

行政保留之比較研究

— 以半總統制之行政命令權為中心*

陳淳文**

目 次

壹、前言	肆、法國自主行政命令權的憲法化
貳、行政保留與行政命令權	一、國會至上原則之傾頹
一、行政保留之類型	二、復生的行政命令權
二、行政命令權之模式	伍、行政命令權的實務與制度意義
參、國會至上原則與行政命令權之衝突	一、行政命令權的行政保留
一、國會至上原則不容許自主行政命令權	二、行政命令的制度功能
二、法國實務需求下所承認的自主行政命令權	三、自主行政命令之省思
	陸、結語

* 投稿日：2011年6月7日；接受刊登日：2011年9月7日。〔責任校對：楊承燁、張愷致。〕

本文係行政院國科會專題研究計畫「法國行政命令權之研究 I」(93-2414-H-002-015)之研究成果。作者除了感謝國科會之補助外，更感謝兩位論文審查人詳細審閱拙稿，並提出具體改進建議；以及臺大法研所公法組研究生許萃華對本文所提供之諸多必要協助。

** 巴黎第二大學法學博士；國立臺灣大學政治學系專任副教授、中央研究院法律學研究所合聘副研究員。

摘要

法國第五共和憲法是現代西方憲法中，第一個直接以憲法條文界分行政命令與法律範圍的憲法。此種界分方式，常被稱為是一種革命性的設計。而在此界線之後，其實是涉及行政權與立法權的兩權互動關係；它其實是可以被視為是法國式半總統制的一項制度特徵。

本文即聚焦於法國的行政命令，特別是憲法劃歸行政權的自主行政命令，它們可以說是屬於行政保留的領域。文中先從其歷史淵源著手，介紹國會至上原則如何不能與自主行政命令權相容。其次再說明基於行政實務的需求，不得不在事實上容忍行政命令。最後再簡述自主行政命令權憲法化的歷程，以及其實務發展與制度功能。

雖然全文以法國法為重心，但卻不忘對我國法的關懷。除了問題意識乃源自於我國的憲政實務外，文中尚透過比較法的途徑，同時也約略論及美國、英國與德國等三國的行政命令與行政保留。期望透過比較寬廣的視野，理解並評價行政命令權之行政保留問題。

關鍵詞：法國第五共和、半總統制、行政保留、自主行政命令、衍生行政命令、國會至上原則、法律保留、職權命令。

Administrative Reservation in Comparative Perspective: Administrative Regulatory Power under the Semi-presidentialism

*Chwen-Wen Chen**

Abstract

The Constitution of the French Fifth Republic is the first among modern western constitutions which differentiates administrative ordinance from law by articles. This distinction is unusual and reflects its innovative design. Beyond the ambit, the interaction between administrative and legislative power could be regarded as one of the characteristics of the French semi-presidentialism.

This paper focuses on the French administrative ordinance, especially regarding the autonomous regulatory power provided for in the constitution, which is an element of the administrative reservation.

The primary focus of this paper is—from a historical point of view—how Parliamentary Sovereignty could be compatible with the autonomous regulatory power. In that light, it explains the need to tolerate the administrative ordinance based on administrative practice. Finally, the paper describes the constitutional courses of autonomous regulatory power, and its practical development and system functions.

Despite this focus on French law, this paper also mentions the formation of law of our own country. The problem here originates from

* Ph.D., University of Paris II; Associate Professor, Department of Political Science, National Taiwan University; Associate Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

constitutional practice of R.O.C.; in addition, some sections discuss the administrative ordinance and the administrative reservation in the United States, the United Kingdom and Germany by the method of comparative law. This paper is aimed to provide a better understanding of, and to evaluate the problems about, the reservation of administrative ordinance.

KEYWORDS: the French Fifth Republic, semi-presidentialism, administrative reservation, autonomous regulatory power, derivative regulatory power, Parliamentary Sovereignty, legislative reservation, orders by competence.

壹、前言

在權力分立的憲政架構下，國家權力應分由不同的權力部門來行使，以免因權力集中而產生濫權之情事；此乃西方立憲主義之傳統思維。然而即使是憲法本文明白列舉各個權力部門之權限內容，在實際憲政運作中，仍有產生機關權限爭議的可能；更不用說在權限未被詳盡列舉的情況下，不同權力部門間之權限衝突幾乎成為無法避免的事。

我國現行中央政府組織的憲法架構中，司法、監察及考試三院之職權採列舉之方式，而立法、行政兩院之權限範圍則未在憲法中被詳盡列舉與界定。就立法權而言，固然憲法第六十二條宣示立法院為最高立法機關，而有關憲法機關的組織規定¹，以及某些制憲者所特別重視的事項是屬憲法直接委任給立法權的憲法委託事項外²；立法權的範圍主要是以憲法第二十三條及第六十三條作為「法律保留」之憲法依據。換言之，憲法有關立法院的權限範圍包含兩大部分：其一是憲法所明文列舉者，另一部分則是憲法第二十三條及第六十三條所框架的範圍。就此二條文的規範精神來看，前者可以稱為「侵害保留」，後者可以稱為「重要事項保留」。「侵害保留」的範圍看似較為明確，但仍存有討論空間³；至於「重要事項保留」的範圍，它的爭辯空間就更大。再就行政權的範圍而言，有關總統的權限內容，憲法採列舉規定，其規範尚屬明確。憲法第

1 如憲法第三十四條、第六十一條、第七十六條、第八十二條、第八十九條、第一〇六條等。

2 諸如憲法第二十四條、第四十六條、第七十六條、第一一二條、第一一八條、第一一九條、第一三四條、第一三五條、第一三七條、第一五四條、第一六二條；增修條文第二條第一項、第三條第三項、第八條、第十條第四項及第十一條等。

3 詳見陳淳文，〈現行行政命令合法性審查之檢討——以不利益處分所引發之司法審查為中心〉，黃舒芃主編，《2007行政管制與行政爭訟》，頁136-138（2008年11月）。

五十三條明定行政院為「最高」行政機關，將所有其他剩餘的行政權概括授與給行政院。從而，行政權的範圍也是包含兩部分：總統的權限相當明確，而行政院的權限則籠統概括。

在實際憲政運作中，因分權必然會導致不同權力部門間的權限衝突。針對此問題，有以下兩種常見的解決途徑。第一種方法是明確劃定各個權力部門的權限範圍：因為分權愈明確，就愈可以降低衝突的機會。美國式的總統制可說是此種途徑的代表，我們可稱其為「剛性的」或「嚴格的」權力分立制度。第二種方法則是將不同權力部門階層化，使得產生衝突時可由位階高者決斷之；這種途徑的典型代表就是議會內閣制。在內閣制下，由於國會乃是透過人民選舉而產生，具有直接的民主正當性，所以理應佔據最高位階；這就是國會至上，行政權應臣服或依附於立法權之下的理論依據。不過在有君主專制傳統的國家裡，由君主所領導的行政權，並非一開始就自願臣服於民主正當性日漸強化的立法權之下；而是要經歷一番角力的過程，才將其所握有的權力逐步釋出。立法權先由戰爭，預算與徵稅等事項著手，將其逐步劃入國會的權限範圍，進而再擴增至涉及人民之自由與權利之限制的事項。面對日益壯大的立法權，君主總是主張行政權應有其特定的專屬範圍，不容立法權介入。而這種「不受其他權力部門，特別是立法權介入之領域」的想法，其實就是傳統「行政保留」主張的濫觴⁴。隨著國會民主化的程度日漸深化，法律保留的範圍是日漸擴大，而行政保留的範圍則逐步萎縮。但是不論行政、立法兩權的權力範圍如何消長，一旦二者存有區別，就不可能完全避免發生衝突。當行政、立法兩權位階

4 就概念上而言，「行政保留」應不僅是針對立法權而已。但本文限於篇幅，將全文重心聚焦於面對立法權的行政保留，特別是有關抽象規範制定權的部分。事實上，在五權的架構下，行政保留的概念亦應包含不受司法權、監察權與考試權的侵犯。而在三權分立的觀念下，例如面對司法權的行政保留問題，德國法即發展出「判斷餘地」的概念。我國大法官在解釋中亦提及此概念，如釋字第319號、382號、462號與553號解釋等。

高低不同時，如議會內閣制強調國會至上，國會因其民主正當性而佔有優勢地位，則此種衝突的解決可由國會主導。但是如果憲法並未如美式總統制般地明確分權，或沒有像議會內閣制那樣地明白界定此二權之位階，則此種權限衝突就變得較為棘手；我國現行憲法所架構的中央政府體制，恰巧就屬於這種情形。

如前所述，我國憲法所建置的五院在各自的權限範圍內皆為「最高」機關，沒有哪一院應臣服於哪一院的位階秩序。特別是行政與立法兩權的權限內容都有概括的部分，以致於二者之權限劃分會有交疊不清的灰色地帶。除了孫文先生與部分制憲者對於五權憲法的特有想像外，司法院大法官早年的解釋⁵中對於各院的地位也是如此強調：各院「獨立行使職權，相互平等，初無軒輊」，所以我國憲法乃是「五權分治，平等相維之體制」。在此背景下，「行政保留」的想法本就不應完全排除於我國憲政體制之外。更何況透過歷次修憲，一方面我國總統已由間接選舉改為國民直接選舉，總統依現行憲法又可逕行任命行政院長；則最高行政機關似乎也可透過總統取得相當程度的民主正當性基礎，進而主張其自主性。在另一方面，憲法增修條文第三條第三項規定有關國家機關之設置，國會得為準則性規定，此亦透露出憲法肯認行政權享有一定程度的自主組織權。故我國憲法架構下的行政權似不應如傳統內閣制國家一般，完全臣屬於立法權之下，而應能享有一定之自主地位。在執政者有行政保留領域的主張或期待，而在野黨卻仍高舉國會至上與法律保留時，自無法避免衝突。我國近年來的重大憲政爭議中，即有多起涉及行政、立法兩權之權限衝突的案例⁶。

與我國憲法第五十三條之規定相似，法國第五共和憲法第二十

5 參見釋字第3號及第175號解釋。司法院大法官新近作成的釋字第682號解釋理由書中，其第一段最後一句話，也是：「始符憲法五權分治彼此相維之精神」。

6 例如釋字第520號的核四停建案、釋字第585號的319真調會案，以及釋字第613號的國家通訊傳播委員會案與釋字第645號的公投審議委員會案等。

條第一項亦明定：「政府（內閣）決定並指揮全國之政務。」；第二十條第三項也規定政府向國會負責。再者，法國現行憲法第八條第一項規定總統直接任命總理，並無事先需經國會同意的程序；且法國總統亦自1962年起改由全民直選。綜觀前述各項特徵，論者多謂我國現制乃是與法國第五共和憲法極為相近的「半總統制」（即俗稱的「雙首長制」）。而法國現行憲法最具特色的地方，亦是其與我國憲法不同之處，即在於其憲法第三十四條明文列舉法律所應規定之事項。此種透過憲法直接明定法律領域之規範方式，具有限縮國會權限之企圖；此舉不僅是法國歷年憲法文件中最具革命性的規範方式，同時也常被認為會破壞傳統權力分立原則⁷。然而法國憲法這種提升行政權之位階，使其略可與國會平分秋色的設計，與前述我國憲法強調五權平等相維的理念十分相近。

基於兩國制度的相似性，加上我國近年來因總統改為直選後，對於行政權之權限範圍屢生爭議，法國法遂成為特別值得分析與研究的對象。以下即以法國半總統制下之行政命令權為核心，並且聚焦於中央政府的行政命令；先了解其歷史發展沿革，再進一步探究其現行實務運作之情形。接著，再以此為基礎，透過比較其他憲政體制之相關規範，嘗試推演出行政保留與行政命令權的制度意義。不過在進入討論之前，有必要先對行政命令與行政保留的關係，以及對行政命令權的模式，作一個比較全面的概略性介紹。

貳、行政保留與行政命令權

如果依傳統想法將行政保留視為是行政權自主且不受其他權力部門侵犯的行為空間，則它不必然與抽象規範發生關聯。以我國近

⁷ 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁47（2010年修訂11版）。

年發生的核四廠停建案為例，行政院認為停建核四廠乃有關預算執行的具體事項，不屬立法院之權限範圍。立法院則認為國會所通過的預算，行政院應予以執行；且核四案亦屬國家重要事項，立法院有權參與⁸。在此爭執中，行政院認為「執行法律」，或是透過個案具體決定而將預算法落實的任務，即屬行政權的專屬領域，亦屬行政保留之範疇，換言之，不論是執行預算或是停止執行預算的決定，都不算是抽象規範。不過，儘管是具體個案之決定，但在某些情境下個案決定亦會有通案的效果，它就有可能涉入立法權之範疇而與立法權產生衝突⁹。除了個案決定權外，行政權之內涵尚有抽象性或普遍性的規範制定權。此種由行政權所行使的抽象規範制定權，一般稱之為行政命令權，其與國會所行使的立法權在本質上幾乎沒有差別。行政命令與法律此兩種法規範交織的現象，固然得以建立整個法律體系，但也可能成為行政、立法兩權的衝突點。若把行政權之內涵細分為「個案決定權」與「抽象規範制定權」等兩個部分，前者固然會與立法權發生權限爭議¹⁰，但其引發爭議的頻率遠不及於後者。因為立法行為原則上具抽象普遍性質，不涉入具體個案。國會雖然也可能對具體特定事項制定法律¹¹，但除年度預算

8 停建的決定本身當然是一個個案決定，儘管如此，立法院仍得爭執此個案決定違背法律（即立法院所通過的核四興建預算）。

9 參見下文有關健保保費之調整爭議。另有關行政機關之個案決定與抽象規範之關聯性問題，尚可參見李建良，〈法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析——試觀台灣法治國圖像的一個剖面〉，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，《政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，頁650-653（2010年1月）。

10 行政權就其個案決定可能與立法權發生衝突的情形，例如國防部（行政權）決定採購潛艦以強化國防力量，但立法院拒絕通過預算，並通過決議建請行政權應優先購買飛彈與戰機。又如德國聯邦憲法法院於1984年所作成的潘興二號飛彈案，在該案中德國聯邦政府決定在德國境內部署此型飛彈。反對的綠黨則認為此項決定，應以法律之方式為之；法院最後駁回綠黨所提之請求。詳見黃錦堂，〈權力分立之憲法解釋——兼評釋字第520、585、613、633、645號解釋〉，《法令月刊》，61卷9期，頁13-15（2010年9月）。

11 前者稱為處置性法律或措施性法律，後者則稱為個別性法律。參見吳庚，前揭（註7）書，頁42。

法外¹²，個案立法行為並不常見。反之，在現代行政國家中，行政權不論主動或被動，常常需要訂定抽象規範，故常與國會權限發生交疊的現象¹³。此外，雖也有人認為領導統御，政策方針與施政計畫亦屬行政權之主要內容。不過不論是領導，方針還是計畫，如果不是單純的理想或期待，而是要發生拘束力或是具體落實，它們還是得透過具體個案之決定或抽象規範之制定來予以實現。換言之，行政權最終還是以作成個案決定與抽象規範等兩種行為形式呈現。因而在討論行政保留時，就應包含個案決定權之行政保留與規範制定權之行政保留等兩大部分¹⁴，但是受限於篇幅與問題的嚴重程度，本文將僅討論衝突較激烈且問題較複雜的「抽象規範制定權之行政保留」。此外，吾人有必要於此再對「行政保留」概念予以進一步界定。嚴格意義的行政保留固然是指行政權不受其他權力部門介入的行政自主空間。但是若更深入地去探究，還要論及此項行政保留是由誰所創造？若是由具憲法位階之規範所創造，則此種「憲法位階的行政保留」當然足以對抗國會的立法權。但是若對行政保留採取比較寬鬆的界定方式，將重心由「對抗入侵」移轉至「專屬授與」，則立法權也能透過法律將某些職權交由行政權來行使；這種由法律所創造，並交由行政權專管的保留模式，固然不能對抗立法權本身，但也可算是行政保留領域。至少，這種法律所創造的行政保留尚可對抗國會以外的其他權力部門。從而本文所討論之以抽象規範制定權為中心的行政保留，同時包含廣義與狹義。狹義是指不受其他權力介入或干涉的行政命令，廣義則還要加上立法權本無意或事實上不及介入或干涉，而留給行政權主動先行訂定的抽象規範。

12 參見司法院釋字第391號解釋。

13 僅以我國大法官的解釋為例，論及法律保留與授權明確的案件不知凡幾；這些案件常源自於行政權所訂定之抽象規範（即行政命令）介入立法權之範疇。

14 類似見解如李建良氏，其亦將行政自主領域分成行政機關之個案裁量及判斷權（合稱行政裁斷權）與抽象法規制定權等兩部分。參見李建良，前揭（註9）文，頁650。

以下先概略介紹各種可能的行政保留類型，再談幾種不同的行政命令權模式。

一、行政保留之類型

依各國不同之憲法規範與憲政經驗，存有不同的行政保留類型。而這些不同類型的想像或建構，往往又透過實際的憲政運作經驗為基礎；所以在不同的時空環境下，會形塑出不同的類型。

(一) 憲政體制與行政保留類型

如前所述，美國式總統制是屬剛性的權力分立制度，其制憲者關於權力分立的核心思想，深受孟德斯鳩的影響，吾人可以在《聯邦論》中，特別是第47到第51篇由 Madison 所撰的論述中看到這樣的痕跡。依照聯邦憲法的規定，行政權就是執行法律的權力，並劃歸於總統及其所領導的行政部門。總統對外雖然有外交與戰爭的特權，但仍在國會的監控之下：除了預算由國會審議外，所有條約皆須經參議院批准，而眾議院則享有宣戰權。換言之，雖然是剛性的權力分立，但權力部門間並不是要完全隔離，反而是要像聯邦論第48篇所強調的：權力部門間應有某種程度上的相互牽制，才能達到制衡的效果。在此理念下，行政保留的想法其實是要避免立法權過於壯大，以致於破壞權力部門間的均衡地位而喪失彼此相互的制衡效果。在制度的設計上，除了總統的否決權可以對抗國會過度膨脹的立法權外，更重要的是聯邦最高法院自1803年所開展的違憲審查機制，使得憲法所規定的分權架構得以被遵守。美國司法實務除了強調總統代表國家的對外行為乃直接以憲法為其基礎，不須以國會的立法為前提外¹⁵；更將憲法第二條第二項第二段所明定之總統對於聯邦政府高級官員的人事提名權與任命權，以及第二條第三項為忠實執行法律所衍生之針對行政部門的指揮監督權與人事免職權，

15 See *United States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

視為是行政權的核心¹⁶，立法權不得介入¹⁷。此種行政保留的形式，吾人可稱之為「憲法所列舉的核心保留」，其乃以憲法所列舉之事項，作為其核心保留範圍。

不同於美式總統制下權力部門間是相互監督牽制，議會內閣制下的行政與立法兩權乃建立在彼此相互信任的基礎之上，原則上不應出現相互對抗的情況。嚴格而言，兩權與其說是分立，還不如說是相互融合。特別是英國並無成文憲法來維護行政權，同時長期以來就有國會至上與國會主權的傳統，英國國會無所不能乃眾所周知，從而任何形式的行政保留，都不能對抗至高無上且萬能的國會。換言之，除了長期憲政傳統所建立的皇室特權與憲政慣例外，例如涉及行政立法兩權互動關係的首相任命權與國會解散權，以及涉及對外關係的條約締結權，國會無權予以限制外¹⁸，由內閣所領導的英國行政權並沒有其他的行政保留的空間足以阻止國會介入。

同樣是議會內閣制的德國，因為民主化比英法等國都晚，行政權的力量一直很強大。將行政保留視為是行政部門之特權，不容國會介入侵犯的想法，在德國並不陌生。例如吾人所熟悉的「特別權力關係」理論，其實就是一種行政保留。不過在二戰之後，特別是因為納粹濫權的經驗，立法權被提升至其應有的地位；行政權不再能與其分庭抗禮。在實務上，德國聯邦憲法法院也如美國一般，僅能強調憲法劃歸行政權之事項，例如基本法第六十五條的總理政策方針權，第六十八條的尋求信任投票或解散國會權，第八十一條的緊急立法權及對外政策權等，應有自主之地位；論者亦稱其為「核心保留」¹⁹。然而既然與美國一樣，都是強調憲法所明定的權限範

16 See *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

17 國會雖不能侵害總統的免職權，但可以事先設定免職的條件。See *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

18 See *Blackburn v. A-G*, [1971] 1 W.L.R. 1037 (C.A.).

19 參見吳庚，前揭（註7）書，頁141。

圍，與其說是核心保留，不如說是行政權的憲法保留。更進一步說，美國與德國司法實務上的核心保留，都是將重心置於憲法明文列舉之行政權的個案決定事項，並沒有特別強調抽象規範制定權。然而，對於成文憲法已明確劃定的權限分配事項，各個權力部門本應予以尊重；衝突解決也相對較為容易。反之，對於憲法未明文列舉的部分，模糊空間大，爭議也就較難解決。

在美式總統制與英德的議會內閣制外，法國第五共和的半總統制開創另一種行政保留的模式，此將於下文詳述。

（二）我國的行政保留

我國憲法對於行政權的規範僅有小部分是明文列舉，大部分則是依據憲法第五十三條以概括的方式規範之；至於立法權，除了憲法明定之法律保留事項外，憲法並未對立法院之職權範圍作更詳盡之界定²⁰。基於大法官所謂的五權分治、平等相維之精神，我國行政權應享有一定程度之自主性，不僅在憲法上並非完全沒有依據，更是我國行政實務上長久存在之事實。此外，憲法增修條文第三條第三項賦予立法者就國家機關之職權，設立程序與總員額，作準則性之規定。它在強調法律保留的同時，也宣示了行政權享有一定程度的自主組織權。再者，司法院大法官在近年的重大憲政爭議中，不斷透過解釋強調行政院為最高行政機關的憲法地位，並且諸如人事任命權等之核心的行政職能，不得任由立法權剝奪殆盡²¹。從而，我國憲法規範與司法實務皆承認行政保留，而且其範圍不僅限於以憲法之列舉規定為基準的核心保留模式，而是列舉與概括並列的保留方式，與前述各國並不相同。

然而在我國民主化的發展過程中，除了國會全面改選後取得其

20 憲法第六十三條「國家其他重要事項」之用語，使立法院幾乎可以介入所有其認為重要之領域。

21 如釋字第585號、613號及645號解釋。

應有的民主正當性外，更在司法院大法官的加持下，立法權逐漸取得其應有的憲政地位。但是長期威權體制也型塑出強大行政權的傳統，以及立法院因選舉制度與政黨體系的交錯影響，致使立法權與行政權的互動關係常常處於不穩定或不正常的狀況。粗略地說，有時立法權過度積極，以致阻撓行政權之良善運作；有時立法權又過度消極，任令行政權恣意而為。更有甚者，自我國總統直接民選與總統任命行政院院長不須經立法院同意的修憲案通過實施後，行政權也取得其自有的民主正當性，更不願完全臣服於立法權之下。在此背景下，兩權的衝突遂在所難免。而在實際的憲政經驗中，更因在法律上掌握大部分行政權的行政院院長與行政院，以及在事實上對行政院長與行政院擁有強大影響力的民選總統，常與立法院是處於相互獨立或甚至是相互不信任，乃至是相互對立的狀態；所以行政與立法兩權的互動關係常常呈現出對抗或牽制的關係。這使得原來以議會內閣制為基本架構的我國中央政府體制，其行政權與立法權本應建立在合作與信任的基礎之上，卻進入類似美式總統制下的牽制與對抗的權力互動關係。而最主要的衝突來源，除了總統改為直選與行政院長之任命不用再經國會同意外，應是憲法有關立法權的規範方式所致。

如前所述，我國憲法規範立法院的權限除了列舉事項（如同意權）外，尚包括第二十三條的「侵害保留」與第六十三條的「重要事項保留」。前者必然與抽象規範相結合，後者就可能涉及具體個案，例如將停建核四廠視為是國家重要事項。換言之，立法權也包含個案決定權與抽象規範制定權等兩部分。而對於具體個案事項，只要立法院認為是國家重要事項，就可以以憲法第六十三條的路徑介入。對於抽象事項，則更同時有憲法第二十三條與第六十三條的兩個路徑可以選用。以公務人員曾任職於公營事業機構，其任職公營事業機構期間的年資，可否併入公務人員之退休年資的問題為例，大法官在其釋字第614號解釋的解釋文中首先指出：

憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第二十三條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令（本院釋字第四四三號解釋理由書參照）。

大法官強調，法律保留原則實則涉及行政、立法兩權之權限分配問題後，並進一步指出即使是給付行政領域，不屬憲法第二十三條侵害保留的範疇，有可能因涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，而應由立法院介入。本案所涉及之公務人員的年資計算問題，雖不屬侵害保留事項，主管機關逕行訂定命令固然不違法，但大法官仍認為其屬涉及公共利益之重大事項，仍應由國會立法較為妥適：

公務人員曾任公營事業人員者，其服務於公營事業之期間，得否併入公務人員年資，以為退休金計算之基礎，憲法雖未規定，立法機關仍非不得本諸憲法照顧公務人員生活之意旨，以法律定之。在此類法律制定施行前，主管機關依法律授權訂定之法規命令，或逕行訂定相關規定為合理之規範以供遵循者，因其內容非限制人民之自由權利，尚難謂與憲法第二十三條規定之法律保留原則有違。惟曾任公營事業人員轉任公務人員時，其退休相關權益乃涉及公共利益之重大事項，仍應以法律或法律明確授權之命令定之為宜，併此指明。

除了大法官積極支持包含侵害保留與重要事項保留的法律保留原則之外，若立法權還欲擴張其權限範圍，則除了聲請釋憲外，行政權在法律上幾乎沒有抵抗的工具²²。舉例來說，舊的全民健康保

22 但在事實上，行政權可能將國會所通過的法律束之高閣，不予執行。在此情形

險法第十九條、第二十條與第三十三條對於保險費率與自行負擔比例授權主管機關調整²³。當2002年底政府決定採行健保雙漲政策，調整前述兩項費率時，立即引發國會的反彈；立法院在2003年1月10日依據預算法第五十二條作成停止健保雙漲的決議，引起政府高度不滿，並由國會少數黨（民進黨與台聯黨）共87名立委連署聲請釋憲²⁴。初不論立法院此決議的合法性與效力問題，行政院認為其依健保法之授權，作成調漲決定，完全合法；國會不應介入，除非國會修改健保法收回此項授權。再者，調漲決定乃個別具體之行為，係屬行政處分，國會無權干涉，也無須送國會備查。立法院則認為調漲決定是法規命令，應送立院備查。由此案之爭執正可看出行政權在執行法律時，其特定行為（此處涉及的是健保費率的調整）究竟是抽象命令，還是具體個案的處分，有可能會產生爭執。而除了調漲費率決定本身的行為屬性之判斷問題外，此爭執的背後還涉及行政立法兩權的位階之爭，以及是否有行政保留空間。更詳

下，國會也未必能有效地矯正行政權之行為。更詳細地說，基於行政權仍必須向國會負責的我國現行制度下（憲法增修條文§3(II)），行政院的執政團隊應與國會的多數同屬同一政治勢力，原不應出現行政權不執行國會法律的情形。但是一旦出現行政院與立法院多數相對立的少數政府情形，則法律就有被束之高閣的可能。在此情形下，基於選舉利益的考量，立院不敢凍結預算或倒閣以為對抗；司法或監察機關也未必與國會站在同一陣線上。以319真調會案為例，當時的行政院宣稱行使其「抵抗權」，拒絕執行法律；而監察院正好處於空窗期，無法行使職權。最後大法官還宣告真調會條例部分違憲，立法權可謂全面潰敗。

23 2011年1月26日修正公布的全民健康保險法（即俗稱之二代健保）。此處所論之爭議乃在舊健保法時期，舊法第十九條第一項規定：「前條被保險人及其每一眷屬之保險費率以百分之六為上限；開辦第一年以百分之四點二五計繳保險費；第二年起，依第二十條規定重新評估保險費率；如需調整，由主管機關報請行政院核定之。」第二十條第三項規定：「保險費率經精算結果，有下列情形之一者，由主管機關重新調整擬訂，報請行政院核定之：（下略）」第三十三條第二項規定：「前項保險對象應自行負擔之費用，主管機關於必要時，得依各級醫療院、所前一年平均門診費用及前項所定比率，規定以定額方式收取，並每年公告其金額。」

24 相關爭議可以參見台灣法學會主辦，「立法院暫緩健保費率雙漲之決議拘束力探討」座談會，2003年1月19日，《月旦法學雜誌》增補資料，<http://www.angle.com.tw/supply.asp>（最後瀏覽日：2010年8月18日）。

細地說，健保法第二十條第一項規定保險費率至少每兩年應精算一次，且同條第二項本就規定保險費率的調整，應由精算師、保險財務專家、經濟學者及社會公正人士等人組成委員會來審查。可見此事項本身不僅需要定期調整，而且還具有高度的專業性與公益性，甚至在一定程度上有去政治性與去黨派性的特色，故不宜由國會自己來審理並決定²⁵。由此似乎可以看出此事項頗有應保留給行政權自己來決定的特性，應屬行政保留事項。但是一旦立法院基於各種理由而想要介入時，它既可宣稱此事項屬「國家重要事項」，也可說保險費率調整涉及「人民基本權利之實現」，所以國會有權介入。在此情形下，作為最高行政機關的行政院，究竟還有什麼事項可以顯示其最高且自主的憲法地位？

二、行政命令權之模式

就行政命令權的觀點來看，如果承認行政權享有一定程度的自主規範制定權，則此自主空間即能被視為是行政保留的範疇。然而比較美英德等國制度，在形式上看似都沒有自主行政命令權存在的空間。雖然如此，在實際行政運作中，卻都有大量的行政命令存在。至於我國的情形，過去在威權體制下，行政命令權頗為自主活躍。但在國會全面民主化之後，行政權的自主空間即日益萎縮。

(一) 不同憲政體制下之行政命令權

美國國會享有憲法所賦予的立法權，行政權原則上不享有抽象規範制定權。不過行政權為了執行法律，必要時得以詮釋法律之意

²⁵ 在正常情形下，立法行為本身就算不是一種長期性的行為，也不會是一種必須短期檢討的行為。法律的壽命就算不是永恆，至少也要維持一定的期間。僅有諸如緊急命令等暫時性特別措施，才会有短期間重新審議檢討的必要。從而像健保費率這種每兩年就要調整一次的事項，的確不宜由國會來審理。事實上，僅有預算法算是國會必須短週期地處理細節性事項的法律。但就算國會審議預算，詳細的內容也是由行政機關事先編列，國會僅能刪除或刪減而已。換言之，預算審議並不是國會自己作成一項決定，而是國會確認或經調整後確認行政權之預算編列決定的行為。

旨，此時即須訂定命令以為補充。在另一方面，基於行政權領導統御之必要，其亦能訂定內部組織規則。但是整個行政權依憲法規定乃以執行法律為目的，即使能夠訂定抽象規範，此項抽象規範制定權也是依附在法律之下，並無自主性。換言之，美國並不承認行政部門具有固有、獨立的立法權²⁶。

但隨著行政國家的發展，行政部門必須更積極有效地作為，不能事事等在國會之後而才能行動。如果行政權不能自主地訂定命令，至少國會授權行政部門訂定命令遂成為無法避免的趨勢。雖然美國聯邦最高法院在 *Hampton*²⁷ 一案中提出「禁止授權原則」(The non-delegation doctrine)，強調國會必須履行其立法義務。但即使在該案中法院也允許國會的立法授權，只是授權法中的相關規範必須要符合法院所提出之諸如「必須公告周知」(provide notice)，「防止專擅恣意」(prevent arbitrariness)與「便於司法審查」(facilitate judicial review)等「清晰原則」(intelligible principle)²⁸。事實上，自「禁止授權原則」於1928年提出至2000年為止，美國聯邦最高法院只在1935年的兩個案件²⁹中曾適用此原則來宣告國會的授權違憲，但其他的211個案子則都允許國會授權行政部門訂定命令³⁰。而在1935年兩個被宣告違憲的案例中，都是因為國會將抽象規範制定權直接授權給總統³¹。換言之，若是此二案中國會是授權給行政部

26 參見湯德宗，〈論行政立法之監督——「法規命令及行政規則」章起草構想〉，《行政程序法論》，頁224（2003年修訂2版）。

27 *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928).

28 “If Congress shall lay down by legislative act **an intelligible principle** to which the person or body authorized to [act] is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power.” *Id.* at 409. 湯德宗氏將此譯為「可理解之原則」，參見湯德宗，前揭（註26）文，頁225。

29 *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Panama Ref. Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

30 Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 322 (2000).

31 不過，在更早期的案例中（如 *The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813); *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892); *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U. S. 394 (1928)）美國聯邦最高法院曾允許國會直接授

門，而不是給總統，即有可能如同其他立法授權案一樣被宣告為合憲。因此「禁止授權原則」的精神其實不是在問能否將抽象規範制定權透過國會立法授權給行政部門，而是在討論「國會應該如何授權」的問題³²。隨著國會授權的蓬勃發展，法院將其審查重心放在國會授權是否過度廣泛，以及行政部門訂定命令時所應遵循的程序要求上³³。1946年美國行政程序法通過後，有關訂定命令的程序要求就更加明確。這些程序要求的指導精神其實就是在強化多元參與，以強化其正當性基礎，舉其要者諸如「公告之義務」，「收集各方意見之義務」與「協調程序」等，都是讓人民得以參與行政命令的訂定程序。總之，美國法雖然不承認獨立、自主的行政命令訂定權，但國會仍得大量授權給行政部門訂定抽象規範。法院固然反對過於寬泛與模糊的授權，但並沒有將特定領域或特定事項劃為國會專屬領域的想法。在行政程序法通過之後，美國法更重視的是命令的訂定程序，而不是法律保留的問題。

著名的英國學者 Dicey 很早就提出兩個英國法上的基本原則：一個是國會主權(the sovereignty of Parliament)，另一個就是法治原則(the rule of law)³⁴。前者指國會在憲政體制裡佔有最高的位階，後者則指行政權的一切作為都應以法律為前提。但是因為國會與內閣水乳交融，所以國會大量授權行政機關訂定命令。不僅沒有美國法上禁止授權原則的想法，更沒有類似德國基本法第八十條的明確性要求。更詳細地說，雖然英國的行政部門也沒有獨立自主的命令訂

權給總統，不過它們都是在關稅或是外交事務等領域，屬於在傳統上總統比較需要急迫行使的權力。

32 See Lisa Schultz Bressman, *Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State*, 109 YALE L.J. 1399, 1402 (2000).

33 法院利用美國憲法增修條文第14條的正當法律程序概念要求行政機關訂定命令時，若命令涉及人民的生命，自由與財產，就必須事前公告周知，並舉行聽證。See *Londoner v. City of Denver*, 210 U.S. 373 (1908).

34 ALBERT VENN DICEY, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* 36-37 (8th ed. 1915).

定權，但卻有最寬泛與大量的委任立法：亦即英國既沒有特定事項或領域不得授權給行政機關來訂定命令的想法，也沒有國會授權不得過於寬泛的限制。委任立法早在都鐸時期就已存在，近代的授權案例首見於1833年有關工廠管理的法律中授權勞動檢查機關可以訂定相關的命令³⁵。爾後委任立法蓬勃發展，由國會授權行政機關訂定的命令稱為 *Statutory Instrument*，現在由 *Statutory Instruments Act 1992* 所規範。行政權依法律授權所訂定的命令與國會自己制定的法律相比較，最主要有兩點不同：一是命令受其授權法所限制，而法律不受任何限制。其次則是法院不能挑戰法律，但卻可以審查命令。

與美英相比較，德國法在行政立法上的憲法規定最為嚴格；這與威瑪共和時期行政部門大量發布命令以取代法律的歷史經驗密不可分。除了與人民權利相關的「侵害保留」之外，德國聯邦憲法法院自1970年代起發展出「重要性理論」，作為國會可以介入某特定領域的基礎。至於什麼事項是「重要」？學者分析司法實務歸納出「對基本權利之行使或實現的重要性」與「政治重要性」等兩種「重要性」的主要判斷指標³⁶。除了國會必須制定法律的範圍甚為廣泛之外，即使是授權行政機關訂定命令，基本法第八十條第一項中段又明白規定：授權之目的，內容及範圍應明確。授權明確性的要求使得行政權的自主空間更為狹窄，一切都在國會的掌控之下。不過，德國法將行政命令分為兩大類，包括需要法律授權的「法規命令」與不須法律授權的「行政規則」。由於行政規則被定義為不對外發生效力，純屬行政權內部之事務，所以不須法律授權，似乎可以被視為是行政權之自主空間。儘管將行政保留限縮於僅適用行政權內部關係的行政規則，德國學者對於國會可否介入此領域也有

35 ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1999, p.304.

36 參見許宗力，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，頁161（1992年）。另可參見陳春生大法官在司法院釋字第684號解釋之協同意見書，其對德國重要性理論的意義與特徵有相當詳細的闡述。

正反不同的意見³⁷；更何況還有「重要性理論」可資運用，因此行政權在其內部規則上的自主空間事實上很難完全排除立法權的介入。

歸納前述各國制度，在形式上都不承認行政權享有自主行政命令權。但如果吾人用比較寬鬆的態度來看，亦即同時包含形式與實質等兩種自主性；則上述各國行政權在訂定其行政命令時，都享有或多或少的自主空間。更詳細地說，除了法律制度上所承認的形式自主性外，行政權在訂定行政命令時，實質上還擁有一定程度的自主性；而這種自主性有以下三種類型。第一種是純度最高的自主性命令，主要出現在行政權內部的抽象規範，諸如機關內部的組織、管理與作業程序規範等；它們甚且應劃入行政權之專屬領域³⁸。第二種是來自於國會寬泛授權而產生的自主性。雖然在形式上這種授權命令或委任命令，是一種衍生性與附屬性的抽象規範，但是由於國會的寬泛授權，致使行政權在訂定命令之際，其實是有相當程度的自主空間。這種非形式上而卻是實質上的自主行政命令，在美國與英國特別常見。最後一種自主空間最為狹隘的是解釋性命令，它本身受限於法律條文結構與法律用語或是法律概念的精細程度。但不論法律結構與概念用語如何精密，行政權在執行法律時，仍享有一定的詮釋空間。這是由執行法律或適用法律的過程中所衍生而出的自主性。總結而言，第一種及第三種自主性普見於各國，而第二種自主性於德國法中則受到特別地限縮。

(二) 我國的行政命令權

我國憲法對於法律有比較清晰的界定³⁹，但對於什麼是命令？命令又有幾種類型？憲法並沒有進一步闡明。除了憲法上的緊急命

37 許宗力，〈論國會對行政命令之監督〉，《法與國家權力》，頁294-298（1992年）。

38 德國學者稱行政規則為「原始的行政法規」，是行政權的「鎮院之寶」。參見吳庚，前揭（註7）書，頁266。

39 參見憲法第一七〇條。

令外⁴⁰，中央法規標準法第七條將命令分為職權命令與授權命令等兩種，爾後的行政程序法則依德國法之分類將命令分為法規命令與行政規則。授權命令與法規命令雖然用語不同，但就條文精神來看二者並無重大差別⁴¹；通說認為二者指涉相同⁴²。至於職權命令與行政規則究竟是否相同？就條文之理解而言，很難有定論，學者間亦意見分歧。不論我國現行之行政命令是採二分法還是三分法，授權命令與法規命令皆源自立法授權，在其外觀上不具自主性其理甚明⁴³。行政規則依行政程序法第一五九條之規定乃依「權限」或「職權」，針對內部關係所為之行為。如果行政機關或長官之權限或職權乃源自於法律本身，或法律所授權的法規命令，則其所訂定之行政規則在形式上仍不具自主性；反之，如果其權限或職權非直接來自於法律，而是直接來自於憲法，則其就應有自主性⁴⁴。同樣地，中央法規標準法第七條的「依其法定職權」，也可以做此解。舉例來說，考試院舉辦理國家考試，選拔公務員之職權，乃依憲法規定而來。考試院所訂定的各種考試規則，固然不得牴觸諸如典試法等上位階規範，但不能說此類職權命令之職權係來自國會所制定的法律。例如釋字第319號解釋所涉及之「應考人申請複查考試成績處理辦法」，應就屬考試院依憲法所定之職權而訂定的職權命令，考試院對其有自主性，不應受立法權介入影響⁴⁵。釋字第530

40 參見憲法第四十三條及修正後的憲法增修條文第二條第三項。

41 參見中央法規標準法第七條及行政程序法第一五〇條第一項。

42 然而法規命令的概念範圍比較狹隘，除了法律授權外，還必須涉及「多數不特定人民」及「一般事項」。如吳庚氏指出：公務員服務法授權訂定之公務員請假規則，其為授權命令，但卻不是法規命令。參見吳庚，前揭（註7）書，頁269。

43 但是在訂定命令的過程中，法規研擬者必然擁有一定程度的創造空間；而此創造空間其實就是一種自主空間。所以雖然在形式上是由立法院授權，但在實質上行政權仍擁有一定的自主創造空間。

44 例如德國基本法第八十四條第二項及第八十五條第二項規定聯邦政府經參議院同意，得發布行政規則。

45 但大法官在本號解釋中卻認為考試成績之複查，「仍宜以法律定之」。反之，大法官早期的解釋則較為支持職權命令的自主性。如對於考試院自行訂定之有關基層特考之考試規則與實習辦法，大法官在釋字第155號解釋文中就說：「考試

號解釋也是強調司法自主性，且本於司法自主性，最高司法機關就審理事項有發布規則之權。基此，在五權平等相維的想法下，我國的行政權自當也有其自主行政命令權，而且此自主命令權可以包含自主行政規則與自主職權命令等兩類。

行政規則既然僅涉及內部關係，範圍比較好辨識；且因不涉及一般人民，故就算缺乏國會傳遞的民主正當性，尚屬可接受之事。反之，自主職權命令若其能對外發生法律效果，影響範圍較大，則是否能容許行政機關享有此自主性？就值得深入討論。若以現行法來看，中央法規標準法第七條及立法院職權行使法第六十條第一項⁴⁶都規定職權命令應送立法院，特別是後者強調「應提報立法院會議」，顯然是必須接受立院審查。一旦立院可以審查職權命令，其形式上的自主性也就不存在。不過，存在不一定就是合法；前述規範的合憲性並非不容質疑。

國內學界因為憂慮長期威權體制下的行政專制餘毒仍深，鮮少直接觸及自主性行政命令或行政保留問題。對於職權命令的看法，主流意見是將其視為是行政規則。而對於行政規則是否是屬國會完全不得介入的行政保留空間，也甚少見到持正面肯定的見解⁴⁷。如蘇永欽氏的如下見解頗具代表性：「在近年來多次修憲把我國政府體制推向法國模式以後，因為增修條文仍未如法國第五共和憲法那樣明文限制國會立法權範圍，恐怕還不能僅因修憲背後確有減少國

院為國家最高考試機關，得依其法定職權訂定考試規則及決定考試方法。」

46 立法院職權行使法第六十條第一項：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。」

47 認為職權命令即應等同於行政規則的學者如吳庚，前揭（註7）書，頁277；陳敏，《行政法總論》，頁547（2009年修訂6版）；李震山，《行政法導論》，頁323（2009年修訂8版）；許宗力，前揭（註37）文，頁291-294；廖義男，〈評析司法院大法官對依法行政原則之解釋——專論法規命令之違憲審查〉，劉孔中、李建良主編，《憲法解釋之理論與實務》，頁62-63（1998年）等。對於國會可否介入行政規則之監督的問題，如許宗力氏即認為國會得介入行政規則，可對其作低密度的監控，包括以「聽證權之行使」與「課予單純送置義務」等兩種方式進行監督。參見許宗力，前揭（註37）文，頁297。

會掣肘的意圖，而得出行政部門可以享有自己的立法權，和法國一樣。事實上，如果考量到我國民主基礎甚為短淺，長期行政獨大的歷史，釋憲者對行政濫權的戒心至少不應低於國會濫權，故在憲法沒有明文規定的情形下，認為行政部門沒有自己的立法權，應該還是較為妥適的解釋。」⁴⁸

反之，法國現行半總統制卻是承認自主行政命令權。在法國與我國現制有一定程度之相似性的背景下，其制度沿革與思想基礎，頗值得吾人探究。

參、國會至上原則與行政命令權之衝突

法國1789年的大革命爆發之後，一方面瓦解了傳統的專制王權，另一方面亦將權力分立的想法逐步落實於憲政體制中。惟大革命後近百年來，從共和制、君主立憲制到帝國制，政治體制不斷更迭，一直要到1870年普法戰爭後所開展的第三共和，政治體制方趨於穩定。1875年的第三共和憲法所建置的政府體制是議會內閣制，而此憲法亦是大革命迄今法國憲法中壽命最長的一部憲法。第三共和的議會內閣制一直延續到第四共和及第五共和初期，要到1962年總統改為全民直選後，法國才正式進入所謂的半總統制。如果我們避開將近100年的憲政摸索期，則法國行政權可以說是自第三共和開始才有比較清楚且穩定的輪廓；而今日法國行政權的內容亦是以此輪廓為基礎所演變而來。更詳細地說，在議會內閣制下，行政權乃源自於立法權，故行政權原則上應完全臣屬於立法權之下；惟在行政實務中，又不可能事事靜候立法權之指示後方有作為，故在實際行政需求之下，又不得不承認行政權享有一定程度的自主空間。

48 蘇永欽，〈職權命令的合憲性問題〉，《走入新世紀的憲政主義》，頁283-284（2002年）。

一、國會至上原則不容許自主行政命令權

若吾人將權力分立原則粗分為兩種次類型，則形式的權力分立原則，它只強調國家權力分由不同權力「機關」行使，但並不認為每個權力機關皆應享有自己專屬的權力內容⁴⁹。換言之，既無專屬性，則並不會產生某權力本質上就只能由三權中之某權行使之必然性要求。反之，在實質的權力分立原則的想法下，每個權力部門皆應享有自己的權限內容，或至少存在某些權力是屬於該權力部門之核心權能⁵⁰，而該核心權能絕不容許其他權力部門介入。在有關立法權與行政權應如何區分的討論中，嘗試採取實質的權力分立說，透過描繪出立法權之本質，以作為排除行政權介入的論述，可以說是淵遠流長。雖然此種論述有其一定的理論價值，但卻與強調國會至上原則的議會內閣制兩不相容。

(一) 以法律本質劃分立法與行政

如果能從本質上找出法律的特徵，或者說是以此特徵來界定法律的範圍，則法律本身，以及在其背後制定法律的立法權，都可以有比較明確的權限輪廓。如此一來，不僅可以直接正面地界定立法權與法律，同時也可以透過除外法找到其他兩權之權限範圍⁵¹而「抽象普遍之規範」向來是法律最為人所熟悉的特徵。

早在希臘時期，亞理斯多德即曾表示：「法律必須是以抽象的方式制定，而從不針對特定個案。」⁵²羅馬法中亦有多處提及「法

49 在此意義下，行政機關不論是訂定抽象規範，或是針對具體個案進行裁罰，雖然前者涉及立法權，後者涉及司法權，但都不因之即被認為是違反權力分立原則。

50 此種論述方式亦可見於司法院釋字第585號解釋及許宗力大法官的部分不同意見書。

51 例如在三權分立之架構下，立法權與司法權之外，即屬行政權之範疇。

52 CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1, Paris, Sirey, 1920, p.289.

律是對大家一視同仁的」⁵³或「法律不針對特定個人」⁵⁴。而對法國大革命影響深遠的思想家盧梭更將法律與主權者結合在一起，他的名言「法律是全意志之展現」(La loi est l'expression de la volonté générale)確立了法律至上的想法。在盧梭的社會契約論⁵⁵中，他首先指出法律應是由主權者所制定，亦即是由全民，或是全民的代表者所制定。但他亦強調並非所有主權者的決定都是法律，惟有以全民本身為規範對象的法規範才是法律。若是主權者所制定的規範僅適用於一部分的人，或是特定的人，則此規範的性質即會因其規範對象之限縮而改變，它就不再是全意志的展現；因為受此規範拘束或限制的部分人民或特定人，必然不會同意此規範內容。在此情形下，至少就受此法律所拘束的部分人民或特定人的觀點來看，此種法律將成為侵害人民的工具。換言之，惟有具抽象、普遍性質的主權者之決定，才不會侵害人權，才可以被視為是全意志之展現，才是法律。

另一個著名的思想家孟德斯鳩主張權力分立理論⁵⁶，他認為每個權力部門都有其自己特定的權限內容；而具抽象性質的法律，即應屬立法機關之職權。孟氏在談論法律的抽象性質時，特別將法律與自然的規律或定律作比較。他認為法律與自然的規律或定律相同之處，即在於它們普遍的特性。如果不具有普遍的特性，不能適用於所有的人或物，則此規範因其效力限制就不能被視為是一種規律或定律。換言之，想要成為規律的首要條件就是要具有普遍的特性。在另一方面，孟氏從權力分立原則是為了避免人民遭到迫害的想法出發，特別強調凡是與人民權益有關之事項，應該由人民之代表所組成的國會來制定，而不能由行政權，即是君主來制定。因為是由國會所制定，一方面人民的代表不會制定迫害人民（即其自

53 *Lex est commune praeceptum. Id.*

54 *Jura non in singulas personas, sed generaliter constiruntur. Id.*

55 參見盧梭所著之《社會契約論》第2卷第6章及第3卷第1章（1762年版）。

56 參見孟德斯鳩所著之《法之精神》第11卷第6章（1831年版）。

己)的法律；另一方面因為是透過國會議決，所以人民可以知悉規範內容，以使其行為方有所依循。孟氏的想法成為19世紀君主立憲制的主要理論依據，此種想法一方面承認由君主所領導的行政權享有一定的自主空間，另一方面也特別強調凡涉及人民權益之事項，乃是由人民代表所組成之國會的專屬領域。

綜合前述，19世紀的法律觀包含以下三項特徵：第一，就規範的對象而言，法律必須是抽象普遍的；這就是法國大革命後人權宣言第六條中所明示的：法律對於所有的人都必須是相同的。然而抽象普遍的想法並不排除法律僅規範一部分人民，或甚至是十分少數的幾個人，但無論如何抽象規範一定不能涉及特定人。例如有關總統的選舉罷免法或諸如我國之卸任總統副總統禮遇條例，其所可能涉及之人的數目必然是屈指可數的，但因其規範內容並不指名道姓地涉及特定人，故其仍具抽象普遍之特性。第二，由於是抽象普遍的特性，所以法律一定不是規範過去或是現在正發生之事件；而是僅針對未來，亦即現在尚未發生之未知且不特定之事件。如果是針對過去或現正發生之事件而立法，則這種量身訂作的法律就會使其性質由抽象普遍之特性轉變為特定具體之特性。這種強調法律不溯及既往的想法⁵⁷，不僅是基於法律抽象的特性，同時也涉及法安定性之考量。第三，法律規範之內容應涉及人民之權利義務事項。正是因為涉及人民之權利義務，所以才要由人民所選出之代表來制定，如此方能避免人民遭致法律之侵害。

(二) 國會至上原則下的法律概念

從本質上正面界定法律之範疇，看似可以明確保障國會之權限，其實同時也能發揮限制國會權限的功能。更詳細地說，在西方三權分立的想法下，一旦明確界定了國會之權限範疇，則在另一方面也就同時劃出行政權的活動領域；凡是不屬國會之權限者，即等

57 如19世紀初之法國民法第二條及刑法第四條之規定。

同於是屬行政權之權限。這種想法在仍保留君主地位之立憲體制中特別發達。例如19世紀的德國學者⁵⁸即認為凡是涉及人民權利義務者，應經由國會同意而制定，此即吾人所熟悉的法律保留原則。但反面而言，凡是與人民權利義務無關者，諸如涉及行政機關內部之組織或管理的相關規範，則應屬行政權之領域；君主於此領域內制定規範並不需要經過國會之同意。這種承認國會之特有立法範圍，但同時保留君主享有專屬領域與一定之自主空間的制度設計，是傳統專制君主面對自由立憲主義與民主思潮之壓力而作的妥協結果。然而法國大革命既然是為了推翻以君主為中心的封建制度，並將國家之主權由君主身上移轉至人民身上，自然無法容許君主，以及君主所領導的行政權，尚能享有特定的自主空間；所以大革命後的1791年及1795年憲法皆明文將行政權之地位置於立法權之下⁵⁹。

儘管盧梭所謂的「法律是全意志之展現」、「立法者即是主權者」的想法深深影響革命份子的政治主張，但國會至上原則仍時時遭到反革命份子的挑戰。法國大革命後近80年的政體動盪，國家體制在君主體制與共和體制之間不斷擺盪，其實可以說就是貴族、菁英與資產階級、平民之間的對抗；從國家權力的視角而言，就是行政權與立法權之間的對抗。大革命後法國政體持續不斷更迭，一直要到1875年後的第三共和才趨於穩定；而這個穩定，其實就是世襲君主的廢棄與共和體制的確立，就是立法權之位階高於行政權，就是國會至上原則的穩固建立。

一旦確立了國會至上原則，則立法權成為國家一切權力的來源；立法權包山包海且無所不能。在此背景下，不僅沒有保留給立法權的特定領域，更沒有保留給行政權的專屬領域；而是行政權之一切作為，都要以立法權之作為為前提。而國會所通過的法律固然

58 諸如Laband, Jellinek, G. Meyer, O. Mayer等人。

59 參見法國1791年憲法第三編第四章第一節第六條及1795年憲法第一四四條之規定。

可以是具有抽象普遍的特性，但國會亦能針對特定具體的個案來立法。從而，法律的概念由以規範內容或規範特徵為基礎之「實質性」或是「本質性」的概念，轉變為單純的形式概念。更具體地說，凡是國會依立法程序所通過的決定就是法律，不論其規範內容之本質究竟是屬抽象普遍或是特定具體⁶⁰。這種形式意義的法律觀，不僅見於法國第三共和憲法，包括諸如1850年的普魯士憲法第六十二條，1871年的德國帝國憲法第五條及1918年的威瑪憲法第六十八條等，皆採形式意義的法律觀。不過在立憲體制下，憲法明定總統或行政權首長享有某些特定權限；例如任命內閣成員或解散國會。理論上，在憲法明定特定職權的情況下，應即屬憲法所規定之行政保留之範疇，國會應不得侵入；或者更精確地說，國會應不得以立法方式介入憲法所明定之行政權領域。從規範位階的角度來說，法律當然不能抵觸，更不能取代憲法規定之內容。但憲法的原始規定並非不能透過修憲而改變，特別是若國會同時是立法機關與修憲機關，則憲法明定的行政保留範疇並不足以抵擋國會之侵入，只是國會必須以修憲程序為之。再者，若憲法並未建置法律的違憲審查機制，則國會即使是以法律途徑變更憲法明定之行政保留事項，亦不會遭受任何制裁。

以國會至上原則與議會內閣制為基礎的法國第三共和，以及日後的第四共和，都未設置違憲審查機制，且國會同時亦是立法機關與修憲機關。在此情形下，國會真的是無所不能：法律既能規範抽象事項，也能介入個案領域。就算國會以立法程序取代修憲程序，由於沒有制裁機制，違憲侵犯行政權的法律仍然可以持續存在。換言之，在國會至上原則下，如英國或法國的第三與第四共和，其法

60 同樣的，我國憲法第一七〇條所界定的法律，亦是典型的形式概念的法律；它僅強調制定機關（立法院）與制定程序（三讀通過與總統公布），而不涉及法律規範的領域或法律內容的特質。雖然憲法第一七一條強調法律的位階，但一方面法律位階與法律內容未必相關，更重要的是我國憲法有關行政院的權限規範亦是採概括方式。換言之，在我國憲法未明文劃分行政權與立法權之範圍的情況下，形式意義的法律觀使得立法權十分容易介入行政權之領域。

律概念乃以形式意義為主，而不重視實質意義；亦即只問法律是由誰制定？而不在乎法律規範內容涉及什麼領域、事項或具有何種特徵。基此，行政權只能臣服於立法權之下，行政權也不可能享有不被立法權侵犯的自主空間。

二、法國實務需求下所承認之自主行政命令權

雖然第三共和開始的憲政體制是以國會至上原則為其基礎，但長久以來行政部門所享有規範制定權並未被完全摧毀。換言之，行政部門在共和體制確立之後，仍然可以制定抽象普遍的規範；只不過此項規範制定權在原則上仍是要源自於立法權。除了由國會委任的行政命令權外，在特定的情況下所衍生的實務需求，使得法國行政法院透過其判例承認自主行政命令權的合法性。

(一) 臣屬性之行政命令權

早在在君主專制時期，所有規範皆是源自於君主；因為君主是主權者，故而也是最高的立法者。在政體變為君主立憲制或是共和制後，國會與君主共享主權，或是國會成為唯一的主權者，行政部門的規範制定權變成為國會的附屬品或衍生物。法國大革命後首次於憲法中肯認行政命令權者出現在1799年憲法第四十四條，該條明文規定：「政府提出法案，且為執行法律得制定必要之規範。」爾後的憲法，諸如1814年憲法第十四條、1830年憲法第十三條、1848年憲法第四十九條、1852年憲法第六條、1875年憲法第三條，以及1946年憲法第四十七條等，雖未必明白表示行政權得制定規範，但卻皆有行政部門負責執行法律之規定。從而行政權為執行法律，不可避免地必須制定抽象普遍的規範，此乃是行政命令權存在的主要理由。19世紀下半葉至20世紀初期的法國學者，對此問題大多數皆採與此相近之立場⁶¹。如極具代表性之作者 Laferrière 即言：「行政

61 如Ducrocq, Esmien, Berthélemy及Atur等人。

命令權乃直接繫於行政權本身；因為行政權既然負責執行法律，則為了實現此任務，行政權一定要能訂定次要的（補充）規範。」⁶²

如果說「為執行法律而必須制定抽象之次要規範」此說法為多數學者所接受，對於「行政命令」與「法律」究竟如何區別的問題則有不同的想法。而當時之所以會產生行政命令與法律是否應予以區別的問題，並不是因為行政權與立法權兩權相持不下⁶³的結果，而是由有關行政命令是否得由法院所審查的問題所引發。更詳細地說，法律乃全意志之展現，是主權行為的結果；基於主權與國會至高無上的本質，法律具有不容被質疑與挑戰的特性，故而展現主權者意志的法律不能被法院所審查。反之，行政命令既然源自於行政權，且行政權因君主制已被廢棄而不再享有主權者之地位，則基於依法行政原則，行政權之行為，不論其產出是抽象的行政命令還是具體的行政處分，皆應接受法院審查，由法院來判斷其是否是依法行政。在此理解下，若將抽象普遍的行政命令視為與法律相當，屬於立法權的一部分，則不應接受法院審查；反之，若將之視同為行政權的一部分，則應接受法院審查。

從法院必須審查行政命令之合法性的角度切入，有些學者⁶⁴主張所有行政命令在本質上應該都與法律相同，但是由於行政命令乃由行政權所制定，若為實現依法行政原則，則包括行政命令在內的一切行政行為皆應由法院所審查。換言之，雖認為行政命令在本質上與法律無異，但只因其源自於行政權之故而必須受法院審查。另外一些學者⁶⁵則認為訂定抽象規範（行政命令）的行為本就是行政行為的一種類型，基於所有行政行為皆應接受司法審查的基本原

62 LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, Paris, Berger-Levrault, 1896, p.482.

63 反之，我國近年來之所以產生行政權與立法權之各自領域範圍的問題，主要是因為行政、立法兩權相爭而起。

64 諸如L. Duguit, C. Bazille, G. Cahen, F. Moreau, J. Barthelemy, E. Raiga等人。

65 諸如E. Bouvier, G. Jèze, A. Esmein, J. Valegeas, A. des Cilleuls等人。

則，則行政命令也應納入法院審查的範圍。不過他們將行政命令亦納入司法審查的主要目的，乃希望行政命令不要不當地擴張至原本應由法律所規範的領域內⁶⁶；也就是希望藉由司法審查的威脅而促使執政者在計畫提出重要政策時，儘量選擇國會立法的途徑。因為透過國會審議可以實現民主價值，且因國會至上，法律不接受國會以外之任何機關所審查，所以透過立法途徑也可以確保所欲推行的政策得以落實。

法國中央行政法院對於抽象行政命令的司法審查態度，是由19世紀初期的完全拒絕審查，到19世紀中葉開始受理針對行政命令所提起的撤銷訴訟。只不過，此時法國行政法院進一步將行政命令進一步地區分為兩類。第一類是基於法律授權，為執行法律而由行政權所訂定的次要性及補充性行政命令，此類命令在擬定之後，尚且需送交中央行政法院諮詢其意見後，方得公布施行。法國法將其稱為「公行政命令」(les règlements d'administration publique)，此種規範類似當時德國法上的 *Rechtsverordnungen*⁶⁷，以及我國行政程序法上的法規命令與中央法規標準法第七條「授權命令」中的特定授權。第二類命令即是其他沒有法律明白授權而由行政權為執行法律自行所訂定的「一般命令」。前者被視為是法律的一種次類型，或可稱其為「準法律」之規範，它既可介入法律所得規範之領域，亦具有法律不被法院質疑之特性；此類「公行政命令」之位階被視為與法律相同，法院不得審查之⁶⁸。反之，「一般命令」則被法國行

66 REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de Droit: L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p.138.

67 CARRE DE MALBERG (R.), (見註52), p.556.

68 因「公行政命令」有明確的法律授權，被認為具有準法律之地位，原先是不在訴訟中被行政法院所審查，因此造成規範審查上的漏洞，不符法治原則。法國中央行政法院自1872年的Bracde la Perrière此案(C.E. 13 mai 1872, *Rec.* 299)起，開始以附帶審查的方式在行政訴訟中對「公行政命令」進行合法性審查；亦即透過審查行政處分是否合法的機會，附帶審查作為行政處分之法律依據的公行政命令。到了1907年Chemins de fer de l'Est (C.E. 6 déc. 1907, *Rec.* 913)一案起，即將「公行政命令」直接納入法院審查的範圍，成為可經由撤銷訴訟予以撤銷

政法院視為是行政權之行為，故得由法院予以審查。我國現行法上的授權命令，依學者分析可分為兩類⁶⁹：其一是涉及限制人民自由權利者，稱其為「特定授權」。由於其實際上是涉入立法權之範疇，本屬國會之職權範圍；故一旦國會要將之委任給行政權時，必須嚴格遵守授權明確原則。其二是行政權就執行法律有關之細節性與技術性事項，且未直接限制人民之自由權利而訂定之抽象規範；此種授權命令稱為「概括授權」。而前者這種具「特定授權」性質的授權命令，與前述法國法上的「公行政命令」相當。只不過我國現行法既不承認其具有法律位階，也不給予豁免法院審查的地位。

至於法國法上的「一般命令」與我國的職權命令十分相似，它被視為純屬行政權之性質，屬於行政權之範疇，故必須與行政處分一樣同受行政法院審查。Laferrière 在其大著中如此闡述這種想法：

如果行政命令因其抽象普遍之特質看似與法律無異，制定行政命令的權力在本質上絕不是立法權，而係直接繫屬於行政權本身；（……）僅有針對一種基於立法者特別授權，且經諮詢過中央行政法院後由政府所制定的公行政命令，其究屬何種性質的問題方才真正產生。此種公行政命令並不僅止於執行法律，並在某些地方補充法律及延伸法律。但是除了這種基於特別立法授權的準立法行為外，行政命令權並未超越行政權的職權範圍，而行政權所完成的這些訂定抽象規範的行為（即訂定一般行政命令的行為），在本質上是公權力行為，是行政行為的一種⁷⁰。

的客體。自此，「公行政命令」的法律地位，已與其他行政命令的法律地位相當。進入第五共和之後，因為憲法第三十七條第二項的規定內容，改變原來的命令類型。新訂定的命令不再使用「公行政命令」的用語，1980年7月7日的法律更進一步正式廢止「公行政命令」的用語。這段歷史讓人想起我國早年之學說與司法實務亦曾主張：「依法律授權發布之命令，與法律有同一效力，不生抵觸法律問題。」參見吳庚，前揭（註7）書，頁273。

69 參見吳庚，前揭（註7）書，頁273-274。

70 LAFERRIERE (E.), (見註62), p.482.

從是否得以在行政訴訟中接受法院司法審查的觀點來區分行政命令的類型，是一種與我國現行法十分不同的想法。我國現行法區分行政命令的方式，主要是以是否有法律授權與是否限制人民之自由或權利為主要分類指標。依司法院釋字第443號解釋理由書所闡述的層級化法律保留體系，將命令的範圍限縮在為執行法律而訂定之細節性、技術性等次要性事項，或與生命與身體無關之其他自由權利之限制，但需有法律明確授權為依據。事實上，法國此時期區分行政命令的方法，也等同於區分了行政命令與法律。因為凡是由國會所制定的規範，不論其內容為何，它必然是法律；但是由行政權所訂定的抽象規範，卻可能有兩種性質：一種是由國會授權而訂定的「公行政命令」，其在外觀上係行政權之作為，但因其係源自於國會的具體授權，故在訴訟上其位階被認為應相當於國會所通過之法律，享有不受行政法院司法審查之地位。另一種則是行政權為執行法律而自行訂定的「一般命令」，它算是真正的行政命令。

總之，對於此時期法國法學思想與司法實務來說，對外生效之抽象規範會涉及人民自由或權利，乃事理之必然。所以不論是「公行政命令」或「一般命令」，它們都會涉及人民之自由或權利。只不過「一般命令」是為執行法律而產生，在概念上可以說是法律的概括授權，但行政權享有相當程度的自主性。在法律位階上，其臣屬於法律之下，故可由法院在行政訴訟中對其進行合法性審查。至於「公行政命令」，其內容可能不只是單純的執行法律，有時甚至是如同法律一般，直接創設或變更人民之法律地位，但因其有法律具體授權，故此時它卻被視為是「實質的法律」或「準法律」，其位階與國會的具體授權相當，法院不得對之進行規範審查⁷¹。從「概括授權」與「具體授權」的觀點來看，不論是行政權自己為執行法

71 REDOR (M.-J.), (見註66), p.137.

律而訂定之「一般命令」，還是接受國會委託而訂定之「公行政命令」；行政權於訂定此兩類行政命令之際，嚴格而言皆不是處於一種完全自主的地位，因為都以國會授權為前提。不過，行政權所享有的抽象規範制定權雖說是依附於立法權之下，是一種衍生性或附屬性權力，但在實務運作中行政權卻享有相當程度的自主空間。更進一步而言，在某些特定的情況下，行政權的自主性可以獨立於法律的授權之外。

(二) 特定情況下之自主行政命令權

此處所謂的「特定情況」，包含下列四種情形：第一種自主性乃來自於制定規範的行為本身，但以上位階規範之規範密度相對寬鬆為前提。事實上，在承認為執行法律行政部門得訂定行政命令的同時，其實已經賦予行政權一定的自主空間；因為就從凱爾生(Hans Kelsen)法律位階理論的想法來看，在制定下位階規範時，固然是以上位階規範為其基礎，但必然同時也存在或多或少的創造成份，否則，下位階規範如何能不同於上位階規範呢？對於這種行政自主空間的想法，法國行政實務予以證實，且法院亦支持此種見解。舉例來說，若某法律對其所規範之特定義務，並未對違反義務者設有制裁規定，此時行政權能否為執行該法律而逕行採取相關強制措施？就我國現行法的立場來說，尤其是涉及對人民制裁之事項，若不是要法律自行規定，至少也要有法律明確授權的命令才行。但法國司法實務對此問題採取寬鬆的立場⁷²，學者對此見解則作如下的評述：

當立法者對於（違法者）應如何制裁沉默不語時，絕對不能將此解釋為立法者是荒謬且不可理喻地欲制定無效的規範；而應視為是對：「為執行法律，行政部門必須採取必要措施」之傳統信念的

72 T.C. 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, *Sirey*, 1904, III, p.17, concl. Romieu.

再次肯認(……)(故而)所有未規定制裁方式的法律義務，(行政權)自可透過行政手段予以強制執行⁷³。

換言之，在法律沉默之際，不論是法律漏未規範或未及規範，為使法律所規範的目的得以真正實踐，行政權為執行法律，自得採取包括訂定行政命令在內之相關必要措施。在1906年有關公務員法的裁判⁷⁴中，法國中央行政法院再次表明此種立場：「在沒有法律為相反規定之情況下，行政權可隨時但不溯及既往地設定或調整公務員之法律地位。」⁷⁵系爭行政命令涉及公務員之人事管理與權益事項，行政法院認為在法律所未規定之領域，且又不違反法律已規定之規範內容的情況下，行政權得自主地訂定相關行政命令。於此，已從「執行法律」的概念擴張為「公共服務之正常運作」的行政任務上。行政權必須確保國家行政機器與其所提供的公共服務能正常運作，為達此目的，各機關或機構之首長，應當享有包括訂定命令在內的必要權限。在1936年的重要判例中，中央行政法院表示：「即使在沒有任何立法授權的情況下，所有機關首長為確保其所領導之機關良善運作，其仍得針對其所管轄之機關訂定行政命令。」⁷⁶此種命令權乃是以對內為主，包括諸如對其轄下人員之人事管理措施，或對其所轄機關之組織調整與改變提供服務之時間等事項。這類針對內部的行政命令，與我國現行法上之行政規則相當，但其亦可能涉及人民權利事項。例如學校校長決定在校內設置神職(或宗教)輔導室⁷⁷，國防部長決定其轄下某些軍人應接種特

73 BARTHELEMY (J.), L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public, *R.D.P.*, Tome 29, 1912, n° 3, p.534.

74 C.E. 4 mai 1906, Babin, *Rec.* p.362, concl. Romieu.

75 REDOR (M.-J.), (見註66), p.135.

76 C.E. 7 février 1936, Jamart, *Rec.* 172; LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2005, n° 40, pp.298 et ss.

77 C.E. 1 avril 1949, Chaveneau, *Rec.* 161.

定疫苗⁷⁸，或法務部長頒布監獄內有關酒類飲品之持有與消費之相關規定等⁷⁹。

第二種特定情況是涉及殖民地之行政權。根據法國元老院於1854年5月3日所頒布的執政敕令(*le sénatus-consulte du 3 mai 1854*)，法國各海外殖民地之行政長官（總督），是各該殖民地最高的立法者與行政首長。從而，殖民地行政長官所頒布的行政命令就是一種自主行政命令，它不受法國本土國會通過之法律所拘束。這種使殖民地行政權不受殖民母國國會立法權所拘束的設計，常見於19世紀帝國主義式的殖民國家。其目的就是使殖民地人民的法律地位低於殖民母國之人民，以利殖民者之剝削與壓榨。在此背景下，就算法國國內的行政權受制於立法權，其海外殖民地之行政權則仍長期維持自主地位。

第一次世界大戰不僅對歐陸各國之政經社會情況產生衝擊，亦對各國法制產生深遠影響。行政權為因應戰爭之需要而必須採取諸多主動措施，這些措施所涉及之事項，或者法律根本不曾規範過，或者無法律授權。然而在國會可能因戰爭而無法集會運作的情況下，行政權不可能消極被動，或甚至坐以待斃。此時出現第三種行政自主性的特定情況：即在這種因戰爭而生的特殊例外情況下，行政權不得不主動訂定相關抽象規範，行政法院只能承認其必要性及合法性。以下試舉一個法國實務案例來說明此種情況：1914年第一次世界大戰開戰之際，法國行政權立即發布一系列的行政命令以為因應；且其中有不少命令的規範內容是暫時中止某些法律之適用。法國國會於1915年3月30日的法律中追認這些行政命令，但該追認法律卻漏列一個1914年9月10日公布的行政命令，該命令的內容是

78 C.E. 3 mars 2004, *Association Liberté, Information, Santé*, *Rec.* 113; *RFDA*, 2004, pp. 581 et ss., concl. Le Chatelier.

79 C.E. 11 avril 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, *A.J.D.A.* 2008, p. 1142, concl. Landais.

暫時停止適用公務員法中有關懲戒前需交付被懲戒人相關卷宗的權利保護規定。Heyriès 先生在沒有事先取得與其相關之人事卷宗的情況下被解職，他即主張解職處分所依據的行政命令，因其未被國會所追認，故屬違法而無效。面對此種因戰爭狀態而產生的特殊例外情況(*les circonstances exceptionnelles*)⁸⁰，中央行政法院在1918年的重要判例⁸¹中表示：「共和國總統基於1875年2月25日憲法第三條之規定為行政權之首長，且負責執行法律；而基於執行法律之職權，總統必須監督，且於必要時得訂定相關規範，以使法律所建置之公共服務能於任何時刻皆正常運作，以使戰爭所產生的困境不至於癱瘓國家機器之運作。」換言之，在面對諸如世界大戰這種特殊例外的情況下，為確保國家機器之正常運作，不論國會是否曾立法或授權，行政權皆得採取必要之措施，訂定必要之行政命令；只要行政權之作為是為維護公共利益所必要，行政法院皆能肯認其合法性。

除了前述特殊例外情況下的自主行政命令權外，中央行政法院在1919年的另一個重要判例中確立行政權為維護公共秩序與公共安全，享有「一般警察權」⁸²；在此領域，行政部門即使在缺乏法律授權的情況下，仍得主動作為。此種情狀與前者略有不同，前者是以諸如發生戰爭或重大災難為前提，此處則專指為了維護公共秩序

80 至於如何判定出現「特殊例外情況」？歸納法國行政法院的實務見解有以下4個要件：1. 突然出現不可預見且嚴重之事件，2. 行政權事實上不可能合法地作為，3. 行政權作成爭議行為時，特殊例外情況仍然存在，4. 爭議行為乃以公共利益為目的，且為當時時空情境下所不得不為之作為。參見LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), (見註76), n° 32, pp. 198 et s.

81 C.E. 28 juin 1918, Heyriès, *Rec.* 651; LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), (見註76), n° 32, pp.193 et ss.

82 法國法上的「一般警察權」是指行政機關的一般行政管制權力，主要是由一般警察所管轄之有關公共秩序與安全之權力。與一般警察權相對比的是「特別警察權」，此乃指在特定行政管制領域，由特設之專業警察所管轄之事項，如檢查出版品的出版警察，檢查電影的電檢警察等。

與公共安全之必要，行政權即能主動訂定相關行政命令。本案源自於1899年3月10日由總統所公布的行政命令，該命令可謂法國第一部現代交通道路安全法典。該法典中的第十一、十二及三十二條規定欲開車者必須事先取得駕照，而若一年內違規兩次以上者，則會被吊照。本案原告 Labonne 先生在接獲吊照處分後提起訴訟，並於訴訟中主張該行政命令本身因違法而應無效，其主要論據為：法律僅將有關道路維護與道路安全之一般警察權授權予市長⁸³及行政總督⁸⁴，總統未獲有此授權，故總統無權訂定系爭行政命令。中央行政法院於判決中指出：「在立法授權之外，總統基於其本身之職權，即得採取效力及於全國的警察（一般行政管制）措施。」⁸⁵至於前述法律所提到的市長與行政總督等各級政府之行政首長，各自在其轄區內亦享有一般警察權，只是下級行政首長之一般警察權就相同事項不得牴觸上級行政首長所頒布之命令；而僅能基於當地實務所需，補充上級行政命令之內容。基此，一般警察權（或稱為一般行政管制權）在本質上被視為是行政權的核心權能。由於該領域常會涉及人民之自由與權利，立法權原應介入予以規範。但是由於維護公共秩序與安全是屬於行政權的核心職能，所以在法律沉默之際，行政權仍應有所作為；於此遂產生自主行政命令權。只是此自主行政命令權乃限於一般警察權之領域，且於法律沉默之餘或法律模糊之際，為維護公共秩序與公共安全所必要而不得不訂定之命令。

此二判例所涉事項雖有所不同，但其核心精神其實是頗為一致

83 在1884年有關地方自治的法律(La loi du 5 avril 1884)第九十七條規定：「市政府之警察權以維護公共秩序、公共安全與公共衛生為目的。」本案原告認為此為道路交通管理的法源依據，然而本法乃授權地方政府而非總統。故總統頒布適用於全國的道路交通規則，缺乏國會的法律授權。

84 涉及省縣級行政總督之警察權的法律是1884年的法律第九十九條(la loi du 5 avril 1884)。

85 C.E. 8 août 1919, Labonne, *Rec.* 757 ; LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), (見註76) , n° 36, pp.221 et ss.

的：亦即行政權不得以缺乏法律規定為由，放棄其所應實現的行政任務。二者在時間上都是於第一次世界大戰尾聲或結束後作成，顯然也不是單純的巧合；而係國會至上原則運作多年後，針對此種憲政體制效率不彰而生的行政權之反撲。此外，二者都奠基於行政權之本質或其核心職能，在國會怠惰或無法有效回應危機時，行政權仍必須主動執行其行政職務。從而，在不直接否認國會至上原則的情況下，此二判例已初步肯定行政權為實現其行政任務而應享有有限的自主空間；或是更精確地說，自主行政命令乃源自於立法權未及介入之剩餘自主空間。

肆、法國自主行政命令權的憲法化

以國會至上原則為基礎的法國議會內閣制，一直要到1958年的第五共和憲法才有明顯變革。然而第五共和憲法中的變革並非憑空而降，而是將第三及第四共和中的憲政實務予以憲法化。行政權之地位尤其在諸如戰爭或經濟大恐慌等國家重大危機的刺激下逐步提高，而在行政權地位逐步提高的趨勢下，自主行政命令權終於得到憲法的明文肯認。

一、國會至上原則的傾頹

自第三共和起，法國確立了國會至上的共和體制，尤其在畏懼行政權復辟而重建君主體制的心態下，更將行政權置於完全臣屬於立法權的地位⁸⁶。就當時實際政治運作經驗來看，國會常常隨意地行使倒閣權，致使政府更迭不斷；但又因當時的總統乃是由國會選舉產生，所以總統也不敢行使解散國會的權力，來制裁任意倒閣的

⁸⁶ 除了第二次世界大戰期間的維琪政權之外，從1875至1958年，法國皆是國會至上的政府體制。

國會。極端不穩定的政局，致使行政權令人有弱化及無效率之感覺；各界對於政治的批判，遂集中於國會身上。當國會被視為是政局動盪的亂源，是國家一切不幸的代罪羔羊之後，「重新強化行政權」遂被列入政策議程，成為憲政改革的主要方向。

(一) 國會至上原則之批判

英式的議會內閣制無疑是國會至上原則的最佳代表。第三共和學者欲批判國會至上原則，首先就必須與英國的議會內閣制劃清界線。簡言之，法國自大革命以降，即有一元的議會內閣制與二元的議會內閣制之爭；前者代表革命與左派的勢力，後者則屬保守與右派的勢力。就批判者而言，議會內閣制必須是一種菁英的體制，也就是參與政策制定的人，必須要有豐富的經驗，廣博的知識與時時以公共利益為念的道德認知。然而法國自1880年代起即採取普選制度，讓中小資產階級得以進入國會；則導致國會亂象的成因也就不難理解：一方面因國會組成份子過於多元而不易取得共識，另一方面也因議員的程度不佳，致使國會效率不彰，立法品質亦十分粗糙低劣。面對因普選制度所產生之劣質國會議員，Ch. Benoist 即言：「議會內閣制假設應以某一種人，並且在實際上也是需要這一種人來作為國會議員及內閣成員。而這種人，我們不敢說他們屬於某種階級的人，在此時此刻還使用任何階級意識的詞語都是十分不適宜的，但這種人應該是受完整教育、有能力、能獨立、能忘記個人利益、能夠接受歧見、又有包容能力的人（……）；（總之），議會內閣制自始且在本質上就是一種貴族或資產階級的政治體制。」⁸⁷而對於國會運作的結果，F. Moreau 則作如下的描述：「我們的國會運作中最令人驚訝的一個現象，就是國會異常繁重的立法工作與品質十分低落的立法成果此二者之對比。國會實際上僅完成數量極少的法

87 BENOIST (CH.), Parlements et parlementarisme, in SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1907, p.304.

律，而大部分已經完成立法程序的法律不僅在形式上均有瑕疵，且在實質內涵上也都十分平庸；故國會所付出的努力與所得的成果是不成比例的。」⁸⁸

事實上，因普選制度所帶來的大眾民主制，其在本質上能否與英國式，具菁英色彩的議會內閣制相容，一直是法國學者所關心的議題。法國第三共和的國會不斷倒閣，造成政府因更迭頻繁而無效率的憲政經驗，令人將矛頭指向因普選而產生的國會。例如 R. Saleilles 表示：「真正的議會內閣制並非臣屬於群眾，而是在一小群菁英的掌控之下，這是貴族體制下的政治主權。(……)若是就歷史發展而言，議會內閣制是經由某一階級享有優勢地位而產生。然而在民主普及之後，無疑是由其他社會階級的人進入政治舞台，且打算扮演其角色。此際必須思考的是，議會內閣制能否與這些階級（指非貴族或菁英之平民階級）相容？或是我們需要一個更簡單、更能夠適應他們（指平民）的思考模式、文化水準與政治素養的政治制度。」⁸⁹

面對國會亂象，Th. Ferneuil 強調應加強議事規則之規範以馴服普選出的議員，同時對於當時的國會議員也作如下之描述：「早在限制選舉時代（即普選制度制定之前），內閣職位的競奪賽就已佔據了政治舞台上最主要的一幕，而黨派或是小集團利益的追求常常取代國家利益的追求。然而，拜投票權限制之賜，國會是由社會中具優勢地位的人所組成；而這些人所組成的國會多數比較能尊重行政權，也比較能遵從議會內閣制細緻且複雜的遊戲規則。然而在普選之後，我們看到內閣職位的競奪造成更多的內閣危機，個人或是集團的競爭往往取代國家利益。更有甚者，由普選所選出的國會多

88 MOREAU (F.), *L'initiative parlementaire*, tome XV, *R.D.P.*, tome 15, 1901, p.251.

89 SALEILLES (R.), *Procès-verbaux des séances et documents du congrès international du droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, tome 1, Paris, L.G.D.J., 1905, p.82.

數更不能尊重行政權，更易越權侵占其他政府部門之職權。由於因普選所產生之國會議員的平均素質，我們可以預見會有一大群國會議員透過引起議會衝突事件或是考問內閣成員，使其難堪或難以下台之方式，使其能在其選民面前逞英雄。而這些議員不會願意在議會中認真辯論法條，或是在沒有鎂光燈且沉寂的委員會內審查法案。」⁹⁰著名的法學家 L. Duguit（狄驥）更直接了當地說：「對於腦袋清楚的人而言，議會內閣制會走向歧途的最主要原因，無疑就是普選制度。議會內閣制在本質上就是無法與（普選制下的）民主體度相容。」⁹¹

最後，民主普選制度下所產生的國會，無疑是透過多數決原則而產生。然而在簡單多數的選舉制度下，多數所選出的國會其實與社會實況有很大的距離。更詳細地說，落選者所代表的民意並不能在國會中被表達，更不用說未參與投票之棄選者的民意是完全的被忽略。多數選出的國會號稱代表全體，實則卻是少數。以法國1881年及1893年的兩次國會選舉來看，所謂多數所選出的國會，其實只分別代表20%及29%的民意⁹²。更有甚者，國會作成決策，完成立法程序，本身也是以多數決的方式為之。換言之，真正作成決策或完成立法的國會多數，相較於全體人民而言，實可說是少數中的少數。民主代議制度看似代表民意的多數統治模式，透過選舉制度與多數決原則的扭曲，在實質上仍是少數統治。從而，19世紀末20世紀初起對選舉制度的各項改革建議，尤其是比例代表制的設計，正是針對代表性不足之代議制度的矯正措施。

90 FERNEUIL (TH.), La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre, *R.D.P.*, 1894, n° 1, pp.19 et s.

91 DUGUIT (L.), Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875, in SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPAREE, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1907, p.318.

92 REDOR (M.-J.), (見註66), p.107.

總之，從法國過去的議會民主經驗來看，由於國會本身因選舉制度的影響而有代表性不足的問題，且組成份子又因普選制度而良莠不齊，導致國會議員不僅無法理性議事，且在普選制度下更不可能不極力討好選民。他們更喜愛透過作秀的方式來問政或議事，以強化其個人的知名度與英雄色彩。他們更可以為黨派或集團利益而鬥爭不斷、完全置國家利益、公共福祉於不顧。在此情形下，立法無品質，施政無效率；一旦遭遇重大的國內外危機或挑戰時，國家必然會走向崩解之途。因而，修正國會至上原則，強化行政權，遂成為改革的唯一途徑。

(二) 國會至上原則之修正

歷經第三及第四共和的國會至上原則，主導法國八十餘年的政治動盪。在這段期間，法國亦遭遇兩次世界大戰，多次經濟危機與殖民地之分離獨立運動。國會既然是造成施政效率不彰的主要禍首，限縮國會權限遂成為改革的核心目標。為了強化行政效率，二次大戰戰後的法律，諸如1948年8月17日與1953年7月11日的法律，已經開始嘗試區分法律的領域與命令的領域。中央行政法院在1953年2月6日的諮詢意見中⁹³，也表示此種區分的必要性。戴高樂將軍在1958年5月底因阿爾及利亞危機復出政壇後，即推動新憲運動。其認為國會至上體制令法國屢遭挫敗，國會已無法面對並解決國家所遭遇的各種難題；而要讓法國走出困境，唯有透過新憲建置以下制度：第一，必須有一個真正的國家元首，他同時是三軍統帥，並有處理及解決國家重大困境的手段；第二，必須有一個能真正執政的政府，它雖須向國會負責，但卻仍應有積極作為的可能性；第三，必須有一個能立法並能監督行政權的兩院制國會體系，但也必須設計抑制國會越權的機制。第四，必須設置一個能監督所有公權力機關運作的憲法委員會，以確保各項憲法上所規範的機制不被國

93 詳見下文伍、一、(二)「法國自主行政命令的實務發展」之論述。

會所破壞⁹⁴。總之，戴高樂將軍認為過去憲政體制最主要的問題就是盧梭式的立法權至上，國會獨大的體制；而現今憲政改革所欲追求的，就是一個權力平衡的體制。

第五共和憲法的確了實現戴高樂將軍的理想。在法國學者所稱之將議會內閣制「理性化」的主要措施中，有以下三類措施明顯改變國會至上的傳統，並且重新恢復行政權應有之權威。第一類措施涉及立法程序及國會權威之事項：諸如國會對於總理之任命案，沒有人事同意權⁹⁵、國會不享有議程的決定權⁹⁶、國會對於政府的不信任及倒閣權之行使受到嚴格的限制⁹⁷、以及預算審議程序之規範密度大幅提高，讓政府不會因預算受制於國會而完全無法施政。第二類措施則屬違憲審查機制的設置。在國會至上原則下，設置國會以外之第三機關來承擔法律違憲審查之任務，實乃不可想像之事。然而對於飽受國會至上原則之禍害而建立新制的民主國家，違憲審查機制往往成為不可或缺的良藥。第二次世界大戰後，包括德國、義大利及法國等戰前係議會內閣制國家，都先後建置違憲審查制度。而法國則因其國會至上之觀念較為根深蒂固，故其違憲審查制度不僅建置最晚，也最為含蓄。法國憲法委員會正是第五共和憲法所建置的嶄新機關，其最原始的設立目的就是要將國會限制在憲法所界定的權限範圍內，並成為行政權對抗立法權的最佳保護者。此外，第五共和憲法將有關重要憲政組織之法律稱為「組織法」(loi organique)，凡是國會制定此類法律，在公布前必須強制送交憲法委員會進行違憲審查。國會的議事規則及國際條約亦屬憲法委員會強制審查之範疇。而其他一般性法律在公布前，亦可經由聲請而被

94 CHEVALLIER (J.-J.), CARCASSONNE (G.) et DUHAMEL (O.), *La V République: 1958-2002, Histoire des institutions et des régimes politique de la France*, Paris, Armand-Colin, 2002, p.15.

95 第五共和憲法第八條。

96 第五共和憲法第四十八條。

97 第五共和憲法第四十九條、五十條。

審查；被憲法委員會宣告為違憲之法律即不得公布。自此，國會至上原則修正為憲法至上，立法權被制約於憲法架構內。

在另一方面，第五共和憲法亦強化行政權。首先是給予國家元首一個特殊的地位，他應確保憲政體制正常運作不輟⁹⁸。過去行政部門為應付重大變故而由行政法院在判例中所肯認之特別例外情況下的權力，已經化為第五共和憲法條文的一部分⁹⁹。為使行政權能對抗國會，以解決憲政僵局，憲法賦予總統不僅可以無條件地自由解散國會，亦有發動公民投票的權力¹⁰⁰。總統和總理針對國會三讀通過的法律案，在其公布前都可以聲請違憲審查。此外，內閣尚享有議會議程的主導權，且擁有憲法所賦予的特別程序，得強力運作以使其法律草案在國會中順利通過¹⁰¹。而行政命令權的復生，更是第五共和憲法強化行政權的最重要措施。

二、復生的行政命令權

國會至上原則下容不下自主行政命令權已如前述。在此原則下，法律的概念變成一個純粹形式的概念，亦即不論其內容為何？不論其涉及何種領域或何種事項，不論其為抽象普遍之規範，還是個別具體的決定，只要在形式外觀上是源自於國會，經由國會立法程序所完成的決定，都是法律。換言之，法律無邊無界，法律更可介入行政權內之各領域。雖然行政權為執行法律可以訂定行政命令，但這些命令一方面需要以法律存在為前提，另一方面也只是具附屬性質。再者，立法者之意志隨時可以透過立法程序將這些行政命令變成法律。面對因國會至上原則而使國會具有可以予取予求的強勢地位，第五共和憲法的設計者祭出「職權領域」的概念，作為

98 第五共和憲法第五條。

99 第五共和憲法第十六條。

100 第五共和憲法第十一條。

101 第五共和憲法第四十四條。

保護行政權的殺手鐮。簡言之，第五共和憲法將形式意義的法律概念改為實質意義的法律概念：亦即並非所有國會所通過的規範或決定，都能稱之為法律；而是國會唯有在憲法所界定的職權領域內，針對其權限所得管轄之事項所制定的規範，才能稱之為法律。

這就是第五共和憲法最令人驚異的「革命性」設計，其在憲法第三十四條對國會之立法權範圍作列舉規定；並在憲法第三十七條第一項明定：凡是法律領域以外之事項，即屬行政命令權之範圍。從西方主要成熟民主國家的憲法結構來看，這種以憲法列舉國會權限範圍的設計方式，不僅具革命性與創新性，甚至可以說是絕無僅有。相較於過去行政命令權被視為應完全臣屬於立法權之下，前述憲法規定使行政命令權成為具自主性與一般性的抽象規範制定權，與國會立法權共同分享抽象規範的形成空間。而其「革命性」在於：一方面法律的概念不再是單純的形式概念，同時還要加上實質的概念；亦即法律僅能規範特定領域範圍內之事項。另一方面，行政命令權成為抽象規範的主要制定者，國會立法權反而成為例外的、次要的與權限被列舉限制的抽象規範制定者。

為了避免此「革命性」規定無法將國會框架於其所被列舉的職權範圍內，第五共和憲法除了設置憲法委員會以確保憲法所界定的國會權限被遵守之外，更有下列三項規定以利行政權保障其權限範圍。第一，在立法過程中，若國會所提之法案或法律修正案涉入行政權之領域，在一讀會通過之前，行政權得透過「反對續行審議」之程序，阻止該立法程序之繼續進行。若國會堅持續行此立法程序，憲法委員會則會應國會議長或總理之請求而介入，以保障憲法所規定之權限劃分¹⁰²。第二，若國會所通過的法律內容涉及行政權之領域，亦即逸脫於憲法所列舉之法律領域範圍外，則在國會完成立法程序，但法律尚未公布前；行政權仍得聲請釋憲以阻擋該法律

102 第五共和憲法第四十一條。

之公布生效¹⁰³。第三，針對已公布生效之法律，若其內容涉入行政權之領域，行政權得於該法律公布後，以行政命令的方式直接變更該法律條文之內容。但為避免行政權任意以命令取代法律，第五共和憲法特別規定對於1958年新憲通過後所公布生效的法律，行政權必須事先請求憲法委員會對係爭規範進行「去法律化」(délégation)的程序，使其先失去法律之地位，方能成為行政命令得自由介入之領域。若是該法律是第五共和憲法以前公布生效的法律，則須經由諮詢中央行政法院的程序後，方得以行政命令修改此類法律之內容¹⁰⁴。總之，透過前述這些保護機制，行政權方才取得一定的自主地位；甚至這種憲法設計已形成行政命令權的「行政保留」。更詳細地說，在法式半總統制的憲政架構下，行政命令依其憲法基礎之不同，可分為源自於憲法第二十一條為執行法律而訂定的「衍生性行政命令」與源自於憲法第三十七條的「自主性行政命令」¹⁰⁵。

(一) 附屬（衍生）行政命令權

在第五共和的憲法架構下，總統負責公權力組織之正常運作¹⁰⁶，而總理所領導的政府則負責法律之執行¹⁰⁷。綜合而言，行政權確保國家正常運作，並負責法律之執行。在此概念下，凡是已公布生效之法律，行政權必須執行之。為確實落實執行法律之任務，行政權自得於必要時訂定行政命令。此種行政命令權主要以憲法第二十一條為規範基礎，其可被稱為附屬性或衍生性的行政命令權(le pouvoir réglementaire dérivé)，因為它們的存在必須以法律存在為前提：沒有法律，就沒有此類行政命令。

103 第五共和憲法第六十一條。

104 第五共和憲法第三十七條第二項。

105 FRIER (P.-L.), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2004, pp.64-65.

106 第五共和憲法第五條。

107 第五共和憲法第二十一條。

由於法律已被憲法限定於特定領域中，故若行政命令之內容與憲法第三十四條所列舉之事項有關，則即便找不到一個特定的法律作為其直接母法，它仍可被視為是附屬性的行政命令，因為它涉及憲法所列舉的法律領域，故而只能附屬於法律之下。在實務上，就算沒有特定法律明確授權給行政部門就特定事項訂定細節性規範，行政權仍得以一般法律之概括規定為基礎，為執行該法律而訂定相關行政命令。換言之，「執行法律」的概念固然含有被動、附屬的要素，但該概念本身也蘊藏一定的自主性與創造性；而非事事靜待法律授權，法律也無法事事在事前就預見其本身需要規劃細節性之補充規定，而為明確具體之授權。行政權為遵守憲法上要求公權力應正常運作及執行法律的要求，於必要時自得訂定行政命令。以法律並沒有明確授權，但所規範事項涉及憲法第三十四條法律所得規範的從業自由領域為例，法國行政法院在審查此類附屬性行政命令時的態度如下：行政權為維護公共秩序可以逕行訂定命令規範從事廣告之車輛如何利用公共道路進行廣告宣傳，但無權在命令中直接禁止使用此類廣告車輛¹⁰⁸；或地方市鎮之市長可以以公共衛生與食物安全為由，在其所發布之命令中禁止在屠宰場附近一定距離內設置皮革加工廠¹⁰⁹；或行政總督可以在其命令中要求凡欲設置駕駛訓練班者，必須先有停放其車輛之停車場等¹¹⁰。不論是規範廣告車輛的使用、設置皮革加工廠的距離條件，還是設置駕訓班之停車場要求，其實都直接涉及人民之自由與權利，以我國現行司法實務之觀點來看，前述事項如果不是要絕對的法律保留，至少也要相對的法律保留；亦即若不是由法律直接規定，至少也要有法律明確授權的法規命令所規範。法國法則肯認即使在沒有法律授權的情況下，只要未達直接剝奪人民之自由權利之程度，凡為了公共秩序或安全所

108 C.E. 2 avril 1954, Pétronelli, *Rec.* 208.

109 C.E. 2 nov. 1956, Biberon, *Rec.* 403.

110 C.E. 5 janvier 1968, Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite de véhicules à moteur, *Rec.* 14.

必要而限制人民自由權利之行政命令，皆屬合法之行政命令。由此看來，附屬性的行政命令固然是臣服於立法權之下，但仍享有或多或少之自主性與創造性。但真正有自主獨立地位的行政命令，則應完全不受立法權的掌控。

(二) 自主行政命令權

如前所述，在第五共和憲法生效以前，雖然法國在實定法上不承認自主行政命令權，但基於行政權運作之實際需要，實務上仍不得不承認自主行政命令權；尤其是在面對國內外重大政經挑戰之際，行政權之主動積極性更顯得重要。法國中央行政法院在20世紀初，首先肯認即使在事先沒有法律存在或法律授權的情形下，為了使公權力機關或公共服務部門得以正常運作，行政權當然可以訂定其運作所必要之規範¹¹¹。此判例建立在兩個基礎之上：一是公權力機關與公共服務必須正常持續運作；二是所有行政首長必須有權訂定相關規範以達成其任務。基此判例進一步推演，諸如部會首長、地方行政首長、各種行政組織之首長或甚至是單位主管，皆享有此規範制定權。此外，如前所述，中央行政法院在1919年的重要判例中明白肯認為維護公共安全與秩序，各級行政首長皆享有一般警察權¹¹²。基於同樣的理由，一旦進入特別例外時期，行政權當然也得自主且快速的反應，以使國家得以渡過危機。所以第一次世界大戰之後，尤其是在全球經濟大恐慌的衝擊下，「行政部門在特別例外情況下亦享有自主行政命令權」已為中央行政法院所確立¹¹³。

在國會至上原則下，這些自主行政權究竟以什麼為依據？論者多從憲法上賦予行政部門必須確保國家正常運作之規定為其基礎。既然憲法規定行政權必須兼負國家機器之正常運作的責任，則此憲

111 C.E. 4 mai 1906, Babin, *Rec.* 365, concl. Romieu.

112 參見前文本案例(C.E. 8 août 1919, Labonne)之介紹。

113 參見前文本案例(C.E. 28 juin 1918, Heyriès)之介紹。

法上之義務與權力，不能事事等待立法部門下達指令後方能作為；而是可以依具體需要而自主作為。只是這種憲法授權尚不能稱為「行政保留」，因為一旦國會欲予以介入，對相關事項進行規範，則行政權並無抵擋的可能性。

第五共和憲法只是延續這樣的傳統，但更進一步地於憲法中明訂行政權之領域，及創設行政權對抗立法權侵權的抵抗機制。其中最令人關切的設計，就是讓行政權之權限範圍成為概括的、原則性的權力；反之，立法權則是例外的、列舉性的權力。從而，針對憲法第三十四條列舉之事項所訂定的行政命令，必然要以法律為前提，必然是屬法律授權下的執行命令；若否，即屬行政權侵入法律領域，違反憲法本身所界定的法律保留架構¹¹⁴。但在另一方面，凡是行政命令所規範的內容是屬於憲法第三十七條所規定的行政權領域，則此時相關命令不僅不須要以法律規定為其前提，甚且立法者亦不得以立法方式介入此領域；若否，即屬立法權介入憲法所保障的行政權領域。換言之，在憲法保障免於國會介入之行政權領域中所訂定的規範，因為其不以法律規定或法律授權為前提，即是所謂的「自主行政命令」。至此，過去傳統司法實務的見解終於在此得到實定法上之支持，而且就其範圍事項亦已跳脫行政法院裁判中於事項上（一般警察權）或時機上（特殊例外情況）之限制，而達到在領域上更廣泛，在時機上更自由的「自主行政命令權」（*le pouvoir réglementaire autonome*）¹¹⁵。

114 例如商業與從業自由屬於憲法第三十四條所規定的自由領域，屬於國會的權限範圍。故在無法律規定或法律授權的情況下，行政權不得以命令限制人民之商業與從業自由。如以行政命令規定可以擔任漁民這項職業的年齡與條件，即被認為無國會授權侵入法律領域而遭行政法院所撤銷(C.E. 16 déc. 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle, et Dordogne maritimes*, *Rec.* 448)。

115 中央行政法院在C.E. 5 février 1985, *Association centres distributeurs Edouard Leclerc*, *Rec.* 26. 案中正式使用自主行政命令權的用語，使其正式成為法院所承認並運用的概念。

就自主行政命令的訂定程序而言，第五共和憲法延續過去「公行政命令」的傳統，命令草案擬定之後，必須送請中央行政法院審查，並表示其意見。法院審查後所表示的「諮詢意見」固然在法律上沒有拘束行政權的效果，但事實上卻有實質的影響力。因為如果行政權不顧法院諮詢意見而堅持已見，其所訂定的命令很可能在爾後的行政訴訟中被行政法院所撤銷。這種「諮詢過中央行政法院的命令」(Décrets en Conseil d'Etat)固然以自主行政命令為主，但也有不少衍生行政命令在其授權法律的要求下，也踐行中央行政法院事前審查的程序。再就其所涉及領域來看，即使爾後的實務發展並沒有使其取代或架空國會之法律，而成為最主要的抽象規範類型，但仍有諸多重要規範領域由其所規範。例如所有國家行政組織之組織法與行為法，所有未涉及人身自由之違警處罰，以及一般行政程序、民事訴訟程序與行政訴訟程序等規定，皆屬自主行政命令權之範疇¹¹⁶。

總結復生後的今日法國行政命令權，其特色可概略歸納如下：第一，憲法承認自主行政命令權為行政保留領域。第二，不論是自主行政命令，還是衍生行政命令，它們皆可涉及人民自由或權利事項。第三，只要有國會概括授權，行政權即能訂定衍生行政命令，不強調法律保留與授權明確等原則。第四，重要的行政命令在公布前，通常會經中央行政法院事前審查的程序。第五，命令公布之後，人民可對之直接或間接地提起撤銷訴訟¹¹⁷。

116 此處並不是指所有民事訴訟或行政訴訟相關規定都是以命令的形式出現，但必須強調命令所得規範的範圍十分廣泛。法國憲法委員會曾多次表示依憲法規定，民事訴訟與行政訴訟事項不屬法律之範疇，如C.C. 24 oct. 1980, n° 80-116, Rec. 68；C.C. 8 aout. 1985, n° 85-139, Rec. 94。儘管如此，只要行政權不反對，憲法委員會並不會宣告介入命令領域的法律違憲。故事實上，法律亦規範這些訴訟事項。只是就比例而言，命令所佔的篇幅遠大於法律。

117 所謂的間接，就是指針對行政處分所提起之撤銷訴訟，附帶審查相關行政命令。直接則指尚未適用於具體個案，但有充分訴之利益的自然人或法人即能提起撤銷訴訟。為避免變成民眾訴訟，法院固然會對是否有充分之訴之利益而把關；但實務運作的結果是相關寬鬆的。此與諸如德國行政法院法第四十

伍、行政命令權的實務與制度意義

行政命令權，特別是具行政保留性質的自主行政命令權，在憲政體制上究竟扮演何種角色？其制度意義為何？是本文最後要處理的問題。以下先從比較法的觀點，就行政命令權的制度意義略做闡述，再介紹法國的實務。

一、行政命令權的行政保留

抽象規範制定權應屬立法權之範疇的想法，固然不能說是錯的；但就今日國家行政實務來看，行政權大量訂定抽象規範的事實，也很難予以否認。行政命令權的性質與範圍，其實就是界分行政權與立法權的基礎。而行政與立法二權究竟應如何去思考其分立或分權問題？現代民主法治國通常都會透過效率與權利保障等兩個面向來考量。簡單地說，愈強調效率面向者，行政命令權的自主性就愈能被承認，且行政命令權的範圍也愈廣泛；反之，強調權利保障面向者，就愈重視分權與民主正當性，就愈容不下涉及人民自由或權利的自主行政命令權。隨著民主與人權保障的發展與被重視，國會之立法權在各國憲政架構裏，至少在形式上都扮演著主導抽象規範制定權的角色。從而，在憲政體制上要直接承認特別是涉及人民之自由與權利之行政命令權係屬於行政保留事項，的確是一件困難的事。但是隨著國家行政任務的蓬勃發展，在事實面上，吾人也看到行政立法趨勢的普遍發展；西方民主國家之國會大量且概括地授權行政機關訂定抽象規範的情形，可謂處處可見。

（一）事實上的行政保留

基於三權分立的想法，抽象規範制定權本應屬國會之權限範圍，故很難在制度設計上將行政命令權劃歸為行政保留的領域。然

七條第一項與第二項所規定的例外抽象審查，相去甚遠。

而，不論法制上如何規定，各種憲政體制下的行政命令權卻都在事實上扮演十分重要之抽象規範訂定者的角色。就算立法權在法律上隨時可以收回其授權，而將命令所規範的事項變為法律所規範的事項；但在事實上，立法權在多數情況下並沒有充分的動機去收回已經委任的授權。

先就美國法而言，美國憲法第一條第一句開宗明義地說：所有本憲法所賦予的立法權皆歸屬於由參議院與眾議院所組成的美國國會¹¹⁸；看起來國會享有完整的抽象規範制定權。不過，憲法並沒有明文禁止國會將其立法權移轉出去。聯邦最高法院對此所發展的「禁止授權原則」強調：國會不得拋棄其立法權，但可以將其立法權委任出去；不過，國會必須引導並監督其所委任出去的立法權，而最好在授權時，給予行政權明確的指引，告知原則與方向¹¹⁹。在實際運作中，美國現行規範中有90%以上是由行政官僚所訂定的命令，所以學者稱這些透過訂定命令而主導政策的聯邦行政官僚為傳統三權以外的「第四部門」¹²⁰，由此可見其重要性。

這些為數龐大的行政命令依美國行政程序法分為「解釋性命令」(Interpretive Rules)，「程序性命令」(Procedural Rules)與「實體性命令」(Substantive Rules)等三類¹²¹。前二者在數量上佔所有命令

118 其原文如下：“All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.” U.S. CONST. art. I, § 1.

119 此即所謂的「清晰原則」，參見前註28。

120 See DWIGHT WALDO, *THE ADMINISTRATIVE STATE* (1948); EMMETTE S. REDFORD ET AL., *DEMOCRACY IN THE ADMINISTRATIVE STATE* (1969); David H. Rosenbloom, *Retrofitting the Administrative State to the Constitution: Congress and the Judiciary's Twentieth Century Progress*, 60 PUB. ADMIN. REV. 39, 39-46 (2000). 至於整體聯邦行政機關為何被稱為第四部門，而不是將其視為是行政權的一部分？中文簡述可參見湯德宗，〈三權憲法、四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋〉，《權力分立新論》，頁542（2000年增訂2版）。

121 此乃源自於美國行政程序法第五五三條之規定，see STEVEN J. CANN, *ADMINISTRATIVE LAW* 294 (2006).

的九成以上¹²²，而且在程序上則免除美國行政程序法第五五三條所要求的「參與程序」¹²³。換言之，由解釋性命令與程序性命令所組成的行政命令的主體，都是行政官僚所研擬的產物，而這些命令通常會影響人民之權益¹²⁴。至於所謂的實體性命令，其特徵除了涉及人民的權利與義務外，必須有法律授權，而且必須依照行政程序法第五五三條所規定的人民參與程序來訂定，不過，實體性命令係立法者在授權法律中決定特定規範是否需要依照行政程序法中的參與程序來訂定。

由美國法上的行政命令制度來看，可歸納出以下四點特色：第一，只要有法律授權，沒有命令不能規定的事項。第二，固然法院反對毫無限制的國會授權，但在絕大多數的情況下，法院不會以國會授權過於寬泛為由宣告法律違憲¹²⁵。第三，儘管行政程序法透過人民參與機制來強化命令的民主正當性基礎，但大多數的命令並沒有透過人民參與程序而訂定。第四，國會廣泛且大量授權的事實，固然沒有在法律制度上形成行政保留的領域，但行政權在事實上是擁有廣泛的抽象規範制定權。至於為何國會願意將自己的權力移轉出去？除了因政府積極行政，介入諸多領域，從而在這些新興行政領域內立法，變得十分專業性與技術性之外，更重要的是這些領域涉及分配、重分配與管制政策，是諸多利益衝突的焦點。國會寧可將政策權移轉出去，然後在選舉期間再將一切人民所不滿的事，歸咎給行政部門¹²⁶。再者，雖然國會將權力授權出去，但因為現任議員最重要的目標就是連任，而連任與否依賴行政部門對其選民所提

122 *Id.* at 308.

123 簡單地說就是將訂定命令的計畫，事前對外公告與接受人民評論之程序(notice and comment procedure)。

124 除了純機關內部的組織性或作業性規定外，解釋性與程序性規定通常都會涉及外部人民之權益。

125 如前所述，迄今僅有1935年的兩個案例宣告法律因授權過度而違憲。參見前註29。

126 *See* CANN, *supra* note 121, at 92.

供的服務(service)與恩惠(pork barreling)¹²⁷。基此，現任議員很有理由與行政部門維持良好關係，除非有很強的壓力團體施壓，否則國會也不會太積極監督行政命令；更不至於收回已經委任的抽象規範制定權¹²⁸。

在權力分立制度與美國處於對立面的英國，推崇國會主權原則；從而內閣係源自於國會，並臣屬於國會。在此背景下固然更談不上行政保留的想法，但在實務上英國國會因其國會至上之地位，反而更自由、廣泛且大量地授權給行政權。換言之，英國的行政命令不僅是主要的抽象規範類型，其內容更可以涉入任何領域。不過由於英國法院可以審查行政命令，但不能審查法律，所以執政黨對於重要之政策選擇，常會選擇法律途徑，而不會讓重要的抽象規範全部遁逃到命令裡。

如前述，德國法特別強調法律保留與授權明確原則，行政命令權的範圍與自主空間明顯不如英、美等國。雖然如此，至少對於內部行政規則，德國法也容許行政權享有其自主空間。國會在理論上雖非不能介入，但在實際上甚少介入的動機與理由。此外，國會立法過程中常會使用不確定法律概念，從而也就賦予行政權透過訂定抽象規範來解釋與適用這些不確定法律概念的機會。

127 *Id.* at 91.

128 具體收回授權的例子如1964年聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission)公布一個命令，要求菸廠必須在香菸盒上標示：抽煙會致死的警語。並且所有香菸廣告都不得讓人有抽煙可以提升健康或舒適的感覺。在強大煙商的壓力下，國會於1965年通過香菸標示與廣告法(Cigarette Labeling and Advertising Act of 1965)，並在此法中收回聯邦貿易委員會有關香菸廣告的命令權。至於香菸標示，該法中所規定的標示語為：“Caution: Cigarette Smoking May Be Hazardous to Your Health.”而原先聯邦貿易委員會命令中所要求的兩種標示警語為：“CAUTION: Smoking is dangerous to health. It may cause death from cancer and other diseases.”與“CAUTION-CIGARETTE SMOKING IS A HEALTH HAZARD: The surgeon general’s advisory committee has found that ‘cigarette smoking contributes to mortality from specific diseases and to the overall death rate’.”法律所要求的與命令所要求的警語，在語氣上有明顯的差異。*Id.* at 67.

綜合前述，行政命令在現代行政國家扮演極重要的角色。英美兩國有大量、自由且寬泛的授權，從而行政機關在訂定命令的過程中，其實存有相當大的自主空間。雖然它們不是法律制度上的行政保留，但可以稱得上是事實上的行政保留。反之，德國法對於行政機關訂定抽象規範的行為，特別強調國會立法權的地位；此卻與法國自主行政命令之發展背景十分接近。

(二) 法國自主行政命令的實務發展

前文提及法國因強調國會至上原則，所以曾經在制度上不容許行政機關可以自主地訂定抽象規範。但因第三共和與第四共和的國會，因政黨林立或對立而導致立法程序比較無效率，或甚至在因戰爭因素而使國會停擺。在此例外情況下，行政權仍得繼續運作。所以對於缺乏國會授權的命令，法國行政法院在其判例中認為：只要是在例外情況下為了維護公權力的正常運作，或是為了實現「確保公共秩序與安全」這項基本的行政管制任務，即使沒有國會授權，行政機關仍得訂定命令¹²⁹。這種因缺乏法律規範或缺乏法律授權而行政權仍須施政的行政義務，固然導致日後自主行政命令的發展；但在另一方面，就如同德國威瑪憲法時期因國會議事無效率而過度授權的歷史背景，也有促使自主行政命令發展的功能。

事實上，在第一次世界大戰期間，法國國會就曾大量授權行政機關訂定命令以因應戰時的行政需要。戰後為了解決艱難的經濟社會問題與有效重建，國會授權政府以命令取代法律的行為更是頻繁，這些命令稱為「命令法」(décrets-lois)，它就是以命令的形式，規範原本應由法律所該規範的事項。這種國會過度授權的極致展現，就是1940年7月10日國會所通過的授權法，該法甚至將修憲權都授權給由貝當元帥所領導的維琪政府；至此，第三共和憲法可

129 詳見前文參、二。

以說已被送入墳場。二戰結束後法國於1946年10月27日所通過的第四共和憲法，在其第十三條就明白規定：「國民議會自己議決法律，它不得將其立法權委任出去。」這種面對國會曾經過度授權的反動，其結果就是由國會獨佔所有的抽象規範制定權。然而同樣的原因會造成同樣的後果：二戰後的廢墟重建不會比一戰後的重建來得更容易，委任立法被憲法所明文禁止，國會卻總是無法即時提供政府施政所需要的法律。為了解決法律飢渴的問題，國會在1948年8月17日通過一個法律，在此法律中界定某些事項在「本質上屬命令性質」，因而免除了國會對此事項的立法義務，政府也就可以直接以命令的形式來規範這些事項。憲法禁止國會授權的結果，恰巧導致執政者開始思考行政命令權應有自己的範圍，並透過國會立法承認某些自主行政命令權的存在空間。這個1948年所通過的法律，可以說是法國在法制上嘗試區分「命令事項」與「法律事項」的起點。不過由於該法律規定：凡是被劃為命令領域之事項，國會不得再以立法的方式介入；此種規範模式仍被懷疑有拋棄國會主權與違憲之嫌。故政府遂諮詢中央行政法院，請其闡釋第四共和憲法第十三條禁止國會授權的規範意義¹³⁰。在1953年2月6日的諮詢意見中¹³¹，法院提出以下四個重點：第一，依制憲者的原意，憲法第十三條係禁止類似第三共和時期的授權方式，即國會不得將立法權力完全委任給行政權。第二，國會可以決定將某些事項劃入命令的範疇，但此項劃分只是暫時性的，國會隨時可以再以法律重新規範已劃入命令範疇的事項。第三，對於憲法所規定，以及由憲法前言與1789年人權宣言所宣示的共和國憲政傳統中的法律保留事項，不能

130 法國的中央行政法院除了審判之外，還同時是政府的法律諮詢機關。特別是在第三及第四共和時期，法國並沒有憲法審判機關，故中央行政法院於此際在某種程度上，扮演憲法之詮釋者與守護者的角色。故政府的提問與中央行政法院的回應，與我國大法官一直以來所作的「疑義解釋」頗為相似。

131 Avis N° 60497 du Conseil D'Etat du 6 février 1953, in GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (TH.) et ROLIN (R.), *Les Grands avis du Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, 1997, pp.63-68.

被劃入命令領域；但對於法律保留事項，國會可以透過法律規範其主要部分，而留給命令去補充其次要及細節部分。第四，如果國會以太廣泛與普遍的方式將抽象規範制定權授與行政權，將違反憲法第三條的國民主權原則。這個中央行政法院在第四共和時期所提出的諮詢意見，其實已經大致劃出「命令」與「法律」的界線。第五共和憲法只是將其憲法化，並且將諮詢意見中認為法律所劃下之命令領域範圍僅具暫時性之特性，改由憲法予以恆常性之規範；亦即國會不能再純以自己之單方意志任意將命令領域改為法律領域。換言之，第五共和憲法的革命性設計，其實在第四共和的憲政運作實務中，早已醞釀其雛形。

雖然法國第五共和憲法透過其憲法第三十七條規定，承認了自主行政命令權；但其實質上的意義卻與制憲者的原始期待有不同。雖然有不少重要的規範都是以自主命令的形式出現，但自主行政命令權並沒有像制憲者所預期的，成為最主要且不可侵犯的抽象規範制定空間。為何會有此落差？此可由憲法規範、法院態度與政治實況等三個面向來看。首先，就憲法規範面而言，憲法第三十四條雖然對於國會的立法權採列舉規定，但是其規範事項仍然十分廣泛，更重要的是其用語並不嚴密，留有很大的開展空間。例如該條第一項列舉的一項權限：「法律規範媒體的獨立與多元性」；該條第四項列舉的另一權限為：「法律規範整體國防組織之基本原則」。就前者言，只要涉及媒體的獨立與多元性問題，國會皆可立法介入；就後者言，凡涉及國防組織者，國會至少可制定原則性或準則性之法律。故表面上事項是被列舉，但在實質上國會還是享有相當大的立法空間¹³²。再者，憲法並沒有明文規定一旦法律介入自主行政命令領域，即屬違憲而無效。如前所述，憲法所設計的機制僅是將「去

132 法國第五共和憲法第三十四條對於國會列舉權限規定之內容仍屬寬泛，其內容翻譯如下（作者自譯，並以2008年7月24日修憲過後的最新版本為準；本條文在2008年修憲時，有小幅修正。）：

法律化」與「反對（國會）續行審議」等這兩種程序武器配備給行政權，讓行政權能夠維護其自主行政命令權¹³³。但憲法並未強制規定行政權面對國會立法入侵其自主領域時，一定要發動前述防衛機制來維護行政權。最後，憲法對於自主行政命令並沒有給予特殊的法律地位，它與其他行政命令的法律位階相同。

再就法院的態度而言，首先法國憲法委員會對於國會立法侵入命令的行政保留領域，採取放任的態度。它認為憲法上所規劃的防衛機制並非是強制性的，而是任由行政權自由決定是否發動¹³⁴。若是行政權坐視國會侵入行政命令權領域而不管，該法律並沒有違憲

「法律規範下列事項：

- 公民權與行使公共自由所必要的基本保障；媒體之自由、多元與獨立；基於國防需要而加諸於人民之人身自由或其財產權之負擔。
- 國籍；人民之法律地位與權利能力；夫妻財產制；繼承與贈與。
- 刑事重罪與輕罪之界定，以及其相應之刑罰；刑事程序；大赦；創設新法院與法官之地位。
- 各類賦稅之稅基，稅率與徵稅方法；貨幣發行制度。

法律亦規範與下列事項相關之規定：

- 國會、地方議會及海外法僑代表會之選舉制度與議員或代表之職權行使規定，以及地方自治團體行政部門之職權規定。
- 創設新的類型之公法人。
- 文職與武職公務員之基本保障。
- 企業之國有化與公有企業之私有化。

法律規定與下列事項相關之基本原則：

- 國防組織之整體架構。
- 地方自治團體之行政自主、其職權範圍與其財源。
- 教育制度。
- 環境保護。
- 財產制度、民事與商事上之物權與債權。
- 工作權、工會權與社會保險。

依組織法所規定的條件下，預算法決定國家之財源與其支出。

依組織法所規定的條件下，社會安全財務法決定社會保險財務平衡之一般原則；並基於其可預見的財源收入，規範其支出。

計畫法決定國家政策作為的目標。

多年期的預算支出計畫由計畫法所規範，其目的在於追求政府財政之平衡。

本條文之相關規定可另由組織法予以闡明或補充。」

133 此二機制請參見前文肆、二。

134 C.C. N° 82-143 DC, 30 juillet 1982, Blocage des prix et des revenus, *Rec.* p.57.

問題¹³⁵。事實上，憲法委員會對於國會越權侵入命令領域採取放任態度也有實務的考量。因為如果真的要檢驗法律規範是否介入行政保留領域，會是件耗力費時的事。既然被侵權者自己都沒意見，憲法委員會又何必爭先捍衛行政權？此外，憲法委員會逐步將憲法前言、人權宣言等文件納入憲法規範效力內，並將其與憲法第三十四條相結合而成為國會的權限範圍。例如人權宣言第四條規定：僅有具抽象性質的法律才能界定自由的界限；人權宣言第七條規定：僅有法律才能規範有關追訴、逮捕與拘禁等人身自由事項；1946年第四共和憲法前言第六條規定：法律確保男女平等；第七條規定：法律規範罷工權等。這些歷史文件的規範效力被憲法委員會承認後，它們同時也擴增國會立法權之範圍。至於法國中央行政法院，它與憲法委員會一樣，對於國會權限之範圍採取寬鬆認定的態度。再者，它也認為不論是一般行政命令還是自主行政命令，它們都還是行政權之行為，故可為行政院所審查¹³⁶。此外，行政權訂定包括自主行政命令在內的一切行政命令，既不能牴觸國會所通過的法律，也不能違背行政法院透過判例所肯認的「一般法律原則」¹³⁷。換言之，自主行政命令僅具命令位階，它必須尊重「法律優位」，並且也臣服於法院判例所建立的「一般法律原則」之下。

最後就政治面而言，在法國第五共和的實際憲政運作經驗裏，政府總是在國會中有過半席次的支持，不曾出現過少數政府；因而法國半總統制中內閣與國會多數的互動關係與議會內閣制相同¹³⁸：亦即內閣與國會多數是相互合作，而非相互對抗。政府甚且常常主

135 即使特定法律所規範之特定事項被憲法委員會宣告為：「其應屬命令範圍」，但該法仍然合法有效。憲法所規定的效果只是行政權得以行政命令直接變更該法所規範之內容。

136 C.E. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. 101.

137 C.E. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieur-conseils*, Rec. 394 ; LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), (見註76), n° 78, pp.515 et ss.

138 TURPIN (D.), *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1994, 2 éd., p.365.

動將其視為重要的事項，即使其原應屬於命令領域，也將其列於法律案內，送交國會審議。在此背景下，法律介入命令範疇的情形遂時時可見。法國憲法委員會的主席 Pierre Mazeaud 在2005年的新年賀詞中即曾表示：由於過去憲法委員會對於憲法第三十四條有關國會立法權之範圍的相關決定，採取過於寬鬆的態度；致使近30年來憲法第三十七條有關自主命令權的規定，其原始規範意義幾近受到掏空。因此，應該要開始努力對抗法律入侵命令領域的現象了¹³⁹。

從前述美、英、德、法等四國行政命令權的制度來看，德國對於法律保留與國會授權明確的要求最為嚴格，自主行政命令權的空間最為狹窄。反之，美、英、法三國都允許廣泛且寬鬆的國會授權。法國的特殊性僅在於憲法承認命令的自主地位，並嘗試區分法律與命令的範圍。承認命令的自主地位，的確使得行政權的運作更為便利。但是有關法律領域與命令領域的界分，法國實際憲政運作並沒有實現制憲者限制立法權的原始期待。

二、行政命令的制度功能

在行政任務多元且龐雜的現代國家中，行政命令不論在質或量上，都在整個抽象規範體系中佔據極為重要的地位。強調行政權在訂定命令時享有一定程度的自主空間，或甚且將某些事項逕行劃入行政命令領域，形成嚴格意義的行政保留，不僅可以提昇行政效率，更可以重塑法律應有的尊嚴。

(一) 提昇行政效率

內部抽象規範的自主性，無疑是有效領導統御的前提條件；而僅有在能有效領導統御的情形下，龐大的行政組織體才能有效率地運作。基此，對於行政權內部運作所需要的抽象規範，即使在制度

139 DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., 2006, 2 éd., p.304.

上沒有被宣稱為「屬於行政保留領域」，它也屬行政權固有且內生的權力。

至於技術性與細節性規範，行政權面對今日這樣極端複雜與變動快速的社會，最需要的抽象規範就是必須具有專業與彈性之特質。就專業面向而言，行政權因資源與人力配置的關係，自然強過國會。在彈性面向上，行政權訂定命令時，更因其程序簡捷而令國會望塵莫及。

再者，在政策選擇上，缺乏直接民主正當性的行政官僚，本不應透過行政命令作成政策決定。但若是面對多方利益衝突或是對人民課與義務或負擔的政策選擇時，正因行政官僚可以不用直接對人民負責，才使行政權比較有可能作出國會遲遲無法議決的抽象規範¹⁴⁰。

140 在我國，除了下文論及有關電玩管制的案例外，2011年5月間所爆發的塑化劑案件，也顯示國會遲遲無法完成嚴格列管塑化劑內所含有毒物質之修法。蓋早在2009年，行政院環保署即有意修正「列管毒性化學物質及其運作管理事項」中關於「鄰苯二甲酸酯類、雙酚A」之管制等級，惟因民間塑膠公會等團體意見不一，於2009年6、7月召開了三次之公聽會。該三次公聽會中，可以見到立委質疑環保署欠缺本土性污染評估為由，拒絕修法，導致相關修法一直停留在「交社會福利及衛生環境委員會審查」的階段。公聽會紀錄可參照環保署網站資料：<http://atftp.epa.gov.tw/pub/098/J0/06401/098J006401.htm>（最後瀏覽日，2011年10月20日）；修法提案結果可參照立法院第7屆第4會期第10次會議紀錄。至2011年中塑化劑風暴開始之後，立委始嚴厲譴責行政機關未加以管制有毒物質、以及提案要求提升鄰苯二甲酸酯類等有毒物質的管控等級，不無事後諸葛之嫌（立法院今年建請行政院修正管控等級，可參考鄭麗文等立委之提案，立法院秘書處編，《立法院公報》，98卷70期，頁175（2009年12月8日）；100卷47期，頁541（2011年6月3日））。

對於應否擴大行政命令權的範圍，甚至包括放寬法律保留與授權明確性原則之要求與承認自主行政命令權等問題，論文審查人基於過去威權體制之專制遺毒，行政與立法兩權長期為一黨掌控，立法院長期是行政院的立法局，故對本文論述表示高度的憂慮。再者，就如同另一位論文審查人所指出的：我國法律的規範密度並不高，行政命令的施展空間並不小；行政效率似乎不因行政命令權而受影響。筆者認為兩位審查人的意見十分中肯，的確是討論此問題所不能忽視的面向。但是特別是從第五屆大法官開始「扶立法，抑行政」的釋憲趨勢，以及解嚴後的民主化發展，我們也看到了國會運作的問題。在諸多管制領域，如前述的塑化劑或養殖場動物排洩物的管制等，國會

最後，可以再加上憲政體制與民主正當性的考量。吾人可以說議會內閣制因為是一元民主，所有行政權的權力基礎都是源自於有民主正當性的國會，所以行政權很難宣稱其擁有自主性。但正因為行政權與立法權兩權水乳交融，沒有必要區分你我，所以行政權在實質上被授與質與量皆十分可觀的行政命令權。甚且是因為這種過度授權的歷史經驗，才致使戰後德國的基本法強調法律保留與授權明確原則，而法國1946年的第四共和憲法比德國更為極端，乾脆直接在憲法條文中明文禁止國會將抽象規範制訂權移轉出去。但是物極必反，為了行政效率，第五共和憲法則直接在憲法中規範命令的領域，以免因國會制肘而使行政權無法施展。在1962年總統改採直選後，戴高樂強化行政權與公權力尊嚴的憲政改革計畫總算完全到位。至此，法國的半總統制也與美國總統制一樣，因為總統直選而形成二元民主制。在半總統制下，以內閣為中心的行政權同時享有由民選總統與國會所傳輸而來雙重民主正當性。在此背景下，行政權的自主性已經可以找到其正當性基礎，而此自主性存在的目的，就是要讓行政權能有效施政。

(二) 重塑法律尊嚴

行政命令權，特別是自主行政命令權的範圍愈大，似乎國會制定法律的權力就相對變小；二者好像是處於零和關係。從量的角度來看，這樣的想法並不算錯。但權力的消長，並不能僅看「量」的關係，還要慮及「質」的關係。舉例來說，假設行政權的總範圍或總事項共有一百項，若憲法將其中的八十項分配給總理，只留二十項給總統。從量的角度上來看，總理的權力應是大於總統的權力。但若是總統所有的二十項權力中，包括總理與內閣成員的任免權，命令的簽署與拒絕簽署權，法律覆議案的簽署權，以及主動解散國會

為了選票利益不惜對抗專業行政部門之立法或修法建議，任令公共安全、衛生與環境被破壞的事實，亦俯拾皆是。從而，重新思考法律與行政命令各自的定位與角色，可以算是可能解決前述諸問題的一個起點。

的權力。我們還能說總理的權力大於總統的權力嗎？事實上，「量大而質輕」還不如「量少而質精」。法律若是過於嘮叨，總是充滿次要與細節性的規範內容；這就如同一個縣長或市長親自去管某一個特定公園邊的路邊停車格一樣，只會降低自己的地位與尊嚴。

在盧梭思想的法律觀中，法律是全民共同意志的展現。在此概念下，法律必須包含兩個特質：一是普遍性，亦即規範效力平等地及於政治社群中的每個成員；二是可及性或是可理解性，亦即是社群中的每個成員都能夠接近並理解法律。立法工作只是將人民都理解且同意的規範內容予以成文化，以確保其安定性而已。然而，一旦法律涉入過於專業的領域，它的普遍性便受到影響；因為有大多數人與此法律無直接關係。如果法律規範中充斥著技術性用語，它的可及性與可理解性也會大打折扣，甚至多數人都無法理解。今日法律的危機或其質變，正是在於其涉入過於專業的領域，或是充斥著技術性或專業用語¹⁴¹。加以國會議員未必樣樣精通，又有必須完成立法的時間壓力。一旦法律範圍廣泛，待審法案堆積如山；最終只會導致混亂且粗糙的立法成品，而此結果本身已經嚴重戕害法律之權威與尊嚴。更不用說因不當立法，窒礙難行；致使有些法律可能方才公布施行，卻馬上就被迫要修法調整其內容。如此一來，更是傷害法律權威的重要來源，那就是法律的安定性。

除了多嘴嘮叨、粗糙混亂與變動不定外，因民主選舉所形成的國會，有時也會使法律成為「被俘虜的法律」。簡單地說，如果有某個或數個強大的利益團體，對於某特定事項是否規範或如何規範有強烈的定見，則國會可能受其左右。在此情形下，不論是國會拒絕規範特定事項¹⁴²，或是在法律中作特定之規範¹⁴³，都可以說是

141 TERRÉ (F.), *La crise de la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 25, Paris, Sirey, 1980, p.19.

142 舉例來說，我國立法院在賭博性電玩問題已經造成嚴重的社會問題時，雖然輿論壓力大，卻仍遲遲無法完成立法。一直要到1996年檢警高層與賭博性電

被俘虜的立法權或是法律。一旦法律成為利益團體的禁臠，它又如何能有崇高的尊嚴？又如何能自我宣稱是全民意志的展現呢？

基於前述，將法律與行政命令的領域作區分，讓立法者專心地議決真正重要且具普遍性的事項；將次要之技術性與專業性的部分交給行政命令來處理，其實並不會減損國會的權力，反而能有助於重建法律的尊嚴。更不用說在半總統制或總統制下，行政權已經有其自己的民主正當性來源，它應也可以參與政策選擇。特別是總統因其選區比較大，而且行政官僚因不直接對外負責，且其行為受到比較嚴密的規範控管；加上若是公務人員體制採常任文官制而有職位保障者，則與立法權相比較，行政權是相對較不容易被俘虜的¹⁴⁴。一旦其有一定的自主空間，則較能擺脫議事延宕的困局，進而能有效回應實際施政的需求。

三、自主行政命令之省思

從前述各國行政命令制度的發展歷程與實際運作情形來看，行

玩業者互利共生的周人蔘案爆發之後，立法院才在2000年通過電子遊戲場業管理條例。而在此之前，自1990年起，行政權為回應外界壓力，以行政命令進行電玩業之管制，最終被大法官以違反法律保留原則而宣告違憲（參見司法院釋字第514號解釋）有關電玩管制的立法歷程，可參見司法院釋字第646號解釋理由書第二段。

143 前註128所引美國有關香菸標示與香菸廣告的管制過程，即是很好的例子。

144 反之，議員的選區小於總統的選區，而且其在議場之行為以自律為原則，對外不負責任；又有政治獻金管道可以規避受賄或貪瀆的管制。再者，議場表決是集體行為，不容易個別課責。更不用說要阻撓立法進程，只要少數即能發揮一定的功效。利益團體只要以低成本掌握少數議員，即能有效延宕，甚至阻止或主導特定政策方向之立法行為。國內近年司法判決中有少數案件以貪瀆的觀點來譴責被行賄或俘虜的國會議員，如中藥商公會全聯會遊說特定立委為其爭取調劑權，或牙醫師公會全聯會支付2,440餘萬元給立委，請其爭取將口腔疾病列入健保給付等。後者於2011年9月26日的二審判決中，涉案立委皆被判有罪。但同案的一審判決則被告均被判無罪。法院的見解反覆，正可以顯示被俘虜或被收買的議員，要以法律對其進行管制並不容易。此外，此處必須再強調一點，本文所討論的是國家立法權與行政權之關係，而不涉及地方自治團體內部之行政權與立法權的關係。以我國地方自治團體為例，地方行政權就未必比地方立法權更不容易被俘虜。

政自主不僅是權力分立原則下的必然結果，同時也是現代行政權面對多元複雜且快速變動之行政任務所不可或缺的運作空間。但是在民主原則與法治原則的要求下，行政自主或行政保留不能等同於行政恣意，所以仍然需要一套監督制衡機制以維持行政效率與人權保障間的平衡。

（一）我國能否承認自主行政命令

行政權為實現其任務必須訂定抽象規範，而且行政命令在國家規範體系中不論就質或量來說，都佔據極為重要的地位。只是在民主原則與權力分立原則的要求下，行政權所享有的抽象規範制定權必須受到監督與節制。就本文所分析的幾個國家來看，美國法強調權力分立與人民參與，英國法則尊重國會主權而由國會決定授權範圍。雖然英美兩國在法制面上不承認自主行政命令，但事實上大量的國會授權，讓行政權在訂定行政命令時，實質上享有很大的自主空間。德國法除了具內部規範性質之行政規則享有自主性外，其他對外生效的行政命令都需要有國會授權。法國法之自主行政命令的範圍超越德國法上內部規範之限制，甚且可以包括對外生效的行政命令。歸納各國制度，吾人可以說制定抽象規範乃行政權為實現其法定職務所不可或缺的一部分，且其在行使此項規範制定權時，得享有不同性質與程度的自主性。

我國現行憲法有關行政權之規定與法國第五共和憲法相似，是否我國在法制面上也可推導出自主行政命令權？這個問題可由規範面與現實面等兩個面向來分析。先就規範面而言，我國現行憲法之規範結構並未強調國會至上原則，而同時把行政院與立法院界定為其所轄權限範圍內的最高機關；但是立法院並未因之而獨佔所有抽象規範制定權。舉例來說，在中央與地方均權的憲法架構下，立法院應不能將地方的自主空間剝奪殆盡。例如司法院大法官在釋字第550號解釋文第二段說：「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所

需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，但於不侵害其自主權核心領域之限度內」；釋字第527號解釋文一開始也說：「地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。」同樣涉及組織權的部分，如憲法增修條文第三條第三項規定有關國家機關之職權、設立程序與總員額等事項，立法院得為準則性規定。以法律解釋方式詮釋此條文，當可推知制憲者認為除憲法明定之事項外，立法院原則上不得介入行政組織權。此條文賦予國會例外介入行政組織權的可能性，但限定於準則性規定。換言之，行政權為組織其轄下行政機關所訂定的行政命令，應享有一定程度的自主性；國會不得透過法律完全予以架空。再者，修憲後的總統選舉改為全民直選，行政院院長因由總統直接任命，致使行政院也可由總統那裏分享到部分民主正當性基礎。對於民選總統為落實其選舉政見而主導的政策變遷，司法院大法官肯認民選新總統因擁有民主正當性基礎，得以影響行政院變更其政策¹⁴⁵。此外，除了早年強調的五權分治、平等相維外，大法官近年來也開始強調行政特權與憲法機關之核心權力範圍等概念¹⁴⁶。雖然大法官所強調的行政特權或核心權力範圍似乎是圍繞著具具體個案性質的人事決定權，但它並未將抽象規範制定權排除於外。從而就規範面來說，不論是憲法條文本身的規範方式，還是釋憲機關所詮釋的內容，在我國現行憲法架構下，應該可以推導出自主行政命令的合法性¹⁴⁷。不過，與法國第五共和憲法不同之處在於法國的自主命令，有憲法上的明示規定。而我國的行政自主性，則是由憲法條文推導而來。在此背景下，會留下以下難題：如自主行政命令的自主性強度為何？範圍為何？其能否涉及人民之權利事項？

145 參見釋字第520號解釋理由書。

146 此乃釋字第585號解釋解釋文第一段與第二段論述中之用語。另亦可參閱釋字第613號解釋文。

147 另可參見陳淳文，前揭（註3）文，頁135-139。

就理論與現實面而言，自主行政命令權的範圍廣狹，又與分權制衡及治理效率密切相關。現今行政權任務繁多，一方面因任務性質而有緩急之分，另一方面在其執行過程中，又無處不與其人民發生互動關係。如果國會與行政權之間沒有十分良善的合作方式，則必然會出現因法律規範不足或法律規範不完備，而使得行政權因缺乏規範而陷於無法有效施政的情境。更遑論因政黨對立競爭而致使立法停滯不前，或是立法者陷於壓力團體交織影響的泥沼中而無法作出政策決定。還有立法者本身的立法技術與立法品質問題，也會出現即使沒有政治衝突或利益糾葛，卻可能僅因立法者之疏忽或是立法品質過於粗糙，而使得行政權綁手綁腳，難以施展。特別是在行政管制領域，它常與公共利益、公共安全或甚至是急迫性息息相關，並且會因管制措施而涉及人民權利。如果在此領域內過度強調法律保留，施政效率必受影響。如司法院釋字第612號解釋所涉案例，即是頗具代表性的案例。大法官在這號解釋中放寬法律保留與授權明確的要求，認為主管機關為實現其管制任務所訂定的命令並未逾越法律授權的範圍。不過，612號解釋算是比較例外，在大部分情形下，不論是大法官¹⁴⁸或最高行政法院¹⁴⁹，都是採取嚴格的

148 如釋字第313號、第432號、第491號、第522號、第570號、第581號及第586號等解釋。

149 如最高行政法院90年判字第383號、90年判字第1372號、91年判字第1593號等判決。試舉最高行98年判字第210號判決為例，其判決內容謂：「未按行為時食品衛生管理法第32條第1項所規定違反同法第19條第1項之處罰內容，僅係「處新臺幣3萬元以上15萬元以下罰鍰」、「1年內再次違反者，並得廢止其營業或工廠登記證照」、「對其違規廣告，並得按次連續處罰至其停止刊播為止」，顯無可以直接命令行為人「應立即停止刊登」之授權規定。故行為人如繼續刊登違規廣告，依法僅得按次連續處罰，基於法律保留原則，主管機關在無法律明文授權下，自難擅自作成命行為人「應立即停止刊登」之行政處分。詎原處分書主旨欄除載明「處罰鍰15萬元」外，並命「違規廣告應立即停止刊登」，顯然已逾越法律授權之範圍，就此而言，原處分適用法律容有違誤，訴願決定及原判決未加糾正，仍予維持，亦有未洽，上訴人雖未就此指摘，但本院調查高等行政法院判決有無違背法令，本不受上訴理由之拘束。爰依上訴聲明，將原判決關於維持命上訴人立即停止刊登違規廣告部分廢棄，並將該部分之訴願決定及原處分均撤銷。」法院嚴格的態度可見一斑，

態度。這樣的嚴格態度必有助於人權保障，但也會影響施政效率。反之，若承認在法律不備的情形下，得有一定程度的自主命令，則有助於提昇效率。

為協調二者之間的平衡，本文以為「自主行政命令」中的「自主」，應該包含兩種不同層次的自主強度：首先是嚴格意義下的「純自主」，它足以阻止或對抗其他權力的入侵。此種「純自主」可由憲法規定而來，也可能來自權力分立的基本理念。如我國地方自治規章的自主性，應屬憲法規定而來的「純自主」。而行政權訂定內部抽象規範（行政規則）的自主性，則屬源自於權力分立理念而衍生出的「純自主」。其次是寬鬆、廣義的「準自主」，它其實應該被理解成在沒有其他抽象規範存在的前提下，行政權得以主動先行地訂定抽象規範，但此「主動先行權」並不是先佔先贏，它尚不足以阻絕其他權力的介入；本文以為我國的職權命令即能作此理解。而這兩種不同程度的自主命令，皆能被納入廣義的「行政保留」的概念裏。

（二）自主行政命令權僅是一種主動先行權

法國第五共和憲法所明文承認的自主行政命令，在法律性質上可被定位為「純自主」的行政命令。但法國實際運作經驗卻使其呈現出比較趨近於「準自主」的性質。事實上，連在第五共和憲法將自主行政命令權予以憲法化以前，法國行政法院判例所肯認之自主行政命令，也都僅具有「準自主」的地位。換言之，不論憲法是否予以肯認，自主命令之自主性的內涵，在實際上都傾向於是一種主動先行權。為何會如此？其理由如下：

首先，就憲政體制的特性而言，半總統制與議會內閣制都是以

連上訴人都不爭執的事項，法院卻主動介入，要求嚴格的法律保留或法律授權。

行政權向立法權負責的制度邏輯為其基本架構。二者的不同僅在於前者將由總統所掌握的部分行政權抽離出來，而此抽離部分可免於國會的直接監控。但在行政向立法負責的基本架構下，在形式上是行政權臣服於立法權之下，因為總理與部會首長多來自國會，或是要獲得國會多數席次的支持；在實質上則是行政權駕馭立法權，因為行政權的首長通常都會是國會多數黨的領袖，或是具有整合國會多數席次的能力。由於行政、立法兩權合一，抽象規範被選擇以命令或法律的形式呈現，除了憲法明文規定的事項外，其實選擇規範形式的主導權在行政權手上，而選擇的考量則以制定規範的效率與成本為中心。由於國會立法途徑往往程序繁複，交易成本高，所以通常不會是優先選擇。但在命令先行之後，若規範內容確實涉及諸多利益，在少數黨或其他壓力團體的壓迫下，該爭議規範內容最終還是會回到國會場域，以立法的方式予以解決。在行政權得以駕馭立法權的情況下，行政權沒有堅持特定命令之規範內容不能變成法律之一部分的理由；至多僅是要付出比較多的程序、時間與交易成本而已。換言之，選擇以命令形式主動先行，是制度邏輯下的自然傾向；但是並不存在以主動先行之命令對抗法律的制度上理由¹⁵⁰。就算憲法賦予自主命令具有行政保留的地位，在行政權能掌控立法權的情形下，選擇立法途徑雖然成本較高，但可強化規範之民主正當性；故仍是於必要時會被選擇的途徑。

其次，就規範位階秩序而言，不論是自主命令還是衍生命令，它們的法律位階都還是命令；它們畢竟不能凌駕於法律之上。一旦二者的規範內容相衝突時，命令僅能退讓。然而就算某法律侵入憲法明定的命令領域，該法律位階仍在命令之上，只是該法律有可能

150 美式總統制的分權架構似有讓國會獨佔抽象規範制定權的制度特徵，但是地位趨近於對等的兩院國會制度，使得立法程序更加繁複費時。行政權為因應實際施政需要而被大量授權訂定抽象規範，也成為該制的自然傾向。但由於抽象規範制定權本屬國會所有，故行政權也找不到任何法律理由來支持命令得以對抗法律。

因為違憲而被廢棄。換言之，自主行政命令就算享有行政保留的地位，在法體系應有之規範秩序下，也無法對抗「法律優越原則」¹⁵¹。從而，自主行政命令至多僅是一種抽象規範的先行訂定權，但這種主動先行權並不足以對抗國會的法律。

若將自主行政命令權的行政保留理解成僅具主動先行權的性質，且其並不足以超越法律優越原則；則一方面符合我國憲法五權分治彼此相維之精神，同時也不致破壞憲法所規定的規範位階秩序。更重要的是讓行政權享有此主動先行訂定抽象規範的機制，一方面可提昇行政效率，滿足實際行政需求，但又讓國會保有監督與最終的決策權。而在此「抽象規範訂定權的保留僅是一種主動先行權」的想法下，我國憲法可以被詮釋為不僅肯認行政保留，尚包括司法保留與考試保留。司法院大法官新近的釋字第682號解釋，即討論考試院有關考試資格與考試方法之抽象規範訂定權。該解釋的多數意見認為基於憲法設置考試院獨立行使職權的意旨，凡涉及考試專業判斷之領域，其他權力機關應予以適度尊重；對於法律保留原則與授權明確原則的要求，應降低強度，司法權也應採寬鬆審查態度。林子儀大法官在其協同意見書第四點第四段如此闡述：

然專門職業人員考試之及格標準，究其事務本質，並非屬必須由立法者以法律規定之絕對國會保留事項；且及格與否之標準，已涉應試及格者是否具有專門職業執業所需之專業素養之判斷，應屬憲法設考試院所賦予之職責，並為考試權專業判斷之核心領域，故如立法者對該等事項未為法律規定或授權考試主管機關以命令補充規定時，考試院非不得本其職權訂定相關規範補充之，否則即難順利辦理考試。是就考試方法如應考科目、及格標準、評分標準等，立法者如以法律規定者，其規範應以框架性規定為宜，以給予考試

151 如我國憲法第一一六條、第一二五條與第一七二條之規定，皆彰顯法律優越(位)原則。

主管機關專業判斷之空間，如此方符憲法設考試院，賦予獨立行使考試權之意旨。惟如立法者就該等事項已以法律予以規定，考試機關之規定仍不能與之抵觸。

這段論述闡明考試保留與考試自主的必要性，同時也強調考試院主動先行訂定的抽象規範，仍不得對抗法律優越（位）原則；其主張與本文有關行政保留的前述見解相近。雖然該號解釋中對於司法審查態度應該寬或嚴¹⁵²，以及考試權的核心範圍仍有不同意見¹⁵³；但至少對於憲法五院架構下的各院應如何互動，重新予以思考。而就行政權而言，其應主動積極作為並回應外界需求的自主性強度，應該遠勝於考試權。所以在考試保留都可以被討論，甚至是可以被接受的情況下，更遑論行政保留了。

陸、結語

不論行政權首長的產生方式為何，行政權都必須有或多或少的自主性。法國近兩百年來的憲政經顯示，完全受立法權掌控的行政權，必然因議會體質本身的無效率，而導致國家整體施政的無效率。這種施政無效率的環境，正是孕育獨裁者的溫床。所以國會固然要盡力馴服行政權，但也要避免完全征服行政權，以免權力部門間失去制衡或牽制機制，終至完全摧毀權力分立原則。至於行政權的自主領域究竟為何？自主空間究竟有多大？不同的憲政體制會有不同的情形，似乎不會有一個標準答案。就比較法的觀點來點，議會內閣制基於一元民主與國會至上原則，在制度上不容易承認行政保留；但在事實上，除了為因應實際行政需求而容許相當程度的裁量與作為空間外，行政權至少在純機關內部規範上，享有自主權。

152 參見本號解釋李震山等三位大法官之部分不同意見書。

153 參見本號解釋陳新民大法官之不同意見書。

美式總統制乃屬二元民主制，但因採嚴格的權力分立原則，行政權本不應訂定抽象規範。然而除了內部規範外，因總統所傳遞的民主正當性，以及必須執行法律的憲法義務，實務上行政權訂定抽象規範的自主空間亦是十分寬闊。至於半總統制，在二元民主體制下，行政權因總統直選所傳遞的民主正當性，似亦應享有一定的自主空間；但在行政必須向立法負責的議會內閣制之骨架下，行政命令權也不應完全逸脫於國會的控制之外。折衷之道就是透過憲法界分行政命令與法律的範圍，或是在法律未規範且施政需要的情況下，承認自主行政命令的合法性與規範效力。這些不同憲政體制對行政權之範圍雖存有差異，但並不排除可以找到共通於各體制間的公約數。簡言之，個案的處分權，緊急命令權及一定程度的自主抽象規範訂定權（可能僅對內發生效力，或甚至到對外亦發生效力者），可以說是行政權基於其本質所該擁有的權力；吾人可稱其為行政權的「本質領域」¹⁵⁴。其本質領域若遭到國會或其他權力部門過度侵蝕，必使施政陷入困境。反之，承認一定程度之行政命令的自主空間，不僅有助於行政效率，也能提升法律的權威。

我國行政程序法公布施行後，仿照德國的法規命令與行政規則之二元設計，將可能存在的自主行政命令權完全壓縮在行政規則之內；而立法者若欲介入此領域，行政權似亦無有效對抗機制。原來中央法規標準法第七條中的職權命令，究竟與行政程序法如何配合？遂成為值得討論之議題¹⁵⁵。在另一方面，我國總統改為全民直選後，行政權自己也取得一定的民主正當性，是不是除了內部行政規則之外，事事都要仰賴立法院？也引起很多討論。我國大法官早

154 筆者認為「本質領域」的概念較「核心領域」更為適當。

155 參見蘇永欽、法治斌、陳敏、董保城，〈「職權命令之過去、現在與未來」學術研討會議議題討論〉，《臺灣本土法學雜誌》，11期，頁93-130（2000年6月）；許宗力，〈職權命令是否還有明天？〉，《行政法爭議問題研究》（上冊），頁339以下（2000年）。

自南京時期所作的解釋¹⁵⁶開始，即曾強調我國憲政體制乃「五權分治、平等相維」之體制；而此種詮釋在本質上係與國會至上原則相違。在戒嚴威權體制下，司法實務與學者多強調五權間之分工與協力，避免論及制衡的概念。解嚴後，大法官才開始積極論述權力分立原則之內涵¹⁵⁷。然而「分工」、「合作」或「協力」的概念不能完全為「制衡」的概念所取代，但行政權之本質領域也不能完全犧牲於國會的監督制衡下。

不過，法國第五共和憲法下的自主行政命令權雖然範圍廣泛，且也不僅限於不對外生效的內部規範，卻沒有變成行政權濫權的工具。究其主要原因，至少有以下三點值得吾人注意：首先，在法式半總統制的憲政運作下，議會內閣制仍是其基本骨架；行政權總是與國會多數相結合。只是當總統與國會多數是屬相同勢力時，總統主導行政權。而在左右共治的情形下，行政權原則上由總理掌握。在行政立法總是合一的情況下，一旦政府所欲訂定之自主行政命令權之內容甚為重要，尤其涉及人權部分，即使非屬憲法所規定之法律領域，政府仍得，並且在實務上亦常以法律案方式送交國會研議與表決。憲法僅限制國會不得越權進入行政權領域，但沒有禁止行政權將其權限移轉至國會。換言之，因為不曾出現少數政府，所以自主行政命令權並未成為行政權對抗國會的工具。其次，在行政命令的抽象司法審查上，法國制度亦甚為完備。在法國現今的行政命令中，有一種類型稱為「諮詢過中央行政法院的命令」，其意思為行政命令之草案必須送交行政法院審查後，方得公布施行。其法源來自憲法第三十七條第二項，實務上凡是重要的命令¹⁵⁸，都會經過

156 參見釋字第3號解釋。

157 參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，《權力分立新論》，頁183以下（200年增訂2版）。

158 以2007年為例，政府公布的命令共有1,834個，其中有792個命令是「諮詢過中央行政法院的命令」。2006年的比例為1728/765，2005年為1641/707，2004年為1432/562。

此一程序。其次，在命令公布後，即使尚未適用於個案，反對者也能直接對此命令向行政法院提起撤銷訴訟。最後，法國行政法院自20世紀初起，就援引「一般法律原則」(les principes généraux du droit)的概念來監督行政權，用此不成文的抽象概念來作為撤銷各種行政行為的法律基礎。在1959年的一個重要判例中¹⁵⁹，中央行政法院特別強調：即使在沒有任何法律規範的情況下，所有行使行政命令權的主體，仍受特別是由憲法前言所推演出來之一般法律原則之拘束。換言之，在法律尚未進行規範，而行政權以命令進行規範時，不僅不能抵觸憲法與其他法律，也不能違背行政法院透過其判例所宣示的一般法律原則。基此，在行政法院的監督下，侵害人權的自主行政命令在未造成實際侵害前，很可能早已被行政法院阻止或撤銷。這三項法制特徵對於自主行政命令權的運作，有相當程度的影響。我國的行政權固然在形骸上與法國第五共和十分相近，行政權似乎也為了施政效率而主張應有自主行政命令權。但由於我國之行政法院不能於事前審查行政命令，且並未必能勇於使用憲法與法院自己所創造的一般法律原則，來作為審查行政命令的基準，司法法院大法官對於命令的審查在程序上又較為遲緩。於此情形下，自主行政命令權即有異化的可能性；更不用說在程序上行政院與立法院多數相對立的情況下，自主行政命令權更可能成為對抗國會立法權的工具，吾人焉能不慎。

159 C.E. 26 juin 1959, Syndicat general des Ingénieurs-conseils, *Rec.* 394.

參考文獻

1. 中文部分

- 立法院秘書處編（2009），立法院公報，98卷70期，頁173-214。
- （2011），立法院公報，100卷74期，頁535-554。
- 吳庚（2010），行政法之理論與實用，增訂十一版，台北：自版。
- 李建良（2010），法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析——試觀台灣法治國圖像的一個剖面，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁650-653，台北：元照。
- 李震山（2009），行政法導論，修訂八版，台北：三民。
- 許宗力（2000），論法律保留原則，法與國家權力，頁179-195，台北：自版。
- （2000），論國會對行政命令之監督，法與國家權力，頁269-300，台北：自版。
- （2000），職權命令是否還有明天？論職權命令的合憲性及其適用範圍，行政法爭議問題研究（上冊），頁339-360，台北：五南。
- 陳敏（2009），行政法總論，修訂六版，台北：自版。
- 陳淳文（2008），現行行政命令合法性審查之檢討——以不利益處分所引發之司法審查為中心，黃舒芃主編，2007行政管制與行政爭訟，頁105-169，台北：中研院法律所籌備處。
- 湯德宗（2000），三權憲法、四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院 INS v. Chadha 案評釋，權力分立新論，增訂二版，頁533-608，台北：自版。
- （2000），大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析，權力分立新論，增訂二版，頁183-312，台北：自版。

- (2003), 論行政立法之監督——「法規命令及行政規則」章起草構想, 行政程序法論, 增訂二版, 頁211-276, 台北: 元照。
- 黃錦堂 (2010), 權力分立之憲法解釋——兼評釋字第520、585、613、633、645號解釋, 法令月刊, 61卷9期, 頁4-25。
- 董保城、蘇永欽、法治斌、陳敏 (2000), 「職權命令之過去、現在與未來」學術研討會, 臺灣本土法學雜誌, 11期, 頁93-130。
- 廖義男 (1998), 評析司法院大法官對依法行政原則之解釋——專論法規命令之違憲審查, 劉孔中、李建良主編, 憲法解釋之理論與實務, 頁62-63, 台北: 中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 蘇永欽 (2002), 職權命令的合憲性問題, 走入新世紀的憲政主義, 頁252-275, 台北: 元照。

2. 外文部分

- Barthelemy, Joseph (1912), L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public, R.D.P., tome 29, n° 3 pp.507-540.
- Benoist, Charles (1907), Parlements et parlementarisme, in Société de législation comparée, Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, tome 2. Paris: L.G.D.J. pp.289-313.
- Bressman, Lisa Schultz (2000), Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State, 109 Yale L.J. 1399-1442.
- Cann, Steven J. (2006), Administrative Law, 4th ed., Thousand Oaks: Sage Publications.
- Carré de Malberg, Raymond (1920), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris: Sirey.
- Chevallier, Jean Jacques, Guy Carcassonne et Olivier Duhamel (2002),

- La V République: 1958-2002, Histoire des institutions et des régimes politique de la France, 10^e éd, Paris: Armand-Colin.
- Dicey, Albert Venn (1931), Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London: Macmillan.
- Drago, Guillaume (2006), Contentieux constitutionnel français, 2^e éd. Paris: P.U.F.
- Duguit, Léon (1907), Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875, in Société de législation comparée, Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, tome 2, Paris: L.G.D.J.
- Ferneuil, Thomas (1894), La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre, Revue Politique et Parlementaire, n^o 1, pp.18-26.
- Frier, Pierre-Laurent (2004), Précis de droit administratif, 3^e éd, Paris: Montchrestien.
- Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal et F. Rolin (1997), Les Grands avis du Conseil d'Etat, Paris: Dalloz, pp.63-68.
- Laferrière, Édouard (1896), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris: Berger-Levrault.
- Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois (2005), Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15^e éd, Paris: Dalloz.
- Montesquieu (1831), De l'esprit des lois, Paris: Lebigre Frères.
- Moreau, Félix (1901), L'initiative parlementaire, tome XV, R.D.P., pp. 241-263.
- Redford, Emmette S. & Roscoe C. Martin (1969), Democracy in the Administrative State, New York: Oxford University Press.
- Redor, Marie-Joëlle (1992), De l'Etat légal à l'Etat de Droit: L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914, Paris:

Economica.

Rosenbloom, David H. (2000), Retrofitting the Administrative State to the Constitution: Congress and the Judiciary's Twentieth Century Progress, 60 Pub. Admin. Rev. 39-46.

Rousseau, Jean-Jacques (1762), Du contrat social, Amsterdam: Amsterdam.

Saleilles, Raymond (1905), Procès-verbaux des séances et documents du congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, tome 1, Paris: L.G.D.J.

Sunstein, Cass R. (2000), Nondelegation Canons, 67 U. Chi. L. Rev. 315-343.

Terré, François (1980), La crise de la loi, Archives de philosophie du droit, tome 25. Paris: Sirey.

Turrin, Dominique (1994), Contentieux constitutionnel, 2^e éd, Paris: P.U.F.

Waldo, Dwight (1948), The Administrative State, New York: The Ronald Press Co.

Zoller, Elisabeth (1999), Droit constitutionnel, Paris: P.U.F.