

效率僭政與法之忠誠：

張永健《社科民法釋義學》及相關論文中的方法論問題^{*}

摘要

《社科民法釋義學》乃中文法經濟分析學界少有針對方法論提出觀點之作。本文旨在反思《社科》方法論論題。

本文先從賀劍對其前身的若干批判出發；藉分析效率概念重新說清賀劍的批評扎實有效，且直到改版後的《社科》亦然。接著分析福利概念，評估《社科》援引福利概念取代二階效率之說，指出其仍有落差待克服。而後直接批判《社科》所援引 Kaplow 和 Shavell 福利概念，在修正後反更未能充分回應公平的挑戰。又本文探討《社科》第三章以成本效益分析取代比例原則之企圖。藉一假想案例，本文指出成本效益不重視法律拘束，然此即為法學核心要素；故不宜逕自以成本效益分析取代比例原則。本文不全然否定《社科》方法論論題，但釐清其中有待填補或疏漏處。

關鍵字：方法論、法經濟分析、效率、福利、成本效益分析、比例原則、法的統治、形式原則

^{*} 張永健教授身為受批評者仍不吝與筆者時相討論並提供寶貴建言，是筆者最該感謝。本文若干論點自構思到撰寫的過程中，曾受益於顏厥安教授、簡資修教授、王鵬翔教授、何漢葳研究技師、范耕維教授、陳弘儒教授、薛熙平博士、馮威博士、蔣侃學、黃種甲、蔡維澤、王世安、歐苡均、盧俊安、張凱評、張守銘等師友的幫助與指教，十分感謝。惟文中論點的疏漏或不成熟，仍由筆者自負。

**The Tyranny of the Efficiency and Fidelity to Law:
Some methodological problems in Professor Yun-chien Chang's
“*Interpreting Private Law: A social Scientific Approach*” and Other
Related Articles**

目錄

壹、 前言.....	3
貳、 效率作為偏好對象之分配形式.....	7
參、 修辭式的二階效率能被福利概念所挽救嗎？.....	11
肆、 再訪福利概念本身的潛在問題.....	15
伍、 承擔雙重任務的比例原則.....	18
陸、 結語.....	27

A jurist who interferes, and wants to become the direct executor of values should know what he is doing. He must recall the origins and the structure of values and dare not treat lightly the problem of the tyranny of values and of the unmediated enactment of values. He must attain a clear understanding of the modern philosophy of values before he decides to become valuator, revaluator, upgrader of values. As a value-carrier and value-sensitive person, he must do that before he goes on to proclaim the placings of a subjective, as well as objective, rank-order of values in the form of pronouncements with the force of law.

—Carl Schmitt, *The Tyranny of Values* ¹

壹、前言

法經濟分析此一學門引進台灣法學界的視界，至今業已而立之年²，但似乎甚少法學者針對法經濟分析之方法論和法學方法之問題進行較為實質之討論和交流。最常見到的著作，亦多是將既有之經濟分析方法視為當然之理³，並套用至個別法領域之問題的單篇式論文書寫。學者簡資修或許是少數有意發起討論，甚而指出在方法上應當擺脫美國法經濟分析「好經濟、壞法律」的思考，並走出「華文法經濟分析」；惟此番論述似乎仍未引起波瀾，也仍未受到其他台灣法經濟分析研究者的廣泛討論⁴。

這種現象或許直到張永健教授的著作出現後才稍稍有了改變。作為台灣法經濟分析學界的中流砥柱，張永健教授擅以經濟分析視野冶煉物權問題之餘，已開始思索如何使法經濟分析和法學方法進行對話。其所著之法經濟分析專書《物權

¹ CARL SCHMITT, THE TYRANNY OF VALUES 28 (Simona Draghici trans., Plutarch Press 1 ed. 1996).

² 對於台灣此學門狀況之概述，參見：熊秉元，法學的經濟思維，頁 174-191（2013 年）；而對於此學門發展歷程的細論則請參見：黃韜，臺灣地區法律經濟學研究現狀及其成因：基於法學知識生產的分析框架，華東政法大學學報，92 期，頁（2014 年）。

³ 此為謝哲勝教授之觀察。謝哲勝教授即是因為認知到缺乏方法上的討論，使得此學科不易產生對話與發展，所以試圖為文闡述之。惟就筆者個人文獻之回顧，或因當時（2001 年）此學門發展確實尚未成熟；故此文之刊登並未引起廣泛之重視和討論，甚為可惜。參見：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 3（2001 年）。

⁴ 關於簡資修教授之論述，參見：簡資修，經濟推理與法律，頁 19（2014 年）；簡資修，華文的法經濟學道路，收於：簡資修編，2014 兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁（2018 年）；簡資修，經濟分析作為法律科學，中國法律評論，2019 卷 2 期，頁（2019 年）；簡資修，法律經濟分析方法論，台灣法學雜誌，411 期，頁（2021 年）。又簡資修教授所指導之法經濟分析之研究者蔣侃學之碩士論文，亦為少數涉及法經濟分析方法論之著作。參見：蔣侃學，論法律經濟學之方法論預設——以 Coase 與 Posner 的爭論為核心，臺灣大學法律學研究所碩士論文（2014 年）。

法之經濟分析——所有權》(下稱《物權》)⁵ 中除以經濟分析視野討論物權法問題外,更花費相當之篇幅開始試圖針對法經濟分析的若干基礎概念與方法作出自己的界定,以利於在法律解釋時具有較明確的定義。而在該書出版後⁶的短短幾年內,張永健教授又出版了第二本探討法經濟分析相關問題之專書:《社科民法釋義學》(下稱《社科》)。

《社科》一書雖以「社會科學」為題,然其主要所專注討論者,大多係法經濟分析此一法門。全書共八章和兩個附錄,扣除用以統括全書之第一章〈導論〉、以及第八章的〈社會科學式的比較法研究〉一文企圖為比較法研究引入一般性社會科學的因果推論外,其餘章節的論述所仰賴之社會科學思維,多係以法經濟分析為主。且特別的是,在全書四百餘頁的正文中,有一百五十餘頁之篇幅是關注於「方法」之論述。而這些相關章節之內容在收錄成書之前,即業已於台灣的法學界引起討論(或具備了受到關注與討論的潛能)。

《社科》第二章的前身,乃是張永健教授與王鵬翔教授合著之論文〈論經濟分析在法學方法之運用〉(下稱〈經濟〉⁷)。〈經濟〉一文嘗試將法經濟分析納入法學思維中。而為了引入經濟分析思維,該文透過幾個方式加以完成。首先,法律條文中的部分概念(像是分離所費過鉅)或是立法當時所涉及的考量(如民法第 838 條立法理由當中的「發揮其經濟作用」一語),係因文字意涵而必須參酌經濟分析之思維。然而,這些因文義或是歷史因素在法條當中或僅為偶然出現的情況,尚不足以證成法經濟分析可於「方法層面」上需要被法學所持續考量。是故,〈經濟〉一文於目的論證的環節中,主張效率作為一種應被法律追求的「一階價值」;因此善於處理效率的經濟分析,可於目的論證之環節發揮功用,助於達到「追求效率」這項目的。其次,當諸多價值或目的之間發生衝突之時,在諸多衝突的價值中選出最佳解方,則有賴於該文的獨特論述——對於諸多價值衝突時找出最適化的二階效率加以解決,而在不同價值間取得最適化的工作,向來就是經濟分析所長。透過目的論證的重新表述以及將價值區分為「一階/二階」,該

⁵ 張永健,《物權法之經濟分析——所有權》(第一冊),繁體版(2015年)。

⁶ 該書於 2015 年出版後,並未立刻引起台灣法學社群之廣泛討論。但到了 2019 年出版簡體修訂版後,有多名對岸法學者撰寫了專門討論之書評。如:戴昕,好摘的桃子、難啃的骨頭——評張永健著《物權法之經濟分析:所有權》,收於:蘇力主編,李晟編,法律書評(第 13 輯),頁(2020年);艾佳慧,民事財產法的經濟釋義——《物權法之經濟分析》的解讀與反思,收於:蘇力主編,李晟編,法律書評(第 13 輯),頁(2020年);吳義龍,信息成本作為約束條件在物權法中的應用——評《物權法之經濟分析:所有權》,收於:蘇力主編,李晟編,法律書評(第 13 輯),頁(2020年);胡偉強,《物權法之經濟分析:所有權》書評:當法律經濟學遇到物權法,收於:蘇力主編,李晟編,法律書評(第 13 輯),頁(2020年);由然,不只是物權法的經濟分析——評《物權法之經濟分析:所有權》,收於:蘇力主編,李晟編,法律書評(第 13 輯),頁(2020年)。在多名評論者中,僅北京大學法學院之賀劍教授之文章刊載於台灣之學術期刊。至於賀劍教授之文,將於後續篇幅單獨介紹。張永健教授該書之簡體版:張永健,《物權法之經濟分析——所有權》,簡體修訂版(2019年)。

⁷ 王鵬翔、張永健,論經濟分析在法學方法之運用,臺大法學論叢,48卷3期,頁(2019年)。該文後收錄於張永健教授之專書:張永健,《社科民法釋義學》,頁 11-112(2020年)。

文試圖論證經濟分析在方法論的層次上具有必要性，而應當被法學者們加以考量。

〈經濟〉一文的發表終於引發了方法論上的進一步討論⁸。北京大學法學院的賀劍教授旋即針對張永健教授之專書《物權》以及其〈經濟〉等著作，於中研法學上做出了深刻評論（下稱〈賀〉文）⁹。在筆者看來，〈賀〉文中所提出之最核心的兩個方法論上的批評有二：一是指出張永健教授的論述中，似乎預設了效率在一階價值中成為唯一價值¹⁰；另一方面，則是指出了〈經濟〉一文中所採納的「二階效率」之概念，其實有「偷換概念」之疑慮，縱然張永健教授與王鵬翔教授已於文中強調這並非使得效率成為唯一價值，然亦僅僅是修辭性的辯護¹¹。

由於「一階／二階價值」的區分乃是〈經濟〉一文之所引引入法經濟分析重要理由之一，因此若這項區分為賀劍教授所破，則其立論基礎也就缺了一角。因此，張永健教授也旋即撰寫了回應文（下稱〈張〉文）¹²。在將〈經濟〉一文整合〈張〉文的若干論點，並補上原先受限於篇幅而刪去之部分後，便是讀者目前所見之《社科》第二章，也是撐起全書方法論之核心章節。在〈張〉文和《社科》一書中是以福利（welfare）的概念取代〈經濟〉一文所提出的二階效率一詞，並進而指出福利是一個廣於效率、且包容了諸多之一階價值（如公平）的概念¹³，藉此回應〈賀〉文的上述批評，繼續捍衛「一階／二階」之區分以及原本企圖將法經濟分析帶入法學思維之目標。

然而，張永健教授的企圖，絕不僅止於將法經濟分析安置為既有法學思維的一部份；其亦應同時認為法經濟分析即為「較佳」的法學思維。《社科》第三章即為此般企圖之明證。該文原先是張永健教授與戴昕教授合著之〈比例原則還是成本效益分析：法學方法的批判性重構〉一文（下稱〈成本〉文）。〈成本〉文的作者認為，比例原則這項廣被法學中人所贊同所採用的思維方法，並未全面觀照到法律或政策所可能產生的相關成本與收益等，至多也就是個偏頗或是殘缺的成本效益分析。

〈成本〉一文原先是出版於對岸之期刊〈中外法學〉。或許因大多數之台灣

⁸ 事實上，〈經濟〉一文於未發表前之草稿，即已受到黃維幸教授之關注，並撰文評論之。由此一例，更可見張永健教授為文後確實使得引發了討論。參見：黃維幸，從詮釋論辯角度——簡評王鵬翔、張永健教授的「經濟分析做為法學方法」一文，月旦法學雜誌，268期，頁59-83（2017年）。

⁹ 賀劍，物權法經濟分析的方法論之路——評張永健《物權法之經濟分析——所有權》及相關論文，中研院法學期刊，27期，頁（2020年）。

¹⁰ 同前註9），頁277-278。

¹¹ 同前註，頁281。

¹² 張永健，經濟人的法經濟學 vs 法律人的法經濟分析——答賀劍教授等師友之書評，中研院法學期刊，27期，頁（2020年）。

¹³ 同前註12），頁306-310；張永健（註7），頁75-77。

法學者較無投稿與瀏覽對岸法學期刊的習慣，故張永健教授這番驚人之語，似乎未在台灣法學社群（特別是公法學）中引起廣泛討論。然而比例原則一直是吾等法律人、特別是以公法為研究者最為熟知之方法；故該文於 2018 年出版後又以英文版進行改寫之版本，業已為目前國際知名之憲法學期刊 ICON（International Journal of Constitutional Law）接受刊登¹⁴。目前《社科》第三章之內容，則又是納入英文版「重要成分」後的最終完整樣貌。故吾人大可認為，該文在經由《社科》一書問世之後，亦有相當之機會和潛能受到台灣法學社群的更多關注與討論。

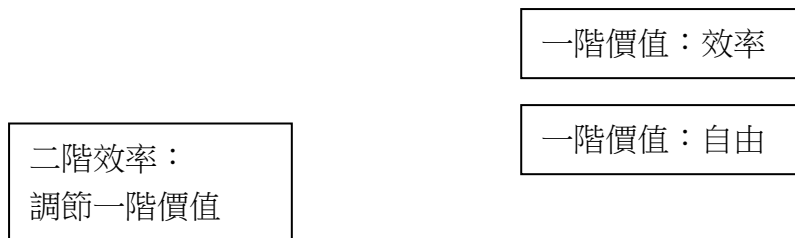
《社科》一書雖以民法為題，然透過上開介紹，似可理解張永健教授所欲開啟的方法論討論，是包含但不限於民法學之範圍。在第二章中，《社科》希望將效率與福利等概念納入既有的法學思維中，而由於法經濟分析是最能釐清這些概念，因此法經濟分析自應成為吾人法學思維中的一環。而在第三章中，《社科》進而更有野心地希望讓成本效益分析取代吾人原有的法學思維（即比例原則）。這些都是在法學上具備一般性意義的宣稱。筆者相信，由《社科》所提出的挑戰乃是所有嚴肅看待法學這門志業之人，都有興趣進行思索之課題。而這也是本文所欲嘗試的任務。

本文以下評論之開展，將著重於《社科》第二章與第三章以方法論為核心之章節，並也將同時援引《社科》第二章之前身〈經濟〉一文以及由此展開的「張永健／賀劍」之爭等文獻，以釐清相關之討論脈絡和可能爭點。本文之目的是試圖對張永健教授前揭方法論論題提出一份「部分不同意見書」。本文並非針對經濟分析可否引入法學思維做出一槌定音的否定，但認為由張永健教授從〈經濟〉一文到《社科》中的表述方式，容有若干可斟酌之處。而關於是否可用成本效益分析直接取代比例原則的問題上，本文雖部分贊同其於〈成本〉一文與《社科》中針對比例原則的若干批判，但也認為直接以成本效益分析取代比例原則之結論有待斟酌，或至少有些要素乃是張永健教授主張成本效益時所必須重視。為展現本文的部分不同意見，本文第貳部分將針對效率的概念進行分析。本文並不正面反對追求效率一事，但將指出效率的概念並非《社科》、〈張〉文和〈經濟〉文中所陳述：即效率作為一項與其他價值並列，且可能衝突之一階價值。第參部分則圍繞著與福利有關之討論，本文將試圖重新評估〈張〉文和《社科》為了迴避〈賀〉文針對「一階／二階之分」的批評所引入的福利概念是否成功挽救其理論的不足。第肆部分則是直接針對《社科》與〈張〉文所援引的福利概念本身進行討論，並指出張永健教授採納並修正了福利概念的同時，或有若干論證需要提出以加充實，方可正當化此一概念之援引。第伍部分則針對《社科》第三章批評比例原則的部分進行思索；透過重述比例原則之旨趣之一——即對法之忠誠，本文認為直接以成本效益分析取代比例原則仍有待斟酌。最後則為結語。

¹⁴ Yun-chien Chang & Xin Dai, *The Limited Usefulness of Proportionality Principle*, 18 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (2020 forthcoming).

貳、效率作為偏好對象之分配形式

效率此一概念在法經濟分析中，可謂重中之重。不但為張永健教授認為是法律應當追求的一階價值，也是許多專業的法經濟分析之文獻中所共同贊同應當追求¹⁵。其實早在《物權》一書中，張永健教授便指出了「經濟分析的核心概念為效率」¹⁶，更引用了該領域之巨匠波斯納（Richard Posner）法官的「效率為正義之重要面向」、「效率不是唯一的價值但仍為法學應該重視之價值」等想法¹⁷。而到了〈經濟〉一文中，更是指出作為一階價值的效率，可與其他價值（如自由）並列¹⁸（其結構請參見：圖表 1）。



圖表 1 （筆者自行製圖）

這種論述看似面面俱到：一方面，不論從個人日常瑣事至國家公共事宜，追求效率似乎都是常見且一定程度為人們所接受之事；另一方面，張永健教授又不忘削減法經濟分析長期以來為人所詬病的「唯效率是尊」之傾向¹⁹，使得效率成為與自由等諸多價值並列、且可能相互衝突之「其中一項」價值。換言之，它看似保存了法經濟分析追求效率的核心命題，但亦未對於其他之價值予以輕視，保留了其他價值與之衝突的可能性。乍看之下，賀劍教授的批評似乎並無道理。

但，究竟何謂效率？

要釐清這個法經濟分析中的核心概念，或可從日常概念著手，逐步推敲其意涵。例如，每個人都會有各式各樣的偏好（*preference*）；有人「放蕩不羈愛自由」，也有些人不喜與人衝突，偏好和平。此外，一個人也可能同時有複數偏好；且不

¹⁵ 知名法經濟分析學者 Lewis A. Kornhauser 於史丹佛哲學百科全書（Stanford Encyclopedia of Philosophy）所撰寫之法經濟分析詞條中，歸納了法經濟分析文獻中常見的八項宣稱。而八項當中的其中三項規範性宣稱，全都關於效率。See Lewis A. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta ed. 2017)（線上出版：<https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>）。

¹⁶ 張永健（註 5），頁 21。

¹⁷ 同前註，頁 71，註腳 2。

¹⁸ 如：王鵬翔、張永健（註 7），頁 843；張永健（註 7），頁 105-106。

¹⁹ See Kornhauser, *supra* note 15.

同的人即便有同一種偏好，其強弱亦可能有所分別。好比說，放蕩不羈愛自由者，他／她為了自由的這項偏好，可能認為自己可為此拋頭顱灑熱血，赴湯蹈火；但在不喜與人爭的「和平主義者」的眼中，他／她縱然也可能對於自由心嚮往之，但仍可能因不喜衝突偏好和平，而因此不是那麼地對於自由予以重視。

透過上開討論，可以呈現偏好所具有之紛雜且異質特性。不但每個人的偏好各異，甚或同一人亦具有複數的偏好；而即便有相同類型之偏好者，其偏好之強弱程度亦可能有別。就此而言，為了「測量」(measure) 人們所具有之偏好，勢必得運用某種可將偏好加以化約，試圖為偏好找到「定位值」的方式。透過這項化約的步驟，可以降低偏好所具有的複雜性，而能放在同一種尺度平台上，進行下一步的分析與比較。對經濟學者而言，這種化約方式，是透過願付價格 (willing to pay) 以及願受價格 (willing to accept) 的方式，使得紛雜異質又看似毫不相干的諸多偏好被確立為可測、可操作。以前述所言的例子為例，那位「放蕩不羈愛自由」者，可能願意付出高額來換取自由；而對於「和平主義者」來說，可能只需要較低的價額就可以使其接受並交出自由，但相對地，他／她卻願意為了和平付出甚高。

透過這般「價額化約」的方式，吾人便可了解人們各自的偏好及其強弱。而這種以人們的願付價格／願受價格計算後之「最大」淨值去分派人們所偏好者的方式，則可稱之為「效率」²⁰。

以〈經濟〉一文中對於效率的介紹為例。在「何謂效率」的此一子標題下，〈經濟〉一文以正義之概念 (concept of justice) 之於正義的概念觀 (conceptions of justice) 為類比，也試圖針對效率概念提出了幾種效率的概念觀 (conceptions of efficiency)：即帕雷多效率、Kaldor-Hicks 效率、配置效率與生產效率。²¹所謂的概念觀 (conceptions)，即是對於抽象之「概念」進行詮釋，使之意涵更能具體明確為人所知²²。諸概念觀即便彼此相競爭，但仍共享了同一項理論上之旨趣。而在〈經濟〉一文所提出的「效率概念觀」中，帕雷多效率是指在無人受損之限制下最大化願付價格／願受價格之淨值；而 Kaldor-Hicks 效率則未有帕雷多效率那般「無人受損」的限制，縱使有人受損仍要將該淨值與以最大化²³。

²⁰ 此種〈經濟〉效率之界定非本文所獨創。按照知名法經濟學者 David D. Friedman 之說法，一百多年前之經濟學家馬歇爾 (Alfred Marshall) 即做如是想。而此種馬歇爾式方法至今仍為法學院和經濟系之經濟學家所用。See DAVID D. FRIEDMAN, LAW'S ORDER: WHAT ECONOMICS HAS TO DO WITH LAW AND WHY IT MATTERS 18-21 (Princeton University Press. 2001).

²¹ 王鵬翔、張永健 (註 7)，頁 832。

²² 對於概念和概念觀之簡要介紹，可參考知名法理學者 Lawrence B. Solum 所撰寫的法理論詞條 (Legal Theory Lexicon) 第 28 項。See Lawrence B. Solum, Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions (https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html)。

²³ 按〈經濟〉和《社科》的說明，配置效率實與 Kaldor-Hicks 效率在思維上殊途同歸；而生產效率則又時常可與配置效率合成單一效率標準。故在此不一一詳述。參見：王鵬翔、張永健 (註 7)，

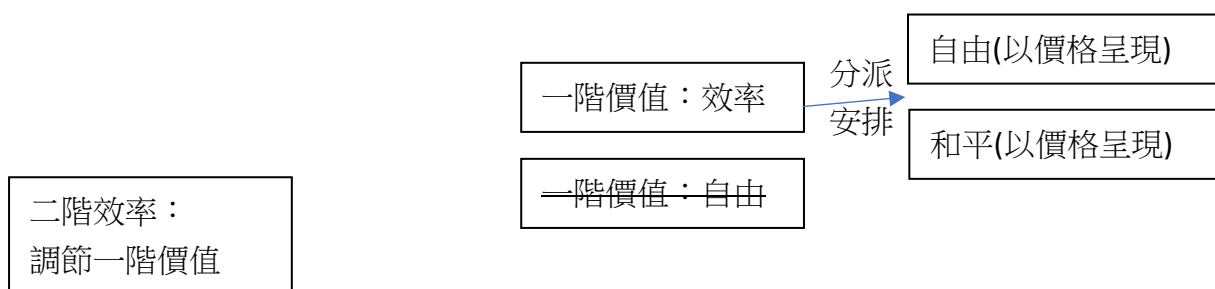
基上一所述，這些效率的概念觀都共同指向了效率的特性，並試圖以更為具體而明確之方式予以呈現；而其所欲呈現者，即為調整、安排那些人們所偏好者，並使得人們的願付價格／願受價格之淨值最大化。由此觀之，效率實乃「偏好對象之排序關係」的某種特定形式。而正因效率乃「偏好對象之排序關係」的形式，所以在位階上，理應不會與那些被安排的「所偏好之對象」放在同一個階層上。再以前述提到的和平主義者與放蕩不羈愛自由者為例，自由乃是放蕩不羈者所偏好之對象（當然也可能同時會是和平主義者所偏好，但其偏好強度較弱）。而效率，則是將這些人的偏好對象以某種願付價格／願受價格呈現後，試圖達到願付價格／願受價格計算後之最大淨值的一種方式。簡言之，效率其實以願付價格和願受價格來分派、安排與排序諸偏好對象（如本文前述提到的自由或是和平）之方式。

上述討論試圖指出：效率的概念其實是「分派、排序偏好對象」的一種方式²⁴。就此而言，排序的「方式」本身應當不可能跟「被排序的偏好對象」進行衝突。而當吾人直覺上認為效率與其他一階價值（如自由）有衝突時，這其實是被

頁 832-833；張永健（註 7），頁 59-60。

²⁴ 以上對於效率概念的分析建立在一個前提，亦即：願付價格／願受價格之計算之淨值（或以財富（wealth）稱之）其實是諸偏好對象的「替代」，而所謂的效率則是將這項淨值予以最大化的一種安排方式。論者只要不接受本文採的「替代說」，那麼似乎也就不需要接受上述的推論；就此而言，另一種可能說法是：財富不是諸偏好對象的替代，而是諸偏好對象的「條件」。這種說法也時常出現在我們的日常生活中。畢竟我們在日常生活中往往也會嚷著「有錢並非萬能，沒錢萬萬不能」。就此而言，使得財富的最大化，是讓我們更有條件去追尋其他我們所要追尋的偏好對象；而財富的稀缺也將使得我們無法去追尋。但是，採納了這種想法，那就更加明確地使得要被最大化的財富（所謂效率），自始與其他吾人所偏好對象產生了區分。既然財富只是各種偏好之物的條件，那麼追求財富（並使之最大化）也就是某種目的一工具環節中的一環。在不仰賴或是引入其他目的的概念的情況下，僅為工具的財富也理應不可能與目的（如自由、和平）進行衝突。而當我們說要為了和平而犧牲效率（即財富之最大化）、或者說兩者產生了衝突而使得我們感到為難之時，這段話之所以能產生意義，是因為有一些我們未說出口的話：**如此一來，原本仰賴財富所能成就或實現是成就的其他目的（像是去追求或是去實現自由），也就沒辦法達成了。**若少了這段未說出口的話，那麼沒有指向其他目的、僅單純為工具的效率（財富）概念是沒有辦法自己產生評價上和規範性的意義。而無法憑自身產生評價與規範性意義，必須指向其他目的之工具性概念，自然也不會憑其自身就能與其他目的（如自由）展開衝突。就此而言，即便效率（即財富之最大化）仍為可取，但它仍然不是和自由等其他一階價值處於同一位階並可能產生衝突者。正如同〈張〉文中所指出，Kaldor-Hicks 與帕雷多僅為論證形式，不僅可以與效率結合，亦可有帕雷托自由標準等。而之所以有所謂的「帕雷多自由」，是意味著當所需處理之偏好對象僅有自由時的狀態下，將之進行淨值最大化的安排。張永健教授的想法是：帕雷多、Kaldor-Hicks 標準當然可以適用在各式各樣的偏好對象之上。而本文的分析則是指出：當要運用到各式各樣的偏好對象，且又複雜且異質時，以願付價格／願受價格化約後之計算後之淨值（或者說：財富）最大化展現者，此即為〈張〉文所稱之效率。讀者或可反對這種討論，那麼問題是：那麼刻意將願付價格／願受價格之淨值（財富）最大化時，如不將其視為某種偏好對象之化約替代物，那麼有什麼理由或價值使之必須被最大化呢？就此而言，本文對於效率概念之使用，應係順應著〈張〉文「帕雷托自由標準」此番構想的徹底化（radicalization），且又同時不消除「願付價格／願受價格化約後之計算後之淨值（或者說：財富）最大化」價值之分析。關於〈張〉文之論述，參見：張永健（註 12），頁 300-301。

排序的偏好對象之間的衝突。例說，某些被偏好之對象可能（如自由）可能被過分高估（或低估），原先使用願付價格／願受價格之計算的淨值無法正確反映該對象（自由）的價值；因此使得其他的被偏好對象被其所凌駕（或將其凌駕之）。就此而言，爭執與衝突實來自諸偏好對象之間，而不是排序方式本身會與被排序對象之間有衝突²⁵（其結構請參見：圖表 2）。



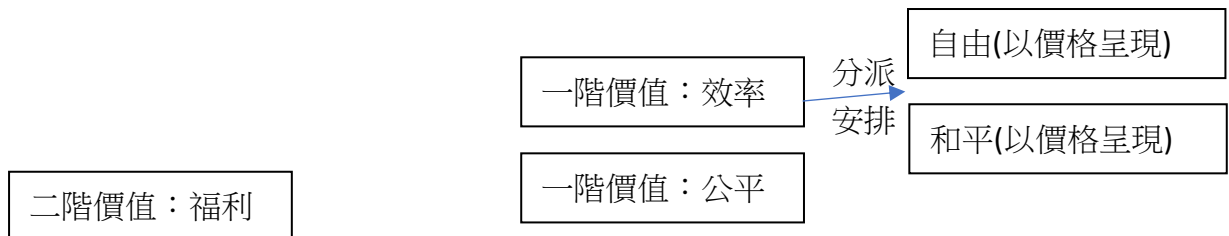
圖表 2（筆者自行製圖）

²⁵ 以上對效率的分析另一隱含前提是：這種效率必須依照某種「效率的藍圖」被「製作」(making) 出來。在張永健教授的論證中，是以「特定之立法、解釋者，追求某一種目的」的角度出發，並要求它們這些「效率製作者」能夠在法律中「製造」有效率的安排形式。也僅有從這種觀點出發，才會面臨偏好之異質與複雜性，並進而需要以願付價格／願受價格之形式加以化約來測量後，再取其計算之淨值之最大化。

參、修辭式的二階效率能被福利概念所挽救嗎？

前述分析應有助於理解〈賀〉文批判《社科》的前身，即〈經濟〉一文的重點：效率若是對於諸偏好對象（如自由或是和平）的安排方式，則這些價值（如自由或是和平）都是被效率所安排者；而若將效率擺置為一階價值，那麼其他的價值（如自由或是和平）便無法與效率同位於一階價值，而應當遭到排除。而如果原本看似與效率同為一階的眾價值遭到一一排除，那實與〈賀〉文所稱之「預設效率為一階之唯一」²⁶自不遠矣。此外，若效率本身是對於諸偏好對象的安排方式，那麼它也就有如〈經濟〉一文中對於二階效率所稱的「最適化多重目的之利益衡量」²⁷看來高度神似。換言之，這個在〈經濟〉一文中看似獨得的二階效率概念，似乎就與一階效率相去無幾。無怪乎〈賀〉文認為此舉乃有「偷換概念」之疑慮，甚而認為〈經濟〉一文中後續的一些警示性用語，亦僅僅為修辭性質的表述²⁸。

若張永健教授欲擋下〈賀〉文的上述批評，則勢必要先找出一種與效率同處於相同位階，且不會落入被效率所分派者價值。而這項與效率處在相同位階的價值，因可能與效率產生衝突，進而需仰賴在這之上的二階價值進行調整。而這正是《社科》與〈張〉文的回應方式：以福利作為一項二階且至上價值，並指出在「福利」這個概念下，包含了「公平正義」這樣的一階價值²⁹（其結構請參見：圖表 3）。張永健教授再以文學翻譯比喻道，在文學翻譯上有所謂「信達雅」三項一階價值；而其共同構成的翻譯文學之「好」這項二階價值；同樣地，福利則如同翻譯文學之「好」一般，是複數一階價值之綜合³⁰。



圖表 3（筆者自行製圖）

那麼，張永健教授引入了「福利」的概念後，是否成功擋下〈賀〉文的批評？

首先，如同張永健教授所指出的，Kaldor-Hicks 與帕雷多僅為論證形式。因此，若可以在效率層次上，對於先對諸偏好進行化約後，進行一次 Kaldor-Hicks

²⁶ 賀劍（註 9），頁 277-278。

²⁷ 王鵬翔、張永健（註 7），頁 841。

²⁸ 賀劍（註 9），頁 281。

²⁹ 張永健（註 12），頁 307-309；張永健（註 7），頁 75-77。

³⁰ 張永健（註 12），頁 313-315。

分析；而後在福利層次上，再做一次 Kaldor-Hicks。就此而言，進行最大化的工作，可以（也必須）在每一個層次中進行。而若本文前揭分析無誤，則效率實乃一「對於諸偏好的分配形式」（並以某種最大淨值呈現）。換言之，若在福利層次尚須再進行一次帕雷多或者 Kaldor-Hicks 分析，那麼便是在撰寫一套「涉及分配形式（即效率）的形式」。

首先，因其他偏好業已在效率層次中進行計算。故若仍要在「效率」的層次之外再次進行計算，則不外乎是指出某種分配偏好的形式（因效率為分配形式），亦可以為偏好的對象，並進而再次將對於各種偏好形式的偏好進行計算。而此亦為張永健教授的論述模式；當其提及與「效率」對立之「公平正義」時，會以「對於公平正義之偏好」加以稱之³¹。而若「公平正義」作為一種「分配形式的偏好」，則效率亦為另一種「分配形式的偏好」。這麼一來，所進行的乃是諸「分配形式的偏好」之間的競爭。而之所以會僅剩下諸「分配形式的偏好」之間的競爭，係因其他特定的偏好對象（如自由與和平）是要被「效率」或「公平」所決定如何分派的對象，故無法再與效率或公平相競爭。就此而言，二階層次所操作者，是對於分配形式的偏好（當然，必須假設可測得此偏好）再次進行某種最大化（其結構請參見：圖表 4）。



圖表 4（筆者自行製圖）

但即便論證至此，仍可能感到困惑：為什麼諸分配形式偏好之間的競爭結果，就等於福利的實現呢？

且讓吾人將視角來回到效率層次的環節。在效率層次上，當吾人面對著不同類型的分配偏好時，是以一個較為單純的概念（願付價格／願受價格）去降低不同種類和不同強度的偏好之間所產生的複雜性；吾人以「願付價格／願受價格」去「降維」，將紛歧且複雜的偏好化約至一個簡單概念的尺度上。這是為了方便吾人對於各種偏好進行組合和計算，以展開計算與分析且從中挑出某種最大化版本。而將降維後之概念進行計算後之淨值最大化，吾人則稱之為「效率」。「願付價格／願受價格」以及將淨值最大化的效率概念，之所以可以完成這項工作，則

³¹ 同前註 12)，頁 308；張永健（註 7），頁 76。至於這種思考公平正義的方式是否妥當之思考，請參考本文第肆部分的討論。

是因為這些概念本身不具備厚重且複雜的意涵，具有較為簡單而明確可操作之定義。

若能認可以上的操作流程，則讀者們應可接受以下主張：**用以降維的概念，本身必須是比降維前的眾多概念更為單薄且易於操作！**畢竟，吾人就是為了減低歧異之偏好類型的複雜性方予以進行「降維」，以便於單純地進行進一步的操作與最大化的計算。

回到《社科》一書論點。倘若作為其理論之二階且至上的概念為福利。那麼實現福利的工作，是要使得福利的函數得以獲得最大化。就此，即必須將原本抽象的福利概念，分割成福利函數上一個一個的「福利值」，並想辦法盡可能透過操作最適化福利函數上的福利值。在這個操作過程中，只要能將福利值最大化，就能確保「福利」獲得實現。這是以福利作為「二階且至上」概念後，透過推論所得出的狀況。

然若再回過頭來看「效率」與「公平正義」的比較。如同前文分析，效率與公平正義是不同類型的「偏好」。而因為效率和公平是歧異且可能無法簡單共量，因此也必須如同效率層次時選用「願付價格／願受價格」一般，**選擇一個較「公平」和「效率」等概念更為「單薄」且好操作的概念**，藉以將公平和效率概念化約到某個量尺刻度上，方能進一步進行最大化的計算與操作。

分析至此，應可發現概念間的落差。簡言之，福利並非比「效率」、「公平」更為單薄的概念，因此用以化約效率與公平的概念，也不見得能逕自稱作福利：這二者之間存有落差。「福利」做為二階且至上的價值，乍聽之下當然是合理且值得追求。而福利之所以「撐得起」這個二階且至上的位置，是因為它與人之福祉（well-being）及幸福（happiness）息息相關，是一個帶有豐沛倫理意涵之複雜概念，與福利相繫的此兩概念在英語中甚至而可聯繫到古希臘人所認為的一種人之至高至福與卓越的生命狀態：Eudaemonia³²。故此一概念本身之複雜與豐富可見一斑。而即便不討論這種牽涉到古希臘哲學的繁複討論，每當吾人論及人之福利或福祉時，在日常語言上也有著高度的歧異性，指涉往往不見得一致。而正是因為此概念的複雜歧異特質，使得人們在思維時可以將各種自身之美好想像投注於其中，而這正是「福利」聽來頗具吸引力（appeal）之緣由。當人們初聞法律應當追求的至上概念為福利並應當盡量予以實現時，大概都不會有太多反彈。但因為福利一詞有著如此複雜和豐富的蘊含，故除非將福利概念進行某種特殊的簡

³² 但特別注意的是，Eudaemonia 所謂的幸福（happiness）亦不只是現代效益主義意義下的滿足之感受（feeling），而是對於活動性與生命完備性的強調。事實上，這也是吾人想到幸福一詞時經常可能設想到的意涵。對此等豐富意義之爬梳，請參考學者 Richard Parry 於史丹佛哲學百科全書（Stanford Encyclopedia of Philosophy）所撰寫之「古代倫理學理論」條目：<https://plato.stanford.edu/entries/ethics-ancient/>。

單化約，以某種特別的、與吾人日常理解不同的方式加以重新界定，否則福利並不能作為一個「降維」概念去化約公平和效率二者本身在概念上的紛歧，以及同一概念在不同個體當中的偏好強弱不一等等情況所交織的複雜性。但是如果福利概念被這般化約成一個與吾人所理解者不同的簡單概念，那麼福利概念是否仍可以獨挑大樑作為二階且至上的價值，或許也需要再思維³³。

上述分析應可初步回應本節標題一開始所拋出的提問。張永健教授雖然試圖以福利概念來拯救其二階效率的概念。然若其維持一致的思維，則在在二階層次上要對於公平正義和效率進行處理，則勢必要找出一種概念將處此二者進行化約，將其中的複雜性降低以進而展開淨值的計算。但另一方面，若福利是二階且至上、並為法律所應當實現者，則對於一階的「公平」與「效率」進行化約與淨值計算的最終成果就必須等同於福利，對於諸一階價值進行淨值計算即為計算「福利值」的最大化。但這兩者的思路並不吻合，而「福利值」也不是一個適於將公平正義或效率這些概念進行化約的概念。而其理由在於：福利值是一個從「福利」概念中分拆的分子式概念，其仍然與「福利」一般具有高度複雜性。而用以將公平與效率等價值進行化約而進行比較的概念，其工作在於降低不同偏好之複雜性。就此而言，福利概念與二階價值所進行最大化工作之間仍存有縫隙³⁴。

³³ 請注意，本文並非指責張永健教授是以含混之方式使用福利概念。《社科》一書明確指出是以 Kaplow 和 Shavell 的福利定義。本文在此的論述，是先指出一般人在見聞並開始思考福利概念時，會認為此一概念言之成理之可能緣由。至於《社科》使用福利此一概念的方式，以及此種福利概念是否有無問題或有無說服力等討論，請參考第肆部分的討論。

³⁴ 另外一種可能捍衛福利概念作為至上二階價值之方式，是主張對於不同種類的分配形式之偏好，不是以「降維」方式去化約複雜性，而是主張這些原本就很複雜的偏好，可以以某種函數關係直接對應到「福利」（值）這項更為複雜的概念中。這是將福利表述成「x 偏好/y 偏好/z 偏好」共同構成的一種函數關係。筆者因為缺少更為深入的（福利）經濟學之訓練，不確定這種函數表述是否可能（以及該如何表述），但這或許是回應本文前述批評的一項可能路徑。然而，若我們可以用福利概念的函數式直接由上而下（top down）去對應到分配形式的偏好，那麼我們也應當可以對應到其他類型的偏好（如自由、和平）。就此而言，我們反而不需要「效率」這個一階價值所進行的工作了。如筆者所述，效率概念是面對不同種類的複雜偏好時，透過「願付價格/願受價格化約後之計算後，再將淨值（或者說：財富）最大化」。但如果計算與衡量諸偏好的方式是去直接對照其在福利函數中的位置與係數，知道它們是以何種型態鑲嵌於福利概念中（舉例來說，在一個體某甲身上，每 1 分福利都是以 5 分的自由與 6 分的和平所構成），則我們就不需要、也不應該用貨幣和價格形式先將對於自由與和平的偏好加以化約後進行加加減減。畢竟我們就是要直接看到現在有多少個「5 分的自由」和「6 分的和平」，將自由與和平轉換成別的樣子（貨幣值）再進行加加減減的成果，其實把自由跟和平各自的值取消了，無助於我們去直接計算福利；因為貨幣值不是福利值，先用貨幣值去把自由與和平等偏好進行轉換後的加減，反而是多做了一個無用之功，甚而因多次轉換的偏失而有礙於我們去思考諸偏好之於福利的關係。這種對於福利概念的想法，不失是張永健教授在引進福利來繼續維繫「一階/二階」之分時所想像（從其援引的翻譯之好之於信達雅比喻中指稱信達雅共構成翻譯之好）的另一種可能路徑。但是，引進這種姿態的福利概念，那麼其實也就不必然需要設立「一階/二階」的分野，這無疑又是坐實了賀劍教授的批評了。

肆、再訪福利概念本身的潛在問題

事實上，張永健教授原先區分「一階」與「二階」概念時，僅是要在不同層次上進行最大化、最適化的工作。如要避免〈賀〉文的批評，最謹慎的做法應是在不同層次上，對於不同類型的「被最大化」者進行嚴格的區分，以避免在一階層次上所進行的最適化，到了二階層次產生了重複計算或是混淆。

然而，張永健教授為了迴避這項批評，引入了 Kaplow 和 Shavell³⁵所醉心的福利概念作為最上位階的二階價值。但 Kaplow 和 Shavell 所界定的福利概念之所以可作為最上位階的價值並勝出於其他概念（如公平），其實是如法理學者 J.Coleman 所指出的，是一項套套邏輯（Tautology）。

Coleman 指出，Kaplow 和 Shavell 論證福利概念的方式，首先是將「福利」和人們所偏愛之價值等同；因此，所謂的有價值者，就是能夠增進福利函數者。緊接著，Kaplow 和 Shavell 再將人們可能視為一項價值的「公平」進行分析。他們先將公平對於公平的概念進行一種微妙的定義；公平被區分為「增進人之福利的公平」與「未增進／減損人之福利的公平」。而由於在前者的意義下，公平概念並未獨立於福利，因此不會作為與其所欲論證的福利相競爭者。就此而言，福利概念所要對決的，當然就是「未增進／減損人之福利的公平」。而由於後者不可能增進、甚至會減少福利函數，因此若「公平」可以做為一項獨立於福利而存在，那麼它也不太可能會是一項值得被追求的價值。³⁶

在這項論證過程中，能夠與福利相競爭者，是從概念界定時就遭到了排除：因為所謂的價值就是增進福利函數者，而與福利競爭的公平概念因為不包含任何可以增進福利的可能，因此不應當追求。而在 Kaplow 和 Shavell 論證下，被認為是有效的公平概念，是因為它是一種能增進福利函數的公平。而公平之所以能增進福利函數，則是因為人們具有一套「公平品味」（a taste of fairness）的特殊偏好；但因為這種公平概念本身倚賴於福利概念，因此也不具備和福利競爭之地位³⁷。這當然是一種對於公平概念的奇怪定義方式。³⁸

³⁵ See LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* 4(Harvard University Press. 2002).

³⁶ Jules L. Coleman, *The Grounds of Welfare*, 112 THE YALE LAW JOURNAL 1511, 1523-1524 (2003).

³⁷ 然不論是公平或者是其他本務論式的道德概念，在吾人的意義理解下，通常應當是在偏好之上並對偏好有所調整者，而不僅僅是一種偏好。這部分的批評，see Lewis A. Kornhauser, *Preference, Well-being, and Morality in Social Decisions*, 32 JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 316-323 (2003).

³⁸ 但「公平」為什麼一開始仍然會被人們視為一種價值呢？如法理學者 Coleman 所指出的，Kaplow 和 Shavell 是使用不對稱式自然主義的說明（explanation），亦即是僅將「公平」概念取消並化約成自然事實方式，將公平概念原本的規範性意義予以解消。而這種方式當然不可能提供「公平」概念一種意義上的吸引力。See: Coleman, *supra* note 36, at 1526.

然而，這種援引福利作為至上價值的說法，縱使會有上述這般對於公平正義的奇怪定義，但或許乍看之下仍有某種直覺上的吸引力。畢竟正如同法理學者 J.Waldron 所指出的，對於任何的價值概念，若吾人持續的追問其值得被追求的理據，或許終究很可能也會回答出「增進人們的福利」這一選項³⁹。但即便我們不再細究 Kaplow 和 Shavell 的概念界定，但是〈張〉文和《社科》引入了 Kaplow 和 Shavell 的福利概念時，仍有另一項問題。

在 Kaplow 和 Shavell 的原初版本中，結合福利概念的乃是帕雷托標準⁴⁰。換言之，其追求福利的提升必須是在「無其他人的福利因此受損」的情況下去施展。就此來說，即便我們在一開始因為概念界定的奇異性而暫時拋下了公平的概念，但是這種結合了帕雷托式的福利狀態，或許仍然看似有吸引力。或者說，按照 Kaplow 和 Shavell 的定義，公平既無法增加福利總量，且又造成了部分人的受損，則對比於搭配著帕雷托標準的福利概念—既企求增加福利總量，且又不造成任何人的受損—當然看起來很沒有吸引力。

但是，張永健教授在援引福利概念時所欲採取的，是 Kaldor-Hicks 標準⁴¹，其追求福利的提升條件為「只要被減少福利者（潛在地）有可能被福利增加者所補償」。因此，當公平概念再次與福利概念進行對比時，則我們所面對的即為「總體福利增加，但就會產生制度輸家（且不一定確實受到補償）」的福利概念，與「雖不增加（甚或減少）福利總量，但至少不會產生制度輸家」的公平概念。在這個情境下，福利概念是否可以一如既往地勝出呢？

讓我們用法學者 David Dolinko 的舉例來試圖具體化前述的質疑吧⁴²。在第三帝國時期的德國，納粹政府將少數民族（如猶太人、吉普賽人、部分身心障礙者等）趕盡殺絕，雖然減少了這些人的福利，但對於當時廣大反猶的、崇尚亞利安至上德國廣大百姓（以及納粹黨人）而言，其自然是獲得了偏好上的滿足，於是福利便增加了。

David Dolinko 便是以此例試圖反擊 Kaplow 和 Shavell 的福利理論。對於 Kaplow

³⁹ See Jeremy Waldron, *Locating Distribution*, 32 JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 285 (2003). 事實上，將公平正義等概念視為某種偏好或是品味的思維，並非 Kaplow 和 Shavell 兩人所獨有。和波斯納法官共同開創出法經濟分析此一領域之諾貝爾經濟學獎得主貝克（Gary S. Becker），早在 1977 年便和同為諾貝爾經濟學獎得主史蒂格勒（George Stigler）共同於〈品味無可爭論〉（*De Gustibus Non Est Disputandum*）一文中如此主張。對貝克此番想法以及可能偏誤之爬梳，參見：強納森·奧德雷德，作惡的執照：經濟學如何腐化我們，影響我們的決策方式，主宰了我們的生活，頁 168-173（2020 年）。

⁴⁰ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES (2003).

⁴¹ 張永健（註 7），頁 59-60。

⁴² Dolinko 之例和其論述，See David Dolinko, *The perils of welfare Economics*, 97 NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW 351, 358-362 (2002).

和 Shavell 來說，這項例子的攻擊可能還不是那麼的致命；因為在 Kaplow 和 Shavell 的論述中，結合的是帕雷托標準。因此我們或許可以設想，他們尚可以「無其他人的福利因此受損」來迴避、拒絕為 David Dolinko 的此一例子背書。然而，結合 Kaldor-Hicks 標準的張永健教授，可能便無法以相同思維迴避之。而這便是張永健教授將標準從帕雷托改自 Kaldor-Hicks 時，需要重新提供一套說法來重新論證福利概念之緣故。

伍、承擔雙重任務的比例原則

《社科》第三章主張以成本效益分析（Cost-Benefit Analysis）取代比例原則這項為法律人耳熟能詳的法學思維方式。該章首先肯認了比例原則乃是法學者企圖進行實質合理分析之工具；然而，如果要選擇合理的分析工具，成本效益分析應當更為適當。在澄清了人們對於成本效益分析的誤解（如只能用金錢或貨幣形式）後⁴³，《社科》開始展開了對於比例原則的嚴厲批判，一一拆解比例原則的四項步驟，批評這些步驟之設置並非合理分析之應有要素。

在目的正當性之環節，《社科》指出這往往因決策者個人的道德信念之參雜而會壓縮合理性之分析⁴⁴，而在適當性原則審查時，所謂的「有助於達成目的」往往不區分「達成目的之程度」，且又容易流於以後見之明（hindsight bias）進行判斷⁴⁵。而到了必要性與狹義比例原則的階段，則更可看出比例原則應被取代的理由：因成本效益分析能更方方面面地將相關政策或法律所涉及到之一切事項皆加以考量；相對地，比例原則的必要性原則可能過度側重「公民私權限制或減損後果……導致審查者對於成本的理解和想像趨於片面，特別是可能過度糾結私人成本（private cost）最小化，而忘記合理的公共政策應關注總體社會成本」⁴⁶；就此而言，這不過是劣化或偏頗的成本效益分析。而因狹義比例原則又必須接續必要性原則之後，因此即便在此階段終於開始衡量各種方案的後果或所需成本等要素，但也僅是延續偏頗的成本效益分析⁴⁷。

此外，《社科》又引用知名法學者 van Aaken 從行為科學出發所展開的批判，指出比例原則實乃「內建」損失厭惡（loss aversion）此一認知偏誤，因而在思考過程中如此「偏袒」受損之權利，未能在無偏誤的情況下做出正確判斷。而在成本效益分析的思維下，則可將成本、效益皆予以展開，並透過方案對調的方式避免此類偏誤滲入思考，藉此減少此類因包裝（framing）過程所帶來的思考偏誤⁴⁸。在展現了這麼多比例原則的缺陷後，《社科》相信吾人應以成本效益分析取代思考方式上過於疊床架屋但又不甚理想的比例原則。

本文認為張永健教授的攻擊確實有部分是一語中的。比例原則本身自非完美

⁴³ 張永健（註7），頁121-125。

⁴⁴ 同前註，頁126-8。

⁴⁵ 同前註，頁128-9。

⁴⁶ 同前註，頁130。

⁴⁷ 同前註，頁134-6。

⁴⁸ 同前註，頁143-44。同樣以此一認知偏誤出發來捍衛成本效益分析，參見：Sunstein，剪裁歧見：訂作民主社會的共識，頁108-110（2015年）。

無瑕，不論是在理論本身⁴⁹或其被運用到實務⁵⁰皆有不少反省之聲。然筆者相信比例原則仍不宜直接被成本效益分析所取代，這部分是因為它同時承擔了複雜的雙重任務。以下將試圖展開比例原則所承擔的雙重任務，並指出「純粹」的成本效益分析似乎並未對雙重任務皆予以承受。

(一) 成本效益分析的奇怪選擇

為展開本文論述，請先參考以下此一虛構案例。假定在某一情境中，為實現某利益 A（下稱 A），將推行一項法律或政策，且推行必將影響到某 B 類憲法基本權（下稱 B）。首先，為進行成本效益分析，吾人必須使用某種單位將 A 和 B 加以定值。假定 A 完整實現時，其總值最高為 50W，而 B 之最大完整總值亦為 50W。接著我們假想，該法律或政策的制定，容有以下數種可能方案：

	A	B
甲方案	50	0
乙方案	30	20
丙方案	20	20

在成本效益分析的考量之下，丙方案因產生的總淨值最小，因此將不會予以考慮。這對於比例原則的思維而言，應當亦然。因此，且將視角轉向甲方案與乙方案。在成本效益分析底下，甲方案與乙方案乃相同可欲；因為這兩種方案都達成了等高的淨值（皆為 50W）。然而，吾人應當會認為甲方案和乙方案並不相同；且理想上來說，吾人在思考上應該會同意或偏向於乙方案而非甲方案。那麼，為什麼成本效益分析所做出的結果，會與吾人所認為應有的選擇有所不同呢？

筆者認為，在前一假想案例中，成本效益分析之所以會與吾人的思考相左，在於成本效益分析（其實，是法經濟分析思維）並未忠於 rule of law，而這就是吾人不能過快地以成本效益分析取代比例原則的理由。

⁴⁹ 和《社科》相似，認為比例原則之多層步驟疊床架屋又不盡理性，而應當逕自展開衡量（balancing）者，see Louis Kaplow *Balancing Versus Structured Decision Procedures: Antitrust, Title VII Disparate Impact, and Constitutional Law Strict Scrutiny*, 167 U. PA. L. REV. 1375, 1451-8 (2019).

⁵⁰ 許宗力大法官過去曾為文指出大法官對於比例原則乃是「孤立、分散」地適用其三項子原則。參見：許宗力，法與國家權力（二），頁 82-84（2007 年）；學者廖元豪亦曾針對 2003 年就任大法官的解釋文或理由書中出現比例原則者進行爬梳，並指出大法官亦不見得總是完整操作比例原則，甚至可謂口訣式引用的「修辭簡稱」。參見：廖元豪，高深莫測，抑或亂中有序？論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」，中研院法學期刊，2 期，頁 225-226（2008 年）。而在饒富爭議的司法院釋字第 617 號解釋雖於解釋文與解釋理由書皆論及比例原則，然就如同黃舒芃教授對於此號解釋的批評：「是以一種直覺、經驗性的論據來支持其結論，因此比例原則在這個個案的論證中，事實上完全無用武之地」；就黃舒芃教授所見，這僅是「個案決疑論」的思維，根本「不成原則」。參見：黃舒芃，變遷社會中的法學方法，頁 237-238（2009 年）。

看到這裡，張永健教授或許會大喊冤枉。因為早在其所著之《物權》一書中，便援引波斯納法官之看法，指出法經濟分析符合 *rule of law*。波斯納對法經濟分析符合 *rule of law* 的論述，是援引了美國政治哲學巨匠羅爾斯（John Rawls）的四項指標：法律的要求有期待可能性、相似案件相似處理、法律必須具備公開性、法律適當且一致。而對於重視行為理論、具有一致且客觀分析方法的法經濟分析而言，要滿足這四者似乎是再自然不過的事：其理論的建構中很自然地包含了前述四項要件。法經濟分析必須藉由精準的行為理論和一致的分析方式給予人誘因並影響行動，就不可能會自打嘴巴地做出過分的要求。也由於分析方法的一致擔保了結果的一致。而對於法律應當公開的部分，則指出法律必須公開才能改變誘因與行為，這對經濟分析是當然之理。因此，法律經濟分析也就可以很自豪地宣稱自己也符合 *rule of law*！⁵¹

（二） *Rule of law* 的實踐差異命題與不受控的經濟分析

要充實本文的攻擊並回應上述申辯，且先從法理學者 Waldron 在 2019 年的一篇短文說起⁵²。在釐清 *rule of law* 時，Waldron 介紹了 *Rule of law* 惡名昭彰的孿生兄弟 *rule by law* 以作對比。之所以稱之為「孿生兄弟」，在於兩者之間其實有高度相似，但同時我們又相信 *rule of law* 具有某些多於 *rule by law* 的東西。正是那個「多出來的東西」使得 *rule of law* 與 *rule by law* 不同（且使得吾人較認可 *rule of law*）。那麼，這到底是什麼？Waldron 從一個很文義的分析出發，指出兩者是介系詞有所不同，而這個介係詞的不同，恰好呈現了兩者的不同意義。*rule of law* 是指「法的（of）統治」⁵³；而 *rule by law* 則是指「經由（by）法律來統治」。而兩者間的不同，在於後者將法律看做某種工具以追求其他目的的工具論觀點（Instrumentalism），而前者則否。

前述簡單分析，點出了 *rule of law* 與 *rule by law* 的區別在於看待法規範的觀點。在 *rule by law* 觀點下的人，並未將自身置於「法之下」，而是在法之上並將法律視為某種工具加以利用之，以達成特定之目的（注意，這不見得為惡，如追求效率或福利，也都是可能的選項）。而在 *rule of law* 的思維下，則是所有人都置於法之下並受其拘束（binding）⁵⁴。

⁵¹ 張永健（註 5），頁 11-12。

⁵² Waldron, Jeremy, *Rule by Law: A Much Maligned Proposition* (April 25, 2019). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378167>

⁵³ *rule of law* 於台灣法學界大都譯為法治。惟若譯做法治，於此不但無法展現從介係詞開展之分析，且法治一詞也容易使人聯想到法治國（*Rechtsstaat*）一語，甚而引發了對於法治與法治國等概念指涉是否一致的困惑。法治與法治國等概念在跨文化上的爬梳比較並非本文要旨，故基於上述原因，本文在後續出現 *rule of law* 時，將以英文呈現而不再翻譯之。對於法治與法治國概念之比較與爬梳，請參見：黃舒芃（註 50），頁 281-300。

⁵⁴ 雖非從介係詞分析出發，但仍與 Waldron 有類似區分者，see：BRIAN Z. TAMANAHA, *ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY* 92-93, 114-116 (Cambridge University Press. 2004).

那麼，該如何理解這樣一種將自身置於法之下，受其拘束的觀點呢？且先回到前述的虛擬案例。在此一虛擬案例中，吾人之所以會認為乙方案優於甲方案的關鍵在於：乙方案即便淨值W和甲方案相同，卻是一個完全不讓憲法上基本權B有任何可能獲得實現空間的方案⁵⁵。而B基本權作為**憲法業已許諾**的基本權利，這個「**業已受到憲法許諾**」⁵⁶的特性，應當使得它有資格在我們的思惟過程中產生差異。換言之，一項權利是否已然為法體系的一份子，在思考的過程中應當是有所不同。或者以法理學者 Coleman 的話來說，是法律對於那些「受法所支配的人們，實際深思熟慮的結構或是內容上產生了差異」；法律所具備的這個特性，稱為「**實踐差異命題**」(Practical Difference Thesis)⁵⁷。

對抱持 rule of law 觀點的論者而言，理應會同意法律具有實踐差異命題此一特性；且他們就是在自身的行為與思惟中，將實踐差異命題予以展現出來。更直接的說，抱持 rule of law 觀點者看待法律的方式有一接受態度：這是一套以法律作為自身和他人行為評價標準的「**內在觀點**」(internal point of view)

⁵⁵ 一個可能反駁是：本文在此對於B憲法基本權的側重，正好是 van Aaken 所謂的損失厭惡 (loss aversion) 此一認知偏誤的展現。亦即，因過分害怕業已存在的B權利於將要推行的法律或政策制定之下受損害，才在甲方案與乙方案中，選擇了乙方案。

那麼，吾人亦可將案例反轉改寫。為使某憲法上基本權A得以實現，將推行一法律或政策，且推行必將影響到某B類利益。可能方案的例子完全反轉如下

	A	B
甲方案	0	50
乙方案	20	20
丙方案	20	20

即便將例子翻轉成如此，即去除了「損失厭惡」的可能作用後，但本文仍然可以維持一致看法：按成本效益分析，甲乙兩方案淨值相等，因此兩者沒有區別。但即便總淨值W相等，然吾人應當仍會在甲方案與乙方案中選取乙方案。

⁵⁶ 讀者可對以上虛擬案例做兩種解讀。一是指出認為權利此一概念（不論是道德權利或是法律權利）本身即混有一定程度本務論 (Deontological) 性質，是這種本務論性質保護了該項權利得以在衡量中得以有別於純然結果主義的思維。這其實是權利作為王牌 (Triumph) 的某種削弱版本—即權利雖不總是勝出也無法拒絕衡量，但至少總是在衡量中必然存活。而因為其他利益 (interest) 缺少這般性質，故權利和利益的關係並不對稱。或者，是解讀為一項權利獲得憲法「許諾」後，因「憲法許諾」此一事實而造成不同，因此得以對抗純然結果主義的衡量。筆者初步看來這兩命題彼此並不互斥；支持前一命題不必然就必須否定後者，反之亦然，甚可相容。然前者涉及權利概念的辨析，勢必將更為繁複（且即便不支持後者而轉而支持前者，也同樣會對於成本效益分析產生衝擊；即如何處理權利這般本務論特性）。為集中本文討論的焦點，後續論述僅討論後者（憲法許諾）。

⁵⁷ JULES L. COLEMAN, THE PRACTICE OF VALUE 133 (Oxford University Press, 2001). 實踐差異命題是法理學者（特別是法實證主義者）們針對法之性質 (the nature of law) 與道德之關係的論辯過程中所提出，其重點在於突顯出法律在思惟與實踐中造成差異的此項特性，並藉以釐清法與道德的可能關係。本文無意在此開展關於法與道德的繁複論證與法理學者們刻劃實踐差異命題的不同次版本間之異同比較，而僅是指出有這樣一種可能吾人所熟知，卻被法經濟分析所忽略（或不重視）的特性存在。關於法實證主義內部論戰的精采中文文獻爬梳，參見：陳景輝，法律的界線：實證主義命題群之展開（2007年）。

58；法律的存在這一制度性事實，對其思維和行動有所拘束。但對抱持 rule by law 觀點的論者，可能並不會認可法律造成實踐差異的此項特性。

對抱持 rule by law 觀點之人而言，當由法律造成的實踐確實存在時，將法律視為工具的他們，當然可以利用這項法律的特性。但是，對於抱持 rule by law 的人們來說，因其僅是將法律視為滿足自身所籌畫或設想之目的的工具或手段，因此不需要（也不會）使法律存在一事，反過頭來干涉、拘束了自身思考。就像是張永健教授提及法經濟分析（economic analysis of law）此一研究典範時所提到的，其認為法規範並非外生或給定，而是可修改的，故其思考的核心是「思索如何改變法律（解釋）以提升效率」⁵⁹。另一方面，rule by law 論者看待法律使用法律的方式，甚至不見得會與實踐差異命題有關。當法經濟分析以激發誘因（alter incentives）作為法律的主要功能出發，並以「誘因設計者」的觀點來思考與調整人民的行動時，他們不但未使實踐差異命題作用於自身，甚至也會影響實踐差異命題。使用誘因出發的行為調控，是將法律（更精確的，是法律所能帶來的惡果或是好處）作為某種誘因，使得人民以其所預期的方式加以展開行動。法律所產生的實踐差異，是以某種特殊的方式作用在原本涉及行動的理由上：它並不是直接給出一個直接關乎於行動的好壞的理由（不是直接指出如此行動是好的／不好的理由），而是某種「獨立於內容」（content-independent）的方式。但當法經濟分析使用誘因機制作為核心時，則法律的「作用」方式，是直接透過「給予好處／施加惡果」的方式，在人們的「要不要如此行動」的思考過程當中給出一個直接相關的理由（照著法律的要求做可以有相應的好處，而不照著法律的要求做則會有壞處或惡果）。分析至此，我們應當可以較有信心地說法經濟分析已經不會是 rule of law 的觀點了⁶⁰

⁵⁸ 內在觀點是知名法理學者哈特（H.L.A.Hart）用以闡述法律時的術語。哈特認為法律之所以不僅僅是「以威脅為後盾的命令」，關鍵即在於法律實踐者具有這種看待法律的特殊方式。See H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (Joseph Raz, et al. eds., Oxford University Press 3rd ed. 2012).

⁵⁹ 張永健（註 12），頁 295-96。

⁶⁰ 更細緻地說，（以誘因為核心的）法經濟分析思維是：

1. 將一切思維皆轉換為偏好
2. 偏好可被調整
3. 法律的核心功能是透過誘因調整偏好

如果法律的功能是調整偏好，那麼法律本身就是某種「為了達成某項目的而去改變行為的工具」。我們可以看到，在「如何對待法律」的立場上，經濟分析不只是自白拖出自己的工具論立場，而是實實在在地採取「工具論」的思維了。對於人的行為假設上，經濟分析透過「偏好」跟「願付價格」改寫了原本的實踐差異命題的「拘束性」意義。原本法律存在，是表彰出一種「你應該／你不應該 X」的拘束性意涵。但以願付價格和願售價格改寫後，原本的允許和禁止的意義，就可改寫成「你要不要從事 X，取決於對行為的偏好與 X 相關的後果（可能來自於法規範所給出）之間的考量」。

但有部分法經濟分析學者對上述主流觀點抱有警覺與異見。如 Kornhauser 即曾批評法律的規範性不宜逕以「誘因機制」理解，近期與 Jennifer Arlen 合著之文章中，更指出法律即使改變了選擇，但其實亦未能改變行為者偏好。感謝黃種甲提醒筆者勿忽視 Kornhauser 之異見。See LA Kornhauser, *The normativity of law*, 1 AMERICAN LAW AND ECONOMICS REVIEW 3(1999);

那麼，吾人又該怎麼看待張永健教授援引波斯納法官之看法，指出法經濟分析符合 *rule of law* 的申辯呢？事實上，即便是在 *rule by law* 的狀況下，為妥善達成特定目的（如追求福利），因此即便未將自身置於法規範之下而是將法規範視為工具，但仍然需要滿足某些「工具的品性」，方能將工具做有效之發揮，讓人們確實受到法律的影響而行動。⁶¹而要能夠發揮這項工具的品性，就必須留意到法律這項「工具」是關乎於複雜人際行動；因此，若無法滿足於這些在複雜人際行動中所需注意的事項，則要使用法律這項工具也自然不可能成功⁶²。就此而言，張永健透過援引波斯納所滿足的，與其說是「*rule of law* 的要求」，或許說是「使法律這種工具得以在複雜人際行動中發揮影響」的必要條件會更為精確。

（三） 在拘束性與正確性之間的比例原則：簡述比例原則與形式原則的幾種可能關係

前文的討論已試圖簡要地指出了一種 *rule of law* 所具備的觀點，即將自身置於法之下受其拘束；並且，在思惟上會因「法律存在／是法律」一事帶來的拘束，而與「沒有法律／不是法律」有所不同。而作為經濟分析思考下的成本效益分析，並沒有使得自身的思考置於這般拘束中。吾人可從前述的虛擬案例看到，成本效益分析並沒有因為一項權利受「憲法所許諾」，因此在思考中有所不同；換言之，成本效益分析並沒有「內建」這項受法拘束的特性。

事實上，這項「拘束」的特性對習於法學思維的人而言應當並不陌生，因為這便是法學思維的起點⁶³。學者顏厥安⁶⁴早年在針對法律規則與原則的討論中便曾敏銳地指出這種以「獨立於內容」(*content-independent*) 形式運作之特性和法律的權威 (*authority*) 性相關，並稱之為 R.PF (形式原則)⁶⁵。但另一方面，法律

Jennifer Arlen & Lewis A. Kornhauser, *Can the Law Change Preferences?*, available at <https://ssrn.com/abstract=3656461> (2020).

⁶¹ Waldron, *supra* note 52. 事實上，Waldron 此文正是指出，*rule by law* 雖然常與 *rule of law* 相比而被吾人認為惡名昭彰，但其實是在 *rule by law* 之下亦可得出不少吾人對於法律所認可之要求。

⁶² 值得強調的是，即便僅將法律視為達成其他目的之工具，其所追求的也不見得為惡（如追求福利即非惡）。就此而言，若將法經濟分析的論述以最強的方式展現，則其乃是在追求一種 *good rule by law in the best way*。而為了達成這個 *good rule by law in the best way*，一樣必須要重視人之實踐活動所涉之若干要素。因此本文認為，張永健教授所援引的諸多要點，更抽象地來說其實是所有複雜人際行動中都需要具備的要素。事實上，從複雜人際行動中出發勾勒出的 *rule of law* 要素，正是法理學者富勒 (Lon L. Fuller) 核心思想；而張永健教授經由波斯那所援引的羅爾斯式 *rule of law*，其來源也正是參考自富勒。羅爾斯引用富勒之來源，See JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 206, n20 (revised ed. 1999 [1971]). 但縱然 *good rule by law in the best way* 所求非惡，其仍然不是 *rule of law*；而繼續宣稱是 *rule of law*，不啻就是法理學家德沃金 (Ronald Dworkin) 所批評的，是一高貴謊言 (*noble lie*)，see RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* 155 (1986).

⁶³ 以法釋 (教) 義學為例做出的說明，參見：雷磊，法教義學的基本立場，中外法學，27 卷 1 期，頁 198-223 (2015 年)；雷磊，法教義學立場再商榷，北大法律評論，2016 年 02 期，頁 301 (2016 年)。

⁶⁴ 參見：顏厥安，規則、理性與法治，臺大法學論叢，31 卷 2 期，頁 1-58 (2002 年)。

⁶⁵ 同樣指出形式原則表彰了法律權威特性者，see JAN-REINARD SIECKMANN, *THE LOGIC OF AUTONOMY: LAW, MORALITY AND AUTONOMOUS REASONING* 167-70 (Hart Publishing. 2012); Jan-Reinard Sieckmann, *The Dual-*

會做出正確性宣稱 (Claim to correctness)⁶⁶；而為了實現正確性宣稱，便使得法學必須努力讓法成為理性思維的產物。而作為一種法學思維的比例原則⁶⁷，也自然必須承受了拘束性和正確性⁶⁸的雙重任務。而比例原則的關鍵在於衡量 (balancing)，也就是把各種不同的原則共同權衡。那麼，法律拘束性的特性是如何與比例原則的「衡量」打交道呢？

第一種可能是拒絕、排除衡量。法律的拘束特性，或可用法理學者拉茲 (Joseph Raz) 的話來說，是一種阻斷衡量的權威⁶⁹。而權威的阻斷衡量，是基於依賴命題 (the dependence thesis) 與通常證立命題 (the normal justification thesis)，簡單說就是：因為權威已經進行過衡量，而且又通常衡量的比較好，所以就不用再衡量了。但若已經有權威的明確指令將衡量完全阻斷，那麼便根本不需要進行比例原則的工作了，僅需以依循明確的指令即可。因此，比例原則與衡量似乎不是直接的阻斷、排除關係。

第二種可能是將拘束性「轉換」成某種原則，也就是以前述提到的形式原則參與衡量之中。但轉換為形式原則，並沒有直接解決衡量的問題。形式原則作為一項法律原則 (principle)⁷⁰，雖然不直接指向行為的具體內涵，但仍然要求受到

Nature Thesis: Which Dualism?, 33 *RATIO JURIS* 271,278-9 (2020).

⁶⁶ 法具有正確性宣稱是由德國公法學者 Robert Alexy 所提出，並藉此進而批判法實證主義的分離命題。本文無意深究這個法實證—反法實證主義的論爭。Alexy 對此觀點的闡述，see: Robert Alexy, *Law and Correctness*, 51 *CURRENT LEGAL PROBLEMS* (1998). 討論 Alexy 和法實證主義者論戰的中文文獻，參見：王鵬翔，法概念與分離命題——論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭，中研院法學期刊，9 期，頁 229-289 (2009 年)。

⁶⁷ 本文在此僅是指出法學可能需要處理的幾個重要面向。下述之討論為方便聚焦，則將僅簡述此兩面向於比例原則中與原則衡量的部分，不涉及其他重要的法學思維（如法釋義學／法教義學）。筆者相信，本文所勾勒出的一般性面向（正確性和拘束性），應當亦為法學所認可之重要面向。至於法學如何處理這些面向，以及法學的處理是否有套一以貫之的方法，而能成為一門學科等問題，可能遠超出一篇書評所能回答。討論此雙重面向如何貫通法學的一般性討論，see Matthias Klatt, *Intergrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law*, 33 *RATIO JURIS* 380(2020).

⁶⁸ 為集中討論，本文不處理比例原則的衡量正確性是否為結果主義之問題；如註 56 所指出，這涉及對權利概念之深刻辨析，甚至需要多篇專門文章加以處理。但即便認為衡量正確性為結果主義（因此在正確性考量上更往成本效益分析邁步），惟其此項衡量結果仍受拘束性—即憲法業已許諾的此一事實影響。指出比例原則為結果主義因此背於權利概念之論述，參見：Greco 著，鍾宏彬譯，正當防衛與比例原則，月旦法學雜誌，291 期，頁 14-15 (2019 年)。

⁶⁹ 拉茲本人對其法律權威論之一般性說明，see Joseph Raz, *Authority, Law and Morality*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* 210 (1995). 對拉茲權威論介紹之近期中文文獻，參見：陳冠廷，法律規範性理論的「無心」之過？—以哈特與拉茲之理論為核心的反思，中研院法學期刊，27 期，頁 358-362 (2020 年)。

⁷⁰ 本文所援用之原則 (principle) 一詞，大體依循德國公法學者 Robert Alexy 的用法。See Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 *RATIO JURIS* 294(2000).; ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 44-69 (Julian Rivers trans., Oxford University Press. 2002). 中文介紹性文獻參見：顏厥安，法與實踐理性，頁 67-68 (1998 年)；張嘉尹，法律原則、法律體系與法概念論—Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁法學，24 期，頁 1-46 (2002 年)；王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，53 期，頁 74-83 (2007 年)。

一定程度的實現；並進而在諸多原則所進行的「衡量」(balancing) 環節當中產生影響。是故，接下來的問題乃是，形式原則是以什麼方式參與了衡量？

在 Alexy 改寫其權衡公式 (weight formula)⁷¹前，形式原則有兩種可能參與衡量的方式⁷²。其一是讓形式原則直接和實質的原則衝突，典型的例子就是他所捍衛的賴德布魯赫公式 (Radbruch Formula)⁷³「極端不正義的法律不是法律」。之所以僅有「極端」不正義的情況才能推翻法律，是因為在「不極端」的情況下，形式原則去壓抑了實質原則，使其不能直接推翻法律。而第二種情況稱之為結合模式 (combination model)，是使得形式原則依附於實質原則。與第一種情況不同的是，第二種情況的形式原則在衡量中並無獨立的地位，並不是形式原則單獨與實質原則進行衡量。舉例來說，當某一項吾人所認可的法律原則 Px 化做法律規則後，則若此時又有另一吾人所認可之原則 Py 欲與之衝突，則此衝突就不只是考量 Px 與 Py，而亦有 Px 化為法律規則後所帶有的形式原則 R.PF 在其中；若 Py 欲勝出，則不僅需要勝於 Px 而已，Px 化為規則後所帶有的形式原則 R.PF 加重了 Py 勝出的難度⁷⁴。

本文將形式原則理解為法律的拘束性⁷⁵。那麼在比例原則中表彰拘束的方式，除了上述兩種讓形式原則直接化身選手參與原則之間的衡量外，亦有可能是「**為法所認可者，方有資格進入衡量**」。以「權利」為例，沒有成為「憲法所許諾之基本權」者並沒有辦法加入衡量⁷⁶。而在得以「限制」權利的另一側，即便憲法

⁷¹ Alexy 權衡公式 (weight formula) 改寫後的英文文獻表述，see: Robert Alexy, *Formal principles: Some replies to critics*, 12 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 511,513-5(2014).

⁷² 這參考自學者王鵬翔精采的分析與整理。See Peng-Hsiang Wang, *Formal Principles as Second-Order Reasons*, in RECHTSPHILOSOPHIE UND GRUNDRECHTSTHEORIE. ROBERT ALEXYS SYSTEM 429 (Martin Borowski, et al. eds., 2017).

⁷³ 在此，法律人或以法安定性 (Legal Certainty) 稱之，故也經常理解為法安定性與實質正確性之間的衝突。See Robert Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, 28 RATIO JURIS 441(2015).

⁷⁴ 不少中文文獻是以此種方式加以理解。如：顏厥安 (註 70)，頁 68；王鵬翔 (註 70)，頁 82-83。

⁷⁵ Alexy 近年改寫權衡公式時，加入了不確定性要素，並指出這就是形式原則在衡量中的位置。其修改的大意是，每次的衡量除了要考慮原則自身的重要性之外，還要評估原則的確定性。若吾人有越高的確信認為該項原則可落實可實現，那麼它在衡量中的地位就越高；而相對的，若越不能確定，那麼它在衡量中的地位就越低。Alexy 就此重新布置了形式原則在衡量中的地位。Alexy 的論述，see Alexy, *supra* note 71. 然就如其弟子 Martin Borowski 所指出的，這是把形式原則跟認知不確定性混淆。本文追隨 Martin Borowski 的觀點，故不細論形式原則作為不確定性的相關論述。或者說，當本文從「拘束性」出發理解的形式原則時，自然不是關注不確定性之相關問題。Borowski 的相關批判，see Martin Borowski, *The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's 'Law of Combination'*, in PRINCIPLES THEORY; ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES 19(Martin Borowski ed. 2010); Martin Borowski, *Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles*, in ALEXY'S THEORY OF LAW (Júlio Aguiar de Oliveira, et al. eds., 2015).

⁷⁶ 一個可能的回應是：因憲法帶有「概括基本權」條款 (即憲法第 22 條)，因此大大擴張了得以進入衡量者，因此就結果來看可能並無太大差異。對此的回應則是，概括基本權仍非無邊無際，憲法第 22 條後半句即有「篩選」作用；且是在通過篩選者方有進入比例原則之衡量。如司法院釋字第 699 號解釋理由書即指出：人民有隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，**於不妨害社會秩序公共利益之前提下，受憲法第二十二條所保障**(本院釋字第五三五號、第六八九號解

第 23 條看起來已經如斯寬泛，但至少特定的「私人利益」並未被許諾可對於權利進行限制。就此而言，即便增進某個特定個人的私人利益亦能增加福利函數的值，然憲法也「尚未」許諾要以此種方式限制憲法基本權。

而最後一種可能的模式是：拘束性所表彰的形式原則，畫出了一個衡量的界線或標準；並且只允許「在此標準或界線範圍之內的衡量結果」。因此，當進行衡量產出的方案是會使得憲法的基本權未落在此標準或是界線之內⁷⁷，那麼這就不只是基本權實現程度高低的問題，而是「被許諾要被保障的憲法基本權」一事根本沒有在衡量中產生拘束。

上述指出形式原則（受法所拘束）之存在與作用的幾種可能模式⁷⁸，既可部分說明何以比例原則不總是直接等同於實質原則的衡量結果，也可部分說明為什麼成本效益分析論者可能會認為比例原則的衡量偏頗或怪異。的確，良好地運用成本效益分析或可以更為細緻的方式純粹考量各種法律所產生的後果，因而在追求「正確性」的方向上比起未能精準的、類似於直覺主義式的比例原則衡量更往前邁進⁷⁹。但由於成本效益分析不會在計算後果時考量到形式原則（受法所拘束）的特性，因而未能同時顧及「拘束性」的要求⁸⁰。而將拘束性納入考量後的比例原則，則不見得每每都會選出與成本效益分析相一致的方案。對於成本效益分析而言，或許會認為這是一種「偏差」；然不帶有拘束性觀點的成本效益分析也正因如此而不是一「法學思維」，而這正是吾人不能過快地以成本效益分析取代比例原則的理由⁸¹。

釋參照)。此一行動自由應涵蓋駕駛汽車或使用其他交通工具之自由。又人民之工作權應予保障，亦為憲法第十五條所明定。惟上揭自由權利於合乎憲法第二十三條要件下，以法律或法律明確授權之命令加以適當之限制，尚非憲法所不許。（粗體為本文所強調）

⁷⁷ 本文前述虛擬案例中，使某一憲法基本權為「零」的狀況即為此間之極端情境。但其實任何外於憲法所許諾的界線外的衡量結果（即便不為零，僅是其已經高於或低於憲法所許諾的框限），皆可能與「受法拘束」有違。

⁷⁸ 事實上，對形式原則應當如何理解一直饒富爭議。對這些不同版本的形式原則的完整爬梳和論證，可能遠超出一篇書評所能處理。本文僅要指出形式原則可能有的不同的模式（如本文之上述），且不論是哪種版本的表述，似乎仍未被張永健教授所闡述之成本效益分析所「內建」。

⁷⁹ 比例原則乃是藉衡量來追求正確性並盡力使自身的判斷具有合理性，而成本效益也同樣共享了此項任務。學者林明鏘也曾在撰文提到，德國學說甚至有認為成本效益（Kosten-Nutzen-Rechnung）亦應納入比例原則的範疇。參見：林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231 期，頁 69（2014 年）。

⁸⁰ 《社科》的一個可能回應是：在《社科》中已經分派比例原則與成本效益分析之「守備範圍」。按《社科》一書分析，比例原則或容可繼續委身於司法機關的部分審查中，而在行政和立法部門中，則應當適用成本效益分析。就此而言，應當受到拘束的，或者使用「法學」進行思維的司法機關仍可於一定限度內繼續使用比例原則，但這不是立法和行政機關的任務。然而本文藉虛構案例所開展之批判，恰恰說明了縱為立法階段也不應逕自採納成本效益分析而忽視法的拘束性。《社科》以權力分立分派的論述，參見：張永健（註 8），頁 145-148。

⁸¹ 若不限於「比例原則 vs. 成本效益分析」的討論，再次將視角轉向一般性的法學討論。那麼從第五部分的論述可對於張永健教授的提問則是：以「福利」統括一切價值，並將福利置於價值之頂端的理論大廈，是否有對於「拘束性」此一特性加以處理（以及是否可能獲得妥善處理）？就此，本文第參至第肆部分所指出的若干問題可能將會再次一一浮現。

陸、結語

本文之旨趣並非根本性地反對張永健教授在法學思維納入效率等經濟分析的概念和思維，只是試圖以筆者認為正確地方式展現其具有之架構和特性，以避免其在吾人思維中凌駕了其應有之位置而產生之「僭政」。

為此，本文第貳部分檢視《社科》一書第二章，從賀劍教授針對其前身〈經濟〉一文中若干方法論的評論出發，試圖以幾個關鍵概念著手進行分析，重新審視〈賀〉文對於〈經濟〉一文的若干批評和〈張〉文中的回應和《社科》之修改是否有效。透過分析效率此一概念，本文重新說清〈賀〉文對〈經濟〉一文的批評仍為有效的攻擊，且此攻擊直到改版後的《社科》第二章依然有效。而本文第參部分一方面承襲上述分析，並進而透過福利概念之討論，試圖指出《社科》第二章與〈張〉文中援引福利概念取代原先二階效率的論述方式，仍有論證上的落差需被克服。第肆部分針對福利概念本身進行討論，指出《社科》援引並修改了Kaplow 和 Shavell 所界定之福利概念後，仍有不足的論證需要進行補充，方可回應出自「公平」層面的可能問題。第伍部分則是針對《社科》第三章企圖以成本效益分析取代比例原則的討論。本文透過一假想案例指出，成本效益是一套未受拘束，不重視法律所造成實踐差異的思考方式，而這種思考其實正是法學的核心。因此吾人亦不宜逕自以成本效益分析取代比例原則。

德國哲學家黑格爾（G.W.F.Hegel）曾云：「去對於具有實質、固定內涵的東西而做出評判是容易的，而去理解它則較困難，而最難的則是同時理解與評判，並將其展示出來。」⁸²筆者希望本文已遵循此一美德，業已確實掌握《社科》一書在方法論問題上的核心主張後方展開評判。筆者相信，這才是種有建設性的批判方式。也希望本文的分析對張永健教授在這條略顯孤單的方法論開拓道途有綿薄之助益，能適時點出一些「說服法律人」⁸³時所必須觀照的重要面向。這才不會愧對張永健教授著書立言以「增進正外部性」所做出的不懈努力。

⁸² GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, PHENOMENOLOGY OF SPIRIT 3 (A.V.Miller trans., Oxford University Press, 1977).

⁸³ 「如何說服法律人」乃是張永健教授於《法律書評》回應文的其中一小節的標題。參見：張永健，負負得正——對《物權法之經濟分析：所有權》書評之回應，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第13輯），頁115（2020年）。

REFERENCE

英文文獻

- Alexy, Robert. 1998. 'Law and Correctness', *Current Legal Problems*, 51: 205–21.
- . 2000. 'On the Structure of Legal Principles', *Ratio Juris*, 13: 294–304.
- . 2002. *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press: Oxford).
- . 2014. 'Formal Principles: Some Replies to Critics', *International Journal of Constitutional Law*, 12: 511–24.
- . 2015. 'Legal Certainty and Correctness', *Ratio Juris*, 28: 441-51.
- Arlen, Jennifer, and Lewis A. Kornhauser. 2020. 'Can the Law Change Preferences?', Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3656461>.
- Borowski, Martin. 2010. 'The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's 'Law of Combination'.' in Martin Borowski (ed.), *Principles Theory; On the nature of legal principles* (Franz Steiner Verlag: Stuttgart).
- . 2015. 'Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles.' in Júlio Aguiar de Oliveira, Stanley L. Paulson and Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (eds.), *Alexy's Theory of Law* (Franz Steiner Verlag: Stuttgart).
- Chang, Yun-chien, and Xin Dai. 2021 forthcoming. 'The Limited Usefulness of Proportionality Principle', *International Journal of Constitutional Law*, 18.
- Coleman, Jules L. 'The Founds of Welfare', *The Yale Law journal*, 112: 1511-43.
- . 2001. *The Practice of value* (Oxford University Press: Oxford).
- Dolinko, David. 2002. 'The perils of welfare Economics', *Northwestern University Law Review*, 97: 351-94.
- Dworkin, Ronald 1986. *Law's Empire*. Cambridge: M.A: Harvard University Press.
- Friedman, David D. 2001. *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* (Princeton University Press: Princeton, NJ).
- Hart, H.L.A. 2012. *The Concept of Law* (Oxford University Press: Oxford).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 1977. *Phenomenology of Spirit* (Oxford University Press: Oxford).
- Kaplow, Louis. 2019. 'Balancing Versus Structured Decision Procedures: Antitrust, Title VII Disparate Impact, and Constitutional Law Strict Scrutiny', *University of Pennsylvania Law Review*, 167: 1375–462.
- Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 2002. *Fairness Versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2003. Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice. *The Journal of Legal Studies* 32 (1):331–362.
- Klatt, Matthias. 2020. 'Intergrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic

- Nature of Law', *Ratio Juris*, 33: 380-98.
- Kornhauser, Lewis A. 1999. 'The normativity of law', *American Law and Economics Review*, 1: 3-25.
- . 2003. 'Preference, Well-being, and Morality in Social Decisions', *The Journal of Legal Studies*, 32: 303–29.
- Parry, Richard, "Ancient Ethical Theory", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.),
<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/ethics-ancient/> .
- Rawls, John 1999. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Raz, Joseph 1995. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press .
- Schmitt, Carl. 1996. *The Tyranny of Values* (Plutarch Press: Washington, D.C).
- Sieckmann, Jan-Reinard. 2012. *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning* (Hart Publishing: Oxford).
- . 2020. 'The Dual-Nature Thesis: Which Dualism?', *Ratio Juris*, 33: 271-82.
- Solum, Lawrence B. 2004. Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions (https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html)
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge University Press: Cambridge: UK).
- Waldron, Jeremy. 2003. 'Locating Distribution', *The Journal of Legal Studies*, 32: 277–302.
- . 2019. Rule by Law: A Much Maligned Proposition (April 25, 2019). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378167>
- Wang, Peng-Hsiang. 2017. 'Formal Principles as Second-Order Reasons.' in Martin Borowski, Stanley L. Paulson and Jan-R. Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System* (Mohr Siebeck: Tübingen).

中文文獻

- L. Greco 著，鍾宏彬譯（2019），正當防衛與比例原則，月旦法學雜誌，291期，頁 5-25。
- C. R. Sunstein（2015），剪裁歧見：訂作民主社會的共識，新北市：衛城。
- 王鵬翔（2007），規則、原則與法律說理，月旦法學教室，53期，頁 74-83。
- （2009），法概念與分離命題——論 Alexy 與 Raz 關於法實證主義之爭，中研院法學期刊，9期，頁 229-289。
- 王鵬翔、張永健（2019），論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48

- 卷 3 期，頁 791-871。
- 由然（2020），不只是物權法的經濟分析——評《物權法之經濟分析：所有權》，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第 13 輯），頁 103-116，北京：北京大學出版社。
- 艾佳慧（2020），民事財產法的經濟釋義——《物權法之經濟分析》的解讀與反思，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第 13 輯），頁 33-55，北京：北京大學出版社。
- 吳義龍（2020），信息成本作為約束條件在物權法中的應用——評《物權法之經濟分析：所有權》，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第 13 輯），頁 56-92，北京：北京大學出版社。
- 林明鏘（2014），比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231 期，頁 65-79。
- 胡偉強（2020），《物權法之經濟分析：所有權》書評：當法律經濟學遇到物權法，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第 13 輯），頁 93-102，北京：北京大學出版社。
- 張永健（2015），物權法之經濟分析——所有權（第一冊），繁體版，臺北：元照出版公司。
- （2019），物權法之經濟分析——所有權，簡體修訂版，北京：北京大學出版社。
- （2020），社科民法釋義學，臺北：新學林。
- （2020），負負得正——對《物權法之經濟分析：所有權》書評之回應，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第 13 輯），頁 115-139，北京：北京大學出版社。
- （2020），經濟人的法經濟學 vs 法律人的法經濟分析——答賀劍教授等師友之書評，中研院法學期刊，27 期，頁 293-344。
- 張嘉尹（2002），法律原則、法律體系與法概念論——Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁法學，24 期，頁 1-46。
- 強納森·奧德雷德（2020），作惡的執照：經濟學如何腐化我們，影響我們的決策方式，主宰了我們的生活，新北市：新樂園。
- 許宗力（2007），法與國家權力（二），臺北：元照出版公司。
- 陳冠廷（2020），法律規範性理論的「無心」之過？——以哈特與拉茲之理論為核心的反思，中研院法學期刊，27 期，頁 345-406。
- 陳景輝（2007），法律的界線：實證主義命題群之展開，北京：中國政法大學出版社。
- 賀劍（2020），物權法經濟分析的方法論之路——評張永健《物權法之經濟分析——所有權》及相關論文，中研院法學期刊，27 期，頁 231-292。
- 黃舒芃（2009），變遷社會中的法學方法，臺北：元照。
- 黃維幸（2017），從詮釋論辯角度——簡評王鵬翔、張永健教授的「經濟分析做為法學方法」一文，月旦法學雜誌，268 期，頁 59-83。

- 黃韜（2014），臺灣地區法律經濟學研究現狀及其成因：基於法學知識生產的分析框架，華東政法大學學報，92期，頁136-149。
- 雷磊（2015），法教義學的基本立場，中外法學，27卷1期，頁198-223。
- （2016），法教義學立場再商榷，北大法律評論，2016年02期，頁298-305。
- 廖元豪（2008），高深莫測，抑或亂中有序？論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」，中研院法學期刊，2期，頁211-274。
- 熊秉元（2013），法學的經濟思維，臺北：華藝學術出版社。
- 蔣侃學（2014），論法律經濟學之方法論預設——以 Coase 與 Posner 的爭論為核心，臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 戴昕（2020），好摘的桃子、難啃的骨頭——評張永健著《物權法之經濟分析：所有權》，收於：蘇力主編，李晟編，法律書評（第13輯），頁19-32，北京：北京大學出版社。
- 謝哲勝（2001），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。
- 簡資修（2014），經濟推理與法律，臺北：元照。
- （2018），華文的法經濟學道路，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁513-550，臺北：中央研究院法律學研究所。
- （2019），經濟分析作為法律科學，中國法律評論，2019卷2期，頁101-115。
- （2021），法律經濟分析方法論，台灣法學雜誌，411期，頁15-28。
- 顏厥安（1998），法與實踐理性，臺北市：允晨。
- （2002），規則、理性與法治，臺大法學論叢，31卷2期，頁1-58。