逸脫法學想像乎?

以成本效益分析取代比例原則之商榷*

陳冠廷**

摘 要

社科法學乃蘇永欽教授所提出「法學的想像」中的四個道標之一,並倡議一種社科法學與法釋(教)義學相輔相成的「輔助命題」。然此命題對法釋(教)義學外的其他法學思維則似未提及。而致力社科法學此一研究取徑的張永健教授,則以吾人最為熟知的比例原則為目標,提出一「取代命題」:以成本效益分析取代比例原則。

為反對「取代命題」,本文試圖指出作為法學思維的比例原則肩負了正確性與拘束性的雙重任務,並從一虛擬案例出發,指出「純粹」的成本效益分析似未對拘束性任務與以承受。藉當代英美分析法理學的論述展示拘束性之意義後,本文進而將之以形式原則理解,並探討比例原則以何種可能方式安置了拘束性此一特性。

關鍵詞:社科法學、法經濟分析、法經濟學、成本效益分析、比例原則、拘束性、法的 統治、形式原則、合法性、法學

^{*} 張永健教授身為受批評者仍不吝與筆者討論並給予鼓勵與寶貴建言,又向蘇永欽教授 大力舉薦拙作,是筆者最應該感謝。本文之內容曾於臺灣大學基礎法學研究中心所舉 辦之「第23屆基礎法學復活節」上宣讀,並受益於與會者的熱烈討論。本文若干論點 自構思到下筆完成的過程中,賴於王鵬翔教授、范耕維教授、賀劍教授、簡資修教 授、顏厥安教授、何漢蔵研究技師、馮咸博士、薛熙平博士、王世安女士、張守銘先 生、張凱評先生、黃種甲先生、楊仲庭先生、楊劭楷先生、歐苡均女士、蔡維澤律 師、蔣侃學先生、盧俊安先生等眾師友的幫助與指教,十分感謝。最後感謝蘇永欽教 授對本文的肯定,僅以本文祝蘇永欽教授生日快樂。惟文中一切疏漏或錯誤由筆者自 自。

^{*} 中央研究院法律學研究所專任助理,臺灣大學法學碩士。

更多相關文獻,請上月旦知識庫http://lawdata.com.tw/tw/。

壹、前 言

蘇永欽教授「學法律、教法律一輩子」,其研究守備範圍十分廣泛;不論是物權法、競爭法甚或憲法等各領域皆有豐富著述。惟蘇永欽教授近年來試圖站在更宏大的觀點思考,並連續數學期以「法學的想像」¹為題開設研討課(Colloquium)邀集相關領域研究者至課堂上報告並共同討論,以期為未來世代提出法學研究之進一步方向。

筆者第一次見到蘇永欽教授便是在「法學的想像」的政大課堂上;然 筆者並非直接受業於蘇永欽教授,甚至連修課或旁聽生都談不上。那天, 蘇永欽教授邀請張永健教授進行報告;筆者因對主題抱有理論興趣,便在 張永健教授同意下一同前往聆聽。課程結束後,筆者野人獻曝地將自己對 當日課程的「不同意見書」交給蘇永欽教授,盼請蘇永欽教授給予提點指 教。對未出茅廬的筆者與尚不成熟的觀點,蘇永欽教授看得相當認真,甚 而在張永健教授說出「若蘇老師看過覺得可以,可考慮收於論文集」後, 更是鼓勵筆者充實論述以收錄於論文集。蘇永欽教授的認真對待與勉勵, 筆者十分感謝珍惜。

貳、導 論

回到「法學的想像」一題。蘇永欽教授提綱挈領地指出四個道標:大民法典、跨域教義、部門憲法以及社科法學²。社科法學一詞對臺灣法學社群或許仍較陌生,但在對岸早已風風火火³,更有所謂「社科法學/法教義學」之爭⁴。對此種研究取徑,蘇永欽教授雖自謙為「遠庖廚的食客」⁵,但其不僅曾以法經濟分析討論探討過物權應否法定的課題⁶,甚至

3 對其與起的簡要背景介紹,參見:泮偉江,社科法學與起的特殊背景及一般背景,北大法律評論,17卷2期,頁272-274(2016年)。

¹ 蘇永欽,法學的想像,現代法治研究,15期,頁8(2020年)。

² 同前註,頁1。

参見: 侯猛, 社科法學的傳統與挑戰,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445-472(2018年)。

⁵ 蘇永欽,推薦序,收於:張永健編,法經濟分析:方法論與物權法應用(2021年)。

⁶ 參見:蘇永欽,物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析,經

更曾探討過社會學家Max Weber之理論可否說明臺灣經濟成長7。可以看 到,蘇永欽教授對社會科學(如經濟分析、社會學等)並不排斥8;對其 而言,此乃「讓教義學與社會更接地氣的思維方式」9。但蘇永欽教授亦 提醒勿矯枉過正,指出「不需要一個完全獨立於法教義學的社科法 學」;就此而言,做出「法律判斷」(legal judgement)需要的是社科法 學與法釋(教)義學這兩位好朋友相輔相成與互補10。這種看待社科和法 釋(教)義學的關係,或稱「輔助命題」。

然或因繼受德國法學之故11,法釋(教)義學常被認為是法學的典節 核心12或同義詞13,但法學思維非僅此一途。比例原則也是吾人經常耳聞

濟論文叢刊,19卷2期,頁219-257(1991年);蘇永欽,物權法定主義鬆動下的民事 財產權體系,收於:尋找新民法,頁103-160(2008年);蘇永欽,法定物權的社會 成本,收於:尋找新民法,頁161-218(2008年)。對於蘇永欽教授觀點之討論,參 見:張巍,物權法定的效率問題再思考——文獻回顧與視角轉換,中研院法學期刊, 13期,頁235-278(2013年);張永健,法經濟分析:方法論與物權法運用,頁191-256(2021年);簡資修,經濟分析作為法教義學——以物權是否應法定之爭為例, 收於:蘇永欽教授七秩祝壽論文集編輯委員會編,蘇永欽教授七秩祝壽論文集,頁 (Q:引用頁待補)(2021年)。

- 7 蘇永欽,韋伯理論在儒家社會的適用——談台灣法律文化與經濟發展間的關係,收 於:經濟法的挑戰,頁59-82(1994年)。
- 8 蘇永欽教授與社會科學相逢之自述,參見:蘇永欽,法律作為一門學問,收於:焦寶 乾編,浙大法律評論2018卷,頁5-6(2019年)。
- 蘇永欽(註1),頁10。
- 10 同前註,頁9。蘇永欽教授對此之詳述,參見:蘇永欽,法學為體,社科為用——大 陸法系國家需要的社科法學,2021卷4期,頁83-95(2021年)
- 11 法釋 (教) 義學如何成為德國法學的重要內涵之爬梳,參見:黃舒芃,什麼是法釋義 學?以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡,頁10-24(2020年)。臺灣繼受德國 法學的歷史考察,參見:王泰升,臺灣法律現代化歷程:從「內地延長」到 「自主 繼受」,頁205-223(2015年)。
- 12 法釋(教)義學作為典範之討論,參見:張嘉尹,法釋義學,收於:鄧衍森、陳清 秀、張嘉尹、李春福編,法理學,頁363-407(2020年)。
- 13 法釋(教)義學常被認為是「固有意義」的法學。如:蘇永欽,公法與私法之匯流, 頁225(2021年)[在此一語境下所謂的法學,除非有特別的保留,就是「對現行法 的內容作體系性研究的活動及其成果」,又稱法解釋學(或法教義學)];王澤鑑, 民法總則,增訂版,頁101(2020年)[法釋義學,此指固有意義的法學,其主要內 容包括對現行有效法律的描述、從事法體系的建構,以及提出解決疑難問題的建 議〕。

的一種法學思維。出自十九世紀德國警察法學¹⁴的比例原則近來已遍布全球,在不同法系中皆有豐富積累¹⁵。那麼,比例原則與社科之間的關係,又會是如何的光景呢?就此而言,以法釋(教)義學出發的輔助命題,似未對比例原則此一法學思維方式,提出一套與社科法學的關係。

對此,大力倡議社科法學的張永健教授在其大作《社科民法釋義學》¹⁶第三章給出語不驚人死不休的回答:〈以成本效益分析取代比例原則〉(下稱〈成本〉)。該文前身是張永健教授與北京大學法學院戴昕教授合著之〈比例原則還是成本效益分析:法學方法的批判性重構〉¹⁷一文,刊載於北京大學所發行之〈中外法學〉。或因多數臺灣法學者較無投稿與瀏覽對岸法學期刊之故,這番驚人之語似未在臺灣法學社群引發討論。然比例原則一直是法律人最為熟知之思維方法之一。故該文2018年出版後,旋即以英文進行改寫之版本也為國際知名憲法學期刊《International Journal of Constitutional Law》接受刊登¹⁸,該期刊甚至邀請了學者專家針對該文進行評論與回應¹⁹。而目前〈成本〉一文則又是納入英文版「重要成分」後千錘百鍊的樣貌。故〈成本〉一文的主張實在值得臺灣法學社群給予更多關注。在該文中,作者(們)認為比例原則這項廣被法律人所採用的思維方法,未能全面觀照法律或政策所可能產生的相

14 相關歷史爬梳參見:陳新民,德國公法學基礎理論(增訂新版·上卷),頁425-431 (2010年)。

¹⁵ 以亞洲為例。此地既有受德國法學影響的臺灣與南韓或日本,亦有原為英國殖民地之香港等,皆已有了頗為豐富的實踐積累。See Po Jen Yap, Proportinality in Asia: Join the Global Choir, in PROPORTINALITY IN ASIA: 3 (Po Jen Yap ed. 2020).

¹⁶ 張永健,社科民法釋義學(2020年)。

¹⁷ 戴昕、張永健,比例原則還是成本收益分析?——法學方法的批判性重構,中外法學,30卷6期,頁1519-1545(2018年)。

Yun-Chien Chang & Xin Dai, The Limited Usefulness of Proportionality Principle, 19 INT'L J. CONST. L. (2021 forthcoming).

Anne Peters, A plea for proportionality: A reply to Yun-chien Chang and Xin Dai, 19 INT'L J. CONST. L. (2021 forthcoming); Cristóbal Caviedes & Francisco J Urbina, Cost-benefit analysis in rights adjudication—An assessment in light of the proportionality debate: A reply to Yun-chien Chang and Xin Dai, INT'L J. CONST. L. (2021 forthcoming) 作者的回意,see Xin Dai, Yun-chien Chang, to appear, "Cost-Benefit Reasoning Versus Proportionality: A Rejoinder", ICONnect. http://www.iconnectblog.com/2021/11/cost-benefit-reasoning-versus-proportionality-a-rejoinder/.

關成本與收益,至多也就是偏頗或殘缺的成本效益分析,故應當被成本效 益分析(Cost-Benefit Analysis)取代。

為鋪陳其以成本效益分析取代比例原則的「取代命題」、〈成本〉首 先肯認比例原則乃法學者企圖進行實質合理分析之工具。然而,若要選擇 合理的分析工具,成本效益分析應當更為適當。在澄清了人們對成本效益 分析的誤解(如只能用金錢或貨幣形式)後²⁰,〈成本〉展開了對比例原 則的批判, ——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,〈成本〉指出這往往容易因決策 者個人道德信念之參雜而壓縮合理性分析21,而在適當性原則審查時,所 謂「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22。而到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 | ²³; 就此 而言,不過是劣化或偏頗的成本效益分析。而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24。

此外,〈成本〉又引用德國法經濟學者van Aaken從行為科學出發所 展開的批判,指出比例原則「內建」損失厭惡(loss aversion)此一認知 偏誤,因而在思考過程中「偏袒」受損之既存權利,未能在無偏誤的情況 下做出正確判斷。而成本效益分析的思維則可將成本、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25。在展現了比例原則的上述缺陷後,

²⁰ 張永健(註16),頁121-125。

²¹ 同前註,頁126-128。

²² 同前註,頁128-129。

²³ 同前註,頁130。

²⁴ 同前註,頁134-136。

²⁵ 同前註,頁143-144。 van Aaken 教授的論著, see Anne Van Aaken, The Decision

〈成本〉認為我們應以成本效益分析取代思考上過於疊床架屋但又不甚理想的既有法學思維——比例原則。

比例原則自非完美無瑕,不論是在理論本身²⁶或其實務操作²⁷皆有不少反省。就此,本文可暫且同意〈成本〉一文的批評:在追求「正確性」²⁸此一任務上比例原則確實可能會有〈成本〉所指陳之上述問題。然筆者相信比例原則仍不宜直接被成本效益分析所取代,這部分是因為除了追求正確性之外,它還承擔了法學的另一任務。故本文反對「取代命題」。為詳述反對之理據,以下將試圖展開比例原則所承擔的雙重任務,並指出「純粹」的成本效益分析似未對雙重任務皆予以承受。透過一個假想案例,本文首先將呈現出成本效益分析與我們判斷的可能不一致。接著,本文將藉由引入部分英美法理學的分析與討論,指出這裡的不一致之所在,即在於是否抱持著rule of Law的觀點——是否受法所拘束,而此即為追求正確性外的另一任務。在將拘束(binding)此一特性予以揭示後,本文將從形式原則出發,簡要探討比例原則的衡量是如何安置了拘束性此一特性。最後為結語。

Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics (March 28, 2019) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364553. 同樣以此一認知偏誤出發來 捍衛成本效益分析,參見:Cass R. Sunstein,剪裁歧見:訂作民主社會的共識,頁 108-110(2015年)。

- 26 和〈成本〉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, 1451-1458 (2019).
- 27 許多學者都曾批評大法官並不見得總是完整操作比例原則,而是「孤立、分散」地適用。參見:許宗力,法與國家權力圖,頁82-84(2007年);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)。近來較完整的實證爬梳基本上亦再次肯定上述批評,see Chien-Chih Lin, Proportionality in Taiwan: American-German Fusion, in PROPORTIONALITY IN ASIA 60, 67-75 (Po Jen Yap ed. 2020).
- 28 比例原則是藉衡量來追求正確性並盡力使判斷具合理性,而成本效益分析亦對此項任務有所認可。兩者對追求正確性之目標,應都是認可的。學者林明鏘亦曾指出德國學說甚有認為比例原則的判斷應分析成本效益(Kosten-Nutzen-Rechnung)。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)。

參、成本效益分析的奇怪判斷

為展開本文論述,請讀者先參考以下一虛構案例。假定在某一情境 中,為實現某利益A(下稱A)將推行一法律或政策,目將影響到某B類 憲法基本權(下稱B)。首先,為進行成本效益分析,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。接著假想,該法律或政策的制定,容有以下數種可能方 案:

	A	В
甲方案	50	0
乙方案	30	20
丙方案	20	20

表1:假想案例可能方案

在成本效益分析的考量之下,表1的丙方案因產生的總淨值最小,因 此將不會予以考慮。因此目將視角轉向表1的甲方案與乙方案。在成本效 益分析下,甲方案與乙方案乃相同可欲:此兩方案淨值等高(皆為 50W)。但我們在直覺上應會認為甲方案和乙方案並不等同。那為什麼成 本效益分析的判斷會與直覺相左?是否還有什麼未被成本效益分析所考量 的事物在這當中?

筆者認為,在表1的假想案例裡,成本效益分析之所以會與我們的官 覺相左,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,而這就是我們不能過快地以成本效益分析取代比例原則的理由。

看到這裡,張永健教授或許會大喊一聲冤枉,並提出兩種可能的反 駁。一是指出這般的直覺判斷有誤,另一則是指出法經濟分析確可符合 rule of law .

張永健教授或可以〈成本〉一文中所引用的van Aaken之說。他或許 會指出,我們之所以不依循成本效益分析的結論,堅持認為表1的甲方案 和乙方案有所不同,乃是所謂的損失厭惡(loss aversion)此一認知偏誤 作祟。也就是說,我們是過分害怕業已存在的B權利在未來即將推行的法 律或是政策之下受到減損。而成本效益分析之所以會與我們的直覺不一 致,是因為成本效益分析可以「克服」這種認知偏誤。因此我們應當放棄 這種「有偏誤的直覺判斷」,繼續追隨其所開創的「成本效益分析大 道」。

為回應這番申辯,我們可將表1的案例反轉,將「業已存在並受影響者」的位置予以對調。改寫後的案例是:為使某憲法基本權A得以實現,將推行一法律或政策,且推行必將影響到業已存在的某利益B。反轉後之可能方案如下:

	A	В	
甲方案	0	50	
乙方案	20	30	
丙方案	20	20	

表2:經翻轉後之假想案例可能方案

在表2中,即便將例子翻轉以去除掉「損失厭惡」的可能作用後,但本文仍可維持一致看法: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,但我們應當仍會認為甲方案和乙方案有所不同。故可暫且將「損失厭惡之認知偏誤」在作崇此一反駁排除。

但張永健教授還有另一申辯方式。這種申辯是正面指出法經濟分析可符合rule of law。他在另一大作《法經濟分析:方法論與物權法應用》一書中便援引Richard Posner之看法做出如此論述。Posner對法經濟分析符合rule of law的論述,是援引政治哲學大儒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。因此法經濟分析也就可以很自豪地宣稱自己也符合rule of law!²⁹

²⁹ 張永健(註6),頁31-32。

建、rule of law的拘束性與實踐差異命題

要充實本文的攻擊並回應上述申辯,目先從法理學者Jeremy Waldron 一篇短文說起³⁰。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「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 得我們較認可rule of law)。那麼,這到底是什麼? Waldron從一個很文義 的分析出發,指出兩者介系詞有所不同;而介係詞的不同,治好呈現了兩 者的不同意義。rule of law是指「法的(of)統治」,而rule by law則是指 「藉(by)法來統治」31;這兩者的不同,在於後者僅將法律看做某種工 具以追求其他目的的工具論觀點 (instrumentalism)。

前述簡單分析點出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)³²。

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? 讓我們用個吸菸的日常經驗談起33。在室內聚會時,人們可能會有各 種考量得以支持或反對他/她在此吸菸。好比說,吸菸可能不尊重現場不

³⁰ Jeremy Waldron, Rule by Law: A Much Maligned Preposition (April 25, 2019). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19, available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3378167.

³¹ rule of law於臺灣法學界多譯為法治。惟若譯做法治不但無法展現從介系詞開展之分 析,且法治一詞容易使人聯想到法治國(Rechtsstaat)一語,甚而引發法治與法治國 等概念指涉是否一致的困惑。故本文在後續出現rule of law時將以英文呈現而不再翻 譯。法治與法治國等概念在跨文化上的爬梳比較非本文要旨,相關豐富的討論請參 見:陳新民(註14),頁35-111;黃舒芃,變遷社會中的法學方法,頁281-300 (2009年); 蘇永欽,法治、法治國和依法治國,中國法研究,3期,頁1-68(2016 年)。

³² 非從介系詞分析出發,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 (2004).

³³ 抽菸之例改寫自: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359(2020年)。

吸菸者的健康、但與朋友一起抽菸能賓主盡歡並增進友誼。這些考量可被評判是否合理,並進而決定室內聚會者應不應該吸菸。但除了這些直接指向室內吸菸的決定合理與否的考量外,還有另一可能因素:在臺灣,《菸害防制法》第15條列舉了各種禁菸地點。因此,當人們的聚會在這些地點時,情況亦可能是:

阿方:「欸,來抽根菸吧。」

小新:「不對欸,法律規定這裡不能抽菸!」

在上述的情况中,小新決定是否吸菸,並不是考量到在此吸菸可能造成的利(抽菸增進友誼)弊(二手煙傷害他人健康);小新認為不應吸菸的依據為:「法律規定這裡不能抽菸」。這裡有幾點可再講講。首先,「法律規定這裡不能抽菸」作為人們是否應當在室內吸菸的根據(grounds),與《菸害防制法》是否為「有效」(valid)法規範有關;若菸害防制法失其效力,不再是法體系的一份子,其作為依據之地位也因而喪失。是故,考量「室內禁菸」是否已成為法體系中的一份子,與單純地考量「室內吸菸」所可能造成結果利弊並不同;其考量為:「因為這是法律的規定」。而以這種方式來思考或行動時,便是以一種特殊的方式去看待法律:他們將法律看成了自身行動與思考之拘束;而因為法律對其有所拘束,因此法律的存在與否便帶來了實踐上的差異並產生限制。

回到表1的虛擬案例。在該案例中,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。然而,基本權B作為憲法業已許諾的基本權利,這個「業已受到憲法許諾」的特性,應當也如同前述的例子一樣,使得它有資格在我們的思惟過程中產生差異³⁴。一項權利是否已然為法體系的一份子,在思考的過程

³⁴ 讀者可對以上虛擬案例做另一解讀:權利此概念(不論是道德權利或法律權利)本身即有義務論(Deontological)性質,是這種義務論性質保護了該項權利得以在衡量中有別於純然結果主義的思維。此乃權利作為王牌的削弱版——即權利雖不總是勝出,但至少在衡量中必然存活。而其他利益(interest)缺少這般性質,故權利和利益的關係並不對稱。筆者初步看來這兩命題並不互斥,甚可相容。又此一解讀涉及權利概念的辨析,勢必更為繁複(且也同樣會對成本效益分析產生衝擊:即如何處理權利的義務論特性)。為集中焦點,後續僅討論憲法許諾。

中應當有所不同。用法理學者Jules Coleman書中的話來說,是否已為法律 中的一部分,對那些「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」;而這種業以成為法體系一份子而在思考中有所不同 的特性,是法律所具有並使得法規範而有別於道德或其他考量的特性,稱 為「實踐差異命題」 (Practical Difference Thesis) 35。

抱持rule of law觀點的論者應可同意法律具有上述所謂的實踐差異特 性;他們便是在自身行為與思惟中,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是一種接受法律拘束的 「內在觀點」(internal point of view)36。但對抱持rule by law觀點的論 者,可能並不會接受法律造成實踐差異的此項特性;因為對他們來說,關 鍵僅是藉法律達成特定目的³⁷。

進一步來說,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,當然可利用這項法律的特性。但 對抱持rule by law的人們來說,因其僅是將法律視為滿足自身所籌劃或設 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 138。

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

36 內在觀點是法理學者H.L.A. Hart用以闡述法律時的術語。Hart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抱持著對法律的接受。See H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (Joseph Raz, et al. eds., 3rd ed. 2012).

 $^{^{35}\,\,}$ Jules L. Coleman, The Practice of Value 133 (2001).

 $^{^{37}}$ See Brian Z. Tamanaha, Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law 243-245 (2006).

³⁸ 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295-296(2020年)。

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結果是好是壞,而是出於「這是法律」——是法律帶來了約束。但當法經濟分析使用誘因機制作為核心時,法律的「作用」再次被改寫為「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);而當以誘因機制作為行動之考量時,原本的「因為這是法律(的規定)」的規範性特性反而被削弱。更細緻地說,(以誘因為核心的)法經濟分析思維乃是:

- 一、將一切思維皆轉換為偏好
- 二、偏好可被調整
- 三、法律的核心功能是透過誘因調整偏好

若法律的功能是調整偏好,那麼法律本身就是某種「為達成某項目的而去改變行為的工具」。可以看到,在「如何對待法律」的立場上,經濟分析確實是採取了「工具論」的思維。經濟分析透過「偏好」跟「願付價格」改寫原本的實踐差異命題的「拘束性」意義。原先法律存在,是表彰一種「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相關的後果之間的考量(而是否為X的部分後果,被法律「加碼」了)」³⁹,這便使得法律所具有的規範性意義遭到取代⁴⁰。

³⁹ 有部分學者對此抱有警覺。如法經濟學者Lewis Kornhauser即曾批評法律規範性不宜 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選 擇,但亦未能改變偏好。See L.A. Kornhauser, The Normativity of Law, 1 Am. L. & Econ. Rev. 3 (1999); Jennifer Arlen & Lewis A. Kornhauser, Does the Law Change Preferences? 22 Theor. Inq. Law 175 (2021). 但學者簡資修指出,Kornhauser仍是直接將法律當成管 治結構,故其看待法律仍是虛無論。簡資修,經濟分析作為法律科學,中國法律評 論,2019卷2期,頁105 (2019年)。在此感謝簡資修教授與黃種甲對Kornhauser觀點 之計論。

⁴⁰ 張永健教授或可反駁,法經濟分析研究(者)無意動搖法規範所具有的規範性意義,並可以「學術分工」為由說:法經濟分析研究(者)只考慮什麼條件會讓特定結果(人們的行為或不行為)實現,而非意在要人們做如是想;對這些法規範具有的規範意義,法經濟分析研究(者)也不打算涉及之,可交由其他學者探討與弘揚。但即便

分析至此,我們應有初步(prima facie)的理據指出經濟分析並非 rule of law。那我們又該怎麼看待張永健教授援引Posner之論點,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 仍然需要滿足些「工具的品性」;如此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。41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無法成 功。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。就此而言,張永健教授透過援引Posner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42。誘過上述分析,我 們應可回應張永健教授援引Posner⁴³所作出之論述。

非有意為之,誘因機制的引入確實可能改寫行動意義。Uri Gneezy與Aldo Rustichini的 幼兒園實驗即為顯例,該實驗探討引入罰款這項誘因機制可否讓家長遲接小孩的現象 減少。但家長「不應遲接小孩」的意義卻被改寫為「有繳遲到費,晚到無妨」,遲接 小孩更勝以往。且即便將誘因機制(罰款)取消,遲接小孩的現象仍維持穩定而未回 復到罰款前的狀態。See Uri Gneezy & Aldo Rustichini, A Fine is a Price, 29 J. LEGAL

⁴¹ Waldron, *supra* note 30. 事實上, Waldron此文正是指出, rule by law雖然常與rule of law相比而被認為惡名昭彰,但其實是在rule by law之下亦可得出不少我們對法律所認 可之要求。

⁴² 事實上,張永健教授經由Posner所援引的Ralws,其來源也正是參考法理學者Lon L. Fuller。而Fuller的論述正是以一虛擬案例雷克斯王的故事出發,刻劃出法律在複雜人 際行動中應當滿足的條件。Ralws引用Fuller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,不啻就如法理學家Ronald Dworkin所批評的,是一高貴謊言 (noble lie), see RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 155 (1986).

⁴³ 張永健教授另一可能反駁是:其對於法經濟分析以及人之行動(其用語:行為理論) 的看法,並非上述Posner那般單純以誘因改變偏好的論調。但若如此,則引用一套與

伍、在拘束性與正確性之間:簡述比例原則與形式 原則的幾種可能關係

前文的討論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⁴⁴。我們可從前述的虛擬案例看到,成本效益分析並未因一項權利受「憲法許諾」而在思考中有所不同;換言之,成本效益分析並未「內建」受法拘束的特性。

事實上,這項「拘束」的特性對習於法學思維者而言應不陌生,因為這便是法學思維的起點⁴⁵。對法學(者)來說,進行判斷時除考量「如何把事做對」外,其判斷還受到「法律存在」此一制度事實所拘束。學者顏厥安早年便曾撰文指出這種形式性的特徵和法的權威性(authority)相關,稱為R.PF,即形式原則⁴⁶。但法律自身也會做出正確性宣稱(Claim to correctness)⁴⁷;為實現正確性宣稱,便使得法學(者)必須努力讓法成為理性思維的產物。而法學(者)所做出的判斷,便是在承擔了這兩項任務下所開展。而作為一種法學思維的比例原則⁴⁸,也自然必須承受拘束

自己不同之行為理論下所得出的rule of law論點來捍衛自身理論,也有待商權或需更多說明。

⁴⁴ 與本文類似,認為法經濟分析為rule by law者,參見:簡資修,法律經濟分析方法 論,台灣法學雜誌,411期,頁50(2021年)。

⁴⁵ 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)。

⁴⁶ 顏嚴安,規則、理性與法治,臺大法學論叢,31卷2期,頁1-58(2002年)。同樣指出形式原則表彰法之權威性者, see JAN-REINARD SIECKMANN, THE LOGIC OF AUTONOMY: LAW, MORALITY AND AUTONOMOUS REASONING 167-170 (2012); Jan-Reinard Sieckmann, The Dual-Nature Thesis: Which Dualism?, 33 RATIO JURIS 271, 278-279 (2020).

⁴⁷ 正確性宣稱是由德國公法學者Robert Alexy所提,並藉此批判法實證主義。See Robert Alexy, Law and Correctness, 51 CURRENT LEGAL PROBLEMS 205 (1998). 本文無意深究這個法實證——反法實證主義的論爭,相關中文介紹參見: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)。

⁴⁸ 本文在此僅指出法學可能需要處裡的重要面向。為聚焦討論,將僅簡述此兩面向於比

性和正確性的雙重任務。而比例原則的關鍵在於衡量(balancing)⁴⁹,也 就是對各種不同的原則(principle)進行合理的權衡⁵⁰。那麼,法的拘束 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。法的拘束性,或以法理學者Joseph Raz的話說,是一種阻斷衡量的權威⁵¹。而權威係基於依賴命題(the dependence thesis)與通常證立命題(the normal justification thesis)阻斷 衡量;簡單說就是:因為權威已對相關要素進行衡量,而且又通常衡量的 比較好,所以就不用再次衡量了。但若已有權威的明確指令將衡量完全阻 斷,那根本不需要也不會開始進行比例原則的工作,僅需依循明確指令即 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」為某種原則,也就是以前述提到的形 式原則參與到衡量中。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,雖然不直接指向行為的具體內涵,但仍然要求 受到一定程度的實現;並進而在諸多原則所進行的「衡量」(balancing) 環節當中產生影響。因此接下來的問題是:形式原則以什麼方式參與了衡 量?

例原則與衡量的部分,不涉及其他法學思維[如法釋(教)義]。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).

- 49 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34所 言,這會涉及權利概念辨析。但即便認為衡量正確性即為結果主義(因而在正確性考 量上更往成本效益分析邁步),惟此衡量結果仍受拘束性——即憲法業已許諾此一事 實影響。論證比例原則之操作中之結果取向者,參見:王鵬翔、張永健,經驗面向的 規範意義——論實證研究在法學中的角色,中研院法學期刊,17期,頁210-214 (2015年)。指出比例原則為結果主義故背於權利概念者,如:L. 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)。
- 50 本文中的原則 (principle) 一詞大體依循Alexy的用法。See Robert Alexy, On the Sturcture 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 文獻介紹參見:顏嚴安,法與實踐理性,頁67-68(1998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);張嘉尹,憲法學新視野生 ——憲法理論與法學方法,頁190-197(2012年)。
- ⁵¹ Raz對其權威論的一般性表述, see Joseph Raz, Authority, Law and Morality, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN 210 (1995). 相關中文文獻介紹可參見:陳冠廷(註33), 頁358-362。

在德國公法學者Robert Alexy改寫其權衡公式(weight formula)52前,形式原則有兩種可能參與衡量的方式53。其一是讓形式原則直接和實質的原則衝突,典型的例子就是其所捍衛的賴德布魯赫公式(Radbruch Formula)54「極端不正義的法律不是法律」。之所以僅有「極端」不正義的情況才推翻法律,是因為在「不極端」的情況下,形式原則壓抑了實質原則,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,當某一項我們所認可的法律原則Px化做法律規則後,則若此時又有另一項原則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

本文將形式原則理解為法拘束性56。那麼在比例原則中表彰拘束的方

⁵² Alexy權衡公式 (weight formula) 改寫後的英文表述, see Robert Alexy, Formal Principles: Some Replies to Critics, 12 INT'L J. CONST. L. 511, 513-515 (2014).

⁵³ 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).

⁵⁴ 在此,法律人或以法安定性 (Legal Certainty) 稱之,故也常理解為法安定性與實質 正確性的衝突。 See Robert Alexy, Legal Certainty and Correctness, 28 RATIO JURIS 441 (2015).

⁵⁵ 不少中文文獻以此種方式加以理解。如:顏厥安(註50),頁68;王鵬翔(註50), 頁82-83;張嘉尹(註50),頁192-194。

⁵⁶ Alexy近年改寫權衡公式時加入不確定性要素,並指出此即形式原則在衡量中的位置。其修改的大意是,衡量除要考慮原則自身的重要性之外,還要評估原則的確定性。若有越高的確信認為該原則可落實,則它在衡量中的地位就越高;而相對的,若越不能確定,則在衡量中的地位就越低。Alexy就此重新布置形式原則在衡量中的地位。See Alexy, supra note 52. 然就如其座下弟子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,當本文僅從「拘束性」出發理解形式原則時,自非關注不確定性之問題。Borowski的批判,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).

式,除上述兩種讓形式原則直接化身選手參與原則間的衡量外,亦有可能 是:拘束性所表彰的形式原則劃出了一個衡量的界線或標準,並只允許 「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,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」一事並沒 有在衡量中產生拘束的作用。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57。

上述分析指出了形式原則(受法所拘束)之存在與作用的幾種可能模 式。事實上,形式原則應當如何理解一直饒富爭議,對形式原則不同版本 的完整爬梳已遠超出本文所能處理;本文在此僅指出形式原則可能的不同 版本(如本文之上述),且不論是哪種版本似乎都尚未被張永健教授所闡 述之成本效益分析「內建」。縱然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58的比例原則衡量更往前邁進。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59。而將拘束性納入考量後的比

⁵⁷ 事實上,「受法所拘束」這一形式特性甚至有可能反對進行衡量,但本文在此暫不處 理衡量此一行為是否即有違於「受法所拘束」這一更為激進的論題。相關討論,see Frederick Schauer, Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, in INSTITUTIONALIZED REASON: THE JURISPRUDENCE OF ROBERT ALEXY 307 (Matthias Klatt ed. 2012).

⁵⁸ 比例原則的操作有時會被如此批判。如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,然學者黃舒芃指陳此為「以—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」。參見:黃 舒芃(註31),頁237-238。

⁵⁹ 張永健教授的一個可能回應是:在〈成本〉中已分派比例原則與成本效益分析之「守 備範圍」。按〈成本〉,比例原則或容可繼續委身於司法機關的審查中,而在行政和 立法部門中,則應當放棄比例原則而適用成本效益分析。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。參見:張永健(註16),頁145-148。然而本文籍虛 構案例所開展之批判,恰恰說明了除非立法工作是在「法律環境真空」下展開,否則 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。「法律環境」一詞的

例原則,則不見得每每選出與成本效益分析相一致的方案。指出了表彰拘束的形式原則,既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,也部分地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,因為衡量的過程中引入了拘束性此一外於成本效益分析之考量,故其衡量結果當然會和純粹的成本效益分析有別。對成本效益分析而言,或許會認為這是「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」。而這正是我們不能過快地以成本效益分析取代比例原則之理據。

陸、結 語

我們之所以關心法律,不只是因為我們運用它來達成我們 自私或崇高之目的,而且也因為法律是我們最富結構性以及意 義彰顯之社會制度。若我們對於我們自身的法律論證本質有更 好的理解,我們就更能知道我們自己是怎麼樣的人。

Ronald Dworkin⁶⁰

本文乃延續蘇永欽教授「法學的想像」一文對「法教義學/社科法學」的看法,並進而思索法釋(教)義學外的法學思維與社科法學的關係。對此一問題,法經濟分析為專長的張永健教授給出的答案,是直接以 比例原則取而代之,而這種「取代命題」為本文所反對。前述分析即試圖 展現反對之理據。

但本文並非根本性地反對社科法學(者)援引其他學科。惟社科法學 欲引入若干「社科」於法學,必須先是一「法學思維」,而受法所拘束則 為法學思維中不可忽視之要素。本文藉當代英美分析法理學之引入,舊曲 新唱地重新說明這項早已為法學(者)所熟知甚但可能未加以詳述的特性 與意義。而當社科法學(者)憶起並重視此番特性與意義,不再僅僅以各

闡述,參見:陳景輝,憲法的性質:法律總則還是法律環境,中外法學,33卷2期, 頁285-304(2021年)。

⁶⁰ DWORKIN, *supra* note 42, at 11.

該學科的「外在觀點」忽視之⁶¹,不啻就是認真對待法律並將「法律作為 一門學問」62。如此方可如蘇永欽教授所言,形成一種相輔相成的互補關 係。就此而言,本文的分析可謂為「輔助命題」提供另一種觀點的補述註 腳⁶³。也希望本文反對「取代命題」時所提出的討論,能為張永健教授提 出一些「說服法律人」64時需觀照的重要面向,進而成為張永健教授著書 立言「增進正外部性」65之助力。

⁶¹ 蘇永欽教授曾說:「沒有法律的經濟分析,就不會有真正的法律經濟學」。蘇永欽,締 約過失責任的經濟分析——從現代交易的階段化談起,臺大法學論叢,33卷1期,頁 218 (2004年)。

^{62 「}法律作為一門學問」一語出自蘇永欽教授一篇短文之題。參見蘇永欽(註8)。

⁶³ 學者簡資修或也是蘇永欽教授輔助命題的支持者。其曾謂「法律經濟學既是法律的,也 是經濟的。法律的,意味依法而治,其是有規範性的;經濟的,意味相互交易,其是互蒙其 利的。」簡資修,經濟推理與法律,4版,頁33(2017年)。

^{64 「}如何說服法律人」乃張永健教授於《法律書評》回應眾人批評時的一小節標題。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)。

⁶⁵ 同前註,頁139。