

## 探討政治意識形態與公共政策在面談制度中 不確定法律概念中之定位

涂正國 \*

### 摘要

不確定法律概念在一個文明社會中，並非相當單純之內容，本概念首為要彰顯事實真相時，特別是於提供事件真相供執法者依法行政（裁量）時，不確定法律概念更易於襯托出其之重要性。再者，因社會越邁向進步、複雜與交錯時，採用不確定法律概念時須發動評價與估測之頻率不斷增加且日趨複雜，釐清概念係為作出個案之邏輯見解為合法、正確及符合最佳利益之決定。

而不確定法律概念係由立法者授權執法者有權去判斷它們之本質。其有 *quaestio diabolica* 之稱：意謂有如惡魔般令人煩惱的問題，本文將研究與釐清其判斷程序、邏輯與思維，以有效提升行政官員在執行中作出合法、正確及符合最大利益判斷之能力。本議題之分析架構如下：首先為分析不確定之法律概念之內涵與思索架構；次為探討公共政策、面談、不確定法律概念之關連性；再來為意識形態、面談與不確定法律概念彼此間如何相連結；最後解構總結面談不確定法律概念內涵，本文研究價值在探討出不確定法律概念之抽象準則規範，與釐清楚不確定法概念之思辯之標準與程序，研究限制本文焦距僅聚交於不確定法律概念之內容，對於其他相關之概念如裁量、判斷餘地與司法審查之區塊等內容則非本文所要探述內容。

關鍵字：不確定法律概念、意識形態、公共政策

---

\* 通訊作者：中國文化大學中山與中國大陸研所博士班學生，電子郵件：j4709419@seed.net.tw



# To analysis ideology and public policy from the view of law of uncertain conception

Chen-Gow Shu \*

This conception is complicated to test by the law. It not only can help enforcement to find the event true, but also improve police ability for investigation.

By these, the article analysis this conception logic, experience, thinking process and judgment event of methods for learners learning.

The paper cons truces are bellow : the first discuss contain of this conception, and then deal with its logical analysis ideology role and public policy role in the conception.

**Keywords: law of uncertain conception, ideology, public policy**

---

\* Communication author: Student, Chinese culture university graduate school, e-mail: j4709419@seed.net.tw



## 壹、緒論

### 一、研究背景、目的與價值

公共政策、意識形態與法律之不確定法律概念在外表上，似乎不具有邏輯性之聯繫關聯，但是渠等間有強烈之聯繫，本文以面談為例證明三者間具有密切之相互關係，其中內文討論重點係以不確定法律概念為論證主軸，以意識形態與公共政策交相論證不確定法律概念之訂位。

不確定法律概念在法律中扮有相當重要之角色，其除可彰顯個案事實真相外，更可釐清個案事件真相是否違法情事，基此以提供執法者裁量或判斷。其內容如不依一定程序去嚴謹思維判斷，在精確度上會生差異性（*Verschiedenartigkeiten*），此差異性如對於公平正義與最好利益無法彰顯時，不會有正面效果。

再者盱衡世界各國，越是文明化程度越高的社會，該社會的立法機關賦予行政機關有關法律不確定法律概念之空間會越多。基此法律構成要件（*Tatbestand*. *T.B*）會依不確定法律概念判斷機率不斷增加，對人民權利影響亦會有重大影響，為使法律構成要件能為合法、正確及符合最好利益之宗旨，有必要對不確定法律概念作更進一步釐清與探討。

從另一個層面探討，本概念係由立法者授權執法者（指行政機關）有權去判斷它們之本質。其法律上性質在行政法上有 *quaestio diabolica* 之稱（意謂有如惡魔般令人煩惱的問題），<sup>1</sup>如何建立較明確之判斷程序、邏輯與思維，可從德文意義中去突顯，且亦正是本文所要去探討的重點。希望藉本研究能有效提升行政官員在執行中不辱立法機關之授權，做出對個案合法、正確及符合最大利益之判斷。

### 二、文獻回顧

反瞻學界與實務界對於本議題之研究相當多，如學者黃舒梵、<sup>2</sup>蔡震榕

---

<sup>1</sup> 劉鑫楨，〈論裁量處分與不確定法律概念〉，台北：五南出版有限公司，2005年，頁1以下。

<sup>2</sup> 黃舒梵，〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評論》第33期，新竹，2010年，頁47-95。



<sup>3</sup>與法界人士劉鑫楨<sup>4</sup>等針對不確定法律概念曾作專文探討，<sup>5</sup>針對本概念分從哲學、行政處分與司法審查密度等角度切入，據此作出精闢之研究，本文將延續討論不確定法律概念之思維程序與判斷基準，以期更釐清不確定法律概念之內容。

### 三、研究架構

研究架構之分析如下：首為分析不確定之法律概念之內涵與思索架構；次為探討公共政策、面談、不確定法律概念之關連性；再來為意識形態、面談與不確定法律概念彼此間如何相連結；最後總結從面談中不確定法律概念之內涵。

### 四、研究限制

研究限制本文焦距僅聚焦於不確定法律概念之內容，對於其他概念如裁量、判斷餘地與司法審查之區塊等內容則非本文所要探討內容。

## 貳、面談法律層面中不確定法律概念內涵分析

本節將先從不確法律概念分析，然後是思維邏輯之探討，再來為探討大陸配偶入境台灣，會遭遇那幾種程序，同時藉此發現面談中有那些不確定法律概念。

### 一、不確定法律概念之歷史演進

德國學者認為不確定法律概念為存於法律之構成要件，<sup>6</sup>同時亦認為不確定法律概念其基本屬性為裁量，學說上亦稱其為：「構成要件裁量」。<sup>7</sup>奧地利學界認為：裁量與不確定法律概念並無本質之差異，僅有量或程度之不同，或完全否定二者之區別，不一而足。<sup>8</sup>國內有學者認為：「不確定法律概念是一種

<sup>3</sup> 蔡震榮，〈不確定法律概念之探討〉，《東海大學法學研究》第10期，台中，1996年。

<sup>4</sup> 劉鑫楨，《論裁量處分與不確定法律概念》，台北：五南出版有限公司，2005年。

<sup>5</sup> 盛子龍，《行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度》，台灣大學法律學系博士論文，1998年。

<sup>6</sup> Vgl. Allg. VwR<sup>2</sup>. § 18Rdnr. 39.

<sup>7</sup> 請參照：陳敏，《行政法總論》，台北：新學林出版公司，2007年，頁208以下。

<sup>8</sup> 請參照：吳庚，《行政法之理論與實用》，台北：三民書局，2007年，頁127以下。



裁量」，<sup>9</sup>翁岳生教授於一九六七年時在國內首先引用不確定法律概念，<sup>10</sup>進而主張放棄「羈束裁量」、「自由裁量」及「便宜裁量」等各式舊式分類，<sup>11</sup>導引出相關學說之研究。近期爭點均在判斷餘地與不確定法律概念之聯結，<sup>12</sup>進而劃分出裁量與不確定法律概念，然後賦予兩者不同意義及不同處理模式之作法。<sup>13</sup>

## 二、不確定法律概念內容分析

不確定法律概念是指未明確表示而具有動的特徵之法律概念，其包含一個確定的概念核心以及一個多多少少廣泛不清的概念外圍。<sup>14</sup>換言之，係指法律用語抽象不具體，構成要件不明確，於適用法律時，須先將不確定的法律觀念，經過解釋並予以具體化。然不確定法律概念在法律用語中，隨處可見，甚至較確定法律概念為數更多。<sup>15</sup>基於法律抽象普遍特性之本質，因此在法構成要件上除極少是明確法律概念所組成，大部分均是具有程度不同的不明確性，因此對構成要件上不確定法律概念的解釋，成為法律適用之必要前提。故具不確定法律概念之法規範，必經由解釋後才能適用。而在行政法規中，最先有權判斷解釋的是行政機關。

不確定法律概念與判斷餘地在法律理論中其等性質為探討構成要件之內涵，抽象評價係以法律構成要件是否符合，除有關具體且大眾普遍認知到之時間、數量或地點等之概念，內容具有一般具體、明確性之外，其他內涵充滿著與確定相異之概念，<sup>16</sup>進一步闡釋本概念時即是上述具體概念外，其餘法律概念具有多重

<sup>9</sup> 請參閱：蔡震榕，〈不確定法律概念之探討〉，《東海法學研究10期》，1996年，頁43頁以下。

<sup>10</sup> 該文原刊載在台灣大學法學院社會科學論叢17輯，後又收錄於，翁岳生，《行政法與現代法治國家》，台北，1976年，頁37以下。

<sup>11</sup> 請參閱林紀東，《行政法》，台北：，1976年，頁307以下。

<sup>12</sup> 司法院釋字第553號：所謂「法條使用不確定法律概念，即係賦予該管行政機關相當程度之判斷餘地」的強調。從上開領域中可知我國行政法學系將裁量與不確定法律概念作一區分。

<sup>13</sup> 民國83年度判字第1516號判決關於不確定法律概念得予以司法審查。

<sup>14</sup> 陳清秀，〈依法行政與法律的適用〉，刊於《行政法2000（上）》，翁岳生編，二版，台北：翰林，2000年，頁193。

<sup>15</sup> 陳櫻琴，〈行政法適用之一般法理—平等原則〉，刊於《行政法裁判百選》，城仲模主編，台北：月旦，1996年，頁354。

<sup>16</sup> 德文「Recht」係為廣義之法律概念，以「Recht」與「Gesetz」相對比，「Gesetz」係指成文，之制定法，「Recht」則著重於不成文法之規範，而不確定法律之概念在德文中應係指「unbestimmter Rechtsbegriff」。



含義與夾雜著認知程度上之不明確，<sup>17</sup>一般法律概念之為確定或不確定法律概念，僅係量之差異，而非質之不同，<sup>18</sup>然而亦有論點認為不確定法概念本身，不確定法律概念原則上區分為「經驗概念」與「規範概念」二種：<sup>19</sup>

「經驗概念」：其內涵為用一般常用之解釋方法為之，進一步解釋即為一種涉及實際可感覺，可以體驗之客體，惟經驗概念在適用於個別案中，尤其須作成估測時，時有出現非一致性效果。<sup>20</sup>

「規範概念」：就規範概念言，在解釋區塊即發生不確定之情形，為一已發生不確定之情形，其缺乏客體或狀態，或需經由科技專門知識才能加以確定。

「規範概念」通常須經由「適用」始能具體化。<sup>21</sup>惟本概念之解釋及適用，實際中實難以劃分。

實務界亦有認為不確定法律概念係指內容空泛及不明確的法律概念，是一種認知性之問題，在適用時，會因具體個案不確定性，而生不同之結果。<sup>22</sup>總之，本概念並非以簡單之文字可以具體兼顧抽象的表達出來，它同時需靠經歷過方能以接近之文字表示。

### 三、不確定定法律之法律價值定性

從我國對於不確定法律概念之區分，係與裁量作區分。然不確定法律概念，

17 陳敏認為係某種程度之不明確，未提程度係屬何種區塊，本文基於經驗法則判斷，欲探求之內容認為屬於認知程度上較為貼近本文所示之事實，於此方符合判斷之陳敏教授之論述推斷，餘請參照：陳敏，《行政法總論》，頁207以下。

18 Vgl. Allg. VwR<sup>2</sup>. § 18Rdnr.39.

19 請參見李惠宗著，《行政法要義》，增訂2版，2002年，頁174-177；李氏將不確定法律概念區分為經驗性與規範性兩種；規範性不確定法律概念的判斷錯誤如公務員服務法第5條「放蕩」行為的界定與詮釋，再如「安全、公益」概念的界定；經驗性的不確定法律概念例如建築法中有關公共安全設備的維持，如果缺乏這種設備則不安全，此處所稱的安全或危險性便屬之。學者陳敏建立裁量之逾越與裁量之誤用兩大類瑕疵類型；前者包括逾越授權規定與違反一般法律原則，後者包括裁量不足、思慮不周、權衡失誤之類型；而就判斷餘地，則指出我國釋字第319號、243號、462號等，並進一步納入預估、風險決定、計畫決定等類型，見氏著，《行政法總論》，頁165-185（1999）。學者李震山提出行政判斷、行政預測行為，並討論有關的判斷餘地；見氏著，《行政法導論》，三民書局，第6版，頁442-451（2005）。未詳細討論控制密度者，約如彭鳳至、劉宗德，〈行政訴訟制度〉，收錄於翁岳生編，行政法，下冊，頁351，355-356（2006）。另外也見劉鑫楨著，《論裁量處分與不確定法律概念》，五南圖書出版股份有限公司（2005），其主要討論行政裁量，包括概念的建立（涉及有無裁量，以及法律效果面的裁量與其他類型裁量之區別），以及裁罰性行政處分的行政裁量有無逾越權限或濫用權力的判斷標準，並指出最高行政法院與各高等行政法院的裁判；至於整體性的控制密度標準，其指出為憲法之權力分立。

20 不確定法律概念在做估測時，常未能獲得一致性之結果，實例中如我國建築法第81條有關特殊建築物是否為有害公共安全之建築物之討論中，未必獲得一致之結果。參見陳敏，《行政法總論》，頁196。

21 同上註。

22 請參見劉鑫楨，《論裁量處分與不確定法律概念》，台北：五南出版有限公司，2005年，頁90以下。



是指法條用語，因其抽象性、一般性而不夠明確，致生解釋上的疑義，此種不明確的法律用語，即屬「不確定法律概念」。法律中的不確定法律概念，其實是隨處充斥的，例如「必要時」、「正當理由」、「適當方法」等，若欲深究，則這些用語無不留有一些模糊空間，無法明確指明界限。另參考司法院釋字三一九號解釋不同意見書、釋字四六二號解釋理由書與釋字五五三號解釋理由書之內容定性來觀察，不確定法律概念係一種判斷與評量，其中並歸納出：使用不確定法律概念時，就會有程度不等之判斷餘地。上開內如並舉出現階段之案例；如考試、環保、醫藥等問題，行政機關在面臨此類問題所作出之作為，稱為判斷與評量，其在於裁量前所作之行為。<sup>23</sup>

#### 四、不確定法律概念之思索（思維）程序

事件進入不確定法律概念階段中，如何判定其係屬「經驗概念」或是「規範概念」之規範價值中，即使一件頗值深思之區域，其就學界與實務界來看均係將經驗概念與規範概念同融入於不確定法律概念裡之流程，但是其就思維層面中不可能同時可以考慮到經驗與規範等兩個概念，其思維邏輯必定為邏輯學上之「是」與「否」之判斷，另參考釋字五三三號解釋理由書來看，學術及實務界並未將其明確區分，然學界將其區分為兩個概念來評價，其是否具有先後順序，依據邏輯概念與學說來區分係定有先後順序之分，從判斷餘地之規範意旨係要做出合目的或是合法性之判斷，依據釋字四六九號解釋文內容來分析，其係授與行政機關有便宜原則之判斷，<sup>24</sup>就其本質言可用科學工具即判斷出真相者，屬於規範概念領域，如仍須透過解釋者屬經驗概念，本文認為既是依法行政應一開始進入到個案規範概念之領域評價，從中先找出科學直接證據可供判斷者就進入法律效果之裁量，如無法判斷，則進入到涵攝領域來評價，其靠解釋來判斷，如仍無法判斷就經由「判斷餘地」來檢視，就事件言依解釋即可對事務性質產生明確性時，係不用進到「判斷餘地」中去評價，<sup>25</sup>同時前項概念欠缺評價與估測之必要

<sup>23</sup> 請參閱司法院大法官會議解釋第319號及第553號解釋文。

<sup>24</sup> 基於追求公益之需要，並兼顧行政資源之有限性與重視行政效能本質，立法者基於便宜之考量，於實定法上賦予行政機關裁量之空間。

<sup>25</sup> 判斷餘地係司法審查時僅針對外觀作一審查，不做實質審查，其係司法同意行政機關有權做出裁量之空間。



性。<sup>26</sup>如解釋無法使事件具有明確性時，須進入涵攝，<sup>27</sup>在涵攝中須明確分析其係屬原則分析還係屬例外分析層次。屬於原則性分析即可使事務展現明確性時，就直接進入裁量，產生法律效果。僅有在預見非原則分析與判斷能釐清事件時，就要進入例外，此處可知涵攝領域中又區分出原則性之涵攝或是例外之涵攝，當然亦有學派認為前開係屬涵攝領域中之原則檢視與例外檢視。在例外領域中，就接著會有判斷餘地之產生，沒有判斷餘地則無法產生裁量之法律效果，如果規範性概念無法作出判斷則再進入經驗性概念評價，其思維過程依據規範概念之內容來處理，經驗概念人為因素依據法理其為論理與經驗法則來判斷。

此外，是否要作性質判斷，其意思為尚未進入規範範圍或解釋範圍前，先作事件性質判斷；判斷系爭事件本質係用何種方式判斷較佳，然後進入規範領域評價，此舉就邏輯上來批判，係無爭議，但是人類社會不斷配合著其他因素在進步（如科學等），兩者間（指規範概念與經驗概念）愈來愈難以作明確劃分，為求事件能夠明確評價，本文認為先作規範概念之評價較佳，先求證是否要借助科學來直接判斷事件真相，然後再進入。

又若如果具體個案在本概念中出現規範概念與經驗概念其所評價之結果不一時，又需如何處理，是否要比照刑法之原則，利益回歸被告。原則行政法上之處分不若刑法嚴格，質然等同刑法之上開原則，同時亦有可能違反刑法謙抑原則之領域，另行政法對於當事人所採取之認定均係故意犯，本文在此不探討與刑法之差異，但是如果出現上開評價不同時，原則上係採個案處理，期間首重衡平。

---

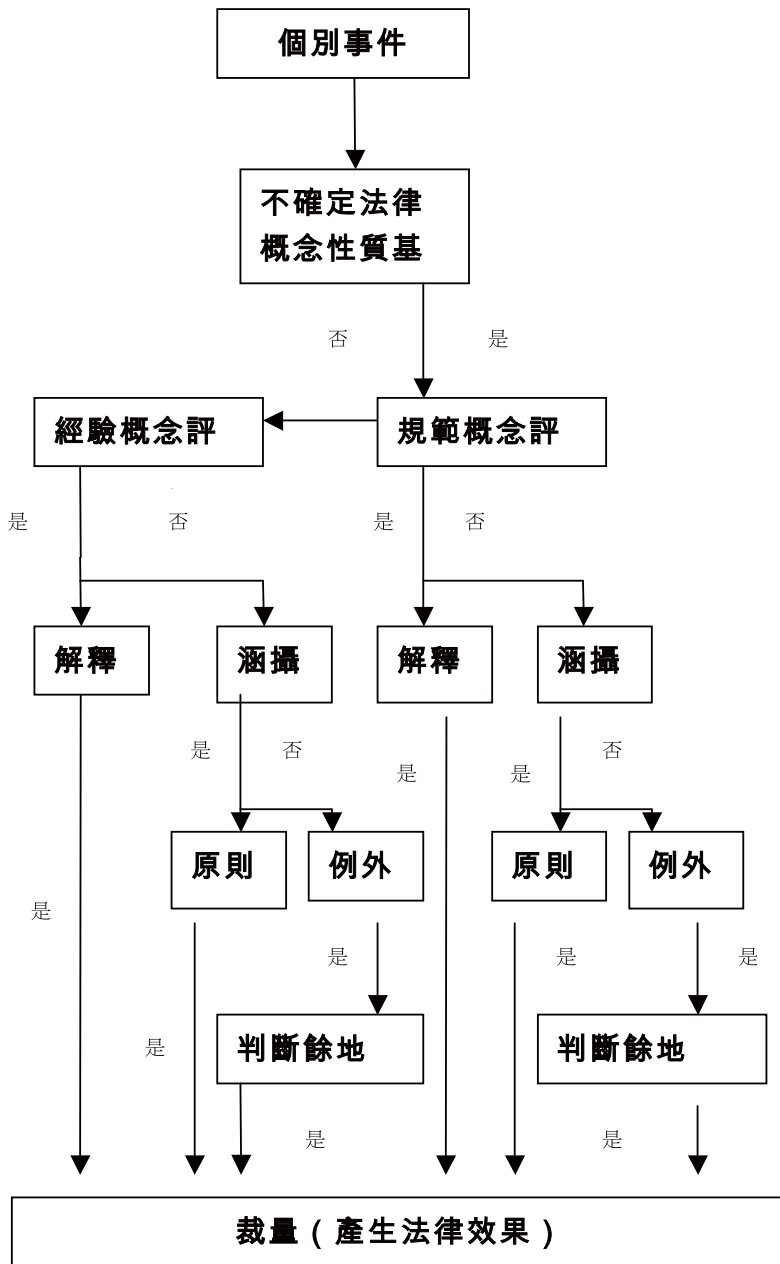
<sup>26</sup> 陳敏，《行政法總論》，頁200。

<sup>27</sup> 涵攝之概念係由前司法院長翁岳生所提出。涵攝需要經過三段論證檢視。再者涵攝之內容在於將過去或當前之事實，與抽象之法律構成要件相聯結。





不確定法律概念之評價圖



### 五、不確定法律概念之法律效果

就程序言在完成不確定法律概念之評價後，其結果將會影響裁量的法律效果，如果無法直接產生裁量法律效果，這時則先需要經過判斷餘地來評價，以提



供明確性之結果供裁量。<sup>28</sup>然就實務面來談，經由不確定法律概念來評價，其結果直接對後續之裁量與法律審查發生重大影響。其論證正確與否會對當事人產生利或不利之判斷。此外，執法者在本案中針對各案作實體評價，如果邏輯錯誤，當事人可以於了解本概念思辯程序後，評價執法者有無思慮瑕疵，在提起救濟時，方能於協助法院短時間中了解事件本末，減少訴訟時間之耗費。

## 六、面談中之不確定法律概念之分析

首先界定面談之不確定概念為何？大陸人士入境台灣地區對我國產生問題係起於一九七九年開放中國大陸探親，<sup>29</sup>不僅陸續開放兩岸人民探親、探病、居留、定居與訪等活動，於二〇〇一年一月一日開放大陸地區人民來臺觀光及調整「大陸地區人民在臺灣地區居留額表」。<sup>30</sup>迄今，今天的臺灣，每10個新生兒，就有相當比例之母親可能是大陸配偶或外籍配偶，<sup>31</sup>將說著帶有越南、印尼、菲律賓、泰國腔的國語或臺語，帶來不同的母語與國文化。臺灣的社會不僅是朝向多元化發展，而且是多種族、多文化的新社會。<sup>32</sup>其中本文重點想要探討現在大陸人士長期停留台灣地區對於是否仍有構成重大國家安全之問題，且想藉此釐清國家安全與國家法益是否有所區別，再者大陸人士通過面談人數計有178,441人次。<sup>33</sup>從上我們要探討面談到底是能否給予我們做國家安全之保障基石，面談機制係因為防杜假結婚問題而生，由上可知面談之不確定法律概念為探究真假結婚為範圍。

次為描述面談之整個過程，其分為二個階段；首為第一個階段，這個階段係由收件、查證與複審三個次階段構成，後為國境線上之面談階段，報到併按捺指紋後，進行國境線上面談。在第一階段中先為收件程序，這程序中係由服務站

<sup>28</sup> 請參照：陳敏，《行政法總論》，台北：新學林出版公司，2007年，頁208以下。

<sup>29</sup> 西元1987年底蔣經國總統解嚴後，即開放老兵赴中國大陸探親後，開起了兩岸正式交流互動。請參閱[http://tw.myblog.yahoo.com/jw!Xz8HaA2RGBbTVHBPrHZm52\\_KjQ--/article?mid=734](http://tw.myblog.yahoo.com/jw!Xz8HaA2RGBbTVHBPrHZm52_KjQ--/article?mid=734)

<sup>30</sup> 目前之作法為採取「數額」及「一定時間」之雙軌制，1、數額為每年3600位；2、等待配額超過4年，且婚後合法在臺停留累計逾2年者，不限數額。

<sup>31</sup> 由於「外籍與大陸新娘」用語，易產生污名化的問題，法務部於2003年8月19日通函所屬各機關，今後對於「外籍與大陸新娘」用語，一律統一使用「外籍與大陸配偶」的名稱，以免對婦女不敬。參見劉鳳琴，『大陸新娘正名「大陸配偶」』，中國時報，2003年8月20日，第11版。但由於兩者適用之法律規定不同、文化差異、所享權利與對待態度有別，不論官方與民間在使用時仍各自區分，並未依指示統一稱呼。

<sup>32</sup> 楊艾俐，「臺灣變貌-新移民潮」，天下雜誌，第271期，2003年3月15日，頁95。

<sup>33</sup> 數據係依據移民署專勤第一大隊統計，請參閱內政部移民署之網站。



收件，初審申請人是否有繳驗應具備之文件，然後進行個案是否在管制期間之查明。<sup>34</sup>如無誤則進行第一階段之查證次階段，本階段係由移民署專勤隊負責，其手段分為訪查與訪談二個手段，前開兩個手段均為行政調查，方式之區別是否有直接對當事人發動直接調查之程度區別，其調查重點均為圍繞婚姻是否屬實。<sup>35</sup>前開階段完成後，即進入第三個階段複審，其中又分三個區塊；准予核發許可證、不准（則核發不予許可處分書）暨個案有疑慮時，再發交專勤隊發動訪談。

前述如無疑慮後，進入第二階段－國境線上之面談：本階段計進行報到並按捺指紋，與面談。前項之報到並按捺指紋係指查明身分與確認身分。後者之面談又區分為簡易面談與面談，簡易面談係針對結婚之證據，<sup>36</sup>簡易面談之實施係當事人在相關事證中已無合理懷疑婚姻不實之疑點，方能進行。面談中又產生三種情形：面談通過、尚有疑慮（先行入境後交由專勤隊實施第二次面談）與不准（產生撤銷與廢止許可之處分）。國境線上之面談其所撤銷或廢止許可處分之條件為：「無正當理由拒絕接受面談或面談未通過」、「申請人、依親對象無同居事實或說詞有重大瑕疵」、「面談時發現似有串證之虞，不聽制止」、「無積極事證足認其婚姻為真實」或「經查有影響國家安全、社會安定之虞」等要件。<sup>37</sup>

行政機關在面談實務中，將證實婚姻有無真實性與國家法益與社會法益聯結後，整合界定為一不確定法律概念，<sup>38</sup>然係藉由經驗概念或規範概念之方式去滿足不確定法律概念之內涵。我國面談制度係採多重制度來偵測婚姻之真實性，並以此做本案之不確定法律內容，同時以此防止假藉結婚情勢發生，降低危害發生機率。行政機關之作為如下：首先為提出因婚姻發生於大陸地區後或與大陸人士

<sup>34</sup> 所謂管制期間係防止面談人是否有他案仍在因法律效果所生之管制入出境之期間之拘束而言。

<sup>35</sup> 移民署專勤隊於實施行政調查時係有製頒「婚姻屬實參考條件」之規定，惟繫屬移民署內部準據，故無法公佈。

<sup>36</sup> 證據內容又區分提出證據責任（Burden of Producing Evidence）與說服責任（Burden of Persuasion）等三種不同程度，意旨：當事人提出證據後，即產生說服責任，中又分「無庸置疑」（Beyond a Reasonable Doubt）：舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理懷疑、懷疑其主張可能為不實程度的程度、「證據明確」（Clear and Convincing Evidence）：程度較「證據優勢」高，然較「無庸置疑」之程度低與「證據優勢」（Preponderance of Evidence）：表彰事實存在較不存在高。參見王兆鵬，《刑事訴訟講義》，台北：元照出版公司，2010年，頁669。

<sup>37</sup> 請參閱大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法規定。

<sup>38</sup> 面談之法律授權依據係分依據兩岸人民關係條例與入出國及移民法，其所衍生境內與國境線上之不同作為。



發生婚姻關係時，檢附相關資料向海基會申請認證，<sup>39</sup>無誤後向內政部入出國及移民署申請大陸籍人士之核發入境許可證，在這個過程中移民署將做除資料審查外，亦須接受訪查，<sup>40</sup>必要時並做訪談，<sup>41</sup>這個過程中係先以規範概念檢視，然後再以經驗概念去檢視有無將是否確定發生婚姻事實為判斷準則，如男方是否有正當工作、家庭狀況、雙方背景做分析；另在女方面則實施資料審查如其是否具有政治動機、資料是否為偽造等等。其中在案例中最常發生為經驗規範，以其驗證是否具有婚姻真實性，日前曾發生移民署以一張單人床為理由，認定不具有婚姻發生真實性之案例。在國境線上則以台配與陸配雙方言詞是否具有重大瑕疵來判定是否婚姻真實性，其中亦係以規範概念與經驗概念交相去檢視有無說詞有重大瑕疵，據此來判斷婚姻真實性。境內訪查與審查係以駁回申請處分，國境線上係以撤銷入境許可處分。兩者具有相當大之差異，同時在行政救濟中出現不同之救濟理論基礎與方式，惟兩者在訴願階段均以撤銷處分為訴訟主體，但在行政訴訟階段卻具有不同屬性之訴訟主體，前者可以為撤銷、怠為處分與拒絕申請之訴（合稱課予義務訴訟）、拒絕申請之訴、確認行政處分無效或違法之訴與確認法律關係存否之訴等。後者僅能提起撤銷之訴或確認行政違法處分無效或違法之訴，至於規範性解釋適用於須以科技來鑑定婚姻真實性之證據，如本案中之小孩子是否係因婚姻發生所生之小孩子，須以科技方法來鑑定親子關係，又如以懷孕之名來台依親，就須依規範性概念來解釋。

## 七、面談所要維護法益之探討

另要探討面談機制所要維護之法益為何？依據憲法增修條文與兩岸人民關係條例交叉比對應屬維護至少是社會法益以上之法益，法益之釐清相當重要，應將其與不確定法律概念連結作一概念建立，以建立移民署後續之調查之重點，從憲法層次觀看增修條文並無法釐清係屬何種法益，惟在台灣地區與大陸地區人民關係條例之立法目的來判斷其應係屬維護社會法益以上之法益，且至少係屬一種以

39 請參閱臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條。再者驗證之效力，僅係推定是否為真假，可以反證推翻。爰上，財團法人海峽交流基金會制定「財團法人海峽交流基金會辦理兩岸文書查驗證作業規定」，來驗證。

40 請參閱入出國及移民法第六十五條第一項第二款規範與、內政部入出國及移民署實施查察及查察登記辦法與內政部入出國及移民署實施面談辦法。

41 請參閱入出國及移民法第七十條第一項規範，與內政部入出國及移民署實施查察及查察登記辦法。



上之法益，另查閱面談規定於入出國移民法與兩岸人民關係條例來判斷其法益維護又需調整為至少維護個人法益或其以上之法益，總結面談之法益係維護至少是個人法益以上之法益，另依據其法律構成要件來分析應屬維護公序良俗或國家安全之社會法益。

在面談實務中，不確定法律概念中之規範概念與經驗概念如何以與婚姻真實性做連結，在境內之前置作為階段，在其客觀構成要件中首先要具有經濟能力，提出之資料要合法供審查（需經海基會驗證），可能可以為婚姻發生之事實憑據，然後就上開所要維護之法益中作合目的性審查。在國境線上面談為建立前項之資料來審查後，調查雙方於面談中是否會產生說詞有重大瑕疵來判斷婚姻之真實性與各項法益調查審查，其判斷基準為夫妻對於雙方是否有基本認識、當事人是否有要入台結婚之打算、是否具有法定傳染病，是否有違立法目的之法益維護審查。

### 參、公共政策、面談、不確定法律概念之關連性

#### 一、概念區分：

何謂公共政策：首先定義公共政策在政治學中有許多概念並非中文詞彙中所固有，只能參考英語世界中對該詞之一般用法，國內有政治學者將「政策」定義如下：「公司、政黨、政府所提出或採用的行動計畫（plan of action），以及他們對理想的闡述（statement of ideals）。」這簡明的定義，其實已指出了，當我們用「政策」這個詞彙時，至少是在指涉某種正式決定、陳述該決定、陳述該決定並將該決定付諸實行。<sup>42</sup>政策到底有無明確且一致之的說法，目前為止似乎還未出現。<sup>43</sup>從上分析得知政策之真正意涵，在抽象意義中應該是一系列行動或一組決策。<sup>44</sup>

<sup>42</sup> 請參照：周繼祥，《政治學---21世紀觀點》，台北：威仕曼文化事業股份有限公司，2005年10月，頁368以下。

<sup>43</sup> 目前學界之看法如下述：美國著名學者伊斯頓：政策由一組決策及行動的網絡所構成，這些決策及行動，針對價值進行配置。W.I.Jerkin：政策概承係一系列彼此相互關連的決定，這些決定首先關注於目標的抉擇，並且在一個特定的時空背景下，挑出最能實現這些目標的手段。Hugh Hecllo：如果我們將政策受想成是一連串的行動或不行動，而不是想成某些特定的決策或行動，將會大有助益。請參照：周繼祥，《政治學---21世紀觀點》，頁369以下。

<sup>44</sup> 周繼祥，《政治學---21世紀觀點》，頁370以下。



## 二、公共政策於面談不確定法律概念中地位評價

公共政策成行後即要開始執行，<sup>45</sup>其於面談法規依法成立後而產生者，要如何進入個案之不確定法律概念中，其應放置於何種構成要件中來評價較適合，這些均為本文所要探討之內容，就前開不確定法律概念思索流程中，該如何評價，其並無一定方式係須從進入評價其為「經驗概念」或是「規範概念」之性質時，亦或是開始時就要評價，又亦或是個案事件其評價需不斷與公共政策聯結，但是在進入判斷餘地時，則要將涵攝之三段論證不斷與國家政策聯結，其結果係要產生能配合國家政策之基準產生為止，另外有可能會在涵攝過程中區分原則與例外兩個區塊，同時在三段論證中，當中如出現至少有1個階段以上之論證無法產生有利於公共政策時要如何維護公共政策之利益，係要在裁量時作出情況判決來保護，亦或是提出採取行政和解。本文認為首先既要維護公共政策應採取當評價一出現有利於公共政策之需求時，行政機關即停止不確定法律概念之評價，逕自進入裁量階段，讓受評價之個案直接產生法律效果，使其之效力能夠產生法律安定效果。<sup>46</sup>同時以此來突顯出此處之公益大於私益之關鍵點。

另從合目的性角度參考，如果公共政策能與案內法益取得正當連結，即具有積極性之因果關係，<sup>47</sup>即間接或直接之關係，且要與符合有立即危害之條件。換句話說公共政策在面談制度裡為構成要件中係屬一個判斷因子，然後與當事人之行為與證據作一聯結。

公共政策之因子可否至於不確定法律概念中之結果處，如此貿然相聯結將違反法律基本精神，產生先將裁判確定後才去連結不確定法律之概念，況且任一法律其最大之設定係屬當事人無罪推定，如任意鑲嵌則有違法治國立國精神之虞。

此外在行政訴訟法中有一種情況判決之規定，其判決之結果係屬應勝訴而未勝訴，其主因若判決勝訴恐係無法維持公共利益，是否要以發生真正情形為判斷

---

45 公共政策之執行亦屬公共政策之一環。請參照：周繼祥，《政治學---21世紀觀點》，頁372以下。

46 其目的在使行政處分具有處份之正當性，同時亦方便當事人提起訴訟中找出正當理由提起訴訟。同時亦方便法院審查中明瞭處分係配合國家政策。

47 此處採相當因果關係說。因果關係乃被認為是存在於實行行為與結果之間的一種必要關係。在此意義之下，因果關係應屬構成要件該當性之問題，而且是有關刑法保護價值（人權保障或法益保護）類型的事實判斷問題。相當因果關係的體系地位乃在構成要件該當性之領域內。但作為公法上因果關係判斷之相當因果關係，可以說和公法的價值有關，而為一種類型化的事實判斷。這種相當因果關係除了是一種因果關係外，還必須具有事實基礎，而且必須以此事實基礎作為前提。在此意義下，相當因果關係的事實基礎乃是作為條件關係的因果關係。



準據，並非唯一依據。因此由上可得知，其用意係公益大於私益而生之裁判出該勝訴而未勝訴之情況，然公共政策之公益性內涵如大於私人利益時，是否類推適用前開之情形，於不確定法律概念中加入此項因素，逕予於一進入不確定法律概念中即與以排除判斷，此處產生諸多觀點，依據法治國精神仍須審查只是於判斷基準時予以排除。

在面談機制實務中若要將後發公共政策相聯結，首先需了解法律中面談所保障之法益之定義為何？依據立法意旨發現：其維護法益係維護兩岸間之我國家安全法益、社會善良風俗之法益與個人法益之一以上之法益，非立法之國家政策須於面談相聯結時，需視面談之立法意旨與後發之國家政策有無牴觸，且要與國家安全、社會安全或社會安定之一能聯結方能進入面談中之判斷依據。

非屬立法之國家政策要與面談聯結時，須如何界定與聯結，依據憲法增修條文第10條、入出國及移民法與臺灣地區與大陸地區人民關係條例等相關條文與立法意旨對照，公共政策須有關於國家安全或社會安全亦或社會安定之法益方能與面談制度相聯結，然後能產生違反公序良俗之內容的結果。前述議題中，國家政策須於面談制度中何階段實施，盱衡整個制度言，應置於初審之次階段與國境線上面談階段中面談次階段。然而訪查與訪談僅係強化證據能力之程度。

面談是否可用情況判決與國家政策相聯結，目前來說未有任何相關判決資料出現過，惟基於情況判決係以公共利益大於私益時方能採行，面談之後發國家政策首先需與國家安全、社會安全與社會安定相聯結，然後能與公共利益發生因果關係，方能發生。

### 三、公共政策進入面談機制後是否會使執法機關權利擴大或是限縮

就不確定法律概念之法律構成要件中分析，公共政策本身即可進入該概念中，先決要件能鑲嵌後，再來就是具有正當性，其後能夠與構成要件任一因素聯結，綜上產生因果關係，如此就結構上分析因不具有違法性。單一公共政策進入後符合上開要件後，另在鑲入其他至少1種公共政策時，是否會滋意擴大行政機關之權限呢，舉例來說，移民輔導之公共政策鑲入以面談制度中後，另在要求拒入大陸配偶入境案件之數據時，是否會擴大行政機關職權，同時曲解面談制度之原立法意旨，惟構成要件均未違反，係合法亦或非法？殊值進一步探討。



再者，面談係以危害之標準行政調查，其本身即具有抽象性，危害有可能發生時，即符合構成要件，其檢視標準未如損害之標準嚴格，因為損害為事件已發生造成損害。

如何克服上開問題，實務界與學界都認為以司法審查為救濟管道，<sup>48</sup>法院是否能積極扮演好其角色，以期制衡，然實證中並非期待制度與結果能夠密切結合，況且面談制度係以危害為出發點，法律本身即是授予相當大之空間給予行政機關對未來作防範，如果要防止行政機關濫權，必須先作邏輯之規範。再者，依據行政程序法規範，來約束行政機關。<sup>49</sup>

此外，基於理性觀點考量，公共政策本身即有機制去修正不足處，以台灣本身為例，不論哪個政黨執政，雖有政治相異處但是渠等公共政策仍受到相當之制約。<sup>50</sup>

---

48 相關論點如下分析：

一、理論部分：

- (一) 全部審查說：行政機關對於不確定法律概念之判斷與解釋，進而做成行政處分時，原則上皆須受到司法審查，有以下論點：1、不確定法律概念雖然有多種解釋和判斷的可能，但僅有一種正確的結果。所以，行政機關對不確定法律概念的判斷解釋，應受行政法院的審查，以符合依法行政的要求。2、不確定法律概念是一種法律概念，是有法律解釋的方法，乃是法院職責所在。3、因立法無法事前做明確規定，要仰賴事後的詮釋和審查，已符合法律保留原則，貫徹憲法保障人民訴訟權的意旨。
- (二) 審查界線說：對於全部審查說許多學者有質疑之處，因不確定法律概念具有多義性，是否宜由法院做完全的審查，是有疑問之處。所以有下列幾種說法：1、適當性理論：因不確定法律概念有模糊地帶，如果行政機關能有適當的處理，即屬合法，法院不宜加以審查。2、評估特權理論：其不確定法律概念的解釋和適用有牽涉到行政專業上的評估和判斷，法院應給予尊重。3、判斷餘地理論：立法使用此概念，無非是要給行政機關判斷餘地，以適當的評價與決定，行政法院應給予尊重。4、規範授權理論：立法者使用此概念，是要給行政機關一定程度的「授權」，故應尊重之。以上幾種總結就是希望賦予行政機關一定的「判斷餘地」。

二、目前確定採取判斷餘地的類型如下：

- (一) 關於考試成績的判定：考試成績評定是學術上的專業，且多半無法重複舉行，法院應給予尊重。
- (二) 具有「高度屬人性」的決定：對個人的能力、資格或品行等比較牽涉個人主觀的評價，不宜由法院審議。
- (三) 由社會多元利益代表或專家組成的委員會所作出的決定：這些成員大多代表各種利益或具備專業知識，且決定須有一定的程序，原則上應該給予尊重。
- (四) 由獨立行使職權的委員會所作出的決定：獨立職權的委員會多半具有準司法的性質，行政法院應該給予尊重。
- (五) 具有預測性或評估性的決定：若涉及評估特別是自然科學或環境領域，多少有風險評估，應該讓行政機關做決定。
- (六) 具有高度政策性的決定：行政事務牽涉到高度政策的問題，例如申請集會遊行等事項，行政法院原則上應該給予尊重。請參照：陳敏，《行政法總論》，頁208以下。

49 請參考行政程序法第4至10條。

50 我國國會對於相關機制會提起政策評估之質詢。例如92年對於大法官提名審查，在野黨立法委員即提出適當之質詢與審查為例。





## 肆、意識形態、面談、不確定法律概念彼此間如何相連結

意識形態是一個抽象名詞，他常出現於政治學理論中討論，政治學中如何界定意識形態(Ideology)是指一種觀念的集合，具有凝聚共識、激勵團結的作用。關於「意識型態」的意義與定義，經常引起爭辯，而且不斷推陳出新，很少見政治學詞彙曾引起如此激烈辯爭，迄今仍乏共識性的定義，誠如David McLellan 所謂「在社會科學當中，意識型態堪稱是最微妙難言的概念」。<sup>51</sup>

### 一、意識型態的種類

學者問目前尚不能達成一致的見解。此先以簡單討論意識型態這個辭彙的淵源，然後藉由各種學派角度去解析意識形態之看法，然後進而找出一個適當抽象的定義。

#### (一) 意識型態的源起

意識型態一詞，早在十八世紀末期出現在法國，貴族學者狄崔西(Antoine Destutt de Tracy, 1754-1836)於一七九六年首創此一辭彙。<sup>52</sup>他應用這字眼，對啟蒙時代的諸多概念進行系統化研究。<sup>53</sup>他認為，意識型態是研究觀念形成的過程，是一種「觀念的科學」(science of ideas)。他篤信經驗學習(透過經驗而獲致)是知識的唯一來源；觀念的形成是一種生理的與物質的，而不是精神的或超自然神祕的過程。同時他期盼應用發展「觀念科學」的知識，來嘗試改善人類的生計，促進社會和政治的進步。

#### (二) 社會意識型態

任一社會均有其意識型態，作為形成共識的基礎，佔有優勢地位的意識型態通常以一種「中立」的姿態呈現，而所有其他與這個標準不同者則被視為極端，不論真實的情況為何。哲學家傅柯(Michel Foucault, 1926 -1984) 曾經寫過關於意識型態中立性的這種觀念。努力追求權力的團體組織會去影響社會中的意識型態，將它塑造成他們想要的模樣。政治組織與其他集團（比如遊說團體）試圖透

<sup>51</sup> David McLellan. (1995) .Ideology.2ndedn.Milton Keynes : Open University Press.

<sup>52</sup> 請參照：周繼祥，《政治學---21世紀的觀點》，頁92以下。

<sup>53</sup> Antoine Destutt de Tracy. (1817) .Elements of Ideology.



過意見傳播來影響民眾，形成社會中「類似的想法」(think alike)。當社會中絕大部分的人對於某事的想法都很接近，甚至忘記眼前的事務可有其他選擇，這些變成哲學家葛蘭西 (Antonio Gramsci, 1891-1937) 所說的霸權 (Hegemony)，形成團體迷思 (groupthink)。<sup>54</sup>

### (三) 政治意識型態

政治意識型態包括一組信念、價值與理論，用來解釋一個國家當如何運作其社會的觀念與原則，並且提供一套社會秩序的藍圖。它極關注如何劃分權力及權力被運用的目的。譬如，以馬克思與恩格斯的學說為基礎的共產主義，乃是二十世紀最具影響力與最被清楚界定的政治意識型態之一；其他範例包括：無政府主義、法西斯主義、帝國主義、資本主義、民族主義、社群主義(communitarianism)、基督教民主主義(christian-democracy)、納粹主義、保守主義、自由主義、社會主義、社會民主主義 (social-democracy)等。

### (四) 馬克思的意識型態觀

馬克思 (Karl Marx, 1818-1883) 和恩格斯 (Friedrich Engels, 1820-1895)，兩人對意識型態做出與狄崔西迥異的詮釋，他們不認許它是一種「觀念科學」，反而認為它是一種虛構(fabrication)，是任一時期統治階層為鞏固本身利益與維持秩序，用來自我辯解的說辭。因此馬克思對意識型態的定義是「在歷史辯證過程中真理尚未完全展現前的偽意識(false consciousness)」。<sup>55</sup>意識型態成為重要的政治語彙，大抵應歸功於馬克思學派，馬克思在《德意志意識型態》(*The German Ideology*) 書中描述道：「在每一時代統治階級的理念，是統治性的理念，易言之，在每一時代中統治性的物質力量，即成為統治性的知識力量；掌握物質生產工具的階級，即掌握精神生產的工具；因此，總結而言，缺乏精神生產工具的階級，只得受制於這種統治性的精神力量」。<sup>56</sup>於是，任何社會主流的政治觀念或意識型態，總是反映統治階級的利益，是立足在對政治本質不正確的詮釋上。<sup>57</sup>馬克思提出一「經濟基礎/上層建築」(base/superstructure) 社會模型。經濟基礎指社會的生產方式，上層建築(包括藝術、思潮、道德觀念、政治法律、宗教觀點

<sup>54</sup> 請參閱註37。

<sup>55</sup> George Licheim. "The Concept of Ideology". *History and Theory*. Vol.4(February 1965). pp.174-177.

<sup>56</sup> 節錄於《馬恩全集》(1970)，陳思賢譯，《政治意識形態》，初版，臺北：五南，2009，頁6以下。

<sup>57</sup> Leon P.Braradat著，陳坤森、廖揆祥、李培元譯，《政治意識形態死近代思潮》，臺北：韋伯文化出版有限公司，頁50以下。



和哲學)則是在經濟基礎之上形成,並組成社會的意識型態,譬如它的法律體系、政治體系和宗教。通常在生產關係中握有優勢資源的資本家,便決定了上層結構中的意識型態,而此意識型態在本質上當是為維護資本家的利益。因此,密里邊德(Ralph Miliband)指出「這些支配經濟利益的優勢,主要是靠意識型態的控制來維持」。<sup>58</sup>而由新馬克思主義者所發展出來的「支配性意識型態理論」(Dominant Ideology Thesis),更直接認為「意識型態是統治階級手中的工具」。<sup>59</sup>對馬克思來說,社會的意識型態極為重要,因為它混淆著從本質疏離的(alienated)群體而可產生偽意識(false consciousness)。社會領導階級的意識型態被提出予社會的所有成員,使統治階級的利益顯得像是所有人的利益。盧卡奇(Gyorgy Lukacs)形容此為統治階級的階級意識的投影(projection of the class consciousness),而葛蘭西則推進文化霸權(cultural hegemony)理論,來解釋何以工人階級對自身的利益可能產生錯誤概念。馬克思主義對意識型態作為社會再造工具的看法,是很多理論和理論家的重要試金石,如知識社會學理論家曼海姆(Karl Mannheim)、貝爾(Daniel Bell),哈伯瑪斯(Jurgen Habermas)、布迪厄(Pierre Bourdieu)等。

#### (五) 總結意識型態的定義

意識型態乃是面對工業革命所形成的經濟社會情境,尋求政治適應力的結果。儘管眾權威學者的見解頗有差異,並未達成一致的見解定義。本論文採Heywood彙整提出來的理念,至少以下要點對界定意識型態是明顯不容忽視的,亦即意識形態所包括的意涵約略如下:<sup>60</sup>

- 是一種政治上的信念體系
- 是為了產生行動而生的一種政治理念
- 代表統治階級的理念
- 代表某一種社會階級或團體的世界觀
- 是表明階級或是社會利益的政治性理念
- 是一被剝削或是被壓迫階級的錯謬意識
- 使人產生歸屬於某種社會群體的感覺

---

<sup>58</sup> Nicholas Adgercrombie et al. *The Dominant Ideology Thesis* (First edition : George Allen & Unwin .Ltd .1980).p 25.

<sup>59</sup> 請參閱註43。

<sup>60</sup> 請參閱註41。



- 是官方所認定的政治理念，用來增加體系正當性
- 是號稱獨享真理的全方位政治教條
- 是抽象但高度體系化的政治理念

## 二、意識型態的核心分析

意識型態的核心：倫理道德觀是意識型態的核心部分，是直接建構社會心理秩序的部分，這是任何文明穩定繁榮的社會必不可少的部分。對這部分意識，中國上古概稱之為「禮」；晚近稱之為「綱常」，用今天的概念來說，是倫理觀、道德觀。倫理道德觀作為社會意識形態的核心，是由它在現實社會的功能所決定。在深入人心的程度與普遍性上，在促使人們自覺維護社會秩序的功能上，沒有哪一種社會意識能與倫理觀道德觀相比。與法律比較，法律只處罰非法行為，但絕大多數人是在合法範圍內活動，法律不能衡量合法思想行為的價值高低，這必須交由倫理觀道德觀來做抉擇判斷。由於這是一種全民意識，所以倫理道德判斷的主體是全民性的。正因如此，民間的道德判斷比司法機構作出的法律審判，更能決定一個人在群體中的位階。所以從政治領袖到平民，高明的人絕不在倫理道德方面疏忽大意。要爭取好境遇好前途，必須遵循無形的道德律；道德觀倫理觀，這樣在個人的前途與現存社會秩序之間鋪上一條文明之路中，把個人的積極努力以文明的方式，引向維護現存社會秩序的方向。倫理道德觀還可能決定國家社會的興衰。當倫理道德低落，社會大眾 此缺乏崇高感、榮譽感、羞恥感等，只有赤裸裸的利益追求，這樣的社會必然充斥毫無遮掩的爭鬥，人情淡薄，缺乏凝聚力。一旦世局混亂，就容易遭受到外部的侵犯，一旦受到攻擊時，極易崩潰。所以必然是一種高危險社會。最突出的例子，莫過於一九一〇年時社會主義國家的崛起：社會主義國家的崛起，正是出自意識型態的力量，由於當時馬列主義、社會主義的倫理、道德、價值觀征服、統一了人心。這股人心力量讓所向披靡征服世界的西方列強退避三舍，重新構築了二十世紀世界政治力量的新均衡。可見倫理道德觀對社會的重要性和它在社會意識形態中的核心地位。<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> 俞吾金，《意識形態論》，上海：人民，1993年。



### 三、意識形態、面談與不確定法律概念

綜上可知意識形態是一種價值判斷，他不屬於面談不確定法律架構中之任一構成要件，相反的面談之不確定法律概念卻是植基於意識形態上之建築物。其意義為人之一切判斷準據均係依照此一概念而生，其影響程度為何？我們以美國大法官為例，其是否為被任命為大法官係依照當時提名之總統對於意識形態之取向。<sup>62</sup>意識形態依上開解釋其決定不確定法律概念中對於當事人利或不利之裁量。我們亦可以從民國九十二年陳前總統推舉之大法官名單中所引發超越黨派與超越意識形態之爭，可以看出意識形態之重要性。

### 四、意識形態鑲嵌於不確定法律概念之構成要件中是否違法

這是一個相當難判定之情形，因為其已內化成當事執法者之論理與經驗規則中，且其已勾勒出因果關係與聯結性，除非外顯出意識形態之表徵多於因果關係之聯結，方能判斷出，本文認為意識形態除了植基於判斷與解決事件價值觀外，另外是否會於解釋概念與規範概念中會提供出評價之準據，如下段分析：

#### （一）、意識形態如於不確定法律概念中出現單獨評價時之分析

意識形態本身是一個觀念科學，論理與經驗法則均是以此為基礎形成之建築物，但是如果於不確定法律單獨評價時，亦如先認定有罪再去找證據，此種現象並非不會發生，以江國慶之案件，即是明確證據，承辦偵查人員先以意識形態進入評價中，強制認定江國慶有罪後，不經科學鑑定證據與專業機關之偵辦，以刑求逼供認罪。從上開現象分析，會出現外力強力干預之現象，導致裁量曲解。<sup>63</sup>若非他機關自我省察發現不當與當事人持續救濟外，案件可能石沉大海。因此，意識形態以上開不當方式進入評價時，應立即無效，在法律上應立即歸納成無效之判斷。

#### （二）意識形態在不確定法律概念中適當之位置分析

如前項分析，既為一種信仰，亦是一套嚴密聯結的信仰價值系統，<sup>64</sup>在多元化社會中，本就係憲法所賦予之權利，任一人實施不確定法律概念於判斷前，均

<sup>62</sup> 請參閱財團法人國家政策研究基金會〈從立法院同意權看大法官提名座談會實錄〉葛永光談話區塊。

<sup>63</sup> 本區塊係作者收集資料歸納出來了。

<sup>64</sup> Alans Enqel et al.著，張明貴譯，《意識形態與現代政治》，臺北：桂冠，1985年，頁6以下。



係靠其所憑藉之意識形態來學習法律知識，以此建立相關法律知識之認知，與聯結各項間之交通聯結，然後產生整體法律價值判斷體系，如果另於上開價值外，產生新之變數來評價，其即相同於公共政策之評價一般，現階段非大眾所允許與容任之評價因素，再者以上開方式行之，業常引發爭議，如陳前總統第二次金改案之審判長周占春法官，其因政治意識形態鮮明，引發負面觀感，就法論其並未將意識形態於不確定法律概念中單獨評價，而係於信仰價值中有著某種強烈之政治意識形態之成份，故招致非議。

### （三）、面談、意識形態、不確定法律概念

大陸配偶之面談機制本身即具有相當強烈之反共意識而設立的，環顧當時背景，假結婚案件頻傳，就本質言，台灣地區之人士若沒有需求市場，本身就不會有此種現象產生，這些案件，作者在社會裡甚少聽到犯案之臺籍人士受到批判。

從另一個角度分析，面談機制之存在，係基於反共意識而生之國家安全。但是反共意識即是一種意識形態，其在價值判斷中係以建立了一套信仰價值系統，然後在確定法律概念中，又以公共政策因素來評價，<sup>65</sup>這是否有雙重評價問題，就上開事項思維邏輯來看，其先以反共意識為意識形態之信仰系統，然後再將反共意識轉為公共政策，具體事證為台灣地區與大陸地區人民關係條例第十之一條。就法律結構上係無違犯法理問題，綜上判斷三者鑲嵌係屬法可以容忍之範圍。

## 伍、結論

### 一、研究發現

研究發現不確定法律概念對於危害授予相較於損害之規範較大權利，對於意識形態上，原則上係給同意其為不確定之法律概念之基礎。則為未給予規範是否同意讓意識形態進入不確定法概念中，去單獨評價。此外，危害之構成要件中是否要量化其要件以防止行政機關擴權，似有廣續研究之價值。再者，不確定法概念之評價係要先進入規範概念評價還是先進入解釋規範來評價，學說與實務均未有一致之意見，此區塊如未取得一致看法，本身就會出現行政機關裁量擴大之

---

<sup>65</sup> 請參閱大陸地區人民申請進入台灣地區管理辦法管理規定第14條。



情勢，作者認為應先進入規範概念評價後，在進入解釋概念中，減少不當人為干預。

另外從面談制度來看，其本身就授與行政機關有較大之裁量空間，如需限縮應從修法層面著手，如修改兩岸關係條例（指台灣地區與大陸地區人民關係條例）第十之一條，讓構成要件更明確化。構成要件之判斷本身就是給行政機關一個裁量空間，這個裁量空間會隨著執法者之意識形態之傾向建立一套論理與經驗法則，依法這是法律所允許建立的價值觀。

但是經過此一過程後，適不適宜再於不確定法律概念中提出來評價然後與因果關係作一聯結，依據現實顯示不適合可能會造成先判後審之結果，嚴重違反程序正義。

另外意識形態與公共政策同時加入不確定法律概念中，是否會產生價值判斷扭曲，依本文研究顯示一上開正面推理係為法律所允許的，但是一個以上之公共政策進入到同一事件之不確定法律概念中，目前無積極證據可供敘述與判斷。

## 二、未來研究價值

未來可以研究不確定法律概念之中型理論，以期歸納出渠之量化之標準可能性。讓不確定法律概念更加具體化，減少行政機關有擴權之疑慮，讓國家更文明與人權保障更好。



## 參考資料

### 中文部分

#### 期刊

- 王惠玲〈社會基本權與憲法上工作權之保障〉，《律師通訊》，第153期，1992年6月。
- 朱武獻〈司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究（上）、（下）〉。
- 朱武獻〈司法院大法官會議之權限〉，收於朱氏著《公法專題研究（一）》。台北：自版，1991年。
- 吳庚〈論憲法之基本原則〉，收於《司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集》。台北：司法週刊雜誌社，1988年。
- 吳庚〈基本權的三重性質〉，收於《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》。台北：司法院大法官秘書處，1998年。
- 李震山〈從憲法觀點論生命權之保障〉，收於氏著《人性尊嚴與人權保障》。台北：元照，2000年。
- 李震山〈基本權利之衝突〉，收於《月旦法學教室3：公法學篇》。台北：元照，2002年。
- 翁岳生〈行政的概念與種類〉，收於翁岳生編《行政法（上）》，二版。台北：翰蘆，2000年。
- 許宗力〈基本權利：第一講基本權利的起源與發展〉，《月旦法學教室》試刊號。台北：元照，2002年10月。
- 許宗力〈基本權利：第二講基本權的功能〉，《月旦法學教室》第2號。台北：元照，2002年12月。
- 許宗力〈基本權利：第三講基本權主體〉，《月旦法學教室》第4號。台北：元照，2003年02月。
- 張嘉尹〈憲法、憲法變遷與憲法釋義學-對部門憲法論述的方法論考察〉，《月旦法學雜誌》。台北：元照，2004年9月。
- 張嘉尹〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，收於《當代公法新論(上)》，翁岳生教授七秩誕辰祝壽集。台北：元照，2002年。
- 陳秀容〈近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析〉，《人文及社會科學集刊》，第9卷第2期。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，頁101，1997年。
- 陳愛娥〈行政行為的形式-行政任務-行政調控---德國行政法總論改革之軌跡〉，《月旦法學雜誌》，第120期。台北：元照，2005年05月。
- 陳愛娥〈自由-平等-博愛 社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《台灣大學法學論叢》26卷第2期。台北：台大法律系，1996年12月。
- 詹中原〈當代政府治理的政治哲學〉，《國家政策論壇季刊》，台北：財團法人國家政策研究基金會，1992年10月，創刊號。
- 蔡震榕〈不確定法律概念之探討〉，《東海法學研究10期》，1996年，頁43。





## 中文法律書籍部份

- 吳 庚《行政法之理論與實用》，增訂版，台北：三民，2010年8月。
- 吳 庚《憲法的解釋與適用》，一版，台北：三民，2003年4月。
- 吳 庚《行政法院裁判權之比較研究》，嘉新文化基金出版，1967年。
- 李震山《行政法導論》，一版，台北：三民，1997年9月。
- 李建良、李惠宗等《行政法入門》，台北：元照，2006年。
- 李鴻禧《憲法與憲政》，台北：植根雜誌社，1997年。
- 李鴻禧華誕編輯委員會《現代國家與憲法》--李鴻禧六秩華誕祝賀論文集。台北：月旦，1997年。
- 林子儀《權力分立與憲政發展》，台北：月旦公司，1993年4月。
- 林錫堯《行政法要義》，台北：三民，1999年初版。
- 林紀東《中華民國憲法逐條釋義(一)》，修訂再版。台北：三民，1985年。
- 林紀東《中華民國憲法逐條釋義(四)》，修訂再版。台北：三民，1985年。
- 陳新民《中華民國憲法釋論》，修訂四版。台北：自版，2001。
- 陳新民《法治國家論》，台北：學林，2001年。
- 陳新民《公法學筭記》，台北：新學林，2005年。
- 陳新民《憲法基本權利之基本理論(上、下冊)》。台北：三民，1990年。
- 陳新民《行政法學總論》，台北：自版，1995年。
- 陳 敏《行政法總論》，三版，台北：自版，2003年。
- 陳慈陽《憲法學》，一版，台北：元照，2004年。
- 施啟揚《西德聯邦憲法法院論》，台北：台灣商務，1971年。
- 城仲模主編《行政法之一般原則(一)、(二)》，台北，三民，1997年1月初版。
- 劉鑫楨《論裁量處分與不確定法律概念》，台北：五南，2005年。
- 翁岳生編《行政法 2000，上冊》，台北：翰蘆，2000年。
- 翁岳生教授祝壽論文編輯委員會《當代公法新論》--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集。台北：元照，2002年。

## 中文政治學書籍部份

- 文 光《德國社會市場經濟的發展》，初版，台北：遠流，1992年。
- 于宗先《經濟思想史》，台北：聯經，1986年。
- 朱敬一、李念祖著《基本人權》，初版，台北市：時報文化，2003年。
- 任卓宣《國父底經濟學說》初版，台北：帕米爾，1972年。
- 任卓宣《民生主義真解》，台北：帕米爾，1978年。
- 任卓宣《民生主義概論》初版，台北：帕米爾，1984年。
- 何浩若《民生主義與自由經濟》，初版。台北：自行發行，1960年。
- 李任初《新自由主義—宏觀經濟的蛻變》，初版一刷。台北：台灣商務印書館，1992年。
- 李惠宗《憲法要義》，二版一刷，台北：元照，2004年。
- 李明政《意識型態與社會政策》，台北：洪葉文化，1998年。



- 李建良《憲法理論與實踐(二)》，台北：學林，2000年。
- 何信全《海耶克自由理論研究》，台北：聯經，1988年。
- 林金莖、陳水亮《日本國憲法論》，台北：中日關係研究發展基金會，1993年。
- 周繼祥《政治學---21世紀觀點》，台北：威仕曼，2005年。
- 許世楷《台灣新憲法論》，台北：前衛，1991年。
- 許慶雄《社會權論》，一版二刷。台北：眾文，1992年。
- 段家鋒《第二國際史》，台北：商務印書館，1987年。
- 段家鋒《第二國際前期研究》，台北：黎明文化，1981年。
- 高孜邦《馬克思的經濟思想》，台北：巨流，1993年。
- 荊知仁《中國立憲史》，台北：聯經，1984年。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，《經濟學-理論與實際》，1990年。
- 張君勱《社會主義思想運動概觀》。台北：稻鄉，1988年。
- 張君勱《國憲議》，台北：臺灣商務，1970年。
- 張君勱《立國之道》，台北：台灣商務，1971年。
- 張君勱《開國前後言論集》，台北：正中，1972年。
- 張明貴《費邊社會主義思想》，台北：聯經，1985年。
- 崔書琴《孫中山與共產主義》，台北：傳記文學，1984年。
- 崔書琴《三民主義新論》，修訂台北十三版，台北：台灣商務，1979年。
- 崔書琴《憲政改革的理論與實踐--以第四次修憲為例》，台北：五南，1998年。
- 楊與齡等著《考察法、德、奧三國釋憲制度報告》，台北：司法院，1990年。
- 雷震《制憲述要-中華民國憲法制定經過》，香港九龍：友聯，1995年。
- 葛克昌《國家學與國家法》，台北：月旦，1996年。
- 國父全集編輯委員會《國父全集》第一冊，台北：近代中國，1989年。
- 國父全集編輯委員會《國父全集》第二冊，台北：近代中國，1989年。
- 國父全集編輯委員會《國父全集》第三冊，台北：近代中國，1989年。
- 謝瑞智《邁向21世紀的憲法》，自版，台北：學英，1996年。
- 謝政道《中華民國修憲史》，台北：揚智，2001年。
- 劉振鐙《中國憲政史話》，台北：憲政論壇社，1960年。
- 薩孟武、劉慶瑞，《各國憲法及其政府》，台北：三民書局，1985年。
- 蘇永欽編《部門憲法》，台北：元照，2006年。
- 繆全吉《中國制憲史資料彙編---憲法篇》。台北：國史館，1989年。
- 蕭全政《政治與整合》，台北：桂冠，1988年。
- 龐建國《台灣經驗的理論與實際》，台北：幼獅文化，1993年。
- 龐建國《國家發展理論--兼論台灣發展經驗》，台北：巨流，1993年。

## 網路資料

立法院網站<http://www.ly.gov.tw/innerIndex.action>，上網日：2011年12月26日。



- 內政部入出國及移民署網站<http://www.immigration.gov.tw/welcome.htm>，上網日：2011年12月26日。
- 司法院網站<http://www.judicial.gov.tw>，上網日：2011年12月27日。
- 行政院大陸工作委員會網站<http://www.mac.gov.tw/welcome01/welcome01.htm>，上網日：2011年12月28日。
- 法務部網站<http://law.moj.gov.tw/>，上網日：2011年12月28日。
- 黃錦堂，「行政法的發生與發展」網站，<http://homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060717Genesis%20of%20Administration%20Law.pdf>上網日：2007年10月26日。
- 「五五憲法草案」(1936/5/5)；國民政府提出的「政治協商憲法草案」(1946)。 <http://home.kimo.com.tw/sun-0620kimo/>，上網日：2007年11月16日。
- 「天下雜誌資料庫」，<http://www.cwk.com.tw/cw/search/sch1.asp>，上網日：2011年8月26日。
- 「中華民國張君勱學會」網站<http://www.carsunchang.org.tw/carsun.html>，上網日：2011年12月22日。
- 「聯合知識庫」，<http://udndata.com/library/>，上網日：2011年12月26日。
- 「中時新聞資料庫」，<http://news.chinatimes.com/>，上網日：2011年12月26日。

## 政府資料

- 行政院研考會《人權立國與人權保障的基礎建設--2002年國家人權政策白皮書》，2002年。
- 行政院研考會委託研究，陳隆志主持，《國際人權公約國內法化之方法與策略》，台北市：研考會，2003年。
- 司法院行政訴訟及懲戒聽編輯《德、日、英、美行政事件裁判要旨選輯》，1992年6月。
- 司法院行政訴訟及懲戒聽編輯《德、日、英、美行政事件裁判要旨選輯》，（第二輯），1994年6月。
- 司法院行政訴訟及懲戒聽編輯《中譯德奧法日行政法院法》，1996年6月。
- 內政部入出國及移民署編印《入出國及移民法令彙編》，2010年11月。
- 司法院行政訴訟及懲戒聽編輯《行政訴訟論文彙集》第2輯，1999年。
- 司法院編《大法官釋憲四十週年紀念論文集》。台北：司法院，1988年。
- 司法院編《大法官釋憲五十週年紀念論文集》。台北：司法院，1998年。
- 司法院編《西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)》。台北：司法院，1990年。
- 司法院編《德國聯邦憲法法院裁判選輯(九)》。台北：司法院，2000年。
- 監察院人權保障委員會編《第三屆監察院人權保障工作彙總報告(1999-2005)》，初版。台北市：監察院，2005年。
- 繆全吉《中國制憲史資料彙編---憲法篇》。台北：國史館，1989年。
- 國民大會憲政研討委員會《世界各國憲法大全》第1-4冊，1965年。
- 國民大會秘書處《新編世界各國憲法大全》第1-3冊，1996年。

## 學位論文

- 李雅萍《概括的權利保障：德國基本法條第一項與我國憲法第二十二條之研究》。台北：輔大法研所碩士論文，1995年。
- 許宗力《憲法修改界限論》。台北：台大法律研究所碩士論文，1980年。
- 許瑞麟《我國社會救助法制之研究---以德國聯邦救助法為借鏡》。台北：中興法研所碩士論文，1999年。



陳怡如《司法院大法官有關工作權違憲審查基準之研究》。台北：中國文化大學中山學術研究所博士論文，2006年。

陳怡凱《基本權之衝突---以德國法為中心》。台北：台大法研所碩士論文，1995年。

陳惠苓《張君勱憲政思想之究(1945-1948)》。台北：台大三民主義 究所碩士論文，1991年。

章 菱《公民資格中的權利、利他主義與社會整合--一個解決權利與利他主義之衝突的嘗試》。新竹：清華大學哲學研究所碩士論文，1996。

鍾芳樺《法律作為系統：試論盧曼(N.Luhmann)的法律社會學》。台北：台大法律研究所碩士論文，民85年。

## 外文部分

Block, Fred. 1987 (1977). "The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State". *Socialist Reviews* (33, May-June, 1977): 6-27.

Clarke, Thomas. 1994. "Reconstructing the Public Sector: Performance Measurement, Quality Assurance, and Social Accountability." Pp.399-431 in Thomas Clarke(ed.), *International Privatization: Strategies and Practices*.

Berlin: Walter de Gruyter. DiMaggio, Paul and Walter Powell. 1991 (1983). "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields." Pp.63-80 from Paul DiMaggio and Walter Powell (eds.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press.

Ernst, John. 1994. *Whose Utility?: The Social Impact of Public Utility Privatization and Regulation in Britain*. Buckingham, UK: Open University Press.

Tony Evans, 2001. *The Politics of Human Rights*. London: Pluto Press.

## 譯著

盧梭 (Jean-Jacques Rousseau) 《社會契約論》 (*Du Contrat Social*)。中國大陸：光明社，2009年。

孟德斯鳩 (Charles Louis Montesquieu) 《論法的精神》 (*De l'esprit des lois*) 洛克 (John Locke) 《政府論二講》 (*Two Treatises on Government*)。中國大陸：人民，2009年。

Forsythe, David P. 原著，高德源譯，《人權與國際關係》 (*Human Rights in International Relations*)。台北：弘智文化，2002年。

Friedman, Milton & R. 原著，呂志翔等譯，《選擇的自由》 (*Capitalism and Freedom*)。台北：長河，1984年。

Giddens, A. 原著，李惠斌、楊雪冬譯，《超越左派與右派：激進政治的未來》 (*Beyond Left and Right: the Future of Radical Politics*)。台北：聯經，2000年。

Giddens, A. 原著，鄭武國譯，《第三條路：社會民主的更新》 (*The Third Way: Renewal of Social Democracy*)。台北：聯經，2002年。



- Giddens, A. 原著，許家豪譯，《第三條路及其批評》(*The Third Way and its Critics*)。台北：聯經，2002年。
- Hayek, Friedrich August von (海耶克) 原著，《通往奴役之路》(*The Road to Serfdom*)，自<http://www.yifan.net/yihe/novels/zatan/nuyilu/yinyan.html> 下載。
- Hayek, Friedrich August von (海耶克) 原著，鄧正來譯，《自由憲章》或譯為《自由秩序原理》(*The Constitution of Liberty*)，自<http://www.shuku.net:8080/novels/zatan/ziyix/ziyix.html> 下載。
- Heywood, Andrew 原著，楊日青、李培元、林文斌、劉兆隆譯，《政治學新論》。台北：韋伯，2001年。
- Huntington, Samuel P. & Berger, Peter L. 原著，王柏鴻譯，《杭廷頓 & 柏格看全球化大趨勢》(*Many Globalizations: Cultural Diversity in the Contemporary World*)。台北：時報文化，2002年。
- Kasper, Wolfgang and Streit, Manfred E. 原著，韓朝華譯，《制度經濟學—社會秩序與公共政策》(*Institutional Economics – Social Order and Public Policy*)。北京：商務印書館，2004年。
- Lepage, Henri 原著，夏道町等譯，《自由經濟的魅力--明日資本主義》(*Tomorrow, Capitalism*)。台北：天下文化，1988年。
- Ludwig von Mises. 原著，夏道町譯，《反資本主義的心境》(*The Anti-Capitalistic Mentality*)。台北：遠流，1991年。
- Maarseveen, Henc van; Ger Van Der Tang, 陳雲生譯，《成文憲法的比較 究》。台北：久大、桂冠，1990年。
- North, Douglass C. 原著，劉瑞華譯，《制度、制度變遷與經濟成就》(*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990)。台北：時報文化，1994年。
- Schmitt, Carl 原著，劉鋒譯，《憲法學說》(*Verfassungslehre*)。台北：聯經，2004年。
- Schmitt, Carl 原著，李君韜、蘇慧婕譯，《憲法的守護者》(*Der Hüter der Verfassung*, 1931)。台北：左岸文化，2005年。
- William, Maurice 原著，陳士傑譯，《社會史觀》，台北：帕米爾，1958年。
- 鶴見祐輔原著，佚名譯，《火與劍的一生：鐵血宰相俾斯麥傳》。台北：遠流，1990年。

