

新治理模式下應有之法治觀 與法治教育 ——以「軟性法律」之發展與 運用為例之考察*

廖 義 銘**

要 目

壹、緒 言	肆、新治理模式
貳、傳統治理模式及其法治觀	伍、新治理模式下之法治——以「軟性法律」之運用為例
一、目的面	一、「軟性法律」之定義與發展背景
二、認識面	(一)當前社會問題之複雜性
三、操作面	(二)法律執行主體執行力之差異
參、傳統治理模式及法治觀之檢討	(三)公民對決策者之不信任
一、目的面——公共利益界線之流失	(四)提升正當性之需求
二、認識面——客觀性基礎之消亡	二、「軟性法律」之要素
三、操作面——風險社會之反省	

* 本文作者非常感謝二位匿名審查者所提供之寶貴意見。

** 高雄大學政治法律學系副教授，臺灣大學政治學博士。

投稿日期：九十五年六月二十七日；接受刊登日期：九十六年四月二十三日

責任校對：林嘉瑛

(一)由公部門與私部門共同制訂	二、認識面——法治之基礎在於不斷學習
(二)採用新的權威符號	
(三)決策程序規範之彈性化	三、操作面——法治之方法在於合作
(四)制裁方法之軟化	
陸、新法治觀下之法治教育	柒、結語
一、目的面——法治之目的在於促進溝通	

摘 要

我國法治教育，一直只有片面地強調人民應知法守法的「守法原則」，而忽略國家公權力也必須守法的法治國原理；並且這種只知守法的法治教育，又未能對於人性價值予以積極地關懷，因此，產生國民自利本位，乃至於自私冷漠的守法意識。本文認為，在當前新治理模式之發展，吾人必須對傳統法治觀予以檢討，並思索新的法治觀及法治教育之核心價值。本文指出，從「軟性法律」的發展、要素及其運用來看，新的治理觀的關鍵理念，在於透過軟化各種相關規範，來促進制度與行為者的不斷地互動與革新。因此，在新治理模式下之法治觀，應強調建立國家與社會、政府與人民之間的互信關係，並基於此互信關係，而引領政府與社會中各種行為人之相互學習與調適。因此，在新治理時期下的法治教育，應強調治理的責任應由各種行為者來共同承擔。

關鍵詞：新治理模式、軟性法律、法治、法治教育

壹、緒 言

法治教育是當代教育領域中極為重要的一環；教育，必須符合社會發展之局勢與需求，同樣的，法治教育也必須隨時代之變遷，對其目標、內容與方法，進行不斷地檢討與更新。

我國當前法治教育之實況，一直為論者所詬病。例如城仲模認為，我國社會的法治觀，強烈表達了「法實證主義」理論的傾向，掉入「條文法學」的泥濘中，以為消極依據法令的行為即為遵循法治原理，無暇積極顧慮或慎思社會正義或社會利益；同時，著重形式法治主義的附合，至於實質上是否合乎法治主義的原理則多有意忽略；而一般公務員或法官在有意識或無意識之間已被保守觀念支配而不自知¹。許育典、翁國彥則認為，我國法治教育只有片面地強調人民應知法守法的「守法原則」，而忽略國家公權力也必須守法的法治國原理²。而這種只知守法的法治教育，又未能對於人性價值予以積極地關懷的現象，莊世同認為，我國法治教育的結果，形成國民自利本位，乃至於自私冷漠的守法意識³。而本文則進一步地認為，我國法治教育更為深層的問題，在於大多數法治教育的施教者與受教者，都未能對「法治」（rule of law）在當前全球治理模式的轉型風潮中的功能與角色變化，有清楚地認識。

目前的全球化發展中，在超國家組織、國家中央政府、地方政府，或各種跨國營利及非營利組織等不同層級的學術界或實務界，都愈來愈重視「新治理模式」（new governance）的相關理念或措

¹ 城仲模，行政法之基礎理論，頁914，1994年10月再版。

² 許育典、翁國彥，法治教育在臺灣的建構與實踐（上），政大法學評論，85期，頁1-47，2005年6月。

³ 莊世同，人文精神、守法意識與法治教育，政治與社會哲學評論，15期，頁89-130，2005年12月。

施之運用。而「新治理模式」是一種完全不同於傳統治理模式的新政策制訂、執行和裁判工具。在生態、環境、資訊科技、衛生保健等領域的新立法實務及政策論述中，愈來愈重視提供私部門更多的機會，來執行原本由行政機關獨占的公權力，並且也提供私部門更多的空間，以排除傳統的法規之管制，而改以管制者與被管制者合作的動態性機制，來踐行相關政策；此外，「新治理模式」表現在司法裁判領域，則是近年來歐美諸國法院在諸如職場性別或種族歧視的案件上，也愈來愈接受以公司是否有「自願性地服從法規」（voluntary compliance），來作為案件的辯護理由⁴。

由於「新治理模式」強調合作與賦能，而非層級與控制，因此傳統治理模式下用以建構官僚層級及控制相關行為人行為之「硬性法規」，便不能再符合新治理模式之需求。在此之時，原本僅在國際經貿領域中較受重視的「軟性法律」（soft law，或譯為「軟法」），由於其「軟」的性質，而能具有相當程度之彈性與包容性，因此其功能、性質與運用條件等問題，便吸引了近年來歐美公法學界相當程度地關注；尤其是歐盟，由於其特殊的國體及歷史、文化背景，因此具包容性和協調性的「軟性法律」，更受到學界熱切的討論⁵。

⁴ Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 343 (2004).

⁵ 主要的文獻如Carol Harlow, *Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis*, 71(2) INTERNATIONAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE SCIENCES 279 (2005); Ton Korver & Peter R. A. Oeij, *The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental*, 11(3) EUROPEAN JOURNAL OF INDUSTRIAL RELATIONS 367 (2005); David M. Trubek & Louise G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social European: The Role of the Open Method of Coordination*, 11 EUROPEAN LAW JOURNAL 343 (2005); Mona Aldestam, *Soft Law in the State Aid Policy Area*, in *SOFT LAW IN GOVERNANCE AND REGULATION: AN INTERDISCIPLINARY*

在上述「新治理模式」理念的推展，以及「軟性法律」之諸多運用下，傳統法治觀是否有其不合時宜之處？若有，則其基本功能與價值應如何調整，才能適應當前的全球新治理風潮？而探討上述問題，便是本文之宗旨。本文將由以下四部分之架構與順序，來論證新治理模式下，傳統法治觀不合時宜之處，以及其應有之變革；同時，本文也將依上述之檢討，提出未來我國法治教育應有之新目標和取向。

首先，本文將說明傳統治理模式之發展及其主要內涵，以及在其治理觀下所產生的法治觀及法治教育之目標與實況。而就法治觀之說明中，本文將依法治所涉及之三主要面向：目的之設定、認識論之基礎，以及操作之方法來一一說明之。其次，本文將檢討傳統治理模式下的法治觀之問題，本文同樣將從目的面、認識面及操作面三方面，來進行對傳統法治觀之檢討。

第三部分，本文將說明新治理模式之理論與實用。在這一部分，本文將以當前新治理模式影響下，公共事務領域上的「軟性法律」之發展成因與其要素為例，來說明新治理模式與傳統治理模式，在法治建構與運作特質上之主要差異。最後，本文將根據從「軟性法律」之發展與運用上所得之啟示，同樣依目的面、認識面及操作面三層次，從新治理模式所著重之學習、溝通與合作，來提出本文對於新治理模式下應有之法治觀與法治教育取向之主張。

ANALYSIS 11, 11-20 (U. Mörth ed., 2004); J. Scott & D. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in European Union*, 8 EUROPEAN LAW JOURNAL 1 (2002); H. Cosma & R. Whish, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, 14 EUROPEAN BUSINESS L. REV. 11 (2003); J. Klabbbers, *The Undesirability of Soft Law*, 36 NORDIC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 381 (1998).

貳、傳統治理模式及其法治觀

我國自清末迄今所採用之治理模式，一直深受德國與日本軍國主義之影響。而德、日二國基於本身君主專制之傳統，在實行法治之初，採用了中央集權、由上而下的治理模式，結果卻產生了軍國主義和納粹暴政，並引發二次世界大戰。自二次世界大戰戰後，基於國際政治之現實利益，以及戰後快速復甦之國家目標，因此西方世界各國，包括影響我國甚深的德國與日本，其國家治理模式之建構，都深受美國當時國家治理模式之影響，我國亦不例外。

國共內戰後，國民黨政府來臺主政，基於國際現實和國內發展之需要，幾乎不加思索地採行了美國式的國家治理模式。美國式的國家治理模式為基礎的法治觀，就其目的之設定、認識論之基礎，及操作方法，依序說明如下：

一、目的面

美國式的國家治理模式，主要乃奠基於半個世紀以前，由羅斯福總統所主政下之「新政」(New Deal)。六十餘年前，由羅斯福總統所建立的「新政」，可以說是美國二十世紀的政治史上最重要的事件，其不但給美國社會帶來法政體制的典範轉移，也可以說是當今世界各國國家治理模式的建構上最重要的里程碑。正如Bruce Ackerman所說的：

在半個世紀以前，我們的法律體系遭逢前所未見的打擊。雖然美國過去也面臨過許多次的大蕭條，但卻從未將權力如此地集中在一個單一的領導權，並且如此明確地對放任政策之立法，提出其挑戰⁶。

⁶ BRUCE ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW 6 (1984).

而「新政」所建構的治理模式，就其目的面而言，乃可以以三個「R」為代表——「輔助」（Relief）、「復甦」（Recovery）及「改革」（Reform）。此三個「R」的政策目標，是為了要面對經濟大蕭條及二次世界大戰的局勢；而此三個「R」，又可以用一個「R」——「Regulation」來統合，也就是美國於新政中所創建的治理模式，乃是以國家的管制行政為基礎之治理模式⁷。而國家為透過管制行政來治理社會，於是運用法律將各種社會問題截然劃分為許多彼此相互獨立之次系統與行為領域；國家承擔領土統合的維護、維護國內秩序，並在法律所設定的範圍內，履行一定的公共任務。國家因此得以基於正當的「法治」基礎，持續地介入社會生活與社會問題領域。

上述「新政」的治理模式，乃是將傳統法治觀發揮到極致。從十八、十九世紀「現代法治國」⁸發展以來所逐漸形成的傳統法治觀認為，法治主要有三項目的：首先，法治必須對抗無政府狀態，也就是霍布斯所說的「人人為戰、人人為敵」的狀態。其次，法治必須給予人民合理的確信，來規劃他們的事務，亦即人民可以知道

⁷ 有關於美國羅斯福總統的新政，詳參WILLIAM E. LEUCHTENBURG, FRANKLIN D. ROOSEVELT AND THE NEW DEAL 1932, 1940 (1963).

⁸ 所謂「現代法治國」，係指德國自19世紀中葉起，美國與法國則早在18世紀末，開始發展的「市民法治國」，以及到20世紀所發展出的「統合主義法治國」。18、19世紀歐美洲市民法治國之興起，一方面是因政治上的自由主義思潮、民族國家之興起，從而造成國家理念之變遷有關；二方面則因工業化以及不斷的都市化，使得農業、製造業有大幅的進步，隨著工業不斷進展，國家必須進一步從事道路橋樑或運河等有關的硬體的興建，此外也必須廢除既有的關稅或其他人為的障礙，更必須設立專業的學校並且建立適度的工資制度等等。而在都會地區產生新的各式各樣的行政管理問題，正以極快的速度迎面而來，國家行政部門對此必須快速地加以因應。有關於「現代法治國」的發展及其對現代法治體系之影響，詳參黃錦堂，行政法的概念、起源與體系，載：行政法，頁42-43，2000年3月。

在不同的行為下之法律結果。第三，法治必須至少能夠確保對抗某些形式的公務員濫權⁹。

此「現代法治國」下之法治觀，可溯源自孟德斯鳩的法治論，孟氏認為法治之目的，在於使某些人類的行為能夠完全地免於大眾的控制，並確保免於受到生理上的殘暴、恣意之侵害。因此，法治意指在善良的人民周遭安設一道防護網。這便隱含了公務機關的行動應被司法部門所干涉。而司法部門也同樣地自我設限，來強化人民的安全感，當代的傳統法律理論，仍然非常仰賴這個法治論的原型¹⁰。

二、認識面

在以國家之管制行政為基礎的治理模式下，就其認識面而言，最重要的是認為法律在「新政」之中應扮演的角色有三：一是立法者告知行政人員其期望之溝通工具；二是控制行政人員與民眾行為之工具；三則是設定個人的實質與程序性權利¹¹。也就是傳統治理模式就其認識面而言，乃是將法律視為應是由國家機關所制訂、由上而下的，並且是具有強制力、控制性的政策工具。

這種認識論，與韋伯的理性化官僚主義思想相呼應。他認為在理性的法律秩序中，個人的權利和義務可以由某種普遍的，並能被證實的規則所決定。他認為，司法判決不是依據可證實的原則所作出的，都被視為是非理性的；此外，法律關係的體系化是法律思想成熟階段才出現的現象，而此現象的表現，則是一切經理性分析而

⁹ J. N. Shklar, *Political Theory and The Rule of Law*, in *THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY* 1, 1-3 (1987).

¹⁰ *Id.* at 1-3.

¹¹ M. DIMOCK, *LAW AND DYNAMIC ADMINISTRATION* 31 (1980).

得出之法律判斷，可以統合成邏輯清晰、內在一貫，因此具有客觀意義之存在的法規體系；最後，一切可以想見的實際情況，都必須邏輯地涵攝在這些體系嚴明、客觀存在的法律規則當中，以作為社會秩序有效之保證¹²。

基於上述的理性主義思想，傳統法治觀於認識面上，便包含下列五項要素：

- (一)法律即為規則；
- (二)規則優先於案件，較特定案件之判決更具普遍性；
- (三)法律是工具性的（規則是適用到所欲達到的目標）；
- (四)在政府與公民之間有深刻的區別（也就是有些人是規則的制訂者，有些人是規則的執行者，有些人則是規則的遵從者）；
- (五)每個人都是理性的選擇者¹³。

總之，傳統治理模式下之法治觀，強調透過明確的法律作為相關行為人行為的指引，並且認為法律乃是理性的展現，因此，只要人們依循著法律指引而行為，便可以達到理性的目標。因此，現代行政法之法治論，其核心在於反對「人治」。

三、操作面

最後，在「新政」下所創建的治理模式，在操作上首先是將公權力集中在新設立的專業管制機關；而這些新設立的專業管制機關，則是韋伯式的層級化官僚組織。這些層級化官僚組織之組織架構及行使職權之目標與方法，都由立法機關制訂，或授權由這些行政官僚機關自行訂定一系列與之相應的法規體系予以規範。

而上述這些相應之管制行政法規，又是以「指令—控制式」管

¹² Max Weber著，林榮遠譯，經濟與社會，頁656，1997年12月。

¹³ M. Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. REV. 781 (1989).

制為其內容。所謂「指令—控制式」管制，係指國家之中央或地方權力機關所發布，對被管制之事項，設定單一之實質標準，作為對被管制者行為之指令，藉此來達到直接控制被管制者之目的，它是一種現代理性主義思維及國家觀高度發展下的產物，具有高度的技術性及專業性¹⁴。

由於「指令—控制式」管制具有高度的技術性與專業性，並且大多是立法部門制訂空泛的政策目標後，便授權由管制行政機關依其裁量權來訂定這些管制規定，因此傳統法律人多認為，廣泛、無限制的行政裁量權並不符合法治理念，是以，法院有責任來限制法律賦予行政機關裁量權的範圍。因此，在實務的操作上，傳統治理模式下的法治，更強調國家透過司法訴訟，當人民與人民、人民與政府之間遇有爭議時，由司法部門透過法律規則的解釋與涵攝，來對爭議案件進行裁判。此種操作方法，使得行政機關的行動被司法部門多所干涉。而由於操作面上強調司法作為法治的最後一道防線，於是傳統治理模式下的法治，變成是「法官之治」¹⁵，也就是法治實務傾向於忽視法庭外的政治與社會現實，而自處於一個政治的真空環境中¹⁶。

在上述的傳統法治觀之下，我國大學的法治教育便與其相呼應，法治教育的目的，在於讓學生認識到遵循國家各級法規及司法程序之重要性；法治教育的主要內容，則以個人權益如何透過司法程序來擴張或保護為主；而法治教育的主要施教方法，則多是透過單向口語傳授，來灌輸學生各種法律規範的實質與程序內容及司法訴訟上的相關專業法律名詞和用語。

¹⁴ 廖義銘，反思性公共行政與管制，頁94，2005年7月。

¹⁵ Shklar, *supra* note 9, at 3.

¹⁶ Shklar, *supra* note 9, at 1.

參、傳統治理模式及法治觀之檢討

我國學者一再地強調，法治的深層意涵，並非僅在限制人民權利、要求人民守法，而是著重於限制政府權力、要求政府守法¹⁷。但是這種以「政府必須守法」為核心命題的法治觀，卻因為資訊科技之運用，私有化政策之推行，以及全球化發展，而使其基礎遭致嚴重破壞。此一破壞使得界定法治正當性的公共利益之界線流失、法治的客觀性認識基礎消亡，並且因對風險社會之認識，而對以司法訴訟為主要操作手段的傳統法治觀之運作，產生強烈的反省。以下茲分別說明之：

一、目的面——公共利益界線之流失

前已述及，傳統治理模式及其法治觀，就其目的性價值而言，乃假定國家立法部門和行政部門的妥善決策，可以制訂出許多符合公共利益的法律規則，並且可以指引和約束人民之社會行為，以及作為司法人員在解決人民與人民爭端、人民與政府爭端時價值判斷的依據。

然而，自上個世紀七十年代末期以來，國家權力的去中央化¹⁸，使得制訂這些管制法規的權力，移轉到其他地方，造成界

¹⁷ 城仲模，同註1，頁914。

¹⁸ 所謂「國家權力的去中央化」，包括國家權力的水平去中央化與垂直之去中央化。水平的去中央化，是指原來國家政府的職能，從單一的中央政府轉移到其他具有類似職能和功能的較小單位，如工商協會、特殊法人機構、公辦公營企業等非政府組織或準政府組織；而垂直之去中央化則是將中央政府的職權，重新分配給地域性的低層政府機關。有關於國家權力的水平與垂直之去中央化之歷史脈絡與發展作用，詳見廖義銘，行政法基本理論之改革，頁176-182，2002年10月。

定公共利益的界限與判準從而流失。例如：首先可能轉移到網路空間上，在網路空間上的許多操作和技術規範，對於行政行為之實質方法與品質，比國會及行政部門所制訂的法律，有更大的影響¹⁹。

其次，也可能轉移到公部門在委託私部門執行公權力時所簽訂的「行政協定」（covenants）上²⁰。當然，就廣義的法治而言，契約也是實踐法治之工具，但是就法治之實踐而言，如果公部門與私部門之間的委託契約，對於人民實際產生的影響力，更大於國會制訂的法律時，傳統法治原理便出現了明顯的缺口²¹。

再者，也可能是同業工會、商會的內部自我規範，取代了國會

¹⁹ 例如Helen Margetts曾針對英、美二國之中央與地方政府運用網際網路之結果作實證性研究，她指出由於網際網路中的各種操作和技術性需求，使得政府機關運用網際網路雖有助於加速資料傳輸之速度，但卻造成行政機關之間的隔閡愈來愈嚴重，同時也使行政規範與作為產生更多的不確定性。See H. MARGETTS, INFORMATION TECHNOLOGY IN GOVERNMENT: BRITAIN AND AMERICA 177 (1999). 另外，亦有論者指出，網際網路中的許多特殊技術之運用，也會使政府的許多傳統職能造成萎縮，D. Tapscott等便舉例，網際網路中許多難以破解的密碼技術，使得政府無法偵察或預防一些犯罪行為，包括逃漏稅、兒童色情、商業機密竊取，以及私人隱私資料之竊取等，參見D. Tapscott, A. Lowy & D. Ticoll編，樂為良、陳曉開、梁美雅譯，新經濟：數位世紀的新遊戲規則，頁402-403，1999年11月。

²⁰ 「行政協定」（covenants）亦即我國的「委外契約」，係指政府部門與私部門的合作者為共同執行公共政策所簽訂之協議。此項政策工具是「軟性法律」的一種，目前歐盟在勞資關係等領域上的公共政策目標，大多由行政協定來執行，參見Korver & Oeij, *supra* note 5, at 367-84; 我國目前各政府機關也常將其主管業務委託民間辦理，其所簽訂之委外契約，便是此處所稱之「行政協定」。

²¹ 委外契約對傳統法治體系所造成的主要缺口，即在於依法行政原則與契約自由之間的矛盾，相關的問題與爭議，請參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁391-395，2001年8月增訂7版；翁岳生主編，行政法，頁632-634，2000年3月。

制訂的法律或政府頒行的法規，而對業者產生相當大的約束力。在這種情況之下，便產生了自己管理自己的法律現實，而這是與傳統法治論下強調由別人（外部規範）來管理自己的理念大相逕庭的²²。

最後，為國內的行政人員、司法人員和全體民眾制訂規範的來源，也可能轉移到辦公處所設在國外，並且主要由外國人所組成的國際組織或團體；也有可能是本國人為了純粹經濟、貿易上的考量，而在「與世界接軌」的目標下，對國內的規範所為之調整。在這種情況下的法治，與傳統上所認知的法治，在實踐的程序和方法上差異不大，但是其實質意義和結果，卻與完全由國內的立法者制訂之法規，有相當大的差異。

總之，傳統的法治論假設，國會議員代表國家與民眾的利益，而行政官僚人員則具有專業素養，兩者之結合便可建立一個符合理性發展的公益社會。但是在上述網際網路的運用、公私協力及私部門自律規範的發展，以及跨國組織的運作等全球化現象下，卻使得傳統上界定公共利益的判斷界限與標準，日漸模糊。例如立法機關與行政機關為了純粹經貿需求，而將本國法律調整成與外國法律一

²² 此部分即「產業自律管制」（industry self-regulation）所產生之作用。「產業自律管制」對傳統治理模式所產生的最主要問題，也是在操作面上，其受司法審查之應有界限與判斷標準如何？一直難有定論。以英國為例，雖然英國的「產業自律管制」，在許多領域中，運作得相當有效，並且英國法院也在 *O'Reilly v. Mackman* 一案中曾設立了一項概括法則，即認定具有公共性的「產業自律管制」爭訟，便應受司法審查，然而，關於產業自律性管制案件應如何判定其具有公共性？是否以其組織具有公共性，即認定其應接受司法審查？此問題仍有相當爭議，參見 C. Graham, *ADMINISTRATIVE LAW AND GOVERNMENT ACTION* 189-209 (G. Richardson & H. Genn eds., 1994). 中文文獻有關於「產業自律管制」之性質、內涵及其對公共政策及法治體制所產生之影響，請詳見廖義銘，*產業自律性管制*，2005年10月。

致，這是否的確符合國家公共利益，便是一個無解的問題²³。因為，當實質的國界拆除後，民眾的利益再用國界的範圍來予以界定，其實質意義不大。而同樣的，以國家利益作為正當化基礎的傳統法治觀，其意義也將遭到解消。

二、認識面——客觀性基礎之消亡

傳統治理模式及其法治觀在認識面上，是假定法律的規範性語言，其意義可以具有普遍的客觀性內涵，因此可以達到約束相關人之意志、控制相關人之行為的效果。而這樣的認識觀又是建立在典型的現代主義哲學之上。現代哲學認為主觀／客觀，可以作截然的區別，而法律規則，便被視為是具有規範性質的客觀事物，它能夠給予法官、行政人員和遇與他人爭議而興訴的社會大眾，主觀意志上之指引。

然而，後現代主義學者對上述的現代哲學以及認識觀，予以根本的批判。他們認為這個世界是一個意義的不確定的、互為主觀的

²³ 例如我國為加入世界貿易組織（WTO），必須配合WTO的二大基本規範，包括對所有會員均具有強制力的「多邊貿易協定」（MTA），以及會員有權選擇是否加入，且僅對加入者發生拘束力的「複邊貿易協定」（PTA），於是大量地調整了許多相關國內法規，其直接予以調整的法規近40個，包括修改貿易法、商品檢驗法、商港法、藥事法、食品衛生管理法、國庫署組織條例、貨物稅條例、營業稅法、關稅法、海關進口稅則及進出口貨品分類表、加工出口區設置管理條例、科學工業園區設置管理條例、糧食管理法、農業發展條例、公司法、證券交易法、會計師法、律師法、建築師法、中央銀行法、銀行法、電信法等法規，並新訂菸酒管理法、菸酒稅法，此外，還廢止了臺灣省內菸酒專賣暫行條例等法規。而這些國內法規的調整，部分已明顯地違反國民的利益。其中對全體國民利益影響最直接的，例如新訂菸酒管理法、菸酒稅法及修正營業稅法後，使我國重要民生用酒——米酒——之價格必須一夕間漲價。但雖然如此，我國行政部門仍假定我國加入WTO對國家經貿的發展具有必然之長遠利益，因而全力推動加入WTO相關法規之調整工作。

網絡，因此現代哲學對於我們所處的世界之主觀與客觀，再也無法提供有意義的區別²⁴。

由於主／客觀無法有意義地予以區別，因此後現代學說便斷然地懷疑法治的可能性。因為，既然語言的意義是不確定的，而且其社會實踐的結果是偶然性的，那麼「法治」所強調的「合法主義」（legality）之原則，便是無效的。在法律的客觀意義不確定之情況下，「合法主義」要求行政人員、司法人員及社會大眾依據法律的客觀意義而行為，便表示行政人員、司法人員及社會大眾，仍是恣意地依據任何標準、基於任何考量、目的來行動²⁵。

再者，傳統的法治論所採取的是「基礎論」，所謂「基礎論」是指吾人可以從法律當中及法律之外，找到某些具有絕對客觀性的「基礎」，來作為在任何法律案件或爭議時，決策的指引，例如客

²⁴ 例如後現代主義大師Michel Foucault認為現代哲學中所建構的各種「真理」，應被視為是一套有關於論述的生產、規範、分配、流通和運作之程序的體系，知識或真理並非中立的、客觀的、普遍的，或是進步及解放的工具，而是權力及支配的內在要素，經常是與社會規約相關聯。參見黃瑞祺，現代與後現代，頁154-155，2000年4月；而另一位後現代主義大師Richard Rorty則認為，對於某一特定問題的唯一標準及特定答案之產生，乃在實用，因為問題的產生與回答都是在實用當中。因此，所有真理、知識、語言或道德觀，都是根植於文化、傳統，以及語言的實用需求。See R. RORTY, CONSEQUENCES OF PRAGMATISM (1982).

²⁵ 解釋主義法律認為一切法律文本都是境遇性的，它們都是在特定的時間和地點中寫出，並且一再被不同讀者以不同角度閱讀的文本，根本不存在具有普遍性和先驗性的法律文本。因此，解構主義法學認為當法官在閱讀法條文字時，都會懷著某種對於這個世界和該條條文的期待、偏見、信念、理論和前提。而這些先驗的條件，都是基於法官個人所處的歷史、文化和語言情境而產生，並且它們會因時空的改變而有所不同。因此，法官根據任何法規則的意義而作成的法律判決，都不能說是由該法規所指引或決定，而是受整個超法律的先驗考量所指引。有關解構主義法學的法治觀，參見L. B. TREMBLAY, THE RULE OF LAW, JUSTICE, AND INTERPRETATION (1997).

觀的立法者原意、客觀的法體系構成、客觀的憲法精神，和「基本權」等都是²⁶。根據這種「基礎論」認識觀，法律規則之有效性，乃基於其所根據的上述「基礎」之有效性，而上述「基礎」必須是經驗上可見的、可理解的、有意義的、中立的以及獨立的²⁷。然而問題在於，這些「基礎」的有效性，總是會隨時代的變遷而消解²⁸；

²⁶ 德國法學方法論重要學者Karl Larenz如下有關法律解釋論的見解，便是「基礎論」的代表，他認為法律解釋者不得求助於客觀的目的論標準，雖然立法者本身對此未必有充分的意識。但是這種客觀的目的論標準，一方面包含規範範圍的事務結構，另一方面包含法秩序中的法律原則。見Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁247，1996年12月。另關於法學方法上的「基礎論」的觀點，可參見黃茂榮，法學方法與現代民法，頁293-320，1993年7月增訂3版。

²⁷ 在19世紀及20世紀前半期，也就是現代和前現代時期的法律思想，普遍認為法律判決可以根據許多確切而穩固的基礎。特別是在憲法、行政法等公法上，先驗的、自然的，或是中立的基礎，都可作為判決的預設前提。在法律史的某段時間中，普通法上的財產權或契約權，便普遍被認為是一種自然法上之規範。而憲法判決的有效性，則也是可以由普通法上的基礎來衡量。例如認為國會可以管制商業，但是不能夠過度而侵犯了既有的財產權或契約的自然權。See J. T. PATTERSON, GRAND EXPECTATIONA: THE UNITED STATES 1945-1974, at 23 (1996); C. R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 2-4 (1993).

²⁸ 以美國為例，在1970年之時，許多法律人、法官、教授們雖然對憲法的基礎沒有共識，但終究還是相信存在著某種基礎，而使制訂出客觀的憲法判決是可能的。但是從1970年之後，這種希望便破滅了，許多原本被排斥或壓抑的外圍份子或少數族群，開始發出他們的聲音來主張他們的見解和權利。而憲法上自然的或中立的基礎，變成是一種迷思。並且事實上，這種迷思變得具有危險性，因為它蔓延成整個文化的獨占者。然而從外圍份子或少數族群的觀點來看，美國各級法院過去所引用的這些憲法判決之基礎，從來未曾真正的具有自然或中立的性質，它們都只是社會中的支配階級所偏好的價值而已。從這個觀點來看，在憲法上的各種規範性主張，不過只是不同族群在不同的觀點下，所構造出的不同真理罷了。See R. Delgado & J. Stefancic, *Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ill?*, 77 CORNELL L. REV. 1258 (1992); S. M. Feldman, *From Modern-*

這些「基礎」聲稱要作為法律規範的依據，它們無法是真實的²⁹。

總之，在後現代知識論下，我們可以說，基於現代主義哲學的法治觀，是不可能實踐的，Ernst J. Weinrib如下的見解，便一語道破此問題，他說：

……作為一種理念，法治意指反對人治，並且強調穩定性、非人性和非恣意性。但是只要人們經驗了法律的實務，他們便會經驗到人治。法律其絕非是自己可以運作的，也絕非是一成不變的，它的創新、執行和解釋都是人的行為。如果法治無可避免地意指他人之治，那麼法治在反對人治上，還有什麼意義呢³⁰？

而如果法治在事實上是不可實踐的，但卻依然強調法治，則其結果只會造成許多嚴重的副作用，例如有創意的政治，因法治的過度強調而失去存在與發揮的機會，一方面使社會產生政治冷感，另一方面卻也可能因此造成對強權政治的崇拜³¹。

三、操作面——風險社會之反省

除了上述國家之全球化及資訊化等後現代發展，對於傳統法治

ism to Postmodernism in American Legal Thought: The Significance of the Warren Court, in THE WARREN COURT: A RETROSPECTIVE 324, 324 (B. Schwartz ed., 1996).

²⁹ TREMBLAY, *supra* note 25, at 23-28.

³⁰ E. J. Weinrib, *The Intelligibility of the Rule of Law, in THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY* 59, 59 (1987).

³¹ 這種因過度強調法治理想，昧於法治實務所產生的副作用，是基於德國20世紀政治史發展的經驗而來。而有關德國傳統法治觀的運作，及其與政治所產生的交互作用，參閱M. Stolleis著，顏厥安譯，德國近代公法成立之原因及歷史背景，政大法學評論，52期，頁432，1994年12月。

論所帶來的衝擊，和後現代哲學對法治論無情的打擊外，對於風險社會下的種種問題之反省，也使我們必須重新檢討以司法訴訟為主要操作手段的傳統法治之問題。

傳統治理模式下假設立法部門代表全民利益、行政部門代表專業，以及司法部門之裁判代表正義之保障。也就是說，傳統法治觀認為立法部門設定明確而嚴格的規範，作為行政官員、司法人員、業者和民眾在行為與價值判斷上之指引，便可以將各種現代科技所產生之「風險」(risk)³²，轉變成是在國家疆界以內，可以經由司法程序來予以掌握，並使風險之加害人與被害人，都能夠獲致可接受的課責與補償³³。

³² 所謂「風險」，係指我們今日處之世界，其特色是日益增加的不安全、危險及嚴重的危險經驗。當然，其他的時代，例如歐洲和世界其他區域工業化過程剛開始時，也有這種情形。然而今日的風險社會，其獨特之處在於：現代科技所產生的風險，其影響範圍往往會遠超過事件製造者的所在地，最具代表性的，莫過於1986年發生於前蘇聯車諾保(Chernobyl)核能電廠意外，當時由於輻射塵四處飄散，引起全球性的恐慌。有關於現代「風險社會」之相關論述，詳見顧忠華，「風險社會」的概念及其理論意涵，國立政治大學學報，69期，1994年9月；周桂田，科學風險：多元共識之風險建構，載：第二現代——風險社會的出路，頁47-75，2001年6月；Ulrich Beck著，孫治本譯，全球化危機：全球化的形成、風險與機會，頁29，1999年9月；ULRICH BECK, RISK SOCIETY: TOWARD A NEW MODERITY (1992).

³³ 其操作實務，便是立法部門制訂環保法規，行政部門則在此環保法規之授權下訂定各種行政命令，這些行政命令中便依科學的研究，而設定環境污染的「可接受值」。例如行政院環保署依空氣污染防制法第34條第2項規定，訂定的「交通工具空氣污染物排放標準」，在該標準中，即訂有交通工具排放的空氣污染物之可被接受值之各種計算公式。而當主管機關依此標準來懲處違反該標準者，被懲處者不服，便可依司法程序，來尋求救濟。傳統治理模式認定經此司法判決，便可使公共利益予以伸張，或使當事人之權益獲得保障。我國之相關案件，有司法院大法官會議解釋第423號解釋。於本案的解釋文中即明白地表現出舊治理模式之觀點，解釋文指出：「空氣污染防制法第二十三條第一項規定：交通工具排放空氣污染物，應符合排放標準。同法第

然而，正是因為司法程序將難以控制的風險，當作是可以控制的；無法接受的風險，視為是可以接受的，於是造成了風險的製造者和有義務預防者，只要能夠在司法訴訟上獲得勝訴，便可卸除其應有的責任，造成「只要我合法，有什麼不可以！？」的觀念得以成立。而對於風險的承受者而言，亦復如是。因為，在以司法訴訟為法治操作手段的法治觀下，業者只要符合現有的規範，便可以有法律的背書而高枕無憂；而同樣的，風險的承受人，也因為風險製造者符合了現有的規範，而只能假裝高枕無憂，或被迫高枕無憂。

然而，現代科技日新月異之發展下，加上強大的商業利益力量趨使，使得現代風險不斷地膨脹，而且到處流竄；但是，法規及司法判例卻是靜態的，即使是司法過程中強調運用科學鑑定資料作為判斷依據，仍無法因應風險發展的速度。因此，若以為用司法訴訟便能夠協助人們對抗現代社會的風險，無異於螳臂擋車。但是，在傳統治理模式中，決策者多以為螳臂真能擋車³⁴。然而一旦風險產

四十三條第一項對違反前開規定者，明定其處罰之方式與罰鍰之額度；同條第三項並授權中央主管機關訂定罰鍰標準。法律既明定罰鍰之額度，又授權行政機關於該範圍內訂定裁罰標準，其目的當非僅止於單純的法適用功能，而係尊重行政機關專業上判斷之正確性與合理性，就交通工具排放空氣污染物不符排放標準者，視違規情節，依客觀、合理之認定，訂定合目的性之裁罰標準，並可避免於個案裁決時因恣意而產生不公平之結果。」

³⁴ 例如我國司法案件「北桃案」，該案之爭點在於，我國行政部門於處理環保糾紛時，完全以科學本位的行事哲學為依據，認為是否對原告進行賠償，完全是科學的問題，只要從科學的角度能夠證明原告的損害是被告所造成的，就應該賠償，反之則不應賠償。然而，以科學的立場來看鑑定，的確是一件很難的工作。欲明明白白地經鑑定，才作為認定污染責任的基礎，往往有技術、金錢與時間上的困難，而造成公害糾紛上的障礙與管制行動上的拖延。面對此種困難，以技術人員為主的環保署導出應加強鑑定技術的努力方向。然而鑑定技術的提升是個無底洞，非短期內所能達成。面對公害糾紛或行政管制有關鑑定上的爭議，若一再強調鑑定絕對性與神聖性，往往使鑑定成為

生，則無論是司法判決中的勝訴者或敗訴者，都會受其傷害，無一倖免³⁵。

總之，舊治理模式的法治觀，在操作面上以為用司法判決可作為正義之保障，其結果是造成「只要我合法，有什麼不可以！？」的觀念盛行，加上「贏者未贏，輸者皆輸」的實務結果，使得傳統法治模型在操作面上的問題，暴露無遺。

肆、新治理模式

當代法學思想，在其典範上有一重大的轉變，那就是從傳統的「新政時期管制」（traditional New Deal regulatory era），轉移到Orly Lobel所稱的「新新政治理」（Renew Deal governance）³⁶，也就是本文所稱之「新治理模式」。在這個典範的轉移中，有各種不同的法學派³⁷，都提出與傳統的管制、行政，以及司法判決之學理

解決問題的瓶頸。有關本案之評析，詳見葉俊榮，北桃四鄉公害求償事件之研究：從科學迷思與政治運作中建立法律的程序理性，載：環境理性與制度抉擇，頁222-224，1997年11月。

³⁵ 這種現代風險對於風險製造者和受害者都會帶來傷害的現象，便是Ulrich Beck與Anthony Giddens二位社會學家所指出的現代理性主義自作自受的「飛回棒效應」，參見BECK, *supra* note 32; ANTHONY GIDDENS, MODERNITY AND SELF-IDENTITY, SELF AND SOCIETY IN LATE MODERN AGE (1991); 顧忠華，風險、社會與倫理，國立政治大學哲學學報，5期，頁29，1999年1月。

³⁶ Lobel, *supra* note 4, at 346.

³⁷ 這些法學派以各種不同的概念為核心，提出其新的見解，最主要的例如：Günther Teubner提出「反思性法律」（reflexive law），見Günther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & SOC'Y REV. 274 (1983); Jody Freeman提出「合作性治理」（Collaborative Governance），見Jody Freeman, *Collaborative Governance in Administrative State*, 45(1) UCLA L. REV. 1 (1997); Ian Ayres及John Braithwaite提出「回應性管制」（Responsive Regulation），見I. AYRES & JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIVE REGULATION:

有著極大差異的學理與法制度之建議。而所謂「新治理模式」，依Lester Salamon之定義，係指：

目前廣泛地運用各種公、私部門的行為者所連結成的網絡作為工具，來因應各種人類的需求，並從而產生公共管理及公部門組織的不同模式，此不同模式強調合作、賦能，而非層級與控制³⁸。

「新治理模式」的產生，與資訊科技的大量運用、全球化、跨國性經濟組織的力量持續擴張、公共職能之私有化發展，以及國家及意識形態的力量之相對退縮有關³⁹；此外，區域性政府的成立，例如歐盟的成立，以及其他非政府組織的興起，也都促使了公法學與民主理論學界對於傳統治理模式下的各種實務問題，以及原本科際隔閡甚深的狀況有諸多反省⁴⁰。在此之時，「新治理模式」之討

TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992); Neil Gunningham等人提出「管制多元主義」(Regulatory Pluralism)，見Neil Gunningham & Darren Sinclair, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection*, 21 LAW & POL'Y 49 (1999).

³⁸ THE TOOLS OF GOVERNMENT: A GUIDE TO NEW GOVERNANCE vii (Lester M. Salamon ed., 2002).

³⁹ 此發展亦可概括地稱之為「國家之後現代化」。國家之後現代化發展使國家權力與責任範圍轉移給超國家或非國家團體，此種國家權力的釋出現象，其結果是造成人民對於國家的效能之信念日益降低，以及其所直接關係到的國家權力和責任範圍之縮減。而國家權力和責任範圍之縮減，則更進一步地促成了「治理」的概念之興起，正如Anthony Giddens所指出的：「治理」正在成爲一個與某些方式的行政能力或規制能力更加相關的概念。一些既不是任何政府的組成部分——即非政府組織、也不是跨國組織的機構，實質上參與了管理活動。見Anthony Giddens著，鄭武國譯，第三條路——社會民主的更新，頁38，1999年4月。

⁴⁰ 例如Jody Freeman所說的：「從新政以來，行政國的政策方向從來沒有受到如此的爭議，管制革新的說法，幾乎是無所不在的。」Freeman, *supra* note 37, at

論，便似乎開了一扇窗，讓法學領域中的各思想家們，有了共同的視野⁴¹，並且能夠和公共政策領域學界對話。而公法不同學派的法學者和公共政策領域學界，便「取得了共同的認知，那就是當前的管制體系，必須有所改變」⁴²。

基於上述的背景，各種新興法學派和公共政策學界所提出的新治理理念，乃是由公法學與公共政策學兩種學科相互滲透和激盪所產生的。其於目的面上強調要發揮非政府部門在法律政策的制訂與執行上重要性，也就是透過新的治理方法，來讓公部門及私部門得以同心協力地共同實踐各種政治、社會及經濟之目標，並且期望以地方環境或被管制者的個別情勢與需求，作為政策目標規劃的基礎⁴³，祈使新的治理模式，能夠同時克服管制失靈和市場失靈兩種困難⁴⁴。

1.

⁴¹ Lobel, *supra* note 4, at 352.

⁴² D. J. Fiorino, *Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance*, 23 HARV. ENVTL. L. REV. 441 (1999).

⁴³ 有關於這種作法，在已有實務經驗的公共政策上著名的例子，例如美國環境保護署在1995年5月23日公布的「XL領航計畫」，本計畫是「卓越與領導」(eXcellence and Leadership)的簡稱，其要旨是任何由聯邦政府、州政府或地方政府之環保主管機關所管轄之公司或工廠，皆可依其自身的需求和情況主動提出自我改進方案，只要此方案能夠符合特定的標準，例如較佳的環境維護、利害相關人之參與、創新，以及轉移給其他被管制業者的創新經驗或作法，並且能夠證明具有「優越的環保績效」(superior environmental performance)，便可以豁免於原有相關法規之管制。有關於美國「XL領航計畫」，詳見廖義銘，同註22，頁77-105；EPA, 1998, REGULATORY REINVENTION (XL) PILOT PROJECT, available at http://www.yosemite.epa.gov/xl/xl_home.nsf/all/frn-4-23-97.html (last visited: 2006.08.13); L. C. Lund, *Project XL: Good for Environment, Good for Business, Good for Communities*, in ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTION, 30 ELR 3-13 (2000).

⁴⁴ Lobel, *supra* note 4, at 346.

其次，在認識面上，新治理模式倡議學者所提出的新見解之共通要旨，也在挑戰傳統治理模式中對於法律的客觀性規範作用之確信。正如前述，傳統治理模式認定法律因其具有客觀性之規範作用，因此能夠作為達成社會的變遷的主要政策工具。但各種新興的法學派所提出的治理方法之建議中，便不再認定國家所制訂法規管制，具有必然的實現政策目標之力量；各個新法學派的共同見解，只是期望法律體系得以仍維持相當程度的聚合力，並且有助於各種政策目標之實踐。

不再認定正式法規具有權威的地位，但仍期望其能有助於公共政策之實踐，因此，在操作面上，新治理模式之倡議者，便反對原本「由上而下」國家集中式管制，而強調「由下而上」分權式治理；並且不再依賴以司法訴訟來作為實踐法律政策及保障個人權益的最後手段，而是強調要重新界定國家與社會之間的互動關係，鼓勵更多元的利害關係人，來共同分擔治理的責任，用參與性及合作性的網絡之建構，來取代新政時期的層級式管制機關，並期望法院能夠在其裁判中，給予利害關係人之合作與參與更多的實質鼓勵，和更大的合法空間⁴⁵。

總之，上述新興法學派所共同組成的新治理模式之思潮，在目的面上強調治理的目的，應在於讓公部門與私部門得以共同實踐公

⁴⁵ 由公部門與私部門共同協力來實踐各種法律政策之價值，在公法實務上，也就是被管制者得以與管制者一起參與管制法規之制訂程序。美國國會於1990年將管制協商予以標準化及法制化，並於1996年再予修正的「協商式法規制訂法」(Negotiated Rulemaking Act)，便有此精神於其中。於協商式的法規制定程序中，利害關係人參與協商的過程，以求達到管制實質目標的共識。此外，在協商式的法規制定過程中，也賦予參與者更多的獲取資訊之能力，並且對於不同的參與者之參與結果作比較。並且，在管制的協商過程中，也鼓勵深度的討論，以及提供合作的空間，來達到共識。See P. J. Harter, *Negotiating Regulation: A Cure for Malaise*, 71 GEO. L.J. 1 (1983).

共政策之價值，以克服政府失靈和市場失靈之矛盾；在認識面上，認定法律不再是促使社會變遷，從而踐行政策價值的主要工具，但卻仍應具有輔助政策執行之功能；而在操作面向上，則主張決策程序應從「由上而下」改為「由下而上」，並且建立利害關係人間的網絡，來取代傳統的科層化組織，以執行法律政策。

伍、新治理模式下之法治——以「軟性法律」之運用為例

正如前述，新治理模式之諸多倡議者，對舊治理模式的主要批評，大多都認為傳統的治理模式，過於僵化、無效率以及執行成本過高。更有進者，在法律文字與法律實務之間的落差，更促使對於傳統法律體系的運作成效之強烈質疑。因此，新治理模式與傳統治理模式在法制運作上最主要的差別，便在於新治理模式期望建立具有彈性的決策環境，來產生較為軟性的法律規範，以取代或補充傳統管制模式的硬性法規。在此目標下，原本僅在國際貿易法上較受重視的「軟法」（也就是本文所譯的「軟性法律」），從而成為新治理模式倡導之學者寄望甚深的新政策工具。而所謂的「軟性法律」，其特質在於不明確性、僅提供合理期待，並且大量採用非形式化的法律程序和規範⁴⁶。

⁴⁶ 牛惠之，軟法之法律效力與其在國際經濟規範中之發展，經社法制論叢，20期，頁173-216，1997年7月。有關於國際法中「軟法」的性質及其運用，另參閱H. Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, 10(3) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 499 (1999). 該文中指出在國際法中各國都偏好於不具強制性義務，並且有更多彈性空間來作為處理未來外交關係的基礎。該文認為這種軟性法律若被運用於國內公共事務上，並不應被視為只是具有政治或道德性意義，而應該認知到在軟性法律當中，簽訂者或制訂者表現出其選擇自我約束，以及對某一政策價值之認同。

目前世界各國學界對「軟性法律」的相關研究，已隨著「軟性法律」在各種政策領域的運用愈來愈廣，而成為是相當熱門的研究主題⁴⁷。主要基於如下的環境因素以下依序介紹「軟性法律」之發展脈絡及其主要內涵：

一、「軟性法律」之定義與發展背景

正如前述，新治理模式倡議者對於社會運作的事實中，存在著大量的違法、執法不力的狀況，也就是所謂的「管制失靈」感到相當之不滿。於是挑戰傳統治理模式中管制法規在政策執行上之功能。由於對於傳統治理模式所採用的硬性管制法規之普遍不滿，使得學界和實務界，都愈來愈期望一種較為軟性的法制體系，來使決策的過程，能有更多的參與和對話之空間。

因此，新治理模式倡議者希望運用「軟性法律」來使決策的程序更為軟化，並且增加彈性。而所謂的「軟性法律」之定義，英國

⁴⁷ 在學術界，早期曾認為軟性法律只起宣示作用，研究價值不大，軟性法律研究因此沒有引起普遍重視。但是，隨著公共治理的興起、全球化的加快和區域經濟一體化的推進，軟性法律的勃勃生機逐漸呈現，國外學者開始逐漸改變這種冷漠態度，轉而熱切關注軟性法律。隨著研究的逐步展開和日漸深入，愈來愈多的學者對軟性法律的存在意義及其作用持肯定態度。就世界範圍來看，圍繞著軟性法律主題開展的研究正在逐步興起。2004年於義大利羅馬召開了軟性法律與硬性法律關係的國際研討會，之後在美國史丹福大學也召開了類似的會議。美國對管制改革的研究開展得較早，對軟性手段報以更多關注。近期，瑞典斯德哥爾摩大學的組織研究中心對軟性法律研究高度重視，設立專門課題支持研究軟性法律。日本文部省「21世紀傑出研究基地」專案也支援軟性法律研究；2002年在東京大學設立了軟性法律研究的專案，目前設有網頁，分為政府規制、商法和知識產權3個課題組，分別收集資料和進行研究，並取得了初步成果。最後，中國北京大學法學院則於2005年12月8日成立「軟法研究中心」，由中國行政法學者羅豪才教授出任中心主任，是兩岸第一個專門研究軟法的學術機構。

國家消費者委員會於二〇〇一年所提出的「歐盟軟性法律」報告（Soft Law in the European Union: A Discussion Paper by the National Consumer Council）中指出，所謂的「軟性法律」，是指：

任何不同於傳統由民選立法者所制訂，且非透過法院的訴訟程式來執行之管制體系⁴⁸。

而學者Jerry Mashaw則認為，所謂的「軟性法律」之主要內涵在於「社會責任」（social accountability）之運作，而其制度設計的核心，則在於容許：

……無限地可協商性、可不斷地修改、對於個人選擇予以最大的尊重，以及在團體規範的遵循與否之間作擺盪⁴⁹。

因此，「軟性法律」包括範圍相當廣泛的各種公、私部門之自律與他律措施，從單一業者的自律，到大型產業公會在政府的要求或協助下制訂其產業的實務運作準則都是。而「軟性法律」在新治理時期之發展，主要基於如下的環境因素：

（一）當前社會問題之複雜性

首先，當前社會問題的複雜程度遠超過新政時期，尤其是全球化發展下，使得此複雜性更形嚴重。在此具高度複雜性之社會中，任何特定的、單向的，且具有確定效果的社會問題之解決方法，都是不可能的⁵⁰。因此，在新的治理模式下，便期望在決策或實質法

⁴⁸ NATIONAL CONSUMER COUNCIL, SOFT LAW IN THE EUROPEAN UNION 3 (2001).

⁴⁹ J. L. MASHAW, ACCOUNTABILITY AND INSTITUTIONAL DESIGN: SOME THOUGHTS ON THE GRAMMAR OF GOVERNANCE (2004).

⁵⁰ 這是當代社會學家從對現代理性主義的反省所得到的結論，例如德國風險社會學大師Ulrich Beck便強調吾人應「承認不確性，承認沒有單一的最佳解決方案，拒絕「單行道」式的理性，拒絕專家解答的至高無上性，然後才思維該

規範上，都能賦予相關行為人更大的空間，來對所擬定的社會問題之解決方法進行試驗與修正。在此需求下，法律便不能在相關行為人的權利與義務之規定上，過於嚴格和形式化，而使得試驗與修正成為不可能。

(二)法律執行主體執行力之差異

此外，不同的管制法規之執行機關，其執行能力之大小也有相當差異。因此，在新治理模式下，便更加重視讓各種不同的政策價值，由不同層級的組織來執行，例如地方政府或跨國政府，便在新治理時期扮演了更加重要的政策執行功能。所以，當各種層級的政策執行機關，其所擁有的執法資源都相當有限，而各種來自於社會現實的法規執行障礙，又相當地嚴峻時，便不得不在法制體系的設計上，容許較大的彈性，來促使不同層級的法律政策之執行機關，能夠依其自身的先天與後天條件，來執行不同的法律政策。

(三)公民對決策者之不信任

第三項軟性法律在新治理時代快速發展，同時被認為其功能優於硬性法律的環境因素，乃是在後現代時期，公民對於決策者的權威普遍懷著相當程度之不信任。無論是民主憲政發展經驗尚稱不足的我國，或是已有千百年發展經驗的歐美各國⁵¹，在此後現代時

怎麼辦」，轉引自孫治本，學習型理性——與貝克談第二現代，當代，156期，頁11，2000年8月。

⁵¹ 例如在歐洲，過去人們總是會說：政治可以用人體來比喻，政府是最高的統治者、是人的頭。但是歐陸學者認為，這個比喻已經過時了，再也沒有一個可以預測、控制和決定的中心了。社會的頭腦，再也不會被放在某一處，而對未來的創新與決定，再也無法從現在的政治階級來產生。相反的，只有當一個理念已經變成是陳腔濫調時，它才會變成是政黨和政府的政策。See Enzensberger, *Mittelmass und Wahn*, Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 228 f.

期，都出現的共通現象，便是民眾對於任何單一的立法部門或行政部門的決策品質，都缺乏信任。而在此同時，卻又有著不同的決策機關在各種公共事務領域的決策上競合，在目前「軟性法律」的運用最為蓬勃發展的歐盟，會員國與歐盟在立法上之衝突便是。其他世界各國，也都出現國家所制訂的各種硬性法規之間有政策矛盾的現象；同時與由超國家組織所制訂的各種規範之間，也是經常處於矛盾與衝突。此諸多法律制訂上的矛盾現象，造成民眾對立法與行政部門的決策品質，產生相當嚴重的不信任。而此不信任感便造成立法權之弱化。

在立法權逐漸弱化的態勢下，運用較為軟性的公共政策之執行工具，或許還能夠在某種程度上得到社會大眾的支持。例如近年來，在歐盟許多會員國在勞工安全相關規範的制訂上，便將許多公司法規改為軟性的規範，以因應市場運作的壓力，以及歐盟所制訂的規範與會員國內相關法規的衝突問題⁵²。

(四)提升正當性之需求

最後，由於上述立法權的弱化，民眾對決策品質不信任，因此必須思考如何提高決策之正當性。就此而言，可透過擴大利害相關人之參與來為之。而要擴大利害關係人之參與，便要鼓勵人們在沒有恐懼和壓力的情況下，來參與決策程序及遵守法規規範，而由於「軟性法律」重用「自願性的遵守法律」的相關措施，因此較不具

⁵² See A. Blackett, *Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct*, 8 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 401, 424-25 (2001); O. E. Herrnsstadt, *Voluntary Corporate Codes of Conduct: What's Missing?*, 16 LAB. LAW. 349, 351-63 (2001); E. Westfield, *Globalization, Governance, and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in The 21st Century*, 42 VA. J. INT'L L. 1075, 1099 (2002).

壓抑性，而比傳統的硬性法規更為適合。

二、「軟性法律」之要素

「軟性法律」在實務界與學界中之界定，仍相當多元。但依據學者和實務界的定義，我們仍可歸納出一般所謂之「軟性法律」，係指具有下列四項要素之規範性政策工具：

(一)由公部門與私部門共同制訂

第一項被認為是「軟性法律」的主要要素，乃是其通常是由私部門來制訂，或是由公部門與私部門透過某種較為開放的程序來共同形成。

「軟性法律」此一要素亦即表示其完全不能等同於舊治理模式下的管制法規，而必須將其概念擴大到各種實際運作中的其他社會規範，尤其是由非國家機關所制訂的規範。例如近年來，諸如國際法、勞工及職業法、消費者保護法及環境法等領域上，由產業界本身所制訂的各種自律規範，包括「社會標章」（social labeling）⁵³、自

⁵³ 所謂「社會標章」之運用，經常在「產業自律性管制」上有所運用，例如知名的「產業自律性管制」實例——美國勞工安全及健康局（Occupational Safety and Health Administration, OSHA）所推動的「自護制度」（Voluntary Protection Program, VPP）中，其重點即在於針對參加本制度之業者，根據其對勞工安全之防護成效，而給予3個層級的標章，最高級是「星級」、次級為「優級」，最後是「示範級」，其中「星級」的業者必須有「完整而成功地減少工作災害之職工安全與健康方案」。業者的某一場區如果獲得了「星級」的標章，便是被認證達到較高的工安水準。這種認證對於社區和同業而言，具有相當的公信力。墨爾本大學勞資關係法研究中心的Neil Gunningham和Richard Johnstone二位教授，曾對自護制度提出學術性的評析。他們基本上對「自護制度」所採取的授予標章之制度，抱持著相當正面的評價。他們認為因為採行了優良的工安制度，並獲得「星級」標章的認證，具有相當大的公共關係之價值，因為它代表業主對於維護勞工及社區安全衛生的承諾，See

願性公司法規、私人徵信以及由非政府組織所給予之認證⁵⁴等，由於這些由產業界本身所制訂的自律管制性規範，具有實質的自律功能，也承載了相當重要的公權力及公共政策之目標與價值，因此在愈來愈受到重視。

而近年來所發展出來的「績效管制」(performance-based regulation)，相當程度上，也是透過由公部門與私部門協力來制訂和執行規範，造成管制目標上之軟化，並從而達到更佳的管制效果⁵⁵。這類型的管制規定，通常都會給予私人企業某些誘因，准許

N. GUNNINGHAM & R. JOHNSTONE, REGULATING WORKPLACE SAFETY 82-83 (1999). 另有關「自護制度」所採取的授予標章制度之評價，詳見廖義銘，同註22，頁107-132。

54 由非政府組織或跨國性組織針對某種政策領域，依據其所提出之標準而授予相關行為者認證之作法，目前在我國以及全球各地，皆相當風行，例如由世界衛生組織(WHO)針對全球各社區頒授的「安全社區」認證，近年來便成爲一種受到全球各地相當重視之工作。「安全社區」的概念源於1989年日內瓦的「第1屆事故傷害國際研討會」，是WHO爲了落實事故傷害防制與安全促進工作所舉辦的，同時也在瑞典斯德哥爾摩皇家學院，成立了世界衛生組織「社區安全推廣協進中心」，來推廣全球安全社區的觀念。爲了符合「安全社區」的要求，必須達到長期、永續經營、對社區內無分年齡、性別及環境狀況，推廣全面安全設計以及建立社區合作夥伴等6項指標，同時通過公開認證，才能加入這個世界性的安全社區網。臺灣目前已有4個社區，於2005年通過WHO社區安全認證。這4個社區，分別是臺北市內湖區、臺中縣東勢鎮、嘉義縣阿里山鄉及花蓮縣豐濱鄉。這4個社區，根據自己的地方特色，分別具有不同的特質。例如東勢以務農爲主，每年農藥中毒事件頻傳，因此首重農事安全，降低農民的職業傷害；豐濱鄉的安全社區計畫，則著重濱海地區的安全問題；阿里山鄉規劃偏重民宿與居家安全；內湖區則結合大賣場宣導騎乘自行車戴安全帽的觀念，同時重視捷運工地環境安全等等。有關「安全社區」認證之相關學理與實務發展，詳參李宗勳，協力夥伴跨域治理的挑戰與機會——以社區風險治理爲例，警政論叢，5期，頁1-42，2005年12月。

55 C. Coglianese et al., *Performance-Based Regulation: Prospects and Limitations in Health, Safety, and Environmental Protection*, 55 ADMIN. L. REV. 705, 705-11

其用最低的成本，達到原來法規所設定的標準。這種軟性的管制之作法，通常是政府准許私部門自行提出某些自我管制的計畫，並說明如何達到此自我管制的目標。政府主管機關則僅協助私部門研擬這種計畫，並且予以認可。最後，自行提出自我管制計畫之私部門，必須公開揭露其是否達到它們自己所提出來的目標，或是未能達到目標的理由；並且當由新的情勢或知識產生時，也容許其修改此計畫⁵⁶。

(二)採用新的權威符號

第二項「軟性法律」之要素乃是其所使用的權威符號，有別於傳統法律。通常一般公權力機關都會運用一些權威符號來執行其公權力，有些是形式的權威符號，例如具有強制性的硬性法律；有些則是較為軟性的，例如採取口頭或書面的資料，來使其作為能夠公

(2003).

56 關於這種軟性的管制措施，最知名的例子如註43中所介紹的美國的「XL領航計畫」。本計畫中，美國環保署和各州環境保護主管機關，運用「替代方案的許可、排除條款（waiver mechanism）、適當的法令解釋，以及依不同地點而給予特定規則」等作法，來提供業者誘因，促使業者願意自行提出其個別的「XL計畫」。參加本計畫的業者所自行提出之「XL計畫」，若符合「優越的環保績效」（superior environmental performance），便可以得到保障免於遵守原本的管制法規。而每個個別的「XL計畫」之審查，都是以個案的特殊情形為基礎，只是要求要給予社區利害關係人公告及評論的機會。此一作法，給予業者相當大的彈性，來進行自我的更新，而不需要報經主管機關修正其原來的許可量，或重新申請核准，因此，也使環保機關不需要再就一些例行的行政事項問題，而浪費大量的人力、物力。有關「XL計畫」之成效，參見EPA, PROJECT XL PRELIMINARY STATUS REPORT, EPA-100-R-98-008 (1998); Lund, *supra* note 43, at 3-5, 9, 11, 13; Freeman, *supra* note 37, at 57-61; B. S. Wechsler, *Rethinking Reinvention: A Case Study of Project XL*, 5(1) ENVTL. LAW. 255, 270-275 (1998); 廖義銘，同註22，頁77-105。

告周知等⁵⁷。近幾年來，許多行政機關發布各種「宣言」⁵⁸、「最佳實務範例」(good guidance practices)，來取代傳統的管制法規，便是其例。在一九九〇年代中期，美國聯邦藥物管理局解除了將近50%的管制法規，但是同時，卻發布了超過四倍之數的指示文件⁵⁹。這些指示文件便是用較為軟性的方式來表達其意志，並容許更大的彈性，以期能夠更有效地影響人們的行為。

(三) 決策程序規範之彈性化

第三項有關「軟性法律」要素之界定，在於其決策的程序性規範之軟化。硬性法律及管制法規通常在參與者的資格、決策的條件上，都有作嚴格而明確的規定⁶⁰。而軟性的法律及管制，則在這些程序的規範上採較為寬鬆的規定，以給予更大的討論空間、更為多元的參與。這種對於決策的條件給予較為寬鬆的規範，其影響，就

⁵⁷ L. Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, 9(1) ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2005), available at <http://www.ejcl.org/general/archive.html> (last visited: 2006.04.21).

⁵⁸ 在我國，也已有許多領域運用「宣言」此種較為軟性的權威符號，來取代原本的權威符號，例如於2006年5月25日，經濟部、行政院勞委會與中油公司、台電公司等簽署所謂「安全夥伴宣言」，來執行進一步的工業安全衛生管理系統，便是其例。

⁵⁹ T. D. Rakoff, *The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation*, 52 ADMIN. L. REV. 168 (2000).

⁶⁰ 例如我國行政程序法中有關人民參與行政作為決策過程之規範，即相當硬性，如第102條規定：行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第39條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。也就是該行政處分之相對人才有陳述意見的權利，受該處分影響之第三人即未能擁有主動陳述意見的機會，而只能依行政程序法第23條規定「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人」，由行政機關來通知，在被動的情形下參與決策。

是會產生較具有整合性的決策。

前已述及，傳統管制模式下，國家為對社會進行由上而下的控制，由是將社會問題區隔為許多不同的次級領域；同時，法律本身也自我區分為許多不同的部門及領域，並且強調立法、執行與裁決三個階段應予分開，來達到國家對社會的全面控制，卻又能免於濫權的效果。而「軟性法律」則強調透過決策程序的彈性，來使不同領域及不同階段的利害關係人，能夠有更為緊密的互動⁶¹。

⁶¹ 最具體代表這種「軟性法律」的典範，是晚近引人注目的歐盟之「開放協調法」（Open Method of Coordination, OMC）。「OMC」是2000年在里斯本（Lisbon）召開的歐洲高峰會結論中所確立的，沒有清晰界定規則制訂和實行之間的界線，準則的制訂和會員國的實施之間不具強制性。歐洲法庭和歐洲議會在這個過程中也沒有扮演任何重要的角色。里斯本高峰會只界定「OMC」的4項要素：1. 歐盟制訂固定的準則，並要求各會員國訂出達成目標的短中長時間表。2. 建立起質化和量化的指標，並以最佳實踐的情形訂出標竿尺度，同時將之裁適於各會員國及部門的要求，以作為比較最佳實踐的工具。3. 設定特別目標並採取措施將歐盟的準則融入各會員國及地區的政策中，同時顧及各國國情的不同。在具體條件中，定期整合各會員國的政策改革行動於各自的行動方案中。4. 將定期調控、評鑑以及同儕監督組織為相互學習的過程。「OMC」形塑出一個歐盟決策層級和會員國之間的政策擬定場域。一方面歐盟設定一定的目標要求會員國達成，另一方面它也允許會員國參與決策過程以加強合作意願。歐盟不再強制會員國齊一化的規範，而是允許在各自的制訂脈絡下找出適合國情的政策，以此使各國政策結果趨同。為了確保互相監督與學習，歐盟在「OMC」中首次運用（數）年度的循環程序，確保同儕壓力與各國的投入程度。藉由囊括會員國政府和民間社會利益代表，「OMC」被用來強化歐盟政策的正當性以及有效性。政策學習與新知傳遞：「OMC」強調由下而上的知識累積，希望參與的行動者將在地的知識帶入討論，促成互相觀摩、彼此學習和比較的機會。「OMC」並強調政策之間的關聯，體認到必須加強政策之間的協調作用，同時應該注重歐盟決策與各會員國政策之間的關聯性。有關「OMC」之介紹及分析，參見S. Borrás & K. Jacobson, *The Method of Open Coordination and New Governance Patterns in the EU*, 11(2) JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 185 (2004); K. Jacobson, *Soft Regulation and Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Pol-*

(四) 制裁方法之軟化

最後一項界定「軟性法律」之要素，在於法規規範運用不同的溝通方式來控制及懲處違法者，也就是採較為寬鬆而彈性的懲罰方式，來達到政策之目標。在這方面，以「資訊揭露」作為軟性的制裁工具，是最重要的例子。目前在歐美及其他世界各國，「資訊揭露」的運用，已經愈來愈普遍⁶²。尤其是在環境保護領域，目前許多國家已經要求業者要向社會大眾及其他利害關係人揭露其環保工作上的表現⁶³。在歐美先進國家，資訊揭露已經被讚譽為一種很好的管制方法，可以用來取代許多傳統的管制工具；而在一些快速發展中的國家，雖然已經有嚴重的環保問題，而且也缺乏傳統管制模式的運作經驗，但是由於認識到硬性的傳統管制法規之失靈，因此也開始實行以「資訊揭露」為主要制裁方法的軟性管制方法。例如

icy, 14(4) JOURNAL OF EUROPEAN SOCIAL POLICY 355 (2004); 施世駿，歐盟新治理模式與社會政策發展：「開放協調法」興起的歷史脈絡與政策意涵，臺灣社會福利學刊，4卷1期，頁1-50，2005年1月。

⁶² 在有關運用資訊揭露之政策工具的討論，請參見Paul R. Kleindorfer & Eric W. Orts, *Information Regulation of Environmental Risk*, 18 RISK ANALYSIS 155 (1998).

⁶³ 首開先例的是美國於1986年修正Superfund Law，規定美國聯邦環保署必須公布「美國有毒物質排放錄」(U.S. Toxics Release Inventory, TRI)。其規定特定種類的生產設備，必須追蹤、報告其定期的使用、儲存和排放污染的情況，美國聯邦環保署則將這些資訊定期予以公開。TRI並沒有要求業者必須購置相關的設備或採取任何具體的措施，來減少其污染，而只是要求其揭露其相關資訊。而根據經驗研究顯示，通常業者所揭露的資訊，都能夠獲得輿論相當大的關注，而業者也會因為不願成為社區中污染的惡首，因此對於資訊揭露後的負面效應，都會有所回應。關於TRI之效應，見Shameek Konar & Mark A. Cohen, *Information as Regulation: The Effect of Community Right to Know Laws on Toxic Emission*, 32 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 109 (1997); James T. Hamilton, *Pollution as News: Media and Stock Market Reactions to the Toxics Release Inventory Data*, 28 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 98 (1995).

印尼，從一九九五年開始實施「污染防治評估與列等方案」(Program for Pollution Control Evaluation and Rating)。此一方案的重點在於對印尼境內相關業者的排放物、生產污染控制資訊之揭露，以及對水污染排放者的追蹤報告。印尼政府對於表現績優者為給予「綠標」、符合規定者給予「藍標」、不符合標準但已有部分成果者給予「紅標」、對完全無成效者則給予「黑標」。業者之環保績效，被印尼政府依此列等而予揭露。世界銀行對印尼實施本方案之成果，給予相當肯定之評價，認為本方案在二年內，便促成了超過50%的業者遵守本方案。而世界銀行因此認為，依據印尼的上述經驗，資訊的公開揭露在傳統的管制方法成效薄弱的發展中國家，仍然能夠發揮強大的功能⁶⁴。如此的評價，對於開發中國家是否適宜採取類似的軟性管制而言，頗具有啟示作用。

制裁上的軟化，也表現在「軟化法律」可以接受部分管制，而非如傳統的硬性法律，要求法規的適用必須具有普遍性。例如Ian Ayres及John Braithwaite即主張，「部分產業管制」(partial-industry regulation)⁶⁵，便優於「全有或全無」的管制政策。他們

⁶⁴ See David Shaman & David Wheeler, *Controlling Industrial Pollution in Developing World*, 8 ENVTL. QUALITY MGMT. 69, 70 (1998).

⁶⁵ 這種「部分產業管制」，最知名的例子，是於註53中所介紹的美國勞工安全及健康局(Occupational Safety and Health Administration, OSHA)所推動的「自護制度」(Voluntary Protection Program, VPP)。另外，歐盟的「歐洲生態管理與檢查計畫」(European Eco-Management and Audit Scheme, EEMAS)。EEMAS有下列幾個基本內涵：一、自願參與；二、由工商企業的一個廠區為基礎(site-based)；三、業者必須採取一個合作性的自我管制之環境政策；四、業者必須定期地自我追蹤環境保護管理系統的績效，並完整地報告環境稽查的結果；五、業者必須對社會大眾揭露其環境保護績效；六、由專業的環保組織予以認證。EEMAS的管制策略，不同於其他歐盟的環保法規，其參加EEMAS的業者完全是基於自願。合格的業者，如果願意的話，可以加入EEMAS，而如果不願的話，也可以忽略，但是這只是理論上是

認為管制部分的業者，可以「產生制衡的體系，因為市場中的被管制與未被管制者，可以彼此相互的約束。部分產業管制，因此可以透過抑制獨占的權力，並且不致於使未被管制者過度囂張，因而能夠促進效率」⁶⁶。

陸、新法治觀下之法治教育

從上述「軟性法律」的發展、要素及其相關運用層面來看，新治理模式的關鍵理念，並不是從某種治理方式改變成另一種，或從某種法律教條改變成另一種，而是在於透過軟化各種相關的硬性管制規範，來使制度與行為者不斷地互動與革新成為可能。為使此一理念得以落實，本文認為，必須有與之相呼應之法治教育，否則，若以傳統治理模式下的硬性法治觀來審視「軟性法律」的相關措施及其成果，論者將很容易地看到其不符合傳統法治觀所產生的缺點，例如不具有公平性、公開性等⁶⁷。在這種情況下，新治理模式

如此而已，實際上經由其他相關的軟性配套措施，這種強調「自願參與」的軟性管制，仍有相當大的影響力，其相關的軟性配套措施例如：歐洲銀行要求業者參與EEMAS，作為其延展貸款或提供擔保的條件，特別是當融資是涉及環境風險時。有關於歐盟EEMAS之內容與成效，詳參D. Hess, *Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness*, 25 IOWA J. CORP. L. 60, 60-61 (1999); 廖義銘，同註18，頁331-334。

⁶⁶ AYERS & BRAITHWAITE, *supra* note 37, at 13-14.

⁶⁷ 吾人若以傳統法治觀所秉持的理念來檢驗前開文及註釋中所引介的各種「產業自律管制」措施及「部分產業管制」，將會認定這些措施完全不符合公平、公開及公正之原則；同時對其實施成果，也不予採信。例如註43所引介之美國聯邦環保署所推動的「XL計畫」，許多法學界人士便認為其所規定的諸多重要概念——例如前揭「優質的環境績效」之定義不夠明確，許多標準仍相當不明確及複雜，因此造成業者難以遵循。詳參Rena I. Steinzor, *Reinventing Environmental Regulation: The Dangerous Journey From Command to Self-*

相關措施之推行，便不但無法適切地用以解決當前的社會問題，反而會治絲益棼。

因此，本文認為，在新治理模式之推行下，必須基於對傳統治理模式下法治建構與其實務問題之深切反省，並因應新治理模式所強調的「由下而上」之決策程序，以及用參與性及合作性的網絡建構來取代層級式管制機關之新思維，來重構新治理模式推行下所需要的新法治觀。更有進者，本文認為，相應於新的法治觀更需有新的法治教育之目標與方法，來使此新的法治觀得以深植，本文認為新治理時代下的法治觀及法治教育，應著重於下述觀念之闡揚：

一、目的面——法治之目的在於促進溝通

傳統治理模式下的法治觀，在其目的性上的主要問題，是界定公共利益的界線及其判準，在後現代社會的相關發展下，已經喪失。由於公共利益無法再作為法治的目的性基礎，因此我們必須尋找後現代社會中法治的新目的。

後現代社會，無論在民間或在公部門，所呈現出的共同現象，就是人與人之間相互依賴的程度愈來愈深，但是共同抱持的價值卻愈來愈少。因此，在後現代社會中的治理，所有必須處理的人的問題，愈來愈複雜，同時她／他們彼此之間，也愈來愈多變；而所必

control, 22(1103) HARV. ENVTL. L. REV. 134, 142-43 (1998); 又例如註53所引介的美國勞工安全局推動的「自護制度」，論者則認為它無法達到直接而全面地迫使工安績效不良的業者改善其營運，因此使其功效大打折扣。有關於「自護制度」之分析與批評，詳參GUNNINGHAM & JOHNSTONE, *supra* note 53, at 83; M. R. RICHARDSON, PREPARING FOR THE VOLUNTARY PROTECTION PROGRAMS 29 (1999). 另有關「產業自律性管制」之相關缺失，中文文獻請參閱廖義銘，從「產業自律管制」看國家新治理模式之實踐條件與要素，公共行政學報，18期，頁1-20，2006年3月。

須處理的「事」的問題，則因為「人」的複雜，而使得同樣一件事，對不同的人而言，有不同的解讀，尤其這些不同的解讀之間，更可能是相互矛盾而衝突的。在這種情況下，社會運作的品質與秩序，便取決於社會之溝通品質。

在傳統治理模式中，法治的目的，在於設定溝通的範圍、方法和效果；而在新治理模式下，法治則必須要不斷地促進與加強溝通的深度和廣度，以適應互賴性和複雜性不斷擴大的後現代社會⁶⁸。本文認為，後現代時期的法治教育，必須讓學生體認到，不能再期待特定的國家公權力機關，制訂出一套完美的法律制度來實現自己所期待的利益或保障自己所擁有的利益；也不能夠再理所當然地，假定公務事務的決策者、執行者、參與者或相關者，她／他們有可能基於共同的利益或價值觀來決策。而是要讓學生認識到治理的前提，必須透過人與人之間深度的、開放的、廣泛的溝通與對話，來相互瞭解彼此之間的差異性。這種法治教育的理念，便符合當前公

⁶⁸ 有學者用兩種立法模式之差異，來指出這種變遷：第一種是「工具性立法」（*instrumental legislation*），也就是傳統治理模式所講求之立法模式，這種立法是基於科層體制，以及單向的溝通，也就是在上位者（即國家），給予在下位者（也就是人民）直接而清楚的指令（亦即法令），讓在下位者清楚地明白在上位在對其行為之期望，以及遵循或不遵循之後果。第二種立法模式，則是所謂的「溝通式立法」（*communicative legislation*），這種立法模式的目的是在於說服，而不在於制裁；其認為法律的作用在於促進諸多利害相關人——國家機關、仲介組織以及公民之間的平等對話。在這種模式的立法中，立法者放棄直接介入社會現實的機會，而只是在法律中規定基本價值，例如平等，來促進在相對社群的態度與行為之漸進改變。由於這種「溝通式立法」的結果，會產生許多模糊性，因此便被稱為是「軟性法律」或是「象徵性立法」。有關於上述2種立法模式之意義，及其在新舊治理模式之變遷下之運用，參見W. Witteveen & B. v. Kiink, WHY IS SOFT LAW REALLY LAW? A COMMUNICATIVE APPROACH TO LEGISLATION, available at <http://rechten.uvt.nl/bartvanklink/softlaw.pdf> (last visited: 2006.05.23).

共事務的治理上，Martijn van Vliet等人所提出的「溝通性治理」(Communicative Governance)理念⁶⁹。

「溝通性治理」在法治觀的重構及法治教育上之意義，便是強調法治的目的，應在於建構理想的溝通條件或環境。在J. Habermas的經典論述「溝通理論」中，曾深入地說明了理想溝通情境的內涵。也就是他提出的溝通的有效性之三大要求：真理性、正當性和誠實性⁷⁰。在這三項要求下，人與人之間的溝通，才能夠有效地針對某一議題，達成共識。然而，在後現代的治理觀中，吾人認知到公共事務領域中的決策者，不可能設想能透過何等的措施或作為，來讓人們共同真心地關心某一議題，更不可能透過某種精妙地設計或規範，來使人們在溝通中所講的每一句話都是認真、誠實的。

但是依吾人在教育施予上之學理與實務經驗，人們的認真和誠實，卻還是可以在循循善誘和潛移默化間，被啟發、鼓勵和強化。筆者認為，一個人的真心，可以帶來身邊許多人的真心；而一個人的誠實，更可以鼓勵周遭許多人的誠實。尤其是當大多數的人，在某種情境下不敢真心；或是當大多數的人，在某種情境下不願誠實的時候，一個勇者的真心與誠實，更具有感染力和說服力，而且這種感染力和說服力，甚至可以穿過時間和地理的阻隔，而引發不同時代或不同地區的人們之真心與誠實⁷¹。因此，在新治理時期下的

⁶⁹ See Martijn van Vliet, *Environmental Regulation of Business: Options and Constraints for Communicative Governance*, in MODERN GOVERNANCE: NEW GOVERNMENT-SOCIETY INTERACTIONS 105, 105-118 (Jan Kooiman ed., 1993).

⁷⁰ J. HABERMAS, THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION: REASON AND RATIONALIZATION OF SOCIETY 3 (1984).

⁷¹ 此一觀念，相當程度上是基於混沌理論中的「蝴蝶效應」所帶來的啟發。「蝴蝶效應」是混沌理論的中心主題，它是出自如此一段吾人耳熟能詳的話：「今天巴西有一隻蝴蝶展翅拍動，其對空氣造成擾動，將可能觸發下個月美國德州的暴風雨。」也就是任何事物之運行，只要其初始條件有些小小

法治及法治教育，相當重視被忽略已久的「人治」與「德治」。

所以，真心的溝通，並不只是一種人際關係上的謙和作法，而更是在複雜、多變、紛歧的社會中，甚有力量的治理要素。而「人治」與「德治」，也不應再被視為是老舊、迂腐的治理方法。本文認為，在一個講求以「量」服人的現代民主政體，人們習慣於在數字或數量上爭勝；在一個強調崇「法」務「實」的現代法治社會中，人們則只問法條文字或現實利益。人們抱持著這樣的習慣和這樣的態度，當遇到紛陳複雜的各種社會問題排山倒海而來，而且舊有的公共行政官僚體系、作法和資源，都不足以應付這些問題時，人們只會更傾心於聽到公共政策的決策者、執行者，或是講堂上的法學教師，基於個人之責任與道德感，與民眾和學生真心溝通的聲音。

的差異或變化，而因為任何的細微變化都有其作用，且任何作用又必都有其反作用力，在作用力與反作用力之不斷交互作用下，就可能在日後造成巨大的不同結果。也就是任何事理，對於初始條件或在運作過程中的各種細微變化，都相當地敏感。在大氣的流動上是如此、在物體的行進上是如此、公共組織內部的生活上，亦復如此。在公共組織內部，主管在人事安排上一點小小的自利心態，可能就會帶來滿城風雨；而主管對於部屬的作為，一句簡單而真心的讚美，可能使整個組織煥然一新。這種現象，在所多有，便是蝴蝶效應的表現。有關於混沌理論中的「蝴蝶效應」，中文文獻可參閱I. Prigogine 著，沈力譯，混沌中的秩序，1990年6月；J. Gleick著，林和譯，混沌：不測風雲的背後，1992年5月；另有關於「蝴蝶效應」觀點在教育學上之運用，參見劉世閔，蝴蝶效應，教育研究月刊，114期，頁145-146，2003年6月；周俊宏，蝴蝶效應與愛的教育，教育社會學通訊，37期，頁23-25，2002年4月；「蝴蝶效應」觀點在公共事務領域之運用，參見廖義銘，同註14，頁210-221。

二、認識面——法治之基礎在於不斷學習

傳統治理模式下的法治觀，建基於假定法律具有客觀性的意義，因此具有客觀性的規範性作用。但是後現代哲學認知到無論是法學、社會科學，甚至是自然科學中的各種知識，都是短暫的、脆弱的，並且不斷地遭到新的觀點或典範之挑戰，所以原本被視為具有客觀性認識基礎的法律，也因此不再具有絕對穩定和明確的可能。

當法律不再具有絕對的穩定和明確性時，吾人便必須體認到，沒有任何一個社會能夠完全達到法治的理想；但是，不完全法治的社會，也不代表社會運作品質不良。良好的社會運作，需要能隨時而轉的法律體系——亦即所謂「法隨時而轉則治」。但法要能隨時而轉，則法治運作的決策者、參與者，以及法治教育的施教者，必須也要有學習「與時而轉」的能力。

上述「溝通性治理」強調在後現代社會中，各種知識的基礎或前提，已不再確定，因此吾人必須持續地、真誠地相互溝通，以求彼此之瞭解與調適。而溝通的目的，便是在於持續學習⁷²。也就是

⁷² 此一理念相當程度上得自於組織學習理論中的一項重要認知，那就是人與人說話，是一種學習的方法，而且是一種被認可的相當好的學習方法。在Peter Senge的《第五項修練》中，就明白地依據現代物理學發展的經驗而指出，人們透過深度的滙談，可以有助於學習，詳參P. M. Senge著，郭進隆譯，第五項修練——學習型組織的藝術與實務，頁353，1994年7月。我們中國人常說「教學相長」，其實以筆者個人的工作經驗而言，教學過程之所以能夠有「相長」的作用，其實也在於認真的教學過程，便是一種教學者與求學者之間深度的滙談。我們在高等教育中經常使用這種深度的滙談，來達到教學相長的效果，例如讓同學作報告，並且要求要上台發表報告便是。我們的教學經驗中會發現，同學們對自己所作的報告，會較有學習心得，尤其是當同學作報告時，有台下的同學向其發問、與之辯論，那麼這位負責報告的同學就其報告的內容之學習心得，可能會是整個學期、甚至是整個大學求學階段中，最

在新治理時代下，法治的認識基礎，是建基於人們不斷地學習如何在動態社會運作中維持所欲的秩序，並達到所欲的目標，而不僅在學習靜態的法條文字之規範性意義，以及如何順從或運用此意義。因為，在當前的新治理風潮中，有效的治理仰賴我們持續提升我們的能力，也就是在不斷地學習當中，來重建或改變我們所共同面對的事件之框架；而在此學習過程中，我們必須互相交換資訊與知識，然後據以協調彼此的行為，並使其正當化⁷³。

而為了學習的目的，法治教育便要使學生認識到政府與社會的關係，屬於夥伴關係，而不是層級關係；同時，所謂的「治理」，其所涵蓋的實質內涵，也不再是一個主體——國家機關，去控制一個客體——社會，而是許多機關和許多主體之間的關係或互動。本文認為，要促使這種新的法治教育得以落實，則首先法治教育的施教者不能有絲毫的霸道氣息，而必須表現出謙遜而負責的「共同學習」性格。

這種謙遜的「共同學習」之性格，表現在二點上：首先，就法治教育的目標而言，施教者必須認識到法治教育的目的，不是讓學生學習到精確、絕對的法學概念，而是啟發學生在遇有利害爭議時與人溝通、化解歧見的學習能力；此外，就施教方法而言，為了使學生可以真正地學習，要建構一個讓學習者感到舒適、安全、開放而愉悅的環境，讓她／他們能夠放下各種防衛心⁷⁴，將心比心地思

為豐碩的。

73 S. A. ROSELL, RENEWING GOVERNANCE: GOVERNING BY LEARNING IN THE INFORMATION AGE 152 (1999).

74 這種防衛心，主要來自於施教者於教學過程中，過於強調技術性的學習，並且用功利和效率作為評價標準，來評量學習者的學習成就。在這種學習環境中，學習者的心態會如人們處於傳統金字塔型組織設計，容易產生人際間的過度自我防衛心理機制，而造成虛矯掩飾及互不信任的組織文化，而限制了

考各種不同的觀點，並且在這樣環境中受到鼓勵來嘗試錯誤，並勇於創新。

三、操作面——法治之方法在於合作

當法治的目的是為了促進人們的相互溝通；而法治的基礎，則在於人們的學習，這個時候，法治的操作方法，更必須隨之檢討。在傳統治理模式下的法治之操作，是透過司法訴訟來制裁違法者的行為，並保障守法者的權益。然而，在司法訴訟中，利害相關各造總是處於敵對的關係；並且他們彼此之間的溝通，是為訴訟之攻防而非學習。

透過司法訴訟來踐行法治，原本的要義是讓人民與人民，或人民與政府間遇有重大爭議時施政不得民心的執政團體，用嚴謹而理性的方式，來判定對錯與輸贏，並用和平而合理的方法，來平衡贏家與輸家的利益。但是這種操作手法，在現實的個人利益優先考量之下，其發揮至極，卻成為「卸責法治」。也就是當某一爭議發生時，在司法判決前，自認為合法的人，將責任推卸給被認為違法的人；而司法判決後，則勝訴的一造完全將責任推卸給敗訴的另一造。這個時候，敗訴的人總是最大的輸家，於是大家便不惜重資，積極從事訴訟的攻防，以避免當敗訴的人。

但是，當所有遇到爭議的人，都只汲汲營營於司法訴訟的攻防；甚至連公共事務的決策者或執行者，也因習於法治之實務操作，而以司法訴訟的攻防方法及心態，來行使其公權力及進行決策

組織學習發生的可能。有關於這種公共事務領域上的學習障礙，中文文獻參見盧偉斯，組織學習理論發展評析，載：新世紀的行政理論與實務——張潤書教授榮退紀念論文集，頁123-155，2001年2月；廖義銘，同註14，頁192-195。

時，風險社會下的各種社會問題，仍會不分你我、不論責任地威脅到每一個人，於是，追究究竟誰要為某一事件負責，便成了在風險社會中，最無助於學習、最有害於溝通的動作。因為，它一方面讓人們處於問題情境時，只知道要推卸責任，而忘記了真心的溝通與學習；另一方面，它讓人們以為，「記取教訓」只是違法者或敗訴者單方應負之責任，而不是全民應盡的義務。於是，在過去傳統的治理模式下，法治之實踐造成治理者與被治者，或被治者與被治者之間，強烈的敵對與競爭關係。而由於此強烈的敵對與競爭關係，造成彼此之間不可能認真而誠實地交換經驗、相互學習，於是我們看到過去在法律實務中，無論是實務界或是學術界，都將關注的焦點置於在敵對關係中尋求秩序、在競爭局面中維持公平。但是，這種在敵對關係中所獲得的秩序，經常是對人的感情和幸福的壓抑；而在競爭中所維持的公平，更其實只是強者或勝利者眼光中的公平。

在新治理模式中，由於體認到上述的問題，因而強調「合作性治理」之概念，來使上述的學習性和溝通治理，能更為圓滿。而合作性治理的簡單意義，便是Jan Kooiman所指出的：

平均分擔任務和責任，用合作來取代單方的努力，無論是透過國家或是市場⁷⁵。

強調平均分擔責任的「合作性治理」，對於法治原理之實踐，與過去傳統治理模式有著一百八十度的轉變。其與傳統法治觀在實際操作上最主要的差異在於：首先，「合作性治理」下的法治，是以問題解決為導向，也就是強調透過資訊的分享，以及利害關係各

⁷⁵ J. KOOIMAN, MODERN GOVERNANCE: NEW GOVERNMENT-SOCIETY INTERACTIONS 1 (1993).

造彼此間充分、審慎的溝通，以問題之解決為最終目標；其次，「合作性治理」下的法治，期望有廣泛的參與，強調所有的利害關係人，在所決策的制訂與執行的任何過程中，都能有完全的參與；再者，容許相關的法規與作法，能隨著問題的局勢與需求之變化，而隨之權變、調節；第四，則是強調將決策的責任，由傳統的公部門單方負擔，轉而由參與其中的公部門與私部門共同來負擔；最後，則是要由具有彈性和負責任的公、私部門之合作網絡來執行公共政策，公部門透過提供技術資源、財力與組織人力，來協助利害相關各造形成合作之夥伴關係。

而本文認為，上述合作性治理要能夠具體的實踐，其真正的必備條件，並不是某項新穎的法規之制訂，也不是設計出某種獨特的決策程序，更不是設置某種嶄新的組織，來使決策者的決策，能必然出於相關行為者的合作，或使相關行為人，作出具有合作性意義的行為。本文認為，其真正的條件，其實是相關行為者心中所存有的互信態度。基於這種互信的態度，而對彼此在問題中的苦處，以感同身受的態度去體諒；對於彼此在進步中的樂處，亦以有福同享的胸懷去分享。

因此，本文認為，新治理時期的法治教育，應著重於在公共事務領域中，教導民眾、學生能彼此懷抱著互信的胸襟。因為，互信的態度，是人們合作的基礎。在守法的前提下合作，若卻缺乏互信，那只是一時因利益而結合，這種合作，無法永續發展，甚至於可能因利益有限，或利益分配上情勢的變遷，而使合作的各方，從而更敵視彼此，其結果，比彼此從來沒有合作過更糟。

但是現代法治社會的傳統治理模式，卻不是建立在互信上，更不以保障人們的互信為目的。傳統治理模式下的法治觀，其互信是建立在契約的合意之上，也就是現代資本主義社會中，人與人的權

利、義務關係，乃是以契約之成立為要務⁷⁶。但是，契約的使用，究其原意，是在人與人之間缺乏信任，或信任基礎薄弱，或根本不可能存有信任時，才用契約來約束締約的各方。試想，在一個以信任或信仰為基礎而結合的團體中，有需要透過契約，來約束彼此的行為嗎？運用契約來確立人與人之間的權利、義務關係，其本身即帶著對「信任」的不信任。

這種以人與人之間的不信任為前提，而以簽訂契約為方法的法治，是一種市場治理之結構，其治理有效之條件，只有在當解決問題的方法確切地存在，同時運用這些方法對個人而言，誘因甚高時，才能夠有效⁷⁷。但這樣的條件，在後現代風險社會的人群關係中，已經不容易存在了。因此，後現代時期治理模式，其核心在於建立國家與社會、政府與人民之間的互信關係，以此互信關係為基礎，而激發治理者與被治理者之學習，並以引導出兩者間合作性的行為和相互間的調適。

傳統治理模式與新治理模式二者間法治觀及法治教育之差異，簡如下表：

⁷⁶ 基於傳統經濟學理論，在精良的財產權法制體系下，私部門的兩造契約，可以說是對於經濟行為所產生的環境問題，最佳的治理之道。關於從經濟學角度探究治理議題，詳參R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1, 1-44 (1960).

⁷⁷ O. WILLIAMSON, THE MECHANISMS OF GOVERNANCE 95-100 (1996).

	傳統治理模式	新治理模式
法治之目的	國家對社會進行「輔助」、「復甦」及「改革」	促進社會之溝通與協調
法治之認識論基礎	法律具有客觀性規範意義	利害關係人持續學習之能力
法治之操作方法	透過司法訴訟保障合法者之法定權益	促使利害關係人相互合作來共同實現利益
法治教育之目標	使學生認識法治運作之客觀內涵	使學生具有真誠、開放之溝通及學習能力
法治教育之方法	靜態、單向、僵化和制式	動態、雙向、鼓勵和開放

柒、結 語

當前，在政治學、公共行政學及公法學上，為因應傳統治理模式之困境及後現代社會之變化，而產生了「新治理模式」；並且在「新治理模式」理念之推展下，「軟性法律」逐漸被用來取代硬性的管制法規，成為當前備受重視的政策工具。

基於對傳統法治觀的反省，以及「軟性法律」發展上的啟示，本文認為，新治理時代之法治觀，在其目的之設定上，應體認到法治的目的乃在於促進人與人之間真誠的溝通；在其認識論上，應強調法治的實踐基礎，乃在於人與人間動態地相互學習；而在其操作方法上，則應採合作性的參與而非敵對的程序，來踐行法治。

基於如上的新法治觀，則新治理時代下的法治教育首先應假定人與人之間的深度滙談，是一種相當好的學習方法。而溝通要成為良好的學習方法，必須經由理想的溝通環境，來使人們在溝通中，認真和誠實的心，能夠被啟發、鼓勵和強化。

此外，法治教育也應著重於國家與社會的行為者，懷抱著謙遜的「共同學習」性格，國家的政策作為，不再是為社會問題制訂最佳可能的政策，而只是在啟發利害相關的行為者和一般社會大眾的

學習能力，並且為了使人們可以真正地學習，法治教育應格外講求建構舒適、安全、開放而愉悅的學習環境。

最後，法治教育應強調平均分擔責任的「合作性治理」，改變傳統治理模式下，各種行為者之間的敵對與競爭關係。因為，傳統治理模式，無論是透過官僚體系之治理，或是市場上的契約式治理，其間各造所處的敵對關係，使彼此不可能認真而誠實地相互學習。而合作性治理實踐之條件，並非在某種特定的合作規範之建立，而是相關行為者主觀的互信態度。

總之，在新治理時期下之法治，其核心在於如何建立國家與社會、政府與人民之間的互信關係，並基於此互信關係，而引領政府與社會中各種行為人之相互學習與調適。因此，在新治理時期下的法治教育，應強調治理的責任應由各種行為者來共同承擔，同時治理的目的，也從管制轉變成學習、從敵對走向合作。

參考文獻

一、中 文

1. Anthony Giddens著，鄭武國譯，第三條路——社會民主的更新，1999。
Giddens, Anthony, Zheng, Wu-Guo (trans.), *The Third Way*, 1999.
2. D. Tapscott, A. Lowy & D. Ticoll編，樂為良、陳曉開、梁美雅譯，新經濟：數位世紀的新遊戲規則，1999。
Tapscott, D., Lowy, A. & Ticoll, D. (eds.), Le, Wei-Liang, Chen, Xiao-Kai & Liang, Mei-Ya (trans.), *Blueprint to the Digital Economy: Creating Wealth in the Era of E-Business*, 1999.
3. J. Gleick著，林和譯，混沌：不測風雲的背後，1992。
Gleick, J., Lin, Ho (trans.), *Chaos: Making A New Science*, 1992.
4. I. Prigogine著，沈力譯，混沌中的秩序，1990。
Prigogine, I., Cheng, Lee (trans.), *Order in Chaos*, 1990.
5. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996。
Larenz, Karl, Chen, I-Er (trans.), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1996.
6. M. Stolleis著，顏厥安譯，德國近代公法成立之原因及歷史背景，政大法學評論，52期，頁423-436，1994。
Stolleis, M., Yan, Jue-An (trans.), *The Reason and Historical Background of the German Modern Public Law*, *Chengchi Law Review*, no. 52, pp. 423-436, 1994.
7. Max Weber著，林榮遠譯，經濟與社會，1997。
Weber, Max, Lin, Rong-Yuan (trans.), *Economics and Society*, 1997.
8. P. M. Senge著，郭進隆譯，第五項修練——學習型組織的藝術與實務，1994。
Senge, P. M., Guo, Jin-Long (trans.), *The Fifth Discipline: The Art and Practice of the Learning Organization*, 1994.
9. Ulrich Beck著，孫治本譯，全球化危機：全球化的形成、風險與機會，1999。
Beck, Ulrich, Sun, Zhi-Ben (trans.), *Was ist Globalisierung?*, 1999.

10. 牛惠之，軟法之法律效力與其在國際經濟規範中之發展，*經社法制論叢*，20期，頁173-216，1997。
Niu, Hui-Zhi, Legal Effect of Soft Law and Its Development in International Economic Law, *Socioeconomic Law and Institution Review*, no. 20, pp. 173-216, 1994.
11. 吳庚，*行政法之理論與實用*，7版，2001。
Wu, Geng, *Theories and Practices of Administrative Law*, 7th ed., 2001.
12. 李宗勳，協力夥伴跨域治理的挑戰與機會——以社區風險治理為例，*警政論叢*，5期，頁1-42，2005。
Lee, Zong-Xun, The Challenge and Opportunity of Cross-District Governance of Cooperating Partners—A Case of Community Risk Management, *Journal of Policing*, no. 5, pp. 1-42, 2005.
13. 周俊宏，蝴蝶效應與愛的教育，*教育社會學通訊*，37期，頁23-25，2002。
Zhou, Jun-Hong, Butterfly Effect and Education of Love, *Educational Sociology Note*, no. 37, pp. 23-25, 2002.
14. 周桂田，科學風險：多元共識之風險建構，載：第二現代——風險社會的出路，頁47-75，2001。
Zhou, Gui-Tian, Scientific Risk: The Structure of Risk of Multiple Agreements, in *Second Modernity*, 2001.
15. 城仲模，*行政法之基礎理論*，再版，1994。
Cheng, Zhong-Mo, *Basic Theory of Administrative Law*, 2d ed., 1994.
16. 施世駿，歐盟新治理模式與社會政策發展：「開放協調法」興起的歷史脈絡與政策意涵，*臺灣社會福利學刊*，4卷1期，頁1-50，2005。
Shi, Shi-Jun, New Governance of the EU and the Development of European Social Policy: Historical Context and Policy Implication of the “Open Method of Coordinations”, *Taiwanese Journal of Social Welfare*, vol. 4, no. 1, pp. 1-50, 2005.
17. 孫治本，學習型理性——與貝克談第二現代，*當代*，156期，頁4-13，2000。
Sun, Chi-Ben, Learning Rationality: Discussion with Ulrich Beck for the Second Modernity, *Con-Temporary Monthly*, no. 156, pp. 4-13, 2000.
18. 翁岳生主編，*行政法*，2000。

- Weng, Yue-Sheng, *Administrative Law*, 2000.
19. 莊世同，人文精神、守法意識與法治教育，*政治與社會哲學評論*，15期，頁89-130，2005。
- Zhuang, Shi-Tong, *Humanity, Law-Abiding Consciousness, And Education on Rule of Law*, *Societas*, no. 15, pp. 89-130, 2005.
20. 許育典、翁國彥，法治教育在臺灣的建構與實踐（上），*政大法學評論*，85期，頁1-47，2005。
- Xu, Yu-Dian & Weng, Guo-Yan, *The Establishment and Practices of Education on Rule of Law in Taiwan (1)*, *Chengchi Law Review*, no. 85, pp. 1-47, 2005.
21. 黃茂榮，*法學方法與現代民法*，增訂3版，1993。
- Huang, Mao-Rong, *Legal Methodology and Modern Civil Law*, 3d ed., 1993.
22. 黃瑞祺，*現代與後現代*，2000。
- Huang, Rui-Chi, *Modern and Post-Modern*, 2000.
23. 黃錦堂，行政法的概念、起源與體系，載：*行政法*，頁33-96，2000。
- Huang, Jing-Tang, *Concept, Origin and System of Administrative Law*, in *Administrative Law*, pp. 33-96, 2000.
24. 葉俊榮，北桃四鄉公害求償事件之研究：從科學迷思與政治運作中建立法律的程序理性，載：*環境理性與制度抉擇*，頁199-230，1997。
- Ye, Jun-Rong, *Study on The Northern Taoyuan Four Villages Public Nuisance Case*, in *Environmental Rationality and Institutional Choice*, pp. 199-230, 1997.
25. 廖義銘，*行政法基本理論之改革*，2002。
- Liao, I-Ming, *Reformation of Administrative Law Theory*, 2002.
26. 廖義銘，*反思性公共行政與管制*，2005。
- Liao, I-Ming, *Reflexive Public Administration and Regulation*, 2005.
27. 廖義銘，*產業自律性管制*，2005。
- Liao, I-Ming, *Industry Self-Regulation*, 2005.
28. 廖義銘，從「產業自律管制」看國家新治理模式之實踐條件與要素，*公共行政學報*，18期，頁1-20，2006。
- Liao, I-Ming, *Some Lessons From Industry Self-Regulation on Conditions and Practices of New National Governance*, *Journal of Public Administration*, no. 18,

pp. 1-20, 2006.

29. 劉世閔，蝴蝶效應，教育研究月刊，114期，頁145-146，2003。

Liu, Shi-Ming, Butterfly Effect, Journal of Education Research, no. 114, pp. 145-146, 2003.

30. 盧偉斯，組織學習理論發展評析，載：新世紀的行政理論與實務——張潤書教授榮退紀念論文集，頁123-155，2001。

Lu, Wei-Si, Assessing and Analyzing the Development of the Theory of Organizational Learning, in theories and Practices of Administration in the New Century: Festschrift in Honor of the Retirement of Prof. Chan, Run-Shu, pp. 123-155, 2001.

31. 顧忠華，「風險社會」的概念及其理論意涵，國立政治大學學報，69期，頁57-79，1994。

Gu, Zhong-Hua, Concept of "Risk Society" and Its Theoretical Meanings, National Chengchi University Journal, no. 69, pp. 57-79, 1994.

32. 顧忠華，風險、社會與倫理，國立政治大學哲學學報，5期，頁19-37，1999。

Gu, Zhong-Hua, Risk, Society and Ethic, National Chengchi University Philosophical Journal, no. 5, pp. 19-37, 1999.

二、外 文

1. ACKERMAN, BRUCE, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW (1984).

2. Aldestam, Mona, *Soft Law in the State Aid Policy Area*, in SOFT LAW IN GOVERNANCE AND REGULATION: AN INTERDISCIPLINARY ANALYSIS 11 (U. Mörtz ed. 2004).

3. AYRES, I. & BRAITHWAITE, JOHN, RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992).

4. BECK, ULRICH, RISK SOCIETY: TOWARD A NEW MODERITY (1992).

5. Blackett, A., *Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct*, 8 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 401 (2001).

6. Borrás, S. & Jacobson, K., *The Method of Open Coordination and New Governance Patterns in the EU*, 11(2) JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 185 (2004).
7. Coase, R., *The Problem of Social Cost*, in THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1 (1960).
8. Coglianese, C. et al., *Performance-Based Regulation: Prospects and Limitations in Health, Safety, and Environmental Protection*, 55 ADMIN. L. REV. 705 (2003).
9. Cosma, H. & Whish, R., *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, 14 EUROPEAN BUSINESS L. REV. 25 (2003).
10. Delgado, R. & Stefancic, J., *Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ill?*, 77 CORNELL L. REV. 1258 (1992).
11. DIMOCK, M., LAW AND DYNAMIC ADMINISTRATION (1980).
12. Enzensberger, H. M., *Mittelmass und Wahn*, Frankfurt: Suhrkamp (1991).
13. EPA, PROJECT XL PRELIMINARY STATUS REPORT, EPA-100-R-98-008 (1998).
14. Feldman, S. M., *From Modernism to Postmodernism in American Legal Thought: The Significance of the Warren Court*, in THE WARREN COURT: A RETROSPECTIVE 324 (B. Schwartz ed., 1996).
15. Fiorino, D. J., *Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance*, 23 HARV. ENVTL. L. REV. 441 (1999).
16. Freeman, Jody, *Collaborative Governance in Administrative State*, 45(1) UCLA L. REV. 1 (1997).
17. GIDDENS, ANTHONY, MODERNITY AND SELF-IDENTITY, SELF AND SOCIETY IN LATE MODERN AGE (1991).
18. Graham, C., ADMINISTRATIVE LAW AND GOVERNMENT ACTION (G. Richardson & H. Genn eds., 1994).
19. Gunningham, Neil & Sinclair, Darren, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection*, 21 LAW & POL'Y 49 (1999).
20. GUNNINGHAM, N. & JOHNSTONE, R., REGULATING WORKPLACE SAFETY (1999).
21. HABERMAS, J., THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION: REASON AND RA-

- TIONALIZATION OF SOCIETY (1984).
22. Hamilton, James T., *Pollution as News: Media and Stock Market Reactions to the Toxics Release Inventory Data*, 28 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 98 (1995).
 23. Harlow, Carol, *Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis*, 71(2) INTERNATIONAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE SCIENCES 279 (2005).
 24. Harter, P. J., *Negotiating Regulation: A Cure for Malaise*, 71 GEO. L.J. 1 (1983).
 25. Herrnstadt, O. E., *Voluntary Corporate Codes of Conduct: What's Missing?*, 16 LAB. LAW. 349 (2001).
 26. Hess, D., *Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness*, 25 IOWA J. CORP. L. 60 (1999).
 27. Hillgenberg, H., *A Fresh Look at Soft Law*, 10(3) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 499 (1999).
 28. Jacobson, K., *Soft Regulation and Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, 14(4) JOURNAL OF EUROPEAN SOCIAL POLICY 355 (2004).
 29. Klabbbers, J., *The Undesirability of Soft Law*, 36 NORDIC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 381 (1998).
 30. Kleindorfer, Paul R. & Orts, Eric W., *Information Regulation of Environmental Risk*, 18 RISK ANALYSIS 155 (1998).
 31. Konar, Shameek & Cohen, Mark A., *Information as Regulation: The Effect of Community Right to Know Laws on Toxic Emission*, 32 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 109 (1997).
 32. KOOIMAN, J., MODERN GOVERNANCE: NEW GOVERNMENT-SOCIETY INTERACTIONS (1993).
 33. Korver, Ton & Oeij, Peter R. A., *The Soft Law of the Covenant: Making Governance Instrumental*, 11(3) EUROPEAN JOURNAL OF INDUSTRIAL RELATIONS 367 (2005)
 34. LEUCHTENBURG, WILLIAM E., FRANKLIN D. ROOSEVELT AND THE NEW DEAL (1963).
 35. Lobel, Orly, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004).

36. Lund, L. C., *Project XL: Good for Environment, Good for Business, Good for Communities*, in ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTION, 30 ELR 3-13 (2000).
37. MARGETTS, H., INFORMATION TECHNOLOGY IN GOVERNMENT: BRITAIN AND AMERICA (1999).
38. MASHAW, J. L., ACCOUNTABILITY AND INSTITUTIONAL DESIGN: SOME THOUGHTS ON THE GRAMMAR OF GOVERNANCE (2004).
39. NATIONAL CONSUMER COUNCIL, SOFT LAW IN THE EUROPEAN UNION (2001).
40. PATTERSON, J. T., GRAND EXPECTATIONS: THE UNITED STATES 1945-1974 (1996).
41. Radin, M., *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. REV. 781 (1989).
42. Rakoff, T. D., *The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation*, 52 ADMIN. L. REV. 159 (2000).
43. RICHARDSON, M. R., PREPARING FOR THE VOLUNTARY PROTECTION PROGRAMS (1999).
44. RORTY, R., CONSEQUENCES OF PRAGMATISM (1982).
45. ROSELL, S. A., RENEWING GOVERNANCE: GOVERNING BY LEARNING IN THE INFORMATION AGE (1999).
46. Scott, J. & Trubek, D., *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in European Union*, 8 EUROPEAN LAW JOURNAL 1 (2002).
47. Shaman, David & Wheeler, David, *Controlling Industrial Pollution in Developing World*, 8 ENVTL. QUALITY MGMT. 69 (1998).
48. Shklar, J. N., *Political Theory and The Rule of Law*, in THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY 1 (1987).
49. Steinzor, Rena I., *Reinventing Environmental Regulation: The Dangerous Journey From Command to Self-control*, 22(1103) HARV. ENVTL. L. REV. 134 (1998).
50. SUNSTEIN, C. R., THE PARTIAL CONSTITUTION (1993).
51. Teubner, Günher, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & SOC'Y REV. 274 (1983).
52. THE TOOLS OF GOVERNMENT: A GUIDE TO NEW GOVERNANCE (Lester M. Sala-

- mon ed., 2002).
53. TREMBLAY, L. B., THE RULE OF LAW, JUSTICE, AND INTERPRETATION (1997).
54. Trubek, David M. & Trubek, Louise G., *Hard and Soft Law in the Construction of Social European: The Role of the Open Method of Coordination*, 11 EUROPEAN LAW JOURNAL 343 (2005).
55. Vliet, Martijn van, *Environmental Regulation of Business: Options and Constraints for Communicative Governance*, in MODERN GOVERNANCE: NEW GOVERNMENT-SOCIETY INTERACTIONS 105 (Jan Kooiman ed., 1993).
56. Wechsler, B. S., *Rethinking Reinvention: a Case Study of Project XL*, 5(1) ENVTL. LAW. 255 (1998).
57. Weinrib, E. J., *The Intelligibility of The Rule of Law*, in THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY 59 (Allen C. Hutchinson & Patrick Monahan eds., 1987).
58. Westfield, E., *Globalization, Governance, and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century*, 42 VA. J. INT'L L. 1075 (2002).
59. WILLIAMSON, O., THE MECHANISMS OF GOVERNANCE (1996).

Proper Ideas of “Rule of Law” and Law-related Education in the “New Governance”: Considering the Development of “Soft Law” and its Application

I-Ming Liao*

Abstract

The concept of “rule of law” and law-related education have often been criticized as too narrow, as being limited to only citizen compliance to rule, but not government. Since it appears to be lacking in humane concerns, this leads to a sternly cool and unmoved citizenship. This article argues that under the present development of “New Governance”, it is indispensable to reinvent the concept of “rule of law” and the core value of law-related education. Based on the understanding of contents, conditions and practices of “soft law”, which is a very important symbol of “New Governance”, this article suggests that under the expansion of “New Governance”, the purpose of the “rule of law” should be to establish mutual trust between government and citizenry, so that they are able to learn and collaborate with each other. The re-

* Associate Professor, National University of Kaohsiung; Ph.D of National Taiwan University.

Received: June 27, 2006; accepted: April 23, 2007

一〇〇年十二月

新治理模式下應有之法治觀與法治教育 59

newal of the core value of law-related education should be to teach all actors how to share responsibility with one another.

Keywords: New Governance, Soft Law, Rule of Law, Law-Related Education