

國立臺灣大學法律學院法律學系研究所

碩士論文

Graduate Institution of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

國家行為一致性和信賴保護

—以國家行為之性質為中心—

Consistency and Legitimate Expectations
-Based on the Perspectives of Government Action-



陳偉仁

Wei-ren Chen

指導教授：許宗力 博士

Advisor: Tzong-li Hsu, Dr. iur.

中華民國 99 年 6 月

June 2010

獻給爸媽



序言

本書共計二十萬餘言，總共耗時一年又半載。寫作過程曲折離奇，許多研究生未必會遭遇的問題，舉凡硬碟壞軌或是資料遺失在影印店的情形，都教我給遇上了；只要能寫，我在什麼地方都寫，有時在總圖或研究室，但多半是在計中或是台北車站租屋處，過年時在基隆家中、春假時於彰化外公家，甚至法律扶助基金會台北及士林分會的每個審查室裡，都有論文的足跡。但是即使多繞了一些遠路，我對於終究會完成這本論文的信念，卻始終沒有過任何的懷疑。

完成一本公法學的碩士論文，對於一個已經二十八歲，既無恆產、亦無名望的人而言，可能沒有太多實質上的幫助，但是我卻樂此不疲；也許這就是一種對於學術的熱情。有人說，法學寫作只是一種文字操弄的遊戲；也有人說公法學科賺不了大錢成不了大器；更有人說碩士學生人微言輕，無人在意，又何必太過認真，草草寫就也就皆大歡喜，趕緊到外頭去作律師法官，卡位之餘順便洗洗經歷，呼風喚雨吃香喝辣多麼地風光得意。也許某程度上來說，他們是對的，有時候我也動搖迷惑了，但是我始終不服氣。之所以不服氣，除了我對學術的理解明顯與他們不同之外，也是因為在這幾年的生活當中，我不止一次地對於前述那種短視近利的主流式法律菁英主義產生了質疑。那樣子的生活，也許表面上叱吒風雲，但是無法為社群帶來利益；長期來說，也不能為我這個人帶來心靈上的平靜。我所追求的，是理解的歡愉、是接近真理的絕對領域，這也是為什麼論文的寫作過程雖苦，但我在身心上都處於極度的靜謐。於是這本論文，是主張、是實踐、是挑戰，也是證明。但是，或許如同羅馬詩人 **Juvenal** 所云，寫作本身並不是藝術，更不是工藝，那只是一種病；可能這本論文只是我的偏執症的再一次發作，只不過這次來得更長、更久，更加地無藥可救。又或許是我智識過於淺薄，以致別人視作理所當然的事情，我卻遲遲無法參透。對於這些人生信念上的矛盾和辯證，我衷心期望在我將來有限的人生當中，可以獲得村上春樹般發條鳥式的突破和解答。

這本論文的完成，要感謝我的指導教授許宗力老師。老師不管在格式、內容以及外文參考文獻上，都給了我相當大的自由空間；論文接近完成之際，更是不吝鼓勵和讚美。還記得那時老師捎信過來，除了直陳論文幾個缺失之餘，信末不忘補上一句：「總之，這是很滿意的一本論文，你很聰明，很有爆發力，很有見解，也知如何『狡猾地』自圓其說。^^」原本我對論文的期待，可能只是希望老師看了之後不要生氣，至多至多可能也就是老師點點頭說聲好，那已是十足的榮幸；會得到這樣的褒獎，實是當初開始寫作之時始料未及。口試結束之後，老師還招待我和女友上了館子一趟；我想在小一輩的學生當中，我是極少數能夠獲

此殊榮的，也足夠我說嘴上好一陣子。這一切，都讓我感念在心。德文當中對於指導教授有 *Doktorvater* 的稱謂，不知道是不是過於老派的詞彙，但是回想寫作過程中老師給我許多日爾曼式的支持和照顧(*betreuen*)，備覺肯切。在學術上，我的指導教授從不故作高深，總是用易懂的詞彙和流暢的文筆，分析許多複雜的議題，而這正是我嚮往的境界；在論文當中，我也刻意使用這樣的方法來撰寫，除了表示對於這種寫作格式的提倡之意，也藉此彰顯師承之所在。口試委員黃昭元教授和陳愛娥教授都是平常對我照料有加的老師。大一修習黃昭元老師的憲法，對於大法官究竟是何方神聖都不太清楚的情況下，印象中只以 70 分的成績低空掠過；上了研究所之後再次修習黃老師的課程，獲得 90 分以及「這個學生很用功」的評語，使我慶幸這幾年我在學識上仍然是有點進步的。而在台北大學一年的研究所生涯當中，愛娥老師則扮演我的公法啓蒙角色。回首這幾年跟老師亦師亦友的關係，發現自己不但珍惜偶爾與老師小酌一番的愜意，也認知到我「居易行簡」的人生觀，簡直就是從老師那邊一脈相傳而來。在學術上，兩位教授都講求實用、嚴謹、以解決問題為取向，絕對不打高空，而這也是這本論文的初衷。

研究所期間，蔡宗珍教授教導我工作的態度，即便我不再擔任老師的助理之後，仍然關心我的學術生活；我也多次修習李建良教授開設的課程，老師總是對我的報告給予幽默的讚賞和充分的鼓勵；不管我的請求有多麼冒昧，林子儀教授依然大方提供了許多關於信賴保護的文獻資料；我誠摯地感謝我的老師們。論文寫作初期，曾將本文第一章改寫投稿至李模務實法學基金會，並且獲得佳作，不但一解經濟上的燃眉之急，也舒緩了我的信心危機；我要感謝基金會和匿名審稿委員，願意給年輕人一個機會，並且對於李模老師提攜後進之情，永遠感念在心。

我也要感謝我的爸媽以及弟弟；兒時居住在十坪大的小小家裡，那緊密相依的感覺，迄今依舊出現夢中、伴隨著基隆的海風。自幼時起，父親即對我的人品、字跡以及寫作進行嚴格又紮實的訓練；母親慈悲為懷、畫荻教子(這倒不是比喻，而是真有其事)，直到小學二年級還在餵我吃飯、直到小學三年級還夜夜坐在書桌旁邊陪讀。這一切，使我日後在文字能力上面取得了絕對的精準性、又富同理心，懂得照顧的概念以及善體人意，而這些都是學習法律的基本條件。這本論文獻給我的家人。每次回到彰化的老家，外公、舅舅和舅媽總是無微不至地照著三餐招呼我，這使得我雖然沒有顯赫的家境，卻有著十足的少爺脾氣。感謝女友君華(三年半)、愛貓阿吉(八年)和芬達(十年)的長期陪伴，而我對他們也付出了無盡的關心和寵愛。聰明過人又富社會關懷的女友，經常提供我反省的機會、給我基進的養分，挑戰我那時常陷於主流的結構之內而不自知的神經，使我免於走向剛愎自用的道路。在我生命當中，她是我交往過最正的小乖，也是無可取代的存在。感謝週遭的友人，雖然我話不多說，但是我始終在乎你們的感受。

十年寒窗，物換星移，新的生命降臨，舊的生命過去。在某個無人知曉的夏

日早晨，我如同往常熬夜撰寫論文不綴，直至清晨六時許。我聽著自己敲打鍵盤的聲音如同陣雨一般走走停停，卻在某個沒有預期的時點歇止不再繼續。原來我已來到論文的最後一句。由於寫作期間我彷彿變成意念的載體，理論和概念教我往東，那我也就不能往西，而那過程漫長得好像我會就這麼一生一世地寫下去，一時之間竟然沒辦法領會論文已經完結這件事情。恍惚之間，從小情同手足的表哥來電，告知表嫂順利產下一男。我才猛然醒悟，我的論文和我的侄子，新的生命在同一個早晨誕生於這個世界。新的生命降臨固然令人雀躍，但是我從來沒有忘記，在我大二和大三時，同樣是某個沒有預期的一天，我年邁的祖父陳滄溪，以及夭折的表弟蔡宗璟，是那麼突然地離開了這個世界。有時候我因為太過想念，於是鍵入他們的名字上網四處搜尋，卻驚訝地發現由於他們的去世係在網路搜尋科技發達之前，在這個虛擬但卻構成了現代全體人類認知的世界裡面，他們的資料竟然沒有留下任何一丁點。我既感憤怒，又覺悲傷；所謂的人類，不應該是走得這麼沒有尊嚴。我將他們的名字留在這本論文上面，隨著書架的流通、國圖的上載，以及阿六仔莫名其妙的剽竊，世人將會知道他們曾經如此真實地存在。他們是我珍貴的親人，而我時常想起他們。



於台北市布魯克林

說明與摘要

國內文獻針對信賴保護的討論已經呈現爛熟的現象，惟援引美國法者或侷限於其討論之議題，援引德國法者則過分注重法理推演和信賴保護個別要件的操作；真正困難的問題，即**如何權衡私人信賴利益和國家政策變遷需求**，則始終未見全面性的回應。本文凸顯釋字第五二五號解釋援用撤銷廢止行政處分模型的不當之處，而指出應以各種國家行為性質的不同作為切入角度(第一章)，在綜覽美國法上關於一致性與合法期待的討論之後，分析此處各種衝突的價值衡量，並作為基本的判準(第二章，主要援用 L. H. Levinson 以及 R. Dworkin 的架構)；再以國家行為一致性為中心，並設計可能的監督機制，進一步檢討抽象國家行為(第三章，主要援用 J. E. Fisch 的 Equilibrium Approach 以及 A. F. Cohen, & J. Ravitch 之理論)、具體國家行為(第四章，主要援用 Reich 的 New property 理論)、以及司法行為(第五章，主要參考英美法上 adjudicative retroactivity 之討論)。根據前述判準，分析我國法上各個憲法機關面臨信賴保護問題時應有的思考方向，並作結論(第六章)。

本文研究發現如下：如同大多數憲法明文所保障的基本權利一般，在國家公益足夠正當化其干預要求的時候，就算是既得權也必須受到限制。既得權尚且如此，更遑論連法定要件都尚未齊備的信賴利益。但是，不同於一般的基本權，關於既得權和信賴利益的問題，還多了一層法安定性保障的考量；同時，國家管制也添加了一筆「避免既得權和對於過去的信賴利益，阻礙社會進步和改革」的籌碼，來正當化其所加諸人民的限制。

如同 Dworkin 所言，期待的保障並非終極目的，但是至少對於期待的干預，原則上是不可欲的。相較於 Dworkin 願意給予期待的擔保實在過於孱弱，本文仍願根據「對於溯及既往的不利推定」和「對於期待的干預原則上不可欲」兩項基本的原則，而主張：**除非人民明知法律體系存有漏洞並加以利用，否則信賴和期待，原則上均應受到國家的保障；就前開事項，國家應負舉證責任**。本文的依據如下：國家藉由難以預見的公益考量，而要求已經善意投入成本的少部分人民獨自負擔規範或事實變遷的成本，本身就是一件不公平的事情。關於信賴和公益之間的衡量若要更進一步細緻化，其關鍵在於**舉證責任和風險分擔**的考量。

準此，若人民不能預見道德或公益等管制動機，則政府事後單方地要求人民獨自負擔管制的後果，並無意義。至於人民能否有預見的可能性，則牽涉到其所擁有的資源、社會地位、政府資訊公開的機制，以及法律諮詢制度的完善程度。而這些因素正是國內對於信賴保護，較少關注的制度性議題。

關鍵字：信賴保護、釋字第五二五號、一致性、合法期待、溯及既往、比例原則

ABSTRACT

The principle of legitimate expectations is going more crucial in modern society because of the incompatibility between the people's prediction of governmental action in order to arrange their life and the development of policy which essentially seems not to be stable forever. The aim of the research is to demonstrate Taiwan judicial review of legitimate expectations went astray among specific cases because of the failure to construct a rational and stable pattern to protect legitimate expectations. By pointing out the mistakes of "*Administrative Act Revocation Approach*" utilized in Interpretation No. 525, this article suggests another model, that is, *the principle of proportionality* with support of *Retroactivity Pattern*, for rule-changing review.

In details, there are two suggested models in order to improve the predictability and to strengthen reasonable reliance on legislative.

First, categorization according to different nature of the regulation is necessary. In public law area, in which the relationship is public-private, criminal law cannot be with retroactive effect, which is banned by *ex post facto*. In addition, laws which are not criminal but have punishment cannot be permitted with retroactive effect, unless the government proves that the regulated party deliberately took advantage of the loophole of law so as to violate "the law", which did not exist but should have been existent. Besides, if the government makes law with retroactivity on purpose of the compelling interest, the compensation should be appropriated. Finally, laws which are neither criminal nor punishment, such as entitlements and subsidies, can have retroactive or prospective effect according to the facility for policy-making. Since these issues belong to policy concern, political responsibility should also be considered as a checking mechanism.

As regards the civil code, thinking that the relationship is private-private, Congress can form the novel relationship if it will. However, the infringement of vested rights should pass the judicial scrutiny, and the political responsibility should be taken even though the legislative is undergoing reform of society.

Furthermore, the legislative choice of translation clause and remedy should be coped with more carefulness. As a matter of policy, Congress has taken varying approaches when establishing the effective dates of statutes. All approaches are in accordance with the purpose of Congress. For instance, when Congress in the United States adopts statutes changing the federal tax law, it has often adopted one or another

of the following effective dates: January 1 of the year of enactment; the date the proposal was initially announced; the date on which legislative committees tentatively agreed on the measure; January 1 of the year following the year of enactment; a multi-year phase-in of the change; "grandfather" rules, exempting items of income and expense arising from transactions entered into before the date of enactment. However, as indicated by Interpretation No. 668, "grandfather" provision is apparently not the best solution for transition period for not only the failure to achieve reform task but its disturbance to the stability of law if litigations are raised after several years of the amendment.

In the arena of *Executive*, the revocation or abolishment of administrative act can be dealt with *Administrative Act Revocation Approach*, whereas the alteration of regulations and interpretations is a different issue. Regulations, which are authorized by law and as supplement to law, and interpretations, which give the definition of what law is, are both ruling in a general way. Hence, the constitutionality of regulations and interpretations should be decided in an abstract way, *i.e.*, as the facility of judicial review, *the principle of proportionality* with support of *Retroactivity Pattern* is a better option. Moreover, with a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives. Therefore, judicial review must be lenient and deferent to agencies in fast-change regulation context if we still hope that agencies can respond immediately and act themselves flexibly. Besides, it is possible that the harsher the courts ask, the less standards and information agencies will publicize because they incline to circumvent the criticisms that they disobey their own rules.

As regards *Judicial Review and Other Remedies*, when the Honorable Justices use whatever approaches for legal change review, eventually they encounter the difficulty stemming from the balancing test, which is dealt under the traditional approach, *the principle of proportionality*. Indeed, the court complicated the issues raised from legitimate expectations. The modified *principle of proportionality*, by which the court will raise or lower the standard of review according to different given circumstances, is enough to legal change review. By virtue of applying appropriate standard to review, the categorized object of legislative and the flexibility of agency action can be maintained.

Not all regulations must be reviewed before Constitutional Court. Even though laws and regulations are affirmed by the Honorable Justices, it does not follow that the laws and regulations are constitutional in application. As long as the application of retroactive rules is unfair and unreasonable in specific cases, the district and appeal

courts remain their power to intervene and relieve for keeping legitimate expectations safe. On the other hand, the jurisprudence must realize the judicial condemnation is not the only way to defend legitimate expectations, resorting vote and political responsibility is also a possible approach of check and balance. Finally, public officials engaged in the development of policy should still take the responsibility for their decisions even though the legal evolution at issue passes the judicial scrutiny.

Keywords: *legitimate expectations, reliance, retroactivity, legal change, Interpretation No. 525*



簡目

第一章 緒論	1
第一節 前言	1
第二節 國內文獻回顧與評析	3
第三節 本文切入觀點以及論文架構編排	35
第二章 一致性和合法期待的概念介紹	45
第一節 概說	45
第二節 綜覽合法期待和一致性的概念	46
第三節 一致性和合法期待之理論基礎	95
第四節 Dworkin 對於一致性所提出的批判	99
第三章 抽象國家行為一致性和信賴保護	109
第一節 抽象國家行為之界定	109
第二節 立法	111
第三節 行政法規	148
第四節 行政解釋	159
第五節 一般處分，以及行政處分當中所宣示的一般原理原則	172
第六節 結論	181
第四章 具體國家行為一致性和信賴保護	185
第一節 具體國家行為之界定	185
第二節 議題的界定	186
第三節 美國法對於具體行為一致性的裁判概觀	189
第四節 分析	215
第五節 本文見解(代結論)	225
第五章 司法行為一致性和信賴保護	229
第一節 司法行為之界定	229
第二節 議題的界定	230

第三節	司法院大法官解釋	231
第四節	司法院作成之解釋、最高法院作成之判例、決議以及研究意見	236
第五節	一般法院裁判、爭訟型行政處分以及訴願決定	249
第六節	結論	258
第六章	結論與展望	261
第一節	總論	261
第二節	各論	266
第三節	展望	274
主要參考文獻		275



詳目

第一章 緒論	1
第一節 前言.....	1
第二節 國內文獻回顧與評析.....	3
第一項 裁判實務與實證法.....	4
第二項 釋憲實務.....	7
第一目 釋字第五二五號之前的解釋.....	7
第二目 釋字第五二五號之後的解釋.....	10
第一款 援用「撤銷違法授益處分模型」作為審查標準者.....	11
(一)釋字第五二五號解釋.....	11
(二)釋字第五二九號解釋.....	12
(三)釋字第五三八號解釋.....	13
(四)釋字第五八九號解釋.....	13
(五)釋字第六〇五號解釋.....	15
(六)小結.....	16
第二款 以「法規不溯及既往」作為審查標準者.....	17
(一)釋字第五七四號解釋.....	17
(二)釋字第五七七號解釋.....	19
(三)釋字第六二〇號解釋.....	20
(四)小結.....	20
第三款 以「比例原則」作為審查標準者.....	21
(一)僅使用比例原則作為判準者.....	21
(二)綜合使用者.....	22
(三)小結.....	23
第四款 結論.....	23
第三項 我國學界對於信賴保護原則、法不溯及既往和比例原則之探討.....	24
第一目 信賴保護原則.....	24
第一款 定義及法理基礎.....	24
第二款 以撤銷違法授益處分模型作為法規變動合憲審查模型..	26
第三款 撤銷違法授益處分模型之要件.....	27
(一)信賴基礎.....	27
(二)信賴表現.....	28
(三)信賴值得保護.....	29

第四款 撤銷違法授益處分模型之效果	30
第二目 法規不溯及既往原則	31
第一款 定義及法理基礎	31
第二款 以法規不溯及既往原則作為法規變動合憲審查模型	32
第三目 比例原則	34
第一款 定義及法理基礎	34
第二款 以比例原則作為法規變動合憲審查模型	34
第三節 本文切入觀點以及論文架構編排	35
第一項 從國內文獻分析中得出的初步結論	35
第二項 國內法制仍留待解決的困境	37
第一目 抽象效力的國家行為	37
第一款 於刑事法、民事法和行政法等不同法律領域中，法不溯及既往之理論應如何具體化？	38
第二款 就管制彈性需求而言，法律和行政法規是否應該異其考量？	39
第三款 更加細膩的立法技術	40
第二目 具體效力的國家行為	40
第三目 司法裁判權之行使	41
第三項 小結：就人民之信賴，如何宏觀地給予事前的保障？	42
第二章 一致性和合法期待的概念介紹	45
第一節 概說	45
第二節 綜覽合法期待和一致性的概念	46
第一項 合法期待之概念	47
第二項 一致性原則	48
第一目 平行的一致性和垂直的一致性	49
第一款 平行一致性	49
第二款 垂直一致性	49
第二目 對於法律命令階層一致性之期待以及直接受憲法保障之信賴	50
第三目 憲法擔保之一致性	51
第四目 公共利益和私人利益之調和	52
第五目 法律擔保之一致性	52
第六目 普通法擔保之一致性	54
第七目 一致性原則之適用範圍	54
第三項 政策考量	55

第四項	造成不一致的來源	55
第一目	腐化和偏見	56
第二目	平行結構	56
第三目	垂直結構	56
第四目	政府組織的規模	57
第五目	裁量	57
第六目	程序瑕疵對實質決定所造成的影響	57
第七目	陪審團	58
第八目	訴訟和行政處置	58
第九目	替代的爭議解決途徑	58
第十目	案件處理	59
第十一目	政府資訊的接近和使用	59
第十二目	法律服務的接近和使用	59
第五項	以制度設計防止不一致的發生：以行政行為不一致為例	59
第一目	概說	60
第二目	行政裁決與一致性	62
第一款	行政裁量	62
(一)	以法律明確性限縮行政裁量的空間	63
(二)	以正當法律程序限縮行政裁量的空間	64
1.	<i>Hornsby v. Allen</i>	64
2.	<i>Holmes v. New York City Housing Authority</i>	65
3.	小結	66
(三)	以禁止授權原則限縮行政裁量的空間	66
第二款	遵守行政法規	68
(一)	<i>Arizona Grocery</i> 案	68
1.	背景	69
2.	法院判決	70
(二)	後續發展	71
第三款	合理決定、告知理由以及溯及既往	73
(一)	<i>Chenery I</i> 和 <i>Chenery II</i>	74
1.	公用事業控股公司法	74
2.	<i>SEC v. Chenery Corp. (I)</i>	75
3.	<i>Federal Water Service Corp. Decision</i>	76
4.	<i>SEC v. Chenery Corp. (II)</i>	77
(二)	<i>Chenery</i> 案之後的發展	80
(三)	要求行政機構解釋不一致或不正常的決定	80
1.	<i>Contractors Transport Corp. v. United States</i>	81
2.	<i>Brennan v. Gilles & Cotting, Inc.</i>	81

(四)藉由一致性的要求，以保護合法期待利益—有關溯及性行政裁決的問題.....	82
(五)小結.....	83
第四款 政策變遷工具的擇用.....	84
(一) <i>Chenery II</i> 案.....	85
(二) <i>Wyman-Gordon</i> 案.....	86
(三) <i>NLRB v. Bell Aerospace Co.</i> 案.....	86
(四)後續上訴法院的發展.....	87
第六項 小結：不一致的處理和接受.....	88
第一目 不一致的處理和接受.....	88
第二目 預防信賴利益侵害的機制與評估.....	89
第一款 提高溯及性立法的多數決門檻和加強評估.....	89
第二款 民主監督和政治責任.....	90
第三款 程序參與以及資訊公開.....	90
第四款 保險制度.....	91
第五款 過渡條款的制訂.....	92
第六款 強制補償的給予.....	93
第三目 具體的例子.....	94
第三節 一致性和合法期待之理論基礎.....	95
第一項 法治原則上的基礎.....	95
第二項 實證法上的基礎.....	98
第四節 Dworkin 對於一致性所提出的批判.....	99
第一項 Dworkin 眼中的一致性是什麼？.....	100
第二項 Dworkin 對於剛性慣例主義的批判，以及整全法.....	101
第三項 本文見解.....	103
第一目 剛性慣例主義於現實中存在嗎？.....	103
第二目 我們在實踐哪一個理論？.....	104
第三目 一致性和合法期待的理論模型.....	105
第三章 抽象國家行為一致性和信賴保護.....	109
第一節 抽象國家行為之界定.....	109
第二節 立法.....	111
第一項 議題的界定.....	111
第一目 審查標準的擇用.....	111

第一款	修正後的「撤銷違法授益處分模型」	111
(一)	平均人模型	112
(二)	區分「既得權和期待權」的模型	112
第二款	區分真正和不真正溯及既往的審查模型	113
第三款	比例原則和平等原則模型	114
第四款	綜合模型	114
第二目	利益衡量	115
第三目	立法技術和監控機制	116
第二項	美國聯邦最高法院對於立法一致性的裁判概觀	118
第一目	溯及立法	118
第一款	非屬憲法明確要求之審查途徑	119
第二款	屬於憲法明確要求之審查途徑	120
(一)	禁止事後立法條款	120
(二)	徵收條款	120
(三)	契約條款	122
(四)	正當法律程序	122
1.	概說	122
2.	支持溯及立法的最高法院判決	123
3.	反對溯及立法的最高法院判決	124
4.	Landgraf 案以及其他判決之發展	125
第三款	立法政策—除外規定、過渡條款以及另訂生效日期	128
第二目	針對特定人或特定事件之立法	128
第三項	分析	129
第一目	真正溯及和不真正溯及之區分並不是問題的關鍵	129
第二目	公私益衡量、審查模式，以及其他監控機制	132
第一款	衡量時應該考量的重點—公平與效率	132
(一)	公平的考量	133
(二)	效率的考量	133
第二款	值得注意的審查模型	134
第三款	其他監控機制	137
第三目	本文見解	139
第一款	駁斥真正溯及和不真正溯及之分	139
第二款	指向比例原則的分析	140
第三款	預防侵害的立法模型和其他監控機制	145
第三節	行政法規	148
第一項	議題的界定	148
第二項	美國聯邦最高法院對於行政法規一致性的裁判概觀	149

第一目	概說.....	149
第二目	最高法院歷來之重要見解.....	150
第一款	反對溯及性法規之案例.....	150
第二款	支持溯及性法規之案例.....	152
第三款	小結.....	153
第三項	分析.....	154
第一目	美國實務見解產生的問題.....	154
第二目	更為細緻的分析方法.....	156
第三目	本文見解.....	157
第四節	行政解釋.....	159
第一項	議題的界定.....	160
第二項	美國聯邦最高法院對於行政解釋一致性的裁判概觀.....	161
第一目	概說.....	161
第二目	解釋性規則之司法審查.....	162
第三目	具有溯及效力的解釋性規則.....	163
第四目	小結.....	164
第三項	分析.....	165
第一目	美國實務見解產生的問題.....	165
第二目	更為細緻的分析方法.....	167
第三目	本文見解.....	169
第五節	一般處分，以及行政處分當中所宣示的一般原理原則.....	172
第一項	議題的界定.....	172
第二項	美國聯邦最高法院對於裁決規則一致性的裁判概觀.....	173
第一目	概說.....	173
第二目	<i>Chenery I</i> 案和 <i>Chenery II</i> 案.....	173
第三目	後續發展.....	174
第三項	分析.....	175
第一目	美國實務見解產生的問題.....	176
第二目	細部的分析.....	176
第一款	管制效率之需求.....	176
第二款	裁決溯及係屬普通法的要求？.....	177
第三款	由誰負擔不確定的風險？.....	178
第四款	訴訟誘因.....	179
第五款	裁決向後生效係屬可能的選項.....	180
第三目	本文見解.....	180

第六節 結論	181
第四章 具體國家行為一致性和信賴保護	185
第一節 具體國家行為之界定	185
第二節 議題的界定	186
第三節 美國法對於具體行為一致性的裁判概觀	189
第一項 證照撤銷	189
第一目 概說	189
第二目 早期案例	189
第一款 支持撤銷的案件	191
第二款 有利於人民的案例	192
第三款 人民之救濟途徑	193
第四款 提出申請之後法令始公布的案例	195
第五款 混合型案例	196
第三目 近期案例	197
第四目 小結	198
第二項 行政契約	199
第三項 對於非正式建議之信任	201
第一目 概說	201
第二目 允諾禁反言：對於政府建議的信賴	202
第一款 近代指標案例： <i>Merrill</i> 案及後續發展	202
第二款 再次確立「政府不適用禁反言原則」： <i>Schweiker</i> 案	204
第三款 絕對不適用禁反言原則—撥付條款： <i>Richmond</i> 案	205
第四款 小結	208
第三目 允諾禁反言：分析	209
第一款 禁反言原則在私法領域的要素	209
第二款 允諾禁反言在公法領域的要素	210
(一) 法治原則	210
(二) 權力分立	211
(三) 高權豁免	211
(四) 財政與行政的整全性	212
(五) 政策變動的彈性	213
第三款 小結：公法領域的禁反言原則	213
第四目 禁反言原則與財產功能	214
第五目 小結	214
第四節 分析	215

第一項	比較法的觀點	215
第二項	為具體效力國家行為尋求統一性的理論	217
	第一目 概說	217
	第二目 新財產權理論	218
	第一款 美國於六〇年代前的管制現實	218
	(一)「政府大禮」的出現	218
	(二)「公益國家」以及「新封建主義」的形成	221
	第二款 應運而生的新財產理論	222
	第三目 檢討：以既得權和期待權的理論取代新財產權理論	224
第五節	本文見解(代結論)	225
第五章	司法行為一致性和信賴保護	229
第一節	司法行為之界定	229
第二節	議題的界定	230
第三節	司法院大法官解釋	231
	第一項 時間效力	231
	第一目 實務見解	231
	第二目 本文見解	233
	第二項 解釋變更	235
第四節	司法院作成之解釋、最高法院作成之判例、決議以及研究意見	236
	第一項 概說	236
	第二項 我國現行判例制度	237
	第三項 美國最高法院裁判概觀	239
	第一目 概說	239
	第二目 裁判溯及原則	241
	第三目 分析	243
	第四目 小結	245
	第四項 本文見解	246
第五節	一般法院裁判、爭訟型行政處分以及訴願決定	249
	第一項 一般法院裁判	249
	第二項 爭訟型行政處分和訴願決定	249
	第一目 概說	249

第二目 美國法上關於一事不再理之討論	250
第一款 一事不再理	250
(一)行政法領域之一事不再理	251
(二)美國法彙編之整理	254
第二款 行政裁判對於法院和其他機構的一事不再理效力	255
第三款 附帶禁反言	256
第三目 本文見解	257
第六節 結論	258
第六章 結論與展望	261
第一節 總論	261
第一項 國內研究的銜接	261
第二項 合法期待與一致性	262
第三項 基本的價值決定	265
第二節 各論	266
第一項 抽象國家行為一致性	266
第二項 具體國家行為一致性	270
第三項 司法行為一致性	272
第三節 展望	274
主要參考文獻	275

第一章 緒論

第一節 前言

所有的國家行為皆應保持前後一貫，不得任意反覆，始符合自然理性之要求。德國法上的**法安定性原則**(Rechtssicherheit)、美國法上的一**致性原則**(consistency)，均可視作此種思維下的產物。德沃金(Ronald Dworkin)提出的「**原則一貫性**」(Integrity)即與此相關(但是又非完全相同)，其強調：「[政府]以具有原則性且融貫的方式來行動、把自己對某些人所使用的公平或正義之實質性標準，擴張到每個人」。此一概念於實踐上有二個面向：一是要求立法機關制定前後一致、自成一體的法律；另一則是要求審判機關亦需遵循此一角度解釋和適用法律¹。

另外，法規絕不可能無視於事實條件之變遷、長久適用，而不作出相對應的修改。然而，人民亦時常根據舊法秩序事先預測其行為之法律效果，如果法秩序的變動導致人民預測落空，則此時與法規變動所追求的新法規秩序之間，應當如何調和之？人民基於舊法信賴所作出的生活安排，應否受到保障？學說以及實務所探討之「**信賴保護原則**」，即係處理此一問題。

依據本文後述討論，可將國家行為一致性和信賴保護界定如下。就狹義的一致性而言，係指相同案件相同處理、規範體系之內並無自相矛盾之處，且國家不得輕易違背先前所宣示的規範和原理原則。就廣義的一致性而言，則泛指國家各機關之間的行為不得相互不一致。例如，立法機關制定之法律，原則上不得溯及

¹ RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE, at 93-96, 130-133, 166-67, 174, 225 (1986).於此可見 Dworkin 所謂的「原則一貫性」，亦與平等面向有關。可參照王鵬翔，〈刺蝟的哲學：德沃金生平與思想簡介〉，發表於「當代思想大師 Ronald Dworkin 朗諾·德沃金引解講座（二）」2008年11月8日，台北市：國立台灣大學公衛學院。

既往、法律用語或立法授權必須明確；立法明確性的程度，進而影響行政機關裁量空間的大小，並決定了司法審查之密度；另外，行政和司法除同受法律拘束之外，尚須遵守憲法一般原理原則以及自身先例之要求，並且在案件裁決中，依照對於人民程序保障之多寡，賦予不同程度的確定效力。另外，信賴保護狹義而言，係指人民對某一國家行為產生信賴、繼而依此行動表現，而此一表現值得保護。信賴保護廣義而言，則指人民對於國家整體行為能夠先後一致，具有合法的期待。

一致性係針對國家所有行為之要求，信賴保護則涉及所有國家行為的變動；兩者牽連廣泛，實務上亦不乏其例。本文以下藉由檢討我國司法院大法官釋字第 525 號解釋，指出應該依照國家本質之不同，而異信賴保護之決定。質言之，如果能夠跳脫傳統立法行政司法三權之架構，而將國家行為依其本質拆解成：**抽象效力的國家行為**(如立法和行政法規)、**具體效力的國家行為**(如行政處分和行政建議)以及**司法裁判權之行使**(如法院之判決)，則可以更清楚地觀察到：信賴保護在上開不同的國家行為當中，理應存在不同的考量。

例如領有合法證照之豪宅，業已開始興建，但尚未完工領取使用證照；政府以維護博愛特區安全為由，禁用一定高度以上樓層，甚或要求拆除，於法是否有理？值得更進一步的觀察(涉及具體效力的國家行為、狹義一致性、狹義信賴保護)。

又如民國八十九年五月五日修正施行之民法第 739-1 條規定：「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄。」又民法第 756-3 條第一項、第三項規定：「人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。」另依債編施行法第 33 條、第 35 條之規定，於民法債編修正施行前成立之保證和人事保證，亦適用之。立法者於民法領域溯及立法，其合憲性如何？嗣後最高法院作出九十四年度第五次、九十五年度第三次民事庭會議，明白違背立法者上開決定，其效力又應作何解？亦值深論(涉及抽象效力的國家行為、司法裁判權之分際、廣義一致性)。

最後再舉一例，以明問題所在。T 大法律系原規定研究生得惠請兼任教授指

導論文，嗣後規定修正為學生不得延請兼任教授指導。為保障學生權益，本規定只有「向後生效」之效力。本規定表面上宣稱其目的係為「建立體制、公平正義」，實際上則是學院派系鬥爭。某生早先已與兼任教授接洽，研究方向和文獻閱讀業已進行一年。但因求好心切，為了在申請指導教授時提出漂亮的研究計畫書，投入無數時間精力，卻遲遲未提出正式申請，終至上開規定通過。惟查：依憲法學理，系爭規定向後生效，縱影響該生權益，也只是不真正溯及；另外，該生遲不申請，所持理由均與法規目的考量無關，應當自負其責；最後，系爭規定係為追求「公平正義」，一般基本「權利」在此尚須退讓受到限制，更何況該生至多只是享有期待「利益」。凡此，均有進一步檢討之必要。

本文以上述國家行為之不同為中心，探討於各該脈絡中，對於信賴保護應作何種安排。本文主要的問題意識有二：**其一，制度面向上應如何設計，始能更有效地保障人民的信賴？**就此問題，美國法例係以國家行為的一致性，作為信賴保護之擔保。**其二，則是人民信賴保護和國家公益之間的緊張關係，究應如何取捨？**本文將會論證：在法治國原則之前，任何基於管制彈性或公益需求而欲溯及既往之主張，都是站不住腳的。本文將會論證：除非國家能夠證明人民在規則公布之前，即已存有利用規範漏洞之意識，而違反了相同案件相同處理的要求；否則國家不得以任何藉口，溯及侵害人民之既得權和既定生活安排之期待權，蓋既得權和期待權的保障，皆屬憲法對於人權保障之核心，亦為法治國原則之靈魂所在。

準此，就轉型正義和永續發展等議題，雖然亦與國家行為一致性和信賴保護相關，但是則非本文關切所在²。

第二節 國內文獻回顧與評析

² 就轉型正義和信賴保護之間的關聯，則可參照陳建宇，《法的變動與信賴保護：法律理論的探索與重構》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（2008）。

國內關於法安定性和信賴保護議題之探討，由來已久，但真正深刻的開展，則集中在司法院大法官釋字第五二五號解釋之後。針對文獻回顧，本文無意蜻蜓點水、聊備一格；蓋由釋字第五二五號引發的論爭既多且廣，非待整理，無從確定國內目前學術進程，亦無法決定本文應作何等之安排，始能銜接國內現有之討論。

第一項 裁判實務與實證法

關於信賴保護及其相關之原則，我國法制甚早即有建構³，祇是未受到學說實務同等之重視⁴。早期法規建制中，中央法規標準法第 18 條和舊刑法第 2 條之規範係採「從新從優」方式⁵，而其他法規如民法各編施行法之規範方式，則與學說上所謂「不真正溯及」相當。然在實際適用上，兩者仍有差異。假設民法修正未登記不動產之取得時效，由原訂二十年延長為三十年。若修法時當事人占有不動產已逾二十年、未滿三十年，但尚未申請。則此時地政機關適用法律若採上述「不真正溯及」方式，系爭案件應適用新法規定，當事人不得主張時效取得；反之，若採「從新從優」原則，舊法規定對當事人較為有利，當事人得適用舊法要件主張時效取得⁶。另外，民法繼承編施行法第 8 條規定：「繼承開始在民法繼

³ 中國大陸則是遲至西元 2000 年所制定的〈中華人民共和國立法法〉，才有不溯及既往之明文；該法第 84 條規定：「法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章不溯及既往，但為了更好地保護公民、法人和其他組織的權利和利益而作的特別規定除外」。

⁴ 例如，中央法規標準法於第四章「法規之適用」第 18 條規定：「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規」、民法總則施行法第 1 條規定：「民事在民法總則施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定，其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」（其他類似規定，可參債編施行法第 1 條、物權編施行法第 1 條、親屬編施行法第 1 條、繼承編施行法第 1 條）、舊刑法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」。

⁵ 現行刑法第 2 條業已改採「從舊從優」，但中標法第 18 條仍維持「從新從優」。關於刑法此一修正，相關評析可參見，林山田，〈2005 新刑法總評〉，台灣本土法學雜誌，第 67 期，頁 84 (2005)。其他從新從優之立法範例，可參社會秩序維護法第 3 條、稅捐稽徵法第 48-3 條以及行政罰法第 5 條之規定。

⁶ 本例不考慮民法物權編施行法第 8 條之規定，以凸顯上開兩種規範方式之不同。又本文雖以繼續性行為為例，但在已完成之行為，亦無不同。假設刑法修正提高殺人行為之刑度，當事人在修

承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，**依當時之法律**亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」類此直接在法律當中宣示修法前之行為繼續援用修法前法律之安排，本文將其稱為「**除外規定**」(grandfather rules)。至於各該法規何以作出此等不同安排，尙待深論⁷。

相較而言，行政法領域在信賴保護議題上則缺乏統整規定。另外，針對行政處分之撤銷廢止，過去我國實務係持自由撤銷之見解，惟至 1990 年代以降，始開始著重信賴保護⁸。最高行政法院 83 年判字 151 號判例和 83 年判字第 1223 號判例即宣示：基於行政法上信賴保護原則之考量，行政機關針對原處分不得任意撤銷廢止之⁹。

1998年新修正之訴願法和2001年公布施行之行政程序法，則將信賴保護考量明文化¹⁰；兩者之規定大致相同，但行政程序法公布在後，適用上亦不限於提起訴願情形和原處分必須顯屬違法或不當，因此以下主要針對行政程序法討論之。該法除於第一章「法例」宣示：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴」(第8條)，另於第二章第三節「行政處分之效力」，針對涉及信賴保護問題之行政處分，則有詳細之規定。

針對**違法行政處分之撤銷**，第117條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保

正前殺人，修正後受到追訴。依「不真正溯及」原則，就其殺人行為應適用新法之刑度(姑且不論違反罪刑法定之疑慮)；若依「從新從優」原則，舊法之規定對當事人較有利，應適用舊法規定。

⁷ 若謂民法各編施行法採取「不真正溯及」規範方式，係屬原則，而舊刑法第 2 條基於罪刑法定等考量採取「從新從優」特別保障行為人，係屬例外；則何以統一規範全國法規、實質作用上如同憲法的中標法，又採取「從新從優」之方式(雖然在文義上限縮於人民聲請許可案件)，委實難解。我國各該法規規範之間的差異有無具體理路可循，國內文獻並無深入討論。

⁸ 許宗力，〈行政處分〉，收錄於翁岳生編，《行政法》，頁 542-543；陳陽升，《信賴保護原則之具體化》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 5-7 (2009)。

⁹ 此二判例分別針對撤銷廢止違法授益行政處分和合法授益行政處分，闡述信賴保護原則於此應有之考量，其見解則與現行行政程序法第 117 條、第 119 條和第 123 條相當。

¹⁰ 在此之後，信賴保護考量於行政法總論法規中再次粉墨登場，則須待至 2005 年公布之行政罰法，該法第 5 條規定：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」

護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者」。第119條則說明何謂信賴不值得保護之情形：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」。並於第120條規定撤銷授益違法處分之效果：「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償(第一項)。前項補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益(第二項)。關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟(第三項)」。

針對**合法授益處分之廢止**，第123條規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。五、其他為防止或除去對公益之重大危害者」。第125條則規定失效日期：「合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力。但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力」。第126條亦規定廢止合法授益處分之效果：「原處分機關依第一百二十三條第四款、第五款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償(第一項)。第一百二十條第二項、第三項及第一百二十一條第二項之規定，於前項補償準用之(第二項)」。

就法條結構而言，違法行政處分之撤銷，呈現原則許可、例外禁止之態勢，合法授益處分之廢止則是原則禁止、例外許可。之所以如此，則係權衡依法行政和法安定性之後所為的安排¹¹。就違法行政處分之撤銷，可以歸納出以下要件，

¹¹ 吳庚，《行政法之理論與實用》，十版(2007)，頁 413-414；陳敏，《行政法總論》，六版，頁 459-469(2009)；陳愛娥，〈「法律原則」作為行政的法源〉，收錄於《憲法體制與法治行政一城

即當事人具信賴基礎、信賴表現、其信賴值得保護，而信賴利益又大於撤銷所欲維護之公益時，縱處分違法亦不得撤銷¹²。當事人雖無第119條所稱之信賴不值得保護之情形，但其信賴利益小於撤銷所欲維護公益時，行政機關仍可撤銷，祇是依第120條之規定，應就其損害予以補償。就合法授益處分之廢止，於第123條前三款之情形，當事人既對廢止處分有所預見或是可得歸責，自無再依第126條予以補償之理。

就信賴保護而言，雖然行政程序法於行政處分章有巨細靡遺之規定，但在其他行政行為的建構上，則略顯單薄¹³。就該法第8條意旨以觀，**所有行政行為均應保護人民正當合理之信賴**，實不應厚此薄彼。此亦為作成釋字第五二五號解釋之契機。

第二項 釋憲實務

釋字第五二五號解釋舉足輕重，自當詳細介紹之。惟該號解釋作成之前，亦有多號解釋對信賴保護有所著墨，理應一併評析，始明脈絡。釋字第五二五號之前的解釋較為單純，以下僅依時序說明、擇要介紹；釋字第五二五號之後的解釋較為複雜，則依各該解釋採用之合憲審查模型分別介紹。最後再作評析。

第一目 釋字第五二五號之前的解釋

仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 81-82(1998)。

¹² 但嚴格而言，法條文義並未要求信賴表現此一要件，因此在學說上也引發爭議，詳後述。

¹³ 其他章節，僅有**行政契約**之規定較為完備。可參見行政程序法第 145 條第 1 項：「行政契約當事人之一方為人民者，其締約後，因締約機關所屬公法人之其他機關於契約關係外行使公權力，致相對人履行契約義務時，顯增費用或受其他不可預期之損失者，相對人得向締約機關請求補償其損失。但公權力之行使與契約之履行無直接必要之關聯者，不在此限」、第 146 條：「行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約(第一項)。前項之調整或終止，非補償相對人因此所受之財產上損失，不得為之(第二項)」，以及第 147 條之規定：「行政契約締結後，因有情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者，當事人之一方得請求他方適當調整契約內容。如不能調整，得終止契約(第一項)。前項情形，行政契約當事人之一方為人民時，行政機關為維護公益，得於補償相對人之損失後，命其繼續履行原約定之義務(第二項)」。

針對信賴保護與法安定性等問題，釋憲實務早在釋字第五十四號即作成解釋，嗣後第一四二號、第二七八號、第二八七號、第三〇九號、第三二〇號、第三五二號、第三八五號、第四一〇號、第四一一號、第四六五號、第四七二號等解釋，亦對此有所闡釋。

早期雖有多份大法官意見書戮力於此間議題¹⁴，惟整體而言，解釋文及解釋理由書仍吝於說理，誠屬遺憾¹⁵。本文以下僅擇要說明之。

就徵稅原則，財政部先後函釋見解有所不同，釋字第二八七號解釋宣示：「行政主管機關就行政法規所為之釋示，係闡明法規之原意，固應自法規生效之日起有其適用。惟在後之釋示如與在前之釋示不一致時，在前之釋示並非當然錯誤，於後釋示發布前，依前釋示所為之行政處分已確定者，除前釋示確有違法之情形外，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響。」準此，大法官認為財政部中華民國 75 年 3 月 21 日臺財稅字第 7530447 號函說明四：「本函發布前之案件，已繳納營利事業所得稅確定者，不再變更，尚未確定或已確定而未繳納或未開徵之案件，應依本函規定予以補稅免罰」之規定，符合上述意旨，與憲法並無牴觸。

¹⁴ 例如，釋字第一四二號解釋中，金世鼎大法官就營業稅法新修課徵期間於何時起算問題，與多數意見相持不下。釋字第二七八號解釋就教育人員任用事，楊建華大法官和劉鐵錚大法官則提出不同意見書。釋字第三八五號解釋就獎勵投資條例事，劉鐵錚大法官和蘇俊雄大法官分別提出提出協同意見書，其中，蘇俊雄大法官謂：「基於信賴保護原則之考量，法治國亦肯認在一定要件下，使已廢止之法律對於特定案件，仍具有規範效力，以維護人民之既得權益。就此，學理上有稱之為法律的「後續力」(Nachwirkung)」。釋字第四一一號解釋就技師執業範圍事，陳計男大法官提出協同意見書、孫森焱大法官提出不同意見書；其中，孫森焱大法官謂：「未經法律限制之工作權，如嗣後以法律限制時，應有信賴保護原則之適用，勿使其發生溯及既往之效力...如果立法機關基於公益之考量，為增進公共利益之必要，使限制之法律效力溯及既往者，則就此例外情形設特別規定，並應有比例原則之適用，且既為例外情形，與法之原則有別，其設特別規定之理由如何，即不能以「要屬當然」一語以蔽之。」最後，釋字第四七二號解釋就全民健保改制事，吳庚大法官提出協同意見書：「信賴保護固屬具有憲法位階之公法上基本原則，國家之立法、行政及司法等部門，均應受其拘束，但此一原則之適用，並非毫無條件。…倘形成信賴利益之事實關係為過去存在之事實，制定法規溯及既往的使相對人遭受不利之結果，原則上不得為之；倘制定法規係針對將來發生之事實關係而適用，且公益因此而獲致益處顯然大於相對人或其他利害關係人之私益者，即非法所不許」。施文森大法官則指出：「社會保險制度為法律所創設，自得由法律為之變更，但此項變更，除非對變更前已參加社會保險之被保險人有利，不得使之溯及既往」。

¹⁵ 如釋字第三〇九號、釋字第三二〇號、釋字第三五二號解釋就法律溯及疑慮，僅寥寥數語帶過，而認為「別無所謂溯及既往之問題」。

其後稅捐稽徵法修正，新增第 1-1 條規定：「財政部依本法或稅法所發布之解釋函令，對於據以申請之案件發生效力。但有利於納稅義務人者，對於尚未核課確定之案件適用之」。本號解釋中，大法官首次就行政函釋變更問題表示意見，**係以法安定性作為主要論據，信賴保護僅係附帶之效果**¹⁶；大法官雖認為行政函釋「性質上並非獨立之行政命令」，應依附法規自法規生效之日有其適用，惟大法官亦無意依循中標法第 18 條從新從優之模式處理函釋變更見解的問題。最後，釋字第二八七號解釋、中標法第 18 條以及稅捐稽徵法第 1-1 條規定之間同中有異，關係如何，值得觀察¹⁷。

就民法親屬編有關夫妻財產所有權歸屬規定之修正適用問題，釋字第四一〇號解釋宣示：「民法親屬編施行法第一條……旨在尊重民法親屬編施行前或修正前原已存在之法律秩序，以維護法安定之要求，同時對於原已發生之法律秩序認不應仍繼續維持或須變更者，則於該施行法設特別規定，以資調和，與憲法並無牴觸，而同法施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬部分之修正，**並未設特別規定，致仍適用修正前之規定**，修正前已發生且現尚存在聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分仍由夫繼續享有其所有權及對妻原有財產所生孳息之所有權暨對聯合財產之管理權，未能貫徹男女平等意旨，有關機關應儘速檢討修正民法親屬編施行法相關規定，以使修正前聯合財產之所有權及管理權與既有法律秩序之維護，獲得平衡」。此號解釋中，大法官雖肯認保障法安定性之必要，**但認為存有更迫切公益需要時，釋憲者甚且可以要求立法者應該訂立溯及規定**；另外，大法官於本號解釋所持意見，似與釋字第六二〇號解釋相扞格，亦引發後續爭議。

針對職業資格任用問題，爭議通常發生於先前法規未備，而人民已執業一段

¹⁶ 就本件聲請案件而言，舊函釋對聲請人不利、新函釋對聲請人有利，但案件已確定，大法官認為稅徵機關適用當時法令並無錯誤，毋寧係基於法安定性之考量。反之，若舊函釋對聲請人有利、新函釋對聲請人不利，且案件已確定，大法官亦會以「維持法律秩序之安定」為由，認為行政機關適用前函釋並無違誤；在此，案件當事人有無信賴利益、是否保護，並非考量之點，而祇是附帶地受到保障。

¹⁷ 就此問題，可進一步參考，葛克昌，〈稅法解釋函令之法律性質—兼論稅捐稽徵法第 1 條之 1 之增訂〉，月旦法學雜誌，第 21 期，頁 69 以下(1997)。

期間，嗣後法律就任用資格予已明定的情形當中。釋字第二七八號涉及教育人員任用資格，原條例規定：「未通過考試者(而已遴用者)，得繼續任原職至其離職為止」，新法則有意使此種人員得以升遷；解釋文附加「僅能繼續在原學校任職」條件後宣告新法合憲，不同意見則認為該法進一步承認彼等今後仍得依原法令升遷，顯然逾越信賴保護之程度。釋字第三五二號解釋則涉及土地法修正前，已從事土地登記專業代理業務者區分領有證明與否，予以不同保護：「該法對修正施行前，已從事土地登記專業代理業務，並依照當時法規取得合格證明或登記卡者，准予繼續執業。至於實際上已從事土地登記代理業，而未取得合格證明或登記卡者，本無合法權利可言」。大法官認為法條既定有五年之過渡期間，使其自行決定是否參加考試或檢覈或改業，已充分兼顧其利益，「並無法律效力溯及既往之問題」。職業資格任用問題，嗣後在釋字第六五五號解釋當中，亦再度引發爭議¹⁸。

第二目 釋字第五二五號之後的解釋

釋字第五二五號解釋宣示信賴保護原則具有憲法位階，拘束所有公權力行為，其作用不限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用，深深影響信賴保護在我國法之發展。鑒於司法院大法官職掌違憲審查任務之特殊性，本文僅關注於大法官解釋中，以何種判準審查法規變動之容許性，至於其他大法官於意見書中所提出之審查模式，則於附註擇要略提¹⁹。

自釋字第五二五號解釋以降，可以發現大法官面對法規變動時所採用之審查

¹⁸ 緣立法院於民國 96 年增訂記帳士法第 2 條第 2 項條文，規定未經考試及格的「記帳及報稅代理業務人」，如合於第 35 條規定，且每年完成二十四小時訓練後，可以登錄換照方式取得與須經考試及格「記帳士」相同的資格；就此，司法院大法官作成釋字第六五五號解釋。就本件而言，牽涉權力分立以及過度保障既得權益的問題較多，而與本文關切之面向較少，以下本文不擬深究。

¹⁹ 至於非關抽象法規變動審查的釋字第三六二號、第五二二號解釋，主要與離婚判決效力相關，留待第五章「司法行為一致性和信賴保護」再一併檢討。

標準不外如下：有援用行政程序法「撤銷違法授益處分模型²⁰」作為審查標準者；有以「法規不溯及既往」作為審查標準者，亦有以「比例原則」作為審查標準者。以下本文介紹之。

第一款 援用「撤銷違法授益處分模型」作為審查標準者

(一)釋字第五二五號解釋

針對銓敘部以函釋停止對於後備軍人轉任公職的優惠待遇是否違憲一案，大法官作出釋字第五二五號解釋。於本號解釋理由書中，大法官首先以法治國原則中的「**人民權利之維護**」、「**法秩序之安定**」及「**誠實信用原則**」作為信賴保護原則之法理基礎，並認為：「人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障。」

其次，大法官於本號解釋中首度宣示：「**信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用**」。亦即，大法官認為：「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」。

於法規變動情形當中，人民是否可以主張信賴保護原則之審查要件，大法官定性如下：首先以「**法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用**」作為除外要件，認為「不生信賴保護問題」。其次，大法官認為人民須符合「**客觀上之具體表現其因信賴而生之實體法上利益**」之要件，始能受到保護。另外，大法官亦界定下述情形屬信賴不值得保護之情形：「**經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以**

²⁰ 即前揭行政程序法第 117 條、第 119 條和第 120 條等規定所共同架構的模型，學說上將其歸納成信賴基礎、信賴表現以及信賴值不值得保護等要件。

不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護」。大法官最後又宣示：「純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍」。並認為受規範之對象並非毫無預見法規可能修改或廢止，蓋法規本具變動的可能性，故欲主張信賴保護者，必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之。

大法官認為人民符合上述要件者，始可主張信賴保護。而此時若現有的法規中無相關補救規定可資援用時，制定或發布法規之機關基於信賴之保護，應該「採取合理之補救措施」或「訂定過渡期間之條款」，俾減輕損害。

關於本案，大法官認為銓敘部的後函釋未有過渡條款之設，「固有可議之處」。惟作為信賴基礎之上開函件與法律之規定並不一致，自不能預期其永久實施，故除已有客觀上具體表現信賴之行為者外，尚不能因比敘措施廢止即主張其有信賴利益之損失。大法官認定本件具體個案中，本案聲請人尚未應考試及格亦未取得公務人員任用資格者，難謂已有客觀上信賴事實之具體表現，因此認為並無主張信賴保護之餘地；系爭後函釋符合後備軍人轉任公職考試比敘條例之意旨，「不生抵觸憲法問題」²¹。

(二)釋字第五二九號解釋

其後大法官於金馬役男案作成釋字第五二九號解釋，重申了釋字第五二五號解釋之意旨；並認為在本案之法規廢止情形中，人民於法規廢止前依強制規定所取得之實體法上地位有受不利之影響時，自亦應同受保護。

惟值得注意者係本號解釋中大法官並未如同釋字第五二五號解釋對聲請人是否符合信賴保護原則之要件作出操作，毋寧係抽象地認定：「金馬地區役齡男

²¹ 本號解釋則有劉鐵錚所提之不同意見書，其亦採「信賴基礎、信賴事實以及信賴利益」之審查模型，惟在「信賴事實」部分則與多數意見有不同認定：「大專畢業生應召入伍，因信賴該函令，從而志願轉服四年制預備軍官役，並依法退伍者，即為信賴事實之具體表現，與信賴基礎具有因果之關係」。

子如已符合廢止前該辦法第二條第一項第二款及同條第二項之要件者，原得於其他要件具備時依法請求檢定為已訓乙種國民兵，惟上開辦法經主管機關予以廢止時，對於尚未及申請檢定之人，其法律地位因而喪失，故基於此項法律地位之信賴即應予以保護」。從而主管機關自應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，以免影響人民依法規所取得之實體法上地位。惟本案中國防部與內政部之相關函釋不問是否符合檢定為已訓乙種國民兵要件，而概以六十四年次男子為金馬地區開始徵兵之對象部分，基於信賴保護原則，應不予適用。而依本件據以聲請之具體個案是否符合已廢止實施辦法所定之要件，有關機關仍應斟酌全部相關資料及調查證據之結果具體認定之。

(三)釋字第五三八號解釋

針對營造業管理規則就戰地業者換領證書之規定是否違憲一案，大法官作成釋字第五三八號解釋，同樣地重申了上述釋字第五二五號與第五二九號解釋中所示「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保護」之意旨。惟本號解釋亦與釋字第五二九號解釋相同，並未操作釋字第五二五號解釋所闡述之信賴保護要件，而係抽象地認定系爭主管機關所增訂營造業管理規則規定「不僅設有適用營造業管理規則之過渡期間，以為緩衝，並准予依該管理規則規定換領登記證書之方式辦理，所定過渡期間復無恣意裁量或顯非合理之情形，已兼顧此等營造業信賴利益之保護」。因此並無違憲之虞。

(四)釋字第五八九號解釋

民國 92 年新上任大法官，針對政務人員退撫條例就受任期保障者無月退金規定是否違憲一案，採取了與釋字第五七四號、第五七五號、第五七七號解釋(詳

後述)不同之論述脈絡與審查模型，毋寧係回歸上屆大法官所作成之釋字第五二五號解釋論述模型，亦即再度採用信賴保護原則作為審查標準。雖然如此，在同一論述脈絡下，前後兩屆大法官對於信賴保護原則在態度上仍有些許差異之處，值得關照。

首先，本號解釋認為：「**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**」，直接以法治國原則推導出信賴保護原則之法理基礎²²，與釋字五二五號解釋，以法治國原則下位之「人民權利之維護」、「法秩序之安定」及「誠實信用原則」作為信賴保護原則之法理基礎，有所不同。

其餘部分，本號解釋中除再次重申釋字第五二五號解釋意旨，並且增添釋字第五二五號所無之論述：「**至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定**」。簡言之，大法官此處不再單方面強調人民信賴利益之保護，毋寧係與法規變動所追求之公益因素作出權衡判斷。另外，「如信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的者，則因該基礎法規之變動所涉及信賴利益之保護，即應強化以避免其受損害，俾使該基礎法規所欲實現之公益目的，亦得確保」。質言之，舊法規所欲保障之目的不僅止於私人，同時亦及於公益目的追求時，則此時之法規變動更須考量「**強化之信賴保護**」，以確保舊法規所欲保障之私益與公益目的。

本號解釋中，大法官則具體操作撤銷違法授益處分模型之要件，認為：「第三屆監察委員就任時，係信賴其受任期之保障，並信賴於其任期屆滿後如任軍、公、教人員年資滿十五年者，有依舊給與條例第四條擇領月退職酬勞金之公法上財產權利。本此信賴而就任，即是其對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現

²² 從法治國原則直接推導出信賴保護原則，則首見於釋字第五七四號解釋。

之行爲，而須受信賴之保護」。大法官並認爲：雖然新退撫條例設有過渡條款規定，惟對於受憲法任期保障並獨立行使職權之人員權益²³而言，尙非合理之補救措施，與憲法上信賴保護原則有所不符。大法官指示有關機關應即依本解釋意旨，使前述人員於法律上得合併退撫條例施行前後軍、公、教年資及政務人員年資滿十五年者，亦得依舊給與條例之規定擇領月退職酬勞金，以保障其信賴利益。

(五)釋字第六〇五號解釋

在俸給法細則降低聘用年資提敘俸級是否違憲一案，大法官作成釋字第六〇五號解釋。除依循前述釋字第五二五號意旨之外，更引人注目的係大法官對於信賴是否值得保護之「既得權、期待權」的新論述模式²⁴：「**惟人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之**」。

準此，大法官論斷本案係屬可以主張信賴保護之情形：「人民如信賴八十四年及八十七年施行細則第十五條第二項、第三項規定，而於八十八年施行細則修正前應公務人員高等考試，並筆試及格，開始接受實務訓練，預期於取得公務人員任用資格而實任公務人員職務時，依八十八年修正前之施行細則申請並取得提敘年資之權益，**因屬客觀上可以合理期待其實現，故非不得主張信賴保護**」。

惟大法官認爲本案中之八十八年施行細則，係以指定施行日期方式，訂定過渡條款，特別保護依修正前法規已可合理期待其提敘權益者之既得利益，而使「新

²³ 主要理由在於：「憲法對特定職位爲維護其獨立行使職權而定有任期保障者，其職務之性質與應隨政黨更迭或政策變更而進退之政務人員不同，此不僅在確保個人職位之安定而已，其重要意義，乃藉任期保障，以確保其依法獨立行使職權之目的而具有公益價值。故爲貫徹任期保障之功能，對於因任期保障所取得之法律上地位及所生之信賴利益，即須充分加以保護，避免其受損害，俾該等人員得無所瞻顧，獨立行使職權，始不違背憲法對該職位特設任期保障之意旨，並與憲法上信賴保護原則相符。」即監察委員之職位保障，係屬於上述之「強化的信賴保護」。

²⁴ 此一模式則首見於釋字第五七四號解釋許宗力大法官所提出的協同意見書。

施行細則生效前，已依法取得公務人員任用資格，但尚未辦理提敘者，得及時辦理俸級提敘」和「部分已應公務人員考試筆試及格，於過渡期間受訓期滿，而取得公務人員任用資格之人員，亦得依舊施行細則之規定辦理俸級提敘」此兩種人員得以保障其權益。惟對於「部分已考試及格、尚未受訓期滿人員，因未能及時於過渡期間取得公務人員任用資格，而未能同享俸級提敘之利益者」，對其權益之保護雖未臻周詳，但是大法官認為「為避免修法所追求公益目的遲未能實現，過渡期間本不宜過長，而新法規之修正本質上為正常文官制度外優惠措施之縮減，衡諸人民依舊法規本可預期得提敘俸級至年功俸最高級，而依新施行細則只得提敘至本俸最高級所損失之利益，與主管機關為建立公平合理之公務員年功俸制度所欲維護之公益，新施行細則以八十九年一月十五日之特定日期為施行日期之過渡條款規定，尚屬合理，與憲法上之信賴保護原則及平等原則均尚無違背」²⁵。

(六)小結

²⁵ 本號解釋則有曾有田大法官、許玉秀大法官所提出之協同意見書，以及楊仁壽大法官與王和雄大法官所提出之部分不同意見書；三份意見書均自法不溯及既往原則出發，惟見解上卻有南轅北轍之差。曾有田大法官從法律溯及既往概念開展，惟其認為「法律溯及既往」之概念應僅限於法律回溯對施行日期前已完結之事實生效，至於學術上所謂「不真正溯及既往」或「法律事實之回溯連結」類型(本號解釋情形即屬之)，應依「信賴保護原則」予以審查。因此，對於聲請人所主張之法律不溯及既往原則，多數意見書並非漏未解釋。

許玉秀大法官則係認為以事實界分新舊法的適用範圍，必定需要進行比例原則的審查，以時間界分新舊法的適用範圍，則需要進行平等原則的審查。倘若時間的分界同時是事實的分界，則必須同時審查比例及平等原則。又許大法官認為法安定性與信賴保護源自於法定原則，係屬兩個位階相同的原則；二者相互調整，但不是互相衍生的關係。許大法官另論及法律不溯及既往概念，認為依照時間或依照事實為標準所區分之溯及既往，或在某些個案可以互相對應，但不可能完全相同。

楊仁壽大法官與王和雄大法官則贊同將「法律效果之溯及性」理解為「真正的溯及」；將「要件事實之回溯結合」理解為「不真正的溯及」。不過，基於「將法規的『溯及效力』，區分為『真正的溯及』及『不真正的溯及』，確實易使行政機關於訂定法規時，或立法機關在立法時有誤認為當然可以任意地訂定或制定『不真正的溯及』之規定，而無須採取『合理的補救措施』或訂定過渡條款之危險。」，兩位大法官似更為偏向使用「法律效果之溯及效」和「要件事實之回溯結合」之用語。並考量信賴保護、法安定性與基本權保障作為審查標準。其亦主張：「修廢舊法，制定新法，應比較衡量公益與私益；採取合理之補救措施或訂定過渡條款，則應視其信賴利益而定。二者不能混為一談。」最後，則與許玉秀大法官意見不同，將信賴保護原則作為法安定性之下位衍生概念，認為信賴保護原則終究不能損害法的安定性，並主張「此與行政訴訟法第一百九十八條、第一百九十九條所定之情況判決，頗多類似。行政機關遇有此種解釋時，應依解釋意旨，謀求補救，乃屬當然。此與憲法法院之為抽象法規審查，並無扞格之處」。

觀察上述解釋，可以發現**新舊任大法官對於信賴保護之法理基礎見解並不相同，見解為何改變亦未見說明**²⁶。信賴保護是否僅適用於實體法上利益(釋字第五二五號解釋)，而與程序利益毫無干涉，亦非無疑。

其次，即便在同一撤銷違法受益處分模型之論述脈絡下，大法官之操作方法仍有些許差異。首先，釋字第五二九號和第五三八號解釋並未如同釋字第五二五號一般具體操作撤銷違法受益處分模型之要件(亦即，並未探討當事人是否符合信賴基礎、信賴表現、信賴值不值得保護)，毋寧係**抽象地認定個案中人民是否具有信賴利益**，而決定相關主管機關是否有採取合理補救措施或訂定過渡期間條款之義務。釋字第五八九則是又重回信賴保護要件之操作。最後，釋字第六〇五號解釋除了具體操作要件審查外，尚增添了「**既得權**」、「**期待權**」的論述，以判斷系爭案件中當事人是否值得保護。

第二款 以「法規不溯及既往」作為審查標準者

(一)釋字第五七四號解釋

新任大法官上任後，針對二審更審判決上訴利益額限制之判例等是否違憲一案作出釋字第五七四號解釋，首度對法規變動問題表態。在本號解釋中，新任大法官認為「**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**」。直接以法治國原則推導出信賴保護原則，與釋字五二五號解釋認定之法理基礎有異。

另外，大法官在處理法規變動問題時，並不援用釋字五二五號、第五二九號和第五三八號解釋所採之「撤銷違法受益處分」作為審查模型，而係以「法規不

²⁶ 相同觀察，陳愛娥，〈信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋〉，發表於九十五年公務人員保障法制研討會，頁 24(2006)。

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

因此，在本案中，民事訴訟法提高第三審上訴利益數額，並無溯及既往適用之特別規定，因此該項修正係自公布生效後向將來發生效力，不屬法規溯及既往之情形。故當事人不得主張信賴修正前之規定得對於原第二審判決提起第三審上訴，主張新法溯及既往，侵害其既有之上訴利益。大法官並認為：「此時，立法者若未制定任何過渡條款，而使新法立即、全面適用，尚不逾越其自由形成之範圍」。

惟「第二審判決係在新法公布之前所為，當事人依修正前民事訴訟法規定，原得提起第三審上訴而尚未提起，於上訴期間進行中，法律修正生效後始提起第三審上訴者」，雖然同屬訴訟事件之訴訟規畫自新法生效後向將來受到影響之情形，但若第二審法院或第三審法院依裁定時之新法，以上訴所得受之利益未逾新法所定數額而駁回其上訴時，勢必侵害當事人依修正前民事訴訟法規定原已取得之上訴第三審權益及因此所生之合理信賴。此時，立法者若未制定過渡條款以排除上開情況之適用，則違背信賴保護原則，而有違憲之虞。本案中，立法者既已審酌民事訴訟之性質以及第三審為法律審之功能，並為特別保護依修正前民事訴訟法第四百六十六條第一項規定曾經取得上訴第三審權利當事人之既得利益，而制定過渡條款²⁷，則當事人信賴已受合理保護，「既未逾越其制定法律過渡條款

²⁷ 民事訴訟法施行法第八條規定：「修正民事訴訟法施行前所為之判決，依第四百六十六條所定不得上訴之額數，於修正民事訴訟法施行後有增加時，而依增加前之法令許之者，仍得上訴」。

之自由形成範圍，與法治國之信賴保護原則自亦無違背」。並基於同一理由，認定最高法院相關判例決議「與法治國之法律不溯及既往原則與信賴保護原則，均無違背」²⁸。

(二)釋字第五七七號解釋

針對菸害防制法命業者標示尼古丁等含量是否違憲一案，釋字第五七七號解釋更進一步闡述法規溯及既往原則之內容：「**新訂生效之法規，對於法規生效前『已發生事件』，原則上不得適用，是謂法律適用上之不溯既往原則。所謂『事件』，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂『發生』，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言**」。準此，「菸害防制法之菸品標示義務及責任，僅適用於該法公布施行後之菸品標示事件，並未規定菸品業者於該法施行前亦有標示義務，無法律溯及適用情形，自難謂因法律溯及適用而侵害人民之財產權」。

另外，大法官在本案中區分兩種情形，以界定立法者是否有制定過渡條款之義務。其一係立法者「對於新訂法規構成要件各項特徵相關之過去單一事實」，認為有特別保護之必要者，「應於兼顧公益之前提下，以過渡條款明文規定排除或延緩新法對之適用」。其二係針對該法施行前已進入銷售通路，尚未售出之菸品，「如亦要求須於該法施行時已履行完畢法定標示義務，勢必對菸品業者造成

²⁸ 本號解釋則有許玉秀大法官及許宗力大法官分別提出協同意見書。許玉秀大法官認為法定原則係法安定性原則、信賴保護原則及不溯既往原則之上位概念；又認為法安定原則決定法律不溯及既往，而信賴保護原則調節法律不溯及既往的適用範圍。

許宗力大法官則提出區分「既得權」和「期待權」之論述。認為不同階段之人民，都是未完結的連續性事實關係，而受新法不利影響的事例。問題在於，是否處於不同階段的人，都可根據憲法的信賴保護原則。此時如何認定存有「依舊法預期可以取得之權益」而提供信賴保護，則「須綜合考量各種相關因素，難以一概而論，惟該預期可以取得之權益，依舊法規所必須具備之要件之實現程度如何，應是一個共通的、基本的檢驗判準。準此，則重要的要件是否已經具備？尚未具備之要件是否在客觀上可以合理期待其實現？或是經過當事人繼續施以主觀努力後，該要件有實現可能性？等等，都是吾人個案判斷上所不能忽視之考量因素」。

不可預期之財產權損害，故為保障人民之信賴利益，**立法者對於此種菸品，則有制定過渡條款之義務**」。

準此，「八十六年三月十九日公布之菸害防制法第三十條規定『本法自公布後六個月施行』，使菸品業者對於該法制定生效前已進入銷售通路之菸品，得及時就其法定標示義務預作準備，不致因法律變更而立即遭受不利益，而六個月期限，亦尚不致使維護國民健康之立法目的難以實現，此項過渡期間之規定，符合法治國家信賴保護原則之要求」²⁹。

(三)釋字第六二〇號解釋

就最高行政法院九十一年三月二十六日庭長法官聯席會議核定死亡配偶遺產稅事，如何適用民國七十四年新修的民法第一千零三十條之一發生爭議。大法官認為：「新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，則無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果」。準此，司法機關「**尚不得逕行將法律溯及適用或以分段適用或自訂過渡條款等方式，限制現行有效法律之適用範圍**」。就系爭法條而言，既然明確規定以「婚姻關係存續中」界定取得原有財產之時間範圍，則無就財產之取得時點再作分段或部分排除之可能。

(四)小結

²⁹ 本號解釋中則有許玉秀大法官提出協同意見書，亦與多數意見一樣採取法律不溯及既往之審查模型，惟其對法不溯及既往之認知則與多數意見有所不同；其認為：「在新法對大多數人民有利的同時，對少部分的人民可能不利，但是如果新法真的原則上不觸及舊有的法律秩序，則處於舊有法律秩序中較有利的法律地位將維持不變，則豈有信賴不受保護可言？何需特別制定過渡或例外條款，以緩和或排除任何因法律變更可能遭受的不利益？認為法律雖未溯及既往，立法者仍可斟酌制定過渡條款以保護信賴，實屬互相矛盾的論述。……因此，過渡或例外條款存在的前提，其實是法律溯及既往而非法律不溯及既往」。本文認為此處許大法官之「溯及既往」包含學說上之溯及既往與不真正溯及既往，而其所謂「不溯及既往」，則係指法規完全向將來生效而不涉任何過去生活事實之變動。

本屆大法官與前屆大法官對於信賴保護法理基礎之態度有所歧異，已如上述。又觀察上開解釋，大法官採用法規不溯及既往原則作為審查模型時，論述之焦點則放在事實是否終結，以界定是否有溯及既往適用之情形。

第三款 以「比例原則」作為審查標準者

在大法官以比例原則作為審查標準的案件當中，情形則較為特殊；有整號解釋之論述脈絡僅提及比例原則者，亦有將比例原則與上述信賴保護原則和法規不溯及既往原則綜合使用者。職是，本文以下區分兩種情形，分別討論之。

(一) 僅使用比例原則作為判準者

大法官在戶警分立一案作出**釋字第五七五號解釋**，不同於其他解釋，本號解釋毋寧係以基本權保障作為論述基礎：「**憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。公務人員如因服務機關之改組、解散或改隸致其憲法所保障之服公職權利受到重大不利影響，國家應制定適度之過渡條款或其他緩和措施，以兼顧公務人員權利之保障**」。

又，大法官認為內政部實施「戶警分立實施方案」，已賦予該等人員留任回任、審慎評估未來服公職計畫之機會；又即使該等人員未於五年內依作業要點申請回任，仍繼續執行原職務者，復容許其得轉任為一般公務人員，繼續留任原職，顯已對人民權利保障之作出考量。

另於耕地三七五減租條例約滿收回須補償承租人等規定是否違憲一案，**釋字第五八〇號解釋**同樣採取基本權保障之論述模型，認為：「**憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之**

權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源；憲法第二十二條保障人民之契約自由，使契約當事人得自由決定其締約方式及締約內容，以確保與他人交換生活資源之自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權」。

又減租條例係為合理分配農業資源並奠定國家經濟發展之方向，立法目的尚屬正當。準此，減租條例「雖未設置保護出租人既有契約利益之過渡條款，惟因減租條例本在實現憲法規定國家對於土地之分配與整理暨保護佃農之意旨，且於條例制定之前，減租政策業已積極推行數年，出租人得先行於過渡時期熟悉減租制度，減租條例對出租人契約自由及財產權之限制，要非出租人所不能預期，衡諸特殊之歷史背景及合理分配農業資源之非常重大公共利益，尚非憲法上之信賴保護原則所不許」。

(二)綜合使用者

符合此例者如下：

釋字第五七七號解釋：「於菸品容器上應為前開一定之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，並可提供商品內容之必要訊息，符合從事商業之誠實信用原則與透明性原則，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背」。

釋字第五八九號解釋：「至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定」。

釋字第六〇五號解釋：「為避免修法所追求公益目的遲未能實現，過渡期間本不宜過長，而新法規之修正本質上為正常文官制度外優惠措施之縮減，衡諸人民依舊法規本可預期得提敘俸級至年功俸最高級，而依新施行細則只得提敘至本俸最高級所損失之利益，與主管機關為建立公平合理之公務員年功俸制度所欲維護之公益，新施行細則以八十九年一月十五日之特定日期為施行日期之過渡條款規定，尚屬合理」。

綜觀上述幾號解釋，可以發現大法官審酌法規變動容許性以及檢驗過渡條款時，論述基礎顯然受比例原則所影響。除權衡法秩序變動所追求之政策目的及舊法規範所表現之意義與價值等外，毋寧係在法規變動之公益與人民信賴舊法的私益之間，操作比例原則的利益衡量。

(三)小結

觀察此類解釋中，大法官採用比例原則作為審查標準，是否出自於系爭案件牽涉人民基本權保障之考量？或是大法官之態度並不受限於個案中有無基本權之侵害，只要牽涉法規變動之公益與人民信賴舊法之私益，即傾向使用比例原則作為衡量？

第四款 結論

由上述釋憲實務整理可知，**大法官對於法規變動之審查模型並不確定**。再者，各種類型之間亦有綜合使用者³⁰，則**其中關係為何？**有待釐清。最後，縱各號解釋係採取同一審查模型，**在論述上亦略有差異**³¹。

³⁰ 如釋字第五七七號解釋同時採用比例原則和法不溯及既往原則作為審查標準；釋字第五八九號和第六〇五號解釋則採用比例原則和信賴保護審查模型。

³¹ 如對於信賴保護原則法理基礎之認定差異，以及釋字第六〇五號解釋增添第五二五號解釋所無之「既得權、期待權」之論述。

本文試圖為大法官解釋整理出脈絡。若以標的為切入角度，可以發現當釋憲標的係屬基本權受到侵害時，大法官傾向使用比例原則做為審查模型(如釋字第五七五號、第五七七號和五八〇號解釋)；如果標的為法律，則傾向使用法不溯及既往模型審查(如釋字第五七四號、第五七七號和第六二〇號解釋)；若涉及法規命令，大法官通常會援用「撤銷違法授益處分模型」審查(如釋字第五二五號和釋字第六〇五號解釋)。惟此僅屬原則，非無例外。如釋字第五八九號解釋之標的係屬法律，大法官仍援用「撤銷違法授益處分模型」予以審查。另外，同樣係針對行政函釋，釋字第五二五號雖未明示變更見解，但其審查模型顯與釋字第二八七號解釋不同。最後，既然釋字第四一〇號和第六二〇號解釋同樣針對親屬法適用問題，則其主張必有一為真；何者方法有所違誤，毋寧有予以指明之必要。

第三項 我國學界對於信賴保護原則、法不溯及既往和比例原則之探討

由上述釋憲實務整理可知，就法規變動問題究應採用何種合憲審查模型，我國大法官的態度曖昧，說理上亦有可疑之處。因此，有必要整理我國學界看法，進一步對信賴保護原則、法規不溯及既往和比例原則作更深入之探討。以下各處爭議，若本文認為國內研究進程已達結論，或是贊成特定學說，則直接作結；反之，則將爭議留待本文後續研究。為免夾述夾議，本文見解均另行標示之。

第一目 信賴保護原則

第一款 定義及法理基礎

所謂信賴保護原則，係指受國家權力支配的人民如對法秩序之穩定存在產生

信賴，對於人民期待國家行為之實現，國家應予以保障³²；其具有憲法上之位階，可拘束所有國家公權力行為(包括立法、行政和司法行為)³³。基於信賴保護原則，如國家行為不顧人民信賴，而使其遭受不利益，且非基於公益必要，則不得為之³⁴。惟亦有見解著重於人民係因信賴國家行為而有所預期，以及基於此一預期所作之經濟性安排；準此，不僅是法秩序變更對人民造成不利益始得主張信賴保護，即便是國家之「企業性安排」，人民亦得主張信賴保護³⁵。本文認為後者關照所有國家行為均係人民信賴之對象，固屬正確，惟欲主張信賴保護者，毋寧係人民受有不利益，始具合理性以及實效性。

關於信賴保護原則之法理基礎，相較於前述大法官解釋以及大法官意見書見解之分歧³⁶，國內學說則較少論及此點。惟探討法理基礎有助於理解信賴保護原則與其他憲法原則之互動關係，以及其本身特別關照之處，實有討論的必要性。洪家殷教授引述德國學說見解，有認為信賴保護原則係來自法安定性原則者，亦有以基本權保障作為信賴保護之法理基礎者；洪教授則認為法安定性原則與基本權保障均係信賴保護原則之法理基礎³⁷。陳愛娥教授則引述國外學說看法，指出可能之途徑：以法治國原則下之法安定性原則作為基礎、以基本權保障作為基礎、或以誠實信用原則作為基礎；最後並且指出德國聯邦憲法法院之看法：由法

³² 此為較一般性之定義，參照法治斌、董保城，《憲法新論》，三版，頁 77(2008)；陳愛娥，前揭註 26 文，頁 36。其他學者或受限於專文探討之故，有僅著重對法律之信賴者：李建良，〈法律的溯及既往與信賴保護原則〉，台灣本土法學雜誌第 24 期，頁 84 (2001)；有針對行政行為定義者，林三欽，〈行政法令變遷與信賴保護-論行政機關處理新舊法秩序交替問題之原則〉，東吳法律學報第 16 卷第 1 期(2004)；有針對行政機關之擔保附理由之行為定義者：林明鏘，〈行政規則變動與信賴保護原則-兼評最高行政法院八十九年判字第一八四二號判決與司法院大法官釋字第五二五號解釋〉，葛克昌、林明鏘編，《行政法實務與理論》，頁 582。

³³ 洪家殷，〈論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析〉，台灣本土法學雜誌第 27 期，頁 41。

³⁴ 洪家殷，同前揭註，頁 41；法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 77。

³⁵ 此處係德國學者 Eberhard Grabitz 的看法，參見陳愛娥，前揭註 26 文，頁 37-38。

³⁶ 釋字第五二五號解釋以法治國原則中的「人民權利之維護」、「法秩序之安定」及「誠實信用原則」作為信賴保護原則之法理基礎；釋字第五七四號解釋以降，則認為：「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。」直接以法治國原則推導出信賴保護原則之法理基礎。許玉秀大法官以所謂「法定原則」作為法安定性與信賴保護原則之上位概念；楊仁壽大法官與王和雄大法官將信賴保護原則作為法安定性之下位衍生概念，認為信賴保護原則終究不能損害法安定性。

³⁷ 洪家殷，前揭註 33 文，頁 41。

治國原則下的法安定性原則推導出信賴保護原則，毋寧係相對簡潔穩固的作法，蓋「對於國民而言，法安定性首先意味著信賴保護」³⁸。

本文認為，以誠實信用原則作為探討途徑，並不可採；蓋誠信原則重人格性連結，主要表現在對人的失望，與此處信賴保護原則強調人民預測、信賴國家行為之持續性，有所不同。又若以基本權保障推導出信賴保護原則，那麼人民因國家行為變動所受非關基本權保障之不利益，則無法主張之；此點，則於本文前開有關信賴保護之定義不符。準此，本文最後亦採取法治國原則下的法安定性原則，作為信賴保護之法理基礎³⁹。

第二款 以撤銷違法受益處分模型作為法規變動合憲審查模型

國內學者有自始反對以撤銷違法受益處分模型作為法規變動合憲審查模型者，而以法不溯及既往原則作為審查標準。亦有採取法不溯及既往原則作為審查模型，但在探討法律之合憲性時，又回歸撤銷違法受益處分模型作為審查判準者⁴⁰。

國內論述主流，無疑係採用撤銷違法受益處分模型審查法規變動合憲性，而基本論述模式則不脫司法院大法官釋字第五二五號解釋所宣示之意旨；亦即，以人民是否符合**信賴基礎、信賴表現和信賴值得保護**三要件，作為審查系爭法律變動是否違憲之審查判準⁴¹。惟對於此三要件，學說上討論仍存有許多歧異，有必要在下文中一一釐清之。

³⁸ 國外對於信賴保護憲法基礎之詳細介紹，請參照陳愛娥，前揭註 26 文，頁 36-39。

³⁹ 國內學者有在體系上將信賴保護原則置於法治國原則的法安定性原則下論述者，結論相同。請參照法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 52-78；另有直接認為信賴保護原則係從法安定所衍生成者，請參照李建良，前揭註 32 文，頁 84。

⁴⁰ 李建良，同前註文，頁 85。

⁴¹ 吳庚，前揭註 11 書，頁 63-68；法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 77-78；陳敏，《行政法總論》，六版，頁 90-91；林明鏘，前揭註 32 文；洪家殷，前揭註 33 文；林三欽，前揭註 32 文。

第三款 撤銷違法授益處分模型之要件

此處，林三欽教授係以新法秩序是否對個人產生不利變化、信賴基礎之態樣、人民之信賴表現、當事人之信賴是否值得保護、當事人已取得之法律地位、法令溯及適用對當事人權利影響之程度、溯及適用能獲致之公益效應以及新法秩序之施行有無過渡期間，作為「綜合考量」之因素⁴²。惟綜合考量一詞，仍嫌曖昧⁴³，且本文認為其亦有混淆信賴保護要件與信賴保護方式之虞。國內多數學者仍以信賴基礎、信賴表現和信賴值得保護三要件，作為討論撤銷違法授益處分模型之論述架構，惟見解上仍有些許不同，以下分述之。

(一) 信賴基礎

依本文前開定義，一切規制人民之國家行為，皆得作為信賴之基礎。惟此處有疑義者，係「行政命令」得否作為信賴基礎？蓋行政規則主要係作為行政機關內部規範而發生效力，從而，行政機關外部之人民可否主張對其信賴？另外，基於法律優越原則，違反上位階規範之法規命令或行政規則，是否亦可以成為人民信賴之對象？

關於前者，陳愛娥教授認為行政規則效力範圍僅及於行政內部，對人民並不發生直接的法律效果，因此無法作為人民之信賴基礎⁴⁴。洪家殷教授則認為行政規則效力對內且無須對外發布，原非人民所得主張作為信賴基礎；惟行政機關對於相同事物通常會依據行政規則處理，並構成行政自我拘束，人民亦會信賴行政機關會採取與以往相同做法，因此仍有作為信賴基礎之可能⁴⁵。林明鏘教授則區分一般外部人民與下屬內部公務員之身分：就下屬公務員而言，因其直接為行政

⁴² 林三欽，同前揭註文。

⁴³ 陳愛娥，前揭註 26 文，頁 30-31。

⁴⁴ 陳愛娥，同前揭註文，頁 40-41。

⁴⁵ 洪家殷，前揭註 33 文，頁 42-43。

規則效力之規範對象，故得為其信賴基礎；就外部人民而言，其固然不得直接以行政規則作為信賴基礎，但是**仍得間接訴諸行政慣例，或以平等原則**，主張信賴保護⁴⁶。

關於後者，**洪家殷教授認為作為信賴基礎之國家行為不以合法者為限**⁴⁷。陳愛娥教授則認為違法之行政規則本身即屬無效，根本不生信賴保護之問題⁴⁸。林三欽教授則認為被廢止或被修正之行政命令若違反母法之原意，則嚴重者將依據法律優越原則而無效；即使未被宣告無效，雖然仍可作為信賴基礎，惟正當性亦**大受影響**⁴⁹。

原則上，所有國家行為皆得作為人民信賴基礎，**惟在行政命令違法情形，則生疑義**，應於後文當中進一步論究之。然而，無可否認地，**信賴基礎此一要件對於撤銷違法授益處分模型之過濾功能相當薄弱**，蓋原則上只要屬於國家公權力行為且對外發布者，甚少有不得成為信賴之對象者⁵⁰。

(二)信賴表現

關於此一要件，國內學說多循釋字第五二五號解釋之意旨，必須要「**人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益**」者，始足當之，而「純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者」，即無信賴保護原則之適用；簡言之，人民須**客觀上表現其信賴**，始符合信賴表現之要件⁵¹。

洪家殷教授則從信賴保護原則之基本理念、憲法基礎與現行法上之分析出發，認為該原則主要在保護人民是否有信賴，與是否有外在之表現並無必然關聯

⁴⁶ 林明鏘，前揭註 32 文，頁 586-587。此處陳愛娥教授認為以身分作為區分係屬可疑，且以行政慣例間接作為信賴基礎仍無法消除行政規則違反法律優越原則之疑慮，請參照，陳愛娥，前揭註 26 文，頁 33。

⁴⁷ 洪家殷，前揭註 33 文，頁 42。

⁴⁸ 陳愛娥，前揭註 26 文，頁 40-41。

⁴⁹ 林三欽，前揭註 32 文，頁 162-163。

⁵⁰ 相似見解，洪家殷，前揭註 33 文，頁 43。

⁵¹ 吳庚，前揭註 41 書，頁 66；法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 78；林明鏘，前揭註 32 文，頁 587-590；林三欽，前揭註 32 文，頁 164-167。

(蓋人民無信賴表現，並不當然推導出人民並無信賴)；人民只須內心對國家行為有所信賴即可，所謂「客觀上之具體信賴表現」僅為證明人民內心信賴之方法，並非要件之一⁵²。惟其亦不否認，人民對外表現信賴之方式，無疑地會影響信賴保護的效果⁵³。林明鏘教授則肯認在行政規則變動的情形中，上述意見極具參考價值，蓋在公務員權益受侵害事項，絕大多數公務員均無信賴之表現；然而，其認為此一要件仍須維持，以發揮信賴保護原則之過濾功能，只是林教授採取從寬認定之態度，認為包括一切積極或消極行為均可認有信賴表現。陳愛娥教授則是主張此一要件並不可採，蓋於法規變動之情形中，除人民未有客觀具體表現外，恐怕更多數之情形是人民根本未認識相關法規⁵⁴。

本文認為，在法規變動的違憲審查標準之討論脈絡下，基於法規效力應作一般抽象性之決定⁵⁵，以及我國對於法規原則上採取抽象違憲審查制度⁵⁶，此處審查個案中當事人有無「客觀上具體的信賴表現」來決定一般抽象性之法規變動是否違憲，毋寧係屬不可採的見解。舉例言之，若人民甲信賴法規變動前之法秩序，而依此法秩序對生活已有安排，人民乙則無客觀上的具體表現，則依前述主張信賴表現作為審查要件之見解，則會得出此處的法規變動對甲違憲，而對乙合憲之結論。此實屬難以想像之情形。

(三)信賴值得保護

關於此一要件，學說大致上仍係依循釋字第五二五號解釋之意旨，認為「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之

⁵² 洪家殷，前揭註 33 文，頁 44-48。

⁵³ 洪家殷，同前揭註文，頁 47。此處林三欽教授有相似觀察，其認為「人民信賴表現愈多，付出成本愈高」亦會不同程度地影響信賴表現之效果，請參照林三欽，前揭註 32 文，頁 35。

⁵⁴ 陳愛娥，前揭註 26 文，頁 34。

⁵⁵ 縱係行政法規，亦同。請參見吳庚，前揭註 41 書，頁 286-87；陳敏，前揭註 41 書，頁 531；陳愛娥，同前揭註文，頁 5。

⁵⁶ 縱使是人民聲請釋憲之案件，大法官仍只能一般性地對系爭法規作出宣告合憲或違憲之解釋。參見法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 378-382。

行政規則)係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護」⁵⁷。

陳愛娥教授則同樣指出**法規範效力應作一般抽象性界定**，而不是取決於受規範者是否值得保護⁵⁸。本文則認為除此點理由之外，**人民以不正當方法或提供不正確資料而使法規發布，現實上亦難想像**。學說見解忽略法規與行政處分作為信賴基礎的不同之處，而直接援用行政程序法第 119 條作為法規變動違憲審查之判準，自難謂合。

第四款 撤銷違法授益處分模型之效果

若人民符合上述要件，則其信賴利益須受保障，此時若現有法規中無相關補救規定可資援用時，制定或發布法規之機關基於信賴之保護，應該「採取合理之補救措施」或「訂定過渡期間之條款」，俾減輕損害⁵⁹。

洪家殷教授則認為對於人民信賴主要有「存續保護」與「財產保護」等方式，前者多見於信賴利益大於變動追求之公益，而信賴利益非屬財產之性質者，後者則適合用於法規變動追求之公益經權衡後大於私益，而信賴利益又具財產性質者；又，如果係屬後者情形，而信賴利益不具財產權性質者，則上述兩種保護方式皆難為合適，毋寧係在公益容許之程度內採取**過渡條款**，使該法規仍得適用一段期間，以減緩對法秩序變動之衝擊⁶⁰。林明鏘教授則是認為所謂「訂定過渡期間之條款」似屬存續保障之例示情形，其又認為上述「存續保護」與「財產保護」在法規變動之情形下將有**窒礙難行之處**，蓋存續保障將會使修法目的落空，財產保障則又難以估算其價值。故其主張在法規變動之脈絡下，財產保障之保護方式

⁵⁷ 吳庚，前揭註 41 書，頁 65；法治斌、董保城，同前揭註，頁 78；陳敏，前揭註 41 書，頁 91；林明鏘，前揭註 32 文，頁 590-593；洪家殷，前揭註 33 文，頁 50-51；林三欽，前揭註 32 文，頁 167-168

⁵⁸ 陳愛娥，前揭註 26 文，頁 35。

⁵⁹ 此處仍係依循釋字第五二五號解釋之意旨。請參照吳庚，前揭註 41 書，頁 65；法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 78；陳敏，前揭註 41 書，頁 91。

⁶⁰ 洪家殷，前揭註 33 文，頁 52-54。

並不可採，而存續保障宜修正為人民得主張持續舊法地位之狀態保障，並且不限於公益小於信賴利益時，始可主張⁶¹。

本文認為林教授確切觀察到行政處分與法規作為信賴基礎之不同之處，學說上直接援引授益行政處分上之「存續保護」與「財產保護」等概念作為法規變動之信賴保護方式，實有不妥。

第二目 法規不溯及既往原則

國內學者捨棄撤銷違法授益處分模型，而採用法規不溯及既往探究法規變動合憲性者，亦不乏其人，以下介紹之。

第一款 定義及法理基礎

法不溯及既往原則係指，**生效後的法律原則上不能「向前」重新規範法律生效前之事實**。此一制度之目的在於維持法律生活關係之穩定與安全以及保障人民信賴舊法律秩序所得之既得權益⁶²。準此，此一原則主要係針對立法者以負擔性、不利性之法律事後地對先前事實作出規範⁶³。

法不溯及既往原則之法理基礎主要在於，法治國原則所推導出的**法安定性與信賴保護原則**，**法不溯及既往原則為信賴保護原則之延伸**⁶⁴。惟此處有爭議者，**係法不溯及既往原則對立法者究有無拘束力？**有學者認為此原則對立法者並無拘束能力⁶⁵。亦有認為法令是否溯及適用並非立法者獨占，行政機關基於適用及

⁶¹ 林明鏘，前揭註 32 文，頁 595-598。

⁶² 整理自法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 78；陳新民，〈法治國家理念的靈魂-論法律溯及既往的概念、界限與過渡條款的問題〉，李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務(二)》，頁 46 (2000)。

⁶³ 陳新民，同前揭註文，頁 24-26；陳愛娥，前揭註 26 文，頁 41-42。

⁶⁴ 法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 78；陳新民，同前揭註文，頁 40；彭鳳至，〈法律不溯既往原則之憲法地位〉，台灣本土法學第 48 期，頁 16(2003)；李建良，前揭註 32 文，頁 84；陳愛娥，同前揭註文，頁 41。

⁶⁵ 此為陳新民教授整理我國過往學說所得出的結論，但其本身並不支持此一看法。請參照陳新

解釋法律之權限，亦得於一定程度內參與法律是否溯及適用之決定⁶⁶。國內多數學者則肯認法不溯及原則係屬憲法層次之原則，並且有拘束立法者決定之效力；換言之，即立法者依憲法整體價值決定法律是否溯及適用，而法律適用者(不論是行政或司法)則應遵從立法者此一決定⁶⁷。

本文認為基於依法行政及依法審判原則⁶⁸，假若立法者並無設溯及規定，則行政與司法機關即無溯及適用法律之餘地；另外，鑒於法不溯及既往屬於法安定性與信賴保護原則之當然要求，此一原則具有憲法層次之效力無疑；準此，立法者在決定是否訂定溯及性法律時，毋寧應遵從此一原則之指示，而非流於恣意。

第二款 以法規不溯及既往原則作為法規變動合憲審查

模型

法不溯及既往原則所設想預防之典型，即係針對立法者制定刑法規定溯及適用而侵害人民之情形。此種情況涉及人民自由刑以及生命刑，立法例(美國憲法第 1 條第 9 項第 3 款、德國基本法第 103 條第 2 項之規定、我國刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」⁶⁹)多半採取絕對禁止之態度。

國內學說關於非屬刑法之法規溯及，則多區分為「真正溯及」與「不真正溯及」兩種概念⁷⁰。所謂真正溯及，係指立法者對於過去發生而業已終結之事實，以事後制定之法律重新予以評價；不真正溯及則指，對於已發生而尚未終結之事

民，前揭註 62 文，頁 24-26。中標法第 18 條之規定限於各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，始有適用。是否表示法不溯及原則不拘束立法者，有待討論。

⁶⁶ 林三欽，前揭註 32 文，頁 143-149。

⁶⁷ 法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 78-79；陳新民，前揭註 62 文，頁 24-26；彭鳳至，前揭註 64 文，頁 16；陳愛娥，前揭註 26 文，頁 29-30。

⁶⁸ 相同見解，法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 79。

⁶⁹ 法治斌、董保城，同前揭註書，頁 78。此處有疑義者，係立法者事後延長追訴時效是否為憲法所許？關於此點，請參照陳新民，前揭註 62 文之介紹，頁 58-59。

⁷⁰ 法治斌、董保城，同前揭註書，頁 79；陳敏，前揭註 41 書，頁 129-131；陳新民，同前揭註文，頁 40；彭鳳至，前揭註 64 文，頁 16；李建良，前揭註 32 文，頁 81；陳愛娥，前揭註 26 文，頁 41。

實，制定法規而向將來作規定⁷¹。有別於上述以「事實」作為區分標準之方式，另有以「時間(法規生效時間)」作為觀察點，而區分為「法律效果的溯及適用」與「構成要件的回溯連結」；前者係指法規效力發生在公布日之前，而後者則係指法規自公布日向後生效⁷²。

關於此兩組概念是否相同，學說上存有爭議。本文認為此兩組概念雖從不同觀察點出發，惟其所指涉之案例毋寧共通，蓋在法規修正前已終結之事實，若法律並無向前生效之溯及規定，或構成要件早於法規公布日適用之情形，毋寧係依舊法秩序發生法律效果；已發生而尚未終結之事實，則依新法秩序當然地向後發生法律效力。又學說上有認為「不真正溯及」含有「其實不是溯及」之意涵，為避免概念混淆，以及從「時間」為出發點觀察之角度似較能配合「溯及」概念，應以後組概念為可採。惟基於前述此兩組概念指涉之情況並無差異，以下本文仍採國內通用的「真正溯及」、「不真正溯及」作為概念用語⁷³。

關於真正溯及之立法，係屬變動已終結之法律關係而創設出一個「當初不存在之規定」，毋寧係對人民權益影響較大之情形，而嚴重破壞法安定性原則⁷⁴。準此，此種立法除符合下列要件之外，原則上應不予許可：(1)人民已預見法規將有所變更者、(2)現行法規有紊亂之處，而立法者為消除此一不確定者、(3)現行法違憲，而立法者制定新法予以填補者、(4)溯及法律之負擔輕微者、(5)溯及係為重大公益考量⁷⁵。關於不真正溯及之立法，由於人民無法期待法秩序永久施行，以及尊重此處立法者調整法秩序以因應社會變動之理由，原則上應予許可。若人民信賴利益大於公益，而立法者未設適當過渡條款或予以適度補償者，始例外地宣告其違憲⁷⁶。

⁷¹ 法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 79；陳敏，前揭註 41 書，頁 129-130；陳愛娥，前揭註 23 文，頁 41。

⁷² 李建良，前揭註 32 文，頁 80-82；陳愛娥，同前揭註文，頁 43-44。

⁷³ 近來德國實務裁判亦有回復統一使用此組概念之趨向，請參照陳新民，前揭註 62 文，頁 65-68。

⁷⁴ 法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 79；李建良，前揭註 32 文，頁 82，陳愛娥，前揭註 26 文，頁 47-48。

⁷⁵ 法治斌、董保城，同前揭註書，頁 79-80；陳敏，前揭註 41 書，頁 131；陳新民，前揭註 62 文，頁 55-56；李建良，同前揭註文，頁 85；陳愛娥，同前揭註文，頁 41-42。

⁷⁶ 法治斌、董保城，同前揭註書，頁 79-80；陳敏，同前揭註書，頁 130-131；陳新民，同前揭

針對上述意見，學說上有批評「真正溯及」與「不真正溯及」之區分判斷事實上有其困難之處者；亦有認為容許真正溯及既往之例外情形中，有本身即屬不當判準者(如要求人民自行判斷法規是否合憲或是否會變動)；不真正溯及既往之情形中，公益要求往往勝過人民信賴利益，人民要成功主張此種立法違憲之機會渺茫⁷⁷；亦有質疑過渡條款或適度補償之設置，是否以不真正溯及既往之情形為前提？凡此，均有再進一步申論之必要。

第三目 比例原則

最後，也有取向比例原則來探討法規變動合憲性的見解。以下本文即介紹之。

第一款 定義及法理基礎

比例原則係指，為達成某一目的而採取某一方法或措施，此目的與手段之間必須符合合理衡平之關係。主要係以基本人權之本質、平等原則作為其法理基礎。廣義之比例原則包含適當性、必要性和衡量性三個子原則，其中衡量性又稱之為狹義比例原則⁷⁸。

第二款 以比例原則作為法規變動合憲審查模型

關於此處，國內學者僅有陳愛娥教授之論述較為詳盡。陳教授介紹德國學說，說明法規變動究竟侵害人民何種基本權；有主張法規變動侵害人民財產權者、亦有主張侵害人民一般行動自由者，並且認為法規變動所破壞的生活安排，

註文，頁 57-58；李建良，同前揭註文，頁 87；陳愛娥，同前揭註文，頁 43。

⁷⁷ 陳新民，同前揭註文，頁 58-64。

⁷⁸ 整理自吳庚，前揭註 41 書，頁 59-63；法治斌、董保城，前揭註 32 書，頁 65；陳敏，前揭註 41 書，頁 88-89。

也未必能以金錢獲得完全的填補。針對主張法規變動侵害財產權的說法，其問題在於：人民信賴法秩序所作之安排，未必皆能由財產保障角度來觀察；而認為法規變動侵害行動自由的主張，主要則是提示了：不論在真正溯及或不真正溯及的情況下，法規變動皆會影響一般行動自由，而必須符合公益考量與比例原則，此一限制方屬合憲⁷⁹。

本文認為，在比例原則作為法規變動審查模型之討論脈絡下，毋寧係先取決於各該被影響之基本權，考量國家為了追求公益目的，而採取法規變動的手段，是否符合比例原則之檢驗。而若無涉憲法上明文保障之基本權時，則應訴諸概括條款，對於人民信賴法秩序所作安排提供保障。

第三節 本文切入觀點以及論文架構編排

第一項 從國內文獻分析中得出的初步結論

歸結上述，可知信賴保護原則之意義為：**受國家權力支配的人民如對法秩序之穩定存在產生信賴，對於人民期待國家行為之實現，國家應予以保障；具有憲法上之位階，可拘束所有國家公權力行為，但須人民受有不利益，始得主張。再者，法治國原則下的法安定性原則，應可作為信賴保護之法理基礎。**

另外，就大法官審查法規變動之模型，應可歸結出初步結論。**大法官對於法規變動審查模型之態度始終不明確**，可歸納為：以「撤銷違法授益處分模型」作為審查標準、以「法規不溯及既往」作為審查標準、以及以「比例原則」作為審查標準者。同樣是法規變動之案例類型，如此多變的論述模式實無法為相關機關和人民提供一套可供依循之判準。

⁷⁹ 陳愛娥，前揭註 26 文，頁 45-47。

此外，大法官混用各審查模型，其中關係如何、是否有審查之優先劣後順序？未見說明。縱使在採取信賴保護審查模型之論述脈絡下，大法官之立場仍未見穩定。此表現在：信賴保護原則之法理基礎(釋字第五二五號與釋字第五七四號解釋)、「既得權」、「期待權」理論之採取(釋字第六〇五號解釋)、具體依個案當事人情形作為判準，審查法規變動是否違憲，或是抽象地以平均人概念宣告法規變動違憲(前者如釋字第五二五號解釋，後者如釋字第五二九號、第五三八號解釋)。

綜上所述，本文基本上無法認同以「撤銷違法授益處分模型」作為法規變動之審查標準(主要係針對釋字第五二五號解釋。其他釋字如第五二九號、第五三八號解釋雖然形式上採取此一脈絡，惟並未進入個案情形判斷法規變動是否合憲與否；換言之，係採一平均人模型⁸⁰，來論述人民信賴應否受到保護)。換言之，本文不能贊同：在審查法規變動是否違憲之脈絡下，大法官以所謂當事人是否有「客觀上具體表現信賴之行爲」和具體判斷當事人「信賴有無值得保護」情形作為審查要件。

以釋字第五二五號解釋為例，大法官以本案聲請人尙未應考試及格亦未取得公務人員任用資格，難謂已有客觀上信賴事實之具體表現，因此認為並無主張信賴保護之餘地。而在此脈絡下，則推論系爭後函釋符合後備軍人轉任公職考試比敘條例之意旨，「不生牴觸憲法問題」。亦即，本號解釋係以個案當事人中之個別情形，來判斷系爭法規變動是否合憲；則在此脈絡下，無疑地會落入法規變動對於某些人民合憲，對於某些人民卻屬違憲之結論，與法規效力應作一般抽象性界定之要求，自難謂合⁸¹。

信賴表現以及信賴是否值得保護，此兩個要件在法規變動之審查下並不可採，已如前述。又在法規變動之討論脈絡下，除行政規則仍存有疑義外，法規變

⁸⁰ 相同見解，陳愛娥教授認為在法規變動下審查信賴是否值得保護時，不能取向於個別國民，而應一般化、類型化地取決於受影響團體中之平均人概念。在此一脈絡下，只能作「人民得否信賴先前法律繼續存立」之提問。請參照，陳愛娥，同前揭註文，頁 6。

⁸¹ 學說上則有相反意見，認為釋字第五二五號解釋具體考量個案情形，釋字第五二九號解釋反倒脫離個案而有不妥，請參照，林三欽，前揭註 32 文，頁 165-166。

動皆屬國家行為一種，當可作為信賴基礎無疑；故此一要件，幾無過濾功能。最後，在信賴保護方式之採取上，無論是存續保障或財產保障，在法規變動之脈絡下，皆有窒礙難行之處，而有必要作出調整以因應法規變動之本質，尚無法與撤銷違法授益處分等同視之。準此，撤銷違法授益處分審查模型，在法規變動之合憲審查中，幾無成立之正當性；蓋此一模型，本屬針對具體之行政處分所發展出來之一套判準⁸²，釋憲實務加以援用，自有扞格難行之處。

按本文主張針對不同性質之國家行為，各應有不同的一套審查判準。而撤銷違法授益處分模型即係此一原則下，針對具體國家行為之一套判準；而法規不溯及既往原則，則是信賴保護原則針對立法行為的具體化判準之一⁸³。因此，在處理本文議題，法規變動是否合憲之判準，理應採用抽象審查模型，方屬妥當。另外，不同於上述違憲審查之討論層次，一般法院或主管機關在個案中適用法律時，尤其是在不真正溯及之情形，絕大部分會得出法規變動合憲之結論，因此一般法院或主管機關更應考量個案中當事人之信賴是否有特別值得保護之情形(此處即可採用較能具體認定信賴利益有無之撤銷違法授益處分模型，亦即此處有關於「客觀上當事人有無具體信賴表現」與「當事人信賴是否值得保護」，在個案中適用並無疑義)，而對系爭規定採取「合憲性」解釋，使當事人仍然依舊法秩序取得其所希冀之法律效果⁸⁴。

第二項 國內法制仍留待解決的困境

第一目 抽象效力的國家行為

⁸² 按國內學說皆不否認此模型係從行政處分之撤銷廢止所發展出來，請參見吳庚，前揭註 41 書，頁 65-68；林明鏘，前揭註 32 文，頁 582；另參照行政程序法第 119 條、第 120 條。

⁸³ 無論德美，在討論法規變動此一問題時，幾乎都是採取法規不溯及既往原則此一論述模式。

⁸⁴ 關於此種兼顧整體法規變動效力與個案中人民信賴利益而採取「合憲性解釋」的作法，可參考李建良，前揭註 32 文，頁 87；陳愛娥，前揭註 26 文，頁 143-144；當然，這並非意味著主管機關或法院具有違憲審查權限，僅是適用法律的一種取向，與大法官針對規範作出合憲性解釋，並不相同。

所謂抽象效力的國家行爲，較無疑義者，當屬國會制訂之法律和行政機關之行政法規，蓋其均以一般性規範之方式，對人民產生規制之效力。仍有疑義者，如解釋性行政規則(即行政函釋)，究係以抽象抑或具體之方式發生效力，仍然妾身未明；又如司法權就法律作出解釋、以法官聯席會議表示見解，或者一般性地在判決中闡釋原理原則，其效力又當作何解，亦待深論。

以下本文將會證明：行政函釋本係依附於法律之下、而爲其闡明不明確的用語，但是當法律之指示和限制過於模糊，則行政機關的解釋，無異於以政策選擇填補法律規範；此時行政機關之角色，事實上已與立法者相當，而係在行使抽象的規制效力。同理，若司法判決和解釋已經逾越了法律之限制，亦當以司法造法的問題視之。行政機關可否充當立法者的角色、司法可否造法，是一個仍待討論問題；但是行政機關能否立法溯及、司法造法所宣示之規範得否溯及適用之，則是本文所要解決的問題。

另外，法規本在變動，人民究竟可否對其信賴？如果單方面強調人民信賴保護，又該將國家公益置於何處？質言之，法規變動涉及時間和預測因素，政府的決策既非全知全能，是否應當給予國家權衡的空間？

按國家一方面不能確保過去的決定係屬正確無誤，另一方面又不能完全掌握未來事實條件的變化，固然應當給予國家相對應的權衡空間。然而，國家政策變動彈性是一回事，對於信賴利益是否給予過渡條款或設置強制補償機制的問題，又是另外一回事。人民若對違法授益處分產生合法的信賴，行政程序法給予「原則上存續保障，例外撤銷補償」的安排，對於調和政策變遷需求以及人民的信賴保護，容有啓示的空間。

最後，在法規變動和信賴保護的脈絡中，我國法制在抽象效力國家行爲所面臨的困境如下：

第一款 於刑事法、民事法和行政法等不同法律領域中，法不溯及既往之理論應如何具體化？

刑法不溯及原則、真正溯及和不真正溯及構成了「法不溯及既往的三階論」⁸⁵。然而，在我國，僅有「刑事法絕對不可溯及既往」得到確定；至於民事法和行政法可否溯及既往？什麼情況下可以溯及既往？不同的法律領域，有何不同的考量？至今仍無指標性的理論出現。

依本文先前之整理，至少可知中標法第 18 條之從新從優原則，雖然在行政法領域得到廣泛適用，但是在民事法領域，則有空礙難行之處。質言之，民法領域多半係在規範人民之間的權利義務關係，於法規變遷時，根本無所謂從新從優的問題；蓋人民一方因法規變動而獲利，多半代表相對人受有損害，此與行政法當中係屬國家對於人民之單方規制關係，不可同日而語。

第二款 就管制彈性需求而言，法律和行政法規是否應該異其考量？

行政機關負有回應社會快速變遷之功能和任務，此與立法著重程序嚴謹而妥善制訂法律不同。若反應到法規變遷的脈絡，是否代表了行政機關不用像立法機關那樣，受到法不溯及既往原則的嚴格拘束，而留有較大之空間可以制訂溯及性行政法規，而彈性因應管制需求？

本文以下將論證，這樣的主張，只有部分為真。行政機關因任務需求，自然存有彈性管制之必要；然而，此僅侷限於技術性和細節性的補充。如果行政法規已溯及影響了人民的權利義務，應當如同其權力的來源(亦即，行政法規所仿效的原版者—國會)一般，受到法不溯及既往之拘束。質言之，無論以彈性或公益的理由正當化溯及性的管制，仍舊不能逃脫法治國原則之下對於溯及既往之不利推定。

⁸⁵ 相似見解，陳新民教授認為刑法不溯及原則、真正溯及既往和不真正溯及構成了「三階論」，毋寧提示了立法者應注意之指標。請參照陳新民，前揭註 62 文，頁 64-65。

第三款 更加細膩的立法技術

從新從優、不真正溯及和除外規定等規範模式，何者較優，如何運用，值得深論。而所謂「實體從舊、程序從新」，究係顛撲不破的真理，或是尚在未定之天的假設？此處之探討亦可檢驗釋字第五二五號解釋所宣示「信賴保護僅限於實體法上利益」是否妥當。另外，以立法生效時點為準、區分事實發生在立法前或立法後，而予以分段適用，也是一個值得考量的選項⁸⁶。

以下本文將論證，於公法領域，應當採用從新從優之立法技術；於民事法領域，則以不真正溯及為佳。較之一般基本權侵害而言，既得權的侵害尚涉及法安定性的考量，因此立法者負有義務說明更加強化的公益要求；至於人民之期待權，立法者應考量人民預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素，分別予以不同程度的保護。最後，所謂除外規定之規範模式，隨著法律修正時間的經過，人民欲依此主張舊法秩序，會愈來愈抵觸公益要求、甚或威脅法安定性，應當棄而不用之⁸⁷。

第二目 具體效力的國家行為

所謂具體效力的國家行為，包括行政處分、行政契約以及個案當中非正式的行政建議等。在具體效力國家行為變更的脈絡下，我國就行政處分撤銷和廢止之法治已臻齊全。契約變更在既有的理論下也多能得到完善的處理。相對欠缺的，則是個案當中非正式行政建議的討論⁸⁸。此處，行政處分、契約約定以及個案當

⁸⁶ 例如民法債編施行法第 29 條規定：「民法債編修正施行前成立之旅遊，其未終了部分自修正施行之日起，適用修正之民法債編關於旅遊之規定」。

⁸⁷ 可參照司法院大法官解釋第六六八號解釋，亦同此結論。

⁸⁸ 就此，可參照蔡進良，《行政法上禁反言法理之比較研究：以行政建議為中心》，國立政治大學

中非正式的行政建議三者共通的爭點是：人民就不法甚或違憲之國家行爲，可否主張信賴保護？

以下本文將證明：除非國內關於政府資訊公開和法律諮詢的制度已具一定規模和水準，否則不得要求人民自行判斷國家行爲是否係屬不法或違憲；蓋此無異要求人民自行猜測國家行爲效力究竟如何，不但耗費時間、成本，有損人民對於國家行爲之信賴，且要求人民自行劃定行動自由之空間，非屬憲法能夠容忍之事。當然，基於此處具體國家行爲的脈絡，個案當中的考量時有不同；若係具有一定經濟實力之大企業涉訟，自有財力得聘請專業法律顧問，不得與市井小民一般，主張信賴錯誤的政府行爲，而達到藉由信賴保護突破法律規範之效力。

第三目 司法裁判權之行使

除了前述司法造法的問題之外，司法變更見解的時間效力，在我國也同屬重要議題，卻乏人問津。除少數例外，否則司法權於**變更判例決議見解**時，多半不會敘明時間效力上的適用問題，僅謂「廢棄」、「變更」或「不再援用」等。

此處的例外，可以司法院大法官解釋第五五二號解釋爲例。本號解釋變更先前解釋對於重婚要件的闡述，而認爲「僅重婚相對人之善意且無過失，尙不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均爲善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充」，就時間效力問題，大法官並特別闡明「在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者」，即符合釋字第三六二號解釋所示要件之情形，此種重婚在本件解釋後仍爲有效。換言之，重婚若發生在本號解釋公布之後者，應該適用本號解釋之見解，須重婚之雙方當事人均爲善意且無過失；重婚在後者，應適用釋字第三六二號見解，僅須重婚相對人之善意且無過失即可。

法律研究所碩士論文(1996)。

司法變更見解的時間效力問題，多半僅有在大法官釋憲時，才會得到妥善的處理。但是，如果不分案件發生在判例決議見解「廢棄」、「變更」或「不再援用」的前後，而一概適用司法新見解，將大大地不利人民之信賴保護。以下本文即主張：當判例決議等司法見解已經形同實質上的法源之時，對於個案裁判當中當事人之影響，其實不亞於國會之立法。準此，司法見解之變更，原則上不得溯及適用至宣示變更之前已經發生的案件。

第三項 小結：就人民之信賴，如何宏觀地給予事前的保障？

從本章的文獻回顧可以得知：國內在探討信賴保護問題之時，經常僅著重在個別要件的檢討和解釋。例如，以人民在何種條件下始得主張信賴保護為例，國內學者關切的重點大幅集中在人民是否存有信賴表現上；再以法不溯及原則為例，討論的重心則在「系爭法規變遷究屬真正溯及抑或不真正溯及」一事上錙銖必較。然而，若國內的討論永遠只聚焦於釋義學上個別構成要件的檢討，則難以發展出一套制度設計，事先就國家對人民信賴的可能干預，防患於未然。

藉由前開文獻回顧，其實業已點出本文的一個關切面向；亦即，**國家在制度設計上，如何才能夠擔保人民的信賴保護不會恣意地受到侵害，並且更有效地給予事前的預防和保障？**質言之，國內既有的討論集中於單一機關先後行為的不一致，以致對於信賴保護之研究，始終無法觸發更加宏觀的討論；以下本文擬將採取整體制度的視野，檢討所有國家機關先後行為的不一致。

另外，大法官之所以誤用撤銷違法授益處分模型審查法規變動模型，可能係未明確意識到自身任務是在從事規範審查，而非具體進入個案論斷。前揭提出「抽象釋憲—具體裁判」的審查順序，則係基於釋憲實務和普通法院之間分工所做的安排。由此可見，信賴保護原則如何於各國家行為中得到落實和具體化，毋寧係取決於各國家行為性質之不同而定。準此，本文以此作為切入角度，檢討前揭提問。

就學位論文方面，國內文獻針對信賴保護的討論，已經呈現爛熟的現象。惟援引美國法者或侷限於其討論議題⁸⁹，援引德國法者則過分注重法理推演和信賴保護個別要件的操作⁹⁰；真正困難的問題，即**如何權衡私人信賴利益和國家政策變遷需求，則始終未見全面性的回應**⁹¹。以信賴保護為中心，而探討國家所有行為之論文，本文並非創舉⁹²。另外，已經注意到應該跳脫國家三權區分，而著重國家行為本質以落實信賴保護者，亦非本文首創，早在民國七十三年林合民氏便以此出發，巨細靡遺地檢討了系爭的課題⁹³；然而，除了該文寫就甚早，無法與時俱進地研究我國公法的新發展之外⁹⁴，本文在分類標準和實質的見解上，亦與前輩大作稍有差別⁹⁵。另外，固然也有全面探討信賴保護理論的新進論文⁹⁶，惟該文除了主要援引的外國法例與本文不同之外，更有許多見解上的差異；後續研究者當可將其視作兄弟論文，截長補短、更見真理所在。

國內文獻過去主要援用的德國法例，既然無法完全解決本文所提出的兩個問題(其一，制度面向上應如何設計，始能更有效地保障人民的信賴？其二，則是**人民信賴保護和國家公益之間的緊張關係，究應如何取捨？**)，那麼，全面性引介美國法的討論，或許會是個開創性的途徑。而美國法例討論上開問題，主要係以國家行為的一致性，作為人民合法期待(即信賴保護)之擔保。本文以下即簡述

⁸⁹ 張珮琦，《論信賴保護原則與行政函釋的溯及適用》，私立東吳大學法律學系碩士論文(2004)；任芳儀，《法令變動與信賴保護：溯及立法行為合憲性探討》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，(2006)。

⁹⁰ 陳雍之，《法律之溯及效力—從德國法判例及學說論法律變更時人民權益之保護》，國立台灣大學法律研究所碩士論文(1991)；陳陽升，前揭註 8 碩士論文。

⁹¹ 脫離法釋義學，而取向法政策面的探討，可參陳建宇，前揭註 2 碩士論文。然其討論如何應用或落實到我國的法制，仍惜為山九仞，功虧一匱。

⁹² 主要仍依三權區分寫作者，可參照洪培根，《從公法學觀點論法律不溯及既往之原則》，國立中興大學法學院法律學研究所碩士論文 (1992)；陳陽升，前揭註 8 碩士論文。

⁹³ 林合民，《論公法上之信賴保護》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文(1985)。

⁹⁴ 行政程序法遲於民國九十年始公布；而就信賴保護至關緊要的釋字第五二五號解釋，也是到了民國九十年五月四日才作成。

⁹⁵ 林文主張區分為抽象和具體效力的國家行為觀之，本文則認為司法裁判權之行使，涉及原因案件應該如何適用之問題，相形之下更為複雜，而應獨立作為一種分類。另外，林文認為抽象和具體國家行為主要的區分實益在於抽象行為當中，人民的信賴表現僅是推定，因此無須審究此一要件；就此，本文則是認為依據本文提出的「釋憲」以及「一般法院裁判」兩種審查程序，**即便在抽象效力國家行為當中，普通法院未必不能具體認定個案當事人有無信賴表現。**

⁹⁶ 陳陽升，前揭註 8 碩士論文。

英美法系關於一致性和合法期待概念，並著重提出事先預防信賴保護侵害之制度設計和實例(第二章一二節)。其次闡述其法理基礎，並介紹 Dworkin 之分析架構，以及本文對其提出的批評(第二章三四節)。此處法理分析並非無病呻吟，而係作為以下檢討抽象效力國家行為(第三章)、具體效力國家行為(第四章)和司法裁判行為(第五章)之基本判準⁹⁷。最後並作結論(第六章)。



⁹⁷ 廣義的一致性近似於我國法安定性或合法性的概念，合法期待則類似於我國的信賴保護。如同談信賴保護不能棄法安定性原則於不顧，談合法期待應該也要提及一致性原則。

事實上，狹義的一致性與其說是關照信賴保護，倒不如說其關切面向更偏重於「行政行為」的「平等處遇」。本文將狹義的一致性擺在第二章第一二節處理；廣義的一致性則打擊到溯及立法、證照撤銷、行政建議禁反言以及司法裁判溯及效力。就此，本文只能在第二章三四節略提其考量以及價值判斷，再於第三四五章詳論之。

最後，文獻中雖然沒有直接援引一致性來宣告國家行為違法違憲之例，但是仍強調國家行為應與過去決定具一致性。一致性對應到抽象、具體或司法國家行為時，自有更下位的原則可供援用，但是未必代表這些下位原則與一致性無關。

第二章 一致性和合法期待的概念介紹

第一節 概說

於英國公法的脈絡中，合法期待(*legitimate expectations*)¹係屬一套起源於行政法領域，並且受到廣泛運用的概念。於司法審查的脈絡下，主要係運用公平(*fairness*)和合理(*reasonableness*)原則進行審查²，以使行政機關遵守承諾，或使政府之運作處於穩定的狀態，進而保障人民的期待和利益³。美國法承繼此組概念之後，則發展出不同的面貌；學者多認為合法期待係屬一致性原則(*consistency*)⁴的下位概念，並將合法期待置於一致性原則之下，作出討論和分析⁵。準此，欲

¹ *Legitimate expectation* 一詞，在翻譯上有「正當期待」、「合理預期」、「正當信賴」或「合法期待」等多種選項。論者有謂「合法」一詞容易忽略實質合法性的要求。然若依此推論，則其所採之「正當期待」一詞，豈非亦有棄形式合法性於不顧之嫌？本文認為就人民信賴是否予以保障一事，除了信賴本身的適格性之外，信賴正當與否亦應納入法律的評價；採取「合法」期待之譯名，反而突顯僅有信賴係屬正當，法律始予以保障之評價過程。就「期待」、「預期」和「信賴」而言，本文則認並無區分之必要，惟須留意民法關於信賴利益和期待利益(履行利益)之區分，不可當然援用至公法領域。關於譯名上之討論，可參張興祥，《行政合法預期保護原則研究》，北京大學出版社，2006，頁8；陳海萍，〈行政法上正當期待形成的法理基礎〉，西南政法大學學報，2005年12月，第7卷，第6期，頁39；王錫梓，〈行政法上的正當期待保護原則述論〉，東方法學，2009年，第1期，頁18-19。

² See, e.g., *R. v. Home Secretary ex p. Asif Mahmood Khan* [1984] 1 W.L.R. 1337. *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 (often known simply as the "*GCHQ case*"). *Wednesbury unreasonableness*, see *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223. 介紹 *Wednesbury* 之中文文獻，可參林惠瑜，《英國行政法上合理原則之研究》，國立中興大學法律學系碩士論文(1995)。

³ *Legitimate expectations in UK and EU*, see SCHØNBERG SØREN, *LEGITIMATE EXPECTATIONS IN ADMINISTRATIVE LAW* (2002); ROBERT THOMAS, *LEGITIMATE EXPECTATIONS AND PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATIVE LAW* (2000).

⁴ 一致性原則另與法治原則相關，可見本章第二節第二項之討論。關於普通法系之法治原則(*The Rule of Law*)以及德國法上法治國原則(*Rechtsstaat*)，概念之比較以及用語的考察，可見：陳新民，〈國家的法治主義—英國的「法治」(*The Rule of Law*)與德國法治國之概念比較〉，收於氏著，《法治國家論》，頁39-120(2001)；黃淑芃，〈法治(*Rule of Law*)或法治國(*Rechtsstaat*)概念在台灣的繼承〉，收於劉幸義主編，《東亞法律漢字用語之整合》，頁37-52(2007)。

⁵ ALFRED C. AMAN, JR & WILLIAM T. MAYTON, *ADMINISTRATIVE LAW*, at 307-337(2nd, 2001); STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUSTEIN, MATTHEW L. SPITZER, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY*, at 489-640 (5th, 2002).

了解美國法此處論述之開展，有必要將合法期待和一致性原則一併介紹之，並探究其間之關連性⁶。

本章第二節，先針對一致性原則和合法期待利益作一綜覽；雖然前章已指明本文關切的重點在於整體國家行爲的前後不一致，但是基於本文另外一個問題意識：何種制度設計始能有效捍衛人民之信賴，以下本章仍不免觸及制度面向上可能造成的國家行爲不一致。準此，本章即概述總論所有可能導致國家行爲不一致之變因；至於個別國家行爲之前後不一致，則視作一致性的各論，另於第三、四、五章處理之。另外，本章第三節則探尋一致性原則和合法期待利益在法治原則、美國憲法和法律規定當中的基礎；並且發現：雖然此等概念在法制上均可尋獲堅實的理論根據，只是實務上的運作，往往流於寬鬆，導致理論和現實之間產生了落差。第四節則闡述近代重要法律思想家 Dworkin 對於一致性之介紹和批評，並作分析。本章所歸結之原理原則，將用以檢討第三、四、五章的各種國家行爲。

本章在寫作上，則務求白話通順和得以理解為前提，祛除介紹外國法制時文句不順之通病。另外，不同於大陸法系，普通法系更加著重由案例歸納出原則和概念，蓋法院於處理案件之初，往往無意建立起一套體系嚴謹的基礎理論。因此，以下本章之綜覽，毋寧係將案例法上之發展紬繹而出，先作簡介；非謂先有一套合法期待和一致性的概念，而法院始按圖索驥做出判決。此一安排，則是考量到我國大陸法系背景的理解所需，避免迷失於美國法院眾說紛紜的判決迷霧之間。

第二節 綜覽合法期待和一致性的概念

合法期待之概念源自於私法契約，現已轉換至公法領域；不論在公法的契約

⁶ 雖然同為普通法系，英美兩國就此議題之關切重心全然不同。以英國 2001 年的 *Coughlan* 案 ([2001] Q.B. 213) 為例，其爭論之重心在於合理期待之保護面向是否及於實體效果，相較於我國司法院大法官早在釋字第五二五號解釋即宣示信賴保護係為保障人民「因信賴而生之實體法上利益」，於此一議題上的著力之處顯然相去甚遠。因此，本文以下仍集中於美國法之介紹與分析，僅於與美國法體系不相扞格且必要時，始援引英國法之討論。

法或非契約法領域，此一概念都獲得廣泛運用。在公法脈絡下，合法期待與一致性原則存有密切之關聯⁷。以下本文即介紹合法期待和一致性概念，並闡述其間之關係為何。

第一項 合法期待之概念

美國論及合法期待之文獻雖少，但仍逐漸增加當中⁸。合法期待起源於私法領域，如保險中使用的不明確用語，應依據被保險人的「合法期待」作解釋⁹。法院有時也會以其他概念來代替合法期待用語，例如 *familiar doctrine*，即係針對模糊的契約用語，作出不利於契約起草人之解釋¹⁰。

近來，法院將合法期待一詞的使用，從私法契約擴張到公法契約。例如針對公部門的聘用契約，法院將會斟酌雇員對於獲得終身職一事，是否具有合法期待¹¹。

另外，合法期待一詞，必須和「既得權」和「投資期待」兩組概念作出區辨。所謂的**既得權**(*vested right*)，係指人民在法律關係當中應當具備之要件均已齊全，法律關係當中的相對人不得侵害或限制之。以私法為例，長期通行他人土地且符合一定要件之後，就此地役權即已取得既得權之保障；他人就其土地仍然具有所有權，但是不得據此排除地役權人通行之權利¹²；再以公法為例，於區域計劃法脈絡中，人民獲得許可從事開發，而善意投入實質成本，縱使區劃法嗣後變更，亦不得侵害受許可人就既得權已取得之保障¹³。至於**投資期待**(*investment-backed expectations*)，則指人民預測國家將來法律或政策走向，而事

⁷ L. Harold Levinson, *The Legitimate Expectation That Public Officials Will Act Consistently*, 46 Am. J. Comp. L. 549, at 549(1998).

⁸ See, e.g., AMAN, *supra* note 5, Ch10-11; BREYER, *supra* note 5, Ch5.

⁹ See, e.g., Max True Plastering Co. v. U.S. Fidelity and Guar. Co., 912 P.2d 861, 866(Okl. 1996).

¹⁰ Levinson, *supra* note 7, at 550.

¹¹ See, e.g., Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564(1972); Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593(1972).

¹² 120 A.L.R. 549 (Right of licensee for use of real property to compensation for expenditures upon revocation of license).

¹³ 40 A.L.R. 928 (Revocability of municipal building permit or license).

先作出投資，期在將來取得獲利；此於區劃或開發法當中，最為常見¹⁴。準此，合法期待若符合一定要件或投入實質成本，則可能發展為既得權；對於法律政策走向之預測，若具有一定法律上根據，投資期待則可能成為合法的期待。

從私法契約過渡到公法契約，所會產生的問題不大，蓋其同屬契約，而契約首重兩造的互信；當一方主張其信賴利益受有損害，事實上也是在主張對方違約。然而，於合法期待擴張到非契約的公法領域，則可能產生概念上的問題。蓋此時信賴既然不是源自於契約，則需另外一個更為廣泛的基礎，此即有關一致性的概念¹⁵。

第二項 一致性原則

一致性原則不僅在契約領域無適用上之障礙，在非契約法領域的運用上也是同樣地合適。例如行政機構作出行政裁決，卻違反了行政機構的先例，且未提出合理解釋，則此時行政機構違反了一致性原則，並使人民之合法期待落空。一致性有助於解答公法體系的許多面向¹⁶。

一致性原則與法治原則(rule of law)有關，法治原則肯認：人民對於國家行為與現行有效法律相符一事，具有合法期待。當一致性原則和既存規範、法治原則、平等保護與正當法律程序以及契約法相結合時，效力最強。但是當牽涉到由政府設計構造所造成的不一致時，效力最弱。在這兩個極端之間，一致性原則得以提供有效的準則¹⁷。

一致性原則本身無法賦予權利或提供救濟，僅能提供理論支撐，或是發展政策時所需的刺激和靈感¹⁸。

¹⁴ DANIEL E. TROY, *RETROACTIVE LEGISLATION*, at 20-21 (1998).

¹⁵ Levinson, *supra* note 7, at 550.

¹⁶ See, e.g., *Brennan v. Gilles & Cotting, Inc.* 504 F.2d 1255 (4th Cir. 1974); *General Service Employees Union v. Illinois Educational Labor Relations Board*, 673 N.E.2d 1084 (Ill App. 1996); *Richardson v. Commissioner of New York City Dept. of Social Services*, 665 N.E.2d 1059 (N.Y. 1996).

¹⁷ Levinson, *supra* note 7, at 551.

¹⁸ *Id.* at 551.

第一目 平行的一致性和垂直的一致性

美國的聯邦和三權分立體制，將政府組織和機構切分為平行或垂直的關係。於平行的政府組織關係當中，人民對於一致性的合法期待可能會受到限制。

第一款 平行一致性

於聯邦層級，行政、立法和司法三權係屬平行關係。由於三權彼此不相隸屬，除非憲法另有規定，否則三權對於彼此並無命令之權力。人民甚或不能期待三權之間的行為能夠相互一致。平行機構之間的一致性時有變異，而與政治因素和裁量空間有關¹⁹。

獨立委員會則具混合特質。獨立委員會形式上從屬於國會。雖然總統具有提名權，但是其行使須經國會同意；總統若無法律依據，亦不得撤換成員²⁰。但事實上，總統還是可以經由指派主席、利用預算或立法計畫等影響力，對獨立委員會達到實質上的政策控制²¹。另外，於反托辣斯法的領域當中，「獨立委員會」聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission, FTC)和「行政」司法部之管制職權重疊，也有出現不一致的可能。此處之不一致，則屬國會刻意設計所造成。

另外，聯邦與州之間雖係屬垂直關係，但在州政府內部之機構，仍屬權力分立的平行關係。

第二款 垂直一致性

¹⁹ *Id.* at 551.

²⁰ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935); George A. Bermann, *Administrative Law*, in *INTRODUCTION TO THE LAW OF THE UNITED STATES* 92, 94 (DAVID S. CLARK & TUGRUL ANSAY eds.)(1992).

²¹ Levinson, *supra* note 7, at 552.

大部分的政府機構置於行政管理系統之下，亦即在政府層級的法律控制之下，人民得合法期待下級官員能夠服從上級建立的標準²²。但法院有時仍會就法律明確的控制標準，作成出人意表的解釋²³。

第二目 對於法律命令階層一致性之期待以及直接受憲法保障之信賴

公法的理想狀態，係由各個不同階層的規定層層控制，包括了憲法、法律、行政命令以及具體的行政行為。就此，人民對於一致性是否具有合法的期待，只能藉由各階層的規定是否符合更高階層之規定來評估²⁴。

例如，行政機構之作爲與現行有效法律不符，則依據逾越權限原則(*ultra vires*)，法院得撤銷此一行政行為²⁵。又如現行有效法規過於模糊，以致於無法提供行政機構足夠合理清晰的準則，則基於禁止模糊原則(*the void for vagueness doctrine*)或禁止授權原則(*non-delegation doctrine*)之要求，該法規亦可能受到違憲宣告之命運²⁶。即便如此，實際上司法審查的運作仍然偏向寬鬆，而以可預見性原則(*intelligible principle*)或合理原則(*rational test*)作爲判準。以下本文亦將證明，法律明確性原則和禁止授權原則，係屬控制整體國家行為一致性的安全閥；若國家於立法階段不夠明確的話，人民之合法期待嗣後受到行政裁量和司法解釋侵害的可能性，將會大幅提升。

另外，於某些情況下，人民對於一致性的期待可能直接受憲法所保障²⁷，如

²² *Id.*

²³ *See, e.g., Shaball v. State Compensation Ins. Auth.*, 799 P.2d 399 (Colo. App. 1990, *cert. denied*, Colo.) (allowing agencies to violate the statutory time limits for deciding cases; *but see HCA crossroads Residential Centers, Inc. v. North Carolina Dept. of Human Resources*, 398 S.E.2d 466 (N.C. 1990)).

²⁴ Levinson, *supra* note 7, at 552.

²⁵ *See, e.g.,* BERNARD SCHWARTZ, *ADMINISTRATIVE LAW*, Sec. 8.1 (3d ed. 1991).

²⁶ JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, *CONSTITUTIONAL LAW*, Sec 16.9 (5th ed. 1995); KENNETH CULP DAVIS & RICHARD J. PIERCE, JR., *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE*, Sec. 2.6 (3d ed. 1994).

²⁷ *See, e.g.,* Gerald G. Ashdown, *The Fourth Amendment and the Legitimate Expectation of Privacy*, 34 *Vand. L. Rev.* 1289 (1981).

憲法第四修正案保障隱私期待²⁸。因此，若政府違法搜索而破壞此種期待，搜索所得證據可能因此而排除²⁹。又如政府官員嚴重侵害憲法保障之權利者，受害人可能提起憲法侵權訴訟³⁰。

值得注意的是，於 *United States v. Caceres* 一案中，雖然國稅局(Internal Revenue Service, IRS)的規則規定：於納稅人和 IRS 面談時，若欲裝設電子監視設施錄像，須先得到司法部的批准；但是法院認為刑事控訴程序中之被告，不得因國稅局違反上述規定而主張證據排除，蓋本案並未違反任何憲法或法律規定。首先，本案無關正當法律程序，因為當事人通常會合理信賴 IRS 已經遵守行政規則且得到司法部之批准，才會開始陳述，因此並無隱私期待可言。法院認為本案亦無 APA 適用之餘地：蓋本案並非尋求宣告行政行為無效之救濟，而是有關刑事追訴程序，被告欲藉由證據排除法則，而尋求司法強制執行行政規則。最後，法院亦表明無意僵硬地適用證據排除法則，蓋其對於訴追程序和警察執行任務的發展，將會產生遏止效果³¹。

第三目 憲法擔保之一致性

雖然現行有效法律之一致性，本身即是法治原則下合法信賴的來源之一，但是憲法某些規定對一致性原則有更直接的影響。例如，憲法禁止事後立法之法律³²和雙重審判危險³³，並擔保正當法律程序³⁴以及平等保障³⁵。一致性原則可能擁

²⁸ “The right of the people to be secure...against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” U.S. CONST. amend. IV.

²⁹ *Taylor Bus Service v. Dept. of Motor Vehicles*, 202 Cal. Rptr. 433 (Cal. App. 1984); but *see Boyd v. Constantine*, 613 N.E.2d 511 (N.Y. 1993).

³⁰ *AMAN*, *supra* note 5, Sec. 14.2.

³¹ 440 U.S. 741 (1979).

³² “No ex post facto Law shall be passed.” U.S. CONST., Art. I, § 9., cl. 3., § 10. cl. 1.

³³ “[N]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.” U.S. CONST. amend. IV.

³⁴ “[N]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” U.S. CONST. amend. V., XIV Sec 1., § 1.

³⁵ “[N]or deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” U.S. CONST.

有更深遠的起源，至少能夠追溯至大憲章(Magna Carta)的時代³⁶。

第四目 公共利益和私人利益之調和

即使人民具有合法期待，也可能因為公共利益因素而無法獲得補償；至於如何判斷公益因素已勝過私人之合法期待，則有待商酌。1970 至 80 年代，「正當法律程序革新運動³⁷」發展出關於一致性原則適用時，應當如何衡量公私益之準則。

最高法院於 *Mathews v. Eldridge* 案當中，發展出「彈性正當法律程序」(flexible due process)的概念，以三階段的判準，來檢驗系爭程序之正當性有多高³⁸。法院必須評估下列幾點。首先，判斷系爭受到政府行為影響的私益為何。其次，透過程序採用，可能對此種私益造成錯誤剝奪之危險；以及，若存有附加或代替之程序，可能帶來的好處。最後應考量政府利益，包括附加或代替程序所能帶來的功能以及財政和行政上之負擔。若不符上述考量，法院將論斷個案之中對於私人程序期待之保障，不能達到合理調和公益和私益之功能³⁹。

第五目 法律擔保之一致性

依照 APA 之規定，行政行為若屬「專橫(arbitrary)、恣意(capricious)、裁量濫用(abuse of discretion)或未依法律(not in accordance with law)」，法院得提供救

amend. XIV Sec 1.

³⁶ Article 39, of the Magna Carta read: “No free man shall be arrested, or imprisoned, or deprived of his property, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor shall we go against him or send against him, unless by legal judgement of his peers, or by the law of the land.” See also Levinson, *supra* note 7, at 553.

³⁷ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972), *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), *Wisconsin v. Constantineau*, 400 U.S. 433 (1971), *Morrissey v. Brewer*, 408 US 471 (1972).

³⁸ 424 U.S. 319 (1976).

³⁹ *Id.* at 334-35.

濟管道⁴⁰；並藉此落實一致性原則，糾正行政機構未附理由而悖離自己先例之行為⁴¹。

於 APA 通過之前，法院於 *Ashbacker Radio Corp v. FCC* 案中落實一致性原則⁴²。關於資源分配或證照許可等程序，皆具有強烈的排他性；而於此等程序中，比較聽證(comparative hearings)則是一種能夠促成平等與一致的途徑⁴³。於本案例中，兩位申請人同時尋求同一廣播頻率的證照，而屬競爭的互斥關係。聯邦通訊委員會(Federal Communication Commission, FCC)決定核發證照予一方，而另外賦予競爭申請人聽證的機會。法院認為 FCC 於本案例中對兩造所提供之程序機會並不一致，並有損後來申請一方的合法期待。雖然嗣後 FCC 賦予競爭申請人聽證的機會，但是由於證照已經核發予另一申請人，法院認為此一聽證實際上已經流於空談。準此，法院要求 FCC 提供比較聽證(comparative hearing)的機會，讓兩造申請人皆能參加⁴⁴。

嗣後法院並將 *Ashbacker* 所示之原則，從原本的物理性獨占之案例(physical exclusivity，如前述兩家電台申請同一頻道)，適用至經濟性獨占之案例(economic exclusivity，例如兩家航空業者欲申請同一航線之營運權⁴⁵)。但是有學者認為 *Ashbacker* 原則在實際上的運用機會並不高，因為比較聽證必須包含申請人所有的實質差異和應予考量的因素，所以此原則所指涉的範圍常常顯得過於廣泛⁴⁶。事實上，於 70 年代間 FCC 對於廣播業者申請證照和換照所進行的一連串改革中，業已實際地限縮 *Ashbacker* 原則的適用⁴⁷。

本文認為，*Ashbacker* 原則實已點出了美國法以程序設計作為一致性擔保的思惟。因為如果在適當的程序當中，不論選擇哪家業者，公共利益的要求均會被

⁴⁰ 5 U.S.C. Sec. 706(2)(A).

⁴¹ See, e.g., 673 N.E.2d 1084 (Ill App. 1996); 665 N.E.2d 1059 (N.Y. 1996); *Arizona Grocery Co. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry.*, 284 U.S. 370 (1932).

⁴² 326 U.S. 327 (1945)

⁴³ AMAN, *supra* note 5, at 313.

⁴⁴ *Supra* note 42, at 327-34.

⁴⁵ *Delta Air Lines Inc v. Civil Aeronautics Board*, 275 F.2d 632, at 638 (D.C Cir. 1959).

⁴⁶ AMAN, *supra* note 5, at 314.

⁴⁷ See, e.g., *Greater Boston Television Corp. (WHDH) v. FCC*, 444 F.2d 841(1970); *Citizens Communications Center v. FCC (CCC I)*, 447 F.2d 1201 (1971)

滿足，那麼私人利益的保障，即成爲問題的重心。使用比較聽證程序來保障私人的利益，其實也就是一種競爭的程序。彼此相斥的申請人之間必須提出自己的優點、打擊對手的缺點；行政機構對於兩造所不爭執的事項，則免除調查義務。若能針對 *Ashbacker* 原則之缺點進行調整，而限縮其過於廣泛的適用範圍，無疑能夠成爲證照申請程序當中捍衛一致性於不墜的利器。

第六目 普通法擔保之一致性

法院藉由援引普通法中的確定力(*finality*)和禁反言原則(*estoppel*)，亦有助於達成一致性之目的。

如果裁判程序足夠嚴謹，即考慮賦予裁判最終性的效力；此不僅於法院審判如此，於程序保障已不亞於法院審判的某些行政裁決當中亦然。人民獲得具有最終性效力的判決，當可信賴案件之確定效力；若裁決機關嗣後重開審判，必然有損人民對於案件確定之信賴。準此，是否能夠允許重開案件，主要取決於兩個關鍵：先前案件審理程序之嚴謹程度，以及嗣後重開案件所欲達到的公益考量。另外，現代意義的禁反言原則，則可區分爲允諾禁反言(*promissory estoppel*)和附帶禁反言(*collateral estoppel*)。前者有關於實體法上之承諾是否具有拘束效力，可運用在契約和建議等領域，應該劃歸爲具體效力國家行爲的範疇討論；後者則類似於程序法上之爭點效，而應歸類爲司法裁判權之行使。

關於最終性和禁反言原則的細部操作，則留待後文詳述之。

第七目 一致性原則之適用範圍

一致性原則適用範圍極爲廣泛，最顯著的可能是政府契約⁴⁸(包括聘用契

⁴⁸ See, e.g., *United States v. Winstar Corp.*, 116 S. Ct. 2432 (1996).

約)⁴⁹，其他尚包含刑罰案件的確定力⁵⁰，免於無令狀搜索和逮捕之隱私權⁵¹，私人財產的管制徵收⁵²、政府福利津貼⁵³、移民⁵⁴、銀行破產⁵⁵、司法程序⁵⁶、侵權主張⁵⁷和稅務案件⁵⁸。

第三項 政策考量

文獻中較少提及一致性的政策討論，其中 Aman 和 Mayton 教授於其專著中論述道：一致性是法律系統中基本的價值(prime value)，包含**分配正義**、**相同案件相同處理**。另外則與**可預見性**有關，此則涉及時間面向：以長久穩固的行為標準，作為對其信賴之人之擔保⁵⁹。

另於行政法領域，藉由肯認行政機構具有公布法規以及標準之權力，能夠避免行政行為(agency action)之不確定性，而確保一致性得以落實。一致性原則亦有更具體的面向，即行政機構在特定事實上對個人所為的處置；於此脈絡下，法院則係援引普通法之中的「一事不再理」(*res judicata*)和「允諾禁反言」(*promissory estoppel*)原則，來維持行政行為的一致性於不墜⁶⁰。

第四項 造成不一致的來源

一致性是公共生活中重要的一部分，但是其他價值有時仍會勝過一致性之需

⁴⁹ See, e.g., 408 U.S. 564 (1972); 408 U.S. 593 (1972).

⁵⁰ See, e.g., *United States v. Ray*, 950 F. Supp. 363 (D.D.C. 1996).

⁵¹ See, e.g., *Couch v. United States*, 409 U.S. 322 (1973).

⁵² *Unity Real Estate Co. v. Hudson*, 889 F. Supp. 818 (W.D.Pa. 1995).

⁵³ *Tedder v. Housing Auth.*, 574 F. Supp. 240 (W.D. Ky. 1983).

⁵⁴ *United States ex rel. Paktorovics v. Muff*, 260 F.2d 610 (2d Cir. 1958); *but see Garcia-Mir v. Meese*, 788 F.2d 1446(11th Cir. 1986).

⁵⁵ See, e.g., *Southtrust Bank v. Moody (In re Moody)*, 203 B.R. 771 (Bkrptcy., M.D. Fla. 1996).

⁵⁶ See, e.g., *White v. Estelle*, 566 F.2d 500 (5th Cir. 1978).

⁵⁷ See, e.g., *Melanson v. State*, 633 (N.Y. App. Div. 1995), *appeal denied*, 665 N.E. 2d 660 (N.Y. 1996).

⁵⁸ See, e.g., 69 Ops. Atty. Gen. Calif. 168 (1986).

⁵⁹ AMAN, *supra* note 5, at 307.

⁶⁰ *Id.*, at 307.

求。以下本文即簡要歸納之⁶¹。

第一目 腐化和偏見

縱使內部規範結構相互一致，也不能保證規範和執行之間不會出現不一致的情形。我們很可能因為賄賂行為，或基於種族和性別等其他不受允許的偏見，而造成不一致的問題。此種不一致顯然為法所不容。並且，在未對受管制方適當補償的情況下，將會有損其合法期待。

但是在實務運作上，不當的偏見往往和適當的差別待遇難以區別。例如，海關人員受限於人員編制的分配，勢必無法全面檢查所有過境的旅客。此時，海關人員依據政府所提供的資訊、機構的執行守則或是統計資料，將過境檢查的矛頭指向較有可能違規的特定範疇旅客，即有可能遊走在歧視偏見和依法行政之邊緣之間。

第二目 平行結構

高階政府組織於平行關係中，很可能有不一致之風險。尤其是反托辣斯法的領域中，FTC 和司法部職權之衝突，事實上是因為國會刻意設計之多機構管制所造成。

第三目 垂直結構

行政指揮系統未必能夠依照上位命令發生作用，除組織大小之外，尚與政府官員和人民在長期契約關係中所形成的好惡，或是組織人員充足與否，具有密切的關係，人民此時可能依平等保護原則而有所主張。

⁶¹ Hereinafter, *see* Levinson, *supra* note 7, at 557-560.

第四目 政府組織的規模

不一致可能係由政府組織的規模所造成；行政機構愈大，其官員作成不一致處置的可能性就愈大。另外，政府監督之效率、行政人員的素質，亦與一致性能否達成息息相關。

例如，關於新污染設施設置許可標準應該如何認定，美國環境保護局(EPA)即曾經主張，規模較大之行政機構無法擔保全國之處置和解釋皆屬一致；一致性的要求，並不能用來廢棄 EPA 此處所作之認定⁶²。

第五目 裁量

許多官員依法律或命令享有廣泛裁量權，如地方檢察官對起訴與否便享有裁量權，除非檢察官之裁量，明顯係基於對特定種族或族群的歧視，否則通常不受審查⁶³；一旦檢察官決定起訴，案件多半會走向討價還價的協商程序，而非進入法院進行審判⁶⁴。另外，法律判準中經常使用不明確用語⁶⁵（例如：「公共利益」）；此一情形不可避免，且未必皆會受到司法審查。另外，最高法院於決定案件受理與否之時，亦享有高度的裁量權。

於釋義學的途徑，國家機關裁量權限的多寡，顯然與一致性原則能否得到落實一事，極具內在關係⁶⁶。就此，下文再予詳論之。

第六目 程序瑕疵對實質決定所造成的影響

⁶² BREYER, *supra* note 5, at 605-06.

⁶³ *See, e.g.*, Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).

⁶⁴ *See, e.g.*, Blank., *Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatists Guide To Loss Abandonment And Alienation*, 68 Fordham L.Rev 2011 (2000).

⁶⁵ *See, e.g.*, Boyce Motor Lines Inc. v. United States, 342 U.S. 337 (1952).

⁶⁶ *See, e.g.*, 4 Admin. L. & Prac. § 11:31 (2d ed.) (The word “discretion” at that time referred to administrative policymaking. The APA's drafters intended the related term, “abuse of discretion” to express the limited review of administrative policymaking).

於刑事追訴中，因政府官員的程序瑕疵(如未事前告知、搜索逮捕程序不合法)，可能會使有罪之人獲無罪判決。基於落實一致程序的考量，美國的法律制度接受了判決在實質內容上不一致之危險。

第七目 陪審團

陪審團的判決也有可能增加不一致的處置。於民事法領域，此種風險或許可以藉由法官的審判裁量權限來獲得緩和。然而，於刑事程序，此種法官裁量權限顯然備受限制：儘管證據確鑿，法官仍然必須依據陪審團的判斷作出無罪判決。這毋寧增加了對於相同處境的被告(例如面對同樣的不利證據指控)，作出不一致判決的風險。

第八目 訴訟和行政處置

訴訟過程的不確定性，也會造成不一致。這取決於當事人法律顧問之能力，而法院之判決本身也可能不一致。行政機構亦有廣泛的和解權限，儘管有些和解需要得到法院或檢察官的批准，但是這還是一定程度地增加了不一致的可能⁶⁷。

第九目 替代的爭議解決途徑

相較於訴訟而言，替代爭議解決途徑(ADR)更有可能會造成不一致，蓋其非屬正式的司法程序⁶⁸。ADR的裁決者非出身於正式司法體系、案件通常不得上訴或審查，而案件決定亦不公開，而無法供人民做參考之用；這些都形成了不一致

⁶⁷ AMAN, *supra* note 5, Sec. 9.5.2.

⁶⁸ See generally Harry T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution*, 99 Harv. L. Rev. 668.

的來源。

第十目 案件處理

面對行政機構的遲延或不利處遇時，人民可能找來民意代表作施壓動作，而造成不一致的結果(如影響處理案件的速度)。同樣地，向申訴機關、人權組織或非政府團體投訴，亦有可能收到影響案件處理速度的效果。這也造成了懂得利用上述資源的人民，得以從中獲利，而與欠缺資源者之間，形成了不一致的待遇。

第十一目 政府資訊的接近和使用

聯邦法和州法均規定：法規制定程序中的草案，須如已完成的法規一樣，對外公告和預告⁶⁹。另外，大眾亦有權使用接近行政裁決和索引等資訊⁷⁰。若無法對行政決定有效接近和使用，在人民根本不知政府資訊的情形下，合法信賴根本無從談起。

第十二目 法律服務的接近和使用

即使能夠取得政府的資訊，若無法律協助，人民仍然難以理解，更別提合法期待。接近和使用法律服務機會的不一致，係目前造成不一致問題的最大根源。

第五項 以制度設計防止不一致的發生：以行政行為不一致為例

前文已經提及：若欲保障人民的合法期待，不能單從個別的構成要件檢討著

⁶⁹ 5 U.S.C. Sec. 553(b), (d); Model State Administrative Procedure Act Sec. 2-101(c) (1981).

⁷⁰ 5 U.S.C. Sec. 552(a)(2).

手，而應從宏觀的制度面作開展。本文將視野拉到國家行為的一致性，當係基於宏觀考量，而屬第一個層面。至於如何減少國家行為的不一致，則屬第二個層面的考量；就此，則需仰賴制度性的設計，而與國家三權的互動息息相關。

本文選定行政行為一致性作為觀察對象，係因行政行為與其他權力之間的互動，最為複雜。行政權裁量空間的多寡，取決於立法的明確性和授權的有無；行政裁量則決定了允許行政權溯及既往管制人民行為的空間。即便行政裁量允許溯及既往的管制，行政權究係使用行政處分或是法規命令作為管制的手段，也會更進一步地將問題複雜化。以下本文即以美國法為例，說明**如何以制度性的設計防止行政行為不一致的發生，以保障人民的信賴利益。**

第一目 概說

行政裁決(adjudication)和法規制定(rulemaking)係屬行政機構(agency)從事管制活動時最重要的兩種工具；也因此，行政裁決和行政法規對於人民之合法期待和行政行為的一致性，具有莫大的影響。行政契約和非正式的行政建議雖然不是美國行政機構主要的管制工具，但各自與此間議題也有相關，只不過著重的議題在於禁反言原則的效力。一事不再理則是有關禁止再訴和附帶禁反言(collateral estoppel，近似於爭點效)的問題，自然與法秩序之安定有所聯結，亦應一併探討之。

就行政法規("rule" (*i.e.*, a regulation))和行政裁決(adjudication)之間的區分，行政程序法(APA)定義行政法規為：「行政機構之聲明的全部或一部，具有一般適用性以及向後生效的效力，用以執行、解釋或定義法律或政策」("the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret or prescribe law or policy")；針對行政裁決，則指形成命令(order)的程序，而所謂的命令，APA 則將其定義為：其他非屬法規，而具有最終

性的行政行為⁷¹。關於法規(regulation)和命令(order)之間的區分，APA 基本上認為只要符合法規標準者(包括程序上的要求)，即屬法規，若不符合要求者，則為命令。

當行政機構欲通過或廢棄法規時，必須使用法規制定程序⁷²。因此，除非法規遭到廢棄或是有更高層級的權力介入，否則行政機構必須遵守自己的法規⁷³。另外，行政機構通常無權頒布溯及規定⁷⁴。至於更進一步的探討，則將在後文詳述之。

最後，鑒於行政機構可能藉由政策的採用或變更，而破壞人民的期待利益，法院也可能會宣告這些變更係屬恣意或不公平；而關於管制變遷，行政機構有下列幾種手段可以選擇：

(1)行政機構透過行政裁決採納政策，亦以行政裁決方式變更政策：此問題有關行政裁決一致性，而法院甚少宣告無效。蓋行政機構原本依照行政裁決所決定之政策，本得依行政裁決再度改弦更張⁷⁵。

(2)行政機構透過法規制定採納政策，而以行政裁決方式變更政策：Arizona Grocery 案⁷⁶認為此政策變更本身無效。但是(1)和(2)之間的嚴重落差，又應如何調和之？

(3)行政機構透過法規制定採納政策，亦以法規制定方式變更政策：此時法院得否介入，則應置於法規溯及既往的脈絡下來談。

以下本文則集中在行政裁決的脈絡當中，如何以制度性的設計來保障一致性和合法期待。而依本文以下討論所示，可以發現：欲追求行政裁決的一致性而保障人民的合法期待，除了立法層次的規範和授權必須明確之外，尚需要仰賴正當法律程序作為控制的手段。行政機構必須遵守自己公布的行政法規；若予變更，

⁷¹ 5 U.S.C.A. § 551; the definition of order is different from the construction of APA in Taiwan.

⁷² 5 U.S.C.A. § 551; Motor Vehicle Manufacturers Ass'n. v. State Farm Mutual Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

⁷³ See generally Peter Raven-Hansen, *Regulatory Estoppel: When Agencies Break Their Own Laws*, 64 Texas L. Rev. 1, 2-3.

⁷⁴ 2 Am. Jur. 2d, Administrative Law, Sec. 236 (Rules binding on agency and its employees).

⁷⁵ E.g., NLRB v. Bell Aerospace, 416 U.S. 267 (1974).

⁷⁶ Arizona Grocery Co. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry., 284 U.S. 370 (1932).

則需提供合理的理由，且此一理由必須足夠正當，而使人民的合法期待退居後位。最後，行政裁決的一致性固然需要司法審查的控制，但是一旦司法審查介入過深，又將破壞行政裁量的空間，而使行政機構無法迅速恰當地回應管制變遷和需求。此即合法期待與一致性之間的難處所在。

第二目 行政裁決與一致性

第一款 行政裁量

若法律、法規或先例就行政行為未有特別指示之時，則屬行政機構之裁量空間。原則上，行政裁量不受司法審查之拘束，但是若行政裁量構成「專橫(arbitrary)、恣意(capricious)、裁量濫用(abuse of discretion)或未依法律(not in accordance with law)」，法院仍得依 APA 提供救濟管道⁷⁷。

然而，APA §701(a)(2)規定，法律授權行政裁量者，不得審查⁷⁸。但本條用語模糊，並與前述規定有所衝突⁷⁹。最高法院視 APA §701(a)(2)為極端例外規定，從嚴適用；僅在涉及資源分配或決定過於複雜的情形，始屬該當。於 *Heckler v. Chaney* 案中，數名死刑犯主張行政機構未能執行法規有關使用致死藥物之規定，法院則認為此不在司法審查範圍。法院於理由構成中明顯援用 APA 關於行政裁量不受審查的理論：行政不行為牽涉複雜因素，並與專業判斷有關，在處理的優先順序上，行政機構較法院更有能力認定相關因素⁸⁰。最高法院隨即將 *Chaney* 案的原則運用在非關執行的案例之上。於 *Lincoln v. Vigil* 案當中，最高法院推翻上訴法院之決定，而認為印第安人保健服務所(Indian Health Service)的處

⁷⁷ 5 U.S.C. Sec. 706(2)(A).

⁷⁸ 5 U.S.C. § 701(a)(2). The APA also precludes review "to the extent statutes preclude judicial review." § 701 (a)(1).

⁷⁹ "If agency action is to be reviewed for an abuse of discretion, how can that discretion be committed solely to the agency?" See Harold J Krent, *Reviewing Agency Action for Inconsistency with Prior Rules and Regulations*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 1187, 1192 (1997).

⁸⁰ *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985).

長決定不再提供西南部特別診療服務，此一政策轉向不受司法審查⁸¹。

以下本文針對法律明確和法律授權，說明其與裁量之間的關係，至於先例拘束和裁量之間的關係，則留待第二款再予闡述。

(一)以法律明確性限縮行政裁量的空間

法律明確性的問題，未必與合法期待有直接關聯，蓋此處並無國家的前行為可供人民作為信賴基礎；然而，法律規定若不夠合理明確，將成為國家行為不一致的最大來源。

法律標準愈清晰，將愈有助於明確性和案件決定的效率；然而，法律標準若過於形式化，雖然仍具明確效率的優點，卻可能造成應該相同處理的案件，因為囿於形式化的判准，而得到不同處理的效果。相反地，給予裁決機關一定的裁量空間，固然欠缺明確性可資依循，但是卻有可能促進案件的實質公平性；當然，若裁決機關濫用裁量空間，不但無法促進案件公平處理，也有可能一併葬送明確性的要求，端看裁決機關如何運作。

另外，考量到法律一般效力和行政機構專業的判斷能力，以概括用語和專業詞彙作為構成要件，實有其必要性。但是，在涉及言論自由管制的案件，法院為了避免過寬禁止和寒蟬效應，似乎有意限縮法律使用不明確的用語。

茲舉兩例闡釋明確性和裁量之間的互動。關於控股公司之認定，法律若規定公司持有他公司出資額超過半數即為關係企業，固收明確之效，然而實質上具有控股關係的公司則成漏網之魚；相反地，若採取實質認定控股公司的方式，首當其衝的即是法律明確性以及個案審理的效率。又如關於共同正犯的認定，若單純採取僅有實行構成要件者始屬共同正犯，固然明確，然而實際支配犯罪的首謀策動者，卻可免於與其他共同正犯相同的處遇；相反地，若採取實質犯罪支配力的認定，雖然法院存有認定的空間，可能將首謀者繩之於法，但也有可能審理費時，

⁸¹ Lincoln v. Vigil, 508 U.S. 182 (1993).

並且在認定上面臨備受爭議的情形。

關於通訊廣播證照的決定程序，美國於 80 年代至 90 年代間曾有相當大幅的變革。於 1981 年，國會修正部份 47 U.S.C. §309 條文，針對證照申請，在多數申請人間採用隨機選擇程序；1993 年的預算法則針對 1934 年的通訊法案增訂§ 309(j)，授權 FCC 採用競價程序來分配無線電頻道。新的§309(j)採取拍賣、隨機、「先到先贏」等模式，有清楚和一致的優點，然而新的§309(j)是否已經放棄了追求公共利益之極大化？拍賣方式給予獲利最多的申請人，是否就必定有助於公益目的之追求？

FCC 原本寄望透過隨機程序的採用，能夠提升證照審查的速度和效率。但是許多無意經營的投機者取得證照並隨即尋求轉手；於是，在隨機程序中，又形成了一個次級市場。這造成隨機模式本身雖然能夠加速程序，但是尋求買主的次級市場交易耗時一年以上，仍然造成了公共設施的遲延⁸²。於 1997 年的預算法案中，國會原則上終止了委員會使用隨機模式的權力；1997 年 7 月之後，委員會不得制定法規建立隨機選擇程序⁸³。

(二)以正當法律程序限縮行政裁量的空間

若法律的規定不夠明確，正當法律程序將會要求行政機構建立程序上的規制，以限縮行政裁量的空間。

1. *Hornsby v. Allen*

上訴人 Hornsby 太太申請在 Atlanta 營業零售酒類的執照被拒。她依據 28 U.S.C. §1343 的規定，主張此一行為剝奪民權(civil right)，應受矯正；又依據 28

⁸² BREYER, *supra* note 5, at 553-54.

⁸³ 47 U.S.C. §309 (j).

U.S.C. §2201 請求確認她的權利。市長與 Atlanta 的市議員為被告。在 Hornsby 太太主張：她的申請被市長和市議員「不附理由」地否認，此一行為違反了憲法第十四修正案的正當法律程序以及平等保護措施。

法院指出，因為酒類執照申請牽涉了事實爭議與法律標準適用的問題，正當法律程序當可作為最基本的要求。依照源自於安格魯薩克遜的法學的經驗傳承，正當法律程序包括了適當預先通知(adequate notice)與公平聽證(fair hearing)。

本案中，Hornsby 太太被剝奪了正當法律程序所要求的聽證程序；另外，因為政府當局沒有公布合理的規範，她也無從得知零售酒類商店執照申請所要求的標準何在。法院認為本案違反了憲法所要求的正當法律程序以及平等保護措施，並且也違反了 42 U.S.C. §1983⁸⁴。在相關要求未被落實之前，法院應積極介入現行酒類執照的審查⁸⁵。

2. *Holmes v. New York City Housing Authority*

這起集團訴訟係依據民權法案 42 U.S.C. §1983 和聯邦憲法而提起，三十一名原告代表自己和其他類似處境的人民，以 New York City Housing Authority 為被告，就其所掌管紐約市公共房屋低價出租的事務提出訴訟。

被告每年接收約九萬份的申請，而只有一萬個家庭能夠獲得准許。因此，被告依據申請人特殊情狀(如現在住戶、迫切需求、分裂家庭或人數過多的家庭)，為其設定優先順序。在聯邦挹注的計畫(federal-aided projects)當中，要求被告根據客觀的評分系統(an objective scoring system)將剩餘的住宅分配給非優先順序的候選人。然而，在州挹助的計畫當中則沒有此種要求，推測在地方挹注的計畫當中也是相同的情況。

原告都是非優先順序候選人，不論合格或不合格，其申請遲遲未被書面回

⁸⁴ 42 U.S.C §1983, civil action for deprivation of rights.

⁸⁵ Hornsby v. Allen, 330 F.2d 55 (1964).

覆。原告指出被告在政策上與實行上的種種缺失，例如：申請標準未先行公告、挑選的結果未表明其邏輯，決定未附理由且無書面紀錄，事後的決定也不對申請人進行告知。原告指控此種程序缺失有可能造成決定流於片面、專橫和恣意；剝奪了原告公平競爭低價租屋的機會以及獲得救濟審查的權利。這些缺點違反了憲法第十四修正案所保障的正當法律程序。

原告的指控相當有力，而唯一的爭點是：因為州挹助的計畫當中並無採用分配給非優先順序的候選人的標準，因此被告才沒有建立正當法律程序所要求的公平的程序機制。但是法院認為，在影響廣大的行政計畫當中，絕對而不受控制的裁量空間將會導致濫用的可能。在此種計畫當中，必須建立「確定的標準」以供遵循。正當法律程序也是一個彈性的概念，例如在聯邦挹注的計畫當中，它同樣地也提供了「客觀的評分系統」這樣的機制⁸⁶。

3.小結

Hornsby 和 *Holmes* 僅牽涉稀少資源之分配，而無關裁罰性的處分，之所以要求司法救濟以及合理決定程序，可能與平等保護原則有關⁸⁷。

另外，Gellhorn 和 Robinson 教授提及這樣的看法：程序面的要求(例如要求行政機構採用具體法規或標準)，只有放在實質權利的脈絡下才能夠理解，並且獲得正當化的基礎⁸⁸。

(三)以禁止授權原則限縮行政裁量的空間

美國聯邦憲法第 1 條規定：「所有的立法權限，均應由國會行使」⁸⁹。換言

⁸⁶ *Holmes v. New York City Housing Authority*, 398 F.2d 262 (1968).

⁸⁷ BREYER, *supra* note 5, at 320.

⁸⁸ Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *Perspectives on Administrative Law*, 75 Colum. L. Rev. 771 (1975).

⁸⁹ U.S. CONST., Art. I, §.1.

之，國會原則上不得將立法權限再授予其他機關行使；禁止授權原則(nondelegation)的發展，至少可以追溯至 17 世紀⁹⁰。然而，基於立法產能以及功能上的專業考量，「絕對」的禁止授權原則是不成立的，至多僅係約束立法機關授權的範圍必須明確，不得過度模糊或廣泛。

如何判斷國會授權是否過度模糊廣泛，最高法院的見解曾有更迭，但是基本的態度是認為「授權原則上不合法，或是除了有實質意義標準之外授權皆不合法」。然而，實際上司法審查的態度仍然偏向寬鬆，而以可預見性原則(intelligible principle)作為判準。於 1989 年的 *Mistretta v. United States* 案當中，最高法院認為只要立法提供可預見的原則指引行政機關，諸如授權任務的性質和範圍，以及政府機關間合作的必要性，而為一般人所得理解，則此種授權可以視為國會的隱含權(implied power)⁹¹。目前日趨複雜的社會，牽涉許多快速變遷和技術性的問題，針對國會授權問題採用可預見性原則，有其必要性存在⁹²。

實務運作上，僅有極少數的法律是因為違反禁止授權原則而被宣告無效。於 1998 年的 *Clinton v. City of New York* 案⁹³，認為 Line Item Veto Act of 1996 授權總統得以選擇性地廢棄部分撥款法案(appropriation bills)，違反了憲法關於立法程序的規定⁹⁴。

立法授權的範圍以及明確性，影響了行政機構裁量空間的多寡，自與一致性的問題相關；最高法院採用可預見性原則作為立法授權最低限度的要求，亦當係本於此一認知。然而，基於專業分工和立法效率以及成本的考量，在某些領域當中，行政機構始為法案研擬和管制形成的重心；禁止授權原則的諸般要求究竟對

⁹⁰ JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1690).

⁹¹ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, at 371-72 (1989), citing *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 406, 48 S.Ct. 348, 351(1928)

⁹² Applying this "intelligible principle" test to congressional delegations, our jurisprudence has been driven by a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives. Accordingly, this Court has deemed it "constitutionally sufficient if Congress clearly delineates the general policy, the public agency which is to apply it, and the boundaries of this delegated authority." *Id.* at 372.

⁹³ *Clinton v. City of New York*, 523 U.S. 1071 (1998).

⁹⁴ U.S. CONST, Article I, § 7, Cl. 2 and 3.

行政機構的裁量能有多大的控制力，事實上不無疑義。Davis 教授即主張藉由要求「行政機構自行發展應該遵守的標準」，來取代禁止授權原則⁹⁵；另外，亦不乏學者主張行政法規若經嚴格的訂立程序，則禁止授權的要求也應該隨之放寬⁹⁶。禁止授權原則在美國法的地位，實已岌岌可危。

第二款 遵守行政法規

法院不欲介入行政裁量的空間，主要係爲了避免造成事後諸葛和再度評價(second-guessing)原本屬於行政機構的政策形成空間；若行政機構行使其專業判斷或處理複雜的資源分配案件，則此時司法審查介入所耗費的成本，會大於審查所帶來的好處。但是，如果行政行為違背先前已公布的法規或正當法律程序的擔保，法院仍得介入審查。

在有關於貨物費率的 *Arizona Grocery Co. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry.* 案中，州際商務委員會(ICC)發現先前於法令中公告的費率並不合理，並試圖作出調整。但是法院認爲：運輸業者有權信賴委員會公告的費率係屬合法，委員會不得在後續的程序中忽視自己於先前作出的公告⁹⁷。

然而，要求行政機構遵守自己公布的法規，不代表行政機構永遠不得改變其立場，而是意味著行政機構必須依據法治原則(rule of law)的要求來變更政策。準此，行政機構若欲變動行政法規之規範，其變動必須是合乎預期的，亦即行政機構的新法規必須向後發生效力，而不得溯及變更先前的規定⁹⁸。

(一) *Arizona Grocery* 案

⁹⁵ KENNETH DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (2d ed.), 208-09(1978).

⁹⁶ RICHARD J. PIERCE, JR, SIDNEY A. SHAPIRO, PAUL R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, at 50-51.

⁹⁷ *Supra* note 76.

⁹⁸ AMAN, *supra* note 5, at 308-09.

1. 背景

最高法院在 1897 年的 *ICC v. Cincinnati Ry.* 案當中，認為 1887 的州際商務法 (Interstate Commerce Act) 僅授權 ICC 對過去不合理的利率給予補償，並未授權 ICC 規範將來的利率⁹⁹。1906 的 Hepburn Act 賦予 ICC 此項權力，自此 ICC 得規範未來利率，而標準是公平、合理、消除差別待遇。在 1920 年的 Transportation Act 中，ICC 被授權可以規範利率的上限與下限，並有權力防止低利率造成的不公平競爭。ICC 的四種管制態樣如下：(a) 運輸業者可以提出改變利率的請求，讓 ICC 審查利率是否合法，若利率過高，將會產生償還的效果；(b) ICC 有調查區域性或全國性範圍利率的權力，並得考量收支平衡；(c) 託運人或競爭者得挑戰個別的現存利率；(d) 挑戰現存利率者，得主張償還過去溢付之金額，並要求 ICC 設定向未來生效的合理利率¹⁰⁰。

1920 年，針對糖類運輸，託運人者認為加州至亞利桑那鳳凰城的利率過高，ICC 調降為 96.5 分錢，並以此為基準，命運輸業者償還溢付額，另外也規定往後運輸業者不得收取高於 96.5 分錢的費用。1922 年，鳳凰市的託運人認為鳳凰城至三藩市的利率過高，並尋求償還；1925 年時，ICC 調降至 73 分錢，這似乎是考量到芝加哥到三藩市的利率已經降到 84 分錢之故¹⁰¹。在 *Traffic Bureau of Phoenix Chamber of Commerce v. Atchison Topeka & Santa Fe Ry. Co.* 的委員會決定中，支持託運人調整費率的主張。但是不同意見指出：雖然後來設定的利率較原先合理制定的利率為低，但是多數意見並沒有推翻之前的決定，而是在後來的案件中認為當時的費率並不合理。多數意見未與其他距離相當案件的利率相比較，反而在其他次要的因素上著墨。利率的合理性並非不證自明，準此，應該否定託運人的主張¹⁰²。

⁹⁹ 167 U.S. 479 (1906).

¹⁰⁰ BREYER, *supra* note 5, at 450-51.

¹⁰¹ *Id.* at 451-52.

¹⁰² 95 I.C.C. 244, 248 (1925).

2. 法院判決

被告(運送人)拒絕依 ICC 的嗣後設定的利率償還給付。但是 ICC 認為：如果委員會發現較低的利率方屬合理時，原告(託運人)有權要求償還溢付運輸收費。運輸業者拒絕償還給付，託運人向地方法院提起訴訟，並獲得勝訴判決，但是嗣後又被上訴法院撤銷。

普通法禁止公眾運輸業者收取不合理的費率，然而，此一公共政策只有在託運人提出訴訟挑戰由運輸業者設定的利率時，方可獲得支持。1887 的 *Interstate Commerce Act* 並沒有剝奪運送人設定起始利率的權利。另外，只有在合理設定的情況下，利率方屬合法；若利率不合法，託運人有權獲得償還。由於運輸業者在制定利率上有完全的自由，若嗣後發現利率不合理，償還的數額應該以超過當時的合理利率多寡來計算。

1887 的 *Interstate Commerce Act* 僅授權 ICC 對過去不合理的利率給予補償，並未授權 ICC 規範將來的利率，此時 ICC 係立於準司法機關的地位，判斷過去的費率合理與否。在 1920 的 *Hepburn Act* 公布之後，國會賦予 ICC 規範未來利率的權力，ICC 得以立法機關的角度判別合理利率，並制定未來的利率。

本案所牽涉的 1921 年之命令 (order)，認為 96.5 分錢的利率係屬合理利率，並且具有規範未來的效力。當運送人依此命令而公布 96 分錢的利率時(同時拘束運送人與託運人)，法定利率因此建構，同時也是合理利率。運送人不能利用行政裁決認為新費率始屬合理費率的機會，而改變已經規範的利率；運送人必須遵守 ICC 的命令，縱使利率過低，運送人也不得向託運人主張償還。這是因為關於利率的制定，委員會擁有準立法機關的權力。準此，運送人不僅受 ICC 的命令所拘束，亦有權信賴 ICC 的命令係屬合理費率。

準此，於本案中，委員會不能對自己之前基於準立法機關地位所宣布的利率視而不見，而欲立於準司法機關的地位溯及既往地推翻自身的建構。雖然論者則

認為這個結論會迫使委員會必須不斷地檢視並修改利率，但是法院並不接受這個批評¹⁰³。

不同意見則指出：不應排除 ICC 命令運送人償還溢付金額的權力，方符合 Interstate Commerce Act 的精神；Interstate Commerce Act 規定，在 ICC 有限的監督之下，運送人享有相當大的權限得以調整費率。不同意見將聯邦 Interstate Commerce Act 和州法的鐵路費率管制作比較(部分的州法要求所有的費率皆由管制委員會公布，管制的程度較高)，指出此種類型的州法雖然排除託運人的償還請求，但是仍然允許其在遭受損害之前獲得救濟¹⁰⁴。

(二)後續發展

時至今日，*Arizona Grocery* 樹立了一個原則：除非有嗣後修正或廢棄的情形，否則行政機構應如同私人般地受到行政法規的拘束。這個原則同樣地也被行政程序法(APA)採用，本法並進一步要求行政機構的法典編纂未於美國聯邦法規資料庫(Federal Register)公佈者，不生效力¹⁰⁵。

此外，於私人無實質上影響的場合，例如對私人不會產生重大影響的程序事項和機構的內部事務，*Arizona Grocery* 原則是否適用，仍然存有爭議。

Arizona Grocery 案之後，過去被認作 *Arizona Grocery* 案所代表的觀點：「行程裁決時，行政機構有義務堅守其自身現存有效之規則，而不得違反之」，仍有數個法院判決表示支持。事實上，於 *Nader v. Bork* 案當中，一名公益原告贏得哥倫比亞地方法院之判決，認為在「星期六大屠殺」¹⁰⁶事件中解雇 Archibald Cox

¹⁰³ *Supra* note 76, at 381-90.

¹⁰⁴ *Supra* note 76, at 390. Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis think that the judgment should be reversed for the reasons stated by Judge Hutcheson in the concurring opinion in *Eagle Cotton Oil Co. v. Southern Ry. Co.*, 51 F.(2d) 443, 445.

¹⁰⁵ *AMAN*, *supra* note 5, at 309.

¹⁰⁶ The Saturday Night Massacre was the term given by political commentators to U.S. President Richard Nixon's executive dismissal of independent special prosecutor Archibald Cox, and the resignations of Attorney General Elliot Richardson and Deputy Attorney General William Ruckelshaus on October 20, 1973 during the Watergate scandal.

之決定並不合法。法務部(Department of Justice)曾發布規則限制政府解雇 Archibald Cox 之權力；雖然總統或司法部長能夠撤銷或修正這些規則，但卻沒有這麼做。因此，這些規則具有拘束力¹⁰⁷。

一致性的要求是否僅限於正式規則(formal regulation)？於 *Gardner v. FCC* 案中，哥倫比亞巡迴法院認為：即使長期建立的要求尚未經過正式聽證程序之認可，但若委員會未能遵守這些規則，依然無效¹⁰⁸。另外，於 *Massachusetts Fair Share v. Law Enforcement Assistance Admin* 案中，Massachusetts Fair Share(MFS)犯罪預防計畫的申請已獲暫時准許，但在 ACTION 首長未參與的情況下，LEAA 的首長拒絕了此一申請。法院依照 Department of Justice 作業準則手冊之規定，認為針對犯罪預防計畫之申請須由 LEAA 和 ACTION 首長共同決定，因此認為單一行政機構不得撤回暫時受理的決定，而須遵守手冊中所規定的內部程序¹⁰⁹。*Massachusetts Fair Share* 案未被完全遵守，而有正反不同之判決出現¹¹⁰。

另一方面，當系爭規則僅係有關於機構內部程序，或為了提供當事人更優待遇，應無拘束力。另外，也有法院案例認為解釋性法規(interpretive rules)或非正式指導方針(informal guidelines)，不應具有拘束力¹¹¹。

依照最高法院的判決，可以簡要歸納出兩個原則。若內部規則對私人會產生實質影響，*Arizona Grocery* 原則仍有適用，亦即內部規則對於行政機構仍有拘束力；另外，依照內部規則本身之規範目的，也可能決定 *Arizona Grocery* 原則有無適用之餘地¹¹²。

針對 *Arizona Grocery* 原則的適用範圍，Aman 教授認為：*Arizona Grocery* 原則的意義主要在於承認行政法規的效力，不得溯及既往地撤銷行政法規。但是此原則的適用僅止於正式的行政法規(formally designated rules of conduct)，而不及

¹⁰⁷ 366 F.Supp. 104 (D.D.C. 1973)

¹⁰⁸ 530 F.2d 1086 (C.A.D.C. 1976).

¹⁰⁹ 776 F.2d 1066 (C.A.D.C.,1985).

¹¹⁰ BREYER, *supra* note 5, at 602.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199 (1974).

於行政裁決。行政裁決所樹立的規則當然可以被當作先例採用，並藉此維持一定程度的一致性。然而，長久以來被法院所接受的相同事件相同處理原則，對於一般的行政機構並不當然適用；於契約、侵權以及財產法等已有穩固行為規範的領域，行政裁決之作成亦不適用 *Arizona Grocery* 原則。但是，為了保障預測期待以及公平法律不至於落空，法院強行介入，並且為行政裁決建立了以下的判準：合理決定、溯及既往以及 *Ashbacker* 原則(比較聽證原則)¹¹³。除 *Ashbacker* 原則已於前述提及之外¹¹⁴，以下本文就合理決定和溯及既往原則的內涵介紹之。

第三款 合理決定、告知理由以及溯及既往

當行政裁決違背可預見性的期待和公平處遇原則(*even-handed action*)時，合理決定原則(或合理解釋原則)，主要係用來判斷行政裁決是否屬於「專橫反覆」而得予撤銷的判準。暫且不論事實上的情況究竟有無變動，行政機構對於公共利益的定義，仍然會有所不同；然而，**行政機構必須以合理的分析指出：先前的政策與標準，都是從容不迫地改弦更張，而非刻意地予以忽略**¹¹⁵。若行政機構悖離先例而未附理由解釋，審查法院將以專橫恣意為由，撤銷此一行政裁決¹¹⁶。

此一結果，實際上可以視作對於合法期待的一種緩和。雖然私人針對一致性的合法期待在價值衡量上勝出，但是**只要行政機構提供合理理由**，其變更而保持彈性之公共利益仍然優先受到保護¹¹⁷。

於 *Contractors Transport Corp. v. United States* 案中，國際商業委員會(ICC)面對相似案件中的申請人(同為貨物運輸申請)，卻予以不同的處理(一否准、一准許；一提及目前運量已經足夠、另一案件就此卻未置一語)；法院要求 ICC 必須

¹¹³ AMAN, *supra* note 5, at 310.

¹¹⁴ See *supra* note 42 and accompanying text.

¹¹⁵ AMAN, *supra* note 5, at 311.

¹¹⁶ E.g., *General Service Employees Union v. Illinois Educational Labor Relations Board*, 673 N.E.2d 1084 (Ill. App. 1996); *Richardson v. Commissioner of New York City Dept. of Social Services*, 665 N.E.2d 1059 (N.Y. 1996).

¹¹⁷ Levinson, *supra* note 7, at 565.

為它的決定提供一個具有「合理基礎」的說理標準¹¹⁸。另外，於 *Greyhound Corp v. ICC* 案例中，ICC 於過去的命令中已經建立起先例，認為股票交易的許可不在委員會的管轄範圍之內，但是於本案之中卻又要求原告之交易應得其批准，此與原告之期待有違。法院認為 ICC 違背法治原則而撤銷其處分；ICC 有義務要**遵循已經建立的先例**，或者是**說明本案與前案有何不同之處**¹¹⁹。

另外，*Chenery I*¹²⁰和 *Chenery II*¹²¹案則是分別就下述原則予以闡釋：行政裁決必須係屬合理決定、並告知理由；如其具有溯及既往之效力，並非當然不被允許，而必須藉由利益衡量的途徑，檢測溯及之合法性。鑒於本案之重要性，以下本文即詳細介紹之。

(一) *Chenery I* 和 *Chenery II*

1. 公用事業控股公司法

1935 年通過的公營事業公司法提供 SEC 廣泛的權力，以便使其簡化以及重整自 1920 年代以來股票市場即為大企業所操控的局面。

1920 年代開始，企業家藉由債券以及優先股的發行，結合操作從屬公司的手法，在公營事業公司取得絕大的影響力。但是後來的不景氣使企業紛紛倒閉，再加上 1920 年代後期的經濟大蕭條，使得公營事業公司的情況岌岌可危。羅斯福上任後推行新政，加強國會對於此種弊端的調查。其中之一即係制定公用事業控股公司法(Public Utility Holding Company Act of 1935)，授權 SEC 得開啓公營事業公司的重整程序。不論自願或非自願重整的公司，在重整期間皆須受到 SEC 之管制。SEC 根據本法第 7 款及第 11 款，必須依據公共利益或投資者與消費者

¹¹⁸ 537 F.2d 1160 (4th Cir.1976).

¹¹⁹ 551 F.2d 414 (D.C. Cir. 1981).

¹²⁰ *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943); hereinafter, *Chenery I*.

¹²¹ *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194(1947); hereinafter, *Chenery II*.

的利益來管制；對於受計畫所影響之人，SEC 並須確保計畫對其而言係屬公正公平¹²²。

2. *SEC v. Chenery Corp. (I)*

被告 (Chenery) 係聯邦水利公司 (Federal Water Service Corporation, hereinafter Federal) 的公務員、主管及控制股東等，而聯邦水利公司則是 Public Utility Holding Company Act of 1935 之重整管制對象。於 1937 年至 1940 年間，被告與 SEC 協商，商討合併其他子公司，成爲一家僅有普通股的新公司，但是 Chenerys 未能成功說服委員會授權 Federal 的 B 級普通股於重整之後可以轉換成新公司的股票。委員會認爲只有優先股和 A 級普通股可以轉換，而此數額在之後成立的新公司所占比例並不高。在此同時，Chenerys 於非公開市場取得 Federal 的優先股，若這些股份得以轉換成爲新公司股份，則 Chenerys 即可掌握新公司的控制權。被告購買優先股之原因，有部分係出自於確保自己繼續公司的經營權。

針對此一交易是否違反本法第 7 條所稱之「公正且公平」以及是否侵害投資人利益，SEC 認爲，只要重整提案允許被告所持有的股票和其他的優先股具有一樣的價格，提案就不應准許。雖然 SEC 並未發現詐欺或欠缺揭露的情事，但是委員會認爲：被告身爲 Federal 經理人，基於其受託人身分和忠實義務的要求，不得於重整申請的期間進行公司證券交易。於是，SEC 修改重整計畫，規定除了被告係以實際支出成本加 4% 的股息賣出，否則不得移轉。此重整計畫則爲本案之審查標的。

SEC 認爲，即使經理人並未立於股東受託人之立場而持有公司股票，且股票交易誠實公開且價格公平，但是只要控制公司購買自己的股份，仍然違反了忠實義務。SEC 引用法院過去所宣示的衡平原則，認爲本案法院也應適用相同的原則。

¹²² BREYER, *supra* note 5, at 332-33.

法院則比附上訴程序的處理，來分析本案之決定：即使下級法院之見解錯誤，只要判決結果是正確，其決定仍應被上級法院所維持不需發回重審。但若上級法院認為理由正確，但事實尚未被正確發現者，上級法院亦不能取代陪審團自為之。準此，當國會授權行政機構頒行命令時，若行政機構未作，法院不得代為之，蓋國會已經排他性授權交由行政機構為之。同樣地，行政機關也不能直接以法院之見解，作為自己決定的理由。

法院審查 SEC 所依據的司法先例，認為先例並不禁止類似本案的購股行為，因此本案當中 SEC 禁止 Chenerys 於重整中的收購行為，無法以司法先例作為其憑依。事實上，SEC 並不受司法先例之拘束，可以行使其政策制定權，而自行新詮衡平原則之內涵；但是本案當中，SEC 卻自限於司法先例的框架之中。

法院認為：如果 SEC 依據其經驗和能力公布一般性的規則，而本案中的命令只是針對此一規則的適用，那麼法院考量的問題就會大大的不同；如果國會或行政機構規定的行為標準(standards of conduct)禁止特定的交易行為，這樣的行為始能評價成違法。國會法律、司法先例並不非難系爭的交易行為，甚或 SEC 也沒有行使本法第 11 款(e)授權給委員會的法規制定權力，規範新的行為標準來禁止此種行為。因此，除非證明被告濫用其經理人優勢而有損公司及投資大眾的利益，否則本案中委員會的決定不能成立。

法院表示本案並非刻意刁難 SEC 特定行為方式或限縮其裁量範圍，只是要求行政機關，於其權限範圍內作成行政行為時，應行裁量並說明理由¹²³。

不同意見則指出本案 SEC 的作法無可厚非，蓋其決定係基於其處理事務之長久經驗而作成的。除了法律授予委員會廣泛形成政策的權力之外，個案認定的方式也同樣地能夠達成此一目的¹²⁴。

3. *Federal Water Service Corp. Decision*

¹²³ *Supra* note 120, at 81-95.

¹²⁴ *Id.* at 95-100.

本案發回 SEC 重審後，SEC 再次否准 Chenerys 申請增修重整計畫的請求，並主張除了被告係以實際支出成本加 4% 股息賣出，否則不得移轉。委員會這次明確地說明了作成決定的理由以及考量之處。

針對本法案之中，控股公司管理部門的權力，SEC 於本決定中指出，藉由把持控股公司和子公司的財政、決策以及會計，管理部門能夠形成市場運作的空間。藉由上開決定，管理部門得以實質上影響資本的增減以及發放紅利的能力。這些都是影響控制公司重要債券市場價格甚或債券最終分配的重要因素。

至於管理部門於重整期間購買股票所造成的利益衝突，就算欠缺能夠證明「不正意圖」的證據，SEC 認為仍然構成不正當且不公平的行為。SEC 要求重整案的提出人應該證明重整計畫係屬公平正當而符合第 11 款(e)之規定。本案中，被告承認他們購買之目的係為確保自己能夠掌控公司之利益，SEC 認為沒有什麼證據是比這個更有利的了。

SEC 並解釋採取預防措施的的原因和必要性，係植基於投資大眾的公共利益。至於為何係採取命令(action by order)而非一般規則(general rule)的形式？被告主張以實際支出成本加 4% 股息的價格才能賣出的限制係屬不當溯及，並且不利於他們的期待利益實現。SEC 認為他們的主張只有在當初不能預見行為將來會受到規範的情況下才能成立；但是本案中，被告行為之時，並非法律的真空期，被告早已有所預見自己的行為將會帶來風險。SEC 並認為委員會決定對於被告所造成的影響必須與其他投資大眾的利益等量齊觀，考量此一公共利益，應認為委員會的決定有其正當。SEC 也認為，不管現在或將來是否發布一般性的規則，都不妨害本案之中以命令的方式，來確保重整計畫符合法案所要求的公平與正當¹²⁵。

4. SEC v. Chenery Corp. (II)

¹²⁵ 18 S.E.C. 231 (1945).

SEC於送回重審的程序中作成相同決定。在前案中，SEC係以法院的見解作為決定的依據。但是本案中，SEC係依Public Utility Holding Company Act of 1935第7條及第11條，認為被告提出的計畫不符合本法之規定，並且明確地說明了作成決定的理由以及考量之處。

法院在本案中進一步說明，在前案中法院只是認為SEC的理由不成立，至於本案之結果為何，仍有待SEC之裁量。因此，就算欠缺一般性的行政法規並不會影響SEC於本案中應盡的職責，SEC仍然可以做成命令方式來形成決定。如果SEC確實認為重整案與這些標準不符，也不能因為欠缺一般規則，就准許公司的重整計畫。亦即，就算欠缺一般性的規則，並不意謂著SEC就必須核准本案，然後只能以發布規則的方式來規範未來的案件。

既然行政機關有權以行政立法方式解決問題，那麼就沒有必要使用個案解釋來建立標準。但是如果這個標準太過嚴苛，又會忽略個案考量的必要性。換言之，有些問題的發生，有可能是行政機關無法合理預見，即使欠缺相關的一般性規則，問題還是要解決；也有可能是針對特殊問題，行政機關欠缺足夠經驗來發布實驗性規則，以便快速地解決問題；又或者是因為問題本質特殊或多變，以致於無法以一般性規則來規定，在這些情況之下，基於行政程序效率的要求，行政機構有必要以個案的方式解決，以維持其權限於不墜。而其選擇權限主要仍在於行政機構之手。

法院認為行政機構所頒布之溯及命令並非絕對無效。蓋不論是由法院或行政機構所發布新原則適用，都會有溯及既往的第一印象，但是此種溯及有效與否，應藉由比較私人損害與公共利益之間的關係，來判斷衡量溯及既往能否允許。若違背法律或公平原則所造成的危害大於溯及適用造成的不利，那麼此種溯及，並非法律所欲非難的類型。

本文中，被告透過股票買賣取得控制權已鞏固自己的利益，其所造成的危害大於SEC的溯及命令所造成的不利，故被告之抗辯無理由。另外，SEC係依個案

判斷以及其經驗作成決定，係屬合理。蓋爲了保護投資大眾之權益，國會授權行政機構以高標準審查重整公司管理部門的行爲；因此，法院對於行政機構之裁量決定，亦應予以尊重¹²⁶。

不同意見則指出：就如同委員會所稱，本案僅是重申之前的決定而作成，在命令未變、未有其他新發現證據以及新修法律的情況下，法院維持了剛剛才被法院推翻的委員會決定。這只能歸因於兩次判決之間的中間，最高法院大法官的成員有所更迭(支持 *Chenery I* 意見的成員在這次的輪替之中失去了人數優勢)。

針對系爭的購買股票行爲，並未有任何的法律、司法判決先例或是委員會的規則予以禁止，然而，委員會卻要求額外附加 4% 的賣出價格，而現在法院支持了這樣子的決定。事實上，他人也同樣可以進行系爭的交易，委員會只針對被告另外要求 4% 的價格，是絕對沒有道理的，同時也無償地剝奪了財產所有人的權益。多數意見中多次提及委員會係依據其「行政經驗」而作成，但是我們在多數意見中的其他脈絡之中，又可以看到「委員會之前在重整期間中，『從來沒有』遭遇過管理部門會發生這樣子的交易問題，我們不能阻止委員會適用『新的行爲標準』的權力」這樣子的論述。

法院又提及「若違背法律或衡平原則所造成的危害大於溯及適用造成的不利，那麼此種溯及並非法律所欲非難的類型」，當然，如果當時就有法律或衡平原則禁止當事人作爲，我們大可不必訴諸新的規則，也不用尋求溯及既往的途徑。但是如果在法院的眼中真的有這樣子的法律的話，我們很難想像法院多次提及支持委員會有制定「新的行爲規範」的權力。

不同意見認爲多數意見的作法，就如同馬克吐溫所言，是「解釋得愈多，愈讓人迷糊」。實際上，如果本案中法院贊成委員會的作法，無疑讓委員會取得不受法律拘束、興之所致、隨心所欲地規範系爭問題的權力¹²⁷。

¹²⁶ *Supra* note 121, at 195-209.

¹²⁷ *Id.* at 209-18.

(二) *Chenery* 案之後的發展

在 *Chenery* 案之後，SEC 批准了兩個控制公司的重整計畫，允許重整期間的公司併購。在 1947 年 *Cities Service Co.*案中(針對 1938 至 1944 年間的行為作出決定；SEC 針對 *Chenery* 案的第一次決定是在 1941 年，發回重審決定則是在 1945 年)，委員會允許了管理部門併購的申請，並主張 *Federal Water Service* 案係基於特殊的情形，委員會無意將其一般性地適用於公務員與主管身上¹²⁸。在 1947 年的 *American States Utilities Corp.*案中，委員會允許了 1940 年至 1945 年重整期間的併購行為，委員會拒絕將 *Federal Water Service* 案的決定，視作對於重整期間交易行為的絕對禁止¹²⁹。

同時，在 *Chenery II* 案之後，SEC 終於批准了 Federal 公司的第四次重整案。*Chenerys* 提起訴訟，主張 SEC 在 *Cities Service Co.*案和 *American States Utilities Corp.*案中，並未採取最高法院在 *Chenery II* 案當中所示的原則。另外，*Cities Service Co.*和 *American States* 兩案中，當事人均已預見到委員會並不贊成重整中的交易行為，卻仍然交易；*Federal Water Service* 在行為時則未有預見，相較之下更顯輕微。地方法院接受了這個主張，但是基於一事不再理原則的要求，或者至少是基於案件法的考量(法院認為 *American States* 案和 *Federal Water Service* 案在經理人控制力和購買股份時點上仍然有所不同)，並未宣告 SEC 的批准違法¹³⁰。

(三) 要求行政機構解釋不一致或不正常的決定

除了 *Chenery I* 要求行政機構必須為自己的決定提出解釋，這個解釋也必須是合理的解釋，以便法院得以審查行政裁決是否合理、正常以及符合一致性。

¹²⁸ 26 S.E.C. 678 (1947).

¹²⁹ 26 S.E.C. 718 (1947).

¹³⁰ *In re Federal Water & Gas Corporation et al.* (D. Del. 1949), *aff'd*, 188 F.2d 100 (3d Cir.), *cert. denied*, 341 U.S. 953 (1951). See BREYER, *supra* note 5, at 349.

1. *Contractors Transport Corp. v. United States*

Contractors Transport 公司向 ICC 申請特定地區的運輸證照，ICC 以 49 U.S.C. §307 所示的「便利和需求」之標準而拒絕。因為 Contractors Transport 公司所欲申請的地區，早已有另一家運輸公司包辦。雖然如此，ICC 卻將證照給予了 Contractors Transport 公司的競爭者(Russell Transfer 公司)。

法院表示：汽車運輸法案(The Motor Carrier Act)將有關於公共便利與需求的決定委諸 ICC 之裁量判斷；因此，司法審查行政專橫恣意的空間非常狹窄。然而，行政機構的行為仍然要有合理的基礎，針對相似情況卻予以明顯不一致的處理，係屬欠缺合理關聯而屬恣意。依據 *Chenery II* 案所示之原則，審查法院無權為行政機構的不一致提供理由；因此，行政機構必須為自己的決定提出解釋。

本案中委員會的決定並不符合上開要求，原決定必須撤銷而送回委員會重審。如果原委員會無意變更其決定，那麼委員會應該明確地解釋在 Contractors Transport 公司和 Russell Transfer 公司兩申請人之間，為何作出不一致的決定¹³¹。

2. *Brennan v. Gilles & Cotting, Inc*

一起鷹架倒塌的意外造成 Gilles 公司轉包商 Southern 公司所屬的兩名工人死亡，Southern 公司並不抗辯其責任，Gilles 公司則針對勞工處(Secretary of Labor)所提出的傳票和五百五十美元的罰鍰表示不服。

行政裁判員(administrative judge)雖然發現工人有接近鷹架的通路，但是還是判定 Gilles 公司作為一般的締約人(as general contractor)，必須要為嚴重違反 OSHA 的規定負起責任。在 OSHA 委員會的審查之中，卻推翻了這個決定。Secretary of Labor 於是上訴。

¹³¹ *Supra* note 118, at 1162.

法院表示，委員會就下列兩個問題有決定權：其一，一般締約人是否必須與轉包商同時承擔責任；其二，僅有接近危險工地的證據，而欠缺在場的證據，是否能夠支撐 Secretary of Labor 的指控。法院支持委員會就第一個問題的看法，但是認為委員會並未對第二個問題作出詳細的說明，因此必須發回重審。詳言之，針對究竟僅須接近危險工地的證據抑或需要在場的證據才能支持這樣的指控，委員會的多數意見並沒有予以明確的決定。雖然行政機構有權變更既成的政策，但是仍然要針對悖離的政策提供說明與解釋¹³²。

(四)藉由一致性的要求，以保護合法期待利益—有關溯及性行政裁決的問題

關於規範的預見性，法院附加了另一個判準—溯及既往原則。雖然一致性的要求主要係爲了促進更合理的行政決定，但是一致性的要求也有確保合法期待利益的功能。個案裁決的新發展可能有其風險，例如決定粗糙或是決定並不公平。然而，溯及既往並非絕對不受允許；例如人民事先可得預見行政行爲的改變，或是信賴利益無關緊要，而可以忽略。

溯及既往原則的實質意義在於：人民依據具有效力的規範而行止，行政機構卻變更了此一規範(通常是藉由行政裁決的手段)而否認人民的行爲結果，法院可能據此推翻行政機構的命令。

此一原則植基於 *Chenery II*，主要的操作方法則是藉由比較私人損害與公共利益之間的關係，來判斷溯及既往是否能被允許。此一衡量並進一步在 *NLRB v. Majestic Weaving Co.*案中拓展¹³³。溯及既往依影響程度的不同，應異其考量：輕微的情形如先前行政機構並未採取立場，而嚴重的情形則像是變更既有的行爲判準¹³⁴。

¹³² 504 F.2d 1255, at 1256-67 (1974).

¹³³ 355 F.2d 854 (1966).

¹³⁴ AMAN, *supra* note 5, at 313.

溯及既往原則更常訴諸於正當法律程序和基礎公平(fundamental fairness)，APA 也提供了溯及既往原則的審查機制。但是不論係立足於正當法律程序或是 APA，溯及既往原則通常(但不是絕對地)於行政裁決的脈絡下被適用¹³⁵。

但是，當溯及既往不合法時，法院是否應該要求一致性以確保合法的信賴利益？法院從何處取得這樣子的權限？即便法院有權阻止行政機構藉由行政裁決更改立法規定，在什麼條件下法院得實行這樣的權力？行政機構對於政策彈性的需求又當如何處理？¹³⁶此處問題，均值更進一步地省思。

(五)小結

於 *Contractors Transport Corp. v. United States* 與 *Brennan v. Gilles & Cotting, Inc* 兩案中，反映出司法審查對於行政機構解釋自己決定這樣子的要求愈發堅持，並且也愈來愈嚴格。但是由於證明上的問題，這種程序要求，也有可能成為行政機構實質上的負擔。在要求行政機關決定附理由的送回重審的程序之中，有些案子只是讓行政機構添補上一些理由，好讓法院再度駁回；有些案子之中，法院認可重審之後增補理由的決定，但是時間與金錢的浪費卻無可挽回。

另外，近年來，要求行政機構說明理由的作法，也擴張到非正式裁決與非正式法規制定程序。雖然細節的說明，對於法院決定行政行為是否合法的判斷常常並無助益，但是如果欠缺全面的說明，那麼法院要審查行政機構行為的合法性，幾乎是不可能的任務¹³⁷。

再者，有學者認為藉著附理由決定的要求，可以控制行政裁量的濫用，並有效地改善行政程序¹³⁸。但是也有學者認為此種要求只會造成時間的浪費，行政機構只會從各種面向來合理化自己的決定；學者指出：除非有國會的具體實質指

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ BREYER, *supra* note 5, at 355-56.

¹³⁷ *Id.* at 348-51.

¹³⁸ See Henry J. Friendly, *Chenery Revisited: Reflections on Reversal and Remand of Administrative Orders*, 1969 Duke L.J. 199, at 206-22(1969).

示，否則行政機構不可能會去改變已經形成的制度偏見¹³⁹。

第四款 政策變遷工具的擇用

關於管制變遷，是否僅得以行政法規的方式從事之，向有爭論。贊成者認為在合理情況下，必須採用法規制定，人民始能得知規範內容，而後續的行政裁決則須符合這些規範。反對者則持「應由行政機構自由選擇採用法規制定或行政裁決」之意見，更極端的則認為應減少法規制定之使用，而以個案行政裁決發展政策¹⁴⁰。後者顯然較有彈性，但也增加了不一致的可能¹⁴¹。

此處的爭論，亦涉及裁決和法規之間，是否存有本質上的不同？於 *Bowen v. Georgetown University Hospital* 案當中，Scalia 大法官即認為系爭法規明顯具有溯及效力，違反 APA 對於法規命令和裁決性命令的基本分類。蓋依照 APA 之規定，法規不得具有溯及效力；相反地，裁決性命令則至少需要擁有某程度的溯及效力。但是此種嚴格的分類，則受到學界的質疑¹⁴²。

若 APA 要求行政機構制定法規，行政機構卻以行政裁決來代替，法院將以行政機構意圖規避行政法規為由，廢棄此一行政裁決¹⁴³。蓋若行政機構得以行政裁決代替行政法規，則法規制定關於預告暨評論等諸般程序要求，將會遭到架空的命運¹⁴⁴。

於 *Chenery II* 案當中，針對應該擇用行政裁決或法規制定之問題，最高法院贊同行政機構享有廣泛的裁量權限，得自由採用其一¹⁴⁵。於之後的 *NLRB v.*

¹³⁹ Joseph L. Sax, *The (Unhappy) Truth about NEPA*, 26 Okla. L. Rev 239 (1973).

¹⁴⁰ See generally David L. Shapiro, *The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy*, 78 Harv. L. Rev. 921, 972 (1965) (arguing that agencies should make greater use of rulemaking rather than adjudication, in part to help resolve uncertainty as to the consequences of regulated behavior).

¹⁴¹ Levinson, *supra* note 7, at 564.

¹⁴² Christopher D. Pixley, *Finding Middle Ground on Federal Retroactive Regulatory Lawmaking*, 27 Cap. U. L. Rev. 255 (1999), at 278.

¹⁴³ E.g., *Simpson Tacoma Kraft Co. v. Dep't. of Ecology*, 835 P.2d 1030 (Wash. 1992).

¹⁴⁴ *Id.* at 289.

¹⁴⁵ *Supra* note 121.

*Wyman-Gordon Co.*案當中，最高法院則對 *Chenery II* 案的見解提出質疑¹⁴⁶；而 *NLRB v. Bell Aerospace Co.*案當中，最高法院又再度肯認 *Chenery II* 案的見解，但是發展例外，以限縮行政機構的裁量權限¹⁴⁷。

最高法院於 *NLRB v. Bell Aerospace Co.*案當中表示的見解，嗣後在第九巡迴法院得到進一步發展，以限縮行政機構的自由裁量權限。針對例外限制行政機構不得採用行政裁決的可能因素，本文歸納如下：存有功能考量(行政法規更為適合時)、溯及性的行政裁決存有公平的疑慮，以及行政裁決的見解違反先前規則。關於此處案例法上的發展，以下本文簡介之。

(一) *Chenery II* 案

Chenery II 案係起因於 SEC 的命令(order)否准公用事業公司(即 *Chenery*)的破產重整申請，但此一決定卻遭最高法院以其誤解法律為由而駁回。在重審的程序中，SEC 改以自己對於 *Public Utility Holding Company Act of 1935* 的解釋為依據，並作成決定，案經上訴至最高法院。最高法院支持委員會的命令，並且明示 SEC 得以個別性的命令作成解釋，而不使用一般性的規則。

法院主要係出自於彈性的需求，而支持行政機構可以自行選擇使用一般性法規或個別性的命令，但是前提如下：不能預見案件情形但需要迅速處理、行政機構經驗不足，或者是問題隨狀況而定，自始即無法以一般性的規則規範之¹⁴⁸。

Chenery II 案給予行政機構廣泛的裁量空間，有時會溯及性地使人民受到處罰。例如，若法律並未明示其規範原則，而係以法律授予行政機構政策取向的裁量決定取而代之，勢必使人民在未有事先警告的情形下，受到行政機構的懲罰。就此，*Chenery II* 案認為溯及性決定未必違法，必須藉由其所發展的衡量判准檢

¹⁴⁶ 394 U.S. 759 (1969).

¹⁴⁷ 416 U.S. 267 (1974).

¹⁴⁸ *Supra* note 121, at 194, 202-03.

視其合法性¹⁴⁹。

(二) *Wyman-Gordon* 案

於 *NLRB v. Wyman-Gordon Co.* 案中，全國勞資關係委員會(NLRB)發布裁決性命令，指示 *Wyman-Gordon* 公司應該為其員工舉辦代表選舉，另外並要求 *Wyman-Gordon* 公司應將選舉名單交給處於競爭關係的工會，但是這卻與先前最高法院認為名單應交給選舉人的要求不合。

NLRB 作成此決定，唯一的依據係其先前於 *Excelsior* 案公布的裁決性命令。*Wyman-Gordon* 公司主張 *Excelsior* 案之命令無效，其理由為：本案作成程序有違法之處；另外，為了避免影響當事人的權益，NLRB 要求 *Excelsior* 命令應向後生效；但是就其向後生效的結構，事實上應屬於 APA 的法規制定，卻又不符合 APA 所要求的程序。*Wyman-Gordon* 公司希望藉由 *Excelsior* 命令無效的主張，而論證本案並無合法的根據。

法院認為 *Excelsior* 命令在程序上的確有違法之處，但是本案的命令仍屬有效；理由在於縱使無效的 *Excelsior* 命令係本案唯一的依據，但是 NLRB 仍然有權要求揭露資訊，故 *Wyman-Gordon Co.* 案的命令應屬有效¹⁵⁰。

Chenery II 案的見解再加上 *Wyman-Gordon* 案的主張，可能會產生矛盾結果，即行政裁決不論是溯及或向後生效，皆有可能被宣告為無效。

(三) *NLRB v. Bell Aerospace Co.* 案

NLRB v. Bell Aerospace Co. 案之爭議，係關於 *Bell Aerospace* 公司之法人買主得否主張全國勞資關係法(NLRA)對於員工工會的保障。先前 NLRB 曾於 *North*

¹⁴⁹ *Id.* at 203.

¹⁵⁰ *Supra* note 146, at 769.

*Arkansas Electric Cooperative, Inc.*案的行政裁決中表示：只要「經理級的員工」可能跟其他加入工會的經理人發生利益衝突，即可主張 NLRA 之保障。但是此一見解顯然推翻了機關向來的主張，亦即與經理人相結盟的員工，不受 NLRA 之保障。NLRB 即適用 *North Arkansas* 案之法則檢視本案，並認為 NLRA 亦保障買主之組織權。

法院撤銷 NLRB 對於 NLRA 之解讀，並發回重審。由於法院係以實體審定書(merits)發回重審，所以法院並未對 *North Arkansas* 裁決的程序合法性表示意見；亦即，巨幅改變行政機構先前見解的 *North Arkansas* 裁決，是否應以法規制定的形式制定之？然而，由於法院認為 NLRA 不保障經理人級的員工，NLRB 重審時勢必要決定買主是否為「經理人級的員工」。關於此一決定究應以法規制定或是行政裁決之形式作成，法院表示：雖然行政裁決可能增加裁量濫用之機會，但是系爭案件牽涉個別的事實情況，欲以一般性的法規判斷員工和經理人的分野，亦未見妥適。

另外，業界對於 NLRB 先前的見解雖然存有信賴，但是尚未重要到足以排除行政機構使用行政裁決再對此種情形重新加以考量的地步。系爭案件並未對過去人民善意信賴行政機構之決定而作的行為賦予新的行為責任，亦非對於人民課以罰鍰或賠償¹⁵¹。

雖然 *Bell Aerospace Co.*案著重個案事實，尊重行政機構的選擇，但是若存有信賴保護之考量，法院也有可能限縮行政機構的裁量範圍。

(四)後續上訴法院的發展

Chenery II 案承認行政裁決可能會具有不公平的溯及效力，*Wyman-Gordon Co.*案則表示向後生效的行政裁決也有可能構成事實上的法規制定；至於 *Bell Aerospace* 案，則係將「對於人民信賴的損害」列為溯及既往適當與否的一項評

¹⁵¹ *Supra* note 147, at 294-95.

估因素¹⁵²。上開最高法院的見解，於下級法院之間逐漸得到進一步的發展與修正。

第九巡迴法院經過 *Patel* 案¹⁵³以及 *Ford Motor* 案¹⁵⁴之發展，最後在 *Cities of Anaheim v. FERC* 案當中形成穩固的見解。法院認為行政機構欲以行政裁決作為變更政策的工具，存有兩個限制：(1)不得突然變更方向，對人民產生不公正的效果，或有損其對於過去政策的信賴。(2)行政機構不得以行政裁決規避 APA 的法規制定程序¹⁵⁵。

上述 *The Cities* 案的見解，受到巡迴法院的普遍依循。另外，自 *Ford Motor* 案以降，法院則更加節制，避免以行政機關應該使用法規制定為由，而宣告行政裁決無效¹⁵⁶。

第六項 小結：不一致的處理和接受

第一目 不一致的處理和接受

雖然上述不一致可以減少而且理應減少，但於某些不一致的情形，係因為美國對於有限政府的偏好，而選擇容忍不一致的產生¹⁵⁷。一致性固然值得追尋，但也不是價值的全部，某些極權敗壞的政府不也同時保有高度的一致性嗎¹⁵⁸？此點值得深思。

綜觀上述美國實務關於行政行為一致性的見解，可以發現 *Chenery II* 案以來尊重行政機構制訂以及發展政策的立場¹⁵⁹，至今未變(例如：*Brand X* 案)¹⁶⁰；亦

¹⁵² William D. Araiza, *Agency Adjudication, the Importance of Facts and the Limitations of Labels*, 57 Wash. & Lee L. Rev. 351, at 365 (2000).

¹⁵³ 638 F.2d 1199 (9th Cir. 1980).

¹⁵⁴ 673 F.2d 1008 (9th Cir. 1981).

¹⁵⁵ 723 F.2d 656 (9th Cir. 1984).

¹⁵⁶ Araiza, *supra* note 152, at 370.

¹⁵⁷ See *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 442-43 (1965). See also, Richard H. Fallon, Jr., *Constitutional Constraints*, 97 Cal. L. Rev. 975 (2009); Cass R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421 (1987).

¹⁵⁸ See Levinson, *supra* note 7, at 560.

¹⁵⁹ *Johnson v. Ashcroft*, 286 F.3d 696, 700 (3d Cir. 2002) (“Although an agency can change or adapt its policies, it acts arbitrarily if it departs from its established precedents, without ‘announcing a principled

即，行政機構只需要針對政策變遷提供合理的解釋即可¹⁶¹，僅於行政機構的立場與先前不一致的時候，法院才有可能提高審查的標準¹⁶²。

法院之所以尊重行政機構的政策發展權，係出自於國會授權以及行政機構較適合從事制訂政策的考量¹⁶³，固非無理；然而，行政行為違反先前政策，或者牽涉到人民的信賴利益時¹⁶⁴，合理解釋的要求毋寧只是一個最低標的要求。因此，如何建立一套妥善的制度以防免信賴利益的侵害在先，即成爲學界致力的方向。

第二目 預防信賴利益侵害的機制與評估

學者就預防信賴利益侵害所提出的機制，約有下列幾種主張：提高溯及性立法的多數決門檻和加強評估、民主監督、程序參與以及資訊公開、保險制度、過渡條款的制訂以及強制補償的給予。以下本文分述之。

第一款 提高溯及性立法的多數決門檻和加強評估

有鑑於溯及性立法的不公平，有學者主張應該提高溯及性立法的多數決門檻

reason' for the departure."); *People of State of Cal. v. F.C.C.*, 39 F.3d 919, 925 (9th Cir. 1994), cert. denied, 514 U.S. 1050, 115 S. Ct. 1427, 131 L. Ed. 2d 309 (1995) and cert. denied, 514 U.S. 1050, 115 S. Ct. 1427, 131 L. Ed. 2d 309 (1995) (Finding a lack of support or explanation for the failure to follow prior policy made the decision arbitrary.); *People of State of Cal. v. F.C.C.*, 4 F.3d 1505, 1511 (9th Cir. 1993) ("A reviewing court ... may require the agency to provide a reasoned analysis indicating that prior policies and standards are being deliberately changed, not casually ignored.")

¹⁶⁰ *National Cable & Tele. Ass'n v. Brand X Internet Service*, 545 U.S. 967, 125 S. Ct. 2688, 162 L. Ed. 2d 820 (2005). ("We find nothing arbitrary about the Commission's providing a fresh analysis of the problem as applied to the cable industry, which it has never subjected to these rules. This is **an adequate rational explanation** for the Commission's conclusion.")

¹⁶¹ *Bellevue Hosp. Center v. Leavitt*, 443 F.3d 163, 176 (2d Cir. 2006) ("An agency reaffirming its long-standing policy need not analyze all aspects of that policy as if adopting it for the first time, but rather must only consider specific objections made to its continuation of that policy.")

¹⁶² *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 103 S. Ct. 2856, 77 L. Ed. 2d 443 (1983); *Pauley v. BethEnergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 680, 698, 111 S. Ct. 2524, 2535, 115 L. Ed. 2d 604 (1991) ("As a general matter, of course, the case for judicial deference is less compelling with respect to agency positions **that are inconsistent with previously held views.**")

¹⁶³ *Supra* note 66.

¹⁶⁴ *F.C.C. v. Fox Television Stations, Inc.*, 129 S. Ct. 1800, 173 L. Ed. 2d 738 (2009) (Sometimes it must—when, for example, its new policy rests upon factual findings **that contradict those which underlay its prior policy**; or when its prior policy has engendered **serious reliance interests** that must be taken into account. It would be arbitrary or capricious to ignore such matters.)

¹⁶⁵。另外，並加強評估溯及性立法的影響以及額外的成本負擔¹⁶⁶；國會此項評估有助於公眾對於溯及性立法的思辯¹⁶⁷。

然而，提高溯及性立法的多數決門檻，除了造成關鍵少數把持立法審議過程的疑慮¹⁶⁸之外，更是治標不治本的方法。蓋溯及性立法固然是一個嚴重的問題，但不是唯一的問題；如果要求溯及性立法必須經過更高的表決門檻，那麼立法面對其他同樣重要但無關溯及的議題時，又待如何？另外，縱使提高多數決的表決門檻，也無法解消法律溯及「清算」弱勢族群的疑慮；此一問題，只能靠憲法法院的制衡來解決。至於加強評估立法的影響，不獨溯及性立法有之，而是所有的立法皆應如此；法律的制訂若未經評估，根本不具備最基本的理性要求，可見成本評估的主張亦無特別之處。

第二款 民主監督和政治責任

其次，民主選舉程序的監督，也是一種可能的作法。可能受到溯及立法影響的團體，能夠藉由選票反應其不滿；此種制衡並能有效地遏阻溯及性立法¹⁶⁹。另外，政府官員若對政策的公布以及修改有失職之處，除了故意或重大過失者可以國家賠償程序追究法律責任外，就算其無故意或重大過失，仍然可以要求官員下台，以示負責。

然而，如果溯及性立法侵害的是少數弱勢團體，其未必具有足夠的能力撼動立法的程序；另外，就算可以要求失職官員下台，對於人民權益既成的侵害而言，也是於事無補。

第三款 程序參與以及資訊公開

¹⁶⁵ TROY, *supra* note 14, at 93.

¹⁶⁶ *Id.* at 93-94.

¹⁶⁷ Bernard W. Bell, *In Defence of Retroactive Laws*, 78 Tex. L. Rev. 235, at 266-67.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

人民對於決策程序的參與，有助於減少實質決定造成的突襲。除了行政程序業已引入大量的聽審(hearing)概念，各個利益團體在立法程序當中的參與和競逐，也相當程度地增進了受管制方對於規則的預見可能性¹⁷⁰。

另外，前文已經指出，若人民不知政府資訊，那麼根本無從談起信賴保護。就資訊公開而言，包括立法草案、統計數據、影響評估等資料；人民對於此類政府資訊的有效接近和使用，有助於其預測國家將來的決定¹⁷¹。

第四款 保險制度

政策變遷是否可以當作一種風險視之，仍有爭議。傳統行政法就風險的討論，多半集中在不能確知因果關係的高科技領域，則政策變遷是否該當此種概念，尚非無疑。然而，對於一般的民眾而言，政府的政策何時要變遷，宛如自然風險一般難以逆料。因此，因應政策變遷的保險也就應運而生。

相較於國家以過渡條款或是補償機制介入保障人民期待的效率往往不彰，部分學者更強調市場自治的力量，認為市價的反應和私人的保險機制，足夠保障人民合理的預期¹⁷²。例如，借由保費繳納的負擔，可以促進人民事先妥善評估是否作出此生活安排、或是決定應該投入多少投資成本，避免行為的不效率。保險亦有助於分散政策變動所造成的風險，而有助於社會的安全。

然而，保險機制也有可能誘發過度的投資，也不是所有的人民都有避險的意願和避險的能力。另外，在具體的投資行為當中，例如民間參與公共工程開發，也經常產生保險族群狹隘的問題，而面臨覓無保險人的窘境。最後，保費的精算和評估的成本，也是一個棘手的問題。

¹⁷⁰ E.g., see *infra* note 150, Ch 3 Sec 3.

¹⁷¹ Levinson, *supra* note 7, at 560. See also William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 Harv. L. Rev. 26, at 28-30 (1994); Susan Rose-Ackerman, *Against Ad Hocery: A Comment on Michelman*, 88 Colum. L. Rev. 1697, at 1704 (1988).

¹⁷² Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 Harv. L. Rev. 509, at 583-84 (1986).

第五款 過渡條款的制訂

制定過渡條款、給予緩衝期間，是目前國家面臨政策變遷問題時最常使用的方法。過渡條款依其類型，大略可以分爲：除外規定(*grandfathering*)、暫緩執行新法規定(*delayed implementation*)、部分執行新法規定(*partial implementation*)，以及綜合型的漸進改變措施(*phase-in*)¹⁷³。

是否使用、如何使用過渡條款，應視立法所欲達成之目的而定。舉例而言，當美國的聯邦稅法變更時，國會時常選擇下列方式，使新法規定生效適用¹⁷⁴：修法之年的1月1日，或是初次提案之日、國會議員暫時性同意提案之日、修法通過次年的1月1日、逐年漸進式的改變、除外條款(交易在修法之前，其所產生的收入或花費)或是僅影響所有權人的除外規定(僅於稅捐評價之標的資產發生移轉時，始予適用)。

儘管受到廣泛的運用，過渡條款仍舊面對不少質疑。諸如除外規定使得舊法狀態無法消除，且長期而言不利於法安定性(修法經過數十年後，當事人仍得主張適用舊法之規定)。另外，延緩新法適用期間的作法，也無法抑止人民搶搭末班車的風潮，致使修法目的無法達成。最後，過渡條款的適用標準也經常引發平等原則的爭議；蓋個案當中人民之間的情形實際上可能大同小異，但卻因過渡條款一刀劃下而造成南轅北轍的命運。例如，法律規定：於過渡期間受訓期滿，而取得公務人員任用資格之人員，仍可依舊法之規定辦理提敘，但是就尚未受訓期滿人員，因其未能及時於過渡期間取得公務人員任用資格，則不得同享舊法提敘之利益。究其實際，此兩種人員均已考試及格，僅在是否受訓期滿此點上有所不同；那麼立法者爲何以此作爲區分的標準，又其差別待遇是否合理，勢必面臨更多的質疑。

¹⁷³ Michael J. Graetz, *Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision*, 126 U. Pa. L. Rev. 47 (1977).

¹⁷⁴ Stark, *The Elusive Transition to a Tax Transition Policy*, 13 Am. J. Tax Pol'y. 145, at 150-51 (1996).

第六款 強制補償的給予

若國家變遷政策之目的足夠正當，而設置過渡條款將會造成目的之不達，且私人保險制度亦無法有效分擔此依風險的話，那麼強制補償條款會是個兼顧政府變遷彈性以及人民信賴保護的最佳手段¹⁷⁵。此時，政府對於人民信賴並不提供存續保障，取而代之的是損失補償；俾使政府能夠達成政策變動所欲追求的公益，且為人民因信賴政府行為而造成的損失提供一定程度的舒緩。另外，政府為了避免之後沉痾的財政負擔，勢必於政策變遷前精打細算，而促進形成更妥善的決策。

然而，**損失補償之運用，是否僅限於國家行為影響人民財產權的情形**，尚非無疑。傳統見解認為政府由於公益之需而徵收人民財產，應該給予補償，是因為此一不利益不應該由少數人民承擔。基於同一理由，目前對於徵收概念的解讀，早已不限於徵收的情形始足當之；因為公益之需求，而對人民財產權所造成的過度限制，亦應給予補償之(我國司法院大法官釋字第四四〇號解釋亦持相同見解：「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償」)。依照此種看法，如果國家為了公益需求，而限制部分人民的非財產權，並且構成特別犧牲時，尚非能夠當然要求少數人民承擔之；於此，**對於非財產權的過度限制，並不是沒有承認損失補償的空間**(同樣地，我國司法院大法官釋字第六七〇號解釋，亦採取類似的看法，其稱：「特定人民身體之自由，因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲者，自應有依法向國家請求合理補償之權利」)。

雖然強制補償存有上述優點，且在理論上亦有一定的基礎，但是實際上卻少見此種模式。蓋其面臨以下質疑：強制補償措施使得人民對於政策變遷有恃無恐，容易造成過度的投資以及投資的不效率；另外，強制補償於具體國家行為或

¹⁷⁵ TROY, *supra* note 14, at 92-93.

許還能成立，但在抽象國家行為變遷的情形，由於牽涉廣泛，強制補償措施恐怕面臨難以精算的問題，且成本亦過於龐大；最後，強制補償可能使得改革目的落空，反而鞏固了既得利益者的權益¹⁷⁶。

第三目 具體的例子

考量到國內對於此處的討論並不熟悉，乍看上述理論，未免產生飄邈之感；茲舉一例如下，以明問題所在。假設某一私人致電向國稅局(IRS)詢問某筆費用是否在繳稅扣除額之列，而得到機構的肯定答覆。但事後行政機構審核時，卻不認同此項扣除額；行政機構除追討之外，並向當事人裁罰。縱使當事人得證明其善意信賴諮詢結果，法院可能仍會判決要求給付扣除額，但關於罰款部分，則有爭議。

相關法規和行政規則雖規定善意信賴書面建議者，始得免於罰款；但這是否意味著：若人民信賴之對象僅為口頭建議，無法得到保護？針對此點，行政機構廣泛流通且具有公信力的出版品卻未明確指出，是否只有書面建議始符合此項資格。因此，由於行政機構內部規定未明何種建議始屬該當，人民得否主張此一不明之規定容許納稅人對電話諮詢之信賴？在行政出版品不明確的情況下，此種期待合法嗎？

本例涉及對於不合法行政建議之信賴、禁反言原則、法規明確性和行政規則之效力，另外組織建構的安排，也是影響一致性的因素之一。

學說普遍認為：於一致性脈絡下，關於扣除額部分，人民對一致性之信賴合法，但不能獲得保護；蓋公平徵稅以充實國庫之公共利益，在此應優先考量。至於罰款部分，處罰善意信賴諮詢之人，對公共利益並無多大助益；且國家未能調和法律和行政規則之間的不一致，不應反而處罰當事人。另外，稅務行政機構的

¹⁷⁶ Bell, *supra* note 167, at 268.

組織龐大、資源有限，而稅務案件又極端複雜，這些因素，亦應予以一併考量¹⁷⁷。

學者 Levinson 則指出，此處真正恰當的作法應該是：IRS 明定內部出版品之用語，考慮保留電話諮詢；並發予諮詢者確認碼，以便日後調閱之需，並賦予其如同書面文件之效力。IRS 並可考慮免除信賴錯誤建議之人未繳納之短缺額，藉由一般性的適用，亦可達成某種程度的一致性，而非要求特定人忍受錯誤意見所帶來的不利益。若國會和 IRS 不採上述建議，法院則可考慮修正或廢棄其拒絕將禁反言原則適用於政府關係之先例¹⁷⁸，來達到同一結果¹⁷⁹。

關於要求給付扣除額，依前述學者初步之分析，基本上是認為人民對一致性之信賴合法，但不能獲得保護，但是，關於罰款部分，則認為處罰善意信賴諮詢之人，對於公益亦無幫助。換言之，人民得否主張信賴保護，主要仍繫於處在對抗關係的公共利益，是否容許主張信賴保護之後可能達到的效果；人民對法律規定有無認識，是否具有遵守的期待可能性，則非所問。循此推論到極致，今天只要公益足夠正當強大，則人民所有對於一致性的期待，皆無立足之地；是公益想不想、要不要回溯適用的問題，而不是人民的信賴值不值得保護的問題。至於這樣子的推論是否見容於當代的法律理論，則是本文以下要處理的問題。

第三節 一致性和合法期待之理論基礎

第一項 法治原則上的基礎

法治原則的三個基本面向：法律規則的事先公告、法律向後生效、以及法律的遵守可能性，具有內在性的關聯；亦即，著重人民守法的可能性：人民只有在

¹⁷⁷ Levinson, *supra* note 7, at 565-68.

¹⁷⁸ Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill, 332 U.S. 380 (1947).

¹⁷⁹ Levinson, *supra* note 7, at 574-75.

違反他們明知、應知，且有遵守可能性的法律時，才會受到懲罰¹⁸⁰。

從法治原則的核心—**事先公告**(notice)，可以推導出兩個重點。首先，公告的要求，可以限制政府的權力；政府僅得依事先已存的規則來行使權力¹⁸¹。其次，公告的要求，可使人民得以形塑個人自由，並預見法律行為的效果¹⁸²。

另外，關於立法面向，立法向後生效的要求，係由法治原則中的公告原則推導而出。立法係屬一般規則的創造；若允許此種規則得以溯及既往的話，那麼過去行為將被賦予不同的法律效果，前述法治原則制衡權力，而形塑人民自由的美意，將會全數落空¹⁸³。相反地，關於裁判面向，一般而言，裁判溯及較具有正當性基礎，蓋裁判溯及係以案件發生時的法律，適用至過去的案件當中¹⁸⁴。司法的裁判溯及已有幾千年的歷史¹⁸⁵，行政法當中也有裁決溯及的傳統¹⁸⁶。

裁判溯及乍看之下，似乎較少出現爭議¹⁸⁷，但是其實至少在兩種情形之下，仍會發生問題¹⁸⁸。首先，當裁決者推翻先例時，裁判溯及適用新規則即可能有損對於舊規則之信賴，同時新規範也欠缺預告。有鑒於此，法院發展衡量法則(balancing test)；亦即，若違背法律或公平原則所造成的危害大於溯及適用造成的不利，那麼此種溯及，並非法律所欲非難的類型¹⁸⁹。就此，若人民不符合先前法制要求¹⁹⁰，或是已經預知將法非常有可能發生變遷¹⁹¹，則法院此時可能會支持裁判溯及¹⁹²。

其次是法律用語不明確，而留有多種解讀空間的情形。一般而言，裁判溯及

¹⁸⁰ Abner S. Greene, *Adjudicative Retroactivity in Administrative Law*, 1991 Sup. Ct. Rev. 261, at 263-64 (1991).

¹⁸¹ FRIEDRICH A. HAYEK, *THE CONSTITUTION OF LIBERTY*, at 131 (1960).

¹⁸² JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE*, at 235-36, 239-41 (1971); Note, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 Yale LJ 907, at 910 (1962).

¹⁸³ Greene, *supra* note 180, at 264.

¹⁸⁴ *Infra* Ch 5 Sec 4.

¹⁸⁵ *Kuhn v Fairmont Coal Co.*, 215 US 349, 372 (1910) (Holmes J. dissenting).

¹⁸⁶ *Supra* note 121.

¹⁸⁷ *See* Ch 5 Sec 4 Cl 3.

¹⁸⁸ Greene, *supra* note 180, at 264-65.

¹⁸⁹ *Supra* note 186.

¹⁹⁰ *E.g.*, *NLRB v Affiliated Midwest Hosp., Inc.*, 789 F2d 524 (7th Cir 1986)

¹⁹¹ *E.g.*, *NLRB v Wayne Transp.*, 776 F2d 745 (7th Cir 1985).

¹⁹² *Cf.* Adjudicators deny retroactive application of a new rule if a party has acted pursuant to a prior legal regime. *See Air Transport Assn. v CAB*, 732 F2d 219 (DC Cir 1984); *Patel v INS*, 638 F2d 1199 (9th Cir 1980); *Natural Gas Pipeline Co. v FERC*, 590 F2d 664 (7th Cir 1979).

於此造成的問題，不如前述推翻先例般地嚴重；蓋至少此處之法律解釋，本屬開放性的問題。但是，一旦解讀空間太過漫無限制，則無異於要求人民遵守其所不知的法律¹⁹³。

裁判的效力，從純粹的向後生效適用，到純粹的造法溯及適用，可以視作光譜的兩端。用以拘束裁判的法律來源，以及其強度如何，可以反應出受影響的人民究竟有多少的可能性能夠得到法的警告，而決定了裁判溯及的合法性。在極端的案例之中，法之限制可能非常強烈而明確，人民和裁判者皆知行爲的法律效果爲何。但是法律的限制也有可能相當微弱，例如立法者僅指示裁決者隨機應變、自己看著辦，那麼關於法律意義意旨究竟如何的事先預告，也會呈現相當薄弱的狀態¹⁹⁴。

總結而言，學者 Fuller 列出適當的法律制度，所應具備的八個面向，包括了：規則的**事先公告**、規則**向後生效**，而非具有溯及既往的效力、規則必須**公布**、規則**明確且可得理解**、規則間**相互一致**、規則具備**遵守的可能性**、規則足夠**穩定**，而具連貫一致的規範效力；最後，執法人員適用與執行規則的行爲，必須與宣布並公開的法律規則相一致¹⁹⁵。

依本文之見，Fuller 所提出的八項判準，其實已經爲一致性和合法期待提供了最佳的註腳。綜觀此八項判準，實已直指本文所謂的廣義一致性和信賴保護。若細繹各項判準，其中規則間相互一致、規則足夠穩定，和執法人員行爲必須與法律相互一致，業已闡釋狹義一致性之理論基礎；而規則的事先公告、規則向後生效、明確且可得理解、具備遵守的可能性、規則足夠穩定具連貫一致的規範效力，則共同架構了正當的法律體系，而保障了人民之信賴。

然而，上開法律理論當中所設想的原型，顯然係針對真正溯及而發，對於不

¹⁹³ Greene, *supra* note 180, at 265.

¹⁹⁴ *Id.* at 265-66.

¹⁹⁵ 1. There must be rules. 2. The rules must be prospective and not retrospective. 3. The rules must be published. 4. The rules must be intelligible. 5. The rules must not be contradictory. 6. Compliance with the rules must be possible. 7. The rules must not be constantly changing. 8. There must be a congruency between the rules as declared and published and the actions of officials responsible for the application and enforcement of such rules. LON FULLER, *THE MORALITY OF LAW*, 33-94 (rev ed 1969).

真正溯及既往之論述，失之在淺。亦即，本文前開的提問：信賴保護和公益之間的衡量，就法律理論層面而言，似乎仍然無法尋獲適當的解答。因此，有必要進一步探索實證法當中的規定，有無提供解答；就此，本文主要從美國憲法和相關法規規定出發，探尋可能的憑依。

第二項 實證法上的基礎

美國憲法就溯及立法問題明確予以處理的條款有二，亦即禁止事後法條款¹⁹⁶和契約條款¹⁹⁷。然而最高法院於 1798 年的 *Calder v. Bull* 案¹⁹⁸之中，即已明示前者僅限於刑事立法，後者則僅處理針對「契約」的「州立法」，均不足以作為一般性的憲法基礎。

正當法律程序則可作為一致性和合法期待原則的一般性規範基礎¹⁹⁹。正當程序的核心之一，即為剝奪人民的生命、自由和財產之前，必須事先給予預告，但有時法院對於國會溯及立法一事有無正當法律程序之餘地，態度並不一致。一方面，法院要求國會意欲從事溯及性立法時，必須明確表示；法院有時甚且超越法律文義之要求，認為其僅有向後生效的效力²⁰⁰。另一方面，法院又千方百計地支持國會的立法，駁回有關正當法律程序的主張。法院在此使用的判準，在一定程度上仍然符合法治原則。例如，若國會預先警告法律將有變遷的可能²⁰¹，或是法律並未變動過去行為²⁰²，法院則會支持此一立法。但是法院有時也會採取合理基礎審查(rational basis test)；於 *Usery* 案當中，法院即表示國會本可向後或溯及對財產進行重分配²⁰³。

¹⁹⁶ *Supra* note 32.

¹⁹⁷ “No state shall...pass any bill of law impairing the obligation of contracts.” U.S. CONST., Art. I, §.10., cl. 1.

¹⁹⁸ 3 U.S. 386 (1798).

¹⁹⁹ *Supra* note 34.

²⁰⁰ *Bowen v Georgetown Univ. Hosp.*, 109 S Ct 468 (1988); *see also Kaiser Alum. & Chem. Corp. v Bonjorno*, 110 S Ct 1570, 1579 (1990) (Scalia concurring).

²⁰¹ *United States v Darusmont*, 449 US 292 (1981).

²⁰² *Bradley v Richmond School Bd.*, 416 US 696 (1974); *Welch v Henry*, 305 US 134 (1938).

²⁰³ *Usery v Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 US 1 (1976).

總結而言，法院就溯及立法僅要求「明確指明」此一判準；而當國會業已具體指明時，正當法律程序就只能發揮微弱的作用。

最後可能的規範基礎係 APA 的規定。APA 禁止行政機構溯及適用規則，蓋 APA 規定：以法規制定程序所制定之規則，僅能具有向將來生效的未來效力²⁰⁴。然而，此一嚴格的規定卻引起了許多爭議²⁰⁵。

本文認為，正當法律程序，實已足夠作為一致性和合法期待於美國憲法上之基礎；只是，目前理論和實際上的運作，尚存有一段落差。首先，縱使國會明示立法溯及，司法審查仍然不可全盤退讓；雖然美國對於經濟性立法的審查有其特殊脈絡，但就司法審查的本質而言，司法權實在沒有道理就國會的溯及立法照單全收。

另外，於 *Landgraf* 案當中，美國最高法院業已明示採取真正溯及和不真正溯及的分類，而傳統從法治原則延伸出來對於溯及立法之不利推定，僅就真正溯及有之²⁰⁶。可見，縱使肯定正當法律程序條款能夠作為一致性和合法期待的憲法基礎，仍然無法避免**利益衡量**一途，此在不真正溯及的情形尤然。準此，以下本文所能發展的，則是指明司法審查對於不真正溯及應當考量的因素，細緻化此處的**利益衡量**。

第四節 Dworkin 對於一致性所提出的批判

在進入具體的討論之前，本文擬以 Dworkin 的論述為本章作結。Dworkin 於法律帝國一書當中，曾經詳細分析了一致性的法哲學架構(其稱為慣例主義，

²⁰⁴ 5 USC § 551(4).

²⁰⁵ Frederick Schauer, *A Brief Note on the Logic of Rules, with Special Reference to Bowen v Georgetown University Hospital*, 42 Admin L Rev 447 (1990); David Shapiro, *The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy*, 78 Harv L Rev 921, at 933 (1965).

²⁰⁶ *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994). See *infra* Ch 3 Sec 2.1.4.4.

conventionalism)；並且也就此提出了批判。然而本文認為，Dworkin 所批判的剛性慣例主義，是一個在現實社會當中不存在的假想，而柔性慣例主義或 Dworkin 所提出的整全法理論，其實與本文所謂的國家行為一致性並不絕對互斥。但是無論如何，Dworkin 都為一致性的討論提供了一個更清晰的理論架構。

第一項 Dworkin 眼中的一致性是什麼？

針對本文前述以及將要詳細論證的一致性，也許與 Dworkin 於法律帝國當中所提及的慣例主義不盡相同，但是仍然具有類似的關係。Dworkin 將慣例主義描述為：「法律就是法律。法律不是法官們認為它是什麼，而是它實際上是什麼。法官們的工作是適用法律，不是為了符合自己的倫理原則或政治思考，而削足適履地變更法律」。Dworkin 認為這樣的主張乍看之下似乎無懈可擊，但是之所以如此，是因為慣例主義幾乎什麼也沒說²⁰⁷。

在慣例主義的架構中，法律的來源可能是制定法、判決先例或其他慣例所規定的程序；慣例主義認為法官必須遵守上開法律來源，亦即必須遵守過去政治決定的要求，而非以自己的價值判斷取得代之。但是，這些法律來源針對某些議題，在其文義射程所及的明示外延(explicit extension)當中，並未給予任何指示；此時，法官必須運用其裁量權，超越法律之擔保，找到某種的判準(可能是抽象正義、普遍利益或其他具前瞻性的理由)，來支持其判決。質言之，慣例主義所承認的法律，只有過去已確立的法律慣例。

慣例主義的理論基礎在於：過去的政治決定，亦即其所承認的唯一法律，之所以具有強制性，正是在於其給予了所有人合理的預警(fair warning)，而非新穎的政治道德判斷。質言之，這就是**受保護之期待**的理想(protected expectations)²⁰⁸。

於法律明示外延未予任何指示的案件當中，慣例主義可能會有兩種作法。其

²⁰⁷ DWORKIN, LAW'S EMPIRE, at 114 (1986).

²⁰⁸ *Id.* at 117.

一，即是宣稱法律中存有漏洞，而需要外於法律(extralegal)的司法裁量，來制訂新法律。另外一種作法，則不認為法律於此種情形中存有漏洞，而是相信根據立法和判決先例的抽象慣例，存有一種最佳性的詮釋；法官現在所爭論的，是這個最佳詮釋究竟為何，而不是以外於法律的要求進行裁判。Dworkin 將前者稱為**剛性的慣例主義**，僅承認法律的明示外延；後者則是**柔性的慣例主義**，亦承認法律的默示外延²⁰⁹。Dworkin 所批判的，主要是針對剛性的慣例主義。

剛性慣例主義證立自身正當性的方式，正是強調自己有助於達成「被保護之期待」。其堅持：慣例主義之所以最佳，是因為公平(fairness)要求；人民能夠預知自己的計畫在何時可能遭到國家之干預。但是當慣例不明確的時候，不論法官作成什麼判決，都會突襲(surprise)人民；剛性慣例主義要求：此時法官必須坦率誠實地為整體社群盡最大努力，而不是偽裝在成文法或判決先例當中「發現」某個只有他才能看見的法律。亦即，剛性慣例主義認為不能允許在慣例之外還存有任何法律(law behind convention)，始能達到保護期待之理想²¹⁰。

第二項 Dworkin 對於剛性慣例主義的批判，以及整全法

Dworkin 指稱，剛性慣例主義者面對法律明示外延未予任何指示的案件，他將失去所有調和與過去決定一致性的興趣；因為在其眼中，過去的法律和判決先例並未就目前的案件提供任何原則。剛性慣例主義者自然對於「與過去具一致性」，不會再有任何關心²¹¹。

依據對於剛性慣例主義之理想—受保護的期待—的保障程度不同，又可將剛性慣例主義一分為二：單面的剛性慣例主義以及雙面的剛性慣例主義。單面主義認為：如果在某法律慣例的明示外延中，原告擁有勝訴的權利，即可贏得訴訟；反之，則必須判決對造勝訴。雙面主義如同前述：若於法律慣例的明示外延中，

²⁰⁹ *Id.* at 124-26.

²¹⁰ *Id.* at 141.

²¹¹ *Id.* at 130.

無法以任何方式找到案件的解答，則法官必須盡其所能，制定新法律，而為本案作出判決。單面主義顯然比較有助於達到保護期待的理想，雙面主義則非如此。

Dworkin 認為單面主義在私法層面有致命的缺陷，而雙面主義又非如同其所宣稱地全面保護期待。詳言之，雖然單面主義流行於英美的刑法部門，但是在私法案件當中，單面主義顯然連一個適格的詮釋都稱不上：只有獲得法律明示保障，且自信得到獲得勝訴判決者，才會到法院起訴；而此種案件的被告則會直接放棄抗辯。至此，法院已無任何發展個案法的空間²¹²。另一方面，雙面主義則必須論證突襲為何是無效率且不可欲的(undesirable)；但是，在某些場合，因為某個更重要的原則或政策的要求，避免突襲的要求則必須要退讓²¹³。

Dworkin 更全面地檢討了受保護的期待這個概念，認為避免突襲固然重要，但是並非唯一的目標；為了協調私人 and 商業活動當中的社會利益，私人對於規則的信賴，必須與這些社會利益衡量之。而雙面主義正有助於此處信賴和彈性之間的調和：當法律明示規定時，人民得相信國家將會保障自己的權利；但是當法律未明示規定時，人民則無信賴的根據，法官將會藉由建構對未來最佳的規則，據以審判案件²¹⁴。

與慣例主義不同，Dworkin 所架構的整全法，則納入了公平和正義的考量。整全性和一致性(亦即：對於類似案件做出類似決定、政治機構適切地重複自己過去的決定)之間，有時相同，但有時則不同。整全法當然追求與過去決定的一致性，但是更要求原則的一致性(consistency in principle)；亦即課予國家道德性義務，必須以一個聲音說話、以單一且具原則性和融貫性的方式來行動。當過去決定之外延係屬融貫而具原則性時，整全法會與過去決定相一致；但是過去決定不具原則性時，整全法將會偏離此一狹隘的過去決定，而忠於整個體系的基本原則。換言之，**Dworkin 的終極關心非僅在國家行為的可預測性，而是在於公平和**

²¹² 我國民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」。可見在我國民法架構下，亦無採取單面主義的空間。

²¹³ DWORKIN, *supra* note 207, at 142-45.

²¹⁴ *Id.* at 144.

正義²¹⁵。

舉例而言，面對種族隔離案件，從 *Plessy v. Ferguson* 案²¹⁶到 *Brown v. Board of Education* 案²¹⁷的變化，剛性單面慣例主義者將會認為 *Plessy* 案作為判決先例，雖然其「隔離但平等」的要求不能為 *Brown* 案提供任何明示外延指示，但是 *Brown* 案的原告仍然不能獲得勝訴判決，因為判決先例當中亦未明示提供此種權利；準此，*Brown* 案當中的原告，並無勝訴的空間。持剛性雙面慣例主義之見解者，則會認為：作為判決先例 *Plessy* 案，其明示外延並不足以指示本案應該作出如何的決定；此時，作出 *Brown* 案判決的法官必須承認，自己係在以**非法律的**(nonlegal)的理由變更法律、自己係於立法者的地位，利用裁量權限，而選擇對於目前和未來公益之最佳決定。

相對地，柔性慣例主義者認為法律包括過去慣例之明示外延和默示外延，雖然 *Plessy* 案可能無法為本案提供明示的指示，但是藉由運用裁量探求法律的默示外延，仍然可以在 *Brown* 案當中，依此默示的**法律**原則判決原告勝訴。最後，整全法風格的法官則非僅受制訂法文本的拘束，而同時也必須根據公平、正義和整全性等各種考量，宣判 *Brown* 案的原告勝訴²¹⁸。

第三項 本文見解

雖然 Dworkin 於法律帝國一書當中討論的主要是法官裁判的策略，但是依本文之見，其論述之架構已經足夠為一致性和合法期待建構出一套完整的法律理論體系。以下本文即針對 Dworkin 的見解討論之。

第一目 剛性慣例主義於現實中存在嗎？

²¹⁵ *Id.* at 95-96.

²¹⁶ 163 U.S. 537 (1896).

²¹⁷ 349 U.S. 294 (1955).

²¹⁸ DWORKIN, *supra* note 207, at 379-93.

本文認為，Dworkin 所指稱的剛性慣例主義，根本不會出現在任何存有審判權功能的社會當中。因為最純粹的剛性慣例主義，亦即單面主義之主張，無疑宣告審判權的解消。根據此一理論，任何的糾紛，不論當事人對於國家未來可能作出的干預有無認識的可能，只要不在法律文義明示的射程範圍之內，當事人都不會踏進法院；因為法院將以無法可供適用為由，駁回原告的訴訟。據此，於法有據者，無須審判，當事人自行了斷即可，因為白紙黑字無可抵賴；於法無據者，無須審判，當事人自行了斷即可，因為法院不會提供任何有意義的判決。

縱使如同 Dworkin 所指稱，單面主義廣泛流行於英美刑法領域，甚或成為憲法明示之基礎，但是實際上的運作，也從來不曾出現過單面主義的例子。假設美國某州刑法典規定殺人者死，但未規定因正當防衛而殺人者應如何處理。一方面而言，從來沒有法院會因為刑法規定殺人者死，而法律明示外延當中遍尋不著任何正當防衛殺人者可以豁免於此項規範之外的指示，就直接了當地宣告判處被告死刑；換言之，這不是 Dworkin 所稱的單面主義。另一方面，從來沒有法院只是因為刑法未有正當防衛殺人之規定，就直接了當地宣判被告無罪。法院必定利用其裁量權，進行正當防衛殺人應該如何處理的立法性詮釋，進而適用到本案；換言之，是一種雙面主義、柔性慣例主義甚或是整全性的審判。

訴訟之所以進入法院，正是當事人對於規範出現了爭議，而有求於法院之定奪；哪怕再明確指示的規範，也都存有爭議的空間。Dworkin 所攻擊的剛性慣例主義，無疑是紮了一個稻草人當作打擊的對象。

第二目 我們在實踐哪一個理論？

從古至今，我們可能從來都沒有實踐過單面主義，那麼，我們到底在實踐哪一個理論、應該實踐哪一種理論？Dworkin 提供了幾個選項：雙面主義、柔性慣例主義，以及其所擁護的整全法。

雙面主義和柔性慣例主義的差別在於，前者僅承認法律的明示外延，後者則承認法律的默示外延；但就要求法官行使裁量權判斷艱難案件而言，則無二致。

柔性慣例主義和整全法，同樣要求裁量時必須達成最佳性的詮釋，僅在如何達成結論的方法上略有差異。另外，慣例主義當中的一致性，與 Dworkin 所謂之整全性，究竟有何分別？Dworkin 認為這要看所謂的一致性指的是什麼；這是個弔詭的推論，因為並沒有任何的證據顯示，於明示外延不明確的案件之中，柔性慣例主義禁止法官應該考量 Dworkin 所稱的公平、正義，甚或是融貫而與過去決定一致且具有政治美德的整全性²¹⁹。也許如同 Dworkin 所言，柔性慣例主義的確是整全法的一種未完成體，但是毋庸置疑地，柔性慣例主義同時也是最受當代法治社會所接納的概念觀²²⁰。而最重要的是，這個概念觀，是以追求「被保護的期待」為目的。

第三目 一致性和合法期待的理論模型

總結一致性和合法期待理論架構的一刻終於到來。首先，一致性的理論模型，原本係在避免法律體系之內的諸原則往不同的方向拉扯，本身就是一個原則衡量的問題。然而，即便建構了內部一致的法律體系，當面臨規範以及事實變遷的外部挑戰的時候，更為兩難的問題就出現了。凡是內部的法律體系愈為廣泛而一致，便愈失去了規範的多樣性，於面對來自體系外部的挑戰之時，不論內部法律架構多麼地完善，終究會不敵一個存在於預設之外的挑戰，蓋其已失去彈性因應的能力。

因此，為了調和內部一致和外部挑戰，多數合乎理性的法律體系，皆會留有裁量的空間。這樣子的裁量空間，不論是以立法形成自由、行政裁量或是司法詮釋空間的形態出現，都具有雙面刃的效果：一方面保持了法律系統內的彈性，一

²¹⁹ Jules Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in MARSHALL COHEN, ed., RONALD DWORKIN AND CONTEMPORARY JURISPRUDENCE (London: Duckworth), at 28-48.

²²⁰ *Supra* note 207, at 125-28.

方面也有可能反過頭來危害了法律體系的內部一致性。

接下來，本文將合法期待納入一致性的架構當中一併考量。首先，針對一致性當中的一個面向，亦即類似案件類似處理，人民可以主張合理期待；但是如同前述，一致性在平等面向的要求，並非本文主要關懷之處。本文著重的面向，是人民對於國家行為的前後一致性，也能主張合法期待；同時，如前所述，此一主張亦有法律理論和憲法上的根據。在前述法律體系回應外來挑戰的架構當中，以裁量空間來保持彈性的後果，除了減損了法律體系的內部一致性之外，人民對於現在決策與過去決定必須一致的期待，也同樣地面臨了威脅。

然而，人民可否援引合法期待在法治原則和憲法規定上的堅實基礎，而主張絕對的保護呢？很遺憾地，從本文先前在法治原則、實證規定的論證，盡皆無法導出如此的結論。就算是致力於追求期待保障的慣例主義，亦如同 Dworkin 所演示的那般，並不能達到慣例主義它自身所追求的那個理想。至於 Dworkin 的整全法，更是明白地表示政治道德的要求優先於期待的保障。然而，即便合法期待並無絕對優先效力，也不代表信賴和公益之間的衡量，即可簡便地處理之。

另外，既得權的問題應該如何處理，Dworkin 並未明白表態；然而，根據 Dworkin 的理論脈絡，既得權雖然符合所有法定要件，而屬強化版本的合法期待，恐怕也難逃向整全性低頭的命運。而這樣子的推論，本文是能夠接受的。因為就如同大多數憲法明文所保障的基本權利一般，在國家公益足夠正當化其干預要求的時候，既得權也必須受到限制。**既得權尚且如此，更遑論連法定要件都尚未齊備的合法期待。**

但是，不同於一般的基本權，關於既得權和合法期待的問題，還多了一層法安定性保障的考量；但是同樣地，國家管制也添加了一筆「避免既得權和對於過去的合法期待，阻礙社會進步和改革」的籌碼，來正當化其所加諸人民的限制。

如同 Dworkin 所言，期待的保障並非終極目的，但是至少對於期待的干預，原則上是不可欲的。然而，相較於 Dworkin 願意給予期待的擔保實在過於孱弱，本文仍願根據「對於溯及既往的不利推定」和「對於期待的干預原則上不可欲」

兩項基本的原則，而主張：除非人民明知法律體系存有漏洞並加以利用，否則其信賴和期待，原則上均應受到國家的保障；就前開事項，國家應負舉證責任。本文的依據如下：國家藉由難以預見的公益考量，而要求已經善意投入成本的少部分人民獨自負擔規範或事實變遷的成本，本身就是一件不公平的事情；我們不應該從公益的角度出發，論證人民的信賴應受多少程度的犧牲，而應著重於人民的權益，依其信賴表現的多寡，計算其應受到多少程度的保障。若欲更進一步地細緻化信賴和公益之間的衡量，依本文之見，可將其關鍵設定在舉證責任²²¹和風險的分擔²²²。

國家變更過去決定的動機，可能是倫理性的、可能是政治性的，但也有可能是經濟性的。隨著人民對於這些動機能夠預見的可能性不同，國家舉證成功的難易程度也有高低之別。

舉例而言，假設今有一國，其社會具備一定的文化水準，但是其刑法規定竟疏未對殺人行爲指示任何法律效果。即便如此，無論此一國家嗣後意欲立法溯及處罰殺人行爲，或者是法院於審判時直接追究殺人者的刑責，國家皆能輕易證明人民明知法律體系存有漏洞，並有意加以利用。因爲，在社會文化具備一定水準的國度，「不得無故殺人」的誡命，係屬倫理性的要求；縱使國家未明文規定，人民均能輕易知悉此一誡命。這個例子，顯然補充了刑法絕對不得溯及的單面主義式主張。

再舉一例，假設今天另有一個具備文化水準的國度，其行政機關居然公然頒發殺人執照，持照者信賴此一證照而四處殺人。嗣後國家發現錯誤，當然可以撤銷證照並欲追求持照者之責任。持照者不得藉口信賴保護、禁反言，甚或與有過失等等企圖免責；因爲「不得無故殺人」的誡命，係屬人民可以預知的倫理要求。

以上所述固然是簡化的例子，但也具有啓發性。實際的案件，會因爲此一國度的道德觀念不同，國家介入動機究係倫理、政治、經濟等因素的不同，而使人

²²¹ 此處舉證責任的分配，主要是植基於傳統對於溯及性立法的不利推定。至於此種推定是否及於不真正溯及的立法，以及如何落實到各種類型的國家行爲，則待後文申論之。

²²² 前文對於保險機制以及強制補償的討論，事實上都與風險分擔的概念密切相關。

民對於政府管制的動機，無法存有預見可能性，而使政府舉證越來越難成功。

於是，基本的一個原則呼之欲出：**若人民不能預見道德或公益等等的管制動機，政府單方地要求人民獨自負擔管制的後果，不僅沒有意義，也是不受憲法所允許的酷刑。**而人民能否有預見的可能性，則牽涉到其所擁有的資源、社會地位、政府資訊公開的機制，以及法律諮詢制度的完善程度。這些因素，本文業已在本章當中詳細介紹過了，而這正是國內對於信賴保護，較少關注的制度性議題。



第三章 抽象國家行為一致性和信賴保護

前文已經指出，如果能夠跳脫傳統立法行政司法三權之架構，而將國家行為依其本質拆解成：**抽象效力**的國家行為(如立法和行政法規)、**具體效力**的國家行為(如行政處分和行政建議)以及**司法裁判權之行使**(如法院之判決)，則可以更清楚地觀察到信賴保護在上開不同的國家行為當中，理應存在不同的考量。本章即先針對抽象效力的國家行為展開討論，論述的重心則放在抽象效力國家行為之前後不一致。

第一節 抽象國家行為之界定

所謂抽象效力的國家行為係指：國家機關對於多數不特定人民，針對一般性事項所作之抽象規定。其中較無疑義者，當屬國會制訂之法律和行政機關之法規命令¹，蓋其均以一般性規範之方式，對人民產生規制之效力。仍有疑義者，如解釋性行政規則(即行政函釋)、一般行政處分、司法解釋、法官聯席會議見解，或者司法判決就一般原理原則之闡釋，其效力又當作何解，亦待深論。其中，就司法解釋、決議見解等部分，由於涉及司法權之行使，問題較為複雜，本文留待第五章再予申論之。

首先，行政規則究竟有無對外效力，在我國法上爭論已久。有認為行政規則效力範圍僅及於行政內部，對人民並不發生直接的法律效果者。亦有見解認為行政機關對於相同事物通常會依據行政規則處理，並構成行政自我拘束，人民亦會

¹ 法規命令係我國行政程序法之用語(行政程序法第 150 條)，為了避免和美國行政程序法(APA)上的命令(order，類似於我國之行政處分)相混淆，本文以下將我國法上所指之法規命令，稱作行政法規。

信賴行政機關會採取與以往相同做法，可能具有間接對外效力。尚有學者區分一般外部人民與下屬內部公務員之身分：對於下屬公務員而言，係屬行政規則直接規範之對象；對於外部人民而言，行政規則固然不直接對其發生效力，但是仍得訴諸行政慣例或平等原則，主張間接效力²。然而，依本文之見，行政規則，尤其是解釋性行政規則，既然依照行政程序法第 160 條之規定應當登載於政府公報發布之，並且對於人民時常具有拘束的法律效果，則將行政解釋納入抽象效力的國家行為，並不為過。

實際上，行政解釋依附於法律之下，經常是在補充以及闡明法律不明確的用語，但是當法律之指示和限制過於模糊，則行政機關的解釋，無異於以政策選擇填補法律規範，而屬實質的法律規範。此時行政機關之角色，事實上已與立法者相當，而係在行使抽象的規制效力。舉例而言，於司法院大法官解釋第五二五號解釋當中，銓敘部認為將後備軍人轉任公職考試比敘條例第三條第一款適用對象常備軍官，擴張及於志願服四年預備軍官現役退伍後備軍人之舊函釋，有違前開條文之意旨，而以新函釋宣告上開函釋即日起停止適用；前後函釋就抽象一般規制效力的變更，對於受規範之人民而言，實與法律變遷無異³。

另外，就一般行政處分而言，又可分為對人一般處分和對物一般處分；前者之對象係指：雖非特定，但可依一般性特徵可得確定者，後者則指公物之設定、變更、廢止或其一般使用。就其反覆發生規制效力以及相對人並不特定而僅得確定的特徵以觀，則應該認為一般處分仍具某種程度之抽象規範效力。舉例明之，例如行政機關宣布某某路段的路邊停車，自即日起開始收費、又如市立圖書館公告攜帶飲食者不得進入，或規定每週一下午停止開放，暫停所有服務等等，均不能否認其具有對於不特定多數人反覆規制之抽象效力。另外，行政處分當中所宣示的一般原理原則或是對於法律規定的闡釋，就其通案的拘束效力而言，亦應肯

² 詳細討論，可見第一章第三節第三項第一目第三款(一)。

³ 相反見解，陳陽升，《信賴保護原則之具體化》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 103(2009)。由於本文此處只是先行處理國家抽象行為的範圍應該如何劃定，所以針對這些反對行政函釋作為信賴基礎的見解，必須留待後文一併處理之。

認其係屬具備抽象效力的國家行爲。

據此，則可確定所謂的國家抽象行爲，係指：立法、行政法規、行政解釋以及一般行政處分和行政處分所宣示的一般原理原則。以下本文即分別討論其與國家行爲前後一致性以及信賴保護之間的關係。

第二節 立法

第一項 議題的界定

就一致性和信賴保護而言，於立法層次的主要議題，毋寧係法律溯及既往的問題。而依本文之見，其具體爭議有三：溯及立法合憲性的審查標準、如何衡量人民信賴利益和溯及立法可以達成的公益，以及立法技術的改進和監控機制。依照本文以下討論所示，各個議題之間的取捨，皆對其他議題具有相互影響的效力。

第一目 審查標準的擇用

立法溯及合憲性的審查標準究以何者爲妥，本文於第一章已經初步排除援用「**撤銷違法授益處分模型**」作為審查標準者；亦即，本文不能接受司法院大法官於釋字第五二五號解釋當中所採取的審查標準。

然而，關於立法溯及的審查標準，釋憲實務和學說仍然發展出多套標準，主要有：修正後的撤銷違法授益處分模型(又包括平均人模型和區分「**既得權和期待權**」的模型)、區分真正和不真正溯及既往的模型、比例原則和平等原則模型，以及綜合式的模型。何者可採，尙待本文申論之。

第一款 修正後的「**撤銷違法授益處分模型**」

(一)平均人模型

此一模型雖然援用「撤銷違法授益處分模型」，但是並未進入個案情形判斷法規變動是否合憲。質言之，係一般化、類型化地取決於受影響團體中之平均人概念，判斷人民是否符合信賴表現和信賴是否值得保護的要件。例如釋字第五二九號、第五三八號解釋等，雖然形式上採取撤銷違法授益處分模型，惟並未進入個案情形判斷法規變動是否合憲與否；換言之，係採一平均人模型，來論述人民信賴應否受到保護。據此，此一模型即得免於本文對於釋字第五二五號援用「撤銷違法授益處分模型」的批評⁴。

(二)區分「既得權和期待權」的模型

許宗力大法官於釋字第五七四號解釋的協同意見書中，則提出區分「既得權」和「期待權」之論述。認為不同階段之人民，都是未完結的連續性事實關係，而受新法不利影響的事例。問題在於，是否處於不同階段的人，都可根據憲法的信賴保護原則而主張？此時關於如何認定存有「依舊法預期可以取得之權益」而提供信賴保護，則「須綜合考量各種相關因素，難以一概而論，惟該預期可以取得之權益，依舊法規定所必須具備之要件之實現程度如何，應是一個共通的、基本的檢驗判準。準此，則重要的要件是否已經具備？尚未具備之要件是否在客觀上可以合理期待其實現？或是經過當事人繼續施以主觀努力後，該要件有實現可能性？等等，都是吾人個案判斷上所不能忽視之考量因素」。

許大法官的見解，嗣後亦為釋字第六〇五號解釋所援用。該號解釋稱：「人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以

⁴ 可參閱拙著，〈論法規變動之合憲審查模型〉，李模務實法學基金會第十四屆法學論文甄選佳作，頁 20 (2011 預定出版)。

取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之」。

單就此模型的主張而論，其並不足以作為立法溯及合憲性的審查標準，只能在個案判斷當中提供指示⁵。蓋大法官不能因為某次法律修正損害了某些人民的既得權和已臻穩固的期待權，就宣告系爭法律修正對於這些人民違憲，但是對於其他人民合憲。然而，如果將本模型結合前述平均人的概念，則能獨立成為一項釋憲判準，而為人民之信賴提供更堅實的保障；換言之，大法官得宣告法律由於未能兼顧人民的既得權和合理期待權，而屬違憲。

第二款 區分真正和不真正溯及既往的審查模型

本模型區分「真正溯及」與「不真正溯及」兩種概念而為評價。所謂真正溯及，係指立法者對於過去發生而業已終結之事實，以事後制定之法律重新予以評價；不真正溯及則指，對於已發生而尚未終結之事實，制定法規而向將來發生效力。

雖然本組概念和另一組區分為「法律效果的溯及適用」與「構成要件的回溯連結」的概念是否相同，仍然存有爭議⁶；但是如同本文於第一章所述，此間概念區別無關緊要，而應等同視之。

真正溯及和不真正溯及之區分實益在於，真正溯及是對於過去以終結的法律關係作出改變，當屬較為嚴重的情形，而原則上違憲。不真正溯及則是國家對於法律秩序的向後調整，縱使對於某些人民的持續性行為產生影響，原則上仍屬合憲。真正溯及立法除了符合下列要件之外，原則上不予許可：(1)人民已預見法

⁵ 同樣著重於此種「新法衝擊之影響程度」者，可以參見林三欽，《法令變遷、信賴保護與法令溯及》，1版，頁97-101(2008)。

⁶ 例如於釋字第六〇五號解釋當中，楊仁壽大法官與王和雄大法官即認為「法律效果之溯及性」和「要件事實之回溯結合」係屬較為適當的概念。

規將有所變更者、(2)現行法規有紊亂之處，而立法者為消除此一不確定者、(3)現行法違憲，而立法者制定新法予以填補者、(4)溯及法律之負擔輕微者、(5)溯及係為重大公益考量。關於不真正溯及之立法，由於人民無法期待法秩序永久施行，以及尊重此處立法者調整法秩序以因應社會變動之理由，原則上應予許可。若人民信賴利益大於公益，而立法者未設適當過渡條款或予以適度補償者，始例外地宣告其違憲。

此一模型的大方向固然沒有問題，但是細部的標準妥當與否，仍有疑義。更何況，面臨真正的難題時；亦即，當不真正溯及的立法影響了人民持續性行為時，此一模型究竟有無提供任何實質的解答，難免啓人疑竇。

第三款 比例原則和平等原則模型

此一模型得以許玉秀大法官於釋字第605號解釋當中所提出的協同意見書作為代表。其主張：信賴保護原則和(不)真正溯及等概念，並無獨立的內涵。蓋以事實界分新舊法的適用範圍，必定需要進行比例原則的審查，以時間界分新舊法的適用範圍，則需要進行平等原則的審查。倘若時間的分界同時是事實的分界，則必須同時審查比例及平等原則⁷。

然而，如同許大法官所指稱：「在每個信賴保護原則的審查中，只要涉及公私法益的權衡，就會涉及比例原則的審查，但未必涉及平等原則的審查」，在此一模型當中具支配性地位的，仍然是比例原則，而不是平等原則。蓋平等原則係指：於同一時間點，比較部分人民和另外一部分人民的法律上地位；此與信賴保護原則所指：比較人民於不同時間點在法律上地位的前後不同，仍有差別。

第四款 綜合模型

⁷ 可參閱許玉秀，釋字第605號解釋協同意見書。

此見解以陳愛娥教授為代表。其指出：(一)法規變動在涉及基本權侵害之情形，應先藉由基本權規定(亦即，以比例原則審查此處法規變動侵害人民基本權利是否合憲)實現信賴保護原則。(二)在不涉及個別基本權保護範圍之情形，可獨立地依法治國之信賴保護原則而認定，真正溯及法律係屬違憲。(三)在不真正溯及情形，則應權衡個人因信賴所致損害之範圍與法規變動所擬追求之公益。陳教授並認為在(一)的情形，應該區分法規變更究係屬真正或不真正溯及，而據此認定侵害基本權嚴重程度之評估，並且整合入比例原則之判斷步驟⁸。

此一模型顯然較為穩固⁹，但是仍然存有問題：為何只有在法規變動侵害基本權時，比例原則始能發揮審查的作用？比例原則難道不能運用在非關基本權信賴利益侵害上面？

第二目 利益衡量

藉由上述審查模型的概觀，可以發現不論是哪個模型，都無法避免要進入信賴利益和公益的衡量階段¹⁰。準此，如果不能細緻發展利益衡量的模式，那麼不論採取上述何種審查模型，最後都會步向失敗之途。當然，如果能夠選出一個比較恰當的審查模型，對於後階段的利益衡量，也會有相輔相成的效果。

舉例而言，雖然司法院大法官解釋第五八九號解釋觀察到信賴利益未必與公

⁸ 陳愛娥，〈信賴保護原則的具體化-兼評司法院大法官相關解釋〉，發表於九十五年公務人員保障法制研討會，頁 49(2006)；同著者，〈法律之溯及效力〉，發表於「法令與行政處分之時間效力」及「信賴保護」研討會，頁 18-19(2010)。

⁹ 類此，曾有田大法官於釋字第六〇五號解釋協同意見書當中即表示：「本件聲請人高○美雖主張系爭條文違反「法律不溯及既往原則」，惟該標的並不生溯及既往之效力，要與『法律不溯及既往原則』無涉，故該聲請人之該項主張，洵屬誤會。至本件案情屬於學術上所稱『不真正溯及既往』或『法律事實之回溯連結』之態樣，多數意見已就此項主張，依憲法上之信賴保護原則予以審查，是多數意見對於該聲請人之各項主張均已充分審理，並無漏未解釋之情事，特此指明」。

¹⁰ 例如，基本上採取「法律不溯及既往」模型的釋字第六二〇號解釋理由書即稱：「更未說明七十四年六月四日之前，婚姻關係存續中夫或妻對家務、教養子女及婚姻共同生活之貢獻，與配偶之一方對於在上開日期前之原有財產不應列入剩餘財產差額分配請求權計算基礎之信賴相較，為何前者應受法律較低之評價，以及此種評價，是否符合憲法上之比例原則與平等原則」、「尤其本院釋字第四一〇號解釋已宣示男女平等原則，優先於財產權人之「信賴」後，增訂民法第一千零三十條之一規定不具有溯及效力，已屬立法者對民法親屬編修正前原已存在之法律秩序之最大尊重」，雖然寥寥數語，但業已點明此處的重點仍然在於利益衡量。

益永遠處於相衝突的狀態，但是隨後在釋字第605號解釋對於「信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的」一事，其認定又未必與釋字第五八九號解釋相符合。如何發展出一套更穩固的判準，實已是刻不容緩的課題。

如同本文第二章所示，要更進一步細緻化信賴和公益之間的衡量，關鍵當在**舉證責任和風險的分擔**。在本文之後要建立的審查模式當中，這兩個因素將會扮演重要的角色。

第三目 立法技術和監控機制

本文在第一章所整理的幾種立法模式，包括了從新從優、不真正溯及和除外規定等，何者較佳、如何運用，值得深論。另外，所謂「實體從舊、程序從新」，究係顛撲不破的真理，或是尚在未定之天的假設，有待研究¹¹；此處之探討亦可檢驗釋字第五二五號解釋所宣示「信賴保護僅限於實體法上利益」是否妥當。

值得注意的是，黃茂榮教授主張：「立法規範可以分段評價者，[法律適用者]當從立法生效日起區分事實發生在新法時期或舊法時期，予以分段適用」¹²，此種見解究竟是解釋方法論上的創見¹³，抑或只能劃歸在立法技術層面的倡議，必須先行處理。本文之所以將這種「事實可以分段評價者，即應分段適用」的主張安排在立法技術下討論，自有所本。蓋按照當今法律適用的方法，只要修正時立法者並未詳細指明應該分段適用，而修法之前發生的事實於修法之後始進入審判

¹¹ 例如，最高法院 79 年台上字第 2219 號判例即稱：「民法第九百八十二條第二項，係就程序上移轉舉證責任所為之特別規定，依程序從新之原則，不受修正後民法親屬編施行法第一條後段有關實體不溯及既往規定之限制」（本則判例經最高法院 96 年度第 5 次民事庭會議決議不再援用，理由則為：本則判例所謂民法第九百八十二條第二項規定，新法已予刪除）。就舉證責任而言，往往關係訴訟的勝敗，若僅以一句程序重新就予以帶過，而不論證對於舊法秩序的信賴保護究竟是為何原因而須退讓，未見妥當。

¹² 黃茂榮，〈夫妻剩餘財產差額分配請求權之規定的溯及效力〉，植根雜誌第十七卷第九期，頁 33-36 (2001)。

¹³ 採取方法論上途徑者，如林秀雄，〈論婚姻關係存續中所取得之原有財產之意義—釋字第六二〇與四一〇號解釋在解釋方法上之衝突〉，月旦法學雜誌第 143 期 (2007)。

程序者，法官當然應該適用目前法律的規定，也就是新法的規定，自無任憑法官再區分事實發生時點再予適用之理¹⁴。然而，本文雖然拒絕承認此種主張可以視為方法論上的倡議，但是並不代表此種見解在立法層面不能為信賴保護提供貢獻。至於貢獻到何種程度，則是本文以下要處理的問題(本節第三項第三目第三款)。

另外，立法若未指定分段適用，法律適用者不得自行分段適用，固屬理論層面之要求，然而在現實層面當中，往往無法完全達成此一理想。之所以無法達成，則涉及法律續造、權力分立，以及效率之考量。質言之，就時間效力問題，立法者若未宣示，未必代表其有意一律溯及適用之，在此範圍內司法或行政機關未必沒有予以補充或續造之空間；立法未宣示時間效力問題，若係出自立法者之原意，並不代表就沒有違憲的問題，且隨著時間之經過，法適用機關也會有介入調整之必要¹⁵。最後，就分段適用之決定，如果一概不許適用機關自行決定，而須勞煩大法官作出解釋，則突然暴增的案件，可能會癱瘓釋憲機制。蓋此處現實上的考量是，適用機關分段適用之決定，除了多半有利於人民信賴的保障之外，且未必違反立法者的原意或客觀之立法目的；究其實際，立法者若認法院或行政機關分段適用之決定，有悖其意甚或有侵害權力分立之虞，當然馬上就會引起憲政

¹⁴ 相同的見解，可參見陳愛娥，前揭註 7 文，頁 9；釋字第六二〇號解釋理由書亦指出：「增訂民法第一千零三十條之一就夫妻剩餘財產差額分配請求權之計算，既明確規定以「婚姻關係存續中」界定取得原有財產之時間範圍，客觀文義上顯然已無就財產之取得時點再予分段或部分排除之可能」。至於立法未規定分段適用以致侵害人民信賴利益，而有違憲之虞，則是另外一個問題，當循釋憲途徑解決之。

就此，**釋字第四一〇號解釋**所謂「民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定」，顯然與釋字第六二〇號解釋所採之不真正溯及途徑有所不同，有予以指明之必要。詳言之，就動產部分，若依不真正溯及之適用方法，民法修正後夫妻當就其動產各自保有所有權，無庸再設特別規定；僅在不動產部分，囿於登記公示方法，即便不真正溯及適用，仍無法達成名實相符之目的，始有予以調整之必要。嗣後民法親屬編施行法第 6-1 條僅就不動產部分進行調整，堪稱妥當。惟該條未就「妻取得不動產而以夫之名義登記」的情形予以調整，是否妥適，則又另當別論。

¹⁵ 就此，釋字第六二〇號解釋指出：「至立法者如應設而未設過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，而顯然構成法律之漏洞者，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理」、「惟探求立法意旨，主要仍應取決於表現於法條文字之客觀化之立法者意思，而非立法者參與立法程序當時之主觀見解」，可稱妥當。

爭議；立法者若認分段適用之決定似乎也挺妥當，自然相安無事，無須再勞煩大法官事必躬親一遭¹⁶。

最後，對於信賴保護的監控機制，傳統見解相當程度地聚焦在司法審查上，是否存有其他可行的監督機制，竟是未置一詞。其它類如「於不同法律領域中，法不溯及既往之理論應如何具體化？」等等，也是本文以下將要處理的問題。

依照本文之見，針對立法領域當中應該如何實現信賴保護之議題，國內就美國法的引介較為匱乏；尋覓該國有無提出解決之道，相信能對國內討論有所助益。以下本文將先介紹美國聯邦最高法院的判決，再參考學者的見解加以分析，並對國內困境提出解決之道。

第二項 美國聯邦最高法院對於立法一致性的裁判概觀

第一目 溯及立法

根據「國會不得限制自己未來權限」的原則，國會通常保有不一致的權力。但是國會也有可能透過憲法所規定的國會法規制定程序(congressional rulemaking procedure)，以提高多數決門檻或是限制議案討論之界線等方式，限制自身未來的權限¹⁷。

除此之外，最受爭議者，莫過於國會立法時間效力的問題：國會是否僅能訂定向後生效之立法(prospective legislation)？抑或國會之法律也受到容許，可以具

¹⁶ 就此，則可以最高行政法院 62 年判字第 269 號判例作為凡例。就無照經營藥業情形，藥物藥商管理法並未對時間效力範圍作出特別的宣示；本判例則指稱：「原告無照經營藥業，雖始於藥物藥商管理法公布施行之前，然該法施行後原告仍繼續無照經營藥業。被告官署所處罰者為其在該法施行後之違章行為，自不生溯及既往與否之問題」，顯然就系爭持續違犯之問題，予以分段適用。關於此判例之作成，立法者並無反對之表示，亦無引發憲政爭議，可能的原因有二：其一，判例和原處分機關皆認為人民在法律公布前之持續違犯行為不罰，有利於人民之信賴保護；其二，就系爭管制之脈絡，即便分段適用，立法者也可能認為與其本意以及規範目的等等，並無違背。

¹⁷ L. Harold Levinson, *The Legitimate Expectation That Public Officials Will Act Consistently*, 46 Am. J. Comp. L 549, at 561 (1998).

有溯及性的效力(retroactive legislation)? 在司法審查上，主要有兩種途徑可供法院選擇：首先是非關憲法要求之審查途徑，另外一種則是依據憲法提供的限制作為審查標準；前者即 *Wheeler* 案所發展的「既得權理論」¹⁸，後者則包括了契約條款¹⁹、徵收條款²⁰、平等保障²¹、禁止事後立法條款²²以及正當法律程序保障²³。

第一款 非屬憲法明確要求之審查途徑

1814 年，法院作成 *Wheeler* 案判決²⁴。此案對於溯及既往立法所發展出來的「既得權理論」，當屬美國法院於十九世紀時期最重要的審查標準。法院認為，法律若符合下列條件，則構成溯及既往，而屬無效：(1)剝奪或者損害了根據現行法律所取得的既得權利，或是(2)針對過去的交易或者行為創設新義務，施加新責任，或者是附加新的能力資格限制²⁵。一旦侵害既得權，則該法律即屬「溯及既往」立法，並因而無效。

Wheeler 案之看法，顯然較近代對於「真正」溯及既往之定義為廣；但是 *Wheeler* 的保護範圍僅止於既得權，而完全不及於信賴行為或期待利益，保護又有不足²⁶。另外，*Wheeler* 案將既得權和溯及既往概念相互掛鉤，在定義上形成：立法不得溯及侵害既得權，而既得權是不能以溯及性立法侵害的一種權利；這也有可能造成循環論證的情形²⁷。

¹⁸ *Society for Propagation of the Gospel v. Wheeler*, 22 F.Cas. 756 (No. 13,156) (CCNH 1814).

¹⁹ “No state shall...pass any bill of law impairing the obligation of contracts.” U.S. CONST., Art. I, §.10., cl. 1.

²⁰ “[N]or shall private property be taken for public use, without just compensation.” U.S. CONST. amend. V.

²¹ “[N]or deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” U.S. CONST. amend. XIV Sec. 1.

²² “No ex post facto Law shall be passed.” U.S. CONST., Art. I, § 9., cl. 3., § 10. cl. 1.

²³ “[N]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” U.S. CONST. amend. V., XIV Sec 1.

²⁴ *Supra* note 18.

²⁵ *Id.*, at 767.

²⁶ James L. Kainen, *The Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights*, 79 Cornell L. Rev. 87, at 106, and *see also* 112-14 (1993).

²⁷ DANIEL E. TROY, *RETROACTIVE LEGISLATION*, at 78 (1998).

第二款 屬於憲法明確要求之審查途徑

進入二十世紀之後，最高法院轉向以憲法條款來審查溯及性立法。關於溯及既往的憲法限制，雖然有契約條款、徵收條款和平等保障等規定可資援引，但是演變到後來，這些條款皆已失去重要性²⁸。於此，突顯了正當法律程序條款的地位，似乎最契合於溯及既往的分析。

依憲法規定，國會和州議會不得針對刑法規定從事溯及性立法。至於其他類型之法律，則與徵收條款、契約條款(僅針對州法)和正當法律程序(包括聯邦法或州法)有關。

(一) 禁止事後立法條款

美國憲法既然明文禁止事後立法(*ex post facto*)，照理來說，本應為法院審查溯及立法之利器。然而，此條在制定之後一直存有廣義說(本條射程及於民刑事法律)和狹義說(本條限制不及於民事立法)之爭，而最高法院於1798年的 *Calder v. Bull* 案²⁹之中，明示本條之要求僅限於刑事法規定。至此，禁止事後立法條款在民事法領域，已失立足之地。

(二) 徵收條款

憲法增修條文第五條之合理補償條款僅稱：「若未給予合理補償，不得以公用為由，徵收私人財產」，但是若僅從文義解釋出發，本條根本無法適用。因此，法院嘗試累積下列用語之意涵：「財產(property)」、「徵收(taking)」、「合理補償(just

²⁸ *Id.* at 102-23 (describing nineteenth-century decisions invalidating retroactive legislation on the ground of interference with vested rights and tracing the modern retreat from those principles).

²⁹ 3 U.S. 386 (1798).

compensation)」、「公用(public use)」³⁰。

由於現代對於合理補償之分析，傾向限縮合理補償之方法(依照徵收時之市價補償，未必是最高金額)、不要求「公用」之要件(蓋現代政府牽涉廣泛，幾乎所有行爲都有公益目的，此一要件已失去意義)，以及擴張認定「財產」之定義(過去限於法律承認，現在則著重事實上關係)，因此討論逐漸聚焦在「徵收」此一要件上³¹。法院自承，無法就此要件發展出穩固的公式，只能依個案認定之。

於此，可將徵收的定義分爲兩類：物理性徵收(physical takings)和管制性徵收(regulatory takings)。物理徵收係指政府對財產事實上的侵害，不論是暫時使用或永久剝奪皆然，較無疑義。而所謂的管制徵收，主要係指：雖然政府並非直接行使徵收權(eminent domain)，但是卻造成附帶的管制效果；亦即，政府雖未將人民財產收爲己用，但是以限制或剝奪人民對財產的權利，作爲人民取得政府管制許可的交換條件。

憲法增修條文第五條之適用，原僅侷限於物理性徵收，然於 *Pennsylvania Coal v. Mahon* 案當中，最高法院擴張了本條範圍，使管制性徵收亦可能有本條之適用。亦即，若立法對於私人財產之限制過於嚴重時(too far)，政府也必須補償此種損失³²。

在溯及性立法的脈絡下，徵收條款主要使力之處在於：立法事後對於既有財產使用之禁止。就此，可以 *Penn Central Transportation Co. v. New York City* 爲例。原告爲紐約中央車站之所有權人，但紐約市古蹟保護法嗣後將車站列入指定古蹟，造成原告翻修之申請皆告失敗。最高法院判決此法合憲，並指出管制性徵收於個案事實認定當中應予考量的因素：系爭管制法律對於人民所造成的經濟衝擊、對於個別投資期待之干擾程度(the extent to which the regulation has interfered

³⁰ See generally BRUCE A. ACKERMAN, *PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION* (1977); Frank I. Michelman, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967); Sax, *Takings and the Police Power*, 74 Yale L.J. 36 (1964).

³¹ *Id.*

³² 260 U.S. 393, at 415 (1922).

with distinct investment-backed expectation)，以及政府管制之性質究竟為何³³。

雖然徵收條款可以作為溯及性立法的一項審查依據，但是兩者交會之處實在過少，無法有效地為溯及立法提供一般性的審查。首先，徵收問題牽涉廣泛，溯及立法對於既有使用之禁止，僅是徵收冰山之一角。另外，雖然溯及性立法侵害的往往是財產權，但並不總是財產權；溯及性立法若無涉財產權之侵害，徵收條款即無用武之地。

(三) 契約條款

受到契約條款挑戰之州法規，需要通過三階段的檢驗步驟。首先應予檢驗者，係法規有無實質損害契約關係；若締約時，州已保留調整契約之權力，則對私人之合法期待並無損害。若法規實質損害契約關係，其次則檢視重要合法的公共目的是否能夠證成此一損害。最後則須檢視為了回應此一公共目的，國家之手段是否符合嚴密剪裁的標準³⁴。

契約條款僅能限制州法規定，而不及於聯邦法規；另外，溯及立法也不是只有涉及契約問題而已。最後，雖然上述的三階段審查已經近似於正當法律程序審查標準，但是使用正當法律程序條款審查，卻能賦予法院更大的裁量空間。因此，溯及立法之審查標準，最受法院倚重的，仍為正當法律程序。

(四) 正當法律程序

1. 概說

雖然正當法律程序似乎最契合於此處的分析，但是在操作上，法院毋寧採取

³³ 438 U.S. 104, at 123-24 (1978).

³⁴ Levinson, *supra* note 17, at 561. As regards “substantial impairment”, see also *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 438 U.S. 234, 245-251(1978), and 257-263 (Brennan J. dissenting).

十分寬鬆的態度，僅要求「採用合理手段且有助於促成正當目的」即可³⁵。於後 *Lochner* 時期，除非溯及既往達到嚴厲(harsh)和苛刻(oppressive)的地步，否則正當法律程序並不禁止溯及立法³⁶。這可能也跟社會性和經濟性立法的司法審查標準寬嚴有關³⁷。

一般而言，非關刑罰之溯及立法，如果足夠合理，通常會獲得支持；所謂的足夠合理，包括了對於緊急事態之立法、租稅或管制權力之行使，或是針對過去錯誤所做的調整³⁸。然而，如果溯及立法將影響聯邦契約所保障之權利，法院之審查將會從嚴³⁹。

在立法溯及的脈絡中，存有兩個爭議：立法溯及之限制何在，以及立法規範至何種程度，始可評價為溯及既往。

就前者而言，雖然「溯及既往通常不公正」的原則廣為人知，但是現今法院卻時常順從溯及既往之法律⁴⁰。就後者而言，法院很難判斷國會是否有意從事溯及立法，蓋法規通常不會明示其時間效力範圍。傳統理論認為國會未明示意見，即推定法律僅具向將來生效之效力，但此一解釋卻可能與立法目的相牴觸⁴¹。

2. 支持溯及立法的最高法院判決

針對溯及既往立法，法院往往採用不利的推定；除非法律用語清晰、強烈且

³⁵ *Pension Benefit Guar. Corp. v. R.A. Gray & Co.*, 467 U.S. 717, 730 (1984) (quoting *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1, 16-17 (1976)).

³⁶ *See United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 17 n.13 (1977) ("The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment generally does not prohibit retrospective civil legislation, unless the consequences are particularly 'harsh and oppressive.'" (quoting *Welch v. Henry*, 305 U.S. 134, 147 (1938))).

³⁷ *Pension Benefit Guar. Corp. v. R. A. Gray & Co.*, 467 U.S. 717, 730 (1984) ("[T]he strong deference accorded legislation in the field of national economic policy is no less applicable when that legislation is applied retroactively"). *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1, 16 (1976) ("[L]egislation readjusting rights and burdens is not unlawful solely because it upsets otherwise settled expectations.")

³⁸ *E.g.*, *Portal-to-Portal Act of 1947*. *See also* Ray A. Brown, *Vested Rights and the Portal-to-Portal Act*, 46 Mich. L. Rev. 723, 728 (1948).

³⁹ Levinson, *supra* note 17, at 562.

⁴⁰ Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 Harv. L. Rev. 1055, 1063 (1997).

⁴¹ *Id.* at 1064. *See also* Christopher D. Pixley, *Finding Middle Ground on Federal Retroactive Regulatory Lawmaking*, 27 Cap. U. L. Rev. 255(1999).

別無其他解釋之空間，或者是除此之外無法達成立法目的，否則法律不應具有溯及效力⁴²。姑且不論實際進入審查時的判準和結果如何，至少最高法院持續地宣示反對溯及既往立法的基本態度。

然而，此種態度到了七〇年代末期，首次有了鬆動。1969 年的 *Thorpe v. Housing Authority of Durham* 案⁴³和 1974 年的 *Bradley v. School Bd. of City of Richmond* 案⁴⁴，皆贊成國會得從事溯及立法，除非溯及會造成明顯的不公平 (manifest injustice)，或與立法沿革相違背⁴⁵。

Bradley 案牽涉廢除學校種族隔離案件，法院認為即便本案中發生的律師費用大部分都是發生在法律生效之前，仍然應該給予之。法院援引 *Thorpe* 案的見解，認為只要不會造成明顯的不公平，法院就應該適用處理案件時有效的現行法律。至於所謂明顯的不公平，係指實質地使人民處境艱困，亦即針對變動人民既存 (vested) 或已成熟 (matured) 的權利而言⁴⁶。

Bradley 案亦採取裁量途徑 (discretionary approach)，以下列標準判斷法規應否溯及：當事人身分、權利性質以及對於權利的影響⁴⁷。此一架構也給予了法院裁量空間，判斷溯及既往是否公平，以及是否有助於達成立法目的⁴⁸。

3. 反對溯及立法的最高法院判決

其後，法院又從裁量途徑抽身，重回傳統對於溯及既往立法的不利推定。1985 年的 *Bennett v. New Jersey* 案⁴⁹和 1988 年的 *Bowen v. Georgetown University* 案⁵⁰即

⁴² *United States v. American Sugar Ref. Co.*, 202 U.S. 563, 577 (1906) (quoting *United States v. Burr*, 159 U.S. 78, 82-83 (1894)).

⁴³ 393 U.S. 268 (1969).

⁴⁴ 416 U.S. 696 (1974).

⁴⁵ “[U]nless doing so would result in manifest injustice or there is statutory direction or legislative history to the contrary.” *Id.* at 711.

⁴⁶ *See id.* at 720. (“The Court has refused to apply an intervening change to a pending action where it has concluded that to do so would infringe upon or deprive a person of a right that had matured or become unconditional.”). *See also* *Pixley*, *supra* note 41, at 281.

⁴⁷ *Id.* at 717.

⁴⁸ *Fisch*, *supra* note 40, at 1064.

⁴⁹ 470 U.S. 632 (1985).

明示反對溯及既往。

於 *Bennett* 案中，教育部有意將教育法 Title I 於 1978 年之修正條文，溯及適用於 1970 至 1972 年間，以處理 Title I 的基金是否遭到濫用的問題。法院反對溯及適用，蓋溯及既往有害人民對於修正前基金使用規定的穩固期待和信賴利益。至於 *Bowen* 案，法院雖係在審查 Department of Health and Human Services (HHS) 發布溯及性行政法規的問題，但就溯及性立法的態度，亦有闡述。法院表示：溯及既往不為法律所好(Retroactivity is not favored in the law)。除非立法明文規定，否則不得將法律解釋成具有溯及效力⁵¹。

雖然最高法院於 *Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. Bonlorno* 案⁵²中承認 *Bradley* 和 *Bowen* 案之間存有緊張關係，但是既沒有解決此處的衝突，也未表示是否廢棄 *Bradley* 案。但是既然 *Bradley* 和 *Bowen* 的見解水火不容，最高法院勢必無法迴避。於是在 *Landgraf v. USI Film Products* 案⁵³和 *Rivers* 案⁵⁴當中，法院回應 *Bradley* 和 *Bowen* 案之間的差異應該如何調和之。

4. *Landgraf* 案以及其他判決之發展

於 *Landgraf* 案當中，一名女性工人遭另外一名員工性騷擾，該名工人辭去工作並向就業機會均等委員會(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) 申訴並向地方法院起訴，但皆遭不利判決；蓋系爭騷擾並沒有嚴重到足以正當化辭職的地步(因此不得請求復職)，依法亦無其他救濟途徑(例如損害賠償)。於本案上訴中，國會修正民權法案，規定此種情形得提出損害賠償的請求。最高法院受理本案。

最高法院承認對於溯及立法之看法，法院判決的立場並不一致，但巧妙地否

⁵⁰ 488 U.S. 204 (1988).

⁵¹ *Id.* at 208-09.

⁵² 494 U.S. 827 (1990).

⁵³ 511 U.S. 244 (1994).

⁵⁴ 511 U.S. 298 (1994).

認其間存有衝突⁵⁵。法院重新架構溯及既往之分析，認為即使立法未明示授權，在以下三種情況當中，法院仍得將新法規定適用至系爭案件：法院係在考量定暫時狀態處分的妥適性、法律規定係為處理管轄問題，或是法規僅改變了程序性規定⁵⁶；蓋於此種狀況當中，並未構成真正溯及(true retroactivity)。

如同 Scalia 大法官於 *Kaiser* 案所示，司法審查長期以來對溯及既往採取不利推定的態度，並體現古老的法律原則。公平的基礎考量即係要求人民有機會認識法律之規範為何，並據此確定自己的行為係屬合法；已確定之期待利益不應受到輕率的擾亂。準此，行為的法律效果應依行為時之法律來作評價。在一個現代且有活力的社會當中，商業和藝術創意行為的努力，均建立在藉由法治原則，而使人民確知行為法律後果的前提之上。因此，美國憲法當中有數條反對溯及既往的規定，並不讓人意外⁵⁷。

這些憲法條文證明，針對溯及既往法令的關切，並非杞人憂天：立法權限過於龐大，不經個案考量，即剝奪當事人已確定之期待利益；並且溯及既往法律也可能增加政治風險，成為欺壓少數或異議人士的手段⁵⁸。

但是溯及既往也有可能係出自於良善的(benign)立法目的，例如回應緊急情況、矯正錯誤、避免利用新法通過前的空窗期，甚至只是單純地將國會認為良善的新法，擴大其適用影響範圍。但是，要求國會明確表達其立法意旨，將有助於國會自我檢驗溯及既往的利益大於溯及之不利利益⁵⁹。

準此，當系爭案件牽涉到聯邦法律的事後管制時，**法院首先必須檢視國會是否明示法律之目的。若無明示，則法院必須依下列標準判斷新法是否具有溯及效力：僅於法律減損過去之權利、是否增加過去之責任，以及是否對已終結的交易賦予新的責任時，始屬具有溯及效力的規定。**而針對溯及既往的不利推定，僅侷

⁵⁵ “There is, of course, no conflict between that principle [a court should “apply the law in effect at the time it renders its decision] and a *presumption* against retroactivity when the statute in question is unambiguous.” *Supra* note 53, 273.

⁵⁶ “[I]n three circumstances: when a court is considering the propriety of injunctive relief, when the statute addresses a court's jurisdiction, or when the statute changes procedural rules.” *Id.* at 273-79.

⁵⁷ *Id.* at 265-67.

⁵⁸ *Id.* at 266.

⁵⁹ *Id.* at 267-68.

限於具有真正溯及(*genuinely retroactive*)效果者，始足當之⁶⁰。

法院解釋道，不利溯及既往的推定，係因應政策穩固的考量而生；另外，針對立法權穩定行使的期待，若屬長期且牽涉廣泛，應該予以保障⁶¹。準此，法院認為溯及適用 1991 年增修的民權法案，將會增加雇主的賠償額，而對過去行為施加額外的負擔⁶²。

另外，在 *United States v. Carlton* 案⁶³中，法院認為溯及減少過去稅捐扣除額之系爭規定，有損當事人之信賴；但是同時法院也宣示：針對溯及性立法之審查，司法權本身有所侷限⁶⁴。考量到系爭規定係屬治癒性的法規(即防止立法上漏洞的法規)，而且法律溯及的期間不長，應認為系爭法令係屬合憲⁶⁵。

初步歸結上述發展，可以得知：溯及性立法的司法審查，於 *Bull* 案限定禁止事後立法條款只適用在刑事法領域之後(十八世紀)，非屬刑事的溯及既往立法，便轉向既得權理論和契約條款發展(十九世紀)。進入二十世紀之後，既得權理論一度式微，審查標準主要以憲法上之要求為準，而呈現契約法條款、正當法律程序理論多頭發展的現象，終至 *Landgraf* 案的指標性見解出現，而成爲下級法院依循的標準或爲討論的起點。

Landgraf 案採用真正溯及和不真正溯及的區分，與學者見解有所雷同⁶⁶；但是 *Landgraf* 案又移植實體權和程序權的概念至上述區分之中，顯然又與學者的主張有所落差。另外，*Landgraf* 案認為「僅於法律減損過去之權利、是否增加過去之責任，以及是否對已終結的交易賦予新的責任時，始屬具有溯及效力的規定」，此一見解可謂既得權理論的復興；則上述對於既得權理論的批評應如何回

⁶⁰ “A statute only has retroactive effect if ‘it would impair rights a party possessed when he acted, increase a party’s liability for past conduct, or impose new duties with respect to transactions already completed.’” *Id.* at 277 and 280.

⁶¹ *Id.* at 286.

⁶² *Id.* at 282-83..

⁶³ 512 U.S. 26 (1994).

⁶⁴ The Court required only that the statute be rationally related to a legitimate legislative purpose. *See id.* at 35.

⁶⁵ *Id.* at 32-34.

⁶⁶ John K. McNulty, *Corporations and the Intertemporal Conflict of Laws*, 55 Cal. L. Rev. 12, 58-60 (1967).

應，仍有繼續發展的空間。

第三款 立法政策—除外規定、過渡條款以及另訂生效日期

所謂除外規定(“grandfather” rules or grandfathering provisions)、過渡條款(transition periods)、漸進改變以及另訂生效日期(phase-in periods or postenactment effective date)，當然有可能是司法審查依據憲法之規定所做出的要求；但若法院並未明確作出該等的要求，而國會自行於立法制定之中添補此種規定，則係出自於立法政策的考量。這些考量包括了降低新法的衝擊、預告行為規範之變更以及博得選民之認同與好感⁶⁷。

舉例而言，當聯邦稅法變更時，國會時常會選擇下列方式，來使新法規定生效適用⁶⁸：修法之年的 1 月 1 日，或是初次提案之日、國會議員暫時性同意提案之日、修法通過次年的 1 月 1 日、逐年漸進式的改變、除外條款(交易在修法之前，其所產生的收入或花費)或是僅影響所有權人的除外規定(僅於稅捐評價之標的資產發生移轉時，始予適用)。

作為一項政策問題，即使未能獲得憲法授權，國會仍然針對法律的生效日期作了各式各樣的嘗試。而各種生效方式，皆蘊含了國會所欲達成的政策目的，但同時也給予人民對於一致性各種程度不等的期待。這些期待未必達到合法期待的程度。蓋人民應知國會為達政策目的，需有揮灑的空間，但是這些期待仍有可能被國會當作政策問題而納入保護⁶⁹。

第二目 針對特定人或特定事件之立法

立法機關有權制定針對特定人或特定事件之立法(Private Legislation)，例

⁶⁷ Levinson, *supra* note 17, at 562.

⁶⁸ Stark, *The Elusive Transition to a Tax Transition Policy*, 13 Am. J. Tax Pol'y. 145, at 150-51 (1996).

⁶⁹ Levinson, *supra* note 17, at 562.

如，國會為政府侵權行為之受害者設立基金⁷⁰。Private Legislation 得命行政機構重開已終結之案件，但是對於法院，則無此種命令權力。「準」針對特定人或特定事件之立法(“Semi-Private” Legislation)⁷¹則係指形式上普遍適用於一般人，但實際上效力僅針對特定人之立法；即便符合法規要件者，在現實生活中僅有特定個人。

Private Legislation 所造成的不一致狀態，顯然係由國會刻意導致；並且可能與憲法禁止「個案法」之規定有所牴觸。但是由於形式上仍屬一般適用，故仍屬有效。Private Legislation 對於受規範的當事人，時常具有溯及既往的效果。

第三項 分析

關於以上議題，主要可以分成三點討論。首先是真正溯及和不真正溯及的區分；其次則是公私益衡量、審查模式的提出以及其他監控機制的問題。依序討論如下。

第一目 真正溯及和不真正溯及之區分並不是問題的關鍵

在美國法的討論之中，儘管用語不盡相同，但是區分真正溯及和不真正溯及而異其效果，仍是流行的一種見解。舉例而言，區分主要溯及(primary retroactivity)和附帶溯及(secondary retroactivity)，就是一種盛行的看法⁷²。所謂主要溯及，係指法規「向過去」改變了舊法的法律效果，約莫與我國法上的真正溯及相當；而附帶溯及，則是法規「向將來」生效，但是附帶地影響了現在對於過去行為的評

⁷⁰ 63C Am. Jur. 2d, Public Funds, Secs. 76-79.

⁷¹ The term “Semi-Private” Legislation, used by Levinson, *supra* note 17, referring to legislation which is public in form but limited in impact, at n 50.

⁷² See, e.g., McNulty, *supra* note 66, at 58-59 (1967) (distinguishing between primary and secondary retroactivity); W. David Slawson, *Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Lawmaking*, 48 Cal. L. Rev. 216, 217-18 (1960) (distinguishing between “method” retroactivity and “vested rights” retroactivity); see also Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 Harv. L. Rev. 692, at 692 (1960).

價，可與我國法上的不真正溯及相提並論之⁷³。不論是在形式用語或是在實質的區分，最高法院於 *Bowen* 案和 *Landgraf* 案當中，也都援引了此種二分法⁷⁴。

然而，若細究 *Landgraf* 案之判準，顯然又不是和學者的區分完全相同。舉例而言，於 *Landgraf* 案當中，最高法院認為僅於法律減損過去之權利、增加過去之責任，以及對已終結的交易賦予新的責任時，始構成真正的溯及既往⁷⁵。但是如果法院僅係在考量定暫時狀態處分的妥適性、法律規定係為處理管轄問題，或是法規僅改變了程序性規定⁷⁶；則於此種狀況當中，並未構成真正溯及。此與學說根據法律究係向過去或向未來發生效力來區分真正和不真正溯及，仍有差異。

但是，*Landgraf* 案雖然強調真正溯及多屬對於過去法律效果的變動，而不真正溯及大部分僅係調整程序上的規定，但是法院也知道，如此一來勢必難以回應實體規定和程序規定究應如何區分的問題。因此，法院隨即又表示：對於溯及既往的不利推定，並非僅侷限於既得權的案例；也不表示此種不利推定，對於程序規定而言，就全無適用的餘地⁷⁷。

如此一來，不論是根據法律係向過去或向未來發生效力，或是根據實體規定或是程序規定來區分真正和不真正溯及，此種二分法是否能夠成為獨立且有效的判準，即成疑慮。質言之，不利溯及的推定僅針對真正溯及始有之；但是，既使法律變動被認定成真正溯及，也不代表法律變動當然無效，法院還是要針對此一變動所欲達成的公益目的和手段之間作出衡量。再者，先不論實體規定和程序規定往往難以區分，依照法院的見解，法律溯及即便只影響了程序上的規定，但是只要程序變更會妨礙人民實體權益之時，法院仍須衡量法律變動所追求的公益和

⁷³ *E. g.*, McNulty, *supra* note 66, 58-60; Jan G. Latios, *Legislative Retroactivity*, 52 Wash. 52 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 81, 86-88 (1997).

⁷⁴ “A genuinely retroactive effect”, in *Landgraf*, *supra* note 53, at 245; “secondary retroactivity”, in *Bowen*, *supra* note 50, at 475-80.

⁷⁵ *Id.* at 245, 280.

⁷⁶ *Id.* at 273-79.

⁷⁷ [W]e do not restrict the presumption against statutory retroactivity to cases involving “vested rights.” (Neither is Justice Story’s definition of retroactivity so restricted.) Nor do we suggest that concerns about retroactivity have no application to procedural rules. *Id.* at 275.

造成人民負擔的不利益之間，究竟何者優先。

準此，所謂的真正溯及和不真正溯及的區分，只是一個假議題；重點還是在於法律變動影響人民權益的程度，以及法律變動所追求的公益是否能夠正當化此一溯及。

質言之，傳統的二分法，毋寧是一種人爲的區分。所謂完全向後生效的法律，理論上根本不應影響任何過去的交易行爲，但是法院所謂的「向後生效法律」，事實上都影響了先前的持續性行爲。法律變動之所以需要過渡條款和除外規定，在在都證明了「向後生效的法律」其實是具有溯及效力的，否則何需這些安排來緩和New Law可能造成的影響。事實上，雖然存有真正溯及和不真正溯及的區分，但是在兩種情形中，就法律變動可能帶給人民的影響而言，卻無不同⁷⁸。

相較於傳統的二分法而言，以影響的幅度來看待溯及既往，更能爲法律變遷提供準確的描述。Munzer 教授提出的強度溯及和弱度溯及的理論，正爲適例。其指出：所謂的強度溯及(*strongly retroactive*)，係指法律向過去發生規範效力(*backward-looking*)，而改變了過去行爲發生時起的法律效果；而所謂的弱度溯及(*weakly retroactive*)，係指向未來發生規範效力(*forward-looking*)，改變了過去行爲自New Law生效時起的法律效果。以婚姻爲例，若法律規定使過去某一類型的無效婚姻成爲有效；在強度溯及，會使婚姻從頭到尾皆屬有效，在弱度溯及，則僅從New Law通過後始屬有效，New Law通過前的婚姻關係，仍屬無效⁷⁹。雖然 Munzer 教授所描述的情形，大體上不脫傳統的真正和不真正溯及(在此例中，弱度溯及對於持續性法律關係是屬分段適用，此點與傳統的「不真正溯及」不見得完全相同，端視傳統的不真正溯及會如何回應此種持續性關係；關於此點，可以參見我國釋字第620號解釋的討論)，但是其著重法律變遷對於人民造成的影響程度，本文認爲這才是司法審查評價的重點。

無獨有偶，Fisch 教授亦指出：基於兩個原因，其無意採取主要溯及和附帶

⁷⁸ Fisch, *supra* note 40, at 1067.

⁷⁹ Stephen R. Munzer, *Retroactive Law*, 6 J. Legal Stud. 373, at 373, 385-90 (1977).

溯及之分類。首先，溯及既往和向後生效均可能造成同等的侵害效果。其次，若法規目的係為達到威嚇不法行為之效果，則溯及的手段就此顯然毫無助益。雖然溯及既往和向後生效在影響程度上，仍然會有所差異；但是，與其採用截然二分的途徑，我們反而應該提問道：何種程度的溯及既往，方屬妥適⁸⁰？這個問題，顯然只能藉由以下關於衡量和審查模式的討論，來尋求解答。

第二目 公私益衡量、審查模式，以及其他監控機制

既然本文認為真正溯及和不真正溯及無法作為一個有效且獨立的判準，至多只能在衡量時提供一些類如「不利推定」的輔助功能，那麼勢必需要處理：如何的審查標準始能提供精確的衡量和保護。就此，本文以下將先介紹衡量時應該考量的兩個因素—亦即，公平與效率，其次再介紹學者提出的溯及立法的審查模式，以及其他的監控機制。

第一款 衡量時應該考量的重點—公平與效率

面對溯及立法的問題，一般人的想像通常是：溯及性立法有助於有效率地實現立法目的，而向後生效的立法則比較公平。但是，公平和效率的因素在溯及性立法的考量，絕非如此二分簡單。如同本文第二章所示，溯及性的立法也有達成公平的功能(例如 Dworkin 認為 *Brown* 案決定如能溯及適用，更有助於消弭種族隔離而達成公平的目的⁸¹)；又如本章前文所示，向後生效的法律也同樣地會影響人民持續性的行為，非謂向後生效的法律就是絕對的公平，而對人民信賴利益不會產生任何的侵害。以下本文即簡述在溯及既往的領域當中，有關公平和效率的考量究竟為何。

⁸⁰ Fisch, *supra* note 40, at 1069-73.

⁸¹ DWORKIN, *LAW'S EMPIRE*, at 387-93, *see also*, at 365-69 (1986).

(一)公平的考量

有關溯及既往在公平面向上的爭議，係植基於平等和正義的相關考量。論者認為公平的溯及既往，應事先提供適用標準的通知，並保障信賴利益。美國最高法院於 *Chevron Oil Co. v. Huson* 案中即明示：法院應調查新法適用的公平性，包括是否保障當事人對於先前法規的信賴，而對於穩固的信賴，應予保障⁸²。另外，公平考量也形成了對於溯及既往的不利推定。

然而，溯及既往到底公不公平，本身就是一個困難的問題。首先，於民事領域，若溯及使得一方得利，則必然也使他方的期待落空。其本身即屬一種零合遊戲。另外，新法適用對正當信賴的影響程度，隨著個案而有不同；例如舊法的清晰程度與可預見性、信賴利益受新法的影響程度，以及期待本身的合理程度。

再者，法院區分實體法規和程序法規，顯然係認為兩者在溯及議題上有所差異。然而，兩者的界線不僅難以區分，而且可能是一種結果取向的分析。最後，即使是向後生效的法律，亦可能會減損當事人的期待⁸³。

(二)效率的考量

法律變遷的淨利極大化，可能是最有效率的立法。傳統的經濟概念中，最合理有效率的立法，係基於功利主義式的想法，只著重社會福利的獲得，而不理會分配的問題⁸⁴。效率分析的另一個假設，是認為新法規定永遠是一種進步和改善，此於新法係屬治癒性或回覆性法律(*curative or restorative rules*)，而以糾正先

⁸² 404 U.S. 97, at 106-07(1971). See also *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, at 551 (1991) (O'Connor, J., dissenting) ("[T]he purpose of the Chevron Oil test is to determine the equities of retroactive application of a new rule.").

⁸³ Fisch, *supra* note 40, at 1084-87.

⁸⁴ See generally RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, at 11-13 (3d ed. 1986).

前法律秩序之紊亂的錯誤為目的時尤真⁸⁵。

人民若於新法通過前，趕緊結束交易行為，而規避新法的適用，則修法之立法目的將完全落空。同樣地，規避新法的行為也可能造成分配不公，使某些預期到法規將會變動者獲得意外之財(windfall)，或是使得對處於相同處境的當事人形成差別對待。

藉由溯及既往的方式，立法者更能控制新法所應適用的對象；準此，目前在國會屬於弱勢團體，其既得權更有可能受到溯及既往的不利負擔。相對而言，向後生效的法律，在適用對象上則可能完全係基於恣意的區分，造成義務負擔分配的不公平。

有經濟學者認為設立過渡期間經常係屬一種沒有效率的作法。蓋市場參與者通常會假設法律變遷所帶來的成本，並自行分擔之⁸⁶。但其所主張的分擔機制，例如保險，並不總是能夠分擔所有法律變遷所造成的風險；溯及既往對於法安定性所帶來的成本，有時候也不是社會大眾所能吸收跟接受的。另外，在溯及既往的立法中，總會產生利潤與成本，而有贏家和輸家之分；這也是單純的經濟分析為何不能解釋公平問題的原因。最後，即便法律變遷皆屬一種進步和改善，但是如果納入從舊法秩序移轉到新法秩序的成本一併計算之，溯及既往立法可能就不是成本最低的改革方式⁸⁷。

第二款 值得注意的審查模型

在新近可得之美國文獻當中，Laitos 教授和 Fisch 教授就溯及性立法所提出的審查模型，係屬最引人矚目的討論，本文分別介紹分析如下。

⁸⁵ *E.g.*, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 496 U.S. 167, at 201 (1990) (Scalia, J., concurring in the judgment) (arguing that it "does not make sense" to suggest that a decision can be applied prospectively when that approach would result in the Court enforcing an unconstitutional statute).

⁸⁶ Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 Harv. L. Rev. 509, at 511-12, at 598 (1986).

⁸⁷ Fisch, *supra* note 40, at 1091.

Laitos 教授認為溯及立法的合憲性，應分成四個步驟來討論⁸⁸。首先，應判斷立法有無溯及效力；只要法律會對過去事件造成影響，即便其係向後生效，仍應認定其具有溯及的效力。

其次，一旦認定法律具有溯及效果，即應認定其係屬向過去生效的主要溯及，或是向未來生效的附帶溯及；若為前者，則屬無效。

再者，法律若屬附帶溯及，則須視立法者是否有意使其發生附帶溯及的效力。如無法確定立法意圖，且此一法律具有「減損過去之權利、增加過去之責任，以及對已終結的交易賦予新的責任」之真實溯及效力(*genuinely retroactive effect*)，則應受傳統對於溯及既往的不利推定，而認為此一意圖不明的法律只能向後發生效力。若未構成上述之真實溯及效力，而僅使人民期待落空且情況輕微的話，那麼此一立法不受不利推定，可以發生附帶溯及的效力。

最後，如於前述步驟可以確定立法者之意圖，則進入溯及立法合憲性的審查。溯及法律若侵害人民值得保障的法律地位(*protected legal status*)，則屬違憲無效⁸⁹。至於人民值得保障的法律地位，則指人民具有值得保障的法律利益、政府先前曾有保障或承諾、人民對此保證具有合理信賴，而形成合法期待、並因期待落空而造成損害，且政府對於溯及既往，無法提出合理的解釋和正當化的理由⁹⁰。

Laitos 教授整合傳統見解(主要溯及和附帶溯及)和 *Landgraf* 案之見解(實體權和程序權)，並區分出層次井然的審查，固然為溯及既往提出更合理的分析架構，但是其中仍然存有不少缺失。首先，對照我國學說在真正和不真正溯及之討論，相形之下，Laitos 之見解毋寧老生常談，並未超過我國學理既有的討論。其次，Laitos 將人民值得保護的法律地位作為溯及立法違憲的前提，並不適合我國抽象審查的釋憲體制，蓋其可能產生「以個別人民之不同情況而異審查結果」之弊。本文已於第一章評論過此種方法的缺失，於此不再贅述。

Fisch 教授則採用衡平理論(*an equilibrium approach*)，將溯及既往分析和法律

⁸⁸ Laitos, *supra* note 73, at 136-39 (1997).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* at 140-46.

變遷理論作連結。不在新法的本質如何此一問題上多做著墨，而是關切法律變遷係發生在何等脈絡之中。若法律變遷影響的是穩定的法律脈絡，此時信賴利益處於優先地位，基於公平和效率的考量，應該盡量捨棄溯及既往不用。但若法律脈絡處於變動不穩定的狀態，那麼溯及既往可能被視為妥善的處置。Fisch 教授認為此一理論有助於溯及期限的劃定和分析，並澄清溯及既往與立法權力之間的關係⁹¹。

Fisch 教授以硬幣為例，指出其可能有三種狀態：正面、反面，或是以邊緣站立維持平衡。以邊緣站立是一種較不穩固的狀態，若欲其狀態產生變更，僅需施予些許力量即可；此時硬幣可比先前的法律秩序、狀態變更可比溯及既往，而施予的力量為革新性(evolutionary)的力量。若硬幣處在正面或反面，則欲變更其現狀，可能須施加更大的力量；此時硬幣可比先前的法律秩序、狀態變更則為溯及既往，而所施加之力可能達到革命性(revolutionary)力量的程度。例如，以翻桌方式來使硬幣狀態變更⁹²。

當然，此一理論的關鍵，在於如何判斷先前法律脈絡係處於何種狀態。Fisch 教授認為，若先前法律秩序明確、由較高的法律權力主體所公佈、長久受到遵循、未受立法者或其他權力的質疑或批評，而政府引誘人民信賴法律現狀的程度較高時，即可認為係穩定的法律狀態⁹³。

平衡理論認為，即便存有對於溯及既往的不利推定，亦不會完全阻絕法律溯及適用至穩固法律秩序的可能性；只要法律變遷的程度不大、溯及適用造成的成本不至於過高、附有過渡期間或時間限制的要求減緩溯及之衝擊，以及對於立法目的之達成係屬不可或缺，凡此，均有可能證立溯及適用之正當性⁹⁴。

最後，在不穩定的法律秩序中，也許無人得以主張其信賴係屬正當；亦即，若新法係為澄清先前紊亂的法秩序，則當事人可能無應予保障的信賴利益可資主

⁹¹ Fisch, *supra* note 40, at 1058.

⁹² *Id.* at 1101-02.

⁹³ *Id.* at 1102.

⁹⁴ *Id.* at 1106.

張，或是雖存有信賴利益，但其信賴並不合理。另外，法律溯及適用至不穩定的法律秩序，亦能促進平等待遇以及避免人民的投機行為⁹⁵。

Fisch 之分析跳脫真正溯及和不真正溯及的區分，固然具有洞見。然而，除了其分析較為欠缺層次感之外，在紊亂的法律秩序當中，如果連國家機關都無所適從，又何能事後要求人民應該遵循當時無法明確預見的法律？就此，顯然不符本文第二章的基本要求：若人民不能預見道德或公益等等的管制動機，那麼政府單方地要求人民獨自負擔管制的後果，不僅沒有意義，也是不能見容於憲法的酷刑。

第三款 其他監控機制

除了事後的事後司法審查之外，是否還存有其他機制來防患溯及性立法於未然，也是一個重要的議題。於此，本文認為 Cohen 和 Ravitch 教授所提出的分析⁹⁶，以及 Levinson 教授的幾點建議⁹⁷，均具有可以參考之處。

雖然 Cohen 和 Ravitch 教授主要討論的是總統外交政策變遷的監控機制，但是從總統所確立之外交政策時常牽涉廣泛的本質而論，本文認為亦可為國家抽象行為不一致的預防措施，提供一些啟發。茲簡介其見解如下。

「輕聲細語，但手持巨棒」，這是羅斯福總統的外交政策，其所稱之巨棒，在現代全球經濟發展和不願輕言動用武力的前提下，已從船堅炮利轉變成經濟制裁。Cohen 和 Ravitch 教授所謂的經濟制裁，並不侷限於對其他國家採取制裁手段的傳統定義，而包括了所有以非武力方式追求外交目的的手段⁹⁸。

雖然經濟制裁已成為行政愛用手段，但卻可能對國內造成嚴重影響。例如，

⁹⁵ *Id.* at 1109.

⁹⁶ Alexander F. Cohen & Joseph Ravitch, *Economic Sanctions, Domestic Deprivations, and the Just Compensation Clause: Enforcing the Fifth Amendment in the Foreign Affairs Context*, 13 *Yale J. Int'l L.* 146 (1988).

⁹⁷ Levinson, *supra* note 17.

⁹⁸ Cohen & Ravitch, *supra* note 96, at 146-47.

聯邦政府以證照和特許，共同建構了對於外國商事的重度管制。但是當政府的外交政策改變，而撤銷人民的出入口證照時，亦同時侵害了由證照擔保而生的期待利益。於國際法脈絡，法院通常不認為此種證照和特許受到合理補償條款(Just Compensation Clause；即本文前述的徵收條款)之保障⁹⁹。因此，就算是全面禁止，或者事後對港口權、漁業權等權利加諸限制，政府亦無庸負責。這建立在一個基本假設上：政府所創造的權利，於其認為適當時，仍得隨時收回。但是此論點卻忽略了外交事務當中，人民欠缺保障機制；而政府撤銷證照，又對人民生計產生重大影響¹⁰⁰。

準此，Cohen 和 Ravitch 教授認為，經濟制裁的使用，必須透過經濟制裁之目的以及可能的成本兩項因素來作出評估。於檢驗總統的外交決策權限之後，其主張合理補償條款於經濟制裁事件中亦有適用之餘地，並提出審查架構以供法院適用。合理補償條款亦可供決策者參考，並以最低成本來達成外交政策目的；此非為移轉行政固有之外交決策權限，而是**為了促進行政事前評估行為所帶來的成本，而作出妥善之決定**¹⁰¹。

總統的外交決策變更權，是一個特殊的領域；但是即便是在這種強烈訴諸總統裁量權限的行政領域當中，Cohen 和 Ravitch 仍然認為應該藉由合理補償條款的強制適用，來逼迫行政機關在決策前能夠評估事後補償的成本，而更妥善地作出決定。依本文之見，對於國內生效的立法，通常不像外交領域那般具有急迫性和重大的國家利益考量，那麼 Cohen 和 Ravitch 所提出的事前控制模型，適用在國內立法的監督上，應該更無疑義。至於人民持有的證照和特許，嗣後受到國家限制或剝奪時，何以能夠享有合理補償的權利？則需要一個更廣泛的理論基礎。就此，本文將在第四章一併介紹之。

另外，如同本文第二章所述，要判斷人民是否具有預見的可能性，應當觀察

⁹⁹ The similar approach to The Taking Clause, DANIEL E. TROY, *RETROACTIVE LEGISLATION*, at 92 (1998) (arguing that the Takings Clause balances the various interests for and against retroactive legislation to achieve the optimum level of retroactivity).

¹⁰⁰ *Id.* at 165-67.

¹⁰¹ *Id.* at 147-48, 169-70.

其所擁有的資源、社會地位、政府資訊公開的機制，以及法律諮詢制度的完善程度。如同 Levinson 教授所言，除了這些制度性的因素之外，要求官員依循政治途徑爲了立法的不一致負起責任，也是一種可能的監督機制¹⁰²。

第三目 本文見解

依照本文上述的分析，以下將依序檢討傳統真正溯及和不真正溯及的缺失，再提出一套指向比例原則的審查模型，並指出可能的立法政策以及其他的監督機制。

第一款 駁斥真正溯及和不真正溯及之分

首先，再次回顧真正溯及和不真正溯及的見解。真正溯及是對於過去以終結的法律關係作出改變，原則上違憲。不真正溯及則是國家對於法律秩序的向後調整，原則上合憲。真正溯及立法除了符合下列要件之外，原則上不予許可：(1) 人民已預見法規將有所變更者、(2) 現行法規有紊亂之處，而立法者爲消除此一不確定者、(3) 現行法違憲，而立法者制定新法予以填補者、(4) 溯及法律之負擔輕微者、(5) 溯及係爲重大公益考量。關於不真正溯及之立法，由於人民無法期待法秩序永久施行，以及尊重此處立法者調整法秩序以因應社會變動之理由，原則上應予許可。若人民信賴利益大於公益，而立法者未設適當過渡條款或予以適度補償者，始例外地宣告其違憲。

此一模型的問題，可以分作個別判準和整體缺失兩個面向觀察之。於個別判準部份，此一模型宣稱如果現行法規紊亂不清、或是現行法有違憲之虞，則容許立法者得事後制定新法予以釐清或填補之。然而，如同前文所述，若現行法規紊亂不清，又怎能事後要求人民遵守其當初無法預見之法律。另外，法律違憲與否，

¹⁰² Levinson, *supra* note 17, at 549.

經常存有重大的憲政爭議；如果連大法官都對此一問題相持不下的話，又怎能要求一般民眾自行判斷法律是否違憲。

如果本文已經成功駁斥真正溯及的部分判準(即上述的(2)和(3))，那麼綜合觀察剩餘的判準(真正溯及的(1)(4)(5)以及不真正溯及的衡量)，則不難發現此一模型的整體缺失何在。如果將所謂的「人民已預見法規將有所變更」視作比例原則下的期待可能性，那麼不管是真正溯及下的「溯及法律之負擔輕微」、「溯及係為重大公益考量」，或者是不真正溯及下的「尊重此處立法者調整法秩序以因應社會變動，但於信賴利益大於公益時，須設過渡條款或予以適度補償」，都只說明了一件事情：**真正溯及和不真正溯及的模型沒有提供任何實質判準，最後還是要回到比例原則，對公私益作出衡量。**法律究係真正溯及抑或不真正溯及，並不是問題的關鍵¹⁰³；重點是法律變動對於人民權益的影響程度，以及國家是否有足夠的公益考量，來正當化此一影響¹⁰⁴。

第二款 指向比例原則的分析

基於真正溯及和不真正溯及模型和比例原則之間的親和性，本文認為可將此模型整合至比例原則當中，而對比例原則具有下述啟發：

¹⁰³ 更不用提我國學界長期對於「真正溯及」和「不真正溯及」在概念和用語上的爭執。以及執著在「不」真正溯及於語義上含有「其實不是溯及」的意涵，而引發種種的爭辯和匪夷所思的推導：例如認為不真正溯及並非溯及樣態，只是新法對於過去事實的回溯連結，黃茂榮，前揭註 12 文，頁 32-33、李建良，〈法律的溯及既往與信賴保護原則〉，台灣本土法學雜誌第 24 期，頁 81 (2001)、蔡宗珍，〈退休公務人員公保養老給付金額優惠存款措施之變動和信賴保護之爭議〉，發表於第七屆行政法實務與理論研討會，頁 193-194 (2007)；認為不真正溯及的概念會使國家機關理直氣壯地認為自己可以制定或執行不真正溯及之規定，楊仁壽、王和雄，釋字第六〇五號解釋部份不同意見書、黃茂榮，前揭註 12 文，頁 33；認為不真正溯及既然不是溯及既往，立法者何需制定過渡條款以保障信賴，許玉秀，釋字第五七七號解釋協同意見書(但是如同本文第一章所述，許大法官之所以有此意見，只是因為其認知的不真正溯及，並不是多數意見所認知的那個不真正溯及)。

¹⁰⁴ 就人民過去行為溯及課予一百萬的罰鍰，或是就人民持續性行為不真正溯及地課予一百萬的負擔，對於人民影響程度而言，可能無甚差別。就算進一步將溯及既往對於法安定性或交易市場造成的成本納入考量，也很難論斷對於人民過去行為溯及課予一百萬的罰鍰，就一定比國家向後課予人民一百萬、兩百萬甚或一千萬的處分來得嚴重。影響多大、嚴不嚴重、允不允許，這本來就是比例原則所要處理的事情，也是比例原則可以處理的情形。

考量真正溯及與不真正溯及對於人民權益侵害程度有所不同，對法安定要求之破壞亦有高低之別，司法者在審查此兩種情形之法律變動時，在**審查密度**應有所區別¹⁰⁵。準此，上述容許真正溯及既往立法之例外要件中，毋寧應嚴格要求立法者確切說明該當何等要件，否則**原則上此種立法即屬違憲**。縱使真正溯及果真符合要件並且例外獲得容許，由於真正溯及立法侵害人民權益甚鉅，故國家亦無要求人民自行判斷法律合憲與否與法律是否會事後變動問題之正當性；亦即，**某種程度上人民仍有信賴利益存在**，而就此一利益國家即不能無視之¹⁰⁶。準此，立法者仍宜制定過渡條款或予以適當補償，以緩和真正溯及之衝擊性。**至於過渡條款之長短與如何之補償方屬適當，在真正溯及中應給予較多保障，在不真正溯及中則相對減少之，俾使立法者調整目的得以達成**。最後，在不真正溯及之情形中，人民甚難成功主張此種法規變動違憲，此時**毋寧維持整體不真正溯及法規之效力，而交由個別行政機關或司法機關，考量個案當事人是否有特別值得保護之情形而予以保護**，惟此種個別判斷，則非屬法規變動之合憲性審查所應考量因素，應予敘明¹⁰⁷。

在進入細部的審查模型設計之前，必須再度重申一件事：既然受到憲法明文保障的權利，都有可能因為公益因素而受到限制，那麼就算是既得權或是合法期待，亦無置身事外的道理。再者，如同本文所述，在更進一步細緻化信賴和公益之間在各個法律領域的衡量過程當中，關鍵在於**舉證責任**¹⁰⁸和**風險的分擔**¹⁰⁹。準

¹⁰⁵ 相似見解，陳新民教授認為刑法不溯及原則、真正溯及既往和不真正溯及構成了「三階論」，毋寧提示了立法者應注意之指標。請參照陳新民，〈法治國家理念的靈魂-論法律溯及既往的概念、界限與過渡條款的問題〉，李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務(二)》，頁 64-65 (2000)。

¹⁰⁶ 相似見解，陳愛娥，前揭註 8 文，頁 42-43。

¹⁰⁷ 就此種對於不真正溯及立法先給予抽象司法審查、再具體考量個案情形給予人民保護的模型，可參閱拙著，前揭註 4 文，頁 22。

¹⁰⁸ 於溯及立法的脈絡當中，違憲審查係採職權調查主義，故此處之舉證責任，當指客觀舉證責任而言，而不包括主觀舉證責任。

¹⁰⁹ 一般而言，除了財產權限制已經構成特別犧牲的程度之外，否則國家對於基本權的限制並無補償的必要。然而於溯及性立法的層次當中，何以本文主張國家雖不能證明人民違法意識，但基於急迫公益需求而溯及既往時，國家仍應予以補償？主要的考量即在於：人民行為時並無後續種種的法律限制，若其對現行法律並無推導出違法的空間，而人民對於事後的管制亦無預見可能性時，那麼此時嗣後以公益為名而賦予人民溯及既往的不利益，侵害的程度已類似特別犧牲；少數人民原先正當的行為，毋庸獨自負擔溯及的不利益，而應平均由全體人民分攤之。

此，設計各該法律領域的違憲審查模型如下。

就刑法而言，基於罪刑法定主義之要求，溯及對於人民過去的行爲課予刑事責任，係屬當然違憲。然而，如同本文第二章所示，純粹的單面主義在現實當中並不存在。因此，如果國家能夠證明人民於行爲時故意利用刑法體系的漏洞，且明知該行爲違反倫理要求，對於其行爲應該擔負的法律效果亦有大概的認識，那麼就此行爲，國家仍然得以溯及課予刑事責任之。

就公法領域而言，國家和人民之間存有上下隸屬關係，此一隸屬關係衍生出一個基本的道德義務；亦即，**若人民無法預見政府的管制動機，那麼政府不能單方地要求人民獨自負擔管制的後果**。準此，則會發展出以下的審查模型。在行政罰或不利負擔的部份，原則上不得溯及，例外是：(一)國家能證明人民有意利用法律漏洞，則可溯及處罰，且不需補償；(二)國家雖不能證明人民違法意識，但基於急迫公益需求，非溯及不能達成目的，則亦可使法律發生溯及的效果，但是人民如果能成功舉證其既得權或成熟的合法期待利益受到損害，那麼國家應予補償；亦即，將溯及造成的成本，分散由社會大眾負擔之。人民是否有意利用法律漏洞，在違憲審查層次，應取向平均人概念作一般性的界定；在個案審理當中，則視個案情形而定。

另外，行政法若非關裁罰或不利負擔，而屬法律關係的調整；那麼基於調整彈性的需求，立法者得選擇真正溯及、不真正溯及、分段適用，或完全向後生效任一途徑。然而，手段的抉擇和目的達成之間，仍然必須具備關聯性，且必須選擇最小侵害手段；人民若能證明無可歸責於己的違法情事，而國家只是依公益需求而溯及地給予負擔，那麼對於人民也應該補償之。若無涉上述基本要求，那麼就只是單純政策變遷的問題；人民若對政府之調整有所不滿，只能藉由民主選舉程序以選票反應之。

在私法領域當中，應區分一般人格權和財產權討論之。立法者不得侵害人格發展自由，尤其在涉及自主決定的人性尊嚴部份，應該給予嚴格審查。就財產權部份，憲法層面的關心是國家不得過度侵害人民之財產權。換言之，立法者雖然

對於財產權具有制度性設計的形塑空間，但是仍應制定過渡條款或明定生效期日；一旦侵害幅度過大而構成特別犧牲，仍須就人民財產權的損失給予補償。如果立法規定只是對於人民財產權行使的合理限制，則無需給予補償¹¹⁰。在私法關係中，溯及性的立法對於一方有利，同時也就是給予另一方不利，而損及其對舊法之信賴利益；因此並沒有所謂「有利者溯及，不利者不得溯及」的適用。國家

¹¹⁰ 就此，則可以民法第 739-1 條和第 756-3 條為例，說明如何認定究係財產權的合理限制或者已經構成特別犧牲。就保證部分，民法第 739-1 條規定：「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄」；民法債編施行法第 33 條則規定：「修正之民法第七百三十九條之一之規定，於民法債編修正施行前成立之保證，亦適用之」。立法者顯然欲使民法第 739-1 條之規定發生真正溯及之效力。就人事保證部份，民法新增第二十四節之一章以茲規範；民法債編施行法則規定：「新增第二十四節之一之規定，除第七百五十六條之二第二項外，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之」，亦有意使其溯及生效。

針對立法者明示溯及的規範，最高法院則以決議方式限縮之。就保證之規定，最高法院 94 年第 5 次民事庭會議決議認為：「惟倘債權人係於民法債編修正施行前依上開約定允許主債務人延期清償者，其依原來法律之規定，正當信賴其約定為有效而生之利益，應予保障。且保證人依原來法律之規定既仍應負保證責任，亦不能因上開修正規定之施行，而使其保證責任溯及的歸於消滅。為維持法秩序之安定，並符信賴保護原則，保證人自不得援引上開修正規定，謂其不負保證責任」。就人事保證部份，最高法院 95 年第 3 次民事庭會議決議則針對民法第 756 之 3 條之規定，認為：「人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。民國八十八年四月二十一日修正公布，八十九年五月五日施行之民法第七百五十六條之三第一項、第三項定有明文。上開規定，依民法債編施行法第三十五條規定，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。惟於民法債編修正施行前成立之人事保證，當事人正當信賴其約定為有效而生之利益，仍應予以適當之保障；故在修正施行前，如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。是民法債編修正施行前成立之人事保證，其約定之保證期間逾三年，而至民法債編修正施行之日成立已滿三年但尚未屆期；或未定期間，而於民法債編修正施行之日成立已滿三年者，均應認至民法債編修正施行之日，契約始失其效力」。

姑且不論民法債編施行法第 33 條和 35 條明示溯及既往之正當性如何，最高法院明白違背立法者對於時間效力的安排，**顯然違反權力分立原則**；最高法院若對民法溯及有所疑慮，當循釋憲途徑補救之，否則只能依照立法者的指示將保證和人事保證諸規定溯及適用。

當然，立法者就保證和人事保證之規定溯及適用，未必不能從違憲審查的角度檢討之；而依本文之見解，當循比例原則作為審查之模型。首先**就保證規定溯及部分**，民法第 739-1 條之規範目的，係針對當時社會上甚多契約均要求保證人預先拋棄民法保障之權利，立法者為避免此種不公平之現象，乃增訂此條規定，其目的洵屬正當；就手段而言，本條規定若不溯及適用，則無法達到矯正當時此種不公平現象之目的，尤其就民法規定不得預先拋棄之權利，本屬民法業已明文之規定，即便當時未有強制性，亦非不得從法規目的和衡平誠信之觀點推導出同樣的結論，更何況立法規定並非溯及免除保證人之債務，而只是使其保有依法律本得主張之權利，故溯及之手段和目的之間並未逾越必要之程度，僅係對財產權使用之合理限制。

然而，**就人事保證章之規定**，係於民國八十八年債編修正之後始出現的全新章節，在此之前，債權人對於嗣後出現的規範，可謂全無預見的餘地；再以民法 756-3 條為例，其規定人事保證期間不得逾三年，並溯及適用之，則過去訂立之人事保證契約一旦超過三年之期，將使債權人全無求償之可能，而構成特別犧牲，應予補償。此處就達成目的之手段，顯然還有斟酌考量之必要，例如：「是民法債編修正施行前成立之人事保證，應解為定有期間而於修正施行後殘餘期間未逾三年者，依其約定，逾三年者，縮短為三年；至未定期間者，則自修正施行之日起，其有效期間為三年」（最高法院 95 年第 3 次民事庭會議乙說），當可供作立法者作為參考。

應當保有介入調整私人契約之權力¹¹¹；私人市場若對國家政策變遷有所疑慮，則可尋求保險機制分擔風險之。

於上述的分析當中，可見多數民意和具備經濟實力的團體，得藉由選票或遊說等方法，左右立法者是否溯及、如何溯及。就此，如果溯及既往立法侵害的是少數弱勢團體的既得權和合法期待，違憲審查則應提高審查標準，為其權益把關，避免成為多數暴力下的犧牲品。

另外，既得權和合法期待雖然可以限制，但是相較於一般基本權而言，於既得權和合法期待層面上，還多了一層法安定性的考量，此一考量將會提高違憲審查標準，而要求國家須具備更為強烈的公益需求，始可正當化其管制措施。

最後，不論既得權或合法期待，其皆係依據原本有效的法律而舉措，其地位究與一般權利行使有所不同。立法者若漏未考量「人民依舊法規預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能」等因素，而沒有設定適當的過渡條款或補償措施來保障既得權和已符上述要件的合法期待權¹¹²，則可認定係屬立法怠惰¹¹³，而予違憲宣告¹¹⁴。如果大法官畏

¹¹¹ 就此，則係出自於基本權客觀面向之考量，可參 Christian Starck (李建良譯)，〈「基本權利之保護義務」〉，政大法學評論，第五十八期 (1997)；許宗力，〈「基本權的功能與司法審查」〉，國家科學委員會彙刊：人文及社會科學，第六卷第一期 (1996)；李震山，〈「基本權利之衝突」〉，月旦法學雜誌，第 1 期；李建良，〈「基本權利與國家保護義務」〉，收錄於憲法理論與實踐 (二) (2000)；陳愛娥，〈「憲法對未出生胎兒的保護—作為基本權保護義務的一例來觀察」〉，政大法學評論，第五十八期 (1997)；拙著，〈論「基本權保護義務」在我國憲法學上之概念繼受必要性—從德國法與美國法院墮胎判決之比較出發—〉，發表於公法研究論壇，國立台灣大學法律學院公法研究中心主辦 (2008)。

¹¹² 釋字第六〇五號解釋理由書參照。

¹¹³ 明白表態制定過渡條款係屬立法義務者，首推釋字第六二〇號解釋：「任何法規皆非永久不能改變，立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，而為法律之制定、修正或廢止，難免影響人民既存之有利法律地位。對於人民既存之有利法律地位，立法者審酌法律制定、修正或廢止之目的，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。惟如根據信賴保護原則有特別保護之必要者，**立法者即有義務另定特別規定**，以限制新法於生效後之適用範圍，例如**明定過渡條款**，於新法生效施行後，適度排除或延緩新法對之適用，或採取其他合理之補救措施，如**以法律明定新、舊法律應分段適用於同一構成要件事實**等，惟其內容仍應符合比例原則與平等原則。」

¹¹⁴ 是否能以立法機關漏未訂定過渡條款而予以違憲宣告，大法官顯然十分謹慎。於釋字第六二〇號解釋當中，大法官僅指出：「至立法者如應設而未設「限制新法於生效後適用範圍之特別規定」，即過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，而顯然構成法律之漏洞者，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理」。

懼司法過度干涉立法之指摘，仍可退而求其次，僅單純宣告此一修法無效，但不具體指示立法者如何的保障措施的始屬充足；或宣告修法有效，但指示行政機關和下級法院於個案當中，注意人民之信賴利益是否值得保障¹¹⁵。

第三款 預防侵害的立法模型和其他監控機制

違憲審查僅屬事後的救濟，就算提供合理補償，也未必能夠完全填補人民的損害；準此，提出預防侵害的立法模型和其他事前的監控機制，即屬迫切的任務。

在眾多的立法模式當中，首先可以排除的，當屬除外規定的立法模式。此種模式不分修法之後經過多少時間，而直接指示修法前之事實狀態應該適用舊法時期的規定，不受新法影響¹¹⁶。此種模式於修法初期，對於既得權之保障固然優厚；然而，隨著時間推移，在新法秩序已實行多年並且已臻穩固時，若再毫無保留地允許舊法時期事件當然適用舊法，反而有害法安定性，此於私法人格權領域尤然。蓋於此種領域當中，多半沒有消滅時效的規定，則除外條款之缺陷，會更加地凸顯。司法院大法官第六六八號解釋之見解，亦同斯旨¹¹⁷。

另外，所謂的「實體從舊、程序從新」，只是一種推定、一種預設的法律適用規則。如同許玉秀大法官於釋字第六二九號解釋當中所示：「程序之所以從新，是因為程序是處理問題的途徑，如果有一個比較好走的路、比較近的路，當然不該走既遠又耗費力氣的崎嶇之路，例如送達方法，如果已經可以用汽車，為什麼要堅持用馬車？例如已經有錄影設備，為什麼要說法律不溯既往，所以現在正在進行的案件不可以使用？但是，**程序權利當中所有涉及攻擊防禦的設計，都有可**

亦即，目前僅考慮以漏洞補充之方式制定合理過渡條款，未必能夠得出違憲的結論。

¹¹⁵ 同前註，釋字第六二〇號解釋顯然僅採取介入程度最低的方法。

¹¹⁶ 例如，民法繼承編施行法第 8 條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人」。

¹¹⁷ 司法院大法官第六六八號解釋：「繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。惟民法繼承編施行於臺灣已逾六十四年，**為避免民法繼承編施行前開始之繼承關係久懸不決，有礙民法繼承法秩序之安定**，凡繼承開始於民法繼承編施行前，而至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜」。

能成為程序基本權的重要部分，例如言詞審理或書面審理，對訴訟當事人的勝敗往往有重大影響，能夠以一句程序從新，就認為訴訟當事人到法院起訴的時候，程序進行到中途或甚至程序都將近終結，法院還開著通常程序的大門，一覺醒來，突然間變成簡易程序的小門，對當事人的信賴傷害不足掛齒嗎？」，如果程序規定之變更會影響人民實體權益的實現，那麼沒有適用「實體從舊、程序從新」的空間，而應該適用對於溯及既往的不利推定，呈現「影響實體權益的程序規定仍然應該從舊」的樣貌。就此，釋字第五二五號解釋直接宣示「信賴保護僅限於實體法上利益」，則嫌率斷¹¹⁸。

以下進入各別法律領域的立法模式設計。首先，於刑法部分，基於罪刑法定主義之要求，除了極端例外的案例(例如漏未訂立殺人罪)，否則立法沒有真正溯及的空間。至於人民持續性的犯罪行為，若在修法前後均有處罰規定，惟新法之刑責較重，那麼此處除了罪刑法定之外，還包括了充分評價的考量¹¹⁹。準此，不真正溯及的立法模式會造成過度評價，從舊從優或從新從優則會對修法前犯罪行為造成過低評價¹²⁰，因此只有分段適用一途可採¹²¹。

另外，在公法領域當中，係屬國家對人民的關係。準此，在行政罰或不利負擔的部份，基於「政府不能事後單方地要求善意的人民獨自負擔管制」之要求，以及先前的法制錯誤或紊亂，國家應負主要責任之考量，原則上應給予人民優惠，而以「從新從優」或「從舊從優」作為立法模式。但是人民事先若已預見法

¹¹⁸ 姑且不論曾經參與此號解釋作成的吳庚大法官於其專書當中，明示信賴保護僅限於實體法上之利益，本文認為或許存有更加善意的方法來解讀大法官此一宣示。按相較於英國法遲至 2001 年始於 *Coughlan* 案({2001} Q.B. 213)當中，爭論合理期待之保護面向是否及於實體效果，此處似乎可以認為大法官之所以特別強調「使得因信賴而生之實體法上利益受到損害」，係為避免重蹈英國法覆轍，未必表示大法官認為因信賴而生之程序上利益就一概不受保障。

¹¹⁹ 若新法增訂舊法所無的刑責，則溯及既往只有違反罪刑法定的問題，沒有充分評價的問題，蓋違犯當時根本沒有法律可作評價。

¹²⁰ 依本文之見，刑法第 2 條規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律(第一項)」，並不涵蓋持續性犯罪行為跨越新舊法之情形。

¹²¹ 實務見解則可參照最高法院 96 年度第 9 次刑事庭決議：「於刑法修正施行前連續施用毒品部分，應依刑法第二條第一項之規定，適用修正前連續犯之規定論以一罪；刑法修正施行後之多次施用犯行，除符合接續犯之要件外，則應一罪一罰，再就刑法修正施行後之數罪，與修正前依連續犯規定所論之一罪，數罪併罰，合併定其應執行之刑」。

律變遷或故意利用法律的漏洞，則無給予優惠之必要，直接適用新法即可。

準此，中央法規標準法第 18 條規定：「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規」。原則上雖係採取從新從優之規定，惟依其但書規定尚須「新法規未廢除或禁止所聲請之事項」，則較為嚴苛，應考慮擴張除書「依其性質應適用行為時之法規」之認定¹²²。另外，行政罰法第 5 條規定：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。」固然是從新從優的展現，然而人民行為時若故意利用法律的漏洞，則再無給予優惠之必要。準此，本條應添加但書，即「但人民事先已預見法律變遷或故意利用法律的漏洞者，不在此限」。

行政法若非關裁罰或不利負擔，而屬法律關係的調整；那麼基於調整彈性的需求，立法者得選擇真正溯及、不真正溯及，或完全向後生效任一途徑。然而，手段的抉擇和目的達成之間，仍然必須具備關聯性。為了避免國家恣意溯及，於有害人民既得權和合法期待的情形當中，可以考慮強制補償的制度設計，強迫國家事先精算溯及成本，而保障人民權益。

最後，在民事法領域當中，係屬私人對私人之關係，故無所謂「從新從優」或「從舊從優」可言。於此，法律關係可分段評價者，即應採取分段評價之立法

¹²² 依本文之見，根本的解決之道在於刪除除書之規定，使其回歸純粹的「從新從優」為妥。蓋依照目前實務見解對於除書之操作，幾乎所有的法令變遷皆屬「新法規未廢除或禁止之事項」，而使本條完全無法發揮作用。例如針對土石採取開始收取環境保護費一事，最高行政法院 98 年 12 月份第 2 次庭長法官聯席會議即稱：「[由新規定]維護自然環境及強制使用者付費原則[之旨]可知，**不負擔環境維護費之公課而採取土石之情形，顯為立法者基於重大公益之考量，而以新法禁止之事項**，即屬中央法規標準法第 18 條但書所謂『新法規禁止之事項』。故本件申請案件之許可，依中央法規標準法第 18 條規定意旨，不得適用雖較有利於申請人、但已為新法所禁止之土石採取規則（舊法）相關許可規定」。

至於部分學者主張本條規定過於簡單，無法應付人民趁著修法前夕趕搭末班車的風潮，本文則是認為此種情形，直接依本文所提出的模型論證即可：人民已有預見且有故意利用之情事，無需給予保障，似乎無甚特別之處。相關討論可參「法令與行政處分之時間效力」及「信賴保護」研討會(私立東吳大學主辦，2010.5.29)，林昱梅場次的討論。

¹²³，不能分段評價者，則應考慮不真正溯及立法¹²⁴。

第三節 行政法規

第一項 議題的界定

相較於立法而言，行政法規可否溯及的問題則較為單純。於行政法規的脈絡下，行政法規究應如同其權力的來源(亦即，國會之立法授權)一般，受到本文第二節所述種種原則之限制？抑或著重行政機關快速回應社會變遷的特質，而容許彈性溯及調整法律關係的空間？

另外，授權母法的公布日期通常早於行政法規之公布日期，若因信賴保護之考量而要求行政法規之規定必須向後生效、不得溯及，則法律公布日期至行政法規公布日期之間必定產生一段空白的期間，如何因應，頗費思量。再者，若承認行政法規時間效力可與授權母法不相一致，則無異承認行政機關得藉由行政法規之新訂、修正或廢棄，而實質更改了立法者對於時間效力的決定，無疑對於權力分立原則形成破棄。凡此，均有更進一步討論之必要。

美國法此處的討論，當具啓發的空間。與我國行政程序法不同，美國行政程序法(APA)明文規定行政法規僅具未來的法效性(future effect)。就此規定，則有兩種不同的看法：有主張應該嚴格遵守者，如 Scalia 大法官；多數的見解則認為

¹²³ 例如民法債編施行法第 29 條之規定：「民法債編修正施行前成立之旅遊，其未終了部分自修正施行之日起，適用修正之民法債編關於旅遊之規定」。另外，非屬立法論，而係解釋論的最高法院 19 年上字第 872 號判例，認為：「現定年利不得超過百分之二十，自民國十六年八月一日起實行，在是年八月一日以前，債務人已經依約給付之利息，雖超過現定利率，當然不溯及既往，如債務人應清償之利息，在是年八月一日以後尚未清償者，仍應遵照現定利率計算，亦不得滾利作本」，則是有別於原本分段適用的模型，而樹立了另外一套獨樹一幟的標準。就此，本判例認為已依約給付之利息，現行規定不得溯及適用之，當係出於法安定性的要求；準此，此見解大體上還是偏向「法院受理案件，必須依據現行有效法律裁判過去事實」之看法。

¹²⁴ 例如民法債編施行法第 23 條之規定：「修正之民法第四百二十二條之一之規定，於民法債編修正施行前租用基地建築房屋者，亦適用之」。

不能嚴格地適用本條規定，否則將會過於僵化。此處的爭論，將有助於了解行政法規溯及之優缺點。茲就美國法發展梗概簡介如下，並作分析。

第二項 美國聯邦最高法院對於行政法規一致性的裁判概觀

第一目 概說

所謂溯及性的行政法規制定程序(retroactive rulemaking)，係指行政機構以制定法規之方式採納新政策，而將其適用於先前已終結之行爲。此種溯及性的法規是否合法有效，即牽涉一致性和人民合法期待之問題。一般而言，行政機構並無公布溯及性行政法規的權力¹²⁵。

於 *Daughters of Miriam Center for the Aged v. Mathews* 案中，可以窺見巡迴法院之態度¹²⁶。健康教育福利部(Department of Health, Education, and Welfare, HEW)針對允許私立療養院使用加速折舊來決定醫療保險補償總額之政策缺失，以溯及既往之方式提出補救，但是法院卻宣告此一政策變遷係屬無效。茲將本案涉及爭議簡述如下。

HEW 於 1967 年制定規則，允許療養院得選擇以直線折舊或加速折舊的方式，以決定醫療保險補償總額。但這卻產生了法律漏洞：療養院得在運作初期採行加速折舊，而取回大部分的投資成本；在運作晚期則退出醫療保險，提供商業服務，並獲取大量的利潤。

1970 年時，HEW 修正規則，規定新設施不得使用加速折舊；另外，若療養院退出醫療保險，或其保險病患人數大幅滑落，HEW 得收回 1970 年之後加速折舊多於直線折舊的超額。1972 年，HEW 的 *Provider Reimbursement Manual* 修正，使上述規定得適用於 1970 年以前。

¹²⁵ 2 Am. Jur. 2d, Administrative Law, Sec. 236.

¹²⁶ *Daughters of Miriam Ctr. for the Aged v. Mathews*, 590 F.2d 1250 (3d Cir. 1978).

Daughters of Miriam Center 之病患大幅滑落，HEW 因此對其適用新規則。法院撤銷 HEW 之行爲，並強調 HEW 的新規則適用在自動退出的情形時可能還算合理，但是本案中 Daughters of Miriam Center 的病患人數係屬被動性地滑落，那麼對其適用新規則，並無正當性。

法院並認爲：如同本案一般，於溯及既往之案例中，最重要的問題是：如果系爭規則從一開始即有適用的話，當事人是否還會作相同之舉措和選擇？亦即，如果 Daughters of Miriam Center 於 1967 年加入保險時即受告知，而知悉現行規則適用之後的效果，那麼毫無疑問地，Daughters of Miriam Center 將會選擇採用直線折舊的方式，而非加速折舊¹²⁷。

第二目 最高法院歷來之重要見解

第一款 反對溯及性法規之案例

此處以 *Bowen* 案爲代表性案例¹²⁸。最高法院認爲雖然 Health and Human Services (HHS) 有權從事法規制定，但無權公布溯及性法令。法院有兩項立論之處：法律不喜溯及既往，以及醫療法(Medical Act)之立法背景顯示 HHS 僅能公布向後生效之法規命令。

HHS 就醫療保險對於醫院的補償總額作出限制，並使用平均薪資指數作爲計算標準。1981 年時，HHS 發布規則，規定於計算指數時，不考量聯邦醫院之薪資。1983 年時，D.C. Circuit 以欠缺 APA 所要求的預告暨評論程序爲由，宣告此一規則無效；HHS 於 1984 年以適當之法規制定程序重新公佈規則，重申 1981 年規則之旨，並認其具有溯及的效力(但因爲此時國會也修正法律，故此規則僅溯及適用至 1981 年至 1982 年間)。數間因爲 1981 年規則的撤銷而獲益的醫院提

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Supra* note 50.

出訴訟，主張此一溯及既往並不合法。法院判決如下：

社會安全法(Title XVIII of the Social Security Act)和醫療法(Medicare Act)規定：政府應補償健康服務提供者，而國會授權 HHS 得以規則來制定補償上限。系爭案件問題在於：HHS 究竟得否「溯及地」規定補償上限？由於行政機構制定法規之權限來自於國會的授權，因此本案中主要問題即在於：Medicare Act 有無授權 HHS 制定溯及法規？

法律並不歡迎溯及既往之規定。除非用語上明確表示溯及，否則法院不會將法律和行政規則解釋為具有溯及既往效力；授權規定亦同斯旨。HHS 主張：Medicare Act 授權其於特殊情況下，得規定溯及既往規則。

然而法院認為，雖然表面上法律似乎授權規定溯及既往規則，但是事實上，法院認為 Medicare Act 僅授權 HHS 以個案方式調整之。亦即，法律之架構和用語，係要求採取個案行政裁決的方式溯及既往調整，而非授權其制定法規。立法過程當中，國會委員會亦明示禁止溯及既往之意，以使服務提供者得以免除政府不補助其開銷之風險。

HHS 主張：本案若不溯及適用的話，國會立法意旨和行政目的，將無法得到落實，並主張原本被宣告無效的規則，已對人民產生通知作用；因此，其信賴應小於溯及既往之公益。但是法院認為本案情形並非如此，就此主張無須做出任何決定；蓋法院認為就 Medicare Act 本身的解釋，已足以得出禁止訂立溯及既往規定之結論¹²⁹。

Scalia 大法官提出協同意見，表示其同意 D.C. Circuit 之看法；亦即，本案依照 APA 之規定即可解決。茲說明如下。

依照 APA 對於法規之定義，規則僅具未來的法效性(future effect)，否則將難以和命令(order)作區別，而破壞了 APA 對於法規和行政裁決的區分。行政裁決之所以會兼有過去和未來的法效性，是因為未來的行政裁決不能於沒有正當理由的情況下，悖離過去行政裁決所宣示的原則。但是在 APA 明確的定義之下，行

¹²⁹ *Supra* note 50, at 469-75.

政法規別無他解，僅能向將來發生效力。且所謂向將來發生效力，係指在未來操作適用上發生效力，而不是指未來的生效日期而已。

另外，依據 1947 年所公布的官方解釋(AG's Manual)，本案當中政府之主張，亦不符合解釋之規定。AG's Manual 規定：不論是對一般特定人或對特定個人所適用，規則必須向未來生效，執行或規定未來的法律。整部 APA 植基在法規制定和行政裁決的區分之上。不論是個人或團體的適用，法規制定均係對將來的行為作出規範；法規制定本質上屬於立法，不僅是因為其向後生效，更是因為其主要涉及政策考量，相反地，行政裁決則係關於現在或過去的權利義務決定。

「向將來生效」一詞並不排除行政機構於合法授權的情況下，以規定未來規則之方式處理先前的行為。這並不是溯及既往，蓋所謂的溯及既往，係變動過去行為在過去的法律效果，而與所謂的「附帶溯及(secondary retroactivity)」有所不同。當然，向將來生效的規則仍會影響過去的交易行為，但是不會因為這個理由，就認為此種規則不符合 APA 對於規則之定義。

「附帶溯及」若不合理，仍有可能被認為係屬專橫、恣意，而被宣告無效。但是就「合理」一詞，則不得擴張解讀。系爭中，即使被告係信賴先前的規則而長期勞務和給付契約之磋商，並受契約拘束，但是政府毫無疑問地可以在未來的關係中，對被告適用新的平均薪資指數；但若政府係將薪資指數適用於先前規則仍屬有效的時期，則是溯及既往形成法律秩序，而不符合 APA 之規定。

最後，Scalia 大法官再次強調本案無關乎溯及既往法規合理與否，而是行政法規是否符合 APA 架構之問題¹³⁰。

第二款 支持溯及性法規之案例

雖然 Scalia 大法官於 *Bowen* 案斬釘截鐵地表示 APA 的架構本身並不容許真正溯及既往之行政法規，但是最高法院在 *Bowen* 案之前，仍不乏支持溯及性法

¹³⁰ *Id.* at 475-80.

規制定的先例。於 *Addison* 案中，法院認為允許給付低於最低工資的法規命令，有違公平勞工標準法的規定(Fair Labor Standards Act)，並將案件發回地方法院等候法令之修正。法院認為溯及既往不受法律喜愛，但是溯及適用修正之後的規定，更為公平。另外，縱使本案中法律並未授權行政機構從事溯及性法規制定，法院仍然要求溯及適用修正後的新規定¹³¹。

另外一個支持溯及既往法令的判決是 *Bradley* 案，允許給予在廢除學校種族隔離案件中的律師費用，即便這些費用大部分都是發生在法律生效之前。法院援引 *Thorpe* 案的見解，認為只要不會造成明顯的不公平(manifest injustice)，法院應該適用處理案件時有效的現行法律。至於所謂明顯的不公平，係指實質地使人民處境艱辛，亦即針對變動人民既存(vested)或已成熟(matured)的權利而言¹³²。

第三款 小結

於 *Bowen* 案當中，法院明確指出：行政機構公布法令之權，受限於國會授權之範圍，係屬自明之理，而溯及既往不為法律所喜。除非立法明文規定，否則立法和法規命令皆不得解釋為具有溯及效力；相同地，除非國會明文授權要求，否則不應認為行政機構獲得公布溯及法令之權力。

本案特別之處，在於法院不去解釋法規和溯及適用本身妥當與否，而係檢視國會法律有無授權行政機構從事溯及性法規制定。藉由此種論述，法院得以忽略過往因為公益需求而贊同溯及既往之先例，而集中焦點在那些否定溯及既往之判決身上。儘管國會並不禁止溯及既往之法規命令，法院卻要求溯及性法令必須獲得國會的明示授權¹³³。

另外，於溯及性法規係出自於良好的政策目的，且不會造成不公平的案件之中，溯及適用法規之舉有何不妥之處？既然本案當中，醫院原本以為 1981 年的

¹³¹ 322 U.S. 607 (1944).

¹³² *Supra* note 44.

¹³³ *Pixley, supra* note 41, at 276-77.

規則會被維持而已有心理準備，那麼 1984 年時，將相同內容的規則溯及適用，並無公平上的疑慮¹³⁴。

雖然 *Bowen* 和 *Bradley* 案皆係針對行政法規而做成的判決，但是嗣後最高法院卻是在針對溯及立法的 *Landgraf* 案當中處理兩者見解之歧異。相同地，在審理溯及性行政解釋的案件當中，法院亦對 *Bowen* 案所示規則有所回應。於 *Smiley v. Citybank* 一案當中，被告主張行政機構溯及適用其解釋，並不符合 *Bowen* 案所建立之要求。法院認為，被告之主張也許在行政機構推翻先前解釋的情形還說得過去，但是本案卻無此種情形；而法院在處理此種交易當時並無明確行政準則的案件之中，卻不能對現存的行政見解視而不見、棄而不用¹³⁵。準此，儘管各個指標判例處理之標的類型未盡相同，但其就溯及既往問題所示之大原則，仍然在溯及立法、溯及行政法規以及溯及行政解釋等各種案例類型之中，受到法院的廣泛援用。

第三項 分析

第一目 美國實務見解產生的問題

依據 APA 之規定，行政機構的立法權限，具有與國會立法相同的法律效力¹³⁶，而立法本應向後生效適用；基於法規制定的新穎性以及難以預料的性質，法院的審查通常較為嚴格¹³⁷。另外，由於國會通常會給予行政機構形塑規範的空間，此時人民除了行政法規，別無其他對象可以作為行為的準據。當法規存在時，人民有義務知悉；但是當法規不存在時，則不能強求人民預測管制未來之動向。然而，現行的實務見解過於忽略溯及既往之優點。更加精緻的分析，理應評估人

¹³⁴ STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUSTEIN, MATTHEW L. SPITZER, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, at 636 (5th, 2002).

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ 5 U.S.C. § 551 (1988).

¹³⁷ *See generally* RICHARD J. PIERCE, JR., ET. AL., ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, at 308 (1992).

民信賴的合理性以及國會的意圖，後者時有可能證立行政法規溯及之正當性¹³⁸。

Bowen 案之見解，雖係爲了法律適用的公平以及避免過於爲難人民，但是仍不免造成下列問題。首先，溯及性法令有其優點，譬如能夠避免對特定當事人造成不公平，或是更能維持公眾健康或安全目的。另外，相較於司法審查對於溯及性行政解釋之尊重(詳後述)，針對溯及性法令如此強烈地要求，可能促使行政機構使用行政裁決來達成溯及既往之目的，並規避預告暨評論程序等程序要求。

質言之，APA 文義禁止溯及法規制定，實在太過嚴格。法規制定之所以不同於立法，是因爲憲法通常不會強制立法履行特定任務，但是法律對於法規制定的要求則不然。準此，如果行政裁決於符合立法目的時可得溯及之推論可以成立的話，那麼法規制定基於相同的理由，有時亦應承認溯及既往係屬合法¹³⁹。

法院顯然有意避免 *Bradley* 案遭受 *Bowen* 案廢棄的命運，而轉向區分實體權和程序權的傳統途徑：*Bowen* 案之判準僅適用於系爭案件牽涉實體權利，*Bradley* 案則處理影響程序權或救濟權的案件。雖然上述判決可以共生並存，但是實務更常依賴 *Bennett* 案來賦予實質權利更廣泛的定義¹⁴⁰。*Bennett* 案中，教育部有意將教育法 Title I 於 1978 年之修正條文，溯及適用於 1970 至 1972 年間，以處理 Title I 的基金是否遭到濫用的問題。法院反對溯及適用，蓋溯及既往有害人民對於修正前規定的穩固期待和信賴利益。此見解與 *Bradley* 案並無違背，蓋 *Bradley* 案於牽涉既得權時，並不適用¹⁴¹。但之後的實務見解認爲只要是條文修正，即涉及實質權利，不用再考慮系爭規定對於當事人之影響爲何¹⁴²。此種對於實質權利擴大認定的見解，使法院略過檢視人民對於既存規範的信賴程度，也忽略了管制需求有時候也能正當化溯及既往的適用。

另外，*Bowen* 案採取「立法並未授權行政機構從事溯及既往法規制定」的論

¹³⁸ Pixley, *supra* note 41, at 260.

¹³⁹ Abner S. Greene, *Adjudicative Retroactivity in Administrative Law*, 1991 Sup. Ct. Rev. 261, at 281 (1991).

¹⁴⁰ See Rose Mary Wummel, Note, *Escaping the Dead Hand of the Past: The Need for Retroactive Application of the Civil Rights Act of 1991*, 19 J. of Legis., 223, 243-45 (1993).

¹⁴¹ 470 U.S. 632, at 638-40(1985).

¹⁴² Wummel, *supra* note 140, at 245.

述途徑，有所不妥。國會沒有授權制訂溯及性法令，並不代表國會否認行政機構得從事溯及法規制定，尤其是法令溯及有助於達成立法目的時，更是如此¹⁴³。

面對立法明示溯及的案件，法院採用最為寬鬆、幾乎所有法律都能通過的審查標準¹⁴⁴。這顯示溯及既往未必為憲法所禁止。因此，正當法律程序的要求，無法說明法院為何一方面極度尊重溯及性行政解釋，另一方面為何於立法並未明示其目的時，又嚴厲禁止行政機構採用溯及法規制定的方式。

雖然避免溯及既往，是一項值得稱許的原則，但仍須考量立法目的究竟為何。*Bowen* 案毋寧係要求國會能夠預見日後所有的管制需求，而事前允許或否准行政機構得否進行溯及性法規制定。國會對於溯及一事雖然未置可否，但並不表示國會認為法規只能向後生效適用¹⁴⁵。

第二目 更為細緻的分析方法

針對溯及既往的法規制定，司法若僅審查管制需求，以及溯及既往對人民所造成的負擔，並不充足。蓋依 *Bowen* 案和 *Bradley* 案所示，尚須審查立法目的，方屬妥當¹⁴⁶。就此，本文認為 Pixley 教授之分析，已足夠為溯及行政法規提供一套穩固的審查模型。

若法律用語明示立法目的可以藉由行政法規之溯及既往來達成，則法院應審查溯及既往是否有損人民的期待(特別是有無預告通知、是否損及弱勢少數群體之既得權或特別值得保護的利益)。就此，人民須負舉證責任。一旦人民成功證明，法院則須審查溯及既往之目的究係為公益矯正(remediation of health or safety hazards)，抑或僅係出自於經濟性目的。若屬前者，應該適用 *Bradley* 案之判準，

¹⁴³ *But see* William N. Eskridge, *Public Values in Statutory Interpretation*, 137 U. Pa. L. Rev. 1007, 1028-30 (1989).

¹⁴⁴ *Supra* note 37 ("But that burden is met simply by showing that the retroactive application of the legislation is itself justified by a rational legislative purpose.").

¹⁴⁵ Pixley, *supra* note 41, at 285-86.

¹⁴⁶ *Id.* at 286.

僅於造成「明顯不公平」時，溯及法令始屬無效；若屬後者，溯及法令則不享有上述有利推定。

如果法律用語並未明示，而溯及既往或向後生效，皆可達成立法目的，則應該推定法令僅具向後生效的效力。行政機構必須舉證其並無明顯偏見。若行政機構舉證成功，法院之態度則轉向贊同溯及既往，人民必須負起說服法院不應允許溯及既往之義務。即便人民未能成功說服法院，法院仍須檢視溯及既往之管制目的，僅於為了落實管制需求、避免人民利用管制漏洞，或是對於人民之損害並不嚴重時，始能允許溯及性法令。

最後，若向後生效本身即可達成立法目的，行政機構則不得以管制需求為由，來正當化溯及性法令¹⁴⁷。

由於上述審查仍然要求：僅於為了達成立法目的時，溯及性法令始有必要性，因此並不會造成行政機構大量使用溯及性法令的疑慮。另外，溯及性法規制定和溯及性行政解釋雖非完全相同，但仍存有共通之處。在此司法審查需要講求一致性，以免行政機構規避法規制定程序¹⁴⁸。

第三目 本文見解

Pixley 的模型，大致上符合本文先前提出的兩個考量：舉證責任和風險分擔；但是仍有需要微調之處。首先，在立法明示可以行政法規可以溯及情況下，雖然溯及目的係為公益矯正，而僅於「明顯不公平」時溯及法令始屬無效，但是這並不代表溯及的不利益就應該由少數人民負擔；就此，對於人民因信賴先前法規而造成的損失，國家仍應予補償。其次，在立法並未明示可以溯及的情況下，法院必須檢視溯及既往之管制目的，僅於避免人民故意利用管制漏洞，或是對於人民之損害並不嚴重時，始能允許溯及性法令；單純為了落實管制需求，並不能

¹⁴⁷ *Id.* at 286-88.

¹⁴⁸ *Id.* at 288.

獨立作為正當化的理由。

另外，行政法規原則上應自公布日起生效¹⁴⁹，但是行政法規若為補充授權母法之構成要件，為了避免授權母法與行政法規之間產生空白時期，行政法規之規定應自授權母法施行之日起發生效力。然此非謂人民之信賴便不受保護，凡行政法規之規定(不論實體規定或程序規定)非人民可得預見且嗣後使人民實質上地位更加不利者，在個案當中即無溯及適用之空間¹⁵⁰。

¹⁴⁹ 中央法規標準法第 13 條規定：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力」。同法第 14 條規定：「法規特定有施行日期，或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力」，則屬例外。例如，大學法施行細則第 28 條即規定：「本細則自發布日施行」。

¹⁵⁰ 就此，最高法院 51 年台非字第 76 號判例則是指出：「刑法第二條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以依中央法規制定標準法第二條(前)之規定制定公布者為限，此觀憲法第一百七十條、第八條第一項，刑法第一條之規定甚明。行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用」，而一概認為行政法規縱為填補刑法規定，仍無刑法第二條從新從優之適用，顯有不當。

另外，行政法規若係為補充刑法以外之法律規定，如何決定其時間效力，頗費思量。依本文之見，依中標法第 13 條向後生效，或是依附母法自其公布之日開始生效但不得侵害人民之信賴，皆屬可能的選項。以土石採取法之環境維護費為例，土石採取法第 48 條修正通過後，規定：「直轄市、縣(市)主管機關於核發土石採取許可證時，應收取環境維護費，作為直轄市、縣(市)政府之水土保持、環境保護及道路交通等公共設施建設經費之財源(第一項)。前項環境維護費，得依其許可採取量收取；其收取基準，由中央主管機關定之(第二項)」。經濟部之收費基準則遲於五個月之後始行公布，並於公告中宣示該標準溯及自母法生效之日起開始實施。支持此項溯及者，認為業者於母法宣示開徵時，對於成本即有抽象的預見可能性；且業者取砂營利，造成全民負擔環境成本，就算其不能預見確切收費基準，其信賴也不值得保護。反對溯及者，則認為母法雖有宣示，但既然未有收費標準，業者仍難以估算確切的成本；環境維護費既然長期未能開徵，可見公益之需求並不急迫，並不差這五個月的溯及時間。

最高行政法院則是撇開上述對於公益匪夷所思的論證，另闢蹊徑作成決議(最高行政法院 98 年 12 月份第 2 次庭長法官聯席會議)：「本件地方主管機關受理甲依據土石採取規則申請土石採取許可展限案件，在處理程序終結前，土石採取法於 92 年 2 月 6 日公布，92 年 2 月 8 日生效，土石採取規則則於 92 年 3 月 12 日發布廢止。依中央法規標準法第 18 條規定之意旨，地方主管機關於 92 年 9 月 25 日許可甲採取土石時(許可有效期間溯及自 92 年 1 月 14 日起，至 93 年 1 月 13 日止)，自應以處理程序終結時有效之土石採取法作為許可之法律依據。又經濟部依土石採取法第 48 條第 2 項之授權，於 92 年 7 月 4 日以經礦字第 09202719100 號公告「環境維護費收費基準」，並溯及自土石採取法生效之日即 92 年 2 月 8 日起施行(生效)，此一溯及性行政立法，有其必要性及合理性，應予適用。是本件地方主管機關命甲繳交自 92 年 2 月 8 日起至 93 年 1 月 13 日止，依環境維護費收費基準計算之環境維護費，符合憲法增修條文第 10 條第 2 項及土石採取法第 48 條規定之意旨」。理由則是以憲法增修條文第 10 條第 2 項規定作為課徵基礎、土石採取法第 48 條第 1 項為授權依據、溯及性立法對於公益達成有其必要，以及本案係屬中標法第 18 條但書所稱之「新法規禁止之事項」。

依本文之見，憲法增修條文第 10 條第 2 項和土石採取法第 48 條第 1 項之規定，縱能作為收費標準之依據，並不代表當然可以溯及。本案得否溯及，端視收費公益以及人民可預見性之間的權衡結果：系爭業者如有機會參與收費標準制定，對於嗣後開徵之基準當有預見的可能性；若無機會置喙，單憑土石採取法收費之宣示，則仍然無法確定成本之精算。另外，如同本文所稱，若依實務見解對於中標法第 18 條但書「新法規未廢除或禁止所聲請之事項」之操作方式，則本條「從新從優」之規範意旨永無達成之日；蓋新法變動只要對於受益決定稍有減損，依照實務之認

最後，關於授權母法與行政法規之間不相一致而有害權力分立的問題，究其實際，立法機關既將細部規範留待行政機關決定，可認已有授權；立法機關對於行政法規時間效力，可能贊同，也有可能不贊同，實無須驟然否定之。此處的理想狀態，當係於立法時，由立法院會同主管機關先行訂定標準，母法公布後再一併同步施行。若無法達成此一理想狀態，立法機關又對行政法規時間效力有所疑慮，首先可依立法院職權行使法關於行政命令審查之規定，予以更正或廢棄之¹⁵¹；若迫於法案壓力而不及審查¹⁵²，嗣後仍可循釋憲途徑宣告無效之。

依據前述討論，則可回答本節一開始的提問如下：行政法規大致上仍如立法一般，須受種種溯及既往之限制。不同之處僅在於：行政法規能否溯及、如何溯及，尚須視立法所欲達成之目的為何而定；溯及性行政法規若有助於達成立法目的，則可允許之，尚不因 APA 有無明文規定行政法規僅能發生向將來的效力而異。另外，基於行政機關快速回應社會變遷的特質，固應承認其存有制定溯及性法規之彈性，但是**僅侷限於避免人民故意利用管制漏洞，或是對於人民之損害並不嚴重的情形。**

第四節 行政解釋

定方式，無不構成「新法規廢除或禁止所聲請之事項」。相關問題，可見林昱梅，〈行政法上從新從優原則之適用與土石採取「環境維護費收費基準」之時間效力〉(本文係屬初稿，故對內容不予引用)，發表於「法令與行政處分之時間效力」及「信賴保護」研討會(2010)；當天與會討論對於權力分立之問題，則少著墨。

¹⁵¹ 立法院職權行使法第 60 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議(第一項)。出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有十五人以上連署或附議，即交付有關委員會審查(第二項)」、同法第 62 條規定：「行政命令經審查後，發現有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之(第一項)。前條第一項視為已經審查或經審查無前項情形之行政命令，由委員會報請院會存查(第二項)。第一項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期末為更正或廢止者，該命令失效(第三項)」。

¹⁵² 立法院職權行使法第 61 條規定：「各委員會審查行政命令，應於院會交付審查後三個月內完成之；逾期末完成者，視為已經審查。但有特殊情形者，得經院會同意後展延；展延以一次為限(第一項)。前項期間，應扣除休會期日(第二項)」，實務上常見不及審查或根本未予審查的情形。

第一項 議題的界定

行政規則在信賴保護的脈絡下，最主要的議題在於：行政規則得否作為信賴基礎？要回答這個問題，必須先回答另外兩個問題：行政規則是否具有外部的法律效力？又是基於什麼樣的基礎，而產生外部的效力？蓋行政規則若僅能在行政機關內部發生規制，而無外部效力，人民自然無法對此主張存有信賴；另外，若肯定行政規則具有外部效力，則其透過什麼樣的方式對外產生效力，也會影響人民如何證成其信賴應當受到保護。

我國行政程序法第 159 條第一項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定」。據此，似無空間承認行政規則具有直接對外效力。然而，行政規則是否具有間接的對外效力，則可討論。

就此，學說上主要有三種途徑來證成行政規則具有某種程度的對外效力。首先，有主張**行政規則因平等原則和行政慣例的要求，而產生行政自我拘束**，人民得據此要求行政機關對於相同事物應予相同對待；然而，於初次適用行政規則時，由於尚未形成行政慣例，故此說發展出「預期的行政慣例」，從而人民仍可主張行政機關之行為違反了未來將會建立的行政慣例。其次，亦有基於**信賴保護原則**，主張人民有權要求行政機關遵守其訂定之行政規則。最後，也有認為**行政規則係直接對外發生效力者**¹⁵³。究以何者為妥，有待分析。

不論如何，如果認為行政規則效力範圍僅及於行政內部，對人民並不發生直接的法律效果，因此無法作為人民之信賴基礎¹⁵⁴。即便承認行政規則具有間接的對外效力，亦不代表行政規則可以作為信賴基礎；就此問題，學說爭論已久。雖

¹⁵³ 相關學說介紹可參照陳春生，〈行政規則外部效力問題之研究〉，收於《行政法之學理與體系（一）》，初版，頁 95-133 (1996)。

¹⁵⁴ 陳愛娥，前揭註 8 文，頁 40-41。類此，陳敏，《行政法總論》，5 版，頁 559 (2007)；蔡宗珍，前揭註 103 文，頁 25。

然學說上就此議題多持贊成之見解¹⁵⁵，但是主張行政規則不得作為信賴基礎者，亦不乏其人。反對行政規則作為信賴基礎者，主要係考量**依法行政原則、法律優越原則，以及避免行政機關利用信賴保護原則造成事實上突破立法者意向的權力分立**¹⁵⁶。另外，如在行政規則外部效力問題上，採取平等原則和行政慣例的正當化途徑者，亦有可能主張違法的行政規則不得作為信賴基礎，因為人民無法藉由「不法平等」的方式，來主張自己應受信賴保護¹⁵⁷。

最後，與行政法規相似，若允許行政規則和母法規定在時之效力上可以有所差異，也會引發管制期間空白或權力分立之疑慮；更重要的是，行政規則多在補充母法之規定，理論上行政規則的時之效力當係依附母法生效，較之行政法規而言，更少獨立性。凡此，均有進一步討論的必要。

行政規則於信賴保護的脈絡當中，最重要的面向當屬**行政解釋的新訂或變更**。由於國內文獻於此的討論多著重援引德國學說之見解，本文以下嘗試介紹美國法對此一議題的看法，望能另闢蹊徑，創造更多討論的空間。

第二項 美國聯邦最高法院對於行政解釋一致性的裁判概觀

第一目 概說

APA 並未就行政解釋作出定義，但是不論是透過行政裁決或行政法規，行政機構皆有可能對法律標準有所闡釋。因此，依據作成方式的不同，行政解釋初

¹⁵⁵ 洪家殷，〈論信賴保護原則之適用-司法院大法官釋字第五二五號解釋評析〉，台灣本土法學雜誌，第 27 期，頁 42-43；林明鏘，〈行政規則變動與信賴保護原則-兼評最高行政法院八十九年判字第一八四二號判決與司法院大法官釋字第五二五號解釋〉，葛克昌、林明鏘編，《行政法實務與理論》，頁 586-587；黃俊杰，〈解釋函令變更與信賴保護—行政法院八十八年度判字第三九〇七號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌，第 20 期，頁 1-13（2001）。稅法領域的支持見解，例如陳清秀，〈稅法上行政規則之變更與信賴保護〉，法學新論，第 18 期，頁 53-69（2010）；盛子龍，〈租稅法上解釋性行政規則與信賴保護原則〉，發表於行政管制與行政爭訟研討會，中央研究院法律學研究所籌備處等主辦，頁 4 以下（2009）。

¹⁵⁶ 陳愛娥，前揭註 8 文，頁 40-41。

¹⁵⁷ 陳陽升，前揭註 3 碩士論文，頁 103。

步可以分爲裁決性解釋(adjudicatory interpretation)和解釋性規則(interpretative rule)¹⁵⁸。

就解釋性規則，Aman 教授認爲其係屬描述、澄清或提醒大眾，所謂法律標準或先前存在的規則爲何的一種行政行爲¹⁵⁹。由於行政解釋只是行政機關表示其對於法律的看法，所以對於社會大眾並無法律的拘束效力¹⁶⁰；但是，若解釋對於人民具有實質上的影響力，則會被認定爲立法性的規則，而非僅是解釋性的規則¹⁶¹。APA 雖未就解釋性規則多作闡釋，但是仍規定解釋性規則係屬例外程序，與一般政策宣言、組織性或程序性規則一樣，毋庸經過聽證和預告暨評論程序¹⁶²。

第二目 解釋性規則之司法審查

針對解釋性規則之司法審查，主要係依循此間重要案例 *Chevron* 案之見解，而呈現出原則上尊重行政機構解釋之態度¹⁶³。1977 年增訂的空汙法(Clean Air Act)，係爲解決各州無法達成環境保護委員會(Environmental Protection Agency，EPA)所訂標準的問題。針對當中的固定污染源(stationary source)之定義，EPA 原本將其解釋爲「在一座工廠之中，任一設備所產生的污染」，但於 1981 年時，EPA 又採納新的解釋；亦即，既存工廠之新增設備雖然不符合排放標準，但是只要工廠的排放總量沒有增加，仍得獲得許可。環保團體對此不服，認爲此一解釋不符合 Clean Air Act 之立法意旨，因此提起訴訟。

於本案當中，主要的爭點是對於行政機構就其主管法令之解讀，司法審查究應採取何種審查標準。法院使用**二階段審查**(*i.e.*, "Chevron two-step test")：首先，應該審究法律用語是否明確，或者國會是否留下空間，有意要行政機構來填補；

¹⁵⁸ See also Donna M. Nagy, *Judicial Reliance on Regulatory Interpretations in SEC No-Action Letters: Current Problems and a Proposed Framework*, 83 Cornell L. Rev. 921, at 929-36 (1998), dividing interpretations into formal and informal.

¹⁵⁹ ALFRED C. AMAN, JR & WILLIAM T. MAYTON, *ADMINISTRATIVE LAW*, at 81-82 (2nd, 2001).

¹⁶⁰ JOHN H. REESE, *ADMINISTRATIVE LAW PRINCIPLES AND PRACTICE*, at 53 (1995).

¹⁶¹ See 126 A.L.R. Fed. 347.

¹⁶² 5 U.S.C.A. § 553.

¹⁶³ 467 U.S. 837 (1984).

如果法律的用語明確，而行政機構的解釋卻和法律規定相違背，則法律規定當然具有優先的效力。其次，若法律用語模糊，法院則應判斷行政機構的解釋是否合理；如果行政解釋可被接受，則法院應該尊重行政機構的解釋。本案中，法院認為 EPA 之解釋足夠合理，而應受支持¹⁶⁴。

司法對於行政解釋之尊重，由來已久；早在 *Chevron* 案作成之前，最高法院在 *Skidmore v. Swift & Co.*案即已表示過類似的看法¹⁶⁵。針對 *Skidmore* 案和 *Chevron* 案所示原則得否並存的問題，最高法院於 *Christensen v. Harris County* 案當中表示：若行政解釋係經過預告暨評論等正式程序而作成(如立法性規則)，法院應適用 *Chevron* 案所示之原則；若僅屬非正式文件(如機關出具的意見書等)，法院則應適用 *Skidmore* 案之判準¹⁶⁶。

第三目 具有溯及效力的解釋性規則

除了行政解釋可能會與法律意旨產生不一致之外，新發布或甫變更的行政函釋，更有可能直接影響到人民穩固的信賴利益。以重新解釋(reinterpretation)為例，若重新解釋具有溯及既往之效力，可能對人民造成不公平。為了緩和此種不公，目前法院皆以衡量方式處理之；即當事人行為造成的損害若大於溯及既往之不利影響，則此非屬法律所欲責難的溯及既往¹⁶⁷。但是此一判準，仍難就溯及解釋之合法性和公平性，為法院提供一個完整的解答。

在司法審查行政解釋的各種途徑之中，*Chenery II* 案之地位毋寧舉足輕重¹⁶⁸。SEC 禁止 Federal 公司的重整計畫；蓋此一計畫，對於已利用內線消息而購買大量優先股的公司成員，提供了大量的獲利。這些成員自處於誘惑之下，且可

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ 323 U.S. 134 (1944).

¹⁶⁶ 529 U.S. 576 (2000).

¹⁶⁷ *Chenery balancing test, Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194, at 202-03 (1947).

¹⁶⁸ The relation between *Chenery II* (1943, 1947) and *Chevron* (1984), see Kevin M. Stack, *The Constitutional Foundations of Chenery*, 116 Yale L.J. 952, 1004-10 (2007).

能對公司重造成重大的影響。最高法院支持此項決定。另外，SEC 不僅宣告重整計畫無效，還制定一般適用的裁決性規則(*adjudicative rule*)，禁止內線交易者參加分配，即便先前 SEC 並未建立起此種要求。最高法院支持 SEC 有權制定裁決性規則，並有權將新規則溯及適用之。但是法院也要求裁決性規則必須通過利益衡量(亦即，當事人行為造成的損害若大於溯及既往之不利影響，則非屬法律所欲責難的溯及既往)。自 *Chenery II* 案以降，下級法院認為解釋性規則與裁判性規則有其相似之處，而將 *Chenery II* 的衡量法則適用於解釋性規則之中¹⁶⁹。

除了上述 *Chenery II* 案的衡量法則之外，當事人也可能主張規範本身過於模糊，無法對人民提供有效警示，亦使行政解釋容易漫無限制。然而，此種主張鮮少成功，因為大多數的規範縱使範圍不明，其管制目的仍然可得確定¹⁷⁰。

最後一種途徑，是主張解釋本身無效，而非溯及既往無效。由於一般法院之獨立解釋權受限，因此僅於無法從規範的用語當中尋獲任何支持時，法院始可能宣告解釋無效，從而消滅其溯及效力¹⁷¹。

第四目 小結

基於行政機構專業和彈性的需求，法院通常會尊重行政解釋，但此非毫無限制，仍須受立法用語、立法目的和立法背景之拘束¹⁷²。雖然如此，受到 *Chevron* 案之影響(*Chevron deference*)，最高法院對於行政解釋之審查仍然採取相當寬鬆的判準。再加上傳統對於解釋性規則之定義，認為解釋性規則本應適用於解釋作成前的交易行為，蓋其僅僅解釋了法律從建構之初，應該是何種面貌。據此，行政裁決解釋(*adjudicatory interpretations*)不具新穎性，也不會損及受管制方之期待；針對既存法律的解釋，縱使具有溯及既往之效力，也不是真正的溯及¹⁷³。

¹⁶⁹ See, e.g., *Pennzoil Co. v. Department of Energy*, 680 F.2d 156, 175 (Temp. Emer. Ct. App. 1982).

¹⁷⁰ *Pixley*, *supra* note 41, at 265-66.

¹⁷¹ *Id.* at 266-67.

¹⁷² *International Bhd. of Teamsters v. Daniel*, 439 U.S. 551, 566 n.20 (1979).

¹⁷³ *Pixley*, *supra* note 41, at 258.

準此，司法對於解釋性規則之審查，呈現下述樣貌：除非行政解釋明顯誤解法律之定義，否則行政解釋通常會獲得支持，即便行政機構事後激進地改變政策，亦同¹⁷⁴。另外，雖然法院有權對行政解釋之效力和範圍，獨立做出判斷；但是實際上仍服膺於 APA 之規定和最高法院的解釋，一般法院鮮少有機會行使此種權力¹⁷⁵。

過於尊重行政解釋可能形成兩個問題。首先，行政解釋的標的通常是針對人民已知之事物，但若規範之用語模糊不明確，則人民別無他法，只能自行推敲箇中之真意。若嗣後解釋與受管制方之期待相悖，人民既無法修正過去之行爲，受罰則在所難免。其次，則是重新解釋若具有溯及適用效力，可能對人民產生不公平的問題¹⁷⁶。

第三項 分析

第一目 美國實務見解產生的問題

基於下述幾點理由，溯及既往仍然有其必要。首先，若行政解釋只能純粹向後生效適用，應受管制方即能逃過解釋之適用。亦即，直到系爭問題經過行政裁決，規範始有得到落實的可能性。另外，原先的解釋若無法達成立法目的，溯及既往就會成爲一個誘人的選項。最後，若溯及既往並未逾越法律用語的可能範圍，而溯及的影響和制裁又不嚴重的時候，溯及既往之缺點仍然處於可以接受的範圍之內¹⁷⁷。

即使溯及既往有上述優點，關於溯及何時始屬必要和適當，司法審查仍然亟

¹⁷⁴ Phillip J. Smith, Jr., *Tenth Circuit Survey: Administrative Law Survey*, 71 Denv. U. L. Rev. 801, 805 (1994).

¹⁷⁵ Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 Yale J. on Reg. 283, 309 (1986). *But see, e.g.*, C.C. Distrib., Inc. v. United States, 883 F.2d 146 (D.C. Cir. 1989).

¹⁷⁶ Pixley, *supra* note 41, at 262-63.

¹⁷⁷ *Id.* at 268-70.

需發展出一套明確的判準。*Chenery II* 案的審查標準可能有違權力分立。包括了使行政機構得以造法，而侵犯立法權限；也使行政機構能夠藉由解釋，劃定自身的權限範圍，而侵害了司法權。只有透過嚴格控管行政機構作成決定之程序，始能駕馭行政機構廣泛的權限¹⁷⁸。

另外，若將 *Chenery II* 案和 *Chevron* 案合併觀之，則可發現問題的嚴重性。亦即，不受國會意圖限制的政策選擇(即 *Chevron* 案之情形)，行政機構可以將其溯及既往適用至人民先前的行為(即 *Chenery II* 案之情形)。如果我們認為國會溯及立法必須受到禁止的話，那麼，行政機構之立法出於同樣的原因，亦應受到限制¹⁷⁹。

Chevron 案當中，法院亦坦承國會時常明示或暗示地，將問題留待行政機構以政策選擇的方式來解決¹⁸⁰。法院表示：於管制架構係牽涉技術性、細節性，而具高度複雜之事務，且決定係有關於衝突政策之調和，則法院即應尊重行政機構之解釋，行政機構受國會之託，即應本於授權範圍之限制，而依現今行政功能之觀點，妥善地形成明智的政策。雖然行政機構並不直接對人民負責，但是總統最終仍會負起最終的行政責任；況且，行政機構係政府部門當中，最適合作出政策選擇者。但是，若法律解釋之問題僅能於 *Chevron* 第二階段作為一項政策問題，而以行政「立法」之方式來解決，那麼，法治原則不喜法律溯及既往之要求，同樣地也應該適用在行政解釋的脈絡¹⁸¹。

第二章所述之法治原則的誠命在於：當規範係來自於國會意圖之要求時(亦即，係來自於立法目的之要求時)，不論行政機構或者是人民皆得知悉此一規範，並同受規範之拘束。但是，當立法目的不明，則此時係由行政機構作成決定，人民在決定作成之前，無從知悉規範究竟係作何要求。

¹⁷⁸ See generally Sanford N. Caust-Ellenbogen, *Blank Checks: Restoring the Balance of Powers in the Post-Chevron Era*, 32 B.C. L. Rev. 757, 758-59 (1991); Eric Braun, Note, *Coring the Seedless Grape: A Reinterpretation of Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*, 87 Colum. L. Rev. 986, at 1005 (1987)

¹⁷⁹ Greene, *supra* note 139, at 276.

¹⁸⁰ Stephen Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 Admin L Rev 363, at 369 (1986).

¹⁸¹ Greene, *supra* note 139, at 277.

若過於拘泥於法規制定和行政裁決之間的截然二分，則容易忽略功能上本質之考量。亦即，若僅著重於裁決係在適用法律而判斷個案的面向之上，則容易忽略裁決者有時所從事的任務，實際上已經純粹是立法的本質。舉例而言，若 *Chevron* 案中，EPA 作成解釋，認為 stationary source 係指個別設施之排放量，則行政機構將此一解釋適用到個案之中，則無異於國會立法溯及懲罰人民過去之行為。再以 *Chenery II* 案為例，SEC 若以法規制定，而非行政裁決之方式，來處罰經理人過去於重整期間所作的交易行為，則必受法治原則中的法不溯及原則之禁止。是以，何以現實當中，SEC 以行政裁決溯及懲罰當事人時，就不受法治原則的限制呢？

因此，當行政機構立於「解釋性立法者(interpretive lawmaker)」的地位行使權力時，必須如同其原版者一般，受到溯及立法不利推定的拘束。*Chenery II* 案未能認知行政機構此種立法本質，因此造成其以「行政機構僅係在適用法律」為由，而允許行政機構得以裁判溯及¹⁸²。

第二目 更為細緻的分析方法

在新近可得之美國文獻當中，Pixley 教授和 Greene 教授就行政解釋所提出的審查模型，係屬最引人矚目的討論，本文分別介紹分析如下。

Pixley 教授認為上述問題可以藉由加強司法審查而得到解決，並同時能夠維持住行政機構的自主性。若法院只將 *Chenery II* 案的判準適用於判斷行政解釋的明確性之上，將有效達成公平公正的目標。另外，依據溯及既往的影響嚴重程度，法院得宣示整個規範無效，或者只是溯及既往本身無效；藉由此種方法，法院得以減少對於管制程序之干預。

另外，*Chenery II* 之判準亦應更加細緻化。首先，法院應考量人民是否存有信賴，而信賴是否合理。就此，人民須對其合法期待負起舉證責任。若人民舉證

¹⁸² *Id.* at 280-82.

成功，法院須判斷人民之信賴是否正當：如果人民信賴的是行政機構正當解釋，或者已向行政機構尋求行為準則，法院應該保障其穩固的期待。

除了人民依先前解釋而行為，且其信賴可得推定之外，否則以上的判準也應適用於重新解釋。於此，在法院審查人民信賴之合法性的同時，有幾點需要考量：人民信賴的是正式解釋，而非具有個案特殊性的非正式解釋；人民信賴的解釋並非備受爭議，而有預兆顯示此一解釋將遭受廢止之命運。

除了作為溯及既往的審查標準之外，修正後的 *Chenery II* 原則也應對解釋之管制目的和立法意圖加強審查。若管制係為補救過去的不一致或是規範未能落實的空缺，則可能得到支持。相反地，若管制僅為威嚇過去的行為，且無任何徵兆顯示解釋即將改變，法院則可能宣示其為無效。

司法得否審查國會意圖，更具爭議性。但是法院在判斷國會授權範圍和立法政策一事上，較行政機構更具專業性，則授權法規若涉及普通法、憲法或先前司法判例，或是已有跡象顯示國會不欲行政機構之解釋具有溯及效力時，法院無庸再行尊重行政解釋。

至於相對溯及既往的壞處而言，行政機構之管制利益(regulatory interest)應該如何判斷？首先應探求立法意圖和溯及既往之管制目的是否相符，若不相一致，行政機構則有義務提出急迫之管制需求，來正當化自己存有管制利益¹⁸³。

Greene 教授則主張僅在先前裁決亦作相同主張時，行政裁決始可將此一規則溯及適用之；尤其是，於行政機構得於 *Chevron* 第一階段時就能確定國會之意圖時，即可溯及適用此一規則。因為這些用以確定國會意圖的資料，不論對於人民或行政機構而言，都能輕易取得。但是，當國會意圖不明時，則不宜溯及適用，蓋此時已屬行政機構政策選擇的問題(*Chevron* 第二階段)，而就行政機構將會如何選擇政策而言，人民並未獲有事先的通知¹⁸⁴。

¹⁸³ Pixley, *supra* note 41, at 270-74.

¹⁸⁴ Greene, *supra* note 139, at 262-63.

第三目 本文見解

依據前述討論，則可回答本節前揭提問如下：

首先，就行政規則是否具有對外效力問題，依本文之見，應當先區分行政規則之性質討論之。於本章劃定抽象國家行為時已經指出：行政規則，尤其是解釋性和裁量性行政規則，既然依行政程序法第 160 條之規定，應當登載於政府公報發布之，並且對於人民時常具有實質上拘束的法律效果，當可確定其具備法效性。就此，美國法上認為如果解釋對於人民具有實質上的影響力，則應該將其認定為立法性的規則，而非僅是解釋性的規則，亦同斯旨。至於此類行政規則究竟如何發生法律效果，仍須在上述三說當中作一決斷。

區分行政法規之內部效力和外部效力，據此進而維持法規命令和行政規則之分野，不獨德國法有之，在美國法亦是如此。然而，若僅為堅持法學上的分類，而忽略行政行為在管制脈絡中所發生的實質效力，卻未免削足適履，過猶不及。舉例言之，主張行政規則因平等原則和行政慣例的要求，而產生行政自我拘束者，於初次適用行政規則時，由於尚未形成行政慣例，故此說發展出「預期的行政慣例」，從而人民仍可主張行政機關之行為違反了未來將會建立的行政慣例；此說見解不惜創造出類似虛數的概念，只是為了維持住行政法規內部和外部效力之分，倒不如直接承認行政規則在某些情形中係人民唯一可得仰賴的信賴基礎，且行政規則在這些情形當中，係直接替代法律，而對外發生規制的效力。

依據管制脈絡的不同，而觀察行政解釋在不同領域當中的影響力，更可以直接地證明行政規則直接替代法律，而對外發生規制的效力。例如，於**立法規範的密度過低且意圖不明**時，此時的行政解釋則屬行政機構政策選擇的問題，而就行政機構將會如何選擇政策而言，人民並未獲有事先的通知和預測的空間(例如 *Chevron* 案和稅法等複雜技術性法律領域)；此時行政解釋之新增或變更，不能溯

及適用而判斷人民先前行爲的法律效果¹⁸⁵。

詳言之，例如釋字第五二五號解釋之原因案件，在此發生規制效力的主要是行政解釋，同時也是人民安排生活的唯一根據；若政府一方面要求人民依據行政解釋而行止、甚或加以制裁的恫嚇，另一方面卻隨時保留事後否認行政解釋作爲信賴基礎的空間，則對人民而言毋寧形成絞殺。又如行政解釋違背法律之規定的情形，此種判斷未必能爲人民所預見，則無異要求人民自行判斷行政解釋是否違反法律；不僅人民未必有此判斷能力，況且也不符合行政解釋迅速規整管制秩序的原意。

最後，若承認至少在**立法規範的密度過低且意圖不明**的情形當中，行政解釋主宰法律關係的形塑，而且直接對外發生法律效果，應當可以作爲人民的信賴基礎，那麼上開關於**依法行政原則、法律優越原則，以及避免行政機關利用信賴保護原則造成事實上突破立法者意向的權力分立**等考量，的確是一個必須詳細斟酌

¹⁸⁵ 例如，大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法第 14 條規定：「大陸地區人民申請在臺灣地區依親居留，有下列情形之一者，得不予許可，已許可者，得撤銷或廢止其許可：一、**有事實足認有犯罪行為或有犯罪紀錄**」，但就犯罪行為或犯罪紀錄，並未加以明確規定。民國 99 年 5 月 18 日內政部公布台內移字第 0990931935 號，則以：「一、爲利執行「大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法」（以下簡稱本辦法）第十四條第一項第一款、第二款、第十六條第三項第一款、第二十六條第一項第一款、第二款、第二十八條第二項第一款、第三十三條第一項第一款及第二款規定之裁量基準，**自即日起**依下列規定辦理：(二) 本辦法第十四條第一項第一款、第十六條第三項第一款、第二十六條第一項第一款、第二十八條第二項第一款及第三十三條第一項第一款有關有事實足認爲有犯罪行為或有犯罪紀錄之裁量基準，依下列規定辦理：1、申請依親居留、長期居留、依親居留延期或長期居留延期：經法院爲未滿一年有期徒刑之宣告，且符合**警察刑事紀錄證明核發條例第六條**規定，無記載刑事案件紀錄者，許可其申請。2、申請依親居留、長期居留、依親居留延期或長期居留延期：經法院爲未滿一年有期徒刑之宣告，且依**警察刑事紀錄證明核發條例第六條**規定，明確記載有刑事案件紀錄者，不予許可。3、申請依親居留延期、長期居留延期、經許可依親居留延期及長期居留延期或經許可依親居留及長期居留：經法院爲一年以上有期徒刑之宣告者，不予許可，並撤銷或廢止其依親居留、長期居留許可。但過失犯，不在此限。4、**申請定居，有下列情形之一，不予許可其申請**：(1) 經檢察官依刑事訴訟法第二百五十三條規定爲不起訴處分、緩起訴處分。(2) 經檢察官起訴，並經法院爲緩刑、得易科罰金之有期徒刑、拘役、罰金或有期徒刑以上之宣告……二、廢止本部九十八年十一月十二日台內移字第○九八○九六○七五一號令，並自即日起生效」。綜上，係屬法律將實質認定標準委由行政規則補充。就依親以及拘留的部分，由於警察刑事紀錄證明核發條例第六條，**亦即俗稱之良民證**，不包括受緩刑宣告，只包含易科罰金刑，整體上仍然較母法所謂「犯罪行為犯罪紀錄」優惠，較無疑義。但是關於申請定居部分，就連不起訴、緩起訴處分以及法院緩刑之判決，也都納入不予准許的範疇，未免過度侵害人權。另外，系爭除了以行政規則限制大陸人民權益之問題外，**即便本解釋明定向後生效時間，但是過去信賴九十八年十一月十二日台內移字第 0980960751 號令所公佈之標準者，仍依新的解釋處理，而使申請定居者受到突襲，蓋舊函釋並未對申請定居案件加以規定**。此處以無法預見的標準溯及至過去生活關係中，對於大陸人民來台依親之規劃將會產生重大的影響。單單一紙函令，便可見內政部作業紕漏仍多，主管機關切莫一切均向主權優先的意識形態看齊，而使大陸來台人士生活安排陷入困難。

的課題。但是，如同本文前開所述，人民的信賴利益和依法行政的公益之間，經常處在衝突權衡的關係，並無絕對的誰勝誰負。例如，符合信賴保護所有要件而主張行政處分不得撤銷者，業已實質地突破了依法行政的誡命；我國行政程序法關於授益行政處分撤銷廢止的規定，堪為適例。那麼，若以上開理由，而主張行政解釋不宜作為信賴基礎，理應對於行政程序法針對授益行政處分撤銷廢止的安排，提出相同的質疑。再者，避免下位規範藉由信賴保護突破上位規範，此層考量不僅止於法律和行政規則之間，亦當存在於憲法和法律之間；那麼若將避免突破的這種說法推至極致，人民對於所有違憲的法律盡皆不得主張信賴保護，那麼關於「信賴保護原則」的探討，自此也就失去了意義。

至於另外一種見解，認為人民無法藉由「不法平等」的說理方式，而主張信賴違法的行政規則，也是一個不能成立的說法。以「不法平等」的典型案以觀，係指類如闖紅燈之類的案例當中，受裁罰者不能以之前道路使用人也同樣地闖了紅燈卻沒有受罰，主張自己是信賴此種違法不會受罰的狀況下，進而違犯法律。此與人民對違法的行政規則產生信賴的狀況，顯有不同；在此類案例中，當事人不會主張他人何等行為係受到行政機關何等的對待，而是單純主張自己信賴行政規則的規定，嗣後卻受到行政機關出爾反爾的處遇。質言之，在人民信賴違法行政規則的案例當中，**行政規則不僅時常直接地對人民發生效力，而且人民欲證成其信賴，亦無須仰賴行政慣例對於其他當事人究係給予何等的對待。**

最後，由於行政規則多在補充母法之規定，理論上行政規則的時之效力當自母法公布之日起生效；行政規則較之行政法規而言，在時之效力上更少獨立性。然而，如同本文前述，行政解釋對於政策的選擇可能具有實質上法律之地位，且未必為人民所知，故縱使此類行政規則溯及自母法生效之日起生效，亦不得嗣後課予人民更不利的地位。至於行政機關藉由行政規則之新訂或修正變更母法時之效力的問題，除立法院得依立法院職權行使法之規定先行審查之外，嗣後亦可尋求釋憲途徑解決。就此，則與行政法規之監督制衡並無不同。

第五節 一般處分，以及行政處分當中所宣示的一般原理原則

第一項 議題的界定

一般處分依行政程序法第 92 條第 2 項之規定，係指：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同」。準此，就其所牽涉信賴保護之問題，原依行政程序法第 117 條至 126 條之規定處理即可。惟如前所述，本文將一般行政處分劃歸為抽象效力國家行為，而行政程序法第 117 條至 126 條等，係針對具體特定的行政處分之規定；將其原封不動援用至抽象效力的一般處分上，則有可能產生扞格。

舉例言之，若人民甲信賴一般處分撤銷前之法秩序，而依此法秩序對生活已有安排且其信賴利益大於公益，人民乙則無客觀上的具體表現，則依前述主張信賴表現作為審查要件之見解，則會得出此處一般處分的撤銷對甲違法，而對乙卻屬合法之結論。則同樣一個撤銷的行為，何以能夠產生兩種不同的法律效果，實在難以理解。

類似的情形，也會發生在具體行政處分當中。具體行政處分，依行政程序法第 92 條第一項之規定，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。然而，行政機關若在行政處分中對於一般原理原則和法律規定亦只有所闡釋，甚或變更其先前的見解，而宣示新的見解具有通案拘束的效力，是否應當將此視為行政機關的造法，並異人民信賴保護的途徑，有待探討。就此問題，國內和德國法論述不多¹⁸⁶，則探究美國法上發展已久的討論，當有裨益。

¹⁸⁶ 就此，國內程明修教授曾以〈行政處分之溯及效力〉為題，專文討論之（發表於「法令與行政處分之時間效力」及「信賴保護」研討會，文中註明不得引用，故本文僅就當天研討會討論內容探

第二項 美國聯邦最高法院對於裁決規則一致性的裁判概觀

第一目 概說

行政處分或行政裁決當中所示之原理原則，可稱作裁決性規則(adjudicative rule)；如前所述，此與行政解釋具有類似性，美國法多將其相提並論之¹⁸⁷。針對裁決性規則溯及既往(亦即，行政裁決溯及；此一概念，約與法院裁判溯及相當)，而侵害人民合法期待之指標性案例，當屬 *Chenery II* 案；針對此案發展出的後續討論，亦有可觀之處，以下一併介紹之。

第二目 *Chenery I* 案和 *Chenery II* 案

針對 *Chenery I* 案當中管理人之交易，SEC 認為應當以其違反普通法當中的信託理論處理之。但是最高法院認為本案無關信託理論、且普通法亦不禁止管理人於公司重整期間之交易行為，SEC 對普通法顯有誤解。另外，SEC 之裁決，仍須依行為當時已存之行為標準來處理；但是本案當中，國會就此既未立法規定、既存之司法原則也不非難此一交易，而 SEC 對系爭行為亦無行政法規作出規定，故本案實不存在所謂的「法律」，可供 SEC 作出裁決¹⁸⁸。

但是法院認為 SEC 未能依其特殊的職能、亦未能根據公益而形成其決定，

討之)。觀其所舉之範例，不脫機關作出處分後發生爭訟、訴訟確定之後機關再作一個溯及至原處分生效日之處分，則第二個「處分」，欲稱其僅為確認第一次處分效力仍然存在的「確認處分」，或者只是機關的「觀念通知」，皆無不可；似乎未能突顯行政處分溯及效力特別之處。另外，程教授主張溯及行政處分須有法律之授權，顯然未明此處管制之脈絡；行政機關之所以想要溯及處分，並非無理取鬧，而是因為既有法律管制架構無法適當回應行政機關所面對的案例(參見本文以下第二項之討論)。若立法者當真能有先見之明給予授權、安排甚或事先指示，那麼根本不會引發溯及行政處分的爭議。

¹⁸⁷ *Supra* note 169.

¹⁸⁸ *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, at 92-93 (1943); hereinafter, *Chenery I*.

似乎又暗示若 SEC 於本案當中依其法規權限，補充及闡明法律規定之涵義，未必不得溯及適用至先前發生的行為¹⁸⁹。質言之，法院關心的是本案當中 SEC 未能公布任何可供適用的判準，而非溯及既往的問題¹⁹⁰。

在發回重審的程序中，SEC 避免以普通法的信託理論作為依據，而以法律之目的和規定作為判準，認定管理人之交易行為有違法律¹⁹¹。

於 *Chenery II* 案中，法院提及：行政機構對於法律之解釋，若屬先前未見之標準，又非屬國會明示要求，則此一解釋可否溯及適用至先前行為？法院認為：當個案中發生的問題係屬行政機構不能預見、行政機構就此問題並無足夠經驗、或問題過於特殊，無法以一般性的規則一網打盡，在這些情形中，案件中遭遇的問題仍然必須要解決。如果仍欲行政機構保持效率，則必須承認行政機構仍然保有個案裁決的權力，以便解決這些問題。準此，**法院認為 SEC 先前未曾處理過類似本案情形的案件，應許其利用裁決程序，公布新的行為標準並適用之，這難免有溯及既往之疑慮，但是未必係屬無效。**至於是否係屬無效，則由衡量法則判斷之¹⁹²。

針對如何衡量公益和私益一事，最高法院則是指出：如果當事人行為造成的損害，大於溯及既往之不利影響，則裁決性規則之溯及既往，非屬法律所欲責難的對象¹⁹³。

第三目 後續發展

D.C. Circuit 為闡明 *Chenery II* 案衡量法則之判準，於 *Retail* 案當中表示，應該考量以下之因素：(1)案件所處理的爭議，是否為初次遭遇；(2)案件係推翻前案之標準，抑或只是就法律規定予以補充或闡明；(3)人民對先前的規則是否存

¹⁸⁹ *Id.* at 89-92.

¹⁹⁰ *Supra* note 167, at 209-18 (Jackson dissenting).

¹⁹¹ 18 S.E.C. 231 (1945).

¹⁹² *Supra* note 167, at 202-09.

¹⁹³ *Id.* at 202-03.

有信賴；(4)溯及既往會造成什麼不利的影響；(5)溯及既往有何法律上之利益¹⁹⁴。此一判準長期為下級法院援用¹⁹⁵。另外，於最高法院作成 *Bell Aerospace* 案之後，影響所及，D.C. Circuit 即將 *Retail* 案之判準視作行政裁決之控制機制，強烈推定其為裁量濫用。最後，法院有時也會表示：只有當不允許溯及既往會造成「明顯的不公平」時，始能打破對於溯及既往之不利推定¹⁹⁶。

至於承認裁決性規則，可能造成其與法規命令難以區分的問題，最高法院歷來的判決亦有爭論。雖然 *Chenery II* 案承認行政裁決可能會具有不公平的溯及效力，但是 *Wyman-Gordon Co.* 案則表示向後生效的行政裁決也有可能構成事實上的法規制定；至於 *Bell Aerospace* 案，則係將「對於人民信賴的損害」列為溯及既往適當與否的一項評估因素¹⁹⁷。

最高法院的見解，於下級法院之間逐漸得到進一步的發展與修正。第九巡迴法院經過 *Patel* 案¹⁹⁸以及 *Ford Motor* 案¹⁹⁹之發展，最後在 *Cities of Anaheim v. FERC* 案當中形成穩固的見解。法院認為行政機構若欲以行政裁決作為變更政策的工具，存有兩個限制：**(1)不得突然變更方向，對人民產生不公正的效果，或有損其對於過去政策的信賴。(2)行政機構不得以行政裁決規避 APA 的法規制定程序**²⁰⁰。

第三項 分析

¹⁹⁴ *Retail, Wholesale and Dept. Store Union v NLRB*, 466 F2d 380 (DC Cir 1972).

¹⁹⁵ See *General Am. Tramp. Corp. v ICC*, 883 F2d 1029 (DC Cir 1989) (petn. For rehearing), *cert denied*, 493 US 1069 (1990); *Southwestern Pub. Serv. Co. v FERC*, 842 F2d 1204 (10th Cir 1988); *NLRB v Wayne Tramp.*, 776 F2d 745 (7th Cir 1985); *NLRB v Niagara Mach. & Tool Works*, 746 F2d 143 (2d Cir 1984); *J.L. Foti Constr. Co. v OSHRC*, 687 F2d 853 (6th Cir 1982); *Petrolite Corp. v FERC*, 667 F2d 664 (8th Cir 1981); *E.L. Wiegand Div. v NLRB*, 650 F2d 463 (3d Cir 1981), *cert denied*, 455 US 939 (1982); *Maceren v District Director, INS*, 509 F2d 934 (9th Cir 1974); *California v Simon*, 504 F2d 430 (Temp Emerg Ct App), *cert denied*, 419 US 1021 (1974).

¹⁹⁶ Russell Weaver, *Challenging Regulatory Interpretations*, 23 *Ariz St L J* 109, 146 (1991); Note, *The National Labor Relations Board's Proposed Rules on Health Care Bargaining Units*, 76 *Va. L. Rev.* 115, at 155-56 (1990)

¹⁹⁷ William D. Araiza, *Agency Adjudication, the Importance of Facts and the Limitations of Labels*, 57 *Wash. & Lee L. Rev.* 351, 365 (2000). *NLRB v. Wyman-Gordon Co.*, 394 U.S. 759 (1969); *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974).

¹⁹⁸ 638 F.2d 1199 (9th Cir. 1980).

¹⁹⁹ 673 F.2d 1008 (9th Cir. 1981).

²⁰⁰ 723 F.2d 656 (9th Cir. 1984).

第一目 美國實務見解產生的問題

行政機構的管制領域，經常處於快速變遷的狀態，若個案中發生的問題係屬行政機構所無法預見、行政機構就此問題並無足夠經驗、或是問題過於特殊，而無法以一般性的規則一網打盡，則直接以行政裁決表示行政機關的態度與見解，相較於法規制定程序的緩不濟急，可能會是一個更符合行政權迅速因應社會變遷特質的一個選項。然而，如同第二章所述，行政裁決的決定，通常只要足夠合理即可；就算行政機構係變更其先前見解，也只需要提供合理的理由即可。如此一來，即便人民對於行政機構事後之見解和處理方法一無所知，其合理信賴在管制的需求下將會煙消雲散。就此，則需要更細緻的分析。

第二目 細部的分析

以下的細部分析，除了討論最高法院於 *Chenery II* 案當中所持的形式理由(亦即，「裁決者是在適用法律，而從未行使造法權力」)之外，另外也將處理其他更實質、也更為複雜之討論，來分析溯及裁決性規則之正當性。

第一款 管制效率之需求

論者認為：不同於立法機關，法院和行政機構必須保有發展新規則並溯及適用之權力，才能回應個案具體事實，以及快速變遷的社會生活，以避免出現法律的真空狀態²⁰¹。於此，法治原則嚴格的要求必須修正；亦即，只要人民已經預見法律可能有數個解釋，則其必須依循這數種可能的解釋²⁰²。

²⁰¹ E.g. LON FULLER, *MORALITY OF LAW*, at 56.

²⁰² E.g. KENNETH DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY*, at 28-42 (1969).

然而，所謂的管制需求，可能言過其實。首先，透過現行的授權原則和非正式的法規制定程序，管制彈性仍然可以得到滿足。其次，純粹的向後生效，也可以滿足此種管制需求。論者對於法治原則提出修正，事實上無異於要求人民依循數個可能的行政解釋，以避免受到處罰，並且限制了其安排生活的自由，而這正是法治原則所不樂見的情形。

另外，透過反證論法，可以得知所謂的管制彈性並不可取。蓋依其邏輯推至極致，則無異要求國家將所有權力集於一人之手，以便快速回應社會變遷的需求。此種幾近獨裁、不受任何限制的管制彈性需求，正如最高法院所言，非屬美國憲法所能接受²⁰³。

第二款 裁決溯及係屬普通法的要求？

亦有論者指出，裁判溯及本屬普通法傳統下的產物；亦即依據合理、公平的指標，而在個案之中適用法律、發展法律。相較於國會一般性的立法而言，更能切合個案事實，發展法律中的細部原則，而試誤的成本也不會像國會立法那樣，必須付出全國性的代價²⁰⁴。

然而，以上論點有詳加細論的必要。當法院公布新的規則，並說明此與先前規則之關係和淵源時，溯及既往可能有其道理。但是當法院係推翻先例，或者宣示先前完全無法預見的全新規則，則又另當別論。適用人民所無法合理預見的法律，已經脫離普通法的涵義；亦即，不再是對於人民「一般(common)」的行為，所應適用的「一般(common)」的法律。尤其是新法係溯及既往適用時，情形將會更為嚴重。

我們可以區別出三種不同的情況，而分別予以處理。首先，有些法律用語認

²⁰³ Greene, *supra* note 139, at 283-84.

²⁰⁴ Lon Fuller, *Adjudication and the Rule of Law*, Proc. Am. Soc. of Int'l L. 6 (1960); Richard Fallon and Daniel Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 Harv. L. Rev. 1731, at 1792 (1991).

知到系爭概念無法詳盡定義，而使用不明確的法律用語，並留待個案法予以補充。然而，這並不意味著我們希望裁決者適用法律，可以完全不受任何限制；而是希望其能以相關受規範社群皆能接受的合理標準，來適用含有不明確用語的規定。

第二種情形，係先前尚未公布行為規則，而由行政機構依國會意旨闡明。我們之所以能夠接受這種情形，係因人民並非絲毫不能預見立法目的，故其仍須受到法律的限制。

第三種情形則是，先前未有行為標準，嗣後行政機構做出決定，但並非根據國會之意圖，而僅係政策的偏好考量，這種決定未必係全然的恣意，而係根據社會的公益而作成。但是，不只是行政機構間對於社會公益的認知有所落差，所謂的社會公益，更時常隨著執政者的改變，而有所不同。此則非屬普通法傳統下可得涵蓋的脈絡²⁰⁵。

第三款 由誰負擔不確定的風險？

當行政裁決的作成，係根據政策選擇時，依據前述分析，理應不得發生溯及的效力。在私人交易而行政機構政策嗣後改變的情形中，應該由因為溯及既往而獲利的一方負擔舉證責任，來證明對造在行為當時已充份知悉系爭法律之規範意涵，就是行政機構嗣後所認定的解釋，始可成功主張此一解釋可以溯及既往適用至當事人間的過去的交易。若謂因溯及而將受不利的一方，應該負擔起系爭規則不明確的風險，無異係屬對於現狀穩固期待的戕害，更是對於法治原則的一大嘲諷。

針對裁決溯及，尚可再細分為三種情形。首先係國家對於私人強制執行之情形，由於國家本身作出溯及性裁決，很難說國家存有任何的信賴利益，故應由國家負擔此一不確定的風險。即使國家係出於公益考量而裁決溯及，但是國家仍有

²⁰⁵ Greene, *supra* note 139, at 285-87.

將風險分散由一般民眾分擔的能力，因此由國家負擔風險，並無不妥。

其次，則是兩造均為私人、法律用語模糊，而行政機構以行政裁決溯及之問題。由於此種出於政策選擇的裁決溯及，無異於國會之立法溯及，因此應由將從溯及獲利的一方負擔風險。

第三種情形則較為複雜，即兩造仍為私人，但涉及的政策選項較少，論者有謂此時兩造均應負擔溯及既往之風險。但是此種情形事實上無異於國會立法溯及，故仍應由將從溯及獲利之一方負擔風險，較為合理²⁰⁶。

第四款 訴訟誘因

再者，是關於訴訟誘因的問題。論者有謂：若不允許裁決溯及，原告將失去訴訟誘因，而不願提起訴訟，對於個案法之發展將有所不利²⁰⁷。但是，此種情形只可能發生在 *Chevron* 第二階段的情形。若原告可確知國會意圖，而其必可獲得勝訴判決(亦即屬於 *Chevron* 第一階段的情形)，仍會毫不猶豫地提起訴訟。

其次，「重複」參與系爭課題者，縱其尋獲的法院勝訴判決只能設定向將來生效的規範，對其而言，仍有訴訟利益。

再者，人民未必需要依賴裁決來創造行為規則，國會立法和非正式法規制定，都是可能的選項。亦即，與憲法脈絡不同，少數的弱勢須由法院維護和發展其等在憲法上的權利；但是在法規的層面，應由國會制定法律，繼而由行政機構補充闡明。蓋其均為政治機構，而應由多數決的方式形塑權利和義務。

縱使上開理由均不可採，仍可考量折衷的作法。亦即，提起訴訟的原告可享規範溯及之利益，但其他相同處境，但尚未起訴之原告則不得享此優惠。但是此種作法有損第一次訴訟中被告之信賴利益，且與法治原則之精神不符²⁰⁸。最高法

²⁰⁶ *Id.* at 288-91.

²⁰⁷ *E.g.*, Note, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 *Yale L. J.* 907, at 910 (1962).

²⁰⁸ *Greene, supra* note 139, at 291-94.

院在近來的案例中都拒斥了這種作法，可認恰當²⁰⁹。

第五款 裁決向後生效係屬可能的選項

另外，也有觀點指出：純粹的裁決向後生效，有其不當之處；行政機構若認法律用語不明確，應「送回」立法機關「重審」，或是透過法規制定程序補充之，而非自行以行政裁決闡明²¹⁰。

論者認為，*NLRB v. Wyman-Gordon* 案即持此一觀點，蓋 APA 規定具有向後生效之效力者，僅有行政法規(rule)而已，其餘皆屬命令。但是，APA 僅規定行政法規具有向後生效效力，並未規定命令不得具有向後生效的效力。

另外，論者亦謂：法規制定有助於公開討論、結論持平折衷，而不會出現極端的情形。但是此種論調，對於法規制定和行政裁決之間的區分，毋寧言過其實。首先，*Wyman-Gordon* 案否定的是 NLRB 意圖規避法規制定程序，並非認為行政裁決完全不得向後生效。不許行政裁決溯及既往、又不許行政裁決向後生效，則可能導致駁回案件之命運，而造成時間勞力的浪費。最後，若事事要求法規制定，則可能造成法規制定過載；允許行政裁決向後生效，可使較不重要的議題亦受關照，且就具體個案事實能夠發展更適切的法律²¹¹。

第三目 本文見解

裁決性規則的溯及既往，不僅能夠快速且便利地回應管制需求，且往往具有補充法律漏洞的作用。行政機關為了填補法律漏洞而宣示新的行為規則，不僅具有向後通案拘束人民之效力，且為了公平對待所有當事人，亦當適用至規則公布

²⁰⁹ See *Griffith v Kentucky*, 479 US 314 (1987); *James B. Beam Distilling Co. v Georgia*, III S Ct 2439 (1991). And see *infra* Ch 5 sec 3.

²¹⁰ E.g. Note, *supra* note 207, at 929.

²¹¹ Greene, *supra* note 139, at 294-300.

前的行爲。

然而，如同第二章所述，如果人民無法在行爲當時預見將來行政機關的管制態度、亦無法從法律規定推知此一態度究竟如何，那麼單方地要求人民獨自負擔管制的後果，不僅沒有意義，也是不受憲法所允許的酷刑。一味強調管制需求而支持溯及的裁決性規則，不僅忽略行政機關造法問題的嚴重性，對於人民過去之違犯行爲，亦無警告預防之效果。準此，依本文之見，縱使承認行政機關能夠在行政處分當中宣示原理原則或法律闡釋，新的規範亦應比照法律時之效力，原則上只能向後生效適用；新的規範若欲溯及適用，則對不能預見此一結果的當事人，應該給予補償之。

就我國目前的管制現況而言，行政機關仍然謹守法律規定和自身之行政命令，行政處分通常只是單純適用法令判準，不敢逾越。然而，隨著管制事務日新月異，以及獨立機關職能的擴張，嗣後行政機關突破單純適用和闡釋法律的任務，而以行政處分造法的情形，將會愈趨嚴重。以行政處分宣示管制架構和行爲標準，固收快速簡便的好處，但是此一方法對於人民信賴造成不可逆料的損害，是否見容於我國法律體系，仍有討論的空間存在。

第六節 結論

在法律大多數的領域當中，國家行爲的可預測性，必須和國家政策變動之需求一併衡量之。準此，司法於審查溯及效力的立法時，法院經常會支持立法規定，而撤銷許可或是修正私人契約；因為此時立法尋求維持社會公益之重要性，已經勝過可預見性的和信賴保護之考量。和立法權及司法權相同，行政機構在行使行政裁決與法規制定的權限時，必須適用新的行爲標準來處理案件和問題；此一過程中，可能損及穩固的期待(settled expectation)。而究竟要依照新規定之要求，抑或是遵從舊規定的解釋，就會更加地難以抉擇。雖然新規定通常能夠體現一般

廣泛接受的社會價值，但是究竟是新原則之新穎性本身要求法規向後適用，還是普遍接受的社會價值要求規定應該溯及適用，這點仍然存有爭議²¹²。

不論國家以立法、行政命令，甚或是一般行政處分等方式規制人民，只要具備通案拘束的效力，則應辨明其本質，將其劃歸至抽象效力國家行為下作討論。而傳統上，國家處理此種抽象效力的國家行為，多將其劃至法不溯及既往的脈絡之中討論。此一模式既然能夠抽象地指出法律秩序變動妥當與否，自然無可厚非。然而，依本文之見，就算採取法不溯及既往模型，最終仍不免公公益衡量一途，其他因素則無足輕重。既然如此，不如回歸傳統的比例原則審查模型，以法規溯及之目的妥當性、手段適合性、手段必要性以及狹義的利益衡量，配合信賴利益所涉權利類型而決定審查密度，來判斷此一變動是否合法。如同前文所指出的，在這個模型下，沒有什麼信賴是絕對值得保護的，也沒有什麼國家利益係屬絕對地優先。

公益、公平、正義、補遺、管制需求甚或是管制便利和成本考量，都有可能勝過人民的信賴利益；然而，公平正義等動機不僅認定因人而異，更可能受到人民普遍觀感、時代推移以及執政者的更迭(可能是最直接的因素)所影響，而有所不同。質言之，今是昨非、昨是今非，眾說紛紜，本難果決。相對而言，人民對於舊法秩序的信賴，不僅為法治根基，較諸公義而言，認定上亦無根本困難之處。根據本文第二章所推導出的基本原則：「**若人民不能預見道德或公益等等的管制動機，則政府不能單方地要求人民獨自負擔管制的後果**」，則國家不論藉由立法、行政命令，甚或是一般行政處分等方式規範人民的先前善意的行為，縱使公益足夠正當，仍需對人民就其信賴造成的損害進行補償。

相較於我國法的討論，美國法在立法、行政法規和行政解釋三個不同的領域，都採取了統一的審查模式，並時見判準交互援用的情形。此點足供我國法參考。準此，不管國家採取什麼途徑來進行法律變遷，只要係屬抽象效力國家行為，即應統一適用本文前揭之基本原則，僅於因應國家各個不同機關任務特質，而管

²¹² Pixley, *supra* note 41, at 255.

制之目的又不相同時，始予微調。

最後，人民是否能夠預見法律用語可能的規範內涵、國家機關管制的真意或是將來的動向，無法一概而論。若釋憲機關能夠確定管制射程內的人民對於管制變遷皆無預見的可能性，自可宣告此一變遷係屬違法違憲；否則，仍應委由普通法院個案認定之，而不宜用作法規變遷合憲性之判準。至於人民究竟有無能力預見立法目的或管制動向，則應考量人民接近使用法律諮詢的可能性而作不同考量。同樣的稅務案件，若稅務細則違反法律之規定時，一般人民就此當無洞悉的能力；但是在聘有專門法務或有資力聘請專業律師的公司部門，則不妨以較高的標準要求之。而將來一旦我國法律諮詢管道開放且成熟，對於人民預見可能性的判準，自又另當別論。



第四章 具體國家行為一致性和信賴保護

爲因應全球化衝擊所帶來的影響以及國家財政困難等課題，我國目前正處於法規變動頻繁的時代，此種情形尤其在**行政組織的再造與政府福利政策的減縮**上表露無遺。按一國之法規範絕不可能無視於事實條件的變遷，長久適用而不作出相對應的修改。惟在法規變動的同時，也同時牽涉法治國原則下的「法安定性」問題；亦即人民依據舊的法秩序事先預測其行爲將會得到何種法律效果，此時因爲法秩序之變動導致此種預測落空，則此時與法規變動所追求的新規範秩序之間，二者究應如何調和之？人民基於對舊法秩序的信賴所作出的生活安排，此時應否受到保障？學說以及實務上所探討之「信賴保護原則」，即係爲處理此一問題¹。

前文已經指出，如果能夠跳脫傳統立法行政司法三權之架構，而將國家行爲依其本質拆解成：**抽象效力的國家行爲**(如立法和行政法規)、**具體效力的國家行爲**(如行政處分和行政建議)以及**司法裁判權之行使**(如法院之判決)，則可以更清楚地觀察到信賴保護在上開不同的國家行爲當中，理應存在不同的考量。前章針對抽象效力國家行爲既然已經討論到一段落，以下則進入具體效力國家行爲之討論，論述的重心則放在具體效力國家行爲之前後不一致。

第一節 具體國家行為之界定

所謂具體國家行爲，係指不具有通案拘束效力之行爲；另外，雖具一定拘束

¹ 拙著，〈論法規變動之合憲審查模型〉，李模務實法學基金會第十四屆法學論文甄選佳作，頁1(2011 預訂出版)。

效力，但也不是如同司法判決般具備最終的確定效果。質言之，所謂具體效力的國家行爲，多屬排除立法性質和司法性質的活動之後所剩餘的行政行爲。

準此，所謂具體效力的國家行爲，包括行政處分、契約約定以及個案當中非正式的行政指導和行政建議或其他基於個案情形而作決定之國家行爲。至於本文未能納入討論的行政計畫，並不表示此一行政行爲形式便與人民的信賴保護毫無干係。事實上，在一般日常生活當中，經常牽涉人民信賴利益，並且最切身相關的，當屬行政計畫無疑。然而，行政計畫係混合且連續的過程；行政計畫若以抽象行爲形成規範，則信賴保護相關問題依據前章之討論處理即可，無庸贅述。若行政計畫當中包含具體國家行爲，則可依本章以下的討論處理之。

第二節 議題的界定

在具體效力國家行爲變更的脈絡下，我國就行政處分撤銷和廢止之法治已臻齊全²。契約變更在既有的規定下也能夠得到完善的處理³。相對欠缺的，則是個案當中非正式行政建議的討論⁴。此處，行政處分、契約約定以及個案當中非正式的行政建議三者共通的爭點是：**人民就不法甚或違憲之國家行爲，可否主張信賴保護？**

就此，則可從我國行政程序法針對行政處分之規定略見端倪，也附帶引出具

² 參見行政程序法第 117 條至 126 條之規定。

³ 參見行政程序法第 145 條第 1 項：「行政契約當事人之一方爲人民者，其締約後，因締約機關所屬公法人之其他機關於契約關係外行使公權力，致相對人履行契約義務時，顯增費用或受其他不可預期之損失者，相對人得向締約機關請求補償其損失。但公權力之行使與契約之履行無直接必要之關聯者，不在此限」、第 146 條：「行政契約當事人之一方爲人民者，行政機關爲防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約(第一項)。前項之調整或終止，非補償相對人因此所受之財產上損失，不得爲之(第二項)」，以及第 147 條之規定：「行政契約締結後，因有情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者，當事人之一方得請求他方適當調整契約內容。如不能調整，得終止契約(第一項)。前項情形，行政契約當事人之一方爲人民時，行政機關爲維護公益，得於補償相對人之損失後，命其繼續履行原約定之義務(第二項)」。

⁴ 就此，國內文獻部分，可參照蔡進良，《行政法上禁反言法理之比較研究：以行政建議爲中心》，國立政治大學法律研究所碩士論文(1996)。

體國家行為在信賴保護當中的第二個爭點。針對違法行政處分之撤銷，行政程序法第117條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」第119條則說明何謂信賴不值得保護之情形：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」。並於第120條規定撤銷授益違法處分之效果：「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償（第一項）。前項補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益（第二項）。關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟（第三項）」。

針對合法授益處分之廢止，第123條規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。五、其他為防止或除去對公益之重大危害者」、第125條則規定失效日期：「合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力。但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力」。第126條亦規定廢止合法授益處分之效果：「原處分機關依第一百二十三條第四款、第五款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償（第一項）。第一百二十條第二項、第三項及第一百二十一條第二項之規定，於前項補償準用之（第二項）」。

就法條結構而言，違法行政處分之撤銷呈現原則許可、例外禁止之態樣，合

法授益處分之廢止則是原則禁止、例外許可。之所以如此，則係權衡依法行政和法安定性之後所為的安排⁵。就違法行政處分之撤銷，可以歸納出以下要件，即當事人具信賴基礎、信賴表現、其信賴值得保護，而信賴利益又大於撤銷所欲維護之公益時，縱處分違法亦不得撤銷。當事人雖無第119條所稱之信賴不值得保護之情形，但其信賴利益小於撤銷所欲維護公益時，行政機關仍可撤銷，祇是依第120條之規定，應就其損害予以補償。就合法授益處分之廢止，於第123條前三款之情形，當事人既對廢止處分有所預見或是可得歸責，自無依照第126條予以補償之理。

就信賴保護而言，雖然行政程序法於行政處分章有巨細靡遺之規定，但在其他行政行為的建構上，略顯單薄。就該法第8條意旨以觀，**所有行政行為均應保護人民正當合理之信賴**，實不應厚此薄彼。就此，則引發第二個爭點：**行政程序法就人民信賴行政處分所作的權衡安排，可否援用至其他具體國家行為上？又是基於什麼樣的理論基礎，而支持此種援用的關係？**

國內文獻雖然就個別具體國家行為在信賴保護上的問題已累積不少討論，卻始終缺乏一個能夠統整各個具體國家行為的理論。具體國家行為在信賴保護的面向，雖然多著重個案事實的判斷，但是若未能發展出一套統一的理論基礎，又會造成個案當中幾無明確的判準可循。質言之，在同屬國家授益處分的證照、契約或其他補助行政之間，理應存有共同的理論基礎，來保障人民的信賴利益。如果能夠證明各個具體效力國家行為之間具有共通的理論基礎，那麼則可將我國行政程序法關於授益行政處分撤銷廢止之規定，類推適用至其他具體效力國家行為之上。準此，本文以下擬引介目前國內十分匱乏的美國法理論，希望除了文獻介紹之外，並能發現統整具體國家行為的一套理論。

⁵ 吳庚，《行政法之理論與實用》，十版(2007)，頁 413-414；陳敏，《行政法總論》，六版，頁 459-469(2009)；陳愛娥，〈「法律原則」作為行政的法源〉，收錄於《憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 81-82(1998)。

第三節 美國法對於具體行為一致性的裁判概觀

第一項 證照撤銷

第一目 概說

我國法上的行政處分，雖與美國法上的行政裁決(adjudication)類似，但亦非完全相同。在我國行政處分當中非常注重的證照之許可或撤銷，在美國法上另有一套獨立的證照給予程序(licensing)。

依據美國行政程序法(APA)之定義，所謂證照(license)，係指行政機構(agency)給予之許可、登記、特許以及豁免的一部或全部⁶；而證照程序(licensing)則指行政機構就證照之准許、撤銷、廢止、修正或附加條件等程序⁷。

在證照程序當中，與一致性和合法期待最密切相關的，當屬證照撤銷的問題。由於證照的態樣良多，以下就僅就建照或道路使用許可之撤銷介紹之；而此類事務，通常歸由自治市政當局(municipality)管轄。

第二目 早期案例

於普通法領域，所謂許可(license)，是藉由口頭或書面的形式所授予的優惠(privilege)，得在土地上行使權利，但不持有土地本身的權利。而原則上，許可人得依其意願，自由地撤銷許可(a mere license for the use of another's real property, whether by deed or by parol, is revocable at pleasure)，即使受許可人在土地上已有

⁶ “License” includes the whole or a part of an agency permit, certificate, approval, registration, charter, membership, statutory exemption or other form of permission. See 5 U.S.C.A. § 551.

⁷ “Licensing” includes agency process respecting the grant, renewal, denial, revocation, suspension, annulment, withdrawal, limitation, amendment, modification, or conditioning of a license. See 5 U.S.C.A. § 551.

費用支出，亦不阻止許可人行使撤銷之權利。但是，若許可撤銷，則受許可人就信賴許可內容而支出的費用，得請求補償⁸。

但上述普通法之原則，在市府撤銷證照之領域並不完全適用，而是呈現信賴利益與公益相互衡量抗頡的狀態。以道路使用的許可為例，市府將道路使用授權予私人時，不得限制未來市府的合法使用；因此，所有的證照皆可撤銷。私人使用道路，不能因為獲得命令的准許，即獲得對抗市府的權利(acquired by prescription as against the municipality)。獲得「特許」(minor privileges)而占用道路，通常係由市府經過正當程序而批准，如欲撤銷此種許可，僅能藉由合法行使警察權(police power⁹)的途徑為之。但是，無論當事人使用街道是否構成妨礙，只要其就此種特許繳納費用，撤銷證照時就必須要給予聽證的程序。除非綜合個案當中所有的因素，而可認撤銷係屬衡平正當，或是可以視作警察權的正當行使，否則不得撤銷此一特許¹⁰。

針對使用或佔用街道的證照，市府得以行使裁量權限方式，予以撤銷。若持照人未依證照的條件行為，或是市府已明示保留其撤銷權，即使依證照而取得長期佔用街道的權利，亦不影響市府行使上開撤銷權。另外，依據道路使用的情形，市府有權決定是否要撤銷建照，此原則長期以來亦受到支持¹¹。質言之，公共利益必須得以證立撤銷權的行使。若市府已保留證照之撤銷權，則不論是否會在人民無過失的情況下造成其鉅額的損失，市府均可行使其撤銷權¹²。

雖然各時各地各州法院的判決容有不同，但是簡要的大原則為：市府不得恣

⁸ 120 A.L.R. 549.

⁹ Police power is an inherent power, limited only by prohibitions specified in the constitution of a state. The exercise of police power can be in the form of making laws, compelling obedience to those laws through physical means with the aim of removing liberty, legal sanctions, or other forms of coercion and inducements. Police power does not specifically refer to the right to create police forces, although the police power does include that right. Police power is also used as the basis for enacting a variety of substantive laws in such areas as Zoning, land use, fire and Building Codes, gambling, discrimination, parking, crime, licensing of professionals, liquor, motor vehicles, bicycles, nuisances, schooling, and sanitation for public welfare, security, health, and safety reasons..

¹⁰ 10A McQuillin Mun. Corp. § 30:52 (3rd ed.).

¹¹ CJS Munccorp. § 1499.

¹² *Supra* note 10.

意撤銷其所發予的建照，尤其是土地所有人已投入大量支出的時候¹³；即便如此，在市府因公益考量而立於政府功能(governmental function)地位而行使警察權的時候，情況自又另當別論。至於政府違法撤銷證照，人民所得主張的救濟方法為何，亦有不同的見解存在。

第一款 支持撤銷的案件

於 *Miller v. Board of Public Works* 案中，原告申請興建四房式公寓，而當時土地分區命令就此並不禁止，許可核准後卻又遭到撤銷。原因是市議會有意改變都市計劃，禁止此類建案。原告提起訴訟要求核發執行令(mandamus)，市議會則通過緊急命令，禁止在住宅區興建多於二房式的公寓。法院維持此命令，並認為：市府依正當程序之許可，未必不可事後撤銷，而該命令若屬合法，也未必不可溯及地使先前核發的許可失效¹⁴。

於 *Brett v. Building Comr.*案中，土地所有人雖依照建築許可而與他人締約，但法院認為既然尚未正式動工，則原告仍未取得既得權。原告雖與他人締約，但是並不妨礙市府行使警察權¹⁵。

於 *People ex rel. Publicity Leasing Co. v. Ludwig* 案中，建商獲得高樓廣告牌的架設許可後，本已與建築師締約且支付廣告費用，市府嗣後公布的命令卻禁止此種設計。法院認為這些支出尚不構成既得權，也無阻礙市議會公布命令之效力¹⁶。

於 *State ex rel. Ohio Hair Products Co. v. Rendigs* 案中，建商向建築委員申請建照，僅得暫時性許可，建商依此許可動工後提出終局建照申請，卻遭委員以嗣

¹³ 40 A.L.R. 928.

¹⁴ *Miller v. Board of Public Works*, 38 A.L.R. 1479, 234 Pac. 381 (1925).

¹⁵ *Brett v. Building Comr.* 250 Mass. 73, 145 N.E. 269 (1924).

¹⁶ *People ex rel. Publicity Leasing Co. v. Ludwig* 172 App. Div. 71, 158 N.Y. Supp. 208 (1916), affirmed in 218 N.Y. 540, 113 N.E. 532 (1916); motion for reargument denied in 219 N.Y. 553, 114 N.E. 1079 (1916).

後公布的命令已經開始禁止此類建照為由而拒絕。法院認為此命令係屬合理，蓋市府行為係合理行使其警察權，且此許可亦不受憲法契約條款之保障¹⁷。

於 *Harper v. Jonesboro* 案中，原告未能遵守許可當中的重要附款，法院認為市府撤銷證照並無不妥¹⁸。

第二款 有利於人民的案例

於 *Pratt v. Denver* 案中，原告獲得建照興建房屋，一個禮拜之後，建築視察員(building inspector)意欲撤銷許可，法院認為原告信賴建照而投入大量必要成本之後，市府若未具正當理由，不得撤銷證照¹⁹。

於 *Williams v. Smith* 案中，原告獲得市議會批准開設加油站之後，開始著手興建，嗣後此一許可卻被撤銷，法院雖然一方面駁回原告之抗辯，但另一方面也認為除非情勢變遷，而顯現出批准許可對於生命安全等公益有所危害，且為市議會決議時所不知者外，否則市議會不應撤銷其許可²⁰。

於 *Gallagher v. Flury* 案中，法院表示議會事後欲以決議方式取消先前市府核發的證照，係屬無效。市議會不得僅憑決議，而非以修正法律的方式，在未給予通知和聽證機會的情形下，剝奪土地所有人依法取得的權利²¹。

於 *Buffalo v. Chadeayne* 案中，法院認為一旦當事人依建照開始動工並因此承擔義務時，則對其工作物已產生財產利益，於此權利範圍內應受保障。法院認為受許可人於尚未取得既得權之前，關於發予許可一事，市府本得重新作出考量，人民並未取得既得權來對抗市府行使其警察權；但人民若於撤銷前已取得既得權，則市府欲行使警察權而剝奪其權利，未見妥當²²。

¹⁷ State ex rel. Ohio Hair Products Co. v. Rendigs, 98 Ohio St. 251, 120 N.E. 836 (1918).

¹⁸ Harper v. Jonesboro, 94 Ga. 801, 22 S.E. 139 (1894).

¹⁹ Pratt v. Denver, 72 Colo. 51, 209 Pac. 508 (1922).

²⁰ Williams v. Smith, 76 Colo. 151, 230 Pac. 395 (1924).

²¹ Gallagher v. Flury, 99 Md. 181, 57 Atl. 672 (1904).

²² Buffalo v. Chadeayne, 134 N.Y. 163, 31 N.E. 443 (1892).

於 *Welch v. Mitchell* 案中，市府為避免汎災，以河流中線為基準，重劃河岸兩旁禁建地的範圍，造成被告原先依建照許可興建的工作物，面臨拆除的命運。法院主張：市府不得以行使警察權為藉口，而剝奪持照人使用土地的權利而不給予補償；另外，若欲改變禁建線，也必須要先通知被告²³。

於 *Toronto v. Wheeler* 案中，被告符合法律施行細則之要求，提出興建車庫申請，而於四月十七日獲准。被告投入成本開始興建。但於四月十六日，法律修正，將管制車庫之建置和使用的權力，授權予市府行使，施行細則於五月十三日通過。法院認為，除非法律用語明確要求，否則不能認為議會此舉係屬溯及干涉既得權²⁴。

另外，可以觀察到，於麻諸塞州的案件，常以撤銷建照未獲授權為由，而駁回市府的主張。而在麻州的 *General Baking Co. v. Street Comrs.* 案中，法院則表示撤銷建照案件當中，若當事人尚未投入資金，其考量可能就會完全不同²⁵。

第三款 人民之救濟途徑

即便法院支持人民信賴原本建照核可的主張，法院願意提供給人民的救濟途徑仍有歧異。大體而言，共有兩類：一為核發禁制令(injunction)，一為提供人民補償；而以核發禁制令，禁止市府干預人民合法獲得的建照為主流的見解。茲說明如下。

當市府官員撤銷證照時，係基於政府或高權的角色(government)，而非出自於私人或財產行為(proprietary)的立場，則市府當局不需為其官員違法撤銷(wrongful revocation)證照所造成的損害，而負擔侵權行為損害賠償之責任。原則上循此見解者，有 *Kansas City v. Lemen* (1893) 案、*Rehmann v. Des Moines*(1927) 案、*Edson v. Olathe* (1909)案；雖未循此見解，但結論相同者，見 *Stevens v. Muskegon*

²³ *Welch v. Mitchell*, 95 W. Va. 377, 121 S.E. 165 (1924).

²⁴ *Toronto v. Wheeler*, 22 Ont. Week. Rep. 326, 4 D. L. R. 352 (1912).

²⁵ *Supra* note 13.

(1896) 案、*Lerch v. Duluth* (1903)案、*Claussen v. Luverne* (1908)案。另外可以比較 *Savage v. Salem* (1893)案的不同看法²⁶。

於 *Rehmann v. Des Moines* 案中，Des Moines 市發予原告許可，允許原告在某塊土地上興建房屋。原告信賴此一許可，並與廠商 X 締約，開始動工興建。證照嗣後被市議會違法撤銷，導致原告不能履行與 X 之間的契約，並造成損害。原告因此起訴。法院認為市府為管制而准許的建照(building permit)，不僅是那種可以隨意願自由撤銷的私人許可(a mere license)，人民依照證照開始動工投入成本之後，市府不得僅憑保護鄰人財產為由而撤銷證照。

但在救濟途徑上，法院則認為市政府無庸為原告之損害負起賠償責任，蓋市議會撤銷證照，係屬行使警察權(police power)的裁量行為；既然市府不必為官員行使政府高權的行為負責，那麼當然也不用為所屬官員違法撤銷許可的行為而負責。法院認為本案中唯一適當的救濟係申請禁制令，限制市政府不得干預原告的權利；亦即，法院限制市府不得執行此一無效之撤銷²⁷。

於 *Lerch v. Duluth* 案中，市府法規規定：移動建築必須先獲許可，方可進行。原告獲有許可，並進一步信賴許可而訂約，市議會嗣後卻通過決議撤銷此一許可，且明知這會造成原告的損害。法院認為此一撤銷係屬無效，而執行撤銷之公務員應自負風險；但是，如同其他公務員逾越權限的行為，市府本身對此無需負責。此一原則係基於政策穩定性之考量，使市府於其權限範圍內，得進行判斷與裁量，而毋須為其所造成的損害直接負責²⁸。

於 *Claussen v. Luverne* 案中，市政府違法撤銷人民酒類經營的執照。法院認為市府公務員係在行使警察權(police power)，而非徵稅權(taxing power)，且公務員為履行政府義務之目的，而從事違法行為，市府亦毋須為其負責。法院援引 *Lerch v. Duluth* 案，認為禁制令方為適當之救濟途徑；法院認為於本案例中市議會

²⁶ 55 A.L.R. 434.

²⁷ *Rehmann v. City of Des Moines*, 204 Iowa 798, 215 N.W. 957, 55 A.L.R. 430 (1927). Citing *Stevens v. Muskegon*, 111 Mich. 72, 36 L.R.A. 777, 69 N.W. 227 (1896); *Lerch v. Duluth*, 88 Minn. 295, 92 N.W. 1116 (1903).

²⁸ *Lerch v. City of Duluth*, 88 Minn. 295, 92 N.W. 1116 (1903).

撤銷證照係行使合法權限，而屬侵權責任之例外，市府亦無庸負責²⁹。

於 *Stevens v. Muskegon* 案中，市政府發給原告建造地下水道之許可，工作並
在市府監督下完成。但嗣後市議會卻規定：未得市議會許可，住家和其他私人渠
道不得與原告所建之下水道相連結。法院同樣認為市府無須為此承擔侵權責任，
僅得以禁制令救濟之³⁰。

同樣地，在 *Edson v. Olathe* 案中(後被撤銷)，Olathe 市公布命令(ordinance)，
允許原告得為建築鐵路之目的而使用街道。原告行為符合命令之要求，並信賴此
一命令準備開始興建；然而命令嗣後卻被市議會違法撤銷。原告因此提起損害賠
償訴訟。法院認為：如果市長和議會並非為了特定公司之私益，而係基於公務員
為一般公益服務之立場而作為(例如本案之中，為了保持道路的通暢而撤銷當事
人的許可)，則市府對於此種行為，不必負責³¹。

然而，於 *Savage v. Salem* 案中，原告獲准在路中架設兩個水缸，以便清掃街
道的水罐車能夠使用。嗣後市議會違法撤銷證照，原告旋即提起訴訟。法院認為
此處水缸係為公共目的所設，而非屬公共妨礙。因此，市議會違法撤銷證照，市
府須予原告補償。法院論證道：先前之證照係出於公益目的而允許私人佔據道
路；既然持照者信賴此一證照，並據此投注金錢，那麼除非此一占用事實上構成
真實妨礙(actual nuisance)，否則市府未經補償，不得撤銷其證照³²。

另一方面，某些案件當中，法院也認為：若市府無正當理由或者是未給予補
償，則不得撤銷證照³³，但是前提是兩造之間必須存有類似契約的基礎；而即使
證照具備契約的性質，市府仍得依據警察權之行使，而撤銷證照³⁴。

第四款 提出申請之後法令始公布的案例

²⁹ *Claussen v. City of Luverne*, 103 Minn. 491, 115 N.W. 643 (1908).

³⁰ *Stevens v. City of Muskegon*, 111 Mich. 72, 69 N.W. 227 (1896).

³¹ *Edson v. Olathe*, 81 Kan. 328, 105 Pac. 521, 36 L.R.A. (N.S.) 861 (1909), rehearing denied in 82 Kan. 4, 36 L.R.A. (N.S.) 865, 107 Pac. 539 (1910).

³² *Savage v. City of Salem*, 23 Or. 381, 31 P. 832 (1893).

³³ *Incorporated Town of Spencer v. Andrew*, 82 Iowa 14, 47 N.W. 1007 (1891); *City of Portland v. Yates*, 102 Or. 513, 203 P. 319 (1922), citing *Savage v. City of Salem*, 23 Or. 381, 31 P. 832 (1893).

³⁴ *Supra* note 12.

在申請人提出建照申請後，於建照獲准前，市府通過命令禁止從事如建照申請所載之行爲，法院通常會認爲命令之效力不因建照申請而受影響，亦不因命令係屬溯及既往，而屬無效³⁵。

但於 *Spann v. Dallas* 案中，申請人信賴市府律師之建議，認爲法律並不禁止住宅區房屋可供作商業使用，因此締約購地欲開始建屋，不料嗣後申請建照又遭拒，市府又未經鄰地所有人之同意，亦未得建築巡查員之許可，逕自公布命令禁止適用，法院認爲此命令係未經正當法律程序而剝奪人民之財產³⁶。

第五款 混合型案例

於 *Hinman v. Clarke* 案中，原告獲准沿著街道移動房屋之後，市府因居民抗議的壓力而撤銷部分許可。法院判決：雖然許可僅係可得撤銷之證照(the permission was a mere revocable license)，但只要原告對其信賴並依建照而舉止，而撤銷許可會對原告造成損害的話，則產生禁反言的效果，市府不得撤銷其證照³⁷。

於 *Newson v. Galveston* 案中，法院判決私人雖已持照多年，但是並不因此產生強制市府必須繼續核發證照的效力³⁸。

於 *Clinard v. WinstonSalem* 案中，市府核准可以額外附建一間房間之後，又以等待事實認定爲由撤銷證照，嗣後事實認定的結果顯示有利於當事人。法院判決：原告適當的救濟方法應係發予執行令(his remedy was by mandamus)，而不得額外對市府請求損害賠償，蓋市府不負損害賠償之責任³⁹。

³⁵ *Supra* note 13.

³⁶ *Spann v. Dallas*, 111 Tex. 350, 19 A.L.R. 1387, 235 S.W. 513 (1921).

³⁷ *Hinman v. Clarke*, 121 App. Div. 105, 105 N.Y. Supp. 725 (1907), affirmed in 193 N.Y. 640, 86 N.E. 1125 (1908).

³⁸ *Newson v. Galveston*, 76 Tex. 559, 7 L.R.A. 797, 13 S.W. 368 (1890).

³⁹ *Clinard v. WinstonSalem*, 173 N.C. 356, 91 S.E. 1039 (1917).

於 *Hamilton v. Chicago* 案中，法院亦認為執行令始為適當的救濟途徑，尤其是考量到當事人於撤銷前尚未開始工作，不應適用禁反言原則⁴⁰。

第三目 近期案例

後續的案例發展良多，各時各州不同法院之間的見解未必同一，但是仍然可以整理出兩個簡要的原則。首先，當建照之核發有違法律規定，或是申請人對於重要事實有詐欺或是提供錯誤資料等行為時，市府撤銷建照並不違法。另外，於當事人已獲既得權(視時間久暫、投入成本多寡，是否已有實質工作物等，綜合各項因素而定)，原則上不得撤銷其建照。而其他較為零星、但見解仍具重要性的案例，可參下述整理。

當市府未能緊急撤銷證照，以防信賴損害更進一步地擴大，而當事人業已拆除房屋達八個月之久，期望能獲得建照之時，當事人有權於撤銷建照之前獲得聽證的機會，而市府必須提供此種聽證⁴¹。

依加州法之規定，在宗教團體已對建照產生信賴的情形下，市府受衡平禁反言之拘束，不得撤銷建照⁴²。

雖然先前核發建照，但是對於市鎮不構成禁反言，市鎮仍得執行土地規劃細則⁴³。

因市府規劃土地使用而造成的不動產貶值，並非用來評斷此一規劃命令是否妥適與否的判斷標準，但貶值的問題仍得被納入考量，尤其是命令造成之貶值程度相當可觀之時⁴⁴。

雖然就核發及撤銷建照事，市府得豁免於訴訟之外，但法院仍得要求市府就

⁴⁰ *Hamilton v. Chicago*, 227 Ill. App. 291 (1922).

⁴¹ U.S.C.A. Const.Amends. 5, 14; 42 U.S.C.A. § 1983. *Lanmar Corp. v. Rendine*, 811 F. Supp. 47 (D.R.I. 1993).

⁴² *Congregation ETZ Chaim v. City of Los Angeles*, 371 F.3d 1122 (9th Cir. 2004).

⁴³ *Town of Seekonk v. Anthony*, 339 Mass. 49, 157 N.E.2d 651 (1959).

⁴⁴ *Redford Moving & Storage Co. v. City of Detroit*, 336 Mich. 702, 58 N.W.2d 812 (1953).

土地所有人信賴建照投入成本所造成的損失，給予補償⁴⁵。

市府依法核發的建照，可因嗣後土地劃分命令的更改而撤銷⁴⁶。

依既存法律核發的建照，與嗣後修正的劃分使用命令相違背時，先前建照並不產生既得權的效果，除非受許可人信賴建照而善意投入大量成本，且未違背當時公布的政策⁴⁷。

撤銷建照或管制建築的命令，不因其存有溯及效力而違憲⁴⁸。

當事人信賴市政官員認為許可將會核准的陳述，並且投入成本，此一行為不得對檢查員產生禁反言之拘束效果，而限制其不得撤銷證照，否則將會破壞對於證照決定提起上訴之權利⁴⁹。

第四目 小結

一般而言，美國法認為建照的准許或拒絕，係屬裁量或政府功能 (governmental function) 之行使，市府無庸為此負擔侵權行為之損害賠償責任。然而，這樣的傳統近來卻受到不少挑戰⁵⁰。

即便如此，在這些主張廢止政府侵權豁免的案件之中，市府負擔的損害賠償責任，亦僅止於私人侵權時所應負責的範圍。因此，於申請人或持照人因公務員過失而受到損害時，除非能證明公務員違反了具體特定的保護義務，否則公務員行為若僅有違公益，申請人或持照人不得提起損害賠償之主張。

⁴⁵ Key Petroleum, Inc. v. Housing Authority of City of Gulfport, 357 So. 2d 920 (Miss. 1977).

⁴⁶ Halpern v. Dassler, 135 N.Y.S.2d 8 (Sup 1954).

⁴⁷ Keiger v. Winston-Salem Bd. of Adjustment, 281 N.C. 715, 190 S.E.2d 175 (1972).

⁴⁸ Cahn v. Guion, 27 Ohio App. 141, 5 Ohio L. Abs. 696, 160 N.E. 868 (8th Dist. Cuyahoga County 1927).

⁴⁹ City of Amarillo v. Stapf, 129 Tex. 81, 101 S.W.2d 229 (Comm'n App. 1937).

⁵⁰ E.g. 154 East Park Ave. Corp. v. City of Long Beach, 76 Misc. 2d 445, 350 N.Y.S.2d 974 (Sup 1973), judgment modified, 49 A.D.2d 949, 374 N.Y.S.2d 569(2d Dep't 1975), order aff'd, 52 N.Y.2d 991, 438 N.Y.S.2d 288, 420 N.E.2d 86 (1981) (city answerable in money damages for expenses incurred in reliance on building permit later revoked because erroneously issued); Sexstone v. City of Rochester, 32 A.D.2d 737, 301 N.Y.S.2d 887 (4th Dep't 1969) (where detrimental reliance by purchaser of property on certificate of occupancy negligently issued city liable for its wrongful action); Contra Reid v. City of Niagara Falls, 29 Misc. 2d 855, 216 N.Y.S.2d 850 (Sup 1961); Haslund v. City of Seattle, 86 Wash. 2d 607, 547 P.2d 1221 (1976) (affirming verdict of \$2.8 million against city for damages resulting from issuance of invalid building permit).

除了上述的具體關係之外，人民對於政府行為的正當信賴，也是提起侵權訴訟的要件之一。若證照無涉裁量行使，信賴又能獲得證明，則市府可能需要對其錯誤負起損害賠償責任。

另外，於政府徵收土地時，人民以反向徵收(*inverse condemnation*)提出合理補償之請求，係屬憲法問題，而非侵權案件。因此，在此種憲法爭議當中，市府無法主張侵權豁免，而免其責任⁵¹。

第二項 行政契約

於政府和私人締結行政契約時，基於契約緊密關係，人民之合法期待原本應該受到更充分的保障，然而實際上的發展則非如此順利。長久以來，基於發展政策權限、避免詐欺以及高權豁免(*sovereign immunity*)之考量，政府往往保有違約之權限⁵²。而針對政府違反契約之問題，美國憲法中的契約條款、徵收條款和正當法律程序條款，皆有可能作為救濟的主張依據。行政契約的態樣不一而足，以下本文僅以管制契約和聘僱契約為例，說明其與合法期待之間的關係。

最高法院於 1996 年所作成之 *United States v. Winstar Corp.* 判決，無疑係屬此間最重要的指標性案例。*Winstar Corp.* 案起因於 80 年代之金融風暴，許多儲蓄機構因而破產，而聯邦的銀行管制機構(Federal Savings and Loan Industry Corporation, FSLIC)希望由財務健全的銀行來接手這些破產儲蓄機構。FSLIC 無意強制命令這些銀行接管負債累累的破產機構，但是由於 FSLIC 並無足夠資金來提供合理的交易條件，FSLIC 必須為這些銀行另外提供誘因；準此，FSLIC 和銀行達成共識並簽署書面備忘錄，約定銀行得採用有別於一般公認會計方法之方式，分期攤提抵銷市場價格和實際支付價格之間的差價。其中最特別的是，銀行獲得准許，可將具備「監督善意」(*supervisory goodwill*)⁵³之資產，列於會計帳

⁵¹ 9A McQuillin Mun. Corp. § 26:216 (3rd ed.).

⁵² See, e.g., *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934).

⁵³ “Supervisory goodwill” is created when the purchase of a savings institution is arranged by its

簿上，而大大降低了合併後新成立銀行之資本額條件。

詎料，數年之後，國會通過法律(Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989, FIRREA)，禁止類如 FSLIC 和金融機構所合意的行爲，而且規定必須採用更加快速的攤提方式。於 FSLIC 開始強制執行國會之法律後，當初購買儲蓄機構之銀行，因而紛紛破產，並就此提出訴訟請求賠償。法院認爲，本案當中之合意備忘錄，已構成契約。法院原則上贊同原告主張，認爲在契約關係之中，政府與私人當事人之地位並無不同⁵⁴；政府其他之後續行爲，不會僅因其地位不同，就可以正當化政府違約之行爲。準此，儘管政府存有管制變遷的需求，但是對於這些金融機構仍然負有履約之義務，而必須允許其等使用特別的攤提方法。因此，法院將本案發回下級法院，要求就銀行的主張重審之⁵⁵。此一案件顯示：私人(本案中爲銀行)對於銀行管制者能夠遵守契約、行爲一致的合法期待，應受到保障；嗣後國會若迫使銀行管制者違反契約，政府則必須對私人提供補償⁵⁶。

另外，再以政府的聘僱契約爲例。如果教師具備事實上終身職(*de facto tenure*)之期待，其得免於在欠缺理由和聽證的情況下，遭到終止聘僱契約終止之命運。就此爭議，法院在 *Board of Regent v. Roth*⁵⁷和 *Perry v. Sindermann*⁵⁸兩案當中，基於兩案不同之事實(包括教師和機構之理解和認知)，判決 *Roth* 未獲事實上終身職，其對事實上終身職之期待並不合法。

federal regulator. And goodwill is the difference between the market value of an institution's assets and the higher amount paid at the time the institution is purchased or merged into another institution. Rather than making the acquiring institution immediately deduct the difference from its stated assets, accounting procedures allow the institution to amortize the goodwill over the average life of the acquired assets -- usually 10 to 30 years. In a broader sense, the acquiring institution is amortizing the premium it paid to acquire the goodwill of the disappearing institution's customers. See TeachMeFinance.com, last visited: May 9, 2010.

⁵⁴ 518 U.S. 839, 887, n.32 (1996)

⁵⁵ 518 U.S. 839 (1996). See also Jerry Stouck & David R. Lipson, *United States v. Winstar Corp.: Affirming the Application of Private Contract Law Principles to the Federal Government*, 6 Fed. Circuit B.J. 315 (1996); Michael P. Malloy, *When You Wish Upon Winstar: Contract Analysis and the Future of Regulatory Action*, 42 St. Louis U. L.J. 409. And see *infra* Sec 3.3., Informal advice and estoppel.

⁵⁶ L. Harold Levinson, *The Legitimate Expectation That Public Officials Will Act Consistently*, 46 Am. J. Comp. L 549, at 571(1998).

⁵⁷ 408 U.S. 564 (1972).

⁵⁸ 408 U.S. 593 (1972).

相反地，Sindermann 則具備要件。於 *Perry v. Sindermann* 案中，Sindermann 於德州大學體系共服務十年，自其升格教授之後(即任職的第六年起)改為一年一聘方式簽約；越四年，校方董事會拒絕再簽約，Sindermann 主張校方未附理由、而單方面指責 Sindermann 平日發表太多逆耳的評論，卻又未賦予聽證之機會，侵害了他繼續在大學體系中任教的財產利益。

系爭中，Sindermann 獲得的契約只有一年一聘，且無論州法或契約，皆無給予終身職保障。但是法院認同 Sindermann 之主張，認為其可能存有財產利益。蓋校方曾發給教職員手冊，擔保某程度的終身職保障；德州大學體系亦訂有規則，規定雇用七年以上之教職員可以受到某種形式的終身職保障。準此，最高法院發回下級法院，要求依照州法，審理原告主張財產利益有無理由⁵⁹。

第三項 對於非正式建議之信任

第一目 概說

行政機構的非正式建議造成許多爭議，而主要牽涉的是禁反言的問題。禁反言原則得否適用於政府，其理論發展之路幾經波折；先是幾乎不適用，之後出現例外，直至最近，又回復以不適用為原則⁶⁰。*Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill* 係屬此間重要判例。嗣後案件對此僅作出些許修正。Davis 教授分析如下：在極端案例中，法院仍然會接受禁反言原則於政府行為之適用，但即便在這種情況下，基於禁反言原則適用會減低行政機構提供意見的意願，法院對禁反言之適用，仍然採取保留態度⁶¹。

⁵⁹ *Id.* at 603. *But see* Rodney Smolla, *The Reemergence of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law: The Price of Protesting Too Much*, 35 *Stan. L. Rev.* 69 (1982-83), and Edward L. Rubin, *Due Process and the Administrative State*, 72 *Cal. L. Rev.* 1044 (1984).

⁶⁰ STEPHEN G. BREYER & RICHARD B. STEWART, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY*, at 607 (5th, 2002).

⁶¹ KENNETH CULP DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE*, at 491(1st ed. 1958).

於 1947 年的 *Churchill Tabernacle v. FCC* 案中，哥倫比亞地方法院即表示：一事不再理與禁反言原則通常並不適用於行政裁決案件⁶²。針對此種主張，Davis 教授追溯至高權豁免原則與「國王不會犯錯，因此並無禁反言的問題」，而指出這種理論已經過時，並且會逐漸被「政府行政機構應受到禁反言原則拘束」的見解所取代⁶³。但若觀察此間案例法上之發展，Davis 教授的見解終究過於樂觀。

第二目 允諾禁反言：對於政府建議的信賴

允諾禁反言(promissory estoppel)從民事法領域而來，但在行政法領域亦有適用；亦即，當政府對個人作出保證時，我們會期待政府能夠言出必踐。然而，在牽涉法治原則、權力分立、高權豁免和財政整全等考量的時候，允諾禁反言未必能夠適用於政府⁶⁴。以下本文集中介紹 *Merrill* 案之後的案例法，以明禁反言原則於近代發展之梗概。

第一款 近代指標案例：*Merrill* 案及後續發展

在 *Federal Crop Insurance Corporation v. Merrill* 案中，一群農夫向聯邦農作物保險公司(FCIC)購買穀物保險，並經此公司的一名地方官員保證這些穀物係屬可保。然而於出險時，理賠卻被拒絕，理由則是依據公布施行的法令，這批穀物是不可保的；此為原告和地方官員所不知，但是 FCIC 業已將此刊登在聯邦政府公報上。考慮到地方官員已作出意思表示，地方法院判決政府敗訴。但是，最高法院雖然願意假設系爭公司之補償可與私人保險公司之理賠等同視之，但卻**不認為政府的地位如同私人訴訟當事人**，此不因政府在系爭案件中究係從事何種行為

⁶² 160 F.2d 244, 246 (D.C. Cir., 1947).

⁶³ BREYER, *supra* note 60, at 607.

⁶⁴ See generally ALFRED C. AMAN, JR & WILLIAM T. MAYTON, ADMINISTRATIVE LAW, at 322-24 (2nd, 2001).

而異。另外，人民與行政機構商議時，應負擔查明公務員權限範圍之風險；系爭拒保之規定既已公佈於聯邦公報上，人民則有知悉之義務。準此，法院認為政府不受禁反言原則之拘束，而判決政府無需支付保險金⁶⁵。

自 *Merrill* 案以降，最高法院從未宣告政府須受禁反言原則的拘束；然而，於牽涉行政機構的情形，法院也拒絕承認公共利益比私人的信賴利益來得更加重要。隨著政府與私人間的互動增加，下級法院亦開始反思為何法院不願將禁反言原則適用於政府。但是不論如何，基於「政府並非私人」之觀點，*Merrill* 所示之原則依然具有影響力⁶⁶。關於此間案例法的發展，簡介如下。

Davis 教授曾將 *Merrill* 案與 *Moser v. United States* 案作出對比。於 *Moser* 案中，法規規定：曾尋求免於徵召的外國人，無法成為美國公民。而 *Moser* 是一個住在美國的瑞士公民；他詢問瑞士大使館，免除徵兵是否會使得他無法成為美國公民，而得到大使館否定的回覆，但此一回覆似乎是植基於美國政府部門錯誤的資訊。嗣後 *Moser* 提出成為美國公民的申請被拒絕，最高法院則推翻此一決定，認為：*Moser* 並非基於充分資訊而有意識地放棄成為美國公民的權利；若其知悉正確資訊，可能就會選擇入籍美國，而非免除兵役⁶⁷。

Moser 案並未直接提及禁反言原則，而公民資格也可能是一個特別的領域。但是 Davis 教授在 1970 的教科書改版當中觀察到，許多下級法院認為政府應受禁反言原則的拘束⁶⁸。在 *Roberts v. United States* 案中，民事法院(The Court of Claims)認為政府以**財產功能角色(proprietary capacity)**舉止時，其在契約當中所作的棄權表示，應如同私人一般受到禁反言原則的限制⁶⁹。另外，法院也認為政府委員會在稅務案件中，應受禁反言原則的拘束；蓋此類案件若不適用禁反言原則，將會造成特別不公平之情形⁷⁰。

⁶⁵ 332 U.S. 380 (1947).

⁶⁶ AMAN, *supra* note 64, at 322-23.

⁶⁷ 341 U.S. 41 (1951).

⁶⁸ KENNETH CULP DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, at 609-23 (2nd ed. 1970).

⁶⁹ 357 F.2d 938, at 946-47 (Ct. Cl. 1966).

⁷⁰ BREYER, *supra* note 60, at 608.

在 1976 年，Davis 教授一度認為所謂「政府不受禁反言原則拘束」的原則已成為過去式⁷¹。在 *United States v. Georgia-Pacific Co.* 案中，原告因為政府的錯誤告知，而在不可開發的國家森林土地上投資了三十五萬美元，法院認為政府應受禁反言原則拘束⁷²。在 *United States v. Lazy FC Ranch* 案中，法院認為政府不得追回違法給付給原告的金錢；因為政府官員幫助原告起草租賃權資料，而使原告符合申請條件⁷³。然而，也有拒絕對政府適用禁反言原則的案例，如 *Montilla v. United States* 案，Montilla 聽信上級長官錯誤的告知，以為自己符合退休金資格而退休；法院認為本案仍受 *Merrill* 案的拘束，而無禁反言原則的適用⁷⁴。

自 1981 年起，最高法院於作成 *Schweiker v. Hansen* 判決之後，重回禁反言原則不適用於政府的老路。

第二款 再次確立「政府不適用禁反言原則」：*Schweiker* 案

於 *Schweiker v. Hansen* 案當中，主要的爭點在於社會安全機構(Social Security Administration, SSA)之專業代表，錯誤地告知被告其不符合社會福利受領資格的資訊，並且疏未遵守 SSA Claims Manual 要求書面申請之規定。針對被告要求溯及領取社會福利之申請(事實上在這段期間被告也符合資格)，政府之違誤是否會對 SSA 產生禁反言的效果，而禁止 SSA 以被告未提出書面申請為由否准被告之申請？下級法院認為，書面申請僅為程序要求，不影響被告實質上已經符合資格的權利。

下級法院的 Friendly 法官提出不同意見，而最高法院支持此一不同意見。亦即，法院從未明示，能夠因為禁反言原則之考量，而迫使政府悖離現行有效法規。法院並引用 *Merrill* 案發展的理論，認為本案當中，SSA 之官員並未到達嚴重錯

⁷¹ KENNETH CULP DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW OF THE SEVENTIES, at 399 (1976).

⁷² 421 F. 2d 92 (9th Cir. 1970).

⁷³ 481 F. 2d. 985 (9th Cir. 1973).

⁷⁴ 457 F. 2d. 978 (Ct. Cl 1972).

誤的程度(affirmative misconduct)。

同樣地，Claims Manual 並非規則(regulation)，其無法律效力，並不拘束 SSA。且 SSA 受理大量此類型案件，若認為 SSA 官員輕微違反 Claims Manual 之行爲，將對政府產生禁反言效力，則會剝奪社會安全法(Social Security Law)欲藉由書面申請，實現誠實和效率之目的⁷⁵。

第三款 絕對不適用禁反言原則—撥付條款：Richmond 案

I

於 *Office of Personnel Management v. Richmond* 案當中，被告原本於政府機構擔任焊工一職，而於 1981 年離職，人事管理處(Office of Personnel Management，OPM)鑒於被告視力受損，已無法勝任焊工職務，即依 Section 8337(a)之規定，准予殘障年金之申請，並准其辦理退休。

Section 8337(a)在 1982 年前之規定爲：若兩年之內，年金受領者之收入達到退休前職位的百分之八十，則將被視爲恢復謀生能力，並失去受領年金資格。1982 年之後，本條將兩年的評估時間縮短爲一年。

在退休之後，被告成爲校車兼職駕駛。於 1982 年至 1985 年之間，其收入並未超過法律之規定。但是在 1986 年時，被告有機會藉由加班而獲得額外收入，因此被告尋求原任機構人事室之意見，詢問究竟多少的收入才不會違反法律百分之八十之限制。機關依據已經廢止之舊法給予錯誤答案，又給予被告 OPM 印行的內部作業書，但其內容仍係依據舊法所作成。於被告於 1987 年回任原機關時，又再次依舊法給予被告錯誤的資訊。

依其所得之錯誤資訊，被告斷定只要自己符合法律限制，就可以同時保有校車司機的工作和殘障年金。OPM 對被告中止約半年時間的年金給付，上訴法院判決政府仍然必須給付，蓋本案中行政機構已達嚴重錯誤的程度(affirmative

⁷⁵ 450 U.S. 785 (1981).

misconduct)，而應適用禁反言原則⁷⁶。

II

最高法院推翻上訴法院的見解。法院表示，自最早的 *Merrill* 案起，法院即不斷重申並且確認：禁反言原則不適用於政府。近期聯邦法院尋求以各種不同之分析尋求適用的可能性，然而亦被最高法院一一駁回。

但是，本案中，法院認為無須確認是否在所有的案型當中，禁反言原則均不適用於政府。蓋本案中適用另一更為確切之決定即為已足；亦即，向國庫要求給付之主張，不得有違撥付條款⁷⁷。

III

憲法第 1 條的撥付條款規定：除有法律依據而得請求撥款之外，否則不得向國庫請求給付金錢⁷⁸。此款樹立明確方向，亦即：國庫支付金錢之行爲須有法律之授權。而兩造針對請領金錢一事，將會違背 Section 9337 之規定，均無異議。

過去關於禁反言主張的案件，法院毋庸討論撥付條款，蓋其過於明顯；基於撥付條款之考量，禁反言原則在此毫無適用之餘地。

本款之實際考量，係爲防止詐欺和貪污之發生。但就本案而言，此要求另有更基本而重要之目的，亦即確保公共基金(public funds)係透過國會根據公益(common good)而發放，而非根據政府官員的喜好，或是個案當中當事人之虛言託辭。在要求國庫給付金錢之脈絡下，若允許禁反言原則之適用，將使撥付條款無用武之地。而此一**控制公共資金運用之任務，將從國會移轉到行政權**。

關於要求國庫給付的歷史和實踐，顯現了一個原則：依據禁反言原則來要求政府違背法律而給付金錢的主張，不可能成立。早期，由於撥付條款禁止國會授權，因此係由國會個案裁決。中期因爲國會業務成長，因此國會將此一任務轉由司法處理，例如特克法(Tucker Act)之規定。但是國會仍保留權力，以處理以下情形：當事人非主張法規授權，而係個案情形當中，產生道德上之義務，而有撥款

⁷⁶ 496 U.S. 414, at 416-20 (1990).

⁷⁷ *Id.* at 420-24.

⁷⁸ U.S. Const. Art. I, § 9, cl. 7,

之需求。

即便不論個別官員的共謀，或是行政企圖阻撓立法政策之不當意圖，在要求政府給付金錢的脈絡下，適用禁反言原則仍然會有惡性之效果。亦即，其忽略現實，要求政府確保全國成千上萬的公務員表現得完美無暇。廣開禁反言原則適用的大門，只會邀來無盡訴訟，而其中主張或真或假，增加了國庫給付之不確定性；即使最後駁回了大多數的案件，其訴訟本身耗費可想而知。

亦有此種論調主張：若不將適用禁反言原則適用於政府案件，則會造成人民對於政府的不信任，轉而尋求律師、會計師等的諮詢意見，徒增浪費。但是法院相信政府官員在大多數的個案當中，係憑良心在做事、而且提供免費而重要的資訊予當事人。**允許禁反言原則適用於政府，只會減少政府提供建議之意願**；蓋政府將會嚴格控制行政官員，造成大眾不能獲得重要資訊，而此點對於那些不能負擔私人諮詢費用者，最為不利。

法院認為毋庸判斷禁反言原則的極端個案。在要求政府給付金錢的脈絡下，要求對政府適用禁反言原則之主張不會得到支持，**蓋法院不得抵觸憲法之規定 (for courts cannot estop the Constitution)⁷⁹**。

Stevens 大法官提出協同意見，其指出：

撥付條款與本案無關，蓋憲法係以整體規劃之角度思忖撥付條款，而非個案中的處理考量。多數意見的見解只不過在轉移注意力。

本案爭議無關乎有無撥付條款，而係監督行政撥付條款之法規是否存在的問題。假設本案非僅關六個月的福利給付欠缺，而係關於全額福利皆不給付的情形、當事人殘障程度已達到不能從事任何工作，而其僅短暫兼差以致喪失受領資格，法院是否仍為相同決定？

但是，本案尚未如上述情形般地嚴重；當事人僅喪失短期福利給付，而其兼差收入亦能彌補此一損失。除非 *Merrill* 案被推翻，否則必須容忍如本案中所出

⁷⁹ *Supra* note 76, at 424-435.

現的行政缺失⁸⁰。

不同意見則贊同協同意見關於撥付條款的看法，也認為本案應適用禁反言原則⁸¹。

第四款 小結

有學者認為 *Schweiker* 案非屬禁反言之案件。蓋被告並非主張政府應受禁反言原則拘束，而係主張其信賴政府代表官員錯誤的建議而生之損害；並且，人民亦非主張官員之錯誤行為，能夠以違反既存法規之方式，對政府發生拘束效力。另外，對政府適用禁反言原則，的確可能產生架空制定法規定之問題，但是在 *Schweiker* 案之中，顯然與上開情形不同⁸²。

另外，禁反言原則有異於行政機構不得以行政裁決的方式進行法律或政策之溯及變更，蓋前者並非行政機構有意地突破法規，而是對於人民合法期待保障之問題⁸³。但是，若考量到憲法上之規定以及對於國會權力的分配和行使，在租稅案件以及向國會請領金錢給付的案件之中，法院業已形成穩固的見解，認為不得向政府主張禁反言原則，以達突破上述憲法規定之效力。

最後，政府是否有禁反言之適用，仍然有賴個案當中的事實來作出判斷。舉凡官員係故意或過失而告知錯誤建議，而其情節是否構成嚴重違反(affirmative misconduct)；或是人民被告知其不符合法律或行政法規所規定之財政資格，但事實上人民符合，並信賴此一錯誤資訊⁸⁴；或是人民被告知其符合法律或行政法規規定之財政資格，但事實上人民不符合，並信賴此一錯誤資訊，並造成損害；或是人民被告知在法律上或在行政法規上係屬有權，但是事實上人民無此權利⁸⁵。

⁸⁰ *Id.* at 435-36.

⁸¹ *Id.* at 437-43.

⁸² BREYER, *supra* note 60, at 610.

⁸³ *See also, id.* at 616.

⁸⁴ Which is the background of the *Schweiker* case.

⁸⁵ BREYER, *supra* note 60, at 610-11.

於上述各種排列組合當中，若牽涉到法律規定時，則人民欲對政府主張禁反言的難度會更加提高，蓋此時涉及官員的錯誤建議，是否能使人民取得突破法律規定效果之問題。

於 *Schweiker* 案和 *Richmond* 案作成之後，人民欲對政府主張禁反言原則，看似再無成立之餘地，但是最高法院和下級法院仍然找到可供操作的空間⁸⁶。其一，係依據其他原則來處理類似禁反言原則之案件，例如 *Winstar* 案⁸⁷；其二，則是個案事實係屬極端例外，而得承認禁反言原則適用，例如 *Bailey* 案⁸⁸。當然，在多數的情形中，法院仍會拒絕禁反言原則之適用。

第三目 允諾禁反言：分析

第一款 禁反言原則在私法領域的要素

禁反言原則在私法領域當中，其原始要件如下：(1)被告行為；(2)導致原告回應；(3)原告之回應合理；(4)造成原告受有損害。於政府為被告之案件中，則可能尚有其他特別因素須加考量⁸⁹。如同最高法院所言，當人民對政府主張禁反言原則的時候，至少必須說服法院：傳統禁反言的哪些原則在今日依然適用⁹⁰。因此，有必要先對禁反言原則在私法領域的要素作一檢視。質言之，其包括了對於他方表示行為之合理信賴，以及因信賴而導致的不利影響⁹¹。

Heckler v. Community Health Services, Inc. 案是一個具啟發性的案例。政府擬對醫療服務提供者作出退款補償，公共衛生事業(Community Health Services, CHS)詢問財政中間人 Travelers Insurance Companies 之後，依照中間人的建議對

⁸⁶ *Id.* at 616-17.

⁸⁷ *Supra* note 55 and accompanying text.

⁸⁸ 160 F. 3d 1360 (Feb. Cir. 1998).

⁸⁹ BREYER, *supra* note 60, at 616.

⁹⁰ *Heckler v. Community Health Services, Inc.*, 467 U.S. 51, at 61 (1984).

⁹¹ AMAN, *supra* note 64, at 324-25.

CETA 的雇員退款，但實際上，中間人的建議卻是錯誤的。Health and Human Services 向 CHS 要求償還溢付金額，CHS 則主張因為 Travelers Insurance Companies 之表示，行政機構必須受禁反言原則的拘束。法院認為本案的情形不符合禁反言原則在私法領域的兩個要求——損害性信賴(detrimental reliance)和合理信賴：Community Health Services 在本案中並無受到損失，反而享有三年的免息借貸和運用資金的權利；而 Travelers Insurance Companies 僅用口頭答覆，Community Health Services 也知悉 Travelers Insurance Companies 僅是中間人，並無作成政策的權力，因此亦無合理信賴⁹²。

第二款 允諾禁反言在公法領域的要素

對於政府主張允諾禁反言的案件當中，雖然私法要素不可或缺，但是卻非自給自足；蓋政府並非私人，因此尚須考量公法要素⁹³。以下介紹之。

(一) 法治原則

法治原則(rule of law)係指政府依法而行，而非出於官員的專橫無常。最高法院認為：若政府受到因其官員所引起的禁反言拘束，則依法而治的原則將被掏空⁹⁴。

前述指標案例 *Merrill* 案，對於法治原則與禁反言原則之間的關係有所著墨。按國會之所以訂立穀物保險法，以及設置穀物保險公司，是為了避免穀物受天災所危害的風險；穀物保險公司頒布「補種小麥應排除於保險之外」的法令，亦刊登在聯邦政府公報(Federal Register)。雖然本案中的農夫對此一無所知。Frankfurter 大法官在意見書中指出：政府之所以不等同於私人，其中一個主要的

⁹² *Supra* note 90.

⁹³ *See generally* AMAN, *supra* note 64, at 326-33..

⁹⁴ *Supra* note 90.

原因就是法治原則賦予政府的義務，蓋於 *Federal Register* 公布的法令具有法的外觀，任何人均應知悉其效力。如果藉由禁反言原則的拘束，使行政官員的專橫恣意能夠被容許，則與依法而治的原則相悖離⁹⁵。

(二) 權力分立

權力分立在禁反言領域的考量，係指：假設國會制定了三個必要的要件，但是行政官員卻告訴人民其中一個要件是不必要的；若適用禁反言原則的話，則會侵害憲法賦予國會的立法權。這也是政府與私人地位有所不同的另一個原因⁹⁶。

於前述 *Richmond* 案中，*Richmond* 接受聯邦的殘障給付，當他詢問政府官員兼職是否會使他失去接受給付的資格時，得到了否定的回覆。但是實際上，這卻與現行法規相違背。法院認為禁反言原則不能用以禁止國會的決定，因此判決政府勝訴⁹⁷。

(三) 高權豁免

一般而言，高權豁免(*sovereign immunity*)係指政府免於被訴的豁免權；在英國，被視為皇室權力的一部分，並且與「國王不會犯錯」的格言有關。但是在美國，這個植基於皇室權力的特權顯得與共和體制格格不入；尤其美國憲法本文第三條規定「美國為一造」，觀其文義，並不排除政府作為被告。

雖然高權豁免本有可能大規模地阻礙司法審查，但是在 1976 年，國會鑒於本原則與整體法秩序的扞格，放棄了聯邦行政機構豁免於司法審查的特權；國會在 *APA* 當中就增訂：除了請求金錢損害賠償之外，不得因為案件係針對美國政府而提起，便就此否定了訴訟的主張。目前，在侵權法領域中，聯邦政府以侵權

⁹⁵ *Supra* note 65.

⁹⁶ *AMAN*, *supra* note 64, at 328.

⁹⁷ *Supra* note 76.

行爲法(the Federal Tort Claims Act, FTCA)放棄了高權豁免；在契約法領域中，則是以特克法(Tucker Act)放棄了這個特權。

在禁反言的脈絡當中，與高權豁免相關的問題則是指：除非政府同意，否則人民不得對其起訴；除非國會放棄此一豁免，否則高權豁免會排除「用以積極請求賠償的禁反言原則」的適用⁹⁸。

在 *Jablon v. United States* 案例中，一名醫師基於入伍就可收到三萬七千美元的認知，加入了空軍。然而在報到前，他卻因為違反藥物管制規定而被逮捕，空軍也因此撤銷他的入伍令。醫師因此起訴請求包括三萬七千美元的契約損害賠償。法院認為本案係屬積極請求賠償的情形，應有禁反言原則之適用；然而，Tucker Act 對於高權豁免的放棄，並未包含禁反言原則，因此法院認為政府就此並未放棄高權豁免，因此判決政府勝訴⁹⁹。

然而，只要禁反言原則被人民用於「消極防禦否認政府的請求」，則高權豁免原則即無適用餘地。

(四)財政與行政的整全性

行政機構常常需要實行龐大而複雜的計畫，在偌大的組織當中，需要法令約束各個次級單位。適用禁反言原則的結果，有時將使權力分流到低層的行政機構；如此一來，也將減損集中安排控制的能力¹⁰⁰。

於前述之 *Schweiker* 案中，Hansen 太太花了十五分鐘接受社會安全機構的審查，並獲得了「母親受益人」的資格，然而，機構的官員實際上並沒有審查的權限，也未以書面作成。法院因此宣告本案不適用禁反言原則¹⁰¹。

另外，基於口頭格式容易導致人民欺騙政府，最高法院也確立了一項原則：

⁹⁸ See generally AMAN, *supra* note 64, §12.1.

⁹⁹ 657 F. 2d 1064 (9th Cir. 1981).

¹⁰⁰ AMAN, *supra* note 64, at 331. See also Peter Raven-Hansen, *Regulatory Estoppel: When Agencies Break Their Own Laws*, 64 Texas L. Rev. 1, at 55.

¹⁰¹ *Supra* note 75.

完全基於口頭的意思表示，原則上並無禁反言原則的適用¹⁰²。

(五)政策變動的彈性

若允許基於私益的禁反言主張，有時候可能會排除行政機構依據公共利益因素之空間。在 *Deltona v. Alexander* 案例中，Army Corps of Engineers 原本對海洋開發公司承諾將會發給許可，只要開發公司對航道並無阻礙即可；但之後卻因為環境保護問題而有所變更，終至駁回了開發公司之申請。法院認為本案例中並無禁反言原則適用，因為一旦適用，行政機構恐怕將受束縛，而無法推動公共政策¹⁰³。

然而，於公共利益的成分當中，其實也包含了私人信賴政府的利益在內。於考量公益的同時，事實上也無法完全忽略私人的信賴利益¹⁰⁴。

第三款 小結：公法領域的禁反言原則

雖然有上述諸多原則的限制，但是考量到私人對於政府的信賴利益，法院有時仍然願意適用禁反言原則。大致的要件可以歸納如下：首先，與政府往來的私人必須承擔義務，查明其往來行為，是否仍在政府的權限之內；其次，高權豁免阻斷了積極請求損害的主張；第三，則是有關於財產功能(proprietary functions)的問題¹⁰⁵。最後，禁反言原則僅得用於消極防禦政府的請求，容後再述。

在錯誤提供有關郵件保險資訊的 *Portmann v. United States* 案例中，雖然與 *Merrill* 案乍看相似，但是法院卻作出了不同的結論。理由在於：首先，不同於 *Merrill* 案的保險僅此一家——即便獲得正確資訊，當事人之作物依法仍屬不可保——，本案當中的當事人本有其他的保險公司可供選擇，其係因為相信郵局提供的

¹⁰² *Supra* note 90.

¹⁰³ 682 F.2d 888 (11th Cir. 1982).

¹⁰⁴ *AMAN*, *supra* note 64, at 333.

¹⁰⁵ *Id.* at 333-34.

錯誤資訊，始交給郵局運送。其次，本案中的法規並不明確，則當事人更有理由信賴郵局人員。最後，本案適用禁反言原則並不違反公益¹⁰⁶。

第四目 禁反言原則與財產功能

政府的財產功能(proprietary functions)係指政府從事商業利益活動，例如購買與服務等等；政府的高權角色(sov​er​eign role)則是指政府立於獨一無二的政府作用，為整體公共利益而行動。前者有禁反言原則的適用，後者則無。然而，兩者的界線有時候卻難以區分¹⁰⁷。

前述指標案例 *Merrill* 案，曾以政府地位不等同於私人為由，明確拒斥功能劃分的見解。但是這並不阻礙下級法院對此理論的廣泛援用¹⁰⁸。

於 *FDIC v. Harrison* 案例中，FDIC 奉命接收一家破產的銀行。FDIC 原本承諾某一筆債權的三個債務人無需負連帶責任，但稍後又改變了立場。本案主要的爭點在於：接收破產銀行是否屬於公共利益的活動？法院最終認為 FDIC 在本案中的行為僅是為了接收破產銀行債權的私人利益，因此，必須有禁反言原則之適用¹⁰⁹。

第五目 小結

依據前述，公法領域的禁反言原則的要件可以歸納如下：首先，與政府往來的私人必須承擔風險和義務，查明政府的表示仍然在政府的權限之內；其次，高權豁免原則阻斷了積極請求損害的主張；第三，則是有關於財產功能的問題。準此，禁反言原則僅得適用於**消極防禦政府侵害的請求**。

¹⁰⁶ 674 F.2d 1155 (7th Cir. 1982).

¹⁰⁷ *AMAN*, *supra* note 64., at 334-35.

¹⁰⁸ *Supra* note 65.

¹⁰⁹ 735 F. 2d 408 (11th Cir. 1984), rehearing denied 768 F. 2d 1353 (11th Cir. 1985).

另外，除了必須要先符合私法禁反言的要件之外，近期法院判決逐漸開始要求案件當中，行政機構之行爲必須構成嚴重違反的程度，人民始有可能成功主張。就此，禁反言對政府之適用與否，仍然需要探求個案情節而定¹¹⁰。

第四節 分析

第一項 比較法的觀點

綜觀上述美國裁判實務，可以發現其深受普通法傳統的影響，因此許多討論未必能夠直接援用至我國法上。例如，**許可人得依其意願，自由地撤銷許可**(a mere license for the use of another's real property, whether by deed or by parol, is revocable at pleasure)，以及**高權豁免原則**(sovereign immunity)與「**國王不會犯錯，因此並無禁反言的問題**」(the king can do no wrong)，我國法上並無類似的傳統，不可不慎。

除了在行政非正式建議的問題上有較為充足的討論之外，觀察美國法此處發展，在信賴利益的保障上，並不比我國進步許多。舉例言之，在契約領域，*Winstar*案遲至 1996 年才作成；在證照撤銷廢止的案例上，美國法院所宣示的基本原則，對於信賴利益的保護，至多也只能算是跟我國行政程序法的規定不分軒輊而已，更不用說尚有許多其他不同的見解。

即便在討論較為豐富的行政非正式建議的議題上，最高法院的態度明顯認為：原則上，人民不得主張政府應受禁反言原則之拘束。依據本文前開整理，最高法院主要是基於法治原則、權力分立、高權豁免、財政整全以及政策發展的考量，其他附隨的理由則包括禁反言之適用，將會減低行政機構提供建議的意願。

然而，上述主張貌似有理，其實未必在所有的情況下均能成立。姑且不論

¹¹⁰ AMAN, *supra* note 64, at 333.

FTCA¹¹¹和 Tucker Act¹¹²已大幅拋棄聯邦在侵權和契約領域當中的豁免權，依照行政建議往往只能給予個別當事人個案建議的性質和規模而言，所謂禁反言之適用將危及法律之規定、權力分立以及財政的整全性，未免言過其實¹¹³。縱使行政機構果真有意藉由禁反言來突破法律規定和權力分立，那也應當追究行政機構的責任、由政府負擔來控制錯誤的發生¹¹⁴，何能歸咎予並不知情的人民¹¹⁵；更不用提上開案例當中，人民藉由禁反言所能主張的法律狀態，往往只是違反了行政機構自己的規則，而與法律規定或權限安排的問題無關。最後，人民主張禁反言，並不限於所謂的「嚴重違反」的情形，蓋嚴重與否，應該只是追究該當公務員責任的要件；另外，補助行政之法規和公務員權限錯綜複雜，亦不宜以人民應該知法或知悉公務員有無權限等理由，遽然駁回所有禁反言的主張¹¹⁶。

離開禁反言的案例，再回到具體效力國家行為的層次，可以發現在證照、契約，或是關於授益處分資格的建議上，仍有相互援用或是原則互通的情形出現。例如 *Winstar* 案當中，最高法院就捨棄禁反言的途徑，而強調政府在契約當中也應當如同私人般受到契約之拘束¹¹⁷；在證照撤銷當中的案例中，亦不乏法院以雙方已形成類似契約的關係作為主張撤照不得撤銷的前提¹¹⁸，或是轉而尋求禁反言作為理論奧援的例子¹¹⁹。準此，在同屬國家授益處分的證照、契約或補助行政之間，**理應存有共同的理論基礎**，來保障人民的信賴利益；但是整體而言，美國最高法院迄今仍未提出一個統整性的觀點。就此，則有必要觀察美國學說上是否有相關的討論。

¹¹¹ 28 U.S.C. § 1346(b).

¹¹² 28 U.S.C. § 1491.

¹¹³ David K. Thompson, *Equitable Estoppel of the Government*, 79 Colum. L. Rev. 565, at 560-61, 566-67 (1979).

¹¹⁴ See Comment, *Never trust a Bureaucrat: Estoppel Against the Government*, 42 S. Cal. L. Rev. 391, at 405-06 (1969). But see Braustein, *In Defense of traditional Immunity: Toward an Economic Rationale for Not Estopping the Government*, 14 Rutgers L. J. 1, at 35 (1982).

¹¹⁵ Fred Ansell, *Unauthorized Conduct of Government Agents: A Restrictive. Rule of Equitable Estoppel Against the Government.*, 53 U. Chi. L. Rev. 1026, at 1034-36, 1044-15 (1986).

¹¹⁶ Thompson, *supra* note 113, at 558-70.

¹¹⁷ *Supra* note 55.

¹¹⁸ *Supra* note 12.

¹¹⁹ E.g., *supra* note 37.

第二項 為具體效力國家行為尋求統一性的理論

第一目 概說

財產制度維持個人和國家之間的分野。財產制度雖然不是劃分國家和私人之間的唯一界線，但是控制財富仍是形成個人自由的重要基礎。但是，過去幾年來，美國政府成為財產的主要來源：政府如同巨大的虹吸管般，吸收稅捐和權力，再以財富的形式分散出去，其中包括金錢、服務、契約、特許和證照等等¹²⁰。詳言之，政府所創造的財富具有許多形式，其中有些係授予個人，有些則是流向企業和組織；有些直接以財富的形式出現(如金錢給予)，有些則以間接的形式出現(如許可和特許)。詳言之，政府的大禮主要包括：福利金(income or benefits)、工作機會(job)，職業證照(occupational licenses)、特許(franchises，通常是指部分獨占的許可)、締約機會(contracts)、津貼、補助和財援(subsidies)、公共設施的使用(use of public resources)、服務的提供(services)等等。**政府雖然一直以來都在扮演這種角色，但規模從未如同今日般如此地廣泛¹²¹。**

此種價值分配雖以眾多形式出現，但皆同享一個特徵，即其逐漸取代財富的傳統形式。越來越多的美國人依賴此份政府的「大禮(largess)」維持生活，但是也越來越仰賴政府的鼻息，而在「公共利益」的名義下，接受政府的管制。政府大禮不僅數量驚人，且占人民收入的比例也越來越高；在政府的制度下，人民很難終其一生都不受政府任何的補助，但是人民對於補助的依賴通常非出於自願，例如社會保險或交通設施，不是屬於強制性質，否則就是別無選擇。此種現象並形成惡性循環，當政府挹注某種補助，可能導致一方的競爭力上升(例如政府只補助同地區中的一家運輸業者)或是人民失業的結果(例如政府補助獎勵自動化機器的生產和研發)，那麼受到影響的人民就會變得更加依賴政府的補助。政府

¹²⁰ Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L.J. 733, at 733 (1964).

¹²¹ *Id.* at 734-39.

大禮的重要性，也因為財富形式的轉換而提升：權利和身分地位關係，勝過了有形的商品。失業救濟和特許許可，對於失業者和大老闆而言都具有無與倫比的重要性；只要可以確保工作或特許，那麼房子可以再買，帳戶也可以重新開立。此種轉變產生了深刻的後果，不僅影響了個人主義和個人獨立性的基礎，也改變了人權、人與人之間的關係，以及人民與政府之間的權利義務¹²²。

針對此種轉變，Reich 教授早在 1964 年便於其著名論文當中，提出所謂的「新財產」理論(The new property)。其首先檢視政府大禮的本質，審視應運而生的法律制度，並探討影響的後果，其次再考量財產與「公益」之間的關係，最後再探討個人自由究竟何去何從。此文為具體效力國家行為提供了一個概括式的綜覽，並將許多看似無關的問題放在一起考量。依 Reich 教授之意見，其認為應當重劃財產權之界線，將國家契約、證照或補助行政等，劃入財產權的範疇；準此，其調查、否准、撤銷或廢止，不僅受正當法律程序之保障，若因公益之需求而撤銷廢止人民之授益處分，並需給予補償之¹²³。鑒於本文在理論和推理上均有可觀，以下本文即介紹之。

第二目 新財產權理論

第一款 美國於六〇年代前的管制現實

(一)「政府大禮」的出現

財富係由社會和文化所創造，財產則是法律的產物。政府的大禮雖然是財富，但未必是財產。政府大禮產生出一套特別的法律系統，可以從三個面向觀察之：獲得政府大禮之人的權利、政府對於大禮的權力，以及用以調整兩者之間關

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* at 778-85.

係的程序¹²⁴。

人民對於政府大禮所能主張的權利得來不易，早先人民的權力囿於幾個傳統的法律概念，因而顯得相當限縮。首先，政府大禮的持有人，擁有的不是權利(right)，而僅是優惠(mere privilege)，只是一種政府的恩惠。循此，當政府撤銷大禮時，無需給予告知和聽證，政府也可以任意撤銷，其地位有如私法贈與人一般¹²⁵；政府亦得就福利的批准，附上任何的條件¹²⁶。另外，在契約的情形中，政府被視為僅在行使其內部管理功能；於此，政府的地位則有如私人企業一般¹²⁷。

在長期的發展和努力之後，人民的權益逐漸得到伸張，政府不得依據恣意或是未經授權的標準來管制政府大禮。在有關人民生計的案例中，法院把關較嚴，但在涉及政府管理功能的案例，法院對於介入管制則顯遲疑。另一方面，法院亦逐漸肯認在證照許可撤銷之前，人民應獲通知以及聽證等正當法律程序保障。法院亦駁斥退伍軍人部之決定不受司法審查之見解，而認為關於否准退休老兵福利金之決定，應受法院之檢視¹²⁸。至於契約的部分，法院則宣示不得因為政府的恣意標準，而剝奪締約候選人平等競爭而獲得政府標案的機會¹²⁹。普遍而言，法院在處理涉及政府大禮的案件中，對於撤銷與廢止的案件，給予最大的保障，蓋於此人民已獲「既得」的權利，非經適當程序，不得剝奪；但在有關申請的案件中，法院願意提供的保障則較為薄弱¹³⁰。

相較於程序保障之發展，持有政府大禮和運用政府大禮的實體權利，仍顯限縮。例如證照關於期間和換照之規定，非屬既得權，而隨時可得撤銷。就算政府大禮的接受者並無任何的過失，但政府基於公共利益的需求，仍可隨時撤銷、廢止或沒收之。

當政府因公益需求而接管「財產」時，憲法要求政府必須提供人民合理的補

¹²⁴ *Id.* at 739.

¹²⁵ *E.g.*, *supra* note 8; *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571, 577 (1934).

¹²⁶ Note, *Unconstitutional Conditions*, 73 Harv. L. Rev. 1595, 1609 (1960).

¹²⁷ *Perkins v. Lukens Steel Co.*, 310 U.S. 113, 127 (1940).

¹²⁸ *Wellman v. Whittier*, 259 F2d 163 (D.C. Cir. 1958), *rev'd per curiam on othergrounds*, 354 U.S. 931 (1959).

¹²⁹ *Copper Plumbing & Heating Co. v. Campbell*, 290 F2d 368, 370-71 (D.C. Cir.1961).

¹³⁰ Reich, *supra* note 120, at 739-746.

償。然而，若是政府大禮因公益之需而撤銷，則人民無權獲得任何補償。除了補償的問題之外，許多種類的政府大禮在使用上，人民都面臨大幅的限制。另外，人民可從政府大禮中獲得的利潤，被視作吸引私人為公益服務的誘因；雖然樣態上千變萬化，但政府大禮的確模糊了公私的分野。許多傳統的私人事務，不再純粹只是私人事務¹³¹。

藉由運用政府大禮，政府也從中獲取了各式各樣的權力。為了監督政府大禮的使用，政府從中獲得了調查、管制和懲罰的權力。另外，政府也可藉由政府大禮的管制，而要求人民的「道德品格」和政治態度。政府大禮不僅增加了政府權力，也鞏固了政治上的基礎¹³²。

政府在政府大禮事務上享有的廣泛裁量，更擴大了政府的權限；法院允許行政機構享有廣泛的空間制定政策以及解釋立法政策，有時立法機關也會給予行政機構在數個相互衝突政策之間得享有選擇執行的空間。行政機構得捨棄公布一般適用的法規制定，而藉由個案判斷的行政裁決來改變政策；與先例一致的要求，於此能起的作用並不大。在涉及高度技術性的領域，裁量的空間則更廣泛，而少司法審查。另外，關於執行或懲罰與否的裁量權，更是行政權力的最大來源，給予證照的行政機構，可以針對違反附款的行為，選擇寬恕、吊銷，或是永久撤銷¹³³。

政府大禮的程序法，也跟實體法一樣地特別，政府「審判」人民是否違反政府大禮所附之要求，但程序卻較不嚴謹。除了球員兼裁判之外，程序當中啓用行政機構自己的專家證人，有時甚且也沒有聽證和陪審團定奪的機會。部份的法院支持這樣的制度設計，理由在於行政機構是在判斷人民符合政府大禮所要求的資格與否，而非在於定罪。當然，上述的「審判」程序並不會產生刑罰的效果。但是有時除了對人民造成的影響與刑罰無異之外(例如高額罰鍰、影響人民的生計，或是放入黑名單不再來往等等)，行政機構自己也坦承撤銷等等的手段，係

¹³¹ *Id.* at 744-46.

¹³² *Id.* at 746-51.

¹³³ *Id.* at 749-751.

出自於懲戒之目的¹³⁴。

(二)「公益國家」以及「新封建主義」的形成

政府大禮和其附隨的法律制度，造成了「公益國家」的產生。於此，政府大禮的重度依賴者，均能清楚感受到政府以「公益」為名的管制壓力。政府利用對於政府大禮的管制、審查、撤銷、廢止以及裁量的手段，要求人民表示效忠¹³⁵、不得加入共產黨¹³⁶、審視個人品行¹³⁷、並以人民的行為有害自身健康，勢必在將來增加公衛負擔¹³⁸為由，限制個人的權利。在政府大禮鋪天蓋地的管制網絡之下，人民幾乎無所遁形。人民當然有行使其權利之自由，但是代價是必須放棄其享受福利的資格，承擔經濟上甚或是生計上的損失。

另一方面，政府大禮的制度，也造成了政府權力流向私人的情形。國家對於政府大禮的持有人，通常有其偏好，希望由更有錢的企業或個人來承擔運作政府資源的任務。在這個面向上，政府與企業或富人之間，反而又形成夥伴關係，並形成政治上的勾結；私人企業和社會實力者並可利用公共資金的奧援，來鞏固自己的地位¹³⁹。

另外，在政府大禮的案例中，就算人民原本可以獲得的利益嗣後遭到否定，也不構成財產權的徵收，因此無需補償；蓋政府大禮並非人民的財產權或既得權，亦非財產的孳息。最後，即便法院願意衡量私益或公共政策之間孰優孰劣，但是依照法院之判準，只要公共政策並非全然地無理，法院便無干涉的餘地¹⁴⁰。準此，一旦個人權利或公共政策發生衝突，後者在先天上即立於不敗之地¹⁴¹。

就此，觀察政府大禮的形成過程，包括人民移轉財富予政府進行重分配、公

¹³⁴ *Id.* at 751-756

¹³⁵ *E.g.*, Syrek v. California Unemployment Ins. App. Bd., 2 Cal. Rptr. 40, 47 (1960).

¹³⁶ Barsky v. Board of Regents, 347 U. S. 442 (1954).

¹³⁷ *E.g.*, DeVeau v. Braisted, 363 U.S. 144 (1960); Green v. Silver, 207 F. Supp. 133 (D.D.C. 1962).

¹³⁸ Wilkie v. O'Connor, 261 App. Div. 373, 25 N.Y.S. (2d) 617 (4th Dept., 1941).

¹³⁹ Reich, *supra* note 120, at 756-768.

¹⁴⁰ *I.e.*, the "rational" justification.

¹⁴¹ Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

私界線模糊、獨立的一套法律系統、講求身分地位的關係，而不得移轉、附條件地享有權利，一旦違反條件則須歸還權利、實力強大之私人得以分享主權、整個制度設計係為提升整體利益，這種演變事實上已與封建制度無異，而形成了一種新封建主義¹⁴²。

第二款 應運而生的新財產理論

財產制度係為保障私人對於財富的權利，財產權當中的一項功能，即係針對公私權力(利)劃分界線。如果落在財產權的保障範圍之內，則國家就其干預，必須提供正當化的理由；反之則由私人負擔之。財產權因此具有維持個人獨立性的功能，並在日常生活中發生作用；在財產權的範圍內，社會大眾必須聽從所有人的決定。準此，財產權係形成個人自由和基本人權的基礎¹⁴³。

然而，今日普遍的看法則認為財產權和個人自由是截然不同的兩回事¹⁴⁴。至於何以如此，則必須追溯至工業革命發生之時。工業革命之後，財產從封建社會當中解放出來，私人財產數量的增加，也意味著財產的濫用以及社會實力者的出現，造成對於社會弱勢的壓迫。此種情況也引起了改革的聲浪，**財產不再被視作自由的朋友，而是敵人；財產的使用，必須受到社會的限制**¹⁴⁵。

這場改革奪走公司企業的部分功能，並移交予政府來實行。但是始料未及的是，政府藉由政府大禮的運用，如今已轉變成政府與公司之企業一併壓迫人民的局面。事實上，會演變成這種情況，則須歸咎於**對於「公益」之誤解**；多數人的利益，未必就等同於公益。財產所有人於財產權的範圍內，不僅可以作多數人認為合理的事，也可以作多數人認為不合理的事。若單純只強調公益，則容易在無意之間，使得其它價值受到損害。亦即，財產權作為個人自由之前提，可能因為

¹⁴² Reich, *supra* note 120, at 770.

¹⁴³ *Id.* at 771.

¹⁴⁴ Hamilton, *Property - According to Locke*, 41 Yale L.J. 864, at 877-78 (1932).

¹⁴⁵ Reich, *supra* note 120, at 772.

國家一味地追求公益管制而受到損害，也有可能一併侵害了其他憲法上保障的權利¹⁴⁶。

準此，如同其他的財富，政府大禮亦當依照公共利益而受到管制。但是，管制措施同時也要考慮到人民過度依賴以致喪失獨立的危險，也不能忘記財富的累積，係形成自由的前提¹⁴⁷。

如果未來的應許之地呈現一幅人人幸福，但無個人專屬空間存在的風景，那未必見得就是我們想要的社會。既然已經不能從當今的公共利益社會回頭，則必須針對其弊病作出調整。若公私領域的分野不再，則有必要重劃之；**若私人財產已不再起保障個人的作用，則有必要重新認定何謂財產權**¹⁴⁸。

政府大禮在未來的福利國家當中勢必扮演重要的角色，但若欲將政府大禮納入財產權的範疇，首先要面對的問題是：這些大禮原本都來自於國家，而屬公共財產，如何能夠認定為私人的財產？但是這並不成問題。以美國為例，人民在建國之初本無財產，是政府經過戰爭、掠奪和簽訂條約獲得之後，再分配給人民；可謂當今人民所有的財產，於最初便是一份來自政府的大禮。可見，財產的來源並不是重點，而是財產如何作用、該起什麼樣的作用，才是問題的核心。這可分就憲法的限制、實質的限制、程序的限制和政府大禮的財產權性質談起¹⁴⁹。

就憲法限制而言，政府不得以分配政府大禮的名義，而收買憲法保障的基本權。另外，在利益衡量的過程中，不得僅持政府大禮係屬國家恩惠的理由，而忽略了政府否定人民對於政府大禮的權利，其影響效力有時並不下於刑罰處罰的效果¹⁵⁰。

在實質限制方面。首先，立法的限制與目的達成之間，必須具備關聯性。其次，裁量須受節制。就此，立法授權範圍則須明確，且不得指派行政機構執行相互衝突的政策，行政機構並須依據其設置之功能目的來行使權力。最後，政策制

¹⁴⁶ *Id.* at 773-77.

¹⁴⁷ *Id.* at 777.

¹⁴⁸ *Id.* at 778.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.* at 779-82.

定的公權力，則不得轉交予私人執行¹⁵¹。

有鑒於關聯性和裁量的判斷不易，程序要求則更具重要性。所有政府大禮的許可、否准、撤銷和管理等，均須經過謹慎的公正程序；此包括聽證、辯詰、決定附理由。若關於政府大禮的不利處分，已具備如同刑罰般的不利效力，則應進行適當的審判程序；即便未達到刑罰的程度，其本身仍是一種制裁，不應就同一違犯行為進行刑罰和行政制裁兩種審判程序¹⁵²。

最後，則有關於政府大禮的財產權性質。若撤銷非係基於人民的違犯行為，而係根據公共政策的需求，則應給予人民合理補償，蓋不得要求少數人為全體的公益而自行忍受所有的犧牲¹⁵³。

第三目 檢討：以既得權和期待權的理論取代新財產權理論

就人民對於證照、許可、契約和其他授益處分所得主張之權益，Reich 教授主張應當認清此類政府大禮在現代國家當中的意義以及管制的現實；並且指出除非將其納入新財產權的保障，否則人民之權益將會被納入國家和社會實力者所建構的新封建主義範疇之下，而與當初設計此套財產權制度的初衷背道而馳。

依本文之見，Reich 的見解統整了具體效力國家行為，並給予一致的理論基礎，固具洞見，但是仍然不免有幾點缺失¹⁵⁴。首先，誠如 Reich 所言，新財產權理論係將幾個看似無關的議題結合在一起考量，但這同時也是這套理論的缺失所在。例如，國家藉由政府大禮的管制措施，而要求人民表示效忠、審查人民品行，

¹⁵¹ *Id.* at 782-83.

¹⁵² *Id.* at 783-85.

¹⁵³ *Id.* at 785.

¹⁵⁴ 如同許宗力大法官、余雪明大法官、曾有田大法官和林子儀大法官於釋字第606號解釋中所指出的：「美國憲法實務深受 Reich 教授之影響，自 1970 年以降，從 *Goldberg v. Kelly* 案(397 U.S. 254 (1970)) 起，美國最高法院即放棄早期「權利/優惠 (rights / privileges)」之二分法，而不再視政府依法創設而給予人民一定福利或優惠，為一種得由政府任意取銷或剝奪之優惠，而將之視為一種憲法所應保障之權益，而認為政府如欲取銷或剝奪原已給予之優惠時，應符合憲法所要求之程序性正當法律程序 (procedural due process)」。依本文之見，美國最高法院對於 Reich 教授的理論的接受程度，也僅止於對政府大禮要求提供程序性正當法律程序的保障；其他實質的保障則是有限度地接受，更遑論將政府大禮全面視作財產權而受憲法的保障。

甚或以此侵害人民之基本權；凡此種種，在原本的憲法設計當中，並不是沒有救濟的途徑，只是一直以來未受重視而已。質言之，若能遵從不當連結禁止、恣意禁止、比例原則、一事不二罰，以及種種基本權原來即具備之防禦功能，未嘗不能解決上開疑慮。再者，若不分條件，一律將政府大禮視作新時代的財產權，一旦沒收或侵害皆需給予補償，又會使得證照、契約、許可和其他受益處分等，無法發揮其原本欲達之管制、分流、合作以及誘導等功能。

詳言之，欲保障人民對於政府大禮的權益，依本文之見，主要有兩種途徑：其一是**將其劃歸財產權的保障範圍**；另外一種可能的途徑，則是**循人民之信賴表現究屬既得權或是期待權之不同，適當地予以補償**。Reich 教授採取的是第一種途徑，而其缺失則如前文所述。若採取第二種途徑，僅於國家撤銷廢止人民之證照、許可、契約或是其他受益處分，而損害其已獲得之既得權或是已臻穩固的期待權時，始予補償；至於政府其他可能以公益為名所做的侵害，則留待原本諸般憲法行政法等原理原則給予保障。第二種途徑除了能夠為具體效力國家行為提供統整的觀點之外，並能就證照許可撤銷、違約行為以及政府推翻受益處分資格認定、建議或承諾等等，提供合理適度的保障：不同於新財產權理論對於徵收或侵害等提供人民無條件的補償，只有當人民能夠成功主張其符合信賴保護之要件，政府又不能證明人民有明知或濫用政府違法或錯誤的行為，政府始給予存續保障或是合理補償；至於合理補償額度之精算，則可依據人民在個案當中究係獲得既得權、業已穩固發展注入投資的期待權、剛剛起步的期待權或是根本未有信賴表現等不同情形，而異其程度予以計算。

第五節 本文見解(代結論)

如同本章前言所述，政府福利等政策與人民信賴保護等議題息息相關，美國法例所例示的新財產理論，足堪為例。準此，依照本章前開討論，則可回應本章

提問如下。

首先，就行政處分、契約約定以及個案當中非正式的行政建議三者之間共通的爭點：**人民就不法甚或違憲之國家行為，可否主張信賴保護**？其實可以細緻化成各個次要的提問，諸如：法治原則、權力分立、高權豁免、財政整全以及政策發展等等考量。然而，姑且不論具體國家行為僅具個案效力之性質和規模，對上開考量之影響自屬有限；縱令允許人民得主張信賴之狀態會危及公共利益，造成此一狀態的始作俑者，仍應歸咎於國家之違法決策或過失行為，自應由其負擔並控管此一風險。即令迫於公益需求而使人民信賴狀態落空，亦應給予補償之，蓋不能僅持公共利益等簡便理由，就要部分善意的人民獨自負擔本應由社會大眾分擔的成本。

再者，若欲將我國行政程序法關於行政處分撤銷廢止的規定，類推適用至其他的具體國家行為，則需要具備**統一性的理論基礎**作支撐。依本文之見，新財產權理論雖然足堪此一大任，但仍嫌操之過急，不如以既得權和期待權的信賴保護理論取而代之。**蓋證照、許可、契約以及授益補助資格認定，雖有形式之分，就信賴保護此點，卻無實質上的不同**。準此，行政程序法當中已臻成熟的行政處分規定，應當援用至其他具體效力的國家行為上。行政機關當體認信賴利益之保障與公益未必始終處於衝突之關係，不得一味以公益之名侵害人民之信賴利益，方符行政程序法第 117 條之真意¹⁵⁵。當然，所謂類推適用者，係指相同案件理應給予相同處理；若案件之間存有本質上之差異，則無類推適用的道理。就此，契約法特別注重雙方真意之解釋、非正式行政建議在本質上並無法效性等等，皆與行政處分有別，而須異其考量；依本文之見，**在契約和建議的情形中，應以書面契約或建議作為最低的舉證要求**：僅於人民能夠證明其持有書面文件，才有進一步援用行政處分關於信賴保護等相關規定之討論空間。

最後，**行政程序法關於行政處分撤銷廢止之規定，仍有微調之必要**。就信賴

¹⁵⁵ 行政程序法第 117 條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者」。

保護之要件而言，法條規定和學說見解在「信賴表現」此點上，有所出入；依本文之見，由於人民是否具有信賴表現，在具體案例的判斷上並無根本困難之處，未來行政程序法應當明定此一要件。再者，舉證責任分配上，亦應稍作調整¹⁵⁶。人民僅就其具有信賴利益和信賴表現應負舉證責任，至於人民信賴具有不值得保護之情形，諸如行政程序法第 119 條所稱：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」等情狀，則應由行政機關負責證明之。國家切莫以人民應該知法或是國家權限劃分為由，而忽略個案當中法規或行政組織複雜之程度、人民之資力智識以及有無尋求法律諮詢與援的可能性，並藉此悄悄移轉舉證責任，使得信賴保護之宣示，淪為口惠而不實。



¹⁵⁶ 我國行政訴訟係採職權調查主義(行政訴訟法第 125 條第 1 項及第 133 條規定參照)，故此處之舉證責任，當指客觀舉證責任而言，而不包括主觀舉證責任。行政訴訟法第 136 條雖然規定：「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定於本節準用之」，惟依照學說見解，行政訴訟當中當事人並無主觀舉證責任，只有客觀舉證責任問題；行政訴訟當事人並沒有提出證據之義務，其僅負有協力解明事實之義務。



第五章 司法行為一致性和信賴保護

前文已經指出，如果能夠跳脫傳統立法行政司法三權之架構，而將國家行為依其本質拆解成：**抽象效力的國家行為**(如立法和行政法規)、**具體效力的國家行為**(如行政處分和行政建議)以及**司法裁判權之行使**(如法院之判決)，則可以更清楚地觀察到信賴保護在上開不同的國家行為當中，理應存在不同的考量。本文針對抽象和具體效力國家行為之討論既然已經告一段落，以下則進入司法行為之討論，論述的重心則放在司法行為之前後不一致。

第一節 司法行為之界定

司法行為之最終目的，在於定爭止紛。傳統界定司法行為，往往係以組織法的概念來判斷行為形式之歸屬：只要係出自於法院的活動及決定，便劃入司法權行使的範疇。就此，顯然有加以微調的必要。

本文針對傳統見解的調整，除了擴張之外，也有限縮之處。擴張之處在於：依照我國行政程序法和訴願法之規定，行政機關作成爭訟型行政處分¹或訴願決定之前，也會經過相當嚴謹的程序，最後並賦予一定程度的確定效力²；就此，

¹ 相似見解，可參陳清秀教授之定義，其所謂爭訟型行政處分係指：「行政機關依據一定之法定程序，經由事實關係之解明並賦予當事人陳述意見之機會後所為當事人間之權利或義務之存否之確認處分，其行政手續與法院之裁判程序亦有相近之處，乃類似裁判行為，故基於裁斷行為之尊重、法律關係之安定以及紛爭反覆之防止等理念，日本學者多認為行政上之爭訟之裁斷行為，具有不可變更力，且有實質的確定力」；惟該文所指涉之爭訟型行政處分，僅限於訴願、異議及復查。陳清秀，〈行政處分有無實質上之確定力（上）〉，植根雜誌，第7卷第4期（1991）；〈行政處分有無實質上之確定力（下）〉，植根雜誌，第7卷第6期（1991）。

² 除依行政程序法第96條、102條之規定決定依附理由並予相對人陳述意見或聽證之機會外，同法第128條並賦予行政處分一定程度的確定效力(或稱存續力)；訴願法第56條、第63條以下亦有類似程序保障，第95條至第97條亦賦予訴願確定效力。

則與法院裁判僅有量的差別，而無質的不同³，應當視作準司法行為，而納入本章之討論。限縮之處在於，司法院以及所轄最高法院，其作成之解釋、判例彙編、決議、聯席會議甚或研究意見，並無爭訟兩造，而解釋、判例和決議之作成亦非如同判決具有確定力，不能與法院判決等量齊觀；本章以下將其納入討論，僅係為了討論上的簡便，非謂本文認為此類行為足以該當傳統司法行為之條件。最後，司法院大法官解釋之性質如何？非無疑義。大法官解釋之作成和效力雖與一般法院判決不同，然其最終目的仍係在行使裁判權⁴；準此，將其劃入司法行為，仍屬妥當。

依照上開判準，則可劃定本章之討論範圍如下：司法院大法官解釋、司法院以及最高法院作成之解釋、判例選編、決議、聯席會議以及研究意見、一般法院裁判、爭訟型行政處分和訴願之決定。

第二節 議題的界定

於信賴保護的層面，司法行為和其他兩種國家行為不同之處，在於判決確定力的考量：因為判決確定力的考量，法安定性不再總是和信賴保護站在同一陣線上；準此，判決確定之後，縱使嗣後出現的規定對於人民更有利或更不利，原則

³ 差別僅在行政處分和訴願之作成未必會給予言詞辯論之機會；處分即便已逾法定救濟期間，原處分機關仍得基於公益要求職權撤銷之。行政程序法第 117 條、訴願法第 80 條、財政部 47 台財參發第 8326 號令：「三、為確切保護人民權益，對於僅具形式上確定力之行政處分，原處分及其上級官署，自仍應就實體上注意查核，如確有違法或不當，致損害人民權利或利益者，即應依職權撤銷變更。又於訴願之決定確定後，如發現錯誤，有損害訴願人權利或利益者，亦應依職權予以糾正」，可資參照。

⁴ 釋字第六〇一號解釋理由書：「大法官為具體實現人民訴訟權、保障其憲法或法律上之權利，並維護憲政秩序，而依人民或政府機關聲請就個案所涉之憲法爭議或疑義作成終局之判斷，其解釋並有拘束全國各機關與人民之效力，屬國家裁判性之作用，乃司法權之核心領域，故與一般法官相同，均為憲法上之法官」。另可參照彭鳳至大法官與許宗力大法官於本號解釋所提之協同意見書，其表示：憲法上之司法權，除第十六條人民訴訟權的主觀訴訟外，另外並包含客觀訴訟。認為我國現行憲法疑義解釋及法規違憲審查程序，均屬客觀司法程序。其程序結構上雖與主觀訴訟有所不同，仍係屬立法形成之空間，不得執程序設計之不同而否認維護客觀憲法秩序仍屬司法裁判行為之一環，甚至質疑就客觀憲法秩序之疑義及爭議行使裁判權限之大法官非法官，則屬本末倒置。

上仍不得廢棄原判。

另外，就定紛止爭或裁判確定力而言，可以發現判例決議等，並不具有此類功能，則在信賴保護的考量上，未必會得出與前開討論一樣的結論。就此，以下本文將會證明，若判例決議等業已逸脫傳統司法權裁判之功能，則其性質更相似於抽象國家行爲，第三章就信賴保護發展出來的判準，於此應有類推適用的餘地。當然，司法能不能藉由我國獨有的判例決議制度造法，固然是一個問題，本身有待討論；但是能不能容許司法藉由造法而損及人民之信賴利益，方爲本文討論的重心。

最後，關於不利益變更禁止，雖與人民訴訟上之信賴保護相關，但性質上毋寧更接近於鼓勵當事人上訴之訴訟制度設計，故非本文關切所在。

第三節 司法院大法官解釋

司法院大法官解釋雖有憲法解釋和統一解釋之分⁵，然依本文之見，兩者在時間效力上並無區分之必要⁶。就大法官解釋與信賴保護相關的問題，可以分作兩個面向觀之：首先爲解釋的時間效力，其次則是解釋變更之問題。

第一項 時間效力

第一目 實務見解

按欲劃定大法官解釋時間效力的問題，當先檢討大法官解釋主觀拘束力之間

⁵ 憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。

⁶ 不同的取徑：林合民，《論公法上之信賴保護》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文(1985)；洪培根，《從公法學觀點論法律不溯及既往之原則》，中興大學法學院法律學研究所碩士論文(1992)

題，始能確定大法官解釋之本質，從而劃定時間效力範圍。

就此，司法院大法官釋字第一八五號解釋稱：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之」，就其主觀拘束力而言，實與法律無異；就時間效力範圍一事，本文於抽象國家行為之探討，應有適用之餘地。

或許基於此項認知，大法官隨後於釋字第一八八號解釋即對解釋時間效力範圍有所闡述：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力」⁷。本號解釋雖係針對統一解釋，但是實務運作上對於憲法解釋之操作亦無不同⁸。然而，本號解釋隨即又宣稱：「本院就法律或命令所為之統一解釋，既為各機關適用法令之準據，於其處理引起歧見之案件及同類案件，適用是項法令時，自亦應有其適用」；亦即，嗣後爭訟之案件不分發生在解釋公布之前後，均有解釋見解之適用。

就大法官解釋時間效力而言，其不同於法律的特別之處在於：就聲請人民之原因案件，解釋文所為之宣示究竟如何適用之⁹？就此，大法官先是在釋字第一

⁷ 就此，本號解釋顯然不採監察院函之見解，其函指出：「關於貴院解釋之效力，如係就現有之法律文義或立法本旨予以闡明者，例如釋字第一七八號解釋，應自該法律施行之日起生效；如係變更原有之規定或變更原有之解釋者，則自解釋之翌日起生效，本院與行政院及最高法院判例所持意見相異，爰依貴院大法官會議法第七條及以往事例，再就釋字第一七八號解釋，函請解釋見復」。但是本號解釋顯然不採取這種見解，而認為「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外」，均自公布當日起發生效力。

⁸ 例如，釋字第六〇三號解釋係依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定受理解釋，然本號解釋亦宣示：「憲法戶籍法第八條第二項、第三項強制人民按捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證之規定，與憲法第二十二條、第二十三條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起不再適用」。

⁹ 就憲法解釋之時間效力，一般的討論集中在解釋宣告合憲或違憲的樣態，以及其時間的效力。就此，釋字第四一九號理由書指出：「是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。本院歷來解釋憲法亦非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德奧之多樣化模式，案例甚多，可資覆按」。此處的考量著重在違憲的程度，以及避免規範的真空時期，而與信賴保護較無相關。

七七號解釋宣示：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，又於釋字第一八八號和第一九三號解釋補充道：「引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由」、「至本院釋字第一七七號解釋所稱：『本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力』，於聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件，亦可適用」。依大法官之見，若解釋結果有利於人民，則解釋當可溯及適用至聲請人或其他聲請人已據以聲請之案件¹⁰。

第二目 本文見解

依據大法官各號解釋，可知除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力，解釋對於聲請人或其他聲請人已據以聲請之案件若屬有利¹¹，則可溯及適用，作為再審或非常上訴之理由¹²。然而，仍有疑義者係釋字第一八八號所稱：

¹⁰ 另可參見釋字一七七號解釋理由書：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟」。可見本號解釋所稱之：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，非謂解釋對於聲請人民有利不利均一律溯及適用。

¹¹ 就此，釋字第五九二號解釋理由書亦再次加以強調：「刑事確定判決所依據之刑事實體法規經大法官解釋認違反基本人權而牴觸憲法者，應斟酌是否賦予該解釋溯及效力。惟本院釋字第五八二號解釋宣告與憲法意旨不符之最高法院三十一年上字第二四二三號、四十六年台上字第四一九號判例等為刑事訴訟程序法規，且已行之多年，相關刑事案件難以計數，如依據各該違憲判例所為之確定判決，均得依刑事訴訟法之規定提起非常上訴，將造成社會秩序、公共利益之重大損害，故該解釋除對聲請人據以聲請解釋之案件，具有溯及效力外，並未明定賦予一般溯及效力」。

¹² 就此，可參最高法院 94 年台抗 126 號判決：本件原裁定依據司法院大法官會議釋字第一七七號解釋和司法院大法官會議釋字第一八五號解釋，認為：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題」。

換言之，大法官解釋憲法並有統一解釋法律、命令之職權，其所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之一般效力，然其解釋之效力，原則上基於法安定性原則，無溯及既往之效力，應自該解釋公布當日起僅向將來生效，惟若嚴守此原則，對於聲請解釋之當事人基本權利保障自有未周，故為兼顧對法安定性原則及有效保障基本權原則，上開大法官會議之解釋明白揭示對聲請解釋之案件，例外有溯及既往之效力，該聲請人得以該解釋作為聲請再審或非常上訴之理由；然上開解釋文並未揭示其他經確定終局裁判相類似案件者，亦得援引大法官會議解釋作為再審或非

「除解釋文內另有明定者外」以及「於[各機關]處理引起歧見之案件及同類案件，適用是項法令時，自亦應有其適用」，可見大法官仍承認解釋可能具有溯及效力，就此則有詳論之必要。

若大法官解釋僅係對於原理原則之闡釋補充，應當依附憲法或法律之生效日期起發生效力¹³，但是其解釋若係法之續造，而非屬人民所能預見者，則須區分情形討論之¹⁴：若案件已確定，則不論大法官嗣後作成的見解對於人民係較為有利或較為不利，均無廢棄原判決之餘地，蓋此係出於法安定性以及判決定紛止爭之考量。若案件尚未確定，則解釋有利於人民者，當可溯及適用；解釋不利於人民者，基於解釋之效力已幾近法律之效力，且未必為人民所得預見，基於本文於第二章及第三章之推論，不得溯及適用之¹⁵。

最後，若大法官解釋涉及私法糾紛，而案件尚未確定，那麼：在私法關係中，溯及性的立法對於一方有利，同時也就是給予另一方不利，而損及其對舊法之信賴利益；因此並沒有所謂「有利者溯及，不利者不得溯及」的適用。就此，大法

常上訴之理由，即其解釋之效力，僅限於聲請人據以聲請之案件，**其效力應不及於該解釋文生效前，其他非聲請人所受之確定終局裁判。**

¹³ 就此，則是傳統見解普遍所持之觀點，甚至是認為所有解釋本在補充法律之不足，當依附法律生效之日起發生效力，根本不生溯及既往的問題。然而，最高法院 59 年台再字第 39 號判例則是一反傳統之見解，而認為：「不動產所有權之回復請求權，應適用民法第一百二十五條關於消滅時效之規定，早經司法院二十八年院字第一八三三號著有解釋，降及五十四年始以釋字第一〇七號補充解釋，謂已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用，**此項補充解釋，當然自解釋之翌日起生效，不能溯及既往**，是原確定判決依當時有效之司法院院字第一八三三號解釋所為判斷，要無若何違法之可言」。本判例之所以有此結論，有兩個可能：首先，可能是認為大法官解釋應自解釋翌日起生效，不能溯及；其次，則有可能原判依舊解釋業已判決確定，不得變更。何者為真正原因，抑或兼而有之，自然已不可考。

¹⁴ 類似此種觀點，早在釋字第一八八號解釋監察院函當中，便已指出。當時監察院係採取此種見解：按大法官會議議決之司法解釋，類多對於現行法律之文義或立法本旨，加以闡明，例如釋字第一七八號解釋係針對刑事訴訟法第十七條第八款之文義，有所闡明，此種解釋，既非新法之創制，亦非舊法之變更，殊無「法律不溯既往原則」之適用，易言之，此種闡明法意之解釋，應自該法律施行之日起生效，何況不溯既往之原則，亦有例外，對當事人有利時即應適用最有利之法律；反之，如解釋之內容，變更原有之規定或變更原有之解釋時，則自解釋之翌日起生效，即有「法律不溯既往原則」之適用。

¹⁵ 類似此種觀點，早在釋字第一八八號解釋監察院函當中，便已指出。當時行政院係採取此種見解：按大法官會議議決之司法解釋，不僅具有法令統一解釋之功能，且有解釋憲法之權，其效力幾與法律之效力等量齊觀，即應有法律不溯及既往原則之適用，殆無疑義，因此司法院解釋，當然自解釋之翌日起生效，觀諸最高法院五十九年台再第三九號判例甚明，至於行政解釋之效力，因解釋之機關不同，與司法解釋之效力，不必強求一致。

釋字第一八八號解釋雖未強調其解釋之效力「幾與法律之效力等量齊觀」，但最後原則上也是採取此說的想法。

官如同立法者一般，必須詳加考量溯及目的和手段之間的關連；準此，目前大法官認為解釋意旨對於解釋聲請人或其他聲請人已據以聲請之案件均有適用，或許係基於鼓勵人民提出解釋聲請之目的¹⁶，然而大法官通常並未考量另一方當事人對於舊法秩序之信賴利益，論證上尙待加強¹⁷。另外，與立法者不同的是，大法官的溯及決定，再無釋憲審查機制予以把關，則大法官宣示溯及之決定，焉能不慎乎？

第二項 解釋變更

早期大法官解釋數量不多，甚少就同一標的或類似法律問題有重覆表示意見之機會，則大法官得否變更自身解釋，亦成爭議。然於解釋數量累積之後，大法官即有機會變更甚或推翻先前解釋，則關於解釋變更之際，如何決定時間效力的問題，亦隨即浮上檯面。

例如，就重婚無效之例外，釋字第三六二號解釋原本設定其要件為：「惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，**第三人本於善意且無過失**，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成爲重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持」。然而嗣後作成的釋字第五五二號解釋即明示變更要件：「惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較爲嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尙不足以維持後婚姻之效力，**須重婚之雙方當事人均爲善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持**，就此本院釋字第三六二號解釋相關

¹⁶ 如同本文在第三章之分析，若僅考量人民信賴利益，而認裁判變更見解一律只能向後生效，則本案當事人提起訴訟全無訴訟利益，勢必造成司法功能的癱瘓。

¹⁷ 例如，釋字第五八七號解釋就民法及判例禁止子女提否認生父之訴一事，便直接宣稱：「確定終局裁判所適用之法規或判例，經本院依人民聲請解釋認爲與憲法意旨不符時，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋爲基礎，依法定程序請求救濟，業經本院釋字第一七七號、第一八五號解釋闡釋在案。本件聲請人如不能以再審之訴救濟者，應許其於本解釋公布之日起一年內，以法律推定之生父爲被告，提起否認生父之訴」。當然，被訴之推定生父對於舊法秩序之信賴利益，未必大於子女獲知血統之權利，只是大法官就此未置一詞分析，恐難折服因解釋意旨而受有不利利益之人民。

部分，應予補充」。然就新舊見解時間效力的問題，大法官顯然非常謹慎：「在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者，此種重婚在本件解釋後仍為有效」；亦即，婚姻發生在本號解釋公布日期(即民國 91 年 12 月 13 日)前，仍適用舊解釋之要件，只需第三人本於善意且無過失即可；發生在後者，則適用新解釋之要件，必須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持。

依本文之見，既然大法官解釋經常發生等同於法律規範之效力，則就其解釋變更之際，當須如同釋字第五五二號解釋般，就時間效力範圍予以指明，以免爭議。

第四節 司法院作成之解釋、最高法院作成之判例、決議以及研究意見

第一項 概說

在進入本節討論之前，必須先確定類如解釋、判例、決議以及研究意見等國家行為，是否得以作為人民之信賴基礎。除了司法院解釋之外，其他由最高法院選編之判例、會議或聯席會議作成關於法律見解之決議，以及就法律問題作成之研究意見，我國均有一套獨樹一幟的體系¹⁸；其等究竟是對內統一法律見解之司法意見，或是對外產生拘束力實質規範標準，仍然妾身未明、頗具爭議¹⁹。然而，實務上基於此等行為經常在司法判決中受到遵從或援用，多承認其實質上法源之

¹⁸ 依據法院組織法第 57 條和行政法院組織法第 16 條之規定，我國現行之判例制度，係由最高法院或最高行政法院所為之判決中選取法律見解堪為範式而有作成判例必要之判決或決議，經最高法院民刑事庭會議或總會、最高行政法院庭長法官聯席會議決議，並於決議後報請司法院備查而來。另外，各庭如認判例有變更之必要，則於敘明不同見解、擬具變更判例之提案後，準用審查程序予以變更。

¹⁹ 從法律非決定性現象出發，並批判性地探討法律、解釋和一致性之間的關聯，可參照：楊大德，《從法律非決定性探討法律縫隙的政治意涵——以我國上級法院解僱裁判為例》，國立台灣大學法研所博士論文（2009）。

地位²⁰。準此，人民當可就解釋、判例、決議以及研究意見等具有拘束效力之規範作為信賴基礎，並進而安排生活，

然而，人民雖然可以信賴解釋、判例、決議以及研究意見，並不代表其信賴就必然受到保障。此處爭論的重心，則在於是否可以將此類行為等同於法律，而受第三章關於抽象效力國家行為諸般原則之限制；就此，又以判例所產生的爭議最為重大。

反對將判例視作法律之見解，所持不外以下幾點理由：法院不是在創設法規範，而是在發現法規範；判例僅具事實上拘束力，而非如同一般法規範之拘束力；若基於信賴保護之考量，而認為案件事實發生在司法見解公布或變更前者應該適用舊見解，毋寧強迫法官作出違反目前法律解釋之裁判；若限制見解變更只能向後生效適用，則引起見解變更的本案當事人，其提起訴訟將全無意義：蓋就算爭取到對自己有利的見解，也只能向後適用嘉惠他人，對自己的案件全無幫助；最後，雖然舊有案件不能適用舊有見解，但是人民的信賴仍可藉由既存的法律原則，諸如民法中的誠信原則、刑法中的禁止錯誤以及公法當中關於撤銷廢止等原則，得到妥適的保障²¹。

凡此，均有再進一步探討之必要。以下本文即先介紹我國法特殊的現狀，再引介美國法上爭論不休的裁判溯及理論；並就此處爭議，提出本文之意見。

第二項 我國現行判例制度

²⁰ 此可分就幾個面向探討之。例如最高法院 57 年台上字 1091 號判例、60 年台再字 170 號判例和 71 年台再字第 210 號判例即認為民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決違背法規或「現存判例解釋」者而言；最高行政法院 97 年判字第 360 號判例亦稱：「按行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款所稱適用法規顯有錯誤者，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效之解釋，或本院尚有效之判例顯然違反者而言」。

大法官也有多號解釋將司法院解釋、最高法院判例和決議納入審查對象(例如釋字第二八九號解釋、釋字第五八二號、第六二〇號和第六二二號解釋等)，並承認其具有實質上法源之地位(釋字第五七六號林子儀、許宗力、楊仁壽大法官協同意見書參照)。最後，援引對已有利的司法見解，則係訴訟行家必爭之地；下級法院若未依照現行有效判例而裁判，通常多會遭到廢棄撤銷之命運。

²¹ 陳陽升，《信賴保護原則之具體化》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 130-142 (2009)。

所謂判決先例拘束原則(*stare decisis*)，在英美法系和大陸法系扮演的角色雖有不同²²，然而共通的理論基礎卻無多大差異：法院基於相似案件相似處理之原則，一旦決定之事項，不得恣意予以更改。然而，我國就判例制度，卻脫離以上理論基礎，發展出一套獨特而又自成一格的系統。

我國現行之判例制度，依據法院組織法第 57 條和行政法院組織法第 16 條之規定，係由最高法院或最高行政院所為之判決中選取法律見解堪為範式，而有作成判例必要之判決或決議，經最高法院民刑事庭會議或總會、最高行政法院庭長法官聯席會議決議，並於決議後報請司法院備查而來。另外，各庭如認判例有變更之必要，則於敘明不同見解、擬具變更判例之提案後，準用審查程序予以變更。

英美法系和大陸法系之判例，並不特別限於少數判決，而是最高法院作成之判解，均屬判例；且法院受到判例拘束的前提，在於前後個案具有類似的事實基礎。然而，我國所謂的判例，卻僅限於最高法院會議(即非審判機關)挑選之最高法院及最高行政法院少數判決；再者，判例之挑選亦非全文照錄，而是篩選甚或修改文句作成判決要旨，並脫離該判例之案件事實，而具備類似抽象法規之性格。如同釋字第五七六號林子儀、許宗力、楊仁壽大法官所提出的協同意見書指稱：「我國之整體判例制度遂成一由上而下之法律見解控制體制，而為變相的司法造法，與判決先例拘束力存續之正當基礎—『相同案件、相同處理』漸行漸遠，進而有違反權力分立與審判獨立之憲法上要求之虞。」

判例的效力，在應然層面而言，固然「不應等同於政治部門所制定之法律」，至多只有法院基於相同案件應作相同處理之要求，而必須援用過去判例的「事實上抽象拘束力」。然而，當不得從此應然層面的要求，倒果為因地推論出我國判例在現行制度下，全無類似抽象法規範的效力。判例制度應該如何改革，使其回歸原有的理論樣貌，固然是一個待解的課題；但是依本文之見，判例在現行制度

²² 可參照林合民，前揭註 6 碩士論文，頁 166-170。

下，已經形成類似抽象法規範的效力，則人民的信賴應該如何保護，此一問題亦不得偏廢之。

在檢討我國現行判例制度之後，至多只能肯定判例在我國目前的架構下，可能產生類如抽象法規範之效力。至於判例變更時應該如何適用新舊見解、如何保障人民的信賴利益，以及判例制度對於一致性和合法期待之間的互動和影響等問題，仍須進一步參照外國法例。就此，美國法上對於「裁判是否應該溯及」問題爭論不休，最高法院之見解亦見更迭，當有可供參考之處。

第三項 美國最高法院裁判概觀

第一目 概說

美國司法審判之指揮系統相當明確；亦即，下級法院須遵從上級法院之先例，但是法院毋庸遵照自己之先例或其他法院系統之先例。然而，作為一項政策問題，法院均會謹慎指出其違反先例之理由²³。

於此，司法行為一致性尚牽涉另外三個議題：確定力(*finality*)、判決先例拘束原則(*stare decisis*²⁴)以及裁判溯及原則(*adjudicative retroactivity*)。以下僅先就確定力和判決先例拘束原則簡介之，至於較為複雜的裁判溯及，則另闢一款說明。

原則上，法院不得審查其他法院已經審理終結的案件，此不僅係出於裁判一致性的要求，亦在保障人民對於確定裁判的信賴利益。僅在少數例外下，例如即時上訴狀(*timely appeal*)，或是優先令狀(*prerogative writs*)之原始管轄，法院始得審查其他法院已終結之案件²⁵；否則法院應受確定力之拘束，對於已終結的案

²³ L. Harold Levinson, *The Legitimate Expectation That Public Officials Will Act Consistently*, 46 Am. J. Comp. L 549, at 568 (1998).

²⁴ *Stare decisis* (Abbreviation of the Latin: *Stare decisis et non quieta movere* / English: maintain what has been decided; not alter that which has been established) is the legal principle under which judges are obligated to follow the precedents established in prior decisions.

²⁵ Levinson, *supra* note 23, at 568.

件，不得隨意重新開啓程序。

另外，判決先例拘束原則係指維持判決先例當中已經建立起來的原則，而不輕言變動²⁶。若考量到此一原則係植基於相類似案件相類似處理的要求，則自當以案件之間具有可相提並論性為前提。於 *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 案當中，法院曾經依照先例判決，但也同時表示：在未來案件中，將不再援用此一先例處理²⁷。這種方法又稱為向後推翻(prospective overruling)，不適用於行政機構(可見 *Wyman-Gordon* 案所示原則)，且法院亦少採用²⁸。

另外，案件法原則(law of the case)和判決先例拘束原則有加以區分之必要。所謂個案法原則，係要求下級法院或行政機構於同一案件中遵照上級法院之裁判²⁹；至於判決先例拘束原則，則係處理就算是不同案件之間的判決，也要遵守自己或其他法院之先例³⁰。

於同一司法指揮系統中，人民可以合法期待法院或行政機構遵照上級法院之先例。但若行政機構主張不服從(nonacquiescence)的權利時，情況則會變得更加複雜³¹。

²⁶ *Supra* note 24.

²⁷ 287 U.S. 358 (1932).

²⁸ Levinson, *supra* note 23, at 569. See also Walter V. Schaefer, *The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling*, 42 N.Y.U. L. Rev. 631, at 631-42 (1967)

²⁹ 2 Am. Jur. 2d, Administrative Law, Sec. 635.

³⁰ *Supra* note 24.

³¹ 於聯邦行政機構拒絕遵從下級聯邦法院之先例時，將產生不服從之問題。通常多發生在下級法院判決不一致之情形，行政機構便以全國一致需求為由，而主張不服從一個或數個下級法院的判決先例。

依照案件法原則，行政機構當然必須服從下級法院對其作出的裁判，否則將構成藐視法庭罪。但是在不服從的情形中，行政機構時常會主張他們僅遵從由最高法院判決所發展出的先例；若不服從之爭議未獲解決，不一致之情形便會持續下去。

不服從的問題在法律運作上產生許多影響。當政府僅服從受訴案件當中法院之決定，但在其他非於法院中受訴之案件中，拒絕服從前開決定，則將會產生拒絕默許的效果。「不服從」究竟是違反 *Marbury v. Madison* 案所示的原則，或者只是對於「由於政府無法案案皆上訴，故允許政府得於上訴前決定如何作為以及是否作為」之合理解決方案？此處關鍵仍然在於，政府基於什麼樣的原因而不服從。

若聯邦政府得以決定只上訴其所欲上訴之案件，而拒絕服從其他案件，可能會對法律發展造成系統性的影響。當獲得上訴法院不利判決之後，政府是否願意上訴最高法院，將因承認「不服從」一事與否，而有不同。若聯邦政府決定不對上訴法院判決提出上訴，則必須服從本案法院決定，但有可能於他案之中並不服從；若其決定上訴至最高法院，且獲勝訴判決，則無須遵從本家中上訴法院之決定，並且也毋庸於他案中遵從決定(而這原本也能夠以拒絕服從的方式達成)。如果其上訴遭最高法院駁回，則不論本案或他案，聯邦政府皆須遵從上訴法院之見解。準此，上訴的風險較大，聯邦政府必須謹慎評估確定自己勝訴之機率才會上訴。也因為如此，法制度的設計

推翻先例的指標性判決(landmark decision)，通常有損當事人之期待。但依目前法院所扮演的角色而言，此種信賴並不合法；即便合法，發展適當司法見解之公益考量最終仍會勝出³²。

第二目 裁判溯及原則

裁判溯及原則(adjudicative retroactivity)並非中文世界能夠望文生義的一組概念，有必要先就其定義闡述之。一般而言，裁判溯及原則係指法院審理案件時，將法院在司法判決當中所示之法律規則(rules of law)，適用至正在審理中的案件；有時即便牽涉到法院對於法律有新的見解或闡釋，且係在系爭案件起訴後始確立者，亦同³³。質言之，若法院對於憲法或法律有新的闡釋，本應將法院現在對於法律的見解一般性地適用到目前受理的案件之中，尚不因目前受理案件的事實發生在此一見解作成之先後而有不同。裁決溯及原則本身有其普通法上的背景³⁴；傳統上，法院在裁判和立法之間劃出涇渭分明的界線；不同於立法係向後發生效力，法院強調司法判決係屬溯及效力之行使³⁵。但是本文以下關於美國最高法院就裁判溯及所發生的爭議，則主要集中於「法院在他案當中所表示的法律新見解，是否應該適用到本案當中，即便本案事實係發生在此一見解作成之前」此一議題上。

雖然法院已遵守裁判溯及的理論達數百年之久³⁶，但是在六〇年代至七〇年

較為偏向聯邦政府，而給予行政機構得以主張不服從的空間。See generally Note, *Administrative Agency Intracircuit Nonacquiescence*, 85 Colum. L. Rev. 582 (1985); STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUSTEIN, MATTHEW L. SPITZER, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY*, at 625 (5th, 2002).

³² Levinson, *supra* note 23, at 569.

³³ Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 Harv. L. Rev. 1055, 1059 (1997). See also Bradley S. Shannon, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, 26 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 811, at 812 (2003).

³⁴ See generally Charles E. Carpenter, *Court Decisions and the Common Law*, 17 Colum. L. Rev. 593 (1917).

³⁵ *United States v. Security Indus. Bank*, 459 U.S. 70, 79 (1982), holding that “The principle that statutes operate only prospectively, while judicial decisions operate retrospectively, is familiar to every law student.”

³⁶ *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86, at 106-07 (Scalia, J., concurring).

代間，法院開始認為：在案件當中，新法規則只能向後生效適用³⁷。就此變革，主要有兩種途徑：純粹向後生效(pure prospective)以及選擇向後生效(selective prospective)。前者係指，法院的新見解，僅向後適用於此裁判作成之後才發生的案件；後者係指，法院的新見解，僅適用於原因案件以及其他在裁判作成之後才發生的案件³⁸。

法院之所以悖離先前裁判溯及的原則，起因於刑事案件的 *Linkletter v. Walker* 案，於本案的人身保護令程序中，法院若適用另案當中所宣示的新法規則³⁹，將會釋放此一規則確立之前已經定罪的眾多犯人⁴⁰。法院認為，在適當的情形中，法院應將新的規則向後適用；至於考量的因素，則包括了檢視系爭規則的歷史、目的和效力，以及溯及既往是否得促進系爭規則之運作，最後綜合其優缺點而決定是否溯及適用⁴¹。

之後，法院於民事程序中採用裁量途徑，來決定是否裁判溯及⁴²。於 *Chevron Oil Co. v. Huson* 案當中，主要的爭點是，於另案當中所宣示新的規則(人身傷害求請求權僅有一年時效期間)⁴³，是否可以適用到本案當中，並據此駁回 Huson 先生的主張，而不考量本案事實係發生在新司法見解作成之前。法院表示如果不欲裁判溯及，必須考量以下因素：首先，系爭決定必須建立了新的法律原則，不論是透過廢棄當事人所信賴之先例，或是此一決定並非當事人所能預見，皆同。其次，必須曾經強調「系爭規則之歷史、目的與背景，以及溯及適用是否會增長或是減低系爭規則之作用」。最後，則必須考量溯及適用所會造成的不公平⁴⁴。最後，法院判決，另案當中宣示的新時效規則，不得適用在本案當中⁴⁵。

³⁷ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618.(1965).

³⁸ Shannon, *supra* note 33, at 813-14. See also Howard Y. Lederman, *Judicial Overruling: Time for a New General Rule*, Mich. B.J., at 22 (2004). See, e.g., *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, 535-38 (1991) (opinion of Souter, J.)

³⁹ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), extending the Fourth Amendment exclusionary rule to the states.

⁴⁰ *Supra* note 37.

⁴¹ *Id.* at 629.

⁴² Fisch, *supra* note 33, at 1059.

⁴³ *Rodrigue v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 395 U.S. 352 (1969).

⁴⁴ 404 U.S. 97, at 106-07(1971).

⁴⁵ *Id.* at 100.

Chevron Oil 案宣示之原則首先在刑事程序的 *Griffith v. Kentucky* 案當中受到挑戰；*Griffith* 案之所以否定向後適用生效，係基於決定適用的時間效力一事，主要是立法者的任務，而非司法權的本質。另外，依據案件處理程度(例如起訴與否)，而對相同處境的當事人予以不同對待，亦不合理⁴⁶。

嗣後，在 *American Trucking* 案當中，一度維持 *Chevron Oil test* 在民事法脈絡的地位⁴⁷。但在 *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia* 案中⁴⁸，法院終於全面棄守 *Chevron Oil test*，認為基於平等原則和判決先例原則⁴⁹，法院應溯及適用新法，而非將當事人一分為二，部分適用舊法，而另一部份適用新法⁵⁰。於 *James Beam* 案中，大法官的意見並不統一；而最值得注意的是 *Scalia* 大法官基於權力分立的理由，同時拒卻了純粹向後適用和選擇性向後適用，認為皆屬違憲⁵¹。

Harper v. Virginia Department of Taxation 案似乎認為純粹向後適用和選擇性向後適用均屬無效⁵²，而在 *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde* 案中，法院除肯認 *Harper* 案見解，認為法院之決定應該溯及適用之外，並表示單單僅是信賴保護之考量，並不足以證立其得豁免於溯及既往之效力⁵³。

至此，最高法院重回普通法傳統，維持裁判溯及的作法；自 *Linkletter* 案和 *Chevron Oil Co.*案所發起的改革，似乎就此劃下了句點。

第三目 分析

最高法院針對裁判溯及之變革與退卻，中間不過短短二十餘年的時間。雖然正反意見皆屬鏗鏘有力，但是究其實際，卻是項莊舞劍、意在沛公，沒有明說的

⁴⁶ 479 U.S. 314, at 322-23 (1987).

⁴⁷ 496 U.S. 167 (1990).

⁴⁸ 501 U.S. 529 (1991).

⁴⁹ *But see id.* at 549 (O'Connor, J., dissenting), holding that “[The court opinion] bases this determination on ‘principles of equality and *stare decisis*.’ To my mind, both of these factors lead to precisely the opposite result.”

⁵⁰ *Supra* note 48.

⁵¹ *Id.* at 549 (Scalia, J., concurring).

⁵² 509 U.S. 86 (1993).

⁵³ *Reynoldsville Casket*, 115 S. Ct., at 1748, 1751.

考量有太多太多。就此，則有加以明辨之必要。

首先，**向後生效適用究竟是不是一個妥當的方法，還得看到底是用什麼樣的標準**，來決定案件是否應該適用新的規範見解。在此，有兩個選項可供選擇。第一個是以**案件起訴與否**作為標準：起訴在前者不適用新規則，起訴在後者則適用；另外一個選項則是以**事實終結與否**作為標準：事實終結於新規則宣示前者不適用，在後者則適用。顯而易見地，如果說向後適用違背了公平原則的話，那也只有第一個選項會產生這個問題，蓋其允許當事人藉由操作起訴的時間，來達到獲致不同判決的效果。若以事實終結作為標準，則無公平考量之問題。蓋事實發生在公布新規則之前或在後，當屬不同情形；依據不同情形，給予不同處理，而異規則之適用，正是基於公平原則的考量。

其次，則是關於**司法能不能造法**的問題；就此，則是裁判溯及的關鍵之處。任何主張「法律本應向後生效，司法本在裁判過去事實」，或是「裁判溯及在普通法系已有一千年的歷史⁵⁴」等說法，其背後的思想毋寧係構築在「司法不能造法，否則如何與立法區別」此一信念上。如同 Blackstone 所稱，其認為：法院之職責並不在於公布新的法律，而只是在維持並闡示舊的法律；法官於裁判時係「尋找」可供適用之法律，並予以「宣示」⁵⁵。然而，如同本文前開就判決先例原則之討論，英美法理論也強調普通法續造和發展的空間，必要時甚至可以推翻法院先前的決定。就此，兩種見解相持不下，一時之間固然難分軒輊。然而，不論是持什麼理論，信賴保護的考量在此似乎難登大雅之堂，遠遠不能和司法造法的原則問題相提並論；就算給予保護，也只是兩種理論相互傾軋之下的附帶效果而已。

最後一個考量，則是**裁判的溯及或不溯及，反過頭來將會對司法造法的活動產生什麼樣的影響**？就裁判向後生效而言，可以將司法從判決先例拘束的桎梏中釋放出來，蓋向後生效較能保全過去判決的法安定性，同時試誤的成本也較小

⁵⁴ Kuhn v. Fairmont C. 215 U.S. 349 (Holmes, J. dissenting), at 372 (1910).

⁵⁵ W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, at 69 (15th ed. 1809); Linkletter v. Walker, *supra* note 37, at 623-24.

⁵⁶。但是支持裁判溯及生效的見解則認為，正是因為司法者對於變革沒有自信，才會想要採用向後生效這種簡便的方法⁵⁷。Scalia 大法官即稱：「司法判例向後生效，是司法積極主義(judicial activism)的婢女、判決先例原則的敵人。它也是法律現實主義(legal realism)發展到高峰時期的產物，它更有利於司法造法，甚或可以更加方便地推翻判例⁵⁸」。

第四目 小結

依據以上美國法之介紹，則可將判例時間效力的幾個可能選項，羅列如下：

第一個可能的途徑，是**裁判溯及適用**。支持此種適用方式之理由，則包括司法判決本在裁判過去案件，本質上當屬溯及效力之行使。從而並延伸出權力分立的考量：相較於「立法公佈之法律本應向後生效」，以及「現今法思潮並不歡迎溯及既往之立法」而言，法院之職責並不在於公布新的法律，而只是在維持並闡示舊的法律；法官於裁判時係「尋找」可供適用之法律，並予以「宣示」。準此，法院適用新的法律或見解而裁判過去發生之案件，可以說根本不生溯及效力之問題，而只是「適用法律」此一任務之本質使然。

第二種可能的選項，是**純粹向後生效**。其係指：法院的新見解，僅向後適用於此裁判作成之後才發生的案件。然而，如同前述，此一方法對於人民之信賴保護固然優厚，但是也減低了人民提出訴訟的誘因，造成當事人只能為他人作嫁，而可能癱瘓整個司法裁判作用。

最後，則是**選擇向後生效**。此係指：法院的新見解，僅適用於原因案件以及其他在裁判作成之後才發生的案件。然而如同前述，此一原則引發了關於平等處

⁵⁶ Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-retroactivity, and Constitutional Remedies*. 104 Harv. L. Rev. 1733, at 1739(1991).

⁵⁷ Bradley Scott Shannon, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, 26 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 811, at 833-34 (2003); Candler S. Rogers, *Perspectives on Prospective Overruling*, 36 UMKC L. Rev. 35, at 52-53 (1968).

⁵⁸ *Harpe v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86, 105-06 (1993).

理的疑慮，且在民事案件當中，若保障了一方對於舊法之信賴，同時也就減損了另一方依據現行有效之法律和見解獲得有利裁判之權益。

就第二種途徑和第三種途徑而言，同時也會面對類似行政解釋時間效力之爭議：若允許分段適用，則無異承認司法得以變更立法者已經劃定的時間效力，不僅和本文第三章劃定的原則相衝突⁵⁹，也可能和權力分立的原則相違背。

第四項 本文見解

依據上開討論，則可回應本節前揭提問如下：

就三權當初設置之意旨而言，法院之任務的確不是在創設法規範，而是在發現法規範。然而，出自兩點原因，法院也漸漸取得了創設法規範的權力。第一個因素，是權力自我擴權之慣性。第二個因素，則是法規訂定之後隨著時間經過，法秩序也需要變遷改革之動力；此固可藉由法規修正的方法調整之，但是由法院透過個案來累積，亦無不可，尤其是此種累積有助於達成立法目的、個案公平以及原則的類型深化之時，更是如此。基於權力分立之要求，司法造法之權限不得將立法功能實質剝奪或逕行取而代之；然而，立於補充地位而審慎添足法律不及之處，則應予以承認之⁶⁰。

就此點而言，我國現行判例制度、最高法院決議或研究意見經常脫離個案事實，已失「相同事實始可加以援用」之判例法基礎。然而，如何改革我國行之有年的特殊制度是一回事，就現實而言，我國判例和決議制度在現制下是否已經形成抽象國家行爲，又是另外一回事。論者不宜以應然要求推論實然問題，而認為

⁵⁹ 本文第三章第二節第三目指出：只要修正時立法者並未詳細指明應該分段適用，而修法之前發生的事實於修法之後始進入審判程序者，法官當然應該適用目前法律的規定，也就是新法的規定，自無任憑法官再區分事實發生時點再予適用之理。如同本文所述，這是一個方法論的問題；任何分段適用的主張，都應當視作立法論的問題。

⁶⁰ 就此，我國民事訴訟法第 496-1 條則是指出：「以前條所列各款外之事由提起第三審上訴者，須經第三審法院之許可(第一項)。前項許可，以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者為限(第二項)」，明文承認最高法院第三審可以從事法律續造的任務。

我國判例僅具事實上拘束力。

如果現行制度下應該承認判例和決議等具有抽象規範效力，則應當適用本文第三章種種限制。然此又非可一概而論，而應當區分司法見解究竟只是法律闡釋，或者已經到達法律續造的程度。司法見解若屬單純法律解釋的性質，所表示的只是一種法律適用的方法，理論上當依附於法律，自法律生效時起即有適用。司法見解若屬法律續造之性質，則可比照本文第三章的討論，原則上不可溯及，僅於例外情況始可溯及。

然而，法解釋和法續造，未必皆能明確區分，且解釋變更也會發生時間效力的問題；就此，則應要求解釋、判例或決議作成之際，必須如同大法官解釋或行政規則般，就時間效力範圍明確予以宣示⁶¹。若未宣示，那麼原則上應從公布之日起發生效力；案件事實發生終結在前者，不予適用。此觀諸行政機關本於法定職權所為合法有效之行政解釋，理應如此，司法解釋之效力，亦復如是。就此，固有變更法律時間效力之疑慮；然而，如同行政解釋，司法見解對於時間效力範圍的決定和補充，未必違背立法原意或客觀之立法目的；不同於行政解釋，司法解釋則少了立法院命令審查之機制，若發生爭議時，只能循大法官解釋解決。雖然仍有釋憲途徑把關，但較諸行政解釋而言，終究是少了一層監控機制；可見司法解釋之作成和變更，必須更加謹慎。

法律解釋發生變更之際應該如何處理、法官造法於何時可以溯及，則須考量信賴保護的問題；關於此點，則是長期以來受到忽略。在國家裁判權力行使下如何保障信賴利益，當區分不同法律領域衡量溯及之優缺點，非可一概而論。在**刑法領域**，亦同刑事法律不得溯及既往之要求，除非新的司法解釋或決議係屬倫理性的要求，且為人民所可以預見，否則不得溯及對人民賦予更不利的地位。在**公法領域**，則不限於倫理性要求，只要人民對於國家嗣後的管制變遷有預見可能性，即可溯及。最後，在**民法領域**，勢必無法兼顧雙方當事人之利益；若見解變

⁶¹ 現階段最高法院決議對於不再援用之判例，通常會指明自何時開始不再援用；例如 96 年度第 5 次民事庭會議決議即稱：「廢止民事判例 2 則、自 97 年 5 月 23 日起不再援用民事判例 5 則、不再援用民事判例 27 則」。然就新增或廢止判例，則通常不會指明時間效力範圍。

更或法續造對於一方的信賴利益有所損害，審理法院則必須論證：個案當中存有如何的公益考量，而得正當化對於信賴利益所造成的損害。

至於「若基於信賴保護之考量，而認為案件事實發生在司法見解公布或變更前者應該適用舊見解，毋寧強迫法官作出違反目前法律解釋之裁判」之見解，則與本文第二章和第三章的討論相關：何謂公平正義的法律，因時制宜、未必明確；依照行為時法而區分不同的法律適用，亦難謂一國兩制，與平等原則相違。

其次，關於「若向後生效適用，則毋寧強迫本案當事人為人作嫁：蓋就算爭取到對自己有利的見解，也只能向後適用嘉惠他人，對自己的案件全無幫助」，則須就判例決議時間效力的問題加以討論。傳統見解主張一律溯及適用，顯然未能區分法解釋和法續造，且對信賴保護不利至極；至於純粹向後生效，則減低人民利用訴訟管道的意願，因此**只有選擇向後生效適用一途可採**。就原因案件部份，可仿大法官解釋，對於訴訟當事人或其他業已以同一原因起訴之人皆生效力；就信賴保護部份，於刑法或公法領域，僅於新見解有利於人民時，始可溯及。至於民法案件，就雙方當事人之利益勢必無法兩全；在取舍一造對於舊法秩序之信賴保護以及另一造提起訴訟尋求有利見解之間，考量到民事訴訟制度之發展與存續，應以後者為優先，而承認新見解應當溯及於原因案件，然此仍以法院能夠論證個案當中溯及之公益考量大過信賴利益之保護為必要。

最後，所謂「雖然舊有案件不能適用舊有見解，但是人民的信賴仍可藉由既存的法律原則，諸如民法中的誠信原則、刑法中的禁止錯誤以及公法當中關於撤銷廢止等原則，得到妥適的保障」，未必模糊焦點。蓋如何操作誠信原則而同時保全裁判溯及和信賴利益，並不十分清楚。至於以禁止錯誤作為補充保障之主張，毋寧將司法見解變更的風險轉嫁到人民身上：蓋依現今學說理論，禁止錯誤並不阻卻故意，只影響罪責，在三階段理論下當有不同的評價；且依我國刑法第17條之規定，人民就其禁止錯誤必須舉證「其有正當理由且無法避免」，否則不得因不知法律而免除刑事責任，按其情節至多也只能減輕其刑。關於撤銷廢止的部份，縱使人民最後爭取到無庸撤銷之結果，然而過程當中期間程序耗費不計其

數，難道不足掛齒？

第五節 一般法院裁判、爭訟型行政處分以及訴願決定

第一項 一般法院裁判

案件起訴後若尚未判決確定，由於上訴法院仍有變更原判之機會，故人民不得就原審判決主張信賴保護。但是如果判決已經確定，則考量到法安定性以及判決定紛止爭的功能，應該承認確定判決得作為人民之信賴基礎。

就此，司法院大法官釋字第三六二號理由書則是指出：「如當事人之前婚姻關係已因法院之確定判決（如離婚判決）而消滅，自得再行結婚，後婚姻之當事人，基於結婚自由而締結婚姻後，該確定判決，又經法定程序（如再審）而變更，致後婚姻成為重婚，既係因法院前後之判決相反所致，究與一般重婚之情形有異。而前判決之潛在瑕疵，原非必為後婚姻之當事人所明知或可得而知，第三人與前婚姻之一方相婚時（即後婚姻成立時），就此瑕疵倘非明知或可得而知，則為善意且無過失。其因信賴確定判決而結婚，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持」，則是明文肯認人民就確定離婚判決之信賴應受保障。

判決確定後，若原判適用之法律嗣後有所變更，不論嗣後變更之法律對於人民較有利或不利，均不得產生廢棄原判決之結果，此亦屬衡量法安定性以及判決定紛止爭的功能之後的結果。

第二項 爭訟型行政處分和訴願決定

第一目 概說

如同前文所述，依照我國行政程序法和訴願法之規定，行政機關作成爭訟型行政處分或訴願決定之前，也會經過相當嚴謹的程序，最後並賦予一定程度的確定效力；就此，則與法院裁判僅有量的差別，而無質的不同，應當視作準司法行爲。人民就行政處分或訴願決定得否主張信賴保護，或是國家得否基於公益之要求重新開啓案件，則與一事不再理相關。

就此，最高行政法院 45 年判字第 60 號判例即稱：「官署之行政處分，經人民依行政爭訟之手段請求救濟，而經受理訴願之官署，就實體上審查決定而告確定，或經行政法院就實體上判決確定者，即兼有形式上及實質上之確定力。當事人對於同一事項，既不得再行爭執，而爲該處分之官署及其監督官署，亦不能復予變更」，則是承認訴願確定後具有一事不再理之效力。另外，與此判例不盡相同，司法院 25 年院字第 1557 號解釋則是認爲若變更對訴願人沒有造成不利的問題，則於此範圍內沒有一事不再理的適用，行政機關仍可加以變更：「訴願決定原有拘束原處分或原決定官署之效力，苟原處分原決定或再訴願官署於訴願再訴願之決定確定後發見錯誤，或因有他種情形而撤銷原處分另爲新處分，倘於訴願人再訴願人之權利或利益並無損害，自可本其行政權或監督權之作用另爲處置」。

至於行政處分有無一事不再理的效力，國內討論仍少⁶²，則須進一步參照外國法之討論。依本文之見，國內較不熟悉的美國法，於此當有裨益之處。

第二目 美國法上關於一事不再理之討論

第一款 一事不再理

在個案性質的行政行爲中，有關於一致性的規範，同樣地也有不同法則可供適用，分別是一事不再理(*res judicata*)與允諾禁反言原則⁶³。允諾禁反言既如第三

⁶² 就此，則可參照陳清秀，前揭註 1 文。

⁶³ *But see Jason Ray, Collateral Estoppel, Administrative Adjudication, and Civil/Criminal Actions*, presented at: Second Annual Advanced Administrative Law Seminar (2007).

章所述，以下則針對一事不再理原則介紹之。

一事不再理，又稱為「訴訟排除」，是一項排除當事人與利害關係人再次提起訴訟的法則；其中又包括了「附帶禁反言」(collateral estoppel)原則，又稱為「爭點排除」原則(issue estoppel)。前者針對案件，後者則針對爭點；爲了方便起見，本文以下在一事不再理的脈絡當中一併討論之⁶⁴。

一事不再理原則本屬民事法院的產物，但是在下列條件下，也同樣地適用於行政法領域：只要行政機構立於司法功能解決紛爭，而雙方當事人亦有適當的機會提起訴訟，那麼法院應毫不遲疑地適用一事不再理法則，使紛爭平息⁶⁵。若不承認在行政裁決領域有所適用，則就同一案件則可能產生先後不同判斷的危險，而與一致性的要求相違背。同樣地，針對已經判斷的案件若不賦予一事不再理的效力，則人民針對案件投入的成本，以及對於行政裁決判斷效力的安定性期待，毋寧會遭受到落空的命運。

在民事訴訟中，一事不再理有助於當事人節省時間、費用、免於冗長的訴訟，並有助於節省司法資源。但是在行政法的領域中，由於公益的因素，一事不再理在適用上，不再那麼剛性；以免行政機構爲其所束縛，而無法追求特別的公共政策目的⁶⁶。

(一)行政法領域之一事不再理

一事不再理的基本原則雖已如上述，但是於行政法領域中，仍須視政府的行爲係立於財產目的或是立於公共目的而定，分別情形而決定有無一事不再理的適用。在關於政府締結契約的 *United States v. Utah Construction* 案例中，法院適用一事不再理，並判決行政機構敗訴⁶⁷。但是在高度公共利益色彩的案件之中，法

⁶⁴ See generally ALFRED C. AMAN, JR & WILLIAM T. MAYTON, ADMINISTRATIVE LAW, at 315-16 (2nd, 2001).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *E.g.*, *Churchill Tabernacle v. FCC*, 160 F.2d 244 (D.C. Cir. 1947).

⁶⁷ 384 U.S. 394 (1966).

院對於一事不再理之適用則顯得遲疑。在 *Churchill Tabernacle v. Federal Communications Commission* 案例中，法院無視於 FCC 之決定與先前並不一致的事實，因為 FCC 有義務要追求更大的公共利益⁶⁸。

案件所涉公共利益成分，一定程度地影響法院是否願意對於行政裁決適用一事不再理原則。至於所謂公益成分，無法一言以蔽之，僅得藉由下列案件介紹，略明其衡量重心所在。

於 *Woodlawn Area Citizens Assn. v. Board of County Commrs.* 案當中，馬里蘭州土地重劃委員會在 1964 重劃土地，而申請人曾先後提起兩次重劃申請，均被委員會拒絕(最後一次在 1961 年)。上訴法院基於一事不再理推翻了委員會的決定，法院認為自最後一次拒絕申請決定之後，事實並未有明顯變遷，因此委員會的決定係屬專橫而恣意(arbitrary and capricious)。不同意見則認為一事不再理並不適用，蓋土地重劃是「立法性的」(legislative)而非「司法性的」(judicial)⁶⁹。

於 *FTC v. Raladam Co.* 案中，FTC 認為 Raladam 在交易中虛偽陳述，構成不正交易而有罪。法院則認為證據並無顯示 Raladam 的競爭者受到損害。FTC 重啓案件，調查出競爭者受損的證據，裁決 Raladam 有罪並拒絕適用一事不再理，而最高法院支持此一結論⁷⁰。

在 *Evans v. Monaghan* 案當中，一名警察涉嫌從賭徒處收賄，賭徒在先前的聽證會上原本拒不證實此事，但是隨後他又供述了證言，而重啓一次新的聽證會。法院認為新的聽證並不受到一事不再理的限制⁷¹。

於 *Louis Stores, Inc v. Department of Alcoholic Controls* 案當中，原告營業零售酒類販賣，但同時也擁有批發執照，而販售大量的批發酒類至自己的零售店。在 50 年代，由於原告已經作出大量的投資，並且信賴先前認為此種行為係屬適當的行政解釋(administrative construction)，證照局決定不撤銷原告的執照；然而，

⁶⁸ *Supra* note 66.

⁶⁹ 241 Md. 187, 216 A.2d 149 (1966).

⁷⁰ 316 U.S. 149 (1942).

⁷¹ 306 N.Y. 312, 118 N.E.2d 452 (1954).

證照局也警告，將來若出現對於公共利益或道德有害的情形，不排除會有所改變。在 60 年代，因為原告只賣批發酒給自己，委員會撤銷了他的證照。法院拒絕適用一事不再理原則，並認為本案中僅有附帶禁反言(collateral estoppel)可能適用；但最後法院並不支持適用附帶禁反言，因為公共利益與對於第三人的影響，都強烈指出：委員會先前的決定並未排除其對於法規再次檢驗的權力，並且可以重新對原告行為作出正確的解釋⁷²。

於 *Application of Herr* 案中，專利局(Patent Office)基於「顯而易知性」(obviousness)拒絕了原告的申請，原告補足了新的證據之後再次申請，但 Patent Office 以一事不再理為由而拒絕。法院推翻此一主張⁷³。

另外，在 *Burns Electronic Security Servs. V. NLRB* 案，於審核勞資協商單位 (a collective bargaining unit) 的程序當中，NLRB 規定某些員工係屬協商單位的成員，但此一單位稍後卻涉入了不公平勞動行為(unfair labor practice proceedings)，委員會援引了一事不再理，拒絕對此單位成員之適當性重新審認，而法院則判命委員會必須再次審查；蓋第一次程序中的證據有缺陷(部分可歸責於雇主的諮詢意見)，而第二次的程序較為完整⁷⁴。就此，*Mosher Steel Co. v. NLRB* 案亦表示不同意見，認為工會若有充足機會對第一次程序中的勞工不正行為提起訴訟，則不得在稍後相關的第二次程序當中再為主張⁷⁵。

於 *Labelle Processing Co. v. Swarrow* 案，原告申請 Black Lung Benefits Act 之殘障福利被拒，但稍後其提出新主張並提交新證據，ALJ 准許第二次的申請，蓋其身體狀況有所變化，雇主則提出上訴。第三巡迴法院駁回其主張，並指出塵肺病係屬慢性疾病，故證據在時間經過之後，自然會有所不同⁷⁶。

最後可參考 *Olson v. Morris* 案，心理醫生 Morris 面對前來尋求評估諮詢的兒童，認為其係撒旦儀式之受害者，而為其驅邪。The Board of Exzminers 認為此舉

⁷² 22 Cal. Rptr. 14, 371 P.2d 758 (1962).

⁷³ 377 F.2d 610 (C.C.P.A. 1967).

⁷⁴ 624 F.2d 403 (2d Cir. 1980).

⁷⁵ 568 F.2d 436 (5th Cir. 1978).

⁷⁶ 72 F.3d 308 (3d Cir. 1995).

構成不專業行爲，並撤銷其證照。Olsen 向聯邦地方法院提訴，控告本案中所有關係人，地方法院認爲其主張受一事不再理之禁止，上訴法院肯認之⁷⁷。

(二)美國法彙編之整理

美國法彙編(here: The Restatement 2d of Judgment)⁷⁸針對一事不再理的效力，有以下的整理：具備基本條件的行政裁決(administrative tribunal)，可以發揮與法院一事不再理相同的效力⁷⁹；而這些基本要素是指：行政機構立於司法地位解決紛爭，而雙方當事人亦有適當的機會提起訴訟。準此，一事不再理的適用與否，不能與行程序切割以觀⁸⁰。

此種行政裁決的基本要素主要係指兩造兼聽(fair hearing)。The Restatement 2d of Judgment 指出的具體內容包括：提出證據的機會、必須有明確的法規根據才能作出決定，裁決必須和特定事件中的特定當事人相關，更要求確定性(a rule of finality)，亦即必須詳細指明並特定裁決終結的時點⁸¹。

細節部份，則可參照下列 American Law Institute 所整理的 Restatement of Judgments 基本原則⁸²。

⁷⁷ 188 F.3d 1083 (D.C. Cir. 1999).

⁷⁸ The Restatements of the Law are treatises on U.S. legal topics published by the American Law Institute. It does not have a binding effect unless cited by courts. The Restatement 2d of Judgment is a part of its series.

⁷⁹ Restatement 2d of Judgment §83.

⁸⁰ AMAN, *supra* note 64, at 318.

⁸¹ Restatement § 83 :(2) An adjudicative determination by an administrative tribunal is conclusive under the rules of res judicata only insofar as the proceeding resulting in the determination entailed the essential elements of adjudication, including:

(a) Adequate notice to persons who are to be bound by the adjudication . . . ;
(b) The right on behalf of a party to present evidence and legal argument in support of the party's contentions and fair opportunity to rebut evidence and argument by opposing parties;
(c) A formulation of issues of law and fact in terms of the application of rules with respect to specified parties concerning a specific transaction, situation, or status, or a specific series thereof;
(d) A rule of finality, specifying a point in the proceeding when presentations are terminated and a final decision is rendered; and
(e) Such other procedural elements as may be necessary to constitute the proceeding a sufficient means of conclusively determining the matter in question, having regard for the magnitude and complexity of the matter in question, the urgency with which the matter must be resolved, and the opportunity of the parties to obtain evidence and formulate legal contentions.

⁸² Restatement 2d of Judgment.

§1 個人裁判 (Personal Judgments)

只要一造曾獲合理機會得提起訴訟、且法院對於當事人訴因具有管轄權，而經法院作出最後決定，則已經參與訴訟的當事人不得再訴。

§27 爭點效—一般原則

當事實或法律之爭點經過實質審理、並經有效最終判決之決定，且此決定和判決必要相關，則此一判決在兩造後續的訴訟當中，不論對於相同或是相異的主張，皆有決斷之效力。

§28 爭點排除的例外

在下列情形當中，不排除再次提起訴訟：

(2) 爭點係屬法律爭點，且(a)兩次訴訟中所牽涉之主張並無實質關聯，或是(b)為了考量是用法律脈絡之變遷或為了避免法律執行之不公平，有必要作成新的決定。

(5) 就爭點而言，作成新決定之需求明顯且具有說服力：(a)因為決定對於公益或是訴訟開始時並未參加之人的利益，可能會有不利影響者。

第二款 行政裁判對於法院和其他機構的一事不再理效力

過去並不認為行政裁決具有拘束法院之效力，然而此種觀點在今日已被推翻⁸³；而判斷是否具有此種效力，主要繫諸程序之進行，是否具有行政裁決基本要素⁸⁴。

在 *Yancy v. McDevitt* 案例中，學校董事會在先前的裁決程序中，已經認定學校並非基於種族之因素而解聘當事人，地方法院與高等法院均認為：本案中的董事會已具備行政裁決程序的基本要素，因此具備獨占排他的決定性效力⁸⁵。除了「基本要素」之外，行政裁決得否對法院發生一事不再理之效力，亦與證據標準

⁸³ *E.g.*, *Bowen v. United States*, 570 F.2d 1311 (7th Cir. 1978).

⁸⁴ *See generally* AMAN, *supra* note 64, at 319-21.

⁸⁵ 802 F.2d 1025 (8th Cir. 1986).

和說服責任等有關。例如在 *Harary v. Blumenthal* 一案中，一名會計師雖然在指控其收賄的訴訟當中獲得了勝訴判決，但是在其後 IRS 的解除資格程序進行當中，由於行政程序的舉證標準低於法院宣判有罪的門檻，而且解除資格程序所審究的主要係適任性的問題，因此上訴法院拒絕承認在前的刑事調查對於在後的行政程序具有拘束效力⁸⁶。

另外，行政裁決對於其他行政機構究竟有無拘束效力，除了行政裁決是否具備基本要素之外，亦牽涉到何者負有「主要責任」的問題。於 *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* 一案中，法院便認為國家瀝青木炭委員會負有主要決策義務，因此其在前的認定在個案中應該發生拘束的效力⁸⁷。

第三款 附帶禁反言

如前所述，附帶禁反言是爲了防止有關事實或法律的爭點，以不同的訴因而再度興訟。另外，相互禁反言(mutuality estoppel⁸⁸)則是指附帶禁反言之效力僅能拘束參與訴訟之當事人，而不及於訴外人。在過去，相互禁反言係用來限制附帶禁反言之範圍；但是，在今日的民事法領域已不再要求相互禁反言⁸⁹。然而在行政法領域當中，此原則仍然維持了一定的重要性⁹⁰。

於 *United States v. Mendoza* 案中，菲律賓籍 Mendoza 認爲政府未能適當地實行和促進二戰期間爲美國效命外國人之歸化。就相同之主張，已有另外六十八名菲律賓人於地方法院獲得勝訴判決。法院判決如下：

依私法所發展之附帶禁反言，一旦法院針對審判必要相關之事實或法律爭議作出判斷，此一決定對於相同當事人，於後續的程序中以不同訴因而提起訴訟，仍然具有拘束力。隨著放棄相互禁反言的要求，附帶禁反言已突破了普通法的限

⁸⁶ 555 F.2d 1113 (2d Cir. 1977).

⁸⁷ 310 U.S. 381 (1940).

⁸⁸ I.e., collateral estoppel applied *only* where there was mutuality of parties.

⁸⁹ E.g., *Bernhard v. Bank of America*, 19 Cal.2d 807, 122 P.2d 892 (1942)

⁹⁰ See generally *AMAN*, *supra* note 64, at 321-22.

制，見 *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation* 案。另外，於 *Parklane v. United States hosiery Co. Inc v. Shore* 案中，法院認為只要符合條件，附帶禁反言尚有拘束非前訴當事人之「攻擊」效力。然而，於 *Standefer v. United States* 案中，法院指出 *Blonder-Tongue Laboratories, Inc* 案和 *Parklane* 案僅涉及私人間爭議，但是法院長久以來皆認為政府之地位並不同於私人當事人，其中一項原因是考量到政府的幅員廣闊，另外則是政府最易成為訴訟上當事人，此與私人有本質上之不同。

因此，如果承認附帶禁反言得適用於政府，將有礙於重要法律見解之發展。另外，政府訴訟行為與私人有別，例如，只要考量自己上訴成功的希望濃厚，私人即可提出上訴。但是首席檢察官則不然，除了要考量政府資院有限之外，還要考量法院能否負荷龐大的案件量。因此，一旦附帶禁反言得適用於政府，為避免主張遭到附帶禁反言之排除，首席檢察官將會一律上訴，而不再考量上開細膩因素。準此，法院認為雖然政府仍然受到一事不再理之拘束，但也僅止於此，而不及於當事人並非前開訴訟一造之情形⁹¹。

民事法領域不再要求相互禁反言的意義在於：即便並非爭訟當事人的一方，禁反言對其仍然發生拘束力，而產生類似反射效的拘束力。但是在行政法領域，則有不同於此的考量。依上述 *Mendoza* 案中法院的闡釋，民事法領域之所以不再要求此原則，是為要節省司法資源，以及使當事人免於多重訴訟的困擾。但是在行政法領域，由於有關於政策的爭議經常在數個法庭(forums)中提出爭訟，如果不承認相互禁反言原則的話，則會拘束行政機構關於政策發展的決定權，也剝奪了各級上訴法院發展個案法之功能⁹²。

第三目 本文見解

⁹¹ 464 U.S. 154 (1984).

⁹² AMAN, *supra* note 64, at 321-22.

就信賴保護和一致性的議題，與爭訟型行政處分和訴願決定最密切相關的，是一事不再理的考量。就此，則須區分程序面和實體面討論之。在程序面，行政機構立於司法地位解決紛爭、程序足夠嚴謹(視有無言詞辯論或僅是書面審查以及有無召開聽證等而定)，而雙方當事人亦有適當的機會提起訴訟，則可考慮賦予一事不再理的效力。在實體面，則是公益考量的需求而定；案件中公益的考量愈大愈具急迫性，則重啓案件審查之機會亦相形提高。

至於重啓案件之後，得否作成不利當事人的決定，則須視人民信賴利益和公益考量之間的關係，而回歸抽象國家行爲或具體國家行爲的脈絡處理之。就此，我國最高行政法院 45 年判字第 60 號判例之見解過於強調一事不再理的重要性，而司法院 25 年院字第 1557 號則是過於強調當事人的信賴保護，忽略某些情況中，依據公益的考量亦可能推翻一事不再理的要求。

另外，行政處分或訴願決定是否拘束其他機關？考量到行政機關發展政策的需求，原則上應予否定之。惟若之前進行的程序足夠嚴謹、人民的信賴利益大於公益之要求，案件事實基礎又與前案相似的話，則就一致性原則和信賴保護之觀點而言，亦當承認前案具有實質上的拘束力。

第六節 結論

就司法行爲一致性和信賴保護的課題，重點在於辨明國家係在行使司法裁判之功能，抑或是進行法律的續造，而分別處理之。若屬後者，當有抽象國家行爲就信賴保護種種考量的適用。

另外，有別於抽象或具體國家行爲，於司法行爲一致性的情形，法安定性未必能夠提供信賴保護足夠的支撐。就此，若屬已確定之案件，不論嗣後法律秩序變更對於當事人有利與否，原則上均無推翻前案之效力；此係基於法安定性以及司法裁判功能的考量。

最後，就爭訟型行政處分和訴願決定部分，若其程序足夠嚴謹，嗣後亦無足夠的公益需求足以推翻之前決定，則應考慮賦予一事不再理之效力，俾能達成國家行為一致性以及保障人民之信賴利益。



第六章 結論與展望

考量本文篇幅頗鉅，以下分爲總論和各論，說明本文結論以及研究發現。本論文主要目的有二：其一係(國內相對欠缺的)美國法簡介、其二則是分析和推理的展現，務求破除積非成是的討論。

第一節 總論

第一項 國內研究的銜接

在簡要瀏覽國內學說實務之後，可將信賴保護原則定義爲：**受國家權力支配的人民如對法秩序之穩定存在產生信賴，對於人民期待國家行為之實現，國家應予保障**；具有憲法上之位階，可拘束所有國家公權力行爲，但須人民受有不利益，始得主張。再者，**法治國原則下的法安定性原則，應可單獨作為信賴保護之法理基礎。**

就信賴保護而言，雖然行政程序法於行政處分和行政契約章訂有巨細靡遺之規定，但在其他行政行爲的建構上，略顯單薄。就該法第 8 條意旨以觀，**所有行政行爲均應保護人民正當合理之信賴**，實不應厚此薄彼。此爲形成司法院大法官釋字第五二五號解釋之契機。釋字第五二五號解釋宣示行政函釋亦有信賴保護之考量，固具開創性格，惟其援用行政程序法撤銷廢止行政處分之模型作為違憲審查標準，卻有致命的缺陷。就此，**本文則是主張：針對不同性質之國家行爲，各應有不同的一套審查判準**(亦即，「釋憲層次—普通法院審判」分別判斷的審查模型)。例如，撤銷違法授益處分模型即係此一原則下，針對具體國家行爲之一套

判準；而法規不溯及既往原則，則是信賴保護原則針對立法行為之具體化判準之一。因此，在處理法規變動是否合憲之問題，理應採用抽象審查模型，方屬妥當。另外，**不同於上述違憲審查之討論層次**，一般法院或主管機關在個案中適用法律時，尤其是在不真正溯及之情形，絕大部分會得出法規變動合憲之結論，因此一般法院或主管機關更應考量個案中當事人之信賴是否有特別值得保護之情形(此處即可採用較能具體認定信賴利益有無之撤銷違法授益處分模型，亦即此處有關於「客觀上當事人有無具體信賴表現」與「當事人信賴是否值得保護」，在個案中適用並無疑義)，而對系爭規定採取「合憲性」解釋，使當事人仍然依舊法秩序取得其所希冀之法律效果。

藉由釋字第五二五號解釋的檢討，本文指出應該依照國家本質之不同，而異信賴保護之決定。如果能夠跳脫傳統立法行政司法三權之架構，而將國家行為依其本質拆解成：**抽象效力的國家行為**(如立法和行政法規)、**具體效力的國家行為**(如行政處分和行政建議)以及**司法裁判權之行使**(如法院之判決)，則可以更清楚地觀察到：信賴保護在上開不同的國家行為當中，理應存在不同的考量。

本文以上述各種國家行為作為中心，探討於各該脈絡中，對於信賴保護應作何種安排。本文主要的問題意識有二：**其一，制度面向上應如何設計，始能更有效地保障人民的信賴？**就此問題，美國法例係以國家行為的一致性，作為信賴保護之擔保。**其二，則是人民信賴保護和國家公益之間的緊張關係，就應如何取捨？**就此，則是經由簡介英美法上法治原則以及美國實證法之安排、透過與 Dworkin 的一番論辯之後，形成基本的價值決定；並以此作為判準，檢討各種國家行為一致性以及信賴保護之課題。

第二項 合法期待與一致性

英美法上的合法期待概念源自於私法契約，現已轉換至公法領域。然而，源自於契約法的合法期待擴張到非契約的公法領域，則可能產生概念上的問題。蓋

此時信賴既然不是源自於契約，則需另外一個更為廣泛的基礎，此即有關一致性的概念。

所謂的國家行為一致性，依照 Aman 和 Mayton 教授在其專著中的闡述和分析，可知：一致性是法律系統中基本的價值，包含**分配正義、相同案件相同處理**。另外則與**可預見性**有關，此則涉及時間面向：以長久穩固的行為標準，作為對其信賴之人之擔保。準此，法治原則肯認：人民對於國家行為與現行有效法律相符一事，具有合法期待。當一致性原則和既存規範、法治原則、平等保護與正當法律程序以及契約法相結合時，效力最強。但是當牽涉到由政府設計構造所造成的不一致時，效力最弱。在這兩個極端之間，一致性原則得以提供有效的準則。另外，一致性原則本身無法賦予權利或提供救濟，僅能提供理論支撐，或是發展政策實行所需的刺激和靈感。

除了本文前述的國家行為先後一致性之外，若以組織的角度觀之，一致性尚可分為平行的一致性和垂直的一致性。另外，依據法律的階層，則可分為憲法保障的一致性、法律擔保的一致性以及普通法擔保之一致性等等。

造成不一致的來源良多，包括腐化和偏見、政府組織的平行結構、垂直結構以及規模大小、裁量、程序瑕疵也會對實質決定造成影響。另外，陪審團的決定、訴訟和行政處置、訴訟外的替代爭議解決途徑(ADR)、案件處理之速度、政府資訊的接近和使用以及法律服務的接近和使用，都是可能的影響因素。其中，政府資訊的接近和使用以及法律服務的接近和使用，往往是我國討論信賴保護時較少考量的制度性因素。最後，在釋義學上，**裁量**在一致性的議題上，毋寧扮演關鍵性的角色。

針對如何以制度性設計抑制裁量，以保全國家行為一致性的議題，本文選定行政行為作為觀察對象。蓋行政行為與其他權力之間的互動，最為複雜。行政權裁量空間的多寡，取決於立法的明確性和授權的有無；行政裁量則決定了允許行政權溯及既往管制人民行為的空間。即便行政裁量允許溯及既往的管制，行政權究係使用行政處分或是法規命令作為管制的手段，也會更進一步地將問題複雜

化。

依本文研究所示，可以發現：欲追求行政裁決的一致性而保障人民的合法期待，除了立法層次的規範和授權必須明確之外，尚需要仰賴正當法律程序作為控制的手段。行政機構必須遵守自己公佈的行政法規，若予變更，則需提供合理的理由，且此一理由必須足夠正當，而使人民的合法期待必須讓位。最後，行政裁決的一致性固然需要司法審查的控制，但是一旦司法審查介入過深，又將破壞行政裁量的空間，而使行政機構無法迅速恰當地回應管制變遷和需求。此即合法期待與一致性之間的難處。

參考此處美國的討論可知，行政機構必須以合理的分析指出：**先前的政策與標準，都是從容不迫地改弦更張，而非刻意地予以忽略**。若行政機構悖離先例而未附理由解釋，審查法院將以專橫恣意為由，撤銷此一行政裁決。然而，以「合理說明」作為政策變遷的最低要求，實際上可以視作對於合法期待的一種緩和。亦即，雖然私人針對一致性的合法期待在價值衡量上勝出，但是**只要行政機構提供合理理由**，其變更而保持彈性之公共利益仍然優先受到保護。就此。有學者認為藉著附理由決定的要求，可以控制行政裁量的濫用，並有效地改善行政程序。但是也有學者認為此種要求只會造成時間的浪費，行政機構只會從各種面向來合理化自己的決定；學者指出：除非有國會的具體實質指示，否則行政機構不可能會去改變已經形成的制度偏見。

另外，美國法指標判例 *Chenery II* 案(332 U.S. 194,1947)則是指出：**行政機關作成之溯及性決定，並非絕對無效**。蓋不論是由法院或行政機構所發布新原則適用，都會有溯及既往的第一印象，但是此種溯及有效與否，應藉由比較私人損害與公共利益之間的關係，來判斷衡量溯及既往能否允許。若違背法律或公平原則所造成的危害大於溯及適用造成的不利，那麼此種溯及，並非法律所欲非難的類型。可見溯及既往的正當性，最終仍繫於變遷追求之公益以及人民信賴利益之間的衡量。就此，仍有必要導向法律理論層次作出討論，方能定奪。

第三項 基本的價值決定

此處法律理論層次的推理過程，可扼要說明如下：首先，一致性的理論模型，原本係在避免法律體系之內的諸原則往不同的方向拉扯，本身就是一個原則衡量的問題。然而，即便建構了內部一致的法律體系，當面臨規範以及事實變遷的外部挑戰的時候，更為兩難的問題就出現了。凡是內部的法律體系愈為廣泛而一致，便愈失去了規範的多樣性，於面對來自體系外部的挑戰之時，不論內部法律架構多麼地完善，終究會不敵一個存在於預設之外的挑戰，蓋其已失去彈性因應的能力。因此，為了調和內部一致和外部挑戰，多數合乎理性的法律體系，皆會留有裁量的空間。這樣子的裁量空間，不論是以立法形成自由、行政裁量或是司法詮釋空間的形態出現，都具有雙面刃的效果：一方面保持了法律系統內的彈性，另一方面也有可能反過頭來，危害了法律體系的內部一致性。

Fuller 列出適當的法律制度所應具備的八個面向，包括了：規則的**事先公告**、規則**向後生效**，而非具有溯及既往的效力、規則**明確且可得理解**、規則間**相互一致**、規則具備**遵守的可能性**、規則**足夠穩定**，而具連貫一致的規範效力；最後，執法人員適用與執行規則的行為，必須與宣布並公開的法律規則相一致。然而，上開法律理論當中所設想的原型，顯係針對真正溯及而發，對於不真正溯及既往之論述，失之在淺。亦即，本文前開的提問：信賴保護和公益之間的衡量，就法律理論層面而言，似乎仍然無法尋獲適當的解答。

Dworkin 於法律帝國一書當中，則是詳細分析了一致性的法哲學架構(其稱為慣例主義，conventionalism)；並且，也就此提出了批判。但是本文認為，Dworkin 所批判的剛性慣例主義，是一個在現實社會當中不存在的假想，而柔性慣例主義或 Dworkin 所提出的整全法理論，其實與本文所謂的國家行為一致性並不絕對互斥。但是無論如何，Dworkin 都為一致性的討論提供了一個更清晰的理論架構。

在 Dworkin 的整全法理論當中，若過去決定係屬融貫而具原則性的決定時，整全法將會與過去決定相一致；但是過去決定不具原則性時，整全法將會偏離此

一狹隘的過去決定，而忠於整個體系的基本原則。換言之，Dworkin 的終極關心非僅在國家行為的可預測性，而是在於公平和正義。

如同 Dworkin 所言，期待的保障並非終極目的，但是至少對於期待的干預，原則上是不可欲的。然而，相較於 Dworkin 願意給予期待的擔保實在過於孱弱，本文仍願根據「對於溯及既往的不利推定」和「對於期待的干預原則上不可欲」兩項基本的原則，而主張：**除非人民明知法律體系存有漏洞並加以利用，否則其信賴和期待，原則上均應受到國家的保障；就前開事項，國家應負舉證責任。**本文的依據如下：國家藉由難以預見的公益考量，而要求已經善意投入成本的少部分人民獨自負擔規範或事實變遷的成本，本身就是一件不公平的事情；應該從人民的角度出發，依其信賴表現的程度計算其應受到多少的保障，而非基於公益的要求，論證人民應受多少程度的犧牲。關於信賴和公益之間的衡量要更進一步細緻化的關鍵，本文將其設定在**舉證責任和風險的分擔**。國家變更過去決定的動機，可能是倫理性的、可能是政治性的，但也有可能是經濟性的。隨著人民對於這些動機能夠預見的可能性不同，國家舉證成功的難易程度也有高低之別。

於是，基本的一個原則呼之欲出：**若人民不能預見道德或公益等等的管制動機，政府單方地要求人民獨自負擔管制的後果，不僅沒有意義，也是不受憲法所允許的酷刑。**而人民能否有預見的可能性，則牽涉到其所擁有的資源、社會地位、政府資訊公開的機制，以及法律諮詢制度的完善程度。這些因素，業已在本論文當中詳細介紹過了，而這些正是國內對於信賴保護，較少關注的制度性議題。

第二節 各論

第一項 抽象國家行為一致性

不論國家以立法、行政命令，甚或是一般行政處分等方式規制人民，**只要其**

具備通案拘束的效力，則應辨明其本質，將其劃歸至抽象效力國家行為下作討論。傳統上，國家處理此種抽象效力的國家行為，多將其劃至法不溯及既往的脈絡下討論。此一模式既然能夠抽象地指出法律秩序變動妥當與否，自然無可厚非。然而，依本文之見，就算採取法不溯及既往模型，最終仍不免公公益衡量一途，其他因素則無足輕重。既然如此，不如回歸傳統的比例原則審查模型，以法規溯及之目的妥當性、手段適合性、手段必要性以及狹義的利益衡量，配合信賴利益所涉權利類型而決定審查密度，來判斷此一變動是否合法。如同前文所指出的，在這個模型下，沒有什麼信賴是絕對值得保護，也沒有什麼國家利益係屬絕對地優先。

公益、公平、正義、補遺、管制需求甚或是管制便利和成本考量，都有可能勝過人民的信賴利益；然而，公平正義等動機不僅認定因人而異，更可能受到人民普遍觀感、時代推移以及執政者更迭的影響而有所不同。質言之，今是昨非、昨是今非，眾說紛紜，本難果決。相對而言，人民對於舊法秩序的信賴，不僅為法治根基，較諸公義而言，認定上亦無根本困難之處。根據本文第二章所推導出的基本原則：「若人民不能預見道德或公益等等的管制動機，則政府不能單方地要求人民獨自負擔管制的後果」，則國家不論藉由立法、行政命令，甚或是一般行政處分等方式規範人民的先前善意的行為，縱使公益足夠正當，**仍需對人民就其信賴造成的損害進行補償。**

就細節而論，則可設計各法律領域的違憲審查模型如下：

就刑法而言，基於罪刑法定主義之要求，溯及對於人民過去的行為課予刑事責任，係屬當然違憲。然而，如同本文第二章所示，純粹的單面主義在現實當中並不存在。因此，如果國家能夠證明人民於行為時故意利用刑法體系的漏洞，且明知該行為違反倫理要求，對於其行為應該擔負的法律效果亦有大概的認識，那麼就此行為，國家仍然得以溯及課予刑事責任之。

就公法領域而言，國家和人民之間存有上下隸屬關係，此一隸屬關係衍生出一個基本的道德義務；亦即，**若人民無法預見政府的管制動機，那麼政府不能單**

方地要求人民獨自負擔管制的後果。準此，則會發展出以下的審查模型。在行政罰或不利負擔的部份，原則上不得溯及，例外是：(一)國家能證明人民有意利用法律漏洞，則可溯及處罰，且不需補償；(二)國家雖不能證明人民違法意識，但基於急迫公益需求，非溯及不能達成目的，則亦可使法律發生溯及的效果，但是人民如果能成功舉證其既得權或成熟的合法期待利益受到損害，那麼國家應予補償；亦即，將溯及造成的成本，分散由社會大眾負擔之。人民是否有意利用法律漏洞，在違憲審查層次，應取向平均人概念作一般性的界定；在個案審理當中，則視個案情形而定。

另外，行政法若非關裁罰或不利負擔，而屬法律關係的調整；那麼基於調整彈性的需求，立法者得選擇真正溯及、不真正溯及、分段適用，或完全向後生效任一途徑。然而，手段抉擇和目的達成之間，仍然必須具備關聯性，且必須選擇最小侵害手段；人民若能證明無可歸責於己的違法情事，而國家只是依公益需求而溯及地給予負擔，那麼對於人民也應該補償之。若無涉上述基本要求，那麼就只是單純政策變遷的問題；人民若對政府之調整有所不滿，只能藉由民主選舉程序以選票反應之。

在私法領域當中，應區分一般人格權和財產權討論之。立法者不得侵害人格發展自由，尤其在涉及自主決定的人性尊嚴部份，應該給予嚴格審查。就財產權部份，憲法層面的關心是國家不得過度侵害人民之財產權。換言之，立法者雖然對於財產權具有制度性設計的形塑空間，但是仍應制定過渡條款或明定生效期日；一旦侵害幅度過大而構成特別犧牲，仍須就人民財產權的損失給予補償。如果立法規定只是對於人民財產權行使的合理限制，則毋需給予補償：在私法關係中，溯及性的立法對於一方有利，同時也就是給予另一方不利，而損及其對舊法之信賴利益；因此並沒有所謂「有利者溯及，不利者不得溯及」的適用。國家應當保有介入調整私人契約之權力；私人市場若對國家政策變遷有所疑慮，則可尋求保險機制分擔風險之。

於上述的分析當中，可見多數民意和具備經濟實力的團體，得藉由選票或遊

說等方法，左右立法者是否溯及、如何溯及。就此，如果溯及既往立法侵害的是少數弱勢團體的既得權和合法期待，違憲審查則應提高審查標準，為其權益把關，避免成為多數暴力下的犧牲品。另外，既得權和合法期待雖然可以限制，但是相較於一般基本權而言，於既得權和合法期待層面上，還多了一層法安定性的考量，此一考量將會提高違憲審查標準，而要求國家須具備更為強烈的公益需求，始可正當化其管制措施。

另外，不論既得權或合法期待，其皆係依據原本有效的法律而舉措，其地位究與一般權利行使有所不同。立法者若漏未考量「人民依舊法規預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能」等因素，而沒有設定適當的**過渡條款**或**補償措施**來保障既得權和已符上述要件的合法期待權，則可認定係屬立法怠惰，而予違憲宣告。依本文之見，唯有要求國家就既得權和期待權的侵害給予強制補償，始能促進妥善決策，預防侵害在先；唯有將設置過渡條款之要求提升至立法義務之程度，釋憲機制始能完全發揮機能，保障既得權和期待權在後。惟在實務運作上，若大法官畏懼司法過度干涉立法之指摘，仍可退而求其次，僅單純宣告此一修法無效，但不具體指示立法者如何的保障措施始屬充足；或是宣告修法有效，但指示行政機關和下級法院於個案當中，注意人民之信賴利益是否值得保障。

相較於我國法的討論，美國法在立法、行政法規和行政解釋三個不同的領域，都採取了統一的審查模式，並時見判準交互援用的情形。此點足供我國法參考。準此，不管國家採取什麼途徑來進行法律變遷，只要係屬抽象效力國家行為，即應統一適用本文前揭之基本原則，僅於因應國家各個不同機關任務特質，管制目的之不同時，始予微調。另外，**立法若未指定分段適用，法律適用者不得自行分段適用**，係屬理論層面要求，然而在現實層面當中，往往無法完全達成此一理想。之所以無法達成，則**涉及法律續造、權力分立，以及效率之考量**。

最後，人民是否能夠預見法律用語可能的規範內涵，或是國家機關管制真意

或將來的動向，無法一概而論。若釋憲機關能夠確定管制射程內的人民對於管制變遷皆無預見的可能性，自可宣告此一變遷違法違憲；否則，仍應委由普通法院個案認定之，而不宜用作法規變遷合憲性之判準。至於人民究竟有無能力預見立法目的或管制動向，則應考量人民接近使用法律諮詢的可能性而作不同考量。同樣的稅務案件，若稅務細則違反法律之規定時，一般人民就此當無洞悉的能力；但是在聘有專門法務或有資力聘請專業律師的公司部門，則當以較高的標準要求之。而將來一旦我國法律諮詢管道開放且成熟，對於人民預見可能性的判準，自又另當別論。

依據上述判準，本文分別檢討中標法第 18 條、行政罰法第 5 條、民法繼承編施行法第 8 條、釋字第四一〇號解釋、最高法院 94 年第 5 次民事庭會議決議、最高法院 95 年第 3 次民事庭會議、最高行政法院 98 年 12 月份第 2 次庭長法官聯席會議以及民國 99 年 5 月 18 日內政部公布台內移字第 0990931935 號等實證法規和實務見解，一併指明其缺失所在。

第二項 具體國家行為一致性

所謂具體效力的國家行為，包括行政處分、契約約定以及個案當中非正式的行政指導和行政建議或其他基於個案情形而作決定之國家行為。至於本文未能納入討論的行政計畫，並不表示此一行政行為形式便與人民的信賴保護毫無干係。事實上，在一般日常生活當中，經常牽涉人民信賴利益且最切身相關的，當屬行政計畫無疑。然而，行政計畫係混合且連續的過程；行政計畫若以抽象行為作規範，則信賴保護相關問題依據前章之討論處理即可，無庸贅述。若行政計畫當中包含具體國家行為，則可依以下的討論處理之。

在具體效力國家行為變更的脈絡下，我國就行政處分撤銷和廢止之法治已臻齊全。契約變更在既有的理論下也多能得到完善的處理。相對欠缺的，則是個案當中非正式行政建議的討論。此處，行政處分、契約約定以及個案當中非正式的

行政建議三者共通的爭點是：**人民就不法甚或違憲之國家行為，可否主張信賴保護？**

就此，其實可以細緻化分成各個次要的提問，諸如：法治原則、權力分立、高權豁免、財政整全以及政策發展等等考量。然而，姑且不論具體國家行為僅具個案效力之性質和規模，對上開考量之影響自屬有限；縱令允許人民得主張信賴之狀態會危及公共利益，造成此一狀態的始作俑者，仍應歸咎於國家之違法決策或過失行為，自應由其負擔並控管此一風險。即令迫於公益需求而使人民信賴狀態落空，亦應給予補償之，蓋不能僅持公共利益等簡便理由，要求部分善意的人民獨自負擔本應由社會大眾分擔的成本。

就信賴保護而言，雖然行政程序法於行政處分章有巨細靡遺之規定，但在其他行政行為的建構上，略顯單薄。就此，則引發第二個爭點：**行政程序法就人民信賴行政處分所作的權衡安排，可否援用至其他具體國家行為上？又是基於什麼樣的理論基礎，而支持此種援用的關係？**

國內文獻雖然就個別具體國家行為在信賴保護上的問題已累積不少討論，卻始終缺乏一個能夠統整各個具體國家行為的理論。具體國家行為在信賴保護的面向，雖然多著重個案事實的判斷；但是若未能發展出一套統一的理論基礎，又會造成個案當中幾無明確的判準可循。質言之，在同屬國家授益處分的證照、契約或其他補助行政之間，理應存有共同的理論基礎，來保障人民的信賴利益。如果能夠證明各個具體效力國家行為之間具有共通的理論基礎，那麼則可將我國行政程序法關於授益行政處分撤銷廢止之規定，類推適用至其他具體效力國家行為之上。

具體國家行為前後不一致之時，若欲證成國家對於人民損害應該予以補償，在理論上可能的途徑有二：首先，係將此類具體行為劃入新財產權的保護範圍，國家若變更先前決定，應予人民補償；另外一個途徑，則是著重人民對於具體國家行為之信賴而為表現，其保障不因證照、許可、契約以及授益補助資格認定等樣態而異，從而一旦國家嗣後撤銷有違人民信賴，應該予以補償。

依本文之見，新財產權理論雖然足堪此一大任，但仍嫌操之過急，不如以既得權和期待權的信賴保護理論取而代之。蓋證照、許可、契約以及受益補助資格認定，雖有形式之分，就信賴保護此點，卻無實質上的不同。準此，行政程序法當中已臻成熟的行政處分規定，應當援用至其他具體效力的國家行為上。行政機關當體認信賴利益之保障與公益未必始終處於衝突之關係，不得一味以公益之名侵害人民之信賴利益，方符行政程序法第 117 條之真意。當然，所謂類推適用者，係指相同案件理應給予相同處理，若案件之間存有本質上之差異，則無類推適用的道理。就此，契約法特別注重雙方真意之解釋、非正式行政建議在本質上並無法效性等等，皆與行政處分有別，而須異其考量；依本文之見，**在契約和建議的情形中，應以書面契約或建議作為最低的舉證要求**：只有人民持有此類書面文件，才有進一步援用行政處分關於信賴保護等相關規定之討論空間。

最後，**行政程序法關於行政處分撤銷廢止之規定，仍有微調之必要**。就信賴保護之要件而言，法條規定和學說見解在「信賴表現」此點上，有所出入；依本文之見，由於人民是否具有信賴表現，在具體案例的判斷上並無根本困難之處，未來行政程序法應當明定此一要件。再者，舉證責任分配上，亦應稍作調整。人民僅就其具有信賴利益和信賴表現應負舉證責任，至於人民信賴具有不值得保護之情形，諸如行政程序法第 119 條所稱：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」等情狀，則應由行政機關負責證明之。國家切莫以人民應該知法或國家關於權限之分配為由，而忽略個案當中法規或行政組織複雜之程度、人民之資力智識以及有無尋求法律諮詢與援的可能性，並藉此悄悄移轉舉證責任，使得信賴保護之宣示，淪為口惠而不實。

第三項 司法行為一致性

就司法行為一致性和信賴保護的課題，重點在於辨明國家係在行使司法裁判之功能，抑或是進行法律的續造，而分別處理之。若屬後者，當有抽象國家行為就信賴保護種種考量的適用。

就此，司法院大法官解釋、司法院解釋、以及我國現制下最高法院之判例、決議以及研究意見等等，若已具有造法之性格，則應比照抽象國家行為之標準，明訂生效期日，向後生效適用之；若僅屬法律解釋或補充，固應依附法律、溯及至法律生效之日起發生效力，惟仍應考量個案當中人民之信賴保護。

再者，就引起判例作成或變更的原因案件而言，傳統見解主張一律溯及適用，顯然未能區分法解釋和法續造，且對信賴保護不利至極；至於純粹向後生效，則減低人民利用訴訟管道的意願，因此**只有選擇向後生效適用一途可採**。就原因案件部份，可仿大法官解釋，對於訴訟當事人或其他業已以同一原因起訴之人皆生效力；就信賴保護之考量，於刑法或公法領域，僅於新見解有利於人民時，始可溯及。至於民法案件，就雙方當事人之利益勢必無法兩全；在取舍一造對於舊法秩序之信賴保護以及另一造提起訴訟尋求有利見解之間，考量到民事訴訟制度之發展與存續，應以後者為優先，而承認新見解應當溯及於原因案件，惟此仍以法院能夠論證個案當中溯及之公益考量大過信賴利益之保護為必要。

另外，有別於抽象或具體國家行為，於司法行為一致性的情形，法安定性未必能夠提供信賴保護足夠的支撐。就此，若屬已確定之案件，不論嗣後法律秩序變更對於當事人有利與否，原則上均無推翻前案之效力；此係基於法安定性以及司法裁判功能的考量。

最後，就爭訟型行政處分和訴願決定部分，若其程序足夠嚴謹，嗣後亦無足夠的公益需求足以推翻之前決定，則應考慮賦予一事不再理之效力，俾能達成國家行為一致性以及同時保障人民之信賴利益。

第三節 展望

關於一致性與合法期待之概念，美國法的論著頗豐。若欲以一致性作為切入角度，觀察該國行政法總論之發展，似乎亦無不可；後續研究者就此應有著力之處。惟仍須注意該國法制體系與我國有所不同，切勿疊床架屋。

如同本文第一章前言所述，國家行為一致性與信賴保護影響層面甚廣。礙於本文有限篇幅，勢必無法鉅細靡遺地檢討所有案例。後續研究若有志於此，當可嘗試將本文發展之判準應用至實務案例的檢討之上。

最後，本文雖欲窮盡各類國家行為並探討相關信賴保護問題，但是針對所謂「政策變遷」問題，仍然力有未逮。蓋所謂的「政策」，其是否具有法律拘束效力？在我國法秩序下又應當如何看待？皆非不證自明的問題；另外，相較於其他國家行為形式而言，政府在政策的擬定以及變遷上，是否應該享有更加彈性的空間，均值得更進一步的研究¹。

¹ 所謂的「政策」(policy)，並無明確的定義，只能約略就其特徵描述之：政策係政府為了實現某種目標而訂立的計劃，是一連串的過程，並以目的和問題作為取向。中國大陸的「一胎化政策」、我國的「戒急用忍政策」、「三通政策」和「開放美國牛肉進口政策」，皆屬耳熟能詳的範例。一般而言，政策一旦具體化成為法律、法規命令、行政處分或行政計畫等等行為，則可依照各種國家行為形式的不同，而適用本文提出的判準處理政策變遷和信賴保護的問題。然而，政府單純就政策提出宣示，嚴格而言，並沒有法律上的效力，至多僅有政治責任的問題；此時，人民得否信賴此一政策宣示，而欲主張信賴保護，恐怕將是相當棘手的問題。

舉例而言，民國 99 年 3 月，教育部在當年度免試入學的申請分發日之前，宣示「公私立高中職學費齊一」政策，宣布當年度入學的高一新生若就讀私立高中職及五專，將比照公立收費。此舉共吸引一萬三千多名學生免試進入私校。然而，隨後於當年度六月份，由於預算考量，造成學費政策大轉彎；教育部宣示「排富條款」，排除家庭年收入九十萬以上的學生獲得此一補助。據教育部估計，其中約有四千多名學生家庭年收入在新政策的「排富」標準之上，無法得到比照公立收費的補助。此一政策變遷造成全國嘩然，蓋教育部長公開召開記者會宣示此項政策，私校也都按此利多政策宣導了三個月，卻又在學生都選定學校之後，再行翻案。按經費問題之考量並非無的放矢，國家作出此一政策變遷，尚非全然恣意；又教育部長在記者會上的對於未來政策的宣示，是否具有法律上的拘束效力，亦非無疑。然而教育部趕在分發前宣布此一消息，鼓勵學生就讀私校之政策意圖明顯，許多學生亦信賴此一政策選填學校。然而，國家嗣後改弦更張宣示此一排富條款，對於此類學生影響甚大，蓋其本因家庭經濟考量，才會依循此一政策入學就讀；如果早知如此，當初大可以選擇公立學校就讀即可。

依此例所示，政策仍然停留在宣示階段、並無後續法令建置，則人民可否對單純政策宣示主張信賴保護，實際上仍有相當的難度。此事後來由私校承諾自行吸收不符補助標準學生的學費差額，若無法吸收，那麼教育部「一起幫忙」。就此類問題，未來勢必層出不窮；如何建立政策形成的透明機制、要求官員負起政治責任，又應該給予善意人民何等實質保障，仍有待後續研究。

主要參考文獻

壹、中文文獻

一、專書著作

吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂 10 版，2007。

林三欽，《法令變遷、信賴保護與法令溯及適用》，1 版，2008。

陳敏，《行政法總論》，6 版，2007。

陳新民，《憲法學釋論》，6 版，2008。

陳愛娥，《信賴保護原則在公務人員保障事件的適用》，公務人員保障暨培訓委員會九十五年度委託研究計畫，2006。

二、期刊論文或專書中的論文

李建良，〈從憲法觀點論軍公教優惠存款的存廢問題〉，收錄於：同著者，《憲法理論與實現（三）》，1 版，2004，頁 437-469。

李建良，〈法律的溯及既往與信賴保護原則〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 24 期，2001/7，頁 79-88。

宋承恩，〈信賴保護原則的實質面向——英國法之啟發〉，刊於：《月旦法學雜誌》，第 83 期，2002/4，頁 272-286。

吳坤城，〈公法上信賴保護原則初探〉，收錄於：城仲模（主編），《行政法之一般法律原則（二）》，初版，1997，頁 235-268。

林三欽，〈大法官釋字第六二〇號解釋之評析——以「法令溯及適用」為中心〉，收錄於：劉幸義（主編），《法學理論與文化：李岱教授祝壽論文集》，1 版，2008，頁 369-405。

林三欽，〈行政法令變遷與信賴保護——論行政機關處理新舊法秩序交替問題之原則〉，收錄於：同著者，《「行政爭訟制度」與「信賴保護原則」之課題》，1 版，2008，頁 291-355。

林三欽，〈信賴保護原則與法令不溯及既往——兼評最高行政法院九十四年度判

- 字第一四四號判決)，刊於：《政大法學評論》，第 100 期，2007/12，頁 57-134。
- 林秀雄，〈剩餘財產之分配與不真正溯及一最高法院九十年度判字第六七一號判決評釋一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 30 期，2002/1，頁 61-77。
- 林明鏘，〈行政規則變動與信賴保護原則——兼評最高法院八十九年判字第一八四二號判決與大法官釋字第五二五號解釋〉，收錄於：葛克昌、林明鏘（主編），《行政法實務與理論（一）》，初版，2003，頁 577-600。
- 洪家殷，〈論信賴保護原則之適用——司法院大法官釋字第五二五號解釋評析〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 27 期，2001/10，頁 39-55。
- 張文郁，〈限時法和法律之溯及既往〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 46 期，2003/5，頁 155-160。
- 陳春生，〈行政法學上之風險決定與行政規則——以規範具體化行政規則（normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften）為中心一〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 5 期，1999/12，頁 79-85。
- 陳春生，〈行政規則外部效力問題之研究〉，收錄於：同著者，《行政法之學理與體系（一）》，初版，1996，頁 95-133。
- 陳偉仁，〈論法規變動之合憲審查模型〉，李模務實法學基金會第十四屆法學論文甄選佳作，2011 預訂出版。
- 陳新民，〈法治國家理念的靈魂——論法律溯及既往的概念、界線與過渡條款的問題一〉，收錄於：同著者，《法治國家論》，1 版，2001，頁 147-227。
- 陳愛娥，〈法律之溯及效力〉，發表於「法令與行政處分之時間效力」及「信賴保護」研討會，私立東吳大學主辦，2010/5/29，頁 1-20。
- 陳愛娥，〈信賴保護原則的具體化——兼評司法院大法官相關解釋〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 98 期，2007/9，頁 159-193。
- 陳愛娥，〈行政計畫確定程序之法制度的續造——由檢視法務部研擬之「行政計畫擬定、確定、修訂及廢棄程序辦法（草案）出發」〉，刊於：《法學叢刊》，第 206 期，2007/4。
- 陳愛娥，〈國小校長的「遴用」或「遴選」——法律溯及既往原則的相關問題一〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 21 期，2001/4，頁 140-144。
- 陳愛娥，〈信賴保護原則在撤銷授益性行政處分時的適用——行政院八十六年判字第一二三二號判決評釋一〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 8 期，2000/3，頁 15-29。

陳愛娥，〈「法律原則」作為行政的法源〉，收錄於：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，初版，1998，頁 33-85。

程明修，〈行政處分之溯及力／最高行九七判六〇七〉，刊於：《台灣法學雜誌》，第 128 期，2009/5，頁 243-244。

彭鳳至，〈論法律不溯及既往原則之適用與誤用——以七十四年增訂、九十一年修正民法第一〇三〇條之一第一項之適用為例〉，刊於：《月旦法學雜誌》，第 104 期，2004/1，頁 68-92。

彭鳳至，〈法律不溯及既往之憲法地位〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 48 期，2003/7，頁 3-23。

黃俊杰，〈稅捐優惠之憲法基礎及信賴保護〉，刊於：《台大法學論叢》，第 31 卷第 6 期，2002/11，頁 183-267。

黃俊杰，〈解釋函令變更與信賴保護——行政法院八十八年度判字第三九〇七號判決評釋〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 20 期，2001/3，頁 1-13。

黃茂榮，〈夫妻剩餘財產差額分配請求權之規定的溯及效力〉，刊於：《植根雜誌》，第 17 卷第 9 期，2001/9，頁 17-64。

蔡宗珍，〈干預性法律之解釋方法與法律溯及適用之禁止——台北高等行政法院九十七年度訴字第二二九九號評析一〉，刊於：《台灣法學雜誌》，第 127 期，2009/5，頁 13-19。

蔡宗珍，〈退休公教人員公保養老給付金額優惠存款措施之變動與信賴保護之爭議〉，發表於：「第七屆行政法實務與理論學術研討會」，最高行政法院、台北高等行政法院、台中高等行政法院、高雄高等行政法院、台大法律學院、台北市訴願審議委員會、台大法律學院公法中心主辦，2007/11/10，頁 1-30。

蔡宗珍，〈在台奈及利亞人悲歌——歸化許可及相關授益處分之撤銷與信賴保護之要件一〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 95 期，2007/6，頁 135-144。

蔡宗珍，〈法規溯及適用問題與行政規則對於法規適用範圍之解釋〉，刊於：《台灣本土法學雜誌》，第 94 期，2007/5，頁 191-196。

三、學位論文

任芳儀，《法令變動與信賴保護：溯及立法行為的合憲性探討》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006。

- 林合民,《公法上之信賴保護原則》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文,1985。
- 洪培根,《從公法學觀點論法律不溯及既往原則》,國立中興大學法律學研究所碩士論文,1992。
- 許慶源,《法規變動下信賴保護原則適用問題之研究—以土石採取法為中心》,東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文,2006。
- 張珮琦,《論信賴保護原則與行政函釋的溯及適用》,東吳大學法律學系碩士班碩士論文,2005。
- 連煌林,《從信賴保護觀點論我國公務人員退休制度之改革》,國立中正大學法律學研究所碩士論文,2005。
- 陳建宇,《法的變動與信賴保護:法律理論的探索與重構》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文,2008。
- 陳陽升,《信賴保護原則之具體化》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文,2009。
- 陳雍之,《法律之溯及效力—從德國判例及學說論法律變更時人民權益之保護》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文,1991。
- 蔡進良,《行政法上禁反言法理之比較研究:以行政建議為中心》,國立政治大學法律研究所碩士論文,1996。
- 蔡輝斌,《情事變更原則與信賴保護原則關聯性之研究》,中國文化大學法律學研究所碩士論文,2004。

貳、外文文獻

一、專書

- Aman, A.C. & Mayton, W. T. (2001). *Administrative Law* (2d ed.). West.
- Breyer, S. G., Sunstein, C. R., Stewart, R. B., & Spitzer, M. L. (2002). *Administrative Law and Regulatory Policy : Problems, Text, and Cases* (5th ed.). Aspen Publisher.
- Davis, K. C. (1978), *Administrative Law Treatise* (2d ed.). K.C. Davis Pub. Co.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (Rev. ed.). New Haven and London: Yale

University Press.

Troy, D. E (1998). *Retroactive legislation*. The AEI Press.

二、期刊論文

Araiza, W. D. (2000). Agency Adjudication, the Importance of Facts and the Limitations of Labels, *Washington and Lee Law*, 57, 351-404.

Clayton, R. (2003). Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency, *Cambridge Law Journal*, 62(1), 93-105.

Cohen, A. F. & Ravitch, J. (1988). Economic Sanctions, Domestic Deprivations, and the Just Compensation Clause: Enforcing the Fifth Amendment in the Foreign Affairs Context, *Yale Journal of International Law*, 13, 146-170.

Fallon, R. & Meltzer, D. (1991). New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies, *Harvard Law Review*, 104, 1731-1833.

Fisch, J. E. (1997). Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach, *Harvard Law Review*, 110, 1055-1123.

Friendly, H. J. (1969). Chenery Revisited: Reflections on Reversal and Remand of Administrative Orders, *Duke Law Journal*, 1969, 199-225.

Gellhorn, E. & Robinson, G. O (1975). Perspectives on Administrative Law, *Columbia Law Review*, 75, 771-799.

Greene, A. S. (1991). Adjudicative Retroactivity in Administrative Law, *Supreme Court Law Review*, 1991, 261-301.

Hochman, C. B. (1960). The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation, *Harvard Law Review*, 73, 692-727.

Kaplow, L. (1986). An Economic Analysis of Legal Transitions, *Harvard Law Review*, 99, 509-617.

Krent, H.J. (1997). Reviewing Agency Action for Inconsistency with Prior Rules and Regulations, *Chicago-Kent Law Review*, 72, 1187-1252.

Laitos, J.G. (1997). Legislative Retroactivity, *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law*, 52, 81-160.

Levinson, L. H. (1998). The Legitimate expectations That Public Officials Will Act

Consistently, *American Society of Comparative Law*, 46, 549-575.

Malloy, M. P. (1998). When You Wish Upon Winstar: Contract Analysis and the Future of Regulatory Action, *Saint Louis University Law Journal*, 42, 409-449.

Michelman, F. I. (1967). Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, *Harvard Law Review*, 80, 1165-1258.

Munzer, S. R. (1977). Retroactive Law, *Journal of Legal Studies*, 6, 373-397.

Pixley, C. D. (1999). Finding Middle Ground on Federal Retroactive Regulatory Lawmaking, *Capital University Law Review*, 27, 255-289.

Reich, C. A. (1964). The New Property, *The Yale Law Journal*, 73, 733-787.

Shannon, B. S. (2003). The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 26, 811-876.

Stack, K. M. (2007). The Constitutional Foundations of Chenery, *Yale Law Journal*, 116, 952-1021.

Thompson, D. K. (1979). Equitable Estoppel of the Government, *Columbia Law Review*, 79, 551-571.

