

法政策學

陳銘祥 著

2019年5月
二版增補資料

元照出版公司

增補資料

比較法、比較方法與比較法學、 比較政治、比較公共政策

比較的思考方式，可以說是人們淵遠流長的一種思考模式，每當人們遇到一個新的事物，常會不自覺地將之與自己熟悉的事物，進行比較，一方面用以理解新事物，另一方面用來對照既有事物，使得對既有事物有更深入了解。因此，比較的概念或是比較的思考方式，早已深植人們心中。比較一詞，相對單純，再加上其他字詞、概念，則可能有多重語義，如比較法、比較方法與比較法學、比較政治、比較公共政策等。

比較法（comparative law）一詞，可以有多種意涵，在中英文皆如此，可以用來指稱一種比較的研究方法，即比較方法（comparative method），也可以用來指稱一種法學研究的派別或是法律學門，如比較法學派、比較法學、比較法研究（comparative legal study或comparative legal scholarship）。為了避免混淆，本研究用比較方法一詞來指稱作為一種研究方法的比較，用比較法學或比較法學的研究一詞來指稱研究不同國家法律或法制的比較法學，至於語意較不嚴謹的比較法（comparative law）則儘量避免使用。

壹、比較法學、比較政治、比較公共政策

比較方法在法學的研究中，佔有相當地位，並產生了比較法學的研究以及比較法學派的傳承。然而，比較方法不止在法學研究中，有很重要的角色，在政治學的研究中，比較方法的地位尤其顯著，比較政治乃政治學門下主要的一個次級學門（sub-field），民主化的研究更是政治學界（比較政治）過去三十年來，成就最大的一個研究領域，涉及比較不同國家的制度與實踐；在公共政策的領域中，借鏡其他國家的政策與作法，也越來越受到公共政策學者的重視。可以說比較方法在比較法學、比較政治、比較公共政策各自的學門中，都是一個很重要的研究方法。然而三個學門在使用比較方法上，其實有相當差異，各自有一些不同的著重點，而三者同時都涉及到比較的概念以及比較方法的使用。本文乃試圖要了解比較法學、比較政治、比較公共政策三者，就比較方法的使用上，其間的異同以及隱藏在異同後面的理由與邏輯。

常見有關外國法制的研究（即所謂他山之石的研究），在關鍵詞上輒有比較法一詞，而其研究內容無非就是純粹外國法或外國法制的介紹，根本沒有所謂的比較，卻常常被冠以比較法的研究，其實稱之為外國法的研究，更為允當。這種情形在比較政治、比較憲法尤其常見，其內容無非就是介紹其他國家的法制或制度的研究，全篇就是將一個國家的法制或制度，訂為全文或全書的一篇或一章，亦即一國一個章節，一一臚列，通篇完全沒有比較可言，而觀其關鍵字，常常冠有比較憲法或比較政治一詞。類此研究，實不應稱為比較憲法或比較政府，稱之為各國政府與政治，反較合適。上述例子，其實是要說明吾人常常濫用比較政治、比較法學一詞，將許多有關各國法制、政治的說明與介紹，

冠上比較一詞，究其實，這些研究並沒有進行真正的比較，不能算是嚴格意義的比較方法的研究。此即龐德（Roscoe Pound）所稱的成果豐碩的比較法學，遠比將法典或一般性立法中一條一條的法條並列，要來得多很多（a fruitful comparative law...has to do much more than set side by side sections of codes or general legislation）。這個意思是相同的，單純的將兩個以上法制的相關法律條文，一條一條的並列、排放在一起，並不能因此就稱為比較法學，以其缺乏真正的比較。從而，比較法學的研究，首先必須是使用到比較方法，具有比較的邏輯架構，進行真正的比較，始足稱之。

所謂真正具有嚴肅意義的比較，就是應用比較方法或是比較的研究設計（comparative research design）。詳言之，也就是研究過程涉及比較方法之使用或比較邏輯之應用，這主要涉及三個主要層面：比較的目的（purpose）、比較的內涵（content）、比較的方式（mode of differentiation）。所有的比較研究，不論是比較法學、比較政治或比較公共政策，在研究的基本邏輯上，都有這三個面向的問題，分述如次。

貳、比較的目的

所謂比較的目的，指的是為何比較，或比較是為了達成如何的目的。詳言之，社會科學的研究之所以使用比較方法，不是為了比較而比較，而是有著特定的目的。比較研究的最終預期結果是什麼，應該先確立，才能決定下面兩個問題：比較的內涵、比較的方式。就比較的目的而言，比較法學之研究有雙重目的，一則透過不同國家法律間之匯流（convergence）與整合，以加強法律科學之研究；二則藉助外國法模型、外國法律文化之多元性，

4 法政策學

以進行本國法律之重整。在內容上，比較法學可以針對以下四個領域進行探討：(一)法律移植途徑（paths of migration）之研究，探討法律制度之殖民運動、安頓、攫取和擴張的現象，以對照、了解法律輸出國之法律制度與法律輸入國之法律制度間關係；(二)法律移植之方法與特殊技術，探討一國之法律移植到他國之方式、類型，是強制加諸、自願抄襲、各自平行發展、或漸次滲透等；(三)法律移植之結果，探究移植最終變成何等法律制度，是混合制度、關聯性制度、或演化成新制度；以及(四)法律移植之概念上意涵，探討因法律移植所導致法律概念、規則與法律制度之衝擊、重整或改變。¹

比較政治則是將不同國家、政府在某方面的行為或層面做為比較的個案，以便驗證或發展理論。比較公共政策的目的大體上有三個：(一)尋求制定較好政策之指引；(二)較深入地了解政府機關或政治過程的運作；以及(三)以及因應全球化的趨勢。就尋求制定較好政策之指引而言，不同國家每每採取不同之策略以處理相似或相同之政策問題，透過仔細的比較研究，可以辨識出政策結果是因為獨特的因素所導致的或是因為和各國有關的較普遍因素所導致的。²此一使命的關鍵之處，在於發現一國公共政策和其所面臨環境、情況的規律性，以確定該公共政策是否能順利移植到其他國家，即所謂的「國情」是否相同，相同者該公共政策才有移植的可能性。就較深入地了解政府機關或政治過程的運作而言，當面對具體的問題時，政府機關或政治過程是如何運作的，吾人可以透過比較各國的實際作法，而得到較深入之理解。時至今

¹ Hiram E. Chodosh, "Comparing Comparisons: In Search of Methodology," 84 *Iowa Law Review* 1999: 1069-1071.

² Arnold J. Heidenheimer, Hugh Heclo, and Carolyn Teich Adams, *Comparative Public Policy* (New York: St. Martin's Press, 1990), p. 1.

日，政治的基本問題依然沒有改變，即誰在治理？如何治理？對人民的生活福祉造成什麼後果？隨著政府規模以及政府活動的增加，政府治理愈來愈以制定公共政策、公共政策之再制定方式表現出來，較深入地了解政府機關或政治過程的運作，可以使吾人能更適切地掌握公共政策的制定以及再制定。³就因應全球化的趨勢而言，相互依存（interdependence）的擴大已是現今世界的特徵，諸如環境或經濟等問題，常常會外溢、跨越國界，一國所採取之政策意圖，常常會對其他國家之公共政策有重大影響。要在此一互相依存的世界中立足，吾人必須了解各國解決問題所採取的不同作法，以及國與國間互動的方式。⁴

參、比較的內容

所謂比較的內容，即係比較甚麼，比較什麼事項，是比較特定法律制度的功能，或是比較特定領域的公共政策，還是比較國會委員會的活動強度。比較甚麼，比較什麼事項，應該跟隨著比較的目的而定。凡是比較，當然涉及兩組變數或變項（variable），等待解釋、需要解釋的變數，稱為因變項（dependable variable），作為原因或是解釋的變數，稱為自變項（independent variable），比較研究的目的，當在驗證自變項和因變項之間，具有共變關係（covariation）。例如比較的目的是在了解移植他國的某一法律制度到我國的可行性、可能性（因變項），此時比較的內容應該在於該法律制度的相關規定以及與這些相關規定息息相關的其他法律規定（自變項）。當然所有相關規定以及其他規定可能數量龐大，這時應該找出最有影響的規

³ Ibid., p. 2.

⁴ Ibid.

6 法政策學

定，或是最關鍵的規定，比較就應該在欲移植的制度和這些規定之間進行。進而言之，比較法學所研究的對象乃是外國或不同國家的法律或法制，不單單只是法制或法律的規定，還擴及到實務上的運作，包括司法判決、學說解釋，此等內容原則上都應該在研究的範圍之內，惟實際上可以將影響較次或較邊緣的部分排除，只選擇關鍵部分，進行比較，只要能證明其他部分係非屬重要即可。此外，比較法學還有一派所謂的功能學派（functionalism），主張比較法學比較的對象應該是一個法律或法條所履行的功能，而不是法律的條文內容或解釋。

在比較政治來說，其比較之對象乃不同國家的特定政治運作（如官僚組織之課責行為、利益團體的遊說行為）或特定政治現象，如物質主義、後物質主義的政治文化。以政治文化為例，此時應先辨明區分物質主義政治文化、後物質主義政治文化的因素（自變項），以及物質主義政治文化、後物質主義政治文化對政治運作或政治現象的不同之點（因變項），然後二者間進行比較。就比較公共政策而言，其試圖要解答的問題，主要是政府所制定之公共政策，受到決策時所處之經濟、社會情況，如何或何種程度之影響。更具體地說，比較公共政策所要回答的是諸如下各問題：富裕國家比起經濟發展較差的國家，是否較傾向於提供社會福利給其人民？中央集權國家是否比地方分權國家較易於採取經濟保護政策？權力融合的國家（內閣制國家）是否比權力分立的國家（總統制國家）較易於制定政策意圖明確、內容一致之公共政策？一國之政黨政治是否會影響其政府之政策制定？即一國屬於兩黨制國家或多黨制國家，是否會增強或打擊其採取有效公共政策之能力？此時比較就在內閣制、總統制（自變項）和內容一致之公共政策（因變項）之間進行，或是兩黨制、多黨制（自變項）和政府決策（因變項）之間進行。總之，比較的兩組

變項，即自變項與因變項，端視比較而定。

肆、比較的方式

所謂比較的方式，即係如何比較，意指比較的邏輯為何，這主要包含兩個層面：一個是比較異同的問題，即比較相同法（method of agreement）和比較相異法（method of difference），另一個是比較個案的選擇，即最大相似系統（the most similar system）和最大相異系統（the most different system）。

就比較的方式而言，比較法學、比較政治、比較公共政策三者在基本上並沒有差別，亦即要進行有意義的比較，而所謂有意義的比較，端視比較的目的而定，吾人可以比較蘋果跟梨子，可以比較相同或比較相異，端視比較的目的而定，如果吾人比較蘋果跟梨子的目的，是為了要用其中一個來取代垃圾食物，則二者的比較是沒有意義的，因為任何一種都可以用來取代垃圾食物，但如果吾人比較的目的，是為了要決定用哪一種水果來烘製水果派，則二者的比較就有意義，因為水果派的水果涉及個人的口味，有人喜歡蘋果，有人則是偏好梨子，不同的水果，意義上差別很大。在比較的邏輯上，要考慮的是比較相同法還是比較相異法，比較相同法之意義為當兩組事物呈現出同一現象或結果時，若能找出兩組事物之共同因素，則可以說明此兩組事物呈現出相同現象或結果之原因，就在於此共同因素。比較相異法之意義為當兩組事物呈現出不同現象或結果時，若能找出兩組事物之相異因素，則可以說明此兩組事物呈現出不同現象或結果之原因，就在於此相異因素。此乃比較相同與比較相異的基本邏輯所在，比較政治在這一點上，原則上較典型，就是這兩種邏輯的使用或交互使用，例如Peter Evans 提出所謂的依賴發展（dependent

8 法政策學

development) 理論，認為一群高水準的官僚以及官僚具有根深蒂固的自主性，能和私人企業協調以發展並執行發展策略，乃經濟發展成功的關鍵因素。Evans 將經濟發展形態分為成功的發展國家 (developmental state) 以及不成功的掠奪國家 (predatory state) 兩個類型，前者有日本、南韓、台灣，後者的代表則是薩伊、菲律賓。經分別比較屬於發展國家類型的日本、南韓、台灣以及掠奪國家的薩伊、菲律賓後，Evans 發現高水準且有自主性的官僚以及政府官員、私人企業主間互動式的決策關係，均可見諸於屬於發展國家類型的國家，而不存在於屬於中間類型的國家，Evans 乃獲致此等因素係開發中國家是否有能力採行正確政策的關鍵。在這個研究中，在發展國家和掠奪國家，分別各使用了一次的比較相同（共兩次），在發展國家和掠奪國家之間，則用了一次比較相異。

應注意者，在比較法學、比較公共政策上，雖然比較相同與比較相異仍有其重要意義，惟在實際研究的進行上，比較相同、比較相異則演變成為六類關係：二分法 (dichotomy, opposition)、重疊 (overlap, convergence)、相對 (relativity, continuity)、互相依賴 (interdependence, complementarity)、相同 (equivalence, likeness)、不能相比 (indeterminacy, incommensurability)。⁵二分法意思是比較的兩個個案呈現南北兩極的對立，而且其中不存在有中間類型；重疊意思是比較的兩個個案有相同的成份，甚至有整合的可能；相對意指在南北兩極的對立中間，存在著中間類型，有連續的意思在其間；相互依賴意思是兩個個案間存有相互影響的關係；相同意思是兩個個案間存

⁵ Hiram E. Chodosh, "Comparing Comparisons" 84 *Iowa Law Review* 1999: 1115.

在著相同或相似的現象；不能相比意思是兩個個案間不存在相比的可能性，不能比較。⁶

在比較個案的選擇上，應聚焦於可比較之個案（to focus on comparable cases），就此點而言，有兩種截然不同的作法，此即最大相似系統和最大相異系統。Lijphart認為比較研究應專注在各方面最相似的個案，雖然如此一來會減少個案的數目，但仍是最好的比較邏輯，這樣的說法支配比較政治學界、比較法學界久矣。⁷和此一傳統說法截然不同的是Przeworski和Teune所提出來的，認為即便是各方面最相似的個案，在比較過程中，仍無法避免過度決定（overdetermination）的問題，亦即有太多可能的因果關係，因此無從判定何者為真或應該如何排除虛假之因果關係。Przeworski和Teune提出另一種完全相反的說法，主張比較研究的個案應該是各方面高度不同的一組個案，研究的目的是在此等各方面高度不同的個案中尋求相似之處或相似的演變過程，若能在這些各方面高度不同的個案間找到共同的因素，則此共同的因素即係這些個案呈現出相同結果之原因，此一因果關係的驗證將更有說服力。⁸

在比較法學中，最大相似系統的比較邏輯在於擁有最相近的法律制度之國家，才構成有意義的比較，蓋若能在相近的不同法律制度之間，尋得法律原理的差異之處，則此等差異之處可以用來解釋不同國家法律發展上或法律文化上之差異。最大相異系統

⁶ Ibid., pp. 1118-1122.

⁷ Arend Lijphart, "Comparative Politics and Comparative Method," 1971 *American Political Science Review* 65: 691-93.

⁸ Adam Przeworski and Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry* (Malabar, FL: Robert E. Krieger Publishing Company, 1970), pp. 26-30.

的比較邏輯則反之，擁有差異最大的法律制度之國家，才構成有意義的比較，蓋若能在差異甚大的不同法律制度之間，尋得共通之原理原則，則此等共通之原理原則當屬最接近放諸四海皆準之法律理論、真理。兩種思考邏輯雖然適好相反，但皆有道理，皆有其可取之處。

伍、比較方法的侷限

上述最大相似系統和最大相異系統之爭的源頭，主要來自於比較方法「變項太多，個案太少」（many variables, small N）的先天缺陷。詳言之，比較方法應用在法學、政治或公共政策之研究上，主要之研究對象是各國不同之制度與現象，而全世界國家之數目不可能太多，因此比較法學、比較政治或比較公共政策之研究，能做為其研究對象之個案數目，先天上即不可能太多。⁹另一方面，不同國家之制度或現象，差別極大，不同之處遠遠多過相同之處，不同之程度遠遠大過相同之程度。上述兩種情形同時存在於比較方法應用在法律現象、政治現象或公共政策之研究上，一方面研究能涵蓋之個案太少，他方面導致各個個案不同之因素又太多，當這兩種情形同時存在時，根本就無法在邏輯、推理上，利用比較方法以發展或驗證一般性的理論。蓋論理上，若使用兩個個案（已是最少者）作比較，只能處理一個變項，如要處理二個變項，至少需要三個個案，以下依此類推，比較的個案越多，比較的結果越可靠（其他條件恆定時）。申言之，在比較研究的設計上，不論使用比較相同法或比較相異法，除了做為自

⁹ 如果比較的的目的是在深入了解外國的制度、法制，一如多數的比較法學、比較公共政策的研究，則不須考慮這個問題，因為這些研究實在稱不上「比較」兩字。

變項、待驗證之因素外，其他因素在不同組別的個案中，應儘可能相同，或是應儘可能不相同，藉著比較不同組別的個案，以便將自變項以外之不相同因素予以中性化，否則即便比較後得到肯定的結果（即在比較相同法之場合，自變項在不同組別的個案中，皆有其存在，在比較相異法之場合，自變項在不同組別的個案中，存在與否各異），亦無法得出該因素乃引起結果之原因，蓋有可能是其他不同、未被中性化之因素所引起的，因而無法自圓其說。況且在比較個案為國家之場合，吾人幾乎找不到眾多因素相同的數個國家供比較之用，因此變項之數目眾多，有限的國家個案實不足一一予以處理，使得比較方法有英雄無用武之憾。

比較方法之應用，除了須講究比較相同法與比較相異法之交互運用、供比較之個案數目外，還要慎選做為研究、比較對象的個案（cases）。研究個案的選擇，主要當然是取決於待驗證的因果法則（即理論），待驗證的理論可以說決定了整個比較研究之研究設計（research design），理論之內容、特性不同，其相應之研究設計自亦不同。詳言之，比較之研究設計在考量比較相同法以及比較相異法之餘，在取樣上亦應有縝密之方法，即最大相似系統設計與最大相異系統。最大相似系統設計之原理，主要是認為在各方面儘可能接近、在各特質上儘可能相似之體系或系統，構成最佳的比較研究之對象（即除了做為自變項、待驗證之因素外，其他因素在不同的個案中，應儘可能相同），蓋在此情況之下，類此只有某些重要之處不同、所有其他現象皆相似之個案的組合，將可大大減少導致不同現象的因素之數目，從而增強不同因素這部分的解釋能力。最大相似系統設計之注意焦點，在於體系間或系統間的相似及不同（intersystemic similarities and intersystemic differences），體系或系統構成比較之層級，而體系或系統內所存在之差異，就委由體系或系統內共同之因素加以解

釋，換言之，體系或系統內的共同之處即屬「被加以控制者」，而不同體系或系統間的不同之處即被視為解釋因素（explanatory variables）。

最大相異系統設計主要適用於體系或系統之下的層級，通常即為個案本身，但亦有可能是團體、地方政府、社會階層、職業集團等。最大相異系統設計之目標與最大相似系統設計相同，只是系統化的因素在所有可能因素中，並未給予特別處置。此一設計之基本假設是當個案係從同一母體取出，即系統化的因素不具有解釋個別不同之能力，嗣後的分析便屬於體系間或系統間的層級。最大相異系統設計之第一步，在於辨識出不妨害母體同質性（homogeneous）的自變項，如此一來，即便樣本係選自不同體系或系統，亦可視為來自具有同質性的母體。依照此方法而選自不同體系或系統之樣本，若在因變項上並無不同，則不同體系間或系統間之不同，對結果之差異即不具重要性。試舉一例說明之，假設吾人針對三個不同系統之國家——瑞士、印度、日本——研究其自殺率係受何因素所影響，如初步研究結果顯示三個國家之自殺率相彷彿，則不同系統間之差異對一國自殺率並無影響，影響一國自殺率之自變項不存在於系統間之差異。從以上說明可知：最大相異系統設計之長處在於消除與結果無關的系統化因素。

比較方法使用於法學、政治學、公共政策之研究上，固然各自的目的、內容有諸多不同，但以比較方法為軸心，其實可以將三個學門有關比較研究的部分從各自的學門中抽離出來，合併進行觀察，藉以清楚辨明同樣是比較方法，但使用於法學、政治學及公共政策三個學門，在認識論上有如何不同的意義，各自又有如何不同的著重之處，以及各自特殊之處。

類似研究，在國內並不曾見及，即便在國外亦不曾多見，蓋比較政治、比較法學、比較公共政策在學門領域上，共同的交集

本就不多，本文嘗試從研究方法、研究設計的共通點，將三個領域的研究串連起來，試圖瞭解比較方法在這三個領域的研究上，是否具有相同的意義以及相同或類似的用法，亦即比較方法是否在這三個領域可以等同的使用，而比較方法的研究設計是否在這三個領域相互間可以觸類旁通或彼此借鏡。例如比較政治在個案選擇上，有最大相似系統與最大相異系統兩種思考，前者認為在各種性質、特徵最接近的個案，構成最佳的比較研究個案，後者則認為在各種性質、特徵差異最大的個案，構成最佳的比較研究個案。同樣的邏輯在比較法學也有，較傳統的見解是認為各方面最為接近的國家的法制，構成最合適的比較個案，例如同樣是大陸法系的德國、日本、台灣，構成最佳的比較個案。至於分屬大陸法系的台灣、英美法系的美國間，則不是合適的比較個案。但是在最大相異系統則相反，各方面性質差異最大的國家之法制，才構成最佳的比較個案，例如分屬不同法系、不同區域、不同文化的台灣、紐西蘭、加勒比海國家，構成最佳的比較個案。

法政策學

2019年二版增補資料

2019年5月

作 者	陳銘祥
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址	www.angle.com.tw
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

版權所有・翻印必究