

司法審查下的官僚裁量權： 從交易成本觀點檢視大法官解釋 對違法行政命令修訂的影響*

林俞君**

《摘要》

大法官會議對於行政部門規則制定擁有「事後」(ex post)違憲審查的權力，是研究官僚政治控制的絕佳、但一直被忽視的場域。本研究透過公共選擇理論(public choice)，檢視1950年至2020年共90條針對行政命令或規則進行違法/違憲宣告的大法官解釋；這些命令/規則主管的行政機關，面對主管法規遭大法官會議解釋宣告違憲後，如何進行法規修訂的裁量行為，揭露了行政機關對面對司法審查時的反應，並能藉此觀察司法對行政的影響。本研究將90筆個案依照大法官給予行政機關的裁量空間大小，以及行政機關是否修改法令、何時修改法令、如何修改法令進行分析。本研究發現：大法官是否使用有拘束的方式進行解釋，雖然能提高命令修改的比例，但是對於控制行政機關在一定的年限內完成修正則無顯

投稿日期：110年8月25日；接受刊登日期：111年4月30日。

* 本文以作者2009年未出版之碩士論文「自由的行政裁量與受限的法拘束力—大法官會議解釋的個案分析」為本，更新調查資料並延伸分析改寫。感謝碩士論文指導老師陳敦源教授的指導，以及兩位匿名審查委員的指教與建議，使本文更為嚴謹豐富。唯文責仍由作者自負。

** 林俞君為國立臺北大學公共行政暨政策學系助理教授，e-mail: yuchun@mail.ntpu.edu.tw。

著影響。行政機關若不同意大法官的判決，或認為修正成本過高，多會拖延修正進度，用以爭取更多商議機會，亦即行政機關的決策會以「最小成本組合」（minimum cost combination）的方式回應司法審查的結果。行政機關雖然在民主行政的架構下，有忠誠執行法律授權的責任，但這種忠誠必須有來自法律以外的誘因，行政與司法賽局中的均衡點才會出現。

[關鍵詞]：行政裁量、司法審查、交易成本、法規命令制定、行政與司法關係

壹、前言

行政、立法、司法是憲政體系當中的鐵三角。分別負責執行國家的意志、展現國家的意志，以及依照國家的意志進行仲裁。三者分工，又相互制衡。這三權當中最具爭議的便是行政。行政官僚不具備民選的正當性基礎，卻又肩負執行國家政策的重責大任；這當中所做的每一個決定都可能影響個別民眾的權益。為了不讓行政官僚在執行政策之際傷害人民權益，立法者透過立法將政策執行過程中與人民權益相關的內容規範於其中，並且規定若行政機關因執行業務所需必須訂定更詳細的執行辦法（行政命令），其規範內容不得超過法律所限定的範圍。若有爭議，將由司法（法院）進行事後審查。立法與司法，前者主事前監督，後者主事後審查，這一前一後，將行政的權限限定在依法行事的範圍，不得越界。

然而無論行政、立法與司法，皆是有自由意志與個別利益的行為者。行政講求的是以統一標準服務個別民眾、順利推動業務並達成組織目標，立法考量的是選區利益、資源分配與權力的平衡，司法則是考量法律體性的完整並保障個別人權。因為這些差異，行政、立法、司法得以互相分工制衡；也因為這些差異，分工制衡的過程充滿衝突。行政與立法的衝突在文獻上已經有相當多的討論，包括對行政的控制該多嚴格（Epstein & O'Halloran, 1994; Kim, 2016）、影響控制幅度的因素有哪些（Epstein & O'Halloran, 1994; Gailmard, 2002; MacDonald & Franko, 2007），以及不同的監督控制手段有哪些不同的效果（Bryner, 1987; Epstein & O'Halloran, 1994; Gailmard, 2009）等等。相對於行政與立法的互動已累積不少研究成果，行政與司法之間的互動的瞭解卻甚少。

台灣行政-司法關係的研究已是刻不容緩。近年台灣的司法系統已逐漸採取司法積極主義（葉俊榮、張文貞，2002），對行政命令採取嚴格的審查。大法官解釋針對法規命令的判決明顯增加，且愈來愈常以「限期修正」或「限期失效」的方式限縮行政裁量。¹ 換言之，行政機關和司法機關打交道的機會將愈來愈多。司法機關必須瞭解行政機關面對司法審查可能採取的應對措施，行政機關也必須學習當法院介入決策該如何處置。然而，台灣公共行政學界卻少有學者關注司法審查對行政體系的影響。² 法律學界談論這個議題，多是由法律或司法審查的效力進行分析，行政機關如何回應、是否如實執行，不在法律學界關注的範圍。過往行政學界礙於學科障礙，對於法學不理解，無法深刻分析司法審查對行政的影響，其實是陷入了故步自封的窠臼。正如法律學界雖無法深入分析行政行為，卻能探討法律的效力，公共行政學界也應當可以由分析行政行為與決策模式開始，一步一步瞭解司法在行政當中的作用。

行政裁量權是探討行政與司法之間的重要連結。瞭解行政機關如何運用裁量空間，即是瞭解行政機關面對司法審查如何回應。本研究為了瞭解行政機關如何回應司法審查結果，分析截至 2020 年 12 月 31 日止與行政命令相關之大法官解釋共 90 條，追蹤相關命令之修訂與所費之修訂時間，藉此瞭解行政機關依循大法官判決修訂與不修訂的原因。由於大法官的違憲 / 違法與失效宣告代表沒有轉環餘地的行政裁量權限縮，從違憲宣告的個案中探索官僚依循行為的變異與原因，可以更進一步了解官僚裁量權的運作實況。本研究具體回答下列問題：

¹ 大法官解釋第一次針對行政命令進行判決係為 1986 年大法官釋字第 210 號解釋，爾後每年平均都會有 2-3 筆解釋針對行政命令。2005 年以前，大法官解釋甚少以「限期修正」或「限期失效」的方式現縮行政裁量。在 2005 年以前 57 筆大法官針對行政命令的解釋文中，只有 15 筆係為「限期修正」或「限期失效」；2005 年後的 32 筆判決，卻有 26 筆用「限期修正」或「限期失效」的方式。大法官對行政命令採取嚴格審查的趨勢可見一斑。

² 其實公共行政相關領域不乏研究法律與司法相關的研究。例如關注司法判決與貪腐問題（吳重禮，2018）、民意與司法信任（吳重禮，2008），政治因素對法院審理之影響（孫銘鴻、吳重禮，2012；吳重禮、李伊婷、孫煒，2012）、司法改革（王金壽，2008a；王金壽、魏宏儒，2011），司法人事改革（王金壽，2008b；陳鴻章、郭子靖、王金壽，2018）、地方政府的立法權限（劉如慧，2017）、法院對環境影響評估的審查密度（劉如慧，2012）等。然而這些研究所關注的重點並非行政面對司法審查的回應，亦非司法的監控對行政的影響，而是停留在法律層面該如何監督行政；換言之，行政與司法的關係未有研究能深入探討。

- 一、遭大法官解釋宣告違憲的行政命令，命令主管行政機關是否會依照公告內容修改？是否會在期限內修改？
- 二、行政機關依照與不依照大法官判決修訂命令的背後的動機為何？
- 三、行政機關若不依照大法官的意旨行事，是否有其他的回應行為？

貳、文獻回顧

從公共選擇理論談官僚監控，首先必須瞭解公共選擇理論對官僚自利的假設。本研究依序針對公共選擇理論在官僚自利、授權與裁量以及監督等議題的討論進行回顧，並討論司法審查對於行政裁量的拘束效果。

一、官僚自利與交易成本

「交易成本」(transaction cost)的概念來自於新制度經濟學。新制度經濟學採用經濟學自利經濟人的假設，並主張有限理性；在這兩個假設下，交易成本成為比生產成本更重要的成本概念。新制度經濟學應用在政治領域以公共選擇理論為代表。公共選擇理論將官僚視為「代理人」(agents)，民選的政治首長、民意代表、民眾則是這層「委託代理關係」(principal-agent relationship)當中的「委託人」(principals) (Weingast, 1984)。民主制度的運作就是這群委託人的授權予代理人執行國家治理的任務。由於代理人是尋求自我效用極大化的經濟人，有誘因追求個人效用極大化，因此委託人必須監督代理人是否忠實地完成委託任務。這個與代理人互動的過程所耗費的成本，就是委託人的交易成本 (Eisenhardt, 1989)；泛指委託人為了尋找與自己意志、偏好、利益皆相同的代理人所花費的時間、氣力，以及監督代理人所付出的成本。然而因為資訊不對稱的關係，每一個人皆無法完整得知對方的偏好及其所隱匿的交易訊息；換言之，委託人要找到與自己意志、偏好、利益皆相同的代理人幾乎是不可能。立法者永遠找不到和自己心靈完全相通的行政官僚，行政官僚亦可能因為自己的偏好而不會完全依照委託人的授權內容行事。

從行政官僚的角度來看則有不同面向的交易成本，主要來源為協調成本；包含行政機關立法、司法機關應對，以及在機關內以執行目標為導向的管理與協調成本。必須留意的是，立法、司法等監督機關，可能與行政機關的組織目標衝突。當司法機關與行政機關的目的不同，行政機關為了自身利益的實現（例如組織目

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

標），可能以消極的態度面對司法審查的結果，例如採取拖延的策略，進而降低當下立即行動可能會產生的過高的交易成本。Carpenter（2003）針對官僚為什麼會拖延進行研究，發現拖延並非一定是官僚懈怠、效率不彰，反而可能是一種負責任的表現。因為當下的共識尚未產生，強制推行可能產生過高的協調成本，或因資訊不足導致決策錯誤。拖延，係因為官僚需要更充足的時間蒐集、等待充分的資訊。然而拖延並不是毫無限制。當政策拖延愈久，所面臨的政治壓力就愈大，利益團體的組織性愈高。隨著時間拉長，官僚拖延所減少的協調成本與額外付出的成本慢慢趨於一致；因此，官僚必須在拖延與控制成本之間尋求均衡（Carpenter, 2003）。從這角度來看，司法審查對行政機關的拘束效果除了來自司法的拘束力之外，尚須考量行政機關回應司法審查結果的交易成本。

二、行政裁量

行政裁量原本是一個法律概念。從法學觀點來看，行政裁量是在法律未規範、或是刻意授權給行政機關的自由彈性空間（Davis, 1969; Weng, 1979）。因此，若立法者並未授權行政機關任何的裁量空間（亦即將行政裁量限縮至零），依照從法律觀點來看這就是不存在行政裁量。

裁量權是在羈束之中的行政自由。從法律的角度來看，由於司法的權威、對於法拘束力的信任，以及行政人員每每掛在嘴邊的「依法行政」原則，官僚修正違憲、失效的法條，似乎是再理所當然不過的事。過往在法學界對於行政裁量的研究，也多以討論合理的行政裁量範圍為主。從法學的觀點來看，羈束性為行政裁量的本質，行政的主動性不是法律學者關心的議題。違法對法律學者而言是一個法律現象，行政機關違法的動機、決策的理由，不是法學有興趣的議題。

行政行為研究雖然是公共行政學界的範疇，但是行政學者對行政裁量的研究卻完全捕捉不到裁量的羈束特質。行政領域的裁量研究，著重的是裁量在組織管理上的效用（March & Simon, 1958; Kelly, 1993; Kelly, 1994; Langbein, 2000; Langbein, 2004；曾冠球，2004；Carrington, 2005），例如從組織管理的角度探討行政裁量大小的影響變數，或行政裁量的大小如何影響組織績效等。這些研究所討論的裁量範圍，與法律授權的範圍無關，純粹為管理上的裁量空間。行政倫理相關的裁量研究是唯一將法律的影響納入討論的領域。然而行政倫理領域所關心的行政裁量，依然將法律視為行政運作的背景，強調行政「課責」（accountable）的概念，主張官僚自控（Leys, 1943; Goldstein, 1963; Warwick, 1981; Galligan, 1986；林鍾沂，

2004)。換言之，行政倫理相關的裁量研究，並沒有真正的與法學領域對話、互動。此外，無論是行政裁量在組織理論或行政倫理方面的研究，皆缺乏實證的基礎，亦缺乏與法律制度的對話。法學領域與公共行政領域多年來在其交會的行政裁量議題上，研究卻沒有交集，顯見行政裁量的研究存在「失落的環節」(missing link)。

裁量權是官僚體系政治性格最重要的部份，也是研究官僚體系政治控制問題的核心。過去研究官僚控制的主體是國會，學者藉由發掘國會藉立法權授權行政部門的實況，了解「監控民主」(overhead democracy)實踐的範圍與限制，然而，國會對於官僚的控制是以「事前」(ex ante)為主，通常充滿利益妥協與不確定性，更缺乏事後「依循度」(conformity)的系統性檢視。行政官僚「依法行政」所依之法，上至憲法、釋憲層級，下至命令規則皆為行政官僚必須依循的行為準則；大法官以憲法的高度進行解釋，具有「類立法」的功能(陳新民，2001)，但這類的司法審查對於行政官僚的影響卻甚少納入「監控民主」(overhead democracy)的研究範圍。由司法權而來的監督，以大法官會議而言，係對於行政部門規則制定擁有事後(ex post)違憲審查的權力，是研究官僚政治控制的絕佳、但一直被忽視的場域。

三、司法審查的拘束效果

若要不忽略法學的框架又兼顧行政的自由度看行政裁量的行使，其中一個途徑便是檢視司法審查的拘束效果。要看司法審查的拘束效果，必須先討論司法審查的「拘束力」。由法律觀點討論司法審查的拘束力，通常法律學者會用「效力」這個用詞。而司法審查效力的討論，多是針對大法官解釋，因為違法行政命令的審查，長久以來一直是由司法院大法官主導(葉俊榮、張文貞，2002)。我國早年司法院大法官會議的運作，經常使人認為司法院為政府部門的法律諮詢機構，大法官所做出之解釋，似乎僅有供政府參考的功能，而不具拘束力；換句話說，當時的時空背景行政機關仍握有最後的裁量權。一般認為至第四屆大法官起，始因大法官正視人權保證的機能，才開始重視大法官解釋效力的問題。釋字第185號可謂定義大法官解釋拘束力的重要標的，其言：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明訂。其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力。」一般依此條解釋認為大法官會議的解釋具有拘束全國各機關及人民的「對世效力」。換句話說，大法官解釋的拘束力範圍，不僅是對特定個案有效，而是具有

一般拘束力。因此大法官解釋的法源位階高於所有法律與命令，其判決具有拘束法律與命令的效果，拘束效力的存在無庸置疑（翁岳生，2020）。從這個角度來看，大法官所作成之解釋，必定影響行政機關與立法機關日後訂立相關法令的決策作成。

然而大法官解釋雖然對法律與命令皆有拘束力，但其可能賦予法律或命令不同程度的裁量權。學理上認為大法官解釋的效力，在形式上會以溯及無效、即時無效、以及將來無效等三種方式出現。這三類無效方式，都是要求主管機關應該修正違憲的法規，僅是修正的時限不同。溯及無效的解釋其效力追溯到解釋公告時間之前，即時無效表示該法令立即失效，行政機關應即時修改；至於將來無效，則是大法官考量法規修正可能花費的時間，給予主管機關一定的時間修改法令，並能在新的規定制定完成前維持法規秩序的穩定。換言之，這三種解釋方式行政機關雖然在是否修改法令上無裁量空間，但若大法官以將來失效的方式作成解釋，則行政機關可以在期限之內決定法令修正的進度，亦有部分裁量。

除了上述未賦予行政機關修改法令的裁量的解釋，大法官亦可以能做成有賦予行政機關修改法令的裁量的解釋。這類的解釋屬於大法官對行政主管機關或立法機關的「建議」，通常會以「應予以檢討修正」、「應以法律定之」、「應從速以立法定之」等「警告式用語」形式出現，亦即雖然表達了該命令或法律違憲的事實，但卻未宣布違憲法條是否必須失效。然而這類的解釋方式，從第五屆大法官起，由於司法權的覺醒，大法官愈來愈傾向以明確的文字表達解釋的效力，不僅僅是宣告違憲，同時會明白宣告法律或命令失去效力，差別僅在立即失效或是限期失效而已（翁岳生，2020）。

從大法官解釋效力形式的演變來看，大法官自第五屆以後傾向以明確的方式表達違憲法條失效的效果，呼應了司法權覺醒的事實。自此大法官解釋賦予行政裁量的空間愈來愈小；或者說，對於違憲的法律與命令，大法官不願意再給予任何模糊的空間，而是希望強制、限期改進。此舉所造成的效果便是大法官解釋對於行政權的制衡效力增加，而行政機關對於已經被宣判違憲的行政命令也愈來愈沒有訂定命令的裁量空間。

然而，「效力」應指法院的判決對行政機關在法理上產生的影響，非實際上行政機關所做成的改變。因此在司法審查的拘束效果上，光是談「效力」不談「效果」，無法瞭解行政機關對司法審查的真實反應。這個「效果」，從法的觀點來理解，和法院的判決的「執行力」相關。執行力可以理解為「所有為實現裁判內容之

必要措施的總稱」(吳信華, 2014: 20)。大法官案件審理法第十七條第二項表明:「大法官所為之解釋,得諭知有關機關執行,並得確定執行之種類及方法。」換言之,大法官會議解釋所做出的判決,其執行機關並非大法官/司法院本身,而是必須「諭知有關機關執行」;「有關機關」即違憲/法行政命令之主管行政機關。行政機關在被諭知判決結果之後,是否會依照判決結果處理違憲/法之命令,才是司法審查的最終效果。這個「執行力」是否能夠發揮直接影響司法審查的「效果」,至今依然缺乏實證研究。

四、公共選擇觀點下的授權與裁量

裁量基於授權而來。Downs (1967)認為,授權是為了透過層級節制達成組織所設定的目標。為了使下一層的人員能夠理解組織的目標,訊息每經過一次傳遞,都會更具體一點;每經過一層的詮釋,詮釋者多少都會挑自己願意執行的部分來解釋。這當中模糊的解釋空間,就是裁量空間;重點不在於上面給了什麼命令,而在於只要命令者與執行者中間有任何訊息傳遞的媒介,該命令就有重新被解釋的空間 (Calvert, McCubbins, & Weingast, 1989)。因此,政策不是在組織的最上層就被訂定,組織中所有層級的人員都是政策的制訂者。

即便所有人都是政策的制訂者,然而從民主治理的角度來看,行政官僚作為民主治理的代理人,其決策依然有被監督的需要。代理人理論出自於經濟學的假設:人是自利的,意指行為者在選擇行動時有趨利避害的傾向。因此,代理人在獲利不變的情況下,任何不會被委託人發現的「怠惰」行為,都可以視為是額外的獲利。這也造成了委託人與代理人之間的利益衝突。是故,委託代理關係雖然在分工上能夠使雙方獲利,但卻因為這層可能產生的利益衝突,造就了對監督、控制的需求 (陳敦源, 2005a)。代理關係中因行為者所掌握資訊的程度不同,也造就了協調問題。當行政官僚因專業優勢掌握了委託人不知道的決策資訊,即可能引導委託人做出對其自身較為不利的選擇,此即「逆向選擇」(adverse selection)問題。逆向選擇問題若是因為代理人有意的隱藏資訊,則產生「道德風險」(moral hazard)問題。

民主政體的委託代理關係,由於其制度上權力分立、相互制衡的關係,其委託代理關係相對複雜,因容易出現多重代理、多重委託以及不對稱的制衡關係問題。上述三種存在於民主治理結構當中的委託代理關係問題,使得委託與代理之間所可能產生的分工利益衝突問題、逆向選擇與道德危機問題變得更為棘手。然而透過這

樣的分析，我們也可以瞭解：雖然公共選擇觀點亦談官僚監控，但其出發點卻並非只單就行政為立法授權這樣簡單的邏輯而論；官僚之所以需要受到監督，除了授權關係以外，尚有官僚自利的本質。因此，從公共選擇觀點出發，要解決官僚監控的問題，其路徑必須要符合官僚的自利誘因，並且理解民主治理存在的多重代理、多重委託以及不對稱的制衡關係（陳敦源，2005a）等結構問題。

然而，官僚的自利誘因並非意味行政官僚不在乎、不以公共利益的實現為目標；正確來說，應該是行政官僚係以實現組織目標為首要任務，因此關鍵在於組織目標的成形過程。Spence（2003）認為官僚體系的目標建構，本身就包含了各種政治力量與利害關係人的介入；因此所謂的官僚自利，不能忽略這些自利動機中也會包含政府運作的目標。除非政治上的目標本身就存在目標與價值的衝突，且不同的政治上司有不同的偏好，存在委託代理理論中的多重代理、多重委託的問題。因此，較多的政治控制不等於能夠有較為優良的政策產出與治理成效；未能完全遵守法定的流程，反應的可能是多重代理、多重委託關係下的高交易成本問題，不代表這個執行機關就是不忠誠的（Spence, 1999）。此外，委託代理關係之間的利益衝突也反映了行政官僚對於裁量空間的需求。來自預期所面臨的環境不確定性；當官僚所面臨的環境不確定性愈高、交易成本愈高，其對裁量空間的需求也愈大（Krause, 2003）。換言之，公共選擇觀點下的行政裁量監督，必須考量行政機關本身的目標體系，以及行政機關在多重代理、多重委託關係下所必須負擔的交易成本。

從公共選擇的觀點來看司法審查對行政裁量的監督，大法官解釋對行政官僚的拘束力可能不如一般認知的那樣理所當然。依照官僚自利的假設，行政機關存在與司法機關相異的偏好，這個相異的偏好可能促使行政機關以和司法機關預期的有落差的方式回應司法審判的結果。再者，司法審判的特質向來為不告不理，大法官已被動的姿態受理案件聲請，無法主動地監督，縱使發現行政機關有違法事實，沒有人依照大法官判決提起訴訟，對行政機關而言依然沒有實質的處罰。Hall（2014）指出，行政機關為法院的「平行機關」（lateral cases），相較於「垂直機關」（vertical cases），有較低的判決執行率（Hall, 2014）。法院的平行機關與垂直機關之所以會有執行率的差異，實是因為行政機關與司法機關不屬於同一個指揮命令系統，擁有較高的交易成本。由此可見，從官僚自利的角度分析，行政機關即可能存在不完全遵從大法官意旨的回應方式；從制度的角度分析，大法官與行政官僚之間存在高度的資訊不對稱，這些跡象都是顯示行政裁量可能比過去認知的更為自由，法律對行政的拘束可能更為受限。

由於行政裁量行為受到法律與行政管理的雙方拉力，裁量空間可視為市場上交易的過程，其均衡是靠雙方的互動產生。過去的研究就是只單方探討各自己的立場，忽略了這場交易中另一方的行動，因此無法搔到實務的癢處。為了解決法律與行政學界過去研究的盲點，本研究借用公共選擇理論對於處理行為者偏好，以及交易過程的長處，結合過去這兩個缺乏交集的學科。期待能透過經濟角度的分析，闡明、解釋均衡點的位置，以及雙方依照行動結果產生裁量空間時所持的策略。藉以回饋法學領域與公共行政學領域過去缺乏對話的部分。

參、研究方法

本研究以三階段的分析回答研究問題。首先透過內容分析法將與研究旨趣相符的大法官解釋依照研究需求進行編碼，並確認行政機關的命令修改情形，藉此比對不同類別的大法官解釋是否會影響行政機關修改行政命令的決策。因此，本研究分析之交易成本，主要為「行政機關修訂命令所需要的決策與協調成本」。其次，本研究透過半結構式深度訪談，訪問命令主管機關的決定修訂與不修訂、何時修訂命令的原因，以及是否其他備選方案，藉以分析交易成本的差異。最後透過關鍵個案分析，深入探討行政機關不依照大法官意旨行事的理由，以及其他替代回應。

一、內容分析

本研究以大法官會議所有解釋文作為個案分析的基礎。為了緊扣研究問題與目的，本研究將依下列標準刪除與研究旨趣不符者：（一）規範與影響對象非行政命令者：由於本研究主要係探討行政機關之訂定命令之裁量，立法機關之立法行為不在本研究關注之範圍內。且立法機關與行政機關於憲政體制中之角色殊異，無法以一論之。故本研究依中央法規標準法，排除大法官解釋所判之法規名為「法、律、條例、或通則」者。（二）規範或使用對象非行政機關者：此類解釋與行政機關無直接關係，如立法、司法、軍事等相關法令，與民、刑法等非屬一般行政機關職權範圍內之法令。³（三）解釋結果為「尚未抵觸」、「尚無違背」或「不在解釋範

³ 軍事相關法令雖然亦屬行政體系，但因考量軍事系統的文化與一般行政機關文化差異甚大（例如軍事體系的決策權力是相當集中的，且上級有絕對的權威，基層的裁量空間幾乎是零），可能影響其決策的模式，因此予以排除。

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

圍內」者：此類解釋表示並未修改現狀，因此無法觀察行政裁量之改變，故刪除。透過上述方法。本研究於現有 799 條大法官會議解釋當中（至 2020 年 12 月 31 日止），挑選出其中 90 條與本研究旨趣相關者。

為瞭解大法官釋憲對行政裁量行為與裁量監督的影響，本研究依拘束力與產生的拘束效果將研究範圍內的解釋文分為四類：（一）「無修改裁量」且「有修改」；（二）「無修改裁量」但「未修改」；（三）「有修改裁量」但「有修改」；以及（四）「有修改裁量」且「未修改」。「無修改裁量」之解釋，表示行政機關對於違憲的行政命令有修改的必要，在形式上會以溯及無效、即時無效、以及將來無效等三種方式出現；「有修改裁量」之解釋，則只以「警告式用語」作成決議，諸如「應予以檢討修正」、「應以法律定之」、「應從速以立法定之」等。此外，再透過各主管機關的法令檢索系統、搜尋引擎，以及各主管機關的首長信箱確認，確認每一筆解釋的違憲命令是否完成修改，以及完成修改年月，並歸類至上述分類中。最後將透過卡方檢定與獨立樣本 T 檢定檢驗行政機關修改命令的決策是否會因為大法官解釋的類別而有顯著差異。

表一 研究對象類別

		行政機關是否修改命令	
		有	無
行政 裁量	無	「無修改裁量」、「有修改」	※「無修改裁量」、「未修改」 ⁴
	有	「有修改裁量」、「有修改」	「有修改裁量」、「未修改」

資料來源：本研究整理

二、半結構式深度訪談

第二階段，本研究於四組樣本之中分別依照修法所費時間長短挑選樣本進行訪談，用以瞭解在各種條件之下行政機關修改與不修改違憲命令的原因，並分析大法官給予的裁量空間與修改期限對於行政機關修改命令決策的影響。以有修改裁量的類別為例，除了兼顧沒有修法與完成修法這兩類型個案的訪談之外，在有修法這類個案的選擇上，兼顧了很快完成修正，以及很慢才完成修正的個案。在沒有裁量的

⁴ ※表示為關鍵個案。

類別，也是依照這個原則兼顧花費不同時間長短的個案。

本研究原本規劃由研究者親自面訪主管機關的相關業務負責人，然而實際聯繫的結果，卻僅獲得同意在電話中回答問題的回應。因此本研究所有的個案皆以電話訪談方式完成，無法經由受訪者的同意錄音。因此在資料的呈現上將以研究者轉陳、詮釋受訪者意見為主，不引註逐字稿記錄。另外，為了兼顧受訪者的匿名需求，以及研究設計與客觀檢驗的需求，本研究以大法官解釋字號，與對應的主管機關做為個案的代稱，省略受訪者的服務單位與職稱。所有訪談個案與對應的大法官解釋字號、主管機關整理於表二。

由於本研究第一層面的研究問題探及實務上依法行政的真實性，屬於既有理論的檢證，因此除了一般個案分析透過個案間比較尋找因果關係之外，本研究需要更嚴謹、更強勢的方法，帶領研究者進行理論檢證的研究，是以本研究將另使用關鍵個案分析法。

表二 受訪機關與對應大法官解釋

裁量	修法	釋字	修改時間(月)	受訪者所屬機關單位
有	無	542	未修	經濟部水利署臺北水源特定區管理局
	有	501	解釋公告前即完成修正	銓敘部銓審司
		426	超過 10 年	環保署空保處
無	無	440	未修	北市工務局 北市法規會 交通部路政司
		650	超過修正期限 11 個月	財政部賦稅署
		619	在限期失效到期前 2 個月完成修正	財政部賦稅署
	有	484	解釋公告當天即發佈函釋宣布該函釋停止適用	財政部賦稅署
		638	解釋公告後 2 個月完成修正	金管會證期局
		423	解釋公告後 4 個月完成修正	環保署空保處
		568	解釋公告 5 年後完成修正	勞委會(現勞動部勞動保險司) 勞保局
	479	解釋公告後 6 年完成修正	內政部社會司(現合作及人民團體司籌備處社會團體科)	
	406	解釋公告後 11 年完成修正	內政部營建署	

資料來源：本研究整理

三、關鍵個案分析

「關鍵個案分析」(crucial-case study)為個案分析的一個類別，是一種企圖將單一案例普遍化的研究方法，透過某個具代表性的個案，即可證明理論的真偽(Gerring, 2004)。其中「最大可能個案」(most-likely case)意指在某理論的預期下，該個案有最大的機率產生某結果，但實際上卻沒有發生，可用以否證理論(Gerring, 2007)。本研究所分的四個個案類型，其中「無修改裁量，未修改」一類，即可屬於「最大可能個案」。按依法行政的邏輯，大法官釋憲在法源位階上等同於憲法，為最上位法，又是解釋文中最具強制效力者，行政機關沒有選擇修改與不修改的空間。「最大可能個案」代表行政行為不必然尊重司法判決最具代表性的案例，藉由該類型個案的分析，我們可以更準確地瞭解行政機關在面對司法判決時的偏好與決策模式。釋字 440 由於符合「最大可能個案」的條件（無修改裁量，且未修改；未修改年限超過 10 年），故本研究以之作為關鍵個案。

由於釋字 440 號被本研究列為關鍵個案，因此除了主管機關北市府公務局之外，另外訪問了北市府法規會，以及母法主管機關交通部路政司。除了訪談行政機關之外，本研究訪問了一名退休大法官、一名法律學者，以及一名市議員，分別針對大法官司法審判對行政機關的監督問題、法學理論對行政實務未完全遵照司法判決的理解，以及對釋字 440 號關鍵個案的認知，進行進一步的瞭解。

表三 關鍵個案訪談

身份	訪談主旨
北市工務局	瞭解命令未修原因
北市法規會	瞭解命令未修原因
交通部路政司	瞭解命令未修原因
退休大法官	司法審查效力與監督
現任台北市議員	釋字 440 號的影響
公法學者	理論對實務現象的解讀

資料來源：本研究整理

肆、資料分析

一、大法官解釋對行政機關修訂命令裁量的影響

遭大法官解釋宣告違憲的行政命令，其主管機關是否會依照公告內容修改可依照大法官是否賦予行政機關修改命令的裁量進行討論。大法官賦予行政機關修改命令的裁量有二：其一，修正的裁量；其二，修正期限的裁量。本文於表一對 90 筆個案的分類方式，係以前者做分類標準；但為了進一步參看大法官解釋對行政官僚的決策影響，另統計每一筆個案修改法令所花的時間。每一筆有修改的個案，至少可以產生兩個重要的時間點：大法官解釋公告時間，與行政命令公告修正、刪除或廢止的時間。如果是大法官要求限期修正的個案，則會產生第三個時間點：限期修正截止時間。依據上述三個時間點，可產生兩組變數：與解釋公告的時差、與修正時限的時差。上述兩個變數，分別是「修正時間-解釋公告時間」與「修正時間-限期修正截止時間」計算後之結果。

本研究依照上述變數，分別透過交叉表與卡方檢定、獨立樣本 T 檢定等，分析不同程度的裁量空間是否會影響行政機關的決策行為。

（一）有無修改裁量對「是否」修正的影響

首先依照大法官是否賦予行政機關修改違憲法令的裁量分析。表四所呈現之分析結果顯示，大法官所做之無修改裁量之解釋，未修正的個案數低於期望值，已修正的個案數則高於期望值；反之，有修改裁量的解釋，未修正的個案數高於期望值，而已修正的個案數則低於期望值。卡方值為 7.253， $p=.007<.05$ ，顯示大法官是否賦予行政機關修改裁量，對行政機關的修改命令的行為確有影響；大法官使用無裁量權的「不予適用」、「不應援用」、「立即失效」等違憲宣告方式，行政機關修改命令的可能性明顯較高。

表四 解釋效力與修正與否之交叉分析

		是否修正（括弧內為期望值）		總和
		否	是	
修改裁量	有	4(1.3)	9(11.7)	13
	無	5(7.7)	72(69.3)	77
總和		9	81	90
Pearson $\chi^2=7.253$				$p=.007$

資料來源：本研究整理

（二）有無裁量權對「何時」修正的影響

若僅以行政機關之修改命令、規則之「結果」判斷，大法官解釋對行政機關立法裁量確有影響。然而，若更細緻地觀察行政機關修改命令、規則的過程，則發現並不盡然。

本研究依照所查得之行政機關命令、規則修改之公告時間，⁵ 以月為單位，計算與大法官解釋公告之時間差。經統計，遭檢討之命令、規則平均經歷 28.08 月完成修改，歷時超過兩年；最大值為 229 個月，顯示該案例修改法令所費時間超過十年。大法官解釋有訂定修改期限者，平均 21.12 個月能完成修正；若無訂定修正期限，則平均花費 34.56 個月。獨立樣本 T 檢定之 t 值為 1.41 ($p=.163>.05$) 表示兩者平均數無顯著差別（表五）。由此統計結果可知，雖然描述統計上兩組的平均數有差異，然而這個差異卻無法達到統計上的顯著水準。⁶ 因此，大法官是否有限定修正期限，對於行政機關修改法令行為的速度並無顯著影響。

表五 修正時限有無與修改時間長短的獨立樣本 T 檢定

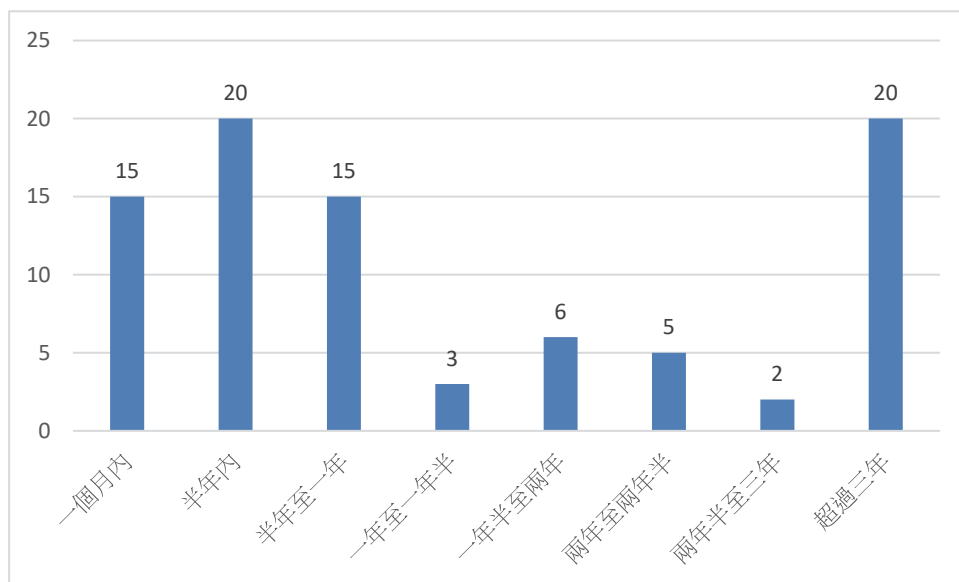
修正期限	個數	最大值	最小值	平均數	標準差	t	df	p
有	41	102	0	21.12	23.12	1.41	84	.163
無	45	229	0	34.56	56.43			

資料來源：本研究整理

⁵ 在 90 筆有修改紀錄的命令、規則當中，有 4 筆未能查得修改之明確時間，以遺漏值計。

⁶ 此處特別參考推論統計的 p 值，係將目前的 90 個個案當作樣本，而母體是未來無限延伸的大法官對行政命令的違憲解釋，因此參考 p 值是有意義的。此外，本研究所蒐集到的質化資料，亦支持大法官所設定之修法期限無顯著影響的發現。

從行政機關是否修訂命令的統計結果來看，大法官解釋確實具有敦促行政機關修正違憲 / 法行政命令的影響力。然而這個影響力卻不包含限制行政機關在效期內完成修正。大約三分之一的個案使用了超過兩年的時間才完成命令修訂（如圖一），可見行政機關雖然會將司法審查的結果當一回事，但其中仍有其他的變因可能影響行政機關修訂命令的選擇。



圖一 命令修正耗時分布

資料來源：本研究整理

二、行政機關的行為態勢與動機

本研究透過深度訪談，回答兩大研究問題：（一）行政機關配合與不配合大法官判決修訂命令的原因為何？（二）行政機關若不依照大法官的意旨行事，是否有其他的回應行為？

本研究所蒐集到之訪談資料，皆由作者透過電話訪問蒐集而得。由於電話訪談未能經受訪者同意錄音，因此所有記錄僅由研究者轉陳、詮釋，不直接引述錄音逐字紀錄內容。以下將以大法官解釋字號，與對應的主管機關做為個案的代稱，省略受訪者的服務單位與職稱。訪談對象與對應的大法官解釋、主管機關資訊請見表二。

（一）配合修訂命令的原因

本研究 90 筆個案中，其中 81 筆已完成修正，剩餘 9 筆仍未完成。本研究於修正與未修正的個案當中，各選出數筆進行訪談，並進行原因分析。依訪談結果，歸納出行政機關配合修改規定的理由可大致分為四類。

第一類為行政機關原本就想修改規定者。釋字 501 號對應的主管機關為銓敘部銓審司，該個案命令的修改時間是在大法官會議公布解釋之前，該案受訪者表示，在相關人聲請解釋之後，機關內部就針對命令作了檢討，在大法官會議解釋公布之前，即完成了相關命令的修改。換句話說，「聲請釋憲」這個動作本身，就可能具有制衡的作用，促使行政機關主動檢討其主管的行政命令。但就因果關係的時序上，由於大法官會議室否會做出違憲解釋結論未明，因此不能說是因為大法官判決該法令違憲才迫使行政機關進行改變。

銓審司在解釋公布前即完成命令修改的個案，釋字 479 號案例則剛好相反，解釋公布 6 年多後當時的命令主管機關內政部社會司才完成法令的變更。該承辦人表示他們本來就有修改母法的計畫，最後係因為修改母法緩不濟急，才重新從行政命令著手。是故，儘管內政部社會司最後看似依照大法官的意旨修訂行政命令，但就行政機關本身而言，卻只是修法不及的權宜之計。

從這一類的案例來看，行政機關選擇修改法令，係因為大法官的解釋與行政機關既定的行動方向類似，因此恰好呈現行政機關遵照大法官解釋意旨行事的現象。

第二類係為行政機關為了避免機關的利益損失，而啟動自我保護機制修正命令。釋字 406 號案例的狀況非常特殊，該案件於 1996 年被宣告違憲，於 2007 年完成修正，看似修正進度被延宕了 11 年，然而卻不是因為主管機關未曾積極處置。該案法令主管機關內政部營建署受訪者表示，大法官解釋公告之時，內政部營建署曾邀集各相關單位開會，擬商對策，會議結論卻誤解了大法官解釋的原意，認為大法官指示的做法將危害其機關利益；原本計畫重新申請釋憲，最後卻不了了之。當時唯一的改變是全部相關業務回歸母法辦理，並未修定或新增相關行政命令或規則。數年之後，又有民眾因類似案件提起訴願，機關訴願會同樣誤解了大法官解釋的意旨，做出與機關利益相反的決議，逼使該機關才重新面對問題，並擬商對策，重新制定新的處理原則。

雖然依照法律制度的設計，訴願會透過判決再次引述大法官的意旨，本來就是大法官解釋獲拘束力展現的方式之一，然而實際上的狀況卻是：只要沒有民眾或其他利害關係人提起訴願，則行政機關就不會積極主動地檢討違憲法規。而本案的情

況更為弔詭：訴願會所做出之判決，與十年前的會議一樣，皆誤解大法官的判決。因此單就本案而言，逼使行政機關修改法令的不是大法官解釋透過訴願會產生的拘束力，而是訴願會做出的錯誤判決即將損害行政機關利益，使得行政機關為了避免自身利益的損失而起動自我保護機制。

第三類修改命令理由係因為大法官的判決未碰觸到政策核心，因此配合修正對主管機關來說無關痛癢。顯示若大法官解釋所揭櫫的意旨，能夠被包含在行政機關可接受的選項之內，則行政機關亦可能配合修訂命令。釋字 638 號案例是在解釋公布後兩個月其主管機關金管會證期局即完成命令修訂。該案的承辦人表示，因為大法官的解釋有留予行政機關適當的餘地，僅解釋政策的「處罰」方式違憲，而非整個規定違憲，因此主管機關得保留原始的政策目的，更換執行手段即可。換言之，主管機關的變動成本不高。釋字 423 號解釋案例亦為快速完成修正的事例之一。命令主管機關環保署空保處的受訪者表示，他們後來之所以修改規定，係因為後來有了行政執行法，可以強制收取罰鍰，因此原本的規定所要達到的政策效果已經可以依行政執行法進行，因此配合大法官解釋修改規定。釋字 426 號命令主管機關環保署空保處受訪者亦表示，機關原本採行的收費標準係透過其他計算間接推估，因此遭到大法官會議解釋的檢討，籲其修改做法。由於僅是做法被建議修正，且修正方向與行政機關原本的做法相去不遠，因此該主管機關受訪者表示「樂意接受」。

以上案例皆顯示，若行政機關所欲達的政策目的沒有遭到根本的挑戰，僅是做法上需要微調；或因為時空背景的變化，導致制度環境已然變遷，原本的做法不需存在，則行政機關多能配合大法官解釋進行命令修訂。

第四類，是行政機關原本的做法合理，只是法律位階不夠。本類個案特別的是，大法官宣告違憲的是命令位階的法令，然而政策主管機關卻以「做法具有正當性，只是法律位階不夠」為由，保留命令，修改母法。這類的案例通常是大法官以母法未授權為由，作違反法律保留原則之宣告。舉例而言，釋字 650 號與釋字 619 號案例的命令主管機關皆為財政部賦稅署；兩案的受訪者皆表示，若直接移除大法官認為違憲的規定，則在制度上面會造成缺口，反而產生不公平的現象。主管機關認定原本的做法並無疑問，僅是規定所在的法律位階不對，因此原本的命令並無變更，而是回頭修改母法，使得命令有合理授權。

上述個案有一個共同點：行政機關依照大法官解釋修訂行政命令，通常會在行政機關認同大法官解釋內容的前提下。即便決定修改命令，也會以維持機關業務的穩定為主要考量。

（二）不配合修訂命令的原因

行政機關認同大法官的解釋就會修訂相關行政命令；若對大法官解釋不認同，則可能不配合修訂命令，或延遲修訂。

釋字 542 號案例，主管機關為經濟部水利署臺北水源特定區管理局。該案受訪者表示，他們原本是以戶籍所在地做為補償認定的標準，大法官要求他們考量實際居住事實，但實務上居住事實的認定太困難。主管機關因為無法接受大法官解釋的結果，並未針對計畫有任何的修訂。

釋字 440 號案例的命令主管機關為臺北市政府工務局。該案受訪者表示，該號大法官解釋對相關業務推動並無影響，因為大法官所指稱之疏漏、影響人民權利之內容，並非規定於大法官所檢討的行政命令；行政官僚辦理相關業務時，另有依據標準，因此大法官所指稱的錯誤並不存在。因為行政機關自認在業務處理上並無疏失，因此多年來亦無針對業務內容、做法進行任何變更；大法官所做之決議，因行政機關自認無錯誤事實，也未加以採納。

釋字 406 號案例的命令主管機關為內政部營建署。受訪者表示，該機關一開始未配合修改規定，同一事件擱置十年後才完成命令的修改，即是因為主管機關在一開始誤解大法官解釋之意旨，認為該號解釋將造成嚴重的業務瑕疵；機關本決議再次聲請釋憲，然一直懸而未定。當時相關業務全部回歸母法辦理，但無更具體的命令規定。直到數年前遭遇新的爭議案件，機關訴願會做出對機關不利之決定，才重新進行檢討，並正面回應大法官解釋的要求。

由上述案例可知，若行政機關無法認同大法官的判決，認為解釋內容有可行性的問題，或可能產生對政策、對組織不利的影響，行政機關就傾向不行動，避免產生更大的成本。

（三）何時與如何修訂命令

上述分析顯示，已完成修訂命令之個案所費之修訂時間長短不一。差異存在的理由為何？以快速完成修正的案例釋字 501 號（主管機關為銓敘部銓審司）、釋字 619 號（主管機關為財政部賦稅署）、釋字 484 號（主管機關為財政部賦稅署）和釋字 638 號（主管機關為金管會證期局）為例，承辦人的回應皆有一共通點：認同大法官解釋的內容、視大法官的糾正為正面的學習，並且認為若不盡快完成修正，將減損主管機關的正當性。行政機關此種說法，確如同 Spence（2003）所言，具有要讓政府的運作更好的動機。

而行政機關延遲完成命令修訂，依照行政機關的邏輯，許多時候是因為他們認為只要做法符合大法官的要求，即是已經改進，因此法規何時完成修訂並不重要。這樣的現象在釋字 426 號、釋字 423 號、釋字 406 號、釋字 568 號案例中皆出現相似的情形；這類型的個案會出現「行政機關看似很認同、很配合大法官的建議，立即調整實務上的做法，但是實際的命令修訂期程無限拖延」的情況。由此可知，行政機關重視的是「事情有沒有作對、有沒有做好」，至於法律條文是不是跟得上政策變更的腳步，則是次要的事。這種重視產出、績效，而非首重法律制度的思維，正是 Rosenbloom 與 Kravchuk（1986）認為官僚在政治與法律兩個領域所表現的「功用主義」：只要做法無誤、產出合理，那麼就沒有合法性的問題；而修改規定的進度被行政機關放到次要的位置，也顯示業務推動「非契約論」的特質。

上述手法亦可說是行政機關的拖延戰術。釋字 406 號案例採取暫時先回到母法辦理的權宜之計，即是因為行政機關未能在一開始想到周全的解決辦法之故。這樣的做法與 Carpenter（2003）的研究發現類似，皆發現當行政機關拉長決策線，可能是因為行政機關仍在等待更多的資訊以做出更適當的決策。而案例 L 做出決策的時間點，係為又有同樣的問題引起申訴；Carpenter（2003）表示，行政機關雖然會選擇將決策的時間後延，但他們也知道無止盡的延遲對行政機關也不是件好事，當政策影響的利益團體組織愈強、力量愈大，行政機關拖延、不決策的成本就愈高。行政機關即是基於這樣的理由，明白地表達先行發佈「短期措施」解決眼下遭遇的問題，再爭取更多的時間規劃「長期措施」。

（四）關鍵個案的分析：行政機關不配合的原因

大法官釋字 440 號解釋，是「有拘束，未修改」的「最大可能個案」（Gerring, 2007）。該案例的存在，表示大法官解釋對行政機關的行政行為的影響權威並非如一般認知的那樣理所當然。為了更深入瞭解釋字 440 號所稱違憲的「台北市市區道路管理規則」第 15 條未修改的緣由，本研究接觸的該個案人員包括：台北市政府相關局處人員、中央相關主管機關人員、臺北市議會資深議員（第六屆至第九屆，案例發生時在任）、退休大法官等。首先，讓我們先瞭解案件的原委。

民國 86 年，台北市某吳姓市民的私有土地，在未經補償的情況下，即遭台北市政府直接進入挖掘、進行工程。該市民認為自己的權益受到侵害，幾經訴願、訴訟，最後卻遭行政法院法官以台北市「市區道路管理規則」第 15 條規定未規定損害地下物需補償之由駁回。吳姓市民仍然無法接受這樣的判決，最後聲請大法官解釋。大法官會議於 1997 年 11 月 14 日做出大法官釋字第 440 號判決，認為台北市

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

「市區道路管理規則」第 15 條，有違憲法第 15 條人民財產權保護之意旨，應不再援用。然而直至 2019 年 4 月 16 日，臺北市市區道路管理規則修訂為「臺北市市區道路管理自治條例」，原道路管理規則第十五條的內容才不復見。此時距離民國 86 年大法官解釋公布之日，已有 22 年。

主管機關台北市政府工務局接受本研究電話訪問時之反應，顯現在任的公務人員對於釋字 440 號已不太熟悉。研究者再循線訪問到中央相關業務的主管機關，受訪同仁表示，現階段的做法是讓人民可依照大法官解釋向管線單位申請補償，但法規主管機關不會主動表達這件事。主管機關之所以不主動提供補償訊息，該受訪同仁說明，係因為補償價格必須由管線單位與民眾雙方議決，同時也因為管線單位為「弱勢的一方」，常被民眾漫天叫價，導致工程無法順利推動、損害公共利益所致。事實上，由於類似的案例甚多，政府財力有限，往往由誰先獲得當年度的補助就是極大的政治問題。根據受訪市議員的說法，無論是地方首長或是民意代表，都可能介入爭取，最後是「夠力的拿去」：

「阿那個就是有夠力的阿，阿我們不夠力的你看，明明就從我地下穿越，我還要跟你討論這個 440 號的解釋，你看看。」

大法官的意見是否能夠被落實，就不是司法機關與行政機關單純的雙向關係，而是加入了民意代表與民選首長的多向關係。換言之，行政機關所面臨的是一個資訊極為複雜，而足以解決問題的資訊卻不夠豐富的环境。依 Spence (2003)、Carpenter (2003) 與 Krause (2003) 的觀點，正是因為行政機關所面臨的政策環境的不確定因素多，行政機關無法立即做出管制性的、立法性的決定，因此不斷地延遲規則制定的時程。

行政機關雖無另訂規則，但以預算編列的方式改變了行政上的做法，亦即先以做法的改變滿足大法官的要求；換言之，行政機關係在大法官解釋的要求當中，選擇最低限度的標準，並予以達成。這樣的發現也呼應的其他個案的結果。而關鍵個案中當中複雜的利益分配問題，對行政機關來說，就不是有急迫性、必須立即解決的問題，也因此提供了各方利益得以相互角力的溫床。也因為這是一個各方利益角力的溫床，每一個徵收、補償的個案都必須個別協商；假設行政機關以明文的方式規定補償辦法，恐怕帶來的是財務赤字，亦無法解決各方角力的問題。換言之，這是一個無法以法律解決的問題。

從法律制度的角度來看，行政機關之所以有空間不配合大法官解釋的結果修改命令，和大法官在做成解釋之後沒有確實的強制執行機制有關。受訪的前任大法官

表示：

「現在有、現在有，有這些執行的制度。但是，好像這一塊，到了最後…就是消極的不作為。」

此外，行政機關不修改命令、直接變更實務做法或回歸母法辦理的模式，也與法院不告不理、必須有人的權益受到侵害才會成立訴訟的前提有關。受訪的前任大法官表示：

「我覺得依照大法官解釋的拘束力，是應該要修改條文。如果大法官已經講某個條文違法或違憲，是應該要改啊。可是問題是實務上如果行政機關做法改了，沒有侵害到人民的權益，可能就不會有訴訟案件，所以就不容易在法院受到審查。因為要提訴願跟行政訴訟的要件是人民權利或法律上的利益要受到損害，所以也許可以規避掉修改條文，但是這種做法是有問題的。」

一旦行政機關變更做法，沒有人的權利受侵害，自然不會有訴訟，也不會有人發現行政機關採取的是節省修訂成本的權宜之計。

伍、結果討論

本研究的第一個研究問題已透過資料分析獲得解答：行政機關雖然會因為大法官的解釋修改違憲的行政命令，但通常不會在限期之內完成。本研究接著探討行政機關通常未能限期完成的動機、決策模式，以及對應的行動。

一、行政命令修訂與官僚自利

公共選擇理論在談論官僚的行為，目前可分為兩派的觀點：一派主張官僚自利（Tullock, 1965; Niskanen, 1971; Ostrom, 1989; Self, 1993），另一派則從官僚的角度重新思考問題，認為官僚也會為公共利益考慮（Carpenter, 2003; Krause, 2003; Spence, 2003）。然而縱使是後者主張官僚為公共利益考量的情況，其思考方式亦是從對組織或對政策有利的角度出發。換言之，無論是哪一派的觀點，官僚自利的本質存在，只是表現的層次不同。本研究即依照自利的標的分為組織或為政策兩個層次，將本研究觀察到的行政行為進行分類。並藉此分析大法官的偏好在哪一個層次最容

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

易與官僚的偏好相容，又在哪一個層次最容易與之互斥。

表六 行政機關決定接受或不接受大法官判決的動機來源、行為與交易成本評估

動機來源	動機	對應的行政行為	交易成本評估
組織	• 節省成本	<ul style="list-style-type: none"> • 實務上又遇到同樣的問題，因此修改法令 • 先修命令，再修母法 • 做法先變，法令後變 	<ul style="list-style-type: none"> • 中度交易成本 • 行政機關「表面行為上」滿足大法官要求，實際上法令修訂進度步緩
	• 增加正當性	<ul style="list-style-type: none"> • 快速完成命令修訂 • 修訂母法，提升命令正當性 	<ul style="list-style-type: none"> • 低度交易成本 • 行政機關增加正當性的動機與大法官期待的方向一致
政策	• 成本效益不符	<ul style="list-style-type: none"> • 拒絕修訂，或不執行 	<ul style="list-style-type: none"> • 高度交易成本 • 行政機關重視行政成本，大法官重視法律正義
	• 維護政策目的	<ul style="list-style-type: none"> • 保留命令，修改母法 • 非關政策目的部分違憲，可立即配合修正 • 若原本就想修改規定，可配合修訂行政命令 	<ul style="list-style-type: none"> • 中度交易成本 • 行政機關回應大法官的方式可能不如大法官預期，但最終目標會一致
	• 決策資訊不足	<ul style="list-style-type: none"> • 延遲決策 • 被動依照政治角力的結果行事 	<ul style="list-style-type: none"> • 高度交易成本 • 影響行政機關決策的環境複雜，不確定因素高

資料來源：本研究整理

行政機關所面對的組織與政策層面的誘因，決定他們會不會積極配合大法官解釋修訂相關行政命令。在組織層次上，行政官僚的誘因包括正當性與行政成本。正當性的誘因最容易與大法官的偏好相符；行政機關藉著配合大法官的判決，達到增加組織正當性的目的。由於這樣正當性的增加係透過大法官的解釋讓機關主管的行政命令合乎法律規範，行政機關與大法官的誘因動機相容，並無衝突。然而，行政成本的思考，則是行政機關選擇較少成本的改變方式，例如以命令為「行政規則」為由，不公告命令失效或廢止的消息；或先符合大法官的要求，滿足機關在「行為上」的正當性，再慢慢地調整其他的法令狀況到位。

在政策層次將出現至少兩種不一樣的狀況。第一種是只要大法官解釋要求改變的部分，與原本的政策目的無直接衝突或根本一樣，那麼行政機關可以完全配合；

然而，若大法官的要求必須增加許多政策推行的成本，不符合成本效益，或政策環境與議題太過複雜，行政機關一時間找不到合適的解決辦法，那麼司法審查的效力就可能延遲發生，或受到政治力的影響而偏離大法官所欲達成目的。

從這個架構來看，面對主管的行政命令被大法官宣告違憲，行政機關在組織層次因為正當性與行政成本考量，雖然可能便宜行事減少行政成本，但最終至少可以做到行政行為上的改變，或逐步完成修訂命令與母法的需求；以「不違法」的方式，「消極」滿足大法官的判決。然而，若大法官解釋衝擊到行政機關政策層級上的誘因，則大法官解釋對行政機關的影響可能失效。換言之，行政與司法在政策層面的動機的衝突，是大法官解釋無法發揮司法審查監督效果的原因。

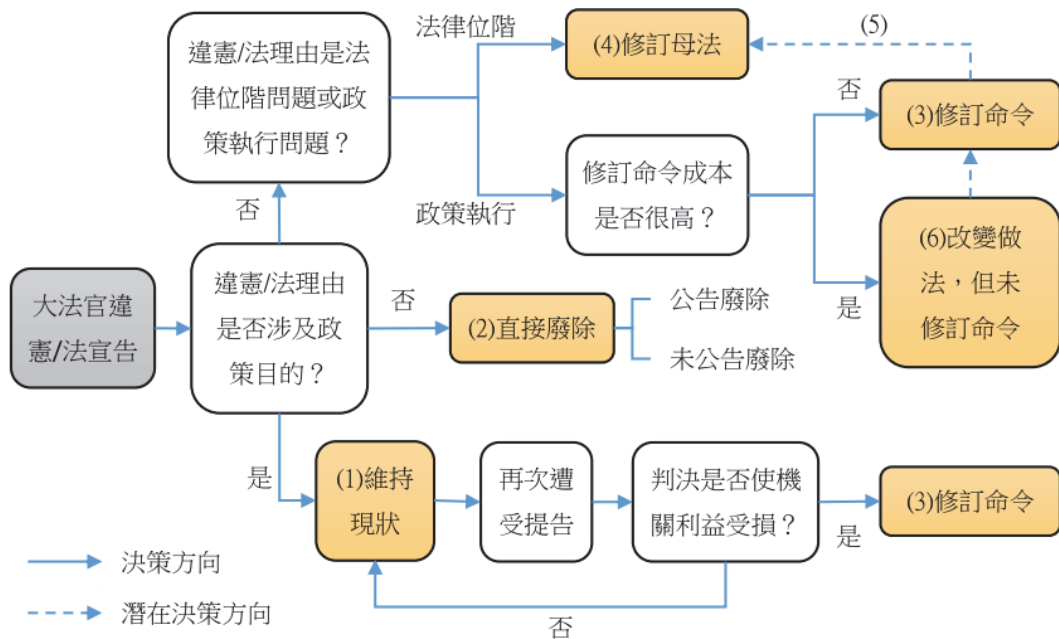
大法官解釋與行政機關的思維模式的差異，主要表現在對成本概念的認知，包括組織層次的行政命令修訂的成本，以及政策決策與投入的成本；這些差異皆可能導致行政機關不依照大法官解釋意旨辦理，或延遲辦理。而大法官解釋實際對於行政機關產生的立即、正面影響，則是主要透過增加組織正當性的途徑。這個思維模式的差異，就是過去我們單獨從行政觀點或法律觀點分析裁量問題時候的失落的環節（missing link）。從交易成本的角度來思考，對於成本概念的認知差異，就是司法審查與行政機關之間的交易成本（詳見表六），大法官對行政機關行為的影響，取決於其所判的爭點的修正成本是否為行政機關可負荷以及願意負荷。

二、行政機關的偏好與決策模式

本研究發現，行政機關面對主管行政命令遭判違憲，其決策反應方式可歸納為下列六種：（一）維持現狀，不做任何變更；（二）直接廢除；（三）修訂命令；（四）修改母法，保留命令；（五）先修命令，再修母法；（六）做法先變，法令後變。然而命令主管機關一開始的反應不見得即是最終的反應；例如一開始選擇維持現狀，有可能因為新的事件出現、決策條件改變，開啟修訂命令的契機。行政機關的決策模式可見圖二。行政機關傾向在每一個決策節點選擇交易成本最小方式為之。

行政機關面對司法審查結果的第一種決策模式為「維持現狀，不做任何變更」，此時等同行政機關與司法機關的交易破局，原本提告的問題懸而未解，且可能持續影響人民，會持續花費高額的交易成本直到解決方法出現。這種情形通常發生在命令主管機關無法認同大法官解釋之時。命令主管機關通常會因為大法官解釋有執行上的疑慮、影響政策效果等原因，無法認同大法官審查的結果。若行政機關

選擇維持現狀，已經被宣告違憲的法令繼續適用，有可能因為再次影響人民的權利而再次被提起訴願或行政訴訟。訴願或訴訟的結果若使機關利益受損，則機關將重新評估修正命令的可能；若訴願或訴訟的結果對行政機關而言無關痛癢，行政機關則會選擇繼續維持現狀，直到損及機關利益的訴願或訴訟結果出現。



圖二 行政機關面對司法審查結果的決策模型

資料來源：本研究整理

第二種決策模式是命令主管機關直接依照大法官解釋，在解釋發佈不久之後即發文公告停止適用；亦有機關不另發佈停止適用公告，主張直接以大法官解釋之公告為公告。然而依照行政程序法，有對外影響力的行政命令之發佈與廢止皆須由主管機關對外公告。行政機關若略過公告程序，即是在其命令究竟「有無對外影響」的解讀上，選擇以能節省最多成本的方式為之。⁷ 通常一開始就選擇這個路徑的行

⁷ 行政機關不經公告及修正或廢止原本行政命令的理由，多為該命令屬於「行政規則」一類。然而，依行政程序法 159 條第 2 項所規定之行政規則類型，包括第 1 款之「關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定」，以及第 2 款之「為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準」。行政規則依照行政程序法第 162 條第 2 項，僅有第 159 條第 2 項第 2 款所規

政機關，不需要花太大的力氣處理政策目的的變更，行動的調整也不會過於複雜。由於選擇此路徑的行政機關能快速正面回應大法官的要求，交易成本最低。第三種決策模式，係機關在大法官解釋之後針對有疑義之條文重新研議後，發佈修訂公告。通常走向這個決策模式的行政機關也能夠在短時間之內完成命令修訂，並未花費太多交易成本。

第四種決策模式，行政機關保留命令不動，直接修訂母法。理由是：原本的做法無不合理之處，只是法令位階不夠。此時行政機關必須負擔較高的法律修訂成本，但對行政機關來說實務做法不需改變可能是更省力氣的。然而從大法官與行政機關的交易成本來看，兩者交易的均衡點必須等到母法修訂完成之後才會出現，這個過程當中的折衝協商也都會算在交易成本內；時間拖得愈久，表示偏好歧異大、議題複雜程度高，交易成本亦高。

決策模式五，係機關先依大法官所示，修訂違憲之行政命令，再行修訂母法相關內容。行政機關之所以會選擇先修命令再修母法，通常是因為他們認為問題的關鍵不在於命令。如此一來，依照大法官解釋修訂命令，對行政機關來說只是短期的因應措施，最終仍須以修訂母法的方式做長期規劃。這種決策模式的交易成本接近模式四，其均衡必須等到命令、母法皆修訂完成之後才會達到。時間拖愈久，交易成本愈高。

第四與第五種決策反應顯示，對行政機關而言，合乎法律原則的做法並非是由上而下、單一的選擇。行政機關所思考的重點是能否完成所屬業務。無論是先改變做法、後修命令，先修命令、後修母法，或是先修母法、後修命令，只要是對行政機關而言是成本較小、速度較快的選項，就是最好的選項。而且當所有修法程序皆臻完成，「看起來」是「命令受母法授權」，命令主管機關即認為他們已經滿足了所有法律上的要件。

定之性質，其廢止應由首長登載於政府公報發佈。然而依照行政法學者目前之通說，行政規則雖然在定義上為機關內部之管理規則，但實際上亦可能透過業務處理方式、統一行使裁量權之規定，影響人民權益甚劇。而只要是可能影響人民權益者，依規定應以「法規命令」之形式，以「事先公告周知」的方式為之。行政法學者吳庚即言：「未公告之命令根本不生拘束人民之效力（吳庚，2008：624-626）。」由此可見一斑。至於是否事先公告周知，目前係為從實務上分辨「法規命令」與「行政規則」的唯一方法。儘管行政法學者以及行政程序法皆能在定義上分別處理這兩者的差別，然而在實務上，卻很難保證「內部」之管理措施不會「對外」發生影響，因此行政法學者多呼籲行政命令應多以「法規命令」之形式為之。

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

決策模式六，行政機關以先改變實務上的做法，求得「行動上」的正當性。有些行政機關認為只要實際的做法已經改變，就已經滿足了大法官解釋規範的要件，違憲的命令無論有無修正都不是重點。對於這類行政機關而言，決策反應六就是終點。然而有些行政機關改變了行政做法之後，會繼續修正違憲的命令；等於是能夠快速改變的行政做法，爭取命令修訂的時間，最終回到決策反應三。決策反應六這種先求得「行動上」的正當性的做法，雖然「看起來」未違反大法官解釋意旨，然而依照制度論的觀點，法律即為政府與人民的「契約」；因為有法規的明文規定，人民與政府打交道的時候才能對行政機關可能為的行政行為，以及自身所必須負擔權利義務有所預期。當行政機關未修定命令，或長期延滯命令的修訂，儘管做法已經依照大法官解釋的意旨進行變更，然而對人民來說，卻可能因為契約不明，或是契約內容與實際情形不符，而產生權利義務的損失。進一步申言，行政機關選擇以成本較小的方式改變其作為，儘管沒有立即的、明顯的違法，卻可能因為缺少具體的規範，對人民的權利義務產生威脅。模式六雖然不如模式一直接交易破局，但由於契約無法明文簽訂，依然存在人民權利義務受損的風險，且通常時間拖很長，因此這類型的案例也有相當高的交易成本。

表七 修改模式與修改時間對照

決策模式	釋字	修改時間（月）	主管機關
一	542	未修	經濟部水利署臺北水源特定區管理局
二	484	解釋公告當天即發佈函釋宣布該函釋停止適用	財政部賦稅署
三	501	解釋公告前即修正	銓敘部銓審司
先六後三	426	超過 10 年	環保署空保處
三	619	在限期失效到期前 2 個月修正	財政部賦稅署
三	638	解釋公告後 2 個月修正	金管會證期局
三	423	解釋公告後 4 個月修正	環保署空保處
四	650	超過修正期限 11 個月	財政部賦稅署
五	479	解釋公告後 6 年修正	內政部社會司（現合作及人民團體司籌備處社會團體科）
六	440	未修	北市工務局
六	568	解釋公告 5 年後修正	勞保局
六	406	解釋公告後 11 年修正	內政部營建署

資料來源：本研究整理

表七將決策模式與行政機關花費的修改時間進行對照。從表七的結果可知，模式二、三、四的修正時間平均較短，但一旦進入模式一、五、六，修正期程就相當長。而行政機關選擇哪一種決策模式回應大法官的解釋，應當是依照對行政機關而言的「成本最小的排列組合」（Niskanen, 1971; Carpenter, 2003）；表示行政機關有誘因選擇，選擇交易成本最小、產出的過程也是成本最小的方案。行政機關透過以下三個步驟完成這個「成本最小的排列組合」的拼圖。

第一步，行政機關為了維護政策目的、縮減行政成本，或為避免增加機關財政負擔，訂定對人民的利益與權利可能產生傷害或限制的行政命令。若無人因為權益受損提起訴訟，則該機關自利目標可持續實現。這是行政機關維護自身利益的第一步。然而這也是司法審查之所以介入的原因。

第二步，當大法官解釋宣告原本的命令違憲之後，行政機關原應修訂命令，或公告廢止原命令，或公告使其失效。然而這個階段，行政機關只要選擇「不適用原本的命令」或「換個做法」，就可以最低限度地滿足大法官的要求。這兩種做法有三種效果：第一，行政機關不需要再花成本公告法令；第二，可以選擇以行政規則代替法規命令，替行政機關省卻公告的成本，並負擔較少的責任（例如行政救濟的舉證責任）；第三，行政機關可以被動接受人民權利的主張，保留做法的彈性，以便於順利推動業務，正如釋字 440 號一例。換言之，這個階段行政機關選擇「消極不違法」，而非積極的依照大法官的指示修訂違憲的命令。

第三步，若行政機關再不積極回應重新訂定命令或立法的訴求，則可能對行政機關的自身利益產生損害，此時行政機關會退到最後一步：重新制定解決辦法。例如釋字 406 號案例，行政機關在經過第一步先行維護政策目的，以及第二步以回歸母法辦理的方式達到「消極不違法」之目的後，終於在 11 年後，因為同樣的事件又有人提起訴願，且機關訴願會做出了對行政機關不利的解釋，才使該機關重新訂定處理辦法。

以上三步驟，應證官僚使用「成本最小的組合」的利益極大化原則（Niskanen, 1971; Carpenter, 2003）。行政機關習慣在當個別人民的利益可能阻卻機關所欲完成的政策條件時，先以命令等法規環境「阻擋」民眾聲請利益或補償。待司法審查發現有違憲事實，要求主管機關重新訂定；若行政機關若不依照辦理，則會賭上行政正當性受損的可能。此時行政機關傾向選擇以「消極不違法」的方式因應。直到「消極不違法」的方式再度受到攻擊，不改變可能產生更大的傷害，行政機關才會退到最後一步：設想解決辦法。

陸、結論：需要彈性的行政，並非萬能的法律

透過公共選擇理論的眼光，本研究以大法官解釋的個案分析讓法律與公共行政隔空做了一次對話。本研究發現，行政機關與司法機關偏好最大的差異，表現在對成本的理解。司法機關由於透過法的角度維護以個人為單位的人權，因此人權、正義等是其欲維護的價值；反觀行政機關，如何將政策落實、實現組織目標才是欲達成的目標，因此相對重視成本問題。最明顯的是，行政機關會選擇以成本最小的方式達成大法官解釋的要求，但卻不一定在時限內完成命令的修訂。顯見行政機關將法律制度視為「工具」的「功用主義」思維。然而這些觀點與偏好的差異，卻成為大法官與行政機關之間的交易成本。當這些偏好差異剛好落在行政機關無法妥協的政策目標與執行成本問題時，經常因為交易成本過高，導致行政機關不願意配合大法官的旨意。

基於上述發現，本研究在理論上可以補充行政裁量相關的理論研究。過去關於行政裁量的認知，法學界停留在法律的羈束性、與法律位階的原則，行政學界則以行政倫理上的課責、依法行政，以及組織理論的效率、績效與組織行為為主要討論範疇，然而這兩個領域都未能從行政官僚實際面對法律拘束時候的行為反應進行探討。法律與行政行為從來沒有真正的對話過。本研究從公共選擇觀點，提供了法學與公共行政的對話機會，並且發現：法律的羈束性以及法律位階的原則，對於行政機關而言並非牢不可破的行為準則，「依法行政」僅是選擇性的策略。行政機關將法律視為政策執行的工具，且這樣的工具是可以跳脫法律位階的優先順序：命令違憲違法，必須修訂的不一定是命令，可能是母法；做法改變了，結果就正當了，命令條文改或不改是其次。

透過本研究的發現我們還可以進一步的思考：如果行政機關完全地依法行政會如何？從法學來看這個問題應該荒謬到不可思議，然而若我們思考釋字 440 號的例子，假若行政機關非常配合的修訂了相關法令，明文允諾既成道路用地的徵購與補償，但實務上政府的財務狀況滿足不了實際的需求，又會是什麼樣的狀況？從制度經濟學的角度來看，法律文字所要導引的行為必須是一個已經存在的均衡；唯有法律條文係引導行為走向一個已經存在的均衡，法律條文才能真正發揮約束、管制人們行為的功用。以釋字 440 為例，若政府機關與既成道路地主之間的補償與徵收問題尚未出現平衡的解決辦法，同時滿足有限資源分配的問題與土地徵收的補償需

求，即便大法官以釋憲的高度介入，這樣的法律也無法起到引導行為的作用。

當然，回到民主行政的架構下，行政機關基於民主制度的授權，必須扮演好民主代理人的角色，忠誠執行法律授權的任務，只是這種忠誠必須有來自於法律以外的誘因。本研究顯示，大法官的指示若與行政機關的政策目標沒有衝突，行政機關基於提升組織正當性的動機，是願意配合的。因此要改善行政機關延遲修訂命令的問題，不能從加強司法權的羈束性著手，而是應該思考這樣的監督機制是否可以列入行政機關的管考，尋求與行政機關偏好相容的制度設計。以行政機關的管考著手的另一個好處是，管考作業通常能依照組織目標、政策目標進行監督，能提供主管機關在命令修訂上與原本的政策目標融合的機會與彈性。如此才能夠兼顧行政實務對於裁量空間的需求，以及對大法官判決的尊重。

參考文獻

- 王金壽 (2008a)。台灣司法改革二十年：邁向獨立之路。思與言：人文與社會科學期刊，46 (2)，133-174。Wang, Chin-Shou (2008a). Tai wan si fa gai ge er shi nian: Mai xiang du li zhi lu [Judicial Reform in Taiwan in the Past Twenty Years: On the Road to Independence]. *Thought and Words: Journal of the Humanities and Social Science*, 46(2), 133-174.
- 王金壽 (2008b)。司法獨立與民主可問責性：論台灣的司法人事權。台灣政治學刊，12 (2)，115-164。Wang, Chin-Shou (2008b). Si fa du li yu min zhu ke wen ze xing: Lun tai wan de si fa ren shi quan [Judicial Independence and Democratic Accountability]. *The Taiwanese Political Science Review*, 12(2), 115-164.
- 王金壽、魏宏儒 (2011)。法官的異議與民主可問責性。政大法學評論，119，1-62。Wang, Chin-Shou., & Wei, Hung-Ju (2011). Fa guan de yi yi yu min zhu ke wen ze xing [Judges' Dissents and Democratic Accountability]. *NCCU Law Review*, 119, 1-62.
- 吳庚 (2008)。行政法之理論與實用。台北：三民書局。Wu, Geng (2008). *Xing zheng fa zhi li lun yu shi yong [Theory and Practice of Administrative Law]*. Taipei: San Min Book.
- 吳信華 (2014)。論大法官解釋的「效力」—基礎結構的釐清與體系化的觀察。東吳法律學報，25 (4)，1-47。Wu, Hsin-Hua (2014). Lun da fa guan jie shi

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

de 「xiao li」—Ji chu jie gou de li qing yu ti xi hua de guan cha [Effects of the Grand Justice Judicial Interpretation-Definition of Basic Structure and Systematic Observations]. *Soochow Law Review*, 25(4), 1-47.

吳重禮（2008）。司法與公共支持：台灣民眾對於司法體系的比較評價。《*台灣政治學刊*》，12（2），15-66。Wu, Chung-Li (2008). Si fa yu gong gong zhi chi: Tai wan min zhong dui yu si fa ti xi de bi jiao ping jia [The Judiciary and Public Support: Public Attitudes toward the Judicial System in Taiwan]. *Taiwan Political Science Review*, 12(2), 15-66.

吳重禮（2018）。臺灣縣市政府貪腐現象的再檢視：以地方法院司法判決為例。《*公共行政學報*》，55，109-121。Wu, Chung-Li (2018). Tai wan xian shi zheng fu tan fu xian xiang de zai jian shi: Yi di fang fa yuan si fa pan jue wei li [Re-examination of the Corruption Phenomenon of Taiwan's Local Governments: A Case Study on Judicial Judgment of District Court]. *Journal of Public Administration*, 55, 109-121.

吳重禮、李伊婷、孫煒（2012）。政治因素對於法院審理之影響分析—以臺灣選舉誹謗司法案件為例。《*臺灣民主季刊*》，9（1），1-40。Wu, Chung-Li., Lee, Yi-Ting., & Sun, Wei (2012). Zheng zhi yin su dui yu fa yuan shen li zhi ying xiang fen xi —Yi tai wan xuan ju fei bang si fa an jian wei li [Political Factors and Judicial Verdicts: Defamation Litigation in Taiwan]. *Taiwan Democracy Quarterly*, 9(1), 1-40.

林鍾沂（2004）。《*行政學*》。台北：三民書局。Lin, Chung-Yi (2004). *Xing zheng xue [Public Administration]*. Taipei: San Min Book.

孫銘鴻、吳重禮（2012）。政治因素對於賄選訴訟案件的可能影響：司法專業人士的觀點分析。《*台灣政治學刊*》，16（1），119-187。Sun, Ming-Hung., & Wu, Chung-Li (2012). Zheng zhi yin su dui yu hui xuan su song an jian de ke neng ying xiang: Si fa zhuan ye ren shi de guan dian fen xi [Political Influences on Vote-Buying Verdicts in Taiwan: Perspectives and Evaluations from Legal Experts]. *Taiwan Political Science Review*, 16(1), 119-187.

翁岳生（2020）。司法大法官解釋效力之研究。載於翁岳生（編），《*現代法治國家之釋憲制度與司法改革：翁岳生教授論文集*》（256-289 頁）。臺北，元照。Weng, Yuen-Sheng (2020). Si fa yuan da fa guan jie shi xiao li zhi yan jiu [Study of Effects of the Grand Justice Judicial Interpretation-Definition]. In Weng, Yuen-Sheng (Ed.), *Sian dai fa jhih guo jia jhih shih sian jhih du yu sih fa gai ge: wong yueh sheng jiao shou lun wun ji [Constitutional Interpretations*

- and Judicial Reform on Contemporary Rule-of Law States: Professor Yuen-Sheng Weng's Collected Essay.]* (pp. 256-289). Taipei: Angel.
- 陳敦源 (2005)。民主與官僚--新制度論的觀點。台北：韋伯文化。Chen, Dun-Yuan (2005a). *Min zhu yu guan liao --xin zhi du lun de guan dian [Democracy and Bureaucracy. A New Institutionalism View]*. Taipei: Weber Publication International Ltd.
- 陳新民 (2001)。中華民國憲法釋論。台北：陳新民。Chen, Hsin-Min (2001). *Zhong hua min guo xian fa shi lun [An Interpretation of the Constitution of the Republic of China]*. Taipei: Chen Hsin-Min.
- 陳鴻章、郭子靖、王金壽 (2018)。臺灣司法獨立改革運動：對於司法體系人事運作的影響。政治科學論叢，(76)，61-102。Chen, Hung-Chang., Kuo, Tzu-Ching., & Wang, Chin-Shou (2018). *Tai wan si fa du li gai ge yun dong: Dui yu si fa ti xi ren shi yun zuo de ying xiang [The Impact of Taiwan's Judicial Independence Reform on the Operations of Personnel in the Judicial System]*. *Taiwanese Journal of Political Science*, (76), 61-102.
- 曾冠球 (2004)。基層官僚人員裁量行為之初探：以台北市區公所組織為例。行政暨政策學報，(38)，95-140。Tseng, Kuan-Chiu (2004). *Ji ceng guan liao ren yuan cai liang hang wei zhi chu tan: Yi tai bei shi qu gong suo zu zhi wei li [An Introduction to the Study of Discretionary Actions of Street-level Bureaucrats: The Case of Twelve District Offices of Taipei City Government]*. *Public Administration & Policy*, (38), 95-140.
- 葉俊榮、張文貞 (2002)。轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢。人文及社會科學集刊，14(4)，515-559。Yeh, Jyun-Rong., & Chang, Wen-Chen (2002). *Zhuan xing fa yuan yu fa zhi zhu yi: Lun zui gao hang zheng fa yuan dui wei fa hang zheng ming ling shen cha de ji ji qu shi [Transitional Court and the Rule of Law: On Judicial Activism of the Supreme Administrative Court in Reviewing Administrative Rules]*. *Journal of Social Sciences and Philosophy*, 14(4), 515-559.
- 劉如慧 (2012)。德國聯邦行政法院對環境影響評估事件之審查密度。東吳公法論叢，(5)，31-74。Liu, Ru-Hui (2012). *De guo lian bang hang zheng fa yuan dui huan jing ying xiang ping gu shi jian zhi shen cha mi du [The review density of environmental impact assessment incidents by the Federal Administrative Court of Germany]*. *Soochow Public Law Review*, (5), 31-74.
- 劉如慧 (2017)。論地方空氣污染自治立法—以臺中市公私場所管制生煤及禁用石

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

- 油焦自治條例為例。中律會訊雜誌，20（3），9-33。Liu, Ru-Hui (2017). Di fang kong qi wu ran zi zhi li fa—Yi tai zhong shi gong si chang suo guan zhi sheng mei ji jin yong shi you jiao zi zhi tiao li wei li [Local Governamcne on Air Pollution Legislation- A Case Study on Raw Coal Contral and Petroleum Coke Prohibition in Taichun City]. *Taichung Bar Journal*, 20(3), 9-33.
- Bryner, G. C. (1987). *Bureaucratic discretion: law and policy in federal regulatory agencies*. New York, NY: Pergamon Press.
- Calvert, R. L., M. D. McCubbins, B. R. Weingast (1989). A Theory of Political Control and Agency Discretion. *American Journal of Political Science*, 33(3), 588-611.
- Carpenter, D. P. (2003). Why Do Bureaucrats Delay? Lessons from a Stochastic Optimal Stopping Model of Agency Timing, with Applications to FDA. In Meier, K. J. & Krause, G. A (Ed.), *Politics, Policy, and Organization: Frontiers in the Scientific Study of Bureaucracy* (pp. 23-40). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Carrington, K. (2005). Is there a need for control? *Public Administration Quarterly*, 29(1/2), 140-161.
- Davis, K. C. (1969). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, LA: LSU Press.
- Downs, A. (1967). *Inside Bureaucracy*. Boston, MA: Little, Brown and Company.
- Eisenhardt, K. M. (1989). Agency Theory: An Assessment and Review. *Academy of Management Review*, 14(1), 57-74.
- Epstein, D., & O' Halloran, S. (1994). Administrative Procedures, Information, and Agency Discretion. *American Journal of Political Science*, 38(3), 697-722.
- Gailmard, S. (2002). Expertise, Subversion, and Bureaucratic Discretion. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 18(2), 536-555.
- Gailmard, S. (2009). Discretion Rather than Rules: Choice of Instruments to Control Bureaucratic Policy Making. *Political Analysis*, 17(1), 25-44.
- Galligan, D. J. (1986). *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. London, UK: Oxford University Press.
- Gerring, J. (2004). What Is a Case Study and What Is It Good for? *The American Political Science Review*, 98(2), 341-354.
- Gerring, J. (2007). Is There a (Viable) Crucial-Case Method? *Comparative Political Studies*, 40(3), 231-253.
- Goldstein, H. (1963). Police Discretion: The Ideal versus the Real. *Public Administration Review*, 23(3), 140-148.

- Hall, M. E. K. (2014). The Semiconstrained Court: Public Opinion, the Separation of Powers, and the U.S. Supreme Court's Fear of Nonimplementation. *American Journal of Political Science*, 58(2), 352-366.
- Kelly, M. (1994). Theories of Justice and Street-Level Discretion. *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART*, 4(2), 119-140.
- Kelly, S. W. (1993). Discretion and the service employee. *Journal of Retailing*, 69(1), 104-126.
- Kim, D. W. (2016). Finding a model of judicial review for administration: implications from the Chevron case for separation of powers in South Korea. *International Review of Public Administration*, 21(2), 147-162.
- Krause, G. A. (2003). Agency Risk Propensities Involving the Demand for Bureaucratic Discretion. In Meier, K. J. & Krause, G. A (Ed.), *Politics, Policy, and Organization: Frontiers in the Scientific Study of Bureaucracy* (pp. 41-72). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Langbein, L. (2004). *Bureaucratic Discretion and Accountability: Complements or Substitutes?* Conference on Midwest Political Science Association, Chicago.
- Langbein, L. I. (2000). Ownership, Empowerment and Productivity: Some Empirical Evidence on the Cause and Consequences of Employee Discretion. *Journal of Policy Analysis and Management*, 19(3), 427-449.
- Leys, W. A. R. (1943). Ethics and Administration Discretion. *Public Administration Review*, 3(1), 10-23.
- MacDonald, J. A., & Franko, W. W. (2007). Bureaucratic Capacity and Bureaucratic Discretion: Does Congress Tie Policy Authority to Performance? *American Politics Research*, 35(6), 790-807.
- March, J. G., & H. A. Simon (1958). *Organizations*. New York, NY: John Wiley & Sons, Inc.
- Niskanen, J. W. A. (1971). *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago, Ill: Aldine-Atherton.
- Ostrom, V. (1989). *The Intellectual Crisis in American Public Administration*. Alabama, AL: The University of Alabama Press.
- Rosenbloom, D. H., & Kravchuk, R. S. (1986). *Public Administration-Understanding Management, Politics, and Law in Public Sector*. Singapore: McGraw-Hill.
- Self, P. (1993). *Theories of Political Behavior*. Boulder, CO: Westview Press.
- Spence, D. B. (1999). Agency Discretion and the Dynamics of Procedural Reform. *Public Administration Review*, 59(5), 425-442.

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

- Spence, D. B. (2003). The Benefits of Agency Policy-making: Perspectives from Positive Theory. In Meier, K. J. & Krause, G. A (Ed.), *Politics, Policy, and Organization: Frontiers in the Scientific Study of Bureaucracy* (pp. 104-130). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Tullock, G. (1965). *The Politics of Bureaucracy*. Washington D.C.: Affairs Press.
- Warwick, D. P. (1981). The Ethics of Administration Discretion. *Public Duties: The Moral Obligations of Government Officials*. J. L. Fleishman. Cambridge, Mass.: Harvard University.
- Weingast, B. R. (1984). The Congressional-Bureaucratic System: A Principal Agent Perspective (with applications to the SEC). *Public Choice*, 44(1), 147-191.
- Weng, Y.-S. (1979). *Administrative Law and Modern States Ruled by Law*. Taipei, Taiwan: San Min Book.

附錄一：受訪機關與其對應案例

裁量	修法	釋字	修改時間 (月)	受檢討的行政命令	案 由	受訪者所屬 機關單位
有	無	542	空白	翡翠水庫集水區石碇鄉碧山、永安、格頭三村遷村作業實施計畫	救濟金之發放應以居住事實為前提，該計畫竟以設籍為否作為認定之唯一標準，未顧及其他居住事實之證明方法。	經濟部水利署 臺北水源特定區管理局
	有	501	解釋公告前即完成修正	行政、教育、公營事業人員相互轉任採計年資提敘官職等級辦法第七條	該條規定轉任人員採繼年資僅能至所敘職等之本俸（薪）最高級為止，已與 84 年 12 月 26 日以還歷次修正發佈之公務人員俸給法施行細則按年合計加級，均以至其所敘定職等之年功俸最高級為止之規定，有欠一致。	銓敘部銓審司 第二科
		426	超過 10 年	空氣污染防治費收費辦法第四條，主管機關自中華民國八十四年七月一日起僅就油（燃）料徵收	原本僅就油（燃）料徵收，96 年 11 月 30 日的修法才將第四條內容改為未限定用法。	環保署空保處
無	無	440	空白	台北市市區道路管理規則第十五條	針對既成道路或都市計畫道路用地地下部分，既不徵購又未設補償規定，未能保障人民權益。	北市工務局 北市法規會 交通部路政司
		650	超過修正期限 11 個月完成修法	營利事業所得稅查核準則第三十六條之一第二項	公司之資金貸與股東或任何他人未收取利息，或約定之利息偏低者，應按當年一月一日所適用臺灣銀行之基本放款利率計算利息收入課稅。稽徵機關據此得就公司資金貸與股東或他人而未收取利息等情形，逕予設算利息收入，課徵營利事業所得稅。上開規定欠缺所得稅法之明確授權，增加納稅義務人法律所無之租稅義務。	財政部賦稅署 所得稅組

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

裁量	修法	釋字	修改時間 (月)	受檢討的行政命令	案 由	受訪者所屬 機關單位
無	有	619	在限期失效 到期前兩個 月完成修正	土地稅法施行細則 第十五條	將非依土地稅法第 6 條及土地 稅減免規則規定之標準及程序 所為之地價稅減免情形，於未 依 30 日期限內申報適用特別 稅率之原因、事實消滅者，亦 得依土地稅法第 54 條第 1 項 第 1 款規定，處以罰鍰，增加 法律所無之裁罰對象。	財政部賦稅屬 財產稅組
		484	解釋公告當 天即發佈函 釋宣布該函 釋停止適用	台財稅字第三六八 八九號	指示稅捐稽徵機關得暫緩就申 報案件核發納稅通知書，致人 民無從完成納稅手續憑以辦理 所有權移轉登記，妨害人民行 使財產上之權利。違反同條例 第十八條第一項規定。	財政部賦稅署 財產稅組
		638	解釋公告後 兩個月完成 修正	公開發行公司董 事、監察人股權成 數及查核實施規則 第八條	母法（證券交易法）並未規定 違法該法第 26 條第二項的處 罰對象，而查核實施規則則逕 行規定處罰全體董事或監察 人，或以法人身份當選之個人 或法人；因涉及人民權利之限 制，依裁罰法定主義應由法律 具體授權。上開規則未經法律 授權，故有違法律保留原則。	金管會證期局 證券交易組
		423	解釋公告後 四個月完成 修正	交通工具排放空氣 污染物罰鍰標準第 五條	原命令以到案時間為標準，提 高罰鍰下限之額度，與母法授 權之目的未盡相符。且有違法 律保留原則。	環保署空保處 第三科
		568	解釋公告五 年後完成修 正	勞工保險條例施行 細則第十八條	逾越勞工保險條例授權訂定施 行細則之範圍	勞委會（現勞 動部勞動保險 司） 勞保局保費組
		479	解釋公告後 六年完成修 正	社會團體許可立案 作業規定第四點	規定人民團體應冠以所屬行政 區域名稱之規定，逾越母法意 旨	內政部社會司 （現合作及人 民團體司籌備 處社會團體 科）

裁量	修法	釋字	修改時間 (月)	受檢討的行政命令	案 由	受訪者所屬 機關單位
無	有	406	解釋公告後 十一年完成 修正	台內營字第二一三 三九二號函釋	都市計畫法第 17 條第 2 項但 書規定，「主要計畫公布已逾 兩年以上，而能確定建築線或 主要公共設施已照主要計畫興 建完成者，得依有關建築法令 之規定，由主管機關指定建築 線，核發建築執照」。該函認 定應擬定細部計畫後，始得申 請建築使用。已逾越首開規 定。	內政部營建署 都市計劃組

資料來源：本研究整理

附錄二：本研究分析之大法官解釋文字號

有修改裁量個案						
210	222	247	397	417	426	441
455	457	496	501	542	722	
無修改裁量個案						
218	273	274	280	289	291	294
313	316	324	337	350	363	367
380	390	394	399	400	402	406
415	422	423	425	440	443	451
454	456	474	478	479	484	492
505	514	529	532	562	566	568
570	581	586	598	602	609	619
625	638	640	642	650	657	658
661	674	692	696	705	707	710
711	713	715	723	724	730	734
739	756	765	776	778	779	798

資料來源：本研究整理

Bureaucratic Discretion under Judicial Review: A Study of Bureaucratic Rule-making on Unconstitutional Rulings from the Perspective of Transaction Costs

Yu-Chun Lin*

Abstract

There is a lack of empirical studies investigating the effectiveness of judicial review on bureaucratic control in the public administration literature. To provide empirical evidence, this study surveyed the amendments of the administrative rules that were judged illegal by the Supreme Court in Taiwan from 1950 to 2020 in order to evaluate the court-administrative-rules relationship. Totally 90 cases were analyzed based on the discretionary space decided by the Supreme Court, and how the discretionary space impacted administrative agencies' decisions on when and how to amend the illegal rules. This study found that although most rules were amended as the Supreme Court requested, they were only amended after the judicial deadlines. Judicial review had limited effect on bureaucratic control because of bureaucratic self-interest orientation and the Supreme Court's lack of authority to track the amendments after the rulings. Based on the findings, this study developed a model of administrative agencies decision making pattern to describe and explain their strategies in the game with the Supreme Court.

* Assistant Professor, Department of Public Administration and Policy, National Taipei University, e-mail: yuchun@mail.ntpu.edu.tw.

司法審查下的官僚裁量權：從交易成本觀點檢視大法官解釋對違法行政命令修訂的影響

When administrative agencies dissented from the Supreme Court's rulings or believed costs to amend were too high, they may delay amendment to gain more opportunity to negotiate or to figure out new solutions. In sum, administrative agencies tend to respond the Supreme Court with the "minimum cost combination" to maximize their own interests. To achieve the equilibrium in the game of administration and judicial, incentives other than legal requirements for administrative agencies are needed.

Keywords: bureaucratic discretion, judicial review, transaction costs, administrative rules amendment, court-administrative-rules relationship

