

第四章 研究分析

第一節 量化資料分析

壹、整體分析

為瞭解大法官解釋對行政機關修改法令之裁量，本研究首先篩選出經大法官解釋宣告違憲，且法律層級屬於行政命令、行政規則之法令共 66 筆，後依照各筆解釋所使用的文字判斷為行政機關無修改裁量或有修改裁量之解釋，將案例分類。再透過各機關網站之法令函釋查詢、全國法規資料庫、最新法令彙編等資料，確認該項法令的修法情形；如有經查未修改法令者，則透過該機關之首長電子信箱去信確認³。經上述方法蒐集、統計，66 筆案例中，共有 14 筆為有賦予行政間裁量權之大法官解釋，其意義係以大法官指導立法為重；未賦予行政機關裁量權、宣告該條法令應失效者共 52 筆。此 66 筆個案，分佈於中央與地方共 15 個機關，其中除台北市政府為地方政府之外，其餘 14 個機關皆為行政院部會層級主管。當中以財政部主管之法令共 22 筆遭宣告違憲最多，其次為內政部之 19 筆，其餘各機關皆在 5 筆以下，更有 6 個機關僅有 1 筆個案遭判違憲。

³ 其中數筆財政部主管之法令函釋，遭回信應自行至財政部網站「新頒賦稅法令釋函公告及檢索系統」查詢。經筆者再度去信說明筆者所欲詢問之法令函釋，皆為該系統查無修改紀錄者，仍未獲得正面回應。故該些法令函釋以「查無修改紀錄」計，納入「未修改」之類。

表 9 各主管機關個案統計

| 主管機關 | 有行政裁量 | | 無行政裁量 | | 總計 |
|-------|-------|-----|-------|-----|----|
| | 未修改 | 有修改 | 未修改 | 有修改 | |
| 財政部 | 3 | 4 | 4 | 11 | 3 |
| 銓敘部 | 0 | 1 | 0 | 4 | 0 |
| 交通部 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| 教育部 | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 |
| 經濟部 | 1 | 0 | 0 | 2 | 1 |
| 內政部 | 0 | 0 | 0 | 19 | 0 |
| 金管會 | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 |
| 新聞局 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| 環保署 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| 人事行政局 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| 台北市政府 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 |
| 勞委會 | 0 | 0 | 0 | 3 | 0 |
| 退輔會 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| 衛生署 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| 公交會 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| 總計 | 5 | 9 | 5 | 47 | 66 |
| | 14 | | 52 | | |

資料來源：本研究整理

貳、依大法官釋憲的拘束力分析

大法官之解釋，可分為行政機關「無修改裁量」與「有修改裁量」之解釋。其中無修改裁量者，係直接宣判某法規立即失效，或限期失效；有修改裁量者，則接近大法官指導立法，並無直接判定某法規失效，而是以「應檢討修正」等字眼呈現，但仍是違憲宣判。本研究依大法官解釋效力之差異，將個案分類，並與修正與否進行交叉比對，以釐清大法官解釋之效力是否對行政機關修改命令、規則之行為有所影響。

表 6 所呈現之分析結果顯示，大法官所做之無修改裁量之解釋，至今只有 5 筆個案未完成修正，其餘皆已依照大法官解釋之意旨修訂，其修改之比率超

過九成；而有修改裁量之大法官解釋，亦有超過半數以上進行修正。然而，若對此結果進行卡方檢定，其 p 值為.016($<.05$)，顯示大法官是否賦予行政機關裁量權，對行政機關的修改命令的行為確有影響。因此整體而言，大法官若對行政命令、規則進行違憲宣告，行政機關多會正視該解釋並進行修改，而且若大法官未賦予行政機關裁量空間，除了宣告違憲之外，同時表示「不予適用」、「不應援用」、「立即失效」等，行政機關修改命令的可能性更高。

表 10 解釋效力與修正與否之交叉分析

| | | 是否修正 | | 總和 |
|----------|---|---------|---------|----------|
| | | 否 | 是 | |
| 行政裁量 | 有 | 5(8%) | 9(14%) | 14(21%) |
| | 無 | 5(8%) | 47(71%) | 52(79%) |
| 總和 | | 10(15%) | 56(85%) | 66(100%) |
| $p=.016$ | | | | |

資料來源：本研究整理

參、依大法官釋憲是否有限期修正分析

一、行政裁量有無與修改期間長短

若僅以行政機關之修改命令、規則之「結果」來判斷大法官解釋對行政機關立法裁量之影響，則如同本文上述—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，則可發現並不盡然。

本研究依照所查得之行政機關命令、規則修改之公告時間⁴，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 25.73 個月完成修改，歷時超過兩年；最大值為 132 個月，顯示該案例修改法令所費時間超過十年。圖 4 之分佈圖顯示，於兩年內完成命令、規則之修改者雖為多數，但修改時間超過兩年者亦有約三分之一，顯見行政機關修改命令、規則之時間成本可能超乎預期。若以行政裁量有無分析，無行政裁量的個案平均花費 22.95 個月完成法令修改，有行政裁量之個案所費時間稍長，為 38.63 個月。然而就推論統計而言，兩類案例修改法令所費時間並無顯著差別⁵($p=.400>.05$) (見表 13)。因此，大法官是否賦予行政機關裁量空間，並沒有顯著地加快行政機關完成法令修改的功效。

表 11 修法時間統計 (單位：月)

| | 平均數 | 標準差 | 最小值 | 最大值 |
|----------------|-------|--------|-----|-----|
| 整體(n=45) | 25.73 | 35.160 | 0 | 132 |
| 與修正時限之時差(n=23) | 12.78 | 23.132 | 0 | 80 |

資料來源：本研究整理

⁴ 在 56 筆有修改紀錄的命令、規則當中，有 11 筆未能查得修改之明確時間，故以遺漏值計。

⁵ 若將大法官解釋想像為一個無限延伸的母體，除了本研究範圍的 66 筆解釋，未來仍然可能產生無限多條解釋。若我們要以現有的資料，推估無限大的母體的樣貌，僅透過現有樣本的平均數、標準差等描述統計資料是做不到的，必須要透過推論統計的方式進行預測。在本研究中，推論統計的意義係在檢定兩個母體的平均數有多大的機率可能相等。只要兩者不相等的機率小於犯型一錯誤的機率（通常為 5%），那麼研究者會冒 5% 犯型一錯誤的機率，接受兩個母體的平均數無顯著差異。這也是為什麼有行政裁量與無行政裁量兩組母體的平均數雖然在描述統計上差異明顯，但經檢定後我們仍然認定這兩者無差異的原因。

表 12 行政裁量與修法時間長短（單位：月）

| 行政裁量 | 個數 | 最大值 | 最小值 | 平均數 | 標準差 | 平均數的標準誤 |
|------|----|-----|-----|-------|--------|---------|
| 有 | 8 | 127 | 0 | 38.63 | 47.725 | 16.873 |
| 無 | 37 | 132 | 0 | 22.95 | 31.987 | 5.259 |

資料來源：本研究整理

表 13 行政裁量有無與修法時間長短的獨立樣本 T 檢定

| | 變異數相等的 Levene 檢定 | | 平均數相等的 t 檢定 | | | | |
|--------------|---------------------|------|-------------|-------|-------------|--------|-----------|
| | F 檢定 | 顯著性 | t | 自由度 | 顯著性 (雙尾) | 平均差異 | 標準誤 差異 |
| 假設變異 數相等 | 4.412 | .042 | 1.148 | 43 | .257 | 15.679 | 13.660 |
| 不假設變 異數相等 | | | .887 | 8.410 | .400 | 15.679 | 17.674 |

資料來源：本研究整理

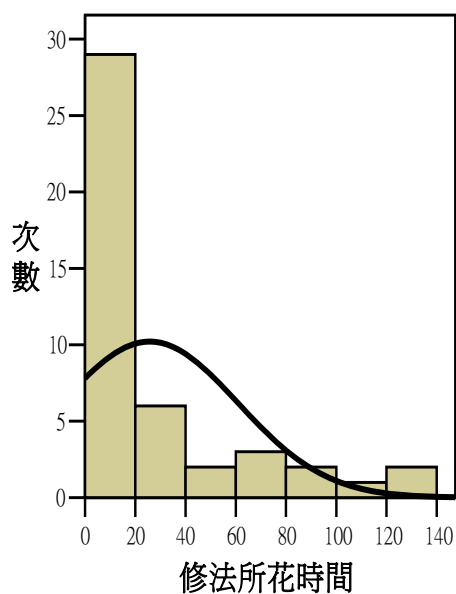


圖 4 修法所費時間

資料來源：本研究整理

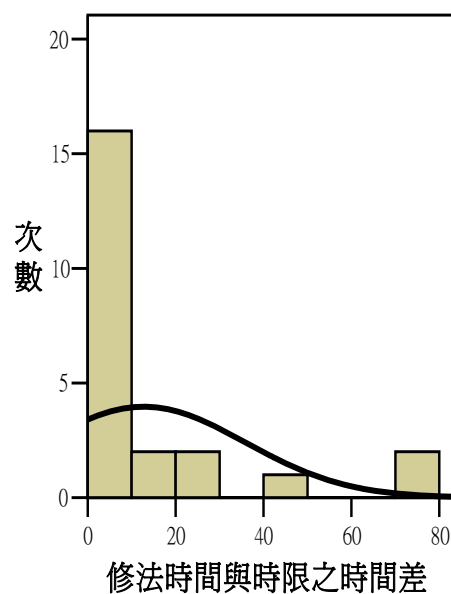


圖 5 修法時間與時限之差距

資料來源：本研究整理

二、修改期限有無與修改時間長短

大法官解釋有訂定修改期限者，係期待亦要求行政機關必須限期修正；然而依據本研究統計，大法官即使使用限期修正的手法，對於行政機關的約束效果亦不明顯。

表 14 呈現有修正時限與無修正時限兩組樣本的修改時間的統計量。從描述統計上來看，兩組的平均數確實有差別，且相差了近 10 個月；然而從無修正時限組的標準差高達 41.338 來看，表示該組資料的分散程度很大，可能因此影響平均數的呈現。

表 14 修正時限有無與修改時間長短

| 是否有修正時限 | 個數 | 平均數 | 標準差 | 平均數的標準誤 |
|---------|----|-------|--------|---------|
| 無時限 | 28 | 29.29 | 41.338 | 7.812 |
| 有時限 | 17 | 19.88 | 21.392 | 5.188 |

資料來源：本研究整理

進一步透過獨立樣本 T 檢定，檢定兩組樣本平均數是否真有差異，檢定結果呈現於表格 15。由於 Levene 的變異數相等檢定呈現顯著，表示兩組樣本的變異數不相等，因此本研究必須參酌「不假設變異數相等」的資料，其顯著性為 $.322 > .05$ ，表示兩者平均數無顯著差別。由此統計結果可知，雖然描述統計上兩組的平均數有明顯的差異，然而透過檢定，在推論統計上該假設卻無法獲得支持。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 15 修正時限有無與修改時間長短的獨立樣本 T 檢定

| | 變異數相等的 Levene 檢定 | | 平均數相等的 t 檢定 | | | | |
|----------|------------------|------|-------------|--------|----------|-------|--------|
| | F 檢定 | 顯著性 | t | 自由度 | 顯著性 (雙尾) | 平均差異 | 標準誤差異 |
| 假設變異數相等 | 6.916 | .012 | .867 | 43 | .391 | 9.403 | 10.841 |
| 不假設變異數相等 | | | 1.003 | 42.213 | .322 | 9.403 | 9.378 |

資料來源：本研究整理

三、行政裁量有無與是否超過修改期限

我們亦可透過大法官解釋是否給予行政裁量來分析行政機關是否在期限內修正的差異。大法官以無行政裁量的方式限期失效的個案，行政機關必須在限期之內完成法令之修改，此類個案共 23 筆。若在限期之內完成修法者（不論是否剛好等於修正期限或早於期限內完成），皆以時間差為零計，則此 23 筆個案之修法時間與時限之時間差平均為 12.78 個月，超過一年；其中時間差最大者，超過期限逾六年。

若以交叉表將大法官解釋之效力與是否超過修改期限進行比對，卡方檢定結果顯示 $p=.949>.05$ （見表 16），大於顯著水準，表示觀察值與期望值並無差異，顯示大法官解釋之效力對行政機關是否在期限內完成修法並無影響。

表 16 行政裁量與是否超過修改期限之交叉比對

| | | 超過修改期限 | | 總和 |
|----------|---|---------|---------|----------|
| | | 否 | 是 | |
| 行政裁量 | 有 | 1(4%) | 1(4%) | 2(9%) |
| | 無 | 10(43%) | 11(48%) | 21(91%) |
| 總和 | | 11(48%) | 12(52%) | 23(100%) |
| $p=.949$ | | | | |

資料來源：本研究整理

肆、小結

統計分析的結果已可以幫助回答本研究的第一個研究問題：行政機關的偏好是什麼？依照許宗力（1998）對訂定命令的裁量的分類，行政機關訂定命令的裁量表現在「是否」與「何時」訂定命令。從行政機關是否修訂命令的統計結果來看，大法官解釋對行政機關確實有顯著的影響力，而且若大法官使用無

行政裁量的方式進行解釋，對行政機關是否修訂命令的影響更為顯著。本研究可據此判斷，遵照大法官解釋意旨行事為行政機關認為應該從事的選擇。然而，若從行政機關選擇何時完成命令修訂的統計結果來看，大法官解釋對行政機關的影響卻不明顯。超過三分之一的個案使用了超過兩年的時間才完成命令修訂，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。換句話說，依從大法官解釋僅是行政機關「原則上」的偏好。因此，接下來我們要問的是：影響行政機關願意修法、但卻不見得在時限內修法，或是多年後才完成修法的原因為何？又為什麼可能有修法與不修法的差異？行政機關在進行「是否」與「何時」訂定命令的裁量時所思考的內容為何？以下將透過對法規主管機關的訪談進行研究分析。

第二節 訪談資料分析

政策主管機關若遭遇其主管的法規成為大法官解釋違憲法規，其選擇不出兩種：修改規定或不修改規定。若以法位階論之，行政機關理應無選擇空間；然而實際上，行政機關必定得選擇作為（修改規定）或不作為（維持現狀），無論是否合乎法律制度的要求。正由於依法行政對官僚而言是一個沒有討論空間的行事準則，過去的研究未檢驗司法體系判決對行政機關的影響；然而本研究結果卻發現，行政機關雖然尚稱尊重大法官的決議，其實際呈現的命令修改行為，不見得遵照大法官之意旨。

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。由於行政人員多以「業務繁忙」為由，希望直接於電話中回答問題，故本研究所有個案皆以電話訪談方式完成。由於電話錄音未經受訪者授權同意，以下分析僅由研究者轉陳、詮釋受訪者意旨，不直接引述錄音逐字紀錄內容。所有訪談個案皆以代號表示，隱匿受訪機關、單位、受訪者姓氏等直接可判讀受訪者身份之資

料；並省略所訪之解釋字號、受檢討之法規名稱，避免間接判讀受訪機關身份。

以下分析共分二大部分討論：(一)瞭解行政機關做出配合或不配合大法官解釋決定的原因；(二)做出配合決定的行政機關，通常會如何進行？是什麼原因影響完成命令修改的時間？

壹、是否修訂命令的裁量

一、為什麼配合修改規定？

本研究統計，至釋字 653 號為止，大法官共宣告 66 筆行政命令違憲的個案。在這 66 筆個案當中，其中 56 筆已經依照解釋意旨修正相關規定。本研究進一步針對部分個案進行電話訪談，發現行政機關不會直接以「因為大法官要我們修，我們就修」作為命令修訂的理由。除了配合大法官會議解釋的結論之外，必須存在其他足以說服行政機關的因素，才會直接導致行政機關積極修改規定；相反的，若行政機關找不到令自己信服的理由，則會選擇拖延擱置。依照訪談結果，行政機關依法行政的額外理由，大致可分為下列四類：

(一) 原本就想修改規定

偶爾會出現命令的修改時間是在大法官會議公布解釋之前，案例 C 即是一例。C 的受訪者表示，在相關人聲請解釋之後，機關內部就針對命令作了檢討，當時認為，若在法制上作些適當的修正，確實是比較明確的做法，因此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。然而聲請釋憲這個動作本身，對行政機關而言並無拘束力，亦即此時行政機關縱使瞭解爭點所在，仍然不見得能掌握大法官解釋的方向。因此就因果關係的

時序上，雖然可說是因為有利害關係人「聲請釋憲」，致使行政機關檢討修法，卻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。

案例 C 是在解釋公布前即完成命令修改的個案，案例 K 則剛好相反，解釋公布 6 年多之後法令才有變更。該承辦人表示，雖然大法官判斷有違憲之虞的條文為行政命令，但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，儘管案例 K 主管機關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。

整體而言，行政機關選擇修改規定，可能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。

（二）因為實務上又碰到相同的問題

案例 L 曾於大法官解釋公告後不久，特召集該業務所有地方主管機關，以及中央主管機關多位單位主管，共同開會研商因應方式。根據該會議之會議紀錄，此號大法官解釋對於該業務造成五點重要衝擊，包括「OOOO 再難合理擬定，OOO 公共設施無法提供，OOOO 環境品質將嚴重惡化」、「OO 計畫分期分區發展無法落實，OO 發展有失控之虞」、「OOOO 之既定政策，『使用者付費』、『受益者負擔』之社會公平正義原則難以落實，OOOO 利益將歸少數 OO 所享」、「被規劃為 OOOOOO 所有人權益將嚴重受損，即可能引起強烈抗爭」、「政府將額外負擔外約 OOOOOOOOOO 徵收及興建費用，其經費估計超過新台幣三兆元以上，對目前已累積約七兆餘元之 OOOOOOOOOO 問題，不啻雪上加霜」。基於這些重大衝擊，該會議作成「宜參考與會代表意見，研提具體理由，報請行政院協調司法院再解釋」之決議。

會議雖已做出「協調司法院再解釋」之決議，然而依據本案受訪者表示，會後並未依照會議結論再聲請解釋，問題不了了之；相關業務全部回歸母法辦理，無相應命令之配合。大約十年之後，因另有人提起訴願，機關之訴願會做

出與機關利益不符之法律解釋，才使得該主管機關重新正視此案，依該大法官解釋重新制定母法之處理原則，訂定短期、長期與持續性之措施。該處理原則公布之日已距該號大法官解釋之公告 11 年有餘。

案例 L 修改命令之經過，雖歷經 11 年之後仍然依大法官解釋修改命令，然而若無中間所發生的訴願案，很有可能會遭主管機關無限期擱置。依本案情況判斷，原來的母法應是有訂定行政命令之必要，否則訴願案做出不符機關利益之解釋，不會使得機關立即積極反應，訂定處理原則；換言之，該業務應該是屬於「法律無命令即無法執行，行政機關別無選擇，有訂定命令之積極義務」類型（許宗力，1998）。因此，從法律的角度來看，原本的行政命令遭到大法官會議檢討，又屬於訂定命令之裁量限縮至零的類型，行政機關照理無選擇空間，必須依照大法官之意旨修正原本的命令內容。然而，實際情況卻是問題遭擱置超過十年，直到類似問題再度發生，且再不解決行政機關之利益將遭損害之後，才轉而積極面對。換句話說，本案主管機關雖於一開始積極召開會議、分析利弊、研擬解決之道，實際促使命令改變的原因卻非大法官會議解釋，而是行政機關切身的利害關係。一開始行政機關對於大法官會議解釋之理解錯誤，誤以為大法官指示的做法將嚴重損害機關之利益、政策之執行成效，因此消極面對，致使問題不了了之，是為行政機關面對對己無益之司法決議不採納的表現；後機關訴願會做出錯誤解釋⁶，使主管機關再度面臨機關利益可能被損害、業務執行受負面影響之時，行政機關才為保護自身利益、抗拒錯誤訴願解釋，轉而以大法官會議解釋為由，重新制定新的處理原則，係為行政機關面對對己有害決議之積極應對。

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

⁶ 訴願會作成之決議與該機關於解釋公告時的會議結論一致，皆為對大法官解釋內容的誤解；因為誤解大法官之意，認為判決無法執行，因此暫且擱置，直至訴願會以錯誤的解讀再度做出判決，才逼使行政機關再度面對。

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，與十年前的機關一樣，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，使得行政機關為了避免自身利益的損失而起動的自我保護機制。

（三） 違憲理由非關政策目的

決策的本質就是在諸多備選方案當中選擇當下最獲共識、最能符合目的之選項。因此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。

案例 I 是在解釋公布後兩個月完成命令修訂的中央機關。該案的承辦人表示，之所以可以在兩個月內完成規定的修改，之所以修改的過程遭遇的困難較少，是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，行政機關尚有可替代的選項，並非整個政策徹底顛覆。

案例 J 亦為快速完成修正的事例之一。原本行政機關係以是否有準時繳款作為課予罰鍰的標準，這個做法與行政機關所欲防堵的負面行為僅有間接關係。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稽催，原規定就可以改為與政策意旨較為相關的罰鍰標準，因此配合大法官解釋修改規定。

案例 B 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。

（四） 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，案例 E 與案例 F 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。

二、不配合修改命令的理由

上述分析顯示，行政機關願意修改命令，除了大法官解釋的效力之外，行政機關本身認同大法官的解釋，或另有直接誘因促使修法也是不可忽視的理由。反面論之，若大法官解釋內容無法獲得行政機關的認同，則行政機關亦可能選擇不遵照解釋辦理。

案例 A 距今已超過 5 年，目前為止相關規定並未做任何改變，且其受訪者表示，由於大法官建議行政機關改變的做法，在實務上並不可行，且有認定困難。該主管機關因為無法接受大法官解釋的結果，該案至今仍在打行政官司。

案例 D 發生至今已超過 10 年。10 年間大法官所稱違憲之命令，經主管機關確認並無任何變更。相關人員表示，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，因此十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。

案例 L 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；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。

三、小結

以上案例的共同點，顯示了唯有當行政機關認同大法官解釋的要求，才有進一步修改命令的動作。若行政機關無法認同大法官解釋內容，即傾向選擇不行動，並未出現「因為大法官要我們這樣做，縱使我們不認同，但還是只好照作」的現象。可見行政機關在選擇是否修改命令時，「依法行政」雖然是重要的考量，但當依法行政無法對業務推動產生幫助，或行政機關自認改變做法有違政策目的或無法達到政策目的的時候，行政機關傾向消極選擇不作為。這樣的發現也證明了法律對行政僅是實現政策目的的「工具」的假設。

透過分析行政機關選擇是否修改行政命令的原因，本研究認為，真正影響行政機關做出配合大法官會議解釋結果的原因，並非「依法行政」這個權威的

理由，而是行政機關是否能將大法官的偏好化為本身的偏好。

貳、如何修改命令的裁量

一、如何修改命令

依本研究所蒐集之各機關修改違憲命令資料，可將各機關修改規定的做法，大致歸納為下列數種：(1) 直接廢除；(2) 修訂命令；(3) 修改母法，保留命令；(4) 先修命令，再修母法；(5) 做法先變，法令後變。

第一種命令變更方式，通常直接依照大法官解釋要旨，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，直接依大法官解釋之無效或限期無效解釋。研究者在蒐集個案命令修訂情形時，曾去信至中央某部會的首長信箱，詢問該部會所屬單位主管之某查核要點的修正情形，遭回覆「因為該查核要點係屬行政程序法 159 條第 2 項第 1 款所規定之行政規則，故其失效與廢止皆無須另行公告。」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⁷。行政

⁷ 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。

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。該查核要點之所以遭大法官做出違憲宣告，係因為「違反租稅法律主義」，也就是該查核要點必定對人民之權利義務產生影響；由定義上根本不可能是僅有「內部」管理性質的行政規則（吳庚，2008：626）。由此推論，該查核准要點在性質上至少屬於有「對外效力」、「涉及人民權利義務」之「法規命令」，該中央部會主張其主管命令為第 159 條第 2 項第 1 款所規定之行政規則，係因為該類型行政規則為行政機關可為之最小成本的制定命令方式⁸。

第二種命令變更方式，係機關在大法官解釋之後針對有疑義之條文重新研議後，發佈修正公告。第三種類型，行政機關保留命令不動，反修訂母法；理由是：原本的做法無不合理之處，只是放錯了位置。案例 E 與案例 F 係為本類例證。

第四種方式，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。如在其出版的刊物上寫道：「由於 OOOO 規則（行政命令名稱）相關 OOOOOO（業務名稱）之處罰規定已刪除，OOO（機關名稱）將於修正 OOOO 法（法律名稱）時，配合刪除第 178 條第 1 項第 6 款關於違反 OOOOOOOOOO（業務名稱）應處罰鍰之規定。」案例 K 亦是相同的情形。該機關受訪者表示，該條文之所以費時多年才完成修訂，即因為主管機關原本意欲直接修訂母法，然因修法過程緩不濟急，故先修命令以符合實際。案例 L 為該號大法官解釋發佈新的處理原則，並指示了「長期性措施」與「短期因應措施」兩種處理方式。其中「長期性措施」指稱：「由 OOO（部會名稱）研修都

⁸ 依照行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應名列其法律授權依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」又依據行政程序法第 154 條：「行政機關訂定法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱。二、訂定之依據。三、草案全文或其主要內容。四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨。行政機關除為前項之公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知。」換言之，若以「法規命令」形式訂定，行政機關至少付出較多之行政成本，並承擔較嚴謹的授權課責義務。

市 OO 法（法律名稱）第十七條、第二十七條之一或同法 OOOOOOO（命令名稱）第二條等有關規定，以正本清源。」亦為將修改母法作為放至「長期」計畫當中。從上述案例的法規修訂順序，可知行政機關進行規則制定的時候，不一定按照法律位階的順序。相對於修訂法律必須經立法院三讀通過，修訂命令可由行政機關獨力完成，是為速度較快、阻力較小、難度較低的方式；換句話說，係為較有效率的方式。儘管從法源位階論之，命令先於法律而存在並不合邏輯，然而就實務而言，行政機關若認為先修訂命令可較快穩定業務秩序，縱使事後再使法律「配合」修正，也不是不可行的策略。

第五種方式與第四種類似，行政機關可能先改做法，求得「行動上」的正當性，後續法規再配合修正。案例 H 的受訪者於受訪時理所當然地表示，無須侷限於修改命令花費五年的時間是不是合理，重點是實務的做法已經改變；既然實務做法改變了，問題即不復存在。案例 B 應檢討之命令，於全國法規資料庫公告之修訂歷程顯示，96 年底公告修正之前的條文內容仍與大法官進行解釋時之內容相同，亦即 96 年底之修訂始修訂該條文。然而，案例 B 之受訪者不斷強調實務的做法早就已經依照大法官解釋的要求進行變更，且是解釋公布之後即進行變更，至於為什麼法規資料沒有變動，該員亦無法瞭解。為什麼會產生這樣矛盾，可能原因有二：其一，做法早已變更，但法規命令未跟著改變；其二，該主管機關另以行政規則於機關內發佈，未對外公佈，直到 96 年修訂原法規命令，使將變更之做法寫入。這類做法與上述所列第一種修訂命令的方式同樣有以行政成本較少的「行政規則」形式，取代必須負擔較多課責義務與行政成本之「法規命令」形式，藉以減少行政成本的現象。此外，案例 L 在大法官解釋公告之後，到重新訂定處理原則期間，共逾十年時間回歸母法辦理業務。換言之，新的命令並無產生，實務做法卻透過重新詮釋母法而改變，亦為第四種修改規定方式之例證。

由以上分析可知，縱使大法官解釋判斷一行政命令違憲，行政機關的做法

不見得是直線思考式地直接修訂或廢止該命令；相反的，行政機關可能為求行政效率先修改命令，但後續仍有修改母法的規劃；或者，先變更實務行為，再做法令的變更；亦可能另行發佈機關內之行政規則，後修改需對外公告之法規命令；或是行政機關認為原本的實務做法並非錯誤，僅是所在之法律位階不對，因此直接將規則寫進母法，保留命令與原始做法。這些案例皆顯示：合乎法律原則的規範，對行政機關而言並非單一的考量。行政機關所思考的重點是能否完成所屬業務。如果先修命令、後修母法，對行政機關而言是成本較小、速度較快的選項，而且當所有修法程序皆臻完成，「看起來」仍然是「命令受母法授權」，那麼行政機關會作此選擇，不無動機。

此類做法雖然「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。

二、何時修改命令

根據本研究統計，約三分之一的個案修訂命令所耗費的時間超過兩年；在 23 筆限期修正的個案當中，有 12 筆超過修正期限。顯見縱使行政機關願意依照大法官解釋修訂命令，其修訂的過程與時間仍不見得合乎大法官解釋的要求。是什麼原因影響了行政機關修訂命令的速度？

（一）快速完成命令修改的原因

本研究所接觸的快速完成修正的個案有案例 C、案例 F、案例 G 和案例 I。案例 C 的狀況非常特殊，在大法官未公告解釋結果之前即完成了原命令的修正並公告。案例 C 的受訪者表示，這是因為每一筆個案被聲請釋憲主管機關一定知道，而這個案子就是因為主管機關知道該命令被提請大法官解釋後，又針對命令重新做了檢討，亦認為有修改的必要，因此在聲請解釋後、解釋作成前完成的命令的修改。換言之，聲請解釋亦可促使行政機關重新檢視其原本的規則，並作制度修正，影響行政行為的非解釋結果本身。案例 F 與案例 G 係為同一主管機關，該承辦人表示，大法官解釋幫助行政人員接觸新的概念；畢竟許多制度在某一個時期合規定，但可能隨著觀念的演進，到了某一個時間點又不合規定，大法官解釋可以幫助行政機關跟上這個觀點變化的潮流。案例 G 在大法官限期修正到期前兩個月完成修正，受訪者認為如果立法院那邊耽擱的話，很可能就達不到限期修正的要求；因此，能夠如期完成，可能也是剛好為遭受太多阻力的結果。案例 I 在大法官解釋公告後兩個月即完成原命令的變更，其受訪者表示，政策主管機關的法令被判決違憲，這對中央主管機關的正當性來說是很大的挑戰，因此必須積極快速的面對，並完成規定的修改；因此，之所以能夠快速完成修訂的原因，是那段期間拼命趕出來的結果。

由以上案例分析可知，行政機關確如同 Spence (2003) 所言，具有要讓政府的運作更好的動機；正因如此，主管機關會認為正當性受到挑戰是一件嚴重的事，認為大法官幫助行政人員接觸新的概念是良善的事，亦能夠在命令遭聲請解釋之後立即檢討、先自行修正。換言之，行政機關希望其治理行為能符合正當性的要求，亦認為接收新的觀念、回應民意為必須，Rosenbloom (1983) 的政治途徑確實為行政機關偏好來源之一。

(二) 延遲完成命令修改的原因

從統計數字上來看，行政機關對於大法官解釋的要求不一定立即回應，然

而本研究發現，法規未變更，不代表行政機關的作為沒有因為大法官解釋而產生任何變化。以前段所歸納出的五種修改方式來說，若行政機關先改變實務的做法，後修改規定，由於行政機關認為做法變更即問題解除，則修改法規的事情可以慢慢來。如此一來，行政機關修訂命令的速度就如同本研究所揭示的，超過預期。以案例 B 和案例 J 為例，受訪者皆表示，機關在大法官解釋公告之後不久，業務執行的方式就已經變更。其中案例 J 的受訪者更是明白地指出，不必拘泥要修改的是法律還是命令，只要是法規的變更就一定需要時間，但因為實務的做法已經改變，原本問題即不存在。從案例 J 受訪者的言談之中，似乎隱含了「做法對比較重要，規則如何訂定是另外一回事」的概念。案例 L 亦有類似的情形。如前所述，此案因為一開始對於大法官解釋的意旨理解錯誤，致使主管機關無法認同解釋內容，修改命令的行動長期遭到擱置，期間相關業務回歸母法辦理。沒有行政命令層級的具體規範，可能導致業務執行機關因缺乏準則而做法不一；但這對主管機關來說可能不是重點，重點是，業務能夠順利合理地推動。因此在該機關訴願會做出不合機關利益的解釋之前，該機關即因為業務推動未遭遇問題，而無立即制定命令的需求。換句話說，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 and Kravchuk(1986)所提出的公共行政的管理途徑與政治途徑的思維重點。公共行政在這兩個途徑當中的「功用主義」表露無遺，認為只要做法無誤、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。

然而上述手法亦可說是行政機關的拖延戰術。同樣以案例 L 為例，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。受訪者表示，當時花了許多時間、開了許多會議討論解決辦法，然而許多問題必須等到辦法真的想到了之後，才會覺得好像很簡單，但是在還沒想

到之前都很困難。言下之意表達了行政機關一時想不到合適的對策的無奈，然而也表達的行政機關不願意隨便以一個替代的方式搪塞的想法。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，因為許多措施的政策效果將產生不可逆的影響，對人民的權利義務影響甚大。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。換言之，案例 L 再度遇到訴願案件，使他們意識到繼續拖延對機關的負面效果，因此選擇在這個時間點做出決策、完成命令的修訂。然而，當時所發佈的修訂命令，亦非最終的版本。該修訂辦法明白地表示，現階段的做法為「短期措施」，主管機關仍有繼續規劃「長期措施」的計畫；換言之，行政機關雖然先行做出了決定，但僅是為了減低繼續拖延的成本，然實際上行政機關仍然認為未能獲得足夠的政策資訊、設計出夠好的政策方針，因此僅以短期措施補救當務之急，但真正的解決辦法還在後頭。

三、小結

從有 85%的案件已完成修正、且有限期修正的個案亦有 52%的機率超過修正期限來看，幾可推論行政機關最終會走向完成修正這條路，只是時間可能超過大法官的預期。再從上述受訪資料中，行政機關強調「做法對比較重要，規則如何訂定是另外一回事」的概念以及使用「拖延戰術」的做法來看，行政機關修改法令的主要目的，應該不是單純地只是為了「合法」，其表現仍有下列可能：第一，行政機關要的是做為政策主管機關的「正當性」，因此不能使用大法官宣告違憲的法令，以落人口舌。第二，行政機關較重視實際「行為」的正當

性，因此法令是否跟上行動的腳步，或是否有依規定公告並非重點，行政機關會選擇成本最小的方式為之。第三，在政策資訊不夠以前，行政機關傾向不輕易做出決策，待延遲決策所必須付出的成本快要超出可承受的範圍前，行政機關可能會先以暫時性的措施舒緩壓力，但仍在等待足夠的政策資訊。上述三種做法，皆表示行政機關重視的並非大法官的決議是什麼，而是行政機關自己可以做什麼、該做什麼，以及怎樣用最小成本的方式做到不違反大法官解釋之意旨。大法官的解釋對行政機關來說是一個議題的引線，而非行動的決定點。申言之，行政機關將法律看作是行政的工具的思維是相當明顯的。

第三節 關鍵個案分析—大法官 440 號解釋

以上分別從全體個案的統計以及部分個案的訪談資料進行分析，上述資料已能幫助我們對本研究問題進行通盤性的瞭解。然而從研究方法上的要求來看，若要更有力地挑戰「依法行政」的概念以及大法官解釋的權威，仍然需要更具代表性的個案分析。研究方法上的「關鍵個案分析」(crucial-case study)就是透過某一具有代表性的個案證明理論真偽的方法。依照該研究方法的分類，大法官釋字 440 號解釋，是「有拘束，未修改」的「最大可能個案」(most-likely case) (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，本研究所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，案例發生時已在任）、退休大法官等。期望透過不同的視角，多方理解事件的全貌。首先，讓我們先瞭解案件的原委。

另外，由於釋字 440 係為釋字 400 號的補充解釋—釋字 400 號作成既成道路政府應要徵收的解釋，釋字 440 號補充地下物也應徵收—兩者在實務上難以

切割，因此將有兩者併案討論的部分。

壹、案件緣由

民國八十六年，台北某吳姓市民因其私有土地，在未辦理徵收補償的情況下，即遭台北市政府工務局養護工程處進入工作挖掘土地、興築排水設施、埋設直徑一四〇公分水泥涵管，並鋪設柏油路面、供人民行走。該市民認為自己的權利遭受侵害，因此提起訴願。經過訴願、再訴願及行政訴訟，卻全遭駁回。依據終局判決（八十四年度判字第五五三號），駁回理由係根據台北市市區道路管理規則第十五條規定：「既成道路或都市計畫道路用地，在不妨礙其原有使用及安全之原則下，主管機關埋設地下設施物時，得不徵購其用地。但損壞地上物應予補償。」該條規定並未言明必須對地下物進行補償；換句話說，政府僅需針對地上物進行補償，因此判決原告敗訴。這樣的結果原告不服，因此聲請大法官解釋。

大法官研議此案件時，當時台北市政府曾書面答辯，說明該條道路為既成道路，因當地居民長期飽受水患之苦，故鋪設排水系統，因未妨礙該道路原有使用及安全原則而未徵購其土地；且台北市類似案件數量相當多，若比照辦理，市府財政將不堪負荷。

然而，大法規會議認為上開行政命令顯然與憲法第十五條有違，並言「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償」，遂判決台北市市區道路管理規則第十五條違憲，應不再援用。

當時的台北市工務局長表示，已開闢、未徵收的道路補償是全國性的問題，台北市正靜候中央制定統一的補償辦法，以編列預算（何明國，1997）。然而事

過多年，台北市市區道路管理規則第十五條的內容，仍與民國八十六年大法官進行解釋時的內容完全一樣，一字不差。依台北市現行法規查詢系統顯示，該道路管理規則自發佈公告以來共歷經五次修正：

- 1、 中華民國六十四年八月二十二日臺北市政府(64)府秘法字第三九八八一號令發布全文 79 條。
- 2、 中華民國六十九年四月二十一日臺北市政府(69)府法三字第一四六三三號令修正發布。
- 3、 中華民國七十五年九月九日臺北市政府(75)府法三字第一一一二八六號令修正發布。
- 4、 中華民國七十九年九月十日臺北市政府(79)府法三字第七九〇五二九七五號令修正發布。
- 5、 中華民國八十二年九月十六日臺北市政府(82)府法三字第八二〇六八四三九號令修正發布。

現行的法令條文是民國八十二年修正公布的版本；換句話說，大法官於民國八十六年做出 440 號解釋之後，台北市政府工務局並無重新修訂命令。該管理規則第 15 條條文內容確實與八十六年時被宣告違憲的內容完全相符。

本研究再透過「聯合知識庫」查找過去所有對於該條文的討論與報導，輸入「台北市市區道路管理規則」，搜尋範圍設定「所有日期」，僅有 19 篇報導文章，而與釋字 440 號直接相關的，只有釋憲公告當日與隔日，分別於經濟日報、聯合報、聯合晚報報導之三篇文章，且僅針對釋憲內容作描述性的報導，無議題探討。

本研究亦於台北市議會電子公報全文檢索系統，輸入「道路管理規則」進行搜尋。在可查詢範圍內（民國 90 年後），共搜尋到 22 筆市政質詢資料。22

筆質詢中，沒有任何一筆是針對該管理規則第 15 條所涉及之業務進行討論；其中僅有一筆有帶到大法官解釋第 440 號，但僅用以輔助解釋「既成道路」之業務負擔，並簡述該號釋字的大要，並無針對「道路管理規則」第 15 條的規定內容進行討論。這些資料在在顯示，該號大法官解釋無論是在行政機關、媒體輿論、議會等任何一方，表面上皆未掀起波瀾、明文制度上皆未造成任何影響。該號大法官解釋未賦予行政機關修法的裁量，應該具有絕對的拘束力，然而卻船過水無痕。為什麼會有這樣的現象呢？以下，本研究將分別以行政機關內部與外部的影響因素進行分析。

貳、行政機關不行動的內部理由

據本研究與台北市政府相關局處人員接觸的結果顯示，現在的承辦單位對此號解釋並不熟悉。當研究者詢問該條規則現今是否有相對應的做法時，該單位的受訪者表示，大法官所稱違憲的部分，實務上援用的是另一條中央公佈的法規，並非市區道路管理規則第 15 條。受訪者表示，依「台北市政府辦理公共工程管線拆遷聯繫注意事項」的規定，管線拆遷除了依照府內挖掘管理的規定外，另依中央訂定的「公共工程設施管線工程挖掘道路注意要點」辦理。本研究循線問到該注意要點的中央主管部會，其承辦人表示，該注意要點與釋字 440 號的解釋方向完全不同。「公共工程設施管線工程挖掘道路注意要點」規範的是管線單位之間於挖掘時若有相互影響的補償規定，然而大法官解釋係針對道路所有權人的補償，兩者對象不同。從台北市政府相關局處人員誤解大法官解釋意旨一事來看，可以確認現任公務員對該號解釋不甚熟悉，亦證明了此號解釋 12 年來未實際受到重視、發揮該有的影響力。

回到問題。規定沒變，那實務的做法呢？中央主管部會受訪者表示，現階段的做法是讓既成道路的所有權人依大法官解釋自行跟管線單位求償，並無相

對應的法令規範。受訪者同時表示，這件事情也無法以法令直接規定應給予所有權人多少補償金，因為這個數額必須要雙方都能接受，因此應該讓管線單位與所有權人自行協商。若有所有權人未向管線單位提出求償要求，就當作是所有權人對公共利益的付出，政府單位也不會主動表示將給予補償。受訪者繼續說明，政府之所以不會主動表示補償，第一是因為道路長度通常很長，產權很難清查；第二係因為管線單位是「弱勢的一方」，只能讓人漫天叫價，也許就差那麼一段無法埋管線，導致整體工程受到影響，最後傷害到的還是公共利益。從這段回應當中我們也可以發現，行政機關雖然只要有人要求補償，即依照大法官的指示准許所有權人與管線單位協商補償金額，但是這是因為行政機關發現全面補償的不可行，以及協商問題的龐大，若直接以法規明文規定補償辦法，可能導致整體工程的延宕、政策目標無法達成，因此選擇被動作為，以降低其行政成本。換言之，行政機關不進行違憲規則的修改，實際上是評估成本後，有意識地選擇成本最小的行動方案的結果。

此外，依照中央主管部會的回應，既成道路的所有人必須要主動向政府有關單位求償，才能獲取協商機會取得補償；若所有權人沒有意識到自身的權利、不知道可依大法官 440 號解釋請求賠償，則等同自願放棄。從受訪者認為管線工程順利竣工為必須達成的公共利益來看，並且將管線單位當作「弱勢的一方」，視道路所有人求償的舉動為漫天叫價來看，工程能夠完工才是行政機關希望達到的目標。受訪者明白地表示，工程的結果，最後還是回饋到一般大眾，如果要基於公眾的考量，不能總是因為道路中一、兩塊地的產權補償問題談不攏，而影響工程的進度、傷害公共利益。從這點我們可以很明顯地看到，行政機關是以全體民眾作為分析單位，而司法審查由於是個案審理，因此關注的是不特定的個人的權益是否有受到保障。行政機關與司法機關，由於兩者業務性質的殊異，致使對於問題是從個人或是全體進行理解，有不同的思考偏好，也因此容易產生不同的結論。從大法官的觀點來解讀，縱使是既成道路，其產權

仍是私有，因此政府要挖埋管線就是對產權所有人的權利侵害，必須給予補償。

受訪的退休大法官即主張：

「……（前略）這政府公共權力、公共設施也是政府的基本權，那不能分攤到那個人。這樣子，你騎樓、騎樓，店家門前那塊就叫騎樓嘛，這個，如果變成人行道，那爲什麼我，像這種，我就要把這塊捐出來呢？特地的。那一般人來共同享用，那你起碼也徵收啊、貼補啊。」(N, L172-175)

換言之，政府的公權力所必須付出的成本不能讓個人來分攤。行政機關也同意從法理上確實是這樣解讀；然而，行政機關卻將要求補償的產權所有人看作是漫天叫價的「強勢的一方」，而將大法官視為侵權的政府視為「弱勢的一方」；認為管線無法順利竣工，是對公共利益傷害的表現。顯然，行政機關在此所展現的偏好，「公共利益」比「個人利益」還要來的重要。由於司法機關與行政機關使用的分析單位不同，使得兩者有截然不同的目標函數，也因此產生方向相反的結論。

參、造成行政機關不行動的外在環境

照理來說，人民的私有土地遭政府挖埋管線而未獲補償，除了獲得大法官的重視並予以宣告違憲之外，受侵權的民眾本身、民意代表，甚至是媒體輿論，對於這樣的事件應當會有關注的興趣。然而依本研究於報紙資料庫、議會公報查詢系統等處蒐集資料的結果顯示，多年來這個議題根本沒有浮上台面。議會對這條命令是否修正沒有監督，媒體在報導過大法官解釋的內容後，也沒有持續追蹤。行政機關也在承辦人一換再換之後，隨著事權的更替逐漸遺忘，至今似乎已無人記得曾經有過這麼一條釋憲。爲什麼？有哪些因素可能影響到大法官解釋受到關注的程度，營造行政機關就算未修法也不會被發現的環境？

一、違憲法規的影響範圍

釋字 440 號解釋談的是既成道路地下物的補償部分，另有釋字 400 號⁹約束既成道路整體的徵收補償，是全國有名的解釋。為什麼同樣都是大法官會議所做出來的結論，受到重視的程度會有差別呢？受訪的台北市議員表示：

「因為你 400 號那個是一個通案性的，沒有指責哪一個法條，那你 440 指責台北市的一個很小的一個法規的幾條條例，條例條文阿，所以這是很小就沒有人去注意」(N, L237-239)

「但是當太全面性的時候，等於有等於沒有，他還是不做阿」(N, L257)

大法官解釋的案件所牽涉的範圍，在這兩個條解釋所產生的實際效益的比較上，成為影響實際效益的關鍵因素。正因為 400 號解釋牽涉甚廣，受影響的權益範圍較大，亦牽涉諸多利益，因此成為全國有名的解釋。然而，釋字 440 號解釋，雖然大法官同樣以無行政裁量方式判決法條違憲，卻因為其違憲的標的是台北市的一個行政命令，影響層面大有不同。第一，台北市市區道路管理規則是地方法規，不具有全國影響力；第二，解釋標的是既成道路補償規範的一部份（補充地下物應該給予補償），等於是 400 號的補充解釋。換句話說，400 號規範的是全國事務，而 440 號僅是地方問題；雖然該問題應該具有全國一致性，但在法規的修改與監督上，地方法規所受到的關注力量較少，因此監督的力量也較弱，時間一長就被忽略了。換言之，大法官解釋是否會影響行政機關的實際行為，該解釋所受到的關注程度是其中一個影響因素。

⁹ 釋字 400 號解釋原文摘錄如下：「...（前略）既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。至於因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並予廢止。行政院中華民國六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函及同院六十九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函與前述意旨不符部分，應不再援用。」

二、政策執行難度高

除了影響範圍是否夠大、是否受到足夠的關注等原因，政策所面臨的財政、政治等環境亦是影響大法官解釋實效的重要因素。以釋字 400 號為例，釋字 400 號談的是既成道路的徵收問題，在大法官未進行解釋之前，政府於既成道路上用予公共建設，常以該土地已是既成道路為由，不予徵收。大法官做成應當徵收，且有關單位應逐年編列預算、逐一完成既成道路的徵收補償之決議後，中央與地方主管機關對此皆非常頭痛。受訪議員首先表示，正是因為釋字 400 號牽涉範圍太廣，要完全依照大法官所示，非常困難，主要是因為財政負擔相當龐大。

「……（略）這個錢這麼多喔，阿你根本就沒有辦法嘛，幾兆阿，台北市要 7.8 千億，中央幾兆的這個既成道路的錢要徵收……。」（N，L332-334）

正因所必須投入的財政規模甚為龐大，政府不可能將問題一次解決，因此資源如何分配就成為另一個重要、棘手的問題。

由於既成道路的數量非常龐大，其牽涉的補償金額可能上千億兆，無論是中央或地方政府，都不可能一次編列這麼多的預算解決既成道路的補償問題。因此，究竟誰先獲得補償就成了地方上的角力問題。該議員表示，每年可獲編的預算有限，尚未開闢的一定要徵收，而已開闢的（即既成道路）就是看誰「夠力」，誰就要得到錢；否則縱使工程已經從自己的土地下方經過，還是無法爭取到補償。

「坦白講，400 號解釋下來，既成道路要徵收，所以他就變成一個不公平的現象。……（略）因為既成道路那麼多，誰的先徵收？……有夠力

的拿去啦」(N, L259-264)

「這個議會就有人就會去施壓給市政府阿，你如果不答應的話我就別的案件都給你卡住阿.....就有這麼個集團阿。」(N, L279-282)

上述內容顯示，由於政府每年可用的財源有限，不可能同時完成徵收，因此究竟誰先誰後，就是各自角力的問題。從上述對話很明顯地可以看出，當中不乏地方民代、集團的介入。此時已經不是大法官解釋是否具有拘束力的問題，而是資源分配時究竟誰先搶贏的問題。「夠力」的人，就有拿大法官解釋當武器的能力；而「不夠力」的人，縱使祭出大法官解釋，可能也只能換來一聲無奈。

「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。」(N, L286-287)

此時政府所面臨的環境就不是單純的要不要依法行政的問題，而是有沒有辦法依法行政的問題。以既成道路徵收為例，大法官做出必須要徵收的決議，然而在政策執行上卻因為徵收的先後順序始終有爭議，時常有原本談妥要徵收的路段，到了約定的時間卻成為空頭支票的例子，造成大法官的美意實際上無法實現。甚至民選的地方政府首長亦可能成為關鍵影響因素。

「那結果那時候本來講好，我們就是跟他講說 A 段，本來就答應你說 C 段徵收了就要徵收 B 段，我說你就徵收就好啦，阿結果陳水扁當市長到現場去會勘阿，他就講說如果不走地上，不走地下我們走地上嘛那個排水管，就走地上阿，反正意思就是不徵收就對啦。」(N, L155-158)

這樣的現象恰可以與中央主管部會的受訪者所告知的內容連結：現階段民眾要獲得補償，必須自行和管線單位協商。換句話說，第一，民眾必須有意願、有能力進行協商，而實際狀況是有地方民代的介入；第二，補償的金額與成數並無一定的規則，完全看各方的談判功力。當受訪市議員被研究者問及「是否有依任何規定辦理補償」時，議員回答：

「沒有，那就是去 argue 阿，去 argue 才弄到的阿。」(N, L113)

釋字 400 號與 440 號，由於牽涉的利害關係人多，當中所蘊含的利益龐大，行政機關所擁有的財源有限，使得誰能夠獲得補償成為地方民代和民選首長的角力場。這個時候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環境。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，儘管冒著規則未修被發現的風險。

由以上案例可知，行政機關雖然無另訂規則，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；如此一來，行政機關便可對外宣稱已經依照大法官的意旨行事。而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。

三、司法無法主動介入

行政機關在未改變法規的情況之下宣稱做法的改變已經符合大法官的需求，這樣的現象實與現行的司法審查制度設計有關。司法權基於不告不理的原則，無法主動介入審查行政權的運作，因此若行政行為已經改變，並且無人民感受到權利遭受侵害，就不會有訴訟案件的發生；如此一來，縱使法條多年未修，司法也無法直接介入。本研究受訪的法律學者表示：

「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。」(O, L40-44)

因此，從現行的司法審查制度來看，其不告不理的制度設計，一方面係為了維持權力制衡而設計，因此司法權不能主動干涉行政權的運作；但另一方面，則同時為行政權開了一扇門，使其有機會延後處理已遭判定違憲的法規。換言之，訴願、訴訟等司法救濟途徑雖然可作為大法官解釋效力發揮的機制，但卻必須要有人民權利受到侵害的具體事實，且必須有人提起；站在行政機關的立場，反正只要沒有人提訴願、訴訟，違憲法令暫不變更對他們來說即是成本較小的做法。

肆、小結

總結而論，釋字 440 號由於其作為 400 號的補充解釋，且法規的位階僅為地方政府的行政命令，其影響範圍有限，致使受到關注的程度亦有限，才導致 12 年來台北市「市區道路管理規則第 15 條」仍然維持民國 64 年發佈時的原狀。若以大法官針對既成道路補償的整體事宜來看，大法官解釋所造成的效果，固然讓有所有權的人得以主張其權利，然而卻因為所有權人之間資源分配無法平均的問題，而引發了另一個公平性的爭議。而這樣的爭議，從受訪的市議員的角度來看，大法官解釋的效力就變成了「有等於沒有」(N, L257)。嚴格來說，大法官意欲保護的財產所有權並沒有真的受到保護。整體來說，違憲法規所牽涉的範圍、資源是否能夠平均分配、地方民代與民選首長的介入，都可能是影

響司法審查的實際執行效力的因素。

除了複雜的政策環境影響司法審查的執行效力之外，行政機關「乍看未違法」的作為也對司法審查的效力產生影響。由於司法不告不理的特質，沒有訴訟就沒有審查，因此行政機關有空間僅改變做法，每年編列預算給予既成道路所有人補償，但未修改違憲的規則；換句話說，行政機關儘管在行為上不違法，但作為政府與人民之間的「契約」的法規沒有修正，即表示該業務的辦理方式沒有一個確定的規則可供預測，人民的權益依舊沒有獲得保障。受訪議員所指出的過往有政府首長介入徵收，導致原本承諾要徵收的土地最後卻無法完成徵收，就是一例。正是因為行政機關僅持「會徵收」、「以徵收為原則」的態度，但如何徵收、依何規定徵收未能名具，權利義務受到影響的民眾也無法主張行政機關應當一定要有什麼作為。

關鍵個案分析的結果，支持了本研究的假設，亦支持了量化資料與訪談資料所呈現的分析結果：對於行政機關而言，「依法行政」是工具性的目的，而非必然的行為準則；至少，不是法律觀點所言的「依法行政」。或者我們可以說，行政機關應是以「消極不違法」為原則，只要其行為不違反大法官之意旨，行政機關會選擇以最小成本的方式為之，例如僅改變行事原則，但不對原本的命令進行修正。除此之外，我們更透過關鍵個案，瞭解到政策環境當中的其他行為者可能對行政機關制定命令的決策所產生的影響，更具體地歸納出法規影響的範圍、可分配資源的多寡，以及利害關係人的偏好，皆可能使得大法官決策的意旨遭到折扣。司法審查一旦出了大法官會議的大門，開始對外生效，所面對的就不只是法律的環境，還包括管理與政治的環境。在管理上，行政機關有政策目標的考量、財務負擔的考量、預算執行的考量、政策可行性的考量；在政治上，地方勢力、地方民代、地方民選首長有選票的考量、利益分配的考量。行政機關、民選首長、地方民代、地主各有不同的目標函數，因此大法官會議結論是否能夠被落實，是作為函數中的其中一個變數，不見的能夠左右全局。

第四節 行政機關的偏好

經由上述分析，可發現行政機關縱使面對大法官解釋的判決，也會在獲知判決結果之後，選擇成本最小的方式達到「不違法」的目的。本節首先統整官僚自利的目標，再從頭分析行政官僚遇到大法官解釋的一整套決策模式。

壹、自利目標

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，官僚自利的本質應是存在，只是表現的層次不同。本研究即依照自利的標的為個人、為組織或為政策等三個層次，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易與官僚的偏好相容，反之又是如何。

表 17 動機、行為與理論對應

| 自利目標 | 動機 | 對應的行政行為 |
|------|-------------------|--------------------|
| 個人 | 節省成本 | 實務上又遇到同樣的問題，因此修改法令 |
| 組織 | 節省成本 | 不另行公告命令之失效與廢止 |
| | | 先修命令，再修母法 |
| | | 做法先變，法令後變 |
| | 增加正當性 | 立即完成命令修訂 |
| | | 將命令提升至法律位階 |
| | 大法官解釋幫助行政機關增加法律知識 | 將命令提升至法律位階 |
| 政策 | 成本效益不符 | 拒絕修訂，或不執行 |
| | 政策目的 | 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 |
| | | 原本就想修改規定 |
| | 決策資訊不足 | 延遲決策 |
| | | 被動依照政治角力的結果行事 |

資料來源：本研究整理

從表格 17 的分類結果來看，官僚在個人層次方面的思考，多是為了行政上的方便而採取的行動方式；例如因為沒有再次碰到相同的狀況就暫不處理。在組織層次上，可大致分為正當性的思考與行政成本的思考。正當性的思考最容

易與大法官的偏好相符；其原因在於，依照大法官的意旨行事，由於係絕對的合法，能夠增加組織對於正當性的需求，或藉此增加法律知識，因此能夠增加行政機關依大法官意旨修訂命令的動機。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，例如以該命令為「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。

依上述分類結果進一步分析，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，包括從個人角度出發的業務操作上的成本、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；而這個交易成本即是來自於雙方的偏好的差異。大法官以維護人民的權益為主要偏好，而行政機關的偏好則是政策的目的是否能在可控制的成本內達成；除非爭議點與成本無涉，或對於成本的影響不大，行政機關可因為「增加組織正當性」的理由而改變原本的做法。總結而論，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。

貳、行政官僚面對司法審查的決策模式

上述分析已獲得官僚與大法官的偏好互異的結論，在兩者偏好互異的情況下，我們就不能期待行政官僚會完全的滿足大法官解釋的要求，而更可能會以「不違法」的方式，「消極」滿足大法官的判決。

依照 Niskanen(1971)的論點，官僚除了會選擇總成本最小的產出方式之外，產出的過程也會以成本最小的方式排列組合。依照這個論述，則 Carpenter 關於官僚為什麼會延遲決策的研究，亦可以用「最小成本的排列組合」來解釋。本研究的資料亦可證明這一點。首先，我們將行政官僚碰到大法官解釋的故事重新說一遍。依照司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條，人民要能夠聲請大法官解釋，必須滿足下列三項條件：(1) 確定權利受到不法侵害；(2) 救濟途徑已經用盡；(3) 認為最終局裁判所適用的法律或命令有抵觸憲法的疑義。也就是說，大法官釋憲是人民主張其權益的最後一步，在此之前，必定曾遭行政機關以「依法行政」之理由駁回聲請。以大法官釋字第 400 號為例，行政機關最初係以「公用地役關係」為由，透過命令形式規定既成道路可繼續使用、無須補償。再舉大法官解釋第 440 號為例，行政機關一開始引用台北市市區道路管理規則第 15 條，係因為該條命令並無明述地物下之損害需要補償，並以財政負擔作為答辯的理由。從相關機關受訪者的言談當中可知，此二案例皆牽涉到行政機關所主張之「公共利益」是在會危害到部分民眾的個人利益的情況之下發生。將上述釋憲爭點與行政機關的回應合併理解，可發現行政機關之所以在一開始透過制定命令的方式阻卻個別民眾的利益聲請，係為了維護政策目的，或為避免政府財政負擔。這是行政機關維護自身利益的第一步。

第二步，當大法官解釋宣告原本的命令違憲之後，行政機關原應另修規則，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「不動原本的命令」或「換個做法」，就可以最低限度地滿足大法官的要求；一方面

如果該命令沒有法律保留的問題，則這樣的行為也很難說是違法；另一方面，縱使有法律保留方面的問題，由於做法改了，沒有人的權利受到侵害就不會有訴訟，其違法事宜亦不會被舉發。正因如此，行政機關可以主張違憲的命令因遭大法官判決失效，因此自動失效，不需要再另行公告，此為其一。其二，行政機關可以選擇先改變做法，或先以行政規則的方式下達所屬各機關單位，稍後再修訂原本的法規命令。其三，行政機關可以選擇什麼都不做，如果再碰到類似的案例，就回歸母法或者依大法官釋憲辦理。這三種做法分別有三種效果：第一，行政機關不需要再花成本公告法令；第二，以行政規則代替法規命令，可以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。例如案例 L，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，係為行政機關碰到司法審查時的決策模式。回應 Niskanen (1971) 官僚利益極大化的原則，本研究的發現確實可以證明官僚使用「成本最小的組合」來回應大法官的判決。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，此時行政機關若不依照辦理，則會賭上行政正當性受損的可能，因此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。

第五節 大法官解釋對行政行為的影響

以上本研究從公共選擇的觀點分析行政機關面對司法審查結果的回應方式，是為從行政的角度出發，討論其偏好的來源，以及實際產生的行為。本節進一步從代理人理論的觀點，從民主治理的授權關係出發，討論司法審查對於行政機關是如何發揮影響，其影響力又是如何受到限制。由於代理人理論為「有意識之下設計的公共選擇機制」，係從制度的環境探討民主治理的公共選擇問題，能幫助本研究從民主治理的結構來瞭解司法審查對行政機關影響力的問題。

壹、行政行為的改變

對行政機關而言，大法官會議解釋是個強力的衝擊。至民國 97 年 12 月底為止，大法官所做出的 66 條關於行政命令違憲的解釋，已有 56 筆完成修正。儘管有三分之一個案的修正歷時超過二年，但整體而言，大法官會議解釋仍具有改變行政機關作為的作用。

大法官自第四屆起，不再如第三屆以前偏重解決各機關適用憲法時之疑義與法令上之爭議，而開始逐漸反應社會需求，注重法規之違憲審查，設法加強人民權益的保障（翁岳生，2004）。正因為大法官以保障人民權益為主，大法官宣告命令違憲之原因，係多以「違反法律授權原則」、「法律保留原則」、「與母法意旨不符」、「增加法律無有之限制」等為由，做出「違反憲法保障人民權益之意旨」之結論。依法行政表示官僚所必須將律法作為行事準則，從制度論的角度來看，法律的角色相當於「契約」，是社會的「遊戲規則」（North, 1995）。在法律披及的範圍內，所有的行為者皆可透過制度的設計、契約約定的內容，

預期特定行為會產生的效果，進而做出選擇，這也是理性選擇學派對於制度的觀點。若法律是社會的制度，那麼法源的位階，從憲法到行政命令、行政規則，必須是精神一致的、無衝突的，讓人民有所依循。因此，大法官從命令是否違法、違憲的角度進行司法審查，從制度論的角度解讀，是為了維持制度的一致性，使「契約」體系無衝突，有可依循之遊戲規則。然而，從憲法、法律到命令、規則，係一系列的授權，授權經過詮釋必定因組織當中的多重目標而使得權威出現衝突(Downs, 1967)。大法官對法規進行違憲審查，可說是檢視這些因授權而出現的憲政衝突，並要求主管機關進行修正，可視為授權鏈詮釋問題的修補機制。

從行政的角度來看，行政扮演的就是授權鏈當中「多重目標」的部分。一方面必須服膺法律面向要求的正義、人權價值，另一方面尚有政治的與管理的價值必須滿足。這也是為什麼本研究多位受訪者表示「大法官的考量與實務考量常不太一樣」的原因。以管理的角度來說，「效率」、「績效」的要求是最重要的關懷（吳瓊 譯，2002；Rosenbloom and Kravchuk, 1986），本研究的受訪者亦表達了這種思維。舉例而言，案例 D 的受訪者表示，行政機關原本係因為 OO 徵收「數量太多，未能進行」，但既然大法官特地提出來討論，行政機關就盡量想辦法解決。「數量太多，未能進行」即是一種成本考量。行政機關考量到業務必須處理的案件數量、可能耗費的時間、預算成本、人力成本等等，預期該業務若要順利完成，所耗費的成本可能不符成本效益，故暫且擱置。這樣的思維模式，表達出當行政機關預期某一業務必須要耗費太多時間、人力成本，可能就認為這是一個「無效率」的業務，或者因為「無法表現績效」，因此主管機關沒有優先執行此類業務的誘因。從另一角度分析，傳統的管理途徑將「效率」作為行政運作合法化的基礎，對於可能無執行效率的業務，行政機關缺乏進行的動機。因此當「效率」動機無法說服行政機關，必須有另一個誘因驅使行政機關改變其偏好。大法官解釋是司法權的直接表現，維護憲法、保障人權是其

最重視的價值；當大法官以法律的價值提供行政機關另一個思考面向，而法律面向同時也是公共行政的理論基礎之一時(Rosenbloom, 1983)，對行政機關而言就是刺激其行為改變的誘因。其一，大法官解釋有等同於憲法的效力，行政機關有遵循的義務；其二，法律途徑也是公共行政的理論途徑之一，保障人權、重視程序正義等價值亦能與行政機關所在乎的價值相容。因此行政機關面對大法官解釋，並沒有呈現強烈的排斥，反有助於行政機關改變其偏好。本研究多位受訪者亦表示，大法官解釋有助於行政機關學習新知，將事情作得更好。前述所提到的各種法規修正方式，都是行政偏好改變進而導致行為改變的具體表現。因此根據本研究結果，司法審查的結果是並非透過授權模式對行政機關產生影響，而是透過誘因的轉換，使行政機關改變偏好之後才能實際影響其行為。

然而，雖然行政偏好因為大法官提示的法律價值而改變，卻不代表行政機關有關管理的和政治的偏好不復存在，否則行政機關對解釋的回應不會超過大法官給定的期限。案例 H 受訪者認為只要實務的做法已經改變，即不需要拘泥命令修正完成的時間，即是一例。從管理途徑分析，行政的角色最重要的即是能執行法律所規範的事項，「大法官說我們原本的做法不對，那我們就換個方式把事情做對」、「該作的事都作了」為行政人員最容易產生的邏輯，至於這些對的做法是否有在期限之內寫成白紙黑字的明文規則，則不是行政機關最關注的事。從政治角度解讀，「把該作的事情都作了」，即是回應來自司法權這個外控機制的要求；再者，於實務做法上回應了大法官的解釋，即可表示已對外滿足「大多數人的善」，已有了正當性的基礎。只要做法已經改變，行政機關便可從行政的管理與政治途徑找到合法化其行為的利基，修訂命令的腳步是否有跟上，就相對不那麼重要了。

進一步言之，大法官解釋在改變行政「執行」的行為上，多能表現出影響力；然而在行政機關訂定命令的行為上，其影響力卻不如預期。原因在於：第一，行政機關認為只要行為不違法即是不違法，不需要再多花成本修訂法規。

第二，只要行為不違法，修訂命令的事情可以慢慢來，也許還有更重要的是要辦理，修訂命令也不是件簡單的事。第三，先以行政規則的方式改變本機關與所屬機關的作為，也是一種改變，而且對行政機關而言所必須負擔的責任較少、制定的成本較少。因此我們可以解釋，行政機關縱使是依照大法官的指示修改「執行」上的作為，但也是以最小成本為之。這又反應了行政觀點對於法律的「工具思維」而非「契約思維」。

貳、大法官解釋影響行政行為的限制

行政機關與司法機關之間的互動，是在憲政架構之下進行的。在憲政制度的設計上，分別對這兩個行為者賦予了不同的任務與限制；因此，除了透過兩者個別的偏好進行分析以外，我們必須同時注意制度環境是否也是影響司法審查效力的原因之一。

單就法律的層面來看，大法官的權威是毫無疑問的。憲法第一七一條第一項規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效」；司法院大法官對憲法所作之抽象解釋，其效力與憲法條文本身相同（吳庚，2008）；大法官釋字第185號解釋亦表示，大法官對憲法所為之統一解釋亦有「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」。本研究受訪之前大法官表示：

「...因為這個分權的一個理論決定了『解釋』，也就是憲法訴訟的判決。我們這個司法解釋叫『憲法訴訟』，將來我們叫『憲法法院』。打憲法官司，打憲法官司就是什麼？法律提到憲法層次，用憲法看法律有沒有違背憲法的立法動機。就是這樣，所以他的效力，扮演一個憲法。有拘束全國人民、機關、團體的效力，絕對的效力。沒有這個，沒有爭議.....有爭議，不可以的。」（M，L55-60）

然而儘管如此，本研究已經證明了行政的偏好仍有存在的空間，並且實際稀釋了大法官解釋的效力。論其原因，首先還是授權體系的問題。前面我們談到，司法審查可作為彌補授權鏈詮釋問題的修補機制；然而同樣的邏輯，司法審查固然作為落差的修補機制，但當大法官作成會議解釋，責成行政機關依解釋結果修改法令的同時，大法官這個「類立法」的授權動作（陳新民，2001），也將與行政機關實際訂定命令的行為產生授權落差。依照 Calvert 等人的理論，由於訊息的傳遞與詮釋必定因為個別行為者的目標差異產生落差，因此授權落差的存在實為必然(Calvert, McCubbins et al., 1989)。而司法審查亦不若立法機關對行政機關的授權可以透過「任命權」的方式控制行政機關的偏好(Calvert, McCubbins et al., 1989)，司法機關縱使有「類立法」的功能，並且對行政機關產生授權效果，但其對授權的結果的監督卻不若立法機關有較多的「武器」可以運用。

再者，正由於大法官解釋係代表憲法的高度，法律與命令與之相背皆違憲無效，若司法審查權具有主動審查的權力，將使司法的地位居於行政與立法之上，不受政治的控制，成為「太上立法機關」（任冀平，1995）。為避免司法凌駕其他權威，司法在制度設計上多屬「不告不理」的形式。任冀平（1995）對此描述得生動：「因其（最高法院）既不像國會，可以控制政府的『荷包』，也不如總統，能夠支配政府的『武力』，其所能作的只是『判斷』。即便是判斷，若要發生效力，還得仰賴國會與總統的幫助。」雖然描述的是美國的憲政情況，但我國情況亦同。大法官並無主動對命令與法律進行解釋的權力，僅能被動接受行政機關、人民或國會之聲請。做成解釋之後，依照現行的制度，雖然司法院書記處會針對個案進行追蹤，但這個追蹤的結果無任何影響力。受訪之前大法官表示：

「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。」(M, L485-491)

正因為大法官會議在解釋後「消極不作為」，對於行政機關產生的壓力就是一次性的壓力，增加了行政機關閉起門來依照自己的心性做事的機率。

除了大法官會議本身無法有效率的監督行政機關修法的進度，訴願、訴訟等救濟途徑同樣也因為不告不理的特質，而使得司法制衡功能不見得能夠發揮的問題。然而，近年來大法官會議似乎已意識到這個問題，因此多嚴格表示違憲的法律命令失效的時間。受訪學者表示：

「如果大法官已經跟你說這個行政命令的規定是有問題的。但實務上可能有些做法規避了大法官解釋的意旨。我想大法官會議可能有意識到這個問題，所以大法官會議，最近幾年就比較少作成那種只要行政機關檢討改進的解釋，通常就很明確地講，比如說從什麼時候這個條文就失去效力了。大概就是避免行政機關不去明顯遵從大法官解釋吧。」(O, L46-50)

儘管如此，舊條文的失效與新條文的訂定之間仍是有完成度的差距。受訪學者表示，如果違憲命令是屬於干預行政類型，沒有條文依據就不能執行，則未完成修法就是明顯違法；至於給付行政類型，由於不屬於法律保留範圍，因此未修法無明顯違法(O, L53-58)。同時，法律授權的行政命令必須要以法規命令的形式公布，若行政機關僅以行政規則發佈，也是違法，縱使事後完成法規命令的制定亦然(O, L59-71)。但受訪學者亦指出這部份的判斷仍必須透過訴訟案件產生，亦即，沒有人提起訴訟，這些可能違法的行政行為就不會受到審查(O, L40-43)。

以上這些問題，已經不只是司法審查制度的問題。由於司法權本身在憲政結構中的特殊角色，其權力行使本身就必須受到限制，因此，我們必須將整個問題放至民主授權的結構中理解。司法審查為審判權，以其維護憲法、保護人民權利的宗旨，站在憲法的高度檢視整體的授權關係。司法審查的「審判」本質，使其不若傳統的委託代理關係，然而卻必須鑲嵌在整體的委託代理結構中，

並受整體結構的影響。

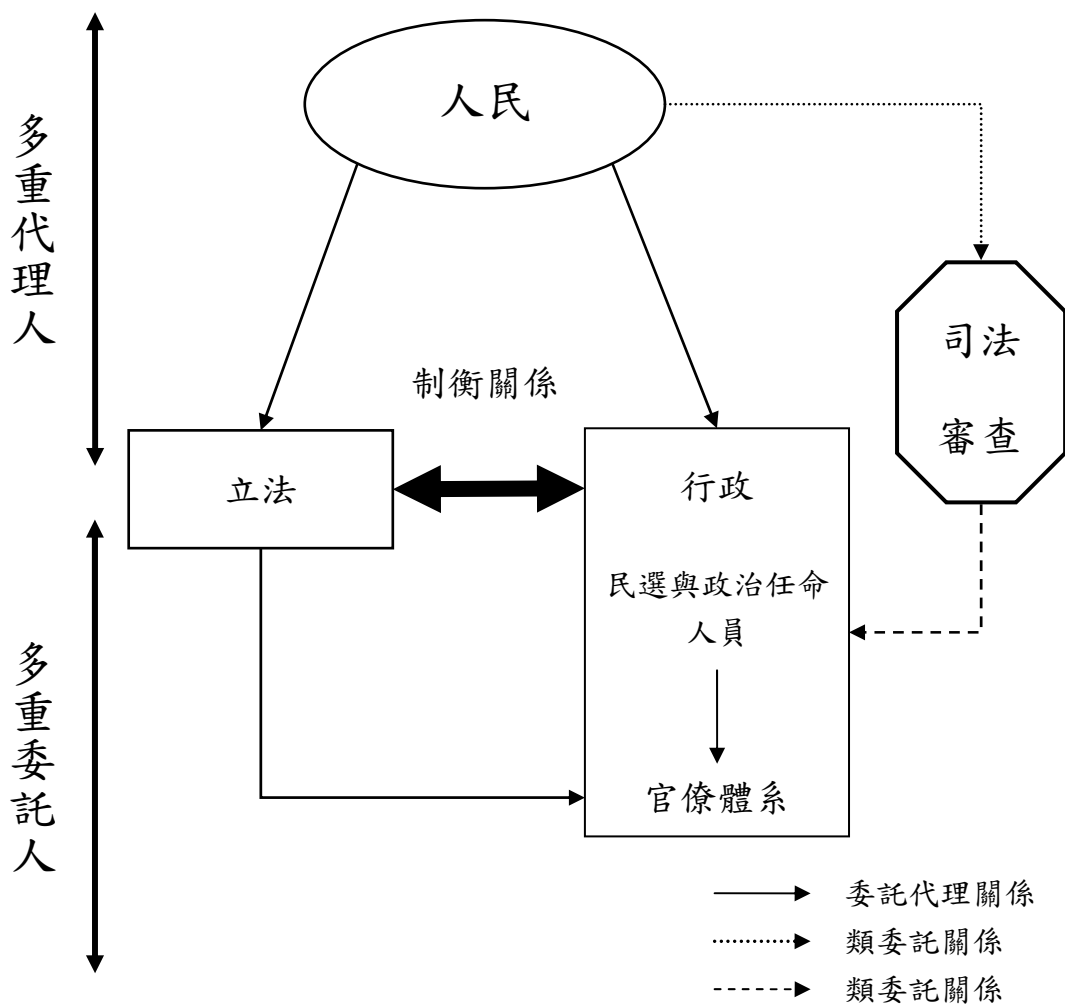


圖 6 司法審查與代理人理論下分權體制之授權關係

資料來源：修改自陳敦源（2000b）

上圖補充陳敦源（陳敦源，2000b）「代理人理論下分權體制之授權關係圖」

¹⁰。執行司法審查之司法院大法官，雖不具直接之民主正當性，但其解釋憲法、維護憲法，以保護人民權益為主要目的，在工作的本質上有「類代理人」之角

¹⁰ 由於本研究僅以「行政機關 v.s 司法審查」為討論範圍，故未做司法與立法之間的連結，但不代表司法與立法之間無任何互動關連。

色。司法審查結果，大法官所做出之解釋、判決係有「類立法」功能，陳新民認為大法官係為「憲法委託」（陳新民，2001），為行政法之重要法源（吳庚，2008），因此大法官透過解釋進行司法審查，對行政機關而言亦有「類委託代理」關係。若此，行政（民選）與政治任命人員、立法、司法對人民而言，係為多重代理關係；行政、立法、司法對官僚體系，亦為多重委託關係。多重委託與多重代理，容易產生委託目標不一、代理人相互推諉責任等增加代理人自主機率，以及委託人無法確定課責對象的窘境。大法官的司法審查權處於這樣的委託代理結構之中，又因為司法權被動的本質，對於行政機關修改命令的計畫與進度、政策偏好、實務情況等皆缺乏資訊，增加資訊不對稱的程度。再加上，雖然大法官解釋屬於「憲法委託」，但以現今制度來講，若行政機關不理會司法院之判決，除非相同情況再有人聲請解釋或提起訴訟，否則司法院大法官仍然無可奈何。委託代理結構所導致的監督難題，加上司法權處於被動地位的本質，以及解釋發佈後缺乏後續的監督機制，皆致使大法官解釋的效力遭到稀釋。

綜合言之，大法官與行政機關之間具有的多重代理、與多重委託問題，以及雙方的資訊不對稱，再加上因為司法被動，無法控制政府的「荷包」，亦沒有可驅使的「武力」，於解釋公告之後並無實質的監督手段，行政機關若有不願遵守或是認為不需立刻處理的理由，這無疑是一扇後門。此外，行政機關縱使有其他意見，或如案例 D 直接認定大法官解釋與實務狀況不符，認為無大法官所解釋之問題，因此不需特別處理，行政機關也不會再循釋憲管道，聲請大法官再作解釋。因此，後續無監督管道至少造成兩種後果：其一，行政機關遵守或不遵守、立即修訂或延遲修訂係由行政機關自行決定；其二，行政機關若有不同意見，亦可能因為不反應也無其他後果，而選擇消極不作為。

參、制衡機制的改善空間

透過上述分析，我們可以看到司法審查因制度上的限制以及與行政機關偏好上的差異，使得其對行政機關的制衡力量遭到削弱。這樣的問題是否可以改善？或是，有需要改善嗎？

一、是否應該限縮行政裁量？

從憲政制度權力分立、制衡的角度來看，傳統三權分立的理論，即因為司法審查具有拘束全國各機關與人民的絕對影響力，若不稍加限制、使其處於被動，未免有成為「太上立法機關」的疑慮。這也是為什麼司法審查無法主動介入行政與立法機關的運作，必須被動受理聲請才能作成解釋的原因。若我們因為看到大法官解釋對行政機關的影響實際上不如預期，而開始檢討、考量必須增加大法官對行政機關的控制、監督，則在制度設計上，研究者也不能忘記司法權過大對於憲政架構的破壞，必須小心為之。若過大的行政機關和過大的司法機關都是民主憲政體制所害怕的結果，則兩者之間力量的平衡就不可能達到精準的平衡，僅能有「模糊的平衡」。換句話說，我們必須容忍司法機關與行政機關雙方的權力制衡，並非全然地透過制度控制，而有部分可透過雙方的「交易」達成平衡。

依照大法官會議自第四屆以來開始逐漸發揮司法審查的功能，且因為愈來愈重視人權保障，而開始重視其解釋效力的趨勢來看（翁岳生，2004），大法官會議對於依法行政原則的重視有走向強勢的可能。再從行政權的權力流向來看，我國的行政權自民國七零年代民主化開始，即開始一點一滴的遭到立法機關回收。在這一消一長之間，這兩權的發展是可以期待在將來達到新的平衡；而這個平衡不是因為憲政制度上重新賦予任何一權新的權力，而是透過各權之間偏好與立場的獨立與互動，於「交易」的過程當中慢慢達到。

當然，主張「模糊的平衡」並非主張現狀可以不做任何的改善，而是需要改善的並非行政與司法的權力結構；可在原本的權力結構下，透過偏好分析，

在瞭解雙方差異之後，因為資訊不對稱程度的降低進而降低交易成本。

二、如何改善監督機制？

官僚控制的機制可分為內控與外控兩種。依本研究結果顯示，行政命令違憲經大法官解釋已有超過八成的修改率，顯示行政機關在決定是否修改的裁量上，能夠自我監督，重新反省政策執行的做法，並將有問題的規定修正。現存的問題在於，有許多個案超過大法官限期修正的底線，長期以行為已改變的理由拖延其修改命令的進度；或者是以該命令為行政規則為由，失效或廢止皆不另行對外公告。不論行政機關是否對解釋結果存有異議，或者只是為了節省行政成本而拖延命令修訂進度，大法官解釋作成解釋之後並無其他的監督機制，只要沒有人提起訴訟，行政機關就不會感受到來自司法監督的壓力，即可能使得行政機關因為不處理、延遲處理的風險不高，因此消極擱置，單方面地選擇以行政成本最低廉的方式為之。上述的問題，乍看非行政內控的問題，而是應該將儘速修正的誘因導入行政機關之誘因結構，透過程序控制達到持續監督的效果(Epstein and O'Halloran, 1994)，以減少資訊不對稱的問題。然而若從表格 16 所做的進一步的偏好分析來看，應該透過內控或外控機制進行改善，在個人、組織與政策等各個分析層次應有不同的做法。

首先，在個人層次方面，若因為個人業務操作上的成本而影響官僚執行大法官解釋的誘因，那麼這不是司法監督的問題，而是行政機關內部、組織對個人監督的問題。可將這類監督的交易成本內化為層級節制的管理監督，亦可透過加強績效考評的方式解決。被宣告違憲的行政命令，應列入當年度的重點績效考核項目，並可列入外審的考核重點；外審代表可考量由司法院派一人參與。此項改革，係為了將司法審查的結果與行政機關的績效結合。如該命令條文牽涉的範圍甚廣，或研議困難，仍須於績效考核時間提出書面說明，並敘明進度、未解決之困難、期望獲得之協助。此項動作在未完成命令修訂之前，應每年實

施，以促使行政機關更積極的面對命令修正的進度。

其次在組織層次方面，由於行政機關在組織層次的偏好主要是正當性的問題，與司法的偏好並無衝突；依照本研究發現，本類個案通常能以較快的速度完成命令修訂，因此這類型的個案需要檢討的程度較小。然而在組織層次的行政成本考量，則是需要相對重視。由於行政機關傾向以成本最小的方式修改其行為或是命令，因此只要在不違法的前提之下，先做行為變更，或者以行政規則的方式進行修訂，即可在有表面不違法。然而行為的變更、規則的變更，若不伴隨「公告周知」的條件，則以法規作為人民與政府之間「契約」的功能將無法發揮，亦可能因此影響人民權益；再者，僅行為改變或規則改變，未經公告亦無法確認大法官解釋以實際上對行政機關產生影響，增加監督的困難，提高司法審查與行政之間的交易成本。因此，被宣告違憲的行政命令，縱使屬於行政規則性質，也是能對外產生影響力的行政規則，因此皆應對外公告其修正或廢止情形，以增加行政機關的回應性。這些違憲命令的修正與公告事宜，在積極的制度改革上，應由行政院研考會統一管考，列入機關考績評估指標。在消極的防範上，監察院應特別注意違憲法令的修正與公告，若有明顯問題，應予糾正。

除了政府制度的變革之外，也應該健全個別公民與利益團體的監督機制；任何人只要發現有違憲的法令在大法官限期之內未完成修正，則可透過管道向司法院大法官書記處、行政院研考會或監察院等舉報，作為法令是否能夠積極扮演政府與人民之間的契約的警示器。

最後，在政策層次，由於政策的投入成本與政策環境的複雜與否，是行政機關最可能無法配合司法判決的理由；若司法機關對該政策的目的並無疑義，在這種狀況之下，司法機關應當可以給行政機關較多的裁量空間與緩衝時間。