

理性立法

——新世紀的舊課題

◎ 蘇永欽

談到法治，一般想到的都是司法，其實司法只是承擔法治的最後環節，健全的立法不僅可以大量減少司法的負擔，還可以讓司法免於許多無謂的指責。立法如果有效率，行政也不至陷入便宜行事和守舊無為的兩難。偏偏這個法治的上游環節，理性程度往往是最低的，即使在高度現代化的國家也不例外。其中原因，值得思索。

民間規範產業足為典範

只要和民間類似的功能機制相比，就知道技術面的因素應該不是癥結。一般的民間立

法，如大企業的管理規範、勞資的團體協約或公會團體訂定的定型化契約條款，規模或許遠不及國家立法，而尚不宜比較。但在工業國家跨業組成的規範團體，如筆者曾經參訪過的德國規範組織DIN，所訂定各種有關生產、管理的規格、程序規範，不僅事項種類繁多，影響層面一如法律，適用範圍往往還超越國界，而且也與國家立法一樣建立於某種代議的多數決基礎上。以其表現的績效和國家立法比較，即高下立判。不論從規範研擬、內容訂定，或規範管理、實效考核來看，其品質與效率都足以令成本高出好多倍的國家立法相形見絀。可見理性立法並沒有無法克服的技術問題，造成差別的，還是「政治」干擾的多寡。簡言之，國家的民主制度設計，無論如何模擬市場，都無法建立於純粹的成本效益基礎上，國會制度永遠會有相當空間讓政黨和政客的私利以違反效率的方式實現，諸如：重要性較低但有利政黨形象包裝的法案被提前審查、精於議事的議員利用空檔通過肉桶法案、為轉移醜聞而提出有爭議性的法案，或為展現魄力而廢法造成嚴重的規範漏洞，不一而足。事實上，廣義的立法工作，從行政部門的研擬、評估、提案，到立法部門的審議、通過，再回到行政部門的解釋、考核，乃至提出修廢案，不是不能像民間規範團體那樣建立高度理性的流程，但國家幾乎必然會在每個小環節都保留一定的「政治」空間，改革固然可以使立法更專業化，過程更為透明，但只要改革最後還是操之於政治人物，專業理性

就不可能完全取代政治權謀。從這個角度看，立法改革改變的，充其量也只是專業和政治的比例。

不過對台灣而言，民主的各機制都才剛脫離稚嫩階段而未臻成熟，政治的生猛粗暴在立法領域又顯得特別彰顯；更因為國會有政黨政治之名而無其實，立法委員保有甚大的個人政治空間，益使立法充滿了懸疑、錯愕和驚喜，乃至希區考克式的幽默——常常在某條款中生硬的加入委員的個人剪影。很多法律一拖十年不審，很多法律在會期最後一天眾委員的瞌睡中包裹通過。也有像民法修正那樣，一方面法務部邀請專家學者逐字推敲，周而復始；另一方面，立法院因為業績不夠漂亮，委員一吆喝就通過修正一條（民法第九四二條）。因此即使到了二十世紀的最後幾天，立法的理性還是難以想像的低，立法改革還是一個「大有可為」的政治議題。

立法停留在手工業時代

事實上，如果說歐美工業國家的立法流程已經多少如一條專家組成的生產線，台灣的立法則還停滯在手工業時代。在組織上，行政部門因分設部會而使業務自然趨於條塊分

割，本位主義當道，以致橫向聯繫非常不足，本來已經不多的法制人員分到各部會常常便只能聊備一格，行政院原可擔當統合的功能，但法制人才所集中的法規會，在層級上又不易扮演好這個角色，到了政務委員手上時，因為多數不具法律專業背景，很難期待他們在政策協調外還能掌握新舊法律間的一致性問題。等到法案提到立法院，理論上應該相當專業的各常設委員會，又因為採取罕見的每會期重新登記制而如跑馬燈一般，不僅難以深入，也使得行政院和立法院的「對口單位」常常對不上嘴，各國國會委員會所發揮的巨大傳動功能，在我國實難望其項背。今年才增設的法制局，是否能彌補各委員會資訊與專業的不足，還有待觀察。其結果就是，從行政到立法，好像幾十個獨立的生產單位，一人一把號，各吹各的調。

所以當法務部推動的行政程序法，已經配合憲法增修條文的修正，完全放棄了所謂職權命令這種介於法規命令和行政規則之間的第三類型時，同時由立法院推動完成的立法院職權行使法，卻還保留中央法規標準法中的職權命令；甚至內政部訂定的地方制度法，在嘗試建立新自治法規體系時，也仍繼受舊的命令類型。再如法務部和內政部在分別研擬修正民法債編與訂定消費者保護法時，幾乎同時考慮到產品責任的問題，經濟部研擬的公平交易法，也和消保法在不實廣告部分重疊，結果是八十年通過的公平法先馳得點，八十三

年通過的消保法重複規範不實廣告，今年出台的債編修正又重複規範產品責任，至於構成要件和效果上的差異，就丟給法官去傷腦筋吧！我在十五年前提倡包裹立法觀念時，其實非常希望透過這樣一種立法方式，來強迫立法者從法律體系的觀念出發，建立各法律生產單位之間的聯繫，使每一個法律案的處理，都需要把相關法令嚴密的檢視梳理一遍，一次弄清楚。結果反而被誤解為幫立法者偷懶或偷渡的手段，讓人哭笑不得。

一個法案只處理一部法律，這是我國立法產業至今堅守的手工業憲章，讓人哭笑不得的例子自然就不勝枚舉了。交通部在決定建立大眾捷運系統時，為了解決土地利用問題而必須在大眾捷運法中規定區分（空間）地上權的徵收，但主管民法修正的法務部當時還未開始物權編的研修，所以七十七年大眾捷運法創設的區分地上權，既未見於民法，再下游屬於內政部主管的地政法令，就更無任何配套規定了。配套的授權規定一直拖到八十六年才補了進去，而法務部研擬的民法物權編修正，雖也加進了區分地上權的規定，但到今年初才送進立法院的委員會排隊候審。再比方土地法規中有不少民事規定，是落實土地政策的民事規範，性質上為民法的特別法，而可優先適用。結果主管民法修正的法務部，為提高民事法的透明度，在不逾越政策權限的前提下，把土地法規中若干民事規定原封不動的「搬」進了民法，內政部主管的土地法規並未相應修正，因此現階段你可以在民法裡面找

到若干外面的特別法（但不是全部，適用法律的時候還是要裡外都找一遍）。很難說，什麼時候內政部的土地政策會不會朝減少使用人保護的方向改變，果然，則將出現撤除保護的特別法優先於「特別」保護的普通法，這樣讓人牙疼的詭局！

決策粗糙不重視可行性

上游的立法在構成要件或效果上設計得愈精緻，下游的司法、行政決定也愈能適應不同的社會事實，產出較符合需求的決定。可惜手工業既談不上效率，也並不能保障產品的精緻。政府採購法在採購流程的管制上，把功能不同，組織不同，目的不同、需求也不不同的政府機關、公立學校和公營事業幾乎是「放在一鍋子煮」，管制的合理性能有多高，已可知過半。同樣的，消費者保護法統一規定了所有「商品」的無過失責任，無視其價額、特性或風險可分攤性的差異；再一口氣擴張到所有的「服務」上，無視服務在技術性，對償性乃至倫理性上的不同，結果是不是對所有消費者都有利，會不會愛之反而害之，也大可懷疑。粗糙的決策，又多源於好大喜功，或口號掛帥的政治動機，我們的立法者對「可看性」的重視，遠大於「可行性」。比如為了凸顯「競爭政策為主，產業政策為輔」，公平

交易法就在立法委員的堅持下，訂了一個語義邏輯既不好懂，執行上又十分礙難的「限制除外條款」（第四十六條）；再如新出爐的行政訴訟法，頗以打破個人權益保護傳統的「團體訴訟」為其重要賣點，卻對其間隱藏的濫用危機，渾然不覺。口號化的極致，就是法律完全變成口號，為了打擊金權政治而提出的陽光法案——「公職人員財產申報法」，其中曾喧騰好一陣子的「強制信託」制度，便是在一股十字軍的氛圍中通過，明知不可為而為之，等到熱度散光，也沒有人再理會它的存在了。

立法能力的侷限，事實上也減少了政策上的選擇。最近因為緊急命令和其執行要點在內容、適用範圍及立法監督上都引起不小的爭議，主張制定緊急命令法的人愈來愈多。其實專門研究緊急法制的學者對此早有預見，且多極力主張應該學習戰後的德國，從所謂「行政時刻」的緊急法制改變為「立法時刻」，簡言之，就是在憲法中針對不同緊急情況分別就不同的人權或機關權限條款做不同的立法和行政授權，以取代緊急命令這樣概括的行政授權。但學者可能忽略了此制一個技術上的前提，就是高度的立法能力。這類備用性立法，需要立法者對各種可能情況作好沙盤推演，精準的掌握可用的資源與應變的詳細程序。德國在一九六八年修改基本法（憲法），在幾十條中增訂了緊急款項後，又再據此訂定二十幾種法律，和上百種聯邦與邦的行政命令，才算完成建立整套的緊急法制，中間還

經常要檢討修改，儘管到今天都還沒有開封啟用過！我們只要想想自己家裡那部古老的備用法——國家總動員法，一律以「政府於必要時，得限制某某權」帶過，就知道所謂立法時刻，又豈是說到就做得到的。

規範管理從未建立制度

手工業的立法，同時也表現在管理的落伍上。不久前，一位檢察長在和一家雜誌打文字擂台的時候，一時誤引了已經廢止的出版法，事後再緊急更正，被雜誌拿來大大消遣，其實只是法律規範膨脹後管理上普遍存在的問題，大法官尚且在一件解釋中沒有掌握法規異動的即時資訊，更不要說法官、律師、行政機關在許多個案中郢書燕說，錯引舊法條了。過去一本六法全書可以用個幾年，現在過半年就要考慮更新。法律規範和其他產品一樣，需要管理，現代大量存在的政策性法律，更有一定的生命週期，從公布周知，宣導，到疑義的解釋，實效的考核評估，到決定要不要修或廢，都必須納入管制。法制單位，尤其是行政部門的法制單位，即應承擔起管理的功能。最近一位年輕律師「發現」用了五十年幾年的懲治盜匪條例好像早已失效，搞得法院人仰馬翻，便是十分典型的管制漏洞，類此

的漏洞恐怕不只一件，印象中在民國五十年代立法院還曾經通過廢止一個已經廢止的法律。我們雖然有中央法規標準法、地方制度法，以及諸如行政機關法制作業注意事項及直轄市和縣市所定的法規準則等，建立了規範管理的基礎，但標準法既不標準，注意事項也很少受到注意。規範管理是一個非常嚴肅的觀念，它的不受重視，再次證明我們的立法還在前工業時代。

以法律公布為例，完整而正確的告知，可說是最基本的要求。過去在憲法還用臨時條款來修正的時代，就因為公布者始終把它當成憲法以外的獨立文獻來處理，而沒有注意到它其實只是憲法的特別「條款」，結果在形式上就引起「違章建築」的嚴厲批評。民國八十年以後的修憲，基本上還是維持「本文不動」的原則，但為了避免違章建築的批評，特別在增修條文前面加了「中華民國憲法」的帽子，以示其為合法加蓋，那麼形式上就應該和美國憲法增補條款一樣，置於憲法本文之後，使成為一體，結果包括總統府公報在內，增修條文的訂修都還是單獨公布，包括國民大會在內的官方出版品，也都和臨時條款一樣，把它和本文分離，當成獨立文獻，私家編纂的六法全書就更不用說了，試問這不和臨時條款一樣有礙於國民對憲法的正確認知，而構成形式上的「破棄」嗎？雖是小道，已可見其不用心。法律的解釋也是十分重要的規範管理工作，行政部門對於法律出現相歧的看

法是常有的事，比如某些獎勵投資的法律在構成要件上可寬可嚴，財經兩部的法制部門從不同立場做出不同的解釋，是可以理解的。不能理解的是，這樣的解釋歧異有時竟可僵持幾年而不做處理，各做各的「法令函釋」，而且彙集成冊，讓人民無所適從！至於法律實效的檢討，在多數情況，能有些粧點門面的數據，就算難能可貴了，包括少數「暫行」或「試行」的法令，一暫幾十年，或試而不驗，大家也都見怪不怪，說這是手工業時代的立法，欠缺現代管理理念，應該沒有冤枉。

新世紀法治典範的辯證

這樣看來，今天要談跨世紀的立法改革，我們真是心虛得緊——到底是跨哪個世紀？但我們的社會在其他很多方面，確實已經做好了跨世紀的準備，電信、資訊業的發展，使得電子商務開始起飛，我們的法官也早都在用電腦寫判決，複寫律師訴狀附上的磁片，所有因為上游產業生產、管理方式落伍而製造的問題，會因為中下游的現代化而越來越嚴重，因此不是立法要不要跨世紀的問題，而是它根本沒有選擇。

或許我們還可以比較宏觀的從法治典範的變遷來看今天的問題。國內的學者一向喜歡

用英文的「依法而治」(rule of law)和「以法為治」(rule by law)來代表西方自由主義式和東方威權主義式的法治典範，我不是很確定英文是不是真能表達這樣的二分法。事實上，西方的法治在走過十七八世紀的專制時代後，也還是經歷了那種比較「道法自然」的依法而治，與政策掛帥的以法為治，兩種法治觀的不斷辯證。事實上，福利國家的想法主宰了西方工業國家大半個世紀，那絕對不是自由主義夸夸而談的rule of law。但如果從世紀末的台灣總統選戰也已經被吉登斯(Giddens)創造的口號所淹沒，可以給我們一些預言式的啟示的話，大概是台灣在經歷了福利國家的法治階段以後，和許多西方工業國家一樣，也將走到某種新的依法而治。據個人近來思考浮現的一個遐想，那恐怕會是一種和資訊化、無紙化的二十一世紀比較能相容的依法而治，不再是道法自然，而是道法科技的依法而治，對於法規範的體系性、邏輯性與合理性會有更嚴格的要求，政策性的法律會因為國家角色的改變（基本上是縮小）而減少，政治的空間則會因為法律規範的模擬科技規範而受到大幅擠壓。這個預言如果不算離譜的話，我們將看到立法被迫進行的是一場革命，而不只是改革。

比司法還需要制度改革

如果再容許我撈過界談談司法——法治的下游環節的話，它的問題一點也不比立法少。但重點是，兩者有其本質的不同。台灣立法主要的問題在於制度的老舊，司法的主要問題則在於行銷。前者需要大幅度的制度更新，後者則需要從社會層面下手進行文化、認知上的改革。共同的地方在於，如果夠虛心，兩者都可以從民間產業那裡得到很多啟發。可惜我們在今年夏天看到的卻是一場司法大革命，先要投入極大的成本去調整制度，然後還要整個社會花很長的時間重新去適應制度。真正需要制度更新的立法，則還在原地踏步。這樣看來，二十一世紀法治的追求，我們還要走很遠的路。