等學科之科際整合為目標的學程之故，更是奠定了法律經濟學的紮實基礎。<sup>13</sup>這場法律經濟學運動發展到 1970 年代逐漸被認同成為一支不容忽視的法學流派，寇斯、卡拉佈雷斯、貝克爾等先驅者們通過歸納、經驗性檢驗等創造出一種極具解釋力和經驗支持的法律經濟學理論，該理論包括規範和實證兩個方面。例如，經濟學家雖然沒有能力表明社會是否應該設法限制偷盜，但他有能力表明允許無限制的偷盜是無效率的，從而揭示各種價值之間的衝突。倘若將限制偷盜作為給定的目標，經濟學家有能力表明社會為努力取得該目標而使用的方法是無效率的，它可以通過其他方法以更低的成本取得更有效的預防，如果這一有效率的方法並不損害其他價值，即便它在社會價值層次上是低效率的，它仍然值得社會追求。

新法律經濟學大概可以追溯到 20 世紀 60 年代初，即蓋伊多·卡拉佈雷西的第一篇侵權論文和寇斯關於社會成本問題的論文發表的時候。近 30 年發展起來的新法律經濟學則是將經濟學的理論和經驗主義方法全面地運用於法律制度的分析，它涉及到侵權法、契約法、賠償法和財產權法等，懲罰及立法和管制的理論和實踐，民事、刑事和行政程式，法律的實施和司

---

Daily Record, another Dolan Media publication.

<sup>13</sup> See Ron Harris, THE USES OF HISTORY IN LAW AND ECONOMICS, Theoretical Inquiries in Law(2003).

法管理，以及憲法、海事法、家庭法和法理學等領域。波斯納討論的主題是對法律規則和制度的經濟分析，與其他學者不同的是，範圍幾乎涉及全部的法律制度，並將重點置於非市場行為的法律管制<sup>14</sup>。這些論文是現代社會將經濟分析系統地運用於並不公開地管制經濟關係的法律領域的首次嘗試。有人可以發現將經濟學研究方法運用於卡拉佈雷西和寇斯所研究的事實和公害法在更早的時候就初露端倪，尤其是庇古作品中的討論為寇斯的分析提供了陪襯。但是，早期的作品並沒有對法律思想產生影響。

寇斯的論文提出了寇斯定理，並在更廣泛的意義上建立起了財產權和責任安排的經濟分析框架。這為富有成果的經濟分析敞開了廣泛的法律原則領域。寇斯論文中在一段時間內被人忽視但卻十分重要的特徵是對法律原則進行實證經濟分析的暗示。寇斯認為，英國的公害法隱含著經濟邏輯。後來的學者將這種見解予以推廣，並且認為法律制度中的許多原則和制度最好被理解和解釋為促進資源有效率配置的努力。

### 第三節 法律經濟分析的主要理論觀點

#### 第一項 寇斯的法律分析的理論觀點

寇斯在 1937 年發表「廠商理論<sup>15</sup>」和 1960 發表其「社會成本的問題」的論文，以「牧場與火車」為例，建立交易成本與財產權的理論（寇斯定理）；並藉著英國有名的「炸魚薯條」來闡釋社會財富極大化的觀點。企業是個體經濟學的基礎，傳統個體經濟學認為，經濟體制是由價格機制來協調，因為社會是一個有機體而不是一個組織，寇斯認為，廠商之核心在於資源之調配與使用取決於一個上下指揮監督之關係。其中蘊涵著外部交易成本與內部行政成本之拿捏，質言之，泛稱為廠商之組織體之所以存在，是因為市場上之交易成本(如締約成本)高於廠商內部之行政成本，廠商若以內部高權逕為替代市場交易行為，對於減少成本將有很大助益<sup>16</sup>。

---

14 同前註。

15 See Ronald Coase, the nature of the Firm, 4 *Economica* 386(1937).

16 請參閱王文字，有關公司之經濟分析理論，公司法論，頁 21-22。

社會成本問題是寇斯在 1960 年發表的又一重要論文。該文的中心論題是運用交易成本概念分析法律制度對資源配置的影響，如何處理妨害行為問題，關係到資源配置、經濟發展、收入分配和權利保護等一系列重要社會問題。因為”我們正在分析的問題具有相互性”，如何避免較嚴重的損害結果，還是”社會成本問題”一文的出發點。

要避免嚴重的損害後果，就必須決定不同後果的價值。寇斯認為，應該以總價值與邊際價值兩個角度來看待這一問題。最大利益的均衡正是邊際效益等於邊際成本之處。可見，在邊際成本與邊際收益相等或幾乎相等時，個人從中所獲得的效益是最高的，而此時的資源配置也是最佳的。在交易成本為零的情況下，決定權利的初始界定對經濟制度運行的效益不會產生影響，社會資源的配置總會有效益，社會總財富總會增值的。但是，寇斯認為，在現實世界中，交易成本為零或微小的情況幾乎是不存在的。相反，在大多數情況下，交易成本是存在的，並且是很昂貴的。那麼在有交易成本的情況下，法律制度的安排是否對效益產生影響呢？對此，寇斯作出了肯定的回答”一旦考慮到市場交易的成本，…合法權利的初始界定會對經濟制度的運行效率產生影響。”並進而影響社會資源配置的最佳程度。寇斯認為，在有交易成本條件下，法律的權利的初始界定是十分重要的，人們應該從實現資源配置最佳化的立場出發，選擇合適的權利初始界定，因此，這就要求立法機關在制定法律，法官在判決案件時，考慮效益問題。寇斯提出:”實際上，政府是一個超級企業(但不是一種非常特殊的企業)，因此它能通過行政決定影響生產要素的使用。”政府有能力以低於私人組織的成本進行某種活動，但政府行政機制本身也需要巨大的成本，況且也沒有任何理由假定，政府的管制就必然會導致經濟效率的提高。因此，人們在設計和選擇社會安排時，應該考慮總的社會效益。法律制度該如何安排呢？普遍的規則是，法律應該通過”模擬市場”來促進效益。所謂”模擬市場”是指有關的法律機構應該把相對應的權利分配給那些將會通過市場交易購買這些權利的當事人，即模擬再交易成本為零的條件下出現的結果。當有關



當事人進行談判，通過合作解決爭端的時候，不管產權歸誰，他們的行為總是有效率的；規範的寇斯定理是指，除非交易成本為零，否則產權的最初界定就是十分重要的。<sup>17</sup>

## 第二項 波斯納的法律經濟分析理論觀點

波斯納所說：“人是其自利的理性最大化者”，這一概念暗示，人們會對激勵(incentive)作出反應，即如果一個人的環境發生變化，而他通過改變其行為就能增加他的滿足，那他就會這樣去做。”趨吉避凶這一人的本性便是波斯納的經濟效益觀的出發點。波斯納推演出三個基本經濟學概念：供需法則、效益最大化、價值最大化。供需法則揭示了價格變化這一激勵因素與人們行為選擇之間的關係。供需法則建立在人們追求效益最大化這一慾望的基礎上，而效益最大化就是最大限度的減少成本，增加效益。價值最大化，即如果允許自願交換(voluntary exchange)，即市場交換，那麼資源總會趨於其最有價值的使用。即由資源的低效益利用向高效益利用方向流轉。經濟學上的價值是某人為取得某物而自願支付的價格，即主觀效用論的價值。”效用”在經濟學上有兩種截然不同的涵義，一是他通常用來指區別於某一特定物的預期成本或收益的價值，這涉及個人對風險所持的態度。

波斯納認為，所有法律規範、法律制度和法律活動(包括立法、司法、訴訟等)，歸根究底都是以有效地利用社會資源，最大限度地增加社會財富為目的，以法律手段促進資源的最佳配置，促使有效益的結果產生，從而實現社會財富的增值。分析現行法律規範、法律制度和法律活動，以解釋並論證他們是否符合效益原則，同時對一切不符合效益原則的地方提出相對應的改革方案。注意法律對人們將發生的刺激作用和人們對法律變化的預見性反應。只有這樣，才能促使立法與司法取得預期的效果並朝著促進效益性的目標發展。

波斯納所認為的以國家強制力作為後盾的規範要成為法律，還必須具備以

---

<sup>17</sup> See Ronald Coase, The Problem of Social Cost(1960)。

下幾個條件：

一、作為法律必須可行性。從效益原則出發，法律的基本功能，就是通過改變人們的動機而改變人們的行為，引導人們選擇作出有效益的行為。二、作為法律必須具有公開性。法律作為社會管理的一種有效的制度安排，它通過改變人們的動機而把人們的行為納入規範的軌道，促使有效益的行為發生，防止和減少社會所不期待的行為發生，從而使法律自身成為一種防範於未然的力量，節省社會成本。最後法律應該確立一種能夠刺激人的利益動機的經濟。<sup>18</sup>

#### 第四節 法律經濟分析之研究方法

研究方法是學科水平的標誌。巴甫洛夫認為，科學是隨著研究法所獲得的成就而前進的，研究方法每前進一步，我們就更提高一步，隨之在我們面前也就開拓了一個充滿某種新鮮事物的更遼闊的遠景，經濟分析作為一種研究方法，雖來自經濟學，但是，它能夠較好地將法學的實證方法和規範分析方法連接起來，從而達到法學研究方法的更新。法律經濟分析是法學和經濟學的交叉學科，是在法學研究中引入經濟學的一些原理和方法，法律的經濟分析的研究活動在解釋和說明法律規則和法律制度，又要評論、批判和改革法律規則和法律制度，主要的方法有規範性分析(Normative Analysis)和實證性分析(Positive Analysis)兩種<sup>19</sup>。所謂規範性的分析就是指以經濟學的某些基本規範和理論對法律進行定性分析，這種分析富有哲理、理論性較強；所謂實證性的分析則是以代數、平面幾何等經濟學常用的方法，對法律進行量化分析，這種分析具體、明確，具有較強的直觀性。

##### 第一項 法律的規範性經濟分析

規範性的分析就是指以經濟學的某些基本規範和理論對法律進行定性

---

18 See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed 1998).

19 See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed 1998). p31-32

分析，涉及道德評價和價值判斷，它的前提是以一定的價值判斷作為出發點，通過推論，得出法律行為的是非標準，並研究如何才能符合此一標準。自由、公平、正義、秩序等一向被視為法律的價值和目標，也是判斷和檢驗法律“善惡”的基本標準。但是，在法律的經濟分析中，規範性經濟分析的價值標準並不是上述的基本規範，而是“經濟效率”(Economic Efficiency)。20(1)在交易成本為零的假定條件下，有無賠償責任對社會資源毫無影響配置；(2)在有交易成本的條件下，合法權利初始的界定會對經濟制度的運行效益產生影響。因此，寇斯強調：在決定法律權利的賦予時要考慮整體的社會效果，要權衡利弊，以較少的損失換取較多的收入。波斯納在《法律的經濟分析》一書中指出：效率意味著“資源達到價值的最大值的實現”，還是衡量一切法律乃至所有公共政策適當與否的根本標準(即規範)。

## 第二項 法律的實證性經濟分析

所謂實證性的經濟分析是指以代數、平面幾何等經濟學常用的方法，對法律進行一種定量分析，與規範性經濟分析方法相比較，實證性經濟分析不需要規範性的指導原則，它更注重的是將具體的法律規則通過經濟學的方法量化，使法律的經濟分析更為精確化，更具有實用性和操作性。定量分析運用對於法律問題研究，建立一種實證性經濟分析，是法學領域中的重大變革，實證性經濟分析與規範性經濟分析相比具有很強的技術性，它是通過一種定量分來檢測法律的實用價值，在人類社會中，人們的某些行為的目的取決於利益的大與小，得與失，而這種行為能否實現其利益，從外部環境來看，重要的因素之一就是法律的保障作用。對於立法者來說，法律在維護公平、正義的同時，應當追求其經濟效益，因為法律是有價值的，法律一方面有引導、教育作用，另一方面是防範、震懾作用，當法律的防範、震懾威力不足以制止犯罪人放棄對利益的追求，或是訴訟成本大

---

20 請參閱包錫妹，反壟斷法的經濟分析，中國社會科學出版社，頁 30。

於當事人所獲的利益時，那麼，法律就失去保護和規範作用，就會因為投入和產出的比例不合理而使法律的價值大大降低。因此，對法律進行一種經濟上的定量分析，對於法律的制定和實施都具有重要意義。<sup>21</sup>

## 第五節 法律經濟分析之優越性

台灣的法律學即使未必是進步最快的學門，在近十年則有明顯的進步，可以從學術期刊的文章提升、許多新的法案提出並經立修法通過、以及司法機關的判決理由更加周延詳盡等現象得到證明，但是台灣的人民或法律人卻未必滿意，其中一個關鍵性的原因，就是法學界瀰漫著以概念和邏輯為中心所建構的法律思維方法-概念法學，以致於許多法學者或法官常常沒有方向或沒有目的地解釋適用法律，造成法律與現實脫節或法律解釋適用不符合人民的法律感情，突破此一困境，採用經濟分析方法或許是不錯的選擇，因為經濟分析可以指引法學者朝向最佳的規範模式和達成規範目的方向而解釋適用法律，可以突破台灣目前所瀰漫概念法學的困境<sup>22</sup>。熊秉元教授近年來研究推廣法律經濟學並提出許多積極性的主張和建議。<sup>23</sup>經濟學對法律的幫助，主要是以個體經濟理論為分析的工具，一方面提供一較具科學的行為理論，去預測人們是如何因應法律的變動。如同科學優於常識，理論的分析是優於直覺的判斷。二方面提供一有用的規範標準來評斷法律與政府的政策。因此，為有助於法律與經濟學的有效結合不論是經濟學者往法律面傾斜，或法律學者靠向經濟面看問題，都已經成功創造出一種相當主流的思考方式，而且明顯影響了學術論文的走向、法院判決的論證方法，乃至各政府機關對公共議題管制的方法。立法政策上常面臨一

---

21 See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed 1998). p35-36。

22 請參閱謝哲勝，以經濟分析突破概念法學的困境，中央研究院法與經濟分析學術研討會論文集，民國95年。

23 請參閱熊秉元，〈熊秉元漫步法學〉，民國92年；熊秉元，〈台灣「法律經濟學」的現在和未來〉，《月旦法學》，113期，民國93年10月，頁204-214；熊秉元，〈司法案件、法律經濟學和公共選擇〉，《經社法制論叢》，民國91年7月，頁121-140；熊秉元，〈十問一向法律學者請益〉，《經社法制論叢》，民國91年元月，頁181-216；熊秉元，*Economic Analysis of law: An Inquiry of Itsw Essence*，「法與經濟分析」學術研討會會議論文，民國89年，中央研究社科所主辦；熊秉元，〈經濟學和法律分析〉，《月旦法學雜誌》，21期，民國86年2月，頁96-104。

些數字或數量的選擇問題。假設犯罪所得是一萬元，但是被抓到的懲罰是一千元，那懲罰的效果一定不彰顯。但是，如果處罰也是一萬元呢，還是不行，因為每十個只有一個被抓到，因此較好的做法是處罰十萬元。這背後所要處理的是適當嚇阻（optimal deterrence）的問題。又假設撞死人所必須賠的錢，低於撞至重傷所必須賠的錢，那麼司機在撞倒人後，便有乾脆撞死的誘因。又如果，法律規定擄人勒索，不論是否撕票，一律處死刑，那麼等於鼓勵擄人者無論如何盡量撕票。的確，法律給人的感覺就是不考慮成本，也不考慮施行的後果，而是靠抽象的正義感以及可感受的體系性來操作。例如，民法有關契約的規定，基本上是不考慮締約雙方所造成的外部成本<sup>24</sup>。近二十年來自美國發展出來的法律經濟分析（economic analysis of law）或法律經濟學（law and economics），試圖改變這種情境，而且有相當的成果。有部分論者已經看出，法院判決雖然沒有明白的講出效率是所追求的目標，但許多判決都朝向效率的方向論證。還有一些論者則用經濟的方法，去分析為什麼法律要採取過失責任的原則，又為什麼在許多場合要採取嚴格責任。隨著學術的發展，經濟分析的法律議題更已經擴增到婚姻、刑事政策，乃至政府組織或修憲程序<sup>25</sup>。法律不僅僅是概念形式邏輯運作，從法律的目的或功能角度來看，法律免不了涉及價值判斷。依照價值法學派的看法，我們應透過隱藏於法概念後的價值，去瞭解法律概念與法律原則的關係，並進一步以之為基礎來建構法體系和理論。藉著價值觀點的帶入，可以使得法體系活化而具有開放性，能夠與時而轉、與時俱進。問題是價值判斷是一種主觀理性的運用，既是主觀，自是人言言殊。法律如果是實踐理性下的產物，在個人不同之經驗下似乎很難產生所謂的共同主觀，那麼所謂公平正義有時不免歸於虛無或成為權力運作的產物。就此而言，如將經濟觀點納入法學研究，嘗試將價值作某種程度的客觀化，似不無助益。<sup>26</sup>一般人多認為大陸法系的法學方面強調邏輯，然而法理學者顏

---

24 請參閱葉俊榮，法律與經濟的對話情境，法律與經濟學的對話，頁 7-10。

25 請參閱傅立曼，法律與經濟學的對話。

26 請參閱王文宇，從經濟觀點論保障財產權的方式，民商法理論與經濟分析，頁 5-7。

厥安曾指出：在大陸法系中概念分析是重要的，但邏輯演譯並未占有極重要的地位，反而經濟分析具有更強邏輯性格<sup>27</sup>。法律經濟分析在美國發展已久，它具有澄清解釋法規、補充概念體系的不足、作為法規正當性的佐證等功能<sup>28</sup>。在不違反體系與公平正義的條件下，我們應試著瞭解財產權制度對資源分配有何種影響、法律規範又製造那些社會成本等問題，使法律發揮促進整體社會利益的功能。經濟學提供科學式的理論以預測法律制裁對行為之影響，對經濟學家而言，制裁就像是價格，經濟學假設人們對這些制裁的反應與對價格的反應非常相似，由於人們會減少消費昂貴的物品來回應較高的價格，因此，我們也假人們會減少可能接受制裁之行為來回應嚴厲的法律，經濟學供精確的數學理論(價格理論和賽局理論)，且有完整的實證方法(統計學和經濟計量學)可據以分析價格對行為的影響<sup>29</sup>。

經濟學為法律的分析提供了以下的視野：

一、將法律制度看成是一個有目的、有價值的市場體系，一種社會資源，把法律制度的各種要素視為資源，把制度的構建演變成資源的配置，實行市場調節，追求以最小的資源達到最大的司法效率，從而為全社會節約更多的資源。

二、建立各種法律制度的經濟模型，以期更精確地適用法律。法律制度的數學模型能使人更直觀地瞭解法律制度的結構，更明確自己在法律體系中的位置和價值。另一方面也使法官在判案中減少其自由裁量權，保持法律適用的統一，也使公民更準確地瞭解自己法律行為的法律後果。

三、以經濟學的“成本—效益”方法對現行的法律制度進行外部地分析、評估。這種評估能直觀地表現出法律制度實施的效果，也有利於在法律制度實施前進行預測，從而在各種法律制度中選擇更有效率的制度。

---

27 請參考顏厥安，從法理學與大陸法系觀點看法律精細分析，頁1。引自顏教授在台大法律系「民商法經濟分析專題」。

28 See Plinsky, An Introduction to Law and Economics(1992)。

29 See Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics (2ed 1997) p3。

## 第六節 法律的經濟分析所遭受之批評及其檢視分析

經濟學追求之主要目標是效率，即是將「大餅做到最大」<sup>30</sup>，但法律追求之目標，包括道德、政治、社會、經濟等方面之利益，經濟利益只不過是其中一種，因此，不能以經濟利益為標準作為判斷某項法律之好壞。法律所要追求之利益包括多種不同利益此一見解，但經濟分析時並非全然不考慮其他非經濟利益，況且並無任何一種價值利益是至高無上的，因此，不同價值利益之比較取捨即顯得非常重要，經濟分析有助於釐清價值衝突和指出到某一目標之最有效途徑<sup>31</sup>。經濟學對法律的分析也是有缺陷的。

### 一、市場調節不是萬能的

許多的非市場行為難以用數字表現出來，比如精神損失，所有的評估可能都是不準確的，我們只能在模糊中尋找一個平衡點。

### 二、經濟學太多假設，而這些假設在人類社會可能是不成立或很難成立<sup>32</sup>。

這點固然是經濟學的一個缺點，但自然科學之理論亦建立在假設之上，但不因此而使得哪些理論變得一無是處，事實上，嚴格的假設只是為簡化分析，但在應用到實際時，可視實際問題之重點而放鬆先前嚴格之假設。法律經濟學推理的前提是假設每一個在法律體系中的人都是一個理性人，但現實的人是複雜的，往往具有多面性。因而在假設基礎上的法律分析是不可能真實的，也可能與真實完全相違背。

### 三、經濟分析方法忽略正義<sup>33</sup>

用效率來評價法律制度也是不全面的，“更高的效率並不一定意味著更好的社會”，法律制度不僅要講效率，也要追求公平、自由即正義，但何謂正義？大多數人均只有模糊的概念，學者間亦無共識，正義之多種定義中，較客觀者係分配性定義，意指適當程度之經濟平等，而所謂分配性之正義又有四說：(1) 依權利而分配。(2) 依應得(deserve)而分配。(3) 依需要(need)

30 關於這點之說明，請參閱經濟學理論與實際張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏合著，頁 331。

31 請參閱 Posner 著，前揭註，頁 25。

32 請參閱經濟學理論與實際張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏合著，有關完全競爭市場之假設條件，頁 171。

33 請參閱 Posner 著，前揭註，頁 27。

而分配。(4)各取等分。第四說齊頭式平等大多數人所不採，因為這將會造成工作誘因之喪失；第三說亦會造成工作誘因之喪失，但是卻是社會福利制度之所本。依權利而分配一說則因權利之觀念隨著時代之變遷而改變，而且，也是參酌了其他標準而決定權利之歸屬，因此，分配之標準仍須訴諸其他幾項標準，因此分配性正義應係以應得為原則而分配，並在盡量不減損工作誘因前提下，適度滿足人們的需求。如以應得為分配原則，正義將符合經濟學之效率概念，但人們之正義概念並不等於效率。如果人們堅持非經濟的正義理想，經濟分析方法雖然無法告訴人們如何選擇，但卻可以提供價值之澄清，為了獲得非經濟之正義理想，社會必須放棄之價值。<sup>34</sup>也許來自那些崇尚正義價值的法學家。他們認為經濟分析方法的應用將導致對法的正義價值的削弱，將正義與效率對立起來的觀念是不可取的。事實上，任何法都包含著正義和效率，只不過這種正義和效率都是有限度的。

學科聯繫日益緊密的今天，“給學術領域劃分界限的任何企圖，都是註定要失敗的…有些東西對我們來說似乎是我們小社區牢不可分的一部分，但它昨日可能曾是一塊格格不入的領域，而明日它也許會作為一門獨立的學科與我們分離，企圖劃定自己的界限了”。法律學和經濟學這兩個學科，乍看之下應該是極為不同的知識領域：對於許多傳統法律人而言，經濟學除了充斥令人眼花繚亂的數位、圖形和圖表之外，無非就是以研究通貨膨脹、失業率、景氣循環和其他總體經濟現象為目的的學問，和法律體系的理論和運作均相去甚遠，而不少經濟學家經常掛在嘴邊的「均衡」，往往抽象難解，而對於法律人來說，所謂的“市場機能”和“政府失靈”更是難免刺耳。相對地，傳統法律學給人的刻板印象，無非是在艱澀的法律理論和僵硬的法律條文中穿梭迂回，創造出非屬法律專業圈的“外行人”的“進入障礙”，以維持法律人可以大玩法律解釋壟斷權戲碼的傲世局面，而一般人面對難以掌握卻無時不受限制的“法治”門檻，則只能無可奈何。然而，倘若我們嘗試稍微拋開以上這些似乎失之偏頗的成見，平心靜氣地想想，

---

34 同前註，頁 26。



經濟學討論的就是理性選擇和效率高低，理性選擇也應該是法律體系必須關心的焦點，效率高低更不應該被排斥在法律體系的運作之外；同樣地，法律制度所追求的公平正義，若是被理解成是人類社會應該致力以求的適當目標的話，我們似乎也看不出來經常強調“最適”理念的經濟學，會拒公平、正義於千里之外。從這個觀點切入，我們或許可以發現：即使法律人要進入經濟學的思考邏輯內，不免有其經濟學基礎的障礙必須克服；經濟人要理解法律制度的堂奧，也必須嘗試跨越某些基本預設的障礙方足以竟全功。但是，經濟學和法律學兩者之間，的確是有相當大的對話空間可言，而完整構築這個對話空間的推手，便是法律經濟學（law and economics）或是法律經濟分析（economic analysis of law）這門帶著濃厚分析工具意義和分析觀點的學問。