

## 全球治理時代的規則制定權\* —— 歐盟行政法與全球行政法的啟示

林春元\*\*

### 摘 要

制定規則是立法部門與行政部門交疊共享的權力，然而，如何適當分配與界定行政機關的規則制定權，以平衡行政需求與避免行政權過大的疑慮？臺灣目前侷限於形式合法性的架構，未能完整解決爭議。

本文檢視歐盟與全球的發展，發現歐盟與全球連結而發展出政治參與、專家對話與私人治理三種不同的規則制定模式，反映全球治理的多元正當性以及規則相對化的趨勢，也意味著行政規則的制定不再侷限於立法授權與授權明確的問題，而需要新的制衡與責信機制，確保不同行政主體的責任。

本文主張，臺灣行政法不應該侷限於形式授權的合法性判斷，而應該實質檢視公權力的部署，看到治理權力的多元正當性，並整體思考如何形成有效制衡的課則機制。

關鍵字：歐盟行政法、全球行政法、行政命令、職權命令、規則制定、跨國治理、專家委員會。

---

\* 投稿日：2018年2月28日；接受刊登日：2019年3月26日。〔責任校對：鄭雅文、廖翊婷、黃品瑜〕。

\*\* 中原大學法學院財經法律學系副教授。

穩定網址：<https://publication.ias.sinica.edu.tw/52016012.pdf>。



## 目 次

壹、前言	一、歐盟行政法與全球行政法的興起
貳、規則制定權與權力結構	二、全球治理的多元權力與正當性
參、興起中的規則制定模式與權力現實	三、新的制衡與責信需求
一、政治參與模式：Comitology	四、跨國行政法的相對化趨勢
二、專家對話模式：藥品管制的例子	五、對臺灣行政法的啟示與未來修法建議
三、私人治理模式：清潔發展機制為例	一、歐盟與全球經驗對臺灣未來行政法的啟示
肆、回應跨國治理現實的行政法趨勢	二、修法建議方向
	陸、結論

## 壹、前言

行政法經常是歸納整理行政現實經驗而發展的，因此其比較能反映過去的行政現實，卻未必描述行政的現狀與預測行政的未來。在思考行政程序法的修訂，除了要看到過去行政程序法所產生的問題之外，還必須提前看到行政現實的發展趨勢，以思考未來的法制因應。本文以行政的「規則制定權<sup>1</sup>」爭議為核心，借鏡歐盟與全

1 本文所稱「規則制定權」，由行政機關或其他主體為管制特定行動者，而制定實際上有管制功能規則之權力。在臺灣，由行政機關制定的「規則」稱為「行政命令」，包括法規命令與行政規則；在歐盟的脈絡中，主要是指由執委會制定、未經過歐洲議會與歐盟理事會同意的授權命令及執行命令。由於本文討論對象除了行政權制定的行政命令之外，也包括由私人或非正式組織制定、而實際上有管制效果的規則，故以「規則制定權」稱之。與國內常用「行政命令制定權」等用語不同，規則制定權涵括行政機關制定行政命令之權力，以及其他主體制定具有實際管制效果的規則之權力。

球行政法的發展，以探究當代行政法的發展趨勢與意義。

在憲政理論中，立法權與執行權是兩個不同的權力，於是憲法將二者分別授與不同部門並使其相互制衡。立法權負責制定抽象規範，行政機關則負責執行。然而，行政機關在執行法律或推動政策時，經常發現抽象的法律不足以因應現實需求，必須進一步制定具體的規則。於是「規則制定」(rule-making) 成為一種交疊共享的權力，在立法者制定的法律之外，行政機關也制定命令或其他形式的規則。然而，如此一來，可能造成行政權同時具有規則制定權與執行權，可能造成行政權過大而侵害立法權的疑慮。行政機關的制定規則的權力範圍應該如何限制，以平衡立法與行政權限？如何判斷行政機關制定的命令或規則是否逾越權限？這些問題向來是憲法與行政法的重要議題之一。

在臺灣，有鑒於過去威權時期行政權獨大的歷史，如何節制行政機關的權力成為民主化後的重要課題。就行政命令的權力而言，早期的學者與大法官引進歐陸法律保留原則的體系，嘗試強化民意機關的立法控制以節制行政制定命令的權力，並且宣告一系列限制人民權利卻欠缺法律授權的命令違憲<sup>2</sup>。在2000年制定的行政程序中又進一步成文化，區分成需要法律授權的法規命令以及機關可以自行制定的行政規則兩種行政的規範<sup>3</sup>。然而，法規命令以及行政規則的二分並未能完整解決行政的規則制定權爭議以及立法與執行的制衡問題。不僅定性與劃分的問題引起困擾，地方自治與全球治理開展的多層次治理趨勢、專家參與制定命令及私人規範的興起，都挑戰法律保留原則與行政命令二分的形式思考。許多學者嘗試從歐陸行政法學，找出各種行政行為解釋與定性、規範的理論與

---

2 如司法院釋字第443號解釋，建立起層級化的法律保留，確定限制人民權利的行政命令必須以法律有授權為前提，僅得在不限制人民權利的細節性、技術性事項才允許行政機關自為制定命令。

3 行政程序法第150條與第159條參照。

實務以解決當前問題。有趣的是，作為臺灣行政法學者典範的歐陸行政法傳統，因為歐盟與全球行政法的發展而快速的變動當中。

正在興起的歐盟與全球行政法<sup>4</sup>，呈現了多種挑戰與可能性。歐盟作為一個超國家組織，一方面必須向上統合會員國的不同意見而制定整體的政策方向，又必須下放權力，藉由各國機構推動、執行法律與政策。統合的過程使歐盟的立法往往是原則性、抽象性的規範，而分享的執行過程又必然涉及廣泛溝通與協調。在抽象立法與具體執行之間，如何分配規則制定權是歐盟經常面臨的挑戰。歐盟與全球連結而發展出三種不同的規則制定模式，牽動著歐盟與世界各國行政現實，已經超過傳統行政法的想像，卻未受到臺灣行政法學界的足夠重視。儘管臺灣的脈絡與歐盟與全球治理多層次、去中心的脈絡不同，但歐盟與全球行政法對治理現實的重視，以及回應實際需求與正當性赤字的機制模式，仍是臺灣思考未來制度的借鏡。本文希望透過研究分析歐盟與全球興起中的命令制定模式，探究全球治理時代的行政法趨勢，以提供臺灣當代思考行政法的借鏡。

## 貳、規則制定權與權力結構

行政權能否制定抽象規則，其權力範圍以及與立法權間的關係，都涉及到不同憲政體制對於權力的想像。

採取議會內閣制的歐陸國家，多將國家想像成一個權力，而議會即是國家權力核心。人民選舉議會，議會因此具有來自人民賦予

---

4 全球行政法（Global Administrative Law）的概念由Nico Krisch, Benedict Kingsbury, Richard Steward 等學者提出，研究因為全球治理的發展，而在超國家層級出現的行政法律類型。此種全球行政法不侷限在國家，而是強調各種承擔治理責任的公、私主體責任。請見Nico Krisch and Benedict Kingsbury, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, 17 Eur. J. Int'l L. 1, 2-5 (2006).

的民主正當性；內閣由議會授權組成，行政權的正當性自議會間接產生，不直接得到人民之授權。當行政權與立法權行使權力發生衝突時，行政權原則上應該尊重立法權。制定法律是立法者的權限，行政權原則上僅司法執行，即便允許制定規則（包括法規命令與行政規則），也必須在立法權之下行使。此即法律保留原則的基本思考：原則上必須得到立法者的授權行政機關才能制定規則。當行政機關制定規則未得到立法者授權，或者超過法律授權時，即屬於違憲。憲法可能還更進一步要求授權明確，包括授權目的、內容與範圍必須具體明確。

以法律保留原則為核心的規則制定權分配，是植基於議會內閣的憲政傳統。在總統制的憲政體制中則有不同思考。在美國的二元民主體制之下，國家的權力有其分別的來源。經由民主投票產生的總統，在憲法授權的範圍內可以自行制定規則。在著名的 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 一案中，美國聯邦最高法院雖然否定了總統有透過命令接管鋼鐵工廠的權力，卻明白宣示「總統發布命令的權限，若非源自國會授權，便是來自憲法規定」。有學者據此認為最高法院確認了總統在憲法職權範圍內有發布命令的固有權力<sup>5</sup>。

政治哲學家漢娜鄂蘭（Hannah Arendt）即指出「美國的權力結構與歐洲民族國家的古典原則相對立。在歐洲國家，權力如同主權，是不可分割的。美國以權力分立原則立國，深信政治體乃一個整體，並由權力分立而強化。<sup>6</sup>」行政是否有權制定規則，其範圍何在、與立法權之間的關聯如何等問題，究其根本是權力的問題，

---

5 See *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). 關於本案是否肯認總統發布命令的固有權力，學者有不同解讀 See, e.g., Jack Goldsmith & John F. Manning, *The President's Completion Power*, 115 YALE L.J. 2280, 2283-87 (2006); Harold Hongju Koh, *Setting the World Right*, 115 YALE L.J. 2350, 2370 (2006).

6 Hannah Arendt 著，蔡佩君譯，責任與判斷，頁254-270（2008年）。

涉及一國憲政如何想像權力、分配權力，又如何透過法律節制權力、制衡權力。

臺灣在民主化初期，以具有留學德國背景為主的公法學者，為了強化民主控制行政權，避免行政機關恣意制定命令限制人民權利，而引進歐陸的法律保留思考。如果涉及人民權利限制之事項，行政機關僅得在法律有授權且授權明確的情形下，制定法規命令予以規範。若無立法者的授權，行政機關僅得就執行法律之細節性、技術性事項以命令規範之。2000年通過的行政程序法僅規範「法規命令」與「行政規則」兩種行政的抽象規範，前者指法律有授權的情形下行政機關制定對外生效之規範，得以限制人民權利；後者為長官對屬官、上級對下級的內部規範。這樣看似清楚的規範架構，卻未能解決問題。一方面，已經存在的各種行政機關制定的命令或行政規則，經常未能清楚地歸類與定性，迫使司法實務界與學術界經常忙於辨識：(1) 有無法律授權規定；(2) 授權是否具體明確；(3) 行政機關制定的命令是否屬於細節性技術性事項。其中由行政機關依據職權制定的「職權命令」爭議尤其令人困擾<sup>7</sup>。另一方面，行政機關為了避免其制定之規範受到違憲質疑，透過提出法律修正案增訂法律中的授權規定，補票式地將各種職權命令或涉及人民權利限制的行政規則予以形式合法化，但大量增加授權規定只是取得形式上的妥協，並沒有真正解決問題，反而使許多原本應該以行政規則制定的規範，因為增加了授權條款而得以限制人民權利。例如「違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則」，應該是屬於協助

---

7 行政程序法沒有職權命令的類型，因此有學者主張職權命令在行政程序法實施之後應該沒有容許的空間。然而，從大法官解釋與行政現實並沒有否定職權命令存在的空間。學說上也有學者採取此見解。相關討論請見如許宗力，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），頁339-360（2000年）；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，東吳法律學報，23卷2期，頁2（2011年）。

下級公務員執行法律的裁罰性行政規則，但內容上卻可能涉及人民權利的實質限制，因此在辦法第1條加上「本細則依道路交通管理處罰條例（以下簡稱本條例）第九十二條第四項規定訂定之。」如此一來，法規命令與行政規則的區分就更令人困擾，原本該屬於行政規則的規範因為加了授權條款，可以規定對外限制人民權利的事項，其內容也經常不限於「細節性、技術性」事項。增訂授權依據僅解決形式合法性的問題，而「細節性、技術性事項」的探討，經常各說各話。這些努力並未能妥善解決行政機關規則制定權的爭議。

更重要的是，當規則制定權的爭議窄化為授權與分類標準的爭議時，其討論竟與憲政權力的設計脫離。當臺灣歷經七次修憲與多次政黨輪替而逐漸走向雙首長制或甚至更偏向總統制之時，憲法制度的權力分配與現實政治運作的權力運作，已經偏離歐陸內閣制的想像。在雙首長制中，雙元民主、割裂的行政權以及現實運作的偏向，實際的權力分布及運作都挑戰植基於議會內閣制的法律保留原則思考。當臺灣人民可以直選總統，而總統有單獨的閣揆任命權時，是否意味著行政權應該有著獨立於立法授權之外的規則制定權？那麼此種規則制定權的範圍與制衡又如何？

除此之外，臺灣的行政法學界也忽略一些發展中的趨勢。第一是多層次治理的趨勢。例如民主化與六都升格強化了臺灣的地方自治，地方政府得否參與制定命令，其制定自治條例與規則與中央的行政命令關係如何？全球化的發展也使國內管制現實受到許多國際規範的實質決定，行政法應該如何回應？第二，規則制定的過程經常引進專家的角色，但其參與程序及效力如何？第三，行政機關偶而採納私人標準作為命令或行政處分的基礎，行政法是否應該納入規範？

以上種種都是未來行政程序法修正不可忽視的問題。可惜的是臺灣行政法學界的討論卻經常侷限於「是否有授權規定」、「授權是

否明確」以及「是否屬於細節性技術性事項」等標準的操作，未能更深入而完整地思考在當代的環境中，治理權力發生怎樣的變化，而行政法又能發揮怎樣的功能。

### 參、興起中的規則制定模式與權力現實

行政法的發展，固然有提升行政效能的面向，但更根本的作用在節制公權力之行使，避免行政權濫權而侵害人民權利。探討未來行政法應該如何規範規則制定權，則不能不看到當代政治權力結構與治理環境的變動。就此而言，歐盟行政法的發展可以提供一些借鏡參考。

目前歐盟有自身的法律架構。最核心的規範基礎是歐盟條約（Treaty on European Union）與歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，以下簡稱「TFEU」）。依據TFEU第288條，在條約之下還有次級規範，包括規章（regulations）、指令（directives），以及決議（decisions）、建議（recommendations）與意見（opinions）。規章與指令都具有法律拘束力。規章具有一般效力，對會員國有拘束力並且直接適用於會員國。指令對會員國有拘束力，但會員國可以選擇用何種形式與方法達成指令的要求，因此指令需要會員國進一步透過內國法定程序轉化成國內法，才能在會員國內實施<sup>8</sup>。依據TFEU第294條，指令與規章由歐盟執行委員會（European commission，以下簡稱「執委會」）提出草案，送交歐洲議會與歐盟理事會（Council of European Union）審查，必須得到兩個機構的同意才能生效。不過，歐盟持續面對規範跨國實施的挑戰。規章或指令通過之後，歐盟機構或會員國都可能進一步制定

---

<sup>8</sup> See JOSEPHINE STEINER, LORNA WOODS & CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, EU LAW 56-60 (9th ed. 2006).



細節具體的規則處理執行層面的問題。應該透過何種程序與形式為之，才能回應實施需求，並能夠在歐盟與會員國、及歐盟不同機構間取得平衡，過去沒有清楚的依據。一直到歐洲理事會於2007年通過的TFEU中，才嘗試建立法律框架規範執委會與會員國的規則制定權。

TFEU第289條規定，法律必須由立法程序通過。TFEU第290條規定執委會必須得到立法授權才能通過授權命令（*delegated acts*）。立法授權時必須說明授權的目的、內容與範圍，而核心的部分則不應該授權。該條亦允許歐洲議會或理事會廢止授權。TFEU第291條則規定執行命令（*implementing acts*），要求會員國制定內國法律以實施歐盟有拘束力的法律。TFEU第291條第2項規定，如果有形成實施一致條件的需求時，授權給執委會執行命令權。TFEU的規定體現了歐陸以立法權為權力核心的行政法傳統，也反映了歐洲議會與執委會間的權力角力。由各國代表組成而有民意正當性的歐洲議會，希望取得類似內國立法機構的權限，並將執委會與內國行政機關等視，限制執委會的規則制定權。執委會只能制定授權命令與執行命令兩種規則，前者必須得到立法授權，後者僅得在執行法律的必要範圍內制定<sup>9</sup>。

不過現實上的發展卻遠遠超出法律框架的負載。跨國行政管制的複雜需要許多進一步的規範，協助執行方向與個案判斷以減少歧異。歐洲立法程序沒有能力回應立法需求，執委會也並未有足夠的政治實力與正當性獨攬命令制定權。其結果是發展出多種非典型的規則制定模式。第一種是以會員國政治程序為基礎的Comitology程

---

<sup>9</sup> 歐洲議會早期權限較小，主要在於考察會員國的人權狀況。在TFEU條約通過後，歐盟現行的立法機構由歐盟理事會（Council of the European Union）與歐洲議會共同組成。目前多數歐盟政策領域的立法必須經過由歐洲議會與歐盟理事會共同決定的程序立法。

序，國內有譯作「專家委員會」或「授權立法委員會」<sup>10</sup>。第二種是專家對話建立共識的模式，第三種是私人治理模式。這三種模式反映的是歐盟治理權力的變動，也因此與全球行政法及內國行政法緊密牽連。

### 一、政治參與模式：Comitology

歐盟法律的正當性來自各個會員國的代表參與及審議。然而，在歐洲各國不同的立場與條件下，歐盟通過的法律經常是高度妥協的結果，多屬於大方向、政策性的決定，在實施時經常面臨抽象的法律如何在不同國家各異的制度與脈絡中一體實施的問題，必須進一步制定更具體的規則。然而，由於擔心執委會的權力過大，議會與理事會不願意直接授權給執委會做全權決定，於是創造出Comitology的程序<sup>11</sup>。由會員國代表或專家組成的委員會，參與並協助執委會制定實施法律所需要的執行命令<sup>12</sup>。

---

10 Comitology的中文翻譯不一，有譯為「授權立法委員會」，請見蔡裕鎮，歐洲聯盟授權立法委員會（Comitology）之研究，淡江大學歐洲研究所博士論文（2012年）。有譯為「專家委員會」者，如藍玉春，歐洲多層次治理：論點與現象，政治科學論叢，24期，頁49-61（2005年）；黃舒芃，歐盟基本權利憲章對各會員國之拘束——由新近實務發展與理論爭議反思基本權利保障在歐盟的實踐途徑，收於：洪德欽、陳淳文編，歐盟法之基礎原則與實務發展（上冊），頁224（2015年）。國內多數學者的用語，以「專家委員會」稱之。不過專家委員會的翻譯可能會使讀者誤解，本文以原文Comitology稱之。

11 Comitology一詞的來源並不清楚，多認為此概念是由歐盟執行委員會於1950年代引進，作為聯絡會員國與超國界行政的功能。See Jens Blom-Hansen, *The Origins of the EU Comitology System: A Case of Informal Agenda-setting by the Commission*, 15 J. Eur. Pub. Pol'y 208, 208-10 (2008). 1958年，Cyril Northcote Parkinson的書中出現了「Comitology科學」（the Science of Comitology）一詞，指涉關於委員會及其運作的研究。亦有認為Comitology在歐盟的脈絡中，可能更源自於「禮遇」（comity）的意義。See also, J.H.H. Weiler & Martina Kocjan, *The Law of European Union*, UNIT (May, 2004), at 3, <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/UNIT1-3-EU-2004-05.pdf>.

12 Comitology雖然也有專家參與，但其運作是以國家代表性為基礎，專家通常在表決前徵詢內國上級機關意見，因此與下述的專家模式有所不同。

依據Paul Craig的研究，Comitology程序可以追溯到1960年代歐洲共同農業政策發展的時期，創造出「管理委員會程序」(management committee procedure)來處理會員國間對於實施措施意見不一致的問題。不過，由於會員國與理事會不信任執委會，擔心允許執委會制定執行命令，將造成權力過大難以制衡的問題，於是要求執委會草擬的次級規則，需與會員國代表與專家組成的委員會一起討論決定。若委員會否決草擬的規則，即退回執委會。後來進一步發展出管制委員會(regulatory committee procedure)來因應共同商業政策的制定需求。如果委員會未能產出意見，或不同意草擬的措施，執委會必須送交執委會取得多數同意<sup>13</sup>。

歐洲共同體理事會於1987年通過關於Comitology的規定，經歷1999年與2006年的修改<sup>14</sup>。2006年的修改重點在於賦予歐洲議會在決策過程中的參與及監督。Comitology程序擴散到其他管制領域，成為歐盟制定規則的常見程序。此種程序協助補充法律實施所需要的規則，同時可以增加信任、避免歐盟執委會的擴權。

不過此種程序引起爭議，擔心導致會員國利益主導、破壞歐盟機構間的權力平衡，並且產生透明度與責信(accountability)的疑慮，於是有了前述2007年TFEU的規定<sup>15</sup>。TFEU建立起歐盟法律的四個層次：條約、規章與指令、授權命令與執行命令。TFEU第290條規範授權命令，使委員會的規則制定受到執委會與歐洲議會的控

---

13 See PAUL CRAIG, EU ADMINISTRATIVE LAW 113-14 (2d ed. 2012).

14 第一個Comitology的法律依據是「歐洲單一法案」(The Single European Act)，其指示理事會採納不同程序的決定，又稱為第一個1987年Comitology 決定。於1999年，歐盟理事會形成「Comitology決定」(The Comitology decision)，規範關於執行委員會執行權力的程序。“Council decision of 28 June 1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission”. See EUR-LEX, europa.eu. EUR-Lex. Pdf (last visited July 25, 2018).

15 關於早期Comitology正當性的質疑，See Francesca E. Bignami, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, 40 HARV. INT'L L. J. 451, 451-60 (1999).

制監督，可以有事前控制與事後廢止的權力。在TFEU規定下，授權命令不再適用Comitology程序，亦即只有執委會依據授權制定命令<sup>16</sup>。2009年執委會發布關於本條適用的解釋，指出原則上授權命令受到管制程序審查（regulatory procedure with scrutiny）<sup>17</sup>。歐洲議會與理事會可以任何理由反對授權命令或廢止授權，以節制執委會的權力。

TFEU第291條規範執行命令，其中第2項規定，若有統一執行條件需求時，可以賦予執委會制定執行命令權，不過歐洲議會與理事會必須另外制定法律，規範會員國如何控制執委會執行權的行使。TFEU的規定使得執委會成為歐盟主要的行政機關，其執行命令的制定受到理事會、議會與會員國的監督<sup>18</sup>。

然而，這些條款未必有效限制Comitology的規則制定角色。執委會在2009年接受會員國的專家可以在授權制定規則時的扮演諮詢角色。執委會的意見使內國專家在原本Comitology制度中的功能，能持續藉由諮詢角色維持<sup>19</sup>。於是，建議性委員會（advisory committee）仍然存在，只是以非正式的方式在主要的機制間透過

---

16 關於授權命令的規範與討論，See Steve Peers & Marios Costa, *Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon*, 18 EUR. L.J. 427, 450 (2012). 關於TFEU體制中授權命令規範的正當性質疑，許多集中在對於專家在諮詢的角色與正當性之上。See T. LARSSON, *PRECOOKING IN THE EUROPEAN UNION — THE WORLD OF EXPERT GROUPS* 14 (2003); A. Gornitzka & U. Sverdrup, *Who Consults? The Configuration of Expert Groups in the European Union*, 31 W. EUR. POL. 725, 727-39 (2008).

17 由於TFEU第290條有「增補」(amend)及「補充」(supplement)兩種，執委會認為此二種情形未必適用管制程序審查。See *Implementation of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, COM (2009) 673 final, p.1 (Dec. 9, 2009).

18 Paul Craig認為，儘管TFEU第290條的規定，執委會仍取得相對其他機構更大的權力。原因包括：(1) 條約第290條第2項的規定不是強制性；(2) 第290條1項難以事前監督與執行；(3) 理事會的事後否決權並非新增的權力；(4) 事後控制的功能有限。CRAIG, *supra* note 13, at 114-15.

19 *Supra* note 16, at 6-7.

「共同理解」(common understanding)<sup>20</sup>發揮功能。在TFEU的架構下，理論上沒有管制與管理性委員會合法存在的空間。

2011年的執行命令規章(Implementing Acts Regulation)透過重新解釋TFEU第291條而恢復Comitology的精神<sup>21</sup>。TFEU第291條第2項規定，統一實施條件的權力賦予執委會，於特定的情況下才賦予理事會。執委會依照此條款所制定的規則即是「執行命令」。第3項則規定歐洲議會與理事會應事先藉由一般立法程序決定關於會員國控制執委會實施權力的原則與規則。此條文承認執委會具有實施與行政自主權。基於這個規章，歐盟創造了諮詢程序與審查程序兩種。兩種程序的委員會都由會員國代表組成，主席則是執委會，負責審查執行命令。

審查程序(examination procedure)包含了過去的管制程序與管理程序。關於可能有實質影響的計畫、共同農漁業政策、環境、安全、人體健康、動植物保護、共同商業政策與賦稅等領域都是用審查程序。在審查程序中，會員國的有效多數投票(Qualified Majority Voting)才能阻擋草擬的命令。如果委員會支持該草擬命令，執委會必須接受。如果委員會沒有意見，執委會有裁量空間<sup>22</sup>。如果委員會與執委會意見不一致，執委會則將草案提交由理事會與歐洲議會組成的上訴委員會，若其中一機關反對，執委會不能採取該草擬措施，但可以修正或提出新草案。諮詢程序規定與TFEU條約內容類似，適用在不屬於審查程序的其他議題領域，其決定沒有法律上

---

<sup>20</sup> See CRAIG, *supra* note 13, at 127.

<sup>21</sup> Commission Regulation 182/2011, 2011 O.J. (L55/13).

<sup>22</sup> 一般而言，執委會將採納委員會無意見的規則草案，可能例外以有效多數投票通過者包括下列三者：涉及敏感主題者（稅賦、財政、人體健康與安全保護、動植物管制與保護）、應該由代表以條件多數決支持者、單純多數反對提案者。所謂有效多數投票是指在需要全體決的事項中，在例外情形可以依55%會員國贊成，以及贊成國人口佔歐盟總人數65%通過。相關討論，See Peers & Costa, *supra* note 16, at 427, 456-57.

拘束力。當欠缺強制性的審查程序時，採用諮詢委員會程序。執委會決定執行措施時，委員會可以提出審查意見，執委會可以參考委員會審議的意見。雖然不具拘束力，但執委會一般會考慮。

Comitology是會員國希望在制定實施措施時能加入會員國意見的制度，可以在採取命令之前使執委會與會員國的代表或專家對話溝通，確保會員國的一致實施<sup>23</sup>。會員國也透過Comitology程序監督控制執委會的執行權。TFEU與執委會後續的命令進一步規範相關程序，使得Comitology的程序更為順暢，也有較為清楚的分工與界定。

## 二、專家對話模式：藥品管制的例子

第二種模式是專家對話模式。在機關決策過程中，引進專家意見並透過專家間的對話產生共識來決定管制規則的內容。由專家組成的正式或非正式組織，以科學同儕對話形成決定，其決定實際上成為該管制領域的規則。不少管制領域都出現類似的發展，跨國管制需求形成網狀體系，仰賴專家的同儕審查，並且以科學為基礎形成管制的標準與爭議解決機制。歐盟與全球的藥品管制即是其中一例。

歐洲議會制定關於藥品管制的法律，但規範的文字往往模糊抽象，又涉及會員國的制度、脈絡與資源差異，需要進一步的規範提供實施的指引。在歐盟的發展是，透過建立機關平臺，引進專家對

---

23 除了執委會建立的四種Comitology機制之外，會員國也可能透過滲入歐盟管制機關的結構的方式參與規則制定。例如新建立的財務監管機制，包括歐洲證券市場局（European Securities and Markets Authority, ESMA）與歐洲銀行局（European Banking Authority, EBA）等。這些單位由會員國組成的委員主導，被授與制定TFEU第290條的命令制定權。命令草案由機關制定後交由執委會確認，歐洲議會與理事會則有否決權。於是，原本TFEU希望讓議會與理事會掌握規則授權的意旨，相當程度地被新機關的決策結構給消蝕。Paul Craig認為，這些發展使得會員國的國家利益主導了相關領域的細節規則形成。See CRAIG, *supra* note 13, at 114-15.

話的機制，進而形成以專業為基礎的規則建議。歐盟設置「歐洲藥品局」(European Medicines Agency, EMA)作為歐盟進一步執行法律的管制機關<sup>24</sup>。作為歐盟與會員國的中介，EMA是管制的協調平臺，與會員國的機關連結，形成一個跨歐洲的管制網絡。EMA主要由專家組成，負責向歐盟的行政權——執委會提出關於歐盟內藥品授權的科學意見，其中一個重要的任務是解決藥品在歐盟市場一致許可的問題。EMA必須協調於全歐洲的機制網路，包括各國境內相當功能的機關或單位合作與互動，確保醫藥授權在一國以上可以獲得一致的授權。EMA與各國相對應的機構都是由該領域的專家組成<sup>25</sup>。在關於醫藥產品的評估及監督事務領域內，歐盟的藥品管制系統疊架於國家的管制體系之上並與之連結，主要透過轉介程序 (referral procedure) 與醫藥品監理 (pharmacovigilance) 系統發揮管制的功能<sup>26</sup>。

轉介程序是指當會員國之間對於藥品的核准有不一致意見時，轉介給EMA決定的程序。在歐盟的制度中，藥商可以個別獲得會員國的市場授權，但需要遵守「相互承認程序」(Mutual Recognition

---

24 Alessandro Spina, *The Regulation of Pharmaceuticals Beyond the State: EU and Global Administrative Systems*, in GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND EU ADMINISTRATIVE LAW — RELATIONSHIPS, LEGAL ISSUES AND COMPARISON 249, 250-51 (Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella eds., 2011).

25 在過去，歐盟曾有75/319/EEC指令，創造多國的藥品授權程序，但由於非強制，後來產生一個藥品再依國被核准卻被另一國拒絕的情形。1995年建立了Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP)，由各國指派的代表組成，卻獨立於各國運作，負責整合會員國的科學意見。CHMP的科學意見提供給歐盟委員會作為參考，作成是否在歐盟境內全境授權的基礎。CHMP可以協調會員國與其他機構以確定產品的品質，其意見通常會被委員會採納，採納後提供給各國。如果各國提出重要問題是CHMP漏未考量的，程序將會暫停，送給EMA做進一步考量。如果沒有，則歐盟委員會將會作成最後意見。EMA因此不能算是「真正」的行政機關，不直接執行藥品的查核評估，而是統合數千個國家的專家網絡，負責同儕審查評估。See Commission Regulation 726/2004, art. 62, 2004 O.J. (L 136) 1, 25 (EC).

26 依照WTO的定義，醫藥品監理是指關於藥物相關問題的偵測、評估、理解與避免副作用的活動與科學。See Spina, *supra* note 24, at 250-51.

Procedure, MRP) 或去中心式的程序 (Decentralised Procedure, DCP)<sup>27</sup>。無論是哪種途徑，都會使單一國家的藥品核准管制成為超國家的管制範疇。為了確保不同國家對同一個藥品的核准一致，歐盟指令在EMA內部建立了由會員國代表組成的非正式協調團體 (Coordination Group for Mutual Recognition and Decentralised Procedures, CMDh)，每月開會一次<sup>28</sup>。如果CMDh無法獲得共識，則轉介給EMA的人類使用醫療產品委員會 (Committee for Medicinal Products for Human Use, CHMP) 來決定<sup>29</sup>。最後的決定是拘束所有會員國，會員國必須遵守其要求。各國行政系統的裁決權於是被歐盟的轉介程序所限制。雖然歐盟沒有集中式的藥品授權管制，卻因為EMA科學委員會的轉介程序，而能使同一藥品在歐洲境內取得相同的風險利益評估；科學委員會的意見甚至成為歐盟執委會的決定。CMDh與CHMP的決定，不僅僅是針對個別藥品，也會產生一般性的指示或規則。

歐洲的藥品管制系統也與全球系統連結，並影響全球系統的運作。全球藥品管制系統欠缺如歐盟議會一般的立法機構，也欠缺如EMA的管制機構平臺，其所形成的機制是由自願性、非正式的專家會議進行對話協調。由歐盟、日本與美國為主組成的國際醫藥法規協和會 (International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use, ICH) 是公私混合的協調平臺，目的是減少不必要的管制阻礙，使新藥品的全球市場行銷。ICH的締約國或委員會觀察員可以提出「概念文件」(concept paper) 指出規範不一致的問題，接著指導委員會 (Steering Committee) 進行討論確認概念文件與後續計畫後，成立工作小

---

27 See Council Directive 2001/83, art. 27-39, 2001 O.J. (L 311) 67, 79-82 (EC); see also Spina, *supra* note 24, at 256.

28 See Council Directive 2001/83, art. 27, 2001 O.J. (L 311) 67, 79 (EC).

29 當歐洲境內對於相同產品的決定有重大歧異時，藥商也可以啟動轉介程序。See Council Directive 2001/83, art. 30, 2001 O.J. (L 311) 67, 80 (EC).



組，由各國提名的人組成，其中一人為報告員。當工作小組討論有共識時，報告員向Steering Committee提出報告，委員會進而草擬指示，在歐、美、日間廣泛諮詢。諮詢的意見最後回到工作小組確認，Steering Committee若認為此議題有科學共識，並且建議由歐美日採納的指示並且實施。ICH最後會報告此指示在歐美日區域內實施的情形<sup>30</sup>。

CMDh與ICH所呈現的跨國藥品管制的規則制定模式，是由各國專家組成的非正式跨國會議為形式。相較於過去由政治代表所組成的會議，非正式的跨國會議可以減少各國政治利益的干擾，以科學資訊與知識為基礎，由專業同儕相互對話、建立共識的程序。程序目的原本在經由專家對話確認科學共識，但也經常決定管制規則。除了規則決定之外，專家機制也會涉及個案裁決<sup>31</sup>。

專家對話形成的跨國藥品管制規則經常是沒有正式拘束力的軟法。例如ICH透過定義與指示、標準的建立進行管制，形成四個類型，分別是：指示（guideline）、維持（maintenance）、修正（revision）與問答（Q&A）<sup>32</sup>。形成軟法的程序往往比較有彈性。在歐盟藥品管制的領域，專家形成的技術指示、建議等成為決定實施原則與具體義務的關鍵。現行歐盟所謂的醫藥法，實際上是由許多委員會、執行理事會與人類使用醫療產品委員會等提供的技術指示共同組成的。裡面除了歐盟的法律之外，更多是透過專家間的溝通對話，形成指示或其他非正式規則來規範。不具有法律形式的

---

<sup>30</sup> See Spina, *supra* note 24, at 258.

<sup>31</sup> 雖然Comitology程序中各國的代表經常也是管制的專家，但與專家模式仍有相當差距。首先，參與Comitology的專家主要代表各國利益，而專家對話模式則主要透過專業對話。其次，Comitology模式中，草案基本上由執委會主導，各國專家僅參與最後的程序，基本上仍是由上而下形成執行命令。專家對話模式更重視水平間的對話共識，進而由下而上地形成命令。See Spina, *supra* note 24, at 263-64.

<sup>32</sup> *Id.* at 258.

ICH指示與建議，不僅在歐美日三個管制區域實施而有約束力，事實上也在全球藥品管制體系中有重大的影響力。在歐盟，執委會制定的關於醫藥品管制的命令，大多以EMA科學委員會的討論與建議為基礎。專家對話所形成的軟法，實際上發揮強而有力的管制效果，影響領域內行動者的行動<sup>33</sup>。

### 三、私人治理模式：清潔發展機制為例

第三種興起的模式是私人治理。私人承擔行政功能的情形在全球與歐盟行政法的領域已經相當常見，除了具體的決定之外，也開始擴及規則制定。以下僅以溫室氣體管制的清潔發展機制為例說明在氣候變遷體制中，私人治理於歐盟及全球的運作。

私人在清潔發展機制中的參與，建立在國際法與歐盟法授權的基礎上，包括聯合國氣候變遷綱要公約與京都議定書、歐盟的計畫指令。京都議定書要求強制減量義務並建立彈性市場機制，2000年時歐盟執委會設立了「歐盟氣候變遷計畫」(European Climate Change Programme, ECCP)，由各國代表、專家、產業代表、環境組織與利害關係人組成，負責提供氣候變遷政策形成所需要的各種資訊、研究、報告與政策方案，包括科學證據與社會經濟影響評估。這些工作小組與氣候行動署整合不同國家與社群的意見，提高政策的可行性，成為歐盟執委會制定相關氣候變遷政策指令的重要依據<sup>34</sup>。此外，隨著氣候變遷管制的需求越來越大，歐盟委員會於

---

33 例如歐盟EMA即被要求提供技術與科技協助以增進歐盟與會員國、國際組織間的合作，尤其必須「在ICH脈絡討論的架構下」。See Commission Regulation 726/2004, art. 57, 2004 O.J. (L 136) 1, 22 (EC).

34 例如推出了歐盟2020年氣候和能源包裹 (The 2020 climate and energy package)，除了設定減量、再生能源與促進能源效率的目標外，推動四個措施：促成歐盟排放交易體系的改革、減少未納入EU ETS部門的溫室氣體排放、提高各國再生能源使用比例、積極發展碳捕捉與封存，See An official website of the European Union, [http://ec.europa.eu/clima/news/articles/news\\_2014102801\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/news/articles/news_2014102801_en.htm) (last visited July 25, 2018).

2010年2月17日成立氣候行動署（DG Climate Action），從環境總署（European Environment Agency DG Environment）獨立而專責處理氣候變遷事務<sup>35</sup>。氣候行動署除署長外，多由專家與技術官僚組成。

歐盟建立了歐盟排放交易體系（EU ETS），也引進清潔發展機制（Clean Development Mechanism, CDM）制度。會員國可以在開發中國家推動減量計畫，減量的成果可以抵換自身的減量義務<sup>36</sup>。清潔發展機制與排放權交易制度要能運作而不至導致市場失靈，前提是需要確保減量實際情形與換算的減量交易單位（Certified Emission Reductions, CERs）取得一致。由於歐盟與全球的管制體制需要公證的認證系統，因此也建立起歐盟與全球的私人認證系統。京都議定書第12條指出彈性機制的活動與減量成果需要認證，但卻是透過後續締約國大會的決定建立了第三方私人認證的規則<sup>37</sup>。2001年議定書締約國大會通過的「馬拉喀什協議」（Marrakesh Accords）建立了清潔發展機制的七個程序，其中涉及第三方私人認證的即有兩個程序，是由計畫的契約雙方共同指定再經由CDM的執行理事會認證授權的指定經營實體（Designated Operational Entity, DOE）為之。目前指定經營實體幾乎都是私人公司經營<sup>38</sup>。

---

35 另外一個獨立出來為能源總署（DG Energy）。

36 京都議定書第12.3條參照。關於清潔發展機制的詳細說明，請見林春元，氣候變遷全球行政法的演變、形貌與影響，臺大出版中心，頁294-308（2017年）。

37 See G.A. Dec. 16/CP.7 and 17/CP.7, at 5-20, U.N. Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2.

38 「指派經營實體」，是經過清潔發展機制執行理事會授權的內國法人或國際組織，其主要任務是獨立審核計畫文件，並監督此類計畫的溫室氣體排放減量情形。不過除非得到執行理事會的許可，否則一個指定運作實體只能執行其中一個功能，反映了制衡與責信的要求。目前已有超過40個DOEs依15種不同專業領域（sectoral scopes）——如能源工業、化學工業、運輸業、廢棄物處理、植林與造林、以及農業等等——就CDM計畫參與者提出的計畫設計文件與實際的計畫活動行使審核（validation）、驗證（verification）與認證（certification）的權限。關於清潔發展機制運作的七個步驟說明，請見林春元（註36），頁301-305。

指定經營實體在CDM計畫開始之前必須審核計畫提出者的資格與計畫書 (Project Design Document, PDD)。第二次的介入則是在計畫進行期間與結束時，DOE必須查核CDM計畫是否真的減少額外的溫室氣體排放。指派經營實體查核後向秘書處遞交CERs核發的請求<sup>39</sup>，秘書處確認後才核發，使計畫實施者取得CERs以換抵國家的減量義務。

歐盟2003年的指令建立了歐盟境內的溫室氣體排放權交易制度，在該指令與後來的「監督與報告指示」(monitoring and reporting guidelines)納入了確保減量目標實現的認證系統<sup>40</sup>。參與排放權交易制度的機構必須先得到國家授與的溫室氣體排放許可 (greenhouse gas emission permits)。減量計畫者自動提出的減量資訊報告的活動必須受到得第三方的確認，檢附關於監督程序的報告，以確保減量資訊依據指令受到監督。第三方確認者多半是私人機構，卻擁有對於計畫報告的最終決定權。

在氣候變遷的領域，私人機構承擔重要的查核與認證公權力。為了建立其自身公信力並且與全球的機構合作或競爭，私人機構會進一步制定規則以減少爭端。這些規則不是政治過程的產物，也不是傳統「行政命令」可以涵括的規則型態，卻實質影響領域中行動者的行為，甚至成為國際組織或國家的規範基礎。

---

39 所謂傳送 (forward)，是指從CDM登記處的管理者將CERs從執行理事會的暫時帳戶移轉到計畫參與者帳戶和收益分成的過程。只有在CERs已經核發之後，CDM登記處管理者收到傳送的請求時才會發生。

40 2004年的指令賦予CDM計畫所得的CERs可以使用在歐盟排放權交易制度中抵換國家的減量義務。See Directive 2004/101, of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 amending Directive 2003/87/EC establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, in respect of the Kyoto Protocol's project mechanisms, 2004 O.J. (L 338) 18.

## 肆、回應跨國治理現實的行政法趨勢

傳統上認為行政法是國內法的議題而與國際法無涉，而有「國際法領域沒有行政法存在」<sup>41</sup>。然而，過去幾十年間，學者觀察到在歐盟與全球領域都產生了行政法，分別稱為「歐盟行政法」與「全球行政法」。二者相互影響強化。跨國行政法的發展，與跨國治理權力結構的變化息息相關，也衝擊傳統行政法的思考。

### 一、歐盟行政法與全球行政法的興起

歐盟行政法的發展建立在區域經濟整合的企圖與條約的基礎上。TFEU第298條規定，為執行歐盟的任務，相關機構、主體、官署與單位應該由「公開、有效且獨立的歐盟行政體系（an open, efficient and independent European administration）」支持。在TFEU條約的基礎上，歐洲聯盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）納入了「享有良好行政的權利」（the right to good administration），歐洲法院的許多判決也在解決國家與人民、歐盟機構的衝突過程中，逐漸充實歐盟行政法<sup>42</sup>。這些原則與規則一方面管制歐盟公權力行為，另一方面也將歐洲各會員國的行政機關納入規範。國家、歐盟與各種混合的主體可能融合或連結構成各種管制領域的「歐洲共同系統」，負責執行越來越多的歐盟政策與規則<sup>43</sup>。Paul Craig的研究主張，歐盟行政法發展趨勢包括：集中化與分享的管理、Comitology、機關創立、開放式的協調合作以及社會伙伴的興起<sup>44</sup>。

41 See CRAIG, *supra* note 13, at 128-30.

42 EUROPEAN PARLIAMENT, EU ADMINISTRATIVE LAW (2015), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/519207/IPOL\\_ATA\(2015\)519207\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/519207/IPOL_ATA(2015)519207_EN.pdf).

43 See Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella, *Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law*, in GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND EU ADMINISTRATIVE LAW — RELATIONSHIPS, LEGAL ISSUES AND COMPARISON 1, 1-10 (Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella eds., 2011).

44 See generally CRAIG, *supra* note 13, at 1-12.

跨國層次行政法的發展不僅僅在歐盟發生，也不僅發生在有正式條約基礎的區域組織。當全球化催生各種領域的國際管制系統，發展出全球治理體系。規則制定、裁決與爭議解決的需求隨之興起，各種不同來源建立起複雜的法律與規則，規範著全球層次治理機制的運作，學者稱為「全球行政法」<sup>45</sup>。Benedict Kingsbury、Nico Krisch和Richard B. Steward等人將全球行政法定義為「由機制、原則、現實和支持性的社會理解綜合而成，促成或影響全球行政實體的責任，尤其是確保其達到充分的透明、參與、附理由決定和法治，並且提供其制定規則和決定的有效審查。<sup>46</sup>」在國際規範不足而國際協商不易的情形下，許多機制借用在內國已經成熟的行政法學，嘗試拘束全球治理主體並使其能負責<sup>47</sup>。內國行政法中責信、權利保護與民主的規範要求於是被延伸到全球層次，具體衍生的行政法原則包括程序參與、透明、附理由決定、審查與救濟、實質標準等。不僅實際規範著領域中的行動者，並且產生合法與非法的拘束力。全球行政法並不尋求全球民主的條件或者是全面化的正當性理論或規範價值，規範上展現較為有限的企圖心。將焦點放在責信的議題上，觀察全球行政主體負責的程度以及其他行動者監督制衡的方式，以形成規範的基礎<sup>48</sup>。

---

45 *Id.* at 2, 3.

46 See Benedict Kingsbury et al., *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15, 18 (2005).

47 例如世界貿易組織的海龜案 (*Shrimp-Turtle case*)，上訴實體要求執行進口限制的國家舉證其對受影響國家提供正當法律程序的保護。另一個顯著的例子是世界銀行在提供開發中國家資助時，要求開發中國家進行國內的組織以及管制程序的改革，包括對抗貪污以及確保市場參與者的程序透明等，漸漸促使許多開發中國家強化內國行政程序的要求。Appellate Body Report, United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998). See also Sabino Cassese, *Global Standards for National Administrative Procedure*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 109, 111 (2005).

48 See, e.g., R.W. Grant & R.O. Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, 99 Am. Pol. Sci. Rev. 29 (2005); J. Ferejohn, *Accountability in a Global Context* 2-7 (IILJ Working Paper 2007/5, 2007), <https://www.iilj.org/publications/accountability-in-a-global-context/>.

歐盟行政法與全球行政法的發展逸脫了傳統內國行政法的範疇，成為一個與行政法相似卻又不同的法律領域。歐盟行政法與全球行政法相互強化，影響各個管制領域的現實之外，也逐漸衝擊內國行政法的形貌。儘管發展的規範基礎不同，歐盟行政法與全球行政法卻共享相同的特徵：皆以行政為導向，核心在確保治理機制的責信，內容主要展現在程序、組織與標準之上，體現了內國行政程序法的主要原則，包括透明、附理由決定、救濟及參與等等。

規則制定權的爭議，在歐盟行政法與全球行政法的發展下，有更豐富的面貌。歐盟有條約的共同基礎，並且有歐洲議會與理事會負責制定歐盟的法律，形成一種由上而下的規範正當性模式，面臨到的挑戰是如何實施歐盟規範的統一執行問題。由於超國家層次的議會經常必須在高度妥協之下制定出過於抽象的規範，而跨國管制本身的複雜以及一致化的需求，歐盟的行政機關——執委會及各國政府，往往必須進一步具體化規則來實施歐盟的法律。規則由誰制定、其程序與實質要求如何、如果衝突時應如何解決，這些問題都欠缺過去經驗可以參考。全球行政法的層次更為困難。全球行政法建立在共同治理需求之上，欠缺統一的規範基礎與集中的全球立法機構，是個由下而上、欠缺顯著科層的法律體系。其中全球管制的規範來自國際組織，也來自各種法院與各種公私混合的正式、非正式組織，如何確認行政的規則制定權與正當性，是更為困難卻亟待解決的問題。歐盟與全球兩種不同發展路徑的跨國行政法，如何回應規則制定正當性的問題？建立在條約基礎上並且有正式議會機制的歐盟，是否較能回應行政的規則制定權濫用問題？欠缺共同條約與議會的全球行政法，又是否有機制回應濫用權力制定規則的問題？

從前述規則制定模式的發展來看，歐盟嘗試在全球建立起如同內國憲政架構的努力是不足的。由上而下、建立在傳統歐陸行政法的體系無法完整規範跨國治理的現實需求與權力結構。可以看到的趨勢是越來越多非典型的機制出現，以零星卻不完整的方式回應治

理需求。在欠缺統一的條約或憲法基礎的情形下，這些來源不同、目的不同、適用範圍也不同的規則，卻都構成全球行政法的一部分，實質規制著全球治理空間中的權力行使。與傳統行政法不同，全球行政法欠缺共同的憲法與法律架構，卻也同時少了既定框架而得以用更彈性多元的方式，確實檢視新的治理結構與權力，建立責信與制衡的制度。

全球行政法的倡者相信，全球行政法相較於傳統民主或憲法的模式，更能符合全球治理的需求。全球行政法透過不同機制間民主正當性的差異相互制衡，回應當前治理主體多元分散的現實。另一方面，以程序、機制為主的行政法體系，因為無須統合不同價值而更能符合多元價值現實<sup>49</sup>。

全球行政法也遭致兩方面的質疑。其一是西方霸權的反思。學者Carol Harlow認為，強調普遍原則與程序的全球行政法實際上有助於維繫西方霸權，而對於發展中國家不利。由於行政法是西方國家的產物，看起來中立的行政法原則實際上內含諸多價值。在經濟全球化、自由化、私有化的趨勢下，行政法法律原則的全球化造成法律的單一化與西方化。尤其是對於貧窮的發展中國家而言，西方式的官僚與正當程序等要求，偏惠了有能力與資源使用的跨國公司；貧窮國家與一般民眾連在國際法庭提起訴訟的能力都未必具備<sup>50</sup>。此外，部分學者也質疑，全球行政法中公私混雜、全球分散的治理主體網絡，不僅是侵蝕以民主為根基的各種價值，也更不容易使公共利益或人民的期待成為政策方向。全球行政法會使得爭議

---

49 See Euan MacDonald & Eran Shamir-Borer, *Meeting the Challenges of Global Governance: Administrative and Constitutional Approaches*, in 2 SELECT PROCEEDINGS OF THE EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 214, 214-36 (Hélène Ruiz Fabri, Rudiger Wolfrum & Jana Gogolin eds., 2010).

50 See Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 EUR. J. INT'L L. 187, 209-11 (2006)..



環繞在程序與機制的合法性，反而稀釋對於公共利益的評估權衡以及弱勢保護等價值<sup>51</sup>。

如果全球行政法要能減少以上的質疑，那麼可能除了原則和程序規範之外，還需要逐一檢視不同規範領域中規範制定主體受制衡的程度與方式，並且建立有效的參與及救濟機制。前述三種模式的發展反映出全球行政法課責的複雜與動態，必須在具體脈絡與機制中逐一檢驗並且對公權力行使隨時保持警戒，才可能使全球治理主體負責且受到制衡。

## 二、全球治理的多元權力與正當性

三種興起中的規則制定模式看起來與過去熟知的模式不同，但究其根本都是在跨國治理權力互動下的結果。當治理的權力產生變化、當不同的治理正當性相互競逐時，行政法也予以回應而有不同模式的展限。

### （一）Comitology的多層次民主競逐

Comitology的出現，起因於對歐盟執委會權力過大的擔憂，卻也反映歐盟跨國治理結構的多層次民主競逐。由於擔心歐盟執委會取得過大的規則制定權，歐洲議會以及會員國各自挾其民主正當性爭取制定規則的權力。在歐盟層次，歐洲議會嘗試透過TFEU條約帶入傳統歐陸行政法的架構，創造出類似法律保留原則的框架。其中第291條關於執行命令的規定，是鑑於過去擁有執行權的會員國參與命令制定的權力與機制不清楚，嘗試藉此明確界定執委會制定命令的範圍與程序。

---

<sup>51</sup> Harlow, *supra* note 49, at 211-14. 學者郭銘松質疑，全球行政法會使得政治算計超過法律理性，產生的是一種「後公共」的正當性概念。See also Ming-Sung Kuo, *Inter-Public Legality or Post-Public Legitimacy? Global Governance and the Curious Case of Global Administrative Law as A New Paradigm of Law*, 10 INT'L J. CONST. L. 1050, 1064-74 (2012).

透過會員國直接參與執委會制定執行命令的過程，使執委會能制定命令，卻同時受到會員國代表的檢驗與制衡。Comitology程序可以符合歐盟行政的實際需求、減少執委會權力過大的疑慮，並且可以使會員國間交換意見、減少後續適用上的衝突。因此，即使Comitology模式引起許多質疑，卻繼續存在且形成有拘束力的規則，適用於歐盟與其會員國。實際運作上，因為歐盟法令經常有在會員國間一致實施的需求，Comitology形成的執行命令常常不僅限於細節與技術事項，甚至規範了本來應該由授權命令形成的事項。

從正當性的角度而言，Comitology反映出歐盟治理機制權力的制衡與跨國治理結構中多層次民主的競逐，歐洲議會、執委會與會員國各有治理的正當性並且相競爭，Comitology使受管制的會員國得以在執行命令形成的過程中直接參與表達意見，強化執行命令的正當性。此種正當性與議會正當性競逐，同時回應歐盟機制民主正當性不足的質疑。

## （二）藥品管制的專業正當性競逐

跨國藥品管制所浮現的專家對話模式，則是對於國際政治決策機制的反動，避免各國政治利益凌駕專業。跨國藥品管制涉及各國的政治利益，傳統上仰賴國家主權的同意以形成管制規則。各國的民主決定與政治代表原本應該是跨國協商的主角，經常是經由內國政治程序形成各國立場，再透過國際協商作成集體決定。然而，在跨國藥品管制的脈絡中，政治協商的過程可以提供決策的民主正當性，卻無法回應對於藥品管制的科學專業要求與協調需求。傳統的政治決定可能欠缺專業基礎，往往需要長時間的討論且容易受到政治干擾而不易形成共識。即便作成決策，欠缺彈性的決定也難以回應不斷更新的藥品管制需求。儘管歐盟成立藥物管理局嘗試統一各國的規範，但由上而下的規則未必能被各國相對應機關的專家官僚所接受。

專業領域中，重要的是專業意見的共識，各國的專家視彼此為同儕，以專業相互檢視。CMDh與ICH所呈現的跨國藥品管制的規則制定模式，是由各國專家組成的非正式跨國會議為形式。不像過去官僚的階層，透過上下一體的指揮減少規範與實施的差異，而是透過資訊逐漸累積，依據領域同儕成員意見相互修正、討論以形成最後方案的過程<sup>52</sup>。此種模式對成員形成積極要求，需要去理解並尊重多種觀點，進而一起合作形成有彈性且開放的協議。專家所代表的專業以及在對話審議中建立的共識，形成與民主政治相抗衡的正當性，透過非正式的國際機制形成軟法，漸次形成共享的模式與技術、法律措施以協調管制的差異。這些決定實際上受到國際組織與各國政府的尊重，進而形成規則制定的基礎。歐盟與全球醫藥領域形成軟性的機制，對話與共識成為全球行政網路運作的關鍵。

### （三）私人治理的競逐

私人治理模式反映私人勢力的興起，也反映市場民主對於傳統國際政治的挑戰。認證系統在歐盟與全球層次越來越常見，尤其在環境法的領域，永續的產品消費已經由不同的私人管制來進行認證與查核。在這些管制領域中，國家不具有完全的決定權，也使得國家的決定權必須在區域或全球層次重新布署、分配。私人機構在某程度內取代國家行政機關，成為執行國際法或超國家法律的主體。此外，由於國際法體系經常面臨過於政治化、無效率的問題，私人機構在這些管制領域中甚至承擔起制定規則的角色。私人同時具有立法與執行的功能，並且經常影響後續的公共管制。氣候變遷領域的私人認證系統，無論是否規範於國際法的報告義務內，都強化了相關報告資料的可靠性。認證系統同時適用於全球與歐盟系統，於是各自獨立的私人認證機構反而成為彌補不同國家間以及與國際組織間差距的機制，使全球規範得以更和諧一致。

---

<sup>52</sup> See Spina, *supra* note 24, at 262.

私人治理的正當性較為複雜且動態，端視個別機制而定。例如清潔發展機制的私人認證機構展現多元的正當性來源，包括國際條約的授權、私人運作的公正性、市場的資訊透明，有部分也可能來自專業權威的建立。私人治理模式透過契約與軟法形成規則，透過市場相互影響競爭而產生全球效應，甚至可以避免傳統國際政治對於全球市場的不當影響。

三種模式的興起顯示過去以議會民主的制度無法因應歐盟與全球行政的需求，法律需要回應現實治理需求與權力結構的轉變。不同領域沒有一個單一方法，該由歐盟理事會、執委會、歐盟行政機關、會員國行政機關或私人契約來做，其授權的範圍與監督如何，都必須視該管制領域的狀況而定。目前的發展是依據該管制領域的特性與法律架構，發展不同的模式補充既有行政管制體系中缺乏的規則。

### 三、新的制衡與責信需求

跨國治理的發展模糊了公與私及正式與非正式組織的界限，挑戰了傳統行政法以正式的公權力組織為規範對象的思考。私人組織在歐盟與全球治理的興起已經有諸多的研究，當今跨國的治理結構中，治理組織不再限於以國家與其行政機關，私人主體或許多公私混合的主體都承擔重要的角色。此外，這些主體也不必然是有法律依據設立的正式組織，也包含一些會議或委員會，實際上承擔公權力行政的工作。更有趣的是，歐盟與全球行政法的私人不僅會透過委外、契約等方式承擔法律執行的任務，也開始制定規則。例如前述的清潔發展機制中由私人公司承擔全球CERs認證核發的工作，在過程中制定認證標準與程序的規則；由各國專家組成的非正式會議ICH實際上享有對特定藥品得否在全球上市的決策權，也決定了檢驗的標準與程序及救濟。

公私模糊與治理組織的非正式發展，挑戰原本以國家為中心、以公權力機關為單位所建構的行政法。傳統上，行政法僅規範行使公權力的行政機關，並不當然可以適用在私人組織與公私模糊的非正式組織。問題是，傳統行政法在監督公權力行使的功能上，能否因應私人或非正式組織的權力濫用的問題。既有行政法對於非行政機關的監督，多是透過授權與契約方式，當治理主體型態越來越多元，而且承擔執行之外的規則制定任務，治理主體的正當性以及監督制衡的問題就更為困難。因此，新規則制定模式也產生新的責信與制衡需求。

歐盟的整體策略是將權力與責任掛勾，多以「程序」與授權嘗試使實際承擔公權力的機制得以負責<sup>53</sup>。無論模式為何，涉有公權力色彩的行為被要求遵循特定程序，允許利害關係人參與、必須有正式的說明、理由必須經得起考驗、受到司法審查等。Comitology的模式中，會員國直接參與及審議制衡歐盟執委會的命令制定權，另一方面委員會的意見要成為最終的規則，還必須受到執委會及歐盟理事會、歐洲議會的制衡監督。Comitology藉由會員國代表的參與強化歐盟治理的正當性，也使跨國組織能有多層次民主競逐的可能，任何一個組織或代表性都無法專擅<sup>54</sup>。然而，目前的程序與制度受到批評，主要的質疑有三個。首先是關於定義與區分的質疑。儘管條約裡面抽象地區分授權命令與執行命令、非立法行為與立法行為，但在現實上這樣的區分不易<sup>55</sup>。其次是關於民主控制與責信的問題。無論是授權命令或執行命令的規範，歐洲議會與會員國是

---

53 See CRAIG, *supra* note 13, at 77.

54 See GIJS JAN BRANDSMA, CONTROLLING COMITOLGY: ACCOUNTABILITY IN A MULTI-LEVEL SYSTEM 149 (2013).

55 See Herwig Hofmann, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, 15 EUR. L.J. 482, 494-99 (2009); Michael Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, 45 COMM. MARKET L. REV. 617, 649 (2008).

否能取得有效的政治制衡都受到質疑，也因此產生責信與民主赤字的爭議<sup>56</sup>。論者指出，Comitology形成的多層次民主競逐，雖然使不同民主正當性可以相互制衡以促成政策決定，但誰應該向誰負責、負責的內容、負責的系統與程序等等問題都挑戰責信制度的運作<sup>57</sup>。最後是透明度的質疑。Comitology對於會員國與公眾資訊揭露不足，也引起相當多批評<sup>58</sup>。在此壓力下，歐盟委員會於2017年再提案強化Comitology的責信與透明度<sup>59</sup>。方向包括改變投票規則、各國部長的參與、投票透明性強化、確保政治回應等。議會與會員國、公眾實際上都欠缺有效的制衡機制，相關的資訊揭露有所不足，也進一步弱化Comitology受到內國上級機關與公眾監督與課責的有效性<sup>60</sup>。

在專家對話模式中，公開理性的對話即是節制這些機關與非正式組織權力濫用的機制。不僅如此，會議與委員會的意見會受到外界專業同儕社群的挑戰檢驗，各國行政機關與歐盟機關也對於所形成的規則有挑戰制衡的機會。專家對話模式形成專業同儕之間以及專業與民主間的相互制衡，減少專家權威或政治機制權力濫用<sup>61</sup>。

---

56 儘管新的規範中，歐洲議會擁有對於Comitology的事前與事後監督權，但議會的表決形式使得其不易推翻Comitology的決定，造成民主赤字的問題。See Bignami, *supra* note 15, at 499; Gijs Jan Brandsma, *Accountability Deficits in European 'Comitology' Decision-Making*, 11 EUROPEAN INTEGRATION ONLINE PAPERS 1, 6-10 (May 25, 2007), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=989924](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=989924).

57 例如在多數決的委員會中，一個國家代表是否僅能就自身投票負責，而不能就委員會的集體決議負責。See BRANDSMA, *supra* note 54 at 147.

58 實證研究發現Comitology實際的透明度不足，尤其草擬規則的文件僅有不到一成的比例能讓人民取得。See GIJS JAN BRANDSMA, *BACKSTAGE EUROPE: COMITOLOGY, ACCOUNTABILITY AND DEMOCRACY IN THE EUROPEAN UNION* 193 (2010); Peers & Costa, *supra* note 16 at 459-60.

59 See *Comitology: Commission proposes more transparency and accountability in procedures for implementing EU law*, EUROPEAN COMMISSION (Feb. 14, 2017), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_17\\_264](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_264).

60 See BRANDSMA, *supra* note 54, at 142-43.

61 Ioannis Papadopoulos, *Accountability and Multi-level Governance: More Accountability, Less Democracy?*, 33 W. EUR. POL. 1030, 1040 (2010).

專業模式減少了政治干預專業的疑慮，卻也產生如何制衡專業的挑戰。首先，EMA有來自會員國專家的參與，卻是透過非正式、沒有受到歐盟法律明確規範的方式實質影響歐盟決定與政策走向。EMA等專業決策模式，事實上無法受到歐盟機制法律上與政治上的控制制衡<sup>62</sup>。會員國代表也無法為EMA的集體決定負責。其次，專業模式雖然減少各國官僚或代表的干預，卻可能受到藥品商業利益的遊說而影響正當性。尤其在跨國公司減少相關成本的考量形成政治壓力，透過政治遊說可能影響作為利益共同體的專家<sup>63</sup>。再者是司法救濟的疑慮。在歐盟的實踐中，受到EMA決定的主體可以向歐洲法院提出救濟，但對EMA提供的「意見」無法救濟<sup>64</sup>。然而，歐盟機構對於藥品管制的否准決定，幾乎完全以EMA的意見為基礎，使得EMA成為有事實上決定權卻欠缺有效司法監督的機構。

私人治理引起的正當性疑慮更多。由於責信與制衡的制度過去都以節制國家公權力為主要考量，私人治理很容易產生責信不足的質疑<sup>65</sup>。私人機制在行使全球治理權力時，欠缺民主控制的正當性，也欠缺清楚的上下監督機制，尤其是既有的國際法與國內法經常無法有效管制跨國私人機制時，如何使有治理功能的私主體也受

---

62 Morten Egeberg & Jarle Trondal, *EU-Level Agencies: New Executive Centre Formation or Vehicles for National Control?*, 18 J. EUR. PUB. POL'Y 868, 871 (2011).

63 JOHN ABRAHAM & GRAHAM LEWIS, *REGULATING MEDICINES IN EUROPE: COMPETITION, EXPERTISE AND PUBLIC HEALTH* 31-33, 81-82 (2000).

64 歐盟初審法院（European Court of First Instance）在2006年的*Albert Albrecht*案件中允許原告對EMA的決定提出救濟。但多駁回關於EMA意見的救濟，例如2008年的*Schering-Plough Ltd*案件。Case T-19/02, *Albert Albrecht GmbH & Co. KG v. Comm'n*, 2006 E.C.R. 0, para. 31, 41; Case T-133/03, *Schering-Plough Ltd v. Comm'n*, 2008 O.J. (C37) 32, para. 1, 2. See also, Johannes Saurer, *The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies*, 24 AM. U. INT'L L. REV. 429, 460 (2009).

65 See, e.g., Sander Chan & Philipp Pattberg, *Private Rule-Making and the Politics of Accountability: Analyzing Global Forest Governance*, 8 GLOBAL ENVTL. POL. 103, 121 (2008).

到制衡引發討論<sup>66</sup>。從清潔發展機制的例子可以看出，私人認證與規則制定模式仍有其制衡機制，一方面受到外部規範的管制，另一方面建立起自身的自制規範系統。外在的管制主要是透過國際法、歐盟法或內國法律建立起資格審查與賦予的規範。例如指定經營實體，必須要對清潔發展機制的理事會負責，審查的標準則依照京都議定書締約國大會、理事會自行訂定的規則為之<sup>67</sup>。歐盟的指令 Directive 2003/87 也有相似的規範。學者指出，全球的私人認證規範都極其相似，主要原因是受到國際標準化組織（International Organization for Standardization, ISO）的影響。ISO 透過 ISO/IEC 7000 等一系列標準提供私人認證的標準，影響所及，歐盟的歐洲標準委員會（European Committee for Standardization, CEN）與歐洲電子技術標準委員會（European Committee for Electronic Standardization, CENELEC）也採用相同的標準<sup>68</sup>。除了公共的管制

---

66 然而，許多學者也嘗試主張，私人治理事實上不是沒有責任與制衡，而是透過與以往不同的模式。例如市場與多元結構、審查與報告等程序機制。John Donahue 從市場途徑論證私人治理的責任，探討市場形成對私人主體制衡的方式與可能疑慮。See John Donahue, *Market-Based Governance and the Architecture of Accountability*, in MARKET-BASED GOVERNANCE: SUPPLY SIDE, DEMAND SIDE, UPSIDE, AND DOWNSIDE 1, 1-29 (John D. Donahue & Joseph S. Nye eds., 2004). 強調多元制衡責任的，如 Thorsten Benner, Wolfgang H. Reinicke & Jan Martin Witte, *Multisectoral Networks in Global Governance: Towards a Pluralistic System of Accountability*, 39 GOV'T & OPPOSITION 191, 191-210 (2004). 以報告與審查作為責任制度基礎者，如 Karin Bäckstrand, *Multi — Stakeholder Partnerships for Sustainable Development: Rethinking Legitimacy, Accountability and Effectiveness*, 16 ENV'TL POL'Y & GOVERNANCE 290, 290-306 (2006); Eva Lövbrand, Teresia Rindelj & Joakim Nordqvist, *Closing the Legitimacy Gap in Global Environmental Governance? Lessons from the Emerging CDM Market*, 9 GLOBAL ENVTL. POL. 74, 74-100 (2009).

67 Appendix A Decision 17/ CO.7, Procedure for Accrediting Operational Entities by the Executive Board of the Clean Development Mechanism, EB 56 Report Annex 2, 1; CDM Accreditation Standard for Operational Entities, CDM EB 56 Report Annex 1, 1.

68 See Georgios Dimitropoulos, *Private Implementation of Global and EU Administrative Law: The Case of Certification in the Climate Change Regime*, in GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND EU ADMINISTRATIVE LAW — RELATIONSHIPS, LEGAL ISSUES AND COMPARISON 383, 401 (Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella eds., 2011).



之外，私人認證也有社群內的自我管制，在溫室氣體減量的認證有國際排放貿易協會（International Emissions Trading Association, IETA），參與者除了認證機構之外，也包括相關利害關係人，例如清潔發展機制的計畫參與者。IETA也會發展自我管制的規則，例如關於CER認證如何進行的規則與標準<sup>69</sup>。換言之，私人認證機構不僅承擔認證的公共權力，也在過程中制定出關於認證的標準與程序規則。私人發展規則作為檢驗認證之依據，不僅拘束自身，也影響其他私人機構與公法設立的機構。一個顯著的趨勢是採用了與內國行政程序相似的程序規範。私人主體的行為有顯著的程序化趨勢，包括資訊揭露、公開程序以及參與、陳述意見等規範要求都成為私人主體運作的基本規範。當私人受到越多公權力授權時，行政化、程序化的趨勢也越顯著。由於欠缺全球民主程序，私人行政主體的正當性仰賴形式合法性與程序合法性，必須與國際規範與相關制度一致。此外，透過程序與實踐，私人行政被要求透明、公開、參與及責信，提供治理的實質合法性<sup>70</sup>。這些私人治理責信機制是否有效仍有許多質疑，最大的問題是：即使私人治理能受到市場等機制制衡，資本市場的運作邏輯是否會在課責過程中犧牲公共利益與人權、民主等重要價值。

三種規則制定模式的權力、模式與正當性、制衡方式，可整理於下表：

---

<sup>69</sup> See, e.g., IETA, CDM Validation and Verification Manual.

<sup>70</sup> *Id.*

表1 三種規則制定模式的權力節制與正當性結構

	Comitology	專家對話	私人治理
權力節制	對執委會的不信任	對政治的不信任	對政治與公權力機制的信任
程序機制	國家代表或專家參與規則制定程序	專家透過機關或非正式組織形成共識	私人主體自制與程序建置
治理正當性結構	國家與跨國治理機制的多層次民主	國家、跨國組織的民主正當性與專業社群的專業正當性	國家與跨國組織的民主正當性與市場民主、私人競逐
制衡機制	會員國與理事會、執委會相互制衡	專業同儕、會員國及委員會的制衡	法律制衡與自律

來源：作者自製。

歐盟行政法的發展可以看出，每一種規則制定的模式都受到責信考驗，也催生不同的制衡與責信機制，然而，這些機制是否充分、有效，目前仍難以論斷。

#### 四、跨國行政法的相對化趨勢

三種模式僅是歐盟與全球行政法變化的冰山一角，卻已經足以窺見其對於傳統行政法的挑戰。許多原本理所當然的概念，都產生了相對化的趨勢。

##### （一）治理機制的相對化

第一個相對化的趨勢是治理機制的相對化，包括公與私以及正式、非正式的相對。過去因為政府壟斷公權力而可能濫權侵害人民權利，傳統上行政法將規範對象集中在政府，規範政府的「公權力」的行使。行政法的核心即是節制政府公權力行使。雖然政府現在仍然承擔大部分的公權力，但全球治理的發展使得私人組織、非正式會議或組織都可能實際承擔公權力行使的功能，產生公、私以

及正式、非正式機制的相對化。這些發展意味著行政法必須跳脫既有模式，看到公權力實際的結構與責信需求而做出回應。重點在於公權力的行使是否有正當基礎，是否能有效制衡與課責。

目前行政法規範非政府公權力行使，透過事前與事後兩種方式。事前透過法律、契約或其他方式授權，確定私人主體行使公權力的範圍與相關義務；事後則是透過行政救濟制度，使權利受侵害者得就私人違法的公權力決定提出救濟。歐盟與全球行政法的發展，已經暴露此種模式的不足。

首先，行政法對於私人與非政府組織欠缺有效的規範。即使有透過契約或其他方式擴張到私人的可能，其範圍有限，對於非正式的會議或組織也難以適用。其次，過去私人主體或公私混合主體所承擔任務，多以行政處分或其他措施的執行為內容，其內容範圍較為確定且效力僅及於個案，事前與事後兩種監督比較能夠發揮制衡的效果。當私人主體開始承擔起規則制定的功能時，不僅欠缺授權私人制定規則的相關法律機制，對於授權後制定的規則目前也似乎欠缺有效的監督制衡機制。此外，還有內國救濟程序被架空的疑慮。歐盟法管制行政行為有時凌駕國內法，被歐盟影響的行政程序也限制了個人權利保護的機會。如果國內行政救濟機制是設計來保護個人免於國內公權力機關決定傷害，那麼當決定權移轉到超國家或跨國機制時，行政救濟的設計應該有不同的思考。

## （二）裁決與規則的相對化

傳統行政法將立法與執行權分開，使立法者制定一般性的規範，而讓行政權依據法律進行個案裁決。當行政機關必須制定有對外效果的一般性規則，原則上必須得到立法機關的授權。個案裁決與抽象規則被視為理所當然二分的兩種行政行為類型，二者原則上互斥。

這樣的區分過去已非當然之理，例如在美國的行政法上，行政機關就「行政裁決」(adjudication)與「規則制定」(rule-making)兩種行政方式間，是有可以選擇的空間的<sup>71</sup>。學者Alfred Aman指出，「個案裁決也具有樹立法律準則之效果」<sup>72</sup>。儘管規則制定較能提供法律秩序一致性與效率，但裁決累積而形成規則，也是日常行政現實的一部分。歐盟與全球的發展更模糊了裁決與規則的界線。負責進行個案裁決的行政機關，需要更具體的規則以減少適用的歧異，而產生規範制定的需求。因此在現實上的發展是，被賦予裁決權力的治理主體進行的管制都比具體個案裁決更多。當這些治理主體必須裁決時，他們多半會遵循一樣的規則。例如前述EMA的決定，為取得市場流通與一致，經常決定本身會成為後續規則制定的參考；在清潔發展機制中，為了使相關設施與排放認證獲得市場公信力，各種主體於裁決時也自動相互參照先例，從而取得一致性。此外，各個不同主體在不同管轄區域所進行的裁決與實施經驗，也經常透過跨國的援引參照成為其他治理主體遵循的模範，成為後來一般性規則的基礎。

規則與裁決的相對化影響對行政權的監督。全球治理主體擁有程度不一的規則形成空間，使得具體裁決權都框架在來源不同、各種形式的規範限制。當治理主體同時擁有裁決與規則制定權，那麼僅得對個案決定爭執的救濟制度是否足夠也值得檢討。

---

71 美國聯邦行政程序法 (Administrative Procedural Act, APA) 規定兩種行政行為，一種是行政裁決，另一個是規則制定。其中的「規則」定義為「為執行、解釋或規定法律或政策、說明機關之組織、程序或任務，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與一部」，5 U.S.C. § 551 (5) (2011)，應該相當於我國的法規命令與行政規則。裁決 (adjudication) 是指做成決定 (order) 的機關程序，order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，無論其形式為核准、駁回、禁止或宣告。」，5 U.S.C. § 551 (5) (2011)，與我國的行政處分相當。

72 ALFRED C. AMAN, JR. & WILLIAM T. MAYTON, ADMINISTRATIVE LAW 103 (2d ed. 2008).

### （三）規範形式的相對化

歐盟行政法與全球行政法的發展經驗也突顯了規範形式的相對化：法律與命令、非正式規範的界分越來越不明顯，直接衝擊到依法行政、法治等行政法核心精神。

首先是法律與命令的相對化。歐陸法律傳統，使立法者制定法律，擁有決定政策、政治價值與原則的權力，而行政機關在沒有授權的情形下自為發布命令的權力僅限於「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」<sup>73</sup>。歐盟行政法的發展印證此種區分難以因應現實管制的需求。儘管TFEU條約中區分授權命令與執行命令，僅讓執委會得對技術性細節性事項自為發布執行命令，涉及政策決定的事項原則上還是需要得到法律的授權。此種截然二分的規範架構並未指導現實的發展。由於無法期待歐盟立法程序形成所有執行法律所需的細節規範，職司行政任務的主體，無論是歐盟執委會、機關或私人公司，都必須發展規則回應行政需求。這些後來發展的規則，不僅沒有遵守條約的規範架構，而是由非正式的組織與形式發展。規則規範的內容也往往超過所謂「細節性、技術性」事項，而經常涉及政治爭議與重大原則、方向的決定，模糊了立法與授權命令的界限。Paul Craig指出，從歐盟行政法的發展觀察，原則與細節的截然二分現實上並不存在，所謂細節性事項也不意味沒有重要的政治爭議。行政制定的規則可以針對沒有爭議的細節做出決定，但也經常觸及原則與政治抉擇，與第一層立法難有清楚分割<sup>74</sup>。

不僅如此，以授權來節制行政機關制定規則權力的方式，在現實上也備受挑戰。授權目的內容範圍明確的要求，有其理論正當性，但面對複雜而快速變動的行政需求，立法授權若不是因為政治

---

<sup>73</sup> 司法院釋字第443號解釋理由書參照。

<sup>74</sup> See CRAIG, *supra* note 13, at 110.

而緩不濟急，就是成為僵化的形式主義，無法達成節制行政權之目的。具體的規則可能會受到立法的影響，卻不是完全被決定的。歐盟的發展清楚地說明，授權命令與執行命令的模式無法因應實際需求，才會發展出Comitology、專家對話與私人治理的模式。於是，現實上成為有效規範依據的規則，經常是欠缺明確授權的、由行政機關或私人主體所制定。這些規則不僅處理純技術性、細節性問題，有時也處理重要的政治決定或原則問題。歐盟的情況如此，內國行政法也面臨相似的挑戰，法律、法規命令與職權命令的區分意義越來越模糊。

其次是正式規範與非正式規範的相對化。前述三種模式所產生的規則未必是法律框架下承認的正式規範，卻實際上產生規制的效果或影響正式規範的內容。內國行政法過去的法源認定仰賴形式認定，亦即透過法定組織以合法程序通過的規範才具有拘束機關的效果。從歐盟的發展經驗來看，實際上影響規則制定的「法」有多種途徑，在不同模式有不同形式。目前Comitology不同委員會略有差異，管制委員會直接審查執行命令並提出意見，其他則透過對預算或執行措施的審查提出審查意見或建議，間接影響執行命令的制定。專家對話模式，則透過技術指示、定義與標準、決定等方式，制定領域內的規則。私人治理模式除了形成上述型態的軟法之外，也有私人規則的制定。儘管有名稱與形式上的不同，但三種模式多仰賴以指示、標準、建議等形式的軟法，卻實際上影響並左右管制領域的發展運作，而形成另一種法治化的趨勢<sup>75</sup>。公權力行使是否依法行政，是以正式的規則為依據，或取決各領域中實際產生規制效果的規則。如何判斷行政依據的法源拘束力等，本身即可能是爭論的議題。

---

<sup>75</sup> 在歐盟與國際常見的現象是私人治理發展的規則被正式的有權機關採納通過成為正式法律的一部分，而取得形式的正當性與拘束力。See CRAIG, *supra* note 13, at 238-39.

再者，在全球與歐盟的領域中，適用的法律經常不是國內法，而是全球法或歐盟法。有時候是以超國家法律的形式直接由國家執行，有時候是國家法律因應全球法而調整規定。歐盟與全球法對於管制各種行政行為的法律影響越來越強。此外，歐盟實際的執行經驗顯示，許多國家的公權力部門傾向實施歐盟法與全球法，而不是內國法<sup>76</sup>。在歐盟，行政的發展產生多層次的法規範，在去中心化管制體制中，逸脫形式法律的管制行為有時候被執委會忍受<sup>77</sup>。

歐盟行政法與全球行政法的發展都使得「法治」的意義更為模糊而難掌握。法治與依法行政的前提是有可供確認的、有拘束力法源正式的規則。然而現實的發展上，正式法律未必能有效規制行動者；非正式、形式不一的規則反而實際上決定了管制的內容與行動者的行為。以Benedict Kingsbury的觀點來說，全球行政法的「法」並不取決於該規範是否有立法機關決定與授權的判斷上，而取決於該領域社群與行動者是否接受並產生合法與非法的判斷。在新的規範秩序中，法治的判斷要比過去更為複雜而困難。

## 伍、對臺灣行政法的啟示與未來修法建議

### 一、歐盟與全球經驗對臺灣未來行政法的啟示

#### （一）從形式合法性到實質公權力檢視

歐盟與全球行政法的發展所彰顯的意義在於，當行政治理產生多層次、去中心與公私模糊等現實時，已經逸脫原本建構的法律形

---

<sup>76</sup> Bernardo Giorgio Mattarella, *The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts*, in GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND EU ADMINISTRATIVE LAW — RELATIONSHIPS, LEGAL ISSUES AND COMPARISON 61, 82 (Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella eds., 2011).

<sup>77</sup> See CRAIG, *supra* note 13, at 77-78.

式架構時，行政法必須跳脫形式主義，而回到其原本節制公權力合理使用的核心功能，發展出相對應治理現實的規範與理論。形式主義是法治建立的重要過程，透過規則制定與累積，建立公權力機關行使權力、執行法律的明確依據，也提供監督制衡與課責的可能性。然而現在的發展使得形式主義成為行政法發揮效用的障礙，不僅未能有監督制衡的功能，甚至實際上造成困擾。

臺灣對行政機關制定命令權的討論，多集中在「法律授權」的形式合法性。然而，大法官對於法律保留原則的堅持並沒有淘汰已經存在的不合法行政命令，只是使立法院基於行政機關要求通過大量的授權條款，使既有定性不清的各種命令在形式上得以合法化。民主化之後，立法院也經常無法回應行政的複雜性、立即性與專業性，持續大量授權行政機關制定法規命令。行政機關也偶而在立法機關來不及回應時，制定涉及政策決定或對人民權利限制的行政規則。在難以清楚地界定其究竟是法規命令或行政規則、職權命令的現實上，法律保留原則的形式主義實際上難以形成節制行政權合理行使的功能。

未來行政法的討論，應該跳脫授權與否的形式討論，而務實地去確認行政的現實運作中，公權力如何部署、連結、互動，以及其濫用。就行政權的規則制定而言，應該在劃分規範性質或判斷授權依據之外，更重視不同形式的規則，以及制定的主體、權力、影響與監督。

## （二）多元正當性的重視

歐盟與全球行政法的發展雖然主要是對多層次治理的回應，但因為逸脫了原本傳統傳輸帶正當性模式的法律框架，更凸顯出不同的程序機制如何形成多元正當性補充規則制定的正當性赤字<sup>78</sup>。歐

---

<sup>78</sup> 關於行政權正當性模式的討論，參閱Richard Stewart, *Reforming American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1667-1813 (1975).



盟的趨勢顯示，立法授權的形式也不再是唯一正當而有效的控制，規則制定的正當性基礎還可能來自於受管制者的直接參與及公開透明的程序、實質專業的理性基礎以及受管制社群的承認與遵從。

首先是受管制者的直接參與及程序的公開透明，越來越受到重視，成為重要的正當性來源之一。Comitology的改革清楚地顯示，歐盟執委會無法提供執行規則的充分正當性基礎，必須加入受管制主體的直接參與補充正當性。專業模式中也強調專家的直接參與以及專業對話、相互制衡。其次，歐盟的趨勢也顯示單純的程序理性未必能提供規範的實質合理性，Comitology與專家模式，都重視專業的理性基礎，儘管其程度並不相同。專業度越高的領域，專業社群的溝通與共識就更為重要。再者是社群的承認。以私人治理模式為例，私人主體制定的規則是否受遵守，取決於受管制社群的承認與遵守<sup>79</sup>。換言之，私人主體必須在市場中建立客觀公正的公信力，並且依據該市場中共通可接受的理性來制定規則。此種模式的肯定，代表私人主體在其治理領域中透過實踐形成的行政理性本身即構成尊嚴，補充管制規則的正當性<sup>80</sup>。

程序參與、專業與承認三種不同的正當性，在歐盟的發展中因應不同管制領域的特性及需求，形成不同的程序與機制以強化規則制定的正當性。相較於過去建立在立法授權的形式二分架構，多元正當性與分殊化的程序建置，更能實質回應多變的治理需求。相較於歐盟已經承認的多元正當性，臺灣行政法目前過度狹隘地仰賴民主傳輸帶形式的民主正當性。雖然已經強化程序、專家理性，但多流於形式化。

---

79 在全球市場運作下，全球治理的私人規則也可能受到不均等的經濟實力或壟斷現實的影響，是未來行政法面對私人治理的挑戰之一。

80 此種行政機關基於內部文化發展出的行政理性，作為行政權正當性基礎的理論，主要由美國學者Jerry Mashaw提出。See JERRY MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE* (1985).

程序方面，行政程序法使法規命令的制定有草案公告與評論的程序要求，也使解釋性、裁量性的行政規則必須對外發布，強化了行政命令的程序理性。此外，行政程序法第155條規定「行政機關訂定法規命令，得依職權舉行聽證」。然而，這些程序規定實際上很少發揮功能。多數民眾與公民團體通常不會注意到草擬的法規命令，主管機關是否實質參考回應也不易確認，減少利益團體評論的動力。在聽證方面，行政機關尚未就法規命令的制定舉辦過聽證。就其他情形已經進行過的聽證，也被批評為形式主義，未能透過程序強化行政決定的正當性。

專家理性方面，臺灣行政機關制定命令時經常引進專家諮詢。如「中央行政機關法制作業應注意事項」第2條直接規定：「(法規之草擬)必要時，並應諮詢專家學者之意見或召開研討會、公聽會」。然而，臺灣的專家參與經常是行政機關選擇特定專家的諮詢功能，並非如歐盟專家模式般基於專家社群對話，自主性地形成規範基礎。行政機關容易選擇與其立場相近、「好溝通」的專家為其政策背書。在臺灣專家社群相對有限的條件下，也容易阻礙對話制衡，反而造成專家壟斷。例如在原子能與核能專業領域中，臺灣的專家屈指可數，這些專家之間也經常有師徒或同事的密切關係，容易發生壟斷及制衡不足的問題。

私人規則方面，也已經出現行政命令以私人標準為基礎的情形。例如金融監督管理委員會發布之「銀行發行金融債券辦法」第6條第3項前段規定「銀行發行次順位金融債券，銷售對象為非專業投資人之自然人時，其債券應取得主管機關認可之信用評等機構評等。其餘情形，發行銀行或該金融債券，應取得主管機關認可之信用評等機構評等。」，即是以私人信用評等機構的標準作為管制基礎。又如大學教師升等或大專評鑑，均以在外審制期刊（如SCI、SSCI、TSSCI、THCI、AHCI、Ei等）發表論文為評定的必要條件，也是適例。不過私人主體的決定與規範是否獲得社群的普遍支

持，有待進一步檢驗。現行法上對於私人治理的規範與救濟機制也相當欠缺。

### （三）課責機制的整體思考

歐盟的經驗顯示，法律的授權只是課責的一環，應該全面檢視如何透過制定程序、制衡與救濟，以使公權力主體得就其制定之規則負責。

歐盟行政法與全球行政法的發展反映出傳統課責機制的不足。當法律授權的控制功能逐漸式微，必須強化程序與制衡機制以補充行政權正當性。Comitology使歐盟執委會向會員國負責，而參與的代表則向國內人民負責。會員國制衡執委會、會員國之間也得以相互制衡。專家模式反映對專業社群的負責，透過專業同儕的檢視與對話相互制衡，避免壟斷。由私人形成的規則反映對該領域行動者與市場的負責，消費者與其他治理主體則透過市場抉擇制衡不合理的規則。三種模式中，沒有一個治理主體或其負責的對象能完全掌控、壟斷規則制定，也因此能在過程中彼此檢視權力行使的合理性，產生相互節制的功能。

然而，這種不同以往的課責與制衡模式，目前尚欠缺清楚的機制與標準，也容易受到權力影響。亟待解決的是如何建立起後端的救濟程序，補足行政法節制權力濫用的功能。例如在清潔發展機制中，計畫實施者是否可以針對私人認證公司的決定提起救濟，又是否有中立第三者為審查，審查的標準與效果又如何？未來行政法必須面對治理的現實並嘗試將立法監督、課責與救濟做整體的思考以建立公權力行使的課責機制。若前端授權的節制功能欠缺，則應該強化後端的程序與救濟。若中間規則制定程序能充分提供決策的代表性與理性，則可以考慮鬆綁前端的授權要求或後端的救濟。

回到臺灣來看，長期以來行政法割裂思考，侷限課責的可能。例如公私區分，使得目前行政法至多能規範「行政機關」以及受委託行使公權力的私人的規則制定權，無法面對各種目前從全球體制或私人治理機制形成的規則。救濟途徑也侷限了課責的可能，目前臺灣的行政救濟集中在對於行政機關行政處分的救濟，人民難以對有違法疑義的法規命令或行政規則提出救濟。即使司法者能在個案中審查法規命令與行政規則的合法性，但行政法院通常尊重行政機關，即使認為違法也只有在個案拒絕適用的效果。更不用說由私人或非正式機制影響下的規則，根本沒有被受規範者事前參與或事後救濟的可能。如果可以從「節制行政權」的觀點檢視事前授權、制定程序與事後救濟的整體制度，才能因應行政治理的動態而回應現實需求。例如當民主授權正當性不足時，可以透過制定程序強化正當性，並且允許事後救濟予以制衡。

## 二、修法建議方向

從歐盟行政法與全球行政法的經驗，本文主張減少形式主義，鬆綁以法律授權為監督的僵化、狹隘觀點。對未來行政程序法修正的建議有四：二元架構的重新商榷、強化程序建置、深化規範理性、擴張救濟制度。

### （一）二元架構的重新商榷

行政程序法區分為法規命令與行政規則，前者得規範涉及人民權利之事項，後者原則上僅得規範內部事項與執行法律之細節性、技術性次要事項<sup>81</sup>。此種二分法在實務上迭生爭議。解釋性、裁量性行政規則經常對外產生限制人民權利的效果，從規範內容而言很

---

<sup>81</sup> 行政機關得否基於職權逕自制定職權命令，實務大致上是肯認的，但學說上沒有一致見解。例如學者林明鏞主張，在行政程序法施行後，應該採否定說。請見林明鏞，行政法講義，4版，頁324（2018年）。

難清楚區分解釋性、裁量性行政規則與法規命令的差異。最後往往透過增訂形式上的授權條款解決，實際上卻難收立法監督制衡之效果。此外，有別於行政程序法的二分架構，實務上存在第三種「職權命令」，更使行政機關在規範落差間得到濫權的空間。一些學者指出，職權命令行政機關執行法律的重要規範基礎，有其存在的必要性，但卻欠缺相關的程序建置，必須強化職權命令的程序規範<sup>82</sup>。

在前述歐盟行政法的經驗上，本文建議短期內可以要求解釋性、裁量性行政規則對外發布時附具理由，長期則應該透過程序機制強化參與及專業正當性，節制行政機關濫用職權命令限制人民權利。首先，關於解釋性、裁量性行政規則目前僅有對外發布的程序要求。現實上，解釋性、裁量性規則經常直接影響人民權利的限制，卻因為定性為行政規則，而欠缺監督與制衡機制。

其次，未來行政程序法應嘗試規範化職權命令並強化其程序建置。學者將職權命令定義為「行政機關在其職權範圍內，為執行法律，未經法律授權，逕以職權訂定頒布之命令。<sup>83</sup>」就此定義而言，與歐盟的執行命令近似。在修憲採行雙首長制與總統直選之後，應該承認行政權有一定的規則制定權。

歐盟的經驗反映出即是執行法律的細節性事項仍可能有政治爭議，不能概括地授權執委會完全的決定權，而需要透過程序建置強化正當性與制衡。例如在涉及跨國實施的規則需要會員國代表參與，而要藥品管制需要專業對話建立共識。鑑於管制事務越來越動態複雜，難以透過立法確立原則方向與節制行政機關。但在鬆綁授權的同時，則必須依據各個管制領域的現實與特性需求，引進不同的程序強化正當性。臺灣行政程序法如果納入職權命令，可以在減

---

<sup>82</sup> 請見葉俊榮，行政命令，收於：翁岳生編，行政法（上冊），頁474（2000年）。

<sup>83</sup> 請見黃俊杰，行政立法系列：第三講——職權命令，月旦法學教室，87期，頁34（2010年）。

少法律授權的形式要求同時，強化程序的公開透明、參與或專業基礎。

## （二）強化程序建置

建議未來行政程序法可以透過實質參與及聽證實質辯論來強化行政命令程序理性：首先，法規命令的草案除公告外，應可嘗試提升自治團體的實質參與。歐盟的經驗顯示，受管制的會員國與專業社群，如果在程序的前階段有效參與，能強化規則的正當性並減少衝突。臺灣雖然欠缺歐盟與會員國此種跨國垂直分權的關係，但可以考慮涉及自治團體利益的命令制定程序引進自治團體的參與。例如在中央與地方分權或中央立法地方執行的事項上，使地方自治團體得參與命令制定。具有同樣有自治特性的大學或未來可能的原住民自治等亦同。其次，可要求行政機關公告法規命令草案時附理由，使人民與利害團體的評論能更具體、理性。若直接涉及難以透過一般政治程序有效表達意見之弱勢團體，例如原住民等，應可使其能於公告同時受通知，或要求在相關法規命令制定階段諮詢其意見，使其能有效即時反映意見。

此外，未來可以考慮在各別法律的授權規定中要求，行政機關法規命令草案公告階段若有重大爭議時，應舉行聽證。例如基於原住民基本法授權的「原住民傳統領域劃設辦法」，其中第3條關於原住民土地與傳統領域的認定引起部分原住民團體的不滿，強烈主張原住民族傳統領域土地不應該限於「公有土地」，並且於凱達格蘭大道抗議。若能在命令制定的過程中先使原住民團體能及早對草案表達意見，或於發生重大爭議時舉行聽證，則可能實質溝通各方需求以減少衝突。行政程序法未來在法規命令程序中。為避免聽證淪於各說各話、浪費行政資源的形式，未來若有法規命令之聽證，應責令草擬機關詳細說明理由，並與有質疑民眾進行實質理性對話。

### （三）深化專業理性

歐盟經驗顯示程序理性不足以正當化實質理性的欠缺，尤其在具有專業性領域，更需要專業理性的正當性基礎。歐盟與全球治理的經驗反映，為了避免跨國政治稀釋、凌駕專業，犧牲決策理性基礎的弊病，允許專業社群透過非正式會議對話且相互制衡的方式，建立非正式的規則。

臺灣行政機關有時候透過計畫案方式委由專家草擬法規命令與行政規則，有時候透過非正式的諮詢，有時候則完全由機關草擬，欠缺一致標準規範專家參與的時機、方式與效果。不僅容易流於機關恣意，也難以判斷命令的專業理性基礎。專家容易淪為背書或壟斷的情形已如前述，使所謂的專業並非來自專業社群，而是來自於官僚篩選過的特定意見，無法提供充分的專業基礎。未來行政程序法應該容許專業社群共識成為主要決策理性基礎的空間，尤其在涉及跨國管治領域而有一致協調需求的情形，應該容許專業社群更多的主導空間。

專業模式的意義不僅在於在決策過程中納入專業意見的參考，更重要的是透過專家同儕的溝通建立共識引導決策或直接成為規範基礎。同時專家同儕間的專業審查與檢視也成為制衡的重要機制。未來行政程序法應開放空間，使在特定專業領域的規則制定，有以專業社群的非正式或跨國會議建立共識的可能性。例如醫療、核子能、航空等高度全球化的領域。事實上，前述領域的部分國外與跨國的規範都已經實質成為國內行政機關決策的實質參考，只是未能被當前的行政程序法納入法規命令或行政規則的範疇，以至於產生正當性與制衡的困難。未來行政程序法應該思考如何將此種跨國專業的非正式規範納入，並且強化其可能的課責與制衡機制。不過，鑑於臺灣專家參與容易成為背書或專業壟斷的問題，未來專家參與

模式應具備該專業社群肯認的理性基礎與決策程序，並且擴大決策程序透明以及內、外部的制衡機制。

#### （四）救濟的擴張

歐盟與全球的經驗中，已經顯示當今的行政權不再壟斷規則制定權，然而對於權利受影響者如何救濟的問題，目前尚未有充分的機制建立。臺灣未來檢討行政法修正時，可以提前思考如何形成完整而有效救濟途徑的問題。

過去行政法以法律授權、授權明確性等形式提供行政機關制定命令的正當性，後來於行政程序法制定時又加上公告評論等程序，進一步強化法規命令的理性基礎，並同時產生節制行政機關規則制定權的效果。然而，既有的行政救濟以具體的行政處分為核心，沒有提供對於命令的事後救濟制度，一方面假設命令是一般性的規則，必須等到適用於個案時才會形成具體的爭議及權利侵害，因此賦予對於行政處分的權利救濟機制已足；另一方面是因為在法律保留原則的規範下，藉由法律授權節制法規命令並限制行政規則的範疇，得有效節制行政機關的權力。儘管理論上法院不受法規命令與行政規則之拘束，但法院多半尊重行政機關，大法官也多將審查重點放在形式授權與明確性的要求，是否有效制衡行政機關規則制定權，不無疑義。本文認為，事前監督機制與事後救濟共同構成課責與制衡，其各自強度與設計也因此應該一併考量。如果現實上具有行政管制功能的規則已經逸脫法規命令與行政規則的二分架構，而法律授權也不足以有效節制規則制定權，那麼應該要思考的除了強化規則制定權的監督制衡機制之外，也應該思考是否擴大對抽象規則的救濟可能性。

此外，還應該考慮產生實質管制效果的私人規則之救濟機制。臺灣已經有私人規則影響行政的例子，不過在目前的行政程序法對於私人規則的課責與制衡機制相當不足，應該思考是否可能強化制



衡或擴張事後救濟的可能。亦即如果機關的決策實際上是基於私人規範，則該私人規範以及納入該規範的機制，應該可以成為救濟檢視標的。如果私人或非正式機制形成的規則，無法建立有效的權利救濟制度，那麼應該要強化不同機制間的制衡。舉例而言，臺灣許多公私立大學的大學教授升等與評鑑，都以其學術產出是否被收錄於SCI、SSCI等美國私人研究機構的期刊論文資料庫系統為標準。若教授升等未果是因為其學術成就未發表於SCI與SSCI收錄之期刊，應許其對將該等標準直接評定學術表現之規則與決策程序，於其提出行政救濟時一併質疑。

## 陸、結論

隨著民主化及行政程序法的制定施行，大法官與學者引進法律保留原則並於行政程序法中建立法規命令與行政規則的二分架構。然而，此種發展於內閣制的架構是否與臺灣的憲政架構與行政現實相符本身並非無疑。可惜的是臺灣行政法學界，傾向狹隘理解正當性來源，進而形成過度的法律形式主義。只要有立法授權就可以制定命令，不去探討實際上的課責與制衡問題。形式主義的發展不僅消蝕立法監督行政的規則制定權之功能，面對全球規範地方自治的雙重影響、專家理性的需求與私人規則的興起等等新的治理發展，行政命令的二分架構與授權的形式化無法回應現實需求，處處顯得捉襟見肘。行政法必須看到真實治理環境的權力結構，才能有效回應誰擁有規範制定權、範圍如何、如何制衡等問題。

歐盟與全球行政法的經驗，挑戰了傳統行政行為的概念區分與法治原則。在立法授權監督的模式之外，歐盟與全球的多層次治理結構下，因應不同管制領域的需求，發展出三種不同的模式的命令制定模式。各個模式有其不同的制度目的、程序設計與制衡、課責

機制。這些趨勢產生的多層次治理背景雖然與臺灣的狀況未必相同，卻提醒我們行政法應回到核心的課責、正當性與制衡的核心精神重新思考。行政法最主要的功能在於規範公權力之行使，在不斷變動的治理環境中，臺灣行政法學界必須跳脫形式框架，檢視真實的、變動中的行政現實與權力結構，才可能回應節制公權力行使的需求，提出有效的規範與制衡架構。在此基礎上，本文提出對臺灣規則制定權的修法建議，包括強化程序建置、深化專業理性與擴張救濟制度。希望藉此引發更多的討論與制度提案，使未來行政法更能因應臺灣行政現實的需求。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

Hannah Arendt著，蔡佩君譯（2008），責任與判斷，臺灣：左岸文化。[Arendt, Hannah. 2005. *Responsibility and Judgment*. New York, NY: Schocken Books.]

林明鏘（2018），行政法講義，4版，臺北：新學林。

林春元（2017），氣候變遷全球行政法的演變、形貌與影響，臺大出版中心。

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。

黃俊杰（2010），行政立法系列：第三講——職權命令，月旦法學教室，87期，頁32-42。

黃舒芃（2011），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，東吳法律學報，23卷2期，頁1-29。

——（2015），歐盟基本權利憲章對各會員國之拘束——由新近實務發展與理論爭議反思基本權利保障在歐盟的實踐途徑，收於：洪德欽、陳淳文編，歐盟法之基礎原則與實務發展（上冊），頁213-254，臺北：臺大出版中心。

葉俊榮（2000），行政命令，收於：翁岳生編，行政法（上冊），頁389-474，臺北：翰蘆。

蔡裕鎮（2012），歐洲聯盟授權立法委員會（Comitology）之研究，淡江大學歐洲研究所博士論文。

藍玉春（2005），歐洲多層次治理：論點與現象，政治科學論叢，24期，頁49-75。

## 2. 外文部分

- Abraham, John, and Graham Lewis. 2000. *Regulating Medicines in Europe: Competition, Expertise and Public Health*. Abingdon-on-Thames: Routledge.
- Aman, Alfred C. Jr., and William T. Mayton. 2008. *Administrative Law*. 2d ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Bäckstrand, Karin. 2006. Multi-Stakeholder Partnerships for Sustainable Development: Rethinking Legitimacy, Accountability and Effectiveness. *Environmental Policy and Governance* 16:290-306.
- Benner, Thorsten, Wolfgang H. Reinicke, and Jan Martin Witte. 2004. Multisectoral Networks in Global Governance: Towards a Pluralistic System of Accountability. *Government and Opposition* 39:191-210.
- Bignami, Francesca E. 1999. The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology. *Harvard International Law Journal* 40:451-515.
- Blom-Hansen, Jens. 2008 The Origins of the EU Comitology System: A Case of Informal Agenda-setting by the Commission. *Journal of European Public Policy* 15:208-220.
- Brandsma, Gijs Jan. 2007. Accountability Deficits in European ‘Comitology’ Decision-Making. In *European Integration Online Papers* 11:1-15, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2007-004a.htm>.
- . 2010. *Backstage Europe: Comitology, Accountability and Democracy in the European Union*. The Netherlands: Utrecht University School of Governance.
- . 2013. *Controlling Comitology: Accountability in a Multi-Level System*. Basingstoke: Palgrave Macmillan UK.

- Cassese, Sabino. 2005. Global Standards for National Administrative Procedure. *Law & Contemporary Problems* 68: 109-126.
- Chan, Sander, and Philipp Pattberg. 2008. Private Rule-Making and the Politics of Accountability: Analyzing Global Forest Governance. *Global Environmental Politics* 8:103-121.
- Chiti, Edoardo, and Bernardo Giorgio Mattarella. 2011. Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law. Pp. 1-10 in *Global Administrative Law and EU Administrative Law — Relationships, Legal Issues and Comparison*, edited by Edoardo Chiti and Bernardo Giorgio Mattarella. New York, NY: Springer.
- Craig, Paul. 2012. *EU Administrative Law*. 2d ed. Oxford: Oxford University Press.
- Dimitropoulos, Georgios. 2011. Private Implementation of Global and EU Administrative Law: The Case of Certification in the Climate Change Regime. Pp. 383-409 in *Global Administrative Law and EU Administrative Law — Relationships, Legal Issues and Comparison*, edited by Edoardo Chiti and Bernardo Giorgio Mattarella. New York, NY: Springer.
- Donahue, John. 2004. Market-based Governance and the Architecture of Accountability. Pp. 1-29 in *Market-Based Governance: Supply Side, Demand Side, Upside, and Downside*, edited by John D. Donahue and Joseph S. Nye. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- Dougan, Michael. 2008. The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts. *Common Market Law Review* 45:617-703.
- Egeberg, Morten, and Jarle Trondal. 2011. EU-Level Agencies: New Executive Centre Formation or Vehicles for National Control?. *Journal of European Public Policy* 18:868-887.

- Ferejohn, John. 2007. Accountability in a Global Context. Working paper. IILJ. Paper No. 200715. Available at <https://www.iilj.org/publications/accountability-in-a-global-context/>.
- Goldsmith, Jack, and John F. Manning. 2006. The President's Completion Power. *The Yale Law Journal* 115:2280-2312.
- Gornitzka, A., and U. Sverdrup. 2008. Who Consults? The Configuration of Expert Groups in the European Union. *West European Politics* 31:725-750.
- Grant, R.W., and R.O. Keohane. 2005. Accountability and Abuses of Power in World Politics. *American Political Science Review* 99: 29-43.
- Harlow, Carol. 2006. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law* 17:187-214.
- Hofmann, Herwig. 2009. Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality. *European Law Journal* 15:482-505.
- Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, and Richard B. Stewart. 2005. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems* 68:15-61.
- Koh, Harold Hongju. 2006. Setting the World Right. *The Yale Law Journal* 115:2350-2379.
- Kuo, Ming-Sung. 2012. Inter-Public Legality or Post-Public Legitimacy? Global Governance and the Curious Case of Global Administrative Law as A New Paradigm of Law. *International Journal of Constitutional Law* 10:1050-1075.
- Larsson, T. 2003. Precooking in the European Union — The World Of Expert Groups. Stockholm: ESO — The Expert Group on Public Finance.

- Lövbrand, Eva, Teresia Rindeljäll, and Joakim Nordqvist. 2009. Closing the Legitimacy Gap in Global Environmental Governance? Lessons from the Emerging CDM Market. *Global Environmental Politics* 9:74-100.
- MacDonald, Euan, and Eran Shamir-Borer. 2010. Meeting the Challenges of Global Governance: Administrative and Constitutional Approaches. Pp. 214-236 in *Select Proceedings of the European Society of International Law 2*, edited by Helene Ruiz Fabri, Rudiger Wolfrum and Jana Gogolin. Oxford: Hart Publishing.
- Mashaw, Jerry. 1985. *Due Process in the Administrative State*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Mattarella, Bernardo Giorgio. 2011. The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts. Pp. 61-85 in *Global Administrative Law and EU Administrative Law — Relationships, Legal Issues and Comparison*, edited by Edoardo Chiti and Bernardo Giorgio Mattarella. New York, NY: Springer.
- Papadopoulos, Ioannis. 2010. Accountability and Multi-level Governance: More Accountability, Less Democracy?. *West European Politics* 33:1030-1049.
- Peers, Steve, and Marios Costa. 2012. Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon. *European Law Journal* 18:427-460.
- Saurer, Johannes. 2009. The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies. *American University International Law Review* 24:429-488.
- Spina, Alessandro. 2011. The Regulation of Pharmaceuticals Beyond the State: EU and Global Administrative Systems. Pp. 249-268 in *Global Administrative Law and EU Administrative Law —*

*Relationships, Legal Issues and Comparison*, edited by Edoardo Chiti and Bernardo Giorgio Mattarella. New York, NY: Springer.

Steiner, Josephine, Lorna Woods, and Christian Twigg-Flesner. 2006.

*EU Law*. 9th ed. London: Oxford University Press.

Stewart, Richard. 1975. Reforming American Administrative Law.

*Harvard Law Review* 88:1667-1813.

Weiler, J.H.H. 2003. The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats:

Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO  
Dispute Settlement. *American Review of International Arbitration*

13:177-196.



## Rulemaking Powers in the Era of Global Governance:

### The Inspiration from European and Global Administrative Law

*Chun-Yuan Lin\**

#### **Abstract**

How to distribute rulemaking powers has been an important issue. In Taiwan, the interpretations of the Constitutional Court and the enactment of the Administrative Procedure Act have established a system to separate rulemaking powers. Yet controversies remain. When Taiwanese scholars refer to the jurisprudence of traditional administrative law, they may ignore the merging of European administrative law and global administrative law. This article attempts to explore the developing legal structure to seek possible suggestions for future reform. This article finds three emerging models of rulemaking: comitology, expert dialogue and private governance. Each model has its purpose, procedural mechanism, legitimacy, and checking mechanism. This development deconstructs the dual scheme of rulemaking developed on the Continental Europe and later introduced to Taiwan.

This article suggests that future reform should deconstruct the dual system that controls rulemaking powers based on the types of the rules. Instead, future administrative law should explore the real deployment and interaction of powers and seek to establish an effective mechanism to check and balance them. It is suggested that future administrative law should consider enhancement of procedural and professional rationality,

---

\* Associate Professor, School of Law — Financial And Economic Law, Chung Yuan Christian University.

and improvement of remedy mechanisms.

KEYWORDS: global administrative law, European administrative law, rulemaking, comitology, expert dialogue, private governance.