

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〉

簡資修*

摘 要

在侵權賠償責任的經濟分析中，行為人身體上防制損害發生能力的不同，是會影響其過失責任的認定標準。Shavell、Landes 與 Posner 等人認為，若非基於特別阻嚇或訊息因素，行為人身體上防制損害發生的能力愈差，其過失標準應愈低，此即其愈不容易因過失負損害賠償責任。我則認為，在過失侵權責任的認定上，行為人身體上防制損害發生的能力愈差，其過失標準應愈高而非愈低，因為這種行為人一旦減少其活動量，即可減少較多的損害，從而其法律上防制損害發生的能力是較高的，雖然其身體上的損害防制能力較低。許、蕭兩位先生不贊同我的看法，為文為 Shavell、Landes 與 Posner 等人辯護。我的回應主軸是，侵權法作為私法自治之一環，必然是以行為人是否量能而為作為賠償責任的認定標準，而 Shavell、Landes 與 Posner 等人以及許、蕭兩位先生的分析基礎，則都是命令管制型的，因此與過失侵權責任的本質是相違的。我以 Shavell 所舉的年輕人或年老人誰應多掃雪之例說明，抽離了制度的經濟分析，是無意義的，而且易誤導政策。我再以水泥廠為例，說明污染排放權利交易、污染稅以及過失侵權賠償責任是一體的三面，其認定基礎皆是在減少污染排放量，而此與自然人因其身體上防制損害發生能力不同而導致其可容許活動量不同之分析，是相同的。最後，我強調法律的經濟分析，其分析客體的制度本質必須被掌握，否則只是黑板計算，而此是 Coase 一再警告我們的。

關鍵詞：合理人標準、侵權賠償責任、命令管制、交易誘因、私法自治、制度經濟學、污染稅、污染排放權交易

JEL 分類代號：K13, K42

* 中央研究院法律學研究所籌備處副研究員、人文社會科學研究中心制度與行為專題中心特聘副研究員、台灣大學法律學系特聘副教授。作者感謝兩位匿名評審人的意見，當然所餘錯誤仍然是作者的。

投稿日期：民國 94 年 8 月 30 日；接受日期：民國 94 年 12 月 15 日。

經濟研究 (Taipei Economic Inquiry), 41:2(2005), 191-206。

臺北大學經濟學系出版

1. 前言

本人曾在 1992 年為文〈不法行為決定時點：預防科技的不足或安全活動的逾越？〉，指出 Shavell、Landes 與 Posner 等人就過失賠償責任中的合理人標準之經濟分析是錯誤的。2004 年，許耕維與蕭代基兩位先生以〈過失責任標準經濟分析之再省思〉（以下簡稱〈再省思〉），說 Shavell、Landes 與 Posner 等人才是對的，我是錯的。本人基於學術交流目的，茲為此回應。在為實質回應前，容我先就本回應題目中居然出現了「本質」一詞稍做說明，畢竟在現今實證科學當道之時，此一具哲學味或甚至玄學味的詞，不但在經濟學少見，在法學研究中（Posner, 1990），也是令人敬而遠之。我的理由是，Coase 在其 1937 年的經典論文，用了〈廠商之本質〉（The Nature of the Firm）（Coase, 1988: 33）為其題目，以彰顯經濟分析若是忽略了交易成本，將無法「本質」瞭解廠商。本回應師法其意，也認為若從命令管制角度經濟分析過失賠償責任，將無法「本質」瞭解此一私法制度。

2. 問題背景

在英美過失賠償法中，有一個法律準則是合理人標準（reasonable man standard）。¹其大意是說，事故防制能力低於合理人標準的行為人，在事故發生時，依其當時身體或心智的事故防制能力，即使已為最大努力，仍應負損害賠償責任。²按過失責任的課予基礎，是行為人能注意而不注意，則初觀之，此一準則，

¹ 在我最早期的著作，此詞我譯為「通情達理人標準」，現在我已不認其為恰當，還不如老實譯為「合理人標準」為佳。

² 因此類似於我國的善良管理人標準（所謂抽象輕過失）。從而使得此處的分析，在我國侵權行為法的經濟分析，亦有適用。

強人所難，似乎違反了過失責任的意旨。法律經濟分析學者，多半基於「英美普通法是有效率的」之前提假設，試圖要解釋此一「不正常」。Shavell (1987) 認為，課予對這些人而言非其最適的防制措施，是要阻遏這些人從事無效率的活動。Landes 和 Posner (1987) 則認為，是因為法院若花成本去區分這些人與（一般）合理人的過失標準，是不值得的，所以才有了統一標準。我則認為在過失責任制下，這些人本來就須負較高而非較低的過失標準（從享有的容許活動量來看），因此此一合理人標準是理所當然，並無「不正常」。我的立論基礎是，過失與否，並非如 Shavell 等人所言，「單單」以物理面防制能力的優劣就能判定，而是必須「搭配」行為人所從事的（危險）活動量來看。此即，有較佳防制能力者，可享有較高的活動量，防制能力較差者，則僅享有較低的活動量。因此防制能力較差者，如果從事了較高的活動量，當然就有了過失，而此就是合理人標準（簡資修，1992）。

雖然在法律結論上一事故防制能力較差的人仍應負損害賠償責任—我與 Shavell 等人是無不同的，但此處涉及了更深經濟分析方法的問題，此即命令管制（command and control）或交易誘因（market-based incentive）的辨異問題。將過失責任盯住物理面的防制能力，是一種命令管制，將其與行為人的活動量連動，是一種交易誘因。在此我不是主張命令管制一定不好，交易誘因一定好，否則現實上也不會有如此多的行政管制 Shavell (1987)！以「事後損害賠償」為特徵的侵權法，其制度的設計核心，必然是交易誘因，因此（私法上）過失的損害賠償責任，是不同於例如罰鍰的（公法上）命令管制處罰，其認定必須以交易誘因為指導方針。

3. 年輕人或年老者，誰應該多掃雪？

由於〈再省思〉一文在其第二節「文獻回顧」起頭，不以較相關的年幼者開車為例，而以年輕人或年老者，誰應該多掃雪為例，

來說明 Shavell 與我認知之不同，其可能利用了讀者的「敬老」態度，來暗示我的論證之不足取，因此有必要先就此為說明。

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。因此簡資修（1992，2004）原文中是說，

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。（底線是作者新加）

我未說，年老者人一定要多掃雪。〈再省思，頁 193〉說我：

主觀認定，年長者的時間一定比較沒有價值，所以時間機會成本較低。（底線是作者新加）

這是錯誤的。我只是要指出掃雪能力之強弱，並非誰應多掃雪的決定因素，而是要搭配其機會成本來看。誠如〈再省思，頁 193〉所說，

年長者也可能因為知識經驗較豐富，其時間用於規劃國家、社會政策、公司管理策略，對社會貢獻之價值比年輕人更高，也就是說年長者之時間機會成本，亦有可能比年輕人更高。

這我是絕對同意的，若是如此，當然就要由年輕人多掃雪。但如此的論證，不就是捨掃雪能力而就時間成本之衡量嗎？因此〈再省思，頁 193〉接著說：

因此，如果年輕人的時間機會成本較低，按簡資修之主張，仍應由年輕人多從事掃雪工作，Shavell 的論點仍然成立。

就令人不解。上引文前段所說我的主張，絕對不是我的主張，而後段所說 Shavell 以掃雪能力為基點的論點，怎能仍然成立呢？

我之所以不去探討年輕人或年老者的內部成本，還有一個原因是，其無法量化。原〈再省思，頁 189〉的圖 3（以下表示為圖 1），是所謂內部預防成本與利益計算得出的最適產值，在污染防制設備之使用成本，也許還有電費、操作人員薪資或其他的有形成本可以金錢計算，因此可以在縱軸表現出來，但在純勞力的比較上，其計算單位為何？所謂年輕人內部預防成本較低是指，同樣掃一單位的雪，年輕人比年老者少用了卡路里？比較少痛苦？比較不可能去閃了腰？這些都是臆測，無法量化。最後無法說明，也許就將之歸諸「效益」（utility）的喪失了，但如何確定年輕人因掃雪所失的效益一定少於年老者？此是迷上加迷。按所謂掃雪能力強，一般是指年輕人在掃雪速率上高於年老者，而速率必然是連動於時間，因此在計算其最適產值時，其成本面自然就是時間成本了。

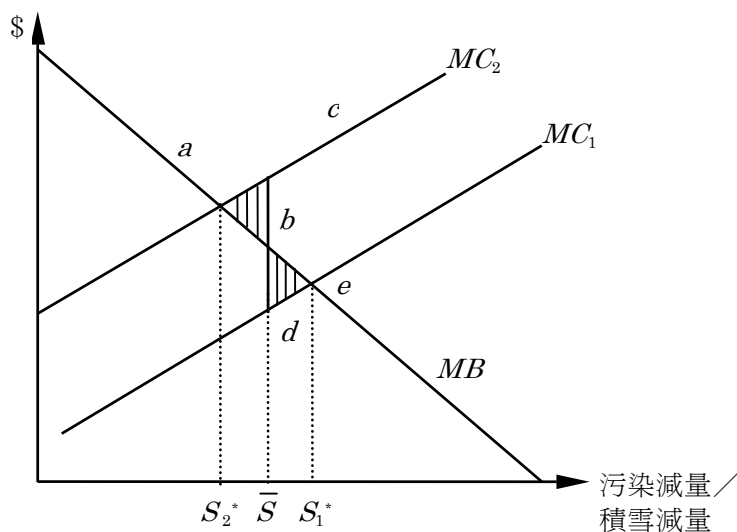


圖 1 污染減量標準之決定（原〈再省思，頁 189〉圖 3）

不過，最嚴重的問題是，Shavell 在探討過失侵權責任時，居然舉了此例——他忘了制度之存在！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（Coase, 1988: 33），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。³但是在承平時期，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年老人造成的（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年老人無關。甚至也許更符合實際的是，年老人往往較富有，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。

³ 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。（底線是作者新加）

4. 具好污染防制設備者或污染排放量大者，誰應多減少污染？

對污染排放者，應如何認定其過失因此應負損害賠償責任，是〈再省思〉深度探討的另一例。若單純從法律觀點來看，英美法上的合理人標準（reasonable man standard）其實是僅適用於自然人，而不適用至公司廠商等非自然人。我之所以將之混在一起談，原本是想藉用環保法上新興的排放許可權交易，來加持說明自然人的「能力」並非其負損害賠償責任的唯一或最後決定因素。因為在我看來，公司廠商的污染防制能力與自然人的損害防制能力，經濟分析上應該是相同的，雖然法律上可能有不同的準則。當時我也以為排放許可權交易的經濟原理，足夠跨界助我說明自然人的「能力」並非過失認定的關鍵，而是否「量能而為」才是。從〈再省思〉作者之一係知名的環境資源經濟學家看來，我的這一假定，顯然適得其反了。不過，真理越辯越明，我就勉力為之了。

按污染之所以是問題，是來自造成污染的活動與被污染的活動，對於同一資源有使用上的衝突，此即外部效應（external effects）。有了衝突必須解決，但基於損害的雙面性，其解決方法不是完全放棄污染活動，而是兩害取其輕，求取一個最適的污染量（Coase, 1988: 95-）。污染量在此值時，社會有益活動的總收益減掉因之污染造成的損害總額之值，是最大的。在數學計算上，此即邊際社會有益活動所生利益等於邊際污染損害額度之時。換言之，造成污染的活動之收益越高，其可容許的污染量就越高，或者受污染而損害的額度越高，其可容許的污染量就越低。若與上述掃雪之例相比，此有如年輕人或年老者，誰的時間成本較高，即意味了其與掃雪活動衝突的活動之收益較高，所以應少掃雪，反之，則應多掃雪。不過，在有關污染防制之例，〈再省思〉與我的爭執，不在誰的污染活動收益較高，因此享有較高的污染量，而是在污染活動

的收益相同假設下——例如同樣是生產水泥而造成的污染——就個別污染者若其污染防制能力較差，在侵權責任認定上，其是否享有較高的污染容許量。我認為答案是否定的，而〈再省思〉則認為是肯定的。

〈再省思〉是以圖 1 來說明，污染防制成本較高的污染者，應享有較高的污染容許量。在數學計算上，這是必然的。但問題是，要以何種制度去達成？此如同上述掃雪之例，如果年輕人和老年人已經別無選擇必須去掃雪，而其時間機會成本也相同，則掃雪能力強的年輕人，在數學計算上，是要多掃雪的。但問題是，首先，掃雪為何是其義務？其次，捨利誘採懲罰，如何避免怠工及反淘汰？

在污染防制之例，排放許可權交易機制，同樣可以達到圖 1 的水準。例如，假定法院認定污染者不管其污染防制能力高低，其污染應減量都是 S_1^* 與 S_2^* 的中間值 S ， S_1^* 仍代表具 MC_1 污染者的最適污染減量， S_2^* 代表具 MC_2 污染者的最適減量，則高成本的污染者可以向低成本的污染者，購買非其最適減量的污染權 ($S_1^* - S$ 或 $S - S_2^*$)，從而整體社會最適污染量同樣達成。

那麼哪一個機制，直接命令管制或排放許可權交易，在現實上，比較可行？先來看法院的訊息成本。在排放許可權交易機制，法院僅須探知污染活動的收益以求取平均最適污染量，但在直接命令管制，法院除此而外，還必須探知各污染者的防制能力，才能求取個別污染者的最適污染量，顯然這對法院是非常困難的。接著來看誘因問題。在排放許可權交易機制，這不會是問題，因為防制能力越強的污染者，可以將其多餘的污染減量賣給防制能力較弱的污染者，但在直接命令管制，既然防制能力越高者，越須多負擔污染減量的工作，污染者怎會有誘因去提升其防制能力？從上述法院訊息成本以及污染者誘因結構來看，哪一個機制是比較可行及有效，已是不言而喻。

不過，〈再省思，頁 194〉辯道，如圖 1 所示：

投入污染防制技術以提昇預防能力，對行為人而言，可以降低邊際預防成本，其總預防成本未必較高，並不一定會有懲罰投資的情形，只是有此可能性。

但上引文所說的提昇預防能力的投資誘因，是無關於污染量之分配的，而是在其污染量分配已確定下，任何廠商都會去做的事。廠商是不會放棄投資其新設備的，若其只花 5 元即可減少原本花 10 元才可去除的污染。但如果其因此被要求再去多減少污染量，必然會拖累其投資意願。例如再多花 5 元，去多減除原本非其承擔的 8 元污染，數字上看起來，其應要去做，但若是無誘因去做的，因為這 8 元的收益，並未轉至其身上，而其原本因減少污染的 5 元收益，也化爲烏有了。

〈再省思，頁 194〉接著又說：

在污染防制的各種經濟誘因工具中，排放許可權交易（具有較高預防能力者可出售多餘之排放許可權）與污染排放稅（具有較高預防能力者少繳稅等方式）等方式都可以避免此問題。

這也是不可能的，因為在〈再省思〉的分析中，具有較高預防能力者，必須負擔較高的污染減量，則其根本無任何多餘的排放許可權可出賣，而具較低預防能力者，僅須負擔較低的污染減量，其污染排放也就不會過量，自然也無須去購買排放許可權。⁴ 至於污染排放稅，其是一種「使用者」付費。⁵ 其使用的標的物是「空氣」而非「防制設備」。因此污染排放稅應課徵多寡，也是與污染排放量掛勾的。排放許可權交易、污染排放稅與污染侵權賠償責任，是同一體的三面。不管是政策或法律，都是要整體來看的。若按〈再省

⁴ 當然如果法院決定最適污染量錯誤，是有可能產生排放許可的交易。但一者，這不是〈再省思〉的理論預設，二者，錯誤可能造成雙方的污染減量都被高估或都被低估，則排放許可權交易也不會存在。

⁵ 在法律上，其被定性爲特別公課，可參見大法官釋字 426 號解釋。

思)的思維，此無異一方面鼓勵污染排放(污染侵權賠償責任)，另一方面又遏阻排放(排放許可權交易、污染排放稅)，這是矛盾的。

〈再省思，頁 191〉說我：

顯然忽略廠商能採用低污染的原料投入、更謹慎的操作機器、較佳的生產製程等預防工作，來減少損失的可能性。

我之所以「忽略」(如果此是可以稱為忽略的話)廠商的各種防制方法，是因為以邊際社會有益活動所生利益等於邊際污染損害額度得出最適污染量後，廠商自然會有誘因去採取對其最有利的污染防制方法，此無須法院越俎代庖。上引的〈再省思，頁 194〉，如圖 1 所示：

投入污染防制技術以提昇預防能力，對行為人而言，可以降低邊際預防成本，其總預防成本未必較高，並不一定會有懲罰投資的情形，只是有此可能性。

其中加底線部分，即是指此而言。

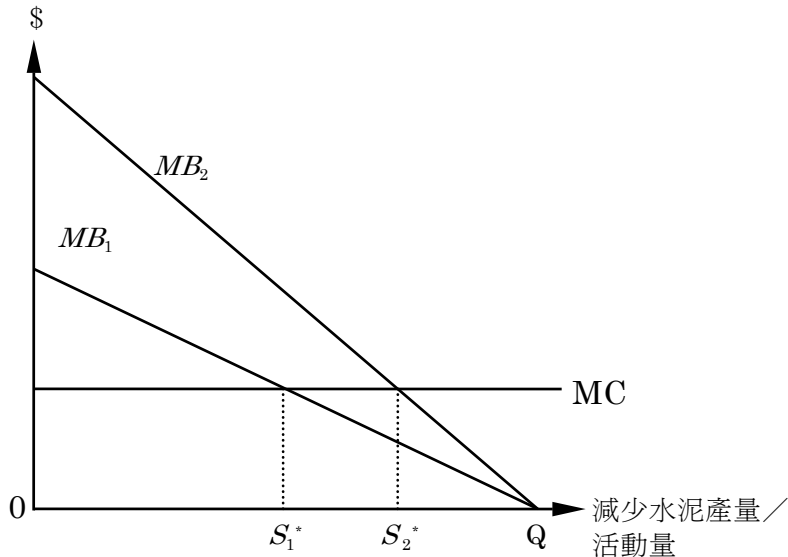


圖 2 減少水泥產量標準之決定 (簡資修，1992)

在此要強調的是，所謂污染防制方法，並不是只有防制科技（包括原料、機器或製程等）一途，還有減少產量，至其極致，就是停產，因此也就不會造成任何污染。如圖 2 所示，如果廠商的污染防制科技較佳，其就可以不以減產來達成其污染減量，反之，防制科技較差者，就必須以減產或甚至停產來因應。

因此在簡資修（1992，2004）原文中是說：

單單預防科技這一因素，沒有所謂足或不足的問題，也就是沒有不法與否的問題。不法與否的決定因素是，時序在後的是否逾越安全活動，即行為人是否量能而為。（此處底線是作者原文即有的）

並說：

行為人即便使用較佳的預防科技，若不能適可而止，仍然是不法的。反之，行為人雖然使用較差的預防科技，若能有所不為，則仍然是合法的。

我仍然是以污染者的污染排放量來決定其是否應負損害賠償責任的，至於廠商防制手段的內容組合，是要採取何種防制科技，或者是要輔以減產因應，都是廠商必須自為決定的。若有污染防制科技較佳的廠商構成了過失，並不是來自其生產量本身，而是來自其因生產而造成了過多的污染。因此〈再省思，頁 192〉說我：

將決定是否過失的因素簡單地認定僅為活動量（產量）。

是不正確的。至於〈再省思，頁 191-192〉說：

如果只是規範廠商需購買良好的吸塵設備，就可以有較高的合法生產量，而忽略預防水準投入的規範，在使用吸塵設備仍然需要投入變動成本的情況下，那廠商的最適決策將是購買但不使用吸塵設備，所以無法達到社會成本極小化目標。

但只有在以污染防制設備好壞為標準的直接命令管制下——此正是〈再省思〉的思維——此一說法才能成立。反之，在侵權責任認定中，設備擺著好看，是沒有用的，因為廠商如果買了好設備而不用，其污染量是不會減少的，而審理民事侵權賠償的法院是認污染量而不認污染防制設備的！

〈再省思，頁 192〉說我，所舉水泥廠之例與圖 2 是不相符的。這的確是有些不相符，但是細節的。在該篇論文中，我的想法是，以一個鮮明而無爭議的例子作論文起頭（簡資修，1992，2004），尤其我想像中的讀者主要是法律人，會有助於往後論證的開展。由於當時國內環保運動沸沸揚揚，水泥廠所造成的空氣污染是其中一大項，我就以之為例，而且是以簡單算術而非數學方程式來作說明，因此就將水泥產量與污染量作定量聯繫，但這無損於我要強調的過失認定應是「量能而為」而非絕對（污染防制科技）能力之良窳。圖 2 之出現，已是在我論文的尾聲討論防制科技進步的誘因之時（簡資修，1992，2004），由於在此之前，我已用幾何圖形論證 Shavell 等人的說法不對，因此就沿用下來。在此我之所以再提起水泥廠之例，是要前後呼應，但我也知道前述的水泥廠之例，已不完全符合此圖形的意涵，因此我說：

以第貳節提及的水泥廠為例， MB_1 即是較佳的吸塵設備下，每減少生產一公噸水泥所可以減少的污染價值；在較差的吸塵設備下，每增加生產一公噸的水泥，水泥廠必定排放較多的灰塵；反面言之，在較差吸塵設備下，每減少生產一公噸的水泥，水泥廠必定減少較多的灰塵的排放量（雖然，其灰塵排放量總額仍然比使用較佳吸塵設備時為多）。（簡資修，1992，2004。底線是作者新加）

我刻意排除了水泥產量與污染量的定量聯繫，僅用「較多」或「較小」的定向說明。不過，在論文中，未詳加說明來龍去脈，也算是有疏失了。

5. 過失責任的認定基礎：命令管制或交易誘因？

討論過了掃雪之例以及污染防制之例後，應該可以來作理論提煉了。〈再省思，頁 190〉歸納了過失認定的三個有先後次序的準則如下：

第一個準則要求從事活動之總利益需大於總成本；第二個準則即從事預防工作之邊際利益需等於邊際成本；第三個準則為當採用個別過失責任標準所需之資訊成本大於採用單一固定過失責任標準之效率損失時，應採單一固定過失責任標準。

〈再省思〉認為我僅注重了第一個準則，忽略了第二及第三個準則，因此並非最佳的過失認定方法。我之所以忽略第二準則，已如上述，這是因為法院一旦認定了第一準則的標準，行為人自然有誘因去追求第二準則之達成，無須法院掛心。

至於第三準則，既然過失的認定是以第一準則而非第二準則為準，所謂單一固定標準就應是指第一準則而言。此即原則上，只要從事同樣活動，其活動收益應是一樣的，只要是同樣的損害，其損害額度應是一樣的，因此得出一樣的過失標準。例如上述水泥廠之例，水泥的價額是一致的，因此各水泥廠的可容許的污染排放量即是一致的。或者例如在開車，開車者的收益是一樣的，但若有緊急事故，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。但年幼者開車為何所容許的車速又減少呢？如果開車的收益是一樣的。這是因為年幼者開車的肇事機率比較高，其必須開的比較慢，始能符合社會「肇事」量的標準。

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。而在年幼者開車之例， B 及 L 都與一般人相同，因此 p 也要相同，則在年幼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，年幼者必須低速開車，始能符合社會肇事量的設定。總而言之，過失認定的單一固定標準，也就是所謂的合理人標準（reasonable man standard），是指此而言，此無涉〈再省思〉所言的資訊成本問題。

〈再省思〉的討論將主力放在第二準則，是來自直接命令管制的思維，其忽略了其所要探討的是，以「事後損害賠償」為特徵的侵權法。侵權法是私法自治的一環，其是與財產法、契約法、不當得利法及無因管理法等搭配的，因此以直接命令管制來看侵權法，就會抽離了制度而有淪為黑板計算之可能。例如在掃雪之例，積雪既非年輕人造成的，其根本非請求損害賠償的對象，自然就無所謂認定過失責任的問題，要其掃雪是要與其訂立契約的而非高壓強取的，雖然在數學計算上，此高壓強取之值是可以算出的。又例如在污染防制之例，以排放許可權交易制度搭配民事的侵權責任，雖然並未直接規範污染防制科技，但基於自由交易，此是可達成的，而在直接命令管制，雖然數學計算上，其最適污染防制科技就在那裡了，但畢竟是紙上談兵，是否有助於世事民生，仍有賴於制度之選擇。

參考文獻

- 許耕維、蕭代基（2004），「過失責任標準經濟分析之再省思」，經濟研究，40：2，181-199。
- 簡資修（1992），「不法行為決定時點：預防科技的不足或安全活動的逾越？」，社會科學論叢，40，217-229。
- 簡資修（2004），經濟推理與法律，台北：元照出版社。
- Coase, R. H. (1988), *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Landes, W. M., and R. A. Posner (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press.
- Shavell, S. (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press.

Command and Control Is Not the Nature of Tort Law: A Reply to Hsu and Shaw

Tze-Shiou Chien

*Institutum Iurisprudentiae and Research Center for Humanities
and Social Sciences, Academia Sinica;
Department of Law, National Taiwan University*

Received 30 August 2005; accepted 15 December 2005

Abstract

Shavell and Landes & Posner said that the level of due care for able-bodied injurer should be higher than that of less-able-bodied injurer. In a previous paper, I argued that contrast to their argument the level of due care for able-bodied injurer should be lower, not higher, because he enjoys higher level of activity due to his superior skill to prevent causing damage. Hsu & Shaw disagree with me. In this reply, I argue that their analyses all miss the nature of tort law. They developed a command and control model to analyze reasonable man standard in tort law, which, in legal practice and theory, is part of private ordering. As illustrated by the two examples of snow-sweeping and pollution control, they isolate the analysis from real world legal institutions. The danger of this kind of analysis is leading to blackboard calculations, nothing to do with problem-solving. And this is the trap away which Coase always warns us to stay when doing economic analysis.

Keywords: reasonable man standard, tort law, command and control, market-based incentive, private ordering, institutional economics, pollution tax, emission permit trade

JEL Classification: K13, K42