



第二章



行政法法源

一、行政法法源的意義

二、成文法源

- (一) 憲法
- (二) 法律
- (三) 命令
- (四) 自治規範

三、不成文法源

- (一) 習慣法
- (二) 法官法
- (三) 行政先例

四、行政法之一般原則

- (一) 行政法之一般原則的依據
- (二) 基本權拘束
- (三) 人性尊嚴
- (四) 比例原則
- (五) 期待可能性
- (六) 平等原則
- (七) 明確原則
- (八) 信賴保護原則

(九) 公益原則

(十) 誠實信用原則

五、法秩序的位階結構與適用順序

(一) 法規範的金字塔層級結構

(二) 同位階規範衝突

六、國際條約的效力

(一) 國際法與國內法關係

(二) 釋字第 329 號

(三) 六大國際公約的效力

七、行政法的解釋與適用

(一) 行政法適用三段論

(二) 行政法的解釋

一、行政法法源的意義

所有的法都是法官在個案具體化的案例法。法官必須依法審判，法院判決所依據的規範即行政法法源。然而法官判決之前，當事人、行政機關以及法院如何確認有爭議的規範（例如行政規則）為法源？「要決定什麼是法源，我們必須預設對法源的認識，這是一個惡性循環。」¹法律既是藝術也是科學²。若將法源（Rechtsquellen）定義為為人確信的法來源，與法官確信的法來源相當程度重疊，但某些個案亦存在緊張關係。一般認為法源由成文法、不成文法、以及行政法一般原則所構成，與本國法秩序的形成與演變息息相關³。

行政法定義之法源論主要以法院判決為中心，然行政法主要以行政機關第一次適用法律為始點，由法院第二次適用法律、進行爭議判決則為少數，法源論只捕捉了少數行政法案件，未見行政法全貌⁴。傳統德國行政法的法源論很少討論不具法拘束力的政府建議、政策聲明等等所謂軟法（soft law），在德國行政法歐盟化的趨勢下，軟法從歐盟法進入德國行政法、方興未艾⁵。我國自 2001 年開始施行行政程序法（下稱行程法），行政機關仍然不斷以軟法作為行政工具，職權命令雖

¹ Alf Ross, On Law and Justice 123 (2004). 法學概念的詮釋無可避免涉及解釋者的前理解，不只是涵攝而已，因此有詮釋學的詮釋循環問題，Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl., Tübingen 1990, S. 270 ff.

² Hans Kelsen, Allgemeiner Theorie der Normen, Wien 1979, S. 196.

³ Fritz Ossenbühl, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 100 Rn.1-3.

⁴ 行政法既是行政履行行政任務之法，亦為法院控制行政行為的審查標準之法，兩者不可偏廢。Hoffmann-Riem, Reform des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Verwaltungsrechts-Grundlagen, Baden-Baden 1993, S. 407-409.

⁵ Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 168-169. Miriam Hartlapp, Andreas Hofmann & Matthias Knauff, Soft Law in Germany: Still Opposing Dynamics in Status and Effect, in EU SOFT LAW IN THE MEMBER STATES: THEORETICAL FINDINGS AND EMPIRICAL EVIDENCE 151, 151-65. (Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho & Oana Stefan eds., 2021).

受法律保留限制，但行政機關未曾完全捨棄，而行政指引是否具有法拘束力與指引內容和定義有關，區別不易。

二、成文法源

（一）憲法

透過制憲與修憲程序產生之規範文本，包括憲法本文與增修條文。

（二）法律

憲法第 170 條所稱之法律是指經立法院通過，總統公布之法律。總統公布法律，須經行政院院長之副署，或行政院院長及有關部會首長之副署（憲法第 37 條）。因此形式意義的法律至少必須經過立法院決議法律案，行政院院長及有關部會首長具備副署和總統公布三個一般性生效要件以及其他特別生效要件⁶，一般與特別生效要件缺一不可。若形式上具備生效要件，不管其規定內容，即為形式意義的法律，除非具有重大而明顯的瑕疵、不生效力⁷。中央法規標準法第 2 條規定，法律得定名為法、律、條例或通則。例如行程法、道路交通管理處罰條例、地方稅法通則等等都是憲法第 170 條所稱的法律。

實質意義的法律是指凡設定、變更或廢除人民權利或義務之一般抽象規範，亦即具有一般規範效力的規範，包括憲法、實質意義的法律、緊急命令、法規命令、地方自治規範、自治規範等。

⁶ 總統和行政院長對於違憲的法律案，例如違反憲法第 70 條的法律案，具有違憲審查權限，請見陳英鈐，國會監督法與政治，台北 2025，頁 89-92。

⁷ 釋字 499，邊碼 1。

（三）命令

命令是指行政機關所發布具有抽象性及一般性拘束力之規範，憲法用語為命令或緊急命令⁸，學術用語則稱為行政命令⁹。所謂的一般性是指法律規範無數的案件，而非針對具體個案¹⁰；所謂的抽象性係指法律規範無數的對象，而非針對個人或某一群人。符合這個定義的包括緊急命令、法規命令。職權命令、行政規則、與函釋符合命令定義，但通說認為並非法源，僅具有實質拘束力。

1、緊急命令

憲法增修條文第 2 條第 3 項規定，總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置。1999 年 9 月 21 日發生強烈地震，總統在當年 9 月 25 日依上開憲法規定發布緊急命令。緊急命令具有暫時變更或代替法律之效力（釋字 571）。

2、法規命令

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（行程法第 150 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（中標法第 3 條）。

3、行政規則

行政規則是指「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」（行程法第 159 條）。

行政規則本質上乃行政一體的產物。上級機關對下級機關，或長

⁸ 憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。

⁹ 葉俊榮，行政命令，收於：翁岳生主編，行政法（上），增訂 4 版，台北 2020，頁 504 以下。

¹⁰ 針對具體個案的所謂個別性法律，並非憲法所不許，釋字 520，邊碼 6。

官對屬官為履行行政任務，發布行政規則或個案指令，讓複雜的行政機器得以協調運作。法規命令需法律授權，行政規則乃行政機關依其權限或職權所發布，無須法律授權。行政規則僅規範機關內部，不直接對機關外部人民發生法規範效力。學說對於行政規則包含的種類以及是否為行政法法源仍有爭議¹¹。

主管機關為執行法律，得自行訂定必要之解釋性行政規則（行程法第 159 條），以為行使職權、認定事實、適用法律之準據（釋字 548）。「法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束」¹²。

4、院（解）字

院（解）字為司法行政機關釋示，「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」¹³。司法院「所為之解釋，在 18 年 2 月至 34 年 4 月間，稱為院字；在 34 年 5 月至 37 年 6 月間，稱為院解字」。司法院院（解）字解釋乃司法院依當時法令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之行政命令，與行憲後司法院大法官解釋不同，不具有拘束全國各機關及人民之效力（釋字 185）¹⁴。

5、職權命令

所謂職權命令是指行政機關在職權範圍內為執行法律，未經法律授權，而逕依職權制定頒布之命令。過去認為中央法規標準法第 7 條乃職權命令存在的依據，各機關依其法定職權訂定之命令應下達，並即送立法院。依據司法院向來解釋（釋字 443），職權命令僅能規範細

¹¹ 請見吳庚，行政法之理論與實務，增訂 12 版，台北 2012，頁 45-46，「行政規則為法源之一種，毫無疑義」；陳敏，行政法總論，10 版，台北 2019，頁 68，「行政規則亦得為外部法之補充法源」。

¹² 釋字 407、137、216。

¹³ 釋字 216。

¹⁴ 釋字 771，邊碼 18、21。

節性與技術性事項。凡涉及人民權利的限制，並不能以職權命令為基礎，否則違反法律保留。行程法第 174 條之 1 甚至明文規定，行程法施行前，行政機關依中央法規標準法第 7 條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於行程法施行後 2 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。

職權命令與行政規則由行政機關發布，皆無須法律授權。理論上，行政規則僅規範機關內部，對人民不直接發生規範效力，僅經由行政機關適用行政規則而發生間接外部效力。職權命令具對外規範人民之效力，但依據法律保留原則，無法律授權之職權命令和行政規則相同，都只能規範技術性和細節性事務（釋字 443）。

職權命令是否為行政規則的一種次類型，或者屬於一種獨立的行政規範類型，是否具有規範效力，學說上仍未有定見¹⁵。行政實務上，無法律授權，由行政機關發布的命令不在少數，至於是否涉及人民權利之限制，在有權解釋機關（法院或憲法法庭）作成判決之前，無論是行政規則或職權命令皆為有效之規範。

6、行政指引及其他軟法

法規命令與行政規則二分法不足以窮盡行政發布之規則或指引的類型¹⁶。除了職權命令，行政機關還發布各式各樣的指引。在人工智慧管制領域，除了指引之外，人工智慧基本法（下稱人基法）第 16 條還要求數位發展部發布「人工智慧風險分類框架」（下稱分類框架），各部會再依據「分類框架」訂定管理規範（人基法第 16 條第 2 項）。

管理規範為行政指導指引，「分類框架」則為行政指導指引的指導原則，具有拘束各部會的作用。兩者皆非法源，其規範方式與內容皆受到國際或外國規範、以及不具規範拘束力的決議、聲明、指引、手

¹⁵ 詳見陳英鈴，確認訴訟與行政規範審查——德國與我國制度發展的比較研究，臺大法學論叢第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1398，註 17。

¹⁶ 批評，詳見葉俊榮，行政命令，收於：翁岳生主編，行政法（上），增訂 4 版，台北 2000，頁 511-513。

冊等軟法影響。故本文姑且將兩者歸類為軟法，將在法律保留部分（第三章）進一步說明。以下先就非人工智慧管制領域的指引作說明。

行政機關發布「指引」者可歸為三類，第一類為有法律授權之法規命令。第二類行政機關傾向於將其定性為行政規則，但就其規範內容而論，則應視為職權命令；第三類則為一般學說所稱之軟法（soft law），發布機關無意使其具有法源效力。

1) 法規命令

公務員是否因戮力職務、積勞過度以致因公死亡，其間因果關係常生爭議，為降低判斷難度，法律授權銓敘部發布「指引」，其為法規命令並無爭議¹⁷。「指引」並不在中央法規標準法第 3 條規定所稱各機關發布之命令名稱當中，但仍無礙其法規命令性質。

2) 職權命令之「指引」

勞動部為執行職業安全衛生設施規則第 286 條之 3 第 2 項規定，以供雇主訂定外送作業危害防止計畫，並據以執行，特訂定「外送作業安全衛生指引」¹⁸。勞動部將以上指引定性為行政規則，但從各種角度來看，具有拘束外送平台以及運送者的效力，宜歸類為法律要求制定的職權命令。

3) 不具規範效力之「指引」

軟法為我國科技主管機關長久以來應對新興科技的管制工具。無論法律或法規命令皆無法滿足行政機關履行行政任務的需求，在不直接干預人民權利的前提下，主管機關發布不具法拘束力的行政指引，仍具有揭示行政目標、引導人民行為的作用。

¹⁷ 公務人員退休資遣撫卹法第 53 條第 5 項授權，訂定「公務人員因公猝發疾病或因戮力職務積勞過度以致死亡審查參考指引」，最高行 109 年度裁字第 150 號裁定；北高行 109 年度訴字第 250 號判決。

¹⁸ 最高行 110 年度上字第 488 號判決。

行政院衛生署「醫學倫理委員會」2002 年發布「胚胎幹細胞研究的倫理規範」(下稱倫理規範)，因醫學倫理委員會並無單獨的組織法依據、獨立的預算以及印信，不具有代表國家對外為法律效果意思表示之權限，非行政機關，因而「倫理規範」連職權命令都稱不上¹⁹。但稱為倫理規範意在引導研究社群，不要誤觸胚胎幹細胞研究禁區。

衛生署旋於 2007 年公告「人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引」(下稱政策指引)。衛生署並未以「政策指引」作為干預處分依據進行管制²⁰，而是以「政策指引」提供補助科學研究的正當性。國科會補助專題研究計畫作業要點第 10 點要求「研究計畫中涉及人體試驗、採集人體檢體、人類胚胎、人類胚胎幹細胞者，應檢附醫學倫理委員會或人體試驗委員會核准文件²¹」，呼應「政策指引」的要求，而政府補助有法定預算為依據，「政策指引」具有引導研究作用。

(四) 自治規範

公法上的自治規章是指國家層級以下的公法組織在其自治權限範圍內，為規範其自治事項所發布具有抽象性、一般性的規範。法律保留原則對自治團體仍有適用，僅於有限範圍容許自治團體以自治規範限制其構成員的權利義務，目前有權發布自治規章的公法組織包括地方自治團體、公立大專院校以及部落法人。我國採集中型違憲審查制度，法院縱使認為形式意義的法律違憲，仍不得逕行拒絕適用²²。自治規章並非法律位階法規範，法院若認為自治規章違憲，得於個案中逕行拒絕適用，不得向憲法法庭聲請法規範憲法審查²³。

19 陳英鈐，人類胚胎幹細胞研究的憲法問題，臺北大學法學論叢第 56 期，2005 年 6 月，頁 94。

20 陳英鈐，胚胎幹細胞研究管制的挑戰——如何避免黃禹錫事件在臺灣重演，臺北大學法學論叢第 67 期，2008 年 9 月，頁 208。

21 北高行 104 年度訴字第 2008 號判決；高高行 103 年度訴字第 427 號裁定。

22 釋字 371，邊碼 2。

23 憲法訴訟法第 55 條。