

論行政程序法上行政命令的類型與 程序設計應有之取向*

黃銘輝**

摘 要

本文從「促進思辨民主」、「實踐正當行政程序」等理念出發，針對我國法上行政命令法制的規範與實踐，在功能、分類以及程序設計上，提出三點反思。首先，本文指出行政命令與行政處分間，以及行政命令與行政契約間，所具有的功能替代以及互補的可能性。其次，辯證職權命令在我國法秩序下可能的定位，並檢討行政程序法修法將職權命令納入規範的實益。最後則就我國未來行政命令訂定程序應有的內涵以及對應的命令類型，提出體系性的建議。本文對於行政命令法制機能的澄清和確認，以及多元最適的命令類型與程序架構的建議，適可作為吾國行政法制邁向「行政程序法 2.0」的改革參考。

* 投稿日：2018年3月16日；接受刊登日：2018年9月28日。〔責任校對：莊佩芬〕。

作者由衷感謝匿名審查人提供諸多寶貴意見，並已於論文中參酌回應，惟一切文責當由作者自負。本文初稿曾發表於中央研究院法律學研究所2017「行政管制與行政爭訟——行政程序法2.0」學術研討會，對於該場次主持人廖義男大法官以及評論人詹鎮榮教授所給予的指正與建議，謹此致謝。同時亦感謝國立臺北大學法學碩士廖立楷、侯少鈞，法律學系碩士班研究生張子芸，以及國立臺灣大學法律學系碩士班研究生黃宏仁、黃奕華等同學，在資料蒐集和校對上的協助。

** 國立臺北大學法律學院副教授。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/20610132.pdf>。



關鍵詞：行政命令、定型化行政契約、職權命令、正式聽證、思辨民主、正當程序。

目 次

壹、前言	二、「職權命令」與行政程序法：序曲或是輓歌？
貳、行政命令制度功能的再確認	肆、行政命令正當法律程序的再建構
一、行政命令與行政處分的競爭關係	一、行政命令的訂定程序控制概說
二、行政命令對行政契約的互補作用	二、「公聽會」與「正式聽證」：獨舞或是雙人探戈？
參、行政程序法中命令類型規範的再辯證	伍、結語
一、行政程序法應確立為我國行政命令體系的基本法	

壹、前言

我國行政程序法自2001年施行迄今，已逾19個年頭。回首20年前，當時的行政法學界，對於是否有訂定行政程序法的必要？如果要訂定，法律規範的範圍應該包含哪些行政行為類型？還存有激烈的爭執¹。而時至今日，行政程序法已經成為政府機關日常行政適用

1 例如陳新民大法官當時即曾為文反對，主要的原因是認為當時臺灣的法制環境還不夠成熟（「我國司法官特考自1991年起，律師高考更遲至1995年才開始將行政法納入考試範圍，對大多數的司法人員而言，行政法知識的嫻熟根本不能與民、刑法相提並論，一旦貿然實施行政程序法，將會發生『以教科書為作為審判依據』，此種非成熟的法治國家所應有的現象」），參見陳新民，行政程序法的立法考慮——是否達到「立法成熟期」的問題（下），司法周刊，835期，2版（1997年）。吳庚大法官在其經典教科書當時的版次，則以法規命令列入行政程序法乃美國的立法例，在我國只要透過授權明確性與國會監督條款，即足資對行政命令為事前與事後之實質監督為由，反對行政程序法將行政命令納入

最頻繁的基礎性法規，也往往是行政法學界在探討行政實務上的爭議問題時，思考的起點與終點²。當年通過這樣一部「各國立法例上章節最多、行政行為最多、條文總數最多」的行政程序法³，它的開闢、前瞻，並沒有因此變成部分人士所預言的，使得這部法典成為無實效的裝飾品，而是成為引領我國行政法治化的重要推手，印證了行政程序法第1條所揭示的「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴」立法目的，是一個可以被實證的理想。

在這些理想中，與所謂「行政民主化」關係最密切的行政行為，無疑就是行政命令。

19年前行政程序法的誕生，不拘泥於——深深影響我國行政法總論發展的——德國行政程序法的立法模式，在行政處分與行政契約之外，同時參考美國聯邦行政程序法的立法，納入「法規命令及行政規則」一章，使得我國行政程序法的規範範圍，同時涵蓋了具體特定以及抽象一般的行政行為，強化了「正當行政程序」理念落實的廣度與縱深。而如今，望向下一個20年，在既有良好的基礎上，應該要為如何的革新，才能夠使得行政程序法中行政命令一章的規定，繼續它富有開創性和實用性的生命？

值此法務部公布「行政程序法部分條文修正草案（第一階段）」之際，本文擇定三項與行政命令相關的爭議問題，提出「三再」反思。首先為「再確認」：藉由實務案例的批判性檢討，分析

規範，參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂3版，頁476（1996年）。

2 例如在實務上爭執非常久的，在授益處分被廢棄而溯及失效的情形，行政機關得否逕自作成處分命相對人返還（反面理論）？抑或必須向行政法院提起一般給付訴訟始可？學說和實務往往就是從行政程序法第127條第1項公法上不當得利之規定開始討論起；而這個學界爭執許久、實務見解又不統一的問題，最終則是在2015年立法院增訂行政程序法第127條第3項的規定，才終於蓋棺論定。

3 鍾瑞蘭，我國行政程序法之修正與展望，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程序法之最新發展，頁320（2013年）。

行政命令與行政處分、行政契約與行政契約在制度上的分工，以釐清、確認對行政命令在行政行為體系中應有的功能角色。其次為「再辯證」：當年法務部公布行政程序法以「法規命令與行政規則」而非「行政命令」作為章名的結果，使得程序法施行未久，實務界與學界即陷入了「法制上是否容許『職權命令』存在空間」的爭議，經過多年討論，儘管學界多數似乎已經有了傾向肯定的結論，但本文將嘗試從更「程序」的觀點，辯證行政程序法將職權命令納入規範的實益。最後的「再建構」，則是要在大法官解釋將「正當法律程序原則」於行政領域進一步具體化為「正當行政程序」的今日⁴，探討行政程序法上命令訂定程序的設計是否足以涵容實務上的需要？命令的程序設計應採取的層次（「陳述意見+聽證會」？或「陳述意見+公聽會」？還是「陳述意見+公聽會+聽證會」？）與其應有之內涵為何？希望本文的寫作，能夠為下一階段行政程序法中命令一章的研修，提出一個既能澈底實踐程序正義理念，亦能適應當代多樣行政任務需要的制度建議。

貳、行政命令制度功能的再確認

一、行政命令與行政處分的競爭關係

（一）美國法觀點：機關採用「規則制定」（rulemaking）抑或「行政裁決」（adjudication）為其裁量權限

一般國內學者在提到行政機關行政行為形式的選擇自由時，頗

4 大法官解釋以「正當行政程序」一詞描述正當法律程序原則在行政法領域的落實，已行之有年。例如司法院釋字第709號解釋即謂：「……主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之**正當行政程序**」（粗體為作者所加）。另請參見司法院釋字第731號、第739號解釋。

多引用德國行政法總論的文獻，以「競爭與取代」、「等價與擇一」等詞彙形容「行政處分」與「行政契約」這兩種行為形式彼此的關係⁵，見諸行政程序法在行政契約一章中，條文多次出現「代替行政處分之行政契約」的文字⁶，可知此種學理的說法，在實定法亦可以獲得支持。相較之下，行政處分與行政命令間，則鮮有以「競爭」、「取代」、「擇一」等詞彙描述者。此或係由於行政處分與行政契約同屬「具體特定」的行政行為，兩者功能上具有替代性並不難理解；至於行政命令，則屬「一般抽象」的行政行為，從「『抽象』漸次『具體』」行政過程的角度，將其視為機關在作成行政處分之前階段的行政行為，當較符合一般人對行政行為形式體系功能的理解。也因此，要承認處分和命令兩者間具有替代作用，殊難想像。

然而，在美國行政法上，探討行政機關為履行職權應如何為合目的性的行為形式選擇時，文獻的議論焦點，卻是建立在行政機關在「行政裁決」（行政處分）與「規則制定」（行政命令）⁷之間，具有選擇空間的前提之上⁸。這樣的論述取向，主要是建立在一個

5 參見黃錦堂，行政契約法主要適用問題之研究，收於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁11（2002年）；林明鏘，行政契約與行政處分——評最高法院八十八年度判字第三八三七號判決，臺大法學論叢，33卷1期，頁103（2004年）；江嘉琪，行政契約與履行行政契約之行政處分，中原財經法學，14期，頁3（2005年）。

6 行政程序法第136條、第137條第2項、第142條等條文參照。

7 美國聯邦行政程序法（Administrative Procedure Act，以下簡稱APA）上的程序設計，主要是對應到兩種實體行為類型：一為「規則」（rule），另一則為「裁決」。APA將「規則」定義為：「為執行、解釋或規定法律或政策、或說明機關之組織、程序或業務，具有普遍或特別適用之性質，且向將來發生效力之機關聲明之全部或一部」，5 U.S.C. § 551(4) (2011)，其義顯與我國的行政命令相當；「裁決」的定義為：「凡機關對法規制定以外之事項，所做最終決定之全部或一部，至於其形式為核准、駁回、禁止或宣告者均在所不問」，5 U.S.C. § 551(5) (2011)，其內涵則與我國法上的行政處分相類。

8 See, e.g., PETER L. STRAUSS, ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 356 (3d ed. 2016); GARY LAWSON, FEDERAL ADMINISTRATIVE LAW 472 (7th ed. 2016); ALFRED C. AMAN, JR., ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 473 (3d ed. 2014).

認知之上：「個案的裁決同樣具有樹立法律準則的效用」⁹。此種說法對於習於以大陸法系的思考模式（尤其是受純粹法學派法位階秩序理論的影響）的臺灣學界而言，乍聽之下固然難以接受，但對浸淫在「法官造法」的「習慣法」（common law，國內通常譯作「普通法」）國家，法律規則的形塑本來就是法院個案裁判的「副產品」（by-product）¹⁰，而美國聯邦行政程序法中「行政裁決」向來就被認為具有「準司法」的屬性¹¹，延續這樣的理解反而是理所當然之事。正因承認行政裁決和規則制定都有形塑法律準則的效果，在APA並未有任何行為形式強制的規定的情況下，行政機關對於規則與裁決的選擇具有裁量權，以「競爭」一詞形容裁決與規則兩種行為形式彼此的關係，並無罣礙¹²。

9 ALFRED C. AMAN, JR. & WILLIAM T. MAYTON, ADMINISTRATIVE LAW 103 (3d ed. 2014); see also JERRY L. MASHAW ET AL., ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM, CASES AND MATERIALS 761 (7th ed. 2014) (認為個案裁決和規則制定程序同樣都是行政機關宣示和實踐一般性政策的管道)。

10 See STRAUSS, *supra* note 8, at 356.

11 See Martin Shapiro, *Administrative Discretion: The Next Stage*, 92 YALE L.J. 1487, 1488 (1983).

12 本文此處著重於美國習慣法（普通法）的論述脈絡，審查意見則提醒作者可另從憲政體制的角度切入分析，畢竟美式總統制與臺灣憲政體制下對行政權可能存在不同的理解，進而影響到美國法理論對於我國法的可類比性。作者認同審查意見所指出之面向，畢竟憲政體制對於公法制度的成形與運作，影響確屬深遠。然而，從形式上觀之，臺美憲政體制的差異並不當然構成本文借鏡美國法的阻礙，蓋1997年修憲後，我國中央政府體制已經往總統制偏移，不僅是憲政實際的常態，就憲政規範的解釋上，亦有所本（對於將我國定位為實質總統制的主張，參見湯德宗，論九七修憲後的憲法結構——憲改工程的另類選擇，收於：權力分立新論（卷一）——憲法結構與動態平衡，增訂3版，頁36-45（2005年）；黃錦堂，論當前的行憲政策與憲法解釋，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務（五），頁9-15（2007年））。再者，就實質面而言，行政部門在法律授予裁量權時，即有權進行個案裁量，不僅係總統制國家常態，內閣制國家亦如是，蓋德國法上行政裁量亦係以主管機關就個案作成為原則（參見陳敏，行政法總論，9版，頁182-183（2016年））。故總統制下總統擁有獨立於國會之外的民主正當性此一特徵，對行政行為的影響，主要應係表現在當行政權擺脫內閣制「議會（法律）支配」思維的控制後，可擁有多大的自主立法與政策形成空間。意即：行政實際上可享有多大的「準立法」（規則制定）的權力。而本文此處關懷的是機關就規則與裁決的行為形式選擇問題，自以承認行政擁有一定的準立法權限為前提。為使內文更加聚焦在命令與

當然，承認裁決和規則具有競爭關係，並不代表兩者的法律意義是完全等價，美國聯邦最高法院在1947年的名案*Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*¹³，由Frank Murphy大法官主筆的多數意見，即有如下之宣示：

與法院不同，行政機關具有透過規則制定的程序，制定向將來生效的命令的權力，在控股公司法的架構下，證券交易委員會實在沒有什麼非得藉由個案裁決去形塑管制標準

處分競爭關係的探索，故對於總統制下行政權的角色，不擬深入探討。關於憲政體制對於對行政立法的影響，中文文獻可參見黃舒芃，行政命令，頁72-74（2011年）（以雙首長制定我國憲政體制，並以此進一步反思我國行政從屬於「議會（法律）支配」的空間大小）；英文文獻，*see generally* SUSAN ROSE-ACKERMAN, CONTROLLING ENVIRONMENTAL POLICY: THE LIMITS OF PUBLIC LAW IN GERMANY AND THE UNITED STATES 8-16 (1995)（認為美式總統制的憲政結構，在制度上國會缺乏誘因去形成一系列具有邏輯一貫性的立法，因而令行政部門擁有廣大的決策空間，但在此同時，也帶給國會一個建立控制官僚行政系統執法過程機制（包括國會監督、公民協力與司法審查）的誘因）。

- 13 *See Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194 (1947). 本案俗稱“*Chenery I*”，以示與1943年俗稱“*Chenery I*”的*Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943) 有別。*See Roy A. Schotland, A Sporting Proposition — SEC v. Chenery, in ADMINISTRATIVE LAW STORIES* 169, 178-83 (Peter L. Strauss ed., 2006). 兩案的案例事實背景則屬同一，位於德拉瓦州的「聯邦自來水服務公司」（Federal Water Service Corp.，以下簡稱Federal）依照公共事業控股公司法（Public Utility Holding Company Act）的規定申請重整，Federal的股東同時也是負責人的Chenery在請求將其持有的B類普通股（Class B common stock）轉換為重整公司的普通股，為聯邦證券交易委員會（SEC）拒絕後，在重整期間買進原本被SEC認可的重整計畫中，被容許可以轉換為重整後公司普通股的Federal優先股（preferred stock），以求能夠保有重整後公司的控制權，但SEC透過裁決修正了原先的重整計畫，拒絕了Chenery股權轉換的請求。Chenery不服提起訴訟。在*Chenery I*的判決中，多數意見判定SEC當初的裁決理由，對於法院裁判先例理解有誤，且不容許SEC嗣後增補理由，將SEC的裁決撤銷發回。SEC再次啟動裁決程序，但裁決結果依然是否准了Chenery股權轉讓的請求，但這回SEC提出了不同了理由——SEC基於其證券交易管理與公司監理的專業，認定公司內部人在重整期間買入公司股票，將造成利益衝突而屬於法律所不許的「不正」（fraud）或「不當的管理」（mismanagement）行為。Chenery不服SEC的決定，主張SEC在之前並未提出相關的規則，其裁決應屬無效。然最終聯邦最高法院在*Chenery II*以行政機關有行為形式選擇的自由支持SEC的決定。

的道理，最好還是盡可能透過具有準立法性質（quasi-legislative）性質的規則制定程序，頒布向將來生效的命令，來填補法律規範的空隙。但是，若是命令之中有任何過於嚴格之處，又會讓行政程序缺乏應有的彈性，減低機關處理特殊個案問題的能力。故並不是所有與行政機關確實有效執法攸關的法律原則，都能夠或應該立即以命令的型態呈現，有些原則的成形必須等待它的成長，針對特殊的個案或難以預見的情事去調整。為了要實現上述的重要職能，因此必須允許行政機關有得以採用一般性規則或是個案性裁決的選擇空間¹⁴。

質言之，在 *Chenery II* 案中，法院並不掩飾其對於行政機關採用規則訂定程序的偏好。但是，法院同時也體認到行政裁決個案式的決定有其價值，行政為了順遂實現其任務，必須保有讓法律規則可以藉由個案漸進演化的空間（a very definite place for the case-by-case evolution of statutory standards）¹⁵。學界的態度，亦與法院實務相仿，在行政機關執法必須樹立新的執法準繩時，傾向鼓勵行政機關以規則制定而非行政裁決的方式為之。蓋因使用裁決的方式可能會有以下（規則制定所沒有的）的缺陷：

1. 較差的決策品質：受到原告適格（standing）要件的影響，可以參與行政裁決提供機關意見的人數較規則制定為少；行政機關的決策容易被裁決事實所侷限，失去宏觀的政策視野¹⁶。
2. 較低的決策效率：透過行政裁決樹立執法準繩，程序的耗費

¹⁴ *Chenery II*, 332 U.S. at 202.

¹⁵ *Id.* at 203.

¹⁶ See RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 299 (5th ed. 2009).

高於規則制定；而且透過個案裁決所抽譯出來的行為準則，其內涵的清晰度往往也會不如在規則直接明文¹⁷。

3. 較欠缺政治可課責性（**political accountability**）：規則制定程序的草案預告程序，提供了國會和總統一個可以影響聯邦行政機關政策決定的管道；相較之下，行政裁決則容易給行政機關迴避其他政治部門問責的機會¹⁸。
4. 較薄弱的公平性：倚賴個案裁決樹立執法準繩，對當事人可能造成突襲性的溯及影響（**retroactivity**）¹⁹；且機關有可能會在前後的案件——不論是有意或無意——形成不一致以致於影響公平性的結果；相對地，規則制定則可廣泛給予利害關係人——在行政裁決程序中難以獲得的——公平參與程序的機會²⁰。

然而，儘管規則制定表面上有著較多的優勢，但學界始終沒有關閉行政機關透過行政裁決樹立執法基準的大門。畢竟個案裁決給了行政機關較大的執法彈性，特別適合用於最新的、尚在發展中的、變異性高的或是變遷迅速的行政事務²¹。也因此，美國行政法學界現已少見去挑戰行政機關應否有選擇裁決抑或規則的裁量權

17 *Id.* at 299-300. 需注意的是，使用裁決程序的成本較高，除了類似的個案必須以嚴格的程序重複裁決的勞費之外，主要的原因是因為裁決程序的進行，幾乎都是以「兩造爭訟式」的「正式」程序為之；不像規則制定，是以「非正式」的「預告暨評論」作為主要的程序基準。

18 *Id.* at 300.

19 這是行政裁決程序被認為會造成極度不公（**unfairness**）結果的主要論點。See STRAUSS, *supra* note 8, at 359. 行政裁決所造成的溯及影響也是讓Robert Jackson大法官之所以在*Chenery II*裁判公布三個月後，仍補行提出措辭嚴厲（引用馬克吐溫的名言：「你愈解釋，我愈不懂」（*The more you explain it, the more I don't understand it*）諷刺多數意見，*Chenery II*, 332 U.S. at 214）的不同意見書的主要原因。Schotland, *supra* note 13, at 186.

20 STRAUSS, *supra* note 8, at 300-01. See also DANIEL L. FELDMAN, *ADMINISTRATIVE LAW: THE SOURCES AND LIMITS OF GOVERNMENT AGENCY POWER* 152 (2015).

21 STRAUSS, *supra* note 8, at 358; AMAN & MAYTON, *supra* note 9, at 101.

限，而是把論述重心擺在建立可以評估行政機關的選擇是否合目的性的指標²²，以避免行政機關濫用其選擇自由²³。

(二) 我國行政實務：命令與處分壁壘分明，晚近甚至有將命令作為機關作成處分的必要前提之趨勢

如前所述，行政處分與行政命令的競爭關係，在我國似乎是個陌生的觀念。甚至在司法實務的實踐上，行政法院甚至有將機關頒布命令和作成處分當作是一個前後有別、具有接續性的行政過程。例如在論究交通標誌的法律性質時，行政法院即曾表示如下見解²⁴：

道路交通管理處罰條例第4條第3項規定：「前項道路交通標誌、標線、號誌之指示、警告、禁制規定、樣式、標示方式、設置基準及設置地點等事項之規則，由交通部會同內政部定之。」由此規定中，立法者將道路交通標誌、標線、號誌之指示、警告、禁制規定、樣式、標示方式、設置基準及設置地點等事項，授權交通部會同內政部以法規命令予以訂定。而交通部目前發布有「道路交通標誌標線號誌設置規則」，對於各種標誌、標線、號誌之設置條件、

22 例如有學者歸納出行政機關在選擇規則抑或裁決時，應綜合考量以下八項參數：(1) 該事務程序的正當性需求 (procedures)；(2) 機關推動新政策信念的高低 (the degree of agency commitment to new policies)；(3) 溯及以及嗣後效果的影響 (retroactivity/prospectivity)；(4) 預期行政行為要受司法審查的範圍 (scope of judicial review)；(5) 「一貫性和一體性 vs. 個別性」 (consistency and uniformity vs. individuation)；(6) 事件要求明確性及公開性的程度 (clarity and publicity)；(7) 公平性 (fairness)；(8) 規劃整體性的需要 (planning)，see STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 499-501 (7th ed. 2011).

23 有學者解讀 *Chenery II*，認為多數意見僅表示，決定使用裁決程序或規則制定程序的權限「主要」由行政機關決定，並非「專屬」於行政機關 (“primarily,” not “exclusively”)，故法院如認定行政機關濫用其形式選擇權，例外仍可推翻其選擇結果 (儘管事實上此種案例相當罕見)。LAWSON, *supra* note 8, at 494.

24 最高行政法院98年度裁字第622號裁定。

地點、方式等詳為規定，俾使交通主管機關據以執行。交通主管機關再依上開規則於各地點設置交通標誌、標線、號誌，由是乃形成「法律、法規命令、行政處分」層次分明之交通法規體系，足證禁制標線之性質非屬法規命令，而是行政處分。

從判決理由中的這句「由是乃形成『法律、法規命令、行政處分』層次分明之交通法規體系」，可見在行政法院心中，命令和處分的體系地位是迥然有別，因此既然已經有「道路交通標誌標線號誌設置規則」此一命令在前，接下來依其所為的行政行為必然是處分。但如果我們說依法行政是一個法律規範層層具體化的過程，何以見得在有了法規命令之後，接下來的具體化行為，必定就是處分，而沒有再用一個具有一般性，但內容更具體些的命令去遂行行政目的的空間²⁵？行政法院的論理，顯然沒有正視行政機關該享有的行為形式選擇的彈性。

若謂上述行政法院的裁判，只是就其判斷結果（將交通標誌定性為行政處分）的客觀描述，主觀上法院並無壓縮行政機關行為形式選擇自由的意圖，那麼，以下這個最高行政法院針對政府採購法第31條第2項第7款所做的判決，則是明顯擴張了行政命令在行政過程中的地位，剝奪了行政機關依法所享有的個案裁決自由：

政府採購法第31條第2項第8款（按：已於2020年5月22日修法改列為第7款）規定所稱之「其他經主管機關認定有影響

25 關於交通標誌的法律屬性，學說上的討論，參見陳敏，交通標誌之法律問題，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（中冊）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁181-205（2002年）；李建良，交通標誌、標線、號誌之法律性質及其救濟問題——兼評台北市政府相關訴願決定，收於：曾華松大法官古稀祝壽論文集編輯委員會編，義薄雲天·誠貫金石：論權利保護之理論與實踐——曾華松大法官古稀祝壽論文集，頁723-746（2006年）；張文郁，交通號誌、標誌、標線之性質及其救濟，台灣法學雜誌，157期，頁109-115（2010年）。

採購公正之違反法令行為」，係指特定之行為類型，事先經主管機關一般性認定屬於「影響採購公正之違反法令行為」，而非於具體個案發生後，始由主管機關認定該案廠商之行為是否為影響採購公正之違反法令行為²⁶。

本文以為，最高行政法院的見解，實有商榷之餘地：

1. 上開條文：「其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」之規定，其法條用語實在是看不出來立法者有強制行政機關必須得就影響採購公正的違法行為，必須在事前以一般性命令予以認定的立法意圖。猶有進者，「認定」一詞若純粹從文義上理解，更適合與「個案決定」連結，畢竟所謂的「認定」，通常必須建立在一定的事實基礎之上。將「認定」限定在事前須以法規命令為通案性的決定，文義上並沒有太大的說服力。
2. 推敲立法者之所以在法條列出各款應追繳押標金的事由後，還要再增加概括條款，原因就是立法者自認為難以事先以文字，將可能影響採購公正的違法行為類型窮盡列舉，才要透過概括條款給予行政機關認定補充的空間。解釋上如果所謂的影響採購公正的違法行為可以事先預見其可能的態樣，而以命令做一般性的規範，立法者當可親自在法律中為之，何

26 最高行政法院102年度判字第770號判決。又，本於和此一判決相同的認知，最高行政法院繼之在104年度4月份第1次庭長法官聯席會議（一），做成如下之決議：「政府採購法（下稱本法）第31條第2項第8款（按：2020年5月22日改列為第7款）『其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為』，係法律就發生同條項所定採購機關沒收或追繳廠商押標金法律效果之要件，授權主管機關在同條項第1款至第7款之行為類型外，對於特定行為類型，補充認定屬於『有影響採購公正之違反法令行為』（本院103年度7月份第1次庭長法官聯席會議決議參照）。主管機關依此款所為之認定，屬於對多數不特定人民，就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法第150條第1項），具有法規命令之性質。」

勞行政機關之手²⁷？

3. 要將行政機關個案認定的空間完全封鎖，唯有立法者在條文中明確授權行政機關必須以命令的形式規範²⁸，然立法者若果真有委任立法的企圖，在立法技術上，通常的用語應當是：「○○○由主管機關定之」，例如同樣以政府採購法為觀察對象，政府採購法第36條第1項規定：「機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格。」旋即在同條第4項規定：「第一項基本資格、第二項特定資格與特殊或巨額採購之範圍及認定標準，由主管機關定之。」²⁹既然政府採購法針對押標金的追繳並沒有採取類此的規範模式，解釋上

27 需說明者，本文此處只是批判行政院將系爭政府採購法之規定的適用一概解為法規命令的不當。並非否定行政機關發布命令的權能。質言之，即使行政機關已經透過命令（甚至不一定得是法規命令，解釋性行政規則亦可）將政府採購法第31條第2項第7款具體化，行政機關依照條文所擁有的個案認定的空間，理論上永遠不會失去。

28 對於本文之主張，有學者指出：「我國法制對於行政命令與行政處分的分類，以及透過一般性與具體性的區分來限制行政機關的行為選擇空間，有其基於我國權力分立體制而來的考量為基礎。更具體而言，由於我國除了總統以外的行政權必須對立法權負責，其行為必須有法律上的依據，因此，究竟應以行政命令或行政處分的方式來行使職權，必須視法律如何規定，而不能一概回歸行政機關的自主判斷。」並建議本文針對後述主張：「以程序規範的適用來決定產出的實體決定之，應積極從我國既有的憲政架構之下論述何以此種主張得以成立。」然而，正是因為尊重法律的規定，加上考量權力分立下行政與立法兩權的分工，本文才無法認同最高行政法院之見解（在法律授予行政機關執法權限與權能，且未特別指定當為的行為形式時，強行課予機關頒布抽象法規的義務，完全抹煞其作成個案處分的空間）。畢竟，在權力分立的體制下，行政權相較於立法權的功能特色，便是在個案中將國家與人民權利義務關係明確化。質言之，法律一旦賦予機關執法的權限與權能，機關以處分的形式行之，正係符合行政權本質的作為。果若立法者要求行政機關先行形塑抽象規範作為執法基礎，則立法者應當在法律中明確為「訂定命令的授權」才是。當立法者有誘因也有能力去遮斷行政機關的行為形式選擇卻不為時，行政機關的行為形式選擇，即屬於合目的性的考量，而本文主張「以程序規範的適用決定實體決定的產出」，僅係眾多考量的判準之一，亦非全部。至於行文時之所以特別強調程序因素，只是為了凸顯國內學界以往思考此一問題過分拘泥於「先實體後程序」的框架而已。

29 類似的規範模式，亦可見於政府採購法第44條關於國內廠商優先決標的標準。

應該還是要承認行政機關在個案處分以及通案命令之間，享有選擇的自由較為妥適³⁰。

(三) 程序意義

從美國的行政法學說和實務的經驗，回頭反省臺灣目前的法制現狀，我國學界和實務界對於行政命令與行政處分兩種行為形式的競爭關係，顯然缺乏清晰的認知³¹。而在我國行政法向來習慣將「行政行為形式」連結「法律關係」與「權利義務關係」配置的思維下³²，將機關作成行政命令或行政處分的分野，以靜態的標準分離，本文以為，最大的損失，就是使得吾人在行政行為形式的判斷

30 時有獨到法律見解的最高行政法院吳東都庭長，在最高行政法院104年度4月份第1次庭長法官聯席會議提出的研究意見中，指出「於具體個案發生後，始由主管機關認定該案廠商之行為是否為影響採購公正之違反法令行為，不但有違法律安定性及預見可能性之法治國家原則，且無異由同為行政機關之主管機關於個案決定應否對廠商不予發還或追繳押標金，有失本法建立公平採購制度之立法意旨（第1條參照）。」是賦予上述行政法院實務見解實質正當性的有力論據。然而，本文仍欲強調，在立法者未明文限制的情況下，行政機關在執法時，究竟是先頒布行政命令抑或是直接作成行政處分將立法者的規範意旨具體化，應有選擇的空間。基於法安定性與平等原則，法院固然可以表現出對行政命令的偏好，但僅能鼓勵，而不能解為強制。本文以為，法安定性和平等原則，都僅是「原則」，必須和其他價值衡平才能決定最適的實踐狀態；況且使用裁決對於案件當事人所造成不公平的被剝奪感，只要行政機關恪守「行政自我拘束原則」，其負面效果其實可以得到相當的緩解。參見黃銘輝，法治行政、正當程序與媒體所有權管制——借鏡美國管制經驗析論NCC對「旺旺入主三中」案處分之合法性與正當性，法學新論，17期，頁137-138（2009年）。

31 一個對於本文可能的質疑是：美國法上承認行政機關在裁決和規則間有選擇自由，是建立在行政裁決也具有樹立法規範的功能此一前提，但這種說法在臺灣沒有根據，因此美國行政法的法理不適用在臺灣。本文認為，臺美之間法系的差異並沒有使得下層法律結構的概念差距大到如同人們想像的程度。蓋如前所述，美國法上承認行政裁決蘊含法規範的理由，就是認為行政裁決是一種「準司法」的行為，而我國學者在介紹行政處分概念的起源時，亦謂「行政處分概念原由行政法學者仿效法院之判決所塑造，經由法院之判例而逐漸形成」，參見翁岳生，論行政處分，收於：法治國家之行政法與司法，頁4（1997年）。故本文認為在檢討我國行政法制的運作時，美國法的經驗仍有值得借鏡之處。

32 對於傳統行政法操作過於偏重行政行為形式的批判，參見葉俊榮，從救濟管道到管制脈絡——論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議，收於：王必芳編，2008行政管制與行政爭訟，頁4-6（2009年）。

上，喪失充分融入更多政策以及具有程序觀點的意識。

詳言之，前述美國學界的論述，就是在接受規則和裁決具有競爭關係的認知下，學說致力發展出引導行政機關做出合目的性選擇的判準³³。其中「程序」這一項指標，就是要讓行政機關去考慮，系爭事務究竟是要用具有類司法性格（*trial-type proceeding*）的交互詰問（*cross-examination*），並以聽證紀錄作為行政決定基礎的手續；抑或是採用非正式的預告配合書面的評論，但讓任何人都可參與的手續，哪一個做出來的行政決定會具有較佳的程序理性而定³⁴。如果是前者，那麼行政機關最後的實體決定，就是「裁決」；如果是後者，那麼行政機關最後的實體決定，就是「命令」。換言之，不是用實體決定的屬性去決定程序規範的適用，而是反過來，以程序規範的適用來決定產出的實體決定之性質為何。此種思維固然顛覆，但卻可能是更能適應實務運作需要的，一種界定行政行為形式的新視點。

對於本文之主張，可能的質疑，便是認為依照我國目前行政法院實務將行政訴訟的程序標的限於具體的行政行為的做法，一旦行政機關選擇適用法規命令的訂定程序作成行政行為，則本文的主張將使得人民無法對此一程序的產物（法規命令）提起行政救濟，如此結果反倒對人民不利。本文承認此等憂慮有其道理，但問題恐怕並非出在本文的主張本身，而是國內學界與司法實務對於行政訴訟的機能以及法條釋義的認知過於狹隘所致。質言之，真正對人民造成不利益者，當是行政法院將行政救濟的程序標的自我設限於具體行政行為的做法。在行政訴訟法第2條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」明白揭示行政訴訟採概括審判權的原則下，行政訴訟法第8條的一般給付訴訟，在整個行政

33 相關判準，見本文前揭註22之整理。

34 BREYER ET AL., *supra* note 22, at 499.

訴訟的體系，應擔負起「補遺性訴訟」(Auffangsklage)之功能³⁵，按其條文文義：「因公法上原因發生財產上之給付或『請求作成行政處分以外之非財產上給付』」，原本就有涵蓋行政命令的可能，行政法院實務將此處的「非財產上給付」限縮在具體行政行為，反而是對人民訴訟權利增加法律所無之限制，而有違憲的疑慮。支持此等限縮解釋者，或係憂心行政命令乃針對不特定的一般人所為的規範，要是允許人民可直接以命令作為程序標的提起行政訴訟，恐將導致大量訴訟湧進法院。然本文以為此等看法亦屬過慮，畢竟即便放寬一般給付訴訟的程序標的使其涵蓋行政命令，行政法院仍得藉由訴訟權能與訴之利益等訴訟要件，過濾掉欠缺可裁判性(justiciability)的案件³⁶。

二、行政命令對行政契約的互補作用

(一) 行政命令遁入「定型化行政契約」的現象

在行政程序法施行之後，行政契約幾可說成為我國行政法中的

35 盛子龍，行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集(下冊)，頁205(2002年)。

36 實則，容許人民對命令直接提起行政訴訟，在今日我國實證法秩序上已非不可想像之事。針對具有法規性質的都市計畫以及都市計畫的通盤檢討變更，大法官在司法院釋字第742號解釋理由書，即指示立法者應修法容許人民對之提起行政訴訟(「又都市計畫(含定期通盤檢討之變更；下同)，因屬法規性質，並非行政處分，依現行法制，人民縱認其違法且損害其權利或法律上利益，仍須俟後續行政處分作成後，始得依行政訴訟法提起撤銷訴訟。然都市計畫核定發布後，都市計畫範圍內土地之使用將受限制，影響區內人民權益甚鉅，且其內容與行政處分往往難以明確區隔。為使人民財產權及訴訟權受及時、有效、完整之保障，於其財產權因都市計畫而受有侵害時，得及時提起訴訟請求救濟，並藉以督促主管機關擬定、核定與發布都市計畫時，遵守法律規範，立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫之救濟，應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」)，可見大法官亦認識到將行政訴訟的救濟功能拘泥在具體行政行為，對於人民權利保護實有不足。

顯學³⁷。行政實務上機關透過與民間廠商締結行政契約，合意推動公共事務的事例，亦日漸增多³⁸。國內學者對於行政契約法制的蓬勃發展，多基於行政契約有助於保護當事人權益、以契約補充及取代單方高權行為有助於減少人民抗爭、較處分更具彈性的本質有助於解決問題、宣示人民行政夥伴的功能、塑造親民的行政形象等原因，持正面的看法³⁹。本文在此無意對於契約法制的運用，對行政實務的貢獻與負擔做出廣泛的評析，但必須要指出在實務上行政契約日益頻繁的運用，可能是建立在其他行政行為形式不當的犧牲之上。意即，今日許多以行政契約為名的行為，實質上卻存在著被認定為其他行政行為形式的可能⁴⁰。而與本文主題行政命令最相關者，厥為實務上大量運用所謂「定型化行政契約」的現象。

關於實務上行政契約的運用，大多數皆以「定型化」的形式出現，國內學者已經累積了相當的觀察。例如林明鏘教授即曾指出，在我國行政契約的實踐，「不斷出現在大量行政中，每年都有數萬甚至數十萬件的『定型化行政契約』被締結，成為國家管制上的重要手段」⁴¹，氏並且肯定透過以定型化條款之行政契約可以帶來快速、

37 以台灣行政法學會的研討會專書為例，自行政程序法施行（2001年）迄2017年為止，行政法學會出版的19冊專書中，以行政契約為題名的，就佔了3冊之多，比例為所有行政行為形式之冠。林明昕教授甚至以「學者的最愛」形容行政程序法通過後，行政契約在學術研究領域颯起的風潮。林明昕，行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，收於：台灣行政法學會編，損失補償、行政程序法，頁315（2005年）。

38 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂15版，頁426（2017年）。

39 參見林明鏘，行政契約，收於：翁岳生編，行政法（上冊），3版，頁583-585（2006年）。

40 將私法契約解釋、認定成行政契約，就是其中的大宗，惟此涉及困擾國內學界許久的契約公、私法區分基準，且與本文的脈絡無關，故本文不擬深論。國內對於公、私法契約區別的著作，已幾近汗牛充棟，在此不一一列舉。晚近的文獻，請參見詹鎮榮（計畫主持人）、吳秦雯，公私協力行政之契約形式選擇自由研究——以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為中心，臺北市府法務局103年度委託研究案，頁187-212（2014年）。

41 林明鏘，我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程

大量履行行政任務的功能⁴²。江嘉琪教授亦指出「我國行政實務上的行政契約多屬定型化契約，多是由行政機關擬定契約範本，相對人僅有拒絕或接受的可能性，無法參與契約內容實質的形成。⁴³」

不惟學界如是，司法實務也樂於擁抱定型化行政契約此一概念，不見任何躊躇，例如被視為我國法制承認行政契約的指標案例司法院釋字第348號解釋，將醫學院公費生入學時簽訂的志願書、保證書解為行政契約，該號解釋楊建華大法官與吳庚大法官聯名提出的協同意見書，即表示如下之見解⁴⁴：

公法契約固應由行政主體與他造當事人就約定之內容自由達成協議，因意思表示合致而成立。惟行政主體受依法行政原則之拘束，簽訂契約恒以法規為依據，或逕以法規之規定，作為契約內容之一部，此種公法上之定型化契約，亦屬常見（本件之公費生於入學時先出具「志願書」，嗣於上述要點發布後，又簽訂「保證書」表示願遵守學校各種規定，係屬定型化契約之一種）。就此種契約而言，人民僅

序法之最新發展，頁123-124（2013年）。

42 林明鏘（註41），頁124。

43 江嘉琪，我國行政契約法制之建構與發展，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程序法之最新發展，頁217（2013年）。

44 參見司法院釋字第348號解釋，楊建華、吳庚大法官協同意見書。又，行政法院裁判實務，亦可見與兩位大法官思維脈絡一系相承的裁判，例如：「……行政契約（或稱公法契約）與私法契約之區別，學理上固有各種不同之學說，惟對具體之契約予以判斷時，則應就契約主體（當事人之法律地位），契約之目的、內容以及訂立契約所依據之法規的性質等因素綜合判斷。行政契約固應由行政主體與他造當事人就約定之內容自由達成協議，因意思表示合致而成立。惟行政主體受依法行政原則之拘束，簽訂契約恒以法規為依據，或逕以法規之規定，作為契約內容之一部，此種公法上之定型化契約，亦屬常見。本件……係屬定型化契約之一種。就此種契約而言，上訴人固僅有簽訂與否之自由，並無對其內容與行政主體協商修改之餘地，故其契約內容首重公平合理，不得使上訴人負不相當之對待給付義務。」（最高行政法院98年度判字第678號判決參照）

有簽訂與否之自由，並無對其內容與行政主體協商修改之餘地……。

然而，學界與司法實務習於接受「定型化行政契約」這樣的概念，甚至將其視為我國行政契約法制的特色，是否妥當，實不無斟酌的餘地。

行政行為形式的體系建構，可說是建立在諸多行政行為「概念特徵」的分野上而為開展，其中，「單方性／雙方性」的有無，可說是識別行政契約與其他行政行為的關鍵要素⁴⁵。而行政契約之所以能夠與「須相對人協力的行政處分」區分，就是因為其具有行政處分所無的核心要素——「雙方性」，意即在行政契約的情形，當事人的意思表示不單是影響法律關係的成立，也會影響到法律關係內容的形成。相較之下，須協力的行政處分仍屬單方行政行為，其中當事人的申請，其法律意義僅屬行政程序的發動，對權利義務內容形成不生影響⁴⁶；至於當事人的同意，頂多只能決定法律關係生效與否，而無法影響法律關係的實際內容⁴⁷。

若依上述國內行政法學建構行為形式體系的根本理解，在行政法的領域，如何能夠有「相對人僅有拒絕或接受的可能性，無法參與契約內容實質的形成」的「『定型化』行政契約」的可能？

實則，對於行政契約以附合契約的型態出現的現象，國內學界並非沒有質疑的聲音，例如林明昕教授即曾敏銳地指出，在我國實務上動輒被視為行政契約的保證書、協議書、乃至於大量存在的約聘僱人員的聘書，究竟有無（該當於契約的）意思表示存在？又，在契約內容已被法律綿密規範的情況下，雙方當事人根本無協商可

45 參見吳庚、盛子龍（註38），頁265-294；李建良，行政法基本十講，頁68-75（2011年）。

46 吳庚、盛子龍（註38），頁406-407。

47 陳敏（註12），頁311-312。

言，如是，與所謂的須經相對人同意的行政處分又有何異⁴⁸？葉俊榮教授則以全民健保的特約醫事服務機構合約為例，健保局事先公布定型化契約的方式作集體的處理，與高鐵BOT合約這種純粹是雙方當事人針對個案所形塑出來的情形有別。這種契約的條款都是事先公布，且一體適用，性質反而與對特定範圍當事人所下的行政命令更相近⁴⁹。

本文完全同意上述兩位學者的觀察，實務上所謂定型化行政契約的範本，既然就機關與人民間就某一事務領域的法律關係，片面地建立了具有普遍、一般的特性，且得以反覆適用的基準，上述特性對應到行政行為譜系中，明顯可看出其較適當的棲身之所，應當是行政命令，而非行政契約⁵⁰。行政機關基於此一命令進一步與個別人民成立具體的法律關係，若是完全沒有給予相對人任何磋商、調整的空間，則此一後續行為當具有處分的性質，只有在行政機關仍然願意在個案中給予當事人調整的空間⁵¹，方有成立行政契約的可能。即使人民這一方只能「微調」，其法律意義亦大不相同，畢竟此時人民的意思表示已經能夠影響到權利義務關係的內容，而使得整個法律關係從「單方」跨越到「雙方」，蓋行政行為的「雙方

48 林明昕（註37），頁326-327。

49 葉俊榮（註32），頁19。又，即使是對定型化行政契約抱持較正面態度的江嘉琪教授，在文章中也引用葉俊榮教授的見解，認為「在此情形下，實質的單方性相當濃厚，雖有合意的外觀，但無合意的實質；此時是否應將契約範本的制定認為屬於實質上歸命令的制定，而應適用命令制定程序的要求，是值得思考的問題。」江嘉琪（註43），頁217。

50 由於我國通說對於行政命令的容許性向採「除外說」而非「授權說」，意即行政機關毋須得到法律明文授權，只要法律沒有明文排除締結行政契約，即得選擇行政契約作為行政作用的方式。參見吳庚、盛子龍（註38），頁401-402。因此這些所謂「定型化行政契約的範本」，若實際上有法律的授權，則可定性為法規命令；反之若無法律的授權，性質上則與「裁量性行政規則」相近。

51 此處只需要行政機關「願意」給人民參與影響法律關係內容的空間，而使得實際上的權利義務關係內容有脫離該定型化範本的可能即為已足，並不以實際上的結果都與範本有異為必要。蓋即使最終的法律關係內容與範本相同，這個結果起碼是雙方「約定」出來，而非行政機關片面形成的。

性」僅要求雙方都能夠對於法律關係內容有參與影響力，並不要求擁有「同等」的影響力。

對於本文的說法，可能有的質疑，便是在行政程序法已經明文承認行政契約的今日，面對實務上大量使用行政契約的需求，行政機關以定型化的模式締結行政契約，減少個別磋商的成本，對於行政程序的簡化有所裨益。再者，定型化模式可達成契約內容一致性，符合平等原則的要求。更何況，民法承認定型化契約已經行之有年，法制上對於定型化契約的風險控制機制又已相當健全⁵²，行政契約與私法契約同屬契約關係，自無排斥使用定型化契約制度之理。

對於上述可能的質疑，本文的反論則是：正因為公法與私法有別，所以私法上的定型化契約，在公法未必有存在的必要。民事法律關係，在私法的最高指導原則——私法自治與契約自由——的支配下，契約本來應該要透過雙方本於當事人意思自主，在市場上交涉，達成合意後始得成立。而之所以發展出定型化契約的形式，乃是因應工業革命後，伴隨商品大量生產且規格一致而來的現象，企業必須藉由締結標準化的大量契約（mass contract）始得以因應現實商業營運的需要⁵³。因此從歷史發展的角度，定型化契約的存在，毋寧是私法契約自由原則一項脫軌的例外。但因為其存在確實符合當代社會經濟生活實際的需要，故民法學者討論的重點，都是著重如何透過法律規定，合理調整雙方當事人的權利義務關係，以避免大型企業藉由自身經濟力的優勢，創造出顯失公平的契約關係。

⁵² 民法第247條之1、消費者保護法第12條參照。

⁵³ 參見詹森林，最高法院與定型化契約法之發展——民法第二四七條之一裁判之研究，政大法學評論，94期，頁86（2006年）。See Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 COLUM L. REV. 629, 630-32 (1943).

然而，相較於民事法律關係的核心行為形式——契約，是從「個別」發展到「一般、大量、標準化」。公法關係中，行政機關如欲與人民形成大量規格化、齊一化的法律關係，已經有——私法制度所無的——行政命令與行政（一般）處分等制度工具可以倚賴，實無在公法領域另起爐灶，承認定型化行政契約的必要⁵⁴。何況處分、命令這些都已經是高度型式化之行政行為，其概念、體系、體系與體系間相互關係皆已大致穩定完備。既有的法體系概念可以處理的，為何還要新創概念，徒增煩擾。

（二）程序意義

如前所述，本文以為，學說與實務毫不猶豫地擁抱「定型化行政契約」此一概念的結果，就是讓本該以命令定性的定型化型契約約款，遁入了「行政契約」的範疇。而這樣的結果，從行政程序的角度，有以下兩點值得檢討之處：

1. 在行政機關從法律得到委任立法的授權發布該標準化約款的情形，該約款的正確定性應為法規命令。據此，行政機關必須遵循行政程序法上法規命令訂定的程序，最起碼應當踐行行政程序法第154條預告暨評論的程序，並且應依立法院職權行使法第61條之規定，送國會監督。相較之下，定型化行政契約的定性，則使機關完全迴避上述義務⁵⁵，形同讓這些

54 我們還可以進一步提問：如果行政機關一開始就打定主意由自己全權決定法律關係內容，人民只能選擇接受與否，不讓人民有絲毫影響法律關係內容之可能，那麼為什麼還要和人民訂立「行政契約」？意義何在？契約的本質意義，不就是在於當事人透過交涉，磋商、彼此的讓步，合意決定一個雙方都可以接受的法律關係內容嗎？

55 除了命令訂定的程序以外，若是如本文先前所述，行政機關嗣後在根據此一命令，與特定人民形成具體的法律關係時，並沒有給予人民任何可以調整法律關係內容的空間的話，此時的行政行為屬性應當是行政處分，而非行政契約，機關亦應踐履程序法上作成處分相關的程序義務。而由於行政程序法對行政處分的規範密度高於行政契約，相對人也因此可以獲得更多的程序保障。

標準化約款（法規範）的內容失去接受民主問責的機會，而使得整個行政過程出現不該有的「程序正當性赤字」。

2. 在行政機關未有委任立法的授權而自行頒布該標準化約款的情形，該約款的地位形同行政機關內部的行政規則。行政規則雖然在行政程序法上屬於低規範密度的行為形式，但至少仍有對外發布的手續要求須遵守⁵⁶。再者，在嗣後行政機關與人民締結行政契約（給予人民磋商空間的情形）的過程中，將這些標準化約款定性為行政規則，可以讓行政機關明確體認到這些條款僅具行政「內部法」的屬性，故不應該在締約之後再回過頭以其內容對抗契約當事人⁵⁷。而若是行政機關不給予人民磋商空間，單方依照行政規則的規定作成行政處分，亦可促使行政機關檢視法律關係內容有無違反法律保留原則（對人民權益增加法律所無之限制），而具有警惕的作用。凡此皆為現行「定型化行政契約」的法律定性所無法達到的制度機能。

綜上所述，面對實務上幾近氾濫的「定型化行政契約（約款）」，實應該將其導正，回到行政命令的場域，方可避免行政行為形式體系概念的紊亂。本文主張將這些標準化約款，以行政命令視之，並不是要扼殺行政機關締結行政契約的空間，相反的，正是要藉由行政命令預先、公開、一般、普遍的特性，讓行政機關後續在締結行政契約時，有一個清晰明確的指引；人民也可藉此對於可能

⁵⁶ 行政程序法第160條第2項參照。

⁵⁷ 例如我國租稅行政實務上的稅務協談，行政機關即嘗以「稅捐稽徵機關稅務案件協談作業要點」第13條規定「稽徵機關應儘量遵照協談結果辦理」，其中「儘量遵照」一詞，認為稅務協談結果並無拘束力。實則，此一作業要點，當僅具有行政規則的性質，稅務協談是否構成行政契約，仍得就個案中雙方磋商的過程以及具體結論分析方能確定。惟一旦雙方在協談時確實有意思表示一致成立契約的合意，那麼行政機關事後即不得以機關內部行政規則的規定，對抗外部人民。

締結的契約內容有所預見，並對接下來與行政機關的交涉預作準備，降低交易成本。是以，這種「行政命令+行政契約」的組合餐，兩者的互補，不僅有助於改善單一契約屬性定位所導致的程序正當性赤字，亦可以有效緩和行政機關個別締結行政契約，可能造成的行政效能和法安定性不足的缺陷。

然而本文在此仍欲強調，行政命令對契約法制的輔助，也就僅止於「緩和」上述缺陷而已。行政機關若果真要以行政效能（不想耗費太多諮商的程序成本）、法安定性以及平等（追求絕對一致性的行政實務）作為決策最優先的考量，不打算給人民絲毫調整法律關係內容的空間的話，那麼就該坦蕩蕩的採用「行政命令+行政處分」的組合餐，對之，實務上也才能夠有合乎法治國原則的、正確的法制對應。

參、行政程序法中命令類型規範的再辯證

一、行政程序法應確立為我國行政命令體系的基本法

儘管行政命令與行政處分都是「型式化的行政行為」（*Verwaltungshandeln der Formung*）中，發展最早、概念內涵最穩定的一支⁵⁸，但或由於在行政程序法制定之前，我國實定法上始終缺乏對行政命令清楚的定義性規定，因此行政命令反倒成為各種行政行為形式中，法律意義最渾沌不明的一種。葉俊榮教授即曾在文中整理出我國以往學說上對於行政命令的分類，可以有「二分說、三

58 關於「型式化行政行為」（或譯為「正式行政行為」）的概念介紹，參見林明鏞，論型式化之行政行為與未型式化之行政行為，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法理論——翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，頁341-345（1997年）；陳春生，行政法學上之非正式行政行為與行政指導，收於：行政法之學理與體系（一）——行政行為形式論，頁246-247（1996年）。

分說、四分說」之別，而各說內部又各有不同的次分類⁵⁹，行政命令分類與用語的混亂，可見一斑。

上述紊亂的情況，在行政程序法制定後，有了相當程度的改善，主要原因，是因為行政程序法在起草之初，即有「盡量達成行政法總則法典化」、「劃一實務上混亂的用語以釐清概念」的立法目標⁶⁰。因此，在行政程序法明文規定的「法規命令」與「行政規則」兩種命令類型，自然成為往後學界在探討命令法制時，共通的思考起點。

然而，啟人疑竇之處就在於，相較於行政程序法規範其他行政行為形式，皆直接以該行為形式最上位的概念為章名，例如第二章「行政處分」、第三章「行政契約」，唯有命令不以「行政命令」作章名，而是以下位的命令類型「法規命令與行政規則」為名，也因此在我國法制上是否容許有「職權命令」存在的爭議，即使在行政程序法制定之後，亦未止息。

本文以為，行政程序法確實應該具有我國行政命令體系基本法的地位，除了上述「行政法總則法典化」立法意旨的考察之外，另一個原因，便是原本與行政命令最具體系關連的中央法規標準法，由於多年未有修訂，本於後法優於前法原則，其規定若與行政程序法的規定有齟齬，自當以行政程序法為優先。再者，中央法規標準法，除了針對命令形式上的名稱有空洞的規定外⁶¹，就行政命令並沒有任何定義性的規定，勉強具有命令分類意義的國會監督條

59 葉俊榮，行政命令，收於：翁岳生編，行政法（上冊），3版，頁396（2006年）。例如同屬三分說，有認為命令可分為「緊急命令、法規命令與行政規則」，有認為可分為「法規命令、行政規章與特別命令」，亦有認為應分為「授權命令、職權命令與行政規則」者。

60 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，收於：行政程序法論，2版，頁241（2003年）。

61 中央法規標準法第3條：「各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」

款⁶²，其所採取的「授權」、「職權」的區分基準，又有被行政程序法中的「法規命令（授權）」「行政規則（職權）」吸收的餘地。因此，在中央的層級，將行政程序法視為我國行政命令的體系基本法，當毫無疑義。質言之，一切有關行政命令的定義、分類、效力以及程序要件等事項，均須以行政程序法的規定馬首是瞻。是以，解釋上即不應該存在某一種命令是「行政程序法所不欲規範的命令類型」這種說法⁶³。準此，現行行政程序法未規範職權命令，若非立法者有意否定職權命令的存在，即應解為法律的漏洞，值此行政程序法修法之際，應該要修訂將其納入，方為正途。「行政程序法2.0」面對這個二選一的選擇題，要選擇何方？

二、「職權命令」與行政程序法：序曲或是輓歌？

對於上述提問，法務部版的行政程序法修正草案，顯然是準備給一直以來妾身未明的職權命令，一個正式的名分。草案增訂第157條之1：

本法所稱職權命令，係指行政機關依其法定職權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。應以法律或法規命令規定之事項，不得以職權命令定之。

除了上述實體的規定外，在程序的部分，則於第157條之2增訂：

職權命令之訂定、修正、廢止、停止或恢復適用，準用第一百五十二條至第一百五十四條之一及第一百五十七條第三項之規定。

62 中央法規標準法第7條：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」

63 參見許宗力，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，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁356（2000年）；程明修，具有外部效力之行政規則，收於：行政法之行為與法律關係理論，頁335-336（2005年）。

這樣的選擇，固然與目前國內多數學者的主張以及行政實務的做法相符，但本文卻認為支持行政程序法將職權命令納入規範的論點，仍有需要進一步辯證與澄清之處。

（一）學說爭議整理

所謂「職權命令」，一般學說是將其理解行政機關未經法律授權，在法定職權範圍內，對多數不特定人民就一般事項所做抽象之對外發生法律效果之規定⁶⁴。此種命令是否為我國法秩序所承認，此一問題，國內學界在討論時，多半會以下列法條內容作為論述的基礎。

首先是中央法規標準法第7條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」早期行政法的著作多基於本法之規定，將行政命令的種類分為本條前段的職權命令以及後段的授權命令。但嗣後通過的行政程序法，則僅明定「法規命令」以及「行政規則」二種命令類型，並且採取德國法的模式，將法律「授權」作為「法規命令」要件，而行政規則則為行政機關依「職權」所頒布。在行政程序法通過之後，學界即熱烈討論職權命令應否存在的問題，嗣後立法院並增訂行政程序法第174條之1，規定「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」然而，上述實定法的規定，對於職權命令存在與否此一問題，仍然有一定的詮釋空間，以下即先簡單介紹及整理我國學界和實務對此一問題的論辯⁶⁵，再略抒本文的看法。

⁶⁴ 許宗力（註63），頁342；陳春生，行政命令論——中華民國行政規則之法效力研究，收於：台灣行政法學會編，行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究，頁96（2001年）。

⁶⁵ 早期釋憲實務（例如司法院釋字第155號、第172號解釋）基於「有組織法就有行為法」的立場，認為各機關法定職權內的事項，只要不抵觸憲法、法律，不

1. 肯定說

國內學者在論述職權命令的問題時，採取肯定立場者，早期多半從憲法第23條的「侵害保留」的精神出發，藉反面解釋，主張在不涉及限制人民權利的「給付行政」領域，應容有職權命令存在的空間⁶⁶。誠然，職權命令的承認與否，涉及到行政機關可否擁有獨立於立法者之外的規範制定權，此說的學者以「法律保留原則」作為論證的起點，方向當屬正確⁶⁷，然其問題性也在此，這種從侵害保留出發的主張，忽略了法律保留原則在我國的實踐，並非以「侵害保留」的姿態出現。此點可由樹立「層級化保留體系」的大法官司法院釋字第443號解釋以下的闡述窺知：

至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其

侵害人民權利，即可不待法律授權享有訂定命令的權限。本文以為這些釋字都是在法官對於法律保留以及授權明確性等原則尚未明確定義的時期，對於今日我們分析職權命令的問題，幫助不大，因此不擬詳加論究。

- 66 參見湯德宗（註60），頁245-247；法治斌，職權命令與司法審查，台灣本土法學雜誌，11期，頁101（2000年）。又，有學者在這個立場的基礎之上，進一步主張這樣的職權命令，還是有正當性不足的疑慮，所以應該一方面參考大法官解釋的內容，將職權命令的範圍，侷限在「執行法律的細節性、技術性事項，並且還要搭配行政的民主統制機制，透過事中的行政程序與事後的國會監督，補強其正當性。參見董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學雜誌，11期，頁93-98（2000年）。值得思考的是，董教授如是主張，已經把職權命令限定在「給付行政下執行法律的細節性、技術性事項」，職權命令的存在空間已然大幅壓縮，然後又要讓這些規範「細節性、技術性的給付事項」的命令受到嚴格的命令訂定程序的控制，完全棄成本效益的比例性於不顧，似有待商榷。
- 67 學說上亦有持肯定立場的學者，在探討職權命令時與「法律保留原則」脫勾，而以是否存在一個須執行的母法為論據，例如李震山大法官即表示：「具有執行、補充母法之一般性、抽象性法規性質的命令，不論是依授權或依職權訂定，在有母法存在且不逾越母法前提之下，皆有存在之意義。」參見李震山，行政法導論，修訂9版，頁326-327（2011年），李震山大法官此處的論述，與司法院釋字第189號解釋「省政府為保護勞工、促進勞資協調合作，於執行有關之中央法令時，如因其未臻周全，於不抵觸之範圍內，尚非不得訂定單行法規。」的思維當屬一致。

所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。

其中，「若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」以及「關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆」的敘述，點明了行政機關在未得到法律授權的情況下，除了不涉及重大公益的給付行政外，連干預行政都有依職權發布命令為必要規範的空間。準此，果欲從法律保留原則探究職權命令的存在空間的話，透過司法院釋字第443號解釋的「層級化保留體系」逆推出行政的自主領域，當比單純對「侵害保留」進行反面解釋得出的「給付行政」結論，來的更有說服力才是。

學界引述法律保留原則探討職權命令的存否，論證上的縫隙，根據作者觀察，一直到許宗力大法官「職權命令是否還有明天？」一文，才得到最全面的理論填補與支撐。

許大法官在文中強調，職權命令本身的建構應以權力分立「功能最適理論」為立論基礎，亦即權力分立本身的意義在於區分與配置每個機關的功能，按其事務之性質與內容，分配不同的國家事務給最佳條件之機關，以達成儘可能正確之目的，因此，基於行政機

關本身專業、彈性、效率以及快速的特性，有特定之事項無須法律授權，而由行政機關以命令為之，反而更能達成功能最適的目的⁶⁸。

在闡明職權命令存在之理論基礎後，許大法官進一步根據其對行政和立法的組織與程序結構分析，主張職權命令之適用範圍應限於「對人權影響輕微的干預行政，但不應以執行法律者為限」、「對公共利益與人權影響輕微的給付行政」、「迄未有法律因應的緊急事項」等⁶⁹，具體描繪了適用職權命令可能之情況。而面對實定法（行政程序法）的困境，許大法官則指出既然我國法律保留原則並非採取全面之法律保留，職權命令就會有存在的空間，此點並不會因為行政程序法第150條剔除職權命令之文字而改變⁷⁰。

在許大法官的大作之後，肯定職權命令存在的學者，大抵都是站在許大法官的論述基礎上，再做更細部的論證與推衍。例如黃舒芃教授即進一步指出，否定論者回歸行政規則與法規命令二分法架構的主張，忽略了德國基本法與我國憲法之體系上的差異，德國通說之所以採「法規命令／行政規則」二分法，有其內閣制「議會民主」、「議會支配」的背景，而在我國的憲政體制，行政權有其民主正當性的前提底下，承認職權命令並不牴觸我國之權力分立之結構⁷¹。程明修教授則剖析行政程序法第174條之1：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」的意旨，認為其

68 許宗力（註63），頁347-348。

69 許宗力（註63），頁348-354。又，許大法官儘管在文中表示其主張與單純的「法律保留逆推」不同。但本文以為，許大法官的主張，與司法院釋字第443號解釋「層級化保留體系」逆推出來的職權命令可存在的空間相較，僅多了「緊急事項」的規範，兩者差距有限，實可謂系出同源。

70 許宗力（註63），頁355。

71 參見黃舒芃，再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題，收於：框架秩序下的國家權力，頁255-256（2013年）。

並非如否定論者所言，是在否認職權命令的存在，該條文的規範意義僅是要求那些本來應該以法規命令之授權型態規定者，補正其該有的授權⁷²。莊國榮教授則主張，承認職權命令此一類型，並非在支持行政強權的復辟，而是為確保依法行政之原則得以落實，避免行政機關將其職權命令隱身於行政規則底下而自外於立法之檢視與監督⁷³。

2. 否定說

陳春生大法官對於行政命令的論述，著力甚深，氏在論著中向來一貫否定職權命令的存在，其認為相較於法規命令屬於立法權，行政規則之訂定則屬於行政權之範疇，兩者間不應該存有中間地帶的職權命令。且行政程序法對行政命令既已明確採二分法之架構，解釋上職權命令應即等同於行政規則；一旦採三分法之架構，職權命令在無法律授權的情況下對外產生規範效力，若進而承認此等剝奪限制人民基本權利之職權命令存在，即有違權力分立原則之虞⁷⁴。除了理論面的論述外，法條釋義上，陳春生大法官亦認為，行政程序法第174條之1的文義，已經對於職權命令的命令下了一個否定的「決斷」⁷⁵。再者，從體系解釋的觀點，中央法規標準法第7條之用語與行政程序法第160條第2項關於命令之用語相同，皆為「發布」，此二條文相互對照，將「法律授權+發布」解為法規命令；「法定職權+下達」解為行政規則，適用上亦可收前後一貫之效⁷⁶。

72 程明修（註63），頁354-355。相同見解，黃舒芃（註12），頁125-126。

73 莊國榮，職權命令的合法性及適用範圍，台灣法學雜誌，214期，頁17-18（2012年）。

74 參見陳春生，職權命令的概念與法理，月旦法學教室，17期，頁130（2004年）。

75 陳春生（註64），頁99。陳新民大法官對職權命令在理論上雖然未採取否定說，但對於行政程序法第174條之1的理解，亦與陳春生大法官相同。參見陳新民，行政法學總論，修訂9版，頁283-284（2015年）。

76 陳春生（註64），頁97、99。

而對於肯定說的主張，陳春生大法官主要是針對將職權命令限於給付行政領域的說法做回應，氏認為渠等主張雖有見地，但給付行政領域之範圍界定不清，且今日給付行政的實現產生效果雙面性的情況亦屬常見，意即在受益之外，亦時常伴隨著負擔、干涉之特性，以給付行政劃定職權命令存在的範圍，將容易導致適用上之疑慮⁷⁷。

（二）本文見解

肯定論者不管是從法律保留原則，抑或是權力分立機關功能結構的觀點出發，其實方向是一致的。蓋法律保留原則本即是處理行政與立法機關權限分配與互動的原則，自然與憲法上的權力分立密切相關。而同樣從權力分立切入，否定說的論述，則是將法規命令與行政規則視為立法與行政分工下的禁臠，否定行政機關制定有外部效力的法規範的主張。本文以為，否定說的見解或許有德國議會內閣制的背景，但卻未必符合臺灣權力分立的規範與現實。如果我們以美國為對照，在著名的*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*⁷⁸一案中，美國聯邦最高法院否定了杜魯門總統（Harry S. Truman）為接管鋼鐵工廠所發布的總統職權命令（executive order）之合憲性。據此，美國學界即有認為依*Youngstown*一案多數意見的裁判論理，等於是將立法權劃歸在國會專屬的範疇⁷⁹，易言之，在美式總統制嚴格的權力分立之下，行政是不可能享有所謂固有的立法權。但事實上並不是所有學者都以此種形式路徑來理解*Youngstown*的裁判論理以及美國憲法的權力分立結構。在*Youngstown*的多數意見書中，法院明確宣示「總統發布命令的權限，若非源自國會的授權，

77 陳春生（註64），頁98。需說明的是，早在行政程序法制定之前，學界即有將中央法規標準法第7條依「法律授權」與「法定職權」發布的命令，分別界定為「法規命令」與「行政規則」的主張，參見廖義男，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，收於：劉孔中、李建良編，*憲法解釋之理論與實務*，頁62-63（1998年）。

78 See *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

79 See Harold Hongju Koh, *Setting the World Right*, 115 YALE L.J. 2350, 2370 (2006).

便是來自憲法規定本身」⁸⁰，故亦有學者將此段敘述朝向承認總統在憲法上擁有一定的固有權力的方向解釋。至於該案的裁判結果，細究最高法院的理由，可發現法院將*Youngstown*一案的總統職權命令宣告違憲，主要原因在於多數意見認為憲法中並沒有任何條文明白授權總統可以命令政府接管私人財產；加上國會先前已經拒絕做這樣的授權，因此才宣告政府敗訴。由此可見，對於*Youngstown*一案所描繪出的美國總統制下憲法權力分立的圖像，實存在多種解讀可能⁸¹。行政從憲法上直接獲得事務權限，並且針對該事務發布具有外部效力的法規範，並非不可想像之事⁸²。

在臺灣今日的憲政結構下，行政院長既係由全民直選的總統所任命，堅持行政沒有獨立發布外部法規範的權能，實無憲法規範上或憲政實際上的基礎，因此，以權力分立原則否定職權命令的存在，此一論理的效度，誠值懷疑。此外，否定說對行政程序法第174條之1的主張，肯定說也已經做了充分的回應。相較之下，否定說對於在我國法律保留原則的範圍，並不採全面保留說的情況下，職權命令在「非法律保留」事務的存在可能，卻始終沒有有力的回

80 “The President’s power, if any, to issue the order must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself.” *Youngstown*, 343 U.S. at 585.

81 See ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 353 (5th ed. 2015); Jack Goldsmith & John F. Manning, *The President’s Completion Power*, 115 *YALE L.J.* 2280, 2283-87 (2006). 國內亦有學者借用Robert Jackson大法官在該案協同意見所提出來的權力分立分析架構，說明美國憲法上存在著「憲法位階的行政自主性」。廖元豪，論我國憲法上之「行政保留」——以行政、立法兩權關係為中心，*東吳法律學報*，12卷1期，頁9-10（2000年）。

82 前美國總統唐納·川普（Donald J. Trump）當年甫上任後，針對移民發布一連串的管制禁令，就不是以國會的立法，而是逕自發布總統職權命令做為根據，see *Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States*, Exec. Order No. 13769, 82 *Fed. Reg.* 8977 (Jan. 27, 2017)（川普在命令中將其發布的權源，訴諸於「憲法上的總統權限」以及相關法律，其中的相關法律，該命令泛指依據「移民與國籍法」（*Immigration and Nationality Act*）8 U.S.C. § 1101 (2010)以下的規定。所以其法律層次的正當性實際上是來自「執法」，而非法律的委任立法授權）。儘管上述禁令後續在聯邦法院引發一連串的爭訟，但爭執的焦點主要還是置於命令內容的合法性，而非命令的形式。

擊。因此，純粹從雙方論點回應的完整性觀之，本文以為肯定說確實較具有優勢⁸³。

但這是不是代表我們今日在修訂行政程序法時，必須為職權命令譜上遲來的序曲，將其納入規範？就此，本文以為還有再進一步論證的必要，蓋職權命令「理論上有存在空間」，跟「現實上有沒有必要存在」，其實是可以區分開來的問題。如果能夠證立職權命令現實上沒有存在的必要，那麼此次行政程序法修正就更應該棄絕將職權命令納入的想法，以寂靜之聲（the sound of silence）為職權命令譜上輓歌才是。

究竟職權命令現實上有無存在的必要？這個問題，學者多半在導出「理論上肯定」的答案後，就想當然爾地認為現實上當然也就要有⁸⁴。然而，若我們仔細觀察學者定義下的「職權命令」與「行政規則」的差異，將可發現，兩者最後的分野，就只剩下「對外部人民」和「對行政內部」的拘束性而已。但究竟什麼是對外？什麼是對內？如何判斷？

以行政院實務曾經明確肯定具有職權命令性質的勞動部「充電加值計畫」為例⁸⁵，法院認為：

83 但本文基於以下兩個原因，不能認同許宗力大法官「職權命令是行政程序法有意不規範的命令類型」的斷言。第一，此種說法與前述行政程序法應為我國行政命令體系基本法的定位不相容；第二，許大法官認為行政程序法未將職權命令納入規範，是有意的結果，不能視為法制漏洞，其論理主軸，是因為「職權命令只是針對人權影響輕微、比較不具公共利益重要性之細節性、技術性事項，以及緊急事項規範，則職權命令根本就不需適用行政程序法所規定的程序要求。」許宗力（註63），頁356。然若此種說法成立，職權命令是因為「不重要」所以行政程序法才「不規範」，那何以行政程序法居然又將——與職權命令相較——可能更不重要（因為不具直接外部法效性）的行政規則納入規範？上述說法恐難以自圓其說。

84 當然，學者會忽略此一問題，並不奇怪，因為職權命令的存在一直先驗地被當成是實務上的現象，也因此才引發學者探討其正當性基礎的動機。

85 參見高雄高等行政法院103年度訴字第528號判決。

勞動部勞動力發展署為協助民間事業機構、非營利組織或團體辦理員工在職訓練，持續發展員工所需技能，維持參訓人員生計，於審酌政府財力負擔及整體公益衡平原則，而依職權訂定充電加值計畫，核其性質應屬政策性之補助措施，在政府補助性支出之資源有限情況下，為期有限之資源發揮最大之效益，就此僅適用於特定族群之給付行政範疇，其受法律規範之密度，應較限制人民權益者寬鬆，是應屬得由主管機關本其法定職權訂頒之職權命令，就該行政補助適用之對象與範圍，為必要及限定性之資源分配，尚無以法律或法律授權之命令為依據之必要。

然而，既然此一計畫僅是勞動部在其預算範圍內，為提升勞動經濟力所推動的措施，法院認為非屬法律保留的範疇，那麼何以不能將此一辦法解為勞動部人員在推動此一措施時，對於業務的辦理所應遵循的規範？意即，以「裁量性行政規則」加以定性⁸⁶，對於實務運作又有何阻礙？類似的情形，可再舉公費留考簡章為例，臺北高等行政法院認為：

依教育部組織法第2條第3款規定……公費留學考試簡章乃被告（按：教育部）為培育國家人才，提供有意至國外深造之我國學生經濟支援，透過公費留學委員會之集思廣益，基於職權所訂定，核其性質屬給付行政範疇，係以預算法為據，並非涉及公共利益之重大事項者，自與法律保留原則無違⁸⁷。

86 若堅持「行政裁量必須來自立法者的承認」，則此處更精確的說法，或許應該採用「導引行政機關行事之行政規則」（Verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften）一詞。關於此一用語的內涵，參見程明修（註63），頁338-340。

87 臺北高等行政法院103年度訴字第1975號判決參照。

上述判決顯係將公費留考簡章定性為職權命令。然而，既然公費留考有組織法和預算法作為依據，而且法院亦判定其非屬法律保留的範圍，那麼同樣的道理，亦可將所謂的簡章，解為教育部為推動此一行政業務，對其內部承辦人員所應遵循的事項（留學國有哪些？誰有資格來報考？要以哪些考科測驗考生？以及報名、考試和放榜期日等）做一總體的規範，至於簡章對外公告、發售或是容許民眾下載，其意義都只是一種資訊的告知與提供而已。

更重要的是，將上開職權命令定性為行政規則，在現行的法制架構下，對人民的保障，未必低於職權命令的定位，因為行政機關在推動這些業務時，始終不能恣意違反這些計畫或簡章，否則就構成「行政自我拘束原則」的違反⁸⁸；其次，這些事項都是法律保留範圍以外的事項，在無法律規範的情況下，人民原本就沒有公法上的請求權，此時不管訂定的是行政規則或職權命令，主要意義都僅在讓人民知悉命令的存在而已，而行政程序法第160條第2項明定裁量性與解釋性行政規則應對外發布，制度功能已足以應付；最後，不管稱為「行政規則」抑或「職權命令」，在現行法制下，都同受行政法院的審查⁸⁹。因此，在既有行政規則的制度功能都足以涵納的情況下，將上開計畫與簡章定性為職權命令的實益，恐怕就僅剩法學釋義上的興味爾。

綜上所述，行政程序法修訂，究竟應該為職權命令譜下序曲或是輓歌，重點不單是在權力分立或法律保留原則的演繹，而是必須取決於命令訂定的程序設計，如果法制上為職權命令設計出一套與

88 即使是第一個的案例，亦可藉助德國法上「預期的行政慣例」(antizipierten Verwaltungspraxis)的理論，要求行政機關應自我束縛。參見林國彬，論行政自我拘束原則，收於：城仲模編，行政法之一般法律原則，頁255-256（1994年）；林錫堯，行政法要義，4版，頁214（2016年）。

89 司法院釋字第216號解釋：「各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束」。

行政規則有別，且內容合理的程序規範，那麼，職權命令才能在行政程序法的序曲賦予其生命的同時，在實務上繼續開展出完整的樂章。就此而言，本文前引的草案條文，明定職權命令的訂定，必須準用非正式的法規命令訂定程序（即行政程序法第154條預告暨評論程序），此一建制初步觀之，似屬正確的方向⁹⁰。惟為何本文在此僅肯給予「初步」的肯定，這又與以下所要論述的，行政命令訂定的正當程序有關。

肆、行政命令正當法律程序的再建構

一、行政命令的訂定程序控制概說

1946年的美國聯邦行政程序法，將行政機關的行政行為以「正式（formal）／非正式（informal）」與「規則制定／行政裁決」兩基準做類型化的區分⁹¹。其中的正式程序，係指行政機關所為決定，必須依法進行兩造爭訟式的聽證，並產生聽證筆錄（hearing record），並且以筆錄中所載之事項，作為行政決定之基礎，即稱為正式程序⁹²。非正式程序則指行政機關作成行政決定時毋須作成聽證筆錄，或雖有製作行政筆錄（administrative record），但並不一定

90 至於草案排除掉適用聽證程序的可能，則與本文後述修正草案將正式聽證刪除有關。惟即便聽證未刪除，本文以為，若按目前國內多數學者所主張，「職權命令」僅能在法律保留範圍以外的事務存在，其所規範的事務重要性，實不足以啟動高程序成本的正式聽證程序。不同見解，參見黃舒芃（註12），頁135。

91 由以上兩項基準，行政機關之行政作用，理論上即可產生下列四種排列組合：（1）正式的規則制定；（2）正式的行政裁決；（3）非正式的規則制定；（4）非正式的行政裁決。上述四種行政作用在程序法上各有對應的程序規範（惟針對「非正式行政裁決」的部分，僅於5 U.S.C. § 555 (2011)中有簡略提及，APA並未對其設下特定的程序規範）；法院審查基準亦有差異。See generally LAWSON, *supra* note 8, at 305-09. 關於美國聯邦行政程序法鳥瞰的中文代表文獻，參湯德宗，行政程序法，收於：翁岳生編，行政法（下冊），頁30-32（2006年）。

92 See 5 U.S.C. §§ 554, 556, 557 (2011).

受其拘束者，稱之為非正式程序⁹³。又APA另規定有所謂的禁止片面接觸原則（*ex parte contact*）⁹⁴，原則上APA僅明文禁止機關在「正式」程序中，與當事人為程序外之片面溝通，蓋以程序外之片面接觸影響行政機關之決定，無異剝奪了其他當事人答辯之機會，且會破壞APA中正式的行政程序必須以聽證筆錄（*on the record after hearing*）為決策準據的原則⁹⁵。由於正式程序司法化的程序內涵，一般行政機關在發布命令時多不願意使用，加上美國實務後來的發展，聯邦最高法院針對法律是否課予行政機關履行正式程序的義務，做嚴格化的解釋⁹⁶，因此在美國，關於行政命令訂定的裁量，原則上就是以APA非正式的預告暨評論程序作為主要的程序規制手段。

我國現行行政程序法，在法規命令與行政規則一章，亦仿美國法制的架構，在第154條規定有非正式的預告暨評論程序；第155條、第156條規定正式的聽證⁹⁷，並且基於行政效能與權利保護兩大立法目的的平衡，以適用非正式的預告暨評論程序為原則⁹⁸。如是

93 See 5 U.S.C. § 553 (2011).

94 所謂「片面接觸」，意指未給予所有當事人合理的事前通知，且未記載在筆錄內之程序外的口頭或書面溝通。See 5 U.S.C. § 551(14) (2011).

95 參見湯德宗（註91），頁105。

96 參見本文後述關於美國法上正式規則制定實務上的演變之介紹。

97 需補充說明者，行政程序法第155條針對法規命令的聽證，僅作宣示性規定，第156條則僅就聽證的預告手續為規範，聽證程序的實踐，仍須援引行政程序法第一章「聽證」一節（第10節）之規定。準此，則由於我國該節並未明定聽證紀錄的效力，整部行政程序法，唯有在行政處分一章，規定「行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第四十三條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。」（行政程序法第108條第1項參照），原則上僅賦予聽證紀錄參考之效力，若將此一規定作體系性的理解使其涵蓋到第155條法規命令的正式聽證，則在我國所謂的正式聽證程序，其程序拘束的強度，實遠遜於美國的正式程序。

98 參見湯德宗，論行政程序法的立法目的，收於：行政程序法論，2版，頁71-74（2003年）；洪家殷，權利保障與效能提升之抉擇——兼論行政程序法未來修正之考量，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之檢討／傳播行政之爭訟，頁164-165（2003年）。

觀之，除了行政程序法第47條機關與當事人程序外接觸的限制⁹⁹，因為我國法律未明文限於正式程序方有適用，而與美國的禁止片面接觸原則有異以外¹⁰⁰，我國對於行政命令的程序控制架構，確實與美國法有高度的類似性。然而，這樣的規範架構，卻在行政程序法修正草案中被打破——草案將「正式聽證」的條文悉數刪除，並另外增訂「公聽會」之制度。

二、「公聽會」與「正式聽證」：獨舞或是雙人探戈？

（一）法案公聽會的設計

行政程序法修正草案，將原本第155條「行政機關訂定法規命令，得依職權舉行聽證。」刪除，改為：

行政機關訂定法規命令，遇有下列各款情形之一者，舉行公聽會：

- 一、法規明文規定應舉行公聽會。
- 二、行政機關認為有舉行公聽會之必要。

而在修法理由中，法務部說明此一變動的理由為：

- 一、（略）
- 二、法規命令之訂定，因涉及法律授權之目的、內容及範圍，其規範對象係不特定之多數人，而非具體特定之當事人，是以，本條所稱「聽證」者，係指美國聯邦行政程序法之非正式聽證程序，亦即聽證之進行，並非以調查事實或證據為主要目的，僅係藉由聽取意見

99 行政程序法第47條第1項：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸。」

100 學說上限縮本條規定適用範圍的努力，參見湯德宗，論違反行政程序的法律效果，收於：行政程序法論，2版，頁109-110（2003年）；傅玲靜，禁止行政程序外接觸之理論與實務——由美國及德國法制之觀察出發，中原財經法學，30期，頁217-219（2013年）。

以求取社會公益可能之最大公約數。是以，現行行政實務上，訂定法規命令而舉行聽證者，實屬罕見；然因法規命令係規範不特定之多數人，行政機關常以舉行公聽會之方式以廣徵各界意見。鑒於上述，本次修法爰將第四章有關舉行聽證之規定改為舉行公聽會，以符實際。惟個別行政實務上，若有法規命令之規範對象較為特定，亦不排除有實施正式聽證之可能者，類此情形，允宜於個別行政法規為特別規定而優先適用（例如再生能源發展條例第九條第一項），如各該法規未規定者，則可適用第一章總則第十節聽證之規定，自屬當然。

- 三、為提升法規命令內容之正確性與妥適性，並兼顧行政效能，爰參酌第一百零七條，明定行政機關訂定法規命令，於法規明文規定應舉行公聽會，或行政機關認為有舉行公聽會之必要時，舉行公聽會，以廣泛蒐集意見，俾利後續法規命令之訂定。

修法理由稱「本條所稱之『聽證』者，係指美國聯邦行政程序法之非正式聽證程序」，顯係出於對美國法制之誤解。若按立法理由所述，那麼我國行政程序法第154條的預告暨評論程序，又相當與美國法上的何種制度？事實上，從現行行政程序法將第154條與第155條並列，應可識別出立法者為法規命令的訂定程序同時樹立兩種程序——「非正式的預告暨評論」與「正式的聽證」的用心，修法理由的說明，顯然是對原本法律立法意旨的曲解¹⁰¹。

101 此可藉由我國行政程序法的原型——1990年經建會版草案法規命令與行政規則一章的起草人湯德宗大法官對當年立法構想的闡述得到印證，參見湯德宗（註60），頁247-248。

姑且不論上述瑕疵，修法理由倒是正確地指出，實務上對於法規命令的訂定程序，需求更殷切的，恐怕不是具有準司法屬性的正式程序，而是一個類似立法的程序，可以用來廣泛徵詢民意或抒解民怨，讓各種多元利益團體有一個可以進行折衝遊說、理性溝通的場域，也就是我國行政實務上廣泛運用的「公聽會」機制¹⁰²。如果說法規命令本身除了「法適用」的本質外，同時也承載了「法制定」的功能的話¹⁰³，那麼以與立法程序性質較相近的公聽會作為法規命令主要的程序規範，當屬符合事務本質的設計¹⁰⁴。惟，歡喜迎接公聽會成為我國行政程序法明文的程序機制是一件事，這是否代表我們一定得同時在行政程序法中，為法規命令訂定所擘劃的正當法律程序光譜，原本保留給「正式聽證程序」的位子給拿掉¹⁰⁵，僅

102 我國現行的行政法規，頗多課予政府機關舉行公聽會的程序義務，但其標的未必是行政命令。例如環境影響評估法第12條「目的事業主管機關收到評估書初稿後三十日內，應會同主管機關、委員會委員、其他有關機關，並邀集專家、學者、團體及當地居民，進行現場勘察並舉行公聽會，於三十日內作成紀錄，送交主管機關。……」；國土計畫法第25條「直轄市、縣（市）主管機關受理使用許可之申請後，經審查符合受理要件者，應於審議前將其書圖文件於申請使用案件所在地鄉（鎮、市、區）公所公開展覽三十日及舉行公聽會。但依前條第三項規定由中央主管機關審議者，於直轄市、縣（市）主管機關受理審查符合受理要件核轉後，於審議前公開展覽三十日及舉行公聽會。……」。

103 黃舒芃（註12），頁25。

104 參見蔡震榮，台灣行政聽證制度執行狀況與效率評估，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之實施經驗與存在問題／聽證制度之理論、制度及實務，頁185-186（2009年）。

105 或有以為行政程序法修正草案並未完全否定法規命令的聽證，按法務部的修法理由，只要個別行政法規有明定，仍可適用行政程序法第一章第十節聽證的程序。但本文認為，此種看法，無視於修正草案與現行規定，對落實正當法律程序此一關懷的重大差距。詳言之：

從總論的意義來說，行政程序法修正草案第155條的刪除，這個「從有到無」的演變，無疑表露出行政程序法對聽證的消極態度，甚至可說這部行政程序法放棄以總論的高度來引導各論正當行政程序的發展。

按修法理由的說法，未來僅止於個別行政法規有所指示，如修法理由所引的「再生能源發展條例」第9條第1項之規定：「中央主管機關應邀集相關各部會、學者專家、團體組成委員會，審定再生能源發電設備生產電能之躉購費率及其計算公式，必要時得依行政程序法舉辦聽證會後公告之，每年並應視

留下「公聽會」獨舞¹⁰⁶？此涉及了法規命令的訂定，以類司法性質的行政手續加以規範，究竟有無實益的問題？對此，美國法制可以提供我國不少反思的素材。

（二）美國法上「正式的規則制定」的殞落與重生

前已述及，美國行政程序法透過行為類型以及程序繁簡，創造出四種不同的程序規範，其中，「正式的規則制定程序」，根據行政程序法的規定，是一個必須融合獨立的聽證官（hearing officer）、預審會議（pretrial conference）、直接審理（through testimony and documentary evidence）以及交互詰問等多項具有司法程序特徵的手續¹⁰⁷，由於此等具有準司法屬性的程序極其嚴格，因此在聯邦行政程序法制定之初，普遍的共識就是「非正式的規則制定程序」才是行政程序法「預設」（default）的程序¹⁰⁸，正式的規則制定通常僅有在法律明文要求時才會適用。然而，即使只有少量案件被使用，

各類別再生能源發電技術進步、成本變動、目標達成及相關因素，檢討或修正之。」，方有啟動法規命令聽證程序的可能。但現行法的規定為「行政機關得依職權舉行聽證」，兩相比較，現行法為實務上運用正式聽證程序，提供了更大的想像空間。此點對於在某些法律未明文，但從憲法上的正當法律程序原則，可以導出聽證要求的案例類型而言，更是意義重大。美國法上關於正式聽證的啟動，有學者即認為雖然是以法律明文規定為主要的路徑，但基於憲法上正當法律程序的要求，也是一個可能的動因。See PIERCE ET AL., *supra* note 16, at 298. *But cf.* MASHAW ET AL., *supra* note 9, at 594-95.（認為聯邦最高法院並未課予行政機關在訂定命令時負有憲法層次的（正當法律程序）義務之傾向。）

106 由於修正草案並未對第154條預告暨評論程序的內容做太大的變動，本文主要聚焦在強度較高的程序規範的討論，因此才使用「『公聽會』＝獨舞」、「『公聽會／正式聽證』＝雙人探戈」的譬喻。

107 See MASHAW ET AL., *supra* note 9, at 595.

108 See Aaron L. Nielson, *In Defense of Formal Rulemaking*, 75 OHIO ST. L.J. 237, 243 (2014). 此一共識，是APA立法當時對現代行政國家抱持對立圖像的兩派人馬——偏好政府管制的「新政派」以及將行政裁量視為萬惡淵藪的古典的「制衡派」——多次角力妥協而來，對這段立法過程的歷史回顧，see George B. Shepherd, *Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics*, 90 NW. U. L. REV. 1557, 1650-68 (1996).

但這些案件因為適用嚴格的正式程序，所造成的時間與金錢的耗費，負面形象卻深植人心，其中最聲名狼籍的案例莫過於「花生醬慘劇」(peanut butter episode)事件，此事件起因於1950年代末期，美國聯邦食品藥物管理局(Food and Drug Administration, FDA)打算針對市售花生醬的成分標準發布一項規則，其中關於花生醬應該含有多少比例的花生，FDA一開始的草案建議至少要有90%，但業者所主張87.5%作為下限即為已足，為解決此一爭議，FDA針對此一管制命令啟動正式規則制定程序，結果此一正式程序竟然進行了整整九年才完結¹⁰⁹。

「花生醬慘劇」令許多行政法學者開始對於以冗長、繁瑣的準司法程序規範法規制定產生戒心，質疑此等程序必要性的聲浪益發強大，例如後來出任美國聯邦最高法院大法官，時任「全美行政會議」(The United States Administrative Conference)主席的Antonin Scalia即曾公開表示：「我堅信審判型的程序不應該用在規則制定上……國會也不應該在行政機關作成廣泛的政策或解決一般性的事實問題時，加諸行政機關此種程序義務。¹¹⁰」

正因為60年代和70年代的實證經驗，已經令正式規則制定幾乎到了人人喊打的地步，因此美國聯邦最高法院在解釋正當法律程序條款時，態度也開始趨於緊縮，最終在1973年的*United States v. Florida East Coast Railway*¹¹¹一案，為正式規則制定程序在實務上的命運，敲下一記喪鐘。該案的事實為聯邦州際貿易委員會(Interstate Commerce Commission, 簡稱ICC)根據國會在1917年制定的州際貿易法(Interstate Commerce Act)，賦予ICC在經過聽證後

109 See Edward Rubin, *It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative*, 89 CORNELL L. REV. 95, 107 (2003).

110 Nielson, *supra* note 108, at 250. 不過Scalia大法官在強力批評之餘，還是留了一手——一旦有「特殊理由」，還是應該允許行政機關可以例外採用正式聽證程序。

111 See *United States v. Florida East Coast Railway Co.*, 410 U.S. 224 (1973).

(after hearing) 得制定「合理的命令」以規範運輸業者間的貨車借貸費率，實務上數十年來ICC確實也都依法舉行聽證才發布費率命令。嗣後州際貿易法在1966年再度修正，法條中「經過聽證」的字樣並未有任何改變，然而此際ICC卻僅接受人民書面表達意見，並以沒有證據顯示出有舉行聽證的需要，拒絕業者口頭詰問申請。有兩名業者不服ICC的做法，提起訴訟。聯邦最高法院最後判決ICC勝訴，理由是光憑法條中“after hearing”不足以啟動正式程序，必須是法律有進一步要求「依聽證紀錄作成決定」(on the record)，行政機關方負有舉行正式聽證的義務¹¹²。

在*Florida East Coast Railway*判決之後，“on the record”遂成了啟動正式規則制定程序的「通關密語」(magic word)¹¹³，然而由於僅有少數的法規規定有“on the record”的字眼，正式規則制定的適用遂逐漸萎縮。而對於此一現象，一般學者抱持樂見其成的態度，認為命令的準立法性質，本來就與準司法的正式程序格格不入¹¹⁴；加以機關負擔龐大繁瑣的程序義務，參與程序的當事人不成比例的時間和金錢的耗費、乃至於僵化的程序造成規則發布的延宕，在在都使得機關與受管制的對象視正式的規則制定程序為畏途。美國法曹協會(American Bar Association)的行政法小組2011年甚至在一份研究報告中指出：「在過去三十年，沒有一個學者對於實務從正式規則制定中退卻感到遺憾。¹¹⁵」

112 *Florida East Coast Railway*, 410 U.S. at 237-38.

113 Nielson, *supra* note 108, at 252. 有學者批判聯邦最高法院的判決，偏離了文義的理解，蓋“hearing”的字義就是「聽取」，光憑書面，沒有口頭交鋒的陳述是要如何滿足「聽取」的定義？Nielson, *supra* note 108, at 253; Jonathan R. Siegel, *Textualism and Contextualism in Administrative Law*, 78 B.U. L. REV. 1023, 1068 (1998).

114 MASHAW ET AL., *supra* note 9, at 598.

115 See Nielson, *supra* note 108, at 240. 不過從本文以下對支持正式規則制定學者見解的介紹，可知此評論事實上有些言過其實。

儘管如此，近年來美國也開始有不少學者主張，行政法學界應該要正視正式規則制定程序的價值，在非正式程序薄弱的程序規制力，使得規則制定幾乎成為「企業宰制的溫床」(a seed bed for the weed of industry domination) 的今日，讓正式的規則制定程序有機會重新在行政過程中扮演重要的角色，理由約略有如下端：

1. 正式規則制定程序可以給予行政有效的制衡，特別是交互詰問的程序，有助於發現真實。規則制定並非都僅牽涉到一般性的立法事實 (legislative facts)；就算是立法事實，也有機會透過交互詰問程序中行政機關的專業和程序參與者的經驗，彼此的激盪，將一些與作為決策前提的事實、意見和理由，做更透徹的釐清，而有益於決策正確性的提升¹¹⁶。
2. 關於程序的耗費以及僵化的問題，未必每一個正式的規則制定程序，都像論者所批評的那麼嚴重¹¹⁷。甚至進一步思考，正式規則制定縱使有弊，但也有其利，必須經過慎重的、通盤的利益權衡才能決定制度的走向，而非一概地否定。正式程序的價值，包括：準司法的程序設計有助於提升機關決策的公共信賴；重要的、具有爭議性的規則耗費較長的時間審議，反而凸顯決策縝密的優點。至於正式程序耗時、拖延的副作用，則可透過適切的配套設計輔助加以緩和。例如：國會可以扮演輔佐正式程序的角色，以提升其正當性和效益，比方在程序出現冗長和僵持的情形，不排除國會跳過行政機關逕自以法律規範的可能¹¹⁸。

116 See Nielson, *supra* note 108 at 260-66; Glen O. Robinson, *The Making of Administrative Policy: Another Look at Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform*, 118 U. PA. L. REV. 485, 521-24 (1970) (cited by MASHAW ET AL., *supra* note 9, at 599).

117 See Nielson, *supra* note 108 at 270-73.

118 See *Id.* at 278-83.

（三）給臺灣的啟示

從以上美國的法制經驗以及學者的觀察反省，可以看出，正式的規則制定固然不會是行政機關制頒行政命令的常態程序，但其存在，仍可視為是正當法律程序原則最後一道，也是最堅強的堡壘。儘管正式的規則制定在1970年代開始在實務上的重要性確實下降，但那是實務運作選擇的結果，實定法上，APA數十年來就此均無任何文字上的變動。「備而不用、但當用時則用」，應該就是現階段美國法上正式規則制定程序的寫照。

準此，我國行政程序法在引進公聽會制度後，卻又急於將正式聽證程序的規定移除，僅在立法理由裡面留下隱諱的「個別法規可自行規定」的字眼，既不必要又嫌躁進。蓋即便是保留原本法律的規定，實務上當不會因此就頻繁地出現以正式的聽證制定法規命令的事例，行政效能不至於受到影響，卻又因為條文的保留，而可對行政機關在做程序選擇時，發揮理智、提醒的功能¹¹⁹——人生既能有歡跳雙人探戈的時分（制度上明白保留機關在聽證和公聽之間選擇的空間），何苦始終堅持一人孤寂獨舞（獨沾公聽會一味）。

更重要的是，保留現行行政程序法第155條、156條的規定，對於建構我國命令訂定的「多元最適」程序¹²⁰，將有莫大的貢獻。蓋現行法第156條規定：「行政機關為訂定法規命令，依法舉行聽證者，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項……」，其中第5款為「聽證之主要程序」，即可作為實務上行政機關行正式聽證程序

119 我國行政實務針對法規命令舉行正式聽證並不多見，一般說來，管制事項常涉及多面、激烈的利益衝突的管制機關，會較有召開聽證的誘因，例如國家通訊傳播委員會即依據行政程序法第155條公告，就電信普及服務管理辦法修正草案，召開聽證會。

120 「多元最適的命令訂定程序」一詞是借自張文貞教授臺大法律學研究所碩士論文（參見張文貞，行政命令訂定程序的改革：多元最適程序原則的提出，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（1995年））的用語，作者不敢掠人之美，特此註記。

「分殊化」的準據¹²¹。也就是根據該款規定，行政機關在總論上就有明確的依據，可以在特定的行政領域，根據事務性質的特色與需要，針對命令的聽證程序要件與效力等事項，做特殊的安排。例如：針對利益衝突具體且激烈的管制事項，事先規定法規命令的訂定，在舉行聽證之後，命令的內容必須依照聽證紀錄決定之¹²²。如此一來，行政機關在決定命令的訂定程序時，可擁有充分的彈性去針對不同管制事項的脈絡，做切合事務本質的回應，讓行政程序法得以發揮以總論引導各論發展的功能。

關於如何進一步具體建構「多元最適」的命令訂定程序與實體類型？本文嘗試統整如下：

1. 在法律已有委任立法的授權之情況，行政機關所制定的命令當可判定為行政程序法上的法規命令，但對於此一法規命令的訂定，究竟應該採行何種程序，行政機關必須審慎考量管制事務的特色，為合義務的裁量。若

(1) 管制事務對人民基本權利的實現具有密切的關連，重要性極高，且受管制的當事人範圍具有一定程度的限定性，且存在激烈的利益衝突情事¹²³，則行政機關宜採

121 郭介恒教授即指出該款規定的存在，可為舉辦聽證機關創造另行訂定聽證程序，據以辦理聽證，或為部分不同之規定，以與行政處分聽證區別的可能。參見郭介恒，行政聽證制度之實證分析及法制變革建議，收於：經濟部貿易調查委員會編，經濟行政法制實務研討會論文集，頁153（2011年）。

122 本文以為行政程序法第108條第1項讓行政機關在舉行聽證後，所產生的聽證紀錄原則上僅具有參考效力，機關仍可透過其他管道廣泛採證的立法模式，對於正式（聽證）程序拘束力的破壞，乃行政程序法未能充分體現程序價值的一大污點。然而此次法務部的修正草案，該條卻不動如山，由此更突顯出行政程序法第156條保留的意義——讓行政機關自己擁有建構命令程序正當性的權能。當然，本文不否認，即便賦予行政機關這樣的地位，或許保守的行政機關仍舊會選擇行政程序法第108條第1項讓聽證紀錄原則僅具有參考效力的模式。但若樂觀以對，留著規定在，始終就留著希望。

123 例如國家通訊傳播委員會所頒布的「行動寬頻業務管理規則」，受該命令直接影響者，即為市場上有限的特許業者（或有能力取得特許執照的業者）。

正式聽證程序，以強化決策的公信力。又，考慮到機關頒布此一命令已有法律的授權，故是否要使聽證紀錄具有拘束力，抑或僅供決策參考，行政機關當有程序選擇自由。

- (2) 管制事務具有普遍的重要性，因存在一定爭議，需要多方的意見彙集與蒐集，減少日後施行的爭議，則行政機關宜採公聽會程序，以創造理性溝通的官民協力氛圍。
 - (3) 管制事務雖具有普遍的重要性，但因爭議性小，故僅須經由非正式的預告暨評論程序，聽取關心此一命令的人民之評論意見，並予以略式的回應，即可滿足正當程序的需求。
2. 在法律未有明確的委任立法授權，此時命令的類型，必須考量管制事項對人民基本權利的實現是否具有本質重要性（法律保留原則），方能進一步確定：
- (1) 若該事務具有本質重要性，由於屬於法律保留範圍內的事項，原則上行政機關不得在未經法律授權的情況下，訂定對外生效的命令。然而，對於傳統的法治主義過度重視法律授權對行政的實體控制，我國公法學界不乏有反省的聲浪，渠等並主張為因應現代複雜多樣與高度專業化的行政任務，應承認某種程度上可透過完整的行政程序來彌補法律規範不備的空隙，意即：承認行政程序法所代表的「程序導向控制」(process-oriented control) 的落實，將可有效填補實體控制（法律保留、授權明確）之不足¹²⁴。職此之故，本文以為，對於該重要性

¹²⁴ 關於此種程序正當性與法律授權「互易」(trade-off) 的構想，請參見湯德宗（註60），頁245；黃銘輝（註30），頁139；葉俊榮，二元民主與行政程序——

事項的規範，儘管未有立法者訂定命令的明確授權，但若是立法者已在法律中明確揭示行政機關應追求的特定管制目標；且基於事務特性的考量，該行政機關擁有——相較於立法者——更適合的機關功能結構得以作成盡可能正確的決定，例如該機關組織結構具有專業、獨立、合議等特質，足以擔保行政決定的合目的性，可被期待行使所謂的「準立法」(quasi-legislative) 權限的話，那麼，命令欠缺授權的正當性不足之顧慮，即可透過嚴謹的正當程序補強。要之，行政機關若為了實現法律所要求的特定行政目的之必要，可透過符合專業性要求的正式聽證程序，依職權頒布命令¹²⁵。甚且，在此種情況，為了避免行政的恣意與擅斷，機關須完全依照聽證紀錄作為訂定命令的準據¹²⁶。

- (2) 若該事務不具本質重要性，屬於非法律保留事項，行政機關自得依職權訂定命令。然有疑問者，此時命令的類型為何？依作者所見，此處存在著「一元」(行政規

從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之檢討／傳播行政之爭訟，頁31-40（2003年）。

125 事實上，所謂「職權命令應藉由聽證的舉行以強化正當性」的主張，也只有在本文所設定「欲以（無法律授權的）職權命令規範法律保留範圍內事務」的情況下，方有其意義。

126 附帶說明，國內學界以往一般的認知是：透過愈嚴謹的行政程序所作成的行政決定，法院在審查時往往也會愈尊重而對之採低度的審查。參見許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收於：憲法與法治國行政，2版，頁228-229（2007年）（主張命令若已確實履踐公開的訂定程序，法院即有從寬審查的正當性）；陳愛娥，行政立法與科技發展，台灣本土法學雜誌，5期，頁97（1999年）（認為在科技行政領域的決策，若有引進學者專家參與公開、公正的程序，則行政機關被承認有判斷餘地的機會將提高）；黃銘輝，論美國法上法院對行政行為的司法審查密度——以通訊傳播行政為中心，臺北大學法學論叢，92期，211-213（2014年）（分析美國實務案例，歸納出法院存有「行政程序愈嚴謹、審查就愈寬鬆」的態度）。然而，對於這種以「嚴謹的正當程序填補法律授權不足」的命令類型，本文主張，日後如有爭議，法院應從嚴審查，俾透過事後的司法監督，彌補事前立法制衡的不足。

則)或是「二元」(行政規則+職權命令)的體系爭議。

- A. 理論上，未獲法律授權且為法律保留範圍以外之事項，行政機關當以行政規則作為內部履行職務的準繩(「行政規則」一元論)。但如本文前述，國內肯定職權命令的學者，亦多將此一領域視為「職權命令」安身立命之所(「行政規則+職權命令」二元論)。且考慮到法制上承認有直接對外效力的職權命令，就是承認此等命令的適用，將對外部人民產生具有法律意義的影響，故依照目前行政程序法修正草案的規劃，必須履行非正式的預告暨評論程序始得發布。
- B. 若不以「職權命令」定位，則此一命令即屬行政機關依職權所頒布對內的行政規則，按現行行政程序法對行政規則僅設下簡單的下達或公告的手續規範，就此，修正草案亦無太大的變化。但本文以為，在多元最適的體系目標下，行政規則的訂定程序仍可進一步細緻化，畢竟，行政規則中的解釋性、裁量性的行政規則，在行政實務上透過公務員的執行，事實上均會附帶對外部人民產生具有法律意義的影響，要屬不可否認¹²⁷。質言之，必定會產生「附屬對外效力」的裁量性和解釋性行政規則，與純粹內部效力的組織性和作業性行政規則，影響規模不同，自應有做不同設計的必要。是以，理想的行政規則訂定程序，應可為如

127 意即理論上對內的解釋性和裁量性行政規則，透過行政機關人員的適用執行，對於外部人民的法律地位，仍可能產生一定的影響(例如行政機關在法律未規定的行政領域，授予人民利益)。若吾人囿於所謂行政的「內、外」之分，而不思對此類行政規則建立更有規範力的程序要件的話，恐難脫昧於現實的鴛鴦心態之指責。

下的設計：

- (a) 解釋性、裁量性行政規則的附屬對外效力將對人民造成顯著影響者，應經非正式的預告暨評論程序方得發布。
- (b) 解釋性、裁量性行政規則的附屬對外效力僅對人民造成一般或輕微的影響者，毋需耗費過多的程序成本始符程序理性，惟考慮到此等行政規則仍具有附屬的對外效力，故機關必須負對外公告的程序義務。
- (c) 組織性、作業性行政規則，純粹屬於機關內部事務的規定，對內下達即可。

而透過上述的體系架構比對，適可突顯出國內以往肯定職權命令的論述，缺乏程序上的視角。申言之，本文在第參部分對職權命令的立法必要性之探討，已指出是否在行政程序法明文承認職權命令，應取決於程序設計是否能夠有不同於行政規則的制度安排。是以，若上述「多元最適程序」的建議中，有關「『解釋性、裁量性行政規則』亦有適用預告暨評論程序的可能」此一程序內涵可以被接受的話，那麼，還有在非法律保留事務領域承認職權命令的必要嗎？也就是說，國內公法學界夾纏多年的職權命令之爭，肯定論者的努力著述，若最終只是為職權命令在不具重要性的非法律保留事務領域掙得一絲存在感，恐怕不如朝向如何進一步健全解釋性、裁量性行政規則的訂定程序思考，來得更有（保障人民權益的）實益。

綜上所述，簡單將本文理想中的「多元最適程序」的行政命令體系構想，以下表1呈現。

表1 多元最適程序下的行政命令體系

法律保留 (重要性理論)	法律 授權	外部影響性	最適程序要求	命令類型
重要性高	有	直接／爭議性高／ 受規制對象有一定 程度的限定性	正式聽證 (聽證紀錄：有 拘束力／參考效 力)	法規命令
重要性一般~高	有	直接／爭議性高	公聽會	法規命令
重要性一般	有	直接／爭議性低	預告暨評論	法規命令
重要性一般~高	無	直接／立法明確揭 示行政目的／實務 運作有訂定命令的 必要／獨立機關	正式聽證 & 聽證紀錄具拘束 力	職權命令
重要性低	無	間接／對外部人民 法律地位有密切顯 著的影響	預告暨評論	行政規則 (解釋性、裁 量性)
重要性低	無	間接／對外部人民 法律地位有影響	對外公告	行政規則 (解釋性、裁 量性)
重要性低	無	間接／不影響外部 人民的法律地位	對內下達	行政規則 (組織性、作 業性)

資料來源：本文製表。

伍、結語

在行政程序法所規範的行政行為形式中，行政命令之所以處於特別的位置，正如本文在前言所述，於行政程序法所規範的行政行為形式之中，唯有行政命令，對於「行政民主化」此一立法目的的

實現，具有最深刻的意義¹²⁸。而誠如當代美國公法名家Cass R. Sunstein教授所言，在一個良好的憲政秩序下，思辨民主（deliberative democracy）的理想必須要透過建立一個——可以確保不同的政治歧見（political disagreements），都可以在其中獲得有效且理性回應的——機制來實踐¹²⁹。行政程序法對於行政命令的訂定程序，有沒有真的發揮促進思辨民主的精神，是我們在思索「行政程序法2.0」應該航向何方的過程中，必須要銘記的座標。

據此，本文嘗試從更為「程序」的角度，思考行政程序法中有關行政命令的建制，希望讓我國命令法制的運作，能夠更貼近理性、民主問責等理念。是以，本文首先重行檢視行政命令在我國行政法上，被忽略的制度機能（與行政處分的競爭關係、與行政契約的互補功能）；接下來針對紛擾不休的職權命令議題，則提出了立法上明文承認與否，應該要取決於程序如何設計此一思考方向；最後，以行政程序法修正草案刪除法規命令正式聽證作為楔子，探討法規命令以正式聽證程序訂定的程序價值，最終並提出作者初步構思的「多元最適」命令訂定程序，期盼在同道方家的指正下，讓這個有點顛覆但充滿願景的發想，未來可以成為行政命令在「行政程序法2.0」改革藍圖中的終章。

128 其他行為形式以利害關係人作為程序參與主體的程序設計，側重權利保護的意味遠多於深化民主。

129 CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY — WHAT CONSTITUTIONS DO 239 (2002).

參考文獻

1. 中文部分

- 江嘉琪（2005），行政契約與履行行政契約之行政處分，中原財經法學，14期，頁1-42。
- （2013），我國行政契約法制之建構與發展，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程序法之最新發展，頁185-224，臺北：台灣行政法學會。
- 吳庚（1996），行政法之理論與實用，增訂3版，臺北：三民。
- 吳庚、盛子龍（2017），行政法之理論與實用，增訂15版，臺北：三民。
- 李建良（2006），交通標誌、標線、號誌之法律性質及其救濟問題——兼評台北市政府相關訴願決定，收於：曾華松大法官古稀祝壽論文集編輯委員會編，義薄雲天·誠貫金石：論權利保護之理論與實踐——曾華松大法官古稀祝壽論文集，頁723-746，臺北：元照。
- （2011），行政法基本十講，臺北：元照。
- 李震山（2011），行政法導論，修訂9版，臺北：三民。
- 林明昕（2005），行政契約法上實務問題之回顧——兼論公、私法契約之區別，收於：台灣行政法學會編，損失補償、行政程序法，頁313-348，臺北：台灣行政法學會。
- 林明鏘（1997），論型式化之行政行為與未型式化之行政行為，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法理論——翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，頁337-361，臺北：月旦。
- （2004），行政契約與行政處分——評最高行政法院八十八年度判字第三八三七號判決，臺大法學論叢，33卷1期，頁93-130。

- (2006)，行政契約，收於：翁岳生編，行政法（上冊），3版，頁559-597，臺北：元照。
- (2013)，我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程序法之最新發展，頁115-184，臺北：台灣行政法學會。
- 林國彬（1994），論行政自我拘束原則，收於：城仲模編，行政法之一般法律原則，頁245-266，臺北：三民。
- 林錫堯（2016），行政法要義，4版，臺北：元照。
- 法治斌（2000），職權命令與司法審查，台灣本土法學雜誌，11期，頁100-106。
- 洪家殷（2003），權利保障與效能提升之抉擇——兼論行政程序法未來修正之考量，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之檢討／傳播行政之爭訟，頁151-180，臺北：台灣行政法學會。
- 翁岳生（1997），論行政處分，收於：法治國家之行政法與司法，頁1-32，臺北：月旦。
- 張文貞（1995），行政命令訂定程序的改革：多元最適程序原則的提出，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 張文郁（2010），交通號誌、標誌、標線之性質及其救濟，台灣法學雜誌，157期，頁109-115。
- 盛子龍（2002），行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（下冊），頁193-214，臺北：元照。
- 莊國榮（2012），職權命令的合法性及適用範圍，台灣法學雜誌，214期，頁2-23。
- 許宗力（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，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁339-360，臺北：五南。

- (2007), 訂定命令的裁量與司法審查, 收於: 憲法與法治國行政, 2版, 頁207-248, 臺北: 元照。
- 郭介恒 (2011), 行政聽證制度之實證分析及法制變革建議, 收於: 經濟部貿易調查委員會編, 經濟行政法制實務研討會論文集, 頁144-172, 臺北: 經濟部貿易調查委員會。
- 陳春生 (1996), 行政法學上之非正式行政行為與行政指導, 收於: 行政法之學理與體系 (一) —— 行政行為形式論, 頁221-270, 臺北: 三民。
- (2001), 行政命令論 —— 中華民國行政規則之法效力研究, 收於: 台灣行政法學會編, 行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究, 頁75-114, 臺北: 台灣行政法學會。
- (2004), 職權命令的概念與法理, 月旦法學教室, 17期, 頁129-130。
- 陳敏 (2002), 交通標誌之法律問題, 收於: 翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編, 當代公法新論 (中冊) —— 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 頁181-206, 臺北: 元照。
- (2016), 行政法總論, 9版, 臺北: 自版。
- 陳新民 (1997), 行政程序法的立法考慮 —— 是否達到「立法成熟期」的問題 (下), 司法周刊, 835期, 2版。
- (2015), 行政法學總論, 修訂9版, 臺北: 自版。
- 陳愛娥 (1999), 行政立法與科技發展, 台灣本土法學雜誌, 5期, 頁94-98。
- 傅玲靜 (2013), 禁止行政程序外接觸之理論與實務 —— 由美國及德國法制之觀察出發, 中原財經法學, 30期, 頁163-233。
- 湯德宗 (2003), 論行政程序法的立法目的, 收於: 行政程序法論, 2版, 頁51-84, 臺北: 元照。
- (2003), 論違反行政程序的法律效果, 收於: 行政程序法論, 2版, 頁85-126, 臺北: 元照。
- (2003), 論行政立法之監督 —— 「法規命令及行政規則」

- 章起草構想，收於：行政程序法論，2版，頁211-276，臺北：元照。
- （2005），論九七修憲後的憲法結構——憲改工程的另類選擇，收於：權力分立新論（卷一）——憲法結構與動態平衡，增訂3版，頁1-57，臺北：元照。
- （2006），行政程序法，收於：翁岳生編，行政法（下冊），頁25-156，臺北：元照。
- 程明修（2005），具有外部效力之行政規則，收於：行政法之行為與法律關係理論，頁327-364，臺北：新學林。
- 黃舒芃（2011），行政命令，臺北：三民。
- （2013），再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題，收於：框架秩序下的國家權力，頁237-280，臺北：新學林。
- 黃銘輝（2009），法治行政、正當程序與媒體所有權管制——借鏡美國管制經驗析論NCC對「旺旺入主三中」案處分之合法性與正當性，法學新論，17期，頁105-149。
- （2014），論美國法上法院對行政行為的司法審查密度——以通訊傳播行政為中心，臺北大學法學論叢，92期，頁187-252。
- 黃錦堂（2002），行政契約法主要適用問題之研究，收於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁3-76，臺北：台灣行政法學會。
- （2007），論當前的行憲政策與憲法解釋，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務（五），頁1-54，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 葉俊榮（2003），二元民主與行政程序——從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之檢討／傳播行政之爭訟，頁27-62，臺北：台灣行政法學會。
- （2006），行政命令，收於：翁岳生編，行政法（上冊），3

- 版，頁390-474，臺北：元照。
- （2009），從救濟管道到管制脈絡——論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議，收於：王必芳編，2008行政管制與行政爭訟，頁1-33，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 董保城（2000），本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學雜誌，11期，頁93-99。
- 詹森林（2006），最高法院與定型化契約法之發展——民法第二四七條之一裁判之研究，政大法學評論，94期，頁83-172。
- 詹鎮榮（計畫主持人）、吳秦雯（2014），公私協力行政之契約形式選擇自由研究——以臺北市市有財產出租、提供使用及委託經營為中心，臺北市府法務局103年度委託研究案，臺北：臺北市府法務局。
- 廖元豪（2000），論我國憲法上之「行政保留」——以行政、立法兩權關係為中心，東吳法律學報，12卷1期，頁1-45。
- 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，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，頁59-92，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 蔡震榮（2009），台灣行政聽證制度執行狀況與效率評估，收於：台灣行政法學會編，行政程序法之實施經驗與存在問題／聽證制度之理論、制度及實務，頁205-260，臺北：元照。
- 鍾瑞蘭（2013），我國行政程序法之修正與展望，收於：台灣行政法學會編，行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢／行政程序法之最新發展，頁317-395，臺北：台灣行政法學會。

2. 外文部分

- Aman, Alfred C. Jr. 2014. *Administrative Law and Process*. 3d ed. Newark, NJ: Matthew Bender & Company, Inc.
- Aman, Alfred C. Jr., and William T. Mayton. 2014. *Administrative Law*.

- 3d ed. St Paul, MN: Leg, Inc. d/b/a West Academic.
- Breyer, Stephen G., Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule, and Michael Herz. 2011. *Administrative Law and Regulatory Policy*. 7th ed. New York, NY: Aspen Publishers.
- Chemerinsky, Erwin. 2015. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 5th ed. New York, NY: Wolters Kluwer.
- Feldman, Daniel L. 2015. *Administrative Law: The Sources and Limits of Government Agency Power*. Thousand Oaks, CA: CQ Press.
- Goldsmith, Jack, and John F. Manning. 2006. The President's Completion Power. *Yale Law Journal* 115:2280-2312.
- Kessler, Friedrich. 1943. Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review* 43:629-642.
- Koh, Harold Hongju. 2006. Setting the World Right. *Yale Law Journal* 115:2350-2379.
- Lawson, Gary. 2016. *Federal Administrative Law*. 7th ed. St Paul, MN: Leg, Inc. d/b/a West Academic.
- Mashaw, Jerry L., Richard A. Merrill, Peter M. Shane, M. Elizabeth Magill, Mariano-Florentino Cuéllar, and Nicholas R. Parrillo. 2014. *Administrative Law: The American Public Law System, Cases And Materials*. 7th ed. St Paul, MN: Leg, Inc. d/b/a West Academic.
- Nielson, Aaron L. 2014. In Defense of Formal Rulemaking. *Ohio State Law Journal* 75:237-292.
- Pierce, Richard J. Jr., Sidney A. Shapiro, and Paul R. Verkuil. 2009. *Administrative Law and Process*. 5th ed. St Paul, MN: Thomson Reuters/Foundation Press.
- Rose-Ackerman, Susan. 1995. *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*. New Haven/London: Yale University Press.
- Rubin, Edward. 2003. It's Time to Make the Administrative Procedure

- Act Administrative. *Cornell Law Review* 89:95-190.
- Schotland, Roy A. 2006. A Sporting Proposition — *SEC v. Chenery*. Pp. 168-188 in *Administrative Law Stories*, edited by Peter L. Strauss. New York, NY: Foundation Press.
- Shapiro, Martin. 1983. Administrative Discretion: The Next Stage. *Yale Law Journal* 92:1487-1522.
- Shepherd, George B. 1996. Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics. *Northwestern University Law Review* 90:1557-1683.
- Siegel, Jonathan R. 1998. Textualism and Contextualism in Administrative Law. *Boston University Law Review* 78:1023-1112.
- Strauss, Peter L. 2016. *Administrative Justice in the United States*. 3d ed. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Sunstein, Cass R. 2002. *Designing Democracy — What Constitutions Do*. New York, NY: Oxford University Press.

Reinstituting the Legal Institutions for Administrative Rules and Regulations: Focusing on Functions, Types and Procedures

*Ed Ming-Hui Huang**

Abstract

This article reexamines the current legal institutions for Administrative Rules and Regulations in terms of functions, types and procedures. With regards to the functions, this article asserts that agencies may enjoy the discretion to choose either a rulemaking or an adjudication process for implementing a certain regulatory purpose prescribed by law. Moreover, the concept of “administrative contract of adhesion” should be abandoned because the unilateral and generally applicable nature of those standard clauses would make the practice of the concept better categorized as a rule rather than a contract. As for the types of rules and regulations, this article suggests that the so-called “non-delegated administrative legislation” should be recognized on the premise that some special procedural designs have been provided in the Administrative Procedure Act. Finally, this article proposes a “diverse and optimal procedure” legal framework for promulgating various kinds of administrative rules and regulations, so as to fulfill the ideals of deliberative democracy and due process of law.

KEYWORDS: administrative rules and regulations, administrative contract of adhesion, non-delegated administrative legislation, formal hearing, deliberative democracy, due process of law.

* Associate Professor, College of Law, National Taipei University.