

法學議題的實證研究途徑—— 回應〈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〉*

紀和均**

壹、前言

法律學與其他學科之間的科際整合，早以成為法學本土化或在地化的重要方式，特別是立法者立法、行政機關執行與法院裁判都會直接或間接影響民眾的生活方式與行為傾向，而成為科際整合的主要議題。本文就林俞君於《公共行政學報》第 62 期中的〈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〉一文，從法學觀點進行對話，將著重於目前主流的法學方法

特約邀稿

對話文章：林俞君（2022）。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。《公共行政學報》，（62），1-41。

* 「舊司法院大法官審理案件法」（以下簡稱舊法）於 2018 年 12 月 18 日修正為「憲法訴訟法」（憲訴法），並且在 2021 年 1 月 4 日正式施行，本文就命令違憲審查之討論，除有引述舊司法院大法官審理案件法之需要時，均以現行法為依據，在此合先述明。

** 紀和均為國立中興大學國家政策與公共事務研究所助理教授，email: chihochun@nchu.edu.tw

論——法釋義學、行政命令的裁量權，以及法學應然面與實然面的差距拉近，描述法律實證研究可以達成的功能與缺失。林俞君教授利用社會科學方法論的量化研究方法，搭配交易成本理論做為架構，嘗試回答當一個法規命令遭到大法官解釋宣告違憲無效後，行政機關平均會花多少時間去修正違憲法規命令。這涉及到行政機關制定法規命令是否享有裁量？尤其是行政機關是否可自行決定何時是適當修正的時機。對於法學研究而言，確實是很貼近實務運作的重要議題。

貳、法律實證研究之興起

近年來跨國法制研究中，常常出現運作社會科學方法論的研究取向，主要是希望利用實際蒐集的資料或樣本，採用數據化或圖像化的呈現方式，一方面可以對照「文本」(text)的規範面向，減少僅以文本為唯一詮釋基礎而過於狹隘的「文本主義」(textualism)，另一方面也成為法制繼受國家承繼先進國家法制後，可以進一步探索「先進法規範」的落實程度，又或是改變社會現況的「實際效力」，簡言之，事後(a posteriori)檢視法制繼受的「可行性」(feasibility)。

法律實證研究的興起，很大程度是圍繞一個重要的課題：法律學是科學還是學科？若是科學的話，應該要有足夠的樣本聚合或事實描述，得以做為反複驗證立法者的立法目的成立與否？並且可以有概念的演繹可能性，只要有相同的條件，足以有相同或相近的結果，從法制容易推廣或複製到其他國家；相反地，若是學科概念，法律文件似為文學創作，立法者是以主觀價值做為規範目的取決標準，著重於價值判斷的獨特性，無法放諸四海而皆準，無論是先進國家或繼受國家都是法制的創始者，彼此之間的客觀條件關連性很薄弱，僅僅是主觀價值的互相呼應。

無疑地，這樣的研究核心問題，確實衝擊到典型的法律研究方式，特別是法律文本不能也不該僅是文學創作，更重要的是立法者的主觀價值也不能流於自以為是，以免落入二十世紀初「價值相對主義」的虛空態度。這就必須要重新思考典型的法律研究取向，即「法釋學」(rechtsdogmatisch)的觀點。

一、法釋學研究典範

法釋學的起源於哲學「詮釋學」(hermeneutica)，最早出現在如何聖經文本的解釋方式，近代是以 Gadamer 的精神科學的詮釋學，其認為理解本身不可看作主觀性的行為，而是透過傳承事物溝通過去與現在的仲介，這也就是傳承事物與解釋

者之間的互動（吳庚，2004）。經過不斷的教化，每個人對於傳承事物會產生一種共同性。進入到法律詮釋學領域後，法學家與法史學家的區別在於，前者須就具體個案掌握法律的意義，並適用於特定個案，法學家雖然也要對法律文本有歷史性的解釋，但這種理解只是為了適應當前生活現實的需要，負有建立法規適用的義理（體系理論）的特殊任務（吳庚，2004）。既然以法律條文為觀察標的或客體，必須要有做判斷的最初標準，取決於「規範」（norm）。法理上，規範可以有多種觀察面向，從社會學角度，規範是一群人組成社會共同體後，彼此同意或且共識而反覆施行的行為準則；又從語義學角度，規範是一個連結構成要件與事後效果的應然語句，包含了「禁止」、「誡命」或「許可」等概念。社會上存在多種規範，例如道德、宗教、習俗與法律。法律與前三者不同之處在於，法律具有「強制力」，任何人違反法律時，國家有權強制其遵守法律，而不須考慮其遵守與否的意願性。規範要彰顯共同體的共識價值或原初目的，才能形塑「禁止」、「誡命」或「許可」規範。價值目的常常是「正義」、「公正」、「基本人權保障」、「民主共和」或「法治精神」等等。價值目的的實踐與內容的填實，透過立法權、行政院、司法權、考試權與監察權等憲政權力去貫徹。

法律規範的形成，最重要是立法者的立法行為。然而，立法者在立法之初，或許是受限於時間環境，又或許是相關法律概念不明確，更或許是隨著事實變遷，其制定的法律須要透過法律解釋，才能確立其內涵，整合成體系，適應社會生活的需要。因之，法律解釋成為法學研究的重要環節，若是無法正確解釋法律，亦將無法正確適用法律（李太正等人，2022），要「理解」法規必須發掘其中包含的評價及該評價的作用範圍。規範適用則要求，應依規範評價待判斷的事件，換言之，在判斷事件時，應將規範包含的評價依其意義付諸實現（拉倫斯，2022）；出於相同脈落，法律學的研究取向，長期專注於法釋義學的領域，係指針對個別法律或法條，就其條文的文義內涵、立法的過程與理由、制度設計的目的，以及條文之間的連動，進行分析，形成四種基本的解釋方法，包括有：文義解釋、歷史解釋、目的解釋與體系解釋。另外，我國法制絕大部分非固有自發而生，卻是吸收、模仿國外先進國家的制度，屬於「繼受國」；換言之，我國的法律制度並非一開始就是從回應自身現實生活而制定，而是比較先進國家的法制後，認為其法制較優越，直接參考後制定相同或相似的法律。比擬或對比我國法與外國法亦成為制定、修改或刪除法律的重要功能，自然而然重視第五種的「比較法解釋」。

二、實證法的出現

法釋學的重要性在於，逐漸擺脫「自然法」(ius natural, Le droit naturel)思想，專注於現存法律的分析，走向「實證法」(ius positum, Le droit positif)。早在18世紀，孟德斯鳩撰寫名著「論法的精神」(De l'esprit des lois)，就已經明白表述，法的出現是「感知」(le sentiment)，感知到自然環境中人類生活需求，而構成自然法，進而人類從自然狀態下進入「政治共同體」(political community)——國家時，人人之間的互動機率大增，而出現各種摩擦，需要有共同體成員同意的行為規範，這就是實證法。實證法不是純然人類意識的產物，同時亦受到所處環境的內外因素影響；申言之，不再偏執於尋求永恆不變的真理，而是回歸社會共同體的需求，以社會共同體所施行的法律為依歸，解析其構成要件、立法目的與法律效果，就法論法。使得法律更能適應每個社會共同體的內外環境，而不會與社會運作脫節，總結其核心在於「應然」(prescriptive or normative statements)的認定。

法釋學對於法學進步與穩定的功能與價值，早為法學界所認可，並且持續深研。進而衍生新的議題，既然法律的作用在於儘可能回應社會生活的需求，若僅僅是確認應然面的行為規範，卻沒有探尋「實然」(positive or descriptive statements)面上社會生活的需求或是沒有追蹤法律制定後的實施情況，似乎難以證明應然面行為規範的正當性，而且隨著資訊社會變遷越來越加速，應然面與實然面的差距亦越來越遠。因之，法學研究開始興起確定實然面的討論，同時援引社會科學方法論，做為填補法釋學的不足。採取社會科學方法論的研究取向，亦稱為「實證法律研究」(empirical legal research)，係指運用觀察與實驗蒐集其觀察證據或資料可以量化或非量化的呈現(Epstein & Martin, 2014)。實證法律研究不必然是量化分析，亦可以是質性研究，期待可能蒐集充足的現實資料或證據，或是推論法律制定、修改與廢止或是個案法律適用上的因果關係，又或是覺知相關利害關係人適用法律時的考量因素與實際評價，以佐證法律的實然正當性。此外，實證法律研究的功能亦在於成為法律學與其他社會科學溝通或橋接的新通道，採納雙方都熟悉的研究方法為論述基礎，一方面減少不同方法論下對於證據或資料蒐集的爭議，另一方面法律適用或施行的實際態樣，得以更具體的呈現，讓民眾更能了解。

總之，人類是先感知到自然環境下求生所需的規則，構想了自然法，又在進入國家之後，出現規範愈來愈多的成員互動需求，同時受到意識與現實的引導，創設

了實證法；實證法的解釋不是盲目陳述，相反地，需先確立法意識的價值取向與共通解釋方法，形成了法釋義學。然而，生活事實的變遷可能導致法律規範與真實現象有相當大的落差，因此，透過社會科學方法論中的質性研究或量化研究探尋變遷的因素，逐步縮小落差，成為新型態法學研究路徑，以輔助法釋義學的解釋方向。

參、命令違憲審查制度

歐陸法系國家的基本特徵之一在於，係以成文法做為法治架構，並且深受奧地利法學家 Hans Kelsen 建構的「法規位階理論」（*Der Stufenbau der Rechtsordnung*）之影響，將成文法規範的優先順序排定為：憲法→法律→命令→地方自治規章；彼此層層相疊形成一座金字塔型的規範秩序（吳庚、盛子龍，2020；陳清秀、詹鎮榮，2020）。這樣的規範秩序包含有兩種意義：一、上位階法規範授權下位階法規範，具有效力優先性，換言之，下位階法規範不得牴觸上位階法規範，逾越授權的範圍；二、下位階法規範具體化上位階法規範的指示，具有適用優先性，簡言之，具體事件要應用法規範時，應該先採用下位階法規範，不該直接訴諸抽象的上位階法規範。法規位階理論不只是法學理論，更是被援引且明定在憲法第 171 條：「法律與憲法牴觸者無效。（第 1 項）」與憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」兩憲法條文明確設定構成要件與法效果，屬於規範性條文，各憲政機關——包括總統、行政院、立法院、司法院、考試院、監察院與地方自治團體、均有遵守的憲法上義務。制憲者確保各憲政機關遵守法規位階理論，授權司法院大法官解釋法律或行政命令是否牴觸憲法，若有牴觸可以宣告違憲無效，建立「違憲審查機制」（參考憲法第 78 條、憲法第 171 條第 2 項、憲法增修條文第 5 條第 1 項）。

各級受訴法院（民事、刑事、行政法院）審理具體個案時，察覺到必須適用的有牴觸憲法之虞時，不能自行裁定不適用或是宣告無效，只能依照憲法訴訟法第 55 條：¹「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」聲請憲法法庭進行違憲審查，審查後憲法法庭公布判決結果。

¹ 各法院在審理具體案件時，依其合理確信認定應適用之法律或命令有違憲之虞，向憲法法庭聲請裁判，屬於具體規範審查類型。

換言之，法律的違憲審查制度是專屬於憲法法庭，採行「集中制」² 或「獨占制」（李惠宗，2022）；相反地，舊法第 5 條第 3 項規定受訴法院若認為具體個案中應適用的行政命令，包括法規命令與行政規則，有違憲之虞時，可以消極地不予適用，卻不能竟自宣告無效，應向司法院大法官聲請釋憲（參照司法院釋字第 371 號解釋、第 572 號）；司法院大法官審理後給予合憲與否的解釋。簡言之，舊法時期行政命令違憲審查部分，司法院大法官與各級法院分享違憲審查權，兩者差別在於前者有權宣告行政命令違憲無效，後者僅能在個案中不予適用，該行政命令依舊存在。然而，這樣的制度在憲訴法施行後，因為憲訴法第 55 條已經刪除各法院就行政命令聲請憲法法庭進行違憲審查標的資格，所以各法院在審理具體個案中，發覺行政命令違憲有虞，得直接在個案中不予適用之³（陳清秀、詹鎮榮，2020）。

憲訴法第 38 條規定：「判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務。（第 1 項）」、「前項規定，於憲法法庭所為之實體裁定準用之。（第 2 項）」與同法第 39 條規定：「對於憲法法庭及審查庭之裁判，不得聲明不服。」已經正式確立憲法法庭的裁判具有個案的終局裁判效果（李惠宗，2022；陳新民，2022）。換言之，憲法法庭的實體事實的裁判如同一般法院的裁

² 司法院釋字第 371 號解釋理由書：「各國情況不同，其制度之設計及運作，雖難期一致，惟目的皆在保障憲法在規範層級中之最高性，並維護法官獨立行使職權，俾其於審判之際僅服從憲法及法律，不受任何干涉。我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近。」

憲法第 171 條規定：「法律與憲法抵觸者無效。法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之」，第 173 條規定：「憲法之解釋，由司法院為之」，第 78 條又規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」，第 79 條第 2 項及憲法增修條文第 4 條第 2 項則明定司法院大法官掌理第 78 條規定事項。是解釋法律抵觸憲法而宣告其為無效，乃專屬司法院大法官之職掌。」

³ 現行憲訴法針對行政命令違憲的聲請權人，只剩下中央最高等級的憲政機關與人民才能聲請憲法法庭裁判，前者依據憲訴法第 47 條：「國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。（第 1 項）」與「中央行政機關組織基準法所定相當二級機關之獨立機關，於其獨立行使職權，自主運作範圍內，準用第一項規定。（第 3 項）」；然而，若是該憲政機關可以自行排除該違憲行政命令時，應該自己修正或廢止，不得聲請裁判。（參照憲訴法第 47 條第 2 項）；後者被稱為「憲法訴願」，係指人民認為自己憲法保障的基本權利遭到侵害，即使已經用盡通常救濟途徑，依然未獲得勝訴終局裁判回復基本權利，得以該終局裁判或該裁判須適用的法規範違憲，聲請憲法法庭裁判，尋求基本權利救濟（參照憲訴法第 59 條第 1 項）。

判，取得既判力與執行力，並且享有最終的絕對的勝敗認定，產生對世效，⁴ 除有法律或事實的變遷，任何人不得聲請變更（參照憲訴法第 40 條）。憲法法庭的判決，可以大分為合憲判決或違憲判決，後者更可以再細分為：⁵

- 一、憲訴法第 52 條第 1 項前段：立即失效，係指判決宣告法規範違憲且應失效者，該法規範自判決生效日起失效。
- 二、憲訴法第 52 條第 1 項後段：溯及失效：判決宣告法規範違憲且應失效者，但主文另有諭知溯及失效者，依其諭知。
- 三、憲訴法第 52 條第 1 項後段：定期失效：判決宣告法規範違憲且應失效者，但主文另有諭知定期失效者，依其諭知。定期失效者，違憲法律不得逾二年，違憲行政命令不得逾一年（參照憲訴法第 52 條第 2 項）。

此外，憲法法庭使行法律或行政命令的違憲審查時，並非一視同仁，亦會參考涉及事項，例如基本人權、權力分立、經濟社會發展與事務的專業性，而有不同的標準，通常稱為「審查密度」，從嚴到寬分為三等級（吳庚、陳淳文，2023；李惠宗，2022；陳新民，2022）：

- 一、嚴格審查標準：立法目的是基於重要公共利益，其與施行手段，具有實質關聯性，並且採取的手段已經是最小侵害。
- 二、中度審查標準：立法目的是基於重要公共利益，其與施行手段，具有實質關係性。
- 三、寬鬆審查標準：立法目的是基於公共利益，其與施行手段，具有合理關性。

一般來說，涉及到人身自由、性別平等、限制訴訟權、限制言論自由，多採嚴格審查標準；財產權保障、猥褻性言論與商業性言論、執行稅法的行政措施，都為中度審查標準；社會經濟發展方向的議題，則大都採取寬鬆審查標準，給予政治部

⁴ 司法院釋字第 185 號解釋文：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 718 條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。行政法院 62 年判字第 610 號判例，與此不合部分應不予援用。」

⁵ 吳庚與陳淳文列舉釋憲機關的解釋或裁判的類型共有 7 種：單純合憲宣告、保留性合憲宣告、合憲非難、違憲但不失效、違憲並立即失效、違憲定期失效、代替立法者彌補滲漏洞的宣告。

門多一些運作空間。

因之，憲法法庭審查行政命令是否違憲時，會用一成不變的標準審查，即使最終宣告行政命令違憲時，也會考慮涉及的不同的標準審查下，給予不同效果的違憲裁判。換言之，大法官解釋或憲法法庭裁判常是純粹從憲法價值取決出發，而非確信已掌握各種行政事務的參考因素，因此，他不該也不能自行決定行政命令制訂內容；相反地，設定行政命令的立即失效或定期失效等「落日條款」，授權原行政機關有機會利用釋憲者明定的方向，重新檢視自己的缺失而修正行政命令。

肆、行政機關制定行政命令的裁量權

當一條法律條文同時有「構成要件」與「法律效果」兩個部分時，被稱為「完全法條」，其作用在於當行政機關或受訴法院審酌具體個案事實可以完全涵攝進抽象構成要件時，便立即可以推導出法律效果，此為法學三段論法的基本架構。然而，一條完全法條也可作為區分行政權與司法權的權限範圍的規定，構成要件部分是司法權的範圍，著眼於正確地解釋法律條文的涵義，法律效果則歸於行政權，由其就個案事件中，作出最為合適的法律效果的抉擇，此為「裁量權」（*le pouvoir discrétionnaire*）。若是法條結構來分析，一條完整法條應該連結兩個部分，前半部稱為「構成要件」，係指立法者所認定的一般化應考量的各項因素，後半部則是「法律效果」，強調符合一般化應考量的各項因素後，會對適用法律的對象產生何種強制效力。行政機關在適用法條於個案事實，構成要件須遵守法院的認定，因為這屬於事實能否貼近一般化考量的各項因素，除非有具專業性的事項，必須尊重行政機關的判斷餘地，不然，法院享有最終的認定權限；相反地，個案中當事人應該接受什麼法律效果，涉及當事人所處的環境條件，僅有第一線處理的行政機關最接近也最了解，因之，給予行政機關是否執行法律效果的「決策裁量」與各種不同效果時，選擇最適當的法律效果的「選擇裁量」。法院不能重現個案環境，也不比行政機關更了解事實，要尊重行政機關的裁量結果。

「裁量」（*le pouvoir discrétionnaire*），係指法律賦予行政機關自由選擇最適合執行其職權的決定，關係到適當性與採取手段的時機（Gaudemet, 2018； Petit & Frier, 2023）。申言之，裁量權行使之密度依法規之規定有強弱程度之區分。此乃立法者賦予行政機關自我負責為抉擇與決定的空間，亦被視為價值實現下之選擇行為（陳慈陽，2000）。行政裁量是所謂嚴格之法律從屬，且只限於法律事先規定之

法律效果之選擇⁶（陳春生，1996）；裁量權的賦予是期盼行政機關在面對具體個案時，選擇最合適的作法，以實現個案正義，讓當事人與利害關係人之公法上權利與公益之間的可以維持平衡。此外，裁量權的行使必須要遵守「合法性原則」（*le principe de la légalité*）（Gaudemet, 2018）。換言之，立法者利用法律授權行政機關享有「裁量權」，即是給予其彈性活動空間，存在價值判斷的認定，一般稱為「適當性」或「合目的性」能夠儘量貼近事實需要，回應個案正義。「裁量」又可以再區分為「決策裁量」與「效果裁量」；僅在行政機關於裁量過程中，出現了裁量瑕疵，即是「裁量逾越」、「裁量怠惰」及「裁量濫用」等不合法認定，受訴法院才得以進行合法性審查，不然，受訴法院都須承認行政機關的裁量是具合法性。

申言之，受到合法性框架的限制，行政裁量已不只是視為不受立法與司法影響之行政自由領域，而是執行法律所定目的之彈性領域（陳春生，1996）。現行行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合合法規授權之目的。」便是直接明文要求行政機關。申言之，裁量權是立法者給予行政機關自行選定其行為與否或效果採取的行動空間，必然連結到價值取向或價值判斷，除非有違法裁量的情況，司法權或行政法院就不能認定裁量有錯誤或有瑕疵，任意以自己的價值判斷取代行政機關原先的價值判斷。裁量瑕疵通認有三種：裁量逾越、裁量怠惰、裁量濫用，一但有裁量瑕疵出現時，行政機關已經違反合法性原則，則行政法院有權臧否行政機關的決定的合法性，即行政訴訟法第 201 條規定「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」因之，立法者也承認行政機關享有裁量權，以達成個案正義，行政法院不能任意介入，而應該要給予尊重，這是權力分立的要求。

如上所述，憲法法庭即使宣告行政命令違憲時，也不是均給予立即失效的裁判，而會配合相關事實，依憲訴法第 52 條規定宣告合適的裁判。必須要說明的是，當憲法法庭宣告行政命令違憲而定期失效時，並不是在期限內仍為合憲，只是為了給予立法者或行政機關修正的時間。實務上，最高行政法院就曾誤解定期失效的概念，而認定：

須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有

⁶ 陳春生說明行政機關另有「計畫裁量」，係指不少法律，只對行政機關行為授權及設定範圍，而未命令要求，亦有些法律只規定法律相關目的，而未明示授意行政機關之措施，這些形成行政，可以形成裁量來表示。（陳春生，1996）

溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。（節錄於最高行政法院 97 年判字第 615 號判例）

這樣的見解遭到司法院大法官的嚴斥：

本院宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨，然並不影響本院宣告法令違憲之本質。（節錄於司法院釋字第 725 號解釋理由書第 2 段）

行政機關面對憲法法庭宣告行政命令違憲時，負有立即或定期修正行政命令的法定義務，以符合「法治國原則」（L'État de droit），然而，實證研究之後發覺行政機關並非遭到違憲宣告後，就立即著手修正，平均要花上 28.8 個月，若再細分出定期二年失效時，僅花 21.12 個月，無修正期限，則要 34.56 個月（林俞君，2022）。實務上甚至拖延超過 11 年才修正或是一直不修正的失序情況。傳針對這種觀察結果，學說一方面承認行政機關享有修正行政命令的裁量，另一方面援引公共選擇理論的交易成本理論，論證行政機關行使修正行政命令的裁量的行為選擇或拖延選擇（林俞君，2022）。

此外，當上級行政機關或長官為了避免下級行政機關或屬官就其行使裁量，出現相同案件不同處理，或不同案件相同處理的困擾，常會援引行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款：「行政規則包括下列各款之規定：…二、為協助下級機關或屬官統一…行使裁量權，而訂頒之…及裁量基準。」稱為「裁量基準」。雖然統一裁量可以減少因人設事的困擾，但是不代表下級機關或屬官不得出於具體個案的需求，脫離裁量基準而行使個案裁量，例如小學生上學途中，走行人穿越道，俗稱之「斑馬線」，汽車駕駛人未停止禮讓，撞到該生造成受輕傷。警察機關按照道路交通管理處罰條例第 44 條第 4 項得裁罰 7,200 元到 36,000 元之罰鍰，警察機關會索引「違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則」第 2 條第 1 項與第 2 項規定與附件違反道路交通管理事件統一裁罰基準表的規定，給予汽車駕駛人 7,200 元的罰鍰處分，不過，若是車禍現場檢視後，發覺駕駛人根本沒有長剎車的減速痕跡，甚至有搶快通過的意圖，處理的員警得偏離裁罰基準，行使個案裁量權，直接給予高於

7,200 元以上的罰鍰處分。

學說上，亦曾將裁量的行使擴大到行政機關制定行政命令的適當性，稱之為「訂定命令的裁量」，認定此類裁量有三種特殊性：首先，從功能面觀察，可以發現命令的訂定是一種兼具法制定與法適用功能的特殊立法程序。其次，由於命令的訂定也是一般、抽象法規的創設，可說是一種實質意義的立法。最後，就行為主體的屬性觀察，訂定命令是行政機關所為的實質意義立法（許宗力，1999）。訂定命令的裁量，也會發生「是否」與「如何」訂定命令的疑問，應該採取嚴格的認定，既無授權裁量的明文，就不宜以裁量視之。即使視為裁量，如果法律目的或立法意旨整體而言沒有命令的輔助就無法執行，行政機關即有訂定命令的積極作為義務，捨此之外別無其他合法的選擇（許宗力，1999）。⁷ 換言之，當行政機關不能再自行認定制定命令的適當性，以免法律無從落實或施行時，就必須要制定命令，裁量權已經「名存實亡」，此時被稱為「裁量收縮至零」，實務上認定裁量收縮至零時，行政機關已經沒有不作為的空間，若依然故我，造成人民生命、身體及財產等法益受損時，負有怠於執行職務的不作為國家賠償義務。⁸ 不過，須有注意的是，即使行政機關已經到了裁量收縮至零的條件下，並不直接推論人民有請求行政機關制定行政命令的公法上權利。主要理由在於，唯恐一旦予以承認，將侵及行政機關的政策形成空間，有牴觸權力分立之虞，⁹ 僅在恐有違反平等原則的情況，例外被允許（許宗力，1999）。

此外，裁量的概念上，多數學說未納入時間因素，不過，行政機關無論「決定

⁷ 許宗力曾經從功能性途徑，就訂定命令的裁量應該注意的考量點做出整理（許宗力，1999）：以命令內容的規範屬認識行為或意志行為區分；以授權法是否屬聯結式規定區分；以應否經法律的授權區分；以有無經法律的授權區分；以法律的授權明確與否區分；以授權對象的層級區分；以授權對象是否屬獨立委員會區分；以有無經國會的參與區分；以是否屬「措施性命令」區分；以事務領域的不同區分。

⁸ 司法院釋字第 469 號解釋理由書：「倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。」

⁹ 國內有少數見解全面肯認當事人或利害關係人得依行政訴訟法第 8 條第 1 項提及一般給付之訴，請求行政法院判令行政機關制定行政命令，其理由如下：（盛子龍，2002）

(1) 即使在法律制定的規範裁量領域也有成立個人公權利的可能。

(2) 司法審查的介入並不當然就是侵犯行政機關的規範制定裁量權而有違權力分立。

裁量」或「選擇裁量」均有時間上裁量，意指行政機關為行政決定時期之裁量問題；涉及時間裁量須受到行政法院的合法性審查，若是行政法院認定已經過相當時間，則為裁量逾越（陳春生，1996）。最有名的例子是衛福部逾 20 年不提案修改藥事法且未核發中藥行執照，造成傳統中藥行拿不到合法執照而出現斷層，換言之，行政機關享有時間裁量，卻不該恣意濫用不作為，使行政命令長期虛懸，造成民眾的公法上權利的損失。總而言之，行政法學界早以確立行政機關制定行政命令的裁量權，使行政機關便於在符合法律授權的架構下，參考過去實務面對民眾的經驗，進而自行設定將來行政命令執行所需的因素。然而，行政裁量不是行政機關自行其是之「化外之地」，當出現無行政命令而人民無從實現其公法上權利時，即出現「裁權收縮至零」的情形，具有違法性。

伍、實證法律研究的運用與缺失

上述貳、參的論述是運作典型的法釋義學做為論證的依據。法釋義學遭到批判之處在於，即使告訴我們法規屬於人類行為舉止的標準，受規制者須接受法律的「令行」、「禁止」，卻又常常出現有些人得以權力、財富、人脈，甚至暴力，而脫免法律效果。換言之，欠缺實效性，甚至在某些情況提到法的「無力」時，就已經顯示：於此，我們所指的法顯然不是事實上被普遍遵守的行止規則（拉倫斯，2022）。簡言之，法律規範的強制遵守命題遭到挑戰或質疑。法律既為社會共同體的生活所需，產生「應然」與「實然」的差距，自然會有學說才想了解差距的因素或是縫合差距的可能性。

這些學說有從重新思考法理學方法出發，認為法理學方法有三種：經驗、分析與批判（顏厥安，2023），或是從國民整體的法意識與法文化著手（王曉丹，2011），也有透過研究方法的改變，學習經濟學中成本分析方法，利用法律經濟分析論證實現法的正當性（簡資修，2023）。近年來，受到美國法學研究思潮的影響，國內也慢慢出現以社會科學方法論為基礎，觀察法律擬定與法律施行的預期效果的達成性，找尋不同行為人或不同法律為何有相同或不同做法的差異事實。

實證法律研究途徑的採納，其主要因素在於（張永健，2019）：作為規範論證的實然基礎、衡量法的實效、描述法論證與法現象、發掘法制度相關行動者（如法官、律師）的行為模式（張永健，2019）。申言之，實證法律研究途徑期盼將原本充滿價值判斷的理念，例如公正、平等、自由、法治或人權等，轉化成可在生活中

觀察的現象，從這些現象的累積、分析，找到不同行為人或不同法律中出現什麼「關鍵因素」——所謂「自變項」(independent variable)，引導其後願意遵從法律規範或不願意遵從的「最終結果」——所謂「依變項」(dependent variable)，找到兩者之間的「因果關係」，細緻地說是「現行法律手段達成規範效果的機率」，消彌一些法律適用上的「偏見」(prejudice)，建立更貼近人民需求的法律制度。此外，若是找到合理的「因果關係」得推演到其他類似或相似的國家或法律，使得不同國家的比較法研究，不再流於口頭爭辯。

然而，法律實證研究取向亦有其缺失，法理上，實證法律研究途徑的優點就在於基於觀察所得的結果，可做為數據化或視覺化的表現，能夠讓其他研究學者或學群重複驗證其「關鍵因素」、「最終結果」與「因果關係」，符合科學的概念，然而，其優點也常會是缺點，係指現存當事人或利害關係人遵守與否的現象，其實也是現行生活內外因素交互作用，而引導的結果，到底單一因素具有更大的影響性，值得不斷思考 (Epstein & Martin, 2014)，甚至有時候觀察到的「假性關係」(spurious relationship)，並不是直接性，而是間接性，即存在「第三變項」或「中介變項」(intervening variable)，不必然建立因果關係 (Babbie, 2016)。更值得思考的是，公正、平等、自由、法治與人權等價值，係一種共同生活體中成員具有的「共識」(consensus)，真的能化約成一項一項的可操作型定義，成為詢問當事人或利害關係人的個別問題嗎？仍有待更深層的探討。

其次，主觀價值本就存在社會生活之中，一味地否定主觀價值的重要性，表面上是客觀的「讓事實說話」，而這些「說話的事實」本身亦來自於實證研究者的好惡取向下的篩選或劃定，用更白話的說法，來自於有意識的「截圖」，真能完全客觀決斷，實有所疑慮。甚至全面性的客觀取向會不會亦是另一種的「教條主義」(dogmatism)。或許公正、平等、自由、法治與人權是一種理想，又或是一種行政法上的「不確定法律概念」，然而，我國釋憲實務上，並未否定不確定法律概念，反而是肯認其存在的正當性與必要性，例如大法官釋字第 432 號解釋文：

法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由

司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。

由此可知法律解釋與適用的過程中，本來就會有主觀價值判斷之處，強行認為主觀判斷無法重複驗證或找不到因果關係就認定是有所違誤，恐有「見樹不見林」之憾。此外，法律實證研究喜於用經濟理性角度看待法律制度，將成本效益帶入法律的創設、修改與刪除，確實有助於國家整體資源的合配分配與利用，即「錢花在刀口上」，然而，如同前述法律會受到內外因素的影響，再加上人類有適應環境的本能，有時候過度在乎益本分析時，無意間鞏固現有法制的正當性，因為利害關係人之間已經出現利害衡平現象；我們卻無法保證表面上的利害衡平現象是不是代表著實質上利害關係人的公法上權利都獲得滿足，或是至少沒有強欺弱的惡果。

陸、結論

任何的法學研究都不能否認法釋義學的正當性與效用，其成為法律適用的基本始點，不能任意逸脫法釋義學的方法論。其核心理論在於，維持人民對於法律的可預見性，保持法安定性，減少法律適用的劇烈變動，造成人民對於自身生活無法合法與合理安排。法安定性是憲法上基本原理之一，司法院大法官（現在是憲法法庭）多次以法安全性做為保障基本人權的理由，例如司法院釋字第 574 號解釋理由書：

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。（第 4 段）

立法者都必須要遵守法安定性原則，沒有重要公益為由，不能恣意進行法律的

制定、修正或廢止。然而，法安定性並沒有保證當事人得主張現行法的永恆不變，例如司法院釋字第 781 號解釋理由書：

又任何法規皆非永久不能改變，受規範對象對於法規未來可能變動（制定、修正或廢止），亦非無預見可能。立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，在無涉法律不溯及既往原則之情形下，對於人民既存之權益，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。然就授予人民權益而未定有施行期間之舊法規，如客觀上可使受規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。且於變動時，為目的之達成，仍應考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之手段，始無違信賴保護原則與比例原則（第 76 段）

法釋義學較難直接簡潔訴明法規變動的實際需求，相較之下，實證法律研究途徑確能找到人民無論是遵守與不遵守法律的規定真實行為，而佐證人民可預見性的表現，進而成為法規可行性評估的重要依據，進而做為法律修正或廢止的起點，而能進一步推動法律回應人民需求的動力。因之，實證法律研究途徑得突破長期偏好法釋義學架構下，太過僵化的法律適用，而使得人民愈來愈不能理解為何法律偏離自己生活，具有橋接「應然」與「實然」的功能。事實上，十八世紀的法國法儒孟德斯鳩就是觀察與整理法制運作與法律適用的英國國會經驗——即然他觀察的現象是錯的——，去蕪存菁成為憲政主義中核心概念之一的「權力分立」（la séparation des pouvoirs）。因之，法釋義學與實證法律研究途徑不但不是互相否定，彼此搭配早就是法學家深刻在骨子裡的作法。

參考文獻

- 王曉丹（2011）。法院民事調解的歷史社會意義——以 K 縣法院親鄰土地案件為例。《元旦法學雜誌》，（192），108-131。[Wang, H.-T. (2011). The historical context of civil mediation: Land cases as examples. *The Taiwan Law Review*, (192), 108-131.]
- 卡爾·拉倫斯，陳愛娥譯（2022）。《法學方法論》。五南出版公司。[Larenz, K. (2022). *Legal methodology*. Wu-Nan Book Inc.]
- 李正太、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安、陳昭如、王照宇、徐崑明

- (2022)。法學入門(17版)。元照出版公司。[Lee, T.-Z., Wang, H.-N., Fa, C.-P., Chen, L.-S., Huang, Y.-S., Yen, C.-A., Wang, C.-Y., & Hsu, K.-M. (2022). *An introduction to jurisprudence* (7th ed.). Angle Publishing.]
- 李惠宗(2022)。憲法要義(9版)。元照出版公司。[Lee, H.-Z. (2022). *Constitutional law* (9th ed.). Angle Publishing.]
- 吳庚、陳淳文(2023)。憲法理論與政府體制(增訂八版)。三民書局。[Wu, G. & Chen, C.-W. (2023). *Constitutional theory and government* (8th ed, Rev.). Sam-min Book Inc.]
- 吳庚、盛子龍(2020)。行政法之理論與實用。三民書局。[Wu, G & Sheng, T.-L. *Administrative law: Theory and practice*. Sam-min Book Inc.]
- 吳庚(2004)。憲法的解釋與適用。三民書局。[Wu, G. (2004). *Constitutional interpretation and application*. Sam-min Book Inc.]
- 林俞君(2022)。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。公共行政學報，(62)，1-41。[Lin, Y.-C. (2022). Bureaucratic discretion under judicial review: A study of bureaucratic rule-making on unconstitutional rulings from the perspective of transaction costs. *Journal of Public Administration*, (62), 1-41.]
- 盛子龍(2002)。行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探。載於翁岳生教授祝壽論文編輯委員會(編)，當代公法新論(下)(頁193-213)。元照出版公司。[Sheng, T.-L. (2002). xing zheng susongfa shang qingqiu fagui mingling zhiding zhi su chutan. In weng yue sheng jiaoshou zhushou lunwen bianji weiyuanhui (Ed.), *Modern theories of public law revisited* (pp.193-213). Angle Publishing.]
- 張永健(2019)。法實證研究：原理、方法與應用。新學林出版公司。[Chang, Y.-C. (2019). *Empirical legal studies: Principles, methods, and applications*. Sharing Publishing.]
- 許宗力(1999)。憲法與法治國行政。元照出版公司。[Hsu, T.-L. (1999). *xian fay u fazhiguo xingzheng*. Angle Publishing.]
- 陳春生(1996)。行政法之學理與體系(一)。三民書局。[Chen, C.-S. (1996). *xingzhengfa zhi xueli yu tixi*. Sam-min Book Inc.]
- 陳清秀、詹鎮榮(2020)。行政法的法源。載於翁岳生(編)，行政法(頁135-195)。元照出版公司。[Chen, Q.-X., & Chan, C.-J. (2020). xingzhengfa de fayuan. In Y.-S. Weng, (Ed.), *Administrative law* (pp.135-195). Angle

Publishing.]

陳新民 (2022)。憲法學釋論 (增訂十版)。三民書局。[Chen, X.-M. (2022). *Constitutional law* (10th ed, Rev.). Sam-min Book Inc.]

陳慈陽 (2000)。行政裁量與不確定法律概念。載於臺灣行政法學會 (編)，*行政法爭議問題研究 (上)* (頁 449-472)。五南出版公司。[Chen, T.-Y. (2000). *xingzheng cailiang yu buqueding falu gainian*. In Taiwan Administrative Law Association (Ed.), *xingzhengfa zhengyi wenti yanjiu* (pp.449-472). Wu-Nan Book Inc.]

顏厥安 (2023)。經驗、分析與批判——對法理學方法論問題的初步思考。載於翁岳生等人 (編)，*法學研究方法論：基礎法學編* (頁 77-115)。元照出版公司。[Yen, C.-A. (2023). *jingyan fenxi yu pipan dui falixue fangfalun wenti de chubu sikao*. In Weng, Y.-S. (Ed.), *faxue yanjiu fangfalun jichu faxuebian* (pp. 77-115). Angle Publishing.]

簡資修 (2023)。法律經濟分析方法論。載於翁岳生等人 (編)，*法學研究方法論：基礎法學編* (頁 243-265)。元照出版公司。[Chien, T.-S. (2023). *falu jingji fenxi fangfalun*. In Weng, Y.-S. (Ed.), *faxue yanjiu fangfalun jichu faxuebian* (pp. 243-265). Angle Publishing.]

Babbie, E.R. (2016). *The practice of social research* (14th ed.). Cengage Learning.

Epstein, L. & Martin, A. (2014). *An introduction to empirical legal research*. Oxford university press.

Gaudemet, Y. (2018). *Droit administratif* (22th ed.). L.G.D.J.

Petit, J. & Frier, P.-L. (2023). *Droit administratif* (17th ed.). L.G.D.J.

