

效率、正義與契約

陳 彥 希

壹、契約的經濟涵義

一、契約之社會功能

契約以當事人間以特定法律效果為目的，互相表示意思一致而成立。從團體生活秩序之觀點，契約為人際關係之社會規範。契約由意思表示所構成，具有社會行為之性質，既將表意人之心意思宣示於外，更有形成特定之法律效果，而願受拘束之法效意思（註 1）。另一方面，從個別之締約行為以觀，契約當事人自己最能認清自己之利益及需求，並藉契約而獲得滿足；雙方當事人均應受同等保障。故理論上雙方之經濟力、精明的程度及規矩守法態度等，尤應相當，才能確保契約內容之適當（註 2）。惟事實上，契約中互為對價之給付是否相當，難以決定，故確保締約過程中無錯誤及強迫之情事，並促進相關資訊在當事人間之相互流通，甚為重要。除此之外，締結契約有無實益及其實質效用若何，僅能委諸當事人之自決（註 3）。因此，契約縱使賦有社會使命，但其本質乃當事人用以追求自利之工具並未改變。

十九世紀末，國際社會上盛行個人主義，

自由與企業被視為文明社會所不可或缺之要素。在此種風氣下，自願締結契約之意義，乃在滿足一己之利益，拘束締約雙方，使當事人及社會同獲其利。契約自由及契約神聖乃政府對於企業採取自由放任主義之必要工具，亦即人民「已經成年並具備健全之理解能力時，應許其有締結契約之最大自由；彼等因此所締結之契約應受法院之保障（註 4）」。蓋在個人主義學說所推崇之理想社會中，人類具有成熟之理性並受追求自我利益之導引，其間若許自由締結契約且法律能確保契約之有效履行時，即可發展出最精密的社會組織（註 5）。換言之，基於個人主義、利己思想甚或本能之驅動，契約成為個人經營社會生活滿足經濟需求所不可或缺之制度。從動機觀察，當事人締結契約無一不受利己誘因之導引，此在有償之買賣承攬契約固然，在無償之贈與或單務之使用借貸亦何嘗不是如此。當事人藉交易制度以尋求財產上、經濟上之滿足，或藉贈與財物或貸予物品供他人無償使用而獲得自己精神上之慰藉或快樂。若社會成員之合理欲望均能獲得滿足，則可減少社會生活中無謂之紛爭，人人以祥和快

註 1 Soergel-Heinrich Lange/Hefermehl: BGB (11 Aufl., 1978) Vor. Art. 145 Rz 20。

註 2 王澤鑑:民法實例研習叢書第三冊債編總論第一卷(臺北:77年1月版)頁69-71有詳細之說明。另請參見戴修瓚:民法債編總論(上冊),頁27,及Schmidt-Rimpler: Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, S.130。

註 3 Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts (7.Aufl., 1989) S.46-47。

註 4 Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson (1875), L.R. 19 Eq. 462, 頁465。

註 5 Henry Sidgwick: Elements of Politics (1879) 82.引自Furmston: Cheshire and Fifoot's Law of Contract (9 ed., 1976) p.21。



參、法學論著





樂態度經營利己生活，並藉交易制度以形成物盡其用互取所需之群體社會生活。由此看來，契約乃人類受利己本性驅使並營社會群體生活所必要之制度。

二、經濟分析對契約之理解

經濟分析係以事實上、邏輯上各種可能之情形為基礎，預測各種不同之可能結果，而從事其間效率高低、其選擇是否合乎理性人之標準等之分析。反之，傳統之法律分析則以現有法律及案例事態為觀察基礎。法律分析之目的在於解決眼前之疑難案件；經濟分析則以現有業經解決之案例為素材，併加其他各種可能之結果，而尋求其中最能符合經濟要求之發展方向。

法律經濟分析與傳統經濟學之客體並不相同。從方法論言，經濟學之核心為「選擇理論」，認為吾人能否達成目標，係受制於資源、時間及工具，而時間及工具之用途不只一端，目標又因重要性而生差等，因此，人類之各項行為本質上均係斟酌選擇之結果。法律之經濟分析即係以該核心為基礎，以經濟學之研究成果作為研究工具，而研析各種法律規定之理論效果是否符合經濟效率，亦即檢視法律對於吾人可能之選擇範圍所為之限制，是否符合經濟效率。在契約法中，契約既視為人類追求利己目標所不能不有之制度，人類締約行為之要素經由溶釋分析後，其中應讓隱含諸如財富及效用極大化原則、固定偏好及機會成本等個體經濟學上之觀念。經濟分析遂以人類利己本能為中心，進而視人類為以自利為目的，在有限之資源分配下，追求自我效用極大化之利己主義信徒。

經濟學與法學最大差異，在於經濟學對於

活動主體「人」之觀察係以實證之已然狀態為基點，法律則以規範之應然期待為標準，是以二者不同。依照一般經濟學者之見解，從事經濟活動之主體「人」，係合乎理性（rational）之動物，各種活動作為均以「自我利益」為出發點，雖然有時候也會注意其他人之利益，但在利害衝突中，均以確保自我福祉為最優先考慮。因此，在追求自我之利益時，縱與社會團體之公共利益有所矛盾或悖離，理性之人必仍以自利為先。反之，法律通常用以作為判斷標準之「人」之形象，則不相同。在法律之觀念中，作為法律活動主體之人，則指「運用理智判斷」（reasonable）之人，在從事各項活動行為時，除了考慮自己私益外，並不能因此而有損於他人之私益，或團體之公益（註6）。若於自己之活動中非法損害其他人之利益時，則應負回復原狀之責任；若其惡性已重，責令回復原狀或金錢賠償尚不足以懲惡時，更課以刑事制裁，既罰其過咎，亦有對其他社會成員宣示行為違背理智時可能遭遇之後果。

經濟學上之理性人，則係以自我利益為導向之經濟活動體，在其思慮衡酌中，並無其他足堪與自我利益相互抗拮之事物。為了確保經濟理性人之個性能專精純一，其判斷能免於矛盾，經濟學家在理性人之性格中又假設兩項要素，即穩定偏好與追求財富或效用之極大化。

在經濟學之假設中，理性人之性格乃表現於對財富之偏好乃既定且不會改變。其目的在於避免從事經濟分析時，因偏好之善變而無法測估其他經濟條件之變化情形。同時，若偏好係變動不定，則在估量個人之福利時，無從藉著其他經濟因素之變化（如財貨之價格昇降）而分析其對個人福利之影響（註7）。

註6 Hirsh: Law and Economics. An Introductory Analysis. (New York: Academia, 1979) pp.7-8。

註7 Ogus/Veljanovski: Readings in the Economics of Law and Regulation. (Oxford: Clarendon, 1984) p.16。

財富極大化的觀念是法律經濟分析領域的學者經常爭辯不休之話題。所謂財富極大化者，係指從事財貨及資源之分派時，應視各人對於該財富及資源之主觀評價而定，而若將該財富及資源分派予主觀價值最高之人，即可使該財富或資源達到極大化。惟「主觀價值最高」之取決標準繫諸行為人對於該財富或資源之購買意願及經濟上之取得能力（即購買力）。蓋個人如果能夠增加其所擁有之資源之價值，則可使其財富趨向極大化。設以一萬元購買電視機一臺為例。若購買當時買方心中對於電視機之主觀評價為一萬二千元時，則買方之全體資產依其主觀之評價，已增加購入電視機所隱藏二千元之增值部分。反之，該電視機對於賣方而言，其主觀價值必不及於一萬元，否則焉肯以一萬元出售。因此，該電視機應分派由買方取得才可創造更高之價值。推而廣之，社會上各項財富應分派予對於該財富主觀評價最高之人，才能提高社會整體之財富，進而提昇社會價值。

財富極大化原則所稱之「財富」，並非專指金錢意義之財富，凡得以金錢表彰其價值或當事人認為得以金錢交易換取者，均不妨稱為財富。因此，甲以百元向乙購買市值九十元之集郵簿。乙之金錢財富增加十元，甲雖取得其主觀價值為百元之集郵簿，但該集郵簿與乙因此所獲得情感上之滿足，二者之總值則超過百元。再者，依我國現行法有關公務員休假制度，公務員對於未能休假之日數可以依日俸折算現金給付。又如法律上所謂慰撫金、恤金及死亡保險金等，無非承認感情之痛苦可以利用金錢之給予而減輕或淡化。因此，經濟學上財富極

大化之觀念自不以交易所得是否金錢實物為限。又財富極大化與功利主義並不相同。例如前例甲僅有十元，乙認其集郵簿市值九十元，縱使該集郵簿對於甲可以發生甚大之效益，但強迫乙以十元價格與甲交易並不能使社會財富極大。蓋甲可能因為交易而提高其財富（包括精神上之滿足），但乙因此卻會減少現有財富（註8）。

不過經濟學家所謂財富或效用極大化原則，係指個人乃自己福利之評判者，當面對多重選擇時，必然會揀擇其中自己認為最有利者。至於何者「有利」，係純粹主觀判斷，經濟學不預設標準，而視個人之偏好而定。由於人人均追求自己之最大福祉，故若未能自足時，必亟思向外謀取，是以形成市場。茲以二人之市場為例。若二人對市場上某項財貨之愛好均同，則必相互競價冀求獲得該物。若一人之物恰為他人所需，則二人必然進行交換而互達目的。因此，市場之供需法則實係效用極大化之衍生結果。

另一方面，資源稀少之事實除了形成市場之供需法則之外，當個人為了滿足自己之慾望所須花費之財富小於實際能夠支配之數量時，倘仍欲貫徹效用極大化原則，機會成本乃成為惟一之戰略方針。所謂機會成本，係指在各項機會中，選擇最佳者所應支付之代價；而該代價恰等於次佳選擇所能提供之利益（註9）；即對於任二個選擇，理性人恒以其報酬較大者擇之。由於法律之本質不論係積極命令或消極禁止，要皆在邏輯上或事實上之各種可能方法間，強行劃定吾人所能選擇之界域。因此，從「選擇」之角度言，法律經濟分析之對象不但

註8 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, pp.356-357。

註9 參見林鐘雄：*經濟學*（臺北：三民書局，七十七年九月增訂版），頁11f。





是法律所規範之個人，甚且包括法律之規範本身。蓋一旦界域劃定之後，其結果無異於在眾多可能之選擇客體間，法律已預先為吾人「選擇」特定之對象，吾人無從再將資源投注於非法律範圍內之客體。

例如：甲向乙買受中古汽車一部，並未特別保證其本質。甲於受領該汽車之後，發現倘遇大雨時車內會有漏水現象。除乙另有可歸責之原因外，依民法第三五九條及第三六〇條規定，甲所能主張之權利僅為請求減少價金或解除契約，而無從請求乙修補漏水^(註10)，或請求損害賠償。由於請求減少價金與解除契約之間，係相互排斥而不相容之權利。職是之故，某甲若係合乎經濟學要求之合理性之人，對於究竟選擇請求減少價金或解除契約，必會就其中最有利者揀擇之——若甲對該車之色澤特別喜愛之主觀情緒，加上乙可能返還之價金數額，二者之總合已足支付修補漏水之費用及修理期間所帶之不便時，甲可能會選擇請求減少價金以便保有該汽車。反之，則會選擇解除契約。

更就法律規範之可能性言。若某乙對汽車之漏水無可歸責，且從未就漏水為任何特別之品質保證時，甲固不能請求損害賠償。惟不論減少價金、解除契約、損害賠償或由出賣人修補，均係法律解決物之瑕疵責任所能使用之解決方法，在邏輯上並無當然排除任何一種之理由；甲能否請求損害賠償或修補瑕疵，純係基於契約法之規定使然。若某些邏輯上可能之救濟手段，立法者棄置不用，契約當事人依法律之規定當然只能採取其餘之救濟方式；則立法

者在諸種救濟手段間之取捨是否符合機會成本之要求，在經濟分析上亦可檢討^(註11)。

三、寇斯定理之啟示

一九九一年諾貝爾經濟學獎得主羅納·寇斯 (Ronald H. Coase) 教授係法律經濟分析發展中之重要學者。寇斯於一九六〇年任教於美國維吉尼亞大學時所發表「社會成本之問題」(The Problem of Social Cost) 一文，敲開近年法律經濟分析之大門。

寇斯以污染為例，說明法律規定與交易成本(費用)間之關係，並提出下列簡單卻極為重要之洞見：第一、損害發生時，應先在損害行為人與受害人間確定權利之歸屬。例如工廠排放工業廢棄物污染鄰右居民財物時，究係污染之工廠有權任意排放污染物，抑或工廠之鄰右有權享受清潔乾淨之居住環境。一旦權利歸屬確定之後，在假設零交易成本之條件下，利用交易制度可以使工廠之生產達到極大效益，其結果竟與權利原先為何人所有無關；是乃所謂「寇斯定理」^(註12)。第二、寇斯又指出：若市場之交易成本為零，且權利之歸屬在當事人間又甚明確，則唯一妨礙效率者乃法院之判決結果不確定而無法預測。法院之判決可以直接影響經濟活動，故關於當事人間之權利義務，法院之判決應儘量減低其不安定性。

關於該定理寇斯自己舉例如下。養牛維生之牧場主人與麥農毗鄰而居。牛群因數目增多可能越過邊界吃草而踐壞麥苗。牧場主人勢必限制牛群之增加，或補償麥農之損失。麥農可能會加裝柵欄等阻隔物，以防止牛群踐踏農地吃食麥苗，或支付補償金予牧主請求有效看管

註10 買受人無瑕疵除去請求權，史尚寬：債法各論(臺北：49年11月版)，頁34。

註11 例如買受人無瑕疵修補請求權之傳統，德國民法第四七六條a(1977年4月1日生效)已有修正，規定買賣當事人間約定以修補替代減少價金或解除契約者，出賣人應負擔修補所需之必要費用。請見Palandt-Putzo: BGB 49. Aufl., 1990, S.509。

註12 經濟學家則謂：「如果交易成本為零，則財產權之初始界定並不影響效率。」請見干學平：交易成本與經濟法學(律師通訊148期)，頁49，頁50。

牛隻。防止牛群破壞麥苗俾便提高小麥生產數量與准許牛群任意逡迴吃草以增加牛隻之生長繁衍，係牧主與麥農追求利己之最大目標。若牧主有權任意放牧，則麥農必須支付償金予牧主以求減少牛隻數目俾免破壞小麥生長；若麥農有權禁止牛隻在其農地上吃草，則牧主可能以支付租金或償金之方法，使麥農開放若干土地而供放牧。按照機會成本之觀念，兩人所願支付之金額，必不會大於牧主增加牛隻或麥農提高小麥產量所能獲得之金錢收益。因此，從麥農與牧主兩人間之整體財產合併觀察，不論採取限制牛群或補償之方式，二人之財富因此可以達到最大化之結論均無不同（註13）。

寇斯定理之功能，主要在於強調零交易成本下，自由交易制度可以為當事人創造最大之利益，而與法律對於權利之歸屬無關（註14）。對於素認公平正義為契約指標之法學家而言，此種概念開啓重新思考之契機。在法學之傳統觀念中，契約法與其他法律相同，均在公平正義之實現。因此，法學者一方面肯定契約自由與信賴原則之功能，另一方面則強調該二者應與契約正義相互結合，共同構成契約法，彼此相互補充、協力，始能實踐契約法之機能（註15）。法院在審理契約糾紛時，對於債權人與債務人間權利義務之分配，應以公平正義為標準。

但是，從其本質觀察，契約既然可為當事人創造最大利益，則契約法存在之原因，即在於佐輔契約達成此項目的。惟又如寇斯定理所示，在零交易成本之條件下，不論契約中之權利在當事人間如何分派，其結果均能為雙方創

造最大利益。例如在買賣契約中，不論法律規定物之瑕疵擔保責任究應由出賣人負責抑或由買受人自行負責，當事人均能藉買賣而相互獲取最大利益。蓋瑕疵結果若由出賣人負責，則出賣人必以較高之價金求售；反之，若瑕疵結果歸由買受人自行負擔，則買受人必以較低之價金方肯締約。因此，在前節所述甲乙間中古汽車買賣中，若該廠牌之中古汽車漏水之瑕疵發生機率為五分之一，且修補漏水之市價為三萬元，則汽車漏水之瑕疵責任可作價六千元。依民法規定出賣人應負瑕疵責任，故甲必在其取得該中古汽車之成本及應得利潤外，更提高價金約六千元左右，才願出售。反之，若法律規定買受人應自負瑕疵結果，則該車價應比確定無漏雨瑕疵之狀態至少扣除六千元，乙才願購買。換言之，在買賣當事人心中，潛在物之瑕疵之不利益係視為標之物之貶值，可在契約雙方之間流動，並依其價額而折抵或增加價金以完成交易；且不論該瑕疵即經濟上之不利益究竟分配予出賣人或買受人負擔，技術上無關乎正義公平，買賣當事人均可各取所需而獲得等值之經濟利益，要不因瑕疵責任之分派而受影響。

由是可知，經由寇斯定理之啓示不難發現，契約法追求之公平正義，其實際內涵包含經濟效率之概念。吾人進一步更應重新檢討契約與契約法之關係。從大陸法系之發展以觀，契約法者乃法律學者之分析論述及長久以來各種成文立法之匯總。自六世紀之優帝法典以降，羅馬法中之債法部分經歐洲法學者抱持推

註13 The Problem of Social Cost, 1960 Jour. Law and Economics 1, p.8, p.19ff。

註14 關於寇斯定理之中文論述，可參見陳俊雄：技術性外部不經濟，頁41-59。至於本定理在生活之上之巧妙運用，請見張五常：賣桔者言（臺北：遠流，1989）頁50以下，以及熊秉元：尋找心中那把尺（臺北：天下文化，1994，初版五刷），頁262以下。

註15 關於契約自由與契約正義之詳細說明，請見王澤鑑：民法實例研習叢書第三冊債編總論第一卷（臺北：77年1月版）頁69-71。另請見Larenz: Allgemeiner Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts (7.Aufl.,1989) S.47-48。





理思想及有系統之思想方法，深入研究並發揚光大(註16)。尤其十九世紀，德國註釋法學發達，羅馬法之債務法經歷史法學派之註釋法學者整理分析，並滲以若干德國日爾曼固有法後，形成今日之德國民法系統(註17)。此種由學者以體系思考之方式註釋講解契約法之結果，不免在歐陸間造成「契約法係以規範契約為目的之法律」的刻板印象。惟事實上，契約法中既充滿各式各樣的任意規定以補實際契約之不足，且允許當事人自由決定其契約類型，並未如物權受有「類型強制」之限制(註18)，是以與其基於強制禁止規定之強硬色彩而謂契約法係「規範」契約，不若承認契約法乃補充當事人間契約約定不足之法定契約條款。蓋若公平正義非契約法中分派權利義務之惟一標準，則基於法律一體不應相互矛盾之原理，所謂強行規定之目的縱使仍遮覆以公平正義之面紗，其內涵亦當與任意規定相同，均在協助當事人追求最大利益。換言之，契約法乃為補足或更正當事人契約內容之未盡完善而制定，其目並不在約束當事人之締約，反而鼓勵當事人契約之締結，並儘量維持契約之有效存在；蓋惟有契約有效存在，當事人間才能發生貨暢其流物盡其用之效果，才能在當事人間創造最大

福利。因此，契約法與當事人間之實際契約相互結合(註19)，外觀上經由強制禁止規定及契約正義之篩檢後，形成約束當事人間之私經濟關係之法律規範。實則此種規範係以私法自治之契約自由原則為其正當性之形式基礎，迴溯其源則始於資本主義、私有財產制、意思主義與個人主義等思想；最終目的則在於幫助當事人運用契約制度以追求自己之最大利益。

貳、效率—契約自由與契約信守之指標

一、契約自由原則之經濟涵義

(一) 契約自由之意義及功能

福利經濟學之基本觀念認為人人均追求自己最大福利，斯乃人之所以為「理性人」之天賦；是以私人間之經濟關係之內容究應如何形成才能為彼此創造最大福利，自以當事人才是最佳之判斷者(註20)。此種經濟上考量係以意思自由為其基本假說，與本世紀初個人主義思想之環境相結合，在契約法律思想之發展上相互呼應者，則是契約自由原則。

契約自由原則之內涵，包括當事人締約與否之自由及決定契約內容之自由。在法律位階上，契約自由在憲法上應有其立基點(註21)。從契約之存續而言，契約自由不僅指契約締結

註 16 何孝元:中國債法與英美契約法之比較(臺北:國家長期發展科學委員會,54年6月版),頁9-10。

註 17 戴東雄:中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法(國立臺灣大學法學叢書70年10月版),頁227以下。

註 18 關於契約類型,請見王澤鑑:民法實例研習叢書第三冊債編總論第一卷(臺北:77年1月版)頁89-92有詳細之說明。

註 19 例如法國民法第1184條規定:當事人間之約定即為法律。

註 20 此乃消費者主權之觀念,謂消費者以其欲望能否有效獲得滿足為其最高之價值取向。從精英主義之立場,持此標準判定他人之成就與價值則頗感荒謬而無奈;請參見 Mises: The Ultimate Foundation of Economic Science (夏道平譯:經濟學的最後基礎,臺北:遠流,1991年版),頁142-144。

註 21 德國基本法第二條第一項人格自由發展之權利;通說認為其中包括契約自由原則之保障。惟該條項係有關契約自由之一般規定,其他關於財產權之保障,勞動契約及團體協約之締結等,基本法中另有規定。請見 Durig in Maunz-Durig, Komm. zu GG, Art. 2 RdNr. 53 (Muenchen: C.H.Beck, 1990)。另美國最高法院自一八九七年以降,即認契約自由為美國憲法第十四修正案所稱之自由。請見法治斌:憲法保障財產權與其他權利之標準,載氏著:憲

之自由，更包括契約內容變更及契約關係結束之自由（註 22）。從經濟分析之觀點，確保契約自由原則，其重要性乃在於自由市場之競爭制度下，各項有形、無形之資源得藉以自由流通而達到「物盡其用貨暢其流」之目的，使各項資源在吾人之生活中發揮最大之經濟效益。此外，契約自由制度更是促使生產方式得以不斷更新之誘因，有效提高生產效率，從而促進整體社會之繁榮發展（註 23）。

當事人若係在自由狀態下締結契約，亦即其締結過程中並無詐欺、脅迫、以強大經濟力迫使對方接受締約價格或獨占等締約力不對等之現象時，當事人即可藉著互相自認合乎理性之行為舉止而締結契約，提高雙方之經濟效益，社會財貨能夠依憑此種方法而分配使用；此乃最有效率者（註 24）。契約並不是雙方雖有損益但總合相等之「零和遊戲」，而是能夠提高雙方經濟效益具有生產性之對局。誠然，公平締結之契約事後也可能對當事人造成不利益。但此係當事人於締約之時對於特定之資訊未能掌握，或對於若干潛在事態之發展無法預見，或者當事人已將該項不利益之危險以明示或默示之方法，列為契約之內容而有以致之（如股票買賣）（註 25）。當事人於締約之時點，無不期待自己能夠從契約中獲得利益。

契約自由原則，有內外二層不同涵義：從內部言，所謂契約自由，係指契約之基礎乃當事人意思之完全自由，不受外力任何干預。從

外部言，契約自由則指對於當事人基於自由意思締結契約而形成之權利義務關係，法律原則上任其自由而僅施以最低程度之干涉。由是可知，法律介入契約自由領域所干涉而排除者，無非妨礙契約自由之事由，而所謂不受干預者，係指對於干預之因素應予掃除；二者具有互補關係。

另從法拘束力之觀點，當事人自決及當事人負責原則，在其適用之範圍內，使契約自由之精神得以正當化。在法規容許契約自由之範疇內，當事人經由契約可以在法律上發生自我拘束之效果。契約自由之內涵包括締結契約與否之自由及契約內容形成之自由。由法官等第三人之眼光看來，當事人間之約定是否在將來可以客觀的標準去判斷或是否裨益於經濟民生，在法律上言本係無關宏旨。其要點在於該契約乃本於當事人雙方之自決而簽訂時，法律即承認其效力。

經濟學觀念中之理想契約，係指能夠增加當事人之效用，提高當事人經濟效率之契約。稱效率者，本無關乎公平正義，係支付最低之成本獲取最大之效益。因此，互易有無、賤買貴賣乃至於國際貿易之盛行，要皆是追求效率之具體表現，亦即吾人經濟生活之核心。是以當事人因為自甘履行義務，或基於同情之心態而締結違反自己偏好之契約，或從事其他經濟行為時，莫不以支付最低之對價以求取一己之最大滿足，均屬有效率之行為。事實上，此亦

法專論（一），頁 240-244（臺北：著者自版，74 年 5 月）。我國憲法無類似明文，勉強歸類或可認係第十五條財產權之保障範疇。請見林紀東：中華民國憲法釋論（臺北：著者自版，81 年 10 月），頁 153。

註 22 詳細言之，契約自由包括締結自由，相對人自由，內容自由及變更或廢棄之自由。請見王澤鑑：民法實例研習叢書第三冊債編總論第一卷（臺北：77 年 1 月版），頁 69。另見 Staudinger-Loewisch: BGB (12 Aufl.) Rz 3 Art. 305。

註 23 Schaefer/Ott: Lehrbuch der oekonomische Analyse des Zivilrechts, S.247。

註 24 因此，只要能達成協議，結果就是最好的，或最有效率的，請見熊秉元：「市場之尺」和「心中之尺」-論釋寇斯定理和布坎楠對寇斯定理的質疑（經濟論文 21:2, 1993）頁 331，頁 348。

註 25 Schaefer/Ott: Lehrbuch der oekonomische Analyse des Zivilrechts, S.247。



參、法學論著



為所法律所容許之契約自由範疇(註26)。若現成的契約內容不能為當事人獲取預期中之效率，則從經濟分析之觀點，該契約應有適度修正之必要。

(二) 不當干預契約自由之經濟惡果

經濟活動固以效率為指標，但其目的為何，則委諸行為人恣意之決擅，從社會福利之觀點而言，並無明白無爭之標準。因此，國家政策之主其事者，往往基於政策目的之考量，企圖藉著限制進口或出口等行政上最簡便的方法，迅速達到政策目標。惟對於貿易之限制即係對於契約自由之限制，其結果未必皆如當初所願。蓋市場原來能夠實現其在分派效率中特有的市場功能，但政府藉行政措施以干預契約自由，俾能減少若干經濟上之弊端。例如當國內毛豬需求增加帶動價格上揚時，政府輒限制毛豬出口以平抑國內售價。又如為保護國內小客車製造業者，政府對韓國產製小客車實施進口管制。此等進出口之限制以達成特定之政策要求為目標，惟表現在契約法上之意義即係對於契約自由之限制。然而，此種管制之結果實際上扭曲資源配置。從總體經濟看來，由於我國對世界毛豬及小客車之價格無左右能力，故此種管制一方面減少貿易利益，他方面則損及國際聲譽(註27)。

不惟寧是，根據實際調查結果顯示：此等干預契約自由之措施所遭受之分配損失，可能

大於利用干預契約自由及市場機能所獲取之利益。例如美國為了保障紡織品勞工之工作機會而採取對外國紡織品進口設限之市場干預措施，足使 116,000 名勞工每人獲得 5,600 元之利益。但是採取此種措施所造成效率損失之整體成本卻高達十四倍之多。換言之，美國政府為了避免對第三人造成價值七分錢之金錢效應，其國人卻必須犧牲相當一元價值的社會成品。又依照加拿大之成衣工業區中行政法令之規定，使得效率損失對於所獲得之利益比例為七十比一；亦即加拿大國民必須放棄一元價值之社會成品才能獲得相當於十七分之限制成衣進口所生之利益效果(註28)。干涉契約自由並非調整資源分派的良方，甚為顯然。

(三) 契約之外部性及其解決

基於意思主義，契約原則上只能在當事人間發生效力，不能使第三人負擔不利之法律效果，民法第二百六十八條即表彰此一原則(註29)；此乃契約以當事人之意思表示為其基礎之當然結果。在經濟效果上，契約往往會在當事人外圍造成不利影響。此際即應考慮宜否適度糾正俾使符合最佳經濟效率之問題。

契約活動所造成當事人外圍之不經濟狀態，或稱外部性，依其影響之結果不同，可以分為技術性之不經濟與金錢上之不經濟等不良效應(註30)。

1. 技術性效應：經濟個體之行為影響他經

註 26 例如民法第一百八十八條關於排除不當得利之規定，其背後涵義即在於承認：利用財產價值換取精神滿足亦具有效率。

註 27 請見張清溪/許嘉棟/劉鶯釗/吳聰敏合著：經濟學—理論與實務(下)頁 287-291，(臺北：著者自版，八十年八月二版)。

註 28 Schaefer/Ott: Lehrbuch der oekonomische Analyse des Zivilrechts, S.267.另關於干預契約自由破壞價格機能之惡果，請見張清溪等四人合著：經濟學--理論與實務(上)頁 61-70 有詳細事例分析。

註 29 關於契約無涉外效力之原則，請見陳彥希：利他契約中不完全給付之研究，頁 1-3，王澤鑑教授指導，臺灣大學法律研究所七十二年碩士論文。

註 30 參見 Baumol (李蘭甫譯)：經濟理論與經營分析(下冊)，頁 453-458，臺灣銀行經濟研究室編印經濟學名著翻譯叢書第二十六種(臺北：臺灣銀行，78年8月再版)。

濟個體，且該影響不能以價格制度規範時，該不利之影響即是技術性效應。例如現時國際流行之環境污染問題。又如某工廠因訂單增加提高產量，而供運輸原料及產品之卡車頻繁往來以致造成附近道路交通阻塞。此種技術性效應基本上對社會全體之福祉有負面效果，有礙於資源之最有效分配，同時也表示市場失靈（註31）。

2. 金錢效應：又稱第三人效應，係在締約當時由市場關聯性所造成之影響。例如：餐館主人與某遠地之現金交易肉商約定，從此該餐廳不再向附近之肉販購買肉類。又如因某家製鞋業接獲大批訂單，為增加產量，遂大量收購皮革，導致市場皮革短缺價格上揚，其他製鞋廠因而受有皮革原料價格上昇之不利結果。果爾，肉販收入之損失及其他製鞋廠成本之增加均係他人契約之結果，屬係第三人所受之金錢效應。但是此種效應與技術性效應不同，金錢效應並不會阻礙社會全體之福利。因此，根據契約自由原則，成衣商自其他國家進口價格較廉之成衣優惠消費者，卻對本國成衣製造造成市場萎縮之打擊，但是一旦實施進口配額之後，對於本國製衣商之此種金錢效應即受壓制。然而，此種壓制對於資源之有效運用不但不會改善，反而有害（註32）。因此，在完全競爭下，金錢效應表示私人經濟成本正確而集體邊際成本錯誤，無庸藉公權力調整，否則將造成資源分派不當。亞當·斯密早在一七七六年就已看出此種對契約自由之不當限制會阻礙金錢效應，因此他主張奠基於契約自由之市場經

濟，當然比中央計劃經濟能帶人民較多之福祉（註33）。

契約在經濟上既可能造成外部技術性不經濟之效應，則應該如何防止，成為經濟學家與法律學者欲解決之問題。一般針對市場失靈而言，技術性之外部效應若係對稀有資源誤認係自由財，則法律上對該資源明確界定財產權之歸屬後，可利用市場機能予以內部化而消除之。根據經濟學家之看法，面對已經造成技術性外部效應之情況，吾人倘要除去其不利益而提高效率，有三種方法可以採行：即以稅制量、外部性市場及成本內部化（註34）。在經濟學家眼中，限制契約自由似非合乎效率之方法。契約關係具有相對性，契約以外之第三人無從參加契約而主張契約上權利，故污染之受害人無從向契約當事人主張契約上之損害賠償或回復原狀。因此，就契約本身而言，契約履行時所造成之外部性，可將處理外部性不經濟所需支付之成本，利用契約之市場機能而內部化。

例如：汽水製造商與汽水消費者間因為買賣汽水而對整體環境造成汽水瓶隨處棄置之污染。就此種污染，行政機關可以按市肆所蒐集之廢棄瓶罐數額，向汽水製造商課徵環境清潔費（以稅制量）；若稅額過高，汽水製造商將會委請專人收集廢棄之瓶罐（外部性市場）。至於汽水製造商與消費者間汽水買賣契約所能處理者，僅係清除污染所需費用之分擔（內部化）。此外，有學者主張可以擴張商品製造人之契約責任以處理此等污染問題（註35）。惟廢棄汽水瓶罐污染之受害者為社會大眾之生活環境，而

註31 Schaefer/Ott: Lehrbuch der oekonomische Analyse des Zivilrechts, S.248。

註32 同前註。

註33 例如 Adam Smith 主張惟有下列兩項條件時，對於進口商品之設限才能發生效益：(1) 國防需要之產業，如海運業；(2) 相同商品在國內生產亦應課稅；氏著：An Inquiry In to the Wealth of Nations. pp.429-432 (New York: Modern Library Edition, 1937)。

註34 Varian, ibid., pp.555-559。

註35 惟學者有異說，認為得以延伸商品的生命週期而展延商品製造人契約責任。請見葉俊榮：商





瑕疵商品之受害人為使用商品之特定人，兩者範圍之廣狹不同。再者，商品製造人責任係對於原屬侵權行為責任之改良，受害人之人身安全本來就是法律保障之權利（註³⁶）；而環境權對於生活於該環境之人是否有同等之權利，不無斟酌之餘地。

二、契約之信守

（一）法律及道德上理由

當事人間之承諾及契約應該信守，恰如羅馬法諺 *Pacta sunt servanda*（契約應該信守）所言，或係昭然自明而咸信不疑之理。然而，在該誠命背後之真正理由究係如何，卻頗耐人尋味。粗略而言，吾人所以認為契約及承諾具有拘束力之理由，要隨個人基本法律理念之差異而有不同。

契約及承諾之拘束力，其基礎如何，約得有下列諸種見解。第一、社會必要說：採取直觀論者，以道德之眼光視契約與承諾為神聖而不可侵犯之對象，在組織完密妥適之社會生活中，不允許有契約不履行之情事。德國康德學派所謂信守自己契約義務乃成立合理之社會所必要者，其理在此（註³⁷）。第二、個人意思合致說：學者基於意思自由及私法自治之理論，認為個人意思應受尊重，除有違反強制禁止規定及公序良俗者外，當事人間健全、無錯誤且未受詐欺脅迫之意思表示之合致，即係拘束當事人行止之依據（註³⁸）。第三、侵害信賴說：當事人締結契約之心態，乃信賴他方當事人會給付契約對價，方肯開始自己之履約行為。故

承諾所以發生拘束力之基礎，在於自己之行為足使他人發生信賴，而非道德之約束（註³⁹）。

現代社會中企業往來交易頻繁，對於他人承諾之信賴乃有逐漸增大之現象，上述直觀說之見解似嫌粗糙，難為適當之說明。其次，意思合致說所謂意思固係以當事人間所知悉之內容為準；但實際裁判結果，當事人應負責任之範圍往往超過其原有之意思，而以客觀之相當因果關係或有無預見可能性為其標準；此與意思合致之理論不符。至於侵害信賴說對於契約義務之範圍與侵害之範圍兩者常不一致，亦乏客觀說服力。承諾拘束力之基礎若何，實難為有效之解釋。此固係該問題之哲學性質使然。惟從法律之角度看，承諾所以具有拘束力者，最直接原因勿寧謂依恃法律之強制力為其後盾。若當事人任意毀約背信，可能面臨公權力之威迫，領受負面評價之效果；當事人為避免此等不利結果，乃願意信守承諾。如此說來，法律竟是賦予承諾以拘束力之原因。然而，若更進一步深思，則真正之問題核心在於吾人為何原意將法律之強制力加諸違反承諾或契約之人？除了傳統法學習稱之公平正義外，是否尚有其他更原始之理由可以說明承諾及契約具有拘束力之基礎？對此，契約法與經濟效率間之關係頗能為適切之解答。

（二）契約法為經濟之潤滑劑

在一個沒有公權力及契約法的社會，諸事僅能仰賴交易相對人之誠信。參與交易的行為人如果能夠信守契約義務，遇有債務不履行尚

品的生命週期而展延商品製造人契約責任。請見葉俊榮：商品製造人的「後消費責任」：契約與行政管制的選擇與調和（經社法制論叢 13 期，83 年 1 月）頁 1 以下。

註 36 王澤鑑：商品製作人責任，民法學說與判例研究第一冊，頁 357，359。

註 37 Reinach: *Apriolischen Grundlagen des burgerlichen Rechts*, 1992, Sek. 2-4, 引自峰村光郎：法之實定性與正當性（東京：有斐閣，1959）頁 222-223。

註 38 石田喜久夫：契約之拘束力（載遠藤浩/林良平/木本浩等編：現代契約法大系第一卷：現代契約之法理（1），東京：有斐閣，1988）頁 388 以下。

註 39 峰村光郎，*ibid.*，頁 224-225。

且能適當補償其相對人之損失，則自由交易市場給予該人之獎勵即是源源不斷的締約機會。反之，若係悖離誠信毀約不顧之人，必然會逐漸喪失交易對象，終至被迫退出市場。

政府應該確保契約承諾之執行，其目的在於增加未來債權之現有價值，即使承諾所表彰之財產上期待價值得以受到信賴，能夠成為現時之交易對象，而有利於人民。由經濟面觀察，若財富之重新分配之後足使社會若干某些成員在經濟上變的更好，又不會使其他任何成員之經濟狀況變壞，則此種重新分配之結果顯然較分配前有利於社會之全體成員，在經濟上係有效率之分派。由此看來，契約法之目的乃在於幫助當事人利用契約制度，以交易方法滿足各人之需求與欲望，俾便能夠增加其中任一當事人之利益，卻又不會減損他人現有利益，果爾，此種契約規範即能夠發揮其增加當事人效益之功能，係符合經濟效率（註40）。

從交易制度成形之過程言，由於違約及不公平之作法將滋衍變化與不安，不見容於市場。再者，可信賴、債信良好而有支付能力之人將成為締約之主要對象；是以市場中能夠誠信守約之人必然廣受歡迎，遂而逐漸澆假形成市場活動之參與者共同遵守之初級、賦有原始風貌的行為規範。當然，其規範之拘束力及形成市場之整體交易數額均遠不及於現代契約法及法院公權力相結合所護衛的經濟社會。但是，由此亦不難明瞭在契約自由之體系中，契約法實在具有「經濟潤滑劑」（Schmiermittel）的功用（註41），有助於擴大交易數量及範圍，提昇分工之細密程度與效率。如此，契約法即與貨幣同其功能。苟無契約法及貨幣，社會之交易額度必大為寡少。在契約自由之體系中，

在契約當事人間缺乏明示或默示約定之範圍內，任意法之規定具有規範契約之功能。因此，契約法可以說是最基本的契約規範；契約法規範之內容愈為趨近雙方當事人間假設之意思內容，則當事人間商洽訂定特別契約條款之必要性愈低，如此自可減少締約之費用，方便當事人對於效率之追求。

三、契約成立即為效率

如前所述，當事人對於彼此之間所擁有資源之流通，只要能達成協議而完成交易，即係最有效率之資源流通方法。契約法之目的既在補足當事人契約內容之不足，則契約法之規定自應以追求效率為主要考量；實則我國民法債編總論中有關契約之規定，莫不如此。

例如民法第一五三條規定，以當事人意思合致為契約成立要件，所採者為不要式契約原則，其對於當事人締約之便利迅速自非要式契約可比；其目的即係肯定契約之成立乃當事人間最有效率之分派資源之方法。因此，縱使受要約之一方未為承諾，契約仍可因意思實現而成立（第一六一條）。又當事人間約定契約應具備一定方式，惟未具備該方式之約定者，亦非絕對無契約關係，僅係推定不成立而已（第一六六條）。事實上，最高法院之見解亦傾向於儘量允許契約成立；故當事人間縱已約定契約應用一定方式，但「係以保全契約證據為目的，非屬契約之成立要件，其意思已明顯者」，契約仍然成立（註42）；顯然當事人間關於契約應遵守一定方式之約定，最高法院採取嚴格解釋，除當事人之意思顯然以約定之方式為契約成立要件，否則該方式僅為證明方法，俾增加契約成立之機會。此外，遲到之承諾本不生效力，發出承諾之當事人亦未必有重新要約之意思，

註 40 Note by Ashley, pp.1251-2。

註 41 Schaefer/Ott: Lehrbuch der oekonomische Analyse des Zivilrechts, S.250。

註 42 二十八年滬上第一一〇號判例。



參、契約正義

一、正義與效率

經濟學使用「效率」為基本概念，法律則以公平正義等基本價值理為基礎，二者之間關係如何？若有衝突時，宜如何解決？斯乃法律經濟分析之根本問題；應予說明。

人類行為受趨利避害之本能主導，效率觀念一能以最少之代價獲取最大之成果一則為奉行不悖之行為指標。然而，面對大自然及洪水猛獸之威迫，人類發現惟有經營群體生活凝聚團體力量，才能確保生命及子孫後代之綿延繁衍。惟基於資源之稀少性，為避免群體成員因資源之爭奪而彼此韃伐戕害終至群體散滅，必然要形成若干共同之價值理念，俾求群體生活之和諧共榮。此等價值理念則藉著迷信、神諭、倫理道德及法律之強制力，在群體成員間受到尊重與信守。此種價值理念之內涵如何，或言人人殊，惟其中包含正義之概念，殆無爭議（註 45）。

自亞里斯多德以來，學者即依其處理對象之不同，將正義更區分為若干類別。例如平均正義與分配正義，法律正義、社會正義與國際正義等（註 46）。法律因應不同正義之要求，遂有不同之類別與面貌。是各種法律除了憑藉國家公權力以確保其實踐外，均各有其固有之法規意旨與目的。是以各法律之性質不同，乃因其內含基本價值理念實現之結果。

綜上觀之，效率係導源於人類本能之行為規則，而正義則為維繫群體生存之必要價值理念；二者之間似不相同。因此，法律經濟分析

但民法仍解為新要約（第一六〇條），其目的即在增加契約成立之機會，幫助當事人追求效率。

再以懸賞廣告為例。懸賞廣告究為契約抑或單獨行為，頗有爭論。最高法院曾有判決用語表示採取契約說（註 43），惟有力學說則從法律規定、交易安全及當事人利益之觀點，認以單獨行為說為可採（註 44）。實則從追求經濟效率之觀點，亦可得到同一結論。因為當事人以懸賞廣告之方法尋求特定行為之完成，其目的在於向不特定人徵求廣告內容之實現，與孰為實現之人無關。若採取契約說，則須注重其相對人之個別性，顯然違反當事人登載廣告時之意思藍圖。其次，單獨行為或契約說固均可自第一六四條後段之規定尋得註腳，但就登載廣告之人而言，渠所企求者乃廣告行為之完成，而單獨行為說由於不受相對人有無行為能力或意思能力之影響，較諸契約說更有增加廣告登載人滿足其需求之機會。換言之，單獨行為說較契約說為有效率。再者，所謂單獨行為或契約，僅係法律學者所操作之概念，並非事物本質之必然結論。在現實之社會生活中，為節約時間追求經濟效率，交易實務早已容忍契約相對人之機器化（如自動販賣機或提款機），其結果雖然模糊契約與單獨行為之分泯，致有理論上失其圓融之缺憾，但因此卻能提高經濟效率，其理論能否圓通則無關宏旨矣。因此，在不知廣告之禁治產人偶然完成廣告所要求之行為時，與其固守契約說而衍生契約是否成立之糾紛，自不若逕認係單獨行為而滿足當事人雙方之需求為愈。

註 43 五十八年臺上字第二六一號，載中華民國裁判類編，民事法（十一），頁 149。

註 44 請見王澤鑑：懸賞廣告法律性質之再檢討（民法學說與判例研究第二冊，1979年6月版），頁 57。

註 45 例如依洪遜欣教授所信，法之價值理念（價值標準）包含（1）行善去惡之道德理念（2）共通善與正義（3）生存權等三類；請見氏著：法理學，頁 249 以下。

註 46 洪遜欣：法理學，頁 273-280。

倡導以效率之標準檢視法律，與固有法律思維不同，而遭受學者質疑：第一、經濟學之研究對象乃市場行為，不應擴及於其非市場行為之領域。第二、經濟分析以效率為標準，與法律內含之價值理念並不相同，則其分析結果有無放諸四海皆準之普遍效力，誠有可疑。

上述第一項批評在邏輯上顯值商榷。蓋經濟學之研究領域能否延及非市場之範圍，並非審查其研究結論能否接受之前提。經濟學以市場行為作為其研究對象者，係因有關人類市場行為之各種資料數量繁鉅，方便分析取樣，並不因此表示經濟學不能研究市場行為以外之對象。蓋評價經濟學之研究成果良窳，應以其結果是否可信、對於吾人之生活有無助益為斷，與其研究範圍無關（註 47）。縱使法律經濟分析之結論能否眾所咸信，今日尚難蓋棺論定，但是其理論之發展及其說服力，並非訴諸於非科學之政治實力或威權力量；因此，以所謂經濟學的帝國主義為理由而否認法律經濟分析理論之作用，可謂犯了邏輯上不相關聯之謬誤（註 48）。

至於第二項批評，則觸及效率與正義等其他社會價值理念間之根本問題。效率與正義能否併存，彼此之間有無優越性，乃長久以來學者欲解答之疑惑（註 49）。然而，不論立基於康

德之倫理學而檢討效率之觀念（註 50），抑或從經濟效率觀點檢視政府政策之決定（註 51），晚近學者有二項研究結果值得吾人肯定：（1）道德、公平正義等價值理念與效率之衝突係不可避免，而在道德、正義之評價與效率評價之間抉擇其一，決定何者優越更是無可迴避的問題（註 52）。（2）正義與效率乃獨立相互存在之價值判斷標準，至於何者為優越，則非經濟分析所能決擅，更須法哲學家、經濟學家及法律實務者共同研究解析（註 53）。

財富或福利在社會各組成員之間應為如何之分配，乃正義之任務，而追求效率之目的則在於增進個人及社會整體之福利，與正義之問題無關。因此，效率應作為評估法律規範是否合宜之首要標準。至於財富之重行分配必須支付成本，故法律規範之設計，應以最能創造財富增加整體社會福利為取向，而將財富重行分配之問題交由政府之稅賦制度及公共支出（如補貼）等制度解決。如此，即可調和效率與正義之衝突。法律之制定不能以經濟效率為唯一指標，應斟酌其他正義原則。是以群體認為應該採行某項正義原則或價值理念，則制定法律以實踐之；如此所造成財富之重行分配，縱使犧牲效率，似亦難以避免（註 54）。

進而言之，效率乃理性人之行為指標，法

註 47 Posner, *The Problems of Jurisprudence*, pp.362-369。

註 48 Ott/Schaefer: JZ 1988, 213, S.215。

註 49 例如著名經濟學家 George J. Stigler 遂謂其對於經濟學者是否相信「非正義」，不願置評，俾免被「歸類」(make me in some circles); 請見氏著: *Law and Economics*, 35 *Journal of Law and Economics* (1992) 455, p.462。

註 50 Rahmsdorf: *Oekonomische Analyse des Rechts (OAR), Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie*, in: *Rechtstheorie* 18 (1987), S. 487-501。

註 51 Brown: *The Failure of Market Failures*, in: 21 *Journal of Socio-Economics* (1992), pp.1-24。

註 52 Buchanan: *Ethics, Efficiency, and the Market*. (New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985) p.12。

註 53 Brown, *ibid.*, p.14; Rahmsdorf, *ibid.*, S.500-501。

註 54 Ott/Schaefer: JZ 1988, 213, S.215. Polinsky: *An Introduction to Law and Economics*. (Boston: Little, Brown, 1983), pp.9-10, pp.107-113. 另外，熊秉元教授將價格體系與道德體系排比並列，認為二者均具有高低大小之程度上「比較」之性質，均是人類行為之心中指標。此種採取反於傳統而由質變回測量變之觀念，終局可能導出正義與效率同質而可量化計算比較之結論，雖與拙文不同，惟值得吾人注意。請見熊秉元：「市場之尺」和「心中之尺」一論





律規範既受正義等價值理念之指導，肩負促進群體共存共榮之任務，則其規範之結果當然不能違反效率，否則必然窒礙難行。準此可謂效率觀念具有二面性格：一、在無關乎道德、正義等基本價值理念之領域，法律規範仍以協助群體及其成員追求效率為目的。蓋如此一來可以儘量降低成本提高收益，對於成員及群體均有助益。就此而言，效率本身即是法律之目的。此種類型之法律堪以契約法為典型。二、如正義或其他基本價值理念對於財富之分配有特殊之考量，則依據該價值理念所制定之法律，其規範結果可能不符合前述效率之要求。例如行政法、刑法等確保團體生存維護公益為主要目的之法律是。惟此等法律之規範技術仍應服從效率之思想，以受規範對象之行為誘因為出發點，否則其規定必難竟其功。對於此種法律而言，效率乃成為法律技術不可不從之指標（註 55）。

二、契約正義與效率

如前所述，契約法中有關正義或其他價值理念者固少，故以效率為分派權利義務之標準，亦少受干擾。惟此非謂契約法中即無正義或其他價值理念；第一種情形即係契約正義。依學者之見解，契約法係以契約正義（平均正義）為基本原則，確保雙務契約給付之等價性及契約上負擔及危險之合理分配（註 56）。然而，契約正義之要求，恰是最符合效率之結果。例

如給付之等值性採取主觀等值原則，即相當於福利經濟學所稱之效用。又如合理之危險分擔，亦與契約之風險分派結果相當。如是以觀，契約正義之內涵即為效率，自無衝突可言。

第二，契約法中關於法律行為違反強制禁止規定或公序良俗無效之規定，恰能說明契約法中仍有若干公平正義等基本價值理念，暨該標準與效率之關係。契約法中之強行規定之目的多在確保當事人能利用契約制度創造最大福利；故誤用（意思表示錯誤）或濫用契約制度者（意思表示不自由如詐欺脅迫及暴利行為），既不能提高雙方當事人之效率，自應許當事人有糾正之機會；此乃民法第八八條、第九二條及第七一條等規定之經濟意義。然而，不可否認者，民法中尚有若干強行禁止規定之真正意旨並非協助當事人追求最大經濟效率，而係以公平正義或其他價值理念為其鵠的。例如毒品交易及人口販賣。海洛因具有極佳之止痛效果，能夠提供人類精神感官上之舒緩及暢快，乃為眾所週知之醫學常識。對於吸毒者與毒品販賣者而言，實難否認毒品買賣契約之經濟效率。再者，百年以前之封建時代，人力與獸力均可用金錢絕對享有及支配；對於農業社會中身無長物僅憑勞力糊口之人而言，所謂婢奴買賣確能提供若干免於凍餒之存活機會；自亦具有經濟效率。是以僅就經濟效率而論，此二種類型之契約均有其正當化之理由。然而，民法

斯定理和布坎楠對寇斯定理的質疑，載經濟論文，21:2 (1993)，頁 331-356，頁 347。惟有學者認為：法律之經濟分析決定私法規範之公共功能者，係以私法規範在市場經濟之範疇內所具備之財貨分配能力而定。功能高低之標準則在於資源作最有效之分派及將社會成本減到最小。然而，法律之經濟分析並無法完全將法律上之評價移轉為經濟領域內處理，僅憑法律經濟分析並不能解決問題。請見 Horn: AcP 176 (1976)，307，S.330-331。

註 55 例如關於有期徒刑，專科罰金與併科罰金等刑罰間之效率，朱敬一教授與其學生姜念匯先生有極為精緻之分析，請見氏合著：論徒刑與罰金刑之最適取捨，「法律的經濟分析學術研討會」發表論文，八十年一月十九日至二十日，臺灣大學經濟學系主辦。併此感謝主辦單位借閱此一論文。

註 56 王澤鑑：民法實例研習叢書第三冊債編總論第一卷，頁 70-71，洪遜欣：法理學，頁 275。

第七十一條及第七十二條卻禁止此類型之契約；非但禁止締約行為，並否認其法律效力（註 57）。由是可見，契約法所以禁絕此等契約，顯係基於效率以外之基本價值理念之衡量，或係繫諸於人道之終局關懷，或係著眼於國家民族生存命脈之萬年大計，或以正義道德為矩繩。此等基本價值理念之位階要在經濟效率之上，且能獲得群體成員之認同。

由現代社會生活實況以觀，契約法之形成，並非單純理性、邏輯、及正義原理之產物，亦非僅由歷史、社會必要性、或潛藏但無所不能的經濟力量所能決定；實則契約法與其他領域之法律相同，均係人類意志之產物，乃人民、法曹及律師等在日常生活中所運用並不斷創新改造之思想結晶（註 58）。契約法之規範對象為人類之經濟行為，其終局目的在於求取人類生活之廣續改善。經濟學亦以人類經濟行為作為觀察對象，並由其由歸納引申若干基本法則。職是之故，契約法係維持人類私法生活秩序並追求最大群體福利之基本規範，自不能不採法律經濟分析之觀點以辨明各種規範手段間之輕重緩急；但又不能專以市場經濟之效率為其導向。效率如與群體所認同之正義等基本價值理念衝突時，高位階之正義理念應占有強勢之主導地位，但是該高階理念僅在必要之範圍內有優越之主導力，一旦離開其範圍，仍應由經濟效率取回其在契約法之領導權。

契約法基本上不適宜解決財富終局分配之問題，而以確保經濟效率為其任務（註 59）。換言之，法院對個案當事人間財富之重行分配，僅係契約法藉以提高經濟效率之必要手段而已。例如群體成員彼此共營社會生活交易往來

之時，保持彼此身體健康不受傷害較能符合經濟效率，故應降低可能造成人身傷害之事故，以求取成員間最大之福利。是以若損害他人時，應負損害賠償責任（第一八四條）；其經濟上之意義乃係藉助「支付賠償金額」之財富重行分配手段，俾期減少破壞經濟效率之事故。



（本文作者為國立臺灣大學法學博士，現為國際法律事務所合夥律師）



『我要做的只是以我微薄的力量為真理和正義服務，即使不為人喜歡也在所不惜。』——愛因斯坦

註 57 關於強制禁止規定之分析，請見蘇永欽：違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法第一三四條的理論與實務操作看我國民法第七十一條，載民法經濟法論文集（一）（臺北：77年10月版）頁 87-122。

註 58 Feinman: Critical Approaches to Contract Law, 30 UCLA LR 829 (1983), p.856。

註 59 Ott/Schaefer: JZ 1988, 213, S.222。

