

# 十問——向法律學者請益

熊秉元\*

## 摘要

這篇論文先提出十個問題，然後自問自答；希望能延續法律學者和經濟學者之間的對話。這些問題包括：因果關係的性質，法學和經濟學裡所運用的參考座標，道德的意義，法理式分析的長處和弱點，法學理論的適用範圍等等。文章最後，是總結經濟分析的精髓，希望有助於法律學者的研究。

關鍵字：法律經濟學、道德哲學、成本

### 壹、前言

一、問題一：如果人們只活一天，還需要懲罰嗎？

二、問題二：為什麼司法案件是法學論述的重心？

三、問題三：是車撞人，還是人撞車？

四、問題四：在部落社會裡，這種法學理論也成立嗎？

五、問題五：為什麼法律和道德有關？

六、問題六：如果生命是無價的，那麼法庭如何決定賠償金額？

七、問題七：先保障言論自由，還是先保障人身自由？

八、問題八：為何以亞里斯多德為依歸？

九、問題九：法理式分析的優點和缺點為何？

十、問題十：對法律學者來說，經濟學是什麼？

### 貳、結論

我感謝 Judge Richard Posner, Reza Banakar, Patrick Gunning 對本文所提的意見，以及陳怡芬小姐在研究上的協助及國科會的支持。

\* 作者為台大經濟系暨研究所教授。

## 壹、前言

近代法律經濟學的發軔，公認是 Coase (1960) 和 Calabresi (1961) 這兩篇論文。經過四十年左右的蓬勃發展，這個新興領域已經有非常可觀的成果。Posner 法官認為：在經濟學往外拓展而進入政治、社會、和法律等範圍裡，其中最成功的就是法律經濟學。(註一)

Aldin (2000) 指出，法律經濟學已經進入第二個階段：早期的研究，是利用簡單的經濟學概念，討論各種法律問題；在第二個階段裡，則是開始運用較嚴謹的模型，並且強調要利用實證資料來檢驗理論。因此，這個新興學科不但持續茁壯，而且也逐漸成熟。

不過，對傳統法學而言，到底法律經濟學有多大的影響呢？由法學裡的期刊和論著來看，情形並不樂觀。在許多法學論述裡，不但排斥和否定經濟學者和經濟學，而且，經濟學者和傳統法律學者，好像在兩條平行線上，各行其是。就學術的發展和智識的累積來說，這當然是很令人遺憾的情況。(註二)

因此，在法律經濟學繼續往前進展的同時，也值得一而再、再而三的嚐試和傳統法律學者溝通對話。否則，法律經濟學者們可能演變成自成體系的小圈子；在圈子裡自得其樂、彼此唱和，但是卻忽略了他們真正想影響的傳統法律學者。

這篇論文，就是希望在最基本的觀念問題上，和法律學者溝通。主要的目

---

註 一：Parisi (1997, p. ix) 強調："Law and economics is probably the most successful example of the recent surge of applied economics into areas that once were regarded as extraneous to economic analysis."

註 二：譬如，Gordley (1995, p. 148) 認為："To the extent that the economists reach normative conclusions about what the law should be, however, it is not clear why this approach is supposed to be more scientific. Indeed, it is not clear that this approach is morally or logically defensible." 而且，Simons (1995, p. 462) 也指出："I seriously doubt that the economic interpretation is sufficient to explain, much less justify, much of existing doctrine [on contributory negligence]."

的不是在說服，而是在澄清。如果能稍稍澄清法律學者對經濟分析的一些誤解，或許才能真正進行有意義的對話或論辯。我採取的方式，是向法律學者提出十個問題，希望能突顯在論述方式上，傳統法學和經濟分析的差異。我將先提出問題，解釋這個問題對法學的意義，然後說明經濟分析對這個問題的看法。

這篇論文的主要對象，是傳統法律學者；不過，對法律經濟學者而言，有些問題也非常重要。因為，法律學者排斥經濟分析的主要原因之一，是在某些基本問題上，經濟學者並不能提出（法律學者看來）有說服力的解釋。因此，雖然這十個問題是要向法律學者請益，經濟學者也可以藉機琢磨，自己是不是能提出合情合理的說明。譬如，雖然經濟學者一再強調，經濟學的行為理論 (behavioral theory) 是一套強而有力的分析工具。（註三）可是，至少對許多法律學者來說，行為理論的精髓為何，卻並不清楚；而且，在觀念上，如何把行為理論和法學問題結合，也很模糊。因此，這篇論文也可以看成是一種嚐試，希望藉著對一連串問題的探討，從不同的角度來烘托經濟分析所隱含的智慧 (insights)。（註四）

畢竟，情人眼中才出得了西施；要使經濟分析成為法律學者眼中的西施，經濟學者必須能提出讓法律學者接受的理由，而不能只是不斷的自矜自是而已！

## 一、問題一：如果人們只活一天，還需要懲罰嗎？

在法學理論裡，關於實現正義 (justice) 的目的，主要有兩種觀點：懲罰和防範。無論是刑法、侵權行為、或契約法裡，一旦行為上有過失或造成傷害，善後的措施只是一種手段；主要的目的，是希望發揮懲罰或防範的功能。在這兩種目標裡，懲罰的精神是補救，也就是「回頭看」 (backward looking)；防範的精神，是避免未來再發生同樣的事件，因此是「往前看」 (forward looking)。

---

註三：參考 Cooter (1982) 以及 Cooter & Rubinfeld (1989)。

註四：當然，經濟分析也有弱點，參考 Coleman (1984)，Etzioni (1991)，Frey (1992)，Sunstein (2000) 和 Hsiung (2001b) 裡的分析。

可是，如果人們只活一天，沒有未來，防範的作用自然消失；剩下的，似乎只有懲罰的功能。不過，既然人們只活一天，任何補救措施幾乎立刻失去意義。所以，懲罰所具有的內涵，絕大部份也將消失不見。譬如，如果我們確定明天慧星將撞上地球，人類即將毀滅；在這種情形下，還需要監獄嗎？（註五）由此可見，表面上看懲罰似乎是回頭看，其實在更深一層的意義上，本質上還是因為有未來。也就是，要持續處理已經發生的事件，主要是為了未來；在這一點上，經濟學者有很深刻的體會。

Frank (1988) 為喜怒哀樂等情緒，提出了一種合情合理的解釋。如果人們只活一天，事實上不需要「懊惱」(regret) 的情懷；因為用不上，所以不會發展出這種情緒（機制）。人們對已經發生的事（丟了心愛的書，或不小心發生車子擦撞）懊惱不已，是希望從裡面得到教訓，避免在「未來」重蹈覆轍。所以，表面上懊惱是處理過去（和懲罰一樣），其實是為了未來。

Frank 的理論，還隱含了一些重要的意義。首先，由「懊惱」的情緒（機制）裡，可以清楚的看出，人們是活在一個多回合而不是一回合的情境裡—專有名詞是「重覆賽局」(repeated game) 和「單一賽局」(one-shot game)（註六）。不只是個人的情緒機制會受到這個事實的影響，社會上的許多制度，也都受到這個因素的影響；譬如，定期選舉、組織裡的誘因制度等等。

其次，或許很多人認為，情緒是與生俱來的，是生理上的特質；而且，喜怒哀樂等情緒，反映的是「純真價值」(intrinsic values)，而不是像貨幣這種工具價值。可是，Frank 的理論提醒大家，即使是原始或純真的價值，也具有某些工具性的成分。再其次，一旦把時間拉長，重覆賽局就隱含一種演化 (evolutionary) 的過程。在這個漫長的過程裡，人不但會設法改變外在的環

---

註 五：如果有人認為還是需要監獄，一直到慧星撞上地球最後一剎那為止。可是，即使如此，也間接證明了文中的論點：如果人們只活一天，事實上就不需要懲罰。

註 六：如果作精確一點的區分，重覆賽局可能是同一種活動，重覆許多次；「多重賽局」(multi-period game)，則是強調某一個過程，將有許多類似、但可能不完全一樣的情形。重覆賽局的例子，是下很多盤的西洋棋；多重賽局的例子，是一個人的人生。

境，發展出有形的工具；也會發展出一些內在結構，以發揮同樣的、工具性的功能。最後，抽象的看，Frank 的理論是一種實證 (positive) 而不是規範的 (normative) 理論；由實際的現象，歸納出一種合於情理的「因果關係」(causal relationship)。

在另一方面，考慮人類社會具有重覆賽局的特質，對於遊戲規則的設計和選擇，當然有重要的影響。Easterbrook (1984) 指出，採取「事前分析」(ex ante analysis) 的角度，會考慮從長遠來看，不同的規則將引發哪些不同的行為反應。而「事後分析」(ex post analysis)，是著重處理已經發生的事，如何善後的問題。

他認為，抽象來看，事後分析是注重如何切餅，而事前分析則是強調餅的大小。因此，事前分析和重覆賽局，都重視「未來」對「現在」的影響。不過，這兩者之間，有一點微妙的差別。Easterbrook 希望找出好的規則，產生適當的誘因，使餅愈來愈大。重覆賽局的考量，也很重視誘因；但是，即使不考慮設法使未來的餅愈來愈大，單單是重覆賽局的特性，都是探討遊戲規則是必須面對的因素。譬如，餅的大小可能不是關鍵，有些賽局更重視競爭激烈與否、或運氣和技巧的比重等等。(註七)

最後一點，Easterbrook 討論的，是比較明顯具體的選擇；Frank 的理論則是提醒我們，情緒特徵等牽涉到比較隱晦、過程漫長的選擇。不過，他們兩位的研究，都隱含一點重要的體會：我們現在所處的位置、所具有的特質、所承繼的各種條件，都已經是重覆賽局演化下的結果。

總結一下，對經濟學者而言，在分析社會現象（包括人的行為和人本身的結構）時，重覆賽局是一個重要的概念和體會。

## 二、問題二：為什麼司法案件是法學論述的重心？

乍看之下，這個問題有點自相矛盾。司法案件，本來就是法學論述的重要材料；在法學論述裡，引用重要的司法案件，可以闡明或佐證各種論點。這一點，當然很清楚；不過，法律不只是和司法案件有關，更和社會上所有的人都

---

註 七：參考 Buchanan (1986) 裡的討論。

有關。和社會上人們互動的頻率相比，法院裡出現的案件只是非常微不足道的一小部份。那麼，為什麼要以這些極其特殊的案件，作為法學討論的重心？

對法庭和法律學者來說，這些奇奇怪怪的案例，是呈現在他們面前，無從逃避的問題。即使事件本身離奇荒謬，他們也必須處理，而且還要編織出一套能自圓其說的邏輯。當然，這些極其特殊的案件，也促使他們的思維變得更縝密精緻，或是引發了法理上新的見解。（註八）可是，如果以這些極其少見、甚至詭譎無比的案例，作為法學理論的主要基石；等於是以前例來建構通則，以異常作為標竿。說得極端一些，這好像是以精神病患的行為為材料，發展出一套解釋、甚至是規範其他一般人的行為規範！由邏輯和常情常理的角度看，都說不過去。

對照之下，經濟學者所說的故事，要枯燥無趣得多；不過，最大的特點，是經濟學者的故事比較合乎常情常理：在糖果的市場裡，有些人想買糖果，這是需求；有些人想賣糖果，這是供給。供給和需求碰面，決定了糖果的價格，也決定了買賣糖果的數量。追根究底，經濟學者的基本故事就是這麼平淡無奇。沒有懸疑，也沒有緊張；沒有道德上的兩難，也沒有生命中的悲歡離合。然而，在這個簡單的故事裡，卻蘊含著一些極其重要的理念。

在市場裡，價格會影響買方和賣方的行為；這個現象，似乎卑之無甚高論，其實不然。這意味著人的行為，會受到誘因的影響；當價格低時，買方有誘因多買一些，賣方有誘因少提供一些。而且，這種誘因和行為之間的密切關係，不只限於金錢或貨幣的價格。當週末酗酒駕車的人變多時，比較謹慎的人就會少開車或外出；當深夜裡交通警察少時，闖紅燈的人就會多一些。各種道德、良知、善惡等價值，都會透過所隱含的誘因而影響人的行為。

---

註 八：譬如，在 *Anderson v. Minneapolis, St. Paul & S. Ste. M. Ry.*, 179, N.W. 45 (Minn. 1920) 裡，已經著火的兩棟房子，先後延燒到苦主的房子；或者，在 *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 248 N. Y. 339, 162 N. E. 99 (1928) 裡，月台上有人抱了一大包東西，趕上將駛離月台的火車；包裹由手裡滑落，裡面的爆竹掉到鐵軌上，引發爆炸。月台上的一個體重計受波及，對 Mrs. Palsgraf 造成傷害。

既然誘因會左右人的行爲，在探討政策或法律問題時，市場的概念就隱含一種「往前看」的態度—採取某種政策或作出某種判決，會形成哪種誘因，在未來會引發哪些行爲？更重要的，市場活動本身，是由許多條件所支持。在魯濱遜的世界裡，不會有市場；在人煙稀少的原野裡，可能只有偶而出現的市集。因此，雖然現代社會裡，超級市場和便利商店幾乎無所不在；可是，市場並不是憑空出現或是必然存在的，而是某些條件支持下的產物。換種說法，市場的概念，意味著一種條件式的思維——在相關條件的支持之下，才會得到某些結果。所以，任何政策要發揮作用，必須透過現實條件的檢驗，而不能只訴諸於邏輯的嚴謹或推論的精確。

而且，市場裡的活動，基本上是合則兩利；因為是互惠，所以雙方都是心甘情願的樂見其成。一旦完成交易，雙方的福祉都提昇，更可以準備進行下一波的交易。因此，隨著一波波的交易，社會的資源累積得愈來愈多。事實上，買賣所引發的糾紛，可能只佔完成交易很微不足道的一小部份；在市場裡，交易完成是常態，發生糾紛是例外。

所以，在探討人際之間關係的規範時，是以市場的常態爲標竿比較好，還是以兩造訴訟這種例外爲標竿比較好？對人際關係的期許，是希望像市場買賣所隱含的興利，還是希望像法庭官司所意味的除弊？還有，誰的故事比較好聽呢？由各種光怪陸離的案例裡，傳統法學歸納出很多智識上的趣味和智慧；法學論述和官司卷宗裡出人意表、令人拍案稱奇的故事，遠遠不是經濟學裡、千篇一律的魯濱遜飄流記所能比。（註九）但是，哪一種故事比較有說服力呢？

對於這些問題，Posner 所強調「財富極大」(wealth maximization) 和「仿效市場」(mimic the market) 的論點，顯然有相當的參考價值。在處理或思索法律問題時，以市場裡的自願性交易爲基準點，就是希望能得到合則兩利的結果。而且，以市場裡正常、典型的交易爲基準點，而不以發生糾紛、例外

---

註九：經濟學者常用魯濱遜的故事，描述在一個人的世界裡，如何解決生和消費的問題；當星期五出現後，就有了交換、分工和專業化的可能。因此，有人認爲，魯濱遜飄流記的作者，是一位經濟學者。

的交易為基準點，就是希望發揮指標性的作用。

由研究市場、供需和經濟活動，使經濟學者在思索問題時，會習慣性的運用體系 (system) 和行為因應 (behavioral response)。換句話說，雖然市場是由許多個別的供給者和需求者所組成，但是市場本身是一個體系；體系裡的個體彼此影響，彼此牽制，也會受到體系之外因素的影響。而且，這些個體在行為上的因應，可能是以間接婉轉的方式來表達。

最後一點，經濟學者一旦掌握了牛奶麵包等產品的市場之後，腦海裡會用同樣的概念和架構，去認知和分析其他的活動。譬如，賭博的稅負增加時，就會有許多境外或地下的公司出現。還有，各種職業球賽固然是一種供需相會的市場，職業球員本身也是在某種勞力市場裡活動。因此，市場的架構，提供經濟學者在思維上一個非常簡潔、但是很有力的工具。

總結一下，對經濟學者而言，以市場作為參考座標有兩層意義：在實質上，市場交易具有雙方互蒙其利的特性；在分析上，市場架構提供了思維上明確的脈絡。

### 三、問題三：是車撞人，還是人撞車？

對因果關係 (causal relationship) 的探討，是傳統法學裡非常重要的一環；原因很簡單，因為在處理原告和被告的紛爭時，彼此的責任乃至於最後的判決，往往和事件的因果關係密不可分。

在法學論述裡，對因果關係的分析幾乎到了抽絲剝繭、鉅細靡遺的地步；(註十) 而且，由因果關係所衍生出的考慮，也相當有啟發性。譬如，Schroeder (1995) 舉例，兩輛車都違規超速蛇行，一輛車運氣好、沒有撞上人，另外一輛車運氣不好撞上人；兩個駕駛在行為上幾乎沒有任何差別，可是在責任和對後果的承擔上，卻有天壤之別。這種差別，是不是符合公平原則？—相同的人 (行為)，不是應該得到相同的待遇？(註十一)

法學論述裡對因果關係的闡釋，可以說是由一般人的認知出發，而後由法

---

註 十：參考 Wright (2001) 裡對 NESS 的討論。

註十 一：在 Waldron (1995) 裡，也有類似的分析。



律學者在邏輯上作更嚴謹精緻的推演。相形之下，對於因果關係，經濟學者卻有很不一樣的解讀。

衆所皆知，Coase (1960) 指出：因果關係往往是雙向的而不是單向的，也就是兩者很可能是「互為因果」(reciprocal)。既然是互為因果，顯然就不容易決定誰是誰非；因此，他認為，界定責任可以不依因果關係，而以另外一種指標—產值(或價值)的高低—來決定。(註十二) Coase 舉的例子之一，是「炸魚薯條店」(Fish and Chips)的官司：一家新開張的炸魚薯條店飄出的味道，影響附近的住家；住家提出告訴，認為受到侵權。Coase 表示：這個現象，可以說是炸魚薯條店傷害了附近的住家，也可以說是附近的住家傷害了炸魚薯條店。因此，兩者互為因果。

由一般人的直覺和傳統法學的觀點來看，當然是炸魚薯條店搬入才造成影響；因此，炸魚薯條店是因，對鄰居造成的影響是果；由因果關係來看，炸魚薯條店應該負責。可是，只要我們把注意的焦點稍微擴充一下，觀感和判斷很可能就大不相同：如果炸魚薯條店遷入的是商業區或食品街，飄出同樣的香味，大概很少有人會認定是發生了侵權行為。在這種情形下，所謂的「侵權」現象，可以說事實上是附近的鄰居所引發。因此，單單是炸魚薯條店的香味引出糾紛，並不表示香味是原因，因此要負責。這個糾紛的爭執所在，香味和鄰居確實是互為因果。傳統法學理論關於因果關係的觀點，顯然容易忽略了整個事件的重點。同樣的道理，如果車子闖進行人徒步區，撞傷行人，車子該負責；可是，如果行人闖進車道，被某一輛車子撞傷，車子未必要負責。

Coase 對因果關係的闡釋、以及他所引述的例子，一些重要的啓示。首

---

註十二：Coase 同時代的另一位英國著名的經濟學者 Alec Cairncross (1911-1998)，在他的自傳裡提到，1935年在劍橋大學寫博士論文時："The starting point of all this [the dissertation] was a point that has struck me again and again: that if an economist says that A causes B, he ought always to ask, what if it is the other way round and B causes A (or conceivably that A and B are both caused by something else)?" Cairncross (1998, p. 52)。當然，Cairncross 並沒有像 Coase 一樣，把這種體會運用在法律問題上。

先，Coase 不以因果關係而以產值的高低來處理紛爭，在許多事例上確實有說服力——一家炸魚薯條店，搬進商業區或食品街會使產值提高，搬進住宅區會使產值下降。車子開進行人徒步區，會使行人受影響，產值下降；行人闖入車道，影響行車，也會使產值下降。其次，同樣是車子撞上人，在行人徒步區裡，主流價值 (the dominant or mainstream value) 是行人的安全；在快車道上，主流價值是行車安全。因此，決定車子撞上行人的意義、以及車子和行人這兩者的責任，顯然不是依因果關係；關鍵所在，是在不同的情境裡，在主流價值的尺度上，車子撞人這件事會有不同的刻度。抽象的看，主流價值可以是金錢所衡量的價值（譬如，房地產的價值、或商業活動的價值），也可以是不直接由金錢衡量的價值（譬如，行人的安全、或行車的安全）。當然，公平正義本身也是一種價值，也有高低之分，也可以是衡量事件意義和決定責任的尺度。

以主流價值作為參考座標，其實非常正常，在生活裡幾乎隨處可見。Demsetz (1965) 探討牧場和麥田的相對關係：是牧場用柵欄把牛圈在裡面 (fence in)，或是農場用柵欄把牛圍在外面 (fence out)? 答案很簡單，依主流價值來決定：在以牧牛為主的區域裡，牛多而農場少，牛的價值為重，因此農場要圍柵欄；在以農場為主的區裡，情形剛好相反。

同樣的觀念，在商標法裡，在同一個地區和同一個行業裡，某一個店名只能有一家；譬如，在香港只能有一家「萬福糕餅」。但是，如果是不同行業，就不受限制；因此，不能有第二家萬福糕餅，但是可以同時有萬福漫畫、萬福西藥房、和萬福洗衣店。在這種情形下，維持各個行業裡商業活動的秩序—不會有同名魚目混珠的情形—就是那個行業裡的主流價值。還有一個例子：在倫敦，十字路口的地面往往有白色的大字，提醒行人：「往右看」(Look Right) 或「往左看」(Look Left)。對英國人或當地居民本身來說，已經習慣車子靠左，所以很清楚該往右或往左看。那些字，主要是提醒觀光客，因為很多觀光客是來自於開車靠右的國度。（在觀光客比較少的地區，地面就看不到這種字眼。）當然，這個例子也再次反映主流價值的意義：主流價值，通常是一個中性 (neutral) 的概念，顯示了某個環境裡多數人所接受或所遵循的行為模式。

最後一點，無論是車子撞傷人、炸魚薯條店惱人的香味、或其他行為的意義，事實上是由相關的條件和其他的因素所決定；把焦點放在事件或行為本身的因果關係，可能產生偏誤。

總結一下，一般人認為，因果關係是簡單明確的；經濟學者的體會是，因果關係其實是由環境裡的條件所決定。各個特定環境裡的條件，會影響人們採用哪一種價值結構來判斷和取捨。

#### 四、問題四：在部落社會裡，這種法學理論也成立嗎？

如果我把問題換一種問法：在部落社會裡的法律，和現代工商業社會裡的法律是不是不同？相信絕大多數的法律學者會認為，兩者當然不同；而且，他們可能會列舉一些理由，來解釋兩者的差異。可是，在許多法學論述裡，卻完全感覺不到這種體會。他們論述的方式、內容、語氣、似乎隱含著所呈現的理論，是適用在任何時空環境之下。

相形之下，經濟學裡的論述，本質上就是一種條件式的因果關係；即使是最繁複的數學模型，都是根據作者所設定（而且是一開始就明確列舉）的條件，然後推導而得。這當然隱含著，在不同的條件下，自然而然會得到不同的結果。

在經濟學和法律經濟學的文獻裡，有非常多著名的實證研究，反映這個重要的體會。Posner (1981) 描述在原始部落裡，因為條件使然，「正義」的形式和內涵都會受到直接的影響。譬如，因為無法維持獨立的司法體系—資源太少的緣故——所以對於傷害和過失，往往採取「絕對責任」(strict liability)。這種作法在執行上最簡潔，因為認證和執行的成本都比較低。還有，既然彼此住在緊緊相隔的茅草屋裡，所以彼此的遺詞用字都很典雅客氣，免得隔牆有耳、自找麻煩。

此外，在 Ramseyer (1996) 裡，對日本歷史上的幾種特殊市場 (odd markets) 作了非常有趣的探討。譬如，他對十七和十八世紀日本童工市場的研究，得到幾點重要的結論：第一，都市化發展之前，農村人口沒有其他就業機會，因此會和地主簽訂長期契約。第二，都市化發展之後，人口流動性增加；

長期契約無法維持，因此契約年限縮短，而且稚齡童工契約逐漸消失。第三，當契約變短之後，父母對子女的影響程度也下降；如果控制太緊，子女移往城市謀生。第四，都市化提供了就業機會，而就業機會改變了農村勞力契約的性質，連帶的影響了父母子女之間的相對關係；和過去相比，子女的自主性提高。

而且，還有許許多多的個案研究，都反映了人在不同的環境下，行為上會有不同的取捨。我只列舉其中的兩種，以突顯這些研究的重要啓示。首先，是 Libecap (1989) 和 Ostrom (1990) 對於共有資源 (common pool problems) 的研究。在 Libecap 的幾個個案研究裡，他仔細描述加州外海的沙丁魚魚場和德州的油田，都面臨「草原的悲劇」(the tragedy of the commons)。因為資源由大家共有，財產權無法界定清楚，因此無法形成有效的遊戲規則，最後導到資源的浪費或耗竭。在 Ostrom (1990) 的個案研究裡，她明確的描述水源的多寡，會直接影響到遊戲規則(用水權)的內涵。其次，North (1990) 裡描述中東的市集，因為隔一段時間才聚集一次，所以在性質上是「單一賽局」；買賣雙方萍水相逢、以後可能不會再碰面，所以無法形成「商譽」(reputation) 以發揮獎懲和監視 (monitoring) 的作用。同樣的，Akerlof (1970) 和 Landa (1994) 的研究，則是深刻的反映了在經濟活動上，圈內人和圈外人的差別。

不論是屬於經濟學或法律經濟學的範圍，這些研究有幾點重要的含義：首先，當然是環境裡的條件，會影響人的行為；不論是契約的形式或內容、處理紛爭的方式，都會受到物理情況、人口多少、就業機會、血緣關係等因素的影響。其次，一旦環境裡的條件改變，行為的模式和所採用的規則制度，也會跟著改變。因此，有這些體會，經濟學者往往就能根據理論，推論和預測變化的方向。如果法律是適用所有的時空環境，當然就不需要這些推論和預測。

最重要的一點，是這些個案研究和理論，反映了人類是在經歷一種演化的過程。行為和制度規則固然會變化，人們腦海裡的思想觀念也會調整。公平和正義等觀念，是由實際生活經驗裡逐漸凝聚結晶而成，而不是客觀存在的。事實上，由 Elster (1992, 1995) 所討論的許多個案裡，可以清楚的發現：一方面，公平只是一個抽象的概念，具體的內涵是由小範圍裡的相關條件所決定。

因此，就實質內含來看，公平是一個地域性 (local) 的概念，而不是一個普遍成立 (universal) 的概念。另一方面，公平正義等概念，是由人們的實際生活經驗裡，所累積歸納而成。在魯濱遜的世界裡，可能沒有公平正義等概念；即使有，也會和互動頻仍的社會裡的概念不同。(註十三)

因此，對於公平正義和其他法律概念的闡釋，不能只依賴論述者個人的邏輯，而必須體會到演化的過程、以及這個過程如何影響抽象的概念。可是，在一般的法學論述裡，缺乏一套完整的理論，能由人類發展的實際經驗，來描述和解釋規則和法律；所以，自然而然的，似乎就認定公平正義等概念是跨越時空，恆久如一。

總結一下，由許多個案研究裡，經濟學者得到一個平實但是非常重要的體會：外在環境的改變，會影響到人的行為、以及人的思維。

## 五、問題五：為什麼法律和道德有關？

在法學論述裡，經常可以看到「法律是規範性的 (normative)」或是「法律和道德密不可分」；(註十四) 可是，這類詞句好像都是簡單自明的前提，不需要任何解釋或證明。對經濟學和經濟學家來說，這其實是一種很奇怪的狀態。

前面曾經指出，Frank 的理論為人類的情緒，提出了一種合情合理的解釋——在多回合的遊戲 (生活) 裡，懊惱悔恨等情緒有其作用。同樣的，對於風俗習慣、以及遵守風俗習慣的行為，Sudgen (1986) 和 Young (1994) 也提出功能性的解釋：在群居的環境裡，各種風俗習慣可以處理人際互動時必然出現的問題；譬如，走路開車要靠右還是靠左，在橋前相遇時誰要先走，初次遇面時如何表達善意等等。

對於每一個個人來說，在生活裡遵守風俗習慣可以帶來方便或避免困擾，所以是對自己有利的舉止。可是，風俗習慣牽涉到非常多的情境 (在生活裡的

---

註十三：在 Tamanaha (1997) 裡，作者強調：對法學研究而言，關於「意義」(meanings) 的闡釋非常重要。

註十四：Honoré (1995) 的題目就是明証。

食衣住行上，有各種情況下得宜的行為舉止），如果每一次都要在腦海裡盤算「這是對我好的，所以我要這麼作」，顯然太耗費心力時間。因此，比較好（比較省事、比較有效率）的方式，是把這些大大小小的合宜行為、內化 (internalized) 為反射性的動作。

不過，要使這種機制發生作用，需要一套獎懲措施。就像要使紅綠燈發揮作用，需要有警察罰鍰來配合。要使內化的習慣性動作發生作用，也需要一套獎懲措施。關於善惡對錯的觀念、以及情緒上配合的榮譽感或罪惡感，其實就是操作獎懲措施的力量。因此，由善惡對錯等觀念所界定的「道德」 (morality)，可以從功能性的角度得到合情合理的解釋。

當然，道德和紅綠燈、警察、罰鍰之間，有一些異同。紅綠燈和配套措施，是明顯的、外在的、具體的、要耗用有形的資源、一般而言是不容許個別差異的，而且只適用在交通這個項目上；相形之下，每個人的道德（感）是不明顯的、內在的、抽象的、不需要耗用有形的資源、人與人之間可能有很大的個別差異，而且適用在非常廣泛的範圍裡。但是，兩者都能發揮獎懲的作用，影響人的行為。用一個簡單的譬喻，可以突顯紅綠燈等和道德感的差別：利用紅綠燈等來約束和影響行為，球員和裁判是不同的人；利用道德感來約束和影響行為，球員和裁判是同一個人。

由這種比較和對照裡，可以反映出經濟學者對道德的基本看法：道德，也可以從功能性的角度作合情合理的解釋；和其他的獎懲機制相比，道德耗用的資源較少、成本較低；但是，透過社會化和教育而使道德（感）內化，本身要耗用資源。道德和其他的獎懲機制之間，有某種替代性；如果道德能發揮（自我約束不闖紅燈），就可以減少外在的獎懲機制（少一些交通警察）。不過，當內在的道德失去作用時，可能只好採用外在的獎懲機制。（註十五）

---

註十五：1994年5月16日的「時代週刊」(Time, p. 31) 美國科羅拉多州的一所中學，以金錢為誘因，希望減少青少年懷孕；只要少女們採取適當的措施，一天不懷孕可以得到美金一元。顯然，這是在其他措施都不發生作用的情形下，以金錢作為最後的獎懲機制。此外，參考 Posner (2000) 對道德哲學和傳統法學理論的討論。

總結一下，道德有兩層意義：一方面，道德所隱含的獎懲機制，會影響人的行爲；另一方面，內化的道德觀念，可以降低思維因應的成本，提昇行爲的效率。

## 六、問題六：如果生命是無價的，那麼法庭如何決定賠償金額？

在法學論述裡，「生命無價」(Life is priceless)的字眼偶而會不經意的出現。可是，當這些字眼出現時，作者通常認爲這是理所當然的；是論述的前提，毋需作進一步的解釋。(註十六) 至於這個概念的含義、以及在現實社會裡的意義、和法學理論的關聯、和具體政策的關係，卻似乎完全被忽略掉，而幾乎沒有隻字片語。這是很令人訝異的狀態，但卻是實情。

另一方面，經濟學者對生命價值(價格)的設算，當然受到法律學者的嘲弄。事實上，這也是法律學者對經濟分析的主要批評之一：生命是無價的，而且生活裡還有許多價值，是無法用金錢或價格來衡量；譬如，仁人志士爲革命或理念而獻出生命，母親會不顧危險衝進火場救自己的子女等等。因此，經濟分析能發揮作用的空間其實非常有限。

我們可以藉著一些具體的事例，來襯托「生命無價」的意義。第一個例子是 Palach 事件：1969 年，蘇聯坦克駛進捷克首府布拉格後，當然引起捷克人強烈的反感。當時才廿歲的大學生 Palach，爲了表示強烈的抗議，所以在國家博物館前的廣場，澆汽油引火自焚。因爲傷勢過重，他沒有再恢復知覺，而在第三天過世。這個事件不只震驚捷克上下，而且引起全世界的注意。在 Palach 過世後，還有兩位捷克年輕人也自焚而死。(註十七)

第二個例子，是 Kuran (1995) 的研究：在共產主義國家裡，很多人心裡反對，但是口頭上卻表示支持共黨政權；一旦共黨政權解體，很多人才發現，其實彼此都是反對共產主義。因爲他們怕表明立場會受到報復，因此都把真話藏

註十六：Kant (1991, pp. 434-35) 主張："Man regarded as a person, that is, as the subject of a morally practical reason, is exalted above any price."

註十七：關於 Palach 的資訊，可以參考 <http://www.radio.cz/palach99/eng/>。

在心理，當個默不作聲的反對者 (closet anti-communist)。

利用這兩個研究，我們可以處理價格和生命之間有關的一些問題。在自己的日常生活經驗裡，通常會爲了避免難堪或困擾，而隱藏自己真正的偏好或想法。Kuran 的研究反映出，當潛在的麻煩和危險增加時，絕大多數的人都會趨吉避凶，選擇比較安全無害的行爲。換一種說法，這表示當個人的安危攸關時，人們通常不願意承擔太大的責任、或付出太高的成本。

Palach 是極端而很少數的例子，他和另外兩個自焚的青年，只佔捷克人口很小很小的百分比——這也就是爲什麼，他們受到其他捷克人的尊敬。而且，自焚後如果不立即死亡、並且還保持知覺時，在肉體上將承擔非常大的痛苦。在文獻上沒有記載，是不是有人在自焚經過苦楚、和復原之後，再自焚的。不論第二次是立即死亡、或再經過同樣的過程。

革命志士和神風特攻隊採取行動時，不一定會面臨死亡；而且，如果被捕處死或撞艦人機俱焚，只是一瞬間的事，不會再有一回合。相形之下，自焚再復原後，才能體會到自焚所隱含的成本（價格）。由過去的歷史來看，願意付出這麼高價格的人，並不多。因此，對於自己的生命，一般人不願意輕易引發不快或承擔苦痛；用生命（或生命的一部份）去換得痛苦，是很少數的例外。

不過，另一方面，如果用生命（或生命的一部份）能換得具體的報酬，很多人會願意這麼作。最簡單的例子，消防隊員、交警員、軍人，都是承擔風險，以得到報酬。另外，有些窮困的人，以出賣器官換取金錢；以截肢詐領保險金的人，也是如此。事實上，有具體的案例可以證明，當一個人負債纍纍，而且拖累家人時；可能會先投保高額的意外險，然後再以車禍或其他方式意外身亡，希望能解決自己和家人所面對的問題。對於這些人來說，都是經過考慮（算計）之後，然後採取以生命（或其中的一部份）換取金錢的舉止。

由上面的討論裡，可以歸納出幾點體會：第一，對絕大多數的人來說，在生活裡不會面對「生命是否無價」這個問題；即使對這個概念認知模糊或錯誤，依然可以應付生活裡的各種實際問題。第二，對大部份人來說，因爲沒有機會親身體驗生命面臨考驗（如 Palach 所經歷）的過程，因此，並不清楚自己願意以生命（或其中的一部份）換取多少價值。



第三，對一般人來說，「生命無價」是一個沒有經過仔細檢驗的概念。其實，在一般人的經驗裡，「生命很珍貴」可能反而是一個比較平實的概念；但是，比較之下，「生命無價」自成一類，在思考上較簡潔、成本較低。而且，「生命無價」這個概念，含有某種道德性的情操；對絕大多數的人（包括經濟學者）來說，認同這個概念，顯然是比較容易、比較自在的選擇。第四，在生活經驗裡，比較常面對生離死別情境的人，是急診室裡的醫生。對他們來說，他們面對的不是生命無價這個概念，而是在不同的病患裡，花心力在最有可能救活的人身上；或者，當自己已經很疲倦，還要再付出多少額外的心神，去救瀕死的病人。幫助他們作抉擇的，顯然不是「生命無價」這個理念，而是「生命很珍貴」的想法。

由比較抽象的層次上來看，生命無價其實是一個道德性的概念；和其他道德性的概念（善惡、對錯、是非等）一樣，可以作為指引行為的規則，有降低行為成本的作用。因此，即使內涵可能很模糊，只要行為者接受，就可以發揮功能。因為，對絕大多數人來說，腦海裡的各種概念並不一定有明確的定義，也未必是合於邏輯的；只要足以應付生活裡的各種情況，就夠了。在 Buchanan & Tullock (1962) 的附錄裡，對 Arrow 的不可能定理提出批評：Arrow 的定理要成立，必須符合幾個合情合理的條件(axioms)。Buchanan & Tullock 認為，對人們來說，其實並不需要十全十美的決策規則；如果有一種規則，在一萬次決策裡作對了九九九九次，那已經是很好的規則了。同樣的道理，即使是含混不清概念，只要大部份時候能發揮作用，就可能一直保持一種混沌不明的狀態。

而且，由每一個自己的生活經驗裡，都可以體會到：對於經常面對的情境（買報紙），人們善於處理；對於不常面對的情境（同事心臟病發），人們通常拙於應付。至於很極端、幾乎從來沒有碰過、也不太可能碰上的情境，人們自然而然的只會（只需要）有一些模糊不精確的概念；譬如，不論許相信世界上到底有沒有飛碟，都一樣可以正常度日。（註十八）

---

註十八：Jolls, Sunstein & Thaler (2000, p.47) 提到："But behavioral research shows that people's judgements about their future experience at the

還有，很簡單的道理：當人們第一次面對某種情境時，所擁有的資訊是有限而殘缺不全的。而且，人們在資訊不完整和資訊完整的情形下，很可能會作出不一樣的取捨。譬如，跳進急流裡救人時，很可能只是見義勇為，不知道真正有多危險；萬一僥倖生還，下一次再面臨同樣的情形，可能就會猶豫或有不同的取捨。這些都是經驗和資訊的問題，和道德和價值判斷沒有必然的關聯。

總結一下，對於一般人來說，生活裡可以容許很多未經檢驗、含混不明的念。因為，生活裡所需要應付的情境，都和這些概念無關；「生命無價」很顯然就是其中之一。

## 七、問題七：先保障言論自由，還是先保障人身自由？

這個問題，經濟學者 Okun (1975) 在近三十年前就提出過；對經濟學者而言，也是一個合情合理、值得探究的問題。可是，對傳統法律學者來說，這可能是一個很奇怪、不可思議的問題。

對於傳統法學論述，權利 (rights) 至少有兩項重要的功能。首先，在法理學 (jurisprudence) 的討論裡，必須有討論的起點；哲學家的著作或一般人的基本權利 (兩者可能重合)，都可以作為論述的出發點或前提。其次，在具體的官司上，無論是刑法、侵權法或契約法，先界定當事人 (原告) 的權利，才能討論被告是不是侵犯了他的權利。

無論是哪一種情況，「權利」這個概念的重要性，不只在於權利的內涵 (身體不受到傷害)，而是在於提供了論述和判斷的參考座標 (reference framework)。以權利為基準點 (benchmark)，才能進行下一步的討論。(註十九) 譬如，基於身體不受到傷害的權利，才可以討論刑法和侵權行為裡的各種問題。因此，雖然有很多法律學者認為，權利的價值在於權利本身就是目的，而

---

time of decision can be mistaken, in the sense that people are sometimes unable (even apart from the sorts of informational issues recognized by conventional economics) to assess what the experience will actually be like."

註十九：關於基準點的意義，參考 Hsiung (2001a) 和 Hsiung & Gunning (2001)。

不是爲了達到某種目的而採取的手段；不過，由上面所提到簡單的例子裡，可以清楚的看出：權利這個概念，有很實際而且很重要的功能。

即使暫時接受，權利的內在價值 (intrinsic values) 就是目的，而不是手段；但是，在傳統法學論述裡，對於權利的由來、不同權利與不同權利之間的關係、權利的內涵由哪些因素決定、影響權利變遷的原因等等，卻很少有細緻或是有系統的分析。相形之下，經濟學者的論述裡，卻對權利有很多直接或間接的討論。

關於權利的起源，Binmore (1994) 裡有很生動的描繪：當無知之幕掀起之後，如果亞當和夏娃發現，兩人身處在一艘獨木舟裡，而且遇上暴風雨；那麼，兩人之間的相對關係，大概會是階層式而不是彼此平等的關係。(註二十) 因此，權利的起源，是人們由真實的經驗裡，逐漸演化而成。前面曾經指出，公平正義的概念，是經過演化的過程；同樣的，其他有關權利的各種概念，也是如此。(註二十一)

藉著兩個具體的例子，可以反映實「實際經驗」要比「抽象理念」、更適

註二十：Binmore (1994, p. 332) 說明：“Consider the possibility...that Adam and Eve might emerge from behind the veil of ignorance to find themselves crewing an old-time sailing vessel in a storm...[A] society aboard old-timesailing ships was presumably organized on a strictly hierarchical basis because other arrangements are less efficient at dealing with life-threatening emergencies.” 這也表示，如果人類一開始就進入資訊社會，則女性的地位可能較高；因爲女性的細心、耐心、靈巧等特質，很容易在資訊社會裡有較出色的表現，因而居於較高的社會地位。

註二十一：在Coleman (1990) 裡，作者一再強調：在真實世界裡，權利的界定是「權重下的共識」(power-weighted consensus)。前面提到Schroeder (1995) 的例子，兩輛車子都超速，一輛撞上人，另外一輛運氣好閃過。在一般人的觀念裡，大多不會認爲運氣好的車子也應該負責。這種觀念，顯然是由生活經驗裡歸納而得，而不是經由邏輯上的推理。此外，參考Hsiung (2000) 裡相關的討論。

合作為分析的參考座標。首先，最近英國地方法院剛作成判決：一位明知自己帶有 AIDS 病原的男士，和女友發生性行為，而沒有採取任何防範措施。對於這種「致他人於危險處境」的行為，該受到多少的懲罰？地方法院的判決是，五年有期徒刑。其次，東方社會的寺廟裡，往往設有骨灰塔，供家屬寄放先人骨灰，以便定時膜拜。如果寺方失職，引發火災，使骨灰塔裡的骨灰罐毀損，骨灰混成一片、家屬要求賠償，如何決定適當的金額？

因此，權利的性質，是背後一定有其他條件的支持。譬如，在亞當和夏娃的例子裡，亞當的地位和權利，是由他的體力所支持。人們若要享受良好的交通秩序，一定要動用到紅綠燈、交通警察、法規罰鍰等。既然運用這些條件通常隱含資源的付出，因此要享受權利，背後一定有資源的運用和消耗。當然，如果所有的人都能在行為上自我約束，那麼有些權利也許不需要有形的條件來支持；不過，所有的人在腦海裡都認同某些觀念，也是心力的付出。而且，共識可以減少有形資源的付出，但是卻不可能不耗用任何有形的資源。譬如，即使大家都支持民主制度，還是需要鎮暴警察、司法體系等。

既然權利的背後有資源的付出，在眾多可能的權利裡如何取捨，顯然不可避免的要考量所隱含的成本。Okun (1975) 指出：在一個社會裡，支持言論自由的權利，成本較低；支持免於饑餓的權利，成本較高。所以，我們發現，即使在富裕的民主社會裡，也只能有限度的支持免於饑餓的權利。（註二十二）而且，這些社會福利措施所支持的權利，背後還是要依靠納稅義務人的稅捐。當然，除了權利與權利之間的取捨之外，個別權利上「程度」的多少，也是社會所必需面對的問題。譬如，對私有財產權的保障，是使汽車竊案的破案率達到百分之五十、或是百分之八十？對於其他的基本權利，也可以作同樣的考慮。

關於權利和資源運用之間的關係，不妨用一個具體的問題來反映：在現代社會裡，幾乎所有的人都贊成特殊教育——資優生和殘障生在教育上受到特別的待遇。可是，兩個實際的問題：在正常教育和特殊教育之間，教育經費如何分

---

註二十二：不過，Kuran (1995) 的研究也顯示，對絕大多數的人來說，生存的權利，似乎重於言論自由的權利。

配？在特殊教育的經費裡，資優生和殘障生所佔的比例，又應該各是多少？單單強調權利，似乎無助於面對這些問題。

總結一下，由抽象的權利成爲具體的權利，一定要有實質條件的支持。在諸多權利之間，社會必須面對取捨的問題；對於各個權利，也必須決定要實現到何種程度。

## 八、問題八：爲何以亞里斯多德爲依歸？

當然，亞里斯多德只是象徵性的代表，同樣的問題也可以問：爲何以奧斯丁 (Austin) 或邊沁 (Bentham) 爲依歸？在法理學 (jurisprudence) 的討論裡，這些哲學家們的思想，往往佔有非常重要的地位；（註二十三）在經濟學的討論裡，亞當斯密 (Adam Smith) 或馬夏爾 (Marshall) 的思想，也同樣受到重視。不過，思想家們的意義，在傳統法學和經濟學裡，有非常大的差別。

在經濟學裡，已經逐漸形成一套核心理論。這套理論，像是一條主要河道；各個思想家們，則像是散佈在河道兩旁的瀑布或泉源，會注入主要河道裡。思想家們帶來的養分，使主要河道的內容愈益豐富。譬如，Stigler (1961) 把「資訊」(information) 這個因素，納入經濟分析；又譬如，Buchanan & Tullock (1962) 用經濟分析探討政治過程。但是，經濟理論的核心部分，不是以個別的經濟學者來界定；主要河道的內容，已經和各個經濟學者區分開來。而且，在經濟學裡，對於各個經濟學者思想的討論，是屬於經濟思想 (史) 的部分；就經濟理論的發展而言，可以說是居於次要的地位。

相形之下，在法理學的討論裡，卻是以個別的思想家來界定理論，可是並沒有匯集成一套大家都接受的交集。這就像是許多各自汨汨而流的小溪，都希望能涵蓋整個法學領域，但是卻沒有形成會合和累積能量的主要河道。當然，這種現象不只限於傳統法學，在社會學和政治學裡，也有類似的現象。

此外，亞里斯多德等哲學家思想的性質，好像在探索或揭櫫真理；只要真理一經揭示，就應該成爲衆人所共同服膺的指導原則。對於這種論述的缺失，Buchanan (1986) 有一連串重要的論著；而且，這些論著已經逐漸發生影響，

---

註二十三：參考 Harris (1997)。

從基本上扭轉政治學裡對政治過程性質的認知。對政治學和經濟學來說，這都是一種視野或典範 (paradigm) 的移轉；但是，非常奇怪，對於這個重要的轉折，法律學者似乎完全沒有察覺。

傳統法律學者的論述裡，往往有三種主要的材料：政治哲學或道德哲學、邏輯分析、和案件；其中，第一類是亞里斯多德等人的論述，第三類是卷宗檔案裡的紀錄，第二種則是論述者本身的貢獻。這種法學思維的主要內涵，可以和一個畫家作一對照。對一個畫家而言，一幅幅的畫是他的作品；可是，要繪畫之前，他的生活經驗和自己的理念，是他構思的依據，也就是他所運用和依恃的資料庫。

具體而言，對習慣法的法律學者而言，他們的資料庫裡，主要有兩種材料：判例、和先聖先賢的論作。千百年來，法庭理處理過的糾紛不計其數。但是，其中最具有代表性或最關鍵的一些，卻逐漸成為重要的經典；不但是各級法院所引用的依據，而且成為法學論著和課堂討論的基本材料。因此，一篇典型的法學論文，通常會有三部份：作者先根據主題，引述亞里斯多德曾經有哪些哲言雋語；然後，後人作過哪些詮釋，作者自己的修正和申引又是什麼。最後，是引用著名的判例，以支持和驗證自己的論點。（註二十四）

即使不考慮引用判例的曲折，依恃先聖先賢就有許多問題。試想，討論法律問題或法學思想，為什麼要以這些哲人的思想為基準點？這些人活在千百年前，處在一個人際關係簡單、社會問題單純的環境裡；他們的想法，能作為處理現代和後現代社會裡、錯綜複雜問題的明燈嗎？而且，為什麼以這些哲人的思想為標竿，而不是其他文化裡同時代、或更古老的智慧結晶？還有，為什麼不以影響力更大的宗教教義為依歸？以亞里斯多德為準、向他看齊的理由，是因為他是對的、影響力最大、智慧層次最高、學識最淵博，還是他是真理的代言人？

最後一點，無論是亞里斯多德或其他的哲學家，他們的思想只是人類演化過程中的里程碑；一方面反映了人類社會已經累積的經驗，另一方面也受到這種時空限制的影響。在資訊和科技都快速變動的社會裡，對於如何處理各種新

---

註二十四：譬如，Gordley (1995)，而 Wright (1995) 則是引述 Kant。

生事物，亞里斯多德等人的思想是否適合成為最高指導原則，顯然值得仔細推敲。

總結一下，無論是法學或經濟學的分析，理論都是論述的參考架構。不過，在法學裡，是以亞里斯多德和其他思想家來界定理論；在經濟學裡，核心理論已經和個別的經濟學者區分開來。

## 九、問題九：法理式分析的優點和缺點為何？

在傳統法學裡，法理式分析主要有兩種：以某種「主義」(ism)為原則，譬如真實主義(realism)；或以實際案例歸納出的「法理」(doctrine)為原則，譬如最後機會原則(last clear chance doctrine)。關於以主義為指導原則的考慮，在前面分析亞里斯多德時已經討論過，所以這裡將針對第二種法理討論。

由習慣法的案例裡，歸納出各式各樣的法理；對於司法體系的運作（兩造的論證和最後的裁決）、以及法學論述而言，都很重要。法理式分析有幾個主要的優點：第一，各種法理像是字典依字母或部首編排，提供了明確的參考座標；無論是在資料檢索或思考問題上，都有相當的幫助。第二，依法理判決，使司法有延續性，而且符合公平原則——相同的案子，應作相同的處置。

第三，雖然在表相上，官司的事實不一樣，但是根本的精神或關鍵所在，卻可能是相通的；法理，就是歸納出類似案件的同共性質。第四，太陽底下，沒有（太多）新鮮的事；尤其是在穩定、變化緩慢的社會裡，社會現象主要是重覆(repetition)，而不是變遷(incremental change)。在這種環境裡，由過去經驗累積下來的法理，足以處理絕大部份、或甚至全部的糾紛。（註二十五）簡單的說，法理式分析是以過去的經驗為基準點(benchmark)。

在某種意義上，經濟學也是法理式分析。（註二十六）在經濟學裡，大家都接受「效率」(efficiency)這個法理；然後，以這種法理為基準點，分析

---

註二十五：在 Heilbroner (1993) 裡，對人類社會在歷史上所經歷的不同階段，有生動的描繪。在工業革命之前，一般人認為歷史只是不斷的重覆，未來有和過去不會有什麼不同。

註二十六：Hsiung (2001b) 裡有詳細的論述。

不同的遊戲規則、制度設計、行為所隱含的效率。當然，效率是一個中性 (neutral) 的概念，可以用來衡量任何價值；譬如，父母的心力 (包括感情)，怎麼分配在子女、家庭、和工作上，對大家最好。

事實上，這也就是經濟分析的最大優點之一，能以很簡潔的概念，去掌握不同現象的共同脈動。譬如，因為危難 (duress)、不當影響 (undue influence) 和議價地位不等 (inequality of bargaining power) 等因素而造成違約時；違約的一方不一定要承擔違約的責任，並賠償損失。雖然在表面上抗辯 (defence) 的理由不同，但是都可以由效率的角度解釋：如果在這些情形下，還要求雙方履行契約，長遠來看，容易引發不當的誘因；對於經濟和其他活動，反而會造成不利的影響。(註二十七)

總結一下，和傳統法學的法理式分析相比，經濟分析所依恃的法理可以以簡御繁、一以貫之；而且，在面對不同現象 (官司) 時，可以直接掌握關鍵因素。

## 十、問題十：對法律學者來說，經濟學是什麼？

雖然這個問題是問法律學者，但是經濟學者可能反而比較適合提出答案。而且，因為經濟學主要是一種分析社會現象的特殊角度，和數學或方程式沒有必然的關聯。因此，這個問題換一種問法，是：對法學研究而言，經濟分析的主要慧見 (insights) 為何？(註二十八) 在某種意義上，這個問題是對前面問題的總結。(註二十九)

---

註二十七：Posner 所主張的理論：習慣法是有效率的，就是指習慣法裡雖然有很多種法理 (doctrines)，但是都可以從效率的觀點來解釋。參考 Posner (1990, 1995, 1998)。

註二十八：當然，這個問題也隱含著，對於政治學或社會學而言，經濟分析可能意味著不同的慧見。譬如，對政治學而言，競爭 (competition) 是一個很重要的概念。當然，在法學研究的憲法理論裡，競爭和三權分立的制衡概念，有密切的關係。

註二十九參考 Hsiung (2001c) 裡的分析。



在 Posner (1998) 法官的名著「法律的經濟分析」一開始，他歸結出經濟分析的三大基本原則：第一，是價格和數量反方向變動的「需求法則」－當然，價格不一定是指金錢貨幣，而可以是抽象的價格。第二，是機會成本的概念；第三，是在沒有因素干擾的情形下，資源會流向價值最高的使用途徑。在「一以貫之經濟學」(Economics in One Lesson) 這本書裡，Hazlitt (1979) 總結經濟學的精神：一個好的經濟學者，不只注意短期，也會注意長期；不只考慮局部，也會考慮全面；不只關心直接影響，也會關心間接影響。(註三十)

相形之下，我認為，經濟分析可以提供給法律學者三個重要的觀念；而這三個觀念，都可以藉「若 A 則 B」來闡釋。第一，法律的目的，是處理人的行為所衍生的問題。在經濟學者的眼裡，人的行為具有相當的「規律性」(regularity)。

而且，這種規律性是「若 A 則 B」般的簡潔明確、容易掌握。假設規律性是「若 A，則 B 或 C 或 D 或 E」，或是「若 A 或若 B 或若 C 或若 D，則 E」，那麼在邏輯上來說，依然符合某種規律性；可是，對一般人來說，這種規律性過於複雜或模糊，所以在思維或行為取捨上的助益不大。當然，這並不表示，人的行為沒有例外或不會改變；重點在於，人的行為不像是喝醉酒的醉漢、走路顛三倒四 (random walk)，而是約略符合「若 A 則 B」的規律。如果法律所面對的是醉漢般的行為，法律所能發揮的作用將極其有限。

而且，這種行為上所顯現出的規律，不只和市場或經濟活動有關，而是人的其他活動裡也無所不在。事實上，有些經濟學者認為，人類之外，在其他動物的行為裡，也可以發現有類似的規律性。例證之一：諾貝爾獎得主 Becker

---

註三十：此外，Mankiw (1998) 的經濟學原理，在封面裡也列出了一些經濟學的主要體會 (insights)，例如："Economists view the world both as scientists and policymakers;" "How does the economy coordinate interdependent economic actors? Through the market forces of supply and demand;" "Why is the equilibrium of supply and demand desirable for society as a whole? The concepts of consumer and producer surplus explain the efficiency of markets, the costs of taxation, and the benefit-of international trade."

(1976) 的書名是「人類行為的經濟分析」(The Economic Approach to Human Behavior)，但是 Becker (1993) 的諾貝爾演講題目是：「由經濟分析的角度觀察行為」(The Economic Way of Looking at Behavior)；行為，當然不限於人的行為。

具體而言，規律性可以約略分成三個層次：最基本的，是個人層次 (individual level) 上的規律性；譬如，若罰鍰增加，則少超速。其次，最上層的，是總體 (macro level) 或社會層次上的規律性；譬如，若貨幣發行量過大，則容易有通貨膨脹。最後，是介於這兩者之間的，可以稱為中層 (middle level) 的規律性。和另外兩種層次的規律性相反，中層的規律性反而比較模糊、比較難掌握。譬如，若社區的居民由 500 人變為 1000 人，則社區會變得更整潔或更髒亂？因為人數增加後，行為的加總可能導致很多結果，因此不一定有非常明確的規律性。(註三十一)

第二，若 A 則 B 的規律性，反映的是一種條件式的思維和判斷 (conditional statement)，而且有兩種層次。一方面，「若 A」本身就表示一種條件，「則 B」是在 A 成立的條件下會出現的狀態；因此，這是一種條件式的命題。另一方面，「若 A 則 B」成立，隱含著其他的條件沒有發生變化；如果其他條件發生變化，那麼「若 A 則 B」可能變「若 A 則 C」。因此，「若 A 則 B」，是在某種前提成立的條件下，才會成立。

無論是基層、中層、或總體層次上的規律性，都是在某些條件的支持之下才成立。因此，對於經濟學者來說，除了注意規律性本身之外，還必須掌握更多的資訊。一方面希望知道，在哪些條件的支持下，規律性才會成立。另一方面，也希望了解，當這些條件發生變化時，原先的規律性會受到哪些影響。(註三十二)

第三，是關於「若 A 則 B」的內涵。前面兩點，似乎都是反映在抽象的

---

註三十一：參考 Hsiung (2001b) 裡的分析。

註三十二：Coase (1992) 裡一再強調，經濟活動是在某種制度環境 (institutional structure) 裡進行；因此，經濟活動所呈現的規律性，就是在特定前提成立的條件下、才成立的。

符號之間，彼此的關係；不過，更重要的，是經濟學由探討人的行為裡，得到許多體會。這些體會，就充填了前兩點的內涵；譬如，Posner 所強調的「若價格上升，則需求下降」，以及「若沒有干擾因素，則資源流向價值最高的使用途徑」，就是符號關係下的實質內涵。

具體而言，經濟學者在分析人的行為時，不是只把焦點放在單獨的個人身上，而是一直保持一種體系或系統 (system or structure) 的觀點。這個體系或系統有兩個維度：時間、和空間。在空間上，每一個人的行為，都直接間接的影響其他人，也直接間接的受其他人行為的影響。在時間上，現在的行為受到過去演化經驗的影響，也會受未來的影響（前面提到重覆賽局的觀念）。空間的因素，呼應 Hazlitt 所強調的，直接或間接以及局部或全面的考量；時間的因素，則是他所強調短期或長期的考慮。

在傳統法學的論述裡，也有「若 A 則 B」的邏輯；不過，通常是「若採取作者的論點，則正義將得到伸張」。可是，是哪些條件支持這種結論，條件改變之後結論會不會受影響等等，卻經常付諸闕如。相形之下，經濟分析所意味的「若 A 則 B」，則是對問題作較完整的探討，包括在描述、預測、和建議 (describe, predict, prescribe) 這三方面。對於所觀察到的現象，經濟學者會嚐試解釋：在哪些條件下，會得到這種結果；主要的決定因素，是哪一個或哪幾個。當環境裡的條件發生變化時，我們所關心的焦點會朝哪一個方向發展。如果希望追求某種目標（包括公平正義這種價值），採取哪一種或哪幾種手段比較好。而且，雖然探討的是眼前的問題，不過在經濟學者的腦海裡，卻總是會聯想到：是哪些因素引發了這個問題？環境裡支持的條件是哪些？採取不同的手段各會引發哪些後果？手裡是不是有足夠的資源來影響相關的條件？

總結一下，對法律學者來說，經濟分析的精髓可以藉著「若 A 則 B」來表示。「若 A 則 B」反映了在人類行為和社會現象裡，隱含了某些規律性；至於這些規律性的實質內容，則是由人類所經歷演化過程的經驗所充填。

## 貳、結論

如果要利用兩個譬喻，反映傳統法學和經濟分析的差別，也許可以這麼比擬：首先，對於一個法學問題，法律學者好像拿著放大鏡、甚至是顯微鏡，然後鉅細靡遺的抽絲剝繭。相形之下，經濟學者則像是一個攝影師，從不同的角度打光，以捕捉這個問題完整的面貌；而且，除了用現在的鎂光燈之外，還會利用過去的鎂光燈，以掌握這個問題在歷史脈流中的意義。事實上，前面十個問題的討論，就好像是為法律學者打了十盞鎂光燈；希望藉著諸多不同角度的光線，烘托出「經濟分析」的神韻。其次，對於一捲底片上的某一張膠片，法律學者試著描繪這張底片的意義；可是，經濟學者卻希望利用這張底片之前和之後、其他底片裡的景象，來描繪這張底片裡景象的意義。

這篇論文的出發點，是希望由經濟學的角度，嚐試和法律學者對話。我採取的方式，是向法律學者提出十個問題，然後自問自答。這麼作的目的，一方面是希望法律學者能面對這些問題，然後提出他們認為合宜的答案。另一方面，當然是由經濟學的角度，提出經濟學者對這些問題的討論。經由這種論對，希望減少法律學者對經濟分析的誤解。最終的目標，自然是期望能有助於法學研究。

## 參考文獻

1. Akerlof, George A. "The Market for `Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism," *Quarterly Journal of Economics*, 222, pp. 488-500, 1970.
2. Becker, Gary S. *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press, 1957.
3. \_\_. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
4. \_\_. "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior," *Journal of Political Economy*, 101(3), pp. 385-409, 1993.
5. Binmore, Ken. *Playing Fair: Game Theory and the Social Contract I*, Cambridge, MA: MIT Press, 1994.
6. Brickman, Philip, Coates, Dan, and Janoff-Bulman, Ronnie "Lottery Winners and Accident Victims: Is Happiness Relative?" *Journal of Personality and Social Psychology*, 36, pp. 917-27, 1978.
7. Buchanan, James M. "Good Economics-Bad Law," *Virginia Law Review*, 60, pp. 483-92, 1974.
8. \_\_. "Economics and Its Scientific Neighbors," in James M. Buchanan, *What Should Economists Do?* Indianapolis: Liberty Press, 1979.
9. \_\_. *Liberty, market, and state: political economy in the 1980s*, Brighton, Sussex: Wheatsheaf Books: Distributed by Harvester Press, 1986.
10. \_\_. and Tullock, Gordon. *The Calculus of Consent*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
11. Cairncross, Alec *Living with the Century*, Fite, UK: iynx, 1998.
12. Calabresi, Guido "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," *Yale Law Journal*, 70, pp. 499-553, 1961.
13. Coase, Ronald H. "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and*

- Economics, 3, pp. 1-44, 1960.
14. \_\_. "Introduction," in Armen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, Indianapolis: Liberty Press, 1977.
  15. \_\_. "The Institutional Structure of Production: 1991 Alfred Nobel Memorial Prize Lecture in Economic Sciences." *American Economic Review*, September 1992, 82 (4), pp. 713-19.
  16. Coleman, Jules L. "Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Analysis to Law," *Ethics*, 94, pp. 649-79, 1984.
  17. Coleman, James S. *Foundations of Social Theory*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
  18. Cooter, Robert D. "Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books," *UCLA Law Review*, 29, pp. 1260-69, 1982.
  19. \_\_. and Rubinfeld, Daniel L. "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution," *Journal of Economic Literature*, 27, pp. 1067-97, 1989.
  20. Damsetz, Harold "Toward a Theory of Property Rights," *American Economic Review*, Vol. 57, pp. 347-59, 1967.
  21. Easterbrook, Frank H. "The Supreme Court, 1983 Term-Foreword: The Court and the Economic System," *Harvard Law Review*, 98, pp. 4-60, 1984.
  22. Edlin, A. S. "Review essay. The New Palgrave: surveying two waves of economic analysis of law," *American Law and Economics Review*, 2 (2), pp. 407-422, 2000.
  23. Elster, Jon *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, New York: The Russell Sage Foundation, 1992.
  24. \_\_. ed. *Local Justice in America*, New York: The Russell Sage Foundation, 1995.
  25. Etzioni, Amitai "Socio-Economics: A Budding Challenge," in Amitai

- Etzioni and Paul R. Lawrence eds., *Socio-Economics: Toward a New Synthesis*, New York: M. E. Sharpe, 1991.
26. Frank, R. H. *Passions within Reason*, New York: W. W. Norton, 1988.
27. Frey, Bruno S. *Economics as a Science of Human Behavior*. London: Kluwer, 1992.
28. Gordley, James "Tort Law in the Aristotelian Tradition," in Owen 1995.
29. Heilbroner, Robert L. *21st Century Capitalism*, New York: Norton, 1993.
30. Harris, James W. *Legal Philosophies*, 2nd ed, London: Butterworths, 1997.
31. Hazlitt, Henry *Economics in One Lesson*, New York: Arlington House, 1979.
32. Honore, Tony "The Morality of Tort Law — Questions and Answers," in Owen (1995).
33. Hsiung, Bingyuan "A Methodological Interpretation of Ronald Coase." *manuscript*, 1998.
34. \_\_ . "Sailing Towards the Brave New World of Zero Transaction Costs," *European Journal of Law and Economics*, 8(2), pp. 153-169, 1999.
35. \_\_ . "On the Equivalence and Non-Equivalence of James Buchanan and Ronald Coase," *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156(4), pp. 715-736, 2000.
36. \_\_ . "A Methodological Comparison of Ronald Coase and Gary Becker," *American Law and Economics Review*, 3(1), pp. 186-98, 2001a.
37. \_\_ . "The Success of Law and Economics: A Methodological Interpretation," *manuscript*, 2001b.
38. \_\_ . "Economic Analysis of Law: An Inquiry of Its Essence," *manuscript*, 2001c.
39. \_\_ . and Gunning, Patrick "Ronald Coase's Method of Constructing More Realistic Models of Choice," *Review of Political Economy*, forthcoming, 2001.

40. Jolls, Christine, Sunstein, CassR., and Thaler, Richard H. "A Behavioral Approach to Law and Economics," in Sunstein (2000).
41. Kant, Immanue *The Metaphysics of Morals*, M. Gregor, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1991 (1797).
42. Kuran, Timur *Private Truths and Public Lies: the Social Consequences of Preference Falsification*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
43. Landa, Janet T. *Trust, Ethnicity, and Identity*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.
44. Libecap, Gary D. *Contracting for Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
45. Mankiw, N. G. *Principles of Economics*, Fort Worth, TX: Dryden Press, 1998.
46. North, Douglass C. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
47. Okun, Arthur M. *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*. Washington, D. C.: The Brookings Institution, 1975.
48. Ostrom, Elinor *Governing the Commons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
49. Owen, David G. ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
50. Posner, Richard A. *The Economics of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.
51. \_\_ . "Wealth Maximization Revisited," *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, 2(1), pp. 85-105, 1985.
52. \_\_ . "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987," *Harvard Law Review*, 100, pp. 761-80, 1987.
53. \_\_ . *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.



- 
54. \_\_ . *Economic Analysis of Law*, 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1998.
55. \_\_ . *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
56. \_\_ . and Parisi, Francesco. "Law and Economics: An Introduction," in Richard A. Posner and Francesco Parisi eds., *Law and Economics*. Vol. I-III, Cheltenham, UK and Lyme, N. H.: Edward Elgar Publishing, 1997.
57. Ramseyer, Mark *Odd Markets in Japanese History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
58. Schroeder, Christopher H. "Causation, Compensation, and Moral Responsibility," in Owen (1995).
59. Simons, Kenneth W., "Contributory Negligence: Conceptual and Normative Issues," in Owen (1995).
60. Stigler, George J. "The Economics of Information," *Journal of Political Economy*, 69(3), pp. 213-25, 1961.
61. Sudgen, Robert *The Economics of Rights, Cooperation and Welfare*, Oxford: Blackwell, 1986.
62. Sunstein, Cass R. ed., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
63. \_\_ . and Ullmann-Margalit, Edna "Second-Order Decisions," in Sunstein (2000).
64. Tamanaha, Brian Z. *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
65. Waldron, Jeremy "Moments of Carelessness and Massive Loss," in Owen (1995).
66. Whichard, Willis P. "A Common Law Judge's View of the Appropriate Use of Economics in Common Law Adjudication," *Law and Contemporary Problems*, 50 (4), pp. 253-63, 1987.

67. Wright, Richard W. "Right, Justice, and Tort Law," in Owen (1995).
68. \_\_ . "Once More into the Bramble Rush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility," *Vanderbilt Law Review*, 54, pp. 1-50, 2001.
69. Young, Peyton H. *Equity in Theory and Practice*, New Jersey: Princeton University Press, 1994.

# The Questions for Legal Scholars

Bingyuang Hsiung\*

## Abstract

By raising and discussing ten questions, this paper attempts to continue the dialogue between economists and legal scholars. The questions include the examining of the nature of the causal relationship, the benchmarks used in economics and legal studies, the meanings of morality, the strengths and weaknesses of doctrinal analysis, and the generality of legal theories. The paper concludes with a summary of what the legal scholars might learn from the economic approach.

keywords : law and economics, moral theory, lost

---

\*Professor, Department of Economics, National Taiwan University, Taipei, Taiwan

## Contents

### I .Introduction

1. Question One : If Men Live for Only One Day, Then is Punishment Still Needed?
2. Question Two : Why is it that Legal Cases are the Center of Legal Stuies?
3. Question Three : Was it the Car That Hit the Pedestrian, or the Pedestrian Hit the Car?
4. Question Four : Does the Legal Theory Hold True in a Tribal Society?
5. Question Five : Why is Law Moral?
6. Question Six : If Life is Priceless, Then How Does the Court Determine the Compensations for Lost Lives?
7. Question Seven : Which Right Comes First, Freedom of Speech or Personal Autonomy?
8. Question Eight : Why Aristotle?
9. Question Nine : What are the Strengths and Weaknesses of Doctrinal Analysis?
10. Question Ten : What Does Economic Analysis Mean to Legal Scholars?

### II .Conclusions