

效率的僭政*

——評張永健教授《社科民法釋義學》中的方法論論題

陳冠廷**

摘要

張永健教授的《社科民法釋義學》（下稱《社科》）是臺灣法經濟學界少有提出方法論論題之作。本文旨在反思其方法論論題。

藉分析效率概念，本文指出效率非張永健教授表面宣稱的是一項與自由等價值相競爭之一階價值；其乃預設效率在一階價值為唯一價值的「僭政」。本文接著探討《社科》為迴避批評所引入的福利概念。本文批評《社科》介紹之Louis Kaplow和Steven Shavell福利論，指出引入此說之不良理論後果。接著分析建構福利觀時的可能難處，藉此指出《社科》援引福利概念取代二階效率之說，仍有論證落差尚待克服。本文不全然反對《社科》整合經濟分析於法學思維之論旨，但試圖釐清其中潛在問題及有待填補或可改善之處。

* 投稿日：2021年7月4日；接受刊登日：2022年3月8日。〔責任校對：李友銓〕。

張永健教授雖受筆者批評仍不吝討論並建言甚多，是筆者最該致謝。本文最初曾以〈效率僭政和法之忠誠：張永健《社科民法釋義學》及相關論文中的方法論問題〉為題發表於國立臺灣大學基礎法學研究中心舉辦之第23屆基礎法學復活節，感謝會中與會後的有益討論。惟本文之論述與會議論文形式有不少打磨和調整，感謝匿名審查人的寶貴意見。本文自構思到下筆完成，受益於范耕維教授、賀劍教授、簡資修教授、顏厥安教授、蘇永欽教授、何漢葳研究助技師、蔡維澤律師、歐苡均律師、薛熙平博士、張凱評博士候選人、蔣侃學博士候選人、黃種甲博士候選人、張守銘博士生等師友的意見交流與鼓勵，十分感謝。惟一切文責仍應由筆者自負。

** 國立政治大學法學院博士生、國立臺灣大學法學碩士。

Email: es800106@gmail.com。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/50011032.pdf>。



關鍵詞：法經濟分析、法經濟學、方法論、效率、福利、Kaldor-Hicks標準、Pareto標準、一階價值、二階價值、社科法學。

目次

壹、前言	一、反思Kaplow和Shavell的福利觀
貳、效率作為偏好對象之分配形式	二、建構福利觀的潛在難題
參、福利能挽救二階效率嗎？	肆、結語

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 VALUES¹

¹ CARL SCHMITT, THE TYRANNY OF VALUES 28 (Simona Draghici ed. & trans., Plutarch Press 1996) (1979).

壹、前言

法經濟分析此一學門引進臺灣法學社群已三十餘年²，但似乎甚少法學者針對法經濟分析之方法論與法學方法等問題進行較實質之討論。常見的著作，多是將既有之經濟分析方法視為當然之理，並逕自套用至個別法領域³。學者簡資修或許是少數有意對此發起討論，反思美國主流法經濟分析「好經濟、壞法律」之思維方式⁴；惟其論述似未激起漣漪⁵。

這現象或許直到張永健教授的大作出版後才稍有改變。作為臺灣法經濟分析學界的中流砥柱，張永健教授在以經濟分析冶煉物權問題之餘，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《物權法之經濟分析——所有權》（下稱《物權》）⁶中除以經濟分析視野討論物權問題外，更花費相當之篇

-
- 2 臺灣此學門之概述，see Steven S. Kan, *Law and Economics in Taiwan*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS VOL. 1: THE HISTORY AND METHODOLOGY OF LAW AND ECONOMICS 328, 328-36 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000)；熊秉元，法學的經濟思惟，頁174-191（2013年）；黃韜，台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，2014年1期，頁136-149（2014年）。
 - 3 此為謝哲勝教授之觀察。謝哲勝教授即因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。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39（2001年）。與謝哲勝教授類似觀察，參見：顏厥安、王照宇，由國際學術趨勢探討臺灣法理學之研究發展，臺大法學論叢，32卷4期，頁16（2003年）。
 - 4 簡資修教授之論述，參見：簡資修，華文的法律經濟學道路，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（2018年）；簡資修，經濟分析作為法律科學，中國法律評論，2019年2期，頁101-115（2019年）。又法經濟分析之研究者蔣侃學之碩士論文，亦為少數涉及方法論之佳作。參見：蔣侃學，論法律經濟學之方法論預設——以Coase與Posner之爭論為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2014年）。
 - 5 此為簡資修教授個人感慨。參見：簡資修，四分溪畔的意外法律之旅，收於：如何法律，怎樣經濟，頁435（2022年）。
 - 6 張永健，物權法之經濟分析：所有權（第一冊）（2015年）。該書2015年出版後並未在臺灣法學界激起漣漪，但2019年出版簡體版後有多篇書評，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

幅試圖對經濟分析的若干基礎概念與方法作出明確界定，以利於法律適用和解釋之用⁷。在《物權》一書中，張永健教授便企圖從「經濟分析核心概念——效率」出發，作為其進一步分析與評判法律之一貫依據。

在《物權》出版後短短幾年內，張永健教授又出版了第二本法經濟分析大作：《社科民法釋義學》（下稱《社科》）。《社科》一書雖以社會科學為題，但主要討論者大多係法經濟分析此一法門。全書共有八章與兩附錄，扣除用以統括全書之第一章〈導論〉以及第八章〈社會科學式的比較法研究〉⁸是一般性地將社會科學融入法學討論外，其餘章節的論述所仰賴之社會科學思維多係經濟分析。且這三百餘頁以經濟分析為主的論述中，更有篇幅長達百頁、專門探討「方法」的第二章作為全書扛鼎章節。若說《社科》一書著力最深處在方法，應不為過。

於：蘇力主編，法律書評（第13輯），頁19-32（2020年）；艾佳慧，民事財產法的經濟釋義——評《物權法之經濟分析：所有權》，收於：蘇力主編，法律書評（第13輯），頁33-55（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，法律書評（第13輯），頁56-92（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，法律書評（第13輯），頁93-102（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，法律書評（第13輯），頁103-116（2020年）。在多篇評論中，僅賀劍教授之文刊於臺灣期刊，本文於後續單獨介紹。該書簡體版：張永健，物權法之經濟分析——所有權，簡體修訂版（2019年）。

7 張永健教授自陳，概念界定不清乃經濟學思維延伸到其他學科時最明顯的缺點。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，法律書評（第13輯），頁117（2020年）。

8 第八章前身是張永健教授對Mark Ramseyer之《次佳正義》（SECOND BEST JUSTICE）一書所寫的書評，並企圖為比較法研究引入一般性社會科學的因果推論。參見：張永健，社會科學式的比較法研究——評Mark Ramseyer. 2015. SECOND BEST JUSTICE: THE VIRTUES OF JAPANESE PRIVATE LAW. The University of Chicago Press, 中研院法學期刊，20期，頁211-249（2017年）。

《社科》第二章的前身，是張永健教授與王鵬翔教授攜手再訪方法論⁹之長文〈論經濟分析在法學方法之運用〉¹⁰（下稱〈經濟〉）。〈經濟〉一文嘗試將法經濟分析「追求效率」之精神納入法學思維中並給予適當安置。為引入經濟分析之思維，該文透過幾個方式加以完成。首先，法條中的部分概念（如分離所費過鉅）或立法時的考量（如民法第838條立法理由提及「發揮其經濟作用」一語），係因文字意涵而需參酌經濟分析思維。然而，這些因文義或歷史因素在文本中偶然出現的情況，尚不足以證成經濟分析可於方法層面上需被法學所持續考量。故〈經濟〉一文於目的論證環節中主張效率作為一種應被法律追求之「一階價值」；而善於處理效率的經濟分析可於目的論證發揮功用，助於達到追求效率之目的。其次，當諸多價值、目的發生衝突時，在諸多衝突價值中選出最佳解，則有賴於該文所開展的獨特論述——對諸多價值衝突時找出最適化的二階效率。而在不同價值間取得最適化之工作，向來為經濟分析所長。藉由重新表述目的論證以及將價值分為「一階／二階」，〈經濟〉一文試圖論證經濟分析在方法論層次之必要性，而應被法學者加以考量。就此，張永健教授與王鵬翔教授合著之〈經濟〉描繪了一套較完整之方法論圖像。

〈經濟〉一文的發表確實引發方法論的進一步討論。北京大學法學院的賀劍教授旋即於《中研院法學期刊》上對《物權》及〈經濟〉¹¹

9 兩位教授攜手初訪之長文，是釐清經驗事實在法學中的角色。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205-294（2015年）。該文後收錄於：張永健，法實證研究：原理、方法、應用，2版，頁49-113（2022年）。

10 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791-871（2019年）。該文後收錄於：張永健，社科民法釋義學，頁11-112（2020年）。

11 〈經濟〉一文未發表前之草稿即已受黃維幸教授關注並撰文評論；正式刊出後，簡資修教授亦曾簡短批評此文，足見該文確實引發討論。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）；簡資修，法經濟學，收於：鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福編，法理學，頁341、354（2020年）。

做出深刻評論(下稱〈賀〉文)¹²。在筆者看來,〈賀〉文最核心的批評有二:一是指出〈經濟〉一文似乎預設效率在一階價值中成為唯一的價值¹³;並進而指出〈經濟〉一文的「二階效率」一詞實有「偷換概念」之嫌,縱然〈經濟〉一文中強調這並非使效率成為唯一價值,亦僅為修辭性辯護¹⁴。「一階/二階」之分乃〈經濟〉一文引入經濟分析之核心理據,也是其在方法論上最獨到之處。倘此區分為賀劍教授所破,則其立論根基與方法論之貢獻便大打折扣。

為回應〈賀〉文批評,張永健教授也撰寫了回應¹⁵。在將〈經濟〉一文主要論點與回應文加以整合,並補上原先受限於篇幅而刪去之部分後,便是目前《社科》第二章之全貌。在《社科》一書中是以福利(welfare)取代〈經濟〉一文所提出的二階效率一詞,並指出福利是一廣於效率、且可包容諸一階價值(如自由)的概念,藉此回應〈賀〉文上述批評,並繼續捍衛「一階/二階」之分以及將法經濟分析帶入法學思維之本意。

經上開介紹可以看到,《社科》一書雖以民法為題,但其所開啟的討論並不僅限於民法學,而可能對整個法學思維帶來影響¹⁶。

12 賀劍,物權法經濟分析的方法論之路——評張永健教授《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(2020年)。

13 賀劍(註12),頁277-278。

14 賀劍(註12),頁281。

15 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293-344(2020年)。

16 如知名民法學者王澤鑑教授在近期探討物權法之相關著作中,便大量援引《社科》與〈經濟〉等著作。參見:王澤鑑,物權法的經濟分析,台灣法律人,13期,頁28-42(2022年)。在探討公法(土地徵收)問題加以援引者,如:張永健,土地徵收與管制之補償——理論與實務,頁199(2020年);在探討刑事法議題上援引者,參見:范耕維,自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試——由GPS與M化車偵查相關判決談起,刑事政策與犯罪防治研究專刊,32期,頁1-56(2022年);在商法(競爭法)上的援引,參見:謝長江,結果取向方法作為競爭法的思考框架,收於:蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編,法學的想像(第四卷):社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集,頁251-265(2022年)。

故筆者相信，由《社科》所提出的挑戰，是所有嚴肅看待法學此一志業者皆應認真思索之課題；這也是本文所要嘗試的任務。以下討論將以《社科》的方法論章節為核心開展，併同時援引《社科》第二章之前身〈經濟〉一文和由此展開的「張永健／賀劍」之爭的相關文獻。此外也將參考張永健教授改寫《物權》一書後出版的《法經濟分析：方法論與物權法應用》¹⁷（下稱《法經》）。本文並非意在反對引入經濟分析於法學思維，但認為《社科》的若干表述有待斟酌，故本文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」。

為呈現此部分不同意見，第「貳」部分將分析效率的概念，指出效率的概念並非張永健教授所宣稱的，作為一項與其他價值（如自由）並列、且可能與之衝突的一階價值。故其乃預設效率在一階價值為唯一價值的「僭政」。第「參」部分則圍繞與福利有關之討論，試圖評估《社科》為迴避〈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。首先討論《社科》所介紹之Louis Kaplow與Steven Shavell福利觀的相關批評。接著，本文將藉概念分析釐清福利之構造，指出《社科》使用福利概念取代二階效率時，或有若干論證需提出以加充實。最後為結語。

貳、效率作為偏好對象之分配形式

知名美國法經濟分析學者Lewis A. Kornhauser為史丹佛哲學百科全書（THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY）所撰寫之「法經濟分析」詞條中，盤點了法經濟分析文獻中最為常見的八項宣稱；而八項宣稱中的其中三項規範性宣稱，全都是關乎於效率¹⁸。

¹⁷ 張永健，法經濟分析：方法論與物權法應用（2021年）。

¹⁸ 這三項規範性宣稱分別是：裁判性宣稱（裁判應提升效率）；評價性宣稱（評

效率此一概念在法經濟分析之重要性，可見一斑。身為法經濟分析學者的張永健教授，自然同樣認可效率乃法律應當追求的價值；在《法經》一書中，張永健教授指出「經濟分析的核心概念為效率」¹⁹，更引用了法經濟分析巨匠波斯納（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」等說法²⁰。而到了〈經濟〉一文當中，則更為明白地表示作為一階價值的效率，可與其他價值（如自由）並列²¹（其結構參見：圖1）。

二階效率：
調節一階價值

一階價值：效率

一階價值：自由

圖1 〈經濟〉一文宣稱之價值階層結構

資料來源：筆者自行製圖。

此番論述乍看似乎面面俱到。一方面，不論從個人的日常生活至公眾事務，追求效率似乎都甚為常見且一定程度為吾人所接受。另一方面，張永健教授又不忘削減法經濟分析長期以來最為人們所詬病的「獨尊效率」此一傾向²²，使效率成為了與自由等其他價值並列、且可能相互競爭之「其中一項」價值。換言之，它看似保存

價法規範的主要標準是效率）及設計性宣稱（政策制定者應設計相關法律制度以提升效率）。See Lewis A. Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2022), <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/> (last visited Apr. 5, 2022). 中文文獻介紹，參見：張永健（註17），頁30。

¹⁹ 張永健（註17），頁89。

²⁰ 張永健（註17），頁91-92。

²¹ 王鵬翔、張永健（註10），頁843。

²² E.g. Jeremy Waldron, *Criticizing the Economic Analysis of Law*, 99 YALE L.J. 1441, 1460 (1990).

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，甚至保留了其他價值與之衝突的可能性。如此看來，賀劍教授的批評似無道理。

但，究竟何謂效率呢？

要釐清這個法經濟分析中的核心概念，或可從吾人日常生活的經驗出發，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，也有人不喜與人衝突，偏好和平。此外，一個人也可能同時擁有複數的偏好；且不同的人即便有著同一種偏好，其強弱亦可能有別。好比說，放蕩不羈愛自由者，他／她為了自由的偏好，可能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／她縱然也可能對自由心嚮往之，但仍可能因不喜衝突偏好和平而因此對自由不那麼在意。

藉由上開討論可呈現偏好所具有之紛雜與異質性。不但人人偏好各異，甚或同一人亦具有複數偏好；而即便具有相同類型之所偏好者，其偏好之強弱程度亦可能有別。就此而言，為了要準確地「測量」（measure）人們所具有之偏好，勢必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，可降低偏好之複雜性，進而放在同一種尺度平臺上進行下一步的分析與比較。對於（法）經濟學者，這種化約方式通常是透過願付價格（willing to pay）及願受價格（willing to accept）的方式，使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。以前述所言的故事為例，那位「放蕩不羈愛自由者」可能願意付出高額來換取或保護自由；而對「和平主義者」來說，可能只需較低的價額就可以使其接受並交出自由，但相對地，他／她卻願意為和平付出甚高。

透過這般「價額化約」之方式，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」。

以〈經濟〉一文中對於效率的介紹為例。在「何謂效率」此一子標題下，〈經濟〉一文以正義的概念（concept of justice）之於正義的概念觀（conceptions of justice）為類比，也試圖針對效率之概念提出了幾種效率之概念觀（conceptions of efficiency）：即Pareto效率、Kaldor-Hicks效率、配置效率以及生產效率²³。所謂的概念觀（conceptions），即是對於抽象之概念進行闡明與詮釋，使之意涵更加具體明確為人所知；諸概念觀之間即便彼此相競爭，但大體而言仍共享了同一項理論旨趣²⁴。而在〈經濟〉一文所提到的「效率概念觀」中，Pareto效率是指在無人受損之限制下盡可能「多多益善」願付價格／願受價格之淨值；而Kaldor-Hicks效率則未有Pareto效率那般「無人受損」的限制，縱使有人受損仍要將該淨值予以最大化²⁵。

〈經濟〉一文中對於效率概念觀的陳述，都共同指向了效率的特性：藉不同的制度設計以利於對人們所偏好者加以安排；而這樣的安排是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。

上述乃是效率概念最為一般性的分析。在此吾人可將視角轉向張永健教授以其所擅長之物權法為例，對效率進行的較詳盡之說明，檢視前述對於效率的看法是否偏離《社科》之論旨。在《社科》一書中以物權法經濟分析為例，試圖重新說清效率此一概念時，提到了必須考量的兩個面向：「收益（效益）」與「成本」²⁶。而在「效益」面的部分，便是物權法經濟分析常用的「配置效率」

23 王鵬翔、張永健（註10），頁832。

24 概念和概念觀之介紹，參見：顏厥安、王照宇，法的解釋與法律倫理的概念觀，世新法學，7卷1期，頁16-19（2013年）。

25 按〈經濟〉一文的說明，配置效率與Kaldor-Hicks效率在思維上是殊途同歸；而生產效率則又時常可與配置效率合成單一的效率標準。參見：王鵬翔、張永健（註10），頁832-833。而《社科》對配置效率有更多的討論，詳參本文後述之。

26 張永健（註10），頁64-65。

一詞（但按《社科》，應稱配置效益）²⁷。配置效益所考量者，乃是物（資源）之配置狀態給人帶來的「福祉」（well-being）²⁸。而為理解配置效益（物之於人的福祉），在《社科》中接著便明確提到，是經由可被觀察的「願付價格／願受價格」來進行量度²⁹。而藉由以「願付價格／願受價格」來觀察不同情況下的物之配置所帶來的福祉，並進而考量各種情況下的制度成本，物權法學者便能探問「新配置狀態是否創造更高的個人福祉總和」³⁰。

就此，吾人便可將前述「放蕩不羈愛自由者／和平主義者」的故事放到此一物權法中的效率概念中。對放蕩不羈愛自由者與和平主義者而言，不同的物之配置可能會產生截然不同的後果；而這些後果可能與他們所在意者（自由、和平）有所關聯。而要知道他們對此在意了什麼，以及有多麼地在意，便是透過願付價格／願受價格加以觀察與量度；並找出其中能產生最大淨值的方案³¹。可以看到，在物權法中追求效率的思維的重要部分，亦是藉由對物之配置情況進行調整，使得眾人對於此物有關之偏好得以獲得最大滿足。

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」置於同一階層。以前文提到的和平主義者與放蕩不羈愛自由者的故事為例，自由為放蕩不羈者所偏好（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，則是將這些人所偏好者以願付價格／願受價格加以呈現之後，試圖盡可能地達到最大淨值的一種方式。更仔細地說，效率是以願付價格和願受價格來分派、安排與排序諸偏好（如本文前述提到的自由或是和平）之方式。

27 張永健（註10），頁60。

28 張永健（註10），頁60、62。

29 張永健（註10），頁61。

30 張永健（註10），頁63。

31 當然，還需考量不同配置情況下的成本。

效率作為一種分派與排序之方式，同樣可以從《社科》一書的第三章——〈以成本效益分析取代比例原則〉³²一文的論述當中加以窺見。當面對法律或政策當中牽涉諸多吾人所珍視、所偏好者（如自由、隱私等）的複雜糾葛與衝突之時，法律人往往習以比例原則加以處理³³。然而，比例原則往往無法對其中所涉及的相關「成本」與「效益」予以完整考量，張永健教授因而主張比例原則頂多也就是個「殘缺的成本效益分析」³⁴，並進一步主張吾人應當以成本效益分析（Cost-Benefit Analysis）取而代之³⁵。張永健教授之所以期盼更完整地考量此等複雜之爭議的成本與效益，不外乎是期盼以成本效益分析將各種權利（如自由、隱私）一一拆解並轉化為「收益」與「成本」，方可進一步地進行分析並計算出一「有效率」之方案。可以看到，張永健教授認為可以找出「有效率」方案的成本效益分析，不啻亦是試圖為前揭許多吾人所珍視、所偏好者（如自由、隱私等）的複雜糾葛與衝突，找出一種可能較為合宜的調整與安排之方式。

32 張永健（註10），頁113-160。該文前身是張永健教授與北京大學法學院戴昕教授合著，並分別發表於中文與英文期刊。目前《社科》所收錄者則統合中、英文版之「重要成分」。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，2018年6期，頁1519-1545（2018年）；Yun-chien Chang & Xin Dai, *The Limited Usefulness of the Proportionality Principle*, 19 INT'L J. CONST. L. 1110 (2021)。後續討論，see Anne Peters, *A Plea for Proportionality: A Reply to Yun-chien Chang and Xin Dai*, 19 INT'L J. CONST. L. 1135 (2021); 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*, 19 INT'L J. CONST. L. 1146 (2021)。

33 如司法院釋字第689號解釋便是以比例原則處理自由與隱私之爭議。

34 張永健（註10），頁115。

35 《社科》反對比例原則之部分理由，即因比例原則偏重私權限制、過度糾結私人成本而因此忽略了總體社會成本。故即便《社科》有提及德沃金（Ronald M. Dworkin）「認真看待權利」一語，但其立場應非德沃金之權利王牌論（即個人權利作為凌駕集體效用或福祉之理據）。See RONALD M. DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1977)。又，即便是被成本效益分析所取代的比例原則，《社科》亦曾提到其往往被人認為非權利王牌論，參見：張永健（註10），頁126-127。

如上所述，由於效率其實是「分派、排序偏好對象」的一種方式³⁶。就此而言，排序之「方式」本身應當不可能跟「被排序的偏好」產生衝突³⁷。而當吾人直覺上認為效率與其他的一階價值（如自由）有所衝突之時，這其實是被排序的偏好對象之間所產生的衝突。例如說，某些為人所偏好者（如自由）可能被過分地高估（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它（自由）的實際價值；因此使其被其他人們所偏好者（如和平）予以凌駕（或者，是凌駕了其他人們所偏好者）。就此而言，爭執與衝突其實是來自各種的偏好之間，而不是排序的方式本身會與被排序者產生衝突³⁸（其結構請參見：圖2）。

36 以上分析隱含前提是：願付價格／願受價格之計算之淨值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。這是使用願付價格／願受價格時的根據（grounds）。上述分析是在暫且不質疑此前提下展現《社科》一書的觀點。若不甚贊同，甚至想否認此前提，則另一更深邃的問題是：逕自使用願付價格／願受價格之根據何在？

37 以上分析另一隱含前提：這種效率是依某種效率藍圖所製作（making），而非在交易（exchange）中達致。張永健教授的思考是以「立法、解釋者追求某一特定之目的」角度出發，並要求「效率製作者」在法律中「製作」有效率的安排方式。也僅由此觀點出發，方需直接面臨偏好之異質與複雜性，並進而需以願付價格／願受價格之形式加以化約來測量和運算。上述分析是在暫且不質疑此前提下開展。對此前提之批判，see Jules L. Coleman, *Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, 68 CAL. L. Rev. 221, 242-46 (1980)；簡資修，法律經濟分析方法論，台灣法學雜誌，411期，頁37-39（2021年）。

38 如不以前述方式看待效率，則或有另一可能：將願付價格／願受價格之計算淨值以「財富」（wealth）稱之，並認為財富最大化便值得追求。此說之吸引力，可能是接著指出財富最大化可讓吾人有條件追尋吾人所偏好者；而財富稀缺使吾人無法追尋。但如此一來，追求財富最大化就是目的——工具環節的一環；如不引入相關之目的概念，僅為工具的財富理應不可能與自由或和平等目的直接衝突。而「為和平犧牲效率（即財富最大化）」一語之所以乍聽合理，乃因：如此一來，本仰賴財富可成就或實現的其他事（如自由）便無法達成。缺少前述此言，則未指向特定目的、僅單純為工具之效率（財富）無法就其自身產生評價性意義（然財富最大化論者少對此深究）。對「財富論」之經典批判，see Ronald M. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9 J. LEGAL STUD. 191 (1980).

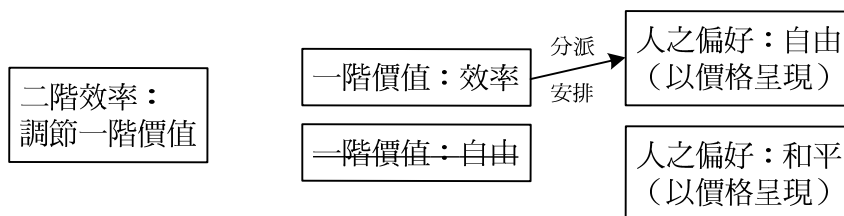


圖2 〈經濟〉一文實際蘊含之價值階層結構

資料來源：筆者自行製圖。

參、福利能挽救二階效率嗎？

前述分析應有助於理解〈賀〉文批判〈經濟〉一文之要點：效率若是對諸偏好對象（如自由或和平）的安排方式，則這些價值（如自由或和平）都可被效率所安排；而若將效率擺置為一階價值，那麼其他的價值（如自由或和平）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多價值都遭到一一排除，則實與〈賀〉文所稱之「預設效率為一階之唯一³⁹」之批評不遠矣。除此之外，若效率本身是對諸偏好對象的安排方式，那麼它也就可能與〈經濟〉一文中對二階效率所稱的「最適化多重目的之利益衡量⁴⁰」看來是高度神似。無怪乎〈賀〉文批評此舉會有「偷換概念」之疑慮，甚至認為〈經濟〉一文後續所提出的警示用語亦僅僅為修辭性之表述⁴¹。

若張永健教授欲擋下〈賀〉文上述批評，則勢必要先找出一種與效率處於相同位階，不會落入被效率所分派者。而這項與效率處在同位階的價值，因可能與效率產生衝突或競爭，進而需仰賴在這

39 賀劍（註12），頁277-278。

40 王鵬翔、張永健（註10），頁841。

41 賀劍（註12），頁281。

之上的二階價值進行調整。而這正是張永健教授的回應方式：以福利作為一項二階且至上的價值，並指出在「福利」這個概念下，可能亦涉及所得分配⁴²此一與公平或是分配正義相關⁴³之議題（其結構請參見：圖3）。

那麼，引入「福利」此一概念後，是否能成功迴避〈賀〉文前述的批評呢？

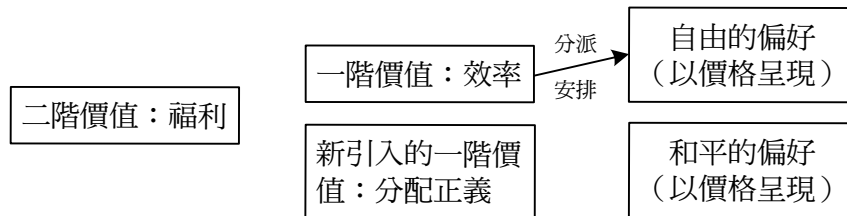


圖3 《社科》一書修改後所宣稱之價值階層結構

資料來源：筆者自行製圖。

一、反思Kaplou和Shavell的福利觀

事實上，張永健教授原先區分「一階／二階」，僅是要在不同

42 張永健教授說：「效率是法律追求的其中一種一階價值。法律追求其他一階價值，例如所得分配、自由，有時（但不總是）和追求效率的目標產生衝突。筆者以『福利』這個二階價值，囊括所有值得追求的一階價值。」（粗體為本文強調。）張永健（註17），頁91-92。類似表述散見於張永健教授同時期之著作當中，參見：張永健（註10），頁64；張永健（註16），頁199。

43 如前註所述，張永健教授的主要論述較多僅提及「所得」分配。惟若認為福利所囊括者，除效率外僅涉及所得而無關其他益（goods）之分配（如司法院釋字第584號解釋、司法院釋字第649號解釋牽涉之工作權，司法院釋字第721號解釋、司法院釋字第748號解釋牽涉之身分權益等），無疑是鋸箭式的古怪區分。又《社科》一書中也曾以「把餅做大」和「如何分配餅」之喻出發，並以登記與公示制度為例討論公平與效率的綜合考量；也曾在探討公平之於福利的段落後接著出現「所得分配又被稱為『分配正義』。」等語。故筆者認為以公平或分配正義稱之，是較合理的一種詮釋。《社科》相關段落，參見：張永健（註10），頁76-77（特別是註184）、106-107。對分配正義的簡要介紹，參見：顏厥安，何謂正義？一個初步的理論說明，收於：社團法人台灣法學會編，台灣法學新課題（十），頁8-10（2014年）。

層次上進行最大化的工作。如要避免〈賀〉文的前述批評，最謹慎的做法理應是在不同層次上，對不同類型的「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，到了二階層次時產生了重複計算或是混淆。張永健教授為迴避這項批評，在《社科》中引入了福利的概念，並在闡述此一概念時提到了福利的三類定義方式：將個人偏好滿足逕自等同於福利的主觀論、考慮個人快樂和痛苦的主觀論，以及不以個人的偏好出發，而必須直接考量個人情況的客觀論⁴⁴。

在三種福利觀中，張永健教授僅針對第一種多加闡述，並帶出了法經濟學者Kaplow和Shavell於FAIRNESS VERSUS WELFARE⁴⁵一書的論述。雖說張永健教授不時表示「本書承襲了Kaplow & Shavell對福利與效率的區分，但並未全盤接受其對公平價值的批評。⁴⁶」並指出不論讀者是否採納Kaplow和Shavell所展開的界定「都不影響本章區分一階、二階的論述框架」⁴⁷。但Kaplow和Shavell的討論是在法經濟學中較完整闡述者，更是張永健教授所提到的三種流派中唯一對福利進行較詳細界定者，故仍值得吾人加以深思和探究。但在此強調，本文並未指出張永健教授業已接受Kaplow與Shavell的論述。不過由於《社科》一書並未於正文之中詳述其對Kaplow和Shavell論述有所保留之實質理據；因此本節以下的工作是試圖延續並完善《社科》一書可能未盡之處。本節將試圖探討Kaplow與Shavell福利觀的缺陷，並進一步「模擬」採納Kaplow與Shavell福利觀後可能產生的不良理論後果，藉此充實和完善張永健教授未採Kaplow與Shavell福利觀之實質理據。

44 張永健（註10），頁75-77；張永健（註15），頁307。

45 LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002).

46 張永健（註17），頁93。

47 張永健（註10），頁75。

按張永健教授所介紹的Kaplow和Shavell之福利觀，法律應當追求的唯一上位價值，便是二人所界定下的福利概念；而像公平這樣子的價值，並不可取⁴⁸。然而，此概念之所以可作為最上位的價值並勝於公平，是如法理學者Jules Coleman所指出的，乃一套套邏輯（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。他們先對於公平進行一種微妙的定義：公平被分為「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」可作為一項獨立於福利而存在的價值，那麼它也不太可能會是一項值得被追求的價值⁴⁹。

在這項論證過程中，能與福利相競爭者，是從概念界定時就遭到排除：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，因此不應被吾人所追求。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⁵⁰。正如Coleman所指出，Kaplow和Shavell是以

48 張永健（註17），頁92-93。

49 Jules L. Coleman, *The Grounds of Welfare*, 112 YALE L.J. 1511, 1523-24 (2003) (book review).

50 然不論是公平或是其他義務論式的道德概念，在吾人的意義理解下，通常應當

不對稱的自然主義式說明 (explanation): 亦即將「公平」概念取消並化約成偏好, 使得公平概念原本可能具有的規範性意義予以解消⁵¹。而這種將公平看成偏好之方式⁵², 當然不可能提供「公平」概念一種意義上的吸引力, 是一種對於公平概念的奇怪定義方式。

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Jeremy Waldron所指出的, 對於任何價值概念, 若吾人持續地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」這一可能選項⁵³。但即便我們不再細究Kaplow和Shavell的概念界定, 《社科》如果引入了Kaplow和Shavell的福利觀, 將會有另一可能問題。

Kaplow和Shavell二人的福利觀所結合的乃是Pareto標準⁵⁴; 換言之, 其追求福利的提升是在「無其他人的福利因此受損」的情況下去施展。就此來說, 即便在一開始因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Pareto標準的福利狀態, 或許乍看之下仍有吸引力。或者說, 按照Kaplow和Shavell的定義, 公平既無法增加福利總量, 且又造成了部分人因此受損; 則對比於搭配著

是在偏好之上並對偏好有所調整或拘束, 而不僅僅是一種偏好。事實上, 即便是法經濟學者亦曾對這種「偏好化」做出批評, see Lewis A. Kornhauser, *Preference, Well-being, and Morality in Social Decisions*, 32 J. LEGAL STUD. 303, 316-23 (2003); Eyal Zamir, *Tastes, Values, and The Future of Law and Economics*, 16 JRSMLM. REV. LEGAL STUD. 101, 110-17 (2017).

51 See Coleman, *supra* note 49, at 1526.

52 將公平正義等概念視為偏好或品味非Kaplow和Shavell所獨有。諾貝爾經濟學獎得主Gary Becker在1977年時便已經與同為諾貝爾經濟學獎得主George Stigler共做如是主張。相關爬梳與批評, 參見: Jonathan Aldred著, 許瑞宋譯, 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)。

53 See Jeremy Waldron, *Locating Distribution*, 32 J. LEGAL STUD. 277, 285 (2003).

54 See generally Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 J. LEGAL STUD. 331 (2003).

Pareto標準的福利觀——既企求增加福利總量，且又不造成任何人的受損——當然乍看之下較無吸引力。

但如果接受Kaplow和Shavell福利觀的同時，採取了《社科》一書所醉心的Kaldor-Hicks標準⁵⁵，則追求福利的提升條件便是：只要被減少福利者之損失有可能被福利增加者所獲得的福利所補償。因此，當公平概念再次與福利概念進行對比時，則吾人所面對的即為「總體福利增加，但就會產生制度輸家（且不一定確實受補償⁵⁶）」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。在換成Kaldor-Hicks標準後，福利概念是否可以一如有說服力呢？

在此以美國法學者David Dolinko的舉例來試圖具體化前揭論述⁵⁷。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。Dolinko便是以此例試圖反擊Kaplow和Shavell的福利論。但對於Kaplow和Shavell來說，這項例子的攻擊可能並非致命。因為在Kaplow和Shavell的論述當中所搭配的是Pareto標準；因此吾人或許可以設想，Kaplow和Shavell尚可以「無其他人的福利因此受損」此一判準來拒絕為Dolinko所提出的案例背書。但如果以Kaplow和Shavell的福利觀結合《社科》中所提倡的Kaldor-Hicks標準⁵⁸，可能便無法以相同思維對此攻擊加以迴避。

55 張永健（註10），頁59-60。

56 Coleman指出Kaldor-Hicks標準將容許制度輸家且不一定受補償，Coleman以此探討Kaldor-Hicks標準的證成問題。See Jules L. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, 94 ETHICS 649, 671-79 (1984).

57 Dolinko之例和其論述，see David Dolinko, *The Perils of Welfare Economics*, 97 Nw. U. L. REV. 351, 358-62 (2002) (book review).

58 學者簡資修似有留意到《社科》將Kaplow和Shavell福利觀所搭配的Pareto標準

二、建構福利觀的潛在難題

前一節批評了採納Kaplow和Shavell福利觀所可能引發的種種理論後果。但事實上，當Kaplow和Shavell並不是一個二階式思考：Kaplow和Shavell只打算做一次Pareto標準的福利判斷。正因如此，Kaplow和Shavell才將其他的概念（如公平）予以轉化，進而以那種看似古怪的「福利」定義加以包含。可以說，Kaplow和Shavell的定義之所以如斯古怪，正是為了試圖使福利概念變得單純並可進行最適化操作。

惟如前文所述，事實上張永健教授對Kaplow和Shavell的論述多有保留，因此在闡述二人的論述後，仍不時提醒讀者自己尚未全盤接納Kaplow和Shavell的觀點⁵⁹。就此而言，這是在不直接界定福利的實質（substantial）內涵的情況下，僅企圖引入福利此一形式（formal）框架於效率之上，以維繫從〈經濟〉一文以來所做出的一階／二階之分⁶⁰；張永健教授引入福利的概念，是為了說明除效率外，仍然有「更上一層樓」的操作；且這「更上一層樓」仍適用與效率層相同的「論證形式」，即Kaldor-Hicks標準⁶¹。

轉為Kaldor-Hicks標準可能有問題，但未對此進行完整論述。參見：簡資修，任意規定：自治的任意或任意的預設，中研院法學期刊，28期，頁199（2021年）。另外，因Pareto標準是在不產生輸家的狀態下盡可能提升整體以「多多益善」，故Pareto標準可不考慮人際間之可比性。而Kaldor-Hicks標準則必須指出贏家所獲得者多過於輸家所損失者，就必須面對可比性問題。See Brian H. Bix, *Moral Philosophy and Law and Economics*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS VOL. 1: METHODOLOGY AND CONCEPTS 288, 289-90 (Francesco Parisi ed., 2017).

59 張永健（註17），頁93；張永健（註10），頁75。

60 事實上，學者簡資修已留意到Kaplow和Shavell的福利並無區分「一階／二階」，因此即便是「框架」上也與Kaplow和Shavell不同，僅是借「福利」此一詞彙之殼。參見：簡資修（註58），頁199。

61 張永健教授說：「在二階層次，筆者主張以福利作為整合性的價值。更精確地說，是運用卡爾多希克斯標準來判斷選擇目的價值衝突之最適解決方案，追求福利（整體價值）之極大。」張永健（註10），頁79。另一併參閱這段文字：「當權衡的方法是以福利高低量度好處與壞處的大小，並選擇淨好處最大者

按張永健教授的看法，不論是Kaldor-Hicks標準與Pareto標準都僅是論證形式⁶²。就此來說，以Kaldor-Hicks標準或Pareto標準進行最大化的工作，可以（且必須）於每一層次中進行操作。於是，在效率層次中對諸偏好進行化約後進行一次Kaldor-Hicks分析後；到了福利層次時，也要再做一次Kaldor-Hicks分析。而若本文第「貳」部分的分析無誤，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，如果要在福利層次上進行一次Pareto或Kaldor-Hicks分析；那麼，在第二階層的工作便是在撰寫一套「涉及分配形式（即效率）之形式」。

以下簡述何謂「涉及分配形式（即效率）之形式」。首先，因其他偏好業已在效率層中進行計算⁶³。故若仍要在「效率」的層次之上再次進行計算，則不外乎是指出某種分配偏好的形式（因效率是分配形式），亦可為人們所偏好，並進而再次將對於各種偏好形式的偏好進行計算⁶⁴。而此亦為張永健教授的論述模式；當其提及與分配相關之問題時，會以「對於所得分配之偏好」加以現身⁶⁵。而若「分配正義」作為一種「偏好」且又是在「分配形式」的層次；則合而觀之，其必然是一種「對於分配形式的偏好」，而效率則是另一種「對於分配形式的偏好」。如此一來，在效率之上所進行的計算，乃是諸「分配形式的偏好」之間的競爭；而之所以會剩下「分配形式的偏好」之間的競爭，係因其他特定的偏好（如先前提過的自由、和平、隱私等）是要被「效率」或「分配正義」決定

時，是卡爾多希克斯標準的展現」（粗體為引用段落本有）。張永健（註15），頁312。

62 張永健（註15），頁301。

63 這在效率環節中便已處理，參見本文第「貳」部分。

64 張永健教授雖認為其論述不特別採Kaplow和Shavell的主觀論立場，惟若已藉由願付價格和願受價格進行處理，那至少就必須承認在效率層次時已採主觀論（但這種主觀論則未必是前文所述之Kaplow和Shavell式）。且其論述中亦有「如果人也偏好所得平均」的表述。因此，以偏好加以理解其每一階層的論證應較為一貫；本文後續也將暫且如此討論。張永健（註17），頁115。

65 張永健（註17），頁115。

如何分派，故無法再與效率或分配正義在同一層級相競爭。

簡言之，二階層次所操作者，是對分配形式之偏好⁶⁶（更簡潔且更好的表述：對「社會」的偏好⁶⁷）再次進行某種最大化（其結構請參見：圖4）。

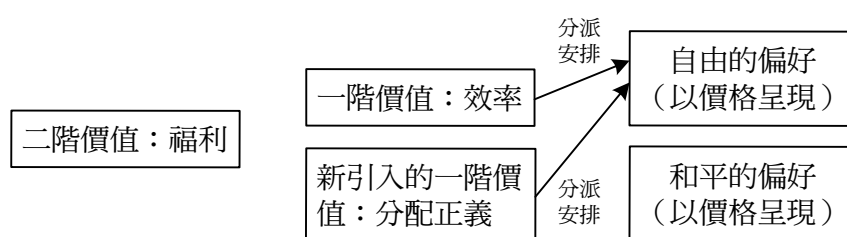


圖4 《社科》一書修改後所實際蘊含之價值階層結構

資料來源：筆者自行製圖。

在釐清了第二階所要進行的工作後，且讓吾人先將視角放回到效率層次的環節。在效率層次上，當吾人面對不同類型的分配偏好時，是以較為單純的概念（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」去對複雜的偏好「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適化的版本。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」以及將之最適化的效率概念，之所以可以完成這項工作，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。

66 當然，必須假設可測得此偏好。

67 這類偏好並非個人在特定制度條件下對於自身之偏好，而是關於此制度的偏好；故謂「社會」的偏好。筆者感謝審稿人對此的提點，此一說法確實更有助於闡明。

若讀者能認可以上操作流程，則應可接受以下主張：用以降維以利於後續進行最適化時所挑選者，本身必須是比降維前的諸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，以便單純地進行進一步的操作與計算。

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單位的「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，只要能將福利單位最大化，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分配正義的比較。如前文分析，效率與分配正義也是不同類型的「偏好」。而因為效率和分配正義也是歧異⁶⁸且可能無法以直觀的方式簡單共量，因此也必須如同效率層次時選用「願付價格／願受價格」一般，選擇一個較分配正義和效率等概念更為單薄且易操作的概念，藉以將分配正義和效率概念的紛雜意涵通化約到某種簡單的單位刻度⁶⁹上，方能進一步進行最大化的計算與操作。

68 效率概念本身的歧異，可參見第「貳」部分提到的幾種效率觀。至於分配正義，學者Klaus Mathis的書中便整理出了常見的六種可能分配標準（distribution criteria）：一視同仁（to all in equal measure）、依其信念（to all according to their convictions）、依其社會地位（to all according to their rank）、依其應配分（to all according to their legal entitlement）、依其所需（to all according to their needs）、依其功績（to all according to their merit）；此間之複雜性由此可略窺一二。See KLAUS MATHIS, *EFFICIENCY INSTEAD OF JUSTICE?: SEARCHING FOR THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 187-89* (Deborah Shannon trans., Springer 2009) (2006).

69 張永健教授說：「準此，一階層次的價值，都可以被化約為福利單位，而非其他價值蛻變為效率」。參見：張永健（註10），頁78。福利單位一詞在張永健教授回應〈賀〉文批評之時便已首次出現。參見：張永健（註15），頁313。

分析至此，應可看出概念之間的落差。簡言之，吾人一般所理解福利此一概念，並未比效率和分配正義更為單薄，因此用以化約效率與分配正義的概念，也不見得能逕自稱作福利；這二者之間存有落差。一般人在初次見聞並開始思考福利此一概念時，會認為福利作為二階且至上的價值，乍聽之下當然是合理且值得追求⁷⁰。但福利之所以「撐得起」這個二階且至上的位置，是因為它與人之福祉（well-being）、幸福（happiness）息息相關，是一個帶有豐沛倫理意涵之複雜概念；與福利相繫的此兩詞彙，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：Eudaemonia⁷¹。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，使得人們看到福利一詞之時，可以將各種自身之美好想像投注於其中，甚至可能會牽涉到《社科》一書中所提及但未詳述之客觀論⁷²，而非單純的主觀論⁷³。

70 按學者Michael Dorff所言，Kaplow和Shavell並未正面給出福利作為至上價值之理據。See Michael B. Dorff, *Why Welfare Depends on Fairness: A Reply to Kaplow and Shavell*, 75 S. CAL. L. REV. 847, 861-62 (2002). 事實上，〈經濟〉一文原先使用二階效率一詞時，或許未有直接提出價值判斷命題之意，特別是其指出此係「民法學本來就有的思維工具，只是之前此種權衡沒有以二階效率的概念表述而已」。王鵬翔、張永健（註10），頁844。但《社科》一書中以福利一詞取而代之時，則已然宣稱「福利作為二階且至上價值」此一價值命題，且此舉似也未正面給出相關理據。故稱「乍聽之下」合理。

71 Eudaemonia所謂之幸福（happiness）亦不只是現代效益主義意義下的滿足之感受（feeling），而是對活動性與生命完備性的強調。對此等豐富意義之爬梳，see Richard Parry & Harald Thorsrud, *Ancient Ethical Theory*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2021), <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-ancient/>.

72 如前述提到的重視生命完備性之想法，或許就不一定完全贊成主觀論。好比說，投注資源讓自幼不識字又受壓迫的底層庶民文盲得以學習進而有更多的發展能力與機會，可能比起投注資源滿足其「未識字之前的偏好」更接近人們對「提升文盲之福祉」的想像。

73 而規範性法經濟學（normative law and economics）之所以採取實際偏好與實際福祉相繫之主觀論立場，按法經濟學家Eric Posner之言，是對福利論述的賭

這正是福利一詞聽來頗具吸引力（*appeal*）之緣由。職是之故，當人們初次聽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，大多都不會有太大的反彈。

然而，正因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單化約，以某種特別的、與吾人日常理解相當不同的方式加以重新界定（事實上，這種簡單化約便是Kaplow和Shavell所做出的實質界定，但這一思路已被張永健教授所暫且擱置⁷⁴），否則福利並不能作為一個「降維」的概念好用以化約並進而處理分配正義和效率二者等社會偏好之紛歧，以及同一偏好在不同個體當中的強弱不一等等情況所交織的複雜性。但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獨挑大樑作為二階且至上的價值，或也可值得吾人再次深思⁷⁵。

肆、結語

當人們越趨於將社會生活與自身的行動皆置於因果歷程當中加以掌握之時，便越趨於將法律打造成一套得以實際發揮「作用」（*effect*）的工具⁷⁶；而配備了較為一貫之行為理論與事前觀

注。See Eric A. Posner, *The Boundaries of Normative Law and Economics*, 38 YALE J. ON REG. 657, 660 (2021).

74 採納此一福利觀之可能理論後果，請參「參、一」。

75 以「概念」與「概念觀」的區分來說，那麼可將本節所提出的問題作如斯表述：究竟要如何界定出一個可化約分配正義與效率等異質之社會偏好的衝突，並進而容許Kaldor-Hicks操作的最小福利單位作為福利之概念觀（*conception of welfare*），卻又同時保有福利此一概念（*concept*）的具有吸引力之豐富意涵，以維繫福利作為二階且至上價值的地位？

76 參見：顏 厥安著，松田惠美子譯，法概念と自然主義——台湾の民主化問題に関する法理学からの考察，名城法学，63卷3号，頁279（2013年）。此種將法律科學化及工具化的簡要思想背景爬梳，see Roger Berkowitz, *Democratic*

點⁷⁷的經濟分析思維，自是對於如何讓法律發揮「作用」著力甚多，已非法學者可輕易忽視⁷⁸。作為一份「部分不同意見書」，本文無意（也無法）根本性地反對張永健教授引入經濟分析之思維，而僅是在其經濟分析的規範性宣稱實施之前，釐清其具有之架構與特性，進而說明何以產生了僭政。

為此，第「貳」部分從賀劍教授針對其前身〈經濟〉一文中若干方法論論題的評論出發，重新審視〈賀〉文對〈經濟〉一文的諸多批評和張永健教授後續於《社科》所做之修改與回應是否有效。藉分析效率此一概念，本文指出效率確實非如《社科》所表面宣稱的是一項與其他價值（如自由）並列之一階價值；〈賀〉文指出〈經濟〉一文「預設效率為唯一之一階價值」之批評，直到改版後的《社科》大體來說仍然有效。因此，張永健教授需重新對效率此一概念予以釐清或界定，否則效率仍將有「僭政」之疑慮。而第「參」部分評估《社科》為回應〈賀〉文之批評所引入的福利概念，探討《社科》一書中較花筆墨介紹的Kaplow和Shavell之福利觀。本文補足了《社科》一書未全盤接納Kaplow和Shavell福利觀之相關理據，闡述Kaplow和Shavell對公平與福利等概念過分化約之問題；並指出若此種福利觀搭配《社科》一書的Kaldor-Hicks標準恐將更加缺少理論吸引力。而在摒棄了Kaplow和Shavell較為簡單化約

Legitimacy and the Scientific Foundation of Modern Law, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 91 (2007).

77 此為經濟分析之實然（positive）論述，see Anthony Ogus, *What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics*, 79 CHI.-KENT L. REV. 383, 385-392 (2004). 對行為理論與事前觀點之詳述，參見：張永健（註17），頁41-86。

78 法經濟分析作為法律工具主義的相關討論，see Régis Lanneau, *To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics?*, in *LAW AND ECONOMICS IN EUROPE: FOUNDATIONS AND APPLICATIONS* 23, 35-38 (Klaus Mathis ed., 2014)；陳冠廷，逸脫法學想像乎？以成本效益分析取代比例原則之商權，收於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，*法學的想像（第四卷）：社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集*，頁449-453（2022年）。

的福利觀後，本文承襲第「貳」部分的分析方式以重新釐清《社科》架構一種較為完善之福利觀時所可能面臨的難題。福利概念因其意涵之豐沛而饒富吸引力，故作為一項二階且至上的價值而為法律所追求看似可採。然而運作二階價值之計算，需面對異質之一階價值間的競爭與衝突（分配正義與效率此等不同的社會偏好）；是故，除非將福利改寫成一種足夠單薄的形式，否則福利似乎不是個堪將異質且紛雜之社會偏好的概念予以化約並運算的概念。此二者之間存有落差。本文藉此試圖指出《社科》援引福利概念取代原先二階效率此一概念的論述方式，似仍需要提供更多之補充或說明。

「除保留概念並以其名指稱事物之外，理論者別無可為。⁷⁹」願本文已確實掌握張永健教授在方法論論題中的核心概念方展開批評，進而為其結合經濟分析以拓寬法學版圖的「新私法學」⁸⁰研究起到棉薄助益。

79 CARL SCHMITT, *THEORY OF THE PARTISAN: INTERMEDIATE COMMENTARY ON THE CONCEPT OF THE POLITICAL* 95 (G. L. Ulmen trans., Telos Press Publishing 2007) (1963).

80 張永健，新私法學，收於：李建良編，*研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集*，頁443-460（2021年）。

參考文獻

1. 中文部分

- Jonathan Aldred 著，許瑞宋譯，(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：新樂園。[Aldred, Jonathan. 2019. *Licence to be Bad: How Economics Corrupted Us*. London, UK: Penguin Books.]
- 王澤鑑 (2022)，物權法的經濟分析，台灣法律人，13期，頁28-42。
- 王鵬翔、張永健 (2015)，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205-294。
- (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，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——評《物權法之經濟分析：所有權》，收於：蘇力主編，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，法律書評 (第13輯)，頁56-92，北京：北京大學出版社。
- 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，法律書評 (第13輯)，頁93-102，北京：北京大學出版社。

- 范耕維（2022），自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試——由GPS與M化車偵查相關判決談起，刑事政策與犯罪防治研究專刊，32期，頁1-56。
- 張永健（2015），物權法之經濟分析：所有權（第一冊），臺北：元照。
- （2017），社會科學式的比較法研究——評Mark Ramseyer. 2015. SECOND BEST JUSTICE: THE VIRTUES OF JAPANESE PRIVATE LAW. The University of Chicago Press，中研院法學期刊，20期，頁211-249。
- （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），土地徵收與管制之補償——理論與實務，臺北：元照。
- （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，法律書評（第13輯），頁117-139，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。
- （2021），法經濟分析：方法論與物權法應用，臺北：元照。
- （2021），新私法學，收於：李建良編，研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集，頁443-460，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 陳冠廷（2022），逸脫法學想像乎？以成本效益分析取代比例原則之商榷，收於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，法學的想像（第四卷）：社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集，頁441-459，臺北：元照。

- 賀劍(2020), 物權法經濟分析的方法論之路——評張永健教授《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), 台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, 2014年1期, 頁136-149。
- 熊秉元(2013), 法學的經濟思惟, 臺北: 華藝學術。
- 蔣侃學(2014), 論法律經濟學之方法論預設——以Coase與Posner之爭論為核心, 國立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, 法律書評(第13輯), 頁19-32, 北京: 北京大學出版社。
- 戴昕、張永健(2018), 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, 2018年6期, 頁1519-1545。
- 謝長江(2022), 結果取向方法作為競爭法的思考框架, 收於: 蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編, 法學的想像(第四卷): 社科法學——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集, 頁251-265, 臺北: 元照。
- 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(2018), 華文的法律經濟學道路, 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年2期, 頁101-115。

- (2020), 法經濟學, 收於: 鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福編, 法理學, 頁337-361, 臺北: 元照。
- (2021), 任意規定: 自治的任意或任意的預設, 中研院法學期刊, 28期, 頁161-210。
- (2021), 法律經濟分析方法論, 台灣法學雜誌, 411期, 頁37-50。
- (2022), 四分溪畔的意外法律之旅, 收於: 如何法律, 怎樣經濟, 頁425-453, 臺北: 新學林。
- 顏厥安 (2014), 何謂正義? 一個初步的理論說明, 收於: 社團法人台灣法學會編, 台灣法學新課題(十), 頁1-23, 臺北: 元照。
- 顏厥安、王照宇 (2003), 由國際學術趨勢探討臺灣法理學之研究發展, 臺大法學論叢, 32卷4期, 頁1-75。
- (2013), 法的解釋與法律倫理的概念觀, 世新法學, 7卷1期, 頁9-37。

2. 外文部分

(1) 日文

- 顏 厥安著, 松田惠美子訳 (2013), 法概念と自然主義——台湾の民主化問題に関する法理学からの考察, 名城法学, 63卷3号, 頁286-268。

(2) 西文

- Berkowitz, Roger. 2007. Democratic Legitimacy and the Scientific Foundation of Modern Law. *Theoretical Inquiries in Law* 8:91-116.
- Bix, Brian H. 2017. Moral Philosophy and Law and Economics. Pp. 288-299 in *The Oxford Handbook of Law and Economics Vol. 1:*

- Methodology and Concepts*, edited by Francesco Parisi. New York, NY: Oxford University Press.
- Caviedes, Cristóbal, and Francisco J. Urbina. 2021. Cost-benefit Analysis in Rights Adjudication — An Assessment in Light of the Proportionality Debate: A Reply to Yun-chien Chang and Xin Dai. *International Journal of Constitutional Law* 19:1146-1153.
- Chang, Yun-chien, and Xin Dai. 2021. The Limited Usefulness of the Proportionality Principle. *International Journal of Constitutional Law* 19:1110-1134.
- Coleman, Jules L. 1980. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review* 68:221-249.
- . 1984. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. *Ethics* 94:649-679.
- . 2003. The Grounds of Welfare (Book review). *The Yale Law Journal* 112:1511-1543.
- Dolinko, David. 2002. The Perils of Welfare Economics (Book review). *Northwestern University Law Review* 97:351-394.
- Dorff, Michael B. 2002. Why Welfare Depends on Fairness: A Reply to Kaplow and Shavell. *Southern California Law Review* 75:847-900.
- Dworkin, Ronald M. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1980. Is Wealth a Value?. *The Journal of Legal Studies* 9:191-226.
- Kan, Steven S. 2000. Law and Economics in Taiwan. Pp. 328-336 in *Encyclopedia of Law and Economics Vol. 1: The History and Methodology of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest. Northampton, MA: Edward Elgar.

- 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* 32:331-362.
- Kornhauser, Lewis A. 2003. Preference, Well-being, and Morality in Social Decisions. *The Journal of Legal Studies* 32:303-329.
- . 2022. The Economic Analysis of Law. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>.
- Lanneau, Régis. 2014. To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics?. Pp. 23-46 in *Law and Economics in Europe: Foundations and Applications*, edited by Klaus Mathis. Dordrecht: Springer.
- Mathis, Klaus. 2009 (2006). *Efficiency instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, translated by Deborah Shannon. Dordrecht: Springer.
- Ogus, Anthony. 2004. What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review* 79:383-402.
- Parry, Richard, and Harald Thorsrud. 2021. Ancient Ethical Theory. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-ancient/>.
- Peters, Anne. 2021. A Plea for Proportionality: A Reply to Yun-chien Chang and Xin Dai. *International Journal of Constitutional Law* 19:1135-1145.
- Posner, Eric A. 2021. The Boundaries of Normative Law and Economics. *Yale Journal on Regulation* 38:657-677.
- Schmitt, Carl. 1996 (1979). *The Tyranny of Values*, edited and translated by Simona Draghici. Washington, D.C.: Plutarch Press.

- . 2007 (1963). *Theory of the Partisan: Intermediate Commentary on the Concept of the Political*, translated by G. L. Ulmen. New York, NY: Telos Press Publishing.
- Waldron, Jeremy. 1990. Criticizing the Economic Analysis of Law. *The Yale Law Journal* 99:1441-1471.
- . 2003. Locating Distribution. *The Journal of Legal Studies* 32:277-302.
- Zamir, Eyal. 2017. Tastes, Values, and *The Future of Law and Economics*. *Jerusalem Review of Legal Studies* 16:101-123.

The Tyranny of Efficiency:
A Critical Review on the Methodological Thesis in
Professor Yun-chien Chang's INTERPRETING PRIVATE LAW:
A SOCIAL SCIENTIFIC APPROACH

*Kuan-Ting Chen**

Abstract

With the exception of Professor Yun-chien Chang's INTERPRETING PRIVATE LAW: A SOCIAL SCIENTIFIC APPROACH, discussions on law and economics in Taiwan rarely focus on methodological questions. This paper aims to reflect on its methodological thesis.

By analyzing the concept of efficiency, this paper points out efficiency is not a value as claimed by Professor Chang to compete with freedom or other first-order values. Professor Chang presupposes that efficiency is the only value in the first-order values in his book. This paper explores the concept of welfare introduced by Professor Chang. In this paper, I criticize Louis Kaplow's and Steven Shavell's welfare theory, and points out its undesirable theoretical consequences. In addition, through analyzing the structure of welfare, it is clear there are some gaps to be overcome in invoking the concept of welfare to replace the second-order efficiency. Though not entirely opposing Professor Chang's aim to integrate economic analysis into legal thinking, this paper attempts to reveal its potential weaknesses and clarify ambiguous areas that need to be improved.

* Ph.D. Student, College of Law, National Chengchi University; LL.M., College of Law, National Taiwan University.

KEYWORDS: economic analysis of law, law & economics, methodology, efficiency, welfare, Kaldor-Hicks standard, Pareto standard, first-order value, second-order value, social sciences of law.