

學術專論

法政策學

陳銘祥 著

法政策學

本書是關於政策制定與立法研擬的專著，深入探討公共政策與法律之關聯、立法之成本效益分析、法規影響評估，並提出如何將政策以法律形式表達出來的理論與方法。書中有諸多國內首見的新穎理論，如法律作為公共政策之淵源、立法成本之可移轉性、立法之「成本不減定律」、立法之經濟理論、個人遵從法律之理論等，殊值一覽。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏
www.lawdata.com.tw

ISBN 978-986-255-157-6



1D195PA

定價：280元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

法政策學

陳銘祥 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法政策學 / 陳銘祥著. -- 初版. -- 臺北市 :

元照, 2011.09

面 : 公分

ISBN 978-986-255-157-8 (平裝)

1. 公共政策 2. 法規 3. 論述分析

572.9

100016108

法政策學

1D195PA

2011 年 9 月 初版第 1 刷

作 者	陳銘祥
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 280 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-157-8

自序

本書並非是單一學術領域的論著，其論述主題涵蓋公共政策與法律，尤其是集中在政策制定與立法研擬的政策、法律交集地帶。本書內容主要來自過去數年間，作者在國內學術性期刊所發表的三、四篇文章，再加上作者在淡江大學公共政策研究所講授「法政策學」課程的講稿，以及參與政府行政部門草擬、審議法案的經驗、心得，重新加以整理、整合而成，並以較有體系的結構，予以呈現出來。雖說如此，書中容有諸多觀點、論證乃屬於新創者，並非皆率由舊「論」；而即便屬於舊有觀點者，在推論或陳述上亦有所增補、改易，和先前曾經發表者，已有顯著不同，特此說明。

本書計分八章，凡十六萬餘言，在全書的結構上，首先界定法政策學的研究內容與範疇，說明公共政策與法律之關聯後，接著進入立法之成本利益問題，以為後文之論述基礎，並針對國外行之有年的法規影響評估作法，加以說明、介紹。在相當程度內，法規影響評估其實就是政策評估與立法兩個領域的交集與結合，在法規制定、修正之初，先行評估、了解其可能導致的影響，尤其是其成本利益，並將之納入法規制定或修正的考量之內，本書特予以納入。接著本書探討了特定立法形成背後之成因、成本利益組合，藉以說明、分析特定立法在政治上、決策上之意涵。在說明了立法理論後，本書進而探討行政機關和司法機關在立法中所扮演之角色，並提出相關理論，以便解釋行政機關委任立法之行為與司法機關司法審查之行為。本書最後則進入將政策以法律文字表達出來的層面，除了

探討政策轉換為法律的理論與原則外，並針對立法起草的工作，進行一番巡禮。

作者完成本書之主要目的，當然在於將法政策學相關的基本理論與知識，作一有系統、有組織的呈現，另外也有意圖要整合政治學與法學兩個學門的相關知識，尤其是針對有關政策與立法的部分，試圖將政治學實證之研究與法學規範性之研究，加以連結、融合。按法學的研究，主要是針對實定法而為，著重在法律解釋學，意即研究的目的是在探討當為法則（法律）的妥當性，在特定個案中，相關法律條文應作何解釋才適當。政治學研究之目的，則在於發現與驗證因果法則，研究的焦點在於了解、解釋以及預測現象，規避對現象本身從事價值判斷。準此而言，法律與政治二個學門在諸多層次上，已然是分道揚鑣，二者交集之處並不多，而其中一個關聯之處就是政策與立法的層面，本書的第二個目的就是針對這一層面，探討法學與政治學二者有如何的互動關係。

本書的主要著述工作，是在作者教授升等後立即開始進行的，蓋彼時已無升等壓力，可以比較長時間投入一個耗時較久的研究計畫。在過去七、八年的期間，本書的著述工作一直是作者研究工作的主軸，課餘飯後，本書的研究與撰寫就是作者生活的重心。影響所及，作者在這段期間的研究成果，除了幾篇國際性研討會的論文外，幾乎是繳了白卷，可謂為乏善可陳。不知者還以為作者已為老朽，無力或無心於研究工作，本書之出版，算是作者的辯白。現今國內學術環境，流行各類學術期刊的論文，加上出版業面臨發展的瓶頸，學術性書籍已不多見，至多是一些論文合集的專書，至於專論性著作幾屬鳳毛麟角矣。真不知這種趨勢是好是壞，倒是在這樣的背景之下，

本書恐怕是作者最後的一本學術性專論，以後還是隨波逐流，多寫論文吧！

本書之成，應特別感謝臺北縣政府時代的臺北縣法規會、法制局過去歷任首長，吳正中主任、周國代總顧問、陳坤榮局長，以及局內所有同仁。本書中有許多案例、想法正是來自於作者參與該法規會審議法案之經驗。臺北縣法規會是國內少數例行性開會、真正在審議法案的法規會，而局內所有同仁從事法制作業時的敬業與專業，更是作者學術生涯中所罕見，能與他們有十年共事的緣分，是作者的幸運。

本書的內容涵蓋範圍不但很廣，而且又相當多元，作者對各個主題或單元的觀察與論點，實無法面面俱到，疏漏、錯誤之處必定所在多有。況且本書的寫作是在極度的時間壓力下完成的，全書內容中的誤謬、不足，更是無法避免，尚祈讀者諸公不吝指正、指教，讀者諸公的指教在本書日後改版時，一定可以看到有所改正、回應，作者絕不敢以馬耳東風待之。

陳銘祥

目 錄

自 序

第一章 法政策學之一般概念

壹、法政策學之研究主旨	3
貳、法政策學之研究定位	7
參、法律與社會變革	24

第二章 立法之成本利益

壹、立法所涉及之成本	32
貳、成本之可移轉性	38
參、立法可能產生之利益	40
肆、立法之「成本不滅定律」	41
伍、法規影響評估	44

第三章 立法部門

——立法之成本利益與立法理論

壹、立法之經濟理論	64
貳、對立法經濟理論之評論	76
參、修正之理論	83
肆、小 結	93

第四章 行政部門

——委任立法

壹、法理層面——權力分立與委任立法	98
貳、行為層面——委任立法之理論	104
參、委任立法之功過	111

第五章 司法部門

——司法之政策形成

壹、司法機關	114
貳、司法機關之政策形成	117
參、司法政策形成之理論爭議	129

第六章 將政策以法律之形式表達出來

壹、政策與法律之界面	138
貳、政策轉化為法律之設計	149
參、法律效能及效果之問題	167

第七章 立法研擬

壹、立法技術與法政策學之研究	182
貳、立法與法學方法	184
參、立法研擬的步驟	190
肆、立法研擬應注意事項	202

第八章 結 論

壹、政治學與法學的分流	213
貳、政治學與法學的對話	216
書目解說	219

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，說明法院成為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為法律，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，作為結束。

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，或無法轉化成為法律條文者，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

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的觀念。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.

則法政策學之研究方屬於有意義之研究領域。換言之，如果吾人不認為法律可以是決策者使用、用以達成特定政策目的之工具，則法律與政策二者不會有共同交集，蓋法律不可能作為達成特定政策目的之工具，而是有其獨立之使命與存在目的，既如此有何必要探究法律與政策二者的互動關係？蓋政策既不能主導法律，法律亦無法影響政策，二者間自無如何之關係可言。是以，吾人必須同意法律有工具性的一面，否則即無研究法政策學之餘地也。法律作為達成特定政策目的之工具，此一說法固然成立，但並不意味著決策者可以恣意妄為，以為手握決策權、有立法作為工具，便可以政出法從，無所不行。究其實，立法、法律不但不是萬能，有許多政策方案根本不能成為法律，例如違憲、違反憲法原則之方案，不但不能轉換成法律，連成為實際政策之可能性都沒有。⁶因此，立法、法律作為特定政策之手段、工具，並非只有合目的性或成本效益之考量，還有法律基本原則之考量。

要之，法政策學之研究目的，可以用兩句話表達出來：從政策之觀點看法律，從法律之觀點看政策。從政策之觀點看法律，著眼於法律之工具性以及合目的性，探究如何使法律能順利達成其所代表的政策。從法律之觀點看政策，重點在政策之適法性以及可行性，究明政策是否適合或有必要以立法之方式出之。從而法政策學屬於跨學門（cross-discipline）之研究，而且是一個自成一格、自成體系之特殊化學門（a self-contained specialized discipline）。從研究內容而言，法政策學之研究不限於法律或政治任一單一學門，除法律、政治之外，還兼及眾多自然科學、社會科學之領域，但凡公共政策所涉及之專業學門領域，都是屬於法政策學之研究範疇。從研究方法而言，除了傳統法學研究之方

⁶ 詳見本章、貳、三「政策或法律之限制」。

法，如法解釋學、比較法學外，實證之法學研究方法，如立法學（legisprudence）、社會學法學（sociological jurisprudence）、法政治學（political jurisprudence）、法律之經濟分析、法律之成本效益分析（cost-benefit analysis of law）等，都是法政策學可資適用之研究方法。另外，法政策學還有涉及法案之研擬，因此有關立法之草擬與立法技術的相關方法，也是法政策學之重要研究方法。至於政治學、公共政策方面之研究方法，主要是實證之研究方法，不論是質化或量化，只要能探究公共政策之成果、成本效益者，皆係法政策學之研究方法。

貳、法政策學之研究定位

欲進行法政策學之研究，首先必須對政策與法律二者有所了解。此之所謂法律，和一般法律人所認知的法律並無不同，專指立法機關通過，總統公布者，以及行政機關所制定的職權命令與授權命令，不用贅述。倒是政策一詞，有必要加以特別說明，可能和一般研究公共政策者所理解的政策有些微不同。並非所有一般的公共政策皆適合，或有必要以法律形式予以施行，凡不涉及利益給予、義務施加的例行性事務，即無以法律定之的必要；單純宣示性的政策，如追悼白色恐怖罹難者之政策，亦無非以法律定之不可的原因；或是純屬政治立場、政策立場的宣示，如臺灣前途公投、總統訪問大陸等，關鍵在於政治立場、意識形態之爭，原則上並無涉及政策轉化為法律的問題，即或有之，亦完全屬於立法技術層面的問題，政策與法律之關聯性並不強。以上所述事項或議題，原則上不必然與法律或立法有關，非屬法政策學之研究範圍。法政策學之研究所應關注的對象，主要集中在有必要以立法（成文法）方式出之的政策，而政策與法律之間有特別