

國立政治大學法律科際整合研究所

碩士論文

指導教授：王曉丹 博士

從法意識的觀點看繼受法律的在地實踐
—以公務體系之命令異議制度為例

研究生：林委正

中華民國一百年七月

國立政治大學法律科際整合研究所

碩士論文學位口試

論文題目：從法意識的觀點看繼受法律的在地實踐
—以公務體系的命令異議制度為例

指導教授：王曉丹教授

研究生：林委正

口試地點：綜合院館北棟十四樓法學院第三研討室

考試委員：官曉薇

孫迺翹

王曉丹

中華民國一〇〇年七月十三日

謝辭

首先，我想在此向我的九位受訪者表達我最誠摯的感謝和敬意。本研究能順利完成，你們居功至偉。由於你們無私的傳承和分享，進而願意挺身而出、揭露真相，讓普天之下所有公務人員一直深受其擾的困境，能夠透過這篇論文公諸於世；因為你們勇於衝撞現實的不公與不法，公務機關內部運作的現狀也才有逐漸改變的可能。

從我踏入法學院迄今，我對「法律」的認識和理解一直不斷在改變。對我而言，本研究代表著我的心路歷程，也傳達我在習法之後思想上的轉折。這些改變和轉折，歸功於王曉丹老師對我的影響。我時常在想，一個法學研究，除了嚴肅又生硬的法條適用、冰冷而無感情的解釋論證之外，是否也可能試著融入一些人情的溫暖？是否也可以是個生動、活潑而又饒有趣味的現實生活寫照？法學論述是否也能一字一句地敲進讀者的心坎，而不再令人感到索然無味、遙不可及？顯然，在王老師的課堂上，以及她所作的研究當中，我找到了這些不同於以往的新元素。感謝老師在學生進行研究的過程中，不辭辛勞地給予學生指點、解惑和啟發。本論文當中的許多重要概念和研究成果，都是在和老師一次又一次的討論之後，才得以慢慢釐清。也非常感謝老師三年來擔任班導師的教導，對我而言，老師的思想，相當深刻地影響了學生對於法律—乃至於整個社會—的觀點；老師的教學，更成功地塑造了學生一個具有主體性的思惟能力。我想，這將會是我在這段求學過程當中，最寶貴、也是最無價的收穫。

感謝論文口試委員孫迺翊老師和官曉薇老師的指教。曾經選修孫迺翊老師開設之課程多達三門以上的我，在老師的課堂上，不僅可以感受到老師作學問時紮實又嚴謹的態度，還能體會老師對於現實社會弱勢族群的關懷。除了法律論證之外，老師更親自帶領著學生們實地觀察、理解現實社會的困境，這讓法學研究的過程，增添了許多人間的溫馨與感動。我曾經在法社會學研究方法導論的課堂上，聽過官曉薇老師講授法律論述分析，也有幸能在許多大型法學研討會中，觀摩老師所發表的許多研究成果。我一直認為老師的思想和研究路線，與我的思維是充分契合的。感謝二位老師在口試過程當中，給予學生許多寶貴的建議，讓學生有機會檢視自己研究的許多盲點，也讓本論文能更為充實、更容易讓人理解。

最後，我要深深感謝三年多來一路陪伴著我的純儀，再多的言語，也沒能道盡妳為我付出的這一切。擁有一個還在念書的男友，可想而知妳一定擔負了許多壓力。謝謝妳從一開始就支持我走進法學院，更感謝妳在這段路途中，不斷為我加油打氣。本論文完成時刻，不僅是我的學業告一個段落，我想，此時也將會是妳我一起攜手走向下一個人生階段的開始。祝福我倆！

摘要

近年來，法律繼受之下的諸多問題，逐漸引起了法學界的關注。同時，本土法社會學研究的興起，也一改往昔靜態、平面、工具式的法律觀點，轉而朝向以動態、空間、互動關係的角度詮釋法律。從而，繼受法律在地實踐的情形如何？有無達成法律的實效性？成為法學研究首要面對的議題。

面對法律實效性的問題，除了以往工具式法律觀所看到的「法律有無達成其目的」的表象層次以外，其真正問題的核心，在於「法意識層次」。亦即，法律背後的價值取舍與規範精神能否與被規範者的法意識相契合。欲探究此問題，必須在現實生活中界定一個半自主的社會領域，並藉由經驗性的實證研究方法，進入當事人法意識的觀點，去理解他們是如何界定合法/非法之間的界限，才得以窺見那個隱然存在、不斷變動又真正具有實效性的實質規範體系。再者，我們還必須進入具體個案事實的脈絡中，找出影響法意識的諸多文化特質因素，以理解實質規範體系與法意識之間的循環建構過程，及其在繼受法律影響之下，兩者如何交錯？當事人處在規範交錯下，又面臨如何之困境？唯有如此，方得以找出問題的癥結，進而解決問題。

本研究以公務人員保障法第 17 條—這個在 2003 年修正時，自德國引進的命令異議制度—為例，以深入訪談公務人員的方法，觀察繼受法律在我國公務機關的實踐情形。研究結果發現：上、下級公務人員在執行職務上的互動方式，與命令異議制度的設計不同。長官對部屬的互動方式，包括：口頭下命、辦公室面商、口耳相傳或迂迴責罵、原簽退回或推遲公文、貼便條紙等；部屬對長官的互動方式，則包括：公文書打筆仗、拖延辦案、找同事一起負責或更換承辦人、保留便條紙或影印公文、寫辦案日記、知會政風室等。在公務人員的法意識中，命令異議制度所課予的報告義務，時常令他們難以啟齒；部屬向長官報告的合法範圍，也被限縮在「謙恭有禮、察言觀色、顧慮長官面子」的界限之內。再者，命令異議制度所設計的請求書面下達命令，幾乎全然被認定是屬於非法的行為，現實運作當中近乎等於是無法請求。而命令異議制度所界定的服從義務界限，實質上根本沒能撼動過去威權體制之下的絕對服從觀念，甚且反而使其更為鞏固。因此，命令異議制度在我國公務機關實踐的實效性不佳。

深究問題之原由，係公務人員法意識所建構之實質規範體系有別於命令異議

制度，且其對於合法/非法界限如何界定的思維邏輯，也與實定法律體系的三段式論證邏輯不同。再者，研究發現：公務人員的法意識中存在著許多文化特質因素，包括了：人情義理的考量、規範模糊與權限含混、缺乏公眾支持的大環境、對裁量合法性與裁量主體性的偏差認知、對人與對事無法清楚劃分、關係連結等。此等因素，在實質規範體系與法意識的循環建構過程中，扮演關鍵性的「透鏡」角色。就是因為此等文化特質因素的層層檢驗，造成了命令異議制度與實質規範體系之間不對等的交錯。在此規範交錯之下，當事人不得已而進入一種宣稱與實質分裂的困境。欲解決困境，可能的不外乎是削減足以發揮透鏡效果的文化特質因素，或是基於此等文化特質因素，回頭針對命令異議制度進行潤飾。如此，才有機會找回命令異議制度在地實踐的實效性。

關鍵字：法意識、法律繼受、法律實效性、規範交錯、命令異議制度



目錄

第一章	緒論.....	3
第一節	研究背景與問題意識.....	3
第二節	研究方法.....	8
第三節	章節內容簡介.....	12
第二章	文獻回顧.....	14
第一節	繼受法律的在地實踐與本土法社會學研究的發展.....	14
第二節	法律的實效性、法意識與合法性的建構.....	20
第三節	多元法律文化與規範交錯.....	26
第三章	引進命令異議制度的社會背景.....	29
第一節	從威權邁向民主化的轉型社會.....	29
第二節	民主化的過程對於公務人員執行職務的衝擊.....	34
第三節	特別權力關係鬆動下公務人員的服從義務與責任承擔.....	39
第四章	命令異議制度的引進.....	45
第一節	德國的命令異議制度.....	45
第二節	德國命令異議制度背後的社會意義.....	48
第三節	引進命令異議制度—修正後的公務人員保障法第 17 條.....	50
第五章	從上下級公務人員的互動看命令異議制度的實效性.....	58
第一節	長官對部屬的溝通方式.....	59
第二節	部屬對長官的溝通方式.....	64
第三節	強化法律實效性的機制設計.....	70
第六章	公務人員的法意識與合法/非法的界限.....	73
第一節	白目？—從報告義務看命令異議制度之外的實質規範體系.....	74
第二節	黑掉？—請求書面下達命令的標籤化作用.....	80
第三節	保命？—請求書面下達的宣示與撫慰效果.....	91
第四節	倫理？—服從義務的絕對性及其難以撼動.....	95
第七章	規範交錯的困境—以審核、裁罰、幕僚之個案為例.....	100
第一節	審核.....	101
第二節	裁罰與幕僚.....	115
第三節	繼受法律在地實踐及其規範交錯的困境.....	125
第八章	結論.....	132
第一節	從法意識的觀點重新檢視繼受法律在地實踐的核心問題.....	132
第二節	法社會學研究在當代的角色與方向.....	137
第三節	研究限制與未來的研究方向.....	140
參考文獻.....		143
附錄.....		147



第一章 緒論

第一節 研究背景與問題意識

一、 繼受法律在地實踐的問題

自從清末民初以來，承繼歐陸體系的法律制度一直是我國立法上的慣行。然而，法律制度雖然能夠在轉瞬之間改變，但社會現實生活的運作，卻無法在一時之間擺脫長久下來基於本土文化所共同營造出來的思維模式。民國成立迄今已經歷一百年，繼受法律在我國社會的實踐狀況，一直都沒能獲得法學界的普遍重視。儘管在法釋義學的蓬勃發展之下，透過反覆的法律移植、解釋、論證、邏輯推演，我國的法律體系已逐步趨於健全完整；然而，法律制度背後的價值取捨與規範的精神，仍然與那個在社會現實運作中的人的思維判斷，有著極大的隔閡與落差。二者之間既沒有充分的融合溝通，法律也就無從達成其在社會實踐的實效性

(Efficacy)¹。易言之，繼受法律在地實踐所面臨的諸多現實社會問題沒有真正被發掘，也得不到以法釋義學為主流價值之法學研究的理解與關懷。法學研究儘管堪稱成果豐碩，卻普遍欠缺能夠挹注社會現實運作的能量，更無力拉近法律與社會之間遙遠的距離²。

二、 本土法社會學研究的興起及其發展困境

近來，受到歐美法學界新興的「法律與社會 (Law and Society)」研究潮流影響，國內有愈來愈多的法學研究者開始投入法社會學研究。這些研究從認識「書本中的法 (Law in books)」不等於「行動中的法 (Law in action)」出發，一改過去以平面式、靜態的、工具式的方式理解法律，開始著眼於社會生活當中，那些不斷被運行的、立體空間的、動態的、互動關係性的法律。法社會學研究者擺脫

¹ 在本文中，法律的「實效性」指的是法律規範背後的價值取捨和規範的精神，與被規範者的法意識已然達成相互契合的狀態，從而被規範者在基於認同法律價值所自然流露出的外顯行為，與規範的目的彼此相符合。關於此部分的詳細討論，請見本文第二章第二節。

² 翁國彥在 2004 年的一項針對臺灣法治教育所進行之研究，是過去極少數以法律文化觀點作為論述主軸的法學碩士論文。他在文中也提到了繼受法律在地實踐的問題：「實證法與人民法感情之間，總是存在著似有若無的巨大隔閡。法繼受國的法治精神，一向是先棲身於外來的移植法制。若無法由下而上內化為本國文化的一部分，使二者能發生緊密的契合，即使有完備的法令規範並嚴格執行，人民的社會生活行為仍會不時與實證法脫節，在國家權力無力過問的角落中，暗自侵蝕著繼受法制的基礎。」參見翁國彥，由法律文化觀點檢討臺灣的法治教育，2004 年，國立成功大學法律學系碩士論文，頁 27。

以法律條文為中心的觀點，轉而把目光投注在社會實質運作之中的不公平與不正義。他們嘗試去理解那些處在社會規範中的人的法意識，並深入具體事件背後的脈絡之中，去體察當事人所遭遇的困境³。這種性質的研究，無疑地提供了我們一個能夠更清楚看見法律在社會實踐真實面相的途徑。也唯有我們進入當事人的法意識層次去理解和觀察，法律在現實社會運作當中的問題⁴，才有真正被察覺、發掘、解決的契機。法律與社會之間的遙遠距離，也才有更為拉近的可能。

然而，上述關於歐美的法社會學研究，有其迥異於我國的發展背景。歐美的法律根植於其本土的社會文化，故其法社會學的理论相當強調：法律並非與社會分離、法律存在於日常生活之中。此點，與我國在傳統固有文化的深遠影響之下，又繼受西方法律的複雜背景，有著根本性的差異。因此，如果在我國本土的法社會學研究取徑上，沒有意識到此一重要差異所可能帶來的偏誤，盲目地將歐美所發展出來的法社會學理論成果套用到我國，不僅失之唐突武斷，也很有可能將原本已然複雜之繼受法律在地實踐的問題，雪上加霜地更為複雜化、更模糊了焦點⁵。

幸運的是，此等處境並非全然沒有被國內法學界看到。晚近以來，陸陸續續有學者開始轉而尋求在地的研究視野，試圖開創新的本土研究取向和觀點，真正關注國內法律與社會的現實困境。這些研究有自本土文史制度、發展歷程的脈絡進行考究者，也有單就當代法律在社會文化中的實踐、融合與適應進行觀察者。不過，由於目前這些研究仍多半還處在非常初始的摸索階段，加以其學術社群尚不夠活絡，使得研究方向呈現多頭馬車，欠缺一個整合的力量，無法匯集凝聚一個足以和主流法釋義學研究路線對話的氣勢，從而也就遑論要解決法律在現實社會實踐中所遭遇的難題。

³ 關於這部份的詳細討論，王曉丹在「初探臺灣法律與社會研究－議題與觀點」一文中，有許多深入的分析。參見王曉丹，初探臺灣法律與社會研究－議題與觀點，政大法學評論，117期，2010年10月，頁63-108。

⁴ 在本研究中，每當我提到「透過法學研究來解決現實社會運作的問題」，並非代表我視法律為解決問題的工具；相反的，我所說的這個「問題」，反而是「繼受法律在地實踐過程中，被規範者所遭遇到的問題」。亦即，我不認同以法律為中心的工具式法律觀，我所認同的「法律」是人與人在現實互動中的實質規範體系。而當一個外來的繼受法律試圖融入原有的規範體系時，它將對現實運作中的人造成困境、產生問題。這個問題，亟待我們以法學研究來發掘、解決。

⁵ 這個關鍵問題的提出，及其所可能造成之重蹈學術殖民困境的討論，參見王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例－法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，2011年02月，頁69-88。

三、 以公務人員保障法第 17 條「命令異議制度」為例

在本研究中，我以我國的公務人員保障法第 17 條—這個在 2003 年修法時，自德國引進的命令異議制度—為例，嘗試藉由社會學式的田野調查方法，開創一個不同於以往的本土法社會學實證考察研究路徑。進行這項研究的目的，並不在於批判公務人員保障法第 17 條這個制度本身設計上的缺失，更不在於否定作為立法之基礎的法釋義學研究成果和眾多公法學研究者的貢獻；而是欲在這個成果之上，更進一步地以法社會學研究的方法，找回法律實踐在我國社會已然喪失許久的實效性。我以一個曾經任職於公務機關、未來也將成為一個公務人員的角色出發，抱持著試圖解決自我困境的動機和心態，投入公務人員執行職務承辦案件的實境中去作觀察，輔以相關文獻及歷史回顧所蒐集到的田野調查資料，探索公務人員保障法第 17 條的立法精神與價值取捨，是如何嘗試融入本土社會、卻又無力融入，甚至讓原有規範體系運作之問題更加惡化的過程，嘗試從公務人員法意識的觀點來分析法律實踐究竟遭遇何等的困境。希望這樣的研究，能夠喚起法學界對法律在現實社會實踐面相的重視，也期盼這樣的研究方法，能為本土法社會學學術發展累積一點突破的力量。

四、 引進命令異議制度的緣起

一改過去君主專制時代的「官吏」，代之而起的是近代國家的「公務人員」制度。公務人員與國家之間的關係，從過去的「特別權力關係」逐漸鬆動並發展成為現今的「特別法律關係」。公務人員不再被認為有服無定量勤務之義務，而其權利義務也應該以法律特別規定。另一方面，臺灣社會在 1980 年前後，適逢解除戒嚴的新舊交替時代，在威權轉型民主化及特別權力關係鬆動的雙重背景之下，公務人員對上級長官的服從義務也逐漸開始受到挑戰。過去在威權時期人治色彩濃厚的「絕對服從」觀念漸遭唾棄。在法治國精神的「依法行政」原則之下，即便是履行服從義務，公務人員執行職務也被要求必須符合法律的規定。

「基層公務人員」是機關內部第一線承辦案件的行政人員，他必須直接面對人民並擔負啟動行政流程的責任。無論是案件事實的釐清、審查、法規適用與裁量、幕僚作業的擬辦與簽核等，基層公務人員扮演著關鍵性的角色。公務人員於執行職務時必須「依法行政」，對於上級長官之命令負有「服從義務」。然而，處在上述時代交替的汰換過程當中，公務機關內部仍然存在著許多舊的人治思想，未及轉化為新的法治思維。在此之下，許多公務人員因此屢屢面臨兩難：某些時候，服從長官的命令可能因此違犯刑事法律；也有些時候，可能不符依法行政的原則。此等情況，在我國的社會脈絡之下頗為常見。尤其是在承辦特殊類型的案

件一例如：涉及鉅額採購之重大招標案、審核具有龐大商業利益的產品上市許可案一更是如此。遭遇如此矛盾衝突時，究竟該如何與長官應對？事責該由誰來承擔？時常令公務人員困擾不已。除此之外，公務人員在承辦案件過程中，還得承受來自各方的壓力，比方說同儕競爭、機關內部文化、行政倫理，甚至是社會民情（民代壓力或請託關說）與輿論等。久而久之，這些困擾逐漸成為一個無法解決的困境。

為了改善上述的困境，法律學界曾經作過許多努力。這其中最具代表性的，是「公務人員保障法」在 2003 年修正時的一項重大變革。修法當時，引進了同時期德國聯邦公務員法的命令異議制度，納入了公務人員保障法第 17 條⁶。修正後的公務人員保障法第 17 條內容有三大重點，其一：重申公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有「服從義務」，惟命令違反刑事法律時，公務人員無服從之義務。其二：進一步規範公務人員在上級長官下達有違法之虞的命令時，應負「報告義務」。其三，長官「以書面下達命令」時，公務人員應即服從，而其因此所生之責任由長官負之；若長官之命令並非以書面下達者，公務人員亦得向長官「請求以書面下達命令」，並規定長官在此狀況之下，若仍拒絕以書面下達者，視為「撤回其命令」。希望藉此平衡、釐清長官與部屬之間的義務與責任分擔，並提供公務人員一個能夠勇於任事、依法行政的保障。

五、 問題意識

公務人員保障法第 17 條是一個繼受自外國的法律制度，其原輸出國—德國—的立法背景，有該國獨特的歷史教訓意義，也有其對被規範者—德國公務人員—所具備的效忠意識和高度榮譽感特質的預設。其立法目的，無非是欲解決該國公務人員執行上級命令時，可能遭遇的特殊處境和困難。然而，處在不同社會文化背景之下的我國公務人員，倘欲藉助德國此項具有特殊脈絡的命令異議制度，來適用、解決背景迥異的本土上、下級公務人員互動上的處境，是否得當？有無適切地回應到本土社會之問題？這個繼受法律在地實踐的實效性如何？

2003 年公務人員保障法第 17 條修正之後，或許填補了以往在我國法律體系上所存在的許多漏洞和爭議；然而，為數眾多的公務人員，他們究竟是如何看待這個外來的法律制度？命令異議制度，是否真的能如它在立法之初所預期的那般，

⁶ 公務人員保障法第 17 條：「(第 1 項) 公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令有違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。(第 2 項) 前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」

達成它保障公務人員的目的？規範背後的精神又是否被公務人員所認同？法律制度背後的價值取捨，能否與公務人員在現實運作中的思維邏輯相互契合？除此之外，在實際的個案當中，公務人員欲將法律付諸實踐，有否遭遇困難？如果有，那困難又是甚麼？

至此，我嘗試提出以下問題：

- (一) 如果德國的命令異議制度，是在回應該國社會不斷發展之下所產生的問題，那麼，這個制度引進我國之後，在本土實踐是否也達成了其所欲達成之目的？亦即，在我國目前的公務機關，上、下級公務人員就承辦案件上的互動如何？是依照命令異議制度的模式去運作呢？抑或有其他不同的運作方式？如果實際上他們確實是依照命令異議制度的模式運作，那運作的如何？有沒有造成困擾？如果實際的運作方式有別於法律，那真正運作之下的情況又如何？有沒有造成困擾？
- (二) 在公務人員的法意識當中，就他們的認知，「上、下級公務人員在執行職務上彼此互動」的合法/非法界限是如何界定的？又，與命令異議制度本身的合法/非法界限是否相符？亦即，在公務人員的法意識中，有無一個可供依循的規範體系？如果有，那這個規範體系的內部結構如何？是與命令異議制度完全相符？相類似？還是有其獨特的結構和建構過程？又，如何被建構？
- (三) 作為一個實定法律的命令異議制度，與上述公務人員法意識中既有的規範體系，兩者之間是如何交錯的？是互有摩擦？互相競合？還是相互排斥？亦即，本於命令異議制度的規範精神，欲將實定法律付諸實踐，是否遭逢阻礙？如果是，何種阻礙？又，處在規範交錯之下的當事人，是否因此而遭遇困境？如果有，那困境又是甚麼？又該如何解決困境？

第二節 研究方法

我在研究中所使用的資料蒐集方法分別為「文獻、歷史回顧」、「深入訪談」與「個案研究」三種。「文獻、歷史回顧」之目的，在於了解立法當時的社會背景、立法理由、規範目的、學說理論，以及修法過程與爭議。「深入訪談」的目的，除了觀察法律在我國公務機關的實踐情形及其所遭遇的問題之外，並從這個議題出發，深入理解公務人員的法意識及其對合法/非法之間的界限如何認定。在深入訪談過程中，我將再針對受訪者所提到的特定案例進行「個案研究」，其目的在於理解當事人在具體事件脈絡中所遭遇到的規範交錯困境。

一、 文獻、歷史回顧

文獻回顧可以分為二個階段。第一個階段主要係針對本土法社會學研究的發展進行一項回顧性質的討論，以之作為本研究在法社會學領域學術發展過程中的一個自我定位。第二階段的文獻回顧則著重在公法與公共行政領域的研究和討論，包括特別權力關係與公務人員的服從義務、威權轉型民主化的社會背景與公務人員執行職務的困境等相關研究。

另外，我將利用資料庫搜尋的方式，檢索有關立法過程的檔案、立法當時的重大社會新聞案件、報章雜誌的報導，以及立法之後迄今公務人員提起再申訴的案件。

二、 深入訪談

我在 2010 年 11 月到 2011 年 03 月的這段期間內，循下列四種途徑，尋找能夠接受訪談的公務人員。訪談對象必須（曾）具有公務人員任用資格，並且在公務人員保障法的適用範圍之內。

- (一) 從我曾經任職過的行政機關內，詢問有意願接受訪談的第一線承辦業務同仁或上級長官；
- (二) 從我目前所就讀的學校內，詢問（曾）具有公務人員身分，且（曾）負責第一線承辦案件之同學，詢問有意願接受訪談者；

(三) 在我的生活周遭，詢問(曾)具有公務人員身分並(曾)負責第一線承辦案件之人士；

(四) 針對(一)、(二)、(三)部分所募集的人員，在進行完訪談之後，詢問他(她)是否知道有其他適當人選，可以接受我的訪談。

我募集訪談對象的方法，是先以電話或電子郵件(附件一)的方式，簡略敘述研究背景，並詢問所選擇的對象是否有意願接受訪談。得到對方允許之後，我再主動與其聯繫，確認訪談的時間、地點，並以電子郵件寄送正式邀請函(附件二)。訪談進行之前，我會先與受訪者協商有關訪談的進行方式、所需時間、保密原則，並在徵求受訪者的同意之下進行錄音。

我在訪談之前，會事先製作訪談問題綱要(附件三)。問題綱要包括：簡述職務內容、受訪者的任職機關內部組織成員概況、主管長官之管理模式、與長官彼此就承辦案件之互動情形、與長官彼此互動所遭遇的問題、對於法律規定之互動模式的意見以及公務人員保障法修法所產生的影響、其他可能影響其與長官互動關係之因素(例如：同事觀感、外界壓力等)。如受訪者本身係上級長官身分者，則訪談問題綱要(附件四)將另包括：簡述管理對象之職務內容、其任職機關內部的組織成員概況、對部屬的管理方式、與部屬之間就案件承辦的互動情形、與部屬之間互動所遭遇的問題、對於法律規定之互動模式的意見以及公務人員保障法修法後的影響、其他影響與部屬之間互動關係的因素(例如：民代壓力、請託關說等)。

我的受訪者一共有九位，他們的背景與訪談的日期、時間，請見下頁的表格。這九位受訪者的職務類別分屬於幾個不同職系。職位則是從基層承辦的科員(技士)，到科(股)長、專門委員、主任秘書等不同層級。

每一位受訪者都是和我單獨面對面進行訪談的。只有在當受訪者G與我的訪談接近尾聲時，由於受訪者B的加入，所以我們又一起進行了一場小型的焦點團體訪談。一開始，我和受訪者約定的訪談時間大約是一小時到一小時三十分鐘，但是實際進行訪談時，大多數受訪者都和我談了超過二個小時。在訪談之前，我會先將訪談大致的內容作成「訪談問題綱要」，並以電子郵件的方式傳送給受訪者，以讓他們在訪談之前能夠對我所要討論的議題有一個粗略的印象。在訪談過程當中，我採用的是半開放式的深入訪談方法。一般而言，在訪談的前半段時間，我和受訪者所討論的議題，主要是關於他(她)所任職機關的成員概況、業務內容，以及職務上常常需要接觸到的對象。此外，更重要的目的，是想了解他

們彼此之間－特別是與上級長官之間－就公務往來上的互動、相處情況。

代碼	性別	職系類別	職位層級	職務性質	訪談日期	訪談時間
A	女	藥事	科長(含)以上	報告圖說審查	2010/11/23	14:00 – 17:00
B	男	經建行政	科長(含)以上	幕僚協調溝通	2010/11/23	18:30 – 21:00
C	男	都市計畫	科員/課員/技士	證照許可核發	2010/12/16	12:30 – 15:20
D	女	教育行政	科員/課員/技士	裁罰懲處	2010/12/16	19:30 – 21:40
E	女	衛生行政	科員/課員/技士	給付行政審核	2010/12/21	19:30 – 21:00
F	女	衛生技術	科員/課員/技士	證照許可兼幕僚	2010/12/23	18:30 – 22:00
G	男	土木工程	科長(含)以上	報告圖說審查	2011/01/28	14:00 – 15:30
H	女	環境保護	科長(含)以上	幕僚法規研擬	2011/02/24	14:00 – 15:30
I	女	警政	警員	裁罰懲處	2011/03/03	13:30 – 15:00

在對受訪者及其任職機關有一個大致的了解之後，我會直接切入主題，詢問受訪者有沒有曾經對機關內部的某些政策、內規（潛規則）感到不認同，或是在承辦業務的過程中，長官是否曾經下達過某些命令，讓他們覺得不妥，甚至是他們認為違法的。另外，我還會要求受訪者儘量就一、兩個實際發生過的案例作詳細敘述，以便我能在事後仔細分析其中的法社會學意義。在訪談的最後階段，我會把事先準備好的「公務人員保障法第 17 條」的條文遞給受訪者看，並對條文規範稍作解釋。之後，我會詢問受訪者在此之前是否已經知道有這個條文規定？是如何、在何時得知的？又從何處得知？還有，他們對法律規範的看法如何？實際上有沒有依照法律規範運作過？如果有，運作的如何？如果沒有，那法律規範的可行性如何？法律有沒有保障到公務人員的權益？整個訪談的過程，都會在受訪者的同意之下全程錄音，並在事後作成逐字稿。逐字稿的內容亦經過受訪者的確認，以避免有誤解或遺漏。

三、 個案研究

從九位受訪者的訪談過程中，我一共篩選出六個個案，其中三個個案屬於審核案件，二個個案是屬於裁量案件，另外一個則為幕僚事務。在訪談過程中，我會針對這些個案的事實脈絡深入探究，並進一步與受訪者詳細討論，以利我能夠在事後進行更深入的分析。這些個案的篩選標準，我儘量以下列二種案件模式為主：

- (一) 基層公務員與上級長官的互動符合命令異議制度的法律規範，但實際運作情形較為惡劣者。在我的研究中，只有一個審查案件是屬於這個類型的個案。
- (二) 基層公務員與上級長官的互動不符合命令異議制度的法律規範，且運作情形較為惡劣者。在我的研究中，一共有五個案件—包括二個審查案件、二個裁量案件，以及一個幕僚事務—屬於這個個案類型。



第三節 章節內容簡介

本論文一共分為八個章節。在第一章的緒論中，我將介紹這個研究的背景、進行研究的基本立場、研究動機與目的、問題意識、研究資料的蒐集方法，並對論文的各個章節內容作一簡要的介紹。

在第二章中，我將對法社會學研究在本土發展的狀況作一回顧。這樣的回顧讓我們瞭解法學界已注意到法律繼受可能面臨的諸多問題，也開始理解：我們有必要在法律解釋之外，去面對法律的實踐過程如何與社會融合、適應，並屏除二元對立的思維，把問題歸結在法律文化的命題之下進行討論，進而仔細觀察多元規範體系之間的交錯現象。

從第三章開始，我將以公務人員保障法第 17 條為例，陸續介紹這個繼受自德國的命令異議制度，在引進我國當時的社會背景（第三章）、修法引進的過程（第四章）、在我國公務機關的法律實踐情形（第五章至第七章）。

在第三章中，我將說明 2003 年公務人員保障法修法前的時代背景。說明的重點有二：一是自 1980 年代解除戒嚴以來，威權轉型民主化之下，新舊交替過程的時代背景；二是受到歐陸法系揚棄特別權力關係理論所帶來的影響。另外，我也將針對這些因素對公務人員執行職務的衝擊，進行相關文獻的回顧。

在第四章中，我將先介紹德國命令異議制度的內容，並對此項制度在該國的社會的特殊脈絡與歷史意義作一簡略的討論。其次，我將把焦點放在公務人員保障法第 17 條，介紹引進命令異議制度的過程及立法程序中的相關爭議。

在第五章中，我將以實證訪談所蒐集到的研究資料為基礎，從觀察上、下級公務人員的互動情形，來探討命令異議制度在我國公務機關的實踐。我將把討論的重點放在法律的實效性上，並在文中探討欲強化法律實效性，其可能的配套機制該如何設計。

在第六章中，我將進一步探究公務人員對命令異議制度的看法，分析他們的法意識，以及他們對合法/非法之間的界限如何認定。為了能夠更為細緻地進行討論，我提出一個用以詮釋公務人員法意識彼此相互建構的動態概念—實質規範體系。我用這個概念來描述在現實運作之中，真正得到當事人認同、具有實質拘

束力和實效性的規範體系。

在第七章中，我將再更深入一個層次，進入六個個案的事實脈絡當中，藉由受訪者口述具體事件的經過，體察基層公務人員身處在其中的為難之處，理解他們無法將法律付諸實踐的困境。最後，我將總結第五、六、七章的討論，提出繼受法律在地實踐及其與本土社會既有實質規範體系交錯的模式，從而探究其中當事人真正面臨的規範交錯困境。

在第八章的結論中，我將以本研究的成果和發現為基礎，重新檢視繼受法律在地實踐的核心問題；並說明為了達成法律的實效性，何以必須從法意識的觀點切入問題？切入問題後，又如何理解規範交錯的困境？另外，我也對本土法社會研究在當代的角色及發展方向作出了一些建議。最後，並說明本研究執行過程的困難與限制，以及未來可能的研究方向。



第二章 文獻回顧

每一個研究，都必須為自己在學術的發展潮流中作一個承先啟後的定位。也就是研究者本身必須清楚地認識自己究竟承繼了甚麼樣的「先」，未來又將開啟如何之「後」。本章節藉由回顧法社會學理論與國內法社會學者相關論著，一方面釐清自己處在學術發展過程中一個怎麼樣的位置；另一方面，也藉由這樣的文獻回顧，嘗試將本研究和法律與社會學術發展取得一個聯繫，進而能與這個領域的學者進行對話。

第一節 繼受法律的在地實踐與本土法社會學研究的發展

一、 法律繼受、法律移植與繼受法律

「法律繼受」一詞究竟自何時、又從何而來？似乎已經難以考究。從目前手中可以掌握的資料看來，使用「法律繼受」這樣的詞彙，似乎是近幾年才發生的事。最初以法律繼受作為本土研究論述的主軸者，大多不外乎法制史、法理學及法社會學學者。⁷這些領域的研究者之所以會談到法律繼受，原因其實不難理解。法制史學者必須面對古今法體系的轉折，法理學學者必須思索法律實踐背後的理性與正義，而法社會學學者則必須分析法律與社會的互動。在我國，要進行這些研究，勢必難逃要正視「法律繼受」的這個現實。

王泰升在「臺灣的法律繼受經驗及其啟示」一文中⁸，認為「法的繼受 (The reception of law)」所指涉的，是東亞各國導入外來法律的過程；而「繼受 (recetpion)」一詞因為隱含了「被動接受」之意，某種程度上相當貼切地描述出東亞國家在西方強權的要求下，或外來政治勢力與殖民統治者的主導之下，不得已而承受西方法制的無奈處境。這樣的繼受過程，其實也可以從法制輸出國的立場，將其理解成是法律制度被整株的移植到原生地以外的地方⁹。從而，在許

⁷ 參見王曉丹，法院民事調解的歷史社會意義：以 K 縣法院民事調解親鄰土地案件為例，月旦法學，192 期，2011 年 05 月，頁 108-131。

⁸ 參見王泰升，臺灣的法律繼受經驗及其啟示，2007 年，參考網址：http://proj3.sinica.edu.tw/~iiias/upload/webstyle_default/journal_4.pdf，瀏覽日期：2011 年 05 月 26 日。

⁹ 王泰升以一個生動的例子來解釋「法律移植」的概念。他說：「好比是待移植的樹木需裹著一些原生土壤一樣，這些『法』可能必須隨著某些特定的法律概念或法律設施。亦如同被移植的樹木為了在新的土壤上重新成長，可能需先修剪掉部分枝葉，被移入的『法』為了在新的社會環

多研究中時常混用「法律繼受」與「法律移植」這兩個詞語。儘管它們都被用來指涉同樣的一件事情，不過，卻因為每一個研究性質的差異，而分別引出法律繼受許多不同又相當重要的面向¹⁰。

在本文中，我將使用上述的「法律繼受」概念，並使用「**繼受法律**」一詞，來指稱法律繼受的標的一那個自外地長成而被移入我國的法律制度。亦即，法律繼受是一個過程，一個將「繼受法律」從彼移植至此的過程。在這個概念的基礎之上，我們進一步欲討論的是：「繼受法律」如何在本土實踐？繼受法律在地實踐的過程，如何與本土社會相互交流？亦即，繼受法律如何與本土社會進行「融合」？本土社會又如何「適應」外來的繼受法律？

二、 繼受法律在地實踐的困境

繼受法律如何在地實踐？當地社會又如何適應繼受法律，並與之相互融合？這顯然已成為了法律繼受首要面對的課題。

事實上，繼受法律在地實踐的正當性，早就備受質疑。針對法律繼受過程中所產生的種種問題，范愉在2006年「第六屆東亞法哲學研討會」所發表的文章中¹¹，對之提出了強烈的批判。她認為法律移植本質上是一種「自上而下」的運動。主導者熱衷於國外經驗的考察，卻鮮少花費精力進行本國大規模的社會調查，從而在沒有對民族習慣、傳統文化作深思熟慮下完成移植的過程。其次，他認為法律移植通常都動用國家權力粗暴的那一面，並以法律為中心的視角，體現國家政府以法律為工具實現社會治理的強烈需求和期待。他質疑這個不斷壯大的「法律職業集團」口口聲聲要為社會帶來一定福祉和正義之時，也在試圖壟斷司法活動和糾紛解決的過程。他們透過爭取參與決策的機會，擴大自己的利益及影響，甚至藉全球化和接軌國際之名，助長一些浮濫的法律移植。法律移植未曾顧慮其與原有制度如何銜接，捨近求遠的結果，徒增了法制的紊亂。再來，她說「法律中心論」和「法律理想主義」所構成的意識形態，不但占據主流的論述，也透過把持言說的主導權去影響立法。令人憂心的是，此等意識形態最大的特點，是僅

境中運作順遂，可能於初期須有所修正。當然，對於『土壤』，亦即社會環境本身，也可能需要施加特定『養分』以改造之。在此情況下，被移植者在新的地方所長成的樣子，不必然與知潛在原生地時一模一樣。這些問題或演變過程在『法的繼受』中都曾出現，故繼受經驗可作為『法的移植』的參考。」參見王泰升，臺灣的法律繼受經驗及其啟示，2007年，參考網址：http://proj3.sinica.edu.tw/~ias/upload/webstyle_default/journal_4.pdf，瀏覽日期：2011年05月26日。

¹⁰ 同註7，頁108-131。

¹¹ 參見范愉，法律繼受與法律現實主義理念，第六屆東亞法哲學研討會，臺灣大學法律學院，2006年03月。

僅以一些號稱現代的理念、概念，作為立法出發點和價值取向，卻不問概念背後的利益條件，不聞社會的環境事實，不思法律的道德基礎。最後，她觀察到立法者、法律學者、主流社會輿論在法律移植的立法過程中，仍然都基於利益平衡和成本的考量，對文化的自覺程度相當低落。傳統文化、社會道德、習慣倫理等因素難以被法律吸收，甚至全然不曾被考慮。

除了對法律移植的現狀表達不滿以外，范愉在上述的文章後段，說明了在法律繼受的背景下，「法與社會的關聯」以及「事實層面的法」的研究，對於本土制度建構具有重要的意義。這也是目前法學研究中最薄弱的部分。她因而倡導所謂的「新法律現實主義」，強調一種自下而上的、從糾紛解決的需求、過程、行為、結果，來省察反思法制的法學。這樣的法學需要大量的實證性、經驗性的事實資料。而對於本土社會環境、條件、秩序、規則等事實的認知及分析，應該成為法律移植或法學研究的起點和基礎。

在文章的最後，范愉提出了她個人對於法律移植途徑的反思。她說：即使我們無可選擇地自上而下推行法治，也不能期待它可以一蹴而就。盲目躁進的結果，只會更快速地摧毀原有的社會秩序、人際關係和價值觀，造成文化傳統不可逆轉的失落。法律只有在與文化價值、非正式慣例、經濟發展相調合之下，才能達到它最有效的作用。法律移植或制度建構必須以合理、科學的途徑來達成。而重視社會基礎、文化傳統、人民的生活慣行、社會成本，成為解決問題最合理的途徑；以經驗性研究方法整合法學與其他社會科學，借鑒各種社會科學方法的長處，才能提高法學的科學性。

從上述的討論中，我們不難感受繼受法律在地實踐所遭遇之問題的複雜程度。除了法律繼受過程本身的正當性基礎受到質疑和挑戰之外，繼受法律如何能與本土社會融合，社會又如何能夠適應法律，成為了我們這個法律繼受國家不得不面對的議題。而這樣的議題，不僅牽涉外來法律體系本身的內在邏輯，更重要的是，這其中還必須考量那些潛藏於本土社會當中的政治、經濟、文化等各個層面的思維因素。

三、 從法律繼受到多元法律文化

林端在 2010 年的文章—「現代性、法律與臺灣社會」—中¹²，對臺灣社會

¹² 參見林端，現代性、法律與臺灣社會，收錄於：帝國邊緣—臺灣現代性的考察，黃金麟、汪宏倫、黃崇憲主編，2010 年 12 月，臺北：群學，頁 199-250。

從古至今的法律繼受—乃至於法律文化變遷—作了詳盡考察。在文中，他仍免不了地從國家法律的劇烈變遷談起，論述歐陸法系與英美法系向東亞諸國—乃至於全球—的擴張與強勢入侵，以及受到日本繼受歐陸法的成功經驗、日本在臺灣殖民政權的影響所及，臺灣島上的法律規範體系在一段不算長的時間之內不斷地轉換。然而，儘管法律體系隨著政權更迭而變換，在臺灣人的法意識與臺灣社會的法律文化之中，我們仍舊可以找到過去這些規範曾經影響過臺灣社會所留下的痕跡。在這樣的歷史脈絡之下，他導入了法律社會學家與法律人類學家常討論的「**法律多元主義**」概念，用以詮釋當代臺灣社會的一個法律現象：**在國家實定法律之外，存在著其他類似的法律規範體系**。而在此種多元法律規範體系並存於社會的巨觀現象底下，我們還可以以更微觀地角度來觀察繼受現代法與固有傳統民間法之間的衝突和交錯。

王曉丹在 2009 年所發表的文章中指出¹³，法律繼受開始獲得當代法學研究的重視，代表著法學學術資料來源已經不再受限於他人的研究成果。法律繼受過程中突顯了「**法律制度背後的價值理念**」與「**民眾法意識**」之間的落差¹⁴。法學研究的興趣轉而開始注意自我面貌的多元性、多樣性。而研究所關注的焦點也轉移到「**整體社會的法秩序**」，並認識到法律的**形成及發展會受到政治、經濟、社會、文化等因素的影響**，呈現出不斷變動的過程。在法律繼受的討論、辯論過程中，發現「人」身為一個承繼者的**認知、如何權衡、行動**，得以看見法律融合與變遷的軌跡。

討論至此，我們約略得以窺見繼受法律在地實踐與法律文化議題之間的緊密關聯，以及其中所蘊含之問題的大致輪廓。基於特殊的歷史淵源，法律繼受成為我國當代法學研究不得不面對的現實；也因為有這樣的法律繼受背景，讓我國社會具備了複雜而又多元的法律文化特質。在這個基礎之上，當我們欲探問繼受法律在地實踐如何達成其法律的實效性時，僅止於圍繞在繼受法律體系內部邏輯的論述和法釋義學觀點的詮釋，顯然已經無法滿足我們亟欲理解這個迫切議題的渴望。欲深入問題的核心，我們無可避免地要進入法律文化的層次來進行觀察，探究社會現實當中的人如何看待、如何感受、如何理解法律。基於這個動機，促成了本土法社會學研究的發展。

¹³ 同註 7，頁 108-131。

¹⁴ 這個重要的概念，成為了本文的論述主軸。亦即，身為一個法學研究者，我們要探究的核心問題是：「**繼受法律在地實踐，究竟應如何，才能夠使得法律背後的價值理念與民眾的法意識相互契合？**」

四、 本土法社會學研究的發展

王曉丹在 2011 年所發表的文章中¹⁵，回顧戰後臺灣法學研究的發展歷程，提出新一代法學研究的方法論，重點應該要能夠回應社會的變遷。而發展回應社會的法學知識，必須擺脫靜態地法律演繹或判決評釋，著重本土法律與社會的實證性或經驗性研究。此過程中應當避免毫無批判性、反省性地挪用西方學術界所發展出來的概念和理論，以防重蹈學術殖民的覆轍。她在文中提出了「法律的繼承與融合」、「法文化的變形與轉化」、「法意識與法治社會轉型」、「人權轉譯」四種法律與社會的研究取徑；並以著名的「六女告母爭產案」為例，說明女兒平等繼承權的法律規範，在傳統社會文化脈絡實踐下所遭遇到的困境。

從閱讀上述文章，我們可以發覺，臺灣法學發展方向經歷了一個關鍵性的轉折。轉向的起點，就是從承認並重新開始面對我們是一個「法律繼承」的國家出發。在這個基礎之上，法學研究開始化靜為動。談法律不再只是西洋法典的抄譯，而是法律從彼至此的移植、在地實踐與如何被運作、以及本土社會對外來法律的適應與融合。但是這樣的研究發展路徑仍然遭遇到瓶頸。就如王曉丹在文中所提到的，二元對立的架構框限了研究分析的廣度，深度也不足。她認為從二分法的視野看問題，儘管得以擺脫以西方法律為楷模、立標竿的處境；但回過頭來，仍然無法逃避必須面對自我、解決困境的難題。而從相互對立的角度作觀察，雖然讓我們理解規範交錯的複雜性，卻沒能夠深入剖析彼此之間的關係，也漏失了研究其中許多有趣現象的機會。因此，她認為法律移植、實踐、適應、融合與規範交錯等議題，應當總結在本土社會法律文化的變形與轉化—這樣的命題之下來討論。

關於法律文化的研究，王曉丹認為重點不在西方移植與本土繼承之間非此即彼的對立或如何擺盪。根本的關鍵在於，法律成為了社會生活領域的一部分，法律與社會呈現出動態地相互滲透、影響、互為變動的現象。她也提到了美國人類學家 Sally Falk Moore 的「半自主的社會領域」，以及大陸學者梁治平研究中國鄉村農民生活世界所講的「多元法律格局」，並認為我們所要發展的法律觀，應立基於現有法律運作格局當中的不公不義之處，去研究法意識與法治社會的轉型，從而發展出法律文化變形與轉化的理論模型。

針對法意識的討論，王曉丹認為，有別於西方社會一直不斷在二元對立結構中尋求突破霸權的契機，兩岸四地文化發展形成霸權所走的路徑則與之大不相同。為了能夠理解人們為何身處不公平卻又看不見、何以人在制度中的困境無法被談

¹⁵ 同註 5，頁 69-88。

論和改變，我們必須深層地探問：「法律的意義建構如何同時也促成社會關係的建構？」這個過程中更需要直接在法律現場對行動者進行觀察，以便找尋可能的解答。在此意義上，法意識的行動同時也建構了法律文化，使得法意識與法律文化成了一體兩面，而指向了同一個意義。

五、 小結

綜合本節的討論，臺灣的法學研究在重新面對自己是個「法律繼受」的國家之後，發展方向開始有了關鍵性的轉折。轉折之後的發展重點，在於回應社會的變遷。自此之後，法律已不再被認為只是平面而靜態的「書本中的法」，而是一個在立體空間當中動態運作的「行動中的法」；一擺過去狹隘的工具式法律觀，法律轉而被認知為是人與人彼此之間互動關係的規範。而在法律繼受的歷史脈絡之下，繼受法律如何在地實踐、法律如何達成實效性，顯然成為了法學研究首要面對的議題。為了探究這個議題，我們必然要投入社會現場，去界定一個半自主的社會領域，繼而進入人的法意識的觀點去作觀察，並藉由實證性與經驗性的研究方法，探詢那個屬於本土現實社會中的、具有多元格局的法律文化。除此之外，我們還要更進一步在多元法律文化這個層次的討論上，深入每個事件的具體脈絡當中，去觀察多元規範彼此之間是如何交錯，以及規範交錯是如何讓當事人深陷困境。

由於在本節的討論—乃至於整個研究的論述—當中，尚有一些重要的名詞概念，有必要先予釐清。這些概念，包括了「法律的實效性」、「法意識」與「合法性（合法/非法的界限）」、「多元法律文化」和「規範交錯」。我將在本章接續的幾個節次中，藉由文獻回顧的方式，陸續為上述這些概念在本研究當中的意涵作一個定義。在此，我必須先提出說明的是：受限於本土法社會學研究方法論尚未及發展出一套屬於自己的理論，在研究中我無可避免地必須借用西方法社會學的成果，也就是上述這些名詞的概念。然而，這些概念之所以被提出，絕大多數都是在回應西方社會當地的問題和特殊文化，倘欲直接套用至我國社會顯然並不恰當。儘管如此，這些概念仍有其重要的核心價值，可供我們參考並作為發展本土研究方法論的基礎。因此，在接下來的文獻回顧當中，對於每一個名詞概念，我將先介紹該名詞在西方法社會學的發展狀況，繼而闡明其中可以供我們研究之用的核心部分，最後再提出這些名詞在本研究中的定義。希望藉由這樣的討論方式，讓讀者能夠兼顧理解此等概念的起源，及其使用於本土研究時在概念意涵上的差異，而不致混淆。

第二節 法律的實效性、法意識與合法性的建構

一、「法律的實效性 (Efficacy)」之二個層次意涵

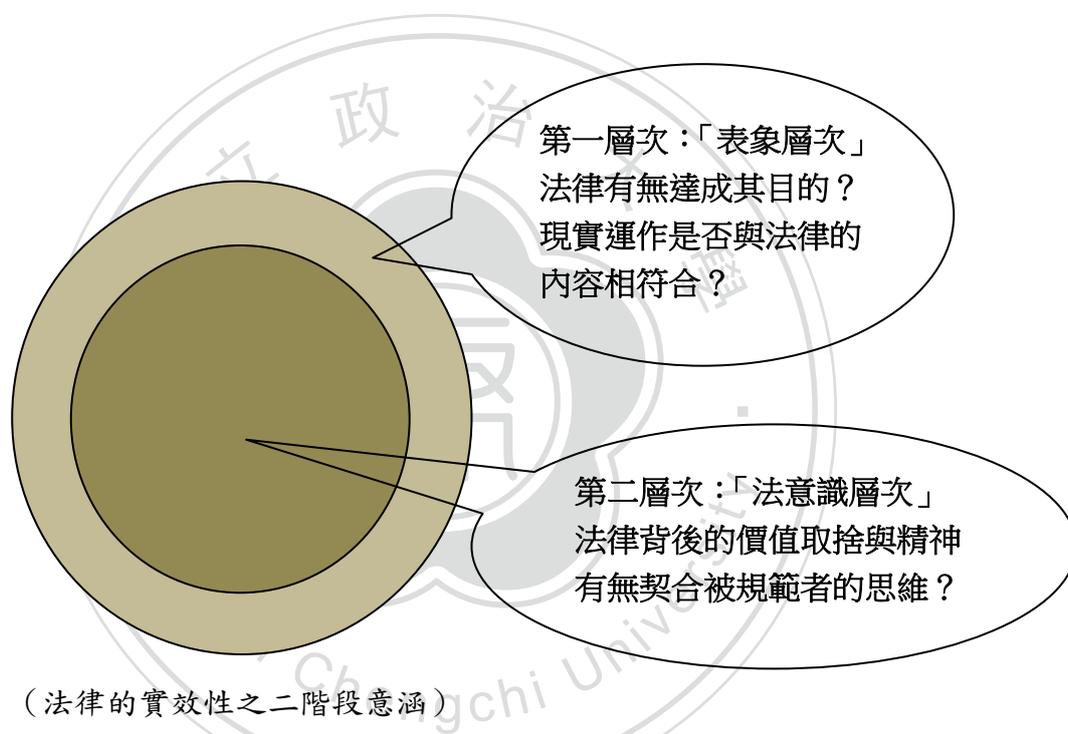
以往，法學研究者多半認為：「法律」的存在，必定有其所欲達成的「目的」。這個目的，時常是在這社會當中既有的問題。法學研究者認為，藉著制定法律的手段，並透過賦予法律一定位階的權威性，即足以約束當事人的行為，進而達成改變社會結構、解決社會當中不公不義問題的目的。這個觀點，通常被稱作是一種「**工具式的法律觀**」。亦即，法律被當作是一個達成其所欲之目的、解決社會問題的工具。從這個觀點出發，法學研究者有興趣的是：那法律究竟有無發揮它「工具」的角色，有無真正達成它的目的？這個問題，過去以來也一直被誤認為是「法律的實效性」的全部意涵。

Harry W. Jones 在其 1969 年的著作 *The Efficacy of Law* 中指出：「欲評價一個法律制度的實效性，實不能忽略法律係作為社會人際互動之規範的這個核心概念。」¹⁶ Jones 在其書中提到了法律無法達成其實效性 (inefficacy) 所可能的原因及其樣態，至少包括了：1. 法律制度背後的價值缺乏與被規範者的交流溝通 (failures of communication)；2. 缺乏公眾行動的支持 (failures to enlist supportive action)；3. 對被規範者缺乏預防性的制約力 (failures to forestall avoidance)；；4. 在多元規範之中，缺乏強勢的主導力 (failures of enforcement)；5. 法律規範無法獲得被規範者的認同，從而被規範者缺乏對法的義務與責任感 (failures of obligation)。

上述 Harry W. Jones 對法律實效性的討論，顯然並非以工具式的角度來詮釋法律。在此，法律被認為是社會生活當中，人與人該如何進行互動、如何建立關係的規範體系。從這個觀點，法律的實效性就不能解為僅僅是法律有無能力定紛止爭、有無確實達到它的立法目的。事實上，工具式的法律觀只看到了法律實效性真正意涵的表象層次。這樣的觀點時常面臨一個殘酷的現實：法律往往沒能扮演好它工具的角色、法律一直沒能達成其目的、法律實效性不佳。面對這個現實，如果又回過頭來修正法律體系內部的邏輯、重整法律這一個工具想要來解決問題，無異只是緣木求魚。

¹⁶ See Harry W. Jones (1969), *The Efficacy of Law*, Northwestern University School of Law. 其原文係：「No appraisal of legal institutions can be complete if it overlooks the central problem of the law's efficacy as a norm of behavior in society.」

因此，在本文當中，「法律的實效性」的真正意涵應該包括二個層次。第一個層次屬於外觀上的「表象層次」，是指法律的內容與現實的運作是否相同？現實的運作有無達成立法所欲之目的。這個表象層次的意涵，與過去工具式的法律觀是相符合的。然而，「法律的實效性」真正意涵之核心在於第二個層次（我將它稱為「法意識層次」）：法律制度背後的價值取捨和規範精神，是否已進入被規範者思維當中，為被規範者所認同、接納，從而被規範者因為信賴法律背後的價值取捨與精神係具有社會之普遍性、權威性的霸權地位，而將其化為行動，切實遵循、反覆履行。易言之，達成法律的實效性，絕非僅止於被規範者心不甘情不願的在行為上應付法律，而是法律的價值取捨與被規範者的思維已然相互契合，從而本於此而自然流露出的外顯行為，能全然符合法律的要求、達成法律所欲之目的。



在此必須說明的是，如欲從這個層次來討論法律的實效性，顯然我們有必要進入人的思維當中去理解，並就人在具體個案脈絡之中的舉止互動進行分析。而這樣的理解與分析方法，即我所要討論的「法意識」以及「合法性」的建構。

二、 在日常生活中運作的「合法性 (Legality)」

Ewick 與 Silbey 在 *The Common Place of Law* 一書中，突破傳統研究「法律」侷限於條文體系的概念，揚棄狹隘的「制度式的法律 (institutional law)」視野，不再以傳統的方法去區分到底哪些才是法律，哪些又不屬於法律，他們轉而研究「法律是如何透過日常生活社會互動而產生？在何處產生？又有何種效果？社

會角色或社會關係又如何成為法律形成過程的一部分¹⁷？」在此脈絡之下，法律就不再只是經由立法過程而制定的成文法典，而是人們日常生活中的行為舉止和彼此互動的規範。從從而，Ewick 與 Silbey 進一步所提出的「合法性」，被用來指涉的是具有特殊意義與象徵權威、進而產生霸權的來源，它應該被視為法律在社會文化運作中的實踐。合法性是生活中能夠顯而易見的、人們社會互動的結構，並在各個不同的角落都能夠察覺。在這個層面上，合法性絕非僅限於過去傳統法釋義學所說的「是否符合法律制度」、「是否違犯法律條文」、「有無該當不法構成要件」。合法性運作是以轉譯的框架，社會世界建立的來源與過程的方式而運作

Ewick 與 Silbey 主張：「合法性」是社會的建構要素，它是由用來定義和形塑社會的圖式 (schemas) 和資源 (resources) 所組成。在建構組成合法性的同時，圖式和資源也持續被個人和群體的角色所運作和產生。合法性並非是刻意地「被植入」任何情境之中，而是透過每一天的行動和實踐所構成¹⁸。文中並舉 David Engel 在 1975 年對美國兒童身心障礙教育的條款作研究為例，說明 Engel 拒絕用傳統的分析方法解釋法律規定；相反的，他去檢視在社區中，法律和日常生活是如何互為依賴和相互形塑這個社會中的領域。

Ewick 及 Silbey 以四個重要論點，建構「合法性」的產生¹⁹：

1. 特殊圖式和資源可以建構合法性，但建構合法性的可能來源卻不僅止於圖式和資源。
2. 意識的形式不當然地符合、回應行動者的想像和需求。
3. 合法性是由眾多文化當中，同時被表達出來的各種意識所組成。
4. 一旦我們描述一個具有多元圖式沉澱後的法律現象，個體所表達的變化就不會是缺乏限制、任意或武斷的。

Ewick 與 Silbey 指出，合法性是一個**持續、有影響力的結構**，因為它並非純然地只牽涉實定法律。每一個圖式都與社會中的其他結構相關。而法律事物一定會牽涉到其他的社會生活面向。一般日常生活就是一連串與不同對象的人進行互動。這些人際關係即為糾紛與法律案件發生的基本素材。即使沒有糾紛或衝突的狀況，其中的人際關係往往也奠基在法律語言的融合與規範概念的期待上。當社會中的行動者，成為法律定義與規範的對象時，他們仍然保有非法律的特性。這

¹⁷ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago, Ch. 2, p.18。

¹⁸ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago, Ch. 3, p.43。

¹⁹ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago, Ch. 3, p.49。

些特性是法律行動的主要推動力，也是合法性的組成元素之一²⁰。

在了解合法性是社會結構特性這個觀念之後，Ewick 與 Silbey 使用「法意識」這個名詞來指稱「參與建構合法性」的這個「過程」。每當一個人用法律觀念或專業術語去解釋某些事件，合法性就有可能在此過程中產生。也就是說，正是因為法律的不斷創新，才能夠支持它去建構社會關係²¹。因此，「合法性」的建構過程，質言之，即係人們「法意識」的參與。

三、 參與建構合法性的「法意識 (Legal Consciousness)」

Ewick 及 Silbey 認為，法意識是一個「過程」。「法意識」，是人們透過言行，參與建構法律意義、實踐、制度的過程。當個人表達或傳達他們的意識時，一方面從既有的「合法性」中去擷取素材；另一方面，也對這個既有的「合法性」作回饋，進而影響或改變既有的合法性，從而建構新的合法性²²。講得更白話一些，人們依賴自己文化中可汲取到的法律敘事，用以詮釋自己的人生和其他關係。在此同時，也藉由不同聽眾所講述的故事，讓講述者不斷地去修正與發揮，進而讓這些原本相當普遍、一般的法律敘事轉化。這些取材自不同圖式的元素，摻入了許多的個人風格，最後融合成一套關於事件與關係的獨特描述²³。

四、 法意識的變動性

Ewick 及 Silbey 指出，法意識並非僅是抽象的觀念，而是被人們所述說、實作而產生，並展現出來。法意識是法律社會的必須要素，雖然它某部分是人們欲望和意志的產物，但並非就完全是個人的或主觀的。法意識應該是由多數相同地表達、使用和創造公共交流的認知去形成。而法意識同樣也隨著社會行為去形成，或者被改變²⁴。因此，法意識是變動的，而且變動的急速且複雜。雖然如此，它仍然能形塑和形成樣態。在不同的歷史定義脈絡和衝突下，法意識就可能發展出不同的變動性。

²⁰ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago, Ch. 8, p.245。

²¹ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago, Ch. 3, p.45。

²² Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago Press, Ch. 8, p.245。

²³ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago Press, Ch. 8, p.245。

²⁴ Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago Press, Ch. 3, p.45。

五、 法意識的轉化

Merry, Sally Engle 在 2006 年的文章中²⁵，即援引 Ewick 及 Silbey 的研究成果，指出：「如果要使人權理念發揮影響力，必須使其成為人民法意識的一部份」。Merry 研究跨國性的人權普世價值與其在各個在地的文化實踐中，觀察人權的跨文化法意識轉化。研究指出，要將全球性的人權理念轉化演繹至「在地法案」或「本土社群」，顯然並非是一項容易的事。因為如此必須先讓在當地生活人民的法意識轉化，才足以建構這個外來的普世價值在當地的「合法性」，進而讓人權的價值能夠產生霸權，而成為一個具有實質影響力的規範。

六、 本研究中的「法意識」與「合法性」

(一) 本研究與 Ewick & Silbey 的研究之差異

1998 年，Ewick 與 Silbey 發表 *The Common Place of Law* 一書當時，在歐美法律與社會學術界掀起了一場轟動。在該書的內容當中，提到美國民眾對於法律的三種法意識類型：「敬畏法律 (Before the law)」、「利用法律 (With the law)」及「對抗法律 (Against the law)」。

然而，這三種法意識的類型，是在對美國民眾進行經驗性的調查研究之後，所得出的結論，它顯然無法直接被套用在我國民眾的法意識當中。儘管如此，Ewick 與 Silbey 所使用的研究方法論—法意識的觀點與日常生活當中合法性的建構—卻有其值得參考的重要價值。

在本文的論述當中，我將把「法意識」與「合法性」一起理解為：人們是如何看待法律—這個人與人之間該如何互動的規範和共識—的？除了人們心中內在的、對於法律背後價值取捨的感同身受之外，人們基於對法律的理解而外顯的行為，皆屬於法意識的意涵。從而，法意識是一個建構合法性的過程，一個不斷變動的過程。亦即，合法性的建構，是基於人們不斷地對於社會關係中的互動規範—合法/非法的界限—進行理解，並藉由其外顯行為不斷反饋既有的合法性結構，從而讓「法意識」在「建構合法性」的過程當中，呈現出多元且相當動態的面貌。

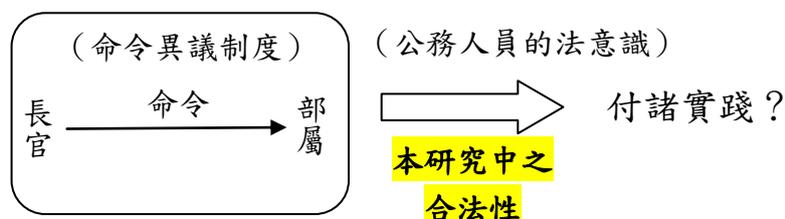
²⁵ Merry, Sally Engle (2006), *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press, Ch.1, p.3。

在此，我還是必須指明：Ewick 與 Silbey 的研究，係為了強調、解釋那個存在於社會中的不公平結構，在美國法律制度如此綿密之下何以仍舊屹立不搖？又何以人們身在其中，卻又沒能意識到這種不公平結構的存在？因而，他們導入了法意識和合法性的這個概念。也就是說，在他們的研究當中，「合法性」成為了人們法意識逐漸凝聚、建構，因而形成社會結構不公平的霸權之「中間產物」。此等研究背景，與我在本研究中所說的「法意識」和「合法性」有其非常不同的脈絡。在我的研究中，使用法意識與合法性這個概念，是要來說明繼受法律在地實踐的過程中，被規範者究竟是怎麼看待「人與人該如何進行互動」的這件事情？怎麼樣的互動行為被認為是合法的？依據為何？影響這個認知的文化特質因素又如何？而受到繼受法律的影響之後，這個認知又有何改變？這當中，我並沒有 Ewick 與 Silbey 所要表達的「社會不公平結構無法被打破」之意。

（二） 本研究中二個不同層次的「合法性」

由於本研究係藉由公務體系之命令異議制度為例，來探究公務人員的法意識。在該制度的條文內容當中，同時也有部屬對長官命令之「合法性」的判斷問題²⁶。此處的合法性，係單純指涉法釋義學所稱的合法與否、有無違背實定法律、是否該當實定法律之不法構成要件而言。除了這個層次的合法性之外，另一個層次的問題是：在公務體系的現實運作當中，當事人欲依循命令異議制度而行，將制度所設計的互動方式真正地付諸實踐，究竟有無可行性？是否符合公務人員法意識中，對於人與人該如何進行互動的規範？這個層次的「合法性」問題，顯然與上述的法釋義學層次有別。

在本研究的論述當中，我所欲探究的合法性問題，係專指前述第二個層次的合法性。亦即，公務人員的法意識當中，對於命令異議制度在現實狀況之下能否確實運作的合法性(以下圖來表示)。此等不同層次的觀點必須在此清楚地說明，並與上述 Ewick 與 Silbey 的研究作一些區隔，以避免讀者將其混淆。



²⁶ 有關命令異議制度（公務人員保障法第 17 條）條文內容的詳細討論，請參見本文第四章第三節。該條文第一項前段規定：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；……」此處所指的「違法」之判斷，僅係部屬對於長官所下達之命令，判斷有無該當一切實定法律之不法構成要件而言。此處之合法性是屬於法釋義學層次的合法性問題。

第三節 多元法律文化與規範交錯

一、 多元法律文化

坊間談論法律文化的文獻著作非常多，此種熱絡的盛景，如同胡昌明 2004年所發表的文章在一開頭就提到的²⁷，是自 1980 年代以來的一股「文化熱」。不過，他顯然不太同意大多數學者一直圍繞在形而上的概念性詮釋，遂轉而關注法律文化的研究究竟該如何與現實對接，並對現實問題有所助益。他認為法律問題一開始就不僅是法條和制度本身的問題，而同時是政治、社會、文化的問題。法律文化的重要性體現在二個特點上：一是徒法不足以自行，法律運行必須存在於法律文化的土壤基質上²⁸。二是法律乃文化的一種表現形式，而一切有關法律制度和法律概念的問題，都必須與產生該法律的社會條件相聯繫來加以領會。在此，他呼應了法律繼受的本質，對過去研究中國法律者常以西方法律、法文化作參照，忽略中國固有的民間法、習慣法，因而得出中國古代沒有法律，甚至歪曲、輕視中國法律傳統的情形表達不滿。這樣的說法，恰巧與陳惠馨在 2009 年 04 月清代法制史研究課堂上的演說不謀而合²⁹。另外，他也抨擊法學界長期以來工具主義式的、狹隘的法律觀，把法律獨立於社會之外，忽視法律與社會的交互作用及其文化基礎。

胡昌明進一步指出，過去對法律文化的研究太過單一，沒有慮及法律的多樣性與多元性。他從回顧過去法學與人類學的研究中，發現兩者恰巧都同時指涉法律與文化多元性的概念。他說研究法律多元，最重要者莫過於探討民間法文化與國家法律之間的互動，包括了相互間的衝突、協合與影響。而這樣的法律多元性，存在於任何社會當中。國家法律與民間法文化的共存也非一朝一夕的事情。

在國家法律與民間法文化的靜態互動關係上，胡昌明不贊同過去研究者站在國家法為中心的立場上作論述，而認為國家法律對民間法文化的影響被誇大、民間法文化對國家法律的各種作用卻往往被低估。民間法文化時而加強國家法律的

²⁷ 參見胡昌明，法律文化與法律多元－在與國家法的互動中寬容地對待民間法，參考網址：http://www.chinalawedu.com/news/2004_4%5C30%5C0955426009.htm，瀏覽日期：2011 年 02 月 12 日。

²⁸ 關於此部分，胡昌明舉了「女兒平等繼承權」為例。這個案例也同時在王曉丹和林端的研究中被提出來。同註 5，頁 69-88。以及林端，中西法律文化的對比：韋伯與滋賀秀三，研究生法學，2003 年 04 月。

²⁹ 同註 5，頁 69-88。王曉丹引述陳惠馨的言論，說明法律繼受的結果，讓我們習慣於用「西方」的眼光觀看自己，所以往往誤以為本土法律欠缺西方法律的精神與發展。這樣的基礎預設使得我們欠缺進入本土社會脈絡研究法律的學術主體性。

積極面、抵銷其消極面；而國家法律有時也會使民間法文化破壞殆盡。除此之外，兩者之間最常見也最重要的相互影響形式，是民間法文化使國家法律的作用發生了變形，不僅無法達成其預期的目標，反而造成與立法者原意有天壤之別的結果。如果再更精確地觀察兩者間的動態互動關係，就可以知道其中一方的變化是如何導致另一方的相應變遷。

回顧過去有關法文化的實證性研究，王曉丹在2011年以「地方法院民事調解親鄰土地案件」³⁰為例，在實際場域的民事調解庭進行法律文化分析。在研究中，她分析調解個案糾紛所存在的社會文化背景，諸如：行政機關的腐敗、土地測量後的權利移動、商業行為的欺瞞與告知等。也發現到在調解庭當中，「人」的處境，例如：當事人在進法院時，策略性地選擇述說對自己有利的事實、法庭調解員對當事人說謊和發洩情緒的不滿等。從這當中可發覺社會實踐所由規範的不公平性、任意性。這些分析回過頭來將重塑民事調解的社會功能。

二、多元法律文化下的規範交錯

把焦點轉移到西方，Boaventura de Sousa Santos 在其著作 *Toward a New Legal Common Sense* 中³¹，傾向以「多元法律格局 (the plurality of legal orders)」來取代傳統西方法社會學界常指稱的「法律多元主義 (Legal pluralism)」³²。他認為多元性 (plurality) 本身並無優劣的主觀評價，因而，他希望當我們在討論社會中不同規範體系並存的現象時，能擺脫以往西方學者提出法律多元主義的背後，那些充斥著挑戰既有政治權威的批判動機。

上述 Santos 的著作，其最大貢獻在於他進一步地提出「**規範交錯 (interlegality)**」的概念。他解釋道：「我們的法律生活是在不同規範相互交織之下所建構而成。」、「規範交錯是在多元法律格局之下的一個必然現象」。他說規範交錯是一個動態的過程，一個由許多源自於不同時空背景、錯綜複雜、而又不安定之規範系統，彼此互相組合而成³³。這樣的形態，可以經由個案研究的方法，在每一個社會具體事件的脈絡中觀察而得。比方說去分析一個新興的、具有普世價值的規範體系，如何與在地原有的規範體系相互適應。

³⁰ 同註 7，頁 108-131。

³¹ de Sousa Santos B. (2002). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. London: Butterworths LexisNexis, p.437. 此項著作係葡萄牙籍的 Santos 前往南美洲進行研究後的成果。

³² 同前註，p.89。

³³ 同前註，p.437。在此補充的是，Santos 在原文中，係以符號學上的 *Legal codes* 來指稱這些組成 *Interlegality* 的眾多元素，這些元素可經由個案研究在每一個具體事件當中觀察而得。

如同多元法律文化所主張的，法律規範具有多元而又多源的特性，這些又會因為在不同地方，遭遇到不同的政治、經濟、文化、歷史背景因素，而有所差異。然而，Santos 所指稱的規範交錯，其交錯的模式、交錯之下的困境，是否因為上述這些地域性的差異因素，而有所不同？質言之，西方法社會學在探究當地規範體系相互交錯之下，當事人所遭遇到的困境；但是，具有特殊法律繼受背景的我國，其繼受法律與本土既有規範體系間的交錯，難道與那些在西方社會或其他殖民地社會所觀察到的規範交錯情形一樣？相當令人懷疑。

三、 本研究中的「規範交錯」

有別於上述這些研究將規範交錯置於多源而多元的法律文化之下來討論；在本研究中，我借助這個「規範交錯」的概念，是用來指涉外來的繼受法律與本土既有的、由法意識交互循環建構而成的實質規範體系，兩者之間的相互作用，及其因此對於處在規範交錯下之當事人的影響。換言之，本研究所稱的「規範交錯」，既非本土多元法律文化內部彼此不同規範的交錯，也不完全等同 Santos 在其研究中所觀察到的：殖民政權以其外來的法律制度施行於殖民地，而與殖民地原有之習慣法的交錯。此等情境與我國的法律繼受背景既然有差異，自然也就各有其不同的規範交錯模式。儘管如此，這個「規範交錯」的核心概念—多數規範體系之間的交互作用—仍然有重要的參考價值。³⁴

要進入下一個階段的討論之前，我還是必須再次強調：我在前一節與本節中所討論的這些概念，有許多都是西方法社會學研究的產物。在本文的論述當中，使用這些名詞絕非意欲直接套用西方法社會學研究的成果；在本土的法社會學尚未能發展出一套屬於自己的研究方法論之前，我無可避免地只能先暫時借用這些名詞。而這些名詞在本研究中的意涵及其所指涉的範圍，與西方法社會學研究絕非完全等同。我必須提醒的是，使用這些概念在本土的研究上，必然得先拋棄西方法社會學已既定的框架，留心其在兩地發展所可能的差異，以避免偏狹地從西方的觀點看自己，甚至於重蹈學術殖民的困境。

³⁴ 關於我國繼受法律與實質規範體系之間的規範交錯模式，詳請見本文第七章第三節的討論。

第三章 引進命令異議制度的社會背景

為了能夠瞭解公務人員保障法第 17 條引進德國命令異議制度背後的規範價值和立法精神，我們必須對該條文修正當時的社會背景以及修法的過程作一回顧。在本章中，我將先探討命令異議制度引進當時的社會背景。討論的方式，係分為「威權轉型民主化」及「特別權力關係鬆動」二個脈絡來進行，並依其各別的年代及時間之先後，依序探討威權邁向民主化的轉型汰換過程和服從義務界限不明、責任承擔無法釐清等背景，對於公務人員執行職務所造成的困難處境。藉由這樣的討論，突顯命令異議制度的引進，其背後欲彰顯「清楚劃分服從界限與權責歸屬」、「保障公務人員並使其勇於任事」的價值取捨和規範精神。至於制度內容以及修法的過程和爭議，我將在第四章中再作討論。

第一節 從威權邁向民主化的轉型社會

一、從「威權」轉型「民主化」的過渡型社會

王振寰在 2010 年的文章—「現代國家的興起：從殖民、威權到民主體制的國家機器」³⁵—中，對臺灣政治權力與社會的變動、互動關係，從清代、日治時期，到國民黨威權統治，以及解嚴前後的民主化轉型過程，作了詳盡的考察。據他的著述，國民黨於威權統治初期（1950-1960 年代），在國防備戰的考量之下，以高度的壓制性權力和軍事化動員來統治臺灣社會。在此時期，國家機器的基礎行政權力薄弱，國民黨只能透過與地方派系之侍從關係的建立、維繫與酬庸，在內部強調部屬的忠誠而非階級的方式，來與壓制性權力結合，從而建構其威權之基礎。到了威權統治中期的 1960 年代，由於美援的終止，國民黨政府不得不轉而發展經濟。在此時期，財經官僚體系的建立、改善教育、逐步恢復臺灣基礎建設等措施，再加上國家權力內在的許多矛盾浮現—派系糾葛、反對勢力崛起、族群意識漸漲—，國家機器面臨了新的挑戰：中產階級的興起，及其對民主化的要求。時至 1970 年代，由於前一時期開始的經濟發展，至此有了相當程度的成果，遂導致大量都市中產階級興起，成為了帶領和支持反對運動的重要社會基礎。政治反對運動要求改變威權體制對臺灣意識的壓制，從而使得反對運動包含了族群與民主要求的雙重性。而臺灣的社會運動也在 1980 年代初期興起，社會結構與政治制度上的緊張和衝突，對國民黨政府產生嚴重的挑戰。最後導致 1987 年的

³⁵ 參見王振寰，現代國家的興起：從殖民、威權到民主體制的國家機器，收錄於：帝國邊緣—臺灣現代性的考察，黃金麟、汪宏倫、黃宗憲主編，2010 年 12 月，臺北：群學，頁 101-136。

解除戒嚴，和之後混亂的民主轉型和過渡。

臺灣社會在 1987 年解除戒嚴前後，一般認為是在政治上從過去國民黨長期執政的威權時期，開始進入民主化的轉型時期³⁶。不過，政治體制形式上雖然已宣稱民主化，但實質層面的經驗卻令學界普遍憂心³⁷。威權時期的金權政治，在民主化之後反而有變本加厲的趨勢。黑金掛勾、不肖民代、政黨政治運作機制不健全、文官行政不中立、...等問題，都顯示出正在轉型中的臺灣社會，仍未能達到普遍期望的「優質民主」³⁸。受到威權時期「以黨領政」的影響，政務官與常任文官之間的互動關係，沒有行政中立的意識。隨著轉型時期民主化、多元化的政治勢力要求，行政體系也因為層級過多、權責不分、不合時宜法令的約束，導致越來越多民意希望提升政府效能。最終，促成了 1990 年代的行政改革³⁹。改革的訴求，除了要確立政務官與事務官的分野、利益團體遊說的法制化、排除政黨政治對行政事務及人事任免的干預之外，保障公務人員的身分權、建立公務人員申訴救濟制度更是一項迫不容緩的首要之務⁴⁰。

這個新舊時代交替的過程中，行政體系也從過去以上下、尊卑、強弱為原則、以權力運作為特色的舊制度，逐漸演變為以平等為原則、以理性溝通為特色的新體制⁴¹。不過，時代的變動卻也往往使得處在變動當中的個人進退維谷。那些選擇按照過去威權的、命令的、包攬的、我說就算數的方式做事的人，下場多半都是在變動達到臨界點時踢到鐵板，成為告別舊時代、開始新局面下的犧牲品⁴²。另外一些人雖然敏銳地嗅到變革的氣息，但是卻又無法擺脫周遭瀰漫舊規範的氛圍，更無法卸下舊時代積重難返的沉重包袱。

³⁶ 參見蔡秀涓，臺灣民主治理機制鞏固之研究：各級公務人員公共服務倫理相關態度初探，頁 2，參考網址：<http://web.thu.edu.tw/g96540022/www/taspaa/essay/pdf/041.pdf>，瀏覽日期：2011 年 02 月 23 日。

³⁷ 參見余致力，論公共行政在民主治理過程中的正當角色：黑堡宣言的內涵、定位與啟示，國立政治大學公共行政學報，4 期，2000 年，頁 20-21。

³⁸ 同前註，頁 20-22。何謂**優質民主**？其內涵與運作方式為何？余致力說：「優質民主不可或缺的內涵之一，應是**討論、學習的風氣與態度，有識之士 (the informed) 要敢向有權人 (the power) 以及民眾 (the public) 說真話**，官大但學問不大的權貴與理性無知的民眾要有耐心、能虛心地向有識之士請益學習。...臺灣民主化後，許多民眾已培養出勇於表達、直言不諱的精神（從叩應節目中可見一斑），但似乎缺少了虛靜謹聽、慎思明辨的功夫。」

³⁹ 參見楊鈞池，從政治領導走向行政專業的行政改革—比較越南與臺灣行政改革的經驗，收錄於：臺灣的發展：全球化、區域化與法治化，翁嘉禧主編，2006 年，臺北：巨流，頁 330。

⁴⁰ 同前註，頁 334。

⁴¹ 引自曾昭旭，誰是新舊交替中的見證者？。此篇文章係曾氏替蘇德建的著作《悲哀的公務員—在蛻變中的時代》一書所寫的序文。參見蘇德建，悲哀的公務員—在蛻變中的時代，2001 年，頁 8。

⁴² 同前註，頁 10。

二、 社會轉型過程中的重大歷史事件

(一) 1985 年十信超貸案

王作榮在 1985 年一次接受天下雜誌記者的訪談中，以當時轟動一時的「十信案」為例，提出他個人對那個時期的社會法治、公務人員風紀問題的看法⁴³。他說：

「…假如（十信案）有個教訓的話，就是大家平常沒有依照法令辦事。…我們並不是沒有制度，我們有一套制度，也有一套法律在那裡，但都沒有照著做。…這與社會的一般風氣有關。我們的社會，包括政府官員和一般民眾，都不大守法、不大遵守制度，很少有制度的觀念，也沒有守法的精神。…於是乎有些官員出了事情，也覺得沒什麼關係。如果社會一般的風氣都是守制度、受法的話，就算天不怕、地不怕的人，也還會有點顧忌。」

另外，當採訪的記者問及有關公務體系內部，基層公務人員想要依法辦事，可是上司卻有不一樣的指示時，該怎麼辦？王作榮的看法是：

「…我們不能要求低層職員在這樣的情況之下，他能抗拒上面，如果上面跟我的意見不一樣或是違法的，我要堅持如何、如何。…低層職員沒有這個權力，也沒有這個膽量，我們不能責怪他。…作為一個部屬，我只把我的意見告訴上面：『這是違法的』，上面怎麼做我不管。我頂多不同流合污就是了。但我知道現在的情形：當一個科員，我不加入你們都不行。」

「現在很壞的情形就是，有些上司支使底下的人做壞事之後，把壞的責任推給底下的這些人，而上面的人不負責任。…這種情形又牽涉到文官制度的問題。如果有一個良好的文官制度，陞遷有一定的軌道可循，…這個人該不該開除、該不該升級，有一定的制度在那裡，主管不能依自己的喜惡來決定。主管沒有這種權力的話，這種情形就會少很多。」

⁴³ 參見文現深，王作榮談：檢討十信案，周慧菁整理，天下雜誌，52 期，1985 年 09 月，頁 111。

(二) 1993 年臺銀新莊分行採購弊案

蘇德建在其所出版的《悲哀的公務員—在蛻變中的時代》一書當中⁴⁴，詳細敘述了他經歷臺灣銀行新莊分行採購行舍弊案的司法纏訟過程。這個從 1980 年開始辦理的採購案，在 1993 年被爆出有議員介入行賄公務人員，並哄抬價格使採購價高出市價二、三億元之多的弊端。由於涉嫌貪污圖利的長官，在整個訴訟過程中的推諉卸責和裁臧，使得身為部屬者，也連帶必須接受司法調查和三年多法律追訴的折磨。在整個案件當中，雖然貪污圖利的長官和關說行賄的議員最後都難逃法律制裁，但奉公守法、不願同流合污的部屬，卻也得面臨長官無情的指責、遭檢察官以被告身分起訴、以及在訴訟過程中被同案被告攻訐的不堪和心力交瘁。臺銀前董事長許遠東曾經公開表示：上述的案件是通案而不是個案，這起事件只是議會政治下的犧牲品。許董事長甚至告誡這起事件的當事人—蘇德建，勸阻他應該儘量低調，以免得罪財經界長官。⁴⁵這起事件的過程，讓我們看到了，轉型中的社會帶給公務人員許多影響，黑與白的界線已經不再如舊時代那樣清晰可辨。

(三) 1995 年臺中衛爾康 KTV 大火案

1995 年，時任監察院長的陳履安，在一次接受天下雜誌記者的訪談中⁴⁶，針對當時社會高度關注的臺中衛爾康 KTV 大火一案的事後究責，何以監院只彈劾事務官，而彈劾不到政務官等高層官員，發表他個人的看法：

「我看到很多被彈劾的人都是工程師出身，他很本分地工作，對工程的事非常了解，但是對法令規章不一定很熟悉，牽涉政策面搞不清楚。和軍人一樣，聽了命令就去做。往往負責任的、簽字的、蓋章的，是這些人。…很多公務員性格比較單純，沒有心機，我們不是要有心機，但是至少要學會怎麼保護自己。」

「公務員在公務處理上，常常會遇到上級交付的任務，說為了國家你一定要這樣子做，也不下條子，就是口頭一句話，你就去做了，做了你就要負責。所以我時常告訴同仁，包括軍中的同仁，簽任何一個稿，都要想到這個稿將來要公諸於世的。你要想一想這件事情能不能做、該不該

⁴⁴ 參見蘇德建，同註 39。

⁴⁵ 同前註，封底頁。

⁴⁶ 參見何琦瑜，監察院院長陳履安談：為何彈劾不到高層，天下雜誌，167 期，1995 年 04 月，頁 199。

做，法律上允不允許。」

從上述這幾起事件的評論中，我們似乎已經可以想像得到，那個處在威權逐漸解體，但真正的民主化時代又尚未到來的社會，以及處在那樣的轉型、汰換、過渡型社會中的公務體系，究竟面臨了哪些問題。過去不曾被公務人員認真思考過的服從命令問題，在威權逐漸褪去、多元價值浮現的時代，部屬對上級長官命令何時該「聽命行事」，何時又該堅持「亂命不從」，其間的決擇，成為了公務體系運作的一大難題。⁴⁷如同時代的轉換並非一時可及，人的思維轉換也更不可能一蹴可幾。轉型中的社會，人與人彼此的思維轉換程度也有分歧、也有落差，也就免不了會產生糾紛。



⁴⁷ 同註 35，頁 20-21。此問題的內在衝突和矛盾，其實從公共學界的討論即可觀察出來。「公共行政在民主治理過程中究應扮演何種角色？公共行政學術社群大致有三種看法，分別著重要求常任文官扮演三種可能相互衝突抵觸的角色：**聽命令**（accountable）、**有回應**（responsive）與**負責任**（responsible）。...雖然順服民意機關與政務領導之意旨行事是民主運作的常軌，但許多學者指出，服從命令、聽命行事絕對不是常任文官的最高倫理守則。...吾人在世上之言行，自有更高之道德倫理標準（如維護人權，公共利益等），必須依循之。因此，有許多時候常任文官要能做到『亂命不從』。亂命包含不合法與不講理的命令，前者容易辨認與處理，後者則較模糊與棘手。...此外，聽命行事往往不足以成事，因為長官並無定見，或是根本外行。...總之，聽命行事對常任文官處理許多日常公務時的幫助不大，也不應該是常任文官在民主治理過程中角色扮演的唯一最高指導原則，因為有很多時候，上級長官並不清楚要做什么及如何做，或是由於環境快速變遷，民意機關與政務領導無法鉅細靡遺地交辦各項事務，因此常任文官有自主性，必須裁量是治理過程中的常態。」

第二節 民主化的過程對於公務人員執行職務的衝擊

瞭解了從威權邁向民主的社會背景之後，接下來我們要探討的問題是：這樣的情境究竟為公務人員在執行職務、承辦案件時，帶來了些甚麼樣的衝擊和影響？基層公務人員在執行職務之時，何以會和長官有不同的看法？為何發生爭執？而在糾紛過程中，公務人員如何與長官互動？互動的過程中又衍生了哪些問題？

一、 地方政府環保稽查員的壓力

湯京平在 2002 年所發表的文章中⁶⁸，針對北、高兩市環保局的公務人員進行了一項問卷調查。該研究的目的，在於了解地方政治對基層環保稽查員執法的影響。研究結果發現：第一，基層稽查員確實都感受到來自於被管制者—也就是污染者—透過政府政策制定所施予的壓力⁶⁹。第二，地方民意代表時常挾著「選區服務」的名義，利用權力關係對環保執法機關的特定行政處分表達關切。此種所謂的「關說」文化，在各個地方都相當普遍。而基層稽查員也確實普遍都認知到「關說」的存在，也的確認為關說能有效干預執法，而且會影響執法人員的士氣⁷⁰。由於環保局內高層長官必須到議會備詢，因此，議員或縣級長官的施壓，往往是針對局內高層長官進行比較有效⁷¹。這也因此導致局內高層長官與基層公務人員之間，對於同一案件抱持不同的態度和出發點，因而造成了兩造看法相異，甚至引起糾紛。研究中也提到，不少受訪者—尤其是主管級的受訪者—坦承，如此施壓的效果不錯；同時，施壓的活動確實對基層執法人員造成士氣上的打擊。第三，地方經濟情況亦對執法的彈性大小有著重要影響⁷²。第四，執法者的社會關係（同儕、親友、舊識等），也可能是影響執法的重要因素⁷³。

⁶⁸ 參見湯京平，環境保護與地方政治，臺灣政治學刊，6期，2002年12月，頁138-183。

⁶⁹ 同前註，頁154。當被問及「政府容易受到企業利益的影響，在決策上不夠重視小市民的生活環境品質」時，臺北市受訪的公務人員有79.6%表示同意（或非常同意），高雄市也有71.2%表示贊同。

⁷⁰ 同前註，頁158。北、高兩市各有37.4%、37.9%的基層公務人員同意「議員或上級長官關說情形頻繁」，且各有35.2%、35.5%同意「一般而言，議員或上級長官的施壓有不錯效果」。更有79.5%（北）、71.4%（高）的基層公務人員同意「議員或上級長官關說會影響執法士氣」。

⁷¹ 同前註，頁161。當被問及「局裡執法嚴格程度，誰的影響最大？」時，臺北市有將近半數（49.3%）的基層公務人員認為是局長或副局長。高雄市則是有20.7%認為是局長或副局長，25.6%認為是基層領導的科長。

⁷² 同前註，頁164-166。例如：比起臺北市而言，高雄市有許多重工業生產，污染情形較為嚴重。此種情況升高了高雄市環保稽查員的控管壓力，故在執法態度上趨向於保守（較無彈性），以免招致不必要的麻煩。反之，臺北市多以小區域的環境衛生、移動空氣污染源等民生污染為主。由於罰鍰額度低，稽查員對執法彈性較不敏感。因此，臺北市基層公務人員較傾向於執法上應該回應社會經濟因素。

⁷³ 同前註，頁166-169。在臺北市，高達71.8%的受訪者不同意「同事間對於執法的嚴格程度有相當的默契」。北、高兩市也各有36.8%、39.3%的受訪者同意「來自社會的人情壓力會影響我的

湯京平在上述文章的結論中表示：我國自威權統治轉型成民主體制之後，官僚系統的運作，也逐漸褪去原有的強勢色彩，使政府官員的執法，不再能絕緣於外界的影響；其一方面需積極回應社會大眾的要求、接受媒體與民眾的監督，二方面又在選票壓力與各部門權力制衡的策略性因素下，政府運作趨於政治化。此一轉變，已對行政體系產生重大的衝擊。

二、 基層行政人員行政裁量的價值衝突

廖慧美在 2004 年一項基層公務人員行政裁量影響因素的研究中提到⁷⁴：當社會進入多元價值觀齊放的時代，行政機關的基層行政人員對於應當如何裁量，始能與民主脈絡下的多元、衝突相互調和，時常是無所適從。該研究藉由訪談 12 位不同公務性質的基層行政人員，試圖瞭解他們在實際執行職務進行裁量時，所遭遇到的多元價值衝突。

廖慧美在回顧過去行政裁量相關文獻時指出：過去基層行政人員往往只要依照明確界定的角色規約行事即可。對於問題的界定，也常與民眾自身的解釋相抵觸，在實際運用行政裁量時，缺乏對情境的感應能力、無視民眾真正意圖，因而招致民怨。然而，在面臨今日民意高漲、多元思想齊放、日趨高漲的社會力挑戰下，基層行政人員的裁量決定，在利益錯綜複雜的因素影響下，往往順了姑意、逆了嫂意，而遭受批評⁷⁵。在實證研究的訪談結果中發現：基層行政人員進行行政裁量時，經常面臨的多元價值觀環境依序為：專業知識、遵守法律、民眾私益和需求、組織層級節制（即上級長官）。其他價值觀環境則還有：個人價值、效率、為民服務、社會公益、公道等。這些因素之所以左右基層行政人員的裁量行為，原因在於科技的進步與行政裁量的不斷複雜化、行政機關對法治國依法行政理念的深化、民意高漲與政府再造運動所強調的「顧客導向」。另外，還有一個相當重要的因素，就是在我國傳統行政文化影響下，「主管的看法、意見」仍然深深影響基層行政人員的裁量。這些因素交互影響之下，使基層行政人員的裁量行為具有相當濃厚的政治性⁷⁶。

裁量行為既然受到多重因素的交替影響，彼此之間會發生衝突乃屬必然。上述研究提出了 9 種裁量面臨的價值衝突：首先即是「組織層級節制」與「個人價

執法工作」。

⁷⁴ 參見廖慧美，我國基層行政人員行政裁量行為之研究—以轉換型領導之觀點，國立政治大學公共行政學系碩士論文，2004 年 07 月。

⁷⁵ 同前註，第 3 章，頁 4。

⁷⁶ 同前註，第 6 章，頁 74-85。

值」間的衝突⁷⁷；另外，「遵守法律」也可能分別與「個人價值」、「公道」、「民眾私益和需求」產生衝突。其他可能的衝突亦包括：「為民服務」與「效率」、「為民服務」與「專業價值」、「專業價值」與「民眾私益和需求」、「個人價值」與「效率」、「社會公益」與「民眾私益與需求」等⁷⁸。

三、 地方政府公務人員行政中立的困境

陳敏良在 2005 年一項針對台南市政府公務人員進行「地方政府公務人員行政中立的困境與對策」的實證研究中⁷⁹，以問卷調查及深入訪談的方式，探討地方政府公務人員在執行職務過程中，欲遵循「行政中立」原則所遭遇到的各種壓力。研究結果表示：「行政機關推展政務時，公務人員執行公務可能面臨許多壓力，政黨及直屬長官是重要的來源。...直屬長官的壓迫，基層公務人員若不服從，亦有遭排擠、不予讚賞、忽視、分派較差工作等壓力，某種程度造成公務人員的無力感，形成行政中立的困境。」⁸⁰ 該研究發現，當機關的政治文化，對於政務官介入職務或面對機關內不合理之處，多數公務人員寧可選擇沉默。推究其原因，可能與基於「明哲保身」的立場、或無法承受據理力爭所帶來的「低氣壓」、「秋後算帳」等因素有關，認為公務人員的自主性價值不足⁸¹。研究結果亦發現，基層公務人員均認為政務官不可能行政中立⁸²，有部分公務人員曾感受到主管明示或暗示要求違反行政中立的壓力⁸³。而「非主官職位」之公務員，主觀上認為機關講求「職務服從」—甚至「資歷服從」—比「行政中立」更為重要的比例，明顯較高⁸⁴。基層公務人員認為，如果不理會上級長官的壓力，可能帶來的不利影響，最大者為「考績不公」；其次，還包括「升遷無望」、「縮減職權」、「被逼離職」、「增加工作」、「遭調職」等。除此之外，造成公務人員行政中立困境的壓力來源，尚包括機關的送禮文化、政黨利益、利益團體、民意代表、請託關說、

⁷⁷ 例如：由於「綜合所得稅結算申報書審核注意事項」規定，納稅義務人本人的直系尊親屬，如果符合由另一位納稅義務人申報扶養親屬規定，並列報扶養者，納稅義務人本人不得再申報減除扶養親屬的免稅額。因此，一旦納稅義務人申報減除扶養親屬的免稅額時，已由另一納稅義務人申報扶養親屬申報者，則該申報者就不得申報減除扶養親屬的免稅額。在此情形，該稅務員面臨如何使較晚申報者，接受他的申報被稅務員駁回的結果。一位財政部臺北市國稅局的稅務員表示：「針對這種情況，雖然我們沒有辦法改變『綜合所得稅結算申報書審核注意事項』的規定，而只能有一位子女可以申報減除扶養親屬（父母親）的免稅額規定，.....，我就會將我在稅務方面的專業和相關法令分析給他們聽，讓他們好好的跟他們的兄弟姊妹商量。」同前註，第 6 章，頁 15-16。

⁷⁸ 同前註，第 6 章，頁 85-99。

⁷⁹ 參見陳敏良，地方政府公務人員行政中立困境與對策—以台南市政府為例，國立成功大學政治經濟學研究所碩士論文，2005 年。

⁸⁰ 同前註，頁 93。

⁸¹ 同前註，頁 95。

⁸² 同前註，頁 90。

⁸³ 同前註，頁 96。

⁸⁴ 同前註，頁 94。

同事排擠，甚至是公務人員自身的人事背景⁸⁵。

四、 基層員警執行交通違規舉發的裁量行為

邱毓玫在 2007 年的研究中⁸⁶，針對基層員警執行交通違規舉發時的裁量行為，進行了一項實證分析。研究以訪談的方式進行。受訪者共 5 位，其中 1 位為基層交通警察，其他 4 位則是派出所基層員警。研究結果從「員警的基本特性」、「組織特性」、「政策環境」三個面向，分別探討影響其裁量行為的因素。從員警基本特性來看，基層員警的裁量判斷會隨著其本身對交通違規舉發目的的認識不同，而有所差異⁸⁷。受訪的員警認為，裁量權限賦予了基層員警在執法上可掌控的權力。這個權力在面對違規者時，可依不同狀況在自己所能掌控的範圍去運用，進而從中獲得滿足感、優越感⁸⁸。基層員警與違規者之間的社會關係遠近⁸⁹、違規的嚴重程度⁹⁰、甚至違規者的態度⁹¹，都會影響其開單時的裁量判斷。而他所提到的社會關係這個因素，剛好呼應了前述湯京平的研究結果⁹²。從組織特性的角度進行分析，該研究發現，警察機關是一個高度服從的文官體系，對於機關命令聽從性高、反抗性低；上級命令下達時，員警的服從性較高，即便覺得機關的政策不合理，也會儘量去執行，少有反抗⁹³。而績效制度更是影響基層員警開單意願的一大因素。基層員警常處於違規者和績效壓力間，當面臨績效壓力時，則寧可以輕微處罰、照實舉發的方式來代替勸導⁹⁴。機關首長的態度也無時無刻左

⁸⁵ 同前註，頁 65-79。

⁸⁶ 參見邱毓玫，基層官僚政策執行裁量行為之研究－以基層員警執行交通違規舉發為例，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文，2007 年 01 月。

⁸⁷ 同前註，頁 81-83。有些員警認為交通違規舉發的目的在於「維持交通安全和交通順暢」，這類員警會儘量以勸導的方式教導違規者，即便取締時也會加以教育交通安全觀念。另外一類的員警則認為舉發的目的很單純只是「績效壓力」，此類員警開單時較以績效為主要考量，大多只會針對違規行為做說明就照實開單，或是以輕微處罰代替勸導，而較少放行。

⁸⁸ 同前註，頁 83-84。

⁸⁹ 同前註，頁 84-85。當遇到有共同認識的長官、親戚、朋友時，基於人情壓力，會儘量開輕一點，甚至就直接放行。一位受訪者就直截了當說：「如果有共同認識的人的話，就會直接讓他走了。」而當遇到有長官、親戚或朋友希望可以幫忙「銷單」時，則因為現今罰單上有條碼列管，要銷單需填理由書，過程繁瑣；再加上員警有考績壓力，所以大多會拒絕。

⁹⁰ 同前註，頁 85-86。如果違規行為恰好是機關政策中重點取締的項目（如：酒後駕車），則因為這是上級交代的重要任務，必須嚴格的照實取締。但如果遇到身心障礙的違規者，又剛好是輕微違規，就會儘量以勸導代替處罰。

⁹¹ 同前註，頁 87-88。

⁹² 同註 66。

⁹³ 同註 47，頁 89。受訪者表示：「像現在我們的政策是錯誤的，現在惹民怨的地方就是交通工程和交通教育沒有做的很完全就強烈執法，用執法來代替教育，這是一種蠻不對的觀點。…」另一受訪者表示：「這幾天都一直被告知要開單，所以上班都會有壓力，上級的政策目標都不是重點，我們只為嘉獎和獎金，長官會說現在缺甚麼缺甚麼，要求我們去開，我們就只能去做，主管會一直問開的怎樣。」

⁹⁴ 同註 47，頁 90。受訪者說：「一個月要開幾張罰單，各單位都不一樣，我們這裡規定是一週大約要開 40 張，至於每天開多少不一定，就要看執勤時間。如果是上下班車子多，違規就會多，

右員警執法的寬嚴，遇到比較嚴格的長官，或是長官自己也面臨績效評比的壓力時，員警執法就會傾向嚴格取締⁹⁵。另外，研究結果有一有趣而重要的發現：即便執行職務時所依循的法規結構愈健全，執法者愈能有所遵循；但是，與交通違規舉發相關的法院見解、大法官解釋等法律因素，對於基層員警來說根本沒有直接影響，反而是機關政策和上級長官會有比較大的左右能力⁹⁶。而從政策環境面來看：地方財政問題、政治、經濟等因素對員警開單較無影響，反而是媒體的報導或員警開單時的週遭環境等因素，會影響其裁量行為⁹⁷。

邱毓玫在上述研究的「發現與建議」一節中指出，基層員警在面對績效壓力及上級長官的要求時，容易忽略了政策真正所欲達到的目標，而以個人績效的達成及完成上級長官交代的任務為優先，從而導致某一部分民眾未能享受政策利益，蒙受不公平的待遇。受訪的基層員警認為，在執行交通違規取締時，本來就是一種選擇性執法。他們認為警力有限，但政策繁多，加上執法成本有高有低，當然必須選擇重點的、具有危害性的來執法。只是在機關政策目標下，針對某些項目加強違規取締⁹⁸。

除了本章第一節與本節所討論的威權轉型民主化的社會，及其對公務人員執行職務所帶來的衝擊之外，命令異議制度引進的前後，另一個重要的背景，是法學發展潮流上的一個重要里程碑——特別權力關係的鬆動。這個特殊的背景，導出了基層公務人員對長官之服從義務的界限問題，以及公務人員所承擔之責任如何釐清。請見下一節的討論。

如果一週沒開到 40 張，我們這裡是沒有處罰規定，但是主管就會一直唸。」另一位受訪者說：「我們主管會規定每個月要我們一個人開 60 張罰單，因為臺北市都喜歡玩數字遊戲，上個月幾張，這個月幾張之類的，所以我們都會有績效壓力。...勸導的話我們也有勸導單，勸導單也有績效，規定一年要開 1000 多張，跟罰單是分開的，但是這個幾乎沒有同事在開，因為太麻煩了，寫勸導單的內容跟紅單差不多，這樣倒不如開個紅單，還可以有嘉獎、績效，所以勸導單比較少有人開。同事都說：要嘛就直接用講的，勸導完就放你走就好了，還要寫真的很麻煩。」

⁹⁵ 同註 47，頁 91。受訪者說：「現行的政策是上級長官一直要求我們去執法，交通警察上班的任務就是要執法...，其實我們大部分的警察都不喜歡開單，因為開一張單就得罪一個人，或者會產生一些衝突，所以沒有必要去開這個單。...」另一位受訪者表示：「...長官會認為說，你一般出去執勤，是不是應該開幾張單回來，代表你有在做事、有在盤查，不相信在臺北市你出去兩三個小時開不到一張違規...。」

⁹⁶ 同註 47，頁 93-94。一位受訪者表示：「法院見解認為警察開單必須要有證據，這個證據在我們警察來看是有爭議的，執法人員看到闖紅燈攔下來，為什麼不攔別人要攔你？就是因為你闖紅燈，我才攔你，這就是證據啊！你如果不承認我就開單，你再去申訴，你有申訴的權利，但是我有開單的義務。」另一位受訪者表示：「要攔一個人的話，要照相根本來不及，對方很快就騎走了，我也曾經因為這樣的案件出庭作證過，我就跟法官說，我怎麼可能來得及照？要攔他就跑了，路上車子在走的那麼多台，我幹嘛故意去記他的車牌、開他的紅單？結果法官還是判對方要罰。交通法規、法院見解那些對我來說沒甚麼影響，我還是一樣照自己的開，因為每個人的想法都不一樣。」

⁹⁷ 同註 47，頁 95-99。

⁹⁸ 同註 22，頁 104-105。

第三節 特別權力關係鬆動下公務人員的服從義務與責任承擔

一、特別權力關係的鬆動

法學上，要進入公務人員權利義務關係的討論，似乎很難不先從「特別權力關係」著手。這個起源於德意志中古時期領主與家臣的關係，發展到 19 世紀，成為了一個涵蓋公務人員、軍人、學生與學校、人犯與監獄等關係的理論⁹⁹。對於公務人員而言，特別權力關係所描述的，是他們彼此之間互動的忠實與服從。權力與志願成為它的特徵；因為權力，公務人員的關係就不等同於契約關係，違反職務就是違反紀律；因為志願，公務人員所負的義務內容也就比一般常民百姓加眾甚多¹⁰⁰。

早期，國內的行政法制深受特別權力關係學說的影響，視公務人員為行政主體的附庸，認為其因特殊身分的緣故，沒有法律保留原則的適用。在程序上，行政主體對於公務人員不但可有特殊之懲戒手段，更令其不得向法院提起爭訟救濟。而在實體上，則延續以往官吏與君主之間的「全人格服從關係」，認為公務人員有「服無定量勤務」的義務¹⁰¹。這樣的學說理論，在當時的威權政治和一元化價值觀社會之下，恰巧地符合了主政者的統治需求。也因此，特別權力關係理論在國內並沒有遭遇到太大的阻力，它的運作似乎成為了理所當然，實際上也沒有經過解釋和充分被論述¹⁰²。有學者提到：「特別權力關係影響之下的忠誠，是在一個人治社會中漸漸形成的『君臣』或『主從』傳統與習俗，它不靠強迫。儒化或奴化的君臣或主從規律，使得負有高度忠誠義務的人，具有高度服從個性。從而，我國人事行政存在著人治文化甚至腐敗文化，造成公務人員缺乏積極主動為人民服務的保守、封閉和官僚性格。」¹⁰³

⁹⁹ 參見吳庚，公務員法，行政法之理論與實用，2008 年 09 月，十版，臺北：三民，頁 221。

¹⁰⁰ 同前註，頁 221。

¹⁰¹ 參見林明鏘、蔡茂寅，公務員法，收錄於：行政法（上），翁岳生主編，2006 年，三版，頁 299。

¹⁰² 為何我國就一定要遵循「特別權力關係」理論，一直以來就沒有被說清楚。有學者即批評：「特別權力關係在我國實證法秩序中，一開始即以教條之姿態出現，完全沒有說理。...早期行政法院之裁判也完全未說明理由地否定公務員提起行政訴訟之權利。...由於此一法律教條之形式自始即未經說理，也與成文法規定之合目的性色彩不同，遂使得其被濫用的可能性較高。」參見張桐銳，告別「特別權力關係」？—從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，收錄於：行政法實務與理論（二），林明鏘、蔡茂寅主編，元照，2006 年 11 月，頁 45。本文認為，在當時的威權政治下，即便有不同意見的學者，也很難暢所欲言地反駁特別權力關係理論。這種阻力的來源，不但是外部的政治環境，連法學學術領域也可能瀰漫著一股威權的氣氛。

¹⁰³ 參見汪宗仁，公法上職務關係之實務與理論—評行政法院判決對公法上職務關係知息為與應為，收錄於：行政法實務與理論（一），葛克昌、林明鏘主編，臺北：元照，2003 年 03 月，頁 511。

一直到了1984年，受到德、日、英、瑞士等國揚棄特別權力關係理論的影響，司法院大法官會議作出釋字第187號解釋¹⁰⁴，試圖跨越特別權力關係事項不得爭訟的藩籬¹⁰⁵，才稍微有了突破。在此之後，大法官會議更陸續推出一連串的解釋文¹⁰⁶，讓影響我國長達半世紀的特別權力關係理論受到了動搖。一直到今天，揚棄特別權力關係理論幾乎已成為法學界一致認為應該努力貫徹的目標和方向。特別是在2011年大法官會議作出釋字第684號解釋之後，就我國的法律體系而言，幾乎已不見特別權力關係的色彩。

在這一波推翻特別權力關係理論的潮流下，「公法上職務關係」¹⁰⁷、「特別法律關係」¹⁰⁸等理論取而代之，成為公務人員與行政主體間相互關係的新定調。新的理論一改過去一直堅持公務人員之間「力」的關係，轉而定位為「法」的關係。它強調公務人員的權利義務應該以法律特別規定，公務人員效忠的對象是「全體國民」而不是特定的「君主」或「長官」，也不再有無定量的服從義務。既然如此，行政主體對於違法失職公務人員的懲戒，就必須依法而行，並謹守正當程序。公務人員權益遭受侵害時，當然得對行政主體提起行政爭訟，或循特殊管道尋求救濟，法律自不得明文排除其尋求法院救濟之途徑¹⁰⁹。

不過，當我們仔細對國內這波推翻「特別權力關係」的浪潮作觀察，可以發現改革似乎仍是重「程序」而輕「實體」、重「形式」而輕「實質」。也就是說，特別權力關係儘管表面上看似已徹底遭推翻，但實質運作上所能達到的程度，充其量大概僅能稱為「鬆動」。有學者認為：「特別權力關係」儘管不再被人掛在嘴邊，但長久以來，這樣的思想已然成為了一個不成文的法律制度。大法官的解釋，或許可以被認為是一種突破；但從另一個角度來看，卻也是對它作為一個法律制度的「確認」。即使在今日，仍然可以肯定的一件事是，我們仍然還未告別特別權力關係。¹¹⁰

¹⁰⁴ 此號解釋確認：「公務員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障」，因而得出結論：「公務員向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。」同註46，頁232-233。

¹⁰⁵ 同註46，頁232。

¹⁰⁶ 1985年釋字第201號、1989年釋字第243號、1990年釋字第266號、1992年釋字第298號、1993年釋字第312號、1993年釋字第323號、1994年釋字第338號、1999年釋字第483號...等。

¹⁰⁷ 參見汪宗仁，公法上職務關係之實務與理論－評行政法院判決對公法上職務關係之怠為與應為，收錄於：行政法實務與理論（一），葛克昌、林明鏘主編，2003年03月，臺北：元照，頁519-521。

¹⁰⁸ 同註46，頁245-246。

¹⁰⁹ 同註2，頁299-309。

¹¹⁰ 同註54，頁511-554。

二、 公務人員的服從義務與責任承擔之問題

(一) 公務人員的服從義務與責任

一般的行政法學教科書在論述公務員法時，大多都會以相當的篇幅討論公務人員的權利與義務。有關公務人員應負之各種義務，不外乎是忠實義務、服從義務、保密義務、執行職務義務、迴避義務、保持品位義務、…等。此等義務之具體內容，法學學說上多半都已有清楚的共識，惟獨「服從義務」一項之內涵為何？迄今仍有相當多爭議和模糊的空間；即便是在成文法體系內，條文規範彼此之間也還有相互矛盾和衝突之處。

究竟公務人員的「服從義務」所指為何？一般而言，行政法學上有所謂的「絕對服從說」、「相對服從說」、「陳述意見說」三種學說¹¹¹。然而，刑法學上又有從公務人員對上級命令的「審查義務」著眼者，從而提出了所謂的「形式違法審查說」、「實質違法審查說」、「明知違法說」等；另外，亦有學者從分析上級命令的效力著手，將命令之「拘束性」及「合法性」分開，論述上級違法命令何時對下級具有「拘束力」者¹¹²。大體而言，從上述學說見解眾說紛紜的情況，我們不難看出公務人員服從義務界限不明的難題，有多麼複雜難解。

事實上，服從義務除了其本身的內涵不夠清楚之外，在法律體系內部，它還導引出了一個重大的問題。當公務人員違反其法定義務之時，必須負擔法律上的責任。中華民國憲法第 24 條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」明確指出了公務人員在執行職務之時，應負擔懲戒責任（行政責任）、民事責任與刑事責任¹¹³。然而，對於上、下級公務人員而言，法律已經

¹¹¹ 參見陳敏，行政法總論，2003 年，三版，頁 1049-1050。「絕對服從說」認為長官在其監督範圍內所為之命令，不論有無違法，屬員皆應服從；「相對服從說」則認為長官之命令合法者，屬員必須服從；反之，長官之命令違法者，屬員無須服從；另有「陳述意見說」認為屬員對長官之命令有服從義務，惟如懷疑其違法，得隨時向長官陳述意見，長官如不採納，則仍應服從。一般認為，我國之公務員服務法第 2 條之規定，其精神與「陳述意見說」相當。惟學說對於「陳述意見說」是否能獨立為一說，頗為懷疑。該說雖建立於屬員獨立思考之基礎，在其懷疑長官命令違法時，得向長官陳述意見，但長官如拒絕採納，則仍須服從，與「絕對服從說」似乎相去無幾。另外，單純依條文文字，似認為長官就其監督範圍所為之命令，屬員即有服從義務，未考慮屬員本身之法律地位，以及命令之合法性，並不合理。法理上應認為，須有長官基於職務上地位，為職務或執勤之目的，就其本身及屬員皆有土地及事務管轄之事項，對其屬員所為之職務命令，且未明顯違法者，屬員始有服從義務。

¹¹² 參見蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，臺大法學論叢，37 卷 1 期，2008 年，頁 165-223。

¹¹³ 同註 99，頁 326。

以「長官下達命令」和「部屬履行服從義務」作為連結兩者之間互動關係的橋梁，則最後的行政行為倘若侵害人民之自由或權利者，事後的責任究竟該由誰來承擔？此項問題，尤其在服從義務的內涵不清楚的情況之下，更難以理出一個頭緒。

（二） 服從義務的界限與事後的責任承擔

在特別權力關係理論中，一個飽受批評的問題是：公務人員的服從義務範圍全然無定量。儘管如此，基層公務人員卻因為主觀上無從選擇、客觀上也無從期待其不服從，事後之責任歸屬反而容易釐清。然而，在特別權力關係鬆動之後，基層公務人員對上級長官的服從義務雖然轉而不再是「無定量」，但問題是：服從義務的「界限」究竟何在？又如何由「應否服從」及「服從與否」來判斷事後責任之歸屬？成為了法律上的一大難題。法律學者最常提到的問題就是：上級公務人員的命令若違法，基層公務人員是否仍有服從義務？是否仍應執行此違法之命令？執行違法的命令之後，是否應該受到處罰或接受刑罰制裁？這個棘手的問題，長久以來，不論是行政法學界或刑法學界，都難以推導出一個嚴密的論述。更甚者，是兩大法學領域彼此之間的見解容有矛盾之處。此從以下二個法律條文即可看出：

1. 公務員服務法第 2 條：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」
2. 中華民國刑法第 21 條第 2 項：「依所屬上級公務員命令之職務行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」

公務員服務法第 2 條之規定，雖然指出基層公務人員對於上級命令之「服從義務」範圍，在於「監督範圍以內所發命令」；然而，此條文對於監督範圍內之命令不分合法與否，一律要求屬官服從，一直以來都成為學說批判的焦點。而刑法第 21 條第 2 項的規定，說明了基層公務人員服從並履行上級違法命令雖「不罰」¹¹⁴，惟但書卻強調：在「明知命令違法」的情形下，履行服從義務的公務人員仍應受到處罰。聰明的讀者應該馬上能夠發覺，明知命令違法的基層公務人員，雖然得依公務員服務法第 2 條規定陳述意見，然而法律卻沒有免除他的服從義務，尚且還可能因為「陳述意見」，恰巧證明了其「明知」命令違法，最後落到必須被依刑法第 21 條第 2 項但書規定予以處罰的下場！¹¹⁵

¹¹⁴ 此處，「不罰」究竟是阻卻違法？阻卻罪責？還是屬於阻卻刑罰事由？條文內容本身就不清楚，因此也製造了學說見解許多解釋的空間。同註 59，頁 190。

¹¹⁵ 參見周志宏，職務命令與服從義務，收錄於：行政法爭議問題研究（下），臺灣行政法學會主編，2000 年，臺北：五南，頁 1284-1286。周氏分析公務員服務法第 2 條與刑法第 21 條第 2 項規定間相互矛盾所產生的問題，包括：1. 「陳述意見」並非公務員之義務，可能造成部屬明知

不僅如此，上述條文規範的討論僅涉及客觀事實面向，倘若再加入行為人主觀層面的認定，問題恐怕更為棘手：「基層公務人員在上級長官交付命令的當下，究竟得否自為判斷違法與否？又應在如何之程度範圍內為判斷？當下的判斷，倘若事後與司法最終認定不同，是否得免於處罰？」如此爭議，道出了特別權力關係鬆動之後，上、下級公務人員在「交付命令」、「服從命令」到「執行命令」過程中，責任分配模糊不清的根本性問題。¹¹⁶

（三） 服從義務進一步在本土實踐的問題

在我國，要證明特別權力關係的實質影響仍然根深蒂固，我們只要對公務人員如何履行他們的服從義務稍加觀察，就可以找到許多的蛛絲馬跡。儘管法治國的精神一直不斷宣示：公務人員執行職務時應「依法行政」，但在另一方面，卻也堅守「行政一體」的立場¹¹⁷，強調上、下級行政主體或公務人員之間科層化機制的「監督」與「服從」。對於上、下級公務人員的角色，也預設了「上級公務人員較基層公務人員專業性為高」的立場¹¹⁸。

命令違法而選擇因循或容忍，對依法行政造成負面影響。2. 「陳述意見」反而證明公務員明知違法。3. 如長官堅持其違法命令，屬官仍必須服從。4. 長官之違法命令，屬官難以舉證。5. 對於拒絕服從違法命令之公務員無合理之保障。屬官在接受命令的當下，能否逕自認定工作指派違法無效？基於維持行政效率、公務倫理、長官領導統御之權力，似不應承認屬官得有審查長官職務命令之違法性，並拒絕服從的權利，但屬官仍須服從則因此而來的法律責任如何解決？

¹¹⁶ 此處感謝張錕盛學長在王曉丹老師99學年度第1學期所開設之「法社會學專題研究」課堂上，對本文期末口頭報告所提供的意見。有論者提到：公務人員此時面臨的困境，在於履行「服從義務」與「依法行政」兩個義務時的相互衝突。但是，張錕盛認為：「服從義務」與「依法行政」並不會發生衝突，衝突的是履行服從義務之後，責任該如何分擔的問題。本文也認為，服從義務與依法行政應該是屬於不同的層次的問題，說兩者彼此「衝突」確實有混淆之虞。比較適當的說法應該是：公務人員面臨的問題，在於他們搞混了依法行政與服從義務的上、下階層關係。

¹¹⁷ 釋字第613號理由書：「...行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，雖因任務繁雜、多元，而須分設不同部門，使依不同專業配置不同任務，分別執行，惟設官分職目的絕不在各自為政，而是著眼於分工合作，蓋行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提升效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則。」而針對行政一體性及其問題，參見黃錦堂，中央行政機關組織基準法的任務與體系—德國法之比較，收錄於：行政組織法論，2005年05月，頁57-104。黃氏提到：「自有人類以來，而啟蒙時代之後並沒有改變，常見的擔保效率/效能的行政組織方式為科層式之體制，亦即分官設職、完成上下之監督，並將純粹的行政部門與負責統治的政治部門結合，使依民主原則而成為行政整體對立法部門負責之構造。以上便是所謂的『行政一體性（Einheit der Verwaltung）』。換言之，行政一體性係一種上下一體的效率效能設計，也是一種對議會與民主負責的制度設計模式；但無可諱言，其也有一定的官僚性、法令綿密性、層層節制性，如何隨時代改革，乃成為公共行政學與行政法的議題。」

¹¹⁸ 參見 Hoyer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, 1998, S. 13; Roxin, AT/1, 2006, 17/16。本文係間接引自蔡聖偉，同註59，頁191-192。「透過『信賴原則』來說明：下級公務員原則上應該信賴上級長官，因為法秩序將命令的權限歸與上級公務員，就清楚地表明了法秩序較信任上級公務員的判斷能力，亦即法秩序推定上級公務員具有較佳的知識。」

在此，本文不欲否定上述這些預設立場的適當性，然而，無可否認的是，這些因素在實際的運作之下，不僅加深並正當化基層公務人員對上級長官的「服從」觀念，「服從義務」的真正義涵也在特別權力關係的持續影響之下變了調。在現實的認知裡，服從義務總是凌駕於法律之上，公務人員無知的認為：法律既然已經明定了服從命令的義務¹¹⁹，那履行服從上級之命令就等於是盡到了依法行政的義務。這樣的觀念，全然忽略了「服從義務」也應當置於「法治」和「依法行政」的規制之下，才得以正當地運作。換言之，受到特別權力關係的長期影響，公務人員的「服從」已然變質成了「盲從」；服從義務也因為它是一個明文的法律規定，因而在實質意義上躍過了法律層面的掌控，脫離「法治」的基本路線。最後，服從義務也回過頭來架空「依法行政」—這個法治國的基本原則。

事實上，如果我們的社會一直處於一元價值觀的威權統治之下，上述公務人員盲從的問題就不會被突顯，甚至不會有人認為它是個問題。因為威權體制的「人治」路線，既然認為主義、領袖、國家是公務人員應該效忠的對象，那對於上級長官命令的服從，本來就屬合法。不過，當社會一旦邁入民主化的過程，多元價值紛紛湧現，復以特別權力關係鬆動，這個原本已然達到隱性平衡的結構，馬上面臨巨大的挑戰。履行服從義務不再能夠是執行不合法命令的藉口；而到底如何才算是合法，也開始有了不確定性。

法律學者試圖處理上述難題的過程中，一個相當令人深思的問題隱約浮現。無論是因為專制、威權政體的制約，或者是特別權力關係的影響，基層公務人員對服從義務的崇敬心理，已經把他們塑造成為了一個無法勇敢說不、無力提出異議的人。這種被動的性格表現在外，是他們對於「究竟該如何與上級長官互動」感到極度焦慮和徬徨。特別是當社會轉型多元民主、特別權力關係鬆動，不同職位的公務人員都各自面臨四面八方而來的壓力和規制、必須各自努力符合各界的不同期待時，此番處境時常讓上、下級公務人員之間，對於同一件事務是否合情、合理、合法，有了不同的理解和認識。也因此，見解分歧常常成為他們彼此之間糾紛的重要來源。當面臨看法不一致時，上、下級公務人員究竟應該如何互動尋求共識？顯然，在這個問題層面上，除了「服從義務」、「依法行政」、「行政一體」之外，法學界似乎再也無法提出—甚至從來沒有設想過—一套能夠讓被規範者遵循的機制。不但是上級長官苦於命令下達後的執行不徹底、變了樣，基層公務人員也時常是處於害怕因為服從命令、執行職務導致違背法令而被處罰，甚至必須接受刑罰的恐懼和無所適從當中。久而久之，履行命令、執行職務當然就趨於保守、怕事和封閉，成為一般所認知的官僚性格。

¹¹⁹ 公務員服務法第 1 條：「公務員應遵守誓言，忠心努力，依法律命令所定，執行其職務。」第 2 條：「長官就其監督範圍內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

第四章 命令異議制度的引進

為了解決公務人員之間責任分擔及互動關係的問題，法律學界早有仿效西方、引進他國法律制度的想法¹²⁰。考試院公務人員保障暨培訓委員會亦委託學者進行了研究，蒐集編譯德國公務人員保障相關法制，作為修正公務人員保障法的參考依據¹²¹。2003年公務人員保障法修正當時，為了改善公務人員的保障，參酌引進了同時期德國聯邦公務員法的「命令異議制度」¹²²。

第一節 德國的命令異議制度

德國命令異議制度的背景，係該國當時的公務人員，不論處在何種公務員關係或歸屬於何種職等，都必須對其職務行為的合法性負個人完全責任。聯邦公務員法第55條規定：「公務員對其單位主管應提供建議與支持。公務員有義務執行其勤務命令，並遵守其制定之一般方針，但公務員依特別之法律規定，得不受指令之拘束，而僅須遵從法律者，不在此限。」¹²³在此情況下，公務人員一方面受法律的拘束，另一方面又有服從上級長官命令的義務。當兩個義務發生衝突時，公務人員該如何選擇？其權利該如何保障？又其依服從所為的行為如何得以免責？基於此等原因，才特別在公務員法上規定有命令異議程序，作為義務衝突時的解決的方法，並藉此使公務員在因履行職務命令所為行為可能受到的不利益上，獲得保障¹²⁴。此項制度是規定在德國聯邦公務員法第56條¹²⁵以及公務員權利基

¹²⁰ 同註 61，頁 1289-1294。周氏回顧德、奧、日等國對於公務人員在違法命令下的服從義務問題，認為德、奧之制度設計均著眼於如何避免或解除公務人員因服從長官違法之職務命令所生之責任，以保障公務人員。而日本學說則側重於公務人員對於違法之職務命令在何種範圍內有「審查權」。

¹²¹ 參見陳春生、翁曉玲、張錕盛，蒐集、編譯德國公務人員保障制度及法規專案委託案，公務人員保障及培訓委員會委託研究計畫報告書，1999年03月。

¹²² 參見林明鏞，論德國公務員保障制度，收錄於：公務員法研究（一），2000年03月，臺北：學林，頁 183-184。

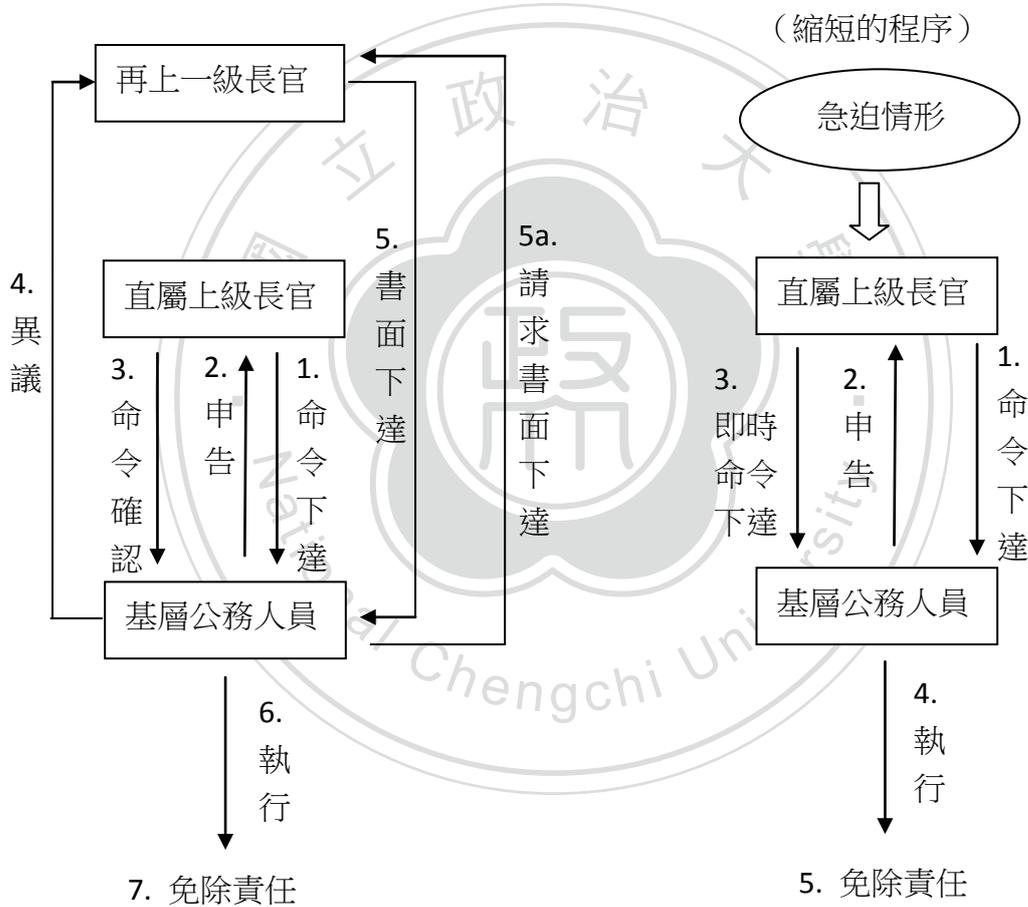
¹²³ 參見行政院人事行政局，各國人事法令彙編—德國公務員人事法令彙編，2009年04月，頁 36。相同規定亦見於德國公務員權利基準法第 37 條：「公務員應對其長官盡建議與支持之責。公務員負有義務，服從長官之命令，並遵守長官之一般指示。但對依特別法規定不從指令而只服從法律規定之公務員，不在此限。」

¹²⁴ 同註 98，頁 24。

¹²⁵ 同註 100，頁 36-37。德國聯邦公務員法第 56 條：「（第 1 項）公務員對其職務上行為之合法性，個人應負完全之責任。（第 2 項）公務員對職務上命令之合法性有疑慮者，應立即向其直接機關長官說明其見解。如該命令仍被維持時，而公務員對此命令之合法性仍繼續存有疑慮，應即向其較上一級之單位主管說明其見解。如該較上級單位主管仍確認命令時，公務員即須執行該命令，但得免除個人責任。但其所被要求之行為如具刑事可罰性或違反秩序罰法，且公務員對其可罰性與違法性可認識，或其行為侵犯人性尊嚴時，不在此限。較上一級主管長官之確認行為，依

準法第 38 條¹²⁶。

依德國命令異議制度的規定，公務人員若認為上級長官的職務命令有違法之虞時，應立即向上級長官「申告」。若其上級長官肯認其命令的合法性，並令其續為執行時，該公務員必須向其再上級長官為命令違法之「異議」。倘若再上級長官亦肯認該命令之合法性時，「再上級長官」應交付該公務員「書面」以證實該命令合法之文書。該公務員除應執行其上級長官之命令外，並得因要求給予之書面證明，而免除其責任。但是，若該職務命令有下列三種情形之一時，公務員縱有書面合法證明文件，亦難避免其責：1. 該職務行為屬刑法上之可罰行為；2. 該職務行為屬秩序罰法上之可罰行為；3. 該職務行為侵害人性尊嚴時。



申請須以書面為之。

(第 3 項) 因遲延將發生危險，以及更上級單位主管之決定無法及時作成時，直接上級單位主管可要求公務員立即執行命令。第 2 項第 3 句與第 4 句之規定亦應適用。」

¹²⁶ 同註 100，頁 268。德國公務員基準法第 38 條：「(第 1 項) 公務員就其職務行為之合法性負有完全責任。(第 2 項) 若對職務上命令之合法性有疑慮者，公務員應立即循職務管道提出。若其上級長官認為該命令為正當者，公務員即應服從該命令並免除個人責任。但若該公務員之行為係刑法上可罰或違反人性尊嚴者，不在此限。(第 3 項) 前二項之規定，於因立即危險致上級長官不能及時裁決，而要求公務員立即服從命令時，準用之。」

不過，在**急迫**情形下，若公務員延緩執行上級長官有違法嫌疑之命令，將導致公共利益受有重大損害者，其上級長官得命公務員「**即時執行**」其指令，並**同時免除執行之公務員一切責任**。此種情形，乃係一種「**縮短的程序**」。因為，此時執行公務員業已無餘裕時間，向再上級長官為異議，並請求確認命令之合法性之程序。最後，若公務員認為上級長官之命令**雖屬合法**，但是卻「**不合目的**」時，應履行其「**諮商義務**」，但卻沒有拒絕執行不合目的職務命令之權利。當執行公務員免除其懲戒責任與賠償責任後，此類責任便轉嫁由其上級長官承受，而依令執行有違法嫌疑命令之公務員，得以其簽署之文書中，特別載明「**奉鈞長指示辦理**」之意旨文字，以釐清其懲戒責任與賠償責任。¹²⁷



¹²⁷ 同註 99，頁 183-184。

第二節 德國命令異議制度背後的社會意義

其實，德國公務員之命令異議制度，並非源自基本法第 5 條的言論表達自由（Meinungsäußerungsfreiheit），而是源自傳統職業公務員制度中的「忠實義務」（Treuepflicht）。亦即，由忠實義務中避免機關首長造成損害之結果產生。此外，若上級長官之違法命令係為剷除「自由民主之基本秩序（freiheitliche demokratische Grundordnung）」者，每一位公務員及德國國民皆得依基本法第 20 條第 4 項規定，行使抵抗權（Widerstandsrecht）。這當中，顯然有意避免希特勒下令屠殺猶太人或解散國會等歷史悲劇重演的深切教訓意義存在。¹²⁸

有別於一般所認知的西方自由主義色彩，德國的公務員制度則相對地極為嚴謹。由於德國的民族優越性格使他們普遍崇尚嚴肅、重視秩序、守紀律，因此，文官制度亦容易帶有軍事化的色彩¹²⁹。德國公務員的忠誠、奉獻與效率，在世界上享有很高的聲譽，而且不因政府的變革而受到影響。二次世界大戰後，德國公務員的地位雖稍有降低，但根據民調顯示，仍有多達三分之二以上的德國民眾對公務員懷有敬意¹³⁰。

一直到現在，德國的文官制度仍然深受中古時代以來「官僚行政」的影響——主張國家至上、偏重極權管理，又帶軍事化、層級化色彩，故政府文官重視忠誠、愛國、守法與紀律。德國政治思想深受羅馬法影響，「法制」觀念影響人事行政「制度化」，其官僚制度著重層級（hierarchy）體系、命令貫徹與行政效率。近數十年來，文官制度之發展與「專業行政」極為密切，研究比較行政的學者 B. Chapman 即強調：德國文官制度崇尚「專業至上」，故高等文官對於科技、法政、經濟、社會、管理等專門知識技術極為重視，而具備優異的素質¹³¹。法律與紀律是德國聯邦公務員的行為準則，而公務員是國家的吏僕（Servants of the State），故忠於國家、執行長官命令、達成公共職務的使命與績效又成為一般公務員的倫理規範。德國高等文官曾被譽為「兼有軍官與法官的特性」¹³²。

德國的公務員在人民心目當中頗具份量，也有相當的威嚴。不僅如此，他們也以身為公務員為尊榮的象徵，一旦被錄用成為公務員者，普遍講求自身的榮譽、

¹²⁸ 參見考試院網頁資訊，參考網址：<http://www.exam.gov.tw/public/Attachment/01251155102.doc>，瀏覽日期：2011 年 06 月 03 日。

¹²⁹ 參見保成編輯委員會，各國人事制度，保成文化，1997 年，頁 381。

¹³⁰ 同前註，頁 382。

¹³¹ 參見許南雄，德國人事制度，收錄於：各國人事制度，2010 年 08 月，臺北：空大，頁 144-145。

¹³² 同前註，頁 165。

愛國的情操，也讓他們對國家的行政事務深具使命感。德國公務員法制要求公務員必須對自己的職務行為負完全的法律責任，在此背景之下，德國公務員法的「命令異議」制度，充分反映出該國公務員執行職務的主體性。命令異議不但是維持公務員身分榮譽的象徵，更是對國家、法律、紀律表達忠誠的途徑。



第三節 引進命令異議制度—修正後的公務人員保障法第 17 條

一、 我國的命令異議制度—現行的公務人員保障法第 17 條

我國現行的公務人員保障法，係於 2003 年修正後之版本一直沿用至今，迄今已有八年未再有過任何修正。其中的公務人員保障法第 17 條，即為 2003 年修正當時，參酌引進德國命令異議制度而新增的條款¹³³。在本文當中，我將把這個條文規範，稱之為我國的命令異議制度。該條文之內容如下：

「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。

前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」

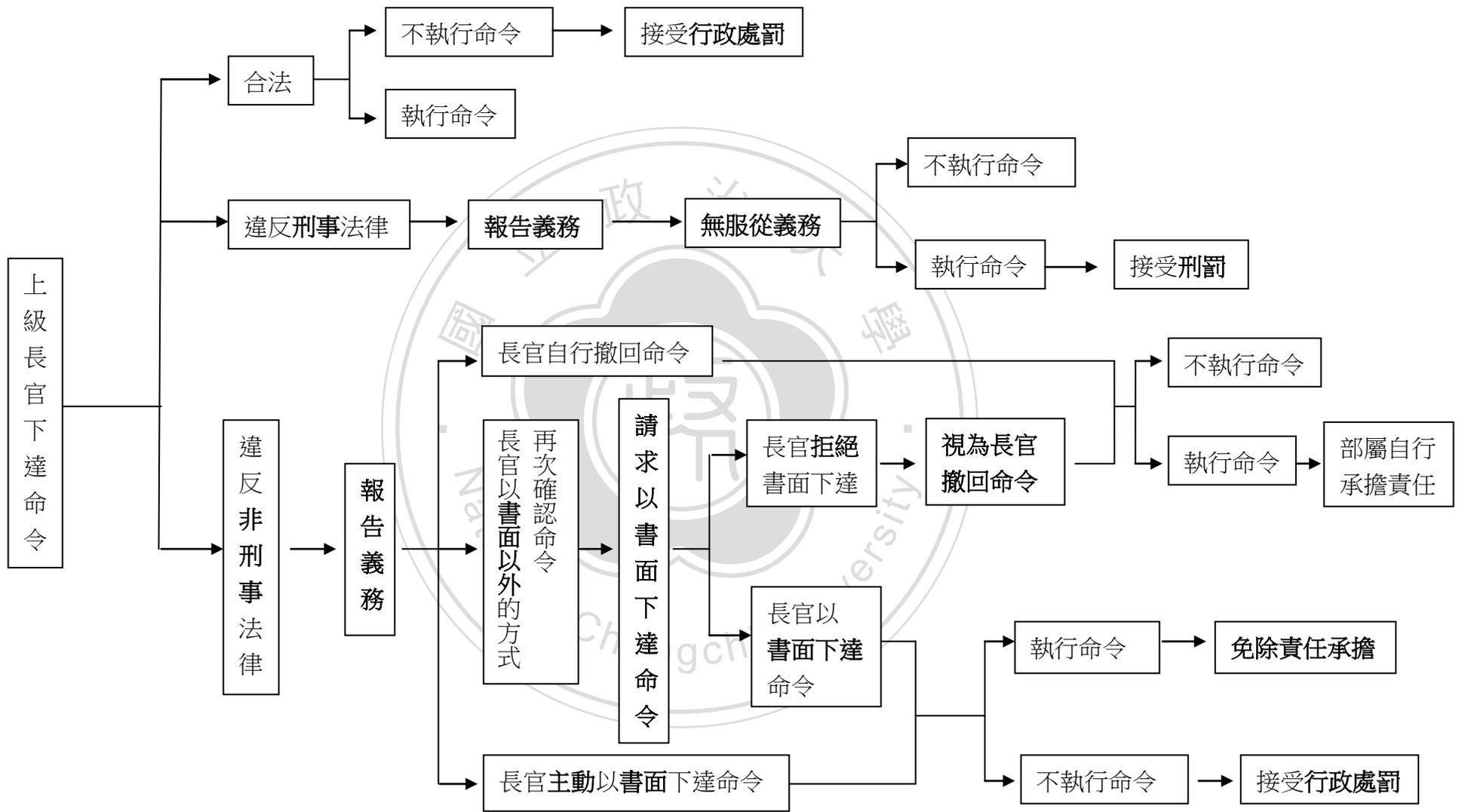
在此，我們將上述條文的架構稍作整理之後，即可看出我國命令異議制度的三大重要的構成要件：

1. 重申公務人員對上級長官的命令有「服從義務」；並確認服從義務的界限：命令違反刑事法律時，公務人員無服從之義務；
2. 長官下達有違法之虞的命令時，課予公務人員「報告義務」；
3. 長官得以「書面下達命令」、部屬亦得向長官「請求書面下達命令」，以確認長官之命令部屬是否必須執行，並作為免除部屬責任承擔之依據。

為了更清楚我國命令異議制度的規範架構，我將以下頁之圖示來說明。

¹³³ 依據公務人員保障暨培訓委員會在修法當時所提出的「保障法修法條文對照表」，其中在第 17 條的說明欄中載明：「公務員服從義務，因公務員服務法第二條與刑法第二十一條第二項規定內涵並不一致，使判斷責任歸屬時發生疑義。為保障公務人員權益，爰參照德國、奧地利之立法例及立法院審議中之『公務人員基準法草案』第二十八條之規定，明定公務人員認為長官所發之命令，有違法情事者，應隨時報告，陳述其意見，並得請求該長官以書面命令下達，該長官以書面下達命令時，公務人員即應服從，其因此所生之責任，則由該長官負之，以兼顧公務人員服從義務與所負責任之衡平，保障其權益。」顯見本條文之修正，確係引進德國命令異議制度。相關資料參見保訓會網頁資訊，參考網址：

<http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795/Documents/protect04.pdf>，瀏覽日期：2011 年 06 月 03 日。



從上頁之圖示我們可以得知，依據我國的命令異議制度，當上級長官對部屬下達一個命令之時，部屬必須先對命令之合法與否作一判斷。在本條文的規範當中，長官之命令，依其係「合法」、「違反刑事法律」或「違反非刑事法律」而分別異其處理。當命令係合法，部屬自有執行命令之義務；倘若未確實執行，部屬應當接受行政處罰。而當命令係違反刑事法律時，法律課予部屬必須向長官履行報告義務。此時，部屬對於該違反刑事法律之命令，無服從之義務。亦即，部屬毋須執行該命令；惟若部屬在履行報告義務之後，仍執行該命令，因而觸犯刑事法律時，則必須接受刑罰的制裁。在此，必須補充的是，部屬執行了長官所下達之違反刑事法律的命令，究竟有無刑事責任，又必須回歸到刑法第 21 條之規定來處理。關於此部分，刑法學說上尚有許多爭議之處，通說似採「明知違法說」，而認為部屬在明知該命令係違反刑事法律之時，才須接受刑罰¹³⁴。

倘若長官下達之命令違反「刑事法律以外之法律」者，部屬同樣必須履行報告義務。此時，長官如認為命令並不違法，或長官堅持命令必須執行時，可以以書面的形式再次下達命令，以茲作為部屬執行命令、以及免除命令執行後責任承擔之依據。如果長官此時係以書面形式以外的方式下達命令者，部屬可以請求長官以書面形式為之。無論如何，當長官以書面再次下達命令後，部屬就必須執行命令，惟事後倘若涉及違法之行政責任者，部屬毋須承擔事責。如果此時部屬仍堅持不執行命令者，則必須接受行政處罰。另外，當部屬請求長官以書面下達命令，而長官不予理會者，即視同長官撤回原已下達之命令，部屬自無執行命令之義務；當然，此時如果部屬在沒有長官書面下達命令之情況下，又去執行了命令，責任必須自行承擔。

二、 公務人員保障法第 17 條的修正過程與爭議

（一） 修正草案的爭議

2003 年修正之前，舊的公務人員保障法第 12 條規定：「公務人員長官或主管對於公務人員不得作違法之工作指派，亦不得以強暴、脅迫或其他不正當方法，使公務人員為非法之行為。」

然而，上述的舊條文規範，僅就長官或主管作單方面的約制，並沒有提供一個能夠遵循的互動機制，對基層公務人員的保障亦不完善。吳庚大法官等學者在

¹³⁴ 此部分，請參照本文第三章第二節有關公務人員服從義務之討論。

針對公務人員保障法制問題的研究中，提出了一個公務人員保障法修正草案的建議版本。這個被簡稱為「吳庚版」的修正草案，擬在上述的第 12 條條文之後，再新增第 13 條（見下表吳庚版之條文內容）。吳庚版草案條文的特點，是將陳述意見列為義務，並且規定部屬必須履行陳述義務的時機，除了認為命令**違法**之外，還包括命令**不當（不合目的）**。不過，此版本與當時考試院保訓會所提出的「**保訓會版**」修正草案，僅規定部屬認為命令違法時，才有向長官陳述意見的義務不同¹³⁵。

版本	條文內容
吳庚版	<p>長官或主管所為之工作指派或其他指示，公務人員認為違法或不當者，應隨時陳述意見。</p> <p>前項工作指派或其他指示，如非以書面下達者，公務人員得要求給予書面，長官或主管拒絕給予書面時，視為撤回其指示。</p>
保訓會版（1999.11.09）	<p>長官或主管所為之工作指派或其他指示，公務人員認為違法者，應隨時陳述意見。</p> <p>前項工作指派或其他指示，如非以書面下達者，公務人員得要求給予書面，長官或主管拒絕給予書面時，視為撤回其指示。</p>

（本表引自周志宏，2000 年）

然而，立法院最後修正通過的條文內容與以上二個不同版本仍有些許差異。保訓會在 2003 年 05 月 28 日「公務人員保障法修正案總說明」中載明：「為博採眾諒審慎修法，保訓會除委請專家學者就現行公務人員保障法之規定作專案研究及編譯外國之相關保障法制外，並舉辦各種座談會、研討會，廣泛參酌各界意見及日本、加拿大、澳洲、德國、奧地利等國立法例，配合實務運作之需要，擬具本修正條文案草案，共計一百零四條，並區分為八章，第一章總則、第二章實體保障、第三章復審程序、第四章申訴及再申訴程序、第五章調處程序、第六章執行、第七章再審議、第八章附則。茲將其修正重點摘述如次：...四、調和違法工作指派之責任歸屬。明定對**違法**工作指派，公務人員負報告之義務，並得要求該管長官給予書面下達，以明責任。（第十七條）」

¹³⁵ 此段所討論之內容與表格，參見周志宏，同註 61，頁 1299-1304。周氏認為：「如果認為屬官理應有善盡言責、提供長官建議之幕僚責任，似以吳庚版之規定較佳。因為屬官不只有遵守法令之義務，更應有忠實履行職務之義務。基於此一義務，屬官應就長官之工作指派或其他指示，如認為有違法或不當，均應負報告義務，以使長官之行為不但合法，更能合乎目的。」

(二) 立法院審議過程的爭議¹³⁶

2003 年立法院進行公務人員保障法的修正程序。修正草案中的「修正重點 (三): 調和違法工作指派之責任歸屬」指出:「公務人員服從義務, 因公務員服務法第 2 條與刑法第 21 條第 2 項內涵並不一致, 使判斷責任歸屬時發生疑義, 為明責任, 並保障公務人員權益及兼顧公務人員服從義務與所負責任之衡平, 明定對違法工作指派, 公務人員負報告之義務, 並得要求該管長官給予書面下達, 以明責任。」

然而, 修正草案進行至法制委員會審查的階段, 黃德福委員即對修正條文第 17 條在實際運作面可能遭遇到的困難, 提出了質疑¹³⁷:

「…如果當事人(上級長官)不提書面, 後來發生執行上的偏差, 長官就要記他過, 甚至將他調職; …如果發生這樣的事, 即使當事人(基層公務人員)申訴成功, 他在這個機關大概也待不下去了。…因為, 他不但敢對抗, 而且還贏了, 長官一定很沒面子; 當事人即使調到同機關的另一個單位, 那位長官還是會用盡辦法整他。…調任通常要兩個機關都同意, 而且部會及各單位之間其實是相通的, 過去常發生原單位不讓當事人調, 對應單位就不敢收。」、

「…因為他在組織裡已經讓人覺得是個搗蛋者, 可能平輩跟他相處得很好, 但長官會認為他是『老鼠屎』。」、

「…他這次即使贏了, 也只贏得了面子; 也許走起路來比較威風些, 問題是誰看到他都怕他, 因為他已被列為黑名單啊! …我只是認為, 在發生這樣的事之後, 長官已經把當事人列為不受歡迎人物, 他要在原機關繼續生存下去實在不容易。」

黃委員的質疑, 含蓄的傳達出法律在本土社會實踐上的困難: 即便基層公務人員有了公務人員保障法第 17 條作為後盾, 但這樣的作法卻可能會引來長官的負面印象, 使得公務人員身陷不友善的職場氛圍, 甚而連當事人欲申請調職, 都

¹³⁶ 有關 2003 年 04 月 16 日至 2003 年 05 月 06 日, 立法院進行公務人員保障法修法過程的相關檔案資料, 參見立法院全球法律資訊網。參考網址:

<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/prochtml/0466492050600.htm>, 瀏覽日期: 2011 年 06 月 22 日。

¹³⁷ 參見立法院公報, 92 卷 15 期, 委員會記錄, 頁 299-300。參考網址:

<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@921504;0277;0324>, 瀏覽日期: 2011 年 06 月 22 日。

仍然無法逃離原機關的陰影。黃委員的這個建議，讓修正後的公務人員保障法增添了一項配套措施。亦即，修正條文第 6 條新增了第 2 項規定：

「公務人員提起保障事件，經保訓會決定撤銷者，自決定書送達之次日起三年內，該公務人員經他機關依法指名商調時，服務機關不得拒絕。」

儘管過程中有些爭議，公務人員保障法第 17 條的修正草案仍然順利地通過了立法院的二讀、三讀程序，成為這八年以來，影響我國公務體系的命令異議制度。

三、 公務人員保障法第 17 條與德國命令異議制度之差異

儘管修正後的公務人員保障法第 17 條，係引進德國之命令異議制度，然而，二者不論在制度本身的設計，以及制度背後的社會文化背景，皆有其相當重要的差異存在。

(一) 制度設計的差異

1. 異議的對象不同

依照德國命令異議制度的設計，基層公務人員對於上級長官有違法之虞的命令，必須向上級長官「申告」。然而，當上級長官再次向部屬確認命令時，依該國的制度，係部屬向「再上一級長官」提出「異議」。亦即，對於命令為異議，係分為二階段方式進行：第一階段係部屬向長官申告，以使長官知悉其命令有違法之虞；第二階段，係上級長官再次確認命令時，部屬向再上一層級的長官為該命令之異議，以使再上一級長官對該命令有為覆核之機會。

然而，依照我國公務人員保障法第 17 條的設計，顯然係將上述之德國制度作一精簡，將原為二個階段的申告與異議，合併為一個階段的「報告義務」；並且將異議的對象，從德國制的「再上一級長官」改為我國制的「上級長官」。亦即，在我國命令異議制度中，部屬向上級長官履行報告義務，即等於同時進行了申告與異議，此一行為一方面係向上級長官表示其命令有違法之虞，二方面又讓上級長官再次為命令之覆核。

2. 書面下達命令者不同

德國命令異議制度的設計，係由「再上一級長官」向基層公務人員以書面下達指示，以之確認「上級長官」所發之命令確係合法無誤。至此，基層公務人員即有服從並執行命令之義務；基層公務人員亦得請求「再上一級長官」以書面下達指示，以作為免除因執行命令而須承擔責任的依據。

然而，公務人員保障法第 17 條的設計則不然。依我國的制度，基層公務人員在向「上級長官」履行報告義務之後，「上級長官」可以主動以書面再次下達命令，以確認命令確係合法；若上級長官以書面以外的方式為確認者，基層公務人員亦得請求「上級長官」（而非再上一級長官）以書面下達命令，以作為免除責任承擔之依據。

3. 我國未同時引進「縮短的程序」

德國的命令異議制度有一項配套措施，用以彌補該制度本身可能導致行政效率低落的弊端，此即所謂的「縮短的程序」。倘若基層公務人員在向上級長官申告之後，再向再上一級長官提起異議，其所可能帶來的行政遲延將導致重大公共利益的危害時，「上級長官」可直接對基層公務人員下達「即時執行」之命令，據此，即可免除基層公務人員執行命令之責任承擔。

然而，就公務人員保障法第 17 條本身的設計而言，已經排除了公務人員向再上一級長官提出異議的程序。亦即，我國的命令異議制度既已將德國制作了精簡化，實質上與德國制之「縮短的程序」已然極為相近。因此，就我國的制度而言，即無再有所謂的縮短程序可言。

4. 免除服從義務的情況不同

德國的命令異議制度，對於基層公務人員毋須服從命令之情況有三：

1. 命令欲執行者，係刑法上可罰行為；
2. 命令欲執行者，係秩序罰法上可罰行為；
3. 命令欲執行者，係侵害人性尊嚴之行為。

而在公務人員保障法第 17 條的規範中，僅上級長官命令「違反刑事法律」

時，公務人員才得以免除服從義務。

(二) 制度背後之社會意義的差異

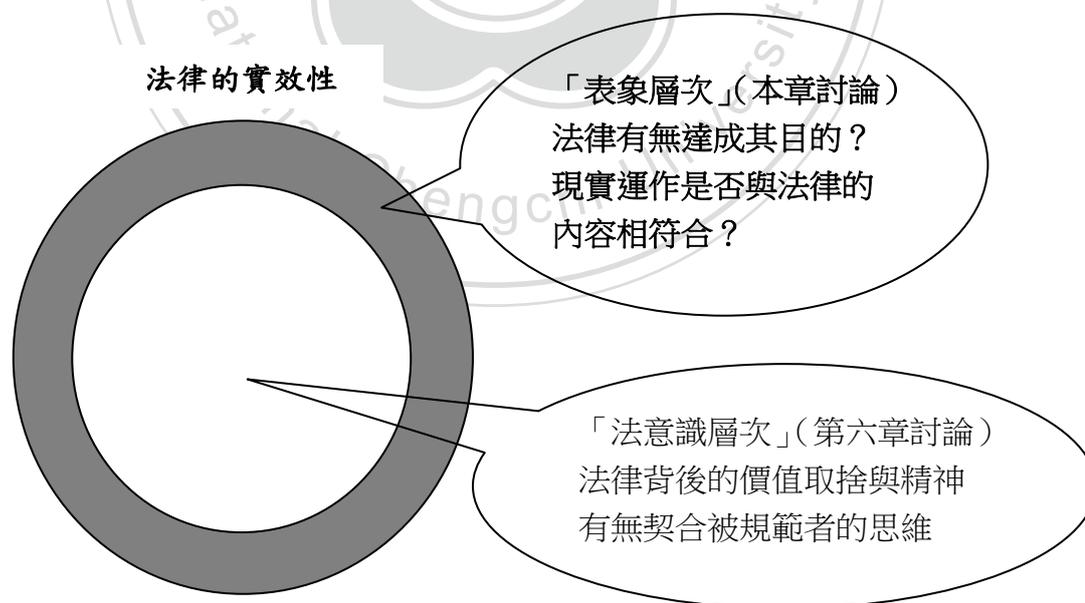
在本章的上一節中，我們曾經探討過德國命令異議制度在該國的社會意義。亦即，這樣的制度能夠在該國逐漸形成、被凝聚成為公務人員普遍的共識，到最後經過立法程序，成為一個實定法律而反覆地被履行和運作，其背後有該國歷史上深刻的教訓意義。不僅如此，德國在二戰後歷經了國家分裂、分治、既而又再統一的過程，對於該國公務人員傳統上的效忠意識與榮譽心影響甚大。命令異議制度實為一項回應德國社會變遷過程的產物。然而，上述的這些背景因素，在我國 2003 年修正公務人員保障法前後，似乎鮮少被提出來討論。如此「去脈絡化」的法律繼受背景，從本節前述的討論中幾乎未曾提及，即可觀察出來。

事實上，當我們反觀我國的公務人員體系發展，即可迅速察覺這其中的落差。由於歷朝歷代以來君主的高壓統治嚴重禁錮了文官的思想和言論，公務人員只能退而求其次，在執行行政事務上消極地只求不出錯、不得罪人，而能夠在官場上平穩度日；再加上官商勾結、貪污斂財、徇私亂紀之事也是時有所聞，遂造成一般人民心目中普遍對於公務人員不具信賴感、公務員的形象不佳和地位低落。在此背景下，欲引進不同文化背景的德國公務員命令異議制度，可想而知必然遭遇相當之困難。

第五章 從上下級公務人員的互動看命令異議制度的實效性

我在本文的第二章曾經提過，一個法律制度的建立，背後必定有其精神層面的價值取捨與規範設計所欲達成的目的。一般而言，「法律的實效性¹³⁸」除了在**表象層次**上，指涉法律制度在實踐的過程，能否達成規範設計所欲達成的目的以外；更重要的意義是，是在**法意識層次**上，這個規範背後的價值取捨能否在被規範者的心中紮根、為被規範者所認同，進而化為當事人的行動。

命令異議制度引進我國迄今已有八年，作為一個繼受自他國的法律制度，它在我國公務機關的實踐情形如何？有否達成其實效性？欲探究這個問題的核心，我們必然得逐步以二個階段來觀察、分二個層次來討論。首先，命令異議制度為公務體系的運作提供了一套機制設計，那麼，這個設計有無被公務人員實際的履行、施作？第二個層次是，公務人員對於這套機制設計的看法如何？在他們心中，互動行為之合法與非法之界限該如何劃分？在本章中，我將先討論第一個層次，藉由田野調查所蒐集的資料，分別以「長官對部屬的溝通方式」以及「部屬對長官的溝通方式」二節，來對命令異議制度在我國公務機關的法律實效性，以之作為我對命令異議制度在地實踐的第一階段初步觀察。至於第二階段的問題，我將在第六章中再深入討論。另外，針對如何強化命令異議制度的實效性，我和我的受訪者也作了一些配套機制設計的討論，這也將在本章的最末一節一併探討。



¹³⁸ 在此重申，我在本文中提到法律的實效性，並非意謂著我將法律視為是欲達成某種規範目的的工具，達成實效性也絕非等同是法律發揮解決糾紛的功能。在此，我將法律定位為人與人之間如何進行互動過程的規範、一種人們對於社會彼此關係該如何建構的認知。基於這個概念，我所說的「法律的實效性」，即為法律背後的規範價值和目的，是否被規範的對象所認同、接納，並化為行動、確實履行。

我在訪談的過程中發現，幾乎每一位受訪者，都曾經有過和長官意見相左的時候，受訪者或多或少都曾提及對於自己目前或過去的長官有些不滿。不滿的原因可能有很多，除了與長官個人的行事風格有關者占絕大多數之外，某些時候，長官下達一個讓人左右為難的命令也是原因之一。當我問及受訪者：如果對命令是否合法、合適，與長官有不同認知的時候，曾經選擇完全遵循公務人員保障法第 17 條的命令異議制度—服從義務、報告義務、請求書面下達命令—來進行互動者，只有一位。如果我再繼續追問：有沒有聽過或見過其他同事是依照命令異議制度來互動的？所得到的答案則都是否定。這個結果，除了透露出法律實效性不佳的高度可能以外，更令我好奇的是：既然大家都曾經和長官有過不同意見，若不是依照法律規範而行，那麼，實際上他們又是如何互動的？請見以下的討論。

第一節 長官對部屬的溝通方式

公務人員保障法第 17 條第 1 項前段規定：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。」

依照上述命令異議制度的規範，當基層公務人員認為上級長官的命令有違法之虞，並向長官履行報告義務之後，認為命令並不違法的長官，如果仍然要部屬執行命令，標準程序應當是以書面再次確認命令，同時亦免除部屬執行命令後所擔負的責任。然而，從下面的討論，我們可以發現：他們實際的作法，其實並非如此。

一、 面商溝通

通常在一般的情況之下，上級長官要傳達意見給部屬的方式，是直接以口頭下令。如果部屬對其提出不同意見，長官的作法時常是再使用一次口頭指示，要求部屬依照命令執行。不然，則是打電話或直接叫部屬進辦公室，當面溝通商討。在部屬對命令表達異議的情況之下，依照法律規定以書面下達命令的長官，可說是寥寥可數。

D：「我們上面的長官…他們可能會打電話來問問看，…這件事情到底

是怎麼樣？為什麼要這樣子處理？…他就會開始問下來：『喂，為什麼你要這樣子處理？』甚或就是叫你進去(辦公室)跟他面商、跟他報告：『到底是為了甚麼？違反了甚麼？以致於要這樣子處理？不能怎樣嗎？』」

而如果今天面臨的狀況有些「特殊」，即便是部屬極力勸阻，長官也更不可能主動以書面下達命令。這些「特殊」狀況，可能是該案牽涉特定的重要人士、有民意代表私底下介入關說、機關內部的默契或行之有年的慣例、內規(潛規則)。

C：「他(同事)就是現場會勘覺得不行、不能做、做了會出事，他也報告了，但是上面有壓力啊！…(長官跟他說)要趕快處理啊！想辦法簽啊！趕快簽啊！…趕快簽(公文)出來、發包啊！你懂嗎？…長官、首長，他們都是要面對議員啊。…有時候，(長官)被議員叫去，他(長官)又叫你一起去，然後，他就答應議員了啊！然後回來就說：『嗯…知道了哦…趕快簽一簽，趕快辦一辦！』、『你要趕快簽了，首長已經講過很多次了。』其實，我那時候已經知道，首長已經對我很不爽。但是他有一個特色就是說，跟我講話都用傳話的。」

上述這些特殊狀況，通常身為長官者自己也都心知肚明。他們為了不想惹事生非、不願得罪外人，所以只好回過頭來要求部屬執行一些不合常理、甚或可能不合法的命令。從另外一個角度來看，或許這也是機關成員在長期面臨外部壓力時，所做出的妥協與無奈選擇。

I：「我們那個地方，我記得是有兩家砂石車場是議員開的，所以從分局長一直交代下來到所長這邊，就告訴我們甚麼顏色、跟甚麼顏色的砂石車，不准開(違規罰單)！就是他們如果超載的話，我們都要假裝不知道，放了他們。就很不合理！」

有些時候，長官會技巧性的以稍微迂迴的方式對部屬傳達命令。這些時候，命令下達的形式，可以是透過口耳相傳，或者是以當面喝斥的方式對部屬施壓。這樣做，最終的目的，就是要傳達一些機關內部與機關外部之間的默契，或者是機關內部的一些潛規則。

I：「應該是說…我們也是聽說的。所長沒有正面跟我們說過，但是…可

能所長會告訴巡佐，那巡佐就會告訴我們，但是我們…不用說出來大家心照不宣！…新來的（同仁）…就去執行勤務的時候…就會（跟他）講。這真的是一種心照不宣，不用特別下命令，大家都知道的事。…有一次，我有一個同仁，…他就是硬開了兩張單。結果，那個議員…就把分局長罵個臭頭，所長又被分局長叫去，也被罵，都被罵得很慘！結果都回來罵我那個同仁：『你們都不會為我們分局著想、都不會為我們同仁著想！』。」

二、 頻退公文或推遲公文

前述的狀況，多半是發生在長官主動交辦業務的時候。如果是部屬承辦案件時，主動擬妥公文書向上級長官呈核的案件，長官則常常以原簽退回或推遲公文的方式，刻意迴避命令異議制度所設計的「書面下達命令」的責任。關於這部分，許多受訪者都有過類似的經驗。

受訪者 B 在接受我的訪談時，不斷表達他對這位才剛到任未滿一年的長官有多麼不滿。他認為這位新到任的長官，沒有前任那位長官來得有擔當。對於違法風險較高的案件（譬如：工程承包商請款的公文書），這位長官是找盡理由、能閃就閃，或者藉分層負責的名義，把公文決行的責任推給中間層級的其他長官。

B：「因為你有落你的章嘛，那就被抓到啊。…沒蓋章就表示我沒看到這個公文啊…我不曉得有這件事啊。…阿我們這個首長就是（說）：『（廠商）請款的（公文）就不要到我這邊來！』」

受訪者 D 則提到一個公文往返過程中常見的漏洞，那就是：長官看完公文後所作的意見和指示，通常都不願意在公文書上寫清楚；他們常常是直接把部屬找來面對面談一談，然後就當面把公文書退還給承辦人員，要求部屬依照其口頭指示的內容，重新再擬一份新的簽文稿呈核。

D：「因為我們會簽呈嘛，簽呈簽到上面，那長官可能想說，我們來討論一下，…那可能到他那邊就直接退回來，就直接建議你說直接去修改，…那就是退回來要你重寫。」

這個方法透露出一個問題：如果長官的指示有違法之虞，單純就部屬所重擬

的公文簽呈書面上來看，完全無法得知部屬曾經對命令表達過異議。不知情的人，還會認為這是部屬自行擬定的意見，事後如果追究起來，長官也僅負監督不周之責。面對長官類此這般「風險轉嫁」的手法，基層公務人員當然會心生不滿。

受訪者 C 則表示，他的長官喜歡迎合民意代表，和地方議員混得很熟，也從中獲得許多「好處」。但是，這個長官每次要簽公文都找部屬出面，甚至要求部屬自己想辦法解決問題。此舉，讓他非常不以為然。

C：「你（長官）既然當那個位，你也是這個背景的，你就應該自己去面對。可是他（長官）都是…要你（部屬）自己想辦法，就丟給你了啊！…吃香喝辣都是你，我幹嘛跟你扛？是你要答應（議員），出事是我，我幹嘛幫你扛？」

受訪者 F 說，她所承辦的案件，在委員會開會審查時，已經作成了否准的決議；不過，機關首長卻私底下要求要讓這個案件能夠過關。如此的情況，讓承辦人員陷入兩難。而更令她心寒的是，長官不僅不願意親自出席委員會說明溝通，也不願意勇於負責地把意見寫在公文簽呈上，甚至還以頻頻退公文的方式為難承辦人員，要部屬自己擔負違逆委員會決議的責任。

問：委員會決議不准，然後首長意見是准，這樣到底是要准還是不准？

F：「簽（公文）上去讓首長自己說准！…我跟你講，那個還算是有良心的長官。…他肯自己寫『准』這個字哦！萬一遇到有一些比較聰明的老闆，他就一直退你…一直退退退退…，退到你自己乖乖的寫『准』，然後就把帳算在承辦人頭上說：『承辦人自己說要准的，啊…就准吧！』」

三、貼便條紙

上述的這些作法，似乎都透露出長官有意無意地要規避命令異議制度規範的意思。而這樣一來，即便事後欲追究責任，大概也很難依照法律的規定「由長官負之」。為了避免直接在公文書上留下證據，聰明的長官絕對不會把有問題的意見大喇喇的表明清楚。當然，別說是直接寫在公文書上，他們甚至不惜改以黏貼便條紙等方式傳遞指令，甚而，這些寫在紙上的隻字片語，語意多半也相當曖昧。

F：「…因為我們老闆都是貼條子啊，就是那種 3M 那種，撕下來還無痕的那種，…他就貼條子，就退你啊！…他貼嘛…他一定會叫你重簽，（委

員會決議)不准的,要簽成准的…(條子上寫:)『不能准嗎?應該有解套的方法吧!』…」

我們不否認,大多數的長官的確都是認真負責的。然而,命令異議制度以「**長官書面下達命令**」作為基層公務人員對命令表示不同意見時,免除執行命令責任承擔的依據,這項設計顯然沒有獲得絕大多數長官的認同。不僅如此,長官實際的作法,反而是有意地要儘量避免留下書面的證據、儘量規避命令異議制度的規範。

或許讀者會認為,長官不欲以書面下達命令的情況,多半都發生在長官**明知**自己的命令違法之時。但是根據我對受訪者的觀察,他們實務上真正面臨的問題是:長官命令究竟合法或違法,時常是相當難以辨明的。而這樣的情況,無論是下令的長官或執行命令的部屬,都會害怕事後要承擔責任,也都會儘量試圖避開可能承擔事責的**風險**。關於這個風險的部分,我將於第六章再作進一步的說明。在實際的互動當中,即便部屬認為命令不妥適,長官若執意要部屬執行命令,他們也不曾意識到,此時應當給部屬一個書面的免責依據。長官的作法如此,那接到命令的部屬呢?他們怎麼應對?請見下一節的討論。

第二節 部屬對長官的溝通方式

面臨長官有違法、不適之虞的命令，受訪者普遍都有認知到應該要向長官提出報告。然而，他們時常會遇到的情況是：長官堅持己見、不聽勸阻。儘管大部分的長官都選擇依法行政，並儘量避免誤觸法令，但他們卻常常基於個人過去的生活經驗和認知，而欲從事一些似是而非、遊走法律邊緣的行為。基於此等經驗和認知所下達的命令，造成基層公務人員很大的困擾，特別是長官聽不進去部屬的意見時，他們更加為難！

H：「通常來講，有些長官陷於一種狀況，就是說：想要做一些似是而非的事，是因為他不知道那個底線在哪裡。因為他不是學法律的，他沒有那麼清晰。然後，因為他的生活經驗來看的話，他覺得…我又沒有做一、兩千萬的（採購），我只有做個…一、兩百萬，指定給某一個人…。行政機關很多啊！」

如此具有高度違法風險的命令，基層公務人員該如何應對呢？依照公務人員保障法第 17 條第 1 項但書：「但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。」以及同條第 2 項：「前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」的規定，上級長官的命令若違反刑事法律，部屬應當拒絕服從；若命令違反非刑事法律，且又不是以書面形式下達者，基層公務人員為了免除執行命令可能遭致的違法風險，以及後續可能承擔的事責，他們可以向長官請求以書面的形式下達命令。

然而，上述規範的設計，並沒有被基層公務人員廣為利用¹³⁹。而實際上，他們該如何面對長官，則又有另一門大學問。在這一部分，受訪者傳授給我許多琳瑯滿目的應對技巧。

一、 公文書打筆仗

受訪者 A 在分享她和長官如何互動時表示，如果長官的命令實在讓她太為難，她只好在公文書上下功夫。也就是說，在公文簽呈的「擬辦」中，列舉多項選擇，把自己的建議和長官的命令並列，讓長官來作最後的裁奪。這個作法，試

¹³⁹ 所有受訪者當中，只有一位曾經請求長官以書面下達命令。惟其依法請求書面下達的下場非常不堪，請見第六章的討論。

圖導入一個隱含在背後的意義：「長官才是作最後決擇的人」。

A：「其實這個問題喔…在我們以前討論過很多次了…我給他選擇啊…就是（簽呈）讓他二擇一呀，然後…選擇這個的，是長官選擇的喔！…其實有時候，公務員當久了，那個文字就是你的利器。…另外一個說法就是，我在這個過程（簽呈）中隱含是依誰的指示，就是這樣子。」

另外，她也提醒，簽呈文稿中即便技巧性的影射這個案件是依據長官的命令使然，也應當避免直接觸怒長官的言語。

問：「所以妳不會大喇喇的寫『奉鈞長指示辦理』這樣子？」

A：「直接這樣子寫的話，他一定會很不高興呀！當然，所以有時候當公務人員在打筆仗的時候，也是像律師在打訴訟一樣。…通常這些，如果在下筆的時候要想一想，你要寫起來讓長官覺得說不會很刺眼。…，這好像也是學問！」

二、 拖延辦案

「以時間換取空間」是大多數受訪者一致認為還算安全的作法。但這也不表示部屬真得也就只能坐困愁城。受訪者 A 面對長官的指示違反行政命令時，她的作法是先請長官等一等，然後再利用這段等待的時間，趕緊修訂公告內容來符合長官的要求。

A：「…這個過程當中，曾經被長官很不客氣的埋怨了一下，…所以，我是有讓長官稍微等一等，等我們修完公告…其實有時候時間是一個 key-point，…時間就是可以買一切的東西，就是說，你這件事情終究會過去…」

不過，也不是每一件事情都只牽涉到「修公告」這麼單純。受訪者 B 和受訪者 C 都表示，長官所下達的某些命令根本完全不可行，甚至明顯違法，而他能做的，大概也只有靜觀其變。

B：「如果我真的…已經很確定那件事情有問題的話，我可能會先拖。我就拖啊！我就不簽！一直拖、一直拖，…我就先拖了再說。」

C：「我有一個標案，首長交代的。…他轉述給我聽的時候，我就覺得…哪對？我說…怪怪的吧！那個案子我就是拖了一年，我都不簽！因為我覺得就是不對啊。」

H：「當這個條文（被長官要求）放進來之後，我個人其實非常大的抗拒，我甚至於不願意辦很多的會議。然後，…我又不能說：『不行！我不要！』，所以，我用比較怠慢的方式。…」

不過，拖延戰術也有它致命的弱點。因為承辦人民申請案件，依照規定都有所謂的公文時效性¹⁴⁰，如果任由時間流逝而不積極想方設法辦理，到最後，承辦人員可能會因為案件逾越了處理期限（一般簡稱「逾限」）而面臨懲處。

問：「我這樣問好了，有沒有那種承辦人真的有膽識到，連長官跟他講說這個…貼 memo 紙也貼了，電話也講了，當面叫來講也講了啊，我就是給他不准！？」

F：「有！放啊！就一直被退啊！…放著不辦，不然就是一直簽，然後一直被退！…最後，就逾限啊！」

三、 找同事一起負責，或索性更換承辦人

許多受訪者都和我提到，如果遇到問題，應該要找同事一起討論。事實上，讓事情攤在陽光底下，成為機關內部人人都可以議論的焦點，某些時候確實可以達到轉移長官的注意力、分散事責的功效。

C：「他的案子就是卡在那邊…，之後換承辦人…換一個約聘的做，約聘就簽了啊！是長官叫他簽的。…（長官）還跟我說：『你不用緊張啊，我們也會公開招標啊！公開評選啊！透過正常的程序啊！』我說：

『No..No..No，你們一開始就這樣子（綁標違法），我不配合，你要簽找別人簽！』…最後沒辦法啊，他只好找一個剛調到我們單位的人簽啊！」

¹⁴⁰ 行政程序法第 51 條：「（第 1 項）行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。（第 2 項）未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為二個月。（第 3 項）行政機關未能於前二項所定期間內處理終結者，得於原處理期間之限度內延長之，但以一次為限。（第 4 項）前項情形，應於原處理期間屆滿前，將延長之事由通知申請人。（第 5 項）行政機關因天災或其他不可歸責之事由，致事務之處理遭受阻礙時，於該項事由終止前，停止處理期間之進行。」

F：「…我聽過有一件事情叫做『換人辦』啦！我聽過『換人辦』這種事啦！」

問：「多久才會換人辦？從他（承辦人）開始硬要不准…？」

F：「…硬要不准很多次！因為有申覆你知道嗎？老闆就說：『好啊！我順你承辦人。』做個順水人情給承辦人，讓你不准。然後因為有申覆，可能在申覆的時候，你如果還是不准，他就會換人辦！」

值得一提的是，受訪者也強調：長官也絕不是省油的燈。就算真得要下達一個有問題的命令，長官也會精心挑選一個「適格」的部屬來執行。換言之，身為部屬，在機關內部形塑個人的風評、形象很重要，這將密切影響長官是否會交付不當或不合法的命令給你。許多受訪者都認為：如果一旦這一回讓長官吃到了甜頭，那往後如果再遇到類似這樣狗屁倒灶的事情，長官很有可能都會找你辦！所以，遇到這種事情，大家幾乎都能閃則閃，如果真得躲不掉，也會把事情攤開，或者讓長官吃軟釘子、主動換人辦！

A：「…把這種事情攤開，讓大家一起去決議，…變成是大家一起負責這件事情；或者是說…另請高明去做…，請他想辦法給其他願意配合他的人做，這也是一種方法。…有時候，在這個行業裡面，你的 reputation 怎麼樣，你要自己去建立。」

H：「我認為一個人在一個環境裡面累積的風評是重要的…。當你真的遇到這件事情之後，我覺得如果你認為它（長官命令）是真的有問題的，你為了確保你的家庭生活的安全，其實就是…不要做啊！你拒絕他啊！想盡各種辦法拒絕啊！…你可能要用另外一種方式，緩慢、無法處理的方式，讓他發現這件事從你身上推不動，讓他們碰軟釘子，讓他們選別的（承辦人）。…我還是比較選擇明哲保身的。」

四、 留存證據：保留便條紙、影印公文、寫日記

除了表面上跟長官相互過招之外，部屬在私底下也絕對不會閒著。有些受訪者會想盡辦法把長官下達命令整個過程的蛛絲馬跡，一步一腳印的記錄下來。在上一節中，我曾經提及某些長官會以黏貼便條紙的方式傳遞命令。如果長官貼了便條紙，部屬可以用膠水黏貼固定在公文書上、可以影印公文、也可以把紙條全部收集起來，連同公文書一起歸檔…等等，招數盡出。不過，如果遇到了行事比較謹慎的長官，完全不願意釋出任何「證據」，受訪者只好準備一本辦案日記本作記錄，目的當然是希望在緊要關頭能夠保住自己。

F：「…就把那個條子收起來。他會簽退，對不對？3M 沒關係…那我就黏膠水，膠水總是撕不掉！…那個充滿著貼條子的簽呈，就會被我們一起拿去歸檔。…第二招，條子跟那個簽，一起影印下來，就是代表說，我的簽呈被貼這個條子。或者是先把條子收起來，然後簽還是照樣上去啊，然後蓋蓋蓋…蓋下來之後，要歸檔了，再把那個條子貼上去！然後用膠水黏上去！然後再歸檔！…調出來之後就說，你看啊…充滿條子啊！」

F：「…貼 memo 紙算是好的長官哦！…我跟你講，長官分三級啦，第一級，就是你簽『不准』，他直接在上面批『准』。好！我佩服！他有擔當！他敢這樣寫！第二個比較有擔當的長官，就是貼 memo 紙給你，他留下證據！第三個就是直接拿到你面前叫你…退！…怎麼辦呢？就只好默默寫說，我幾月幾日被誰誰誰…（問：寫日記？）…對！我現在是做這種事啦，不要告訴老闆，拜託拜託！」

G：「我想如果公務人員要保護自己的話，有一些比較謹慎的（人），他自然會 copy 留底啊。…通常長官不會批示啦，退就退了。長官的意見沒有表達出來，他一定不會在上面批示。但是第二次送的（簽呈）跟第一次不一樣啊！那其實，如果是這樣的話，表示說我為什麼會改？表示說上面有意見，對不對？第二次簽跟第一次不一樣，表示第二次已經有別人的意志在裡面了。就是這樣！」

五、 祕密通知政風室

如果上述所有的方法都用盡，仍然無法擋下長官命令的執行，受訪者F提過：她曾經看過一位資深同事，主動跑到政風室去備案。

F：「…發生在另一個資深的同事，後來…就是老闆就一直跟他講說：『你要給它准』。最後，他就給它准，然後跑去跟政風室講！…他有去政風室那邊『書面備案』！…他就是跟政風室說：『以後出事不要來找我！』」

其實，仔細想想，去政風室備案的動機，無非也就是希望在承辦案件的當下，就把整個過程記錄下來、留下證據；另外，這樣的作法也和前述「找同事一起負責」起了同樣的功效，也就是提早把事情曝光，成為公開議論的焦點。

上述的這些應對方式，多多少少都反映出基層公務人員處在當下的無可奈何。或許這些方式看似有些消極，但是在整起事件的背後，往往都是他們在積極力挽狂瀾卻又無功而返時，心態上才開始轉趨被動。

H：「我讓我的長官知道我的底線會非常的清晰，我會一口拒絕！…我跟你說，某些程度我是白目的！只要你讓我覺得這件事情是風險高、有這種違法之虞的，我不碰！我隨便你！我沒有要陞官！I don't care！我覺得我一個月才賺幾萬塊，我絕對不做那種我回家之後睡不著覺的事！但是呢？你也要在你運氣好的時候啦！或許你如果在地方機關，你會遇到更不堪的結果。」

然而，當這些公務人員經歷了太多次的挫折，他們很有可能從此失望、就此罷手，對整個大環境缺乏改變的原動力。這些人當中，有些人選擇繼續默默承受，另外一些人則是選擇無聲無息的離開。

D：「通常我們比較聽話的單位，被叫進去講一講以後，可能我們會去檢視，為什麼我們要這麼做？那自己再多考量。…但是他如果真的聽不進去，我摸摸鼻子就出來。…我覺得真的要看長官的個性，今天如果他是可以溝通，我覺得我會盡力去跟他做討論，但如果今天他不是一個可以溝通的人，我覺得我們是選擇離開，或是就是我不講話耶！…會想離開，會申請調職。…對啊，如果真的是這個單位讓你這麼不舒服，常常會拒絕你或怎樣，你又不能用這種方式（請求書面下達）去反抗，我的方式是我會選擇離開啦！因為我是比較消極的人，我不會跟整個大機構或者這邊的大環境去做反抗。」

從本節與前一節的討論來看，目前基層公務人員與上級長官之間的互動，乍看之下仍然停留在各出奇招、各顯神通的混亂局面。如此局面反應出，上、下級公務人員實際的互動過程，仍然沒有能夠確實釐清責任歸屬，法律沒有能夠發揮它的效果，規範背後的目的沒有達成。也就是說，經過了第一階段的初步觀察，我們高度懷疑命令異議制度在地實踐的法律實效性可能不佳。

針對這種狀態，許多受訪者也曾經思考過，要如何建立一個有效的、制度化的運作模式，讓部屬與長官之間的溝通，不再永遠只是流於彼此猜忌、鬥智、相互過招的零和遊戲。關於這方面，請見下一節的討論。

第三節 強化法律實效性的機制設計

一、 建立「命令迴避機制」的可能性

命令異議制度該如何設計？受訪者 A 認為，既然部屬使用「拖延戰術」讓長官吃軟釘子、甚至到最後主動更換承辦人的作法，已經行之有年，或許將它檯面化、制度化，會是一個可行的解決方法。她提出一個讓承辦人員得以敘明理由，申請迴避執行長官命令的可能模式。

A：「(長官的命令)不是說公務員他不予遵從或者說就不遵從，而是可以申請迴避。比如說，他可以敘明甚麼樣的理由之後，申請迴避執行這個任務或者執行長官的指示。我倒是覺得說，不是說他就拒絕了這個長官。他自己也想要說，他為什麼不能執行…，他提出足夠理由之後，請長官改派他人執行。那如果這個人有足夠理由，他申請迴避的話…那OK嘛，這種我覺得倒是比直接就說『我不去執行』，或是我去拒絕長官的指令，這樣子要好一點。如果說一個公務員他申請迴避了，長官找其他人，也申請迴避了，那我覺得再更上一層的長官就要來看，這樣的指令是不是有問題？為什麼有不同的公務員都申請迴避執行這樣子的事務。所以我是覺得，應該讓基層公務人員對於長官的指令有申請迴避執行的權利，但是就是說理由要充分就是了。…我一直強調說，那個迴避的理由，還有迴避的次數，都應該是要考量的。」

不過，受訪者 A 的這套「迴避制度說」，也不見得所有基層公務人員都表示贊同。在我和受訪者 G 及受訪者 B 一同進行討論時，他們二位就異口同聲地質疑迴避制度的可行性。原因有二：一是公文時效性將因此被拖延；二是目前行政人力精簡政策之下，一旦承辦人員申請迴避，將造成無人接手案件的窘境。

B：「公文時效性拖了一、兩個月！」

G：「也不要讓其他同事…，你都不願意辦，你還給同事辦？同事會辦嗎？而且有一些事情，本來就是你的事情，因為(單位)裡面可能就只有一個工程人員、一個行政人員，那不可能把工程人員的(案子)給行政人員，行政人員不辦嘛！一定是這樣的啊！科室裡面就已經人很少了，怎麼可能再推給另外一個人？…因為時效上的問題。現在不是又要講求迅速，現在公務人員不好幹…」

B：「對啊…，你看還要在那邊回來給第二個承辦人，那個公文時效性，

恐怕在這個階段…」

G：「不過這樣的話，另外一個承辦員一定不辦！一定有問題！也覺得說：『為什麼要給我辦？』」

B：「相信能當公務人員，大家素質都差不多啦！」

G：「如果你有迴避，我第二個我也要迴避啊！你給我的時候，我同時就迴避就出去了。…那第三個…，一個單位裡面有這麼多冗員嗎？」

二、 電子公文書線上簽核

受訪者 B 表示，拜節能減碳政策之賜，現在的公務機關已經開始推行公文無紙化，也就是電子公文書線上簽核的措施。這種作法，其實可以看作是以往承辦人員私底下收集便條紙、影印公文書、寫日記…等等「保留證據」方法的變形。無論長官的指示以何種方式傳遞，電子公文系統都能明確記錄下承辦人員登錄、製作，以及長官簽核、決行的時間。這樣的模式，讓基層公務人員認為是一個比較有保障的作法。

B：「目前推行公文線上簽核無紙化，你甚麼時候上網都會有時間點啊。…因為無紙化了啊，長官會私下找你過來談，談一談你再回去，他要你修，那你再上網去打（公文）的話，一定會有一個時間點嘛！你第一次簽，跟第二次簽，時間一定不一樣啊！…一定有問題嘛，（不然）為什麼要再簽第二次？！」

G：「改的原因，當然不一定說是違法，（也可能）是說你簽的不夠周延。你要加強它的周延性，回來再改，或者是有錯別字。時間點都可以追查出來。」

B：「對啊，因為電腦檔案都還在啊，那就可以看出承辦人第一次簽跟第二次簽不一樣。這中間是不是有甚麼…過程是怎樣？承辦人就講說：『啊我就被長官叫去啊！溝通之後…』…那簽的內容為什麼不一樣？叫去問就知道了啊：『…啊就我們上級機關把我們叫去，說這個案件怎樣怎樣…』…那你如果是紙本的話，也許就撕掉了就不見了。」

三、 公文書會簽法務人員或政風單位

受訪者 G 提到，他所任職單位的內部編制有法務人員，外部編制也有政風單位。很多時候，法務人員及政風單位的編制，可以免除單位內部長官和部屬溝通時的尷尬，以及一些不必要的困擾。從另一個角度來思考，這個作法其實也就是過去承辦人員常常使用的招數：「找同事一起負責」。只不過在這樣的會簽機制

當中，承辦人員的同事換了一個身分，變成一位專責的法務人員或政風人員罷了。

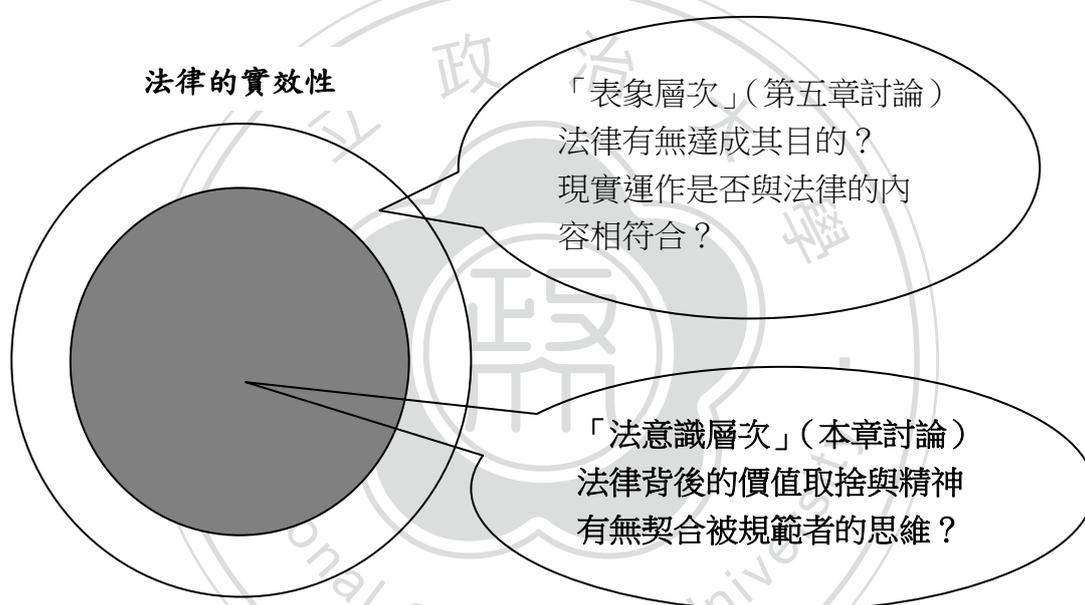
G：「有時候，這個觸法的問題，誰也不想去擔。其實我們大部分…比較聰明的作法哦，是不會去…所謂跟長官硬碰硬。我們是會…就（簽）會我們的法務人員，請他表示意見。那請他表示意見的時候，我們就會把我們的疑慮跟他講。其實，我們的法務人員看得比我們更廣，說不定我們沒有這一層顧慮，他還會在上面寫有這個顧慮。那有一些，我們認為沒有觸法，他認為有觸法，他也會幫我們寫下去。所以我們這邊的好處就是說，我們認為說有適法性的問題，有疑義的時候，我們就會我們的法務人員，把我們的想法跟他講，他就會在（簽）上面表示意見。…如果我們的法務人員表示意見，我們的長官通常都會尊重法務人員。畢竟一個單位裡面，我們有法務人員之外，我們還有政風單位。有時候，如果很敏感的問題，承辦人員可以（簽呈）加會政風。我想長官也比較知道說，這一個事件或者是這一個公文的嚴重性，或者是法律的考量性。他會比較多方考量，不會就妄下斷令。…所以，這個法條…我覺得…是不錯啦，但是，我們單位可能比較不適用。但是其他行政機關，如果要用這一條，還真得是不曉得怎麼用勒！因為，你要請長官（書面下達）…，（長官）拒絕的時候，視為撤回命令，那你那個案子就沒辦法執行啊！」

從這些討論可以讓我們了解，法律實效性的達成並非理所當然。實現規範的目的，必須藉助於許多配套機制的輔佐。但是，討論如何強化法律的實效性，如果只是圍繞在制度該如何設計才符合現實狀況，顯然還是不足。事實上，以法律為中心的角度，靜態地去理解法律的實效性，只不過切中問題面向的一半。問題的另外一半，應當從被規範者的角度作動態的觀察與思考，並進入被規範者所置身的情境當中去感同身受，才能理解法律達成實效性真正的困難之所在。也就是說，強化法律實效性的關鍵因素，在於法律制度背後的規範精神和價值，如何能得到被規範者的理解和認同？現實場合如何營造一個有利於被規範者確實遵守法律制度、對規範心悅誠服的環境？

針對上述的兩個問題，我將在後續的兩個章節中，進入法律實效性意涵的第二個層次，分別從公務人員的法意識，以及實際場合中規範交錯的困境來討論。請見以下的討論。

第六章 公務人員的法意識與合法/非法的界限

在上一章裡面，我們討論了命令異議制度在我國公務機關的實踐情形。看到了現實運作的情形與制度設計的落差，讓我們懷疑命令異議制度可能未達成其實效性。本章中，我們將再更進一步探究這個問題：何以現實運作與制度設計會有落差？亦即，我們要進入法律實效性的第二個層次，去理解公務人員他們的想法是甚麼？在他們的認知裡，哪一些行為是符合規範的？又有哪一些行為被認為是不符合規範？在他們的行動中，合法與非法之間的界限如何劃分？公務人員對於命令異議制度所欲規範的「上、下級公務人員如何進行互動、責任該如何分擔」的法意識如何？公務人員的思維邏輯如何？又與命令異議制度是否相契合？



為了能夠清楚地說明，我將討論的順序安排為：分別由命令異議制度的三大構成要件，來一一檢視公務人員的法意識，藉此瞭解兩者之間是否已然達成契合狀態。我們知道，命令異議制度的條文本身有三大構成要件，分別是：公務人員的服從義務、對有違法之虞之命令的報告義務，以及請求長官以書面下達命令。其中，服從義務乃是重申過去公務員服務法第2條的規定¹⁴¹；引進命令異議制度的精神，主要在於報告義務以及請求書面下達命令。以下，我將先從公務人員對報告義務以及請求書面下達的法意識切入問題，探討在公務人員的法意識中，存在著一套有別於實定法律、但卻具有拘束效力、具備真正實效性的實質規範體系，並分析這個實質規範體系與命令異議制度之間的衝突與矛盾。最後，我將再回過頭來，討論公務人員對服從義務的法意識。

¹⁴¹ 公務員服務法第2條前段：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從義務。」

第一節 白目？—從報告義務看命令異議制度之外的實質規範體系

修正後的公務人員保障法第 17 條有一個制度上的大轉變，那就是使「命令異議」成為公務人員的一項「義務」¹⁴²。面對長官有違法之虞的命令，公務人員不再能夠自由選擇「陳述意見」與否，而是對長官負有「報告義務」。

所有的受訪者對於「報告」成為自己的一項「義務」，普遍都能夠認同，也都覺得這是身為部屬本就該盡到的責任。儘管如此，這並不表示他們就對於報告義務全然沒有意見。對於部屬究竟該如何跟長官報告？這些受訪者可是各有心酸血淚、也各有「學問」！

受訪者 H 在和我進行訪談之前，恰巧才剛從一位長官的辦公室履行報告義務回來。她和我分享了許多她個人對「跟長官報告的時機與方式」的經驗之談。她提到：如果向長官報告的目的，是要表達不同的意見，那我們身為部屬者，應當先培養自己的能力，努力去了解長官的特質。因為，唯有如此，才能知道長官能夠接受部屬以何種方式向他報告。受訪者 H 負責承辦的業務是草擬法案條文，在辦案過程中，她必須時常和長官交換意見。然而，由於長官往往並不了解法律，溝通的過程很容易流於情緒化。這時，該如何報告，就考驗著承辦人員的耐心與能力。

H：「…我這個長官是一個非常簡單的人，他從來也搞不清楚我的法案在寫些甚麼。…工作上面，我剛剛有提到：我不認同（這個長官）。而且這個人脾氣很不好，非常會罵人！那我是從事推動業務的科長，我怎麼辦？…我不能不讓你（長官）知道這件事，對不對？我知道你很不想知道，所以你用罵的；因為你不想聽、因為我的東西太難，要傷腦筋。但我還是會跟他講，讓他邊罵、我邊講。…我讓他講完，繼續跟他報告。我一定要讓他知道這件事，這是我的原則、這是我的個性。」

對於「該何時」、又「該如何」跟長官報告，受訪者 H 向我耳提面命：「要察顏觀色！」。這當然必須要依靠部屬平常用心去了解長官的特質。只要肯用心，久了之後，就會比較能夠拿捏該如何與長官溝通，也比較不會害怕。受訪者 H 的這位長官後來離開了這個單位，換來了另外一個長官，新長官的特質又和先前

¹⁴² 公務人員保障法第 17 條尚未修正之前，部屬對於長官之命令有陳述意見的自由。這個規定見於公務員服務法第 2 條但書：「但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

的那一位相當不同。當然，該如何和長官報告，也就必須因人而異。

H：「…後來的這個長官，我就會發現他的特質是甚麼？哦…他是一個非常積極的人。跟之前的長官是完全不同的。這個積極的長官會面臨一個問題，就是說，他會一直往前衝，你要一直拉他、一直告訴他：『你這樣不行哦，你會怎樣、你會怎樣。』然後呢，你會發現，這個長官其實會聽。那當然，你要做更多。而且，你在說話的時候，會發現好像就不需要再像過去那麼用力。因為，從前都要撐住、撐在那裏，有些時候跟他用吵的。這個長官不用，就是很循序的報告就好了。」

除了平時用心了解長官的特質、需要，以及臨場時的察言觀色以外，部屬在向長官報告的當下，還有一個非常重要、必須謹記在心的，是要知道長官在甚麼時候、甚麼場合「要面子」。這個顧慮的背後，原因其實非常單純，因為不管是長官和部屬，我們都是人，我們都有感覺、都需要被尊重。

H：「面子是一定要顧到的！我這一點是學很久才學會的。…你一定要顧慮到長官的面子，這樣你的事情處理上面，會比較順暢。因為顧到他的面子，也不會因為這樣，而沒有達到結果，那為什麼不顧？可是，我從前不是，我從前的想法也很奇怪，我有時候我回頭去想，我那個時候在幹嘛？我真的不知道耶…，就傻傻的一直做事有沒有？我都忘記別人是人，這樣是不對的啦！」

然而，眷顧長官的面子，並不等於就是要極盡阿諛奉承、虛偽之能事。因為這種方式會適得其反，無法獲得別人打從心底的尊敬。這往往造成當事人說出去的話，容易讓人理解成為有另外一個層面的意義。到最後，這個環境裡的人也就無法開誠布公的接納你。

H：「…但是呢，我是覺得很多人把這樣子的方式，弄得非常得虛偽。我不曉得你的感覺如何？虛偽的意思就是說：雖然表面是這樣，但是事實上你可以感覺到…就是皮笑肉不笑啦！我比較不願意那樣子。…當我不太能對你這個人感覺到尊敬的時候，我唯一的辦法是…不接觸。但是你要我昧著良心跟你說虛偽的話，我做不到！不講話！只能這樣。至少久了之後，大家就會瞭解…哦…這個人是真實的。所以呢，你的話反而比較容易被接納。那如果你常常講的都是一些應付性的方式，久了就會知道其實他講的有另外一個意涵，所以他們不會馬上開誠佈公的接納你。這個都會型塑你在一個地方的風評。」

上述這番談話，或許讓人覺得有些老生常談。然而，不可否認的，它在公務機關的確是一個普遍具有相當拘束力的規範。部屬向長官報告時所要遵循的，絕非僅止於是公務人員保障法第 17 條所規定的：「…如認為該命令有違法，應負報告義務」這麼單純。履行報告義務如果違反了上述的規範，後果可是非常嚴重的。讀者如果看完以下受訪者 D 這位同事的遭遇，或許就可以明白。

D：「我之前有一個同事確實是這樣。譬如說，我們公務人員剛受訓還在實習的階段，是不能核章、不能承辦任何的案件。那確實，是有同事他會捍衛自己的權益，他覺得：這一個月你不能叫我辦任何的公文，他就極力的抵抗。而且，他會告訴我們的長官說，人事處或是甚麼樣的單位有告訴他：『這一個月內不能核章喔。』他只是很老實的作這樣的報告，可是就是馬上就被轟下來。…（長官）就是覺得說：『以前都不會有人這樣跟我反應耶，你現在剛進來，你就這麼了不起，跟我講這些話！然後，你還拿別的單位的這些規定來壓我，才剛進來就這樣的態度，以後怎麼辦？』…就會瞬間被打壓下去。…（那個同事）很白目！還是繼續說，我真的覺得這個人（同事）真是沒救到極點了。不過，他也就瞬間就離開了！…就覺得就不適合，就請調走了吧！」

事實上，新進公務人員在報到後第一個月的實習階段，依規定本來就不應該具名辦案¹⁴³。這個規定除了在避免公務人員因不熟悉業務導致辦案時造成錯誤，也是在保障公務人員免於在無知的狀態下，因辦案而誤觸法令。

然而，當一個新進的公務人員，在第一天上班時就被長官要求開始具名核章、辦案，而且這已然是機關內部行之有年的慣例時，承辦人員究竟該如何主張權利？該如何向他的長官履行報告義務？這種困難，不但是受到長官的喝斥而已，令當事人感到更大壓力的，是周遭的同事也「看不下去」！讓我們看看受訪者 D 對於這個同事的看法。

D：「…我會覺得，我不喜歡這種人的原因會是，對啊…是我們的權利，可是我沒辦法接受說，你這麼捍衛你的權益、你自我意識這麼高耶！因為我們是一個 team，我們要做很多事情，我們每天都要顧慮你的權益，那我甚麼事都不用做了啊！我自己…你看是同樣這單位的同事，我都會

¹⁴³ 依據「公務人員考試錄取人員訓練辦法」第 32 條第 1 項規定：「受訓人員於實務訓練期間，各用人機關（構）學校，應指派專人輔導之。實務訓練分實習及試辦二階段實施，自向實習訓練機關（構）學校報到接受訓練日起一個月為實習階段，其餘時間為試辦階段。但實習階段時間不含基礎訓練。」同條第 2 項規定：「實習階段，實務訓練機關（構）學校應安排受訓人員以不具名方式協助辦理所指派之工作。試辦階段，受訓人員應在輔導員輔導下具名試辦所指派之工作。」

沒辦法接受，更何況是長官呢？…沒辦法，制度就是這樣啊！可能，會吵會鬧的，永遠都會有糖吃！我們覺得我們沒有受到公平的待遇，但是，相較於其他非公家體系，我們覺得其實自己還不錯吧！而且，也覺得沒有空跟你去吵那些啊！就很多事情要做，然後，我怎麼可能還跟你去計較說…喔…你們考績甚麼…加班費甚麼碗糕，就很細的東西，甚至是(放)假，沒得放也就這樣，不然怎麼辦？對啊！」

我必須補充說明的是，上述這般血淋淋的教訓絕非單一個案！同樣的事件，經常發生在公務人員保障暨培訓委員會（簡稱「保訓會」）的再申訴案件當中。舉例而言，讓我們看看以下這一則保訓會再申訴決定書中所提到的理由。

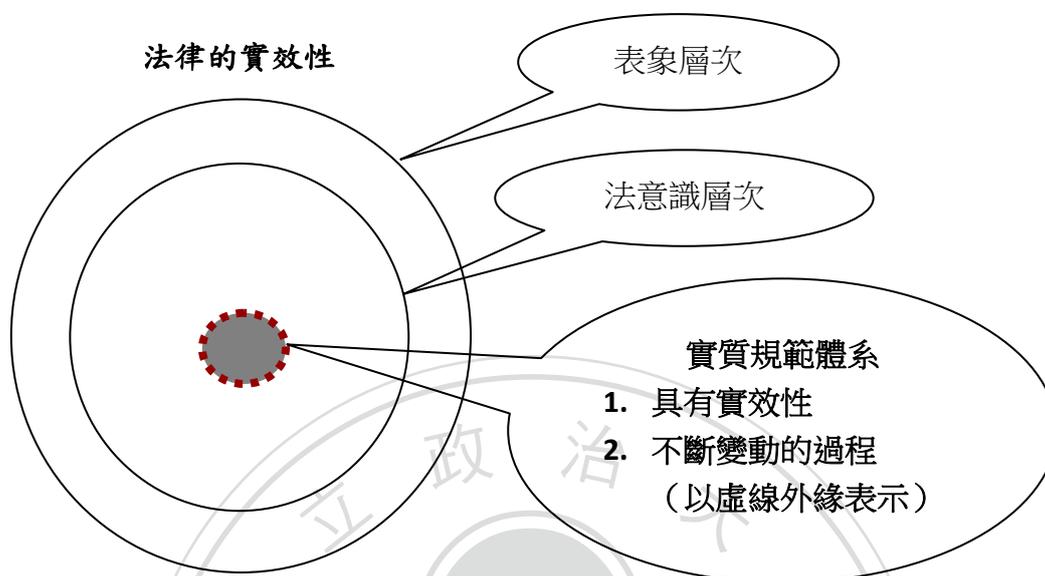
「…再申訴人非但拒絕會簽該簽呈及銜接該業務，並以非謙恭有禮之態度及非理性之言語回應林課長，嗣雖經該課林課長多次溝通，再申訴人仍然拒絕承接業務，且於溝通過程中，以非謙恭有禮之態度及非理性之言語回應……是再申訴人違反服務紀律、言行不檢有損公務人員聲譽，及誣陷侮辱長官之行為，亦足堪認定。……公務人員對長官於監督範圍內所發命令，如無違法疑義，即應服從長官之命令，本件再申訴人對於長官所為之職務指示如有意見陳述，允應以謙恭有禮之態度及和平理性之方式為之，以維機關和諧…」¹⁴⁴

如果我們仔細想想，便可以發覺：命令異議制度雖然課予了公務人員「報告義務」，但是在法條文字上，卻沒有任何能夠教示公務人員該「如何報告」的規範。換句話說，在實定法律的解釋上，全然合法的行為，在實際履行的過程中，卻有可能因為某種原因而被認為是不合法的。之所以如此，是因為在實定法律的規範體系之外、現實場合的運作之中，隱然存在著另外一個不被人們清晰地述說、但卻又緊緊拘束著每一個人而被反覆遵循的「實質規範體系」。這個真正具有實效性的實質規範體系，在實定法律的影響之外，重新塑造了公務人員對制度規範的法意識，也重新對於每一個行為在合法/非法之間的界限，作了一次不同於實定法律規範的認定。

在田野調查的過程中，我發覺並非每一個受訪者對於「如何履行報告義務」的看法都完全相同，甚而可能在他們的公職生涯過程中，隨著工作年資、機關環境的不同而有些許的差異。這一點告訴我們：這個「實質規範體系」並非一成不變，它是一個動態地、不斷進行解構、建構、反省、檢討與補強的過程。也就是說，實質規範體系不僅持續影響、塑造公務人員的法意識，它也不斷地被公務人

¹⁴⁴ 公務人員保障暨培訓委員會 93 年公申決字第 0275 號再申訴決定書。

員的法意識重新塑造。每一次當有人對它進行衝撞，都會促使置身在這個規範當中的個人，重新再對既有的實質規範體系作一次檢視，也同樣是對於合法/非法的界限，再作一次重新界定、再對它給予一定程度的回饋。



除了理解實定法律之外存在著另一個實質規範體系，我們還得再深入一個層次，討論實定法律與這個實質規範體系之間的摩擦和矛盾。提出這個問題的背景，來自於履行報告義務要付諸實踐往往面臨許多苦惱：究竟怎麼樣的行為，算得上是一個合法的「報告」？



v.

命令異議制度 ?

說得更明白一些，因為實質規範體系的存在，如果部屬向長官「報告」的時候，因為語氣過於激動或聲調太過高亢，是不是會因此就被認為是「言行不檢」而遭受懲處？然而，反過來說，如果因為害怕得罪或觸怒長官，語氣太過婉轉，或談話方式過於迂迴，是不是也可能被認為是「沒有報告」？而部屬究竟有無向長官報告，時常是在實定法律的救濟程序中，作為釐清兩造雙方責任分擔時的重要參考依據。如此矛盾的處境，讓基層公務人員在循求行政或司法救濟的過程中，顯得特別弱勢¹⁴⁵！在我向受訪者E解釋法條文義時，她突如其來的一句話，點出了這個問題的無奈。

問：「…你看這個法條的內容，通常我們會一眼望過去，覺得跟我們權

¹⁴⁵ 看看保訓會的再申訴決定書，讀者就可以知道：原來有這麼多基層公務人員，因為和長官「報告」時口氣不佳，或者沒有用謙恭有禮的態度來報告，就被扣上一個「言行不檢」、「違反紀律」的大帽子。

利有關的，是可以請求他書面下達，然後到時候這個長官他必須負責這樣。…就是你要服從義務、你如果認為違法應負報告義務…」

E：「…你要怎麼證明你有報告？！」

事實上，公務機關的實質規範體系內容多如牛毛，這些大多是機關內部許多行之有年的經驗或便宜行政，長久以來所慢慢累積而成。而這些往往就成為長官對部屬下達命令背後的重要基礎。承辦人員倘若對之「異議」，不但可能讓別的同事不好辦事，還會被認為是在「吹毛求疵」、「龜毛」，更讓人感覺是在質疑過去相類似個案當中的當事人，甚至是對整個規範體系的否定。但是，如果部屬對之服從，恐怕又不符合社會觀感或社會期待，他可能面臨輿論壓力，或者可能因為違反實定法律，而遭受懲處或刑罰。

在公務機關中，如何跟長官作「報告」，確實是一門官場哲學。特別是部屬想要讓長官知道他的命令「有問題」的時候，事前的察言觀色、選擇適當時機及場合，如何用委婉的口氣，甚至是迂迴的話語作「溝通」，在在考驗著基層公務人員是否理解這一套實質規範體系。也就因為如此，履行報告義務如果稍有不慎，可能就如同前述所提到受訪者 D 的同事一般被轟的下場。而此般「委婉」、「迂迴」的「報告」，到了雙方要對簿公堂時，究竟該如何舉證說明確實已履行報告義務？恐怕將成為一大挑戰！

本節的討論讓我們瞭解，在公務人員的法意識中，存在著一個不斷在進行變動過程的「實質規範體系」。從基層公務人員對於履行報告義務之合法/非法界限的認定，與命令異議制度所規範之差異，輔以受訪者所提及的實際案例和保訓會再申訴案件，顯然讓我們知道：實質規範體系的內部結構有別於命令異議制度。然而，接下來的問題是，實質規範體系的內部構造又是甚麼？它是否也類同命令異議制度一般，具備其特有的「法律構成要件」和「法律效果」？請見以下的討論。

第二節 黑掉？—請求書面下達命令的標籤化作用

在上一節當中，藉著探討履行報告義務在公務場合所遭遇的困難，讓我們了解公務機關存在著一個有別於實定法律的實質規範體系，也看到了這個實質規範體系與實定法律之間的摩擦與矛盾。在本節中，我將討論命令異議制度的另一項新的設計—請求書面下達命令。藉由這個新制度與公務機關實質規範體系之間的互不相容，可以進一步探究實質規範體系的內部結構，並以此討論它是如何塑造公務人員的法意識與如何進行合法/非法之間界限的認定。從而，我們可以理解被規範者法意識的思維邏輯是否與命令異議制度相契合。

命令異議制度中最重要、也是最特殊的一項設計，在於基層公務人員能夠請求上級長官以書面下達命令，並以此作為免除責任承擔的依據。不過，如果沒有切身投入公務機關、實際從事行政工作的經驗，一般人恐怕很難想像，部屬要將「請求長官書面下達命令」付諸實踐，究竟有多麼困難。

當受訪者被我問到，是否曾經「請求長官以書面下達命令」時，絕大多數受訪者都否認。如果進一步問及對公務人員保障法第 17 條「請求書面下達」的看法時，幾乎所有公務人員都異口同聲：「實用性不大！」¹⁴⁶、「非常不可行！」¹⁴⁷、「萬萬不可行！」¹⁴⁸、「這種話不要開口！」¹⁴⁹。只有極少數公務人員認為法律的規定還算是明確¹⁵⁰，惟若再進一步追問這位受訪者，是否會向長官請求「以書面下達命令」時，這位受訪者又否認自己真的敢這樣做。一位受訪者也分享了自己向長官請求書面下達命令的下場：「黑掉！完全黑掉了！」¹⁵¹弔詭的是，幾乎所有受訪者都認同公務人員保障法第 17 條的這個「請求書面下達」應該存在，他們認為天底下一定有人「需要」這一個法律條文；甚至認為，或許自己也會有需要用到這一條的一天！

究竟是甚麼原因，讓「書面下達命令」這個請求，這麼難以說出口？請見以下的討論。

¹⁴⁶ 受訪者 A。

¹⁴⁷ 受訪者 B、D。

¹⁴⁸ 受訪者 D。

¹⁴⁹ 受訪者 H。

¹⁵⁰ 受訪者 B。

¹⁵¹ 受訪者 C。

一、 黑掉：一個被標籤化、污名化的狀態

一般而言，實定法律的規範結構通常都具備了所謂的「法律構成要件」以及「法律效果」。然而，公務機關的實質規範體系，是否也同樣也具備了類似的規範結構？從而，被規範者如果實現了某些該當不法構成要件的行為，他是否也必須面臨一定程度法律效果的制裁？

受訪者 A 以自己現在身為一個長官的身分告訴我：如果部屬向她提出書面下達命令的請求，會讓她感覺到和部屬之間的關係處於緊張狀態。部屬有這樣的行為，很可能會在長官的心目中留下一個「記錄」，也就是被貼上標籤。她語重心長地告誡我：身為部屬者，最好還是不要輕易嘗試請求長官以書面下達命令。

A：「…這個樣子，會讓當長官的處於緊張的狀態，然後對下面呢，我覺得他（部屬）做了這種事情（請求書面下達），他也留下一個記錄，那也是不好，…再回頭過來說，還是實用性不高啦。最好不要再走到這一條（規定）上面。」

至於說，這個「標籤」到底如何？受訪者 B 對我說，從他的認知看來：是否會請求長官以書面下達命令，其實跟承辦人的個性有關。他的話語中，隱約暗示這種人在他心目中的負面印象：會請求長官以書面下達命令的承辦人員，應該是屬於那種個性比較衝動的、比較不會謹慎思考的那一種類型。

B：「…除非承辦人個性很強，以我的個性我可能不會（請求書面下達）。有些人，就像○○○（指涉特定對象），他的個性可能就會，你沒聽他這樣講：『啊，就變成很黑啊！』」

受訪者 C 直言，我們的官場文化根本就不歡迎這種「會請求長官書面下達命令」的人！部屬要請求長官以書面下達命令，在現實環境上根本就是無稽之談！面對部屬這種行為，長官心裡頭會納悶：「到底是你是長官，還是我是長官？」他還以自己的親身經歷的慘痛教訓，告訴我「請求長官以書面下達命令」的下場，就是「黑掉」！

C：「…我們的文化就不是這樣啊！…我們的文化，在那種機制運作下，我們要的是聽話的人。所以你剛剛那一條（條文），就莫名其妙產生的啊！…我曾經跟主管說：『請你下條子！』，他居然會直接反應：『你真

的要我下嗎？」，對不對？不要說甚麼，當這句話說出口，你這個人就是黑掉了啊！不用說甚麼，絕對黑的啦！他第一個反應就是這樣回答你，你不黑掉嗎？在他的認知就是覺得，這不應該的嘛！你來要求我下條子是不應該的！…只要人家一說：『請你書面下達指示』，這個關係就是 OVER 了啦！…我覺得這條文本太理想了！」

從受訪者的言談中，我們仍然沒有辦法清晰的描述公務機關實質規範體系的「不法構成要件」，但是，這已經足以讓我們知道：實定法律中全然合法的標準作業程序—請求長官以書面下達命令—，很有可能在實質規範體系中，實現了某一個「狀態」。這個狀態，與實定法律體系中所稱的「該當不法構成要件的狀態」有些近似，一般統稱之為「黑掉」。然而，有別於實定法律體系中「不法構成要件」的明確性和安定性，「黑掉」的狀態卻因為伴隨著實質規範體系的不斷變動，而同樣具備了相當的變動性，也增添了它的模糊性。

儘管沒有明確和穩定的不法構成要件，實質規範體系仍舊有其清晰可見的「後果」。至於，黑掉的後果究竟如何？請見以下的討論。

二、 黑掉的後果 I：立即封殺、打入冷宮、發配邊疆

受訪者 D 認為，公務人員的性格本來就是（該）比較偏向保守。「請求長官以書面下達命令」看她的眼裡，是一種偏激的反抗行為！她甚至不諱言地說，部屬這樣做根本就是「白目」！和受訪者 C 一樣，她同樣也認為這種行為是在挑戰、質疑長官的權威，會「黑掉」！。黑掉的法律效果如何？受訪者 D 有了更為深刻的描述。

D：「…我覺得（這個條文）非常不可行耶！…講白一點，不會有人這麼白目！…我覺得我們不敢去侵犯長官的權威耶！今天我（長官）跟你講了，你還聽不懂嗎？還要我寫這個（書面）？你是甚麼意思啊？！我覺得你這樣在挑戰他耶。太可怕了！」

問：「所以你覺得這個所謂的『請求書面下達』，這件事情看在長官的眼裡，長官的感受是…？」

D：「笑話！！…覺得你是個非常奇怪的人！然後，可能立即就把你封殺掉了！…你可能會被調離現在的職位，你可能永遠都不會被受到重視或第一個在升遷的時候考量到你。…所謂的『打入冷宮』！因為像我們單位，下面很多二級單位，就是很奇怪的二級單位，但是它也是有正式的編制。那你可能在表現這塊沒有處理好，或者踩到我哪邊的底線，我

覺得你不 OK，然後我就把你調離，但是職等是一樣。只是你在那邊就完全是發配邊疆，不會有人對你理睬。」

同樣提到會被長官打入冷宮、發配邊疆的，還有受訪者 I 及受訪者 E。受訪者 E 也和受訪者 C 所提到的一樣，認為長官就是長官，「要求長官」不是一個部屬應該做的事。

I：「…（派出所）所長的權力就是這麼大。…他只要跟分局長說：『我不要這個警員，他在我們（派出）所裡面不好。』他就會被調到那種『警備隊』，就是被冷凍的意思啦！那裏面全部都是風紀有問題的警員，或者是被所長踢出來的警員。你進去那裏，就是被烙一個標記！」、

E：「我覺得很難，真的！我覺得他如果這樣子，那你要叫他：『長官，請你寫下來！』我覺得這在實際上很困難！…因為他是你的長官！」…問：「長官的感受是怎樣？」

E：「這個人就打入冷宮！」

或許你以為發配邊疆之後，事情就結束了？事實上不然！受訪者 D 說：因為公務人員的社交圈子太過狹小，即便是當事人已經自願或被迫調職到另外一個單位，他仍然也逃不出原機關長官的魔爪。當事人在原機關所經歷的風風雨雨，將轉化為茶餘飯後之餘的八卦，四處流竄在公務界。這將造成黑掉的當事人，不管調到甚麼單位，都無法逃離這個陰影、都無法擺脫這個黑掉的標籤。

D：「…其實，我覺得公務界圈子其實很小，你今天不可能在這邊惹惱 A，調到 B 單位就沒事。我覺得不會。大家都是很愛八卦、很愛講話，越是保守的團體越是這樣。所以，不會有人挖洞給自己跳，…我真的覺得，這個（條文）是在挑戰上面…。其實，（條文）書面讀起來是不會有太大的感覺，覺得就一層一層下來，…可是在實務面操作，我自己認為是沒辦法！…我們會大概知道有這樣的程序，但不會想要真正用在自己身上。」

除了對長官請求書面下達的困難之外，受訪者 C 也以自己的經歷現身說法。他說過去他的確曾經明白地向長官請求過書面下達；然而，他將法律規定付諸實踐的下場，就是遭到長官無情的報復！

C：「有啊…這一條（條文）我有給他（長官）看啊！…E-Mail 啊，我有寫這一條啊！…（長官）就氣炸了啊！…我那時候就跟他講說，我就根據這一條…我拒絕（執行命令）啊！但是，他會跟你說：『我們認為沒問題啊！』…我應該這樣講好了：我負責的案子，單位裡面列為重大政績，為了這件事情，一般都有被敘獎、記功啦一些。本來他們簽的時候是這樣簽，…就是簽的時候（記功）名單有我，你懂嗎？然後，人事那邊執行的時候漏掉！就是簽的時候有我，到要記功的時候，漏了我！你懂我意思嗎？就漏了我！誰都沒漏，就漏了我！最基層的，就漏了我！（受訪者 C 此時相當激昂憤慨。）當年考績，當然也是乙等啦！…擺明了就故意的啊！」

上述這些黑掉的後果，看來似乎讓人覺得有些病態。但是，黑掉的後果還不僅止於此！套一句病理學上的專用術語，上面所述的這些情形，都還只是黑掉的急性期徵狀。令當事人更為不勝其擾的，還有急性期過了之後的慢性期徵狀。請見以下的討論。

三、 黑掉的後果 II：冷落、修理、刁難

受訪者 H 和受訪者 F 都提到：通常長官要報復屬下，其實可以完全不需要動用檯面上任何的懲處手段。因為，長官他可以修理、為難屬下的「暗步」，種類實在太多。讓我們看看受訪者怎麼說。

H：「…如果你只是擔心面臨懲處的問題，我覺得事小。我覺得…面臨被修理的問題，比較事大！…他可以修理你的方式太多種了！換工作、困難的丟給你、風險高的丟給你…等等方式！類似這種。所以我就說，這要看運氣啦！然後呢，著眼這個（法條）…，可能只能夠用籠統的方式、嘆氣的方式講過就算了！…因為那個…（要）著力太難了啦！」

F：「…你的文（簽呈）啊，就會比較崎嶇一點，老闆就一直故意刁難你就對啦！…比方說，叫你去查很多資料，才要幫你蓋章。就明明是法規規定可以准的東西，老闆也會叫你準備很多資料，然後再幫你蓋章。就類似這樣子。他會一直退你公文，讓你的文都逾限、辦不下去！…你知道嗎，如果所有的案子一起崎嶇，那真的是會發瘋耶！…他會用很小的東西，在生活中不停的為難你！」

受訪者 H 在公務機關已經服務相當多年。我很幸運地能夠從她的經驗傳承中，獲得許多書本上學不到的知識。她很誠心地告誡我，「請求長官以書面下達命令」這種話，千萬不要說出口！對於長官有違法疑慮的命令，部屬能夠做到最激烈的應對方式，也只能是讓長官碰軟釘子。因為，長官能夠整你的方式太多了，弄到最後，部屬只會讓自己在那個環境沒辦法活下去。她把基層公務人員的這種困境歸於命運：「看天！」如果真的運氣不好，她奉勸大家除了發揮智慧之外，也只能選擇忍耐。

H：「事實上你要長官…非以書面下達命令，你就不做有沒有？…我跟你講，他絕對不會作（書面）下達命令！這件事情如果那麼簡單，他就不會叫你做了！…再來就看運氣。…你為了確保你的家庭生活的安全，其實就是…不要做啊！想盡各種辦法拒絕啊！但是你一定要說：『你下條子！』這種話不要開口！你可能要用另外一種方式，緩慢、無法處理的方式。讓他們發現，這件事從你身上推不動，讓他們碰軟釘子，讓他們選別的。…我還是比較選擇明哲保身的。但是它（法條）是沒辦法…我也不會這樣子處理啊！…我勸你千萬不要！那你就不要混了！因為你在那環境你就活不下去！人家整你的方式太多了！一定要忍住一口氣，等待機會！」

H：「有些長官會常常用這種（退公文）方式，那他（是）比較不負責任的。那當然風險會高！可是呢，你越要要求這種長官寫東西，更難！那你只是得罪他而已！這裡（法條運作）真得是難耶！但是我也沒有辦法告訴你一個我有甚麼具體的想法，我並沒有。就要看大家自己的…發揮智慧。然後，希望大家都平安，…呵呵…。」

四、 配套機制 I：考績與陞遷

讀者或許覺得有些奇怪，如果實質規範體系這麼不合理，怎麼會如此難以改變？就如同我在前一章所提到的，欲強化法律的實效性，必定要塑造一個有利於法律實踐的環境，一個規範能夠滋養的溫床。也就是說，這個實質規範體系必定有足以強化其實效性的配套機制存在。

強化實質規範體系，讓部屬黑掉的配套機制為何？受訪者 A 首先就點出了基層公務人員背後的那一根芒刺——「考績制度」。

A：「…我覺得這個法條好像跟實際運作不太能相符。…如果對那種已經做比較久的長官的話，（請求書面下達命令）真的是有點辛苦。所以這個法條我相信實用性並不大，為什麼會實用性不大？長官他不肯留書面，你說你拒絕過了，他還操縱著你的考績，還操縱著你的陞遷，對基層公務員來說，你要冒這個險嗎？」

同樣的，受訪者I也提到，「考績」的確是他們在選擇要對命令為異議時，一道心中難以跨越的門檻。

I：「…所長跟分局長他們握有我們的考績啊，那我們的考績的話…差很多喔！考績獎金這樣算下來差很多。」

事實上，考績評等流於形式，早就不是三天兩頭的怪事¹⁵²。而它甚至還可能淪於遭到長官濫用成為酬庸或報復的工具，一直以來也都是基層公務人員心中的陰影。考績制度如果只是影響年終獎金的多寡，那還算事小。真正的問題在於，不管當事人選擇配合與否，考績制度都將對當事人造成一種汙名化的效果。這很可能讓他在未來的仕途上留下難以抹滅的汙點。

從另外一個角度來說，如果部屬希望能獲得較好的考績評等，往往就必須在許多公務日常的事務上做些讓步。「請求長官書面下達命令」往往就是最容易被拿來先開劍的對象。從受訪者F對其他同事的評論中，我們可以體會到，在長官的命令有違法之虞時，希望獲得考績甲等的承辦人員欲請求長官以書面下達命令，他的心中有多麼煎熬。

F：「我跟你說，我們單位的人，…如果遇到這種事情，相信所有人都是痛苦的。所以我沒有立場去評論他啦！因為也許，他的想法就是他需要考績甲，他可能在生活上面，他需要考績甲，或者是他想要升官，所以他需要考績甲。可是，我相信他的心理一定很痛苦。…我也不需要覺得他怎麼樣，就覺得他很可憐。然後，以後（如果事情被）查到，不知道該怎麼辦？就是會替他擔心。那如果說今天發生在我身上，我必須要（核）准的時候，我相信別人也會替我很擔心吧！」

¹⁵² 公務人員考績法第5條第1項規定：「年終考績應以平時考核為依據。平時考核就其工作、操行、學識、才能行之。」該法施行細則第3條第1項規定：「公務人員年終考績，綜合其工作、操行、學識、才能四項予以評分。其中工作占考績分數百分之五十；操行占考績分數百分之二十；學識及才能各占考績分數百分之十五。」

受訪者 C 也感嘆，考績制度在我們的文化背景運作之下，甚至可能讓公務體系的陞遷成為一種「逆向選擇」。這樣的惡性循環，讓我們感嘆國家需要的只是唯唯諾諾的奴才，因為人才時常會有不同於長官的主見，就容易和長官有互動上的摩擦。一旦和長官意見不同的事實檯面化，當事人就等於是在當下立即被貼上一個標籤，之後要改變處境就會變得非常困難。

C：「這個背後又牽扯到，光考績本身，事實上對我們那個斟酌事件（指承辦案件）本身對與錯的人，是沒差啦！我不計較！重點就是，搞到環境變成一種『反向選擇』你知道嗎？你到底是要…自我欺騙去配合？因為你看到就是配合的人就升上去；但是，你明明也在做事，他們沒做事，他可以升，你為什麼不能升？還是回到原點嘛，這個環境就是要聽話的人！不需要你是有能力的人啊！他是要聽話的人！」

換句話說，考績評等如果不是基於職務上的「成績表現」，那堅持依照規則做事的部屬，很可能提早在考績制度中敗下陣來。¹⁵³然而，陞遷制度又相當程度地依賴考績評等，再加上必須由主官欽點，這往往把整個公務圈子塑造成一個不利於部屬對命令提起異議、不可能請求長官以書面下達命令的環境。

受訪者 A：「我們國家的考試制度，就是我們用了高考、普考，錄取了這些優秀人才。可是，這些優秀人才進來我們這個公務體系的時候，可能到某些位子，留下來到最後中高階層位子的，不一定是最適合往中高階層走的公務人員。…或者是說，我們自己的體系上去的，有些人他希望做一個『安全的』公務員。…因為在我們這個體系裡面，你會面臨到很多作制度或是作甚麼的決定，或是政策。可是，有些人的個性，他比較不適合做這個，他會一直猶疑…這樣子做到底好不好？我到底要不要下達這個命令？雖然是很優秀的公務員，可是不一定是到那個最合適的位置。尤其到了中高階層後，就看得更清楚。…看到這個公務人員的處境，就是有點可惜。」

在此我想重申的是，我們的公務機關存在著一套與實定法律不同的規範體系，一套左右基層公務人員法意識、具有拘束力與實效性的實質規範體系。在這個規

¹⁵³ 「考績難公平，退場機制讓人怕！」、「只要有人的地方，就有政治。很多上班族痛恨的『辦公室政治』，在公家機關一樣存在。為人太孤僻、人際關係不佳，都會變成工作阻力，『社交力』對公務員同樣不可或缺。」、「績效考評很難做到公平，除非有明顯疏失，否則公務員績效很難『量化』比較。儘管考評會可針對考績提出建議，但最後的生殺大權，仍操之在機關首長手中，若真的實施退場機制，恐怕很多人會忙著『向上管理』。」相關報導參見陳鈺婷，鐵飯碗，跟你想得不一樣！，Career 職場情報誌，第 417 期，2011 年 01 月，頁 60-61。

範體系中，部屬要擁有優等的考績、順暢的陞遷，前提是他必須要聽話，聽長官的話¹⁵⁴！儘管每個部屬都曾經對長官命令的合法性心生懷疑，但是在這套實質規範體系之下，他們被期待應當隱忍，忍耐到他成為長官的那一天，他才有可能去做一些改變。無論如何，在長官交付命令的當下，「請求長官以書面下達命令」只會讓糾紛檯面化、惡質化，而破壞了原有秩序的安定。

我必須再一次強調，這一套實質規範體系絕非一成不變。它是在不斷變動當中。然而，就如同受訪者 I 所說的：「我覺得要有人先出來當義士吧！當烈士！如果有第一個成功的案例之後，我相信大家都會用。」，它的變動總得需要一些能人志士的衝撞。不過，這些革命烈士卻一直得不到這個社會的善待。如同我在前面所說的，他們往往被汙名化、被貼標籤。

五、 配套機制 II：效率與逾限

除了考績與陞遷受阻以外，還有其他的制度性問題，也同樣讓這些想要請求書面下達命令的部屬望之卻步。受訪者 I 就提到了請求長官書面下達命令的「效率」問題。

I：「我覺得這一條對我們警察來說，比較不利的地方是，…我們做的事情都是當下立即就要決定的。你說我在抓酒駕的時候，你有可能再叫所長寫一個東西給我嗎？我們有可能在那裏等好幾個小時，跟所長 argue 了之後，叫所長說：『你寫個書面給我』嗎？你覺得可能嗎？…假設吃案，被害人來這裡報案，那你說他是不是急著想走？我們有可能說：『喔…那個我們還要等所長下書面耶，等兩、三個小時』？…比如說，我在取締砂石車，我想要開他單，所長說不能你不能開，然後我們就要叫砂石車等兩個小時嗎？他趕著要趕快運砂石，我們要說：『你等兩個小時，我們所長發書面下來之後，我才要（放你走）…』？」

受訪者 I 的這段話，多少點出了公務人員保障法第 17 條與德國命令異議制度之間，在設計上的差異。對於長官具有迫切時效性的命令，德國命令異議制度規定有所謂的「縮短的程序」¹⁵⁵。然而，在 2003 年公務人員保障法修正當時，

¹⁵⁴ 這個法意識其實其來有自。東方社會從小就被教育要成為一個乖寶寶、模範生，這種價值觀和文化一直深深的影響著我們，一直到長大、從學校畢業、出社會、進了公務機關服務，皆是如此。這與西方社會的教育觀不斷灌輸「To be different！」的觀念非常不同。但我必須得提醒大家的是：我們的實定法律—命令異議制度—是從西方社會移植、繼受過來的！

¹⁵⁵ 在急迫情形下，若公務員延緩執行上級長官有違法嫌疑之命令，將導致公共利益受有重大損害者，其上級長官得命公務員「即時執行」其指令，並同時免除執行之公務員一切責任。此種情

卻因為制度本身已經作了精簡，原有的命令異議並未涉及再上一級長官的覆核，從而也就遺漏了在特殊情況下，該有一個能夠彌補行政效率漏洞的機制設計。

此外，我在之前曾經提到過，公務機關接受人民申請案件，一般來說都會有所謂的「公文時效」。這不僅只是行政程序法的規定，也是行政流程當中，人民和政府都很在意的行政效率。不過，命令異議制度如果有幸能夠實際被運作，一個很嚴重的問題就會發生。受訪者 F 向我提出的質疑，一針見血地點出了這個問題的癥結所在。

F：「我想要問…『視為撤回命令』，啊…然後呢？…這個案子呢？啊…
（長官）不准啊！他就不蓋啊！你怎麼辦？你要擺在那邊喔？我想問…
然後呢？然後要怎麼辦啊？啊…我就逾了 100 天啊！最後（長官）就說：
『是承辦人不辦！』」

無獨有偶，受訪者 G 也表示，命令異議制度所設計的「請求書面下達命令」，在長官拒絕時，視為命令撤回；然而，命令撤回之後，案子該如何繼續下去？卻沒了下文。這種規定，讓人感覺根本就是在法律在教示部屬刻意拖延辦案。

G：「實際上，這個法條，感覺上就是叫你拖啊！就是…這個案子就擺著了啊！對啊！『該管長官拒絕時，視為撤回其命令』，那視為撤回其命令就是…雖然他這樣講，啊因為他沒有下達，所以…我還是照我原來的。可是，照我原來的，他又沒有核可啊！那…那案子只好…擱著啊！…那擱著的話，文書處理時效就會耽誤啊！那就變成後面就辦展期、專案辦理，然後就不了了之。但是，後面也會追查你公文處理時效（的責任）。人民申請案件尤其注重時效！」

質言之，法律所設計的這套互動模式，似乎將長官和部屬之間的溝通，導向一個無言的結局、一個無解的僵局。基層公務人員處在一種「跑得了和尚，跑不了廟」的狀態，即便能夠因為「請求長官書面下達命令」遭拒，而「視為長官撤回命令」躲過一次違法的危機，但部屬承辦案件仍然必須得經過長官覆核，才能夠過關、結案。如果部屬每一次擬發文上呈，最後都只能落個「視為撤回命令」的下場，那誰來解決案件的問題？誰來給提出申請的人民一個交代？無怪乎所有受訪者都對法條的運作結果心生懷疑！而到最後，案子逾限了，承擔責任的還不

形，乃係一種「縮短的程序」。因為，此時執行公務員業已無餘裕時間，向再上級長官為異議，並請求確認命令之合法性之程序。同註 99，頁 183-184。

都是基層公務人員？

在本節中，藉由命令異議制度「請求書面下達命令」的檢驗，我們得以一窺實質規範體系內部結構的大致輪廓。我們知道：實質規範體系是個不斷進行變動的過程，這也就導致了其內部的結構，無法如同剛性的實定法律體系那般，具有可以被清晰地論證的構成要件。我們只能知道，請求書面下達命令這個行為，足以讓行為人實現了實質規範體系的「黑掉」狀態。儘管如此，受訪者卻普遍都能夠清晰地交代黑掉的後果。基於這些討論，我們可以合理的推論：**在公務人員的法意識中，界定合法/非法界限的思維邏輯，與實定法律體系的三段式推導論證邏輯並不相同。**實定法律體系的思維邏輯，是從行為人的行為是否該當法律構成要件著手，再從該當何等法律構成要件論述其應發生如何之法律效果。然而，在田野調查當中，我們看到的卻是：當事人一開始就先清楚地述說該等行為的後果，然後把這樣的後果歸因於是行為人淪入黑掉的狀態使然。最後，才逐漸開始思考，行為人究竟是為何才實現黑掉的狀態。此等思維邏輯上的差異，在繼受法律在地實踐的過程中，將嚴重阻隔法律背後的價值取捨和規範精神得到被規範者的理解，從而也就更難得到他們的認同和接納。

第三節 保命？—請求書面下達的宣示與撫慰效果

在上一節的討論中，我們瞭解了部屬請求長官以書面下達命令的行為，在實質規範體系中的狀態—黑掉。藉由受訪者的告誡與經驗分享，也明白黑掉的後果如何。我們可以說：「黑掉」在公務人員的法意識當中，是一種不合法的狀態。在本節當中，我將就這個問題再繼續延伸，探討黑掉也有它的「副作用」。從而解釋為何黑掉只是「不合法」，而不是全然「非法」。

我所訪談的九位受訪者當中，只有受訪者 H 的專長是法律。在訪談之前，我本來高度期待她或許就是那一個少數會對實定法律抱持正面態度的人。不過，當我親耳聽到她訴說對於公務人員保障法第 17 條的看法時，我頓時感到相當錯愕！

H：「我其實認為這個條文在實際上運作的話，它是沒有辦法被執行的啦！它其實是在安慰大家有這樣的條文存在！」

儘管受訪者幾乎一面倒地認為公務人員保障法第 17 條「請求書面下達」全然無用武之地，但令我驚訝的是，幾乎每一位受訪者都認為這一條法律規定有它存在的必要。大部分的受訪者雖然都認為「請求書面下達」絕對不能當作是一項例行公事，但是卻都能認同這條法律存在的「宣示」、「嚇阻」效果，甚至自嘲：或許也有那麼一天，自己也可能用得上。

A：「（這個法條）第一點是真的不太會用到，第二點是用了之後反而沒有解決問題，你要花更多的事情去收拾更多的問題！…我不能說我寧願沒有這個法條，因為它這個有時候寫在那邊，有時候是有一種教示作用。…有時候也很難說，說不定甚麼時候可以用得到。…因為在我的機關裡面，不會發生像陳○扁的案子這麼離譜的事情。可是，確實是有些長官可能要求屬下做很不合理的事情的時候，這條法還是有它存在的必要。…甚麼極端的狀況都有可能出現，可是你有留一個東西（規定）在那裏，甚麼時候會用到不一定。」

顯然，受訪者 A 對於自己的公務生涯抱持著相當高的憂患意識。他們不清楚自己甚麼時候會碰到世界上最糟糕、最離譜的長官，但如果一旦被長官逼到無路可退，這條法律或許可以拿來作最後的一搏。

D：「...總是要給他們（部屬）一個反抗的管道吧！...我覺得它（條文）真的非常不可行，但真的，我覺得會有需要它的人耶！因為，確實我是整個被壓榨到極點的人，我真的任何一點捍衛自己權利的依據都沒有嗎？...今天如果你真的違法，那你就按照這個（條文）來，是你逼我退到最後的底線，那你一切就照著規矩來，可是在沒有的前提之下，我覺得都還是可以溝通的。所以它（條文）是應該沒有多少人想要用到，可是它至少是放在那邊。...不是說，我是長官，叫你違法就違法。」

儘管如此，受訪者 E 回憶過去在辦案時，已經忙得焦頭爛額，根本沒有時間、也不曾想到過這些案件之後有可能被翻出來重新檢視。換句話說，在辦案當時為什麼會這麼處理？是依照誰的指示，所以這樣處理？單憑幾張已經發黃的檔案卷宗，承辦人員恐怕一時間還真說不清楚。所以，她認為這條法律賦予部屬一個在緊要關頭可以公然「留下證據」的機會，也就不能全然抹煞它的出發點和價值。

E：「其實平常在做事的時候，根本不會想到這件事情啊！...你只是想趕快把事情解決就好這樣！可是你哪知道八百年之後，會不會被挖出來？然後，八百年之後，你甚麼事情都忘記了！」

同樣的，受訪者 G 也從立法者出發點的角度來為這條法律護航。他覺得：之所以會有這樣的法律，也應該要感謝立法者眷顧到他們困難處境的美意。不過，他話鋒一轉，還是覺得有其他比這條法律更為妥適的解決方法。

G：「我想它之所以會這樣子立法，應該有它的美意啦！不可以說它沒有。總是有顧慮到我們基層公務人員的心聲啊！...（不過）應該是說，我剛剛講的，有很多解決的方式，或者是溝通方式。這種極端的方式是比較少，真得是這樣子。...」

不過，受訪者 H 反倒自承：這條法律真的只剩下宣示效果。她說她不會想要用，因為用這個法條的結果，通常是讓場面變得很難堪。而且她認為，這個法條如果一旦真得必須要使用，不是長官真得糟糕到極點，就是部屬自己本身也有問題。

H：「...它只是安慰性質，它沒有辦法保障啦！可是...它要不要存在？它要存在啊！...宣示效果啊！...吵架的時候，可能大家可以拿出來隨便講啊！...我不會用這一個條文。那如果真的要用到這個條文的時候喔，

我覺得通常就會是很難看。…或許你真的遇到一個非常糟糕的人，那時候可能會！就是這個人糟糕的程度已經不是你個人的看法了，全世界都認為他糟糕！然後，你又面臨很困難的環境，因為，今天可能是落到你身上，不得不給他難看，那你就得出手。…如果這個長官，平常人家風評都很好，就是你出問題了，你覺得你得用這個條文，那是你個人出問題！」

受訪者 H 同樣也以自己目前身為一個長官的身分現身說法。她說她的部屬如果真的有一天用這樣的方式對待她，她自己就該好好檢討，也是該和部屬坐下來好好深談的時候了。換句話說，當這個法條真得有一天被付諸實踐，它所彰顯的意義，絕非是長官和部屬之間的關係已然步上正軌，而是已經病入膏肓！

H：「對於其他的同仁，如果他沒有辦法用這樣的方式處理的人，他必要的時候用這個條文，我覺得當然也要接受，說不定有一天，我的同仁會拿這個來對付我啊！…那我自己就會去評估，今天真的我這樣的方式是錯的嗎？不然你們為什麼要主張這個，說我必須要用書面的方式下達命令？當同仁有用這個（法條）方式，我一定要好好的跟他深談，我會去了解為什麼他覺得這是個違法的，而不可以一意孤行說我一定要這樣。」

有趣的是，也有受訪者提出另外一種「黑掉」的可能下場。亦即，「請求書面下達」也可能被有心的基層公務人員拿來故意濫用，當作是推拖事責的方法。這種俗稱「擺爛」的作法，在一定程度上對長官造成壓力，導致長官日後不敢對部屬託付重任，當事人反而樂得輕鬆自在、沒事做。

G：「這個有一體兩面的看法。黑掉有黑掉的好處啊，事情就變少了。但是，如果是有企圖心的人，當然，你就比較會…得失心比較重。比較沒有企圖心的人，你反而更爽。…對有一些有心的人，或許他就是（故意）要變黑啊！事情就不用做了啊！…上有政策、下有對策啦！」

G：「我聽我們同事講，以前他們在建管單位就是這樣。他是很嚴格的人，那建管要發建照嘛，哇…那真的是…。那他剛正不阿啊，就分案的時候…，譬如說五位承辦人，他是第三位。一二三四五是平均啊，…咦…一二…四五，再第二輪還是一二…四五，結果他就沒有案件。最後他還是離開了，因為他不曉得要做甚麼。沒有案件可以辦。…塞翁失馬，焉知非福！黑掉就不用做事了！但是，你想要翻身也很困難了！」

在經過上述的討論之後，我們有必要重新對「請求書面下達命令」再作一次評價。基層公務人員的法意識中，「請求長官以書面下達命令」在絕大多數的情境之下，是實現了黑掉的狀態。但是，在本節的討論中，我們又知道「請求書面下達命令」在某些特殊的狀況之下——比方說：被壓榨到極點、遇到全世界最離譜的長官——被基層公務人員認為是一道不得不然的保命符。甚至在一些具備特殊身分地位的人身上——例如：快退休的公務人員——反而成為了一個可以推拖事責、擺爛的祕密武器。也就是說，在實質規範體系中，黑掉的基本狀態是「非法」；但是，在特殊情況之下，黑掉仍然保有其正當性，從而像是在實質規範體系中加了一個附款、一條但書，讓它例外的「合法」。

至此，我們可以確信：「請求書面下達命令」很可能會讓當事人「黑掉」。但是，我們卻不能說「黑掉」在公務人員的法意識中全然是非法的；當然，也更不能說「黑掉」就一定是合法。我們只能說請求書面下達命令使當事人黑掉，它游離在合法與非法之間，它不合法。



第四節 倫理？—服從義務的絕對性及其難以撼動

在前面三節當中，我們已經探討了命令異議制度的兩個構成要件—報告義務、請求書面下達命令。在這一節裡，我將回到命令異議制度條文內容的最初始，探討公務人員對於服從義務的法意識，進而讓讀者明瞭，服從義務在我國公務機關的絕對性及其難以撼動的現實處境。

一、服從義務的絕對性

儘管立法當時的主要精神在於引進命令異議制度，但是修正後的公務人員保障法第 17 條，仍然在條文的一開頭就再次重申：基層公務人員對於上級長官監督範圍內所發之命令有「服從義務」。

事實上，「服從」作為一項「義務」，在我國公務人員的意識當中，從來就不陌生。對長官的命令必須服從，這個觀念早已深植於公務人員的心中。受訪者對於法規再次強調部屬有服從長官命令的義務，並沒有表示太多的意見。

A：「我很幸運的到一個專業領域來。…有些東西是可以用專業下去討論的，只是說政策上面可能大家見解不同而已。如果說是政策大家見解不同的時候，誰當家誰負責嘛！我的意思是說，可能就會比較配合長官的意思。…雖然說我們有公務員甚麼甚麼協會（來保障我們的權益），我常常在想，原則上我們還是希望公務員的服從性是比較高一點的。」

少數受訪者更是主動地替「服從義務」背書，他們認為長官之所以會是長官，一定有他的道理。受訪者 G 提到，因為長官他們是站在比較高的階層，眼光、視野比起基層公務人員要寬廣許多，所以當長官和部屬對事情有不同的看法時，溝通或爭執雖然在所難免，惟若無法溝通，當然最後仍然要以長官的意見為主。

G：「…我們在寫公文的時候，可能跟他的看法不同，然後上面的長官會有意見，我想一定會的！因為我們是用承辦員的位階去考量事情，那…到股長，股長那一層可能看事情的角度又不一樣。到科長，科長站的角度又不一樣。那越上層，他看的面越廣，站的角度越高。角度不一樣，那可能看法就會不一樣。你說爭執、溝通都可以。我們會碰到啦，有一些看法會不一樣。那如果，有時候跟長官的溝通沒辦法的時候，

當然是以長官的意志為意志啊！」

另外，受訪者 G 還是再次重申一個部屬不得不面對的現實：承辦任何案件，為了結案，仍然得過得了長官這一關，作成的決定才有辦法踏出機關的大門。

G：「你要通過你這個案子，當然以能夠通過這個科室為準啊！當然，到上面的長官，有意見的話他們也通常都會在簽裡面寫，譬如說要多加考量啦，還是退回再酌啦，他們都會做這樣的一個指示啊！那你就得多方面去考量。」

更甚者，「服從義務」在某些特殊職務性質的公務人員心目中，可說是堅若磐石、根深蒂固。這種服從的觀念是發自內心的絕對服從，在他們的認知裡面，長官命令已經達到全然無可否定的地步。當我直截了當地問受訪者，長官的命令如果和法律規定衝突時，是否她仍會選擇服從長官？受訪者 I 的回答，透露出她的心有餘而力不足。

I：「所長最大啊！…（雖然）這樣很不公平，可是我們不能不聽所長的話。…我覺得我們警察這個體系跟一般公務人員體系是差很多的。我們從訓練開始就是強調倫理制，還有絕對服從。我們跟軍人比較像。…（比方）吃案的問題，…一些人就是會聽所長的話，把它吃掉；我的話…因為我不想做這種事，那…因為我是女生，所以所長比較不會對著我罵。我就說：『所長，這個真的吃不掉啊！這個被害人很積極啊…甚麼甚麼』反正就是儘量糊。」

二、 服從義務的難以撼動

除了開門見山地重申服從義務以外，引進命令異議制度當時，為了解決修法之前，公務員服務法第 2 條及刑法第 21 條第 2 項之間的扞格問題，在條文的第 1 項但書中就規定：「命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。」也就是說，這項修法明確的宣示：公務人員的「服從」並非絕對，服從也不應該淪為不分黑白、不問是非的「盲從」！然而，立法者從未想到過，服從義務在實質運作上，會是如此地難以撼動。

如果我們想要知道公務人員保障法第 17 條所重申的「服從義務」，究竟有多大的實質影響力，只要對公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱「保訓會」）的

「再申訴」或「復審」案件稍加整理和分析，就可以看出一些端倪。這些來自各個行政機關的再申訴或復審案件中，到底有多少公務人員曾經對長官的命令表達異議？最終結局又是如何？是甚麼樣的理由讓他們再申訴（復審）成功或失敗？從這當中，我們就可以看出目前法律的運作狀況。

當我對保訓會的再申訴（復審）決定書進行一次蒐尋之後，我發現這其中有引用到「公務人員保障法第 17 條」這個條文的案件，一共有 42 件。其中的 21 件（50%）是因公務人員不服長官**懲處事件**而提起，另有 19 件（45%）是因不服**調職**或不服**工作指派事件**而提起，其餘 2 件則分別是**因優惠存款事件**、**不服行政管理事件**而提起。

我接著對這 42 件再申訴或復審的結果做一個初步分析，結果發現，這其中遭駁回的案件量居然高達 40 件，**總駁回率竟有 95% 之多**。這些被駁回的案件，案由分別為：懲處事件 21 件、調職及工作指派事件 18 件，其他事件 1 件。而其他沒有被駁回的 2 件（5%）案件，結局也不是原處分被撤銷，而是**不受理**！包括調職及工作指派事件 1 件，其他事件 1 件。值得注意的是，所有 21 件因**懲處事件**提起再申訴（復審）的案件，全部都遭到駁回。也就是懲處事件的**駁回率竟然高達 100%**。而在全部 42 件案件中，沒有任何一件案件的最終決定是對再申訴人（復審人）有利，**再申訴或復審的撤銷率為 0**。

	懲處事件	調職或工作指派事件	其他事件	總計
駁回	21 (100%)	18 (95%)	1 (50%)	40 (95%)
不受理	0 (0%)	1 (5%)	1 (50%)	2 (5%)
總計	21	19	2	42

（本表為作者自行整理）

當我仔細閱讀這 42 件再申訴（復審）決定書的理由之後，驚訝地發現到，這些案件引用「公務人員保障法第 17 條」這個條文，幾乎清一色都在大張旗鼓地強調該條文第 1 項前段：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務」，而對於其他部分—特別是第 2 項「請求書面下達」—則幾乎都是略而不提！換言之，儘管公務人員保障法第 17 條的立法精神是在引進「命令異議」制度，也不論條文的內容還進一步規定了「報告義務」及「請求書面下達」，在公務人員循求救濟的過程中，「服從義務」的義涵與效果，遠遠超越其他要件，成為本條文中最具有實質影響力的規範。

這個結果可能暗示我們一個令人憂心的現實：公務人員即便鼓起勇氣提起再

申訴或復審案件，如果一旦保訓會做成決定的理由書中，引用了公務人員保障法第 17 條的「服從義務」條款，提起再申訴或復審的公務人員恐怕是凶多吉少！而從上述的統計資料結果，以及決定書內文不斷強調並宣示公務人員的「服從義務」看來，讀者大概不難想像，在公務人員保障法第 17 條的運作下，基層公務人員在再申訴（復審）程序中，究竟還能有多少勝算？而這個條文又是否還能真正發揮它「保障」公務人員的精神？

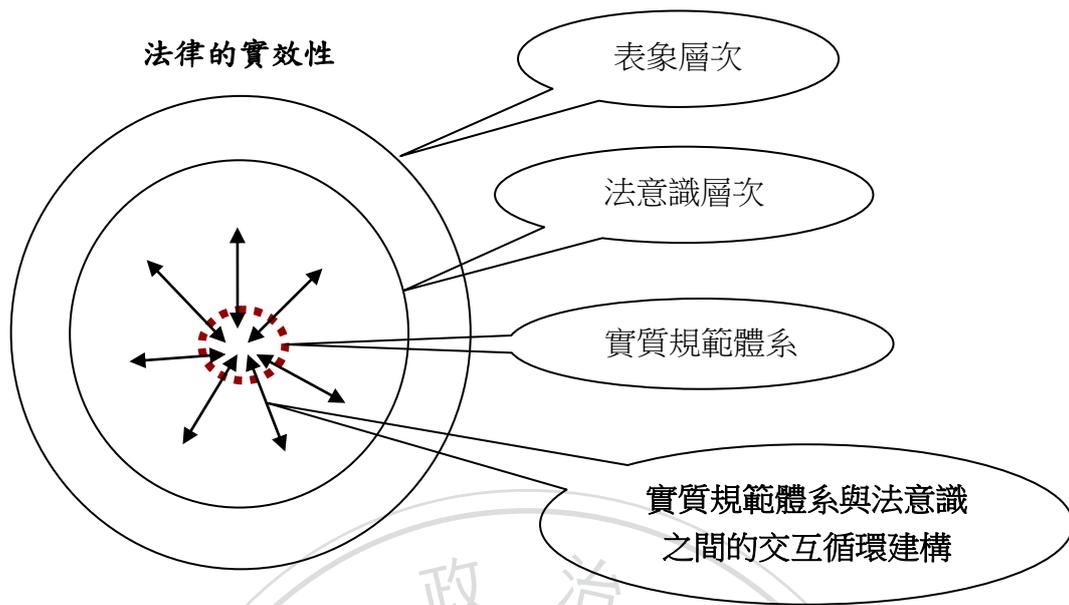
三、 難以撼動的服從義務，反陷公務人員於違法風險

弔詭的是，服從義務難以撼動的現實，反而使基層公務人員陷於違反刑事法律的風險。究竟長官的命令在「何時」、「由誰」來認定係違反刑事法律，基層公務人員才得以「不服從」？是基層公務人員接到長官命令「當時」，「自己認為」命令違反刑事法律，即可主張無服從義務？還是說，等到最後司法判決，認定該命令違反刑事法律，公務人員才得以卸下那沉重的「服從義務」包袱？¹⁵⁶

說得再清楚一些，長官命令究竟有無違反刑事法律，時常就是部屬和長官之間爭執的焦點所在。如果該命令事後經司法認定係違反刑事法律，選擇服從並執行命令的基層公務人員，將被認為是在沒有服從義務的情況之下，進行了一項犯罪行為，而應當接受刑罰；相反的，接到命令的當下就選擇不服從的公務人員，很可能立即就被以抗命、執行職務不力等理由遭到行政懲處。如果該命令事後又經司法認定不違反刑事法律，則當事人的處境就更為難堪。也就是說，基層公務人員每一次接到上級長官的命令時，就如同在進行一場賭局一般！他必須仔細估算這個命令違反刑事法律的風險有多高？然後在他無法掌控的司法認定與立即必須面對的行政懲處之間，作出一個不得不的選擇。然而問題是：這樣的風險，誰能估算得準？

在第五章中，藉著初步觀察上、下級公務人員的互動，我們知道現實的運作方式有別於命令異議制度的機制設計。在本章，我們進入了公務人員法意識的層次，理解他們對於合法/非法界限的劃分。藉由命令異議制度三大構成要件的逐一檢視，我們知道：絕大多數的公務人員都認為「請求書面下達命令」會黑掉；而履行報告義務，也應當限縮在「謙恭有禮、察言觀色、顧慮長官面子」的範圍之內，才算合法。至於原已近乎絕對的服從義務，其不可撼動的地位卻反而因此更為鞏固，此與命令異議制度的基本精神背道而馳。至此，我們可以說：命令異議制度在我國公務體系實踐的實效性不佳。

¹⁵⁶ 在此，有關刑事部分許多爭議的討論，參見蔡聖偉，同註 59，頁 204-212。



另外，從本章的討論，我們也知道：公務人員的法意識當中，隱然存在著一個不斷在進行變動過程的實質規範體系。之所以不斷地變動，源自於其不斷影響、塑造公務人員的法意識，從而由法意識再行凝聚、重新建構。這個實質規範體系具有真正的實效性，使得公務人員自然而然地本於實質規範體系之價值取捨和精神，反覆履行。而實質規範體系的內部結構，並無明確而安定的構成要件，惟當事人一旦黑掉，其後果卻清晰可辨。因此，我們推論：公務人員法意識的思維邏輯與實定法律體系的三段論證並不相同。而這樣的差異，很可能阻礙了命令異議制度背後之價值取捨與規範精神融入公務人員的法意識。

第七章 規範交錯的困境—以審核、裁罰、幕僚之個案為例

從第五章和第六章的討論，我們已經可以推斷：命令異議制度在我國公務體系的實效性不佳。我也提到過，為了強化法律的實效性，必然需要其他配套機制的輔助。除此之外，我還提到了，對於法律實效性的討論，如果僅止於觀察現實面和制度面之間的落差是不夠的，我們還必須要進入人的思維當中，理解當事人對於規範的法意識，深入探究他們對於合法/非法之間的界限如何認定。這些討論讓我們知道，公務人員的法意識建構過程，其實就是實定法律背後隱然存在之「實質規範體系」的建構過程。在此，我們可以說，命令異議制度的實效性不佳，而其之所以實效性不佳，原因就在於制度背後的價值取捨沒有得到公務人員的認同與接納，命令異議制度設計的思維邏輯沒能進入公務人員的法意識，公務人員的法意識沒有得到轉化，從而也就沒能參與、改變實質規範體系的循環建構過程。

然而，上述這些討論尚有一個更為核心的問題：何以命令異議制度背後的精神和價值選擇，要得到公務人員的認同，是如此的困難？是甚麼樣的理由，讓一個實定法律的制度已經運作了八年，公務人員的法意識卻仍然未能完全轉化？另外，實質規範體系儘管本身不斷變動，但為何受命令異議制度影響而改變的速度是如此緩慢？記得我在第六章中，曾經提及實質規範體系的內部結構有別於實定法律所擁有的、既明確而又安定的「構成要件」與「法律效果」，這也可能意謂著公務人員法意識中的思維邏輯與實定法律體系三段論證並不相同。不過，這樣的討論仍然不夠清楚。

在本章中，我還要再更深入一個層次，把討論的情境帶入六個受訪者實際遭遇個案事實的脈絡中。藉由這些個案的深入分析，不但可以幫助我們更為細緻地討論實質規範體系與法意識之間的循環建構過程，更能深刻地理解這個循環建構過程是如何受到繼受法律的影響。這個繼受法律對實質規範體系循環建構過程的影響，我將它稱作是實質規範體系與繼受法律之間的「**規範交錯**」。而在這六個個案的分析過程中，我試圖從當事人在事實脈絡中的互動關係，萃取出那些足以影響公務人員法意識的諸多**文化特質因素**。這些文化特質都是能夠左右實質規範體系循環建構過程—乃至於繼受法律對之的影響及其實效性—的關鍵因素。唯有理解並重視這些文化特質因素，才得以讓我們看見繼受法律在地實踐實效性不佳之真正問題的核心。最後，我將在本章最末一節，總結第五章、第六章以及本章的討論，提出繼受法律在地實踐及其與本土實質規範體系之**規範交錯**的模式，從而解釋當事人身處在規範交錯之下的困境，並嘗試提出解決困境的方法。

在還未正式進入個案的討論之前，我有必要在此提出說明的是：在以下的每一個個案當中，部屬與長官之間對於其所下達之命令有無違反實定法律的認定不同，這時常就是彼此互動發生糾紛的來源，也是啟動命令異議制度的一個重要前提。然而，我在陳述這些個案的過程當中，該長官之命令所牽涉到的、可能有違犯之虞的法規條文，時常只適用於某特定公務機關之業務範圍，一旦在此清楚揭示，讀者即能輕易地連結到特定機關，甚至有直接影射某特定受訪者之虞。如此，將導致受訪者之隱私權遭受嚴重侵害，亦有違研究倫理。因此，倘若個案中牽涉此等特定之專一性、敏感性的法規條文，請恕我無法清楚的指明。

第一節 審核

在公務機關的例行業務當中，有許多涉及對人民申請案件進行審查、許可、核發證明文件者，例如：藥品上市之前的人體試驗規格及結果報告的審核、產品品質與生產流程的確效、成品或原料的輸出、輸入及上市的許可、都市土地建造房屋時的建築線指定、建築執照或使用執照的核發、保險金額試算與保險事實的審議、工程施作管線或施工路線圖的審核、……等等，不勝枚舉。這類型的案件絕大多數在送件審查之時就必須檢附龐雜的資料，而為了獲取這些資料和數據，申請人必須投入相當多資金施作工程或進行試驗、測量。一旦申請案件進入行政審查程序，許可與否—甚至連進行審核的先後次序—都攸關市場競爭的優先性或獨占性，動輒牽涉龐大的商業利益。

承辦案件的公務人員時常必須面對申請者不斷關切、催促審查進度的外部壓力，有時還得承受來自機關內部上級長官的政策性干預。特別是在某一個案得否通過處在灰色地帶而不置可否時，上級的干預就可能來自於申請人的私下請託，也可能是申請人央求民意代表或相關公協會團體關說或施壓，當然也可能是由於地方民選首長本身的選舉支票。

一、 個案 I：激發革命情感—人情義理超越規範價值

以某類產品申請許可上市為例，申請人在提出申請之前必須先行製造至少一個批次的試驗樣品，這批產品將被用來進行後續的試驗。整個試驗流程必須聘請專業醫師、護理人員、藥師、檢驗人員、實驗室助理，還得招募兩組大約數十位的志願受試者，如果再加上樣品製造的成本，零零總總的龐大開銷全數都要由申請者自己買單。不光如此，試驗結束後還得找來一些學者、專家整理數據、判讀資料、統計分析、製作報告書，就連最後送件到行政機關還得有專人辦理。於是

乎，這一字千金的試驗報告書就這樣被送到了承辦人員的面前。

至於試驗報告書該如何審核？通常行政機關都會以法規命令的方式先行發布公告試驗必需採用哪一種已經經過認證合格的對照標準品，比如說某個成分的產品進行臨床試驗，標準品就是目前某一家製造廠所生產的同一成份產品。如果申請人未依照規定而採用了其他不同的標準品，依照法規，這份報告書應即遭到否准。換句話說，申請人必須重新依照規定再作一次試驗、檢送新的試驗報告書送審。

一般來說，上述這種情形發生的機會不多，沒有申請人會想要和自己的荷包過不去。不過，近年來由於產品商標授權或委託製造的情形過於氾濫，市面上高掛知名廠商招牌，但是卻又不在原產國生產加工的產品充斥。假設某一廠牌的產品，原產地在 A 地，但是卻又授權委託 B、C 兩地的製造廠生產同一成分的產品，如果只有 A 地製造廠出產的產品被公告成為試驗標準品，時常就會有申請人誤把 B 地製造的產品拿來當作試驗標準品，最後導致試驗報告不符規定而被否准。

大多數申請人遇到類此而被否准、退回的案件，也都只能摸摸鼻子認栽。不過，在少數特定的個案當中，承辦人員會遭遇上級長官的施壓，要求必須想方設法讓案件能夠暗渡陳倉。從上級長官的角度來看，標準、規定理當要有彈性調整的空間，法規條文也是可以依照政策方向去作修改的。在這種情況下，承辦人員倘若堅持要依法行政，反倒被長官認為是腦筋遲鈍、冥頑不靈、拘泥法條文字。為了能夠讓案件順利過關又不直接違法，承辦人員被逼迫只好先修改現行的法規，讓法規能夠和申請人的狀況相符，一方面能替申請人解套，二方面也就能夠達成長官的期待。

A：「在去年的時候，有一個案子，它是關於執行某個試驗要採的標準品的問題。那因為這個東西，是我們有公告一定要採某個廠當標準品，可是，有人就施壓說他一定要採另外的標準品。可是因為跟我們公告出去的不一樣，那個時候，一方面壓力就是說（長官要求）你趕快同意我這樣子做，另一方面我們的壓力是說，我們不可能做跟我們原來公告不一樣的東西。那這個過程當中，可能就是需要修公告。就是說…你如果要再接受另外一家，你可能就是要把你原來的行政命令去修訂，大概類似這樣的事情。這個過程當中，曾經被長官稍微…很不小…很不客氣的埋怨了一下：『你的腦筋怎麼這麼固執於某些規定？』可是我知道，如果我今天同意出去跟我原先公告不一樣，如果被人家知道了，那也是一樣，我後面會受到很多的那個…。我還是覺得，你如果不符（合資格），這樣

子（就核准）出去之後，更多的問題！」

這樣的處理方式有一個非常棘手的問題，也就是過去許多類似個案，已經被以相同理由遭到否准退回，倘若這個個案能夠通過，承辦人員就得苦惱該如何面對過去的申請案和申請人。不僅如此，透過修法來達到為特定個案護航的作法，如果一旦首開先例，往往之後再遇到類似這樣有放水嫌疑的案件，承辦人員要堅持立場就會變得非常困難。騎虎難下的處境，讓第一線的承辦人員陷入焦慮。

在以往，公務機關面對這種情況，普遍都存有一種駝鳥心態。他們常常以申請人檢附的資料是商業機密或個案隱私為由，認為只要雙方達成不說出去的默契，就不會有人知道修改規定背後的原因，原來僅僅只是為了替特定個案量身訂作。而機關只要統一口徑，對外宣稱是根據學術發展或科學進步，因而改變試驗流程的標準即可。這種檯面下游走法律邊緣的作法，讓承辦人員感到不恥和憤慨。而在辦案過程當中，承辦人員的內心不斷地天人交戰，除了面對長官私底下的冷嘲熱諷和當眾的公開抱怨之外，還得擔心這個黑暗面是不是有一天會曝光，甚至憂慮會不會遭到陷害而被入罪。

A：「我不認為他（長官）有接受我的意見，他只是一直埋怨。但是我想時間可以買一切的東西，這件事情終究會過去。我後來修了公告，那它也符合資格了。但是，在他的事情沒有同意之前，他就是一直在抱怨。…這個長官他也在公開場合上表示對我的不滿啊！…不過那是去年的事，至於今年的話，這個長官又覺得還 OK。因為在我們這個行業裡面，就是所謂的官場，有時候你會有 power，可是當有一天你沒有 power 的時候，也許大家對你的…應該說是奉承或是阿諛，或者是說去捧你，他就不會有那麼多人繞著你轉。…當他沒有那個 power 的時候，他可能會覺得很落寞這樣。可是我的態度依然跟以前一樣，所以他就覺得其實你才是真正可以當永久朋友的人，而不是當他有 power 的時候就一直跟著他的這樣子。有時候在這個行業裡面，你的 reputation 怎麼樣，你要自己去建立。」

在上述這個個案當中，如果我們仔細觀察基層公務人員和上級長官之間的互動，我們可以發現其中的「事理」和「人情」是被攪在一起、全然無法劃分清楚的。承辦人員對特定個案中所使用之試驗對照品合格與否的認定和長官不同，一方欲堅持規範的安定性，一方卻認為規範太過於僵硬。部屬履行了報告義務之後，雙方隨即陷入糾紛的情境當中。而兩造當事人的糾紛所牽涉到的層面，絕對不僅止於規範本身價值的辯論；看似單純的「事理」，反而在糾紛的過程中，被當事

人各自賦予了一個「人情」上的意義，整個互動的過程也被挪作為人與人之間能否拉近距離的考量基礎，雙方不斷揣摩掂量對方究竟是不是一個可以當個永久朋友的人。易言之，在糾紛的初始階段，當事人會先將人情義理鑲嵌於規範價值的細節之中；而當糾紛已過，人情義理的意義反而取代了規範價值的辯論，成為整起糾紛最後帶給當事人最重要的意義。無論如何，承辦案件只是一時的，但在長久的公務生涯中，部屬和長官之間關係的親疏遠近，無疑的，是決定、奠基在過去彼此所經歷過的這些大小糾紛之上。說得更貼切一些，在糾紛的處理過程中，如果能夠讓彼此感受到「設身處地替對方著想」或「站在同一條船上」的溫暖，往往比較容易激發出一種革命情感。這種革命情感在往後的公務生涯當中，每當有需要彼此溝通協調的時候，將會非常受用。

官場上這種「見微知著」的聯想模式，或許很容易讓人詬病是公務人員混淆公事和私人情誼之間的分野。但這並非就表示這種思考模式是低落的、不文明的。它只是反映出華人社會文化價值之下的一個人際觀點：人情是不斷藉由事理堆砌而成的，每一次規範價值的辯論都等於是又做了一次事理的堆砌，也是在對人情注入了一個新的意義。在此，我必須說明的是，這個文化特質顯然對公務人員的法意識建構起了不可忽視的影響。人情義理的考量，重新塑造了實質規範體系當中合法/非法之間的界限，也產生了有別於實定法律規範的偏移。同樣具有拘束力的兩個規範體系，在一起糾紛的事件中，當事人的思維裡面，是不斷地進行交錯、擺盪的局面。

把焦點再轉回到命令異議制度的討論。當部屬認為長官的命令和法令規定有出入時，他們的考量就不再僅止於該選擇服從與否？又是否該報告？以及長官是否以書面下達命令？做了選擇之後，責任該由誰承擔也不是唯一的重點，而是許多人情義理與規範價值相互拉扯的混亂情境。承辦這個案件是否改變部屬與長官之間的關係？長官期待部屬怎麼做？其他申請人會不會來提告？事情會不會爆開？出事以後長官會不會情義相挺？長官過去對待部屬如何？是不是在試探部屬甚麼？部屬還要和這個長官相處多久？部屬不聽長官的話，會不會以後見面很尷尬、很難過日子？…。無論如何，唯有當我們設身處地的站在當事人的立場來思考，我們才能夠深刻體會，公務人員何以捨棄命令異議制度保障其權益的美意，而寧可屈就現實、缺乏改變的原動力。

二、 個案 II：在左右逢源與夾縫中求生之間—權限含混與角色的模糊

以某類產品為例，該產品查驗登記的流程，從審查到上市許可所需要的行政作業時間，通常少則需要半年，多者常需要一年以上的時間。一般來說，行政機

關沒有足夠的人力來審核數量如此龐大又複雜的案件。他們的作法是聘請相關學術領域的學者、專家（例如：臨床各科別的醫師）組織一個委員會，以合議制的方式針對個別案件作成決議，建請行政機關作成核准或否准的決定。

不過，上述這個委員會到底在法律上的性質和定位如何？一直以來也都是個疑問。早期委員會的正式名稱是「○○審議委員會（簡稱：「委員會）」，觀乎其名稱，似乎只要委員會審核通過的案件就可以直接拍板定案。但是事實上，委員會所作成的一切決議，承辦案件的公務人員還得作成公文書，上呈機關首長核准。後來這個委員會的名稱就是因為名不符實，被改成「○○諮詢委員會」。無論如何，因為委員會議原則上是在科學學術的基礎上進行討論，通常會議的決議也都能獲得行政機關的尊重和採納。

不過，在承辦某些案件時，偶有發生委員會議決議應予否准，但是決議的公文書上呈到機關首長那邊，承辦人員卻被長官要求要私底下放行通過。這種情形背後的原因有些複雜。由於委員會成員的背景多半屬科學領域的學者，欠缺法律背景的人士，委員會決議不通過的理由，時常涉及委員個人專業價值的判斷，或者是理由太「學術化」而過於牽強，不在法律授權的裁量範圍之內。這些牽強的理由，比方說：市場上目前已經有許多相類似、功能更強的產品；或者是委員會認為該產品的功效沒有達到能夠說服他們的統計顯著程度。另一方面，委員會決議應予否准，上級長官卻私下要求放行，這當然也有可能是機關首長的政治盤算或特殊的政策考量。

F：「我有聽到非常多都是承辦人覺得不應該准，可是首長覺得為什麼不能准呢？就准了吧！…太多了！…承辦人就氣得半死啊！…假設一個新產品（申請上市），委員會覺得它沒有那麼顯著的功能、實際上沒有那麼大的意義。…委員會常常就說：『我們實際上不需要這個產品。』就把這個案子駁了！…『比它更好用的多的是！』然後…就不准了！可是這個理由，我實在很難拿去跟廠商講。假設像某個 A 類產品，它來申請轉換成 B 類產品，然後委員就覺得，現在 B 類產品裡面相類似的已經夠多了，所以就讓它留在 A 類吧！」

大多數像這樣的情形，機關首長和委員會議的決議都各有其理由，也各有盲點，但卻各自堅持。然而，機關首長往往也都不願意站出來捍衛政策，更不願意親上火線出席委員會說明立場，他們轉而向承辦人員施壓，讓承辦人員夾在長官指示與委員會決議衝突的壓力之下，不知所措。至於這個案件該如何辦下去？大概也就只能暫時擱置。不僅如此，當機關內部的行政流程出現如此難堪的糾紛，

承辦人員面對申請人時，他既不能實話實說，還得編造一些似是而非的理由，安撫申請人苦苦等候不到申請案下文的質疑和著急。

基層公務人員承辦審查的案件，必須經由長官核可、同意蓋章之後才能決行，但是產品上市的許可又不能沒有委員會決議的背書，這兩造雙方意見矛盾時，彼此之間根本沒有直接溝通協調的管道。最後，承辦人員只能在上級長官、委員會、申請人三者之間當個傳話筒，不但要「說謊」、「圓謊」，還得忍受三方的抱怨和責罵。

F：「首長很奇怪，委員會有時候也蠻奇怪的！啊…倒楣的是承辦人啊！你怎麼跟長官講？…後來那個承辦人就很不可憐啊…。我覺得那承辦人真的是很可憐，就是很老實就去跟長官講，我覺得，應該要修飾一下吧！…因為其實委員有很多不同意見，比方說…它是屬於後線產品，那 B 類產品應該是第一線，對不對？類似這樣啊！像這種理由就還不錯嘛！就比剛剛那個理由好一點。（這是）原因一。然後，原因二，可能就是…同類的產品在 B 類已經太多了，所以…不需要這個產品！然後…他就把兩個理由（列出），…綜上，不准！對不對？可是，承辦人就很不可愛，就寫那兩個理由…就寫不准。廠商就會覺得：（這是）甚麼理由啊？！」

公務機關的業務有許多是高度涉及技術性或專業性的，它必須仰賴學術專業的價值判斷來作利害之間取捨。舉例而言，假設有一種新的產品，申請人向行政機關申請審核上市，但申請當時，法規審核標準並沒有要求試驗結果必須能夠達到統計上顯著差異的程度。然而，在承辦的過程中，由於科技水平的進步發展，認為試驗結果應該要能夠達到統計顯著的差異，以證實產品的效能。這時很可能遇到的難題是：委員會堅持應該嚴格把關，保證核准上市的產品的效能確實。但另外一方面，行政機關卻必須受到新法不溯及既往的法律原則所拘束。

F：「（廠商）就來吵啊！…因為我們有申覆啊，他就硬要申覆啊！不過後來有過啦！…後來為什麼會過？…因為，…後來又提到委員會上去討論啊！…委員會其實也說不過人家啦…後來還是准了啦…就很神奇啊！我們那裏充滿了神奇的案子。這個其實…我覺得這個例子啊，至少它還是個有功能的產品，但是其實我有聽過很多都是…它沒有那麼有功能！它就是一個…○○產品…你懂嗎？然後…委員會就覺得…使用了也沒有比較有保障，還賣那麼貴、賺錢！就給它不准啊！然後…老闆就說…它是很有害嗎？有害到不能准嗎？它是沒有功能嗎？有一點功能，但是沒那麼有功能。然後，老闆就說…礙於甚麼甚麼甚麼（法令）…所以就

給它准啦。」

在承辦這類型案件的過程中，基層公務人員很容易陷入一種「專業精神的價值取捨」與「法令不嚴密或者過於僵化」的矛盾和衝突之中。但是這些矛盾衝突又在長官命令和委員會決議的角力較勁之下，被模糊化、變質化。說得明白一些，原本單純只是「科技水準」與「法規要求」間的取捨，卻被當事人運作成長官與委員會的權限之爭、長官命令與委員會決議的效力之爭，從而使承辦人員失去了價值選擇和主導辦案方向的主體性。到最後，承辦人員的角色認知已經全然被混淆了，充其量只能勉強說是一個傳聲筒，而且還被迫充當一個不斷說謊、圓謊的傳聲筒。角色認知上的錯亂，讓基層公務人員普遍在辦案過程中感到挫折無力、沒有成就感。

另一方面，機關首長和委員會之間對事務的看法有爭執，彼此不願意當面硬碰硬、撕破臉，只好由承辦人員居中斡旋。部屬承辦審核案件本來應當是屬於行政性質的事務，實際運作下卻反而看似一個司法性質的調解程序。案件的焦點已非事情該如何處理才符合學理、才合法，而是被模糊化成該怎麼做才能讓雙方雖然不滿意但還能（或者說是不得不）接受，而且雙雙都下得了台、不失面子。再者，委員會決議與長官命令的性質、承辦人員的角色定位，都是在糾紛發生之前就不清楚的。這些不清楚的問題，在部屬承辦案件的過程中，將一直反覆的被思索、挑戰和衝撞。

王曉丹在 2011 年所發表的文章中¹⁵⁷，提及臺灣社會「規範內容不清楚」、「規範有無不清楚」的困境。這樣的困境，時常也就是本土糾紛發生的起源。而調解的程序，恰巧提供一個「規則細緻化」的功能、一個釐清當事人之間彼此關係的契機。在這個個案中，基層公務人員的角色被迫摻入了調解的色彩，整個過程同樣也是在進行一場規範細緻化、釐清雙方關係的過程。

在此，我同樣得再回到命令異議制度的實定法律與實質規範體系交錯的討論上面來。在前一個個案當中，我曾提及人情義理對公務人員法意識建構的影響，它重新塑造了實質規範體系中合法/非法的界限，使它產生了與實定法律之間的偏移和落差。而在這一個個案當中，我們可以觀察到：以實定法律的角度來觀看既有規範體系，其所呈現的模糊與抽象，因而導致當事人權限有無與權限內容的不清楚，最後造成基層公務人員角色扮演的無所適從。在部屬辦案的過程中，委員會與長官「誰說了算」這件事情，除了不夠清楚之外，它還是一個承辦人員在長官面前難以啟齒、無法被攤開來討論的敏感議題。甚或可以說，這件事情本來

¹⁵⁷ 同註 7，頁 108-131。

就不應該說得太清楚。委員會決議所附的理由太過學術化、長官的命令違背委員會的決議，這些問題究竟是不是違法，其實是眾說紛紜、非常難以認定的。在這種情況下，命令異議制度課予部屬誠實履行報告的義務，恐怕令當事人非常為難。更遑論要請長官以書面下達命令？！如果我們設身處地進入承辦人員所處的情境當中，或許就可以感同身受那種左右為難的心境，也就不難理解命令異議制度實效性不佳的真正問題所在。

三、 個案Ⅲ：當菩薩落到人間—缺乏公眾支持的大環境

(一) 背景

「公務員，是一個菩薩的工作。」¹⁵⁸

這是受訪者 C 接受訪談時所說的第一句話。他曾經任職於某地方政府公務機關，負責都市計畫及工程採購等相關業務。「不是我沒有菩薩的心，是那種環境不適合我生存。」在他的回憶裡，公務生活幾乎每天都活在口是心非、不能說真話的環境中。

在他初任公務人員之時，適逢都市計畫實施建築容積管制即將上路，建商和許多民眾紛紛搶建，提出建築申請。在當時，建築線指定以及核發建築執照的審查案件，本來就有時間上的急迫性。加上案件量一時之間累積太多，公務人力無法即時處理，因而，承辦人員辦案時先後次序的選擇，對提出申請的當事人能否儘速動工、如期完工影響很大。在這樣的背景之下，許多問題就容易產生。

C：「以前沒有電腦管控，這案子放在我桌上多久，看承辦人高興啊！…先辦誰也是一個學問。中間有一個白手套叫測量公司，就是平常測量公司會來、測量公司在招待，背後才是建商。而且，你的案子透過特定的測量公司會比較順利、比較早拿到。如果你透過的是其他的，你慢慢等！你可能會被退很多次就對了！」

當公務人員面臨必須承辦的案件量太多，但是人力又相當吃緊的現實處境時，他們就勢必得自行發展出一套依據案件輕重緩急來過濾、篩選的機制。但另一方

¹⁵⁸ 受訪者 C 這句話的意思，是諷刺公務人員欲在公務機關生存，必須要有菩薩般的心腸和耐心才行；而非在讚賞公務人員都普遍具有菩薩的心腸。

面，他們又必須宣稱他們對每一個案件都一視同仁。

為了能順利卡位、插隊，「那時候，就有人公然用茶葉罐裝現金。應該是說第一天就有人送鑽錶。他們很技巧啦！廠商、角頭啦、在地角頭啦，透過代表會主席，透過下面的來送我。」事實上，這樣的情形在他所任職的機關由來許久，也有其來龍去脈。新進的承辦人員在上班第一天，就可能被上級長官央求要一同參與廠商的餐聚，之後甚至於接受招待進出聲色場所。

C：「…民意代表、廠商、地方人士，還有我們同事，大家吃飯，他們就在說：『嗯…那家店…那個妹妹怎樣怎樣…』我們那時候是開公務車，他們就說：『待會來那家店 HAPPY 一下！』然後，我同事就說：『阿…去一下沒關係啦…只是喝個茶而已！你不喝酒沒關係，喝個茶嘛！喝個咖啡也好…你最喜歡喝咖啡嘛…那邊也有咖啡讓你喝啊！』我說：『你們要去，你們去啊！』他說：『可是大家都同一台車啊，怎麼我們去？』我說：『那你們就放我在車上休息就好了啊！』我真的沒下去。後來，民意代表發現了：『怎麼這麼不給面子？反正你就是不肯沾就對了？』他們居然跑出來，我在公務車上…，民意代表連同廠商兩個大漢拉我下車，然後呢…我兩隻手硬抓著那個車上的把…」

受訪者 C 還說，他們單位裡面某些行事作風較為大膽的承辦人員，竟然將職章交給廠商，請他們代為開會、代辦公文！以當時的行情，申請建築執照的見面禮（蓋第一顆章）是三萬塊，一直到案件走完整個流程、房子蓋好，申請人禮尚往來所必須的花費頗為可觀。像這樣類型的案件，每一位承辦人員一個月大約可以分配到約二、三十件。所以機關內部有人花錢如流水、收藏骨董，一點也不足為奇。

C：「你說（長官）他不知道？真是…只能說他瞎了。其實，如果你在建業的，都知道啊。比如說那個建照的、使照的，都要送啊。不然你以前沒聽過，那個房子蓋了要送多少紅包？」

這樣的處境，對於一個不願意同流合污的承辦人員來說，他所面臨的壓力其實還不只是廠商的賄賂。令他感到更為難的，是他的同事、上級長官和當地民意代表也牽涉在其中，整個環境儼然成為一個共犯結構。「共生！就是共生！」當他還是個新進人員時，他們會一直想方設法試探、拉攏，甚至於連哄帶騙，想要將他和這整個環境融在一起。除了外部的壓力—「國大代表、立法委員、議員，都會來跟你施壓啊！」—之外，他還必須面對內部成員的壓力—「（同事：）『你

不要這樣子啦！你不要這麼龜毛啊！」、『大家都這樣，你就這樣嘛！你不要這麼緊張，不會有事啊。』」一，內、外交逼的困境讓他不知所措，他無從選擇依法辦事，他甚至不知道怎麼做才叫做依法辦事！不沾鍋的作風，在相形之下，只會突顯出其他成員的行為是多麼地不守法。

除此之外，由於行政工作的流程普遍都較為繁複，通常不是承辦人員自己一個人就能夠全盤掌控、獨立作業即可完成，很多時候常常需要藉助與其他同事之間的協調、溝通、請教才能完成；如果承辦人員不能和整個大環境相處融洽，往往容易陷入一種肅殺的氣氛，讓他在工作場合得不到別人的配合、辦案不順遂、沒有辦法待下去。

C：「當你進入一個單位的時候，你不熟悉狀況，所以你勢必要跟一些同事互動，從他身上學到一些。你要問他嘛，你總要問人嘛！平常遇到這樣子，你要有個互動嘛！那在此同時，他們就需要你跟他們融在一起。當你能跟他們完全融在一起的話，他們才有安全（感）啊！因為你才不會變成抓耙仔啊！」

對於一個剛踏入公務體系的新人而言，這整個大環境讓他感到相當陌生。這種陌生的感覺，來自於當事人無從看見規範的全貌，他不知道眼前的合法，是不是隱藏有非法；也不知道別人信誓旦旦所宣稱的合法，是不是掩蓋許多非法。

對其他同事如此，如果今天所面對的是上級長官的話，承辦人員的處境相形之下就更顯得惡劣。作為第一線承辦案件的公務人員，他擔負著案件啟動的角色，但也因為這個角色太過關鍵，稍有不配合之處，也就太容易擋人財路，所以他承擔的壓力也就超乎外界所能想像。

（二） 個案

受訪者 C 向我提到了他們機關首長曾經交辦下來的某一件採購案。這個故事的由來，是一位曾任職於某單位，但已經退休的高階長官，退休後目前在另一單位擔任教職。這位退休的高官，過去曾經研發過一套系統，如今想要把這套已經現有的系統轉售給受訪者 C 所任職的機關。

C：「（機關）首長講：『我們就編個預算叫他做。』
我說：『大概多少錢？』

當時，長官跟我說：『五十萬。』
我說：『五十萬？可以考慮考慮』…因為不用公開（招標）嘛。
結果，隔兩個禮拜，他跟我說：『這個案子調到兩百五十萬。』
他就不下條子喔！…他說：『那個誰誰誰，好像有那個老師的電話，你要不要跟那個老師聯絡看看，他那邊有甚麼東西？看要怎麼做。』
我說：『超過一百萬耶，兩百五十萬…我為什麼要問他怎麼做？你一開始就跟我講，講好要給他做。這是怎樣？』
後來隔一陣子，就問我說：『電話打了沒？』
我說：『你打啊，我不打。』
他說：『我叫你辦，你趕快去打啊！趕快去跟人家聯絡啊！』
我說：『電話中不方便講這個，有甚麼事，見面再說。』
我就是一直在跟他推啦，因為我覺得莫名其妙啊，我也知道那是現成的東西啊！沒有人這樣，五十萬突然變成兩百五十萬啊！』

依照我國政府採購法的規定，採購金額在公告金額（目前是訂為新台幣一百萬元）以上之案件，如果沒有特殊原因，經上級機關或中央主管機關同意得採行限制性招標之外，應以公開招標為原則¹⁵⁹。只有在未達公告金額之採購案件，才得以敘明理由，以公開徵求廠商報價單或企劃書的方式招標¹⁶⁰。然而，在這個個案當中，機關首長早已和特定採購對象相互之間達成合意，也談妥了條件，並指示部屬先以未達公告金額的方式簽核，後續再用追加預算的方式增加採購金額，試圖規避公開招標的原則。

C：「後來有一次研討會，那天我值班，他就把我叫下去：『喂喂喂…那個老師來了，趕快下來、趕快下來！』就當場談了啊。
我就聽到一個關鍵，我們長官就突然說：『咦…這個標案會不會說…那個公會啊、學會啊，也有興趣（投標）啊？到時候，不要大家講好了，結果程咬金跑出來了。』
我聽了真的…這是怎樣？…
然後又再講說：『喂！幫忙想一下，看怎麼說能夠讓預算剛好抓到兩百五十萬？那個甚麼東西…就是老師現有的東西，就想辦法給他弄到兩百

¹⁵⁹ 政府採購法第 18 條規定：「採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標。」第 19 條規定：「機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條（選擇性招標）及第二十二條（限制性招標）辦理者外，應公開招標。」

¹⁶⁰ 政府採購法第 23 條規定：「未達公告金額之招標方式，在中央由主管機關定之；在地方由直轄市或縣（市）政府定之。地方未定者，比照中央規定辦理。」另外，中央機關未達公告金額採購招標辦法第 2 條規定：「未達公告金額採購之招標，其金額逾公告金額十分之一者，得以下列方式之一辦理：…三、依本法第四十九條之規定，將公開徵求廠商提供書面報價或企劃書之公告，公開於主管機關之資訊網路或刊登於政府採購公報，以取得三家以上廠商之書面報價或企劃書，擇符合需要者辦理比價或議價。」

五十萬！」」

也就是說，機關首長不知道出於甚麼原因，想要以公款購買這一位退休公務人員手邊已經現有的某一套系統。雙方私下達成協議的採購金額是 250 萬元，預算編列的細節部分，則私下交由承辦人員在簽呈中說明。然而，如果依照採購法的規定採行公開招標、公開評選，可能會面臨其他公（學）會一同參與競標的窘境。因此，雙方不斷磋商討論該如何綁標，或者尋找其他更可行的方法。

C：「他還跟我說：『你不用緊張啊，我們也會公開招標啊！公開評選啊！透過正常的程序啊！』

我說：『No..No..No，你們一開始就這樣子，我不配合，你要簽找別人簽。』

最後，他跟我下最後通牒：『你再不簽，會出事啦！』

我說：『出甚麼事啊？』我說：『你就把我懲處啊！』

他說：『這不是懲處不懲處的問題啊！』

我心裡想：『那是你的問題啊，因為你答應了啊，是你一直跟他配合啊…關我甚麼事啊！』

後來，因為我要留下證據啊，所以他不肯下條子啊，事實上我都有記下來。我就發 E-Mail 給他啊。

他給我 deadline 啊，他說你一定要給我弄出來啊。

我就寫 E-Mail 給他，寫時間、地點、談話內容。

（長官）火起來了！

另外一個長官也被叫來說：『你來看，他不辦就算了，講得好像我們…我們看起來像是會做非法的事的人嗎？』

我說：『我沒有去舉發你（已經）很不錯了。』

他更火了！

後來，另一個長官就跟我說：『不然這樣好了，我看這個案子都答應人家了，不簽又不行。如果你擔心這樣，不然，我們就找那個老師來當評選委員就好了，就不用擔心他會投標了嘛！』

我心裡想，那還不是換湯不換藥，你另外找一個人來（投標）就好了啊！」

在此，承辦人員已經向長官履行報告義務。由長官的回應看來，這個命令有違法之虞，似乎也昭然若揭。然而，當承辦人員向長官直接挑明欲依據命令異議制度的規範，請求其以書面下達命令之時，長官立即的反應非常情緒化。他認為部屬不肯依照命令辦案就罷了，怎麼還可以得寸進尺要求他下條子？從長官的回應來看，部屬這樣的作法，被他認為是在質疑他的為人。

C：「我那時候就跟他講說，我就是根據這一條，我拒絕啊！」

但是，他會跟你說：『我們認為沒問題啊！』
他又不肯下條子啊！我就跟你說，無關緊要的他會下啊！
…他們就死心了啊！才死心！然後，換另外一個人（承辦）。」

在這個個案的情境裡，承辦人員和他的長官並非對個案適用法律有歧見。而對於命令有無違法，雙方當事人其實心裡都很明白。只不過，身為部屬的人，他必須單獨面對一個全然無助的大環境。對於一個基層公務人員而言，特別是新進的菜鳥，他的無助感來自於他無法自外於這個環境。為了公務能順利的推展，他不得不選擇努力取得大環境的接納和信任。只是，當一個行為不被整個環境認同時，即便是有全然合乎實定法律規範的請求權基礎，特立獨行的人往往只是引來旁人的側目而已。整個大環境對這種人只會冷眼旁觀¹⁶¹，當事人的行動得不到公眾的支持。久而久之，不但當事人開始對衝撞現實的不公不義缺乏能動性，整個環境也會瀰漫著一股對改變全然不抱持希望的氣氛。

我必須再一次回到命令異議制度的討論上來。有別於其他個案，受訪者 C 是唯一一位敢於請求長官書面下達命令的人。當我還在納悶他為何有這個勇氣時，他向我解釋道：「為什麼我會這樣做？說一句實在話，我後來想一想，是因為我在國外待了很多年的關係。」事實上，受訪者 C 過去在私人公司任職時，曾經長年被派駐在海外。在他和外國人共事的過程中，早已習慣了就事論事。本於自己合法的權益作主張是理所當然¹⁶²。但顯然，這樣的思維與我國的文化背景有著天壤地別的差异。

我曾經在第六章討論過，一個法律規範要能達成它的實效性，除了制度本身及其他配套機制的設計之外，規範背後的價值和目的也必須能夠進入被規範者的法意識建構過程中才行。一旦人的法意識得到轉化，人的行動才有改變的可能。在此，我想要進一步說明：儘管單一個人的法意識已然轉化，行動業已改變，但是單憑如此，仍不足以穩固法律的實效性。因為在當事人將法律付諸行動的同時，整個大環境仍然存在許許多多的阻礙。這些阻礙，絕大多數與這個社會的文化特質有關，也形成了法律實踐的困境。

在前面兩個個案當中，我已經討論了「人情鑲嵌於事理」以及「規範模糊與

¹⁶¹ 這種被大環境冷言旁觀的情形，同樣也在我與受訪者 A 的訪談過程中討論過。當我問及受訪者 A，如果長官對她下達一個有違法之虞的命令時，其他同事的反應如何？她回答：「嗯...會啊...同事會隔岸觀火啊！那是當然的啊！」

¹⁶² 受訪者 C 補充說：「我是公司派在國外的總負責人，那些外國人，就事情來講，是可以跟我講到臉紅耳赤，爭取他的權益，是這樣的！但是，事情講好、處理好，大家見面還是：『Hello！』，還是聊啊！就是這樣！」

角色不清」的困境。藉由這一個個案，我所要說明的是：**當事人的行動缺乏公眾支持，大環境對之冷眼旁觀的困境**。受訪者 C 多年的海外工作經驗，恰巧可以被當作是一個「法意識已然轉化」的例子，他能認同法律規範背後的價值，也願意將法律規範付諸實踐。然而，如此作法，卻沒有得到任何掌聲鼓勵。缺少了整個大環境的支持，讓當事人只能孤伶伶地承受因為衝撞實質規範體系所帶來的一切後果。

我要說的是，這種情況在我們的社會脈絡始終是隨處可見¹⁶³。人們希望能享受別人發起革命所帶來的成果，卻又往往擔心在表態之後可能喪失了原來已經擁有的籌碼。這種心態在具有一定身分和地位的族群，特別明顯。廣大的公務族群，就是最好、也是最明顯的例子¹⁶⁴。要進入公務機關任職的門檻高，公務人員的待遇與福利也都在一定程度之上，如果僅僅因為路見不平、見義勇為，最後落個黑掉甚至要被調職的下場，我想絕大多數的公務人員是不會輕易嘗試的。這個文化特質，顯然已是許多法律實踐面臨的重大阻礙。



¹⁶³ 類似案例在新聞報章俯拾即是，舉例而言，宜蘭縣某學校的教師依法請育嬰假在家照顧小孩，結果年終考績被打丙。一問之下，校方坦言：「如果在家休假的教師和每天辛苦上班工作的同仁都一樣拿到考績乙，其他同事心裡會不會不平衡？」。參見胡健森，獎勵生育？老師安胎，考績被打丙，自由時報電子報，2011年05月12日。參考網址：
<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/may/12/today-north8.htm>，瀏覽日期：2011年06月18日。

¹⁶⁴ 這個問題可以從受訪者 D 的話中看出一點端倪：「我們覺得我們沒有受到公平的待遇，但是相較於其他非公家體系，我們覺得其實自己還不錯吧！而且也覺得沒有空跟你去吵那些啊！就很多事情要做，我怎麼可能還跟你去計較考績甚麼...加班費甚麼碗糕，就很細的東西，甚至是(放)假，沒得放也就這樣，不然怎麼辦？」

第二節 裁罰與幕僚

對於民眾違犯法規的行為，公務人員時常必須依法施予裁罰。由於違法事實的態樣相當多樣化，裁罰輕重程度勢必無法在法令規定的太過僵化、缺乏彈性。實務上，必須倚賴執法人員針對個別違法事實進行適度地裁量。因此，法律賦予了公務機關寬裕的行政裁量空間，這或許表面上看似是一種授權，但實質上卻往往造成公務人員辦案的困擾。實際運作的狀況顯示，寬裕的行政裁量，反而容易招來人為介入操作的可能性，同時也讓人有施壓的空間，容易招致裁量濫用。

一、個案IV：是合法裁量，還是趕盡殺絕？—裁量主體性與合法性的認知

以某類型機構對於其成員輔導的案件為例。如果該機構的管理人員，在處理事件的過程有疏失，甚至隱匿未通報，依法應當接受行政機關的懲處¹⁶⁵。這些過去看似不起眼、不被重視的案件，近日以來頗受到輿論媒體的關注。從過去的觀點來看，處理這類事件的管理人員通常會基於一種庇護當事人、不願意當事人曝光、被打擾或騷擾、被貼標籤、被汙名化的心態，因而遲延通報，甚至根本沒有通報。

D：「我覺得…就是那樣的文化是比較鄉愿，以至於違法還不知道、不覺得有問題。我們這邊的把關，是希望說你要按照程序來。如果確實依規(定)，你必須受到懲處或是解聘，我們要去堅守一定的立場。可是，上面的長官他們可能會覺得說：『不必要到這麼趕盡殺絕，人家也是辛苦了多久，現在才有這樣一個位置？你們這樣，一下就把他否決掉了？！』他們覺得(懲處)太重了，所以會希望把額度降低。原本要解聘，就變成大過；大過就變成警告、申誡等等的。」

面對上述的這些事件，如果一旦牽涉到要懲處失職人員，偶爾會遇到被懲處的對象在社會普遍價值觀念上的地位較高、或是因為其身分特殊、敏感，甚或是有民意代表介入關說的狀況，承辦人員在進行懲處額度的裁量時就會受到影響。比方說：以往隱匿未通報的機構管理人員都是以記大過的方式來處分，但是在某

¹⁶⁵ 兒童及少年福利法第 34 條第 1 項規定：「醫事人員、社會工作人員、教育人員、保育人員、警察、司法人員及其他執行兒童及少年福利業務人員，知悉兒童及少年有下列情形之一者，應立即向直轄市、縣(市)主管機關通報，至遲不得超過二十四小時：一、施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質。二、充當第二十八條第一項場所之侍應。三、遭受第三十條各款之行為。四、有第三十六條第一項各款之情形。五、遭受其他傷害之情形。」

一特定個案當中，承辦人員欲施以同樣額度的懲處就遭到了阻撓，部屬所擬的公文簽呈被上級長官退回或刻意積壓。這種差別待遇，有時候會使第一線辦案的公務人員感到不公不義。

D：「會有很多人來關切這件案子，然後施壓…等等，都會有。事實上，我覺得我們的法規很多是很不具體的概念，可以在那個彈性空間，我覺得授予人很大的權限去做調整。所以變成說，我原本的最大的極限，那就不行…退退退…退到最後…那就至少就這樣吧！就把它止住…那個懲處的空間差異很大，但是都還是在合法的範圍內。」

「我覺得公務人員都會很害怕說違法的部分…」這是受訪者 D 在訪談之初所說的一句話。她很慶幸自己目前身處在一個比較單純的職系。在訪談的過程中，她不斷地提及他們承辦裁罰案件時的那把心中之尺：「我不違法。」儘管法律賦予了寬裕的行政裁量空間，但是在實際運作時，卻因為沒有辦法再訂出更明確、更細緻的裁量標準，導致在個別案件當中，合法裁量與違法裁量之間的界限一直不夠清楚。這個關鍵因素，滋養了許多人為操弄的可能性。由於法條文義上對懲處裁量範圍的規定相當寬闊，即便長官的命令已經明顯屬於裁量怠惰，甚至裁量濫用，基層公務人員卻仍然視此裁量結果符合法律規範的要求。避免直接違反法條的文義，是承辦人員普遍堅持的最後底限，但除此之外，面臨長官態度稍微強硬的時候，他們幾乎就無法再堅守任何立場，也不會去作太直接的、太過激烈的反抗。

D：「…有時候我們心裡會覺得說，同樣一個案子在處理，我可能對於 A 是很嚴厲的，但是對於 B 為什麼相對我不能這麼嚴厲？就是有時候，就是 A…上面也沒有講甚麼話，然後就過了，然後 B…\`…奇怪，為什麼困難重重？我們心裡有個底限啦，會覺得不平，因為一樣的事，為什麼處理是不一樣？所以你要跟我說那個程度，或是那個標準，就是沒有辦法很明確訂出來。」

讓我們把議題轉回到命令異議制度的討論上。我們知道，命令異議制度的適用有一個重要前提，那就是部屬對於長官的命令係屬違法與否存有疑慮，或者是雙方對於違法與否的認知不同。也就是說，長官的命令必須要能夠引起部屬主觀認知上產生「違法」的疑慮，而且部屬還要履行報告義務才行。然而，在懲處額度的裁量案件當中，「合法裁量」的範圍往往被極度擴張。換言之，在當事人的認知當中，只要裁量的效果落入法條文義的範圍之內即屬合法；而「違法裁量」被當事人僅僅限縮在只有裁量結果逾越法律明文範圍之外的極端情況。這種裁量

合法性的觀念錯置，往往使得每一個部屬在實際個案脈絡當中，對於要向長官的命令提起異議缺乏自信，即便提起異議也被認為是缺乏正當性基礎。

D：「或許說我覺得怎麼做是最好，但是可能會去牴觸到他（長官）對外面的承諾，或他原本心中的算盤。…這中間就是要一直不斷的去討論跟衝撞。但是，如果長官真的是不高興或怎樣，我們還是摸摸鼻子就乖乖做！…我覺得最後裁量權還是在最上面！…那個裁量權就變得很大，我們覺得很困擾。」

除了裁量合法性的觀念錯置以外，如果我們仔細觀察長官與部屬之間對於懲處額度的討論，會發現其中支持裁量判斷的依據，在雙方的想像中是不斷交錯的。部屬往往先從客觀上每一個案判斷的一致性，以及裁量效果的安定性出發；但長官卻時常傾向於考量當事人主觀意圖的可責性、當事人過去的背景、經歷、外界的關注或壓力等因素。儘管互有衝撞、互有退讓，但無論如何，因為雙方都認同這樣的討論仍然是在合法框架之內（更精確一點地說，是部屬對長官的裁量有無違法不夠自信），以至於提起命令異議在這樣的脈絡之下，將會被認為是不懂人情世故、不會做人處事、不知道如何與人溝通。

D：「不曉得耶！…（有些公務人員）就是書讀太多，一路只曉得考試，都不知道人家怎麼溝通或處理，也不知道人情世故。因為有時候，我會覺得殊途同歸，我們要的可能都是要反應一件事，可是你可以用很強硬的態度，就是告訴你說…我依法，所以你就是給我書面，你直接在上面簽意見說你想要怎麼做，那我就來辦理；但另外，我們也可以非常彈性的跟你去溝通啊、或幹嘛啊、或是甚麼之類的，最後的結果會是一樣，或不會離你太遠。我覺得…有差！尤其是越小的單位越重人和。」

在第六章中，我們曾經提過公務人員對命令異議制度的法意識，也討論過他們對於合法/非法界限的認定。我曾經說過，命令異議在公務機關的實質規範體系中被認為是不合法的。為了達成法律的實效性，人的法意識必須要先能夠得到轉化，才有可能化為行動。在這一個個案當中，我們看到了法律制度在被付諸實踐的過程中所可能遭遇到的阻礙。這個阻礙，是當事人在個案當中對於另外一個前提事實的法意識，與制度履行的精神相互矛盾。也就是說，即便是命令異議制度的精神已經得到公務人員的認同，但是在上述這個裁罰案件當中，卻可能因為他們對於裁量合法/非法界限不清楚，以及向來對於行使裁量之主體的認知與實定法律體系大不相同，導致在具體事件的脈絡中，對於長官基於裁量所發的命令提起異議，將被認為是欠缺正當性基礎。換句話說，公務人員承辦案件時常牽涉

許多不同層面的議題，而在公務機關的實質規範體系中，公務人員對這些不同層面議題的法意識、合法/非法界限的認知，彼此之間是環環相扣的。命令異議制度提供了一個釐清部屬與長官責任分擔的依據，它的出發點無非是希望基層公務人員能夠本於這個制度保障，積極任事、主動對有違法之虞的命令提出異議。然而，當這個思維邏輯被置放在裁量個案的脈絡之中，當事人卻可能因為對於是否該介入長官的裁量感到心虛，或者說是因為對於裁量本身的合法/非法界限不清楚，再加上對於裁量依據的討論仍然擺脫不了理性與感性之間的交錯，那就算命令異議制度的規範價值已經深入人心，它在這個阻礙沒有排除的情況之下，必定無法被付諸實踐。

我要說的是，命令異議制度本身是否能獲得被規範者的認同，與提起命令異議的時機點是否恰當、能否讓被規範者接受，兩者是屬於不同層次的問題。前者係屬當事人對於制度本身的法意識，後者則牽涉到每一個個案的事實脈絡，以及當事人對於案件當中不同層面、但彼此環環相扣的議題的法意識。顯然，命令異議制度欲達成它的規範目的，單純改變人們對制度本身的法意識是不夠的；至少從這個個案讓我們知道，在裁量的案件當中，它將遭遇到公務人員對於裁量合法性、行使裁量之主體性的觀念錯置的挑戰，而成為法律達成實效性的一個重大阻礙。

二、 個案V：小不忍則亂大謀—與被規範者建立關係背後的行政目的

還有一種職務性質上常常必須面對裁罰的就是基層警員。以最常見的取締交通違規事件為例，例如：酒後駕車、砂石車超載等，這些違規的罰鍰，雖然絕大多數都不過是幾百元到幾千元之間不等，但是就因為這樣的裁罰效果可以嚴重到讓當事人荷包大失血，也可以輕微到無關緊要、不痛不癢，而且實務上到底有沒有確實執行裁罰、有沒有暗地裡吃案，也不容易受到監督，基層警員對執法寬嚴的裁量權就容易受到外在壓力的左右。

I：「我覺得警察這個職業啊，它遊走在黑跟白的中間。…我們要跟地方打好關係，也要跟上面打好關係。我們要養線民，…也要跟議員打交道。比如說，像取締砂石車好了啦，…我們那個地方，我記得是有兩家砂石車場是議員開的，所以從分局長一直交代下來到所長這邊，就告訴我們甚麼顏色跟甚麼顏色的砂石車不准開（單）。就是他們如果超載的話，我們都要假裝不知道，放了他們，就很不合理！」

由於警員偵辦案件時常需要派出所當地的地方政府或民意機構的配合，基層

派出所主管就必須與這些官員或民意代表保持一定程度的友好關係。這樣的關係，某些時候反而成為基層警員取締違規時的人情牽絆。以取締砂石車違規超載來說，砂石車業者與民意代表之間時常有特殊的利益輸送關係，民意代表也就順理成章地成為庇護砂石車業者公然違法的後台。警員若取締違規砂石車，實質上就是等於要和民意代表打對台；但如果能技巧性地縱容砂石車業者違法，反而能夠成為是民意代表對基層派出所的人情虧欠。這種默契有時不太需要用言語來明示。

I：「有一次，我有一個同仁，他就是很硬，覺得為什麼這樣子差別待遇很過份，他就是硬開了兩張單。結果那個議員就跑來我們分局大吵大鬧，就在門口大罵喔…很可怕…一個女生，然後，就把分局長罵個臭頭，所長又被分局長叫去，也被罵，都被罵得很慘！結果都回來罵我那個同仁：『你們都不會為我們分局著想、都不會為我們同仁著想！』結果後來那個議員他就真得報復我們，他就在當年度的預算把我們分局的預算砍掉！…我們能抓那個議員嗎？」

另外，在酒後駕車的案例當中，即便基層警員已經把違規的當事人帶回派出所，民意代表或地方官員仍然會透過對派出所主管施壓，以及派出所主管對警員的輾轉再施壓，最後反倒是基層警員必須服從指示縱放違規者，整起事件甚至演變成是取締違規的警員讓他的上級長官對民意代表有了虧欠。事實上，讓基層警員忿忿不平的還不僅止於此，在辦案受到挫折之後，警員還得每天面對砂石車業者帶有挑釁意味地公然在馬路上呼嘯而過，他也必須忍受酒駕違規者大搖大擺地在街上對他們視若無睹。基層警員處在法規的裁量權、長官的指示、地方官員或民意代表的施壓這三方夾縫當中，時常感到困惑而不知所措。

I：「有一次我們有抓到一個就是酒駕，然後他就找議長，議長就跑來要跟我們關說。那時候所長他們剛好都不在。現在就規定說，如果抓到這種，我們從頭到尾都要錄音、錄影。結果他後來就是不肯就範，然後議長跑來要關說，可是我們都不理他。然後另一個偵查佐好像跟他們都有打交道，他也跑來跟我們說，可是我們不放就是不放。後來那個議長就是繼續講，我就在他旁邊一直拿著攝影機對他照啊，我就說：『你還要繼續講嗎？這些都有錄影錄下來喔。』就是說，你想講的話，你可以上法院再講。最後所長就打電話過來了，打電話給那個代班的那個巡佐，結果後來好像就把他放了。他沒有追緝。結果隔天，我在偵查隊辦公的時候，那個偵察隊長就跑來找我，就說：『你昨天跟議長說了很不禮貌的話！』我就說：『沒有啊！我只是跟他講說，我有在錄音錄影。』然後他就說：『你們這些人都不懂啦！』他說：『你們啊…不要每次都妨礙我們，你不知道我們跟他們打交道有多辛苦，預算都掌握在他們手上。』

你會害我們都沒…」。那一次我就覺得蠻不平的。」

問：「那個人為什麼可以放走？」

I：「就所長都打電話過來了啊！後來是鬧到分局長打電話給所長，分局長命令所長說：『這件事情給我處理掉！』這種事情，我們已經放過非常多次，但那一次是我親身在裡面。」

在上述的互動情境當中，一個有趣的現象值得探討。砂石車業者超載或酒後駕車的違規者，究竟要不要開罰？這個看似再單純不過的問題，在實際執行的過程中，卻多了幾分複雜的考量因素。為了能得到寬裕的預算、為了在更重要的案件偵查上能獲得配合，或者是因為當事人苦苦求情，都能影響裁罰的輕重程度。從取締到縱放的過程，與其說是警員單方面的吃案，還不如說是雙方當事人都有一個共同的期待，期待一方能夠透過縱容的手段來搏取另一方的感情、交換雙方的人情。但如果其中有一方違反了這個默契——比如說：民眾向警員求情在先，卻事後又告狀說警員偽造文書，或者是不上道的警員對超載的砂石車開罰單一，此後的互動，很可能才會回歸到既定的規則上來。

I：「我們那裏有一個巡官，他是負責八大行業，他會收賄。有一次，一家販賣 A 片的店就是不願意再繳錢，結果後來，我們那個長官就很生氣，就帶了兩個同事說：『喂！你們兩個來支援我掃黃勤務。』結果呢，那家店可能早就知道已經惹惱他了，他們就沒有再從事非法的 A 片那種。然後我們那個長官他就栽贓，然後把他抓回來！那我們同事就是協辦。後來那個巡官，因為他收賄收得實在太厲害了，後來就被舉發出來，他的白手套跟他，就整個爆發了，就被收押禁見。檢察官辦案就辦到這個栽贓的這個案件，那我那個同學跟那個學弟，他們就也 involve 在裡面嘛，所以…他們兩個都有被起訴。可是他們是無辜的，他們甚麼都不知道。但是因為他們的職務報告沒有寫的很清楚，…我忘記他們兩個是被以甚麼樣的罪名起訴，他就說：『檢察官說，你們就認罪啦！你認罪我就給你緩起訴。他就說法官不會像我這麼仁慈。』結果，他們兩個就認罪。他們就說，如果緩起訴的話，他們至少可以保住這個（警察職務），如果沒有認罪的話，到時候判有罪的話，他們自己也要坐牢、工作也沒了！…那時候我就還蠻難過的。」

以上這幾個案件，隱約透露出了我國社會人際互動上的一個重要特質：以關係連結的遠近，決定事務處理的方法。也就是說，事情的處理能否順利進行，取決於當事人彼此之間關係連結的親疏遠近；為了能夠讓事情好處理，必須要想盡辦法，拉近彼此之間本來就不易維繫的關係。從這些個案的事實脈絡，我們可以發覺到，當事人用來拉近彼此距離、維繫關係連結所使用的方法，不外乎就是「不

按照規定來」。亦即，比原本規定所該給的權利，再給得多一些；或者，比原本規定所該課予的義務或施加的限制，要求得再更少、更為寬容一些。藉由這樣的作法，很輕易地即可營造出彼此的共同信賴、友好基礎，也成為雙方日後互動時的一個默契。

然而，我必須說明的是，這樣的關係連結，有其先天本質上的脆弱性。某些時候，當那個原本不被遵守的「規則」被一方提出來，並要求遵循的那個時機點，往往就意謂著彼此的「關係連結」遭到了撕裂，或至少是瀕臨崩潰瓦解的邊緣。自此之後，雙方可能又回到「一切按照規定來」的原點，而這個處境，甚至還可能比全然未曾建立關係連結的狀態，還要惡劣。

回到命令異議制度的討論上來。上述所謂的關係連結，存在於公務體系的每一個角落。它可能發生在公務人員彼此同事之間、公務人員與一般民眾之間、公務人員與其他公務人員或民意代表之間；當然，也更可能發生在機關內部的長官與部屬之間。一方面，長官為了讓機關的行政目的能順利達成，不得已必須與當地民意代表或其他單位建立關係連結，他時常使用的方法，就是大開規定的大門，給予對方許多的通融、特權。部屬倘若對之異議，相當程度地反映出部屬本身對於這個生態的不熟悉，甚至可以說是「不夠專業」、「不上道」。另一方面，就部屬和長官之間而言，部屬同樣也會為了要和長官在互動上更為順遂，而捨棄了一些原本規定可以主張的「權益」，或者免除長官依照規定應該履行的「義務」。顯然，身為一個部屬，「請求長官以書面下達命令」很容易就成為第一個被捨棄的權益。總而言之，我國社會在人際互動—乃至於事務處理—上，對於關係連結的高度重視，將對法律制度的實踐產生不容忽視的影響。

三、 個案VI：畏懼霸道還是期待權勢？—權力關係決定一切背後的人事不分

比起其他業務，身為幕僚負責籌劃的公務人員，與上級長官直接面對面接觸的機會更為頻繁。一般來說，這些事務大多比較瑣碎，通常也沒有一個固定的標準處理流程可供依循。幕僚人員必須具備臨機應變的能力，遇到緊急狀況還要能夠當機立斷。基於輔佐機關首長的職務特性，幕僚人員被期待應該與長官站在同樣的立場思考，和長官抱持相同的角度和態度看事情。不僅如此，幕僚人員在外的言行舉止都被認為是代表長官，他必須捍衛長官所決定的政策。在尚未作決策之前，他們也必須要蒐集各方面的資訊。面對不同行事風格的長官，他們要能夠適時調整處理事情的態度和作法，來符合上級長官的個別需求。察言觀色以及顧慮長官的面子，是他們和長官相處最重要的守則。

大體而言，幕僚人員與上級長官的利害關係是緊密而相牽連的，這種關係可以從他們在對外進行交涉時，多少因為背後的長官較為強勢而佔有優勢觀察出來。每當各個部門的幕僚人員聚在一起開協調會時，如果幕僚人員背後是一位頗具權威的老闆，往往他們的發言越具壓倒性和影響力。儘管如此，幕僚和長官之間互動的遊戲規則，幾乎一面倒地是由長官全盤掌控。長官能決定甚麼人負責甚麼事情，也可以主導事情該以甚麼樣的步調來進行。如果遇到行事風格比較霸道的長官，一旦他已經決定的事情，就沒有人能夠再改變；但如果遇到的是一個優柔寡斷的長官，事務的處理就容易變得亂無章法、沒有條理。

如同天底下沒有一個孩子能選擇自己的父母一樣，從事幕僚工作的基層公務人員也無從選擇要由誰來當自己的長官。受訪者 F 是一位從事基層公務工作多年的幕僚人員，從她身上可以看出一個基層人員努力改變社會現狀的衝勁和決心。她告訴我，雖然這份工作的薪水遠不及她在私人公司的待遇，但她認為，唯有在這個位置上，她才有機會為社會現狀的改善作出一點貢獻。不過，她也不諱言，在公務機關要推動一個政策來改變社會現實的不公不義，的確有其辛苦之處。身為一個基層人員尤其必須面對更多的苦楚，這其中多半是因為得不到長官支持，以及公務機關內部時常瀰漫著的一股保守、害怕改變的氣氛。

F：「不要說我們（的法規）一定要抄別人的啦，但是你至少要讓它合理一點。可是，有的時候，可能真的是很難做吧，所以他們也不想做。…上面的人，他們就會覺得修法很困難啊！…老闆們、長官們，有一種『維持現狀就好了』的感覺。…我的文要蓋很多的章上去，不見得中間這些階層的長官想法都是跟我一樣的。旁邊的人，他們也會有一些抵抗。」

舉一個大家比較熟悉的新聞議題為例，許多目前依規定只能在坊間藥局販售的產品，事實上到底該不該作如此限制？仍有許多爭議。有些學者可能認為它是經過科學方法純化之後的化學物質，而且服用達一定劑量就足以改變生理機能，堅持應該以高規格的製造和檢驗標準進行管制。但也有人認為應該參酌其他先進國家的做法，改用較為寬鬆的方式管理，並讓現有的法規鬆綁，或索性開放成為一般市面上隨處可取得的產品。就目前各大先進國家的發展來看，這類產品有許多是民眾普遍日常生活時常會接觸到的、一般性使用的商品，在一定的安全劑量範圍之內，這些產品通常並不被視為具有特殊效能。

F：「廠商他們不願意（鬆綁）！因為他們覺得：B 類產品的技術很 Low，不作確效、不作檢驗、不作臨床試驗。B 類產品部門就說：『你們（A 類產品）過來，我們（B 類產品）會不會被要求提高（標準）？』你知道我

的意思吧！因為，像這樣，中間總是要有一條水平線，A 類產品覺得他們會被降低那個水準，B 類產品覺得他們那個水準要被拉高、他們要做很多試驗，大家都反對！」

公務機關內有許多政策是在過去時代背景之下的產物。隨著時代變遷，這些政策將逐漸與當前的社會發展現狀脫節，也慢慢面臨質疑和挑戰。我必須坦言，通常這個挑戰的過程是辛苦的，特別是對於一個基層公務人員來說，要挑戰舊有的、已經行之多年的規範，更是如此。「B 類產品部門覺得說：『我以前都不管、以前不是我管，所以…以後也不要是我管，最好！』可是，並沒有考慮到說，怎麼做才是對的。」受訪者 F 的這句話，流露出她內心的挫折和無助。雖然如此，有些時候，如果恰巧遇上了一位理念相同、作風大膽又積極強勢的長官，上述的窘迫困境就很可能因此有了轉機。

F：「在 B 類產品部門曾經開過一個會…（某 A 類產品）要變成 B 類產品的會（議）。B 產品部門就一直說：『不行！不行！』 B 類產品部門最後講出了一句話：『今天在這個會議上，我說變成 B 類產品，那你也要看我們家的老闆願不願意變成 B 類產品！』因為那時候，他們是基層主管來嘛，基層主管一定講說：『我不知道更上面的長官想法是甚麼啊！』他沒有辦法在這個會議上答應我們長官，說它要變成 B 產品。結果我們長官就講了一句話：『你覺得…你們未來的老闆是誰？』你聽得懂吧？…到最後，我們長官就說：『好！就變成 B 類產品！…配套措施以後再想！好…就這樣！』」

這位機關首長的行事風格如何？受訪者 F 說：「其實我這個長官…評價兩極啦！…有時候他太霸道，就是不會管別人要幹嘛啦！他想要怎樣就怎樣，你知道嗎？…你去報告，他決定的事情，一旦決定，他就不會再改變！」換句話說，要不是因為有這麼一個突如其來的因緣際會、要不是因為有這麼一個霸道的長官上任，綑綁多年的法規大概也無法順利鬆綁，困擾基層公務人員的難題也幾乎不可能得到擺平。然而，當我們仔細檢視整起事件的經過，多少要為公務機關如此的決策過程捏一把冷汗。儘管「某一 A 類產品應否放寬標準以 B 類產品列管」這個議題在科學學術上還有很多可以討論的空間，但顯然在行政機關作決策的過程中，這些問題爭點很少被充分討論。即便有討論，大多數時候也都是著墨在一些旁枝末節的問題，比方說：政策改變可能帶來行政流程的繁瑣或不便、配套措施還不夠健全、背後有那一位長官不支持…等。

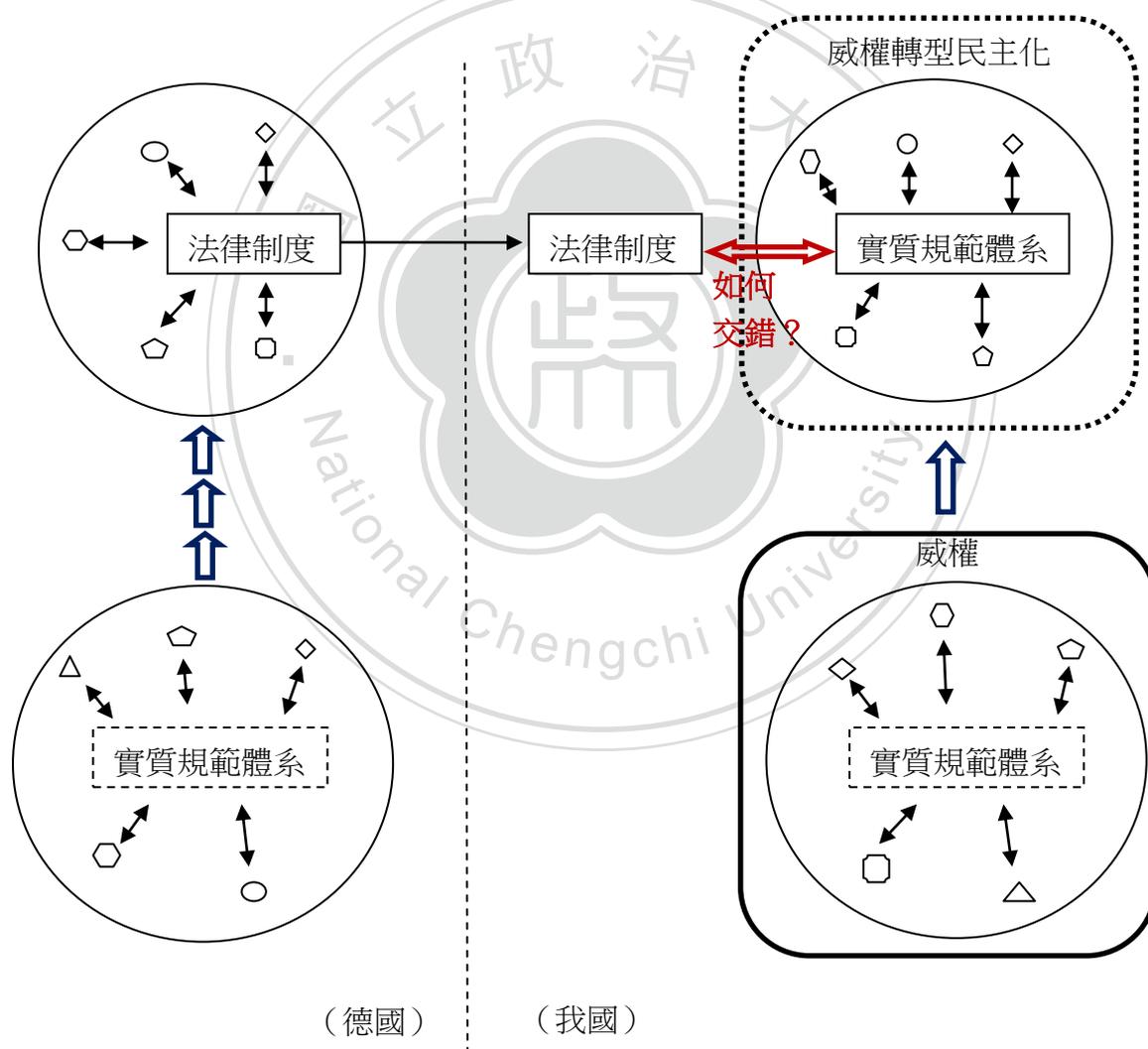
記得我在個案 I 乙節，曾經討論過長官和部屬在互動過程中，將人情義理的

成份鑲嵌入事理的辯論。而在這個個案當中，讓我們看到的是幕僚人員在與其他單位協調溝通的過程中，當事人不斷將個人利益的動機導入、將問題的焦點模糊化。「某一 A 類產品應否以 B 類產品的標準列管」本是一件相當單純的政策方向辯論，但討論到最後，卻是因為一方畏懼於霸道的長官，另一方找到有利的靠山，才得以收場！在協調的過程中，「改變現狀」常常被當事人視為是對「處在目前狀態中的人」的否定，或甚至被理解成為是在與這些「潛在既得利益者」的對抗。這樣的狀態，無疑的將成為每一次幕僚溝通時的阻礙。而像這樣以權力關係的優勢來逼迫、恫嚇的決策過程，只會造成當事人之間溝通協調上的惡性循環，也會為未來雙方可能的互動增添更多變數。

最後，我要回到命令異議制度的討論上。有別於其他類型的行政事務，從事幕僚工作是一項高度牽涉人際互動關係的職務。也就是說，幕僚人員在處理事務的過程當中，事務本身是非對錯的評價並非重點，社交手腕的優劣、順勢而為的時機選擇、談判的技巧，才是決定事務處理方向的關鍵因素。在這種特殊的文化背景之下，對於事務的評論就容易被賦予另外一個層次的解讀。當事人往往會將別人對於「事情」本身的評價，與對那個置身事情當中的「人」的評價，彼此之間作某種程度的連結。也就是說，對於事情的非價，一定程度上會被對方理解為是出自於對個人根本性的否定。這種思維模式，時常造成當事人在處理事務的第一時間，先對對方有了一個先入為主的評價，然後再依據這個評價，決定之後事務的處理方向。我要說的是，命令異議制度課予基層公務人員服從義務、報告義務，又為了保障公務人員的權益，設計了請求書面下達命令的機制。這個制度設計在實際付諸實行的當下，必然要接受上述的這項思維邏輯——對「事」與對「人」無法清楚劃分——的高度檢驗。讀者應該不難想像：對於長官的命令為「異議」，甚至更進一步地請求長官以書面下達命令，經過了這個特殊文化下的思維轉化，很容易變質成為是對長官能力的否定、對長官人品和操守的質疑，甚至被解讀成是部屬要主動和長官劃清界線、要搞造反、鬧革命！

第三節 繼受法律在地實踐及其規範交錯的困境

從第五章開始，我已陸續探討了繼受自德國的命令異議制度，在我國公務機關的法律實踐情形。在本章的前幾個節次當中，我也藉由受訪者親身經歷的六個事件，探討當事人在實際個案脈絡當中所突顯的文化特質因素。在本節當中，我將為前述的這些討論作一個統整，並總結到繼受法律如何在地實踐，及其如何與實質規範體系交錯的討論上來。為了讓討論能更清楚地進行，也為了方便我能進一步說明其中所蘊含的幾個重要意義，我將以下面的這個圖示，來表達繼受法律在地實踐的過程；而針對繼受法律與本土實質規範體系之間如何交錯，我將另外再以圖式說明其細節的內容。



一、 繼受法律如何在地實踐

在上頁圖示當中，我以大圓形的圖式，代表一個半自主的社會領域。存在於大圓形圖式當中，有許多小的、不規則形狀的圖式，我以它們來代表這個半自主的社會領域當中，建構人與人之間不同法意識的元素。這些圖式的不規則形狀，象徵著左右、操縱人的法意識的許多不同文化層面的特質。除此之外，在大圓形圖式中的矩形圖式，代表著這個半自主社會領域自然凝聚而形成的一個規範體系。其中，依照該等規範體系之實質影響力的強弱，我分別又以實線（具有實質影響力）和虛線（不具實質影響力）來表示¹⁶⁶。另外，在我國的部分，我又在半自主的社會領域之外，分別以實線與虛線描繪正方形圖式，分別代表那個處在威權體制之下與威權轉型民主化過程中的時代背景，以區別此等時代背景加諸於公務體系的壓力和對實質規範體系的影響。

每一個半自主的社會領域，都有它自然凝聚形成實質規範體系的能力。這在德國如此，在我國當然也不例外。只不過，因為種族、地域、文化、政治、經濟等因素的差異，將導致每一個地方所產出的實質規範體系或多或少有些不同。而這些差異，換個角度來看，它其實就是實質規範體系不斷在和當地社會進行互動的結果；也就是說，實質規範體系的轉變，就是在回應社會不斷的變遷。德國的命令異議制度在形成過程中，必定會受到該國社會特殊的文化特質因素所影響，而逐漸演變為今日的模樣。儘管如此，德國的命令異議制度迄今也仍然還在不斷地進行轉變當中，這些轉變也都是在回應當地社會發展的變遷使然。

上述有關實質規範體系的形成與轉變，及其與社會之間的互動關係，同樣可以在我國實質規範體系的發展脈絡之下看到。只不過，過去在威權體制的高壓之下，這樣的實質規範體系儘管隱然存在，但卻不得不屈就於當時的威權體制。從而，多數人在這當中，極不容易察覺到那個隱然存在的實質規範體系，究竟在何時發揮了它的影響力？也不容易感受到，它到底發揮了多大的影響力？在威權體制的一元化價值觀之下，實質規範體系當中的多元文化特質要展現出來是相當不容易的。因此，威權體制之下，強制遵循一元化的價值，讓人與人之間互動所可能產生的摩擦減到最低。然而，當這個威權開始解體、虛化，這些原有的、深層的、影響人的法意識的諸多文化特質就會浮現，也慢慢讓我們可以感受到那個隱然存在的實質規範體系的影響力。

¹⁶⁶ 在此，「影響力」包括了我在後面將探討的「拘束力」與「實效性」。具有影響力的規範體系，可能有一定程度的拘束力，但不必然能達成其實效性。請見本文以下的討論。

不過，在法律繼受之下，這個原本可以自然而然達到平衡狀態的實質規範體系建構過程，如今卻得面對一個外來法制的介入；或者說，是法律繼受而導入一個迥異於本土文化特質的價值觀念。繼受法律有其背後的規範精神，然而，這樣的法律欲達成其實效性，勢必得要透過人的法意識轉化過程，進而對實質規範體系的建構，融入一些新的元素，人的行動要改變也才有可能。從我在第五、六章以及本章前幾個節次的討論中，我們可以確信，這樣的法意識融合過程是辛苦的、是緩慢的，是要經歷許多困難的。之所以辛苦、緩慢、困難，是因為處在每個具體事件當中的人，面對了實質規範體系與繼受法律彼此規範交錯之下的困境。這個規範交錯的困境究竟如何？請見以下的討論。

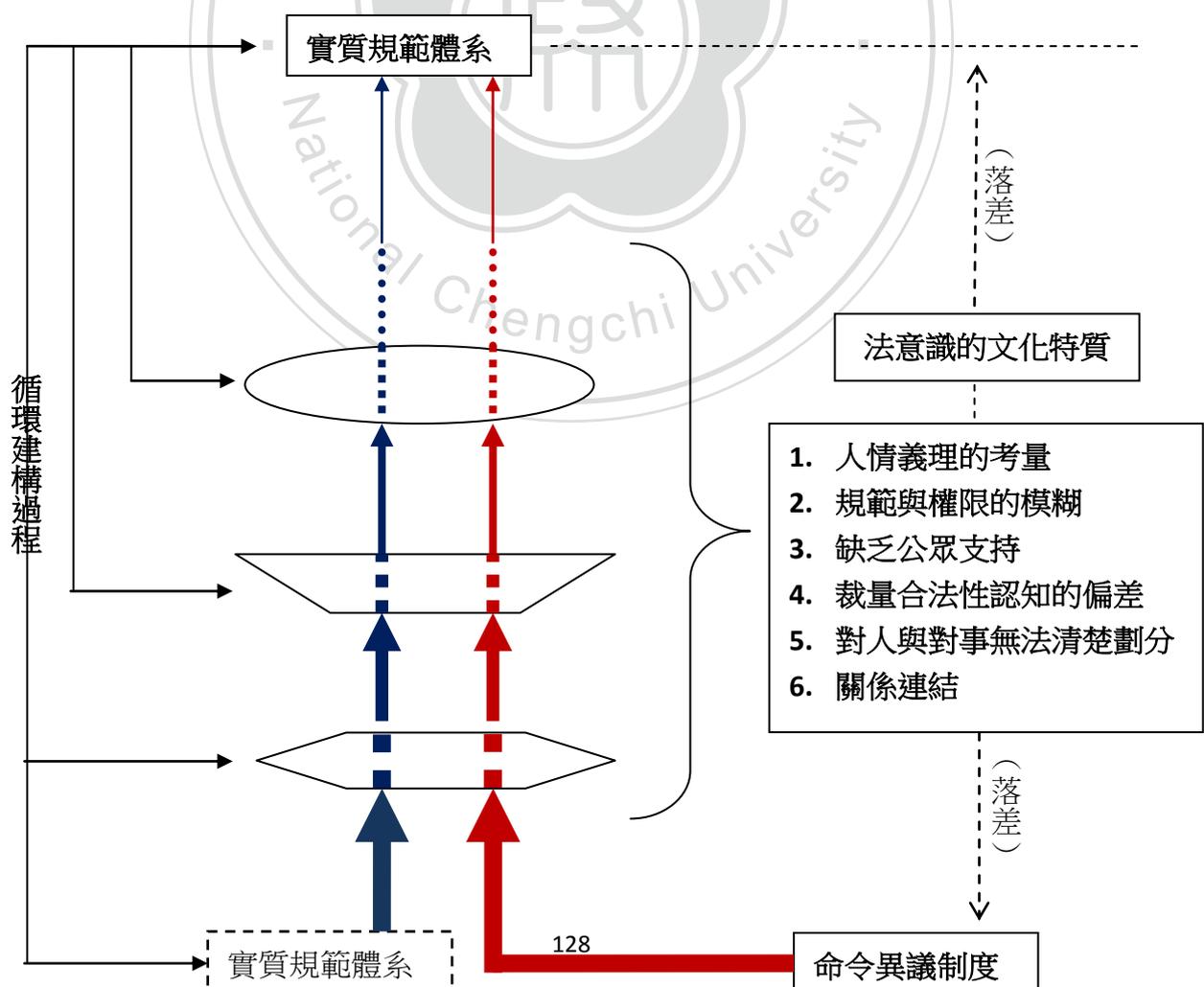
二、 規範交錯的困境

不同於 Santos 在提出「interlegality」時所指涉的：多元規範體系彼此相互之間的選擇、參雜；以及多數國內法社會學者所提到的：被規範者在多元規範交互影響之下，其外顯行為所可能陷入的矛盾和衝突；令人驚訝的，是我在田野調查的過程中，一直都沒能真正觀察到，當事人處在不同規範體系之間的那種「猶豫不決」狀態。在他們述說自身遭遇的個案事件過程中，我幾乎察覺不到一絲一毫游離在實質規範體系與命令異議制度之間的搖擺不定。相反的，當事人每每都斬釘截鐵地訴說這套法律制度有多麼不可行，也很清楚地認知到，實際運作時有另外一套實質規範體系一定要遵循，但卻又矛盾地認為這套法律制度仍然有其存在的必要性。顯然，要理解繼受法律與實質規範體系之間究竟如何交錯，及其因此對當事人所造成的困境，我們有必要尋求另外一個不同於以往所認知的規範交錯模式。

首先，我想對這個「規範交錯」先作一些概念上的釐清。在此，我所說的「規範交錯」，並非指涉實質規範體系本身結構內部的多源、多元文化特質，彼此之間進行交錯；我所指的規範交錯是：一個外來的繼受法律制度，與本土社會實質規範體系，兩者之間的作用。質言之，這樣的作用，我將它理解為是繼受法律制度背後的規範精神與價值取捨，與實質規範體系所建構以及所由建構的人的法意識，兩者之間的交流和溝通過程。這個過程，我以下一頁的圖示來表示。

在下頁圖中，我同樣以不規則形狀的圖式，來表達人的法意識當中，那些特殊的文化特質。這些特質都足以影響規範體系的形成及其實質運作。在此，我將這些不規則形狀的圖式，比喻為一層又一層的透鏡。這些透鏡將逐一過濾、檢驗某一新的規範體系是否有足以達到影響既有實質規範體系的效力。也就是說，在圖中最上方的實質規範體系，是一個半自主社會領域長久下來所凝聚形成的、既

有的、具有實質拘束力和真正實效性的規範體系（我以實線外框來表示）。我所謂的「拘束力」，指的是當事人的行動，「外在的」受到某一個規範體系的牽制和影響；而「實效性」，則指的是規範體系已進入當事人「內在的」法意識轉化，進而自然流露而化為人的行動。具有拘束力的規範體系，並不見得就已達成其實效性，只能說當事人在面臨它所帶來的影響時，行為上不得不作出一些應對，然其規範體系背後的精神和價值卻仍未深植人心，當事人的法意識也仍未轉化。回過頭來說，在圖中最上方那個既有的實質規範體系，它之所以具備了實質拘束力與真正的實效性，原因就在於它已經歷過人的法意識中諸多文化特質的長期檢驗。在這段期間，每經歷過一次文化特質的檢驗，這個規範體系就會再重新自我塑造一次，並擺脫掉一些與文化特質互不相容的元素（如同圖中的箭號，每經過一道透鏡過濾，都會稍微縮減），進而能夠讓多數的被規範者所認同和接納。在此檢驗過程的同時，也就更為鞏固這個規範體系在人們心中的霸權地位。亦即，在正常的情況之下，一套規範體系能夠具備霸權地位，其正當性基礎源於它長久下來所經歷的層層檢驗。而這個既有的實質規範體系，並非就此打住而不再變動，相反的，它又會再回過頭來影響—甚或改變—人的法意識中的諸多文化特質，從而也可能因為彼此再作相互激盪，又產生新的、尚未經過檢驗的、鬆散的、還不具備霸權地位的實質規範體系雛形，繼而又再回到諸多法意識文化特質檢驗的循環建構過程當中。



然而，當一個繼受法律—例如：命令異議制度—自外引進時，究竟與上述這個原本已然達成動態平衡的循環建構過程，彼此如何交錯？首先要說明的是，命令異議制度它並不如實質規範體系一般，是從既有的法意識諸多文化特質中擷取元素而產生，它也從未經歷過法意識諸多文化特質的檢驗。然而，這個外來的制度，卻因為經過了立法過程的洗禮，形式上被賦予了法律位階的霸權地位。我們可以說，這個具有形式霸權地位的法律制度，充其量僅對當事人產生拘束力，但是否能達成其實效性，在實際執行、接受檢驗之前，不得而知。不過，徒法不足以自行，形式的法律尚且必須倚賴人將其付諸實踐、去運作，法律的價值仍舊必須透過人的法意識轉化，才能化為人的行動。顯然，立法者試圖繞過文化特質檢驗這個途徑，在命令異議制度實際付諸實踐時，仍然逃脫不了必須面對人的法意識諸多文化特質的挑戰。

至此，我們可以這樣來理解規範交錯：命令異議制度在實際運作過程中的影響力，與實質規範體系兩者之間，是分別處在一種不對等的地位。彼此之間的落差，來自於實質規範體系已然經過長期檢驗。或者可以說，實質規範體系與命令異議制度之間的不對等，是因為一方在長期檢驗後具備了實質的霸權地位，另一方則無。而在命令異議制度付諸實踐的過程中，諸多文化特質的檢驗也很可能改變了制度本身原有的模樣。這種篩選過濾之後的變形，其實同樣也曾經發生在實質規範體系過去還未具備霸權地位之前的檢驗過程中。經過了這些檢驗之後，或許命令異議制度中，許多與文化特質不相容的部分，就會遭到捨棄。到了最後，命令異議制度真正能夠影響實質規範體系的部分，與原本在立法之初的條文結構相較，幾乎可謂大相逕庭。這也就是我所謂的繼受法律「規範交錯的困境」之所在。這個困境在於，本來未經檢驗而不應該具備霸權地位的繼受法律，被賦予了形式上的霸權地位，從而違逆了一個本土規範體系自然發展的動態平衡；而在它實際運作、接受檢驗之後，卻又產生了與原先立法之初所未曾預料到的變形、落差。如此結果，不但是沒有能夠「精準地」影響實質規範體系，當事人反而不得已要被進入一種宣稱與實質分裂的窘迫狀態¹⁶⁷。亦即，當事人打從心底認同具有實效性的實質規範體系，卻又無法全然忽視命令異議制度所帶來的拘束力，也不得不因為命令異議制度的拘束力而作出一些回應；為了能夠讓原有的平衡持續下去，當事人無從選擇，只能一方面因應命令異議制度而作外在的宣稱，一方

¹⁶⁷ 這個「宣稱與實質分裂」的議題，係引自王曉丹「初探臺灣法律與社會研究—議題與觀點」一文。參見王曉丹，同註3，頁63-108。王曉丹在該文的結論中，提到人們宣稱與實質的分裂，事實上也和我國繼受西方法律的背景直接相關。她指出，繼受西方法律中的許多法學概念，在人們的生活中是陌生的，甚且在意義上，宣稱性還大於實質性。其中一個深層的意涵是：我們使用權利的語言，卻往往忽略這些概念背後的價值內涵，以及此價值內涵與社會生活的連結性。最後，繼受法律背後的核心精神，客觀上沒能落實在日常生活當中，而當事人主觀上竟然也毫無意識到其日常生活的舉止，其實已然背離了法律背後的精神。然而，我必須說明的是，要直接在田野調查的過程中，直接看到當事人主觀上無意識於其行為背離法律精神，其實是相當困難的。從而，就我所蒐集到的資料，只能推論當事人是一面因應繼受法律的拘束力而作宣稱；一面又寧可依循實質規範體系去運作，當個安安份份的公務人員。

面又懂得實際上要依照實質規範體系去運作。這個外在的宣稱，就如同我們在田野調查中所觀察到的，它的樣態可以是：當事人藉著不斷述說這個法律條文有多麼不可行，來替自己不依法而行的行為作合理化；也可以是：當事人宣稱制度的價值和立法者的美意仍然不容抹煞，但實際上還有更好的處理方法。這就可以解釋，為何受訪者 H 會說：命令異議制度就只剩下所謂的「宣示效果」，或許在吵架的時候，可以拿出來隨便說一說、出出氣，但實際上根本難以執行。也可以充分解釋，為何命令異議制度被當事人定位在「僅供保命時使用」，也讓我們得以理解，何以基層公務人員只有在全然放棄和長官溝通—也可以說是對於實質規範體系無法達到平衡，感到全然失望—之時，或者是在具備特殊身分—已經徹底黑掉無法翻身、或快要退休—的族群，才會想要把命令異議制度拿出來用！

我要說明的是，上述這種規範交錯的模式，存在於繼受法律與既有的實質規範體系之間。此等規範交錯，絕非如同外界普遍所想像的，是兩種分別源自於多元價值與文化思維模式所產生的不同規範體系，彼此之間「對等地」在同一個案件事實的適用上，相互競合、參雜、擺盪、選擇或取捨¹⁶⁸。繼受法律在地實踐的規範交錯情形是：一方面，既有的實質規範體系在長期經歷法意識諸多文化特質的檢驗，達成實效性並具備了實質的霸權地位；另一方面，繼受法律經過了一個形式上的立法過程，在沒有經過文化特質檢驗的前提之下，被賦予了另外一種形式上的霸權地位。然而，這個繼受法律制度欲達成其實效性，勢必無法逃脫仍然必須要接受人的法意識諸多文化特質檢驗的挑戰。這樣的過程，導致命令異議制度最後能對實質規範體系產生影響的態樣，已經與條文本身不同；也更可以說，繼受法律背後的精神與價值取捨，泰半已然在這個過程中遭到濾除、被扭曲或產生了質變。說的再具體一些，命令異議制度的構成要件有三：服從義務、報告義務、請求書面下達。這個制度背後有其權責分擔的價值取捨與保障公務人員的精神。然而，這些元素在進入每一個個案的實際運作過程當中時，將備受考驗。這些考驗，包括本章先前所提到的：人情義理的牽絆、權限含混與規範模糊、當事人的行動缺乏公眾支持、對裁量合法性與行使裁量的主體性之認知、對人與對事無法清楚劃分、關係連結、…等等。顯然，在經過這樣的檢驗之後，「請求書面下達」立即遭到淘汰；而「報告義務」的合法與否也極度被限縮在「謙恭有禮、察言觀色、顧慮長官面子」的狹窄範圍之內。至於，能夠順利通過每一層檢驗的，大概也只剩下「服從義務」了。這也就可以解釋，何以命令異議制度在實際運作之下，反而更加鞏固了實質規範體系中「服從」的絕對性，也讓公務人員原本已經屹立不搖的服從義務觀念，變得更為難以撼動。而原本規範欲達成保障公務人

¹⁶⁸ 既然是「interlegality」，前提就應該是進行交錯的每一個規範，各自都具備了實質規範體系的結構與霸權地位，也就是都具有合法性（legality）。在我所說的規範交錯當中，卻只有實質規範體系的合法性和霸權地位是穩固的，而繼受法律則僅止於法律位階的、形式的合法性，實質運作上幾乎沒有霸權地位可言。因此，interlegality 是多源、多元但彼此對等的規範體系，相互之間的交互作用與影響；而我所說的規範交錯，乃是不對等的兩個規範體系—實質規範體系與繼受法律—，彼此之間如何影響。

員的精神，與清楚分擔事責的價值，早就在這過程中變了調，轉而成為是部屬在
質疑長官人品、切斷關係連結。



第八章 結論

第一節 從法意識的觀點重新檢視繼受法律在地實踐的核心問題

近年來，法學界已經開始注意繼受法律在本土實踐可能遭遇的諸多問題。法社會學的討論，讓我們看到盲目移植法律的侷限性，並轉而關注繼受法律與本土社會文化之間的相互融合、適應、變形與轉化。直到今天，法律與社會之間靜態的、二元對立的思考模式，已經不足以充分地理解本土法社會現象。以工具式的觀點來看待法律實效性不佳的問題，充其量只能見到問題的表象。相反的，我們開始從人與人之互動的法律觀點和多元法律體系之間動態交流的角度來思考，並投入一個半自主的社會領域進行觀察。我們嘗試進入法律實效性的更深一層次意涵，去理解這當中每一個人的法意識及其如何界定合法/非法的界限，並深入每一個個案事實的脈絡，分析其中所蘊含的諸多文化特質因素，從而得以看到那個不斷與法意識進行循環建構過程、不斷在變動當中的實質規範體系，如何與繼受法律交錯？當事人在規範交錯之下所面臨的困境又如何？唯有如此，才算是真正切中繼受法律在地實踐問題的核心，也才有可能針對問題、解決問題。

臺灣社會在威權轉型民主化之後，社會規範逐漸從過去的一元化專制體制，逐漸轉趨開放而多元化。在 1980 年代解除戒嚴之後，整個社會開始邁入一個新、舊時代交替的汰換時期。在這個轉換的過程當中，威權解體所產生的社會多元化，再加上新與舊尚未完全轉型，舊思想與新思維呈現一種動態的、不斷在進行改變的、多元並存又互相交錯影響的局面。另外，早期軍事化官僚體制所界定的，上、下級公務人員之間的特別權力關係，也開始不斷受到挑戰，僵固的體制也慢慢得以鬆動。然而，轉換變動的過程，一方面打亂了威權時期所建立的秩序，二方面又還未及全然擺脫舊秩序根深蒂固的影響，成功轉型建立起新的法治秩序。在這樣的時代背景之下，人與人之間時常因為各自對社會規範秩序的想像不同、各自在新舊思維的轉換程度上不同，而互相產生猜忌、誤解和摩擦，也更容易發生糾紛。

在威權轉型民主化及特別權力關係鬆動之下，基層公務人員已不再被認為應當服無定量的義務。然而，誠如前述所言，舊時代無止盡的、絕對的服從觀念，雖然在法律上被打破，但新時代的、受法律規制的服從觀念，仍未完全深植於每一位公務人員的心中。在公務機關的運作中，每一位公務人員對於規範的想像不同，從人治到法治的觀念轉換程度也互有差異，多元格局使他們在執行職務的互

動溝通上，面臨許多難以被外界窺見的困境。除此之外，在 2003 年公務人員保障法第 17 條修正、引進德國命令異議制度之後，基層公務人員更被要求要勇於對抗上級長官違法的命令，主動提出異議、履行報告義務。為了保障公務人員的權益，命令異議制度設計了一套以長官書面下達命令、部屬得請求命令以書面下達的規範機制，作為釐清雙方責任的依據。

本研究即以上述公務人員保障法第 17 條的修正，引進德國命令異議制度為例，將我國公務族群界定為一個半自主的社會領域，藉由社會學式的深入訪談，觀察這個繼受法律在公務體系的實踐情形，探究法律實效性的表象層次。研究結果發現：上、下級公務人員在執行職務上的互動方式與命令異議制度的設計不同。長官對部屬傳達命令，絕大多數都是直接以口頭的方式為之，或直接找部屬進辦公室當面商討。如欲傳達一些不合常理、甚且不合法的命令，長官也會技巧性地以口耳相傳或以迂迴、責罵的方式來達成目的。面對部屬主動簽呈的公文書，長官常常以原簽退回或推遲公文的方式，刻意迴避書面下達命令。即便是以書面下達者，也可能改以貼便條紙的形式，或以曖昧不明的語意，來減輕可能負擔責任的風險。面對長官有違法之虞的命令，部屬的應對方式，包括：在公文書上打筆仗、拖延辦案、找同事一起負責或更換承辦人、保留便條紙或影印公文、寫辦案日記、知會政風室等。顯然，命令異議制度的實踐，並未達成其釐清事責、保障公務人員的目的，公務人員的互動方式與法律所設計的模式，有著極大的落差。

繼而，我們再進入法意識層次，探究公務人員對於「上、下級公務人員如何互動」的看法，其中合法/非法的界限如何界定？又與命令異議制度是否相同？研究結果顯示，命令異議制度課予公務人員的報告義務，時常令他們難以啟齒；部屬向長官報告的合法範圍，也被限縮在「謙恭有禮、察言觀色、顧慮長官面子」的界限之內。再者，命令異議制度所設計的請求書面下達命令，幾乎全然被認定是屬於非法的行為，現實運作當中近乎等於是無法請求。而命令異議制度所界定的服從義務界限，實質上根本沒能撼動過去威權體制之下的絕對服從觀念，甚且反而使其更為鞏固。命令異議制度釐清權責的價值取捨沒有得到公務人員的認同，其欲提供公務人員保障以使其積極任事的精神和思維邏輯，難以讓公務人員的法意識轉化，也無力改變公務機關實質規範體系的循環建構過程。亦即，命令異議制度在我國公務機關實踐的實效性不佳。

深究上述法律實效性不佳的原由，乃係公務人員的法意識當中，隱然存在一個與命令異議制度有別、本身又不斷在進行變動、而真正具有實效性的實質規範體系。這個實質規範體系的內部構造具有相當的變動性與模糊性，從而外觀上並無從清楚述說其法律構成要件，然其黑掉的後果卻清晰可見。此點透露出：公務人員法意識中，對於合法/非法界限如何界定的思維模式，與命令異議制度所屬

之法律體系的三段論證邏輯是不相同的。而這也很可能在命令異議制度之價值和精神融入公務人員的法意識過程當中，形成一定程度的阻礙。

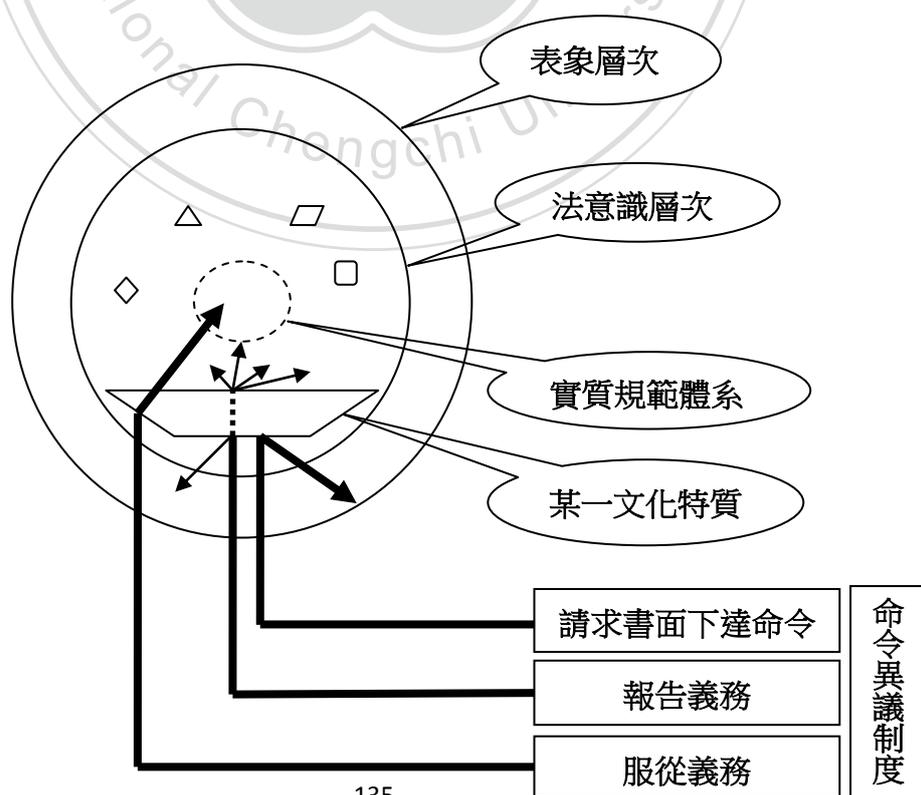
除了理解思維邏輯差異所可能產生的阻礙之外，藉由分析當事人在六個個案事實脈絡中的處境，我們可以分別萃取出公務人員法意識當中的諸多文化特質。研究結果發現，這些文化特質因素，至少包括了：人情義理的考量、規範模糊與權限含混、缺乏公眾支持的大環境、對裁量合法性與裁量主體性的認知、對人與對事無法清楚劃分、關係連結等。此等文化特質，在實質規範體系與法意識的循環建構過程中，扮演關鍵性的「透鏡」角色。亦即，法意識中的文化特質，將對一個尚未具備實效性的規範體系進行層層檢驗，逐步、漸次地濾除與該等文化特質不相容的元素，因而不斷形塑實質規範體系之新樣態。如此檢驗、過濾的過程，也提升了實質規範體系在人的法意識中的霸權地位。

儘管命令異議制度被賦予了法律位階的形式霸權地位，然而，其實踐的過程仍免不了須經過諸多文化特質的檢驗。在具體的事件當中，未經檢驗而僅具形式霸權地位的命令異議制度，與既有的、長期反覆經過文化特質檢驗的、具有實質霸權地位的實質規範體系，兩者之間進行一種不對等的規範交錯。研究結果顯示，此等不對等的規範交錯情形為：一、人情義理的考量，被當事人鑲嵌於事件處理過程的細節當中，並於事件過後成為了整起事件對兩造雙方最重要的意義。如何報告與是否請求書面下達並非重點，有無設身處地為他方著想、能不能成為永久的朋友才是關鍵；二、規範模糊與權限含混，突顯出公務體系以圓融為中心的處世文化，而清楚劃分權限和責任只會讓當事人都下不了台，對於日後的進一步互動完全沒有幫助；三、缺乏公眾的支持，讓當事人對於衝撞既有的實質規範體系感到無助和灰心，也對改變不抱持希望；四、極度擴張裁量合法範圍的認知，以及行使裁量權主體性的偏差，使得「對長官之裁量提起異議」讓公務人員普遍感到沒有自信，也欠缺正當性基礎；五、對人與對事無法清楚劃分，使得「對長官之命令為異議」被解讀為「對長官能力的不信任」、「對長官人品的質疑」；六、以關係連結為核心的處事態度，時常讓當事人誤把「人情交換」當成是「犧牲小我、完成大我」，為了更重要的目的，只好放棄該有的權利與該盡的義務。

至此，我們終於明瞭：命令異議制度實效性不佳，其真正問題的核心，在於公務人員法意識當中諸多文化特質因素的影響之下，造成規範不對等交錯使然。在此規範交錯之下，身處在其中的當事人都清楚認知到，實際的互動必須依循實質規範體系來運作，但卻又不得不對命令異議制度作出一些回應，遂產生一種宣稱與實質分裂的窘迫狀態。這也就是規範交錯之下當事人所面臨的困境。而分析規範交錯的過程，除了讓我們理解命令異議制度背後的精神與價值取捨，何以如此難以得到公務人員的認同之外；還可以讓我們有機會更進一步省思：法律繼受

的初衷究竟為何？如果制度背後的精神和價值是我們所欲追求的，那何以捨近求遠地放棄本土既有的法意識與實質規範體系的循環建構途徑，而急於倉促之間引進一個既讓人感到陌生又無從逃避文化特質檢驗的外來制度？另一個層次的問題是，對於我們而言，面對這樣已經繼受了外來法制的現狀，究竟該如何才能加速其與既有的實質規範體系交流和融合，儘速終結這種宣稱與實質分裂的困境？從規範交錯的模式中，或許我們可以推測的方法，大概有以下二種：其一，削減足以發揮「透鏡」效果的文化特質因素。也就是說，如果我們能夠建立其他的配套措施，加速改變這些操縱人的法意識的文化特質，將可以大幅減輕繼受法律在地實踐過程中的層層檢驗負擔。其二，對繼受法律本身的制度進行一定程度的潤飾，以便其能更順利地通過法意識文化特質的檢驗，使繼受法律也能如同實質規範體系一般，經由檢驗的過程自然而然地取得它在人們心中的霸權地位。從某個角度來說，這種作法將比實質規範體系本身接受檢驗的過程還要來得迅速、有效率。原因就在於：繼受法律已經被賦予了法律位階的形式霸權地位，某種程度而言，它將起了一種推進的效果。

對於強化命令異議制度之實效性的配套機制設計，幾位受訪者提到「迴避制度」、「電子線上公文簽核」或「公文會簽法務人員、政風單位」等機制。仔細想想，它們其實或多或少都是在回應當事人法意識中的某些文化特質因素。一方面，可能試圖改變文化特質，另一方面，則欲對命令異議制度稍作一些潤飾，目的無非也都是希望，這樣的制度能夠更順利地通過文化特質的檢驗，與現有的實質規範體系相互融合，儘速終結規範交錯之下，當前這種宣稱（命令異議制度）與實質（實質規範體系）分裂的困難處境。



我想說的是：作為一個繼受自他國的法律，命令異議制度的規範價值與精神實有必要再更充分地被討論，部屬與長官之間也必須再多增加針對事理的溝通。唯有如此，雙方的法意識才可能一致地得到提升，命令異議制度的價值也才能融入公務人員的法意識當中。除了法意識的提升之外，我們還必須更深層地體認到本土法律文化可能對繼受法律在地實踐的影響。為此，我們當要進入每一個個案的實際脈絡中，去理解個人身在其中的處境，去感受他們所遭遇之困境背後的文化面相，去看到繼受法律與實質規範體系在一起事件當中是如何交錯，以及規範交錯是如何令當事人感到為難。只有這樣，才能避免不明究理的指責、去脈絡化的判斷，甚至於在無知的情況之下將當事人污名化。當我們能夠真正體會到，當事人之所以選擇不依法而行，是因為法律規範的價值取捨，在本土社會文化特質影響之下，規範交錯的無解和不得已，我們才能夠理解法律實踐真正的困境究竟何在。而當我們能夠更清楚的看見法律實效性不佳真正問題之所在，法律所欲達成之目的才有進一步實現的可能。

最後，我必須再一次說明，命令異議制度引進當時，立法者將其置於公務人員保障法的條文當中，其規範意旨充分展現出欲保障公務人員的美意，這個出發點絕不容否認，也絕對獲得所有基層公務人員的支持。面對法律實踐實效性不佳的問題，並非只是一廂情願的認為制度設計有缺漏，或者只是檢討現實的配套機制不健全就能解決問題。法律規範的價值，與公務機關長久以來建構公務人員法意識的實質規範體系，兩者之間除了互有矛盾和衝突外，彼此不對等地進行交錯、公務人員法意識沒有得到轉化，這些才是法律無法達成實效性的根本原因。而在實際的個案當中，公務人員在服從、報告、請求書面下達的考量之外，還必須要面對的是本土法律文化之中，人情義理、角色扮演、機關文化…等等諸多因素混雜在規範價值之間的糾葛和取捨，這種情況才是法律實效性不佳之下，當事人真正遭遇到的困境。公務人員保障法第 17 條修正迄今，法律實踐真正面臨的問題一直都沒能讓外界看清楚，公務人員心中的冷暖也一直無法被世人感同身受。透過本研究，讓外界有機會對公務機關內部一窺究竟的同時，我希望他們的處境也能夠得到外界的理解和諒解，更期盼有朝一日，命令異議制度保障公務人員的立法精神，能充分得到發揮、真正的被實現。

第二節 法社會學研究在當代的角色與方向

我想絕大多數的人都不會否認，人類世界發展出法律規範體系的最終目標，無非就是希望能夠達成社會的公平與正義¹⁶⁹。在本文中，我所討論的重點並不在於抽象的法律制度本身是否符合公平與正義，而是在假設法律制度已經歷過法釋義學研究者的重重檢驗，法律的論理邏輯完美、體系完整，就制度本身而言已經符合公平正義的要求。站在這個基礎之上，我想要進一步探究的是：社會現實運作何以未能與法律條文同步達成公平與正義？

從古自今，我們所處的這個社會一直存在著許許多多的不公平與不正義。身為一個習法之人，我們亟欲改變這個不公不義的現實。然而，長久以來，我們一貫使用的方法，是以文鬥的形式、以邏輯的思考和論證，不斷嘗試去對抗和衝撞原有的制度。為了達成公平、正義的理想，我們耗費了許多的力量，遠渡重洋尋找他山之石，引進西方世界所發展出來的規範體系，試圖藉由法律體系的建立，讓社會的不公不義現象能夠得到轉變。這個動機，促成了法釋義學在本土的蓬勃發展，也讓我們一直對立法所能夠帶來的法律實效性抱持高度期待，更視法律制度本身即能促成社會正義為理所當然。

然而，現實狀況卻始終不盡如人意。儘管制度已然建立、穩固，法律已經公布、實施多年，但原本立法的初衷與規範背後的價值，卻一直沒有能夠真正進入社會人心，被人與人接納和採行。當初為了立法，我們付出了血汗，但努力了許久所得到的成果，卻僅止於書面條文的制定。自法律條文公布實施的那一天起，法學界似乎就此認為革命已經成功，面對社會現實的、實質的不公不義，我們好像再也就沒能夠使得上力。

在此，我還是必須再次肯定法釋義學研究對社會公平與正義所作出的貢獻和價值。然而，如同上述我所說的，從法律條文完成立法的那一天起，我們不得不承認這樣的研究路線仍然有它先天上的極限。這個限制，在我國的法律繼受背景之下，更為突顯。為了讓我們的社會更進一步朝向實質公平正義的理想邁進，我

¹⁶⁹ 雖然過去也曾經有許多思想家（如：Jacques Derrida）提出「法律」本身是一種暴力、一種霸權，法律的存在本身就可以說是一種不正義；然而，這個從法律的實質運作結果面向的回溯性觀察，仍然招致許多批評。參見陳郁雯，從 Derrida《法律的力量》一文探討法與正義的關係，2008年06月，臺灣大學法律學研究所碩士論文。在此，我仍然以法律創設的初衷—公平正義，肯定法律對於促成社會實質公平正義的積極理想和價值。在英語系或俄語系的國家，「正義」與「司法」往往使用的是同一個名詞（justice），這無非也在肯定法律是以體現社會正義為其最終的目標。參見郭羅基，法律與正義，參考網址：<http://www.asiademo.org/b5/2000/06/20000601b.htm>，瀏覽日期：2011年05月21日。

們不得不轉而尋求另一個研究觀點和路徑。就在這個轉折點上，法社會學研究顯然能夠一也有責任一扮演起這個重要且關鍵的角色。在法律條文公布實施的那一天起，法社會學研究將接續法釋義學研究的大業，把法律條文的「書本中的法」連結到社會現實的「行動中的法」，並透過理解被規範者的法意識及其所建構與所由建構的實質規範體系，深入每一個個案事實背後的脈絡中，去觀察規範交錯之下，當事人將法律付諸實踐所遭遇到的本土文化困境。藉此，我們方能為法律實踐的真實面把脈，抓住法律實效性不佳真正的病候之所在，從而也才有可能對症下藥、解決問題。

我必須說明的是，我國在清末民初當時，捨棄傳統的中華法系而選擇繼受歐陸法律體制，這已經是既成的事實，也是我們這個世代不得不認真面對的問題。如果我們只是不斷地去批判繼受他國法律的正當性缺失，或者為了逃避問題的複雜難解，直接挪用西方法社會學研究的理論和成果，顯然對於問題的解決根本毫無助益。要發展屬於我國的本土法社會學研究，我們必然要正視繼受法律問題確實存在於我國社會中的殘酷現實，腳踏實地在我國具體的社會文化脈絡之下進行調查考究，找尋問題真正之所在，直接面對問題、解決問題。

另外，值得一提的是，受限於本土法社會學理論尚未發展成熟，對於多元規範交錯的議題，多數學者目前仍然免不了要援用西方法社會學研究的成果。事實上，以西方的規範交錯概念來觀察、詮釋本土繼受法律實踐所遭遇的困境，往往到了研究過程的某一個階段，就會遭遇重大的瓶頸。多元規範對等交錯的預設，並沒有辦法解釋，既然有了多元規範體系可供當事人選擇，那何以絕大多數的當事人都寧可捨棄一方的美意，而屈就於另外一方？如果當事人的困境，是來自於多元規範彼此的衝突與矛盾，又為何我們一直都沒能真正觀察到當事人在具體個案當中的猶豫不決與無所適從，反而看到的是當事人在宣稱與實質的分裂？從而，也就更無法解釋，何以當事人都一致地宣稱，那個被捨棄的一方有必要存在，卻又相當清楚地認知到，實際執行時仍舊只能依循、屈就於另外一方？

突破上述研究瓶頸的關鍵，在於我所提到的：本土社會所蘊含的諸多文化特質。這些文化特質因素，對於一個規範體系能否達成其實效性、能否具備合法性的霸權地位，有著絕對不容忽視的影響力。之所以如此，原因其實很簡單：因為「書本中的法」不必然主動成為「行動中的法」，法律制度必須透過人去運作、透過改變人的法意識，進而化為行動去運作。既然法律運作無可避免地要經過人的法意識，那麼影響人的法意識的諸多文化特質因素，當然會對規範的內容有所篩檢，進而左右法律的實質運作。然而，如果我們在觀察本土的法社會現象時，忽略了繼受法律未經諸多文化特質檢驗的這個重要特徵，無視繼受法律的形式霸權地位與實質規範體系長期經過文化特質檢驗後所具有的實質霸權地位，兩者因

此造成的落差，毫無意識地將其視為是對等的多元規範彼此在進行交錯，就必然無法參透當事人的困境究竟從何而來。如果沒有清楚認識規範交錯困境的真正原因，自然也就無從面對問題、解決問題。

我要強調的一點是，以往的法學研究高度重視繼受法律內在邏輯的論理、論證。面對法律實效性不佳的現實，往昔的法律學者，也多半是歸咎於制度本身的設計有瑕疵、有漏洞。從而，法律學者又耗費更多的力氣，嘗試要去彌補制度的瑕疵、填補法律的漏洞。然而，此等埋首於法律條文體系的研究路線，明顯輕忽了「我們是活在人的世界當中」的這個現實。對於影響人的法意識的諸多文化特質因素，卻被多數法律學者全盤否定，甚至被評價為「不屬於法律問題」。本文的討論，顯然讓我們深刻地認識到，法學研究若欲切中問題真正的核心，勢必得正視本土諸多文化特質因素的影響力。而欲進行這樣的法學研究，我們不得不從人的法意識的觀點切入。因為這些文化特質因素之所以有如此的影響力，絕對是因為它潛藏在人的法意識當中，無時無刻、不著邊際地影響—甚至決定—著我們對於每一套法律制度、每一個規範體系的看法，進而左右我們外顯行為的一切。這些文化特質沒有改變，法律條文修改得再完美都是枉然。我希望藉由這樣的研究，喚起法律學術界對於法意識與法文化特質的重視，而不再只是掩耳盜鈴似的將其排除在法律議題之外；也希望未來的法學研究，能因此更為深刻地切中問題、也更有效率地解決問題。

最後，我想在此提出呼籲：繼受法律在本土實踐的實效性不佳，以及當事人在規範交錯下面臨困境，這些問題在當代臺灣社會隨處可見。社會實質的不公不義，即便是在法學研究已然蓬勃發展的今天，仍然持續存在於社會的每一個角落，也不斷困擾著我們每一個人。藉由本研究，我希望法社會學研究的關鍵性角色能夠獲得法學界的高度重視，並體認到除了法律解釋之外，現實層面仍然存在著許多法律實踐的困境—這些問題無疑的都是屬於法律問題—亟需法學研究者進入社會場域中，去發掘、解決。亦即，以社會科學實證調查的方法從事法社會學研究，在當代臺灣社會是非常迫切需要的。我期盼未來的法學研究，除了盡力在「書本中的法」達成法律體系的公平正義之外，還能夠進一步地促成現實社會中的「行動中的法」，也達成實質的公平正義。我相信這樣的法學研究對於社會的貢獻，不但更為圓滿，也讓法律和正義之間的距離，更為靠近！

第三節 研究限制與未來的研究方向

一、 研究限制

由於使用社會學式的田野調查方法進行本土的法社會學研究，在過去並未曾有過前例，相關的研究方法論目前也尚在非常初始的開發階段，因此，本研究實屬於一項初探性質的研究。在研究的過程中，必然遭遇許多重大困難和限制，包括：議題性質的敏感性與資料蒐集的困難度、研究者的背景、研究者與受訪者之間的關係、受訪者的身分與背景等因素，都可能讓研究結果或理論產生偏差。

首先，我在田野調查的階段，即強烈感受到「基層公務人員與上級長官之間的互動糾紛」這個議題，在我國公務機關普遍保守文化之下的敏感性。大多數公務人員對於談論機關內部的不和諧或糾紛十分抗拒。此點造成本研究在資料蒐集上遭遇相當大的困難。受訪者與其長官或部屬之間互動上的不悅，甚至涉及有不法情事者，當事人更是難以啟齒。訪談之初，原本同意受邀的幾位受訪者，在後續的接洽中，也都紛紛打退堂鼓。這其中，有些人的理由是：「我和我的長官相處得很好，不符合研究對象的要求。」當然，也有更多人不願意說明退出研究的真正理由。即便已經表示願意接受訪談，但是在訪談的過程中，也有幾位受訪者堅持不願意透露糾紛的細節。還有受訪者在訪談過後向我表示，相當擔心訪談內容一旦公開後所可能帶來的不良後果。此項限制因素，將使本研究所蒐集到的資料，先天性地排除了具有某一特質的受訪者，導致論述方向上有所偏差。

再者，是關於研究者自己本身的因素。由於我曾經擔任過基層公務人員，因此，不論在訪談的過程，或本文的論述當中，難免會有先入為主的觀點和立場。另外，受訪者的身分也大多數是以基層公務人員為主，具有上級長官身分者較少，在進入具體個案的情境脈絡時，我的論述很容易較為袒護基層公務人員。對於長官所處困境的論述不但較少，也對他們較為不利。其中，更有幾位受訪者過去曾經與我是同事關係，這種關係雖然能幫助我更深入地了解個案情境與當事人的困難處境，但有些時候，這反而讓我和對方在談論的過程中多所顧慮，也很可能因此阻礙其敘述事件的真實性，造成研究結果的偏差。受限於研究時間上的限制，本研究僅訪談九位受訪者，他們大多數服務於中央行政機關，在地方層級的單位服務者較少，職位性質也仍然不夠多元，此因素讓研究所得到的結果，無法全然適用於其他諸多不同性質的公務機關。

二、 未來的研究方向

目前絕大多數的法社會學研究，在議題選擇上仍然偏向以民事私法領域為主，以公法領域之議題作為論述中心的論文相當稀少。有別於民事私法領域的議題較易被大眾所接受和理解，公務機關內部的議題則相對地趨向保守和封閉。外界鮮少有機會能夠進入這個自成一格的領域，一窺其法律運作的實際狀況。一直到今天，公務機關內部仍然存在著許多問題，這些問題時常是公務人員不為外人道的敏感議題，它雖然不被人談論，但是卻持續困擾著公務體系內部的運作。這些議題有待未來許多研究的發掘和解決。

在我的研究過程當中，我看到不同公務機關性質的多元化。從我的受訪者給我的印象當中，我隱約可以看到一些有趣的趨勢，值得未來深入研究。首先，我觀察到每一個不同性質的公務機關，從威權轉型民主化的程度差異甚大。一般來說，性質上屬於中央機關、規模格局較大的部會、負責業務所接觸的對象單純、未牽涉龐大商業利益的單位，公務人員的法治觀念較強，對命令異議制度的認同度也稍微較高。相反的，地方層級的機關、規模較小的處室、業務上必須接觸的對象較為複雜、或牽涉龐大商業利益的單位，公務人員在承辦案件上，就必須因應現實狀況作出更多的妥協和讓步，他們就比較傾向於認為命令異議制度不切實際。

另外，我想說明的是，本研究到此僅係完成階段性任務。研究過程仍然有許多相當重要的議題，尚未及更深入、更為細緻地討論，必須仰賴後續再進行更大型的研究來完成。在本文的第七章，我提到了繼受法律與實質規範體系之間的交錯。不僅如此，我所說的「實質規範體系」，它本身就具有一個動態的、多元文化特質的結構。在它的結構內部，我想也很可能有自己的規範交錯。令人好奇的是，這個層次的規範交錯情形如何？困境又如何？還有，它與本文的規範交錯又是甚麼樣的關係？有沒有這兩個不同層次的規範交錯之間的「再交錯」？儘管本文已經盡力突顯出繼受法律實踐時可能遭遇本土文化困境的複雜面相，但究竟這兩者之間—或者可能是一對多，甚至多對多之間—如何進行交錯？有無交錯的模式？顯然目前我們仍然還不夠清楚。這些都期待未來的研究能進一步更為細緻的討論。

最後，我想再補充說明：我們若要完整地研究繼受法律在地實踐的過程，除了我在研究中所關注的法律實效性與規範交錯困境之外，尚且應該分別從法律輸出國的歷史與本國傳統法律文化的源頭開始，逐步進行研究。以命令異議制度為例，本研究僅探討該制度在我國的實踐情形，並分析了規範交錯的困境；然而，

一個完整的研究，勢必還要納入德國命令異議制度發展的法制史研究、德國當代命令異議制度的法社會學研究、法理學研究，以及我國的法制史研究。這些研究，將更有助於解開繼受法律在地實踐目前所面臨的許多仍然無法被充分解釋的現象。這些現象包括了：命令異議制度在德國運作的確切情形如何？是否真如我們所想像的，達成了法律的實效性？本研究中所揭示的諸多文化特質因素，在德國社會是否也同樣可以看到？還有，我國的這些諸多文化特質因素，究竟從何而來？又該如何改變？我國公務機關的實質規範體系，是否還能更清楚地說明它的內部結構？...等等。我希望未來的研究，能夠在此基礎之上，再往前邁進一步。



參考文獻

一、書籍

1. 行政院人事行政局，各國人事法令彙編—德國公務員人事法令彙編，2009年04月。
2. 汪宗仁，公法上職務關係之實務與理論—評行政法院判決對公法上職務關係知怠為與應為，收錄於：行政法實務與理論（一），葛克昌、林明鏘主編，臺北：元照，2003年03月。
3. 吳庚，公務員法，行政法之理論與實用，十版，臺北：三民，2008年09月。
4. 周志宏，職務命令與服從義務，收錄於：行政法爭議問題研究（下），台灣行政法學會主編，臺北：五南，2000年。
5. 林明鏘、蔡茂寅，公務員法，收錄於：行政法（上），翁岳生主編，三版，2006年。
6. 林端，現代性、法律與臺灣社會，收錄於：帝國邊緣—臺灣現代性的考察，黃金麟、汪宏倫、黃崇憲主編，臺北：群學，2010年12月。
7. 保成編輯委員會，各國人事制度，臺北：保成文化，1997年。
8. 陳春生、翁曉玲、張錕盛，蒐集、編譯德國公務人員保障制度及法規專案委託案，公務人員保障及培訓委員會委託研究計畫報告書，1999年03月。
9. 陳敏，行政法總論，三版，2003年。
10. 張桐銳，告別「特別權力關係」？—從最高行政法院94年裁字第1123號裁定談起，收錄於：行政法實務與理論（二），林明鏘、蔡茂寅主編，臺北：元照，2006年11月。
11. 許南雄，德國人事制度，各國人事制度，臺北：空大，2010年08月。
12. 黃光國，本土契合性：學術研究的方向和學術研究的判準，收錄於：華人本土心理學與華人本土契合性，楊國樞主編，臺北：五南，2008年06月。
13. 黃錦堂，中央行政機關組織基準法的任務與體系—德國法之比較，收錄於：行政組織法論，2005年05月。
14. 楊鈞池，從政治領導走向行政專業的行政改革—比較越南與臺灣行政改革的經驗，收錄於：臺灣的發展：全球化、區域化與法治化，翁嘉禧主編，臺北：巨流，2006年。
15. 劉昊洲，公務員法專論，臺北：元照，2010年06月。
16. 蘇德建，悲哀的公務員—在蛻變中的時代，2001年。

二、期刊論文

1. 王曉丹，初探臺灣法律與社會研究—議題與觀點，政大法學評論，117期，

2010年10月，頁63-108。

2. 王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例－法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學，189期，2011年02月，頁69-88。
3. 王曉丹，法院民事調解的歷史社會意義：以K縣法院民事調解親鄰土地案件為例，月旦法學，192期，2011年05月，頁108-131。
4. 余致力，論公共行政在民主治理過程中的正當角色：黑堡宣言的內涵、定位與啟示，國立政治大學公共行政學報，4期，2000年，頁20-21。
5. 湯京平，環境保護與地方政治，臺灣政治學刊，6期，2002年12月，頁138-183。
6. 蔡聖偉，論公務員依違法命令所為之職務行為，臺大法學論叢，37卷1期，2008年，頁191-192。

三、學位論文

1. 邱毓政，基層官僚政策執行裁量行為之研究－以基層員警執行交通違規舉發為例，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文，2007年01月。
2. 翁國彥，由法律文化觀點檢討臺灣的法治教育，國立成功大學法律學系碩士論文，2004年。
3. 陳郁雯，從 Derrida《法律的力量》一文探討法與正義的關係，2008年06月，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
4. 陳敏良，地方政府公務人員行政中立困境與對策－以台南市政府為例，國立成功大學政治經濟學研究所碩士論文，2005年。
5. 廖慧美，我國基層行政人員行政裁量行為之研究－以轉換型領導之觀點，國立政治大學公共行政學系碩士論文，2004年07月。

四、研討會論文

1. 范愉，法律繼受與法律現實主義理念，第六屆東亞法哲學研討會，臺灣大學法律學院，2006年03月。

五、網頁資訊

1. 王泰升，臺灣的法律繼受經驗及其啟示，2007年，參考網址：
http://proj3.sinica.edu.tw/~iiias/upload/webstyle_default/journal_4.pdf，瀏覽日期：
2011年05月26日。
2. 公務人員保障暨培訓委員會網頁資訊，參考網址：
<http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795/Documents/protect04.pdf>，瀏覽日期：
2011年06月03日。
3. 立法院公報，92卷15期，委員會記錄，頁299-300。參考網址：

<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@921504;0277;0324>，瀏覽日期：2011年06月22日。

4. 考試院網頁資訊，參考網址：
<http://www.exam.gov.tw/public/Attachment/01251155102.doc>，瀏覽日期：2011年06月03日。
5. 胡昌明，法律文化與法律多元－在與國家法的互動中寬容地對待民間法，參考網址：http://www.chinalawedu.com/news/2004_4%5C30%5C0955426009.htm，瀏覽日期：2011年02月12日。
6. 胡健森，獎勵生育？老師安胎，考績被打丙，自由時報電子報，2011年05月12日。參考網址：
<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/may/12/today-north8.htm>，瀏覽日期：2011年06月18日。
7. 郭羅基，法律與正義，參考網址：
<http://www.asiadem.org/b5/2000/06/20000601b.htm>，瀏覽日期：2011年05月21日。
8. 蔡秀涓，臺灣民主治理機制鞏固之研究：各級公務人員公共服務倫理相關態度初探，頁2，參考網址：
<http://web.thu.edu.tw/g96540022/www/taspaa/essay/pdf/041.pdf>，瀏覽日期：2011年02月23日。
9. 藥物食品安全週報，252期，2010年07月16日，頁2-3。參考網址：
<http://www.doh.gov.tw/ufile/doc/%E8%97%A5%E7%89%A9%E9%A3%9F%E5%93%81%E7%AC%AC252%E6%9C%9F.pdf>，瀏覽日期：2011年04月22日。

六、其他

1. 文現深，王作榮談：檢討十信案，周慧菁整理，天下雜誌，52期，1985年09月，頁111。
2. 何琦瑜，監察院院長陳履安談：為何彈劾不到高層，天下雜誌，167期，1995年04月，頁199。
3. 陳鈺婷，鐵飯碗，跟你想得不一樣！，Career 職場情報誌，417期，2011年01月，頁60-61。

七、外文資料（依年代順序排列）

1. Harry W. Jones (1969), *The Efficacy of Law*, Northwestern University School of Law.
2. Ewick and Silbey (1998), *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, University of Chicago.

3. de Sousa Santos B. (2002), *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, London: Butterworths LexisNexis.
4. Merry, Sally Engle (2006), *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press.



附錄

(附件一) 詢問訪談意願之電子郵件

○○先生/小姐您好：

很冒昧打擾您！我是國立政治大學法律科際整合研究所研究生林委正，本學期在王曉丹教授的指導下進行碩士論文研究，研究主題為「**基層公務人員執行職務之法社會學研究**」，主要係探討基層公務員在承辦案件時遭遇到的困難，以及法律的實際運作情形。研究目的在於健全公務員保障制度。研究將以匿名訪談方式進行，並保證嚴格遵守學術及研究倫理規範。

本研究竭誠期盼能借重 台端的淵博學識與寶貴之工作經驗，為我國基層公務員保障之法制提供建議與指導。在此，誠懇的請求您同意接受我的訪談。訪談時間約為一小時，確切之訪談時間與地點，我將盡量配合您的時間，並在接獲您的同意訊息後，主動和您聯繫確認。如有幸得到您的同意，煩請撥冗回覆告知您有意願接受訪談，非常謝謝您！

我的聯絡方式為：

地址：台北市文山區指南路2段64號

國立政治大學法學院法律科際整合研究所

電話：0921-798-870

E-Mail：97652014@nccu.edu.tw

weijenglin@yahoo.com.tw

國立政治大學法律科際整合研究所

碩士班研究生 林委正 謹上

中華民國○○年○○月○○日

(附件二) 訪談正式邀請函

○○○先生/小姐鈞鑒：

我是國立政治大學法律科際整合研究所研究生林委正。非常感謝您同意接受我的訪談，您的參與讓我倍感榮幸。在此正式向您提出邀請，並與您確認訪談會面的日期、時間與地點如下。屆時歡迎您的參與，謝謝您！

日期：中華民國○○年○○月○○日，星期○

時間：○午○○時○○分

地點：○○○○○○○ (地址：○○市○○路○○號○○樓)

主題：基層公務員執行職務之法社會學研究

國立政治大學法律科際整合研究所
碩士班研究生 林委正 謹上

電話：0921-798-870

E-Mail：97652014@nccu.edu.tw

weijenglin@yahoo.com.tw

中華民國○○年○○月○○日

(附件三) 訪談問題綱要—基層公務人員

- 一、可否簡單介紹一下您的工作內容，還有您所任職機關的成員概況。
- 二、從您的觀點來看，您的長官平常為人處世的態度如何？跟部屬相處的情況怎麼樣？您跟長官相處的情況怎麼樣？
- 三、您是否曾經遇到過，在承辦案件上跟長官的看法意見不同的情況？如果有，可否就您印象最深刻的一次案件，詳細說明經過。
- 四、承三，在承辦該次案件的時候，您考量到的最重要的因素是甚麼？（法律規定？長官指示？人民公益？）
- 五、在您過去承辦案件的經驗裡面，長官有沒有曾經給你甚麼指示，讓您覺得不太舒服或不太妥適的？次數多嗎？您如何應對？每次都這樣應對嗎？您又從何得知可以這樣應對？同事間對此觀感如何？請舉一個具體案例詳細說明經過。
- 六、您知道「公務人員保障法第 17 條」的規定嗎^{170, 171}？您對法律這樣規定的看法如何？（您或者您的同事曾經有依照法規設計的模式和長官互動嗎？如果有，互動的狀況如何？如果沒有，您覺得這個模式在您的機關可不可行？為什麼？）
- 七、除了法規以外，您覺得還有哪些其他因素可能會影響您與長官間的互動？（同事之間的壓力？人民呢？民意代表呢？）

¹⁷⁰ 公務人員保障法第 17 條：「(第 1 項)公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令有違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。(第 2 項)前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」

¹⁷¹ 公務人員保障法第 6 條：「各機關不得因公務人員依本法提起救濟而予不利之行政處分、不合理之管理措施或有關工作條件之處置。(第 2 項)公務人員提起保障事件，經保訓會決定撤銷者，自決定書送達之次日起三年內，該公務人員經他機關依法指名商調時，服務機關不得拒絕。」

(附件四) 訪談問題綱要—上級長官

- 一、可否簡單介紹一下您所掌管部門的業務內容，還有您任職機關的成員概況。
- 二、從您的觀點來看，您的部屬平常辦案的態度如何？跟您相處互動的情況怎麼樣？
- 三、您是否曾經遇到過，部屬在承辦案件上跟您的看法意見不同的情況？如果有，可否就您印象最深刻的一次案件，詳細說明經過。
- 四、承三，您認為您的部屬在承辦該次案件時，應該考量到的最重要的因素是甚麼？（法律規定？長官指示？人民公益？）
- 五、在您的經驗中，有沒有發生過部屬對您的命令指示表達不同意見？如何表達？次數多嗎？您如何應對？又如何得知可以這樣應對？其他部屬對此觀感如何？請舉一個具體案例詳細說明經過。
- 六、您知道「公務人員保障法第 17 條」的規定嗎^{172, 173}？您對法律這樣規定的看法如何？（您或者您的部屬曾經有依照法規設計的模式互動嗎？如果有，互動的狀況如何？如果沒有，您覺得這個模式在您的掌管部門不可行？為什麼？）
- 七、除了法規以外，您覺得還有哪些其他因素可能會影響您與您的部屬間的互動？（其他部屬的觀感？人民呢？民意代表呢？）

¹⁷² 公務人員保障法第 17 條：「(第 1 項) 公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令有違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。(第 2 項) 前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」

¹⁷³ 公務人員保障法第 6 條：「(第 1 項) 各機關不得因公務人員依本法提起救濟而予不利之行政處分、不合理之管理措施或有關工作條件之處置。(第 2 項) 公務人員提起保障事件，經保訓會決定撤銷者，自決定書送達之次日起三年內，該公務人員經他機關依法指名商調時，服務機關不得拒絕。」