

# 行政命令體系架構的重新思考

陳仲麟 / 台灣大學法律學研究所碩士班研究生

行政命令在行政法上已是一古老的概念，但它的面貌仍在不斷地變化中。趁著目前這一法制變動的時機，本文希望重新檢視行政命令的體系，發掘出在原先概念上可能存在的疑問和爭議，在路徑上藉著較功能性的概念理解，甚至是背後更高層次的價值思考，嘗試為行政命令體系提供新的面貌。

在檢視了現行規範及一般見解後，本文認為，目前內、外效力的界線值得商榷、職權命令應予容許、授權概念有挑戰餘地，經過較功能性的思考後，本文嘗試呈現行政命令體系另一可能的面貌。而本文行政命令體系的重塑趨向，在經過更深層的價值——權力分立與人權保障——檢視之後，似乎可以得到支持。不過，基於人權保障之價值，在行政命令程序的設計上再往前進，應仍待努力。

## 壹、前言

行政命令已是一古老的行政法上概念，但它的面貌卻仍在不斷地變化中，近來的發展是90年1月1日施行的行政程序法，以及該法第一百七十四條之一所設定的施行後二年期限的緩衝規定，都對它的體系樣貌有進一步的影響。但相關的討論並不是到此告終，法律制度的演變，應是永遠的路。

行政命令，為行政機關行使公權力單方面訂定，具有抽象及一般性拘束力之規範。<sup>1</sup> 而其各種下位概念的界定，也就是行政命令的分類，學者向來有許多不同的看法，聚訟盈庭、莫衷一是，本文不欲陷入此一爭辯的泥淖，基本上直接採取以下界定作為討論的依據：1. 授權對外的行政

命令——法規命令；2. 職權對外的行政命令——職權命令；3. 授權對內的行政命令——行政規則；4. 職權對內的行政命令——行政規則。<sup>2</sup> 在此先予敘明。

本文的主要目的，是希望重新檢視行政命令的體系架構，發掘出在原先概念上可能存在的疑問和爭議，藉著較功能性，甚至是背後價值的思考，嘗試為行政命令體系提供新的面貌。因此本文在架構上，首先必須對現行法秩序狀態予以了解、呈現（貳），在「貳、一」對現行法規範做一概覽後，於「貳、二」形成目前的行政命令體系；接下來從理論層面，就內外部效力區分、職權命令容許性、授權概念、剝奪或限制人民自由權利與執行法律細節性技術性次要事項之區分等主題，做理論上的進一步檢討與思考（參、一—四），並

在「參、五」綜合歸納上述各點的本文見解，以建立較合理的可能體系；不過，從更高層次的角度關照，前述的論點是否經得起權力分立與人權保障價值的考驗，仍應再思考，故最後將在「肆」以此二價值做檢視。

## 貳、現行法秩序狀態的呈現

### 一、規範鋪陳

#### 1.中央法規標準法

中央法規標準法第五條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」同法第六條規定：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」

就文義上而言，該法採取的極高標準的法律保留，不僅有四款列舉事項，而且其中第二款的用語是「關於」人民之權利、義務，而不是傳統「侵害保留說」的「限制或剝奪」，也就是說給予人民利益的規定也必須由法律加以規定；甚至，這裡的法律保留應該說是「國會保留」，<sup>3</sup>因為所列舉事項完全必須由法律自行規定，而不能用行政命令來規範，<sup>4</sup>這跟法律保留允許授權行政機關以命令定之的概念就有差距。

但我們也知道，這樣解釋的法秩序從來不是實情，實務上不僅存在大量的授權命令，甚至很多職權命令也在規範人民的權利義務，而即使學者對職權命令限制人民權利的情況多表反對，但也多半沒有按照上述規定的文義去說明我國的法律保留，而直接用主要是德國式的學理去做解說。

#### 2.大法官解釋

因此，關於法律保留以及授權明確性在我國的法秩序，就無法單純從上述法條去理解，而必須參酌有拘束全國各機關及人民效力的大法官解釋，來幫助我們判斷。不過要澄清的是，大法官解釋常常語焉不詳，更令人困擾的是見解並不一致，本文只能說是在這樣的渾沌中努力找尋一些標準，但必須承認未必是唯一或最妥適的分析。

以著名的釋字第443號解釋理由書為主要的依據，其謂：「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；若僅屬於執行法律之細節性、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。」<sup>5</sup>也就是說，基本上以侵害保留說為主，但也兼採重要性理論，<sup>6</sup>至於執行法律的細節性、技術性事項，雖然沒有授權仍可以命令定之，即使對人民產生不便或輕微影響也仍然允許。以下進一步說明之。

首先，侵害保留的見解，基本上是大法官沿用的看法，例如釋字第三一三、三六七（理由書）、三九〇、三九四、四五

四、四八〇（理由書）等號解釋均可看出，這是因為憲法第二十三條明白規定，對人民自由權利的限制，須為追求列舉的目的之必要，且須以法律定之的緣故。不過在四四三號理由書中可以說參酌了重要性理論，更細緻化了法律保留的體系，如果是執行法律的細節性、技術性事項，即使對人民產生不便或輕微影響也仍屬法律保留外的行政形成空間，另一方面在給付行政的情形，雖然不會侵害限制人民權利，但如涉及公共利益之重大事項者，仍應有法律或法律授權之命令為依據。

其次，關於授權應符合具體明確之原則，其意指「授權之目的、內容及範圍，應具體明確」，這也經多號大法官解釋所確立，例如釋字第三六七（理由書）、三九〇、三九四、四五四等號解釋是，不過，何謂目的、內容及範圍具體明確仍是十分抽象的概念，在具體操作上恐怕有很大的模糊空間，大法官釋字三九四、四八〇等號解釋及理由書進一步闡釋前述標準（某種角度觀之是放寬），認為所謂法律授權，「不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷。」雖然仍未提出具體清晰的標準，但也值得參考。

最後，關於職權命令，也就是未經授權但對外發生效力的行政命令，大法官並未否定其合憲性，從釋字第一八九、二四七、三四四、三六三等號解釋，即透露出「為執行法律得訂定補充性的規定」的訊息，到了三六七、四四三兩號解釋理由書，則進一步將其限制於僅得就「執行法律的技術性、細節性之事項」為規範，為其設定較清楚也較嚴格的界限，此一界限其實也就是前面提及的法律保留的分界。

總之，大法官似乎藉由規範密度區分的方式，為我國行政實務長久以來存在的職權命令找到了存在的合法依據。<sup>7</sup>

### 3. 行政程序法

不過，上述的法秩序狀態在行政程序法於90年1月1日施行後，是否有所改變？當然就必須對行政程序法在行政命令上的體系設定有所了解。不過，行政程序法看似清楚的規定，其實潛藏一些規範不一致的問題，包括第一百五十條與第一百五十八條間，以及第一百七十四條之一與第一百五十條間的齟齬，以下將分別討論之，以呈現行政程序法的法秩序狀態。

#### A. 第一百五十條與第一百五十八條

首先，行政程序法第一百五十條：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，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。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」第一百五十九條第一項規定，「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

由上述規定可知，法規命令與行政規則之區別，一在法律授權之有無，前者係基於法律授權，後者為上級機關或長官基於其權限或職權；二在對外法效性之有無，前者是對外直接發生法律效果對人民作規範，後者則是規範機關內部之事項，並不直接對外發生效力。<sup>8</sup>

上述規定是以「是否對外發生效力」為區分標準，但在第一百五十八條規定：「法規命令，有下列情形之一者，無效：一、牴觸憲法、法律或上級機關之命

令者。二、無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者。三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者。法規命令之一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，法規命令顯失規範目的者，全部無效。」其中第一項第二款卻又變成是以是否剝奪或限制人民自由權利為區分標準，其結果，當法規命令未經授權對外發生效力，但並沒有剝奪或限制人民之自由、權利時，其效果如何即發生疑問。

這裡第一百五十條和一百五十八條間之齟齬，似乎未見學者提出過意見，但關於職權命令存廢問題的討論，其實可以說與此是同一問題的不同觀察，故學者在職權命令存廢方面的見解，自有需要在此述及。職權命令的存廢也就是說，行政程序法施行之後，到底容不容許對外發生效力但未經授權的規定存在？由於行政程序法僅規定法規命令及行政規則，未提及職權命令，加以當初立法院在政黨協商時將職權命令從第一百五十條第一項剔除的歷史，因此一般認為，如果行政機關要做直接對外發生法律效力的一般、抽象規範，就必須經過法律授權，不再有職權命令這種行政命令類型的存在；這明顯是受到德國基本法第八十條的影響。但另有學者認為，行政程序法只是不規範職權命令罷了，而不是對職權命令趕盡殺絕。<sup>9</sup>本文較贊同後說，理由主要會出現在下述「參、二」部分的討論，但本文也必須承認，只要對外發生效力就應該要授權的看法，在概念單純化、認定簡單化、匡正過去不當規範文化等方面，有其優點，更關鍵的是，這是一般對行政程序法規定的理

解，雖然採取何種判斷標準，最終仍待司法機關做最後的取捨，但至少目前行政、立法二院乃是以此種見解為基礎，以因應行政程序法第一百七十四條之一的規定。因此，以下的「二、體系構成」，不得不採取不承認職權命令，也就是對外發生效力就必須有授權的看法，來呈現現行法秩序的體系。

#### B. 第一百七十四條之一與第一百五十條

其次，民國89年12月27日增訂公布，90年6月20日和90年12月28日分別經修正公布的行政程序法第一百七十四條之一謂：

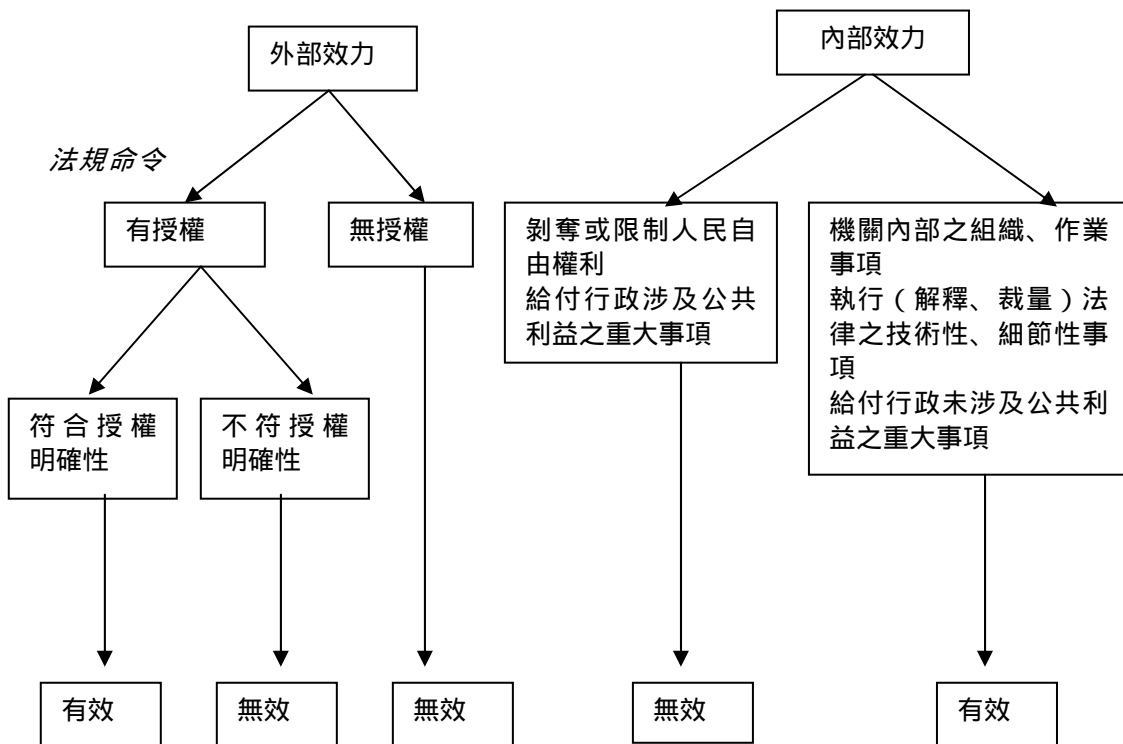
「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」<sup>10</sup>若比較第一百五十條第二項之規定，會發現第一百五十條第二項說的是「法規命令」之內容應明列其法律授權之依據，而第一百七十四條之一說的則是須以「法律」明列其授權依據，二者並不相同，不過，或許可將後者解釋為，是對第一百五十條第一項「法律授權」說得更清楚，表明所謂授權應有法律明列的授權依據而言，故此部份問題較不大。

## 二、體系構成

### 1. 行政程序法施行滿二年之後

在行政程序法施行滿二年（92年1月1日）後，如不承認職權命令有合法存在的可能，則行政命令有效性的判斷應如下圖所示：

行政規則



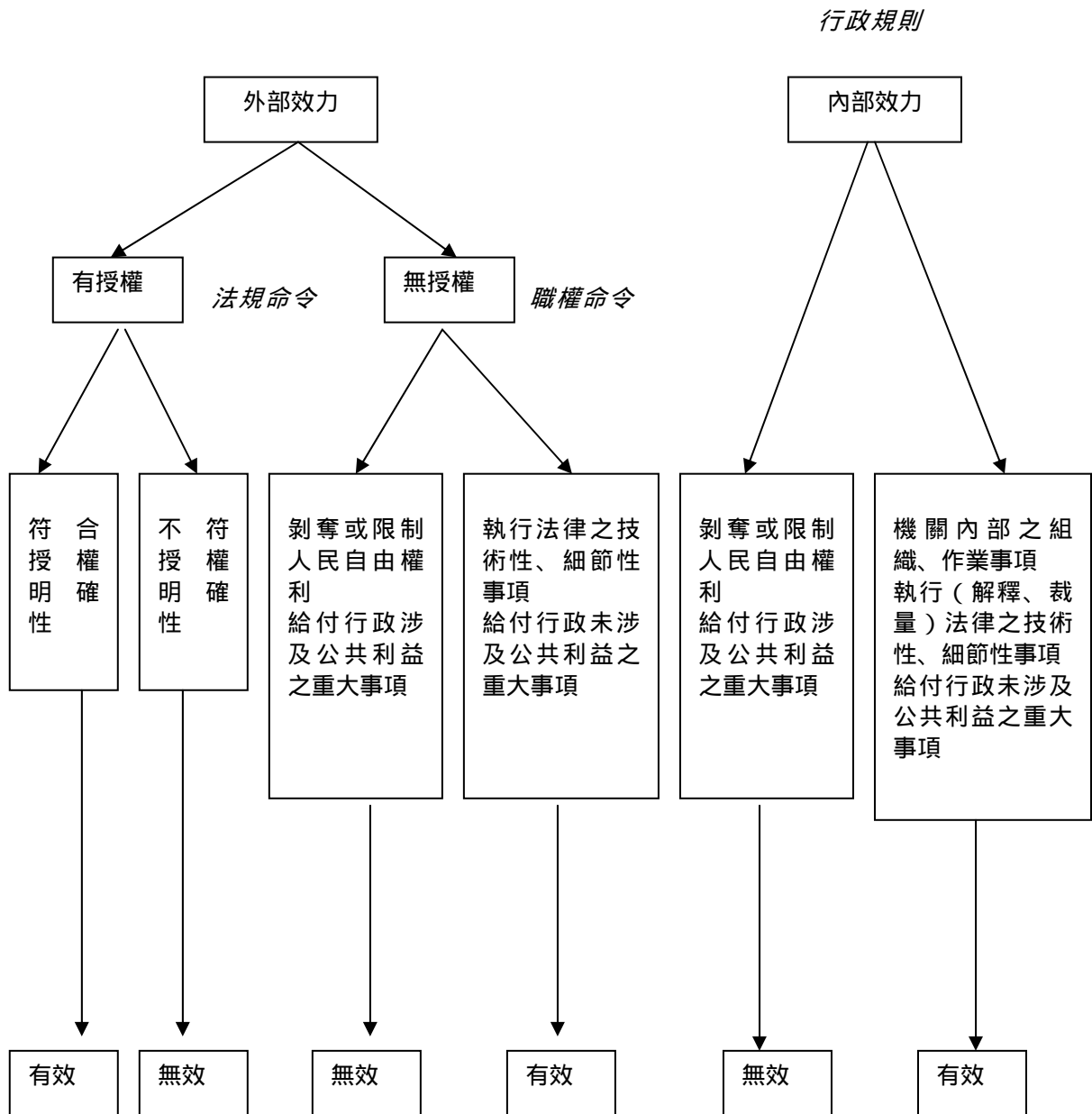
2. 行政程序法施行滿二年之前

在行政程序法施行滿二年之前，行政命令合法性判斷有一前提問題需要處理，也就是行政程序法第一百七十四條之一的期限，是否有承認那些現實存在，依行政程序法「須以法律規定或以法律明列其授權依據」，實際上卻沒有授權依據的行政命令，在二年內暫時為合法的意思？因為如果答案是肯定的，這些行政命令不須檢討，就可以直接承認它們在這段期間是合法有效的。

本文認為，行政程序法第一百七十四條之一對於無法律明文授權的行政命令，設定了二年的期限，雖有給予行政機關緩衝機會的意思，但應該沒有賦予其合法性的

企圖。因為在行政程序法施行之前，大法官已經依據憲法第二十三條，形塑出一套法律保留的體系，對於一個未經授權就剝奪或限制人民自由權利的行政命令，人民在有具體遭受侵害的情況下（例如行政機關依據該命令施加一侵益的行政處分），本來可以透過司法途徑獲得救濟，如果將該條解為有賦予合法性的意思，在這一年內所發生的案件，人民反而會遭到敗訴的命運，也就是因為行政程序法的施行而處於更加不利的境地，這應當不是立法之意旨，甚至可能會有違憲的問題。<sup>11</sup>

因此，在92年1月1日之前，等於尚不適用行政程序法之規定，而在法秩序上回到之前大法官解釋所設定的架構：



## 參、理論層面的反思

### 一、關於內、外部效力之區分

行政程序法將行政命令分為法規命令及行政規則，前者直接對外發生效力，後者則不直接對外發生效力，此即向來行政命

令對外效力與對內效力二分法之體現。

但這種傳統的區分，學者早有指出其不免有過分化約之錯誤，蓋作業性、組織性的行政規則固然較無疑問，但若行政規則性質上屬於裁量性或政策方針之指示或屬於對規範之解釋者，可能影響對外行為之

效力，若仍堅持行政規則僅有對內效力，自與客觀事實不符，故學者以間接效力或附屬效力稱之，非無理由。<sup>12</sup>同時基於此種效力外部化的現象，行政程序法第一百六十條第二項規定，解釋性規定及裁量基準的行政規則，應登載於政府公報發布之；已擺脫以往認為行政規則與國民無關，在發布程序上不用公告的見解。

從學理上的對內、外效力的質疑，以及行政程序法的上述規定，實質上使解釋性、裁量性行政規則與對外發生效力規範之界限更顯模糊，我們是否應該更深刻地思考，原本所畫的那條線或許應該改變？從概念上來看，已有論者指出，若行政規則性質上屬於裁量性或政策方針之指示或屬於對規範之解釋，有「間接對外」效力或附屬效力，則與法規命令係屬發生「對外」效力者，在分類學上即有「互斥」要求之難容的問題，具體言之，即裁量性或政策方針之指示或屬於對規範之解釋之行政規則與法規命令之不同者，由「對內」與「對外」的不同，轉化為「直接」與「間接」對外效力的不同矣，換言之，「對內」與「對外」的對照，已不足以符合分類上的必要；<sup>13</sup>從功能的角度觀之，更可以證明原本的區分恐怕是不切實際，以下將舉「經濟事務財團法人設立許可及監督準則」及「經濟事務財團法人設立許可及監督作業要點」為例說明。

「經濟事務財團法人設立許可及監督準則」（以下簡稱準則）性質上無疑應是直接對外發生效力的行政命令，而「經濟事務財團法人設立許可及監督作業要點」（以下簡稱作業要點）則比較有問題，本文認為有些規定為行政規則，有些條文其實是直接對外發生效力的規定，<sup>14</sup>未免討

論失焦，此處僅以在傳統標準上無疑為行政規則的規定作為對比的標的。例如為了執行民法第五十九條「財團於登記前，應得主管機關之許可」，準則第五條規定：「申請財團法人之設立，有下列情事之一者，不予許可：

一、設立目的不合公益或不合國家經濟發展政策之需要或非關經濟事務者。

二、捐助章程中規定以財產之全部或一部份，或解散時之賸餘財產歸屬任何自然人或營利團體者。

三、捐助財產不足以達成創設目的者。

四、違反法令、公共秩序或善良風俗者。」

作業要點第四點有類似的規定，謂：「本部受理財團法人設立許可之申請，應依下列原則審查：

（一）設立目的是否具有公益。

（二）業務項目有無違反法令、公共秩序或善良風俗情形。

（三）設立目的及業務項目是否符合國家經濟發展政策。

（四）捐助財產須足以達成創設目的。

前項第（四）款所稱足以達成創設目的之捐助財產，指創立基金之孳息足以維持其永續運作，且其所捐（募）財產總額不低於新台幣三千萬元者。」

兩者在規定上有很大的重疊性，主要的不同只是，前者的規範對象為人民，後者則為經濟部本身也就是業管的公務員，這可以很清楚地讓我們發現，內部效力、外部效力的區分，其實是相當脆弱的，一個要求人民如何如何的規定，只要轉個彎變成要求行政官員對人民如何如何，就從外部變為內部，但其本質上可以完全是一樣的。因此，欠缺授權依據的該準則，在92

年1月2日失效，前開第五條規定就再也不存在，但作業要點第四點並沒有消滅，其結果，規範狀態並沒有太大的不同；甚至，經濟部可以把失效而在作業要點中沒有的一些規定，文句上改一改再放進作業要點中，那行政程序法以內、外效力區分行政規則與法規命令，並要求法規命令必須要授權的實質意義，就不知道在哪裡。

因此本文認為，原本對內、外效力的理解應重新檢討，以是否關涉人民權利義務（包括直、間接效力）為區分似乎是比較好的選擇，也就是說，行政程序法第一百五十九條第二項第二款的「為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定或裁量基準」，也是對外發生效力，而可歸類為法規命令，總之人民受到規範，且都要公布使得知悉，其文句上是以誰為對象並非重要；前條項第一款的「關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定」，才是真正僅有內部效力的行政命令，而以行政規則稱之。

由於此見解與行政程序法的分類不同，涉及修法問題。不過即使在現制，直、間接效力本質上並無差別的想法，依舊對下面幾個議題的思索有幫助。

## 二、關於職權命令之容許性

### 1. 概說

在前言曾將對外直接發生效力的行政命令又區分為法規命令與職權命令，此種做法在前節討論了內、外效力的問題，並主張將有間接對外效力之行政命令亦劃歸對外生效行政命令的領域之後，仍然還是適用，合先敘明。

職權命令的容許性也就是在問，是否可以允許行政機關未經授權而規範人民權利

義務有關事項（不論是直接或間接效力），在僅有間接效力的部分現行法是允許的（不否定但有限制）並無疑問，而直接對外發生效力的部分，在前面「貳、一、3、A」已提及學者間有所爭論，對此本文將做進一步的探討，以下提到的職權命令容許性問題，將專指此一爭議部分而言。

以下將先擇幾個國家的法制作為參照，看是否能從中獲得一些有價值的討論起點。

### 2. 各國法制的參照

#### A. 德國

德國基本法第八十條第一項第一句要求法規命令之訂定在形式上要有法律的授權，因此，可以說從憲法位階即否定職權命令的存在空間。

之所以如此規定，應係鑒於威瑪共和時代，行政部門濫發命令以代替法律使然，<sup>15</sup>當時的國會於1923年12月8日制定一種授權法，概括授權內閣（政府）得以行政命令方式在財政、經濟與社會領域採取一切它認為必要且急迫的措施，僅以不得牴觸憲法為內容上的唯一限制，嗣後由國社黨所主控下的國會更變本加厲，於1933年3月23日制定所謂「人民及國家緊急解救法」，不僅概括授權內閣得訂定牴觸憲法條文的行政命令，更進一步為該命令冠以法律的稱呼，使法律與命令兩者間的分際從此泯滅，最後造成希特勒獨裁、威瑪憲法淪亡的慘劇。<sup>16</sup>

然而，基本法固然明文行政權只有在有法律授權的前提下，才能發布命令，但聯邦憲法法院對法律保留的適用範圍卻採重要性理論作判準，無異於表示在不重要或次要事項領域，行政機關毋庸法律授權，



亦得發布命令規範之；為因應此一明顯的矛盾，學說與實務才又不得已發展出所謂「代替法律的行政規則」與「特別命令」等法制來規避法規命令不能使用之限制，甚至還不得已把明顯具法規命令性質的交通標誌與營造物使用規則硬解為物的一般處分，其捉襟見肘的窘境，顯而易見，可見於憲法層次一開始就把職權命令封殺的不適當。<sup>17</sup>

#### B. 奧地利

制定於1920年之奧國憲法，第十八條第一項規定：「整體國家行政之行使，僅得基於法律為之。」一般均解釋為全面保留之典型代表。

這乃是受到H. Kelsen 純粹法學所謂國家與（法律）規範秩序合一理論之影響，視國家為一完整之規範秩序，基於憲法產生法律，再由法律產生其他次級規範，行政機關之抽象或具體的行為亦屬於規範之一環，故必須源於法律。

基於上述憲法原則，除憲法特別授權外，行政機關並無自主之法規制定權，亦禁止立法機關任意授權政府發布具有法律效力之命令；然而，實際上於裁量行政及以私法型態執行之公共政策等領域，法律保留原則之適用亦受到相當程度之限制，或根本加以排除，尤其晚近對私經濟行政（包括私法行為及部分給付行政）事項，該國憲法法院所採取之立場，已接近於此類事項只須消極地受法律優越原則支配即可，證明全面保留或無限制的法律保留，實際上窒礙難行。<sup>18</sup>

#### C. 美國

美國憲法第一條第一項規定，憲法所授予之立法權，均屬於參議院和眾議院所組成之合眾國國會。<sup>19</sup>

因此就文義解釋而言，美國應不承認行政部門有固有、獨立的立法權。也因此，美國早期有所謂「禁止授權原則」（nondelegation doctrine）。<sup>20</sup>然而，聯邦最高法院自始即對該原則採取彈性解釋，或以「授權僅限於適用立法意旨所必要之事實認定」，或以「僅為補充與立法意旨相關之細節」，容忍立法授權行政為行政立法，且除新政時期兩則曇花一現的判決外，聯邦最高法院不曾以「授權過於寬泛」等實質的理由，宣告立法授權為違憲，在行政程序法制定後，原本以禁止授權原則為中心的授權正當性審查更形式微，而為「程序導向式的控制」觀念所取代，也就是審查行政機關活動之重點，從是否逾越法律之授權，改由「程序」要件方面來監督，著重如何促使行政決策合理化。<sup>21</sup>另一方面，在行政立法中觸角更遠的工具是總統命令（executive order），<sup>22</sup>實務上，美國總統在無授權的情況下制頒許多總統命令；雖然，總統命令只有在它利用總統的憲法權力或由國會明白授與的權力時，才是一種法源，超過界限的行為將會被法院擊倒，例如1952年的Youngstown Co. v. Sawyer，1956年的Cole v. Young等案件，<sup>23</sup>但是，法院並未根本否定這樣的規範形式，且總統命令不僅數量龐大，實際上在許多事項亦扮演重要作用。<sup>24</sup>

#### D. 法國

法國1958年第五共和憲法第三十四條，對國會得立法之事項採取列舉方式予以限定，並於第三十七條明訂「凡不屬於法律範圍之事項，概具命令之性質」，致國會制定之法律與政府訂定之命令，各有所轄、分庭抗禮，其承認行政部門具有「固

有的立法權限」，國會不得侵犯。<sup>25</sup>

由於法國第四共和時代，內閣解散國會權相當小，再加上黨派林立，造成內閣不穩定，政潮迭起，第五共和的基本理念因而將總統視為憲政的穩定中心，賦予總統解散國會權，強化內閣的穩定性，理性化國會的權利（去國會化），矯治第四共和時代國會權力高張而不負責任的弊病，<sup>26</sup> 行政部門行政命令權力的擴張，亦是由此而來。<sup>27</sup>

#### E. 瑞士

由於受法國法制之影響，瑞士亦承認國家機關有自主命令權，惟限於憲法有明文者，其範圍較狹，不若法國授權之廣泛。<sup>28</sup>

#### F. 小結

經由對上述各國法制的檢視，本文有幾點想法：

1. 是否承認職權命令以及行政命令的體系應為如何，沒有一定的模型，各國法制均不大相同，尤其從憲法來看，德國與法國這光譜的兩極同時存在，至少可以使我們體認，德國的規定未必應該照單全收。

2. 如果以大體之趨勢來觀察，似乎應該傾向承認職權命令的存在，法國、瑞士固無論，憲法並未承認職權命令，反而指出立法權歸屬國會的美國，操作的結果也產生出自主性的總統命令，憲法否定的德國、奧國，亦似乎在尋求殊途同歸的路徑，不論成功與否，似乎顯示職權命令有其現實上的需求，難以扼抑。

3. 是否承認職權命令以及行政命令的體系應為如何，跟各國的歷史發展、政治環境有關，甚至可能和憲法權利分立的整體觀察連在一起。

以上的體會，對本文後續的討論或將有所助益。在此處至少1.的想法即可使我們

破除純粹模仿外國法制的企圖，而重新從理論層次予以檢討。至於2.和3.的體認，或許將刺激我們往更深的思考以及現實條件的連結推進（本文「肆」的啟發）。

#### 3. 與法律保留連結—體系的一致性

首先，從上述幾個國家法制的檢視可以看出，德國的制度未必是必然的模型，因此如果把對職權命令的認許，稱為是對法治國原則的叛離，恐怕會有前提錯誤的問題。

理論上而言，職權命令的容許性應該和法律保留原則連結在一起，也就是說，如果採取全面保留說，職權命令就無法存在，但只要不是採取全面保留說，就有非法律保留領域的存在，行政部門也就應該可以在此領域訂定職權命令。我國通說在法律保留上採取的是侵害保留說或重要性理論，屬於後者之情形，因此職權命令就應該有存在的空間，這應也是以往大法官解釋並不否定職權命令的原因。而如今假如將行政程序法解為只要直接對外發生效力就要授權，反而會造成理論上的矛盾不一致。

進一步言，在法律保留問題上用功能最適原則去充實重要性理論，更可以說明職權命令有存在的價值，蓋因為行政權專業、靈活、彈性、快速、效率等功能因素，可以導出特定事項無須法律授權，由行政權自行以命令規範，反而更能達到「儘可能正確」之境地。<sup>29</sup>

同時，也由於我國通說在法律保留上採取的是侵害保留說或重要性理論，對非法律保留事項行政機關可以訂定行政規則加以規範，未見任何實務或學說予以否定，而事實上行政規則與法規命令間內、外效力的區別，常常只是在文字上轉一個彎而

已，本文的「參、一」已有說明。因此，即使否定職權命令的存在，行政機關仍然可以把未經授權但屬於非法律保留的事項，在規定文字上改以下級或屬官為規範對象，以行政規則的形式存在，則否定職權命令，將變成沒有實質意義。

雖然，直接採取法規命令和行政規則二分的行政命令體系，在概念單純化、認定簡單化、匡正過去不當規範文化等方面，有其優點，但在理論上卻不易完滿說明，基於上面的論理，本文傾向認為應容許職權命令之存在。而因為行政程序法第一百五十八條只讓未經授權而剝奪或限制人民自由權利的法規命令失效，若解釋未經授權但也未剝奪或限制人民自由權利的法規命令——也就是職權命令，仍然有效，反而更能自圓其說。雖然，這樣解釋會和一百五十條衝突，但由於行政程序法立法的瑕疵不論如何解釋均無法完全避免矛盾，如此解釋仍然可採，故單就對職權命令的容許性而言，並不需要修法，只是若要確實反應上述學說論理以及克服現有的法條衝突，仍有重新檢討的必要。

應澄清的是，即使承認職權命令，以目前大法官解釋所呈現的見解，其存在空間其實仍十分有限，<sup>30</sup>合法的職權命令，僅能就執行法律之細節性、技術性次要事項，而對人民產生不便或輕微影響的程度內，或是未涉及公共利益之重大事項的給付行政的範圍內加以規範，並不能夠剝奪或限制人民自由權利。不過，大法官此項標準其實仍存在一些疑義，本文將在下述「四」加以檢討。

總之，本節的見解認為，從法律保留理論的觀點言，應承認職權命令存在的空間。

### 三、關於所謂授權

德國基本法第八十條第一項第一句要求行政命令之訂定，在形式上要有法律的授權，同條第二句從授權規定的實質內容下手，要求母法的授權規定本身，必須明確規定此項授權的內容、目的與範圍。我國學說與實務對授權的觀念基本上是從此而來，由此觀之，具備形式上的授權規定應該是基本的要求，這從行政程序法第一百七十四條之一要求「以法律明列其授權依據」也可以看得出來；也就是說，雖然釋字第三九四、四八〇等號解釋及理由書，將授權明確性放寬為，「不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷。」而不及德國嚴格，但至少應該有「本法施行細則由××機關定之」的規定，否則恐怕會被解為立法者並沒有授權的意思。

不過可以進一步理解的是，上述對授權的一般認知其實是過於形式化的，從功能的角度來看，法律中出現的不確定法律概念，實質上等於是立法者對行政機關的授權，因為行政機關為執行法律，必須先對之加以解釋，才得以具體執行，而這中間存在裁量與解釋的空間，故當立法者以不確定的法律概念作為法律的內容，即已將與該不確定法律概念有關的解釋、及規範具體化的工作授與行政機關。行政機關為釐清法條中不確定的法律性概念之意義並將之標準化，可能訂出解釋或規範的要點，使主管官員得以據之為是否核准或執行的標準，這樣一種「不確定法律概念的間接授權」，同樣必須如同授權命令一般受到立法意旨的拘束，並且必須合乎法律體系及規範精神。<sup>31</sup>

申言之，法律當中不可避免的不確定法

律概念運用及裁量權賦予，可理解為是一種立法者對行政機關的授權，同時也不可避免地，行政機關在適用、執行法律的時候，必須對法律進行解釋與具體化的工作，並不因為有無形式上的授權條文而有差別，同時，行政機關對法律的解釋、具體化，不能逾越法律意旨的範圍，也不因為有無形式上的授權條文而有差別。

舉例來說，民法第五十九條規定，「財團法人於登記前，應得主管機關之許可」，但許可之要件則完全付之闕如，行政機關要執行此一法律，勢必要進一步補充、具體化許可的條件，否則此一條文如何實現？甚難想像；而如何細緻化，也未必不能從法律的整體意旨中尋得一些線索，觀諸經濟事務財團法人設立許可及監督準則第五條：「申請財團法人之設立，有下列情事之一者，不予許可：

一、設立目的不合公益或不合國家經濟發展政策之需要或非關經濟事務者。

二、捐助章程中規定以財產之全部或一部份，或解散時之賸餘財產歸屬任何自然人或營利團體者。

三、捐助財產不足以達成創設目的者。

四、違反法令、公共秩序或善良風俗者。」

可以做以下的檢視：

從民法關於財團法人之規定以及學理之解說可知，公益性及特定目的之追求，均為財團法人之概念要素，因此第一款前段、第二款、第三款<sup>32</sup>應被認為屬於確保上述要素的體現，而符合法律的意旨；第一款後段係行政機關事務分配的問題，第四款是遵守法令及公序良俗的概括條款，均無疑問；值得懷疑的是第一款中段「不合國家經濟發展政策之需要」不予許可，

似乎就脫逸出法律規定的意旨，蓋為何財團法人要配合國家經濟政策而存在？國家的經濟政策隨時可能改變，也未必一定妥適，人民應該可以自由地選擇心目中理想的目的而創設財團法人，觀諸民法設立財團法人制度的意旨，並沒有要求必須配合國家政策目的的意思，因此此一規定應已超出法律意旨對人民設置額外的限制，而被評價為違法。

從這個例子就可以看出，不論有沒有形式上的授權規定，進一步具體化的行政命令都是有需要，且對人民預見法律之適用和遵循法律有益的。如果行政機關為應付行政程序法第一百七十四條之一，而在民法中加了一句「本法施行細則由××機關定之」，也很幸運地，在該條的期限中經立法院通過了而免於失效，這樣的修正到底實質上改變了什麼？這樣形式化的做法究竟有何意義？難道再加上那句話之前，行政機關沒有解釋、適用、具體化不確定法律概念的需要？如果說在個案中行政機關可以裁量、可以具體化不確定法律概念，那它將中間的標準和見解用法規命令的形式加以表達，為什麼就不可以？

應予澄清的是，本文絕非認為在沒有形式授權的情形下，行政機關也可以任意訂定行政命令，毋寧其仍應受到法律意旨的拘束，必須合乎法律體系和規範精神（也就是大法官所說的「應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷」），應該要是為執行法律所必要，對法律所為合乎其意旨的解釋、裁量，而與有形式授權的情形一樣，受到司法的審查。而且，法律規定之文句，應符合明確性原則，仍然是一個未被改變的前提，法律規定本身當然可能因為過度模糊而違

憲，<sup>33</sup>本文指出的只是，符合明確性原則的法律規定仍可能充斥不確定法律概念和裁量，而存在解釋、裁量、具體化的空間和需求。

同時，立法者就特定事項的概括式授權，還是可能使用形式上的授權方式，例如電信法第十六條第五項：「第一類電信事業間網路之互連、費率計算、協商及裁決程序等事項之管理辦法，由電信總局訂定之。」第二十條第四項：「電信普及服務範圍、普及服務地區之核定、提供者之指定及虧損之計算與分攤方式等事項之管理辦法，由交通部訂定之。」故形式上的授權仍有它的用處。

在行政程序法的規定上，由於第一百七十四條之一明白要求「以法律明列其授權依據」，故對此部份的重新理解，將有修法上的問題。不過，透過對職權命令的承認，以及下述對其可能的規範範圍的再檢討，或許可說係達成相同的結果。

#### 四、關於剝奪或限制人民自由權利與執行法律細節性技術性次要事項

參酌大法官解釋所形成的法律保留體系，法律保留與非法律保留間的界限，如果暫將給付行政拋開不提的話，比較粗略地說是：若剝奪或限制人民自由權利，屬法律保留；若僅屬執行法律細節性技術性次要事項，雖因而對人民產生不便或輕微影響，仍非憲法所不許。

這樣的標準看似無疑，但仔細探尋，還是有些問題。何謂「執行法律之細節性、技術性次要事項」？行政機關為執行法律所為之命令，是否一定是細節性、技術性次要事項？細節性、技術性次要事項是否一定僅只會對人民產生不便或輕微影響？如果屬於執行法律細節性技術性次要事

項，卻又剝奪或限制人民自由權利的話，如何？並不清楚。如果要對上述標準做合理解說，似應認為，若給予利益，或僅剝奪或限制反射利益、未被承認為權利的其他利益，原則上不用法律或法律授權，反之，如果剝奪或限制人民自由權利，則屬法律保留，例外是雖然限制到一點點自由權利（所謂不便或輕微影響），但如果是為執行法律而且是細節性技術性次要事項，就允許在無法律或法律授權的情況下為規範或執行，也就是說，「為執行法律」、「細節性技術性次要事項」、「僅對人民產生不變和輕微影響」並不見得是同一件事，但必須同時具備才符合例外之要件。

不過，這樣解釋仍然有前述授權概念理解的問題，詳言之，不論有無形式上的授權，行政機關都必須要對法律加以裁量和解釋，以執行和適用許多包含不確定法律概念的規定，這中間也都要受到立法意旨的拘束，並且必須合乎法律體系及規範精神（也就是大法官所說的「應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷」是否在授權範圍內）；假設行政機關訂定的某一行政命令規定，完全符合某一法律條文的意旨，它是為執行法律所為的規定，但要說它是不是「細節性技術性次要事項」就很難講（什麼是細節性技術性次要事項並不是很清楚），而且它可能對人民有重大影響，但另一方面它有重大影響其實是因為原本那條法律條文就對人民有重大影響使然，也就是說，如果行政命令的規定是在法律意旨的範圍內，那它究竟是「剝奪或限制人民自由權利」或「對人民產生不便或輕微影響」，其實常常是取決於原本法律規定的效果，

而不是事項的本質，這樣的標準就會脫離原本的意圖，也就是說，如果採取不確定法律概念的間接授權也是一種授權的看法，重點應該是看行政命令是否在法律意旨的範圍內，而不在影響人民的大小，即使對人民有重大影響，那也是因為法律本身就企圖產生重大影響。

例如前述民法第五十九條規定，「財團法人於登記前，應得主管機關之許可」，行政機關為執行此一法律，訂定相關的許可條件，這一行政命令所牽涉的，是財團法人能否成立的許可問題，影響不可謂不大，但之所以有此重大影響，乃是源於法律而來。

上述的推論並不根本推翻大法官解釋所形成的法律保留架構，重點還是在對於授權概念的認知上，如果接受不確定法律概念的間接授權也是一種授權的看法，那「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」這一段話，恐怕就有修正的必要，因為如果是為執行法律，且在法律不確定概念之間接授權範圍內，即使對人民產生較大影響，也應被評價為合法。

##### 五、小結—體系重塑之嘗試

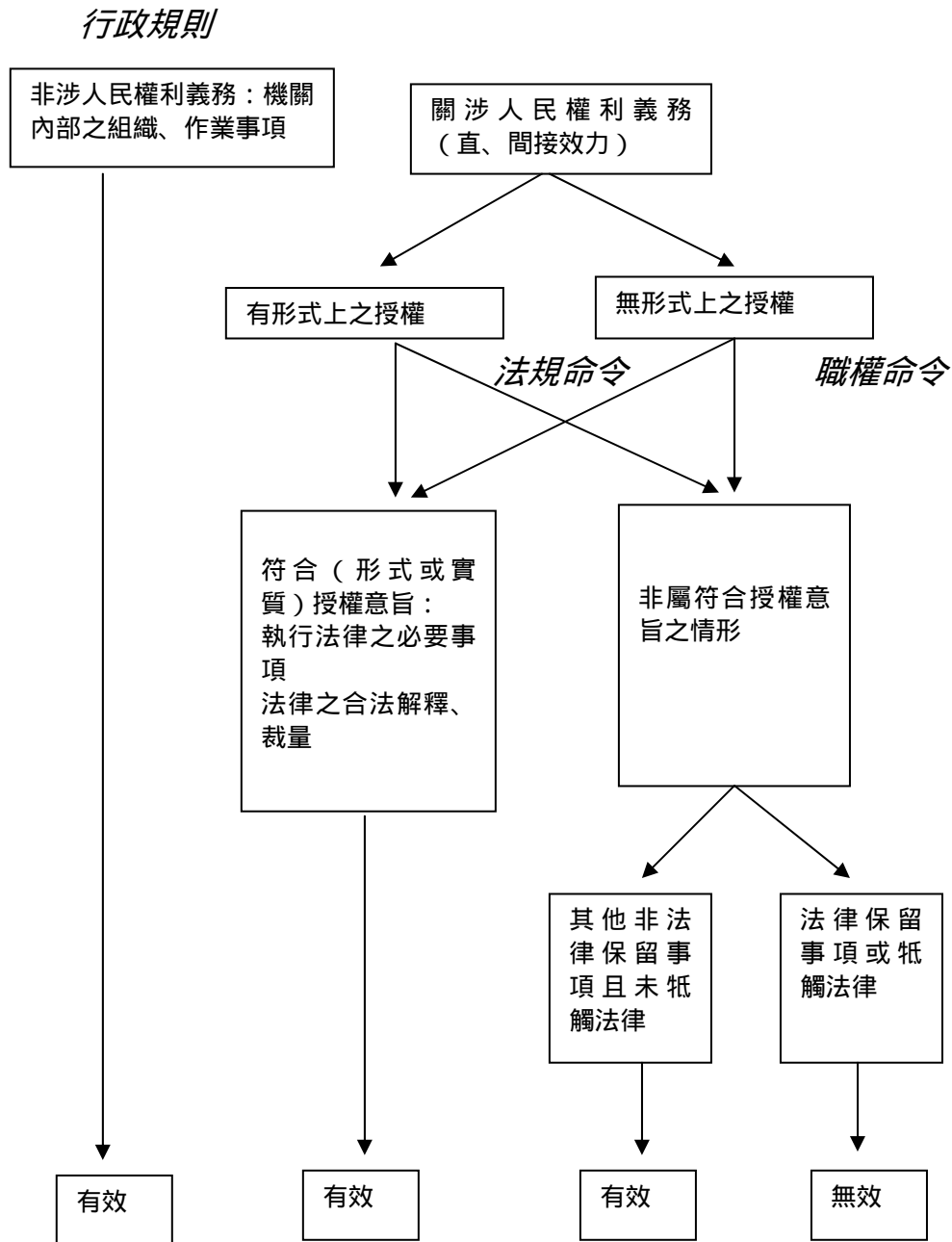
上述四個議題，看似分離，其實相互糾纏，而還可以一併觀察。總之本文核心的想法，在希望以較為功能性的思考替代形式化的操作。

首先，原本內、外效力之界限應重新檢討，間接對外效力的行政命令應被納入外部效力的部分，只要關涉人民的權利義務事項，所受法律保留的約制應該沒有什麼

不同，而且除了不因直、間接效力而有異外，也不因有無法律形式上授權而有別，也就是說，對於法律保留事項，需要法律的授權才能訂定行政命令，但不論是法律明白規定的形式授權，或透過不確定法律概念或裁量的實質授權，都應該視其規範是否在法律之意旨範圍內，其實並無差異。其結果，行政機關為適用法律之必要所為各種對法律的解釋與裁量，就執行而言係不可避免，就授權概念而言也符合實質之授權，自應肯定其存在空間，故從職權命令容許性的討論，與從授權概念擴大之探討，可謂殊途同歸，最終均在以較為功能性之理解，獲致相同之結論—行政機關可能在無形式授權的情況下，訂定符合法律保留原則之涉及人民權利義務的行政命令。

不過職權命令路徑和授權概念檢討路徑有些不同的是，前者是從法律保留的推論而來，若以此為依據則對於非法律保留事項這個部分，即令不存在法律任何授權，行政機關仍可依職權訂定之，相對地這種情況如果從授權概念檢討路徑，由於不存在法律規範，就算認為間接授權也是授權，也派不上用場，故就此而言，承認職權命令還是有它獨特的意義。但另一方面，即使以職權命令路徑作為基礎，也仍有參酌授權概念檢討路徑之處，也就是在已存在法律規範的情形，為執行法律所為的解釋與裁量而在法律不確定概念的間接授權範圍內，應認為是合法的職權命令，就此大法官解釋對職權命令所形成之標準有檢討的餘地。

總結在理論層面的反思，本文嘗試重新架構行政命令之體系如下：



## 肆、對於此一重塑趨勢的價值檢視

### 一、概說

本文「參」的部分對行政命令的一些界

定與問題做了重新思考，不過，單純的概念操作固然可以提供我們一些遵循的路徑，但說服力其實是仍嫌不足的，畢竟概念架構不是有必然樣貌的，是可以被改變的，重要的是，是否促進、符合背後的價值，因此本文認為，還應該再從更深層的

價值判斷予以檢視，尤其必須回應的問題在於：此一體系重塑的趨向—主要是對職權命令的承認以及對授權概念的擴大，可被觀察為是行政權力的擴張，就權力分立的角度而言，是否造成權力的傾斜？另一方面就人權保障的角度而言，是否過度地造成侵害的危險？

## 二、權力分立角度的分析

### 1. 概說

由於涉及的是行政與立法兩權間，規範制定權限分配的問題，如果沒有從權利分立的理論出發，恐怕不能尋得作為判斷的標準與價值。

關於權利分立的內涵，本文認為係平衡（balance）與活力（energy）的追求，由於權利分立理論並非本文的重點，在此不擬贅述，僅在此一分析架構下略作說明。同時在討論中，亦將納入時代趨勢、政治環境與憲法體制等元素，畢竟現實的時空環境是法制的基礎，脫離實際的討論將是建立在沙地上。

### 2. 平衡層面的觀察

權力分立的目的，首先即在區分權力以防免專制，但除了區分權力之外，還應強調權力彼此之間的制衡（checks and balances），因為「防止權力逐漸地集中在同一部門的最好方法，就是給予主管不同權力部門者必要的憲法手段和個人動機，去抵抗其他權力部門的侵犯。就像其他類似的情形一樣，我們所提供的防禦，必須足以與攻擊的危險相抗衡。」<sup>34</sup>由此觀之，平衡乃是我們追求的價值，我們可以容許權力間的混合，可以產生種種不同的制度設計，但必須維持權力之間大致的平衡，以免一權凌駕於另一權，而導致權力偏斜甚至集中的現象。故而，在憲法的

解釋上，如果發現某一權取得較優勢的地位，則應反向地對此有所回應。

在職權命令容許性的問題上，可能有這樣的看法，認為承認職權命令也就是將一部份立法權力移轉到行政部門手上，而違反憲法對權力分配的原型，這恐怕也是美國所謂「形式論」者，<sup>35</sup>堅持「禁止授權原則」，連國會授權行政部門立法之情形亦加以反對的原因。但如前所述，權力分立的目的係在追求平衡，抽象規範的制定權是否應全然歸屬國會，並沒有必然的答案，真正的重點是切出一部份領域交給行政部門，是否將導致失衡的現象；而此一問題並不容易回答，需求從憲法靜態的規定與動態的運作整體性的觀察中，尋求一些些判斷的土壤。

首先，我國的中央政府體制十分特殊，在1997年修憲時，曾因可能造成總統不易制衡而引發激烈批評，但到了2000年修憲時，不知不覺中情勢逆轉，至今日立法院聲勢高漲，相信是當時各界均始料未及的。原本係為將國代虛級化而為的修憲措施，因為理所當然地把權限移轉到立法院手中，產生一些微妙的變化。立法院新增的權力包括領土變更提案權、聽取總統國情報告之權、對行政院長不信任投票之權、對司法院院長、副院長、大法官、考試院院長、副院長、考試委員、監察院院長、副院長、監察委員等人事任命之同意權，以及對總統、副總統罷免之提案權；<sup>36</sup>其中，最重要者當屬對總統、副總統之罷免提案權，我國罷免總統之設計及其存在必要性遭受批評，<sup>37</sup>本文姑且不論，僅就其效應而言，係立法院制衡總統一項極為有力的武器，應不能否認，尤其總統選舉採相對多數，罷免則僅二分之一投票二分



之一同意即為通過的制度性原因，對少數總統所發揮的威脅性，在核四爭議事件時明顯可見；而一般而言內閣制國家有倒閣權，總統制國家有彈劾權，雙首長制兩者兼具，而我國還加上一個罷免制度，立法院可選擇的武器相當多樣，害怕被解散就不使用倒閣權（因總統無主動解散權），如果覺得彈劾成立的機會不大也放一邊，還可以選擇罷免權，尤其在2000年修憲時將發動彈劾的「犯內亂或外患罪」要件取消，彈劾和罷免均無法定事由，不僅增加使用的機會，也使兩者在性質上變得沒有差別，所異者，僅在成立的程序和條件，立法院可視當時情勢，選擇容易成立者行之。就此而言，總統並沒有相應的、對稱的制衡武器。同時，與總統制國家相較，我國總統無否決權，與雙首長制的法國相較，欠缺主動解散權，故而相對部分其他國家而言，我國行政部門似較弱勢。

除此之外，大法官在釋字第五二〇號解釋中對行政、立法間制衡所投下的變數，也值得關注。對於核四此一爭議事件，大法官不敢說完全是行政院的權限，也不敢說是立法院的權限，結果創造一個新的遊戲規則，一種中間型態，認為行政院決定之前，要經過立法院的參與—報告並備詢。這或許有其積極意義，即強調不同權力間的對話、辯論，並在這過程中達到「選民傾聽」的效果，但對原本的權限分配狀態，恐怕有所影響。蓋法律、預算的執行本屬於行政權的範疇，拿本案核能電廠的興建來說，立法者就一般性、抽象性為規範（即原子能法等相關法規），而個案決定的權限則交由行政機關，行政機關有權審查各項條件，符合一定程序後決定是否發給建廠執照，建造完成後，還有審

查決定是否發給使用執照這一關，審查的事項可能包括安全設施、財務保證措施、緊急應變計畫、後端營運尤其是核廢料處理等等，決策並須踐行一定的程序公開和參與要求，預算的通過只是表示錢這方面比較沒問題罷了，行政機關仍可能基於前述實體或程序上的理由不發給執照，發給之後也可能因為之前的決定違法或情勢變更，撤銷或廢止之前的行政處分；也就是說，這中間要不要建，建好要不要讓它運轉，程序一系列的過程都可能中斷，這也是很正常的事，縱使預算編列了，程序一中斷就形成預算不執行，這其實是行政、立法權限分配的結果。<sup>38</sup>大法官所增加的前述要求，對此已有所變動。雖然，立法院取得的只是程序參與權，但藉由此項參與的主張，也可能產生相當大的牽制作用，蓋任何國家事務，立法院只要指為「國家重要事項」，都可以要求參與，未參與就指為有瑕疵，則行政院動輒得咎，不僅行政效能有損，立法權也無形越形擴大；其次，何謂重要事項並不清楚，大法官僅個案性地就本件核能電廠之興建作判斷，而未給予定義或範圍的界定，則遇有爭議事件，行政院是不是要一一向大法官聲請解釋，該事項到底是不是重要事項？行政權「每事問」的結果，大法官恐將疲於奔命，且被拖入政治漩渦中逐漸流失公信力；最後，大法官附帶提及「個案性法律」並非憲法所不許，未區分情形也未稍作保留就打開綠燈，恐後患無權。<sup>39</sup>上述的權力變化是否將真的把我國推向立法國，或許沒有那麼悲觀，不過在天秤上為立法院加碼的效應，應該是不易否認。

故綜上所述，對於此一行政命令體系重塑趨勢，是否將導致權力朝行政部門傾斜

的疑慮，在我國的情形應是較不值得擔憂，反而在各種憲法解釋與制度設計上，如果係給予立法部門更多權限，要比較小心謹慎。<sup>40</sup>

另一方面，在朝行政權釋放綁縛方向的同時，立法者因掌握立法權力的關係，其實仍是站在一個比較優勢的地位，首先，如果在立法中做高密度的規範，自然壓縮行政部門的自行判斷空間，極端的例子像美國1930年的Smoot-Hawley Act，國會於該法中明確顯示其不願授權總統處理國際貿易事務，而自行逐項訂定二萬多目的關稅稅率；<sup>41</sup>其次，立法部門可以透過立法上的種種設計，去對行政權力做控制或影響，例如美國法上的快速立法、<sup>42</sup>同意或不同意之決議、<sup>43</sup>夕陽立法、<sup>44</sup>立法否決、<sup>45</sup>報告及等候，<sup>46</sup>以及德國法上國會對行政命令的各種監督模式<sup>47</sup>等等。關鍵就在於，立法部門是否以一個積極的角色，善盡其憲法職責。

### 3.活力層面的觀察

除了平衡之外，活力之追求也是權利分立的價值內涵，因為我們要的，並不只是一個僵化不動的國家。權利分立，也被設想為擔保政府有足夠的能力去做它必須做的事，就像Hamilton所說的，確保我們免於獨裁確實是一有價值的事，但還有另一件事同等重要，也就是一個在我們政府組織上力量（strength）和穩定（stability），以及在其操作上活力（vigor）的原則。<sup>48</sup>

固然，在最小政府的思想底下，會認為最好的政府，就是管得最少的政府，但隨著時代的演變，最小政府越來越不能應付人們對國家的期待。西方三〇年代經濟大蕭條時期，以資本主義自由競爭的市場經

濟立基的幾個現代民主憲政國家，因為過於自由放任的市場經濟產生嚴重貧富不均的分配問題與社會危機，國家為解決這些問題改採全面介入市場機制的國家管制，而有管制國家（regulatory state）的出現；同時，社會國思想崛起並主張國家應積極提供人民基本的生活與福利保障，要求「社會立法」（social legislation）與「福利國家」（welfare state），美國羅斯福總統在三〇年代所推促的新政就是這股潮流激盪下的例證；一時之間，國家角色轉變、政府職能大幅擴張並帶動國會立法事務的暴增。<sup>49</sup>

在此之下，權力分立即不僅在強調制衡以保人權，也在擔保國家有足夠的活力去做它必須做的事，也就是說，權力分立並不是僅有消極防弊的功能，而還有積極追求活力的面向。這表現在將權力區分做不同的設計，以使其各盡所能。這麼說或許仍嫌空洞，但如以「功能最適」觀點予以填充，或可使此一理念進一步具體化。

功能最適原則，係認為權力的區分與不同功能配置不同機關，主要目的在要求國家決定能夠達到「儘可能正確」的境地，換言之，即要求國家決定應由在內部結構、組成方式、功能與決定程序等各方面均具備最佳條件的機關來擔當做成。<sup>50</sup>在此原則底下，比較行政、立法兩權組成結構與決定程序，不難得到具有基本權重要性或（與）公益重要性的事務，原則上應歸由國會以法律決定的結論；重要事項而仍保留由行政決定者，則限於需要作機動、彈性、快速反應與涉及科技專業或其他專業知識的事務。<sup>51</sup>於是，為追求儘可能正確的結果，承認行政部門在一定範圍內擁有訂定職權命令的權限，應可說是必

然的結論。或有謂，德國在法律保留雖採重要性理論，但並未容許職權命令存在，故承認行政權在部分事項擁有決定權限，仍可不予制定抽象規範的權力；然而，允許行政部門直接以各種行政行為去做，為什麼就不能訂定職權命令？這本身就存在矛盾，同時，行政權在該領域可以決策、執行，但不能訂定抽象性的規範，就給予人民預測可能性的法治國原則而言，是否反而是對人民更為不利？值得思考。

同時，時代環境的演變與國家職能的擴張，或許將使上述的界限，較以往更朝行政部門的方向移動，蓋立法部門的特性，面對社會現象與新興事務變遷之快速，相對於行政部門更顯無力。世界各行政民主國家無論採取什麼樣的政府體制，在全球化、資訊化與科技化的國際競爭體系，為了增加行政權回應環境挑戰的能力，共同的趨勢是「行政國家」的崛起，反應在權力分立的理論則是，在宏觀的層次上，賦予行政權更大的決策空間，立法權則專事監督行政的濫權，而在微觀的層次上，則藉由行政程序、行政訴訟等等手段加強對行政權的控制，這正是二十世紀行政法在各憲政民主國家蓬勃發展的結構性原因。<sup>52</sup>

以我國的情形來說，台灣百年來立法權衰弱，對行政權的所做所為幾乎沒有置喙的餘地，七〇年代以後經由立法委員的增額選舉，才使得國人透過立法院打開一小扇國民主權的喘息之窗，由立法權強力制衡行政權的成見於焉形成，這樣由歷史情境產生的感情，似乎與德國第二次大戰後，其基本法欲強化立法權的因緣有相彷彿之處。<sup>53</sup>但是，隨著國會全面改選、強人遠逝、總統直選、司法改革、法治國原則漸上軌道，乃至政黨輪替，時代環境的

氛圍已大不相同，若仍以前述思慮作為指導之價值，恐會有制度錯置的現象，尤其近來由於政府施政不符民眾期待，以及媒體對政府的求全責備，行政部門好似過街老鼠，與立法院間的氣勢高下，可謂為之逆轉。

而同時，我國亦處身於前述時代推進的巨大潮流中，新興事務的快速變化、全球化的國際競爭體系、千頭萬緒的給付任務，在在考驗國家的因應能力，而立法者因其特性，在此能予著力之處較為有限。學者早有指出，觀乎我國情形，「法規飢餓」之情形尤為嚴重，行政機關若不自行訂定命令，無法推行政務，若逕行以命令代替法律，又有違法律保留原則云云。<sup>54</sup>實則，適度允許職權命令存在，並不違反法律保留原則，相反地，當民眾一再要求政府擔當更多的責任，如果沒有給予相應的武器，恐怕注定要失望，也等於給了它行政怠惰的藉口。

#### 4.小結

權力分立的背後價值在追求平衡與活力，而這兩者也絕不是一種僵化而固定的存在，毋寧有無限的可能性，應以功能的角度去看待和回應。將上述對平衡與活力的觀察合併起來，可以概括地形成此一形象：為因應時代而需求更多的活力，更多活力的趨向則可能衝擊了原本對平衡的設計，須對平衡的狀態再予理解，甚至或許需求以新的方式再獲致平衡。

#### 三、人權保障角度的分析

首先不應忽略的是，我國實際上存在許多職權命令的現狀，故在行政程序法第一百七十四條之一原本所設定的一年期限即將屆至之前，即存在此一擔憂：若不承認職權命令，也堅持現有的授權概念，則如

果立法院不及通過相關法律的授權條款，以往氾濫的職權命令在一夕之間消失不見，恐怕會產生法秩序上不小的衝擊，相關規定的真空對人權保障將是一項負數，這樣的代價是否已經過確實的考慮？果不其然，據報導必須配合修訂的法案高達一百六十五項，由於已確定不能趕在期限前的去（90）年底完成修法程序，法務部只好提出行政程序法修正案，把原訂一年的緩衝期再延長一年，立法院也在12月28日火速通過該修正案。<sup>55</sup>

相反過來，目前一般對授權的理解以及授權明確性的要求，對於限制國家權力、保障人民權利、減低合法性判斷的不確定性等方面有其優點，也不能否認。尤其是，上述體系重塑的趨勢，可以說是行政部門權力的擴張，隨之而來的也就是對人權保障將有嚴重不利的直覺式推論，此一問題需要進一步解析。

其實，靠著功能最適原則的說明，就可以將這樣的疑慮化解大半。因為，既然行政部門有其特殊的組織、程序結構與功能，在某些事務將可較立法部門更適於作決定，而一個「儘可能正確」目標的追求，也正是為維護人民權益而來，故從功能最適原則導引出行政權應有一部份自主的規範制定權限，與人權保障絕非衝突的概念。<sup>56</sup>

不過，本文也認為，國家職能的擴張，對人權保障必然造成衝擊，要求國家更積極地增進人民的福利，其實也等於是在要求國家更深入地介入人民的生活，賦予行政部門更多的武器去追求民眾所期待的許多目標，也同時創造出對人民權益侵害的風險。但問題是，如授權明確性這樣的實質限制方式，又有種種困難，一方面在國

家責任轉變的情況下，要再走回頭路由立法權去扮演強力介入的角色，勢必不能符合人們的需求；二方面在面對複雜、艱困世界的情況下，立法者除了以更多不確定法律概念去堆砌外，實在也無法做更多、更具體的指示了。因此，從「實質」走向「程序」，或許是一條較可行的路，也就是在承認行政權有透過行政命令訂定擁有相當決策與判斷之空間的同時，對訂定行政命令的「程序」有所規範，有所限制，行政程序法關於行政命令的部分，應也是反應這樣的思潮，因此，在容許職權命令或擴大授權概念的同時，如何再對行政命令訂定程序做檢視，設計更妥切、更細緻化的程序模型，是我們可以思考的方向。<sup>57</sup>

#### 四、小結

經過背後價值的檢討，本文行政命令體系的重塑趨向，似乎是可以被支持的。就權力分立的角度言，行政與立法的平衡問題似乎比較不須擔憂，而另一方面此一趨向對於國家活力的追求有所助益甚且必要，使其具備堅強的支持理由；不過在人權保障上仍有值得擔心之處，考量需求性及改善的途徑，在行政命令程序的設計上再往前進，應是值得採行的路。

#### 伍、結語

本文從一些概念上的懷疑出發，認為目前內、外效力的界線值得商榷、職權命令應予容許、授權概念有挑戰餘地，嘗試呈現行政命令體系另一個可能的面貌。並且也認知到，應試著從更深層的背後價值去思考，才能尋求更有力的理論說服。只是，概念的討論已經可以存在許多爭議，價值的探索與觀察，就更令人惶恐了。我

相信本文所嘗試的體系重建將有許多人不同意，甚至我自己也是十分心虛地完成這篇文章，但我也相信，對一些已被當作理所當然的觀念再去挑戰，以及不滿足於法概念的操作而企求更深刻的價值思索，這樣的過程應該比結論更重要吧。希望這些粗糙的、初步的討論，能產生更多的火花。

(本文的前一版本，曾於2001/12/21以數位形式發表於「益思科技法律事務所」網站—<http://www.is-law.com>)

【註釋】

- 1.參照吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁43（1999/6增訂五版）。
- 2.參照葉俊榮，行政命令，收錄於翁岳生編，《行政法》2000(上)，台北，翰蘆，頁461（2000/3）；類似見解參照許宗力，職權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁342-343（2000/12）。
- 3.「國會保留」，意指立法者就特定範圍內的事務，無論如何必須親自以法律規定，不得委由行政機關決定。關於國會保留，參照許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁195以下（1995/10二版二刷）（不過該文認為該條的「應以法律定之」一詞，包含法律保留和國會保留二者，附帶提及。）
- 4.另參照中央法規標準法第六條：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」
- 5.粗體為本文所加。
- 6.關於法律保留的相關理論，參照許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁147以下（1995/10二版二刷）；陳清秀，依法行政與法律的適用，收錄於翁岳生編，《行政法》2000(上)，台北，翰蘆，頁153-156（2000/3）；吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁82以下（1999/6增訂五版）。
- 7.參照葉俊榮，行政命令，收錄於翁岳生編，《行政法》2000(上)，台北，翰蘆，頁371（2000/3）；許宗力，職權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁343-347（2000/12）。
- 8.但是，所謂的內部效力，可能有間接的對外效力，也就是說，雖然被規範對象是下級機關或屬官，但仍可能影響對外的行為，而關涉人民的自由權利，本文在「參、一」將會有較詳細的說明。
- 9.參照許宗力，職權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁343-347（2000/12）；其他支持職權命令之類似見解，可參照葉俊榮，行政命令，收錄於翁岳生編，《行政法》2000(上)，台北，翰蘆，頁474（2000/3）；董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學，第十一期，頁95-96（2000/6）；劉定基，行政程序法制定通過對「職權命令」的衝擊—職權命令的存廢與規範，法令月刊，第五十一卷七期，頁36-38（2000/7）；李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討—行政院八十八年度判字第四二九二號判決評釋，台灣本土法學，第十七期，頁70-71（2000/12）；陳敏，《行政法

- 總論》，台北，三民，頁64,503（1999/12二版）。
10. 該次增訂本有第二項：「前項期間屆滿前一個月，行政院認有必要，經立法院同意後，得以命令延長之。」但在90年6月5日上午又遭立法院刪除，理由略以：「鑑於民國88年2月3日立法院通過『行政程序法』時，業已給予行政院二年時間，以作為相關法制調整適應之緩衝期。第一百七十四條之一第二項之規定，咸認已嚴重違反行政程序法之立法精神及背離人民對該法之信賴，故應予刪除。」而原本第一項規定的「應於本法施行後一年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定」，則在90年12月28日的修正中延長為「二年」。
  11. 最高行政法院已有判決表示，「雖行政程序法於89年12月27日公布第一百七十四條之一第一項規定……惟不得據之謂與憲法保障人民權利之意旨不符之行為時環境保護專責單位或人員設置辦法……之規定部分，於本件仍應予適用。」與本文同樣採取否定立場，參照90判字第383號判決（2001/3/15）、90判字第1267號判決（2001/7/20）。
  12. 參照吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁275（1999/6增訂五版）；另參照蔡茂寅，法規命令及行政規則，收錄於蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏著，《行政程序法實用》，台北，學林，頁344（2001/1）；陳春生，行政規則外部效力問題，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁366以下（2000/12）。
  13. 參照蘇詔勤，我國憲政體制下的法律保留原則之研究—兼論行政機關有無固有的法規命令訂定權之問題，台大三研所碩士論文，頁202（1997/6）；不過可惜的是，其論文中似乎並未因此對行政規則與法規命令的內、外界限作重新界定。
  14. 從名稱、規範形式、第一條稱「經濟部（以下簡稱本部）辦理有關經濟事務財團法人（以下簡稱財團法人）設立許可及監督，除法令另有規定外，悉依本要點辦理」等觀之，似乎應該是僅有內部效力的行政規則，但如果以個別條文來看，有的確實是以經濟部本身為規範對象，但也有的規定明明是以人民為規制對象，例如第九點謂：「創立基金政府捐助比例在百分之三十五以上，或接受政府委辦或補助經費在五百萬以上或占該法人年度經費百分之三十五以上財團法人，均應訂定組織章程，並報本部備查；修正時亦同。」第二十二點謂：「財團法人之創立基金應於金融機構設立專戶存管，並得應業務或財務需要，經董事會決議通過後，依下列事項運用之：……。」這些規定並不是在告訴公務員或下級機關應如何如何，而根本就是以財團法人為直接規制的對象。本文認為，這種規定不管它形式如何，不能掩蓋它實質上是直接對外發生效力的事實，即使夾雜在許多只有內部效力的規範中也是一樣，也就是說，應以個別條文分別判斷。
  15. 參照吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁262（1999/6增

- 訂五版)；湯德宗，論行政立法之監督—法規命令及行政規則訂定程序起草構想，收錄於氏著，《行政程序法論》，台北，元照，頁208(2000/10)。
16. 許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁216(1995/10二版二刷)。
  17. 許宗力，權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁355(2000/12)。
  18. 參照吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁83(1999/6增訂五版)。
  19. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives.
  20. 關於禁止授權原則，可參照 Gray Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. (1994), 轉引自 JOHN H. GARVEY & T. ALEXANDER ALEINIKOFF EDS., *MODERN CONSTITUTIONAL THEORY*, 339-341(4<sup>th</sup> ed., 1999).
  21. 參照湯德宗，論行政立法之監督—法規命令及行政規則訂定程序起草構想，收錄於氏著，《行政程序法論》，台北，元照，頁213(2000/10)；湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權—美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋，美國研究，第十六卷第二期，頁40-43(1986/6)。
  22. LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT*, University Press of Kansas 110(4<sup>th</sup> ed., 1997).
  23. 參照 LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT*, University Press of Kansas 113-114(4<sup>th</sup> ed., 1997).
  24. 關於美國的總統命令，參照 LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT*, University Press of Kansas 110-114(4<sup>th</sup> ed., 1997).
  25. 參照湯德宗，論行政立法之監督—法規命令及行政規則訂定程序起草構想，收錄於氏著，《行政程序法論》，台北，元照，頁204-205(2000/10)；吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁44(1999/6增訂五版)；另參照蘇詔勤，我國憲政體制下的法律保留原則之研究—兼論行政機關有無固有的法規命令訂定權之問題，台大三研所碩士論文，頁177,180-181(1997/6)。
  26. 陳英鈐，從行政國家到立法國家？—釋字五百二十號之評釋，台灣本土法學，第二十二期，頁34(2001/5)。
  27. 參照蘇詔勤，我國憲政體制下的法律保留原則之研究—兼論行政機關有無固有的法規命令訂定權之問題，台大三研所碩士論文，頁176-177(1997/6)；許宗力，權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁343-344(2000/12)。
  28. 吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁262(1999/6增訂五版)。

29. 參照許宗力，權命令是否還有明天？，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究(上)》，台北，五南，頁347-348（2000/12）；許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁179-195（1995/10二版二刷）。
30. 蘇永欽教授甚至認為，大法官的解釋已使其內容的形成空間限縮到可有可無的程度，因此認為行政程序法採取二分說（只承認法規命令及行政規則）有其妥當性，參照蘇永欽，職權命令的合憲性問題—地方制度法是否創造了特別的合憲存在基礎，台灣本土法學，第十一期，頁113（2000/6）。
31. 葉俊榮，行政命令，收錄於翁岳生編，《行政法》2000(上)，台北，翰蘆，頁488（2000/3）；此外，吳庚教授在裁量與不確定法律概念之區別上，採取的量的區別說，也在呈現裁量與不確定法律概念，均屬立法者欲授權行政機關於適用法律時，有自行判斷之餘地，參照吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁122（1999/6增訂五版）；類似地，指出「在不確定法律概念的模糊地帶，法律的意義已無法透過社群既有的語言使用規則加以明白地確定……在這個有疑問的區間，法律適用三段論法中可供涵攝的大前提—規範性的命題，並不是由法律終局地加以確定的，而是由法的適用者，在目的的導引下進行意義的設定，也就是在法律構成要件上進行補充而完成的，這與真正的重心也是在構成要件補充的行政裁量並無本質上的區別。」參照盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度，台大法研所博士論文，頁233（1998/6）。
32. 關於準則第三款「捐助財產不足以達成創設目的者」，本文認為符合法律意旨，但在作業要點第四點進一步將足不足的標準逕行設定為三千萬元，是否有判斷怠惰或濫用的問題，就很值得懷疑。
33. 關於法律明確性原則的標準，大法官曾於釋字第四三二號解釋提出：「苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違……」，並於該案中認為會計師法第十七條「會計師不得對於指定或委託事件，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務」的規定並不違憲。
34. THE FEDERALIST NO.51, 321-22 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961) 轉引自林子儀，憲政體制問題釋憲方法之應用—美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法（初稿），司法院大法官九十年度學術研討會，頁5（2001/10/13）。
35. 關於形式論（formalism）與功能論（functionalism）參照林子儀，憲政體制問題釋憲方法之應用—美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法（初稿），司法院大法官九十年度學術研討會，頁27-28（2001/10/13）；林子儀，美國總統的行政首長權與獨立管制委員會，收錄於氏著，《權力分立與憲政發展》，頁137（1993/10）；H. Jefferson Powell and Jed Rubenfeld,



- Laying It on the Line: A Dialogue on Line Item Vetoes and Separation of Powers*, 47 DUKE L.J. (1998), 轉引自 JOHN H. GARVEY & T. ALEINIKOFF EDS, MODERN CONSTITUTIONAL THEORY, 360 (4<sup>th</sup> ed., 1999).
36. 另外，憲法修正案之提案權雖非新增，但變為專屬立法院行使之權力，國民大會不再有此提案權。對總統、副總統彈劾案提案權亦非新增，但取消原來「犯內亂或外患罪」之要件，無疑亦有所影響。
37. 相關討論參照洪貴參、許志雄、李建良、張政雄等，總統罷免案法律問題座談會，月旦法學，第六十八期，頁99以下（2001/1）；黃昭元，罷免總統立法院陷入「私刑化」狂熱？，中國時報時論廣場（2000/11/8）。
38. 此處權限配置相關見解可參照葉俊榮，論核四所引發的憲法爭議，月旦法學，第六十七期，頁51-54（2000/12）；類似見解以功能最適的機關結構理論說明者，參照許宗力，迎接立法國的到來？！—評釋字第五二〇號解釋，台灣本土法學，第二十期，頁62（2001/3）。
39. 參照許宗力，迎接立法國的到來？！—評釋字第五二〇號解釋，台灣本土法學，第二十期，頁62（2001/3）；相關見解另參照黃昭元，走鋼索的大法官—解讀釋字第五二〇號解釋，台灣本土法學，第二十期，頁74,77（2001/3）；湯德宗、葉俊榮、李建良等，釋字第五二〇號解釋座談會，葉俊榮教授、李建良副研究員之發言，月旦法學，第七十期，頁86,89-90（2001/3）。
40. 在職權命令容許性的問題上，否定職權命令是否真的是立法者的意思，並不是很清楚，而假如是的話，從權力分立的角度來看，會不會正是立法向行政的一項「奪權」戰略？
41. 但也由於嚴格規定貿易事項的處理細節，使行政部門毫無裁量之餘地，對貿易關係而言無法產生互動之效果，故該法並未對美國的經濟及貿易帶來正面的影響。參照羅昌發，美國國會對外貿易事務之憲法及法律上控制權限，收錄於《美國國會之制度與運作》，頁381-382，台北，中央研究院歐美研究所（1992）。
42. 可參照羅昌發，美國國會對外貿易事務之憲法及法律上控制權限，收錄於《美國國會之制度與運作》，頁388-389，台北，中央研究院歐美研究所（1992）；LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT, University Press of Kansas 92-93(4<sup>th</sup> ed., 1997).
43. 可參照湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權—美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋，美國研究，第十六卷第二期，頁77-79（1986/6）。
44. 可參照湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權—美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋，美國研究，第十六卷第二期，頁41-43（1986/6）；湯德宗，論行政立法之監督—法規命令及行政規則訂定程序起草構想，收錄於氏著，《行政程序法論》，台北，元照，頁221（2000/10）。

45. 可參照湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權—美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋，美國研究，第十六卷第二期，頁44-48（1986/6）；LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT, University Press of Kansas 141(4<sup>th</sup> ed., 1997).
46. 可參照湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權—美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋，美國研究，第十六卷第二期，頁75-76（1986/6）。
47. 可參照許宗力，論國會對行政命令之監督，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁275以下（1995/10二版二刷）。
48. 參照 Martin S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 YALE L. J. (1996)，轉引自 JOHN H. GARVEY & T.ALEXANDER ALEINIKOFF EDS., MODERN CONSTITUTIONAL THEORY, 348(4<sup>th</sup> ed., 1999).
49. 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，台大法研所碩士論文，頁79-80（1995/6）。
50. 參照許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，《法與國家權力》，台北，月旦，頁139（1995/10二版二刷）；許宗力，權力分立與機關忠誠，司法院大法官九十年度學術研討會，頁8（2001/10/13）。
51. 許宗力，權力分立與機關忠誠，司法院大法官九十年度學術研討會，頁15（2001/10/13）。
52. 陳英鈞，從行政國家到立法國家？—釋字五百二十號之評釋，台灣本土法學，第二十二期，頁34（2001/5）。
53. 蘇詔勤，我國憲政體制下的法律保留原則之研究—兼論行政機關有無固有的法規命令訂定權之問題，台大三研所碩士論文，頁250（1997/6）。
54. 吳庚，《行政法之理論與實務》，台北，三民，頁138（1999/6增訂五版）。
55. 中國時報，行政程序法緩衝期 延長一年，2001/12/29，政治新聞。
56. 關於人權保障與正確性擔保功能的並行不悖，參照許宗力，權力分立與機關忠誠，司法院大法官九十年度學術研討會，頁14（2001/10/13）。
57. 關於行政命令訂定程序的改革，可參照張文貞，行政命令訂定程序的改革—多元最適程序原則的提出，台大法研所碩士論文，頁201-207（1995/6）。雖然是行政程序法制定之前的論著，但許多觀點依然非常有價值，本文自忖難以超越，進行相關論述亦不是這篇文章所能承載，因此僅能期待來者了。