

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：陳起行 博士



桑斯汀的國家管制理論

研究生：江維萱 撰

中華民國 101 年 01 月 31 日

*This Thesis is Gratefully Dedicated to  
Professor Chi-Shing Chen*



## 謝 辭

感謝父母、姊姊。有著老么性格的我極為敏感、情緒化，尤其在寫論文的後期，很感謝家人對我的容忍和支持。不能失去的存在對我而言是很微妙的負擔。因為不擅長表達內心深處的珍惜，有時顯得窘迫，所以只能以實際達成他們對我的期待為表達萬分之一的感謝。很幸運能生與長在這個家庭。

感謝指導教授陳起行老師。第一次跟老師談話，還記得老師面對我所遇到的挫折和沒有自信，只說了簡單一句話：「我看過很多學生。我覺得沒有什麼做不到，只有你想不想做而已。」雖然過了四年我仍沒能成長太多，但只要中間有跌倒的時候、有想放棄的時候、有生氣埋怨的時候，陳老師笑起來眯成一條線的眼睛，總是讓我感受到無比的溫暖。陳老師脾氣很好，對學生很關心，對我總是說鼓勵的話，每次從老師辦公室走出來就會有種充滿了希望的感覺。陳老師真的就像我第二個父親，很幸運也很感謝能作陳老師的學生。

感謝政大基法組老師們的言教與身教。除陳起行老師的指導之外，黃源盛老師的學識、陳惠馨老師對學生的關懷、王曉丹老師做田野研究的毅力，都讓我學到很多；特別是劉宏恩老師對研究與行政工作的要求，當下雖然常使我感到挫折，但那段時間所培養出來的工作經驗成就了今天能讓老闆信賴的我。第一年進碩士班時，江玉林老師雖然嚴厲批評我當時輕率的工作結果，但仍給我擔任頂尖大學計畫助理的機會，學習做人處事的態度是我最珍貴的收穫；尤其老師們對學生的刀子口豆腐心、真心的關心照顧，讓我非常感動。如果有一天我能為人師表，必定以老師們為榜樣。

感謝中研院法律所提供我在寫論文時有如此好的環境和豐富的資源。王鵬翔老師願意給我擔任助理的機會，不但通融我一邊工作一邊寫論文，更在我遇到瓶頸時給我適當的開導。在中研院工作與寫論文的期間，何其有幸遇到兩位對我論文非常瞭解的許家馨老師、黃丞儀老師，兩位在中研院給我的指導，對我的論文及未來的研究方向，都非常有幫助。我很感謝有機會能在中研院法律所感受真正的研究環境，更重要的是遇到這麼多願意指導我的老師。

還有要感謝在這一路上看得起我的人，你們對我的信心是我繼續往前的動力；一路上看不起我的人我也很感謝，因為你們使我更想證明自己做得好。更感謝這兩年陪伴在我身邊的朋友，不但當我的垃圾桶，還要當出氣筒。謝謝你。

最後把榮耀歸給 神。感謝上帝安排並使我經歷這一切，已超乎我所求所想。

## 摘要

凱斯·桑斯汀（Cass Sunstein）為美國著名之憲法學者，其於 1990 年所出版之《After the Rights Revolution》所欲回應之背景，乃係 80 年代後美國復興之自由放任之風。本書前半部以 1930 年代羅斯福新政精神為最上位的基本理念，清楚表示其對管制國家的支持與期待。相對地，本書主要目的在於解決現代管制國家所遇到的困境，並以聯邦主義之思想為基論，娓娓帶出後半部的解決方法，即以法院為主角，藉由其解釋法律的權限以調整管制政策與不公平、不正義的管制結果。本文主要為介紹桑斯汀於此本書所表現出的核心價值與精神；即便日後想法有發生變化，包括其致力研究之方向，在本書皆可找到端倪。於整理本書內容之外，本文更努力清楚交代本書所欲對話的對象，更試圖說明本書對作者日後研究之取徑的地位與重要性。

關鍵字：自由主義、羅斯福新政、管制國家、管制政策、法律解釋



# 目次

## 第一章 緒論

第一節 問題意識 .....	001
第二節 研究動機 .....	002
*圖表 1-1 .....	003
第三節 本文架構 .....	006
第四節 相關論著、名詞解釋 .....	007

## 第二章 理論背景

第一節 背景一：國家職能——從國家的起源談起 .....	009
第二節 背景二：古典自由主義與現代自由主義 .....	012
第三節 背景三：美國的共和主義思想 .....	015
第四節 背景四：1930 年代羅斯福新政 .....	018
第五節 1960 至 1970 年間之第二波國家管制 .....	028
第六節 1980 年代去管制化之後 .....	029

## 第三章 對管制國家的需要

第一節 反對國家管制的傳統觀點 .....	033
第一項 自由 .....	034
第二項 福祉 .....	036
第三項 政府失靈 .....	038
第二節 一般反對小規模國家的論點 .....	039
第三節 桑斯汀對國家管制之證立：管制的優點 .....	041
第一項 管制可解決市場失靈的問題 .....	041
第二項 管制可使公共利益重新分配 .....	043
第三項 管制可實現集體欲望與心願 .....	044
第四項 管制可形成多元經驗及偏好 .....	047
第五項 管制有助於消弭社會次階級 .....	048
第六項 管制可確保偏好的形成過程 .....	049
第七項 管制可保護未來世代的權利 .....	050
第四節 現代管制國家的困境 .....	051
第一項 前言 .....	051

第二項 六個管制法規所造成的矛盾 .....	052
第五節 管見代小結 .....	058
第四章 解決現代管制國家之困境	
第一節 前言 .....	063
*圖表 4-1 .....	063
第二節 法律解釋方法的缺陷 .....	064
第一項 代理觀點下的解釋方法 .....	064
第二項 外於文義之標準 .....	071
第三項 不確定性論者與成規主義之觀點 .....	073
第四項 法唯實論之觀點 .....	075
第五項 爲達特定目的之解釋原則 .....	076
第三節 法律解釋原則的重新建構 .....	078
第一項 依憲法規範建構的原則 .....	078
第二項 依制度考量建構的原則 .....	080
第三項 對抗法律失靈的解釋原則 .....	081
第四項 解釋原則間衝突之選擇指標 .....	087
第四節 批評：對法律解釋的想像必然性 .....	088
第五節 管見代小結 .....	091
第五章 從共和主義核心價值看桑斯汀之理論發展	
第一節 核心價值一：審議（Deliberation） .....	095
第二節 核心價值二：政治平等（Political Equality） .....	096
第三節 核心價值三：普遍性公益的追求（Universalism） .....	098
第四節 核心價值四：公民權（Citizenship） .....	099
第五節 桑斯汀日後著作與其思想背景 .....	100
第六章 結論	
第一節 1929 年經濟大恐慌與 2008 年全球金融海嘯 .....	103
第二節 管制與審議 .....	106
第七章 參考書目 .....	107

# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識

本文寫作目的係以介紹美國學者桑斯汀於 1990 年出版之《After the Rights Revolution》一書（下稱「本書」）為主軸。在本書序言的部分（v-vii），桑斯汀闡明他所謂「權利革命」（rights revolution）之定義，係指近代發展出且美國立憲時尚未辨認出之權利。此類權利相當多，包括乾淨空氣與水源的使用權、消費安全商品與在安全工作場所工作的權利、享有足夠食物、醫療設施等社會安全網絡的權利，以及不受到種族、性別、能力與年齡歧視的權利。桑斯汀在序言中指出，這些權利或謂需求，其實羅斯福新政時的《第二權利法案》（The Second Bill of Rights）已率先辨認出，至 1960、1970 年代對這些權利的需求急遽增加，美國政府亦相應地制訂許多法規政策為確保「社會正義」（social justice）的實現。一連串的管制計畫應運而生，嚴重衝擊當代政府的本質與結構，可謂是一場「權利革命」。桑斯汀認為，一方面我們可以說這場權利革命是相當成功的；但另一方面，這些相應的管制計畫的結果卻沒有達到我們的期待。在本書中，桑斯汀指出這些管制計畫不但沒能達成期待，甚至危及重要的憲法價值、縱容其受到私人利益團體的權力影響，具有良好意圖的管制計畫卻受到市場破壞，導致非必然的效率低下，並且低估了把社會風險視為一種傳統「權利」的困難度。

本書以「為什麼要管制」的歷史脈絡開頭，驢列管制法規的優點，以及現代管制國家失敗的原因。此為本書前半部的重點。後半部則為本書之核心目標，即由桑斯汀所提出的一套法律解釋原則與改革，目的在於防止管制困境的發生，促進法規計畫目的之達成，以及提升桑斯汀心目中的憲政精神（Sunstein, 1990: v-vii）。

本文依循本書之寫作脈絡，介紹桑斯汀對國家管制的論證，以及他所提出之法律解釋原則。在介紹的同時試圖勾勒當時桑斯汀著述的歷史背景，以

及氏所欲對話的社會現象、理論思想。最後進一步探討本書對桑斯汀的學術生涯及日後理論發展中所奠定的地位，以及對當代思潮的影響。

## 第二節 研究動機

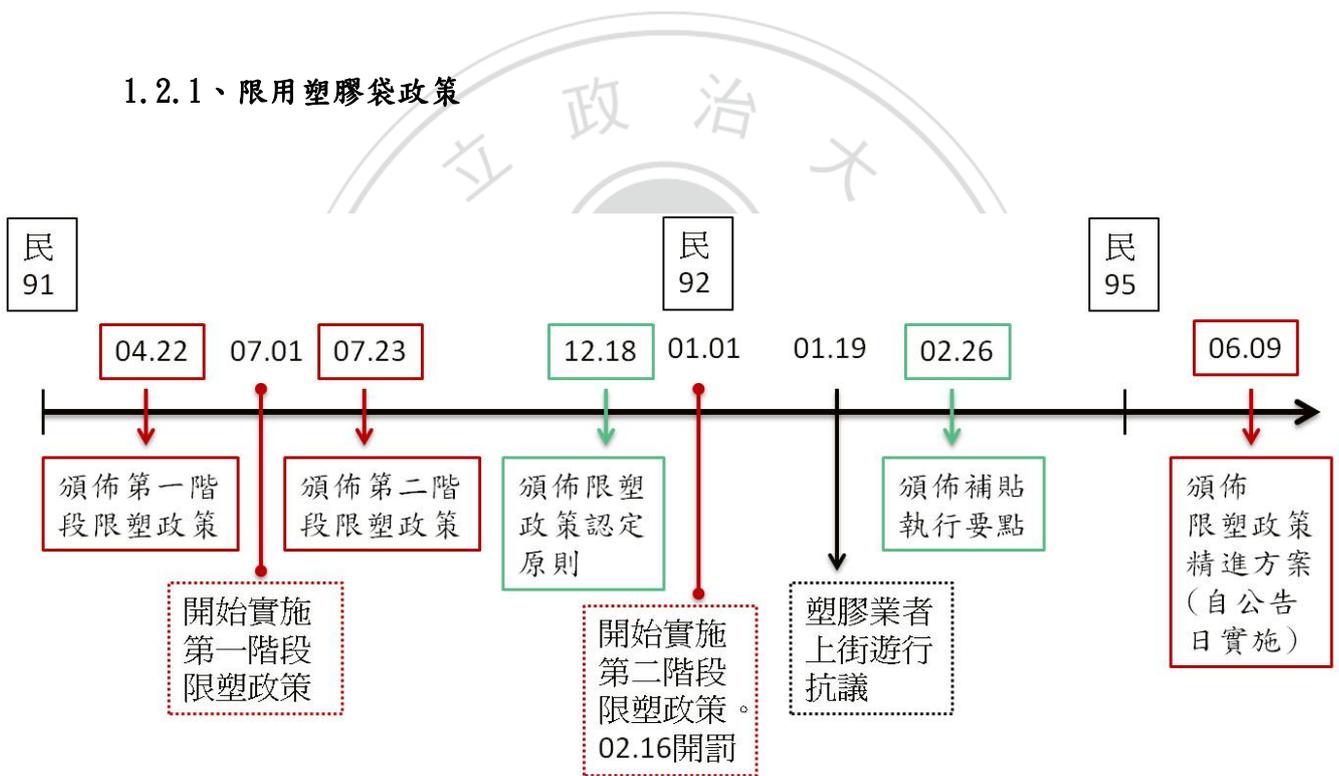
新新聞文化於 2002 年出版桑斯汀 (2002) 原著之《網路會顛覆民主嗎？》(Republic.com) 一書，透過廖元豪教授引介，是筆者第一次接觸桑斯汀特殊的寫作風格，其內容讓人印象深刻。該書對網路科技與民主作了一番討論，除平易近人的用語外，更令人驚訝的是，桑斯汀對言論的看法是筆者從來沒有接觸過的。進一步再去看他的著述時發現，他指出新興科技所造成的、看似對審議程序有幫助的網路平台，卻因商品客製化的趨勢而受到嚴重的資訊過濾的困境 (黃維明譯，2002: 17-18)。臺灣的新聞媒體往往被認為是社會亂源，筆者的指導教授陳起行老師正好也在研究以網路為民主議題討論平台取徑之可能性，從而引起筆者研究桑斯汀的思想的興趣。

爾後得知桑斯汀為憲法學者，於 2008 年歐巴馬 (Barack Hussein Obama Jr.) 當選美國總統後，受委任擔任資訊及管制事務局 (Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA) 總監。能跨學術與實務界的學者並不多，一直為筆者所欽羨，蓋臺灣法律之學術與實務界向來為對立立場，且能擁有將學術上的主張實現於國家政策的機會，令筆者更為期待。開始回溯閱讀其著作之後發現更多令人驚豔之處。首先，桑斯汀平均一年至少有一本出版書籍，為數相當可觀；另外氏於筆者現在的年紀時即開始發表文章，寫作風格更為嚴謹，內容也更為豐富。筆者最後選擇研究桑斯汀對國家管制的理論乃係因本書屬於桑斯汀較早期的作品，即使日後對書中論點或有修正或補充，但本書確可窺探桑斯汀最根本的思想源頭及背景；另一方面筆者對我國的管制困境也相當關心，是以對於桑斯汀將如何透過法院的法律解釋權限以解決這些問題感到十分好奇，故綜上成為本文寫作之動機。

以現代的主流思潮觀之，國家對市場干預已為常態，甚至人民會主動要

求國家干預。公共政策學家洛威（Lowi Theodore）將政府的公共政策大致分為四種類型（1972）：「管制政策」（regulatory policy），例如環保政策；「自我管理政策」（self-regulatory policy），例如校園自主政策；「分配政策」（distributive policy），例如補助款分配政策；「重分配政策」（redistributive policy），例如決定稅收政策。按本書所關心者在於現代管制國家政策失靈時該如何解決，筆者因觀察到臺灣之管制困境，故誘發筆者研讀桑斯汀論述與解決方式；筆者以下提出三個臺灣的管制政策為例。

### 1.2.1、限用塑膠袋政策



\*圖 1-1

民國 91 年 4 月 22 日，環保署頒佈「購物用塑膠袋及塑膠類（含保麗龍）免洗餐具第一批限制使用對象、實施方式及實施日期」<sup>1</sup>明訂 91 年 7 月 1 日起開始實施部分限用塑膠袋與免洗餐具<sup>2</sup>。按規定，受規範之對象不得使用厚

<sup>1</sup> 中華民國 91 年 4 月 22 日行政院環境保護署環署廢字第 0910025775 號。

<sup>2</sup> 同年 6 月 12 日修正實施日期，使免洗餐具之禁用延長至 91 年 10 月 1 日開始實施（行政院環境保護署環署廢字第 0910039434 號修正）。

度未達 0.06 公釐的塑膠袋<sup>3</sup>，亦不得免費提供厚度達 0.06 公釐之購物用塑膠袋<sup>4</sup>。法規施行後，受規範的店家僅提供厚的、要用買的塑膠袋，在大家尚未形成自備購物袋的情況下，1 元、2 元給出去幾乎沒有感覺，所以大家仍然繼續購買塑膠袋使用，增厚塑膠袋的規定反而造成更多資源的浪費及環境污染。

第一波限塑政策開始實施沒多久，91 年 7 月 23 日接著頒佈「購物用塑膠袋及塑膠類（含保麗龍）免洗餐具第二批限制使用對象、實施方式及實施日期」<sup>5</sup>，預告於 92 年 1 月 1 日至 2 月 15 日為勸導期，2 月 16 日將開罰。禁用塑膠袋的規定引起相當大的反彈，並且造成許多塑膠袋工廠關閉、大量失業，同年 1 月 19 日相關業者走上街頭抗議；有店面小吃店因為慣用塑膠袋，並且容易沾黏、油膩，用加厚的塑膠袋也是無法重複利用，反而導致大家用得更凶，結果根本沒有達到預期的效果。95 年 6 月 9 日環保局承認其「限塑政策」之錯誤，並重新頒佈「限塑政策精進方案」<sup>6</sup>，將小吃店排除在規範對象之外。法規實施不久之後，配合民間便利商店設計的精美厚塑膠袋，大家比較有重複利用的意願；另外到處可見「塑膠袋請重複利用，愛護地球資源」的字眼，對人民從價值觀開始改變。現在大家開始會盡量跟店家說「不用袋子」，或是自行帶購物袋，或重複利用不會直接丟棄。

### 1.2.2、修訂後菸害防制法

菸害防制法於民國 96 年於立法院三讀通過，經總統公布修訂條文 98 年 1 月 11 日起實施。本次修訂之內容在於防止受二手煙之損害。修訂之重點包括：擴大禁菸場所之範圍、增設包裝上警告標語圖樣、將孕婦納入不得吸煙

<sup>3</sup> 塑膠袋的定義：含聚乙烯（PE）、聚丙烯（PP）、聚苯乙烯（PS）或聚氯乙烯（PVC）等成分，經由吹膜、壓延或擠壓加工成型。

<sup>4</sup> 限制使用對象：（一）政府部門：1.各級政府機關。2.公營事業機構。3.軍事機關；（二）國軍福利品供應站；（三）公私立學校；（四）公立醫療院所。

<sup>5</sup> 第二波限制對象增廣，包括（一）百貨公司業及購物中心；（二）量販店業；（三）超級市場業；（四）連鎖便利商店業；（五）連鎖速食店；（六）有店面之餐飲業，但公、民有市場、夜市內之餐飲性攤商（舖、販）不在此限（中華民國 91 年 7 月 23 日行政院環境保護署環署廢字第 0910049869 號）。

<sup>6</sup> 中華民國 95 年 6 月 9 日環署廢字第 0950044963 號「購物用塑膠袋限制使用對象、實施方式及實施日期」。環保署雖然承認政策錯誤，但仍歸咎於「臺灣人消費飲食習慣特殊」。

之範圍及對吸煙之青少年施以戒煙教育、禁止通路以開放式貨架供應菸品及禁止菸商之廣告、加課健康捐等<sup>7</sup>。然該次修訂問題在於太過嚴苛造成管制不足。

有些店家的性質若禁菸會侵害到其營業目的，則針對此類店家，於該法第 15 條第 11 款規定：「旅館、商場、餐飲店或其他供公眾消費之室內場所。但於該場所內設有獨立空調及獨立隔間之室內吸菸室、半戶外開放空間之餐飲場所、雪茄館、下午九時以後開始營業且十八歲以上始能進入之酒吧、視聽歌唱場所，不在此限。」但由於店家的義務只有不主動提供菸灰缸及勸導，況且如果真的全面禁菸，甚至會沒有客人上門，以致實際操作上，許多茶店、KTV、夜店等地方，雖然都不是從晚上九點才開始營業，但晚上九點之後就會遞上菸灰缸。另外，將旅館列為禁菸之公共室內場所，但在執行上難道警察可以衝進房間嗎？還有將孕婦列為不可吸菸之對象（§12 第二項），沒有相對應的罰則要如何執行？<sup>8</sup>三人以上的辦公場所亦為禁菸之場所，那倘若辦公室四個人吸菸，也不介意二手菸，仍符合該規定之禁菸場所，豈非為造成與立法目的相違背之結果？菸害防制法由於過於嚴苛而造成行政機關執行困難、規範對象鑽盡漏洞，因過度管制導致管制不足，應證桑斯汀於本書中所提出的其中一種管制困境。

### 1.2.3、廢娼政策

自 2001 之後，公娼正式走入歷史，至今剛好滿十年。廢娼的議題從 1994 年提出，至 2001 年正式廢除所有合法娼妓。但是只要有需求就永遠會有供應的道理是不會改變的，於是從此娼妓轉入地下化，造成非常嚴重的問題。過去娼妓合法時，大家有法律的保障，正當地在這個行業工作，定期健康檢查，並且因為有競爭業者，大家也比較相信政府有發牌照的娼妓，以致私娼比較

<sup>7</sup> 資料來源：行政院衛生署國民健康局網站之修法歷程，<http://tobacco.bhp.doh.gov.tw/Show.aspx?MenuId=545>，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 19 日。

<sup>8</sup> 筆者認為本項有違憲之虞，雖然沒有罰則，違反平等原則，歧視女性。如果懷孕婦女可以有選擇不要懷孕的自由，也有不去做羊膜穿刺的自由，縱使生下畸形兒她也甘之如飴，那麼僅為「可能」會生出畸形兒即禁止其個人吸菸之行為，實在有待商議。若照此理論，是不是男性吸菸「可能」造成陽痿而使他無法生育，怎麼不立法禁止？

沒有生存的機會。廢娼之後，娼妓業無處可去只好轉為地下化，在臺灣許多地方甚至因此得名。因為沒有了法律和國家的保障，私娼必須依靠集團、黑道才可能抵抗其他娼妓業者搶地盤、搶客人，因而從中被獲取暴利、剝削，卻也無法可循。過去一方面怕違法、另一方面有合法公娼，所以去找私娼的客人不多；禁娼後，反正大家都是不合法的，沒有人會被特別保護，未成年少女在網路上找尋援交對象的案件增加，同樣也無法禁止嫖客，警察抓不勝抓。這些都是禁公娼之後果。

在 666 號釋憲案中，大法官多數意見認為社會秩序維護法中「罰娼不罰嫖」的規定違反平等原則，被宣告違憲。此一判決促使內政部加快修正的腳步，民國 100 年 11 月 4 日立法院三讀通過社會秩序維護法的修正，增加第 91-1 條，授權各地政府在各款條件下「得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。」筆者認為，就各國經驗顯示，例如性產業，市場有需求就會有供應；又參照臺灣過去十年的經驗，禁娼不但達不到目的，更會造成不好的結果，也是國家管制政策失敗的例子之一。當然，如今採取授權各地政府在符合條件下自行決定是否設立色情特區，是否能夠成為有效的管制手段，值得繼續關注。

### 第三節 本文架構

本文主要寫作脈絡係依循本書為主軸來做開展，第一個部分主要為背景回顧，蓋瞭解本書寫作背景將更能掌握其所欲表達的精髓，筆者一方面以國家的角色、職能等理論演變開始談起，另一方面則介紹美國如何從提倡「最小規模政府」的古典自由主義，發展為主張「自由放任經濟學」的新自由主義，而嘗試結合自由與保守的「新右派」又是在什麼背景下興起的。筆者欲藉著介紹意識型態的流變，並於交代其成因的同時，以年代與社會重大事件為橫軸，嘗試將本書之寫作背景編織具系統性的說明。除了理論介紹外，本文第二章後半部亦從作者桑斯汀的思想理路出發，同時以縱向介紹共和主義的基本精神與價值、羅斯福新政的過程，以及新政後至寫作年代間的演變，

藉此也介紹本書欲對話之對象。

第二部分依循本書的章節排列，介紹前半部關於管制國家的論證，包括一般反對管制的理由，以及對目前反對最小規模政府的論點表示不足，進而說明管制能夠帶來的種種優點。然而，在第三章的最後整理了桑斯汀所提出之現代管制國家的困境，作為其欲建構一套法律解釋原則的動機。

第三部分首先介紹桑斯汀對傳統的法律解釋批評，他認為應該跳脫傳統對法院的角色定位，使法院能夠以超越立法者原意而作解釋，目的在促進美國共和式的憲政精神，主要包括審議程序及避免派系對立法與行政程序的阻撓、遊說。這個精神不但可回溯至立憲時聯邦主義者與反聯邦主義者的論辯，亦可以推至桑斯汀日後著作之背後核心價值。

第四部分為筆者希望藉由本文能提出的些許貢獻，旨為說明本書所呈現在字裡行間的抽象價值，以及本書奠定桑斯汀日後理論發展之方向與主軸；進一步大膽介紹桑斯汀日後部分著作與本書間之關連，以及桑斯汀 30 年寫作生涯之貢獻。

最後第一以新政發生的起源，即介紹 1929 年經濟大恐慌的起源與結果為介紹，並與 2008 年全球金融海嘯的起源與結果作一比較，得出研究結果；第二則以「臺灣亦存有管制困境」與「我國主要管制方向」兩個命題作結，

#### 第四節 相關論著、名詞解釋

國內論文僅針對桑斯汀之國家管制的理論單獨討論者不多<sup>9</sup>，有參考桑斯汀對自由市場與言論關係者，討論國家應如何管制言論，及管制言論之限度；

---

<sup>9</sup> 有將該法院定位論述引進並反省臺灣的法院的定位，認為應該使之成為「旁觀者」，並使判決在抽象意義上成為對話的平台；可參考梁志鳴（2004）、朱德明（2004）。上述皆係以桑斯汀（1999）「司法最小主義」（One Case At a Time）為基礎而討論者。該書於臺灣之主要探討文獻可參考黃昭元（2002: 875-917）。然按桑斯汀之司法最小主義，係為討論美國聯邦憲法法院應該之角色，並非一般之法院，故並非屬本書建構之準則可適用對象。

可參考劉欣怡（2003）。針對管制政策的檢驗機制，國內由邱昌泰教授、廖元豪教授（2003）受行政院經濟建設委員會之請託而為之〈建立管制性法規影響分析機制可行性研究〉<sup>10</sup>成果報告，其中整理及耙梳美國及其他各國的相關制度設計，亦非常值得吾人在思考此類問題時的參考。邱昌泰教授（1993、1996）亦有專書談論相關議題，皆為國內此方面的研究有極大貢獻。

本文就羅斯福總統所提出之《第二次權利法案》（The Second Bill of Rights），一般稱為《經濟權利法案》（Economic Bill of Rights）。又因為前者為桑斯汀之書名原文，故提及該書名時會以《第二次權利法案》稱之，若僅為指涉該法案，則會以《經濟權利法案》稱之。實指同者，易造成誤會，特此說明。另，本書對「管制」之用語甚多，包括“regulation”以及“regulatory statutes”以及“regulatory programs”，本文將前二者有翻為「管制」，亦有翻為「管制法規」者，筆者將視脈絡是否容易混淆而選擇不同用法；後者以「管制計畫」以分辨之。最後，桑斯汀將所有傳統及非傳統之法律解釋原則統稱為「準則」（canons），惟本書原文若作「原則」（principle）時，筆者仍將以「原則」譯之。

---

<sup>10</sup> 本資料可由 <http://www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=1970> 下載取得。

## 第二章 理論背景

### 第一節 背景一：國家職能——從國家的起源談起

按本書明顯地是站在「大政府」或「管制國家」的立場。相較於小規模政府，管制型的大政府對美國來說並不是新的概念，然桑斯汀在本書中所倡議、支持的大政府，除了有其歷史脈絡外，更有其強調的動機，本章的目的就在挖掘本書的寫作動機與背景，以及其所欲反駁、對話的氛圍。

國家應該要是「小規模政府」還是「大規模政府」？國家的責任應該有哪些，與國家的「地位」有關；而國家的地位與其定位有關，而欲知其定位，必先瞭解國家的定義與起源。蓋「國家」的起源，兩百年內曾出現的傳統學說，不外乎五種（高永光，2008: 541-544）：神意說、家族起源說、武力說、演化說、社會契約說。「神意說」就是歐洲所稱之「君權神授」，即統治者的權力是來自於神；中國則稱皇帝為「天子」，為天之子，天下的土地皆為王室所有，而土地上的子民皆為皇帝的臣子。神意說認為國家的起源係來自於神的旨意，主要有鞏固統治者權力之用意。「家族起源說」認為，國家的出現是源於人在原始的狀態下，為了繁衍後代，同類的人相互聚集，自然形成有組織的生活群體；其中，為保護族人、進行狩獵，而產生領導階層的族長、酋長，形成部落社會，此即為國家的雛形。「武力說」認為國家的形成是為了組織武力、向外征戰。「演化說」綜合許多國家形成的要素，主張國家的起源，並不是由單一的因素所產生，而是各種如血統、宗教、經濟、戰爭、政治意識等各種因素交互作用而形成的。即使世界某些地方的確仍保存有部落社會的型態，以致「家族起源說」似乎較為接近國家發展的歷程事實；並且「演化說」排除國家單一起源的主張或許較為客觀，但「社會契約說」為後來古典自由主義及許多現代國家制度設計的基礎態度，卻是不爭的事實。

社會契約說主要代表人物有霍布斯(Thomas Hobbes)、洛克(John Locke)、盧梭(J. J. Rousseau)等，各學者的理論雖不盡相同，但共同點都在於解釋人

類從原始社會進入國家社會的原因。17 世紀的霍布斯從機械唯物論出發，擁護君主體制，主張服從和尊重權威將使個人獲得最大的利益（顧肅，2006: 212-15）。霍布斯在《利維坦》將人性醜陋、利己的一面說成是普遍的、不變的自然狀態；但他同時也指出人性存在著理性的一面。蓋人醜陋的本性使其不擇手段去保全自己的性命和自由，使人與人之間的關係陷入混亂，另一方面人的理性促使人們想出一套反自然的調節方法，避免所有人陷入自相殘殺、同歸於盡，這就是國家的起源，以避免人類互相為敵、改變互相殘殺的殘酷型態。因此每個人爲了自己的生存及安全，即共同約束放棄部分的權利，交給「國家」以換取另外一些權利的保障，例如生存（朱敏章譯，2005: 58-60）。

17 世紀的洛克認爲人是理性的動物，這個理性就是自然法，而在自然社會中就是由大家應該遵循的自然法支配著全體人類。在洛克的哲學中，人的一切權利都是與生俱來的，生命、自由、財產都是不可被取消的權利，若欲對一個人的天賦權利進行限制，必須以保護另一個人同樣重要的權利爲理由始爲正當。洛克在《政府論》上、下兩篇中主張人都有不能被控制的自由，且人沒有毀滅自己的自由；人類都是平等且獨立的，沒有人可以去傷害他人的生命、自由、財產等權利。而當人在保存自己以外還有餘力時，就應該要盡其所能保全其他人。是以爲了解決人與人之間的衝突，人們共同遵守自然法，簽署社會契約。在國家中，若人人遵守法律，則人的自然權利就會獲得保障（Locke, 1988: 270-71；高永光，2008: 542；顧肅，2006: 232-34）。

英國在洛克發行著作後漸漸變得保守與自滿，而法國則緊接著於 18 世紀開始啓蒙運動，以孟德斯鳩、伏爾泰、盧梭等人爲首的「百科全書派」皆以契約論爲基礎而發展其主要的政治法律思想，更加著眼於與英國消極自由相對的積極自由。啓蒙運動前期最著名的孟德斯鳩（C. L. Montesquieu）於《論法的精神》中研究了政體的性質，並使權力分立的思想更爲法律化、制度化、組織化（顧肅，2006: 254）。他認爲一個有法律的社會中，自由僅是一個人能夠作他應該作的事情，而不被強迫去作他不應該作的事情，而三權分立的體制設置就是爲了實現和保障這種真正的政治自由，防止權力的濫用（顧肅，2006: 256-58）。

相較於孟德斯鳩，盧梭的哲學思想一方面認為人從出生就具有愛心和憐憫心，是這兩種感情調節著人們之間的關係，而不像霍布斯所認為的那種互相殘殺、求自己生存的人性；另一方面則主張自然狀態的原始社會是豐衣足食的自由社會，並不存在洛克所謂之私有財產的概念。盧梭在《社會契約論》中指出，人之所以建立社會契約，是為了尋找一種結合的方式，使其能以全部共同的力量來保障締約者的人身與財富。在盧梭的社會契約論中，雖然會使得人類喪失天然的自由，但同時也會獲得社會的自由，並獲得他所企圖的、所享有的一切東西的所有權（高永光，2008: 542；顧肅，2006: 262；徐百齊譯，2000: 26-27）。盧梭進一步提出「公意」（general will）的概念，即契約一旦訂立，個人就應該服從於國家的「公意」；倘若有人不願服從，則全體可以迫使他服從，即「迫使其自由」。「公意」並非由盧梭所創，但其所賦予「公意」有獨特的政治意義，進而發展出「人民主權」的概念。盧梭以人民主權為出發，不但反對孟德斯鳩的分權理論，也反對英國的代議制度，蓋盧梭認為主權是不能分割也不能被代表的；主權具有至高無上性、不可轉讓性、不可代表性和永久無誤性（顧肅，2006: 264, 266）。總言之，以契約論建構的國家起源理論，各學者的理論皆有其不同之處，但發展至盧梭後的契約論，實際上成為古典自由主義的基礎理論，同時貫穿從英國消極自由到法國積極自由的脈絡。

以契約論為基礎的古典自由主義主張，國家應該具有保護人民生命安全的的基本功能。以盧梭的社約論為例，他認為人民相互以契約的方式結合，並以團結的力量保護每個分子的生命財產，進而使之獲得真正的自由。在這種定義下的古典自由主義乃以消極自由為特色，表現在國家的職能上即為「小規模」（the minimal）政府。換言之，國家的職能剛開始與「管制國家」的概念仍相去甚遠，倘若欲瞭解兩者之間如何過渡、如何消長的關係，就必須繼續往 19 至 20 世紀自由主義在美國的流變。

## 第二節 背景二：古典自由主義與現代自由主義

源於 17 世紀英國，由 18 世紀的法國承接的古典自由主義，藉由 18 世紀末受英國的殖民傳進了美洲，在美國獨立革命中扮演了重要的理論地位，更主導美國 19 世紀主要的經濟、政治、社會思潮。

自由主義依據國家角色的不同看法，可分為「古典自由主義」(Classical Liberalism) 與「現代自由主義」(Modern Liberalism) 兩種，前者承繼契約論的想法而偏向倡議人的消極自由，相信最小規模國家，以洛克的話說，就是僅有「守夜人」(night watcher) 的性質；古典自由主義下的國家角色被限制在維繫秩序、協助人民信守約定，以及抵禦外侮 (Heywood, 2007: 46)，保障人民有「消極自由」。在政治社會中重視市民社會 (civil society) 的古典自由主義，在經濟學上則體現為自我管理的市場經濟。18 世紀末 19 世紀初，斯密 (Adam Smith) 的《國富論》(The Wealth of Nations) 寫作於盛行「重商主義」(Mercantilism) 的年代，正逢政府管制經濟的高峰期，斯密在書中倡導政府不要管制經濟反而會有更好的效果，乃古典經濟學之代表。

古典經濟學認為整個經濟是照著一個客觀的市場規律在運行，例如沒有一個生產者能夠個別地決定價格，價格是由市場來決定的，由買賣供需之間的狀況來決定的，這就是斯密所謂「看不見的手」(the invisible hand)。同時，古典經濟學也帶有效益主義 (Utilitarianism) 的色彩，相信每個人在自私自利的同時會促進經濟繁榮及帶來福祉。斯密以比喻加以說明：「我們的晚餐並非來自屠夫、釀酒人或烘焙師傅的慈悲，而是因為他們想要追求自己的利益。」自由市場的概念在英國盛行整個 19 世紀，在美國則至 1930 年代前都未被挑戰 (Heywood, 2007: 49-50)。

19 世紀末至 20 世紀，自由主義紛紛開始進行或寬或緊的修正。自由主義者發現工業資本主義的複雜性，單憑市場運作是無法確定地帶來福祉與目標，而 1929 年美國華爾街在一夜之間崩盤所產生的經濟大恐慌 (the Great Depression) 剛好就是一個市場失靈的證明，許多西方的經濟學家紛紛提出放棄自由放任理念的經濟干預政策，例如英國經濟學家凱恩斯 (John Maynard

Keynes) 則挑戰古典經濟學的立場，否定過去認為連失業問題都可以以市場來解決的觀念；相反地，凱恩斯主張總體經濟活動可以透過對總需求的影響來管控經濟，所以他建議政府大量支出以創造市場需求，自然就可以創造就業機會、刺激經濟發展，此為凱恩斯主義 (Keynesianism)。美國於 30 年代羅斯福總統上任後頒佈「新政」(New Deal)，為挽救跌到谷底的經濟，開始對市場採取主動干預、大量管制的手段，擴大政府支出以需求創造經濟，實踐了凱恩斯的經濟理論，替代了先前的「自由放任」路線 (Heywood, 2007: 59-60)。

「新自由主義」(Neo-liberalism)，其係指 1970 年代後在古典自由主義的前提下開始復甦的一種經濟自由體制，旨在反轉 20 世紀以來一面倒的「大政府」傾向。海伍德 (Andrew Heywood) 認為新自由主義的主張實已超越了古典經濟理論的立場，新自由主義其實就是市場基本教義主義 (Market Fundamentalism)，對市場機制有絕對的信心，認為依靠市場可以解決所有的經濟問題。縱使是被視為市場經濟之父的斯密，亦承認市場有其極限；但從新自由主義者的觀點來看，政府管制的缺失導致他們反對政府以各種形式介入經濟中。新自由主義是新右派意識型態運動的一部份 (Heywood, 2007: 52)。按 1970 年代之後，保守主義中出現傾向古典自由主義經濟學的「新右派」(New right)。新右派是兩種完全不同意識型態的混合體：第一個是前述的新自由主義，另一個則是傳統保守的社會思想，也稱「新保守主義」(Neo-conservatism)。基本上新右派就是在企圖調和經濟上的自由放任主義與國家或社會威權主義，用海伍德的話來說，新右派是「激進、反動及傳統的融合」(Heywood, 2007: 88)。

新右派中又分為自由的新右派 (Liberal new right)，及保守的新右派 (Conservative new right)。前者的自由部分是來自古典而非現代自由主義，他們將經濟思想從凱恩斯主義轉到斯密自由市場的古典經濟學，海耶克 (Friedrich von Hayek) 及弗利德曼 (Milton Friedman) 即為代表。在 1970 年代，當政府在維持經濟繁榮上遇到新的瓶頸時，大家即重新開始重視自由市場理論，思考政府是否真的是解決經濟問題的最佳角色，海耶克與弗利德曼主張政府是

經濟問題的原因，而不是解決者。他們所提倡的經濟主義與凱恩斯主義的爭論長達一個世紀之久。凱恩斯主義認為只要政府擴大支出就可以帶動經濟繁榮，但海耶克卻認為經濟繁榮的重點不應該在「整體需求」(aggregate demand)，並且應該鼓勵生產而非鼓勵消費 (Heywood, 2007: 89-90)；解決失業問題只是手段而不是目的，真正能使經濟繁榮、復甦的方式還是必須仰賴市場自己的調節機制。海耶克重申斯密的「看不見的手」，認為市場是有機體而不是物件 (object)，凱恩斯主義建議政府擴大支出、降低低利率以促進消費的方式，只會造成經濟繁榮的假象；對企業紓困、接管等行為都只是讓破洞越來越深；增加人民手上的鈔票只會形成流動性陷阱，那些經濟繁榮的假象過後就是破產的銀行系統。總言之，新自由主義的經濟學家認為市場是公平的，合於經濟正義，市場讓所有人基於其自身的實力而有公平的機會或起或落；換言之，經濟上的不平等只是反映了天生能力的不平等罷了。海耶克並強調，凱恩斯忽略了人類行為與動機的重要性，重點是「集體協作」，而不是少數人的「中央計畫」；他並著書稱凱恩斯主義為經濟作計畫是一種《致命的自負》(The Fatal Conceit)。

自由的新右派的主張，不但為 1970 年代後主流的凱恩斯主義之反動，同時亦與桑斯汀所提倡之當代自由主義相斥；即使未對當時美國實際的經濟理論產生太大影響，但對於瞭解當時的國家政策取向與桑斯汀的理論而言，尤其海耶克的理論近年來又重新受到重視，皆有瞭解其內容之必要。

然而與古典自由主義相對的「現代自由主義」則是為了回應工業資本主義所造成的社會不平等。他們修正古典自由主義認為追求自利可以帶來繁榮與公平的想法，主張最小規模政府是無法匡正社會上的不公平及不正義 (Heywood, 2007: 53-54)，相較於古典自由主義而言，對自由的提倡較傾向追求「積極自由」。桑斯汀寫作本書的背景為 80 年代末期，以贊成管制的內容來判斷，應該係為回應當時的新自由主義浪潮。又書中所稱之「權利革命」則顯示桑斯汀之論點與「現代自由主義」的主張不謀而合：反對小規模政府，並進一步提倡由政府調和國家管制下造成的社會不平等及不正義。

### 第三節 背景三：美國的共和主義思想

本書可謂「收錄」桑斯汀於 1980 至 1990 這 10 年間主要理論，有些可以從行文中看到，有些則是隱含在書中的理論思想或政治立場。其中桑斯汀最主要的共和主義思想可從氏於 1985 年所發表之〈Interest Groups in American Public Law〉及 1988 年所發表之〈Beyond the Republican Revival〉兩篇文章中可辨認清楚的脈絡。桑斯汀在該文中分為兩個部分，前半部以抽象方式宣稱四個共和主義的主要原則，後半部則以美國實例映證之。

桑斯汀 (1985, 1988) 認為在美國較常被提起或辨認出的政治概念有二，第一個是多元主義 (Pluralism)，另一個則是共和主義 (Republican)。多元主義主張政治的本質與目的即為各個利益團體為爭奪有限的資源所為之鬥爭過程。它將現存的財富分配、現存的權利、現存的私人偏好視為「外生的」(exogenous) 並先於政治的 (pre-political) 而存在的 (1988: 1543)。而國家法律體制的目的就是精確且忠實地反映這樣的鬥爭過程，並確保競爭能夠順暢進行。相對地，共和主義則是主張政治為全體公民在審議過程中追求公益的過程。共和主義重視參與及對話，並強調個人偏好為審議過程中受嚴格審查的對象，並非外生的或先於政治的。政治不能僅是滿足現存的偏好，而是在其過程中形塑一個集體所欲追求的價值 (1985: 31-32)。國內學者廖元豪 (1995: 80) 將兩者比較後指出，多元主義較重視競爭、討價還價，尊重現存偏好，以滿足偏好為政治的目的；共和主義則強調對話、思辯，並認為政治有積極面向，應超越私人偏好。而對於政治的角色，多元主義無疑主張其為純粹的利益交換，但共和主義對此種交易的正當性是相當存疑的。

桑斯汀 (1988) 指出傳統認為美國憲政採取的多元主義立場，面對了四個困境：首先，多元主義既然視個人偏好為政治之目的，則必然會面臨壞的偏好及權力不平等的問題；第二，多元主義並不強調審議，法規的制定無須提出理由論證，亦無須經過說服、討論的過程，以致政治淪為純粹的「交易」(deal) 行為；第三，多元主義的許多主張明顯係源自效益主義 (Utilitarianism)，是以亦必須面對效益主義的失衡問題，例如多元主義同效益主義皆主張，當聚集多數人的偏好就會產生社會最大福祉，但效益主義無法解決在公

共選擇理論下所造成的循環論證，多元主義亦面臨同樣問題；第四，在多元主義並不強調政治的參與，而缺乏參與政治生活其實會使人民無法經歷自我進步的過程，無法增進同理心及社會團結等。共和主義，相反地填補了多元主義在這些方面的不足（1543-47）。

雖然共和主義在 70 年代才被重新檢視其對美國憲政思想的影響，但其實回溯至美國立憲時，共和主義即扮演相當重要的角色。美國於獨立戰爭結束之後，除依照邦聯條例內之規定，由 13 個殖民地建立有名無實的全國性國會外，並沒有一個具有立法或司法權的中央政府。權力分散在各州，各州對該全國性國會也相當不重視，中央會議形同虛設。1787 年，美國於費城制憲會議上召開制憲會議，並於會中通過憲法草案，發下各州進行討論，準備進行表決。而後各州紛紛發出反對的聲浪，主要係針對將邦聯制改為聯邦制的不滿；反聯邦主義者（the antifederalists）在紐約書報上公開進行反對意見的宣傳。制憲會議召開人之一漢密爾頓（Alexander Hamilton），協同麥迪遜（James Madison）及傑伊（John Jay），以普布利烏斯（Publius）為筆名，亦開始於紐約的三家報紙上連載宣傳聯邦制的文章，以說服紐約市民支持以聯邦制為基底的憲法草案。

反聯邦主義者主要為堅持傳統的共和主義，即在他們心目中的理想共和制是由市民積極、主動地參與政治，故極為重視市民美德（civic virtue）與直接地參與政治。政府的決定是由顧及公共利益的市民做出，政府的工作就在於維持、鼓勵此種無私的精神，確保公民美德的產生。為市民直接參與政治的目的，小型政體才能實現；反聯邦主義者因此反對聯邦制所創造的大型社群，認為在大範圍的政體下，相對於小型社群的「同質性」（homogeneity），全國性政府型態不可避免會造成「異質性」（heterogeneity），而使審議的過程變得更困難。聯邦制所創造的代議制度將會使人民的意見被稀釋，由人民選舉出來的代表亦必然會遠離人民的期待，人民將被徹底剝奪控制其代議士的能力，並被排除在公共事務之外；另一方面，由少數人聚集而成的聯邦政府，在法律及政策制定上有極大的獨裁權，將形成某種「有力卻遙遠」（powerful and remote）的全國性政治（廖元豪，1995: 81-82）。聯邦主義者強調的派系

問題 (faction)，反聯邦主義者把它歸咎於貪腐，並提出「控制派系」及「限制由人民選舉出的代表的權力」為解決方法。基於上述理由，反聯邦主義者反對中央集權，並堅持地方分權才能形成具同質性、透明性，以及無私的公民，如此始能避免國家陷入私利間的鬥爭；他們更進一步攻擊聯邦主義者，聯邦制度所創造的「共和體制」，離傳統的共和理念已相去甚遠了（錢永祥，1995: 7）。

聯邦主義者並未拋棄共和主義的精神，故普布利烏斯於與反聯邦主義者的論戰中主要著眼於新的聯邦制如何解決邦聯制下的弊病，試圖將其主張與傳統共和主義的距離盡量地縮小<sup>11</sup>。麥迪遜認為由派系所造成的貪腐，乃自由下無法避免的自然產物，其存於人性中；他認為勢必不能再採用傳統共和主義的手段解決派系的問題，即美德的教育與灌輸，而小型社群才是問題的根源，因為在越小的社群裡，各派系就更有機會和能力去掌控政治權力，並做出僅對該小型社群有利之決定。

麥迪遜進一步認為若試圖消弭熱情或利益，更有可能會造成派系專制 (factional tyranny)，並對真正的自由 (liberty) 造成傷害 (Hamilton, Madison & Jay, 2009: 53)。另一方面針對反聯邦主義者就「人民與政府關係越來越遠」的挑戰，麥迪遜清楚回應，越小的社群就越容易形成多數暴力，少數的聲音會越難被聽見，派系問題也會越嚴重；反之，擴大社群會使得散佈各地的少數集合在一起，讓他們的聲音有被聽到的機會；多元、分歧的意見會促進民主的發展，削弱派系的控制。在制度面麥迪遜主張代議制應繼續被重視，大選區比小選區好，長任期較短任期為佳，如此代議制度才能避免代議士過於重視其所代表之地方利益，而忽略整體國家的公共利益；代議士也要能自由地隨時參與討論，並以公共善為出發點來做決策。

至於反聯邦主義者批評聯邦制會使許多不同的意見互相衝突與不協調，另一位作者漢密爾頓則回應：多樣的想法進入立法機構，縱使可能會延宕好

---

<sup>11</sup>麥迪遜於第 10 篇中強調，聯邦制度所推行的共和國，與民主國不同。最大的差別在於，「後者的政府工作是由大家推舉出來的少數公民來管理；其次，者包括的公民數較多，國家的幅員也較大」(Hamilton et al., 2009: 58)。可見聯邦主義者仍努力使新制度與民主國區分，亦刻意地避開人民與政府距離的差別，而改從共和原理的其他部分切入。

的議案的推動，但必定也會促進更多審議（deliberation）及慎重，可監督或防止多數推動的暴行。聯邦主義者將「兩院制」（bicameralism）視為可監督、又可增進審議行為的良好機制。聯邦主義者建立一整套的監督機制，包括全國性代表、兩院制、間接選舉、權力分配，還有中央政府與各州的關係；這些機制都係為與不可避免的派系權力抗衡。其所設計之全國性代議士，並非盲目地追求其所擔負的地區責任，而是必須在所代表的地方利益與國家利益間取得平衡；審議是代議士最重要的功能，監督制衡機制也是在這裡發揮作用，而司法審查機制更是在保障代議士的意志不會高過人民的意志。

桑斯汀 2009 年為《聯邦論》（The Federalist）所撰寫的序言〈Introduction: The Enlarged Republic〉中指出，聯邦制可謂建構了一個前所未有的共和體制，包含建立在大型共和國中的監督制衡的機制，以作為傳統共和概念的補救。另一方面，聯邦制創造一個新的民主概念，即審議式（deliberative）民主，這個想法與傳統邦聯制的共和主義者的想法大相逕庭。以麥迪遜為代表的聯邦主義者主張在社會多樣化的情況下，意見的不同與人際之間的摩擦可以促成對話及思辯，是以在制度的設計上應著重於社會多樣化的提升，而不是一味求同，如此才能將不同的意見納入政治思辯的過程。這樣的共和主義思想構成了美國憲法基本精神，後人有稱為「麥迪遜式的共和主義」（Madisonian Republicanism）（廖元豪，1995: 83-84）。總言之，聯邦主義者係為挑戰那些認為大型共和國不可能的理論，同時提出使美國憲法生命延長的一條新的路徑（Sunstein, 2009b）。

#### 第四節 背景四：1930 年代羅斯福新政

在本書中，與一般對美國政治意識型態及社會經濟史的理解相同，桑斯汀亦將 1930 年代由羅斯福總統推行的新政當作一個分水嶺。除了我們在後面可以看到的種種管制措施與機構的成立，最重要的是由羅斯福總統領軍的新政改革所賴以為基礎的從根本上與過去不同的對市場的理解，即市場不是「自然的」，而是「人造的」。在 1929 年經濟大蕭條爆發前，一次戰後的美國正經

歷史稱「喧囂的二〇年代」，在這 10 年間美國國民生產總則大幅提高，工廠勞動生產率提高 53%，農業勞動生產率提高 20%；1922 至 1927 年間的年均經濟增長 7%；國民生產總值從 1919 年的 742 億美元，增加到 1929 年的 1,031 億美元（喬繼堂，2010: 12）。

然而，繁榮的經濟使社會上充斥著樂觀主義，當時逐漸嚴重的經濟問題反而被忽視。由於人們的生活水準普遍提高，但民眾收入提高的速度遠遠跟不上工業生產的步伐，民眾的購買力嚴重不足，生產與消費矛盾突出。農業領域則由於市場萎縮及國外產品競爭，農民收入幾乎減半。工業領域的工人工資增長遠低於生產力的增長，又因生產效率的提高，就業人數幾乎沒有增加。但相對於人民收入增長緩慢，企業利潤卻大幅、快速地爬升，加上當時以減稅方式鼓勵資本家生產、投資，財富急速集中。至 1929 年美國國家的財富有五分之三都集中在 2% 的人手中，產生許多的「大富翁」，而有錢人又在拜金主義的美德化及盲目的樂觀情緒作用下，大量投資股票，巨額資金流入股市，股價獲利豐厚，股市投機無所不用其極，導致嚴重失控（喬繼堂，2010: 13）。

1929 年 10 月 24 日是美國史上的「黑色星期四」，美國股市價格暴跌，一天蒸發了 30 億美元，雖然摩根公司拿出 24 億美金救援而使股市行情稍趨穩定，但 10 月 29 日股票仍再次重挫，一天蒸發了 100 億美元。美國股市的崩潰引起了連鎖反應，各種商品大幅跌價，人們的信心嚴重受挫，信貸收縮，企業裹足，美國大蕭條（Great Depression）正式到來（喬繼堂，2010: 13）。這一波大蕭條對民生而言最大的影響是收入減少、生活水準下降，以及失業流浪。從 1927 年一家四口的最低生活費用為 3,000 美元，但 1932 年全國家庭的平均收入只有 1,348 美元。農產品價格在一次大戰後下跌，經濟危機使農民更必須以低於成本的價格賤賣，在無法償還債務的窘境下，1929 至 1933 年間大約有一百多萬戶農民因被取消抵押品贖回權而失去了他們的財產。大蕭條造成最大的恐慌是大量的失業。自 1929 年起，平均每週都有 10 萬人失業，至 1932 年總失業人數高達 1,300 萬，路上的流浪人數增加至 150 至 200 萬人（喬繼堂，2010: 14-15）。

經濟大蕭條對美國造成最大的傷害，莫過於是對美國民眾的信念崩潰與心靈創傷，當時總統胡佛（Herbert C. Hoover）未能採取適當措施解決問題，使民眾的反彈相當強烈。相同的衝擊針對美國的經濟政策、政策體制，許多激進份子主張進行社會革命實行共產主義，而主流觀點則指向在自由放任與共產主義的中間道路，主張國家應實行一定程度國家干預經濟生活的變革（喬繼堂，2010: 16）。羅斯福就在此呼聲下高票當選，並開始「新政」（New Deal）改革。

1933 年羅斯福總統上任，推行的新政核心為三個 R，即救濟（Relief）、改革（Reform）和復興（Recovery）。首先在「救濟」方面，延續胡佛總統的救濟失業人口計畫，羅斯福總統成立至少五個官方機構試圖減少失業人口，包括土木工程署（the Civil Works Administration）、公共資源保護隊（the Civilian Conservation Corps）、聯邦緊急救濟署（the Federal Emergency Relief Administration）、市政工程管理局（the Public Works Administration）、田納西河谷管理局（the Tennessee Valley Authority）等；另一方面通過一連串的法律以保護勞工，包括 1935 年制定的《國家勞工關係法》（National Labor Relations Act），保障勞工有組織工會團體的權利；1938 年制定《公平勞動標準法》（The Fair Labor Standards Act）保障勞工的最低薪資與最高工時；另外 1935 年通過的《社會保障法》（Social Security Act），為失業人口提供必要協助（Sunstein, 2004: 41）。在「改革」的部分，羅斯福總統於 1933 年推出《全國產業復興法》（National Industrial Recovery Act），主要目的是強迫各行各業協議並提出行規，停止競爭。同年新銀行條例紛紛通過，隔年則成立證券交易委員會以監督華爾街的交易。在「復興」的部分，羅斯福總統透過增加政府開銷來達到「復興」的目的，包括公共工程管理局總共花費 33 億美金在公共工程上，希望能夠刺激低迷的景氣。

1934 年國會改選，羅斯福總統獲得參眾兩議院的多數，開始了 1935 至 1937 年間的第二波新政改革。這段期間的新政大量放棄產業合作，轉而專注於反壟斷的政策制定；他們的目標是透過更大量的改革以對脆弱的經濟方面提供長期的保護。《緊急救濟法案》（Emergency Relief Appropriation Act）使工

業促進局（Works Progress Administration）提供 8 萬多個就業機會；1935 至 1943 年間，政府則花費近 70 億元，以公共建設名義創造就業機會，以工代賑。前述的《社會保障法》規定向雇主強制徵收聯邦失業保險稅，聯邦向各州撥款幫助各州照顧弱勢族群，建立完備的福利制度；針對有錢人制定的《財富稅法》（Wealth Tax Act）提高財產稅，將個人收入超額累進所得稅和公司純收入累進所得稅提高，建立公正的稅收制度；創立聯邦儲蓄委員會（Federal Reserve Board）的《銀行法》（Banking Act）改變了聯邦儲備體系的組織和權力結構，使控制權從華爾街為代表的地區儲備銀行，回到華盛頓的聯邦儲備體系理事會，確立了適應現代化經濟的現代銀行體系（Sunstein,2004:41-42；喬繼堂，2010: 18-20）。

羅斯福總統大刀闊斧的改革，分別被冠以「第一次」與「第二次」新政。第一次即 1933 年 3 月 9 日起的「百日新政」，主要目的為快速處理當時眼前面臨不能等待的經濟問題；1935 至 1939 年則被視為第二次新政，注重較具長遠影響的立法。羅斯福總統另一個有名的「政策」為「爐邊談話」（Fireside Chat），有認為該名稱由來係因羅斯福發表的內容鏗鏘有力，有如燃燒的爐火，但也有認為當時總統透過廣播向全美國人民發表談話的外賓接待室中有一個壁爐，便提議以「爐邊」命名，為使人民打開收音機聆聽總統的聲音時，彷彿總統親臨己家，與其圍爐相坐、親切交談。在這個氛圍中，爐邊談話斷斷續續持續 11 年之久。第一次是在 1933 年 3 月 12 日羅斯福開始談銀行問題，隔天人民紛紛把前幾天提領出來的黃金、現金存進銀行，第一次的爐邊談話獲得巨大的成功；直至 1944 年 6 月 12 日談第五次戰爭籌款運動，長長短短共 30 次（喬繼堂，2010: 20,22）。

羅斯福採取爐邊談話的政策，一方面是為了向國民說明較為複雜的概念，並且在非常時期讓人民覺得他們並不孤單；但更重要的原因在於，羅斯福在改革的初期，一些緊急的法令頒佈及管制機構的成立受到相當大的阻撓，但當時情況緊急不容國會與政府之間有爭吵的機會，於是羅斯福採用爐邊談話爭取人民的支持，進而對反對者造成壓力，使其放棄己見、屈從新政。反對者中尤其最高法院常將羅斯福頒佈的政策或法令宣告違憲，而該次對司法機

構改組的提議與鼓勵的爐邊談話，即產生了重大的影響（喬繼堂，2010: 22-23）。

然而即使美國國內的經濟蕭條逐漸在羅斯福的新政下復甦，但這一波經濟蕭條卻仍默默帶動極端主義的抬頭，義大利法西斯主義、德國納粹主義等反資本主義的思潮勢如破竹地成爲第二次大戰的因子。1939年二戰開始，1944年戰爭進入尾聲，羅斯福於1944年1月11日透過廣播對美國國會發表國情咨文（State of the Union Address），該內容被稱爲《經濟權利法案》（The Economic Bill of Rights）。羅斯福認爲美國過去的《權利法案》（Bill of Rights）已經不足以提供人民追求幸福的平等，所以他提出第二權利法案（A Second Bill of Rights），即《經濟權利法案》，主要在保障人民的能維持基本生活需求的工作權、免於不公平的競爭與壟斷的權利，以及住房、醫療、教育與社會安全等權利。

在發表法案內容前，羅斯福說道：「現在這是我們的責任去擬訂計畫及決定策略，以獲得持續的和平，並且使美國人的生活水準達到有史以來的最高。只要我們人民中有一些人，不論平均生活標準有多高，也不論是不是只有1/3或1/4甚至1/10的人民無法吃飽、無法穿暖，無家可歸，或覺得在危險裡面，我們都不會滿意。在言論自由、媒體自由、宗教自由、受司法審判的權利、以及免於不合理的搜索及扣押等不可轉讓的政治權利的保障之下，這個共和從開始已經成長到現在的規模。這些都是我們生活的權利和自由。只是隨著我們的國家發展，工業經濟跟著擴張，這些政治權利已不足以確保我們追求幸福時的平等。我們已經清楚的認清了一項事實，即沒有經濟安全與獨立，真正的個人自由不可能存在。窮困的人不是自由的人。饑餓和失業的人們正是創造獨裁國家的原料。在我們這個時代，這些經濟的現實已經被承認是不言自明的。我們已經接受了可以說是第二個權利法案，根據它可以爲所有的人——部分地位、種族或信仰——建立一個新的安全和繁榮的基礎。」

羅斯福在宣布《經濟權利法案》前說的這一番話，已經把其在任期間爲掌控市場所做的措施與頒佈的法案目的做了簡單且清楚的解釋，並藉由當時二戰對美國經濟帶來的衝擊，及對當時市場的自由放任態度做出回應。羅斯

福清楚地看到資本主義下的自由市場無法帶來真正的自由，單單依靠市場本身的機制會忽略社會的不正義、不平等。在這個前提下，羅斯福發表其所主張之《經濟權利法案》內容，他認為所有美國國民都應該共同享有<sup>12</sup>「有在我國從事工業、商業、農場或礦產等有益且可獲得報酬的工作的權利；有賺入足以提供充足衣食和娛樂的收入的權利；所有農民有生產和銷售產品足以保障自己和家庭在生活上過得去的權利；所有商人，不分大小，皆有免於被國內外壟斷集團不公平競爭及控制環境中從事自由貿易的權利；所有家庭享有體面家庭的權利；享有充分醫療照顧和有機會獲得並保障身體健康的權利；享受充分保障不必在經濟上擔心老、病、事故和失業的權利；享受良好教育的權利。」

羅斯福總統所提出的《經濟權利法案》，可以看出對自由放任的反省與社會正義的重視。新政改革重要的思想背景，繫於對普通法的否定。新政以前，社會、法院對於國家干預抱持反對的態度，大部分是基於對「自然狀態」的信任，認為自然法（或謂普通法）的存在就可以自行調節社會的狀態，而這個狀態和調節系統是不應該也不可能被干預、操控的。然而，新政主義者認為社會上所有事物都是在人所創造出來的秩序下形成，並不存在所謂的「自然狀態」。此種想法早在效益主義大師邊沁的理論中就曾出現，他認為「財產（property）是法律的產物，財產與法律是一起產生的，是無法獨立存在的」<sup>13</sup>。同樣的概念，法唯實論（legal realism）者亦同意政府和法律是無所不在的，但是倘若一個人沒有房子沒有工作，這絕對不是「自然的結果」，也不會是「上帝的旨意」；他們不否認某些權利是「自然的」或「上帝賦予的」，但這些權利如果沒有法律加以保護，如果沒有國家加以強制執行，那麼這些權利就很有可能會被侵犯，甚至形同虛無（Sunstein, 2004: 24）。

桑斯汀在其著作《第二次權利法案》（The Second Bill of Rights）一書中認為羅斯福總統所採取的手段雖然無法歸納出一個較為一致的主題或方向，但以結果觀察，新政時期的改革對美國舊的憲政傳統有三大挑戰：首先，新政

---

<sup>12</sup> 原文可參 Sunstein, *The Second Bill of Rights*, 2004, p.13.

<sup>13</sup> 原文為“... property and law are born and must die together. Before the laws there was no property; take away the laws, all property ceases.”

改革者挑戰了那時的權利保護型態：當時認為被確立的權利大多偏向財富利益的保護，因此忽略對窮人、老人、及失業者的權利保護(Sunstein,2004:42)。

第二是對權力分立系統的挑戰。新政改革者主張，應集中並增強中央的權力，創立可同時工作與保障安全的新的管制機構。在他們的理想中，這些管制機構是獨立於政治、自動自發，並且有豐富經驗的(Sunstein, 2004:43)。

第三個則是由聯邦政府與各州間的關係發展而來的，新政改革者認為各州處理自己事情是沒有效率的，且沒有足夠能力保護人民的權利或是解決嚴重的社會問題。針對第三點，新政改革者進一步認為，自美國憲法頒佈後，許多的基本權力仍留在各州的手上；僅當各州間無法協調時，聯邦政府才會介入。新政改革者歸咎於初始建立的聯邦體制，如監督制衡或分權機制等「防止」聯邦政府擴權的設計，他們認為都是不好的。新政改革者主張應使聯邦政府的力量更大，才能夠真正實現理想的聯邦主義，此即反對最小規模國家的立場。最明顯的例子就是由羅斯福總統提出之《經濟權利法案》，不可能僅由各州的力量就可以實現。這就是新政改革者在推崇活力政府的漢彌爾頓，與支持市民自決的傑佛遜(Thomas Jefferson)之間所做的平衡(Sunstein,2004:43-44)。

然而，根本思想的不同更是新政改革的重要形成要素。自美國立憲以來，不論《獨立宣言》或《權利法案》，美國國民試圖以文字的方式，在國家最高之憲法中確立個人權利，表示沒有任何人、任何立法、行政、司法等國家機構，能夠侵犯個人至高無上的自由。此一發展可謂符合當時全球主流的思潮，但對自由放任的態度，卻成了經濟蕭條後的眾矢之的。有許多學者認為 1929 年的經濟大蕭條與國家對市場採取自由放任的態度有關。羅斯福總統當選後所採取的新政帶領了一群新政改革者，更帶領管制國家的興起。

桑斯汀認為，新政改革並非一時興起，而係由許多背景原因及最重要的概念轉變產生的。新政前大多數人都認為普通法都是自然發展而來，故所有政府決定都會被看成「對自然的干預」。20 世紀初期的美國最高法院以自由放任(laissez-faire)為由做出許多判決。例如 1915 年最高法院做出一個判決，

認為政府不應立法禁止「黃犬契約」(yellow-dog contract)<sup>14</sup>，或是 1923 年政府立法保障婦女與兒童最低薪資的立法也被最高法院宣告無效<sup>15</sup>，蓋勞工與雇主間簽訂的契約屬於契約自由的範疇，政府除非特殊情況外不應立法干預之。(Sunstein,1990: 20)

相反地，新政改革論者提出一個簡單的概念：沒有人會反對政府的干預行為，即使是那些天天都在大聲反對政府干預的人。他們認為自由放任主義最核心的問題不僅是它對窮人所帶來的不正義或傷害，而是自由放任主義對於任何自由體系的描述都是錯誤的，包括自由市場與社會福利措施都是政府和法律下的產物。換言之，所有人在生活中享有的每一個權利都不是來自於「小規模政府」(minimizing government)；生活中舉凡侵權、契約、財產等概念和權利，其實都隱含了大範圍的社會選擇，或政府考量市民間彼此的義務後採取的干涉行為。所以新政改革者抱持著的一個最根本的觀點，主張所有現存可見的現象，即人之所以能在社會上生活的一舉一動，都不是過去自由主義所認為的「自然現象」，也不是無政府管制的自由；縱使是市場的價格，也都是法體系下的產物。這個就是羅斯福總統在新政時期所謂社會安全在「你我創造出的世界」中是必要的；並且進一步認為「我們必須堅持『經濟的法制並不是自然而來』的想法。它們是人類所創造出來的。」(Sunstein,1990: 19-20)

以過份提倡自由主義所造成的不平等所造成的美國奴隸制度為例。奴隸制自美國被殖民時期就已存在；1775 年第一個廢奴機構成立(廢奴主義協會，Society for the Relief of Free Negroes Unlawfully Held in Bondage 由貴格會於費城成立)，而傑佛遜起草《獨立宣言》時亦有一個篇章特別寫到廢除奴隸制度；

---

<sup>14</sup> 黃犬契約 (yellow-dog contract) 源自英美勞動法的用語，指企業僱主在僱用勞動者時，以「勞動者不得加入工會，或者脫離工會」為條件，與勞動者簽訂的契約。Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908), 以及 Coppel v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915) 皆認為在法律不得干預契約自由的前提下，不得立法禁止雇主與勞工簽訂之。此種契約於 1932 年在諾里斯—拉瓜蒂法中被禁止，該法又稱為聯邦反禁止令 (Anti-Injunction Act) 法案，禁止聯邦法院對於非暴力的勞資爭議提出禁止令。

<sup>15</sup> Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S.525 (1923) 本案判決宣告以契約自由為由，對婦女和兒童的最低工資立法無效。然而認為最低薪資立法違憲的判例，於 West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) 一案中被推翻，不過該案仍有持不同意見法官 (Associate Justice Sutherland) 認為，允許立法來保障勞工的最低薪資，就如同將對窮人的負擔轉嫁到雇主身上，是一個不合理的判決。

但在市場自由運作下，資源、地位不公平的競爭，導致「人生而平等」的主體並沒有包含所有種族、性別。反奴隸制度聲浪越漲越高，美國最終分裂為南、北兩個陣營，前者（白人居多）贊成奴隸制居多，後者（有色人種居多）則反對奴隸制度，認為其慘無人道。1860年強力反對奴隸制度的林肯（Abraham Lincoln）當選總統，在他入主白宮之前，一共七個州因為反對他當選而脫離聯邦；1861年這些以種植棉花為主、依賴奴隸制度的各州，成立美利堅聯盟國（Confederate States of America），擁戴戴維斯（Jefferson Davis）為總統，並依照美國憲法成立政府。1861年林肯嘗試於華盛頓召開和平會議解決危機但宣告失敗，同年3月林肯在就職典禮上宣布那些脫離聯邦的行為是無效的，並將以恢復聯邦為目標；兩個月內，美國南、北正式開戰。1865年南北戰爭結束，美國憲法增定第十三修正案，全美廢除奴隸制度；1868年通過第十四修正案，確認公民權利以及給予聯邦政府更大權力以要求各州提供平等法律保障；1870年訂立第十五修正案，保證男性黑人（不包括女性黑人）投票權利。這些修正案在當時產生前所料未及的影響，當時白人大部分不願與黑人為鄰；縱然南北戰後，社會上仍存在許多黑白隔離的狀況，對某些白人來說是一種根深蒂固的價值觀，很難在一夕之間改變，林肯總統所提出的種種政策和法規，都使這個過程加快了速度。奴隸制度就是一個典型的自由放任市場下的產物，而對奴隸制度的廢除，就是國家漸漸向市場伸出「干預」的手的經典例子。

新政時期的另一個特徵在於，普通法不再提供國家干預與否的界線。新政改革論者視普通法為經濟災難，認為它將財產權從民主控制中隔離，不但沒有保護弱勢的能力，更剝奪各州政府和中央政府復興或穩定經濟的能力，是個不當的體制；而這些論述乃是著眼於1929年美國的經濟大恐慌所推測的結論。是以在新政改革論者的眼中，保障勞工最低薪資及最高工時的法律並非政府強制干預勞工市場，乃係為調整勞工與雇主間原先不平等的權利義務狀態。政府的干預成為必須（Sunstein, 1990: 21）<sup>16</sup>。

---

<sup>16</sup> 這樣的想法在羅斯福總統頒佈經濟權利法案後達到高潮。該法案中宣告保障人民的受教權、生存權、工作權等權利，有些可消極主張侵害之防止，有些則可積極向國家爭取。這些都可以明顯看出新政前後對政府管制的不同立場。

另一個新政改革帶來的影響，係造成美國法律唯實主義的盛行。在 30 年代喧騰一時的法唯實論，大部分為規則懷疑論者，他們認為法律不是應然，也不是文字，而是活生生由法官做出來的判決，那才是法律。因此，法唯實論者認為法律是潛藏在司法程序之中，所以當一個法官在判決一個案件時，他就是在從事創造法律的工作。基於這樣的立場，法唯實論者主張司法判決時，應該拋棄原則、規則或判例的權威，盡量擴張法官自由裁量的範圍<sup>17</sup>。這樣的結果對於羅斯福總統推行新政時所遇到的阻礙，是一個完美的解套。蓋當時羅斯福欲藉由社會福利性的立法來解決當下社會、經濟多方面的問題；但無奈於當時聯邦最高法院多數法官，有些於初期仍固守契約自由與市場自由的觀念，許多他致力推動的社會立法先後被判違憲，阻礙新政的推行<sup>18</sup>。而支持羅斯福的人，有些根據唯實主義的理論，將反對新政立法的幾位法官之「偏見」予以披露，使唯實主義在 30 年代盛行於美國（馬漢寶，1999: 221,230）。在這些背景下，加上經濟恐慌帶來的教訓，羅斯福政府針對經濟及社會活動的管制機構如雨後春筍般地於 30 至 40 年代間紛紛成立，桑斯汀將此波思潮稱為「新政憲政主義」（New Deal Constitutionalism）（Sunstein, 1990: 21）。

二戰時，美國生產的機器已經相當於世界上其他所有國家，因此，當所有國家的機器在戰爭中毀滅，更造成其他國家的產能生產效率和美國出現巨大差距。這個差距導致美國企業若想欣欣向榮，則必須大幅增加其勞工的實質工資。實質工資的上升，轉變為擁有住宅、汽車、家庭資產等，教育機會也巨幅擴增，使美國到處都可以看到對 50 年代的歡呼和享受（彭淮棟譯，2001: 188-89）。

50 年代的富裕也讓美國對內、對外皆付出了代價。除美國以外的國家深

---

<sup>17</sup> 法唯實論因著對規則的懷疑態度，依不同的學者往不同的領域發展，也發展出許多不同的理論。筆者此處僅概略敘述與新政相契合之處，以說明法唯實論於新政時期大放異彩的原因。

<sup>18</sup> *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905) 被認為是 1905 至 1937 間美國聯邦最高法院司法哲學之代表，而將本時期稱為 *Lochner era*（黃昭元，2002: 881, n.14）。係爭案件為紐約州制訂之麵包店法案（*Bakeshop Act*），其中規定麵包師傅一天工時最高不能超過 10 小時，或一週最多不得工作超過 60 小時。最高聯邦法院認為該法案違反憲法第十四修正案中之契約自由，宣告違憲。桑斯汀對此判決著有 *Lochner's Legacy* 一文（Sunstein, 1987）

感威脅，各個國家都以美國為最大的敵人，尤其在第三世界動作頻頻，使美國必須在第三世界維持秩序。韓戰 1953 年落幕後即開始長達 16 年的越戰，也是美國付出最大筆人命代價的戰爭，但最高的代價為折損了國家正當性。如果不是總統威信已經被越戰破壞殆盡，水門案又怎麼會讓一個總統辭職？另一方面，由於中產階級所得提高，特別突顯社會中被排擠的一群，這進而觸發黑人意識、婦女意識及少數族類意識等；1954 年 *Brown v. the Board of Education* 一案，最高法院宣告種族分離違憲；美國勞工運動獲得承認為政府當權派的一支。至甘乃迪當選總統的 1961 年，美國好像達到新境界的極致，「大美和平」也成為當時世界的意識支柱（彭淮棟譯，2001: 195,199）。

60 年代是個解放的年代，美國社會與人心，重回自由主義的懷抱，但是看似解決但其實漸漸升高的黑白對立、歧視問題，仍未能看到曙光；加上世界各國漸漸趕上美國的壓力，使美國一直努力維持世界霸權，內憂外患中帶來下一個十年的權利改革。

## 第五節 1960 至 1970 年間之第二波國家管制

1960 至 1970 年間，管制機構繼續增加，管制法案也一一地通過。此時期所發生的國家管制所欲達到之管制目的，與 1930 至 1940 年間的目的有所不同。後者主要是對經濟大恐慌的回應，國家管制欲解決的問題如市場上的產能過剩、需求不足，及經濟蕭條所致的失業問題；對經濟領域的管制是那時的主軸。反觀 60 年代起興起的管制計畫，主要係以人權、平等為主。當時的管制已經不再專屬於經濟領域，法律保障環境平等的利益、勞工的職業安全、反歧視、消費行為風險等。這個時期的管制係以風險控管和反壓迫為主軸（Sunstein, 1990: 28-29），這顯示此時期的社會氛圍已可清楚區分自由（*liberty; freedom*）與放任（*laissez- faire*）的不同，並承認國家管制更能使人獲得自由、促進自由。

另一個新政時期顯著不同的地方在於，這個時期的國會大舉放棄新政時

期對行政機關自治（administrative autonomy）的信任。經驗告訴他們，官僚政治（bureaucracy）往往伴隨著僅重視私利的人民代表，以及黨派之爭，比起解決問題的答案，官僚政治更像是問題的來源。桑斯汀整理出兩個在前次權利革命中所看不到的景象：第一為復興監督制衡之機制，第二是降低市場的管制。這樣的改變顯示對政府的不信任，改革者也認識到，立法無限制授權行政機關的結果，經常會導向錯誤的方向，例如管制不足及過度管制。為了解決無限制授權所帶來的問題，國會開始傾向制訂相對精確的授權準則，使被授權的機關只能在特定時間內作特定行為。這時期的國會也沒有揚棄新政的信念，即針對經濟產能利益的積極控制，以及透過法規保障社會的弱勢（Sunstein,1990: 29-30）。

## 第六節 1980 年代去管制化之後

70 年代，不僅是美國，國際上資本管制皆逐漸解除，加上金融工具創新、通訊技術進步，全球的金融體系自由化的程度又向上提升。80 年代美國總統雷根（Ronald Wilson Reagan）與英國首相柴契爾夫人同時對市場經濟採取去管制的手段，將許多自 30 年代制定之管制措施一一廢除。以美國為例，雷根於 1981 年當選美國總統，為解決自 70 年代延續的石油危機所引發的停滯性通貨膨脹，雷根總統推行「供給面經濟學」（Supply-Side Economics），又有稱「雷根經濟學」（Reaganomics）者。該經濟學理論主要由經濟學家拉弗（Arthur Laffer）所提出，據說雷根在當選總統前曾與拉弗討論到稅率與稅收的關係，即拉弗認為稅率的上升雖然會帶動稅收的增加，但一旦稅率上升到一個程度時，則會引發工作意願降低，稅收反而減少。拉弗主張政府可藉由減稅來鼓勵個人或企業努力賺錢，同樣可以提高所得，達到同樣目的；這個想法為雷根擔任總統時所採納。除減稅外，雷根上任後下達的第一道命令，就是停止聯邦政府對石油價格的控制，以恢復國內石油生產及探測上的動力；另一方面，雷根任命並全權交由聯邦儲備系統（Federal Reserve System）主席沃爾克（Paul Volcker）採取緊縮貨幣的政策；緊縮貨幣供應並配合減稅政策以刺激

商業投資，1983 年美國的經濟開始戲劇性地復甦。<sup>19</sup>

80 年代盛行的由新右派提倡之供給面經濟學，相信政府應該透過鼓勵生產而非鼓勵消費，並且認為高稅率會拖累企業並侵犯財產權。「雷根經濟學」另一個特色即在降低稅率，並且雷根總統時代亦為美國歷史上最大規模的減免個人所得稅與公司稅。小布希總統在 2000 年當選後仍延續雷根總統的作法，繼續大幅度的減稅。英國柴契爾首相時代的直接稅的稅率減到幾乎與美國一般。新右派的經濟主張更根本地保持著對個人自由的維護，強調反對「無聲的集體主義」(creeping collectivism)。他們認為，政府公權力為個人自由的主要威脅，則自由的實現必然由「對國家的限制」來確保，同時意謂「限制社會福利」的結果。新右派反對社會福利的兩個最主要的論點，首先係認為社會福利會導致「依賴文化」，對弱勢團體的幫助反而是造成弱勢團體出現或無法消除的原因；第二個論點則基於對個人財產權的保護，即認為社會福利涉及對個人財產之重分配，而社會福利即不啻是一種對個人財產權的侵害。

雷根總統對經濟採取的自由放任主義挽救了 80 年代停滯性通貨膨脹的經濟危機，雖然其因擴大軍備預算而使美國赤字達到前所未見的程度，但反管制的聲浪已如一波無可抵擋的熱潮再次充斥著美國的市場經濟。桑斯汀指出，這一波去管制化的聲浪造成兩個實質發展：第一是「反規制」立法，特別是在交通及能源兩個方面；第二則是由雷根總統的行政機關，單方面排除並削減由機關發出的法規控制 (agency-initiated regulatory controls) 及政府完全的不作為，以達到「去管制化」的目的 (Sunstein,1990: 31)。桑斯汀進一步說明，在新政改革時，提升經濟產能及對弱勢保護都是管制立法 (regulatory legislation) 的主要目標；然各式各樣對管制形態的證立，都沒有被清楚說明，導致缺乏或過度管制，或往錯誤的方向管制，去管制化的浪潮似乎是可預期的回應。但如今在超過半個世紀的管制經驗後，終於可以清楚說明各種管制型態及其功能，而不再招致相同的錯誤。

---

<sup>19</sup> 可參考 William A. Niskanen, Stephen Moore, Cato Institute Policy Analysis No. 261:Supply-Side Tax Cuts and the Truth about the Reagan Economic Record, 1996. (資料來源：<http://www.cato.org/pubs/pas/pa261.pdf>，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 9 日)

本章節的目的在於將自由放任主義的開始與發展過程，先以代表性的幾位學者做大致介紹，之後以美國作為討論核心，介紹美國國家管制的歷史經驗和背景。然而在管制化與去管制化之間的爭論並沒有隨著 20 世紀的結束而結束<sup>20</sup>，支持國家管制的意見在美國本土從未消失；然可否在半個世紀後找出不同的出路。下一章將介紹桑斯汀對國家管制的論證，包括對反對管制國家的回應，以及補充修正目前一般主流反對小規模國家的論點；更具價值者，為他所觀察到的現代管制國家面臨的種種困境。



---

<sup>20</sup> 2004 年查理颶風橫掃佛羅里達州，造成 22 人死亡，以及高達 110 億美元的財物損失。風雨過去，緊接著就颳起一場「物價哄抬」大辯論，即支持佛州本來就有的「反哄抬法」(Price Gouging) 者認為這些發不義之財的貪心商人應該被制裁，但另一方反對「反哄抬法」的自由市場派學者則主張平時習以為常的物價並非神聖不可侵犯，況且物價上漲可抑制消費使用，此為自由社會對商品和服務的處置方式 (Michael J. Sandel 著，樂為良譯，正義：一場思辯之旅，頁 9-11)。可見兩者間的爭辯從未停止，討論廣度亦從經濟學到道德、哲學等領域。



## 第三章 對管制國家的需要

### 第一節 反對國家管制的傳統觀點

從前一章的敘述，對於國家管制思想在美國發展過程的背景脈絡應該可以有大概的瞭解。筆者認為，美國對國家管制一直存在的反感與不適應，一方面是因為普通法的思想背景，另一方面則是因為，從法國啓蒙時代帶起的自由主義風潮，在美國獨立運動以前就已經在北美土地上宣揚，自由主義可謂對美國獨立革命成功扮演著不可或缺的催生作用。傑佛遜起草的《獨立宣言》，可謂是一個世代的結束，也象徵新的世代正式開始：聯邦制以憲法位階將美國各相鄰的邦聯結合為一體，並設立中央聯邦政府，以與過去極為不同的統治型態，為傳統共和主義注入嶄新的制度。

美國自立憲後，至「新政時期」始大幅擴張中央政府的權力，現代管制國家的想法在美國逐漸興起。新政改革乃係將經濟大恐慌的原因歸咎於自由主義後所產生的反動，人民在目睹自由放任的殘酷結果後，開始把經濟復甦的希望放在中央政府，透過國家的強制力去解決自由市場所造成的種種問題。在自由—管制—自由相互交替後，1960 至 1970 間開始第二波的國家管制。第二波的管制著重於當下面對的社會問題，較新政時期更著重市場與社會的關係；為解決當時面對嚴重的失業、社會歧視的問題，國家通過許多確保公平交易、反歧視等法規，並且因對行政機關的不信任而開始限制其權力。至面對停滯型通貨膨脹的 80 年代，在雷根政府領導下，自由放任主義以「供給面經濟學」在美國捲土重來。

然而，要自由還是要管制的爭論仍然持續不斷地在美國爭論，社會中「民主派」與「共和派」也常以此為問題核心，在擁有槍械、軍購、同性戀婚姻等各式各樣的議題上進行論辯。桑斯汀站在支持國家管制的立場，著述甚多，立論嚴謹深厚，以下將整理介紹他對管制國家的論證及其發展之理論。

## 第一項 自由 (liberty)

桑斯汀在 1990 年出版之本書中，將 90 年代前反對國家管制者的理由大致分為三個論點 (Sunstein, 1990: 36-45)。第一個最常見也最基本的批評，係源自自由主義。他們對於國家把手伸進自由市場裡是非常反感的；在他們的想法中，只要沒有對任何人造成傷害，政府都應該尊重每個人對「好生活」(good life) 的不同定義，而追求「好生活」就是顯現在個人在自由市場中所做的選擇，如契約、協議等。再者，國家不會比個人瞭解什麼對自己是最好的，而什麼是能夠帶來最大利益的；縱使個人做了錯誤的選擇，那也是自我進步的方式。尊重個人選擇是對一個人的自由的重要保證，這也就是所謂政府的中立性，所以應該使政府能夠介入的特殊情況越少越好。當代管制思想是不合法的家長式作風 (illegitimate paternalism)，也是一種由一個團體對其他人的地方性立場的強迫，更是一種政治力量下私利的反映。

面對如此基礎的批評，桑斯汀首先設立一個前提，即政府管制係指財富和權利的重新分配 (Sunstein, 1990: 39)。如果一個系統是前於政治 (prepolitical)、或正義的 (just)，那麼對它的重新分配的確應該經過一致的同意；但現存的分配系統並不是以這個型態存在著。蓋即使是私人間簽訂契約，也是因為法律規制契約的成立生效等法律要件，契約雙方才會因為簽訂契約而負有某些義務和權利。倘若我們接受這個觀點，即在市場上運作的情況並非「自然狀態」，則政府的「干預」就不是干預。在這個共識之下，吾人可再進一步討論政府是否應該進行管制。如果政府進行某種管制能夠促進人民的自由及福利，那麼該管制是被允許的；如果政府進行的管制只是造成反效果，那麼政府就不應該執行該管制。無論哪一種結果，在個案判斷政府是否應該進行管制時，絕對不會是因為「管制是反自然地侵害人民自由」這個理由而被阻止。我們生活的社會系統，是由無數的法律權利義務所羅織而成<sup>21</sup>，既不是一成不變，也不是僅靠著「自然狀態」可以說明的。進而推知自由不是阻止國家介入管制的理由。

---

<sup>21</sup> 或許有些情況可被認為是人性或天性，或事物的本質；但能夠使人負擔義務或享有權利，必須有強制力為後盾，這就是國家的角色，也是法律的任務。

桑斯汀更進一步強調，自由主義者批評：以法律去干預人的行爲，本質上是壓迫的，並且難以達到其目的。但倘若換個角度想，其實我們是有能力去避免國家管制成爲高壓行爲，修改法律中雜亂無章的部分；那麼結果是更能讓人們自由地得到他們想要的東西，即更能提升個人自由。真正的自由選擇或自治，必須在幾個前提之下：選擇者對選擇的內容要有的充分資訊；選擇者必須是在有選擇的空間下做出決定；該選擇必須是不違法的。於此，桑斯汀認爲無論自由或自治( *autonomy* )都不該只是去滿足個人偏好( *preference* )而已；應該更著重在保障個人偏好在完善的條件下形成( *Sunstein,1990: 42* )。

我們必須瞭解到，人的偏好是流動的、是會改變的，人的偏好會因爲各種原因而變動。例如法制度就是一個使人改變偏好、改變選擇的原因：法制度分配著個人應得的財富和權利，而個人所擁有的財富和權利就會影響他在市場上交易的能力，交易能力的高低就會影響人的選擇，而一個人能夠選擇的空間倘若有限，往往會開始影響他的偏好<sup>22</sup>。在某些情況下，法制度對個人偏好的影響是依循整體人類幸福的方向，甚至可能也會改變人的欲望及提升整體福祉( *Sunstein,1997: 18* )<sup>23</sup>，蓋法律有助於合法化某些權利，並使某些不合理的權利去合法化( *delegitimate* )，平衡不合理的現狀，這才是在保障個人以獲得真正的自由。然因人的偏好受法制度所形塑，故我們亦不得以滿足偏好以證立國家的管制行爲( *Sunstein,1990: 40-42* )。

---

<sup>22</sup> 桑斯汀強調人的偏好( *preference* )與選擇( *choice* )必須區分( *Sunstein,1997: 15-16* )。主要係爲回應自由經濟學家的主張，認爲滿足人的偏好就代表他的自由。桑斯汀認爲由於偏好容易被影響、被形塑，以致我們應該致力於保障形成偏好的環境。然這些保障是市場無法提供、僅能由國家以強制力爲之。

<sup>23</sup> 爲以法制度能夠藉由改變人的偏好而提升整體福祉？舉例來說，當社會上一般認爲勞工沒有組織工會或罷工的權利，一旦法律賦予勞工有組織工會、罷工的權利，社會的價值觀就有可能因此鬆動，或至少會使人們開始思考「勞工是否有組織工會、罷工的權利」。同樣地，倘若本來社會上婦女被先生或婆婆打罵是正常現象，一旦法律規定家暴的要件以及懲罰，漸漸會使婦女理解到被家暴並不是「對的」，反抗抑或甚至團結起來組織社團以幫助其他同樣遭遇的婦女；更有價值在於那些認爲打罵爲應該的家暴者會知道自己是「錯的」，甚至連帶使街坊鄰居看到或聽到此類案件，會幫受害婦女打抱不平(社會規範)或報警處理(法律規範)。反歧視法律也具有同樣「教化」社會中歧視者和被歧視者的心態( *Sunstein,1997: 19* )。

## 第二項 福祉 (welfare)

另一個相關但完全不同的反對理由是源自效益主義 (Utilitarianism) 及福利主義者的關懷，此類批評係以「福祉」為核心。效益主義終極目的都在於追求整體善的最大化，即以行為最後所產生的結果來決定行為的道德正當性；換言之，一個對的行為就是在所有可能選擇的行為之中，其結果能產生大量的善或最小量的惡的行為<sup>24</sup>。效益主義反對國家管制的基本立場在於，他們認為人自己最瞭解什麼才是對自己最有利益的行為，市場交易中表現出的偏好就是對自己最有利的行為；國家不干涉個人偏好才能真正提升集體社會的福祉。換言之，國家倘若對個人偏好伸出干預的手，必然會造成某些傷害或損失福祉。

然效益主義者依據「帕雷托準則」(Pareto criterion)<sup>25</sup>，認為自由市場在其本身之運作調節下，處於「帕雷托最優」的狀態，以致外來的政府干預行為不可能不造成任何福利損失。國家管制只會擾亂良好的關係，故管制行為皆不屬「帕雷托改進」的行為，反而是市場上由當事人雙方以自由意願交易所簽訂之契約、自願協議等，才會造成對雙方都是最大利益的結果；反之，國家干預當事人簽訂會為自己帶來利益的契約，導致當事人的利益受損，並且加損害於人類集體福祉。更何況國家干預的行為會無法達到預期的目的，這是因為當人們對利益的欲望、偏好被法律壓制時，他們會轉向更不好的方向發展以獲得最大利益。

是以，國家干預對市場的干預行為不僅不會讓市場更好，更會造成不良的後果。國家如果希望某個弱勢團體能免於不平等契約的壓榨，那麼比起完全禁止他們簽訂契約，不如給他們更多力量，或給他們更多錢，或社會地位，

---

<sup>24</sup> 林火旺，倫理學，二版，2006年9月，頁75。

<sup>25</sup> 「帕雷托準則」(Pareto criterion) 係為判斷某一改變是否為「改進」。在帕雷托準則下，該改變的結果若至少利於一人，且沒有不利於其他人，就屬於「帕雷托改進」(Pareto improvement)；倘若改進到不可能再有利於一人卻沒有不利於其他人的狀況時，這個狀況就是「帕雷托最優」(Pareto-optimal)。桑斯汀認為由經濟學的角度來看，若市場是完備且充分競爭的，那麼市場交換的結果絕對是「帕雷托最優」。而就達到「帕雷托準則」而言，並不是所有管制都可以達到改進的標準，其實很多管制的結果是輸家和贏家一樣多 (Sunstein, 1990: 34)。

使得他們能夠站在與他人平等高度的位置從事交易；否則管制措施只會使市場的經濟產能降低，亦無法達到其所欲之目的（Sunstein,1990: 37-38）。

對於上述反對論點，桑斯汀首先指出，實際上當所有人在市場上以自己最大利益為行為時，是不會帶來社會整體的最大福祉。「囚犯困境理論」（prisoner's dilemma）給予很好的例子。囚犯困境理論是假設這樣的情境，即兩個共同犯下罪行的囚犯被隔離訊問時，警察分別告知兩個囚犯一樣的條件：「如果你招供，你的同夥不招供，那麼你會被判半年，他會被判 10 年；同樣地，如果你不招供，但你的同夥招供，則他會被判半年，你會被判 10 年；若你們兩個同時招供，則你們兩個皆會被判 2 年。」而若兩人皆保持沈默，皆會因證據不足被釋放。在此種情況下，客觀來看對整體最有利的選擇是兩個人都保持沈默，可是因為雙方無法得知（也無法信任）對方會沈默還是會招供，倘若錯估對方（認為他不會招供）就有得到對自己最不利的結果（判 10 年），所以在風險衡量下，雙方會選擇招供（對自己最有利，至多判 2 年），最後會獲得兩人皆被判 2 年的結果。這個理論告訴我們一個很重要的結論，即在交易行為中，當雙方都以自己最大利益選擇，並不會得到如效益主義所認為的「對整體最大利益」的結果。

此結論與「集體行動困境」（collective action problem）所描述者相同，只是前者一般狀況僅涉及兩造當事人；惟當一人與許多公司簽訂契約的商業交易行為，就會涉及後者。舉一個集體行動困境的情境：許多放牧業者共用一塊草地，如果所有人都追求自己最大的利益，則每天每個人無限放牧的結果，會造成草地永久荒蕪；若想要永續利用草地，則必須減少放牧時間才不致把資源用盡。但因為放牧者無法限制其他人放牧，如果只有他自己減少，那吃虧的是自己，所以結果就會是過不久草地就變得無法再使用了（Putman,1994: 163-64）<sup>26</sup>。

另一個環境污染的例子：在公園隨地丟垃圾當然是造成個人最大的利益，但如果每個人都丟，就公眾整體利益而言，總體成本將高於總體帶來的利益。

---

<sup>26</sup> 此困境最重要的因素在於「你做，我就做」的心理，尤其在有限資源及一人付出全部受惠的特性下，每個人都想「搭便車」。此即集體行動的困境所在。

「如果只有我不丟，其他人都丟，那我就虧到了」的想法，導致只有在大家都能確認彼此不會亂丟垃圾，才可能達到最大利益（大家都不丟垃圾）。這個理想的情境有時可透過社會規範<sup>27</sup>達成；但當缺乏該種社會規範，或規範的強度不足，法律規範就成了最有效的解決方法。

類似需要法律的強制力解決的問題也出現在其他的領域，通常牽涉到勞工、歧視、環境污染，或一般消費者。以勞雇市場為例，當市場壓力使勞工要求安全的工作環境時會受到經濟上不利益時，勞工就不會向雇主要求安全的工作環境，而堅持要求安全工作環境的勞工最後可能根本找不到工作。當市場成為問題的來源時，法律的強制力就提供解決方法，例如法律可以規定雇主有義務提供勞工安全的工作環境，沒有這樣做的雇主會受金錢上的處罰。上述例子中，法律規範成為一個能夠真正使人們得到他們想要的東西的必要機制，藉由其強制力達到該目的，例如避免弱勢者被迫進行不合理的交易行為。

單就福祉的面向來看，桑斯汀認為人的偏好是受內在因素所影響的。例如掌握的資訊、消費模式、法律規範、社會壓力等原因，皆會從內部影響著人們偏好的形成。例如法律對海洛因的禁止或香菸的管制，就是在藉著減少傷害行為、促進健康生命的方式，來達到增加福祉的目的；反歧視的法規，也可能會對歧視者及被歧視者內心好惡選擇，及面對態度上產生正面的影響。總之，倘以福祉立論，管制法規有時更能從內部改變人們的偏好，終極地促進人類更大福祉（Sunstein,1990: 43-44）。

### 第三項 政府失靈（government failure）

第三個反對立場乃源自政府的失靈。持此立場者不一定反對市場受到管制，只不過他們主張管制的第三方必須中立且有效率，而國家立法卻不然。

---

<sup>27</sup> 社會規範（social norms）包括社群間彼此異樣眼光、輿論而使個人受心裡強迫而必須遵守等。

主張因政府失靈而反對國家管制者，其原因在於認定國家行為經常受到黨派的壓力，有時只為保護特定團體利益，有時則由利益團體主導立法內容或管制方向；派系力量正好是美國聯邦主義者於捍衛聯邦憲法草案時給予特別關注的。另外也有主張國家政策具有不準確性及錯誤可能性，而社會選擇理論則主張多數決的立法過程隱藏了高度專制，集體行動困境理論亦認為法律會使準確反映市民欲望成為不可能。簡言之，政府「聚集偏好」(aggregating preferences)的功能是有缺陷的(Sunstein, 1990: 38)。

回應政府失靈的論點，桑斯汀認為這個論點大部分奠基於偶然的經驗或純粹的推測。桑斯汀並沒有否認政府有受到黨派控制及利益團體左右政策決定的可能，國家也有錯誤決策的可能，但並非必然如此。例如多數決的確可能會帶來多數暴力、專制的風險，但我們可以試圖以加強審議程序的方式來降低危險發生的可能性；其他的風險也一樣，只要不是必然的結果，我們都可以努力找尋解決的途徑。的確，政府干涉的結果可能會使得結果比沒有干涉來得更糟糕<sup>28</sup>；但同時不能忽略的是，例如上述毒品、歧視等問題，都說明了管制法規是有其必要性的，相較於可能發生的風險，也有可能增進極為顯著的福祉(Sunstein, 1990: 45)。

## 第二節 一般反對小規模國家的論點

桑斯汀將一般反對小規模國家(minimal state)的論點，分為三個重點。首先，「小規模國家」對人民的基本權利仍有分配權力，其影響及於個人權利、財富、權力的分配，而這些分配又形塑了個人的偏好與信念；在這個意義下，該分配行為在任何意義下都不能說是中立的，更難說是「小規模的」。這個論點雖然沒有挑戰市場上契約自由的問題，也沒有提出支持國家管制的論述，但它仍顯示反對國家管制的觀點是誤植的。

---

<sup>28</sup> 此點正是本章第三節的重點。桑斯汀不但沒有否認，並認為這是亟需解決的問題。請參後述。

第二個反對小規模國家的論點認為管制措施可用來解決集體行動之困境；換言之，為解決集體行動困境所採取的管制措施，非但沒有忽略、反而更能滿足個人欲望。此論點可以說明支持國家管制的兩個原因，即自治與福祉，因為雖然諷刺，但不能否認高壓政策確實能使人們得到他們想要的東西。不過這個論點完全討論到市場所反映出的個人欲望，是否應該作為社會選擇的唯一基礎。

第三個論點主張個人偏好不是神聖不可侵犯的。個人偏好從內部受當下環境影響而改變，因此人們在有限機會和有限資訊的情況下，個人偏好有可能是非正義的；管制法規在這裡具有彌補有限機會和不完整資訊的缺陷。桑斯汀反對這個論點，他認為個人偏好也會受到其他多數人不同的想法所影響，或經過更深層思考而改變想法。以更上位的民主概念也指示，如為經過民主程序而得到的決定，是不能被私人間約定推翻的。既然個人偏好是流動的，所以我們當然亦不能以「無法滿足（當下）個人偏好」為由而拒絕國家管制。縱使管制法規可能導致非預期的結果，但國家管制仍然是可以被證立的，蓋藉由法律強制性，我們可以改變許多市場造成的不公平態樣。

行文至此，吾人至少可以確認的是，從福利經濟學、公眾選擇理論及前新政原則( pre-New Deal principle )為個人權利所劃下的界線是根本地錯誤的。桑斯汀強調他仍贊同在民主的概念下，應該為私人財產、契約自由及其他自願協議等行為留下自由選擇的空間；甚至自由空間也的確更能夠促進並尊重對「善」的多元概念，同時提升經濟產能。(Sunstein,1990: 45-46)

惟即使他認同自由的重要性，但他並不代表他認為這就可以否定國家管制的正當性。按福祉和自治經由上述的論證後，也同樣可以證立國家管制的立場。一言以蔽之，桑斯汀認為國家管制與自由、福祉、與自治是可以與國家管制共存的。以下繼續說明桑斯汀如何在看似衝突的概念間另闢蹊徑。

### 第三節 桑斯汀對國家管制之證立：管制的優點

#### 第一項 管制可解決市場失靈的問題

桑斯汀指出，許多管制法規可用來回應市場失靈的現象。他分述幾種造成市場失靈的原因，並說明管制法規如何解決這些問題；他認為若管制法規能夠解決這些問題，那麼也同時證立了國家管制行爲（Sunstein,1990: 48）。首先較不具爭議性的就是壟斷行爲。政府制定管制法規許多是在防止市場壟斷的現象，並防止進一步的導致市場失靈。最基本的有契約行爲的規範，侵權行爲及財產法規等，這些都是用來維護一個良好運作的市場；進一步的保障包括反壟斷法案的通過，即政府在壟斷行爲上施加民法或刑法等制裁措施，例如美國的薛爾曼及克萊登等反壟斷法案，我國則有公司法、公平交易法等可提供壟斷行爲的判斷標準及制裁。至於有些企業會以降價方式造成自然壟斷現象，在這種情況下政府可以制定價格的最高限額，同時可佐以商品的品質管制等方式，使商品及服務都能夠在市場上保持在競爭的狀態下。

第二個是前文所提及之集體行動困境，以及協調問題、交易成本。前者較容易發生在具有不可回復的消費，或是無法排除性消費；國家安全就是一個例子：當一個人享用時，其他人會一起享用到。在這種情況下，每個人的「最佳利益」就是「搭便車」(free-ride)，在有人不用支付代價就可以同樣享受到時，不會有人願意支付代價。此時政府管制就可以確保公共最大利益能夠被體現，解決集體行動的問題。一個明顯的例子是環境法規。環境法規所欲保護之法益往往是不能回復且無法排除的資源，例如乾淨的空氣、水資源等。由於對這些資源的污染所需要花費的回復成本雖然龐大但分散，個人的分擔顯得微不足道，故市場不會迫使把污染者造成的清潔成本加入消費價格中；在高成本及低回報的情況下，導致沒有污染者或受害者願意付出清潔的成本，抑或減少、限制其造成污染的行為等與尋求公共最大福利完全背道而馳的結果。此時，環境法規就扮演著舉足輕重的角色。

前文所提及的「囚犯困境」，在市場上我們可以看到賣家和買家就處於這樣的情況下，即兩者最大利益就是互相合作。可是現實並非如此，尤其在賣

家和買家之間沒有完全的信任，當然無法達到協調、合作並獲得對雙方都是最大利益的結果。在管制措施的幫助下，雖然看起來似乎會剝奪個人自由選擇權利，但其實可以達到使人們能夠獲得他們真正想要的東西，甚至在特殊情況下，如果沒有管制法規的幫忙是無法達到所欲之結果的。簡言之，與其把這些管制法規看成是不正當的家長式主義，不如把它看成是盡量滿足個人欲望所作的努力。這個現象突顯了一個令人驚訝的事實，即每個人作為投票者或市民時的喜好，與他們在市場上為了純粹一己之利益所作的行為是兩回事。大多數支持管制的市民都是為了防止「囚犯困境」會把他們導向不好的結果。

第三個市場失靈的可能結果是不充足的資訊。資訊的不充足通常反映在安全和健康的領域中，包括菸品對於抽煙者的身體損害等，政府管制手段即採取強制公開（例如規定必須以圖片或文字標示於香菸外盒上），這是以追求社會大眾的身體健康福祉為目的。另外製造業因為沒有動機去暴露具危險的產品，安全產品反而會被擠出市場，有三個理由：第一，安全的產品價格不會比危險產品更高；第二，安全產品的成本較高；第三，消費者無法區分安全與不安全的產品。在不充足資訊的原因下實施管制措施其實仍然飽俱爭議性的，反對者認為在這種情況下應該要提供缺少的資訊，而不是禁止交易行為。然而桑斯汀指出，當資訊提供的是低可能性的資訊時，人們有認為自己不會陷入「可能的危險」當中的傾向，即人們會傾向設想自己不會掉入那個「可能」的族群。因為如此，提供資訊並不是一個真正、全面、有效的方法；在某些如毒品或危險食物的情況下，政府採取禁止交易的管制措施是一個合理的管制手段。另一個也是針對不充足資訊的回應措施是強制的冷靜期（cooling-off period），多用於代理孕母等較具爭議的交易行為中，我們假設這些較嚴重的交易行為在作成合意時是可能被低估其代價的，所以國家會允許甚至強制有一段冷靜考慮期間（Sunstein,1990: 52-53）。

最後一個國家管制可以解決的市場失靈的問題，桑斯汀稱之為消費的外部性（externalities）。他指出許多交易行為是具有外在影響的，即影響的不僅是交易雙方，並且包括潛在的第三者。舉例而言，一個危險產品所可能造成

的危險不必然一定會傷害到買方，還包括買方的家人、鄰居（如果該產品有爆炸的危險）。常見的有對毒品、能源的利用管制，以及對環境、核能、撫卹金等的計畫，都是對此種具消費外部性的交易行為所作的管制行為。針對此種消費的外部性，國家管制可能必須要作---更具爭議性的---更為家長式作風的管制，例如美國的職業安全與健康法案（Occupational Safety and Health Act），我國消費者保護法亦明文規定產品外部性的賠償要件<sup>29</sup>。桑斯汀指出這一種例子中，常有兩個被忽略的限制：第一，究竟危險產品所造成的傷害是否可歸咎於製造業者、消費者、或其他第三者的問題，是必須要建立一個道德理論以解決之；第二，某些私人行為也會對他人造成大範圍的傷害，例如環境品質的下降、種族歧視、色情圖片等，所以政府在介入此類行為時必須建立外部性的理論，以控制政府管制的範圍與界限；並且該理論必須將政治的理論考量在內，多過於科學或經濟的考量（Sunstein, 1990: 54-55）。

## 第二項 管制可使公共利益重新分配

許多法規都是為了重新分配某個團體的權力或財富，透過法規給予另一個團體，例如濟貧法案、社會福利政策等。有時法規的重新分配並不是直接將權利或財富轉移給他人，而是給予其有足夠的武器和力量或地位，能夠解決集體行動的困境，使得某些團體無法以其強勢地位威脅弱勢團體去放棄或喪失其應有的權利，例如制定對勞工的最高工時、最低薪資的法規就是在實踐社會上正義的重新分配。所以尤其在勞工和雇主的情況中，國家的管制必須配合不可轉讓的權利。假設勞工可以自由轉讓或放棄某些權利，那麼這些法規的保護只會虛有其表而已，因為勞雇市場本來就形塑了一種囚犯困境的情況，而管制法規是唯一可以提供解決的途徑。桑斯汀認為，這種情況證立管制法規的制定，並且是基於重新分配的理由，而不是為了提升經濟效能。

舉租金管制（rent control）為例，這個政策並非被認為是一種對資源的直接轉讓給弱勢的人民；相反地，因為租金管制政策，降低了有錢人在市場

---

<sup>29</sup> 消費者保護法第七條第三項

上投資房地產的欲望，使得房價下跌，有利於租賃者，許多人因為如此而增加存款，而這些人裡面有許多都是屬於貧窮的階級。所以這裡的重點在於，許多人都認為國家管制就是把某一部份人的財產分給另一部份的人，但其實管制政策牽涉的層面非常廣且複雜，有時會不幸地因為某些管制連造成連帶其它不好的效應，例如最低工時的法規造成失業率上升，而某些職業健康立法也使得雇主減少薪水與勞工的聘用（Sunstein, 1990: 56）。

### 第三項 管制可實現集體欲望與心願

桑斯汀指出，許多的管制法規都可以被理解成是對於公共集體欲望或心願的體現。他特別在 1997 年《Free Market and Social Justice》其中基礎問題的部分，以一章的篇幅討論偏好與選擇的差別。桑斯汀在文初即提出現代經濟學是抱持著一種主觀福利主義（subjective welfarism），即主張經濟是一種奠基於對現存偏好滿足的福利概念。針對這個想法桑斯汀保持著懷疑的態度，他質疑政府決策是否真的可能完全「尊重」偏好？（Sunstein, 1997: 14）桑斯汀認為政府制定的政策不可能完全遵循偏好，或即使是把這些偏好當作是政治決定的基礎。當政府賦予某些人某些權利時，就是在剝奪另一群沒有被賦予的人他們的權利，認為他們在衡量後是「比較不值得」被分配到這些權利的。另一方面桑斯汀指出自由放任主義並不是「不分配」或「不管制」；它要求政府制定一些最原始的權力，如同在契約法、侵權法、以及財產法中顯示出的。是以規則不能被偏好證立，而且偏好也不是先於規則而存在的（Sunstein, 1997: 17）。

在上述的概念下，桑斯汀反對主觀福利主義的看法，即主觀福利主義的主張應將偏好以主權的角色去看待，如此最可能可以同時增進個人自主、以及個人或社會福利。不否認的是即使是最純粹的福利主義，亦認同提升福利的方式，應該是在人類幸福的範圍內滿足到最佳的狀態。這個想法可以連結到源自亞里司多德的傳統效益主義。惟桑斯汀主張，福利系統並不會僅專注在偏好的滿足，因為福利與偏好的滿足，是截然不同的兩件事情。

這個主張的其中一個原因是因為偏好是內生的，而且是會變化的；因此，若把提升福利當作是偏好的滿足，很有可能會導致反效果，失去獲得福利的機會。然而就是因為偏好是流動的、會改變的，所以在某些情況下，如果我們不遵循善變的個人偏好，反而遵循整體人類幸福的方向，那麼應該會更有可能改變或提升人的欲望和福利，例如反歧視的手段也會同樣影響著歧視者和被歧視者的欲望和態度（Sunstein, 1997: 18-19）。

從自治的角度來看，滿足個人偏好並不符合自治的概念。所謂自治，應該是指對於相關的資訊所存有的機會有一個完整且清楚的瞭解，並且偏好形成的過程中沒有不合法或過度的限制。如果個人的偏好是由所掌握的資訊、當下消費模式、社會規範或社會壓力、政府規定等外在理由所形塑的，那麼就很難說偏好形成的過程是自由的；換言之，偏好的形成是很容易受到影響、操控的，當然不應該把當下的偏好當作是政策選擇的基礎。

從福利的角度來證立的爭論，傾向於強調偏好的可塑性；以自治為由的爭論則強調在偏好尚未形成以前就已經存在形成偏好的環境，甚至會將偏好視為社會選擇的行為，用以證明偏好是絕對不適合作為政策形成的基礎。這兩者的差異會導致它們會沿著不同的軌跡發展，甚至最後得到與一開始所欲的相異結果。比方在某些情況下，某個雇主不願意雇用黑人勞工，因為他所生長的環境就是一個與黑人分離並歧視的環境；某個人因為整天在電視機前面，所以對於所有的文化和藝術都不感興趣。這些情況下，所謂的自由和自治是不會要求政府的不作為，而且若依據人的偏好作為政策決定，可能會有好的或不好的結果。是以桑斯汀以此證立有些時候政府介入、立法干涉或管制，反而是除去了社會上的不合理強迫，僅依循個人偏好作決策並不是最好的方法。

桑斯汀因此認為一個民主的最重要的目標，就是確保自治，而且不只是在滿足偏好，而是更基本地確保偏好形成的過程。總言之，政府的決策不必要——有時是不可以——以個人偏好為依歸；甚至個人偏好應該透過審議、評估，甚至成為控制的對象。當然若將這個主張無限上綱也會有很大的風險，個人的偏好並非一定要被完全被否定或不被尊重，政府的監督的機制至少仍

會為政治自由及個人安全的基礎把關。

桑斯汀強調偏好與選擇是截然不同的。他定義「選擇」(choice)是人民在面對公共事務時所做出的政治上決定；而「偏好」(preference)則是私人僅考慮私人喜好的心理狀態。這兩者外觀上往往呈現不同的結果。桑斯汀指出有人會因為市場總是反應比較偏向個人喜好的選擇，所以認為政治上的選擇結果較為可靠；抑或有人會主張政治上選擇與消費行為的選擇結果不同，更可清楚說明這之間包含人們思想的混淆(confusion)，就如同一個投票的人無法瞭解到他們最終要為自己所做出的決定付出相對應的代價。但這些想法都是錯誤的。例如某個人或許也很喜歡在公園丟垃圾，因為可以省去追垃圾車的時間，但是他也可以同時對於管制公園亂丟垃圾的法規表示贊成，因為可能他認知到如果每個人都不願作這樣的犧牲，他將會遭受比他得到利益更多倍的損害，即整個公園都會充滿著垃圾。更簡單的例子還有，一個異性戀者不必然反對同性戀婚姻的合法；抑或一個抽煙者也不一定對於菸害防制法不得在公共場所吸煙的規定持反對立場。這些造成人們在偏好與選擇結果的不同可能有很多歧異的原因，但人們對兩者選擇的結果不同並沒有造成論述上的矛盾，這點是肯定的。

總結來說，市場真實地反應了個人的偏好，但卻不符合公共最大利益。在這種情況下，國家管制就被要求要介入自由市場的運作。有四種現象可以解釋並支持桑斯汀對兩者的分別。

第一個現象就如同前述狀況，人的選擇與偏好結果並不相同；有些人認為開車技術差的駕駛都是女生，但同時他也選擇支持反歧視的法案；有些人不會自動把自己的錢給窮困的人，但他們會支持縮短貧富差距。作為一個政治個體的選擇，係指考慮到對公共最好的選擇，而不只是市場上反映的一己的偏好。甚至透過與其他人或其他社群的討論，更可能可以得到與市場選擇不同的偏好(Sunstein, 1997: 21-23)。

第二個現象是團體的力量較大。當大家團結一致時，許多關於喜好或信念的問題會被政治的集體性格給克服，其優點在於較容易去推翻不合理的現

狀或政府行爲，例如反性別或種族歧視的社會運動團體等。同時集體行動困境也會因爲所有人都同意遵守同樣的規則而獲得解決，使得利己的欲望成爲利他的欲望，此時「次級偏好」(second-order preference)就會顯現出來。例如制訂美國憲法，就是以「先於承諾」(precommit)的手段來解決集體行動困境的例子。

第三個現象，即社會與文化規範能夠給予人民有更大的市民身份的壓力，使他們關注於公眾或他人的利益。

第四個現象與政治的審議過程相關，即政治過程可能可以透過充分的審議過程，使得參與者更瞭解議題本身內容，以及因爲與他人有充足的意見交流，可能可以改變參與者本身對議題的立場，或充分該立場的理由，進而對個人偏好、政治選擇有所改變。

最後，由於市場上消費意願是跟著消費的能力而改變的，是以若應用在政治決策過程中，會是一個非常粗糙、簡陋的政治代理行爲。雖然我們不能保證不會形成其他的扭曲現象，但可確定的是，政治行爲可排除此種扭曲現象 (Sunstein, 1997: 23-24; Sunstein, 1990: 58)。

#### 第四項 管制可形成多元經驗及偏好

有些政府管制法規是用來確保同個政治社群內的意見不會趨於單一、過於同質。這個要素是很重要的，多樣的意見、經驗，可以提供形成偏好時有更多的選擇空間及形成機會，但爲了避免資源掌握者控制多數的傳播媒介，使得人們的思想被操控趨於一致，政治社群內的思想在沒有流動的情況下對於國家的發展是有危險且不是正面的。例如對於廣播電視等傳播等媒介的管制，就是希望能夠確保不是所有人民所接收到的資訊都是一致的，節目必須在市場上有多樣性，以供消費者選擇，在政治過程中才能保障民主要素。美國由聯邦通訊委員會 (Federal Communications Commission, FCC) 所提出的公

平原則（fairness doctrine）要求電台、電視台對有爭議性問題能讓正反雙方有同等說話時間，就是對此一目的的手段。有時任由市場——例如言論市場——將消費訊息自由地趨於同質對民主並無正面幫助（Sunstein, 1990: 61）。

#### 第五項 管制有助於消弭社會次階級

某些管制法規的目的不只在重新分配資源，它們同時旨在消除或減少社會上各設群中的次級階層。桑斯汀認為消除社會中的次級階層是屬於美國憲法第五修正案所賦予給所有人的義務，包括每個國民及國家；是以國家制定許多反歧視的法規，這些都是為了落實憲法的內容。有人指出市場自己的機制就可以防止歧視的情況發生，因為那些因為歧視而不願意雇用黑人、女人、同性戀者的公司會受到來自沒有歧視的公司所帶來的經濟上壓力，市場自己就可以運作好過濾歧視的功能，政府立法的干預是多餘的。

然而桑斯汀指出，來自市場的經濟壓力造成了一個並不適當的限制。首先，第三者可能會增加那些同意雇用被歧視者企業的成本，消費者亦可能撤出對該企業的贊助或取消他們的服務，企業並不會有任何動機去雇用受歧視的社會次階級，如此一來市場也不會具有消弭歧視的功能。

另一種歧視行為是來自對於某些特定團體的偏見，例如對黑人或女人的雇員有普遍的「認知」，認為拒絕雇用他們是在「經濟上理性」。此種偏見是無法透過市場自己去消除的，不只是因為它是完全不理性的，更重要的是這些偏見會使得這些存在於社會中的次階級永遠無法被消除。在第二種情況下，國家保障市民權利的立法才能夠減少這個狀況。

桑斯汀指出第三個現象，即受害人及加害人的個人偏好會適應於現存的不正義，而這個現象會使得市場無法有效地改變歧視的狀態。例如社會上廣泛地歧視弱勢團體的成員，認為他們比較沒有投資或技術教育的價值；在產能是依靠需求的市場上，這些弱勢團體的成員也會認為自己比較沒有學習技

能的價值和必要<sup>30</sup>，就如同這些市場傳達給出的訊息一樣。第四個，也是最根本的現象，即市場是以優勢團體的規範及實踐為建設的基礎；例如市場對勞工的設定、要求、期待等，都是針對健全、傳統男性的工作模式建立的。這個現象中，市場更是一個問題而不是解決方法。這個現象最好的解決辦法就是重建市場架構，將弱勢團體放在同樣的地位上去重新形塑市場運作。桑斯汀寫道（Sunstein,1990: 64）：「法律無法彌補一隻聾掉的耳朵，或是接上一隻斷掉的手臂，但是一個允許手語溝通或是殘障通道的法規，能夠同時保證與正常人不同的要求不會造成系統性的弱勢。」

#### 第六項 管制可確保偏好的形成過程

因為偏好的內生性，個人偏好往往是法規範、消費行為、現存規範或實踐下的產物。此類情況下的國家管制法規通常是以影響特定偏好發展為目的。這種情況大多發生於具有令人上癮物品的消費上，例如製造香菸的廠商一開始可以以相當低的價格賣出，沒有用過的人們也會願意用如此低的價格買入；惟使用久了以後人們產生依賴性，於是當這些具有上癮性的商品漸漸上漲時，人們仍會願意用高昂至不合理的價格購買。毒品如海洛因更是有此種現象。此種狀況桑斯汀稱之為「內在的集體行動困境」(intrapersonal collective action problem)，即有一些消費選擇是短期內獲得會比花費得多，但漸漸會成為花費得比獲得的多；有些選擇則是短期看起來花費比獲得要高得多，但長期下來成本漸漸降低，獲得的比花費得更多。核心在於消費模式會引導人偏好的顯著改變。

針對對人體長期有害的消費行為是可以用法規來控制，但另一方面，我們也可以利用偏好的內在性，以政策或法規去影響人們的偏好。例如我國

---

<sup>30</sup> 這邊提及的情況與前述所謂「法律具教化功能」本質上是相同的（參註 27）。盧梭在《社會契約論》中對這種現象有精簡的形容：「凡是生而為奴隸的人都是為做奴隸而生的，沒有比這話更確切的了。奴隸在束縛中失去一切，甚至失去解脫束縛的願望。…所以，假如有天然的奴隸，那是因為他曾反乎自然而做奴隸。最初的奴隸是以強力迫成的，而怯懦則使他們繼續為奴隸。」（徐百齊譯，2000: 7）

強制騎機車配戴安全帽、開車強制繫安全帶的規定，就是一開始實行時會造成較高的成本花費，但施行久了之後成本就會顯著下降，我們獲得的會遠低於我們所付出的。美國反歧視的法律往往也落在這個領域中。過去黑人的地位低微，某些黑人甚至已經習以為常並以此自居，此時反歧視黑人的法規就部分扮演著教育的角色，使得黑人，以及所有黑人以外所有的社群成員，能夠清楚接收「人生而平等」的價值觀，並進而內化接受之。

然偏好是內生且時常變化的現象，並不能證立國家的管制行為；個人偏好在某個程度上都還是有獨立於現存法規環境的部分，所以桑斯汀指出為了避免落入專制獨裁的指責，這個論證必須要仰賴福利或自治的提升。如前述，某些會讓人上癮的物品的消費是可以以法規來管制的；法規亦可以改變習慣於短視近利的消費模式；以及可有效消除同時根深蒂固於在歧視與被歧視者扭曲的價值觀，這些都是促進福利或自治的現象。這個領域其實與前面其他領域有重疊的部分，並不是只有利用偏好的可塑性去影響它自身，這是對集體干預的複雜論證中的其中一個部分（Sunstein,1990: 67）。

#### 第七項 管制可保護未來世代的權利

有些管制法規是對於具有不可回復性的問題的回應。理論上，消費者是以當下的消費能力與偏好來做出選擇，他們並不經常會將他們所作的交易行為對未來世代的影響考慮在內，尤其在環境被破壞之下，瀕臨絕種的動物以及對環境的污染都是需要花費大量的成本才有回復的「可能」而已。桑斯汀認為，依賴市場秩序的我們必須付出造成不可回復損失的代價。某些消費對目前的世代來說是可以接受的，但對於會被嚴重影響到的接下來的世代就是不可接受的；這種對未來世代會造成影響的現象可謂也是一種外部性（externality）。

持有同樣態度的觀點有很多種論點，桑斯汀提出四種。第一種把重心放在對下一代生存的維護義務，即我們為了保護下一代而必須有保護自然的義

務；第二種則是所謂的「人類中心」(anthrocentric)，此觀點則認為人類之所以保護自然，終極的目標還是為了人類自身，因為人類認為自然有具有工具性的價值；第三種觀點則是認為保護自然、生物多樣性是為了人類的演化要邁向完美，所以在這個觀點對自然維護是以保存改變現存偏好、提供對目前欲望及信念的嚴格監督；第四種觀點主要由環境本身出發，又分成幾種論點，有些是偏向民主的論點，即許多人相信我們對於「非人類物」(nonhuman object)是有義務的；有的則主張所有人類以外的生物、物，最好的理解就是其被設計為反覆灌輸社會規範的修辭機制，並且能夠克服集體行動在環境保護上遇到的困境；然而在較普遍的學說中，有一種稱為「深層生態學」(deep ecology)，認為人類應該尊重所有人類以外的生物，應與生態保持在平衡的狀態，此觀點的特色在於完全不考量任何一點人類的欲望或目的；在更極端的型態會特別強調對動物不必要的虐待或殺害都應該被懲罰，美國的動物福利法案(The Animal Welfare Act)就是一個例子(Sunstein, 1990: 68-69)。

#### 第四節 現代管制國家的困境

##### 第一項 前言

桑斯汀認為，現代管制國家並不是全然的成功，但要做出「管制國家是失敗」的結論也許太過嚴格、草率了。管制結果的成功與否，首先遇到的困難就是必須精準地觀察事實，對一個人來說是失敗，但對另一個人來說可能是成功；而第二個會遇到的困難就是要去建立一個標準區別什麼是成功、什麼是失敗。桑斯汀認為要判斷失敗或成功的關鍵在於適當的目標及適當的管制範圍；但即使對這個標準有了共識，還是存在著嚴重的方法論上的問題，即當我們作管制行為的成本效益分析時，會面臨到價值與事實的歧異：管制的成本效益的評估是否應該奠基於個人對管制所帶來的好處的支付意願？若是，則我們應該要看受益者為了管制的支付意願，即「買入價」(offer price)；或是我們應該看受益者會願意以什麼代價放棄管制的保護，即「出售價」(asking price)。這兩者差別有時極大，比如勞工可能在放棄職場安全保障權

利時開出相當高的價碼，即使他在一開始絕對不會以同樣的價碼購買相同的職場安全保障權利。

最後不能忽略的必要問題是支付意願是否應該被控制。如同在上一章所提及的，支付意願往往因為支付能力而改變，並且面對道德異議時是相當脆弱的，是以桑斯汀認為，目前對管制的成本效益分析仍然是相當困難且模糊不明的。另外在實證研究時，亦會出現因果關係難以連結的問題，因為或許我們觀察到的統計數字仍有當時的其他變因存在；另外管制也會帶來一些意外的或補充的成本，例如當強制繫安全帶的法規施行後駕駛人反而在駕駛中會比較大意，對行人造成意外事故的機率反而增加。

然而若先排除上述的質疑，縱使統計數據不可靠，又或許有些論證每人有不同的理解，但是總的來說，桑斯汀仍然認為在普遍意義上，一個管制國家是比從來沒有管制的國家來得更好。但是不能迴避的是現代的管制國家的確遇到了瓶頸，他認為如果一個管制法規施行的結果是與其原先目的相違背或無法達到時，就是一種管制的失敗。桑斯汀分述六種管制的目的與手段相互矛盾的現象<sup>31</sup>（Sunstein, 1997: 277-287）。

## 第二項 六個管制法規所造成的矛盾

### 3.4.2.1、管制過於嚴厲反而導致管制不足

第一種無法達成管制目的的現象，是越為嚴厲的法規帶給私人市場的管制往往越小。原因是國會下達過份嚴厲的控制命令，以致行政機關根本不發

---

<sup>31</sup> 在桑斯汀 1990 年所出一書中也提及管制法規失敗的原因，但分類方式與 1997 年一書不同。首先桑斯汀先分為兩大類：法規制定面的失敗，以及法規執行面的失敗。前者包括利益團體介入、立法政策判斷錯誤及不好的政策分析（其中又分成立法者過度依賴制定指揮控制（command and control）的法律、立法者未將管制法規可能造成的副作用（side-effect）考量在立法中、以及制定管制手段無法達到管制目的立法）、風險管理與權利的對抗、複雜的系統性影響與未預料到的結果、法規間無法互相協調、制定出的法規無法與時俱遷、以技術統治還代替政治決策等（Sunstein, 1990: 84-97）；後者大部分出現在執行機關，包括對人民保護不足、逐漸降低的效率與過度控制、不如預期的重新分配結果、非民主的過程與結果等（Sunstein, 1990: 97-102）。

佈或根本不執行這些規定；國會常常透過制定一些會破壞市場上成本效益的平衡的管制手段，或是完全禁止一切交易行為的方式，來達到工作場所的安全、乾淨空氣和水資源的目的；而有時它們所要求的方式是企業沒有能力負擔的，但即使企業會因此關門也在所不惜。這種現象是因一種以權利為基礎的信念而被支持著，即如同尼克森總統（Richard Nixon）所說：「乾淨空氣、水及乾淨的公共空間，都應該再次成為所有美國人民的固有權利」。

1960 至 1970 年代藉此制定的法規特別多，例如要求環境保護局（Environmental Protection Agency）負責將大氣中的有毒毒素降低到不會影響到人體健康的程度，或是命令職業安全與衛生署（Occupational Safety and Health Administration）將工作場所的毒性物質控制在合理的範圍內等，即使這些法規會導致過多的管制，但比起「美國人民的固有權利」，這些代價「不算什麼」；有些人甚至擔心執行機關會低估了對人體健康和安全的影響而錯誤地強調成本效益的「平衡」，因而支持此種嚴厲的立法。

但法規的執行結果有驚人的發現。環境保護局在幾百種毒素中，僅控制了七種，其中五種是經過法院強制的；而因為列出工作場所的有毒物質已經近似立法形式，職業安全與衛生署最後僅列出十種後即停止。此種執行結果可以看出，過度嚴厲的管制反而會造成對人民的保護不足，與立法初衷相違背。然而這種現象要歸咎於什麼呢？過於精細和代價太高的立法要求當然會降低行政機關的效率，而私人企業又有更多理由和動機要求在執行法規以前必須提供更多的資訊等。是以，桑斯汀在這裡提出一個「次矛盾」（sub-paradox）的現象來解釋，即那些用來促進機關立法的程序保障，會導致較少或完全沒有機關有意願立法。

當然造成此種矛盾的最大理由可能還是因為國會通過過於嚴厲的立法，已經超越「合理的程度」，使得管制者難以執行；在管制機關有判斷是否要執行的餘地的前提下，嚴格的標準會給予該機關有很強的不作為的動機。這並不是中間有什麼誤會或混淆，而是因為執行機關堅信如果依循法律規定，則其他應該被管制卻沒有被有效管制的部分會被忽略，企業成本會上升，最終這些企業會面臨在全球市場上失去競爭力而倒閉。在這種情形下，嚴格的標

準會導致政治上的反對，很有可能引起司法無效性的爭議；最終甚至會要求行政機關誤了通過政治和司法的嚴格審查而提供更多的正面資訊，而管制對象是最不可能提供這些資訊的。桑斯汀認為，一個如此嚴格控制的瘋狂模式導致有些地方完全沒有管制的結果，是完全可預期的（Sunstein,1997: 279）。在這些原因下，社會希望能管得越少越好。

#### 3.4.2.2、對新風險的嚴格管制反而會提高整體風險

立法者的另一個立法技術，在於將新的管制放在未來的建設上。例如因為希望減少車子排放過多的廢氣，所以規定未來推出的汽車都應該具有減少排放二氧化碳的機能；許多建築對身障人士並不友善，所以立法要求未來建築的房子都應該加有殘障坡道、專門之使用設施等。這種不溯及既往的立法原則是正確的，否則將會加諸過多且無法預期的不合理花費在消費者或企業身上，此種管制措施明顯地帶來好處。

但作為一個控制的手段，此種方式其實並不利於經濟發展，因為它並沒有使得企業提供或消費者去購買新的產品，而使得舊有的、不良的產品成為不朽，而不僅是它們已經帶有的風險會持續存在，而且還會擴大並持續。在這個矛盾現象下另外有兩個情況：第一，法規制定者通常不會想到，或是假定他們的管制措施不會對消費者的選擇有影響，但事實上如果新產品因為技術提升而價格提高，它必定或多或少會使消費者傾向於維持購買舊產品；例如環境保護局要求新的車子要加裝新的減碳設備，提高了車子的價格，結果就是消費者會延長使用舊車，原本依照市場機制應該被淘汰的車子會因為該措施而延長其使用年限，不但持續也增加污染排放量，又如航空公司比起更安全、更高科技但較昂貴的飛機，他們會傾向使用較舊款式的飛機。

第二，專注於新科技的研發會降低大家接觸到其實更好的資源或科技的可能；承前述，因為大家會傾向延長使用舊有物品，導致原先預設要解決的問題會加劇。若此種現象發生在藥品市場，主管機關好意地提供更佳效果、更少副作用的新藥品，在市場上卻更促使大家使用舊的藥品，這種結果就真的不是立法機關或行政機關所樂見的了。另一個例子提供了更不好的結果，

即當法規禁止某食品中添加致癌物質而製造商必須找尋替代的添加物時，最後找到的添加物或許比致癌物質還要對人體造成更大傷害。這些都是當管制法規僅提出新風險解決方法而忽略舊風險的管制或調整時，可能在人民選擇上會造成的與預期結果相反的矛盾現象。

#### 3.4.2.3、要求最佳可行技術反而阻止科技發展

最佳可行技術（Best Available Technology）政策是美國立法時常用的一種政策，即所有企業通常不喜歡採取眼前的防止污染的技術，故立法者透過提出某種技術，命令所有企業採取之。但桑斯汀認為這是非常不明智的作法。此種政策雖然看似所有企業都做到它們的最大限度（utmost）去防止污染，但其實對於對企業最好的技術，政府絕對不會比企業自己更瞭解；但政府卻制定一個方案命令企業一體適用，使得企業沒有動力去研發更好或更適合的防污技術，甚至「最佳可行技術」政策還會造成更高的成本支出。一個好的政策應該要促進國家的科技發展而不是阻止創新；簡言之，設計來提供好的控制技術的「最佳可行技術」政策，實際上阻止了科技創新。

#### 3.4.2.4、重新分配法規反而傷害社經階層底部的人

最經常能看到證立管制法規的論點就是資源或財富的重新分配，即立法者透過法規來解決市場上一些看起來不公平、剝削，或欺負弱勢族群等情事；人們往往加入某些交易中僅因為他們沒有其它選擇。在市場上，薪水和價格是被許多道德上無關的因素所影響：供應和需求的曲線總是會造成影響、家庭結構的不同以及教育機會和工作機會的不同、當下的品味、甚至是很多天生的資源如天分、智能、生理力量等；只要政府所制定的法規是有效的，並且不會增加太龐大的成本，都不應該把市場上的這種現象視為「自然」，或是任其成為社會弱勢。最低薪資法規是為了解決勞工被迫簽下過於低廉薪資的工作合約，租金控制法規是為了解決出租人因為市場上需要較大而無限提高租金，職業安全法規則是為了解決勞工在合理的安全工作環境。

但這些看似好意的立法，實際上卻造成相反的結果，即這些立法並不如想像中將一方的資源轉移到另一方。造成這個矛盾的最根本的起因在於，在

所有條件不變的前提下，市場會調整它自己的狀態以適應這個法規，也就是把成本降到最低、效益升到最高。最低薪資法規希望能保障勞工權益，將財富從雇主重新分配至勞工；實行的結果卻反而造成企業不願意雇用更多勞工，甚至裁員，導致失業人口反而增加。租金管制法規也同樣造成一樣的矛盾結果，即租金管制使得出租人或房子所有人將房子出租的誘因減少，使得本來可以找到地方住的人，尤其是處在社經地位底層的人，會落得無家可歸。美國麻州劍橋市從刪除租金管制之後導致新一波房地產的高潮，就是一個很明顯的證明（Sunstein, 1997: 283）。

同樣的情況發生在反歧視的法規上。因為法規使得企業要雇用黑人、女人時必須負擔較立法前更高的成本，企業會更不傾向雇用這些受保護者，造成失業率反而上升。總言之，重新分配的法規並不如立法目的簡單，加入市場機制之後可能造成比立法前更糟糕的狀況。桑斯汀提出有三個資格在這邊是重要的：首先是重新分配的法規是在有效運作的重新分配系統中的一環，如此它可以確實保障工作可以得到足夠的報酬，進而傳達工作價值與重要性的訊息，相對地勞工的需求就會跟著增加。第二個則是牽涉偏好的可塑性。許多論點都會錯誤地認為個人偏好是獨立於法律的，但有時並非如此。倘若個人偏好會隨著法律而改變、形塑，那麼上述的矛盾就不一定會出現了。例如反歧視、反性騷擾的法規若可以使我們尊重彼此身體的態度，那麼雖然無法完全抵銷，但至少可以阻止它所造成的傷害。第三個仍可能可用來證成法規的原因是這些法規可以彌補資訊不足的缺陷。職業安全與健康法規或許無法將財富從雇主轉移到勞工身上，但因為勞工對於自己身處環境的健康和安全有時相當缺乏充足的資訊，而管制法規是彌補不足的一個很好的途徑。不過這會直接引導我們到第五個矛盾。

#### **3.4.2.5、公開的要求可能反而會讓人們知道的更少**

有時市場失靈是因為人們的資訊不夠充足，或是人們獲得的資訊是假的。管制法規於是常常要求資訊的正確性、公開性，大部分運用在職場上、環境中的風險，還有潛在詐欺的不實廣告。但這種要求資訊公開的法規反而會導致人們知道的更少，原因有二：第一，我們可以發現，人們處理資訊的能力

並不好，以致當資訊如潮水般而來的時候，人們通常沒有能力接收到全部，尤其是如果該資訊是指某件事情發生的低的百分比，事實上只要不是百分之百會發生，人們都會落入思考的錯誤，即他們會認為自己是那些不會發生的少數機會。換句話說，資訊的公開性、正確性的確可以矯正一些錯誤的觀念，但會帶來其它錯誤的觀念。最後，仍有一個資訊超載的風險，很多的資訊會等於完全沒有資訊。過多的資訊會造成混亂以及對於當下現況更不能清楚理解。第二個問題出在於對於不實廣告的管制。當政府要求廣告要完全正確時，廣告商就負起舉證自己為正確的責任，是以可以看到的是製造商就根本放棄廣告播送以避免麻煩，同時也剝奪人們對於該類資訊的獲得。

#### 3.4.2.6、獨立機關並不獨立

獨立機關是新政時期遺留下的機制。獨立機關內部委員的行為不是上級監督機關可以實質監督的，例如聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission)、聯邦通信委員會(Federal Communication Commission)、國家勞資關係委員會(National Labor Relations Board)等。這邊出現矛盾的原因比較偏向制度的設計，而不是實質的管制措施。

通常會設立獨立機關是源自我們認為某些領域需要專門人士、獨立於政治來做出決定。但即使這些獨立機關有達到他們的目的，桑斯汀認為我們仍然應該要質疑他們目標的本身，即這些獨立機關所作的決定本身，例如國家勞資關係委員會要定義出什麼才會構成不當勞動行為，聯邦通訊委員會要決定是否必須發放許可給播送公共議題的節目，又或者核子管理委員會要決定安全的標準；然而這些決定並非僅涉及技術事項的管制措施而已，至少某部分也屬於政治領域(Sunstein, 1997: 285)。

退步言，即使我們接受獨立於政治的委員會有存在且必要的前提，但這些獨立機關卻一點也不獨立。理論上獨立機關的重點就是不隨著民意而搖擺，或者受到總統獲上級的指示而決策；但事實上獨立機關極為容易受到利益團體的影響，比起獨立機關應該是無私專家的設計，這些機關實際上非常著重地方利益。

那麼造成獨立機關比一般行政機關更為容易受到派系影響的原因是什麼呢？桑斯汀認為獨立機關因為其機制設計是免於總統的監督，相較一般行政機關還有總統的「庇蔭」可以稍微抵抗派系力量，但獨立機關對於抵抗利益團體、黨派之爭的壓力是非常脆弱的。雖然一般行政機關也對派系之爭無法免疫，但可以確定的是，利用獨立機關來達成免除利益團體、派系的壓力的手段，絕對不是最好的方式。

## 第五節 管見代小結

桑斯汀首先回應一般反對國家管制者之論點，並由這些論點反證由國家管制反而更有可能達成個人自由、促進社會福祉，至於政府失靈的論點，桑斯汀並沒有否認，並且由後文可知桑斯汀也的確認為這是一個問題。只不過，要以這個論點駁倒國家管制的重要性稍嫌薄弱。首先，這個論點是奠基在一個假設上，以一個不一定會發生的危險，是很難全然否定國家管制所能帶來的優點；又即使拿出數據或有任何證據顯示這個情況確實發生過，那麼解決辦法也不一定要禁止所有國家的管制行為，解決政府失靈有很多方式，例如更完善審議過程、對制訂政策前的評估要求更高等，政府失靈的原因有很多，找出根源、對症下藥，總比因噎廢食要好。後者即為桑斯汀的想法。

然，桑斯汀之所以提出這些，並不只是想要論證管制國家的正當性。如同第二章時已然提及，20 世紀的自由主義基本上已經認知到必須往中間前進，即接受有限制的立法，只不過這個限制可以到什麼程度，仍有待研究發展。桑斯汀的目的在於，他其實也認為現代管制國家有一些困境；換言之，管制法規在美國施行得不夠理想，常常有一些完全達不到其目的甚至造成反效果，所以桑斯汀把這些實際上可能遇到的困境提出來。如同前述，把原因找出來，就可以針對缺乏的地方來做補強，這就是桑斯汀試圖達到的目的。

筆者相信桑斯汀也會同意，他所提出的並不是所有可能發生的問題，而政府失靈、法規失靈不但會削弱人民對於國家管制的信心，甚至如果侵害到

人民的基本權利，就還有違憲的可能，找出解決方法對症下藥似乎迫在眉睫。然而失靈原因種種不同，包括立法技術面的問題、行政執行面的問題、甚至是機關結構本身的問題，要找出一個「共通」的解決方案並不簡單；更何況有些困境看起來是在兩種權利中做選擇，都不是容易的事。

反觀臺灣的市場表現亦不理想。雖然臺灣一直沒有施以徹底的「放任主義」在任何一個領域中，但對私法領域是一直以「契約自由」為最高指導原則，而這樣的原則也的確直接或間接地在社會中造成不好的影響。以經濟市場為例，臺灣的貧富差距的問題一直是一個待解決的問題。依主計處之統計<sup>32</sup>，臺灣十年內的貧富差距都停留在差不多的倍數，但考慮到十年內臺灣的教育程度大幅上升，收入增加遠趕不上物價的上揚，所以並不能排除「有錢人更有錢，窮人更窮」的現象；退步言，倘若僅就數據討論，仍顯示社會階層間的流動率很小，即在人民努力的工作、基本薪資上升、沒有遭受太大由本國而發生的經濟災難，仍然無法使人們脫離貧窮階級。貧窮戶變成上流社會階層的人少之又少；臺北市的房地產越炒越高，也越來越少人能負擔起一棟房子的貸款，有許多人每月房租都很難繳出來；即使如此，看到仁愛路上的「帝寶」仍是一戶難求，不禁感嘆也懷疑每天辛苦工作是為了什麼。貧富差距增大是一個問題，貧富差距停滯也是一個問題，有權勢的人為了讓自己更有錢，透過某些方式使資源和財產留在同一個階層，這些都會導致其他階層無法得到更多的資源。當然，資本主義向錢看的目標也是促使社會貧富差距的原因之一。

以臺灣的勞動市場為例，自 2008 年起為因應金融海嘯，各企業為了減少人力成本支出，再加上如果沒有正當理由解雇員工會挨罰，於是發明所謂「無薪假」的不成文制度，讓員工「放假」且不能領薪，等於變相地「暫時解雇」；員工不但沒有立場（缺乏法律條文保障）拒絕，若提出異議或不滿，

---

<sup>32</sup> 筆者認為與先進國家或開發中國家來做數字上的比較是不公平的，所以這裡不採取這種取徑，而把重點放在社會階層的流動現象，且因全球金融海嘯而造成短期高失業率及低所得暫不納入討論之列。參考主計處統計之「戶數五等分位組之所得分配比與所得差距」表格。（資料來源：行政院主計處，網址：<http://win.dgbas.gov.tw/fies/doc/result/99/a11/Year04.xls> 最後瀏覽日期：2011 年 12 月 3 日）。

公司即可以解約為要脅<sup>33</sup>，使員工根本沒有實質的選擇權利。這就是缺乏法規保障的結果，無薪假的問題仍待主管機關有效地解決<sup>34</sup>。臺灣設有勞動基準法會依據平均收入或支出、物價調升等來調整勞工的最低薪資，以保障勞工不會遭到雇主不合理的剝削。不過這類型的法律就顯示在市場上並不是所有契約的雙方都是在平等交易的；況且即使在最低薪資的保障下，若勞工在面對雇主用與工作量明顯不相當的報酬（即使高於最低薪資）聘請時，似乎除了接受或不接收外，也沒有其他選擇。

另一個例子是社會歧視的現象。臺灣近 5 年內對某些特定族群的歧視，消弭得比臺灣過去 50 年還要快，例如男女平等不但納入學校教科書，處處亦可見與過去迥異的現象<sup>35</sup>，例如女性在結婚生子後仍上班工作，男性在家裡也必須負擔家務等。性別平權是經過好幾十年的努力才獲得的成果，但性別僅是其中一部份，有其他更多的族群，尤其是近年才漸漸開始發聲的特殊族群，有因為觀念漸漸開放而開始有所討論者（同性戀、雙性戀者），有因為社會結構的轉變而出現者（外籍新娘、外籍勞工），其中也含有因為與對岸的特殊關係而衍生者（外省人、本省人；大陸配偶等），漸漸開始引起學術研究或民間人權機構的注意，大家開始思考：「為什麼國家對待他們的方式，或社會看待他們的眼光，跟對我們的不一樣？」。歧視問題之所以難以解決，主要原因在於有些價值觀是根深蒂固存在於概念中，以及社會所給予的眼光會造成改變想法更為艱難。此可謂是一種多數暴力，市場本身就是問題來源，要靠市場的調節機制當然無法解決。此時就突顯效益主義的一個問題，即「什麼

<sup>33</sup> 當然在這種情況下，選擇無薪假是可能是「對勞工比較有利的」，但絕對不是勞工「想要的」。

<sup>34</sup> 目前由行政院勞委會針對無薪假的問題提出解決方案，制定了「因應景氣影響勞雇雙方協商減少工時應行注意事項」，並且更新「勞雇雙方協商減少工時協議書」。（資料來源：勞委會網頁 [http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM\\_msg\\_control?mode=viewnews&ts=4ed77af1:37af&theme=&layout=](http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM_msg_control?mode=viewnews&ts=4ed77af1:37af&theme=&layout=)，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 3 日）惟民間勞工團體認為勞委會此舉係為無薪假提供正當法律基礎，勞委會發新聞稿澄清內容節錄如下：「...日前訂定...係以保障勞工權益為前提，使勞雇雙方之協商有所依循，**勞工對於是否同意減少工時及工資，仍有絕對之選擇權**。勞工如無協商意願，雇主仍不得逕自為之，工資仍應依約給付。雇主如未經勞工同意片面減少工資，即屬違法，可依勞動基準法處新台幣 2 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。」（粗體為筆者所加。資料來源：勞委會網頁 [http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM\\_msg\\_control?mode=viewnews&ts=4ed8ac2f:7f38&theme=&layout=](http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM_msg_control?mode=viewnews&ts=4ed8ac2f:7f38&theme=&layout=)，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 3 日）

<sup>35</sup> 筆者不敢說這已經成為所有臺灣人民的一致的價值觀，但至少大多數人都會同意這是共同努力的方向。

是總體最大福祉？」，是大多數人的福祉才叫福祉，還是包括所有人的福祉？無論如何，市場無法解決的，就只能靠強制力介入，才可能稍微動搖老舊的觀念。

桑斯汀提及第三個政治失靈的反駁，也是唯一一個他沒有正面回應的論點。以臺灣為例，立法委員常常有受利益團體遊說的情況，行政官員有時爲了自己的私利而收受賄賂以圖利特定人士或廠商，甚至被認爲是「最後一道防線」的司法機關，不僅自國民黨初播遷來台的權威統治時即失去一大半的民心，近年來出現某些與人民法感情相違背的判決<sup>36</sup>，更使臺灣民眾對司法的信心降到了谷底<sup>37</sup>。惟如同桑斯汀反駁的，本論點力道雖強，但畢竟是對國家未來行爲的揣測和預設，如同桑斯汀所認爲，其不足以推翻國家管制所能帶來的利益。

綜上所述，臺灣同樣面臨市場失靈的問題，加上本文第一章所指出的管制困境，都印證桑斯汀所點出的困境或問題，幾乎是在各民主國家中都可能發生。故接下來在下一章將進一步觀察桑斯汀如何利用法院的法律解釋權限來爲這些失靈解套，此爲一創新嘗試，更重要的是其背後的精神，與其所突顯的時代意義。

---

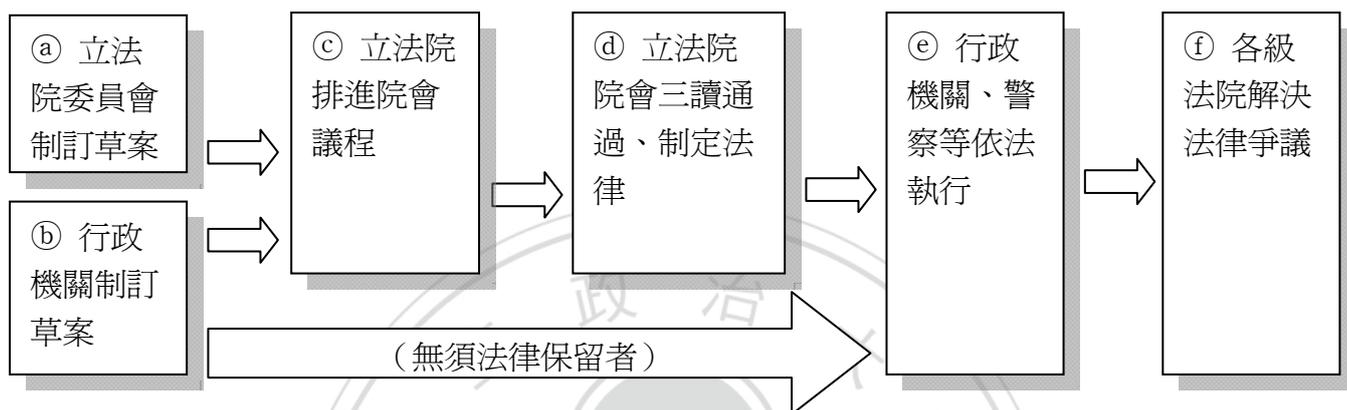
<sup>36</sup> 例如 2010 年 9 月 25 日，臺灣民間社運團體「正義聯盟」發起「白玫瑰運動」，號召 30 萬人著白上衣黑長褲走上街頭。其主要訴求有三，其一爲「針對不適任法官的評鑑與退場，不受憲法終身職保障」。(白玫瑰運動的起源與經過，可參考正義聯盟官方網站：<http://www.xteam.tw/2010/09/925-白玫瑰運動-活動內容概要 20100914/>，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 3 日)筆者認爲，「恐龍法官」與其說是一個人，不如以一種社會現象的角度來觀察；與其討論「係爭個案判決的妥適與否」，不如思考未來要如何從體制面改革才能「增進人民對司法的信任」。所謂以一種社會現象的角度來觀察，係指觀察社會大眾的輿論、媒體報導、網路傳播等是如何影響人民的想法與行爲，不過並非本文重點所在，亦非筆者淺薄的力量可及，故不多述。

<sup>37</sup> 過去對司法的不信任是認爲司法會受到執政黨的指使，無法做出獨立、公正的判決；現在對司法的不信任是對司法官員本身素質的不信任，尤其牽涉到所有正在讀、或已從法律系畢業的學生在社會的地位。



## 第四章 解決現代管制國家之困境

### 第一節 前言



\* 圖 4-1<sup>38</sup>

在本書中，桑斯汀顯然將解決管制困境的重責大任交給了⑥。然經由桑斯汀的論述，亦不難見其所以然。首先桑斯汀於本書中，藉聯邦主義者於立憲時與反聯邦主義者的交鋒，突顯美國立憲者認為（桑斯汀也認同）在程序①至④都極容易受到私人利益團體遊說、干擾；在程序⑤中也會因為集體行動困境而使較為有組織性的私人利益團體阻撓行政機關的執行，而為防止小團體為私人利益干擾國家法律的制定與執行，本為開國立現者最大的目標<sup>39</sup>。但本書亦提出其他的管制困境，包括程序①、②在制訂管制政策時，因為沒有考慮到執行時會造成的外部效應，採取錯誤的管制手段，導致在⑤階段會出現問題，包括所制定的手段無法達到目的，或該手段造成沒有預料到的傷害；以及⑤本身的執行機關怠惰、不獨立等，都屬於管制法規失靈。在這種情況下，本圖或許可以從某個角度說明為什麼桑斯汀會採取⑥為解決途徑，

<sup>38</sup> 筆者自行將我國與美國大致上立法程序，就本文脈絡重點，表列如下，並標上①至⑥以方便後文說明。

<sup>39</sup> 按聯邦主義者認為邦聯制下最嚴重的問題，就是小區域容易造成派系鬥爭、為派系掌握，故改為聯邦制雖然犧牲人民與政府之間的親近關係，但卻可以以代議制反映人民需求，更防止少數人影響立法、行政等決策過程。

蓋①至⑤都可能是問題的溫床，考慮重新建構⑥作為改革的目標非無理由<sup>40</sup>。

## 第二節 法律解釋方法的缺陷

### 第一項 代理觀點下的解釋方法

最先涉及法律解釋權限的美國判例，為 1803 年 *Marbury v. Madison*<sup>41</sup>一案，該判決宣告美國聯邦最高法院有司法審查的權限，而法律制訂的權限則歸給國會，倘若國會制定之法律違反憲法，則最高法院有權將之宣告無效。但該判例中並未說明要授予行政機關有多少聯邦權限。直至 1984 年，聯邦最高法院於 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*<sup>42</sup>一案中，就判斷誰有法律解釋的權限，法院提出兩階段的判斷標準，首先必須要看國會制訂的內容是否清楚，倘若法院認為國會對係爭法律沒有直接、清楚的說明，則第二個就要看行政機關的解釋是否合理（reasonable）或可允許的（permissible）。是以，若行政機關的解釋為合理，法院就應該遵從這個解釋，而不能自行解釋。這個兩階段的判斷就是最常被行政法拿來引用的「謝弗林尊重」（Chevron deference）。桑斯汀認為該判決係允許「球員兼裁判」，即行政機關應遵守的法規由行政機關自行解釋，是不合理的。針對該判決中所說司法的角色為立法機關之代理人（agency），桑斯汀對該觀點抱持懷疑的態度。於是，在重新建構一套法律解釋理論時，桑斯汀首要挑戰的就是這個「代理觀點」（courts as agency）。

桑斯汀主張，應該要由法院對行政機關的法律做解釋，以抵銷在政治上

---

<sup>40</sup> 從「三權分立」的概念也可以說明這些階段間的角色與互動關係：當立法與行政都是造成管制失靈的原因時，司法成為監督制衡的手段是其在權力分立下的固有功能。值得注意者為，桑斯汀不僅於本書提出解決管制困境的方法，日後他所出版一系列的書籍，如 2002 年《*The Cost-Benefit State*》、2008 年《*Nudge*》，無一不在討論如何使政府的管制手段更有效、更精緻化。

<sup>41</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>42</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)

和管制上的缺陷。至於「謝弗林尊重」原則，桑斯汀認為倘若法院對於管制法規的功能以及其失敗的原因更加瞭解，就更期待他們透過對法律解釋有顯著的作為。在這裡桑斯汀指明其欲挑戰幾個固有的概念（Sunstein, 1990: 111）：

- A. 法院必須完全依照法律原始的意義，或是立法者在制定法律時最原始的動機（立法目的）；
- B. 法院的角色是忠於國會的代理人；
- C. 法律的意義是固定、不會變動的；
- D. 政治政策所爭議的觀點不應該成為法律解釋的一部份；
- E. 法律意義僅止於其立法目的；
- F. 解釋準則或背後的解釋性規範，對法院都是過時的、沒有幫助的指導。

桑斯汀認為這些傳統的觀點，與實際的司法行為是不符合的；並且這些觀點對於法律解釋，只會使法律解釋不完整，或最多為法律解釋提供違背常理的解釋原則。

### 第一款 傳統法律解釋方法

法律解釋有許多傳統的工具，例如文字解釋、體系解釋、歷史解釋等，而每種方法的重要性一直都存有爭議。例如其實立法者的歷史並沒有仔細考量立法觀點，他們只反映了當時國會的少數成員、利益團體的觀點而已。桑斯汀主張，這些方式都是失敗的，因為他們錯誤在法院實際上在運用的說明，以及解釋的規範性理論。他認為它們全部都忽略了解釋原則在解釋過程中的不可避免的運用。

上述幾種法律解釋的傳統方法之所以失敗，主要原因繫於一個概念，即

法院是立法者的「代理人」。因為法院在解釋法律時只是立法者的「代理人」而已，所以法院在這個過程中應該重視法律的文義、歷史和體系，而對於規範背景、政策考量、一般原則是可以不需要考量在內的。甚至認為法院是立法者的代理人的人，會禁止法院在解釋法律的過程中對機關的安排，或對法規功能及失敗做出任何帶有價值觀的質疑。司法的角色只是在分辨與適用由立法者制定出來的法律。這個觀點通常可以被民主系統證立。由於制定法律的人是由人民選舉而出，立法的過程也透過審議行為，符合民主的概念；反觀若我們允許司法自己作解釋、適用，不就等於司法僭越了立法，增加法律的不確定性（Sunstein, 1990: 112-113）。人們對於法院依據文字以外的理由來解釋，認為如此容易落入意識的爭論（ideological disputes），而這種爭論是沒有辦法被法官，或是其他參與者在法文化中協調的，導致不可避免的含糊。這種恐懼造成了文義主義的興起。

法律解釋方法之一的文義主義（Textualism）認為法規文字是法律解釋的為一合法的基礎，法院沒有權利從文字以外的地方找法律解釋的基礎。文字帶有含糊不清是文義主義最常遇到的問題。包括文字本身可能代表許多意思，例如文中沒有清楚寫出的對象是否一律排除？若沒有特別指定時，到底「薪水」是否包含勞工貢獻給個人計畫的部分？對傳播企業的管制法規是否規範到有線電視？但文義主義更基本的問題在於，文字若獨立於背景、文化、脈絡，則其實是不帶有任何意義的。國會制定法規的必要性意涵時，係端視背景規範的文字應如何被理解；立法是無法改變文字必定帶有文化背景的事實。即使我們承認法規文字可以代表一個權利，但法規的沈默在文義主義下就不存在任何意義，也無法解決。是以可推知法院在進行解釋的時候，必須追溯到立法時的背景。

另一個讓法院不得不越過文義而作解釋的原因，是因為立法有可能授權法院造法；立法也可能存在漏洞，此時法院在解釋時即無法僅以文義為之。桑斯汀提出文義可能造成的「過度涵蓋」（overinclusive），亦需要透過除文義以外的解釋方法來解決。有時法律文義上並沒有明確排斥某些事項，僅是因為他們在制定的時候沒有考量到，此時嚴格的文義解釋很容易會造成法律過

度涵蓋的結果，即若法院把某些事項包含在規範對象內會得到不理性、不合理的適用結果。有人可能會認為，就是因為這樣所以會督促立法者在立法的時候更為小心；桑斯汀認為有許多問題是完全無法事前知道的（Sunstein, 1990: 117-119）。

嚴守文義主義還可能會造成「涵蓋不足」（underinclusiveness）的結果，同上述的理由，法律條文也不可能竭盡所有可能發生的狀況，為了避免有心人士利用文義鑽漏洞而逃避法律的制裁，法院仍須透過除文義以外的解釋方式以解釋適用之（Sunstein, 1990: 120）。而環境瞬息萬變的結果，若僅使用文義主義，則法律極容易落入自己設下的牢籠。此處可歸結出兩個原則，首先法院在適用法律時，為了填補法律因為環境變遷而產生的規範不足，或是在某些較難涵攝的事實案件中，就需要其他的法律解釋方式；在這些情況下文義主義是明顯地不足的。第二個原則是在面對一些相抗衡的可能性時，法院若僅依照文義解釋，往往會得到不理性、扭曲的結論；在這種情況下，文義主義是不完整的、邪惡的（Sunstein, 1990: 121-122）。

體系解釋的法律解釋方法作為回應文義主義的不足，在很多情況下都被證明是很有用的。體系解釋會排除那些與法律體系不合的解釋結果，並採取與體系為一體的解釋結果。但這個解釋方法也面對兩個問題，第一，他們預設整個法體系是健全且一貫的；但是在立法時可能會有關說、遊說、利益團體的利誘威脅下，關說、遊說、利益團體的利誘威脅下，法體系是否健全是有疑問的。第二，就如同文義主義的問題一樣，體系解釋也僅能提供一部份的幫助，法律經過體系解釋後可能仍然會得到不清楚或有漏未規定的部分。此時就必須求助於其他的解釋方法（Sunstein, 1990: 122-123）。

目的解釋在 1950 至 1960 年間相當具有影響力的解釋方法，被當作是對於機械化解釋文義、體系解釋的另一個較好的解釋方法。舉例來說，如果有一個法律規定「車輛不得進入公園」，那麼依照文義解釋，腳踏車、電動車因為都是車，所以都被禁止進入公園；而依照體系解釋，這個解釋結果並沒有顯示與整個法體系有什麼衝突；但依照目的解釋，可以得出「車輛不得進入公園」是因為不希望公園被廢氣排放而污染，所以「不會排放廢氣污染公園」

的車輛，應該都不在管制的範圍內；是以，依照目的解釋可以得出腳踏車、電動車等皆可進入，此解釋結果也較為合理，而不會得到過度涵蓋或涵蓋不足的結果。

但目的解釋仍然無法解決法規結構的問題，它仍存在文義主義所會發生的問題，只是用不同的型態出現而已。同樣地第一個碰到的問題仍是模糊不清的問題。目的解釋最重要的就是「目的是什麼」這個問題。然而目的的內容又不是絕對的，而是透過分析、推理、論證等方法；而這個問題如果交給有多樣成員的群體來進行解釋，就會發現比起「發現」目的，還不如說是在「創造」目的。不僅集體行動困境且聚合所有立法目的的困難會導致無法得到統一的「目的」，甚至各目的還會互相衝突，當取其一時會排除其他，進而就會發生文義主義不願見到的「意識爭論」。目的解釋常常會發生第二個問題，即過度涵蓋的問題。通常法院將法律作目的解釋就是為了填補法律沒有規定到的事項，可是透過目的解釋就有可能得到荒謬的結果。舉剛剛的禁止車輛進入公園的例子，透過「防止噪音」的目的解釋，會得到禁止收音機進入公園的荒謬結果。最後，如果法院在解釋法律的目的時沒有仔細注意法律的語言和內容，也很容易把目的解釋得太狹隘，導致法律無法規範到應該規範的對象。

目的解釋更大的問題不在於實踐，而是在概念上的。如果該法的目的無法由其文字或背景為基礎，那麼帶有價值的判斷就會介入。法院在進行目的解釋的時候，通常會把自己預設為當時的立法者，並想像若身處在那個時候會對於眼前的案件如何判決。但這邊會出現一個錯誤，即過去的立法者並沒有預料到會碰到眼前的案件，原先的目的是否適用不無疑義；況且社會環境變遷，法律體系也跟著變遷，倘若以當下的法體系和社會文化來看法律「目的」，這種向未來展望（forward-looking）的目的解釋方法，必定會比向過去展望（backward-looking）的目的解釋方法更能得到合理且符合時代的結果。但，這樣的解釋方法必定伴隨著大量的判斷空間（discretion），到底是「創造」還是「發現」目的就會變得很模糊（Sunstein, 1990: 126）。

立法意圖與歷史解釋方法與目的解釋很像，但不同在於進行此種解釋方

法時，他們並不重視法律規範的目的，而是法律制定者當時如何看待這條法律，這條法律是在什麼情況下被制定出來的。例如上述「車輛不得進入公園」的規定，對於「車輛」的意義，倘若透過目的解釋認為會製造噪音和污染的車輛皆屬之；但立法意圖與歷史解釋方法則會端視當時參與立法的人是如何看待「車輛」這個用詞。這個方法受到一些批評，有認為立法的歷史並不是法律，而只是一個事實，所以不能用來遵循或藉之作法律解釋；有認為立法意圖與目的一樣都具有無法確定性，仍有含糊不清、過度涵蓋或涵蓋不足的風險。桑斯汀認為，立法意圖與歷史解釋確實不是法律，甚至某些情況下立法者制定較具彈性的法律文字，就是為了在某個範圍內符合變動的社會和意義、解釋。所以立法意圖與歷史解釋方法至少提供法院在使用文義、體系、目的解釋時，一個重要的考慮素材。故法院若僅依照立法意圖與歷史解釋方法來作法律解釋，那會是錯的；但法院在解釋法律時若完全忽略立法意圖與歷史，那也是錯的（Sunstein,1990: 128）。

## 第二款 法律程序理論 (legal process theory)

許多目的解釋方法的支持者很快地就瞭解到某些案件單單倚靠目的解釋是不夠的。於是出現法律程序理論。法律程序理論位於形式主義與唯實主義之間。他們認為法院於解釋法律時，為了避免恣意造法，法院必須運用法律材料 (legal material)。即當法院要解決困難案件時，法院「應該要預設該法律是被理性的人，為了追求理性的目標，理性地被制定出來」，此與一般追求任何立法者的實際或假想的判斷是完全不同的。而法律程序方法又大致分為兩派，一群人希望藉由與法院協議實踐立法者的判斷以履行立法者的命令；另一群人則追求法律中的理性 (reason) 及合理性 (rationality)。桑斯汀指出這個理論明顯是奠基在對立法過程的不瞭解，例如他們低估了利益團體在決定法律內容時的影響力；並且追求法律中的理性與合理性，必須以大家對於什麼是合理的有所共識才有意義，但這些概念都太過爭議性，以致最後仍會回到法律文義本身。

這個問題與德沃金極具影響力的論述不謀而合，桑斯汀認為這明顯就是承繼法律程序的立場而來。德沃金認為法院作解釋時應該與最好的原則（the best principle）一致，而這些最好的原則可以支持立法者「已經完成」的部分，並把自己視為是延續立法者意旨的伙伴。他強調司法解釋的運用可以產生合理的結果、防止專斷恣意、製造法體系中的一貫性。桑斯汀認為德沃金的理論是有缺陷的，因為他並沒有討論現代管制國家的失敗，以及法律解釋如何影響法律文化與現代管制國家的討論；他也認為德沃金的理論是過時的，因為他仍然專注於司法在普通法所扮演的角色，而沒有與管制國家的各種不同目的及缺陷做出調和。波斯納（Richard Posner）近期的主張也很類似，他認為法官的工作並不是在反應當代最新的價值，而是盡他所能地去想像當時的立法者會如何適用在這個他們沒有預料到的情況裡。桑斯汀認為這兩個敘述是互相矛盾的，因為去想像立法者會如何适用法律，必然會與當代的價值相關；而這留下最後一個問題，即解釋的背景規範在法律解釋中是必然的，但在波斯納所想像的再解釋的概念裡，是不存在的（Sunstein, 1990: 133）。

總而言之，上述幾種解釋方法都無法作為完整的法律解釋理論。「法院為立法者的代理人」的主張不正確，但從另一個角度來看也不完全錯誤。即依照上述以「視法院為代理人」為前提發展的幾種法律解釋方法，文字本身若脫離脈絡則無意義可言，在這種情況下法院不可能僅依照立法者的文字來理解法律規範；又若探究立法者的目的、意圖與歷史，會發現這些都有共同之處，即帶有不可確定性，進而同樣地有著模糊不清、過渡涵蓋及涵蓋不足的解釋結果；再加上立法者可能有意或無意留下的法律缺漏必須由法院來填補，才不至於放縱有心人規避刑責；經立法者授權、使法律跟上時代變遷、彌補立法者無法預見的狀況等原因，法院有時必須加入帶有價值的判斷，該判斷亦不可能脫離當代背景規範。

但從權力分立的角度來看，法院「應當盡量成為立法者的代理人」。法律的制定係分配給立法機關而非司法機關，法院的判決或對法律的解釋，都應該盡量以立法者為依歸，不得流於專斷恣意，並且認知到司法在法律制定的方面不應凌駕於立法之上，如此才符合權力分立的精神。惟難處在於，該如

何決定法院何時、到何種程度始可脫離代理人的角色 (Sunstein, 1990: 137)。

## 第二項 外於文義之標準

或許是爲了彌補代理觀點的不足，有時法院與評釋者會發展出一些外於文義 (extratextual) 的方法。其中三種在過去這個世代極富影響力。第一種是將法律解釋視爲一種「交易」(deals)。由於目的解釋與法律程序理論皆無法讓評論者在福利經濟與現代公共選擇理論中找到指導原則，他們認爲在政治下潛在的概念就是利益團體的多元性，他們將政治視爲私人團體爭奪利益的戰爭。這個想法通常伴隨著難以聚集多數立法者的偏好和信念，集體行動困境、策略、操縱行爲，以及惡行循環，讓人很難相信他們在投票時能夠匯集成一個具有一致性、融貫性的法律「目的」。支持者主張法院不應該將立法者視爲理性的人在理性地做事，因爲法律常常會由各方而來的各種壓力而產生失序的結果。這個前提與法律程序學派大相逕庭，他們認爲法律解釋本質上就是一種交易，而法院的工作就是在履行這個沒有原則的「交易」(Sunstein, 1990: 137)。

桑斯汀指出這個主張首要的問題之一就是不確定性，即該交易的實質內容在缺乏背景理解下是完全不明確的 (Sunstein, 1990: 138)；反而因此導致要決定哪一個交易應該被採取仰賴於一個含糊不清的背景規範。第二個問題，即法律可能是由各方私利團體的利益所影響而成的，但這是一個人爲的想像；並非所有法律在制定時都受到嚴重或決定性的影響，有許多法律無法以利益團體的多重性來解釋。所以顯然地，這種唯實論的主張是被過份誇大了。第三，若政治的多元性無法成立，此理論也會跟著崩塌。然自美國聯邦憲法以降，利益團體利用政治權力將利益從一個團體轉到另一個團體這個想法是一直存在著，這也是爲什麼麥迪遜在制度設計時要保證一個審議的政府，並且以許多憲法條款保障人民、限制政府，包括平等保障、程序保障、土地徵用權、契約條款等。反觀事實上，法院極少以某個法律係由單純利益團體之利益交易爲由，而宣告該法律無效；相反地，法院往往能夠爲立法找到一個公共取向的理由足以證立它，可見利益團體的多元性亦不無疑義。

最後，這個理論從根本上就很難證立。在預設上，支持者認為利益團體通常較能精確地聚集市民的偏好，但事實中利益團體的多重性仍反映了集體行動困境、策略行爲、惡性循環等問題，其實並不如想像中有良好的聚集結果；即使利益團體能夠聚集某部分的市民偏好，但偏好也不應該是形成政策的一環，況且許多利他的偏好、未來世代的利益、社會次階層等，仍然需要法律權力來保護這些價值，而這些鮮少爲多元的利益團體所重視。最後，法律若將法律視爲政策，反而會導致法律中的不一貫及不合理。試想若管制核能發電廠的聯邦法與州的侵權法取得先機，那麼在缺乏清楚的立法指導下，若法院能做出一個能夠同時符合州法與聯邦法的解釋，應較利益團體互相鬥爭後以勝負決定結果來得好。

把法律視爲利益團體間的交易會導致許多的問題；相反地，倘若法律解釋者能把法律視爲公共取向的，那麼也比較可能把法律推往這個方向。而這個系統也會盡力地削減私利的私人團體；倘若法律中有意思不明確的部分，該系統也會想辦法在立法審議過程中彌補這個缺失，並且使第三者對該程序的影響降到最小（Sunstein,1990: 139-140）。

第二種方法當解釋有疑義時，應作有利於私人秩序（private ordering）的解釋。在這個觀點下，憲法讓人民在處理自己的事務時不受政府的干預；這個原則也同時要求法院在解釋時的界線，僅止於人民所能理解的語言和歷史。故這個解釋原則限制了所有在社會經濟領域的法律，只要法律沒有規定的，或是沒有明文禁止的，都推定人民有做的自由。推定有利於私人秩序並不是什麼新的原則。在自由放任主義盛行的年代，法院以此方式限制管制國家的範圍；之後因爲新政的興起、對普通法的衝擊，以及隨之而來的權利改革，推定有利於私人秩序的解釋方式已經不符合當時的背景與需要。但這個原則的問題不僅如此，最基礎的問題是它與現代政府的背後價值不合致，它會引起被民主的政府部門拒絕的理解，因爲他們認爲這個原則會使那些他們制定且執行的法律變得無法辨識。況且若援用放任主義的原則以支持這樣的司法角色，法院會顯得過於專橫。

第三個是聽從行政機關的規則。另一種想法是，一旦當法院對於法律有

疑義時，就要交由較可說明且專業的行政機關來進行解釋。這個觀點是源自於新政時期對於行政機關自治的熱衷，並強調司法不應「制定」法律，當時認為法院應該聽從行政機關對法律的解釋，除非立法者有「直接對係爭個案提出明確的說明」。退步言，即便如此做可以解決所有法律上的爭議，但仍然需要決定什麼時候法律才是模糊不清、需要解釋的？而在哪些問題上，法院需要獨立於行政機關來作解釋？然而聽從於行政機關解釋法律的規則是帶來某些重要的結果，因為它是將所有立法機關的問題丟給行政機關去解決，而且行政機關可以將他們的專業用來解決複雜的管制問題，避免法律的尖銳，使法律與時俱進不致陳腐，藉由考慮許多行政機關的不同觀點來提高可說明性。

但從很多的理由來說明，要法院聽從於行政機關的解釋都是錯誤的。從美國憲法系統來觀察，法院本來擁有對法律解釋的權力，所以如果要讓法院聽從於行政機關，則必須由立法機關特別指示。但近來許多立法機關都抱持著對行政裁量權在立法上不信任，法律基本上不太可能要求法院聽從於行政機關的解釋，亦非立法機關所樂見的結果。再者，這個原則是違反權力分立，若使行政機關有解釋法律的權力，將會造成現行法及憲政主義的大混亂。然而司法審查最基本的概念就是避免球員兼裁判；憲法與國會的關係，就如同管制法規之於行政機關，兩者都需要有獨立的第三人來決定某些限制的本質。簡言之，法院聽從行政機關的規定，在憲法的背景下是與國會意思不合的，更與提升完好的管制政策目標背道而馳（Sunstein, 1990: 142-144）。

### 第三項 不確定性論者與成規主義之觀點

既然代理觀點不可避免地不完美，那麼就有人討論，到底是否可能創造一個不但能在實際實踐上適當地描述，同時也值得採用的法規解釋的方法？有兩派比較悲觀的說法。第一派是認為不論用什麼方法，法律解釋在所有案件裡都是具不確定性的；另一派將自己視為「成規主義者」(conventionalist)，他們認為要發展出這樣的理論是不可能的，只可以「做」出來。後者與前者

主要的不同在於成規主義者認為意義是有限的，而因為解釋推定如此根深蒂固且普遍，以致意義幾乎總是有限的、可確定的，且主觀解釋與客觀解釋之間的二分界線確實不復存在。但這兩派也有相同的地方。兩派都認為不存在區別好的解釋與壞的解釋的標準，他們也都認為文字之所以是某個意思，是因為人們有做如此詮釋的權力。兩派在這個地方有了重疊，但桑斯汀也指出，這就是這兩派見解有問題的地方（Sunstein, 1990: 144）。

認為法律解釋帶有不確定性的論點可能是指規範上的，也可能是指事實上的。舉例來說，前者認為法律解釋沒有正確的答案，只有主觀的意見；後者則是從現實層面來看，即使有互相衝突的解決標準存在，司法判決仍無法事先預測。但不論是規範上或事實上的意義，法律意義的不確定性都是被過度強調了。基本上司法的解釋往往可以被預測，主要是因為大部分的背景規範在法官間是沒有爭議的；即使存在爭議，但主流見解仍然是完全可被預測的。是以，若從事實出發的觀點，不確定性的觀點是站不住腳的。從規範的角度來看，桑斯汀認為帶有價值的判斷不必然就是專斷恣意、古怪的判斷，而一個與大多數人的法感情都相違背的解釋也不必然代表那些論證都是令人信服的或可信的。故我們仍可以說某些解釋是正確的。即使有時會遇到困難案件，但並不代表所有案件都困難；我們也將會看到，在困難案件中訂出標準也是可能的（Sunstein, 1990: 145）。

成規主義的問題在於他們沒有辦法提供任何有助於解釋的描述性或規範性任務；他們也沒有說明當一群解釋者之間要如何協調、決定。他們認為法文化中的參與者或觀察者不應該滿足於現有的解釋策略，而且認為要去衡量這些策略是不可能的；這些策略只是選擇下的結果。但事實上的情況是，有許多在法律裡的原則仍然是不清楚或在法院中是有爭議的；在這種情況下，如果說「法律就是它文字上的意思」，或說「法律就是權威者或專業人士所賦予它的意義」，那麼就忽略掉所有重要的問題。進步言，成規主義者認為「解釋規範本身就需要解釋」，並不代表就沒有評估特定規範的標準存在，也不代表人們沒有能力去解釋為什麼這些規範可以把事情變得更糟。規範都是評估的對象，並且一旦這些規範被普遍地接收時，他們就會認為是重要的。成規

主義的問題在於他們太過於簡陋與淺顯，他們無法說明在解釋策略中的選擇的相關現象，把解釋者視為是客體、接收者，而不是解釋實務的主體或創造者（Sunstein,1990: 146）。

#### 第四項 法唯實論之觀點

代理觀點所發展出的解釋理論，傳統的解釋原則似乎對於法律解釋沒有幫助。從比較根本的角度去否定的成規主義，以及認為法律解釋根本不可能有對或錯的論點，實際上也過於否定解釋原則的存在與意義了。但若要說否定解釋原則的存在和意義，法唯實論者的主張是更徹底且影響更廣。他們認為解釋的「準則」（*canon*）是理論上不應該、事實上也不存在的。

在行政機關的管制初期，一個重要的解釋原則就是要盡量窄化法規的範圍，即當法律因為含糊不明而需要解釋時，法院就會偏向「沒有禁止就是可以」的方向解釋。例如若國會是否企圖要雇主對勞工的權威的立法是不清楚的，則法院就會傾向否定的方向解釋。有時法院過份利用這個機制時，就會得出一個原則，即「當國會沒有清楚顯示有這個意圖時，就推定沒有。」此種對普通法底線的否定，法唯實論者扮演著推波助瀾的角色（Sunstein, 1990: 147）。對新政改革有著重要貢獻的法唯實論，主張政府的權力應該在普通法的法規之下；同時他們也企圖削減法律解釋準則的必要性，最重要的莫屬盧埃林（Karl N. Llewellyn）所提出的宣稱，即每一個法律解釋的準則都被另一個準則有效地抵銷掉（Sunstein, 1990: 148）。在他對判決的觀察下，他認為解釋的準則只不過是一種機械性、在事後將判決偽裝成理由的運用；在唯實論者的眼中，真正的基礎往往是一個不合法的司法政策偏好。

法唯實論對解釋準則的看法，深深地滲透當代的法文化，使得許多人都認為解釋準則是從法律形式主義而來、時序錯置的產物。即使盧埃林的宣言的確具有說服力，但他對於不確定性及相互矛盾的主張卻是過於誇大了（Sunstein, 1990: 148）。事實上許多的準則確實影響了司法行為，這反映在法

院會利用背景規範來幫助他們解釋法律文字或解決困難案件。盧埃林忽略了在他的理論中縱使是法官的「直覺」，可能隱含著法官對某些爭議的解決方法，而這些也可能就是來自解釋的準則。用另一種說法，就是解釋準則其實把自己偽裝成是盧埃林口中所說的政策選擇、判決的事後合理化。總言之，盧埃林的觀察除了過份誇張外，其實大致上並非錯誤的，而是他沒有看到那隱藏在每個法官背後的理性而已（Sunstein, 1990: 149）。

解釋準則對於美國聯邦和國家法院仍然是顯著的要素，在許多現代法律中我們都看得到解釋的存在與必要，如何去建構一個解釋的準則仍然是重要的。桑斯汀提出了一個類比說明解釋原則的性質（Sunstein, 1990: 150）：就像我們的契約法制，倘若契約中雙方的約定有所缺漏，例如交易的時間、地點，或是毀約的賠償金額等，那麼在出現爭議時，就會回歸至契約法提供的基本規定。解釋原則與法律的關係也是同樣的。當法律出現漏洞時，就必須求助於這些解釋原則。但同中有異的者在於，契約法的原則是，必須先試著推斷當事人的原意，即把自己比擬為契約訂立的當事人，推斷他們的原意為何，若仍不清楚才會回歸契約法所訂立的一般規定；但在解釋原則與法律的關係裡，因為立法者的原意並不是那麼容易可以推敲的，法院也很難站在立法者的位置去推斷如果是他們會作何解釋，況且現在立法者與當時的立法者的想法往往已相去甚遠，是以有時候法院會適當地運用原則去解決爭議，有時會使法律的意思離原立法者的初衷越來越遠（Sunstein, 1990: 150）。

### 第五項 為達特定目的之解釋原則

為達目的而發展的解釋原則的問題，在於解釋原則往往同時具有很多功能，以達成各種不同的目的。更常常是因為有些原則已經內化於我們的想法中，很難被察覺。為了發展解釋原則，桑斯汀把所有解釋原則所欲達到的目的分為四類：句法規則（*syntactic norms*）、解釋的指導（*interpretive instruction*）、促進更好立法（*improving lawmaking*）、達到實質目的（*substantive purposes*）。

第一類的句法規範下發展出許多解釋的基本原則，有些可以被明顯分辨出來，有些則因為用得太多習慣而內化以致難以辨認。舉例來說，在解釋法條時會朝著不與法律體系相衝突，或使其意義與體系融貫一致；若特別法規定與一般法的規定相衝突時，特別法優先於一般法使用。另一個較具爭議的句法解釋原則為「明示其一即為排除其他」( *expressio unius est exclusion alterius* ) (Sunstein, 1990: 151)，法條有列舉與例示兩種，前者係指有在法條內的才有，後者係指只要與法條上所列者為同類型，透過解釋就可以包含在內；另外還有所謂「同類解釋」( *ejusdem generis* ) 原則 (Sunstein, 1990: 152)，即立法時若將概括規定至於列舉之後，概括規定必須與所列舉者之類型相同。而在某些情況下，法條會出現意思非常清楚的語句，表示立法者希望法院在理解法條時不要被歷史解釋、體系解釋或考慮政策面等較容易被誤解或不相關的因素影響。

第二類的解釋原則係為解釋指導是指立法者可以在法規前先訂立一套解釋原則，此種指導原則不會指向特定個案，大部分係指一個方向，以確定法院在解釋法條時會朝立法的期待去解釋；例如明示法院在解釋勞動法時，應往有利於勞工的方向作解釋。另外一種解釋指導較為不特定、不明確，例如合憲性解釋方法，立法者當然希望其所制定之法律能往合憲的方向解釋而不至於無效。

第三類的解釋原則是為促進更好的立法，可以透過把司法和行政判斷的餘地縮到最小，或是以前述的語句清楚的解釋，促使立法者能更慎重立法的過程，以或可促使立法者清楚說明立法目的。有一些解釋原則的目的也在於希望能夠排除越多利益團體的干擾越好，清楚的立法可以縮小法院解釋的空間，例如稅法法定原則就限定只有立法機關可以制定相關法律；某些事項則因其專業或獨立性的維持，交由相關的行政機關或獨立機關去解釋有疑義的法律。

第四類的解釋原則是為了達到與法規意義完全不相關的實質目的，這些獨立目的可以反應客觀的司法價值判斷，具有更上位的憲法精神，被視為「有憲法權力的普通法」(Sunstein, 1990: 155)，例如刑法的法定原則就是從憲法

對於程序保障而來的。

### 第三節 法律解釋原則的重新建構

#### 第一項 依憲法規範建構的原則

桑斯汀首先提出第一種領域，比較不具爭議、依憲法規範建構的原則。第一個原則是源自聯邦主義（**federalism**），法院解釋法律時，須預設各州擁有立法管理該州人民及領土之權力。蓋此為美國公法之前提，而該前提進一步證成他的次解釋原則，即若欲主張係爭聯邦法優於係爭州法，應要求有立法者的清楚意思表示。此原則並不會以此取代調查州法與聯邦法在係爭個案中關係的程序，但它在這類型的爭議案件中可提供值得參考的幫助（Sunstein,1990: 164）。

第二個原則是來自於政治審議（**political deliberation**）。由美國制憲過程就可看出立憲者對政府行為僅出自於利益團體的交易或私人團體的政治權力（即 **naked preference**），是非常反對的。故以此為基礎，桑斯汀提出第二個解釋原則，即**僅涉及利益團體交易的法規應限縮解釋**，並且法院應進一步發展促進政府審議的解釋標準；例如凡立法者或管制機關未經審議程序且含有為利益或團體考量的議案，可發回要求補正等。

第三個原則係依循憲法的基本概念，即法律可以通過憲法的檢驗；而這個基本概念又支持另一個較廣的概念，發展出第三個原則，即**法律解釋時應朝著合憲的方向解釋（合憲性解釋）**。這是一個較具爭議性的原則；波斯納（Richard Posner）法官認為這是在創造一種「陰影憲法」（**penumbral Constitution**），因為在尚未有明顯違背憲法之前，法院就可以迫使法律內涵往某個特定方向（Sunstein, 1990: 165）。但桑斯汀則認為，因為目前司法對憲法的執行嚴重不足<sup>43</sup>，這個想法可視為迫使法律合憲的較緩和的方法；又法律在被法院宣告無效前皆可適用，是以仍列為解釋原則之一。

<sup>43</sup> 由於憲法可謂是較難的實質理論與制度限制的混和物，而這些限制會導致法院不願意盡全力去維持憲法原則，造成司法的執行不足（**underenforcement**）（Sunstein,1990: 165）。

第四個原則有助於達到憲法的基本目標：中央集權（centralization）、迅速效率（expedition）及問責性（accountability），即以對政策制訂權力的授權，法院應予以限縮解釋。此不授權（nondelegation）原則，也會用在法院對行政機關尊重的解釋，即法院擁有解釋國會制訂法的權力，而不需要服從於行政機關，並且也要避免讓行政機關解釋規範自己的法律（Sunstein, 1990: 166）。

第五個原則係以法治（the rule of law）為原理，即若有一個清楚、沒有模糊地帶的法律存在，則必須要以其明確意義去適用它，不可做與其相反的適用。一個顯著的例子是寬免原則（the rule of lenity），即如果是以刑法為制裁手段的法律，如果其構成要件太過廣泛，導致當事人是否應受罰，不確定而有解釋空間時，法律應該作有利於當事人的解釋，而不予處罰。這個規定同時也可以讓法院限縮行政機關的權限（Sunstein, 1990: 166）。

第六個原則是基於憲法平等原則而來，為實踐對弱勢族群的保護，法院於解釋涉及弱勢族群權益之法律時，應做寬鬆解釋。在二戰時代，美國法院對平等保護黑人、婦人等族群的法律，解釋為必須顯示有「歧視的意圖」（discriminatory intent）；該解釋造成嚴重的反效果，許多明顯為排斥這兩種族群的行為都因為不涵蓋於此定義下而遊走在合法邊緣。立法者亦可以透過對弱勢族群的立法採取友善解釋的態度，使法院得以相對非侵入的方式來實踐憲法平等保障的規範（Sunstein, 1990: 167）。

第七個原則係源於新政前的法院，將憲法對財產與契約的保護，視為警察權，即除非侵害他人身體財產，國家一律不干預社會、經濟。而新政後的法院因固有想法而無法有效地運用憲法對財產和契約進行干涉性的保護。在此背景下，桑斯汀認為，法院仍可對於引起嚴重違憲之虞的法規，給予嚴格解釋，以此種較溫和的方式過渡觀念的改變期（Sunstein, 1990: 167-168）。

第八個原則是來自於憲法對人民聽證權的保障。法院在這個領域中已有亮眼的成績，他們經常將消除聽證權及司法審查權的法規作嚴格解釋（Sunstein, 1990: 168）。

第九個係來自憲法所保障人民的福利權(welfare rights)。60至70年代，許多人到最高法院抗議，要求他們給予在憲法上維持生活基本水平的福利權。雖然法院無權這樣做，否則可能會引起嚴重的民主正當性問題；但另一方面，法院可以透過對**欲剝奪人民福利的法律做嚴格解釋**，如此至少可以保證國家不會恣意地剝奪人民的福利(Sunstein,1990: 168)。

## 第二項 依制度考量建構的原則

有些解釋原則是針對制度的考量。首先是撥款相關法規(appropriations statutes)，由於立法者在制訂此類型的法律時，是很難進行審議的，再加上利益團體的力量極容易對立法時造成影響，所以法院對此類法律都採取較為限縮的解釋。第二，法院應預設立法者沒有對行政機關的決定排除司法審查的資格。其是因為源於認為行政機關易於受到派系、自利代表的影響，而司法審查可以作為一種事前預防以及事後矯正的機制。第三，法院不對免除課稅的法律作審查，一部份是對財產權的保護，一部份是因為稅的免除往往反映了私人團體的影響，一部份也是因為認為立法者能夠小心監控整個過程，並且處於較可能做出正確決定的立場。第四，由於法院不會輕易認定一個法律排除一個法律，所以法院對法律解釋時應該預設其不含有否定的意思。第五，法院在爭議案件中碰到法律有疑義時，應對行政機關的解釋予以尊重；這個原則又稱為司法謙抑(judicial deference)，係因行政機關有較高的民主可責性，以及對事實發現也有較好的能力，有時司法介入只會適得其反。第六，法律解釋對於立法歷史的重要性不應忽略，但也不應該將其重要性視為高於法律文義。雖然立法歷史可以提供在審議中看不到的視角；但歷史畢竟不是法律，故在做法律解釋時，立法歷史的重要性不應高於對法律內容的判斷。第七，法院在解釋法律時不僅對先例要予以尊重，並且立法後所發生的案件、在實際使用時該法條時曾經有過的解釋等，也都要一併納入考量；這是因為法院在解釋法律時不應僅探究立法當時的意思，經由適用法律也會有助於形塑的法律解釋。

### 第三項 對抗法律失靈的解釋原則

桑斯汀認為，即使提出許多解釋原則和想法，但其實都不脫離幾個特定目標：促進政府內部的審議、當需要時提供代理者、限制派系之爭與私利代表，以及幫助政治平等的實現。以下將分述幾個桑斯汀所提出的原則，是如何可以解決前述的法律的失敗，不會造成矛盾的結果；包括避免由不具政治可責性者來決定重要議題、集體行動困境不會使法規計畫失敗、各種管制法規都盡可能地協調成一貫的整體，以及過去制定的法律仍然可以跟上日益發展中的法律、政策和現實；另一方面，實質權利的程序要求保持限縮、對管制的系統性複雜影響應納入考量。最重要者，在於避免以法律目的衡量後所造成的不合理或不正義，被設計來彌補市場失靈的法律，法院應考量與利益相當的成本花費；並且法律對管制的程序要求所開的例外許可，應該越少越好；然因為在現實上更有碰到困難的可能，所以法院在解釋法律時應對保障弱勢族群或非一般價值的法律帶有更寬鬆的解釋態度；相對地，涉及利益團體交易的法規，則應該被盡量地限縮解釋（Sunstein, 1990: 170-186）。

#### 4.3.3.1、促進責任政治

法院應該藉由法律解釋，以增加使具政治可責性與高度可見的官員來做重要決定的可能性。這反映司法對於沒有由立法清楚授權的情況下，不傾向給予行政機關有判斷的權力，並且需要適當的角色來解決涉及重要權利及政治上弱勢的團體。同樣地，要求法院尊重行政機關對法規的解釋，也是為了達到一樣的目的。即使若涉及重要權利的案件最終是由最高法院來決定，但這可以視為立法者某些情況授權管制機構決定，某些情況則給予總統有填補法規漏洞的權力。（Sunstein, 1990: 171）

#### 4.3.3.2、加強保障因集體行動困境之受益人

我們經常可以看到管制法規在執行階段被破壞殆盡。部分的原因在於，在一般情形下，即使管制計畫的受益人散佈各處，而在要求立法保護時都能

夠動員起來。可是一旦法規通過後進入執行階段，這些受益人就會解散，留下組織良好的管制階層得以繼續對執行機關施加壓力，以致管制計畫最終宣告失敗。此處，政府的失敗就如同市場的失敗一樣，都面臨了集體行動困境。倘若碰到此類案件，法院於解釋時，即應採取寬鬆的態度，以達保護容易權益受損的那一方（Sunstein, 1990: 172）。

#### 4.3.3.3、透過解釋使法律具一致性與融貫性

在新政後許多管制計畫如雨後春筍般地冒出，這些管制法規的不一致和不融貫應該是可預期的結果。針對這種情況，有三種可能的反應：第一，覺得這個問題不算什麼。在這個觀點下，各種利益在不同時間、不同領域的立法過程中，都可能會成功；並且因為這個理由，每個法規都應該被獨立地解釋。倘若結果是法規的不融貫，那就不融貫吧！反正不融貫也是政治多元性的代價之一。第二種反應是認為行政機關與立法機關應該想辦法達成法規的融貫性，例如編審預算的過程就是為了達到這個目的；撥款的決定可以是協調不同類型的管制計畫的方法。很長一段時間，美國總統都是往協調管制的方向在前進。第三種反應是希望由法院利用清楚的解釋原則，將法律往一致、融貫的方向解釋。從過去到現在，司法都有一個慣有的角色，即使同樣事物的法律做同樣解釋。例如跟環境有關的案件中，為了努力調和片段、不協調的聯邦環境政策，法院就會要求一份所有可能對係爭環境造成影響的詳細說明，並要求包含對所有可行方法的完整討論。在這裡也很可能被理解為是經過審議過程的結果（Sunstein, 1990: 173）。

#### 4.3.3.4、法律不因環境改變而無法適用

法院可以透過法律解釋以「更新」過時的法律，即在解釋時將環境變遷的要素考量進去。由於法院認為法律的意義不受限於立法者的原意，並且有至少三個好理由允許法院超越法律原始意義而做解釋（Sunstein, 1990: 174-175）：當法律用語具有開放性時，常常需要隨著時代改變其內容；當法律文字模糊不清時；當改變的環境使原先意義變得不合理或不融貫，或是引入翻

譯上有困難時，都可以使法院以文義外的因素考量來做出解釋。過時的法律主要有三個證明 (Sunstein, 1990: 176-177)：首先，也是最明顯的，法律條款已經與一般公認的社會規範不合致時；此處牽涉是否社會的變遷使法律的理解已有違立法者之目的的判斷，而這個判斷應由立法者留給未來的法院去回答。第二，法律的背景可能產生劇烈改變而導致立法與司法的創新；此處需考量者為經過改變的特質，是否影響到過去制訂法的解釋。第三，在原始法律的背後的事實假設已經不再被支持；例如過去認為電波是有限的，所以在制訂廣播法時也會制訂有限地發放執照，那麼在有線電視和新科技的興起後，這樣的法律就顯得不切實際。

這些所有的問題都不僅顯示法律意義的問題，更顯示了指示解釋的問題：立法者要如何讓法院在面對過時法律時進行法律的制定呢？就如同憲法也會經歷變遷的環境，所以須由法院決定係爭法律是制訂了一個普遍的抽象概念，還是特定概念？以及當法律、政策、事實產生改變時，法律用語的意義是否應該改變？桑斯汀認為，如果法律的文字是模稜兩可的，或是因為改變而成爲模糊的，則上述兩個問題的答案都應該要是肯定的。使法院在解釋時加入環境考量是一個比較自然的方法，也可以減少問題，使法體系更合理且更符合民主規範 (Sunstein, 1990: 175)。

或許有人會認為這種事情應該留給立法者去做反應，但桑斯汀認為這是不適當的。因為問題牽涉到的是法律在這些環境中的意義，適用爭議是法院在適用法律時才會遇到的。再者，在解釋時把環境因素考量在裡面，並不是一種法律的「修改」；反之，透過法院解釋使法律不會過時，更是我們能夠表示對立法者文字忠誠的最好途徑。桑斯汀強調，他並不是認為法院在改變的環境下就可以合理地重寫法律 (Sunstein, 1990: 175)。最後，法院亦不是出於恣意將環境因素考量在內，仍必須依循法律文字與改變的脈絡做解釋，並且那些改變必須以有模糊地帶，或就意義上有根本改變爲前提才可以。

也或許有人會主張，那麼爲什麼法院不要把這些過時的法律，交給立法者來重新考量呢？桑斯汀承認司法的角色在這個意義下是極端具爭議性的；但過時的法律真正產生的問題，是在於造成法院在解釋適用上的困難。要去

使過時的法律適應當下的社會，不能僅依循探究立法者的原意；使法院具有一些創造性的原則，是對於法院較少干預的運作方式，並且對當今法治也有正當的基礎（Sunstein, 1990: 175-176）。

#### 4.3.3.5、對程序要件應為限縮解釋

這個原則要求法院對於程序規範做較嚴格的把關，故對程序要件應為限縮解釋。此原則源於一個概念，即認為相較於規範的實質內容，程序要件比較沒有經過審議過程的可能，所以也同時需要相對高度的監督；並且程序要件可能受組織良好的團體利用而有挫敗實質內容的機會。這裡的核心目標在於確保派系之爭與私利代表會受到事前及事後的程序審查；而主張可以對行政決定做司法審查的主張，就是一個顯著的例子。

#### 4.3.3.6、法律解釋應考量系統性效應

就如同我們在討論關於法律如何失靈的時候，有時法律在制訂時會沒有考慮到可能造成的系統性效應；相同地，如果法院沒有考量到其判決所產生的效應，也會產生一樣的風險。例如法院判決認為，對勞工最好的保障就是機械地嚴格依循「職業安全與健康法」；但法院沒有想到在該判決之後，不但行政機關會因為過於嚴格規定而傾向完全不執行，導致管制不足；同時法院也忽略了對勞工所屬公司的管制，會增加企業的成本，而這些不利益最後仍會回到勞工的身上。是以法院在做法律解釋的時候，應審慎考量其解釋結果造成的其他效應。

#### 4.3.3.7、解釋時應避免不合理與不正義的結果

這個原則是很熟悉的：法院在解釋時應該要避免不合理與不正義的結果，即使依循法律語言可能會往那個方向，也是一樣。這個原則主要受到兩方面的爭議，首先，何謂「不合理」？「不正義」？此屬於模糊的概念，沒有一個判斷的標準；其二，認為如果有此爭議，應交由立法者來處理，而不是法

院。通常這個問題會出現的情境，在於當某個法律條文用在某個特定的情況下會得到不合理的結果，那麼對係爭個案的解釋就不應該往不合理的方向前進，而應該由法院利用解釋使當事人得到較為合理的結果。例如在一般案件中，要求 X 程序可以使當事人獲得最完整的程序保障；但在特定案件 A 中，有沒有實行 X 程序對當事人的程序保障完全沒有影響，此時我們是否應該堅持「因欠缺 X 程序」而使法院駁回 A 案件？桑斯汀持否定見解，認為要求一個沒有實益的 X 程序而犧牲 A 案中可能涉及對當事人實質權利保護是不合理的，是以法院此時應當使法律往合理的方向解釋。

#### 4.3.3.8、法律經解釋可使法律適用的結果符合比例原則(proportionality)

此原則針對為解決市場失靈所制訂的法律特別有用，但因為很可能會造成敏感的管制，所以在一般狀況下由立法者使用是適當的理解。其定義為：法律應該以使整體社會利益與整體社會成本符合比例。這個解釋原則可以解決許多問題，包括可以解決法律過度管制及管制不足的問題，或有時候法律僅為一時的問題做出反應等；許多法規失靈往往源自於過度控制及不當執行，而這兩個問題常係由於社會或經濟管制領域中無法引入比例原則所致。以職業安全健康法為例，條文指出，主管機關對雇主所提供之工作環境的危險認定，必須達到「合理程度」的門檻，始得進行管制。倘若僅照字面解釋，倘若主管機關認為風險達低度或中度即為「合理程度」，就馬上進行管制，造成大筆的成本費用強加在企業上，並且帶來的利益完全不成比例。是以最高法院將「合理程度」限縮解釋為「具顯著危險」，同時也禁止主管機關作成本效益分析，即一旦發現有「顯著危險」時，主管機關就應該馬上管制，即使會危及到該企業。此判決即為比例原則運用在法律解釋上例子，可避免主管機關使雇主蒙受極大的成本花費，卻僅得到一點好處；而在達到「付出成本」與「獲得利益」<sup>44</sup>符合比例時，就應該直接進行管制。

#### 4.3.3.9、經解釋可以例外原則排除不適用的法律 (de minimis exceptions)

---

<sup>44</sup> 於此案例中，更精確的說法為「避免勞工受到的傷害程度」。

此為另一個針對專為治癒市場失靈的法律所建立的原則，延續在比例原則之後，即當某管制法規的適用不符合比例原則時，例如為了極小的利益而使受管制者付出過份高昂的費用時，在沒有立法者的清楚指示下，行政機關得以例外原則拒絕執行之。而同樣地，在缺乏立法者清楚的法規內容，或沒有相反的實質證明時，法院亦得運用例外原則為法律解釋。

#### 4.3.3.10、加強對弱勢團體之保護

如同集體行動困境下的管制計畫受益者，弱勢團體往往處於無法聚集、更需要法律保護的處境。所以在保護弱勢及保障真正的平等的理論下，法院對於牽涉弱勢團體權益的法律有疑義時，應做有利於弱勢團體的解釋。該原則在現行法下有明確的根基，即使鮮少在基本原則中被清楚辨識出來。

#### 4.3.3.11、弱勢價值之保障<sup>45</sup>

這個原則主要係為保護常為市場所遺忘、忽略或低估的，但卻對於人類發展、民主政治、個人實現等相當重要且不可或缺的價值，筆者將之類比為「抽象價值的弱勢團體」。抽象概念難以具體化方式列舉，因為不可能窮盡，列舉有導致誤解的可能。僅以桑斯汀在書中所提的部分案例，以提供些許的想法。係爭案件涉及聯邦通訊傳播委員會欲撤銷「公平原則」(fairness doctrine)下所制訂對證照發給的限制，包括必須要播送當地具爭議性的重要議題，以及必須允許這些議題的不同觀點的播送。聯邦通訊傳播委員會認為，公平原則本來的目的是在於促進言論自由，但在執行後發現這個原則讓公職人員參與編輯決策，並掌控節目內容，不符合言論自由的目的；並且聯邦通訊傳播委員會認為言論市場對具爭議議題會自然產生公平與多元意見。英美法下的「公平原則」爭議許多，並已宣告廢止<sup>46</sup>。但由前例可知，有一些價值，如

<sup>45</sup> 原標題為 Aspirations; Noncommodity Values，然筆者認為中文翻譯對於桑斯汀意下所指會導致誤解或不解。本標題亦內含筆者主觀意見，詳參下一章節。

<sup>46</sup> 關於公平原則的內容與發展歷史，非筆者能力所及。可參考陳彥至，論大眾傳播自由他律之可能—以美國傳播法制中之「公平原則」(The Fairness Doctrine)為中心，臺北大學法律研究所碩士論文，2003，頁 106-140。

公平原則、接近使用媒體權、言論自由、社會多元性等從各方而來的價值，往往是非經濟市場下的犧牲者，如同弱勢族群一般，需要法律的保護與維持。除藉由立法機關制訂法律，或授權行政機關制定命令外，桑斯汀認為法院在進行法律解釋時也須以保護這些弱勢價值為解釋的方向。

#### 4.3.3.12、牽涉利益團體交易的法律應限縮解釋

一個沒有達到任何公共目的而僅為利益團體交易下的法律，法律於解釋時也必須沒有例外地盡量限縮解釋。這個原則可以追溯至立憲者的精神，同時也是比例原則的延續；此原則有助於說明許多在經濟管制領域內的判決。

### 第四項 解釋原則間衝突之選擇指標

#### 第一款 優先性

桑斯汀承認他所提出來的原則會發生互相重疊或互相衝突以致必須面臨選擇的情況。在此種情況下，他提出兩個選擇的指標。第一個是優先性。桑斯汀試圖提出一個階層系統，大致分為三個部分。最上位的兩個標準，即法院在解釋法律時，若發生有多個解釋原則可使用時，應最優先使用「具政治責任者的決定」及「經過政治審議程序的決定」，這兩個都是超越憲法之上的解釋原則。

第二層是屬於有憲法位階的解釋原則。包括「傾向各州自治原則」、「傾向立法不授權原則」、「做有利於弱勢團體解釋原則」、「限縮解釋體現利益團體交易的法律」等，這些原則都有憲法為其基礎；其中依照憲法本身的階層性可自行排出優先順序，例如「做有利於弱勢團體解釋原則」會優先於「傾向各州自治原則」。

而沒有憲法位階的解釋原則就放在最底層，其中「比例原則」、「例外原

則」、「解釋時應考量系統性效應原則」除非有憲法位階的解釋原則，否則原則上會優先適用；另外尚有「使法律具一致性、融貫性的解釋原則」、「解釋時推定法律不具有暗示排斥原則」、「解釋時排除陳舊過時解釋的原則」等。

## 第二款 和諧性

和諧性原則不是在排出一個高低順序，而是爲了可能的衝突而調和彼此。例如，和諧性原則會要求法院去理解到，比例原則適用在與非市場價值有關的案件中，必須有不一樣的操作；即這種案件就不一定要用成本效益的方式去比較是否符合比例。這也反應了法院通常對於非市場價值的案件，都給予較大的寬容。

和諧原則第二個面向，在於辨認出案件不僅會引發解釋規則的適用性問題，還有他們其中擇一適用時對另一個原則造成傷害的程度。例如「傾向有限制授權」的原則與「傾向管制政策之調和」的原則衝突時，則須視這兩個原則單獨適用時，會對另一個原則造成多少侵害，這個結果會與最後決定選擇以哪一個原則進行解釋高度相關。

## 第四節 批評：對法律解釋的想像必然性

摩根與皮爾斯（Moglen & Pierce, 1990）合著一篇文章，雖然是在回應一篇桑斯汀於1989年發表的文章〈Interpreting Statutes in the Regulatory State〉，但因其內容與本書內容大部分相同，筆者將參照介紹。該文開宗明義即謂，他們對於桑斯汀的文章，主要要提出兩點的挑戰。

首先，他們指出，在桑斯汀的理想世界中，司法承擔了極巨大的責任，他們必須負責把社會從多數與少數派系之爭的手中拯救出來，以及避免社會

落於其他制度上的缺陷。桑斯汀一開始就拒絕接受其他的法律解釋系統，原因包括他們的不確定性、不完整性，以及都是建立在想像（fiction）之上。兩位作者同意桑斯汀的看法，認為所有法律解釋體系都是不完整的，一個完整的體系反而會很棘手。當然他們也想強調上述「所有」法律解釋體系，也包括桑斯汀所提出的那一套準則。對於桑斯汀認為所有法律體系都是建立在想像之上，兩位作者（不帶著桑斯汀言下所含之貶意）也相當同意，當然也認為本書也有一樣的特質，即不完整性、建立在想像之上。

基本上所有解釋原則都是想像的。例如難道我們真的可以知道立法者的歷史嗎？我們不是當時的人；就算是，也不一定經歷制訂法律的過程；就算有經歷，我們沒有辦法一個人當多人的腦子在用。立法不是單一意志的貫徹，是集體討論，加上社會氛圍，甚至如果接近現代，還可能有選民的壓力等。難道我們知道的是真正的歷史嗎？退萬步言，就算知道了，那麼也必然太過於複雜而無法分析使用。當然我們也可以只看立法者實際上真的做了什麼，而不是「想像」他會做什麼。這種解釋法律的方法是靠著「真正的」立法歷史去區分他們與想像的文義不同。

通常我們可以沒有爭議的說，一個字的意思大部分依賴其社會脈絡。文字意義的想像性使得解釋成為可能，因為它會排除一些不再屬於核心意義的解釋，包括已經被去意義化的詞彙，可能因為大家已經不再使用它了。把文義放在脈絡下討論，就代表著解釋的想像性；而這個想像性透過社會成員所共享的經驗和共識，使社群成為可相互理解的。我們不能否認解釋的想像性可能會引起不精確，所以文義僅為次要的解釋工具。

其實「想像」是我們對於無法確定性的一種回應：如果我們無法確定在文字後面到底真正代表什麼意思，我們至少可以同意一個故事，關於這些文字的原始意義，這使在大部分情況下都容許一致的解釋。我們只能接受這種不確定性是歷史的特質，他不只是某個當代的解釋理論的特質而已；更重要的是，對於不確定性和不完整性的必然，唯一的解決方是就是想像。這個與桑斯汀錯誤地認為不確定性與具想像性是兩個沒有關連的事情，這產生了很大的不同。桑斯汀在解釋批評完其他傳統方法後，提出了自己的一套準則；

但他認為那些被他排除的解釋方法都是奠基於想像，可是他沒有發現到，解釋法律方法的本質本來就是奠基於想像，包括他提出的。桑斯汀沒有意識到想像的必然性，引致他走向兩個錯誤的方向：第一，他運用錯誤的標準去否定其他的解釋原則；第二，他無法為他自己的理論提供一個正確的評價標準判斷，即正在使用的解釋原則，是否能使法官和立法者在制定法律和適用法律的時候，更有效地合作？甚至，作者認為，在桑斯汀提出來的那套準則中，才是具「想像」性的。

本書另外一個問題在於桑斯汀錯誤地用不同的標準衡量別人和自己，但因為作者認為所有解釋原則的必然，那麼剩下來的問題就是該準則的內容有沒有問題。作者認為，桑斯汀的法律解釋準則就是精確地以立法者的缺陷為基礎，而不是立法者的優點。即使桑斯汀在回應本篇文章時有以簡單方式帶過，回應他的準則當然也針對立法者，但仍然他自己也知道他的準則是不能拘束立法者的，即立法者可以按照完全與其準則相反的方式來立法。這也是為什麼桑斯汀把準則的適用，限於立法者有模糊不清的地方；可是他的準則中又有去判斷或找出不清楚之處的準則，但如果在前述的前提下，該準則根本用不到，更顯示了他的準則體系中極大的矛盾。至於針對司法權力太大，我們可以從桑斯汀所舉的一些例子，都顯示了他對司法的角色野心，他的準則給予法院非常大的空間，甚至製造與立法完全相反的內容也是有可能的。

另一個桑斯汀在建構一套解釋原則之前曾提出的幾句話，卻是他以司法為核心的重點，即他對行政機關的不信任。在他的體制設計裡面，他大舉削弱了行政機關的勢力，雖然仍保有一些以行政機關為優先的古典原則，但他並不同意「謝弗林尊重」原則，也完全否定該判決所提出的兩階判斷標準。在書中桑斯汀並沒有解釋為什麼不是由行政機關來做解釋，他的答案應該就是「不應該用狼來看守母雞的門」（用我們的話說，就是「球員兼裁判」），這樣是不對的。在他的準則中有許多是反對行政機關有立法權、解釋法律權限等，他的理由大部分也一樣，即認為行政機關很容易受到黨派的遊說、影響。然而，只要桑斯汀能夠說行政機關總是沒有效率的，且其本身就是一個管制

法規的缺陷，那他就贏了。可是他沒有辦法，因為事實上行政機關有時候是真的有效率，管制效果也很好；再者，如果說容易受到遊說，立法機關受到的也不亞於行政機關。所以在這一點上是沒有辦法說服兩位作者的。

兩位作者繼續往準則的細項討論，當然也明顯提出了幾個衝突的地方，雖然桑斯汀自己也承認是存在衝突的，但在嘗試他所提出來解決衝突的辦法後，作者認為實在太過複雜難以操作。不但各個準則的內容都過於抽象，倘若以桑斯汀自己的標準早就被踢出局了；甚至這些抽象的規則的運用又很複雜，以致司法的角色在桑斯汀的筆下，成爲一個非常巨大但可能很無力的機器。

## 第五節 管見代小結

國家擁有最多的資源，還有最大的權力，防止國家濫用權力是近年來許多國家的人民都在努力奮鬥的方向。近年來從突尼西亞到埃及，許多過去鮮少有人上街示威的國家，最近都成功地將不得民心的總統逼下台。或許可以說在這五年之間，世界年年發生大家都覺得不會發生的事情。國家干預雖然已非新聞，但是干預的基準線要劃在哪裡才能應付朝夕變動的社會現況，筆者認爲此爲一大學問。

事實上，美國有學者自雷根政府以降，將美國管制政策的發展大致分爲四個階段（邱昌泰等，2003:18-25）：第一、1887 至 1920 的「進步運動時期」；第二、1920 至 1950 的「經濟管制時期」；第三、1960 至 1979 間的「社會管制運動時期」；第四、1980 年代後的「解除管制運動」。以整體觀察，第四個階段是對於前三個階段的反動、反省，這一波的解除管制運動，大致上是在解決「管制不足」或「過度管制」的問題，將各種管制法規、手法透過各種方式的檢視，以廢除無用的法規，或改採其他更有效益的管制手段。統稱爲管制影響分析（Regulatory Impact Analysis, RIA）。

RIA 爲針對政策制定後，對於該管制政策所進行的影響分析，其實際內容依各國而有不同，通常包含四個步驟（邱昌泰，1996: 68-69）：第一、先將

風險類別、政策方案及其可能的結果予以列出；第二、比較這些政策備選方案的成本與利益，盡可能運用數學、經濟與社會模式加以解釋；第三、以貨幣化的方式比較每一項決策的可能風險、成本或利益；第四、將利益減去成本，正值愈大者，則該風險決策愈為可行。邱昌泰教授與廖元豪教授（2003）受臺灣經建會委託而進行之〈建立管制性法規影響分析機制〉研究中，亦試圖將全球各國的 RIA 機制做一統整介紹，並試論 RIA 於臺灣可能會碰到的困境及發展方向。

相同的概念自桑斯汀（2002）之《The Cost-Benefit State》一書中亦可窺見。RIA 實際地以科學、數學的方式去計算管制法規所會造成的影響，並以之相較於所會獲得之利益，確為一種解決管制法規使市場更為失靈的監督方法；並且這個機制的興起不但可印證市場失靈的問題正普遍地在全球發生，更突顯政府想要干預卻往往達不到目的的窘境。惟若以本文圖 4-1 來分野，則 RIA 主要針對的是㉔程序後的影響分析，進而修正㉕至㉗的內容；而本書由桑斯汀提出的一套法律解釋準則，則是針對㉘進行建構。以下筆者僅以桑斯汀於本書提出的解決方法為限，對上述批評進行反駁，進一步反省之。

第一，桑斯汀僅係「當時」以法院作為解決國家管制或市場失靈的機制。本書出版約十年間，桑斯汀在《Free Market and Social Justice》一書中，即以另一個角度，從政策改革出發以改善當時美國市場失靈的狀況；再過十年，桑斯汀與塞勒合著的《Nudge》又採取一個全新的觀點來促進政策的推行，建議當時的政府如何以法規以外的方式來達到跟立法一樣好的政策效果；另一點巧合在於，上個十年桑斯汀把重點放在彌補國家失靈的缺失，下個十年，他開始研究言論市場、利用網路市場、政策市場、人民的行動和選擇（以他在本書的定位，應即為「偏好」）來發展出一套全新的方法，某種新類型的國家管制<sup>47</sup>。

筆者認為，從本書整體來觀察，綜觀桑斯汀的相關著作，他的文章、他的理論一直都帶著一套「善」的概念。雖然我不夠多知識能將桑斯汀定位在

---

<sup>47</sup> 本書對桑斯汀未來理論發展的影響，筆者將於下一章詳細說明。

哪一類，但很清楚可以感覺到是個有絕對價值的人。而這套價值在這本書，處處可見。或許這就是他關心這些議題的原因，但這也或許會成為講不清楚的東西。因為，可想見的是，如果我們以他的理論建立一個虛擬的國家，這個國家就如同他所預料的發展，並且隨著他的理論進步，國家有越來越好的管制手法，國家提供的不再是法規，而是誘因、動機，以人性對金錢與效益間的評估和取捨來進行政策的推動，會不會使國家往專制方向前進？我們在無形中「被迫」往一個方向前進，倘若不是我們「想要」的，是否與控制人的思想一樣可怕？

第二，從最近美國華爾街被佔領的新聞佔了許多天的國際版面。成因有很多，大部分都歸咎於貧富差距過大等問題，並興起一陣要求國家出手管制的風潮，要求將財富公平分配。不禁讓筆者開始思考，「國家干涉的程度應該到哪裡」難道是個假命題嗎？這個問題會有真正的答案嗎？還是只要今天經濟一好，大家就把那隻「無形的手」甩開，等到經濟下滑就開始抱怨「怎麼還不伸出手」？

筆者質疑，這條「基準線」如果是變動的，那麼是誰來決定？而且不管由誰來決定（如本書就有三權之爭），都有可能淪為其中一方的專制獨裁。如果這條線是固定的，那麼在面對受外界影響而下滑的經濟時又該如何對應？把範圍放寬一點，從經濟領域往外擴大，就是社會上的歧視情況也是會改善的；以我國為例，倘若家裡很有錢的原住民，接受上等的教育，有房有車在平地生活，他們去報考公職的時候，我們是不是還要保留名額給他？另外，如果視障人士主張國家只讓他們在公家機關內部設立按摩服務，這對他們是另一種歧視，他們非常願意與非視障人士在按摩業平等競爭，那國家又該如何決定？看起來不相關的問題，筆者的重點在於，我們已經習慣從同一個角度來看待、判斷、研究這條線應該劃在哪裡。

筆者認為，於桑斯汀的準則中也可以看出來，對於國家應管制到什麼地方，一般而言都是以結果來評斷那條線劃得好不好（在這個觀點下，桑斯汀可謂是把國家管制的彌補機制推到最後由司法去做調整）。然若國家干預一直採取被動的立法方式，那麼只要一碰到社會、經濟、人心、價值觀的變化，

這個爭論就會一直下去，而且得出的結果都是短暫適用而已。依筆者淺見，若試著把這條線劃得模糊地帶大一點，例如透過原則的方式立法，而非訂立明確的構成要件以保持彈性，是否會比單劃一條線，然後等到出現另一個弱勢團體後再劃另一條來得好呢？更進一步言，是否此種對於社會福利或救助的法規政策，由於非屬對人民權利的侵害，是以犧牲一些人民對福利法規的可確定性，以換取較貼近人民需求的措施，並非無考量之餘地。

第三，是對本書後半部解釋法律準則的心得與感想。許多對本書的批評都專注於第二部分，筆者認為對桑斯汀所建立之準則的批評並非全無道理，因該套準則在適用上的確會有極大的困難。然而，筆者仍認為這一套準則仍有非常大的價值，倘採取史特勞斯於文章中的註釋內之意見（Strauss, 1991: 910, n.10）<sup>48</sup>，即不要把桑斯汀的這套準則視為是強制規定，而視為是一個解釋方向的建議，或者是論證時的理由參考，都會成為非常有價值的一套準則，或許也會在法院判決上會有一番論證的改變。筆者也同意若將該套準則視為一種論證的心態或方向，對臺灣的司法實務也會有顯著的改善。

---

<sup>48</sup> “...as subtle and deeply considered as they are, they entail a complexity and conceded indeterminacy that will present difficult challenges to all judges, and offer little impediment to the magistrate who is also a politician. It seems more appropriate to view them not as a new set of black-letter rules, in the style of the formalist approaches Sunstein essentially spurns, but as exemplars of a reasoning style that begins with the proposition that statutory law is entitled to sympathetic and thus progenitive implementation.” (Strauss, 1991: 910, n.10)

## 第五章 從共和主義核心價值看桑斯汀之理論發展

### 第一節 核心價值一：審議 (Deliberation)

桑斯汀 (1988) 指出自「麥迪遜式的共和主義」一共有四點核心價值，而這四個價值不但為本書前半部支持管制的立場打開序幕，更進一步奠定本書後半部所提出之法律解釋準則的基礎。

桑斯汀提出第一個共和主義的核心價值為審議，對共和主義的思想而言，審議不僅是手段，更是政治的目的與功能 (1548)。政治的目的不是聚集所有的喜好，而是要求所有政治人物顯露出來的欲望 (desire) 進行嚴格的審查與論證 (1548)；共和主義下的審議並不是要求一套外於個人信念與價值的標準，而是使這些現存的欲望能夠經歷更多不同觀點與更多資訊的洗禮 (1549)。審議精神下最重要的部分在於個人偏好不應該被視為是外生於政治的，它們是現存法制度下的產物，故桑斯汀主張，在避免循環論證的前提下，這些法規範就不能以偏好來證立之 (1549)。審議的反義詞應該是受到私利團體與政治上有權力的私人團體的利用，桑斯汀如同當代的共和主義者一般，對於現有的審議機制並不滿意，因為這些審議過程都可能因為集體行動困境、操縱式行為等而受到破壞 (1550)。以對言論自由的保護及反對對黑人及女性的歧視為例，共和思想中的審議往往與平等 (equality) 與普遍主義 (universalism) 結合；其理想中的政治生活又以具有市民美德 (civic virtue) 為必要。這些大致上就是第二、第三與第四個共和主義的核心價值 (1551)。

審議，共和主義的核心價值之一，既是手段，亦為目的；在本書中不但扮演的是對管制的要求，同樣也希望能透過管制法規，以達到審議之目的。例如在桑斯汀提出的解釋原則中，主張涉及利益團體交易的法規，應受嚴格的審查，即因為私利團體互相交換利益而得到的政治結果並不符合審議的要求，甚至是完全相反的；同時桑斯汀更進一步於本書中主張法院應透過法律解釋以「促進審議」，例如建立一種制度，使立法者或管制機關未經審議程序

即制定的法規或政策，或為個人及私利團體考量的議案，皆發回補正。透過前者以嚴格把關未經審議的法規，又以後者使立法機關、政策制定機關更有審議的動機，皆顯示桑斯汀所堅持的共和主義下的審議精神。

除上述所舉的例子，桑斯汀於制度面所提出大部分的解釋原則中，皆與「是否經過審議」，或「為促進審議目的」有關。例如撥款法規應受嚴格審查的理由，也是因為撥款法規在制定時極為容易受到利益團體的遊說或具政治權力的壓迫，況且此類法規經審議過程較為困難；而法院在解釋法規時，無須排除使行政機關的決策經過司法審查的可能，蓋行政機關的決策容易受到派系影響及遊說，與審議精神相背。

在以解決法規失靈為目的的解釋原則中，桑斯汀認為例如在環境案件中，為努力協調片段的立法及不協調的政策，法院應該要求負責機關應提出一份詳細報告，說明所有對環境可能造成的影響，並且必須提出所有可行的方法及各種方法之利弊比較等；而透過這樣的要求即可以促使負責機關經歷審議的過程，達成共和主義的核心精神。又程序要件於制訂時，較少經過審議程序，因此較容易受利益團體的遊說與影響，是以法院對程序的規定應採嚴格審查，使利益團體影響實質政策的門檻提高，此原則可被視為同時對審議程序的事前及事後為補強。

## 第二節 核心價值二：政治平等 (Political Equality)

第二個受桑斯汀重視的共和主義精神為「政治平等」。以共和主義的語言來說明，政治平等即為所有個人與團體都應該享有政治程序參與的權利，並且不贊成在政治影響中產生大量分裂(1552)。例如共和主義者就非常可能可以接受為減少在政治過程中財富影響的措施，或是增加大眾利用媒體的平等性。在此種定義下，共和主義與多元主義在促進政治參與的部分有重疊之處；然截然不同者在於兩者對政府角色的看法。桑斯汀指出，多元主義錯誤地認為政府是言論自由的敵人，而政治不得對私人權力做分配。相反地，如同許

多共和主義者所強調，共和系統與經濟平等是緊密相關的，如孟德斯鳩即堅持共和主義必須以平等為背景前提（1552）。

即使桑斯汀承認共和主義對政治平等的信念本身就具有高度的爭議性（1553），例如在競選經費的管制上即出現不同的立場，尤其是政治平等是否依賴於經濟平等的命題，各個共和主義者往往有相異的主張。但可以確定的是，共和主義自麥迪遜等立憲者開始，皆非常關注人們在政治上與經濟上的不平等（1553）。

在桑斯汀建構的法律解釋中，平等的精神是完全沒有缺席。憲法階層的解釋原則主張法院對於涉及弱勢群體的權益法規，應採寬鬆解釋，使弱勢群體受到較多的保障，落實真正的平等，而非齊頭式的平等。其他大部分出現在為解決法規失衡的階層，例如以寬鬆解釋保障因集體行動困境而受害的受益人，他們因為無法像組織良好的利益團體一般，可能在法規通過後即解散，導致利益團體趁虛而入，破壞政策的執行階段；此種類型亦包括對社會中「弱勢價值」之保障可透過寬鬆解釋達成。

在本書中另一種呈現平等精神的解釋原則，是以其所造成的不合理、不公平、不平等的結果，反推至解釋原則之內容。例如桑斯汀認為法院在作法律解釋的時候，應該將立法後的判決、曾發生對係爭條文的爭議，或是其他法院曾對該條文作過的解釋等，都考慮在內，這樣才不會得到不合理的結果。為解決法規失靈的解釋原則中，包括透過法律解釋而使法律適應於各時代、解釋時應該考慮解釋結果可能發生的系統性效應、解釋時應避免不合理或不正義的結果、透過解釋使法規運用的結果符合比例原則、透過解釋使不合比例原則的法規以例外原則排除等等，此類原則都有一個共通點，即為達解釋結果之合理、公平、正義，或避免不合理、不公平、不正義的結果，去選擇其解釋的方向，當然在這個前提下，或也可賦予立法者當初動機有更多內容。

### 第三節 核心價值三：普遍性公益的追求<sup>49</sup> (Universalism)

桑斯汀所提出第三個共和主義的核心精神是一種普遍性公益。在共和主義者的定義下，所謂普遍性公益的追求，係指相信能夠協調各種政治取徑，或是相信透過討論與對話能夠在各種公共善 (public good) 間取得平衡 (1554)，即相信「普遍性公益係可能達成且可追求者」。

多元主義認為，共善 (common good) 是一種神秘地 (mystical)、專橫的 (tyrannical)；相對地，共和主義則依賴政治的審議功能與實際的論證，並相信共善是一個融貫的概念。共和主義者主張，政治的結果是不會因為「帕拉托進步」 (Pareto improvements) 或集體財 (collective goods) 的供應而被限制住。普遍性公益係指在政治平等下、經審議過程後，所得出來的政治結果；他們不認為現存的偏好和實踐是外生，反之，現存偏好應該是經由審議程序而慢慢調整、形塑而成的。當然，面對多元主義的指控，桑斯汀回應指出，此種力求普遍性公益的信念並不是真的每一次都可以達成；往往不同的個人及團體無法透過對話去消除他們之間的歧異，所以桑斯汀也不否認有時妥協是必要的，有些時候就是會有政治上的輸家，甚至有些議題是根本不適合進行政治審議的 (1555)，例如宗教類的議題。

在桑斯汀所提出的解釋原則，一方面加重法院的職責，從另一個角度看，是透過法律解釋的職能，建立一套新的解釋規則，同時大大擴張了法院的權限；桑斯汀明顯地賦予法院的角色有它的職責，以及賦予法律解釋有它的方向，而這種方向不啻為他所謂之「普遍性公益」。憲法階層的解釋原則中，桑斯汀主張當州法與聯邦法有衝突時，應預設優先適用州法，將舉證責任轉移至主張適用聯邦法的那一方；當法律有疑義時，應盡量作合憲性解釋；行政機關與人民發生爭執時，應作對當事人有利的解釋；對授權法律應予以嚴格解釋；針對可能有嚴重違憲之虞的法規，桑斯汀亦主張透過較溫和的法律解釋途徑來解套。以上原則或許在多元主義者口中就是所謂「專橫的」共善。

<sup>49</sup> 桑斯汀原文為“Universalism”，並且說明他是在一個特殊的意義下用這個字。於是筆者沒有以一般「普世主義」、「普遍主義」、「普及化」等為翻譯，而係採用廖元豪老師 (1995:84) 的翻譯，並且與桑斯汀對該詞的內涵說明也較為接近。

當然不能否認地，包括前述許多原則，倘若深究其背後的理由，都可以被偏激地認為是「桑斯汀的理由」，或「共和主義者的理由」，例如為什麼「審議」就可以被當成一個上位概念而必須被堅持？桑斯汀的確在本書中隱藏了許多預設的價值觀，但換句話說，這些看似專橫的價值觀，在共和主義的想法中都可以以「審議」程序證立之。總言之，審議是共和主義者最上位的概念，普遍性公益的概念也必須以審議為前提，是以即使本書中關於解釋原則的敘述不必然每一個都帶有審議的字眼，但筆者相信審議是這些原則必然的正當性來源、隱藏的必然前提；如此仍可藉之印證桑斯汀的共和主義的第三個核心價值。

#### 第四節 核心價值四：公民權 (Citizenship)

第四個共和主義的核心價值，認為人民在社會上會有兩層的偏好，第一層是個人的，第二層則是具有公民性的。這兩層偏好的原因來自於人們在政治社會中常常會扮演兩種角色，一個是自己，一個則是公民。這個觀念並不是新的。如同本文於第二章所陳述之背景，美國在施行聯邦制之前，即美國立憲以前，同樣也是抱持共和主義的理想。當時的共和主義配合上小區域的邦聯制，強調人民對政治的參與，同時更重視公民美德 (civic virtue) 的養成。在推行聯邦制之後，最受反聯邦主義者抨擊者也在於聯邦主義會將人民與政府之間的距離拉遠，並且可預見地，人民會失去對代議士的控制，最終會失去政治參與這個最重要的共和制度。

聯邦主義者在回應此問題時，首先點出小區域聯邦制的缺點，即容易導致地方派系與政府勾結，影響政策制訂及施行；但另一方面也努力地堅持共和主義的基本理念，一邊堅持人民的參與權，同時也嘗試建立使公民增加對國家代議士的掌控的機制，及去中央化、增加地方控制、促進地方自決的機制。是以市民美德的培養並未被揚棄，反而興起上述「雙重角色」的理論，創造「公民權」，同樣也是為鞏固人民參與政治的機會與對政治的影響力。

此核心價值雖然因為其本質而難以在本書後半部找出對應者，於本書前半部及桑斯汀於 1997 年所著之《Free Market and Social Justice》一書中都有多所著墨，在本文第三章、第三節中，桑斯汀提出管制的優點，其中第三點「管制可實現集體欲望與心願」中，他點出偏好具有外生的、流動的性質，滿足個人偏好並不會符合自治的理念；反之就因為偏好具有這些特質，容易受到社會價值、法規範等影響，可塑性極高，故民主最重要的目標就在於確保偏好形成的過程。而在 1997 年著作中更進一步細緻闡明偏好 (preference) 與選擇 (choice) 的不同，即前者是私人僅考慮私人喜好的心理狀態，後者是人民在面對公共事務所做出的政治上決定，此即可印證桑斯汀在共和主義下的公民權思想。

#### 第五節 桑斯汀日後著作與其思想背景

本書之內容雖然簡潔有力分為兩大部分，但其實細究之後會發現，有許多桑斯汀日後理論發展的基礎都藏在文句之間。桑斯汀為美國知名之憲法學者，其於 1993 年所著之《The Partial Constitution》至今仍為美國憲法教科書中的經典。縱觀桑斯汀的著作，再以其理論發展為橫軸，氏涉獵領域之廣，整理其所有著作並分析詳細的內容並非筆者能力所及。然就本書對國家管制之論述，桑斯汀的著作中多提及羅斯福新政為一分水嶺。其實新政時期所帶來的改革，除了增加管制之外，最核心的、與新政前不同者，在於對自然法的態度的轉變。雖然對自然法的態度轉變桑斯汀並非第一人，但其對於新政的敘述出現在許多著作之中。1993 年桑斯汀所著之《Democracy and the Problem of Free Speech》中，再次闡述新政對於國家干預市場的態度變革；2001 年《Second Bill of Rights》將羅斯福新政時期所採取的措施作體系性的介紹，藉由羅斯福常以談話方式克服其在新政前期受到美國最高法院的阻撓，該書收錄許多談話內容的一字一句，並佐以高程度的肯定。

羅斯福新政的內容，尚有對立憲時聯邦主義者與反聯邦主義者進行的論辯，亦受桑斯汀的重視。其主要源於其對共和主義的堅持，以及認為寫作當

時的政治、社會已經遠離立憲時以麥迪遜為主的聯邦主義思想，其中由聯邦主義者所倡議之審議程序，成為日後桑斯汀理論的基礎。從這個基礎出發，不論是建構一套新的法院解釋原則（Sunstein, 1990），或是討論如何管制言論（Sunstein, 1993），或是對社會正義的論述（1997），以及對寫作年代盛行之多元主義反駁（Sunstein, 1988），皆以審議程序為出發。2001年《Designing Democracy》中亦試圖透過憲法的角度來促進審議民主的發展。

堅持共和主義的路徑，桑斯汀許多與傳統相異的想法成為其著作的特色之一。其中對於新興的權利與政策方向，例如2002年出版之《Risk and Reason》以專書方式談論環境問題與管制；2007年《Worst-Case Scenario》則將恐怖主義（Terrorism）與全球暖化等環境變遷的議題帶入研究。這些新興的權利、議題，成為桑斯汀展現其對社會正義重視的引子。本書可見桑斯汀對於傳統的法院角色呈現批判的態度；1999年《One Case at a Time》雖然改變其對法院職能之定位，從本書之「大法院」到「最小法院」，但總觀之仍為一種對傳統法律解釋理論之突破。2005年《Radicals in Robes》中也可以看到對法院角色更細緻的論述；該書同時為反駁20世紀末在法院解釋中興起的「基本教義主義」（Fundamentalism），其乃係認定某些原則為基本的「真理」的一種思想模式，無論他們的內容為何，這些真理無可挑戰，並擁有絕對的權威，從而除了它自己之外，所有的理論都應該被懷疑（Heywood, 2007: 288）。

2009年出版之《A Constitution of Many Minds》再次重申其對於憲法解釋不採取傳統方法的立場，即認為現代法院應該要能夠超越立憲當時的想法來作符合現代的最佳解釋；該書特色在於其特別探討當時爭議較大的幾個判決，如同性婚姻、擁有槍枝的權利等；並進一步以21世紀興起之「民粹主義」（Populism）與「普世主義」（Cosmopolitanism）作為其中兩章之標題以探討。民粹主義作為一個政治傳統，反映出政治只有遵照人民的本能與願望而行才是正確的的信念，一般而言會認為民粹主義式的民主，與多元主義式的民主是敵對的，同時也是基本教義主義內部出現的一個分支（Heywood, 2007: 290-291）。世界主義乃係指人類形成一個「世界城邦」的信念，代表消除個別的民族認同，建立人類的共同政治歸屬；較為低調的目標則為強調各民族

之間基於互相瞭解、包容及相互依靠的關係，而能處於和平及和諧中

(Heywood, 2007: 316)。

將相傳已久的共和主義從抽象論述脈絡脫離，具體體現於各個領域，並輔以新的科技與學說比較，是桑斯汀另一個寫作特色。1997年《Free Market and Social Justice》即係以新想法與舊理想互相融合、調和的代表；包括本書在內，如何兼顧自由市場與社會正義，則成為其研究前期的重點領域。桑斯汀的另一個重要的共和主義觀點在於強調社會的異質性。從本文第二章在聯邦主義與反聯邦主義的論辯中顯示出麥迪遜式的共和主義，與傳統的邦聯制的共和主義，其中一個最大的不同之處就在於傳統的共和主義認為同質性高的社群才容易達成共識，而麥迪遜式的共和主義則認為社會應該具有高度異質性，尤其在經過充分的審議過程後，才能真正促進共和主義的精神。此差異的思想奠定桑斯汀審議民主的要求，即審議程序應以多元意見及平等的政治參與為前提；2003年《Why Societies Need Dissent》強調社會應該具有相當程度的異質性。

2001年的《Republic.com》即以網路新興科技為背景，並且在不脫共和主義思想的理論下，討論網路平台是否會對審議帶來正面的幫助，並正面回應審議所面對之言論困境，再次對團體言論極化（polarization）現象、網路造成的資訊瀑布（Cybercascades; information cascades）現象，及資訊過濾現象作更精緻的論述與實際的量化研究，即使早在《Designing Democracy》（2001b）中已出現相關的理論論述；2007年則加入部落格（blog）作為其中一章，出版《Republic.com 2.0》。另外針對言論極化的討論，2006年出版之《Infotopia》、2009年出版之《On Rumors》、《Going to Extremes》等一連串針對審議因言論被扭曲的現象而失敗的原因及解決方法進行研究與討論。

桑斯汀的寫作年代大致介於1980至今也有30年的寫作生涯。在閱讀桑斯汀的著作時，總有一種老酒新釀的清香；即使重複也不覺膩，只是不斷加深對美國開國元勳的崇敬。不僅是桑斯汀的研究成果值得當代的政治體制價值作為借鏡，他寫作風格更反映一種謙虛的風範，值得從事研究的人學習。

## 第六章 結論

### 第一節 1929 年經濟大恐慌與 2008 年全球金融海嘯

羅斯福的新政改革的貢獻，不僅是在實務上將自由放任轉變為國家管制，更重要的是認為普通法至高無上的概念的退位，以及修正「管制」內涵的重新詮釋。桑斯汀所謂的「權利改革」突顯國家對社會正義的重視，即使主張自由市場經濟的學者，都在尋找在小政府與大政府之間的第三種國家角色。然而促成這些改革一定有其背景因素，例如新政即是對 1929 年在美國發生的經濟大恐慌的最直接的反應。如今我們身處 21 世紀，剛才經歷過的全球金融海嘯，雖然各進步國家皆以漸漸步上軌道，但我們該以什麼心態，以及什麼型態面對未來局勢的發展，除本書之內容外，其書寫之目的、背景，皆足以讓我們深思。

1929 年發生的經濟大蕭條，對美國造成相當大的影響<sup>50</sup>。許多學者紛紛對該次經濟危機的起因提出不同的意見，其中以凱恩斯於 1936 年《就業、利息和貨幣的一般理論》一書中指出國民所得決定理論。他主張新古典經濟學的假設是不成立的，蓋在市場經濟中，價格、工資存在向下僵固性 (rigidity)，即當價格上升時能夠刺激廠商向市場提供更多產品，但一旦產品出現供過於求的狀態時，由於存在成本約束的原因，廠商很少願意削價處理各種產品，因而不會發生如新古典經濟學所認為「由市場上的供需力量決定價格」的均衡狀態 (equilibrium)。而當生產過剩以致利潤下降時，廠商在決定減少產量又要兼顧工資水準的前提下，就必須裁員，造成大量失業。另一方面新古典主義所認為節儉的美德會造成經濟活動顯著下降，加上私人消費需求降低，總需求出現巨大缺口，經濟強烈收縮之下，造成史無前例的大蕭條。是以，凱恩斯主張應該夠過財政政策才能引起作用 (黃冠毓，2009: 61-62)。另外凱恩斯主義與羅斯福的新政與新政前另一個特色在於，他們開始注意到社會上的不平等不正義，例如在新政前期羅斯福推行的應急政策中，救濟窮人等社

---

<sup>50</sup> 可參見本文第二章第四節。

會福利是重點之一。

1960 年代美國浸淫在脫序的社會，使美國與共和黨日趨保守；1973 年發生的石油危機造成美國經濟的停滯性通貨膨脹，失業率一度高達 8.5%，同時政府亦陷入財政赤字之苦，凱恩斯經濟學受到強烈的挑戰。在經濟學方面，自由市場基本教義派興起，主張大蕭條是政治失敗的結果，政府的政策只會扭曲經濟發展、抑制市場力量，國家應該要為過高的通貨膨脹和過高的財政赤字負責。總之，國家不應該過份插手經濟事物，而應該依循市場規律的經濟政策，向世界開放它們的市場。

在凱恩斯的經濟理論受到質疑的同時，新政亦受到保守勢力的反對。1980 年代雷根當選美國總統，降低 25% 的所得稅，降低利率；其任命之聯準會主席厲行緊縮貨幣政策，以對抗停滯性通貨膨脹，象徵新自由主義的來臨<sup>51</sup>。1989 年在華盛頓舉辦的一場研討會，旨在為陷入外債危機的拉丁美洲國家提供經濟改革的對策，與會機構並達成 10 條政策措施，即「華盛頓共識」（Washington Consensus），其精髓即在於，國家應該提供私部門交換的一個穩定規律的框架，而不是指導私部門應該如何做。

再觀 2008 年金融海嘯的成因，此次的經濟危機可歸因於美國的「次級房貸」（sub-prime mortgage）。所謂「次級房貸」係指信用品質較差的借款人承做的房屋貸款，或是以原有的房屋貸款再融資的房屋貸款。前者是源於前美國總統柯林頓（William Bill Clinton）及布希（George Bush）以提高住房自有率為施政目標，要求將房貸大量貸給低收入戶，推出數百億美元的次貸商品，佔總房貸的 42%，並在 2007 年成長了 50% 以上。美國聯準會因此在 2002 年至 2006 年間不斷調降利率，造成房市榮景，也使次級房貸產品大量生產。然而這些次級房貸的債權又被包裝成另一個新的金融商品，賣給債券市場的投資人，此種利用衍生性金融商品疊床架屋的利益極大化，造成美國一陣經濟美景（宋鎮照等，2009: 10-11）。

惟此種衍生性商品的風險極大，當石油飆漲後，發生大量的房貸違約事

---

<sup>51</sup> 可參考本文第二章第二節。

件，加上後來次級房貸的利率提高、房價下跌，造成了罕見的全球股市、債市、房市三種主要資產齊跌的經濟危機。房貸還不出來，最嚴重吞噬了全美五大銀行（Goldman Sachs, Morgan Stanley, Merrill Lynch, Lehman Brothers and Bear Stearns）（宋鎮照等，2009: 10-11）；另一方面經過證券化的次級房貸金融商品價格暴跌，遍佈全球的持有者無不受到波及者（宋鎮照等，2009: 13）。

聯準會為終止房市熱潮，2004 至 2006 年總共升息 17 次，結果不但造成房價上升速度趨緩，掩飾信用記錄不良、貸放成數過高、所得與資產證明文件不足等問題全部浮上檯面，終致次級房貸的放款規模已經到了借款人無力償還與承擔的水準，近百家承做次級房貸的金融機構宣告破產（宋鎮照等，2009: 11-12）。

反省 2008 年的金融海嘯，其成因可回推自 1970 年代中期，對國際資本管制的逐步解除，金融工具創新（如衍生性金融商品）、通訊技術進步，使全球金融體系自由化的程度又更向上提升。2008 年時，經過重新組合的證券和其他金融資產，佔全球總值已經突破 216 兆美元，相當全球生產總值的 10 倍，顯示槓桿不平衡的嚴重程度；例如使雷曼兄弟倒閉後，其所發行之 1,281 億美元的債券型商品，近乎化為廢紙（宋鎮照等，2009: 12），此即為「連動債」（structured note）。另一個成因是全球化所產生的依存關係，雖然使發展中國家可得到的資本大為增加，如同雞蛋放在同一個籃子裡，相互依賴的國家甚至有共存、共榮，發生危機時則有共亡的現象（宋鎮照等，2009: 56-57）。

經歷此次全球金融海嘯後，美國自 1980 年代大力倡導的新自由經濟學者，以及擁護自由市場的社會態度，如今面對資本主義市場再度失靈的現象，各國政府不得不再度重新審視全球化資本主義的本質與運作邏輯，加上管制與國有化的經濟作為，似乎凱恩斯主義又會重新獲得重視、採用。

從 1929 年的經濟大恐慌看 2008 年的金融海嘯，兩者皆有其發生背景，並且相同地存在相信市場具有平衡機制的前景；前者有羅斯福總統推行的新政，後者則有歐巴馬總統的「新新政」（new New Deal）（黃冠毓，2009: 111-112），象徵著政府出手救援模式總是在經濟危機後的固定態樣，而本書亦由站在與

歐巴馬政府相同立場的桑斯汀立論，倘若脫離學者個人理論、經濟社會的意識型態，可觀察出另一種經濟與社會的運作模式，即「經濟好的時候政府不要管，經濟不好的時候請政府盡量管」的循環。然而，此可被視為一種從結果的「需要」來「正當化」管制或去管制的政策。

## 第二節 管制與審議

在經濟層面或許仍有管制與否的爭論，但在社會福利等社會管制的政策則較少爭議。蓋「社會達爾文主義」並沒有受到太多的支持，亦不符合一般人民的情感，是以吾人可謂新右派的興起，即為顯示對經濟與社會存有不同意識型態的可能，甚至是一種必要。筆者認為，本書不論在前半部的理論建構，或後半部的實踐建構，其實主要目的皆為對社會正義的實現，而非著重於如何創造經濟利益之最大化。社會正義也漸漸成為臺灣近年來的論述焦點，由於全球化造成東方經濟體與西方經濟體有相互影響作用，就臺灣人數少、土地小的經濟體而言，市場似乎是跟著全球的經濟情勢而變化，並非我國政府能夠真正能操大局者。是以在臺灣的論述多集中於臺灣長期被忽略的社會正義問題，例如環評爭議顯示環境與科技發展的對立，釋字 689 號呈現新聞自由與隱私權的衝突、死刑存廢的討論突顯世界人權潮流與東方應報傳統的拉距；在社會正義面的討論，從「國家可不可以管」到「國家應該怎麼管」，最後是「國家應該管到哪裡」，許多待解決的社會爭議，筆者認為都應學習本書中所呈現的審議本質，即以審議為解決之道，並且將政策的最終目標定為「確保及促進審議進行」，才是較能根本解決問題之道。

## 第七章 參考書目

### ● 外文專書

- Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay (2009). *The Federalist*. Cambridge Mass.: Belknap Press.
- Heywood, Andrew (2007). *Political Ideologies: An Introduction*. NY: Palgrave Macmillan.
- Locke, John (1988). *Two Treatises of Government*. NY: Cambridge University Press.
- Mill, John Stuart (1966). *On Liberty*, in *Readings for Discussion, Adult Series, Set 2, Nr. 13*. IL: The Great Books Foundation.
- Putman, Robert D. (1994). *Making Democracy Work*. NJ: Princeton University Press.
- Sakai, Naoki (1997). *Translation and Subjectivity*. Twin Cities: University of Minnesota Press.
- Sunstein, Cass R. (1990). *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- (1993). *Democracy and the Problem of Free Speech*. NY: The Free Press.
- (1997). *Free Market and Social Justice*. NY: Oxford University Press.
- (1999). *One Case At a Time*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- (2001a). *Republic.com*. NJ: Princeton University Press.
- (2001b). *Designing Democracy: What Constitution Do*. NY: Oxford University Press.
- (2002a). *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*. UK: Cambridge University Press.
- (2002b). *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection*. IL: ABA Publishing.
- (2003). *Why Societies Need Dissent*. Cambridge Mass.: Harvard University

- Press.
- (2004). *The Second Bill of Rights*. Cambridge Mass.: Basic Books.
- (2005). *Radical in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*. Cambridge Mass.: Basic Books.
- (2006). *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. NY: Oxford University Press
- (2007a). *Republic.com 2.0*. NJ: Princeton University Press.
- (2007b). *Worst-Case Scenarios*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- (2009a). *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*. NY: Oxford University Press.
- (2009b). *On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, What can be done*. NY: Farrar, Straus and Giroux.
- (2009c). *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. NJ: Princeton University Press.
- Sunstein, Cass R, Richard H. Thaler (2008). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. NH: Yale University Press.

● 外文專書論文

- Sunstein, Cass R. (2009b). Introduction: The Enlarged Republic. (Introduction of the book *The Federalist*, by Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay), xi-xxx.

● 外文期刊論文

- Farber, Daniel A. (1991). Review: Playing the Baseline: Civil Rights, Environmental Law, and Statutory Interpretation. *Columbia Law Review* 91(3), 676-700.
- Lowi, Theodore (1972). Four Systems of Policy, Politics, and Choice. *Public Administration Review*, 32 (4), 298–310.

- Macedo, Stephen. (1991). Review. *Political Theory* 19(3), 456-461.
- Moglen, Eben, Richard J. Pierce, Jr. (1990). Sunstein's New Canons: Choosing the Fictions of Statutory Interpretation. *The University of Chicago Law Review* 57(4), 1203-1245.
- Stewart, Richard B. Review: Regulatory Jurisprudence: Canons Redux? *California Law Review* 79(3), 807-822.
- Strauss, Peter L. (1991). Review: Review Essay: Sunstein, Statutes, and the Common Law: Reconciling Markets, the Communal Impulse, and the Mammoth State, *Michigan Law Review* 89(4), 907-935.
- Sunstein, Cass R. (1984). Naked Preferences and the Constitution, *Columbia Law Review*, 84(7), 1689-1732.
- (1985). Interest Groups in American Public Law. 38 *STAN. L. REV.* 29.
- (1987). Lochner's Legacy. *Columbia Law Review*, 87(5), 873-919.
- (1988). Beyond the Republican Revival. 97 *YALE L. J.* 1539.
- (1989). Interpreting Statutes in the Regulatory State. 103 *HARV. L. REV.* 405.
- Wright, Ronald F. (1990). Review: Letters from beyond the Regulatory State. 100 *YALE L. J.* 825.

● 外文網路資源

- Niskanen, William A., Stephen Moore (1996). Cato Institute Policy Analysis No. 261: Supply-Side Tax Cuts and the Truth about the Reagan Economic Record, from the World Wide Web: <http://www.cato.org/pubs/pas/pa261.pdf>  
(Retrieved September 9, 2011)

● 中文專書

- 宋鎮照、張子揚、楊鈞池、洪敬富、馬祥祐、許菁芸、張義東、蔡育岱(2009)。全球金融大海嘯下的國際政治經濟新秩序：變動中的亞太國家機關、市場經濟與全球金融的發展關係。臺北：五南。
- 林火旺(2006)。倫理學，二版。臺北：五南。

洪鎌德(1997)。社會學說與政治理論—當代尖端思想之介紹。臺北：揚智。

邱昌泰(1993)。美國環境保護政策：環境年代發展經驗的評估。臺北：財團法人臺灣產業服務基金會。

—(1996)。建構利害關係人取向的環境風險政策：以石化專業區為分析焦點。臺北：石英。

馬漢寶(1999)。西方法律思想主流發展。自版。

顧肅(2006)。自由主義基本理念。臺北：左岸文化。

### ● 中文翻譯書

朱敏章譯(2005)。湯姆士·霍布斯(Thomas Hobbes)原著。利維坦(Leviathan)。臺北：臺灣商務。

徐百齊譯(2000)。盧梭(Jean—Jacques Rousseau)原著。社約論(Social Contract)，臺北：臺灣商務。

張雁深譯(1998)。孟德斯鳩(Barowde Montesquieu)原著。論法的精神(De l'esprit des Lois)。臺北：臺灣商務。

陳思賢譯(2011)。安德魯·海伍德(Andrew Heywood)原著。政治的意識型態(Political Ideologies: An Introduction)。臺北：五南。

黃維明譯(2002)。凱斯·桑斯坦(Cass Sunstein)(2001)原著。網路會顛覆民主嗎？(Republic.com)。臺北：新新聞文化。

彭淮棟譯(2001)。伊曼努爾·華勒斯坦(Immanuel Wallerstein)原著。自由主義之後(After Liberalism)。臺北：聯經。

趙越、馬飛、孔謐譯(2010)。富蘭克林·羅斯福(Franklin D. Roosevelt)原著。爐邊談話：新政與經濟篇。新北：百善書房。

樂為良譯(2011)。邁克·桑德爾(Michael J. Sandel)原著。正義：一場思辯之旅(Justice: What's the Rights Thing To Do?)，臺北：雅言文化。

謝淑斐譯(2000)。詹姆斯·麥迪遜、亞歷山大·漢密爾頓、約翰·傑(James Madison, Alexander Hamilton, John Jay)原著。聯邦論(The Federalist Papers)。臺北：城邦文化。

## ● 中文專書論文

- 吳重禮（2008）。〈公共政策與政治〉。《政治學》。臺北：五南。頁 31-55。
- 高永光（2008）。〈國家論〉。《政治學》。臺北：五南。頁 539-574。
- 張世雄（2002）。自由主義、社會福利與公民習性。發表於殷海光基金會——自由、平等、社會正義學術研討會，臺灣，臺北。
- 黃昭元（2002）。司法消極美德的積極實踐——評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論。收錄於翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集——當代公法新論（上）。頁 875-917。
- 錢永祥（1995）。「分而治之」：從黨派與代表試論《聯邦論》中政治領域的獨立性格。發表於第四屆美國文學與思想研討會，臺灣，臺北。

## ● 中文期刊論文

- 林恒（2002）。我國建立法規衝擊分析機制之初論。《研考雙月刊》26 卷 5 期，頁 40-49。
- 江宜樺（1998）。自由主義哲學傳統之回顧。《當代雜誌》127 期。1998 年 3 月。頁 16-29。
- 廖元豪（1995）。論共和主義的政治哲學對美國憲法思想基礎及實務的影響。《憲政時代》20 卷 3 期。頁 80-97。

## ● 中文研究論文

- 朱德明（2004）。法院在分裂社會中之民主維持功能——司法治理現象的制度性分析。國立臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 邱昌泰、廖元豪（2003）。建立管制性法規影響分析機制可行性研究。行政院經濟建設委員會委託。未出版。
- 梁志鳴（2004）。論法院在多元民主社會的溝通機能。國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文。
- 陳彥至（2003）。論大眾傳播自由他律之可能——以美國傳播法制中之「公平原

則」(The Fairness Doctrine)為中心。國立臺北大學法律研究所碩士論文。

黃冠毓(2009)。金融危機與美國經濟政策典範轉移。國立臺灣大學社會科學院政治學系碩士論文。

劉欣怡(2003)。從廣播電視自由論電視產業集中化之管制政策與法規。國立政治大學中山人文社會科學研究所碩士論文。

