

立法學之概念、範疇界定及功能*

林 明 鏘**

要 目

壹、前 言	儀式化)
貳、立法學之概念與範疇界定	(一)國會的失能
一、立法學所討論之「法規範」	(二)立法氾濫
二、立法學研究課題與範疇	(三)法規缺乏一致性(缺乏內聚力)
(一)研究法規成立理論(即立法程序)	(四)過多象徵性立法
(二)研究法規整體組合(即立法技術)	二、立法學之功能
(三)研究法規效力理論	(一)對立法行為具指導功能
(即法規效果評估)	(二)效能管理法功能
(四)研究法規應循之基本原則	(三)改革社會功能
(五)不成文之基本原則	(四)去除法規政治化的功能
參、立法學面臨之困境及其功能	(五)作為法規範合法(憲)解釋之
一、現代立法之缺陷	指引
(一)立法程序之沉淪(形式化、	肆、結 語

DOI : 10.3966/102398202020060161002

* 本論文原於2019年5月24日於臺灣大學公共政策與法律研究中心主辦〈立理論與實踐〉學術研討會發表，作者感謝評論人陳惠馨教授及吳秦雯副教授之指正，以及政大法學評論二位匿名審查人之評論，本文已盡最大程度加以修正改善，併此致謝。

** 臺灣大學法律學系講座教授、臺灣大學法律學院歐盟法研究中心主任，德國海德堡大學博士。

投稿日期：一〇八年八月十九日；接受刊登日期：一〇九年一月三十一日

責任校對：林嘉瑛

摘 要

立法學在我國傳統公法學界咸認非屬公法學研究領域內之課題，影響所及，致國內憲法或行政法對立法學的研究成果稍嫌不足。本論文參酌德國、奧地利及瑞士之立法學研究成果，參酌國內立法技術及立法程序之基本研究成果，擬從最基本之立法學概念、研究範疇及其功能出發，再深入分析我國立法學應該研究的四大課題：立法程序、立法技術、立法影響評估及立法基本原則（含成文與不成文之基本原則），並以我國實際案例加以佐證分析，希望能夠建立我國立法學研究之範疇外，並能喚醒注意：立法學之研究是一門跨學科領域之研究，且與德國進行之新行政法學研究，息息相關，立法學之研究對我國「依法行政」及「依法審判」均將有巨大之助益，並得提升法規範之效力。

關鍵詞：立法學概念、立法學範疇、立法程序、立法技術、立法影響評估、立法原則、立法缺陷、立法學功能、德國新行政法、依法行政

壹、前言

隨著國內政治、經濟及科技發展之瞬息萬變，現行法規範與實際解決問題需求常會發生與時代嚴重脫節，因此法規範（以下原則上均含憲法地方法規範及行政立法在內）的更新、制定與修改在二十一世紀變得無比重要，否則當法規範與現行管制需求與目的背道而馳，或與其現代需求不能相輔相成時，其不僅無法解決社會上不斷產生之紛爭問題，而且也會使得法規範本身產生所謂「規範赤字」（Normendefizit），喪失法律規範作為「定紛止爭」或「行為標準」的預設功效。蓋在現代社會中，人們日常生活均受到法規範的支配，法規範的決定標準已成為人民舉止行為之重要依循，所以現代的法治國家（Rechtsstaat），其實就是法律國家（Gesetzesstaat），也就是「立法國家」（Gesetzgebungsstaat）¹。法規範內容的合理性、完整性及與時俱進即顯得無比重要，韓非子在二三〇〇年前（？~233BC）所說的「法與時轉則治」，至今仍得被奉為立法學上之金科玉律²。

但是，如何制定或修改具有理性（或合理）之法規範，如何避免法規範之不明確、不完整或彼此相互矛盾的立法學（或稱為「立法理論」），在我國的法律學研究領域中，尤其在公法學，迄今仍受到相當程度的忽略與漠視。立法學之研究及教學，在法律人基礎培養教育中，都一直處在一種陰影的角落中（Schattendasein），因為傳統法律學之研究與教學，都集中於法釋義學上，意即僅訓練法律人能夠透過嫻熟的文義解釋、歷史解釋、體系解釋及目的性解釋法規範，然後在個案事實涵攝個別法規範，得出一個具體正確解

¹ Vgl. Meßerschmidt, ZJS 2008, S. 111.

² 併得參閱韓非子第54篇〈心度〉，其原文為：「法與時轉則治，治與世宜則有功」，張素貞編，國家的秩序：韓非子，頁101-102，1985年7月，5版。

答；但對於如何制定或修正具有合理性的抽象法規範，則相對顯得較不關心，因為法律學者有認為法規範乃屬政治之妥協藝術，無關法學研究與教學。此種長期積非成是的偏差觀念，也影響我國立法學的有效全面開展，以及隨處可見普遍具有不理性的、不明確性及不完整及相互矛盾之法規範，影響行政機關「依法行政」及司法機關「依法審判」的憲政功能，因為具有此種瑕疵的法規範，在執行或審判實務上，都可能會產生令社會大眾難以理解的執行情形或審判結果，而嚴重批評此種「行政怠惰」或「恐龍裁判」，不食人間煙火，與人民的正義觀感，完全悖離。從而，我們亦可推論出行政效能不彰、審判結果不符社會之期待，重要癥結因素之一在於：法規範之不合理、不明確、不完整與法規範彼此相互矛盾有密切關聯，惟在法律學系的教學上罕見設有立法學之必修課，法律人國家考試通常不考「立法學」，研究立法學者寥寥無幾，法律人基本養成過程中通常都不具有制定合理、明確、完整及有效能法規範之專業能力，大都只致力於解釋法規範（大前提），帶入個案事實（小前提），得出涵攝結果之微觀法釋義學三段論法操作。而嚴重忽略宏觀對法規範本身是否具有合理性問題之評估研究³。

此種近似嚴酷的指責，似可以從最近立法院修正制定的重要大型立法與修法實例，得到證實，例如：一系列的所謂「轉型正義立法」，諸如：不當黨產條例、社團年資處理條例⁴；都市更新條例

³ 忽略立法學之重要性，亦為德國法學界之現況。Vgl. *Meßerschmidt*, aaO. (Fn. 1), S. 111; 林明鏘，德國新行政法，頁88-93，2019年9月。

⁴ 例如：社團年資處理條例第7條規定，可以追溯至任何黨職併公職退休年資事件，無時效規定之適用，政黨及其附隨組織不當取得財產條例（不當黨產條例）第3條規定，不當取得財產之處理不適用其他法律有關權利行使期間之規定……等，即明顯違反「法律不溯及既往」之基本立法原則。

的大幅修正⁵，「危老建物重建條例」的快速制定⁶，行政程序法⁷及社會秩序維護法⁸、公司法⁹的大幅修改草案，司法院對教師法第33條的釋字第736號解釋¹⁰，現行大學法第9條第1項之懸疑規定，造成臺大五百餘日無校長的大學自治案例¹¹……等等，此種立法或

5 「都市更新條例」，涉及的不僅居住正義、個人財產權之保障，亦涉及國家之都市計畫政策，卻在2019年1月之修正草案中，嚴重脫離都市計畫體系之原則或規定，與都市計畫原則相互矛盾者，例如其第二章有關都市更新地區之劃定（第5條至第10條）。其批評併得參閱高仁川，評析新修正都市更新條例中有關都市更新事業計畫的規定，載：2019年兩岸房地產法研討會報告論文，頁3以下，2019年3月。

6 「危老建物重建條例」因須貫徹蔡總統之個人意志，所以未經過正式的行政審議程序（即省略內政部法規會），即倉促三讀通過，造成甚多的「特權」及「不明確」之管制風險，其批評得參考林明鏘，評都市危險及老舊建築物加速重建條例，載：都更法學研究，頁219-252，2018年6月。迄2019年底，全臺已有300件核准適用為老建物重建條例之申請案件，併得參見危老申請，今年衝400件，自由時報，2019年12月8日A11版。

7 法務部於2018年9月10日函送行政院審議「行政程序法部分條文修正草案」，但其部分修改理由認為急迫性者，諸如：增訂機關網站之公告、「公聽會」規定及「職權命令」之起死回生，但其不僅沒有急迫需要，而且職權命令之增訂，反更會使行政命令體系相互矛盾。

8 內政部於2019年1月15日審查「社會秩序維護法」修正草案時，即可見其大量刪除與行政罰法重複性或相互牴觸之規定，但也因為刪除規定幅度過大，致造成規範體系之嚴重不完整性（例如：刪除散布謠言，足以影響公共安寧條款，對有效執行假消息之打擊，反而形成規範漏洞）。

9 公司法的2018年第148條修正評析，併得參閱王文宇，公司法論，六版序中之簡要說明，2018年10月，6版。

10 司法院釋字第736號解釋，認為教師法第33條規定，並未違反憲法第16條之訴訟權保障，卻未指明該條規定內容含糊、不符合憲法上「明確性原則」之精神，亦屬反面教材。

11 有關大學法第9條第1項之「由教育聘任之」因文義不明確，致生教育部得否「不聘任之」的權限討論，併得參閱林明鏘，大學自治與自治監督的平衡：以台大校長遴選案論立法學之重要性，2019年台灣行政法學會年度研討會，

修法無理性、不明確、不完整及法規相互矛盾性的案例，可謂罄竹難書。因此，法學的研究重心若能轉向對抽象法規作宏觀之檢視評估發展，尤其是對立法原則、立法程序、立法技術及立法評估全面性之精進研究，建立臺灣有效的立法指南或理性立法SOP（Standard Operation Procedure）程序，或許此種呼籲與努力，才能有效提升我國的立法品質，進而得以良性提升審判品質及依法行政效能，釜底抽薪，對症下藥。蓋不論是大型或中小型的立法（修法）計畫，理論上均須有立法學的全程陪伴及有效監督，才能產生「好」的立法，而非一切僅憑決策者或上位者之個人意志及國會立法者之「黨團協商」（政治妥協）即可產生良善法規範！

目前我國有關立法學之研究成果極為有限，絕大部分均集中於中央國會（即立法院）之「立法程序」及「立法技術」¹²討論上，且多非法律學者¹³，一方面未能有效擴大及於地方自治團體之立法及行政立法（即含法規命令、行政規則與職權命令之發布及修正），且另一方面流於純粹形式表面制度上敘述之可能，未能以特定具體法規範（或草案內容）為例，予以深入解析說明，致淪為純形式理論之立法研究而非應用性立法學，甚為可惜！推論其主要原因乃研究者未受過嚴格實體與程序之法學訓練所致；而另一方面，法學者對於何謂「管制理論」？何者為適當之「管制手段」？以及政治學、經濟學及社會學上常見之「法規影響評估」，亦不熟悉，

自治行政之民主正當性與監督，2019年2月16日論文，頁19-21。

¹² 例如羅傳賢，立法程序與技術，2012年7月，6版；曾濟群，國會立法與程序，2001年11月；周萬來，立法院職權行使法逐條釋論，2011年12月，2版。

¹³ 例如：朱志宏，立法論，1995年3月；王保鍵，圖解立法學：立法程序與技術，2014年3月；沈中元，立法機關組織之研究，1997年5月；中國大陸則有朱力宇、張曙光（編），立法學，2001年9月。例外為法律人陳銘祥，法政策學，2019年5月，2版。

致難以跨越研究立法學之學門鴻溝。因此，未來立法學的有效開展，仍須由法律人與非法律人攜手合作，建立跨領域及科技學門之長期對話平臺，重視實質及程序上之立法基本標準，匯集政治學、經濟學、管理學、法學及社會學之跨領域知識，才能塑造出一部實質內容較「合理」且具「實用性」、「完整性」、「明確性」的法規範，成為立法者及行政權最高的追求目標。依此種方向努力，或許假以時日，當能有效改善目前立法品質粗糙或低劣的不良現象，並且能比較順利解決部分司法裁判不公不義的顯然不當結局，例如：得有效調整匡正修改刑事處罰之構成要件等合理修法，諸如目前的酒駕修法（道交條例）管制手段之爭論¹⁴。

最後，立法學之研究並非取代法釋義學，相反地，兩者乃得相輔相成，申言之，法釋義學有其解決問題與爭論之能力與極限，但若逾法規範文義可能範圍時，則法規範釋義學上之「造法」能力即有其侷限，不如立法學上之「理性」修法建議，來得直接有效提升規範之不足與解決矛盾衝突之效力。

貳、立法學之概念與範疇界定

何謂立法學（或稱為 *Legisprudence*; *Gesetzgebungslehre*; *Rechtssetzung*; *Legistik*）？立法學討論的「立法規範」包括哪些？立法學的研究課題及範疇有哪些？此等問題，都擬於本節中細緻加以討論及界定，以供後續之深化研究：

¹⁴ 2019年3月立法院三讀修正「道路交通管理處罰條例」，對於酒駕之處罰，除增訂自行車酒駕之處罰，提高拒絕酒測之處罰額度、延長吊照年限，併得沒入車輛、引入同車乘客連坐制度、有酒駕前科者應強制加裝酒精鎖外，亦擬提高酒駕致死者之刑責爭論。併得參閱自由時報，2019年3月26日A11版。

一、立法學所討論之「法規範」

立法學所討論之「立法」，是否僅限於中央國會之立法？或是也包含地方自治團體之地方立法及行政機關（主體）之行政立法機關在內？有沒有已包含憲法規範在內，即成為首要之討論課題。

依德語系（含德國、奧國及瑞士）立法學之通說認為¹⁵：立法學所稱之「法規範」可包含狹義與廣義兩者，狹義之法規範係僅指由國會制定或修正之法律，並不包含地方自治團體及行政機關之造法活動，也不包含憲法規範在內；相反地，廣義之法規範則包含每一個層級規範（*Gesetz ist jede Rechtsnorm*），所以包含憲法、自治立法、行政立法及法官造法之習慣法，甚至於亦研究私法人發布之規範（*Private Normen*），例如：德國DIN（*Das deutsche Institut für Normung*）所發布之技術規範（*Technische Regelwerke*）¹⁶在內。而立法學所研究之法規範似應採廣義見解（即所有之實質立法活動），其主要原因係乃：自二十世紀初葉以來，行政命令或行政規則，及地方立法活動日趨頻繁且重要性大增，如果忽略此種立法行為（或稱準立法或行政立法行為），即無法宏觀有效並全盤有效處理一般性抽象法規範所衍生之問題，而喪失立法學對所有規範的基本應用及指引價值。

從而，本論文所指涉立法學之「立法」，不僅應包含狹義之國會立法，亦包含憲法、地方自治立法、行政立法、法官造法及私人團體所發布、但卻具有拘束力之抽象法規範，例如：我國財務會計法規範中所承認之「一般公認國際會計準則」（*International*

¹⁵ Vgl. *Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl., 2002, Rn. 14; *Müller/Uhlmann*, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., 2013, S. 13ff.; *Maihofer*, *Gesetzgebungswissenschaft*, S. 3ff.; 林明鏘，同註3，頁82-83。

¹⁶ Vgl. *Meurers/Beye*, *DÖV* 2018, S. 59ff.

Accounting Standards, IAS) 或「國際財務報導準則」(International Financial Reporting Standards, IFRS) 等在內¹⁷。

二、立法學研究課題與範疇

界定立法學研究之標題後，緊接著即應討論立法學研究之主要課題為何？其範疇應包含有哪些內容？即有進一步澄清之必要。

德語系的立法學教科書或專論，很少樂意對立法學加以定義者 (wenig definitionsfreudig)，甚至於有不少人認為：立法學根本沒有辦法加以定義，因為立法學的研究課題與法規範解釋運用截然不同，申言之：立法是一種藝術 (Kunst) 或個人才能 (Talent)，是一種政治上的決定程序，有其自己一套特殊邏輯；立法程序是一種「聰明規則」(Klugheitsregeln)，因此立法學無法定義，也無法教授或學習¹⁸。

但是，依德國最新主流的見解¹⁹，仍嘗試對立法學加以定義，因為如此才能展開對研究範圍之更深入討論並同時指明立法學研究之課題及範疇，詳言之，持此種見解者若認立法學是研究立法之效果、立法技術、立法程序及立法指針 (原則) (Lertfäden; Richtlinien)、立法檢查清單 (Checklisten) 等問題之學問。依此種定義，立法學之主要研究範疇，得包含有下列四個主要內容：

¹⁷ 有關IFRS及IAS在公法上均認其具有「習慣法」之地位，而具有拘束力，併得參閱林明鏘，行政法講義，頁60，2019年9月，修訂5版。

¹⁸ 瑞士學者Georg Müller在《Elemente einer Rechtssetzungslehre》，aaO. (Fn. 15)，第1頁中，即主張此種倡議，主張此說者尚有：IAN MCLEOD, PRINCIPLES OF LEGISLATIVE AND REGULATORY DRAFTING 62 (2009)等人。

¹⁹ Vgl. Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 25; Schneider, aaO. (Fn. 15), Rn. 29f.; Homffman-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 38.

(一)研究法規成立理論（即立法程序）

所謂法規成立理論，包含研究如何草擬法規以及如何制定及通過成為法規範程序，此種程序之研究，國內學說簡稱之為「立法程序」，但國內學界大都僅限於立法院之國會立法程序介紹，例如：一讀會、二讀會與三讀會之狹義程序，但對於地方立法與行政立法程序，卻加以省略不談。

由於臺灣法規範草擬程序，並無法律明文嚴格規定，因此在實際上呈現各種不同態樣，有委託學者研究而提出草案版本者，例如：「行政程序法草案」²⁰；有委託大型律師事務所草擬者，例如：「獎勵民間參與交通建設條例」草案，即由理律法律事務所草擬。而絕大部分均由各行政機關內之職業公務員草擬完成。在草擬法規範的前階段中，如何有效蒐集不同利益團體之意見？如何評估立法之必要性？以及宜採取何種必要管制手段？是否應聽取利害團體之意見？是否應召開公聽會或聽證？我國除極少數法律（例如：專技人員考試法）外，大都沒有明文規定其程序。行政程序法第154條及第155條僅針對行政立法之法規命令程序，規定有法規命令之預告程序（第154條），任何人得於預告期間內，向指定機關陳述意見外，也僅有得「於必要時」得舉行聽證（第155條）；而立法院職權行使法，雖有「公聽會」舉行之規定（第54條至第59條），但公聽會態樣不一，且其報告僅作為立法參考文件之一，拘束效力不強，且不必要舉行，而淪為形式上之象徵性儀式（例如：都市更新條例二〇一九年版修正案前之公聽會）；至於地方制度法雖明文規定地方議會議決地方法規，但其如何議決地方法規程序卻無一條明文規定，全委諸各地方議會自行訂定自律規則或自治條例加以補充之。從而，形成在國會立法、地方立法及行政立法前階段

²⁰ 林紀東（計畫主持人），各國行政程序法比較研究，1994年7月。

之法規草擬及形成程序，並無一致性的標準程序（即SOP），讓立法品質及資訊蒐集、利益（成本效益）評估、政策決定無法透明公開，甚至於引起人民之軒然大波，例如：二〇一九年道路交通管理處罰條例有關酒駕處罰規定之大幅修改，以及二〇一七年八月十六日修改律師考試規則第19條第2項但書規定，增訂400分及格門檻條款，致130餘名及格考生（即全部到考考生人數10%以內考生）「被落榜」之訴願案件，即可看出：我國對於規範草擬程序之不足及闕漏，致考生等利害團體意見不能有效傳達，有所不當。從而，如何在法律層面上，例如在立法院職權行使法、地方制度法及行政程序法中，增訂草擬各級法規草案過程中，除須經由各機關之法規委員會審查討論外，更應對於受規範對象團體進行正式或非正式之協商（聽證或公聽會），蒐集規範所必要之不同利益衝點，並且須有效作成「法規衝擊影響評估」（Redstonics Indicators Association, RIA）²¹，必要時並應徵詢專家學者之專業意見，此種法規範之草擬及定案，始能較貼近全民共識並事前發現問題，有利於法規之有效執行。蓋法規不能僅是書本上之法律（Law in Book），而須是行動中之有效規範（Law in Action），法規才不會喪失其尊嚴及效力。

至於法規的議決程序，除立法院職權行使法第二章第7條至第14條有一讀會（委員會審查）、二讀會（逐條討論）、三讀會（文

²¹ 所謂法規衝擊影響評估（Regulatory Impact Analysis, RIA），依國家發展委員會2016年訂頒之《法規政策影響評估作業手冊》之定義，係指「政府機關為達成特定政策或計畫的預計目標，選擇有效因應對策作法（政策工具）的事前預評估方法，經由系統性的證據發現和分析過程，不論是管制性或非管制性對策方案，現行作法或不作為等對策方案，都提供可能產生的效益（能）、具體校和成本之影響證據資訊，並須將預評估資訊和受影響主要利害關係者進行有意義的諮商程序後，做成選定最後方案的決定。」頁1參照。

字修正)有較為周全之規範外,其他地方立法及行政立法程序,在法律規範層次上,極為簡陋不足,對於「多方討論,理性決議」的理想,仍甚為遙遠,例如:利益團體影響充斥著議案之內容;政黨協商常取代二讀會之討論;議事不理性杯葛無法有效處理(議會警察權罕見效用行使);以及「一事不再議」原則的議事障礙;包裹立法因涉及不同機關權限的未能有效實施;臨時會處理重大法案;與中國大陸協議的立法審查程序被過度關注……等諸多問題,仍待我國立法學形成共識通說,使能有效加以修正填補此種重大缺失²²,這也是我國本土立法程序課題上所需正面處理的制度性課題,猶待更多立法學討論及形成共識,推動程序標準化及框架法律秩序之合理性及完整性,都需再彙整共通意見。

(二)研究法規整體組合(即立法技術)

所謂法規之整體組合理論(Abfassungslehre),在立法學上又稱為立法技術(Gesetzestechnik;奧國則稱為Legistik)問題²³。蓋法規的整體組合,在立法學尚有一定的指導原則及方式理論,申言之:為達成立法目的,法規條文應盡其最大可能地將其詳細描述之文字及最佳的轉換或管制手段加以有效呈現之學問,即稱為立法技術理論。或將憲法上及行政法上明確性原則加以有效轉化成法規範文字之學問²⁴。

²² 有關我國立法程序之主要問題及其建議分析,包含法規影響評估制度、立法院公聽會制度及效力、黨團協商制度、條約審議程序、包裹立法(綜合立法)、一事不兩議制度、臨時會之議案審議權、國會(議會)警察權制度、利益團體遊說制度……等深入分析,併得參閱林明鏘,德國新行政法學,科技部2015-2018研究計畫期末報告,頁179-216,2018年10月。

²³ Vgl. Öhlinger, Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, 1982.

²⁴ Vgl. Meßerschmidt, aaO. (Fn. 1), S. 228.

立法技術與法規範之語言文字有密切關聯，立法技術的研究目標，希望使法規明確、可以理解，而且完整，在整體法體系上也不能發生相互彼此規定間矛盾的現象。為了有效貫徹立法技術之有效遵行，德國、奧國及瑞士均訂頒有詳細的法令以供立法者依循。在德國則公布有「聯邦各部會共同部務法」（*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien*, 2011，簡稱GGO）²⁵；奧國則有由聯邦總理府所編印訂頒之「奧國立法指令」共計22條（*Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften*，簡稱*Legistische Richtlinien*, 1979）²⁶；瑞士則亦訂頒有「瑞士立法技術指令」（*Richtlinien der Gesetzestechnik*, 1976），由瑞士聯邦總理與法務部共同發布，計有條文10條及一個附件²⁷。

我國有關立法技術之行政規則，在中央則訂頒有「行政院所屬各機關法制作業應注意事項」各部會編印其法制作業準則，例如：行政院人事行政總處編印之《人事行政法制作業錦囊》（二〇一九年三版），各地方自治機關亦訂頒有所屬機關之法制作業應行注意事項，例如：「臺北市政府所屬各機關法制作業應注意事項」中貳（市法規）、參（行政規則），僅有極為有限（規範功能）的立法技術規定，例如：其第4點規定：「市法規之制（訂）定應把握政策目標，確定可行方法，其規定事項應構想完整，體系分明，用

²⁵ 德國聯邦各部會共同部務法（簡稱GGO）的全文，得參閱http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_21072009_O11313012.htm，最後瀏覽日：2020年5月6日），但共同部務法並非僅針對立法程序技術加以規範，立法規定見諸於第六章（第40條至第76條）。另外，德國基本法第70條以下，亦對立法程序有部分明文。

²⁶ 奧國之立法指令全文，併得參見*Winkler/Schilcher* (Hg.), *Gesetzgebung*, 1981, S. 225-254.

²⁷ 瑞士之立法技術指令全文，併得參見aaO., S. 257-284.

語簡淺，法意明確及名稱適當。」同注意事項第6點則又規定：「本府各機關擬制（訂）定、修正或廢止市法規經評估認具可行性後，應即擬具下列資料及電子檔，函送本府法務局（以下簡稱法務局）審議，其訂頒程序原則如下：

- (一)制定、修正草案總說明（含理由、政策目的及規定重點）；
- (二)制定草案條文或修正、現行條文草案及立法說明對照表；
- (三)製作法規影響評估報告書；
- (四)程序審查表；
- (五)自治規則已經預告者，其預告資料；
- (六)簽陳市長政策性裁示簽或簡報紀錄；
- (七)公聽會或說明會紀錄及結論；
- (八)如有民意調查，其調查結果。」

至於如何達成「構想完整」、「體系分明」、「用語簡淺」、「法意明確」及「名稱適當」？則缺乏進一步之具體指示。奧地利之立法指令，有關立法技術之具體規範遠較德國及瑞士相關規定來得具體詳細，可供我國立法參考之典範，故以下乃試以奧地利之立法指令總則篇立法技術規定為例，闡述立法技術上之基本原則要求，並以我國例證加以援用闡述之，藉以收「他山之石」的本土化功效：

1. 法規範用語應簡潔（knapp）、明瞭（einfach）（第1條）

法規句型應儘量使用主動句型，且應避免使用不必要之贅字或贅詞，例如：「本法第15條、16條、20條、第21條準用之」，「本法」二字即屬贅字，可以刪除之，從而，法規範用語文字之簡潔、明瞭乃屬立法技術之第一個基本要素。

可是，反觀我國法規卻充斥著許多不簡潔及不明瞭之用語，例如：行政程序法第3條第1項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」本條項在說明定性行政程序

法為普通法地位，因此「為之」二字即屬贅詞。此外行政程序法第11條第1項規定：「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規規定之。」何謂「其他行政法規」？係指組織法規外之所有其他作用法規嗎？若屬肯定，則「其他行政法規」即不夠明瞭，比較理想之相對應用語應為「行政作用法規」，如此，才能與同法前揭第3條第1項普通法定性相互呼應，蓋「其他法規」包山包海，文義解釋上亦得包含職權命令及行政規則在內，故現行法此種用詞顯然違反立法技術之第一個基本原則，但也是我國立法技術中最常見之瑕疵，此外法規範之代名詞之「其」亦有相同不清楚之問題，例如：前揭行政程序法之第11條第1項所稱之「其組織法規」。

至於法條文字是否以「文言文」為基準？或應以「白話文」方式（如：的、和）？亦屬本土之明確性與簡潔性不能並存之立法技術及原則性問題。

2. 法規範要求或禁止事項，應以命令句為之（第2條）

法規要求人民（或公務員）為特定義務或禁止人民為特定行為時，應使用所謂「命令句型」，在中文即應使用「應」字，但國內法規並不嚴格區辨「應」與「得」字之使用，甚至於完全不使用「應」或「得」字，使得受規範人民及執法機關備感困惑：到底是強行規定或任意性規定？最典型的例子即屬「道路交通管理處罰條例」第12條以下，均為使用「處……罰鍰，並……」，此時法規範乃先是禁止人民為某特定行為，該處罰規定係「應」或「得」？即令執法機關困擾，因為行政罰法第19條第1項明文：「違反行政法上義務應受法定最高額新臺幣三千元以下罰鍰之處罰，其情節輕微，認以不處罰為適當者，得免予處罰。」得否補充適用於道路交通管理處罰條例之前揭處罰規定？則顯有文義解釋上之重大疑義，因為欠缺裁量條款明文。此外，建築法第33條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關收到起造人申請建造執照或雜項執照書

件之日起，應於十日內審查完竣，合格者即發給執照。但供公眾使用或構造複雜者，得視需要予以延長，最長不得超過三十日。」該條規定使用「應」字，但在實務上發給建造執照之平均期限，通常均數倍於三十日，行政實務卻把「應」解釋成「得」，且行政法院亦贊同此種見解，實令人無所適從，此乃最典型之負面教材，即命令句卻無強制效力。

3. 有適當本土字彙可供使用時，應避免使用句子或外來語或罕用字（第3條）

換言之，法規範用語應儘量避免使用外來語及罕見（用）字，而且亦應簡短，毋須使用句子取代片語。我國公務員服務法第5條之「冶遊」、「吸食烟毒」、刑事訴訟法第144條第1項之「鎖扃」等規定，因屬早期用語，目前即為罕用字，故如何解釋，即易滋生爭議，例如：公務人員吸菸（電子菸）行為是否該當「吸食烟毒」？「冶遊」是否包含嫖妓以外之妨害善良風俗行為在內？（例如：於有女陪侍之KTV飲酒唱歌）、「鎖扃」有無包含使用電腦之帳號密碼等情事問題？即易滋生困擾。

此外，在我國工程或技術法規中，常見使用外來語，例如：建築技術規則設計施工編、營建工程空氣污染防治設施管理辦法、環保法規或原子能法規，因為我國中文用語不夠精確或常無適當中文字彙可供使用，所以大都以中英文併呈方式或以外文單獨呈現，例如：輻射醫療暴露品質保證標準之電腦刀（cyberknife）及加馬刀（Gamma Knife）等，此種趨勢隨著科技法規國際化之快速發展，有越來越普遍之趨勢，外來語如何「適可而止」，例如：日語之「假處分」、「假扣押」、「違禁品」、「消滅時效」等，容有深入討論其技術或專門用語中文化之餘地。

4. 決疑法則（kasuistische Regelungen）應加以避免（第4條）

所謂決疑法則，係指法規文字使用「如果……，則……；如

果……，則……」的語法或用語，此種用語一方面可以明確解決部分類型問題的法律規範標準，但同時也會造成對未列舉類型案件之處理困難，尤其是文義解釋上難以相提比附援引時。例如：都市更新條例第6條、第7條及第9條中，常見有「經劃定應實施更新之地區，主管機關得……」，但卻未說明：「若未經劃定應實施更新地區之類型，主管機關應（得）……。」以致造成法規適用或解釋上之漏洞。蓋劃定為都市更新地區，大都屬窳陋地區，急須迅行更新者，但我國實務上卻罕見地方主管機關主動劃設都更地區（避免造成貧民區印象致地價下跌），從而造成大部分之地區都未劃設都更地區，又造成無法比附援引其他一般地區或類推適用的困境。

從而，決疑法則（條件句之次類型）的避免，在我國立法學上仍屬相當陌生而未經討論的概念，有待強化此等規範立法技術之構造，避免掛一漏萬。

5. 法規範之立法動機目的（Motive）除必要外，不宜規定於法規本文（第5條）

所謂規範動機，即通常指立法之目的，除未能有效調查法規範之意義而有必要時外，不宜定於法規範本文內，其僅需記載於立法之說明欄即可，以求簡化。

但是，此種立法技術原則，在我國法規範中卻經常出現在第1條之「立法目的」中，例如：行政程序法第1條，明白揭示本法之動機目的乃為：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」此類大而不當或彼此會相互矛盾（如：政府採購法第1條之採購品質與採購效率）的立法目的（動機），在行政訴訟法第1條：「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」社會秩序維護法第1條：「為維護公共秩序，確保社會安寧，特制定本法。」……

等，均屬不必要之動機、目的規定，因為一方面包山包海，另一方面也沒有實質之意義，無法作為是否構成人民「保護規範」解釋之判斷依據（司法院大法官釋字第469號解釋參照）²⁸；相反地，國家賠償法第1條所引憲法第24條之立法動機，以及地方制度法第1條第1項，引出憲法第118條及憲法增修條文第9條第1項規定，為其制定之理由，則屬必要的立法動機與目的說明，因其才能凸顯該法制定之必要性及正當性。但警察法第1條引用憲法第108條第1項第17款制定之則屬明顯不當的引用，因該款並非授權依據。

6. 法規範舉例僅限於使其概念更清楚或具有一般條款性質時，始得使用（第6條）

因為條文上之舉例，常會有誤導法規范文義的可能性，所以奧國之立法指令第6條乃特別加以限制使用。我國法規範中有舉例情形，似非罕見，但大部分似均具有「一般條款」之功能。例如：勞動基準法第65條規定：「雇主招收技術生時，須與技術生簽訂書面訓練契約一式三份，訂明訓練項目、訓練期限、膳宿負擔、生活津貼、相關教學、勞工保險、結業證明、契約生效與解除之條件及其他有關雙方權利、義務事項，由當事人分執，並送主管機關備案。」因事業單位之養成工、見習生、建教合作班學生，均得準用「技術生」之列舉規定（勞動基準法第64條第3項規定參照），故其具有「一般條款」功能。可是在動物保護法第3條第1款及第5款，對於「動物」及「寵物」定義時均舉例指：「犬、貓及其他人為飼養或管領之脊椎動物」，或「犬、貓及其他供玩賞、伴侶之目

²⁸ 司法院釋字第469號解釋，主要在闡明人民「主觀公法上權利」受損之判斷標準，應依「法律之整體結構」、「適用對象」、「所欲產生之規範效果」及「社會發展因素」綜合判斷，被學界稱為「保護規範理論」，併得參閱林明鏞，同註17，頁490。

的而飼養或管領之動物。」單獨列舉犬、貓，不僅不具有「一般條款」功能，而且更加混淆兩款法規範圍，到底動物保護法之「動物」範圍，有無包含「流浪無主犬貓動物」在內？流浪犬及遊蕩貓是否屬動物保護法第3條第1款所稱之列舉「動物」？而受到本法保護，即因法規不當舉例「犬、貓」，而造成體系相互矛盾之混亂結局²⁹，因為犬、貓仍以受「飼養」或「管理」要件之限制，即屬我國典型錯誤舉例之事例。

7. 圖表陳述只有在法規內容中存在時始得為之（第7條）

按法治國家中法律明確性原則之要求，雖不禁止法規另以圖表呈現，但圖表不能逾越法規條文已有的文本範疇，因此，圖表僅能作為附屬於本文而存在的規範，始符明確性原則。但是我國不少法規，卻充斥著法規本文並未出現內容之附件圖表，有喧賓奪主，違反法律明確性原則之嫌疑，例如：非都市土地使用管制規則第27條附表三：「使用分區各種使用地變更編定原則者」，在母法第27條第2項中根本沒有變更編定之原則文字說明，突然產生附表一張所謂「原則表」，造成實務上相當大之爭議，例如：寵物殯葬業可否於山坡地保育區域或一般農業區設置之爭議³⁰。其次，臺北市土地使用分區管制自治條例及都市計畫法高雄市施行細則之附表一，均有「以圖表取代法規」文字之現象產生，是否妥適？有待斟酌，蓋條文本身均為揭櫫此種使用項目之限制，逕以附表取代文字說明，即易生「法規突襲」及「逾越授權」之感。此外，公務人員退休資遣撫卹法之附表，亦有類此情形。

²⁹ 有關流浪犬貓是否受動物保護法之保護爭議，併請參閱林明鏘，台灣動物法，頁3以下，2016年12月。

³⁰ 有關寵物殯葬業之許可使用地目分析，併得參閱李茂生、林明鏘（計畫主持人），寵物殯葬業務法制疑義之研究，2017年12月31日農委會補助研究計畫期末報告，頁67-80。

8. 法規範須明定其適用對象（Normadressat），及受規範對象所應為之行為（第8條）

法規範之適用對象係指法規所規制之主體，而受規範者所應為之行止，包含應作為或不作為之諸多態樣，均應完整地表達於法規範中。奧國第8條之立法指令，在我國法律層面上，普遍有此重大瑕疵，例如：大學法及教師法適用的對象，是否僅限於公立大學或公立學校教師為限？私立大學是否不受規範？國家賠償法適用對象係指「國家」或「國家機關」公務員？勞動基準法所適用之行業範圍（第3條第1項）是否明確？（包含有經中央主管機關勞動部所指定之事業）行政程序法所適用之範圍，排除機關別與排除事項別（第3條第2項及第3項）是否明確？均屬最典型的法規範缺漏適用對象例子。至於法規範應完整規範受規範對象之一切行止，更屬於立法技術上極高難度之要求，因為要詳細列舉法規範上之作為或不作為義務類型，有時而窮，極易掛一漏萬，例如：網路法規上社群媒體平臺提供者對假消息之遏止義務範圍多大？或兩岸人民關係條例中，縣市長或鄉鎮長與中國大陸交流範圍之限制或義務（不得簽訂備忘錄），即難以事前周全完整規定，因為實際運作上常常出現非典型之交流協定。

9. 不依法規範義務要求（或違反禁止規定行為），而有行政罰者，應仔細表明其構成要件及處罰數額（第9條）

行政法規範，通常會包含罰則規定（我國罰則通常含有刑罰或行政罰），以強化人民遵守法規範義務，因此，基於法律明確性原則之要求，其構成要件不僅應符合「法律保留原則」（含自治條例保留之地方制度法第26條規定），而且亦應完整明確，始符法治國家立法之基本要求（我國憲法第23條規定參照）（併得參照司法院

大法官釋字第313號解釋)³¹。

我國法規範有關行政罰之構成要件規定，除大量使用不確定法律概念外（例如：道路交通管理處罰條例第16條之「影響行車安全」；同法第31條之1：「其他有礙駕駛安全之行為」……等），且有大量授權行政機關補充完成構成要件之情形，亦不少見，例如：民用航空運輸業管理規則（民用航空法第92條），野生動物保育法第4條第2項，授權農委會指定公告保育類野生動物之種類……等。此外，亦有行政罰之處罰數額沒有法定上限規定者（其規定稱為「剝奪不法利得」），例如：公平交易法第40條第2項規定：「事業違反第九條、第十五條（獨占事業及聯合行為），經主管機關認定有情節重大者，得處該事業上一會計年度銷售金額百分之十以下罰鍰，不受前項罰鍰金額限制。」同條第3項且授權主管機關規定：「事業上一會計年度銷售金額之計算、情節重大之認定、罰鍰計算之辦法」，此種在法治國家罕見之行政處罰立法體例，要件不明且處罰額度無上限之規定，是否有違「法律保留原則」及「授權明確性原則」？均值得在立法學上詳加討論³²。

最後，我國罰則規定常有遺漏或未適時修正的問題，造成法規範之不完備性，亦屬缺漏之一。例如：我國動物保護法禁止對動物有騷擾行為，但對違反者卻無任何罰則；對實驗動物之飼主亦缺乏虐待實驗動物之罰則，即屬適例。

³¹ 司法院釋字第313號解釋理由書認：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律對其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符合憲法第23條以法律限制人民權利之意旨。」可供參照。

³² 有關公平會依公平交易法第41條規定，處罰九家民營電廠（IPP）高達新臺幣60億元之罰鍰案件爭議，併得參閱林明鏘，同註17，頁257以下。

10. 立法定義僅使文義明確或有別於一般通俗意義時始得為之
(第10條)

所謂立法定義規定，我國立法實務上多稱為「名詞定義」，此種「名詞定義」常見於我國法規中，例如：警察職權行使法第2條對「警察」及「警察職權」加以定義；公平交易法第2條對事業、第4條對「競爭」、第5條對「相關市場」等加以定義；動物保護法第3條則對動物、經濟動物、實驗動物、寵物、展演動物、飼主、虐待、寵物食品、繁殖場、食品業者、運送人員、屠宰從業人員……等均加以定義，即屬典型立法例。

名詞定義之作用在於使文義明確化，尤其是當名詞具有多重意義或該名詞意義與一般通俗用法意義不同時，始有使用名詞定義之必要。但是，在我國之立法實務上，名詞定義經常不能明確化法規範文義，反而更加混淆或使適用者陷入錯誤。例如警察職權行使法第2條第1項對「警察」定義為：指警察機關與警察人員之總稱。但一般人通常所稱之「警察」，通常係指警察人員而不包括警察機關在內，而警察職權行使法第一章、第二章及第三章所指警察，亦均僅指警察人員而已，若屬警察機關，則另有其他明文特立表示，諸如：警察職權行使法第31條第3項及第4項規定，即以「警察機關」取代「警察」用語，由此可見，此種同法但不同條定義規定彼此間即有明顯矛盾。依本文所見，警察職權行使法中對「警察人員」之定義，才屬於必要之定義，因為，消防人員、憲兵人員、調查局人員、國安局人員、海巡署人員或廉政署人員是否為本法所稱之警察，卻漏未規定，造成本法適用上之重大限制，致爭論不休³³。此外，動物保護法第3條第13款對展演動物的錯誤定義（二〇一五年

³³ 關於此一警察定義之爭論，併得參閱林明鏘，警察法學研究，頁189-192，2019年1月，修訂2版。

一月二十二日修正版；現行法以加以修正），竟然定義成「以提供娛樂為目的，在營業場所供展演及騎乘之動物。」適用結果僅能適用「馬匹」而已，對於動物園、馬戲用休閒農場及海生館、水族館之展演動物均不能適用的錯誤立法，目前雖已修正，但卻造成二年的管制空窗期，無法可以有效管理展演動物，似名詞定義錯誤所致³⁴。從而，名詞定義乃屬法規範之關鍵性條文，絕不可以越規定越模糊或更具爭議性，使得定義的明確化功能喪失殆盡，此種立法技術之操作實不可小覷之！

II. 不確定法律概念之使用準則（第11條）

依奧國立法指令第11條規定：不確定法律概念只有在無法使用「明確用語」時，並具有充分得明確化可能（hinreichend bestimmbar），而且須在得受「事後司法有效審查控制下」，始得為之，尤其是僅限於「行政執行」行為（Vollziehungsakte），方得使用不確定法律概念，其限制使用不確定法律概念之要件頗為嚴格。但在我國法規中，幾乎瀰漫著過多浮濫不必要的不確定法律概念，司法院大法官解釋，對於法規使用不確定法律概念，不採取極為寬容之審查態度，並未限制其使用之時機及用語，例如：司法院大法官釋字第432號解釋文認：「法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定法律概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於法律定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。」例如：教師法第14條第1項第6款之「行為不檢有損師道」大法官即認為未違反法律明確性原則（司法院大法官釋字第702號解釋）；藥害救濟法第13條第9款所規定之「常見」、「可預測」之

³⁴ 關於展演動物定義錯誤之不當限縮批評，併得參閱林明鏞，同註29，頁42。

「不良反應」亦不違反法律明確性原則（司法院大法官釋字第767號解釋）；甚至於兒童及少年性交易防制條例第29條規定之「引誘」、「媒介」、「暗示」亦與法律明確性原則並無違背（司法院大法官解釋第623號解釋），可以看出我國不確定法律概念之濫用情形，在現行法規範中幾已達到相當普遍使用之地步³⁵，因為司法院大法官解釋文大都認使用此類不確定法律概念，「並非一般人難以理解」、「受規範者可得預見」且「可經由司法機關加以確認」，但卻未說明為何得套用此三大空洞公式之理由，縱容立法者隨意濫用不確定法律概念，幾已形成「司法怠於審查」的嚴重程度。從而，若能在立法學理論上，進一步明文限縮我國不確定法律概念之使用合理時機，或許能有效解決甚多司法疑義案件及行政濫權行為，例如：在網路發表不實之假消息、可否即得依社會秩序維護法第63條第1項第5款規定：「散布謠言，足以影響公共之安寧者。」處行為人三日以下之拘留或新臺幣3萬元以下之罰鍰？關鍵點在於構成要件「足以影響公共安寧」之不確定法律概念，是否已經濫用或不得使用於行政罰之構成要件上？而有違法律明確性原則。

綜合言之：是否可以援用奧地利「立法指令」，藉以有效限制法規範制定者不再恣意使用不確定法律概念？我國尚無通說及相關法規範，此等不確定法律概念用語使用對有效解決掛一漏萬的問題，有其功能，惟又希望不會有規範用語過度不明確弊端之產生，實屬立法學之艱困任務及挑戰。

12. 其他立法技術之要求

奧地利前揭指令，例如尚包含有其立法技術準則規定，諸如：

³⁵ 關於不確定法律概念與法律明確性原則之判斷三大基準及其批評，得參閱林明鏞，同註17，頁108-112。

執行行為之重要特徵應加以明示規定（第12條），例如申請許可之要件不能僅列：「其他足資證明之文件」；授權之具體內容須一一在法律中明定（第13條）；在原則與例外情形之具體範圍，必須清楚明確（第14條）；必須有效可以辨別此種列舉規定是「窮盡列舉」（*taxativ*）或僅是「例示規定」（*demonstrative*）（第15條）；法條引用技術中之準用規定（第16條至第18條），不得「準用再準用」；管轄權規定體例須具體明確，不得再行轉致規定（第19條至第24條）；標題須提綱挈領（第38條）；縮寫方式的必要特徵（第39條）；編、章、節的安排及其割切效果之評估（諸如是否要分章規定）……等，都極為詳盡規定於奧國立法指令中，其規定內容具體明確可供仿效，亦得作為我國立法技術明文原則化之借鏡。

（三）研究法規範效力理論（即法規範效果評估）

立法學另外一個研究重心在於：對法規施行前階段及嗣後執法成果進行效果評估（*Gesetzesfolgenabschätzung*），此種效果評估不僅限於法規範立法之前，也包含法規範施行後的實踐效果（包含成本／效益）評估。法規範立法前之評估，我國通稱為「法規影響評估」（*Regelung Impact Assessment, RIA*），而法規制定或發布後的執行效果評估，在我國立法規範上及實踐上即顯得極為陌生，而未受到立法學應有的注意，形成重大缺漏課題。例如：「一例一休」的勞動法修改，造成勞工薪資水準之下降。或「反滲透法」的制定公布，會對臺灣造成何種後果？似缺乏有效評估。

我國實際上所謂法規影響評估，其主要內容及目的在於立（修）法前，對管制手段與目的間之必要性與合理性進行事前粗糙檢查，以減少或避免不合理之管制手段，提升法規之品質及有效率地執法。我國法規影響評估之相關規範，除散見於環境影響評估法

第26條，預算法第34條及中小企業發展條例第12條之1等法律外，亦在許多行政規則中見其類似規定，例如：中央行政機關法制作業應注意事項（第2點）；行政院所屬機關主管法案報院審查應注意事項（第3點）；臺北市政府各機關執行行政法規影響評估注意事項（自二〇〇四年九月一日實施）；國發會於二〇一七年八月又提出之「法規政策影響評估作業手冊」……等更具體評估檢討內容，事前評估之具體項目，主要包含有下列事項：（目前已有制式表格供機關填寫：稱為法案及性別影響評估檢視表）

- 法規必要性分析：即分析有無立法、修法或廢止之必要性；
- 法規替代方案審視：即可否由民間自行處理，或得否以計畫、契約取代之；
- 法規影響對象評估：含可能影響對象、影響程度（正負面）及有無相關配套措施；
- 法規成本效益分析：含民眾守法成本，機關執法成本及法規預期效益事前評估；
- 公開諮詢程序：有無召開公聽會或說明會；有無邀請專家學者參與討論；一般民眾反映意見為何等內容；
- 性別影響評估³⁶：有無涉及性別差異或區別對待等事項。

由於「法規影響評估」項目，迄今為止皆未發展出更具體可操作明確的評估指標，加上此種評估，公務員須具備統計學、經濟學及社會學之專業能力，所以其實是一種跨科際學門的評估，非一般法制人員或草擬法規之基層承辦人員所堪勝任，諸如：在成本效

³⁶ 性別影響評估，主要係指規範對象有無涉及特定性別、性傾向或性別認同之統計及分析。為行政院2013年以院台規字第1020133780號函發布「法案及性別影響評估檢視表」，並納入原先法規影響評估報告之內容。

益分析項下，須將成本與效益貨幣化或數量化，以淨值大小進行評估，若無統計學、經濟學之背景及專業訓練，似難以進行³⁷，以法務部二〇一八年函報行政院修正「行政程序法」部分條文為例，法務部填寫法案影響評估檢視表之公務員（即專門委員）在7.1成本項目中填上：無法評估；7.2效益欄上中，將本法第1條立法目的填上濫竽充數，即可見得這種評估具有高度專業性及難以量化（貨幣化）之困難。如此，如何有效落實法規影響評估之指標預測，絕非學者主張「提升法律位階」³⁸或「委託民間專業機構進行評估」³⁹即可迎刃而解；相反地，是否應由各機關設置評估RIA之專責機構（單位）及專業公務員，並且應強制規定隨同法案公開RIA之書面評估報告，申言之，在法規預告前（或發布時），應即時公開「法案及性別影響評估檢視表」，使得人民及利害關係人（受法規影響之人民）得以查閱外，並得就此提供相關意見，使評估之利益衡量得以更具體落實，而非僅是一種流於形式化及應付性表格化的一種內部文件而已！喪失法規影響評估之設定目標。

至於法規公（發）布施行後，如何進行立法效（後）果評估？在德國立法學文獻上有相當多之討論。德國立法學上所稱之「立法後果評估」，係指於法規生效對其執行成效上所作之評量（Evaluation），此種評量包含法規所預想之法效果（主作用）與其預想之不想要效果（副作用）在內的全面性調查，其調查方法包含有「規劃規則」（Planspiele）、「模型實驗」（Modellversuche）

³⁷ 孫克難，法規或政策影響評估（RIA）之成本效益分析，財稅研究，44卷3期，頁28，2016年5月。

³⁸ 參見陳清秀，法規影響評估及行政程序法部分條文修正草案，國政分析，財團法人國家政策研究基金會網站，網址：<https://www.npf.org.tw/3/14537>，最後瀏覽日：2019年5月4日。

³⁹ 孫克難，同註37，頁28。

及「法規測試」(Gesetzestest)等更細緻方法⁴⁰。

德國立法學所以發展出此種立法後果評估(Gross Floor Area, GFA)之理論及方法主要原因係：依聯邦憲法法院判決認為：德國聯邦議會有改善結果不正確法規範之義務，即立法者受「結果正確原則」(Gebot der Folgerichtigkeit)之拘束⁴¹。申言之，當立法者制定一個結果不正確的法律時，除須於制定前，有預測該法規範未來發展之義務(Prognosepflicht)外，也須觀察法規範公布後之執行效果義務(Beobachtungspflicht)，一旦被確認是不正確之法規範時，立法者即負有改善義務(Nachbesserungspflicht)。德國聯邦憲法法院此種課以立法者有預測義務、觀察義務及改善義務成為其永續性義務，會促使立法者負有義務去持續不斷修改法規範或廢止法規範，進而有效帶動法律後果評估制度之同步建立⁴²。

在德國立法學上較有爭論的問題是：由誰(立法者或行政權或受規範之對象)來作此種後果評估？以及依據何種方法評估法規範的結果是不正確的？對於第一個問題，有德國學者主張，應該由適用法律之行政權，負責此種回顧及後果評估義務，因為其較能明瞭法律施行後果為何⁴³？但也有學者Röhl認為應由立法者自己為後果評估，才符合「權責」相符原則⁴⁴，德國聯邦憲法法院在墮胎II判決中，則明文要求立法者須有回顧及改善法規範義務，而課以立法者從事後果評估。但如何有效評估法規範執行後果上是不正確的？(或不理性的)，其評估標準為何？即甚具有重要地位。德國政治

⁴⁰ Vgl. Meßerschmidt, aaO. (Fn. 1), S. 226.

⁴¹ 例如：BVerfGE 88, 203 (墮胎II案判決)；107, 150 (179f.).

⁴² Vgl. Badura, FS Eichenberger, S. 481 (484); Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 161 (167f.).

⁴³ Vgl. Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 11ff.

⁴⁴ Röhl, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, S. 33 (45ff.).

學、社會學及經濟學等學門雖都有其各種不同之結果評估指標或測試模型，惟都已超越法律學之知識領域範圍，而較少受法學者之討論，未來法律學仍須與經濟學、政治學及社會學共同研討出一套有效的評估指標及機制，則是目前德國立法學學界共同的想法，蓋後果評估乃是「向掌權者說實話」（speaking Truth to Power）的科際整合工作，如果沒有會說實話的機制，則立法或法規範將因其與現實脫節，而喪失法規範之效力，國家的管制能力一旦喪失，社會也可能日趨混亂。例如：目前世界各國為回應全球溫室氣體效應，所制定中和國家與地區碳排放量之諸多立法，如：碳排放交易、碳稅稅基及稅率都很難有效評估其真正未來的後果效應。

四、研究法規應循之基本原則

法規範制定之目的，主要在維護並指引群居社會中的人類生活秩序，因此法規範之制定者，亦應遵循某些「法定」或「非法定」原則為立法活動，不得恣意決定法規範之內容，否則法規範可能會消極上喪失其指引社會秩序功能，反而更會造成社會秩序混亂。而這些應循之基本原則（或基本共識），主要可大略分成「法定」或「非法定」之兩大類原則。法定原則係指法律、憲法或我國憲法解釋上已有明文規定之原則，其內容主要有：

1. 法律保留原則（憲法第23條）；
2. 比例原則（憲法第23條）；
3. 平等原則（憲法第7條）；
4. 法規範明確性原則（司法院大法官釋字第491號等解釋）；
5. 法律優位原則（憲法第171條、第172條）；
6. 法規範應公開原則（中央法規標準法第4條、第7條）；
7. 法規範不溯及既往原則（中央法規標準法第13條）（或稱為信賴保護原則／法安定性原則）。

至於非法定之基本原則，如果我們參酌德國、奧地利及瑞士之立法學理論的話，亦可臚列出下列七點原則，可供我國仿效推廣之⁴⁵：

1. 研究規範所涉事實義務（*Tatsachenerforschungspflicht*）原則；
2. 預測未來發展義務（*Prognosepflicht*）原則；
3. 透明且符合專業程序義務原則；
4. 說明立法理由義務原則；
5. 偏離基本價值決定時正當化法規義務（*Rechtfertigungspflicht*）原則；
6. 確保規範結果正確性原則；
7. 合理原則（*Rationalitätsgebot*）⁴⁶（或稱為理性原則）。

以下爰分別就法定與非法定之立法原則，包含法規於形成過程中與形成後，所應遵循之最低要求原則，依我國現況說明之：

(1) 法律保留原則

依我國憲法第23條規定：對憲法所列舉之人民基本權利為限制時，須以法律為之。而此所謂法律，依憲法第170條規定，應僅限於立法通過之狹義法律。但地方自治團體對於違反地方自治權限事項，亦得規定處以10萬元以下罰鍰或其他種類之行政罰⁴⁷，從而，本文指稱之「法律保留原則」，似不僅限於國會保留，亦應包含自

⁴⁵ Vgl. *Schneider*, aaO. (Fn. 15), Rn. 54ff.; *Müller/Uhlmann*, aaO. (Fn. 15), Rn. 53ff.; *Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 5f.

⁴⁶ 合理原則或理性原則，依德國學者Steinbach的分析，又可再細分為：1. 形式理性：明確性，附理由及符合體系正義原則。2. 實質理性：符合經濟效應及法規具效能及3. 程序理性：包含累積資訊、實驗性嘗試，人民參與程序及觀察及修正法規之三大理性要求。*Steinbach*, aaO. (Fn. 45), S. 73-101, S. 101-161, S. 163-318.

⁴⁷ 依地方制度法第26條第3項後段規定：「其他行政罰之種類限於勒令停止、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。」

治條例及其他法規命令之保留。蓋我國司法院大法官解釋，對於法律保留原則乃採「階層性法律保留」原則，所以只要法律明確授權。亦得由法規命令限制人民之自由權利（司法院大法官釋字第443號解釋參照）⁴⁸。

準此以言，原則上法律、自治條例及法規命令始得作為限制人民自由權利之依據。但是，國內仍存有許多「職權命令」或「自治規則」，雖僅涉及執行法律之技術性、細節性或程序性規定，或號稱不涉及重大公益之給付行政，惟其實質內容仍屬限制人民自由權利或顯屬「重大公益事項」，此種行政立法或自治立法即有違憲法前揭規定及中央法規標準法第6條規定之重大嫌疑。例如：「古蹟、歷史建物及聚落保存維護補助作業要點」或「臺北市攤販臨時集中場設置管理要點」……等等職權命令或自治規則，如何有效全盤檢視此種職權命令或自治規則之「偷渡法律保留現象」，為我國立法學未來研究之重大使命，急需全面盤點有逸脫法律保留之相關法規範。

(2) 比例原則

依憲法第23條規定，限制人民之自由權利，應以「必要者」為限，即屬比例原則之具體展現。此外，依行政程序法第7條規定，比例原則係由適當性，必要性及均衡性三者所構成，因此，立法者於限制人民自由權利時，仍應遵循適當手段、必要手段、均衡手段之憲法原則限制。可是，在我國法規範實踐上，不僅有諸多立法手段明顯違反比例原則，例如：社團年資處理條例第7條規定，得追溯請求併計社團年資之退休給與或不當黨產條例第10條規定，且不受法律請求時效之限制，即屬適例。我國司法院大法官解釋，原則上對違反比例原則之法律審查，解釋態度上採極度寬容態度，固常

⁴⁸ 併得參閱林明鏞，同註17，頁20-27。

作「合憲性推定」，對於濫用比例原則之立法手段，諸如：電動遊戲管理法規範之嚴格手段（即距離學校最低距離），常束手無策⁴⁹，也造成法治國家危機。

(3) 平等原則

憲法第7條明文規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」因此，立法者制定（發布）法規時，若對男女、宗教、種族、階級、黨派為差別對待時，即應說明其區別對待的「正當理由」，否則法規即有違憲嫌疑。

我國立法實務上常可見法規為明顯之差別對待，卻未說明其正當化之理由，例如：我國有監督寺廟條例（司法院大法官釋字第573號解釋），卻無監督教堂或清真寺條例；有許多原住民保障條款（例如：政府採購法第98條之僱用1%原住民條款）（併得參閱司法院大法官釋字第719號解釋討論：合憲），卻無客家或外籍配偶保障條款；最近（即二〇一九年五月）通過之「司法院釋字第748號解釋施行法」，亦無正當化其與「異性婚」絕大部分規定相同，少部分規定不相同對待之理由，均有待補充，以免孳生違憲疑義。惟司法院大法官釋字第748號解釋，卻採取相當寬鬆的審查標準以對待說明「異性婚」與「同性婚」的平等原則⁵⁰，致恐生法治國家未具備充分說理（正當理論）即評估其法律後果義務之危機。

⁴⁹ 有關比例原則之深入討論，併得參閱林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231期，頁65-79，2014年8月。例外為司法院釋字第786號解釋，認為「公務人員利益衝突迴避法」第14條及第16條罰鍰規定違反比例原則（2019年12月13日公布）。

⁵⁰ 司法院釋字第748號解釋文僅云：「民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障人民平等權之意旨有違。」但未正當化或證立說明「同性婚姻」與「異性婚姻」須平等對待的正當理由，說理須平等對待似稍嫌不足。

(4) 明確性原則

法規範之明確性原則要求，除有司法院大法官釋字第481號、第636號等解釋文，明白揭示「法律以抽象概念表示者，其意義非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符合法律明確性原則。」外，行政程序法第5條亦重申：「行政行為，內容應明確」，從而不論是國會立法（或立憲）、行政立法（屬行政行為之一類型）或自治立法，均應符合「明確性原則」之要求，此乃法治國家的基本原則，自不待言。但是，大法官解釋所建立之三個判斷標準：「意義非難以理解」、「一般受規範者得預見」及「可經司法審查加以確認」，不僅「公式空洞」沒有實質標準，而且大法官審查明確性原則之態度亦十分寬鬆，故「檢肅流氓條例」第2條第3款之「敲詐勒索」、「強迫買賣」、「幕後操縱行為」；第6條之「情節重大」等均未違反法律明確性原則，反而只有「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」，始與法律明確性原則不符（司法院大法官釋字第636號解釋參照），令人難以理解大法官解釋判斷是否明確之真正理由何在。

我國實務上容有眾多法規，似明顯與明確性要件不符，例如：公務員服務法第5條之保持品位條款或藥害救濟法上之「常見」、「可預期」、「不良反應」用語，許多專門職業人員法規範之「其他不正當行為」，諸如：律師法第43條第2項規定，造成執行法規範機關得恣意執行的空間（參見司法院大法官釋字第432號及第767等解釋參照），所以如何明確化法規之用語，尤其是避免濫用不確定法律概念，乃是立法學上極為棘手的當務問題⁵¹。

⁵¹ 公務員懲戒之違失行為構成要件，公務員懲戒委員會經常引用公務員服務法第5條所要求之「謹慎勤勉」要件，致微小違失行為亦受到懲戒（例如公務人員過失駕車撞傷違規闖紅燈之行人等公務外之私人行為），即屬被執法機關

(5) 法律優位原則

依我國憲法第171條及第172條規定，已形成憲法、法律與命令有高低效力之法律位階，如果再依地方制度法第30條及第31條規定，包含地方立法之自治條例、自治規則與自律規則的話，則又可形成憲法→法律→法規命令→自治條例→自治規則→自律規則的「法律效力優劣體系」，即屬本文所稱之「法律優位原則」。

基於法律優位原則之位階效力，下級位階之法規即不得與上級位階法規相互牴觸。但是如何判斷下位法規是否與上位法規相互「牴觸」？常非屬易事。以電子遊戲場業管理條例第9條第1項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」但臺北市、臺北縣（今新北市）及桃園縣（今桃園市），均規定其營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院2,000公尺、990公尺或800公尺以上，是否牴觸中央之法律規定（50公尺）？司法院大法官釋字第738號解釋竟認為：地方自治條例此種最低距離規定，並未牴觸中央之「電子遊戲場業管理條例」，蓋此種最低具體數字之相互不一致性，都被司法解釋成並未相互牴觸，實難以令人理解。此外，依行政程序法第173條第1款規定：人民陳情案件未具真實姓名者，「得」不予處理，但卻有不少地方自治規則規定：凡未具真實姓名之陳情，「均」不予處理，明顯二者事實上不能相互併存者，即有牴觸之嫌疑。我國司法院大法官職司判斷法規範是否相互牴觸憲法與法律問題，卻從寬認定地方立法或行政立法與上位規範之合致性，造成法律優位原則之空洞化、形骸化，實乃我國立法學上之極為嚴峻待處理問題。

(6) 法規公開原則

依中央法規標準法第4條及第7條規定，不論是中央法律、命令

恣意濫用之典型情形。

或地方法規（但目前我國欠缺：「地方法規標準法」），均應公布或發布。此外依「政府資訊公開法」第7條第1項第1款規定：法律、緊急命令、中央法規標準法所定之命令、法規命令及地方自治法規，應主動公開，乃再度重申法規之應公開原則。此外同條項第2款並且要求政府機關（含中央與地方各級機關）亦應主動公開「解釋性行政規則」及「裁量基準」，俾使人民得以知悉，而有所準備因應。但是，對於大量非「解釋規則」及「裁量基準」的行政規則，卻未要求各級機關有主動公開義務，尤其各級政府機關或自治團體之「作業要點」、「注意事項」、「處理要點」、「計算基準」、「行使基準」、「設置要點」、「管理要點」、「倫理規範」數量龐大，並常直接涉及人民權益甚鉅，卻成為公開的漏網之魚，容有擴大公開法規範圍之必要，以使人民知悉奉行。從而，應主動公開之法規範，不僅應包含法律、法規命令、行政規則、職權命令、自治條例、自治規則及自律規則在內，凡具有拘束力之一般性法規範（含都市計畫之主要計畫與細部計畫或自治公法人之法規），有直接或間接與人民或公務員權益相關者，均應主動列為強制公開範圍，因為法規範公開透明，除可以帶動人民對政府機關之信任，也可以提升人民接受政府決定（策），蒐集人民之意見，避免公務員貪腐以及人民有效預估成本及功能⁵²。

準此以言，我國宜儘速修改並擴大政府資訊公開法及中央法規標準法中，應主動公開之法規範疇，並制定「地方法規標準法」，強制各級機關在網路上公開其一切具拘束力之法規範，甚至於也應事前公開未來之「修法草案」及私部門具有拘束力之一般抽象規範⁵³！

⁵² Vgl. Herr/Müller/Engewald/Ziekow, DÖV 2018, S. 165 (168).

⁵³ 韓非子在難三篇第二節中，早已主張：由官府擬定的成文法典，均應對百姓

(7) 法規不溯及既往原則

基於法治國家的法安定原則及信賴保護原則（行政程序法第8條；司法院大法官釋字第525號解釋及第529號解釋）⁵⁴，法規範之公布（發布）、修正及廢止，原則上均不得有溯及既往，破壞法律安定性及人民正當合理之信賴。此可由司法院大法官釋字第574號及第577號解釋文⁵⁵及中央法規標準法第22條第3項規定，均可以直接或間接證立此種不溯及既往原則要求，亦屬立法學上之基本原則：蓋立法者原則上不得為溯及性之立法，以免破壞法律秩序安定性及人民之信賴保護。因此，野生動物保育法即不應溯及一九八九年公布前，處罰未申報而持有野生保育類動物產製品者，諸如：祖傳之象牙製鼻煙壺。

所謂法律不溯及既往原則，係指法規範新施行或變動，不得溯及已經結束（完成）之生活事實（件）或法律關係。當立法者例外採取溯及既往時，應有重大公共利益理由或純粹使人民獲益且符合比例原則時，始得謹慎為之，並非係立法者得完全自由裁量之立法衡酌空間⁵⁶。比較具有爭議的是有關繼續性的法律關係或生活事

公布，因為法是越顯著越好，百姓才能奉行。參閱張素貞編，同註2，頁96-98。

⁵⁴ 司法院釋字第525號解釋文指出：「行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。」司法院釋字第529號解釋文亦補充說明：「主管機關廢止該辦法時，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，避免影響其依法規所取得之實體法上地位。」均屬信賴保護原則之具體憲政要求。

⁵⁵ 司法院釋字第574號解釋理由書中認為：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護，法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上仍自法律公布生效日起，向將來發生效力。」故可作為不溯及既往之憲政原則。

⁵⁶ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 16 Rn. 30; *Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, § 26 Rn. 86.

實，法規之變動，若自法規事後公布生效時產生，即非溯及既往，德國聯邦憲法法院稱此種變動為「非真正溯及」(unechte Rückwirkung)⁵⁷，例如在空間計畫的變更或法律變更補貼柏林邦五年租稅優惠，在進行中第三年時即將之刪除的柏林補貼案(Berlinhilfegesetz)⁵⁸，即屬不真正溯及既往適例。德國聯邦憲法法院認此種變更為「不真正溯及」，並不侵害人民之信賴保護且未違憲，我國司法院大法官釋字第574號及第781號、第782號、第783號解釋理由書亦有此等意涵⁵⁹。

溯及既往(真正溯及：echte Rückwirkung)包含構成要件之溯及與法律效果之溯及兩種類型，我國社團年資處理條例中，對於政務人員與常務人員退休(職)金，若有採計國民黨等附隨八大社團年資者，均應重新核定，並追繳其退休(職)金，不受法律請求權時效規定之限制，此種僅向社團追繳(常務人員)，或由政務人員與社團共同連帶追繳義務者，即屬典型之構成要件溯及與法律效果溯及的溯及性立法。不當黨產處理條例之追繳不當黨產規定亦有相同之溯及規定，立法者若未能闡明其「重大公共利益」及符合「比例原則」之具體理由時，即有違憲之重大嫌疑，因其乃屬真正溯及既往而非不真正溯及。

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 14, 288 (297ff.).

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 30, 392.

⁵⁹ 司法院釋字第574號解釋理由書認為：「惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。」司法院釋字第577號解釋，對菸害防制法第8條第1項及同法第21條規定之修改，亦認無法律溯及適用之情形，均屬繼續性之法律關係緣故。有關司法院釋字第782號解釋之評析，併得參見林明鏞，台灣公務員年金改革釋憲評析：以司法院釋字第782號解釋為中心，《從法律不溯及既往原則、信賴保護原則及比例原則評析大法官釋字第781、782、783號軍公教退休新制之解釋》宣讀論文，2019年10月5日。

(五)不成文之基本原則

除上述七大成文或經司法院大法官確立之立法原則外，依德國傳統立法學理論（主要係依其德國聯邦憲法法院裁判所建立之最低要求）⁶⁰，尚有下列七大在我國仍屬「不成文」之立法原則可供立法院遵循之原則，為杜爭議似得增補於我國憲法或中央法規標準法中，以供立法時得受有效遵循：

1. 研究規範事實義務原則

我國立法院職權行使法第54條以下規定（委員會公聽會之舉行）以及行政程序法第155條之訂定法規命令、有得依職權舉行聽證規定，均似屬研究受規範事實之方法之一，但法律並未課以立法者有研究規範事實之義務，從而，若國會立法或行政立法時，未召開公聽會或舉行聽證，對規範事實未加以調查瞭解，亦屬完全合法，但立法者若對法規範事實完全不瞭解，即依權力者或政黨之指示，倉促立法或修法，此種情形猶如「瞎子摸象」，如何能切中要點，作完善周全之規範呢？例如：對網路平臺言論限制、Uber交易的管理或雲端資訊之搜索扣押、或中共滲透臺灣之真正原因事實等，若無相當深入之事實基礎研究（即法事實之實證研究），並瞭解問題所在，則其立法恐怕均無濟於事，無法解決紛爭及問題，乃淺顯明白之至理。

2. 預測未來發展義務原則

立法者不僅要充分瞭解法規範背後事實及問題，而且須更進一步積極去預測一旦成為規範明文後，未來短中長期執行該法規範，會產生何種態樣之變化，包含正面與負面的效果，均應加以詳盡預估，此種預估得見於我國之「法案影響評估檢視表」柒（對人權之

⁶⁰ 有關德國聯邦憲法法院於判決中建立之立法標準，併得參閱Steinbach, aaO. (Fn. 45), S. 6.

影響），但通常立法者並無此種專業能力，亦未作嚴謹之未來發展與評估與預測。反之，德國聯邦憲法法院在墮胎合法化II判決中，即要求立法者對墮胎合法化後，人口減少數量及胎兒生命權之保障問題，即要求立法者有嚴格之預測與分析統計⁶¹；在不吸菸者保護法（*Nichtraucher-gesetz*）的聯邦憲法法院判決中，亦有相同（似）之指摘⁶²。我國未來即將施行之「司法院釋字第748號解釋施行法」，未來對於社會、家庭及人口減少等其他配套措施之衡量，立法者即應有嚴謹之事前與事後預測評估，以杜悠悠之口，或防範未來國家面臨的大災難發生：人口或異性婚姻大量減少。從而，如何在法制面上建立一套立法者應遵循之預測統計義務，強制其定期遵守檢視義務，似為未來立法學宜努力之方向：建立法規制定者之預測與檢討義務。

3. 透明且符合專業程序原則

要求立法程序應「透明」及符合「專業性」，似乎沒有理性人民會持反對意見，但在我國實際立法運作上，立法之「不透明性」及「不專業性」毋寧反而是一種常態，尤其是國會立法，受到立法時程極為短暫的時間壓力，以及政黨政治必經妥協折衷，黨團紀律對立法委員的動員會，以及執政者之意志須被國會貫徹等因素影響，立法程序經常有不能透明及不專業之情事，否則即會產生「政策跳票」之政治效應，例如：我國之「都市更新條例」二〇一九年修正案及「危老建物處理條例」，都是在不公開下或不專業下匆促完成立法，以致事後問題叢生，難以善後⁶³。

⁶¹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (254, 263, 310)墮胎判決案II。

⁶² Vgl. BVerfGE 121, 317 (360ff.).

⁶³ 有關我國「危老建物重建條例」之深入批評，併得參閱林明鏘，同註6，頁219-252。

德國鐵血宰相俾斯麥（Otto von Bismarck）曾說過一句話流傳數百年的政治性笑話：「越少人知道香腸及法律是如何作成的，他們（意指人民）會睡得更加香甜。」⁶⁴即可以表露立法過程之不透明性，難以避免。孔子亦云：「民可使由之；不可使知之。」或許影響了我國立法透明化的進程，使得立法程序蒙上神秘的外衣，而非朝「專業」、「透明」方向推進。

此外，立法專業化也是一種立法學上之基本要求，但因為立法者通常不具有各種專業能力，立法時若不尊重專業意見，常會造成一切政策決定及草案內容均以政治妥協為依據，立法過度的政治化，而忽略專業正確性判斷要求，例如：國內有關核能／綠能或再生能源的替代立法草案，即可看出過度政治化的結果，缺乏專業性，引發一波又一波的政策爭論外，也將窒礙難行，無法在二〇二五年達成非核家園理想外，更造成臺灣排碳量之倍增。此外，醫師是否適用勞動基準法第84條之1，亦屬不合醫療專業需求原則⁶⁵，有待檢討。

4. 說明立法理由義務原則

由於國會立法或行政立法，自治立法之討論及諮詢常流於形式化，因此在立（修）法理由，相對地即變得極為簡陋，甚至無法知悉具體條文之「立（修）法理由」，因為國內許多立法理由均源自於「政黨協商」、或「奉高層指示」，或「立法委員」所加，不能公然寫於立（修）法理由中，從而立法理由即如同雞肋：無法探詢歷史解釋所尋之意旨。蓋立法體例上雖均由「草案總說明」及「逐

⁶⁴ Vgl. Meßerschmidt, aaO. (Fn. 1), S. 225.

⁶⁵ 參見羅傳賢，醫師勞動權益保障政策立法方式之研析，臺灣大學公共政策與法律研究中心／台灣法學基金會主辦，「立法理論與實踐」研討會論文，頁95-109，2019年5月24日。

條法條與理由」所構成，但若仔細閱讀其總說明及逐條理由，通常亦無法解答法規適用執行或研究者之心中疑惑，例如：為何「危老建物處理條例」第5條第2項規定只有十年有效期限而已？難道臺灣數以十萬計之危老建物在十年內均能改建更新完成？其落日條款十年之理由何在？立法者完全未能說明採取「限時法」的理由，即屬典型未說明理由之負面案例⁶⁶。

立法理由的詳細說明，除在「歷史解釋」中，對具體法律適用解釋扮演重要角色外，在審查法規修改、更新與制定的合憲性問題上，亦得作為有效之判斷依據，但因為立法過度「政治化」及「妥協化」，過多「非專業性因素」之滲透，是造成我國立（修）法理由無法詳盡周全之主要理由，立法理由反而僅只是一種應付表格需求的形式表面文章而已，缺乏實質決定之根本性理由。

5. 偏離基本價值決定時之正當化義務原則

立法時或多或少都會有些特定法規範之「例外規定情形」，而與法規範之主要基本價值相互偏離者，此時，此種偏離規定或例外規定，即應有正當化的理由義務，否則即會產生原則／例外關係之價值不一致性，或邏輯前後的不一貫性，造成嚴重形式的不合理性，而成為違反體系（systemwidrig）的違憲立法⁶⁷。

例如：我國之政府資訊公開法，其基本價值決定為保障人民知的權利，擴大資訊公開之範圍（第1條立法理由參照），可是在其第18條中卻規定有九大例外限制或不公開之政府資訊列舉條款，包含「國家機密」（永不解密），內部單位擬稿、調查相關資料、涉

⁶⁶ 併得參閱，林明鏘，同註6，頁227-229。

⁶⁷ 此為德國聯邦憲法法院在「不吸菸者保護法」判決中，認為保護不吸菸者之權利，卻在法律中明文允許在餐廳中可以設置「隔離性之抽菸區」，乃是違反基本價值決定之體系，即屬違憲法律。Vgl. BVerfGE 121, 137 (360ff.).

及個人隱私、營業秘密、妨害公營事業經營上之正當利益……等等例外條款、包山包海，幾乎與基本價值決定完全悖離條款，此種例外條款過多的限制或排除，並沒有說明其正當化之理由，僅係一種龐大立外條款或與政府機關之某種妥協作法，前後價值判斷邏輯不一貫性。此種原則／例外關係法條，或「限制之限制」類似條款，亦可見諸我國檔案法第18條，及行政程序法第102條與第103條中，不勝枚舉。如果本原則「形成」立法學上之基本原則的話，似可以大量抑阻此種只有「政治理性」而無「法律理性」的背離原則立法，蓋其亦違反憲法上「比例原則」，大量之例外情形會造成「原則變例外」，「例外變原則」矣！

6. 規範結果正確原則

所謂規範結（後）果正確性義務（原則），係指立法者在法規範之內容形成選擇時，應注意執法後的所生結果，即不得與原規範目的背道而馳，或造成「不正確」之後果⁶⁸。德國聯邦憲法法院此種要求立法者對「結果」負責任的原則，對我國立法學深具啟發性，因為我國傳統法學或憲法解釋，從未提及立法者須對「不正確」立法結果負有「修正法規範義務」（或修改義務）之主張或學說，此種以「結果論英雄（或狗熊）」的原則，對我國立法者經常制定諸多結果不正確的法律，可以達成有效督促其儘速改正，而毋須再勞師動眾，透過全民公投或憲法解釋才能迅速實現此種改正義務。例如：電業法上曾明文規定廢止使用核能的二〇二五年最終期限規定，或是「公務人員退休資遣撫卹法」二〇一八年七月一日以後快速遞減所得替代率執行的結果，造成數以萬計訴訟案件，都是明顯的案例⁶⁹。

⁶⁸ Vgl. *Schneider*, aaO. (Fn. 15), Rn. 59.

⁶⁹ 有關2017年新修正之「公務人員退休資遣撫卹法」之深入討論，併得參閱林

為了避免產生規範結果不正確的後果，德國立法學理論提出許多立法模式，包含「漸進式」立法（而非一步到位立法），例如：德國「卡特爾法」（Kartellrecht）六次修法，以及諸多社會保險法之改革，都因為缺少管制經驗或對後果難以評估之領域，即適宜採取「漸進式」之穩健立法，不躁進的立法方式可以避免立法時選擇錯誤⁷⁰。其次，亦得以「限時法」的方式，規定其有效「日出期限」或「日落期限」，故當法規範施行期限（生效期間）屆至時，得強制立法者再檢討其存廢及是否修正該法規，乃屬另外一種確保結果正確之方法（我國現行中央法規標準法第23條及第24條已有此種類似機制存在）。最後，則有規定「試行一定區域」及「一定期間」之制度，以免鑄成大錯之立法方式（例如：博弈條款、色情專區之施行），都是可以預防結果不正確之立法模式，似可以在立法院職權行使法中加以明定其立法方式義務，以補缺漏。又例如：二〇一八年十二月公布之「無人載具科技創新實驗條例」（自駕車）第9條規定，核准創新實驗以一年為限，但最長不得逾四年，即屬適例。但其得排除適用之法令，卻極為有限，是否充足必要？尚有逐年檢驗之必要性。此外金融監理沙盒亦有此種類似規定⁷¹。

7. 合理原則

所謂合理原則又可稱為「理性原則」，建立合理原則乃藉以避免產生不理性的法規，蓋不論古今中外，在現實社會歷史發展中，已經出現太多「不理性」之法規範（如：沒收猶太人等少數民族財

明鏘，評臺灣2017年公務員退撫制度之改革——制度改革與信賴保護之衡平，載：法治國原則與2018年金改革，頁113-148，2018年6月。

⁷⁰ Vgl. *Schneider*, aaO. (Fn. 15), Rn. 59.

⁷¹ 有關金融監理沙盒之問題分析，併得參閱楊岳平，區塊鏈時代下的證券監管思維挑戰：評金管會最新證券行虛擬通貨監管方案，國立臺灣大學法學論叢，48卷特刊，頁1279-1362，2019年11月。

產法律；處罰不守宗教戒律之婦女；歧視女性或外國人等法規範），所以在現代立法學上「理性」被提出是一種立法原則，因為建立在「法規必須是理性之產物」前提要件上，似乎是沒有人爭議的金科玉律原則。

但是，「理性」並非純粹法學上之概念，相反地，每種學科均有其「理性」或「合理」的概念及主張，例如：有「國家理性」、「社會理性」、「政治理性」、「宗教理性」、「醫學理性」與「科技理性」等概念，層出不窮且有時甚至會相互矛盾，而立法學未來的重大使命乃將此種非法學領域之理性概念，有效選擇導（輸）入法學理論中，尤其是導入憲法條款中，使得在立法及違憲審查時，能夠提供立法者及司法權一個審查或遵循具體標準⁷²。簡言之：合理（理性）應該是各種型態及層次立法的共同檢驗標準⁷³。

惟何謂「理性」？卻非得僅憑個人單純有限之生活經驗即可確定現象，而應該是社會大眾共同期待的共同願景（*Erwartungsbildung*）⁷⁴，所以法規範是否合理，應以社會大眾共同期待的願景為依歸，絕非是掌權者（或執政者）之個人意志為斷！社會共同期待的願景，雖然沒有確定性或一般性概念，但卻可以經由經驗上之知識調查得知，例如：自由、平等、民主、富足……等，當人類被要求須有理性，人的行為也要有理性，規範或指導人類行為的法規範，更應該具有理性，才能保持社會的生活秩序和平。

準此以言，合理原則乃是一個「開放性」的內容，隨著各階段時代環境的變遷，隨著科技技術的整合變化，理性的法規範指標會

⁷² Vgl. *Steinbach*, aaO. (Fn. 45), S. 1.

⁷³ Vgl. LUC J. WINTGENS & A. DANIEL OLIVER-LALANA (EDS.), *THE RATIONALITY AND JUSTIFICATION OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* 107 (2013); *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 458.

⁷⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem*, aaO. (Fn. 19), S. 55, 59.

不斷被提出來，而不是僅限於「法學理性」之法規結果之正確性及法規彼此間不具矛盾性而已，可能也包含法規之明白清楚，人民遵守法規可能程度，以及執行法規之可行性，正如同韓非子所說的：「法應易知易行」、「法應統一固定」、「法應因時制宜」其實也是一種法規「理性」⁷⁵！

參、立法學面臨之困境及其功能

法規的角色逐漸由生活關係之穩定者（Stabilisator），演變成為變動生活關係之引擎（Motor）後，立法學的功能也大大展開⁷⁶。本文首先對現行立法狀況之缺陷加以闡述後，再對立法學可能產生之功能，加以銜接補充。

一、現代立法之缺陷

（一）立法程序之沉淪（形式化、儀式化）

不論是國會立法、地方立法或行政立法，雖法律有明文要求進行三讀會／程序或公聽會、聽證之舉行，但因為立法（所謂優先審議法案尤其嚴重）程序時間之緊迫性，更不用談所謂「急迫性之法案」，幾乎所有法案之立法程序，均過於簡陋，我國偏重於國會之黨團協商（參見立法院職權行使法第68條至第74條）及妥協結論，如黨團協商結論經院會宣讀通過，出席委員即不得再提異議或反對（第72條第2項但書規定），議會上及行政程序上的深入理性討論程序，反覆辯論正反立場，幾乎難得一見，因此立法程序之沉淪（Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens），即不重視正當法律程

⁷⁵ 張素貞編，同註2，頁104-106，語出韓非子第27篇〈用人（二）〉。

⁷⁶ Wjss, Rechtsetzungslehre, 2016, S. 7f.

序異議意見及理性討論之進行，實屬臺、德兩國立法實務上之重大弊病⁷⁷，法案應重視的是立法程序中的慎重反覆理性討論，但在現代議會政治人物任期短暫及政見落實的時程壓力下，簡直就是難以有效期待！

(二) 國會的失能

不論是何種型態的立法，最主要及首要控制法規品質機制應屬中央國會與地方議會，可惜因為現代議員一方面通常不具有專業立法能力，而議會又經常沒有配置足夠的專任法案助理，再加上另外一方面，政黨議會黨團為貫徹其競選的執政承諾，限縮同政黨議員之異議陳述機會或反對權利，若再加上遊說團體力量龐大（被戲稱為秘密的第五權）⁷⁸，實質上大幅影響立法之走向，因此議會被架空（即被行政權及遊說團體架空）的結果，議員所能扮演監督或把關的功能也日漸萎縮，法案的「去國會化」（Entparlamentarisierung）現象，或國會的步向「形骸化」，即「行禮如儀」地走完法定程序的形骸，也是臺、德兩國目前面臨迫切之危機：如何匡正回復議會成為權力核心及決策平臺的民主憲政常軌變成立法學上之熱門議題⁷⁹？

⁷⁷ 有關德國立法程序沉淪之批評，併得參見 *Steinbach*, aaO. (Fn. 45), S. 2; *Schneider*, FS Müller, S. 421ff.; 羅傳賢，國會與立法技術，頁195-233，2004年10月。

⁷⁸ 德國戲稱遊說之利益團體，例如：德國公會（*Wirtschaftsverbände*）或工會（*Gewerkschaft*）或具有社會地位之政治團體，諸如：醫師協會、農民協會、納稅人協會、不動產所有權人協會等，為國家除行政權、立法權、司法權及大眾媒體外的秘密第五權。Vgl. *Schuppert*, aaO. (Fn. 19), S. 72ff.

⁷⁹ 有關回復議會為國家權力核心的德文討論文獻不少，例如：*Schneider*, aaO. (Fn. 15), S. 421ff.; *Schulze-Feilitz*, NVwZ 1983, S. 709 (711); *Schuppert*, aaO. (Fn. 19), S. 36f.

(三)立法氾濫

現代法治國家中法規不僅多如牛毛，而且變化更迭快速，造成民眾及受規範者難以估算管制法規之風險（即法遵成本）。尤其是中央與地方法規之重疊或競合嚴重，又各有不同程度之規範密度（例如前揭我國之電動遊戲場業管理條例與各地方之自治條例或動物保護法以及各地方之動物保護自治條例），疊床架屋，重複規定卻又有各自不同管制類型，增加法規衝突之複雜程度。如果再加上各個自治法人之自治法規與中央法規的錯綜複雜關係（以臺大為例，每一處室及各學院均有龐大數量之法規範彼此相互衝突，例如：教授升等之規定），行政法規的日趨複雜多變，數量難以控制且不斷膨脹，此種立法氾濫的情形，重複作無效率或相互矛盾管制法規的惡劣傾向，似有全部清查檢查法規制定必要性的迫切需求，否則國家單一法秩序將會日益惡化，難以控制⁸⁰。

(四)法規缺乏一致性（缺乏內聚力）

我國法規另外一個缺陷是法規彼此之間沒有整合成一致性價值判斷概念，造成各部會主管之不同法律，各自為政的結果，不僅沒有包裹立法的概念與傳統，而且各法律彼此價值不一致的情形極為常見，例如：我國民事法上之成年為20歲（民法第12條），刑事責

⁸⁰ 德國有關立法氾濫（Gesetzesflut）的討論文獻，例如有Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 12; Schneider, aaO. (Fn. 15), Rn. 427; 我國立法氾濫的情形，看似不嚴重，但若從法律授權不明確的觀點，以及沒有貫徹再授權禁止原則下，其所衍生之諸多重複或相互矛盾立法數量，多到不計其數，例如：依據教育人員任用條例第14條第4項及教師法第10條授權訂定之「專科以上學校教師資格審定辦法」（迄今已修正達八次以上），其辦法復授權複審自審學校（例如：臺大）得自訂更嚴格之程序及審查基準（審定辦法第40條第3項），而各校更得再授權各學院，各學院得再授權各學系自訂更嚴格的審查程序及審查基準，即令人眼花撩亂。

任能力卻為18歲（刑法第18條），公投年齡也設計為18歲（公民投票法第7條），但人民憲法上之投票權仍定為20歲（憲法第130條），四種法規制度缺乏一致性的價值判斷，形成一國數制，我國立法實況上似早已見怪不怪，此種法規價值之歧異性，明顯缺乏內聚力。

此外，我國立法實務上中央與地方法規亦常各唱各的調，彼此沒有妥協（共識）一致的內聚力（Kohärenz），此種情形在地方自治權限內之自治法規尤其明顯，例如：我國中央之「電子遊戲場業管理條例」，與各自治團體所訂之「電子遊戲場業設置管理自治條例」；或中央之「都市計畫法」、「都市更新條例」與各自治團體之「都市計畫施行自治條例」、「都市更新自治條例」；或中央之「建築法」與各地方之「建築管理自治條例」，容有諸多基本價值之矛盾，其不僅管理標準寬嚴不一，而且亦常相互背道而馳，致喪失或減低法規範之調控能力（Steuerungsfähigkeit）及法規範提供給付能力（Leistungsfähigkeit），此種惡劣傾向在我國地方立法權日益膨脹發達下，更顯得劇烈而難以收拾⁸¹。

(五)過多象徵性立法

所謂象徵性立法（symbolische Gesetzgebung）係指立法之目的乃為確保政治權力，並因應政治妥協（或稱政治理性法案），而制定之法規，申言之：法規範制定之目的，並非以解決現實問題或實現法規目的而制定者，此種將具象徵性意義的政策，強迫融入法規條文中，會導致法規範之無效能性（Ineffektivität）。例如在我國之環境或能源法上，明白宣示之「非核家園2025年」，或

⁸¹ 有關立法彼此間缺乏內聚力（mangelnde Kohärenz）的德文討論文獻，併得參閱Ritter, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, S. 69 (70ff.); Bumke, Der Staat 49 (2010), S. 77 (89).

「綠能取代其他一切能源」，或一系列的「轉型正義法案」即屬適例，在事實上甚難有效執行。在德國最常見的例子為一九九五年代制定一系列的防止臭氧層破洞加劇的「臭氧層法規」（Ozongesetz）或一九九〇年代一系列為加速交通或工業設施興建之法規，以利德國經濟發展等⁸²；在二十一世紀則為「網路加速建設法」（Netzausbaubeschleunigungsgesetz）或對抗「溫室氣體效應法規」。此種象徵性立法除具無效能的缺點外，其實也違反「實質理性」，因為這些手段的選擇，在經濟上並非有效，在國家資源分配指引上，並非是最適合的手段，而且亦與憲法上之比例原則相互違背，此種不能擔保施行結果正確的法規範，亦違反實質理性原則⁸³。

此外，凡是受規範所無法有效遵循者，亦屬另外一種象徵性之立法類型，例如：高度倫理道德之要求，諸如：我國公務員服務法第5條之保持品位條款，法官法第13條第2項之「法官倫理規範」（共28條），尤其是第5條之「保有高尚品格」、「謹言慎行」、「廉潔自持」、「避免不當或易被認為損及司法形象之行為」；此外科技部及教育部發布之「學術倫理規範」……等亦有相類似之情形：標準甚高，一般受規範者難以有效遵循，均屬典型象徵性立法⁸⁴。

⁸² Vgl. Hansjürgens/Lübbe-Wolff (Hg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000, S. 25ff.; Newig, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, S. 301ff.

⁸³ Vgl. Steinbach, aaO. (Fn. 45), S. 16f. 例如：德國修法收取部分股票交易稅，以挹注減低溫室氣體效應（排碳的設施及投資）。

⁸⁴ 但德國學者（前聯邦憲法法院法官）Hoffmann-Riem則認為象徵性立法規範，仍具有所謂「象徵性功能」（Symblofunktion）。Vgl. Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 19), S. 50f.

二、立法學之功能

我們在確定立法學之研究範疇，並瞭解現代國家立法的諸多弊端後，則須進一步確認：到底立法學可以對現代立法或法規範，帶來何種益處？其功能何在？有立法學的研究是否得減少立法弊端，而可能帶來「較好的法規」？即有究明之必要：

綜合德國、瑞士立法學理論⁸⁵，立法學具有下列之功能，可供我們一一加以檢視，此種主張是否合理？

(一)對立法行為具指導功能

立法學理論因包含有立法技術及立法原則（理論）在內，所以依其建立之「立法技術規範」及「立法理論要求」，就如同一本登山嚮導書籍，可以指引中央與地方之立法者外，對行政權之行政立法亦具有相當程度的指引功能，避免其消極重蹈覆轍外，亦對原來立法技術之改良，會深具啟發功能。

例如：對於前述之法規範缺乏一致性，以及過多象徵性立法情形，透過立法技術及立法理論之檢視，即可以發現諸多弊端，而得有效立即改善之。諸如：德、瑞士之新修正的個人資訊保護法（Datenschutzgesetz）、基因科技法（Gentechnologiegesezt）及環境法及核能法之規定及改善，均可見到立法學之指導功能。

(二)效能管理法規功能

所謂效能管理（Effizienzmanagement）係指能有效減少重疊管制或無效能管制之法規範。例如：立法學理論在二十世紀末期即主張：「解除管制」（或稱管制緩和）、「瘦身國家」（提倡小而美

⁸⁵ *Schneider*, aaO. (Fn. 15), Rn. 1; *Meßerschmidt*, aaO. (Fn. 1), S. 118f.; *Wyss*, aaO. (Fn. 76), S. 7f.

的國家）、「民營化」國家任務及組織，這些理論都可以大量減少法規範總數量，避免法規範氾濫及增加行政官僚執法成本（Bürokratiekosten）。奧地利聯邦總理府於二〇一八年曾要求各部會於限期內檢討所有現行法規，除陳報有必要保留法規者外，其餘則全部廢止，結果造成刪除大量重複或無效管制法規範，頗受人民好評，因為即可大量減少非必要程序及不必要之官僚管制手段之成本⁸⁶。

（三）改革社會功能

蓋任何大型政策改革，例如：民、刑法的修改或性別平等法規範的制定，均須有大型立法或修法加以有效落實，而此種大型立（修）法計畫，即需立法學之支持，始能有較佳之立法草案或提出其他可替代性修正草案，而有助於社會改革，或解決社會問題，例如：德國一九六八年的刑法改革，即大力借助立法學者Böhrent所提出之「立法後果評估理論」，致其改革收到卓著之社會功效，即屬適例⁸⁷。

我國目前正面臨司法院釋字第748號解釋施行法（二〇一九年五月公布）、社會長照保險法、網路管理假消息法及金融監理法（如：金融科技發展與創新實驗條例）、AI法規範等之大型社會改革，因此，若立法學不能專業有效伴隨著法制改革，能否立出「好的」、「合理」的法案，即令人高度質疑，因為這些法案，一方面與典型的傳統基本價值不同（諸如：異性婚姻價值、言論自由及金

⁸⁶ Vgl. Meßerschmidt, aaO. (Fn. 1), S. 119. 有關奧地利之改革，得參見Der Standard, Zurückgekehrter Moser lässt tausende Gesetze bereinigen, 2018. 4. 24. Moser司法部長在奧國5,800種法律及法規命令中，計畫刪除2,000以上種法規。

⁸⁷ Vgl. Meßerschmidt, aaO. (Fn. 1), S. 119.

融高度管制），另一方面政府也缺乏管制上的實際經驗，不易立好法案。以金融創新實驗之審查制度而言，如何有效評估預測創新實驗之可行性及成效，均須有跨領域科學知識之整合，始能兼顧「創新」及「金融消費者之保護」，尋求二種公益之平衡，並非易事。

（四）去除法規政治化的功能

立法學上所謂去除「政治化」（*Entpolitisierung*）的意義係指：須去除法規範中過多政治上妥協的成分及因素。雖然法規範之制定或修正，依政治上之運作經驗，通常須經過政黨政治妥協，才能找到各黨派都能接受的解決方法，但是此種政黨政治妥協，通常並非「好的」立法，而是一種「委曲求全」的折衷作法。而立法基本原則及立法程序理論，則可以逐漸減少立法程序中過多的政治化，慢慢轉向合乎專業及合乎事理公平的法案道路上。德國聯邦各部會共同部務法第42條至第44條規定（GGO），即屬立法學上的努力成果，企圖減少法規範政治化的因素明文宣示⁸⁸。例如：第43條之必要九種說理義務及第44條之立法後果評估（含出入及支出之變動）等，均可以大幅減化法規範有過多政治力之妥協。

我國法規範政治化的最大證明即屬立法院職權行使法第十二章之「黨團協商」。其規定不僅須進行黨團協商之所謂「爭議議案」範圍過大（第68條），只須有10位委員連署或附議即成為「爭議議案」，而須進行「黨團協商」，且黨團協商程序並不公開，僅公開黨團協議之「協商結論」（第70條第5項）外，對於立法理由及條文轉變之內幕原因，外人均無從知悉，也不必說明理由。最後，黨團協商共識效力過強，蓋其經院會宣讀通過後，不僅出席委員不得再提出異議，逐條宣讀時，亦不得反對。而且委員僅得依政黨比例

⁸⁸ Vgl. *Meßerschmidt*, aaO. (Fn. 1), S. 121.

派員發言，不得再行要求討論或發言（第72條第2項、第73條），此種立法按完全依政黨協商的審議方式，固可避免不同意識黨派之不理議事杯葛，得以提高議事功能，但其政治效力過強，使法規範充滿濃厚的政治妥協成分⁸⁹，根本可以漠視該法規範所帶來的正面及負面影響，其對國庫之出入及支出之程度，甚至於不必說明協商的理由，完全不合理性之形式要件，例如：各種津貼提高之法規範修正。

(五)作為法規範合法（憲）解釋之指引

本項功能是立法學最初也最簡單的功能：亦即立法學上所建立之基本原則理論，可作為解釋法規範是否違憲，以及法規範是否合法之指引（Aufklärungsphilosophie），諸如成文之原則如比例原則、明確性原則，不成文之基本原則如合理原則或透明符合專業程序原則，常常得成為臺、德違憲審查或違法審查重要之理論依據。例如：我國司法院大法官釋字第786號解釋，認為利益衝突迴避法之最低罰鍰金額為100萬元以上，即認其規定是不分情況，一率重罰有違比例原則，而宣告其無效，即屬立法學之比例原則及合理原則之指引功能。

肆、結 語

每一個群居社會均不能沒有行事規則（Regeln），不僅國家，

⁸⁹ 有關國內黨團協商制度之批評，併得參閱林超駿，黨團協商、特殊立法機制與權力分立，月旦法學雜誌，246期，頁129，2015年11月；周萬來，同註12，頁277；黃秀瑞、何嵩婷，黨團協商與國會立法：第五屆立法院的分析，政治科學論叢，34期，頁36-37，2007年12月；胡文棟，我國立法院黨團協商制度之探討，社會科學學報，14期，頁124，2006年11月。

也包含宗教及黑道幫派，因為行事規則是社會的行事支柱，雖然法規只是規則中的一種，其他規則尚包含倫理、道德、宗教及習慣，但法規無疑是社會中最重要的行事規則⁹⁰。

立法學在我國現行階段不受法學界重視，法學研究者及研究成果也不豐碩，但是因我國立法品質之不佳，卻連帶造成司法裁判、行政執法及人民權益均受到諸多持續性不利之負面影響，因此，全面作立法學之深入研究並建立「立法學門」，似為當務之急。我國缺乏「立法學學會」，亦無「立法學專門期刊」出版，更非法律學系學生之大基本必修課程，國家考試亦僅甚少職系（僅法制行政）有考「立法程序與立法技術」，所以立法學的研究，在我國的現存狀況也是如德國般躲在陰影的角落，不受到重視。蓋我國法律學教育僅重視法釋義學的知識及技術傳授，對於如何制定好的法規，則傳統偏見認為係屬政治妥協，或「政治藝術」，不屬法學應研究或講授的範疇。此種錯誤，也使得我國法律人通常只會操作個案微觀的法釋義學操作方法：文義解釋、歷史解釋、目的性解釋與體系解釋。解釋法律，適用於個案事實，而得出所謂個案正確結論。但對於如何制定一般性及抽象專業的「好法規」，卻十分困難，法律人缺乏此方面之訓練，將是不完整的半個法律人，因為法律人無法制定或修正法規，對社會國家的紛爭預防功能，顯然並非充分。

綜合上述本文討論，可得出下列簡要之結論：

- 一、立法學所討論之「法規範」不僅指狹義的法律，也應包含憲法、地方立法、行政立法及自治立法所產生具有拘束力的抽象法規範，甚至於也可能包含「私法團體」所公布具統一性之技術規範，且受國家規範所承認者。
- 二、立法學討論之範疇主要應包含四大內容：意即包含(一)立法程

⁹⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, aaO. (Fn. 19), S. 37.

- 序；(二)立法技術；(三)立法後果評估；(四)立法應遵循之基本原則。(含成文及不成文原則)
- 三、立法程序討論之課題包含有：國會及地方議會之三讀會程序、公聽會與聽證、公投、利益團體遊說及提供資訊、法案草擬程序，以及黨團協商等程序機制。
- 四、有關立法技術規範我國僅有中央及地方片斷式之行政規則，缺乏完整之法律規定，德國、奧地利及瑞士之完整法律或立法技術指令可供我國修法參採，可修改我國之中央法規標準法、立法院職權行使法及各地方議會之自律規則，予以吸納之。
- 五、法律效果評估理論，其內容包含法規制定前之「法規影響評估」(RIA)，以及法規制定後之「後果評估」兩種。我國前者僅有行政指導性文書及制式化檢查表，後者則完全付之闕如。蓋此種法律後果評估，涉及超越法律學之外之社會學、政治學、經濟學、哲學等專業知識，並是科際整合之學問，未來似將成為立法學上極為重要之研討課題，我國立法者卻不重視此種事後評估義務，造成人民對不理性的法規範之怒聲載道。
- 六、法規制定與修正應遵循之基本原則，依我國司法院大法官解釋、憲法規定及法律片段規定，計可分成「成文化之基本原則」與「不成文之基本原則」兩種，若能將之合併規定於「憲法」或「中央法規標準法」或「地方法規標準法」草案中，似能有效提升法規品質，避免公然明顯的立法瑕疵，形成「不合理」或「不正確」的惡法，而毋須逐案由司法院大法官為事後違憲裁判。
- 七、現代立法程序及實務上正產生之「程序沉淪」、「國會失能」、「立法氾濫」、「法規缺乏一致性」及過多「象徵性立法」之缺失，有待立法學進行對我國立法院及地方議會之法規範為實證統計分析研究，以對症下藥，並提出修正對案。

八、立法學得針對上述法規範共同缺失，對各種型態之立法行為，提供指導明燈功能、「有效管理法規」功能、「社會改革」功能、「去除法規範政治化」功能、及作為「解釋法規範合憲合法指引」之功能，但因我國立法學研究成果尚屬初階萌芽階段且未有大量文獻累積，所以也無法印證我國立法學具此種功能，故有賴大量法學者及非法學者共同關心我國此一乏人聞問但卻重要無比的學術領域，以減少惡法，豎立法規範具有之預防紛爭、解決紛爭之效力。



元照出版提供 請勿公開散布。

參考文獻

一、中 文

1. 王文宇，公司法論，6版，2018年10月。(Weng-Yu Wang, *Company Act*, 6th ed. (2018).)
2. 王保鍵，圖解立法學：立法程序與技術，2014年3月。(Bao-Chien Wang, *Graphical Legislation: Legislative Procedures and Techniques* (2014).)
3. 朱力宇、張曙光（編），立法學，2001年9月。(Li-Yu Chu, Shu-Guang Chang [ed.], *Legislation* (2001).)
4. 朱志宏，立法論，1995年3月。(Chi-Hung Chu, *Legislation* (1995).)
5. 李茂生、林明鏞（計畫主持人），寵物殯葬業務法制疑義之研究，2017年12月31日農委會補助研究計畫期末報告。(Mao-Sheng Lee & Ming-Chiang Lin, [Project Host], *Study on the Doubts of the Legal System of Pet Funeral Business, Final Report of the Agricultural Committee Subsidy Research Project* (2017).)
6. 沈中元，立法機關組織之研究，1997年5月。(Zhong-Yuan Shen, *Research on the Organization of the Legislature* (1997).)
7. 周萬來，立法院職權行使法逐條釋論，2版，2011年12月。(Wan-Lai Zhou, *Article-by-Article Interpretation of Legislative Yuan Power Exercise Law*, 2d ed. (2011).)
8. 林明鏞，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231期，頁65-79，2014年8月。(Ming-Chiang Lin, *The Function and Crisis of the Principle of Proportionality*, 231 THE TAIWAN LAW REVIEW, 65-79 (2014).)
9. 林明鏞，台灣動物法，2016年12月。(Ming-Chiang Lin, *Animal Law of Taiwan* (2016).)
10. 林明鏞，評都市危險及老舊建築物加速重建條例，載：都更法學研究，頁219-252，2018年6月。(Ming-Chiang Lin (2018), *Review of the Urban Dangerous and Accelerated Reconstruction of Old Buildings Regulations*, in: RESEARCH ON URBAN RENEWAL LAW, 219-252.)
11. 林明鏞，評臺灣2017年公務員退撫制度之改革——制度改革與信賴保護之衡

- 平，載：法治國原則與2018年金改革，頁113-148，2018年6月。(Ming-Chiang Lin (2018), *Review of Taiwan's Civil Service Retirement System Reform in 2017—Equilibrium of Institutional Reform and Trust Protection*, in: PRINCIPLES OF THE RULE OF LAW AND 2018 ANNUITY REFORM, 113-148.)
12. 林明鏘，德國新行政法學，科技部2015-2018研究計畫期末報告，2018年10月。(Ming-Chiang Lin, *German New Administrative Law*, Ministry of Science and Technology 2015-2018 Research Project Final Report (2018).)
13. 林明鏘，警察法學研究，修訂2版，2019年1月。(Ming-Chiang Lin, *Research on Police Law*, 2d ed. (2019).)
14. 林明鏘，大學自治與自治監督的平衡：以台大校長遴選案論立法學之重要性，2019年台灣行政法學會年度研討會，自治行政之民主正當性與監督，2019年2月16日論文。(Ming-Chiang Lin, *The Balance of University Autonomy and Self-Governance: The Importance of Legislation in the Selection of the President of National Taiwan University*, 2019 Taiwan Administrative Law Society Annual Symposium, The Democratic Legitimacy and Supervision of Autonomous Administration (2019).)
15. 林明鏘，行政法講義，修訂5版，2019年9月。(Ming-Chiang Lin, *Administrative Law*, 5th ed. (2019).)
16. 林明鏘，德國新行政法，2019年9月。(Ming-Chiang Lin, *German New Administrative Law* (2019).)
17. 林明鏘，台灣公務員年金改革釋憲評析：以司法院釋字第782號解釋為中心，《從法律不溯及既往原則、信賴保護原則及比例原則評析大法官釋字第781, 782, 783號軍公教退休新制之解釋》宣讀論文，2019年10月5日。(Ming-Chiang Lin, *Taiwan Civil Servants' Annuity Reform Interpretation and Analysis: Focusing on the Interpretation of the Judicial Interpretation No. 782*, "Analysis of the New System of Retirement of the Military Religion of the Chief Justice, Interpretation No. 781, 782, 783 from the Principle of Non-retroactivity to Law, the Principle of Trust Protection and the Principle of Proportion" (2019).)
18. 林紀東（計畫主持人），各國行政程序法比較研究，1994年7月。(Ji-Dong Lin, [Project Host], *Research on Various Countries Administrative Procedure Law*

(1994.)

19. 林超駿，黨團協商、特殊立法機制與權力分立，月旦法學雜誌，246期，頁126-149，2015年11月。(Chao-Jyun Lin, *Party Caucuses Negotiation, Special Legislative Procedure and Separation of Powers*, 246 THE TAIWAN LAW REVIEW, 126-149 (2015).)
20. 胡文棟，我國立法院黨團協商制度之探討，社會科學學報，14期，頁111-137，2006年11月。(Wun-Dong Hu, *A Study of the Party Caucus Negotiation System in the Legislative Yuan*, 14 JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES, 111-137 (2006).)
21. 孫克難，法規或政策影響評估（RIA）之成本效益分析，財稅研究，44卷3期，頁1-34，2016年5月。(Ke-Nan Sun, *Public Finance Review*, 44(3) FINANCE AND TAXATION RESEARCH, 1-34 (2016).)
22. 高仁川，評析新修正都市更新條例中有關都市更新專業計畫的規定，載：2019年兩岸房地產法研討會報告論文，頁3-23，2019年3月。(Ren-Chuan Gao (2019), *Evaluation of the Regulations on Urban Renewal Projects in the New Amendment of the Urban Renewal Regulations*, in: REPORT OF THE CROSS-STRAITS REAL ESTATE LAW CONFERENCE 2019, 3-23.)
23. 張素貞編，國家的秩序：韓非子，5版，1985年7月。(Su-Zhen Zhang [ed.], *National Order: Han Fei*, 5th ed. (1985).)
24. 陳銘祥，法政策學，2版，2019年5月。(Ming-Siang Chen, *Legal Policymaking*, 2d ed. (2019).)
25. 楊岳平，區塊鏈時代下的證券監管思維挑戰：評金管會最新證券行虛擬通貨監管方法，國立臺灣大學法學論叢，48卷特刊，頁1279-1362，2019年11月。(Yueh-Ping Yang, *The Challenges to Securities Regulatory Thinking in the Blockchain Era: Comments on the Latest Regulatory Guidelines for Securities Token Offerings*, 48 (Special Issue) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1279-1362 (2019).)
26. 曾濟群，國會立法與程序，2001年11月。(Chi-Chun Tseng, *Lawmaking and Procedure in Parliament* (2001).)

27. 黃秀瑞、何嵩婷，黨團協商與國會立法：第五屆立法院的分析，政治科學論叢，34期，頁1-44，2007年12月。(Shiow-Duan Hawang & Song-Ting Ho, *Party Caucuses Negotiation and Legislation Process: Analysis of the Fifth Legislative Body in Taiwan*, 34 POLITICAL SCIENCE REVIEW, 1-44 (2007).)
28. 羅傳賢，國會與立法技術，2004年10月。(Zhuan-Xian Luo, *Parliament and Technique of Lawmaking* (2004).)
29. 羅傳賢，立法程序與技術，6版，2012年7月。(Zhuan-Xian Luo, *Procedure and Technique of Lawmaking*, 6th ed. (2012).)
30. 羅傳賢，醫師勞動權益保障政策立法方式之研析，臺灣大學公共政策與法律研究中心／台灣法學基金會主辦，「立法理論與實踐」研討會論文，2019年5月24日。(Zhuan-Xian Luo, *Analysis on the Legislative Ways of Doctors' Labor Rights Protection Policy*, Taiwan University Public Policy and Law Research Center/Taiwan Law Foundation, "Legislation Theory and Practice" Seminar Paper (2019).)

二、外 文

1. Badura, Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Müller, Georg/Rhinow, Rene/Schmid, Wildhaber (Hg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 481ff.
2. Badura, Peter, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015.
3. Bumke, Christian, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 77ff.
4. Der Standard, Zurückgekehrter Moser lässt tausende Gesetze bereinigen, 2018. 4. 24.
5. Hansjürgens, Bernd/Lübbe-Wolff, Gertrude (Hg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000.
6. Herr, Marius/Müller, Christoph E./Engewald, Bettina/Ziekow, Jan, Transparenzgesetzgebung in Deutschland in der Bewährung, DÖV 2018, S. 165ff.

7. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Innovation und Recht, 2016.
8. *Maihofer, Werner*, Gesetzgebungswissenschaft, in: *Winkler, Günter/Schilcher, Bernd* (Hg.), Gesetzgebung, 1981, S. 3ff.
9. *Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017.
10. *McLeod, Ian* (2009), PRINCIPLES OF LEGISLATIVE AND REGULATORY DRAFTING, Ian McLeod: Hart Publishing.
11. *Meßerschmidt, Klaus*, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik, ZJS 2008, S. 111ff.
12. *Meurers, David/Beye, Constantin*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Öffentlichkeit von Normen – Unter besonderer Berücksichtigung der Verweisung auf private Normen, DÖV 2018, S. 59ff.
13. *Müller, Georg/Uhlmann, Felix*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., 2013.
14. *Newig, Jens*, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, in: *Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael* (Hg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 301ff.
15. *Öhlinger, Theo*, Methodik der Gesetzgebung, Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, 1982.
16. *Ritter, Ernst-Hasso*, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: *Grimm, Dieter* (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69ff.
17. *Röhl, Hans Christian*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, S. 33ff.
18. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke* (Hg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11ff.
19. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Aufl., 2004, S. 26ff.

20. *Schneider, Hans*, Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens, für Gebhard Müller, 1970. S. 421ff.
21. *Schneider, Hans*, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002.
22. *Schulze-Feilitz, Helmuth*, Gesetzgebung als materiales Verfassungsverfahren, NVwZ 1983, S. 709ff.
23. *Schulze-Feilitz, Helmuth*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988.
24. *Schuppert, Gunnar Folke*, Governance und Rechtsetzung, 2011.
25. *Steinbach, Armin*, Rationale Gesetzgebung, 2017.
26. *Steinberg, Rudolf*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, Der Staat 26 (1987), S. 161ff.
27. *Winkler, Günter/Schilcher, Bernd* (Hg.), Gesetzgebung, 1981.
28. *Wintgens, Luc J. & Oliver-Lalana, A. Daniel* (eds.) (2013), THE RATIONALITY AND JUSTIFICATION OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE, Heidelberg: Springer.
29. *Wyss, Martin*, Rechtsetzungslehre, 2016.

Concept, Scope Definition and Function of Legisprudence

Ming-Chiang Lin^{*}

Abstract

From the perspective of public law, legislative science is never a topic in the research field of public law. As a result, there has been insufficient research on legislative science based on the administrative law or the Constitution of the R.O.C. This paper has referred to the results of the research on legislative science conducted in Germany, Austria, and Switzerland, intending to start with the most fundamental concept, research scope, and function of the legislative science to thoroughly analyze the four topics that should have been researched in the field of legislative science: Legislative procedures, legislation techniques, assessment of legislative impact, and basic principles of legislation (including both written and unwritten basic principles). With the in-depth analysis supported by substantial case studies, this paper seeks to not only establish the research scope for legislative science in the R.O.C., but also make people well aware that the research on legislative science is cross-disciplinary and closely connected with the research on new administrative law conducted in Germany. The

^{*} Chair Professor, School of Law, National Taiwan University, Director of EU-Law Center; Dr. iur. Heidelberg, Germany.

Received: August 19, 2019; accepted: January 31, 2020

research on legislative science will be greatly beneficial to the “law-based administration” and “trial by law” systems domestically.

Keywords: Concept of Legisprudence, Scope of Legisprudence, Legislative Procedure, Legislation Technique, Assessment of Legislative Impact, Principle of Legislation, Legislative Defect, Function of Legisprudence, German New Administrative Law, Law-Based Administration

