

權利應被認真看待——侵權法經濟分析之失落

簡資修*

I. 前言

法律的經濟分析是近來法學研究的最重要現象之一。法律經濟分析學人不僅分析了部門法律¹，而且也參與法理學的論辯²，大大增進了人們對於法律的瞭解。不過，經濟分析畢竟作為瞭解或指引法律的手段，一如其他分析手段，有可能被誤用或濫用。理性選擇被視為經濟分析的核心，其好處是，在數學上，其意味了極大化，因此可以計算。的確，數學是強而有力的思維工具，但也由於其所散發出來的強烈光芒，反而有時造成人們視茫而無法看清問題真相。Coase即指出，未考慮制度因素的經濟分析，將只是黑板上的計算，根本無法本質瞭解法律制度³。換言之，法律經濟分析中的經濟分析，作為一種形式推理，僅著重於其內部邏輯一致，並不保證其與法律——作為一種制度——是合致的。本文將以侵權法的經濟分析為例，說明Coase的疑慮，並非空穴來風。

侵權法所涉及的行為及後果，在經濟分析中，往往被歸為外部性問題（externality），是市場失靈的一種。在Coase經典論文〈社會成本問題〉出現以前，Pigou以政府課稅改正此市場失靈的主張，是經濟學的主流想法。Coase以無交易成本下的經濟論證（所謂寇斯定理）粉碎了此一想法。Coase在該文提出兩項重點：一、指出所謂外部效應問題，本質是兩種使用活動衝突的問題，外部效應是必然存在的，其不必然有損於整體社會福利，因此失靈云云，根本是無稽之談⁴；二、（私）權利的存在，容許了交易，而其交易結果不一定比政府課稅差。

*中央研究院法律學研究所籌備處暨人文及社會科學研究中心合聘副研究員，台灣大學法律學系合聘副教授

¹ 例如，Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed., 2003)。

² 例如，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990); Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (2003)。

³ 參見Ronald H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (1988)。

⁴ 甚至可說，外部效應愈大，反而社會福利愈大，因為外部效應存在，意味了衝突活動的獲益高於受到影響（損害）活動的獲益，若非如此，其是無法補償損害，損害就會消失，外部效應就不

不過，成見是難憾的。雖然有Coase的點破，往後風起雲湧的侵權法經濟分析，多只是經濟分析的對象換了，其深層思維，則仍是皮古式的。

按不管是在大陸法或普通法，私法的運作，稍微簡化但不失意義的說，是以私權的分配、保護及交易為中心。而其對應分別是財產法、侵權法以及契約法。但Brown⁵、Shavell⁶和Landes & Posner⁷等法律經濟分析名家，卻仍持皮古式思維，從損害是侵害人技術性造成的（technological externality）而非侵害他人權利出發，建構其侵權法的經濟分析模型。在其經濟分析模型中，侵害人應否負損害賠償責任，是繫於侵害人或受害人投入預防損害發生的物理（科技）資源與損害額度之比較，而非衝突活動間獲益之比較（此即機會成本）。此一方面在描述上，使得私法自治運作無法區別於公法政府管制，另一方面，在規範性上，也會誤導私法的發展——以侵權責任取代契約責任，以管制取代自治。此一不注重權利的結果是，在故意侵權分析上，個案認定時，居然將侵害人的侵害利益列入計算；在過失侵權認定時，無法解釋一般人間不負積極義務責任，也錯誤導出物理預防能力較差的人反而享有較低（寬鬆）的過失認定標準。

II. 故意侵權

從權利保護言，故意侵權人之所以要負損害賠償責任，理由其實非常簡單，此即侵害人未經權利人的同意，強而取之。不過，Landes & Posner卻發展了如下的經濟模型⁸：

$$L(x,y) = p(x,y)(D - G) + A(x) + B(y)$$

在此公式中， $A(x)$ 代表受害人為防止侵權發生所投入的資源， $B(y)$ 代表侵害人為使侵權發生所投入的資源， p 代表損害發生的機率，因此兩者的關係是，當 $A(x)$

存在了。

⁵ John Prather Brown, Toward an Economic Theory of Liability, 2 J. Legal Stud. 323-349 (1973)。

⁶ Steven Shavell, Economic Analysis of Accident Law (1987)。

⁷ William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law (1987)。

⁸ Landes & Posner, 前註 7 書，Ch. 6: Intentional Torts and Damages。

愈高時， p 值愈小， $B(y)$ 愈高時， p 值則愈大； D 代表受害人的損害額度， G 代表侵害人因他人受害所得的利益； L 代表社會（此即受害人 A 與侵害人 B）的整體損失。

首先，從此公式可看出，Landes & Posner 以技術性外部性觀點出發的損害概念，無法恰如其份表現出法律上故意行爲的特質。此模型只是一個預謀模型而非故意模型。有些故意純粹是臨時起意，行爲人並不會預爲投下資源去造成損害，當然除了侵害行爲本身以外。例如一個開車人偶然發現仇人走在前面，故意開車撞死他，唯一可想像其投入的物理資源是汽車，但汽車並非其專門投入侵權的資源，若其只是不減速，則連時間的機會成本也不存在。或者例如開車人明知飆車會危及他人，但若其非以撞人取樂，而是爲了趕路或自娛，其也無專門投入資源去造成損害，但其是故意⁹。

次之，爲了合理化侵害人投入資源去侵權，Landes & Posner 必須將侵害人因侵害權利之所得利益(G)列入社會損失中的負項計算中。但從權利保護角度來看，此簡直是離經叛道。因爲此意味了如果侵害人的侵害所得利益高於權利人的受害額度時，侵害人是可以強取的，而且一方面受害人不可以採取任何的預防措施，另一方面侵害人的侵害，則是多多愈善。以上述公式演算就是：極小化社會損失(L)是目標，因此當 $(D - G) < 0$ ， p 值就應愈大，如此 $p(x,y)(D - G)$ 的值才能最小，從而 $L(x,y)$ 才能最小，而其條件是 $A(x)$ 要最小但 $B(y)$ 要最大¹⁰。

此一結論，不但與法律實踐背道而馳，而且也離一般人的常識甚遠。Landes & Posner 也知道此缺陷，而其採取的規避作法是，將 $(D - G)$ 是否小於 0，繫於交易成本的高低¹¹。他們說，當交易成本低時，侵害人的侵害所得利益(G)不得高於權利人的受害額度(D)，因此 $(D - G) < 0$ 就不會成立，從而侵害人的侵害，也就不是多多愈善。但如此一來，以上述公式瞭解或指導法律的功能，就完全喪失了。

⁹ 台灣刑法第十三條第二項：「行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論」。

¹⁰ $B(y)$ 當然還是要受到報酬遞減定律的限制，但在此並不影響論證。

¹¹ Landes & Posner，前註 7 書，頁 156-158。

按交易成本之高低，是繫於權利是否界定清楚。權利界定清楚了，交易成本就低。權利界定的不清不楚，交易成本就高。因此 Landes & Posner 說，交易成本低時， $(D - G) < 0$ 不能成立，根本就是從權利觀點出發的，其是被假設的前提，與上述公式的推導毫無關係。另外，既然 $(D - G) < 0$ 不能成立，或者應該說，侵害人的侵害所得利益不被承認，因此 $G = 0$ ，則 $(D - G)$ 就是 D ，從而與其所提出的過失侵權分析公式就可同一了：

$$L(x, y) = p(x, y) D + A(x) + B(y)^{12}$$

只是此時， $B(y)$ 與 p 的關係，仍然是 $B(y)$ 愈高時， p 值愈大，但是在過失侵權分析中， $B(y)$ 愈高時， p 值則愈小。既然 $B(y)$ 愈高時， p 值愈大，而 pD 要愈小，社會損失才愈小，則 $B(y)$ 當然是愈小愈好，此即 0 是最好的，換言之，侵害人不故意去侵害他人的權利。又既然無故意的權利侵害，權利人也就不會為此投下資源去防止侵害的發生，因此 $A(x)$ 也是 0。所以得出： $p(x, y) D = 0$ ， $A(x) = 0$ ， $B(y) = 0$ ，從而 $L(x, y) = 0$ ，此是社會損失最小值。

從上述討論可知，Landes & Posner雖將建構的模型稱為故意侵權模型，但最具代表性的低交易成本時而強取的故意侵權案型卻被排除在外（此即外生的），因此其模型充其量，只可說是一個緊急取用模型——侵害人在面臨高交易成本時，權利人不應阻止侵害人的強取。其演算是：既然 $(D - G) < 0$ ，則要極小化 $L(x, y)$ ， $A(x)$ 就要為 0¹³。不過，即便在此，此模型的說明功能也是有限的。因為為了使 $A(x) = 0$ ，權利人所受到的損害，也必須完全受到補償，其始不致有動機去採取任何的預防措施。如此一來，在高交易成本下，一如在低交易成本下，故意侵害人也是要負損害填補責任¹⁴，只要其侵害的——是權利。法院根本無須去考慮到底侵害人獲益大（ $(D - G) < 0$ ），還是受害人受害大（ $(D - G) > 0$ ）， D 與 G

¹² Landes & Posner，前註 7 書，頁 59。

¹³ 這是假設權利人無積極義務去幫助受害人，若非如此， $A(x)$ 甚至要為負值。

¹⁴ 之所以不用「賠償」責任而用「填補」責任，是因為「賠償」隱含了「不法」，而「填補」比較中性。在大陸法中，緊急取用也許不構成「不法侵權」（例如台灣民法第一八四條）因此無須賠償損害，但須依「不當得利」（例如台灣民法第一七九條）——只要無法律上的原因，不必然是不法——返還其利益，而兩者都屬填補。探討普通法的tort law與大陸侵權法之異同，已超出本文範圍，而且也不相關。

這兩個變數因此完全與公式的運算無關，所有的爭執點都是權利界線問題。

以 Landes & Posner 所舉緊急取用之例為例，如果該荒野小屋是合法所有，但所有權人配以高價鎖，侵害人壞鎖而入，其可以依上述公式，主張受害人不應配如此好鎖，因此無須賠償該鎖的價值，或者甚至要求權利人補償其壞鎖所增加的努力？更甚者，此一邏輯，若推到極致，權利人即必須對侵害人負積極義務責任。例如飢寒交迫的侵害人已無體力打開此好鎖，以致於凍死在屋外，依照上述公式的運算，權利人不應投入資源（買好鎖）去防止損害（侵入荒野小屋），此即 $A(x)$ 應為 0，但在此例顯然即使侵害人要補償因小屋遭侵入所受到的損害，都無法引導受害人不投入資源，則唯一的法律對策是反轉賠償責任，由小屋所有權人賠償無法入侵小屋所「造成」的損害，因為如此一來，既然 G 大於 D ，小屋權利人是寧願選擇小屋遭入侵所受到的損害，也不願承受因小屋無法被入侵所生的賠償責任。但若是如此，私法將不再是一個自治體系，而淪為一個競租叢林。

III. 過失認定

不以權利為基礎的經濟分析，其衍生的錯誤也表現在侵權法中的過失責任認定上。再以 Landes & Posner 所建構的過失模型為例：

$$L(x,y) = p(x,y) D + A(x) + B(y)$$

式中的各項變數基本上與故意侵權公式中的相同， L 、 p 、 D 分別代表社會整體損失、損害發生機率以及損害額度， $A(x)$ 與 $B(y)$ 也分別代表受害人及侵害人的投入資源，唯一不同的是 $B(y)$ 與 p 的關係。在故意侵權模型中，侵害人增加投入資源，其會增加損害發生機率，因此 $B(y)$ 與 p 成正向的關係，但在過失侵權模型則是侵害人增加投入資源，其會減少損害發生機率，因此 $B(y)$ 與 p 成反向的關係；至於 $A(x)$ 與 p 的關係，在故意侵權以及過失侵權，都是成反向關係。

在此公式中， $A(x)$ 或 $B(y)$ 與 p 的關係，完全是一種技術性關係 (technological externality)，類屬管理控制模型 (common and control)，因此其應適用於公法管制而不適用私法自治。此一公式的第一個危險是，無法區別積極責任，或者說無

法區別契約責任與侵權責任。依照此一公式，只要見危不救，就是過失，或甚至是故意。例如在路邊發現傷者不將之送醫，或者知道某人飢餓貧病不給予支助，在此公式下都需負損害賠償責任。在此假定傷者之傷與飢者之飢，都非其自己的過失（例如為他人所撞或生於貧病之家），其公式演算為： B 只要投入一點點 y ，就可以救 A ，使得 D 不發生，卻捨此而不為，即有過失。

此公式的第二個危險是，將過失認定標準鎖定在物理層面的預防措施，造成反淘汰。以開車為例，在正常假設下，年少者或年老者相較於一般正常成年人，其開車技術是比較差的，也就是在同樣的開車時速時，例如時速六十公里，為避免肇事，其反應比較吃力。Landes & Posner說，年少者或年老者由於反應比較吃力，意味其想要達到同樣預防損害標準，就必須投入較一般成年人更多的預防資源，因此依照上述演算公式，年少者或年老者應該享有比較寬鬆的過失認定標準。換言之，一般成年開車人如果在時速六十公里時，已構成過失，年少者或年老者由於其反應吃力，因此不構成過失。此一結論，令人難以苟同¹⁵。

從私權的觀點來看，損害之發生是由於權利人活動之衝突，而權利人需要負損害賠償責任，是因為其超出了其享有的權利範圍，此與其物理上的預防能力無必然關係。具有很好物理預防能力的權利人，若是為所欲為，就會超過其權利界限，反觀具有較差預防能力的權利人，若是知所節制，就不會超過其權利界限。簡言之，「量能而為」才是認定過失的標準，而非僅是絕對的「能」¹⁶。

在私權的分配上，依照平等原則，從事同樣活動的收益，應是同樣的。在上述開車之例，正常的假設是¹⁷，開車者不管是一般成年人、年老者或年少者，其開車收益都是一樣的，在法律採取的是過失賠償責任制度，即意味社會容許某一

¹⁵ Landes & Posner也知道此結論的荒謬，但其以法院的資訊不足以區分正常人與年老者或年少者為理由，將這三種人的過失認定標準設為同一。不過，這裡由是不成立的。同樣屬於年少者或年老者的個人間的個別差異也許很難去區分，但成年人、年少者與年老者這三個群體間的差異，根本是清楚明白的，不但長相是一見就明，再不濟，身份證件一定記載了其出生日期。

¹⁶ 參見簡資修，不法行為的決定時點——預防科技的不足或安全活動的逾越？社會科學論叢，第40輯，頁217-230（1992），收於同作者，經濟推理與法律，頁163-176（2004）。

¹⁷ 若有緊急事故，例如救護車或消防車，其法律上容許的車速，可以較高，因為其開車收益比較一般開車是增加了。

程度的開車肇事量之下，則物理預防能力較差的年少者或年老者，其過失認定標準應是比較高的而非比較低的，這是因為其一旦減速反而可以減少較多的損害。以數學式表示，假定 $B = pL$ 是社會容許的肇事量， p 為因減速而減少的肇事發生機率， L 為實際發生的損害額度， B 為因減速而減少開車活動的收益。在 L 固定下，緊急事故使得 B 提升了，所以也使得 p 增加了，因此救護車或消防車可以開快車。而在年少者開車之例， B 及 L 都與一般人相同，因此 p 也要相同，則在年少者低速開車肇事機率等於一般人較高速開車的肇事機率之假定下，年少者必須低速開車，始能符合社會肇事量的設定。

另一法律經濟分析名家 Shavell 所舉年輕人應較年老者多掃雪，也犯了同樣錯誤¹⁸。的確，一般而言，年輕人或者年老者，誰的掃雪能力比較強，其答案是年輕人較強，應是毋庸置疑的。但因此要年輕人多掃雪，則是未必。若用經濟學的術語說，此即比較優勢而非絕對優勢才是誰應多掃雪的決定因素。年輕人雖然在掃雪能力上有絕對優勢，但其是否有比較優勢，則是不一定的。因為如果老年人的時間比較沒有價值，或者是年輕人的時間價值甚高，例如年輕人必須赴戰場禦敵，則老年人應該多掃除一些雪，或甚至完全由其負擔掃雪的工作。

一如 Landes & Posner 的上述公式，Shavell 在探討過失侵權責任時，同樣疏忽了制度之存在。因為唯一可以想像年輕人多掃雪的例子是，年輕人與年老者毫無選擇地被指派掃雪工作，而且受嚴密監控，如果其未盡所能，就受懲罰。若以 Coase 的廠商與市場對立分析架構來看¹⁹，此一責任分配性屬廠商。的確，Coase 也曾說過，國家是超級大廠商，因此年輕人多掃雪不必然是錯誤的。例如百年僅見的暴風雪造成了國家緊急危難，年輕人被徵調掃雪，是可接受的²⁰。但是在承

¹⁸ Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-77 (1987)。

¹⁹ 參見 Coase，前註 3 書，頁 33。

²⁰ 雖然國家可能還是要補償其所施的勞力。徵收只是強制交易而非無償取得，例如台灣的九二一震災重建暫行條例第 65 條規定：各級政府機關因重建工程或相關措施所需，得繼續徵用緊急命令期間所徵用之物料或人員，至中華民國八十九年十二月三十一日止。前項繼續徵用之補償，依緊急命令期間徵用之補償標準辦理。（底線加重是新加）

平時，實證上，這是集體經濟，自從柏林圍牆倒塌後，其無效率已被證明。其要年輕人多掃雪，較好的方式應是利誘（契約）而非處罰（侵權），也許最好是按件計酬。當然如果論說的不是像國家這樣的超級大廠商，而是一般的私人廠商，年輕人也可能多掃雪，畢竟廠商的本質就是命令控制。但若是如此，廠商必然要多付代價給年輕人，否則其是不會有誘因任職該廠商，以較重的賠償責任加諸年輕人身上，是適得其反的。不過，不管其責任是如何分配，此是契約責任的分配，而非侵權責任的分配。侵權責任的分配，主要是在陌生人間，陌生人間是不負積極的援助義務的。積雪顯然不是年輕人或老年人造成的（他們不是上帝或海龍王），則他們為何負掃雪義務？在法律上可想像的是，其應掃除住家前供公眾行走走道上的積雪，以免造成公共危險，則其責任的來源是走道的長短，與住家者是年輕人或老年人無關。甚至也許更符合實際的是，老年人往往較富有，因此其住家較大，其所面對的走道就較長，因此其所負的掃雪責任就較重²¹。

IV. 結論

Posner認為Coase之所以討厭數學化的經濟學，是來自他的英國派頭始然，因為經濟學的此一發展，主要是以美國為中心²²。Posner也認為Williamson的法律、組織理論以及經濟學是新制度經濟學的三大支柱之說法，站不住腳，因為法律根本沒有理論²³，其只是一團待解的準則。但事實是，Coase的存疑，並非（民族）自尊心作祟，而且法律雖非本體不變，但也不是毫無本質。私法自治是以私權利為中心的運作，若不明乎此，將無以瞭解或指導侵權法，即便是強力如經濟分析者，亦然。

²¹ 更詳細的論證，參見簡資修，命令管制非侵權責任之本質——回應〈過失責任標準經濟分析之再省思〉，經濟研究（即將出版）。

²² Richard A. Posner, *Overcoming Law* 406-425 (1995)。

²³ Posner，前註 22 書，頁 426-443。