

2016年第七屆海峽兩岸公法學論壇

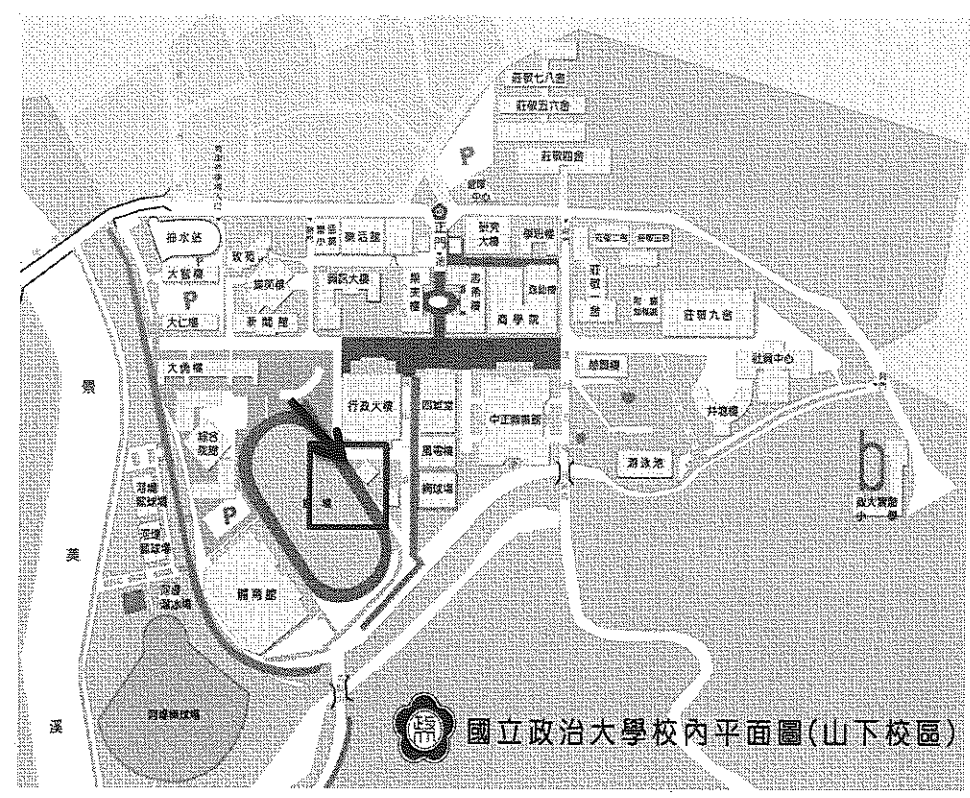
—現代國家中立法權之行使及其界限—

目錄

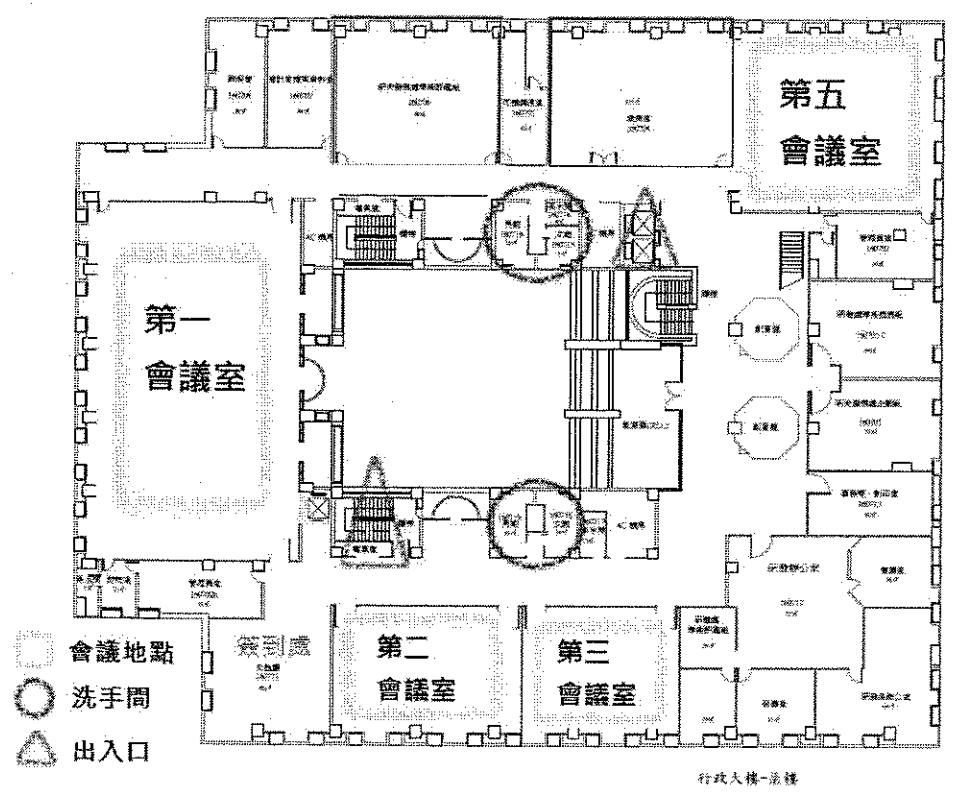
壹、行政大樓七樓第二會議室	I
貳、議程	II-V
參、會議備忘錄	VI
肆、演講人、報告人簡歷	VII
伍、與談人簡歷	VIII
陸、專題演講：湯德宗 違憲審查與立法權限	
柒、會議論文	
❖ 第一場：	
林 桓 法規影響評估(RIA)之實施與挑戰	1
張志銘 中國人大的立法理念	31
❖ 第二場：	
秦前紅 中國大陸地方立法權主體擴容及其風險控制	41
湛中樂 中國大陸地區地方性法規、政府規章制定權 之行使及其監督	61
❖ 第三場：	
廖元豪 論立法院對非政府人員之調查權	62
王 旭 立法不作為的憲法審查	74
吳秦雯 立法不作為與司法審查	75
❖ 第四場：	
莫于川 設區的市之立法權新的理性與運用	86
王服清 公有文化資產出租民間的正當性爭論及中央 立法界限	89

- ❖ 第五場：
 - 李忠夏 立法國還是司法國？八二憲法結構中的立法、司法與違憲審查之間的結構平衡 121
 - 林孟楠 基本法之定位與功能 127
- ❖ 第六場：
 - 廖義銘 產業發展與立法典範之變遷—從裁判立法到賦能立法 147
 - 蘇子喬 立法權對總統的監督制衡 159
- ❖ 第七場：
 - 余凌雲 電動自行車的地方立法 201
 - 傅玲靜 論環境公課之立法權限 265
 - 王錯 地方的立法備案審查制度研究—以大陸地區 31 個省級地方為例 266

◆ 行政大樓位置圖



◆ 國立政治大學行政大樓七樓平面圖



2016年第七屆海峽兩岸公法學論壇

—現代國家中立法權之行使及其界限—

議 程

主辦單位：政治大學法學院、政治大學法學院公法學中心

協辦單位：中原大學財經法律學系、公益信託法治斌教授學術基金會、金石國際法律事務所、財團法人二十一世紀基金會-法律研究發展中心、理律文教基金會、臺灣海峽兩岸交流協會

特別致謝：史芳銘會計師、李念祖教授

會議地點：政治大學行政大樓7樓第二會議室

會議期間：2016年9月24日（星期六）至9月25日（星期日）

2016年9月24日（星期六）				
09:00 09:30	開幕式 貴賓致詞			
	林國全教授（政治大學法學院院長）			
韓大元教授（中國憲法學研究會會長、中國人民大學法學院院長）				
09:30 10:20	專題演講			
	主持人	賴英照教授（前司法院院長、中原大學財經法律系講座教授）		
	主講人	湯德宗大法官	違憲審查與立法權限	
10:20-10:40 茶 敘				
10:40 12:00	場次一			
	主持人	翁岳生教授（前司法院院長、政治大學法學院榮譽教授）		
	報告人	林 桓副教授（東吳大學法學院）	法規影響評估(RIA)之推動建議	
		張志銘教授（中國人民大學法學院）	中國人大的立法理念	
	與談人	黃銘輝助理教授（臺北大學法學院）		
胡錦光教授（中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長）				

討論與回應			
12:00-14:00 午 餐			
場次二			
14:00 15:20	主持人	韓大元教授（中國憲法學研究會會長、中國人民大學法學院院長）	
	報告人	秦前紅教授（武漢大學法學院）	全國人大常委會基本法律修改權之實證研究
		湛中樂教授（中國行政法學研究會副會長、北京大學法學院）	中國大陸地區地方性法規、政府規章制定權之行使及其監督
	與談人	李念祖教授（東吳大學法學院兼任教授）	
詹鎮榮教授（政治大學法學院）			
討論與回應			
15:20-15:40 茶 敘			
場次三			
15:40 17:30	主持人	董保城教授（公益信託法治斌教授學術基金會執行長、東吳大學法學院）	
	報告人	廖元豪副教授（政治大學法學院）	論立法院調查權之界限與範圍
		王 旭副教授（中國人民大學法學院）	中國大陸《食品安全法》標準體系的合憲性控制
		吳秦雯副教授（政治大學法學院）	立法不作為與司法審查
	與談人	劉定基副教授（政治大學法學院）	
朱福惠教授（中國憲法學研究會副會長、廈門大學法學院）			
林佳和副教授（政治大學法學院）			
討論與回應			

2016年9月25日(星期日)			
場次四			
09:00 10:20	主持人	胡錦光教授(中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長)	
	報告人	莫于川教授(中國行政法學研究會副會長、中國人民大學法學院)	設區的市之立法權新的理性與運用
		王服清副教授(雲林科技大學科技法律研究所)	公有文化資產出租民間的正當性爭論及中央立法界限
	與談人	朱新力教授(浙江大學光華法學院院長)	
陳英鈐教授(中央大學法律及政府研究所所長)			
討論與回應			
10:20-10:40 茶敘			
場次五			
10:40 12:00	主持人	蘇永欽教授(司法院副院長、政治大學法學院兼任講座教授)	
	報告人	李忠夏副教授(山東大學法學院)	八二憲法體制中最高法院的功能定位
		林孟楠助理教授(中原大學法學院財經法律學系)	基本法與行政領域之法統制—日本法及台灣法之比較研究
	與談人	韓大元教授(中國憲法學研究會會長、中國人民大學法學院院長)	
陳愛娥副教授(臺北大學法學院)			
討論與回應			
12:00-14:00 午餐			
場次六			
14:00 15:20	主持人	高思博副教授(臺灣法曹協會理事長)	
	報告人	廖義銘副教授(高雄大學法學院院長)	產業發展與立法典範之變遷—從裁判立法到賦能立法
		蘇子喬副教授(中國文化大學行政管理學系)	我國總統憲法權力與立法院對其的監督機制

	與談人	朱松嶺教授(北京聯合大學臺灣研究院)	
		李復甸教授(中國文化大學法學院)	
討論與回應			
15:20-15:40 茶敘			
場次七			
15:40 17:30	主持人	廖義男教授(中華民國憲法學會理事長、臺灣大學法律學院兼任教授)	
	報告人	余凌雲教授(清華大學法學院副院長)	電動自行車立法的疑難問題與解決方案
		傅玲靜副教授(政治大學法學院)	論環境公課之立法權限
		王錯教授(北京航空航天大學法學院)	論立法在基本權利形成中的作用與限制
	與談人	焦洪昌教授(中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長)	
		胡博碩副教授(東吳大學法學院)	
王萬華教授(中國政法大學訴訟法學研究院)			
討論與回應			
閉幕式			
17:30 17:40	胡錦光教授(中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長)		
	廖義男教授(中華民國憲法學會理事長、臺灣大學法律學院兼任教授)		
	廖元豪副教授(政治大學法學院公法學中心主任)		
晚宴			

◎主持人5分鐘，報告人20分鐘，與談人每人10分鐘，討論與回應15分鐘

2016 年第七屆海峽兩岸公法學論壇

—現代國家中立法權之行使及其界限—

會議備忘錄

歡迎參加「第七屆海峽兩岸公法學論壇：現代國家中立法權之行使及其界限」，為使本次研討會順利進行，敬請注意配合下列事項：

- 一、會議開始時，請各位與會來賓關掉您隨身攜帶的行動電話、呼叫器，或調為靜音。
- 二、研討會時間分配：本次會議共有七場次，除每日最後一場為 110 分鐘，其餘每場次皆為 80 分鐘。
 - (一) 每場次主持人致詞 5 分鐘。
 - (二) 每位報告人之報告時間為 20 分鐘
 1. 第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。
 2. 第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。
 - (三) 每位與談人之與談時間為 10 分鐘
 1. 第 8 分鐘鈴響一聲，請準備結束。
 2. 第 10 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。
 - (四) 討論與回應時間每場次為 15 分鐘。

每人發言 3 分鐘為限，時間到按鈴一響，每超過 30 秒再按鈴 1 響。

如各場次主持人採用不同討論進行方式，請依主持人決定為準。
- 三、會議中未盡完善之處敬請不吝指正，謝謝。

2016年第七屆海峽兩岸公法學論壇
—現代國家中立法權之行使及其界限—

演講人、報告人簡歷

姓名	現職
王旭	中國人民大學法學院副教授
王錯	北京航空航太大學法學院教授
王服清	雲林科技大學科技法律研究所副教授
李忠夏	山東大學法學院副教授
余凌雲	清華大學法學院副院長
吳秦雯	政治大學法學院副教授
林桓	東吳大學法學院副教授
林孟楠	中原大學財經法律系助理教授
莫于川	中國人民大學法學院教授、中國行政法學研究會副會長
秦前紅	武漢大學法學院教授
湛中樂	北京大學法學院教授、中國行政法學研究會副會長
湯德宗	司法院大法官
傅玲靜	政治大學法學院副教授
張志銘	中國人民大學法學院教授
廖元豪	政治大學法學院副教授
廖義銘	高雄大學法學院院長
蘇子喬	中國文化大學行政管理學系副教授

*註：依姓氏筆畫排序

2016年第七屆海峽兩岸公法學論壇
—現代國家中立法權之行使及其界限—

與談人簡歷

姓名	現職
王萬華	中國政法大學訴訟法學研究院教授
朱新力	浙江大學光華法學院院長
朱福惠	廈門大學法學院教授、中國憲法學研究會副會長
朱松嶺	北京聯合大學臺灣研究院教授
李念祖	東吳大學法學院兼任教授
李復甸	中國文化大學法學院教授
余凌雲	清華大學法學院副院長
林佳和	政治大學法律系副教授
胡錦光	中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長
胡博硯	東吳大學法律系副教授
陳愛娥	臺北大學法學院副教授
陳英鈞	中央大學法律及政府研究所所長
焦洪昌	中國憲法學研究會副會長、中國人民大學法學院副院長
黃銘輝	臺北大學法律系助理教授
詹鎮榮	政治大學法律系教授
劉定基	政治大學法律系副教授
韓大元	中國憲法學研究會會長、中國人民大學法學院院長

*註：依姓氏筆畫排

1

我國法規影響評估(Regulatory Impact Analysis) 之推動建議

林 桓
2016/9/16

1

2

目錄

- 一、前言
- 二、RIA 之意義、目的及內容
 - (一) RIA 之意義及目的
 - (二) RIA 作為法規品質管理之工具
- 三、國際經貿協定與紐、澳等國推動 RIA 之情形
 - (一) 國際經貿協定推動 GRP 與 RIA 之介紹
 - (二) 紐西蘭之 RIA 制度
 - (三) 澳 洲之 RIA 制度
- 四、我國實施 RIA 之現況與建議
 - (一) 我國 RIA 實施現況
 - (二) 作業程序介紹
 - (三) 操作步驟說明
- 五、我國 RIA 面臨的挑戰與未來的推動
 - (一) 問題與困境
 - (二) 推動之展望
- 六、結 論

一、 前言

我國法規擬定時的立法理由多以「參酌歐美先進國家立法」作為增修法規的主要訴求的論述基礎，當我們援用外國立法例時，通常是因為法學者認為法律僅是形而上的規範概念具共通性，再者認為特定外國法制較為完備周延，因此習慣性的援引外國立法例。但我們社會人民真的認同「法律歸法律，實務歸實務」嗎？還是社會人民期待我們法規的制定，要先評估法規的目的是否正當，規定選擇的措施是否合理且規範形成是否透明可預期後，再據以形成法規？

事實上，從上個世紀中葉以降，歐美法到受到法實現主義（legal realism）的影響，已不再認為法律是獨立存在的統治權表現或是形而上的概念，而是實現社會價值，反應人民需求的措施。因此，法規影響評估（Regulatory Impact Analysis，以下簡稱 RIA）在 70 年代應運而生，各國政府開始要求其法制作業必須內含所擬定的法規對社會可能影響的評估機制，以確保法規制定後達到社會需求。

面對國際間其他國家的法制環境競爭及我國內社會變動的需求，政府如何確保法律規範是實現人民最大利益的政策工具，同時，為避免政治考量將法規制定淪為行政權宜或特殊利益團體的工具，本文認為適時將 RIA 機制導入我國政府機關，成為法制作業的前置政策評估程序，或可有效的達到此三重目的。此外，我國係屬大陸法系國家，制定法律專屬立法機關權限，此與以法院裁判為核心的英美普通法系不同。普通法系法官有權推翻（overrule）現行本應適用的判決先例（precedent），另依社會之需要而造法適用，故鮮少「惡法亦法」之論。反觀，大陸法系之法律，若未於立法之初，力求其妥適合理，事後修法或違憲審查已無濟於事，難以彌補已耗損之社會資源。因此，我國擬定法規之作業，更應謹慎積極評估法規的社會效益。

RIA 已是 OECD 國家法制作業流程的前置政策評估作業。我國政府宣導 RIA 亦業有多年，面對國際各國整體環境的相互競爭，為提升我國法制競爭力，使法規在制定的過程中落實問責性、透明性、效率，達到真正符合社會需求的目的，似宜盡早於我國法制作業中具體實現 RIA 機制。

二、 RIA 之意義、目的及內容

（一） RIA 之意義及目的

法規影響評估機制（Regulatory Impact Analysis, 簡稱 RIA）係融合政策評估與法制作業，係指政府機關對於會造成社會人民負擔的管制性法律、法規命令或行政規則（以下簡稱法規）或增加政府財政支出的社福、教育或組織等法規，應於制訂前進行影響評估，確定所擇定的規範措施會產生正面的整體社會效益，或於評價效益有困難時，如教育、救助等，應確保選擇對社會最小負擔的措施後，再據以進行擬訂法規條文。

行政機關實行 RIA 主要具備三種價值：(1) RIA 是政策評估機制的運用，得以確保法規符合民眾需求。RIA 有如 PDCA 管理循環方法的採用，從反應社會需求，確認問題，分析要因，提出改善替代方案，與民眾溝通檢核改善方案，最後展開標準化規範，訂定為法規條文案草案；(2) RIA 是政府與民眾形成共同行為規範的協調機制，得以反應外部及內部顧客需要。從民眾、企業及機關全面的角度，評估受規範影響的遵循成本及效益；(3) RIA 是訂定社會行為規範前的溝通機制，得以降低法規執行而造成社會負擔的協調成本或調整成本。簡言之，RIA 機制是期待法律規範制度得以反應最大社會利益需求，致使依法行政即是為民服務的表現。

早在十二年前，行政院於 2004 年 10 月函示「中央行政機關法制作業應注意事項」即已呈現 RIA 的精神，明訂行政機關法規之草擬應注意下列事項：

1. 在準備作業時：

機關應：

- (1). 把握政策目標：法規是否應制(訂)定、修正或廢止，須以政策需要為準據。
- (2). 確立可行作法：法規必須就其可行性進行評估，並採擇達成政策目標最為簡便易行之作法。
- (3). 提列規定事項：達成政策目標之整套規劃中，惟有經常普遍適用且必須賦予一定法律效果之事項，方須定為法規。
- (4). 檢討現行法規：有現行法規可資適用者，不必草擬新法規；得修正現行法規予以規定者，應修正有關現行法規；無現行法規可資適用或修正適用者，方須草擬新法規。修正或廢止法規時，必須同時檢討其有關法規，並作必要之配合修正或廢止，以消除法規間之分歧牴觸、重複矛盾。

2. 在擬定作業時

機關就法規應規定之事項，須有完整而成熟之具體構想，以免應予明定之事項，由於尚無具體構想而委諸於另行規定，以致法規施行後不能貫徹執行；草擬時，涉及相關機關權責者，應會商有關機關；必要時，並應諮詢專家學者之意見或召開研討會、公聽會；有增加地方自治團體員額或經費負擔者，應與地方自治團體協商；對於法案衝擊影響層面及其範圍，亦應有完整之評估。

揆諸國際潮流，所有OECD國家自1970s年代起，莫不設置專責機關推動RIA，如美國總統設立OMB (Office of Management and Budget)、英國內閣設立RIU(Regulatory Impact Unit)、澳洲設立OBRP (Office of Best Practice Regulation)、紐西蘭財政部設立RIAT (Regulatory Impact Analysis Team)、日本內閣設立CRR (Council for Regulatory Reform)等。國際組織WTO基於透明化原則，鼓勵會員國推動RIA，而APEC亦倡議良好法規作業(Good Regulatory Practices)以為呼應。¹

我國推動RIA並未一味仿效外國作法，事實上各國推動機制及專責單位的設計亦各有不同。因此探究RIA之意義時，應從我國實際機關擬定法案之作業方式，規劃具體可操作的作業方式，並探討行政機關人員如何落實有效的RIA作業，避免淪為機關公文形式作業，確實做到政策效益評估的目標，營造有助社會效益且具國際競爭力的法制環境，應是政府當前推動RIA作業的首要目標。

(二) RIA 作為法規品質管理之工具

我國法制作業必須實現品質管理的方法，而不是列舉訓示性的應注意事項。諸如PDCA管理循環等品管手法²，應直接適用於法制作業程序性，使法制作業可以成為將法規真正反應社會最大需求的程序，脫離傳統法律人僅從法律制度本身供給面思考的鋸箭式思維，或避免法規增修成為業務單位應付政治需求或解決產業個別問題的工具。

就PDCA管理循環方法而言，P (Plan) 計劃是指發現問題與分析問題以確定改變的必要性；D (Do) 執行是指提出可能解決的作法；C (Check 檢查是指評估解決方案的可行性；A (Action) 行動是指將可行的解決方案予以展開標準化。³英國政府亦於2011年提出類似的ROAMEF管理循環作業程序，制定「中央政府政策評估與衡量綠皮書」(The Green Book: Appraisal and Evaluation in central government, 2011)⁴。ROAMEF政策管理循環分別是指Rationale(R) 是指確認形成政策所要解決的問題具合理性；Objective(O) 是指設定政策目標的範圍；Appraisal(A) 評估達成目標的替代方案之成本效益分析或成本效能分析；

¹ 根據OECD的調查，從1974年起至今，至少有34個國家在行政作業上已導入RIA的程序¹，而RIA的成效也吸引了發展中國家，將部分RIA要素納入國內法制作業程序當中，特別是以APEC國家為主，於2005年與OECD共同頒布的「APEC-OECD管制革新整合式查核清單」(The APEC-OECD Integrated Checklist)，則係倡議透過「自願性採納」RIA的方式來強化APEC與OECD國家間在貿易上的交流。至此，RIA被納入APEC國家的「管制革新」政策當中，作為確保國內法規整合性、法規透明性、市場競爭及市場開放之政策工具。參見，OECD (2015), OECD Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing, Paris.

² 例如另有六標準差(six sigma)的DMAIC可供參考。Define(D) 確認流程改善目標以符合顧客需求與企業策略、Measure(M) 衡量現行流程與蒐集現有資料、Analyze(A)分析影響因素的關聯、Improve(I) 改善分析後的流程作法、Control(C) 控制以確保影響目標的變數得以排除。請參閱Rowland Hayler, What is Six Sigma Process Management?, 2005。

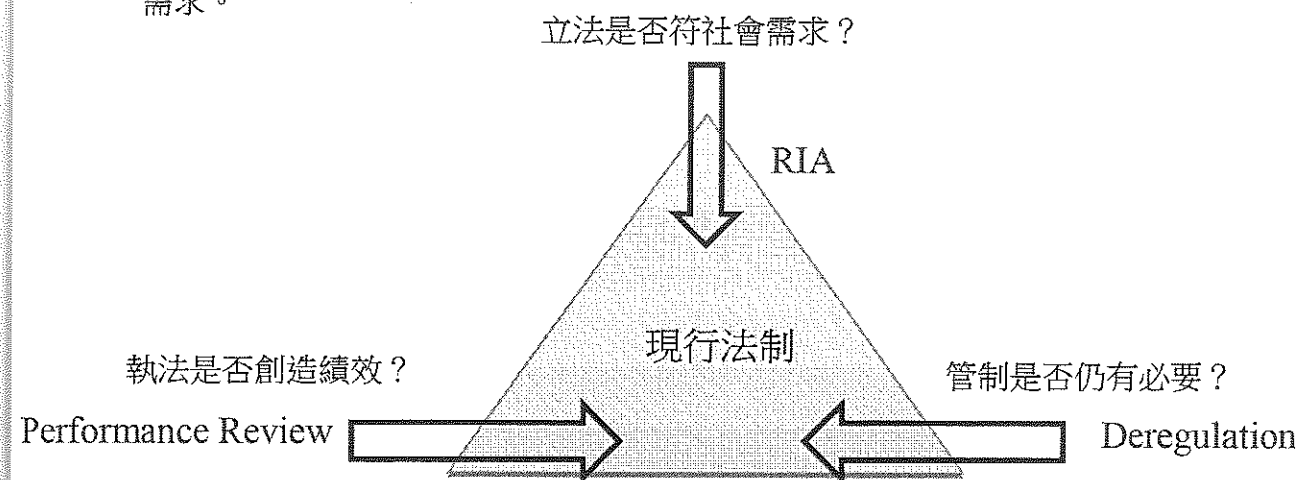
³ PDCA管理循環手法是由美國統計學家戴明(William Edwards Deming)博士提出，用以改善企業經營管理的重要方法，請參閱中國生產力中心，TQC全面品質管理(3)改善品質的PDCA, 1988。

⁴ HM Treasury, The Green Book: Appraisal and Evaluation in central government, 2011, GOV UK Website,

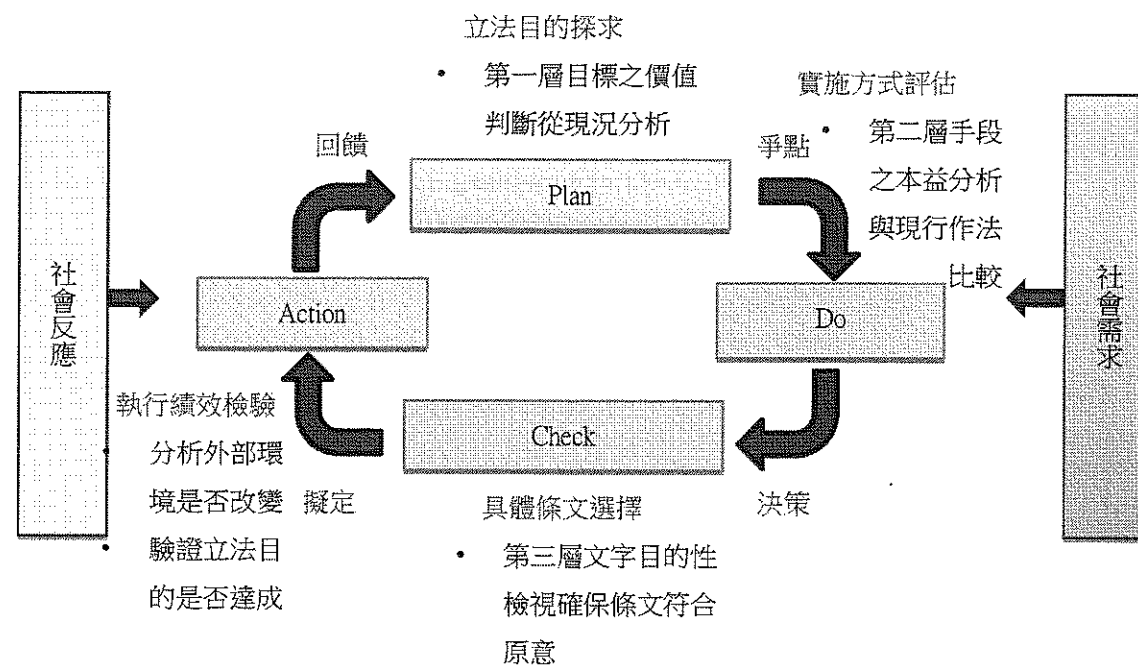
<https://www.gov.uk/government/publications/the-green-book-appraisal-and-evaluation-in-central-government> (最近瀏覽日期: 2011/09/18)

Monitoring(M) 執行並監督選擇的方法具體落實;Evaluation(E) 衡量檢討執行成效; Feedback(F) 回饋檢討成果，形成新的問題。

另外，在思考法規是否反應社會最大需求時，須注意的是法規本身並不存在一個永久實效的規制狀態，其管制目的可能隨著市場問題、社會價值、外部環境之不同而有所改變；因此不管在制定新法、修正或刪除現行法規時，均應考量「為何立法？」、「現行管制仍否必要？」，以及「何種措施的適用最有助於立法所欲達到的狀態？」有鑑於該等問題的考量，RIA以及PDCA等品質管理工具則是一個有效的作業基礎，來提供我國思考現行法規，在制度面上是否應進一步管制(regulate)、鬆綁(deregulate)、重新安排管制(re-regulation)，以符合我國社會的最大需求。



附圖一：法制革新三大要素

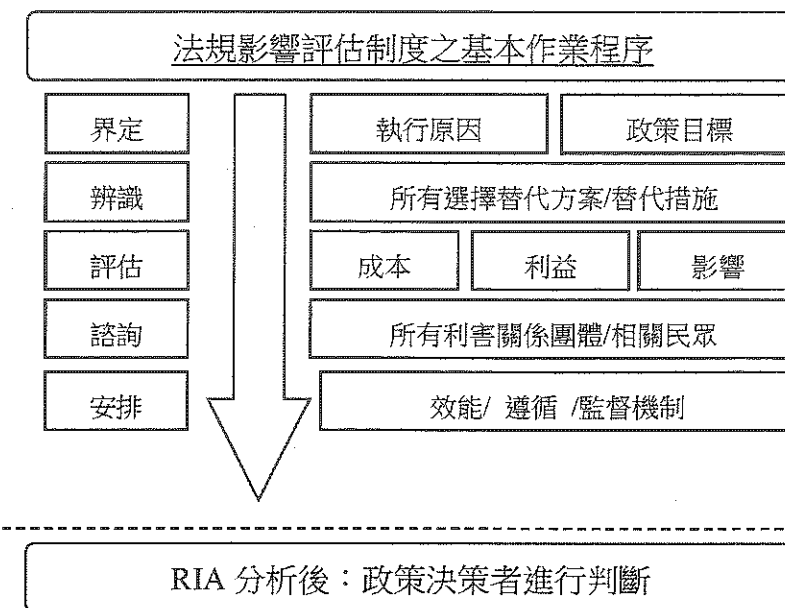


附圖二：法制品管循環架構

同樣，在將 RIA 納入法制作業上面臨最大的挑戰，在於如何將整套作業與國內行政程序做結合，換言之，深化法規評估的困難點在於，如何建構一個能與國內法規、文化、國情相互契合的法規評估制度，使 RIA 在社會上能產生實效的正面作用。國內第一個首要的問題，就是我國應採取哪些 RIA 方法以及應該做到何種程度？受限於資源的有限性及施政效率的需求，往往投入的資源要與各單位握有的資源及社會需求成正比。(許多 OECD 國家將 RIA 投入的程度稱為 RIA 的深度；The Depth of RIA)。然而，不管 RIA 投入的程度多寡，踐行必要的步驟是運行 RIA 制度的基本條件(共同要素)，也是落實 RIA 制度的關鍵。⁵

1. 背景說明：定義政策之內涵(Definition of the Policy Context and objectives)，包括樹立政策目標、執行原因(政策背景、內容)，並界定問題意識(尋求問題的根因; Root-Cause)。
2. 各項方案之列舉：辨識所有可行之方案及替代方案(Identification of all Policy option)，除了透過法律的手段規制外，並檢視是否有其他自律規範得以達成管制目的。
3. 影響性分析：評估(以質化、量化方法)所有措施與替代方案，包括成本效益、影響程度，來闡述資源分配後可能產生的現象。
4. 執行方法之分析：安排執行機制來提高各項措施的遵循程度(Enforcement and Compliance Strategies)，包括成本效能分析或導入誘因機制。
5. 監督計畫之提出：設立監督機制(Monitoring Mechanism)來定期回顧各項措施，以確認管制目的是否存在、是否反應市場問題、外部環境是否改變等。
6. 公共諮詢：導入公共諮詢程序來提供利害關係人及民眾參與，並蒐集相關資訊供政策決策者達到更完整的評估。

⁵ 2008 年，OECD 出版的《Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis - Guidance For Policy Makers》報告，將 RIA 在體制中的核心要素分成下列幾項步驟：「背景說明、問題意識與目標」、「各項選擇措施之列舉」、「影響性分析」、「執行方法之分析」、「監督計畫之提出」以及「公共諮詢」。詳見：Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA) - GUIDANCE FOR POLICY MAKERS, OECD pub.p.7.



附圖三：RIA 制度之基本要素

RIA 最重要的目的在於提供可供檢驗的證據基礎(evidence base)來協助政策決策者進行政策判斷，增進法規措施實施。這不僅僅是達成規範目的，更要得以確保產生社會效益，以避免或降低法規制定導致不必要的經濟損失。而法規評估的效益則必須透過與法制作業程序相互嵌合連結才能達成。因此，如何納入 PDCA 作為法規上的品質管理循環，建置與我國法制作業融合的「法規評估作業流程」，則是我國在建立 RIA 體制上的重要課題。參酌 PDCA 管理循環方法，本文認為我國機關法制作業應至少依序踐行下列步驟，進行 RIA 分析：

- (1). 問題形成：現行法制與社會需求有何落差？現有社會或市場機制運作是否發生困難或障礙？現有政府制度或法制規範運作是否發生困難或障礙？
- (2). 願景目標：希望問題解決後能達到的狀態是否合理？有無必要？
- (3). 資料蒐集：確認相關問題可能直接或間接影響的機關、產業、人民，以及相關現行法規。
- (4). 替代方案：為達成願景目標的可能選擇的措施。除增修法規外，機關應將非法律規範的替代選擇與法律規範措施的替代選擇，同時列入考量與比較。維持現況作為與其他替代方案比較之基準，係指現有實際運作情況在不變動各種條件下，是否比其他方案之改變，會更有利或不利。各項措施的可能成本或利益，是與現況比較的結果。
- (5). 諮詢意見：應主動諮詢機關、產業、人民意見，瞭解對於替代方案的偏好及建議。
- (6). 評估分析：就各項規範措施替代方案，進行成本效益(cost and benefit)或成本效能(cost effectiveness)分析，以確保所選擇的規範措施得產生最大社會淨利益。至於特定事項如人權、中小企業等影響分析，除法律另有明訂外，宜

由機關依業務性質自行決定。應待機關經過諮詢及分析後，提出最適方案，但須說明調整或新訂規範措施之理由。

- (7). 法規擬定：就所選擇最適方案的規範措施，進行法案增修條文之擬定。
- (8). 作業公開：相關法制作業應作成說明書，並應於擬定法案草案前予以公開。

三、國際經貿協定與紐、澳等國推動 RIA 之情形

國際間為了營造透明、合理及可期待的法制環境，致力推動 RIA 或與 RIA 相同功能的「良好管制作業」(Good Regulatory Practice, 簡稱 GRP)。以下，就 WTO 及 TPP 有關 RIA 之規範先行介紹，再就 OECD 國家中推動 RIA 的典範國家，紐西蘭及澳大利亞的推動情形，分述如後：

(一) 國際經貿協定有關 RIA 之推動

國際經貿組織最早推動 RIA 的概念是源自於 GRP。GRP 近年來為 OECD 及 APEC 等國際組織所倡議推動，而 RIA 則被認為是達到 GRP 目標最佳的實施方法。因此，得以用 GRP 設定之目標檢視一國推動 RIA 之成果，而 GRP 目標之達成亦有賴 RIA 之實現。

1、國際間 GRP 之推動情形

世界貿易組織(WTO)針對影響國際貿易之管制法規，稱之為技術性貿易障礙(Technical Barriers to Trade, TBTs)，訂有技術性貿易障礙協定，用以確保會員針對商品所訂定國際標準，如包裝、標識、標籤等及符合審查之制度(international standards and conformity assessment systems)，雖可基於公共利益(essential security interest)目的而予以管制，但其所實施之必要的措施不得恣意武斷或為不當差別待遇，造成國際貿易之不當障礙(unnecessary obstacles)。

然而，為避免事後爭議時，會員的政府及業者將負擔龐大的交易成本及整調成本，且緩不濟急，錯失商機。因此，對於可能不當影響國際貿易的法規，於作成時即負有義務，實施所謂「良好管制作業」(GRP)。國際經濟組織如 OECD 及 APEC 等，廣為倡議主張法制作業程序中應遵循 GRP。⁶有關 GRP 主要原則如下⁷：

(1) 法制決策流程應透明且公開

透明公開原則是適用於法制作業，用以確保政府為實現正當的(legitimate)目的而立法，且可以降低對國際經貿的影響。管制及政策形成流程中應促進透明、可預測及公共參與，確保政府法規資訊可供所有國內及國外取用，提供外國利害關係人於制定管制措施前有實質表達意見的機會，以及公開管制規定與措施相關決策過程。⁸藉此公開透明原則之運作，得以確保管制規範措施之品

⁶ OECD 的國家中，有三分之二的會員主動透過 RIA 來檢視國內法規是否有影響跨國貿易。Robert Basedow, Céline Kauffmann 2016, "International Trade and Good Regulatory Practices ASSESSING THE TRADE IMPACTS OF REGULATION", OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 4, OECD Publishing, Paris, p.22. at: <http://dx.doi.org/10.1787/5j1v59hdgtf5-en> (最後瀏覽日期 2016/09/02)

⁷ G/TBT/W/418

⁸ 美國 1946 年制定之行政程序法(Administrative Procedure Act, APA)，基於公開接取原則(principle of open access) 要求聯邦政府各機關訂定影響人民權利義務之法規命令時，應提供人民參與表達意見之機會與空間，值得參考。

其作法有三：

1. 於聯邦公報中公告法規擬訂作業。公告應包括擬訂法規之內文或主要內容，主管機關法制作業程序以及公共參與之期間及方式。主管機關並應提供聯絡窗口。
2. 提供利害關係人，不限本國公民，參與法制作業。參與方式限以書面表達其意見或以書面提供相關資訊。公共參與的目的有三：一是主管機關得深化擴張擬規範議題之相關知識；二是規範

質之提升，且得避免利益團體的不當干預或使管制規範成為利益團體的俘虜(capture)。

(2) 不得為差別待遇

無差別待遇原則源自 WTO 規定之國民待遇原則，禁止內外國人之差別待遇，以及最惠國待遇原則，禁止外國人之間有不同的差別待遇。管制性法規採行無差別待遇有下列效益：

一是強化市場競爭：內國產品市場不區分生產國而有差異性之產品規格，市場競爭決定於產品價格或其他品質競爭因素。再者，市場進入障礙因而降低，有利市場競爭。此外，增進消費者選擇：產品市場無差別待遇有利消費者選擇，產生消費者剩餘。

(3) 避免沒有必要的貿易限制

政府為達到適當管制目的，擬訂規範時，應選擇對於貿易影響最小的方式做為管制措施。例如，重覆要求測試報告，拒絕接受外國審核已實質符合本國政府規範標準之結果等作法，皆會造成貿易限制的不當影響。此等影響貿易的管制規範不僅減少出口國利益，更妨礙進口國市場之競爭機制。政府管制措施若以限制最小的方式規範，將產生最大的社會利益。¹⁰

(4) 使用國際調合標準及技術規範

使用國際調合標準及技術規範得避免重覆證照、測試或其他符合性審核的成本，得以降低 TBT，有利生產者、出口廠商及進口國消費者。此等法規遵循成本主要包括取得外國管制所需之資訊成本，瞭解外國管制之協調成本，以及調整製程所需之生產成本。

(5) 高品質的技術規範

技術規範為管制性法規，而管制性法規通常為實現特定公益而制訂。但管制性法規之制訂除要能用有效率的方法解決問題達成目標外，不應因此形成負面外部性，不當影響市場競爭、產業創新或第三人權益。管制性法規要達到品質良好的效果，制訂作業應遵循三項原則：科學導向原則(science-based approach)：內國技術規範的管制內容，應與世界上科技發展的應用情形相符；

議題之背景事實得以釐清或確定；三是人民得預先獲得資訊瞭解政府管制之規範方向，降低管制遵循成本(compliance cost)並提升市場競爭環境。

3. 法規命令生效日之前至少 30 日以上，應公告擬實施之法規草案。該公告並應述明草案背景事實、規範目的及公共意見之回應。30 日期間之規定，於例外情事有正當理由(for good cause)時，得不受限制。

此公開透明原則之實現方式是以直接民意為基礎，有別於以利害關係團體主導的統合主義諮詢模型(corporatist model of consultation)，亦不同於由主管機關用非正式的方式，依職權裁量選擇諮詢的對象。

⁹另從 WTO 的義務觀察，TBTs 協定第 2 條及第 5 條規定，政府訂定對於國際貿易有重大影響之管制規定或監督管理措施，而其採行之規範無國際標準或不符合國際標準者，應於生效日 60 日前通知 WTO 供會員評論。

¹⁰ TBT 協定第 2.2 條規定，技術規範對於貿易的限制，當考量未實施時可能產生的風險時，不應超過達到正當目的所必要的手段。“Technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfillment would create.”

風險導向原則(risk-based approach)：內國技術規範的管制對象，應考量業者遵循成本及政府監視成本，按違法發生風險強度，進行差異性管制；績效導向原則(performance-based approach)：內國技術規範的管制方式，應以功能或效果作為規範內容，而不是淪為形式規格與僵化作業流程規定。

(6) 認可相同效果之外國管制措施

一國政府若得承認他國可達成相同規範效果的管制措施時，對於貿易限制的影響將降到最低。此措施功能等同(equivalence)原則有助於降低貿易障礙。例如，一國政府為保護環境降低汽車排放廢氣及二氧化碳，要求汽車安裝觸媒轉化器。另一國政府為相同規範目的，則要求安裝新一代柴油引擎的標準設計。若兩國政府同意，達到相同環保目的的功能等同之技術規範可相互承認者，兩國生產者成本將因而降低。此即所謂雙邊承認協定(Mutual Recognition Agreements, MRAs)，由兩國政府協議相互承認彼此技術規範，而免除進口國對於特定商品規範的技術審驗。美國與新加坡有關行動電話技術規範審驗所訂定之 MRA 即為此例。¹¹

然而，加拿大，瑞士及美國聯邦政府部分機關即不待與外國政府協議，單方面承認外國功能等同的技術規範。一國政府單方面承認外國政府功能等同的技術規範，降低雙邊談判協調的協調成本，有助於國際貿易的移動。從學理而言，同一產品市場藉承認同等技術規範，有利市場競爭，產生消費者剩餘。唯若從國內產業技術發展及國外市場進入環境而言，一國單方的承認外國政府技術規範，是否影響國內產業技術發展契機，或失去與外國協商之籌碼，尚須就相關產品市場個別判斷之，不宜一概而論。

(7) 協調及整合國內外法制規範

一國政府的技術規範要能完善，不可能單獨存在於特定的單一法規，必須同步檢視其他機關之相關規定，包括中央政府及地方政府，是否有抵觸、重覆之規範，或存在不當的管制。體系性的檢視判斷不限本國規範，尚應檢視國際規範或其他 WTO 會員之規定及措施。因此，業管機關於制定法規時，應諮詢、協調本國其他機關相關或相同效果的管制規定及措施，或訂定重大技術規範時，得利用 WTO TBT 委員會機制，與關切之會員協商，方能達到完善技術規範的目標。

2、TPP 有關 RIA 之規定

近代以來，隨著經濟全球化以及運輸、資訊科技的迅速發展，「全球供應鏈」的商品製造模式已成為全球經濟發展的重要特色與討論焦點。在此一背景下，企業為了提升利潤，會將商品的生產環節零碎化後選擇具備價值活動優勢之國家從事加值生產，而各國基於其資源稟賦，得以吸引外資投入國內市場，使得國家在

¹¹ TBT 協定第 2.7 條規定，一國政府應積極考量接受其他政府同等功能的技術規定。同等功能係指他國政府技術規定的內容縱有不同，但規定所期待達成的目標卻得以滿足本國政府規定的立法目的。“members shall give positive consideration to accepting as equivalent technical regulations of other Members, even if these regulations differ from their own, provided that they are satisfied that those regulations adequately fulfill the objectives of their own regulations.”

全球價值鏈的參與上與企業共享財富利益。然而，隨著生產模式的演變至今，價值活動所面臨的貿易障礙大多來自各國管制環境上的不透明以及各國的管制差異性(Regulatory Heterogeneity)。不明確、重複，或過度管制的規章設計均可能妨礙全球產能，而在國際生產模式的垂直分工下，提升企業成本的是來自各國的管制差異性。

有鑑於此，近年來的巨型經貿協定，例如「跨太平洋夥伴關係協定」(Trans-Atlantic Partnership Agreement；下稱 TPP 協定)、「跨大西洋貿易與投資伙伴關係」(Transatlantic Trade and Investment Partnership；TTIP)、「歐盟與加拿大自由貿易協定」(Comprehensive Economic and Trade Agreement；CETA)均將 GRP 納入「法規調和」(Regulatory Coherence)的議題中，以求締約國在制訂法規措施時遵循一套有利於貿易、投資之良好準則，並要求締約國以 RIA 作業做為具體落實 GRP 之方法。以 TPP 協定為例¹²，法規調和指的是將 GRP 運用在法規措施之規劃、設計、發布、執行與檢視之過程，以加速達到國內管制上的目標、提升法規合作之跨政府努力，並促進國際貿易及投資、經濟成長與就業。¹³因此，GRP 的精神與 RIA 的作業被要求導入各國國內體制當中，並透過各締約方、行政人員以及利害關係人彼此間的合作來增進國際貿易與投資上的效益。

TPP 法規調和專章要求締約國在制訂法規措施時，應遵守 GRP 之原則¹⁴。雖 TPP 協定中並無說明何謂 GRP，但協定中要求會員透過 RIA 之作業來落實 GRP 之原則，應肯認 RIA 於國際上越發重要，已逐漸成為自 GATS 之國內規章以來，法規上最重要的經貿法律準則。¹⁵

(二) 紐西蘭之 RIA 制度

1. 紐西蘭國內法規工作協調

紐西蘭內閣要求各部部长皆須向財政部長(the Minister of Finance)及管制革新部長(the Minister for Regulatory Reform)提出草案及管制計畫，包括各種草擬、修正、廢止或是檢視的法規，且包含議會通過的法案及其以外之管制規範。紐西蘭於 2009 年提出管制之政策聲明，宣布將著手制定一套法規品質標準，若管制項目未實行相關程序，則內閣將不會對其做出決定。其後，財政部(the Treasury)下設置法規影響評估小組(Regulatory Impact Analysis Team, 以下簡稱 RIAT)，協助其他部會撰寫 RIA 報告及實行品質保證程序之審查以核發品質保證之證明。

¹² TPP 緣起於紐西蘭、新加坡、智利與汶萊，而後加入了美國、澳洲、墨西哥、加拿大、秘魯、越南、馬來西亞及日本共同談判，使其成為亞洲最大的區域經濟整合體，其經濟規模達到 28 兆美元，約占全球生產總值的 36%；參見，跨太平洋夥伴專網，TPP 簡介，<http://www.tpptrade.tw/introl.aspx?id=00000001> (最後瀏覽日期: 2016/8/30)

¹³ TPP 協定第 25.2.1

¹⁴ TPP 協定第 25.5

¹⁵ TPP 協定要求納入 RIA 的要素包含：1. 評估法規制定的必要性，包括問題本質及重要性之描述；2. 檢討可行之替代方案，雖然瞭解某些成本及效益係難以量化或貨幣化，但在可行且符合法規之範圍內，應包括其成本及效益之檢討，例如涉及之風險及分配之影響；3. 說明認為所選取之替代方案可以透過有效率之方式達成政策目標之理由，於適當情形下，包含引用其成本效益分析及其風險管理可能作法；及 4. 以法規機關於其權限、授權或資源範圍內最合理可得之既存資訊，包含相關科學、技術、經濟或其他資訊，為評估之依據；參見，TPP 協定第 25.5.2.(a)-(d)。

2. 紐西蘭法規影響評估之程序作業

紐西蘭財政部法規影響小組則編製了一套法規影響評估作業手冊以供各部門機關參考。¹⁶就主要的程序流程如下：(1)檢視是否須實行 RIA (2)準備「初步影響與風險評估」(PIRA) (3)實行「法規衝擊影響評估」(4)提出「法規影響評估總結文件」(RIS)並負責人做出揭露說明 (5)實行品質審查程序，取得品質保證證明 (6)準備內閣報告文件 (7)公開「法規影響評估總結文件」(8)完成揭露聲明 (9) RIA 未達要求者，須於實施後審查執行情形。

A. 檢視是否須實行 RIA

第一步即檢視行政機關的政策是否「可能指定法律」(Potential Regulatory implications)。所謂「可能指定法律」指其政策倡議可能涉及新訂、修正或廢止原先法律或規範之情形，而符合該情況則須再提交書面文件於內閣時，須附帶 RIA 之評估報告。

B. 準備「初步影響與風險評估」(PIRA)

並非所有的法規均須進行 RIA，而是先行透過初步的篩選機制來決定是否實行為法規影響評估，此步驟稱為：「初步影響與風險評估」。

機關於政策倡議階段時，即須準備 PIRA。如實行 PIRA 時，發現該政策不涉及訂定、修正或廢止法律，或碰到特別豁免事項、不須向內閣提出之情況，則可免實行 RIA。另外，如政策本身可能涉及「重大影響或風險」，則須盡早透過「法規衝擊影響評估小組」(RIAT)協助以取得品質保證；如不涉及則須自己確保政策之品質。

C. 實行「法規衝擊影響評估」

如在 PIRA 的程序就認定須做成 RIA，則從政策的計畫階段即須施行 RIA 評估流程。「財政部 - 法規影響評估小組」(Regulatory Impact Analysis Team)可提供各單位 RIA 職前訓練與協助。任何涉及重大影響或風險的選擇性措施，其相關資料均須向「財政部 - 法規影響評估小組」提出，已備評量諮詢。此階段實行 RIA 實質檢視，重點如下：

- a. 描述現況，確認問題本質範圍：

即說明現存社會狀況為何、說明真因、描述目標與現況之間的範圍，並提出時程表計畫以說明如何進行法律影響評估。
- b. 確認目標，並列出可行方案

說明主要目標、次要目標，並且尋找各種可行的替代方案以解決問題(包括提出強制規範、擬制規範、運用自律規則等)。
- c. 分析各選項之成本效益及風險

就其選擇的各項政策措施予以分析，並尋找可能受影響之群體。就受影響人的程度範圍而言，則盡量以量化、貨幣化方式評估其影響程度，遇無法量化的程度範圍而言，則盡量以量化、貨幣化方式評估其影響程度，遇無法量化的程度範圍而言，則盡量以量化、貨幣化方式評估其影響程度，遇無法量化的程度範圍而言，則盡量以量化、貨幣化方式評估其影響程度。

¹⁶ 紐西蘭財政部所出版的《RIA 作業手冊》(RIA Handbook)與《內閣作業指引》(Cab Guide)，來說明所有 RIA 的流程與作業辦法。詳見作業手冊之內容：<http://www.treasury.govt.nz/regulation/regulatoryproposal/ria/handbook> (最後瀏覽日期 2016/09/01)

或貨幣化之情形，應就成本及效益妥善描述，盡可能提出質化證據。同時，標明數據資料來源及假設資料來源。評估後之總結資料，應包括各選項之主要成本、效益及風險，對現況之整體(淨)影響，並依據淨利益之主要假設(如預期遵循率之假設)，作相關執行風險評估。

d. 諮詢其他機關與民眾

即向相關的主關機關為諮詢，以協助實行 RIA，或就其他機關的職能分配考量上為諮詢，以求機關上的輔助與圓滿。

另外就諮詢民眾而言，則須就各受影響的取舍人為抽樣，就其政策以及影響的幅度向受影響人說明，並共同尋找是否有其他替代措施。諮詢的方式須以簡單的文字，使相對人能理解，並且給予充足的時間與政策決定機關為交流。

D. 提出「法規影響評估總結文件」(RIS)並負責人做出揭露說明

就以上之法規影響評估的結果做成「法規影響評估總結文件」(RIS)以利各部會向內閣提出。「法規影響評估總結文件」(RIS; regulatory impact statement)須在國會(內閣)報告提出前即開始做準備。該文書性質上主要是提供政策首長參考，並附上所有相關必要資訊。負責「法規影響評估總結文件」的負責人須完成並簽署該揭露說明。

E. 實行品質審查程序，取得品質保證證明

品質保證須透過「財政部 - 法規衝擊影響評估組」或適當的內部稽核程序審查，尚可取得。國會(內閣)在提出國會報告時，尚須附帶一份「法規衝擊影響評估小組」所制定的品質保證報告文件或內部稽核程序所提出的品質保證證明(Quality Assurance)

F. 準備內閣報告文件

國會報告文件側重於部長的提案，並須附帶的將「法規衝擊影響評估」一同提出。評估之報告須連同其他國會報告文件一同附上。

G. 公開「法規影響評估總結文件」

所有「法規影響評估總結文件」皆須在財政單位及管制機關網站上發佈公告。相關文件須敘明連結網址，並另寄一份紙本到相關單位備存。

H. 完成揭露聲明

在立法前即須完成揭露聲明。除受豁免的提案外，所有政府法規及具實質影響的「補充指令文件」(“substantive” government supplementary order paper, SOPs)均須完成揭露聲明。補充指令文件即指當內閣將草案送至議會，議會就原草案作政策變更，且變更幅度已超出原先 RIS 範圍時，議會將作成 SOP 提交內閣，由行政機關據以更新原定之 RIS 資料或重新撰擬 RIS，並指出這些變更將產生之影響。

I. RIA 未達要求者，實施後審查執行情形

所有「重大」的法規提案如未達 RIA 的品質要求者，則須受「事後履行之審查程序」(post-implementation review)檢視。

(三) 澳洲 RIA 制度

1. 國內法規工作協調

2005 年 10 月，澳大利亞聯邦政府成立「商業法規鬆綁工作小組」(Taskforce on Reducing the Regulatory Burden on Business)研析如何減輕政府商業管制下之遵循成本，並於 2006 年正式導入良好法規程序原則。同時，將公告年度法規計畫列為此項工作之重要程序。

中央政策層級主要由「財政部」(Department of Finance)主導，由旗下「鬆綁政策處」(Deregulation Policy Division, 以下簡稱 DPD)執行相關工作，與「總理及內閣部」(The Department of the Prime Minister and Cabinet)下設之「良好法規實行辦公室」(Office of Best Practice Regulation, 以下簡稱 OBPR)密切合作。

OBPR 主要負責 RIA 品質監管，並於每年提出檢視報告，其檢視重點不在評估個別政策選項之具體內容，而在於確認所提政策選項之影響性評估是否嚴謹、完全實行相關程序；DPD 則負責檢視管制成本應如何降低，才能達到有效管制目的。

此外，在經濟法規部分，由負責國內個體經濟改革(microeconomic reform)事務之獨立機構－生產力委員會(Productivity Commission, PC)，掌管公開資訊文件及提出法案，並對於未來管制革新之範圍提供系統化的公眾檢視，建構跨產業的管制遵循基準。

2. 法規影響評估

OBPR 就 RIA 編定最佳管制作業手冊(Best Practice Regulation Handbook)供聯邦各機關參酌¹⁷，要求所有可能影響經商之法規皆須進行 RIA，以下據 2013 年 7 月新修正之手冊整理其要點如下：

A. 機關通知 OBPR 初步評估是否須執行 RIA

一旦行政機關認為政策應行調整，在尚未決定進行管制行為時，便應依照手冊對於以下七個問題提出初步回應：

- a. 要解決的問題為何？
- b. 需要什麼政府作為？
- c. 所考量的政策選項有什麼？
- d. 各政策選項的可能淨效益為何？
- e. 諮詢對象為何？如何諮詢？
- f. 所考量的政策選項中最好的是什麼？
- g. 如何實施並評估所選擇的政策？

將這些問題的初步回應以書面摘掉的方式通知 OBPR，以便 OBPR 評估該項倡議是否僅屬微小或技術性問題而無須進行 RIA。OBPR 會在五個工作天內回覆，並確認是否需要製作 RIS，若是的話要製作完整版、標準版或簡易版的 RIS。

¹⁷ 參見，「澳洲政府管制作業手冊」(The Australian Government Guide to Regulation), (The Australian Government Guide to Regulation), (2014), <https://www.cuttingredtape.gov.au/handbook/australian-government-guide-regulation>, (最後瀏覽日期: 2016/09/01)

B. 經 OBPR 初評無須執行 RIA 者，須取得總理之豁免同意

並非所有管制階段皆須執行 RIA，於管制機關之首長判斷管制行為屬以下二種特殊情形時：

- a. 遇有緊急迫切與不可預期之事件發生，不及實行 RIA 程序即須有相應之管制措施；
- b. 涉及預算與其他敏感性議題涉及國家利益者，可先由管制機關聯繫 OBPR 協助判定是否須實行 RIA 程序，並經取得總理書面同意後，將總理同意豁免文件副知 OBPR 據以豁免 RIA 程序。

同時，OBPR 應將總理同意豁免文件公告於 OBPR 網站，使公眾知悉。若管制行為須透過法規形式，應將總理之豁免同意註記於解釋文件(explanatory material)，並於該法規施行後，作執行後之審查。

C. 經 OBPR 初評須執行 RIA 程序者，分為二階段流程：

為提高 RIA 影響評估之品質，澳洲政府將 RIA 之實程序細分二階實程序，依序為準備階段與決策階段。

a. 準備階段

在 OBPR 就管制機關所提 RIA 細部分析進行正式評估前，應先由管制機關就其擬施行之管制行為提出簡式 RIA 草擬文件(內容應包括欲解決之問題、管制目標、與至少三種可能選項：管制、不管制與不作為)，以供決策者作初步政策決定，並使公眾知悉可能展開管制之規劃構想，使其有機會先期提出相關意見，與管制機關溝通，進而考慮變更管制之可能選項。

管制機關將 RIA 草擬文件提交決策者之前，不強制管制機關須徵求 OBPR 提供評估意見，惟 OBPR 可提供相關建議，同時，鼓勵實行公眾諮詢但不強制，惟其文件送交決策者之前，應經其內部至少為部秘書或副秘書層級主管確認後始得提交，經決策者決定後將資訊公布於 OBPR 網站。

b. 決策階段

於此階段，管制機關應實行嚴謹之 RIA 評估，並將 RIA 評估文件交由 OBPR 為二次審查程序，分別為初審與複審。初審程序為，管制機關將業經機關高層主管(至少為部秘書或副秘書層級)確認後之 RIA 評估文件提交 OBPR 檢視。OBPR 應於 5 天內，就相關內容是否符合 RIA 原則完成審視，並將檢視意見回覆予管制機關據以修正；複審程序為，由管制機關據 OBPR 提供之初審意見修改並提出最後評估報告，再次提交 OBPR 於 5 天內出具最後審查意見。其後，將管制機關之 RIA 評估文件與 OBPR 之審查意見併交決策者參考。於決策者決定政策方向後，將相關資料一併公布於 OBPR 網站。

澳洲政府將 RIA 評估程序概分為七大步驟，包括：問題界定、政策目標、可能方案選擇、成本效益分析、外界諮詢、建議方案、執行與檢視。其於成本效益分析，格外重視評估各選項對於整體社會、企業及非營利組織之影響，分析的詳細程度應該和政策提議造成的影響相稱，法規選項的遵循負擔應該使用企業成本計算器(Business Cost Calculator, BCC)之量化工具或是 OBPR 同

意的同等工具來計算。對於淨效益的分析應該超越遵循負擔並且考量到其他法規成本像是機會成本、間接成本(及效益)以及政府施行新法規的成本。此外，其 RIA 亦重視對貿易與競爭之影響，於上述手冊，明確要求將「國際資金流或貿易影響」及「競爭影響與限制」等項目納入評估。

D. 公眾諮詢機制

澳洲政府要求大多數管制倡議及所有法規發展均適用此機制，並於經商諮詢網站提供企業有關未來管制活動之資訊，便於政府與利害關係人進行意見表達及溝通，以降低遵循成本並促進管制。若有法律明定諮詢義務而相關要求都被達成時，就沒有必要進行諮詢作為 RIS 程序的一部分。

有關諮詢期間，為使諮詢對象有適當時間思考並了解所吸收的資訊，以提供適當的回應，手冊建議依據政策複雜度，諮詢期間可達 60 日，且不應少於 30 日。有關諮詢方式在手冊中列出四種供選擇：

- a. 全面公開諮詢：此應為預設方式
- b. 目標取向諮詢：此種諮詢適用於受影響利害關係人團體所處之地理區域或商業領域範圍較小或可明確界定時。可以面對面會議、以電話、登門拜訪方式進行。
- c. 秘密諮詢：此種諮詢適用於議題具敏感度而必須考慮公眾想法或謹慎通知受影響對象時，對於選定團體的發言人或代表人進行私下的諮詢。
- d. 施行後諮詢：當議題高度市場敏感且有些人能從被諮詢獲得不正當利益，進行此種諮詢應經 OBPR 許可。諮詢應著重過渡與政策實施議題而非政策的選擇。

E. 政策之實行與評估

手冊中建議就所選擇的政策擬定實行與評估計畫，計畫中應該明確就下列各點進行規劃：

- a. 明確界定政策的目標。
- b. 決策者與問責機制。
- c. 利害關係人之參與和資訊取得。
- d. 對於成功實行的風險與威脅。
- e. 實行中與實行後的評量方式。
- f. 實行所需的人力、物力來源。

四、我國實施 RIA 之現況與建議

(一) 我國 RIA 實施現況

針法律草案制定程序，我國現行法律中未有任何規定；針對法規命令草案訂定程序，行政程序法第 154 條規定有法規草案預先公告程序。其要求行政機關擬訂法規命令時，應於政府公報或新聞紙公告，載明訂定機關名稱、訂定依據、草案全文或主要內容及陳述意見期間。行政機關除公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知。

我國中央行政機關草擬法律或命令之法制作業的主要依據是行政院 2012 年修正公布之「中央行政機關法制作業應注意事項」。依據該法制作業應注意事項，機關進行法律或命令之法制作業時，應遵循準備作業與草擬作業。準備作業程序包括：(1)須以政策目標需要為準據；(2)就其可行性進行評估，並採擇達成政策目標最為簡便易行之作法；(3)惟有經常普遍適用且必須賦予一定法律效果之作為或不作為事項，方須定為法規；及 (4)檢討現行法規，無現行法規可資適用或修正適用者，方須草擬新法規。至於草擬作業程序，則要求法規草案除體系要分明、用語要簡淺、法意要明確及名稱要適當外，法規草案應規定之事項須有完整而成熟之具體構想，擬制（訂）機關並應會商有關機關，諮詢專家學者之意見，以及評估法案衝擊影響層面及範圍，以避免法規施行後不能貫徹執行。此外，法規制（訂）定案中總說明序言應說明必須制（訂）定之理由，並逐點簡要列明其制（訂）定之要點；同時說明執行所需人員及經費之預估。法規草擬作業中法制相關人員的功能則是應負責從法律觀點深入研究法規案。總之，依該規定，法規是否增修制（訂）定應取決於政策目標需要，而機關是否進行 RIA 則是為了確保法規能以貫徹執行。

此外，就法律案擬定程序，中央機關另須遵守行政院於 2009 年修正公布之「行政院所屬各機關主管法案報院審查應注意事項」。該法案報院審查應注意事項除規定行政院審查法律案作業程序外，另要求機關擬定法律案時應(1) 應先決定政策目標，再確立可行作法，對於體系架構、應規定事項、授權法規命令內容及配套法案等應有具體構想。(2)應同時檢討現行法律，配合研擬必要之修正或廢止，以消除法律間之分歧抵觸、重複矛盾。(3) 執行法案所需之員額及經費，應有合理之預估；有增加地方自治團體員額或經費負擔者，應與地方自治團體協商。(4) 法案衝擊影響層面及其範圍，包括成本、效益及對人權之影響等，應有完整之評估。該應注意事項第三點第(四)項規定：「法案衝擊影響層面及其範圍，包括成本、效益及對人權之影響等，應有完整之評估。」因此，機關依該規定報行政院審查的法律案，除應一併說明評估法案衝擊影響及辦理「稅式支出評估作業應注意事項」、「性別影響評估」外，尚須決定政策目標，檢討現行法，預擬授權命令內容，及預估執行成本；另外，行政機關於研擬法案時，應(1) 應先整合所屬機關、單位及人員之意見。(2) 所屬機關、單位及人員意見整合後，應徵詢及蒐集與法案內容有利害關係或關注相關議題之機構、團體或人員之意見。必要時，並

應諮詢專家學者之意見或召開研討會、公聽會。(3) 草擬法案後，應與其他相關之機關或地方自治團體協商；未能達成共識時，應將不同意見及未採納之理由附記於法案說明欄。(4) 研擬法案時，應有法制人員之參與。

綜上所述，機關依法制作業規定進行法律及法規命令草案擬定時，皆應先決定政策目標，檢討現行法，確立可行作法，會商有關機關，諮詢專家學者，預估機關執行成本，評估法案衝擊影響及預擬授權法規內容。因此，在概念上，綜合我國現行法制作業程序部分作業事項已蘊涵了國外實行的 RIA 之精神，但具體執行之作業步驟尚且不明，且未將循環管理之概念納入其中，故本文建議我國在實施 RIA 時，應確認其程序流程，並納入 PDCA 之概念以檢視法規是否符合管制目的，進一步避免多餘管制之情形而影響貿易。

(二) 作業程序介紹

就程序流程而言，行政機關於設計流程時，應把握幾個重要步驟，如：(1)議題說明 (2)背景說明 (3)問題形成 (4)目標設定 (5)替代方案 (6)諮詢意見 (7)評估分析 (8)執行措施選擇 (9)作業公開，並其中(1)至(7)點則與行政機關的下述作業步驟第一階段同步，完成法規影響評估報告。參酌紐、澳等 OECD 國家 RIA 作業程序，提出我國 RIA 作業之建議如下

1. 議題說明

主管機關應說明法案要處理之議題，陳述法規影響評估作業可能涉及的主題或方向，以便於後續諮詢與分析工作之進行。

如果本議題作成不進行法規影響評估決定時，則於陳述具體事項及理由後，即揭露決定並蒐集各界意見。有下列事項之一時得作成不進行法規影響評估決定：

- 涉及國防、外交等國家安全事務者
- 涉及緊急、突發不可抗力或重大事變者
- 涉及機關內部管理、人事等事項者
- 涉及政策宣示或機關組織者
- 僅作法規文字修正，不影響社會現狀者
- 其他涉及公共利益之事由，依法或依職權不宜進行本作業程序者

2. 背景說明

包括本項法規之性質，以及本法案增修可能直接或間接影響的機關、產業、人民，包括現況成本、義務或權益、福利的改變。

3. 問題形成

即所要增修法規待解決之事項，例如，是否現有社會或市場機制運作發生困難或障礙？現有政府制度或法制規範運作發生困難或障礙？或係政策指示？以及其他各種可能造成之情況。

4. 目標設定

清楚陳述本次分析作業將處理事項的目標，並須說明本作業目標與議題所遭遇待解決問題之間的關聯性。例如，某一問題可能有三個爭議點，本次作業增修法案之目標僅能解決其中一項爭議，另一爭議點須由其他法律解決，最後一爭議

點並不需立法即可解決。

5. 替代方案

為達成目標的可能選擇措施，除增修法規外，主管機關應就維持現況與法律規範以外的替代選擇、法律規範內容的替代選擇，同時列入考量。維持現況係指在不變動各種條件下，以現有實際運作情況，作為與其他方案比較之基準，俾瞭解其他方案之改變比不改變會更有利益或不利。各項措施的可能成本或利益，是與現況比較的結果。

6. 諮詢意見

屬主動諮詢意見，機關就前述一至五項議題、背景說明、問題形成、目標設定及替代方案之公開文件，請民眾或企業表達意見。

7. 評估分析

本項就上一階段之諮詢結果，進一步研析各種替代方案可能造成政府、企業與人民的影響成本或利益的程度，詳細分析經過與內容，包括是否須重新調整或增列替代選擇。

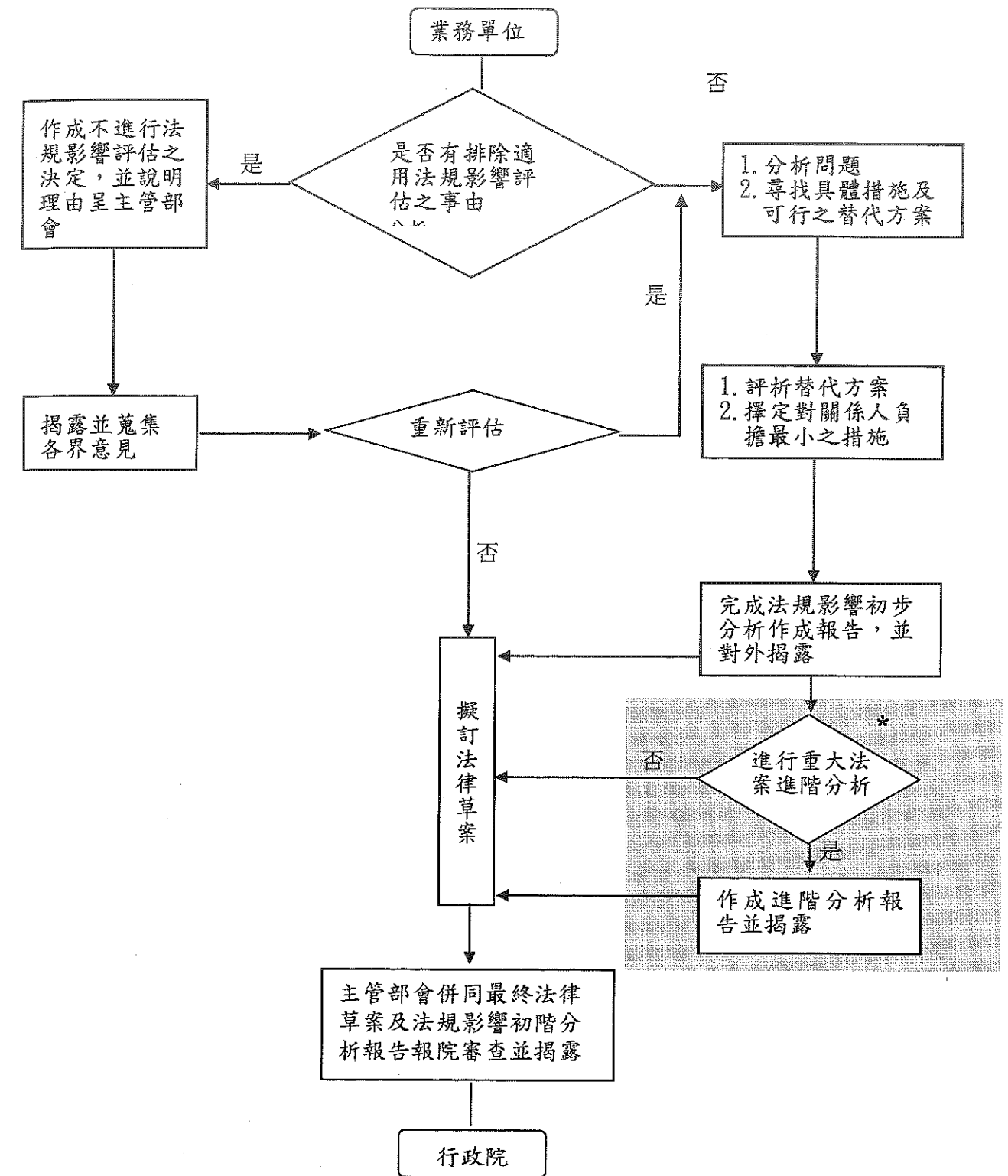
8. 執行措施選擇

主管機關經過諮詢及分析後，可以提出與原來規劃不同的方案，但須說明調整或新訂規範措施之理由。對於規範措施造成影響過鉅且超過推動小組所訂標準者，機關應另行委外從事進階分析，就各項規範措施替代方案，進行成本效益(cost and benefit)或成本效能(cost effectiveness)分析，以確保所選擇的規範措施得產生最大社會淨利益。

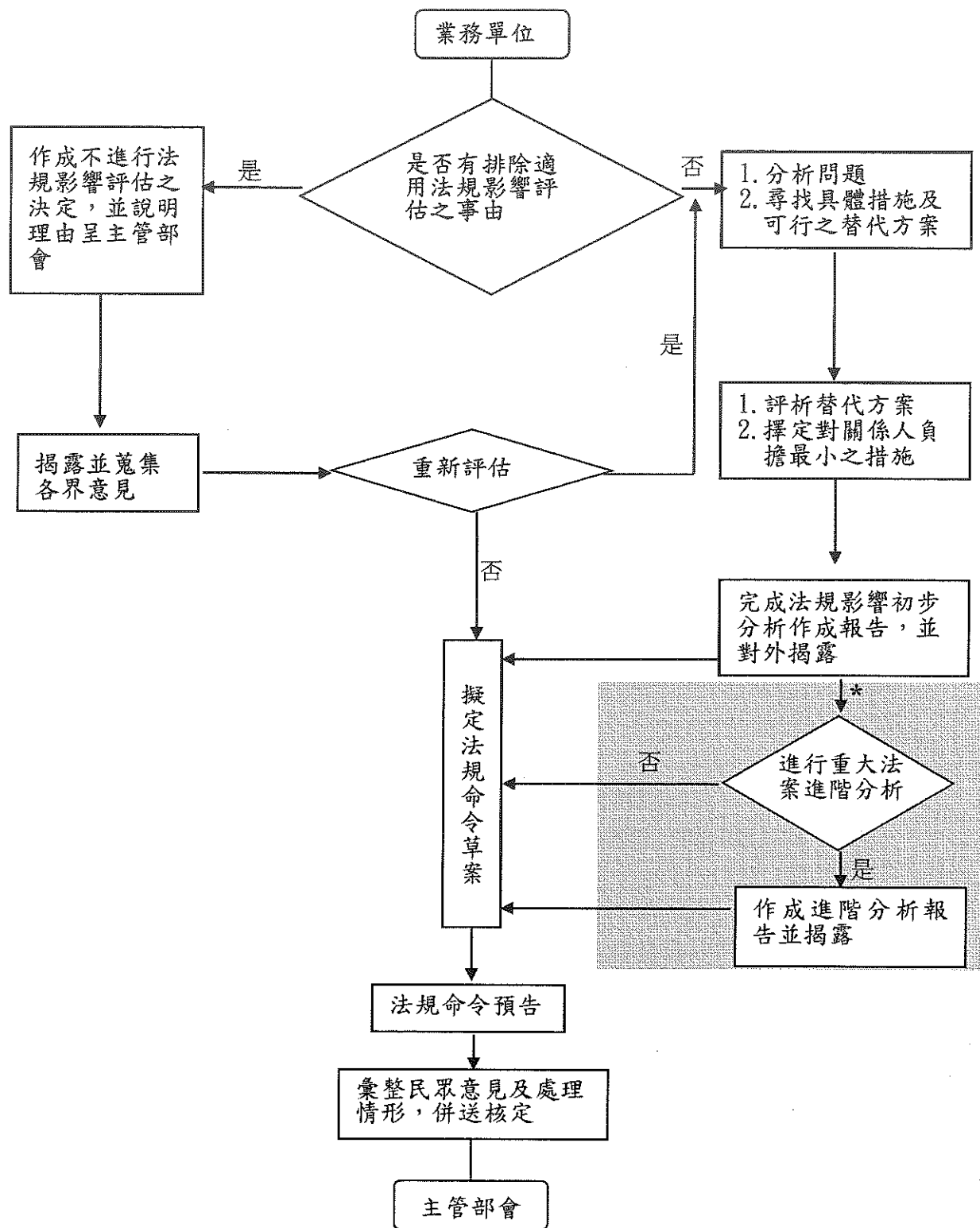
9. 作業公開

公開本項作業報告的方式與位址，必須與公開諮詢意見的方式與位址相同。對提供諮詢意見者，應主動通知作業報告處理結果。資訊揭露時點如下：

- 作成不進行法規影響評估決定時
- 完成法規影響評估初步分析報告時
- 完成法規影響評估進階報告時（視推動小組研擬完成進階分析判斷標準與委外應注意事項後再實施）
- 法規命令公告、法案報院審查時



附圖四：法律案及需報院核定法規命令之作業流程圖



附圖五：部會自行發布法規命令之作業流程圖

(三) 操作步驟說明

法規影響評估作業的建議上可分為三階段，第一階段為評估與諮詢、第二階段為品質維護，第三階段為定期檢驗。以下就各階段之步驟的作業內容介紹如下：

1. 第一階段: 評估與諮詢

評估與諮詢階段為主管機關就所欲執行之政策，在符合須做成 RIA 的條件下，實行 RIA 之作業基本步驟，如確認政策目標之正當與合理性、檢驗現況、分析落差、發現真因、提出解決方法，並收集民意。以下就實際作業流程為介紹：

A. 確認政策目標之正當與合理性

行政機關於提出政策法案時，須先行確認政策目標間是否達到正當性與合理性。前者係探就法規與目標間是否具正當性，即檢驗政策與法規本身是否可行性；後者係探就法規與目標間是否具合理性，亦即法案的目標本身是為了達到一定的成果，如促進交易競爭、降低交易成本、減少或增加負面外部性等。於探究合理性時，各種選擇之政策措施可能設有多個目標，而目標之間可能彼此間具衝突關係。如面臨兩相衝突之之多個政策措施，則須進一步釐清彼此間關係，並為法規調合的動作。

B. 檢驗現況

所謂檢驗現況即行政機關就現行法規做出盤點，並儘可能將相關之法制一一臚列，以確實瞭解議題之背景，俾針對議題提出各種可能之解決方案。就應臚列之法規範，應檢驗現行機關與現行法案上所有法律規則，檢驗的機關包含本機關、他機關、中央機關、地方機關；檢驗的法規包括法規、命令、函釋、行政規則、行政措施。

C. 分析落差

行政機關於分析落差時，應先探就「現況」(status quo)，並界定現況與目標之間的範圍有多遠。

D. 發現真因

行政機關於界定範圍後，應探尋造就現況目標間落差的「真因」(root cause)。於尋找問題的真因時，應盡可能定性：(1) 誰被影響 (who)；(2) 是什麼樣的問題 (why)；(3) 而產生影響的真正原因(how)。

如真因與現存規範有關，則須進一步指出：真因為現行法規制定設計(design)的問題，亦或是現行法規適用(implement)的問題。

E. 蒐集民意

此步驟則由行政機關主動向受影響的各界諮詢，並就前一到六步驟以公開文件的方式提出，向民眾諮詢(consultation)、並表達意見。蒐集民意包括說明政策、回答民眾的疑問(以網路發問回答)、並徵詢民間是否有其他替代方案，並達到諮商與協調的功能。

F. 提出解決方法

為達成目標的可能選擇措施，除增修法規外，主管機關應就維持現況與法律

規範以外的替代選擇、法律規範內容的替代選擇，同時列入考量。就行政機關應考量的選擇措施，包括(1) 法律規範：如增訂法規或透過法律授權的方式 (2) 替代方案：考量讓市場自行調整，或訂定自律規則 (3) 維持現狀。

另在提出政策時，除非能證明特定的管制法規，具有社會效益大於成本，否則不應立法，並就現行的法律制度為檢討是否具有不必要的管制措施，並進行法規鬆綁(deregulation)而不另作 RIA 分析。

2. 第二階段: 品質維護

行政機關在考量各種選擇措施下，應以「成本效益分析」(cost-benefit analysis) 來評估未來各界可能面臨的風險。成本效益分析首先應界定受影響的人為何？而界定方式是尋找面臨風險/取捨(Trade-off)的主體有哪些、何人具有交換意願(willing to pay)、進一步估算風險實現的可能及利益的變動，而須檢驗的取捨主體應包含：行政機關、私人、社區/團體、產業、非營利組織等。

若達成政策目的已經公共選擇確定者，如教育、弱勢扶助等，則應以「成本效能分析」(cost-effective analysis)的分析方法來尋找最低成本的選擇措施，並伴隨著「誘因分析」(incentive analysis) 了解人的行為模式，以創造社會最大淨利益。

3. 第三階段: 定期檢驗

為執行後的定期績效檢討，以達到法規品質的維持。此步驟則須審視原來的目的有無消滅或改變，外在的環境有無改變來決定法規應進一步增修或廢止。我國法制作業於定期檢驗上，必須實現品質管理的方法，而不是列舉訓示性的應注意事項。諸如 PDCA 管理循環等品管手法¹⁸，應直接適用於法制作業程序性，使法制作業可以成為將法規真正反應社會最大需求的程序，而脫離傳統法律人僅從法律制度本身供給面思考的鋸箭式思維，或避免法規增修成為業務單位應付政治需求或解決產業個別問題的工具。

就 PDCA 管理循環方法而言，P (Plan) 計劃是指發現問題與分析問題以確定改變的必要性；D (Do) 執行是指提出可能解決的作法；C (Check 檢查是指評估解決方案的可行性；A (Action) 行動是指將可行的解決方案予以展開標準化。¹⁹ 英國政府亦於 2011 年提出類似的 ROAMEF 管理循環作業程序，制定「中央政策評估與衡量綠皮書」(The Green Book: Appraisal and Evaluation in central government, 2011)²⁰。ROAMEF 政策管理循環分別是指 Rationale(R) 是指確認形成政策所要解決的問題具合理性；Objective(O) 是指設定政策目標的範圍；Appraisal(A) 評估達成目標的替代方案之成本效益分析或成本效能分析；Monitoring(M) 執行並監督選擇的方法具體落實；Evaluation(E) 衡量檢討執行成效；

¹⁸ 例如另有六標準差(six sigma)的 DMAIC 可供參考。Define(D) 確認流程改善目標以符合顧客需求與企業策略、Measure(M) 衡量現行流程與蒐集現有資料、Analyze(A)分析影響因素的關聯、Improve(I) 改善分析後的流程作法、Control(C) 控制以確保影響目標的變數得以排除。請參閱 Rowland Hayler, What is Six Sigma Process Management?, 2005。

¹⁹ PDCA 管理循環手法是由美國統計學家戴明(William Edwards Deming)博士提出，用以改善企業經營管理的重要方法，請參閱中國生產力中心，TQC 全面品質管理:(3)改善品質的 PDCA, 1988。

²⁰ 參見，前揭註 7。

Feedback(F) 回饋檢討成果，形成新的問題。

五、我國 RIA 面臨的挑戰與未來的推動

(一) 問題與困境

我國機關法制作業規定雖然已有類似於國外 RIA 機制，且行政院會議²¹亦明確要求行政機關應落實法制作業程序相關規定，唯我國行政機關執行法制作業時仍面臨作業程序及實質內容的困擾。

1. 法制作業程序規定欠缺不足以達成 RIA 目的

法制作業應注意事項之規定雖然指出 RIA 的關鍵步驟，包括決定規範目標，檢討現行適用的法制，選擇可行替代作法(包括預擬授權法規內容)，諮商有關機關等受影響者，預估機關執行成本，並評估社會遵循成本與預期效益。然而，相關規定沒有明確訂定機關應將作業過程保存、呈現或陳報，亦無規定各項作業機關應實行的操作步驟與施行方法，更未要求機關最終擬定法案條文說明中應陳述規範的形成過程。更有甚者，依政府資訊公開法第 18 條規定，政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業，除對公益有必要者，相關政府資訊應限制公開。因此，除非機關認定其法案準備作業及草擬作業具公益而有公開必要外，縱或 RIA 作業有保存書面，機關亦不會公開或提供。社會當無從藉 RIA 機制判斷該規範措施的合理性。

2. 法制作業事項規定不明無從據以實施 RIA 機制：

法案衝擊影響評估是指社會遵循成本預估，僅是我國法制作業實現 RIA 機制的一項步驟。如何確保行政機關切實執行法制作業，並足以發揮 RIA 機制的效益，是現行法制作業規定面臨的另一項困境。從行政機關執行者的角度，現行法制作業是否能發展為 RIA 機制，本文認為執行上面臨著下列五項困擾：

A. 行政機關難以確信實現 RIA 有何意義？

現行法制作業規定並非機關行政程序的強行規定，亦不對外發生拘束效果。若行政院要求機關進行 RIA 作業，對於機關業務有何實質上的助益？是否會淪為機關另一項形式文書作業的負擔？或成為機關延宕法制作業的藉口？又如何使人民相信 RIA 對於整體社會有所助益，而有參與的意願？

B. 誰應負擔執行 RIA 的成本？是法制單位，還是業務單位？

目前行政機關法案報院所附法案衝擊影響評估多委託學術單位撰寫，然而仍須責成相關單位負責 RIA，是法制單位，還是業務單位？法制單位未必熟諳法規擬採用的措施實施時可能造成的社會影響；業務單位則不瞭解具體行政措施如何呈現於法規條文。

C. 是否於法規條文擬定後，抑擬定前進行 RIA 作業？

法制作業規定法案衝擊影響層面及其範圍應有完整之評估，但未規定評估作業時點，是應於法規條文制定後進行，還是條文擬定之前進行。如果條文擬定後才進行法案衝擊影響評估，分析結果發現成本大於效益，是否該法案條文即不應予制定？若條文無效率而不應制定，為何又呈現於機關法案條文？換句話說，進

²¹ 93 年 6 月 9 日行政院第 2893 次院會院長提示。

行法案衝擊影響評估作業是否應先於條文擬定之前，當機關構思未來規範可能替代措施後即應進行分析比較，才可能擬定具有效率的條文規定？

D. 如何進行法案衝擊影響評估作業？

法制作業規定法案衝擊影響應以成本效益分析(cost and benefit analysis) 作為評估方法，而分析影響範圍包括人權等事項。然而，人權事項外，對於文化、兩性平等、原住民、中小企業，甚至地方政府等層面特殊事項的影響亦是否應一併考量？若一併考量，如何以同一貨幣單位表示？一般公務人員又如何具有量化分析的專業能力進行分析？

E. 如何整合法制作業事項以實現 RIA 機制？

現行法制作業是分列 RIA 機制各項步驟為各項應注意事項，彼此各項的先後關聯性為何？其意義為何？如在分析比較各項規範替代措施可能產生的影響前，如何選擇該等規範替代措施作為分析標的？又法案增修的政策目標是指長官或上級交辦事項？還是承辦單位自行產生？如何產生？

(二) 推動的挑戰展望

欲豎立良好的法規品質作業程序前，須先制定法律形成相關的負責機關，以確保各部會、機關所制定的法規命令能依循一定的品質保障程序，進一步達到促進法規作業的良好品質及反省機制。以下就推動 RIA 的挑戰與展望給予意見評論。

1. 政府推動 RIA 之決心

A. 形成行政機關之政策

政府應學習外國推動經驗，如英國內閣下設 Regulatory Impact Unit(RIU) 或紐西蘭於財政部下設計 Regulatory Impact analysis Team，設立專責單位作為推動法規影響評估的各項工作之規劃、執行及協調作業，並實行品質保證之程序以確保各部會、機關所擬訂的法規範合乎所期待的品質。另應修正相關法制作業規定納入 RIA 流程與步驟及政府資訊公開法相關規定。此外，應提升政府蒐集民意之功能，提供 RIA 蒐集社會意見時的諮詢平台。

B. 獲得立法機關之支持

行政機關法制作業規定係法規命令並不得拘束立法機關，我國亦無 RIA 立法用以拘束立法行為之妥當性，因此除非立法機關支持並維護 RIA 作業現性分析所呈現的結果，否則 RIA 成效及目的勢必難以達成。

2. 社會企業參與之意願

RIA 作業是否得正確的評估其成效，關鍵在於資訊蒐集是否正確。因此，除非民眾、企業等受影響者願意參與公共事務諮詢，並真實的表達其取捨選擇，RIA 亦無從發揮其效益。

3. 行政人員之作業能力

OCED 國家的 RIA 作業通常是由機關行政人員操作，而非委外由外部專家或機構進行。僅有對於特定事項量化分析時，始有委託外部專業進行。因此，我國機關如何在職務配置、人員訓練、預算編列及作業規範上適當調整及分配，才有

可能落實 RIA 作業。

六、 結論

RIA 作業不是統計分析，亦不是風險或效益精算，更不是預測未來將實現的利益或發生的成本。RIA 作業是管制性或補助性法規的法制作業時，機關應有的態度或基本原則，用來確保社會參與法制作業，並使社會先行瞭解未來立法後可能影響造成的成本負擔或可取得的利益，以降低遵循成本。再者，政府機關亦應先行確認立法規範可能造成的影響並評估影響的範圍，否則即不宜貿然立法，以確保立法規範之妥當性。

中国大法的立法理念

中国人民大学法学院 张志铭

1997年，中共十五大作出“依法治国，建设中国特色社会主义法治国家”的决策并提出“到2010年形成有中国特色的社会主义法律体系”。在之后的十多年里，中国全国人大主导并如期宣告完成了法律体系建设工作，其中活动频频，为我们考察和认识中国的立法提供了很好的窗口。从认识论、政治哲学、政体架构和立法技术等各个方面，我将迄今为止中国政府尤其是立法当局围绕法律体系建设而进行的立法认知和实践所表现出的主要特征概括为四个方面：即理性主义的建构思路、国家主义立场、立法中心—行政配合的运作模式以及简约主义的风格。在更广泛的意义上说，这些也是中国迄今为止在整个法秩序构建上的理念染整，值得认真对待和反思。

一、理性主义的建构思路

中国政府尤其是立法当局在法律体系的认识和实践上首先表现出来的技术特征，是在基本思路所呈现的理性主义的建构态度。在这种态度下，立法者从事和完成法律体系建设的能力和手段被肯定，经过事先的立法努力而达成自足圆满的法律体系的目标被确信——事在人为、志在必成。而这与我们所看到的其他国家（除去前苏联）的景象明显不同，既不同于普通法系国家，也有别于大陆法系国家。

普通法系国家可以说在法学理论和制度实践上都基本找不到与中国相当的包罗整个制定法、结构严整的“法律体系”概念。这些国家当然也有自己的现实管用的法律系统和成熟的法律运作机制，但从其普通法、衡平法和制定法的生长过程看，表现出在一个漫长的历史过程中经验主义的、自然而散漫的特征。由于

各种原因，在历史上，甚至直到今天，法治理论和实践中的体系化思路（如“法典编纂”等）一直被怀疑和抵制。比较法学者的研究表明：“英国的法律技术热衷于精细而现实地探究生活问题，并倾向于在具体的历史关系中处理这些问题，而不是系统或抽象地思考它们。”在一位来自欧洲大陆国家的法律家看来，“诸如民法典、商法典、民事诉讼法典和经合理安排的完整的法律概念结构，都是绝对必不可少的，而许多这些东西，他在英国法律生活中却看不到。”¹

大陆法传统尤其是德国的法学理论和制度实践中最能呼应中国的“法律体系”现象的是有关法典编纂、法律位阶的概念。法典编纂的观念以及作为其实践结果各种“法典”和“法律全书”，如罗马法大全、法国民法典、德国民法典、“六法全书”等，皆体现了将法律体系化或系统化的努力，确信立法者的理性，倚重语言的确定性和形式逻辑的力量（如法律概念形成上的类型化作业，法律概念运用上同一律、矛盾律、排他律和充分律的遵行等²）。法律位阶的理论则主要从纵、横两个方向对各种法律规范或法律渊源的关系进行了效力等级和相互依存意义上的梳理整合，以求法律的融洽自足。这些也是中国法律体系建设思路中主要考虑的内容。但进一步辨析看来，中国在构建法律体系过程中所涉及的“法律位阶”的系统化作业方面，似乎做了减法，将法律规范或法律渊源基本限于各种抽象一般的国家法形态，而不涉及非国家的规范性文件以及各种具体个别的规范形态（后文还将涉及此问题）。与此不同，在与“法典编纂”概念相关的方面，中国的法律体系构建活动则做了一个很大的加法。

中国努力构建的“法律体系”显然范围更为宏大，按照法律体系—法律部门—法律部门的分支—[法典和单个法律文件]³—法律规范的概念序列，作为法典编纂对象的“法典”层次比较低，其中所包含的理性建构的力度也相形要弱。而

¹ 参见（德）K·茨威格特，H·克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社1992年版，第333页。

² 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》，第七章“法律体系”，中国政法大学出版社2001年版。

³ 中国立法当局在概念系列上是顺着“法律体系—法律部门—法律规范”这样三个层次界定法律体系的概念的，而具体分析起来，除了上文已经提及的“法律部门分支”的概念层次，还可以在其下面析分出“法典和单个法律规范文件”的概念层次，以衔接“法律部门分支”和最后一层的“法律规范”。当然，从学理上我们还可以对“法律规范”的构件作出进一步的细分。

且值得注意的是,欧洲各国的法典编纂似乎都前置有一个对传统习惯法的甄别、记录和整理的过程,充满了经验主义色彩的历史选择(最有代表意义的是萨维尼的历史法学派的理论和实践)。从标识方面看,也没有看到关于“法律体系形成”的明显宣称。

从社会现代化的角度看,中国属于后发现代化国家,与许多已经完成现代化的发达国家相比,在各个方面皆有“赶超”的特点。在法治和法律体系的建设方面也不列外。如果按预先设想到2010年形成中国特色的社会主义法律体系,那么从1978年中共十一届三中全会提出强加社会主义民主和法制建设起算,也只有32年;从1992年中共十四大提出建立社会主义市场经济体制,立法当局启动从计划经济模式的法律体系向市场经济模式的法律体系的转变算,则是18年;从1997年中共十五大明确提出“建设法治国家”、“到2010年形成有中国特色的社会主义法律体系”从而有了比较清晰的“法律体系”观念算,则只有12年。法治国家所涉及的法律体系构建是一项极其宏大的社会现代化工程,在那么短的时间里要完成这样一项复杂而庞大的任务,使得拟议建成的“法律体系”不仅在数量上足够的多,实现对应由法律调整的社会生活关系的充分覆盖,而且在法律体系构成上实现有机整合,符合系统性要求,可以说,在基本思路上的理性主义建构态度而非经验主义的自然形成态度的选择也是一种宿命,势所必然,别无选择。

中国立法当局把法律体系界定为“一个国家所有法律规范依照一定的原则和要求分类为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体”,尽管此定义属于说明描述性质,但是其中所体现的观念及其支配的实践,则充满了法律体系构建中的一种理性主义的思路。

二、国家主义立场

国家主义立场是中国政府尤其是立法当局在法律体系的认识和实践上明显表现出来的第二个技术特征。这里所说的国家主义当然没有必要从政治哲学的意

义上加以理解,因为作为一种政治理念和实践的国家主义与各种非国家主义如自由主义、社会主义等皆不相同,它的基本确信是,人是社会动物,必然要在诸如国家这样的政治体中生活,认为国家是一个自足自治的存在,国家利益、国家意志和国家目的相对于个人和其他非国家的组织,是更高层次的“善”,具有不容置疑的优越性。这当然是一种关于人类社会生活及其秩序原理的宏大理论,与本文在法律体系建设这样一个狭小的话题上使用“国家主义”一词尽管有某种勾连,即都是相对于个人和非国家组织的角色和作用而言,但有显著的不同。

在中国的法学理论和立法实践中,法律被界定为是“由国家制定和认可并由国家强制力保障实施的行为规范的总和”,法律体系构建中的国家主义色彩主要表现是:(1)从立法主体看,只有国家组织才可能拥有权力创制法律体系中所说的“法律”。这些国家组织具体包括全国人民代表大会,全国人民代表大会常务委员会,国务院,省级(包括自治区和直辖市)人民代表大会及其常务委员会,省级人民政府所在地的市、经济特区所在地的市及国务院批准的较大市的人民代表大会及其常务委员会,民族自治地方的人民代表大会,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,省级人民政府及省级人民政府所在地的市、经济特区所在地的市及国务院批准的较大市的人民政府,中央军事委员会,等等;(2)与上述立法主体的类别相对应,法律体系中“法律”的形式限于国家法的范围,包括宪法、法律、法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等六种形式。其中法律分基本法律和非基本法律;法规包括行政法规和军事法规;地方性法规包括省级人大及其常委会制定的法规,省会市、经济特区所在地的市及国务院批准的较大市的人大及其常委会制定的法规;自治条例和单行条例主要指自治州和自治县人大制定的法律规范性文件(自治区人大及其常委会制定的自治条例和单行条例属于地方性法规层次);规章有部委规章,省级政府规章,省会市、经济特区所在地的市及国务院批准的较大市的政府规章。

从组织结构上看,社会一般由社会成员个体和社会组织所构成,而社会组织

又大致可以区分为国家组织、社会组织和经济组织三个部分。在社会法律秩序的形成过程中,个人之间的各种协议或契约,作为个体集合的人群中的习俗,众多社会组织和经济组织的自治章程和其他规范性文件,皆大量存在,并发挥着与国家法相比毫不逊色的作用。任何社会法律秩序的建立都是国家法则和非国家法则、正式法则和非正式法则协同作用的结果。故而,在关于法律位阶的理论看来,法律体系在构成上包括三个基本层级,即基本规范、一般规范和具体规范,其中具体规范除了将具体的行政裁决和司法裁决纳入外,还将个人和社会生活领域诸多的私法行为规范一并包罗。⁴在域外各法治发达国家,基于法律对私法自治、个人自治和社会自治的首肯,也在法律体系的纵向位阶序列中赋予个人、社会组织和经济组织各种依法形成的规范一席之地,从而使法律体系中“法律”的创制主体突出了国家组织的范围。

按照“立法民主”、“立法工作必须走群众路线”的要求⁵,在中国特色法律体系的构建中,各种社会个体和社会组织也会有各种形式的参与,如立法机关组织立法听证会、论证会和座谈会等听取社会各方面意见,或者将法律草案向社会公布征求意见等,但是,这些并不等于改变国家主义的色彩和基本立场。另外,尽管在认识上法律被认为是国家制定和国家认可的结果,但相对于“国家制定”的概念,“国家认可”迄今基本上还处于一种概念的空置状态,其含义并不清晰。因此,即使认为在中国的立法理论和立法实践中存在不限于国家范围对待“法律”的可能,迄今为止在法律体系构建问题上所表现出来的,也还是与其他法治发达国家不同的鲜明的国家主义特色。

三、立法中心—行政辅助的运作模式

以立法机关尤其是作为最高立法当局的全国人大及其常委会为中心,以高层

⁴ 将“具体规范”纳入法律规范体系的范围,在各种规范分析法理学理论中比较常见,而以法律位阶理论著名的凯尔逊的纯粹法学理论,则更为鲜明。参见韩忠谟《法学绪论》,“法之体系”,中国政法大学出版社2002年版。

⁵ 同上吴邦国文。

政府行政当局为辅助的运作模式,是中国特色法律体系的构建在认识和实践上表现出来的第三个方面的显著技术特征。由于这个特征,在国家组织的范围内,司法机关尤其是法院在法律体系形成中的角色和作用被明确排除。

立法中心—行政辅助这种运作模式上的特征表现在一系列现象上。首先,尽管宪法规定全国人大是国家最高权力机关,但全国人大及其常委会在现实生活中最显著的角色则是最高立法机关。全国人大有权修改宪法,有权制定和修改刑事、民事、国家机构和其他基本法律;全国人大常委会解释宪法和法律,有权制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律,有权在全国人大闭会期间对其制定的法律进行部分补充和修改(但是不得同该法律的基本原则相抵触),有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令,有权撤销省级国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议,有权决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除,等等。在中国特色法律体系的构建实践中,全国人大及其常委会也一直是最重要的担当者,在总体上承担了法律体系建设的设计、部署、协调和实施工作。换言之,如果在法律体系构建的问题上出了什么问题,全国人大及其常委会自然也难辞其咎。

其次,在立法的主体、法律规范性文件的范围上,只有相关的立法机关和政府行政机关被纳入法律体系构建的范畴;在不同法律形式的位阶关系上,行政法规、部委规章和地方政府规章等尽管在绝对数量上远远超过立法机关制定的法律规范性文件,但相对于最高立法机关或地方立法机关制定的法律或法规,皆构成从属关系。

第三,尽管现实中司法解释在中国法律体系的构建过程中具有重要作用,但在立法当局的法律体系观念中却没有得到确认。按照1981年五届全国人大第19次常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》的规定,最高人民法院和最高人民检察院有权就审判工作或检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题进行解释;按照2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第二十七条:“司

法解释施行后，人民法院作为裁判依据的，应当在司法文书中援引”⁶，从而改变了此前司法解释在裁判中只能参照执行，不能直接应用的做法。从司法解释的实际运用情况看，数量也相当可观，尤其是最高人民法院就立法机关制定的法律所作出的抽象系统的解释，更是引人注目甚至颇遭越权越位之非议。有趣的是，在中国政府尤其是立法当局的法律观念中，法官在具体个案的裁判中只是适用法律而无需也不能解释法律；在立法当局所认定的法律体系的构成形式中，也排除了司法解释。与此形成对比，政府规章是不是正式的法律渊源，能不能在司法裁判中应用，⁷此前一直存在争议，而在立法当局对法律体系构建所涉及的法律形式的认定中，相关的政府规章则被明确地归入其中。

中国法律体系构建中这种以立法为中心、以行政为辅助的运作模式，与其他法治发达国家的做法显然是不同的。这一点与普通法国家的情况截然不同自不待言，因为在这些国家的法律传统和现实中，存在“法官造法”、“遵行先例”的理论和实践，甚至在法治理论上这些国家的法治实践被刻划为“司法主治”，司法在法律秩序形成上的作用可见一般。即使与大陆法传统各国的情况相比也有明显差别。在大陆法国家的传统和现实中，立法机关及其制定法也处于法律体系构建的中心地位，政府行政部门则在广泛的行政管理领域承担了细化立法机关制定法、制定更具体的法律规则的任务，这些与中国的情况大致无二。不同的是，这些国家并不否定或排除司法在法律体系构建中的重要角色担当和应有的作用。因为这些国家早已放弃了制定法圆满自治的概念，而以不同的方式承认了法官解释法律和填补法律缺漏的作用。⁸另外，这些国家“宪法法院”的制度和实践，则

⁶ 该条同时规定：“人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的，应当先援引法律，后援引司法解释”。

⁷ 1986年10月28日《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》规定：“国务院各部委发布的命令、指示和规章，各县、市人民代表大会通过和发布的决定、决议，地方各级人民政府发布的决定、命令和规章，凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的，可在办案时参照执行，但不要引用。最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等，应当贯彻执行，但也不宜直接引用。”

⁸ 早在1811年，《奥地利民法典》第7条就赋予了法官填补法律漏洞的权力：倘若一诉讼案件不能依法律的既有文字规定也不能依法律的自然含义予以判决，法官须参照法律就类似案件规定的解决办法和其他适用法的根据来处理，如仍无法判决，则应按照自然的法律原则予以裁断。1912年生效的《瑞士民法典》在

更凸显了司法在法律体系构建中不容忽视的作用。

四、简约主义的风格

除了上述三个方面明显的技术特征外，中国政府尤其是立法当局在法律体系的认识和实践上的特征还或隐或现地表现在其他一些方面，我想可以概括地称之为简约主义的风格。

如上所述，中国立法当局采行的是对法律体系的一种比较主流而传统的理解，即法律体系“通常是指一个国家所有法律规范依照一定的原则和要求分类为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体”，其构建方面的主要问题，在理论上则被化约为两个：一是法律规范在范围上包括哪些规范性法律文件；二是法律规范在法律部门意义上如何进行分类。这样一种条理清晰的认识直接服务于法律体系的立法构建，相对于更大范围、更为深入的关于法律体系建设的理论探讨和实践操作，给人以明显的化繁就简的印象。

以立法当局关于“法律规范”一词的认识和运用为例。乍一看来，中国立法当局在因循的意义上将法律体系化约为“法律规范的统一整体”，但稍加分析就会发现，立法当局并没有在微观、内在视角的意义上运用“法律规范”一词，因为：其一，立足于法律体系建构的目的，法律规范或者被指认为“规范性法律文件”，或者被指认为“法律部门”，而无论是前者还是后者，都是法律规范个体在集合意义上的存在，而不触及法律规范个体或法律规范自身。从这个意义上可以认为，在中国立法当局观念中，法律体系的基本构建单元是法律规范的集合，而非法律规范。比照法学理论中将法律规范视为法律体系的基本元素或构建单元的认识，这给人造成了似是而非的错觉。其二，由于将法律体系构建中的“法律

第一条第二、三款中更是明确规定：如本法没有可为适用之规定，法官应依据习惯法，习惯法也无规定时，法官应根据其作为法官阐发的规则判案，在此，他要遵循业已公认的学说和传统。法国法学家 Geny 说：“也许这是现代立法者第一次以一般规定正式承认法官在立法上的不可缺少的作用。”该法典的做法代表了大陆法系国家今后的立法走向。

规范”元素化约为“法律规范的集合”的概念，也就避开了从细致的意义上回答法律规范是什么、法律规范的标准结构、法律规范的类型、法律体系的构建单元是不是法律规范等各种复杂问题。比如，在法学理论中，法律规范在传统上一般认为是指法律规则，而法律则被认为是法律规则的“总和”或体系。但是，越来越多的实践和研究表明：法律规范除了法律规则外，还包括法律原则、法律概念等，甚至还包括其他各种“法律材料”，如政策、习惯、协议、命令、法理等。⁹这些法律规则以外的“法律材料”，也有大小程度和表现方式不同的法律效力，具有法律上的规范意义，因此，如果说法律体系构建的目的服务于法律秩序的形成，那么从这个角度看，将法律体系的构建单元化约为法律规范，将法律规范指认为法律规则，显然是非常简单实用的做法。

再以立法当局关于“法律分类”一词的认识和运用为例。中国立法当局主要是从法律的调整对象和调整方式的角度进行法律分类，具体采取的则是具有抉择性或决疑意义的划分“法律部门”的做法，将中国特色的法律体系划分为宪法之下或以宪法为基础的七个法律部门。这种“快刀斩乱麻”的做法，直接剔除和化解了法学理论或/和域外法律实践上的多样性或差异点。因为法律体系构建所涉及的法律规范分类还有其他种种，比如，在法律体系下先形成第一层次的各种划分，如公法和私法或公法、私法和社会法，国际法和国内法、自然法和实在法、实体法和程序法、国家法和民间法，实在法和传统法等等；在法律部门划分层次上的其他一些自以为更加合理的划分法（具体如前面所述），等等。应该说，这些分类对于中国特色法律体系的构建并不是没有关系的，甚至有的分类法还有必要认真对待，如关于公法和私法的分类，关于国际法和国内法的分类，以及关于国家法和民间法的分类等，都蕴含了对社会生活秩序或法律秩序形成的重大问题和原理的不同认识。此外，在我看来，在法律体系所涉及的法律分类问题上，还有一些只有通过本土视角才能发现的问题，如行政特区法、经济特区法、民族自

⁹ 例如，德沃金认为，法律不仅包括规则，还包括原则和政策。关于法律原则、概念等的规范性，参见张志铭：《法律规范三论》，载《中国法学》1990年第6期。

治区法等，这些显然也都淹没在立法当局法律分类或部门法分类的视野中。

除了在法律规范和法律分类两个概念的认识和运用以外，中国立法当局在法律体系构建中的简约主义风格还表现有其他内容。比如在法律位阶问题上，对于经济特区法、不同政府规章（如部委规章和省级政府规章）、基本法律和法律、立法解释等的确切法律效力，立法理论和实践上谈论或争论颇多，但它们在立法当局关于法律体系构建的认识中并没有怎么提及。又如在法律渊源概念多种含义的认识上，中国立法当局显然也是基本局限于法律的形式渊源。¹⁰

在有关法律体系构建所涉及的诸多问题、以及问题的不同内容上，中国立法当局作出的多是单一维度的选择和处理，表现出明显的实务指向，而这与法律体系的学理建构具有明显的不同。有研究认为，从部门法划分的角度谈论法律体系的构建，这种源自前苏联法学理论和实践的做法具有明显的意识形态色彩和政治上的考虑。¹¹

¹⁰ 当然，立法当局关于中国特色社会主义法律体系的特点的认识，包含了浓厚的实质性法律渊源的考虑。

¹¹ “据此看来，社会主义国家法律体系部门划分的实际意义，或许是其政治价值大于其学术和实践价值，它存在的主要目的是解决法律体系姓‘资’姓‘社’的问题，次要目的才是按照科学和传统来建构一个国家的法律体系。因为只有用这种方法，才能取代公法和私法这种以承认私有制为合法前提的划分标准，体现出一种新型法律体系的纯洁性及其比资本主义社会更先进、生产力更发达的社会主义本质。”参见李林：《中国特色社会主义法律体系的构成》，载刘海年、李林主编：《依法治国与法律体系建构》，中国法制出版社2001年版，第30页。

全国人大常委会基本法律修改权之实证研究¹

——以刑法修正案为样本的统计学分析

秦前红*

摘要：以现有的九部刑法修正案为样本进行实证研究，考察全国人大常委会修改刑法的频度、幅度和程度，继而以此为基础对《宪法》第67条第3项作规范分析，揭示全国人大常委会基本法律修改权之行使现状：九部刑法修正案已经难以用“部分补充和修改”来定义，同时刑法修正案当中的诸多内容致使刑法基本原则的实现程度降低。基本法律修改权行使的此般“失范”问题，乃是立法在促成民主与效率价值时出现偏颇所致。故而，欲使此项权力行使由“失范”回归“规范”，亦须在立法民主与立法效率之间寻得平衡。

关键词：全国人大常委会；基本法律修改权；刑法修正案；实证研究

一、引言

我国的立法体制之下，国家立法权由全国人大和全国人大常委会共同行使，但是二者行使的国家立法权在权限范围上乃是有所差异的，即全国人大有权制定和修改基本法律，而全国人大常委会原则上只能制定和修改基本法律以外的其他法律。然而，全国人大常委会并非绝然不能对全国人大制定的基本法律进行修改，因为我国《宪法》第67条第3项的规定：“在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触”。据此规定，全国人大常委会享有基本法律修改权，即全国人大常委会可在全国人大闭会期间，对基本法律进行部分补充和修改，且不得同该法律的

¹ 我的研究生刘怡达为本文的资料收集整理、观点形成做了实质性贡献，在此特表感谢！文章部分内容曾以两人合作署名的形式在《华东政法大学学报》2016年第4期发表。

基本原则相抵触。

缘何赋予全国人大常委会以基本法律修改权，其根源在于立法需求与立法供给之间的矛盾，申言之，社会的运行有赖于规则之治，而制定法的固有缺陷决定了难以通过法律应对瞬息万变的社会，故而需要借由法律修改、法律解释等诸多方式以克服制定法的缺陷。而在我国既有的制度安排之下，全国人大规模大、会期短、议事效率低等缺陷决定其难以有效进行必要的法律修改。²于此层面而言，由全国人大常委会修改基本法律便具有了合理性。自现行《宪法》赋予全国人大常委会基本法律修改权以来，全国人大常委会已有诸多基本法律的修改实践。然而，对于全国人大常委会基本法律修改权的行使实践，学界多有讨论甚至批判，其中批判的观点或认为此项权力自身欠缺充分的正当性与合法性，³或认为全国人大常委会行使此项权力存在诸多失范现象。⁴

在全国人大常委会基本法律修改权的行使实践中，《刑法》的修改无疑具有相当的典型性。一是因为《刑法》所涉的乃是犯罪和刑罚等极为重要的事项，对其的修改决不可轻率为之；再者便是自《刑法》于1997年修订后颁布施行至今，其已由全国人大常委会修改九次之多。需要指出的是，笔者丝毫不否定刑法修正案以及全国人大常委会刑法修改行为对经济社会发展的积极作用。嫖宿幼女罪之废除、适用死刑罪名之减少、宽严相济刑事政策之贯彻，如此等等，皆昭示着刑法修正案于“良法善治”之积极效应。笔者在此所欲为之的仅仅是以既有的九部刑法修正案为样本进行实证研究，并在此基础上对我国《宪法》第67条第3项作规范分析，以期揭示全国人大常委会基本法律修改权行使的现实状况。因为基本法律修改权作为一项宪法权力，其来源须以宪法为根据，其行使行为亦须接受

² 参见彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的说明》，载中央文献研究室编：《三中全会以来重要文献选编》（下），人民出版社1982年版，第1271页。

³ 参见崔敏：《关于对基本法律的修改权限问题》，载《人大研究》2007年第4期；韩大元：《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》，载《法学杂志》2010年第7期。

⁴ 参见林彦：《基本法律修改权失范及原因探析》，载《法学》2012年第7期；易有禄：《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》，载《清华法学》2014年第5期；常秀娇：《宪政视野中的刑法修正》，载赵秉志主编：《刑法论丛》2013年第1卷，法律出版社2013年版，第98—125页。

宪法的审查与检视。

二、分析框架与研究方法

为考察全国人大常委会基本法律修改权之行使现状，笔者以既有的九部刑法修正案为样本进行实证分析。全国人大常委会的此项权力乃是由我国《宪法》所赋予的，根据《宪法》的规定，全国人大常委会行使基本法律修改权需要具备如下三要件：一是时间要件，即须在全国人大闭会期间；二是幅度要件，即全国人大常委会对基本法律的修改只能是部分补充和修改；三是程度要件，即全国人大常委会对基本法律的修改不得抵触该法律的基本原则。与此三要件相对应，笔者欲从频度、幅度、程度三视角进行分析。

首先，全国人大常委会修改刑法的频度，即刑法作为基本法律被全国人大常委会修改的频繁程度。本文主要通过修改刑法的“时间间隔”与“平均每月修改条款数”两项指标来考察全国人大常委会修改刑法的频度。其中，对于“时间间隔”的考察，笔者以现行《刑法》颁布时间（即1997年3月）为基准时间，求得《刑法修正案》公布时间与《刑法》颁布时间的时间间隔，以及此后每部刑法修正案公布时间与此前一部刑法修正案公布时间的时间间隔。如《刑法修正案（二）》公布时间为2001年8月，《刑法修正案（三）》公布时间为2001年12月，期间相隔4个月，故《刑法修正案（三）》的时间间隔即为4个月。而平均每月修改条款数则是修改条款数与时间间隔的比值，如《刑法修正案（三）》修改的条款数为8条，其时间间隔为4个月，故《刑法修正案（三）》平均每月修改条款数便是2条。需要说明的是，本文认定的修改条款数与刑法修正案的条款数存在差异，如《刑法修正案（九）》第7条规定的，在刑法第120条之一后增加5条，分别作为第120条之二、之三、之四、之五、之六。其在该修正案中仅呈现为一个条款，但本文在分析时将视为5个条款进行分析。

其次，全国人大常委会修改刑法的幅度，即刑法被修改的条款数量情况。本文主要通过“修改条款比例”来考察全国人大常委会修改刑法的幅度。同时，为

了更为精细化地表现刑法修改的幅度情况，本文还对全国人大常委会修改刑法的总则和分则分布情况、罪名修改情况等作了考察。其中，修改条款比例为修改条款数与现行《刑法》于1997年3月修订时的初始条款数（即452条）的比值。总则和分则分布情况则是指九部刑法修正案条款在《刑法》总则与分则中的数量及相应的比重。罪名修改情况反映的是九部刑法修正案对罪名的修改总数，以及新增罪名与变更罪名的具体数量。

再次，全国人大常委会修改刑法的程度，即对刑法修正案内容的考察，进而探究既有的九部刑法修正案当中是否存在与刑法基本原则相抵触之情形。由于此部分的分析所涉的乃是《刑法》的基本原则和刑法修正案的具体内容，故而难以借由统计学的方法进行量化的分析。因此，本文以我国《刑法》所明文规定的原则为向度进行分析，探究九部刑法修正案当中的具体内容是否存在有与之相抵触之虞。需要说明的是，判断刑法修正案是否与《刑法》的基本原则相抵触的权力由全国人大享有，全国人大可根据《宪法》第62条第11项的规定改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定。故而本文在此部分所作的分析仅仅是理论层面的探讨。

三、全国人大常委会修改刑法的频度

现行《刑法》于1997年3月由第八届全国人大五次会议修订后至今，全国人大常委会以刑法修正案的形式共对其作了九次修改，自1999年12月至2015年8月，先后制定了《刑法修正案》、《刑法修正案（二）》、《刑法修正案（三）》、《刑法修正案（四）》等九部修正案。从表1可以看出，这九次修改平均时间间隔为23.44个月，由此可知，《刑法》平均不到两年便被全国人大常委会修改一次。其中时间间隔最小的为《刑法修正案（二）》与《刑法修正案（三）》，此两次修改时间间隔仅4个月之短。如此频繁的刑法修改，不但在古今中国刑法立法

史上绝无仅有，而且在有据可查的世界刑法史上，恐也无出其右。⁵

表 1：全国人大常委会修改刑法的频度统计表

类 型	时间间隔/月	修改条款数	平均每月修改条款数
修 正 案	33	8	0.24
修正案二	20	1	0.05
修正案三	4	8	2.00
修正案四	12	8	0.67
修正案五	26	3	0.12
修正案六	16	20	1.25
修正案七	32	14	0.44
修正案八	24	49	2.04
修正案九	54	56	1.04
总 计	211	167	0.76

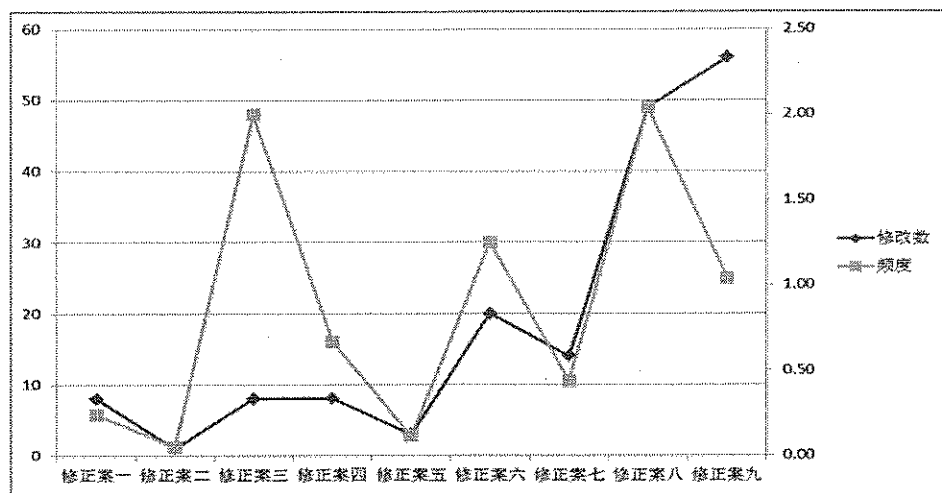


图 1：全国人大常委会修改刑法频度示意图

当然，每次修改的时间间隔并不能完全反映全国人大常委会修改刑法的频度，时间间隔短绝非意味着此次修改频度大，因为修改频度尚受每次修改条款数量的影响。基于此，笔者对九部修正案平均每月修改条款数进行统计：平均每月修改条款数的均值为 0.76 条，即自现行《刑法》于 1997 年 3 月修订至《刑法修正案

⁵ 参见邢馨宇、邱兴隆：《刑法的修改：轨迹、应然与实然——兼及对刑法修正案（八）的评价》，载《法学研究》2011 年第 2 期。

（九）》于 2015 年 8 月公布，期间全国人大常委会平均每月修改《刑法》0.76 条。其中，平均每月修改条款数较大的有《刑法修正案（八）》、《刑法修正案（三）》、《刑法修正案（六）》和《刑法修正案（九）》，其平均每月修改条款数分别为 2.04、2.00、1.25 和 1.04。平均每月修改条款数较小的有《刑法修正案（二）》、《刑法修正案（五）》和《刑法修正案》，分别为 0.05、0.12 和 0.24。

从图 1 我们可以看出全国人大常委会修改刑法频度的变化趋势：其中，在至今的九次修改当中，全国人大常委会每次修改刑法的条款数呈上升趋势，且上升幅度较大，尤其是自《刑法修正案（七）》至《刑法修正案（八）》，修改数从 14 条跃升至 49 条之多。然而，其修改频度，亦即平均每月修改条款数，所呈现的却是波动变化的趋势，并未呈现出明显的上升或下降的趋势。

四、全国人大常委会修改刑法的幅度

表 2 展示了全国人大常委会修改刑法的条款数，以及修改条款的比例，由此可窥见全国人大常委会修改刑法的大致幅度。从表 2 可以看出，在现有的九部刑法修正案当中，《刑法修正案（二）》修改条款数最少，仅有 1 条，平均修改 18.56 条；《刑法修正案（九）》修改条款数最多，共有 56 条。至于修改条款比例，在九部刑法修正案的修改条款比例为 4.11%。其中，较高的有《刑法修正案（九）》和《刑法修正案（八）》，分别为 12.39% 和 10.84%；较低则如《刑法修正案（二）》和《刑法修正案（五）》，分别为 0.22% 和 0.66%。

表 2：全国人大常委会修改刑法的条款数统计表

类 型	修改条款数	修改条款比例
修 正 案	8	1.77%
修正案二	1	0.22%
修正案三	8	1.77%
修正案四	8	1.77%
修正案五	3	0.66%
修正案六	20	4.42%
修正案七	14	3.10%

修正案八	49	10.84%
修正案九	56	12.39%
平均值	18.56	4.11%
总计	167	36.95%

图2所展示的是全国人大常委会修改《刑法》的累计修改条款数和累计修改比例，其中，累计修改条款数为某一参照修正案之前所有修正案（含该作为参照的修正案）修改条款数之和，累计修改比例为累计修改条款数与现行《刑法》于1997年3月修订时的初始条款数的比值。由图2我们可以发现，现行《刑法》在经历九次修改之后，其累计修改条款数已达167条之多，累计修改比例亦是达到36.95%之高。在某种程度上而言，如此大范围的修改已经难以用“部分补充和修改”来定义了。⁶

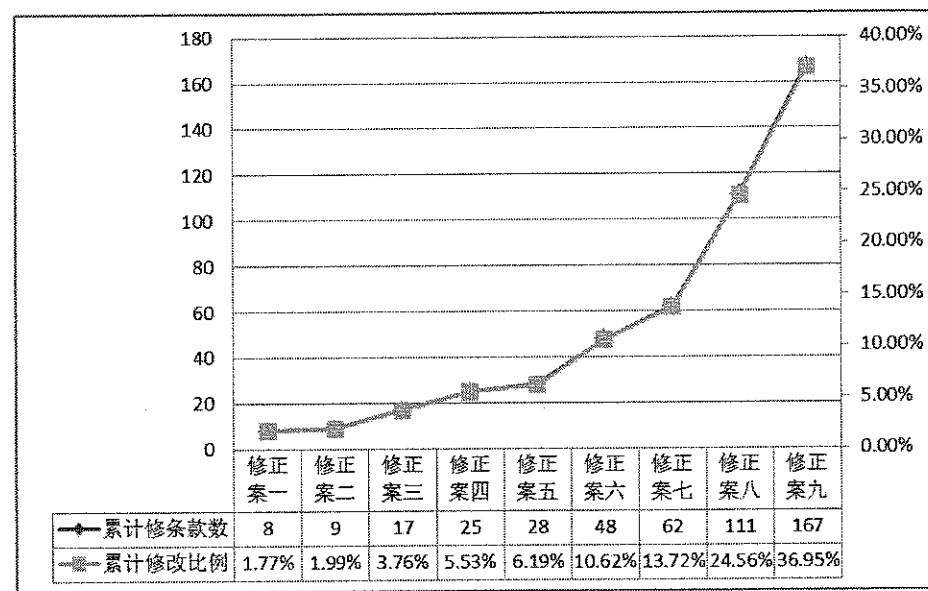


图2：全国人大常委会修改刑法条款累计修改数量与比例

表3：全国人大常委会修改刑法的总则和分则分布情况统计表

类型	修改条款数	总则修改情况		分则修改情况	
		数量	比例	数量	比例
修正案	8	0	0%	8	100%

⁶ 参见林彦：《基本法律修改权失范及原因探析》，载《法学家》2002年第7期。

修正案二	1	0	0%	1	100%
修正案三	8	0	0%	8	100%
修正案四	8	0	0%	8	100%
修正案五	3	0	0%	3	100%
修正案六	20	0	0%	20	100%
修正案七	14	0	0%	14	100%
修正案八	49	19	38.78%	30	61.22%
修正案九	56	4	7.14%	52	92.86%

表3反映了全国人大常委会修改刑法的总则和分则分布情况：现有的九部刑法修正案，对《刑法》的修改主要集中在《刑法》分则部分，尤其是自《刑法修正案》至《刑法修正案（七）》的七部刑法修正案当中，其修改的内容皆在《刑法》分则部分。不过，此后的《刑法修正案（八）》对《刑法》总则部分作了较大幅度的修改，该修正案共修改了49个条款，其中修改总则部分的条款便有19个之多，所占比例为38.78%。概而言之，至今的九次修改，《刑法》总则修改较少，《刑法》分则修改较多。其原因可能是《刑法》总则规定的诸如“犯罪”、“刑罚”、“刑罚的具体运用”等内容具有相对的稳定性，而《刑法》分则对具体犯罪及其刑罚的规定更易受到社会运行的影响，此亦是刑事立法领域所谓的“犯罪引发立法”公式的内涵。如以2001年美国“9.11”事件为代表的恐怖活动犯罪便催生了以反恐为主要内容的《刑法修正案（三）》⁷。

图3所反映的则是全国人大常委会修改刑法的总则和分则累计修改数与累计修改比例情况。其中，累计修改数为某一参照修正案之前所有修正案（含该作为参照的修正案）修改《刑法》总则或分则的条款数之和，累计修改比例为累计修改数与现行《刑法》于1997年3月修订时的初始总则或分则条款数（分别为101条和350条）的比值。通过图3所展示的数据，我们可以发现：自《刑法修正案》至《刑法修正案（九）》，《刑法》总则部分累计修改数为25条，累计修改

⁷ 参见刘仁文：《恐怖主义与刑法规范》，载《中国法律评论》2015年第2期。《关于〈中华人民共和国刑法修正案（三）〉（草案）的说明》便明确指出：“为了严厉打击恐怖活动犯罪，更好地维护国家安全和社会秩序，保障人民生命、财产安全，经委员长会议同意，法制工作委员会在与有关部门和专家多次研究的基础上，拟订了《中华人民共和国刑法修正案（三）》（草案）”。参见胡康生：《关于〈中华人民共和国刑法修正案（三）〉（草案）的说明》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第1期。

比例为 24.75%；《刑法》分则部分累计修改数为 152 条，累计修改比例为 43.43%。

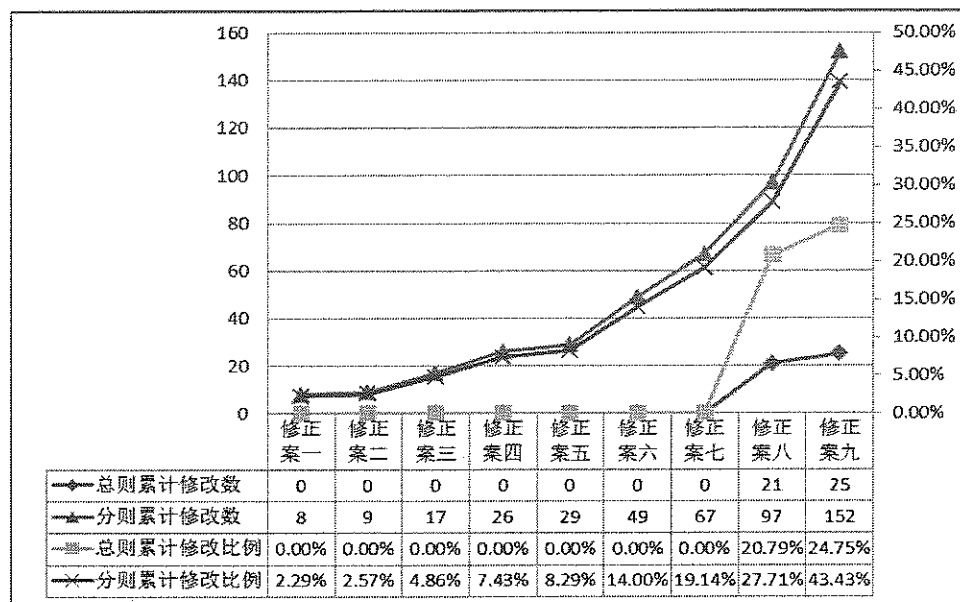


图 3：全国人大常委会修改刑法的总则和分则累计修改数与累计修改比例示意图

表 4 反映的是全国人大常委会修改刑法的罪名变化情况，该表所展示的数据皆系整理最高人民法院和最高人民检察院自 1998 年 12 月至 2015 年 10 月公布的七部“确定罪名规定”所得。⁸从表 4 可以看出，从《刑法修正案》到《刑法修正案（九）》，罪名修改总数呈上升趋势，平均每次修改近 10 个罪名。其中，修改罪名较多的有《刑法修正案（九）》和《刑法修正案（六）》，分别修改罪名数为 32 个和 19 个。同时，在修改的罪名当中，又存在新增罪名和变更罪名两种具体类型，所谓新增罪名指的是通过修改《刑法》，将此前并非为犯罪的行为定义为一种新的犯罪行为；而变更罪名则是指《刑法》此前已有关于该罪的规定，但通过修改《刑法》变更了该犯罪的构成要件等内容，从而使得该罪罪名亦发生变化。举例而言，《刑法修正案（八）》新增了“危险驾驶罪”等罪名，《刑法修正

⁸ 分别为《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》、《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》、《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（二）》、《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（三）》、《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（四）》、《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（五）》和《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（六）》。

案（九）》新增了“准备实施恐怖活动罪”等罪名；而《刑法修正案（九）》将“资助恐怖活动罪”取消，并将其变更为“帮助恐怖活动罪”则属于变更罪名的范畴。在现行《刑法》的九次修改当中，罪名的变化以新增罪名居多，变更罪名相对较少。其中，新增罪名又以《刑法修正案（九）》为多，该修正案使得《刑法》增加 21 个罪名。

表 4：全国人大常委会修改刑法的罪名变化情况统计表

类别	修改前罪名数	罪名变化情况		
		罪名修改总数	新增罪名	变更罪名
修正案	419	6	5	1
修正案二	424	1	0	1
修正案三	424	7	4	3
修正案四	428	5	2	3
修正案五	430	3	3	0
修正案六	433	19	11	8
修正案七	444	13	9	4
修正案八	453	10	7	3
修正案九	460	33 ⁹	21	11

图 4 所反映的乃是全国人大常委会修改刑法的罪名累计变化情况。其中，累计修改罪名数为某一参照修正案之前所有修正案（含该作为参照的修正案）修改罪名的数量之和，累计修改罪名比例则为累计修改罪名数与现行《刑法》于 1997 年 3 月修订时的初始罪名数（即 419 个）的比值。从图 4 所展示的数据可以发现：自《刑法修正案》至《刑法修正案（九）》，现行《刑法》的九次修改累计修改罪名达 96 个之多，所占比例亦高达 22.91%。同时，无论是累计修改罪名数或是累计修改罪名比例，其皆呈上升趋势，且上升速度较快。

⁹ 《刑法修正案（九）》罪名修改数为 33 个，除新增 21 个罪名，变更 11 个罪名之外，还废除了 1 个罪名，即废除《刑法》第 360 条第 2 款规定的嫖宿幼女罪。

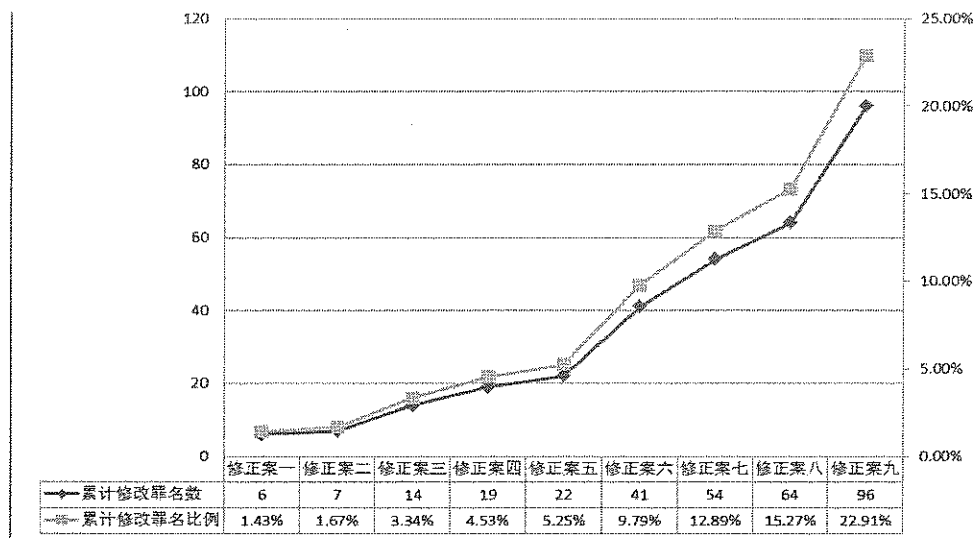


图4：全国人大常委会修改刑法的罪名累计变化情况示意图

五、全国人大常委会修改刑法的程度

诚如上述，对全国人大常委会修改刑法的程度的考察，需要借助于对刑法修正案具体内容的观察，进而探究刑法修正案是否存在与现行《刑法》基本原则相抵触之情形。然判断是否抵触基本原则的前提在于明确何谓基本原则，对此问题，我国刑法理论界通常的观点认为，所谓刑法的基本原则，是指贯彻全部刑法规范、具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法的意义，并体现我国刑事法治的基本精神的准则。¹⁰我国第一部《刑法》，即1979年刑法没有明文规定刑法的基本原则。直至1997年修订时，《刑法》第1章对刑法的基本原则作了明确规定，分别为第3条规定的“罪刑法定原则”，第4条规定的“适用刑法平等原则”以及第5条规定的“罪责刑相适应原则”。然而，在存在《刑法》明文规定的法定基本原则的同时，亦存在诸多刑法理论上的学理基本原则。此外，即便是某一项具体的基本原则，其具体涵义除《刑法》所明文规定之外，亦存在诸多刑法理论层面的理解。

本文在考察全国人大常委会修改刑法的程度时，仅以我国现行《刑法》第3条规定的“罪刑法定原则”为参照进行分析。首先，缘何以法定基本原则为参照，其原因有二：一是判断全国人大常委会修改《刑法》是否抵触《刑法》之基本原

¹⁰ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第24页。

则，若欲由有权机关作出有法律效力的判断，其参照的势必为《刑法》所明文规定的基本原则及其意涵。二是学理基本原则及其学理意涵，因学者的认识不同而不同，难以对何谓刑法的基本原则作统一的理解，在判断标准缺失的情况下，便会使抵触与否的判断缺乏可能性。再者，缘何仅以罪刑法定原则为参照，其原因在于，相较于“罪刑法定原则”而言，“适用刑法平等原则”和“罪责刑相适应原则”的判断存在相当的主观差异性，且此二概念自身亦不甚明确。譬如在罪责刑相适应原则当中，与犯罪相适应的刑罚，究竟是因果报应之刑，或是威慑教育之刑，如此等等。¹¹对刑罚内涵的理解不同，罪责刑相适应原则的实际内容亦随之不同。因而对此两原则难以进行以统计学为方法的实证研究。¹²基于此，本文仅以“罪刑法定原则”为参照来考察全国人大常委会修改刑法的程度。

表5：刑法修正案中的不确定法律概念统计表

所处位置	概念名称	法律明确化情况
修正案	内幕信息	《证券法》
修正案三	恐怖活动	《反恐怖主义法》
	黑社会性质的组织	《刑法》
	恐怖信息	无
修正案四	超强度体力劳动	无
修正案五	战时	《刑法》
修正案六	大型群众性活动	无
	信息披露	《证券投资基金法》
修正案七	珍稀植物、珍贵动物	无
修正案八	特别残忍手段	无
修正案九	恐怖主义	《反恐怖主义法》
	极端主义	无
	公民个人信息	无
	通讯群组	无

现行《刑法》第3条规定了罪刑法定原则，该条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。

¹¹ 参见韩忠谟：《刑法原理》，北京大学出版社2009年版，第18—19页。

¹² 理论界亦存在以此两原则为主题的实证研究成果，如白建军所著的《罪刑均衡实证研究》便以罪责刑相适应原则为主题进行实证研究，参见白建军：《罪刑均衡实证研究》，北京大学出版社2004年版。

自贝卡利亚时代以来，罪刑法定原则一直被认为是现代刑法的基石。通过预先划定刑法所禁止的范围而为人们提供行为指导，罪刑法定旨在保障法的安定性和增进生活秩序的可预期性。刑事法律规定的明确性是罪刑法定的应有之义。¹³罪刑法定原则的意涵之一便是明确性原则，即法律的用语应当明确。因为即便犯罪和刑罚皆由法律规定，但是如果其内容不明确，什么行为是犯罪，不论一般国民或法官都不清楚，就不可能达到防止刑罚权恣意行使。¹⁴易言之，刑法的用语、措辞和逻辑必须确定、具体和清晰，不确定法律概念、开放的犯罪构成要件以及情节犯应尽可能少地存在于刑法当中。

表 5 反映了现有的九部刑法修正案中存在的 uncertain 法律概念。所谓不确定法律概念，通常指的是内涵或外延不甚明朗的法律概念，其或是由于立法者的理性难以将所有既已发生或可能发生的情形考虑于立法当中，或是为使法院能适应社会经济及伦理道德价值观之变迁，而使法律能与时俱进，以实践其规范功能。¹⁵即便如此，基于罪刑法定原则之要求，刑法规定应当尽量明确具体，尽可能少地使用不确定法律概念。当然，法律概念的确定性本身即为一个极不明确的概念，而且法律规范的明确性也是有限度的。¹⁶同时，不确定法律概念尚可借由立法之法律制定和司法之法律解释予以明确化，比如 2015 年 12 月制定的《反恐怖主义法》即对《刑法修正案（九）》中的“恐怖主义”一词作了定义。但是通过表 5 可以发现，九部刑法修正案当中存在诸多不确定法律概念，其中已有一些已为此后的法律制定或法律解释所明确化，如内幕信息、恐怖活动、黑社会性质的组织等，但仍有较多法律概念的明确化依旧不足，如恐怖信息、极端主义、公民个人信息等。

表 6 展示了刑法修正案中情节犯的规定情况，所谓情节犯，是指以一定概括性定罪情节作为犯罪构成必备要件的犯罪。情节犯之情节只关系到行为的有罪性，

¹³ 劳东燕：《罪刑法定的明确性困境及其出路》，载《法学研究》2004 年第 6 期。

¹⁴ 参见马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社 2002 年版，第 73 页。

¹⁵ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 185 页。

¹⁶ 王青斌：《论不确定法律概念与处罚法定原则的冲突和协调》，载《法学评论》2011 年第 1 期。

其在立法上的规定形式并不限于条文中明确规定有“情节”字样的要件，也包括没有“情节”二字的其他概括性定罪情节，如数额较大、造成严重后果等规定。情节犯的情节是区分罪与非罪的标准，与量刑无关，即情节犯中的情节有别于量刑情节中的情节。¹⁷通过表 6 所呈现的内容可以发现，现有的九部刑法修正案新增或变更了不少情节犯罪名，尤其是《刑法修正案（六）》、《刑法修正案（七）》和《刑法修正案（九）》。在刑法理论与实践，情节犯招致不少以罪刑法定原则为立论的批评，认为由于情节犯具有“不确定性”，即刑法条文表述上的模糊性，所以情节犯不符合罪刑法定主义之明确性要求，并据此认为情节犯是对罪刑法定主义的冲击。¹⁸亦有论者认为情节犯的立法模式与罪刑法定原则中的明确性原则并无不可调和的冲突。¹⁹但我们不可否认的是如果情节犯在刑事立法中所占比例越高，则说明刑法规范越加不明确，罪刑法定的实现程度越低。²⁰现行《刑法》先后修改九次，新增或变更如此多的情节犯，罪刑法定原则之充分实现无疑在相当程度上受到滞碍。

表 6：刑法修正案中的情节犯统计表

所处位置	新增或变更的情节犯罪名
修正案	隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪；国有公司、企业、事业单位人员失职罪；编造并传播证券、期货交易虚假信息罪；操纵证券、期货市场罪
修正案二	非法占用农用地罪
修正案三	放火罪；决水罪；爆炸罪；投放危险物质罪，以危险方法危害公共安全罪；编造、故意传播虚假恐怖信息罪
修正案四	走私废物罪；雇用童工从事危重劳动罪；非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪

¹⁷ 刘艳红：《情节犯新论》，载《现代法学》2002 年第 5 期。

¹⁸ 参见李翔：《罪刑法定视野中的情节犯命运》，载《江西社会科学》2006 年第 6 期。

¹⁹ 参见刘守芬、方文军：《情节犯及相关问题研究》，载《法学杂志》2003 年第 5 期。

²⁰ 黑静洁：《刑法修正案之立法质量的实证考察》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 5 期。

修正案六	强令违章冒险作业罪；大型群众性活动重大安全事故罪；不报、谎报安全事故罪；违规披露、不披露重要信息罪；对非国家工作人员行贿罪；背信损害上市公司利益罪；骗取贷款、票据承兑、金融票证罪；操纵证券、期货市场罪；违法发放贷款罪；吸收客户资金不入账罪；违规出具金融票证罪；枉法仲裁罪
修正案七	利用未公开信息交易罪；逃税罪；非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；妨害动植物防疫、检疫罪；非法生产、买卖武装部队制式服装罪；伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪；利用影响力受贿罪
修正案八	危险驾驶罪；虚开发票罪；持有伪造的发票罪；拒不支付劳动报酬罪；污染环境罪；食品监管渎职罪
修正案九	非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪；侵犯公民个人信息罪；虐待被监护、看护人罪；使用虚假身份证件、盗用身份证件罪；拒不履行信息网络安全管理义务罪；非法利用信息网络罪；帮助信息网络犯罪活动罪；扰乱无线电通讯管理秩序罪；编造、故意传播虚假信息罪；泄露不应公开的案件信息罪；拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪

再者，刑法修正案中开放的犯罪构成要件对罪刑法定原则之影响。所谓开放的犯罪构成要件，指的是某一犯罪构成特征在刑法分则条文中只作了抽象的或者概括的规定。如我国《刑法》第114条和第115条规定的以危险方法危害公共安全罪，此两条在分别列举“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质”后，立法者认为仍不能穷尽所有危险方法，故而以相当概括的“其他危险方法”起兜底作用。故而此处所谓的开放也就是刑法对某个犯罪的行为特征没有加以明确列举。

但此类以兜底条款呈现的开放的犯罪构成要件，其在本质上属于不明确的罚则，它实质上违反罪刑法定，严格地讲，是不应被允许的。²¹因为从本质上讲，

²¹ 参见[日]山口厚：《刑法总论》，付立庆、刘隽译，中国人民大学出版社2011年版，第17页。

构成要件地位的确立，在法律史上，是罪刑法定（而非罪刑人定）思想在客观上的具体表现。同时，罪刑法定原则在刑法教义学上，主要是通过构成要件论加以体现的。²²因此对于开放的构成要件，如果不能加以严格解释，就可能违反罪刑法定，就和罪刑法定原则要求的明确性原则相背离。故而在刑法当中，不宜设置过多的开放的犯罪构成。²³通过对现有的九部刑法修正案进行观察，我们可以发现其中存在不少开放的犯罪构成要件，其中又可细分为开放的主体构成要件，开放的行为构成要件，试举几例：

其一，开放的行为构成要件。例如，《刑法修正案（六）》第9条新增的背信损害上市公司利益罪，在例举了五种具体的背信损害上市公司利益的行为之后，又在该条第六项将“采用其他方式损害上市公司利益的”纳入该罪的犯罪行为，以兜底条款的形式设置了开放的行为构成要件。再如《刑法修正案（七）》第7条规定的侵犯公民个人信息罪，该条第2款规定：“窃取或者以其他方法非法获取上述信息，情节严重的，依照前款的规定处罚”，其在明确列举盗窃的方式之后，又以相当概括的“其他方法”起兜底作用。其二，开放的主体构成要件。例如，《刑法修正案（二）》第4条新增的资助恐怖活动罪当中，该条第2款规定：“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚”，其中“其他直接责任人员”便是一种开放的主体构成要件。

六、结论

前文以现行《刑法》的九次修改为例，较为细致地展现了全国人大常委会基本法律修改权的行使状况，从中可以得出如下若干基本结论，并可由此引发以下进一步的思考：

首先，全国人大常委会修改刑法的幅度是否有违部分补充和修改的规范要求。

²² 参见蔡桂生：《构成要件论：罪刑法定与机能权衡》，载《中外法学》2013年第1期。

²³ 陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第120页。

全国人大常委会基本法律修改权乃是有所限制的,其中之一便是全国人大常委会对基本法律所作补充和修改只能是部分。然而,部分一词的意涵不甚明确,由此导致《宪法》对全国人大常委会基本法律修改权的限制在相当程度上难以发挥预期的作用。何谓部分,既缺失有权机关的解释,理论上的认知亦是纷繁复杂,如有论者根据现代汉语中“部分”一词的意涵,认为部分与整体相对应,只要不属于全部即为部分;再如认为所补充修改的法律条文总数不得超过原有法律条文的三分之一即为部分。²⁴这就要求宪法必须借助必要的解释明晰其具体含义,消除争议,统一人们对宪法的认识。²⁵与此同时,在判断全国人大常委会对基本法律的修改是否属于部分之时,亦不可纯粹地顾及某一次修改,因为全国人大常委会完全可以通过多次“部分”修改,几乎将一些基本法律全然更新。²⁶此种“润物细无声”式的侵蚀式立法修正,在形式上或许是符合《宪法》和《立法法》确立的法律制度和修改的权限划分的,但是,它在实质上是否是一种符合法理的方式和可取的方式,却是值得怀疑的。²⁷

通过前文对全国人大常委会修改刑法幅度的考察,我们可以发现,在全国人大常委会制定的刑法修正案当中,部分修正案对《刑法》条文的修改比例甚至已逾10%,如《刑法修正案(九)》和《刑法修正案(八)》,其分别为11.76%和10.45%。更有甚者,由1999年12月至2015年8月,现行《刑法》在经历九次修改之后,其累计修改条款数已达167条之多,累计修改比例亦是达到36.95%之高。由此可知,在现有的九次修改中,每次修改的比例相对而言并不太高,但其中部分修改幅度较大,加之由于修改之频致使累计修改幅度已是相当之大,故而在某种意义上而言,全国人大常委会对《刑法》的修改已经难以用“部分补充和修改”来定义了。

其次,全国人大常委会修改刑法的程度是否符合不得抵触刑法基本原则的规

²⁴ 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第333页。

²⁵ 秦前红:《〈宪法解释程序法〉的制定思路和若干问题探究》,载《中国高校社会科学》2015年第3期。

²⁶ 韩大元:《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》,载《法学杂志》2010年第7期。

²⁷ 于志刚:《刑法修正何时休》,载《法学》2011年第4期。

范要求。诚如上述,全国人大常委会基本法律修改权除“部分补充和修改”之量的限制之外,亦有“不得同该法律的基本原则相抵触”之质的限制。与“部分”一词的含糊相较,“基本原则”、“抵触”二词的语言模糊性更强。一是何谓基本原则,本文对其语义之不确定性已在此前的论述中有所论及。此外,还有论者认为《刑法》总则的规定皆属于基本原则的规定,由此全国人大常委会对刑法的补充修改不能涉及《刑法》总则的内容,也不得与《刑法》总则的内容发生冲突相矛盾。对刑法总则内容的补充修改,应当由全国人大进行。²⁸亦有论者认为,法律明确规定的法律的“指导思想”、“基本任务”亦属于基本原则的范畴,不得与之相抵触。²⁹更有论者认为刑法作为专门解决犯罪和刑罚问题的法律,它关于死刑和徒刑的区分,无疑是原则问题。全国人大常委会在自己的修改刑法的《决定》中,把某些徒刑改为死刑,实际上就超越了《宪法》所确定的界限。³⁰缘何出现此般各异的认知,其缘由在于“基本原则”、“抵触”二词的规范涵义不甚明确,且缺乏有权机关的阐述与说明。如前所述,刑法修正案当中诸多的不确定法律概念、开放的犯罪构成要件以及情节犯,致使刑法规范日渐不甚明确,由此使得罪刑法定的实现程度变低。

此外,一般而言,直接涉及基本原则或基本制度的法律修改,在修改程度上要强于不直接涉及基本原则和基本制度的修改,给被修改基本法律带来的内容上的变化也更大。而在一部法律当中,总则部分大多涉及的便是该法律的基本原则或基本制度。改一条总则的规定,也是牵一发而动全身,一旦修改,影响的人就不会是少数人,而是大面积的人。通过表3所呈现的数据,我们可以知道刑法修正案对刑法的修改虽然集中于分则部分,但自《刑法修正案(八)》之后,修正内容对总则亦有相当程度的涉及,在经由九次修改之后,《刑法》总则修改的比例已累计至24.75%,基于此逻辑,现行《刑法》的基本原则或基本制度在相

²⁸ 参见杨兴培:《反思与批评:中国刑法的理论与实践》,北京大学出版社2013年版,第274—275页。

²⁹ 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第333页。

³⁰ 周旺生:《立法学》,法律出版社2009年版,第265—266页。

当程度上已发生变化。与此同时，刑法修改过程中的“社会治理的过度刑法化”和“刑事立法的情绪化倾向”亦困扰刑法基本原则的实现程度。前者指的是刑事立法不适当地拓展到民事经济等社会领域，³¹刑法干预日渐呈现出前置性倾向，立法者甚至认为需要发挥刑法的引领和推动作用。³²如此一来，刑法便日渐缺失了其应有的谨慎和谦抑。后者则是指刑事立法被情绪化的舆论或者民意所牵制，造成立法的随意性和盲从性，³³《刑法修正案（八）》新增的“拒不支付劳动报酬罪”即为典型例证。

行文至此不难发现，若以全国人大常委会修改刑法的幅度和程度对基本法律修改权之行使进行考察的话，便可得出如下结论：全国人大常委会基本法律修改权之行使存在“失范”的问题，亦即现有的九部刑法修正案已经难以用“部分补充和修改”来定义，以及刑法修正案当中的诸多内容致使刑法基本原则的实现程度降低。对全国人大常委会基本法律修改权行使的此般实践，理论界不乏讨论与批判，亦有诸多关于完善此项权力的建议：或认为应当明确“部分”、“基本原则”和“抵触”等概念的法律涵义，或认为可以取消对全国人大常委会可以“对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改”的授权，³⁴或认为应当明确全国人大与全国人大常委会修改基本法律的权限范围。³⁵

笔者认为，立法具有民主和效率两个层面的价值要求，基本法律修改权之赋予乃是基于立法民主与立法效率的考量，而此权力行使的失范亦是立法在促成民主与效率价值时出现偏颇所致。申言之，全国人大常委会基本法律修改权之赋予乃是基于兼顾立法民主与立法效率的结果，因为全国人大代表人数较多，不便经

³¹ 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》2015年第2期。

³² 《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉（草案）的说明》在阐述关于修改刑法的指导思想时，便明确指出：“进一步发挥刑法在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领和推动作用”。参见李适时：《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉（草案）的说明》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。

³³ 参见刘宪权：《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案（九）〉为视角》，载《法学评论》2016年第1期。

³⁴ 参见韩大元：《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》，载《法学杂志》2010年第7期。

³⁵ 参见林彦：《再论全国人大常委会的基本法律修改权》，载《法学家》2011年第1期；张千帆：《全国人大常委会无权修改代表法》，载《财经》2010年第22期。

常进行工作、行使职权，而全国人大常委会委员实际上也可以说是常务代表，是代表各方面的，人数又比较适当，经常开会比较方便。³⁶因此在1982年《宪法》制定之时，将原来属于全国人大的一部分职权交由其常委会行使，其中就包括基本法律修改权。但为避免效率僭越民主，在1982年宪法制定过程中对常委会的可能扩权是有所警惕的，为此现行《宪法》在制度上也设计了程序性规范控制方式，即《宪法》在赋予全国人大常委会基本法律修改权时，亦借由三大条件为该权力的行使划定界限。但由于《宪法》对此的规定颇为模糊，加之宪法解释实践的阙如，致使此界限在现实中难以对其全国人大常委会产生实质性约束。常委会制定了一些不该制定的基本法律，修改了不该修改的内容，其立法界限在现实中并不清晰，³⁷致使立法过多关注效率而对民主向度的价值有所忽视。于此层面而言，基本法律修改权由“失范”回归“规范”，归根结底需要在立法民主与立法效率之间寻得平衡。

³⁶ 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的说明》，载中央文献研究室编：《三中全会以来重要文献选编》（下），人民出版社1982年版，第1271—1272页。

³⁷ 参见韩大元：《论全国人民代表大会之宪法地位》，载《法学评论》2013年第6期。

中國大陸地區地方性法規、政府規章制定權 之行使及其監督

湛中樂教授（北京大學法學院、中國行政法學研究會副會長）

論立法院調查權的界限與範圍

廖元豪*

壹、前言

日前，「時代力量」數位立委擬提案賦予立法院對外調查權，並且對拒絕出席或拒絕配合調查之人民予以處罰。此舉遭到輿論批評，認為是立院不當擴權。¹類似的立法，在美國並未受到太大質疑。為什麼在台灣會有如此爭議？

立法院要制定有效、精確、務實的法律，必須對相關的資訊能充分掌握。有趣的是，我們會要求行政院或總統，在決策時必須做完整的調查，不該在無知中決策。而身為國家最高行政機關的行政院及所屬部會，也的確擁有相當的調查權力。可是同屬國家重要決策機關的立法院，對於行使立法權所需要的資訊，以及調查權的機制，卻似乎相當輕忽。一個無法取得「決策資訊」的立法院，當然也難以做出有效的決策。

2004年的司法院釋字第五八五號解釋，送了立法院一個大禮——國會調查權。在大法官有關權力分立的解釋中，釋字五八五號與釋字第三八七號（立法委員改選，行政院應總辭）、第四六一號（立法院各委員會得強制政府人員備詢），以及第五二〇號（行政院不得片面決定國家重大政策）等解釋一樣，對立法院有著直接的賦權（empowerment）效果。國會調查權若能善加運用，的確可以相當程度改善立法院欠缺決策與制衡武器的窘境，讓憲法的權力平衡更加完善。²

但立法院應如何運用這個並不熟悉的武器？如何才能在「有效發揮調查功能」以及「避免濫用」之間達成平衡？尤其在近日，部分立委也倡議要針對「非政府人員」行使調查權，這又該如何處理？而從2004年直到今日，在「立法院職權行使法」仍然沒有直接規範調查權的事項。本文在此試圖從相關大法官解釋的文本與理論基礎，並參考國會調查權行之有年的美國經驗，勾勒出我國立法院調查權之範圍與界線。

貳、有關調查權之大法官解釋相關論述

* 國立政治大學法律學系副教授，美國印第安那大學莫勒法學院法學博士（S.J.D., 2003）。

¹ 林筱庭，國會調查權擴張 引發侵犯人權爭議，新新聞（2016.3.2），刊於 <http://www.new7.com.tw/NewsView.aspx?i=TXT20160302150550HRB>；丘采薇，擴張調查權 時代力量被批無限上綱，聯合新聞網（2016.3.2），刊於 <http://udn.com/news/story/6656/1535394>。

² 我之前雖曾撰文批評釋字 585 居然對立法院送如此之大禮！（廖元豪，「畫虎不成」加「歪打正著」——從美國經驗評真調會與釋字五八五號解釋，台灣本土法學雜誌，第 71 期，頁 33 以下，頁 48（2005））但該文主要是針對其「論理」之疏漏。至於在「立院應有調查權」這個「結論」上，我個人是贊同的。

一、立法院調查權之理論基礎：輔助權

為何立法院能夠擁有(原本未被正式承認的)調查權?依據釋字第五八五號解釋,此乃為執行立院職權所必須的「資訊獲取權」。是一種必要的「輔助性權力」或「固有」的附隨、默示權力。解釋文開宗明義指出:

立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權,本其固有之權能自得享有一定之調查權,主動獲取行使職權所需之相關資訊,俾能充分思辯,審慎決定,以善盡民意機關之職責,發揮權力分立與制衡之機能。立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力... (底線為作者所加)

有爭議者,在於此一調查權是否與憲法第九十六條所規定的監察院調查權有所衝突?大法官在釋字第三二五號解釋,尚認為憲法第九十五條與第九十六條之調查權「仍應專由監察院行使」,而僅賦予立法院「調閱文件權」。釋字第五八五號解釋如何在未曾變更釋字第三二五號解釋的情形,卻能承認「立院調查權」?

其實,從「輔助性權力」的觀點來看,「立院調查權」與「監院調查權」並不當然衝突。不同部門的國家機關,於行使不同權限時,本來就可能對同一事物同時進行重疊的調查。「行政調查」³與「司法調查」的重疊就是最典型的例子。只要調查之終極目的與效果沒有衝突,那麼這種平行、重疊的調查權並無不可。

監察院的調查權,是輔助監察院行使彈劾、糾舉、糾正等核心職權(目的);其調查結果,則是可能提起彈劾、糾舉、糾正(效果)。而立法院的調查權,是為了輔助立法院行使立法、審議預算、人事同意、政策監督,乃至彈劾總統等職權(目的);調查之結果,則做為立法院決定是否與如何立法、審議預算、同意人事、監督政策,以及彈劾(效果)之基礎。調查權在兩院來說,都是必要的「輔助權」,並無所謂「侵犯其他機關權限」之虞。

何況,釋字第三二五號解釋所承認的立院「調閱權」,不也與憲法第九十五條賦予監察院的「文件調閱權」有所重疊?既然「調閱權」可以並存,「調查權」又有何不可?

二、範圍與界限

釋字第五八五號解釋同時也揭示了這種調查權的範圍以及界線所在:

(一) 範圍:事項關連性—調查事項應與立院之憲法職權有重大關連。

(二) 界限:

1. 憲法保障獨立行使職權之機關。
2. 行政特權 (executive privilege)⁴領域,包括如國防、外交、政策形

³ 參閱法治斌等,『行政檢查之研究』,行政院研考會委託研究(法治斌主持,1996)。

⁴ 「行政特權」雖在釋字 585 與 627 號解釋出現,但仍是一個在我國較為陌生的概念。在美國憲法的論述上,係指「總統與高階行政官員拒絕提供資訊給國會、法院,以及公眾之權利」(the right

成之內部討論、正在進行之犯罪偵查等。

在此處所提及的範圍與界限,其實也與解釋文另外提及的「不能違反權力分立與制衡原則」、「不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍」,或「對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙」相當一致。試想,如果立院進行調查的事項,與立法職權完全無涉,那不但沒有必要,更可能侵犯了其他機關(如行政部門)的憲法權限。而憲法位階的獨立機關,以及行政固有不受立法監督或侵入的領域,立法院不得予以干預,也是權力分立的當然之理。

值得探討的是:所謂的「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者」,是僅及於憲法明定獨立行使職權的司法、考試與監察三權,或是尚及於行政部門內部的「獨立行政機關」(如「行政院公平交易委員會」,或是即將掛牌運作的「國家通訊傳播委員會」)?亦即,能夠豁免於立院調查的,是僅有「憲法上的獨立機關」,亦或包括以「法律上的獨立機關」?

釋字第五八五號解釋在理由書中以釋字第三二五號與四六一號解釋為參照對象。前者用語與本號解釋相同(國家機關獨立行使職權受憲法之保障者),而所舉之例均為憲法機關—司法、考試與監察三權;後者則保障行政院所屬人員中,「依法獨立行使職權,不受外部干涉之人員」,包括檢察官及公平交易委員會之委員。而2015年的釋字七二九號解釋,似乎又畫出一個特殊的領域:立法院對檢察機關之偵查卷證,得否進行調查(閱)?該號解釋文指出:

檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴,基於權力分立與制衡原則,且為保障檢察機關獨立行使職權,對於偵查中之案件,立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未起訴而以其他方式結案之案件卷證,須基於目的與範圍均屬明確之特定議案,並與其行使憲法上職權有重大關聯,且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞,檢察機關得延至該另案偵查終結後,再行提供調閱之卷證資料。(底線為作者所加)

要知道,檢察機關並非「國家機關獨立行使職權受憲法之保障」之組織。(依據釋字第十三號解釋,憲法第七章之「司法」不含檢察官,檢察官之身分保障乃依據「法律」而來,並非憲法直接賦予)而目前又沒有其他法律特別規定檢察機關之偵查卷證得否豁免於立法院之調閱,故釋字七二九號解釋確認檢察機關偵查卷證的「獨立」範圍,就十分重要。

綜上,本以為,立法院調查權的界限應該比照釋字第三二五號,僅限於司法、考試與監察三權能夠豁免於立院的調查。至於單純以法律創設之獨立行政機關,則

of the President and high-level executive branch officers to withhold information from Congress, the courts, and ultimately the public.) See Mark J. Rozell, *Executive Privilege and the Modern Presidents: In Nixon's Shadow*, 83 MINN. L. REV. 1069, 1069 (1999). 關於行政特權這個概念的相關討論,尚可參照: Dawn Johnsen, *Executive Privilege Since United States v. Nixon: Issues of Motivation and Accommodation*, 83 MINN. L. REV. 1127 (1999); Jonathan L. Entin, *Executive Privilege and Interbranch Comity after Clinton*, 8 WM. & MARY BILL RTS. J. 657 (2000); Jonathan Turley, *Paradise Lost: The Clinton Administration and the Erosion of Executive Privilege*, 60 MD. L. REV. 205 (2001); Roberto Iraola, *Congressional Oversight, Executive Privilege, and Requests for Information Relating to Federal Criminal Investigations and Prosecutions*, 87 IOWA L. REV. 1559 (2002); RAOUL BERGER, EXECUTIVE PRIVILEGE: A CONSTITUTIONAL MYTH (1974).

不能豁免。但（隸屬行政院的）檢察機關之偵查行動與相關資料，則依釋字七二九號解釋，有特殊的豁免權。一方面，釋字第三二五號解釋之用語與釋字第五八五號解釋相同；另一方面，釋字第三二五號解釋涉及的「調閱權」與釋字第五八五號解釋的「調查權」在性質上也較為相近。因此釋字第三二五號解釋所設的標準，才是有拘束力的先例。

三、爭議之處理途徑

前述所界定的範圍與界限，都相當曖昧模糊。因此未來在個案中，極可能產生不同部門間的衝突。例如，行政院與立法院，對於何種事項屬於「與（立法院）行使憲法所賦予之職權有重大關連」之事項，或是何謂「行政特權」，都可能發生爭議。

大法官對於爭議處理的途徑，指出兩個方向：

1. 立法院與其他國家機關循合理途徑協商解決，或
2. 以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。

大法官將「協商」與「法律-司法」途徑並列為兩種選項，似乎意謂調查權之行使並非當然為「法律保留」事項，立法院可逕以「院會決議」行使之。但解釋文第二段又明文指出：「惟其程序，如調查權之發動及行使調查權之組織、個案調查事項之範圍、各項調查方法所應遵守之程序與司法救濟程序等，應以法律為適當之規範」（底線為作者所加）。既然如此，如何留下政治協商（相對於法律-司法）的途徑，令人費解。我以為調查權之行使涉及「跨院」的權力分立事項，或是「院外」人民權利義務關係的事項，自應採前述第二種途徑，由法律明定相關要件程序，有爭議時則由司法機關裁決。

但這裡又衍生另一個問題：那個「司法機關」有權審理、裁決？若屬「立法院」與「人民」的衝突，則可能由行政法院（人民拒絕配合調查而遭罰鍰，不服而提起爭訟）或刑事法院（如果立院以刑罰制裁拒絕配合調查之人民的話）處理之。但若為「立法院」與「其他憲法機關」之衝突，依我國現行司法體制，恐僅有司法法院大法官可擔任裁決之工作。應注意者，此時大法官所擔任的絕非抽象的規範審查，而是具體爭議之審判裁決。⁵大法官既然自己創設了（或承認了）這個燙手山芋，將來若有爭議，就必須勇敢地接下並且裁判。湯德宗大法官在釋字七二九號解釋的協同意見書中，就明確地指出，既然立法院在該聲請案已經指明了具體的調查範圍爭議，大法官應該逕就相關標的，逐一認定是否為立法院調查權之範圍，而無須交由立法院另行立法。⁶

⁵ 大法官在釋字 535 堅持只做抽象的「規範審查」，而不正面解決台北市「里長延選」之爭議。但司法法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款，已經明文承認大法官處理「機關爭議」之權限。

⁶ 湯大法官協同意見書相關批評摘錄如下：「多數意見既知本件為機關權限爭議，並援引「權力分立」原則，釋示處理本件爭議之原則，何不順理成章，並就各項爭議（「調閱文件清單」所列各項文件）作成具有拘束力之裁判？」

最後，立法院為行使調查權所制定之法律，依然受到憲法權力分立與人權保障規定之拘束，也是司法違憲審查的對象，自不待言。

四、調查之方法

大法官又點出三種立院可以使用的調查方法：

- （一）文件調閱權。
- （二）要求出席作證或陳述意見。此一權力之行使，應注意——
 1. 程序：院會決議。
 2. 調查對象：包括「相關人民」或「政府人員」。
 3. 強制力：得課處罰鍰。
- （三）委任非立法委員之人員（組織）調查。此需制定特別法，為高密度之法律規範。

此處依然留下幾個在解釋、適用上可能出現問題。

第一，得課處罰鍰之調查，是否包括「拒絕配合調閱文件」？亦或僅及於「拒絕配合出席作證或陳述」？

我認為，從文義（解釋文第二段從「立法院調查權行使之方式」一直到「科處罰鍰之範圍內，施以合理之強制手段，本院釋字第三二五號解釋應予補充」均屬同一句話，並未以句點加以區分。⁷故「調閱權」應屬「得以罰鍰強制執行的調查權」之一環）與性質（「調閱文件」與「命人到場」均屬調查手段），均應採肯定見解。亦即，「拒絕配合調查文件」亦可課處罰鍰。

第二，強制手段是否僅限於課處罰鍰？可否以法律明定，將無正當理由而拒絕配合調查者，課處刑罰？

若以「明示其一，排斥其他」的文義主義來看，似乎不能將罰鍰擴張至刑罰。然而，本文以為大法官舉出「罰鍰」，僅屬「例示」而非唯一手段。理由是：一方面，我國通說認為刑罰與行政罰並無本質之不同，⁸因此課處刑罰與罰鍰似無太大差異。另一方面，從大法官一再拒絕接受「除罪化乃比例原則之要求」（以行政罰或民事制裁代替刑罰）的趨勢來看，⁹「刑罰」甚至也未必是「侵害較嚴重之手段」。此外，刑罰尚須移送檢察官偵查起訴，再由法院審判定罪後方能執行，比起立法院直接就可課處的罰鍰，在程序上更節制而保障相對人。準此，以刑罰

⁷ 摘錄如下：「立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見，並得對違反協助調查義務者，於科處罰鍰之範圍內，施以合理之強制手段，本院釋字第三二五號解釋應予補充。」

⁸ 參閱如：吳庚，『行政法之理論與實用』，頁 471-475（增訂九版，2005）。

⁹ 參閱釋字 445（主張集會遊行法除罪化失敗）、509（主張誹謗除罪化失敗）、517（主張妨害兵役除罪化失敗）、554（主張通姦除罪化失敗）以及 594（主張商標法除罪化失敗）等號解釋。

做為調查權之擔保，只要不違反罪刑相當原則，並非憲法所不許。

第三，委任非立委之人（組織）協助調查，是否以「特定事項之調查」為限？立法院可否成立常設，且由立委以外之人組成之專業調查組織？

從解釋理由書來看，似應可容許此類常設之調查組織，就「專業」事項進行調查。

大法官指出：

...僅於特殊例外情形，例如所欲調查之事項具高度專業性質，由立法委員組成之調查委員會無法進行有效之調查時，始得經院會決議就特定事項之調查制定特別法，委任不具立法委員身分之相關專業人士，協助立法院行使調查權。

依此，若立法院針對某一專業類型之領域，以法律創設一常設組織（如美國之「政府責任署」，Government Accountability Office），應該也合乎釋字第五八五號解釋的意旨。之後，在 2007 年的釋字第六三三號解釋，大法官針對修正後之真調會條例，基本上也肯認其合憲性。

但應注意者，釋字第六三三號解釋，在程序上設下一個障礙：立法院若欲拒絕配合調查（閱）者課處罰鍰，應由「院會」而非法律授權之真調會為之。

參、弦外之音——大法官沒有明說的界限

一、真調會的原罪——立法院插手行政人事權

釋字第五八五號解釋最受抨擊之處，就是將行使刑事偵查追訴的「真調會」硬拗成「立法院所屬機關」。¹⁰但大法官為何做出一個斧鑿如此明顯的解釋？

明眼人很容易看出，大法官是為了「解救」當時尚在行使職權的真調會：唯有將真調會解釋成「立法院所屬機關」，實質上等於「立法院任命」（立院各黨團推薦人選，總統必須接受並予任命）的真調會才有可能（部分）合憲並繼續運作。這一點在許宗力大法官的不同意見書表現得非常明顯。

反過來說，若依真調會的主要職權（偵查起訴）來定性，那麼這個組織理應是行政機關（行使隸屬法務部之檢察官的權限）。而真調會的致命瑕疵，就是「立法院任命行政部門人員」！由於「跨部門人事任命」（interbranch appointment）除非有憲法明文規定，否則非常可能因干預其他部門之「人事權」而構成大法官所謂的「侵害其他憲法機關之權力核心範圍」。而若真調會的違憲瑕疵出在「任命方式」，那麼正在運作的真調會委員，剎時將成為「黑牌」的非法委員，真調會勢必立即失去正當性。因此大法官要「救」真調會的唯一途徑，就是要將「跨部門任命」改成「內部任命」。這似也就是釋字五八五號解釋「轉得很硬」的主要原因。¹¹

¹⁰ 參閱蘇永欽，喬太守式的分權，灑狗血般的人權——簡評政治壓力鍋煮出來的五八五號解釋，台灣本土法學雜誌，第 70 期，頁 38 以下，頁 39-43（2005）；廖元豪，前揭註 2 文，頁 47-49。

¹¹ 廖元豪，同上，頁 49。

真調會的教訓是：立法院可以自行（由立委或委員會）進行調查，也可以委任所屬特定組織進行調查，但若要求立院以外的「其他部門」進行調查，而立院又實際上干預該部門的人事權，那就極有可能抵觸權力分立原則。

二、立院調查權不得擴及干預他院核心

真調會的例子印證了「立院不得干預他院人事」的原則——因為人事是各部門的核心權力，非有憲法明文規定不得干預；同時也印證了權力分立審查途徑中的「禁止自我擴權」（anti-aggrandizement）原則——國會藉由授與自己憲法所未賦予之權限，而犧牲其他部門之權力。¹²任何國家機關犯了兩者之一，就會被推定違憲，而真調會條例兩者皆違，被認定違憲是可預見的。

以美國聯邦最高法院相關判例為例。其雖容忍國會立法創設各類獨立機關，但只要國會在憲法未有明文之情形下，染指任何「非國會所屬機構」的人事權（包括參與任、免或直接擔任），幾無例外均被宣告違憲。

例如，國會曾制定法律，規定郵政局長（postmasters）之任命需經參議院同意，其免職亦同。聯邦最高法院在一九二六年的 *Myers v. United States*¹³ 案判決該法律違憲侵犯了總統的免職權。因為「免職權」在本質上即屬於行政權，總統作為行政部門之首長，除憲法明文規定之限制外，應享有無限制的免職權力。加上憲法第二條第三項（通稱「任命條款」）規定總統負責監督法律之忠實被執行（he shall take Care that the Laws be faithfully executed），此一執行權之賦予也默示著總統可以選擇何人可依其指揮而執行法律，並且使總統有權免職任何無法對其負責的執法官員。¹⁴亦即，法院從「行政權」、「執行法律權」，推導出「法律不得干預總統之免職權」的結論。但對於所謂的「獨立行政機關」，由於其並非典型的、純粹的行政機關，所以也不適用 *Myers* 判決的見解。¹⁵

又如一九七六年的 *Buckley v. Valeo*¹⁶ 案，聯邦最高法院判決聯邦競選法中有關聯邦選舉委員會（Federal Election Commission）委員的任命程序規定違憲。繫爭法律規定，聯邦選舉委員會，由總統、參議院與眾議院各自任命二名委員組成。法院指出，憲法任命條款認定此種規定使國會享有官員之人事任命權，違反憲法任命條款之規定¹⁷，故屬違憲。這個判決顯然阻止國會取得人事的任命權。

一九九一年的 *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise*¹⁸ 亦涉及了立法干預行政人事權。國會於一九八六年制

¹² 同上

¹³ 272 U.S. 52 (1926).

¹⁴ *Id.* at 164-72, 176.

¹⁵ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935)（聯邦貿易委員會的委員並非單純負責執行法律的行政官員，該委員會乃是國會創設出來執行政策的機關，而非行政部門的工具。其職務的特質必須免於行政控制，故總統之免職權可受限制）

¹⁶ 424 U.S. 1 (1976).

¹⁷ *Id.* at 124-26.

¹⁸ 501 U.S. 252 (1991).

定了一項法律，將原來由聯邦政府經營的 National and Dulles 機場移轉予 Virginia 州以及 Columbia 特區法律所創設的 Metropolitan Washington 機場管理處負責管理經營。而國會在法律中規定該機場管理處應設置一個「審議委員會」，由九名國會議員組成，並有權否決管理處之各項決定。聯邦最高法院判決此一法律違憲。理由乃是：如果該「審議委員會」的權力為「行政權」，則國會議員根本不得行使此種權力；但若將其權力定義為「立法權」，則未依憲法明定之「兩院通過」加上「送呈總統」之立法程序，皆屬違憲。

除了撈過界參與人事權以外，以其他方式干預他部門（尤其是行政）之核心，亦有高度違憲可能。美國最高法院在一九八六年的 *Bowsher v. Synar*¹⁹ 案宣告一九八五年平衡預算與緊急赤字控制法（Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985）侵犯總統的「執行法律權」而違憲。該法授權聯邦主計長（Comptroller General）就每個預算內容進行評估與刪減，並將報告送呈總統。總統必須依據主計長報告中所刪減的預算項目，做成暫時停止執行之命令（a sequestration order），命所有的支出項目需依據該報告而刪減。此一命令在一定期間內，若無國會之另行立法，則確定之。該法並規定主計長僅國會得依據法定事由而免職之。聯邦最高法院因此認定，主計長並非行政官員，而是受國會控制的官員。既然主計長可以干涉法律（預算法）的具體執行，無異於「國會控制法律之執行」

（congressional control over the execution of the laws），與「立法否決」一樣為憲法所不許。因為「立法」與「執法」之分離，乃是美國憲法的重要精神。亦即，國會不得直接干預法律之執行，此係行政部門的權限。

我國的憲法規定、結構均與美國不同，但「立法院不得干預他院人事」以及「立法院不得干預法律執行」的反擴權原則，應該還是可以適用的。²⁰而這也應是立院調查權的重要界限：立法院可以「自行調查」，或委由「所屬組織」進行調查；但絕不許藉由「直接干預行政人事（任免）」來達成任何立法權之目的——包括調查。準此，當年部分立委提案的「獨立檢察官設置條例草案」，明定由三分之一立委決定應發動偵查，且獨立檢察官由立院同意後方可免職。既干涉個案執行，又干預人事免職，國會之控制遠遠超出美國的獨立檢察官，²¹恐有違憲之虞——獨立檢察官實在很難再拗成「立院所屬機關」了。

肆、他山之石——美國國會調查權簡介

美國國會之一般性調查權，係規定於聯邦法典（United States Code）第二編第六章（Title 2, Chapter 6）中的數個條文。其包括：

1. 任何人經國會傳喚到場作證或交出文件者，若故意作假或拒絕回答，得

¹⁹ 478 U.S. 714 (1986).

²⁰ 廖元豪，論我國憲法上之「行政保留」——以行政、立法兩權關係為中心，東吳法律學報，第12卷第1期，頁1以下，頁32-40（2000）。

²¹ 關於美國獨立檢察官的制度、合憲分析等介紹，參照廖元豪，前揭註2文，頁37-44。

課處美金 100 至 1000 元之罰金以及一月以上一年以下之徒刑。²²

2. 任何證人無權因配合調查（作證或交出文件）「將有害名譽」（may tend to disgrace him or otherwise render him infamous）而拒絕作證或交出文件。

²³

3. 作偽證或拒絕配合調查者，議長應以書面移送聯邦地區檢察官（United States attorney）偵辦。²⁴

聯邦法院很早就已經承認此種強制調查權，乃是憲法默示之國會附隨權一部份。是國會為了履行職權所制定的「必要且適當」（necessary and proper）法律。而刑罰之規定，係確保調查權能夠實現之必要工具。²⁵雖然國會調查權仍有界限，不得任意干預私人權利，亦不得抵觸聯邦憲法增修條文第五條「禁止自證其罪」之規定。²⁶但法院在這方面的審查相當寬鬆。如同聯邦上訴法院曾指出的：「權力分立要求法院少去干預國會如何處理資訊」（...separation of powers demands that the courts do little to interfere with how the Congress deals with this information）²⁷或「國會之調查權與其立法目的所需之範圍一樣廣泛。輔助立法程序之調查權不能被法院限縮」（A Congressional inquiry may be as broad as the legislative purpose requires. Its power of inquiry as an aid to the legislative process should not be curtailed by the courts.）²⁸事實上，無論是政府官員或是私人²⁹，只要與國會或公共政策有關連者，均在調查權範圍之內。

除了一般性的調查外，美國國會尚經常針對特定事件，以立法設立特別的調查委員會。例如，針對九一一事件調查相關政府部門是否處理不當的「恐怖攻擊美國事件全國委員會」（National Commission on Terrorist Attacks upon the United States，以下簡稱「911 委員會」），就是一個由總統與國會議員共同任命組成的調查委員會。由於總統與國會均有調查權，而此一委員會之主要目的是立法調查，因此國會得與總統共享任命權。而該委員會亦擁有與國會各委員會相同的聽證調查權。

³⁰

²² 2 U.S.C. § 192.

²³ *Id.* § 193.

²⁴ *Id.* § 194.

²⁵ *E.g.* In re Chapman, 166 U.S. 661 (1897); *MdGrain v. Daugherty*, 273 U.S. 135 (1924); *Russell v. United States*, 369 U.S. 749 (1962).

²⁶ 因此，被傳喚至國會作證之人，若其提供證詞，將來有被司法機關入罪之可能，得行使緘默權。（*See Quinn v. United States*, 349 U.S. 155, 164 (1955); Stanley H. Friedelbaum, *Advances and Departures in the Criminal Law of the States: A Selective Critique*, 69 ALB. L. REV. 489, 508 (2006)）但國會調查權，與不自證其罪之緘默權之間，仍有模糊地帶。（*See Daniel Curbelo Zeidman, To Call or Not to Call: Compelling Witnesses to Appear before Congress*, 42 FORDHAM URB. L.J. 569 (2016).）

²⁷ *Exxon Corp. v. F.T.C.*, 589 F.2d 582, 593, C.A.D.C. (1978).

²⁸ *Marcello v. United States*, 196 F.2d 437, 440, C.A.5 (La.) (1952).

²⁹ 例如，眾議院的能源與商業委員會（Committee on Energy and Commerce）所屬的子委員會「監督與調查」（Subcommittee on Oversight and Investigation）就針對知名的「恩隆」企業醜聞，傳訊進行聽證調查。

³⁰ 116 Stat. 2408. 該委員會的網站首頁：<http://www.9-11commission.gov/> (last visited, Sept. 10, 2016).

此外，國會尚有常設的調查組織，協助國會進行調查。例如前述提及的「政府責任辦公室」(原名 Government Accounting Office，後改名為 Government Accountability Office, GAO)，就是國會在「一九二一年預算會計法」(Budget and Accounting Act of 1921)³¹設立之組織。是一個中立、非黨派，但功能上為國會之調查手臂(investigative arm of congress)或國會看門狗(congressional watchdog)。它主要受國會或國會議員之指示，對聯邦政府支出經費的各種活動進行合法性與效率的檢驗。³²在 2005 年九月，GAO 即對於教育部「置入性行銷」(covert propaganda)之行為作成「違法」之認定報告。³³布希總統亦為此行為道歉並擔保以後絕不再從事此等行動。

伍、尚待檢討之問題

雖然大法官已經為立法院調查權開啟了一扇門，也努力畫出範圍與界限，但台灣目前國會調查權，制度上仍有一些值得檢討之處：

首先，立法院的「立法怠惰」是最嚴重的問題。從釋字五八五號解釋迄今，「立法院職權行使法」仍然沒有制定有關行使調查權的程序，遑論罰則(真調會條例除外)。甚至在議事規則與其他內規，也沒有規定。

立法院職權行使法中，僅規定了「聽取報告與質詢」(第三章，第十六條至二十八條)、「文件調閱之處理」(第八章，第四十五條至五十三條)，以及「委員會公聽會之舉行」(第九章，第五十四條至五十九條)。這些固然也是調查權的一部分，但比起大法官所承認的憲法權限，還差得很遠。這些立法的瑕疵包括——

1. 幾乎都是對行政部門的調查，而鮮少立法院自主調查社會事件、民間人士的規定。公聽會得「邀請」社會上有關係人員，但沒有任何強制力，所以並非調查「權」的行使。
2. 缺乏強制效果規定，使得上述的調查，都只能依賴行政部門的善意，或是政治上的壓力，方能生效。對受邀前來說明的人士，或是調閱的資料，若有任何不實，亦無處罰規定。
3. 欠缺細緻程序規定。例如，立法院可以舉行「公聽會」，而非更正式之「聽證」。因此，參與公聽會之人員，有無具結與據實陳述之義務？立法院之「通知」要用何種方式？主持之立法委員有何等程序義務？立法委員與參與之民眾或政府人員，關係為何？此外，公聽會乃是根據憲法第六十七條第二項之規定為之，但憲法第六十七條第二項其實不僅適用在「公聽會」。如果依據釋字四六一號解釋，立法院各委員會依據該規定所為之邀請，至少對「行政部門」是有強制力的。但立法院職權行使法第三章似乎僅規定了「院會質詢」，而未就「委員會質詢」

³¹ 42 Stat. 20.

³² GAO 網站首頁：<http://www.gao.gov/values/> (last visited, Dec. 23, 2005).

³³ <http://www.gao.gov/decisions/appro/304228.pdf> (last visited, Sept. 10, 2016).

做任何規定。

由於欠缺完整立法，當發生重要社會爭議，立法委員想要針對相關政策與事件進行了解，進而擬定相關政策時，只能「就教」或「責怪」行政院(或其他廣義行政機關)，而無法如美國國會般，具有自主的政策規劃與監督能力，與行政機關競爭又合作。

其次，立法院調查權的「調查範圍」似乎也待澄清。釋字五八五號解釋所界定者為「與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者」，而釋字七二九號解釋在調查偵查卷證時更加上「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」。誠如湯德宗大法官於釋字七二九號解釋之協同意見書所批評「……此舉恰如坊間所謂「張飛打岳飛」，牛頭不對馬嘴！因全然昧於事理，勢必窒礙難行。試問：立法院倘因弊案傳聞而向有關機關調閱文件以便修法，該修法議案之目的與範圍豈為自始全然明確？抑或必隨弊案之發展而時常調整？」

依我之見，要正面界定立法院調查權的範圍，是困難的。因為立法院擁有一般性的政策制定(立法、預算、審議其他國家重要事項)權限，而與決策權限有關之事項，範圍極廣，不可能如同「個案犯罪調查」那樣，找出較為清楚的範圍。事實上，若立法委員無聊到跑去調查「與職權毫無關聯之事項」，那就讓輿論與選票來恥笑制裁即可。只要調查權的程序嚴謹，而「界線」清楚(不得調查之事項，包括不自證己罪等豁免)，應如同美國國會調查權般，享有較大的彈性空間。

伍、結論

依據大法官釋字第五八五號解釋的授權與界定，加上參照美國經驗，立法院可在「不侵犯其他機關核心權力」的前題下，擁有極為廣泛的強制調查權。立法院則應儘速立法或修改立法院職權行使法，訂定細膩的事由、程序與執行規範。在擁有了這個新武器之後，立委更不必要，也更不應該信口開河，僅憑傳聞就大肆擔任包青天的工作。而應嚴謹地進行各種聽證調查程序，並依據調查所得做成紀錄與報告，更進一步制定良好且具有充分實證基礎的法律。³⁴

固然立法院「擴權」的批判不斷，讓立法委員對於制定完整調查權之規定，有所疑慮。但或許正因為立法委員們以往行使職權時，並未遵行嚴謹的程序，而相關立法對於「不自證己罪」或其他界線也未能適切掌握，才會遭致疑慮。對此立法院更需要以法律嚴密地規範，在一套程序下進行調查。

自然，徒法不足以自行。立委如何善用調查權，仍有待學習。美國國會各委員會

³⁴ 其實另一個結構性因素，與中央政府體制有關。在美國的權力分立體制下，立法與行政權相互平行而抗衡，因此國會的獨立自主「配備」很重要，不能單單依賴行政部門提供資訊。但在歐洲式的內閣制制度下，行政立法合一，主要的決策並不是在「與內閣抗衡的國會」，因此國會也鮮少需要行使此等獨立的職權。

中華民國憲法下的中央政府體制，一向爭議很大，但「非內閣制」，且行政與立法「分立」，應該是很清楚的。這也是立法委員無分政黨，均不希望被當成行政院或總統之「橡皮圖章」的理由。

舉行的各種聽證，往往有全文紀錄甚至影音紀錄，均可免費上網下載或觀看。³⁵
有心發揮真正立法調查功能的立委，闖興乎來？

³⁵ 參閱美國聯邦眾議院國土安權委員會之聽證資料：<https://homeland.house.gov/hearing/> (last visited, Sept. 10, 2016).

中国大陆《食品安全法》标准体系的合宪性控制

王旭*

导论 作为生命政治之体现的食品安全标准

- (一) 什么是生命政治
- (二) 食品安全标准作为生命政治的体现
- (三) 生命政治与现代宪法

一、 大陆《食品安全法》标准体系的建构特征

- 1. 标准本质的双重属性：国家强制性与全覆盖性
- 2. 标准运行的程序正义
- 3. 标准内容的多重性
- 4. 地方与企业标准的辅助地位
- 5. 标准的例外状态：临时限量值与检测方法

二、 现行标准体系对“自由宪法”的冒犯嫌疑

- 1. 全覆盖性构成行政许可的实质理由
- 2. 标准效力的“规范縫隙”构成行政处罚的实质理由

三、 现行标准对“经济宪法”的冒犯嫌疑

- 1. 国家标准制定程序对经济自由的干涉
- 2. 临时限量值对经济自由的干涉
- 3. 企业标准强制备案对经济自由的干涉
- 4. 生产经营操作规程与检测方法对经济自由的干涉

四、 宪法对食品安全标准合宪性控制的基本框架

- 1. 食品安全标准违宪审查的双重结构
- 2. 食品安全标准的“侵犯效果”及其违宪审查
- 3. 食品安全标准的“支配效果”及其违宪审查
- 4. 食品安全标准违宪审查中的比例原则

结论：21世纪宪法学新课题：自由宪法、经济宪法与安全宪法如何三重协奏？

* 中国人民大学法学院副教授、中国人民大学食品安全治理协同创新中心研究员。

立法不作為與司法審查

(會議版本，尚欠缺第二部分之論述)

吳秦雯

(政治大學法學院副教授)

國內法律圈不論實務界或學術界，對於立法不作為或立法怠惰之討論，事實上並不多見。而何謂立法不作為？若從不同的研究角度觀察，也有著不同的定義與概念範圍。加上本文章之題目所設定第二個主題「司法審查」，也與第一個主題「立法不作為」相同，雖然泛指司法權機關所進行之法規範審查，但不同司法機關可能進行的審查性質事實上並非一致。因此，本文在論述架構上，將首先界定「立法不作為」與「司法審查」之意義；接著討論司法權是否及如何對於立法不作為進行審查。我國對於此問題的討論，長期以來向以德國法與日本法為借鏡對象，但事實上此二兩國之法制經驗，似乎未能具體回應我國立法不作為所遭遇之困境，因此本文將援引法國法制經驗作為可能的另一思考面向。由於受限於本文寫作時間控制不當，因此本會議版本僅處理概念釐清之部分，容後再補上我國司法權對於立法不作為之審查部分，合先敘明，並表歉意。

一、概念意義之辨明

由於立法不作為之概念範圍於我國較具多義性，因此先對立法不作為進行論述，再接著討論司法審查的概念。

(一) 立法不作為概念之確認

我國學者似乎對於立法不作為或立法怠惰之議題並不具有太深切的關注，相關論述文章迄今不超過 10 篇¹，也因此對於立法不作為或立法怠惰並未進行精確的定義。就目前可搜尋到的相關討論中，學者採取的概念界定，多數偏向於將立法不作為與立法者的憲法義務連結，以接續討論是否得透過違憲審查機制「制裁」或「限縮」立法不作為的現象。僅有一位學者曾經將立法不作為細緻地區辨其概念。而在法律實務界，不論是司法院大法官解釋，縱然包括大法官提出之意見書，或是各級法院之裁判，對於立法怠惰或立法不作為概念之釐清，也相同地未有清楚明確的界定。

¹ 但若認為立法不作為、立法怠惰屬於立法裁量之一環，則相關資料文獻即有數倍之差距。或許與立法裁量一詞在司法院大法官解釋中頻繁使用有關。

1. 學界多數說

像是許宗力教授認為所謂立法怠惰「並非法定名詞，...法學討論上要有意義...只宜從憲法的角度來掌握其意涵。何謂立法怠惰，應係指憲法課予立法者立法或修法的義務，立法者無正當理由而不履行該作為義務...是否構成立法怠惰，首須視憲法究竟有無課與立法者立法或修法的義務而定。」²，明確地將立法不作為與憲法的立法義務進行連結。郭介恆教授雖未正面進行定義，但在論述立法怠惰議題時，提出「立法不作為可能衍生人民權益之無『法』主張，甚或侵及人民憲法上之基本權利」³，並認為「立法機關怠於行使職務，除涉及憲政基本體制之規範外，更涉及立法、行政、司法三權之互動與界線，...違憲審查制度之建立，對欠缺權利保護要件之立法（或法規）合憲性爭訟，經由司法程序解決之可能亦大為增加」⁴，儘管略微提及立法不作為對於人民權益的影響，且將立法的範圍擴及法規，似乎認為立法不作為不限於立法機關所行使之立法權，但最後仍從權力分立的角度，將立法不作為的概念與憲法義務、違憲審查相互扣牽。相同地；陳慈陽教授於「立法怠惰與司法審查」一文中亦未正面定義，但提出「憲法規範制(修)定者是否在我國憲法規範中，有憲法學理立論依據之作為義務存在」⁵之疑問，並接續於文章中主要探究「立法不作為所造成的(憲)法規範漏洞，經由釋憲權以解釋予以填補的方式，是否受允許，以及如受允許，是否存有一定之界限」⁶之問題，顯見其所認為的立法怠惰與司法審查之重點關係，在於立法者之憲法立法義務，以及違憲審查機關對此憲法義務可能的監督方式與界限。此一議題在此一波討論後略微平息。

之後，因為發生立法院消極不審查監察委員提名案而做成之司法院大法官釋字第 632 號，又再引發學者對於立法不作為之討論。但相同地與前述作者相似，不對立法不作為精確進行界定，並與違憲審查連結。像是李仁森教授相繼直接主張「立法不作為，就法學上的探討而言，應將重點置於和憲法訴訟相關之論點，方有意義。」⁷。李惠宗教授直接將立法院拒不審議的措施認定為「立法懈怠」、

² 許宗力(1993年)，淺談立法怠惰，收於氏著，憲法與法治國行政，附錄，元照，頁479。

³ 郭介恆(1995年)，立法怠惰之回應，憲政時代，21卷1期，頁2。

⁴ 同前註。

⁵ 陳慈陽(2000年)，立法怠惰與司法審查，憲政時代，26卷3期，頁5。

⁶ 同前註。

⁷ 李仁森(2008年)，立法不作為與違憲審查，月旦法學教室，65期，頁7。

「立法不作為」，並以該解釋為中心進行論述，故重心自連結違憲審查⁸。吳煜宗教授則以概括的方式界定立法不作為之涵意，其指出「所謂『立法不作為』者，一般係指雖在解釋上為憲法要求之應立法事項卻尚未立法，或雖有大致的立法卻未到達憲法要求之水準的情形。」⁹。由上述學者採取之概念略知，立法不作為專指立法院不依據憲法規範之義務行為而行為之情形，且此一情形因為具有違憲性，故應有發動違憲審查之可能性與必要。

然而，立法不作為之概念限縮於立法機關憲法義務之違反，且僅有職司違憲審查權之大法官得進行審查，這樣的觀念界定，似乎並不足以面對我國迄今各種法規（包括命令）不足以完整規範社會活動之困境。舉例來說，我國於2007年已經通過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，但公約各項規定，迄今仍被法院認為，「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。」¹⁰。換言之，若法規之要件尚非明確，第一線對於人民基本權利保障直接產生影響之法院，將因為尊重權力分立而可能「拒絕正義」。因此，現行學者對於立法不作為之探討，似乎有進一步再為建構之空間。所幸除上述學者外，目前已有陳愛娥教授對於立法不作為進行詳盡的定義解析。

2. 學界少數說

此說以陳愛娥教授兩篇文章為代表，一為1995年所發表之「立法怠惰之回應」¹¹，另一為2000年之「立法怠惰與司法審查」¹²，兩篇文章都相同地採取立法怠惰之詞，於前文中表示，此詞語粗略地意指「因實證法之欠缺，以致吾人對於特定事件，甚至特定生活領域全體無從為適當之規範。」¹³，並進一步指出此係「對於立法者之不作為致欠缺適當的法規範此一法律現象的探討」，因為我國未有深入論述，因而採取比較法，亦即「德國憲法學界之『立法不作為』於聯

⁸ 李惠宗（2007年），憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性－大法官釋字第632號解釋評析，月旦法學雜誌，151期，頁156。

⁹ 吳煜宗（2009年），立法不作為的憲法訟爭性，收錄於憲法解釋之理論與實務，第六輯，中央研究院法律研究所，頁665。

¹⁰ 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議。

¹¹ 陳愛娥，憲政時代，21卷1期，頁29-33。

¹² 陳愛娥，憲政時代，26卷3期，頁46-48。

¹³ 陳愛娥（1995），立法怠惰之回應，前揭註11文，頁29。

邦憲法法院為司法救濟可能性；於法學方法論以法官『法的續造』許否與界限」¹⁴為觀點進行探究。並因此將立法怠惰區分為廣義的立法怠惰與狹義的立法怠惰，此一區分方式於後文相同續為主張。

綜言之，陳教授認為廣義的立法怠惰，係指「以整體法秩序為標準，由此可得確認之實證法之違反計畫之不圓滿性，...以整體之法秩序，包括憲法各該規定及憲法原則為標準，得以確認就特定事件，甚至某特定法律生活領域全體，因欠缺實證法規範，致不能據之而為符合整體法秩序（包括憲法秩序）所要求之規範。」¹⁵而廣義的立法怠惰，可「透過『法律內的法的續造』得以填補的『法律漏洞』，...得以類推適用法律就相類似事件已為之規定而賦予相同之法律效果，或...以目的論之解釋方式以獲得適當之法規則等『法律內的法的續造』之方式而得以填補。...亦為法官當然之義務。」¹⁶因為此一立法怠惰得由法官填補，因此陳教授認為，狹義的立法怠惰並不包含此一法學方法論得以解決之問題。而是指「實體法秩序之不圓滿性」且為「非以法律內存在目的為標準可得發現之不圓滿性，...乃基於超越法律內存在目的之上的法思想而得以發現之不圓滿性。...司法權所從事之法的續造，係一種『超越法律的法的續造』。」¹⁷

基於這樣的論證，陳教授因此認為「狹義之『立法怠惰』乃指：雖無前指違反『法律內存在目的』之『法律漏洞』存在，唯依據憲法秩序，尤其是構成憲法秩序之基本法原則，得以確認就特定事件，甚至某特定法律生活領域之為全體，因欠缺實證法規範，致不能據之而為符合憲法秩序所要求之規範。」¹⁸，並接續主張「欲探討對於『立法怠惰』時得對於立法者為如何之回應，或...得對之賦予如何之法效果，自宜先探討憲法秩序對於立法者所提出之各項立法指示之性質如何，而後始得針對其違反不同之要求而賦予不同之法律效果。」¹⁹。最後，陳教授於後文將狹義的立法怠惰與司法審查連結，主張「憲法解釋（裁判）機關應如何審慎裁判，以避免過度侵入立法權限？...重點不在於立法者先前就特定生活領域使否全然無所作為，毋寧在於有無請求立法者積極作為的情形存在。」²⁰。並

¹⁴ 同前註。

¹⁵ 陳愛娥（1995），立法怠惰之回應，前揭註11文，頁30。

¹⁶ 同前註。

¹⁷ 同前註。

¹⁸ 陳愛娥（1995年），立法怠惰之回應，前揭註11文，頁31。

¹⁹ 同前註。

²⁰ 陳愛娥（2000年），立法怠惰與司法審查，前揭註12文，頁46。

提出三種主要類型：「(一)透過立法者的作為才能排除之違反平等權的情況；(二)『憲法本身有拘束力之委託』的不履行；(三)『透過憲法解釋、適用推得知立法義務』的不履行。」²¹

陳教授的論述可謂已經相當詳盡，其援引我國向來主要的繼受國作為理論建構之依據，補充並充實多數說學者未能進一步區辨「立法不作為」可能之概念包含範圍，尤其將廣義的立法怠惰與一般法官之法律續造功能與職責連結，並區分出狹義立法怠惰需由憲法秩序之基本法原則角度觀察，因而專由憲法解釋機關進行續造，論述完整。儘管關於狹義立法怠惰之概念因為與憲法解釋機關之審查進行連結，似與多數說學者之主張接近，但其具體指出違憲審查權之發動，仍然需進一步判斷立法者是否有積極作為義務之情形存在，而非單純不依據憲法規範之義務行為而行為即足，適用上似乎較為嚴格。

3. 法律實務界

以下從司法院大法官解釋與兩個最高法院判決，使用司法院法學資源系統，以「立法怠惰」與「立法不作為」作為關鍵字進行搜尋。

(1) 司法院大法官解釋

迄今司法院大法官已經做出 739 則解釋，但卻沒有任何一則之解釋文與解釋理由書當中出現過「立法怠惰」或「立法不作為」之詞，只有在 17 則大法官個別提出之意見書中²²，使用過此一名詞。不過，大法官於意見書中也不曾明白地界定此名詞的概念，通常把此二名詞當作同義詞交替使用，且都是直接地將此一名詞當作所有人都理解的概念。舉例來說，最早出現「立法不作為」的意見書為司法院大法官釋字第 242 號關於國家遭重大變故，夫妻隔離下之重婚關係否得撤銷之解釋案，陳瑞堂大法官於不同意見書中指出：「行政院大陸工作會報在『兩岸人民關係條例』草案中已就此特殊情形之重婚擬妥解決方案。即將送立法院審議。在此階段不能謂立法上有所懈怠，自不發生立法不作為之違憲問題。」縱然如許宗力、許玉秀兩位大法官共同提出之釋字第 596 號不同意見書，其指出「系爭勞動基準法就退休勞工請領退休金權利未作不得扣押、讓與、供擔保與抵銷等之保護規定，乃構成典型之違反平等原則之立法不作為。」顯然將立法不作為為進行某種類型化的區別，但於意見書當中，並未說明兩位大法官心中的類型為何。

²¹陳愛娥（2000年），立法怠惰與司法審查，前揭註12文，頁48。

²²分別為第242、580、596、610、677、683、687、694、697、698、699、706、707、720、725、729、732號解釋中之意見書。

相同地認為立法不作為具有不同類型，但卻未說明清楚的還有釋字第 610 號彭鳳至、徐璧湖大法官之不同意見書，其指出「規範不足，為立法不作為之一種形式，而認定立法不作為違憲，應先確認立法者有憲法上之作為義務。」；釋字第 683 號陳新民大法官提出之部分不同意見書亦同，其指出：「立法者明白違背憲法的委託，可以在程度上有嚴重的積極怠惰之完全不作為，到輕微怠惰、疏忽，所謂的『規範不足』，都可以包括在內。...母法第一條的規定「適用其他有關法律」似較模糊不清。這種立法模式雖然在國內並不少見，但也是屬於『立法怠惰』的一種模式。」

許宗力大法官於釋字第 683 號提出的協同意見書，當中論述或許可以勉強得出許大法官認定的立法不作為概念，其指出「本件爭點在於勞工保險法及其施行細則並未明文規定保險人給付遲延時，應給付遲延利息，此種立法不作為是否對人民構成憲法上權利之侵害？又構成何種憲法權利之侵害？」亦即，只要是法令對於人民權利事項未明文規定，可能就是一種立法不作為。而蘇永欽大法官於釋字第 706 號協同意見書中，簡單地為「立法怠惰」下了解釋註腳為「應立法而未立法」。

由大法官所為之解釋文、解釋理由書與相關意見書之搜尋可初步得知，歷屆大法官似乎並不認為必須對立法不作為或立法怠惰此一名詞賦予明確的法律意義，只要可以描述此一情況，不致於使讀者誤認即可？

(2) 最高法院

僅搜尋到一則刑事判決：最高法院 101 年度台上第 2164 號判決，判決涉及槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項之規定，上訴人主張「該條文因有違憲法第二十三條之比例原則，業經司法院大法官釋字第 669 號解釋，應自該解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力。惟立法院遲至九十九年十二月二十一日始完成修正，經總統於一〇〇年一月五日公布後施行，因立法怠惰出現法治空窗，上開條例第八條第一項即發生應不予處罰情況。」但最高法院認為「細譯釋字第 669 號解釋文，所稱屆期失其效力，係指槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項之罪，其『最低法定刑』之規定，違反憲法第二十三條之比例原則部分，自該解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力而言。非謂上開條例第八條第一項之罪刑屆期全部失效甚明，自不生犯罪後法律已廢止其刑罰之問題。因認上訴人所辯其上開持有空氣槍犯行應不予處罰，尚屬無據等情甚詳。」因為並未對立法怠惰有任何進一步之評述。

(3) 最高行政法院

總共搜尋到 23 筆相關判決，不論是使用立法怠惰或是立法不作為，幾乎都是由當事人提出之法律主張，法院從未對此名詞進行定義或概念界定。僅以最新一則判決舉例，上訴人主張：「非都市使用管制規則第 35 條立法目的為使促進狹小被包圍零星土地之有效使用，立法時應包含所有事實上被包圍者之樣態，若存有事實上被包圍，而法條文義無法適用，則屬法律漏洞，應以類推適用補充之。系爭巷道屬具有公用地役關係之道路，此實際已作道路使用，法條未能依立法目的及時修訂，實屬法律漏洞或立法怠惰。原判決未審酌此類型實屬我國土地管理政策所允許樣態，而錯認本案非屬法律漏洞，其適用法規不當，實屬違背法令。」最高法院詳細論述非都市使用管制規則第 35 條後，認定：「尚難認管制規則第 35 條未將具公用地役關係之道路包含在管制規則第 35 條所指道路之範圍內，屬法律漏洞。」亦即，對於當事人主張之立法未能依據立法目的修訂，屬於法律漏洞之指摘，提出論理上的辯駁，否認其法律漏洞主張，但對於何謂立法怠惰或法律漏洞，並未進一步說明或根本認定此一概念無爭執或討論之必要。

4. 小結

綜合以上學理與實務見解之討論可知，目前國內對於立法不作為與立法怠惰此二名詞，基本上並不為特別區別，也未進行明確的概念定義，乃是以一種各自闡述、互相了解的方式，彼此進行對話。儘管對於議題的討論似乎並未構成明顯障礙，但事實上對於法學概念的精進發展，可能未必妥適。尤其，立法不作為並非僅是一個法學概念的存在，更是直接影響到人民權益保護之完整度。詳言之，立法不作為情況的存在，恐怕因為人民無適當完整的法規範可資主張權利，或行政機關無完善法規可執行行政行為，導致人民權利無從受到無缺漏之保障，此時，基於權力分立之角度，人民只得仰賴司法權介入（亦即本文接下來欲討論之司法審查問題），以保障自己之權利；但司法權如何介入審查，實與立法不作為之概念界定有關。因此，如果將立法不作為與司法審查進行連結研討，對於立法不作為概念的再確認應有必要。

(二) 立法不作為與司法審查

在進行立法不作為與司法審查之連結討論前，首先確認本文司法審查之概念意涵。由於在憲政架構之權力分立概念下，司法權並非僅有憲法解釋（裁判）機關之單一權力機關，而是由整體法院系統共同運作、形塑司法權，各法院自有其所得發揮之法之續造與司法審查角色。因此，論及立法不作為之議題，多數學者

認為應從憲法的角度進行探討方具意義，固有其理，但若因此限縮司法權對於立法不作為狀況可得監督之權力機關僅有憲法解釋（裁判）機關，或忽略一般法院可能甚至必要發揮之司法監督角色，在論述上似有缺憾，尤其立法不作為之表現型態，事實上也並不僅止於機關型態的立法權，行政機關享有的行政立法權怠惰，也有構成法規秩序不圓滿而致影響人民權利保護之結果。在此概念下，加上我國不論普通或行政之各級法院，都有審查命令之權限，本文認為，在處理立法不作為議題時，若一併連結司法審查進行論述，實在不適合僅討論我國專屬的解釋憲法機關，而應論及所有的司法權機關。亦即，本文所謂之司法審查，非專指我國大法官所進行的違憲審查，也包含普通與行政各級法院所得進行之司法審查。

這樣的想法事實上在前述學者少數說的陳愛娥教授兩篇文章亦有提及。陳教授兩篇文章討論之主軸雖為狹義立法怠惰，著重在憲法機關之審查，但其仍然對於普通法院面對狹義立法怠惰可得採取積極回應的可能性進行探究。其援引德國憲法學界之論述，「肯定普通法院法官擁有『法之續造』權限，並認為在我國亦應適用，惟應留意普通法院『法之續造』應遵守之界限，並提出三種界限：一、具有憲法位階的法律保留原則；二、『法之續造』不的抵觸立法者明白的立法目的、清晰的法律字義；三、越具有政治爭議的領域，普通法院行使『法之續造』權限越要自我限制，但若立法者有意將該領域保留與實務界、學術界累積經驗，立法者...的自我節制，反而是期待普通法院審慎但積極從事『法之續造』的工作。」²³。由此論述可知，對於立法不作為之情況，陳教授從廣義立法怠惰中之法之續造，並藉由德國憲法界之論述，推導出普通法院相同地擁有法之續造的權限。但何以在我國亦應適用，則似未詳論。

另外，許宗力教授在「淺談立法怠惰」（即陳愛娥教授「立法怠惰之回應」評論）²⁴當中，也略微提及對於立法怠惰因應之道，認為行政權、法院與人民都有可資因應之方式，比較特別者，在於許教授提及「法院，特別是行政法院對立法怠惰的因應之道，基本上與前述行政權的因應之道並無二致」²⁵；而行政權因應之道，許教授認為：「行政權首先可以考慮：(1)類推適用其他相關法律。...(2)依不同位階法規的適用優先順位，在應優先適用的低階法（法律）從缺的情形下，行政機關有權並有義務補充適用高位階的法規，也就是憲法，特別是基本權規

²³ 陳愛娥（2000年），立法怠惰與司法審查，前揭註12文，頁54。

²⁴ 許宗力（2007年），淺談立法怠惰，收錄於氏著，憲法與法治國行政，二版，元照，頁528。

²⁵ 許宗力，同前註，頁527。

定。...(3)在不作為將對生命、健康或其他重要法益產生難以回復之重大損害的緊急情形，無待法律授權，行政權原則上即有權發揮其行政緊急權限，採取必要措施。...(4)根據司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款第三段，以特定法律的立法怠惰有抵觸憲法之疑義為由，聲請大法官解釋。」²⁶。若仔細對照許教授認為行政權所得因應之道是否確實屬於行政法院相同得採取之因應之道，恐將發現並非全然可行。但至少許教授提出一個重要的觀點：在司法權介入立法怠惰或立法不作為之情況時，普通法院與行政法院可能有著不同的因應之道。

其次，關於立法不作為與司法審查之概念界定，在本文對於司法審查認定係包含所有司法權機關審查之情況下，所謂的立法不作為，本文首先認為其中所指涉之「立法」應不限於憲法概念下所指之立法機關，即立法院本身，而也應包含擁有次級立法權力的行政機關，但是以機關為界分之立法權仍然依據憲法或法律而有不同的立法權限範圍；其次，所謂的不作為，在憲法被承認具備規範全國框架法律秩序之功能角色下，應指其消極地對於憲法規範之理想國家組織配置與人民權利保障事項，不為任何行為，同時包括，符合憲法之法律所框架之法規範秩序下，立法者（當然包括行政立法權擁有者）對於完整建構法規範秩序應有的所有規範條文不為任何行為。詳言之，本文認為，在採取廣義司法審查之設定下，立法不作為，係指所有擁有立法權限之機關，對於履行法規範設定之圓滿完整狀態不為任何行為。如此概念之提出，誠如前述，已有陳愛娥教授有類似見解，並非本人之創見，以下並補上法國法之相干探討，作為進一步之引證。

（三）法國法對於立法不作為與司法審查之概念界定

在法國法上，立法不作為有以「立法的不作為」（*omission législative*）之詞加以建構。若將此名詞進行拆解，所謂「不作為」（*omission*），依據法律辭典的解釋，係指不論基於自主之意願與否，不履行理應當為之行為²⁷。而此一名詞的使用，主要係參考2007年歐洲舉行的第14屆歐洲憲法法院會議（XVIIe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes）主題「憲法裁判中的立法不作為問題」（*Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle*）而來。不過，法國代表主要從法律漏洞（*lacune du droit*）的角度探究此一概念，其表示憲法委員會係以「消極不行使職權」（*incompétence négative*）進行審查，且已經有相關決定；同時，行政法院對於行政權的「消極不

²⁶ 許宗力，同前24註，頁484-485。

²⁷ Cornu(G.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., 2014, puf., p. 708.

行使職權」也得以進行審查²⁸。則究竟所謂「立法的不作為」與「消極不行使職權」有何差異？

若查找一般之憲法教科書，會發現如果使用直譯用語「立法的不作為」，在一般憲法教科書中幾乎難以尋得此一法律名詞，會以為法國這方面議題的討論並不多見。然而，在論述法國第五共和憲法對於立法權的特殊規定方式時²⁹，法國憲法教科書仍然會論及立法權消極不行使，且多以「立法者的消極不行使職權」（*incompétence négative du législateur*）或直接稱為「消極不行使職權」（*incompétence négative*）。此概念有認為係指立法者誤解憲法所建構的權限範圍，將自己應該自為執行之立法權移轉給其他權力機關³⁰。在憲法委員會所為的2005-512號決定（*la décision n°2005-512 DC*）中，憲法委員會認為，依據法國人權宣言第4條、第5條、第6條與第16條，以及憲法第34條之規定，憲法賦予立法者「採取足夠詳盡、沒有曖昧之規範與形式，以守護法律主體，避免對憲法的相反詮釋或任意性的風險，而對於憲法沒有指定由法律確定者，則沒有遲延地要求行政權或司法權制定規範的任務。」³¹也就是說，若憲法明確規範立法者應為之立法權行為，立法者未積極自為立法權行為之際，即構成所謂之消極不行使職權。

因此，在法國法上，「消極不行使職權」若與立法者連結，係由憲法委員會個案性地進行審查，實與我國多數說所論之立法怠惰或立法不作為概念相當接近；但「消極不行使職權」若與行政權連結，則可能由行政法院進行司法審查，此部分類似陳愛娥教授採取的論點，但因為法國法特別強調由行政法院進行司法審查，又與陳教授不區分法院的觀點不同。當然，在法國行政法院對於行政權之消極不行使職權進行審查時，未必只限於行政立法權部分，也包括行政裁量等其他行政行為。另外值得特別注意者，在前述2007年第14屆歐洲憲法法院會議的法國報告中指出，法國最高行政法院（*Conseil d'Etat*）從設置開始，就具有造法的功能與職權。當行政法院法官為了排除立法者未制訂具體法規的情況下（亦即所謂的存在法律漏洞），而創設一個新的原則或規定，他可當作該原則之前已經存在一

²⁸ *Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle - Questionnaire pour le XIVe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, p. 16.

²⁹ 亦即在憲法第34條當中，明確指定國會的立法範圍。不過，國會的立法範圍，後來經過憲法委員會透過憲法決定予以擴張，事實上已經不限於原本憲法第34條之範圍。

³⁰ Favoreu(L.) et alis, *Droit constitutionnel*, 15^e éd., 2013, Dalloz, p. 800.

³¹ *Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Recueil, p. 72, JO du 24 avril 2005, p. 7173. Cons. 9.

般³²。這也正是法國行政法之法源大量來自最高行政法院判決之故。在這樣的背景下，討論立法不作為與司法審查時，在法國法的討論層級上，可以明確地將違憲審查與行政法院審查分別論述，但由於法國存在大量的行政立法，若予完整地探究立法不作為與司法審查之關係時，將憲法委員會與行政法院之審查合併共同觀察，將可以獲得更完整的理解。

二、司法權對於立法不作為之審查情況（以下尚未完成，待補充）

（一）我國之實踐

1. 大法官之實踐

誠如前述概念定義部分的說明，目前我國大法官在解釋文與理由書當中，從未正式使用過「立法不作為」，僅能從大法官所提出之意見書當中發現。但此並不表示多數意見不肯認立法不作為之存在，只是採取迂迴的方式探討此一現象。最明顯的例子即為釋字第 632 號。

2. 最高行政法院之實踐

（二）法國之實踐

1. 憲法委員會之實踐

（1）事前審查階段

（2）事後審查階段

2. 最高行政法院之實踐

三、結論

³² Rapport cité, p. 2.

設區的市：地方立法權的賦權特點與行使界限

莫于川*

【內容提要】《立法法》是中國大陸憲法制度發展進程中的一個里程碑，對於推動立法工作、健全法律體系、保障公民權利、約束公共權力都發揮了重要作用；但其長期未能修改導致其滯後於立法實踐，回應現實需求的能力下降，故其首次修改一直受到各方期盼和高度關注。經過多年努力，該法的修改決定於 2015 年 3 月 15 日由第十二屆全國人民代表大會第三次會議通過並于同日公布施行，這是推動依法治國、追求良法善治的新起點，也為地方立法制度進一步完善留下必要空間。從修法後的文本看，首次修法對設區的市地方立法權的賦權，具有重點性賦權、內含性賦權、限縮性賦權、差別性賦權、次第性賦權等五個特點；從設區的市地方立法權初步行使的情況看，存在扭曲的政績觀、誤讀立法功能、低估立法難度、隨意讀解法條、孤立讀解法條、輕視公眾參與等認識誤區，存在長官意志太強、立法隊伍偏弱、立法規劃欠妥、立法技術欠缺、立法投入不足、不分輕重緩急等突出問題；設區的市地方立法權的行使必須謹慎，應當審慎把握上位法界限、條理法界限、新舊法界限、現行法界限、人本法界限等行使界限，須要從防范長官意志干預立法、提升立法隊伍素質能力、科學制定實施立法規劃、嚴格遵守法定立法程序、注重立法工作六性要求等五個方面逐步加以完善，這與權力制約與權利保障密切相關，將會推動地方立法制度進一步完善。

【關鍵詞】《立法法》修改；設區的市；地方立法權；賦權特點；行使界限

《中華人民共和國立法法》是中國大陸憲法制度發展進程中的一個里程碑，施行 16 年來對於推動立法工作、健全法律體系、保障公民權利、約束公共權力發揮了重要作用；但其長期未能修改也導致其滯後於立法實踐，回應現實需求的能力下降，故其首次修改一直受到各方期盼和高度關注。經過多年努力，《全國人民代表大會關於修改〈中華人民共和國立法法〉的決定》於 2015 年 3 月 15 日由第十二屆全國人民代表大會第三次會議通過並于同日公布施行，這是推動依法治國、追求良法善治的新起點，也為地方立法制度進一步完善留下必要空間。新法第七十二條第二款規定：“設區的市的人民代表大會及其常務委員會根據本市的情況 and 實際需要，在不同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規相抵觸的前提下，可以對城鄉建設與管理、環境保護、歷史文化保護等方面的事項制定地方性法規，法律對設區的市制定地方性法規的事項另有規定的，從其規定。”^①新法第八十二條第三款

* 本文作者系中國人民大學教授、憲政與行政法治研究中心執行主任、中國行政法研究所所長，中國行政法學研究會副會長。

^① 中國大陸設區的市共有 284 個，按照《立法法》原先的規定，享有地方立法權的有 49 個（包括省、

规定：“设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。”以上述规定以及新法其他有关规定，构成了关于设区的市地方立法权的基本制度。但是，笔者在新法实施一年半之后选择若干设区的市行使地方立法权的实际情况进行考察时发现，一些地方立法机关的人士尚未准确认知首次修法对设区的市地方立法权的赋权特点，在地方立法权初步行使过程中存在诸多认识误区和突出问题，今后应当通过多方面的努力，在立法实务中审慎把握地方立法权的行使界限，从主客观方面采取有效措施，努力推动地方立法制度不断完善。

一、首次修法对设区的市地方立法权的赋权特点

1. 重点性赋权

（正确理解第七十二条引例的城乡建管、环境保护、文化保护等三方面）

2. 内含性赋权

（辩证认知第七十三条就属于地方性事务需要创制性立法事项所作规定）

3. 限缩性赋权

（就较大的市转型而成的设区的市来说地方立法权往后明显受到了限缩）

4. 差别性赋权

（两类转型路径的设区的市之间存在不同立法基础带来的立法空间差别）

5. 次第性赋权

（新主体行使地方立法权起点交由省级人大常委会根据综合因素作安排）

二、设区的市地方立法权的认识误区和突出问题

（一）关于设区的市地方立法权的认识误区

1. 扭曲的政绩观
2. 误读立法功能
3. 低估立法难度
4. 随意读解法条
5. 孤立读解法条
6. 轻视公众参与

自治区的人民政府所在地的市 27 个，经济特区所在地的市 4 个，经国务院专门批准的较大的市 18 个，它们被称为较大的市），没有地方立法权的有 235 个，首次修法赋予了后者以地方立法权；同时，四个不设区的地级市也被赋予了地方立法权，它们是广东省东莞市、广东省中山市、海南省三亚市，甘肃省嘉峪关市。由此，大陆享有地方立法权的设区的市共有 288 个；从法律文本的字面上理解，立法机关似乎只在新法第七十二条、第八十二条赋予给它们以城乡建管、环境保护、文化保护等三个方面的立法权限，但实际上有关立法赋权、法律关系和行使界限都非常复杂、不可轻视，值得理性辨识和精准运用，因为仅仅这示例强调的三个方面就已经体现了人本、人生、人文的立法追求，由简到繁的立法权扩展过程将带来更重任务。

（二）关于设区的市地方立法权的突出问题

1. 长官意志太强
2. 立法队伍偏弱
3. 立法规划欠妥
4. 立法技术欠缺
5. 立法投入不足
6. 不分轻重缓急

三、设区的市地方立法权的行使界限和完善对策

（一）设区的市地方立法权的行使界限

1. 上位法界限：坚持冲突无效的原则
2. 条理法界限：坚持立法精神的原则
3. 新旧法界限：坚持信赖保护的原则
4. 现行法界限：坚持实际出发的原则
5. 人本法界限：坚持以人为本的原则

（二）设区的市地方立法权的完善对策

1. 防范长官意志干预立法
2. 提升立法队伍素质能力
3. 科学制定实施立法规划
4. 严格遵守法定立法程序
5. 注重立法工作六性要求^①

^① 这里所谓六性是指：1. 合法性；2. 民主性；3. 民生性；4. 成效性；5. 主动性；6. 协调性。

公有文化資產出租民間的正當性爭論及中央立法界限

王服清

雲林科技大學科技法律研究所副教授//德國慕尼黑大學法學博士

大綱

- 壹、文化資產管理維護之公私協力
- 貳、公有文化資產出租之正當性問題
 - 一、背離既有「委託民間營運」之方式
 - 二、欠缺法律依據
 - 三、不應做為交易或換取經濟利益之使用
 - 四、財政部的辦法(法規命令之性質)不得抵觸文化資產保存法
 - 五、應當排除「標租」之方式
- 參、增訂文化資產保存法第 102 條之一些問題
 - 一、「承租」之用語是否合宜
 - 二、「租金」之用語是否合宜
 - 三、應定性為委託經營管理契約
- 肆、文化資產保存法的中央立法界限問題
 - 一、中央與地方的權限劃分問題
 - 二、中央主管機關高密度監督地方
- 伍、結論與建議

壹、文化資產管理維護之公私協力

為使行政(構)、學校善用民間資源與活力，活化公務人力運用，降低政府財政負擔，提升公共服務效率及品質¹。各機關業務除涉及公權力委託民間辦理案件，應依相關法令規定辦理外，屬公共服務或執行性質，經主管機關評估適合委託民間辦理(簡稱委外)者，得委外辦理。各機關得依下列程序辦理委外作業²：1. 檢討委託民間辦理項目：各機關之專案小組應通盤檢討適合委外之業務，評估其可行性及經濟效益，擬訂實施時程，報請主管機關核定。但主管機關得視需要，就第4點第2款所定：「部分業務委外：各機關得檢討將下列業務委外：1. 內部事務或服務：各機關內部事務或對外提供服務之業務，得委託民間機構辦理。2. 輔助行政：各機關得視需要將業務委託私人，使其居輔佐地位，從旁協助執行部分管制性業務。」，部分業務委外案件訂定授權條件，由各機關自行辦理。2. 決定委託民間辦理方式：各機關應依促進民間參與公共建設法、政府採購法、民法、國有財產法等相關法規，評估業務委外辦理之適法性。3. 訂定委託契約：各機關業務委外，應與受託之民間機構依相關法令訂定適當契約或相關文件；又各機關委託民間機構執行公共任務之項目，應明定於雙方簽訂之契約中。4. 監督查核：各機關業務委外，應依契約規定及內部控制制度，對受託之民間機構進行監督及查核，其方式得由各機關於契約中約定實施定期或不定期之查核(含書面報告及實地查核等方式)，相關查核報告並得要求受託之民間機構提供量化及質化面向評估指標及結果。

一旦要決定要以公私協力的方式來營運及管理，公部門必須確保私部門經營者具有管理維護文化資產的知識及能力，以確保文化資產保存法的立法目的在私部門經營者的營運之下可以達成³；此外，在運作的過程中，尤其應該注意到不能過度追求商業利益的優越性，而犧牲保存文化資產的價值⁴。從長遠觀之，為了避免文化資產成為過度負擔而影響後續文化服務的提供，且在營運者的短視近利被犧牲了。因此，依照既有的法律規範或許難以針對個案逐一訂定規範，但在實際的面向上，卻可以依個案在個別契約中逐一確認內容，釐清公部門與私部門在合作契約中的法律關係⁵。特別文化資產的公私協力與其他許多公辦民營的運作並不相同，此等事務領域具有稀少性，一旦擔任營運的事物，相當容易具有市場上獨佔的優勢；加上一旦此等文化資產遭到毀損，往往具有不可逆性，即便可以回復，也必然所費不貲⁶；再者，此等文化資產的維護，從文化資產保存法的立法目的觀之，所要追求的利益係具有高度公益性而非商業性，甚至在憲法第166條中，也可以發現制憲者對此等價值的重視，顯示出國家對於文

¹ 行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點修正日期：民國 104 年 12 月 21 日第 1 點

² 行政院及所屬各機關推動業務委託民間辦理實施要點修正日期：民國 104 年 12 月 21 日第 7 點

³ 辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 7-8。

⁴ 辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 7-8。

⁵ 辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 7-8。

⁶ 辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 7-8。

化資產保護事務的運作應更為謹慎。文化資產保護的特殊性，必是將來形成相關制度時所應重視的環節⁷。

2016年7月新修正的文化資產保存法涉及以公私協力方式來管理維護文化資產者，一些相關規定如下⁸：

一、第7條

第7條的規定，該條也隨著這次大規模的修法而做了調整，將「主管機關得委任、委辦其所屬機關（構）或委託其他機關（構）、文化資產研究相關之學術機構、團體或個人辦理文化資產調查、保存及管理維護工作」。修正為「文化資產之調查、保存、定期巡查及管理維護事項，主管機關得委任所屬機關（構），或委託其他機關（構）、文化資產研究相關之民間團體或個人辦理；中央主管機關並得委辦直轄市、縣（市）主管機關辦理。」。雖然文字做了修正，但觀諸修正理由⁹的說明，可以發現從操作面的角度來說，整體而言並無太大的異動¹⁰。

二、第8條

舊文資法第8條(民國94年02月05日)：「公有之文化資產，由所有或管理機關（構）編列預算，辦理保存、修復及管理維護。」其立法理由雖然有言：「有關「公有」之定義將於施行細則中明定。」但施行細則卻一直未明定。

遲至於95年7月12日，文建會(現為文化部)以函釋(文壹字第0951102389-2號)解釋何謂文資法第8條的「公有」之意義略以如下：「強化文化資產之保存及活用，文化資產保存法(以下稱文資法)第8條所稱「公有」文化資產，係指國有、地方所有(包括直轄市、縣(市)及鄉(鎮、市)所有)以及國營事業所有之文化資產，或非上述機關(構)所有但由其管理維護之文化資產。按文化資產保存法第8條公「有」之概念，應包括文化資產之「所有」與「管理」。公有概念之界定非概以所有權歸屬為論斷，而應考慮保存文化資產之公益性質¹¹。依國營事業管理法第3條規定：「本法所稱國營事業如左：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。其與外人合資經營，訂有契約者，依其規定。」準此，國營事業得分為政府獨資經營、依事業組織特別法及依公司法之規定而成立之三種類型。若屬於國營事業所有或管理之財產，無論事業之成立方式為何，皆屬於文化資產保存法第8條「公有」之範圍¹²。」

⁷辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁7-8。

⁸辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁2。

⁹本條修法理由為：一、修正主管機關委任、委託及委辦之對象，另將「文化資產研究相關之學術機構、團體」，修正為「文化資產研究相關之民間團體」，以「民間團體」涵括學術機構或其他團體，以求文字簡潔。二、未來涉及古蹟建築之修復、再利用工作，宜由具高考及格之建築師或其他主管機關所定資格者，始得為之。且該建築師或其他主管機關所定資格者，亦應參加主管機關辦理古蹟修復講習而取得一定之時數。

¹⁰辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁2。

¹¹文建會(現為文化部)95年7月12日文壹字第0951102389-2號函釋：文資法第八條中的「公有」意義究為何？，文化部文化資產局，便民服務，

<http://www.boch.gov.tw/boch/frontsite/cms/faqDetailViewAction.do?method=doViewFaqDetail&contentId=1274&isAddHitRate=true&relationPk=1274&tableName=content&iscancel=true&menuId=3603>

¹²文建會(現為文化部)95年7月12日文壹字第0951102389-2號函釋：文資法第八條中的「公有」意義究為何？，文化部文化資產局，便民服務，

此次修正第8條對於公有文化資產，做了積極立法定義並要求針對公有文化資產，必須由所有人或管理機關（構）編列預算，辦理保存、修復及管理維護。文化資產保存法修正第8條(民國105年07月27日)：「I.本法所稱公有文化資產，指國家、地方自治團體及其他公法人、公營事業所有之文化資產。II.公有文化資產，由所有人或管理機關¹³（構）編列預算，辦理保存、修復及管理維護。主管機關於必要時，得予以補助。III.前項補助辦法，由中央主管機關定之。IV.中央主管機關應寬列預算，專款辦理原住民族文化資產之調查、採集、整理、研究、推廣、保存、維護、傳習及其他本法規定之相關事項。」其立法理由：「一、按文建會95年7月12日文壹字第0951102389-2號函釋，以本所稱「公有」文化資產，係指國有、地方所有(包括直轄市、縣(市)及鄉(鎮、市)所有)以及國營事業所有之文化資產。該函雖僅提及國營事業，然地方公營事業與國營事業，俱在公營事業概念範圍內，亦應一體規範，爰據此增訂第一項公有文化資產範圍之規定。二、原條文移列為第二項，另因公營事業並非政府機關，並無「所有機關」之概念，爰將「所有或管理機關」修正為「所有人或管理機關」。」

三、第10條

公有及接受政府補助之文化資產，其調查研究、發掘、維護、修復、再利用、傳習、記錄等工作所繪製之圖說、攝影照片、蒐集之標本或印製之報告等相關資料，均應予以列冊，並送主管機關妥為收藏且定期管理維護。前項資料，除

<http://www.boch.gov.tw/boch/frontsite/cms/faqDetailViewAction.do?method=doViewFaqDetail&contentId=1274&isAddHitRate=true&relationPk=1274&tableName=content&iscancel=true&menuId=3603>

文化資產保存法第92條(修正日期民國94年02月05日)(同民國105年07月27日修正第99條)：「I.私有古蹟、遺址及其所定著之土地，免徵房屋稅及地價稅。II.私有歷史建築、聚落、文化景觀及其所定著土地，得在百分之五十範圍內減徵房屋稅及地價稅；其減免範圍、標準及程序之法規，由直轄市、縣(市)主管機關訂定，報財政部備查。」

¹³臺灣高等法院99年重上國字第9號民事判決國家賠償裁判日期：民國100年01月04日要旨：「臺中市政府依文化資產保存法第4條規定固為系爭碇堡之主管機關，然依文化資產保存法第12條、第13條、第15條規定，地方主管機關係負責普查或接受個人、團體提報歷史建築之內容及範圍，建立歷史建築之調查、研究、修復等完整個案資料，審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關(文建會)備查等工作，並未因而當然取得管理權限，此由文化資產保存法第8條規定：「公有之文化資產，由所有或管理機關(構)編列預算，辦理保存、修復及管理維護」及行政院文化建設委員會99年2月6日會授資籌二字第0993001086號函稱：「...臺中市政府係依據文化資產保存法第4條規定歷史建築之主管機關，非管理機關...臺中市政府不因同法第15條歷史建築公告而取得該碇堡之管理權限...」等語，益臻無疑。雖後備905旅步1營台中市後備旅第1營台中地區作戰工事移交清冊之備考欄，記載系爭碇堡為臺中市政府留用等語，然留用並非撥用，後備司令部非唯未提出相關文書證明臺中市政府確已辦理撥用程序，且國防部軍備局於99年3月12日國備工營字第0990003732號函更已表示：系爭碇堡於93年間奉准移交後備司令部接管，尚未完成移交程序，內政部營建署(臺中都會公園上級機關)迄今未完成系爭碇堡撥用程序等語，足見系爭碇堡仍未撥用至其他機關，後備司令部仍為系爭碇堡之管理機關。至於臺中市政府是否就系爭碇堡附近之第2、3、4、6號碇堡進行整修、維護，均與認定系爭碇堡之管理機關為何無涉，後備司令部據此辯稱系爭碇堡為臺中市政府所管理，並不可採。軍事建築亦屬文化資產者，建築所在地之地方政府固應依據文化資產保存法第4條第1項規定為該建築物之主管機關，然參照該法第12條、第13條、第15條第1項等規定，主管機關所負責之職務為普查或接受個人、團體提報具古蹟、歷史建築、聚落價值建造物之內容及範圍、建立古蹟、歷史建築及聚落之個案資料、審查登錄後，辦理公告並報備查等，並未因而當然取得管理權限，且同法第8條亦規定，公有之文化資產，由所有或管理機關編列預算，辦理保存、修復及管理維護，準此，縱軍事建築已經劃定為文化資產，其所有機關仍具管理權限，而應負擔管理維護之義務，如因管理有欠缺致人民受損害者，人民即得依據國家賠償法第3條第1項規定，向所有機關請求國家賠償。」

涉及國家安全、文化資產之安全或其他法規另有規定外，主管機關應主動以網路或其他方式公開，如有必要應移撥相關機關保存展示，其辦法由中央主管機關定之。

四、第21條

第21條也針對古蹟的委託經營管理¹⁴：「I.古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群由所有人、使用人或管理人管理維護。所在地直轄市、縣(市)主管機關應提供專業諮詢，於必要時得輔助之。II.公有之古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群必要時得委由其所屬機關(構)或其他機關(構)、登記有案之團體或個人管理維護。III.公有之古蹟、歷史建築、紀念建築、聚落建築群及其所定著之土地，除政府機關(構)使用者外，得由主管機關辦理無償撥用。IV.公有之古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群之管理機關，得優先與擁有該定著空間、建造物相關歷史、事件、人物相關文物之公、私法人相互無償、平等簽約合作，以該公有空間、建造物辦理與其相關歷史、事件、人物之保存、教育、展覽、經營管理等相關紀念事業。」

五、第48條

針對考古遺址¹⁵的監管保護，第48條規定：「I.考古遺址由主管機關訂定考古遺址監管保護計畫，進行監管保護。II.前項監管保護，主管機關得委任所屬機關(構)，或委託其他機關(構)、文化資產研究相關之民間團體或個人辦理；中央主管機關並得委辦直轄市、縣(市)主管機關辦理。III.考古遺址之監管保護辦法，由中央主管機關定之。」

六、第82條

有關自然地景、自然紀念物¹⁶委託私部門管理維護部分，舊第78條僅做了條號的變更為第82條，規定：「I.自然地景、自然紀念物由所有人、使用人或管理人管理維護；主管機關對私有自然地景、自然紀念物，得提供適當輔導。II.自然地景、自然紀念物得委任、委辦其所屬機關(構)或委託其他機關(構)、登記有案之團體或個人管理維護。III.自然地景、自然紀念物之管理維護者應擬定管理維護計畫，報主管機關備查。」至於文化景觀的部分，則未有與民間合作經營管理的明文¹⁷。

七、第102條

新增文化資產保存法第102條：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修

¹⁴辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁2。

¹⁵文化資產保存法第46條：「I.考古遺址依其主管機關，區分為國定、直轄市定、縣(市)定三類。II.直轄市定、縣(市)定考古遺址，由直轄市、縣(市)主管機關審查指定後，辦理公告，並報中央主管機關備查。III.中央主管機關得就前項，或接受各級主管機關、個人、團體提報已指定之直轄市定、縣(市)定考古遺址，審查指定為國定考古遺址後，辦理公告。IV.考古遺址滅失、減損或增加其價值時，準用第十七條第四項規定。V.考古遺址指定基準、廢止條件、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

¹⁶文化資產保存法第81條：「I.自然地景、自然紀念物依其主管機關，區分為國定、直轄市定、縣(市)定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。直轄市定、縣(市)定者，並應報中央主管機關備查。II.具自然地景、自然紀念物價值之所有人得向主管機關申請指定，主管機關應依法定程序審查之。III.自然地景、自然紀念物滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其指定或變更其類別，並辦理公告。直轄市定、縣(市)定者，應報中央主管機關核定。IV.前三項指定基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

¹⁷辛年豐，公有文化資產的效率化管理：公私協力的考量，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁2。

復公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關依其管理維護情形定期檢討核定，其相關辦法由中央主管機關定之。」

貳、公有文化資產出租之正當性問題

在民國105年07月27日新增文化資產保存法增訂¹⁸第102條：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關依其管理維護情形定期檢討核定，其相關辦法由中央主管機關定之。」

在增訂該條文之前，公有文化資產是否可以出租之正當性，事實上早已有一些爭論，主要是受到道德風險之質疑¹⁹，本章歸納以下一些問題，予以討論：

一、背離既有「委託民間營運」之方式

臺北市政府為「活用」文化資產，自2000年起陸續將包括「市長官邸藝文沙龍」在內的二十餘處文化館所，以「委託營運」方式交付民間協助經營²⁰。

2003年起即屬以「於法有據」的方式，交付民間協助「委託營運」的公有古蹟——「紫藤廬」，於是，過去10餘年來，臺北市政府一概將公有古蹟透過「委託民間營運」的方式，讓民間營運單位可以協助政府活化公有古蹟²¹。至於委託民間營運的法源，大抵上涵括如下²²：(一)中央法規：1.政府採購法。2.促進民間參與公共建設法。3.文化資產保存法。4.國有財產法。5.國有非公用財產委託經營管理辦法。6.行政院及所屬機關推動業務委託民間辦理實施要點。(二)臺北市法規：1.臺北市市有財產管理自治條例。2.2006年09月18日修正的臺北市市有財產委託經營管理自治條例。

文化資產委託民間營運的過程中，除政府本身需依上述法規執行外，受託方(即民間營運單位)，亦需在維護公共文化財的「公共性、公益性」原則下，受到「營業用」空間，不得超過「總體可使用面積30%」的限制。在此同時，受託方亦需在「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」第7條²³及第12條²⁴的規

¹⁸本條審查會(2015年4月15日)按照管碧玲委員提案通過予以增訂，參見立法院公報105卷19期4316號一冊1-1頁，頁28；頁266；立法院公報105卷57期院會記錄，頁298。

¹⁹夏學理、李宣瑩，請正視「標租古蹟」的道德風險，2015年1月13日，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

²⁰夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013年4月25日，

<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

²¹夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，

<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

²²夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，

<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

²³臺北市市有財產委託經營管理自治條例第7條：「委託計畫或要點之內容應包括下列事項：一、委託經營管理之目的、標的、項目、範圍。二、委託方式。三、委託機關可提供之資源及經費補助金額。四、委託經營管理保證金、租金、使用費、回饋金及權利金底價之計算標準(包括回饋金、權利金底價之減免及預估計收百分比)。五、受託人之權利義務(包括應投資之資金、應負擔之費用支出及其他權利義務等)。六、委託經營管理期限。七、受託人對外收費項目及標準。八、受託人應備資格及條件。九、委託經營管理之督導與獎勵。十、委託經營管理之效益分析(包括經濟、社會、成本效益及投資報酬率)。十一、委託契約草案。十二、其他相關事宜。」

²⁴臺北市市有財產委託經營管理自治條例(修正日期：民國95年09月18日)第12條：「市有財產委託經營管理應於契約書中載明下列事項：一、委託案名稱。二、委託人、受託人全銜。三、委託經營管理之標的、設施清冊、維修管理、保險、稅捐及損害賠償之規定。四、委託營業務、項目、範圍、原則。五、委託期限。六、受託人對外收費項目及標準。七、受託人應繳租金、使用費、回饋金及權利金、保證金。八、雙方權利義務(包括受託人應投資之資金、應負擔之費用

範下，接受臺北市政府對其實施定期或不定期之必要查核，以及包括財務面上的營運管理督導²⁵。但是，其實臺北市政府收取委託經營管理保證金、租金、使用費、回饋金及權利金等已經逸脫委託契約之性質，毋寧為有租賃契約之傾向。

我國(舊)文化資產保存法(民國 94 年 02 月 05 日)第 7 條早已明訂：「主管機關得委任、委辦其所屬機關(構)或委託其他機關(構)、文化資產研究相關之學術機構、團體或個人辦理文化資產調查、保存及管理維護工作」；(舊)文化資產保存法第 18 條亦詳載：「古蹟由所有人、使用人或管理人管理維護。公有古蹟必要時得委任、委辦其所屬機關(構)或委託其他機關(構)、登記有案之團體或個人管理維護」。對於上述這些規定，職掌含括「法令與法務案件之研議及處理」的國有財產署不可能不會分不清「委任、委辦、委託」與「出租」公有古蹟之間的顯然差異性²⁶。

然而，自 2013 年 4 月 16 日起，由臺北市政府以每月 27 萬餘元長期招租的方式，將此一珍貴市定古蹟，「出租」給營利單位——「紫藤廬有限公司」3 年(期滿還可再續約 3 年)，有異議者認為，創下了政府單位將公有文化資產出租給私人公司營利之例²⁷。異議者提醒行政院與國有財產署，依「中央政府各機關珍貴動產不動產管理要點」第 3 條規定：古蹟係屬「珍貴不動產」，非屬一般性公有房地。若以臺北市為例，臺北市才會對古蹟等文化資產，訂定「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」，質疑者籲請行政院與國有財產署回歸正道，不應該站在人民與法律的對立面²⁸。

審視臺北市政府長期出租「珍貴公有古蹟 - 紫藤廬」事件的原委，必須從曾擔任臺北市政府文化局長的文化部長龍應台談起。理由是，「紫藤廬」係龍部長於擔任臺北市政府文化局長任內，依「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」等法規，自 2003 年 1 月 8 日起，委託「社團法人中華紫藤文化協會」經營管理「紫藤廬」，其間歷經 2 次續約，至 2013 年 4 月 15 日止，10 年合約期滿²⁹。惟在 10 年委託營運過程中，由於「紫藤文化協會」自始引用前揭「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」第 14 條之規定：「委託經營管理之市有財產應限作為辦理委託業務使用，受託人並應善盡管理責任，如有轉委託(限附屬業務)、增加設施或變更原有設施等行為，應經委託機關報經市政府核准」；且文化局與臺北市政府未能核實把關「商業營利面積，僅限總體可使用面積 30% 以內」等規定及相關問題，是以導致「紫藤文化協會」可逕採技術性「轉租」的方式(即經一紙自訂的

支出及其他權利義務等)。九、對於第三人權益及公共安全之保障。十、受託人對於委託機關每年實施定期或不定期之查核，不得拒絕。十一、受託人每年對於受託業務之損益表、資產負債表等財務決算報表應經會計師查核簽證，並送市政府查核後報市議會備查。但受託人為非營利法人或團體時，財務決算報表得不經會計師簽證。十二、違反契約應負之責任或罰則。十三、委託內容變更之規定。十四、委託契約終止、解除、續約之要件。十五、雙方應遵守之規定。十六、受託人所提經雙方協商修正後之經營計畫契約之附件與契約同等效力。十七、其他約定事項。」

²⁵夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司 - 自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

²⁶夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews - 2015 年 1 月 5 日 下午 8:50，<http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

²⁷夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司 - 自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

²⁸夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015 年 01 月 08 日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

²⁹夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝 - 「紫藤廬」，2013/04/29，<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

租約，將「紫藤廬」的一切商業營利業務盡皆轉包，而承包商卻又是自己)³⁰；最終，媒體於 2012 年 8 月 9 日踢爆「紫藤文化協會」與「紫藤廬有限公司」，長年聯手規避繳付稅後盈餘「回饋金」給臺北市政府文化局³¹。在 2013 年 4 月 15 日「紫藤廬」合約期滿前，重依上揭「臺北市市有財產委託經營管理自治條例」第 10 條之規定，立採「公開競標」或「公開甄選」的方式，對外尋覓合宜受託對象，並要求受託者務須遵從與「委託營運」有關的一切規定。惟不知因何與為何？臺北市政府竟捨棄了十年來的「公益委託」精神，逕援引「國有財產法」第 28 條之但書規定：「主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益。但其收益不違背其事業目的或原定用途者，不在此限」，以及「國有公用不動產收益原則」³²等法規，自 2013 年 4 月 16 日起，轉將「市定公有古蹟紫藤廬」，標租給上揭之營利單位——「紫藤廬有限公司」³³。是此「出租」之舉，是否已明顯違反文化部文資局，對公有古蹟限制以「委任、委辦或委託」之方式，進行古蹟委外營運管理的界定。臺北市政府光是因為將「委託」變換為「出租」³⁴，即已完全棄守了「委任、委辦或委託」之方式；若採「委託經營管理」方式為之的古蹟「商業營利用」空間，必須被限制在「總體可使用面積 30% 以內」的公共文化財之「公共性」維護原則；在此同時，臺北市政府也正因自棄了「委外」，選擇了「出租」，而自此無能再依「市有財產委託經營管理自治條例」，對包括財務面在內的「紫藤廬」營運管理進行督導，並對之實施定期或不定期的必要查核³⁵。

文化部長龍應台曾於 2003 年 6 月(擔任台北市文化局長任內，將「紫藤廬」交付委外經營管理五個多月後)，以「在紫藤廬和 Starbucks 之間」為題寫道：「台北市有 58 家 Starbucks，台北市只有一個紫藤廬。全世界有 6,600 家 Starbucks，全世界只有一個紫藤廬。……Starbucks 越多，紫藤廬越重要。36」；而今，有人質疑龍部長在面對公有古蹟「紫藤廬」，遭臺北市政府恣意出租的事件時，是否會依其主管文資法的職權，對臺北市政府嚴正的叨念道：「全世界有很多古蹟，但全世界只有紫藤廬一個古蹟，是被政府長期出租的！」³⁷

二、欠缺法律依據

³⁰夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝 - 「紫藤廬」，2013/04/29，<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

³¹蔡亞樺、施春美/台北報導，月付 122 元 古蹟紫藤廬賤租：茶館月營收百萬 北市 10 年未調整，2012 年 08 月 09 日，

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120809/34427307/>

³²國有公用不動產收益原則(修正日期：民國 99 年 10 月 11 日)第 1 點：「為利管理機關依國有財產法第 28 條但書規定辦理國有公用不動產出租或利用，提昇運用效益，特訂定本原則。」

³³夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝 - 「紫藤廬」，2013/04/29，<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

³⁴臺北市市有財產委託經營管理自治條例(修正日期：民國 95 年 09 月 18 日)第 7 條：「委託計畫或要點之內容應包括下列事項：……四、委託經營管理保證金、租金、使用費、回饋金及權利金底價之計算標準(包括回饋金、權利金底價之減免及預估計收百分比)。……」；臺北市市有財產委託經營管理自治條例(修正日期：民國 95 年 09 月 18 日)第 12 條：「市有財產委託經營管理應於契約書中載明下列事項：……七、受託人應繳租金、使用費、回饋金及權利金、保證金。……」

³⁵夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝 - 「紫藤廬」，2013/04/29，<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

³⁶龍應台，城市文化 - 在紫藤廬和 Starbucks 之間，--(下)，

http://www.readingtimes.com.tw/authors/tai/theme/001/org/reader01_02.htm。

³⁷夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝 - 「紫藤廬」，2013/04/29，<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

有異議者認為，2013年4月16日臺北市政府「公有古蹟(紫藤廬)出租案」是個「全球惡例」，其理由³⁸：

1. 本案不僅背離了公共文化財的「公共性與公益性」原則，而且在現有法規中其實未有「直接存在」任何「可出租公有古蹟」的法律依據。
2. 臺北市政府逕自援引了「國有財產法」第28條之但書：「主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益³⁹。但其收益不違背其事業目的或原定用途者，不在此限」以及「國有公用不動產收益原則」等，轉將市定公有古蹟「紫藤廬」，標租給「紫藤廬有限公司」⁴⁰的方式，法規依據極為牽強。雖然「國有財產法」第28條之但書，以及「國有公用不動產收益原則」等，明訂有管理機關得透過「出租或利用」，以提升「國有公用不動產」的運用效益，但是若依「中央政府各機關珍貴動產不動產管理要點」第3條之規定⁴¹，屬性為「珍貴不動產」的公有古蹟，因其係經文化資產主管機關指定或登錄，且其亦因具有文化性、歷史性、藝術性或稀有性，因此，不應將珍貴公有古蹟，貶抑為「國有公用不動產」所通論指涉的「一般建物」⁴²。
3. 就法律的位階與施行日期而論，自2009年7月3日起施行的「國有公用不動產收益原則」係屬財政部的「行政命令」(行政規則)，而「中央政府各機關珍貴動產不動產管理要點」，則是由行政院為配合「文資法」的修訂於2009年10月16日⁴³。在此同時，文化資產管理機關亦早就對公有古蹟限制以「委任、委辦或委託」，進行古蹟委外管理營運的方式。

³⁸夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

³⁹臺灣高等法院103年上更(一)字第74號民事判決民國105年04月12日要旨：「土地浮覆後，原所有人之所有權既當然回復，原所有人本於所有權請求回復土地，係基於所有權所衍生之物上請求權，其性質為物權，此與所有權人依土地法第12條規定，申請回復所有權屬公法上之請求權者，二者性質不同。此外，國有財產中，屬公用財產者，以直接使用機關為管理機關，非公用財產則以國有財產局為管理機關；公用財產若變更為非公用財產時，始由國有財產局為接管，而原屬臺灣省政府管理之公用財產，則移交由接管機關管理，故國有財產署，對公用財產並無管理權。」

⁴⁰夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

⁴¹中央政府各機關珍貴動產不動產管理要點(修正日期：民國98年10月16日)第3點：「I.本要點所稱珍貴動產、不動產，係指經文化資產主管機關指定或登錄為文化資產之動產、不動產，或具文化性、歷史性、藝術性或稀有性之財物，經管理機關認定具有珍貴保存價值者，或因屬性認定有爭議，陳經該管理機關之主管機關會同相關權責機關認定之財物。II.前項珍貴動產之認定，不受財物標準分類所定財產要件金額一萬元以上且使用年限在兩年以上之限制。」其立法理由：「一、查文化資產保存法所稱文化資產，除古蹟、歷史建築、聚落、具歷史文化意義之遺物、文物、古物等屬動產、不動產性質外，其餘如文化景觀、表演藝術、民俗、信仰、節慶等文化資產均非屬動產、不動產性質，是以珍貴動產、不動產與文化資產之範疇並不相同。惟文化資產具有珍貴保存價值，故機關經營之動產、不動產，如經文化資產主管機關指定或登錄為文化資產者，仍宜列為珍貴動產、不動產管理。二、查珍貴動產係以該等財物是否具有珍貴保存價值為判定標準，而非考量其使用年限及帳列金額是否達到一定標準，故珍貴動產應不受財物標準分類所定財產要件金額超過一萬元以上且使用年限在兩年以上之限制。三、依據上開查處結果修正珍貴動產、不動產定義，以資周延。」

⁴²夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

⁴³夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。其認為於2008年9月25日直接核頒，似乎有誤。

4. 依臺北市政府僅有的出租條款——「臺北市市有非公用閒置不動產提供使用作業要點」第2條的規定內容：該要點所稱之「市有不動產」，係指市有之「非公用」房屋或土地，且「短期無使用計畫者」，因此，全然不符於「紫藤廬」的根本情況⁴⁴。
5. 依當前文資局的公告，「紫藤廬」的所有權及管理人，至今仍歸屬於交通部基隆關稅局，故此，市定古蹟主管機關角色的臺北市政府，未有法律依據，無權直接讓自己當起房東，進而收取每月27萬餘元的租金。儘管臺北市政府逕自援引了「國有財產法」第28條之但書以及「國有公用不動產收益原則」，然而依據該法規極為牽強，究其實質，也只解決了「能不能」(法律依據)而非「該不該」(權限依據)的問題。綜上，臺北市政府出租珍貴公有古蹟「紫藤廬」給私人公司的法理與正當性，值得懷疑的⁴⁵。

三、不應做為交易或換取經濟利益之使用

國有財產署無文化資產管理專業，每年想編列維護管理預算，又總因「財政困窘」而被犧牲，頂多只能勻支房屋例行管理費，定期派員巡察、聊表心意，偶爾還會被附近居民投訴環境髒亂或造成治安死角⁴⁶。為了避免文化資產毀壞，國有財產署修改國有財產管理辦法，將租金彈性化，希望提高民間文化團體或文史工作者參與的意願，讓文化資產永續再生⁴⁷。國有財產署表示⁴⁸：需藉助「民間文化團體」或「文史工作者」對文化資產維護之熱忱及力量，協助經營管理。

臺北市政府文化局於2013年1月31日，以「結合民間經營團隊資金與創造力，協助修復屋主提供之老房子，並減免部分使用費，以作為文化創意工作者創作、展演、營運之空間，再現城市歷史的記憶與風華」為由，發佈「老房子文化運動」計畫；2013年10月9日，再發佈「成功地為9棟具有文化資產身分的老房子，找到7位伯樂」的喜訊⁴⁹。

截至2014年6月底止，國有財產署經營之國有文化資產共82處(古蹟47處，歷史建築33處，遺址2處)，且中央及地方文化主管機關仍陸續依法指定，數量持續增加。國有財產署雖積極協調各地方政府辦理撥用，惟屢獲地方政府回復尚無公用需求及無撥用意願，遇有撥用意願者，多侷限於區位條件佳及屋況條件較好之標的。以臺北市政府推動老房子文化運動計畫為例，由國有財產署北區分署主動將位於臺北市轄內之歷史建築資料提供臺北市政府文化局，經該局挑選位置適中並覺得有意願修復老房子及負責活化再利用之廠商後，方啟動撥用程序，撥用後租金給予打折優惠，即按當期土地申報地價×土地使用面積×5%×優惠折數

⁴⁴夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

⁴⁵夏學理，荒唐古蹟出租紫藤廬公司-自由電子報自由評論網，2013-04-25，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/673637>。

⁴⁶聯合報記者沈婉玉／台北報導，鼓勵文創 國有地彈性降租金，發佈日期：2015/01/06，資料來源：<http://udn.com/news/story/7014/621727>。

⁴⁷聯合報記者沈婉玉／台北報導，鼓勵文創 國有地彈性降租金，發佈日期：2015/01/06，資料來源：<http://udn.com/news/story/7014/621727>。

⁴⁸夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015年01月08日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

⁴⁹夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

計收，租金優惠折數依個案修繕費負擔情形，以不低於租金全額之5折為限。換言之，經地方政府挑選後，餘留國有財產署經營之國有文化資產，或區位條件不佳，或毀損狀況較嚴重，如依臺北市府租金計收基準，顯難引進民間力量協助修復再利用⁵⁰。

中興新村文化景觀(地方登錄公告日期：2011/04/12；主管機關：南投縣政府)保存區域範圍內，計有古蹟(縣定指定)一處(臺灣省政府)、歷史建築(地方登錄)11處(行政院人事行政局地方人事行政處(原臺灣省政府人事處)、經濟部中部辦公室(原臺灣省政府建設廳)、交通部交通事業管理小組(原臺灣省政府交通處)、臺灣省政資料館(舊館及貴賓招待所)、行政院農業委員會水土保持局(原臺灣省政府農林廳水土保持局)、行政院農業委員會農糧署(原臺灣省政府農林廳)、中華電信公司中興服務中心、臺灣銀行中興新村分行、中興會堂、臺灣新生報中興新村辦事處(原館)、國家文官學院中區培訓中心中正堂(原臺灣省政府訓練團中正堂))，上揭建築物座落土地地段本體以外土地範圍，屬文化景觀保存範圍。

中興新村一大片被棄置的省府宿舍，如果管理機關多費點心思，整修宿舍、平價出租，荒廢的宿舍有人管理，也解決外地員工居住的問題，並可望為南投縣帶進新的外來人口，可謂一舉數得⁵¹。省府宿舍區原本綠籬紅瓦很有特色，但十多年乏人整理，宿舍雜草叢生。宿舍根據「文化資產保存」保留下來，但沒有管理早晚成為廢墟。其實，只要雇工清理庭園，粉刷牆壁、更新紗窗，上網招租，到法院公證。月租一萬元，以目前中興新村動輒千萬元的房價，「宿舍招租」勢必相當搶手⁵²。根據「公有宿舍管理辦法」規定，宿舍不可以出租。這正是公務員不作為，最好的擋箭牌。倘若宿舍管理辦法修改，給老舊省府宿舍，帶來新生命，不只可讓南投縣人口數增加，也能給蕭條多時中興新村商圈，帶來新的商機，一舉數得，為何不做⁵³？

為解決上述公有古蹟出租欠缺法律依據之問題，2013年12月25日修正國有非公用不動產出租管理辦法第9條(土地及建築改良物一併標租)：「I.非公用土地及建築改良物一併標租時，依年租金競標，並以有效投標單之投標金額最高者，為得標人。最高者有二標以上相同時，當場由主持人抽籤決定得標人。II.前項年租金底價，不得低於依法令規定逕予出租之年租金；其訂定基準，由財政部定之。III.第一項不動產之年租金，按得標之年租金計收。IV.得標後，因法令規定逕予出租之租金率發生變動，法令規定逕予出租之年租金高於承租人得標之年租金時，改按法令規定逕予出租之年租金計收。V.第一項不動產屬依文化資產保存法公告之文化資產者，其租金計收之基準及方式，另由財政部會商相關機關擬訂，報請行政院核定。」

財政部國有財產署(以下簡稱國有財產署)對於所經營古蹟、歷史建築等文化資產，囿於組織編制及業務面向，人員未具文化資產管理維護之專業職能，就管理維護計畫之撰擬及管理維護經費之編列確有困難。文資法第18條第4項雖規定，公有古蹟及其所定著之土地，得由中央或地方文化主管機關辦理撥用，惟該項規

⁵⁰ 2014年9月24日財政部臺財產管字第10340020550號函至行政院擬訂「標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式(草案)」

⁵¹ 記者張家樂／綜合報導，平價招租省府宿舍 存文化吸人口，好房網 News，關心您住居的房地產新聞，<https://news.housefun.com.tw/news/article/16130674818.html>。

⁵² 記者張家樂／綜合報導，平價招租省府宿舍 存文化吸人口，好房網 News，關心您住居的房地產新聞，<https://news.housefun.com.tw/news/article/16130674818.html>。

⁵³ 記者張家樂／綜合報導，原文網址：平價招租省府宿舍 存文化吸人口，好房網 News，關心您住居的房地產新聞，<https://news.housefun.com.tw/news/article/16130674818.html>。

定並無強制性，主管機關多以文化資產傾頹毀壞，後續修復工程經費龐大，或辦理修復後無法達到預期效益，致撥用意願低落。爰宜藉助民間文化團體或文史工作者對古蹟維護之熱忱，以標租方式，引進民間力量協助古蹟、歷史建築等文化資產之管理維護事宜，惟年租金倘比照一般國有房地基準計收，恐影響民間文化團體或文史工作者參與投標之意願，爰增訂國有非公用不動產出租管理辦法(以下簡稱出租管理辦法)第9條第5項規定，另由財政部會商相關機關擬訂，報請行政院核定⁵⁴。

依國有非公用不動產出租管理辦法第9條第5項之規定，行政院2014年12月15日核定「標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式」之規定⁵⁵：「1.依國有非公用不動產出租管理辦法第9條第5項規定標租之國有非公用文化資產(以下簡稱文化資產)，為依文化資產保存法公告為文化資產之國有非公用土地及建築改良物一併標租者。2.文化資產依年租金競標，年租金底價由出租機關參考市場行情查估。但不得低於依法應繳納之各項稅賦(包括土地稅及房屋稅等)合計金額。3.文化資產租賃關係存續期間，承租人依文化資產保存法相關規定進行全面修繕者，其修繕期間免收租金；進行部分修繕者，其修繕期間依其餘租用範圍計收租金。前項修繕期間，由文化資產主管機關依個案核准之修復或再利用計畫認定。依據該租金計收基準及方式後，國有財產署公告出租標的，不僅保障文化團體或文史工作者承租，租金也只要不低於土地稅及房屋稅等合計金額即可⁵⁶。國民黨立委陳碧涵則質疑，財政部國有財產署規定，業者先得標後，再提出修復計畫，這樣的程序、邏輯「很怪」⁵⁷。

國有財產署即自2014年12月29日起，以「引進民間力量，協助古蹟、歷史建築等文化資產活化再利用，爰將公有古蹟約八十處(持續增加中)公開標租，以減輕政府財政稅收負擔」的理由，開始推動文化資產「標租業務」⁵⁸，相關標的物則包括建國啤酒廠、基隆市中正區武昌街日式宿舍群等80處古蹟或歷史建築⁵⁹。針對此一超規模的「標租」古蹟行動，國有財產署表示，古蹟、歷史建築等文化資產保存、管理不易，希望藉由「標租」作業，引入社會資源協助修繕、活化，賦予文化資產新生命，且國有財產署已報院核定，放寬年租金底價計算方式，將在不低於土地稅、房屋稅等各項稅賦前提下，參考市場行情，訂出合理租金，修繕期則不須負擔租金⁶⁰。

⁵⁴ 2014年9月24日財政部臺財產管字第10340020550號函至行政院擬訂「標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式(草案)」

⁵⁵ 行政院2014年12月15日院臺財字第1030070151號核定

⁵⁶ 黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁵⁷ 黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁵⁸ 夏學理、李宜瑩，請正視「標租古蹟」的道德風險，2015年1月13日，<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁵⁹ 夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews-2015年1月5日 下午8:50，<http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

⁶⁰ 夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews-2015年1

「標租古蹟」有法律依據之後非但沒獲得掌聲，反而被視為這將文化視為經濟考量的惡劣行為，這作法不僅對文化資產有害無利，而任意「標租」全民共有的文化資產，更可能造成日後無法補救的遺憾⁶¹。異議者認為⁶²，國有文化資產需要活化再利用沒錯，但「保存」仍是應優先於「活用」，畢竟許多文化資產被破壞後就無法保有原先的「真實性」及「完整性」。已被認定為古蹟之建物，在使用收益上應當符合其原本古蹟的風貌，而非任何產業都可以進駐，以免破壞古蹟該有的面貌，因此財政部國有財產署或文化部在審查使用人應當雙向溝通，而非僅以自身單位考量而便宜行事，如此古蹟的運用才得以雙贏⁶³。國有財產活化當然很好，但如果是古蹟時，則在活化時還應重視古蹟的特性及價值，在使用時予以合理限制，這樣才能兼顧「財產活化的效益」及「文化資產的維護」⁶⁴。

異議者認為⁶⁵，不論中央或地方政府，常因經濟考量而無法保全文化資產，或起爭議，如辦理都更，將其遷址，而又因管理保存不當，使其屢屢遭到破壞。如今交由民營組織標租，可以想見有一定的風險，誰能保證承租者都能在保存文化資產的前提下進行「標租」呢⁶⁶？又，文化部官員與辦理文化資產的公務員、專家學者們，不知道文化資產被「標租」嗎？可否用你們的專業與《文資法》回應大眾，還有，用你們接觸過的案例，說說這件事是否合理呢？另外，究竟是誰研擬、通過「標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式」，倘若文化資產受到破壞，造成無法彌補的錯誤，該負責的不應只有承租者，參與並通過這方式的人也應該負連帶責任⁶⁷。文化資產有活化再利用的思維並非不好，但國內實施在國內太過「趨利」而非「趨善」，成了一堆營利的文創區域，眾人拍拍照、買買紀念品、喝喝咖啡就隨即走人，使文化資產原先的意義消失，人民不可能有文化資產保存意識；倘若，標租後的文化資產延續這種型態，那後果真的不堪設想。其實，只要文化資產成為各地核心，各地融入其文化範疇內，人民有感，就算沒活化再利用，也當能保存⁶⁸。

月5日 下午 8:50, <http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

⁶¹也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁶²也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁶³黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，

<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁶⁴黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，

<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁶⁵也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁶⁶也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁶⁷也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁶⁸也可，「標租」文化資產 後果不堪設想，2015-01-13，

<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

儘管公有文化資產出租有法律依據之後，異議者認為⁶⁹，2013年3月底，埃及文物部門才特別出面嚴正強調：無論何時，政府都不會拿文化遺產菁華，做為交易或換取經濟利益之用。原因是，近年來包括文化古國希臘、埃及和義大利在內，均曾醞釀以「出租」文化、歷史景點等方式，來促進經濟發展同時抵償債務。其中，希臘曾想出租「雅典衛城」等古蹟；埃及曾想透過5年的租期，出租獅身人面像、金字塔，企盼為國家換取高達2,000億美金的收益，以協助解決經濟問題；至於義大利，更甚至一度打算出售「巴勒摩宮殿」。但事件的最終，皆因引發極大爭議，且招致來自國內外的滔天反對聲浪，而使得上述的這些出租或出售古蹟的計畫不了了之。

未料，臺北市政府卻反而自2013年4月16日起，以長期標租的方式，將市定古蹟「紫藤廬」，出租給私人公司營業3年（期滿還可再續約3年），創下了政府單位將珍貴公有文化資產，出租給私人公司營利的全球惡例⁷⁰。

當臺北市政府在2013年4月16日，以史無前例的方式，將一個所有權不屬於臺北市政府的「國有財產」-「市定公有古蹟-紫藤廬」，違法濫租給營利事業單位（紫藤廬有限公司）時，異議者即曾在「總統府-文化大酒家!?!寫給英九總統的公開信」一文中寫道：類此「出租公有古蹟-紫藤廬」的惡例若不即刻制止，則在現今臺灣面臨經濟困境、國稅欠收、出口負成長、第一季GDP攔腰折半...的狀態下，說不定，有朝一日，總統府（亦即日據時期的總督府，國定公有古蹟之一），也會被政府假藉以「提升房地使用效益，並確保合理使用費收入，增加公庫財政收益」的荒謬名義，出租給某個「集團」，繼而盛大開設「總統府-文化大酒家」-專賣文創商品「馬英酒」⁷¹；異議者認為，此種A=B、B=C，所以A=C的最基本法理邏輯推演，應不至於難以領悟。（背景說明：紫藤廬宅院，原為日據時期台灣總督府之高等官舍）為了全國近800處「珍貴公有古蹟」之共同美好未來，以及維護包括總統自己與臺灣子子孫孫們的「文化權」，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑⁷²。

異議者認為，專事經營國有房地的國有財產署應當知道臺灣的「人頭」問題之嚴重性。隨手上網搜尋就可發現，歷年來，奮力高舉「文化」或「文史」大旗，卻做得「比商業還商業」的重大病例不知凡幾，國有財產署是打算如何擔保，那80處國有文化資產，不會淪入奸商之手⁷³。異議者質疑的理由在於，早在2014年5月19日，即有不具名的國有財產署官員，透過媒體放出風聲表示⁷⁴：於2004被指定為臺北市市定古蹟、占地面積約1140坪的陸軍聯誼廳，可以引進民間資源，變成文化據點，開創文創聚落，吸引觀光人潮，讓國有地更有效活化及利用。同時，國有財產署高層更舉例指出，以「最大開發強度」估算，國軍英雄館可創

⁶⁹夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews-2015年1月5日 下午 8:50, <http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

⁷⁰夏學理，龍部長，請保護好您的寶貝-「紫藤廬」，2013/04/29，

<http://blog.udn.com/g92126/7560252>。

⁷¹夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews-2015年1月5日 下午 8:50, <http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

⁷²夏學理，請文化部即刻出面制止國有財產署「標租」古蹟的違法行徑，NOWnews-2015年1月5日 下午 8:50, <http://www.nownews.com/n/2015/01/05/1565124>。

⁷³夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015年01月08日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

⁷⁴夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015年01月08日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

造 159 億元效益，基信營區可創造 23 億元、國泰營區則可創造 52 億元，共計創造 447 億元的效益。據此試問⁷⁵：哪個臺灣的「民間文化團體」或「文史工作者」，可能擁有規模如此巨大的開發力度？

先有臺北市政府將市定公有古蹟—「紫藤廬」，違法濫租給營利事業單位—「紫藤廬有限公司」，後又發生臺南市文化局出借「億載金城」，竟遭借用單位在古蹟區內「開趴」；以及承包臺南市市定古蹟安平海關（運河博物館）的「皇尚公司」，在古蹟區內販售「桶仔雞、熱炒」等駭人聽聞的惡行⁷⁶。2014年10月中旬，網友曾以「古蹟出借，抽煙飲酒歡樂夜；古蹟委外，熱炒小吃桶仔雞」的打油詩，嘲諷政府放縱私人惡搞公有古蹟，未料，國有財產署竟圖謀自2015年起，在根本違反「文化資產保存法」的情況下，準備將八十處古蹟、歷史建築，標租給「民間力量」（不知會是哪些民間有力人士？）試問，國有財產署在違反文資法的同時，曾否衡酌過「道德風險」？在租約自始「於法無據」的情況下，設若得標業者當起二房東、轉包商，甚或不幸造成古蹟損毀、全毀，羅生門般的責任歸誰⁷⁷？

2015年後的今天，我們看到的「文化」運動「成果」，究竟是什麼⁷⁸？首先，2014年11月媒體大幅報導⁷⁹：「臺北市文化局發起「老房子文化運動」...，頂新集團旗下的「頂禾開發」慧眼獨具，標下了「幸町」，說要移植修復彰化成美堂祖厝的經驗，把此處打造成獨立書店「文房」。在商場上一向追求獲利的魏家，怎麼會想要經營利潤微薄的書店？原來「頂禾開發」買下了「幸町」後方501坪的土地，推出豪宅建案「頂禾園」，搶標歷史建物拿下經營權，只要花小錢維修，即可藉由周邊環境的整合，來為自家建案加分。」媒體寫道⁸⁰：「據了解，原本頂禾開發的如意算盤，是連「幸町」的土地一起買下後，拆除日式宿舍，一舉將基地面積擴大到669坪，後來發現日式宿舍為歷史建物，不得任意拆除才縮手。但透過文化局的招標，「幸町」還是落入頂新手中，成了妝點豪宅的最大賣點，而且比買地省得多，讓頂禾開發董事長魏應交笑得闔不攏嘴。」

接著，位於臺北市大安區杭州南路2段，於2014年12月下旬揭幕的「樂埔町」，其原提案之使用內容為：「以「食、衣、住、行」的「行」發想，透過4個文化創意軸面：「行·旅」、「行·人」、「行·食」、「行·腳」，作為單車旅遊、生活美學推廣及社區經營」；孰料，在揭幕後，卻成了一個「目前採訂位預約制，因配合內部作業、建築空間恕不開放」，提供「午餐套餐和下午茶餐點，晚餐以單點為主，有湯、飯、煮物、揚物、燒物、串燒、碳烤食蔬、清酒飲料等」價格

⁷⁵夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015年01月08日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

⁷⁶夏學理、李宣瑩，請正視「標租古蹟」的道德風險，2015年1月13日，<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁷⁷夏學理、李宣瑩，請正視「標租古蹟」的道德風險，2015年1月13日，<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

⁷⁸夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁷⁹夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸⁰夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

不斐的高檔日本料理餐廳。由此看來，這個顯然與「單車旅遊」毫無直接關係的餐飲空間暨其業者，還真的是「很行」⁸¹。

至於另一個同樣在2014年12月揭幕，位於臺北市中山區新生北路3段的「Miracle X House」，其原提案之使用內容為：「打開老房子。發現珠寶盒 - 經營文創空間、金工流行、生活美學、創意設計、社區經營等五大主軸」；但實地對之進行探訪後可發現，強調「義式手創料理」的用餐區，卻普遍分佈在該歷史建築的一、二樓，以及戶外庭園區⁸²。基此，就非常容易順著聯想，在臺北市萬華區中華路一段「406廣場輪番所」的「茶飲與茶點供應」；陽明山美軍宿舍群裡的「西點蛋糕販售區」、「無痕餐車」；松山區八德路二段「一號糧倉」的「食育推廣」（食慾推廣？），究竟是個老房子「文化」運動？還是「口腔與肛門」運動⁸³！反觀同屬臺北市政府的都更處，則不但於台北市內設置了包括URS23天母白屋、URS27華山大草原、URS27W城市影像實驗室、URS44大稻埕故事工坊等8處URS都市再生前進基地，同時還能擇以「都市農耕、藝術行動、在地文化、校園互動、心窩田畝講堂，以及社區展演交流」等活動，透過知性美與文化力，開啟民眾與空間的永恆對話⁸⁴。

綜上，當前任的臺北市文化主政者，只有能力以「口腔期」與「肛門期」的思維，對台北市境內具有文資地位的公有歷史建築，進行活化與再利用的想像時，新任的台北市政府，是不是還會（或還該）繼續的「掛羊頭賣狗肉」，則必定將實質地對市長的「高智商」進行考驗⁸⁵。

四、財政部的辦法（法規命令之性質）不得抵觸文化資產保存法

公有文化資產出租有了2013年12月25日修正的「國有非公用不動產出租管理辦法」第9條第5項暨2014年12月15日核定的「標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式」作為法律依據之後，文化部文化資產局表示⁸⁶：國有財產署計畫自2015年度開始，大規模「標租」國有古蹟、歷史建築之行動，「並不違法」⁸⁷。

異議者認為仍有「違法」之疑慮⁸⁸，其理由：對於文化部的文化資源司暨文資局而言，性屬「特別法」的「文化資產保存法」，不但是該二單位的「聖經」、

⁸¹夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸²夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸³夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸⁴夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸⁵夏學理，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，2015年2月26日，名家觀點／是老房子文化運動？還是「口腔與肛門」運動！，<http://www.nownews.com/n/2015/02/26/1615833>。

⁸⁶今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁸⁷今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁸⁸今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日

「寶典」，更是應極力予以維護的根本大法。在「文資法」第2條明文規定⁸⁹：「文化資產之保存、維護、宣揚及權利之轉移，依本法之規定」的情況下，查「國有非公用不動產出租管理辦法」，僅係由「財政部」於2001年9月3日發布施行的一份「行政規則」（其實本辦法依國有財產法第42條第4項規定訂定之，故應屬法規命令之性質）。反觀「文資法」，則是於民國71年5月26日制定公布的「特別法」，依據中華民國憲法第172條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」暨中央法規標準法第11條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令」⁹⁰，故文資法之法律位階優越於財政部訂定的「行政規則」（本辦法應屬法規命令之性質）。「特別法」的「文化資產保存法」相對於財政部的辦法（應屬法規命令之性質）而言具有「法律優位」原則，亦即「效力優位」（Geltungsvorrang）原則的存在。

異議者認為，我國「文化資產保存」最高主管機關因為無視於文資法之法律位階優越於財政部訂定的辦法，也因此就不會訝異於：「台北機廠國定古蹟審議暨存廢爭議」、「錯拆產業古蹟七七行館」、「台北市文化局發起老房子文化運動，頂新魏家標下168坪的日式宿舍，強拆古蹟建築」、「暫定古蹟青雲閣遭地主全部拆除」、「樂生療養院遭部分拆除」等事件的發生。2001年09月03日訂定（舊）國有非公用不動產出租管理辦法第9條之規定：「非公用土地及建築改良物一併標租時，依年租金競標，並以有效投標單之投標金額最高者，為得標人。最高者有二標以上相同時，當場由主持人抽籤決定得標人。前項年租金底價，不得低於依法令規定逕予出租之年租金；其訂定基準，由財政部定之」vs.（舊）「文資法」第18條：「公有古蹟必要時得委任、委辦其所屬機關（構）或委託其他機關（構）、登記有案之團體或個人管理維護」相較之下，「文化資產保存」確實符合於社會法益暨國家法益的規定⁹¹。

五、應當排除「標租」之方式

國有財產署表示，國有財產署沒有文化專業，只能先用租金競標的方式，找到合適的承租人。如果得標人計畫未過，就沒有使用權。文化部文資局表示，文化資產保護法雖規定古蹟管理維護可以「委任、委辦或委託」的方式，但也沒有排除「標租」，出租後，一樣要受文化資產保護法之管理⁹²。

自從公有文化資產出租有法律依據之後，依據2015年1月25日自由時報B2版記者鍾麗華所撰「國有財產署賤租古蹟 文化部不吭聲 學者：疑有鬼」為題的報導裡，文化部文化資產局表示⁹³：「文資法雖規定古蹟管理維護可以『委任、委辦或委託』的方式，但也沒有排除『標租』...」，標的建築包含苗栗南庄東村宿

日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁸⁹今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁹⁰今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁹¹今日論壇／夏學理：從文化資產保存看士大夫之無恥，2015年01月09日，NOWnews.com 今日新聞網，<http://www.nownews.com/n/2015/01/09/1568573>。

⁹²黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁹³夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是擄客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

舍群、基隆武昌街日式宿舍群等八十處，不但未限制承租人資格，還彈性降租金⁹⁴。學者質疑，標租古蹟違反《文化資產保護法》，文化部卻未出面制止⁹⁵。

異議者批判認為，上述古蹟沒有排除「標租」的宣示，不僅褻瀆了我國憲法第166條：「國家應...保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」的文化資產神聖性，更把文資局組織法第一條：「執行及督導文化資產之保存、維護、活用、教育、推廣、研究及獎助業務，特設文化資產局」的崇高設立目的，降格為是在從事「仲介業」，並使局長成了「擄客」⁹⁶。

異議者質疑地認為⁹⁷，古蹟真如文資局在2015年01月25日所說，可以被「標租」或「沒有排除標租」嗎？查文資局「常見問題FAQ」，在有關「古蹟委外管理營運」項下的所有「問與答」裡，文資局除曾依「文化資產保存法」的規定回覆，以「當古蹟所有人、使用人或管理人擬定管理維護計畫有困難時，公有古蹟可以辦理委任、委辦或委託」外，查無任何可以「標租」或「沒有排除『標租』」古蹟的公開說明。因此《文化資產保護法》限制古蹟僅能以「委任、委辦或委託」方式進行管理維護，未開放古蹟出租，財政部國有財產署大規模「標租」行為，文化部竟悶不吭聲，讓人懷疑其中「有鬼」，濫租的結果⁹⁸。奈何，理應「依法行政」的行政院，明知文化資產保存法是「特別法」的位階最高，卻刻意規避性屬「特別法」的「文資法」，以及立法院的監督，卻於2014年12月15日核定「標租文化資產基準及方式」（依據「國有非公用不動產出租管理辦法」第9條第5項）；而在「標租」根本超越「文資法」對古蹟限制以「委任、委辦或委託」方式進行委外管理的情況⁹⁹。其次，在文資局「沒有排除標租」的說詞於自由時報的2015年01月25日上午，文化部洪孟啟部長在自己的臉書上寫下¹⁰⁰：「其實國有財產署的...形式是一種『委託管理』及古蹟活化再利用，錯就錯在用了『標租』兩個字」；就此，如果連洪部長都認為：「標租」是一種「錯用」，則文資局「沒有排除『標租』」的說法，豈不違反了公務員服務法：「屬官有服從之義務」、「以上級長官之命令為準」的規定。再者，一篇刊載於2013年11月20日，以「國有古蹟活化

⁹⁴黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，

<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁹⁵黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，

<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁹⁶夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是擄客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

⁹⁷夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是擄客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

⁹⁸黃興國，文化部應檢視國有財產署使用收益古蹟方式！，2015年2月5日，

<http://eddison1109.pixnet.net/blog/post/193645404-%E6%96%87%E5%8C%96%E9%83%A8%E6%87%89%E6%AA%A2%E8%A6%96%E5%9C%8B%E7%94%A2%E7%BD%B2%E4%BD%BF%E7%94%A8%E6%94%B6%E7%9B%8A%E5%8F%A4%E8%B9%9F%E6%96%B9%E5%BC%8F%EF%BC%81---%E6%96%87>。

⁹⁹夏學理，毛院長，我們的古蹟在哀鳴，即時新聞，2015年01月08日，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150108/538640>。

¹⁰⁰夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是擄客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

擬開放民間標租」為題的報導，曾清楚的敘述¹⁰¹：財政部之所以向行政院提出「國有非公用不動產出租管理辦法」修正草案，乃是因為「擬針對受文資法『限制』的古蹟及歷史建築，能開放給民間標租」；是以，如果文資局「沒有排除『標租古蹟』」的今日說詞為真，則財政部暨國有財產署何須於當時大費周章地規避文資法的「限制」¹⁰²？究其實，文資局的「沒有排除『標租古蹟』」之說，似不只是想為國有財產署標租80個國有古蹟之一的「建國啤酒廠」開大門。目前正陷入重大文資暨土地開發爭議的台鐵局「台北機廠」案，是不是也就因此可以全廠「標租」？時至今日，「古蹟標租」已不再是個「違不違法？應不應該？」的單純文資保存問題，或已到了該聲請大法官釋憲的時刻¹⁰³。

「特別法」—(舊)文化資產保存法第18條明訂：「公有古蹟必要時得委任、委辦其所屬機關(構)或委託其他機關(構)、登記有案之團體或個人管理維護」，限制古蹟僅能以「委任、委辦或委託」的方式進行管理維護，而不開放公有古蹟出租，乃主係因古蹟、歷史建築，不但是國家(地方)先民們，為歷史、文化、建築、藝術奮力付出的無價遺產，更代表一份無可替代的情感傳承與文化經歷。是以，象徵一個國家(地方)文明高度的古蹟、歷史建築，在難以透過市價或經濟利益衡量的情況下，世界各國無不以自己國境內所擁有的珍貴古蹟、歷史建築自豪，並爭相聘請專業人士，協助進行維護保存工作¹⁰⁴。

參、增訂文化資產保存法第102條之一些問題

由於2013年12月25日修正的國有非公用不動產出租管理辦法第9條第5項、2014年12月15日核定的標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式使得公有文化資產出租有法律依據之後，再度於民國2016年07月27日新增文化資產保存法第102條：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關依其管理維護情形定期檢討核定，其相關辦法由中央主管機關定之。」更為鞏固公有文化資產出租之合法性。容有以下一些問題，值得進一步討論：

一、「承租」之用語是否合宜

此條文不僅擴大公有文化資產適用範圍，更直接使用「承租」之用語，是否乃立法者有意藉此表明公有文化資產在運用上得突破向來之限制，而得以透過「租賃」的形式進行應用，從立法院相關會議記錄(會議日期：2016年5月12日)中，並未發現立委與官員就能否「出租」相關公有文化資產進行討論¹⁰⁵，討論較多反而是以得出租為前提，討論租金如何進行抵減¹⁰⁶。此外，這樣的規定是

¹⁰¹夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是掮客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

¹⁰²夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是掮客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

¹⁰³夏學理，《自由開講》文資局是仲介業 局長是掮客！，2015年01月30日，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/breakingnews/1219652>。

¹⁰⁴夏學理、李宣瑩，請正視「標租古蹟」的道德風險，2015年1月13日，<http://nicecasio.pixnet.net/blog/post/405990193>。

¹⁰⁵袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹⁰⁶立法院公報，第105卷，第39期，委員會紀錄(會議日期：2016年5月12日)，頁326-331。

否符合文化資產保存法之立法目的，不能無疑¹⁰⁷。

政府欲將古蹟或歷史建築的經營工作委由民間承擔¹⁰⁸，一方面是減輕公部門的人事與財政負擔，最重要的是希望藉由民間多元化的經營創意與專業人才來換得文化資產能夠受到更為妥善的維護，經營者從中獲取合理適當的報酬。¹⁰⁹然而古蹟再利用委外經營到底是為了什麼¹¹⁰？是否僅是為了引入民間資金和技術，或是為了減輕公部門的行政壓力與責任，抑或是為了建立穩定的古蹟維護之財源基礎或發展文化觀光？這些問題可能沒有單一或標準答案。¹¹¹

儘管於文資法修訂前，對於是否得以「出租」公有文化資產，法源基礎不明¹¹²，但各縣市政府多透過公辦民營的委辦方式，將古蹟交由民間企業經營，例如台南市政府共有18個委外經營的古蹟景點，一年權利金收入約800多萬。然而市府每年編列古蹟維護的預算約1億元。根據學者的訪談資料得知，受託單位多將權利金稱之為「租金」。¹¹³由此可知，在一般民眾之認知上，仍多認為所簽訂者乃屬於民事上之租賃契約，而須繳納租金作為對價。然此觀念是否妥當，不能無疑¹¹⁴。

目前實務上，各地方政府多採用簽訂委託經營管理契約之方式進行¹¹⁵，諸如：「歷史建築臺中刑務所演武場委託民間經營管理」、「屏東縣勝利眷村文化會館委託經營管理標租案契約」以及台南市政府18個委外經營的古蹟等，大部分以OT或ROT的方式進行運作。以臺中市政府文化局辦理「歷史建築臺中刑務所演武場委託民間經營管理」契約書內容(契約年度：101年1月30日至106年1月29日止)為例：「1.定額權利金：惟第1年以簽約點交日之後第91天經營日起10日內繳交第一年度全年權利金。第二年度起，每半年度開始之日(上半年度為1月30日，下半年度為7月30日)前繳交次半年度權利金新台幣參拾陸萬元，並將收據函報機關備查。2.經營權利金：廠商於委託經營期間，每契約年度應按經營執行計畫書承

¹⁰⁷袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹⁰⁸袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹⁰⁹蔡芳杰、傅朝卿，古蹟委外經營制度對文化遺產管理功能之影響：以 R.O.T.與 O.T.模式為例，中華民國建築學會「建築學報」，第66期，2008年12月，頁173-174。

¹¹⁰袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹¹¹郭幸萍、吳綱立，公私合夥觀點之古蹟再利用委外經營決策影響因素之研究：多群體分析臺灣建築學會「建築學報」，第84期，2013年6月，頁156。

¹¹²袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹¹³許秉翔，台南市古蹟公辦民營的制度探討，臺灣建築學會「建築學報」，第86期，2013年12月，207-229頁。

¹¹⁴袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹¹⁵袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

諾之營業收入百分比，按其契約年度稅務報表之營業收入計算經營權利金之金額，於每年1月30日前繳付機關。權利金部分按實際使用時間計算。裝修與試經營期間不收取定額權利金，裝修與試經營期間之經營收入歸契約廠商所有，不計入經營權利金之計算範圍。2.委託經營期間，建築設備之管理費（包括水、電、保險、公共安全查驗與簽證、空調系統、清潔維護費）及因營業所需繳納至稅捐，申辦書件執照所需規費、審查費、一切專業簽證費用等，由廠商自行因應；為執行受託業務之人員人事費用亦由廠商負擔。3.房屋、地價稅由機關支付，另因營業所產生之稅賦均由廠商負擔。4.廠商辦理委託經營項目得收取費用，以自給自足。其收費項目及標準應於管理經營計畫書中提出，如有變動，須報經機關核可後始可實施。因此，條文逕稱之為「承租」，恐怕限縮條文適用之可能性，並且違反一般行政作業慣例¹¹⁶。

又促參法第12條規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」將委託經營的投資契約定位為私法契約。因此如果委託經營的項目，符合促參法第3條第1項所定公共建設，並由民間機構參與者，則適用促參法之結果，則應訂立私法性質的委託經營契約。此規定並未考慮契約標的與目的，是否妥適不無疑義，然無論如何，文資法直接使用「承租」之用語，恐非妥適，建議宜修正為「受委託經營管理」¹¹⁷。

二、「租金」之用語是否合宜

根據促進民間參與公共建設法第11條第2款規定，主辦機關與民間機構簽訂投資契約，應依個案特性，記載下列事項：二、土地租金、權利金及費用之負擔。另外，依「國有非公用不動產出租管理辦法」第8條第1項規定：「非公用土地標租，應收取訂約權利金及年租金，……」第2項則規定「前項訂約權利金底價，不得低於依法令規定逕予出租之年租金乘以年期之租金總額；其訂定基準，由財政部定之。」第3項進一步規定「第一項之訂約權利金及年租金，分別按得標之訂約權利金及依法令規定逕予出租之年租金計收。」又「國有非公用不動產標租作業要點」亦針對權利金與年租金有詳細的計算標準¹¹⁸。

又因促參法因僅有計收土地租金之規定，並未有房屋租金(使用費)之規定，行政實務上為秉持主辦機關與民間機構風險分擔、利潤共享之原則，多不再另立名目(及計收標準)計收房屋使用費，由主辦機關衡酌推動該案件之政策目標，並視個案財務可行性決定，以「權利金」一個名目計收，以維彈性。但能否以一個「權利金」名目，內含土地租金呢？不無疑問¹¹⁹。目前實務見解認為按促參法第15

¹¹⁶袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁10-14。

¹¹⁷袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹¹⁸袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹¹⁹袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

條及公有土地租金優惠辦法規定，僅予以土地租金優惠，且興建期暨營運期公有土地之租金計收標準，亦有明定，尚無得免收之規定，故仍應維持土地租金之計收名目。¹²⁰因此，權利金在解釋上無法包含土地租金¹²¹。

儘管如此，「國有非公用不動產租賃作業程序」第57點卻又規定房屋租金之計算方式：「出租不動產租金得按下列優惠規定計收。但同一出租範圍，不得同時適用不同之優惠規定：(二)國有房屋...2.國有房屋為古蹟者，依房屋租金額之百分之五十計收¹²²。」

若從所得稅法之觀點，第8條、14條亦就租金及權利金之定義以規範。其中租金乃財產因租賃而取得之對價。又如從民法第421條第1項之規定「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」

至於權利金則為專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利，供他人使用所取得之對價。最高行政法院58年判字第264號判例則以有無移轉所有權區別買賣價金與權利金，該判例謂「原告與美國○合化學公司間所訂工程合約，該公司將其秘密方法及技術讓與原告在臺灣應用製造，但該公司仍保有此項秘密方法及技術，此與買賣之效果使財產權變易其主體之情形不同。是該聯合公司讓與原告此項秘密方法及技術資料，僅係提供原告使用而取得一定報酬，係屬權利金，而非買賣之價金¹²³。」

惟不論如何，文資法第102條所稱之租金，解釋上可能之射程為土地租金與房屋租金，然而若參照前述之公共工程委員會等相關實務見解，恐怕不包括房屋租金在內。因此，在條文之用語上，是否適宜直接使用租金一詞不能無疑。建議宜修正為權利金與土地租金¹²⁴。

三、應定性為委託經營管理契約

以2009年11月19日「台中放送局委託經營管理(第二期)」契約書內容為例：「1.廠商需負責建物、空間、場地、設施及設備之日常維護，並(機關)每年編列預算支應。2.屬歷史建築之專業修繕工程者，由機關辦理。所指歷史建築之專業修繕工程，包括白蟻防治工程、結構安全及消防設施改善、屋頂或牆面防水防漏工程、地坪修繕工程、園區植栽移植(其餘未列入者，皆歸屬日常維護)。3.營運衍生費用與稅收之支付託標的營運範圍內之土地、建築物、設施及相關設備，其衍生之各項清潔、維護、保養、修繕、保管、保險、水電、瓦斯、電話、保全及其他所有費用，由廠商負擔。4.負擔受託營運所衍生之營業稅、保險費、規費及因違反法令應繳納之罰鍰等費用。5.地價稅與房屋稅由機關支付。6.定額權利金：

¹²⁰行政院公共工程委員會工程促字第10100332090號函亦認為：促進民間參與公共建設營運一移轉案件，興建暨營運期間使用之土地以「土地租金」名目計收，房屋則以「權利金」名目計收，土地租金及權利金應分別估算，且權利金已足額支付土地租金後始得計收。

¹²¹袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹²²袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹²³袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹²⁴袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

(1). 權利金自簽約日起每年繳交新台幣00萬元。(2). 權利金每半年度繳交一次，每半年度共繳交二次，每次繳交新台幣參拾萬元。權利金自簽約翌日起，每半年度開始之日(上半年度為1月5日，下半年度為7月5日)前繳交次半年度權利金新台幣參拾萬元，並將收據函報機關備查。」

至於委託經營契約的法律性質究竟是私法契約或是公法契約，不無爭論。有認為如果委託經營內容限於服務方面，原則上只要不涉及公權力的行使，即可定性為私法契約。如涉及公權力的行使，則可能屬於公法契約，適用行政程序法之相關規定。然而委託經營內容是否涉及公權力的行使，在個別情形卻難以明白判斷。由於公共設施通常有其公共任務與行政目的，其服務之提供或多或少具有公共利益之色彩，因此公益目的顯然可見¹²⁵。倘若著重其公益色彩，則可能傾向於定位為公法契約。就此學者有認為如委託經營契約是為執行特定法規規定所為，則應依據該法規的定性(公法或私法)，據以決定契約的法律性質；倘若欠缺此類法規的規定，則如契約處理的事務，涉及給付行政的領域，即應肯定行政機關有法律形式(私法契約或公法契約)的選擇自由¹²⁶。國家基於不同原因積極取得之財產，或是財產不屬於私有或地方所有者，在法制上皆認定為國有財產。其因使用對象及用途設定之不同，復可區分為「公用財產」與「非公用財產」兩類。其中，非公用財產類之不動產原則上得透過租賃契約之訂定出租予承租人，並藉由租金之收取，增加國庫之收入。縱然如此，國有非公用財產之出租，法制上並不必然意味著其不具有公益性，或是非在於實現公用行政目的。毋寧，非公用財產在概念上僅指稱不被國家預設為具有公的用途(公務用、公共用或事業用)之財產而已¹²⁷。但其出租等收益行為是否(兼)具有實現其他行政目的等等公益，則應更細膩地視個案情形及其所適用之法規範而定，國有財產法本身並未根本性地予以排除。從而，非公用財產不應被誤解為「非公益財產」。進而，其出租行為亦不應過於速斷地一律被視為是不具公益性之單純私經濟活動；因租賃所涉及之法律關係，亦不宜過度化約地一律被定性為是公法關係或是私法關係。¹²⁸

此外，目前實務上，因古蹟修復經費龐大，往往於修復後委託管理經營時，往往在硬體上不能滿足受託人之需求，而必須第二次修復，故以促進民間參與公共建設法中的OT或ROT的方式，將古蹟修復與古蹟管理維護與經營一併委託於同一受託人。¹²⁹這個情況，也是立法者當初在修訂文資法時，將第102條列於獎勵章節之緣故¹³⁰。

¹²⁵袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁10-14。

¹²⁶袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁10-14。

¹²⁷袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹²⁸詹鎮榮，國有土地出租爭議之審判權歸屬—以台中高等行政法院104年度訴字第53號判決出發，與大法學，第19期，2016年5月，頁169。

¹²⁹陳雅慧，淺論我國古蹟管理經營之委託私人—以文化資產保存法第18條為中心，玄奘法律學報，第8期，2007年12月，頁137-138。

¹³⁰袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

然而在公部門尋找締約對象時或相對人申請標租古蹟或歷史建築時，此階段與日後履行契約時，是否應該分成二個階段，亦即採用雙階段理論，不能無疑。在前階段公部門除應遵守國有財產法相關規定以及促參法相關規定外，更應遵循文資法以及相關子法如「古蹟修復及再利用辦法」、「古蹟歷史建築及聚落修復或再利用採購辦法¹³¹」等，進行選定適當之受託人。然而日後簽屬之委託經營管理契約，則屬繼續性契約，仍應受「古蹟管理維護辦法」之控制。兩個階段是否截然可分，一個階段屬於公法性質，另一個階段屬於私法性質，在古蹟或歷史建築委託經營管理之事務上，並不適宜分開。¹³²

每個古蹟之環境、類型、形式、構造及構件等，都有其獨特性，若不好周詳的保養、維護、管理等程序，一有意外狀況，都將會使文物遭受一場浩劫，甚至無法修補。因此在契約控制上，重點也要從定性、名稱等形式外觀，轉到實質管理與控制之條款¹³³。唯有如此，事前找到有能力修復、維護管理者，事中更能勞力費心地照顧古蹟或歷史建築，才是文資法所亟欲達成之目標。因此本文建議主管機關應隨著文資法修正相關施行細則、子法及契約書外，更應該在相關法令上，更加清楚明瞭地載明公部門監督之權限，以及相關終止之權利。唯有如此，才能確保後代子孫了解先民的生活足跡，達到承先啟後的文化教育功能¹³⁴。

肆、文化資產保存法的中央立法界限問題

一、中央與地方的權限劃分問題

文化資產保存法原為第101條之1草案(現為第102條)，文化部建議最初修正版為：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復或管理維護公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築物群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關核定者為限」，最後通過公布的民國105年07月27日第102條：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築物群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關依其管理維護情形定期檢討核定，其相關辦法由中央主管機關定之。」，二相比較起來，文化部建議最初修正版並無「其相關辦法由中央主管機關定之」，故新增文化資產保存法第102條規定容有疑義者乃上述文化部建議最初修正版「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復或管理維護公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築物群、史蹟、文化景觀者」之事項，是否是完全屬於中央立法並執行之事項？如否，則民國105年07月27日通過公布的第102條：「其相關辦法由中央主管機關定之」，是否會侵害到地方財政自治事項，或者即是由中央主管機關，也就是文化部定之，其內容是否只是一個低密度的框形式立法¹³⁵。

¹³¹在文資法重新修定後，相關授權之子法可說是哀鴻遍野，亦須重新一一修訂。

¹³²袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹³³袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹³⁴袁義昕，民間承租公有文化資產所生租金之法律性質—以古蹟委託經營管理為中心，發表於，2016年8月24日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁4。

¹³⁵廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，

我國文化資產保存法的立法，如自憲法列舉中央政府的文化權限只限於古籍、古物及古蹟」之保存或保護，在此意義下，僅限於「文化之古籍、古物及古蹟之保存」事項，得成為「中央與地方」之委辦關係，而其他未列舉的文化事務應非專屬中央權限，亦非必然成為委辦事項，似乎應屬於地方自治事項，然而文化資產保存法充斥中央全面的立法專屬權，使得地方政府淪為受委辦機關之地位¹³⁶。如從整體文化資產保存法觀察，中央立法者上述問題的未能意識，乃至於未能解決「中央與地方」之權限界限，將傷害到地方對於文化資產保存的立法與執行¹³⁷。

我國文化資產保存法僅列舉國定古蹟、重要聚落建築群、國定考古遺址、重要史蹟及重要文化景觀由中央為主管機關，故由中央主管機關應依文資法或授權命令管理之；相對而言，對於(非國定)古蹟、歷史建築、紀念建築、(非重要)古蹟保存區內建築物、(非國定)考古遺址、(非重要)聚落建築群、(非重要)史蹟、(非重要)文化景觀，各直轄縣市、縣(市)政府為其主管機關，故本應由其自行訂定自治條例或辦法管理之。

最高行政法院 102 年判字第 319 號判決認為，文化資產之保存及活用必須回歸地方，透過地方認同，文化資產方能永續保存及活用，進而創造獨特的文化價值及經濟價值。可謂點出地方自治與文化保障關係的基本精神¹³⁸。

我國大多數之行政法規，通常均就該法規之主管機關規定，「本法之主管機關，在中央為...，在直轄市為...，在縣(市)為...」，以一事項同時賦予不同級政府(行政機關)權限，可謂為多層次權限分配方式。由於個別法規通常規定就同一事務從中央到地方均有管轄權，因此係在垂直、重疊分權的土地管轄之外，將本應在水平層次的事務管轄區分亦一併在垂直層次劃分，因此使得權限劃分更形混淆而不易釐清¹³⁹。

文化資產保存法第 4 條第 1 項：「本法所稱主管機關：在中央為文化部；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。但自然地景及自然紀念物之中央主管機關為行政院農業委員會(以下簡稱農委會)」，上述立法方式，除明確將自然地景及自然紀念物之中央主管機關明定為行政院農業委員會，中央與地方關於文化資產保存法亦不明確。

二、中央主管機關高密度監督地方

(一)、中央主管機關定之辦法高密度¹⁴⁰

文化資產保存法賦予地方對於文化事項之自治權限所能著墨者有限，未見經法律授權而訂定之直接對外發生法律效果的委辦規則(其實就是一種法規命令，只

發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 29-43。

¹³⁶王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑--以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 53。

¹³⁷廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 43。

¹³⁸廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 43。

¹³⁹蔡茂寅『地方自治之理論與地方制度法』，學林，2003 年，頁 114-115。

¹⁴⁰廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 9-13。

不過此種法規命令之適用範圍侷限於該地方自治團體區域內¹⁴¹，反而見到大量高密度授權中央主管機關訂定之辦法，對於(非國定)古蹟、歷史建築、紀念建築、(非重要)古蹟保存區內建築物、(非國定)考古遺址、(非重要)聚落建築群、(非重要)史蹟、(非重要)文化景觀而言，號稱各直轄縣市、縣(市)政府係為其主管機關之事項，幾乎喪失自我制定自治條例或直接生效的委辦規則之機會。其餘者，在中央立法專屬權限的壓縮下，地方機關僅得依其法定職權，執行文化資產保存而大量發布相關規定係屬產生內部效力的委辦規則之性質(相當於非外部效力之行政規則)¹⁴²。

文化資產保存法關於中央主管機關定之¹⁴³者之規定，主要有：

1. 審議會之組成

第 6 條：「主管機關為審議各類文化資產之指定、登錄、廢止及其他本法規定之重大事項，應組成相關審議會，進行審議。

前項審議會之任務、組織、運作、旁聽、委員之遴聘、任期、迴避及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之」。

2. 公有文化資產

第 8 條：「本法所稱公有文化資產，指國家、地方自治團體及其他公法人、公營事業所有之文化資產。

公有文化資產，由所有人或管理機關(構)編列預算，辦理保存、修復及管理維護。主管機關於必要時，得予以補助。

前項補助辦法，由中央主管機關定之」。

3. 公有及接受政府補助文化資產相關資料之列冊及管理

第 10 條：「公有及接受政府補助之文化資產，其調查研究、發掘、維護、修復、再利用、傳習、記錄等工作所繪製之圖說、攝影照片、蒐集之標本或印製之報告等相關資料，均應予以列冊，並送主管機關妥為收藏且定期管理維護。

前項資料，除涉及國家安全、文化資產之安全或其他法規另有規定外，主管機關應主動以網路或其他方式公開，如有必要應移撥相關機關保存展示，其辦法由中央主管機關定之」。

4. 古蹟之審查指定及公告

第 17 條第 4 項：「古蹟指定基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

5. 暫定古蹟

第 20 條：「進入第十七條至第十九條所稱之審議程序者，為暫定古蹟。未進入前項審議程序前，遇有緊急情況時，主管機關得逕列為暫定古蹟，並通知所有人、使用人或管理人。

暫定古蹟於審議期間內視同古蹟，應予以管理維護；其審議期間以六個月為限；必要時得延長一次。主管機關應於期限內完成審議，期滿失其暫定古蹟之效力。

建造物經列為暫定古蹟，致權利人之財產受有損失者，主管機關應給與合理補償；其補償金額以協議定之。

¹⁴¹王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑--以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 65。

¹⁴²王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑--以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 65。

¹⁴³謝志明「中央與地方『主管機關條款』在法規範上之意義、內涵及運用--以台南市之法制作業實務為觀察中心」，台灣法學雜誌，231 期，2013 年 9 月，頁 123-153。

第二項暫定古蹟之條件及應踐行程序之辦法，由中央主管機關定之」。

6.古蹟之管理維護

第 23 條：「古蹟之管理維護，指下列事項：

- 一、日常保養及定期維修。
- 二、使用或再利用經營管理。
- 三、防盜、防災、保險。
- 四、緊急應變計畫之擬定。
- 五、其他管理維護事項。

古蹟於指定後，所有人、使用人或管理人應擬定管理維護計畫，並報主管機關備查。

古蹟所有人、使用人或管理人擬定管理維護計畫有困難時，主管機關應主動協助擬定。

第一項管理維護辦法，由中央主管機關定之」。

7.古蹟之保存原則、修復之程序及再利用

第 24 條第 6 項：「古蹟修復及再利用辦理事項、方式、程序、相關人員資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

聚落建築群之保存原則、修復之程序及再利用

第 25 條第 2 項：「聚落建築群修復及再利用辦理事項、方式、程序、相關人員資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

8.為利古蹟等建築之修復及再利用，不受相關法規限制

第 26 條：「為利古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群之修復及再利用，有關其建築管理、土地使用及消防安全等事項，不受區域計畫法、都市計畫法、國家公園法、建築法、消防法及其相關法規全部或一部之限制；其審核程序、查驗標準、限制項目、應備條件及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同內政部定之」。

9.重大災害之緊急修復

第 27 條第 4 項：「古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群重大災害應變處理辦法，由中央主管機關定之」。

10.辦理修復之採購程序

第 29 條：「政府機關、公立學校及公營事業辦理古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群之修復或再利用，其採購方式、種類、程序、範圍、相關人員資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之，不受政府採購法限制。但不得違反我國締結之條約及協定」。

11.古蹟保存計畫之訂定程序

第 37 條第 1 項：「為維護古蹟並保全其環境景觀，主管機關應會同有關機關訂定古蹟保存計畫，據以公告實施」；第 4 項：「第一項古蹟保存計畫之項目、內容、訂定程序、公告、變更、撤銷、廢止及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會商有關機關定之」。

12.考古遺址之分類及公告，以及滅失、減損或增加價值之準用規定

第 46 條第 4 條：「考古遺址指定基準、廢止條件、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

13.考古遺址監管保護計畫之訂定

第 48 條第 3 項：「考古遺址之監管保護辦法，由中央主管機關定之」。

14.考古遺址發掘之資格限制及審查程序

第 51 條第 4 項：「考古遺址發掘之資格限制、條件、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

15.辦理考古遺址調查、研究或發掘等採購之規定

第 56 條：「政府機關、公立學校及公營事業辦理考古遺址調查、研究或發掘有關之採購，其採購方式、種類、程序、範圍、相關人員資格及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之，不受政府採購法限制。但不得違反我國締結之條約及協定」。

16.史蹟、文化景觀之審查登錄

第 61 條第 4 項：「史蹟、文化景觀登錄基準、保存重要性、廢止條件、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

17.史蹟、文化景觀範圍內建造物或設施之保存維護等事項不受相關法規限制

第 64 條：「為利史蹟、文化景觀範圍內建造物或設施之保存維護，有關其建築管理、土地使用及消防安全等事項，不受區域計畫法、都市計畫法、國家公園法、建築法、消防法及其相關法規全部或一部之限制；其審核程序、查驗標準、限制項目、應備條件及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同內政部定之」。

18.國寶、重要古物之指定、或滅失、減損或增加價值之公告

第 68 條第 3 項：「古物之分級、指定、指定基準、廢止條件、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

19.保管機關及管理維護辦法之訂定

第 69 條第 1 項：「公有古物，由保存管理之政府機關（構）管理維護，其辦法由中央主管機關訂定之」。

20.國寶、重要古物運出國外之申請

第 73 條第 1 項：「中華民國境內之國寶、重要古物，不得運出國外。但因戰爭、必要修復、國際文化交流舉辦展覽或其他特殊情況，而有運出國外之必要，經中央主管機關報請行政院核准者，不在此限」；第 2 項：「前項申請與核准程序、辦理保險、移運、保管、運出、運回期限及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

21.文物因展覽、研究或修復等原因運入、運出或再運入之申請

第 74 條第 1 項：「具歷史、藝術或科學價值之百年以上之文物，因展覽、研究或修復等原因運入，須再運出，或運出須再運入，應事先向主管機關提出申請」；第 2 項：「前項申請程序、辦理保險、移運、保管、運入、運出期限及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

22.自然地景、自然紀念物之分類及滅失、減損或增加價值之處理程序

第 81 條：「自然地景、自然紀念物依其主管機關，區分為國定、直轄市定、縣（市）定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備查。

具自然地景、自然紀念物價值之所有人得向主管機關申請指定，主管機關應依法定程序審查之。

自然地景、自然紀念物滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其指定或變更其類別，並辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，應報中央主管機關核定。

前三項指定基準、廢止條件、申請與審查程序、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

23.自然保留區原有自然狀態之維護

第 86 條：「自然保留區禁止改變或破壞其原有自然狀態。

為維護自然保留區之原有自然狀態，除其他法律另有規定外，非經主管機關許可，不得任意進入其區域範圍；其申請資格、許可條件、作業程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

24. 保存者無法執行無形文化資產保存維護計畫得廢止認定之程序

第 93 條第 3 項：「各類無形文化資產之登錄、保存者之認定基準、變更、廢止條件、審查程序、編號、授予證書、輔助及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

25. 文化資產保存技術之審查登錄及公告

第 96 條：「直轄市、縣（市）主管機關得就已列冊之文化資產保存技術，擇其必要且需保護者，審查登錄為文化資產保存技術，辦理公告，並報中央主管機關備查。

主管機關得就前條已列冊或前項已登錄之文化資產保存技術中，擇其急需加以保護者，審查登錄為重要文化資產保存技術，並辦理公告。

前二項登錄文化資產保存技術，應認定其保存者。

文化資產保存技術無需再加以保護時，或其保存者因死亡、喪失行為能力或變更等情事，主管機關得廢止或變更其登錄或認定，並辦理公告。直轄市、縣（市）廢止或變更者，應報中央主管機關備查。

前四項登錄及認定基準、審查、廢止條件與程序、變更及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」。

26. 保存技術之保存及傳習

第 97 條：「主管機關應對登錄之保存技術及其保存者，進行技術保存及傳習，並活用該項技術於文化資產保存修護工作。

前項保存技術之保存、傳習、活用與其保存者之技術應用、人才養成及輔助辦法，由中央主管機關定之」。

27. 減免租金

第 102 條：「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築群、史蹟、文化景觀者，得減免租金；其減免金額，以主管機關依其管理維護情形定期檢討核定，其相關辦法由中央主管機關定之」。

上述多達 27 種「由中央主管機關定之」，乃彰顯出文化資產保存法充斥中央立法專屬權，因為該法不僅定義文化資產且界定其種類範圍，而且相關辦法（法規命令）幾由中央主管機關定之。因此中央已經完全取代原本地方自治意義下的立法權限，地方自治團體僅淪為「受委辦機關」之地位而已¹⁴⁴。實際上，地方自治團體雖然淪為「受委辦機關」之地位，也應該在委辦事項上仍享有訂定對外生效之委辦規則之權限，過多的「由中央主管機關定之」之中央法規命令有侵害到地方文化自治事項之虞。

(二)、中央主管機關核定

所謂核定，指上級政府或主管機關，對於下級政府或機關所陳報之事項，加以審查，並作成決定，以完成該事項之法定效力之謂（地方制度法第 2 條第 4 款）¹⁴⁵。

¹⁴⁴王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑--以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 52。

¹⁴⁵廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，

1. 自然地景、自然紀念物之分類及滅失、減損或增加價值之處理程序

第 81 條第 3 項：「自然地景、自然紀念物滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其指定或變更其類別，並辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，應報中央主管機關核定」。

2. 無形文化資產之審查登錄保存

第 91 條第 4 項：「各類無形文化資產滅失或減損其價值時，主管機關得廢止其登錄或變更其類別，並辦理公告。直轄市、縣（市）登錄者，應報中央主管機關核定」。

(三)、中央主管機關備查

所謂備查：指下級政府或機關間就其得全權處理之業務，依法完成法定效力後，陳報上級政府或主管機關知悉之謂。（地方制度法第 2 條第 3 款）。

備查乃事後監督的性質，核定則為事前監督的性質¹⁴⁶。如後續如遇到中央不予核定、備查或者函告無效¹⁴⁷，如何進行救濟是另一個難題¹⁴⁸，司法院釋字第 553 號解釋所解決者在於地方對於國家自治監督不服時，可否與如何透過司法途徑救濟的問題¹⁴⁹，提出了部分（對於函告無效）的解決之道¹⁵⁰。

1. 古蹟之審查指定及公告

第 17 條第 1 項：「古蹟依其主管機關區分為國定、直轄市定、縣（市）定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備查」。

2. 歷史建築、紀念建築之審查登錄及公告

第 18 條第 1 項：「歷史建築、紀念建築由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查」。

3. 聚落建築群之審查登錄及公告

第 19 條第 1 項：「聚落建築群由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查」。

4. 考古遺址之分類及公告，以及滅失、減損或增加價值之準用規定

第 46 條第 1 項：「考古遺址依其主管機關，區分為國定、直轄市定、縣（市）定三類」；第 2 項：「直轄市定、縣（市）定考古遺址，由直轄市、縣（市）主管機關審查指定後，辦理公告，並報中央主管機關備查」。

5. 史蹟、文化景觀之審查登錄及備查

第 61 條第 1 項：「史蹟、文化景觀由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查」。

發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 14-15。

¹⁴⁶陳清秀「地方制度法問題之探討」，收錄台灣行政法學會『公務員法與地方制度法』，元照，2003 年，頁 338。

¹⁴⁷吳明孝「地方自治法規遭函告無效之救濟途徑與問題」，月旦法學雜誌，235 期，2014 年 12 月，頁 26-49；吳明孝「地方自治權限侵害救濟途徑之研究——兼評司法院大法官會議相關不受理之決議（二〇〇〇至二〇一二年）」，月旦法學雜誌，220 期，2013 年 9 月，頁 124-154。

¹⁴⁸王毓正「中央與地方政府立法權限爭議解決機制之研析：以自治法規之事前監督（核定）為中心」，月旦法學雜誌，220 期，2013 年 9 月，頁 6-21。

¹⁴⁹林明昕「中央與地方之聯繫線--國家對地方之監督」，月旦法學，126 期，2005 年 11 月，頁 49。

¹⁵⁰廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 13-14。

6.古物之指定、公告並備查

第 67 條：「私有及地方政府機關（構）保管之文物，由直轄市、縣（市）主管機關審查指定一般古物後，辦理公告，並報中央主管機關備查」。

7.自然地景、自然紀念物之分類及滅失、滅損或增加價值之處理程序

第 81 條第 1 項：「自然地景、自然紀念物依其主管機關，區分為國定、直轄市定、縣（市）定三類，由各級主管機關審查指定後，辦理公告。直轄市定、縣（市）定者，並應報中央主管機關備查」。

8.無形文化資產之審查登錄保存

第 91 條第 1 項：「工藝、口述傳統、民俗及傳統知識與實踐由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄，辦理公告，並應報中央主管機關備查」。

9.保存者無法執行無形文化資產保存維護計畫得廢止認定之程序

第 93 條第 1 項：「保存者因死亡、變更、解散或其他特殊理由而無法執行前條之無形文化資產保存維護計畫，主管機關得廢止該保存者之認定。直轄市、縣（市）廢止者，應報中央主管機關備查」。

10.文化資產保存技術之審查登錄及公告

第 96 條第 1 項：「直轄市、縣（市）主管機關得就已列冊之文化資產保存技術，擇其必要且需保護者，審查登錄為文化資產保存技術，辦理公告，並報中央主管機關備查」；第 3 項：「文化資產保存技術無需再加以保護時，或其保存者因死亡、喪失行為能力或變更等情事，主管機關得廢止或變更其登錄或認定，並辦理公告。直轄市、縣（市）廢止或變更者，應報中央主管機關備查」。

伍、結論與建議

文化資產之調查、保存、定期巡查及管理維護事項之主要公私協力方式：主管機關得委任所屬機關（構），或委託其他機關（構）、文化資產研究相關之民間團體或個人辦理；中央主管機關並得委辦直轄市、縣（市）主管機關辦理。自從新增文化資產保存法第 102 條規定之「承租並出資修復，得減免租金」後，隨該新增條文除了各機關應依促進民間參與公共建設法、政府採購法、國有財產法等相關法規外，增添另一種的公私協力方式，可謂創舉。但是文化資產之事務領域具有稀少性，一旦公私協力具有市場上獨佔的優勢，且文化資產遭到毀損具有不可逆性或難以回復。再者，此等文化資產的維護具有高度公益性而非商業性，政府對於文化資產事務的公私協力運作應謹慎為之。

然而在增訂文化資產保存法第 102 條之前，公有文化資產是否可以出租之正當性，事實上早已有一些爭論，主要是受到道德風險之質疑：背離既有「委託民間營運」之方式、欠缺法律依據、做為交易或換取經濟利益之使用、財政部的辦法（法規命令之性質）不得抵觸文化資產保存法以及應當排除「標租」之方式。為解決上述之公有文化資產出租正當性問題，由於 2013 年 12 月 25 日修正的國有非公用不動產出租管理辦法第 9 條第 5 項暨 2014 年 12 月 15 日核定的標租國有非公用文化資產之租金計收基準及方式，使得公有文化資產出租有法源依據之後，再度於民國 2016 年 07 月 27 日新增文化資產保存法第 102 條：「承租並出資修復，得減免租金」更為鞏固公有文化資產出租之合法性。

儘管新增文化資產保存法第 102 條更為鞏固公有文化資產出租之合法性，也有一些問題，值得進一步討論，例如承租及租金之用語是否合宜以及應定性為委託經營管理契約之議題。

另外，新增文化資產保存法第 102 條規定容有疑義者乃「自然人、法人、團體或機構承租，並出資修復或管理維護公有古蹟、歷史建築、紀念建築、古蹟保存區內建築物、考古遺址、聚落建築物群、史蹟、文化景觀者」之事項，是否是完全屬於中央立法並執行之事項？如否，則民國 105 年 07 月 27 日通過公布的第 102 條第 2 項：「其相關辦法由中央主管機關定之」，是否同時也會侵害到地方財政自治事項，或者即是由中央主管機關，也就是文化部訂其內容是否只能是一個低密度的框形式立法¹⁵¹。

我國文化資產保存法的立法，如自憲法列舉中央政府的文化權限只限於古籍、古物及古蹟」之保存或保護，在此意義下，僅限於「文化之古籍、古物及古蹟之保存」事項，得成為「中央與地方」之委辦關係，而其他未列舉的文化事務應非專屬中央權限，亦非必然成為委辦事項，似乎應屬於地方自治事項，然而文化資產保存法充斥中央全面的立法專屬權，使得地方政府淪為受委辦機關之地位¹⁵²。如從整體文化資產保存法觀察，中央立法者或主管機關對於上述問題未能意識，乃至於未能解決「中央與地方」之權限界限，將傷害到地方對於文化資產保存的立法與執行。

我國文化資產保存法僅列舉國定古蹟、重要聚落建築群、國定考古遺址、重要史蹟及重要文化景觀由中央為主管機關，故由中央主管機關應依文資法或授權命令管理之；相對而言，對於（非國定）古蹟、歷史建築、紀念建築、（非重要）古蹟保存區內建築物、（非國定）考古遺址、（非重要）聚落建築群、（非重要）史蹟、（非重要）文化景觀，各直轄縣市、縣（市）政府為其主管機關，故其應本地方自治權限，自行訂定自治條例或辦法管理之。

文化資產保存法賦予地方對於文化事項之自治權限所能著墨者有限，未見經法律授權而訂定之直接對外發生法律效果的委辦規則（其實就是一種法規命令，只不過此種法規命令之適用範圍侷限於該地方自治團體區域內）¹⁵³，反而見到大量高密度授權中央主管機關訂定之辦法，對於（非國定）古蹟、歷史建築、紀念建築、（非重要）古蹟保存區內建築物、（非國定）考古遺址、（非重要）聚落建築群、（非重要）史蹟、（非重要）文化景觀而言，號稱各直轄縣市、縣（市）政府係為其主管機關之事項，幾乎喪失自我制定自治條例或直接生效的委辦規則之機會。其餘者，在中央立法專屬權限的壓縮下，地方機關僅得依其法定職權，執行文化資產保存而大量發布相關規定係屬產生內部效力的委辦規則之性質（相當於非外部效力之行政規則）。

過多「由中央主管機關定之」，乃彰顯出文化資產保存法充斥中央立法專屬權，因此中央已經完全取代原本地方自治意義下的立法權限（自治條例或直接生效的委辦規則），地方自治團體僅淪為「受委辦機關」之地位而已。實際上，地方自治團體雖然淪為「受委辦機關」之地位，儘管如此也應該在委辦事項上仍享有訂定對外生效之委辦規則之權限，過多的「由中央主管機關定之」之中央辦法有侵害到地方文化自治事項之虞。

¹⁵¹ 廖欽福，文化資產保存法關於獎勵補助與租稅優惠措施初探-兼論中央與地方權限劃分之爭議，發表於，2016 年 8 月 24 日，文化資產公私協力與公民參與論壇，地點：國立雲林科技大學科技法律研究所，頁 29-43。

¹⁵² 王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑-以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 53。

¹⁵³ 王服清「中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑-以文化資產保存法為中心」，月旦法學雜誌，225 期，2014 年 2 月，頁 65。

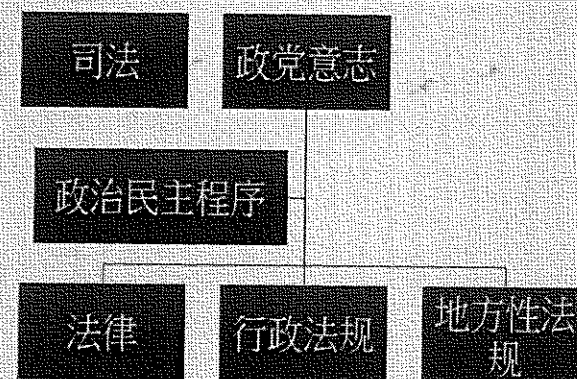
八二宪法体制中最高法院的功能定位

李忠夏 山东大学法学院教授

- 2. 立法国还是司法国?——非议行合一、非三权分立:
- 事实层面: 政党-人大的一体关系以及人大-其它机构的中心-边缘关系
- 规范层面: 人大中心的分工统合关系
- 《立法法》第97条改变和撤销的权限分配: 全国人大、全国人大常委会、国务院、省一级人大、地方人大常委会、省一级政府等都具有某种程度的规范审查权。
- 中国宪法实施的双轨制(翟国强): 修正一下
- 1) 政治实施包括两方面: 一方面是各种政治文件的出台; 另一方面则是法规范文件的政治审查机制: 法律-行政法规-地方性法规-规章形成了一个政治链条, 司法无法进入到这个政治链条当中, 其中如果发生分歧(不同政治部门之间的权益冲突), 则需通过政治的内部途径——而非法律途径——加以解决: 科层化的官僚体制的政治运作。
- 2) 法律实施则仅包括立法的具体化(通过立法发展宪法); 导致最高法院的地位很尴尬。

一、宪法中的最高法院: 问题之根源

- 1. 最高法院“非最高”
- 1) 政治地位上: 第128条 最高人民法院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。
- 2) 案件审查上: 无法审查宪法案件, 只能有限度的援引宪法(2016年6月28日, 最高人民法院发布了《人民法院民事裁判文书制作规范》, 明确规定: “裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据, 但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”)
- 3) 规范文件审查: 无法审查法律行政法规地方性法规规章与上位法冲突的情况(《行政诉讼法》第13条、立法法)——立法法中的BUG



- 3) 最高法院的应对
- A. 司法解释
- B. 批复
- C. 指导性案例
- 背后的目标：希望通过司法的方式实现同案同判、解决个案正义，将政治问题纳入到司法轨道；抵御政治恣意对司法的干涉，建立起相对稳定化的规范预期。

二、最高法院在规范框架内能做什么？

- 1. 违宪审查和宪法解释：不可以
- 2. 适用法律、行政法、地方性法规等：法律解释（司法解释）
- 3. 合宪性解释，八二宪法框架中可以，但却被明令禁止，实际上却一直在做。

三、最高法院的功能受限

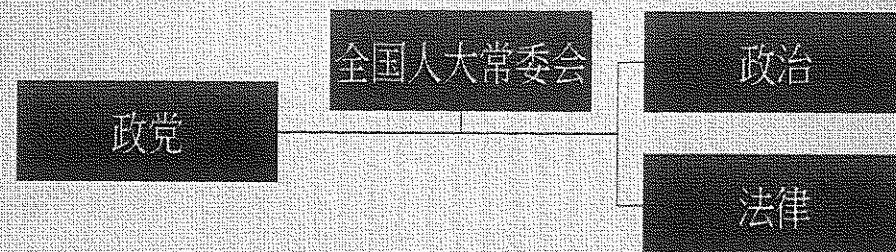
- 1. 司法解释中的问题
- 大量的超越文义解释（法的续造甚至违法解释），形成了司法立法的情况；甚至很多已经起到了合宪性解释的作用
- 原因：个案遇到问题（规范遇到实效性问题或者法律空白地方法院难以判决或者法律规定不清而各地土规定各种各样，需要进行统一的合宪性解释甚至宪法决定，但提请全国人大常委会这一程序又起不到作用），需要实现法的统一性，而最高法院的能力有限，只能假借司法解释之名，超越“解释”。
- 但此时的司法解释存在的问题：1) 没有宪法解释权和一个宪法决定机构作为基础，其司法解释批复指导性案例中涉及宪法部分缺乏正当性基础，即合宪性解释为无根之木；2) 因为不能明确援引宪法，说理存在问题；3) 不具有司法审查权，导致其解释很难解决法律体系不统一的问题（位阶秩序和融贯性难以真正形成）
- 2. 指导性案例作用有限
- 1) 说理简单；2) 受困于政治因素，没法产生真正的疑难案件（许多真正的疑难案件和宪法性问题都通过政治渠道得以解决，最高法院无法插手）

四、目前框架的问题

- 总体而言：司法审查中政治途径占据主导，而法律途径缺乏；多元多轨的审查机制，而非一元的审查机制，导致的结果：法律系统难以真正封闭起来
- 卢曼的理论：法律系统的封闭性与开放性（规范上封闭、知识上开放），法律系统与政治系统的结构耦合：宪法。
- 中国的现实：由于宪法不起作用，缺乏专门的宪法决定机构，政治系统与法律系统之间是运作上的耦合，而非结构上的耦合，导致政治系统直接侵入到法律系统，法律系统并未真正形成封闭的系统，法律系统的运作受制于政治系统的运作。
- 以法院执行公共政策为例：在法律系统和政治系统未完全分化之时，公共政策背后的政治意志直接进入法院系统，而分化完成后，则需通过宪法作为“控制阀”有选择性的将公共政策引入到法律系统当中。宪法此时就变成桥梁，沟通政治系统与法律系统
- 宪法决定机制（不一定是司法机关），实现法律系统的封闭。改宪法的司法化为宪法的法律化（释宪机制的政治化走向法律化）——卢曼：法律系统的中心与边缘

五、解决方案

- 1. 宪法要真正发挥作用
- 2. 要在制度上实现法律系统的封闭性
 - 1) 宪法解释机制的形成 (全国人大常委会解释宪法、作出宪法决定的功能兑现)
 - 2) 改多元多轨的规范审查机制为二元双轨的审查机制 (人大常委会/宪法审查/抽象解释-最高法院/司法审查/具体案件)
 - 3) 最高法院受理案件的变化: 由标的变疑难 (法律空白或法律规定不清以及不同法律层级冲突问题); 主要解决地方民主机制中解决不了的跨地域问题 (解决地方保护主义难题, 改二审终审为三审制, 在省层级的法院系统之上设立全国性的审判机制); 公共政策案件 (涉及通过宪法的转换, 合宪性解释)
- 相应地: 指导性案例, 从案情的同案同判转向“理由”的同案同判——可以说, 这是一个巨大的进展。
- 融贯性: 法律体系的融贯性和法律推理的融贯性



六、反思立法与司法的动态平衡关系

- 政治民主化与法律实证化之间的关系: 非司法性质的宪法决定机构的司法化
- 为什么疑难案件不能完全交给政治民主过程来决定?
- 民主原则与法治原则的不同属性
- 哈贝马斯的商谈理论中联邦宪法法院的定位
- 如何通过最高法院的司法改革倒逼人大制度改革, 启动人大的释宪机制。

基本法與行政領域之法統制——
日本法及台灣法之比較研究

林孟楠*

目次

* 中原大學財經法律學系助理教授、日本名古屋大學法學博士。

- 壹、前言
- 貳、日本基本法之特色與問題
 - 一、基本法之定位
 - (一)政策與基本法
 - (二)基本法與實施法
 - (三)行政領域之解釋指針
 - 二、基本法之政策過程與監督
 - (一)行政政策過程之框架
 - (二)年度報告
 - (三)基本計畫
 - 三、基本法之問題
 - (一)國會監督機制之形式化
 - (二)基本法制定之浮濫化
 - (三)基本法之價值序列紊亂
 - 四、小結
- 參、台灣基本法之現況與展望
 - 一、基本法之定位
 - (一)政策與基本法
 - (二)基本法與實施法
 - (三)行政領域之解釋方針
 - 二、基本法之政策過程與監督
 - (一)行政政策過程之框架
 - (二)年度報告
 - (三)基本計畫
 - 三、課題與展望
 - (一)立法權與國家執政
 - (二)國會監督機制之強化
 - (三)基本法與行政法各論之發展
- 肆、結論

壹、前言

台灣以「基本法」為名之法律¹，截至目前為止，共計6部如下：科學技術基本法（1999年制定，以下簡稱為「科技法」）、教育基本法（1999年制定，以下簡稱為「教育法」）、環境基本法（2002年制定，以下簡稱為「環境法」）、通訊傳播基本法（2004年制定，以下簡稱為「通傳法」）、原住民族基本法（2005年制定，以下簡稱為「原民法」）、客家基本法（2010年制定，以下簡稱為「客家法」）。基本法主要是規範特定行政領域之綱領性、原則性及政策性內容之專法，鮮少直接規範人民之權利義務或行政組織之架構權限。因此基本法既非作用法，亦非組織法，而是立法者以法律形式規範行政於特定行政領域之行動框架²。基本法雖冠以「基本」之名，但於「憲法、法律、法規命令」之規範位階中，與一般法律相同³，並無排除「後法優先於前法」、「特別法優先於普通法」等法律適用原則之效力。

正因如此，蘇永欽教授曾質疑基本法僅是普通的法律，並無特殊效力，嚴詞批評基本法「把本質上屬於政策方針的東西變成法律，...結果卻稀釋了法律的規範性格，腐蝕了法治」⁴。行政院法規會作為該院法律案提出之把關者⁵，更決議「本會同仁將來參與審查基本法草案時，應表達盡量不須制定及其理由」⁶。蓋因基本法於規範位階上與一般法律並無不同，不具任何優越性；且內容上多僅止於政策性宣示，如有必要，可於個別法律規定。但實務上基本法仍是不斷出現⁷，

¹ 本文檢討對象限於以「基本法」為名之法律，故可稱之為「形式之基本法」。至於「實質之基本法」則指未以「基本法」為名，而具有基本法實質內容之法律。惟實質內容應如何界定，頗多疑義，故本文不擬納入檢討。相關討論，可見：林素鳳，關於日本之基本法，中央警察大學法學論集，第24期，頁78-79，2013年。

² 就此而言，基本法並非總括準則性規範之「通則」，亦非規定最低下限標準之「基準法」。

³ 比較法上，冠有「基本法」之名而具有優越效力者，如具有憲法位階之德國基本法、一國兩制下具有特定地區最高法位階之中華人民共和國香港特別行政區基本法。但在台灣，並無此種法律。

⁴ 蘇永欽，基本法怎麼個基本法，走入新世紀的憲政主義，頁409，元照，2002年。該文初次發表於2000年，應是最早從立法學角度分析基本法之文獻。

⁵ 依憲法第58條第2項，行政院院長及各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案，提出於行政院會議議決之。實務運作上，院會議決之前，行政院法規會應先審查法律案之體例及用語等事項，並依照主審政務委員之裁示，協助部會調整法律案之內容。

⁶ 行政院法規委員會2003年4月17日諮詢會議，關於「基本法」制定之必要性、法律位階及規範效力疑義案（結論）。

⁷ 行政院法規會作成上述結論後，仍有通傳法、原民法及客家法陸續制定。

目前更有文化基本法草案、農業基本法草案及資訊基本法草案正蓄勢待發。基本法之立法模式究竟具有何種意義與功能，應仍有深入研究之必要。

基本法之立法模式，一般認為係受日本法影響⁸，日本學者更認為基本法原產地乃是日本⁹。因此我國關於基本法為數甚少之研究，均為留日學者進行，針對日本基本法之生成、沿革及規範位階等問題，已有完整詳實之分析介紹，並提出對我國法之建議。其中，蔡秀卿教授主張基本法雖於規範位階上不具優越性，但可作為該行政領域中適用及解釋相關法規之方針¹⁰。林素鳳教授則指出不必執著於基本法之優越性，重點應在於立法時一併將相關個別法包裹立法，貫徹基本法之方針¹¹。依照兩位學者之主張，今後基本法之研究即不必再拘泥於規範位階之問題，而應重視其具有之方針指引功能。換言之，即是立法者應如何運用基本法形塑行政領域之法秩序。

然而，基本法之內容多為原則性規定，究竟應如何確保其規範性格，始能真正形塑行政領域之法秩序，避免「腐蝕法治」之問題，則向來未見檢討。尤其是從權力分立觀點而言，隨著現代行政國家不斷擴展行政領域，積極形成社會秩序時，如何確保立法者根據行政領域之特性以有效控制行政活動，亦是基本法之重要課題。因此本文擬從立法者如何運用基本法積極形塑行政領域法秩序之觀點，探討基本法之意義與功能。鑒於日本法對我國之影響深遠，本文仍以日本法為比較對象，惟重點則在於分析立法者如何運用基本法以形塑行政領域之法秩序。以下，本文將先分析日本法之特色與問題，指出可供我國法切磋琢磨之處後，再分析我國基本法之現況，展望未來應有之立法方向。

貳、日本基本法之特色與問題

一、基本法之定位

(一)政策與基本法

基本法之制定目的，乃是針對國政之重要領域，明確規範政策推行之基本理念、方針及運作機制¹²。尤其是當國家面臨政治、經濟及社會情勢之新興重大

⁸ 蘇永欽，同註4，頁409。林素鳳，同註1，頁75-77。

⁹ 川崎政司，基本法再考(4)—基本法の意義・機能・問題性，自治研究，第82卷，第5号，頁109-110，2006年。塩野宏，基本法について，行政法概念の諸相，頁58，有斐閣，2011年。

¹⁰ 蔡秀卿，基本法之意義與課題，現代國家與行政法，頁42-43，學林，2002年。蔡秀卿，環境保護基本法草案之檢討，現代國家與行政法，頁492，學林，2002年。

¹¹ 林素鳳，同註1，頁101-102。

¹² 鈴木正典衆議院法制局參事答弁，第162回国會衆議院內閣委員會會議錄第7号（2005年4月6日）。

挑戰，自有必要通盤考量特定國政領域之一切狀況，提示解決問題之政策方案¹³。於憲法規定之權力分立原則下，具有民主正當性之國會固然可決定政策方案，卻無法自行實現，而必須交由行政推動。故從政策實現過程而言，基本法即是國會以法律形式明確命令行政於特定行政領域中，以具體行動實現政策方案之工具¹⁴。

以基本法形式實現政策方案，規範上具有以下四項功能。第一，明確提示政策之方向及實現方法，指引嗣後之法令修正及制度改革。第二，整合相關政策及制度，形塑體系化之法秩序。第三，確保政策之連續性與一貫性，謀求長期安定之制度性運作。第四，制度化監督行政之法律機制，確保政策之具體實現¹⁵。

如上所述，由於基本法乃是以政策方案為主要規範內容，從而鮮少直接規範人民之權利義務或授予行政對外行使公權力之具體根據。規範體裁上，主要以「政府應實施○○、應致力於○○」等方式，規定行政應達成之行政任務¹⁶。惟此種「任務規定」並非直接課予行政具體義務之規定，僅為設定政策任務目標之訓示規定，不具強制力。尤其是任務規定之規範內容相當空泛，行政於決定是否以及如何採取具體措施以遂行任務時，仍享有極大之政策自主形成空間，亦不易判斷行政有無違反基本法。故有學者指出，基本法具有「計畫法」之性質，亦即立法者設定行政任務之目標與綱領，交由行政於一定框架內，依其政策自主判斷以完成任務¹⁷。但如此一來，如何確保行政依照基本法之意旨行動，即為一大課題。關於這一點，以下可從基本法與實施法之關係，加以說明。

(二)基本法與實施法

基本法並非自我完結之法典，而是揭示政策理念、價值與方針後，透過相關法律之制定或修正，以期達成立法目的。因此為配合基本法之實行而制定或修正之法律，或其他涉及基本法規範事項之法律，具有具體實現基本法規範內容之特

¹³ 基本法之制定背景及政策特色，我國已有先行研究，故此處從略。請參見：林素鳳，同註1，頁81-87。日文文獻可見：川崎政司，基本法再考(1)—基本法の意義・機能・問題性，自治研究，第81卷，第8號，頁55-58，2005年。土肥原洋，基本法から見た経済政策の特徴，亜細亞大学経済学紀要，第38卷，第1・2號，頁31-43，2014年。

¹⁴ 小早川光郎，行政政策過程と「基本法」，國際化時代の行政と法，頁67，良書普及會，1993年。因此乃有學者指出此乃現代國家特有之「法律政策化」現象。參見：長谷川正安，憲法体系と基本法—基本法研究序說，法律時報，第45卷，第7號，頁12-13，1973年。

¹⁵ 關於四項功能之理想與現實，可見：川崎政司，基本法再考(3)—基本法の意義・機能・問題性，自治研究，第82卷第1號，頁76-81，2006年。

¹⁶ 基本法雖然也會宣示「國民享有○○權」或「國民應致力於○○」，但並非直接規範國民之權利義務，乃是不具拘束力之訓示規定。從行政之角度而言，此種規定亦可解為「行政應尊重國民之○○權」或「行政應與國民協力於○○」。

¹⁷ 遠藤博也，計畫行政法，頁57、65、69，學陽書房，1976年。

性，故稱之為「實施法」¹⁸。如此一來，基本法具有「立法計畫」之特性，用以提示國會未來應配套制定或修正相關法律之架構與方向，確保立法活動具有一貫性與可預測性¹⁹。

相較於基本法充滿訓示規定之規範體裁，實施法通常是作用法，具體規範人民之權利義務以及行政之行為義務。因此，基本法雖然具有「計畫法」之性質，容許行政機關於實現行政任務時享有極大之政策自主空間。但在「實施法」進一步詳細規範下，勢必縮小行政之政策自主空間，更精確界定出行政應採取之行政措施。尤其是如下(三)所述，行政於解釋適用基本法與實施法時，應遵照基本法之立法意旨，可有效確保行政依照基本法之意旨行動。

實施法固然可期待立法者依照基本法之意旨而自行制定或修正，以確保行政之遵行。但在法律案多由行政提出之立法實務下，通常仍由行政主動提出實施法之法律案，似難避免行政從中設法規避。因此，基本法可否限制行政之法律提案權，以確保基本法不致遭到實施法架空，學說上乃成爭議²⁰。藤田宙靖認為行政負有遵守法律之義務，不得提出違反基本法意旨之法律案²¹。塩野宏則認為憲法既已賦予行政享有法律案提出權限，原則上應不許立法者以法律限制²²。毛利透則從權力分立之角度，指出應視行政是否享有獨自判斷之政治指導領域而定。氏認為在採取議會內閣制之日本憲法下，行政並未享有不受國會介入之政治指導領域，毋寧是國會以法律表現之國家意思，乃是決定性之政治指導。因此，基本法可限制行政之法律案提出權限²³。

上述爭議僅針對「行政是否可違反基本法意旨提出法律案」而為討論，實務上並無太大意義。蓋因立法者是否應拒絕行政提出違反基本法意旨之法律案，等同於立法者本身是否應遵守基本法意旨而制定實施法，此涉及基本法是否具有拘束國會嗣後立法內容之效力問題，另屬一事，以下將扼要說明。

(三)行政領域之解釋指針

¹⁸ 塩野宏，同註9，頁32。

¹⁹ 遠藤博也，同註17，頁71。

²⁰ 例如，中央行政組織改革基本法不但明文規範各部會及相關機構之設置方向外，更罕見地明文限制行政的法律提案權。該法第33條第1項第6款禁止重新檢討郵政民營化，即在限制行政再次提出郵政民營化之法律案。

²¹ 藤田宙靖，「中央省庁等改革法基本法」の滞趨，行政法の基本理論 下卷，頁239，有斐閣，2005年。

²² 塩野宏，同註9，頁42。但應注意塩野宏之立論前提，乃在日本憲法並未明文規定法律案由國會議員提出之原則。

²³ 毛利透，基本法による行政統制，統治構造の憲法論，頁148，岩波書店，2014年。此處另涉及日本憲法上關於「執政權」之論爭，本文在此不擬詳述。

通說認為基本法僅為普通之法律，仍適用「後法優先於前法」、「特別法優先於普通法」等法律適用之基本原則²⁴。換言之，基本法並無優先於其他法律之特殊規範效力，國會嗣後立法之內容不當然受基本法之拘束²⁵。然而，基本法與其實施法之關係，學說上有主張應另有不同考量。蓋因如果容認實施法可不顧基本法之意旨而任意制定或解釋適用，勢必將嚴重蕩喪基本法之規範效力。因此，曾從事內閣法制實務工作之菊井康郎提出「基本法優越說」，指出實施法既然應依基本法之內容與精神而為制定或修正，自應遵照基本法之目的及意旨而為解釋，不當然適用「後法優先於前法」之原則。但氏亦承認國會仍有權於實施法中明文揭禁「本法不受基本法之限制」，從而排除基本法之拘束²⁶。因此學者乃認為「基本法優越說」之真正內涵，僅止於法律無特別規定時，法律解釋上應以基本法之意旨為依歸，不如稱之為「解釋指針說」更為妥當²⁷。行政及司法實務即採此說，認為基本法之相關法律如無特別規定之情形下，應依該基本法之目的及意旨解釋²⁸。

依照解釋指針說，基本法就該行政領域具有原則性規範之意義，可指引相關法令之體系解釋方向²⁹。行政機關應依基本法之意旨解釋適用相關法令，依照相關法令訂定之行政計畫與行政命令或作成其他行政決定時，亦應合乎基本法之意旨³⁰。行政機關之解釋適用如於個案中涉及人民具體權利義務之存否時，則應受司法審查。以環境基本法之相關判決為例，法院雖然指出環境基本法不能直接作為環境權等請求權根據，亦無法直接作為認定行政決定違法之根據，但肯定基本法具有整合環境保護相關法令解釋之指引功能。因此，基本法仍然可能於具體個案解釋中，影響原告適格有無或行政決定是否違法等之判斷³¹。就此而言，行政

²⁴ 遠藤博也，同註 17，頁 72。

²⁵ 關於基本法之定位及效力問題，早期多集中於教育基本法之論述，並試圖強化教育基本法與憲法之密切關係，而有所謂「教育憲法論」、「準憲法說」、「基本原理法律說」等學說。但教育基本法之制定及其後之修正，具有極為獨特之歷史條件及思想鬥爭性質。相關學說有其特殊實踐目的，未必可適用於其他基本法，亦未成為通說或影響實務，故本文在此不擬針對教育基本法之問題深入深論。中文文獻之介紹，可見：蔡秀卿，同註 10，頁 491-492。林素鳳，同註 1，頁 95-99。日文文獻可見：塩野宏，同註 9，頁 36-38。

²⁶ 菊井康郎，基本法の法制の位置づけ，法律時報，第 45 卷，第 7 号，頁 20-23，1973 年。

²⁷ 塩野宏，同註 9，頁 39-40。

²⁸ 最大判昭和 51 年 5 月 21 日刑集第 30 卷 5 号，頁 615。宮崎禮壺內閣法制局長官答弁。第 165 回国会参議院教育基本法に関する特別会会議録第 9 号（2006 年 12 月 7 日）。

²⁹ 大島稔彦，立法学—理論と実務，第一法規，頁 45-46、126，2013 年。大橋洋一，行政法 I，頁 67，有斐閣，2013 年第 2 版。川崎政司，基本法再考(2)—基本法の意義・機能・問題性，自治研究，第 81 卷，第 10 号，頁 52，2005 年。

³⁰ 遠藤博也，同註 17，頁 72。

³¹ 北村喜宣，判例にみる環境基本法，上智法学論集，第 48 卷，第 1 号，頁 173-174，2004 年。

機關於解釋適用基本法相關法令時，既應受基本法拘束，並受司法審查，基本法仍對行政及司法具有一定之規範效力。

二、基本法之政策過程與監督

(一) 行政政策過程之框架

基本法通常列有一章「基本政策」，課予行政應就特定事項採取必要措施之義務。為進一步確保行政推行基本政策所需之法律上及財政上支援，亦會搭配規定行政應提出特定法律案、制定或修正相關行政命令、確保一定科目之預算等事項。惟此類規定並無指明具體內容，僅止於抽象表明政策方針或施政原則，實際上乃委諸於行政之自主判斷，故其目的在於設定行政政策過程中應遵循之行為框架。

另一方面，鑒於內閣各部會常陷於本位主義，卻忽視現代社會問題具有複雜面向，不易由個別部會獨自解決。因此基本法之特色之一，即是為強化跨部會整合協調之政策形成過程³²，針對行政領域之特性，形塑具體政策形成過程之決策框架³³。例如，明定以首相為主席，相關部會首長及人員為成員，組成特別之閣僚會議，審議基本法相關之政策決定、基本計畫及任務調整等。

如上所述，基本法並非以具體權利義務之得喪變更為規範對象，而是規範行政政策過程應有之行為及決策框架。然而框架規範僅止於抽象指示，實際上等同於賦予行政於框架內自由形成具體政策之空間³⁴。如此一來，追究基本法之違反或實行不力之責任，通常難由以具體權利義務為審判對象之司法進行，必須由國會於政治過程中追究³⁵。一般而言，國會可行使憲法上之各種監督權限，例如施政報告、質詢、國會調查權、法律案及預算案審議等方式，追究行政之責任。除此之外，基本法通常會進一步規範監督方式，茲扼要說明如下。

(二) 年度報告

由於基本法通常僅有框架規範，賦予行政極大之政策形成空間，如國會未嚴格監督基本法之實行，即難以判斷行政是否確實遵照基本法之意旨推動相關政策。因此基本法通常採取年度報告之方式，課予行政每年向國會報告實行狀況、施政

³² 塩野宏，同註 9，頁 33。

³³ 小早川光郎，同註 14，頁 73。

³⁴ 川崎政司，基本法再考(2)—基本法の意義・機能・問題性，自治研究，第 81 卷，第 10 号，頁 49、57，2005 年。

³⁵ 換言之，行政僅違反基本法而無違反其他實施法之情形，通常是政治責任問題。參見：西川明子，基本法の意義と課題，レファレンス，第 769 号，頁 47，2015 年。

內容以及預定實行事項等義務，以利國會監督。然而，實務運用上，由於行政通常羅列雜陳諸般事項，以致重點不明，國會亦無詳實調查，故年度報告並無發揮太大監督效用³⁶。

(三)基本計畫

基本法本身雖具有「計畫法」之性質，惟為更進一步督促行政按部就班執行基本法，通常會課予行政就特定內容擬定「基本計畫」之義務，以明確基本法之執行事項、步驟、及目標。尤其是基本法多為原則性規定，更必須由行政根據具體社會情勢訂定基本計畫，始能真正完整落實立法意旨。至於國會如何確保基本計畫之訂定與執行符合基本法之意旨，可分就計畫之訂定程序及監督機制，簡單說明。

先就基本計畫之訂定程序而言，基本計畫通常應由主管機關諮詢依該基本法所設立之審議會之意見後，始得訂定，並公告之。甚至部分基本法更要求應由審議會以決議訂定基本計畫。基本法設置審議會之目的，乃在納入不同部會及外部專家學者之學識、經驗與意見，經由多元意見之政策形成過程，以確保基本計畫具有一定之合理性與公正性³⁷。故從行政程序之角度而言，具有反映多元意見之優點。但在實務運作上，行政往往只願意遴任「友好人士」擔任審議會委員，導致公正性備受質疑。因此近年制定之基本法未必均設有審議會，而是以公開意見徵詢程序(public comment)廣泛徵詢大眾意見³⁸。流風所及，即使其他基本法無明文要求，目前實務上也於制定基本計畫時，進行公開意見徵詢程序³⁹。

至於基本計畫之監督機制，一般而言，行政應於年度報告時，一併向國會報告基本計畫之內容及執行狀況。但年度報告並非針對基本計畫之監督機制，且實際運作上流於形式，並無太大監督效用。另一方面，近年制定之基本法，則要求行政應將基本計畫之執行狀況「適時」公告，以便監督。理由在於，尖端資訊等行政領域具有技術進步一日千里之特性，不宜硬性規定報告時程⁴⁰。在政策作成、實施及評鑑之一連串過程中，隨時將計畫執行狀況公告周知，應有助於一般國民廣泛監督，並立即回應⁴¹。但未明定應向國會報告，是否適當，則頗有疑義。

³⁶ 川崎政司，同註34，頁59。

³⁷ 小早川光郎，同註14，頁69。

³⁸ 例如，住生活基本法第15條第4項、生物多樣性基本法第11條第4項、交通政策基本法第15條第5項。

³⁹ 毛利透，同註23，頁149。

⁴⁰ 川崎政司，同註34，頁59。

⁴¹ 毛利透，同註23，頁152。

對於上述兩種立法例，毛利透認為國會與國民於政策實行過程中，分別扮演不同之角色，應可共同監督基本計畫之執行狀況。國民可依其不同之價值觀，隨時批判政府施政，但通常不易聚焦爭點，亦難以直接迫使政府變更基本計畫。國會則於憲法上享有追究行政權政治責任之權限，居於公共政策辯論之中樞，可有效確保基本計畫之執行。因此，立法論上應兼採兩種方式，基本計畫之執行狀況既應「適時」公告，亦應以年度報告之方式送交國會審查⁴²。

三、基本法之問題

(一)國會監督機制之形式化

隨著現代國家任務變遷，行政職能不斷擴張，行政權逐漸成為國家統治構造中之主導力量，實際操控法案成立，成為所謂「行政國家」。尤其是涉及行政管制之法律，為賦予行政臨機應變之權限，莫不大量採取授權立法及授予裁量權等方式，進一步削弱法律對於行政之直接規範效力。因此，如何確保具有民主正當性之國會應有之主導地位，乃是戰後日本公法學一大課題⁴³。就此而言，基本法整合特定行政領域之政策課題，以法律形式梳理出一定之法秩序，並作為法律解釋之方針，可謂國會主導國家執政之表現。換言之，基本法於理論上可以強化國會監督行政之功能，確保國會應有之政策指導地位⁴⁴。

但如前所述，基本法過於空泛之原則性規定，僅止於一定之政策框架，等同於明文賦予行政獨自形成具體政策之空間。尤其是實務運作上，國會並未運用既有之憲法權限，乃至基本法規規定之年度報告及基本計畫，詳實監督行政是否以及如何實現基本法之規範內容。甚至國會決議實施法之法律案及相關措施之預算案時，亦幾乎照行政之提案通過。因此，如不改革國會監督基本法實行之制度架構及實務運作方式，基本法即有可能反過來成為行政主導國家執政之工具⁴⁵。

(二)基本法制定之浮濫化

截至目前為止，日本現行有效之基本法，共有47部。其中39部制定於1993年自民黨一黨獨大政治體制崩潰之後，28部乃是議員主動提案立法。從政治背景而言，此乃因國會議員迫於選舉壓力，急於向選民展現政治活動之成果，而充

⁴² 毛利透，同註23，頁152-153。

⁴³ 關於日本之行政國家現象與公法學之發展，參見：中川丈久，議會と行政，行政法の新構想I，頁115-166，有斐閣，2011年。

⁴⁴ 川崎政司，同註15，頁78-79。即使是行政主動提案而制定之基本法，亦是經由國會審議，故國會仍享有決定政策方案之權限。

⁴⁵ 川崎政司，同註15，頁80-81。川崎政司，同註9，頁113。

斥原則性規定之基本法，其立法技術不高，正好容易配合政治目的量產。另一方面，政黨輪替下，新執政黨為向選民表示落實選舉政見，直接將政見改寫為基本法，有助於政治宣傳，鞏固執政⁴⁶。在基本法淪為政治操作工具下，不僅其規範性格更為薄弱，也開始為制定而制定⁴⁷，喪失「立法計畫」之本旨。浮濫制定之基本法，不啻於毫無拘束力之政治宣傳工具，實際上未能解決問題。

(三) 基本法之價值序列紊亂

基本法雖然採取原則性規定，但仍需明確指示出政策方向。但現今社會中，國民之意思極為多樣，彼此之利害關係更是相互衝突，必然需要一定程度之妥協。因此基本法為求面面俱到，不但納入各種相互衝突之原則性規定，甚至基本法之間也有潛在之價值矛盾，造成價值序列之紊亂，難以判斷政策之重心。如此一來，基本法不但失去應有之安定性與統一性，也喪失指引政策明確方向之功能⁴⁸。

四、小結

日本基本法之特色，乃是以法律形式整合特定行政領域之政策課題，形塑行政政策過程之框架，並作為相關法律解釋之方針。從權力分立角度而言，可謂國會發揮政策主導力量，積極規範行政活動之嘗試。雖然基本法內容多為原則性規定，但搭配實施法以進一步具體規範行政活動，納入年度報告及基本計畫等監督方式後，理論上仍可確保行政依照基本法意旨推行政策。然而實務運作上，國會仍然無法有效監督行政，遑論確實指引行政活動之方向。尤其是在基本法浮濫制定之情形下，更進一步模糊基本法之規範性格，腐蝕基本法應有之政策指引功能。因此，日本學者及實務工作者雖然不否認基本法具有之意義，但對於基本法運作之現狀，多持負面評價⁴⁹。

我國基本法雖然備受日本法影響，卻未必認識到日本基本法之上述特色及問題。從日本法之經驗顯示，今後我國如欲維持基本法之立法模式，必須更仔細思考國會監督機制及立法技術，始能真正運用基本法形塑行政領域之法秩序。以下，本文將對照日本法之經驗，檢討台灣基本法之現行狀況，指出未來改革之方向。

參、台灣法之現況與展望

⁴⁶ 毛利透，〈基本法による行政統制〉，142-143頁。

⁴⁷ 川崎政司，同註9，頁111。

⁴⁸ 川崎政司，同註15，頁76。川崎政司，同註9，頁113。

⁴⁹ 川崎政司，同註9，頁110-111。成田頼明，基本法の第1条を読む(10·完)——“基本法”形式の課題，書齋の窓，第492号，表頁2，2000年。

一、基本法之定位

(一) 政策與基本法

我國現有6部基本法，雖然規範對象上可大別為針對特定行政領域制定之科技法、教育法、通傳法與環保法，以及針對特定族群制定之原民法與客家法。惟兩者實際上並無不同，均是針對國政重要領域，宣示政策之基本方針及綱領，指引行政推動政策之方向及措施。就此而言，與日本基本法性質相同。

至於為何我國會採取日本基本法之立法模式，則難從立法院公報之審議資料得知。惟從相關審議資料中，似可推知此6部基本法均具有改革現行制度之企圖。因此與其個別制定或修正盤根錯節之相關法律，不如以基本法宣示整體政策方案，突顯改革之目的及中心思想，更為清楚直接。以教育法為例，制定之初，曾有反對之立法委員認為，如欲進行教育制度改革，應直接制定新法或修改現行各種教育相關法律，不必特意立法宣示⁵⁰。但個別制定或修正法律曠日廢時，以基本法明定教育基本原則，始能明確指示改革方向，引導未來立法及行政之活動。故多數立法委員仍決定以基本法之方式立法⁵¹。其他基本法也多有類似之討論。如此一來，實施法之制定或修正，即更為重要。

(二) 基本法與實施法

我國基本法並非自我完結之法典，尤其是均具有改革現行制度之目的，從而必需制定或修正實施法，始能具體實現基本法規範內容⁵²。然而，若干基本法為因應個別行政領域之特殊性及政策目的，於實施法上針對個別議題採取不同處理方式，故有以下值得商榷之處。

第一，直接排除普通法之適用，卻授權法規命令另行規範。例如，科技法制定目的之一，即寓有突破既有法律適用之目的⁵³，故明文排除國有財產法、政府採購法、教育人員任用條例及公務員服務法等相關條文之限制，授權行政機關自行另訂法規命令規範相關事項⁵⁴。但從基本法之立法模式而言，本來僅應宣示政策方針，並配合制定或修正實施法，以完成基本法宣示之目標⁵⁵。尤其是原先由

⁵⁰ 立法院公報，第83卷，第32期，2706號，頁158。

⁵¹ 立法院公報，第88卷，第31期，3031號，1冊，頁434-438。

⁵² 例如，科技法制定之初，時任國科會主委之劉兆玄即指出，本法「是在科技領域中作相關原則規定的母法。故本法通過後，仍需推動一系列子法」。參見：立法院公報，第88卷，第1期，3001號，上冊，頁79。

⁵³ 立法委員劉進興即指出科技法「主要是處理智慧財產權及科技任用人員彈性的問題」。參見：立法院公報，第88卷，第1期，3001號，上冊，頁81。

⁵⁴ 科技法第6條、第17條第4項。

⁵⁵ 科技法第17條第1項即僅規範「應制定法律適度放寬公務人員任用之限制」。

法律規定之事項，縱經基本法排除適用於特定行政領域，仍應以法律規範之，立法體系始為一貫。捨法律而逕許以法規命令定之，不啻賦予主管機關極大之自主形成空間，頗有失衡之處⁵⁶。

第二，立法者應配合制定或修正法律，卻僅課予行政限期提出法律案之義務，而未積極行使立法權限。先以通傳法為例，該法為因應數位匯流修法之需求，第16條第1項明定「政府應於通訊傳播委員會成立後2年內，依本法所揭示原則，修正通訊傳播相關法規」⁵⁷。2006年成立之國家通訊傳播委員會（以下簡稱通傳會），固然於2008年準時提出，卻遭行政院退回重議。之後，通傳會於2016年再次提出數位匯流五法，雖經行政院院會決議通過，送交立法院審議。卻又因逢政黨輪替，而遭行政院一律撤回。時隔10年，數位匯流修法之政策目的，至今仍然未能完成。

再以原民法為例，該法之立法目的，乃是為保障原住民族之生存發展，而揭棄各種保障原則，賦予其有別一般人民之法律地位。故為貫徹基本法之立法意旨，明文規定「主管機關應於本法施行後3年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令」⁵⁸。惟從2005年制定以來至今，依該法應制定9種實施法，至今仍有5種法律尚未完成。其他應依原民法意旨通盤檢討之法律中，亦有5種法律尚未修正⁵⁹。

上舉二例中，我國憲法雖賦予行政院享有法律案之提案權，但立法院以法律形式命令行政提出符合基本法意旨之法律案，是否有違憲疑慮，未見檢討。尤其是法律提案權具有引導政策發展與施政方向之憲政意義⁶⁰，似不容等閒以觀。本文認為，我國憲法承認行政院等各院之提案權，乃是「各院關於所掌事項知之較稔，得各向立法院提出法律案，以為立法意見之提供者」⁶¹。尤其是行政院基於憲法增修條文第3條第2項應向立法院負責，故立法院應可制定基本法，預先表達特定行政領域之立法計畫，從而一定程度限制行政院之提案內容。

然而，此類規定之真正問題，則是課予行政限期提案義務，卻又未確實監督，

⁵⁶ 從部會分工角度而言，國有財產法（財政部）、政府採購法（公共工程委員會）、教育人員任用條例（教育部）及公務員服務法（銓敘部）並非科技主管機關之主管法律，無法主動向行政院會議提出法律案。故科技法直接排除此類法律適用之目的，亦在於確保科技主管機關之主導權。

⁵⁷ 依立法理由所示，「相關部會及通訊傳播委員會應即依本法所揭示之原則，於2年內修正通訊傳播相關作用法規，包括電信法、廣播電視法、有線廣播電視法及衛星廣播電視法等」。

⁵⁸ 依立法理由所示，「為確立本法之母法地位...避免行政及立法機關怠惰，爰採取限期立法規定」。該條顯然亦課予立法機關限期立法之義務。

⁵⁹ 監察院2016年3月7日105內調0011號調查報告6-7頁。

⁶⁰ 蔡宗珍，當前立法院憲政地位之評析，憲法與國家(一)，頁75-76，元照，2004年。

⁶¹ 司法院釋字3號、175號。

導致基本法欠缺實施法而徒具空文。特別是立法院本來即可不待行政院提案，逕行依委員提案制定或修正相關法律。除此之外，立法院更可運用質詢、預算及決議等方式，迫使行政院提出符合基本法意旨之法律案。因此，立法院未切實監督行政是否履行基本法之提案義務，亦未自行按照基本法完成相關法律之制定與修正⁶²，實有自行架空基本法規範效力之問題。

(三) 行政領域之解釋方針

基本法雖然仍是普通法律，並無特殊效力，但就該行政領域之相關法律之制定、修正乃至於解釋適用，除法律別有規定外，理論上仍應以基本法之意旨為依歸⁶³。不過我國立法者卻更積極強化基本法之規範效力，賦予行政於相關法令未配合制定或修正之前，得依照基本法解釋適用之特殊權限。首先是通傳法為因應數位匯流修法之需求，第16條第2項規定，於通訊傳播相關「法規修正施行前，其與本法規定牴觸者，通訊傳播委員會得依本法原則為法律之解釋及適用；其有競合者，亦同」。換言之，通傳法不但明文規定通傳法乃是通訊傳播相關法規之解釋方針，更授權通傳會於解釋適用上享有「相當大裁量與政策形成空間」⁶⁴，針對不及修法而有牴觸通傳法基本原則（如技術中立、促進多元文化等）之相關法律，得以解釋方式續造其規範內容。其後，2005年制定之原民法，因實際上未能於3年內制定或修正相關法令，乃於2015年修法增訂第2項「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之」。賦予原住民族委員會協調各機關，統合解釋相關法律之權限。

從法律解釋適用之基本原則而言，上述立法方式可分三點探討其問題所在。

第一，立法者本應配合制定或修正之法律，如無制定或修正，卻容許行政於過渡期以「解釋適用」為名，行立法修法之實，將嚴重違反依法行政原則。尤其是基本法多為原則性規定，通常不易判斷其他相關法律是否確實牴觸基本法之意旨。故依照法律優位原則之適用強制及偏離禁止，行政未必能以解釋而逕行排斥現行相關法律而不用。而依照法律保留原則之重要性理論，行政更不可能創設法

⁶² 關於應以包裹立法之建議，參見：林素鳳，同註1，頁101-102。

⁶³ 例如，翁金球提案之教育法草案立法總說明中，即指出「其他教育法規若有與教育基本法相牴觸者，雖難以使之無效，但應予以使其與基本法相一致，方不致衍生體制混亂之問題」。此一見解，明顯受到日本「基本法優越說」之影響。參見：立法院公報，第83卷，第27期，2701號，上冊，頁89。

⁶⁴ 臺北高等行政法院104年度訴更三字第42號。

無明文之人民權利限制規範⁶⁵。因此，如欲避免違反依法行政原則，實務上適用此一解釋規定之空間，將極為狹隘。至今唯一之例，乃是通傳會認為媒體併購而有影響多元觀點呈現之虞，援引通傳法第16條第2項等相關規定作為法律根據，創設反媒體壟斷之行為規範，主張為確保媒體之多元性，可作成具附款之許可處分。但最高行政法院仍僅依照行政程序法及其他作用法等規定，判斷附款是否違法，而迴避該條項之適用判斷⁶⁶，似可推知司法實務之存疑態度。

第二，行政依照基本法之立法意旨，應訂定或修正相關法規命令時，依照法律保留原則，仍不得逕以「解釋適用」代替法規命令之制定或修正⁶⁷，避免行政怠於履行制定或修正義務⁶⁸。

第三，行政於適用基本法及其相關法令遇有多種解釋之可能時，應儘可能依照基本法之意旨而為解釋適用。但並不代表立法者有意賦予行政當然享有判斷餘地，解釋適用之結果仍應受司法審查。

二、基本法之政策過程與監督

(一) 行政政策過程之框架

我國基本法雖無單列「基本政策」一章，均以原則性規定指示行政應採取之政策或措施，故仍具有行為框架之功能。另一方面，部分基本法亦有強化跨部會協調審議及民間參與之規定，規定行政院應設立特別之會議或委員會，審議法定事項⁶⁹，亦具有決策框架之功能。然而，基本法並未詳細規定特別會議及委員會之職權及審議事項，亦欠缺外部監督，實際上多淪為形式。以原民法為例，推動委員會成立以來，10餘年來僅召開3次會議，並未發揮其應有之整合協調功能⁷⁰。

基於行政院應向立法院負責之憲法規定，立法院自可運用質詢、調閱或決議等職權，檢視行政是否確實履行基本法規定之義務⁷¹。惟實務運作上，立法院鮮

⁶⁵ 依法行政原則之一般性說明：陳敏，行政法總論，頁155-157，自版，2013年8版。

⁶⁶ 最高行政法院101年度判字第245號、最高行政法院102年度判字第256號、最高行政法院104年度判字第87號、最高行政法院105年度判字第313號。

⁶⁷ 依照司法院釋字524號意旨，應以法規命令規範者，不得以行政規則替代。舉輕明重，自更應不得以解釋適用之方式替代法規命令。

⁶⁸ 以原民法為例，該法授權訂定之7種法規命令，至今仍有2種未訂定。其他應配合通盤檢討修正之行政命令，各部會亦有1種法規命令及2種行政規則未配合檢討修正。參見：監察院2016年3月7日105內調0011號調查報告，頁6-7。

⁶⁹ 科技法第10條之全國科學技術會議、環境法第29條之國家永續發展委員會、客家法第4條之全國客家會議、原民法第3條之推動委員會。

⁷⁰ 監察院2016年3月7日105內調0011號調查報告，頁24-26。

⁷¹ 在我國，另有監察院可監督行政是否確實履行基本法。惟本文之重心在於立法與行政之關係，故不擬深論。

少主動針對基本法之實行事項，行使監督職權⁷²。因此，基本法是否另設個別之監督機制，即格外重要。

(二) 年度報告

我國基本法並未將年度報告列為標準配備，亦未見國會監督之相關規定。惟二有類似規定之基本法，其內容頗嫌簡陋。首先，科技法第9條雖然要求「政府應2年提出科學技術發展之遠景、策略及現況說明」。但完全未具體規定政府應如何提出、向誰提出以及國會如何監督。通傳法第13條則較為詳細規定，第1項要求通傳會「每年應就通訊傳播健全發展、維護國民權利、保障消費者利益、提升多元文化、弱勢權益保護及服務之普及等事項，提出績效報告及改進建議」。第3項要求「績效報告、改進建議，應以適當方法主動公告之並送立法院備查」。正因為應送立法院備查，第2項更規定「改進建議涉及現行法律之修正者，...應說明修正方針及其理由」。顯見績效報告及改進建議明顯是以國會監督為前提，提供國會未來修法參考之必要資訊。惟實務運作上，或因囿於「備查」之形式，並未獲得國會太多關注。

參考日本法之經驗，國會如僅單純課予政府年度報告之義務，並無太大監督效用。但完全省略年度報告，恐怕國會更無法定期全盤掌握基本法之實行狀況。故從立法論而言，仍應統一課予政府向國會進行年度報告之義務，並思考如何建立比「備查」更為有效之國會監督方式。

(三) 基本計畫

我國基本法並未全面採用基本計畫制度，更欠缺國會監督及國民監督之相關規定。以下，簡單分析惟二有基本計畫規定之基本法。首先，科技法第10條第1項規定政府應「每4年訂定國家科學技術發展計畫，作為擬訂科學技術政策與推動科學技術研究發展之依據」。第11條進一步規定計畫內容應包含現況與檢討、總目標、策略及資源規劃、各科學技術領域之發展目標等事項。至於訂定程序，則依第10條第2項之規定，「應參酌中央研究院、科學技術研究部門、產業部門及相關社會團體之意見，並經全國科學技術會議討論後，由行政院核定」。全國科學技術會議之組成及運作方式並無任何規定，依同條第3項所示，僅為配合基本計畫擬定而臨時成立之諮詢會議。由於科技法並未規範計畫執行狀況之公布及監督，似主要於每4年重新擬定基本計畫之程序中，由全國科學技術會議及行政

⁷² 少數例外則有立法院內政委員會依照監察院關於原民法之調查報告，決議相關部會應於期程內研議、修正相關法令。參見：立法院第9屆第1會期內政委員會第26次全體委員會議事錄，頁5-6。

院檢視。從上述規定可知，科技法作為我國第一部基本法，大體上忠實繼受日本法基本計畫之規定，卻對國會監督乃至於一般國民之監督機制⁷³，付之闕如。

相較於科技法，環保法之基本計畫則更為簡陋，僅於第7條第1項要求中央政府應策定國家環境保護計畫，同條第2項允許地方政府得訂定環境保護計畫。至於計畫應有之內容及訂定程序，則全無規範。同條第3項雖明文規定「各級政府應定期評估檢討環境保護計畫之執行狀況，並公布之」。惟各級政府之實務上有於年度整體施政績效報告中附帶提及者，或有於次期計畫中回顧上期執行狀況者，似乎並未重視此一規定⁷⁴，遑論國會及國民之參與監督。因此，基本計畫之執行狀況仍然欠缺監督機制。

從國會監督之角度而言，如無基本計畫之規定，國會實難從各部會之一般施政報告中，完整掌握基本法之實行狀況，評估政府執行成效。但即使有基本計畫之規定，國會如未切實監督計畫執行，不啻等同於任憑政府自由決定。另一方面，從國民監督之角度而言，基本計畫不但有助於國民認知政府實行基本法之步驟與方向，更可經由計畫執行狀況之定期公告，理解基本法之落實情形，促進公民參與。因此，考量到上述國會及國民監督之意義，自立法論而言，基本法均應課予政府訂定基本計畫之義務，並詳細規範計畫內容、訂定程序以及計畫執行之監督機制。尤其是監督機制，參照前述日本法之發展，應仍以國會監督為原則，並應公告計畫之訂定與執行⁷⁵，以便國民監督。

三、課題與展望

(一) 立法權與國家執政

從日本法經驗可知，基本法之制定，可謂是在現代行政國家之進展下，國會試圖取回國家執政主導力量之嘗試。同樣呈現出行政國家現象之我國，亦應可自憲法上權力分立之理論，進一步深入檢討基本法之憲政意義。從「行政院有向立

⁷³ 實務運作上，科技部網站均依政府資訊公開法，主動公開國家科學技術發展計畫及其執行成果。
參見：
https://www.most.gov.tw/division/detail?subSite=pla&l=ch&article_uid=fe300446-23e4-4ac9-873c-ef84fb1c952b&menu_id=24af41df-d562-4b2a-bb08-7c03b9d25a6d&content_type=P&view_mode=listView (最終瀏覽日 2016/8/13)。

⁷⁴ 環保署網站僅提供國家環境保護計畫，並無公開執行狀況之資料。參見：
<http://www.epa.gov.tw/ct.asp?xItem=28708&ctNode=31614&mp=epa> (最終瀏覽日 2016/8/13)。

⁷⁵ 現行實務上認為基本計畫於性質上屬施政計畫之一種，故依政府資訊公開法第7條第5款，均予主動公開。理論上國民亦可以被動公開之方式，申請公開基本計畫之執行狀況。惟基本法如能明定應定期公告執行狀況，當更為直接有助國民監督。

法院提出施政方針及施政報告之責」⁷⁶以及「立法院有議決法律案、預算案...及國家其他重要事項之權」⁷⁷之規定，可知國會享有參與並決定國家執政方向之權限。換言之，國家執政並非完全委諸於行政權自由決定，國會亦未必僅止於事後、消極及被動之監督。法律制定，更是國家政策之具體展現⁷⁸。因此，國會制定基本法以宣示並貫徹其政策方針，實際上具有主導國家執政方向之憲政意義。以教育法為例，乃是立法委員在教育部消極推託之下，主動提案制定完成之法律。對立法委員而言，基本法正是於教育行政領域中，一錘定音地決定教育改革政策之橋頭堡，從而避免陷入個別法律修正之長期消耗戰而失去改革動能⁷⁹。今後如能從憲法理論深化基本法之研究，釐清立法權與行政權之分際，應有助於掌握基本法應有之規範內容及界線。

(二) 國會監督機制之強化

若是肯定基本法乃是國會宣示政策方針指引行政之工具，則必須進一步強化國會監督基本法實行之機制，避免基本法淪為不具規範效力之圖騰。從日本法之經驗及我國基本法之實施現況而言，欠缺國會確實監督之基本法，其運作成效均不甚理想，腐蝕基本法應有之政策指引功能。今後如何強化年度報告、基本計畫及其他監督機制，應為我國基本法重要之課題。

另一方面，在基本法之監督機制未能確實建立並運作之情形下，自應審慎制定新基本法，以避免進一步掏空基本法之規範效力。尤其是基本法浮濫制定之日本經驗顯示，制定過多之基本法，不但會失去應有之重要政策指引功能，更易淪為政治宣傳之工具。

(三) 基本法與行政法各論之發展

強化現行基本法規範效力之另一種方式，則是將基本法之解釋方針功能與行政法各論之發展，相互連結。相較日本基本法之蕪雜發展，台灣至今僅有6部基本法，並且均嚴格對應至特定部會及行政領域。亦即，科技法與科技部、教育法與教育部、環境法與環保署、通傳法與通傳會、原民法與原住民族委員會、客家法與客家委員會。基本法可謂是各該部會所管法律中，除本身組織法外，最具有根本性質之法律。在維持此一嚴格對應之前提下，應可期待基本法確立該行政領域之特色及基本原則，從而有助於提供法釋義學發展之基礎。換言之，經由基本

⁷⁶ 中華民國憲法增修條文第2條第1款

⁷⁷ 中華民國憲法第63條。

⁷⁸ 法律與政策之關係，一般性說明可見：陳銘祥，法政策學，頁135-180，元照，2011年。

⁷⁹ 關於立法委員與教育部之攻防戰，詳情可見：立法院公報，第88卷，第31期，3031號，1冊，頁435-436。

法及實施法之法釋義學操作，形成該行政領域特有之行政法各論，基本法則可扮演總則之角色⁸⁰。

肆、結論

本文比較研究日本及台灣之基本法，從基本法之定位、行政政策過程與監督等方面，分析國會如何運用基本法決定特定行政領域之行政活動框架，形塑該領域之法秩序。雖然日本經驗及台灣現況顯示，基本法於實務運作上並不理想，或許會有主張直接廢除基本法此種立法模式之意見。然而，如果認為國會對於現代行政國家之國家執政之方向，不應僅止於事後、消極及被動之參與及監督，則基本法仍具有整合政策議題，指引國家執政方向之憲政意義。此一權力分立之根本問題，並不因基本法此種立法模式之廢除而消失。至於基本法於實務運作上並未發揮功能之根本原因，乃是國會並未確實監督行政應遵守基本法之意旨，導致基本法之規範性格不彰。因此，在我國法制之中，本文認為今後可從憲法上立法權與國家執政之關係、國會監督機制之強化、基本法與行政法各論之連結三方面著手，探究制度上應如何確保基本法之規範性格。另外，本文僅止於基本法之一般性問題研究，如能更進一步深入分析個別基本法及實施法之運作實態，應有助於進一步發揮基本法之真正功能，此當為日後之研究課題。

⁸⁰ 例如，環境法制定之初，即有立法委員期待基本法成為「環境法總則」之說明。參見：立法院公報，第91卷，第69期，3265號，上冊，頁52。

產業發展與立法典範之變遷——從裁判立法到賦能立法

廖義銘（國立高雄大學政治法律學系教授兼法學院院長）

摘要

產業發展之動能，取決於民眾之信心，而民眾之信心，則由市場上各種被交易的產品或勞務之價值與價格之相符與否所決定。法律對於市場上價值取向之確定、交易安全之保障及行為人相互調適能力之提升上，有其關鍵之影響力。然而，在產業發展的不同情勢中，不同的立法典範，卻可能產生不同的影響。吾人歸納當前立法，約可總結為二種不同的典範，一是以裁判當事人之行為是否違法為核心的「裁判立法」；二則是以賦予當事人遵守法規精神為目標的「賦能立法」。

本文認為，在產業發展處於亟需發展、加值或轉型的地區或社會，僅著重於爭議事後公正的裁判或課責之「裁判立法」，較無助該地區民眾對產業之信心的建立或提升。因為民眾之信心，必須要透過法律規範之設計，以及法律人功能之發揮，來使人們更願意自主地進行自我調適與學習，來使自己的生產或服務，因而提升其於市場上之價值。而這乃是賦能立法之主旨，更是吾人期望持續為在立法教育上型塑創新思維以符合南台灣產業發展現實需求的目標。

關鍵字：產業發展、立法典範、裁判立法、賦能立法

Abstract

Trust among people is the vital energy of industry development in a country, and it is built upon the consistency between the value and the price of the products or services interchanging in the market. Law-making has its crucial impacts on the value assessment, insurance of trading safety, and the promotion of actor's inter adjustability. But different kinds of law based on different paradigms will bring different impacts on markets. There are two different paradigms of law this paper induced: judgment -based law (JBL) that focused on the judging people's compliance of law or not; and empowerment -based law (EBL) that highlights the way of empowering people's ability of compliance.

This paper argues that at industrial de-developing society or area, the JBL is helpless at rebuilding or promoting trust among people. Trust among people at market is built upon people's willingness to learn and adjust with each other and by doing so, increasing value and price of their products or services under a helpful legal system with lawyer's aids. This is right the purpose of EBL. This paper concludes that EBL is necessary at current south Taiwan legal education.

Keywords: industry development, legal paradigm, judgment -based law, empowerment -based law.

壹、前言

產業發展對任何民族、任何國家於任何時代而言，都是十分重要的。產業發展一旦停滯，經濟活動即逐漸萎縮；而經濟活動一旦日益萎縮，人民之基本生存所需便會遭受威脅；而人民之基本生存所需一旦不足，便會產生人口流失或社會動亂，而這乃是任何人都不能接受，也不應接受的悲劇。

然而縱觀史冊，一個社會的產業能夠持續發展，並非必然，其必有相當主客觀條件之支持，在這些條件之缺乏下，我們即曾見人類歷史上許多族群的絕滅、文明的崩壞載於史冊，令後人無限唏噓。當然，我們更曾見人類歷史上，某些地區上的某族群，在某個時代中創造了產業發展上的重要成就，使其族群本身享有比其他族群更優越的生存條件，也為其他族群的生存發展，帶來可資學習模仿的典範。

「法與發展」(law and development) 乃是法學上一特殊學門，我國作為東亞民主法治與經濟發展典範之一，對於法律與社會或經濟發展關係之研究，卻尚未從自己的經驗與所累積的學術能力中，對全世界法學界做出必要之貢獻¹。

我們的台灣曾經是世界上產業發展的典範，在資源貧瘠且天災不斷的小島上，我們曾經創造出世界上最具經濟效能的製造業與服務業，然而，今天我們也看到了台灣的產業正走向能量逐漸趨疲的黑洞中。尤其是南台灣，這種產業能量趨疲的現象，已經造成南台灣莘莘學子從大學畢業後，很難於本地找到適當的工作。

我們由衷地期望南台灣的產業能動，能夠重新點燃；產業發展空洞化的惡性循環，我們希望能透過立法的推陳出新，來予以阻斷。在此期望下，究竟立法的發展，應如何有助於產業的發展？尤其是法學教育的推行，應如何有助於地方產業動能之提升？這乃是我們南台灣的法學界所必須共同思索並攜手努力的課題。

貳、產業發展之條件

任何一個地方或時代的產業要得到發展的能量，都必須有許多主客觀條件之配合，而歸納各種主客觀條件，我們認為，可歸結為一項最關鍵之條件，那就是：

在該地區，市場上交易的產品或勞力，其所創造之價值 (value) 與其所能獲得之價格 (price)，愈能夠一致或落差愈小，產業發展的能量愈大；反之亦然。

¹ 張英磊 (2010)，〈發展經濟學思潮與法制變遷：以台灣公營事業相關法制之變革為例〉，《財經法暨經濟法》，第 23 期，頁 1-54。

價格是指消費者為了獲取產品所必須支付的金額²；而價值則是指消費者基於所得到和所付出的認知，對產品整體效用之評估³。價值更可以進一步地定義為：消費者自產品獲得的知覺品質 (或利益) 相對於價格支出所知覺的犧牲二者間的權衡 (Tradeoff)⁴；或價格支付所交換的知覺價值 (Worth)⁵。當一個地區，在市場上交易的產品或勞力，其價值與價格能夠相當一致時，人們便會更願意在市場上提供勞務或物品，來換取同等價格的財務，此時，產業發展便得到其最為根本的能量，從新制度經濟學的交易成本論來說，價格與價值一致，也就是市場上雙方進行交易時，進行交易之行為所付出的代價，也就是交易之成本，相當低廉。而交易成本是一種額外並且可避免的社會成本損耗，交易成本越低，對雙方交易愈有利，社會整體也因此能獲得最大福祉⁶，而此福祉便能激發人們在生產與消費上之信心。

信心，是人類活動能量之源，因此，消費者的信心成為經濟發展的重要指標⁷，然而人們對於生產與消費要具有信心，卻並非偶然即可輕遇。人們的信心來自於自己對自己所付出的勞力與精神，與所能獲得之利益，能夠取得平衡，甚至於所得能夠大於付出，如此信心才能夠持續或增強。當然，就個體而言，人們對自己的付出與所得，其間之衡平得失，乃完全由自己主觀之界定；然而就總體而言，在某種環境下，人們較易認定自己的付出與所得能夠平衡，而在某種相反的環境下，人們總會覺得自己付出與所得不成正比。前者那種環境，便是人類社會所樂於建構並予維持的環境；而後者，則多為人們所厭棄⁸。

有利於人們對於自己的付出與收穫相比感到滿意的環境，通常具有下列特性：

一、價值取向明確

在任何環境中，人們若能很輕易而明確地獲知某種價值取向，便能夠將該價值與其所付出之價格作比較，而決定自己是否願意繼續為留在該環境而付出相當的財務價格。例如，在一個裝潢

² D. I. Hawkins, R. J. Best and K. A. Coney, CONSUMER BEHAVIOR: IMPLICATION FOR MARKETING STRATEGY REVISED, Business Publication Inc, 448 (1983).

³ V. A. Zeithaml, *Consumer Perceptions of Price, Quality and Value: A Means-End Model and Synthesis of Evidence*, Journal of Marketing, 52, 2-22 (1988).

⁴ K. B. Monroe, PRICING: MAKING PROFITABLE DECISIONS, New York, NY: McGraw-Hill (1990).

⁵ J. C. Anderson, D. C. Jain and P. K. Chintagunta, *Customer Value Assessment in Business Markets: A State-of-Practice Study*, Journal of Business-to-Business Marketing, 1, 3-29 (1993).

⁶ 有關新制度經濟學上述交易成本論，參見 R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law and Economics, Vol. 3 (October 1960).

⁷ 消費者信心 (Consumer Confidence, 也有人稱為消費者情緒 Consumer Sentiment) 是指消費者根據國家或地區的經濟發展形勢，對就業、收入、物價、利率等問題的綜合判斷後得出的一種看法和預期。在許多國家，消費者信心的測度被認為是消費總量的必要補充。消費者信心指數 (ICS) 是反映消費者信心強弱的指標，是綜合反映並量化消費者對當前經濟形勢評價和對經濟前景、收入水準、收入預期以及消費心理狀態的主觀感受，預測經濟走勢和消費趨向的一個先行指標，是監測經濟週期變化不可缺少的依據。

⁸ 因此，亦有經濟學者將發展的定義，由經濟發展擴張至全人的自我實現能力與機會的增進 (capacity building)。Amartya Sen 在其名著「Development as Freedom」一書中認為，發展不能只觀察所得與財富的增加與分配，而應該是個人自我實現能力之提升，為其核心之意義。自由與法治不是為了促使自由市場機制發揮的功具，而是自由市場使人得以發揮其創業精神，行使其規劃自己生活方式的必要制度條件。詳參 Amartya Sen, DEVELOPMENT AS FREEDOM, New York: Anchor Books (2000).

佈置十分高雅而清潔的旅館中，或食物用料及烹飪非常講究的餐廳中，人們能夠很清楚地得知如此之旅館或餐廳所訴求的價值取向，因此，即使在物價飛漲、所得降低的時代，這種訴諸於高級的設備及食材的餐飲業，仍能創造出傲人的產值。

二、交易安全性高

當人們在一環境中，其所付出的勞力或財務之價格，與其所能回收的價值，得以具有高度的明確性，乃致於可預測性，那麼，人們就會自行去衡量應投入多少的勞力或財務，來取得相當之價值，而這便是交易安全性高的環境。相反的，在交易安全性低的環境中，人們無法預測自己所付出的勞力或財務，能取得多少的價值，或是否能與上次一樣，獲得等同價值的回收，在這種環境下，人們即使曾經有過一次的交易經驗，體認到其所付出之價格與價值能夠相當，但也無法保證類似的交易能持續若干次地進行，因此，此種環境之產值難以維持或提升。

三、具調適功能

不具交易安全性之環境中，若能夠具有交易雙方或多方彼此相互回饋或自行修正之功能，則此環境亦能夠漸具有交易安全性，並且達到具有明確之價值取向的境地。

大部份具有明確而被人接受的價值取向，或具有高度交易安全性之環境，都不是一日造成的，多是日積月累逐步發展而成的。但是逐步發展的過程中，有些環境不具有讓交易當事人彼此回饋與調適的機會；有些則予以容許，甚或鼓勵。前者的環境，便會使交易雙方或多方當事人無法使其付出的價格與所得的價值得到平衡，因此而離開該環境，此便造成該環境產能之逐漸空洞化；相反的，在容許甚或鼓勵的環境中，當事人所付出之價格與其從相對的當事人中所獲得的價值，能夠在不斷回饋、調適與修正的動態過程中，逐漸取得平衡，於是在取得平衡的過程中，已經產生了發展的動能，取得平衡後，更能夠維持其產能。

參、法律於產業發展中之功能

產業發展，需要價值取向明確、交易安全且具有回饋與修正功能的環境，而法律對於這種環境之構成而言，有時候具有正向之功能，有時則產生負面之結果。具正向功能的法律與負面功能的法律，在價值取向之設定、交易安全之保障及回饋與調適功能之設計上，有不同之規範。

一、價值取向之設定

在價值取向之設定上，法律有時因其明確性與穩定性之特質，而有助於一個環境發展成具有明確價值取向之環境，有時則因其對環境之功能與特性做了錯誤或不切時宜的規範，而使在此法

律規範下，該環境之價值取向難以明確⁹。

例如，當法律將必須營利才能夠維持其生存的組織，界定為非營利組織，規範其營運之模式，不得具有營利之性質，並將其營利行為界定為犯罪，便使得這類之組織，多半其價值取向不明，因此使投入該類組織之人員，無法將其所投入之價格與所能獲得之價值，予以適合之比較，於是這類組織在我國社會中，通常不具有永續經營發展的能量。

相反的，法律將某一區域界定為某種特定產業生產、加工之基地，給予該特定產業於該區域中設置廠房相當之租稅上優惠，便使該區域中，能夠吸納該特定產業之業者進駐，而特定產業業者進駐該區域後，由於其週遭有相關之上下游產業可資合作，又能在較低營運成本下，將自己之產能發揮致極，於是該區域便成為我國產業發展動能之主要基石。

二、交易安全之保障

法律對於交易安全被破壞時，提供爭議解決之依據，並且對於破壞交易安全者，予以制裁，因此，法律向來是市場上保障交易安全最重要的工具，尤其是在現代資本主義法治社會中，法律更被視為是保障市場上交易安全的唯一良方。

然而，法律卻不見得一定能夠保障交易安全，在某種情況下，法律會成為交易不安全的保障，例如，在勞動市場中，勞力的提供在與購買者二者之間，同樣必須在彼此交易時，價格與價值能夠相符時，勞力市場才能夠永續發展，而如果法律一味地偏向於保障某一方的權利，削弱另一方的議價權，這個時候，便有可能使勞力市場上勞力的提供者所付出的價值，與其所能夠得到的價格，也就是薪資不相符，無論價值或價格的任何一方高於他方，都會使人們愈來愈不願意在此勞力市場上交易勞力。在此情況下，我們就會看到企業外移或人才流失這二種明顯的產業負成長之現象。

三、調適功能之設計

法律或許無法對市場中的各種產業作正確且明確的界定，也或許無法直接就交易中應有的安全性，透過文字性的規範，給予直接強而有力的保障，但是法律卻有可能設計出某種機制，讓市場中的各方當事人，比在沒有法律的情況下，更願意彼此相互回饋與調適。而當市場中的相關當事人之間，能夠彼此回饋與調適，有時候，便能夠對交易之安全給予最大的保障，甚至於從某些方面來說，這種當事人可以相互溝通與調適的感受，或許就是一個交易環境中，能夠給人最明確而有實質意義的價值。

⁹ 論者或謂「法律的精確性可減少糾紛處理的成本，在某種程度上，是促成財富極大和公平正義的手段……然而精確性使人們易於遵循確有其益處，但也其缺點，……法律過於精確也代表彈性低，在適用於特定個案時，有時將違反公平正義或財富極大的追求。」謝哲勝（2001），〈法律經濟學基礎理論之研究〉，《中正大學法學集刊》，4期，頁37。

肆、二種立法典範

法律要如何能夠具有促使市場中之各種行為者能夠維持明確之價值，並且確保交易之安全，同時又能夠設計出良好的機制，來讓各方當事人能夠更願意相互反饋與調適呢？其主要關鍵，在於立法時，對於法律的性質與功能，必須有正確之認識。然而，對法律的性質與功能之認識，卻因為不同時代中不同的認知典範，而有不同的見解。吾人認為，可歸納出二種對法律性質與功能之認識典範¹⁰，一是傳統的「裁判法學」(legal theory for judgment)；二是結合政治學、經濟學等其他學科所發展出的「賦能法學」(legal theory for empowering)。二種不同的法學典範，對於立法之目標與價值取向，及其於社會與經濟發展上之功能，有著截然不同的看法：

一、在價值取向上

一般傳統的裁判法學認為法律的主要功能，在於當人與人之間遇有爭議時，作為裁判用以解決爭議之依據。因此，裁判立法為社會及市場所設定之主要價值，在於爭議雙方或多方之當事人，能夠接受解決爭議所做出之裁判。

在這種對法律功能之界定下，立法發展之主要內容，便在於如何讓人們在爭議中做出可為人所接受的裁判。其包括裁判的依據、裁判的方法、裁判的程序、以及裁判的組織與人事¹¹。

而以裁判能為爭議當事人所接受為主要目的的立法，其所最崇尚之價值，乃是公平與科學。公平是指在裁判程序中，各方當事人都能擁有相等的時間與機會，來為自己之主張而努力。科學，則是指裁判所依據的各種參考資訊，必須儘量能經由科學方法之檢證，並且為人類共同感官經驗所能理解與接受。

因此，賦能立法在價值取向上，則強調法律之功能，在於賦予當事人必要之能力，來完成公共政策之目標、或實踐當事人自身之權益、或於遇有爭議時能與爭議他方達成協議。因此，以賦予當事人能力為目標的賦能立法，其所必須之價值，即不在於公平與科學，而在於溝通與學習。

¹⁰ 所謂「典範」(paradigm)，係科學史家兼科學哲學家孔恩(Thomas S. Kuhn)所提出的著名概念。「典範」觀念雖源自於對自然科學史之探討，然其後續效應仍廣泛地影響了經濟學、企管、法學、政治、傳播、文學等等學門，促使各學科對自身後設(meta)的反省。簡單地說，典範是常態科學時期科學家從事科學活動的「最高指導原則」，科學家不會去質疑典範是否能成立，他們在典範的指導下進行「解謎」(solving puzzles)的活動。詳見 T. S. Kuhn, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTION, Chicago: The University of Chicago press (1962)。

¹¹ 學者指出，有關「法釋義學」之制度探討模式，亦即將法律條文文義闡釋、法律適用、法條間之邏輯推演、概念比對、法律效力分析等探討及論述，等同於「法律研究」，此一等同關係，在法學之學科範疇或學術社群中，應具有相當主流的地位與份量，它也使得法學領域形成特定的學術結構與研究慣行，並相當程度決定或影響了發展問題意識的方向。從而，此一等同關係，應可視為法律學門之研究典範。參見陳竹上、蔡天助(2011)，〈法學典範下社會政策評估困境之初探：以菸品標示、計程車駕駛及性別削言論等三項管制性立法之大法官解釋為例〉，《高雄師大學報》，31期，頁51-69。

因為人類的能力，其表現為溝通之能力；而溝通能力之提升，必須經由不斷地學習。

二、在交易安全之保障上

就交易安全之保障而言，裁判立法之重心在於事後之保障；而賦能立法則著眼於事前之預防。所謂事後之保障，係指當交易安全受到破壞後，透過各種司法或準司法之程序，來予以救濟，而救濟的方法，則是透過公正的裁判者之裁判，要求破壞者提供補償或予以回復。為使上述交易安全之事後保障得以實踐，裁判立法就交易安全保障之立法，著重於制定出可令裁判者予裁判時引以為據的法條。這些法條多具有「指令-控制」之內涵，也就是文字中明確地規範行為人應遵守之行為為指令，用以控制行為人之行為，以及裁判者之裁判取向。

著眼於事前預防的賦能立法，則強調交易安全欲獲得保障，其條件在於交易者各方都擁有特定之能力，使當交易安全有受到破壞之可能時，行為人本身即有能力來予以防止。此外，賦能立法也認為可以引進更多具有特定能力之行為人的參與，來使原來交易之雙方因為加入了新的參與者，而無法恣意破壞交易安全，或在交易安全有受破壞之虞前，即被新加入之參與者阻止。

三、在調適機制上

當事人之間相互的調適，在裁判立法中，強調的是當事人所擁有之平等權與自由，也就是讓當事人擁有平等地使用各種形式或非形式之制度，來與他方當事人進行溝通或協商；而這些溝通與協商，乃是在可依自己之自由意志的前提下進行。

此外，在裁判立法中，也認為由司法機關或具有準司法裁判性質的行政機會介入，作為當事人間相互調適的中介，是可信且可行的。例如勞動法規中規定由政府的勞動部門，來作為勞資雙方遇有爭議時之協調機關即是。

賦能立法則相當重視讓當事人具有充分之誘因與能力，以就法律上之互動作雙方之協商與調適。賦能立法認為當事人之間的相互調適，其基礎在於信任，因此，賦能立法重新檢討裁判立法所建構出之各種決策程序或裁判程序，將其中不利於當事人相互信任感之建立的敵對性程序予以變革，企圖透過軟化的規範，來降低各種程序中的敵對性。

最後，賦能立法認為，讓更多人參與，尤其讓那些在法律程序上與雙方當事人都無敵對關係，但是在該領域上，卻擁有適切的專業或利害關係之人的參與，相當有助於提升各方當事人之能力。賦能立法強調當事人之學習，而學習乃必須有學習的對象與試誤的機會，因此，賦能立法在法規範之設計上，強調要善用各種可資行為人學習的資訊；並且，在行為人的學習過程中，硬性的指令與控制管制應儘量退出，以給予行為人試誤與成長的空間。

伍、產業發展需求與立法典範之選擇

如前所述，產業發展之條件，在於創造一個生產價值與其市場價格相符的環境。而上述二種不同的立法典範，究竟何者對於創造如此之環境較為有利？吾人認為，這與時代產業環境之變遷及產業發展之需求有關，而以目前我國在全球化的產業發展局勢下，產業發展有如下之需求：

一、提升在地性之價值

在全球化發展下，我國和全球各地一樣，產業發展都因全球化而獲利，但也因全球化而產生致命風險。全球化之發展，使社會之貧富差距日益嚴重，而這種貧富差距日益嚴重的現象，便會產生富者所創造之價格，逐漸大於其價值；而貧者的生產與勞動在市場上所能得到之價格，遠低於其價值。這種情況若未能予以改善，任其惡性循環，則許多已經逐漸趨貧的地區，將最終成為全球產業發展的邊緣地區，而後終將破產而成鬼城。

因此，提升在地性之價值，乃是世界各國、各地區產業發展的共同課題。我國亦如是，尤其以南台灣地區為甚。南台灣地區產業發展目前呈現停滯的現象，若未能積極地翻轉，未來終將在兩岸的產業發展中，成為凋弊地區。尤其近日來一連串食品安全問題，更將進一步重創南台灣之傳統中小產業。為避免此一問題，吾人亟需尋求如何透過公部門之政策，以及法規範之力量，來使在地性之價值能夠得到提升。

二、降低非經濟性之交易風險

在產業發展走向衰退的地區，通常伴隨著較高的交易風險，法律在此地區便特別必需發揮其降低交易風險的功能。然而，在法律欲發揮其降低交易風險的同時，卻有可能反而產生許多非經濟性、非市場性的交易風險，例如官僚體系介入生產與市場之交易過程，但卻因追求自身之利益而藉由執行法規範時可裁量之空間，課予行為人各種法律所未規定之義務，造成額外之交易成本。

產業發展低迷的地區，中央或地方政府決策人物通常基於自身政治利益而要求官僚體系介入市場經濟，以期透過公部門資源之挹注，來振興產業發展。此種作法在許多地方能夠得到良好成效，甚至成為經濟發展的奇蹟或典範，但卻也有可能反而使產業發展更形惡化。而其主要之差別，就在於官僚體系之介入市場經濟，經常有其自身之利益，其若為追求自身之利益而忽略市場交易上，其追求自身利益所可能帶來之負面效應，便很有可能對市場上之行為人產生生產與交易以外之額外成本負擔，而此成本負擔在市場交易者必須將本求利的需求下，必然會提高價格或降低其價值，如此便將加劇市場上物品或勞務之價格與價值不相符之現象。因此，在產業發展低迷之地區，法律規範之設計，應特別留意於如何讓行為人自身擁有確保交易安全的能力，並且降低官僚體系之介入而造成價值與價格扭曲的問題。

三、強化中小企業之調適能力

最後，在產業發展衰退之地區，要提升在地性之產業價值，必須仰賴充滿彈性與活力的中小企業之再發展，才能夠使產業重新振興。對中小企業而言，其經營上之彈性與適應力，乃是其主要競爭力來源。因此，應賦予中小企業在遇有爭議時，更具彼此適應的彈性與能力。

中小企業自我調適與彼此調適之能力，最主要之阻力，首先即來自於法律規範，例如法律對於中小企業提供其雇傭之薪資，如同對於大型企業一般，予以硬性之規定，便使中小企業之資方與勞方成為無法彼此相互調適之敵對雙方。

中小企業在市場上活動，其於市場中所販售的產品或服務，如果其價值與價格不相符，便會很快地被市場所淘汰。相反的，其所提供之產品或服務，若符合消費者之需求，同時其價值與價格又能夠相符，則該中小企業便對於該地區的產業發展，能夠做出相當之貢獻。一個產業發展正值起步或步入衰退的地區，對於中小企業與市場上之其他行為者，包括上下游供應商、顧客、以及員工之調適能力，應特別予以重視。

總結以上分析，吾人認為，為符合產業發展之需求，立法取向與法律教育之價值典範，應有所調整。對於在地性價值並未特別予以重視，且對中小企業與大型企業一視同仁之立法典範，應排除其適用。法律制度之設計，以及法律價值之推廣，應更重視如何運用法律，來讓社會上的各種行為人，能更有意願學習提升自身之特殊價值、更願意透過彼此之調適、學習與合作，來強化交易之安全。

傳統法學之主流典範在立法上之運用，為本文所謂之「裁判立法」，其立法內容之重心置於對於行為人違法與否之裁判；而其於立法方法上，則著重於透過制定法規來限縮有權對違法與否進行裁判之人的之裁量空間。這種立法典範，對於社會上各種行為人的公平權利之保障，有其形式上之效用，但是其對於一個產業正值起步或衰退的社會，卻除非有其他來自於宗教、信仰、文化或社會體制之支持，否則對於該社會之產業，並無助益。甚至於，在過度著重事後裁判的立法價值之推行下，人們容易在社會遇有重大危害社會及產業發展之事件時，僅強調對於有違法或犯罪者之課責，而忽略賦予各種行為人學習如何遵循法律之精神，或免於犯法之能力。

在產業需求發展、增值或轉型的地區或社會，人們所需求的，不只是爭議事後公正的裁判或課責，更是預防爭議情事發生的能力，因此，立法上對於法律功能，以及法律人應扮演角色之界定，應不僅在於依據立法者之目標，有效地控制被規範者的行為，以及當遇違法爭議時提供公正的裁判，而更在於透過法律規範之設計，以及法律人之運用，來使人們有意願接受立法者所期望之價值，並願意不斷地進行自我調適與學習，來使自己的生產或服務，因而提升其於市場上之價值。而這乃是賦能立法之主旨，更是吾人期望持續為賦能立法賦予更充實內容的目標。

陸、結語

產業發展之動能，取決於民眾之信心，而民眾之信心，則由市場上各種被交易的產品或勞務之價值與價格之相符與否所決定。而市場上產品與勞務的價值與價格要能相符或減少落差，則必須有明確之價值取向、交易安全有所保障、以及市場上各種行為人間能夠具有相互調適之能力。

法律對於市場上價值取向之確定、交易安全之保障及行為人相互調適能力之提升上，有其關鍵之影響力。然而，在產業發展的不同情勢中，不同的立法典範，卻可能產生不同的影響。吾人歸納當前立法，約可總結為二種不同的典範，一是以裁判當事人之行為是否違法為核心的「裁判立法」；二則是以賦予當事人遵守法規範精神為目標的「賦能立法」。

本文認為，在產業發展處於亟需發展、增值或轉型的地區或社會，僅著重於爭議事後公正的裁判或課責之「裁判立法」，較無助該地區民眾對產業之信心的建立或提升。因為民眾之信心，必須要透過法律規範之設計，以及法律人功能之發揮，來使人們更願意自主地進行自我調適與學習，來使自己的生產或服務，因而提升其於市場上之價值。而這乃是賦能立法之主旨，更是吾人期望持續為在立法教育上型塑創新思維以符合南台灣產業發展現實需求的目標。

參考文獻

中文部份

張英磊 (2010)。〈發展經濟學思潮與法制變遷：以台灣公營事業相關法制之變革為例〉，《財經法暨經濟法》，第 23 期，頁 1-54。

陳竹上、蔡天助 (2011)。〈立法典範下社會政策評估困境之初探：以菸品標示、計程車駕駛及性剝削言論等三項管制性立法之大法官解釋為例〉，《高雄師大學報》，31 期，頁 51-69。

謝哲勝 (2001)。〈法律經濟學基礎理論之研究〉，《中正大學立法集刊》，4 期，頁 37。

英文部份

Anderson, J C., Jain, D. C. and Chintagunta, P. K. (1993). *Customer Value Assessment in Business Markets: A State-of-Practice Study*. Journal of Business-to-Business Marketing, 1,3-29.

Coase, R. H. (October 1960). *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics, Vol. 3.

Hawkins, D. I., Best, R. J. and Coney, K. A. (1983). CONSUMER BEHAVIOR: IMPLICATION FOR MARKETING STRATEGY REVISED. Business Publication Inc.

Kuhn, T. S. (1962). THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTION. Chicago: The University of Chicago press.

Monroe, K. B. (1990). PRICING: MAKING PROFITABLE DECISIONS. New York, NY: McGraw-Hill.

Sen Amartya (2000). DEVELOPMENT AS FREEDOM. New York: Anchor Books.

Zeithaml, V. A. (1988). *Consumer Perceptions of Price, Quality and Value: A Means-End Model and Synthesis of Evidence*. Journal of Marketing, 52, 2-22.

我國總統憲法權力與 立法院對其之監督機制

蘇子喬

中國文化大學行政管理學系副教授

我國總統憲法權力與立法院對其之監督機制

蘇子喬副教授（中國文化大學行政管理學系）

壹、前言

在我國當前的半總統制憲政架構中，總統無疑是其中最受注目的核心角色。然而，我國總統的憲法權力及其在憲政體制中究竟應扮演何種憲政角色，始終是一個爭論不休的問題。在法政學界，不同論者對於總統的憲法權力往往有迥然不同的理解與論述。在政治實務界，總統的行止舉措經常遭致違憲濫權的批評，甚至遭到反對黨嚴厲指責其「毀憲亂政」，然而總統卻又宣稱自己是「遵憲」、「守憲」的總統，姑且不論這樣的爭論是否為政黨之間的惡意攻訐與政治口水，以上情形至少顯示朝野各界對於總統的憲法權力及憲政角色，存在著南轅北轍的看法。甚至，連擔任總統此一職位者對於自己應如何扮演總統的角色、做一位稱職的總統，自我定位也常常猶疑不定。例如，陳水扁與馬英九總統對於自己是否兼任黨主席，都曾出現前後立場不一致的情況；且馬總統於上任之初，曾有「閣揆站在第一線，總統站在第二線」的角色認知，但在遭到外界質疑批評後，即站在「第一線」主導政務。蔡英文總統在上任前曾表示總統不宜兼任國會多數黨主席，否則總統的權力將失去制衡機制，然而她在當選總統後仍決定兼任黨主席，以上顯示總統對於自己究竟應做一個與政黨保持距離的「全民總統」，還是應做一位兼具黨魁身分、政黨色彩濃厚的「藍(綠)營總統」；以及總統在當前憲政體制中究竟應與閣揆應維持何種角色分際，都曾經猶疑躊躇而未有定見。就此看來，不論是學界、政壇乃至身為總統者本身，對於總統之憲法權力與憲政角色的看法與認知皆莫衷一是。

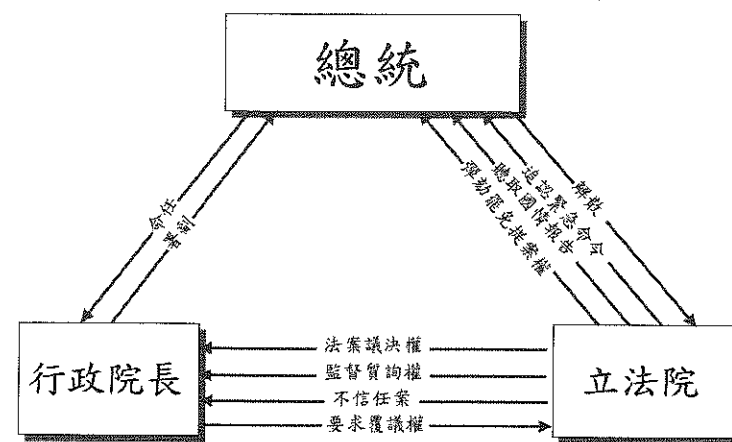
基於上述的現象，本文試圖檢視我國總統的憲法權力，並擬對總統憲法權力的各項爭議予以釐清。在下一節中，本文將先指出我國當前半總統制下總統、國會與內閣三者所構成的憲政架構，接著於第三節中檢視憲法規範下的總統權力。隨後在第四節與第五節分別探討我國總統與閣揆的權力關係，以及立法院對總統的監督機制。在以上各節對總統的憲法權力與憲政角色做了全面觀察後，第六節則進一步分析我國總統憲法權力爭議的癥結，並在最後一節提出對我國總統憲政角色的展望。

貳、我國半總統制的憲政架構——總統、行政院與立法院的權力關係

我國憲政體制係歷經 1990 年以來的歷次修憲而成為半總統制。事實上，我國憲政體制在修憲前，根據憲法本文規定，原本就兼具總統制與內閣制的特徵，與半總統制本就有若干形似之處。不過，由於我國總統在修憲前係由國民大會選出而非由人民直選，且行政院對立法院負責的方式乃是透過質詢與覆議制度而非

透過倒閣制度，故仍不符合 Duverger(1980)所界定的半總統制(總統由普選產生、總統有相當權力、內閣對國會負責等三要件)。但是在 1994 年第三次修憲將總統改由人民直選，1997 年第四次修憲賦予立法院倒閣權後，我國憲政體制便已完全具備半總統制的特徵。

我國目前的憲政體制完全符合 Duverger 所指出的半總統制三要件。首先，我國總統由人民以相對多數制選出，任期四年，連選得連任一次。其次，我國總統擁有相當的權力。依現行制度，總統的重要職權包括：任命行政院院長；公布法律、發布命令；行使締結條約及宣戰、媾和之權；宣布戒嚴；行使赦免權；五院之間發生爭執時的協調權；發布緊急命令；解散立法院等。總統之下並設有國家安全會議與國家安全局，以協助總統決定國家安全有關大政方針。第三，除了總統享有上述的行政權外，掌握國家行政權的主要機關乃是行政院。透過質詢制度、覆議制度與倒閣制度，行政院須對立法院負責。以下進一步就總統、行政院(內閣)、立法院(國會)三者之間的權力互動關係(如圖一)，說明我國憲政體制的內涵。



圖一 我國總統、行政院與立法院的權力關係

一、總統與行政院的關係

在我國目前半總統制(雙首長制)的架構中，總統既是國家元首，統率全國陸海空軍，對外代表國家，同時也是「雙首長」中的其中一位行政首長，掌有一定的行政權。我國總統享有憲法上明文列舉的權限，其他行政權依憲法第五十三條規定概括授予行政院，亦即總統享有明文列舉的行政權，行政院享有概括的行政權。我國憲政體制中存在著總統和行政院院長兩位行政首長，明顯具有行政權二元化的特色。¹關於總統與行政院院長的權力關係可分述如下：

¹ 大法官釋字第 627 號解釋理由書指出：「總統為憲法上之行政機關，...總統於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，為最高行政首長，負有維護國家安全與國家利益之責任。」這是大法官首度宣示總統在我國憲政體制中為「最高行政首長」之一。在過去一般對我國憲政體制的理解中，由於憲法第五十三條規定行政院為我國最高行政機關，行政院院長身為採獨任制之行政院的最高長官，行政院院長乃是我國憲法中所認定的「全國最高行政首長」，殆無疑義。相對而言，身為國家元首的總統，儘管其職權在歷次修憲中漸形擴大，地位日益重要，但總統是否為我國憲

- (一) 總統的任命權：在 1997 年第四次修憲之前，行政院院長由總統提名，經立法院同意後任命；在修憲後則改由總統直接任命，不須經立法院同意。至於行政院副院長、部會首長與不管部會政務委員，均由行政院院長提請總統任命之。
- (二) 行政院院長的副署權：總統依法公布法律、發布命令，須經行政院院長的副署。總統發布的命令僅有以下三種例外不須經行政院院長副署：一是總統對行政院院長的任免命令，二是經立法院同意任命人員的任免命令，三是解散立法院的命令。除此之外，總統發布任何命令皆須經行政院院長副署始有效力。在我國半總統制的架構中，行政院院長的副署權，意味著行政院院長可藉此權力對總統構成牽制，副署制度可說是半總統制中行政權(總統與行政院院長)內部的制衡機制。

二、行政院與立法院之間的關係

行政院掌握我國龐大的行政體系，其轄下的機關部門繁多，國家政策的推動主要都是透過行政院及其轄下的部門負責。立法院則是我國的國會，由人民所選出的立法委員所組成，立委總額為 113 席，以並立式單一選區相對多數制選出，其中 73 席為區域立委，以單一選區相對多數制選出；34 席為僑選與全國不分區立委，以全國為範圍的政黨名單比例代表制選出，並設有 5% 的政黨當選門檻；另有 6 席為原住民立委(平地原住民立委與山地原住民立委各 3 名)，以單記非讓渡投票制(single nontransferable vote, SNTV)選出。由於我國憲法規定行政院向立法院負責，因此我國行政院與立法院的互動關係呈現類似內閣制的互動關係。行政院與立法院兩院的權力關係可分述如下：

- (一) 行政院的提案權與要求覆議權：行政院為推動政務，有向立法院提出法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項之權。行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經全體立法委員二分之一以上之決議維持原案，行政院院長應即接受該決議。
- (二) 立法院的質詢與監督權：立法院監督行政院的方式包括：首先，立法委員在開會時，有向行政院長及行政院各部會首長質詢之權；行政院則有向立法院提出施政方針及施政報告之責任。其次，行政院各部會首長及其所屬公務員於立法院各種委員會邀請到會備詢時，有應邀說明的義務。再者，根據大法官釋字第 585 號解釋，立法院為監督行政部門，可以行使調查權，除了可以調閱相關文件、資料之外，亦可經院會決議，要求行政官員陳述證言或表示意見。

政體制中的「最高行政首長」，過去從未在憲法和法律上明文確認。大法官在此號解釋理由書的論述，可說是非常明白地宣告我國目前憲政體制是存在著兩位「最高行政首長」的雙首長制(半總統制)。

- (三) 立法院的法案議決權：立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。立法院議決通過後，除了法律案、預算案、條約案得由行政院要求覆議之外，行政院有依決議執行的義務。
- (四) 立法院的倒閣權：立法院若對行政院的施政不滿意，得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案，亦即俗稱的倒閣案。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職。

三、總統與立法院之間的關係

在我國憲政體制中，總統雖不對立法院負責，但總統與立法院之間存在著相互制衡的制度設計，總統行使的許多職權須受立法院制衡，立法院在特定情況下也可能被總統解散。關於總統與立法院的權力關係可分述如下：

- (一) 立法院的人事同意權：我國現行憲法規定，司法、考試、監察三院重要人事，由總統提名，須經立法院同意後始能正式任命，這些人事包括：司法院正副院長及大法官、考試院正副院長及考試委員、監察院正副院長、監察委員及審計長。此外，根據法院組織法規定，檢察總長亦由總統提名，經立法院同意後任命。
- (二) 立法院的彈劾提案權與罷免提案權：總統、副總統之罷免案須經全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員三分之二之同意後提出；並經公民總額過半數之投票，有效票過半數同意罷免時，即為通過。至於總統、副總統之彈劾案，須經全體立法委員二分之一以上之提議，全體立法委員三分之二以上之決議，聲請司法院大法官審理，經憲法法庭判決成立時，被彈劾人應即解職。
- (三) 立法院的緊急命令追認權：總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。
- (四) 立法院的聽取國情報告權：立法院得經全體立法委員四分之一以上提議，院會決議後，由程序委員會排定議程，就國家安全大政方針，聽取總統國情報告。若立法院未提出要求，總統亦得就其職權相關之國家大政方針，於咨請立法院同意後，至立法院進行國情報告。
- (五) 總統的解散立法院之權：總統於立法院通過對行政院院長之不信任案後十日內，經諮詢立法院院長後，得宣告解散立法院。而立法院通過不信任案後，行政院院長在辭職下台的同時，也可以呈請總統解散立法院，由總統裁量決定是否要解散立法院。

參、我國總統的憲法權力

我國當前半總統制行政權二元化的架構中，行政權分屬總統與行政院。行政院擁有概括的行政權，總統則擁有憲法上明文列舉的權限，且總統的行為除少數例外，依憲法規定皆須行政院長副署始生效力。我國憲法中明文列舉的總統權力包括：對外代表國家(第三十五條)；統率全國陸海空軍(第三十六條)；公布法律、發布命令(第三十七條)；締結條約、宣戰、媾和(第三十八條)；宣布戒嚴(第三十九條)；赦免權(第四十條)；任免文武官員(第四十一條)；授與榮典(第四十二條)；院際爭執之調解(第四十四條)；發布緊急命令(增修條文第二條第三項)；國家安全大政之決定與國家安全機構(國家安全會議與國家安全局)之設置(增修條文第二條第四項)；解散立法院(增修條文第二條第四項)；任命行政院長(增修條文第三條第一項)；提名司法、考試、監察三院重要人事(增修條文第五條至第七條)等。以下對於總統這些憲法中明文列舉的權力進行分析討論。

一、總統憲法權力的規範意涵

總統的權力看似洋洋灑灑，但若仔細分析憲法相關規定，除了總統擁有的元首權，以及少數可由總統單獨決定的權力之外，大多數在憲政體制運作上影響層面較廣的權力，皆須行政院與立法院的參與及配合，而非總統所能獨斷。若逐一檢視：首先，總統的代表國家權、公布法律權、任免文武百官權、授與榮典權、院際爭執調解權等五項權力，性質上皆屬總統的元首權，其中代表國家權等前四項權力屬純然形式而非實質的權力，至於院際爭執調解權則非完全形式的權力。此項權力係指總統對於五院間之爭執，若依憲法規定之處理程序仍無法解決，得召集有關各院院長會商解決之。這項規定似乎意味著我國總統的憲政角色大體上為調和鼎鼎、立場超然的國家元首，而非在日常運作中實際決定政策並隨時可能介入政治爭議的政策執行者，否則總統如何能夠具有一定的道德制高點，在五院間扮演協調的角色？其次，總統有締結條約及宣戰、媾和權，以及宣布戒嚴權，但總統這些權力皆受行政院與立法院制約，因為這些事項的實施，皆須由行政院提出條約案、宣戰案、媾和案、戒嚴案，並經立法院議決後始能生效。其中若戒嚴情勢緊急，雖容許在立法院通過戒嚴案前先行實施，但仍須經行政院會議議決後始能實施，且實施後依戒嚴法規定仍須於三十日後送立法院追認，若立法院不同意，戒嚴令隨即失效。與此類似的是總統緊急命令權的行使程序，依憲法規定，總統發布緊急命令須經行政院會議之決議始能發布，儘管在立法院通過前即可發布實施緊急命令，但總統仍須於發布後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令隨即失效。總之，總統締結條約、宣戰、媾和、宣布戒嚴、發布緊急命令等權力的行使，依憲法規定明顯受行政院與立法院的制衡，並非總統所能獨斷。

關於總統的人事權，種類有三：一、由總統逕行任命者：即行政院長一職。在1997年第四次修憲取消立法院之閣揆同意權後，行政院長改由總統直接任命。

不過，基於行政院向立法院負責的憲政體制精神，總統任命行政院長的權限究竟是否為總統可自行獨斷的權力，抑或須尊重立法院多數的意見，則頗有爭議，後文尚有討論。二、由行政院長提請總統任命者：行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院長決定人選後，提請總統以國家元首的角色正式任命之。換言之，這些人事的實質決定權為行政院長，並非總統。三、由總統提名，經立法院同意任命者：司法院正副院長及大法官、考試院正副院長及考試委員、監察院正副院長及監察委員、審計長，以上司法院、考試院、監察院的重要人事，依憲法規定，由總統提名，經立法院同意任命之。另外，根據法院組織法的規定，檢察總長的選任方式亦是如此。

關於總統對立法院的權力主要有二，一是解散立法院之權；另一是覆議核可權。就前者而言，總統於立法院通過對行政院院之不信任案後十日內，經諮詢立法院院長後，得宣告解散立法院。故總統解散立法院之權有其前提限制，亦即須以立法院倒閣案通過為前提，並非隨時可發動的權力。就後者而言，行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議送達行政院十日內，移請立法院覆議。故在我國的覆議制度中，有權對立法院要求覆議者為行政院，並非總統。總統的覆議核可權並非總統主動行使的權力，僅是在行政院擬對立法院通過的法案要求覆議時，對行政院的覆議案被動進行核可的權力。總之，總統解散立法院之權與覆議核可權皆為被動而非主動的權力。

關於總統的赦免權，根據憲法規定，總統「依法」行使大赦、特赦、減刑、復權之權。須注意的是，憲法中一旦規定總統「依法」行使相關權力，即代表總統行使該項權力尚須有法律的依據，否則這些權力便無法行使，²由於法律的制定機關為立法院，故立法院於此便有制定法律制衡總統的權力。我國總統行使赦免權的主要法律依據為赦免法，而總統行使赦免權的種類中，效力最強，影響層面最廣的大赦，依憲法予赦免法規定亦須由行政院會議提出大赦案，由立法院通過後執行，並非總統所能獨斷。赦免法亦規定，影響層面亦相當廣泛的全國性減刑，亦須比照大赦程序辦理。就此看來，總統僅有在針對特定人犯的特赦，針對特定人犯的減刑，以及復權(對受褫奪公權宣告之人回復其公權)等影響層面相對較輕微的赦免種類，總統才有可自行獨斷的裁量權。

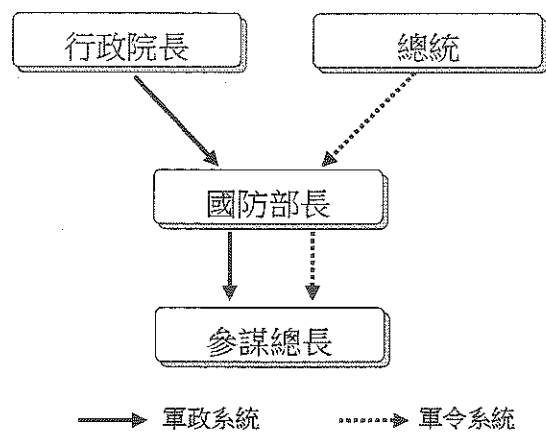
值得注意的是，總統公布法律，發布命令，須經行政院長之副署，或行政院長及有關部會首長之副署。在半總統制下，副署制度乃是閣揆與總統這兩位行政首長之間的一種制衡機制，由於總統發布的命令未經閣揆副署不能生效，閣揆可藉由副署權牽制總統。而在 1997 年修憲後，憲法增修條文對於副署制度做了例

² 我國憲法中有不少有關「總統『依法』...」的規定。例如，憲法第三十七條規定「總統依法公布法律，所依之法係指『中央法規標準法』」；憲法第三十九條規定「總統依法宣布戒嚴」，所依之法為「戒嚴法」；憲法第四十條規定「總統依法行使大赦、特赦、減刑及復權之權」，所依之法係指「赦免法」；憲法第四十一條規定「總統依法任免文武官員」，所依之法主要是「公務人員任用法」與「陸海空軍軍官士官任官條例」；憲法第四十二條規定「總統依法授與榮典」，所依之法為「褒揚條例」、「勳章條例」與「陸海空軍勳賞條例」。

外規定(增修條文第二條第二項)，亦即總統發布以下三種命令不須行政院長副署：一是總統對行政院長之任命命令；二是總統對司法院、考試院、監察院三院重要人事(三院正副院長、司法院大法官、考試委員、監察委員、審計長)之任命命令；三是總統解散立法院之命令。關於以上排除閣揆副署權之例外規定的用意為何，後文尚會進一步討論。

二、總統之統帥權與國安大政權的爭議

從上述憲法規定看來，我國總統的權力受到相當程度的制衡。然而關於總統之統帥權、國家安全大政的決定權、國家安全機構之設置權等幾處條文的規範內涵與實務運作，則頗有爭議。就統帥權而言，憲法第三十六條規定：「總統統率全國陸海空軍。」軍隊為國家之武力，由國家元首統率陸海空軍，為各國通例。在總統制國家，統帥權由身兼最高行政首長的國家元首——總統實際掌有；在內閣制國家，憲法通常仍規定統帥權屬於虛位之君主或總統，但君主或總統的統帥權僅具有形式上之象徵意義，實際上軍事的指揮權則由內閣行使。我國憲法第三十六條規定總統統率全國陸海空軍，原本僅是屬於元首權的規定，並非代表賦予總統實質指揮軍隊的權力。但由於我國行憲後首任總統蔣中正，原本就是軍事強人出身，當時身為威權領袖的總統遂理所當然地將憲法中總統擁有統帥權的規定理解為總統擁有指揮軍隊的實權。民國 39 年 3 月 15 日蔣中正總統明令：軍令權(即軍事指揮權，指陸海空軍部隊的調度與作戰的指揮)屬於總統，軍政權(即軍事行政權，指軍隊編制、兵源徵募、軍費籌畫、物資控管、軍人的給養、撫恤等事項之辦理)屬於國防部，而國防部隸屬於行政院，遂形成軍政軍令二元化之格局。民國 67 年制訂之國防部參謀本部組織法更進一步將此法制化，一方面規定「參謀總長在統帥系統為總統之幕僚長，總統行使統帥權，關於軍隊之指揮，直接經由參謀總長下達軍隊」，另一方面又同時規定「參謀總長在行政系統為部長之幕僚長」。2001 年通過的「國防法」與「國防部組織法修正案」，儘管宣稱朝向軍政軍令一元化的目標修正，但事實上軍政軍令二元化的現象仍然存在(參見圖二)。依國防法第十三條規定：「國防部設參謀本部，為部長之軍令幕僚及三軍聯合作戰指揮機構，置參謀總長一人，承部長之命令負責軍令事項指揮軍隊。」國防法第八條規定：「總統統率全國陸海空軍，為三軍統帥，行使統帥權指揮軍隊，直接責成國防部部長，由部長命令參謀總長指揮執行之。」亦即總統對於軍令事項可以跳過行政院長直接指揮國防部長，間接命令參謀總長，總統仍有軍令權。換言之，依現行制度，國防部長就軍令事務向總統負責，就軍政事務向行政院長負責，國防部長同時受總統與行政院長節制。軍政軍令二元化原為過去威權體制之遺緒，但行之有年，沿用至今，我國目前法制上已完全承認此制度，但在軍政軍令二元化的體制下，使得屬於行政權本質的軍事權，有相當部分非全國最高行政機關之行政院所能聞問，造成軍事權分屬總統與行政院二元指揮的「雙頭馬車」現象。



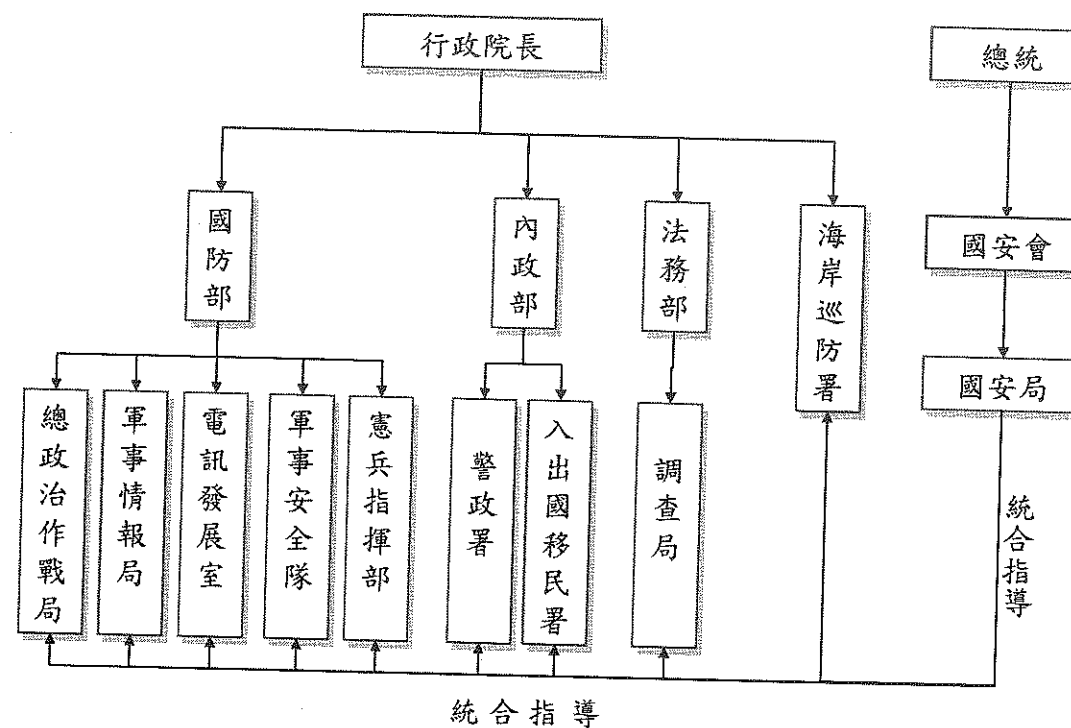
圖二 我國的軍政軍令二元化

關於總統之國安大政決定權，憲法增修條文第二條第四項規定：「總統為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議及所屬國家安全局，其組織以法律定之。」據此，總統有兩項職權：一為總統有國安大政的決定權，二是總統有國安會與國安局的機關設置權。根據國安會組織法之規定，國家安全事務係指國防、外交、兩岸事務，而國安會的性質為總統之諮詢機關，並無執行性質，故國安會做成之決議，仍須經行政院有關部會(如國防部、外交部、陸委會)等具執行性質的機關具體執行始能落實，然而行政院有關部會與國安會並無上下隸屬關係，國安會的決議並非當然拘束行政院。且總統根據國安大政決定權發布之命令，並非屬憲法增修條文中無須行政院長副署之範圍，故仍須行政院長之副署，始能生效。在實務上，總統之國安大政決定權經常引發的爭議是，總統所擁有的國防、外交與兩岸事務等國安大政決定權，與行政院長所擁有的概括性的行政權，究竟應如何劃分？國安大政的範圍始終曖昧不明，導致總統與行政院長的職權界線非常模糊，整個國家的行政指揮系統經常呈現雙頭馬車的現象。

與總統國安大政決定權有關的是，目前總統轄下國安局的組織定位亦使我國情治機關呈現總統與行政院二元指揮的體系(參見圖三)。我國負責國家安全情治事務的機關在行政院長轄下的計有國防部總政治作戰局、國防部軍事情報局、國防部電訊發展室、國防部軍事安全總隊、國防部憲兵指揮部、海岸巡防署、內政部警政署、內政部入出國移民署、法務部調查局等機關。但依國家安全局組織法第二條第一項規定：「國家安全局隸屬於國家安全會議，綜理國家安全情報工作及特種勤務之策劃與執行；並對國防部國防部總政治作戰局、國防部軍事情報局、國防部電訊發展室、國防部軍事安全總隊、國防部憲兵司令部³、行政院海岸巡防署、內政部警政署、內政部入出國移民署、法務部調查局等機關所主管之有關國家安全情報事項，負統合指導、協調、支援之責。」亦即國安局是最高情治機構，對行政院長轄下的所有情治機關皆有統合督導之權。而國安局在體制上

³ 國防部組織法於 2012 年 11 月修正，將「憲兵司令部」降編為「憲兵指揮部」，並直屬國防部管轄，故目前實際運作上憲兵司令部已改名為憲兵指揮部，但至目前為止，國家安局組織法中所列的「憲兵司令部」尚未配合修正。

又直屬於國安會，國安會則直屬於總統。因此，我國的情治機關一方面在行政院長的指揮系統之下，另一方面又在總統的指揮系統之下，我國情治指揮系統遂呈現二元化的現象。國安局編制龐大，負責國安情治的實際工作，由於隸屬總統，故無須向立法院負責。國安局此一攸關國家安全的情治單位，除與其相關的法律案與預算案須送立法院審議外，其日常運作並不受立法院監督，似乎形成憲政體制中制衡總統權力的死角。



圖三 我國的情治指揮系統二元化

總之，若從憲法規範的角度評析總統的權力，可以發現：在我國憲政體制中，軍政軍令二元化、總統國家安全大政決定權的範圍模糊不清、情治指揮系統二元化等制度缺失構成若干制衡總統權力的死角。不過，就整體而言，我國憲法規範即便不是非常完善，大體上仍具備制衡總統的機制，總統的權力仍受到相當的制衡，這是從本節的分析中可以得到的初步結論。以下將以總統為焦點，進一步檢視總統與行政院長之間的權力關係，以及總統與立法院之間的權力關係。

肆、總統與行政院長的權力關係

在我國憲法規範的本旨上，總統與行政院長兩項職務互有制衡關係。行政院對立法院通過的法案移請覆議時，須經總統之核可(增修條文第三條第二項第二款)；總統公布法律、發布命令，須經行政院長副署，其屬緊急命令者尚須經行政院會議之通過(第三十七條，增修條文第二條第四項)。總統的覆議核可權是其制衡行政院長的權力，行政院長的副署權則是行政院長制衡總統的權力。在憲

政體制的設計上，行政院長並非總統之僚屬，而是彼此分權相互制衡的兩項職位。從當時制憲相關史料觀察，可知行政院長非總統僚屬的制度設計實為制憲本旨，且過去大法官釋字第四一九解釋對此亦有宣示⁴，總統與行政院長的制衡關係在法理上是非常明確的。

總統與行政院長的關係在法理上開始發生爭議，起因於行政院長任命方式的改變。依憲法第五十五條規定，行政院長由總統提名，經立法院同意任命之。1997年第四次修憲後取消立法院對行政院長的人事同意權，改由總統直接任命行政院長。憲法增修條文第三條第一項前段規定：「行政院長由總統任命之。」文字簡單扼要，看似毫無疑義。然而，2000年陳水扁總統上任後的憲政爭議，主要就是環繞在此一條文上。爭議在於：當總統與立法院多數不一致時，總統能否完全依己意任命行政院長，而不須理會立法院多數的意見？除了總統之行政院長任命權的爭議外，另外一個相關的爭議是，總統對行政院長究竟有無實質的免職權。而總統對於行政院長任免權內涵的爭議，也牽動行政院長對總統之副署權內涵的理解。此外，總統關於行政院對立法院提出覆議案的核可權，此權力內涵究竟應如何理解，也頗有爭議。關於總統與行政院長的權力關係，以下分別就總統對行政院長之任命權與免職權的爭議、總統對行政院覆議案的核可權、行政院長對總統之副署權，以及實際運作上總統與行政院長的互動等層面加以討論。

一、總統對行政院長之任命權的爭議

總統任命行政院長的權力，究竟該理解為總統可自行獨斷的權力，亦即總統對行政院長的人選有完全的裁量權，還是該理解為總統對行政院長人選的選擇仍須受立法院多數意志的拘束，學者對此問題形成正反立場的看法，且不同論者各有論據，可分述如下：

(一) 總統任命閣揆應尊重立法院多數的論點

主張總統任命閣揆應尊重立法院多數的論者(以下簡稱「立法院派論者」)認為，從憲政規範看來，當時修憲規定「行政院長由總統任命之」的文字，並非指總統對行政院長的人選有完全的裁量權，茲分析如下：首先，從1997年國民黨與民進黨共同合作的第四次修憲過程中看來，國、民兩黨確實有由立法院多數組閣的修憲共識。在當時國民黨版修憲提案(第一號修憲提案)擬將行政院長改由總統直接任命的提案說明中提到：「本項調整旨在賦予總統根據民意逕行任命行政院長的權力。惟該項權力之行使仍必須考量立法院之政治情勢，任命多數黨可接受之人選。」並提到：「行政院長由總統任命之，無須立法院同意，總統於立法院無多數黨或聯盟時，可順利任命行政院長，有助維持政局之安定。」並且指出「立法院無多數黨時，必須組成聯合政府。」根據以上文字，顯然國民黨認為

⁴ 釋字四一九號解釋旨在討論副總統得否兼任閣揆，在本號理由書中亦同時論及總統與閣揆不得由一人兼任。大法官所持的理由，正是認為總統與閣揆兩種職位互有制衡的作用，一旦兼任其制衡作用將全然喪失(參見大法官釋字四一九號解釋理由書一、第三段後段)。

修憲後，儘管立法院不再擁有閣揆同意權，但當總統與立法院多數不一致時，只要立法院尚有過半數的多數黨或多數聯盟存在，總統仍應任命立法院多數黨或多數聯盟可以接受的人選。只有在立法院不存在多數黨或多數聯盟的情況下，總統對閣揆人選始有任意裁量權。至於民進黨版修憲提案(第一〇七號修憲提案)在主張將行政院長改由總統直接任命的提案說明中，對於此點甚至比上述國民黨修憲提案說明闡述得更為清楚，該項修憲說明提到：「本版本憲政制度設計的精神，在於提供政治權力在總統與行政院長之間轉換的可能。當總統與立法院的多數為同一政黨時，政治權力的核心為總統；當總統與立法院的多數分屬不同政黨時，政治權力核心就轉移至立法院以及由立法院所信任的行政院長。」(黃錦堂，2000：8-9)因此，無論是就國民黨或是民進黨當時的修憲提案看來，當時修憲者的原意確實是預設當總統與立法院多數不一致時，總統任命行政院長時仍應尊重立法院多數的意見。

其次，立法院派論者指出，就目前覆議制度下憲政運作順暢的考量而言，若總統不任命立院多數所支持的人士為閣揆，整個憲政運作將不可能順暢運作，這其中的關鍵是我國於一九九七年第四次修憲調整過的覆議制度。在第四次修憲之前，當行政院對於立法院所提出的法案提出覆議，立法院須有三分之二多數始能維持原案，使得行政院得以立委「三分之一加一」少數的支持，否決立法院多數的決議。況且我國覆議制度在實務運作上允許行政院提出「部分覆議」(或稱「條項覆議」)，在過去這樣的制度設計下，確實使得不受立法院多數支持的行政院仍有主導政策的空間。只要行政院有「三分之一加一」少數立委的支持，一方面行政院對於立法院多數陣營主動提出並通過的法案，可以對立法院要求全案覆議而達到全案否決的目的；另一方面行政院對於自己提出的法案即使被立法院修正，則可針對被修正的條文對立法院要求部分覆議，如此便可僅推翻行政院反對的條文，而保留其他行政院願意通過的條文成為正式法律。經由上述的制度運作，不受立法院多數支持的行政院仍有施政空間。然而，由於第四次修憲將覆議的可決門檻由三分之二改為二分之一，使立法院對於行政院所提出的覆議案，只要有二分之一立委支持原案，就可強制行政院接受其議決的法案。可以想像的是，立法院過半數的多數黨或多數聯盟若能團結一致，一方面可以對行政院進行杯葛，全面不通過行政院所提出的各項法案，另一方面則可自己主動提出法案並表決通過，就算行政院不願執行而要求覆議，立法院多數陣營也能以過半數維持原決議，強迫行政院執行。如此一來，將形成「反對黨決策，執政黨執行」的局面，行政院將陷入被迫實施其所反對之政策的困境。在這種情形下，立法院中多數反對黨所主導的決策卻要由行政院的少數執政黨負責，民主政治中責任政治的精神將蕩然無存。為了避免上述情況發生，總統任命閣揆時以立法院多數意見為依歸，乃是維持憲政運作順暢不得不然的選擇。

第三，立法院派論者也就我國第四次修憲時最主要的參考對象——法國第五共和憲政體制的運作經驗為參考對象，論證總統任命閣揆應尊重立法院多數的意見。法國總統唯有在與國會多數黨(或聯盟)一致時，才可能任命同黨(或聯盟)人

士為閣揆。一旦法國總統無法掌握國會多數，則必然任命國會多數人士組閣，而不會任命與國會多數不一致的少數政府。換言之，法國的內閣不論總統與國會多數一致或不一致，始終是能夠掌握國會多數的多數政府。尤須注意的是，法國第五共和憲法在內閣與國會關係的制度設計上，非常強調內閣的穩定與內閣對國會的優勢，⁵而且基於兩輪對決制的總統選舉制度，總統必然是掌握過半民意的多數總統，就制度運作邏輯而言，其實並非完全不存在總統成立少數政府的空間，但是法國總統在與國會多數不一致時，即使其所屬政黨(或聯盟)在國會所佔席次與多數黨(或聯盟)席次差距不大，也未曾成立少數政府(蘇永欽，2000)。相對地，我國憲法則完全沒有行政院對立法院享有優勢的制度設計，在我國憲法對少數政府的奧援遠不及法國，且基於相對多數制的總統選制而可能出現少數總統的情況下，總統有什麼正當性不理會國會多數而成立少數政府？

第四，立法院派論者提醒，就整個憲政體制的精神而言，第四次修憲取消立法院的閣揆同意權，改由總統直接任命閣揆，並無意使閣揆成為完全聽命於總統的幕僚長。如果僅觀察到閣揆任命方式在第四次修憲有所調整，就以為總統任命閣揆有任意裁量權，乃是一種見樹不見林、忽略體系性觀察的憲法詮釋方式。因為第四次修憲除了將閣揆改由總統直接任命之外，更重要的是賦予立法院倒閣權，並且將立法院表決覆議案的門檻由三分之二改為二分之一，至於行政院長為最高行政首長、行政院對立法院負責的憲法規定則維持不變。整體而言，上述規定(立院倒閣權、以二分之一為門檻的覆議制度、行政院長為最高行政首長、行政院對立法院負責)所共同構築的憲政架構其實是更為強化內閣制的運作精神。修憲後立法院的閣揆同意權儘管被取消，但卻被賦予倒閣權，而若將國會的閣揆同意權與倒閣權相較，倒閣權毋寧才是典型內閣制的最核心設計，因為這種制度設計最清楚地彰顯了行政機關依附於立法機關、行政機關基於立法機關的信任而存在的內閣制精神(Lijphart, 1984: 72; 1999: 130)。須注意的是，國會倒閣權是內閣制國家必要的核心設計，而內閣制國家卻不乏國會無閣揆同意權的例子，例如

⁵ 當前法國第五共和憲法為了維持內閣的穩定，做了以下的規定：一、國會議員與內閣閣員身分不兼任，亦即閣員一般而言由非國會外人士出任，若議員擬擔任閣員則須辭去議員職務。此規定一方面強化了內閣的凝聚力(因為一旦被倒閣，閣員無法回任議員)，一方面也降低了議員倒閣的動機(因為閣員人選不一定要從議員中尋找，議員倒閣不一定就能入閣取代原來的內閣)。二、對國會倒閣權的行使程序嚴格設限：倒閣案在國會議員十分之一連署提出後，須四十八小時之後始能表決，且須有國會議員總員額(而非出席人數)過半贊成始能通過倒閣案，且國會提出倒閣案在同一會期不得超過三次。至於內閣對國會的優勢則表現在「國會本身權力的限制」以及「政府對國會立法的主控權」這兩層面。「國會本身權力的限制」包括：一、憲法明文列舉國會得進行立法的事項，除此之外皆不屬國會立法範圍；二、即使是國會立法範圍，內閣也可要求國會授權，在一定期限內由內閣制訂行政條例採行原屬國會立法範圍的措施；三、國會委員會數目受限，功能不彰。關於「政府對國會立法的主控權」則有以下規定：一、國會對財政法案不得為增加支出或減少收入之修正。二、國會對於財政法案若七十日內未議決，政府可直接以行政條例執行該法案。三、內閣可要求國會就其提案(以及其可接受的修正案)之全部或一部進行全案表決。四、內閣可在特定法案上質押信任(亦即提出信任案)，此時國會須在二十四小時內提出不信任案，並依不信任案程序進行表決，否則法案視同通過。五、一旦國會兩院對於法案有不同意見，當法案在兩院協調穿梭的過程中，內閣具有主導權。總之，法國第五共和憲法中國會的角色被嚴重壓抑。值得注意的是，法國於2008年7月進行第五共和憲法實施以來變動幅度最大的修憲，試圖矯正國會被高度馴服的現象，國會的地位在本次修憲後固然已有提升，但修憲後內閣與國會的權力關係仍是往內閣傾斜的。

英國、大多數英國以前的殖民地國家、北歐國家、荷蘭等皆是(Bergman, 1995: 40-46)。在這些內閣制國家中，憲法之所以賦予國家元首(國王或總統)直接任命閣揆之權，是希望國家元首以超黨派的角色，發揮整合國家各種利益的作用，任命一位能為政局帶來穩定與領導有效政府的閣揆，並非賦予國家元首片面任命閣揆之權。在內閣制憲政運作下，為求政局的穩定並使政府的施政得以貫徹，國家元首在任命閣揆時，應尊重在國會中擁有過半席次之政黨(或聯盟)的意見，除非國會中多數黨(或聯盟)屬意的閣揆人選明顯不適任，否則國家元首在任命閣揆時，應扮演消極與整合的角色(陳淑芳，2004: 55)。簡言之，儘管我國第四次修憲後改由總統直接任命閣揆，但在整個憲政體制更為突顯內閣制精神的情況下，仍須從內閣制的角度去詮釋總統的閣揆任命權，因此總統的閣揆人事決定權不應被僵硬地解釋為絕對的自由裁量權，而應視為「合義務之裁量」⁶，必須受到建立「有效運作政府」此一不成文憲法原則的拘束，從而總統仍應尊重立法院多數的意見(陳新民，2006: 128)。若總統不顧立法院多數的意見，執意任命自己中意的人選，恐有違「憲法機關忠誠」(verfassungsgorgantreue)⁷的憲法義務。

綜上所述，立法院派論者認為，從第四次修憲時的修憲者原意、目前覆議制度下憲政運作順暢的考量、法國第五共和的憲政運作經驗、憲政體制整體上的內閣制精神等角度來觀察，1997年第四次修憲取消立法院對閣揆的事前同意權，而改採事後倒閣權的制度調整，修憲者固然是要希望藉此擺脫立法院在總統任命閣揆一事上所造成的直接牽制，讓總統可以根據具體的政治情勢任命其認為適當的閣揆人選，使總統任命行政院長有較大的裁量空間，但並非要完全剝奪立法院參與建構內閣的權力，而將建構內閣的權力完全取決於總統的政治決定。

(二) 總統任命閣揆擁有任意裁量權的論點

主張總統可自行獨斷任命行政院長的論者(以下簡稱總統派論者)認為，就憲法增修條文第三條第一項「行政院院長由總統任命之」如此簡潔的文字觀之，看不出憲法有任何明確規範課予總統任命立法院多數支持之人士為閣揆的義務。而從一九九七年第四次修憲取消立法院對閣揆的事前同意權，而改採事後倒閣權的調整來看，應可推論當時修憲者是有意剝奪立法院參與建構內閣的權力，而將建

⁶ 「合義務之裁量」是與傳統的「自由裁量」相對的概念，意謂裁量權人行使裁量權並無完全的自由性，而有義務依循所有法治國家成文與不成文、實質與程序的規範，始能進行裁量。甚至有論者認為不應從總統「權力」的角度來看「行政院長由總統任命之」的規定，而應將此規定視為總統的憲法責任(隋杜卿，2003: 148)。

⁷ 所謂「憲法機關忠誠」，是指憲法機關須盡最大可能性，將憲法詮釋為能夠使憲政合理而穩定運作的一套制度，因此憲法機關彼此間所負相互扶持、尊重與體諒的義務。申言之，「憲法機關忠誠」是指憲法機關自覺對憲法整體的責任，為避免憲政秩序的功能受到妨礙，所產生的忠誠行為義務，以及因此而產生的樂於整合、協調的相互合作義務。此概念經由 Rudolf Smend 與 Wolf-Rüdiger Schenke 等德國重要憲法學者的闡述，並經由德國憲法法院在實務上的援用，在德國其作為「不成文憲法原則」的地位已獲各界承認。我國大法官蘇俊雄在釋字第520號解釋的協同意見書中，也引用此概念作為解決核四停建爭議的依據，其謂：「憲法機關在憲政運作上負有『憲法忠誠』之義務，必須遵循並努力維繫憲政制度的正常運作。此項『憲法忠誠』的規範要求，雖未見諸憲法明文規定，但不僅為憲政制度之正常運作所必需，亦蘊含於責任政治之政治倫理，其規範性應不容置疑。」關於「憲法機關忠誠」的探討，參見顏厥安(2000)、許宗力(2002: 19-27)、陳新民(2005: 345-393)。

構內閣的權力完全交給總統的政治決定。在一九九七年第四次修憲之前，由於立法院有閣揆同意權，因此內閣的成立是以得到立法院多數的積極支持為前提；在第四次修憲之後，由於立法院的閣揆同意權遭到取消，而擁有倒閣權，因此內閣的持續存在是建立在立法院不行使倒閣權的基礎上。換言之，在第四次修憲之後，立法院對閣揆的信任，僅維持在不提出倒閣案情形的信任推定上，亦即只要立法院沒有通過倒閣案，內閣的存在就具有正當性(詹鎮榮，2004：49)。雖然立法院倒閣權的行使實質上足以影響內閣的建構，但從憲法明文規定閣揆係由總統單獨任命的情況下，立法院對於內閣建構充其量僅擁有消極的抵制可能性，而無法積極地參與內閣的組成(蔡宗珍，2004：80；汪平雲，2006：77)。立法院不能因為自己有事後倒閣權，就主張自己也有事前介入組閣的權力。總統派論者會質疑，若總統任命行政院長仍須受立法院多數意見拘束，一九九七年第四次修憲大費周章取消立法院之閣揆同意權的意義為何？

其次，針對立法院派論者以行政院依憲法仍須向立法院負責為理由，從而主張應該由立法院多數組閣的觀點，總統派論者提出以下的反駁。總統派論者指出，憲法明文規定行政院是「依左列規定」向立法院負責，而不是沒有條件、沒有限制的負責。憲法中關於行政院對立法院負責的規定，除了立法院的倒閣權之外，在性質上比較是規範行政與立法兩權對立、互動的制衡機制，而不是立法權高高在上、行政權(包括決策與人事)完全從屬於立法權的負責機制，因此根本無法從「行政院向立法院負責」的憲法規定導出立法院的組閣權(黃昭元，2000：8-9)。

第三、針對立法院派論者以國民黨與民進黨兩黨在第四次修憲時的提案說明為依據，從而認為應該由立法院多數組閣的觀點，總統派論者也提出以下的反駁。總統派論者認為，當時修憲者如果真要實現原本修憲提案說明的意旨，就應將憲法條文修正為「行政院院長由總統依立法院多數黨或多數聯盟之意見任命之。立法院無多數黨或無法形成多數聯盟，由總統逕行任命之」等類似的文字，而非僅是修正為「行政院院長由總統任命之」的無例外規定(湯德宗，2002：364-365)。因為閣揆的產生方式乃是憲政體制中極為重要的環節，豈能根據毫無形諸憲法正式規定的修憲提案說明文字，就脫離「行政院院長由總統任命之」的明確文義，反而要求總統必須完全屈從立法院多數的意見。總統派論者指出，若考察一九九七年第四次修憲的歷史背景，當時之所以修憲剝奪立法院的閣揆同意權，正是基於對立法院的不全然信賴，希望擺脫立法院在總統任命閣揆一事上所造成的牽制，而強化總統對內閣組成的影響權限。從總統派論者眼中看來，國、民兩黨在當時修憲提案說明提到總統因依立法院多數意見任命閣揆的相關文字，並未成為憲法條文的正式文字，此一現象正顯示修憲者最後仍然決定預留若干空間，讓總統可以根據具體的政治情勢任命其認為適當的閣揆人選。在我國現行憲法規定的框架下，總統對於內閣的組成方式應有充分的決定空間(陳愛娥，2002：308)。不論是擁有立法院多數支持的「多數政府」，或是無立法院多數支持的「少數政府」，應該都是憲法容許的政治選擇。

綜上所述，總統派論者係從修憲條文的文義解釋、行政院對立法院之負責方式的有限性、修憲歷史背景的考察，主張總統任命閣揆不須以立法院多數的意見為依歸。

二、總統對行政院長之免職權的爭議

關於總統對行政院長是否有實質的免職權，學者對此問題亦形成正反立場的看法，且不同論者各有論據，可分述如下：

(一)總統對行政院長無實質免職權的觀點

首先，主張總統對行政院長無實質免職權的論者(以下簡稱無免職權論者)認為，就維持整體憲政運作的順暢而言，閣揆的去職問題，必須從整體憲政運作能否順暢的角度來考量，而不能僅將其視為一項純粹的人事歸屬權問題。雖然在第四次修憲後閣揆改由總統直接任命，但行政院對立法院負責此一核心規定並沒有改變，立法院在平常時期可以透過施政質詢、法案議決、預算審查等機制要求行政院對其負責，在非常時期則是透過覆議制度與不信任投票要求行政院對其負責，這中間若是再加入總統對閣揆的主動免職權，勢必將全面破壞上述體現行政院對立法院負責之憲政核心精神的各項配套機制。如果總統可以任意將閣揆免職，可以隨時以免職權威脅行政院長，不想被總統免職的閣揆將被迫聽命於總統，但是內閣的施政若無立法院在法案與預算上的支持亦窒礙難行。若總統與立法院多數分屬不同黨派，當總統與立法院意見不一致時，同時對總統和立法院負責的內閣將陷入左右為難的困境(陳滄海，1999：275-276；李念祖，2000：13；陳新民，2001：512)。質言之，此種觀點認為，憲法既然沒有明文賦予總統對閣揆的免職權，為了保持憲政運作順暢起見，不應承認總統的此項權力。

其次，無免職權論者認為，從閣揆的憲政地位來看，若總統對閣揆擁有實質的免職權，將完全破壞閣揆在憲法中所明定的角色與地位。一方面，憲法第五十三條規定「行政院為國家最高行政機關」，閣揆在修憲後仍是憲法明定的國家最高行政首長，假若總統可以任意罷黜閣揆，使內閣施政必須聽命於總統，無異使總統取得實際上的國家行政首長地位；另一方面，由於閣揆對於總統公布法律發布命令具有副署的權力，在憲政體制上閣揆與總統形成行政權內部的制衡關係，如果總統可以任意將閣揆免職，等於完全架空了閣揆的副署權，破壞了總統與閣揆之間的制衡關係。

第三，無免職權論者從考察修憲過程的角度指出，在第四次修憲時，國民黨原本規劃的修憲版本有二：一是「行政院長由總統任免之」，另一是「行政院長由總統任命之」，最後提出的修憲提案版本則是「任命之」而非「任免之」，此一前後的差異，似乎意味著國民黨在修憲提案時認為總統無權主動將閣揆免職，而修憲後的正式條文與國民黨提案的文字完全一致，可見修憲者當時刻意排除總統對閣揆的免職權(周育仁，2000：8)。

綜言之，無免職權論者認為，從維持整體憲政運作的順暢、閣揆的憲政地位，以及修憲者原意的角度來看，都可以論證在憲政規範上總統並無主動將閣揆免職的實質權力。

(二) 總統對行政院長擁有實質免職權的觀點

然而，主張總統對閣揆擁有實質免職權的論者（以下簡稱有免職權論者），亦有他們的論據。首先，有免職權論者認為從憲法的明文規範中，其實也可以找到總統對閣揆有實質免職權的依據，此依據即為憲法增修條文第二條第二項：「總統發布行政院院長...之任命令...，無須行政院院長之副署，不適用憲法第三十七條之規定。」原本根據憲法第三十七條的規定，總統所有公布法律、發布命令的行為皆須閣揆與相關閣員的副署，就連閣揆的免職命令也包含在內。若總統欲將閣揆免職，但閣揆拒絕副署，免職命令就無法生效。換言之，在原先憲法第三十七條的規定下，總統在憲法上無主動將閣揆主動免職的可能。⁸但是在上述增修條文的規定中，排除了閣揆對於總統對其免職命令的副署權，閣揆無法再以副署權抗拒總統的免職，等於是讓總統取得對閣揆的實質免職權（湯德宗，1998：163；廖元豪：1998：13）。

其次，有免職權論者從憲法體系性解釋的角度，得出總統對閣揆擁有實質免職權的結論。這種觀點指出，第四次修憲後立法院的閣揆同意權被取消，而以賦予立法院倒閣權作為補償，倒閣權即意味著「事後不同意權」，而在這化「事前同意權」為「事後不同意權」（即倒閣權）之間，總統已巧妙取得了對閣揆的免職權。其理由如下：第一，在第四次修憲之前，在立法院既沒有倒閣權，行政院也沒有解散國會權的情況下，行政院之所以猶能向立法院負責，端賴立法院對行政院院長有同意權。第四次修憲將此一關鍵的負責機制斬斷，雖然改以倒閣權作為補償，但由於倒閣後總統可以解散立法院，使得立法院根本不可能以倒閣來表示對閣揆的不同意，因此，儘管憲法增修條文第三條第二項在形式上仍有「行政院...對立法院負責」等字樣，但事實上已質變為「行政院(依左列規定)受立法院『監督』」。第二，第四次修憲將原先憲法第五十七條中所規定的覆議制度作了調整，其中將行政院要求立法院覆議但失敗的法律效果改為「行政院院長應接受該決議」（增修條文第三條第二項），刪除了原本在憲法第五十七條中「或辭職」的字眼，如此一來，未獲立法院多數支持而要求覆議失敗、不能有效推動施政的行政院院長仍能繼續留任，毋寧是暗示閣揆係就政策對總統負責，而不是對立法院負責。綜上所述，內閣的負責對象既然由立法院轉移至總統，可推知總統具有對閣揆的任免全權（湯德宗，2005：38-43）。

第三，有免職權論者認為，儘管憲法並未明文規定總統可以直接將行政院院

⁸ 在實際運作上，由於閣揆與總統皆屬同一政黨（唐飛為唯一例外），而歷任總統蔣中正、蔣經國、李登輝與陳水扁都是執政黨的實質領袖，因此總統透過政黨的機制在「憲政實踐」上當然有權力將閣揆免職（只是在檯面上仍會呈現為閣揆主動辭職）。不過，若就憲法論憲法，在一九九四年第三次修憲之前，總統在「憲政規範」上對閣揆的免職令仍須閣揆副署。我們可以設想，若總統與閣揆分屬不同黨派，在憲法第三十七條的規定下，總統自無可能將閣揆主動免職。

長免職，但是因為總統有權單獨任命新的行政院院長，因此總統只要宣佈任命新的行政院院長，便可自然地免除原來的行政院院長（林佳龍，1998：12-13）。這種說法看似沒有法理依據，但有論者認為此種觀點可以從過去長期以來總統任命內閣閣員的憲政實務得到佐證。憲法第五十六條規定：「行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」此條文的意涵，是指閣揆對閣員有人事決定權，但仍由總統基於國家元首的身分任命閣揆所決定的閣員人選。而在憲政實務上，只要閣揆任命新任部會首長，則原任者便必須辭職，閣揆從來不須先發布命令將原任者免職，或須先提請總統發布對閣員的免職令，才任命新任閣員。就以上閣員的任命程序可以推論，總統任命閣揆的權力，也同樣不受現任者願否辭職的拘束，只要新閣揆被總統任命而上任，舊任者自然必須辭職（黃錦堂，2000：18）。換言之，總統既然能任意任命新任閣揆，也就當然取得對舊任閣揆的免職權。⁹

第四，有免職權論者根據人事權任免一致或合一的基本原則，認為完整的任命權當然包含免職權在內，若要限制或剝奪總統對閣揆的免職權，就必須在總統的任命權部分加上限制與但書。因此要確認總統對閣揆究竟是否有免職權，關鍵其實是憲法中對於總統之閣揆任命權的相關規範是否有限制，而觀察憲法增修條文第三條第一項「行政院院長由總統任命之」的規定，憲法對總統的閣揆任命權並沒有另外的明文限制，由此可知總統對閣揆的任命權應該是完整的，也因此當然包含對閣揆的免職權（黃昭元 1999：7）。

第五，有些有免職權論者採取考察修憲過程的角度來論證此問題，不過這些論者觀察的是當時民進黨在第四次修憲時的提案版本，而非國民黨的提案版本。在民進黨所提的雙首長制修憲提案版本中，原本的文字仿照法國第五共和憲法的制度設計，規定為「總統任命行政院院長，並依行政院院長提出辭職而免除其職務。」所謂「依行政院院長提出辭職而免除其職務」，正是為了排除總統對閣揆的主動免職權。然而在最後正式通過的修憲條文中，則刪除了這段文字，僅規定「總統任命行政院院長」。從這一前一後的差異，似乎意味著原本不承認總統對閣揆有主動免職權，後又改為承認總統對閣揆有主動免職權。因此我們可以發現，儘管都是從修憲史的角度出發，但從國民黨或民進黨的提案版本來推論，竟會得到完全不同的結論，也因此根本無從還原所謂的修憲者原意。

綜言之，有免職權論者認為，從憲法的明文規範、憲法的體系性解釋、閣員任命程序的憲政實務、任免合一的基本原則，以及修憲過程的角度來看，都可以論證總統有主動將閣揆免職的實質權力。

⁹ 筆者認為此論點有待斟酌，因為閣揆和閣員之間的關係，與總統和行政院長之間的關係，並不能完全相互比擬。就閣揆和閣員之間的關係而言，因為閣員在制度上是閣揆的下屬，因此閣揆對於閣員當然就有完全的任免全權。是在這樣的前提下，過去的憲政實務才會承認閣揆一旦任命新閣員，舊閣員就必須辭職；因為就算舊閣員不辭職，閣揆也有權力單獨將舊閣員免職。換言之，人事權任免一致或合一的基本前提，乃是任命者與被任命者為明確的長官與部屬關係。然而就總統和行政院長之間的關係而言，爭議的焦點正是在於總統是否擁有閣揆的免職權而成為閣揆之上司。我們豈能將人事權任免一致或合一作為前提，先認定總統為閣揆的上司，再推論總統對閣揆有免職權？這樣的論點乃是明顯的循環論證(tautology)。

儘管在憲法規範上，總統任命行政院長是否為總統完全專斷的權力，以及總統對行政院長是否有實質的免職權，在法理上皆有爭議，不過就實際憲政運作而言，總統顯然完全掌握對行政院長的任免全權，一方面憑己意任命行政院長，一方面也憑己意更換行政院長。在實際運作上，閣揆之所以能夠在任，並不是來自立法院的支持，而是來自總統的支持和信任，閣揆的權力來源和支持基礎是來自總統，而非立法院。在此情形下，行政院長幾乎自居為「總統的幕僚長」，從而認為總統對自己有免職權。當總統有意任命新閣揆時，原任閣揆皆會配合總統的意志提出辭職，未曾抗拒。此一實際憲政運作的情況是否與憲法規範相符，其實尚有爭議，但長期運作至今，目前社會各界幾乎已經形成總統有權任意撤換閣揆的一般認知。從目前許多政治人物的發言與大眾輿論的看法，亦可察知目前一般人都認為總統對於行政院長有任免全權。¹⁰

三、總統對行政院覆議案的核可權

憲法增修條文第三條第二項第二款規定，行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經全體立法委員二分之一以上之決議維持原案，行政院院長應即接受該決議。關於我國上述的覆議制度中，有一項爭議涉及總統的角色，即關於總統覆議核可權的角色問題。由於行政院向立法院提出覆議須先經總統之核可，究竟總統的核可權性質是屬於形式還是實質的權力，論者各有不同的看法。認為總統核可權屬於形式權力的看法認為，行政院是政府政策的執行機構，立法院的決議是否影響到行政院的重要政策，其是否窒礙難行，唯有行政院能夠了解，而且從憲法第五十七條：「行政院向立法院負責」、第五十八條：「行政院院長、各部會首長須將應行提出於立法院之各項法案，或涉及各部會共同關係之事項提出於行政院會議議決之」、第三十七條：「總統公布法律發布命令須行政院院長或其與各部會首長之副署」等規定來看，行政決策中心乃是在行政院，行政院院長乃是實際負政治責任的行政首長。另一方面，總統為國家元首，地位崇隆，應為國家機關的穩定中心，對於院際之爭執，總統依憲法第四十四條可召集有關各院院長會商解決，其旨在於總統可以其元首聲望化解院際爭執，打開政治僵局，但非要求總統擔任法定的裁判者。而總統的覆議核可權若是實質的，總統不論是核可或不核可，必然都會遭到行政院或立法院其中一院的不滿與

¹⁰ 前行政院長唐飛在其任內，曾經明確表示，民選總統要向全民負責，而總統任命的行政院長，當然向總統負責，也間接向全民負責（中國時報，2000年9月9日，第4版）。與陳水扁總統不同黨的行政院長猶有如此的自我角色認知，更遑論接下來幾位民進黨籍的行政院長會如何看待自己的行政院長角色。前行政院長謝長廷便曾直言：「我做不好，總統會換掉我。」（中國時報，2005年8月12日，第2版）。行政院長陳冲於2012年10月接受媒體專訪時直接言明，「我是受雇的，總統是他的雇主」。（商業周刊，2012年10月8日，第1298期）而前民進黨主席林義雄於2006年1月發表公開信，強調總統不應召見部長並給予指示，值得注意的是他所持的理由：「根據憲法規定，總統僅有任免行政院長之權。而行政院長乃為國家最高行政首長，所有行政措施應由行政院長負全責。總統除認為行政院長不適任，得予免職外，不應該事事干預指揮。」（中國時報，2006年1月22日，A1版）除此之外，輿論界常有閣揆是否可能易人、內閣是否改組…等議題的討論，卻幾乎無人質疑過總統是否有更換閣揆的憲法權力。總統擁有任免閣揆全權的一般認知，由此可見。

反對，無異使總統捲入兩院的爭議中，況且憲法對總統之行使核可權，並無相對使其負起政治責任的設計。因此不論從行政院或總統的角度來看，總統對於行政院院長所提出的覆議案並無拒絕核可的權力，而且覆議案理當只有行政院能提出，也就是說總統的覆議核可權應是形式的權力（楊世雄，1998：41；周育仁，1999）。

認為總統的覆議核可權是屬於實質權力的看法則認為，憲法第五十五條至五十七條的規定既然是混合了總統制和內閣制的設計，就不應純粹從內閣制的角度來思考此一問題。總統基於獨立的民意基礎及行政院院長提名任命者的地位所為核可或不核可，一方面可以用來強化無民意基礎的行政院院長向立法院力爭的份量與地位，一方面也可藉此防止行政院院長違逆民意一意孤行。如果行政院對立法院提出覆議的要求沒有得到總統的背書同意，不免引起非民選機關何以能否決民選代議機關意志的爭議。因此，在行政與立法兩院發生僵持時，總統應有權裁量是否核可行政院對立法院提請的覆議案（朱謀，1997：8；葛永光，2000）。而從以下事例中，亦可看出實際憲政運作上傾向將總統的覆議核可權視為實質而非形式的權力。2006年1月，閣揆謝長廷提出總辭，其辭職理由是：當時行政院提出的中央政府總預算案遭到立法院大幅刪減，行政院擬提請立法院覆議，但覆議案未能獲得總統核可，因此提出辭職。儘管此一理由可能只是台面上的說辭（實質原因應是總統想撤換閣揆），但亦可看出實務上係將總統的覆議核可權是為總統實質的權力。

最近一次覆議制度的運作亦可明顯觀察總統在其中扮演的角色。立法院於2013年5月31日該會期休會前夕，三讀通過經朝野協商達成共識的會計法第99條之一修正案，將大專院校教職員與學術研究機構研究人員有關研究計畫經費報支的行為解除其財務責任，除罪範圍並擴及民意代表的特別費，且溯及既往。此一立法乃是在社會各界完全沒有預期、朝野黨團協商黑箱作業下迅速通過，引發輿論批評，隨後又發生修正條文因倉促立法，竟漏列「教職員」的「教」字，以致根據條文文義，民意代表喝花酒報公帳得以除罪，教授的研究費報支反而不能除罪，此一「烏龍修法」導致輿論更為不滿，法界亦強力批判。2013年6月7日，馬英九總統在總統府召開記者會，對於修法過程造成社會觀感不佳，傷害執政團隊的信任，向社會各界道歉，並宣布將「令准」行政院向立法院就此案提出覆議，以推翻此次修法。6月13日，立法院於臨時會中對行政院提出的覆議案進行表決，在全體立委113席，出席立委110席記名投票表決的情況下，0席贊成維持原法案，立法院推翻自己原先通過的會計法修正案。從此案中，可看到總統在實際覆議運作中的角色已非被動的「核可」覆議，而是主動「命令」原先不打算提出覆議的行政院院長對立法院提出覆議，此舉實有逾越憲法規之嫌（王業立，2013）。

四、行政院長對總統的副署權

憲法第三十七條規定，總統公布法律，發布命令，須經行政院長之副署，或行政院長及有關部會首長之副署。在半總統制下，副署制度乃是閣揆與總統這兩

位行政首長之間的一種制衡機制，由於總統發布的命令未經閣揆副署不能生效，閣揆可藉由副署權牽制總統。修憲後對於副署制度做了例外規定(增修條文第二條第二項)，亦即總統發布以下三種命令不須行政院長副署：一是總統對行政院長之任免命令；二是總統對司法院、考試院、監察院三院重要人事(三院正副院長、司法院大法官、考試委員、監察委員、審計長)之任免命令；三是總統解散立法院之命令。有論者認為，總統發布此三種命令既無須行政院長副署權的牽制，意味著修憲後總統權力增加，行政院長的權力遭到限縮，這三種不須行政院長副署的命令可視為總統的專屬權。事實上，這種看法誤解了此規定的意涵，因為當時修憲增訂此一規定的用意，乃是為了使整個副署制度的運作更為合理順暢，並非專為擴張總統權力而設。茲說明如下：

首先，關於總統對於行政院長之任免命令不須行政院長副署的意涵應如何理解，應將「任免」分為「任命」與「免職」兩種命令分別觀之。就任命而言，總統任命新行政院長時，若此任命狀仍須行政院長副署，在邏輯上並非由新行政院長副署，而是由即將卸任的行政院長副署。因為新行政院長是在總統任命後就任，在總統任命新行政院長的當下尚未就任，故在任命狀副署的行政院長當然不可能是新行政院長。試想，若總統任命行政院長尚須即將卸任的行政院長副署，且不經副署則該任命行為不生效力，將形成即將卸任的行政院長對於總統決定的新行政院長人選竟有置喙餘地的現象，豈不怪哉？故修憲後規定總統任命新行政院長不須舊行政院長副署，始為允當。就免職而言，若行政院長在遭到立法院倒閣或其他政策爭議而向總統提出辭職，而由總統被動下達免職令時，仍須行政院長副署始生效力，如同行政院長離職前尚須簽名示眾才能正式離職，似有羞辱即將離職的行政院長之嫌，為避免造成尷尬難堪之場面，故規定總統對行政院長的免職命令不須行政院長副署。其次，總統任免司法、考試、監察三院重要人事的任免命令不須行政院長副署，乃是因為司法、考試、監察三院重要人事的決定，係由總統提名，經立法院同意後任命，且任命後皆有任期保障。這些人事的選任乃屬於總統與立法院的權責，本來就與行政院長無涉。試想，若這些人事命令尚須行政院長副署始生效力，豈不代表行政院長可藉由副署權介入這些人事的決定？故修憲後排除行政院長對這些人事的副署權，相當合理。第三，總統解散立法院的命令不須行政院長副署，乃是因為解散立法院的決定屬於總統的裁量權，非屬行政院長的權限，若總統解散立法院的命令尚須行政院長副署始能生效，行政院長將可藉由副署權干預總統解散立法院的決定？故修憲後排除行政院長對總統解散立法院之命令的副署權，乃是為了清楚確立在我國憲政體制中，解散立法院的裁量權屬於總統，而非行政院長。

總之，總統發布的命令排除閣揆副署權的例外規定，主要是為了使副署制度的運作更為合理順暢，並非以擴張總統權力為唯一思考。除了三項例外，總統發布的任何命令仍須閣揆副署，故閣揆的副署權在法理上具有牽制總統的功能。然而，就實際憲政運作而言，由於總統掌握對閣揆的任免全權，因此可以想像的是，假若閣揆真的以副署權對抗總統，對總統擬發布的命令拒絕副署，閣揆大概

很難逃避被總統免職的命運。因此目前在實際運作上，行政院長的副署權僅是行政院長確認獲悉總統舉措的意義，成了總統通知行政院長悉聽遵辦的照會程序，副署制度已失去牽制總統權力的作用。

五、實際運作上總統與行政院長為主從關係

由於總統對行政院長在實際運作上擁有任免權，行政院長的副署權早已失去制衡總統的功能，總統與行政院長之間在法理上的制衡關係已轉變為上下隸屬關係。回顧陳總統在任期間，當時在總統與立法院多數不一致的格局下，總統任命自己屬意的人士為閣揆，閣揆大抵上承總統之命行事，總統與閣揆其實已呈現主從關係，但總統與行政院在職權行使上尚維持形式上的分際，而在 2008 年馬總統就任後，總統與閣揆的主從關係則更為鮮明，總統與閣揆的權力分際相形之下更顯模糊。以下將具體指明此一現象。

2008 年 1 月立委選舉與三月總統大選後，我國又回到總統與立法院多數一致的政治格局。在總統、內閣、國會三者「一家親」的情況下，國民黨籍的閣揆一方面既對國民黨佔多數的立法院負責，另一方面也聽命於國民黨籍的總統，自居是總統的下屬，而對總統負責。馬總統在上任之初，曾經一度試圖確立總統與行政院長的分工，擬由行政院長負責日常政務，總統則退居「第二線」，主導國防、外交與兩岸事務，但此一分工模式立即引發輿論的批評和質疑。在民意的壓力下，「行政院長站第一線，總統站第二線」的分工模式稍縱即逝，而轉變為總統主導日常政務，行政院長的實際角色則猶如總統幕僚長。馬總統上任後即組成非正式的「府院黨五人小組」，成員包括總統、副總統、行政院長、立法院長、國民黨主席，作為黨政溝通平台，每週定期聚會以商議國家重大決策。¹¹上任一年多後(2009 年 9 月)，馬總統並兼任國民黨主席，直接領導黨務。在政務方面，行政院各部會首長每週依序進總統府向總統報告，行政院長也經常率領相關部會首長進府與總統開會。行政院重要政策拍板後，也經常是由總統在行政院長及相關部會首長的陪同下，於總統府召開記者會對外宣布(儘管這些政策並非屬於總統的法定職權範圍)。¹²此外，總統越過行政院長而與行政院各部會首長的私下聯繫也屢有所聞，內閣閣員越過行政院長向總統報告幾乎成了常態現象。¹³因此儘

¹¹ 在馬總統兼任國民黨主席後，府院黨五人小組並未轉變為四人小組，而由國民黨副主席參與，後又改由國民黨秘書長參與五人小組會議。

¹² 總統針對應屬行政院職權、明顯非屬總統憲法職權的政策領域，在總統府召開記者會對外宣示的舉措，是 2010 年之後才有的現象，過去陳水扁與李登輝總統期間未曾見過。其中包括：「推動法務部下設立廉政署」記者會(2010 年 7 月 20 日)，此應屬行政院轄下法務部的政策領域；「推動課徵特種貨物及勞務稅(俗稱奢侈稅)」記者會(2011 年 4 月 5 日)，此應屬行政院轄下財政部的政策領域；「停止國光石化開發案」記者會(2011 年 4 月 22 日)，此應屬行政院轄下經濟部的政策領域；「青年安心就學、放寬就學貸款」記者會(2011 年 9 月 19 日)，此應屬行政院轄下教育部的政策領域；「老農津貼政策」記者會(2011 年 10 月 18 日)，此應屬行政院轄下財政部、內政部、農委會的政策領域；「電價調漲議題」記者會(2012 年 5 月 1 日)，此應屬行政院轄下經濟部的政策領域。不過，馬總統此種越俎代庖的行為，社會各界似乎見怪不怪，並未引發明顯的批評和爭論，由此可見當前一般國人幾乎已默許總統成為行政院長的長官。

¹³ 馬總統在 2013 年九月王金平、柯建銘司法關說案所引發的政治爭議中，接受媒體專訪時曾表示，「在政府組織裡，若有閣員向他報告事情，他一定會問『院長知不知道』，不知道就請他去

管總統在正式制度上無法主持行政院會議，但透過上述方式仍能主導行政院的政務運作。在實際憲政運作上，總統顯然已是行政院長的長官，也是行政院各部會首長的真正長官(蘇子喬，2010：204)。

2009年9月，行政院長劉兆玄因為莫拉克風災政府救災不力而提出辭職。隨後內閣改組的過程，也明顯透露出總統自居為行政院之上級長官的跡象。馬總統當時透過總統府發言人，宣布任命吳敦義為行政院長，朱立倫為行政院副院長。值得注意的是，馬總統當時同時宣布行政院正副院長人選，與過去憲政實踐明顯不同。根據憲法第五十六條規定：「行政院副院長、各部會首長及不管部會政務委員，由行政院長提請總統任命之。」此規定的意涵是指：行政院長既是行政院的最高長官，對行政院副院長、各部會首長及不管政務委員具有人事決定權，故這些職位係由行政院長決定人選後，提請總統以國家元首的角色正式任命。在制度上，總統對於行政院長提請的人選並無實質決定權。儘管過去在實際運作上，行政院長對於內閣閣員人選的決定，在正式提請總統任命前皆會與總統先行協商討論，尤其是關於國防部長、外交部長與大陸委員會主任委員的人選，基於對總統之國安大政決定權的尊重，行政院長幾乎完全尊重總統的意見，但組閣權在形式及正式程序上，仍由行政院長發動，亦即在形式上仍是由總統任命行政院長後，再由行政院長宣布副院長人選與各部會首長人選，隨後再由總統正式任命，而不是由總統直接宣布行政院正副院長人選。同樣地，2012年2月，馬總統亦透過新聞稿直接宣布任命陳冲與江宜樺為行政院正副院長。2013年2月，馬總統同樣是直接宣布任命江宜樺與毛治國為行政院正副院長。馬總統此種舉措，已明顯透露了總統將行政院正副院長視為其直接僚屬的憲政認知。

不僅行政院正副院長幾乎成了總統的僚屬，行政院有些部會首長在上任後甚至公開表示，自己是在總統致電邀請下被延攬擔任部會首長。¹⁴過去總統介入行政院的人事儘管是眾人皆知的「公開的秘密」，但畢竟仍是「不足為外人道的秘密」，總統、行政院長與部會首長從未正式對外承認總統介入行政院的人事。但是當部會首長在對外發言時毫不避諱地直接講明自己是受總統邀請，而不是受行政院長邀請延攬入閣時，似乎是在暗示總統是行政院的長官。上述情況尚可稱屬於部會首長的個人發言，不代表政府的公開宣示，以下事證則幾乎可稱是政府的公開宣示了：2012年6月行政院秘書長林益世貪瀆案爆發，社會各界質疑當時林益世擔任該職究竟是誰的主意時，總統府發布新聞稿表示，根據憲法規定，行政院秘書長以及其他內閣閣員的人事係由總統與行政院長「共同決定」。至此，過去檯面下行政院閣員人事選任過程的非正式運作已經完全公開化，並且公然曲

報告院長」(中國時報，2013年10月3日，第四版)。此話實已透露，內閣閣員向總統報告事情為日常運作常態而非特例。

¹⁴ 2009年9月，當時甫由行政院研考會主會轉任內政部長之江宜樺接受中國時報專訪，明白表示自己是應馬總統邀請擔任內政部長，並且不諱言自己擔任部長後，與總統的互動更為直接密切，「現在想到什麼，有時就會直接跟總統講。」當記者問到這是否有越級報告的問題時，江部長回答：「我盡量在同一天，讓總統及院長都知道...我想吳(敦義)院長應該不會太介意。」(中國時報，2009年9月17日，第四版)。

解了憲法第五十六條規定的原始意涵。

2012年9月，在立法院在野黨發動倒閣之際，總統府向媒體宣布重要人事異動，其中包括外交部長與陸委會主委的人事異動。當時人事異動的訊息，乃是在立法院倒閣案提出與表決之間的七時二小時「冷卻期」正式對外發布，行政院長的職權在此時屬於「懸空」狀態，總統在未有行政院長偕同的情況下，便逕自發布外交部長與陸委會主委更動的消息。在過去，固然行政院長對於外交部長與陸委會主委的人事，原則上尊重總統的意見，但基於外交部與陸委會仍是行政院所屬機關，儘管政府會由非正式管道對外透露人事安排，但在正式程序上仍會由行政院對外發布。但在此次人事異動過程中，係由總統府正式對外發布訊息，行政院長完全噤聲。很明顯地，總統已完全越過行政院長，將外交部長與陸委會主委當成自己可以全權指揮的下屬，行政院長作為外交部長與陸委會主委之形式上之長官的角色，在此事例中也完全不受總統尊重了。

總之，總統與行政院長的關係，已從憲法規範原本設定的分權制衡關係轉變為上下隸屬關係，總統在實際運作上幾乎已成為行政院長的長官，完全主導行政事務。

伍、總統與立法院的權力關係

在憲法規範上，總統與立法院之間存在著制衡關係。立法院藉由人事同意權、罷免與彈劾的提案權、緊急命令的追認權、聽取國情報告等權力制衡總統；總統則有解散立法院之權以制衡立法院。以下將分為總統制衡立法院的權力(解散立法院之權)，以及立法院對總統的制衡機制這兩個層面加以討論。

一、總統解散立法院的權力

我國九七年第四次修憲時，賦予總統解散立法院的權力。在憲法增修條文中提到總統解散立法院之權力的條文有三條，一是增修條文第二條第二項：「總統發布行政院院長與依憲法經立法院同意任命人員之任免命令及解散立法院之命令，無須行政院院長之副署，不適用憲法第三十七條之規定。」二是增修條文第二條第五項：「總統於立法院通過對行政院院長之不信任案後十日內，經諮詢立法院院長後，得宣告解散立法院。但總統於戒嚴或緊急命令生效期間，不得解散立法院。」三是增修條文第三條第二項第三款：「立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。」就此看來，在立法院通過對行政院院長的不信任案後，總統始有解散立法院的機會。由於總統解散立法院設有前提限制，故這種解散權常被稱為被動的解散權。

雖然我國總統解散立法院的權力是屬於被動的，也就是在立法院倒閣成功後總統才有解散立法院的機會，但這其中仍有一個爭議存在，那就是總統根據憲法相關規定，總統解散立法院是否須以行政院院長的呈請為要件？換言之，前述增修條文第二條第五項與第三條第二項第三款這兩個條文究竟是應合併觀之，還是可以單獨分別觀之。若合併觀之，意謂立法院倒閣後，經由行政院院長呈請總統始能解散立法院。若可單獨分別觀之，則意謂一方面，立法院倒閣後，總統在無行政院長的呈請下，得自行於諮詢立法院院長後宣告解散立法院；另一方面，被倒閣的行政院院長也可呈請總統解散立法院。

總統解散立法院是否須以行政院院長的呈請為要件，對於憲政運作會造成不同的影響。一般而言，如果行政院院長是總統的人馬，一旦倒閣案通過，行政院院長應該會呈請總統解散立法院，總統通常也會解散立法院。但是假若我國憲政運作出現「共治」，此時行政院院長與總統不同黨，如果立法院因多數黨或多數聯盟內部發生權力變化以致通過倒閣案，這時發動倒閣的立法院或甚至是行政院院長本身，可能會希望將倒閣的效果侷限於「茶壺內的風暴」，也就是說只是執政黨或執政聯盟內部的政爭，而不是總統與立法院之間的政爭，因為畢竟此時立法院所推翻下台的並不是總統的人馬，在這種情形下，總統能否趁此立法院多數黨或多數聯盟內部發生紛爭之際，又行介入直接解散立法院，增加政治上的不確定性，可能會引起爭議(黃昭元，1997：4)。

關於此問題，認為總統解散立法院須以行政院院長的呈請為要件的看法認為，倒閣和解散兩權行使的機制，其意旨為在行政與立法兩權相持不下時，以人民為終極的裁判者，因此行政院和立法院分別為擁有解散權和倒閣權的主體，而行政院院長呈請總統宣告解散立法院解散的程序只可視為國家元首發布命令的形式動作，總統的意志不應在行政院與立法院之間的這種「解散—倒閣」的牽制互動中隨意介入。再者，我國總統僅由相對多數選出，是否具有代表人民裁決行政院重組抑或立法院解散的正當性，也頗令人質疑(楊世雄，1998：177-178)。

另一方面，認為總統在立法院倒閣後，不須以行政院院長之呈請為前提要件，可以在諮詢立法院院長後自行宣告解散立法院的看法則認為，依照我國憲法第四十四條，總統有院際爭執調解權，因此當行政與立法之間出現重大爭執時，總統當然可以自行衡酌情勢，以決定是要單純由行政院院長辭職，另組新內閣，或是同時解散立法院，以求改變立法院政治生態，徹底解決僵局。總統平時固然不能主動解散立法院，不過在行政院與立法院發生爭執時，國家元首自然可以第三者比較客觀的立場，自行決定是否解散立法院交由民意裁決來解決政爭(楊日青，1997：301)。

儘管總統解散立法院的權力存在著上述爭議，不過若考察當時修憲增設解散立法院之制度的本意，上述問題的答案應該是清楚的。1997年第四次修憲時，國民大會的修憲理由清楚指明，設置解散立法院的制度，係有意將解散立法院的裁量權賦予總統，而非行政院長。當時修憲將總統解散立法院的命令規定為排除閣揆副署權的三項例外之一，也可看出此一用意。因此，我國憲法關於解散立法

院之制度的規範意涵，應是指總統於立法院倒閣後，在未有行政院長呈請的情況下，即可自行諮詢立法院院長後宣告解散立法院；另一方面，行政院長亦得呈請總統解散立法院，總統對此呈請亦可自行裁量是否宣告解散立法院。

上述爭議目前僅是屬於憲法規範上的爭議，在憲政實際運作上則尚未發生，因為若體系性地審視我國憲法相關規範，將會發現在我國其他憲政制度的效應下，總統幾乎沒有機會行使解散立法院的權力。究竟是什麼制度導致總統解散立法院的權力形同虛設，可析論如下：

(一)總統的解散國會權與立法院倒閣權相互掛勾

在我國的憲政設計中，立法院倒閣後總統可以解散立院重新選舉，亦即總統有被動解散國會權。揆諸世界上的半總統制國家，總統擁有主動或被動解散國會權的制度設計相當常見，但卻鮮少有半總統制國家如我國是以國會倒閣案通過作為總統行使解散國會權之前提要件。這樣的設計，將大幅降低立院倒閣的可能性，因為一旦總統以解散國會權加以反制，立委將承擔重新改選的成本與落選的風險，這將使得立法院不敢通過倒閣案。須注意的是，這種制度設計與內閣制下倒閣與解散國會的制度並不能完全相提並論，在內閣制下，國會有倒閣權，內閣有解散國會權，雙方皆有致對方於死地的武器(倒閣 vs. 解散國會)，制衡關係乃呈對等平衡；而內閣一旦決定解散國會，如同是與國會「同歸於盡」(處死對方，亦處死自己)，內閣所屬政黨也同時面臨改選的考驗，並由大選中勝選的政黨組閣，內閣制下的內閣與國會乃具有利害共同關係。反觀在我國憲政體制中，總統與立法院並無利害共同關係。總統在立法院倒閣後若解散立法院，仍能穩坐總統職位，立委卻得面對職務解除重新改選的挑戰，而且即使立法院通過倒閣的政黨在大選中勝選，也不能保證總統必然會讓勝選的政黨組閣。其實退一步言，就算立院倒閣後總統不選擇解散立法院而選擇任命新閣揆，仍有可能任命自己所屬政黨的人士為閣揆。總之，立法院成功倒閣的一方並不保證就能取到組閣權。總統與立法院在此權力關係的不對等與不平衡，降低了立法院倒閣的意願，也連帶地使總統解散立法院的機會大幅降低。

(二)我國立委與內閣閣員互不兼任

在一般內閣制國家，通常是由國會議員兼任閣員，國會議員參與倒閣的動機之一，往往是著眼於未來新內閣組成時自己可以獲得入閣的機會，但在我國立委與閣員在身分上不得兼任的情況下，內閣閣員人選並非從立委中尋找。換言之，立委倒閣後不見得自己就能入閣，立委倒閣所能獲得的利益遠比一般內閣制國家的國會議員來得小，立委行使倒閣權的誘因因此較低。總之，在我國總統解散國會後自己仍可安居其位，且內閣閣員非由國會議員兼任的情況下，我國憲政體制中「國會倒閣權 vs. 總統解散國會權」與內閣制國家中「國會倒閣權 vs. 內閣解散國會權」的政治邏輯並不完全相同。立法院通過倒閣案猶如是要立委「殺身成仁」、「捨身取義」，立委既無法獲得任何實質利益，反而可能導致自己職位不保，立

法院在利益得失的理性考量下自然不可能真的通過倒閣案，連帶地也使得總統無法行使解散立法院的權力。¹⁵

綜上所述，我國總統解散立法院的權力之所以形同虛設，最關鍵的原因是總統解散立法院須以倒閣通過為前提，而立法委員懼怕被解散，導致立法院在基本態度上不敢行使倒閣權。而我國內閣閣員非由立委兼任的制度設計，使得立委行使倒閣權無利可圖，這兩項制度因素使得立法院幾乎不敢通過倒閣案，也因此總統幾乎沒有機會行使解散立法院的權力。

二、立法院對總統的權力監督機制

立法院對總統的權力監督機制，包括彈劾提案權、罷免提案權、調查權與聽取國情報告權等，這些監督機制目前在法制規範上亦有許多值得商榷之處，茲分述如下：

(一) 我國彈劾與罷免總統制度的商榷

關於總統的彈劾程序，2005年第七次修憲前係由立法院提出彈劾案，交由國民大會複決，第七次修憲廢除國民大會後，現行制度係由立法院提出彈劾案(全體立法委員二分之一以上之提議，全體立法委員三分之二以上之決議)，聲請司法院大法官組成憲法法庭審理，經憲法法庭判決成立，總統即應解職。至於總統的罷免程序，1994年第三次修憲前係由國民大會提議並議決通過，第三次修憲將總統改由公民直選後，現行制度係由立法院提出罷免案(全體立法委員四分之一以上之提議，全體立法委員三分之二以上之決議)，交由公民複決(公民總額過半數之投票，有效票過半數同意)。儘管彈劾與罷免總統皆是使總統在任期中去職的手段，但兩者的性質並不相同，彈劾權乃是監察機關或民意機關代表人民對於違法或失職的政府官員，所行使的一種控訴權(陳耀祥，2006：70-71)。而罷免

¹⁵ 我國在 2008 年第七屆立委選舉之前，立委選舉制度係採單記非讓渡投票制(single non-transferable vote, 簡稱 SNTV)，亦是造成立委懼怕被總統解散重選而不敢行使倒閣權的制度因素。首先，SNTV 使立委個人承擔承擔巨大的改選成本。由於 SNTV 是在複數席次的選區下實施，同一個政黨在同一選區往往提名多名候選人參選，候選人的當選不能完全依賴政黨而必須依賴自己建立的個人選票(personal vote)，各選區中的黨內競爭有時甚至比黨際競爭更為激烈，這種選舉制度非常強調候選人本身的角色，整個選舉過程主要是以候選人為中心的競選(candidate-centered campaign)。候選人的當選既然多半依靠己力完成，這些辛苦選上的立法委員在利益權衡的考量上，自然不願意通過倒閣案，因為一旦倒閣後啟動總統解散立法院的權力，立法委員自己將要再承擔大量心力與金錢來競選。其次，在 SNTV 這種選舉制度下，選舉結果具有高度的不確定性，使得候選人不願承擔可能落選的風險。這是因為在 SNTV 下，政黨的估票、政黨提名候選人人數的協調、配票策略、選民的配合等，都是候選人勝選缺一不可的環節，其中若有一個環節失誤，就有可能影響選舉結果的成敗，而且 SNTV 下選民策略性投票的整體趨向較難以預測，即使是選舉過程中擁有民意高支持度的候選人，也可能因為選民的策略性投票而落選(因為選民往往會認為其篤定當選而將選票轉投其他人)，更是使立委不願發動倒閣讓自已陷入前途未卜的困境。總之，SNTV 一方面使候選人自身必須承擔巨大的選舉成本，另一方面使得選舉結果產生高度的不確定性(Lin, 2003：441)，使得立委懼怕被總統解散提前改選，也因此大幅降低了立法院通過倒閣的可能性。

權則與選舉權相對，皆為公民權之一，皆是人民直接控制民選公職人員的重要武器。人民有選舉權乃能選擇他們認為理想的人物參與政務，有罷免權則能除去不稱職的政府人員。因此，彈劾權屬於司法性，是為了追究公職人員的法律責任，公職人員違法失職時，始能彈劾。罷免權屬於政治性，是為了追究民選公職人員的政治責任，故民選公職人員一旦政策失當，失去人民信任，即使未發生違法情事，仍得罷免。民主政治是法治政治，也是民意政治；彈劾權是為了達到法治政治，罷免權則是為了達到民意政治。官員違法須負法律責任，應受法院的制裁或民意機關的彈劾；民選公職人員言行違反民意須負政治責任，則由人民罷免之(林昱梅，2003：60-63)。

關於我國目前的總統罷免制度，值得斟酌檢討之處是：在法理上選舉權與罷免權既是一體之兩面，由人民選出的公職人員，如果失去人民的信任，得由人民行使「召回」之罷免權。修憲後總統改由公民直選，但罷免總統卻須由立法院提案發動，而公民沒有直接連署發動之權利。且依立法院職權行使法第四十四條規定，立法院提出罷免案須以「記名投票表決之」，此一規定違背了一般議事通則「對人秘密，對事公開」的基本原則，徒增立委人情壓力，增加了立法院決議提出罷免案的難度。我們可以想像，在立法院政黨政治的運作下，除非總統所屬的政黨在立法院的席次低於三分之一，或總統所屬政黨的立委大規模地「公開叛變」，否則罷免案幾乎不可能在立法院通過。就此看來，我國的罷免總統制度似乎有過度保護總統之嫌。未來在法制的修正上，應有必要賦予人民連署提案罷免總統的權力，且將立法院提出罷免案的表決方式改為無記名投票。

關於我國目前的總統彈劾制度，尚須檢討的是：大法官既由總統提名，經立法院同意任命之，由總統提名並任命的大法官審理總統彈劾案，乃是由被提名任命者去判斷提名任命者是否應該解職，此種程序是否恰當？彈劾總統是為了追究總統的法律責任，改由司法機關進行專業判斷，而非由國民大會此等高度政治性的民意機關議決，固有其合理性。但究竟該由哪一個司法部門進行專業判斷，在制度設計上仍須仔細斟酌。由大法官組成的憲法法庭審理總統彈劾案，明顯有利益衝突的問題。¹⁶回顧過去，關於總統的彈劾程序，依憲法本文規定，原本係由監察院提出彈劾案，再經國民大會審理後複決通過。1997年第四次修憲時，將總統的彈劾程序改為由立法院提出彈劾案，再經國民大會審理後複決通過。當時之所以會將彈劾總統的提案權由監察院改為立法院，其中一個重要考量便是因為 1992 年修憲後已經將監察委員的產生方式由過去全國各省市議員選出改為總統提名，經國民大會同意後任命。總統既然擁有監委的提名及任命權，總統彈劾

¹⁶ 依憲法增修條文第五條規定，民國 92 年起採取新制，大法官名額共十五人，由總統提名，經立法院同意任命之。任期八年，不分屆次，任期個別計算，並不得連任。民國 92 年總統提名之大法官的任期並有特別規定，其中八位大法官，任期四年，其餘大法官任期八年。憲法如此規定的目的是希望使大法官成員結構新舊混合、任期交錯，因此，除了民國 92 年新制採行所任命之大法官與民國九十六年任命之大法官係由同一位總統(陳水扁總統)任命外，自此之後的全體大法官不致是由同一位總統提名任命，利益衝突的問題稍有緩解。但無論如何，在全體十五名大法官中，總是會有部分大法官是由當屆總統所提名任命，由大法官審理總統彈劾案的利益衝突問題是無法完全避免的。

程序若繼續維持由監委提出彈劾案，監察委員將面臨利益衝突的問題，故總統的彈劾提案權才由監察院移轉至立法院。如果當時總統彈劾制度的調整尚有避免利益衝突的考量，為何在 2005 年第七次修憲將總統彈劾案的審理權由國民大會移轉至大法官組成的憲法法庭時，就忽略了利益衝突的問題？因此，總統彈劾案由大法官組成憲法法庭審理的制度，值得商榷。有論者認為在現行司法體制下，將總統之彈劾案交由公務員懲戒委員會審理，應是較合理的設計(法治斌、董保城，2006：307)。

在現行的彈劾與罷免總統制度下，立法院曾經在 2006 年 6 月對陳水扁總統提出罷免案，但未通過。當時立法院泛藍陣營以陳總統親信涉及弊案，總統已不適任等理由，以 57 席立委達到當時立委總額四分之一的提議門檻，提出罷免案。立法院決議結果，在當時總額 221 席立委中，有 119 席贊成罷免案，未達同意罷免三分之二門檻之 148 席，罷免案在立法院未獲通過。

(二) 立法院監督總統機制法制化的不足

2004 年 12 月，大法官做出釋字第五八五號解釋，此號解釋變更過去釋字第三二五號認為「立法院只有文件調閱權，沒有完整的調查權；完整的調查權屬於監察院」的見解，首度宣示立法院本於職權擁有充分完整的國會調查權。大法官在本號解釋中並未說明其變更見解的理由，不過，可以推敲的是，大法官之所以會變更過去 1994 年所作出的釋字第三二五號解釋的見解，認為立法院擁有調查權，主要是因為在 1997 年第四次修憲將總統的彈劾提案權由監察院移到立法院，而調查權在本質上乃是當然附隨於彈劾權的工具性權力，因此大法官才會在本號解釋中承認立法院有調查權。大法官在本號解釋中也提及，關於立法院行使調查權的具體程序，須由立法院以法律定之。

大法官既宣示立法院擁有調查權，應可強化了立法院對總統與其他行政部門的監督機制。不過，釋字第五八五號解釋做出至今已將近八年，立法院卻始終未將立法院行使調查權的程序法制化。目前《立法院職權行使法》中，仍僅規範立法院行使文件調閱權的程序，這些規定乃是立法院過去根據釋字第三二五號解釋指出「立法院僅有文件調閱權」後所制定的條文，立法院行使調查權的程序規定在釋字第五八五號解釋做出後從未增訂，立法院也因此從未行使過調查權。由於立法院本身的立法怠惰，立法院透過調查權監督總統的機制仍未充分落實。

與上述類似的情況是，2005 年 6 月第七次修憲將任務型國大廢除後，將原本由任務型國大複決立法院所提正副總統彈劾案的權力，移轉給大法官，改由大法官組成憲法法庭審理立法院所提之正副總統彈劾案。關於憲法法庭審理正副總統彈劾案的具體程序，則須由立法院制定相關法律加以規範。但直到今日，立法院從未在《司法院大法官審理案件法》增訂相關規定，憲法法庭審理正副總統彈劾案的具體程序完全付之闕如，例如憲法法庭中須經幾位大法官審理並同意，始能將總統解職，目前皆未規定。綜言之，未來若發生總統違法或失職的情況，立法院既缺乏法定程序行使調查權，以判斷是否由立法院做出正式決議提出彈劾案；

且一旦立法院提出彈劾案，大法官組成的憲法法庭也缺乏法定程序以審理正副總統彈劾案。因此，立法院有必要針對本身行使調查與憲法法庭審理總統彈劾案的程序盡快立法，解決目前「有憲無法」的狀態。否則，未來若直到總統違法情事的個案發生，立法院在擬提出彈劾案之際始臨時立法增訂相關程序，勢將引發個案立法的批評。

(三) 立法院聽取總統國情報告制度的商榷

2000 年第六次修憲後，憲法增修條文第四條第三項：「立法院於每年集會時，得聽取總統國情報告。」此條文乃是為了因應國民大會虛級化，將國大聽取總統國情報告的權力移轉至立法院而來的。可茲比較的是，美國總統依憲法規定有向國會報告國情的權力，法國總統依憲法亦有向國會提出咨文的權力，美、法兩國總統的此一權力一般被稱為總統的咨文權。然而，我國憲法增修條文的這項規定是放在第四條關於立法院職權的位置，而不是放在第二條規定總統職權的位置，其用意乃是顯示聽取總統國情報告乃是立法院的權力，也是一種節制總統行事的憲政機制，這與美法兩國憲政體制中將此權力歸於總統的制度設計用意並不相同。

2012 年 4 月，立法院在野黨提案要求總統赴立法院進行國情報告，在國民黨立委表態支持下，立法院院會通過全案逕付二讀，並交付朝野黨團協商。對於立法院的動作，總統府方面隨即表示，只要合乎憲法明定的方式與精神，於立法院正式決議並提出邀請後，總統樂意對立法院提出國情報告。總統府方面並表示，我國憲法體制中，行政院對立法院負責，而總統並不對立法院負責，故總統提出國情報告，不應接受任何方式的詢答，否則總統如同接受立法院質詢，乃是將總統閣揆化，將破壞我國憲政體制的基本精神；在野黨若對總統的國情報告有不同意見，應參考美、法國家作法，於總統離場後再行提出。對於總統府方面的看法，亦有不少專家學者贊同(陳長文，2012；嚴震生，2012；中國時報社論，2012)。不過，本文認為此一看法的論點似有再加斟酌之必要，析論如下：

首先，許多人將我國總統赴立法院做國情報告的制度，與美國、法國總統至國會發表國情咨文的制度相類比。事實上，前已論及，我國與美法兩國此一看似類似的制度有非常大的不同之處。依我國憲法規定，聽取總統國情報告是立法院的權力，立法院有權力決定是否邀請總統至立法院做國情報告，總統則有受邀報告的憲法義務；相反地，依英美兩國憲法規定，美法總統到國會發表咨文，乃是總統的權力，國會則有聽取總統咨文的憲法義務。兩者既然有這麼大的差異，有論者援引美法總統在國情報告後不接受國會詢答的憲政經驗，強調我國總統在立法院中做國情報告後也必然不能接受詢答，理由並不堅實。況且根據立法院職權行使法第十五條之四規定，「立法委員於總統國情報告完畢後，得就報告不明瞭處，提出問題」，且「就前項委員發言，經總統同意時，得綜合再做補充規定。」根據此規定，立委對於總統可以提問，總統答覆與否則是以總統的同意為前提，總統對於立委的提問可以選擇答覆也可以選擇不答覆，但無論如何總統不能否定

立委提問的權力。總統府的此一立場，已明顯與立法院職權行使法的規定有違。

總統府方面的看法認為，若總統接受立委詢答，形同向立法院負責，將破壞憲政體制的精神。但是，本文認為，總統即使接受立委詢答，其實並不代表在憲政體制上總統向立法院負責。舉例來說，我國地方制度上，直轄市長、縣市長等地方行政首長由地方人民選出，地方議會議員亦由地方人民選出。在法理上，行政首長與議員分別對人民負責，行政首長固然不對地方議會負責，但受地方議會監督制衡，故仍有行政首長到議會接受質詢的制度。又例如，即使司法、考試、監察三院不對立法院負責，三院的行政人員(如三院秘書長)根據大法官釋字第四六一號解釋，在立法院邀請備詢時，仍有受邀備詢的義務。再例如，隸屬監察院的審計長赴立法院做決算審核報告時，亦接受立法院的詢答，這是基於立法院有聽取審計長決算審核報告的權力，我們又何嘗質疑審計長接受立法院詢答就會導致審計長對立法院負責？綜言之，行政首長與官員到議會接受詢答往往是國家機關監督制衡的一種機制，並不能直接推論官員接受議會詢答便意味著官員對議會負責。

總之，聽取總統國情報告既然是立法院制衡總統的權力之一，立法院應有一定的裁量空間決定聽取總統國情報告的方式，包括是否要求對總統提問。試問，若總統完全不接受立委詢答，立法院聽取國情報告的權力有任何制度功能可言？總統若堅持不受立法院詢答，不僅直接違反目前「立法院職權行使法」的規定，且似乎將發表國情報告視為總統的權力，這才是真正曲解了憲法中總統赴立法院做國情報告的制度精神。當然，總統赴立法院進行國情報告時，基於民主法治國家憲法機關忠誠的原則，立法院對總統提問時仍應對總統有充分的尊重。若有總統遭到羞辱的疑慮，可由朝野協商制度提問規則加以規範，但無論如何不宜直接否定立法院提問的權力。總統赴立法院進行國情報告並接受詢答，應有助於建立總統與立法院之間的良性互動。

陸、我國總統憲法權力爭議的癥結

我國總統的憲法權力之所以爭論不斷，主要有兩個癥結，一是我國半總統制的憲政架構同時具備內閣制與總統制的特徵，這種混合色彩使總統角色具有多元的詮釋空間。二是在我國特殊的憲政發展脈絡與爭辯者「理念先行」的憲政辯論中，旨在澄清憲政爭議的大法官釋憲仍難以發揮定紛止爭的功能(但這並不一定全歸咎於大法官，後文將會說明)。以下分別對這兩項癥結加以說明。

一、半總統制的混合色彩使總統角色具有多元的詮釋空間

在半總統制中，掌握若干行政權的總統與掌握立法權的國會分別由人民選舉產生，由總統任命閣揆，而國會有倒閣權，以實現內閣對國會負責的精神。由於總統與國會皆各自擁有民意基礎，具有行政、立法分立的精神，此一特徵與總

統制雷同；而內閣對國會負責的制度設計，則意味著內閣的存續須以國會多數的支持和信任為基礎，此一特徵又與內閣制雷同。故半總統制是一種同時兼具總統制與內閣制特色的憲政體制。

由於半總統制同時兼具總統制與內閣制的特徵，在憲法條文作為抽象規範，其本質上必然存在「不確定法律概念」的情況下，總統的憲法權力若分別根據總統制與內閣制的制度邏輯觀之，對於總統的憲政角色往往會有迥然不同的詮釋。若從總統制的制度邏輯去詮釋總統的憲政角色，通常會強調總統的憲法權力，將總統的憲法權力盡可能擴張解釋；若從內閣制的制度邏輯去詮釋總統的憲政角色，通常會淡化總統的憲法權力，將總統的憲法權力盡可能限縮解釋。

從本文前面各節對於總統各項權力的分析中，可以發現關於我國總統的憲政角色，存在著兩種自成一格卻截然不同的理解方式，一是將總統憲法權力盡可能縮小的論述，另一則是將總統憲法權力擴張解釋的論述。

(一)將總統憲法權力限縮解釋的論述

將總統憲法權力限縮解釋的論者(以下稱限縮論者)認為，1997年修憲將立法院的閣揆同意權取消後，行政院長由總統直接任命，但基於憲法中行政院向立法院負責的體制精神，故總統對行政院長人選的選擇固然有一定的裁量權，但並非總統得自行獨斷的權力，總統仍應任命立法院多數黨支持的人選為閣揆。是以行政院長的民主正當性基礎，與其說來自總統的任命，不如說來自立法院多數的支持。且憲法規定行政院長由總統「任命」之，而非規定「任免」之，故總統並無將行政院長免職的實質權力。依憲法規定行政院為國家最高行政機關，行政院長為全國最高行政首長，既然名為「最高」，總統當然不是行政院長的長官。總統與行政院長之間存在著制衡關係，而非主從關係。

限縮論者認為，憲法中設定總統與行政院長之間制衡關係的核心制度為副署制度。憲法規定總統公布法律，發布命令，須經行政院長與有關部會首長的副署，意謂總統的公權力行為若未經行政院長副署即不生效力，行政院長的副署權乃是其制衡總統的權力。基於行政院長為全國最高行政首長的地位，憲法中「行政院各部會首長與不管部會政務委員由行政院院長提請總統任命之」的規定，其意涵是指內閣閣員人選由閣揆決定後提交總統，總統僅是基於國家元首的角色任命之，總統對於內閣閣員人選並無置喙餘地。簡言之，組閣權為閣揆的權力，而非總統的權力。

限縮論者並申言，在日常憲政運作中，總統對於行政院的政務並無直接指揮干預的權力。憲法固然規定「總統為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議與國家安全局」，但此條文的主要目的並不是為了使總統坐擁國安領域的具體決策權，而僅是為了賦予總統設置國安會與國安局的權限，該條文並不能成為總統干預行政院於國家安全領域相關政務的依據。因為「大政方針」本身並非具體的政策，若總統所決定的「大政方針」要變成具法律效力的法律行為，仍須透過行政院將「大政方針」變為「具體政策」，並透過行政院所屬機關予以執行，

然行政院對於總統所提的「大政方針」並無落實執行的義務。此外，憲法規定總統統率全國陸海空軍，乃是因為總統為國家元首，在象徵意義上當然為三軍統帥，並非指總統當然有權指揮軍隊。國防外交兩岸事務的具體政策方向，在我國憲法的規定中仍由身為最高行政首長的行政院長主導，而非由總統主導。總之，我國總統儘管並非完全沒有實權的虛位元首，但其憲政角色大體上為調和鼎鼐的國家元首，而非在日常運作中實際決定政策並隨時可能介入政治爭議的政策執行者。

我國憲政體制中的覆議制度與解散立法院制度，亦涉及總統的角色。憲法規定行政院對立法院通過的法案要求覆議時，須經總統核可。限縮論者認為，總統在此制度中的覆議核可權應理解為形式而非實質的權力，亦即總統的覆議核可權僅是一種形式上的認證，是否對立法院要求覆議的決定權屬於行政院長，並不屬於總統，總統並無權拒絕核可行政院對立法院要求覆議的決定。關於解散立法院的制度，憲法規定立法院通過對行政院長的不信任投票後，行政院長得呈請總統解散立法院。在此制度中，解散立法院的決定權屬於行政院長，不屬總統。亦即立法院通過倒閣案後，行政院長有權力決定是否解散立法院，只是解散立法院的宣告在形式上須由身為國家元首的總統正式宣布，總統對於行政院長解散立法院的決定僅能接受，不能拒絕。

總之，總統權力限縮論者認為，我國總統儘管改由人民直選，但基於行政院對立法院負責與副署制度的憲法規定始終存在，且行政院為最高行政機關仍是憲法明文規定，總統與行政院長之間的制衡關係並未因為行政院長的任命方式改由總統直接任命而發生變化。這種論述主要是以內閣制的架構看待我國半總統制下的總統權力，是一種將總統憲法權力限縮解釋的論述。

(二)將總統憲法權力擴張解釋的論述

將總統憲法權力擴張解釋的論者(以下稱擴張論者)認為，1997年修憲取消立法院的閣揆同意權，行政院長改由總統直接任命之，即意謂總統對行政院長人選的選擇有完全的裁量權，可自行獨斷決定行政院長人選。無論行政院長任命的行政院長是否為立法院多數黨支持的人選，在立法院未行使倒閣權的情況下，總統任命的行政院長即能持續在位。行政院長雖不具備直接的民基礎，但其權力來源來自民選總統的任命，因此亦擁有間接的民主正當性。行政院長的權力既然來自總統，總統對行政院長的任命權自然亦涵蓋免職權，亦即總統有權依己意更換行政院長，故總統對行政院長的「任命權」實為「任免權」。因此，在行政院長改由總統直接任免後，總統與行政院長的關係在實質上已轉變為上下隸屬關係，儘管憲法規定行政院對立法院負責，但實際上行政院長乃對總統負責。

擴張論者認為，基於總統與行政院長關係的上下隸屬關係，憲法中「行政院各部會首長與不管部會政務委員由行政院院長提請總統任命之」的規定，應理解為內閣閣員人選由閣揆與總統共商後決定，而非閣揆所能單獨決定。行政院各部會首長的直屬長官在形式上固然是行政院長而非總統，但總統既然擁有行政院長的任免權而實質上成為行政院長的長官，總統自然也成為行政院各部會首長的

最上層長官。據此，憲法中的副署制度應理解為總統通知閣揆「悉聽遵辦」的簽名確認程序，而非閣揆制衡總統的機制。總統藉由對閣揆與閣員人事決定權的控制，自能間接主導行政院的施政方向。不過，行政院各部會在形式上並非由總統直接指揮，而是由行政院長指揮，故行政院長對於其下行政院各部會主管的各項政策領域，並非完全沒有自主權。然而，在各項政策領域中，由於憲法規定總統統率全國陸海空軍，總統身為三軍統帥當然享有指揮軍隊的權力，軍令權係專屬於總統，故國防部下的軍令系統自應聽命於總統，且憲法增修條文第二條規定總統有國家安全大政方針決定權，故國防、外交、兩岸事務等與國家安全有關的政策領域，行政院相關部會(國防部、外交部、陸委會)即應密切配合總統的意志行事。

我國憲政體制中的覆議制度與解散立法院制度，亦涉及總統的權力。擴張論者認為，總統的覆議核可權應理解為實質而非形式的權力，亦即總統對於行政院提請的覆議案，可決定同意或不同意，若總統不願核可，行政院即不得對立法院要求覆議。關於總統解散立法院的權力，擴張論者認為，總統對於行政院長呈請解散立法院的建議，可自行決定是否解散立法院，即使行政院長未呈請總統解散立法院，依憲法規定總統亦可於諮詢立法院院長後解散立法院。簡言之，立法院一旦倒閣通過，總統即可自行判斷是否解散立法院，總統解散立法院並不須以行政院長呈請為前提要件。

總之，總統權力擴張論者認為，我國總統改由人民直選後，且行政院長任命方式改變後，總統既有直接的民意正當性，且總統與行政院長已成為主從關係，總統的憲法權力皆應在此一基礎上重新理解，在憲法條文文義可涵蓋的範圍內，總統的權力應擴張解釋。這種論述是以總統制的架構看待我國半總統制下的總統權力，是一種將總統憲法權力擴張解釋的論述。

在以上兩種論述中，對於總統的各項憲法權力有完全不同的詮釋。爭點包括總統任命行政院長是否為總統可自行專斷的權力、總統得否將行政院長免職、總統對於行政院各部會首長的人選是否有參與決定權、總統基於三軍統帥身分是否有實質的軍事指揮權、總統的國安大政決定權是否可拘束行政院、總統解散立法院是否須行政院長呈請且無權拒絕、總統的覆議核可權是形式還是實質的權力、關於不同爭點的立場可歸納如表一。在上述爭點中，最關鍵且重要的問題乃是總統對行政院長的任免權(尤其是免職權)，因為這個問題的答案決定了總統與行政院長在日常憲政運作的關係是制衡關係還是主從關係，而且這個問題的答案也攸關我國半總統制究竟是屬於「總理總統制」(premier-presidentialism)還是「總統議會制」(president-parliamentarism)。¹⁷

¹⁷ Shugart and Carey(1992:18-27)以及 Shugart(2005)對半總統制次類型的區分方式。他們將半總統制分為「總理總統制」(premier-presidentialism)與「總統議會制」(president-parliamentarism)，這兩種次類型的差異在於總統權力的大小以及內閣負責的對象有所不同。就總統權力大小而言，總理總統制是總統權力較小的半總統制，總統議會制則是總統權力較大的半總統制。就內閣負責的對象而言，總理總統制是內閣僅對國會、不須對總統負責的半總統制，總統議會制則是內閣須同時對國會與總統負責的半總統制。在世界上的半總統制國家中，法國第五共和、芬蘭、

不可否認的是，不同論者對於總統憲政角色的詮釋，難以擺脫論者本身對於憲政體制的偏好與價值判斷。也就是說，偏好內閣制的論者在描繪我國半總統制的憲政架構時，自然而然會從內閣制的角度看待總統的憲政角色；相反地，偏好總統制的論者在描繪我國半總統制的憲政架構時，則自然會傾向從總統制的角度看待總統的憲政角色。在憲政體制的論辯中，論者的制度偏好與憲法詮釋這兩者在本質上無法完全切割，是我們必須承認且無可厚非的事實。

不同論者對於總統憲政角色之所以會有不同的詮釋，一方面如前所述是基於論者對於憲政體制的制度偏好，另一方面則是因為不同政黨分別掌控不同的憲政機關之際，不同政黨基於政治利益的計算而各持主張所致。當總統與國會多數分別由不同政黨控制時，基於利益考量，掌握總統職位的政黨通常會試圖從總統制的制度邏輯來詮釋半總統制的體制精神，而強調總統的權力；掌握國會多數的政黨則通常會試圖從內閣制的制度邏輯來強調半總統制的體制精神，而強調內閣對國會負責的精神，而淡化總統的權力。我國 2000 年至 2008 年間，總統與國會多數分屬綠營與藍營。當時綠營的陳水扁總統即宣稱我國憲政體制為「偏總統制的雙首長制」，強調總統的權力；掌握國會多數的泛藍陣營則主張應由國會多數組閣，認為總統的憲法權力極為有限。簡言之，當時綠營政治人物幾乎都抱持擴張解釋總統權力的論述，藍營政治人物則幾乎抱持限縮解釋總統權力的論述。很明顯地，政黨與政治人物乃是從自身政治利益的角度詮釋我國半總統制中總統的憲法權力。正因為如此，我們可以看到一個令人感到無奈的現象，即法政學界探討憲政體制議題與總統憲政角色的議題時，很容易被貼上政黨標籤。當時若有學者強調總統的憲法權力，常被歸類為「綠營學者」；強調應由國會多數組閣並主張總統權力有限的學者，則常被歸類為「藍營學者」。抱持不同論者的學者被外界貼上政黨標籤，雖然不見得完全公允，但值得反省的是：法政學者究竟是本於自己的學術理念詮釋總統權力而被貼政黨標籤，還是的確是因為學者各有不同的藍綠政黨立場，而甘願以學術服務政治，以至於在憲政體制的議題上「選邊站」，為自己支持政黨的憲政主張提供學術上的裝飾與說辭？這確實是法政學界應該深刻反思的嚴肅議題。

波蘭等國屬於總理總統制，德國威瑪共和、俄羅斯屬於總統議會制。一個半總統制國家究竟是屬於總理總統制還是總統議會制，Shugart 與 Carey 認為主要的判斷依據與關鍵制度設計是總統對閣揆是否有免職權。若總統對閣揆擁有免職權，閣揆及其領導的內閣在實際運作上便須對總統負責，總統也因此擁有間接介入內閣施政的權力。由於半總統制下的內閣必須對國會負責，如此一來就形成內閣須同時對國會與總統負責的格局。若總統對閣揆沒有免職權，閣揆及其領導的內閣便不須對總統負責，僅須對國會負責。總之，這兩種半總統制次類型的差異，主要在於內閣負責對象是單一(國會)或雙重(國會與總統)的差別。

表一 我國總統憲法權力的主要爭點

爭點	憲法規定	見解差異
總統對行政院長的任命權	行政院院長由總統任命之。(增修條文第 3 條第 1 項)	甲說：總統得完全依己意決定行政院長的人選 乙說：總統選擇的行政院長須尊重立法院多數黨的意見
總統對行政院長的實質免職權	行政院院長由總統任命之。(增修條文第 3 條第 1 項)	甲說：總統對行政院長有實質的免職權 乙說：總統對行政院長無實質的免職權
總統任命行政院各部會首長的權力	行政院副院長，各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。(第 56 條)	甲說：內閣人事由總統與閣揆共商決定之 乙說：內閣人事由閣揆決定，總統僅是基於國家元首的身分任命閣揆決定的內閣閣員
總統的統帥權	總統統率全國陸海空軍。(第 36 條)	甲說：總統有指揮軍隊的權力 乙說：總統統率三軍只是國家元首的象徵性權力
總統的國安大政決定權	總統為決定國家安全有關大政方針，得設國安會及所屬國安局，其組織以法律定之。(增修條文第 2 條第 4 項)	甲說：國安領域屬於總統的專屬領域，行政院相關部會的政策方向必須受總統意志拘束 乙說：總統僅有設置國安會與國安局的權限，行政院的國安領域相關部會並不受總統拘束
總統解散立法院的權力	總統於立法院通過對行政院院長之不信任案後十日內，經諮詢立法院院長後，得宣告解散立法院。(增修條文第 2 條第 4 項) (不信任案通過後)，行政院院長應於十日內提出辭職，並得呈請總統解院立法院。(增修條文第 3 條第 2 項第 3 款)	甲說：總統於立法院通過倒閣案後，即使未經行政院長呈請，仍得自行決定是否解散立法院 乙說：解散立法院的決定權屬於行政院長，總統僅是純然被動地接受院長呈請，基於國家元首的身分宣告解散立法院
總統的覆議核可權	行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院內，移請立法院覆議。(增修條文第 3 條第 2 項第 2 款)	甲說：總統的覆議核可權為實質的權力，總統可自行決定是否核可 乙說：總統的覆議核可權為形式的權力，總統僅能核可，不能拒絕核可。

二、大法官解釋存在多元詮釋空間，難以發揮定紛止爭的功能

由於半總統制這種混合式的憲政體制同時存在著內閣制與總統制的制度邏輯，且憲法條文往往具有高度的抽象性，使得憲法的詮釋者(包含學者與政治人物)基於自己的制度偏好或利益考量，能夠各自從內閣制與總統制的制度邏輯去詮釋憲法條文中總統的憲政角色，且皆能言之成理，皆具自成一格的論述邏輯，形成「一部憲法，各自表述」的現象。當然，在憲政體制的運作中，憲法的詮釋者除了學者與政治人物之外，釋憲機關無疑是更具權威性的憲法詮釋者。在我國憲政體制相關議題的辯論中，也經常可看到學者與政治人物以大法官解釋的內容作為立論依據。然而，在我國關於憲政體制定位與總統角色的辯論中，卻經常看到一種窘境：即大法官解釋的內容仍難具說服力，使得援引大法官解釋的相關論述仍然無法使抱持不同觀點的論者信服。為何具有法定效力的大法官解釋在憲政辯論中仍不具說服力，其主要原因有二，而這兩項原因都並非大法官本身之過：一是因為我國歷經多次修憲，大法官解釋在特定時點對於我國憲政體制的相關論述，一旦後來又有修憲，修憲前做出的大法官解釋的效力即可能受到挑戰。二是因為涉及憲政議題的大法官解釋乃是針對「特定」憲政議題所做出的宣示，論者在探討其他憲政議題時，一旦從大法官在某一憲政爭議下所做的解釋中去探尋大法官根本未明言的「絃外之音」，不免會被質疑是論者自己的臆測與引申，是「借大法官之口講自己的觀點」。換言之，不僅「一部憲法，各自表述」，就連功能旨在解釋憲法的大法官解釋也被論者各自解釋，「一個大法官解釋，各自表述」的現象亦不乏見。

以上關於大法官解釋難具說服力的兩種原因，可以舉例說明。首先，若要舉跟前述第一項原因有關的例子，大法官釋字第三八七號與四一九號解釋指出閣揆應於立法院改選後提出總辭，不須於總統改選後提出總辭。這兩號解釋常被論者作為我國憲政體制中行政院乃對立法院負責，並不須對總統負責的理論依據，並以這兩號解釋論證我國憲政體制的核心精神與類型定位。然而這兩個解釋文乃是做成於1997年第四次修憲之前，而在第四次修憲取消立法院的閣揆同意權、閣揆改由總統直接任命後，這兩號解釋的意旨是否仍應適用於修憲後的憲政體制，便成了一個無解的憲政議題。現在一旦有論者援引此兩號解釋論證自己的觀點，抱持對立觀點的論者根本完全不會信服，因為他們可以主張這兩號解釋是第四次修憲前的「舊」解釋文而不足採信。同樣地，釋字第三三一號解釋指出以政黨比例代表制方式選出的中央民意代表不適用罷免制度，但此種中央民意代表喪失所屬政黨黨籍，即當然喪失中央民意代表的身分。當前也有論者指出此號解釋做成於第七次修憲修改立委選制之前，而主張在立委選制改為單一選區兩票制之後，此號解釋的意旨有重新檢視的必要。其次，若要舉跟前述第二項原因有關的例子，論者在探討我國憲政體制的定位時，經常會援引涉及核四停建爭議的釋字第五二〇號解釋，但不同論者卻各自從該號解釋得出完全不同的結論。例如有論者指出：

大法官釋字第五二〇號解釋雖在政黨輪替之後，民選總統以其民主

正當性來推動廢核政策，並直接挑戰立法院多數之意志。大法官除了在解釋中再次強調行政向立法負責之基本精神外，並沒有在解釋文及解釋理由書中給予民選總統新的憲法定位。(陳淳文，2013：13)

但是也有論者對釋字第520號解釋提出以下的分析：

大法官在此解釋理由書中認為行政院院長推動總統的政見乃當然之理，似認定行政院長是需要對總統負責的。因為假若行政院院長只對立法院負責，而不對總統負責，行政院院長何須遵循總統之政見？...此解釋理由書間接地肯定了總統並無任命國會多數黨人士為行政院院長的義務，而有任命行政院院長的裁量權。(黃德福、蘇子喬，2007：34-35)

從以上兩段論述可以看到，即使是同一個解釋文，不同論者的分析結論仍是南轅北轍。就此看來，在我國憲政體制相關議題的論辯中，大法官解釋往往未能作為憲政爭論的評斷依據，反而與我國的憲法條文一樣，成為憲政爭論的對象。論者若帶著「總統制」顏色的眼鏡看大法官解釋，這個解釋文就自然透露出總統制的色彩；論者若帶著「內閣制」顏色的眼鏡看大法官解釋，這個解釋文彷彿就自然散發出內閣制的光芒。我們不得不承認的明顯事實是，在抱持不同立場的論者「理念先行」、「價值先行」、「立場先行」的憲政辯論中，具有權威角色的大法官解釋仍難以發揮扮演定紛止爭的功能，反而成為各持己見的論者「訴諸權威」的論述工具。

柒、結語

在憲法規範的詮釋上，我國總統的憲法權力固然存在著「擴張論」與「限縮論」的爭辯，但就憲政運作而言，我國總統的實際憲政角色顯然是與「擴張論」者的理解較相符，亦即在我國半總統制這種具有混合色彩的憲政架構中，總統的實際憲政角色大抵是以總統制而非內閣制的憲政邏輯呈現。事實上，若觀察我國的整體憲政運作，會發現我國憲政體制固然符合半總統制的要件，在憲政體制的外觀上，亦具有「內閣對國會負責」與「行政權二元化」這兩項半總統制的主要特徵；但這兩項特徵幾乎徒具形式意義，致使我國憲政體制在實際運作上與總統制非常類似。一方面，總統與行政院在實際運作上幾乎成為上下隸屬關係，形式上行政權二元化，實質上則行政一體。另一方面，行政院儘管依憲法規定須對立法院負責，但由於立法院的倒閣權形同虛設，行政院實際上乃對總統負責，組閣權實質上歸屬於總統，就如同總統制一般，內閣的組成完全不受國會影響。且由於立法院不敢行使倒閣權，總統解散立法院的權力因此形同凍結，立法院與總統便猶如總統制下總統與國會各有任期保障的特徵。若要說我國憲政運作上尚有與典型總統制較為不同之處，僅在於我國總統領導的內閣尚須到國會作施政報告並接受質詢。若要勉強說我國憲政體制中尚有內閣對國會負責的精神存在，也僅在

於此一特徵了。簡言之，我國憲政體制呈現「形式上為半總統制，實質上為總統制」的現象。

我們應該要抱持何種態度要因應目前這種現象？我們面對憲政體制的當務之急究竟是應該盡力將我國的憲政運作扳回半總統制中蘊含的內閣制運作邏輯，將總統的權力盡可能限縮，以符合總統權力「限縮論」的詮釋觀點？還是應該要肯定總統實際憲政角色已走向總統權力「擴張論」的既成事實，而進一步壯大我國半總統中亦蘊含的總統制精神，並在壯大總統制精神的同時加以改良我國的憲政體制？針對這兩種改革方向，筆者認為，在我國總統由人民直選，且總統擁有實權的普遍社會認知幾乎已成為我國政治文化一環的情況下，想要將我國的憲政運作扳回內閣制的運作邏輯，試圖將總統的憲法權力極小化，其實是一個實現機會極為渺茫的期待。既然總統權力擴大化已成為現實，整體憲政運作中總統制的運作邏輯壓過內閣制的運作邏輯亦已成為難以逆轉的事實，或許一個較為務實可行的做法，是認真地面對它，並以既成事實為前提來進行制度的修補與改良。筆者以為，突顯並強化我國當前半總統制中總統制的運作邏輯，並不必然會造成總統濫權或整體憲政體制制衡機制失靈的危機。例如在憲法條文不更動的前提下，可以透過立法的方式，強化總統府的組織功能，將總統府與行政院之間的聯繫管道法制化，讓行政院長與總統之間的互動更為具體穩固。在承認總統具有相當實權、總統與行政院長為主從關係的同時，亦應以法律具體規範總統憲法權力行使的程序與方式。總之，我國當前趨向總統制的憲政運作，固然不符合總統權力「限縮論」者的期待，但不容否認的是，總統制的憲政邏輯本來也是我國半總統制中蘊含的精神。在承認既成現實的基礎上以立法方式對我國的憲政體制加以修補調整，我們仍可對於我國憲政體制的運作與未來發展抱持審慎樂觀的期待。

參考書目

- 王業立(2013)。〈會計法爭議/覆議滅火—憲政潘朵拉盒〉，《聯合報》，2013年6月8日，版A23。
- 中國時報社論(2012)。〈赴立法院國情報告，何苦陷口水戰〉，《中國時報》，4月27日，版A25。
- 朱謨(1997)。《憲政分權理論及其制度》。台北：五南圖書公司。
- 李念祖(2000)。〈憲政主義與民主鞏固—論我國雙首長制憲法對於政治部門的控制〉，「九七修憲與憲政發展學術研討會」論文。台北：國家政策研究基金會，12月9日。
- 汪平雲(2006)。〈我國中央政府體制改採總統制的改革方向與內容〉，「台灣憲政的困境與重生—總統制與內閣制的抉擇研討會」論文。台北：民進黨中央黨部政策委員會，9月24日。
- 沈有忠、邱師儀(2011)。〈半總統制下行政首長之定位—以台灣的憲政架構及社會意向為例〉，「半總統制與民主學術研討會」論文。台中：東海大學政治

- 學系、中央研究院政治學研究所籌備處，3月26日。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞(2003)。《憲法—權力分立》。台北：學林文化。
- 林佳龍(1998)。〈半總統制、多黨體系與民主政體—台灣憲政衝突的制度分析〉，「政治制度：理論與現實學術研討會」論文。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，6月25-26日。
- 林昱梅(2003)。〈總統之彈劾與罷免〉，《憲政時代》，第29卷，第1期，頁31-68。
- 法治斌、董保城(2006)。《憲法新論》。台北：元照出版社。
- 周育仁(1999)。〈現行中央政府體制之問題與因應對策〉，中國國民黨中央委員會政策研究工作會委託計劃。
- 周育仁(2000)。〈憲政體制何去何從？—建構總統制與內閣制換軌機制〉，「憲政體制與政黨政治的新走向研討會」論文。台北：台大政治系、新台灣人文教基金會，12月23日。
- 徐永明(2010)。〈立法院權力變遷與行政立法關係的變化〉，「轉變中的立法與行政關係研討會」論文。台北：東吳大學政治系、東吳大學國會研究中心，5月13-14日。
- 陳長文(2012)。〈國情報告作詢答，破壞憲政〉，《聯合報》，4月23日，版A15。
- 陳淳文(2013)。〈再論中央政府體制之改革展望—法國〇八修憲之啟發〉，《政大法學評論》，第131期，頁1-88。
- 陳新民(2001)。《中華民國憲法釋論》。台北：作者自印。
- 陳新民(2005)。〈憲政僵局與釋憲權的運用—檢討機關忠誠的概念問題〉，漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會(編)，《法律哲理與制度—公法理論》，頁345-393。台北：元照出版社。
- 陳新民(2006)。〈檢討憲政慣例的地位與效力—由總統的閣揆人事決定權談起，兼論德國聯邦憲法法院最近的「國會解散案」判決〉，《月旦法學雜誌》，第136期，頁128-151。
- 陳愛娥(2002)。〈我國現行憲法中總統角色的定位—單純國家統一的象徵或真正的政府首長？〉，陳隆志(編)，《新世紀新憲政：新世紀智庫憲政研討會論文集》，頁290-312。台北：元照出版社。
- 陳淑芳(2006)。〈獨立機關之設置及其人事權—評司法院大法官釋字第六一三號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第137期，頁41-59。
- 陳滄海(1999)。《憲政改革與政治權力—九七憲改的例證》。台北：五南圖書公司。
- 陳耀祥(2006)。〈論總統彈劾案由司法院大法官審理之憲政意義〉，《台灣民主季刊》，第3卷，第1期，頁59-76。
- 張佑宗(2009)。〈搜尋台灣民粹式民主的群眾基礎〉，《台灣社會研究季刊》，第75期，頁85-113。
- 許宗力(2002)。〈權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，《憲政時代》，第27卷，第4期，頁3-32。
- 湯德宗(1998)。〈論九七修憲後的權力分立—憲改工程的另類選擇〉，《國立台灣

- 大學法學論叢》，第27卷，第2期，頁135-178。
- 湯德宗(2002)。*〈憲法結構與違憲審查—司法院大法官釋字第五二〇號解釋評釋〉*，劉孔中、陳新民(編)，*《憲法解釋之理論與實務(第三輯)》*，頁307-370。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所專書。
- 湯德宗(2005)。*〈九七憲改後的憲法結構〉*，湯德宗著，*《權力分立新論(卷一)》*，頁1-58。台北：作者自印。
- 黃昭元(1997)。*〈釐清修憲後中央政府體制的解釋爭議〉*，《律師雜誌》，第215期，頁4-6。
- 黃昭元(1999)。*〈立法院改選後行政院應否總辭〉*，《月旦法學雜誌》，第47期，頁6-7。
- 黃昭元(2000)。*〈當雙首長制遇上分裂政府—組閣權歸屬的爭議〉*，《月旦法學雜誌》，第67期，頁8-9。
- 黃德福、蘇子喬，2007。*〈大法官釋憲對我國憲政體制的形塑〉*，《台灣民主季刊》第4卷，第1期，頁1-49。
- 黃錦堂(2000)。*〈台灣雙首長制的內涵—向總統制或內閣制傾斜？〉*，「憲政體制與政黨政治的新走向研討會」論文。台北：台大政治系、新台灣人文教基金會，12月23日。
- 楊日青(1997)。*〈中央政府體制之變遷〉*，國民大會秘書處(編)，*《中華民國行憲五十年》*，頁288-312。台北：國民大會。
- 楊世雄(1998)。*《憲政改革的理論與實踐》*。台北：五南圖書公司。
- 葛永光(2000)。*〈總統否決權與覆議制度之研究：美、法、中之經驗〉*，「九七修憲與憲政發展學術研討會」論文。台北：國家政策研究基金會，12月9日。
- 隋杜卿(2003)。*〈回歸憲法—憲政轉機的正路〉*，周育仁(編)，*《憲政危機與憲政轉機》*，頁125-158。台北：國家政策研究基金會。
- 詹鎮榮(2004)。*〈半總統制下政府雙重信任基礎之維繫與難題—以威瑪經驗為借鏡〉*，《月旦法學雜誌》，第108期，頁37-52。
- 廖元豪(1998)。*〈蕭內閣並無義務提出總辭〉*，《中國時報》，12月15日，版13。
- 蔡宗珍(2004)。*〈當前立法院憲政地位之評析〉*，收錄於蔡宗珍著，*《憲法與國家(一)》*，頁65-98。台北：元照出版社。
- 顏厥安(2000)。*〈建設性憲政忠誠原則與權限劃分〉*，《中國時報》，12月5日，版15。
- 嚴震生(2012)。*〈國情報告談不談民生？〉*，《聯合報》，4月21日，版A31。
- 蘇子喬(2010)。*〈台灣憲政體制的變遷軌跡(1991-2010)—歷史制度論的分析〉*，《東吳政治學報》，第28卷，第4期，頁147-223。
- 蘇子喬(2006)。*〈我國「雙首長制」為什麼不會換軌？—制度因素之分析〉*，《政治學報》，第40期，頁41-84。
- 蘇永欽(2000)。*〈新體制，須面對新觀念新挑戰〉*，《中國時報》，4月6日，版15。

- Bergman, Torbjörn (1995). *Constitutional Rules and Party Goals in Coalition Formation: An Analysis of Winning Minority Governments in Sweden*. Umea: Department of Political Science, Umea University.
- Canovan, Margaret (1999). "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy." *Political Studies*, Vol. 407: 2-66.
- Duverger, Maurice (1980). "A New Political System Model: Semi-Presidential Government." *European Journal of Political Research*, Vol. 8, No. 2: 165-187.
- Karl, Terry Lynn (1991). "Dilemmas of Democratization in Latin America." *Comparative Politics*, Vol. 23, No. 1: 1-21.
- Lijphart, Arend (1984). *Democracy: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*. New Haven: Yale University Press.
- Lijphart, Arend (1999). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven: Yale University Press.
- Lin, Jih-wen (2003). "Institutionalized Uncertainty and Governance Crisis in Posthegemonic Taiwan." *Journal of East Asian Studies*, Vol. 3. 3: 433-460.
- Linz, Juan J. (1990). "The Perils of Presidentialism." *Journal of Democracy*, Vol. 1 (Winter): 51-69.
- Linz, Juan J. (1994). "Presidential and Parliamentary Democracies: Does It Make a Difference?" In Juan J. Linz and Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives* (pp. 3-74). Baltimore: Johns Hopkins University.
- Shugart, Matthew Søberg (2005). "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns." *French Politics*, Vol. 3: 323-351.
- Shugart, Matthew Søberg and John M. Carey (1992). *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

电动自行车立法的疑难问题与解决方案*

余凌云** 施立栋***

目次

- 一、引言
- 二、法规范文本的梳理与个案考察
- 三、电动自行车国家标准的修订
- 四、电动自行车的生产与销售管理
- 五、电动自行车的注册登记管理
- 六、电动自行车的通行管理
- 七、超标电动自行车的定性
- 八、在用超标电动自行车的过渡管理方案

* 本研究报告是余凌云教授主持的世界卫生组织（WHO）课题“电动自行车立法研究”项目的主要成果，由彭博慈善基金会（Bloomberg Philanthropies）资助。

** 余凌云，法学博士，清华大学法学院副院长，教授、博士生导师。

*** 施立栋，法学博士，苏州大学王健法学院讲师。

内容提要

电动自行车作为一种绿色、便捷的交通工具，倍受民众青睐。但该车辆的问世，也引发了诸如绝大部分车辆超过国家标准、驾驶人普遍不遵守交通规则、交通事故频发等一系列问题，其文明出行和安全出行状况十分堪忧，亟需出台立法展开治理。在当前中央层面迟迟无法出台电动自行车新国标以及相关立法的背景下，可以先行通过颁布地方性立法，从生产、销售到道路交通环节，对合标的电动自行车进行规制。同时，要对目前保有量巨大的在用超标车辆制定特别的管理方案，以实现此类特殊车辆的平稳过渡。对此，我们建议采取下列管理措施：

首先，在生产与销售环节，应当通过实行产品目录管理、引入信息规制工具、明定产品缺陷责任等方式，从源头上防止超标电动自行车进一步流入路面。同时，在销售环节建立安全头盔和车辆保险的捆绑销售制度，以降低合标电动自行车驾驶人在道路交通事故中的伤害与损失。

其次，在道路管理方面，为实现身份化管理，合标的电动自行车须经登记上牌后才能上路行驶。公安机关交通管理部门应当出台“带牌销售”、免费登记等便民措施，方便民众办理登记上牌手续。同时，应当对合标电动自行车的驾驶年龄、行驶车道、驾驶规范等具体规则作出细化规定。此外，公安交管部门应增设有路面监控设备，及时抓拍电动自行车的各类违法行为并依法加以处理。

最后，超标电动自行车属于机动车与非机动车之外的第三类车，由于《道路交通安全法》并未对这类车的管理作出规定，地方层面有权出台立法展开治理。对目前在用的超标电动自行车，可以采取的措施包括：一是发放临时通行牌照，允许其在特定期限内通行，但该牌照的发放，只是基于实现身份化管理的需要所采取的一种措施，并不意味着承认了超标车的合法性；二是在发放临时牌照前，应对驾驶人进行培训，以强化其安全驾驶意识和技能；三是尽管目前超标电动自行车的产品设计时速普遍偏高，但可以通过严格限定该车辆在路面上的行驶时速，来减少其与其他非机动车之间的速度差，公安交管部门应视路段情况分别规定超标车的最高行驶时速；四是实行强制佩戴头盔和强制保险制度。

一、引言

(一) 问题之缘起

随着机动车总量的持续增长,中国道路交通系统的拥堵状况日益加剧,机动车尾气污染也日趋严重。在此背景下,电动自行车以其便捷、环保、经济的特性,一经问世,便迅速获得了青睐,在晚近的十余年间获得了长足发展。特别是在很多城市纷纷颁布“尾号限行”、“限购令”、“禁摩令”之后,电动自行车更是扮演了替代性交通工具的角色,成为众多民众、尤其是中低收入者首选的出行方式。同时,与电动自行车相关的产业,也日益成为许多地方政府推动经济增长、创造就业岗位的一个重要支柱产业。¹

但是,电动自行车的兴起,也提出了诸多管理难题。近年来,大量电动自行车超过国家标准、驾驶人 not 遵守交通规则、交通事故频发等事案,屡屡见诸报端。以道路交通事故为例,来自公安部交管局的数据显示,2010年,全国每10万人中,在涉及电动自行车的道路交通事故中受到伤害的人数平均为1.52人,比2004年的0.41人增长了近3倍;而死亡人数平均为0.3人,比2004年的0.05人增长了5倍。²在地方层面,2012年浙江全省共发生涉及电动自行车的道路交通事故6204起,死亡1019人,受伤6786人,平均每天有近3人因电动自行车事故死亡。³杭州市涉及电动自行车的道路交通事故死亡人数,从2004年占事故死亡总数比例的5.01%,激增至2010年的23.34%。⁴而一项针对苏州张家港市第三人民医院2011年至2012年间所接收的住院病历的实证调查显示,在所有因道路交通事

¹ 对中国电动自行车快速兴起原因更为系统的分析,请参见 Jonathan Weinert, Chaktan Ma and Christopher Cherry, *The Transition to Electric Bikes in China: History and Key Reasons for Rapid Growth*, *Transportation*, Vol.34, 2007, pp.308-315.

² See Xujun Zhang, Mengjing Cui, Yue Gu et al., *Trends in Electric Bike - Related Injury in China, 2004-2010*, *Asia-Pacific Journal of Public Health*, Vol.27(2), 2015, p. NP1821.

³ 参见《去年浙江每天有3人因电动车事故死亡》,载《都市快报》2013年7月16日第C1版。

⁴ See Brent Powis, *E-Bikes: A Public Health Opportunity or Risk?*, WHO China, 2013.

故引起的住院病历中,因电动自行车引起的伤害比例高达57.2%。⁵浙江省衢州市近70%的交通事故与电动自行车有关。

在此背景下,如何通过制定妥善的电动自行车管理方案,处理好尊重民众的通行权利、确保道路的安全环境和兼顾电动自行车产业的发展利益三者之间的关系,成为一项重要的研究课题,拷问着实践部门的建构理性与实践智慧。我们的立场,毫无疑问,第一,鼓励绿色出行,电动自行车毕竟是新能源车的一个发展方向,治理绝不是禁止或限制电动自行车的使用以及有关产业的发展。第二,确保出行安全。第三,进一步提升城市文明。一个城市的文明,首先看交通。必须切实解决当下电动自行车带来的交通紊乱,积极治理电动自行车闯红灯、逆行、超速、随意改装等问题。

(二) 初步的治理实践

为整治因电动自行车引发的一系列问题,一些地方政府曾出台过“封杀型”的管理措施,即一律禁止电动自行车上路行驶。2002年8月1日,北京市公安局发布了《关于加强电动自行车管理的通告》,规定自2006年1月1日起,禁止所有电动自行车在北京市道路上行驶。福州市人民政府于2003年5月21日发布的《关于加强电动自行车管理的通告》也规定,自2007年7月1日起禁止所有电动自行车在该市道路上行驶;同时自通知发布之日起在全市禁售电动自行车。此外,海口市公安局交巡警支队也于2006年发布通告,规定在该市市区全面禁止电动自行车的通行。⁶此外,在珠海、广州、东莞等城市,也对电动自行车采取了类似的禁止通行政策。⁷

⁵ See Wei Du, Jie Yang, Brent Powis, et al., *Epidemiological Profile of Hospitalised Injuries among Electric Bicycle Riders Admitted to a Rural Hospital in Suzhou: A Cross-sectional Study*, *Injury Prevention*, Vol.20, 2014, p.130.

⁶ 参见马应珊、李利君:《海口电动车:行驶在法令与禁令之间》,载《人民日报》2007年1月11日第10版。

⁷ 参见《温州市公安局关于禁止电动自行车在市区行驶的通告》(温公通〔2003〕180号);《珠海经济特区道路交通安全管理条例》(2005年施行,2011年修订)第10条;《广州市公安局关于对电动自行车和其他安装有动力装置的非机动车不予登记、不准上道路行驶的通告》(穗公〔2006〕343号);《东莞市人民政府关于对电动自行车和其他安装有动力装置的非机动车不予登记、不准上路行驶的通告》(东府〔2007〕86号)。

禁止电动自行车通行的政策，一经公布，便在社会上引起了巨大争议。不少学者对这一措施的合法性提出了质疑，其中的一个核心论点，是认为地方并无禁止电动自行车通行的立法权。⁸ 对此，我们认为，从立法权限上质疑电动自行车禁令合法性的观点是值得商榷的。因为在法理上，我国对于中央与地方立法权力的划分，所遵循的是“不抵触原则”，即只要地方立法不与上位法相抵触的，便具有立法的权力。⁹ 《立法法》（2015年修订）便对地方政府在上位法范围内制定执行性立法以及就地方性事务制定自主性立法的权力作出了明确规定。¹⁰ 而寻遍相关的上位法，我们也无法找到禁止地方层面的电动自行车立法权力的规定。事实上，作为道路交通安全管理领域的上位法律，《道路交通安全法》（2011年修订）非但没有对地方政府的立法权力加以禁止，反而明确规定了地方各级政府依据上位法制定相应的管理规定的权力。¹¹ 因此，单单从立法权限上来看，尚不足以质疑地方层面出台电动自行车立法的权力。

但是，要证成一项规制措施的合法性，除了满足立法权限这一形式合法要件之外，还必须具有内在的实质合理性基础。在这方面，行政法上的比例原则为我们提供了一个有益的分析工具。按照学界的通说，比例原则包含“妥当性”、“必要性”和“法益相称性”三项子原则。¹² 如果我们以此分析框架加以检视，可以发现，前述各地所颁布的电动自行车禁令，无论是在“妥当性”方面还是“必要性”方面，都存在着可商榷之处。

⁸ 例如马怀德教授、毛寿龙教授持此观点。参见万静、马怀德、姜明安、毛寿龙：《珠海禁止电动自行车上路是否违法》，载《法制日报》2005年7月26日第10版。

⁹ 参见沈成：《对地方立法权的再认识》，载《中国法学》1996年第1期；孙波：《试论地方立法“抄袭”》，载《法商研究》2007年第5期。

¹⁰ 《立法法》（2015年修订）第73条第1款规定：“地方性法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；（二）属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。”该法第82条第2款则规定：“地方政府规章可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。”

¹¹ 《道路交通安全法》第4条第2款规定：“县级以上地方各级人民政府应当适应道路交通发展的需要，依据道路交通安全法律、法规和国家有关政策，制定道路交通安全管理规划，并组织实施。”

¹² 对比例原则内涵的详细阐述，请参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》2002年第2期。

首先，“妥当性”要求，政府的规制措施必须有助于增进或实现其所追求的目的。考究禁令制定者的初衷，其旨在通过禁止车辆的使用，“釜底抽薪”式地遏制住急剧攀升的电动自行车交通事故。但是，该禁令能否真正达成这一规制目的，却是存在疑问的。一方面，仅仅援引近期显著增长的涉及电动自行车的伤亡人数，而没有区分发生事故的原因是在车辆一方还是驾驶人一方，无法确切评估此类事故的真正成因。实践中，因驾驶人缺乏交通法规知识或安全驾驶意识而发生事故的案例并不在少数。在此情况下，即便禁止电动自行车上路，这些驾驶人以其他方式参与交通活动时仍然会实施道路交通违法行为，这无助于道路交通安全状况的改善。另一方面，不对电动自行车与其他替代性出行方式的事故发生率进行比较，也无法保证禁止电动自行车通行之后就能提升道路交通安全状况。一项对浙江省2004年道路交通事故统计数据进行分析显示，机动车每万公里的道路交通事故死亡人数远远高于电动自行车，前者为0.206，后者仅为0.039。¹³ 这意味着一旦禁止电动自行车上路行驶，可能迫使一些人转而购买机动车。增加的机动车数量，将会大幅增加道路交通事故的发生概率。综上两点，即便在立法上采取禁止电动自行车上路行驶的措施，也无法达到提升道路交通安全状况的立法目的。

其次，政府对电动自行车的规制活动，也不应以追求道路安全为唯一目的。一方面，作为一种重要的交通工具，电动自行车弥补着公共交通系统的不足，它在民众中具有扎实的需求基础。另一方面，当前一个完整的电动自行车产业链已经形成。¹⁴ 在浙江、江苏等省的不少城市中，电动自行车产业已成为当地政府助推经济发展、创造就业岗位的一个支柱产业。考虑到这一现实，政府在出台针对电动自行车的规制措施时，应注意协调、平衡各方的利益关切。理想的政府规制

¹³ See Christopher Robin Cheery, *Electric Two-wheelers in China: Analysis of Environmental, Safety, and Mobility Impacts*, PhD Dissertation, Engineering-Civil and Environmental Engineering, University of California, Berkeley, 2007, p.107.

¹⁴ 据中国自行车协会助力车专业委员会主任陆金龙的披露，到2014年初，全国电动自行车的年销量已达到3500万辆，整个产业规模高达2000亿元，从业人员达200万人。参见《2014年中国电动车发展高层聚智峰会会议记录》，<http://www.cn-tn.com/jzfh/hyl.aspx>，最后访问日期：2014-3-14。

行为,应当是在确保道路安全的前提下,兼顾民众的出行需求和产业的发展利益。遗憾的是,电动自行车禁令显然仅着眼于前者,而完全忽略了后两者,因而在规制目的上顾此失彼,缺乏妥当性。

最后,“必要性”要求,在可供选择的诸种手段中,政府应采取对相对人干预程度最低的手段。而“封杀”电动自行车的管理措施,显然无法满足这一要求。至少,针对当前电动自行车管理中所存在的突出问题,从生产、销售、使用各个环节出台针对性的具体措施,是一种对电动自行车产业和使用者侵害程度更小,也是更为精细和人性化的管理手段。不问当前的电动自行车乱象的具体成因为何,而径直采取全面禁止通行的措施,是传统上“以禁代管”的思维余绪,也是一种“懒政”。

规制措施一旦欠缺合理性基础,势必难以被相对人所遵从,导致其在实践中窒碍难行。电动自行车禁令便是一个生动注脚。如前所述,北京、福州和海口曾先后出台过禁止电动自行车通行的规定。但在禁令颁行后,这些城市中的电动自行车销售、上道路行驶等活动很难得到根治,甚至还陷入了“越禁越多”的管制怪圈。¹⁵ 鉴于禁止通行政策的实效性不彰,这三个城市先后调整了规制模式,由原先的一律禁止通行改为有条件地通行。¹⁶ 目前,除前述珠海、广州、东莞等少数几个仍坚持电动自行车禁止通行政策外,全国绝大部分城市已经允许符合规定的电动自行车上道行驶。

电动自行车管理由“禁”到“限”的政策转向,意味着实践部门逐步摆脱了“以禁代管”的思维定势,转而采取更为务实的态度,直面电动自行车管理中存在的突出问题,寻求更为精细化和人性化的治理之道。当前,在中央和地方层面陆续出台的一些电动自行车规范文本,便是这一智识努力的体现。但是,由于受

¹⁵ 参见郭宏鹏:《福州电动自行车禁不住理还乱》,载《法制日报》2007年11月27日第7版;马应珊、李利君:《海口电动车:行驶在法令与禁令之间》,载《人民日报》2007年1月11日第10版。

¹⁶ 参见北京市公安局《关于办理电动自行车登记的通告》([2005]第22号);《福州市电动自行车管理办法》(2010年4月16日福州市人民政府令第43号发布);《海口市电动自行车管理办法》(2011年10月8日海口市人民代表大会常务委员会公告第23号公布)。

立法权限的掣肘和关注视角的局限,再加上相关国家标准的滞后,这些规范文本并不能有效化解现行电动自行车管理过程中的疑难问题。实践中,电动自行车被非法改装、上机动车道行驶、超速行驶等现象依然严重,超标电动自行车的法律地位、通行政策及过渡管理方案等问题也不断引发争议。这些问题仍横亘于实践部门面前,亟需通过进一步加强研究,提出有针对性的解决方案。

(三) 本文的研究进路

对电动自行车进行治理,有两种立法思路可供选择:一是通过修改全国层面的《道路交通安全法》和《道路交通安全法实施条例》,对电动自行车问题作出专门规定;二是通过在中央和地方层面颁布专门性立法,对电动自行车的管理事项加以明确规定。就第一种立法思路而言,虽然其在立法权限上具有优势,但受限于严格的修法程序,采取这一方式无法对当前实践中的难题作出及时回应。更为关键的是,在《道路交通安全法》的立法框架内,其仅仅涉及电动自行车的登记和路面管理事项,无法涵盖生产、销售环节的事项,因而在规制的覆盖面上存在局限。与之相比,采取第二种立法思路可以克服上述缺陷,其更具可行性。因此,本文着眼于推动出台电动自行车地方立法的角度,针对在当前实践中所存在的突出问题提出相应的解决方案,其目的在于为北京、浙江两地的立法提供参考。当然,从该解决方案中,也可以归纳总结出若干条款,放到未来的《道路交通安全法》,甚至全国层面专门的电动自行车管理立法之中。

对此,本文首先对有关电动自行车的法规范状况作了系统梳理,勾勒出了我国这方面的基本法制面貌。同时,对北京和浙江的电动自行车管理现状进行了个案考察,展示了现有的制度框架和实践状况。在此基础上,归纳了当前在电动自行车管理过程中所存在的六个方面的疑难问题,分别是:(1)电动自行车国家标准的修订;(2)电动自行车的生产与销售管理;(3)电动自行车的注册登记管理;(4)电动自行车的通行管理;(5)超标电动自行车的定性;(6)在用超标电动自行车的管理方案。

我们逐一分析了这些问题产生的原因。同时,通过阅读电动自行车法规范中的解决方案,提炼了实践中的有益做法与经验,并参考了域外的相关制度。在此基础上结合学理分析,提出了初步的解决方案。

二、法规范文本的梳理与个案考察

(一) 电动自行车法规范的总体状况

1. 检索方法与结果

为捕捉电动自行车法规范制定的总体状况,我们首先以“北大法宝—中国法律检索系统”中收录的规范文本作为检索对象,先后以“电动自行车”、“电动车”为标题关键词进行检索,共得到初始检索结果 109 项(“电动自行车”86 项,“电动车”23 项)。最后检索日期为 2013 年 10 月 27 日。通过逐一浏览这些检索结果,我们剔除了其中的重复项¹⁷ 和不相关项¹⁸,共获得有效检索结果 71 项。其中,法律 0 部,法规 1 部,规章 7 部,行政规定 61 部,此外还有地方人大常委会发布的决定 2 部。¹⁹

但是,通过深入阅读这些规范文本,并结合新闻媒体的报道,我们发现,当前有关电动自行车的法规范文本,要远远多于上述 71 项检索结果。很多关于电动自行车的技术标准和行政规定,由于法律位阶较低或者涉及专业性事项,上述数据库并没有完整收录。有鉴于此,我们对上述检索结果作了三方面的补充:

¹⁷ 重复的情形有两种:一是分别以“电动自行车”和“电动车”为标题关键词进行检索,所获结果之间存在重复。例如《长沙市公安局交通警察支队关于规范市区电动车和电动自行车通行管理的通告》(2009 年)就分别出现在两个检索结果中。二是以“电动自行车”为标题关键词进行检索,部分检索结果是重复的。例如,该数据中收录的《南昌市人民政府印发关于加强电动自行车、汽油机助力自行车管理的通告的通知》(2008 年)和《南昌市政府办公厅关于加强电动自行车、汽油机助力自行车管理的通告的通知》(2008 年)的内容完全相同。

¹⁸ 不相关的情形有四种:一是对电动自行车及其铅蓄电池生产厂家名单的公告;二是有关电动自行车停放收费标准的通知;三是电动自行车作为家电下乡产品的相关通知;四是涉及电动汽车的管理规定。

¹⁹ 这两部立法文件分别为:《东莞市人民代表大会常务委员会关于〈东莞市人民政府关于对电动自行车和其他安装有动力装置的非机动车不予登记、不准上路行驶的通告〉的决议》(2007 年)和《长沙市人大常委会关于整治电动车电动自行车交通违法行为的通告》(2011 年)。鉴于它们无法归入现有的法律、法规、规章和行政规定的划分类别之中,本文将其单独归为一类。

其一,以“百度”搜索引擎为检索对象,以“电动自行车 管理办法”、“电动自行车 通知”、“电动自行车 管理规定”、“电动自行车 立法”等为关键词进行检索,借助其中的新闻报道和有关网站链接,我们重点增补了最新的和位阶较低的电动自行车立法规定。

其二,在一些道路交通安全的综合性立法中,也有关于电动自行车的集中规定或创新性规定。因此,我们以前述“北大法宝—中国法律检索系统”为检索对象,以“电动自行车”为全文关键词进行检索,选取了其中“电动自行车”一词出现频率较高(5 次以上)的检索结果,以及词频虽然在 5 次以下,但是其中的规定具有创新性的立法文本,作了相应的增补。

其三,在很多法规范文本中,尤其是位阶较低的文本中,常常会在开篇提到“依据……制定本法”,这不仅阐明了该法律文本的制定依据,也提示着我们可以此为线索搜集更多的与电动自行车有关的规范性文件。为此,我们对通过上述步骤收集到的所有规范文本作了逐一阅读,并对照已有的检索结果,对法规范文本作了进一步补充。

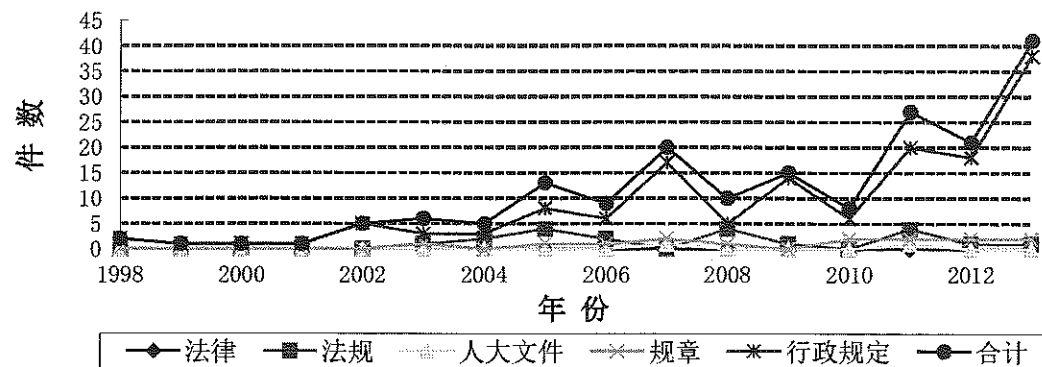
综合以上数据库的初步检索及随后的校正,我们共搜集到 185 部有关电动自行车的法规范文本。其中法律 1 部,法规 20 部,人大决定 2 部,规章 14 部,行政规定 148 部。

2. 对法规范的总体分析

从形式上看,在搜集到的 185 部电动自行车法规范中,既有对电动自行车若干问题作出零星规定的综合性道路交通立法,也有专门性法规范。其中,专门性法规范又分为单行性的法规范和综合性的法规范,前者针对电动自行车的某一特定事项进行规定,往往由政府部门颁布;后者则有政府或者人大制定,其内容较为完整地涵盖了电动自行车管理的各个事项。从数量上看,单行性的专门法规范占绝大多数。但是,自 2010 年以来,综合性的电动自行车专门性法规范的数量急剧增长,福州、武汉、昆明、海口、三亚、云南、贵州等地先后出台了此类专门性法规范。

从位阶上看,现行电动自行车法规范的位阶总体较低,绝大多数电动自行车管理规定属于行政规定,占总数的80%。从颁布的时间来看,最早的法规范,是成都市政府办公室于1998年8月13日发布的《成都市电动自行车管理规定》。在这之后的几年中,由于电动自行车并未普及,相关的管理规定并不多。大约在2002年之后,法规范的数量开始稳步上升,并在2010年之后呈现出急剧增长之势(见图1)。法规范文本数量的不断增长,也映衬出近年来电动自行车领域问题的严重性,以及匹配进行相应的制度建设的迫切性。

图1 历年有关 自行 的法规范文本数量



从内容上看,这些法规范文本较为完整地涵盖了电动自行车的各个管理事项,包括:

(1) 生产管理:主要涉及对电动自行车生产企业资质的审查,以及对其日常生产活动是否符合国家标准的监管。

(2) 销售管理:包括实行电动自行车产品销售目录管理制度、监督电动自行车销售企业执行进货查验制度、回收电动自行车废铅酸蓄电池等管理事项。

(3) 登记管理:包括电动自行车的注册登记、变更登记、转移登记、注销登记、备案等事项。

(4) 通行管理:涉及对在道路上行驶的电动自行车非法改装、超速驾驶、违法载人、无牌证驾驶、违反禁行规定等违法事项的查处,以及道路通行条件的

提升等事项。

(5) 超标电动自行车的管理:涉及对在用超标电动自行车的通行条件、期限、驾驶时速等事项的管理。

(6) 治安管理:主要涉及对盗抢电动自行车违法犯罪行为的防范与治理。

(二) 针对北京市的个案考察

1. 北京市有关电动自行车的法规范

目前,北京市尚未制定综合性的电动自行车专门法规范。相关规定散见于相关部门的法规范中。表1是北京市有关电动自行车的法规范目录。从表中可以看出,北京市先后制定了12部涉及电动自行车的地方方法规范文件。

从时间上看,北京市法规范制定工作起步较早,早在2002年便出台了3部关于电动自行车税费和交通管理的规定,这在全国各个城市中处于前列。

从内容上看,北京市的电动自行车法规范经历了由“禁”到“限”的政策变迁。2002年北京市公安局《关于加强电动自行车管理的通告》曾规定,自2006年1月1日起,禁止所有电动自行车在北京市道路上行驶。但是在上述期限即将届满的2005年年底,北京市政府办公厅和北京市公安局先后下发文件,规定电动自行车经登记、核发牌证之后可以上道行驶,从而废止了之前关于全面禁止电动自行车上道行驶的决定。凭借其作为首都的特殊影响力,北京的这一制度转向,为后来其他城市出台电动自行车的管理规定树立了典范。

表1 北京市有关电动自行车的法规范

名称	颁布时间	制定机关	法律位阶
北京市物价局、北京市财政局关于电	2002.7.11	北京市物	行政规定

电动自行车临时号牌工本费收费标准的函		价局、财政局	
北京市地方税务局关于对本市电动自行车征收车船使用税的通告[已失效]	2002.7.29	北京市地方税务局	行政规定
北京市公安局关于加强电动自行车管理的通告[已失效]	2002.8.1	北京市公安局	行政规定
北京市实施《中华人民共和国道路交通安全法》办法	2004.10.22 (经 2010 年修订)	北京市人大常委会	法规
北京市人民政府办公厅关于做好电动自行车依法登记有关工作的通知	2005.11.21	北京市人民政府办公厅	行政规定
北京市公安局关于办理电动自行车登记的通告	2005.12.31	北京市公安局	行政规定
关于在北京市区域内销售电动自行车及电动自行车铅酸蓄电池产品进行登记实行目录管理的通告	2005.12.31	北京市工商局、公安局、环保局、质监局	行政规定

北京市环境保护局关于对电动自行车铅酸蓄电池产品进行登记和实施目录管理的通知	2006.1.10	北京市环保局	行政规定
北京市旧自行车交易管理实施意见(试行)	2007.5.31	北京市商务局	行政规定
北京市地方税务局关于印发《车船税征收管理办法》的通知	2007.8.24	北京市地方税务局	行政规定
北京市人民政府办公厅转发市公安局关于进一步加强本市自行车安全管理工作意见的通知	2008.6.16	北京市人民政府办公厅	行政规定
北京市公安局关于调整部分行政许可工作规范的通知	2009.3.3	北京市公安局	行政规定

2. 北京市的电动自行车管理现状

截止到 2013 年年底,北京市电动自行车的城乡保有量已达到 300 万辆。其中,全市每年的电动自行车销售量为 70 万辆至 80 万辆之间(含以旧换新)²⁰。但是,在所销售的电动自行车产品中,超速、超重、反射装置不达标等不符合国家标准的现象十分严重。在北京市工商局 2013 年 5 月 13 日公布的 2012 年电动自行车质量监测结果中,共有 10 个型号的电动自行车产品被总体判定为不合格商品,具体表现为最高车速、整车质量、鞍管安全线、把立管安全线、反射器和鸣

²⁰ 数据来源于北京市自行车电动车行业协会秘书长郭金芝的介绍。参见《电动自行车质量隐患多,中低端销量好猫腻在电池》, <http://www.takefoto.cn/viewnews-54739.html>, 最后访问日期: 2014-1-8。

装置等项目不符合国家标准的要求。此外,还有3个型号的电动自行车产品虽然被整体判定为合格产品,但存在着反射器和鸣号装置不符合国家标准要求的情形。²¹ 在该局于2013年7月10日和8月2日公布的质量监测结果中,又分别有10个型号和13个型号的产品被总体判定为不合格商品,同时还有2个型号的产品虽被整体判定为合格产品,但存在着反射器和鸣号装置不符合国家标准要求的情形。²²

除了上述从流通领域反馈的质量问题之外,在电动自行车的实际使用过程中,电池质量不达标现象也十分普遍,并埋下了巨大的安全隐患。据统计,2009年以来,北京地区已经发生了35起涉及电动自行车的火灾,其中多数是由充电中的电池所引发。最近的一个例子是,发生于2013年11月10日、造成两名消防员牺牲的北京石景山喜隆多商场大火,便是由于电动自行车充电短路所引起的。

23

在路面通行中,电动自行车的违法行为也十分突出。首先,电动自行车普遍存在着不悬挂车牌的现象。一项于2012年5月24日开展的对北京街头电动自行车的实地观察发现,在40多分钟的时间内共有296辆电动自行车通过,其中悬挂号牌的比例不到四分之一。²⁴ 其次,电动自行车在道路上超速行驶的现象也十分突出。2013年11月29日上午,在北京东三环与朝阳北路的交叉路口的观察发现,在10分钟时间内通过的68辆电动车中,80%的车辆驾驶时速超过了国标规定的20公里每小时。²⁵ 最后,电动自行车驾驶人普遍缺乏安全驾驶的法律

²¹ 参见《北京市工商局流通领域电动自行车质量监测结果公示(2013年5月13日)》, http://www.baic.gov.cn/xfwq/spzjgs/201305/t20130513_908992.htm, 最后访问日期:2014-1-8。

²² 参见《北京市工商局流通领域电动自行车商品质量监测结果公示(2013年7月10日)》, http://www.baic.gov.cn/xfwq/spzjgs/201307/t20130710_929703.htm, 最后访问日期:2014-1-8;《北京市工商局流通领域电动自行车商品质量监测结果公示(2013年8月2日)》, http://www.baic.gov.cn/xfwq/spzjgs/201308/t20130802_941956.htm, 最后访问日期:2014-1-8。

²³ 参见《电动自行车质量隐患多,中低端销量好猫腻在电池》, <http://www.takefoto.cn/viewnews-54739.html>, 最后访问日期:2014-1-8。

²⁴ 参见安然、程宁、张玉军:《超标电动车上路存安全隐患,诸多执法难题扰交警》, <http://www.chinanews.com/sh/2012/05-30/3927478.shtml>, 最后访问日期:2013-1-8。

²⁵ 参见刁楠、赵喜斌:《八成超速背后的标准之困》,载《北京晚报》2013年11月29日第17版。

知识和意识。北京市自行车电动车行业协会开展的一项问卷调查显示,对于电动自行车的驾驶时速限制、行驶车道、充电的安全隐患等方面的问题,八成的受访者并不知道正确答案。²⁶ 而一项对北京市三个设有红绿灯的道路交叉路口的实证调查显示,在所观察到的全部222辆电动自行车中,有138辆存在着闯红灯的现象,闯红灯的比例高达62%,这显著高于相同地点的自行车骑行者的闯红灯比例,后者仅为50%。²⁷

上述问题的存在,说明北京市虽然在前期陆续颁布出台了有关电动自行车的法规范,但是,其实际规制效果并不理想。今后应当进一步加强这一问题的研究,通过制定专门的法规范文件,从生产、销售、路面管理等环节强化对电动自行车违法行为的治理。

(三) 针对浙江省的个案考察

1. 浙江省涉及电动自行车的法规范

与北京市一样,浙江省也尚未出台综合性的电动自行车专门法规范。相关规定散见于一些法规范文本之中。表2是浙江省层面的相关法规范梳理结果。从表中可以看出,自2002年起,浙江省几乎每年发布有关电动自行车的法规范文件,其内容完整地涵盖了电动自行车的生产、销售、登记、通行等各个事项。其中,浙江省对电动自行车生产和销售环节的质量监管,位居全国领先水平。其不仅制定了第一个电动自行车的地方标准——《电动自行车安全技术要求》(DB33/572-2005),而且通过颁布一系列规定,强化了对电动自行车质量评价、安全技术鉴定、产品目录管理等方面的监管工作。

表2 浙江省一级的电动自行车法规范

²⁶ 参见黄葵:《“电驴子”存在五大安全隐患》,载《劳动午报》2013年12月5日第5版。

²⁷ See Changxu Wu, Lin Yao and Kan Zhang, *The Red-Light Running Behavior of Electric Bike Riders and Cyclists at Urban Intersections in China: An Observational Study, Accident Analysis and Prevention*, Vol.49, 2012, p.189.

名称	颁布 时间	制定机关	法律 位阶
关于进一步加强电动自行车上牌管理的通知	2002.6.5	浙江省公安厅	行政规定
关于加强电动自行车生产销售上牌管理的通知	2004.2.3	浙江省经贸委、公安厅、工商局、质监局、环保局	行政规定
电动自行车安全技术要求（浙江省地方标准）（DB33/572-2005）	2005.8.29	浙江省质监局	行政规定
浙江省实施《中华人民共和国道路交通安全法》办法	2006.3.29	浙江省人大常委会	法规
浙江省非机动车登记工作规定	2006.6.20	浙江省公安厅	行政规定
浙江省电动自行车（残疾人机动轮椅车）安全技术鉴定管理办法	2006.7.5	浙江省经贸委	行政规定
关于对全省电动自行车产品目录进行重新登记的通知	2006.12.27	浙江省经贸委轻纺行业	行政规定

		办、浙江省公安厅交管局	
关于进一步加强电动自行车行业管理和产品质量监管工作的通知	2007.12.29	浙江省经贸委、质监局	行政规定
浙江省经济贸易委员会关于印发电动自行车产品安全技术鉴定有关规定的通知	2007年	浙江省经贸委	行政规定
浙江省电动自行车产品质量监督检查评价规则	2009年	浙江省质监局	行政规定
关于积极开展全省公安机关超标电动自行车防盗备案登记工作的通知	2010年	浙江省公安厅	行政规定

省一级规范性文件供给的相对充足，在一定程度上放缓了浙江市县一级的电动自行车管理规范的制定。以杭州市为例（见表3），直至2008年，该市才在《杭州市道路交通安全管理条例》中，对电动自行车的驾驶时速限制、非法改装行为查处、行驶证携带等通行事项作了零星规定。但是，在此之后，该市明显加快了电动自行车的法规制定进程，2009年曾一连发布3部规范性文件，对电动自行车的生产、销售、登记上牌等事项作了规定。除了杭州市之外，温州、宁波、绍兴、湖州等地也陆续出台了若干电动自行车的规范性文件。²⁸

²⁸ 这些城市所颁布的规范性文件分别是：《温州市公安局关于禁止电动自行车在市区行驶的通告》（温公通[2003]180号）；《宁波市非机动车管理条例》（2003年制定，经2007年修改）；《宁波市

表3 杭州市有关电动自行车的法规

名称	颁布时间	制定机关	法律位阶
杭州市道路交通安全管理条例	2008.1.16	杭州市人大常委会	法规
杭州市公安局交通警察支队关于实施外地电动自行车限行措施的通告	2009.3.20	杭州市公安局交通警察支队	行政规定
关于加强电动自行车生产销售上牌登记管理的通告	2009.3.23	杭州市公安局、工商局、质监局	行政规定
杭州市人民政府办公厅关于印发加强电动自行车目录管理工作实施方案的通知	2009.6.10	杭州市政府办公厅	行政规定
关于立即整改影响电动自行车生产销售秩序不良行为的通知	2009.8.11	杭州市电动自行车目录管理工作领导小组办公室	行政规定
全市公安机关集中开展超标电动自行车防盗备案登记工作方案	2010年	杭州市公安局	行政规定

2. 浙江省的电动自行车管理现状

作为电动自行车的生产大省,浙江省每年生产的电动自行车高达830万辆至850万辆之间,具有生产许可证的生产厂家在180家至200家之间。截止2013年,全省登记在册的电动自行车为596万辆。²⁹但是,根据一份2011年6月提供的数据,截止到2011年,浙江省全省的电动自行车保有量已经超过了1000万辆。

公安局、贸易局、工商局关于印发宁波市自行车、电动自行车、摩托车销售登记备案办法(暂行)的通知》(甬公通字[2007]134号);《丽水市公安局关于印发<丽水市电动车防盗备案登记实施意见>的通知》(丽公通字[2010]86号);《绍兴市人民政府办公室关于印发绍兴市超标电动自行车防盗备案登记工作方案的通知》(绍政办发[2010]158号);《温州市公安局、温州市交通运输局关于加强市区电动车非法营运管理的通告》(2011年);《湖州市公安局关于印发<全市深化打防盗窃电动自行车违法犯罪专项行动实施方案>的通知》(湖公通[2013]35号)。

²⁹ 2013年12月7日,在清华大学法学院公法研究中心主办的“推动电动自行车立法进程”研讨会上,来自浙江省公安厅交警局的季大荣副调研员为我们提供了上述数据,在此致谢。本部分有关浙江省的电动自行车数据,没有作出特殊说明的,均来源于该专家的提供。

³⁰ 对比这两个数据可以说明,目前在浙江省道路上行驶的电动自行车,仍有大量的电动自行车没有办理登记手续。

在生产、销售环节,电动自行车超过国家标准的现象十分严重。有记者曾经于2012年9月28日走访了位于杭州市环城北路与庆春路交叉口的电动车市场,在该市场的13家电动自行车门店中,全部都有超标的电动自行车销售。其中,为了规避本市的电动自行车管理规定,绝大部分的销售商还明确承诺,在消费者购买超标电动自行车后可以帮助其办理套牌或者外地牌照。³¹

同时,超标电动自行车的安全性能也令人担忧。一项针对在浙江省市面上销售的电动自行车的刹车性能的实验发现,在车速达到35公里每小时的情况下,车重为55公斤的中型电动自行车的实际干态刹车距离为6.7米,车重超过60公斤的重型电动自行车的实际干态刹车距离为4.1米(因为其使用刹车效果更好的碟刹技术,所以制动距离较中型车短),两者均已经超过了国家标准上规定的干态刹车距离不得大于4米的规定。而当车速达到50公里每小时的情况下,重型电动自行车的干态刹车距离更是高达了6米,且出现了轮胎抱死的现象。³²这一实验显示,一旦允许超标车辆上路,其将给道路交通带来巨大的安全隐患。

实践部门提供的道路交通伤亡事故数据,也印证了电动自行车的危险性。当前,浙江省与电动自行车有关的道路交通事故仍处于较高的水平。2013年1月至11月间,全省在道路交通事故中死亡的电动自行车驾驶人人数为728人,比去年同期增加了45人,增幅为5.86%;受伤3865人,与去年同期相比下降144人,下降幅度为3.59%。在2013年1月至11月间,全省涉及电动自行车的交通事故中死亡人数958人,与去年同期相比增加了8.86%;受伤人数为5706人,增幅为1.86%。

以上数据说明,尽管浙江省曾先后颁布了一系列规制电动自行车的规范性文件

³⁰ 参见龚曦、封晔楠:《浙江950万辆电动车“体重”超标》,载《青年时报》2011年6月24日第A5版。

³¹ 参见翁亚平、潘嘉琪:《暗访13家,都卖超标电动车,11家说能上牌》,载《青年时报》2012年10月8日第A2版。

³² 参见《去年浙江每天有3人因电动车事故死亡》,载《都市快报》2013年7月16日第C1版。

件,但其实际效果仍然十分有限。在电动自行车的生产、销售、通行等领域不断涌现的违法行为,预示着在制度上仍然具有提升电动自行车治理绩效的较大空间。

三、电动自行车国家标准的修订

(一) 问题及原因

国际经验表明,政府在治理电动自行车时,在可能采取的诸种规制工具中,首选的方式乃是通过制定车辆标准,对其安全运行的各项技术参数详加规定。³³在规制理论上,这种标准属于规格(specification)标准。与更为原则的目标(target)标准和性能(performance)标准相比,它的缺点是易于过时,如果不能随时而变、适时更新,很容易引发技术僵化,阻碍企业的创新行为。³⁴我国现行的电动自行车国家标准便是一个例证。

现行的电动自行车国家标准——《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999),颁布于1999年。根据该标准,电动自行车的最高车速不应高于20公里每小时,整车质量不得超过40公斤,其中,前者是强制性要求,后者为推荐性规定。近年来,随着民众对电动自行车速度、外观等性能要求的不断提高,以及电动自行车企业生产技术的改进,现行道路上骑行的绝大多数电动自行车已经突破了该标准。据估计,截止2011年6月,全国在路上通行的超标电动自行车数量已经高达1.2亿辆。³⁵

当前,如何协调现行国家标准的规定与当前大部分电动自行车超标的事实之间的矛盾,已成为社会关注的一个焦点,引起了电动自行车行业、电动自行车使

³³ See Geoffrey Rose, *E-bikes and Urban Transportation: Emerging Issues and Unresolved Questions*, Transportation, Vol.39, 2012, p.81.

³⁴ 参见[英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第170页。

³⁵ 参见焦暄:《“新规”带来疑惑:面临限期淘汰,我的电动自行车该怎么办?》,载《人民公安报·交通安全周刊》2011年6月3日第4版。

用者和其他道路通行者(包括行人、自行车使用者、机动车驾驶人)的广泛关注。我们以《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,搜集了从2002年9月10日到2012年11月6日期间内涉及电动自行车的90条报道。³⁶其中,有13条新闻报道对现行国家标准是否需要作出进一步明确或修订作了报道,这占新闻报道总数的14.4%。

在此背景下,是坚持现有的国家电动自行车国家标准,还是对现行的国家标准作与时俱进的修改,成为一项有待深入研究的重要课题。

(二) 实践中的处理方式

1. 总体上,对电动自行车的生产、销售管理,仍坚持执行现行的国家标准

目前,在电动自行车的生产和销售环节,总体上仍坚持执行现行的《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)的规定。2011年公安部、工信部、工商总局和质检总局联合发布的《关于加强电动自行车管理的通知》(公通字〔2011〕10号)明确规定:“各地质监、工业和信息化部门要按照各自职责,加强对企业生产活动的监管,督促企业严格按照《电动自行车通用技术条件》(GB 17761)标准生产,不得生产超出国家标准的电动自行车”;“各地工商部门要依法加强电动自行车销售企业的日常监管……对销售不符合法律、法规和国家标准等规定要求电动自行车的,按照《产品质量法》等法律法规的规定责令停止销售,并处以罚款或者没收违法所得,情节严重的依法吊销企业营业执照。”在地方层面,很多规范性法律文件也作了类似规定。³⁷

2. 个别地方对现行国家标准作了变通规定

³⁶ 具体的检索方法是,以“中国知网—中国重要报纸数据库”中收录的《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,以“电动自行车”或“电动车”为标题关键词进行搜索,获得初步检索结果101条。通过逐一阅读,剔除其中的重复项与不相关项之后,获得有效检索结果90条。最后检索日期为2013年1月3日。

³⁷ 参见广东省公安厅、经济和信息化委员会、工商行政管理局、质量技术监督局 and 环境保护厅联合发布的《关于加强我省电动自行车管理意见的通知》(粤公通字〔2012〕115号);《喀什地区电动自行车管理办法(试行)》(喀署办发〔2012〕53号)第10条;《盐城市人民政府关于加强市区电动自行车管理工作的通知》(盐政发〔2008〕79号)第1条第1款和第2款;西安市工商行政管理局、市质量技术监督局《关于整顿规范电动自行车生产销售工作实施方案》(2009年);等等。

在《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)所规定的各项电动自行车的技术要求中,只有最高车速、制动性能以及车架/前叉组合件强度这三项为强制性条款,其余各项技术要求均为推荐性条款。在实践中,为了缓和现行国标规定的滞后局面,一些地方开始对电动自行车的非强制性技术要求进行放宽。

例如,浙江省质量技术监督局于2005年制定的电动自行车地方标准——《电动自行车安全技术要求》(DB 33/572—2005)第3.7条规定,电动自行车的整车质量(重量)应不大于50公斤,从而放宽了现行国标中对电动自行车整车质量的限制性规定。与此相应,2009年杭州市公安局、工商局和质量技术监督局三部门联合下发的《关于加强电动自行车生产销售上牌登记管理的通告》,便将整车质量(重量)不超过50公斤的电动自行车列入允许生产、销售的范围之列。

江苏省也对电动自行车的整车质量作了放宽规定。2011年江苏省经济和信息化委员会、公安厅、工商行政管理局和质量技术监督局联合发布了《江苏省电动自行车备案管理办法》和《江苏省电动自行车产品备案管理技术参数规范(试行)》规定,进入江苏省市场销售的电动自行车必须进行备案。其中,申请备案的电动自行车产品,除按《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)检测,综合判定合格外,其技术参数中,整车重量(不含电池)应当小于等于55公斤。与浙江省的地方标准相比,江苏省对电动自行车整车质量的要求更为宽松。

厦门市则在登记上牌环节对在用的电动自行车的若干技术要求作了放宽处理。2012年厦门市公安局出台的《厦门市电动自行车管理工作意见》第4条第1款指出:“对在用车,本着平稳过渡的原则,按照‘适当放宽、多数挂牌、消化矛盾’的精神,由公安机关交通管理部门按照国家标准适当放宽条件认定,重点掌握设计最高时速、空车质量、外形尺寸等技术参数,符合标准的,准予登记。”

3. 国家层面已经启动了对现行国标的修订工作

鉴于现行国标与现实之间的紧张关系,有关部门早在2002年便已经启动了对现行国标的修订工作。2002年7月,中国轻工业联合会就将电动自行车国家标准的修订列入了工作计划。2009年12月15日,国家标准化管理委员会发布《关

于电动摩托车相关标准实施事项的通知》(国标委工一[2009]98号),提出将加快对《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)的修订工作。2010年,国家标准化管理委员会召开电动自行车国标修订工作会议,并在征求工信部、公安部和中国轻工业联合会的意见的基础上,形成了《推动〈电动自行车通用技术条件〉国家标准修订工作方案》。该方案规定,电动自行车国标的修订要符合安全、环保和节能等方面法律法规要求,切实保障消费者及广大人民群众安全,同时有利于产业健康有序发展,并争取得到社会各界广泛认同。该工作方案规定由中国轻工联合会责成全国自行车标准化技术委员会(含电动自行车分标委会)加快标准修订的组织实施,国家标准委、工业和信息化部共同督办,并对国家标准修订的具体工作步骤作了部署。³⁸

国务院在2012年7月发布的《国务院关于加强道路交通安全工作的意见》(国发[2012]30号)第12条也提出,要“修订完善电动自行车生产国家强制标准”,从而对现行国标的修订工作进行了重申。

从电动自行车国标修订工作的推进情况来看,中国自行车协会于2012年5月完成了《电动自行车通用技术条件》(GB 17761)修订草案第十稿。该修订草案将限速从原来的20公里每小时调整到26公里每小时,同时明确规定生产企业不得在车上装有可拔、可调的限速线。此外,对于电动自行车的质量要求,也已经从原先的整车质量不得超过40公斤,拟调整为不含电池不超过55公斤。³⁹截止到2013年年底,电动自行车的国标修订草案已经起草到第13稿。⁴⁰但是,由于产业界与公安机关交管部门之间无法就电动自行车的最高设计车速、整车质量等具体技术要求达成共识,新的国标至今尚未正式出台。

(三) 国外对电动自行车标准的规定

³⁸ 参见《国家标准化管理委员会关于发送〈推动电动自行车通用技术条件国家标准修订工作方案〉的通知》(标委办工二[2010]23号)。

³⁹ 参见王南:《电动自行车:拟限速26公里》,载《法制晚报》2012年10月21日第A13版。

⁴⁰ 参见宋文明:《电动车新国标或年底出台:与欧美标准接轨,关键参数放开》,载《中国经营报》2013年10月28日第C12版。

在国外,美国、欧盟、加拿大、日本等地均对电动自行车的标准作出了规定。

例如,在美国,2002年的《联邦电动自行车法》(Federal Electric Bicycle Law)将“低速电动自行车”定义为“具有完全可骑行的脚踏板,电机功率不超过750瓦(1马力),且一个重量为170磅的骑行者在平地上骑行时的最高时速不超过20英里每小时(即32公里每小时)的二轮或者三轮车辆”。⁴¹

在欧盟,2002年3月18日颁布的2002/24/EC号指令第1条规定,配备有踏板,最大连续额定功率为250瓦,且在车速超过25公里每小时或者停止蹬脚踏板之时,电机输出功率将逐渐降低至零的电动自行车,不属于机动车(motor vehicle),无须进行产品认证(type-approving)。这一规定为此后欧洲标准化委员会颁布的电动助力自行车标准(EN15194)所沿承。⁴²

通过与中国的电动自行车标准进行比较,可以发现国外的电动自行车标准具有以下三个方面的显著特点:

其一,在最高时速的要求上,高于中国现行的标准。如前所述,美国将电动自行车的最高时速限定在32公里每小时之内,欧盟采取的是25公里每小时。在日本,采取的是30公里每小时的标准,而加拿大规定的最高车速为32公里每小时。⁴³这些规定均高于中国现行的20公里每小时的时速限定。

其二,为确保电动自行车的实际运行速度在最高时速的范围之内,在车辆标准中引入了超速断电技术。如前所述,欧盟2002/24/EC号指令即规定,当电动自行车的车速超过25公里每小时之时,车辆的电机输出功率将逐渐降低至零。美国华盛顿州的法律也规定,在车速达到32公里每小时之时,电力驱动装置须停止工作。⁴⁴而反观我国,《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)并没有规定类似的技术手段来限制车速,致使电动自行车的超速问题无法获得有效控制。

⁴¹ 15 U.S.C. §2085.

⁴² 参见 EN 15194:2005 (E) 第1条和 EN15194:2009 第1条。

⁴³ See Geoff Rose and Peter Cock, *Encouraging E-bike Use: the Need for Regulatory Reform in Australia*, Institute of Transport Studies Working Paper, 2003, p.15.

⁴⁴ See West's RCWA 46.04.169.

其三,要求电动自行车必须具有脚踏功能。在国外,电动自行车中的电力驱动装置仅仅定位为辅助性的动力装置,因而其必须仍然具有完全可骑行的脚踏功能。为确保这一脚踏的要求获得遵守,有的域外法规中还引入了特殊的技术要求。例如,加拿大的立法规定,只有在人蹬车的速度达到3公里每小时之时,电动自行车中的电力驱动装置才能通电。⁴⁵欧盟的前述指令也规定,骑行者停止脚踏踏板,电助力将逐渐减弱直至全部断电。而在我国,虽然《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)第5.1.3条也规定电动自行车须具有良好的脚踏骑行功能,但是这一规定仅仅是推荐性条款,更没有如上述加拿大、欧盟等地那样,设置有确保脚踏运行的技术性规定。而且,转弯时,脚踏板容易刮擦地面,会令驾车不安全。这导致在实际运行中电动自行车的脚踏板要求往往无法获得切实遵守。⁴⁶

(四) 建议解决方案及理由

1. 在新国标出台前仍应严格执行现行的国家标准

如前所述,浙江等地通过出台地方标准,在推荐性条款的范围内对电动自行车的若干技术条件作出了变通规定。我们认为,这虽然有助于回应民众的需求和产业界的利益,但在法律层面却有违法之嫌。因为根据《标准化法》(1988年)第6条的规定,制定地方标准的前提是“没有国家标准和行业标准”。由于电动自行车的国家标准——《电动自行车通用技术条件》(GB 17761—1999)已经颁行,因而地方层面便无权再另行制定地方标准。

因此,在新国标出台以前,应当仍坚持执行现行的国家标准,并通过强化对电动自行车生产和销售环节的监管,防止超标车辆的进一步增加。至于当前较为突出的国标规定与实践需求之间的矛盾,只能在全国层面的标准修订这一制度化的框架下,通过发挥包括政府、企业、行业协会、消费者、专家等不同主体的多

⁴⁵ See Geoff Rose and Peter Cock, *Encouraging E-bike Use: the Need for Regulatory Reform in Australia*, Institute of Transport Studies Working Paper, 2003, p.15.

⁴⁶ 2012年3月对苏州市14个交叉路口所进行的为期7天的实地观测发现,在所观察到的18150辆电动自行车中,仅有37.6%的电动自行车配备了脚踏板。See Wei Du, Jie Yang, Brent Powis, et al., *Understanding On-road Practices of Electric Bike Riders: An Observational Study in a Developed City of China*, Accident Analysis and Prevention, Vol.39, 2013, p.321.

元角色，才能获得解决。⁴⁷也就是说，电动自行车管理过程中的不同利益诉求，最终需要诉诸国家标准的及时修订，才能够得以实现。

2. 加速推进国家标准的修订工作

(1) 修订的理由

政府通过制定标准对电动自行车所展开的规制，应当在确保该产品的安全性能的前提下，尽可能地满足民众的通行需求和电动自行车产业的发展需要。但是，现行的电动自行车国家标准，既没有注意到电动自行车产品性能得到提升的现实，也没有照顾民众的通行需求和产业发展的需要。为此，应当对其进行修订。具体理由如下：

第一，由于生产技术的改进，当前电动自行车在车速、制动、电机等方面的性能有了长足的提升，并得到了电动自行车使用者的认可。⁴⁸这种在电动自行车生产技术方面的发展，是1999年在制定电动自行车国家标准时所没有预料到的。⁴⁹而且，如前所述，与国外的电动自行车标准相比，我国的国家标准在速度等方面的要求也过于严苛。政府的规制行为，应当是能够容许、鼓励企业的技术创新行为，而不是相反，固守旧本本，阻碍技术进步。如果依然延续1999年国标的低标准，将会进一步加剧国标文本与电动自行车产业发展之间的紧张关系，弱化其在规范电动自行车的生产、销售活动方面的调控能力。

第二，电动自行车是一种重要的中长距离代步工具，弥补着公共交通系统的不足，具有扎实的民众需求基础。在我国，受民众生活水平和道路交通资源的限制，汽车尚未成为一种普遍的交通工具；而很多城市采取的“禁摩”措施，又使

⁴⁷ 对政府、企业、行业协会、消费者和专家在标准制定过程中的不同角色的深入分析，请参见宋华琳：《规则制定过程中的多元角色——以技术标准领域为中心的研讨》，载《浙江学刊》2007年第3期。

⁴⁸ 2011年一份关于电动自行车使用体验的调研报告显示，83.7%的使用者认为目前在市面上运行的电动自行车是“比较安全”或“很安全”的。参见上海创信市场调查有限公司：《全国在用电动自行车调研报告（2010年）》，2011年1月，第52页。考虑到目前在市面上运行的电动自行车绝大部分属于超标车的现实，这一数据可以大致反映当前超标车的安全性能状况。

⁴⁹ 以1999年国标中所规定的最高车速限制为例，据曾参与制定该国标的专家回忆，之所以将电动自行车的最高行驶速度限定在20公里每小时，是由于受当时电动车技术的制约。参见李凤桃：《过亿超标电动自行车去留》，载《中国经济周刊》2011年第24期。

得本来在价格、速度、便捷性等方面具有优势的摩托车无法合法地分担交通通行的压力。在此背景下，电动自行车一经推出便承担起了弥补公共交通系统不足的重任。⁵⁰对石家庄市电动自行车使用者的访谈即发现，77%的使用者表示，他们驾驶电动自行车的目的是用于上下班。⁵¹而对昆明、上海两地的实证研究也证实，电动自行车驾驶人的出行里程要远多于自行车骑行者，且在没有电动自行车的情况下，他们更倾向于选择公共交通工具（如公共汽车）。这表明，在中国，电动自行车更多地承担着作为公共交通工具替代者的功能，而非短距离的代步工具。⁵²但是，现行的电动自行车国家标准，在速度、重量等方面却无法有效满足电动自行车作为民众的中长距离代步工具的要求，导致在实践中超标车大量出现。为照顾民众的现实通行需求，应当对现行的电动自行车国家标准及时作出修订。

第三，通过对电动自行车厂商的访谈表明，由于新的电动自行车国家标准迟迟未能出台，已经导致电动自行车厂商普遍采取观望态度，不敢对当前的电动自行车生产进行大规模的投入，以免因未来国家标准发生变动而产生巨额损失，而这已经抑制了电动自行车产业的健康发展。⁵³基于确保电动自行车产业良性发展的要求，也需要及时对现行国标进行修订。

(2) 修订的重点内容

对现行国标的修订，应当重点围绕以下内容展开：

一是放宽对电动自行车最高设计时速的限制。对电动自行车驾驶人的实证访谈显示，近80%的被调查者认为，速度优势是决定其选择电动自行车这一交通出

⁵⁰ 这与具有较为完善的道路交通系统的国家中电动自行车所承担的功能不同。例如在日本，电动自行车主要作为老年人或者行动不便者的代步工具，用以克服他们的出行障碍。See Alan A. Parker, *Electric Power-Assisted Bicycles Reduce Oil Dependence and Enhance the Mobility of the Elderly*, a paper presented to 29th Australian Transport Research Forum, 2006.

⁵¹ See Jonathan Xavier Weinert, *The Rise of Electric Two-wheelers in China: Factors for their Success and Implications for the Future*, PhD Dissertation, Transportation Technology and Policy, University of California, Davies, 2007, p.64.

⁵² See Christopher Cherry and Robert Cervero, *Use Characteristics and Mode Choice Behavior of Electric Bike Users in China*, *Transport Policy*, Vol.14(3), 2007, p.10.

⁵³ See Jonathan Weinert, Chaktan Ma and Christopher Cherry, *The Transition to Electric Bikes in China: History and Key Reasons for Rapid Growth*, *Transportation*, Vol.34, 2007, p.312.

行方式的首要因素。⁵⁴ 但是现行国标所设定的最高时速限制,难以满足人们的需求,也显著低于前述域外的规定。因此,需要对电动自行车的最高时速限制作出修改。从目前国标修订的基本共识来看,应当将最高设计时速提高到26公里每小时。⁵⁵ 而且,设计时速和道路上规定的时速要求是两个概念,放宽设计时速,不等于电动自行车在所有道路上都能够达到该时速,还必须要求骑车人严格遵守道路规定时速。

二是探索确立更具实效性的限速技术手段。现行国标的一个重大缺陷,是仅提出了最高设计时速的要求,缺乏配置相应的限制速度的技术手段。实践中,为了回应消费者的提速要求,生产厂家在车辆中安装的限速器,往往在通过电动自行车检验后被拆除或者被调节,致使限速器形同虚设,车辆的实际运行速度远远超过了最高设计时速。对此,我们认为,可以从车辆技术上入手,借鉴前述欧盟、加拿大等地的做法,引入超速断电技术。值得注意的是,在晚近电动自行车国标的修订草案中,已经增列了引入超速断电技术的规定。⁵⁶

三是放宽对电动自行车整车质量的限制。为了回应消费者在通行里程、安全性能等方面提出的更高要求,目前生产的电动自行车普遍增加了电池组、增强了车架强度、选用了更重的无刷电机,同时改变了刹车、灯光、防盗等装置,这些都导致绝大部分的电动自行车整车质量突破了原有的40公斤的限制。⁵⁷ 因此,需要对现行国标中的电动自行车整车质量作出相应修改。从目前国标修订的基本共识来看,应当将整车质量(不含电池)放宽至55公斤。⁵⁸

四、电动自行车的生产与销售管理

⁵⁴ See Jonathan X. Weinert, Chaktan Ma, Xinmiao Yang and Christopher R. Cherry, *Electric Two-Wheelers in China: Effect on Travel Behavior, Mode Shift, and User Safety Perceptions in a Medium-Sized City*, Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board, No. 2038, 2007, p.65.

⁵⁵ 参见王南:《电动自行车:拟限速26公里》,载《法制晚报》2012年10月21日第A13版。

⁵⁶ 参见王惜纯:《跑得快更要跑得稳》,载《中国质量报》2013年3月29日第5版。

⁵⁷ 参见倪捷:《强化路面管理,改善电动自行车交通安全》,载《电动自行车》2010年第9期。

⁵⁸ 参见王南:《电动自行车:拟限速26公里》,载《法制晚报》2012年10月21日第A13版。

(一) 问题及原因

政府对电动自行车的治理活动,是由标准订定、生产与销售管理以及路面管理等环节所构成的。它们环环相扣,共同组合成一个完整的规制“链条”。在当前国家标准尚未作出修订的情况下,生产与销售的管理就被推到了该“链条”的前台。加强这一环节的监管,有助于从源头上切断缺陷产品流入市场的渠道。否则,将给后续的路面管理环节带来沉重的治理负担。

然而,在当前,电动自行车在生产与销售环节的产品质量问题却十分堪忧。在实践中,电动自行车电池质量不达标、车架断裂、控制器失灵、车辆自燃等问题十分突出。⁵⁹ 更为严重的是,为了迎合消费者在车速、“豪华性”等方面的要求,增加产品在市场上的竞争力,很多厂商选择生产、销售在速度、重量等方面超过国家标准的电动自行车。有的还通过违规拆卸零部件的方式,减轻电动自行车的整车质量,以规避有关部门的检查,⁶⁰ 或者对消费者作出承诺,在车辆完成登记上牌手续之后提供拆除或调节限速器的服务,以满足消费者对电动自行车速度性能的要求。⁶¹

我们以《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,搜集了从2002年9月10日到2012年11月6日期间内涉及电动自行车的90条报道。⁶² 其中,共有21条新闻报道显示电动自行车生产或销售过程中存在着超标或者不达标的问题,占新闻报道总数的23.3%。

为此,质监部门和工商部门应当完善管理方式,在生产和流通环节进一步加强电动自行车产品的监管工作。

⁵⁹ 相关报道,请参见江宝根:《电动自行车:想说爱你不容易》,载《人民法院报》2007年1月5日第3版;颜东岳:《不知道电动车为何自燃也能向经销商索赔》,载《检察日报》2010年11月6日第3版。

⁶⁰ 参见胡俊超:《超重电动车怎么上牌?大卸八块!》,载《都市快报》2009年8月11日第33版。

⁶¹ 参见尹训银:《电动车限速器想拆就拆》,载《中国消费者报》2012年9月26日第A2版。

⁶² 具体的检索方法是,以“中国知网—中国重要报纸数据库”中收录的《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,以“电动自行车”或“电动车”为标题关键词进行搜索,获得初步检索结果101条。通过逐一阅读,剔除其中的重复项与不相关项之后,获得有效检索结果90条。最后检索日期为2013年1月3日。

（二）实践中的处理方式

1. 实行电动自行车生产企业目录和产品目录管理制度

在江苏，质监部门对现有电动自行车生产企业的资质进行了重新审查，对于生产设施、管理制度、技术力量、产品检测手段及产品质量等不符合法定要求的，责令限期整顿；逾期仍不达标要求、许可到期或已不再生产的企业，依法注销其生产许可资格。在此基础上重新公布了全省准予生产电动自行车的企业名录。凡不在新公布企业名录的，一律不得生产电动自行车；需要生产的，按程序重新报批。

⁶³

此外，目前绝大多数地方已建立起了电动自行车产品目录管理制度。⁶⁴ 即各地质监部门会同工商、公安交通、环保等部门，编制出台当地的合格电动自行车销售登记目录，将符合国家标准的电动自行车的生产厂家、产品种类、品牌、型号等信息向社会公布。对于未列入产品目录的电动自行车，不得进行销售和上牌登记。

2. 课予经营者强制性的信息披露义务

为了提醒消费者不要购买超标电动自行车，不少地方出台的电动自行车立法，强制要求销售商承担向消费者提供电动自行车上牌目录信息、进行说明解释等义务。例如，《海口市电动自行车管理办法》（2011年）第11条第2款和第3款规定：“电动自行车销售商应当在销售场所显著位置悬挂‘请购买已列入《目录》的电动自行车’的提示语，并向消费者免费提供《目录》查询。本办法施行后，销售商销售超标电动自行车或者未列入《目录》的电动自行车，导致消费者购买的车辆不能登记上牌的，消费者有权要求退货或者更换列入《目录》的电动自行车。”

⁶³ 参见江苏省公安厅、经信委、工商局、质监局《关于加强电动自行车管理的意见》（2011年）第1条。

⁶⁴ 参见《海口市电动自行车管理办法》（2011年）第5条；《福州市电动自行车管理办法》（2010年）第5条；杭州市公安局、工商局、质监局《关于加强电动自行车生产销售上牌登记管理的通告》（2009年）；江苏省公安厅、经信委、工商局、质监局《关于加强电动自行车管理的意见》（2011年）第3条；等等。

《武汉市电动自行车管理暂行办法》（2011年）的规定则更加具体。该法第7条规定：“电动自行车销售者应当依法经工商行政管理部门注册登记，销售符合国家标准的电动自行车，在销售场所醒目位置公示现行有效的本市电动自行车登记上牌合格目录，并向消费者说明其购买的电动自行车是否能够在本市登记上牌。消费者购买了不符合国家标准的电动自行车，或者因销售者未向消费者说明，导致消费者购买的电动自行车不能够在本市登记上牌的，消费者有权要求销售者退货或者更换纳入目录的电动自行车。销售者不退货或者不予更换的，消费者可以向工商行政管理部门举报投诉。”

3. 加大对电动自行车生产、销售活动的执法检查力度

各地加大了对生产、销售的电动自行车的抽检频次。2009年8月11日，杭州市电动自行车目录管理工作领导小组办公室发布的《关于立即整改影响电动自行车生产销售秩序不良行为的通知》第3条规定：“我办将在近期牵头组织市公安局、工商、质监部门加大对生产、销售环节的不定期抽检力度，进一步强化日常监督管理，重点查处有拆除零部件、改装电动自行车行为和违反《关于加强电动自行车生产销售上牌登记管理的通告》规定的企业。”

在实践中，各地质监、工商等部门还积极通过联合执法，开展了针对生产、销售超标电动自行车的专项整治活动。广东省江门市从2011年8月起，开展了为期两个月的超标电动自行车违法销售专项整治活动，目的在于规范电动自行车的销售，阻遏超标电动自行车进入销售市场。⁶⁵ 上海从2012年2月15日起，开展了为期三个月的整治违法违规销售电动自行车专项整治活动。⁶⁶ 广东省珠海市也自2012年11月下旬开始，开展了类似的电动自行车专项整治活动。⁶⁷

4. 对违规厂商进行曝光

⁶⁵ 参见韩玲群、黄顺银、李丽芳：《销售超标助力车？整治！》，载《江门日报》2011年8月3日第A2版。

⁶⁶ 参见陆文军、吴壹香：《上海严查“超标”电动自行车》，载《四川日报》2012年2月17日第5版。

⁶⁷ 参见陈翩翩：《我市23户商家涉嫌超范围经营电动车》，载《珠海特区报》2012年11月24日第5版。

有些地方还采取了对违规生产、销售电动自行车的厂商进行曝光的措施。例如，杭州市电动自行车目录管理工作领导小组办公室发布的《关于立即整改影响电动自行车生产销售秩序不良行为的通知》（2009年）第1条规定：“各生产、销售企业接此通知后，要立即进行自查。凡有上述不良行为以及违反《关于加强电动自行车销售上牌管理的通告》的行为的，须立即自行纠正，做好整改工作。市质监、工商部门要加强日常监督管理，及时发现整改不到位的生产企业。对我行我素、拒不整改的企业要及时通报市公安交警部门。我办将对上述企业在媒体上予以曝光。”

2011年公安部、工信部、工商总局和质检总局联合发布的《关于加强电动自行车管理的通知》第6条也规定：“对违规生产、销售电动自行车的企业及其产品加大曝光力度。”

（三）建议解决方案及理由

1. 对电动自行车产品目录实行动态管理

目前很多地方开展的电动自行车产品目录管理制度，实现了对电动自行车的生产、销售及登记上牌的全程监控，可以确保在电动自行车出厂之后，继续保持对车辆产品质量的监控，阻止超标车辆进入流通领域和驶入路面。对此应当进行推广。

需要注意的是，该产品目录应当是可以进行动态调整的。对于已经列入产品目录的电动自行车产品，要不定期地开展抽查，确保其各项性能符合国家标准中的技术要求。经质监部门的检查，或者根据工商部门、公安交管部门的执法反馈情况，发现列入产品目录的电动自行车产品不再符合上述规定的，应当及时将其从产品目录中删除。

2. 加大对生产、销售超标电动自行车的查处力度

第一，质监、工商等部门，要通过联合开展专项整治活动，或者各自开展不定期的检查活动等形式，加大对电动自行车生产、销售的检查力度，形成整治超

标电动自行车的长效工作机制。质监、工商部门在查处生产、销售超标电动自行车违法行为时，可以依法采取查封、扣押车辆的措施。

第二，对查获的生产超标电动自行车的企业，质监、工业和信息化管理部门要按照各自职责，取消其安全技术鉴定合格证书和公告目录，同时责令其停业整顿，逾期仍达不到法定要求或者情节严重的，依法取消生产许可资格。

第三，对查获的销售超标电动自行车的经营者，工商部门要按照《产品质量法》（2000年修订）等法律法规的规定，责令其停止销售，并处罚款或者没收违法所得，情节严重的，依法吊销企业营业执照。

3. 在电动自行车管理中运用信息规制工具

在各种政府规制工具中，信息工具具有成本低廉、实效性强的优势，能够克服传统的处罚、许可等工具规制能力不足的缺陷。⁶⁸ 这值得在电动自行车治理中加以应用。对此，可从以下两个方面着手：

首先，要推广建立强制信息披露制度。电动自行车销售商应当在销售场所的醒目位置，张贴本地现行有效的电动自行车产品目录，并在消费者购买电动自行车之前，向其说明该车辆是否能够在当地登记上牌。消费者购买了不符合国家标准的电动自行车，或者因销售者未向消费者说明，导致消费者购买的电动自行车不能够在当地登记上牌的，消费者有权要求销售者退货或更换纳入目录的电动自行车。

其次，对于开展超标电动自行车生产或销售活动，拒不改正的企业，或者多次开展超标电动自行车生产或者销售活动的企业，应当对违规企业进行曝光。与传统的罚款、没收违法所得等管理手段相比，曝光措施能够直接对电动自行车厂商的声誉施加影响。由于为了保持在市场上持续开展交易的能力，厂商往往对自己的声誉倍加珍惜。因此，通过曝光可以提升查处超标电动自行车违法活动的执法绩效，克服罚款、没收违法所得等传统手段规制效力不足之弊端。

4. 明确规定超标电动自行车生产企业、销售商的产品缺陷责任

⁶⁸ 参见应飞虎、涂永前：《公共规制中的信息工具》，载《中国社会科学》2010年第4期。

根据《产品质量法》(2000年修订)第46条的规定,不符合国家标准的产品,属于有缺陷的产品。另据该法第41条至第44条的规定,生产、销售有缺陷的产品,造成人身、财产损害的,生产者和销售者应当承担赔偿责任。据此,在超标电动自行车的情形之中,如果生产企业或者销售商生产、销售超标电动自行车,应当按照《产品质量法》的上述规定,承担相应的产品缺陷责任。但在当前的实践中,对于超标电动自行车引发的损害,生产企业、销售商普遍没有承担起相应的产品缺陷责任,致使此类损害赔偿无法获得公平的分担,增加了社会矛盾。因此,建议在进行电动自行车立法时,对超标电动自行车生产企业或销售商的产品缺陷责任作出明确规定,并在生产企业、销售商和消费者中加强对这一规定的宣传,以便利用经济杠杆,有效威慑超标电动自行车的生产、销售行为。

5. 推行安全头盔和车辆保险的捆绑销售制度

鉴于当前涉及电动自行车的道路交通事故发生概率居高不下的现实,为尽可能地降低此类事故给电动自行车驾驶人、乘坐人员和其他道路使用者造成的伤害与损失,建议在立法文本中作出规定,销售商在销售电动自行车时,应一并出售安全头盔和车辆保险。

五、电动自行车的注册登记管理

(一) 问题及原因

在目前允许电动自行车上道通行的城市中,为了加强对电动自行车的管理,各地纷纷开展了电动自行车的注册登记工作。但是,在实践中,由于缺乏法律的明确规定,各地在办理电动自行车业务时产生了一系列难题,包括:

(1) 电动自行车注册登记业务施行的范围有多大?是在本行政区域内的全境,还是仅限于特定区域(例如市区)?

(2) 准予办理注册登记业务的电动自行车种类,是仅限于符合国家标准的电动自行车,还是可以扩展到在用的超标电动自行车?

(3) 异地取得的电动自行车牌照,是否可以直接在本地通行?还是需要履行特定的转换手续?

(4) 为有效控制当前普遍存在的电动自行车超标和非法改装现象,公安交管部门在办理电动自行车注册登记业务时,应当重点加强哪些方面的工作?

(5) 如何进一步推行电动自行车登记业务中的便民措施,以便吸引民众积极办理该项业务?

对于以上这些问题,均须在电动自行车立法中加以明确。

(二) 实践中的处理方式

1. 关于电动自行车注册登记业务的施行范围

当前各地出台的电动自行车立法中,大多数立法将自行车登记业务的施行范围覆盖至该地方行政区域内的全境,即无论是农村地区还是城市市区,均对电动自行车进行登记管理。例如,《昆明市电动自行车管理规定》(2011年)第7条规定:“本市电动自行车实行登记制度。凡未经登记的电动自行车不得在本市行政区域道路上行驶”。《武汉市电动自行车管理暂行办法》(2011年)第2条也规定:“本办法适用于本市行政区域内电动自行车的销售、登记上牌和通行管理。”此外,北京、杭州、昆明等地的电动自行车管理规定也均作了类似的规定。⁶⁹

但是,在一些地方颁布的法规范中,电动自行车登记业务的实施范围仅限于该地行政辖区内的特定区域。例如,2012年5月15日发布的《沈阳市人民政府关于加强电动自行车管理的通告》第1条规定:“本市三环路以内区域对电动自行车实行注册登记管理,未经办理注册登记的电动自行车,禁止在本市三环路以内道路上行驶。”此外,在安徽滁州、蚌埠、广东惠州等地发布的电动自行车管理规定中,均将电动自行车登记的施行范围限定于市区。⁷⁰

⁶⁹ 参见北京市公安局《关于办理电动自行车登记的通告》(2005年第22号);杭州市公安局、工商局和质量技术监督局三部门联合下发的《关于加强电动自行车生产销售上牌登记管理的通告》(2009年)第4条;《昆明市电动自行车管理规定》(2011年)第7条。

⁷⁰ 参见《滁州市人民政府关于加强市区摩托车、电动自行车、人力三轮车、残疾人机动轮椅车等车辆管理的通告》(滁政[2007]108号);《蚌埠市政府关于加强市区摩托车、电动车、三轮车、残疾人机动轮椅车、助力车管理的通告》(蚌政通[2007]38号);《惠州市人民政府关于加强市区摩

2. 关于准予注册登记的电动自行车种类

目前很多地方将准予办理注册登记业务的电动自行车,仅限于符合国家标准电动自行车。即对于不符合国家标准的电动自行车,不予办理注册登记业务,不发给与达标电动自行车相同的号牌,而是另行规定了备案登记业务、⁷¹ 防盗备案登记⁷² 或临时通行许可等管理业务,以便与达标电动自行车的注册登记业务相区别。

但在新疆喀什,则采取了与上述地方不同的做法。根据《喀什地区电动车管理办法(试行)》(2012年)第15条的规定,合格电动车和现有超标电动车,经公安部门登记,领取号牌、行驶证后,可上道路行驶。据此,现有的超标电动自行车可以与符合国家标准的电动自行车一样办理注册登记。

3. 对持异地牌照的电动自行车的管理

如何对持异地牌照的电动自行车进行管理,也是困扰当今电动自行车管理的一大难题。在上海,很多电动自行车销售商通过为消费者代办江苏、安徽等地的异地牌照,规避了该市的电动自行车注册登记规定,导致大量超标电动自行车上道路行驶。⁷³ 对于是否允许异地牌照的电动自行车在本地通行,各地的做法并不统一。

一些地方规定,异地车辆必须在当地办理相关登记手续之后,才能上道路行驶。例如,《武汉市电动自行车管理暂行办法》(2011年)第9条第3款规定:“领有外地牌证的电动自行车未经本市公安机关交通管理部门登记不得在本市道路上行驶。”同时该法第24条第3项规定,领有外地牌证的电动自行车未经本市

托车轻便摩托车电动自行车管理的通告》(惠府[2009]124号)第3条。

⁷¹ 苏州市公安局《关于进一步加强电动自行车登记管理的通告》规定:“对新购车辆和已购车辆未上牌的,登记核发新号牌;对已上牌的(含号牌遗失的)换发新号牌;对不符合国家《电动自行车通用技术条件》(GB 17761-1999)标准的车辆予以登记备案。”

⁷² 在浙江,根据省公安厅发布的《关于积极开展全省公安机关超标电动自行车防盗备案登记工作的通知》(浙公网传[2010]928号)的要求,杭州、绍兴、温州、金华等地开展了超标电动自行车的防盗备案登记业务。与达标电动自行车的登记不同,对超标电动自行车进行防盗备案登记的工作由公安机关治安管理部门承担,其目的在于破解车辆被盗后的报案、破案、追赃与返赃的难题,而不是作为上路行驶的有效凭证。

⁷³ 参见刘建:《上海整治“超标”电动自行车遇两难局面》,载《法制日报》2011年6月8日第4版。

公安机关交通管理部门登记在本市道路上行驶的,责令限期办理登记,并处50元罚款。浙江省公安厅发布的《浙江省非机动车登记工作规定(试行)》(2006年)第12条也规定,因非机动车所有人住所发生变更或非机动车所有权发生转移,需要迁出原注册地公安机关交通管理部门管辖区域的,应当向迁入地公安机关交通管理部门办理注册登记。为了制止代办电动自行车异地牌照行为的发生,浙江省公安厅还曾发布通知规定:“对电动自行车按属地管理原则进行管理,严禁异地代办电动自行车牌证。”⁷⁴

有的地方则允许过境的异地牌照电动自行车在当地道路上通行,除此之外,均须按照当地的手续办理相关手续。例如,《无锡市道路交通安全管理办法》(2012年修订)第24条第3款规定:“除过境电动自行车外,非本市号牌的电动自行车,应当到公安机关交通管理部门办理变更登记后,方可在本市道路行驶。”2013年1月15日发布的《苏州市道路交通安全条例》第21条第5款也规定:“除过境电动自行车外,非本市号牌的电动自行车,应当到公安机关交通管理部门办理转入登记后,方可在本市道路行驶。”

4. 强化对电动自行车是否达标的审核与控制

为了确保电动自行车达到国家标准,实践中,各地车管部门在注册登记环节加强了对电动自行车的审核力度,重点审核电动自行车是否被列入电动自行车产品目录、是否存在非法改装等情形。例如,根据浙江省公安厅发布的《浙江省非机动车登记工作规定(试行)》(2006年)第10条的规定,电动自行车未列入《产品公告》的,或者技术参数与《产品公告》不符的,或存在擅自拼装、改装情形的,不予办理注册登记。昆明、福州、厦门等地的规范性文件,也作了类似的规定。⁷⁵

为了整治目前市场上频频出现的拆除限速装置的行为,2009年3月23日杭州市公安局、工商局、质量技术监督局三部门联合下发的《关于加强电动自行车

⁷⁴ 浙江省公安厅《关于进一步加强电动自行车上牌管理的通知》(浙公通字[2002]42号)。

⁷⁵ 参见《昆明市电动自行车管理规定》(2011年)第11条;《福州市电动自行车管理办法》(2010年)第14条;《厦门市电动自行车登记办法》(2012年)第9条第6项。

生产销售上牌登记管理的通告》规定，限速装置必须固封，不可拆卸、不可调节。登记机关在办理注册登记时，对限速装置是否达到这一要求进行审核。

此外，一些地方的法规范还规定，车管部门应当将在注册登记环节中发现的电动自行车超标信息及时抄送给质监、工商等部门查处。例如，2011年江苏省公安厅、经济和信息化委、工商局、质监局联合发布的《关于加强电动自行车管理的意见》第4条规定，公安机关对违规生产、销售的企业及产品，要及时通报当地经济和信息化、质监、工商部门依法查处。

5. 相关便民措施

为了方便民众办理电动自行车注册登记手续，在当前的电动自行车规范性文件规定了一系列便民措施。2011年公安部、工信部、工商总局和质检总局联合发布的《关于加强电动自行车管理的通知》（公通字〔2011〕10号）第4条规定，要通过增设牌证办理点、简化办理程序、推行电动自行车“带牌销售”等方式，为群众办理电动自行车登记提供便利。实践中，推出的有关便民措施主要有：

一是推行“带牌销售”制度。天津市公安局早在2006年便启动了电动自行车的带牌销售制度，通过与电动自行车生产企业签订《电动自行车委托代办登记手续协议书》，为消费者提供“一站式”的登记服务。⁷⁶江苏省公安厅、经信委、工商局、质监局于2011年9月8日发布的《关于加强电动自行车管理的意见》第4条也要求：“自2011年10月1日起，全省实行新车带牌销售制度。所有准许销售电动自行车的单位，要根据当地公安机关委托，对所销售的电动自行车负责采集相关信息，办理电动自行车登记上牌手续，并及时将登记信息传递给公安机关录入信息平台。”

二是实行免费登记发证制度。目前在绝大多数地方，办理电动自行车号牌普遍要收取牌、证工本费。⁷⁷但是，个别地方出台了免费登记措施。例如在江苏省

⁷⁶ 参见丁福东：《强化电动自行车管理，实施“一站式”登记》，载《人民公安报》2007年3月7日第8版。

⁷⁷ 参见《厦门市电动自行车登记办法》（2012年）第14条；《福州市电动自行车管理办法》（2010年）第16条。

宝应县，即免费为电动自行车登记发证，其费用全部由公安机关承担。⁷⁸海口市则规定，对于在规定的期限内申请办理登记的在用车辆，免收号牌和行驶证工本费。⁷⁹

三是提供证件快递服务。为了减少民众在办理电动自行车方面的来回奔波，《福州市电动自行车管理办法》（2010年）第11条第2款规定：“五城区公安机关交通管理部门应当将电动自行车登记的条件、程序、收费标准、需提交材料和申请表示范文本等进行公布，并提供业务查询、证件快递等便民服务。”

（三）建议解决方案

1. 电动自行车注册登记业务的施行范围应覆盖到本行政区域内全境

之所以要求电动自行车办理注册登记业务，其目的有三：一是通过登记，实现对电动自行车信息的档案化管理，为日后对电动自行车违法行为的追究、被盗后车辆的追回等活动提供线索和信息；⁸⁰二是通过注册登记环节的审核，加强对超标电动自行车的监管，防止超标车辆进一步增加。三是能够和牌照管理、道路技术监控等形成呼应。注册登记解决了车主信息问题，车牌与注册登记又是一致的。在路面上通过电子监控，抓拍违章，就能够有效抑制骑车人冲闯红灯、逆行、超速、不按规定道路行驶等违法行为。

而如果仅将办理注册登记业务的范围限定在本地的特定区域，势必会为超标车的上路通行提供存在空间。此外，与市区相比，由于道路交通执法力量相对薄弱，农村地区的电动自行车超过国家标准、超速行驶、违法载人等现象及其潜在的事故隐患更为严重。如果不将农村地区纳入到电动自行车注册登记的范围之列，则不利于从源头上开展超标车控制、违法行为追究、防盗等方面的管理工作。因此，应当将电动自行车注册登记业务的施行范围覆盖至本地所有区域。

⁷⁸ 参见赵家新、刘瑾：《宝应为电动自行车免费上牌办证》，载《人民公安报》2009年6月4日第3版。

⁷⁹ 参见《海口市电动自行车管理办法》（2011年）第23条。

⁸⁰ See Jonathan Xavier Weinert, *The Rise of Electric Two-wheelers in China: Factors for their Success and Implications for the Future*, PhD Dissertation, Transportation Technology and Policy, University of California, Davies, 2007, p.131.

2. 准予办理注册登记业务的电动自行车仅限于达标车辆

为了强化对电动自行车的合标准化监管,应当将准予办理注册登记业务的电动自行车的范围限缩于达标车辆之中。至于目前在用的超标车辆,应当另行通过实施备案登记、临时通行登记等方式进行管理,并在申领的条件、允许通行的期限等方面作出特别规定。而对于电动自行车立法实施之后新生产、销售的超标车辆,则一概不允许进行注册登记。

3. 除过境电动自行车外,异地电动自行车应在当地公安交管部门办理变更登记后方可在当地道路行驶

为了防止当地的电动自行车登记管理规定被规避,持有外地号牌的电动自行车,原则上应当按照当地的规定,在办理变更登记手续之后,方可在当地道路上行驶。但是,对于过境车辆,应当例外地允许其在本地上临时通行。公安交管部门在执法中,应当结合驾驶人的居住工作场所、行车路线是否合理、是否为连续不停止的通行等要素,判断其是否构成过境通行行为。

4. 强化对电动自行车的审验力度

车管部门在办理电动自行车登记业务时,应当着重从以下两个方面加强对电动自行车的审核力度:

首先,应当审验申请登记的电动自行车是否符合国家标准。经审验,不符合国家标准的,不予办理注册登记。同时,应当查明生产或销售该车辆的厂商信息,并将该信息抄送给当地经济和信息化、质监、工商等部门依法查处。

其次,应当审核电动自行车是否存在非法改装、拆卸、拼装等违法行为。重点是:(1)审核电动自行车的限速器是否被固定且不可拆卸、不可调节,以确保上路后行驶的速度符合规定;(2)在确认电动自行车的避震器、电池等必要组件没有被拆卸的情况下,开展整车质量检测工作,以确保电动自行车真实的整车质量符合国标的要求。

5. 推行便民措施

为了方便行政相对人办理电动自行车的登记手续,公安机关交通管理部门应

当将电动自行车登记的条件、程序、收费标准、需提交材料和申请表示范文本等信息,在业务办理场所和官方网站上进行公布;有条件的,还可以推行电动自行车“带牌销售”、免费登记等服务,为行政相对人办理注册登记手续提供便利。

六、电动自行车的通行管理

(一) 问题及原因

确保道路交通安全,是电动自行车管理中最为核心的任务。然而,电动自行车启动快,行驶时噪音小,加速后具有巨大冲量,以及它与其他非机动车辆混行时所存在的较大速度差等特征,给道路交通安全提出了严峻考验。

我们以《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,搜集了从2002年9月10日到2012年11月6日期间内有关电动自行车的90条报道。⁸¹其中,共有32条新闻报道揭示了电动自行车在道路通行管理中存在的问题,占新闻报道总数的35.6%。这些报道反映出,电动自行车超速行驶、违法载人、酒后驾驶等现象十分突出,执法部门执法手段不足、限制通行措施频惹争议、道路通行条件有待改善、电动自行车保险付之阙如等问题也不容忽视。其中,较为突出的问题包括:

第一,对超标车的鉴定权缺失。在当前的道路执法实践中,公安机关交管部门无法直接对电动自行车是否超标进行认定,而须交由具备法定资质的机关进行鉴定,为此交管部门需要承担一笔很高的鉴定费用。例如,在杭州,平均每辆车的鉴定费用为3000元左右,受办案经费的限制,实践中公安交管部门往往只能在处理因电动自行车发生的事故时,才委托进行鉴定。⁸²认定权的缺失,

⁸¹ 具体的检索方法是,以“中国知网—中国重要报纸数据库”中收录的《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象,以“电动自行车”或“电动车”为标题关键词进行搜索,获得初步检索结果101条。通过逐一阅读,剔除其中的重复项与不相关项之后,获得有效检索结果90条。最后检索日期为2013年1月3日。

⁸² 参见丁志军:《杭州市电动自行车交通管理现状及源头管理对策》,载《道路交通与安全》2009年第2期。

削减了交管部门查处超标车的力度，导致大量的超标车违法行为无法进行认定。

此外，对于在道路执法中查获的擅自改装车辆，如何有效地进行查处和纠正，也是一个困扰实践的难题。

第二，对电动自行车超速行为的认定存在技术困难。现有的测速设备，仅适用于监测机动车是否超速，无法对电动自行车是否超速进行认定。北京、济南等地的执法实践均表明，由于缺乏有针对性的车速检测装备，导致交警无法对电动自行车的超速行为进行认定与处罚。⁸³

第三，对于应当领取电动自行车号牌而没有依法领取的，公安交管部门应当如何进行管理，督促其领取电动自行车号牌？

第四，公安机关交通管理部门是否可以根据道路和交通流量的具体情况，限制或者禁止电动自行车在一定区域内通行？如果可以，应通过何种程序实施？对于邮政、快递等特殊行业，是否应当作出除外规定？

对于以上问题，均需要通过进一步的研讨，予以解决。

（二）实践中的处理方式

1. 对超标车辆的认定和对非法改装车辆的控制

实践中，对于电动自行车是否属于超标车辆，公安机关交管部门往往没有认定权限，而是必须以车辆的出厂证明或者检测单位出具的检测报告为依据进行处理。例如，《南昌市人民政府印发关于加强电动自行车、汽油机助力自行车管理的通告的通知》（2008年）第13条规定：“对车辆类型认定有争议的，车辆使用者应当出具车辆出厂的有关证明，不能出具或仍有争议的，由国家认可的检测单位对车辆进行检测，公安机关交通管理部门根据其出具的检测报告作相应处理。”《上饶市超标电动自行车、汽油机助力自行车临时通行管理办法》（2011年）第13条也作了类似的规定。

⁸³ 参见李仲虞：《北京查处私自提速电动自行车》，载《经理日报》2009年7月26日第B3版；尹训银：《电动车限速器想拆就拆》，载《中国消费者报》2012年9月26日第A2版。

对于在道路上查获的非法改装、拼装的车辆，各地的法规范规定了责令改正、罚款、没收改装工具等措施。⁸⁴但是，这些措施无法对非法改装、拼装行为进行彻底纠正。对此，《杭州市道路交通安全管理条例》（2008年）第38条规定，改动或者拆除电动自行车限速装置的，由公安机关交通管理部门扣留该车辆至恢复原状。至于由谁负责进行恢复，该法并未明确作出界定。与之相比，《陕西交警总队关于“西安支队对电动自行车实施交通管理有关问题的请示”的答复》（2009年）规定得更为明确：对于有牌证但擅自改装电动自行车动力装置或拆除限速器的驾驶人，在对其进行处罚的同时，还要扣留违法车辆，由公安机关交通管理部门集中到指定的具有资质的生产企业或修配厂场地妥为保管，并恢复车辆国家标准功能，所需费用由违法行为当事人承担。

2. 对电动自行车的时速限制进行突破

为了解决现行国家标准与《道路交通安全法》（2011年修订）在电动自行车通行时速方面规定不一致的情况，一些地方的规范性法律文件直接突破了《道路交通安全法》（2011年修订）所设定的最高15公里每小时的时速限定。例如，《喀什地区电动车管理办法（试行）》（2012年）第26条第4项规定，电动自行车的最高行驶速度不得超过每小时20公里。另外，有的地方则在区分不同道路的基础上，作出了突破性规定。例如，《海口市电动自行车管理办法》（2011年）第34条第4项规定：“在非机动车道上最高时速不得超过15公里，在非机动车行驶范围引导线内最高时速不得超过20公里”。

3. 督促驾驶人及时领取牌证

为了督促没有依法领取牌证的驾驶人及时办理相关注册登记手续，《陕西交警总队关于“西安支队对电动自行车实施交通管理有关问题的请示”的答复》（2009年）规定：“对属于非机动车登记发牌范围，未及时登记领取牌证的电动自行车驾驶人的违法驾驶行为，交警部门应在验证后，及时登记发给牌证，可

⁸⁴ 例如，根据《海口市电动自行车管理办法》（2011年）第12条和第42条的规定，处以200元罚款，并收缴其违法装置。《武汉市电动自行车管理暂行办法》（2011年）第42条第1项则规定，责令改正，并处50元以上200元以下罚款。

处以警告或 20 元罚款。当事人接受教育的可以不予处罚。”

4. 允许在一定区域内限制或者禁止电动自行车通行

为了缓解道路交通拥堵的难题，不少地方还规定可以在一定区域内限制或者禁止经登记的电动自行车通行。例如，《武汉市电动自行车管理暂行办法》（2011 年）第 20 条规定：“公安机关交通管理部门根据道路和交通流量情况，可以对电动自行车采取在特定的区域或者路段限制通行、禁止通行等措施。”但是，为了规范这一限制措施，一些地方的法规对这一限制措施的程序、适用对象等事项作出了再限制。

首先，程序上的限制。有的地方规定，在采取措施之前需要举行听证会。《海口市电动自行车管理办法》（2011 年）第 30 条规定，除临时限制或者禁止电动自行车通行的情形外，市公安机关交通管理部门对电动自行车采取限制或者禁止通行措施，应当通过召开听证会或者论证会等方式，在听取相关方面意见后决定。此外，有的地方还规定，采取限制或者禁止通行措施的决定还需要经上级人民政府批准。例如，《广东省道路交通安全条例》（2011 年）第 11 条第 2 款规定：“在一定区域内限制电动自行车和其他安装有动力装置的非机动车上道路行驶的，由所在地的地级以上市人民政府经公开征求意见后报省人民政府批准。”

其次，适用对象上的限缩。在城市市区，如果一概禁止电动自行车通行，则会对快递、快餐外卖、饮用水送货、维修服务、派送报纸等使用电动自行车作为“最后一公里”交通运输工具的服务业产生重大影响。⁸⁵有鉴于此，一些地方在禁止措施的适用范围上作了限缩。《深圳经济特区道路交通安全管理条例》（2011 年）第 36 条第 1 款规定：“市公安机关交通管理部门可以根据道路通行条件，划定区域、路段、时段，对摩托车、电瓶车以及电动自行车和其他非机动车采取限制通行或者禁止通行的措施，但经市公安机关交通管理部门批准并核发专用标志的车辆除外。具体办法由市政府另行制定。”2012 年 6 月 26 日，深圳市交管

⁸⁵ 参见陆娅楠、左娅：《电动自行车岂能一禁了之》，载《人民日报》2011 年 6 月 23 日第 17 版；魏蒙：《珠海 7 年禁行“电驴”之惑》，载《人民公安报·交通安全周刊》2012 年 5 月 24 日第 3 版。

局发布的《关于我市部分道路限制电动自行车行驶的通告》进一步规定：“对于本市范围内从事公共设施抢修、邮政（含报刊投递）、快递等行业，以及运送桶装饮用水、瓶装燃气等单位所使用的电动自行车，经统一载物托架和车身颜色，纳入规范管理后，不受上述限制行驶措施限制。”

（三）建议解决方案

1. 强化对非法改装车辆的管理

对于在道路上查获的非法改装车辆，各地应当在法规范中规定，由公安机关交通管理部门暂扣该非法改装车辆，并给予罚款，同时责令违法行为人恢复车辆的原始面貌。同时，公安机关交通管理部门应当通过加强道路执勤执法频率，强化对道路上非法改装车辆的监控和查处力度。

但是，地方的法规范不宜规定将违法车辆统一交由具有资质的生产企业或配厂强制恢复车辆国家标准。从性质上看，强制恢复电动自行车国家标准的行为属于代履行的行政强制执行方式。虽然根据《行政强制法》第 50 条的规定，对于当事人经催告后逾期不履行行政决定，其后果已经或者将危害交通安全的，行政机关可以代履行或者委托没有利害关系的第三人代履行，但是，该条所规定的代履行情形，仅限于违法行为发生于当场执法阶段、其对交通安全具有现实危害性，且采取代履行措施可以消除这种危害性的情形。而在超标电动自行车的情形中，公安机关通过采取扣车并统一保管的措施即可以消除这种违法情形，因而不能将代履行的措施进一步延伸至强制恢复车辆的国家标准之上。作为一种行政强制执行方式，行使强制恢复电动自行车的国家标准这一措施，必须严格遵守《行政强制法》第 13 条所规定的关于强制执行由法律进行设定的规定。在上位法律并未作出明确规定的情况下，地方不能违法设定这一行政强制执行方式。

2. 明确在道路上的行驶速度

需要注意的是，电动自行车产品的最高设计时速与其在道路上行驶的最高速度是两个不同的概念：前者属于电动自行车产品的技术要求，其受《产品质量法》

的调整；后者则是电动自行车在道路上通行的具体规则，其属于《道路交通安全法》的调整范围。因此，不能以电动自行车产品国家标准上的最高设计时速（20公里每小时），作为衡量其在道路上行驶的时速限制。换言之，电动自行车在道路上的行驶速度，应当直接受《道路交通安全法》的调整，其与产品标准上所设定的最高设计时速无关，正如汽车在道路上行驶必须服从于具体的道路通行时速的规定，而不能将汽车的最高设计时速作为其在道路上通行的时速一样。

公安交管部门应更新现有的测速设备和牌照制式，以便对超标电动自行车在道路上的超速行为进行有效监控和抓拍。立法文本上也应当对此类违法行为设置相应的罚则。

3. 规定督促驾驶人办理上牌登记的措施

对属于非机动车登记发牌范围，驾驶人没有依法领取号牌而上道行驶的违法行为，公安机关交通管理部门应当扣押车辆，并当场出具凭证，告知违法行为人在规定期限内到车辆管理部门办理上牌手续。违法行为人在规定期限内办理上牌手续的，可以免予处罚。有条件的，也可以现场办公，直接登记上牌。

4. 出台具体的通行规则

为确保道路交通安全，还应当对电动自行车的通行规则详加规定。其主要内容包括：（1）驾驶人应年满16周岁，且无妨碍安全驾驶的身体缺陷；（2）应当在非机动车道内行驶。在没有划设非机动车道的道路上，应当靠车道右侧行驶；（3）夜间驾驶应当打开车辆灯光；（4）只允许搭载一名12周岁以下的未成年人；（5）禁止实施饮酒后驾驶、扶身并行或互相追逐竞驶等危险驾驶行为；（6）禁止用于营业性旅客运输。

同时，还应当在法规范文本中规定罚款、扣押车辆等形式的法律责任，对违反上述通行规则的行为施加制裁。

5. 规定限制或者禁止电动自行车通行的措施

《道路交通安全法》（2011年修订）第39条规定：“公安机关交通管理部门根据道路和交通流量的具体情况，可以对机动车、非机动车、行人采取疏导、限

制通行、禁止通行等措施。”据此，考虑到城市道路和交通流量的具体状况，应当允许公安机关交通管理部门对电动自行车采取在特定的区域或者路段限制通行、禁止通行等措施。但是，考虑到目前在很多城市中，快递、外卖、派送报纸等行业普遍使用电动自行车作为“最后一公里”路程的交通运输工具，为防止这些特殊行业受到冲击，建议规定，此类特殊车辆在经公安交管部门核发专用标志后，可免受限制或禁止通行措施的影响。

七、超标电动自行车的定性

（一）问题及原因

《道路交通安全法》（2011年修订）第119条第4项规定，设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的电动自行车，是非机动车。这是否意味着超过国家标准的电动自行车，便可以归入机动车的范畴？对此，《道路交通安全法》及相关法律规定并未作出明确规定。

我们以《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象，搜集了从2002年9月10日到2012年11月6日期间内涉及电动自行车的90条报道。⁸⁶其中，共有12条新闻报道反映了对超标车定性存在争议的问题，这占新闻报道总数的13.3%。

对超标电动自行车的准确定性，直接关系到其是否需要像摩托车那样领取驾照、办理强制保险，是否可以上机动车道行驶等事项的确定。因此，亟需对其加以明确。

（二）实践中的处理方式

实践中，对于超标电动自行车是否可以定性为机动车，存在着正反两方面的

⁸⁶ 具体的检索方法是，以“中国知网—中国重要报纸数据库”中收录的《人民日报》、《法制日报》、《人民公安报》、《检察日报》和《人民法院报》为检索对象，以“电动自行车”或“电动车”为标题关键词进行搜索，获得初步检索结果101条。通过逐一阅读，剔除其中的重复项与不相关项之后，获得有效检索结果90条。最后检索日期为2013年1月3日。

意见。

1. 肯定观点

在不少地方出台的法规范中，直接将超标电动自行车定性为机动车。例如，《中山市联合整治电动车和电动自行车销售及上路行驶秩序工作方案》（中府办[2005]6号）附件“电动车、电动自行车的法律界定和使用规定”中规定，凡不符合现行电动自行车安全技术要求，以电力驱动的轮式车辆，属电动车，应认定为机动车。电动车的道路交通安全违法行为，按照机动车违法行为查处。

又如，《南昌市人民政府印发关于加强电动自行车、汽油机助力自行车管理的通告的通知》（2008年）第3条规定：“最高车速大于每小时20公里、小于或者等于每小时50公里的电动自行车，按照机动车管理，但残疾人机动轮椅车除外。”

再如，《惠州市人民政府关于加强市区摩托车轻便摩托车电动自行车管理的通告》（2009年）第1条规定：“依据《道路交通安全法》第一百一十九条以及国家标准《机动车运行安全技术条件》（GB 7258—2004）的有关规定，凡由动力装置驱动、在道路上行驶的、供乘用或（和）运送物品的两轮或三轮燃油助力车、电动车（符合国家有关标准的电动自行车和残疾人机动轮椅车除外），均属摩托车或轻便摩托车。”

在司法实践中，也有法院将超标电动自行车定性为机动车。例如，根据2003年制定的《工伤保险条例》第14条第6项的规定，在上下班途中，职工受到机动车事故伤害的，应当被认定为工伤。⁸⁷在“陈卫群诉江苏省启东市劳动和社会保障局工伤认定决定案”中，原告在上班途中被超标电动自行车撞伤。一审启东市人民法院和二审南通市中级人民法院均认定，陈卫群受超标电动自行车事故伤害应认定为工伤。最高人民法院行政庭在评析该案的裁判要旨中明确指出：“电动自行车的设计时速突破国家强制性标准，带来具有与机动车同等的安全风险时

⁸⁷ 2010年修订后的《工伤保险条例》，已经将第14条第6项修改为：“上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的”，应当被认定为工伤。

可视为机动车。”⁸⁸再如，根据2011年全国人大常委会通过的《刑法修正案（八）》的规定，构成危险驾驶罪，须以醉酒驾驶机动车为前提。2012年9月出台的《浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅关于办理“醉驾”犯罪案件若干问题的会议纪要》第3条明确规定，由电驱动的最高车速大于20公里每小时的两轮车辆属于机动车，醉酒驾驶该车辆的，以危险驾驶罪追究刑事责任。在浙江宁波、杭州等地的司法实践中，已出现了不少将醉酒驾驶超标电动自行车的行为以危险驾驶罪论处的判案。⁸⁹

将超标电动自行车视为机动车，这在国外也能够找到相关的立法例。根据欧盟2002年2002/24/EC号指令的规定，配备有脚踏板，最大连续额定功率为250瓦，且在车速不超过25公里每小时的电动助力自行车不属于机动车。为贯彻上述规定，德国的立法机关和相关利益团体所达成的基本共识是，对于满足上述规定的电动自行车，将其归属于自行车的范畴；而超过上述标准的车辆，则被定性为轻便摩托车（moped），驾驶超标车辆上路之前，驾驶人需要获取轻便摩托车驾驶证、办理机动车责任险并获得通行许可，在驾驶过程中则需要佩戴头盔。⁹⁰

2. 否定观点

另外一种不同的观点则认为，超标电动自行车不属于机动车。2009年6月，国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会发布了《电动摩托车和电动轻便摩托车通用技术条件》（GB/T 24158—2009），根据该标准第3.1条和3.2条规定，由电力驱动，最高设计时速大于20公里每小时，或者整车质量超过40公斤的车辆，属于电动轻便摩托车。该标准出台之后，曾一度被解读为将超标电动自行车

⁸⁸ 高鸿、殷勤：《职工上下班途中发生电动车事故伤害可以被认定为工伤——陈卫群诉江苏省启东市劳动和社会保障局工伤认定决定案》，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》（第2卷），中国法制出版社2011年版，第137页。

⁸⁹ 相关报道，请参见王晓峰、石奇峰：《醉驾“超标电动车”可能入刑》，载《宁波日报》2012年4月7日第2版；宁博：《宁波：电动车醉驾首次被判刑》，载《杭州日报》2012年8月15日第A9版。

⁹⁰ See T. Gehlert, M. Kühn, K. Schleinitz, et al., *The German Pedelec Naturalistic Cycling Study - Study Design and First Experiences*, A paper presented to International Cycling Safety Conference 2012, Helmond, 2012, p.4.

到机动车的管理范围之内。⁹¹但是,国家标准化委员会随后通过其官方网站发表澄清声明,指出将重量超过40公斤、车速超过20公里每小时的电动助力自行车就视为摩托车的观点是不确切的。除时速和重量的要求之外,电动摩托车只有在动力性能、转向、灯光信号等各个方面符合机动车安全技术要求的,才能按照机动车管理。⁹²而现行的超标电动自行车,由于往往不能满足除时速和重量之外的机动车安全技术要求,因而不能视为机动车。与此同时,国家标准化管理委员会在2009年12月15日发布的《关于电动摩托车相关标准实施事项的通知》(国标委工一[2009]98号)进一步明确,《电动摩托车和电动轻便摩托车通用技术条件》(GB/T 24158—2009)中涉及电动轻便摩托车的内容暂缓实施。

在司法实践中,也有一些法院拒绝将超标车认定为机动车。2008年,在一个涉及超标电动自行车的交通肇事案件中,浙江省安吉县人民法院认为,电动自行车因超速、超重、超功率等不符合国家标准规定的,属于超标电动自行车;至于其是否为轻便摩托车,因国家尚无明文规定,不宜将其定性为机动车。⁹³2011年,在另外一个因超标电动自行车引起的交通肇事损害赔偿案件中,浙江省绍兴市中级人民法院在二审判决中,也否定了一审法院对超标电动自行车所作的机动车的定性。⁹⁴

(三) 建议解决方案及理由

我们认为,超标电动自行车既不是非机动车,也不是机动车,而是应当被定性为机动车与非机动车之外的第三类车辆。理由有三:

第一,超过国家标准的电动自行车,不属于非机动车。《道路交通安全法》

⁹¹ 参见车辉:《电动车“新国标化”背后利益“潜伏”?》,载《工人日报》2009年12月7日第1版;郑全庆:《电动车新国标或将影响近亿人出行》,载《中国改革报》2009年12月7日第1版;陈小妹:《超标电动车下月起“入伍”机动车》,载《闽东日报》2009年12月7日第B1版。

⁹² 参见国家标准管理委员会:《关于电动摩托车标准有关情况的说明》,http://www.sac.gov.cn/bgs/xwxc/201012/t20101220_63579.htm,最后访问日期:2012-12-24。

⁹³ 参见李芹、孙国华、冯萍:《超标电动车肇事不容忽视》,载《人民法院报》2008年6月27日第8版。

⁹⁴ 参见余建华、孟焕良、祝璐:《绍兴中院“灵活”审理一起电动车肇事案》,载《人民法院报》2011年3月3日第3版。

第119条第4项规定,设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的电动自行车,属于非机动车。虽然根据形式逻辑,并不能据此直接作出反面推论,认为超标的电动自行车就不属于非机动车,⁹⁵但诚如德国著名法学家拉伦茨教授所言,在法律解释的场合中,并不是仅仅依靠形式逻辑就能够阐明法条涵义的,而是必须同时结合立法者的价值取向和立法目的作出综合评断。⁹⁶根据立法者的解说,《道路交通安全法》第119条第4项之所以将符合标准的电动自行车视为非机动车,主要是考虑到,此类车辆质量小、车速低,不具有普通机动车的危险性,而且,如果将其定性为机动车,其上机动车道行驶将大大降低机动车道的整体通行效率。⁹⁷而众所周知,超标的电动自行车并不符合质量小、车速低的特征,因而如果将其定性为非机动车,将不符合立法目的。因此,超标的电动自行车不能定性为非机动车。

第二,超过国家标准的电动自行车,也不应归入机动车的范畴之中。就技术参数而言,如要将超标电动自行车认定为机动车,除了在最高时速、整车质量等方面满足机动车的要求之外,还需要在动力性能、转向、灯光信号等各个方面达到机动车的安全技术要求,而这些要求,超标电动自行车并不能够完全满足。而且,对于机动车,我国除了对其施加技术标准控制这一管理手段之外,还进一步实行公告管理,即只有被列入《车辆生产企业及产品公告》的车辆生产企业与产品,才能被允许进行生产和销售,公安交管部门也是据此对其发放机动车牌照并允许其上路的。而超标电动自行车并未被列入上述公告目录之中,因此,即便此类车辆在技术参数上符合机动车的技术标准,其在日常管理中也无法获得机动车的法律地位。

第三,《道路交通安全法》对车辆属性采取的机动车与非机动车的二元划分,

⁹⁵ 在逻辑学上,有p必有q的假言命题,仅仅能得出非q必有非p的结论,而不能得出非p必有非q的结论。参见张大松、蒋新苗主编:《法律逻辑学教程》(第2版),高等教育出版社2007年版,第36页。

⁹⁶ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第267页。

⁹⁷ 参见全国人大法工委刑法室编著:《中华人民共和国道路交通安全法问答》,法律出版社2003年版,第234-235页。

看似周延，其实并不尽然。因为如上所述，我们对机动车的判定，采取的是以技术标准和公告目录相结合的标准。对于不属于非机动车的车辆，只有满足机动车的技术要求并被纳入公告管理，才能被认定为机动车；否则，就不能归入机动车的范畴之中。也就是说，在非机动车与机动车之间，其实还存在着一类特殊的车辆。而超标的电动自行车正好处于这一立法空缺地带之中。

综上，我们认为，超标的电动自行车属于机动车与非机动车之外的第三类车辆。但需要说明的是，对超标电动自行车作第三类车的定性，仅仅意味着此类车辆不能从整体上适用《道路交通安全法》有关机动车或非机动车的一套管理制度。在特定的具体管理事项上，还是可以根据管理的需要，分别参照机动车或非机动车的标准设计相应的规则。比如，在驾驶人醉酒驾驶超标车的场合，一旦车辆经鉴定符合机动车的技术标准，法院可以在个案中认为，醉酒驾驶此类车辆对公共安全所构成的危险，与醉酒驾驶机动车大致相当，并据此以危险驾驶罪追究刑事责任。而在行驶车道上，又可以要求此类车辆像非机动车那样，在非机动车道内行驶。在其他诸如准驾管理、行驶时速、保险、佩戴头盔等事项的管理上，也需要根据情境作出不同的制度设计。有关具体的管理规则，我们将在下一部分中进行详细探讨。

八、在用超标电动自行车的过渡管理方案

(一) 问题及原因

对于目前在用的超标电动自行车，如何出台妥善的管理方案，是困扰管理者的一个难题，也是民众普遍关心的问题。实践中，较为突出的问题主要有：

第一，对于在用的超标电动自行车，是否允许其上道路行驶？

第二，若允许超标电动自行车上道行驶，是否需要满足特定的条件？例如，是否需要办理一定的注册或备案手续？驾驶人是否需要申领驾驶证、办理强制保险？能否在机动车道上行驶？等等。

第三，如何通过出台相关激励措施，促进在用超标电动自行车的淘汰？

对于以上这些问题，由于缺乏明确的法律规定，实践中的处理方式并不统一，亟需作出分析与探讨。

(二) 实践中的处理方式

1. 绝大多数城市允许在用的超标电动自行车上道路行驶

从各地制定的电动自行车法规文件来看，对于在法规文件出台以前民众已经购买并使用的超标电动自行车，绝大多数城市允许其继续上道路行驶。

目前，仅有深圳、陕西等少数地方禁止超标电动自行车上道路行驶。2011年12月公布的《深圳经济特区道路交通安全管理条例》（2011年）第36条第2款规定：“不符合国家标准的电动自行车不得上道路行驶。”陕西省交警总队在2009年6月12日所作的一个答复中指出，对不属于非机动车登记发牌范围的超国家标准的电动自行车，在查处驾驶人的违法行为时，扣留车辆，并由公安机关交通管理部门集中到指定的具有资质的生产企业或修配厂场地妥为保管，并恢复车辆国家标准功能。⁹⁸

2. 在用超标电动自行车允许通行的具体方案

虽然绝大多数城市允许在用的超标电动自行车继续上道行驶，但是，各地的管理方式并不相同。在实践中，各地采取的具体管理方式有四种：

(1) 在车辆法定的报废期限内，无须履行其他登记或者备案手续，可以继续通行。例如，《昆明市电动自行车管理规定》（2011年）第13条规定：“本规定实施前购买的不符合国家标准的电动自行车，自购买之日起满五年的，应当报废。达到报废年限的电动自行车，不得在本市行政区域道路上行驶。”

(2) 在履行登记手续之后，享受与符合标准的电动自行车相同的通行权利，不受其他限制。在新疆喀什，《喀什地区电动车管理办法（试行）》（2012年）第15条规定：“合格电动车、现有超标电动车经公安部门登记，领取号牌、行驶

⁹⁸ 参见《陕西交警总队关于“西安支队对电动自行车实施交通管理有关问题的请示”的答复》（2009年）。

证后，方可上道路行驶。电动车登记事项及号牌、行驶证的式样由公安交通管理部门制定、监制。对非法改装、拼装电动车不予登记、报牌。”

(3) 实施临时通行许可，在获得交管部门核发的临时号牌之后，超标电动自行车可以在一定期限内通行。这是目前绝大多数城市采用的管理方案。例如，《海口市电动自行车管理办法》(2011年)第6条第2款规定：“对本办法施行前购买的超标电动自行车实行临时通行许可，临时通行期限为2年，自本办法施行之日起计算。”《武汉市电动自行车管理暂行办法》(2011年)第26条第2款规定，该办法实施之前购买(以开具发票时间为准)的未纳入登记上牌合格目录的电动自行车，其登记和通行管理执行该办法的有关规定，核发临时号牌，有效期为3年，期满后不得上道路行驶。

(4) 在获取超标电动自行车临时通行许可之后，还须办理轻便摩托车驾驶证和购买车辆交通事故责任强制保险，才能上路行驶。例如，《九江市超标助力车管理暂行办法》(2012年)第5条第4款规定：“驾驶取得临时通行标志的车辆应当持有轻便摩托车驾驶证(F照)和购买车辆交通事故责任强制保险。取得临时通行标志的车辆每两年进行一次查验，查验合格后方可上路行驶。”江西省的南昌、上饶、宜春等地也作了类似规定。⁹⁹

3. 鼓励在用超标电动自行车淘汰的措施

为了加速目前在用的超标电动自行车的淘汰进程，各地出台了一系列鼓励措施。主要包括：

一是鼓励生产企业和销售商通过以旧换新、折价回购等方式回收超标电动自行车，政府给予适当的补贴。例如，《海口市电动自行车管理办法》(2011年)第15条第3款规定：“鼓励电动自行车生产企业、销售商，采用以旧换新、折价回购等方式回收超标电动自行车。”在福州市，为鼓励超标电动自行车车主将

⁹⁹ 参见《南昌市人民政府印发关于加强电动自行车、汽油机助力自行车管理的通告的通知》(2008年)；《上饶市超标电动自行车、汽油机助力自行车临时通行管理办法》(2011年)第7条和第14条；《宜春市中心城区超标电动自行车、燃油机助力自行车临时通行管理办法》(2011年)第7条和第8条。

车辆回购给销售商，该市2010年出台的回购方案规定，在销售商支付的回购价的基础上，由政府另行向车主发放回购价20%的补贴以及300元优惠公交卡。¹⁰⁰

二是鼓励生产企业和销售商召回已生产的超标电动自行车，并进行必要的技术改造。江苏省公安厅、省经济和信息化委、省工商局、省质监局联合发布的《关于加强电动自行车管理意见的通知》(2011年)第7条规定，鼓励生产、销售企业开展“召回改造”业务，对已生产和召回销售的超标电动自行车进行必要的技术改造，提高车辆安全性、可靠性，尤其要保证实际最高行驶速度符合国家标准。

三是由政府发放报废补贴，鼓励车主提前报废超标电动自行车。《南昌市人民政府办公厅关于印发持有临时通行标志的电动自行车、汽油机助力自行车禁止通行及提前报废补偿实施意见的通知》(2011年)：“车辆所有人自愿将车辆提前报废的，每辆车可获得政府补偿款200元和市公交总公司赠送的价值200元公交卡，以及由市商贸委确定有资质的机动车报废回收公司支付的车辆报废残值费。”长沙市也作了类似的规定。¹⁰¹

(三) 建议解决方案及理由

1. 应允许超标电动自行车通行

在是否允许超标电动自行车通行的问题上，存在着两种不同的规制思路。第一种思路是禁止超标车辆在道路上行驶，或者只有在对超标车辆进行强制改装，使其恢复国家标准之后才能上道路行驶。第二种思路则是允许超标车辆在道路上行驶，同时通过出台具体的管理措施，最大限度地确保这类超标车辆在道路上行驶的安全性。

从维护形式法治的角度出发，似乎应当选择第一种规制方案。其内在逻辑在于，既然超标电动自行车的产生本身是违背现行法律规定的产物，那么就应当对其予以坚决遏制，以确保形式法治的要求获得严格遵守。但是，当前我们所处的

¹⁰⁰ 参见王玉萍：《超标电动自行车回购结束，福州15个月回购逾13万辆》，载《福州日报》2011年8月20日第2版。

¹⁰¹ 参见胡立强、阳锡叶：《湖南长沙：未上牌电动车、电动自行车将禁止上路》，载《人民公安报》2009年4月15日第4版。

实证研究显示,在电动自行车使用者中,没有机动车驾驶证的使用者发生过错的交通事故的概率,要比具有机动车驾驶证的使用者高 1.51 倍。所以,有一种建议,通过出台要求电动自行车使用者申领驾驶执照的规定,增加其道路交通安全法规知识和驾驶技能,能够显著降低其发生事故的概率。¹⁰⁶ 在前述江西省南昌、九江、上饶、宜春等地出台的超标电动车临时过渡方案中,均要求驾驶人申领摩托车驾驶证才能上道路行驶。学界也有学者倡议建立超标电动自行车的准驾制度。¹⁰⁷ 但是,我们认为,驾驶超标电动自行车不应办理机动车驾驶证,理由有三点:

第一,要求超标电动自行车驾驶人申领驾驶证,属于增设行政许可的行为。根据《行政许可法》(2003年)的规定,只有法律、法规和省级政府规章才有权设定行政许可。《道路交通安全法》(2011年修订)第18条第2款仅授权省级政府对需要登记的非机动车种类进行规定,没有规定其他行政许可事项。现行的其他法律、法规和省级政府规章,也没有明确规定驾驶超标电动自行车须申领驾驶证。¹⁰⁸ 在此背景下,不宜对超标电动自行车驾驶人作出要求申领驾驶证的规定。

第二,目前在用的超标电动自行车数量众多,如果要求这些驾驶人员考取驾驶证才能上路,会增加民众的负担,而且会给车管部门带来巨大的工作量,客观上也很难贯彻实施该规定。

第三,从越南、印度等国对电动轻便摩托车(e-scooter)的管理来看,也均没有要求其必须办理驾驶执照后才能上道路行驶。而驾驶电动车无须驾驶执照这

¹⁰⁶ See Lin Yao, Changxu Wu, *Traffic Safety for Electric Bike Riders in China: Attitudes, Risk Perception, and Aberrant Riding Behaviors*, *Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board*, Vol. 2314, 2012, pp. 53-54.

¹⁰⁷ 参见石臣鹏:《电动自行车交通现状及对策分析》,载《重庆交通大学学报(自然科学版)》2008年第5期;杨涛:《城市交通的理性思索》,中国建筑工业出版社2010年版,第139页。

¹⁰⁸ 一个可能的例外是,江西省政府颁布的《江西省非机动车管理办法》(2009年)第12条规定,在用的超标电动自行车实行临时通行标志管理,其上道路行驶参照摩托车管理。从这一规定似乎可以解释出,超标电动自行车驾驶人需要像摩托车那样申领机动车驾驶证。但是,即便可以作出这种解释,按照《行政许可法》第15条第1款的规定,省级政府规章所设定的临时许可,在实施满一年后需要继续实施的,应当提请本级人大及其常委会制定地方性法规。而在此之后江西省并未颁布相应的地方性法规,对超标电动自行车申领机动车驾驶证的事项进行规定。因此,从目前来看,南昌、九江、上饶、宜春等地出台的要求办理轻便摩托车驾驶证的规定,缺乏足够的上位法依据的支撑。

一特点,事实上成为左右这些国家民众放弃摩托车而选择电动车的重要因素。¹⁰⁹

综上,不应当在立法文本中作出要求超标电动自行车驾驶人申领驾驶证的规定。其实,建立驾驶证制度的主要目的,在于提升驾驶人本身的安全驾驶意识和技能。但这一立法目的的达成,并非只能借助于申领驾驶证这一方式。出于便民的考虑,我们认为,通过开展灵活多样的交通法规知识宣传与技能培训,同样有助于达成这一目的。因此,我们建议,公安机关交管部门可以在临时通行登记环节,通过发放安全驾驶宣传资料、开设免费培训班、网上计时培训等方式,加强对电动自行车驾驶人的道路交通安全法规教育和技能培训,以提升其安全驾驶意识和技能。

(4) 建立第三者责任强制保险制度

超标电动自行车在非机动车道内行驶,其较快的行驶速度给其他非机动车车辆和行人构成了潜在危险。从当前执法实践中反馈的情况来看,由于电动自行车驾驶人多属中低收入者,因电动自行车引发的道路交通事故(尤其是重伤或者死亡事故)往往无法得到有效赔付,导致纠纷无法获得有效化解,危及社会稳定。

¹¹⁰ 对此,应当参照对机动车的相关管理规定,通过立法确立超标电动自行车的第三者责任强制保险制度。

各地保险公司应当推出相应的电动自行车强制保险业务,对保险费率、保险期间、赔付额度、理赔方式等内容进行具体规定。公安机关交通管理部门应当凭申请人提供的电动自行车交通事故强制保险凭证,给予办理超标电动自行车的临时通行登记。

(5) 不得上机动车道行驶

之所以不允许超标车辆上机动车道行驶,原因有两点:

其一,如果允许超标电动自行车上机动车道行驶,势必将会大幅增加道路交

¹⁰⁹ See Asian Development Bank, *Electric Two Wheelers in India and Vietnam: Market Analysis and Environmental Impacts*, Philippines: Asian Development Bank, 2009.

¹¹⁰ 参见傅勇涛、马超:《电动自行车事故多,三者险难推动》,载《新华每日电讯》2012年10月26日第6版。

通事故的发生几率。因为从安全性能上看,超标电动自行车与机动车之间的差异,要高于非机动车与超标电动自行车之间的差异,这决定了超标电动自行车上机动车道行驶更容易引发交通事故。

其二,当前的超标电动自行车数量巨大,如果允许其上机动车道行驶,则必将挤占大量的道路交通资源,加剧机动车道的拥堵状况。与之相反,考虑到当前的超标电动自行车使用者,其中很大部分是由原先的电动自行车使用者转移过来的,再加上电动自行车的通行效率要高于普通自行车,因而不至于过度挤占非机动车的通行空间。而超标电动自行车在刹车系统、灯光、重心等方面的良好安全品质,也能够确保其不会与自行车发生过多的交通事故。¹¹¹

当然,在特殊情况下,电动自行车所行驶的道路并没有划设机动车道和非机动车道,或者虽有划设,但非机动车道被占用了,这时候需要对超标车的通行规则作出特殊规定。对此,建议作出如下特别规定:“在没有划设非机动车道的道路上,超标电动自行车应当靠车行道右侧行驶。非机动车道路面被占用的,可以借用相邻的机动车道行驶,并应当在驶过被占用路段后迅速驶回非机动车道。”

(6) 根据不同路段分别规定最高路面行驶时速

最高路面行驶时速是一个有别于最高设计时速的概念。最高设计时速,是指车辆的设计标准,是车辆在生产与销售环节时所必须遵循的产品标准,它由相应的车辆技术标准作出规定;而最高路面行驶时速,是指车辆在路面上行驶的时速限值,由公安交管部门依照《道路交通安全法》等法律法规并结合道路通行状况进行设定。当前有关超标电动自行车“超速”问题的探讨上,实际上都聚焦的是作为车辆产品标准的最高设计时速。但其实,通过对车辆的最高路面行驶时速进行限制,也可以起到为超标车降速的效果。因为在实践中,最高路面行驶时速值要低于车辆的最高设计时速。无论其最高设计时速有多高,车辆在道路上行驶,最终还是要服从于路面最高行驶时速的具体要求。在超标电动自行车的最高设计

¹¹¹ See Christopher Robin Cheery, *Electric Two-wheelers in China: Analysis of Environmental, Safety, and Mobility Impacts*, PhD Dissertation, Engineering-Civil and Environmental Engineering, University of California, Berkeley, 2007, p.104.

时速普遍偏高的背景下,通过对此类车辆的最高路面行驶时速这一末端环节进行控制,可以降低此类车辆与其他非机动车同在非机动车道上混合行驶时的速度差,以及减少车辆的整体冲量,从而降低车辆发生碰撞时的损伤。

目前,有的地方立法中对超标电动自行车的路面行驶限速值作出了规定。例如,《长沙市城市道路车辆通行若干规定》(2011年修订)第6条第1款规定,超标电动自行车的最高行驶时速不得超过25公里每小时。与《道路交通安全法》(2011年修订)第58条规定的非机动车不得超过15公里每小时的路面行驶限速值相比,两者的速度差并不是太大,其总体是可行的。但我们认为,对超标电动自行车最高路面行驶时速的规定,还应当根据不同的路面情况,由公安交管部门做出精细化的设定。在十字路口、事故易发区域等重点路段,还应当作进一步的限定。

(7) 驾驶和乘坐超标电动自行车应佩戴头盔

实证研究显示,在涉及电动自行车的道路交通伤害事故中,极易引起脑部的损伤。一项对苏州张家港市道路交通伤害情况的研究即发现,在所有因电动自行车引起的事故伤害住院病例中,受到伤害频次最高的身体部位是脑部,其比例高达46.4%;超过三分之一(35.9%)的伤害病例受到了外伤性脑损伤(包括颅骨骨折、脑震荡等)。¹¹²而要求电动自行车驾驶员和乘坐人员佩戴头盔,可以显著降低事故中的脑部损伤。有关这点,可以从瑞士的经验中得到例证。一项在瑞士开展的研究显示,虽然在涉及电动自行车交通事故的住院病例中,最常见的伤害部位仍然是头部和颈部的伤害,但它们占有所有伤害事故的比例却只有27.4%。其中的原因在于,在瑞士,电动自行车驾驶人佩戴头盔的比例高达75%,而中国却只有9%的电动自行车驾驶人佩戴头盔。¹¹³

¹¹² See Wei Du, Jie Yang, Brent Powis, et al., *Epidemiological Profile of Hospitalised Injuries among Electric Bicycle Riders Admitted to a Rural Hospital in Suzhou: A Cross-sectional Study*, Injury Prevention, Vol.20, 2014, p.130.

¹¹³ See Sylvana Papoutsi, Luca Martinolli, Christian Tasso Braun, et al., *E-Bike Injuries: Experience from an Urban Emergency Department—A Retrospective Study from Switzerland*, Emergency Medicine International, Vol.2014, 2014, p.4.

基于上述考虑，有学者建议在立法中作出规定，要求在驾驶电动自行车时一律佩戴头盔。¹¹⁴ 2012年3月29日公布的《喀什地区电动车管理办法（试行）》第26条以及2013年3月8日公布的《贵州省电动自行车管理办法》第18条也均规定，驾驶电动自行车须佩戴安全头盔。但是，我们认为，在《道路交通安全法》尚未作出修改的情况下，在省级立法中针对所有电动自行车作出佩戴头盔的规定缺乏上位法的依据。因为现行的《道路交通安全法》（2011年修订）已经明确将符合国家标准的电动自行车定性为非机动车，而在该法中并无要求非机动车佩戴头盔的规定，因而不宜强制要求符合国家标准的电动自行车驾驶人和乘坐人员佩戴安全头盔。

与之相反，由于我们已经将超标电动自行车定性为第三类车，在佩戴头盔上可以作出特殊规定。我们认为，为了降低道路交通事故伤害，应要求超标电动自行车驾驶人和乘坐人员强制佩戴安全头盔。至于达标电动自行车的驾驶人和乘坐人员，在《道路交通安全法》（2011年修订）未作出修改的前提下，可以在省级立法文本中对他们佩戴头盔做出倡导性的规定，同时鼓励销售商在出售电动自行车时一并赠送头盔，以强化骑行者和乘坐人员的安全意识。

当然，考虑到前述电动自行车事故中极易引发脑部损伤，而要求佩戴头盔可以显著降低此类损害这一事实，未来应当积极推动《道路交通安全法》的修改，明确要求所有电动自行车的驾驶人和乘坐人员佩戴安全头盔。

3. 出台加速淘汰超标电动自行车的鼓励措施

为加速超标电动自行车的淘汰进程，建议各地政府出台相应的规定，对从事以下活动的厂商或者电动自行车所有人给予一定的经济补偿：（1）生产企业和销售商主动开展“召回改造”服务，对超标车辆进行必要的技术改造的；（2）生产企业和销售商通过以旧换新、折价回购等方式，回收超标车辆的；（3）超标电动

¹¹⁴ See Wei Du, Jie Yang, Brent Powis, et al., *Epidemiological Profile of Hospitalised Injuries among Electric Bicycle Riders Admitted to a Rural Hospital in Suzhou: A Cross-sectional Study*, *Injury Prevention*, Vol.20, 2014, p.132; Wei Du, Jie Yang, Brent Powis, et al., *Understanding On-road Practices of Electric Bike Riders: An Observational Study in a Developed City of China*, *Accident Analysis and Prevention*, Vol.39, 2013, p.323.

自行车所有人提前报废超标车辆的。

論環境公課之立法權限

傅玲靜副教授（政治大學法律系）

论立法在基本权利形成中的作用与限制

——兼谈“公共财产”的立法形成

王锴**

基本权利形成（Grundrechtsausgestaltung）是指由立法者来确定基本权利的保护范围，¹最典型的莫过于德国《基本法》第14条第1款第2句前半段：财产的内涵由法律来规定。基本权利形成的概念“颠覆”了立法者与基本权利的关系。因为传统上，无论是早期的自由法治国，“个人最大自由、政府最少干预”，基本权利是公民抵御国家侵犯的“武器”，立法者是基本权利的对手（Widerpart），立法是对基本权利的干预；还是后来的社会法治国，立法者不仅要注意基本权利中的禁止性要求，还要注意基本权利中的命令性要求，积极地促进基本权利的实现乃至保护基本权利防止受到第三方的侵犯。立法者不再是基本权利的对手，而成为基本权利的朋友。这两种情形下，立法者都是外在于基本权利的保护范围的，或者说，保护范围不是由立法者来决定的，立法者对于保护范围只是履行其作为或不作为的义务而已。但在基本权利形成中，基本权利的保护范围是由立法者来决定的，此时，立法者是基本权利的“家人”。可以说，基本权利形成使得我们对立法者与基本权利的关系乃至法律与宪法的关系有了更为丰富的认识，两者之间并非完全对抗也有信任乃至血缘关系，“法律的合宪性”与“宪法的合法律性”两者是辩证的存在。²

一、基本权利形成与基本权利限制的区别

基本权利形成与基本权利限制的区别最早出现在广播电视自由的判决中，³德国联邦宪法法院指出，有关广播电视自由的立法旨在维护一种自由形成私人 and 公共意见的广播电视秩序。⁴这种自由的意见形成虽然不为基本法第5条所明确保障，但是它是个人在交往中发展以及民主功能的基础条件。⁵与言论表达和传播自由以及信息自由不同，广播电视自由并非在防御违法的国家干预，因为大众媒体是通过广播电视产生的，不同于基本法第5条第1款第1句所保护的交流。大众媒体的标志是有专业人员来编辑和挑选信息，从而需要复杂的组织来执

* 会议初稿，请勿转载、引用。

** 法学博士，北京航空航天大学法学院教授、博士生导师。

¹ Christian Degenhart, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 266.

² Vgl. Walter Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung: Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1964; Otto Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

³ Martin Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 18.

⁴ BVerfGE 57, 319f.

⁵ BVerfGE 57, 323; 12, 260; 20, 174f.; 7, 208f.

行,工作的时候花费巨大、需要劳动分工和较高的专业标准。高昂的费用导致大众媒体行业的进入障碍,通常具有垄断性,当然也就具有社会影响力。鉴于媒体的重要性和广播电视收入单一所带来的危险,宪法要求立法者去形成一个积极的广播电视秩序。这种对自由权的形成将确保广播电视中言论的多样性,以最大可能的广度和完整性呈现,从而提供全面的信息。⁶学者 Ruck 认为,这就意味着在形成的法律介入过程中并没有原始的广播电视权利——尤其是举办广播电视事业的权利——存在。⁷同时,联邦宪法法院将基本法第 5 条第 1 款第 2 句“对此不得进行内容审查”作为基本权利限制的例子,⁸因为该条并不是在维护广播电视自由,而是在保护一种其他的、与交流无关并且会与媒体自由发生冲突的法益。⁹这意味着形成基本权利的法律和限制基本权利的法律必然保护不同的法益,形成性立法保护的法益(广播电视自由)被限制性立法促进的法益所限制。Borowski 进而认为,基本权利干预是涉及立法者的不作为义务,而基本权利形成是立法者的作为义务。换句话说,基本权利形成处理的并非授权立法者对自然自由进行何种干预的问题,而是要求立法者进行何种立法的问题。¹⁰笔者认为,基本权利形成是一个介于基本权利内在限制与外在限制之间的概念。¹¹它与内在限制的相似之处在于,都是对保护范围的限定,但与内在限制不同的是,内在限制不需要公权力的介入,而基本权利形成则需要立法者出面,所以在这一点上它又类似于外在限制。但基本权利形成与外在限制的区别在于,基本权利形成是立法者在确定保护范围,而非对已经落入保护范围的行为进行阻碍,也就是说,基本权利形成的时候,保护范围尚未确定,还谈不上对其进行了外在限制。

基本权利形成与基本权利限制的区分一直是基本权利教义学上的难题,近年来甚至出现了否认这种区分必要性的观点。¹²但笔者认为,这取决于基本权利形成的原因。只要基本权利形成有其必要性,那么这种区分就是有必要的。当然,有些学者将基本权利形成视为一种基本权利的客观法功能,¹³由此试图与主观权利意义上的基本权利限制相区分。对于这种理解,笔者不敢苟同。因为所谓基本权利的双重性质,并非权利本身具有双重属性,而是权利与规范的各自属性。德国学者 Friesenhahn 很早就指出,基本权利不是规范,而是以规范为基础。¹⁴用阿列克西的话来说,主观权利是一种权利人、义务人和权利对象间的三方关系,而

⁶ BVerfGE 57, 320.

⁷ Silke Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117, S. 548.

⁸ BVerfGE 57, 321; 73, 166.

⁹ BVerfGE 74, 343; 71, 215.

¹⁰ Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2007, S. 149.

¹¹ 关于基本权利内在限制与外在限制的区别,参见王轶:《论基本权利的内在限制》,未刊稿。

¹² Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, S. 667-676.

¹³ Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120, S. 368; Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, S. 58; Gerd Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz: Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, S. 249f.

¹⁴ Michael Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, S. 354ff.

客观法是将权利人、义务人以及权利对象的模态抽象化,公民相对于国家所拥有的言论自由不被侵犯这一被良好结构化的权利,通过这种三重抽象化变成了言论自由的纯粹应然存在。¹⁵ Stern 也说,基本权利是通过基本权利规范形成的。因为主观权利的基本权利在宪法文本中并非显而易见的,而是要通过解释来推导。¹⁶并非每一个规范都旨在保护个人的利益,从而得到一个主观意义上的权利。¹⁷比如根据基本法第 7 条第 1 款,国家对教育事业(包括私立学校)的监督,父母显然有利益,但是并不能得出对监督的违反侵犯了父母的主观基本权利。因为这只是宪法规范的反射性作用所产生的利益。法规范与主观权利不能等同。区别的标准在于,是否一个客观的法规范以保护个人为目的或者只有保护个人的效果。¹⁸这就是所谓的保护规范学说,它支持了从一个宪法规范中推导出主观的基本权利。根据该学说,从一个公法规定中推导出主观公权利需要三个前提:(1)该规范必须是客观上对某人有利的;(2)这种有利必须是法律的目的;(3)这种有利必须能通过法律得到贯彻。¹⁹当然,如果能够从一个宪法规范中推导出主观的基本权利,这个规范就可以被称为基本权利规范。²⁰因此,所谓基本权利的客观法性质,不是说基本权利是客观法,而是说基本权利规范是客观法。

这一点也有助于澄清一些学者将基本权利的形成与制度性保障(Einrichtungsgarantien)等同的误解。²¹制度性保障与基本权利形成的确具有相似性,因为制度性保障也主张对于某种法律上形成的制度要防止立法者去掏空或者废除。²²同时制度性保障与基本权利形成具有部分的重合性,²³比如婚姻家庭、

¹⁵ 罗伯特·阿列克西著《法、理性、商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社 2011 年版,第 261、267 页。

¹⁶ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, S. 1302.

¹⁷ Detlef Merten, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: ders./Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 559.

¹⁸ Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 75.

¹⁹ Michael Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2003, S. 35.

²⁰ 基本权利规范是指可能蕴含基本权利的规范,不是与基本权利有关的规范。比如基本法第 18 条的基本权利丧失、基本法第 17a 条的基本权利限制、第 19 条第 1、2 款的限制之限制或者第 19 条第 3 款的法人的基本权利主体资格都不是基本权利规范。

²¹ 前引注 3, Gellermann, S. 51; 前引注 12, Cornils, S. 503.

²² Ute Mager, Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 177.

²³ 德国基本法中被认为是制度性保障的包括:基本法第 14 条第 1 款的对财产和继承权的保障、第 6 条第 1 款的对婚姻和家庭的保障、第 6 条第 2 款的父母的照顾。这些规定有些已经在魏玛宪法下得到讨论,但是没有明确地承认,比如合同自由,魏玛宪法是以私人自治称之。同时,魏玛宪法还保障乡镇自治和公务员制度,这在基本法下也被承认,即第 28 条第 2 款和第 33 条第 4、5 款。另外,第 5 条第 3 款第 1 句对大学自治的保障、第 7 条第 1 款对国家对学校监督的保障、第 7 条第 3 款第 1 句对宗教课程的保障、第 92 条和第 97 条对独立法官地位的保障、第 140 条连同魏玛宪法第 137 条第 5 款对宗教团体作为公法社团的保障以及第 7 条第 4 款的私立学校、第 21 条的政党地位都是制度性保障。基本法中还有一些规定也经常被视为制度性保障,比如第 4 条第 2 款的不受干扰的宗教信仰、第 5 条第 1 款第 2 句的出版和广播电视自由、第 9 条第 3 款第 1 句的同盟自由、第 116 条的德国国籍、第 5 条第 3 款对艺术的保障、第 9 条第 1 款的团体和国家的法律制度、第 10 条的通信、邮政、通讯、第 12 条第 1 款的竞争经济、第 13 条的住宅、第

(私有)财产、合同被认为既是基本权利,又是法律上的制度。但不能忽视的是,制度性保障属于基本权利的客观法功能之一,²⁴也就是说,制度性保障根本不把基本权利作为主观权利来看待,制度性保障成立的前提就是区分制度与权利的不同。在制度性保障理论的代表人物施米特看来,真正的基本权利的内涵不是来自于法律,而是先在的。法律的干预原则上是有限的和例外的。而制度不是先于国家存在的,而是内在于国家的法秩序中、由国家形塑的产物。施密特区分了公法制度和私法制度,他将公法制度(institutionellen Garantien)定义为带有公法特征的、人为形成和建立的、有明确界限和可辨认的制度,包含了关联制度和补充制度以及标准。私法制度(Institutsgarantien)是指典型的、传统的规范集合和法律关系。²⁵当前,德国学者普遍将制度理解为一种规范集合,比如 Abel 认为,法律制度是法律规定的集合,它不仅是个别的规定,而且是相关法律领域起控制作用的结构原则。²⁶Stern 认为,制度是秩序的产物,同时也是旨在形成和保障秩序的规范的集合。²⁷既然制度性保障旨在保障一种规范集合,既然规范与权利之间存在区别,自然不能与旨在形成一种主观权利的基本权利形成相等同。

二、基本权利形成的原因

(一) 哪些基本权利需要形成?

并非所有的基本权利都需要形成。根据德国的通说,需要立法者来形成的基本权利主要包括财产权、结社自由、团结自由、合同自由、婚姻家庭、程序基本权和法律救济保障。此外,具有社会关联性的基本权利,比如交流基本权(尤其是出版自由和广播电视自由)、人格自由发展权,也有形成的必要。²⁸也有学者将《基本法》第4条第3款作为基本权利形成的例子,²⁹因为该条规定,任何人不得被迫违背良心服兵役并使用武器,具体由联邦法律予以规定。但是学者 Hillgruber 认为,该条并非在确定拒绝服兵役权利的保护范围,它仅仅是在没有改动的情况下对先前预设的基本权利框架进行补充,它是基于与之相冲突的公共

15 条的社会化、第 19 条第 4 款的法院裁判权的存在、第 20 条第 1 款的社会劳动法制度、第 36 条的联邦行政和联邦国防军的设立、第 88 条的联邦银行、第 101 条第 1 款第 1 句的禁止设立例外法院以及第 101 条第 1 款第 2 句保障法定法官、第 114 条第 2 款第 1 句的联邦审计署、第 140 条和第 139 条的星期日和节假日。Vgl. Gunther Abel, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Duncker & Humblot, Berlin, 1964, S. 79ff.

²⁴ Hans D. Jarass, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2006, S. 630-631.

²⁵ Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, S. 155.

²⁶ 前引注 23, Abel, S. 70f.

²⁷ 前引注 16, Stern, S. 784.

²⁸ 前引注 1, Degenhart, S. 269-280. 学者 Hillgruber 认为,继承权也需要形成, Vgl. Christian Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2011, S. 1010.

²⁹ Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 344.

利益来确定基本权利行使的形式和程序,是在形成替代役,而非在形成宗教信仰自由的本质内涵。³⁰类似的还有第 12a 条第 2 款第 3 句、第 104 条第 2 款第 4 句和第 38 条第 3 款,学者将其称为调整(Regelung)。³¹笔者认为,调整与形成有相似点,但是不能完全等同。相似点在于两者都需要立法者去行为,但是调整不一定针对基本权利,比如前述的《基本法》第 4 条第 3 款第 2 句,它只是赋予了立法者去具体化替代役的立法义务。同时,立法者的调整义务来自于宪法的明示规定,往往以“具体由法律规定”的形式出现,而基本权利的形成往往是默示的,它主要取决于基本权利自身的性质。当然不排除某些基本权利的形成也是宪法明示的,比如《基本法》第 14 条第 1 款第 2 句规定,财产的内容由法律规定。第 12 条第 1 款第 2 句规定,从事职业可以通过法律或者依据法律予以规定。此时,调整与形成就可以等同。³²

(二) 基本权利形成的原因

学者 Borowski 认为,需要形成的基本权利不是先于国家的自然自由,而是说,没有国家行为,尤其是立法,该权利就不能或者不能有效地行使。³³这种区分让人不由想起耶林内克提出的法律自由和自然自由(Natürliche Freiheit)的二分法。一方面,自然自由虽然能被置于法律规范的统治之下,但不能被消灭。即使存在禁止性规范,自然自由仍然可以实现。禁止不能使被禁止的行为变得不可能,而只能使这一行为变得违法。另一方面,法律也能为个人的行为能力添加一些个人并不天然拥有的东西,它可以赋予个人要求承认其行为为合法行为并据此获得国家保护的请求权,这一活动永远只能通过不受个人意志左右的国家决定来进行。个人总是能够进行两性结合,但只有符合客观法所规定的条件的两性结合才能成为婚姻;个人也总能在死亡之际做出某种处分,但只有按照法律规定作出的处分才能成为遗嘱。³⁴耶林内克认为自然自由和法律自由在法律上的后果是不同的,即可为与能为的区别。自然自由只有可为、不可为之分,法律无法让其不能。而法律自由是能为、不能为之分,法律无法让其不可为。比如合同自由是法律自由,因为“说无行为能力人不可以缔结合同是错误的,他只是不能缔结合同。无论他怎么做都不能成立任何合同,他自认为的法律行为并不存在,他只实施了一个法律上的无效行为。”³⁵因为那些与不能为相冲突的行为在法律上并不存在,它们不涉法。欲使这些行为成为涉法行为,就必须明确地由法律承认天然的能为。这一过程以如下方式进行,个人的行为能力被扩展,个人被明确地赋予自己尚不具备的能力,个人按照自己的利益要求国家的认可和作为。但这种能力不是许可

³⁰ a.a.O., S. 1012.

³¹ Thorsten Kingreen & Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 29. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2013, S. 59.

³² 故有些学者将形成保留也称作调整保留(Regelungsvorbehalt)。Vgl. Thomas Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, S. 34.

³³ 前引注 10, Borowski, S. 149.

³⁴ 格奥格·耶林内克著《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社 2012 年版,第 43-44 页。

³⁵ 同上,第 44 页。

的结果,而是授权的结果,由法律授予的涉法能力的总体构成了法律上的能为。³⁶在区分可为与能为的基础上,耶林内克进而提出了许可与授权的概念。许可与可为直接涉及个人与他人之间的关系,授权与能为直接涉及创设权利的整体及其成员之间的关系,这种关系主要是国家与个人之间的关系。³⁷但是,耶林内克思想的极端在于,他认为,所有的主观公法权利永远只能以能为为内容。³⁸即主观公法权利不是自然自由,都是法律自由。对此,可能施米特的分类更值得接受。诚如前述,施米特区分了真正的基本权利和制度。但是在这两者之间还有一种情形,就是与真正的基本权利相对的国家公民权利,它并非属于所有人,而只是针对一国国籍的享有者。它处理的是一国国内有限的政治参与权,比如请愿权、选举权。同样不属于真正基本权利的还有个人要求国家积极给付的权利,它以国家组织的存在为前提,比如有孩子的家庭要求国家救济的请求权。从上述分类中施米特推导出了不同的保护作用:(1)对于真正的基本权利,对它的干预只能基于普遍性的法律,也就是所谓的法律保留。由此,干预只能以适用法律的方式来进行,通过法律本身或者特别法律来直接干预是不允许的。因为这与法治国的法律概念相冲突,也将违背分权原则。³⁹另一方面,法律保留不仅对行政机关适用,而且也适用于立法者本身,成为其干预基本权利的限制。对自由权的保护不仅限于法律保留,也针对修改宪法的立法。在市民法治国,真正的基本权利属于宪法的本质,只能通过修改宪法才能进行。⁴⁰(2)对于个人要求国家积极给付的权利,通常并非直接的请求权,而是要通过执行宪法规定的法律来进行。⁴¹宪法的规定对于立法者是一种指针(Richtlinien)。对于公民的政治权利,施密特并没有给予详细的说明,对他来说,这些权利应该和积极给付的权利一样,属于有限的权利。⁴²(3)制度性保障旨在限制立法的形成空间,它主要是防止立法者侵犯制宪者。制度性保障的目的是,立法者在限制制度的时候不能废除该制度。保障的不仅仅是制度的存在,更多是制度的基础和特征,后者是制度在历史发展过程中所形成的典型的和本质的东西。⁴³

当前,学者一般将基本权利分为事实上形成的基本权利(sachgeprägten Grundrecht)和法律上形成的基本权利(rechtsgeprägten Grundrecht)两种,⁴⁴前者比如生命权、迁徙自由,属于个人的自然属性;言论自由、集会自由属于人的自然交往。后者比如婚姻、财产的所有。Kingreen和Poscher还指出一种中间情形,就是部分由法律形成的基本权利,比如基本法第9条第1款的结社自由,它

³⁶ 同上,第44页。

³⁷ 同上,第45页。

³⁸ 同上,第47页。

³⁹ Carl Schmitt, Verfassungslehre, 9. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2003, S. 151f.

⁴⁰ a.a.O., S. 177.

⁴¹ a.a.O., S. 212f.

⁴² 前引注 25, Schmitt, S. 168f.

⁴³ Carl Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, S. 213f.

⁴⁴ Michael Nierhaus, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers?—Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG, AöR 116, S. 83.

不仅保障一种以任何形式结社或者结伴的权利,而且还培育结社和团体的法律制度以及通过法律秩序形成的结社的类型,比如两合公司、股份公司、合作社等等。⁴⁵这种区分的意义在于,立法者在面对这两种权利时候的角色和地位是不同的,对于事实上形成的基本权利,立法者是干预者的角色和消极地位,从而称为限制保留(Begrenzungsvorbehalt);对于法律上形成的基本权利,立法者是推动者的角色和积极地位,从而称为形成保留(Ausgestaltungsvorbehalt)。⁴⁶学者Wolff更是区分了自然自由和法律构建的自由之间保护方式的不同。他将自然自由定义为一开始就没有界限的自由,法律构建的自由则是国家干预的自由。⁴⁷所以对前者的保护是看干预自然自由的立法是否被允许,对后者的保护又分为两种:一种是存续保护,是防止形成基本权利的立法被废止,另一种是适用保护,是防止形成基本权利的立法被不适用或者被违宪地错误适用。⁴⁸

对此,笔者认为,首先,自然自由和法律自由的二分对于解释哪些基本权利需要立法来形成是有帮助的,但是也必须注意到,这里面仍然存在程度的差别。有些基本权利不可能天然存在,只能是法律构建的结果,比如财产、婚姻。但有些基本权利并非完全无法天然存在,法律构建的只是该权利实现的条件,比如结社自由、广播电视自由,由于这些权利高度依赖组织和程序,所以法律只是形成了这些权利行使的组织和程序条件。⁴⁹这也就是为什么Kingreen和Poscher将这些权利称为部分形成的基本权利。其次,立法对于自然自由,只是被授权去干预,立法无权触及基本权利的保护范围,即决定某种行为是否受自然自由的保护,所以对这种干预性立法的审查是审查它是否违反了基本权利的外在限制条件,比如比例原则。但立法对于法律自由,是形成其保护范围,所以对这种形成性立法的审查是审查它是否违反了基本权利的内在限制。再次,自然自由和法律自由的二分只能用来解释自由权,但对于社会权、参政权乃至程序权却是无能为力的。实际上,社会权、参政权、程序权都属于施米特所说的国家公民的权利,它们不是先于国家存在的,而是高度依赖国家存在的,都具有形成的必要性。至于平等权,因为其没有保护范围,当然也就不存在形成的空间。⁵⁰

三、基本权利形成的过程——以财产权为例

基本法第14条第1款第2句授权立法者去形成财产的内涵,这使得财产具有了法律依赖性。原因就在于,不存在自然的预先给定的财产保障的范围。⁵¹典

⁴⁵ 前引注 31, Kingreen & Poscher, S. 57.

⁴⁶ Christian Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, S. 180.

⁴⁷ Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, S. 98, 103.

⁴⁸ a.a.O., S. 91, 104.

⁴⁹ 前引注 1, Degenhart, S. 283-284.

⁵⁰ a.a.O., S. 284.

⁵¹ Markus Appel, Entstehungsschwäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums: Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf Basis der Eigentumsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, S. 89ff.; Ansgar Grochtmann, Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG: Konsequenzen für

型的例子就是知识产权，因为不像动产和不动产是有形的，知识产权的范围只能通过法律规定来形成。对此，学者 Leisner 认为，因为大多数有财产价值的法益并无法自然地区分开，所以首先需要确定内涵，从而赋予其成为法律上财产资格。财产资格不能等同于自然存在的法益。这里需要区分三种类型：（1）自然可区分的法益。后者比如动产，因为它们可以在法外进行区分并且可支配。（2）本质上无法区分的法益，后者比如不动产，立法者必须通过区隔赋予其财产资格，这成为物权形成的前提（比如划界、登记册）。（3）法律上可识别的法益，比如债权等无形的法益。专利、商标等都受宪法上财产的保护，但前提是立法者进行了内涵确定。⁵²上述三类中，自然可区分的法益，无需立法者进行内涵确定，立法者仅仅是进行限制。无法区分的和无形的财产都需要立法者进行内涵确定。

基本权利的形成与限制的区分在财产权上体现的最为明显，主要就是如何解释《基本法》第 14 条第 1 款第 2 句中的“内涵确定 (Inhaltsbestimmung)”和“限制确定 (Schrankenbestimmung)”。对此，联邦宪法法院只是指出内涵确定必须是普遍和抽象地规定权利义务，⁵³并没有给出明确的标准。所以，学者们提出了各种各样的标准。比如 Ramsauer 认为，内涵确定是规制财产所有人未来的权利义务，而限制确定是干预已经存在的财产权。⁵⁴但是，Appel 认为，这种区分是不可能的，因为改变也可以产生事后的形成力，从生效开始改变了旧的财产所有者的法律地位，这对于旧的财产所有者而言也是与未来有关的，即具有内涵规定性质。为此，改变并非纯粹的限制确定，而总是同时伴随着内涵确定。⁵⁵学者 Timm 和 Lubberger 都认为，私法秩序在内涵确定意义上形成财产关系，而公法基于公共利益对财产的内涵进行限制。⁵⁶但这就等于否认了公法上对财产权的形成。Bender 将是否扩大了财产所有者的行为可能性或者施加了作为义务还是对其施加了忍受和不作为义务作为内涵确定和限制确定的分界线。⁵⁷但是，Wendt 针锋相对地认为，财产权的内涵规范是普遍的和义务中立的，而限制规范则是为宪法所保护的财产施加作为、不作为和忍受义务。⁵⁸

财产的内涵确定是指确立财产客体的标准和进行归类，财产的内涵确定不涉及财产客体的使用和使用可能性。后者经常是与财产的限制相联系的，新的物权的引入，比如住宅财产或者修建权属于财产权的内涵确定。⁵⁹再比如，矿藏财产

die Eigentumsdogmatik, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2010, S. 25.

⁵² Walter Leisner, Eigentum, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, C.F.Müller, Heidelberg, 2010, S. 307.

⁵³ BVerfGE 58, 330; 50, 339f.; 52, 27; 72, 77.

⁵⁴ Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, S. 73f.

⁵⁵ 前引注 51, Appel, S. 272.

⁵⁶ Charlote Timm, Eigentumsgarantie und Zeitablauf, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977, S. 48; Andreas Lubberger, Eigentumsdogmatik: Gegenwärtige Probleme der systembindung und Rechtsanwendung, dargestellt am Beispiel des Denkmalschutzrechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 257ff.

⁵⁷ Bernd Bender, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, 1297f.

⁵⁸ Rudolf Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, Joachim Heitmann Verlag, Hamburg, 1985, S. 157f, 291.

⁵⁹ Jürgen Eschenbach, Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin,

的例子，一方面将其从不动产中剥离，另一方面对其进行归类。反之，建筑规划并非法律在构建财产的内涵，因为它是在扩大或者限制财产所有人的行为空间，即允许或者确定对其地皮的使用。⁶⁰与个别-具体的征收不同，财产权的内涵确定还有一种表现形式就是一般-抽象地废除某种财产权，这被称为革新

(Umgestaltung)。立法者既然可以形成财产权的内涵，当然也可以对已经形成的内涵进行革新，这种革新主要通过修改法律来进行。比如北威州的《一般山岭法》规定了矿藏所有者对于地皮的优先购买权，因为该地皮对于矿藏企业的运营是必要的。但是 1982 年生效的《联邦矿藏法》没有规定该优先购买权，据此消灭了之前存在的优先购买权。⁶¹

四、基本权利形成的限制

基本权利形成的悖论在于，形成基本权利的立法者本身又要受到基本权利的约束。由于立法者享有比较宽泛的形成自由，对这种形成自由进行限制就显得尤为重要，只有这样，立法者的形成自由才不会变成恣意。

(一) 基本权利形成的限制

1、形式上的限制

形式上的限制主要是指形成基本权利的立法必须是形式上的法律。在大陆地区就是指全国人大及其常委会制定的以《XX 法》为名的法律。至于法律以下的立法为什么不能形成基本权利？因为按照重要性保留的理论，基本权利形成是使基本权利的本质变得可见以及形成基本权利的前提条件，比如有效的组织，属于对公民重要的事务，自然应当保留给法律来进行。⁶²

2、实质上的限制

(1) 比例原则

比例原则对基本权利形成的主要体现在：（1）妥当性原则，立法者的形成要符合基本权利的本质或者核心，比如婚姻的核心是一男一女原则上不能解除的共同生活，⁶³结社的核心是自由的联合和自我决定，⁶⁴如果立法者允许一夫多妻或者授权强制性的结社，这种形成就是违宪的；（2）必要性原则。在基本权利限制中，必要性原则表现为最小侵害性。但在基本权利形成过程中，既然基本权利的保护范围尚未确定，还谈不上对有待形成的基本权利自身的侵害，只能说不要侵害到第三方的基本权利或者说对第三方的基本权利的侵害降到最小。比如形成某个基本权利的保护范围的时候侵入了另一个基本权利的保护范围；（3）均衡性原则，这个涉及到内涵需要权衡的基本权利，比如德国联邦宪法法院要求立法者在形成财产权的时候要考虑财产的私使用性和社会义务性。联邦宪法法院甚至指出，

1996, S. 640.

⁶⁰ Ulrich Hösch, Eigentum und Freiheit: Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 239.

⁶¹ BVerfGE 83, 201ff.

⁶² Peter Lerche, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 314.

⁶³ BVerfGE 10, 66.

⁶⁴ BVerfG, NJW 2001, 2618.

立法者形成的财产范围越宽，那么它的社会关联性和社会功能就越多。⁶⁵

(2) 基本权利的核心

立法者的形成不仅要防止基本权利陷入空转，而且要使自由的行使变得可能。比如婚姻虽然不以生育为前提，但是婚姻旨在构建一种生育的可能性，或者说，将培育孩子作为一种框架条件。所以基本法第6条第1款对婚姻的保护不是在保护两个成年人，而是在保护社会更新的潜在能力。⁶⁶立法者如果将同性伴侣也界定为婚姻的保护范围就违背了婚姻的核心。婚姻和同性伴侣关系的本质区别就在于，后者缺乏生育和培养后代的潜在能力。对此无法说，通过修改法律使同性伴侣具备这种能力，比如共同收养小孩。因为通过收养，同性伴侣尽管可以对培养下一代作出贡献，但是不及于生育，而孩子的早期培养处于中心位置。婚姻对于孩子来讲，是生活、经验和培育的最优空间。⁶⁷同时，婚姻和家庭对个人的社会化具有特殊的意义。⁶⁸正是因为婚姻和同性伴侣存在这样的差别，所以将同性伴侣排除在婚姻的保护范围之外并不构成对前者的歧视。

(3) 基本权利的内在限制 (grundrechtsimmanenten Schranken)

立法者在形成基本权利的时候，要受到基本权利内在限制的限制，因为内在限制就是保护范围的界限，这些界限要么是宪法直接规定的（有时称为宪法直接限制，*verfassungsunmittelbaren Schranken*），比如德国《基本法》第8条第1款前半句规定，所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利；要么是不成文的，比如禁止权利滥用。由于基本权利的内在限制并非立法者赋予的，所以不会造成立法者自我设限的后果。基本权利的内在限制除了可以分为成文的内在限制和不成文的内在限制外，根据学者的研究，还可以分为普遍的内在限制和部分的内在限制，前者对所有基本权利都适用，包括：基本权利的行使能力

(*Grundrechtsausübungsfähigkeit*)、明显危害社会行为的禁止、暴力禁止、尊重他人的财产、禁止权利滥用、恶意禁止、一般的权利丧失。⁶⁹后者仅对某个基本权利适用，比如，对于宗教文化自由、封闭空间内的集会自由和艺术自由来说，《建筑法》构成其内在限制。礼拜和集会要以对教堂和集会空间没有造成伤害为前提，⁷⁰

(二) 违宪的基本权利形成的后果

如果立法者在形成基本权利的时候违反了上述界限，该如何处理？德国的通

⁶⁵ BVerfGE 53, 292.

⁶⁶ Jörn Ipsen, Ehe und Familie, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 438-439.

⁶⁷ Udo Steiner, Schutz von Ehe und Familie, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, S. 1253.

⁶⁸ Heinhart Steiger, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel: Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), S. 76.

⁶⁹ Detlef Merten, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 212-239.

⁷⁰ Karl August Bettermann, Grenzen der Grundrechte, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, S. 8.

说认为，违宪的基本权利形成就构成对基本权利的干预，这被称为翻转理论

(*Umschlagtheorien*)。⁷¹即基本权利形成和基本权利干预是对立的概念。对此，笔者无法苟同。因为基本权利形成的违宪就意味着立法者所确定的保护范围不应该是基本权利的保护范围，也就是说，此时，立法者形成的东西是在基本权利的保护范围之外。那么这就谈不上是对基本权利保护范围的干预。因为干预必须是对落入了保护范围的行为，或者说，对应受基本权利保护的行为的妨碍。反之，立法规定的东西已经超出了基本权利的保护范围，怎能谈得上是干预呢？更何况，干预还需要经过正当化，一个超出了基本权利保护范围的立法又如何对其进行正当化呢？所以，笔者更加认同学者 Ruck 的观点，如果一个形成不适当，也就是没有发挥功能，并不具有干预的性质。形成不会翻转为不允许的干预，否则教义是不融贯的。⁷²实际上，基本权利形成主要受基本权利内在限制的限制，因为内在限制就是为保护范围划定界限的，违宪的基本权利形成仅仅就是违宪，违反了内在限制并不会因此就变成了外在限制。

另外一个值得思考的问题是，如果立法者不形成基本权利的话会有什么后果？笔者认为，既然某些基本权利需要立法者来形成保护范围，如果立法者不去立法形成，那么直接导致该基本权利无法受到有效的保护，所以，立法者对于那些需要形成的基本权利负有形成义务，违反这种形成义务将导致立法不作为的违宪。⁷³因此，所谓立法者的形成自由只是形成何种内容的自由，而非是否形成的自由。

五、 余论

近年来，大陆地区围绕《中华人民共和国宪法》(1982)第9条第1款“自然资源国家所有”的内涵产生了激烈的讨论。⁷⁴一方面，多个地方出现的公民因拾得或者发现“狗头金”、“乌木”而产生的私有还是国有的争议反映了公共财产的内涵亟需法律的形成，另一方面，2012年《黑龙江省气候资源探测与保护条例》规定风能、太阳能属于国家所有，则凸显出立法者在形成公共财产的过程中是否受约束的问题。

上述问题能否通过基本权利形成的理论来解释，首先取决于公共财产是否属于一个基本权利。学者大多从《中华人民共和国宪法》(1982)第9、10条中的“属于国家所有”或者从第13条第1款的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”推导出“国家所有权”或者“公共财产权”的概念。⁷⁵但是，这显然混淆了客观法与主观权利。因为无论是宪法第9、10条还是宪法第13条第1款都并非主观权利，而是一个客观法。

⁷¹ 前引注 3, Gellermann, S. 364-365.

⁷² 前引注 7, Ruck, S. 550.

⁷³ 参见王轶：《论立法不作为的违宪》，载《东吴法学》2007年春季卷。

⁷⁴ 该条规定，矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

⁷⁵ 程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，载《法学研究》2015年第4期，第105-126页。

基本权利的主观性是指基本权利对于某个个体、其生活状况、利益及其自由的意义，反之，如果基本权利规范对于整体，即共同体利益或集体利益的意义为基础，那么它就是客观的。⁷⁶主观公权利的概念来源于私法上的主观权利。私法上的主观权利是一种法秩序授予的意志力或者意志支配。耶林从利益法学的立场出发，将主观权利定义为法律所保护的利益。但是，受国家法实证主义的影响，基本权利早期并非主观权利，而是一种限制国家权力的规范。因为如果把基本权利构造为一种针对国家的主观权利的话，将导致国家既是权利的保护者又是义务人的后果。所以，Gerber 和 Laband 都反对基本权利的主观权利属性，因为它没有客体。⁷⁷Jellinek 和 Anschütz 采取了调和的做法，尽管并非每一个受宪法保护的自由都是公民的公法请求权，但是从依法行政原则中可以推出个人对于主管机关的违法命令有不作为和撤销的请求权。⁷⁸直到帝国时代，Bühler 才将主观公权利界定为对个人利益的保护，⁷⁹并将其与个人从公共利益中的间接获益（反射性利益）相区分。因为公法秩序不仅要保护个人利益，而且也要保护公共利益。对于个人利益，个人可以自由处分并放弃（也就是体现意志力的地方，即所谓的主观性），而对于从公共利益中的间接获益（反射性利益），因为它是客观存在的，个人既无法拒绝也无法放弃。经过 Bühler 的努力，主观公权利就与私法上的主观权利相衔接，前者不过是后者在公法上的反映而已。此后，Bachof 又将主观公权利与诉权相连接，并成为主观诉讼中判断当事人是否具有原告资格的标准。而对于反射性利益的受损，个人无法以个人的主观公权利受损提起主观诉讼，而只能以公共利益受损为由提起客观诉讼（即公益诉讼）。由此，主观公权利和反射性利益就成为公法上个人利益和公共利益的分界线。⁸⁰而探求主观公权利是否存在的保护规范理论就是要通过对基本权利规范的解释来寻找其中保护个人利益的目的，从而确立基本权利的主观公权利属性。因此，如果将公共财产或国家所有界定为一种基本权利，我们必须确定，这到底是在保护个体的利益还是保护客观秩序或集体的利益。⁸¹公共财产或国家所有的“公使用性”导致了其更具公共利益的特征，同时，如果将这种带有公共利益性质的公共财产建构为国家的“个体利益”，这无异于将公产变成“国家私产”，国家对这部分财产享有主观权利般的“处分自由”，势必违反宪法第9条第1款的“国家所有，即全民所有”的精神。

如果说公共财产并非一种基本权利，只是一种客观法上的制度。那么，它就不能用基本权利形成而要用制度性保障来解释。诚如前述，制度性保障主要是防

⁷⁶ 前引注 15，阿列克西书，第 269 页。

⁷⁷ 前引注 17，Merten, S. 551.

⁷⁸ Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905, S. 103f.

⁷⁹ Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Verlag von W. Kohlhammer, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914, S. 21, 43.

⁸⁰ Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Carl Hezmanns Verlag, 2008, S. 375.

⁸¹ Robert Alexy, Grundrechte als subjective Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, S. 277.

止立法者在形成制度的时候掏空或者废除制度的核心，那么，公共财产制度的核心在哪里？学者 Bleckmann 建议，制度的核心要合乎宪法的目的，通过目的解释来确定。⁸²Kloepfer 认为，制度的核心领域需要考虑不同的因素来确定，出发点是制度的历史内涵，因为它是制宪者引入的理由。⁸³

回到制宪史，在 1982 年宪法以前，《中华人民共和国宪法》中对私人财产一般不用“财产”的表述，而是用生产资料、生活资料。⁸⁴生产资料与生活资料是马克思对财产的最基本的分类。根据《辞海》的解释，生产资料亦称生产手段，是社会生产力中的物的要素，包括劳动资料和劳动对象，其中最重要的是劳动资料中的生产工具。⁸⁵生活资料即消费资料，是用来满足人们物质和文化生活需要的那部分社会产品。按满足人们需要层次分，有生存资料（如衣、食、住、用方面的基本消费品）、发展资料（如用于发展体力、智力的体育、文化用品等）、享受资料（如高级营养品、华丽服饰、艺术珍藏品等）。按使用时间长短分，有一次或短期使用的普通消费品和可供长期使用的耐用消费品。⁸⁶马克思的这种分类的依据在于两者对生产的不同作用。马克思认为，财产是生产的结果，但是，生产要进行，就必须让劳动者与生产资料结合，即劳动者通过劳动工具，对劳动对象进行加工或改造。他说，“不论生产的社会形式如何，劳动者和生产资料始终是生产的因素。但是，二者在彼此分离的情况下只在可能性上是生产因素。凡要进行生产，就必须使它们结合起来。”⁸⁷因此，决定最终财产实际是劳动者的劳动和生产资料。但是，马克思通过对资本主义生产过程的分析得出，生产资料的因素比劳动者的劳动更重要，在某种意义上，生产资料甚至在支配劳动。这是因为，资本主义社会，劳动者虽然与资本家之间没有人身依附关系，即他可以自由者配自己的劳动，但是，资本家通过将所有生产资料集中到个人手中，造成劳动者只有向其出卖劳动才能获得自己所需的消费品。因此，劳动者表面上看起来是自由的，但却是自由的一无所有，只剩下选择向谁出卖劳动的自由。这样，资本家只需通过对生产资料的所有，就可以自己不劳动，而占有他人的劳动，从而占有最终财产的大部分。由此马克思考察了各个历史曾经存在过的各个经济形态，他发现，凡是存在无偿占有他人劳动的经济形态有一个共同的特点，那就是，劳动者失去了生产资料这种劳动条件，生产资料所有者则凭借自己占有的劳动条件，驱使失去劳动条件的劳动者从事劳动，生产成果不是属于劳动者——直接生

⁸² Albert Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heymann, Köln, 1985, § 11 RN 116f.

⁸³ Michael Kloepfer, Einrichtungsgarantien, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, C.F.Müller, Heidelberg, 2011, S. 935.

⁸⁴ 1978 年宪法第 9 条：国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料的所有权。1975 年宪法第 9 条第 2 款：国家保护公民的劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。1954 年宪法第 8 条第 1 款：国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权。第 9 条第 1 款：国家依照法律保护手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权。第 10 条第 1 款：国家依照法律保护资本家的生产资料所有权和其他资本所有权。第 11 条：国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。

⁸⁵ 夏征农主编《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 1999 年版，第 2088 页。

⁸⁶ 同上，第 1119 页。

⁸⁷ 《马克思恩格斯全集》第 24 卷，人民出版社 1972 年版，第 44 页。

产者而是属于非劳动者——生产资料所有者。可见，生产资料不仅决定了生产的进行，而且决定了生产的性质。

生活资料对生产的作用主要是再生产劳动者的劳动，虽然生活资料对于劳动者个人的意义重大，但是，从生产过程来看，生活资料最终是被生产资料所决定的。马克思说，“消费资料的任何一种分配，都不过是生产条件本身分配的结果。而生产条件的分配，则表现生产方式本身的性质。”⁸⁸在奴隶社会的农奴社会，由于奴隶和农奴“都是作为生产的无机条件与其他自然物同属一类的”，⁸⁹其本身就是作为生产资料存在的，他们自然谈不上占有生产资料，所以也就谈不上参与消费资料的分配；在资本主义社会，雇佣工人的情况和奴隶、农奴略有不同，但因他们的个人消费品是通过自己的劳动交换而来的，所以，从实质上看，雇佣工人也谈不上参与消费品的分配，真正的分配只存在于剥削阶级内部，只是剥削者依据其资本的多少，来瓜分雇佣劳动者所创造的剩余价值。之所以如此，其道理也很简单：雇佣工人丧失了生产资料，各个剥削者分别拥有不同数量的生产资料。至于原始社会的消费品分配，如果说，它是一种平均的分配，那么，这种分配只是以公社成员“都是所有者”为前提的。⁹⁰因此，不论从理论上还是历史上看，生活资料都是由生产资料决定的。

从生产资料和生活资料对生产的不同作用出发，马克思认为，生产资料和生活资料应当具有不同的所有权形式。生活资料可以是私有的，而且必须是私有的，只有这样才能达到真正为劳动者所消费的目的。然而，生产资料虽然长期以来是私有的，但是这种私有却导致了劳动者对劳动产品的丧失，导致了不劳动者对劳动者的剥削，所以，生产资料的私有是一切“罪恶”的根源，在道义上是不能够被接受的。马克思主张，为了消除剥削，生产资料应当是公有的。正是基于此，马克思不以生活资料的分配原则来划分所有制形式，不在所有制意义上讲生活资料。在马克思眼里，所有制，无论是私有制还是公有制，都是针对生产资料而言的。这是我们在讨论宪法中的公共财产时不能脱离的历史背景。

因此，当《中华人民共和国宪法》（1982）第6条规定，中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。第7条规定，国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。第12条规定，社会主义的公共财产神圣不可侵犯的时候，我们必须了解，无论是公有制为主体还是国有经济是主导力量，乃至社会主义公共财产神圣不可侵犯都是针对生产资料的公有制而言的，而之所以要确立生产资料公有制的主导地位和神圣性，就在于防止生产资料私有制所带来的对劳动者生活资料的剥削。这就是社会主义公共财产的制度核心，即首先针对生产资料，其次防止出现剥削。由此，立法者在形成公有财产的时候就需要考虑：（1）

⁸⁸ 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1965年版，第13页。

⁸⁹ 《马克思恩格斯全集》第46卷（上），人民出版社1979年版，第488页。

⁹⁰ 同上，第498页。

该财产是否具有生产资料属性；⁹¹（2）该财产的私有化是否易产生剥削的效果，当然产生剥削效果的前提是私人具有垄断该财产的可能；（3）该财产的私有比例是否超过了该财产的公有比例，从而使该财产的公有制丧失了主体地位。因为自1988年修宪之后，生产资料的私有制也为宪法所允许，只要不影响该领域生产资料公有制的主体地位即可。据此，乌木和狗头金不具有生产资料的属性，⁹²不宜规定为国家所有。风能、太阳能虽然具有生产资料的属性，但私人不具有垄断的可能，也不宜规定为国家所有。

⁹¹ 德国法上认为，生产资料（Produktionsmittel）是指事实上和法律上能够获得和产生利益，即具体的物质产品的手段，包括建筑物、机器、原材料和专利、商标。有争议的是，整个经济企业，比如贸易、银行、保险、交通企业是否包含在内，根据基本法第15条的发生史，它针对的是关键性的工业，而非服务性的企业。Vgl. Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., C.H.Beck, München, 2013, S. 504.需要注意的是，由于德国基本法第15条将土地、自然资源和生产资料并列，所以其生产资料的范围比我国要小。

⁹² 关于乌木和狗头金不是自然资源，参见金可可：《论乌木之所有权归属——兼论国家所有权之种类及其限度》，载《东方法学》2015年第3期，第82-97页；金可可：《论“狗头金”、野生植物及陨石之所有权归属——再论自然资源国家所有权及其限度》，载《东方法学》2015年第4期，第99-112页。