


法理的基因

熊秉元谈法律经济学

熊秉元 著

 人民东方出版传媒
东方出版社

更多书籍

因...
...
...

不是十全十美——《法理的基因》自序

这是和东立合作出版，我的第十一本书。有里程碑的意义，值得稍作回顾，并且略陈固陋。

第十一本书，当然有人会问：有那么多的话好说吗？是不是老调重弹，一再重复？这些问题，不但读者会问，我也会多次自省反思。正面回应之前，先提供一点讯息：2017年年初，我到台湾地区花莲的东华大学，教密集课程，也认识了些新朋友。其中一位，是台大法律系毕业，在花莲执业多年，很成功的律师。在办公室的书架上，他很自豪地展示了历年来我出版的每一本书！这是跨界铁铁铁铁的朋友，像巴基斯坦一样！

言归正传，这本书的内容，我认为有两点特色，一强一弱，一优点一缺陷美。首先，是优点。诺贝尔经济学奖得主斯蒂格勒（George Stigler）常言：经济学者的目标，是使自己的成果“正确、客观、而有趣”（objective, accurate and interesting）。这可能是芝加哥学派的特色，经世济民、造福人类等等不在里面；但是，“有趣”却是重要的内涵。在面对其他经济学者时是如此，在面对一般社会大学时更应该如此。对读者而言，除了

知识上的收获和刺激之外，最好也能展现经济学和知识“有趣”的一面。

这本书的材料，涵盖面很广，既有中文，也有经济学的典故轶闻。希望读者在阅读过程中能浮现“享受”和“有趣”这两个念头。

其次，是这本书潜在的重叠。打开天窗说亮话，笔耕多年，马齿倍增；有时，笔下会出现以前写过、出版过的某个段落或材料。在阐释某一个问题时，自然而然地，把相关的论点写进来了。因此，不可避免，也毋庸讳言，这本书里有些类似的句子段落，曾经出现在已经出版的十本书里。

关于“重复”的问题（即使是极小的一部分，断简残编），思索之后，我有两点正面回应。首先，布坎南教授（James Buchanan，诺贝尔奖得主）和波斯纳教授（Richard Posner，法学重镇），是我非常尊敬崇拜的两位学者；用“我的英雄”（my hero）来描述，毫不为过。他们不只是我们的英雄，也是世界各地很多很多人心目中的英雄。他们的论文，在智识的启迪上，令人由衷地佩服。

然而，对于布坎南后期的作品（他的论著全集有20册，非常可观），阅读时脑海里会有“英雄迟暮”的念头。一篇论文，先引述相关的论点，特别是自己过去的论作，最后再作发挥。添增的新意可能只有5%；甚至，有些是自己和自己说话，和真实世界已经有一段距离。波斯纳，用“才气纵横，不择地皆可出”来形容，勉强传神。然而，他年近七十的作品，和壮年（50至65岁）时的作品相比，（依我浅见）确实有落差。因此，

长期笔耕的学者作家，作品的精致程度有起伏，很正常。老兵不死，只是肌肉逐渐松弛！

其次，英雄还是英雄，但是酒店里的时刻。对于同一位作家的作品，我的想法很简单：有收获，就继续看；等到觉得收获不大时，就看下一位作家的作品。在很多场合里，我的说法也是一致的：“一本书里，就经济和法律而言，我的书值得看。因为，这本书，书的内容确实好。然而，如果你开始觉得收获不大，就不必再看，可以去看其他作者的作品！”

这本书由编辑到印行，将近一年；特别感谢编辑主任陈丽娜女士，悉心处理，情商特高。还有，近十年来，东方出版社资深编辑许剑秋老师除了鼎力支持之外，还积极推动，希望在法学院里设置法律经济学的课程。他的努力，可望开花结果：功在剑秋，洵不诬也。

最后，我的作品，在两岸都多次获奖，但从来不是畅销书，而是小众文化。2020年年初，我在台北过节时，主动联系出版社：当初出版（繁体字版）时，他们根据第一次印刷的数量预付版税；现在有的书已经合约期满，连第一版都没有卖完。依当初我的承诺，请他们告诉我超付的部分，我乐意把钱退回。编辑回应：有不少作者的书，第一版都没有卖完。但是，从来没有作者会主动退回预付的版税；暂不处理，继续冲销好了！

这本书即将发行，东方出版社也会根据第一次印刷的册数预付版税。想到东方出版社第一次印刷的印量不小，将来合约期满要退的金额可能也不小；沉吟之后，我决定把已经到嘴里的

话收回来，藏着掖着；不告诉出版社，装作没事。但是，思路过程，还是值得一记！

结论：一言以蔽之，这本书的序(这篇序)，是客观、正确而且有趣的！

熊秉元

2020年2月2日

更多书籍

第一篇	法理的智慧结晶	/ 001
第一章	信息与法律	/ 003
第二章	十问：向法律学者请益	/ 035
第三章	法律的经济分析：方法论上的几点考虑	/ 070
第四章	法律的经济分析：本质上的厘清	/ 085
第二篇	经济分析的智慧结晶	/ 113
第五章	只缘身在此山中？——初探体系和理论	/ 115
第六章	基准点和经济分析	/ 133
第七章	经济学 012	/ 157
第八章	法学和经济学里的基准点	/ 183

第三篇 法学和经济学 / 205

第九章 公地、逆式公地和两者之间 / 207

第十章 也是断背山的故事——伦常变迁的法律经济分析 / 228

第十一章 零交易成本的两种风貌 / 254

第十二章 “单一主人”和“单一权威”之辨 / 272

第四篇 法律学者和经济学者 / 283

第十三章 经济学者和法律学者如何比划？——初探经济学和法学里的部分均衡分析 / 285

第十四章 大师的身影——经济学家的才情 / 308

第十五章 科斯的英式风格和张五常的中国风味 / 328

第十六章 科斯、凯克斯和英式风格 / 350

第一篇 法理的智慧结晶

更多书籍



更多书籍

2025 RELEASE UNDER E.O. 14176

第一章 信息与法律

1. 背景

本章的主旨，希望阐释“信息”（information）和法律之间的密切关系。在中文世界里，无论在法学领域或经济学领域，都具有开创性的意义。

探讨信息和法律的关系，在智识上的重要性和兴味，可以由两方面来烘托。首先，众所周知，法律与文学（Law and Literature）已经是卓然有成的研究领域。一方面，文学戏剧里，关于官司的题材自古已有，丰硕无比。另一方面，法律的表达，判决书的描述，两造的辩护，等等，都是透过语言和文字。因此，司法运作里语言和文字的元素，值得探究。由文学到法律，以及由法律到文学，重要性都是一点就明。然而，无论文字或语言，本身只是媒介，是传达信息的工具或载体。如果语言文字和法律关系密切，更根本的信息因素，可能更值得探究。

其次，会计学（Accounting）和法学，虽然看起来相隔十万八千里（除了金融法之外）；然而，稍稍琢磨就很清楚，这两个学科都是在处理规则（rules）。随着信息经济学（informa-

tion economics)的发展,会计学里已经有相当比例的研究,是在探讨处理财务的信息问题。相形之下,会计学就是规则,可是在相当程度上,法学的理论基础是哲学。信息经济学的研究成果和智慧结晶,对法学毫无影响。由知识的传递和累积来看,可以说法学处于令人讶异的状态。因此,如果信息这个因素已经对法学产生根本性的变化,在本质上有相当大交集的法学(包括民法“规则”),或许也可以把焦点由道德哲学稍稍转移到注意“规则”背后所蕴含的根本因素——信息!

法律与文学的可操作性以及会计与法律的共同性,为本章提供了智识上的背景。在下文里,将以更直接的、举例的方式阐明信息和法律的重要关联。而后,将逐次论证,一旦纳入“信息”这个因素,将会如何添增法学研究的养分,使法学理论更为厚实稳健!

2. 法律背后的信息问题

这一节里,将由两个角度说明,信息问题其实隐身于法律之后;对司法运作而言,更是无所不在!

2.1 实例:追诉时效和未成年人

借着几个具体的例子,可以体会法律和信息的密切关联。

甚至，比较精确的说法是：因为信息的原因（或限制），法律才会作如此这般的规定。

第一个例子，是追诉时效的规定。社会里都有类似的规定，即使具体的内容有大小。对于追诉时效的做法，由信息的角度可以提出这样的说明：一旦时间拉长，案情的细节开始模糊；记忆的精确性逐渐流失。而且，随着时间的流逝，不确定性上升的同时，惩罚产生的效果开始钝化。因此，追诉时效是人为的、有意的、截断正义的（truncated justice）。背后的主要原因，正是信息这个因素。

第二个例子，是未成年人的规定。同样地，现代社会也有类似的规定：区分出成年人和未成年人，法律上采取差别待遇。观念上，有意区分的原因，是未成年人在生理心理（心智）上还不成熟，因此应当承担不同的法律责任。然而，观念上简单明确，实际做法上却不见得容易。目前，世界各国都以“年龄”为主要指标；明显地，这是次佳方案（second-best measure）。但是，权衡轻重得失，生理年龄的信息容易界定，心智成熟度的信息却不容易界定。

第三个例子，是举证责任倒置。在司法运作里，“谁主张，谁举证”是众议公认的原则。现代社会里，却逐渐出现一些例外。最明显的例子之一：公务员若有巨额财产来路不明，举证说明财产来源的责任不在检方而在当事人。背后的原因，还是在于信息：在网络和全球金融体系的世界里，由检方来举证的成本往往过高，而由当事人来提供信息自清成本最低。因此，

举证责任倒置的关键因素，还是在于信息！

以小见大，由信息的角度琢磨法律条文，可能更精确地掌握法律的意义和局限！

2.2 司法运作

司法体系的运作，大致可以分为立法阶段和司法阶段。这两个阶段的内容不同，但都和信息密不可分。

大陆法系里，立法阶段主要的工作包括：先期作业、搜集相关数据、划定范围、征询各界人士、拟订草案、专家审议、修订稿、再修订稿；在进入立法机构之后，初审复审、表决通过、公布施行。每一个环节，都是在处理信息问题。在司法阶段，刑事的主要过程是案发后的搜捕、侦讯、审判等；处理的事项不同，但都和信息环环相扣。相形之下，民事纠纷的立案、陈述案情、双方举证、庭审、判决，更是清清楚楚地在各种信息里起伏转折。法院的判决书里，对双方证据的取证、庭审的重点摘证、适用法条的运用、争讼胜负的切割认定等等，也都是在信息的世界里沉浮跌宕。

由此可见，无论在立法阶段或司法阶段，信息问题都如影随形、无所不在。由信息的角度出发，阐明各个环节的意义和潜在问题，无疑有助于了解整个司法体系的运作。

2.3 小结

这一节里，通过两个层次的说明（具体法律条文和立法司法两阶段的运作），希望能阐明信息这个因素对法律 / 法学的重

要性。如果能把信息纳入法学研究的视野，不但能加深对法学问题的了解，更能丰富法学研究的智识。学界的朋友，盍兴乎来？

3. 信息与法学理论

在前文中，举了许多事例（多种信息），希望能阐明信息和法律的密切关系。然而，对法学界而言，一个自然浮现的问题是：在法学界，过去没有特别注意“信息”这个因素，也累积了几百年（甚至是上千年）的智慧。纳入信息这个因素，难道对法学理论能添砖加瓦吗？

对于这个平实而具体的问题，这里将正面回应。通过三个明确重要的问题，说明由“信息”的角度，可以对法学理论作出根本性的贡献！

3.1 教义法学和社科法学

在法学界，教义法学（或“法教义学”，doctrinal analysis of law）是正统和主流。根据历来法律学者的努力，已经累积出各式各样、大大小小的“教义”（doctrines）；利用这些众所周知、众议僉同的教义，法学界（包括理论界和实务界）有了共同的语言，能够明确有效地阐释和运用法律。

然而，近一二十年以来，法学界的十仞高墙之内，部分学

者也开始意识到，教义法学的匮乏与不足。不少学者呼吁，要向范围更广的社会科学汲取养分；立足于 的法学，简称为社科法学（law and social sciences） 的学者，以振衰起弊为己任；充满雄心壮志， 了。他们宣称：十数年之内，社科法学将取代教义 为法学界的主流。在一流的法学院之内，将由社 ；传统的教义法学，将慢慢流落到二三流的法”

可是，胡适“ 证据来！”作出如此斩钉截铁的预测和论断，证 何在？或者，更简单而根本的问题是：社科法学和教义法 子，这两者之间的关系到底为何？如果连基本的青红皂白都没有弄清楚，如何能气吞山河地放言高论？

稍稍琢磨，由“信息”的角度，其实很容易厘清两者之间的关系。社科法学学者的预测将成为事实或雨后彩虹，也毋待水晶球或时间，当下就一清二楚。具体而言，两者的关系是：社科法学，是教义法学的基础；而教义法学，是社科法学的简写或速记（short-hand）。经过长时间的积累，法学界已经累积了许多为社会大众所接受的原理原则，也就是各种教义；譬如，善意第三人、诚实信用、买卖不破租赁等等，这是知识累积、分类和精致化的结果。面对相关的问题，在大部分情况下，可以直接引用教义，而无须从头说起，辞费而耗时耗力。然而，这些教义不是凭空出现，而是以社会科学的知识为基础。

譬如，买卖不破租赁，是广为人知的教义。看起来，这个法原则是保护了租户的利益；深层一些分析，其实也维护了房东的利益。如果买卖可以破租赁，租约和租期隐含不确定性，

房客愿意付的租金必然减少。如果买卖不破租赁，租约和租期受到保障，房客自然愿意付较高的租金，当然有利。因此，从社会科学的角度，可以对教义法学提出知其然而且知其所以然的、合情合理的解释。这时候，不需要追根究底，只要援用教义（法原理），这是降低了司法运作的成本，背后的原因（驱动力）在于节约信息。

由此也可见，教义法学是司法运作不可或缺的核心；即使在遥远的未来，法学教育的重要部分。在第一流的法学院里，教义法学是骨干，而不可能式微或消失。社科法学的学者，如果对社会科学和教义法学有较完整的认知（信息较充沛），就不至于信口开河、不辨东西地无的放矢。社科法学的努力方向，是对社会科学有完整而深入的掌握，帮助教义法学立足于更稳健的基础。而不是在法学院的高墙内自说自话，侈言社会科学，却停留在皮毛和口号的认知上！

3.2 民法的物权和债权之分

在大陆法系里，民法里有物权债权之分，自古已然。在英美法系里，没有物债之分也能运作。在经济分析里，有买方卖方之分，却没有物权债权的区分。那么，为什么大陆法系的民法，要分辨出物权和债权呢？

在民法结构里，这是非常基本而重要的问题。然而，令人惊讶的是，相关的介绍和讨论，不仅在一般的民法教材里付诸阙如，在学术论著上，也搜寻不到相关的论述。而且，即使是民法界的宿儒，似乎也从来没有思考过这个问题。对于这个问题

题，可以分成两个步骤来处理：

第一步，如果买卖双方的交易瞬间完成（instantaneously completed），双方从此别过，各分东西，就没有必要区分物权和债权。然而，在成千上万笔交易中，总有一小部分会有纠纷。也就是说，当钱货易手时，总会产生纠纷。买方，可能认为货品有瑕疵，或和卖方不同，或逾时交货，等等；卖方，可能认为收到货款，或没有依约定点来收货品，等等。有这些情况，会引发买卖双方的纠纷，善后的方式之一是诉讼。

在大陆法系里，由萨维尼开始，把一桩交易区分出两种权利：物权和债权。然后，再依物权债权的性质，分别处理纠纷所涉及的问题。因此，物权和债权是大陆法系里为了处理纠纷所发展出的两个概念；是一种工具性的设计，具有功能性的内涵。

第二步，在哪种情况下，交易可瞬间完成呢？答案很简单：如果信息是完整的，买方卖方对于产品、付款等都有充分的了解，交易自然顺利完成，不会有事后的纠纷。没有纠纷，又何须援用物权债权的概念来解决问题！因此，追根究底，大陆法系民法的物债两分，可以从“信息”的角度提出合情合理的说明。

借着一个简单的例子，可以说明这种解释的含义：如果两个公司决定垂直或水平整合，形成策略联盟的伙伴关系，可能采取交叉持股的方式，你中有我、我中有你。假设只是单纯的股权转让，双方以议定的比例交换一定数额的股权；这时候，



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

只要双方在电脑上或报表上稍作调整，基本程序就可以完成。在这种情形之下，分出彼此的债权物权并无紧要。相形之下，如果不是交叉持股，而是企业集团；双方同意把自己的某些厂房设备转让给对方，对方的某些原料半成品等。这时候，涉及实体物权的移转登记等。需要时间较长，过程中可能出现问题和疑义。要厘清潜在的问题，就可以援用“集团”概念。

总结一下，从集团角度，可以对物权债权的双元结构，提出合于情理、有说服力的解释。不但弥补了民法理论的一个空白，还有助于相关问题的探讨。

3.3 无罪推定原则的适用

“在被证明有罪之前，假设被告无罪”，这是已经成为普世价值的“无罪推定原则”。然而，就刑事诉讼的程序而言，在主要的阶段里——搜捕、侦讯、审判、执行——除了运行时间不同之外，无罪推定原则适用的程度是一样的吗？在相关的文献里，对这个问题的讨论可以说是少之又少。然而，无论在实务或理论上，这都是一个有意义、有趣而且重要的问题。

稍稍沉吟就可以体会，在搜捕、侦讯和审判这三个阶段里，无罪推定原则适用的程度明显不同。而且，差别所在，都和这个因素环环相扣。具体而言，一旦刑案发生，如果援用无罪推定，假设人人都是清白的，那么，大海捞针，如何找涉案人和设法破案呢？因此，在搜捕阶段，必然是根据相关的证据，由可能的社会关系中，快速缩小范围，锁定少数几位潜在的、