

# 法律經濟學之發展特別報導 ——從有效率的公平正義出發\*

林三元\*\*

## 摘 要

自 1960 年代以來，法律之經濟分析（或法律經濟學）已經成為當代最重要的法學研究方法之一。然而，法學與經濟學本有各自之研究領域及研究方法，學者為何會嘗試以經濟學之分析方法，探究法學議題，並因此引起廣泛之討論，且至今未休？對法律人而言，實有必要從法律經濟學之歷史發展及經濟分析之基本理論著眼，藉以瞭解法律之經濟分析的梗概。其次，以「理性自利為假設前提」之分析模型，能否全然適用在法律學領域的論戰，亦能使我們對法律之經濟分析有更深刻的認識。最後，法學與經濟學之間究竟應該如何互動，則屬未來值得觀察的發展趨勢。站在法學追求「公平正義」的理想上，以及經濟學倡言「效率」的大纛下，建構一個「有效率」之「公平正義」的社會，應該是法律經濟學努力的方向。

關鍵字：法律之經濟分析、法律經濟學、寇斯定理、理性自利、有限理性、行為經濟學

---

\* 特別感謝交通大學科技法律研究所劉尚志所長及王明禮老師惠賜卓見，然文責仍應由作者自負。

\*\* 台中地方法院法官，交通大學科技管理研究所科技法律組博士生；  
sylin.mt92g@nctu.edu.tw。

Cite as: 1 Tech. L. Rev. 249 (2004)

## **Law and Economics Special Report — Proceeding Fair and Justice from Efficiency**

San-Yuan Lin

### Abstract

Economic analysis of law (or law and economics) has been deemed as one of the most important methodologies for legal study since 1960. However, law and economics are different subjects which focus on specific areas individually. It would be an interesting and complicated issue to explore the relationship between law and economics. In order to keep the main points of law and economics, a lawyer should understand the history and basic theories of this subject. In this special report, I would like to bring the brief history of law and economics and the most important assumptions of economics that are rationality, self-interest and the Coase theorem. In addition, I will introduce some critics, so called behavioral economics, which may back up law and economics, but are not satisfied with the “unreal” assumptions of economics. Those critics borrow some behavior theories from psychology and sociology to amend the model of human behavior been set up by economics. After unfold the broad outline of economic analysis of law and some critics, we may reconsider the future of law and economics by pursuing not only a new model for legal study but also an efficient justice system.

**Keywords:** economic analysis of law, law and economics, Coase theorem, self-interest, rationality, behavioral economics

## 1. 前言

法學研究的過程中，最困擾法律學者的根本問題應該是「什麼是法律？」綜覽法學文獻，古往今來有許多法學巨擘，貢獻其等畢生精力，只是為了解答「什麼是法律？」這個簡單而深邃的問題。相對於法學研究，其他學科的學者，並未耗費太多筆墨爭辯「什麼是化學？」或「什麼是醫學？」<sup>1</sup>法律學者之所以試圖找到邏輯上之「法之定義」，乃因為確定法律之定義與概念之後，才能確定法學研究之範圍，進而能協助其他社會科學（例如社會學、史學）探索人類社會「法現象」之有關議題<sup>2</sup>。此外，法律學者除了探討「什麼是法律？」的法理爭議之外，也嘗試運用一定的研究方法<sup>3</sup>，用以回答法學的相關問題，對於這些法學研究方法，可稱之為「法學方法論」<sup>4</sup>。而關於「法律是什麼？」這個艱深的哲學問題，並非本文介紹的主題，然而，我們希望在傳統的法理學及法學方法論的探討之外，試著介紹被學者喻為二十世紀中期之後，最重要的法學研究分析方法<sup>5</sup>——法律之經濟分析或法律經濟學<sup>6</sup>（economic analysis of law or law and economics）

<sup>1</sup> H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 1 (1994).

<sup>2</sup> 請參見洪遜欣，《法理學》，頁 398-99（1994）。

<sup>3</sup> 我國學者黃少游曾對法學之研究方法，提出有趣的歸納：(1)古往今來的歷史法，(2)東西南北的比較法，(3)對立矛盾統一的辯證法。請參見黃少游，《現代法學底理論與實際》，頁 42-47（1967）。

<sup>4</sup> 關於大陸法系法學方法論之內容，請參閱 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，《法學方法論》（1996）。

<sup>5</sup> Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987); See also Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯，《法律經濟學》，頁 2（2003）。此外，以經濟學之原理原則分析傳統法學研究之課題，仍屬新興之研究取向，此在歐洲大陸亦是如此。See generally Ben Depoorter & Aristides N. Hatzis, *19th Annual Conference of the European Association of Law and Economics, Greece, September 2002*, 23 INT'L REV. L. & ECON. 341 (2003)。

<sup>6</sup> 以經濟學之分析方法探討法學議題，大多數學者均以「法律之經濟分析」

——希望藉由不同的思維與觀察角度，在法律邏輯的演繹之外，針對「法律之應然」提出建議，並藉以解釋「法律之實然」的現象，進而帶動法學研究的新視野。

舉例而言：某甲是生產電暖爐之廠商，某乙鑒於去年冬季酷寒，於夏季先向某甲訂購 100 台電暖爐，約定每具單價為新台幣 300 元，如有債務不履行之情事，必須給付他方 5,000 元之違約金。在甲、乙簽定契約後，零件價格飆漲，某甲如依原定計畫生產，並依約交付貨物，每具電暖爐將虧損 100 元（合計虧損 10,000 元）；某甲如果違約拒絕給付，必須支付違約金 5,000 元給某乙。由民法的觀點而論，甲、乙之間的法律關係並無任何難解之處：某甲須負債務不履行之損害賠償責任。但是，從經濟分析的角度而言，如果拒絕給付可以符合經濟效率（例如上述案例，某甲可以減少自己的損失，某乙獲得違約賠償後，可以另行購置貨物），毀約不見得永遠是壞事<sup>7</sup>。由此案例之分析可知：姑且不論藉由法律之經濟分析所推論的結果，

---

(economic analysis of law) 或「法與經濟學」(law and economics) 稱之，但從文義上可以看出，「法律之經濟分析」係著重在將經濟學之分析方法，運用到法學議題。而「法與經濟學」之內涵則是強調這兩個學科的互動關係，而非僅限於經濟學分析方法的運用而已。因此，有學者提出了「經濟學之法律分析」的概念，希望擴大研究的範圍，也彰顯這兩個學科的夥伴關係。See generally Bruce Chapman, *Legal Analysis of Economics: Solving the Problem of Rational Commitment*, 79 CHI.-KENT L. REV. 471 (2004). 本文所述之內容並不特別強調這兩個名稱的差異。但有學者認為，上述兩個名詞均係站在經濟學的立場出發，彰顯經濟分析的方法取向，然而，為了強調經濟學與法學的相互影響，並以法理學為出發點，較妥適的名稱應該是「法律的經濟學」(economics of law)。See generally Mariuzz Golecki, *Economics of Law as a Jurisprudential Theory*, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2002, Article 13, at <<http://www.bepress.com/gwp/default/vol2002/iss1/art13>> (last visited Sept. 1, 2004)。

<sup>7</sup> 請參見 David D. Friedman 著，徐源豐譯，《經濟學與法律的對話》，頁 236-39（2002）。又「有效率的違約」係指對於契約違反，應優先適用金錢賠償的方式解決違約糾紛，而非以法律之強制力要求債務人履行契約，藉以達到資源的有效利用。請參見王文字，〈從民法撤銷權規定論特定物權人之保障〉，收錄於氏著《民

是否符合法律人所堅信的「公平正義」，至少此項新興的分析工具，能激起法學研究的不同思辯。

本文係由法律人之觀點探討法與經濟學之互動關係，希望藉由歷史的觀察及對經濟分析基礎理論的反省，嘗試提出兩個學科之間可能的對話平台：首先，我們將概述法律之經濟分析的起源，其次，再介紹經濟分析之主要理論基礎，探討經濟分析為何成為研究法學方法的新取向（*approach*）。接著再論及學者們對於以市場機能、價格理論為基礎之傳統法律經濟學的反省。最後，從法學與經濟學所追求之基本理想出發，展望兩者可能的互動模式，思考建立真正的「科際整合」研究取向，以更宏觀的視野，看待法律經濟學之未來。本文之主要目的，係介紹法律之經濟分析的發展過程與基本假設前提，至於提出可能的思考方向，乃屬拋磚引玉之性質，真正的目的在於期待更多的對話與討論，使法與經濟學能真正在我國生根發展，進而建立適合於本土法學的經濟分析方法。

## 2. 法律之經濟分析的濫觴及其理論基礎

法學與經濟學本屬不同之學科，各有其研究領域及研究方法，原本各不相干的學術專業，為何會相互影響，並且引起許多討論？我國學者熊秉元教授曾提出如下的觀察，可作為思考的起點：

「在本質上，我問的問題是：『當經濟學往外擴充時，在法學的領域裡最為成功，為什麼？』……首先，我指出，雖然經濟學涵蓋面很廣，可是追根究柢，最基本的問題是處理兩個人間、一對一的關係（*bilateral, one-to-one relationship*）……。在法學裡，情形也非常類似。雖然法學包含許多主題，可是原告被告之間的官司，還是千百年來研究的重點。原告和被告，也是一對一的對應……因此，經濟學所以能長驅直入法學，而且短時間之內就有可觀的成果，和這兩個學科的研究主題（*subject matter*）有關。因為，雙

---

商法理論與經濟分析》，頁 161、163-64（2000）。

方、一對一的利益衝突，同時是這兩個學科關心的焦點<sup>8</sup>」。

然而，對於初步接觸法律之經濟分析這個概念的人，從歷史發展的源頭找尋答案，或許更能領略這兩個學科之間的互動關係，以下我們將先敘述法律之經濟分析的發展歷史，再介紹其理論基礎。

## 2.1 法律之經濟分析的發展歷史<sup>9</sup>

在開始介紹法律之經濟分析的歷史之前，我們應先界定，法律之經濟分析或法律經濟學之定義。所謂法律之經濟分析（或法律經濟學）係指運用經濟學的理論及經濟計量學的方法，檢視法學和法律制度之形成、架構、程序及其影響之一種法學研究取向<sup>10</sup>。因此，法律之經濟分析的特徵是，以經濟學的研究方法，探討法學問題。也就是從法學以外的觀點，理解法律的規定、運作及其如何影響人與人之間的互動，再進一步提出「法律應該是如何的」的建議<sup>11</sup>。而上述經濟學之分析方法，究竟何時開始運用到法學問題的研究領域？似乎很難找到一個清晰的歷史時點，此方面的討論，也仍在起步階段<sup>12</sup>。學者們較為一致的看法是以 1960 年代作為分野<sup>13</sup>，其主要原因是

<sup>8</sup> 請參見熊秉元，〈法學干卿底事？——法律經濟學的旨趣〉，收錄於氏著《熊秉元漫步法律》，頁 22-23（2003）。此外，另有學者認為法律之經濟分析如此成功，「就如同澳洲的兔子，經濟學也找到了法律在『學術生態』上具有優勢的空缺且迅速地將之填補」，請參見 Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯，前揭註 5，頁 3。

<sup>9</sup> 因為當代法律之經濟分析係發軔於美國，因此本文關於其歷史之敘述將以該分析方法在美國之發展過程為主，關於法與經濟學在歐陸或其他國家、地區的歷史演進過程，則非本文討論之範圍。

<sup>10</sup> Mackaay, *Infra* note 17, at 65.

<sup>11</sup> 簡資修，〈一個自主但開放的法學觀點〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 237（2003）。

<sup>12</sup> Ron Harris, *The Uses of History in Law and Economics*, 4 THEORETICAL INQUIRIES L. 659, 661 (2003)。另有學者認為法律經濟學的發展包含三個世代，每個世代均有其不同的範例（paradigms）可供依循，此三個世代分別為：傳統的芝加哥學派（traditional

Coase<sup>14</sup>在 1960 年發表了一篇影響法律之經濟分析非常深遠的鉅著《社會成本的問題》(The Problem of Social Cost)<sup>15</sup>，他所提出的「寇斯定理」(Coase theorem)也點燃了法律之經濟分析的火花。我們如果將 Coase 比喻為 20 世紀法律之經濟分析的開山鼻祖，應該是非常恰當的<sup>16</sup>。

其實，在 1960 年代之前，經濟學者已經開始以經濟分析為工具，試圖解釋法學上一些爭議性的課題。因此，在介紹 Coase 對法律之經濟分析的影響之前，我們先將歷史的縱深拉回 1960 年代之前，窺探當時法與經濟學的發展圖像。

---

Chicago School) 之法律經濟分析；交易成本分析 (transaction cost analysis) 及新制度經濟學派 (neoinstitutionalism) 之法律及法律機構分析。芝加哥學派認為個體經濟學中關於市場供需的理論架構，應該適合於法律議題的分析；而交易成本分析之核心則為寇斯定理 (Coase theorem)；新制度經濟分析則著眼於政治、官僚結構、司法機構及其他商業、非商業實體之相互影響，其分析工具則為傳統的個體經濟或福利經濟，並伴隨著公共選擇、賽局理論以及制度經濟學之理論。See Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Law and Economics in Cyberspace*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 553, 553-55 (1999)。

<sup>13</sup> RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 25-26 (5th. ed. 1998); Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯，前揭註 5，頁 1-2；劉紹樑，〈從寇斯看經濟分析法學〉，《經濟前瞻》，25 期，頁 143 (1992)。

<sup>14</sup> Ronald H. Coase, 1910 年出生在英國，1991 年獲得諾貝爾經濟學獎。Coase 只有大學的學歷，而且只寫了幾篇論文，且其中沒有一個數學符號（這點應該是多數法律人所歡迎的），但是他對交易成本的詮釋，不僅影響了新古典主義經濟學的發展，更激起了法學研究的巨大火花。關於 Coase 的簡介，請參閱干學平、黃春興合著，《經濟學原理（下）》，頁 414 (1994)。

<sup>15</sup> Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON., 1-44 (1960). 中文譯本請參閱陳坤銘、李華廈譯，〈社會成本的問題〉，《廠商、市場與法律》，頁 113-79 (1995)。

<sup>16</sup> 請參見熊秉元，〈寇斯定理〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，頁 210 (2003)。

### 2.1.1 法律之經濟分析的初期發展

早在 18 世紀古典經濟學發展之初，亦即 Adam Smith 於 1776 年發表了他的鉅著《國富論》（the Wealth of Nations，全名為 An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations）時，部分蘇格蘭經濟學家已經開始以經濟分析的方法探討法學問題。承繼古典經濟學強調市場功能及資產極大化的理論，此時期的經濟學者，雖認為法律應該是一種提昇公共財（public good）的工具，但僅是針對個別議題發表看法，尚缺乏有系統的論述，我們可以視此階段為法律之經濟分析的啟蒙期<sup>17</sup>。

經濟學經過一百多年的發展，多數的研究均著重在經濟的議題上，一直到了 20 世紀初，經濟學者又開始嘗試以經濟分析的方法解決法學問題，當時學者們關心的重點均屬民商法律，尤其是反托拉斯法的研究，Posner 即曾表示過，在 1960 年代之前，法律之經濟分析幾乎是反托拉斯法的同義詞<sup>18</sup>。但是隨著學術觸角的延伸，法律之經濟分析探討的主題也越來越多，其中經濟學者感到興趣的問題是——法學者曾提出不盡人意的答案——「如何決定財產權與其他權利的歸屬？」經濟學者認為財產權的變動，應該反應經濟狀況的改變，並試圖發展出一套解釋的方法，而不是如中古世紀法學者所提出的，權利的取得係屬自然法（natural law）的議題，並非實證法制（positive legal system）關心的重點。漸漸地，「權利是依附在經濟及社會條件」（rights were contingent upon economic and social conditions）這樣的論述，已為經濟學者所接受<sup>19</sup>。

<sup>17</sup> 例如：與 Adam Smith 同時期的學者 David Hume 曾在《A Treatise of Human Nature》一書中，對人與人之間錯綜複雜的互動關係提出看法，而形成了日後的賽局理論（game theory）。See Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS § 200, at 67-69 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000)。

<sup>18</sup> POSNER, *supra* note 13, at 25.

<sup>19</sup> HEALTH PEARSON, ORIGINS OF LAW AND ECONOMICS –THE ECONOMISTS’ NEW SCIENCE OF



站在這樣的理論基礎上推演，經濟學者對於法學問題的理解，尤其是關於權利之產生與權利之移轉的討論，可能與法學者的見解不同。於是經濟學者面臨了一項重要的課題：如何引起法律人參與討論，甚至說服法律人接受經濟分析的觀點。歷史告訴我們，經濟分析在這個階段的發展並未成功地進入法學領域，並且逐漸式微。Pearson 歸咎其原因有二：首先，其他社會科學逐漸專門化（specialization），經濟學家遂將研究的重點投注在與市場有關的議題。再者，對於法律之經濟分析的主張，過度的假設，以及其使用的方法仍有模糊不清之處。致使某些經濟學家偏離了其等原本的主張：「個人主義理性選擇的模式」（individualist rational choice model），而以「國家精神」（national spirit）、「國家之心理、道德生活」（the psychological-moral life of nations）等「集體主義概念」（holist concepts），探索與解釋法學問題。相較於其他經濟學者，上述學者儼然成了異教徒<sup>20</sup>。除了 Pearson 所提出的上述兩個因素之外，1930 年代法律之經濟分析沒落的主要原因是：「經濟學者所提出的分析方法，未能說服法律人。」當時的法學者認為，經濟學者提出的理論，無法全然解釋法律所展現的「人類靈魂的意向與渴望達到的目的」（tendencies and aspirations of the human soul）<sup>21</sup>。我們可以為這段時期的發展下一個註腳：由於法律人的缺席，導致經濟學的分析方法，無法全面進入法學領域。所幸這個現象也隨著時間的推移，正在逐漸改變中。

### 2.1.2 強調交易成本、理性選擇的分析方法

經濟學進入法學研究領域並非竟其功於一役，如前所述，其重要原因之一乃經濟分析的方法，未能引起法律人的興趣。而在同樣的時間裡，經濟學本身也有了理論的變革，對於法律之經濟分析而言，其中最重要的是，美

---

LAW, 1830-1930, at 33-74 (1997).

<sup>20</sup> *Id.* at 131, 153.

<sup>21</sup> *Id.* at 144.

國芝加哥大學經濟學者在 1940 年代，反映了美國當時個人主義（individualism）的意識型態，而接受了有別於以往的經濟分析方法，也就是強調可試驗的預測，以及爲了上述試驗所進行的實證研究（empirical research）<sup>22</sup>。學者稱此階段的法律之經濟分析爲傳統芝加哥學派（traditional Chicago School economic analysis of law）<sup>23</sup>，或舊法學與經濟學（old law and economics）<sup>24</sup>。除分析方法的改變之外，鑒於 1930 年代因爲無法引起法律人參與的興趣，導致法律之經濟分析漸漸沒落，經濟學家認識到法律人參與法律之經濟分析的重要性。而帶動法律人進入法律之經濟分析的研究領域最重要的人物，係以經濟學者之背景，進入芝加哥大學法學院的 Aaron Director。Aaron Director 開始在法律案件的討論中運用經濟分析的方法，並且引起了芝加哥大學學者們的興趣。法律之經濟分析領域，在 1940-1950 年代之間，漸漸地從競爭法拓展到公司法、破產法、勞工法、稅法及侵權行爲法等議題<sup>25</sup>。除了案例的討論及課程的設計之外，創辦學術期刊是提供對話平台的方法之一，經由不斷地辯證，必能深化特定議題的討論。Aaron Director 在 1958 年創辦了法律之經濟分析最重要的期刊《Journal of Law and Economics》，並且擔任創刊號的編輯<sup>26</sup>，這份期刊果真成爲法律之經濟分析最重要的學術園地之一。Coase 的大作《社會成本的問題》，即於 1960 年發表在此期刊的第 3 期。除了上述期刊之外，Posner 於 1972 年在芝加哥大學所創辦的另一本期刊《Journal of Legal Studies》也是學者發表意見的重要論壇，例如 Demsetz 於 1972 年在該期刊創刊號發表了〈責任法則何

<sup>22</sup> Mackaay, *supra* note 17, at 72.

<sup>23</sup> Elkin-Koren et al., *supra* note 12, at 553-54.

<sup>24</sup> Mackaay, *supra* note 17, at 72.

<sup>25</sup> *Id.* at 73.

<sup>26</sup> 關於該期刊之簡介，請參閱其網站資料：The Journal of Law and Economics, <<http://www.journals.uchicago.edu/JLE/brief.html>> (last visited Sept. 1, 2004) (on file with TLR)。

時重要？）（When Does the Rule of Liability Matter？）一文，並且首次提出了「寇斯定理」這個名詞<sup>27</sup>。上述兩本期刊所登載的文章，至今仍是法學者最常引用的來源之一，其重要性可見一斑<sup>28</sup>。

除了 Coase 之外，對於芝加哥新古典主義學派而言，1960 年代另外兩位重要的學者應屬 Guido Calabresi 及 Cary Becker<sup>29</sup>。Calabresi 於 1961 年在《Yale Law Journal》發表〈關於危險分配及侵權行為法的一些想法〉（Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts）一文，文中強調，關於侵權行為責任之論斷，應該考量參與活動者的注意義務及成本觀念的考量<sup>30</sup>。另與 Douglas Melamed 於 1972 年在《Harvard Law Review》發表〈財產法則、補償法則及不可轉讓性：一個巨視的觀點〉（Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral）一文，此篇論文討論如何解決人類社會「權利衝突」的爭執，並嘗試建立保護財產權之架構，對於日後美國侵權行為法、公害防治及刑事政策，均有深遠之影響<sup>31</sup>。此外，Becker 將新古典主義經濟學的市場理論延伸到家事法、犯罪與處罰

<sup>27</sup> Harold Demsetz, *When Dose the Rule of Liability Matter?*, 1 J. LEGAL STUD. 13, 13-28 (1972). 關於該期刊之介紹，請參閱：*The Journal of Legal Studies*, <<http://www.journals.uchicago.edu/JLS/brief.html>> (last visited Sept. 1, 2004) (on file with TLR)。此外，根據 Coase 的說法，「寇斯定理」這個名詞並不是其本人所創造出來的，而必須歸功於 Geroge J. Stigler，請參見 Ronald H. Coase 著，陳坤銘、李華夏譯〈闡釋社會成本問題〉，《廠商、市場與法律》，頁 181（1995）。

<sup>28</sup> Colleen M. Cullen & S. Randall Kalberg, *Chicago-Kent Law Review Faculty Scholarship Survey*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1445, 1453 (1995).（本篇研究調查美國法學期刊，經學者引用之次數，並排定其等第，雖為數年前的資料，仍具參考價值）。

<sup>29</sup> Harris, *supra* note 12, at 662-63.

<sup>30</sup> Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE. L. J. 449, 553 (1961).

<sup>31</sup> See generally Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). 關於財產法則與補償法則之基本概念介紹，請參閱王文宇，〈從經濟分析觀點論保障財產權的方式〉，收錄於氏著《民商法理論與經濟分析》，頁 34-44（2000）。

等非市場行爲<sup>32</sup>，對於法律之經濟分析的發展，助益甚深。值得特別注意的是，這個時期關於法律之經濟分析的論述，主要仍是經濟學者的作品，僅有少數參與討論的學者出自法律背景，例如：Calabresi。如同前述，能否引起法律人對法律之經濟分析的興趣並參與討論，是決定此項分析方法能否繼續延續的重要因素。不同於 1930 年代之前的發展，在 1930 年代之後已經看到法律人的參與，而且有了重要的著作出現，Calabresi 在此關鍵的時刻裡，顯然扮演了重要的角色，因為他告訴法律人，經濟學的分析方法，應該可以為法學研究提供不同的思考方式<sup>33</sup>。經過多數經濟學者與少數法學者的努力，當代法律與經濟分析終於露出發展的曙光。

如同 Posner 所述，新興的法律之經濟分析肇始於 Calabresi 第一篇關於侵權行爲論述，以及 Coase 討論社會成本的文章，而如果沒有 Becker 將經濟分析的方法，運用到非市場行爲，新時代的法律之經濟分析的理論架構，亦無法完整呈現<sup>34</sup>。進一步而言，雖然有了 Calabresi、Coase 及 Becker，如果沒有 Posner 的整合，新法律之經濟分析的理論體系亦難以蓬勃發展。簡言之，經過芝加哥學派的努力，法律之經濟分析方法，係以交易成本、理性選擇等新古典主義經濟學為基本架構，並發展出有系統的理論體系，法律之經濟分析的內涵，就如同以下的陳述：「你給我法學問題，我將告訴你如何以經濟學的『價格理論』解答這些問題<sup>35</sup>。」因此，亦有學者認為強調交易成本之法律與經濟分析，有別於 1930 年代的經濟分析方法，而屬第二代的法與經濟學<sup>36</sup>。應注意的是，為何法律人漸漸地開始對法律之經濟分析產生

<sup>32</sup> See generally Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

<sup>33</sup> Mackaay, *supra* note 17, at 74-75.

<sup>34</sup> POSNER, *supra* note 13, at 25-26.

<sup>35</sup> Richard A. Epstein, *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, 64 U. CHI. L. REV. 1167, 1168 (1997).

<sup>36</sup> Elkin-Koren et al., *supra* note 12, at 565.

興趣？Mackaay 歸納其原因有三：第一，芝加哥大學在 1972 年創辦重要的期刊《Journal of Legal Studies》；第二，Posner 在 1973 年出版法律之經濟分析的教科書；第三，從 1970 年代開始，Henry G. Manne 為法學教授提供了經濟學講習會，也為律師、法官或法律從業人士提供了短期密集的經濟學研討會，學者將 Manne 的成就比喻為「為數以百計的法官，打開法與經濟學的大門」<sup>37</sup>。而 Manne 不僅對法律之經濟分析的推展頗有助益，對美國法學教育的影響更是深遠<sup>38</sup>。

總括而言，有了法律人著作的教科書，對於法律人而言，經濟分析不在那麼艱澀難解；有了專為法律人設計的課程，更能符合法律人實際的需要；而《Journal of Legal Studies》這本期刊，則成功扮演了法律人與經濟人對話的平台。於是法律之經濟分析就此走進美國法學院的大門。時至今日，我們仍在這學術的洪流裡，思考、辯論，繼續參與或見證法律之經濟分析的歷史。例如：歐洲法與經濟學協會（European Association of Law and Economics），於 2002 年 9 月，在希臘雅典舉行第 19 屆年會，共有來自歐洲各國的學者 250 人與會，共提出 60 篇論文，並邀請 Posner 發表演說<sup>39</sup>，足見法律經濟學正在美國以外之其他地區引起廣泛的討論。而在強調與國際接軌的洪流中，我國法律人對於經濟分析之研究取向，無論贊成與否，實應積極參與對話，才能達到深化本土法學研究的目的。

## 2.2 歷史的觀察者

除了理論的辯證與發展之外，法律之經濟分析的歷史，應該可以說是「經濟學者試圖說服法律人接受法律之經濟分析的歷程」。因為，法律人是否共同參與，是法律之經濟分析能否成功的關鍵所在。但是，上述法律之經

---

<sup>37</sup> Henry N. Butler, *The Manne Programs in Economics for Federal Judges*, 50 CASE W. RES. L. REV. 351, 71 (1999).

<sup>38</sup> *Id.* at 335-361.

<sup>39</sup> 關於該次年會進行之概況，請參見，Depoorter et al., *supra* note 5。

濟分析的歷史發展，向來不是法學者，尤其是法律史研究者關心的重點<sup>40</sup>，其中一個重要的原因是，法律之經濟分析的理論基礎，均是由經濟學者所提出，而不是經由法學者提倡的新興研究取向，顯然不易引起傳統法律史學者的興趣<sup>41</sup>。再者，法律史學者認為，法律之經濟分析以經濟學市場理論解釋法學問題的假設前提，不僅不夠實際，而且過度簡化問題，更有立論上的偏見，如此容易導致提出錯誤的解釋。因而在法律之經濟分析蓬勃發展的1960-1980年代，大多數法律史學者，均忽略了應有的歷史觀察<sup>42</sup>。

法律史的研究，原本就不是多數法學者感到興趣的領域，遑論對於法律之經濟分析發展歷史的關心。然而，法律史學者在法律之經濟分析蓬勃發展的年代，卻未積極擔任歷史觀察者的角色，不但因此減少了法律人接觸法律之經濟分析的機會，更使此部分的研究，成為經濟史學者的獨占空間，這樣的現象對於法律之經濟分析的發展，恐非有益。換言之，史學成為一門學科，自有其分析事理之方法，「鑑往知來」即是最好的描述，在討論法與經濟學的互動關係時，從歷史的發展過程觀察，應能提供我們不同角度的思考。如果法律史的學者，可以從法律人的角度記錄法律之經濟分析的歷史事實，並建立屬於法律人的「歷史觀點」，不僅可以幫助法律人認識法學與經濟學的相互影響，亦可節省經濟學家尋找答案時的「成本」，法律史學者的參與，應該是一種「有效率」的做法。

### 2.3 法律之經濟分析的理論基礎<sup>43</sup>

Calabresi、Coase、Becker 及 Posner 等四位重要學者，在討論法學與經

<sup>40</sup> Ron Harris, *The Encounter of Economic History and Legal History*, 21 LAW & HIST. REV. 297, 329-30 (2003).

<sup>41</sup> Harris, *supra* note 12, at 663-64.

<sup>42</sup> Harris, *supra* note 40, at 331-33.

<sup>43</sup> 有關法律之經濟分析之基本概念，請參見林桓，〈淺述法律經濟分析基本觀念〉，《全國律師》，頁 50-54（2001）。

經濟學的議題時，所採取的分析方法，係以個體經濟學的假設模型概念，分析經濟個體的行爲，期能做到預測理想均衡（optimal equilibrium）的目的<sup>44</sup>。上述假設模型係以「理性的選擇」與「自利的行爲」爲最重要的前提，強調效用極大化的目的，換言之，在經濟學裡，對人性的兩點根本假設是：人是理性的，人是自利的，（此即經濟學的兩大假設）<sup>45</sup>。應先說明的是，理性與自利之關聯性，亦即理性與自利在概念上是否應予區分。我國學者簡資修教授認爲：「經濟分析的獨特性，則在於其有一個統一的人性假設，此即自利的個人或稱理性人。……何謂自利的個人？一般經濟學家是以理性（rationality）稱之，而其特徵在於極大化其效益（utility maximization）……」<sup>46</sup>，並未嚴格區分理性與自利在概念上的不同。但是美國學者 Jeffrey L. Harrison 則有不同的看法：「認爲理性與自利並無不同的看法是可以接受的，亦即理性行爲的意義就是謀取自己的利益。但是，將理性視爲前後一致、有系統的想法，可能更具創造的意義。在此觀點下，理性與自利也許沒有功能上的區別，但至少在概念上有所不同。因此，理論上，人們可能以前後一致的做法，單純地追求利他（不一定是利己）的目標。可見，在實際上，理性這個概念涉及了方法論（methodology）的範疇，而自利則是描述上開方法論的目的或本質<sup>47</sup>。」簡言之，Harrison 認爲理性之人行爲一致，但前後一致的行爲未必均爲追求自利，所以在概念上自有必要區分理性與自利。本文亦將分別介紹理性、自利之概念，再論及法律之經濟分析中，最重要的方法之一：「寇斯定理」，期能更精確掌握法與經濟學之意旨。又

<sup>44</sup> Lynne L. Dallas, *Law and Socioeconomics in Legal Education*, 55 RUTGERS L. REV. 855, 860 (2003).

<sup>45</sup> 請參見熊秉元，〈人是自利的〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，頁 140（2003）。

<sup>46</sup> 簡資修，前揭註 11，頁 237。

<sup>47</sup> Jeffrey L. Harrison, *Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics*, 33 UCLA L. REV. 1309, 1314-15 (1986).

經濟分析的重要概念絕非三言兩語所能道盡，但礙於篇幅，對於其他概念及分析方法，例如：效率、均衡、極大化、賽局理論、公共選擇等，均無法在本文中一一介紹。

### 2.3.1 理性的選擇

假設人類在面對選擇的情境下，均會採理性的決策模式，也就是可做出理性的選擇（**rational choice**），係現代個體經濟學的核心理論<sup>48</sup>，這個假設非常簡明，所以其他社會科學，例如政治、歷史、國際關係、社會學等學科，均有學者以此假設為前提，探討該學科之議題，而法學的研究也不例外，亦即，法律之經濟分析，係以人們的行為決策都是「理性的」為假設的前提<sup>49</sup>。因此，一般人大概會認為，這個經濟學的重要原則，不僅有其理論基礎，也應具備一套嚴謹的說理過程。事實上，經濟學者並未就「理性選擇」這個命題提出正式的理由架構，這也是導致法律之經濟分析飽受批評的原因之一<sup>50</sup>。誠如熊秉元教授所言：「對於『人是理性的』這個特性，連經濟學者之間都眾說紛紜，莫衷一是<sup>51</sup>。」因此，我們僅能介紹學者們對於「理性」這個概念的看法，而無法提供一個放諸四海而皆準的定義。

我國學者張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏在其等合著的《經濟學》一書中，有如下的敘述：「經濟學分析的是所謂理性的人（**rational people**）。而所謂的理性，不是說他一定有大道理、講得出道理，或不會做傻事做錯事，而是說他是個有理可循、不顛三倒四的人<sup>52</sup>。」換言之，理性

<sup>48</sup> Posner, *supra* note 5, at 3.

<sup>49</sup> Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1060 (2000).

<sup>50</sup> *Id.* at 1066-69. See also Chapman, *supra* note 6, at 474-75. 關於學者對理性選擇理論的批評，詳見本文 3.1 有限理性與有限自利部分之論述。

<sup>51</sup> 請參見熊秉元，〈暗室裡的攝影師〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，頁 21（2003）。

<sup>52</sup> 請參見張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，《經濟學》，頁 29-30（2002）。



選擇係指一個人的決策，是經過思考且具有一致性的行為。在此定義下，幾乎所有人類行為都是理性的，因為一般人在做成決定之前，都會經過思考，也常常是一致的，例如：酗酒或吸煙者，即使明知可能因此違反法令規定（例如酒醉駕車），而會受到一定的處罰，仍然會決定抽煙或喝酒（此種案例不勝枚舉），因為他們可以從中享受短暫的解脫與快樂。所以，從法規範的觀點而言，此種定義顯然無法區分法律意義的理性與不理性<sup>53</sup>，而難以期待法律人接受。此外，有學者認為理性的選擇應著眼於人們的偏好（*preference*），而人們的喜好是會隨著時空環境或不同選擇條件的出現而改變，因此認為，理性的選擇是指：「消費者的喜好是會改變的，但其會在各種外在條件的限制下，根據自己不同的偏好，試圖極大化（*maximize*）其效用（*utility*）<sup>54</sup>。」

不管是簡單地描述理性的定義，或者強調個體經濟學極大化財富的概念，上述兩種定義均無法提供一定的標準，用以檢視一個人的行為是否符合「理性」的要件<sup>55</sup>。相對於法律人強調抽象概念的分析，著重定義的重要性，經濟學家對於「理性」定義的討論，顯然無法滿足法律人的要求。於是學者又提出了另一個判斷理性選擇的準則。亦即將上述第二種理性的定義，與「自利」（*self-interest*）的概念結合，認為一個人會根據自己的喜好與目的，憑著自己所擁有的資源，根據自己的自由意志，做出最有利於本身利益的決定，此即所謂「理性的選擇」<sup>56</sup>。如同我國學者吳惠林所述：「如果我們都能接受每個人都『趨吉避凶』，且追求最大效益、支付最小成本，那麼

<sup>53</sup> Thomas S. Ulen, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* § 710, 792 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).

<sup>54</sup> *Id.* at 792. 又所謂消費就是人們直接用來滿足慾望的行為，而效用就是衡量這種滿足程度的指標。請參見張清溪等，前揭註 52，頁 137。

<sup>55</sup> Korobkin et al., *supra* note 49, at 1061-62.

<sup>56</sup> 請參見熊秉元，〈經濟分析的深層意義〉，收錄於氏著《熊秉元漫步法律》，頁 158（2003）。

『理性』應可定義為『經過成本效益評估之後採取最有利的行動』<sup>57</sup>。」以前述酒後駕車為例，一個理性自利的人，從極大化其效用的角度思考，自然不會選擇違反法令酒後駕車，這樣的決定才是一種「理性的選擇」。相較於前述兩種定義，此項敘述較為清晰，也可以檢視一個人的判斷是否屬於理性的選擇，是大多數法與經濟學者所接受的看法，1960 年之後關於法律之經濟分析的論述也是基於此一假設的前提<sup>58</sup>。

在「理性」的爭辯中，應該特別注意的是 Posner 對於理性的看法，Posner 認為：「經濟學的基本假設『人是理性的』，似乎與我們日常生活的經驗有所矛盾，但是如果我們瞭解經濟學家所說的理性，是『客觀的』（objective）而不是『主觀的』（subjective），上述的矛盾可能不會那麼尖銳。所以，如果我們說『理性的青蛙』（rational frog），也不至於文理不通（solecism）了<sup>59</sup>。」換言之，在經濟分析的過程中，我們應該認識到，分析的對象是經濟學家所假設的「經濟人」，而非你我日常生活中所認識的「自然人」，無論你是否贊成此一假設前提，認識經濟學的基本假設，才能在經濟分析的推理過程中思考、體會，並進一步提出對話。

### 2.3.2 自利的行為

如同理性的概念一樣，如何定義「自利」的意涵也是眾說紛紜，見解不一。問題的關鍵點可能在於「自利」一詞字面上意義幾乎等同於「自私自利」，而易與一般人的道德觀感相違背，無怪乎經濟學家假設人是自利的，會引起「情感超過理智的應對」<sup>60</sup>。其實經濟學家假設的人皆有自利心，係基於「誘因利導行為」的想法，認為理性之人的自願行為，會因為不同的誘

<sup>57</sup> 吳惠林，〈從農漁會遊行反思人是理性自利的動物嗎？〉，《貿易雜誌》，114 期（2002），available at <<http://www.ieatpe.org.tw/magazine/114c.htm>> (last visited Sept. 1, 2004)。

<sup>58</sup> Korobkin et al., *supra* note 49, at 1085.

<sup>59</sup> POSNER, *supra* note 13, at 17.

<sup>60</sup> 請參見熊秉元，前揭註 45，頁 140。

因 (incentive) 設計而異<sup>61</sup>。也就說，自利人會在不同的條件下，盡力追求滿足自己的喜好，而其喜好未必是全然地「損人利己」。進一步說明，狹義的自利可以包含一個人追求財富、權力、滿足及名望等，與自身有關的私利；而廣義的自利，則是指與道德有關的價值，例如：誠實、正直與慷慨，顯見廣義的自利很少與道德價值相衝突，也與法規追求的目的，較為一致<sup>62</sup>。例如：一個人工作賺錢之後，他可以選擇購買名貴轎車代步，彰顯自己的財富；他也可以選擇捐獻給慈善機構，救助貧困，滿足自己的濟弱扶傾的道德感。所以，在經濟分析的觀點下，「自利」一詞應係道德中立 (morally neutral) 的描述，它只是假設人們根據自己喜好 (不是根據他人的好惡) 而為選擇，其目的只是為了極大化效用而已<sup>63</sup>。換言之，如果將自利的意涵從字義上抽離，而以更寬廣的角度看待，每個人的行為都會含有自利的成分，如上所述，捐款給慈善機關，是透過「利他」的行為造福他人，達到滿足自己心理上愉悅的「利己」。學者以「自利的光譜」比喻一個人的行為，從極端的損人而利己，到極端的損己利人，都會落在這個光譜上<sup>64</sup>。

因為自利一詞容易引起非道德的聯想，儘管經濟學家努力解釋自利指涉的範圍，還是不易說服一般人接受。因此，我國學者干學平教授及黃春興教授提出了以下的見解，值供參考：

「進一步說明，經濟人共設的自利動機並不假設人必須是害人利己的。他可以是一位殺人越貨的人，也可以是一位利人利己的人，更可以是一位捨身救人的人。經濟人共設只表達人的行為動機，並不探討他的效用的最終來源。……我國先秦學者慎子曾經以『自為』表示人的行為動機。從字面

<sup>61</sup> 張清溪等，前揭註 52，頁 30。

<sup>62</sup> Robert Cooter & Melvin A. Eisenberg, *Fairness, Character, and Efficiency in Firms*, 149 U. PA. L. REV. 1717, 1723-24 (2001).

<sup>63</sup> Eric A. Posner, *The Jurisprudence of Greed*, 151 U. PA. L. REV. 1097, 1099 (2003).

<sup>64</sup> 請參見熊秉元，〈價值的光譜〉，收錄於氏著《熊秉元漫步經濟》，頁 39-41 (2003)。

上看來，『自爲』僅表示行動的目的是爲自己。……因此，一般所用『自利』的動機一詞並不恰當。本書將以『自爲』的中性辭彙取代『自利』來描述經濟人的行爲動機<sup>65</sup>。」

如前所述，經濟分析假設人的行爲動機皆出於自利，而經濟學家努力闡述的內容，均著重在「自利」一詞的意涵，並非其字面所表達的損人利己或自私自利，但即使經濟學家努力解釋，仍然無法改變自利一詞所代表的原始意義。因此，上述兩位學者以「自爲」代替「自利」的描述，或許較能表達「自利」在經濟學的論述中所代表的意義。

### 2.3.3 寇斯定理

從法與經濟學的發展歷史可知，Coase 在 1960 年發表了〈社會成本的問題〉一文，開啓了法律之經濟分析的新紀元。應注意的是，Coase 發表該篇論文的動機，並非爲了提出法律之經濟分析的新模型，而是爲了說明福利經濟學（the economics of welfare），尤其是 Pigou 所提出的「外部性」（externality）解決方式，仍有待商榷，進而探討「交易成本」（transaction cost）與財產權（property rights）之間的關聯<sup>66</sup>。由於 Coase 並未定義交易成本之內涵，而是以個案敘述的方式說明何者屬於交易成本，使得學者得以在開放自主的空間裡，繼續演譯與討論交易成本的概念，「寇斯定理」遂逐漸成爲經濟學或法律之經濟分析的重要原理原則<sup>67</sup>。再者，「寇斯定理」的假設前提，係建立在人皆有自利的動機，並會做出理性的選擇的基礎上，也因爲有了理性、自利的假設前提，Coase 才會推論出「交易成本爲零」的理想市場模式<sup>68</sup>。因此，Coase 係試圖解釋如何減少或消除生產及交易過程中

<sup>65</sup> 請參閱干學平、黃春興，《經濟學原理（上）》，頁 231-32（1994）。

<sup>66</sup> Douglas W. Allen, *Transaction Costs*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, § 740, 896-897 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).

<sup>67</sup> *Id.* at 740.

<sup>68</sup> Michael I. Swygert & Katherine Earle Yanes, *A Primer on the Coase Theorem: Making*

資源的耗損，進而能有效率地分配財產權，而為了達到這個目標，自應先闡述「交易成本」的概念。

如上所述，Coase 並未定義交易成本的意涵，經濟學者大多以列舉的方式介紹交易成本的概念，例如：為了進行交易，人們必須尋找交易的對象，並與之進行締約的協商，進而簽訂及履行契約，而為這些行為所付出的物質及精神資本，都是交易成本<sup>69</sup>，亦即因為移轉財產權所產生的成本，均屬交易成本的範疇<sup>70</sup>。由於交易成本的內容係泛指市場經濟中，為了達成交易（財產權移轉）所需支出的成本，站在避免耗損資源的立場，當然必須將交易成本降低或消除，讓交易行為彷彿在沒有摩擦力的世界裡進行，能量完全不會耗損，自然可以極大化參與者之效用。舉例而言，假設某化工廠經過計算得知，如果因為生產產品而排放黑煙，造成鄰近地區的空气污染，並使附近五戶人家晾曬的衣服骯髒不已，其等所受之損害為每戶新台幣 10,000 元，總額為 50,000 元。而解決此一問題的方式有二：於煙囪上加裝價值 15,000 元的排煙過濾器；或者提供給受污染的住戶，每個價值 5,000 元（總價 25,000 元）的烘衣機，避免將衣服晾曬在室外而受污染。由此案例可知，有效率的解決方法應該是加裝排煙過濾器，因為只要以 15,000 元的代價即可解決 50,000 元損害賠償的污染問題<sup>71</sup>。Coase 所提出的問題係：讓居民享有乾淨的空氣或是讓工廠繼續生產並污染空氣，財產權的分配才會是有效率的？以上述的例子而言，如果居民為了找出污染源，進而證明損害賠償之因果關係成立，必須花費相當的勞力、時間、費用。如果工廠拒絕理賠，須以訴訟程序主張權利，無可避免又要支出相當的成本，居民所支出的金錢

---

*Law in a World of Zero Transaction Costs*, 11 DEPAUL BUS. L.J. 1, 9, 24 (1998). (本篇論文對於寇斯定理有深入淺出之介紹，對於該定理如何運用在立法、司法領域，進而創造一個交易成本為零的法律世界，有極為詳細之論述)。

<sup>69</sup> 王文宇，前揭註 31，頁 15。

<sup>70</sup> Allen, *supra* note 66, at 901.

<sup>71</sup> A. MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 13 (3d.ed. 2003).

可能高過 15,000 元，甚至高達 25,000 元或 50,000 元。而這些交易成本的支出，對於財產權的交易而言，都是沒有效率的。寇斯定理之目的，既是為了達到財產權有效率的分配，我們即可將該定理簡述如下：「如果交易成本為零，無論法律對於財產權的內容及範圍如何規定，資源的運用都會是有效率的<sup>72</sup>。」

Coase 對於交易成本的闡述，深深影響了法律人對於「權利」概念的理解，在侵權行為的具體個案中，法律人並不是思考「鄰里是否應該容忍工廠對其實施侵害」，而是討論「工廠應否負損害賠償責任」。以我國民法有關侵權行為之規定而言，前述案例所應適用的法規係民法第 184 條第 1 項前段之規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」化學工廠鄰近之住戶，一旦因為化學工廠之污染行為受有損害，而符合侵權行為之構成要件，即得以民法第 184 條第 1 項前段為「請求權基礎」，向化學工廠請求損害賠償。在侵權行為損害賠償事件審理中，法官所關注的重點是「誰」（訴訟上為原告）得向誰（訴訟上的被告）請求（訴訟標的）損害賠償，亦即，探詢一方當事人向他方當事人為某種請求的法律規範基礎（請求權基礎）<sup>73</sup>。至於「交易成本」的概念，向來不是我國侵權行為法考量的因素，亦非法官審理案件的重點，因為訴訟當事人經常認為：「公平正義是無法以金錢衡量的」<sup>74</sup>。因此，法律人或訴訟當事人能否接受「交易成本為零」的假設前提，仍有疑問。然而，「寇斯定理」至少提供瞭解決紛爭的另一個思考面向。

<sup>72</sup> 王文宇，前揭註 31，頁 15。See also Polinsky, *supra* note 71, at 14; Allen, *supra* note 66, at 897.

<sup>73</sup> 王澤鑑，《民法概要》，頁 13-14（2003）。

<sup>74</sup> 就如同筆者曾經承審過有關給付公寓大廈管理費之案件，被告未給付的管理費只有 5,000 元，但是卻委任了三位律師，其支出的律師費遠遠超過訴訟標的價額，法官在該案審理時，雖知不符合成本效益，但仍須依照原告起訴請求的訴訟標的法律關係，曉諭兩造進行攻擊防禦。當事人在法庭上展現了追求「正義」的決心，而法官對於「交易成本」的控管，實無著力之處。

最後應特別提出來的是，大多數學者均係以新古典經濟學的立場闡述「寇斯定理」，並強調財產權移轉時所產生的成本。但是，在邏輯上，移轉財產權之前，爲了建立與維持財產權，仍然需要支出相當的成本，在分析交易成本概念時，似乎不可忽略此部分成本的重要性<sup>75</sup>。

### 3. 對法律之經濟分析假設前提的反省

如果真如前述經濟學家所言，理性、自利及交易成本等市場理論，可以運用在法學研究的領域，那麼法律應該被理解成是行爲的誘因，妥善規劃的法律制度應當可以讓理性自利的行爲人，願意遵守法律的規定，以達到資源極大化的目的，換言之，經濟分析在理論上可以提供正確的事前觀點（*ex ante perspective*），讓法律的制定或法院的判決更正確，這個理想的目標，相信能爲法律人所能接受。但是，爲何法律人至今仍未全面接受新古典主義經濟學的分析方法？其主要原因之一係經濟分析假設前提的不完美，也就是經濟學者分析的對象是「經濟人」，然而法律是規範「自然人」的行爲，兩者之間對於「人類行爲模式」的理解，存在一定的落差。其中學者們批評最激烈的，應屬經濟學的主要假設前提：人類是絕對理性與自利的。爲了修正這個不實際的假設前提，學者們結合認知心理學、社會學及其他行爲科學，試著提出更符合人類實際行爲的範例（*paradigm*），並稱之爲「法與行爲科學」（*Law and Behavioral Science*）<sup>76</sup>、「法律之行爲分析」（*Behavioral Analysis of Law*）<sup>77</sup>或「法與社會經濟學」（*Law and Socio-Economics*）<sup>78</sup>。

<sup>75</sup> Allen, *supra* note 66, at 898.

<sup>76</sup> Korobkin et al., *supra* note 49, at 1053.

<sup>77</sup> Cass R. Sunstein, *The Future of Law and Economics: Looking Forward*, 64 U. CHI. L. REV. 1175 (1997); Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998); Christine Jolls, *Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules*, 51 VAND. L. REV. 1653 (1998).

接下來我們將介紹學者們如何挑戰經濟學的假設前提，以及提出哪些建議，進而建立真正符合法學研究的經濟分析方法<sup>79</sup>。

應加以說明的是，本文以下論述的內容，係以修正芝加哥學派之見解為主，而非反對以經濟學的分析方法，探討法學議題，嚴格言之，是對法與經濟學發展四十年之後的反省，而不是全然否定此項方法的批評<sup>80</sup>。

### 3.1 有限理性與有限自利

新古典主義經濟學者，係以經濟學的假設前提與分析方法討論法學問題，並沒有因為論述的對象不同，而修正相關的理論基礎。所以理性、自利，甚至原本用來解釋生產過程「外部性」如何處理的寇斯定理，均全盤移植到法學的領域。這種以經濟為方法，將法律視為研究客體的互動模式，不免引起諸多反省。以理性選擇為例，經濟學家假設人類會基於極大化效用的目的，做出理性的決定，如果法律的規定或法官的判決，可以作為人們有效率行為的誘因，所有行為都會是合法的<sup>81</sup>。但是，經濟學家毫無例外地認為

<sup>78</sup> Robert Ashford, *Socio-Economics: What Is Its Place in Law Teaching?* 1997 WIS. L. REV. 611; Jeffrey L. Harrison, *Law and Socio-Economics*, 49 J. LEGAL EDUC. 224 (1999); Jeffrey L. Harrison, *Teaching Contracts from a Socioeconomic Perspective*, 44 ST. LOUIS U.L.J. 1233 (2000); Dallas, *supra* note 44.

<sup>79</sup> 如何以實驗之方法探討經濟學之假設前提，並提供實例供法學研究之用，請參見 Rachel Croson, *Why and How to Experiment: Methodologies From Experimental Economics*, 2002 U. ILL. L. REV. 921 (2002)。

<sup>80</sup> 因為經濟學學派甚多，各學派均有其獨特的分析方法，如何在許多不同的觀點中分類別類本屬不易。所以，學者將法律之經濟分析的派別分為兩大類，一類即是芝加哥學派，另一類為反對芝加哥學派者。本文以下介紹之內容即屬反對芝加哥學派的見解。See Mackaay, *supra* note 17, at 81. 此外，真正對法律之經濟分析提出嚴厲批評的學者，均係 Critical Legal Studies 的學者，雙方論戰二十餘年，至今未歇。關於該學派對法與經濟學的批評，請參見 Wayne Eastaman, *Critical Legal Studies*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS § 660 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000)。

<sup>81</sup> Korobkin et al., *supra* note 49, at 1066-67.



「所有行為都是理性的選擇」，顯然無法說明所有的法律現象。Herbert Simon 於是提出了有限理性（bounded rationality）的概念，以顯而易見的事實，說明人類認知能力並非永恆不變的，並希望藉以修正理性選擇的不完美之處<sup>82</sup>。Simon 認為：在人類行為決定過程中，因為資訊的多樣性及許多不確定的因素，以致於人類的理解能力受到限制，申言之，人們在選擇的過程中，時常會將所有可能的選項，依不同的特性排定後再做選擇，我們稱之為「編纂式的決定」（lexicographic decision making）。但人們有時會忽略部分的因素，以較為簡單的方式做出選擇，而這些選擇模式，往往不是經濟學家所說的極大化效用的理性決定<sup>83</sup>。舉例而言，在美國損害賠償之訴訟事件中，陪審團必須認定被告在主觀上是否係故意或過失不法侵害原告權利，法律雖然明定了故意或過失標準的認定，但仍然必須在具體個案中由陪審團認定，實證觀察發現，陪審員在決定的過程中深受「事後偏見」（hindsight bias）的影響，結果造成陪審員傾向於認定被告過失責任成立。但以經濟學「成本—效益」的觀點加以分析，陪審員如果做出理性的決定，被告並無過失可言，亦毋庸負擔損害賠償責任<sup>84</sup>。而所謂的「事後偏見」是指，陪審員在參與審理的過程中，目睹了原告因被告行為所造成的痛苦（如車禍被害人肢體殘缺，坐著輪椅出庭），而忽略事件發生當時的真實狀況（如原告及被告均違反交通規則）。導致在決定的過程中受到影響，而無法做出「理性的選擇」。此外，以犯罪預防為例，經濟學家認為，如果犯罪的成本，超過犯罪可能獲取的利益，即可達到犯罪預防的目的。而所謂犯罪成本，包括了被逮捕的機率及可能受到的處罰。因此，經濟學家預測：「刑罰增加時，犯罪

<sup>82</sup> 「有限理性」的概念是由 Herbert Simon 於 1955 年首次提出。See Jolls et al., *supra* note 77, at 1477。

<sup>83</sup> Russell Korobkin, *The Efficiency of Managed Care "Patient Protection" Laws: Incomplete Contracts, Bounded Rationality, and Market Failure*, 85 CORNELL L. REV. 1, 48-49 (1999).

<sup>84</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1523-25.

率會減少；警方若增加破案率，犯罪率會減少<sup>85</sup>。」但是，實證研究的結果與經濟學基於理性選擇的假設，卻不盡相同。美國學者 William Spelman 曾經調查受刑人對於刑期的看法，結果發現，受刑人認為五年有期徒刑的刑期，比一年有期徒刑的刑期嚴厲二倍，但是如果遭到判處十年有期徒刑，對受刑人而言，其嚴厲程度與五年有期徒刑的差別並無顯著不同<sup>86</sup>。換言之，並非如經濟學家所預測的「刑罰增加時，犯罪率就會減少」，社會新聞屢見槍擊要犯不斷犯罪，這些犯罪者當然知道「犯罪愈多，刑罰愈重」的道理，但是他們並沒有因此停止犯罪。由此可知，經濟學家所提出之「理性選擇」的假設前提，與實證研究的結果仍有出入，無怪乎行為經濟學者一再強調，修正經濟學對於理性選擇的意涵，再經過實證研究，建立適合於法學研究的理性分析模型<sup>87</sup>，應是法律之經濟分析努力的方向。

此外，芝加哥學派對於人皆有「自利心」的假設前提，亦有值得檢討之處。行為經濟學者以實驗證明：在市場交易及協商的過程中，人們除了極大化其效益之外，更在意的是有否受到公平的對待，如果自己得到他人公平的對待，行為人也會公平地對待他人<sup>88</sup>。學者針對麻省理工學院 MBA 學生、加州大學 MBA 學生以及加州大學法學院學生，進行了名為「最後通牒遊戲」（Ultimatum Game）<sup>89</sup>的測試，實驗者將受試學生分為兩組，其中一

<sup>85</sup> 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋，《經濟學 2000（上）》，頁 192-93（2003）。

<sup>86</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1540-41.

<sup>87</sup> Korobkin et al., *supra* note 49, at 1075.

<sup>88</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1479.

<sup>89</sup> 「最後通牒遊戲，屬於實驗經濟學的研究範疇，是近來快速發展的新領域。長久以來，理論經濟學家都假設有一種理性的『經濟人』（home economicus），完全站在自私的角度，不斷追求有利於己的最大報酬。但是從最後通牒遊戲和類似的實驗中，我們發現在真實生活中，人類其實是經濟人和『情感人』（home emoticus）的混合體，受冰冷的邏輯和私心宰制之餘，也同樣深受情感左右」，請參見 Karl Sigmund、Ernst Fehr 與 Martin A. Nowak 著，齊若蘭譯，〈「公平」是演化的美麗境界嗎？〉，at <<http://www.sciam.com.tw/read/readshow.asp?FDocNo=34&DocNo>

人爲提議者（proposer），另一人爲反應者（responder），提議者每人均有 5 美元，負責決定要如何分配這 5 美元。遊戲的規則如下：提議者可以自由決定要如何分配財物，反應者有兩種選擇，如果接受提議，兩人均能擁有部分金錢，如果拒絕接受提議，兩人均不得分配任何金錢。參與實驗者會先後扮演提議者及反應者的角色，且均不知道對方的真實身分，因此不會有「名譽」、「報復」等社會現象，純粹反應了受試者對於金錢分配的想法。基於「人皆有自利心」的假設，又沒有名譽、報復等非金錢因素，經濟學家對於這個實驗的結果預測相當簡單：提議者會留下大部分的金錢，只給予反應者小部分的錢；而反應者不論多少錢都會接受，因爲兩者都會因此極大化自己的效用。但是，實驗的結果大出經濟學家的預測：提議者至少要提供總額 20-30%之間的金錢，反應者才會接受提議者給予的金錢。而且，提議者擔心如果給予反應者的金錢太少，等到自己擔任反應者時會受到報復，所以大多數的提議者會將 40-50%的金額給予反應者<sup>90</sup>。這個實驗結果告訴我們，人們在實際的磋商過程中所展現的行爲，並非如經濟學家所預測的，人皆有絕對的自利心。更精確地說，人們所表現的只是「有限的自利」（bounded self-interest），因爲除了自利之外，參與磋商者更關心結果是否「公平」，換言之，當「公平」遇上「自利」，人們會選擇站在哪一邊，恐怕不是經濟學假設的「自利」前提可以預測<sup>91</sup>。

---

=56#) (last visited Sept. 2, 2004) (on file with TLR)。

<sup>90</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1489-93. 實驗結果：麻省理工學院 MBA 學生要求的平均金額為 3.21 美元；加州大學 MBA 學生則要求 3.73 美元；加州大學法學院學生則要求 3.35 美元。

<sup>91</sup> *Id.* at 1493. 有關人們對於「公平」的看法，美國學者 Matthew Rabin 有極為精闢的分析，簡言之，Robin 認為人們願意犧牲自己的物質利益去幫助那些他們認為值得幫助的人，相反地，人們也會犧牲自己的利益，去處罰他們認為不公平的人。而人類行爲動機的多樣性，不是單以人是自利的假設前提可以解釋。See Mathew Rabin, *Incorporation Fairness Into Game Theory and Economics*, 83 AM. ECON. REV. 1281 (1993)。

### 3.2 交易成本的真相

如前所述，芝加哥學派最重要的分析工具之一「寇斯定理」，係為解決廠商生產過程所造成的「外部性」，希望將外部性內化為當事人之交易成本，達到資源的有效運用，藉以極大化效用。而「寇斯定理」係以自由市場經濟為分析對象，認為經濟個體自行協商（非如福利經濟學者所主張，由政府以課稅的方式介入），才能達到有效率的均衡狀態，但寇斯定理的推論基礎亦受到學者挑戰。

首先，決定生產交易過程中的外部性為何，必須考量社會結構及政府決策，不是參與交易者個人的決定而已。再者，新古典主義經濟學者信任市場自律的功能，以及強調市場效率，可能更容易導致外部性的產生<sup>92</sup>。以近來美國發生的 Enron、WorldCom 等違規事件為例，更可以證明「寇斯定理」所追求的完美市場（完全競爭市場、財富極大化、參與者皆有完整資訊及沒有任何外部性存在）是不可能存在的。因此，社會經濟學者認為，暫且將市場模型的固有意識型態放下，重新思考在自由市場的具體決定中，何人受益？何人受損？而法律及政府政策應該如何制定與調整，才能達到效用極大化的目的，應是法律之經濟分析所要探討的議題<sup>93</sup>。

如同 Sunstein 教授所言：如果寇斯定理是正確的，那麼雇主與員工之間關於違約條款的約定，均無關緊要。因為他們之間的交易成本相當低，可以經由協商獲致結論。那麼勞雇雙方有關上下班的時間、放假日數、健康保險、勞工安全、年齡歧視等勞動條件如何約定，對於勞工權益均無影響了<sup>94</sup>。所以，行為經濟學者認為，無人質疑在 Coase 所述的條件下（交易成本為零）無論財產權如何分配，都會是有效率的。但是，寇斯定理忽略原始

<sup>92</sup> Dallas, *supra* note 44, at 882.

<sup>93</sup> *Id.* at 884.

<sup>94</sup> Cass R. Sunstein, *Symposium: Research Conference on Behavioral Law and Economics in the Workplace, Switching the Default Rule*, 77 N.Y.U.L. REV. 106, 111-12 (2002).

取得財產權之人，對於交易過程所產生之「稟賦效應」(endowment effect)<sup>95</sup>，則有商榷之餘地。亦即，無數的實證研究發現，願意要約購買(他人擁有的物品)與願意承諾出售(自己擁有的物品)之間，存在著一定差距，其中原始取得財產權者，是否會出售自己的物品，受到許多因素的影響，例如：物品的種類、個人主觀的感情，此種原始取得者之「稟賦效應」，是交易過程中應該考量的因素，以前述勞資協商為例，如果法律讓勞工原始取得一定的權利(最低工資、法定保險、休假等勞動條件)，那麼在勞資協商過程中，勞工可以運用原始取得者之「稟賦效應」與資方談判，可能較符合社會正義，而不是忽略原始取得者的權利，只考量交易當時的成本。但是，寇斯定理卻忽略了這個部分的討論，其推論結果，似乎無法用來探討真實的法律問題<sup>96</sup>。由此可知，行為經濟學者認為，寇斯定理假設前提不合實際，能否作為法律之經濟分析的模型，仍有待商榷。

綜合上述行為經濟學者對「理性」、「自利」及「寇斯定理」的反省，我們可以發現，學者們並非反對以經濟分析的模型解讀法學問題，而是認為要有更多的實證研究，證明假設前提的合理性<sup>97</sup>。換言之，個人的認知、環境的因素，都會影響人們的決定，對於這些因素的瞭解，必須運用心理學、社會學或其他社會科學的研究方法，才能真正描述及建構人類的行為模式，這也是行為經濟學或社會經濟學努力的方向，並希望藉此改進法律之經濟分析不切實際的假設前提<sup>98</sup>。但無可否認，法學在這場爭辯中，仍然是

<sup>95</sup> 「所謂稟賦效應係指得失之間的差等，因而導出付款意願與接受意願之間的重要差別，而依照標準的經濟學原理兩者應該相等。在一個研究獵鴨的環境評價中，付款意願以拯救鴨子生存溼地，平均為每獵者 47 美元，但卻需要 1,000 餘美元以接受相同資源的損失，相差 22 倍之多」。請參見 Bruno S. Frey 著，漢寶德譯，〈文化資產的評價〉，〈<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/EC/091/EC-R-091-025.htm>〉(Sept. 3, 2002) (on file with TLR)。

<sup>96</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1483-85; Sunstein, *supra* note 94, at 112-13.

<sup>97</sup> Jolls et al., *supra* note 77, at 1494, 1545-47; *see also* Harisson, *supra* note 47, at 1362-63.

<sup>98</sup> Dallas, *supra* note 44, at 862; *see also* Korobkin et al., *supra* note 49, at 1074-75.

經濟分析的「客體」而已，如何建立兩者之間的溝通平台，仍有待法學者與經濟學者共同努力。

### 3.3 Posner 的回應

面對來自各方對於芝加哥學派的反省聲浪，我們不得不佩服 Posner 堅持理想，力戰群雄的勇氣<sup>99</sup>。以 90 年代 Sunstein 與 Posner 之間的論戰為例，Sunstein 於 1997 年在《芝加哥大學法學評論》（University of Chicago Law Review）發表了〈The Future of Law and Economics: Looking Forward〉一文，Sunstein 在該篇論文的第一句話即提到「法律之經濟分析的未來，應著重在對人類『決定』及『選擇』模式的更加瞭解」。Sunstein 以許多實證資料及認知心理學的理论為依據，說明芝加哥學派關於理性、自利的假設前提，均不符實際，無法依此正確描述或預測人類的行為。因此，Sunstein 建議應該從行為研究角度修正法律之經濟分析的假設前提<sup>100</sup>。延續上述論文的主軸，Sunstein 與 Jolls 及 Thaler 於 1998 年在《史丹佛法學評論》（Stanford Law Review）共同發表了〈A Behavioral Approach to Law and Economics〉一文，更加詳細地說明人類的「有限理性」與「有限自利」，並且強調並非反對以經濟學之分析方法探討法學議題，而是希望達到「拋磚引玉」的效果，讓更多的學者願意從理論或實證面向，建立較為真實的分析模型<sup>101</sup>。為了讓議題的討論更加深入，《Stanford Law Review》的編輯群亦邀請 Posner 針對上開文章提出意見，Posner 即撰寫了〈Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law〉一文，登載在同一期的期刊<sup>102</sup>。Posner

<sup>99</sup> 自 70 年代開始，芝加哥學派已受到各方的批評，特別是主張管制措施的制度經濟學者。除此之外，法理學者 Dworking 及 Fried，CLS 學者 Horwitz 及 Kennedy，對於法律之經濟分析更是多所針砭。See Mackaay, *supra* note 17, at 77。

<sup>100</sup> Sunstein, *supra* note 77.

<sup>101</sup> Jolls et al., *supra* note 77.

<sup>102</sup> Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L.

在文中提及，《史丹佛法學評論》的編輯群，請他就 Jolls 等人的文章發表評論，是因為他主張理性選擇的鮮明立場，接下來他就理性選擇再做一次詮釋，Posner 說：「所謂理性，係指選擇者針對其欲達成之目標，選擇最好的方法。」例如：為了取暖，一個理性之人，會在成本、舒適及其他效用、非效用的條件下，比較各種可以保持溫暖的方法，而後他會在上述方法中，選擇邊際效益超過邊際成本最大者，以達到取暖的目的。再者，理性選擇不須是有意識的選擇，如果我們將理性定義為：以最小的成本，達到個人的目的（例如：老鼠為了生存、繁殖），那麼老鼠也是和人類一樣理性的<sup>103</sup>。

除了再次闡述理性的定義之外，Posner 也對 Sunstein 等人的論點一一提出批評，他認為 Sunstein 等人提出的「有限理性」、「有限自利」的論點及所舉之實例，均有檢討之必要。以前述損害賠償案件為例，陪審員可能因為資訊獲取的來源，而使認知轉變，導致無法做出理性的選擇，因此，Sunstein 等人認為人的理性是有限的。但 Posner 認為一個人如果耗盡所有的時間去蒐集相關資訊，再做出選擇，那才是真的不理性。他以吃龍蝦為例：一個人如果沒有看到龍蝦活蹦亂跳的樣子，可以在餐桌上大快朵頤，但是如果他要從水族箱中把龍蝦捉上來，可能就會胃口盡失了。Sunstein 等人可能認為，因為資訊不足，一個人的心裡已經被「便利法則」（availability heuristic）<sup>104</sup>所蒙蔽了。Posner 對這種狀況則解釋為：此人對上述兩種不同

---

REV. 1551 (1998).

<sup>103</sup> *Id.* at 1551.

<sup>104</sup> 「便利法則是一種心理的經驗法則。當人們做決定時，某些相關的事例，較容易進入記憶當中，是一種快速且有效率的原則。但當我們記憶中有效資料之代表性不足時，便利法則就會產生錯誤。（例如：兇殺案的報導日漸增多，所以，自殺的比率低於兇殺？）便利法則不只影響小結果的推理，也明顯影響人們的行為。（例如：為了達到以子宮頸抹片檢查，篩檢出子宮頸癌的婦女，可以由電視演員代言宣導6分鐘護一生，免費子宮頸抹片檢查）。亦即，當人們面對某些事件的發生或發生的可能性時，常常會以他認知上出現或最容易記得的東西，自然而然就被憑藉為做判斷的依據」。請參見柯華葳，〈社會認知〉，<<http://www.socialwork.com.hk/>

的方式，可以有不同的偏好，他可以選擇只看到煮好的龍蝦，也可以選擇看到活蹦亂跳及煮好之後的龍蝦<sup>105</sup>。此外對於「公平」與「自利」的關係、「最後通牒遊戲」、「稟賦效應」等心理學及社會學的實證研究結果，Posner 也一一加以回應<sup>106</sup>。而 Posner 提到 Sunstein 等人並未提出「行為經濟學」代表的意義，而只是以負面的方式暗示其定義：所謂行為經濟學是指，「以經濟學『減去』人們會理性地極大化其效用的假設前提」。所以，從 Sunstein 等人的立場而論，行為經濟學與標準經濟學的關係，這就好像「非歐幾里德原理（幾何學）」（non-Euclidean）與「歐幾里德原理幾何學」（Euclidean geometry）。Posner 因此認為，行為經濟學是一種反理論的論述<sup>107</sup>。由此可見，Posner 認為沒有「理性選擇」、「自利動機」的假設前提，那就不是經濟學了。這樣堅定的立場是否真有助於法律之經濟分析的發展，仍有待觀察。

應注意的是，除了 Posner 的回應之外，亦有學者認為，雖然芝加哥學派關於理性、自利的假設前提有檢討的必要，但是行為經濟學者全盤接受心理學者及社會學者的實證研究結果，再以這些資料運用於法學議題的討論，亦有商榷之必要，因為行為經濟學者引用的資料，可能也有謬誤之處<sup>108</sup>。所以，法學者需要的是建立屬於法學領域的行為模式，而此部分仍有待法學者自己進行實證研究，如果全盤接受其他社會科學的研究結論，可能又會陷入另一場爭辯中。

由上述說明，我們可以發現，行為經濟學者嘗試引進心理學及社會學

---

psychtheory/theory\_psy/generalpsy/chap14c.htm> (last visited Sept. 2, 2004) (on file with TLR)。

<sup>105</sup> Posner, *supra* note 102, at 1153-54.

<sup>106</sup> *Id.* at 1561-67.

<sup>107</sup> *Id.* at 1552.

<sup>108</sup> Gregory Mitchell, *Taking Behavioral too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 1907 (2002).



對於人類行為觀察的看法，例如前述之「最後通牒遊戲」、「稟賦效應」、「便利法則」，希望藉此修正芝加哥學派有關理性、自利的假設前提，使經濟分析的模型更接近人類行為的真實情形。但是，從 Posner 回應內容可以得知，芝加哥學派對於新古典主義經濟學假設前提堅持的立場，加上其他學者又嘗試修正經濟學的假設前提，此足以說明這一場法與經濟學的辯證正在上演，將來的發展如何？值得我們繼續關心與期待。

#### 4. 值得期待的未來——代結論

從上述法與經濟學之發展歷史，以及法律之經濟分析基本理論介紹與反省的論戰，我們可以得到兩點結論，並用於觀察法律經濟學在我國之發展。

首先，嘗試以經濟學之分析方法探討法學問題，有賴於法學者與經濟學者的共同參與，如果法律人無法接受或不願意接受經濟分析的方法，任憑經濟學者努力耕耘，這塊學術園地仍難以豐收。我們從美國在 1930 年代之前，法律之經濟分析無法成功地進入法學院大門的例子，即可知悉法律人參與的重要性。而根據學者干學平的調查，我國目前從事法律之經濟分析的學者，仍以經濟學者居多<sup>109</sup>。也就是先由經濟學者提出對話，以經濟學的觀點討論法學問題，希望法學者也能試著思考「有效率的司法」<sup>110</sup>。經過數年的耕耘，我們看到愈來愈多的法學者以經濟分析的方法，探討法學議題，並在研討會或法學期刊發表學術論文<sup>111</sup>。而部分美國知名法律經濟分析的

<sup>109</sup> Steven S. Kan, *Law and Economics in Taiwan*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* § 375 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).

<sup>110</sup> 請參見熊秉元，〈十問——向法律學者請益〉，《經社法制論叢》，29 期，頁 181-216 (2002)。

<sup>111</sup> 除了前述熊秉元、簡資修、王文宇、干學平等學者外，其他學者亦曾撰文以經濟分析之方法探討法學議題。請參見朱敬一，〈法律經濟的起源、發展與願景〉，《經濟前瞻》，67 期，頁 92-96 (2000)；黃春興，〈不參與的權利和提案權〉，第二

著作，亦有中文譯本在國內發行，實有助於觀念的推廣<sup>112</sup>。且已有法律研究所研究生以經濟分析為方法，撰寫學位論文<sup>113</sup>。值得一提的是，不管是經濟學者或法律學者，已經開始將發表之論文編纂成冊，方便讀者閱讀<sup>114</sup>。此外，中央研究院中山人文社會科學研究所，開始舉辦法與經濟學之學術研討會，提供法學者與經濟學者對話的平台<sup>115</sup>。顯見法律之經濟分析在我國之發展，有日趨蓬勃之勢，應可為法學之研究注入新的動力。

其次，是最為困難與艱澀的理論之爭。如前所述，目前法與經濟學之

---

屆法與經濟分析學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦（2002年11月15日）：葉俊榮，後揭註131；謝哲勝，〈法律經濟學基礎理論之研究〉，《中正大學法學集刊》，4期，頁37-60（2001）；蘇永欽，〈交易分階段規範的經濟分析——從一般締約過失責任的建立談起〉，第二屆法與經濟分析學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所（2002年11月15日）；陳志銘，〈巨人的肩膀或自己的腳尖？——從「競爭平台模型」理論看著作權「合理使用」原則〉，收錄於劉尚志主編，《2003年全國科技法律研討會論文集》，頁295-328；謝煜偉，〈肇事逃逸罪之經濟分析〉，《刑事法雜誌》，46卷，6期，頁36-74（2002）；胡天賜，〈買賣不破租賃制度之法律經濟分析〉，《台大法學論叢》，33卷，1期，頁131-81（2003）。上開學者之其他著作及其他學者之論述，礙於篇幅，無法在此一一介紹。

<sup>112</sup> David D. Friedman 著，徐源豐譯，前揭註7；Cooter & Ulen 著，溫麗琪編譯，前揭註5。

<sup>113</sup> 例如：吳國禎，《經濟分析與刑法法益——以多層次傳銷為例》，成功大學法律研究所碩士論文（2000）；楊國昌，《從經濟分析方法探討法之實效性》，文化大學法律學研究所碩士論文（1999）。

<sup>114</sup> 例如：前述熊秉元教授之論文集《熊秉元漫步法律》（2002）、《天秤的機械原理》（2002）、《約法哪三章》（2002）；簡資修教授之論文集《經濟推理與法律》（2004）；王文字教授之論文集《民商法理論與經濟分析》（2000）。

<sup>115</sup> 中央研究院中山人文社會科學研究所於2000年5月19、20日舉辦了第一屆「法與經濟分析學術研討會」，聚集了政治、經濟、法律三方面的學者，共提出了13篇論文，相關論文題目及資料，請造訪下列網站〈<http://www.issp.sinica.edu.tw/chinese/law1.htm#18>〉（造訪日期2004年9月9日）。另於2002年11月15日舉辦第二屆研討會，共提出七篇論文。本次研討會資料並未公布在上開網站，但有書面資料可查。

內涵仍以新古典主義經濟學之分析方法解構法學議題，而該學派係以「人類具有自利心，會站在極大化效用的前提下，做出理性的選擇」為假設之前提，此種假設顯然無法說服許多法律人，甚至某些經濟學者亦提出質疑<sup>116</sup>。於是才有學者認為應該從實證研究的觀點，建立屬於法學範疇的人類行為模式。問題的癥結點應該是：經濟分析進入法學領域後，是否要如 Posner 一樣，堅持原本完整的理論基礎？還是要贊同 Sunstein 等人的呼籲，根據法學的屬性，修正經濟學部分的假設前提？此項爭辯仍會持續，應值觀察。我國學者對於法律經濟學之論述，仍以接受經濟學之假設前提，再以經濟學之分析方法，探討國內之法學問題為主<sup>117</sup>，對於經濟分析的理論之爭，則少有介紹及討論。這或許是因為法律之經濟分析在我國仍屬方興未艾的研究取向，其學術深度仍有待繼續耕耘與開發。

由歷史的觀察及理論之爭辯可以得知，如何使法與經濟學之跨學科研究得以真正成為法學研究之新取向，是許多法學界與經濟學界學者努力的目標，但是在發展的過程中，學者們著重於基礎理論之爭，而忽略了學科本質的探討，自難找到兩者交集之處。換言之，整合跨學科領域之研究取向本屬不易，而在進行理念辯證之前，應先掌握該學科追求之目標，再由基本目標出發，如此才能減少學科整合的摩擦，也不至於形成沒有交集的對話。在法與經濟學的互動過程中，雖然看到了經濟分析可以為法學問題提供簡潔的答案，但是，我們仍應沉澱到法學研究最基礎的理想，思考法學追求的目的與經濟學努力的方向，找到兩者可相互支持之處，才是「有效率」的出發點。

「法律」之定義雖難求其一致，但法律之本體係指「衡平」、「正

<sup>116</sup> 例如 2002 年諾貝爾經濟學獎的得主 Daniel Kahneman 與 Vernon L. Smith，即係因為其二人以實驗經濟學對經濟學的基本假設「理性」、「自利」提出挑戰而獲獎。請參見吳惠林，前揭註 57。

<sup>117</sup> 此由前揭註 111 學者所發表之文章、註 112 翻譯之書籍，以及註 113 研究生發表之學位論文即可得知，法律之經濟分析在我國的發展，尚未達到反省之階段，而是以介紹為主。

義」、「公正」，誠如已故大法官洪遜欣所言：「法存在論之研究，須返本溯源，依客觀形上學之方法，個別研究人類與社會兩者之存在論，憑而個別認識其本質的存在與綜合的全體存在原理，且以之為依據，觀察：法律作為社會統治之特殊手段，『能用於協助人類，依藉社會生活，並以自己責任，實現人人皆有其實現可能性之整個人格的自己存在』之綜合的全體存在原理，始能竟其功<sup>118</sup>。」所以，大多數法律制定的目的，是為了導正人們的行為，對於有益於社會的行為加以鼓勵，對於有害於社會的行為，則給予一定的不利益<sup>119</sup>。重點在於，「司法資源有限」，「社會紛爭無窮」，如何才能極大化司法效用，達到資源的有效利用，亦即本文標題所稱之「有效率的正義」，是所有法律人，尤其是從事實務運作之法官、檢察官及律師，應深刻思考之課題。但是，傳統法學的研究，較著重在規範目的的體現，探討法律如何扮演公平正義的守護者，鮮少論及經濟學所強調的效率或均衡狀態，法官們在進行個案審理時，追求的也是「認事用法」的正確性，至於耗費多少成本，產生多少效益，可能只是其次的考量。以刑事案件為例，即使採行「改良式」當事人進行主義，法官為了釐清事實真相，在檢察官及被告律師未聲請傳喚證人的情形下，有些法官仍會以「於公平正義之維護或對被告之利益有重大事項」為由，依據刑事訴訟法第 163 條第 2 項之規定依職權調查證據<sup>120</sup>。因此，在法學追求公平、正義的同時，經濟學強調「效率」的概念，正可彌補法學研究的不足。

<sup>118</sup> 洪遜欣，前揭註 2，頁 85-86。

<sup>119</sup> Jeremy A. Blumenthal, *Law and Social Science in the Twenty-First Century*, 12 S. CAL. INTERDISC. L.J. 1, 52 (2002); Chris Guthrie, *Prospect Theory, Risk Preference, And the Law*, 97 NW. U. L. REV. 1115 (2003).

<sup>120</sup> 筆者隨機訪問了 10 位台灣台中地方法院刑事庭法官（目前刑庭法官總人數為 62 人），以瞭解法官在具體個案中，會不會不考慮司法成本，或只求「盡調查之能事」。結果 10 位法官均表示，在刑事訴訟改採交互詰問制度後，仍會依職權傳喚證人。因為在事實不明的情形下，以法官慣用的說法，這個案件會「判不下去」。顯見，成本、效益的概念與公平正義的實現，究竟立於何種關係，仍有研究探討的空間。

再者，人類社會存在了一個永遠的問題：「資源有限，慾望無窮」，面對有限的資源，人們必須有所取捨，而經濟學就是「研究人們面對有限資源，如何取捨選擇，以滿足慾望的社會科學<sup>121</sup>」。所以，從取捨的角度而言，經濟學就是一門告訴我們如何「選擇」的科學。因為影響一個人做成選擇決定的因素相當多，經濟學家假設人們會理性地評估各種條件，做出效用極大化的自利決定，而法律的規定在此應占有相當重要的地位。以經濟學之父 Adam Smith 的曠世巨作《國富論》中所舉之「學徒法」(Statute of Apprenticeship) 與「救貧法」(Poor Laws) 為例。Adam Smith 認為分工是勞動生產改善的重大原因，而促成分工的原因，並非訴諸他們的人道主義，而是他們的利己心 (not to their humanity but to their self-love)<sup>122</sup>。但是，在 18 世紀的英國，國家法令對於勞工又有許多限制，其中的「學徒法」與「救貧法」，均對勞工相當不利。根據「學徒法」的規定，任何人如果要在英國從事工商技藝等行業，都必須至少先做 7 年的學徒。在此 7 年之中，廠主或店主僅供應最低的生活必需品。於是，他們便可藉此一法律剝削勞工，他們從勞工身上所得甚多，付出的代價卻極少。對於學徒而言，猶如訂了 7 年的賣身契。Adam Smith 對這種制度痛加批評，他認為 7 年的學徒期間太長，並無必要，而且有很多行業，只要幾個星期就可以學會的，並沒有必要浪費太多時間擔任學徒。他並以法國並無統一的學徒年限，以及蘇格蘭沒有學徒期間的規定為例，說明以學徒契約限制學徒選擇職業的自由，並且不准他由低工資之處轉往高工資之處就業，都是不合理的。所以，他主張這種制度儘可廢除<sup>123</sup>。

在英格蘭另一個阻礙勞工流通的不合理的法令，即所謂的「救貧法」。該法之立法原意是爲了公正分配貧民救濟物資，法律上要求每一個教

<sup>121</sup> 張清溪等，前揭註 52，頁 20。

<sup>122</sup> Adam Smith 著，周憲文譯，《國富論（上）》，頁 5、15（1976）。

<sup>123</sup> 前揭註，頁 122-26。

區都應自行照顧本區內不能自立的居民。同時，爲了阻止這些貧民人數的增加和異動，所以每一個教區都規定了新的住戶要遷移進來，必須要保證是有財產而能自立的，例如：在英王查理士二世十三年及十四年的法律規定，所謂貧民必須在當地居住 40 日以上，在此期間以內的新居住者，得令其遷居別處。如此一來，便等於限制了貧民的遷徙權，當時的勞工大多沒有恆產，也屬於貧民階級，因爲這個法律的影響，無異造成了一群新的囚犯，他們終其一生只能在出生的城鎮裡做工。這使得勞工求上進、謀出路，都遭到不可克服的障礙。而妨礙勞動的自由流通，也妨礙了資本的自由流通，結果不僅妨害了個人的自由，也阻礙了整個國家的經濟發展。Adam Smith 在書中斷言：「今天 40 歲以上的英格蘭貧民，恐怕沒有人在其一生以內，未曾受過這所謂居住法的惡法之極其慘惡的壓迫<sup>124</sup>。」

我們以 Adam Smith 所舉之法律爲例，主要是爲了闡述一個重要的觀念：「法律對於經濟學之發展有著深遠的影響」、「道德、博愛、正義更是市場經濟的後盾」<sup>125</sup>。例如：美國學者 Cross 即曾表示，法律學者用去大部分的時間研究法律之原理原則，但是對於法律對社會造成的影響，尤其是法律對於經濟成長的影響，則少有論述，殊屬可惜。相對地，經濟學者在此方面則有重要的貢獻。Cross 認爲法律學者應該針對經濟活動中有關「財產權」、「法治」、「法律制度」等議題提出看法，如此才能幫助經濟學者思考如何有效地管制經濟活動<sup>126</sup>。是以，當我們在探討如何以經濟分析的方法研究法學問題時，也應觀察法學所追求的公平正義究竟能爲經濟學提供何

<sup>124</sup> 前揭註，頁 139-46。

<sup>125</sup> 請參見 Jonathan B. Wight 著，江美麗譯，《發現亞當斯密》，頁 85-87（2004）。本書作者嘗試以小說的筆觸，想像 Adam Smith 生活在 21 世紀全球化的世界，會有什麼樣的看法？作者認爲，其實 Adam Smith 在《國富論》中提及了「道德情操」的重要性，可惜日後的學者均將焦點放在「看不見的手」，而忽略了他對道德的重視。此項觀點深值玩味，經濟學似乎不是只有討論均衡或效率而已。

<sup>126</sup> See generally Frank B. Cross, *Law and Economic Growth*, 80 TEX. L. REV. 1737 (2002).

種幫助？換言之，在法律之經濟分析發展數十年後，我們是否應該思考，為何法學本身的研究方法，沒有引起經濟學家的興趣<sup>127</sup>？有沒有可能從經濟學中找到值得研究的題材，而以法學方法進行分析，並發展「經濟之法律分析」（legal analysis of economics）的研究取向，進而使法與經濟學成為對稱的夥伴關係<sup>128</sup>。申言之，法治是社會秩序與經濟發展的先決條件，只有在法治的基礎上，才能建立商業活動，並通往經濟學所追求的財富極大化的目標<sup>129</sup>。

最後應強調的是，法與經濟分析強調的重點應該不是「誰」分析「誰」的關係，也不是誰是主體，誰是客體的爭辯。誠如美國史丹佛大學 Polinsky 教授所言，法律之經濟分析，是讓我們思考法規範及政策問題時，可以像一個經濟學家，透過分析假設的前提，找到法律體系的梗概<sup>130</sup>。而不是形成經濟學「入侵」法學的現象<sup>131</sup>。因此，法學所要攝取的應該是經濟學的重要概念，而不是將經濟學的理論全盤移植到法學研究的領域中，否則在面對充滿數字與圖表的數學演算式時，很難期待多數的法律人願意跨進經濟分析的世界裡，換言之，我們應該跳脫分析模型全面移植的框架，尋求法律人（尤其是從事法律解釋與審判工作的法官）願意接受「以經濟學的觀點追求法學理想目標」的起點，如此才能使這個新興的研究取向，繼續發展茁壯。所以，在全面將法學研究領域拱手讓予經濟學之前，我們最好細忖經濟學這個學門可以為法學提供什麼樣的養分<sup>132</sup>，再嘗試追求「有效率」的

<sup>127</sup> Chapman, *supra* note 6, at 472.

<sup>128</sup> *Id.* at 495.

<sup>129</sup> Jonathan B. Wight 著，江美麗譯，前揭註 125，頁 124-25。

<sup>130</sup> POLINSKY, *supra* note 71, at 169.

<sup>131</sup> 請參見葉俊榮，〈法律與經濟學的對話情境〉，收錄在 David D. Friedman 著，徐源豐譯，前揭註 7，頁 10-11。

<sup>132</sup> Harrison, *supra* note 47, at 1363. 此外，我國學者熊秉元雖曾提出「對法律學者來說，經濟學是什麼？」的問題，其認為：「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』反映了人類行為和社會現象裡，隱含了

「公平正義」。

## 參考文獻

### 中文書籍

- COASE, RONALD H. 著，陳坤銘、李華夏譯，《廠商、市場與法律》，遠流出版事業股份有限公司（1995）。
- COOTER, ROBERT & ULEN, THOMAS 著，溫麗琪譯，《法律經濟學》，華泰文化事業公司（初版，2003）。
- FRIEDMAN, DAVID D. 著，徐源豐譯，《經濟學與法律的對話》，先覺出版股份有限公司（初版，2002）。
- LARENZ, KARL，陳愛娥譯，《法學方法論》，五南圖書出版有限公司（1996）。
- SMITH, ADAM 著，周憲文譯，《國富論（上）》，台灣銀行經濟研究室（1976）。
- WIGHT, JONATHAN B. 著，江美麗譯，《發現亞當斯密》，經濟新潮社（2004）。
- 干學平、黃春興合著，《經濟學原理（上）（下）》，新陸書局股份有限公司（1994）。
- 王文宇，《民商法理論與經濟分析》，元照出版公司（2000）。
- 王澤鑑，《民法概要》，著者發行（2003）。
- 吳國禎，《經濟分析與刑法法益——以多層次傳銷為例》，成功大學法律研究所碩士論文（2000）。
- 洪遜欣，《法理學》，三民書局，（初版 11 刷，1994）。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，《經濟學》，翰蘆圖書出版有限公司（2 版，2002）。
- 黃少游，《現代法學底理論與實際》，三民書局，（1967）。

---

某些規律性；至於這些規律性的實質內容，則是由人類演化過程的經濟所充填。」請參見，熊秉元，前揭註 110，頁 207。筆者認為，經濟學可為法學注入之養分，應該可以超越純粹的邏輯論述及分析，因為法學本身已有嚴密的邏輯體系，如果強以經濟學「假設前提」的分析方法套用到法學領域，助益必然有限。因此，超越分析模性的「科際整合」或許是可以嘗試的方向。



楊國昌，《從經濟分析方法探討法之實效性》，文化大學法律學研究所碩士論文（1999）。

熊秉元，《天秤的機械原理》，元照出版公司（2002）。

——，《約法哪三章》，元照出版公司（2002）。

——，《熊秉元漫步法律》，時報出版社（2002）。

——，《熊秉元漫步經濟》，時報出版社（2002）。

霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋，《經濟學 2000（上）》，雙葉書廊有限公司（3版，2003）。

簡資修，《經濟推理與法律》，元照出版公司（2004）。

## 英文書籍

HART, H. L. A., THE CONCEPT OF LAW (1994).

PEARSON, HEATH, ORIGINS OF LAW AND ECONOMICS –THE ECONOMISTS' NEW SCIENCE OF LAW, 1830-1930 (1997).

POLINSKY, A. MITCHELL, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (3th. ed. 2003).

POSNER, RICHARD A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (5th. ed. 1998).

## 中文論文

王文宇，〈從民法撤銷權規定論特定物權人之保障〉，《民商法理論與經濟分析》，頁 161（2000）。

——，〈從經濟分析觀點論保障財產權的方式〉，《民商法理論與經濟分析》，頁 1（2000）。

朱敬一，〈法律經濟的起源、發展與願景〉，《經濟前瞻》，67 期，頁 92（2000）。

林桓，〈淺述法律經濟分析基本觀念〉，《全國律師》，頁 50（2001 年 6 月）。

胡天賜，〈買賣不破租賃制度之法律經濟分析〉，《台大法學論叢》，33 卷，1 期，頁 131（2003）。

陳志銘，〈巨人的肩膀或自己的腳尖？——從「競爭平台模型」理論看著作權「合理使用」原則〉，收錄於劉尚志主編，《2003 年全國科技法律研討會論文集》，交通大學科技法律研究所，頁 295（2003）。

黃春興，〈不參與的權利和提案權〉，第二屆法與經濟分析學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦（2002 年 11 月 15 日）。

- 葉俊榮，〈法律與經濟學的對話情境〉，收錄在 David D. Friedman 著，徐源豐譯，  
《經濟學與法律的對話》，頁 7（2002）。
- 熊秉元，〈人是自利的〉，《熊秉元漫步經濟》，頁 140（2003）。
- \_\_\_\_\_，〈十問——向法律學者請益〉，《經社法制論叢》，29 期，頁 181（2002）。
- \_\_\_\_\_，〈法學干卿底事？——法律經濟學的旨趣〉，《熊秉元漫步法律》，頁 20  
（2003）。
- \_\_\_\_\_，〈寇斯定理〉，《熊秉元漫步經濟》，頁 210（2003）。
- \_\_\_\_\_，〈暗室裡的攝影師〉，《熊秉元漫步經濟》，頁 18（2003）。
- \_\_\_\_\_，〈經濟分析的深層意義〉，《熊秉元漫步法律》，頁 142（2003）。
- \_\_\_\_\_，〈價值的光譜〉，《熊秉元漫步經濟》，頁 32（2003）。
- 劉紹樑，〈從寇斯看經濟分析法學〉，《經濟前瞻》，25 期，頁 143（1992）。
- 謝哲勝，〈法律經濟學基礎理論之研究〉，《中正大學法學集刊》，4 期，頁 37，  
（2001）。
- 謝煜偉，〈肇事逃逸罪之經濟分析〉，《刑事法雜誌》，46 卷，6 期，頁 36（2002 年  
12 月）。
- 簡資修，〈一個自主但開放的法學觀點〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 236  
（2003）。
- 蘇永欽，〈交易分階段規範的經濟分析——從一般締約過失責任的建立談起〉，第二屆  
法與經濟分析學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦（2002 年 11  
月 15 日）。

## 英文論文

- Allen, Douglas W., *Transaction Costs*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS, § 740  
(Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).
- Ashford, Robert, *Socio-Economics: What Is Its Place in Law Teaching?* 1997 WIS. L. REV.  
611 (1997).
- Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).
- Blumenthal, Jeremy A., *Law and Social Science in the Twenty-First Century*, 12 S. CAL.  
INTERDISC. L.J. 1 (2002).
- Butler, Henry N., *The Manne Programs in Economics for Federal Judges*, 50 CASE W. RES. L.  
REV. 351 (1999).

- Calabresi, Guido, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE L.J. 449 (1961).
- Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas, *Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).
- Chapman, Bruce, *Legal Analysis of Economics: Solving the Problem of Rational Commitment*, 79 CHI.-KENT L. REV. 471 (2004).
- Coase, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).
- Cooter, Robert & Eisenberg, Melvin A., *Fairness, Character, and Efficiency in Firms*, 149 U. PA. L. REV. 1717 (2001).
- Croson, Rachel, *Why and How to Experiment: Methodologies From Experimental Economics*, 2002 U. ILL. L. REV. 921 (2002).
- Cross, Frank B., *Law and Economic Growth*, 80 TEX. L. REV. 1737 (2002).
- Cullen, Colleen M. & Kalberg, S. Randall, *Chicago-Kent Law Review Faculty Scholarship Survey*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1445 (1995).
- Dallas, Lynne L., *Law and Socioeconomics in Legal Education*, 55 RUTGERS L. REV. 855 (2003).
- Demsetz, Harold, *When Dose the Rule of Liability Matter?*, 1 J. LEGAL STUD. 13 (1972).
- Depoorter, Ben & Hatzis, Aristides N., *19th Annual Conference of the European Association of Law and Economics, Greece, September 2002*, 23 INT'L REV. L. & ECON. 341 (2003).
- Eastaman, Wayne, *Critical Legal Studies*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS § 660 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).
- Elkin-Koren, Niva & Salzberger, Eli M., *Law and Economics in Cyberspace*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 553 (1999).
- Epstein, Richard A., *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, 64 U. CHI. L. REV. 1167 (1997).
- Guthrie, Chris, *Prospect Theory, Risk Preference, And the Law*, 97 NW. U. L. REV. 1115 (2003).
- Harris, Ron, *The Encounter of Economic History and Legal History*, 21 LAW & HIST. REV. 297 (2003).
- \_\_\_\_\_, *The Uses of History in Law and Economics*, 4 THEORETICAL INQUIRIES L. 659 (2003).
- Harrison, Jeffrey L., *Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and*

- Economics*, 33 UCLA L. REV. 1309 (1986).
- \_\_\_\_\_, *Law and Socio-Economics*, 49 J. LEGAL EDUC. 224 (1999).
- \_\_\_\_\_, *Teaching Contracts from a Socioeconomic Perspective*, 44 ST. LOUIS U.L.J. 1233 (2000).
- Jolls, Christine, *Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules*, 51 VAND. L. REV. 1653 (1998).
- Jolls, Christine, Sunstein, Cass R. & Thaler, Richard, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998).
- Kan, Steven S., *Law and Economics in Taiwan*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS § 375 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De GeestD eds. 2000).
- Korobkin, Russell B., *The Efficiency of Managed Care “Patient Protection” Laws: Incomplete Contracts, Bounded Rationality, and Market Failure*, 85 CORNELL L. REV. 1 (1997).
- Korobkin, Russell B. & Ulen, Thomas S., *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000).
- Mackaay, Ejan, *History of Law and Economics*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS § 200 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De GeestD eds., 2000).
- Mitchell, Gregory, *Taking Behavioral too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 1907 (2002).
- Posner, Eric A., *The Jurisprudence of Greed*, 151 U. PA. L. REV. 1097 (2003).
- Posner, Richard A., *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987).
- \_\_\_\_\_, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551 (1998).
- Rabin, Mathew, *Incorporation Fairness Into Game Theory and Economics*, 83 AM. ECON. REV. 1281 (1993).
- Sunstein, Cass R., *The Future of Law and Economics: Looking Forward*, 64 U. CHI. L. REV. 1175 (1997).
- \_\_\_\_\_, *Symposium: Research Conference on Behavioral Law and Economics in the Workplace, Switching the Default Rule*, 77 N.Y.U.L. REV. 106 (2002).
- Swygert, Michael I. & Yanes, Katherine Earle, *A Primer on the Coase Theorem: Making Law in a World of Zero Transaction Costs*, 11 DEPAUL BUS. L. J. 1 (1998).
- Ulen, Thomas S., *Rational Choice Theory in Law and Economics*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW

AND ECONOMICS § 710 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds. 2000).

## 其他

- 中央研究院中山人文社會科學研究所，〈法與經濟分析學術研討會〉，  
<<http://www.issp.sinica.edu.tw/chinese/law1.htm#18>> (on file with TLR)。
- 吳惠林，〈從農漁會遊行反思人是理性自利的動物嗎？〉，《貿易雜誌》，114 期  
(2002)，available at <<http://www.ieatpe.org.tw/magazine/114c.htm>>。
- 柯華葳，〈社會認知〉，<[http://www.socialwork.com.hk/psychtheory/theory\\_psy/generalpsy/chap14c.htm](http://www.socialwork.com.hk/psychtheory/theory_psy/generalpsy/chap14c.htm)> (on file with TLR)。
- Bruno S. Frey 著，漢寶德譯，〈文化資產的評價〉，<<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/EC/091/EC-R-091-025.htm>> (Sept. 3, 2002) (on file with TLR)。
- Golecki, Mariuzz, *Economics of Law as a Jurisprudential Theory*, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2002, Article 13, at <<http://www.bepress.com/gwp/default/vol2002/iss1/art13>> (on file with TLR).
- Sigmund Karl、Ernst Fehr 與 Martin A. Nowak 著，齊若蘭譯，〈「公平」是演化的美麗境界嗎？〉，at <<http://www.sciam.com.tw/read/readshow.asp?FDocNo=34&DocNo=56#>> (on file with TLR)。
- The Journal of Law and Economics*, <<http://www.journals.uchicago.edu/JLE/brief.html>> (on file with TLR).
- The Journal of Legal Studies*, <<http://www.journals.uchicago.edu/JLS/brief.html>> (on file with TLR).