

均衡性原则之“权重公式”的反思与重构

——一个法经济学的分析视角

翟 翌 金龙君*

目次

- | | |
|------------------|---------------------|
| 一、问题的提出 | 四、均衡性原则之“权重公式”的构造 |
| 二、阿列克西的“权重公式”及反思 | 五、余论：“权重公式”与成本-收益分析 |
| 三、对“权重公式”的法经济学改进 | |

摘要 为避免均衡性原则适用的模糊抽象,具体化成为学界共识,量化方法颇受关注。阿列克西设计的“权重公式 W_{ij} ”的影响力较大,发挥着定序量化分析的功能,但公式的适用范围受限及构成要素的赋值不当,降低了其应用价值。解决问题的关键在于重构“权重公式”的适用框架,法经济学的分析方法能强化公式的适用能力,使量化过程更具客观性。在以利益为核心的成本-收益分析框架下,“权利”作为公式的适用对象,经必要变量的逻辑改进,“权利”的保护强度作为公式的构成要素;经济学上的价值及“权利”的损害导向确立公式的量化基础,继而“权利”能实现货币等价或价值评估。尤其基于经济学的替代理论,“权利”之间构成了新的权衡模型:“权重公式 B_{ij} 。”在“权重公式”的结果判定上, $B_{ij} \geq 1$,手段不符合均衡性,不应改变“初始状态”下“权利”的比例关系; $B_{ij} < 1$,手段符合均衡性,且尽力选择使 B_{ij} 值更小之手段。“权重公式”兼具体系化与精细化分析能力,保持了严密结构和强操作性,为更普遍的实践应用提供新思路。在“权重公式”与成本-收益分析的关系上,它是一种融合成本-收益分析的均衡性判断。

关键词 均衡性原则 权重公式 权衡公式 量化 保护强度 成本-收益分析

一、问题的提出

均衡性原则是公法比例原则在保障人民权益,防止公权力过度侵害上的最后一道防线,发挥

* 翟翌,重庆大学法学院教授、法学博士;金龙君,重庆大学法学院博士研究生。本文系国家社会科学基金青年项目“行政特许基础理论研究”(项目编号:18CFX023)、中央高校基本科研业务费原创性基础理论项目“行政法治视阈下我国高校教师聘用制改革研究”(项目编号:2021CDJSKJC32)的研究成果。笔者曾就本文在第十六届全国公法学博士生论坛上进行报告,在讨论中受到许多启发,本文审稿专家对文章的修改提出十分有针对性的意见和建议,学员李德旺、杨焱等也提出了许多宝贵意见,在此一并感谢。

着比例性审查的核心功能。但是该原则属于一种高度抽象或不确定的法原则,具有主观裁量滥用、利益衡量不足等制度风险,^{〔1〕}“并没有从正面具有一义性地解决‘什么是比例’的问题”。^{〔2〕}有学者曾指出,“均衡性原则的适用难度是显而易见的,……在评价上缺乏一套可以作为‘公分母’的共同的比较标准,无法将不同性质的利益或价值转换成具有同一单位的价值”。^{〔3〕}为提高均衡性判断的客观性、操作性及可接受性,不少学者认为量化方法可作为均衡性原则的判断工具,有效规范裁量行为,形成判断实质合法性的客观科学工具。国内典型学者有刘权、戴昕,刘权为均衡性原则的具体化设计了均衡性判断公式;^{〔4〕}戴昕、张永健认为使用经济学上的成本-收益分析可替代均衡性原则。^{〔5〕}而在提出相关量化方法的过程中,大多学者会对阿列克西的“权重公式 W_{ij} ”(Weight Formula)作一番探讨。阿列克西以期通过“实践话语(公式的运用)理解法律话语(宪法权利的冲突)”,^{〔6〕}其“权重公式”是均衡性原则最具代表性的公式之一,拥有具体的权衡定理与权衡要素,在全球公法领域的影响力较大。然而,尽管阿列克西通过赋值方式为“权重公式”提供了多重刻度标准,使计算结果更精细,但是作者的量化仍然停留在定序方式上,只能认定一种分析框架,难以发挥应有的量化分析功能。^{〔7〕}有学者指出“权重结构发挥了较小的指导作用”;^{〔8〕}权重公式“没有说明不同的‘考虑’应该如何相互关联,以确定哪一个具有更大的分量;没有直接处理他所感兴趣的案件中,哪些考虑因素具有道德重要性,该重要性又该如何决定”,^{〔9〕}主观性过大;不是理想的权衡工具,只能用于权衡原则,难以权衡政策手段。^{〔10〕}

笔者认为,“权重公式”的运算结构严格基于均衡性原则的本质展开,直观地表达了均衡性的内涵,且定位的强度理念使不同原则间拥有了共同的比较标准,便于不同价值进行比较分析。公式的定序量化方式虽然导致过大的主观性,但是定序量化的不足实则归结于公式的适用范围与构成要素两方面,如果这两方面问题得以解决,那么公式便能获得强适用能力。基于此,本文将剖析“权重公式”的相关问题,并试图采用法经济学的分析方法对公式进行改进,以提升公式的应用价值。

〔1〕 刘权:《均衡性原则的具体化》,载《法学家》2017年第2期,第17页。

〔2〕 [日] 田村悦一:《自由裁量及其界限》,李哲范译,王丹红校,中国政法大学出版社2016年版,第194页。

〔3〕 许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第75页。

〔4〕 见前注〔1〕,刘权文,第28页。

〔5〕 戴昕、张永健:《比例原则还是成本-收益分析——法学方法的批判性重构》,载《中外法学》2018年第6期,第1531—1535页。尽管两位作者在文章中直言成本-收益分析并不当然量化所有成本与收益,但成本-收益分析属于经济学分析工具,货币化是其显著特征,对成本与收益进行最大程度的货币化分析是必然的,而作者认为的排序(定序变量)方式也是一种量化方法,属于成本-收益货币化(基数变量)分析的补强手段。从成本-收益分析对应于比例原则全阶层来看,笔者并不认为每个阶层都应当采用基数量化,只是均衡性原则作为比例原则的最后子原则,具有结果上的判定功能,可从实际损失角度进行基数量化。

〔6〕 Bartosz Brozek, *The Weight Formula and Argumentation*, in George Pavlako ed., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, p.319.

〔7〕 见前注〔5〕,戴昕、张永健文,第1533页。

〔8〕 Gregoire C. N. Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 179, 182(2010).

〔9〕 Francisco Aharon, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, 2017, p.24, 27.

〔10〕 Yun-chien Chang & Xin Dai, *The Limited Usefulness of the Proportionality Principle*, 19 *International Journal of Constitutional Law* 1110, 1125(2021).

二、阿列克西的“权重公式”及反思

(一)“权重公式”：均衡性原则的权衡工具

基于均衡性原则的内涵,阿列克西以“原则冲突(principles collide)”为出发点,设计了“权重公式 W_{ij} ”,按照原则冲突的特点,提出了权衡定律(Law of Balancing)(第一权衡定律):“对一个原则的不满意或损害程度越大,满足另一个原则的重要性就越大”^{〔11〕},根据该定律得出“非完整权重公式(Weight Formula)”:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

I_i : 对原则 P_i 的不满意或损害度,称“干涉强度”;

I_j : 满足原则 P_j 的重要性,称“满足重要性”;

I 变量的刻度有:轻度(l)、中度(m)、重度(s);对应的数值分别为 2^0 、 2^1 、 2^2 。^{〔12〕}

该公式在确定行为是否合比例的过程中,需要执行三个步骤:第一,确定 P_i 干涉强度;第二,确定 P_j 满足重要性;第三,将所选的 P_i 与 P_j 值代入权重公式以获得权重值。根据所得权重值, W_{ij} 会有三种结果:当 $W_{ij} > 1$, P_i 优先于 P_j , P_i 的干涉过度,不符合均衡性;当 $W_{ij} < 1$, P_i 不优于 P_j , P_i 的干涉合适,符合均衡性;当 $W_{ij} = 1$, P_i 与 P_j 的优先级无法判断,公式陷入僵局。

按“非完整权重公式”的运算方式, W_{ij} 显得主观粗糙,未考虑的相关因素过多,陷入僵局的可能性大。为使结果更加精准、理性,阿列克西在非完整权重公式中加入了另外两项衡量指标,即抽象权重(abstract weight)和推定经验的可靠性(reliability of empirical assumptions)。抽象权重是“一种原则(P_i)在任何情况下独立于其他原则(P_j)的权重”,^{〔13〕}可通过社会价值、等级制度等加以参考确定;^{〔14〕}推定经验的可靠性指某一原则在不干扰另一原则的情况下,审查者推定与之相关联的经验在支撑相应手段时的可靠性,即“所讨论的手段对于在具体情况下无法实现某一原则(P_i)和实现另一原则(P_j)意味着什么”。^{〔15〕}在此,阿列克西提出了第二权衡定律:“对宪法权利的干预越重,其基本前提的确定性就必须越大”,第二定律与第一定律的区别在于,前者是对认知经验的评价,后者是对实质影响的评价,第一定律由 I 决定,第二定律则是由 W 、 R 来决定。进而获得“完整权重公式(‘Complete’ Weight Formula)”:^{〔16〕}

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

I_i 、 I_j 同非完整权重公式,内涵并未改变;

W_i : 抽象权重,即相对独立的,通过社会认知确定原则 P_i 的重要性;

W_j : 抽象权重,即相对独立的,通过社会认知确定原则 P_j 的重要性;

〔11〕 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2010, p.102.

〔12〕 Ibid., at 409 - 410.

〔13〕 Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16 Ratio Juris 433, 444(2003).

〔14〕 钱福臣:《解析阿列克西宪法权利适用的比例原则》,载《环球法律评论》2011年第4期,第52页。

〔15〕 Alexy, *supra* note [13], at 446.

〔16〕 See Alexy, *supra* note [13], at 446. 抽象权重的表示字母与《宪法权利理论》一书的表示有所区别,《宪法权利理论》以“WPA”来表示抽象权重,本文为简化需要,采用了作者在 *Ratio Juris* 期刊上的表示方式“W”。

R_i : 推定经验的可靠性,即在不干扰 P_j 的情况下推定影响 P_i 的经验的可信性;

R_j : 推定经验的可靠性,即在不干扰 P_i 的情况下推定影响 P_j 的经验的可信性;

W (代表抽象权重 W_i 、 W_j ,不代表权重结果 W_{ij})变量的刻度有:轻度(l)、中度(m)、重度(s);对应的数值分别为 2^0 、 2^1 、 2^2 ; R 变量的刻度有:确定可靠(r)、合理可靠(p)、显然非假可靠(e);对应的数值分别为 2^0 、 2^{-1} 、 2^{-2} 。^[17]

“完整权重公式”的运用也有三个步骤,^[18]第一步,确定冲突原则 P_i 、 P_j 的 W 值、 R 值;第二步,通过具体案件,确定冲突原则 P_i 、 P_j 的 I 值;第三步,将冲突原则 P_i 、 P_j 的 W 值、 R 值、 I 值代入 W_{ij} ,得到权重值。与“非完整权重公式”的结论一样,当 $W_{ij} > 1$, P_i 优先于 P_j ,对 P_i 的干涉过度,不符合均衡性;当 $W_{ij} < 1$, P_i 不优于 P_j ,对 P_i 的干涉恰当,符合均衡性;当 $W_{ij} = 1$,优先级无法判断,公式再次陷入僵局。整体上“完整权重公式”扩大了可选值的范围并细化了可选值的幅度,比“非完整权重公式”更为精细,但实际上并未解决公式的主观化问题。

(二) “权重公式”的反思:范围受限与赋值不当

“权重公式”拥有完整的均衡性评价结构,逻辑缜密,但是,公式的变量值是主观赋值的结果,呈现明显的定序变量特征。几项特定值无法改变权衡的主观化,不仅限制了法院的司法能力,而且无法满足手段权衡的灵活性需要。^[19] 如果要改善“权重公式”的应用能力,定序方式将不得不改变。从定序变量的相关问题来看,一个是“权重公式”的适用范围受限,导致公式仅能适用于宪法原则场域;另一个是各变量要素的赋值方法不恰当,被评价为过度主观化的形式工具。

1. “权重公式”的适用范围受限。在阿列克西的论证中,“权重公式”聚焦于宪法权利;因此,也遭到“权重公式”仅适用于宪法权利的质疑。本文试图论证,“权重公式”不仅适用于宪法权利,而且是普遍意义上蕴涵“原则”特性的价值冲突的权衡工具。

首先,“权重公式”在作为解决宪法权利冲突的工具时,是基于法的要素进行的构造。在规则与原则的规范面向,规则具有确定性、具体性,可直接作为裁判理据,当两项规则相互冲突时,可依托制定层级、宣布无效等方式解决;而原则具有模糊性、笼统性,需通过一定程度的具体化方能作为裁判理据,当两项原则相互冲突时,硬性的排除规定会损害原则的正当价值。^[20] “权重公式”来源于原则冲突,表达了冲突的原则之间所形成的一种优化关系(通过原则的权衡寻求最优化的结果),进而被提炼为公式的第一权衡定理,即“对一个原则的不满意或损害程度越大,满足另一个原则的重要性就越大”。^[21] 据此,在“权重公式”的构造过程中,宪法权利并未对公式产生影响,原则与规则作为一种规范结构的区分,不仅属于宪法权利的规范结构,也属于普通权利的规范结构。

其次,“权重公式”的实践释义虽然依托宪法权利,但并不意味着“权重公式”的适用范围只能在宪法权利场域。受限于《宪法权利理论》一书的阐述逻辑,“权重公式”被用以宪法权利冲突案件的释义,不仅作者本人通过大量的宪法案例对“权重公式”进行证立,而且相关学者也陷入阿列克西的论证框架,往往基于宪法案例对“权重公式”进行分析。^[22] 殊不知阿列克西是一名杰出的法

[17] See Carlos Bernal Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, in Agustin Jose Eriksen & Erik Oddvar Eriksen eds., *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, p.105; Alexy, *supra* note [13], at 410.

[18] Alexy, *supra* note [13], at 446 - 447.

[19] Chang & Dai, *supra* note [10], at 1125.

[20] Alexy, *supra* note [11], at 44 - 45, 49 - 50.

[21] Alexy, *supra* note [11], at 102.

[22] 见前注[14],钱福臣文,第52、58页;见前注[1],刘权文,第21页;Lars Lindahl, *On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing*, 1 *Edicoes Almedina* 355, 360(2009).

哲学家,倾向于为法的适用提供一种普遍化的适用理论,他的一系列代表著作都表达了其为法的普遍化的适用理论所做出的努力。“权重公式”也不例外,虽然为解决宪法权利冲突,但其设计过程与基本内涵都呈现的是法哲学的应用,表现为一种普遍化的适用理论,定位于解决具有模糊性、不确定性的原则冲突。故而“权重公式”的适用范围能超越宪法权利场域。

再次,不同地域的宪法实施形式不同,而“权重公式”作为没有地域限制的均衡性的判断工具,仅以宪法权利作为公式的适用领域会有实践矛盾。从不同地域来看,宪法实施的形式存在差别,宪法的实施主要有两种形式:一是宪法条款直接适用于个案活动;二是宪法通过立法机关制定法律得到具体化,在法律的实施中得到实施。^[23]德国是典型的宪法直接实施的国家,我国采取第二种实施形式。然而,均衡性原则不仅有地域的普遍化适用,其影响已蔓延至欧洲之外包括中国在内的很多国家,即使美国也有相应呼声。^[24]且也有领域的普遍化适用,它既可适用于宪法领域,也可适用于行政法、刑法,甚至私法领域。^[25]如果公式的适用范围受限于宪法权利,那么意味着采取第二种实施形式的国家会因宪法权利无法得到直接实施而难以运用均衡性原则,但这与实际情况相矛盾。这也说明作为均衡性权衡工具的“权重公式”的适用范围不应受限于宪法权利。

2. “权重公式”构成要素的赋值方法不恰当。“权重公式”的构成要素(自变量)有干涉强度或满足重要性、社会认知所确定的抽象权重和推定经验的可靠度,任一构成要素的变动都会影响公式的权重值。构成要素的赋值范围及选值方式决定了公式的理性程度,它们的主观化是权重公式主观化的直接原因。

第一,从三个构成要素的赋值范围来看,赋值范围缺乏客观性。在“完整权重公式”中,阿列克西采用定序的方式为干涉强度或满足重要性设计了三项目量值,为社会认知所确定的抽象权重和推定经验的可靠度设计了九项目量值。但是从“权重公式”的表现形式来看, W_{ij} 可以表达无限量值。相应变量的固定值无法满足公式的不特定量化需要,无法实现不同政策手段权衡的灵活性,只能被认为是宪法权利在某种视角下的道德认知的程度划分。如果将未体现宪法权利特点的措施强制放置于作者所设计的公式中进行演绎,那么权重结果便会缺乏对应变量的内涵,而从公式的适用范围来看,适用领域可超越宪法权利。可见公式存在适用矛盾,赋值范围缺乏客观依据的支撑,倾向个人道德认知的主观化赋值。

第二,从三个构成要素的选值方式来看,适用者的选值欠缺相应的客观标准。在雷巴赫案中,抽象权重的大小依据基本法和相关判例确定,^[26]但是,这种方式过于主观,宪法法院、一审与上诉法院的确定结果并不一致,不同审判者或团体有不同的抽象权重的评价。社会认知是应该依靠某人、部分人还是全体人,及这种社会认知如何量化,缺乏客观标准。干涉强度或满足重要性虽然结合案件的宪法权利状态进行确定,但是由于宪法权利的主观性、道德性及选值标准缺失等因素,会使适用者在进行选值的时候呈现自己的主观感受,进而影响判断,导致强度值的值数偏差。^[27]推定经验的可靠性属于一种假设,且在通常情况下皆可推定为“可靠”,对“权重公式”的影响并不大。最终,由于“权重公式”的构成要素数值的主观化,相应数值引入公式 W_{ij} 后,自然会使得“权重公式”的权重值呈现主观化,结果难以满足最优化的权衡命令。

[23] 林来梵:《宪法学讲义》(第3版),清华大学出版社2018年版,第430页。

[24] 陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,载《中国法学》2017年第5期,第279页。

[25] 纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,载《政法论坛》2016年第3期,第96页。

[26] Lindahl, *supra* note [22], at 360.

[27] Zhuang Liu, *Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China*, 47 *The Journal of Legal Studies* 83, 83 (2018).

第三,从构成要素的分类及赋值来看,非完整权重公式与完整权重公式并无本质区别。不管构成要素仅包括干涉强度或满足重要性,还是加入社会认知所确定的抽象权重和推定经验的可靠度,想要回应的莫过于规范层面(融入了社会认知)对相互冲突原则的解决能力。首先,一个或三个构成要素,在结果判定上有三类,三个构成要素并未使得判断过程足够精细。抽象权重与可靠度完全可以融入强度或重要性的判定过程,如抽象权重越重、可靠度越高,其相应的干涉强度或满足重要性就越大,要素之间的数值选择具有一致性;其次,构成要素数值的确定过程缺乏对应标准,适用者无法客观选择恰当数值。如果某项标准将三个构成要素融为一体,那么构成要素的分类便无意义。基于定序赋值的程度视角,所谓的完整权重公式中的精细划分也仅是在轻、中、重三类强度下的进一步划分,最终依然回归三类强度判断体系;再则,原则冲突的比重局限于定序层面,无法适应实践领域拓展的需要,定序方法无论对非完整还是完整公式,其数值都是极为有限的。这种赋值的作用小,即便没有数值也可实现原则间的直观权衡,反之制约比重的可能范围。所以阿列克西构造的完整公式无实际价值,基于此,后文有关公式的改进将不再受限于构成要素的体量,而关注于冲突原则之间的保护程度。

三、对“权重公式”的法经济学改进

(一) 适用范围的拓展: 宪法权利至“权利”

1. “权利”作为适用对象的可行性基础。以宪法权利确定“权重公式”的适用能力并不恰当,将适用范围从宪法权利拓展至一般意义上的法律权利也有可行性,而这一可行性正是基于权利间的利益实质。

第一,基于利益,宪法权利与法律权利具有共同适用基础。阿列克西公式的适用对象是宪法权利,但是公式的适用范围超越了宪法权利,可拓展至法律权利(此处宪法权利与法律权利是一种宪法理论视角的区分,具有如整体与部分、母与子、抽象与具体等关系^[28])。宪法权利与法律权利代表的权益类型虽有差别,但它们皆可指向法经济学上的利益(生活利益、资源),如科斯所言,当交易费用存在时,权利界定和分配的差异,会带来资源配置的不同效益,通过改善权利界定和分配的方式社会福利可得到改善,所以权利的界定与分配决定了利益配置。^[29]可见,科斯在谈论权利时并未区分宪法权利与法律权利,而是将权利看作配置资源和社会福利的一种制度安排,权利的界定与分配既指向法律权利,也指向宪法权利,在利益配置的过程中,宪法权利与法律权利共同决定了利益的配置方式。故科斯曾言:“在由法律制度调整权利需要成本的世界里,法院在有关妨害的案例中,实际上做的是有关经济学问题的判决。”^[30]且此处利益虽然指向法经济学上的利益,但也属于法益^[31]范畴。不管法经济学上的利益还是法律上的利益,都来源于生活利益(资源),前者经法定程序确定后属于法益,^[32]宪法权利和法律权利分别经宪法和法律程序确定。

[28] 参见马岭:《宪法权利与法律权利:区分何在?》,载《环球法律评论》2008年第1期,第63、65、69页。

[29] 参见杨德才:《新制度经济学》(第2版),中国人民大学出版社2019年版,第78页;胡乐明、刘刚:《新制度经济学》,中国经济学出版社2009年版,第101页。

[30] R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law & Economics* 1, 27(1960).

[31] 笔者之所以不采用“法益”概念是为了将宪法权利与法律权利扩充理解,与经济学在生活利益(资源)上形成通约,为后文法经济学上的量化作铺垫,“法益”一词倾向法律对生活利益(资源)的保护,而非跨越法律学科的表达。

[32] 曹险峰:《在权利与法益之间——对侵权行为客体的解读》,载《当代法学》2005年第7期,第86—87页。

第二,基于利益,“权重公式”与成本-收益分析具有关联性,参照成本-收益分析的适用能力,“权重公式”的适用能力可提升。“权重公式”被认为是权衡宪法权利的一个最优化工具,^[33]用以降低宪法权利冲突中不可避免的成本,^[34]从宪法权利的利益实质来看,这一特点与成本-收益分析具有关联性:功能上,无论“权重公式”还是成本-收益分析都有降低利益损失的作用;过程上,两者都有利益冲突的比较、权衡过程;目标上,两者皆追求利益的最大化。成本-收益分析适用于各种具有比较性的举措的权衡,可“权衡待审查的法律规则或政策举措可能导致的各种有利和不利后果,比较待审查举措与其他可能的替代性举措,判断何者更有助于促进社会福利最优”。^[35]且在因存在交易成本,对不同的权利(科斯原文采用的是 legal right)界定与分配方式会带来不同的利益(资源)配置上,成本-收益分析能对不同的配置方式进行比较。参照成本-收益分析的适用能力,“权重公式”的适应范围理应超越宪法权利。

第三,“权利”作为宪法权利与法律权利以利益为核心的共同范畴。一方面,个案中法律权利可被认为是宪法权利的具体化,法律权利的适用可作为含有宪法权利冲突之个案冲突的解释方案,宪法权利与法律权利具有共同的适用基础;另一方面,宪法权利与法律权利指向的利益皆可对应于生活利益(资源),并没有本质的区别,参照成本-收益分析,以利益为核心的宪法权利或法律权利都可作为“权重公式”的适用对象。此外,阿列克西认为宪法权利具有道德属性,这种道德属性的内在冲突决定了宪法权利的权衡,^[36]但是,按德沃金对法与道德密不可分的观点^[37]及我国依法治国与以德治国的法治建设路径来看,法律权利也伴随着道德属性,道德的内在冲突在规范上直接反映为法律权利间的冲突。可见,道德属性无法制约“权重公式”对法律权利的适用。而宪法权利与法律权利的共同上位概念“权利”^[38]在以利益为核心的法哲学范畴内具有统合性,“权利”是规范意义上的宪法权利与法律权利的法哲学范畴,可承载宪法权利与法律权利的共同适用基础“利益”,尤其是在法经济学的视角下“权利”更契合以利益为核心的“权重公式”的适用框架,因此本文尝试将“权利”作为“权重公式”的适用对象。

2. 拓展“权重公式”的适用对象为“权利”。基于法经济学视角,“权重公式”具备更广泛的适用能力,而其作为权衡宪法权利的关键在于:其构成要素的内涵围绕宪法权利确定,所以要拓宽公式的适用路径,则须将宪法权利拓展为一种具有广泛适用性的对象。从形式上看,拓展宪法权利为其他对象前,原来的对象会被剔除,“权重公式”只剩一种权衡比较和追求最优化结果的逻辑形式,表示为: $W_{ij} = \phi/\phi$ (数理公式中不存在分母为 ϕ , 此处仅表示公式的含义)。

基于该公式,本文融入具备普遍化意义的对象:“权利”,它不仅可统合宪法权利与法律权利内涵,且与利益的关系更加直接。按科斯定理来说,权利的界定与分配,直接影响了利益的配置,虽然法学上的权利与经济学上的权利并非完全对等,但是从利益配置的角度来看,两者对利益的配置都产生了直接的影响。一方面,法学上的权利虽然具有特殊的价值,但始终“与全体公民的利益息息相关”^[39],只不过这种利益对应个体、集体抑或全体;另一方面,经济学上的权利可直接被认

[33] Alexy, *supra* note [21], at 54, 59.

[34] Alexy, *supra* note [21], at 54.

[35] 见前注[5],戴昕、张永健文,第1525页。

[36] Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 51, 61 (2014).

[37] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p.176.

[38] 全文的“权利”皆以法经济学上的利益为核心。

[39] 见前注[28],马岭文,第64页。

为是一种法律意义上的利益，“权利即为证立他人义务的利益，利益的相对重要性构成了认定权利的标准”。〔40〕故而在成本-收益分析框架下，以权利的有效界定与分配为权衡的逻辑基础，公式难以脱离利益核心，对“权利”进行权衡可谓必然。

（二）构成要素的更迭：“权利”的保护强度

1. 确立“权利”的保护强度。主观化的构成要素影响了“权重公式”的功能，应有所改变。首先，无论是“非完整权重公式”，还是“完整权重公式”，最终都未能清楚说明：变量之间该如何关联，如何确定哪一个变量具有更大的分量，哪一个变量更重要，以及变量如何决定。〔41〕所以，“完整权重公式”中所增加的抽象权重 W 和推定经验可靠性 R 并不能有效强化变量 I 的适用能力。且对“权重公式”而言， W 与 R 无实质价值，即使被删除，也不会影响公式的运用（这一点上文已有详述）。其次，“权重公式”的变量 I 表达了干涉强度和满足重要性，表现为一种“强度”，其中干涉强度指向受到损害的原则，属于损害强度；满足重要性指向获得保护的原则，属于保护强度，因而变量 I 具有反向内涵。但是，同一变量不能同时表示相反含义，为呈现构成要素在分子与分母上的反向关系，应在公式前方加入负号实现。〔42〕在公式上加入反向内涵后，权衡者对公式中变量 I “干涉强度和满足重要性”的考量，只需关注程度问题，不须考虑损害和保护。最后，基于法的人权保障功能，〔43〕“权重公式”的强度变量 I 可认定为：宪法权利的保护强度；适用对象拓展后，强度变量 I 可统一认定为：“权利”的保护强度。值得注意的是，虽然变量 I 是必不可少的，否则权重公式只是形式框架，但变量 I 如果按照定序方式赋值，亦无法对行为进行有效约束与具体化考察，导致公式适用的主观化。

2. “权衡公式”的初步提出。结合前述适用范围与构成要素的叙述，权重公式的构成要素变更为：“权利”的保护强度。为与“权重公式”相区别，后续笔者将变换适用对象、构成要素后的公式称为“权衡公式”。另外，依据第一权衡定律：“对一个原则的不满意或损害程度越大，满足另一个原则的重要性就越大”，〔44〕在拓展适用范围，变更构成要素的基础上，“权利”与“权利”之间的关系可表示为：对某一“权利”的保护强度越大，对与之相对“权利”的保护强度就越小。在此，本文初步提出“权衡公式(Balancing Formula)”：

$$B_{ij} = -\frac{I_i}{I_j} \text{ (负号表示自变量之间的反向变动关系)。}$$

值得注意的是，如果采用定序方法对变量 I 赋值，“权衡公式”与“非完整权重公式”并无太大差异，那么本文亦没有解决公式过度主观化的问题，所以开发基数量化方法是必要的。就“权衡公式”的内涵关系而言，越大与越小是一种程度上的衡量，一升一降是一种量上的比较，“权利”的保护强度可直接定位基数变量上的考量。同时，这种一升一降的量化比较是保护强度增加量与保护强度减少量的比较，如果“权衡公式”要实现客观精细化的应用，那么基数量化的路径亦是必然。

（三）法经济学上“权利”的量化基础与方法

1. 量化基础：经济学上的价值及“权利”的损害导向。量化的基础应该被建立在一种客观的，

〔40〕 于柏华：《权利认定的利益判准》，载《法学家》2017年第6期，第2页。

〔41〕 See Aharon, *supra* note [9], at 24, 27.

〔42〕 一种经济学的思维。参见[美]杰弗里·M.佩罗夫：《中级微观经济学》(第6版)，谷宏伟译，中国人民大学出版社2014年版，第43页。

〔43〕 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Right and their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p.340.

〔44〕 Alexy, *supra* note [11], at 102.

且被认为是普遍化的认知上,在此,笔者结合经济学意义上的价值确立量化的基础,也只有经济学意义上的价值才可被认为是最本质、客观及适当的计量基础。“任何为法律秩序提供保障的权威都以某种方式依赖于构成该秩序的社会群体的共识性行动,而社会群体的形成在很大程度上依赖于物质利益的配合。”^[45]

就本文“权利”的经济学分析而言,不同“权利”之间的经济学分析是基于冲突事实开展的,每一项“权利”皆代表着固定的经济内容,其本质是法定化的利益,并成为获取或扩张利益的方式,^[46]因此“权利”的经济量化对应利益的经济量化。

此外,保护强度的量化在“权利”的保护导向上难以在制度上获得参考依据,而在“权利”的损害导向上却可以获得制定法上的参考,^[47]即以损害赔偿为量化基础对“权利”的经济价值进行分析计量。^[48]在普通法的适用中波斯纳认为侵权法的保护分为财产权的保护和人身不可侵犯的保护(英美法系因没有公法传统,通常没有公权利概念,故“权利”可被分为财产权与人身权)。^[49]我国尽管有公法与私法的区分,赔偿依据不一,分为《国家赔偿法》与《民法典》中的侵权责任规定,但是国家赔偿制度从民事赔偿中分化出来,是侵权赔偿的特殊分支,两部法律在侵权赔偿中搭配使用。^[50]且从《国家赔偿法》与《民法典》有关侵权责任的实定内容来看,^[51]权益的保障已被划分为公民人身权益与财产权益的保障。

2. “财产性权利”的量化方法:货币等价。“财产性权利”是作为“人之地产(estate)、资产(assets)或财产(property)一部分的一种权利,相对于来自人的法律身份的那种权利”;^[52]“财产性权利”相当于“大陆法系的财产权,既包括了对世的物权也包括了对人的债权”。^[53]从法律客体的角度来看,“财产性权利”对应的客体主要是“物”,以及包含着财产性内容的“行为”,然而,无论“物”还是“行为”皆反映着经济学上的价值,它们的经济学属性表现为:能够在市场中寻找到相应替代品,每一份价值都可以通过货币加以等价。^[54]例如,当事人购买汽车,未交付之前,拥有债权,这份债权的经济价值便可以根据债权的客体内容加以确定;交付之后,汽车属于物权,汽车价值便属于物权所有人的“权利”。计量“财产性权利”的经济价值是容易的,权衡者通过挖掘财产的客体内容,相应的经济价值可被确定,且采用货币等价计量,争议不大。

[45] [德] 马克斯·韦伯:《经济学·诸社会领域及权力》,李强译,生活·读书·新知三联书店1998年版,第36页。

[46] 参见李启家:《环境法领域利益冲突的识别与衡平》,载《法学评论》2015年第6期,第134页。

[47] 结合拓展后的权衡定律的表述,“权利”与“权利”之间的关系是:对某一“权利”的保护强度越大,对与之相对“权利”的保护强度越小,若将其涵义反向表述,即对某一“权利”的损害强度越小,对与之相对“权利”的损害强度越大。这样的表述与上文所述的涵义相反,但并未改变均衡性原则的本质,依然可以表达出均衡性原则的权衡价值。

[48] 之所以引入损害赔偿的经济学分析方法,一是因为在损害赔偿层面的经济学分析已较为成熟,二是已有明确的法律规范指示,损害赔偿方式主要以金钱的方式做出。

[49] [美] 理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第2版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第42、540页。

[50] 王青斌:《论监察赔偿制度的构建》,载《政法论坛》2019年第3期,第169页;江必新:《国家赔偿与民事侵权赔偿关系之再认识——兼论国家赔偿中侵权责任法的适用》,载《法制与社会发展》2013年第1期,第127—129页。

[51] 依据《国家赔偿法》第3、4条;《民法典》第1165、1167条。

[52] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th ed.), West Group, 2009, p.1437.

[53] 冉昊:《财产含义辨析:从英美私法的角度》,载《金陵法律评论》2005年第1期,第27页。

[54] 参见魏建、周林彬:《法经济学》(第2版),中国人民大学出版社2017年版,第181页;洪银兴、刘伟等:《“习近平新时代中国特色社会主义思想”笔谈》,载《中国社会科学》2018年第9期,第40—43页。

3. “人身性权利”的量化方法：价值评估。“人身性权利”主要指生命、身体、健康、自由、人格和精神^[55]等方面的“权利”，它是相对于“财产性权利”的“权利”，并不直接反映经济学意义上的价值。虽然在经济市场中难以找到其对应的替代物或定价标准，但是“人身性权利”的不可估量会导致人身遭受损害后不能获得完全赔偿的风险，^[56]在此基础上，法经济学家给出了一个人身损害的赔偿公式“汉德公式”。

$$\text{汉德公式：} L = \frac{B}{P}$$

L ：人身损害的评估价值； B ：预防事故发生的成本； P ：事故发生的概率。^[57]

汉德公式具有主观评价的性质，“反映了事前对预防成功所能产生的收益的主观评价，是预期的预防投资收益，作为理性人，只有认识到要保护的非物质品具有所预期的主观价值时，才会付出投资进行预防”。^[58]结合权力行动过程，手段是为了获取更多的利益在有损害风险的前提下采取的，故权力主体在采取手段时，理应满足理性人的标准，满足汉德公式的要求。评估生命价值常用的生命统计价值法(VSL)便是基于“汉德公式”展开的。

$$\text{生命价值} = \frac{\text{支付意愿或受偿意愿}}{\text{死亡风险降低的概率}}$$

对人身利益的主观性、无法评估、难以定价等难题，汉德公式给了人身利益主体一个自我选择的自由。在知晓事故发生概率的情形下，为降低某一风险的发生，受害人能自愿为降低该风险的发生提供价格。其中价格可由货币确定，进而“人身性权利”便能与经济价值联系起来（“人身性权利”的估价是以“权利”所指向的内容为评估对象，而非“权利”本身，“权利”仅是一种法律上的承载体）。此外，有一个道德哲学上的问题：既然“人身性权利”可以用经济学意义上的价值来衡量，那么是否货币越多就能替代更多生命？答案当然是否定的。“人身性权利”的经济价值的衡量，是在人身性权益损害事故发生后所引发的一系列计量，不是采取手段之前对需要获取多少利益才能弥补必然的人身性损害的计算。若已肯定或在较大程度上确定会发生人身性损害，相应手段理应被排除（从经济学角度来看，损害一定或极可能发生，人们的支付意愿将极高，所获利益亦难以弥补损失，手段非理性）或损害的发生降低后方可实施。^[59]

四、均衡性原则之“权衡公式”的构造

以经济学意义上的价值为核心，“财产性权利”和“人身性权利”作为“权利”层面的经济价值载体，“权利”间便具有替代的可能。基于“权利”与“权利”之间的关系：对某一“权利”的保护强度越小，对与之相对“权利”的保护强度越大，通过引入经济学的替代理论，均衡性原则的量化模型便可构造。

[55] 人格与精神性权利具有特殊性，根据一般的社会认知，并不严重的人格与精神损害通过法律难以被调整，只有相对严重的人格和精神损害才属于本文的论述范畴。

[56] 张平华：《生命权价值的再探讨》，载《法学杂志》2008年第1期，第61页。

[57] 见前注[49]，理查德·波斯纳文，第240—241页。

[58] 见前注[54]，魏建、周林彬书，第181页。

[59] 行为前预知死亡风险越高，受害者为预防死亡的成本也越高，其降低风险的支付价格也会越高。见前注[49]，理查德·波斯纳文，第238—253页；林立：《波斯纳与法律经济学分析》，上海三联书店2005年版，第295—312页。

(一) 经济学替代理论的引入

经济学的替代理论^[60]是行为经济学理论中的一种分析方法,主要被应用于微观经济学中消费与生产行为的分析,表达在某一无差异曲线或等产量曲线下,两种可替代的商品或生产要素“此消彼长”的过程。^[61]

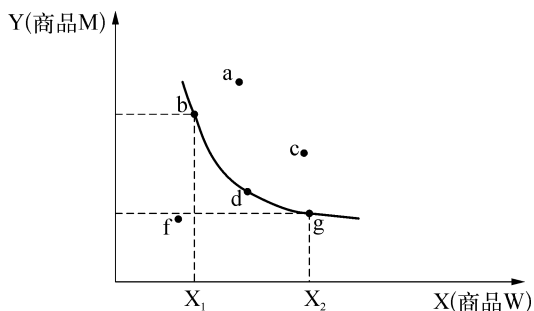


图1 商品替代模型

图1的曲线,为无差异曲线,“代表了能够给消费者相同满足程度的所有市场篮子的组合,在无差异曲线上所代表的市场篮子,消费者的偏好是无差异的”。^[62]

如图1所示,a,b,c,d,f,g均属于商品M与商品W的市场篮子组合,每个篮子都装有一定单位的M与一定单位的W(篮子指在获得一定单位的M的同时,愿意持有多少单位的W的组合)。基于不同的满足程度,消费者愿意持有的篮子组合会有所区别,若将具有相同满足程度的所有市场篮子用一条平滑的曲线相连接,则会得到一条满足程度相同的无差异曲线U。^[63]曲线上的每一点都表示商品M与W的组合关系。若将在相同满足程度下的b篮子组合移动到g篮子组合,则商品M的持有量会从y₁降至y₂,商品W持有量会从x₁升至x₂,商品W与M的篮子组合比例会发生变化。进而可以得出,在相同满足下若要增加W的持有量,必然会降低M的持有量,其中变量差之间的比例关系称为商品替代比例(RS):

$$RS = -\frac{y_2 - y_1}{x_2 - x_1} = -\frac{\Delta y}{\Delta x} \text{ (负号表示M与W处于反方向变动)。}^{[64]}$$

无差异曲线是一条凹向原点的一阶导数递增曲线,即随着M的减少,M所能够替代的W越来越多,抑或是M持有量越少,其被替代的成本也就越高,这体现了市场“物以稀为贵”的价值准则。

(二) “权衡公式”的替代规则及替代关系

经济学的替代是以商品或生产要素为出发点,是一种市场品的替代,“权利”与市场品有所区别,“权利”是法律赋予权利人的法律意义的利益,是独享的,在法规范层面没有替换的可能。^[65]不过,如上文所述,本文挖掘了“权利”的内在经济价值,通过对经济价值的权衡来解决具体案件中存在的冲突,所以“权利”间的替代成为一种可能。

为清晰“权利”间的替代逻辑,“权利”间的比较关系应被明确:对某一“权利”的保护强度越小,

[60] 专指微观经济学中的替代理论,是一种理性选择的过程。微观经济学在探究替代理论时更多地从边际替代角度展开,替代理论在微观经济学中主要表现在边际替代率和边际技术替代率方面的运用,本文先阐述替代理论的逻辑过程,之后再融入边际替代思维。

[61] Jeffrey M. Perloff, *Microeconomics (6th ed.)*, Addison Wesley, 2012, p.80, 87, 124.

[62] Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics (9th ed.)*, Pearson, 2018, p.93.

[63] Ibid., at 94.

[64] 也可以称之为替代关系,“在维持效用水平不变的前提条件下,消费者在增加一种商品消费数量的同时,必然会放弃一部分另一种商品的消费数量,即两商品的消费数量之间存在替代关系”。高鸿业:《西方经济学 微观部分》(第7版),中国人民大学出版社2018年版,第71页。

[65] 陈金钊:《用体系思维改进结合论、统一论——完善法治思维的战略措施》,载《东方法学》2018年第1期,第92页。

对与之相对“权利”的保护强度越大,这是均衡性原则的基本内涵的直观反映。而这种比较关系在手段开始实行前处于一个稳定的状态,本文称之为“初始状态”,后续的强弱变化会基于“初始状态”改变,所以“权利”的替代规则,可表示为:案件存在“权利”冲突的情形下,相对于“初始状态”,对某一个“权利”的保护(或损害)强度越大,对另一个“权利”的保护(或损害)强度相应越小。^[66]此外,针对完全替代与完全互补的情形,^[67]本文不另分析,即使存在可完全替代的“权利”,亦是一种边际增量与边际减量相等的特殊情形;完全互补的“权利”不存在,因为“权利”间的比较是“此消彼长”的过程,同增同减不属于均衡性原则的适用情形。

现假设 I 轴表示“权利”A 的保护强度, J 轴表示“权利”B 的保护强度, A、B 权利相互冲突, A、B 的关系如图 2 所示:

从原点出发,沿着 I 轴往右,“权利”A 的保护强度越来越大;沿着 J 轴往上,“权利”B 的保护强度也越来越大。当沿着 I 轴往右,到达 A_{max} 时, A_{max} 表示“权利”A 的保护强度相对于 B 最大,“权利”B 属最低保护;当沿着 J 轴往上,到达 B_{max} 时, B_{max} 表示“权利”B 的保护强度相对于 A 最大,“权利”A 属最低保护;值得注意的是,最大值并不固定,其可能无限大,也可能为零,须在具体环境中明确。^[68]在 I、J 轴内,有 a、b、c、g、f、p 等小圆点布满整个区间,它们表示所有与 A、B 组合相关的事件中,“权利”A 与“权利”B 的保护强度关系,其中点 p 可认为是某一案件的初始状态下,“权利”A 与“权利”B 的保护强度关系。

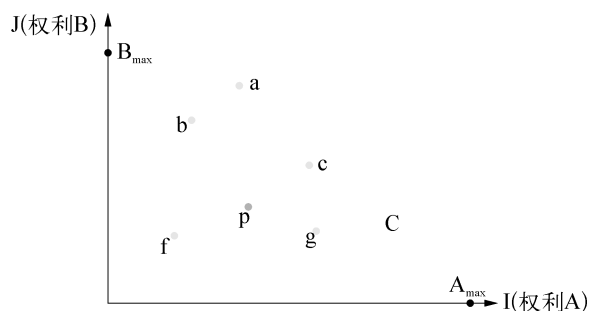


图 2 保护强度关系图

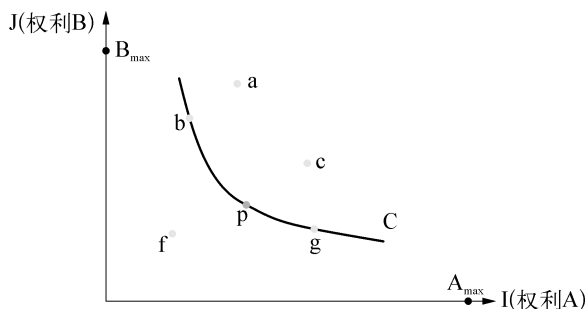


图 3 保护强度比例关系图

接着,将案件(Case)存在比例关系的权利冲突组合点相互连接起来会形成图 3 所示关系:

其中 C 表示某一案件。在“权利”的替代过程中, C 不再是消费者的满足程度,而是对于某一案件,社会对案件已发生之客观事实的认知(非评价性的),笔者称该曲线为“Case 曲线”,曲线上包含了所有可能的解决手段,解决手段在图像上反应为“权利”A、B 保护强度的变化。例如,《反不正当竞争法》第 18 条

规定,对实施混淆行为的,可责令停止违法行为、没收违法商品、罚款、吊销营业执照、变更登记。当某企业实施混淆行为时,企业经营权与消费者知情权会存在冲突,基于案件事实,会存在一条曲

[66] 损害与保护的量化差异仅表现在方向上,即增加一单位的损害等于减小一单位的保护,其量化的增减幅度不改变,且初步提出的“权衡公式”已将反方向的变量关系作了标识,故而权重公式的强度 I 既可表达损害,亦可表达保护,不会影响最终的权衡结果。

[67] N. Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics (7th ed.)*, Cengage Learning, 2015, p. 455 - 456; Pindyck & Rubinfeld, *supra* note [62], at 98.

[68] 例如,在和平、富足的环境下,人的生命权的保护强度最大值极高,制度保护的强度最大;在缺乏充足食物的环境下,人的生命权的保护强度最大值受限于食物的供给量;而在一线战场上,人的生命权的保护强度趋近于零,获取生存机会的替代成本极高。

线。根据处理机关所采取的不同手段，“权利”的保护强度也有所不同，继而“权利”所表现的经济价值也会有所区别，随之便会出现“权利”间的多种比例关系。

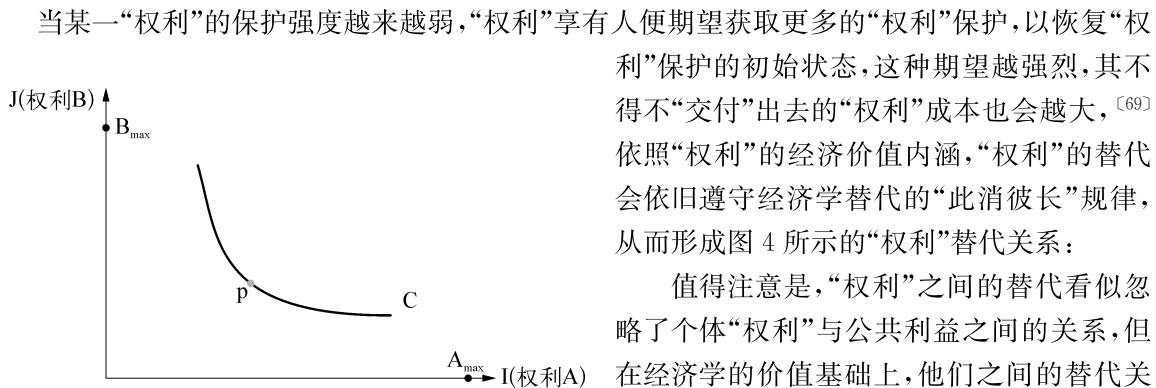


图4 “权衡公式”的“权利”替代关系图

当某一“权利”的保护强度越来越弱，“权利”享有人便期望获取更多的“权利”保护，以恢复“权利”保护的初始状态，这种期望越强烈，其不得不“交付”出去的“权利”成本也会越大，^[69]依照“权利”的经济价值内涵，“权利”的替代会依旧遵守经济学替代的“此消彼长”规律，从而形成图4所示的“权利”替代关系：

值得注意的是，“权利”之间的替代看似忽略了个体“权利”与公共利益之间的关系，但在经济学的价值基础上，他们之间的替代关系依然存在。首先，无论个体“权利”还是公共利益，在赔偿环境下，责任人应当承担的责

任范围明确，所需要的是按照经济学上的价值进行计量，从而基于这种共同的价值形成替代关系。公共利益对应的经济学上的价值比个体“权利”对应的经济学上的价值更大，相应的替代能力也更强，对应的无差异曲线十分陡峭或十分平缓；其次，当为了某种公益，个体不值得赔偿（补偿），那么这种公益的替代能力已十分强大，形成完全替代关系，这时均衡性原则便没有适用的余地（社会理念已普遍认同个体无需赔偿，无需采用均衡性判断）；再次，替代关系具有相对性，并非统一、一成不变的关系，它受市场环境、认知理念及政府调节手段等影响，基于经济学上的价值实现，这种价值不再探究个体性或社会性，旨在回应相应价值的数量多少。所以无论个体上的“权利”还是公共利益，在形成统一的利益要素后，都有替代关系，只是大小差异。

（三）新权衡工具：“权衡公式 B_{ij} ”

“权衡公式”是以“权利”的保护强度为自变量，初步公式为：

$$B_{ij} = -\frac{I_i}{I_j} \text{（负号表示自变量之间处于反方向变动）。}$$

初步公式仅仅表达了“权利”冲突的逻辑比较关系，但在适用过程中需满足具体的量化要求。经济价值的计量方法为权衡要素提供了具体的量化路径，经济学的替代理论也解决了在量化过程中手段所引起的幅度比较（增量与减量的比较）的权衡难题。

故而，不同手段引起了不同的“权利”保护强度，与“初始状态”存在不同的强度差值，均衡性原则的“权衡公式”可表示为：

$$B_{ij} = -\frac{i_p - i}{j_p - j} = -\frac{\Delta i}{\Delta j} \text{（负号表示自变量之间处于反方向变动）。}$$

结论：当I轴表示保护强度降低的“权利”，J轴表示保护强度提升的“权利”，那么 $B_{ij} < 1$ ，相关手段会有意义； $B_{ij} \geq 1$ ，则不应改变“初始状态”下“权利”的比例关系。在 $B_{ij} < 1$ 的基础上，通过比较不同手段，应当选择 B_{ij} 值更小的手段，因 B_{ij} 越小，受损“权利”的替代能力就越强，受益“权利”所获得的保护也就越多，整体价值亦就更多。

[69] See Pindyck & Rubinfeld, *supra* note [62], at 96. 期望越强烈，行为人支付意愿的价格越高，其牺牲的机会成本越大。同理，欲获取对某一权利的更多保护，对与之冲突的权的保护便会下降，欲获取的越多，代价就越高。这也是Case曲线凹向原点的原因。

五、余论：“权衡公式”与成本-收益分析

“权衡公式 B_{ij} ”既然采用市场价和 VSL 价值评估的方法,那么是否意味着本文的建构路径已经走向成本-收益分析完全替代均衡性原则的道路?答案是否定的。“权衡公式”并非舍弃均衡性原则的成本-收益分析,而是融入成本-收益分析的均衡性判断。成本-收益分析不适宜作为均衡性原则(以下等比例原则)“替代品”:首先,成本-收益分析不具有均衡性原则作为法原则的控权品质。净收益最大化是成本-收益的核心目标,但均衡性原则评判的是“权利”保护或损害上的最大保护,比如实施手段 A 将获益 10,损害 5;手段 B 获益 20,损害 10,按净收益来看,手段 B 会是最佳选择,但按照均衡性判断,从 A 变动至 B,损害扩大,但并不增加额外效果,即两个 A 等于一个 B,一个 A 即可实现目标,继续采取同种损害不会获得比 A 更好的效益。通过“权衡公式”来看,手段 A 与 B 的 B_{ij} 值并不发生变化,A 与 B 便不具有比较的价值,可见均衡性原则可控制成本-收益分析的边界。其次,成本-收益分析的广义理解会导致判断标准模糊化,不易于均衡性判断。若采取广义成本-收益分析的替代观点,成本-收益分析的统一尺度会缺失,若将这种统一尺度定位于好与不好、正面与反面、利与弊,^[70]会损害成本-收益分析本身所具有的精确能力。且成本-收益分析在道德与情感问题上具有天然缺陷,^[71]若它一概囊括所有主客观层面的利与弊权衡势必损害法教义结构的原始边界,架空形式法秩序。

尽管本文较大程度上吸收了法经济学的成本-收益分析,但在维护形式法秩序层面并非“安于一隅”。第一,成本-收益分析融入的基础是严格的均衡性原则内涵结构,即“对一个原则的不满意或损害程度越大,满足另一个原则的重要性就越大”,这种内在的动态供需关系并非直观的好与不好之广义成本-收益分析结构可以实现,而是成本-收益分析可在此结构上嵌入利益要素,实现“权利”保护与损害之精细比较;第二,本文主要借鉴了成本-收益分析上的货币量化方法。这种货币量化的可行原因是,“权利”的计算坚持损害赔偿导向及经济学上的价值指向,具备结果发生之事实基础,即结果上“权利”的受损指向经济学上的价值降低,因而经济学上的价值固定了“权利”计量的通约基础,使得“权利”的损害或保护之评估精确;第三,成本-收益分析的融入是为实现损害导向上的均衡性判断的客观化,而非架空均衡性原则。融入成本-收益分析不仅可强化均衡性判断,而且使成本-收益分析自身功能提升,在难以货币量化的领域,交由均衡性控制。“权衡公式 B_{ij} ”尽管呈现为一种数字化的基数变量公式,实则具备成本-收益缺陷的补强功能,在难以货币量化环境下,可基于变量变动大小的综合评估进行判断,不过前提是尽可能地采用货币量化,这亦是本文的出发点。

此外,如果均衡性原则可以弥补成本-收益分析量化能力(狭义的成本-收益分析)的不足,那么均衡性原则+狭义的成本-收益分析是否等于广义的成本-收益分析?^[72]笔者认为两者难以统一,其一,何为广义成本-收益分析,并没有共识基础,按照更普遍观点,成本-收益分析主要有货币化的基数和类别上的序数量化,而无法量化的好坏比较、利弊权衡等是否属于成本-收益分析的领域有待进一步探究;其二,成本-收益分析最核心的价值之一是可对“有利”与“不利”进行精细化比

[70] 戴昕:《开弓没有回头箭:再议比例原则的方法缺陷》,载《地方立法研究》2021年第6期,第101—102页。

[71] 陈鹏:《行政决策成本效益分析的多重机制》,载《中外法学》2021年第4期,第1109页。

[72] 见前注[70],戴昕文,第100—103页。

较,而如果将成本-收益分析扩张至一种模糊比较,那么成本-收益分析理论与“好坏言辞”不无区别,成本-收益分析的规制功能会消灭,只作为一种道德评价。所以,成本-收益分析不擅长的领域不宜牵强附会,也无必要在广义与狭义之语义上为成本-收益分析确立合理性基础。成本-收益分析继续发挥精细化能力,而均衡性原则不仅可吸收成本-收益分析,亦可继续发挥传统权衡优势,弥补成本-收益分析,从而实现两者功能的互补。

Abstract In order to avoid the abstraction and ambiguity of the application of proportionality in narrow sense, concretization has become a consensus in academia, and the quantitative method has attracted considerable attention. The “Weight Formula (W_{ij})” designed by Alexy has a greater influence and plays a quantitative analysis function, but the applicable object of the “Weight Formula” is limited by constitutional rights, and the excessive subjectivity of its constituent elements reduces the application of the formula value. The key to solving the problem is to reconstruct the application framework of the “Weight Formula”. The analysis method of law and economics can strengthen the application ability of the formula and make the quantification process more objective. Under the benefit-centered cost-benefit analysis framework, “rights” can be used as the applicable object of the formula. With the logical improvement of necessary variables, the strength of protection of “rights” can be used as the constituent elements of the formula; economic value and the damage orientation of “rights” establish the quantitative basis of the formula, and then “rights” can realize currency equivalence or value evaluation. Especially based on the alternative theory of economics, a new balancing model between “rights” is formed: the “Balancing Formula (B_{ij})”. In the judgment of the result of the “Balancing Formula”, $B_{ij} \geq 1$, the means do not meet the balance, and the proportional relationship of the “rights” in the “initial state” should not be changed; $B_{ij} < 1$, the means meet the balance, and we should try our best to choose a smaller value. The “Balancing Formula” combined with specific system and refined analysis capabilities maintain a rigorous structure and strong operability, provides new ideas for more general practical applications. In terms of the relationship between “Balancing Formula” and cost-benefit analysis, it is a kind of judgment of proportionality in narrow sense integrating cost-benefit analysis.

Keywords Proportionality in Narrow Sense, Weight Formula, Balancing Formula, Quantitation, The Intensity of the Protection, Cost-Benefit Analysis

(责任编辑:雷槟硕)