

第四節 行政法之法源

壹 行政法之法源概念論

法源（法律淵源）概念有其多面性，因此定義上並不明確，甚或存在著完全不同的定義。法理上通常認為法源是實定法的識別標誌。在此意義下，法源是眾多法律規範得以產生和存在的表現形式；而法律規範⁴⁷乃指法源所表達的實質內容。

筆者理解下的法源概念，是這麼思考而來的：

所謂行政法之法源，指的是：行政法的展現形式（存在淵源）。而什麼「法」構成行政「法」？或者反過來問：為何行政要有「法」的存在形式？不能只有行政就行了嗎？這個問題的回答，要藉助憲法權力分立制衡的概念。簡單地說，在民主國原則的思考下，就是要貫徹人民作主，因此行政的所有行為（作為及不作為），都必須是人民要的，而如何確保這個連結，最重要的制度設計，就是藉由人民選出的代表，來監督行政，維繫行政做的事確實是人民所要的，此即權力分立制度下，立法權制衡行政權之所由。因此，行政權是無法恣意妄為的，它的任何行為只要會影響到人民權益的，都必須是人民所欲的，而這「全面性」的人民所欲，來自於立法權的展現。雖說，行政權也可能有自身的民意基礎（總統制與雙首長制下的民選總統），但畢竟是「單面向」（只代表執政黨）的人民所欲。所以，縱使行政權引進自身民意支撐，也不因此可使行政自欲自為，但不可否認地，會使行政掙得多些自由空間。而簡單的界分思考就在於：涉及大範圍人民（多元民意）的重要性國家事務，當然要多元民意的加持。

總此以言，法源轉化在另一個層面上的意義，化約地講，就是控制行政的「法」。但什麼法可以控制行政？或許這麼問：「誰」有資格控制行政？在憲法權力分立制衡的概念下，可以輕而易舉的回答這個問題：當然是代表人民意志的立法權，還有立於置高點地位的憲法典。有了這個基本概念，誰有資格可以是控制行政之「法」（法源論），答案也就呼之欲出了：自然必須是來自於立法權之法，當然也包括立法權之源

⁴⁷ 學理上有將「法律條款」與「法律規範」區分使用，亦有將之等同使用者。而界分使用者，乃係將法律條款指為主權性的、抽象的規則，既存在於國家與人民之間，也存在於國家的內部領域。而法源與法律規範的概念則限於「外部」行政法。

泉——憲法。因此，產出於憲法或立法權者之一般性控制行政權的抽象法規範，皆足堪行政法之法源地位。

貳 行政法之法源體系⁴⁸

一、依表現形式分

法源所衍生的法規範，依其表現的形式，可分為：

(一)成文法體系

如憲法、法律、行政命令、自治法規或國際條約等，通常以法條的型態表現，因其自身直接發生法律效力，故亦稱為「直接淵源」。

(二)不成文法體系

乃指習慣法、法官法、司法院解釋及一般法律原理原則，因其通常須經國家機關的承認、闡釋與適用，始能發生規範效力，故又稱為「間接淵源」⁴⁹。

二、依制定或產出機關分

(一)國際組織制定之國際法。

(二)國家機關制定之國內法：可再進一步從「規範制定分工」的角度，循兩種脈絡為認知

1. 從「水平分權」的角度，可分為出於立法機關立法（法律、法定預算）、行政機關立法（行政命令）或司法機關立法（法官法）。
2. 從「垂直分權」的角度，可分為國家（中央）立法與自治團體立法。

參 行政法法源衍生規範之分類

依法源所衍生的法規範表現形式（上述一之分類），作為行政法法

48 主要整理自 李建良，〈行政法的法源、規範及其位階（上）〉，《月旦法學教室》第24期，2004.09.15。

49 大法官解釋雖不具法條形式，惟其自身直接發生法律上之拘束力，故與傳統「間接淵源」的意涵，有所差異，應屬例外。

源的區分方式，為行政法學所通用。本文以下即沿用此為基礎，為進一步之論述。另須先行說明所謂成文與不成文法源之區分，非指有無形諸文字，而是以成典與否作為區分標準。例如大法官解釋被歸類為不成文法源，但大法官解釋有形諸於文字，並沒有不成文，而只是未以法典的形式呈現。

一、行政法之成文法源

(一)憲法典

憲法為國家根本大法，雖非行政機關據以執行之法律條文，惟屬行政行為之基本規範，凡百庶政皆不得抵觸憲法，其中憲法第 23 條所揭示之法律保留原則，乃至其所蘊含之依法行政原則，尤為行政權所必須恪遵之一般原則。另就司法機關監督行政而言，其一方面不得違背憲法而為裁判，另一方面，在遇有法律有所缺漏時，亦得直接援引憲法予以裁判。

(二)法律

按「法律」者，一般分為「形式意義的法律」⁵⁰與「實質意義的法律」，前者係指由立法機關依法定立法程序所通過之法律；後者則指具有一般性、抽象性內涵的法規範。形式意義的法律與實質意義的法律輒有重疊的現象，例如，民法、刑法等規定，既為形式意義的法律，又為實質意義的法律。不過，形式意義法律中亦有不屬實質意義法律者，立法機關所通過的法定預算即為一例，蓋法定預算雖係由立法機關依立法程序所通過，惟其主要是以行政部門為規範對象，且就特定的事項與款項有所確定，故其雖有法律的形式，但卻非具有「一般性」、「抽象性」的規範作用，學說上稱之為「措

⁵⁰ 憲法第 170 條：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」與中央法規標準法第 2 條：「法律得定名為法、律、條例或通則。」均係著重於法律之形式意義。

施性法律」。釋字第 391 號解釋⁵¹所稱立法機關審議通過的法定預算「具有法律上之形式」，其意在此。

歸整言之，上述所謂「雙軌之法律概念」，其實並非在同一基礎要素之下所作的概念切分，而是出於不同的觀察角度：一是側重於法律的「形式」，另一則側重於法律的「內容」；而非兩相分立。此兩概念所指涉的對象應是互有重疊，從而可構成三個不同的領域：

1. **純粹實質意義之法律**：是實質意義的法律，但非形式意義的法律，例如全民健康保險施行細則。
2. **形式暨實質意義之法律**：是實質意義的法律，又是形式意義的法律，例如全民健康保險法。
3. **純粹形式意義之法律**：非實質意義的法律，但屬形式意義的法律，例如立法院通過之全民健保的法定預算。

此一區分方式，固有助於認識法律的多重樣貌，然就法源衍生之法規範體系而言，此處之「法律」仍宜排除「純粹實質意義之法律」（例如法規命令），以免混淆法規範的位階關係。

(三)國際法——條約

雖行政法為國內法的一種，但在全球化的潮流下，一國法制不再僅能是一套自我封閉的系統，而須是呈現向外開放之勢的法秩序，是以，國際法自亦有成為行政法淵源的可能。而國際法之範疇，約可概分為條約、習慣、一般法律原則、判例、權威學說、國際組織決議等。惟屬於成文法體系者，僅「條約」，其餘皆可歸入不成文法源體系。

51 釋字第 391 號解釋理由書（節錄）：「預算案亦有其特殊性而與法律案不同：法律案無論關係院或立法委員皆有提案權，預算案則祇許行政院提出，此其一；法律案之提出及審議並無時程之限制，預算案則因關係政府整體年度之收支，須在一定期間內完成立法程序，故提案及審議皆有其時限，此其二；除此之外，預算案法律案尚有一項本質上之區別，即法律係對不特定人（包括政府機關與一般人民）之權利義務關係所作之抽象規定，並可無限制的反覆產生其規範效力，預算案係以具體數字記載政府機關維持其正常運作及執行各項施政計畫所須之經費，每一年度實施一次即失其效力，兩者規定之內容、拘束之對象及持續性完全不同，故預算案實質上為行政行為之一種，但基於民主憲政之原理，預算案又必須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律（Massnahmegesetz）者，以有別於通常意義之法律。」

觀念解析



關於我國憲法上「條約」概念之意涵為何？→釋字第 329 號解釋。

關於我國憲法上「條約」概念的意涵為何？大法官於釋字第 329 號解釋有所闡釋：

釋字第 329 號解釋理由書（節錄）：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。故憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱爲條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理。外交部所訂之『條約及協定處理準則』，應依本解釋意旨修正之，乃屬當然。」

按釋字第 329 號解釋之見解，憲法上條約之意義爲：指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定；而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者。也因其內容涉及國家重要事項或人民之權利義務，故當然須得到代表人民之立法權同意，故條約案原則上都必須送到立法院審議，例外才無須送審議：

- 原則：應送立法院審議
- 例外：無須送立法院審議
 - 法律已授權或事先經立法院同意簽訂
 - 條約內容與國內法律相同

條約（國際法）於一國的領域內，並不具有「直接」的效力，而須經過「內國法化」（立法院審議）的程序，始足以在一國之內發生規範作用。而內國法化的方式主要有二：

(一)傳統的「轉換理論」

須將國際法轉換成國內的法律條文，始足當之。

(二)晚近的「執行理論」

只須透過國會一定的批准程序即可適用於內國，至於其國際法的性質，則未改變。釋字第 329 號解釋似採此說。

此外，當條約跟國內法律產生衝突時，何者效力優先？大法官於釋字第 329 號解釋認為，條約之位階等同於法律。而目前裁判實務上則傾向條約優先。至於若是行政協定（非條約），倘未經立法程序，位階應遜於法律。

(四)命令

乃指由行政機關所為之一般性、抽象性規定。而依法定依據或效力之不同，可進一步概分為：

1. **緊急命令**：緊急命令制度存在的意義，乃係為應付國家發生緊急事故，既有法律不足以因應，期待立法者立新法，客觀上又緩不濟急，不得已乃授權行政部門暫代立法者地位，採取非常的急速措施以為因應。而正因緊急命令由行政權發布，且可暫時凌駕既有的法律體系，因此緊急命令的發布，須審慎為之，以免影響憲政秩序，脫離法治國家的常軌⁵²。
2. **法規命令**⁵³：法規命令的訂定，源自國會將立法權限交由行政部

52 釋字第 543 號解釋理由書（節錄）：「憲法上緊急命令之發布，係國家處於緊急狀態，依現有法制不足以排除危難或應付重大變故之際，為維護國家存立，儘速恢復憲政秩序之目的，循合憲程序所採取之必要性措施。故憲法就發布緊急命令之要件、程序及監督機制定有明確規範，以避免國家機關濫用權力，期以保障人民權益，並維護自由民主基本秩序。」

53 行政程序法第 150 條：「I 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。II 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。」

門行使，乃立法權「垂直分工」的表徵⁵⁴，其主要功能在於免去國會規範技術性、細節性事項的負擔。而法規命令的另一作用，在於補充法律規定的不足，蓋法律制定及修正的程序繁瑣而費時，往往無法適應多變的社會現象，故有必要委由行政機關以命令補充或修改之，俾能隨時滿足時代的需要。惟究於何範圍內，立法者可將規範權交給行政機關以法規命令定之？則應取決於法治國原則之要求。

3. 行政規則⁵⁵？行政規則旨在規範行政機關的組織架構及任務分配，並導引行政活動的運作。大體可分為：
- (1) 組織性規則：規範行政機關的組織構造、事務分配、業務處理方式及流程、人事管理等規定。
 - (2) 行為導引規則：又可進一步分為：①解釋性規則：其功能在於闡明法規中的疑義，特別是揭示不確定法律概念的意涵，俾使行政人員適用法律有所因循，以增進行政的合理性，並避免執法的歧異性；②裁量基準：功能在提供行政人員作成裁量決定時可資依憑的準據，此對執法的一致性，尤有助益。

觀念解析



行政規則的法源地位。

(一)從行政機關的角度言之

由形式上觀之，行政規則僅具有內部規範之效力，故有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力。在此意義

54 根據分權原則，立法權屬於議會，但是，行政機關訂定法規命令並沒有因此破壞分權原則，因為行政機關訂定法規命令不是根據自己的權力，而是根據正式法律的授權，並且以立法的方式進行。參閱 Hartmut Maurer (高家偉譯)，《行政法學總論》，元照，2002.09，58 頁。

55 行政程序法第 159 條：「I 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。II 行政規則包括下列各款之規定：一 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。二 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及裁量基準。」

上，行政規則固得作為行政機關之行爲規範，但因其內部規範性質所限，故對外不生拘束人民權利之效果，而不具外部效力。行政規則對人民而言，雖可具有事實上之拘束力，但既不對外生效，無法拘束行政法律關係之雙方當事人，亦無從引為審查行政行爲合法性之裁判規範，從而難以承認其法源性。

惟自理論上言之，行政規則既足為行政機關之行爲規範，則行之既久之後，亦可能產生習慣法的效力，內部行爲外部化的現象若日益彰顯，終將致使其具備判斷行政行爲違法性基準之裁判規範的效力。況且行政機關違反行政規則之行爲，亦可能牴觸平等原則或誠信原則，其結果殆將增益行政規則之法源性⁵⁶。易言之，行政機關若依循行政規則執行法律，並因此而形成一種行政慣例，基於平等原則及信賴保護原則的旨趣，行政機關不得任意偏離之，進而構成「行政自我拘束」。由是，行政規則乃「間接」衍生出外部效力。惟筆者以為，不可不辨的是：此時產生之法源效力，乃來自「平等原則」與「信賴保護原則」，而非行政規則本身。

(二)從司法機關的角度言之

按釋字第38號解釋⁵⁷、釋字第137號解釋⁵⁸之見解，法院原則上不受行政規則的拘束（非裁判規範）。然則，行政機關對於不確定法律概念的解釋及適用，若享有一定的「判斷餘地」，而為行政法院所應尊重者，則行政機關透過行政規則將該等法律概念予以具體化，並據之而為決定或處置，法院亦應予尊重，從而僅能為有限度審查。

(三)小結

學者吳庚於其大作中論述：行政規則在傳統行政法理論中，被視為內部規範，對外既不生效力，故不具法源之性質。惟現時多數學者

56 參閱 蔡茂寅，〈行政法法源之意義與機能〉，《月旦法學教室(3)公法學篇》，元照，2002.10，111頁。

57 釋字第38號解釋文：「憲法第八十條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章均行排斥而不用。至縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」

58 釋字第137號解釋文：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」

已不採此種主張，而認為行政規則亦得作為行政法之法源。以我國而言，行政規則為法源之一種，尤無疑義，蓋現行法對授權發布之命令，與依職權發布之命令，無論名稱及是否送立法院查照等手續，並未加以區別；行政機關之行政規則經常涉及人民之權利義務關係，與法規命令實質上亦難以分辨，除顯然違法外，司法機關通常均予以適用，未曾懷疑其法源之地位⁵⁹。

筆者以為，就結論言，應可資贊同，惟進一步之說理，仍應取向於對法源的定義認知。誠如前述，法源的意義在於對行政的立法（一般性）控制，是以，行政規則是否足堪法源地位，就取決於其是否屬產出於憲法或立法權之一般性地控制行政權的抽象法規範？若由此思考，則行政規則是否具有法源地位，恐應區分以觀：

1. 關於「組織性規則」部分，因屬憲法賦予行政權自我控制的領域，故此類行政規則，雖屬一般性規範，但並非產出於立法權，而係產出於行政權，應不具行政法法源之地位。這誠如學者 H. Maurer 所述，行政規則肯定是法律上的規則，其法律特徵表現在對行政機關及其工作人員的約束力，而約束力只能以法律為基礎。行政規則適用行政機關及其工作人員，調整其行為，構成內部行政規則，理當歸入國家的內部領域，屬法律條款，而非法律規範。將行政規則納入內部法，並不排除它可能影響國家和人民的外部關係（行政規則是否是法源主要是一個術語問題。如果認為法源的概念限於外部法，答案就是否定的。如果認為法源是指一切法律規則，答案就是肯定的）⁶⁰。
2. 關於「行為導引規則」部分，若施行一段時日過後，因平等原則或信賴保護原則之作用，使得行政權會因此受該行政規則的一般性拘束，則此部分之拘束力量產自於立法規定（行政程序法相關規定），或上溯自憲法要求，因此符合行政法法源之「他律」要求，應足堪法源地位。

59 參閱 吳庚，《行政法之理論與實用》，三民，2012.09 增訂 12 版，45～46 頁。

60 引自 Hartmut Maurer（高家偉譯），《行政法學總論》，元照，2002.09，564 頁。