

公務人員應有之法制概念

謝志明 法務部部長室主任

王晶英 法務部法制司科長

公務人員在此泛指政府部門從事公務，執行公權力之人員而言，至何謂法制概念？兼指法制本身具有之意涵及其為核心所形成之外溢聯結，形成為一具總論性質的基礎體系（註1），其目的在問題的定性及解決方法的導引，以有助於行政效能的提升。

一般所指的法制意涵係指制法的過程，廣義之法制，兼指行政部門法案的草擬與立法部門的審議在內（註2）。此意涵，在未有行政院版而逕由立法部門提案為轉趨常態之現象下，原始之法制概念已向另一方傾斜，所以，關注之焦點已轉移至法案形成之正當性等，此部分的論述，也與預算權之行使及其重要的輔助性權利之一——文件調閱權之行使構成當前府會關係之重要內涵，在預算之審議強調與法規範圍的關係，法規範圍雖然賦予行政部門公權力行使之授權依據，但其真正的落實執行，仍待立法部門預算編列的再度授權。我們所關心的是，就有法規範圍而未編列預算或預算被刪除之情形（註3），及就有預算而無法規範之情形（註4）該如何面對等問題；在文件調閱權方面，毋寧是民意機關行使法定職權最重要輔助性權力。但本於權力分立及行政固有權能，民意機關不必然具有優位性，在與其他法益衝突時，仍應為法益之衡量。換言之，在具正當理由及法律規定之前提下，此項輔助性權力仍受有其限制（註5），無形中法制概念的探討已有朝立法機關集中化之

傾向。再者，與之相對應之概念，一般所指「法治」，係指依法而治，細分為依法立法、依法行政及依法裁判而言，著重於動態的觀察及法之適用，與法制單指法之形成，二者仍有指涉範圍大小之差別（註6）。

此項法制概念焦點的轉移，在原始意義下成立之法制單位亦因其職能的擴充而呈現出不同之面貌，以六都為例，其組織職掌已不以固有之法案之審查，兼及訴願及行政訴訟、國家賠償業務為限，尚包括消費者保護、鄉（鎮、市）調解、法律扶助、採構申訴及行政執行等，就組織規模及功能取向而言，已不能以傳統思維即能掌握其實質的內涵，故就機關之名稱有改以「法務」（指法律事務之意）局稱之（註7），以符實際。

以上係就法制之意涵及其實際提出說明，如再從立法的相關內涵（立法論）在法學方法論上與其他問題層次的聯結，我們關心的反而是問題的解決，換言之，法制能力的培養並非單一而係全面的，我們不僅要明白法律政策的擬議與落實，及立法體系及技術層次的問題，尤須掌握立法形成之自由與界限；對於個案的處理，傳統之法適用之三段論法已不能完全適用不同類型的案件，而立法者有意的排除或無意遺漏的判斷，則是其選擇解決方式的前提：進而透過類推解釋（適用）的方式，或者尋求修法之途徑，以解決之。因此，此不同層次的問題所具有之功能相互對映而構成一完整之應用體系，乃現代公務員所必

備之基本素養，而又以法之形成為中心，其目標即在於面對問題（個案）找到問題的核心並加以解決，不同的個案，均可透過此項思考模式逐一檢視取得其適切的解決方法。

（一）傳統的法律適用之三段論法，係以法律為大前提，以所認定的事實為小前提，依邏輯的演繹推理，歸攝而得推論。而事實上，在事實的認定過程中所獲致的結論與其後之理由構成，二者同等重要，此種以法官斷案的思考方式，也可作為一般行政運作的思考模式（註8）。

（二）如果立法不當，此項不適當如為法律無意的遺漏，固得透過解釋加以解決，至法律有意之省略，依是否必須修法而又區分不同類型，換言之，此項立法者基於立法裁量而有意不為規定，其是否修法仍有裁量空間或因牴觸上位規範而必須加以修法解決之。例在「某直轄市興辦公共工程土地改良物補償自治條例，原則僅對於『合法』之土地改良物予以補償，例外始對於『違法』之土地改良物予以救濟，對於『違法水利設施』、『違法農作改良物』、及『違法畜禽或水產養殖物』自治條例則未有規定，某甲請求比照土地改良物予以救濟，試問某甲請求有無理由？」一例中，由於對於違法之水利設施等立法者是有意思不予救濟，自不發生漏洞填補問題，在未經修法或因牴觸上位規範而被宣告無效前，仍屬有效。再如大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服得申訴，再申訴及循序提起行政訴

訟，至學校依教師法第31條第2項後段得對申訴決定提起再申訴，但對再申訴決定可否提起行政訴訟，則法無明定。其判斷基準（解決方式），亦視此項漏洞是否為法律有意省略而定（註9）。

（三）在法位階架構下，立法者固有立法形成之自由，惟仍又有其外部界限之問題，法律不得牴觸憲法或透過憲法解釋而獲保障之其他自由或權利。例如：在婚姻平權釋憲案中，同姓婚是否為憲法婚姻自由所保障的內涵，而作為檢視現行民法未予規定是否違憲即是（註10）。其次，在有關外部界限之問題，除上述法律不得牴觸憲法或透過憲法解釋而獲保障之其他自由或權利外，於我國陸續完成公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約、消除對婦女一切形式歧視公約、兒童權利公約、身心障礙者權利公約等核心人權公約之國內法化

後，法律亦不得牴觸依上述已國內法化之公約而獲保障之其他自由或權利（註11、12）例如：祭祀公業條例有關女子是否得任派下員釋憲案中，該條例整體所定派下員制度存有差別待遇，除違反憲法第7條及憲法增修條文第10條第6項規定外，亦有違消除對婦女一切形式歧視公約第2條及第5條之規定（註13）。

再者，以上純就體系間問題層次的判斷，其目的在於尋求解決問題的方法，如果我們再就設置法制單位最初的目的論，不可諱言，法之形成的實際操作仍是問題的核心，尤其在中央與地方垂直分立之狀況下，我們關心的是二者間之連結與界限問題。此項府際關係強調的是自治事項有無「法律保留原則」之適用及自治法規有無牴觸「法律優位原則」之判斷等問題，就前者而言，地方在憲法及法律授權下，固亦得限制人民之自由權利，但地方自治條例解釋上仍非憲法第23條所稱之「法律」，並不得因此而得解釋此之法律包括「地方法規」在內，二者分屬不同概念；至就後者而言，在非以行政處分是否牴觸法律之議題下，基於自治法規亦構成整個法體系之一部，「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」（地方制度法第30條第1項），亦有法位階之討論，此可分地方法規之訂定是否存在一項授權法規而有差異，在自願性自治事項場合，承上所述地方自治法規固得限制人民權利仍有其外部界限，在立法作業除不得規範中央事項如刑事處罰應嚴格遵守罪刑法定主義，下位規範也不得牴觸上位階法規，而在外部監督的檢視過程中，自治法規就同一事項之規定與法律規定不同，並不當然構成「牴觸」，仍應在就二者間之意旨及地域特殊需求作綜合性考量（判斷）（註14）；至於相對之依據中央法規之授

權而制（訂）地方法規之類型，其判斷是否牴觸上位規範，則視其是否逾越其委任範圍而定。

因此，在地方立法實務上係聚焦於是否牴觸中央法規的問題，而不在於地方可否限制人民權利的議題上，不論係自願自治事項或法定自治事項，地方所行使均屬團體權力，在地方法規位階的選擇上地方享有自主權不受法規形式之限制，而其判斷規定為地方制度法第28條規定，且不論法律授權地方訂定自治法之目的，地方法規均不得超出法律授權之範圍，而其判斷基準必須從其涉及基本權之限制本不在地方得規範事項而認定已溢出其得規範之範圍，因此，其實質上與地方立法之外部界限同義。換言之，其已逾越中央事項而有所牴觸，在最終合法性判斷上，與職權性立法二者並無差異。

此外，以我國10多年來強調人權立國，提升人權標準，陸續完成上述核心人權公約之國內法化後，有關自治條例不得牴觸憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例之法位階體系，是否亦應包含上述人權公約在內？又在外部監督的檢視過程中，除釐清自治法規就同一事項之規定與法律規定不同有無構成牴觸外，就是否將上述人權公約作為外部界限，亦均值得討論。

綜合以上之論述，現代公務員應具備之法制概念已有新的詮釋，在固有制法（法形成）的重心已從行政部門的草擬向立法部門一方傾斜，包括立法部門自行提案的增多；而在政府分官設職的組織效能上，法制單位（機關）的功能已今非昔比，包羅萬象，凡涉及法律事務者均涵括在內，法制的內涵已產生質變；如再從公務人員問題解決能力的觀察，法之形成似又需與其他問題層次作結合而形成一個以立法為軸心的應用體系，法制能力的培養並非僅具點的意識即足，除明

彩繪心世界



雀瓶中選-陶藝 32*32*46(cm)

矯正署雲林監獄

純手工拉坯，集捏塑，塗上釉料燒製而成；清朝官服中，有冠著的孔雀尾是高官品級萬中選一的象徵。孔雀開屏，有大吉大利的意思。

白法律政策的擬議與落實、具備傳統立法技術之能力外，更應培育理解國際人權規範的專業，而須有全方位的思考，其目標著重在於問題的解決；再者，中央與地方的行政運作並非相互獨立而在垂直分權的概念下，地方僅在憲法或法律授權下始得限制人民自由或權利，下位規範亦不得牴觸上位規範，二者應一併觀察，此項公務人員法制概念的觀察已跨越府際。至府會關係議題的探討兼擴及法規範與預算的連結及重要輔助權力—文件調閱權，而不僅限於法案的審議，又不待言。

註釋

註1：一般所稱之行政法總論而論及之具總論性質之法規，包括中央法規標準法、行政程序法、行政罰法、政府資訊公開法、訴願法、行政訴訟法、國家賠償法及行政執行法等，為公務員從事公務應具備之基本素養，亦不待贅語。

註2：劉昊洲，論法制與法治，司法周刊，第1243期，第3版。

註3：就有法規範而未編列預算或預算被刪除之情形，就前者，可能涉及預算重編或辦理追加預算之方式補救。至於後者，在歲入，則可能發生預算外併決算之情形。在歲出，則可能因預算被刪除而面臨政策無法落實之窘境。

註4：就有預算而無法規範之情形，則依其是否為法律保留事項而定。如為否定，則該個別預算之授權雖行政部門保有較大空間，仍須量入為出，審慎為之。若為肯定，縱已有預算之編列，但得否行使該項法律未授權之行為要屬不同之思考面向。

註5：但必須強調的是，個別法規立法旨趣及規範標的之不同，不宜錯亂法理體系及法律關係，誤引法規作為行政機關據此對抗立法機關調

閱文件之法律依據。

註6：同註2。

註7：如臺北市、桃園市。

註8：其具體的思考過程略以：一、法官首先要在排斥法律的「白紙狀態」下，對案件的事實，展開具體類型的實質利益衡量，因此獲得一個暫時的「結論」；二、法官為了檢驗或修正這個結論，必須將此一結論，帶到相關的法律中，尋找支持該結論的條文，於斟酌至當後，為其披上法條的「外衣」，附上形式的理由，以合乎法律三段論法的邏輯構成，庶期能增加說服力，以及判決的正當性；三、由以上一、二步驟，可知此種方法與概念法學的操作方法迥異，亦即概念法學係從上而下，以法律規定為大前提，以具體的事實為小前提，而機械的推出結論，其所採的是演譯法。而上述一、二步驟是由下而上的歸納邏輯形式，亦即必須經過具體案件事實，實質的利益衡量後，獲得暫時的結論，作為「假設」，再經驗證的理論構成，不斷試錯後，最後才得出正式的結論。…。楊仁壽，裁判「結論先行」的秘訣，司法周刊，第1708期，第2版。

註9：最高法院106年6月份第2次庭長法官聯席會議，就「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴，經申訴評議決定駁回後，教師復向教育部中央教師評議委員會提起再申訴，再申訴決定不予維持大學不予續聘決定及原申訴評議決定，大學得否就再申訴決定循序提起行政訴訟？」做成決議略以：「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設

立本旨。參酌教師法第33條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，此與同法第31條第2項後段特別規定『學校』亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同；又綜觀教師法第33條規定之立法歷程，立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏，從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟」，似認立法者針對第33條既屬有意省略，則唯有透過修法解決，不能以解釋方式代之。

註10：司法院釋字第748號解釋參照。

註11：公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第8條、消除對婦女一切形式歧視公約施行法第8條、兒童權利公約施行法第9條、身心障礙者權利公約施行法第10條，均規定違反上述公約規定者，應檢討修正之。

註12：最高法院於103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議，公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。

註13：司法院釋字第728號解釋參照。

註14：如在電子遊戲場業管理條例明定設置場所距離限制之前提下，地方可否訂定較嚴之議題，司法院釋字第738號解釋即透過對該營業場所距離限制為最低標準之解釋，而認其為不同之距離限制並不構成牴觸上位規範。