

# 談台灣新公法學派之建構 --以法律政策的憲法論證為例

陳朝建\*

## 【摘要】

美國從一九四〇年代就興起「政策法學」的概念；復於一九六八年起迄今，更在學者 D.Waldo 的領導下，進入「新公共行政」(New Public Administration) 的時代。對照於此，台灣的政策法學是否已經興起？台灣的新公法學派以否已經形成？又將如何形成？此等問題值得深思，爰此本文選擇以法律政策的憲法論證為例加以探討。在內文中，作者認為我們若能夠引進公共政策學的角度來看待台灣的「法律」，尤其是立法過程及司法解釋的理解，那麼台灣也可有台灣的政策法學。在政策法學的基礎上，事實上，我們也需要不同於引進德國式、日本式思維的「傳統公法學」，我們也應該走向「新公法學」，建立台灣的「新公法學派」。

**關鍵詞：**法律政策、憲法論證、新公法學派、新公共行政

---

\* 作者為國立台灣大學政治學博士，現為銘傳大學公共事務學系暨研究所專任助理教授，主要學術領域為憲法、地方制度法及法律政策分析。

『民主所追求的目的就是「人性尊嚴」與「價值」，而其手段就是儘可能透過法律的制定、執行及解釋，讓權力、福利及正義等「價值」可以極大化為每個人民所享有。』<sup>1</sup>

## 壹、前言：美國法律政策學的興起

上述那句話是美國法律政策（Rechtspolitik, legal policy）的研究始祖 Harold Lasswell、M. S. McDougal 的名言，他們早在一九四〇年代就指出，法律政策學（Policy Science of Law）意味著法律制定、執行及其解釋的政策考量，也隱含著為政策制定、執行及解釋法律的可能<sup>2</sup>。基此，乍看之下，有些人以為法律政策學就是立法政策學（或立法學）；但實則法律政策學，應該是用政策的觀點及方法來研究法律的學科，即該學科係側重於政策及政策科學對法律，包括立法、司法過程的影響，並可視為研究法律現象的一種研究途徑（approach）<sup>3</sup>。

其實，我們必須承認：事實、價值和行動，是社會科學（尤其是應用性的社會科學）所關注的共同對象。而法律政策學作為新興的綜合應用科學，不僅關心事實，也關心價值和行動，所以不僅是「描述性的」（因為它對影響法律政策的原因、過程及結果清楚描繪），而且也是「規範性的」（因為它也對法律政策的形成提出知識性的主張）。在此，就描述性的法律政策學而言，已經有所謂的法律「實證學派」（Legal Realist）之稱；就規範性的法律政策學而言，另有法律「理念學派」（Legal Idealist）之稱。而兩者相互衝擊的結果，在美國憲法、行政法的研究領域上，甚且早已產生所謂的「新公法學派」（New Public Legal Study）<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 轉引自 Frederick S. Tipson, *The Lasswell-McDougal Enterprise: Toward a World Public Order of Human Dignity*, 60 VA. J. INTL L. p.535-585, 1974.

<sup>2</sup> 可參照 M.S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, 1 GEORGIA L. REV. p.1-19, 1966. 在該文中，McDougal 認為法律政策學還可以算是自由民主社會的一種法律學派。

<sup>3</sup> 可參照 Harold D. Lasswell & M.S. McDougal, *Criteria for a Theory About Law*, 44 S. CALIF. L. REV. p.362-394, 1971.

<sup>4</sup> 在二十世紀的美國，它也可以稱為新公法運動（New Public Law Movement），例如喬治亞大學法律系教授 W.N.Eskridge 與 G.Peller 就在 1991 年合著了一篇名為 *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form* 的文章，登載於 *Michigan Law Review* (Feb., 1991)。

不過，要瞭解「新公法學派」，仍必須先知道上述所提及之「理念學派」及「實證學派」。一般而言，以美國公法學界的發展概況為例，其憲法及行政法的實質構成內涵是法律條文、行政規則及具體案例的適用等各種法律規範，此外憲法及行政法的研究還涉及了制度設計與組織設計等課題，諸如：總統及行政部門的政治角色、行政程序、行政裁決、司法審查等的問題。然而，由於美國學者對於憲法及行政法的本質持有不同的看法，以及對於法律政策、行政目的見解之不同，至少有法律「理念學派」以及「實證學派」之別<sup>5</sup>。

## 貳、美國法律理念學派的公法觀點

首先，法律理念學派對於憲法、行政法的理解，不外是對於法律條文、行政規則、司法見解等進行「文義解釋」，如同文學對於文字的解釋，皆是在追求理想的人文世界<sup>6</sup>。但是隨著時代的快速演進，「文義解釋」可說是捉襟見肘的，因為它似乎已無法解決自一九三〇年代「新政」(New Deal)以來的複雜事務，畢竟極為龐雜且具備變動性的行政事務，是無法完全以個別法律條文的定義加以規定清楚的<sup>7</sup>。

尤其是，理念學派對於憲政國家、行政國家的理解可謂過於理想主義。因為他們總強調憲法、行政法存在之目的（其中，如立法控制的設計）就是為了實踐自由民主或多元民主體系，而仍停留於權力分立與制衡的傳統觀念<sup>8</sup>。在這種情形下，此派憲法、行政法的研究所重視的還是：決策理性、行政程序、行政效能與公民參與，以及監督制衡的議題。抑且，由於

---

<sup>5</sup> 請參閱 M.S. McDougal, Fuller v. The American Legal Realists: An Intervention, 50 YALE L.J. P.827-840, 1941.

<sup>6</sup> 留美學者廖元豪（印第安那大學布魯明頓校區法學博士/東吳大學法律學系暨研究所助理教授）因此還認為「法律的本質是藝術，不是科學」，可參照氏於2004/01/16在元豪的憲法夢想論壇（網址為 <http://mypaper.pchome.com.tw/news/liaobruce/>）所發表的文章，2004/1/19 查閱。

<sup>7</sup> 有興趣的人可以閱讀 F. Fox, Jr. William, Understanding Administrative Law, Matthew Bender, p.1-17, 1986.

<sup>8</sup> 例如國內學者蔡宗珍在「卡爾·史密特之憲法概念析論」（詳見「政治與社會哲學評論」第五期，頁75-122，2003年6月，台北：巨流圖書）一文裡指出，民主代議體制、市民法治國家思想、自由主義與多元主義等，均為現代憲政主義的核心價值，這種論述的觀點與見解，通常是會被歸類於法律理念學派的。

此派堅持「有限政府」(limited government)的觀念，且受「法治主義」(rule of law)的拘束，所以在在強調行政機關須受民選議會以及來自民選總統的監督，並適法行使職權。

總之，理念學派的憲法、行政法研究似乎對於「程序至上」(supremacy of due process of law)遠比「實體正義」(substantive justice)更為堅持，將會使行政機關無法迅速地以「效率」(efficiency)、「效能」(effectiveness)及「績效」(performances)的導向指標，來解決實際的問題。為了挽救這個憲法、行政法的公共行政危機，理念學派的憲法、行政法研究之另一個重視焦點就是「適格」(standing)的問題，也就是可以透過授權讓行政部門享有更多的裁量權 (discretion)，惟須在司法審查的機制下，強調、倡導事後的救濟途徑，以防止國家機關或行政機關任意濫用權力，藉以保障人民權利 (按：這與傳統的德國憲法、行政法學可謂相仿)<sup>9</sup>。

### 參、美國法律實證學派的公法觀點

其次，有一支批判實證學派 (critical realists) 跟理念學派均使用相同的「文義解釋」用以理解美國的憲法、行政法，且這支實證學派更重視個人自由與官僚控制的問題，甚且認為當今美國的官僚權力結構仍是一個自我父權主義的具體展現 (按：這相當於德國、日本學說所認為的國家與官吏之間的關係為「特別法律關係」或俗稱為「特別權力關係」)。至於，他們在形式主義上的論調，則是側重於「non-delegation doctrine」，強調「法律授權明確性」的重要，才能為之決策的有效產出，使行政「績效」更有「效率」及「效能」，也因此有人說批判實證學派走的是理念學派的修正路線 - 不要那麼重視權力分立 (separation of powers) 與制衡 (checks and balances)。

然而，另一支憲法、行政法研究的實證學派就是「實證政治理論」，他們假定選民、利益團體、議會議員、議會委員會以及官僚的理性行為將決定政策的制定與執行，他們也試圖運用模型、研究途徑的研究成果來預

---

<sup>9</sup> 引自陳朝建，行政法教室 (十七)：法律理念學派與實證學派，陳朝建憲法地方制度法與行政法專欄，網址為 <http://home.kimo.com.tw/jyfd6113/moiart4.htm>，2003/11/01 查閱。

測制度設計的表現或人們集體行動的邏輯。對他們來說，代議制度或代議民主目前是在「立法控制」(legislative control)上反應選民對於政策的偏好，因為行政機關的政策執行仍必須滿足選民、利益團體的特定偏好而使然。可是，他們也發現政治上的行為者復為避免議會之多數決產生「多數暴力」(tyranny of the majority)之弊端，往往又會存有「滾木立法」(log-rolling)或「肉桶立法」(pork-barrel legislature)的互動現象，使法案較為容易通過。這麼一來，像是公共選擇理論所言的「搭便車者」(free-rider)就很容易在法律執行過程中大量的出現，同時也將使立法決策因受到利益團體或特定精英的過度干預而降低了總體福利的公平性。從而，立法者、執法者所受到的監督就僅剩「重新改選」(re-election)而已<sup>10</sup>。

總之，上述「實證學派」的看法也可被歸納在立法程序、公共政策學的交流理論(transactional model)所強調的內涵裡頭，而引進所謂的「成本效益分析」(cost-effectiveness analysis)的思維層次。另外，像是學者 Niskanen 也據此提出「Niskanen's Model」，認為在上述利益交換情況的下，行政機關會有如下特定目標的設定：那就是極大化預算支出的規模<sup>11</sup>！發展至極端的結果，所謂的「軍產經複合體」(military-industrial complex)或是「三角聯盟關係」(iron-triangle/triple-alliance)就不足為奇了，從而也吻合「首長-代理者理論」(principal-agent theory)所觀察到的實際現象<sup>12</sup>。

## 肆、邁向新公法學派 - 美國法律實證學派的批判與轉向

實際上，唸過公共行政學或憲法、行政法學的人都應該知道，上述實證學派的觀點是由許多相關的理論、模式或研究途徑結合而成的，但也因

<sup>10</sup> 前揭註，有興趣者亦可參閱陳朝建，法律理念學派與實證學派-行政法專業名詞解析，陳誠法政專業學網，網址為 <http://mypaper3.times.com.tw/user/macotochen/>，2002/12/23 登載。

<sup>11</sup> Niskanen 的基本論點是，行政官僚會試圖極大化其機關預算。因為，行政官僚如欲追求其權力的擴大，就必須試圖極大化機關預算規模，俾以享有更多的資源作為控制權力的誘因基礎。當然，Niskanen 的論點還在於，行政官僚不但會勇於追求機關預算極大化，且其企圖多半都能夠成功，因為事實上行政官僚在整個預算過程中乃處於較有利之地位，並可透過利益交換(trade-off)方式，使國會及選民不至於反對特定預算之增加，卻也因此形成「過剩政府」(excessive government)的現象。

<sup>12</sup> 參照 Richard B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law, Harvard Law Review, 1975. 他在該本著作的第四章及第五章，告訴我們研究行政法必須注意到「行政法的利益代表模式」及「利益代表的政治模式」，而提出行政法律的制定與執行實際上與行政官僚及利益團體之間的互動關係密切。

過於「實徵」(或實證)而受到理念學派的諸多批評。不過，我們也必須知道，反對實證學派所提出的批評頗容易誤解了「政治」的實際意涵，也很容易無法清楚瞭解到現實世界的政治行動。其次，有些人則認為實證學派所言的可謂是虛幻的真實而無法被證明的，例如要證明的政黨及精英追求「重新改選」(re-election)的動機就很難，了不起只是描述性的分析而已，還談不上理論建構的學術層次。

正因為如此，法律實證學派被認為是不夠科學的，因為它似乎犯了「倒果為因的謬誤」(post hoc ergo propter hoc fallacy)。但實際上的政治運作與憲法機關公權力的行使到底如何，卻也不是法律理念學派說得清楚的。由此可見，理念學派與實證學派之間對於憲法及行政法研究的不同見解，還需要繼續保持彼此間的對話。只不過歸納來說，似乎理念學派見解下的憲法、行政法容易過於保守而忽略現狀的具體描述，並且因為堅持「有限政府」、「程序正義」之故，他們應該可以被統稱為「法律程序學派」吧！總之，對理念學派而言，「合法性」作為制度設計的基本原則，是他們所關心的焦點。

當然，理念學派與實證學派積極對話、持續對話的結果，當代美國的「法律實證學派」也因此不斷的經過修正而逐步地走向「新公法學派」之途，他們轉而尋求實體正義而非僅理念學派的程序正義而已，同時更注重新公共行政時代公民平等參與的機制建立，以及法律的政策思維(不論是應用於立法程序抑或司法解釋之中)。也就是說，法律是什麼(is)與法律應是什麼(ought to be)已經漸漸地被連結起來了。且「新公法學派」不再只是論述法規管制的傳統問題，他們也進一步釐清何謂「公益」(public interest)的真實意涵，在政策法律學的引領下，使法律理念學派與實證學派可以充分的融合混用。

例如，美國的行政法學者、哈佛大學的法律學院教授 Richard B. Stewart 在 *The Reformation of American Administrative Law* (Harvard Law Review, 1975) 的著作裡，談到我們研究行政法時必須注意到「行政法的利益代表模式」及「利益代表的政治模式」，才能注意到行政法律的制定與執行，實際上跟行政官僚、國會權力、司法部門及利益團體之間的互動關係極為

密切<sup>13</sup>。

值得注意的是，Stewart 說傳統的美國行政法，多半關心「依法而治」(rule of law)、「法律指令」(legislative directives)的授權問題，再不然就是關注如何建構人民提起行政爭訟的「適格理論」(doctrine of standing)。例如，一九七〇年代以前的美國，非常重視 doctrine against delegation of legislative power，強調：行政機關的命令不得逾越法律的標準、目標及其合理的範圍，有點類似我們現在行政程序法第一百五十條所講的「授權明確性原則」，即法規命令須明列法律授權之依據，並不得逾越法律授權的內容、目的、範圍及精神。

而為使上開依法而治 (rule of law) 的目標得以確認，並使「適格理論」可以有效獲得運用，傳統的美國行政法也強調：(一)原則上，所有的行政作為或不作為都有受司法機關審查的可能；(二)行政機關的行政行為若對人民不利者，應該透過正當程序的法律條款，讓人民有行政聽證的機會，來從事意見陳述；(三)必須再度擴大人民對行政機關訂定法規命令的參與權限，並將之法制化為正式的程序；(四)如果行政權限可以依法擴大的話，相對而言，人民提起行政爭訟而受司法審查保障的利益之範圍必就須同時擴大（也就是說，起訴的適格性必須同步放寬，如淡化法律保護的利益標準，使消費者團體或環保團體，也可以基於公共利益提起公益訴訟）。

同時，在「適格理論」的發展方面，Stewart 認為權利或利益主體，所享有的法益，可說有三種類型：1.material interests，是指涉及人身自由、人體健康及經濟保障的利益；2.ideological interests，就是指涉及個人的宗教信仰、言論自由與倫理道德的利益；3.the interest in enforcement of law，這就相當於我們現在所講的強制性法律上之利益，如公益訴訟的法律利益。當然，Stewart 還告訴我們，傳統的行政法認為權利或利益主體在擁有上開三種利益的基礎上，若其受到事實上的損害時，就一定可以透過個人興訟、團體訴訟、訴訟參加或代理起訴等方式，來進行所謂的行政爭訟。

不過，Stewart 另告訴我們新的行政法研究，也就是所謂的「新公法學

---

<sup>13</sup> 前揭註。又以下有關學者 Stewart 的論點就是筆者按 Richard B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law, Harvard Law Review, 1975 該書所著見解寫作而成，併此說明。

派」( New Public Legal Study 或 New Public Law Movement ) 的論點，更應重視權利或利益主體對行政程序的參加權利，包括：一、要求行政機關啟動行政程序的權利；二、參加由他人啟動的行政程序之權利。除此之外，更重要的是，權利或利益主體對許多行政法律在制定、執行過程中的介入行動。換言之，誰是行政法上的利益代表人？已是更重的課題。尤其是，行政法上的利益代表人恐怕不是只有訴訟代理人-律師，還有更重要的公共利益代表人：壓力團體（像是消費者保護團體、環境保護團體等，以及這些團體所聘請的律師，還有他們所採取的公共行動）！

在這樣的趨勢下，反思到法院部門的裁判，Stewart 認為「行政法律的法官們」( administrative law judges ) 如果認為權利或利益主體的法益主張，是『未被充分代表的利益』，並不表示此種利益不值得被保護。相反的，法院有義務在它的裁判權限內，『把案件發回立法機關』，要求立法機關再對這些值得被保護但還不夠被充分寫清楚的利益，夠過「法律明確性原則」( principle of clear statement ) 再講清楚，以回饋法律正義下公共利益代表人的行動需求，俾以真正保障權利主體的法律利益。

從而，利益代表的政治模式，也就是利益團體與行政官僚、國會權力及司法部門之間的互動關係，也很值得行政法學者去重視！但當行政法學者引進公共行政的觀點時，並不是只按公共行政的觀點來研究行政法律，毋寧是取其精髓結合法律的既有論點，來重新審視「行政國家」( Administrative State ) 的發展，讓行政法律更貼近它應有的功能，以避免傳統法律人的井蛙之見 ( tunnel vision )。

最後，Stewart 意有所指的說：法律及法律論點的調整，也是一種「社會工程」( social engineering )，一個新的行政法理論及其與政治理論的關係，是可以從過去的廢墟中逐漸發展出來的。

## 伍、台灣新公法學派之初擬—從去律的政策分析途徑談起

如果我們認為台灣憲法、行政法的研究途徑的典範移轉「可能」與美國發展狀況極為類似的話。在此前提下，我們的憲法、行政法研究也應該從法律「理念學派」轉向「實證學派」，並綜合上述兩派的研究經驗暨成

果，逐步邁向台灣的「新公法學派」才是。

舉例來說，在台灣我們也許會說「法律」在就是立法院三讀通過，總統公布施行之名為法、律、條例及通則的價值規範也（可參照憲法及中央法規標準法之規定）。從公共政策學的角度結合新公法學派的觀點來看，實際上「法律」就是政策規劃、政策合法化的結果；這從傳統行政法的角度來看，結合法律理念學派的觀點，就是依法行政的正當性、合法性基礎-也就是理念學派強調的「積極法律保留」、「消極法律優越」及「正當法律程序」的基本訴求。

但若以新公法學派引進公共政策學的角度來看待台灣的「法律」（即把法律放置在政策的思維架構中，先撇開法律釋義學、純粹法律理念學派的觀點不論，結合實證學派及新公法學派的觀點來審視的話），我們或許會認為有些法律學者、政策分析家傾向於我們應該去了解法律制定施行的目的、過程、結果及其影響。進一步來說，我們恐怕還需特定的「視框」（即模式或研究途徑，按這其實也是所謂的取其精髓來看待行政法的發展）來看待法律的立法目的、立法過程、施行結果及其社會影響，俾以建構台灣法律政策分析途徑的視野；基此，若引用公共政策權威 Thomas R. Dye 於 *Understanding Public Policy* 一書裡所提及，公共政策的研究途徑，可以說至少有如下幾種模式<sup>14</sup>，而這幾種模式（或研究途徑）就可做為我們分析台灣法律的基本「視框」，如：

### 一、制度模式

以法制研究途徑為中心，強調：公共政策就是政治制度的產出，也就是說公共政策是權威機構的制定、執行與貫徹的所有活動。本研究途徑重視公共政策的制度安排與制衡，例如：某件事應由中央來做還是地方來做。再舉例來說，Dye 的書中就有「美國的聯邦主義：制度安排與公共政策」的章節。質言之，從制度研究途徑來說，當我們在看待「法律」時，我們必須了解該法律對政治制度、社會制度或經濟制度產生何種新的「安排」，然後再就該「安排」的結果，分析有無再度修正的必要。

---

<sup>14</sup> 以下的各種模式，係引自 Thomas R. Dye 所寫的 *Understanding Public Policy* 一書，可參閱 Thomas R. Dye 著，羅清俊、陳志瑋合譯，*公共政策新論*，台北：韋伯出版社，1999 年。

## 二、過程模式

以行為主義暨「政策過程」為中心，強調：公共政策是問題提出、議題設定、決策形成、政策執行、政策評估的過程。亦即，側重於政策推動的「過程」，而非政策的「內容」。當然，過程模式也關心，在政策形成的過程中，誰是在政策形成過程中的重要影響者，例如：官僚、國會、政黨、政治精英與公民等。以這個觀點來說，所謂的「法律」之政策分析，應放置在各該法律的規劃過程、合法化過程、執行過程及其執行的評估結果。然後再就評估的結論，決定該法律是否繼續變遷或終止。

## 三、團體模式

以行為主義暨「多元主義」為中心，強調：公共政策是許多團體權力互動的均衡結果。正因為如此，所謂政治管理就是管理團體的衝突，藉以：（一）建立團體間權力互動的遊戲規則；（二）協商及執行團體間有共識的方案。此外，團體模式因此會去研究政黨、利益團體對於國家的政策制定、執行有何影響。舉例來說，Dye 的書中就有「教育政策：團體的競爭」、「賦稅政策：位特殊利益而戰」的章節，來討論教育改革團體、大型財團對於相關政策形成的影響。在團體研究途徑下，所謂的「法律」其實就是政黨、利益團體彼此之間的權力或利益之遊戲規則也。

## 四、精英模式

以「統治精英」為中心，強調：公共政策是少數統治精英的偏好與價值，公共政策是由少數人形成，儘管它被宣稱為多數人民的共識。亦即，精英論認為群眾在決策過程中僅有間接的影響力而已。整體而言，精英論主張公共政策係透過民主的制度（如選舉），使精英取得合法權力決定重要的政策。基此，公共政策的研究者自不能忽視統治精英對於特定議題所提出來的看法-例如：「四不一沒有」、「一邊一國」或「防禦性公投」等概念，就是統治精英的價值偏好之表現。再舉例來說，Dye 的書中就有「公民的權利：精英與群眾的互動」、「國際貿易與移民：精英-群眾的衝突」之章節予以說明。以精英模式來說，法律是少數統治精英的價值偏好，而少數精英的價值偏好也許離群眾的法感情有著一段距離。例如，受過法學院訓練的立法精英也許基於人性尊嚴、人命無價的觀點，反對死刑的存在，並推動廢除死刑制度，但普羅階級（群眾）說不定還是希望亂世用重典的。

## 五、理性模式

以「效用主義（功利主義）」及「利他主義」為中心，強調：公共政策即是社會效益的極大化，亦即政府應考慮到成本效益的問題，並追求絕大多數的人福利。在具體的研究方法上，理性模式強調人的決策應以理性主義為基礎，積極建立所謂的「成本-效益」分析模式（cost-effectiveness analysis），俾以作為決策的主要機制；舉例來說，社會福利政策的擬定，通常會以這類的模式作為思考基礎。以這個理性研究途徑來看法律的話，好的法律必須是對他人、多數人有利的法律才是好的法律；那麼，所謂的「惡法」就是指圖利自己、少數人的法律了。

## 六、漸進模式

以「保守主義」為基礎，強調：公共政策是過去政策的變形或改良而已，公共行政學者 Lindblom 首先提出這樣的觀念。而所有的政策改革都將因舊政策的「改革沉澱成本」過高，以至於新政策的形成無法躁進。在具體的研究方法上，人們很少一次可以找到「最佳的單一方案」，僅能從「次佳方案」或「行得通的方案」做起。舉例來說，Dye 的書中就有「經濟政策：漸進模型的運作」之章節予以說明。在這個觀點下，法律是道德、習慣（法）、判例（決）、法理及學說法典化的結果；同時，所謂的新法皆是對舊法修法的結果。

## 七、博弈理論模式

以對立競爭結構的理性選擇為論述基礎，強調：公共政策是在競爭情況下所產生的理性選擇，必須套在「賽局之中」（競爭結構中），我們才有辦法決定最佳、次佳、不佳、最不佳的政策方案。總之，「博弈理論」在找尋「最小利益極大化」或「最大損失極小化」，一般而言解決國際衝突的決策都可運用「博弈理論」予以詮釋（也因為如此，Dye 的書中也有「國防政策：博弈模型的策略」予以說明）。若套用「博弈理論」的情境，好的法律必須是「最小利益極大化」或「最大損失極小化」的社會共識，想不到這點、做不到這點的法律都算惡法呢。

## 八、公共選擇理論模式

以「效用主義（功利主義）」結合「利己主義」為中心，強調：公共

政策即是自利個人的集體決策，每個人所追求的都是「自我觀念」的公共利益，例如「臨避效應」(NIMBY)即屬之，從而認為每個人都容易忽略政策的「外部性」問題。此外，公共選擇理論假定所有的政治行為者，就像是在市場一樣，尋求個人政治利益的極大化。正因為如此，政黨及候選人只把政見當做「商品」，以追求「勝選」為目的，而非真的是為了落實政策而贏得選舉。Dye 於他的書中就有「環保政策：外部性與利益」在談環境污染的外部性與團體影響環保政策決定的利己行為。以公共選擇理論來看法律，我們必須了解到任何縝密的法律，都要面對專鑽法律漏洞的「搭便車者」；簡言之，法律是上有對策的縝密規劃，但面對下有對策的「外部性」時，法律只能朝著如何防小人（因為受拘束者也許極度「自利」）的方式逐步再修正而已。

## 九、系統模式

以政治系統論為論述中心，認為：公共政策就是政治系統的投出或輸出（政治系統的運作為「環境-輸入-置換-輸出」的過程），因此所謂公共政策就是社會價值的權威分配過程，可是這種分配過程是假定國家作為一個政治系統是一種「有機體」的概念。舉例來說，Dye 的書中即有「輸入與輸出：州政策的系統分析」之章節，來特別說明政黨競爭與選民參與對於政策的輸入及輸出有何深遠的影響。以系統研究途徑來看法律，我們應該可以這麼說，法律是國家面對人民、國際情勢的「支持」或「要求」產生的規則制定、規則執行及規則裁決的運作過程。

其實，筆者之所以寫這篇論文，可說是有感而發的。因為筆者於學校剛好就是在教憲法、法學緒論、行政法及地方制度法的課程，不過這些課程的法律觀點就教科書體例而言，似乎都還停留在德國式、日本式的傳統法律教育，即偏好於類型化、法律條文的邏輯分析（當然，根本原因也許是因為受到國家考試制度鉗制的結果），而不側重法律的政策分析，其實套回本文所說的，我們的憲法、行政法教育似乎因此是僅有法律理念學派的基調。後來，我翻了幾本美國法律政策、憲法及行政法的書籍，並上網看看美式法律教育的課程大綱，經由反思，發現：法律不一定要用類型化、條文的邏輯分析來理解，也許法律的政策定位及其功能分析，是一件更重要的事。也就是說，憲法、行政法的研究可以從「理念學派」走向「實證學派」並邁向「新公法學派」。

基此，必須強調的是，我刻意寫出這段題為「台灣新公法學派的初擬：從法律的政策分析談起」的內文，就是要強調憲法、行政法的法律教育是可以全球化且同時本土化的，如果台灣的憲法及行政法的法律教育可以轉型的話，配合法律邏輯分析的傳統教育-法律「理念學派」的基本課題：權力分立與制衡、正當法律程序的法律釋義學，也許我們也需要法律政策分析的新式教育-至少引進「實證學派」的觀點，俾以注入新式法律教育的活泉，才能讓「政策法學」完全科學化<sup>15</sup>。只不過，當我們瞭解並掌握各種「研究途徑」後，我們也需要具體的「研究方法」或「解釋方法」來解答具體的公法案件問題。

## 陸、台灣法律理念學派的傳統—以憲法解釋方法為例

就具體的「研究方法」或「解釋方法」而言，我們的「法釋義學」做得還算不錯。但若依個人觀察心得，過去以來，台灣的法律理念學派在「法釋義學」可說是獨領風騷的，例如當他（她）們在看待大法官的釋憲權限時（即「解釋憲法」與「統一解釋法令」），多半認為憲法解釋應該在權力分立與制衡、正當法律程序的基本理念下，透過解釋程序機制之建立，以及靈活運用各種法律之解釋方法，追求所謂的正義。同時，在理念學派的眼中，解釋憲法的本質仍屬憲法國家體制內的法律力之表現，而非政治力的重做（re-create），亦即釋憲不同於制憲或修憲（更高度的政治權力之表現），而是以司法「造法」的嘗試，俾以解決憲法、法律條文的相關疑義，其所追求的就是法律正義的價值理念。大抵而言，法律理念學派所運用的憲法解釋的方法不外乎為：

### 一、文義解釋法：

強調「法律的解釋須從文字開始」<sup>16</sup>，而僅以憲法的文字（verba）做解釋，如「審計長」只能稱為「審計長」，不能稱為「審計部長」。準此，本解釋方法強調「法律明確性原則」，並應先於其他解釋方法優先適用，

<sup>15</sup> 本文所提及「科學」（science）或「科學化」的辭彙，並非意指任何一般或特定的知識體系而已，毋寧是指涉為一種特定的方法論，即有系統地認識外界並累積知識的方法。基此，本文從頭到尾所使用的「科學」，就是指所有透過科學方法論而建立的知識。

<sup>16</sup> 引自吳庚，憲法的解釋與適用，台北：作者自刊，507頁，2003年。

如本解釋法不足以解釋法律或系爭個案時，才宜引用其他的解釋方法。

## 二、歷史解釋法：

就是以法律條文及法律概念的歷史發展來理解其意涵<sup>17</sup>；在此，即以制憲者或修憲者的政治意志或修憲理由等立憲過程來解釋憲法。但當制憲者的政治意志或修憲理由有所分歧時，又怎麼辦？歷史解釋法通常會告訴我們，那只好以當時的多數意見（或多數黨意見）為暫定的終局意見。例如，我們似乎可以這麼說，那就是國民黨當時的制憲意見應優於張君勱的制憲主張，而張君勱的制憲主張又應優於孫文的五權憲法理論而受到認可。同理，這十幾年來修憲時國民兩黨的修憲意見（認為我國係屬改良式混合制）也因此優先於其他黨派或學者的修憲意見了（如以為我國仍是修正式內閣制）。實際上，歷史解釋法的運用已有「實徵」的觀點了，但問題就在於它僅能被當做次要的、輔助性的解釋途徑，這還是法律理念學派在強調的。

## 三、體系解釋法（邏輯解釋法）：

就是視一部法律或國家法制為一個整體，以文義、概念及關聯意義為手段，並藉助邏輯推理的法則所形成的一種解釋方法<sup>18</sup>。例如，本解釋方法運用在憲法解釋上即以憲法條文間的「競合理論」來解決系爭法律疑義，如透過「後法優於前法」、「特別法優於普通法」、「但書條款優於普通條款」等法理的運用。

## 四、目的解釋法（後果思維的解釋法）：

係強調為獲致實質正當的結果，逕認立憲者或立法者也接受有權做成解釋者的觀點<sup>19</sup>；舉例言之，即重新創設憲法文字的意涵，以符合時代精神，像是對憲法第十五條「財產」（蓋四十年前的「財產」觀念通常限於有體財產）的觀念擴大解釋為新的「財產」（不僅包括有體財產，還包括無體財產如智慧財產權）。

<sup>17</sup> 前揭註，510-511 頁。吳庚大法官更指出，以文義為主須嚴格解釋的刑罰法律及稅法，則應避免使用歷史解釋，防止造成對被告或納稅義務人的不利結果。

<sup>18</sup> 前揭註，513 頁。吳庚大法官還認為除此之外，另有所謂的「意義關聯解釋」，是來自詮釋學的解釋規則，並在德國被大量採用，另可參同前揭書，530-536 頁。

<sup>19</sup> 前揭註，518 頁。

## 五、比較解釋法：

以外國法制之相同或相類似的條文做全部或部分的移植解釋，以吳庚大法官的理解來說，本解釋法幾乎可說就是專指與外國法的比較而言。例如，釋字第三二五號解釋中，對於國安會三法有無通過的認定問題，即已引進比較解釋法予以運用。這種解釋方法，基本上仍有「實證學派」的影子，可是比較解釋法的解釋效力，在法律「理念學派」的定見中，也不能超越文義解釋法及體系解釋法運用後的解釋效度。

## 六、符合憲法的解釋方法（或稱「合憲性推定原則」）：

主張某法律條文或系爭個案是否違憲，如依各種解釋有多種可能結果，則只要有某一種解釋以上解釋方法所得之結論，可以支持該條文或該個案合憲適法時，應傾向於認定它是合憲適法的。本解釋法的優點在於法律體系可以藉此獲得安定，但缺點則在於出現了司法解釋的過度保守主義。這類法律「理念學派」所強調甚或建構的解釋方法，卻在整個一九九年代的台灣引領風騷。

## 七、憲法取向的解釋方法：

解釋憲法時，如無法從文字上判斷合憲與否、違憲與否，也無從以體系解釋法或比較解釋法來看待系爭個案或法律條文時，應以立憲主義（Constitutionalism）權力分立與制衡、人民權利保障的「有限政府」（Limited Government）觀念-做為至高準則的解釋規臬。按這樣的解釋方法，更屬純粹法律理念學派的論點，因為帶有更為濃厚的憲法規範價值秩序之基本理解。

又在法律理念學派的要求下，他們還認為憲法之解釋，亦有其相關限制及其若干之界限，例如：（一）須恪遵司法被動主義之不告不理原則的基本要求、（二）建立司法自制（Judicial Self-restraint）而對「政治問題」（Political Questions）不做實體審查的原則，以及（三）必須遵守訴外裁判之禁止等法理，以防止司法造法（甚或造憲）的『過度』嘗試，取代了立憲者或立法機關的國會職能。但這樣的法律理念學派之理解似乎忽略了，司法也是高度政治的！從而，司法解釋（尤其是憲法解釋）恐怕無法僅以憲法的應然面去解析，反須從憲法的實然面做適當的回應；而行政法的發展趨勢似乎也是如此，同時國內已有些學者對於引進公共行政（公共政

策、公共管理)之觀點,來運用行政法律的現象,稱之為行政法之「非法律化」(de-legalization)<sup>20</sup>。

## 柒、台灣新公法學派之具體建構—以法律政策的憲法論證為例

基此,若對於上述台灣法律理念學派予以反思的話,並引進前述所稱「實證學派」及「新公法學派」的研究成果。據個人所悉的閱讀心得,美國公共政策學上的「政策論證」(policy argument)<sup>21</sup>,似已發展得比德國所謂的「正-反-合」辯證法則、三段論證的涵攝詮釋之解釋法則,以及各種解釋方法的建構更為精密,而這就是法律「理念學派」跟不上的地方之一。

在此,若吾人將此「政策論證」(policy argument)的概念與精髓轉換到憲法解釋的作成程序中,似可稱之為「憲法論證」(constitutional argument);也就是說,憲法裁判或司法解釋的作成,亦係「I-W-B(或R-B)-Q-C」(簡稱「I-Q-C」)的過程。而整個「I-Q-C」論證過程中的「W-B」及「R-B」的論證理由,不能僅運用傳統的法律解釋方法來理解而已,毋寧需套用「實證學派」的各種模型或研究途徑(例如:運用 authoritative、statistical、classificational、intuitive、analycentric、explanatory、pragmatic 以及 value-critical 等各種論證模型)<sup>22</sup>,才能有效證成正反雙方所持的理由,而這也應該是台灣「新公法學派」可以追求的新方向。

首先,此處所謂的「I」(information)就是特定法律條文或系爭個案的 constitutional relevant information,亦即該法律條文或該個案的相關資訊,例如:釋字第四九九號解釋已指出,權力分立與制衡乃憲法賴以存立之基本

<sup>20</sup> 如廖義銘,從理性到反思:行政學與行政法基本理論於後現代時期之整合與轉型,民主治理與台灣行政改革學術研討會論文集,1289-1312頁,2003年;或是廖義銘,從理性到反思-後現代時期行政法基本理念之轉型,國立台灣大學政治學研究所博士論文,2001年。基本上,廖氏認為行政法學本身所為的政策學習及其與公共行政的整合結果,將會出現更多的「非法律化」之現象。

<sup>21</sup> 有關政策論證的結構模式(Structural Model of Argument)是由公共政策分析學者 Stephen Toulmin 所提出來的,他將政策資訊轉換至政策主張的過程,用資訊、限定句、主張、根據、支持及反證為基本要素予以勾勒,可參見 William Dunn 著,李明寰譯,公共政策分析(Public Policy Analysis)第四章「政策論證的功能」,123-179頁,台北:時英出版社,2003年。

<sup>22</sup> 前揭註,123-179頁。詳言之,我們現在的憲法解釋方法,可能是「舊的」,因為論證憲法功能的學者們或大法官本身,多半是以文義解釋法、體系解釋法、目的解釋法及其他各種「傳統的」解釋方法,來解讀憲法。相反的,如果引進政策論證而建立起憲法論證的概念,那我們就可以用 authoritative、statistical、classificational、intuitive、analycentric、explanatory、pragmatic 以及 value-critical 等各種論證模型,重新審視憲法的規範功能。

價值秩序，就是我們看到釋字第四九九號解釋所透露的 constitutional relevant information。

而「C」則是在「Q」檢驗下的 constitutional claim，這種憲法主張即是對類似或接近上開「I」之憲法資訊的具體個案所為判決的書文，也就是我們常說的「therefore」，例如我們會說，因為（because of）權力分立與制衡乃憲法賴以存立之基本價值秩序（這是「I」），所以（therefore）副總統不宜兼任閣揆，因兩者之職位不惟涉及職務是否相容之問題，復可能與權力分立、制衡下的「雙重保障」機制牴觸，這就是我們得到的「C」<sup>23</sup>。

那這個「C」是怎麼得來的，「C」(constitutional claim)是「I」(constitutional relevant information)在「Q」(Qualifier, 中文可譯為限定句)的”可能結果”，這個可能的係數是從 0.0 至 1.0。當「限定句」的係數為 1.0 時，就可以叫做「應該」（如憲法主張某案因此應該合憲適法！）；當「限定句」係數為 0.0 時，叫做「不會」（如憲法主張某案因此不會合憲適法，反屬違憲！）；但當「限定句」的係數為 0.5 時，憲法主張就可能為某案既不合憲，亦不違憲，應循其他適當途徑解決之，這將是憲法主張（也就是憲法裁判或司法解釋）的臨界判決係數點。而當「限定句」的係數介於 0.5~1.0 時，我們應傾向於認定某案合憲的可能性極高，反之當「限定句」的係數介於 0.0~0.5 時，我們應傾向於認定某案似屬違憲了。

讓「C」這個「限定句」的係數為 0.5~1.0 的”證據”叫做「W」及其「B」，「W」(constitutional warrant)就是支持合憲的第一個具體理由，而「B」(Backing)可能是「W-B1」、「W-B2」、「W-B3」等眾多支持合憲的後續理由；反過來說，讓「C」這個「限定句」的係數為 0.0~0.5 的”證據”叫做「R」及其「B」。而「R」(constitutional rebuttal)就是認定某案違憲的第一個具體理由，而「B」(Backing)可能是「R-B1」、「R-B2」、「R-B3」等眾多支持違憲的後續理由。當「W」及其「B」這方的理由在某個特定法理念（按：憲法限定句的限定句，即是 Constitutionalism）的判斷下，強過於「R」及其「B」的另一方時，推定某案（特定法律條文或系爭個案）仍屬合憲之範疇，誠屬必要；反之，當「R」及其「B」這方置於 Constitutionalism

---

<sup>23</sup> 前揭註，123-179 頁。但任何的「C」（憲法解釋或裁判的結論），可能同時既是 designative，也是 evaluative，又是 advocative 的（或是 designative evaluative 及 advocative 其中之一、或是其中之二），在此，我們不妨認為，我們的司法院大法官解釋所產生的「C」（解釋文的主張），也是如此。

的「Q」下，強過於「W」及其「B」的理由時，憲法的守護神於此時應勇敢指出某案已屬違憲，亦屬當然。

例如，若我們說憲法並未禁止副總統兼任閣揆，對此問題亦未設明文規範，這就是最重要的「W」，況且副總統與閣揆之職位亦非顯不相容，這可以當做「W-B1」看待；但若我們改主張，若總統出缺，且副總統兼任閣揆，將導致「雙重保障機制」不保（假定這就是最重要的「R」），復可能牴觸「當事人禁止兼為裁判人」之法理（或許這是「R-B1」）。對此，假設「W」及其「B」的證據與「R」及其「B」的證據旗鼓相當時，則「Q」的係數落點為 0.5，也就是本案既不違憲（若強調兼任「非顯不相容」的話），也不合憲（即將重音放置在與憲法本旨未儘相符），應循適當途徑解決（而此處的「應循適當途徑解決」可以說是真正的「C」）<sup>24</sup>。

不過，我們剛剛講過「Q」（限定句）不能僅是機械化的法則，我們還需找到「meta-Q」（後設限定句）。如果限定句的係數之取得，是機械式的運作模式，我們將說這種憲法解釋法，僅是單純的「正-反-合」辯證法則的法律方法學而已；導過來說，限定句的係數之取得，並非僅是機械式的運作模式，而是特定法律理念的闡述，或特定研究途徑或概念模式的補強時，要出現「Q」（限定句）係數為 0.5 的機率可以說是「零」，因為在「meta-Q」（後設限定句）下將因特定理念的再假定，或輔以特定概念模式（含研究途徑）的限制，憲法主張（憲法裁判或司法解釋）的答案，不是落在 0.0~0.49 就是會落在 0.51~1.0。也是就說，斯時「警告性裁判」並非「Q」（限定句）係數為 0.5 的狀態，毋寧是落在 0.0~0.49 之間接近 0.49 的「違憲狀態」。

據此觀之，若僅從「Q」（限定句）的機械操作來看，以釋字第五二零號解釋為例，係數可能是 0.5 的狀態，行政院與立法院都沒有任何一方贏得該場憲法官司；若從「meta-Q」（後設限定句）來看，答案就完全不同了！同樣的道理，回到釋字第四六七號解釋，從「Q」（限定句）的機械操作來看，

---

<sup>24</sup> 有趣的是，通常宣稱自己是「法律人」的學者們，他（她）們多半堅守也堅持傳統的論證方法、解釋方法，甚至抗拒或瞧不起來自公共政策學的適當指引；但實則也有些法律人已經不由自主地滲入政策分析的「憲法論證」思維，例如：葉俊榮教授在他與林子儀、黃昭元及張文真合著的「憲法-權力分立」一書中，請參閱氏等合著，憲法-權力分立，317 頁，台北：學林，2003 年，其所使用的解釋觀點其實就是新公法學派強調的「政策論證」（置於本文即是憲法論證）之方法。這也許是跟葉俊榮教授曾在美國耶魯大學法學博士受到嚴格的法律政策分析有關，所以他的論點，不論是憲法或環境法的論點，總是因此帶有強烈的政策分析及政策論證觀。

行政院與這時候省政府都不算贏也不算輸，但從「meta-Q」（後設限定句）來看，答案也會完全不同！

當然，有關上述憲法 I-Q-C 的論述架構，到底這個 Q 要採單純的「Q」（限定句）或「meta-Q」（後設限定句），這就涉及憲法的價值中立問題，如果論者非得堅持「價值中立」不可，那當然還是得採「Q」（限定句）的觀點；若認為「真理」（verita）誠可貴，「價值中立」、「學術中立」皆可拋，那麼自可採「meta-Q」（後設限定句）的標準，只不過這個時候，所謂的「真理」都是特定理念下的「堅持」而已。

## 捌、憲法論證的個案分析—以總統、副總統可否由不同黨派人士搭檔競選問題為例

例如，就台灣總統的產生方式而言，有關「總統、副總統可否由不同黨派人士搭檔競選？」之問，其實是二〇〇三年當時頗為熱門的憲法時事，且先前曾存有很大的爭論，雖然現在的「總統、副總統選舉罷免法」業經修正後已允許不同黨派可以共推總統、副總統候選人了，而這就是我們已經具備的「I」。但是，這個重要的憲法爭議，倒還是得再從完整「憲法論證」的觀點說明清楚，是以謹再分成「肯定說（「W」及其「W-B」，即支持性論證）」、「否定說（「R」及其「R-B」，即反對性論證）」之見解如后，供大家參考<sup>25</sup>：

持肯定見解的支持性論證，理由係在於：首先，憲法增修條文僅規定總統、副總統應聯名登記參選，若任由總統、副總統選罷法進一步規定總統、副總統不得由不同黨派人士搭檔競選，係增加憲法所無之限制，自有違憲之疑義；是以，在憲法並未禁止的情況下，總統、副總統仍可由不同黨派人士搭檔競選！其次，從比較憲法例證以觀，內閣制或混合制國家均常見「聯合內閣」之憲政慣例；在此，既然執政權都可以由不同黨派共享而組成所謂的聯合政府，而我國憲法恐亦未排除此種政權結構，則「舉重以明輕」，為聯合內閣前置或準備而存在的「不同黨派共組總統、副總統候選人」，自非憲法所不許！

---

<sup>25</sup> 以下相關正反論證可參閱陳朝建，「憲法論證：總統、副總統可否由不同黨派人士搭檔競選？」，載於「陳誠法政專業學網」，網址為（<http://mypaper3.pchome.com.tw/news/macotochen/>），2004/01/16 登載。

除此之外，憲法第七條另規定黨派平等，即已強調各黨各派地位應予以平等，已屬憲法上的特別保留；準此，無論政黨是否具備法人資格，復可依憲法第十四條再主張「黨派之間的『結社權』」而允許不同黨派的代表人搭檔競選總統、副總統。同時，再據釋字第四六八號解釋所指，憲法第四十六條及憲法增修條文均規定總統、副總統之選舉，以法律定之；立法機關依此制定法律，規範總統、副總統之選舉程序，本應符合公平合理及選舉經濟之原則。例如，總統選舉所採行無黨籍人士參選之連署制度，目的就是要表達被連署人亦有相當程度之政治支持，而藉與有效政黨推薦候選人之要件相平衡；準此，總統、副總統若由不同黨派人士共組而成，自與憲法之目的——亦即防止人民任意參與總統、副總統之候選而耗費社會資源——相符！

惟否定見解的反對性論證，理由則是：首先，憲法增修條文規定總統、副總統應聯名登記，目的即在於落實憲政主義下的政黨政治之精神，亦即朝野政黨應為選舉成敗、政策成敗負責！若總統、副總統係由不同黨派人士共組而成，則 B 黨之副總統如何代行、繼任並續行 A 黨總統之政策，並為其政策成敗負責呢？其次，我國憲法固然承認「黨派之間的『結社權』」而可以依選舉結果『事後』由不同政黨共組聯合內閣，但並未輕易貿然允許『事前』即可任意由不同黨派人士搭檔競選總統、副總統而破壞我國憲法所要求之總統為國家元首、副總統為備位國家元首的一致性（憲法第四十九條規定之立憲理由可資參照）！第三，再從比較憲法例證觀之，美國憲法亦未禁止總統、副總統由不同黨派人士搭檔競選，然事實上，卻早已有總統、副總統不得為不同黨人士共同搭檔組成之憲政慣例可資參考！

因此，總結來說，若回到憲法論證的觀點，當支持性論證的理由明顯大於反對性論證的理由時，在「Q」（限定句）的要求下，配合我國憲法對總統、副總統選舉的「立法裁量」（釋字第四六八號解釋之語）之設計，國會自可於制定或修改總統、副總統選舉罷免法時，享有較大的「國會保留空間」；是以，當該法經修正後已明確允許不同黨派可以共推總統、副總統候選人時，若無重大明顯的違憲瑕疵存在（釋字第三四二號、第四九九號解釋），自應作合憲性的承認與尊重，而這就是所謂的「C」。也就是說，總統、副總統可由不同黨派人士搭檔競選！

## 玖、結語：催生的台灣新公法學派

美國從一九四〇年代就興起「政策法學」的概念；復於一九六八年起迄今，更在學者 D.Waldo 的領導下，進入「新公共行政」(New Public Administration) 的時代。對照於此，台灣的政策法學是否已經興起？台灣的新公法學派以否已經形成？值得深思！

如果，我們能夠引進公共政策或政策分析的角度來看待台灣的「法律」，尤其是立法過程及司法解釋的理解，那麼台灣也可有台灣的政策法學。在政策法學的基礎上，事實上，我們也需要不同於引進德國式、日本式思維的「傳統公法學」，我們也應該走向「新公法學」，建立台灣的「新公法學派」。基此，本文謹以政策思維的視框提出「憲法論證」的觀點，為台灣的「新公法學派」拋磚引玉、野人獻曝。但也正因為本篇僅僅還是野人獻曝、拋磚引玉的不成熟之作，尚祈學界先進的包容與各界的持續關注並對此項思維給予發展的支持，我們才能真正邁向台灣的「新公法學派」。

最後，如果「憲法論證」(也可以當做是「憲法解釋的政策論證」，我想我們應該無法反對吧？!)可視為傳統憲法解釋法則的修正，且為憲法解釋新模式的試圖性建立，單就此而言，它仍可以視為法律「理念學派」的建構；但是，就「憲法論證」的「W-B」或「R-B」的論證過程，絕不能僅因引進文義解釋法、歷史解釋法、體系解釋法、目的解釋法、比較解釋法、符合憲法的解釋方法及憲法取向的解釋方法就滿足了，毋寧必須同步引進「制度模式(法制研究途徑)」、「過程模式」、「團體模式」、「精英模式」、「理性模式」、「漸進模式」、「博奕理論模式」、「公共選擇理論模式」、「系統模式」與「新制度主義」、「馬克思主義」及「女性主義」等研究途徑的理論成果與實證觀點(可以做為「實證學派」及「新公法學派」的研究基礎)，就正反雙方的理由充分論證，再採擇法律政策分析後的較佳主張，始能有效地催生的台灣「新公法學派」。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. Thomas R. Dye 著，羅清俊、陳志瑋合譯，1999 年，《公共政策新論》，台北：韋伯出版社。
2. William Dunn 著，2003 年，李明寰譯，《公共政策分析》(Public Policy Analysis) 第四章〈政策論證的功能〉，123-179 頁，台北：時英出版社。
3. 吳庚，2003 年，《憲法的解釋與適用》，台北：作者自刊，507 頁。
4. 陳朝建，2002/12/23 登載，〈法律理念學派與實證學派-行政法專業名詞解析〉，載於《陳誠法政專業學網》，網址為  
(<http://mypaper3.ttimes.com.tw/user/macotochen/>)。
5. 陳朝建，2003/11/01 查閱，〈行政法教室(十七): 法律理念學派與實證學派〉，載於《陳朝建憲法地方制度法與行政法專欄》，網址為  
(<http://home.kimo.com.tw/jyfd6113/moiart4.htm>)。
6. 陳朝建，2004/01/16 登載，〈憲法論證：總統、副總統可否由不同黨派人士搭檔競選？〉，載於《陳誠法政專業學網》，網址為  
(<http://mypaper3.pchome.com.tw/news/macotochen/>)。
7. 葉俊榮、林子儀、黃昭元及張文真，2003 年，《憲法-權力分立》，317 頁，台北：學林出版社。
8. 廖元豪，2004/1/19 查閱，〈法律的本質是藝術，不是科學〉，載於《元豪的憲法夢想論壇》，網址為  
(<http://mypaper.pchome.com.tw/news/liaobruce/>)。
9. 廖義銘，2003 年，〈從理性到反思：行政學與行政法基本理論於後現代時期之整合與轉型〉，《民主治理與台灣行政改革學術研討會論文集》，1289-1312 頁。
10. 蔡宗珍，2003 年 6 月，〈卡爾·史密特之憲法概念析論〉，《政治與社會哲學評論》第五期，頁 75-122，台北：巨流圖書。

## 二、外文部分

1. Eskridge, W. N. and G.Peller, 1911 "The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form," Michigan Law Review.
2. Fox, F. Jr. William, 1986 Understanding Administrative Law, Matthew Bender,

p.1-17.

3. Lasswell, Harold D. & M.S. McDougal, 1971 Criteria for a Theory About Law, 44 S. CALIF. L. REV. p.362-394.
4. McDougal, M.S. 1941, Fuller v. The American Legal Realists: An Intervention, 50 YALE L.J.P.827-840.
5. McDougal, M.S. 1966 , Jurisprudence for a Free Society, 1 GEORGIA L. REV. p.1-19.
6. Stewart, Richard B. 1975, The Reformation of American Administrative Law, Harvard Law Review.
7. Tipson, Frederick S. 1974 The Lasswell-McDougal Enterprise: Toward a World Public Order of Human Dignity, 60 VA. J. INT'L L.p.535-585

投稿日期中華民國九十三年四月十二日

接受刊登日期中華民國九十三年四月二十日

校對日期中華民國九十三年五月九日

責任校對 周信慶

# Construction the Taiwanese New Public Law based on the constitutional argument of legal policy

CHEN, CHAO-CHIEN\*

## 【Abstract】

In this article, the author is trying to construct the feasibility of Taiwanese New Public Law, which the concept is borrowed from the New Public Law of the study of legal policy and New Public Administrative Movement in the United States of America since 1940s and 1960s. For this purpose, the author also cites an example of how the Constitutional Argument could be used, which can help the development of interpretation of constitution of legal policy study.

Keywords: Legal Policy, Constitutional Argument, New Public Law, New Public Administration

---

\* Department and Graduate School of Public Affairs, Ming Chuan University.