

第一章

法政策學之一般概念

政策與法律（policy and law）之研究或稱法政策學（legal policymaking）之研究，¹主要目的當在探討政策與法律二者之關係，究明二者相互間之互動、交互影響等關係。從學術研究以及學門（discipline）發展之觀點而言，在政治學之行爲主義革命發生之前，政治與法律二者之研究，不論在研究方法或研究內容，殊無二致，皆是在探討當爲法則之妥當性，重點在分析法律規則之規範上意涵，並從事價值判斷。這種現象直到政治學之行爲主義革命、行爲主義取得政治學研究之主流地位後，法律學與政治學正式分道揚鑣，在研究之基本立場上，有者發展出截然不同之方向，法律學主要還是著重在探討當爲法則之妥當性（雖然也開始有其他方向之研究），²而政治學則走向探討因果法則之方向（向自然科學看齊），前者不可避免地要做價值判斷，後者則避免進行價值判斷。

當法律學、政治學的研究開始涇渭分明之後，法政策學之研究其實就是在探討二個學門的關鍵交集部分。自政治學由行爲主義支配、法律學與政治學分道揚鑣以來，二個學門的研究態度、方法學上，已有了截然不同的走向，已如上述，影響所及，原本

¹ 日本學者即以法政策學稱之。

² 此即法律科學之部分，如法律人類學、法律社會學、法政治學、法律資訊學等的研究。

2 法政策學

水乳交融、互通有無的兩個學門，漸漸形成互不聯通之現象，此一現象於一九四〇年代政治學走向行為主義後，尤其明顯。直到一九七〇年代後期，新制度論（new institutionalism）興起後，政治行為之制度面、規範面才重新成為政治學研究之課題，惟法學、政治學的研究仍無法回到行為主義革命發生之前的狀態，蓋政治學界之新制度論並非主張回到過去制度論、規範面的研究，只是認為制度性的規則（institutional rules）對政治有所影響（Institutional rules matter.），在此限度下，政治學界之研究亦應將制度性因素納入考量，政治學之研究本質上並未改變探討現象、關注因果法則的立場。

法政策學之研究，涉及政策與法律二者的結合，重點在強調法律與政策相互連動，呈現出一體兩面的互動關係，屬於一個範疇非常廣泛，涵蓋眾多專門知識領域的研究課題，³本書乃法政策學的總綱式專論，不宜處理個別立法領域所涉及的專業知識或理論，擬只針對一般性的法律與政策的互動關係、立法理論、政策轉換為立法、立法過程與策略等層面，加以深入探討與分析。即便如此，以上所列的涵蓋事項其實已是範圍甚廣、內涵紛紜，除涉及政治行為、政治制度、國會研究等較偏向政治學之領域外，還包含立憲主義、權力分立、依法行政、司法行為等公法理論，甚至還及於立法起草、立法技術等較專門性之法學知識領域。法政策學之研究，誠然所涵蓋之事項既廣且雜，反映在本書各章之安排上，或有無法一氣呵成之感，其實其間本有相當明晰之脈絡可循。申言之，本書之邏輯結構，首先從釐清法律和政策間的關聯入手，著重於探究政策之意義以及法律、政策之互動關係，再

³ 公共政策之由來或政策之內容，視其所屬政策領域為何，可以是經濟學、社會福利、傳播通信等各類專業的範疇，從而法政策學其實是一個跨越諸多社會科學、自然科學學門之研究。

提出法律與社會變革、變遷之理論。本書接著針對立法之成本利益進行深入探討，提出「立法之成本不減定律」，並介紹法規影響評估之概念與程序。本書旋即進入政府決策與立法之範疇，針對立法、行政、司法三權有關制定公共政策之功能或作用，探討其特徵與各自的一般性理論。其中立法機關的部分，主要是探討立法理論，詳細介紹有關立法產生與立法內容之理論遞嬗；行政機關部分，探討的焦點集中在委任立法之行使，以及立法部門對委任立法之控制；司法機關部分，研究的重心在於司法機關的政策形成，說明法院成爲公共政策的決策者之意義以及此一現象對政策、法律之影響。再來，本書將注意焦點轉向政策與立法的操作層面，探究如何將政策轉換爲法律，並兼及立法研擬與立法起草之相關主題。最後，本書以重新檢視政治學與法學在法政策學研究中之合致關係，作爲結束。

壹、法政策學之研究主旨

政策與法律（或稱法政策學，已如上述）之研究，其主要用意當在探討政策與法律二者之關係，並進而了解如何使二者能契合一致。詳言之，從民主政治、法治國家之觀點而言，政策往往必須經由法律之制定、施行，才得以推行。果如是，法律常表現出特定政策目標與政策內容，而政府重大政策則每每表現在法律規定之中，政策乃指導法律內容之原則。然而，所謂政策指導法律內容並非意味著政策可以超越或破壞法律，政策欲以法律之形式呈現或實現者，必須符合法律之基本原理原則，有些立法目的根本不合法、違憲，或無法轉化成爲法律條文者，皆不得或不宜以法律的形式付諸實施。法律與政策二者的密切關係，尚可從立法政策的觀點來看，現代法治國家皆試圖透過法律來影響、改變

4 法政策學

人們之制度性行爲，使人民之行爲朝向決策者、立法者所企求之方向改變，所謂最好的法律就是能順利達成政策目的之法律。準此而言，法律乃達成特定政策目標之工具，因而法律具有工具性，以及伴隨著工具性而來之合目的性。

許多法律人不願承認法律是一種工具，或是法律除了公平正義、維繫社會秩序外，還有其他目的，傳統的法學家強調的是適用法律本身就是法律的目的所在，他們完全排斥法律作為一種達成其他目的之工具之觀念。平心而論，現代國家（包括民主國家與非民主國家）在達成政治制度化、組織化後，不可避免地要仰賴一般、抽象的規則（*general rules*），作為影響、乃至改變人民行爲的最主要方式。當決策者在考慮是否制定特定法律時，考慮的重點往往不是公平正義、公共利益等較抽象的因素，而是較低層次的效益、成本的因素，例如當政府在考慮如何處理通貨膨脹的問題時，一些備選的政策方案可能涉及立法，如有關增稅、降稅的方案，多半需要立法或修法，另外一些備選方案可能不涉及立法，如提高、降低利率的方案，多半不需要立法或修法，而政府最終的抉擇往往考慮的是各備選方案的有效性以及可能導致的副作用，政府多半不會去考量法律的目的或抽象的公平正義等原則。再舉一例加以說明，高速公路管理當局正思考如何減少一個危險路段發生事故的政策，可能的備選方案不外乎整修或整建該路段，以減緩該路段的坡度、轉彎的角度等，或是樹立行經該路段的最高速限，決策者最終會採行哪一個備選方案，將取決於成本效益的考量，而非公平正義、公共利益等較抽象的因素。⁴上述兩個例子皆表明了法律在決策者心目中，其作用乃在於達成特定

⁴ P.S. Atiyah, *Law and Modern Society* (Oxford: Oxford University Press, 1983), p. 80.

政策目的，決策者最終的決策並非取決於法律因素的考量，而是方案有效性以及成本的考量，從而法律不可諱言地被決策者當成工具在使用，法律是手段、工具，並非目的。

然而，法律作為一種工具的原因與運用，在民主國家、非民主國家間，容有極大的不同。在非民主國家，其當權者、獨裁者每每將法律作為獨裁統治、合理化自身獨裁行為的目的在使用，在此等情形下，法律自是貫徹國家當權者意識不可或缺的工具，儘管其內容多半不合理，其制定程序也多完全憑當權者一己、一時的意願，不須有民意基礎的正當性。在這種國家，法律係為統治者而服務，法律作為一種工具的性質，表露無遺。在民主國家，法律同樣是整個國家社會健全運作所不可或缺者，蓋民主法治國家依法行政、法律主治，凡涉及國家重大事務或是與人民權利義務有關之事項，均須有法律依據。因此，國家之決策者有任何重大政策、施政藍圖，在在需要有法律作為執行的依據，其諸多法律中，每每明文規定人民負有如何之義務而政府得為如何之行為、得對人民施加如何之制裁等，究其實無非也是將法律作為達成特定政策目的之工具。當然，吾人不能否認民主國家將法律作為達成特定政策目的之工具的作法，在本質上和集權國家之作法有根本上的不同，但無可諱言之事實是二者皆把法律作為影響人民在社會生活中制度性行為（institutional behavior）的重要方式。就此而言，吾人實不能再受限於傳統的法律思維，全然否認法律也有工具性的一面，應正視決策者將法律作為工具使用的現象，更進而探究法律和政策二者的相互關係。⁵

如吾人承認現實中決策者確實將法律作為工具使用之現象，

⁵ International Legal Center, *Law and Development: the Future of Law and Development Research* (New York: International Legal Center, 1974), p. 17; Atiyah, *Law and Modern Society*, pp. 80-84.