

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：廖元豪博士

The logo of National Chengchi University is a circular emblem. It features a central five-petaled flower shape. Inside the flower, the Chinese characters '政大' (Chengchi University) are written in a stylized font. The outer ring of the emblem contains the university's name in Chinese characters '國立政治大學' at the top and 'National Chengchi University' at the bottom.

司法審查對法規命令訂定程序之影響

研究生：黃馥瑤 撰

中華民國一〇〇年七月

謝 辭

「此篇論文」的完成，我要感謝：

感謝我的論文指導教授廖元豪博士。謝謝老師在學生迷惘、徬徨時指點迷津，在學生缺乏信心時給予鼓勵，在失聯已久卻又決定回來寫論文時沒有放棄學生。學生能順利完成這篇論文，都要感謝老師對學生的指導與付出，謝謝老師，辛苦您了。

感謝論文口試委員黃銘輝教授以及劉定基教授。感謝兩位老師不辭辛勞，撥冗閱讀學生不甚成熟的論文，指出可能之矛盾以及過當之推論，也提出許多使論文更具完整性之建議，令學生獲益良多，謹向兩位老師致上最高的謝意。

感謝謙立法律事務所的大家，特別是最敬愛的羅瑩雪律師。謝謝你們包容我的任性、尊重我的選擇，沒有你們的成全，就沒有這篇論文。

感謝寬信聯合律師事務所的陳麗玲律師。謝謝您的鼓勵，讓我下決心完成學業。

謝謝我的公法組同學玉玲。謝謝你總是聽我抱怨、給我建議，一起在研究室的日子是快樂的好時光！

謝謝我的公法組同學榮華分享過來人經驗給我聽，提醒我申請口試時限以及應作的行政流程，此外還兼作心理諮商，聽我吐苦水，謝謝你！

謝謝我最好的朋友兼大學同學依伶跟雅娟，距離對我們而言從來不是阻隔，謝謝你們總是在我需要的時候出現，永遠站在我這邊。

謝謝在我論文口試時到場幫忙庶務的榮華、宇修、子誠、文宇。謝謝你們幫我裝那些很難搞的電腦投影設備，幫我錄音、拍照，還抄了非常精美完整幾可還原現場的筆記，太厲害了！

謝謝南君不斷鞭策、督促我，讓我能集中精神以最短的時間完成論文。

最後感謝的是我的媽媽爸爸妹妹，謝謝你們從不對我設限，讓我摸索自己的道路，雖然擔心，但總以最大的耐心包容我的選擇跟決定，默默支持我，謝謝你們。

論文之外，要感謝的人實在太多，容我另尋時機再向你們致謝吧！

馥瑤

2012.09.03 於臺北木柵

摘要

行政程序法制定前，我國對法規命令之監督模式繁多，惟我國始終側重於是否有立法授權以及其授權是否明確之監督方向，常有論者提出授權不足以控制行政立法或是民主正當性不足之疑慮，雖仍有其他如發布、備查等程序監督或法院審查等司法監督，惟似不足以解決對行政立法監督不周全之問題，並徒生弊端。有鑑於美國行政程序法所建立起之程序監督頗有成效，我國行政程序法為解決前述立法前即存在之缺失，參考美國行政程序法，對法規命令之監督增訂訂定時應踐行之預告程序，冀望擷取美國經驗，改善既有缺失，然而實際上不但未改善既存問題，反而製造新的問題，因此有對我國法規命令監督模式再檢討之必要——究竟何種監督模式較適合我國採行？應該如何選擇？從對德美兩國之比較、歷史發展之脈絡發現，對法規命令之監督不在於採擇模式之多寡而在於是否有效，各種監督模式間也應進行一定程度之「互易」，故「何為有效之監督及配套措施」，並無一定標準，端視各種監督模式之間互易程度而定，而在現代化國家任務龐雜需求迅速彈性回應社會之能力之訴求、民主原則、權力分立原則之要求以及借鏡美國程序監督模式之經驗下，本文認為應以有利於司法審查之「法規命令訂定程序」監督模式作為我國從今往後應致力之監督方向。本論文內容結構安排如下：第壹章說明研究動機、目標、方法及架構。第貳章則對可能的法規監督模式作一概括了解，並提出「互易」概念及「訂定程序」之監督模式是較適合現代社會之監督機制之論點。第參章則從美國法制探討起，整理出美國法規程序之制定背景以及其所呈現之完整法制，最重要者係美國訂定程序法制之背後思考：即「有利於司法審查」之程序制度設計。第肆章則是循歷史脈絡從美國法院角度來看司法機關如何在法規訂定程序之監督中扮演舉足輕重的角色，法院所顯露之態度如何影響其他機關對法規訂定程序之態度以及監督。第伍章比較分析我國行政程序法立法前及立法後之法規監督模式，發現立法後之法制仍有缺漏，問題之癥結點可能在於司法監督之有無以及強弱。第陸章則以美國經驗之啟發來確立我國適合朝向「有利於司法審查」之程序監督著手改善對法規命令之監督，以「有利司法審查」之程序監督觀點，具體檢討第伍章提出懸而未決的問題。第柒章則是綜合各章重點作為本論文之結論。

關鍵字：法規命令訂定程序、民主正當性、司法審查、行政程序法、預告程序

目 錄

簡 目

目 錄.....	I
簡 目.....	I
第壹章 緒論.....	1
一、 研究動機.....	1
二、 問題界定及研究目標.....	3
三、 研究方法.....	7
(一) 文獻分析法 (literature review)	7
(二) 量化分析.....	7
四、 解決方案.....	8
五、 名詞定義.....	8
(一) 「法規訂定程序」.....	8
(二) 司法審查—「命令是否違法」之審查.....	10
六、 論文之章節架構.....	10
第貳章 法規之監督模式與其訂定程序之理論基礎.....	13
一、 法規之監督模式.....	13
(一) 司法監督—各種法規監督模式的把關者.....	13
(二) 實體監督.....	16
(三) 程序監督.....	18
(四) 比較法之分析—德國與美國的監督模式.....	26
(五) 「有效」的監督模式非四海皆準.....	39
二、 法規訂定程序之理論基礎.....	40
(一) 權力分立原則.....	40
(二) 民主原則.....	43
三、 小結—互易的法規監督模式及法規訂定程序之崛起.....	46
第參章 美國行政程序法之法規訂定程序.....	49
一、 概說.....	49
二、 美國「法規訂定」之發展歷史.....	49
(一) 法規訂定之起源—國會授權予總統.....	49
(二) 法規訂定穩定成長.....	50
(三) 法規訂定成為政府主要決策方法.....	51
三、 美國法規訂定程序之立法背景與目的.....	53
(一) 立法背景.....	53
(二) 立法目的.....	54
四、 美國行政程序法法規訂定程序之特徵.....	56

(一)	行政程序法為政治上妥協之產物.....	56
(二)	法規訂定程序僅為「最低程度」之要求.....	58
(三)	法規訂定程序為補票性質規定.....	58
(四)	朝向司法審查方向設計的制度.....	58
五、	美國行政程序法之法規訂定程序.....	59
(一)	訂定程序類型.....	59
(二)	訂定程序之司法審查.....	67
六、	本章結論.....	70
第肆章	美國司法審查對法規訂定程序之影響.....	71
一、	新政至行政程序法初期（1930年代到1960年代中期）：司法自制原則.....	72
(一)	法院採取司法自制原則.....	73
(二)	法院對行政立法之監督：尊重.....	75
(三)	法規訂定情形不減反遽增.....	76
(四)	司法自制對司法審查之影響.....	78
(五)	消極監督的整體影響.....	82
(六)	小結.....	85
二、	環境時期（1960年代晚期到1970年代晚期）：司法積極主義.....	85
(一)	法院採取司法積極主義.....	85
(二)	重視訂定程序監督模式.....	90
(三)	司法積極主義對司法審查之影響.....	94
(四)	積極主義的緊急煞車.....	102
(五)	積極監督的整體影響.....	105
(六)	小結.....	108
三、	全球時期（1980年代至今）：司法尊重行政.....	109
(一)	法院採取自制態度.....	109
(二)	依然重視訂定程序監督模式.....	117
(三)	司法自制對司法審查之影響.....	118
(四)	消極監督的整體影響.....	119
(五)	小結.....	119
四、	本章結論—司法審查對法規訂定程序之四大影響.....	120
第伍章	我國之法規訂定程序.....	123
一、	行政程序法立法前法規命令監督模式及缺點.....	124
(一)	立法前之實體監督（授權明確性原則）.....	124
(二)	立法前之程序監督（法定法規訂定程序）.....	125
(三)	立法前之司法監督.....	127
(四)	小結—立法前之監督強度不足.....	136
二、	行政程序法法規訂定程序立法背景及過程.....	137

(一)	法規訂定程序之立法背景.....	137
(二)	法規訂定程序之立法目的.....	140
(三)	法規訂定程序之立法過程.....	140
三、	行政程序法立法後之監督模式.....	146
(一)	新制度的初步檢討—是否符合立法目的？.....	147
(二)	新制度的實務觀察.....	149
(三)	新監督模式解決了既存問題？.....	152
(四)	小結：製造新問題.....	160
四、	本章結論.....	160
第陸章	我國法規訂定程序之檢討與展望.....	161
一、	我國採取程序監督取向之理由.....	161
(一)	立法意旨不排斥加強程序監督.....	161
(二)	程序監督較能快速適應現代國家任務之多變.....	162
(三)	德國法對授權明確之放寬.....	162
(四)	「授權」的功能發揮多少？.....	162
(五)	授權明確性本身夠「明確」嗎？.....	163
(六)	授權明確與訂定程序要求對象不同.....	163
(七)	立法否決權.....	163
(八)	程序監督有利於強化司法監督.....	164
(九)	小結—互易的監督模式：以強化程序監督作為廣泛授權之前提.....	164
二、	美國經驗之回顧及學習.....	164
(一)	值得借鏡之理由.....	165
(二)	兩國之異同點.....	165
(三)	美國注重司法監督的思考.....	167
(四)	以司法審查為導向的出發點對我國的啟發.....	170
三、	我國法規訂定程序之檢討及建議.....	171
(一)	監督模式方向之確立—利於司法審查之程序監督.....	171
(二)	現行法下之改善方式.....	172
(三)	修法.....	180
四、	我國法規訂定程序之展望—從對司法機關態度之觀察談起.....	181
(一)	我國目前的司法實務.....	181
(二)	司法機關態度之脈絡化觀察—程序意識之萌芽.....	191
(三)	健全我國法規訂定程序法制之契機.....	193
五、	本章結論.....	193
第柒章	本文結論.....	195
	參考文獻.....	197

詳 目

目 錄.....	I
簡 目.....	I
第壹章 緒論.....	1
一、 研究動機.....	1
二、 問題界定及研究目標.....	3
三、 研究方法.....	7
(一) 文獻分析法 (literature review)	7
1、 關於我國之文獻.....	7
2、 關於國外之文獻.....	7
(二) 量化分析.....	7
四、 解決方案.....	8
五、 名詞定義.....	8
(一) 「法規訂定程序」.....	8
(二) 司法審查—「命令是否違法」之審查.....	10
六、 論文之章節架構.....	10
第貳章 法規之監督模式與其訂定程序之理論基礎.....	13
一、 法規之監督模式.....	13
(一) 司法監督—各種法規監督模式的把關者.....	13
1、 司法審查的正當性.....	14
2、 司法監督之功能.....	15
(1) 確保功能.....	15
(2) 誘導功能.....	15
(3) 間接影響決策.....	16
(二) 實體監督.....	16
1、 以「授權」為核心的實體監督.....	16
2、 實體監督之缺陷.....	16
(1) 授權明確性原則不明確.....	16
(2) 專業度不足之疑慮.....	17
(3) 授權之控制力與正當性不足.....	17
(4) 授權難以因應龐雜迅速變遷之國家任務.....	17
(5) 司法審查實體內容之正當性問題.....	18
(三) 程序監督.....	18
1、 以權力部門區分之程序監督模式.....	18
(1) 國會監督.....	19
A、 事前監督.....	19
(A) 保留同意權.....	19
(B) 保留聽證權.....	19

B、 事後監督.....	19
(A) 保留廢止請求權.....	19
(B) 單純課予送置義務.....	20
C、 過程中之監督.....	20
(2) 行政監督.....	21
A、 法律規定會商或會同其他機關.....	21
B、 法律規定應經上級核定或備查.....	21
C、 法律直接授權上級機關訂定.....	22
2、 程序監督之功能.....	22
(1) 落實法治：依「法」行政包括程序法.....	22
(2) 深化民主.....	23
(3) 保障人權.....	24
(4) 增進行政效率.....	24
(5) 強化司法監督.....	25
A、 司法進行實體監督的窘境.....	25
B、 程序審查化解實體審查的窘境.....	26
(四) 比較法之分析—德國與美國的監督模式.....	26
1、 德國法對於法規之監督.....	27
(1) 以立法權為核心的傳統.....	27
(2) 行政權及其行政立法權受法律拘束.....	29
(3) 法規訂定權屬於行政行為.....	29
(4) 授權控制行政權之立法「功能」.....	30
(5) 「授權」為控制法規命令之基礎.....	30
(6) 法規訂定過程之參與問題.....	31
(7) 零和關係的「法律授權」與「參與」？.....	32
(8) 對「法律授權」之反思.....	33
2、 美國對法規之監督.....	33
(1) 立法權屬於國會專有？.....	33
(2) 不授權原則.....	34
(3) 不授權原則之彈性運用.....	34
(4) 走向程序導向之機轉.....	35
(5) 程序導向之控制.....	36
(6) 功能互補.....	36
3、 德國與美國監督模式之差異.....	37
(1) 差異之原因所在.....	37
A、 憲法是否明文規定.....	37
B、 權力分立結構之不同.....	37
C、 對行政 (Administration) 觀點不同.....	38

D、重視的法律傳統不同.....	38
E、對事後監督機制之看法不同.....	38
F、對於政治責任之看法不同.....	38
4、比較分析之啟發—重在「有效」的監督模式.....	39
(五)「有效」的監督模式非四海皆準.....	39
二、法規訂定程序之理論基礎.....	40
(一)權力分立原則.....	40
1、權力分立原則概說.....	40
2、功能取向的權力分立原則.....	41
3、行政立法與權力分立.....	41
4、維持權力分立與制衡之法規訂定程序.....	42
5、權力分立原則要求下應有之制度設計.....	42
(二)民主原則.....	43
1、民主原則概說.....	43
2、行政權正當性之理論轉變.....	43
(1)傳統輸送帶模式.....	43
(2)參與模式.....	44
3、全球化下的民主赤字.....	45
4、鞏固民主原則之訂定程序.....	46
5、民主原則要求下應有之制度設計.....	46
三、小結—互易的法規監督模式及法規訂定程序之崛起.....	46
第參章 美國行政程序法之法規訂定程序.....	49
一、概說.....	49
二、美國「法規訂定」之發展歷史.....	49
(一)法規訂定之起源—國會授權予總統.....	49
(二)法規訂定穩定成長.....	50
(三)法規訂定成為政府主要決策方法.....	51
1、大量訂定法規之機關.....	52
2、較少訂定法規之機關.....	53
3、僅發布解釋性法規之機關.....	53
三、美國法規訂定程序之立法背景與目的.....	53
(一)立法背景.....	53
1、社會變遷致行政權日益擴張.....	53
2、管制機關之大量設立.....	54
(二)立法目的.....	54
1、1947年司法部長報告.....	54
2、亟求統一簡單化之程序.....	54
3、觀念的統一化.....	55

4、 程序司法化.....	55
四、 美國行政程序法法規訂定程序之特徵.....	56
(一) 行政程序法為政治上妥協之產物.....	56
(二) 法規訂定程序僅為「最低程度」之要求.....	58
(三) 法規訂定程序為補票性質規定.....	58
(四) 朝向司法審查方向設計的制度.....	58
五、 美國行政程序法之法規訂定程序.....	59
(一) 訂定程序類型.....	59
1、 非正式法規訂定程序.....	59
(1) 預告程序 (notice)	60
(2) 評論程序 (comment)	61
(3) 公布並說明理由 (a concise and general statement of their basis and purpose)	62
(4) 公布後三十天生效.....	62
2、 正式法規訂定程序.....	62
(1) 預告程序.....	63
(2) 聽證程序.....	63
(3) 公布並說明理由.....	63
3、 混合型法規訂定程序 (Hybrid Rulemaking)	63
4、 協商式法規訂定程序 (Negotiated Rulemaking)	64
(1) 協商程序之評估.....	65
(2) 選擇召集人.....	65
(3) 組成協商委員會.....	66
(4) 提出協商草案.....	66
(二) 訂定程序之司法審查.....	67
1、 程序違反為司法審查之對象?	67
2、 審查之範圍.....	68
3、 審查標準.....	68
(1) 恣意專斷標準.....	69
(2) 實質證據標準.....	69
六、 本章結論.....	70
第肆章 美國司法審查對法規訂定程序之影響.....	71
一、 新政至行政程序法初期 (1930 年代到 1960 年代中期): 司法自制 原則.....	72
(一) 法院採取司法自制原則.....	73
1、 司法自制原則.....	73
(1) 處理司法與立法間之關係.....	73
(2) 帶有積極面向之司法自制.....	74

2、	法院採取自制尊重態度之因素.....	74
(1)	社會脈絡及管制成長.....	74
(2)	代議民主理論之觀點.....	74
(3)	以生產者為出發點之觀點.....	75
(二)	法院對行政立法之監督：尊重.....	75
(1)	法院對管制機關之尊重.....	75
(2)	法院對管制機關訂定法規之尊重.....	76
(三)	法規訂定情形不減反遽增.....	76
1、	法規訂定程序之不受重視.....	76
(1)	立法者之原意.....	76
(2)	政治勢力對介入管制機關之法規訂定活動興趣缺缺.....	77
(3)	某些管制機關堅持使用行政裁決達成行政目的..	77
2、	法院對管制機關採尊重態度.....	78
3、	機關缺乏認真踐行法規訂定程序之動機.....	78
(四)	司法自制對司法審查之影響.....	78
1、	審查標準之採擇：固守恣意專斷標準之原始意義.....	78
(1)	新政時期：自制.....	78
(2)	司法自制原則強化新政時期寬鬆審查之基調.....	79
2、	審查範圍.....	80
(1)	對事實之審查.....	80
(2)	對理由與證據之審查.....	80
3、	對訂定程序要件之影響.....	81
(1)	關於「預告」程序要件.....	81
(2)	關於「評論」程序要件.....	81
(3)	關於「一般簡要之說明」程序要件.....	82
4、	法規訂定程序之定位：立法程序性質.....	82
5、	對判決結果之影響.....	82
(五)	消極監督的整體影響.....	82
1、	行政彈性高.....	82
2、	行政機關執行效率不佳.....	83
3、	行政機關之俘虜現象.....	83
4、	管制受益者無權參與.....	84
(六)	小結.....	85
二、	環境時期（1960年代晚期到1970年代晚期）：司法積極主義...85	
(一)	法院採取司法積極主義.....	85
1、	法院採積極主義之因素.....	85
(1)	大量環境立法.....	85

(2) 環境問題之外溢特性.....	86
(3) 需要更多對環境相關因素之解釋.....	86
(4) 具憲法權利類似性.....	86
(5) 爭議本質之絕對性 (Absolutism)	87
(6) 以消費者為出發點的管制性質.....	87
(7) 傳統經濟管制機關無法勝任.....	88
(8) 小結.....	89
2、 法院對行政立法之監督：從嚴.....	89
(二) 重視訂定程序監督模式.....	90
1、 受到重視之原因.....	90
(1) 從使用裁決漸漸改用法規.....	90
A、 訂定法規可增進效率及公平性.....	91
B、 司法實務界之影響.....	92
C、 立法明定必須使用法規使管制機關選擇之裁量 縮減.....	93
(2) 政治部門開始重視法規訂定所涉之政治利益.....	93
(三) 司法積極主義對司法審查之影響.....	94
1、 審查標準之採擇：衍生從嚴審查理論.....	94
(1) 從嚴審查之意義及內涵.....	94
A、 從嚴審查之意義.....	94
B、 行政裁量與程序從嚴審查.....	95
(2) 從嚴審查之發展.....	95
A、 Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe	96
B、 Motor Vehicles Manufacturer's Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.....	96
2、 審查範圍—對事實、理由及證據審查.....	98
3、 對訂定程序要件之影響.....	98
(1) 「預告」之內涵改變：資訊自由法之影響.....	98
(2) 「評論」之內涵改變：紙上聽證之形成.....	99
(3) 「簡要、一般說明」之內涵改變.....	100
(4) 法院要求踐行 APA 所無之「混合程序」	100
A、 法規內容從政策取向到事實取向.....	100
B、 取得事實資訊的額外程序.....	101
4、 法規訂定程序之定位變質：司法程序性質.....	101
5、 對判決結果之影響.....	102
(四) 積極主義的緊急煞車.....	102
1、 第一次煞車：United States v. Florida East Coast Railway Co.	103

2、 第二次煞車：Vermont Yankee Nuclear Power v. Natural Resources Defense Council (NRDC)	104
3、 煞車失靈？	104
(五) 積極監督的整體影響	105
1、 管制受益者 (Regulatory beneficiaries) 從反射利益到權利的參與：	105
2、 提升民主正當性	106
3、 立法之回應—強調「公開」	106
4、 阻止政治勢力之介入破壞 APA 之立法目的	107
(六) 小結	108
三、 全球時期 (1980 年代至今)：司法尊重行政	109
(一) 法院採取自制態度	109
1、 法院採取自制態度之因素	109
(1) 法規訂定程序僵化	109
A、 法院從嚴審查	109
B、 行政法原則改變	111
(2) 總統監督強度大增	111
A、 介入「預告前程序」	112
B、 要求進行管制影響分析及審查	112
(3) 國會監督增強	114
A、 個別立法監督：混合程序之立法	114
B、 介入「預告前程序」—協商式程序	115
C、 立法要求進行損益分析	116
D、 事後否決權	116
2、 法院對行政立法之監督：尊重政治部門	117
(二) 依然重視訂定程序監督模式	117
(三) 司法自制對司法審查之影響	118
1、 審查標準之採擇：從「從嚴」到「尊重」	118
2、 審查範圍及對訂定程序要件之影響	118
(四) 消極監督的整體影響	119
(五) 小結	119
四、 本章結論—司法審查對法規訂定程序之四大影響	120
第五章 我國之法規訂定程序	123
一、 行政程序法立法前法規命令監督模式及缺點	124
(一) 立法前之實體監督 (授權明確性原則)	124
(二) 立法前之程序監督 (法定法規訂定程序)	125
1、 包羅萬象的法定程序規定	125
2、 立法前程序監督之缺點	126

(1) 僅重視行政內部協調功能.....	126
A、 內部協調只是例行公事.....	126
B、 仰賴專家強調威權.....	126
C、 利益團體影響力高.....	126
(2) 缺乏民眾參與機制.....	127
(3) 缺乏有效司法監督.....	127
(4) 缺乏違反程序之效力規定.....	127
(三) 立法前之司法監督.....	127
1、 法規違反法定訂定程序之狀態.....	128
2、 審查對象—法規命令可附帶受審.....	129
3、 審查範圍—法規命令之訂定「程序」可否附帶受審？	129
4、 司法機關對法規命令之審查權.....	130
(1) 法院.....	130
A、 法規審查權之正當性.....	130
B、 有法規命令之審查權.....	130
C、 審查之效力：個案拒絕適用.....	131
(2) 司法院大法官.....	131
A、 憲法明定之法規審查權.....	131
B、 違法法規命令之審查權？.....	132
(A) 實體違法—違法即違憲之法規命令... 132	
(B) 程序違法—單純違法之法規命令？... 133	
C、 審查之效力.....	133
5、 司法機關對法規之審查實務.....	133
(1) 法院對法規之監督.....	133
A、 附帶受審.....	133
B、 不對實體作實質審查.....	134
C、 小結.....	134
(2) 司法院大法官.....	135
A、 主導法規之審查.....	135
B、 對實體作寬鬆審查.....	135
C、 是否可對程序作審理？.....	135
D、 小結.....	136
(四) 小結—立法前之監督強度不足.....	136
二、 行政程序法法規訂定程序立法背景及過程.....	137
(一) 法規訂定程序之立法背景.....	137
1、 台灣政府結構之技術官僚主義.....	137
2、 社會價值之衝突.....	138
3、 公共參與之不足與社會運動.....	138

4、	利益團體政治漸興.....	138
5、	所得分配不均、金錢政治盛行.....	139
6、	憲政爭議及國會代議制度.....	139
7、	亞太營運中心及政府再造.....	139
(二)	法規訂定程序之立法目的.....	140
(三)	法規訂定程序之立法過程.....	140
1、	行政程序法之立法過程.....	141
(1)	行政法研究發展考核委員會委託研究.....	141
(2)	行政院經濟建設委員會委託研究.....	141
(3)	法務部研究制定委員會.....	142
(4)	行政院審議.....	142
(5)	立法院審議.....	142
2、	個別法規訂定程序之立法過程.....	143
(1)	「預告程序」之制定過程.....	143
(2)	「表示意見」之制定過程.....	144
(3)	「發布程序」之制定過程.....	145
(4)	「效力規定」之制定過程.....	145
(5)	小結.....	146
三、	行政程序法立法後之監督模式.....	146
(一)	新制度的初步檢討—是否符合立法目的？.....	147
1、	新增之實體監督部分—確認實體監督之授權明確性... 147	
2、	新增之程序監督部分.....	147
(1)	新增預告程序.....	147
(2)	新增效力規定.....	148
3、	司法監督.....	148
4、	小結—新制度有助於立法目的之達成.....	148
(二)	新制度的實務觀察.....	149
1、	行政機關踐行新制度之情況.....	149
(1)	預告程序之踐行.....	150
(2)	預告期間之長短.....	150
(3)	應預告之事項.....	151
2、	陳述意見之情形.....	151
3、	小結—符合表面形式要求.....	152
(三)	新監督模式解決了既存問題？.....	152
1、	規範層面的程序制度仍不完備.....	152
(1)	公開之資訊不足.....	152
(2)	陳述意見之方式未定明.....	152
(3)	預告期間之長短欠缺明確標準.....	153

(4) 欠缺行政機關回應義務.....	153
A、 回應義務之欠缺致意見陳述難有成效.....	153
B、 回應義務之時點.....	153
(5) 欠缺說理義務.....	153
(6) 欠缺效力規定.....	154
A、 未踐行行政程序法第 154 條之預告程序者...	154
B、 違反行政程序法第 154 條第 1 項第 4 款未給予 陳述意見之效力.....	156
C、 未盡說明理由及回應義務者.....	156
D、 違反行政程序法第 157 條第 3 項未刊登政府公 報或新聞紙者.....	156
(7) 司法審查之規定付之闕如.....	158
2、 執行層面的監督效果不足.....	158
(1) 行政機關奉行不背.....	158
(2) 民眾參與程度不足.....	158
(3) 司法審查無處著力.....	159
A、 欠缺規定難以審查.....	159
B、 進入訴訟之機率渺茫.....	159
(四) 小結：製造新問題.....	160
四、 本章結論.....	160
第陸章 我國法規訂定程序之檢討與展望.....	161
一、 我國採取程序監督取向之理由.....	161
(一) 立法意旨不排斥加強程序監督.....	161
(二) 程序監督較能快速適應現代國家任務之多變.....	162
(三) 德國法對授權明確之放寬.....	162
(四) 「授權」的功能發揮多少？.....	162
(五) 授權明確性本身夠「明確」嗎？.....	163
(六) 授權明確與訂定程序要求對象不同.....	163
(七) 立法否決權.....	163
(八) 程序監督有利於強化司法監督.....	164
(九) 小結—互易的監督模式：以強化程序監督作為廣泛授權之 前提.....	164
二、 美國經驗之回顧及學習.....	164
(一) 值得借鏡之理由.....	165
(二) 兩國之異同點.....	165
1、 民主憲政之基礎不同.....	165
2、 法界的投入程度不同.....	165
3、 社會轉型之壓力相似.....	166

4、立法目的相同.....	166
5、重視司法審查之程度不同.....	166
6、法制完備程度不同.....	166
(三) 美國注重司法監督的思考.....	167
1、以司法審查為導向的立法.....	167
2、立基於完備制度下的司法監督運作模式.....	168
(1) 新政到 APA 制定初期.....	169
(2) 環境時期.....	169
(3) 1980 年代以後.....	170
(四) 以司法審查為導向的出發點對我國的啟發.....	170
三、我國法規訂定程序之檢討及建議.....	171
(一) 監督模式方向之確立—利於司法審查之程序監督.....	171
(二) 現行法下之改善方式.....	172
1、有賴行政機關主動踐行法定程序以外之程序.....	173
(1) 行政機關應主動公開相關資訊.....	173
(2) 行政機關應增加預告期間.....	174
(3) 行政機關應適時主動回應.....	174
A、行政機關應回應人民之意見.....	174
B、行政機關應儘速回應.....	174
2、透過法律解釋解決.....	175
(1) 行政機關依法有說理義務.....	175
(2) 違反行政程序法第 157 條第 3 項未刊登政府公報或新聞紙者—未生效力.....	175
(3) 司法監督之突破.....	176
A、「程序違反」為司法審查對象.....	176
B、違反法規訂定程序為司法審查對象.....	176
3、類推適用.....	177
(1) 未踐行預告程序者—得撤銷.....	177
(2) 以書面為陳述意見方式.....	178
(3) 未給予陳述意見者—得撤銷.....	179
(4) 未盡說明理由者—得撤銷.....	179
(5) 法院審查標準—從嚴審查.....	180
4、透過司法機關之從嚴審查.....	180
(三) 修法.....	180
四、我國法規訂定程序之展望—從對司法機關態度之觀察談起.....	181
(一) 我國目前的司法實務.....	181
1、行政法院之審查情形.....	181
(1) 對新制度「預告程序」審理之情形.....	181

(2) 以最高行政法院為例作分析.....	182
(3) 小結.....	188
2、 司法院大法官之審查情形.....	188
(1) 「可預見性要求」可以「訂定程序」滿足.....	189
(2) 「訂定程序」為「概括授權」理由之一.....	190
(3) 「訂定程序」弱化「授權取得正當性」之必要.....	190
(二) 司法機關態度之脈絡化觀察—程序意識之萌芽.....	191
1、 行政法院開始重視程序.....	191
2、 司法院大法官開始意識監督模式的互易.....	192
(三) 健全我國法規訂定程序法制之契機.....	193
五、 本章結論.....	193
第七章 本文結論.....	195
參考文獻.....	197



第壹章 緒論

一、研究動機

貓空纜車（下簡稱「貓纜」）於民國（下同）97年受颱風連日大雨沖刷，基座下方遭掏空，土石流失嚴重，台北市政府於97年10月1日宣布貓纜停駛。從貓纜基柱遭大雨掏空被迫停駛以來，引發一連串貓纜興建合法與否之問題。最大之爭議在於貓纜之興建是否應進行環境影響評估法中之法定程序而未踐行？台北市政府於94年提出貓纜開發案，依照當時環境影響評估法授權訂定之「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」¹（下簡稱「認定標準」），並未將「纜車」列為「應實施環境影響評估之細目」；其次，貓纜的開發規模亦未達當時「認定標準」第20條「風景區之開發」規定之標準，無須進行環境影響評估（下稱「環評」），故貓空纜車未進行環評乃「依法行事」，並未違法。²許多人均懷疑「認定標準」之規定有問題：為何如此重大的開發案，依法律竟然無須進行環評程序？「認定標準」之規定是否不周全？

依照環境影響評估制度之設計，並非所有開發行為均須經環境影響評估程序，必須符合「環境影響評估法第5條第1項」³以及法規命令「開發行為應實

¹指民國93年12月29日行政院環境保護署修正發布之版本。

²當時行政院環境保護署曾對貓空纜車是否應經環境影響評估提出說明：「台北市政府於94年間提出「貓空纜車」開發案，依當時之「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」規定，並未規定「纜車」之開發應實施環評。而本案位於山坡地，開發面積合計6.3公頃，總挖填土石方量30,373立方公尺，依該認定標準第20條「風景區之開發」規定，其遊憩設施位於山坡地，面積達10公頃以上，或挖填土石方量10萬立方公尺以上者，應實施環境影響評估。「貓空纜車」因亦未達當時法定開發規模，故未實施環境影響評估。「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」於95年2月20日修正發布，其中除修訂第20條「風景區之開發」標準外，並新增第31條第20款，規定纜車興建或擴建長度達4公里以上者，應實施環境影響評估。環保署表示，「貓空纜車」依申請當時法令規定，無須實施環境影響評估。惟本案日後如有擴建，則應另依認定標準規定辦理。」

<http://ivy5.epa.gov.tw/enews/Newsdetail.asp?InputTime=0971215173403&MsgTypeName>（民國101年9月4日造訪）。

³環境影響評估法第5條第1項規定：「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：一、工廠之設立及工業區之開發。二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。三、土石採取及探礦、採礦。四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。五、農、林、漁、牧地之開發利用。六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。七、文教、醫療建設之開發。八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。九、環境保護工程之興建。十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。十一、其他經中央主管機關公告者。」

施環境影響評估細目及範圍認定標準」細部規定之開發行為，才須進行環評程序。當時許多具爭議性的環境影響評估案件（例如「將開發面積分開計算」⁴或是「少算開發面積」⁵或直接以「非環評法規範圍內之開發行為」⁶規避環評）多涉及「認定標準」之規定，然而，以貓纜案涉及之規定爭議為例，為何系爭「認定標準」未將「纜車」列入？是因為母法未授權該項目故無法列入？又為何僅規定「遊憩設施位於山坡地，面積達 10 公頃以上，或挖填土石方量 10 萬立方公尺以上者」⁷才須進行環評？面積 9.9 公頃或挖填土石方量 9.9 萬立方公尺者，為何不需要？面積 10 公頃山坡地之開發才會造成土石流？亦或，面積 10 公頃山坡地之開發對環境之影響才算是環境影響評估法第 5 條第 1 項「對環境有不良影響之虞」？貓纜基柱遭大雨沖刷淘空，造成大面積坍塌，檢討發現可能是地質不適合興建纜車，其開發不但影響貓空原始地貌，也使貓空山上住家人心惶惶，如此事關環境價值及人民生命安全健康價值之開發案，卻僅因未達「認定標準」所訂之應進行環評之標準，故毋須進行環評，此種「立法」如何令人心服？在「認定標準」內的開發才需要環評，隱含了一種想法：訂定該標準者認為，在「認定標準」以外、毋須進行環評之開發行為，即毋須考量環境因素，以及環境影響評估法內要求開發單位應進行考量的「文化、生態」⁸等因素，也不需要納人民眾的意見，⁹此種全有或全無的決定，由誰作主？若所有無論開發規模之大小都必須經環評，必定使國家運作癱瘓，身為環評主管機關亦應接不暇疲於奔命，故「應經環評」與「毋須經環評」之二分法必定是著眼於行政成本效率之考量，在權衡後認

⁴例如，台東縣美麗灣渡假村環評爭議案，是以切割面積的方式規避環評，並遭高雄高等行政法院法官認定有切割申請規避環評，並於判決主文中命開發單位停止一切開發施作工程之行為，詳參，高雄高等行政法院 96 年訴字第 647 號判決。

⁵例如，台北市政府以建築面積五百三十八平方公尺計算北投纜車山下站位於北投公園內之面積，而非以整個公園面積三萬五千五百四十三平方公尺計算基地面，因此北投纜車四站的場站總面積為九萬六千五百七十八·二八平方公尺，未超過十公頃（十萬平方公尺），得以規避環評，詳見 <http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/aug/27/today-p4.htm>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

⁶例如國防部將位於陽明山國家公園之溫泉旅館工程列為軍事機密，規避環評，詳見 <http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/apr/26/today-p11.htm>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

⁷開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準第 20 條第 3 項前段（93 年 12 月 29 日修訂版本）。

⁸環境影響評估法第 4 條第 2 項：「環境影響評估：指開發行為或政府政策對環境包括生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態等可能影響之程度及範圍，事前以科學、客觀、綜合之調查、預測、分析及評定，提出環境管理計畫，並公開說明及審查。環境影響評估工作包括第一階段、第二階段環境影響評估及審查、追蹤考核等程序。」

⁹環境影響評估法第 9 條：「前條有關機關或當地居民對於開發單位之說明有意見者，應於公開說明會後十五日內以書面向開發單位提出，並副知主管機關及目的事業主管機關。」

為過小的開發規模不需要考量環境等因素，也不需要環評過程中聽取人民等意見，「毋須經環評者」其實在最前端的「訂定標準階段」就已經確定，既然如此，是否在作成「哪些要環評、哪些不需環評」的決定時，給予民眾的發表意見機會，也讓其他重要的環境、生命、健康因素，有與經濟利益並駕同受考量的機會？然而，要如何給予，才能使「毋須經環評」的決策正當化？如此重大的決策由誰決定？行政院環境保護署（下稱環保署）有權力決定嗎？環保署既非如立法院之民意機關，為何可以作出涉關環境、生命、健康與經濟間價值取捨爭議如此大的「立法行為」？是因為環保署有較高的專業適合訂定此標準？既然如此，為何當初訂定「認定標準」時，卻未預見可能有「開發面積不合於『認定標準』卻仍對環境影響之虞」的情形？又因為「貓纜」案受到強烈抨擊，環保署不久修訂「認定標準」，將「纜車」列為環境評之細目並列出其範圍，¹⁰然而，環境影響評估法第 5 條第 1 項並無「纜車」項目，環保署是根據該條項第 11 款「其他經中央主管機關公告者」增訂「纜車」項目，此條款是否給予環保署過大的權限？立法院制定環境影響評估法時是否將纜車開發應進行環評與否之決定權交給環保署？環保署將纜車納入認定標準是否即為立法者之意思？立法院對環保署訂定認定標準之內容有置喙之餘地嗎？無論是「認定標準」之訂定或修訂，人民或環保團體是否有機會參與或提出意見？若有人提出意見並質疑，環保署是否應提出說明？若未採納該意見亦未對該意見提出回應，是否會影響「認定標準」之效力？若「認定標準」因程序瑕疵而被宣告違法，根據該標準做出之「貓纜無須進行環評」決定，是否亦為違法？我國法院面對此問題之實際作法為何？

二、問題界定及研究目標

其實上述對「貓纜」、「環境影響評估法」以及子法「認定標準」之問題發想，主要是環繞在行政機關「行政立法行為」的問題上，特別是對外發生效力的法規命令：亦即，此種由立法機關授權行政機關行使立法權訂定出對人民發生法律上影響的法規命令，應該要由誰透過何種監督機制及方法加以控制，才能不至於有上述令一般民眾覺得不可思議、危害生命安全的情事發生，抑或把上述發生的機率降到最低。

¹⁰開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準第 31 條第 20 款：「纜車之興建或擴建，符合下列規定之一者：(一)第八款第一目及第二目。(二)興建或擴建長度四公里以上者。」(95 年 2 月 20 日修訂版本)

對於法規命令之監督，我國不乏相當多種監督機制，諸如實體監督的「法律授權」、「法律保留原則」、「授權明確性原則」等，是從實體層面以及「源頭」監控，要求行政機關要訂定法規命令，必須有立法者在源頭之授權，代表的是國民主權的連結以及立法者之監督，因為透過授權，立法者可以規定行政機關訂定法規的內容、範圍等，以確保行政機關都在立法者授權之範圍內行事。以前述「認定標準」為例，有環境影響評估法第 5 條第 2 項「前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查」之授權，且環保署可以訂定的開發行為範圍僅限於環境影響評估法第 5 條第 1 項規定之「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：一、工廠之設立及工業區之開發。二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。三、土石採取及探礦、採礦。四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。五、農、林、漁、牧地之開發利用。六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。七、文教、醫療建設之開發。八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。九、環境保護工程之興建。十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。十一、其他經中央主管機關公告者。」十一個項目。¹¹我國還有眾多的程序監督機制，例如環境影響評估法第 5 條第 2 項規定：「前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查」。其中的「會商」以及「送立法院備查」都是程序監督的一種，此外，還有中央法規標準法的「發布」程序，行政程序法規定的「預告程序」、「發布程序」等程序監督的一般性規定。然而，既然我國現制上有種種的監督機制，為何上述「不太合理」的行政決策還是出現？是執行不力的問題，或是法制有欠缺？

從「貓纜」的案子即可了解，其實環保署在訂定「認定標準」時，可能有「思慮不周」之處，蓋單就「開發行為之種類」就有環境影響評估法第 5 條第 1 項規定的「幾十種」，在搭配上其他「地形」、「面積」、「坡度」、「地目」等條件，排列組合可能就有上百、千種的開發類型需要環保署來訂定規範，其思慮不周，未將「貓纜」列為開發行為之「細目」，似乎無可厚非。然從此處就可以發現一個問題：如果環保署「在訂定『認定標準』時」，多「聽聽其他人的意見」，會不會

¹¹此處會有問題的是第十一款的「廣泛授權」，形同給予行政機關相當大的裁量空間。

有「不同的結果」？當然不可能說聽取意見就一定會得到「正確的答案」，「貓纜」就會列入「認定標準」中，但是會不會是一個「比較好、大家能接受」「不會有人事後抗議」的結果？這種行政機關的思慮不周，不但對人民造成「間接影響」（例如貓纜開發造成貓空地區有潛在土石流發生之可能，使當地居民生命受威脅等），也使貓纜工程因為必須事後補強而浪費更多的行政資源及成本，此種情況是否能從我國現行體制上的監督機制來解決？

首先，可否從「授權」監督解決？如上所述，環境影響評估法「表面上」有「法律授權」，也列了許多「細目」來限制環保署訂定之內容及範圍，應該符合「授權明確性原則」之要求。為何立法者未將「纜車」列為環評影響評估法第 5 條第 1 項「細目」之一，要求環保署訂定，如此一來就不會有所遺漏？立法規範之事務眾多，立法者不可能預見所有應以法律規範的事務，再加上有專業上的限制，故也僅能授權由較為專業的環保署訂定更細的子法，為了給予環保署有因應社會狀況之彈性，又廣泛授權環保署有公告其他應經環評的開發行為之裁量權。從此即可看出，「實體監督」有其侷限性：立法者未及預見者，可能就是法律真空地帶，就如興建纜車工程根本未納入「是否應經環評之考量」當中，立法者根本沒有意識到興建纜車可能也是一項對環境生態破壞很大的工程；若立法者為了避免此種未及規範而產生的法律真空地帶，而廣泛授權行政機關有決定何種的開發「是否應經環評」之權限，固然使環保署有彈性、迅速回應社會需求之利，然而不免遭「空白授權」之批評，形同未監督。更重要者，在實體監督機制中，並沒有解決上述「聽取人民意見」的機制存在，實體監督的功能其實非常侷限。

至於程序監督的部分，依環保署於 93 年訂定「認定標準」時之法制（與現行法制相同），其實有「聽取意見」機制，即行政程序法第 154 條的「預告程序」，其規定「（第 1 項）行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱。二、訂定之依據。三、草案全文或其主要內容。四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨。（第 2 項）行政機關除為前項之公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知」，是參考美國行政程序法之「預告及評論」程序，要求行政機關在「行政機關作成決策之過程中」應將法規命令的草案等資訊公告於政府公告或新聞紙，任何人均得就該草案提出意見或評論。依預告程序之要求，環保署在訂定「認定標準」時，

必須先將「欲擬訂的『認定標準』草案」等資訊，公開於大眾，並且應接受民眾的意見。照理來說，環保署應已踐行預告程序之要求，應該也有接受民眾或是環保團體的意見，但為何似乎成效不彰？如果當初有民眾或是環保團體特別針對纜車的問題提出意見，並以深具學術價值的報告或資料作為其意見之佐證，認為應該要把纜車開發行為列入環評，然而環保署卻未採之，逕自不採該意見，此種情況有無「爭執」的管道？站在人民的角度觀之，一旦提了意見，卻從未獲得行政機關之回應，可能會喪失繼續提出意見之動機，且如果行政機關因為不採自己之意見而訂出「有問題」的法規，也只會讓人民更氣憤：當初為何不採提出之意見？現行法制都未有此種回應說明之義務，因此，光靠「預告程序」給予人民陳述意見之機會，似難謂已滿足所謂的「民眾參與」。

而人民若於氣憤之餘，想對行政機關提出訴訟，主張行政機關訂定某法規時未踐行「某某程序」或沒有回應意見，也會遭遇困難。首先是起訴之困難：我國一向認為僅有在對特定行政行為提出爭訟時才可附帶提出法規命令違法之主張，不外乎出於我國重實體輕程序的傳統，以及「公法上權利」、「反射利益」等學說之影響，法規訂定程序參與者之地位就如「管制受益者」，沒有「法律上權利」受影響，其利益最多是「反射利益」，無法提出訴訟。其次，是其他監督機制的缺陷致法院難以審查法規。在實體監督部分，法規命令內容都是由專業行政機關研議許久而訂定，法院法官並無相關專業，很難進行「是否有逾越法律授權」等實體內容之審查，且實體審查也會有民主正當性的問題。在程序監督部分，雖然我國有許多程序機制的規定，但卻缺乏對應的「違反之效力規定」以及「可否受司法審查之條款」，故法院通常很少審查程序規定，一方面是因為我國一向輕視程序規定，二來是我國並無明文規定法規命令違反法定程序可否接受司法審查之規定，第三，即便法院對程序進行審查，但是因為缺乏相對應的「違反之效力規定」，法院即便審查，也不知該如何對違反程序規定之法規做出裁判。由此可知，我國的司法審查也無法為實體監督以及程序監督作「有效」的把關。

經過上述一連串的挫折可見我國雖坐擁眾多法規監督機制（實體監督、程序監督以及司法監督），卻無法進行有效監督；行政程序法從美國法制引進的「預告程序」，目的在以民眾參與補足行政決策之民主正當性，增加人民之參與感，並期望透過民眾參與達到決策的合理性以及減少事後抗爭以減少行政成本，卻也沒有發揮作用，人民發現繞了一大圈還是無法解決問題，最後只有走上體制外抗

爭一途。問題何在？該如何解決？本文就是要找出「走投無路」的原因並進行分析，最後對此問題提出具體的解決辦法：究竟我國監督機制是否不足？抑或只是執行不力？若為監督機制不足，應該增添何種機制？若為執行不力，應該如何加強執行力？執行力之關鍵何在？現行法下有何解決方法？又應朝向何種方向進行修法？具體的解決方案為何？

三、研究方法

(一) 文獻分析法 (literature review)

本論文之研究方法以「文獻分析法」為主，主要是將國內外與本研究相關的論文、期刊、專書等資料予以蒐集並分析整理，作為本研究撰寫之參考依據。

1、關於我國之文獻

主要蒐集我國與法規命令訂定程序相關之法律論著，包括法規及其立法資料、學者論著以及實務見解。其中，法規部分係指行政程序法第四章以下之條文以及其當初立法過程之歷史資料；學者論著則是著重在對法規命令訂定程序提出理論上之基礎；實務見解包含政府機關之函示以及法院之判決。

2、關於國外之文獻

主要蒐集美國相關之條文、條文解釋、法院相關判決以及法律論文。會以美國為比較法制之對象，係因我國行政程序法有關命令訂定程序之章節，乃參考美國行政程序法法規訂定程序而制定，美國之法規訂定程序施行之已久，不論在行政司法實務或是學界都有豐富的資料，有許多值得參考的發展，為求體制上之一致性，以美國經驗做為改善我國體制缺失之參考，應無疑義。

(二) 量化分析

我國行政程序法制定後，較制定前多出一道新的程序「預告程序」，而新制度的空降，對我國法院造成什麼樣的影響？主要是分析我國行政法院近幾年對法規命令訂定程序之審理狀況，目的在釐清下列幾點：訴訟中人民一方（多數為人民）是否有提出行政機關訂定法規時違反訂定程序規定之主張？法院是否有就該主張進行審理？該主張是否成為勝敗之關鍵？並對分析後之結果提出本文之看法。

四、解決方案

本文以參考美國之制度，對我國法規命令訂定程序之問題提出解決方法。首先，本文認為，我國應該以利於司法審查之程序監督模式來監督行政立法，並應參考美國環境時期法院採取嚴格審查的作風，來做為我國法制之參考，以此作為大前提，提出以下想法：第一層次是在現行法下，以體系解釋、文義解釋、類推適用或是立法目的之探求等來擴大我國現行法下可能解釋出的訂定程序要件，包括程序規範、效力規定以及司法審查條款。另外，再輔以美國的作法當作參考。第二層次，則是修法，要求立法者將訂定程序制定完備，並賦予相對應的效力規定，至少在不改變「僅能附帶審查法規命令違法」之前提下，讓法院有判決之依據。在強化程序及司法監督機制的同時，也應該承認法律授權的放寬，作成度的互易，方不致使行政效率及彈性因權力之制衡而受影響。

五、名詞定義

(一) 「法規訂定程序」

本文欲討論者是「行政立法行為」在決策過程中應該受到何種監督的問題，且只討論「有立法授權」且「對外發生法效力」的「行政命令」。在我國，此種行政命令稱為「法規命令」，即我國行政程序法第 150 條定義之「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」。而美國法制部分，根據美國聯邦行政程序法中的「規則」(rules)，指的是「為執行、解釋或規定法律或政策，或說明機關之組織、程序或業務之普遍適用或特別適用，且嗣後發生效力之機關聲明之全部或一部」，¹²其中與我國「法規命令」相當的「規則」是「實體規則」(substantive rules)，¹³又可稱補充性規

¹² 5 U.S.C. § 551 (4): “rule” means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing.”；湯德宗，〈行政立法之研究—美國行政程序法本土化應用之嘗試〉，收錄於翁岳生主持，行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告《行政程序法之研究：行政程序法草案》，1990年12月，初版，頁329。

¹³ 與實體法規相對者是「解釋性法規」(interpretive rules)，乃行政機關為了向大眾闡明其所適用之法律或法規之意涵所作之法規。其與德國行政法中之解釋法規及我國解釋性行政法規相類

則 (supplementary rules) 或立法性規則 (legislative rules)。¹⁴實體規則在不牴觸授權母法且依照法定程序訂定之前提下，對外具有法拘束力 (legally binding)，¹⁵可受司法審查 (can be enforced in court)。¹⁶實體規則僅占行政機關頒布法規中的一小部分。為了說明方便，以下本文統一以「法規」泛指我國的「法規命令」以及美國法制中的「實體規則」。

而關於在行政機關在作成行政立法行為之過程中應該受到何種監督、立法者規定其應踐行何種程序，則是「訂定程序」的問題，指「機關訂定、修正或廢止法規之過程」。¹⁷我國法規訂定程序的一般性規定為行政程序法，其參考美國法制將程序區分為：一為經聽證者，一般稱為「正式」訂定程序，規定在我國行政程序法第 155 條及第 156 條；二為不經聽證者，一般稱為「非正式」訂定程序，即無須踐行行政程序法第 155 條及第 156 條、僅需踐行第 154 條及第 157 條者。美國行政程序法以「是否經聽證程序」將法規訂定程序區分為：經聽證程序之「正式程序」以及不經聽證程序之「非正式程序」。正式及非正式法規訂定程序，僅適用於實體法規，其他種類之法規都毋須履行訂定程序中的預告評論程序。¹⁸然而若行政機關有正當理由，認為踐行預告評論程序不切實際、無必要或與公益相違時，得於實體法規正式公布規則之際，說明不採預告評論程序之理由，惟仍須

似，本身並不去有法拘束力，法院審查亦不受其拘束。解釋性法規，毋須履行預告評論程序，但是仍應公布於聯邦公報上。而實體法規部分，若行政機關有正當理由，認為踐行預告評論程序不切實際、無必要或與公益相違時，得於正式公布法規之際，說明不採預告評論程序之理由。惟仍須接受法院審查。詳參湯德宗，同前揭註 12 文，頁 332。

¹⁴湯德宗，同前揭註 12 文，頁 358，註 54。

¹⁵湯德宗，同前揭註 12 文，頁 331。PHILLIP J. COOPER, PUBLIC LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION 145 (4th ed. 2007).

¹⁶See COOPER, *supra* note 15, at 145.

¹⁷5 U.S.C. § 551 (5): 「“rule making” means agency process for formulating, amending, or repealing a rule.」

¹⁸無須履行預告評論程序之法規有：一、關於國家軍事或外交事務運作之法規。二、關於機關管理或人事之法規。三、關於公有財產、公共貸款、補助款、福利金、補貼或契約之法規。立法者考量此為政府之「賞賜」，屬於特權 (privilege) 之範疇，與權利或義務無關，故排除之。四、解釋性法規 (interpretive rules)，其乃行政機關為了向大眾闡明其所適用之法律或法規之意涵所作之法規。其與德國行政法中之解釋法規及我國解釋性行政法規相類似，本身並不去有法拘束力，法院審查亦不受其拘束。五、一般性的政策說明 (general statement of policy)。此係各機關為了使大眾了解其使用行政裁量權限之方式，所為之聲明。此聲明必須是向後生效，但大部分學者不承認其屬法規之一種。六、關於組織、程序及運作之法規。通說認為此屬行政機關內部事務，是無待法律授權就擁有之固有權力 (inherent authority)。關於公有財產、公共貸款、補助款、福利金、補貼或契約之法規、一般性的政策說明、解釋性法規，雖然毋須履行預告評論程序，但是仍應公布於聯邦公報上。

接受法院審查。¹⁹本文僅討論「非正式程序」，正式程序部分除了於美國法制部分因寫作之需要有所提及外，皆不在本文討論範圍。

（二）司法審查—「命令是否違法」之審查

蓋司法審查（judicial review）係指法院對其他部門或層級之政府機關所作決定之審查權限。²⁰一般司法審查之對象除了審查「法律或命令是否違憲」外，尚包括行政法層次的「命令是否違法」的審查，²¹本文所討論者係行政法層次的「命令是否違法」，亦即，指司法機關對本文定義中之法規於訂定時違反「法定」程序之情況進行審查之判斷。美國的司法審查指法院就行政機關之事實發現或適用法律加以審查的制度。²²亦即司法機關對於特殊行政決定之被害人所提供之救濟。由於司法審查具有督促行政行為重視事實以及合理之說明，因此具有監督行政行為之效果，又可稱為「司法監督」（judicial control），²³在此所討論的「司法審查」，是行政法學的司法審查，實質意義的行政爭訟，其餘不在本文討論範圍。

六、論文之章節架構

本文第壹章先說明研究動機，界定研究的問題及目標，並以提出的研究方法找出解決方案，最後是對名詞作定義。

第貳章本文先對可能的法規監督模式作一概括了解，而「訂定程序」只是監督機制之一。我國監督模式兼具德國法以及美國法之特色，故在論及監督模式時會特別提出德國及美國之監督模式當作參考，並得到「監督模式不在多，有效即可」之啟發，最後由民主原則以及權力分立原則推導出「訂定程序」之監督模式，並認為訂定程序應該是較適合現代社會的監督機制，若要加強訂定程序之監督，其他監督機制則應鬆綁，作某種程度之「互易」，此也是美國過去幾十年的經驗。

故第參章本文先從美國法制探討起，並整理出美國法規程序之制定背景以及

¹⁹湯德宗，同前揭註 12 文，頁 332。

²⁰范嘉倩，《法院對行政命令審查之研究—以美國之相關法制為鑑》，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，頁 99。

²¹林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立》，2008 年 9 月，二版，頁 22。

²²羅傳賢，《美國行政程序法論》，1985 年 6 月，初版，頁 223。

²³參閱羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 223。

其最後呈現之完整法制，最重要者係美國訂定程序法制之背後思考：亦即，是「有利於司法審查」的完備程序制度設計，如此一來，法院介入審查行政機關是否踐行法定程序之正當性方不致過於薄弱。

在法制完備後，第肆章則是從美國法院角度來看司法機關如何在法規訂定程序之監督中扮演舉足輕重的角色，法院雖然是被動機關，然而其依據當時國家社會之需求，所顯露之自制或積極態度，也會影響其他機關對法規訂定程序之態度，其態度的百轉千迴，不但受到當時國家社會許多背景因素之影響，同時也牽動了其他權力部門的行為。

從美國法院對各權力部門間權力調節之消長回到我國，第五章本文拉回我國之法規監督模式，在行政程序法立法前，我國擁有眾多監督機制，卻使不上力，監督效果差，有許多缺陷留待解決；立法後，仿照美國法制引進預告程序，雖然有助於立法目的之達成，但仍有缺漏，例如檢討我國行政機關實務運作之結果發現，預告程序只是行政機關非常容易達到的例行公事，此外行政機關毫無主動積極的表現，在缺乏其他回應說理義務以及效力規定等配套措施作為輔助的情況下，單憑預告程序難以解決遺留的問題，反而還製造了更多的問題，而問題的癥結點就在於司法監督之有無以及強弱：若有強力的司法審查當作後盾，行政機關必能謹遵程序規範，且有機會誘發行政機關積極主動，我國的法制就是因為欠缺實施司法監督的條件，所以監督效果不彰。

故本文第陸章先確立我國適合朝向「有利於司法審查」的程序監督著手來改善對法規之監督，次從美國經驗之回顧學習到朝向「有利於司法審查」之程序監督之方法，並認為美國的經驗值得我國參考，但非全部，僅有「環境時期」的某些發展值得我國借鏡。接下來則以「有利司法審查」的程序監督觀點，以及美國經驗之啟發，具體檢討第五章提出懸而未決的問題，在現行法下以及修法個別需要注意的狀況及問題。最後本文提出對「司法機關對『程序』態度」之觀察，認為無論是法院或是司法院大法官，其「程序意識」已經萌芽，若我國確定走向「有利司法審查」的程序監督，現在或許是給予司法機關得以進行程序審查的最佳修法契機，應好好把握，期待藉由法院發展具我國特色的監督機制。

第柒章則是本文之結論。

第貳章 法規之監督模式與其訂定程序之理論基礎

法規命令之監督模式，談的其實就是如何對法規命令進行控制、監督。世界各國對於法規命令之監督控制，略有不同，但大多以實體監督及程序監督交錯混合使用，並輔以司法審查機制，以求達到最好之效果，而「訂定程序」只是其中一種監督的方法。

本章先就各種可能的控制模式作一簡略概要的介紹，之後特別談及德國及美國對於立法權以及其法律制定權之傳統及想法，因我國的法規命令以及傳統對法規命令控制監督的法律保留、法律優位及授權明確性等問題，主要都是繼受於德國法的思考模式，然而我國行政程序法中的法規命令訂定程序，卻又是參考美國行政程序法而制定，代表的是另一種對法規命令的控制監督模式。因此我國法規命令及其訂定程序，係兼具德國法及美國法之思考在內，故有將兩者併陳說明之必要。但是究竟我國適合何者，尚未有定論，因為從德國以及美國同時比較之結果可以發現，監督之重點不在於監督模式的多寡，而在於如何進行「有效」的監督，而有效的監督並無一定標準。最後提出監督模式間的「互易」，認為程序監督比較適合現代社會需求，若應加強程序監督則放寬實體監督，兩者間可有某程度的互易，方符合民主原則及權力分立原則要求下對「訂定程序」的制度設計。

一、法規之監督模式

比較各國對法規命令之監督模式，大致可分為從實體內容控制的監督，以及從程序面向控制的監督。對於實體以及程序監督之優缺點，也已經有許多學者著文論述。本文雖不免俗提及相同的優缺點，然而試圖把「比較容易讓法院得以進行實質審查」的觀點提出，並確立司法審查（及司法監督）之功能及其重要性，提出程序監督是司法審查比較容易發揮功能的模式的觀點。然而我國應該採取何種監督模式，並沒有一定標準，必須留待本文後幾章之討論方有結論。

（一）司法監督—各種法規監督模式的把關者

司法監督從權限發動的角度來看是屬於被動型的監督模式，與立法權及行政權積極主動的制定、適用法律不同。雖然司法監督僅屬眾多監督模式之一，其角

色卻不容忽視，蓋行政監督或立法監督多少具有政策性的利益考量，然而司法機關卻只能在法規範整體架構下為合法性的監督，且無論是下述之實體監督或是程序監督、是立法監督或行政自我監督，這些實體或程序要件，發生爭議時，幾乎必須由法院來審查，執行最後一道監督—無論是採何種監督，司法機關都參與其中，其權力之重要，自不待言。美國行政程序法明文規定法院得對法規（即我國法規命令）訂定程序進行審查，正是明確表達國會對於司法審查作為監督行政立法行為一環之重視。蓋若無司法機關作最後效力之審查，空有其他監督機制，對於行政機關根本無嚇阻作用。

1、司法審查的正當性

司法審查之正當性其實源自於吾人一般認為，在民主國家基於主權在民原則，至少應該實施「代議民主」（representative democracy），國家統治權力最終必須獲得被統治者即人民之同意，始具有正當性。司法機關不具有民意基礎，又受任期制度及身份之保障，不受政治壓力，何以其所為之決定可以推翻具有民意基礎、定期改選之國會所作之決定？由於司法權並不具有民意基礎，先即天上具有此反多數決困境（counter-majoritarian difficulty）。²⁴為了解決司法審查的抗多數決困境，學者 John Ely 提出代議補強理論（representation-reinforcing theory），²⁵學者 Bruce Ackerman 則提出二元民主理論（dualist democracy），²⁶嘗試解決。不過司法審查之正當性其係針對法律進行違憲審查之情況，而本文所討論者係法規，對於司法介入審查法規之正當性，其焦點似可淡化；既司法權基於前述二種理論，本可就法律進行審查，何況是法規？惟因司法權仍具有反多數決、被動、

²⁴湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探〉，收錄於氏著《權力分立新論卷二》，2005年4月，初版，頁8。

²⁵JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980). 「代議補強理論」是採取學者湯德宗之翻譯，見湯德宗，同前揭註24文，頁14；學者葉俊榮則翻為「代表性強化」，見葉俊榮，〈行政命令〉，收錄於翁岳生編《行政法（上）》，2006年10月，三版，頁459。該理論主要認為司法權之正當性在於補充國會在代議制度運行下代表性不足或不健全之缺憾，只有在民主政治失靈時才需介入，因此，司法審查之介入，目的在促成維護更好的代議民主政治，不但非對抗多數決，反而是要幫助多數決定及代議民主，詳參林子儀等，同前揭註21書，頁129。不同意見認為，Ely承認司法審查之「反民主」原罪，參湯德宗，同前揭註24文，頁25，註63。

²⁶Bruce Ackerman認為美國憲法有兩種民主決定，由兩種不同軌道分別進行，其一為在憲法時刻下所作的憲法決定；其二為由人民選出的代議士在日常立法所作的尋常政治決定（即普通立法）。普通立法不應牴觸需動員人民、經繁複程序才能作成的憲法決定，違憲審查之任務由此而來，故違憲審查非但無對抗多數決，反而是對抗代議士以「普通立法」侵害憲法的守護者。見湯德宗，同前揭註24文，頁26。

資源少等性質，再者，法規是抽象規範，與具體案件涉及人民權力救濟性質不同，若能從立法權處獲得更強的正當性基礎，則其介入審查法規命令當然更具正當性，亦即，國會立法授權司法權審查法規，僅在補強司法權審查之正當性，而非司法權獲得審查法規之正當性的來源。欲審查法規命令，通常必須有更強的正當性基礎，亦即得到國會的授權²⁷

舉例來說，美國行政程序法規定當事人得直接對法規之違法提起司法審查，不過美國學界有認為需在個別法律中有特別規定，司法機關方得直接審查法規。由於美國法律大部分都有對司法審查部分另為具體規定，故實務上爭議較少。²⁸

然而無論是一般立法規定，或於個別法律另為具體規定，司法權依前述理論本即有審查之正當性，是否於個別法律另為具體規定，只是正當性強弱的不同。惟對於司法機關得否對法規命令進行審查，實際上似仍繫於國會之立法，即便只是一般立法，至少也強化了司法得介入審查之正當性。²⁹

2、司法監督之功能

(1) 確保功能

司法機關在行政法領域扮演之角色有二：其一為確保其他政府部門，其所為之行違憲於憲法所設之範圍內；其二為確保行政行為，尤其是裁量行為，侷限於國會所設定之範圍內。³⁰前述監督機制，必須要有運作良好的司法審查機制作為後盾，方有可能實現。

(2) 誘導功能

司法審查之態度一直是行政、立法對於行政立法行為態度及作法的參考指標，³¹例如，法院若採取嚴格標準，行政機關為了能通過審查，於訂定程過程中必如履薄冰，不敢有任何輕疏，若法院採取放任的寬鬆標準，行政機關自然慢不在乎，隨便走完程序交差。當然如果法院採取嚴格標準，立法也會參考法院之態

²⁷葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 459-460。

²⁸葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 459。

²⁹「他（指法官）自己就可以透過他在方法論上適用法律的正確性，正當化他的決定。」程明修，《憲法基礎理論與國家組織》，2006 年 10 月，一版，頁 180。

³⁰葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 458。

³¹葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 463。

度來訂定寬或嚴的授權標準。雖然司法權之發動不若立法與行政主動，然而其卻有可牽動二者之影響力。

(3) 間接影響決策

由於法院行使審查權力，或多或少產生上述嚇阻以及誘導行政的作用，常使行政機關以「為了通過司法審查」為目標來決定程序應該如何進行，間接影響行政機關的決策，其影響力不可謂不大。故應該如何設計良好的司法監督機制，讓司法監督發揮其最大功能，又不流於形同指導行政、影響行政決策，將是選擇以何種監督模式來作為主要監督行政立法行為，所要考量的重要因素。

(二) 實體監督

1、以「授權」為核心的實體監督

實體監督指的是從法規之實質內容進行監督，主要是從國會制定法律時著手，國會在授權行政機關訂定法規之條款，必須明訂授權之目的、內容及範圍。法院審查時之重點則在於檢查行政機關訂定之法規是否有得到國會授權、是否為國會授權之有權訂定機關、法規之內容是否抵觸上位規範以及法規之訂定是否有逾越母法授權之目的、內容及範圍。³²

2、實體監督之缺陷

時至今日，實體監督產生下列幾項為人所詬病之缺點，導致有愈來愈多程序導向之監督欲取而代之。

(1) 授權明確性原則不明確

究竟應該授權到何種程度方為明確？學界及實務界提出多種不同標準，試圖把「授權明確性原則」弄得稍微明確一點，然而每逢遇到實際案例總有使不上力之感。對於司法機關而言，授權明確性是法院審查法規是否有違反或逾越母法之授權之前提，若此必須先行確定的前提，就已充滿爭議性且非常「不確定」，法院又如何依照非常不確定的授權內容、範圍繼續往下審查？

³²吳庚，《行政法之理論與實用》，2004年8月，增訂八版，頁290-295；葉俊榮，同前揭註25文，頁408。

(2) 專業度不足之疑慮

假設某一母法授權已經非常明確，完全沒有爭議，那麼，法院開始審查法規所訂定的內容以及其範圍，是否有逾越該母法之授權時會發現，對於涉及高度專業知識之內容有難以進入的門檻，更別說要從中釐清哪一項內容不在法律授權之內容，或者是否有超出法律授權範圍。

專業性的問題也同樣發生在立法者身上。二十一世紀政府面臨的是不斷增長變化的國家任務，立法者需要處理各種不同類型領域的專業問題，但也同樣面臨欠缺專門知識的困境，立法者實際上根本不知從何授權起，遑論應該規定到何種內容或範圍才不致過於寬泛或失於僵化。在欠缺專業背景知識之加持下，立法者即便做出了授權，實質上還是相當空泛，形同空白授權。³³

(3) 授權之控制力與正當性不足

行政機關從事「訂定法規」，實際上乃是作一個「政策決定行為」，並非只是一個「執行行為」。³⁴而政策決定，必然牽涉政治上的利害權衡，涉及價值取捨之問題，不單純只是科學的決定。³⁵而在傳統「輸送帶模式」的民主原則下，行政機關不具有直接民意基礎，其行政之正當性來自於國會授權——不過這當然是在國會可以實質監督行政機關之情況下。當立法機關實際上無法以「授權」為行政立法行為作有效的監督時，行政之正當性何在？如何能作成此涉及眾多價值間取捨問題之重大決策？再者，傳統的授權模式下，行政機關並無義務聆聽任何人之意見，即便有部分產官學界受邀表示意見，也是由行政機關自行選擇，可能使某些利益團體佔據發聲管道，相對壓迫其他利益團體的聲音，造成「代表不足」(under representative) 之不公現象。³⁶

(4) 授權難以因應龐雜迅速變遷之國家任務

現在國家任務龐雜社會變遷迅速，立法者不可能於制定法律時預測所有應進行規範之法律事件，需要借重行政機關迅速彈性之優勢，若授權過於狹窄，行政

³³SUSAN ROSE-ACKERMAN, CONTROLLING ENVIRONMENTAL POLICY: THE LIMITS OF PUBLIC LAW IN GERMANY AND THE UNITED STATES 11 (1995).

³⁴See *id.* at 9-12.

³⁵See *id.* at 121-25.

³⁶Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1671-1676 (1975).

機關無法因事制宜迅速回應社會，最終受害者還是人民，若因此空白授權，又過於放任行政機關。因此光靠授權實不足以因應時代進步社會變化所帶來的衝擊。

(5) 司法審查實體內容之正當性問題

法官除了面臨前述模糊的授權明確性原則以及專業不足的問題外，還有司法本身審查其他具有民意基礎機關所作成的決定的正當性問題。表現在下面幾種情況：一，若授權明確，行政機關之決策有來自國會授予之正當性，法院如何去審查或推翻代表全國人民意志之國會所作成的政策決定？二，若授權不明確，國會僅寬泛授權，然而國會本有自己的事後監督機制（例如否決權）可以使用，若國會不願意去行使，法院何苦認為國會授權不明確而宣告法規違憲？³⁷

(三) 程序監督

程序監督則不介入法規實體內容，單純就法規從開始訂定到發布必須踐行的程序面向來著手。主要還是由國會立法規範行政機關訂定法規時應踐行的程序，立法例上除了有一般性的程序規範外，如美國行政程序法、我國中央法規標準法及行政程序法，國會有時也會針對不同規範領域在個別立法中制定特別應踐行的程序，例如我國很多法規當中規定的「送上級核定」或「會商」皆為適例。法院審查的重點在檢查行政機關是否有踐行國會制定的法規訂定程序，不涉及實體內容審查。

1、以權力部門區分之程序監督模式

以下不管是各個權力部門間的監督模式，或是在同一個權力部門中的監督模式，所有的監督模式都不互相排斥。這些監督模式都是在現實制度運作中產生，分散於各法律領域，不能完全窮盡，故以下僅對常見的幾種監督模式作簡單介紹，用意在於對行政立法程序監督的方式先有概略性的了解。

³⁷參考楊智傑，〈授權明確性原則之法理分析與經濟分析〉，《憲政時代》，第 28 卷第 2 期，2002 年 10 月，頁 19-37。

(1) 國會監督³⁸

A、事前監督

指的是立法權雖然由法律明確授權予行政機關訂定法規，藉由對授權之目的、內容及範圍來達到對行政機關之監督，然而在法規「生效前」，立法權另可以透過法律制定相關程序來強化其監督，具有預防性質，故稱為「事前監督」。事前的監督機制可以立法介入之深淺分為兩種模式，詳如下述。

(A) 保留同意權

指立法權在授權之母法中規定法規在公布前需先送置立法院得其同意，始得公布或生效。³⁹若違反此規定，法規命令不因發布而生效。此種事前之預防機制最能達到監督效果，控制最強的模式，通常會在立法院延滯許久，若需求時效性或急迫性之法規命令，並不適合採用此種監督模式。

(B) 保留聽證權

指立法權在授權之母法中規定法規命令非經國會聽證之程序不得公布，⁴⁰若違反，因牴觸母法而屬自始無效。此聽取立法機關之意見，不具拘束性，僅屬立法建議，⁴¹行政機關不必然遵守。

B、事後監督

指立法權介入法規命令之時點是在法規命令「生效後」，故稱為「事後監督」。立法院此時所發動之監督，亦可以控制強度分為以下二種。

(A) 保留廢止請求權

指立法者於授權之母法中規定行政機關有義務將法規命令於公布生效後送

³⁸以下主要參考學者許宗力〈論國會對行政命令之監督〉文中提到之四種國會監督，參許宗力，〈論國會對行政命令之監督〉，收錄於氏著《法與國家權力》，1999年10月，初版，頁269-300。另外還有如「立法逕行修改法規命令」之監督模式，詳見李介民，〈經由立法機關逕行修改法規命令問題之研究〉，《東海大學法學研究》，第20期，2004年6月，頁1-37。

³⁹許宗力，同前註文，頁275。

⁴⁰李惠宗，《行政法要義》，2007年2月，三版，頁422。

⁴¹許宗力，同前揭註38文，頁279。

置國會審查，國會保留嗣後請求行政機關廢棄命令之權。⁴²此權力具相當大破壞力，特別是因為法規命令已經對外發生效力，若任由立法機關隨時廢棄，必影響法之安定性，因此為保障人權，必須限制立法機關行使此種權限之「期限」，期限過後立法機關則失去此種請求權。⁴³我國的中央法規標準法第 7 條⁴⁴與立法院職權行使法第 60 條第 1 項⁴⁵，即屬廢止請求權之通案規定。⁴⁶

(B) 單純課予送置義務

此種模式是立法監督當中控制力最薄弱之方式，僅責令行政機關必須在法規命令公布生效後，將該法規送達立法院，使立法院知悉即可，並不對法規命令之合法性作審查。我國立法院對法規命令之監督，原採「單純送置義務」，民國 88 年立法院職權行使法通過後，依該法第 60 條，⁴⁷已改採保留廢止請求權模式。⁴⁸

C、過程中之監督⁴⁹

立法機關也可以透過制定法律，對法規命令在「行政機關訂定過程中」的程序加以監督，除一般性的通則規定外，亦可在個別法律中額外規定應踐行的程序。⁵⁰例如美國管制彈性法要求行政機關訂定相關命令時，必須評估對中小企業可能帶來的衝擊，並要求提出替代方案，即為適例。此「過程中之監督」強調在行政機關形成決策、作成決定的過程中給予種種程序上之要求，以達監督行政機

⁴²許宗力，同前揭註 38 文，頁 277。

⁴³許宗力，同前揭註 38 文，頁 278。

⁴⁴中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」

⁴⁵立法院職權行使法第 60 條規定：「(第 1 項)各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。(第 2 項)出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有十五人以上連署或附議，即交付有關委員會審查。」(99 年 6 月 15 日修正公布版本)

⁴⁶葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 431-432。關於中央法規標準法第 7 條從送置義務監督模式轉換為事後廢止權的監督模式，可參黃昭元，〈國會改革五法簡介〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 1 期，1999 年 4 月，頁 182、184；李惠宗，同前揭註 40 書，頁 422。

⁴⁷民國 88 年通過之立法院職權行使法第 60 條規定：「(第 1 項)各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。(第 2 項)出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有三十人以上連署或附議，即交付有關委員會審查」，是規定 30 人；96 年 12 月 19 日修正為十五人，為現行規定。

⁴⁸李惠宗，同前揭註 40 書，頁 422。

⁴⁹「過程中之監督」，是本文參考前述國會監督「事前」、「事後」之區分而創之名稱，學者葉俊榮則是以「制定相關行政程序法制」稱之，詳參葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 432。

⁵⁰葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 432。

關之效，為本文之重點。

(2) 行政監督

A、法律規定會商或會同其他機關

此種監督類型係因其他機關所執掌之行政任務，與法規命令所欲達成的任務，兩者之間具有一定的關連性，故有此規定。會有此種監督要求的法規命令通常是涉及較複雜的行政任務，其執行也涉及較多相關機關的職權，⁵¹例如環境影響評估法第 5 條第 1 項規定「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：一、工廠之設立及工業區之開發。二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。三、土石採取及探礦、採礦。四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。五、農、林、漁、牧地之開發利用。六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。七、文教、醫療建設之開發。八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。九、環境保護工程之興建。十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。十一、其他經中央主管機關公告者。」，幾乎涉及所有行政院轄下各部會機關，故該條第 2 項即規定：「前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查。」。

B、法律規定應經上級核定或備查

此種監督手段目的在使法規命令得受到上級機關之指揮監督，強化行政自我控制，借重上級機關之專業能力，提高法規命令內容之正確性。⁵²上級機關介入法規命令訂定之方式有二，其一為「核定」，上級機關可以介入該法規命令之決策與訂定，例如環境影響評估法第 3 條第 3 項即規定中央主管機關(環境保護署)所設之環境影響評估審查委員會「其組織規程，由行政院環境保護署擬訂，報請行政院核定後發布之。」其二為密度較低、上級機關無法介入訂定之「備查」，其訂定權仍專屬於主管機關。

⁵¹葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 442。

⁵²葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 442；廖元豪，〈論建立「法規命令預先公告程序」制度之必要性〉，《經社法制論叢》，第 22 期，1998 年 7 月，頁 187。

C、法律直接授權上級機關訂定

此種將法規命令之訂定直接交由上級機關者，亦屬多見，⁵³其法規命令所涉任務多為爭議大、需要多方協調等，或者是屬於下級機關的組織或程序等，⁵⁴目的在於獲得較全盤之考量，在實務上，通常由下級機關先擬草案，再送請上級機關決定。⁵⁵

2、程序監督之功能

由於實體監督之眾多缺點，有認為應朝向程序監督進行，透過程序制度的設計來解決授權問題所產生的問題，並以程序理性來取代實體上的正確性。而程序監督若設計得當，特別是前述的「過程中之監督」，確實有以下幾項功能，可以解決實體監督所帶來的缺失：

(1) 落實法治：依「法」行政包括程序法

誠如前述，一方面，行政機關之政策決定，大多不是是非問題，而是價值取舍問題，例如在「認定範圍」中，究竟哪些地方、地形需要納入，又多少面積之範圍內需要強制進行評估，背後代表的是眾多的利益與環境價值的拉鋸戰，並沒有唯一的答案。過去談依法行政原則，皆以「實體法」作為行政行為是否合法之判斷基礎，重視政策決定之「結果正確性」。此種政策決定模式已無法滿足牽涉環境、生命價值之政策議題，最佳之方式是在過程中讓各種價值相互折衝，尋求一個妥協後的結果，此結果與正確與否無涉，只是吾人在眾多選項中經過程序理性所篩選出較被接受的結果。⁵⁶另一方面，也因為今日之科際發展、社會狀況瞬息萬變，⁵⁷若為了控制行政機關之立法活動，一味在授權行政機關訂定法規命令之源頭——亦即授權母法層面——定下過嚴之標準，很容易造成法律與現實之落差，

⁵³葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 443。

⁵⁴葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 443。

⁵⁵葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 443。

⁵⁶「對於兼具專業技術與高度政治性的命令訂定行為，在多元社會中本就無法強求『正確』或『標準』的答案，而僅能從程序下手，強化決策的『程序理性』，使各種價值、利益在適當的參與程序中得到調和。」詳參廖元豪，〈行政程序法命令訂定程序之研究〉，《華岡法粹》，第 27 期，1999 年 12 月，頁 314；See Stewart, *supra* note 36, at 1750-60.

⁵⁷例如民國 100 年 5 月爆發塑化劑風暴，不肖廠商將塑化劑摻入添加入食品的起雲劑，分別掌管毒性化學物質及食品之主管機關環保署及衛生署必須立刻針對事件回應。這些都是當初立法時無法預想之真實情況。

行政機關將失去適應瞬息萬變社會之彈性與機動性。從另一個角度看，立法者欲透過授權明確性對行政機關訂定之法規命令內容作實體上的監督，也確實有其困難度。因此以「程序控制」行政機關之立法活動，要求行政機關落實法定程序，是另一種較可行的選擇。若以法律層級制定法規命令訂定程序，依「法」行政所指之「法」，除了實體法外，也擴張到「程序法」，⁵⁸行政機關必須依照此「法定程序」訂定法規命令，否則即屬違反依法行政原則。如此一來，不但使行政的合法性受更嚴格之監督，也使依法行政原則之內涵有了新的風貌。

(2) 深化民主

建立法規命令訂定程序，特別是在程序中納入事前性質的「預告程序」，將所欲訂定的草案內容等重要資訊，提供給一般民眾充分知悉，並給予表達意見之機會，以確保這些意見有被政府機關「看到」甚至是「採納」。因此，此種制度設計在下列三方面可以確保民主價值的體現：

59

第一，從行政機關之角度而言，可強化行政決策之正當性。在日新月異的時代，輸送帶模式之授權母法無法鉅細靡遺地規範所有事項，因此，行政機關實際上擁有非常大的實質決策權，傳統輸送帶模式之正當性基礎已不足以使行政機關之決策正當化，必須從其他地方找尋新的正當化權源。法規命令訂定程序正好可以藉其制度上民眾參與之引入，廣徵民意，讓人民在行政機關作決策之階段能有「直接」的參與，補足行政決策正當性之不足。

第二，從人民參與政治之角度而言，可以強化民眾之參與決策。例如過去在台灣歷經四十餘年的威權統治之政治脈絡下，政府公信力低落，代議制度不足以使人民信服，政府經常遭人民質疑「決策不公」。此時若能給予人民直接參與政策形成、表示意見並進行辯論之機會，以直接民主的方式反映民意，不但能消弭人民對政府之不信任，也可以從各方利益考量決策之面向。法規命令訂定程序之制度設計，便是讓利害關係人得直接參與討論公共決策，影響政府之選擇。由於最後作成之決策是公意之反應而非政府恣意之決定，故其內容較能周全公平。

第三，是利益與價值之權衡。大部分的行政決定，都涉及價值之選擇與利益

⁵⁸湯德宗，〈行政立法之監督〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003年10月，二版，頁213。

⁵⁹關於法規命令訂定程序制度設計之三方面體現係參考自廖元豪，同前揭註52文，頁171-173。

之分配，必須藉由行政機關的利益權衡程序，方能作成可被接受之決定。⁶⁰而法規命令訂定程序正是具有利益權衡功能的決策程序，可以將各種利益、聲音納入考量，因此應該盡量擴大法規命令訂定程序之利益代表性，以促進實質社會公平。⁶¹

(3) 保障人權

法規命令本身不直接發生個案的效力，其影響個人之權利義務必須透過行政機關依該法規命令作成行政處分，也因此個人無從單就法規命令影響其權利而提起行政爭訟。然而行政處分係直接影響人民權益之行政行為，而法規命令是間接影響，法規命令是作成行政處分之前提，從較廣的角度來看，其實都影響了人民的權利，因此人民若能從事後消極的防禦，例如針對不服之行政處分提出訴訟，提升為事前積極的預防，例如參與程法規命令之作成，對於人民權利之保障勢必更為提昇。例如，參與法規命令訂定過程，使人民提早知悉「法」之存在，有機會在程序前階段儘早地參與形成法規之內容，人民也更有能力保障自己的實體權利。此外，從前述提高司法審查之可能性及有效性之角度來看，人民在事後之權利救濟也更有保障。

回到本論文第壹章所提出之問題，環境影響評估法以及「認定標準」已將開發行為直接劃歸為「應進行環評」及「無須環評」兩類，無須進行環評者，完全不必踐行環境影響評估法規定之程序，那麼至少在訂定或修訂「認定標準」時應該要給予民眾參與及意見表達之機會，讓一般民眾或環保團體得就最前端之認定標準有最起碼的參與。

(4) 增進行政效率

要求行政機關踐行法定程序，乍看確實與行政效率之追求背道而馳，惟宏觀觀之，此制度若能妥善運用，長期及整體而言，必將使行政效率提昇。

首先，程序之制定，將可使立法授權之嚴密程度適度下降，因該程序要求人民參與以及行政機關之說理義務，已經對行政機關之命令訂定之決策行為做出相當多的限制，行政機關濫權之機會大幅降低，而此種「程序規制與其他監督方式

⁶⁰See ROSE-ACKERMAN, *supra* note 34, at 121-26.

⁶¹廖元豪，同前揭註 52 文，頁 173。

間，……似存在一種『互易』(trade-off)關係。易言之，如有其他嚴密而有效之監督方式，例如嚴格地限制立法(對行政)之授權，則行政程序法所定程序監督之意義勢將減少」⁶²，反之，若程序規制為較嚴密又有效之方式，嚴格地限制立法對行政之授權，也似無必要。其原因正是踐行程序後，行政決策所獲得之正當性，並不比從立法授權獲得之正當性來得低，兩者可作相當程度的互易。⁶³既然程序之監控模式較能適應現代瞬息萬變的社會狀況，且其監督程度亦不亞於其他方式之監督(如立法授權之監督)，不如在實體上給予行政機關較大的命令訂定空間，毋須苛求一切事務都必須由立法者作政策決定。否則法院為維繫權力分立與民主正當性，審查法規命令時勢必將政策決定之責任及權力推往立法者，為了避免司法在「正當性」與「效率」間做出零和的決定，程序之建制，正可保有對行政機關決策之控制，又可以維持行政效率。

第二，許多抗爭係因缺乏管道、人民無從發聲所導致。訂定程序之建立若能擴大民眾參與意見之管道，充分接受來自社會多元的意見，使政府決策透明化，民眾藉著參與加強對政府之監督，一方面也因為程序透明公開，資訊更充分，使人民更有監督政府之能力。體制內提供之管道滿足人民需求，體制外的抗爭自然減少；人民獲得充分的事前參與，事後提起救濟的情況也會減少。因此長期而言，把社會力納入決策管道，反而可以增加公共政策的確定性以及行政效率。

(5) 強化司法監督

A、司法進行實體監督的窘境

我國通說雖認為法院可附帶性的審查行政命令之合法性，司法院大法官也針對法規命令之合憲性為抽象審查，⁶⁴然而法院實際上很難就法規命令之內容去作實質認定；即便為實體審查，也會落入司法抗多數決的困境：亦即，法院囿於專業性，可能無法實質地審查法規命令之內容，此種情況形同一味尊重行政裁量，對行政機關毫無嚇阻之效力可言；若法院深入實體審查，又會被冠上干涉實

⁶²湯德宗，同前揭註 12 文，頁 323。

⁶³廖元豪，同前揭註 52 文，頁 179。該文章中舉美國為例，認為美國行政程序法之制定，基本上是體認到「嚴苛的『不授權原則』(Non-delegation，相當於德國之『授權明確性原則』)不足以因應新時代的變化後，在各種監控行政權的構想中互相爭論，所達成的妥協結果」。

⁶⁴翁岳生，〈論命令違法之審查〉，收錄於氏著《行政法與現代法治國家》，1990 年 9 月，十一版，頁 109 以下。

體決策之罵名，動輒得咎，如此一來，目的在落實法治原則⁶⁵以及權力分立原則之司法監督機制則毫無作用。誠如前述，司法監督是作為大部分監督機制的最後把關者，若司法機關的審查效力如此薄弱，其餘的監督機制也形同具文，因此有必要以其他方法來強化司法監督。

B、程序審查化解實體審查的窘境

程序審查有以下兩項優點利於司法機關對法規命令作實質審查卻可同時避免實體審查時的窘境：其一，程序審查是司法機關之專業，法院從事此種審查應可駕輕就熟；⁶⁶正如前所述，法官依法審判，若立法機關已立法定法定程序，法官只要檢視行政機關於訂定法規命令時是否有踐行法定程序，因為法定要件清楚明白，法院進行審理也較得心應手。其二，因為已經有程序審查為行政機關之行為作把關，司法機關無須進行實體審查，避免以實體瑕疵宣告法規命令之效力，脫離上述「應該監督卻無法進行有效監督、真正進行監督後又有正當性的疑慮，做與不做都惹一身腥」的尷尬狀況。

在立法例上有特別要求行政機關在訂定法規命令時應踐行「預告程序」以及「針對利害關係人所表示之意見之回應、充分說明理由」等程序制定的設計，都在將過去實體審查模式，轉換為程序審查，從程序面切入審查，法院毋須鑽研其所不了解之實體事項，僅針對法規命令是否有遵照法定程序要件作審查即可，相較於實體審查，程序審查對法院而言較得心應手，此外也可使法院跳脫「干預行政決定」之罵名；此外，要求行政機關踐行某程度的「說理回應義務」，除了本身是程序要件、有助法官審理外，此種意見交換之論理過程，若呈現於法庭當作審理資料，也有助於法官深入了解系爭專業領域，決定系爭法規命令合理與否，⁶⁷法院對此也能發揮相當的控制功能，使行政決策具備最低限度的合理性。⁶⁸良好的程序設計，可以使司法審查突破過去無法審查法規命令之窘境。

（四）比較法之分析—德國與美國的監督模式

介紹完上述各種可能的監督模式以及可能之缺陷後，以下本文欲以外國法制

⁶⁵其中一項要求就是行政行為之合法性必須受到司法審查。

⁶⁶See ELY, *Supra* note 25, at 73-75, 105-16.

⁶⁷廖元豪，同前揭註 52 文，頁 176。

⁶⁸Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29, 61-62 (1985).

為例說明，雖然有上述眾多監督模式，惟各國不一定均採之，每個國家借重的監督模式也不盡相同，並無一定標準。選擇德國以及美國作為比較法之對象，原因不外乎是該兩國所器重之監督模式剛好不同，德國重視以實體監督，美國則側重程序監督，適可作為上述兩大監督模式之代表，也正好說明採取何種監督模式端視各國之傳統、習慣或其他因素、理由，並無一定，此為其一。其二，我國傳統對法規命令控制監督的法律保留、法律優位及授權明確性等問題，主要都是繼受於德國法的思考模式，深受德國法影響，明顯著重實體監督模式；然而我國於民國 88 年公布、90 年開始施行之行政程序法，立法目的即揭橥以程序為重，更於法規命令章節引進美國法制之程序監督，似又認為美國之程序監督值得學習，方引進之。由於德國及美國各自側重的監督模式，在各自的國家中，算是運作良好，慣於繼受他國法制的我國見獵心喜，以引進授權明確性原則又制定行政程序法的歷史面向來看，似乎想要兼採德國法及美國法之「優點」。然而本文認為，固然從歷史面向來看，我國似乎想要「兩國法制都採」，惟既然是「歷史觀點」，則表示有可能會因為時間在後的不同作法而改變現在所認為的「歷史觀點」，例如，若之後又立法、修法，可能歷史觀點又不同，故本文認為歷史觀之說法薄弱。基於此，就有討論我國「是否兼採兩國優點」的空間出現：究竟我國是否適合兩者兼採？若不適合，應該採取何種監督模式？既然，我國應該採取何種監督模式容有疑問，對於採取何種模式或應重點採擇何種模式，尚處於混沌不明階段，那麼就有必要先對我國現行法制兼採並且想要學習模仿的對象——德國、美國——作了解：為何採取某種監督模式？採取某模式的背後思考為何？俾作為我國之參考，也是作為本文後面幾章論述的重要基礎。

1、德國法對於法規之監督

(1) 以立法權為核心的傳統

根據傳統的法治國理念，法律是為了保護人民之自由及權利免於受行政機關之侵害，由立法者制定，用來制衡行政權力之利器。當政府欲侵害人民之自由權利時，必須有國會制定之法律作為政府侵害之依據，也就是說，如果行政機關行為會侵害人民的自由或是權利，必須要獲得國會的同意，國會制定的法律成為一道國家權力與人民之間的保護牆。因此，才會導出法治國原則底下用以拘束行政權藉以保障人民自由權利之「法律優位」、「法律保留」兩大原則。

典型德國之法學方法論對於「法治國」中所謂的「法」，認為應具有一般性、

抽象性的特徵，目的在於建立可預見且普遍適用的法規體系，⁶⁹此種抽象適用於一般性事件之「法」體系，則必須由負責確保人民自由權利之立法者來制定，其他權力機關必須依照立法者所制定之抽象一般性的「法」體系來適用，於具體個案中解決問題。從德國傳統法學方法論可明顯看出，其將立法權定位為「法制定」，司法權及行政權則純粹的「法適用」。⁷⁰由此可知，德國之立法權於「法制定」有優勢地位，為其他權力部門不可侵犯之權力，其終極目標就是將所有國家公權力之發動都納入一個客觀、普遍、可預測的法體系，避免在此過程中有任何主觀之侵入，藉此確保個人之自由權利不受到國家公權力之侵害。因此德國基本觀念是認為：立法機關所制定之法律，最能保障人民免於受國家侵害，法律是用來保障人民，而不是用來侵犯人民的依據。從這個觀點來切入法治國原則底下的次原則「權力分立」，更可以發現，德國對於前端「法」概念的理解，已經順便將法治國原則底下之權利分立原則釐清，亦即清楚劃清立法權與行政權、司法權間之權限分際。

從上述德國對傳統法治國之觀念的歷史脈絡來看，立法權擁有法制定權，並不是因為國會係由人民選舉，足以表彰人民之意志，所以其所制定之法律，形同人民自己所制定而必須受其拘束。可以說，一開始立法機關及其法律制定權與「民主」之連結是非常薄弱的。然而在憲政體制漸走向議會民主之趨勢下，立法機關及其法律制定權與民主的關係也更加強烈，第二次世界大戰之後，德國基本法採納議會民主的規範架構，奠定立法權為傳輸國民意志、反應公權力民主正當性之基礎具體形塑國會實現民主的任務及功能。

德國基本法意義下的民主原則，不是只強調形式上國家的決策是否由人民直接選出的機關所作成，而更強調實質上國家決策是否必須由「有能力實現民主理念」的機關作成，⁷¹亦即，議會民主制中的國會之所以可以凌駕於其他權力部門而擁有民主優位，係因國會具有相較於其他公權力更佳的民主意志形成能力。⁷²而立法與行政間原本處於「對抗」之關係，也隨著基本法已明文將實現民主意志

⁶⁹黃舒芃，《法規命令》，2011年3月，初版，頁12。

⁷⁰「法制定」及「法適用」之用語來自學者黃舒芃，〈憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質〉，《政大法學評論》，第81期，2004年10月，頁51-110。

⁷¹黃舒芃，同前揭註69書，頁15。

⁷²黃舒芃，同前揭註69書，頁15。

之任務及功能交予國會實踐，轉變為「合作」關係，進而強調「行政合法性」。⁷³亦即，議會民主中的行政權不再具有威權性質，必須遵照代表國民全體之國會意志行事，否則將違反法治國及議會民主之要求。由基本法建構出的民主法治國架構，也變成建立行政法體系的基點，民主法治國的要求，就是要確保行政權發動的合法性，不但要求個人自由不受行政權恣意侵害，還必須體現國民之意志。

由上可知，在德國憲政體制下立法權才是形塑法體系之權力部門，行政權必須依從於立法權之下，行政權力之發動必須跟隨立法部門之腳步，其行動根據就是國會所制定之法律，此即為依法行政原則。就此衍生出消極的依法行政即法律優位原則，以及積極依法行政即法律保留原則。

(2) 行政權及其行政立法權受法律拘束

從以上的認知，可以了解德國基本上是一個以立法權為中心的國家，對行政權之討論也多以立法權為出發點，故所謂的「依法行政」，必須依賴立法者即國會制定之法律來確保法治國籍議會民主的實現，行政權必須在法律劃出的框架下行事，不得超出法律設限以外之領域，從這點而看，行政權無論無何都不是在從事法律創造活動，而僅單純「適用法律」，以及服從於法律的意志，⁷⁴將法律意旨具體化。因此不論行政機關在將法律具體化之過程中，或多或少使用了某程度的「準立法」功能，都不超出國會法律劃設出的框架，仍以法律為前提，因此行政權之準立法功能仍無法與國會執掌的立法權相提並論。

即便行政權享有某種程度的自由形成空間，還是不能否認其自由是建構在國會法律對行政權之控制及拘束之上，否則也不會有一般耳熟能詳的「行政裁量」、「不確定法律概念」及「判斷餘地」產生。⁷⁵

(3) 法規訂定權屬於行政行為

而行政權之法規命令訂定權放到上述脈絡底下，也必須嚴守行政權力受法律拘束的先天條件。從法規命令的性質來看，其確實如同法律一般，具備抽象、一般性、對外發生效果的特徵，在功能上也分擔了立法者之任務，但是「法規命令

⁷³黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 15。

⁷⁴黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 20。

⁷⁵關於不確定法律概念及行政裁量，可參翁岳生，〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，收錄於氏著《行政法與現代法治國家》，1990 年 9 月，第十一版，頁 37-72。

是行政部門之權限」，是一種行政行為，其權限行使及其實體內容，還是要受到法律監控，並盡力達成立法目的（國民意志）。

（4）授權控制行政權之立法「功能」

法規命令雖屬一種行政行為，但不能否認其「立法」功能。隨著時代變遷，社會結構日趨複雜，科際日新月異，國家任務的膨脹及多元化，畢竟法律之制定並非一時一刻，無法面面俱到難，更不可能「預知」未來可能發生應受規範的事件，難以應付快速變遷的社會，從而國會也承認法律有其侷限性，並且進一步承認「行政立法」之必要性。

從上面的角度來看，法規命令事實上可能負擔不少立法任務，因為立法者無法預知或不打算預先底定之事務實在太多，從另一個角度來看，立法者也是有意借重行政機關優於立法者之專長，發揮一定程度的自主性。

然而「承認行政立法之必要性」看似放寬對行政權之拘束，實際上則否，承認行政立法之必要性是建立在承認法律之侷限性之上，法規命令仍僅列於「補充」法律之地位，並非「取代」法律。法規命令之發布並不足以影響由立法權為核心所建立起的民主法治國。

法規命令依舊必須承接法律規範，並以法律意旨為依歸。⁷⁶既然法規命令之實施係在分擔立法功能，補充法律之不足，一方面又必須受到法律之約束，因此在國會法律與法規命令之間，必須同時存在任務分工的合作關係以及法律對法規命令實體內容控制之緊張關係。因此法律對行政部門之「授權」，成為國會拘束行政立法最重要的工具。行政機關之所以有發布法規命令之立法空間，其實是來自立法者本身的意旨。

（5）「授權」為控制法規命令之基礎

立法者「授權」，其實包含了對行政權「權力之賦予」以及「權力之控制」，並非放任不管，反而是象徵立法者對法規命令透過「授權」貫徹其從未停止的控制。有鑑於過去威瑪憲法並未明文規範法律對法規命令之授權，導致納粹政權透

⁷⁶黃舒玓，同前揭註 69 書，頁 23。

過「授權法」之頒佈，⁷⁷摧毀法治國之基礎。第二次世界大戰後，德國基本法第 80 條第 1 項第 1 句規定，聯邦政府、聯邦部長或邦政府，得基於法律的授權，發布法規命令。第 2 句進一步規定，授權之內容、目的與範圍，必須在法律中明定。不但將法律「授權」法規命令明文定入憲法，也將授權明確性之要求一併納入，法律究竟要下放多少立法權力給行政機關行使，必須在法律中明確規定，否則，行政機關容易利用不明確之授權，實質侵犯立法者之權限，也避免立法者藉由不明確之授權，而將屬於自身的責任推卸給行政機關。⁷⁸

然而不可否認，「授權明確」之要求是否已被滿足，在具體法律制定中常有爭議，必須留待個案判斷，惟大多認為只要法律授權之內容、目的及範圍，能夠從法律整體規範意旨中推知，原則上便已符合憲法授權明確性的要求。此外，由德國聯邦憲法法院發展出的「重要性理論」，認為「愈是對基本權利持續性侵害或是限制，愈是對公眾有重大影響，愈是在社會中極具爭議複雜問題，愈應由國會親自並為較準確或詳細規定」⁷⁹，從而在愈重要的領域，對於授權明確性之要求自然也更高。

(6) 法規訂定過程之參與問題

對於在法規命令訂定過程中，各種不同形式的參與，基本法沒有一個統一的規定，最多只是在一些特定條件下，要求法規命令的制定，必須要納入其他機關的影響要素。⁸⁰例如，基本法第 80 條第 2 項規定，除聯邦法律有特別規定者外，由聯邦政府或聯邦部長所頒佈之關於聯邦郵電與通訊設施使用的原則及收費、關於使用聯邦鐵路設施的收費原則、關於建築與營運鐵路的法規命令，以及根據須經聯邦參議院同意之聯邦法律，或各邦受聯邦委託、或者當作自身事務予以執行之聯邦法律，而頒佈的法規命令，其制定均需取得聯邦參議院之同意。⁸¹

除此之外，是否必須納入第三人或其他機關之參與，視個別法律而定。而聯邦議會為了確保法規命令之實質內容受到法律監控，其實已經在法規命令的制定

⁷⁷德國於 1933 年 3 月 24 日頒佈之「授權法」，使行政部門可以不經國會而自行制定命令，致使法律與法規命令之區分瓦解，摧毀德國以國會立法為主之法秩序。轉引自，黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 27。

⁷⁸黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 28。

⁷⁹法治斌、董保城，《憲法新論》，2005 年 1 月，二版，頁 63。

⁸⁰黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 31。

⁸¹轉引自，黃舒芃，同前揭註 69 書，註 42。

過程中，發展出許多參與強度不同的方式。⁸²

(7) 零和關係的「法律授權」與「參與」？

然而上述「參與」，從德國傳統的議會民主及法治國觀點來看，應該如何被解讀？

以法治國及議會民主之基礎來看，行政機關擁有多少的立法權限以及如何來制定運用其立法權限，都必須是立法授權內容而定，藉此來判斷法規命令是否合法。法規命令是否合法，全繫於法律授權；只要形式層面符合授權之要求，法規命令就擁有法治國基礎以及議會所代表之民主正當性。⁸³也就是說，只要有國會立法授權行政機關行使立法權，行政機關就有絕對的民主正當性，不容質疑。

然而隨著時代變遷之迅速，不可否認行政機關的法規命令訂定權應具有更高的自主性，才能適時發揮其效率及專業；而立法機關是否能夠針對龐大國家事務進行預先的規範，並且適宜地授權予行政機關，進行適宜的監督控制，也愈來愈受到質疑。在此種時空背景下，浮出檯面的問題是：究竟要以更明確、具體的授權來控制監督法規命令，或是在承認授權不足以監督之前提下，尋求法律授權以外的要素，例如把第三人或其他機關之參與或其他影響放入法規命令訂定過程中？

從德國傳統對議會民主及法治國觀點來看，國會是最能夠實現民主理念的機關，且擁有完整的法制定之權力，國會透過法律授權將立法任務「託付」與行政機關，並且順便透過授權來達到「控制」行政機關執行立法者授予之立法功能，意味法規命令在此框架下的正當性，就是來自合乎「法律授權」之「合法性」，只要法規命令符合法律授權，就屬合法，就具有民主正當性。就此觀點而言，並沒有所謂「授權不足以控制、約束法規命令」的疑慮，其正當性為何，端視法律如何授權，如果法律授權寬鬆，表示立法者希望給予行政機關較寬的行政立法權限，給予較大的形成自由；若法律授權較嚴密，表示立法者希望對行政機關的行政立法權限有更多的控制。⁸⁴無論如何，這些都在「法律劃出的框架內」，只要

⁸²詳細的參與方式有聽證權的保留、同意權的保留、廢止權的保留以及法規命令修改權的保留，詳請參閱黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 32 之相關討論

⁸³黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 32-33。

⁸⁴黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 34。

符合法律授權，就不會產生正當性不足的問題。在此種以法律授權即為已足的脈絡下，唯一有問題的就是行政機關逾越法律授權，解決的方式也是加強國會對行政權之控制，並無第三人參與法規命令訂定程序（或者是民眾參與）以補足民主正當性不足之問題。⁸⁵

（8）對「法律授權」之反思

從以上脈絡可知，在德國法上討論到「參與」，其實是反映了對傳統「授權」之規範拘束功能的質疑：⁸⁶即便較傾向傳統以法律授權為監督控制法規命令為主要模式的德國，對於在法規命令訂定過程中是否應採納「其他聲音」的意見，也就是在法律授權之外，開放「參與」，也不是沒有反思的意見。這點非常值得我國參考。

2、美國對法規之監督

（1）立法權屬於國會專有？

美國聯邦憲法第 1 條規定：「本憲法所授予之立法權均屬於參議院與眾議院組成之國會。」⁸⁷然而該條是否意味所有的立法權都必須由國會行使，而完全不得授權其他機關行使？有認為美國為三權分立之國家，而聯邦憲法第 2 條規定：「行政權屬於美利堅合眾國總統……。」⁸⁸以及第 3 條規定：「合眾國之司法權，屬於最高法院及國會隨時規定並設立之下級法院……。」⁸⁹，依此設計，立法、行政及司法為三權分立，立法權專屬於國會，行政部門不具有固有的、獨立的立法權。⁹⁰不過反對者則認為，某機關被授予立法權，並不代表該機關不得將該權限授予其他機關行使，且專制之危險並不在於權力的混合，而是缺乏對權力的制衡，對於政府事務之分配應以最適合執行該項事務之機關為準，故嚴格解釋認為國會不得授權之見解理由並不充分。⁹¹不過美國起草憲法之先賢當時實難想

⁸⁵黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 34。

⁸⁶黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 33。

⁸⁷U.S. Const. art. I, §1.

⁸⁸U.S. Const. art. II, §1.

⁸⁹U.S. Const. art. III, §1.

⁹⁰此與德國相同，不同者為法國，法國憲法承認行政部門有固有之立法權，非專屬於國會，且國會只就憲法列舉之事項享有立法權，其餘事項一概屬行政部門之立法權。詳參湯德宗，同前揭註 12 文，頁 322。

⁹¹羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 50-51。

像現代行政國家之發展，故單純從憲法文本解釋或歷史解釋，均難推出「立法授權原則」自始存在。⁹²

(2) 不授權原則

美國憲法並沒有如德國基本法第 80 條之規定，明白規定立法者得將立法權限透過法律授權與行政部門行使，並且要求授權必須明確。再加上憲法明文規定立法權專屬於國會享有，因此立法部門是否可將立法權限交由行政部門行使，若可，其授權應受如何之限制，都無從知悉。美國在 1946 年行政程序法制定前，法院大多遵循所謂的「不授權原則」(non-delegation doctrine，或稱禁止授權原則)，即所謂「被授予之權力不得再委任」，⁹³認為立法機關不得與其他機關分享立法權，⁹⁴

(3) 不授權原則之彈性運用

雖然不授權原則是美國法院之基調，但是事實上國會不可能不把立法權授予行政機關行使：⁹⁵首先，國家任務龐雜，立法者力有未逮，必須將立法功能部分交由行政權行使，方能迅速有效率解決問題。其二，由於國家事務龐雜，在專業化及分殊化的時代，執行國家任務也講求專業效率，而以針對各行業領域之專業程度而言，行政機關確實擁有較立法者高之專業能力，使得立法者不得不借重行政權之專業來達成目標。其三，國會有會期限限制，無法針對社會不斷的演變作立即的處理，也無法在各例會之有限時間內中負擔龐大的工作，且國會立法必須三讀通過，程序緩不濟急。其四，有認為國會議員易受利益團體關說遊說，其制定之法律是公共利益之追求亦或滿足特定利益團體或為了自己之私益，不得而知，因此在此種情況下，行政機關反而不具有利益代表性，較能客觀追求公益。⁹⁶其五，有些國會議員不願意承擔政治責任，不願做出決策，因此行政機關對法規命令之訂定就成為政府決策的另一個選擇方式。⁹⁷

聯邦最高法院自始就對「不授權原則」採取彈性解釋，或以「授權僅限於適

⁹²陳威駿，《授權明確性原則的檢討—借鏡美國立法授權的制度經驗》，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，頁 14。

⁹³此原則來自拉丁法諺「Delegata potestas non potest delegari」。

⁹⁴Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 CONELL L. REV. 1 (1982).

⁹⁵以下參考自葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 421。

⁹⁶葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 421。

⁹⁷葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 421。

用立法意旨所必要之事實認定」，或「僅為補充與立法意旨相關之細節」為由，予以容忍。⁹⁸大致上若國會授權時定有「可理解的原則」(an intelligible principle)供行政機關遵循者，該法律就不違憲。⁹⁹

除了新政時期 1935 年的 *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*¹⁰⁰案以及 *Panama Refining Co. v. Ryan*¹⁰¹案，法院認定國會立法之空白授權條款違憲外，聯邦最高法院幾乎不曾以「授權過於寬泛」等實體上的理由宣告立法授權條款違憲。之後法院都採取非常寬鬆的標準，在 *National Broadcasting Co. v. United States*¹⁰²案甚至認為「公眾便利、利益，或需求」已經符合「可理解之標準」，不違憲。1944 年的 *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*案中，¹⁰³推翻原先認為國會在制定授權法時，必須訂出行政機關可依循之準則或標準之見解，而認為行政機關可自行訂定準則，授權法毋須事先定明。1946 年，最高法院宣稱，對前述準則或標準之放寬，是「反映國會對現代複雜的經濟及社會問題之解決」，更需要與行政機關「合作」，國會預先設立的準則，並無法概括所有未來可能發生之事實。¹⁰⁴「不授權原則」更加式微，幾乎名存實亡。¹⁰⁵

(4) 走向程序導向之機轉

從前述新政時期以後到 1940 年間最高法院對「不授權原則」過渡到形同「承認授權原則」之說法，可以發現，最高法院也承認在國家任務龐雜及社會快速變遷的今日，謹守「不授權原則」，是非常不切實際的作法，因此承認立法權必須授予行政機關行使之必然性。從這裡也可以稍微看出，當國家社會管制任務及變化快速的程度若是「授權原則」也無法因應時，則尋求其他方式之必要性又產生。

⁹⁸湯德宗，同前揭註 12 文，頁 329。

⁹⁹廖元豪，〈走自己的路—大法官「法律保留本土化」之路〉，《台灣本土法學》，第 58 期，2004 年 5 月，頁 34。

¹⁰⁰295 U.S. 495 (1935).

¹⁰¹293 U.S. 388 (1935).

¹⁰²319 U.S. 190 (1943).

¹⁰³320 U.S. 591 (1944).

¹⁰⁴羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 54。

¹⁰⁵Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. 1231, 1237-41(1994).惟近年有學者主張應回歸「禁止授權原則」或對該原則提出更細緻之省思，See DAVID SCHOENBROD, *POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION* 14-16 (1993); Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 *University of Chicago Law Review* 315, 315-317(2000); 中文之討論可參陳威駿，同前揭註 92 學位論文，頁 81-151。

另一方面，法院在放寬對國會授權明確之要求後，轉而審查行政行為，亦即以審查行政行為是否逾越國會授權範圍而無效，來控制行政立法行為，¹⁰⁶其中一項原因就是「尊重國會」，¹⁰⁷法院採取「審查行政行為」的途徑來控制行政立法行為，形同與國會合作，如此一來既尊重國會，又可以達到防止行政濫權的目的。

(5) 程序導向之控制

如上所述，管制任務龐雜，法院從寬解釋不授權原則，等同轉採授權原則，承認現代社會事務繁多，必須有行政機關之介入方能因應。¹⁰⁸即便如此，然而經過新政時期國家任務之迅速擴張，單憑「授權」也無法解決現代國家社會事務龐雜千變萬化的問題，程序導向的主張便因應而生。¹⁰⁹綜觀上述對於授權原則之質疑，有些理由與當初「由不授權原則轉採授權原則」頗有類似之處，因此可以大膽地推測，就是因為「即便改採授權原則也不足以因應龐雜國家任務，且單靠授權原則已不足以對行政立法進行有效監控」，所以一向較注重程序之美國，便開始朝向行政立法之「程序」著手，而在 1946 年行政程序法制定後，更樹立出程序導向，將對行政立法之監督控制重心放在訂定程序之監督控制，已彌補行政立法民主正當性之不足。

(6) 功能互補

行政程序法訂定以後，美國法院對於廣泛及模糊的授權容忍度更大，原因是因為法院認為若行政行為已經經歷一連串預告程序、接收意見又回應等等符合行政程序法的嚴格程序，再去要求授權，似乎不太妥當，故認為這種情況下授權不明確也無所謂。¹¹⁰此即為「功能互補」，¹¹¹或「互易」。¹¹²以致於法院在 1960 年

¹⁰⁶法院將不授權原則當作一種「解釋法律」的方法，運用合憲性解釋，先限縮國會授權範圍，進而審查系爭行政行為是否逾越國會授權範圍，例如在 *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute* (448 U.S. 607 (1980)) 案中，法院先解釋該授權之法律，認為該法律授權雖然空泛，但是從法律整體觀之，授權主管機關所訂之標準，應以防止「造成傷害之重大危險」為限，系爭行政行為逾越該法律授權範圍而被撤銷。詳參廖元豪，同前揭註 99 文，頁 35。

¹⁰⁷廖元豪，同前揭註 99 文，頁 37。

¹⁰⁸*Lichter v. United States*, 334 U.S. 742 (1948).

¹⁰⁹詳細論述見張文貞，《行政命令訂定程序的改革：多元最適程序原則的提出》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995 年，頁 93-94。

¹¹⁰楊智傑，同前揭註 37 文，頁 26-27。

¹¹¹楊智傑，同前揭註 37 文，頁 26。

¹¹²湯德宗，同前揭註 12 文，頁 323。

代至 1970 年代審查有關法規命令訂定的問題時，大多從增加程序的方向來著手。¹¹³

3、德國與美國監督模式之差異¹¹⁴

(1) 差異之原因所在

A、憲法是否明文規定

德國基本法第 80 條明文規定「授權明確性」，而美國卻無明文之規定。有無憲法明文規定造成兩國對於「授權」之重視程度不同，使兩國之授權明確性往不同方向發展。¹¹⁵德國就是因為授權明確之要求係來自憲法，當初會把授權明確性原則制定入憲，也表示該原則對德國而言相當重要，無論如何國會立法必須謹遵該原則，法院也必須審查國會是否已經遵守該憲法原則，無法任意捨棄或凍結；至於美國，就是因為憲法並無明文規定得否授權，亦無授權明確性原則之要求，而是由法院於普通法中發展而出，既然是法院發展出來的原則，其標準應該如何拿捏，自然較為彈性（因為沒有憲法上的拘束），沒有包袱，甚至不想要管（例如承認寬泛模糊之授權），也無所謂；美國後來較重視以「程序」控制，法院對於「授權明確」之要求，幾乎是名存實亡，此也可視為美國容易進行法規命令監督模式間之「互易」的原因之一。

B、權力分立結構之不同

美國總統制下，行政權的正當性來源不僅有國會，總統對行政權之監督也有其民意基礎，故在美國是否授權的問題，會與總統的權力產生拉鋸，甚至演變為是否侵犯行政權之問題。而德國的內閣制，加上政黨政治的運作結果，行政與立法實為一體。而行政機關在兩國之憲法地位也不同，在美國憲法未明文規定行政機關地位，因此要如何把行政機關納入三權分立之機制、國會又要如何監督其授予行政機關之立法權限，是相當複雜的問題，無法以簡單的「依法行政」來解決。在德國，行政機關在憲法地位並無問題，行政與立法之權力分立關係又較美國單

¹¹³張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 94。

¹¹⁴以下參考自 Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies- A Comparative Analysis of United States and Germany Law*, 46 ADMIN. L. REV. 213 (1994)；廖元豪，同前揭註 99 文，頁 37-38；陳威駿，同前揭註 92 學位論文，頁 26-38。

¹¹⁵See Kischel, *supra* note 114, at 243-244.

純，因此可以回歸法律保留原則之操作，來監督行政機關。

C、對行政（Administration）觀點不同

美國傾向把行政官僚體系視為決策的組織，行政行為則是政策決定，政策決定過程，就是利益團體角逐的場所。但德國通常認為只有內閣層級的政府有決策權，內閣以下的政府機關只有執行權，此觀點上的差異也影響到行政機關可否享有廣泛權限的評價。¹¹⁶

D、重視的法律傳統不同

德國法治國理論著重在「透過國會立法保障個人自由」的脈絡，整個法規範體系之建立是以立法為出發點，所有的權力都在要由國會制定之法律所建構出的範圍內運作。美國傳統則是較重視程序性權利，雖然實質正當法律程序在 1937 年式微，然而卻因此比德國更重視程序性的權利，才會從授權原則的思考，轉變為對程序要求。¹¹⁷

E、對事後監督機制之看法不同

德國國會是否得以事後監督的機制（特別是保留同意權）來監督法規命令，一直都有很大爭議，聯邦憲法法院採取折衷說，原則上不可，例外方可，理由是認為國會既然已經事先明確授權，事後就不應該再介入，以保持權力分立，不完全肯認國會之事後監督。¹¹⁸美國則是承認立法無明確授權之能力，不如乾脆廣泛模糊地授權，再以事後監督的機制來控制行政立法。例如在美國行政程序法制定後，法規訂定程序之要求也算是事後監督的一種，法院也認為，如果行政程序法已經提供了嚴密的程序要求，而行政機關事實上也踐行了如此嚴格的程序，就沒有必要再要求授權必須明確。¹¹⁹

F、對於政治責任之看法不同

德國重視立法權，從其以立法權為中心發展出的法治國理論來看，國會已經在法律中明確授權，行政機關僅能在法律設定之範圍作決策，國會從人民得到的

¹¹⁶See Kischel, *supra* note 114, at 244-245.

¹¹⁷陳威駿，同前揭註 92 學位論文，頁 33。

¹¹⁸楊智傑，同前揭註 37 文，頁 23。

¹¹⁹楊智傑，同前揭註 37 文，頁 26。

民意基礎可以完全落實在個別行政決策中，為了追求效率，無須於個別的行政決策中再透過任何形式的民眾參與來補足行政的正當性。一般人民若認為行政機關之決策有問題，應該從固定改選的國會選舉中以選票去表示其意見。美國則是認為應從個別行政程序中加強人民之參與，強調正當程序的傳統，認為個別的程序中也必須有民主的體現，去影響個別的政策決定。

4、比較分析之啟發—重在「有效」的監督模式

從對法規命令監督的角度來看，德國偏向以「立法監控」，透過法律保留以及授權明確性之要求，來控制行政立法的妥當性。¹²⁰美國則偏向以「司法及程序監控」，在行政程序法制定後，主要改以程序控制來取代實體控制，透過公告、陳述意見以及充分說理等各種程序要求，來確保行政立法之妥當性。

雖然德國習以實體監督為主，美國慣以程序監督為重，但兩國並未因為其側重某種監督模式、較輕忽另一種監督模式，而導致法規命令不受控制：德國基於上述總總因素，而認為實體監督就足夠有效監督法規命令，因此不特別著重程序監督；美國則以上列幾點，認為程序監督較能有效對行政立法行為進行監控，故不再執著於實體監督。因此，法規命令監督模式之重點，並不在於所採用的模式多寡，而在於監督模式之運作是否能「有效」控制法規命令，此種融入權力分立原則「不但要制衡還要求效率」的觀點，正可從兩個採取截然不同監督模式、卻各自運作良好（至少比起我國運作良好）的德國與美國的同時比較中獲得，是我國在決定採取何種監督模式可以也是必須納入的思考，本文於第陸章也會以此觀點作為我國應採取何種監督模式的理由之一。

（五）「有效」的監督模式非四海皆準

本節談法規命令之監督模式，可以看出，監督模式之多正如本文所列，應該採取何種模式也莫衷一是，以我國最愛師法的德國及美國為例，兩國所重之模式不同，卻也各自運作已久，若說我國有意「同時採兩國之優點」，則應首重學習其共同精神：選擇有效、適合自己的監督模式，其次才是於探究其制度運作之源起與歷史背景後，採擇適合我國之制度，並加以改良，而非照單全收，致水土不服。

¹²⁰陳威駿，同前揭註 92 學位論文，頁 37。

二、法規訂定程序之理論基礎

從以上實體以及程序監督來看，若程序設計得當，不但可改善實體監督的缺點，還能使司法審查發揮最大功效。正如美國國會制定行政程序法，明文規定各種行政機關在訂定法規命令時應踐行的程序，不但強化國會對行政立法的程序監督，同時也加強行政機關自我監控，而最重要者，美國行政程序法又規定，違反程序者，必須經法院審查，一方面加強司法機關審查行政立法之正當性，另一方面，也因為該法有明確的法律程序要件，法官可在不介入實體內容、影響行政決策的情況下，輕易檢查行政機關是否違反法律規定，一則避免以司法取代行政之決策判斷，二來也大大提昇司法對行政立法行為的實質審查可能性。

從上述程序監督之功能，可以發現，程序監督其實在確保許多憲法原則之實現，因此，程序應該如何設計，如何發揮程序應有的功能，則必須從憲法原則導引出設計之大原則，方能改善缺點。若程序制度設計不好，即便有再多的程序，也只是造成行政機關無所適從，最後影響行政效率，無法保障人民之權益。

（一）權力分立原則

1、權力分立原則概說

權力分立原則並非只在強調「分權」(separation of power)的概念，同時也強調「制衡」(check and balance)。¹²¹民主憲政國家的憲法大多以權力分立與制衡原則來設計政府組織，並賦予政府適當的權力。而政府在實際運作時，也必須符合權力分立及與制衡原則，否則可能違憲。然而權力分立之討論已經從過去「組織的權力分立」，進展到「功能的權力分立」，意指國家設立各種機關分別享有各種職權，各有其核心功能，這些核心功能不應受到其他機關之干擾或逾越，¹²²只要各種權力部門彼此權能重疊之程度上不到百分之百，某權力部門不致完全由另一權力部門所取代，各種制衡機制都有存在空間。¹²³

¹²¹參閱林子儀等，同前揭註 21 書，頁 131。

¹²²李惠宗，《憲法要義》，2004 年 10 月，二版，頁 54。

¹²³湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，收錄於氏著《權力分立新論卷二》，2005 年 4 月，初版，頁 315。

2、功能取向的權力分立原則

惟實際上以權力分立來判斷政府各機關是否逾越權力分立與制衡原則時，又該如何運用？此涉及如何解釋權力分立原則之問題。在美國有形式論及功能論，林子儀大法官在釋字第 613 號解釋之部分協同意見書中闡釋非常明白，兩者最大的差異在於，功能論者以實用的觀點來闡釋權力分立原則，認為為了使政府能夠因應社會變遷，應允許政府組織作彈性設計，以維持效率，而此彈性設計之界限在於防止某一權力獨大，實際進行判斷時，通常會以憲法授予該權力部門之核心功能是否完全被其他權力部門所侵奪，若核心功能仍在，則未違反權力分立原則。德國對於權力分立原則之解釋也有提出相類似的討論。例如功能最適理論就認為，權力應該由哪個機關行使，端視哪個機關可以最正確、最有效率地處理該項事務而定，因此應該從該機關的「組織、程序」特性，選出功能最適合處理特定事務的機關。¹²⁴許宗力大法官在釋字第 578 號解釋之協同意見書及釋字第 613 號解釋之協同意見書中也曾援引此理論。此外德國也發展出「重要性理論」，認為凡涉及人民重要基本權利，或攸關人民基本權利實現之重要事項，都必須交由立法者決定。¹²⁵

3、行政立法與權力分立

從偏向功能取向的角度來看，只要國會仍掌控立法權之核心功能，行政權並沒有完全替代議國會行使立法權，國會也透過法律授權之方式對行政立法進行事前監控（即法律保留原則、授權明確性），司法機關透過審查行政立法是否符合法律授權進行事後監督，行政立法並不違反權力分立原則。

然而前述提到在現實上現代國家任務繁多，社會變遷快速，科際日新月異，導致立法權無法事先預測制定規範之情況發生機率大為提高，必須透過大量授權，導致委任立法大增；即便是既有之法律規範，是否能與時俱進，也有疑問。再加上立法者之專業程度可能不及行政部門，即便制定法律授予行政機關行政立法權，其授權之內容、目的及範圍，究竟應如何定明，對立法者是一大考驗，若要以「法律授權」來控制行政機關之行政立法權，對立法者而言更是力有未逮。司法機關也與立法者遭遇相同的專業瓶頸問題，亦即司法機關如何面對具有高度

¹²⁴參閱林子儀等，同前揭註 21 書，頁 139。

¹²⁵林子儀等，同前揭註 21 書，頁 139。

專業的行政決定，如何審查其內容，進而作出該內容或訂定之範圍違反母法之授權而違法之判決？這些實際上遭遇之困難，使立法者實際上對於行政立法幾乎沒有控制之機制，可能使行政權侵害立法權之核心功能，再加上事後監督的司法機關對於行政立法權也因為專業能力問題而失去實質監督的功能，可能使行政權獨大，而有違反權力分立原則之虞。¹²⁶

4、維持權力分立與制衡之法規訂定程序

為了維持對行政立法之監督功能，維繫各權力間的分立及制衡關係，有認為應以行政立法之「內部程序」控制來取代過去偏向實質內容的控制監督模式，由立法者改由法律制定行政部門行使立法權時應踐行之法定程序來監控行政機關，行政機關只要踐行此程序，基本上就未違法，司法機關事後審查時，也只要檢查行政機關是否有踐行立法者要求之程序即可。從「程序」來控制行政機關，可以避免碰觸艱澀的實體內容，立法者及司法者可以免於面對專業問題時之焦慮，此外在程序中添加其他參與機會，目的也在提昇公眾對行政決策之公共監督功能。法規命令訂定程序之制定，改善立法者可能無法控制的授權源頭問題，以及司法無力進行涉及專業之實體內容審查，同時提昇立法及司法對行政之監督制衡，基於以上原因，訂定程序之制定可謂係來自憲法權力分立原則之要求。

5、權力分立原則要求下應有之制度設計

在權力分立要求下，主要是訴求權力間之均衡發展，既使每個權力達到互相制衡之實質效果，又要同時追求效率，不致使國家任務之實現因各種權力之相互制肘而延誤耽擱，影響人民權益。基於此要求，立法者應該立法制定明確的相關程序規定，一來立法者係透過程序規定，確保行政機關依程序規制訂定法規命令，二來法律明文之程序規定作為法院審判之依據，如此法院才能確保程序功能之實現，三來，程序中應納入公眾監督制度，以補強其他權力部門對行政立法監督之不足。¹²⁷

¹²⁶國會監督及司法審查即為行政立法傳統之外部監控機制。相同見解參照湯德宗，〈行政程序法〉，收錄於翁岳生編《行政法（下）》，2006年10月，三版，頁47-49。

¹²⁷參閱廖元豪，前揭註56文，頁312。

(二) 民主原則

1、民主原則概說

所謂的「民主」，係有關「國家權力由誰擁有」之問題，我國憲法第二條規定「中華民國之主體屬於國民全體」，明定國家權力之擁有者為全體國民。¹²⁸其涵義是：唯有人民才是國家權力的來源，也唯有人民授予之權威，才具有正當性；國家政策最後應取決於國民全體，而非某個個人、一群人或某個政黨。¹²⁹而基於現實考量，現代國家不可能由人民直接處理公共事務，因此政府的施政決策，都必須建立在實質或形式、直接或間接的民意基礎上。¹³⁰

2、行政權正當性之理論轉變

「正當性」問題，係涉及當少數人作決定，對其決定之正確性或拘束力之確信如何得以形成之問題，即少數人所作的決定，其他人何以確信其為正當而接受其支配？¹³¹在代議民主為原則的憲政國家，國家權力屬人民全體所有，然而許多國家事務之決策權並非掌握在具有直接民意基礎的國會，而係掌握在非民選的政府官員，影響人民權益，理論上有違反民主原則之危機，¹³²要如何去正當化現代管制國家中行政部門龐大之權限，就是關行政權正當性理論之背景。

美國有關行政權正當化已發展出四種不同理論模型，¹³³四種理論各有千秋，卻不盡完善，以下僅提出與法規訂定程序相關之傳統輸送帶理論及參與模型作介紹。

(1) 傳統輸送帶模式

傳統輸送帶模式，是在解釋行政權正當化問題時最基本的理論，就是將行政權的行使與一般民主理論結合，重視「行政權是否從具有直接民意基礎之機關獲得國民主權之輸送」。¹³⁴在民主理論下，人民控制其選出之民意代表，再由人民

¹²⁸法治斌、董保城，同前揭註 79 書，頁 11。

¹²⁹吳庚，《憲法的解釋與適用》，2004 年 6 月，三版，頁 41。

¹³⁰葉俊榮，《環境行政的正當法律程序》，1997 年 11 月，再版，頁 22。

¹³¹翁岳生，〈論法官之法規審查權〉，收錄於氏著《臺大法學論叢》，第 24 卷第 2 期，1995 年 6 月，頁 5。

¹³²葉俊榮，同前揭註 130 書，頁 22，註 23。

¹³³詳參葉俊榮，同前揭註 130 書，頁 23 以下，有對行政權正當性理論的四種模型作詳細的討論。

¹³⁴See Stewart, *supra* note 36, at 1671-76.

控制之民意代表監督行政權之行使。因此行政機關權力之最終來源係國會，在此理論模型下，行政權只是國會手足之延伸，其主要任務是完成國會之意志，其權限行使之正當性端視是否從國會獲得授權而定，行政權之行使必須以立法機關曾經同意，也需在同意之範圍內才算具有正當性。¹³⁵

輸送帶模式最大的缺點在於過於強調形式主義，只要法律有「授權」，行政決策即具正當性，而不管「實質上」行政決策是否具有正當性。在許多新興管制領域，涉及濃厚科際基礎者，例如環保領域，多涉及高度專業性技術性的環境問題，立法者本身可能欠缺足以掌握解決管制問題的專業能力，其制定法律「授權」行政機關作決策，形同將立法者擁有之決策權完全下放與行政機關，難認有正當性。正如同本文提及之環境影響評估法第 5 條第 1 項第 11 款規定「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：十一、其他經中央主管機關公告者」，將應實施環評之項目等同完全交由環保署作決定，而環保署將飽受爭議之「纜車」列入應實施環評項目所使用之條文，就是該條款，究竟立法者當初有無將纜車列為應實施環評之項目，實難認定，幾乎等同由環保署自己作決策。

(2) 參與模式

參與模式之提出目的是在解決傳統輸送帶模式所產生之問題，其係以程序為本位，將行政決定的「決策理性」，從對於實體正確性的注重，以程序理性來取代，亦即透過利害關係人在決策過程中的公平參與，使行政決策獲得民意基礎。¹³⁶亦即，人民藉由程序之參與彌補在傳統輸送帶模式底下遭遇之行政權正當性不足之問題。由於參與模式係注重「程序」之「參與」，故行政機關作成決策時，必須遵守來自各權力部門的程序要求，例如立法者可能在個別法律中額外要求應踐行之程序，或是行政部門要求應經上級機關核備或送上級機關備查等。在參與模式下，法院也漸漸針對程序作審查，例如美國最高法院通常要求行政機關要踐行預告、評論及發布等程序，而不去碰觸艱澀難懂的實體專業問題，也具有強化司法審查的功能。

¹³⁵前面提到的法律保留原則、法律優位原則、授權明確性原則就是在輸送帶模式下產生的基本要求，詳參許宗力，〈論法律保留原則〉，收錄於氏著《法與國家權力》，1999 年 10 月，初版，頁 117-213。

¹³⁶葉俊榮，同前揭註 130 書，頁 28。

3、全球化下的民主赤字

此外從全球化的角度來看民主原則，有所謂的「民主赤字」現象。¹³⁷簡言之，全球化是打破既有僵固的疆域，特別打破傳統上以政治權力所營造出來的主權國家領域，使所有僵固的事項變得彈性流動，這是全球化最明顯的「無疆域」特徵。¹³⁸國家對其內國事務所能掌握的程度也因為世界上其他行動者的興起愈來愈不如以往，造成一種**決策外溢**的效果。¹³⁹決策外溢效應，使決策權被世界上其他行動者所瓜分稀釋，導致利害關係人無法全面性地針對自身的利益做決定。¹⁴⁰此種「決策外溢效應」對傳統民主理論所帶來的衝擊，就是**民主赤字**現象。以往民主與「主權國家」、「領土」是相連結的，一國事務由該國領域內的人民透過民主的方式而決定。但在全球化時代，因為決策外溢效應，使一國事務可能受到許多「領土之外」的因素影響，造成傳統從國會授權而來的民主鏈結模式，已經受到挑戰，人民甚至是國家機關都無法真正自主性地處理「國內」事務，民主正當性出現危機，而產生了「民主赤字」現象。而解決全球化所帶來的民主赤字現象，有兩種途徑。全球尺度的途徑，是世界公民式民主，強化多元化跨國組織的合作立法與執法過程。內國尺度的途徑，著重在「國內法律制度」如何因應全球化所造成「參與不足」的問題，特別是國內公法如何因應全球化所帶來的對傳統民主或主權的挑戰，使民主赤字的現象獲得舒緩或改善，讓受到決策影響的各個主體，都能以民主的方式進行對話。

¹³⁷ ALFRED C. AMAN, JR., THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM 3 (2004).

¹³⁸ 全球化是以全球為行動的場域，打破十九世紀以來所形成的傳統國家界線，每個人不再單純屬於「一國人」，而是以一個「地球人」的身份來往於世界各地，各國的事務不再單純屬於內國事務，而可能成為全球性的事務影響全球，全球性的事務也可能影響了每個傳統主權國家的家務事。

¹³⁹ 例如，跨國企業對於決定在世界何位址（location）設廠，對於一個主權國家而言，完全無法置喙，這意味著，對於資本的進出其主權所及的疆界，國家的控制並不如以往的有力，而是受制於富可敵國的跨國企業組織。國家對於資金的投入是採取歡迎甚至是乞求的態度，一旦雀屏中選為跨國企業的預定廠址，則舉雙手贊成。跨國企業在全球化時代的經濟領域中，儼然成為比傳統主權國家還要強勢且更具有權力的一個行動者，世界上川流不息的資金掌控在跨國企業組織，資金進駐與抽離可以使一個國家經濟發展亦可以使一個國家經濟崩盤，一國的經濟命脈已經不再完全掌握在主權政府，其中一部份的掌控權因為全球化的結果而移轉到不帶有任何政治性質的跨國商業組織手中。這代表的全球化與新行動者繼傳統主權國家興起而主導全球，除了上述的跨國企業之外，還包括了各種非政府組織（NGO）以及國際組織。

¹⁴⁰ 這同時意味本國人可以影響地方性、內國性事務，亦可能影響他國甚至是全球性事務。

4、鞏固民主原則之訂定程序

法規訂定程序之制定，係要求在踐行一定法定程序時，給予人民參與決策之機會，讓人民在行政機關實際作成決策的過程當中，有實際參與決策、形成公共政策之機會，從行政決策過程中補足正當性，從上述參與模式以及全球化觀點來看，是較能因應現代化國家任務以及彌補行政權正當性的方式，法規命令訂定程序之制定，可謂在於鞏固、補充民主原則之內涵。

5、民主原則要求下應有之制度設計

在民主原則之要求下，為了強化行政決策的正當性，應於行政程序中賦予相關當事人「明瞭真相之權利」以及「意見受尊重之權利」，¹⁴¹除了透過程序之參與外，還必須要強調公開透明，這包括資訊之提供、提供之即時性等，故除了人民參與、給予陳述意見、對意見之回應以及說明理由外，程序的公開透明以及確保資訊之提供以作為參與之前提，也是民主原則要求之重點。

三、小結—互易的法規監督模式及法規訂定程序之崛起

其實法規命令應該如何監督，並非一個絕對的問題。理論上，行政立法之權限愈大，所需要的監督強度就更高，究竟要採實體監督或是程序監督或兩者兼採及其程度分別為何，沒有一定的答案。而監督模式眾多，重點在於應該盡力使監督模式「有效」發揮，而何種才是「有效」的模式，也沒有放諸四海皆準的標準。

法規命令之監督模式大同小異，不一而同，所有的監督模式目的都在於使行政立法更能受到其他權力之監督制衡，並以保障人民權利為最大目標，這些監督方法之間並沒有所謂的「取代」關係，而是處於一種相輔相成的彈性關係。如果其中一種監督方式不再適用，則應該以他種更適當之方法進行監督，達成監督目的。正如有學者則謂，行政程序法中程序規制與其他監督方式間，其實存在一種「互易」的關係，¹⁴²如果已經有一項強而有力的監督方式，則其他的監督方式勢必無用武之地。例如，如果法律授權已經足夠控制法規命令之實體內容，反而毋

¹⁴¹葉俊榮，〈環境影響評估的公共參與：法規範的要求與現實的考慮〉，收錄於氏著《環境政策與法律》，2002年4月，初版，頁200。

¹⁴²湯德宗，同前揭註12文，頁323。

須蛇足增訂程序控制之規定。若單憑授權已無法達到實際上的控制，引入新的控制模式或加強既有之監督方法，則成為必要。

誠如上所提，訂定程序之出現，其實可溯及至憲法權力分立原則以及民主原則之要求，從法規訂定程序著手監督控制，可以使立法權以及司法權對於法規命令整體有更強的監督效果。對於司法審查之可能性，也大為提昇。再者，監督模式之互易其實是因應現代社會所必需，更可同時解決行政權正當性以及司法審查正當性之疑慮，故「法規訂定程序」為時勢所趨，方為美國行政程序法接納。因此，下二章本文先介紹採行法規訂定程序有悠久歷史的美國，就美國如何立法、如何傾向程序監督、如何使法規訂定程序完備，又如何使司法審查有著力之處作說明，其次再進一步對程序監督搭配司法審查的運作模式作詳細介紹。



第參章 美國行政程序法之法規訂定程序

一、概說

美國是世界大戰後第一個制定行政程序法之國家，不僅是英美法系中唯一擁有行政程序法之國家，也是歐洲以外的各國唯一有統一的行政程序法典的國家，¹⁴³我國行政程序法中的法規訂定程序，就是參考美國的非正式法規訂定程序而來。除了美國本身是重視程序之國家外，促成美國制定行政程序法並將法規訂定程序之監督模式納入規範之背景、動機與理由為何？其整體制度運作模式為何？有何增修或發展？都是在檢討我國法制必須了解之重要背景，故本章先從美國法規使用之發展歷史談起，再連結到訂定程序之因應而生，及其最後通過之法制整體樣貌。

二、美國「法規訂定」之發展歷史

美國法規訂定之發展可以視為美國成文法歷史發展的副產品，¹⁴⁴可以追本溯源到美國行政法以及行政程序法之發展。美國自獨立建國以來，設立許多行政機關，如退伍軍人署等，但因其本身是殖民地，在獨立前屢遭殖民政府行政權之迫害，以及受到歐陸自由放任與個人主義影響，故認為最好的政府應該是統治最少的政府，即使行政法早伴隨行政機關而事實上存在，在早期並無「行政法」之名詞，政府亦未扮演重要角色，行政法理論未見倡行。¹⁴⁵後來因為國會大量授權獨立管制機關訂定使用法規，使美國行政法開始發展，最後行政程序法之法典化則是高峰。以下以時間為主軸，對美國使用「法規」之歷史作概略性了解。

（一）法規訂定之起源—國會授權予總統¹⁴⁶

在第一次國會會期，國會制定法律授權美國總統有權力發布管制與印地安部

¹⁴³羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 8。

¹⁴⁴See CORNELIUS M. KERWIN, RULEMAKING-HOW GOVERNMENT AGENCY WRITE LAW AND MAKE POLICY 7 (3rd ed. 2003).

¹⁴⁵羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 4、5。

¹⁴⁶See KERWIN, *supra* note 144, at 7.

落進行貿易之法規。¹⁴⁷該法內容甚少，總統訂定的法規決定了該法的實質內容。其後之國會仍繼續授權行政部門官員有訂定法規之權力，大部分的授權都限於貿易及商業事務，例如 1796 年時國會賦予總統有訂定對外國貨物課稅法規之權限。二十年後，國會給予財政部長（the secretary of the treasury）全面性的法規訂定權力，用以管制進口至美國之貨物。¹⁴⁸此法令肯認行政部門的下級公務員—內閣官員（cabinet officer）—亦得成為授權之對象，使訂定法規權力大幅擴張，十分值得注意。從美國獨立早期國會之立法可知，當時就已經存在由國會透過立法廣泛授權行政部門訂定法規之情形。

（二）法規訂定穩定成長

十九世紀聯邦政府權力之使用大多趨於保守。然而在十九世紀末，因國會開始關心本土事務，而改變了前述情形。¹⁴⁹首先國會在 1887 年通過州際商業法（Interstate Commerce Act）¹⁵⁰創設美國第一個獨立管制機關「州際商業委員會」（Interstate Commerce Commission，簡稱 ICC），成為後續一連串聯邦政府將權力深入各經濟領域之領頭羊。大約從 1900 年代到經濟大恐慌時期國會另通過許多保護消費者免於危險或不公平之對待之公共計畫，影響原有之私經濟活動。¹⁵¹如 1914 年美國設立聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，簡稱 FTC）及通過擴大其既有管轄範圍之克萊頓法案（Clayton Act）、確保食物品質及藥性之立法、檢查肉品之聯邦計畫，以及聯邦服務系統（Federal Service System）之建立，全都在此時期內完成。¹⁵²關於農業立法方面，有許多確保鮮奶之純淨及穀物之品質，擴大檢疫隔離之權力，以及管制畜園作業及包裝廠房之法案通過。國會藉由通過聯邦水力發電法管制能源領域，並以 Hepburn 法案¹⁵³增加州際商業委員會之權限。¹⁵⁴國家天然資源同樣受到立法保護，立法中並強調保育及保護野生動物、

¹⁴⁷GARY C. BRYNER, BUREAUCRATIC DISCRETION: LAW AND POLICY IN FEDERAL REGULATORY AGENCIES 10 (1987).

¹⁴⁸See KERWIN, *supra* note 144, at 8.

¹⁴⁹See KERWIN, *supra* note 144, at 8.

¹⁵⁰Ch. 104, 24 Stat. 379 (1887).

¹⁵¹聯邦權力之擴張一般是從聯邦公權力介入私人經濟活動實行管制開始，詳參湯德宗，〈三權憲法、四權政府與立法否決權〉，收錄於氏著《權力分立新論卷一》，2005 年 4 月，初版，頁 423。

¹⁵²See KERWIN, *supra* note 144, at 9.

¹⁵³Pub. L. No. 59-337, 34 Stat. 584 (1906); Hepburn Act of 1906, ch. 3591, 34 Stat. 584 (1906).

¹⁵⁴See KERWIN, *supra* note 144, at 9.

候鳥及有效管理公共土地之重要性。¹⁵⁵這些法律都要求權責機關必須訂定大量法規來執行法規重要條款。國會在這三十年間不斷從事的立法活動，既有法律權限也因此而擴張及於許多新領域，使聯邦政府權力觸角深入人民日常生活事務之中。

(三) 法規訂定成為政府主要決策方法

繼之而起的新政時期，政府有了新角色。此時羅斯福總統之上任以及繼之而來的新政，帶來大量立法，政府角色也趨向複雜，當時資本主義盛行，美國貧富不均，各種社會問題日益嚴重，傳統的個人主義以及自由放任政策無法解決美國所面臨的社會問題，需要更多國家公權力以干涉或服務的方式來介入人民之間，福利國家觀念因此取代傳統個人主義觀點成為美國公權力擴張之基調，¹⁵⁶為了回應經濟危機以及總統之野心，國會立法大幅增加聯邦政府之權責，也廣泛授權行政機關行使行政立法權，最具代表性即屬 1933 年制定之國家產業復甦法

(National Industrial Recovery Act，¹⁵⁷簡稱 NIRA)。該法授權總統有訂定促進各產業公平競爭法規之權限，NIRA 之執行幾乎全賴總統訂定之法規，全國產業及經濟無一不受到該法效力所及，影響甚大。雖然該法並未通過 1935 年之合憲性挑戰，¹⁵⁸後面會期之國會也陸續對該法進行增補，仍無損其作為「國會廣泛授權行政訂定法規」里程碑之地位。

另外，新政時期也藉由立法以公權力干預經濟市場上的供需法則，例如 1933 年通過的農業調整法 (Agricultural Adjustment Act)，政府大規模銷毀已經種下的棉花，並活埋幾十萬頭小豬，目的在於減少產量，提高農產品價格。¹⁵⁹

新政時期雖然被評為高度管制的時代，但許多新公共政策領域例如農業、勞工關係、勞動條件，對身心障礙者及長者之協助、交通、銀行、安全、消費者保護、農村電氣化、天然資源、野生動物、能源以及運輸等，都在此時期出現，深

¹⁵⁵ See KERWIN, *supra* note 144, at 9.

¹⁵⁶ 羅傳賢，同前揭註 22 書，頁 5。

¹⁵⁷ ch. 90, 48 Stat. 195 (1933); Pub. L. No. 73-67, 48 Stat. 195 (1933).

¹⁵⁸ 指被 A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935); Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935)，主要是在 *Schechter* 案被法院宣告違憲。

¹⁵⁹ 金寶瑜，《全球化與資本主義危機》，2005 年 5 月，初版，頁 43。

受新政時期法令之影響。¹⁶⁰

新政期間肯認授權之必要性及重要性已如第貳章所述，同時某些行政機關行使權力之方式（例如訂定法規）受到關注，皆因行政程序快速膨脹，其作業不免有違法之處。¹⁶¹為了回應批評及求變之需求，羅斯福總統創設 **Brownlow** 委員會，賦予檢討政府管理之權力，研究主要之聯邦行政機關的執行狀況。該委員會即以「無頭第四權」（**headless fourth branch of government**）來描述上開行政機關不受控制如脫韁野馬之狀態。該研究發現，幾乎所有行政機關皆從事頻繁大量的法規訂定行為，且授權行政機關從事法規訂定者，通常是在新政時期「前」就存在的法律。惟即便一般來說，訂定法規是新政時期行政機關的普遍經驗，然而在各機關間仍存有很大差異，有些是法規實體及數量上之差異，有些則是訂定法規與否之差異，本文參考 **CORNELIUS M. KERWIN** 書中所載，將之略分為三類如下：

1、大量訂定法規之機關¹⁶²

1941 年出版的研究結果發現，將近三十個行政單位有權發布對公眾有重大影響之法規。有些行政機關甚至同時擁有多個法律授權訂定法規之權限。其中年產量最高者為內政部。進行研究之時，上千個法規已經生效，每年則發布上百個新法規。這些法規大部分在保護魚、野生動物、鳥以及管理公共土地之使用。

法規數量足以與內政部相比擬者係不同時期負責退伍軍人事務之行政機關。從 1700 年代晚期就開始以不同方式執行計畫，其所累積之內容自然十分可觀。事實上，影響退伍軍人之法規共有上千多頁，內容從枝微末節到實體政策，無所不包。該研究發現，這些法規訂的很詳細且具體，行政機關之執行者幾乎沒有實施裁量的空間。

ICC 則是依據 **Motor Carrier Act** 大量從事法規訂定。在母法通過後五年內，ICC 訂定許多法規。1908 年至 1940 年，ICC 不斷地訂定法規，針對爆裂物質之運輸發布七套完整修訂之法規。也是訂定法規之大宗。

¹⁶⁰See **KERWIN**, *supra* note 144, at 10. 其他有關新政時期的背景，可參 **LAWRENCE M. FRIEDMAN** 著、吳懿婷譯，《二十世紀美國法律史》（**AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY**），2005 年 2 月，初版，頁 164-186；湯德宗，同前揭註 151 文，頁 425-427。

¹⁶¹See **KERWIN**, *supra* note 144, at 10.

¹⁶²以下內容參考自 **KERWIN**, *supra* note 144, at 11.

相對積極之海事檢驗局（the Bureau of Marine Inspection and Navigation），該局發布之法規被形容為「龐大」，包含所有船隻構造及操作以確保安全。

2、較少訂定法規之機關

1930 年代晚期，法規訂定雖然已成為政府施政之重要方式，但不是所有重要政策領域都進行法規訂定。在某些情況，會特意避免訂定法規，有些情況行政機關草擬法規但對於國會已於法律定明者則無隻字片語。¹⁶³未大量使用法規訂定之行政機關有聯邦貿易委員會（FTC）及國家勞工局（National Labor Relations Board，簡稱 NLRB），兩者大多選擇以類司法的程序來處理由個人或團體提出的個案。其政策及法律之發展通常則係透過個別行政決定之累積。¹⁶⁴從條文之立法史可看出國會有意讓 FTC 積極從事法規訂定，但至少在 1930 年代晚期 FTC 並未扮演好此角色，直到 1970 年代的政治力及重要立法改革才迫使 FTC 從事法規訂定。¹⁶⁵

3、僅發布解釋性法規之機關

社會安全局（Social Security Administration，簡稱 SSA），隨後稱為社會安全局（Social Security Board），在 1939 年社會安全法增修條文通過後，從事大量法規訂定，但其性質幾乎皆非立法性或實質性。¹⁶⁶在此情況，行政機關雖然仍從事法規訂定，但非實體規則之法規訂定程序，較少運用其行政裁量。

三、美國法規訂定程序之立法背景與目的

（一）立法背景

1、社會變遷致行政權日益擴張

美國政府因實施新政（New Deal），採行許多應變措施，將許多程序簡化以應付經濟危機，而 1933 年制定之國家產業復甦法（National Industrial Recovery Act，簡稱 NIRA），又授權總統有訂定促進各產業公平競爭法規之權限，全國產業及經濟幾乎全受該法影響。行政權在經歷經濟大恐慌及第二次世界大戰之後，

¹⁶³ See KERWIN, *supra* note 144, at 11.

¹⁶⁴ See KERWIN, *supra* note 144, at 11.

¹⁶⁵ See KERWIN, *supra* note 144, at 12.

¹⁶⁶ See KERWIN, *supra* note 144, at 12.

日益擴大，產生許多侵害人民之事件，為讓行政機關保有緊急應變的空間，但其權限又必須受到節制，學者因此主張應以行政監督的方式來保障人民權益。

2、管制機關之大量設立

誠如前述，1900年代至經濟大恐慌時期，國會在各政策領域大量制定相關法律，陸續創設許多獨立行政機關，授予訂定法規之權力來執行任務，其職權廣，執掌任務又不同，實施之程序差異也大，欠缺統一、透明的程序，對於人民權利保障確有不周。再者，此時期之國會對於行政機關之授權通常並無特別限制，只要標榜「為公共利益」，行政機關甚至得任意訂定法規。¹⁶⁷為防止機關濫權，有制定統一程序之必要。

(二) 立法目的

美國行政程序法之立法目的，經學者研究，不外乎是為了法典化、統一化、標準化、簡單化以及司法化。¹⁶⁸以下僅就與本文相關者，提出作說明。

1、1947年司法部長報告

1947年的司法部長報告中特別提到，行政程序法之制定目的有四：一為行政機關應使公眾知悉其組織、程序及法規；二為提供公眾參與法規訂定程序之機會；三為對正式法規訂定以及行政裁決程序制定統一標準；四為重聲司法審查原則。¹⁶⁹

2、亟求統一簡單化之程序

雖然新政時期大量立法，但在行政程序法制定以前，大部分的法律只有制定授權條款，卻未具體規定管制機關在訂定法規時應踐行何種程序，¹⁷⁰各行政機關各自有其行政程序法規，¹⁷¹各自為政，應使用何種程序，並沒有一套固定的作法，

¹⁶⁷National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943).

¹⁶⁸張劍寒，〈美國聯邦行政程序法制訂之目的〉，《法律評論》，第37卷第3期，1971年3月，頁15-19。

¹⁶⁹Tom C. Clark, U.S. Dep't of Justice, *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act* 9 (1947), available at <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947i.html>.

¹⁷⁰See MARTIN M. SHAPIRO, WHO GUARDS THE GUARDIANS? 43 (1988).

¹⁷¹張劍寒，同前揭註168文，頁18。

眾多管制機關之間也未發展出一套能取得共識的程序，¹⁷²民眾經常抱怨行政程序過於繁雜，¹⁷³不易施行及監督。正如同法規訂定雖為新政時期政府主要的決策方法 (major government function)，然在新政之初，人民並無獲悉法規內容之管道，至少在 1934 年前，並無一個統一的方式來公布聯邦行政機關所為之法規及其相關決定，直到 1935 年聯邦政府公報 (Federal Register) 發行後，才改善此情，繼之而來者係 1937 年聯邦法規彙編 (Code of Federal Regulations，簡稱 CFR)，以年為單位，將現行有效的法規分門別類作有系統的整編。¹⁷⁴諸如此類，都是因為行政機關大量訂定法規，產生紛亂，才整合出的一套統一作法，國會正視無統一之程序、人民難以預見等問題，將法規訂定程序加以規範，定入行政程序法，也是基於同樣思考。雖然法規訂定程序之規定較為簡略，不若行政裁決程序般細緻，卻適足表露亟求簡單統一程序的目的。

3、觀念的統一化

過去認為只有特定案件的當事人才可以享有參與程序之機會，然而行政立法與行政裁決其實都是行政作用，應力求民主，使公民皆有參與機會。¹⁷⁵因此在行政程序法中也將法規訂定之程序參與納入，使一般民眾有參與程序之機，有扭轉過去僅有受管制者才能參與程序之觀念之意義。

4、程序司法化

美國最初的行政程序，受英國影響甚深，專指行政司法程序。因此，各草案當中不難發現許多規定與制度設計都是從行政爭訟程序轉化而來，例如行政裁決的聽證、審理、通知以及決定等過程，皆從司法程序蛻變而來。¹⁷⁶司法化雖有助於保障人權，卻與行政追求效能之目的相違背。行政程序法立法過程中，曾出現極度強調司法化的草案「華特勒·勞根法案」(Walter-Logan Bill)，¹⁷⁷進步派的

¹⁷²See SHAPIRO, *supra* note 170, at 43.

¹⁷³See KERWIN, *supra* note 144, at 7；湯德宗，〈美國行政程序法〉，收錄於翁岳生主持，行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告《行政程序法之研究：行政程序法草案》，1990年12月，初版，頁182。

¹⁷⁴See KERWIN, *supra* note 144, at 10.

¹⁷⁵張劍寒，同前揭註168文，頁17。

¹⁷⁶張劍寒，同前揭註168文，頁18。

¹⁷⁷張劍寒，〈美國聯邦行政程序法制定之經過〉，《思與言》，第9卷第4期，頁8-9。

人士極力反對，後遭羅斯福總統否決，然而最後通過的版本仍保有許多司法化的規定。嚴格說來，行政程序法中的「司法審查」規定並不算此處所談的「程序司法化」，不過，從下述本文對美國法規訂定程序法制之介紹可以發現，美國之立法除了明文承認法規命令程序監督之重要外，另一個重點在於藉由程序之明文化使法規命令同受司法有效監督，就此而言，似乎也可以說是一種「程序」上的「司法化」。

四、美國行政程序法法規訂定程序之特徵

(一) 行政程序法為政治上妥協之產物¹⁷⁸

美國雖重視行政程序，但其聯邦行政程序法制定之過程，同樣歷經政治角力與妥協。1930年代對於是否實施新政政治上尚未達到共識，¹⁷⁹自由派的民主黨支持新政，認為政府應該進行管制，而共和黨以及保守派民主黨則否，故當時的政治衝突，一方面是存在共和黨（Republicans）與保守民主黨（conservative Democrats）間，另一方面則是存在主張實施新政之民主黨（New Deal Democrats）內之間。¹⁸⁰因為行政程序法之制定會制定削弱總統行政權力，故主張實施新政之民主黨反對，不願妥協。然而民主黨最後採取策略性的退讓，同意在行政程序之部分上增訂一些程序。表面上民主黨似乎沒有守住底線，但實際上加諸行政行為者都是他們認為「微不足道」的輕微程序限制，影響不大。民主黨此種作法，不但化解不同政治勢力的衝突，也成功地限制了國會對行政權之干預行為，將行政程序相關權力保留於行政部門中，結束民主黨與共和黨之衝突。

在1946年，對於實施新政已經達成共識，所有的爭議變成存在於主張實施新政者之間—亦即存在民主黨之保守派與自由派之間。然因無論是保守派或是自由派，皆認同新政的「行政國家」理念（the New Deal vision of the administrative state），因此，自由派的實施新政者（liberal New Dealers）願意就對總統權力（the strong presidency）不再有威脅性的條文做出妥協。¹⁸¹以下將美國行政程序法區分為三部分，個別說明該部分與當時政治黨派間相互妥協的關係：

¹⁷⁸以下均參考自，Martin Shapiro, *APA: Past, Present, Future*, 72 VA. L. REV. 447, 452-454 (1986).

¹⁷⁹*See id.* at 452.

¹⁸⁰*Id.* at 452.

¹⁸¹*Id.*

關於行政裁決，是採保守派主張，由行政機關自行裁決，另一派要求由一般法院裁決的見解完全被忽略。¹⁸²但是行政機關之處理過程將被認為是「準裁決」（quasi-adjudication，即類似司法裁決）且應踐行「裁決式」的程序（adjudicative-style procedures），由相對獨立的聽證官（hearing officer）主持指揮，以及在有爭議時接受相對嚴格的司法審查。¹⁸³

關於法規訂定之部分，則由自由派大獲全勝。國會對行政權授與廣泛之立法權限，為人所周知並已正當化。法規訂定即類似立法程序，而非司法程序，沒有如行政裁決般之聽證或是聽證官，未直接受該法規影響之人亦不易獲得司法審查。根據聯邦行政程序法，非正式的法規訂定並不會產生行政筆錄，因此無法進行司法審查，更因審查標準過於寬鬆使行政機關之決定幾乎不可能翻案。雖然法規訂定類似立法程序，但行政機關從事訂定時，無須進行如立法機關般繁瑣之程序。一般情況下，國會會對近期之立法舉辦口頭聽證，完整的草案會盧列於一覽表，當法案進到參議院或眾議院時，會發佈相當詳細的委員會報告對該法案提出說明。相反地，行政程序法僅要求行政機關只須公告其「有意訂定法規」，無須提出草案；必須接受書面評論，但無須舉行聽證；只要伴隨其法規提出「簡要」及「一般」之說明即可。¹⁸⁴

在法規訂定之司法審查方面，因為缺乏行政筆錄，審查法院只能推定行政機關有足夠的事實來支持其決定。¹⁸⁵由於在 1930 年代到 1940 年代時期的新政立法，其授權大多極端廣泛又缺乏標準，法院幾乎很難判定行政機關訂定之法規違反母法。且當時的法官多為新政者指派，事實上幾乎沒有法官會宣告新政者組成的行政機關違反行政程序法「恣意專斷標準」而違法。¹⁸⁶

第三部分則是行政裁決以及法規訂定以外之一切行政機關所為行為，該部分被列為「行政裁量」之範疇，不受任何程序限制，應屬自由派之勝利。¹⁸⁷但即使屬於行政裁量之範圍，行政行為仍可能因行政機關之「裁量濫用」而受到司法審

¹⁸²*Id.* at 453.

¹⁸³*Id.*

¹⁸⁴*Id.* 這邊需注意者，美國的預告及評論程序規定（5 U.S.C. § 553(b)），並沒有要求行政機關必須將「草案內容」公開，但是實務上的作法通常會將草案內容一併公開於聯邦政府公報上，詳參本章「五、（一）1.（1）」之說明。

¹⁸⁵例如，*Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 186 (1935).

¹⁸⁶*See Shapiro, supra note 178, at 453-454.*

¹⁸⁷*See Shapiro, supra note 178, at 454.*

查，¹⁸⁸這可能是自由派始料未及之點。

（二）法規訂定程序僅為「最低程度」之要求

如上（一）所述，聯邦行政程序法為政治妥協後之產物，制定之初，雖有以程序保障人民權益之意，但實際上，其保障程度甚低，僅須符合法條上所規範即可。此觀自民主黨以「通過事實上對行政機關幾乎無影響的程序規範條文」作為與共和黨之利益交換即可明白，當初民主黨會同意聯邦行政程序法有關法規訂定程序條文之通過，就是因為該條文之通過並不會對當時執行許多新政策措施的行政部門造成太多不便。因此考其立法意旨，當時立法者心中所想之法規訂定程序，實乃「形式上」「做做樣子」的法規訂定程序，只要行政機關有例行法條所載之程序，即屬合法。

（三）法規訂定程序為補票性質規定

聯邦行政程序法並非是一部提供完足以規範所有行政行為之法律原則之「行政法典」，至多僅把管制機關行之已久的慣行加以成文法化，其所規範者大多是已存在的慣例，¹⁸⁹目的在將新政時期已經存在的一些作法正當化，¹⁹⁰並為日漸成長的管制作法提供合法化的依據。¹⁹¹早在新政時期，國會大量立法設立管制機關的時代，訂定法規來完成法定任務，已經常見，並非行政程序法訂定後，才有所謂的「訂定程序」，該法只是將既有作法整合歸納並制定為法律，並非新創。

（四）朝向司法審查方向設計的制度

如前述，美國法規訂定活動一直很興盛，在行政程序法制定前其實已經有各種繁簡不同的訂定程序在各機關間進行，國會鑑於程序混亂，對人民保障不周，故在行政程序法規定統一的訂定程序，使行政機關以及人民有跡可尋。從美國行政程序法制定前後的不同，可以看出重視司法監督的程度：其一，將制定前混亂的程序歸為統一，明確設定程序要件，故「法定」程序是從無到有，蓋必須將程序以法律規定，才有可能讓「依法審判」的法院進行審理。其二，司法審查的規

¹⁸⁸5 U.S.C §706(2)(A).

¹⁸⁹See SHAPIRO, *supra* note 170, at 39.

¹⁹⁰Walter Gellhorn, *The Administrative Procedure Act: The Beginnings*, VIRGINIA LAW REVIEW 72, 219-34 (1986).

¹⁹¹See SHAPIRO, *supra* note 170, at 41.

定也是從無到有，明確把違反程序規定列為可以進行司法審查之對象。¹⁹²這些都是國會加強司法審查監督機制的設計。

五、美國行政程序法之法規訂定程序

以下提及「正式法規訂定程序」以及其所適用的司法審查標準「實質證據標準」，目的在與非正式法規訂定程序作比較之參考，並非本文重點，特別是非正式法規訂定程序日後的發展，有朝向正式程序移動的趨勢，法院對於非正式法規訂定程序所適用的恣意專斷標準也有朝向實質證據標準移動的趨勢，為免論及與此相關的內容時，有不知所云之感，故於此處一併將「正式法規訂定程序」及「實質證據標準」作一簡單介紹，偶有論及之處再回頭參照，較為清楚明白。

此外，以下除了非正式法規訂定程序及正式法規訂定程序係 1946 年行政程序法制定時即有之規定外，混合程序以及協商程序，均為國會嗣後立法增訂的程序。混合程序以及協商程序係承非正式法規訂定程序之發展而來，其實只是非正式法規訂定程序之「變化型」，基本上仍維持非正式程序的型態，只是在行政程序法所規定的非正式程序以外，在與時間軸垂直及與時間軸平行之時點增加了新程序，究其性質仍屬非正式法規訂定程序，故一併放入介紹，俾有一整體的了解。至於促成混合程序以及協商程序發展之背景因素，則於第肆章適當的背景脈絡中說明。

另必須說明者，以下本文僅就行政程序法通過時之程序內涵作介紹，然而隨著法院態度該程序內涵也有所轉變的部分，則於第肆章再作討論。

(一) 訂定程序類型

1、非正式法規訂定程序

美國行政程序法最基本的法規訂定程序，為第 553 條所提供的非正式法規訂定程序¹⁹³。除非法律明文要求必須適用正式法規訂定程序，或是法律明文排除聽

¹⁹² 5 U.S.C. § 702. 「A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.」 需注意者，有認為美國行政程序法仍堅守法律權利受侵害才具有「原告適格」(standing)的原則，不過美國法院在 1960 年代中期後，因環境訴訟而擴張原告適格，連帶影響行政程序法此處的原告適格標準，詳本文以下「五、(二) 1.」之說明。

¹⁹³ 5 U.S.C. § 553 (1982).

證程序、只須對外公布並刊載於聯邦公報 (Federal Register)，否則都必須適用本條之程序規定。亦即，本條為聯邦行政機關訂定、修訂、或廢止法規命令時，必須遵守之最低程度之程序要求。

美國行政程序法制定之起草階段，起草者即有意模仿立法聽證之模式來制定非正式之法規訂定程序，¹⁹⁴目的在使行政機關於公布法規前，充分聽取各方意見，類似國會之立法程序，¹⁹⁵較不強調事實之發現、矛盾之解決以及正式紀錄之做成。¹⁹⁶此外，由於美國行政程序法於法規訂定程序之設計，係本於民眾參與之理念，在程序面向上側重利害關係人之參與，亦足以強化行政立法之正當性。¹⁹⁷

非正式法規訂定程序至少必須經過下述三道程序：

(1) 預告程序 (notice)

第 553 條第 (b) 項規定，行政機關應將擬進行之「法規訂定」登載於聯邦公報，登載之項目必須包括三部分：進行法規訂定之時間、地點及其程序之性質，法規命令訂定之授權依據，草案內容之簡要說明、詳細內容或所涉及之爭議。¹⁹⁸實務上通常將草案條文之全部預先公告。¹⁹⁹

蓋美國之法規訂定程序本即以「民眾參與」作為制度設計之理念，而民眾參與必須以充足之資訊作為前提，因此預告之目的，即在於讓廣泛之法規利害關係人得以於事前知悉該草案之內容，並且有充分的時間準備，對草案內容提出意見或回應。若行政機關沒有踐行預告程序，一般民眾無法知悉該草案內容，不知有何利益受到該草案影響，無從提出意見或評論；或是行政機關公告之內容有所不足或不適當，亦可能影響利害關係人評論之方向與效果。故美國行政程序法才會強制規定行政機關必須於「預告程序」將「法規訂定之資訊」公開於大眾，有助

¹⁹⁴STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWARD, CASS R. SUNSTEIN & ADRIAN VERMEULE, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 493 (6th ed. 2006).

¹⁹⁵湯德宗，同前揭註 58 文，頁 226。

¹⁹⁶TED GREENWOOD, KNOWLEDGE AND DISCRETION IN GOVERNMENT REGULATION 146 (1984).

¹⁹⁷湯德宗，同前揭註 58 文，頁 226；張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 152 以下。

¹⁹⁸5 U.S.C. §553 (b) (1982) 「General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include--(1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;(2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and(3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved.」

¹⁹⁹林錫堯、費玲玲，《考察「美、日行政程序法立法與實務」報告》，1994 年 11 月，頁 46。

於有興趣之大眾或利害關係人汲取相關資訊，如此民眾參與之理念方有可能實現。因此「預告程序」係屬後階段「評論程序」之重要基礎。

(2) 評論程序 (comment)

行政機關依前款進行預告後，依第 553 條第 (c) 項前段之規定，²⁰⁰行政機關應給予利害關係人，透過書面方式，就預告之內容表示意見之機會；在書面意見之外，行政機關亦得給予利害關係人口頭陳述意見之機會。

利害關係人在評論程序之階段，主要是透過書面的方式提出資料、觀點或是意見，該法雖規定有口頭陳述意見之機會，不過是否給予口頭陳述之機會，屬於行政機關之裁量，由行政機關視情況及需要決定是否辦理口頭陳述意見。由此可知，即使美國行政程序法以民眾參與理念來設計法規訂定程序，但並非無限上綱，而是以較便利的書面評論為主，再以口頭陳述意見作為行政機關之彈性選擇，於行政效率與參與理念間取得平衡。

評論的目的在於讓利害關係人藉著書面意見之提出來影響行政機關所提草案，進而影響最後施行版本之內容，行政機關亦藉此機會收集各方意見，避免一意孤行後之窒礙難行，亦可於事前獲得可能之障礙與盲點。

由於法規命令影響所及之利害關係人原本就極廣泛，再加上以書面做為評論之方式亦無法限制利害關係人之資格，行政機關通常會收到龐雜的評論資料，包括學術或實驗資料等，因此實際上行政機關多將所有收集之評論資料委請顧問公司或是律師事務所代為整理。²⁰¹原則上，行政機關對於利害關係人所提出之評論或資料，均應加以考量，但不必成為最後決定做成之基礎，一方面在減輕行政機關之負擔，另一方面則是擔心一般民眾所提之意見專業性不足而影響了其自身之權益，故不宜要求將所有之評論意見均列入決策之基礎。²⁰²

²⁰⁰5 U.S.C. §553 (c) (1982) 「After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation.」

²⁰¹葉俊榮，〈環境行政上之協商：我國採行美國「協商式法規訂定」之可行性〉，收錄於氏著《環境理性與制度抉擇》，1997年11月，初版，頁236-237。

²⁰²羅傳賢，同前揭註22書，頁62、63。

(3) 公布並說明理由 (a concise and general statement of their basis and purpose)

行政機關在考量過相關評論意見或資料後，依第 553 條第 (c) 項中段之規定，²⁰³於聯邦公報正式公布法規 (final rule) 時，必須就其所依據之基礎與該法規所欲達成之目的，做簡要、一般之說明。其立法目的，並非課予行政機關做複雜又詳盡之分析或是說理之義務，而是希望藉由此一說理義務，讓一般民眾對於法規命令訂定之目的與理由有概括性的了解。²⁰⁴因此，說明之方式，應類似立法前言或立法說明，通常包括行政機關訂定的基本理由、對相關爭議點的回答、以及將來的適用方式。²⁰⁵

(4) 公布後三十天生效

實體法規至少必須在公布三十天後方生效。²⁰⁶

2、正式法規訂定程序

美國正式法規訂定程序規定於行政程序法第 553 條第 (c) 款後段，²⁰⁷若授權之法律有特別要求法規之訂定必須「基於聽證記錄」時，該法規之訂定就必須同時適用第 556 條以及第 557 條之正式聽證程序。正式法規訂定程序較非正式程序嚴謹，按立法之原意，正式法規訂定程序，在模仿法院審判程序，重點在保障因該法規之訂定而受到重大影響之特定公司或個人，²⁰⁸故偏向司法審判程序，提供利害關係人較周密、參與程度較深之保障。因此法規訂定究竟應適用何種程序，係由立法者於個別立法授權時就必須決定，²⁰⁹若認為必須對利害關係人有較周延之保障，則適用正式程序。實務上，法院對於適用正式法規訂定程序，慣於

²⁰³ 5 U.S.C. §553 (c) (1982) 「After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose.」

²⁰⁴ Legislative History of the APA, S Doc. No. 248, 79th Cong., 2d Sess. 225(1947).

²⁰⁵ 張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 156。

²⁰⁶ 5 U.S.C. §553 (d) (1982).

²⁰⁷ 5 U.S.C. §553 (c) (1982) 「When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection.」

²⁰⁸ William F. West, ADMINISTRATIVE RULEMAKING: POLITICS AND PROCESS 80 (1985).

²⁰⁹ 須經聽證程序者如：州際商業委員會 (Interstate Commerce Commission) 及聯邦能源管制委員會 (Federal Energy Regulatory Commission) 之費率訂定，聯邦通訊委員會 (Federal Communicational Commission) 之執照核發，聯邦環境保護署 (Environmental Protection Agency) 取消殺蟲劑之註冊登記等。

採較高標準審查，認為僅當法律明定「應依行政筆錄，並在行政機關舉行過聽證後訂定」(made on the record after opportunity for an agency hearing)者，始須踐行正式法規訂定程序。

正式程序同樣必須經過下列程序：

(1) 預告程序

正式程序之預告程序，與非正式程序相同，要注意的是，行政機關於預告內容中，必須說明將採行「正式聽證程序」。²¹⁰

(2) 聽證程序

行政機關必須依照第 556 條以及第 557 條進行聽證程序，大部分的聽證由行政法官主持聽證，就法規所涉及之事項進行證據調查，聽證主持人必須保持公正無私之態度，並且適用「程序外片面接觸禁止」原則。主張訂定法規之行政機關負舉證責任，利害關係人得自行出席或由律師陪同，針對事實認定，以口頭或書面提出各種聲明或證據，並對他方之證據進行反駁，進行「交互質詢」(cross examination)²¹¹。程序進行完畢後，除非機關首長要求先行審查並確認整個聽證記錄，否則即應由直接聽取各方意見的聽證主持人，做成初步決定(initial decision)，若利害關係人並未針對初步決定提出上訴，行政機關也未主動要求審查，初步決定則成為最終決定(final decision)，若有上訴或審查之要求，方由行政機關做成最終決定。在任何決定做成前，利害關係人均有提出意見或建議之權利。

(3) 公布並說明理由

行政機關公布最終決定時，必須做成書面的理由，內容必須包括重要的事實爭點、做成決定的理由、以及聽證記錄中支持該決定的部分資料或意見。²¹²

3、混合型法規訂定程序 (Hybrid Rulemaking)

顧名思義，混合型法規訂定程序是非正式法規訂定程序與正式法規訂定程序

²¹⁰葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 449。

²¹¹此處採學者湯德宗之翻譯，見湯德宗，同前揭註 58 文，頁 226。

²¹²葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 450。

之「混合」，亦即以非正式法規訂定為基礎，但加入正式法規訂定程序方有之程序要求，例如將非正式法規訂定程序中的書面評論程序，改為口頭聽證，或要求行政機關必須舉行公開聽證，給予利害關係人有口頭陳述意見之機會（oral presentation），或是模仿聽證程序，要求行政機關必須進行利害關係人的交互質詢。其他程序或司法審查之要求則與非正式法規訂定程序相同。

惟混合型法規訂定程序並非行政程序法中與正式、非正式程序平行的類型之一，而是由法院於個案判決以及國會於個別立法中所發展出來的程序類型。由法院判決所發展出來的混合程序，其後被聯邦最高法院以 *Vermont Yankee Nuclear Power v. Natural Resources Defense Council (NRDC)* ²¹³一案判決「禁止下級法院再對行政機關要求踐行法律所未規定之行政程序」而告終，²¹⁴但國會在個別法律所規定之混合型聽證程序，仍然保留下來成為今日獨立的一種法規訂定程序態樣，並多存在於安全、健康或環境保護等 70 年代新興且爭議較大之社會管制 (social regulation) 領域之法律，例如職業安全健康法、消費產品安全保護法、飲用水管理法、能源政策與保護法、潔淨水法、聯邦採礦安全保護法修正案、瀕臨絕種動物保護法等，均規定須舉行公開聽證或給予口頭表示意見機會的特別程序。其他如聯邦貿易委員會改革法、證券交易法修正法、毒性化學物質管理法等強調市場機能與公平競爭秩序的經濟管制 (economic regulation) 領域，則增加交互質詢之要求。

4、協商式法規訂定程序 (Negotiated Rulemaking)

協商式法規訂定程序，與上述混合式程序一樣，並非獨立的程序態樣，而是在非正式程序之「預告評論程序」之前，增加了「協商階段」，因此協商程序主要是在「形成草案」的階段來運作，不影響原有行政程序法之規定，其在「補充」(supplementing) 非正式程序，並非「取代」(displacing) 非正式程序。

協商式法規訂定程序之出現，是受到在行政裁決過程中使用他種爭端解決機制趨勢之鼓舞。其制定之最基本理由是：一旦系爭法規被法院推翻，或是遭利害關係團體或受管制公司提起訴訟，無論行政機關耗費多少心力訂定完成該法規命

²¹³435 U.S. 519 (1978).

²¹⁴*Vermont Yankee Nuclear Power v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S. 519 (1978).

令，所有的努力都將無意義，反而更耗費資源。²¹⁵協商式法規訂定程序之制定目的就是要避免上述問題並減少各種利益衝突的範圍與程度。

1990年國會正式制定「協商式法規訂定法」(Negotiated Rule-making Act)，鼓勵行政機關採行協商程序，但是否採行，仍由行政機關裁量決定。²¹⁶依協商式法規訂定法，協商之進行必須經過以下程序：

(1) 協商程序之評估

法規之訂定究竟是否適合走協商程序，需要行政機關先就相關議題以及利害關係作評估，方能決定是否協商。主要考量的因素有下列幾項，²¹⁷Philip J. Harter也對這些標準提出一些說明。首先，「其所涉及之爭議是否足夠成熟」：所涉及之爭議必須夠具體或成熟足以做成決定。不須有解決方法，但必須清楚地知道問題何在。²¹⁸第二，「能否確認出可能影響之重要利害關係、與選取利害關係人之標準」：受影響之利益範圍必須有限，利害關係人必須特定，如此方能夠從中選出代表利益之人，確保各種利益均已充分地被組織、被代表。²¹⁹第三，「利害關係人之協商意願與可能花費的協商期間是否過長」。第四，「行政機關本身之誠意與所能提供的資源是否足夠」：因為是否採行協商，仍為行政機關之裁量，若行政機關沒有意願，也就不可能進行。此外，為避免行政機關在達成一致協議後反悔或大肆修改協議，行政機關必須並如同其他利害關係人般積極參與協商程序，在商議過程中進行意見交換。²²⁰

行政機關可自行進行評估，或是委託機關外之中立專家協助評估。若肯認有協商之可行性，則可繼續後續程序。

(2) 選擇召集人

若經過上述評估，行政機關決定進行協商程序，就必須選擇召集人。召集人多由中立第三人擔任，實務上多由聲望卓著的學者專家擔任。召集人對行政機關

²¹⁵See COOPER, *supra* note 16, at 161.

²¹⁶5 U.S.C. §563.

²¹⁷5 U.S.C. §583.

²¹⁸Chip Cameron, Philip J. Harter, Gail Bingham & Neil R. Eisner, *Alternative Dispute Resolution with Emphasis on Rulemaking Negotiations*, 4 ADMINISTRATIVE LAW JOURNAL 83, 87-88 (1990).

²¹⁹See *id.* at 87.

²²⁰See *id.* at 87.

負有義務，必須確定出有意願且有資格的利害關係人。²²¹

(3) 組成協商委員會

在考慮召集人之報告或自行評估後，邀集利害關係人組成「協商委員會」，並公告於聯邦公報。公告內容必須包括所欲擬定法規之範圍與議題，可能受影響之利害關係人名單，參與協商的利害關係人代表，協商委員會之目標與議程。²²²

(4) 提出協商草案

協商委員會中的利害關係代表，就協商之議題以及草案達成全體一致的協議後，²²³，行政機關即以此為草案，依照行政程序法第 553 條之規定，公告於聯邦公報接受評論。經過協商後之草案，通常不會有太大的批評聲浪，反而多為聲援之支持意見。評論程序結束，行政機關做成最終法規，並依法公布，此時協商委員會方得解散，除非委員會章程另有提前解散之規定，才從其規定。²²⁴而公布後之法規也鮮少有利害關係人會提起訴訟進行司法審查。

至於行政機關得否就達成一致之協議進行修改？在協商式法規訂定程序中，行政機關仍保有其訂定法規之權限，在合於法律授權之範圍內，當然不受協議內容之拘束。但在實際上，行政機關修改協議內容，將造成利害關係人不願意參與協商，減少參與誘因，利害關係人也可能在公布後提起訴訟，反而有違協商程序進行之目的，因此行政機關應積極參與協商程序，避免於協商委員會達成一致協議後，才於事後修改協議內容。

表面上，協商程序之進行似乎比非正式法規訂定程序要耗費程序成本，不過一旦達成協議，後續的程序效率則大幅提升，訴訟也相對減少，執行時較少遇到阻礙，整體效率反而提升。²²⁵

²²¹ 5 U.S.C. §583(b)(2).

²²²參閱 5 U.S.C. §584(a).

²²³「一致協議」係指達成全體一致的協議，但實際上，雖有人不同意，但不同意之事項並非重要，亦不會破壞決議或是提起訴訟，只要達成一般協議（general agreement），就算是成功的協商。詳參葉俊榮，同前揭註 201 文，頁 259。

²²⁴5 U.S.C. §587.

²²⁵葉俊榮，環保署委託研究計畫《美國環境法上「糾紛處理替代途徑」在我國實施可行性之研究》，1992 年，頁 97、98。

(二) 訂定程序之司法審查

若違反上述「程序要求」，法院得否對「違反程序要求」進行司法審查？

1、程序違反為司法審查之對象？

過去美國法院強調原告必須因為被告之行為而受害，而原告受侵害之權利必須是「法律之權利」(legal right)，所受之損害必須是「法律上之損害」(legal wrong)，方取得原告適格(standing)，得以訴訟。²²⁶有此限制是因為美國聯邦憲法第3條第2項規定，²²⁷聯邦法院之管轄權僅得及於「案件或爭訟」(case or controversy)，若無爭訟則無利益，即無審判之必要。1946年行政程序法制定後，明文規定「凡因機關之行為而遭受法律上之損害，或因機關之行為而受有某有關法律所謂之不利影響或侵害之個人，均得以此為由請求司法審查」，²²⁸人民因某項法規之訂定而受不利影響或受限制者，得以「因政府行為而受有不利影響或侵害」為基礎，取得「原告適格」，直接就該法規提出訴訟，挑戰該法規之內容。²²⁹職此，此立法打破過去法院所建立「必須證明其遭受法律所承認之具體損害」，方能提起訴訟之法則。凡是普通法或實定法所保障之利益受有損害，或因政府行為而受有不利影響或侵害者，皆可提出訴訟，²³⁰「程序違反」屬於法院審查之對象。惟學者法治斌認為，行政程序法只是將過去法院既存判例法典化，有關原告適格之規定並無創新之突破，亦即，在行政程序法立法後，個人非有權利受損，或有法律明文規定較為廣泛的司法救濟，仍無原告適格。²³¹

本文認為，無論行政程序法有無擴大原告適格者之意，看起來行政程序法似未刻意排除「受不利益影響者具原告適格可以提出訴訟」之可能性，否則也不會

²²⁶法治斌，〈論行政訴訟中訴之利益〉，《政大法學評論》，第35期，1987年6月，頁39；羅傳賢，同前揭註22書，頁241。美國法制之「適格」，僅指原告於具體個案中具有實施訴訟之資格，而與被告無關，此與我國法制上之適格概念同時涵蓋原告被告有所不同，詳參法治斌，同此註文，頁39。

²²⁷U.S. Const. art. III, §2.

²²⁸5 U.S.C. §702. 「A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.」

²²⁹湯德宗，〈違反行政程序的法律效果〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003年10月，二版，頁100。

²³⁰湯德宗，同前揭註173文，頁200。

²³¹法治斌，同前揭註226文，頁44。

出現上述兩種不同的「解釋」。因此即便在行政程序法通過後一、二十年間，法院仍謹守權利本位的原告適格，然因行政程序法關於原告適格之條款有「解釋空間」，使法院在 1960 年代後期因為各種環境訴訟之影響下擴大原告適格，²³²也連帶影響行政程序法此處的原告適格，此彈性之規定，廣開訴訟大門，使法院在 1960 年代之後處理許多法規之爭議案件。²³³

2、審查之範圍

美國行政程序法規定，行政機關之決定有下列情形之一者，應予廢棄：「(1) 恣意、專斷、濫用裁量權或其他違法情事；(2) 牴觸憲法上之權利、權力、特權或豁免權者；(3) 逾越法定管轄、授權、或法定限制、或欠缺法定權利者；(4) 未遵守法定程序者；(5) 應履行本法第 556 條、第 557 條之程序，或依其他法律規定應就其聽證之筆錄加以審查，而發現其缺乏『實質證據』之支持者；(6) 事實部分接受審理法院再審時，發現其事實認定不當者。」²³⁴

3、審查標準

美國行政程序法對於法規訂定程序之司法審查標準，規定於第 706 條第 (2) 項。²³⁵非正式法規訂定程序司法審查標準之法律依據為第 706 條第 (2) 項第 (A) 款，稱為「恣意專斷標準」；正式法規訂定程序司法審查標準之法律依據為第 706 條第 (2) 項第 (E) 款，稱之「實質證據標準」。該法明確地將正式與非正式程序區分，適用不同的審查標準，涇渭分明，依法兩者不會有混用司法審查標準之情形發生。

²³²法治斌，同前揭註 226 文，頁 50。

²³³湯德宗，同前揭註 173 文，頁 200。

²³⁴5 U.S.C. §706. 「The reviewing court shall..... hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be--(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;(D) without observance of procedure required by law;(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court. 」

²³⁵*Id.*

(1) 恣意專斷標準

「恣意專斷標準」之名稱來自第 706 條第 (2) 項第 (A) 款，意指只要行政機關所為之決定，非出於恣意或是專斷，法院即應尊重行政機關之判斷。在恣意專斷審查標準下，司法審查的尺度其實十分寬鬆，但經由法院於實務個案判決中操作後的結果，對同樣標準產生了實際上寬嚴不一的效果與解讀。行政程序法制定之初，法院一向認為適用恣意專斷標準來審查非正式法規訂定程序時，目的在監督行政機關是否已經履行法定程序，對行政機關之事實認定與實體決定相當尊重。²³⁶1960 年代中期以前，適用恣意專斷標準，意味著法院給予行政機關很大的彈性空間，相當於憲法上正當程序條款 (Due Process Clause) 之「合理性要件」(“mere rationality” requirement)。²³⁷1935 年美國聯邦最高法院在 *Pacific States Box & Basket Co. v. White* 案謂：「凡能設想有一事實狀態可以合理支持該處分時，即應推定該事實狀態存在；其挑戰該項推定者，應負責舉證系爭處分為恣意」。²³⁸1960 年代中期之後，法院對法規訂定程序之要求提高，漸漸發展出「較嚴格」的恣意專斷標準。法院名義上仍使用「恣意專斷標準」進行審查，但其結果卻可能是廢棄行政機關訂定之法規。在 *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* 案中，美國聯邦最高法院謂：「法院應審究該決定是否於考量相關因素 (the relevant factors) 後做成，又其判斷是否顯然錯誤」。²³⁹開始對行政機關循非正式法規訂定程序所做的決定，進行較實質、較侵入性的審查。對於恣意專斷原則之適用及其內涵之變化，詳如本文第肆章之內容。

(2) 實質證據標準

美國行政程序法第 706 條第 (2) 項第 (E) 款規定，應履行本法第 556 條、第 557 條之程序，或依其他法律規定應就其聽證之筆錄加以審查，而發現其缺乏「實質證據」之支持者，行政機關之決定應予廢棄。依第 553 條第 (c) 款後段，正式法規訂定程序應履行第 556 條、第 557 條之程序，故當法院就行政機關採行正式法規訂定程序所訂定完成之法規進行審查時，就必須以實質證據標準審查之。美國聯邦最高法院曾在 *Consolidated Edison Co. v. NLRB* 案界定「實質證據...

²³⁶湯德宗，同前揭註 126 文，頁 121。

²³⁷湯德宗，同前揭註 173 文，頁 201、202。

²³⁸296 U.S. 176 (1935).

²³⁹410 U.S. 402, 416 (1971).

乃指相關證據，自心智正常人（a reasonable mind）觀之，可認為足以支持其結論者」。²⁴⁰之後，又在 *Universal Camera Corp. v. NLRB* 案補充「須心智正常之人，於考量行政機關提出之證據整體後，認為足可支持其結論者」，始符合「實質證據標準」。²⁴¹綜上，只要心智正常之人，能從行政機關提出的證據中獲得其作成的結論，認為足以支持行政機關之結論者，即符合「實質證據標準」之要求。從美國行政程序法立法之初之文字來看，「實質證據標準」雖看似較「恣意專斷標準」嚴格，但實際上是否如此，則視實務上實際操作結果而定。

六、本章結論

美國制定行政程序法，係出於當時行政機關爆增，對於法規之行使多且混亂，法規之訂定又無統一之程序，機關各自為政，毫無預見性，對人民保障不周，也無助於司法審查。該法之制定就是為了統一程序、讓人民得預見程序之進行，並且賦予該訂定程序效力以及司法審查之條款，加強對機關法規實施之監督。從該法對於法規訂定程序詳細規範即可知，此目的在於讓法院審查時有明確的審判依據，更突顯出該法對於司法審查之重視，欲以司法審查搭配程序監督來達到對行政立法之有效控制。

²⁴⁰305 U.S. 197, 229 (1938).

²⁴¹340 U.S. 474, 488 (1951).

第肆章 美國司法審查對法規訂定程序之影響

行政立法之司法監督，指的是法院對行政立法進行合法性的審查。過去美國法院對行政立法之監督多圍繞不授權原則打轉，由於國會無力明確授權，法院通常也難深入專業的條文規定，不授權原則所進行的其實只是一個非常空泛寬鬆的審查過程。為了解決法院進行實體審查之困難，發揮司法監督的功能，美國行政程序法規定了明確的程序要件，並將違反程序要件列為可受司法審查之對象，目的就是讓法院能夠針對行政機關的法規訂定進行實質的審查。立法目的立意頗高，而行政程序法中確實也給予相當完備的程序建制及可進行司法審查之規定，然而實際運作時，是否真如立法目的所希望，透過司法以程序監督達到控制行政立法行為之效果？

本章所討論的司法審查，並不只是討論法院如何解讀行政程序法上的程序要件，更重要的是要去探討法院「為什麼」要如此解讀該法之文字意義？法院的態度為何？影響法院態度的背景因素又是什麼？法院對於訂定程序監督模式的態度寬嚴，是否影響行政機關的行為？對整個法規訂定程序又有什麼樣的影響？從整個訂定程序發展的脈絡來看，司法審查在其中扮演了什麼樣的角色？

以下本文將時間軸區分為三大時期，時期的名稱如「環境時期」、「全球時期」是參考學者 Alfred C. Aman 在 *ADMINISTRATIVE LAW IN A GLOBAL ERA*²⁴²一書而來，而年代則是參考學者 Peter L. Strauss 在 *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*²⁴³文中所作的區分，本文將兩者綜合依照寫作需求區分為三大時期：「新政至行政程序法初期（1930 年代到 1960 年代中期）」、「環境時期（1960 年代晚期到 1970 年代晚期）」及「全球時期（1980 年代至今）」，要特別說明的是，所有的歷史發展絕不可能切斷來看，此區分係為了寫作方便，並非該時期內之發展皆完全相同，亦非過了某時間點某種發展即中斷，惟對於目的在看出司法審查對行政立法之監督及對訂定程序監督模式之脈絡化

²⁴² ALFRED C. AMAN, JR., *ADMINISTRATIVE LAW IN A GLOBAL ERA* (1992).

²⁴³ Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 *WAKE FOREST L. REV.* 745 (1996).

影響，是綽綽有餘。因此時期之粗分雖有不精確，但無礙於目的之達成，先於此敘明。

接著本文依照時期之區分，於各時期依序討論：於該時期法院自覺應該採取何種態度？影響法院態度之因素為何？法院的態度表現於對行政立法之監督是寬是嚴？對於法院審查之內容、程序要件、所採擇之審查標準有何具體影響？法院的審查對行政機關法規訂定行為有何影響？

在「審查標準之採擇」部分，因為依照美國聯邦行政程序法之規定，非正式法規訂定程序之司法審查，係以「恣意專斷」作為審查標準，因此便以該審查標準受到法院態度之影響作為討論之核心。

在「對訂定程序要件之影響」部分，指的是對美國行政程序法所規定之非正式法規訂定程序之要件之影響。最後要說明者，「全球時期」之所以未對「審查範圍」、「對訂定程序要件之影響」以及「對訂定程序性質之影響」作特別討論，係因對於該時期法院雖退回自制的態度，但究採何種審查標準，目前似尚未有定見，若只是稍微降低標準，則可能與「環境時期」無異，若回歸行政程序法最初之原意，則亦與「新政至行政程序法初期」相差不遠，若介於兩者之間，則可能兼採兩者之作法，但總之，可以看出法院「採取較尊重的態度」是沒有爭議的，也不影響本文探求法院態度的時間軸變化，故未特別針對該時期的該三部分作討論。

一、新政至行政程序法初期(1930 年代到 1960 年代中期)：司法自制原則

雖然新政時期已經大量訂定法規來達成行政目標（詳如本文第參章所述），但當時還沒有一套完整之法規訂定程序可供管制機關參考依循。1946 年聯邦行政程序法制定後，法定程序成為管制機關訂定法規必踐行之程序，可想而知勢必對於管制機關之行政程序造成困擾或增加行政成本，可能對原本法規之使用產生抑制作用。惟管制機關對於訂定法規來達成其法定目標之意願，並未因行政程序法增訂了法規訂定之法定程序而消退，為何如此？造成之原因為何？

其主要係因行政程序法制定之「非正式法規訂定程序」並不受到各界重視，法院因為某些因素也採取寬鬆的監督態度，對於法規程序並未嚴格把關，這些法定程序之存在對於管制機關而言，並不會成為彼等作成法規之障礙，所以行政機

關依舊大量從事法規訂定之活動。此結果也導致行政機關有恃無恐，多僅按表操課走完法定程序，形式上符合法定程序要件，實質上並未達到保護人民權益之效果。

（一）法院採取司法自制原則

1、司法自制原則

司法自制，以美國憲法及美國聯邦最高法院來說，係指法院以其自身發展的法律原則，拒絕受理案件或拒絕針對案件所涉及之爭議，作出裁判。²⁴⁴因為司法自制係由法院自己發展出之原則，其內涵並不確定，適用之標準也不同，學說上將法院經常且嚴格適用前述司法自制原則的情形，冠以「消極」之名，反之則以「積極」稱之。²⁴⁵新政時期法院趨向嚴格適用司法自制原則，只能說法院此時大多採取尊重態度而自制，是一個比較後之結果，是一個相對性的說法，並無絕對標準。

（1）處理司法與立法間之關係

此時期之司法自制原則多著重於司法與立法間關係之探討，即法院對於立法所採取之態度。此階段的司法自制約從羅斯福總統執政後開始發展，強調立法至上，相對而言即要求司法自制，例如採取較寬鬆的審查標準使法律免於受違憲宣告等。早期聯邦最高法院面對立法權所採之憲法原則為 *Lochner v. New York* 案²⁴⁶所樹立之實質正當程序原則，²⁴⁷然而，新政時期之社會亟需挽救經濟及改善社會問題之立法，法院若繼續恪守 *Lochner v. New York* 案所樹立之實質正當程序原則，實等同阻礙前述新政時期所進行之實驗性立法（experimental legislation）。因此，聯邦最高法院在 *United States v. Carolene Products Co.* 案²⁴⁸推翻實質正當程序原則，肯認立法部門在解決經濟問題時之至高性，當法院在審查此類經濟立法

²⁴⁴葉俊榮、張文貞，〈司法積極主義—論行政法院改制之後對於違法行政命令審查的積極趨勢〉，收錄於《行政法實務與理論（一）》，92年3月，頁41，註1。美國聯邦最高法院發展出之法律原則包括「判決先例拘束原則」、「案件爭議可司法性原則」、「政治問題不受理原則」、「聯邦議題原則」等。

²⁴⁵葉俊榮、張文貞，同前註文，頁41，註1。

²⁴⁶98 U.S. 45 (1905).

²⁴⁷中文文獻可參廖元豪，〈美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響—以方法論為重心〉，《月旦法學教室》，第100期，2011年2月，頁56-57。

²⁴⁸304 U.S. 144, 152 & note 4 (1938).

時其權力必須受到限制。因此聯邦最高法院對於立法權之態度，在實質正當程序原則式微後，轉由司法自制原則取代，成為新政時期法院處理國會立法之指導原則。

(2) 帶有積極面向之司法自制

司法自制乍聽之下頗為消極，至少在新政時期立法及行政機關蓬勃的發展當中，原屬被動的司法權再加上「自制」的枷鎖，無論如何也與立法及行政的主動積極無法相比，更與挽救經濟等新政的亮眼成就毫不相干。然而，因為司法自制，不以嚴苛的標準要求國會之立法，國會無須擔心法律遭法院宣告違憲，間接促進新政時期諸多社會及經濟立法，從法院對立法之尊重促成國會積極立法改善社會及經濟問題的角度觀之，至少在新政時期，此種「不作為就是作為」的司法自制原則是帶有積極之面向。

2、法院採取自制尊重態度之因素

(1) 社會脈絡及管制成長

新政時期之美國，剛經歷第一次世界大戰後之經濟大恐慌時期，百廢待舉，亟需國家政府穩定社會經濟及民心，許多目的在改善美國人民之經濟困境、使脫離貧窮之社會及經濟立法相應而生，²⁴⁹國會大量設立管制機關，於立法中大量授權管制機關執法，也因為社會福利國家之興起，「管制量」大增，如本論文第參章所述，於茲不贅。

(2) 代議民主理論之觀點

代議民主是一種菁英民主制，其主張概為：在高度專業的政治領域中，公民所得參與者，僅為定期投票選舉適合之領導者來處理公共事務，其餘皆授權菁英與專家，無須過問。若選出之菁英表現不佳，則以定期選舉淘汰之，即足以達到監督制衡與避免權力寡占之目的。²⁵⁰此理論建立之前提之一，就是認為唯有具備專業知識和決策能力之菁英，才有能力判斷何者有助於公共利益，一般民眾則欠缺此能力，特別是在高度分工、充滿複雜知識的當代社會，每項工作都應由專責

²⁴⁹See AMAN, *supra* note 137, at 17.

²⁵⁰林國明、陳東升，〈審議民主、科技與公民討論：臺灣的實作經驗〉，《科技、醫療與社會》，第3期，94年9月，頁1-49。

者負責，政治事務亦不例外。²⁵¹在此時期，由民選代表組成之國會，對經濟及社會議題具有較一般選民更高之專業程度，法院並不具有此專業，應尊重立法者之決定。

(3) 以生產者為出發點之觀點

新政時期的經濟管制立法首要之務係確保各產業之存續，若市場得運作，消除不必要之勞資糾紛，如果費率之訂定接近其真實，製造者、消費者及整個社會都將更美好。

此時期並非不重視消費者之權益，而係從改善生產者（或製造者）所處之經濟市場著手，維持一公平競爭之秩序市場，嗣生產者所處之環境市場穩定，市場機制恢復，消費者之權益自然也受到保障。²⁵²

此觀點衍生了一種群體觀點：維持傳統個人主義概念，但是支持行政法及管制機關成為保護個人免於受市場侵害之工具。²⁵³於是個人主義與行政法在新政目標下因此而被連結。在放任主義時期（laissez-faire era），行政法主要功能是保護個人免於受政府之侵害，²⁵⁴行政法是依循紅燈理論發展，內容多在限制政府之角色。然而新政時期行政法成為保護個人及公司免於經濟大恐慌帶來動盪市場及市場失靈之危害，政府矯正市場失靈後，使得個人得以更自由地為自己利益而行動，行政法的角色自此從保護個人免於政府之侵害轉變為保護個人免於市場失靈之危害，此為行政法之綠燈理論，內容係在如何使政府完成法定任務。此行政法角色的改變也使司法有了相對應的轉變。亦即，司法對於管制機關作成經濟問題之決定，多予以尊重，就是綠燈理論之體現。

(二) 法院對行政立法之監督：尊重

(1) 法院對管制機關之尊重

此時期法院對於管制機關之尊重，可能來自於以下三面向：其一為國會本身就是專業，國會授權管制機關執行任務，亦屬國會之專業判斷；若法院對立法採

²⁵¹林國明、陳東升，同前註文，頁 1-49。

²⁵²See AMAN, *supra* note 242, at 21.

²⁵³See AMAN, *supra* note 242, at 21.

²⁵⁴See Stewart, *supra* note 36, at 1671-76.

尊重之態度，對於國會透過法律設立之管制機關，也應予以尊重。²⁵⁵其二為管制機關係透過國會之立法而與國會有鏈結關係，其具有與國會相同之專業與獨立性，²⁵⁶不容法院越廚代庖，以其判決取代管制機關之專業決定。其三為民主正當性，亦即管制機關從其與國會之授權鏈結關係，獲得國民主權的傳送，具有民主正當性，是民選官員之代理人，²⁵⁷法院本身所具之民主代表性較薄弱，應對具有較強民主正當性之管制機關予以尊重。

(2) 法院對管制機關訂定法規之尊重

國會透過立法將部分立法權限授予管制機關行使，屬於國會之專業判斷，²⁵⁸再者如前所述，管制機關本身具有從其與國會之授權鏈結中帶來之專業性、獨立性及民主正當性，若法院對於管制機關其本身尊重，對於其所訂定之法規亦應給予相同程度之尊重。

(三) 法規訂定情形不減反遽增

延續新政時期管制機關大量訂定法規之慣行，行政程序法制定後，雖然增加了對行政立法行為的程序監督模式，然而行政機關之立法行為依舊盛行，數量不但絲毫未減，反而與日遽增。究其實，係下列幾項因素所致：

1、法規訂定程序之不受重視

而非正式法規訂定程序不受重視，也就是根本沒有權力部門認為訂定程序是一項重要的制衡機制：行政機關不認為訂定程序是影響其行政作業之阻礙，立法機關不認為訂定程序可以用以控制行政立法，法院也很少以行政機關訂定法規違反訂定程序而宣告違法，其原因大約可化歸於後述幾項因素。

(1) 立法者之原意

如第參章所述，立法者當初通過法規訂定程序，係來自民主黨與共和黨之利益交換，民主黨根本不認為該訂定程序會對行政機關造成衝擊，不會影響其新政之推行，故同意通過該條款，非正式法規訂定程序之所以不受重視，從立法之初

²⁵⁵ See AMAN, *supra* note 242, at 16.

²⁵⁶ See AMAN, *supra* note 242, at 15.

²⁵⁷ See AMAN, *supra* note 242, at 16.

²⁵⁸ See AMAN, *supra* note 242, at 16.

即已埋下伏筆。

(2) 政治勢力對介入管制機關之法規訂定活動興趣缺缺

因為管制機關所訂定之法規並無政治影響力，或者說其利益過小不足以驅使國會議員或總統對將政治觸手深入其訂定過程，因此管制機關仍保有使用並訂定法規的彈性空間，法規訂定仍單純屬於管制機關層級之行政行為，與其他政治部門較無關係。

(3) 某些管制機關堅持使用行政裁決達成行政目的

在美國聯邦行政程序法中，「處分」(Order) 與「法規」兩者之區分並不若我國的「行政處分」與「法規命令或行政法規」那樣地涇渭分明。所謂的法規係指「為執行、解釋或規定法律或政策，或說明機關之組織、程序或業務之普遍適用或特別適用，且嗣後發生效力之機關聲明之全部或一部」。²⁵⁹而美國聯邦行政程序法對「命令」之定義，僅謂「凡機關對法規訂定以外之事項，所做最終處分之全部或一部，核頒執照亦包括在內，至其形式為批准、駁回、禁止或宣告在所不問」，²⁶⁰機關形成命令的過程即為「行政裁決」²⁶¹。法院在實際認定時，有其兩套標準：若規範的是「行為之未來結果者」或是機關之行為導致「一般適用者」，為「法規訂定」；若「根據現在或過去之行為以認定責任者」或是「僅適用於特定個人或情況者」，為「行政裁決」。

行政裁決及法規訂定兩者之性質雖具互相排斥，但 APA 對於兩者之定義相當模糊，故行政機關多半可依其裁量決定使用「行政裁決」或是「法規訂定」，來達成行政目的。²⁶²法院也認同行政機關可依其需要選擇使用。²⁶³

就因為美國聯邦行政程序法並未明確地區分「命令」與「法規」，行政機關多半可依其裁量決定使用「行政裁決」或是「法規訂定」，來達成行政目的。某些新政時期之管制機關，習以「法院」角色自居，完全以行政裁決來完成其任務，

²⁵⁹本段翻譯參考自，湯德宗，同前揭註 173 文，頁 188。

²⁶⁰5 U.S.C. § 551 (6): 「“order” means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing.」本段翻譯參考自，湯德宗，同前揭註 173 文，頁 188。

²⁶¹5 U.S.C. § 551 (7): 「“adjudication” means agency process for the formulation of an order.」

²⁶²湯德宗，同前揭註 173 文，頁 188。

²⁶³332 U.S. 194 (1947); 351 U.S. 192 (1956); 482 F. 2d 672 (D.C. Cir. 1973).

避免使用法規訂定。²⁶⁴因此在美國聯邦行政程序法制定後二十年間，這些管制機關依舊甚少訂定法規，法規訂定程序之要求自然未受到彼等管制機關重視。²⁶⁵對這些行政機關而言，法規訂定程序之規定只是空殼，無實質作用。

2、法院對管制機關採尊重態度

管制機關之所以在行政程序法通過後仍大量使用法規做為政策執行之主要方式，除了前述之原因外，最主要者係法院之態度。如前所述，在新政時期及行政程序法通過後之二十年間，法院對管制機關採取寬容尊重的態度，以較寬鬆之標準審查管制機關所訂定法規時所踐行之法定程序，再加上尊重立法者制定法規訂定程序之原意，管制機關對於行政程序法制定之法規訂定程序也就不那麼重視。

3、機關缺乏認真踐行法規訂定程序之動機

承上，由於立法者本身對法規訂定程序並不重視，而管制機關法規之訂定對立法者與總統缺乏政治吸引力，再者，身為最後審查者之法院也採取尊重態度，對於法規訂定程序之審查，只要管制機關表面上有按行政程序法所要求的程序訂定法規，亦即，有達到立法者原本設想的最低標準，法院便尊重管制機關之專業判斷，鮮少因違反行政程序法之非正式法規訂定程序而受法院判決法規違法。基於以上種種因素，欠缺國會及法院有力之監督，管制機關缺乏認真看待行政程序法規定之法定程序要件之動機，自然便宜行事。

(四) 司法自制對司法審查之影響

1、審查標準之採擇：固守恣意專斷標準之原始意義

(1) 新政時期：自制

在新政時期，聯邦行政程序法雖然尚未制定，然大量之法規訂定活動已成為事實，管制機關實際上也踐行程度繁簡不一的訂定程序。此時因許多行政機關之設立有其特殊之社會脈絡因素支持，法院對管制機關訂定之法規採取尊重態度，

²⁶⁴Richard J. Pierce, Jr., *The Fiftieth Anniversary Of The Administrative Procedure Act: Past And Prologue: Rulemaking And The Administrative Procedure Act*, 32 TULSA L.J. 185, 187 (1996); see SHAPIRO, *supra* note 170, at 40.

²⁶⁵See Pierce, *id.*

以寬鬆審查法規之方式使管制機關能夠順利執行其法定任務。

在一些早期的判決中，法院將法規之審查類推適用對法律的審查，認為不能要求行政機關必須以筆錄作為其訂定之法規的依據，否則將比法院對法律審查之標準更加嚴格。²⁶⁶ 以 *Pacific States Box & Basket Co. v. White* 案²⁶⁷ 為例，該案係審查州管制機關用來定義裝載新鮮草莓容器種類之法規。最高法院認為此規定裝載草莓容器之法令係來自管制機關之訂定，並非由州議會立法來定義，因此與最高法院之審查無關，且不認為管制機關行使其訂定法規之權限，必須踐行比立法更嚴格之程序要件，²⁶⁸即採取非常寬鬆之審查標準。此外，該案也認為「凡能設想有一事實狀態可以合理支持該處分時，即應推定該事實狀態存在；其挑戰該項推定者，應負責舉證系爭處分為恣意」，²⁶⁹因為缺乏行政筆錄，審查法院只能推定行政機關有足夠的事實來支持其決定，²⁷⁰並加諸推翻此推定者負有舉證之義務，明顯袒護管制機關所訂定之法規，給予極大尊重。在 *United States v. Carolene Products Co.*案²⁷¹，最高法院肯認立法部門在解決經濟問題時之所具有至高性，特別是在新政時期特殊之時空背景下，故法院在審查此類經濟立法時，權力必須受到限制，給予立法尊重。換角度言之，由立法部門立法設立之管制機關，係國會以立法完成經濟任務之實際執行機關，亦須給予相同尊重。

(2) 司法自制原則強化新政時期寬鬆審查之基調

行政程序法制定後一、二十年間，法院仍延續新政時期的尊重態度，以寬鬆標準審查管制機關訂定之法規，對於行政程序法所規定之非正式法規訂定程序，也採取保守態度。

按 APA 原始文義，專斷恣意原則原本就屬寬鬆審查，法院也認為如此。然而在司法自制原則之影響下，更強化法院嚴守恣意專斷原則之原始內涵，亦即嚴守採取恣意專斷原則即屬寬鬆審查之態度，堅守 APA 原始文義解釋，不作超越 APA 文義以外之法官造法。

²⁶⁶ See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006); 274 U.S. 564 (1927).

²⁶⁷ 296 U.S. 176 (1935).

²⁶⁸ 296 U.S. 176, 186 (1935).

²⁶⁹ 296 U.S. 176 (1935).

²⁷⁰ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 186 (1935).

²⁷¹ 304 U.S. 144 (1938).

行政程序法制定後，法院審理非正式法規訂定程序適用該法第 706 條第 2 項第 1 款規定，若行政機關之決定有「恣意、專斷、濫用裁量權或其他違法情事」者，應予廢棄，此為「專斷恣意標準」。從文義來看，行政機關作成決定只要非出於恣意、專斷濫用裁量或違反其他法律，就可以通過法院審查。從 APA 之立法歷史觀之，立法者係參考聯邦最高法院判決依據正當法律程序條款來審查政府決定是否具「合理性」(rationality) 來解釋專斷恣意標準。²⁷²由此可知，法院對於以專斷恣意標準審查之行政行為，會高度尊重。一般如果法院以此原則審查，就表示採取非常寬鬆之審查。一些早期的案例也暗示行政機關只要指出行政決定與法定目標 (statutory goal) 之間有最小可信的關連性 (minimally plausible connection) 就足夠。以 *Landsden v. Hart* 案²⁷³為例，審理該案之第七巡迴上訴法院並未要求行政機關非賦予利害關係人口頭陳述 (聽證) 之機會不可，甚至行政機關已經訂有聽證日期，而在該聽證舉行前即正式發布法規，法院也不加干涉。由此益證，法院對於採非正式法規訂定程序之審查，相當寬鬆，也給予行政機關相當大的施政彈性空間。

2、審查範圍

(1) 對事實之審查

法院一向認為適用恣意專斷標準來審查非正式法規訂定程序時，目的在監督行政機關是否已經履行法定程序，對行政機關之「事實認定」與「實體決定」相當尊重。²⁷⁴

(2) 對理由與證據之審查

行政程序法規定之非正式法規訂定程序，在訂定過程中並不會產生證據性的筆錄 (evidentiary record)，訂定法規的行政機關可依據任何其認為相關、但不一定要公開的資料，例如行政機關得根據其本身所知悉的資訊，或一般知識、專業知識作為訂定法規之基礎，不受評論程序中所提出之意見拘束，來作成決定。

使法院在實際運用恣意專斷原則於個案審查時，趨向保守節制，完全遵照行

²⁷²See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 348 (2006).

²⁷³186 F.2d 409 (7th Cir. 1948).

²⁷⁴湯德宗，同前揭註 120 文，頁 121。

政程序法之原始文義：只要該法規不明顯違反相關條文之指示，表面上沒有不合理，且有行政機關宣稱存在之事實可供支持，該法規就會受到法院支持。²⁷⁵亦即，法院僅要求行政機關就其決定「提出理由說明」即可，毋須如「實質證據標準」必須提出相當證據供法院審理方能通過審查。此亦因行政機關之決策基礎可以來自於很多管道的資訊，故行政機關只須提出「說明」，理由只要「說得過去」，在採用恣意專斷原則之寬鬆審查下，就會獲得法院支持。

3、對訂定程序要件之影響

美國聯邦行政程序法為非正式法規訂定程序建立三項基本的程序要件，一為「欲為法規訂定」之公告，二為提供相關個人對主事機關提出書面評論之機會，三為行政機關須對其訂定法規所依據之基礎作一簡明一般的解釋。此外，行政程序法也提供司法在對法規訂定程序作審查時可以賴以作參考的三個依據，其一為「行政機關是否有遵守行政程序法所規定之程序要件」，其二為「行政機關訂定法規之法律授權」，其三為「行政機關做成決定是否有事實足以支持或是否具合理性」。²⁷⁶

此時對於非正式法規訂定程序的司法審查，並不常見，即便有，由於法院採取自制，適用相當寬鬆之恣意專斷標準作形式審查，在對非正式法規訂定程序要件審查時，只要求行政機關能做到符合行政程序法表面之要求，即可輕鬆通過審查：

(1) 關於「預告」程序要件

只要有該法規草案之名稱或主旨，或是對於所涉主題與爭議加以描述，即可符合「預告」要件。²⁷⁷

(2) 關於「評論」程序要件

條文中亦未對應規定給予利害關係人多久的時間來提供意見，大多為一個月或二個月。²⁷⁸

²⁷⁵See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 520 (2006).

²⁷⁶See Strauss, *supra* note 243, at 752.

²⁷⁷See Strauss, *supra* note 243, at 752.

²⁷⁸See Strauss, *supra* note 243, at 753.

(3) 關於「一般簡要之說明」程序要件

至於該法所要求「一般簡要之說明」也同樣以字面上去解釋，只要有一到兩頁的說明就可以符合「行政機關應對訂定法規之基礎及目的作簡要一般之說明」的要件。²⁷⁹

4、法規訂定程序之定位：立法程序性質

在一些早期的判決中，法院將法規之審查類推適用對法律的審查，認為不能要求行政機關必須以筆錄作為其訂定之法規的依據，否則將比法院對法律審查之標準更加嚴格，²⁸⁰由此可看出，法院係將法規訂定程序比照立法程序辦理，認為即便有所謂的行政筆錄，也無從拘束行政機關作成之決定。無論是法院為了給予行政機關與立法相同程序之尊重，才將法規訂定程序比擬為立法程序，抑或是法院認為法規之訂定本身即係源於國會授予行使之部分立法權限，兩者本質相同，適用相同寬鬆之審查標準，可看出新政時期法院偏向將行政機關事實上從事之法規訂定行為認定為立法程序性質。1946年行政程序法通過，從立法者對法規訂定程序之預告及評論程序之制度設計可知，參與程序者屬於提供協助的「自願參加者」，而非具有控制程序「權利」的當事人，該法係將非正式法規訂定程序看做「立法程序」，²⁸¹再加上法院謹守APA之文義，其偏向立法程序之性質並未因為法院的介入而變質，因此在此時期，無論是文義上或是實務上法規訂定程序都偏向立法程序性質。

5、對判決結果之影響

此時期，法規受司法審查者較少，即便受到審查，也因法院適用恣意專斷標準，通常都可容易通過審查。

(五) 消極監督的整體影響

1、行政彈性高

APA之制定並未對管制機關造成障礙，管制機關仍保有使用法規之彈性及

²⁷⁹ See Strauss, *supra* note 243, at 753.

²⁸⁰ See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006); 274 U.S. 564 (1927).

²⁸¹ See Strauss, *supra* note 243, at 753.

空間，管制機關可以快速地訂定出一個法規，因應多變的社會狀況。由於自由彈性，一旦訂定出一套法規，成為日後行為準則，管制機關也無須針對每一個案去找出適合的標準個別作判斷，且訂定程序也不嚴謹，不但節省行政成本，又有行政效率，使得管制機關愈來愈偏好採用法規訂定來達成其目標。

2、行政機關執行效率不佳

本文第參章提到，某些行政機關偏好以行政裁決手段來完成任務。惟選擇以行政裁決作為執行任務之手段，有其侷限性。蓋行政裁決係涉及具體個案，並不具有通案性質，難以形成日後執行任務的參考或準則。且行政機關完成行政裁決案件之際所發現的「事實」，都已經屬於「過去式」，若累積歸納過去行政裁決之經驗，並依照此種經驗作為日後執行任務之準則，等於以過去事實來作為認定現在事實之基礎，也會產生不利的後果。²⁸²學者也批評，行政機關不應限於僅以過去發生的具體特定事實作為解決問題的基礎，而應思考未來如何創造有前瞻性的行為法規，以最有利社會的方式來管制受管制者之行為。²⁸³也因為無可依循之準則，行政機關必須個案中尋找解答，耗費時間資源，因此在此時期偏好採行行政裁決之行政機關，最為人詬病之點即為「執行不力（poor performance）」。²⁸⁴

3、行政機關之俘虜現象

行政機關偏好以行政裁決完成其任務之現象，創造出一種只有「受管制者」能參與之管制環境，受管制者成為唯一有動機又足以有效地參與管制過程的個體，因為行政裁決程序並非向大眾公開，是個案較隱密性的審查過程，行政機關很容易在此決策的過程中，受到管制業者之干擾或是利益交換，特別是進行經濟管制之行政機關，如民航局、州際商業委員會，主政之行政官員在公、私領域間來來去去，實際上是為其所管制之產業提供保護傘，允許受管產業從事價格調

²⁸²Stephen G. Breyer & Paul W. MacAvoy, *The Natural Gas Shortage and the Regulation of Natural Gas Producers*, 86 HARV. L. REV. 941 (1973).

²⁸³See Pierce, *supra* note 264, at 188.

²⁸⁴Richard J. Pierce, Jr., *The Choice Between Adjudicating and Rulemaking for Formulating and Implementing Energy Policy*, 31 HASTING L.J. 1, 48-53(1979); Merton C. Bernstein, *The NLRB's Adjudication-Rule Making Dilemma Under the Administrative Procedure Act*, 79 YALE L.J. 571, 578-81(1970).

整、及其他類似企業聯合之活動，嚴重損害消費者權益，違反反托拉斯法，²⁸⁵形成管制機關被業者「擄獲」(captured)，而成為其所管制產業之事實上代理人(the de facto agents)，甚至可能造成企業聯合現象，與行政機關的法定任務相衝突。²⁸⁶故多數評論也才會認為行政管制對於受管制產業之好處，其實勝於一般公眾(即管制之潛在受益者 intended beneficiaries)。²⁸⁷

4、管制受益者無權參與

國會制定行政程序法是以行政機關會積極完成其所指派之任務為前提，²⁸⁸因此，該法主要目的是要藉條文中諸多之程序要件，保護受管制者之權益免於受行政行為之侵害，幾乎沒有考慮管制受益者是否受到相同程度之保護。²⁸⁹這也反映出 1946 年當時制定行政程序法時，是重在以生產者為出發點來制定法律，保護消費者的觀念並不盛行。因此，在 APA 制定通過初期，大部分的訴訟類型還是以受管制者所提起者居多。

行政裁決之程序跟訴訟程序相類似，僅限於因行政機關之管制行為而權利受到侵害之當事人能參與，並不包括因管制機關之管制行為而受有利益之管制受益者。因此在採以行政裁決作為施政方式之管制領域，能夠影響管制機關者，侷限於管制過程中權益可能受到之受管制者，而行政裁決作成後，若受管制者並未表示不服，那麼行政裁決即確定，此後不能再對行政裁決之決定提出任何不服或表示意見，即便是受管制者亦同一能對行政機關決策表示意見之階段，只限受管制者在作成行政裁決之過程；若受管制者不服，也只有受管制者能提出訴訟，在訴訟中表達意見。行政裁決無論在參與者之資格或是參與程序之階段，都充滿限制，利害關係人皆不得其門而入。

即便從事訂定法規之管制機關，也因為此時期對於非正式法規訂定程序治不重視，並未認真踐行「公告」、「評論」等法定程序，行政程序法之制定未能使管

²⁸⁵ Alan B. Morrison, *The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law*, 72 VA. L. REV. 253, 261(1986); JERRY L. MASHAW & RICHARD A. MERRILL, *ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM* 62 (2nd ed. 1985).

²⁸⁶ See Pierce, *supra* note 264, at 188.

²⁸⁷ Mark Green & Ralph Nader, *Economic Regulation vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man*, 82 YALE L.J. 871 (1973).

²⁸⁸ See Stewart, *supra* note 36, at 1682.

²⁸⁹ See Morrison, *supra* note 285, at 260-61.

制受益者獲得實質參與法規訂定之機會。

（六）小結

此時期法院因採尊重自制的態度，對行政立法之監督程度非常弱，司法審查只是徒具形式。法院並沒有達到行政程序法所預期的功能，然而法院所採取的態度確實是符合當初立法者之「實際上意思」。此時期因為法院監督的缺乏，訂定程序並未發應有的功能，人民未積極參與，行政機關資訊揭露也不夠完整，整體而言，原本欲藉程序制度來改善的缺點以及立法目的，似乎都沒有達到。

二、環境時期（1960 年代晚期到 1970 年代晚期）： 司法積極主義

此時期因為環境、消費者意識抬頭，法院為了保護無法量化為經濟因素作考量的環境、生命等價值，以及認為某些行政機關事實上無法忠實地落實國會賦予之任務，開始對行政立法行為採取從嚴的態度。為了應付法院嚴格的要求，行政機關也開始重視如何通過司法審查，亦即針對訂定程序予以細緻化，法院強力之監督也豐富了程序內涵，惟末期有使訂定程序陷入僵化之境，而開始呼籲應停止某些由法院自創的程序要件，然而因為法院從嚴審查之態度並未消滅，整體嚴格的審查趨勢仍在，延續至下一時期。

（一）法院採取司法積極主義

1、法院採積極主義之因素

法院從自制轉變為積極，與此時期之大量環境立法、環境問題之特性有關。

（1）大量環境立法

1960 至 1970 年代，工業所帶來的環境污染問題日益嚴重，國會制定大量管制法令，並創設許多新型管制機關執行之，政府之管制行為大增，產生了監督需求，²⁹⁰而此時的環境法令，通常要求行政機關訂定法規，並限期完成，故在 1976 年至 1980 年間法規的產量暴增，共增加了 36,789 個法規，提出的草案則有 23,784 個；²⁹¹另外由於國家環境政策法之制定，要求所有行政機關都必須考量「環境因

²⁹⁰ See AMAN, *supra* note 242, at 26.

²⁹¹ See KERWIN, *supra* note 144, at 14-15.

素」，法院也因此找到可以介入審查的基礎，而採取較嚴之標準要求行政機關對於為何於決策過程中「未考量環境價值」提出解釋，特別是當個別法律中給予法院審查權限時，法院提高對行政機關訂定程序之要求則較有正當性。以上大量立法賦予法院之權限，以及行政機關大量管制所產生的大量法規及其資料，提供法院審查之法律基礎，使法院得以積極審理，是促成積極主義之原因之一。

(2) 環境問題之外溢特性

而環境問題「跨界」或是「外溢」的特性，表現在好幾個面向，其中與法院態度轉為積極相關者有三，其一為跨地理疆界，空氣污染、水污染等，並不會固定留在某個地方，而係以污染源為中心不斷向外擴散。其二為跨產業別，若要針對此種環境污染問題進行管制，絕對不可能僅侷限於某個產業，例如管制水污染，不可能僅管制工業廢水，畜養牲畜所排放之污水亦應受到管制，成衣廠染色的污水也應受到管制，否則會因為環境污染具有跨界、不斷擴散的流動特性，而使環境管制功虧一簣，於是污染之所在，環境管制之所在。其三為跨學科領域，環境問題本身所涉之領域，包括經濟、科學、倫理、法律、社會等學科，其解決之道，當然也須考量不同領域之觀點，以科際整合之方法獲全面性之解決。因此環境問題不會侷限於某個範圍，污染可能擴及數州甚至超出國界，其管制自然並無法以產業別區分，而了解環境問題及解決環境問題所需之學科知識也不再單一，有同時借重各學科領域專家之需求。針對如此複雜的管制領域，法院將提高行政機關舉證說明理由之義務，影響法院審查之態度。

(3) 需要更多對環境相關因素之解釋

而環境問題複雜，可能受數個因素影響而產生，而解決之方式也只有「較好」，並無「正確」的解答，針對此種「科學上的不確定性」、「可能性」以及「推測」之說法，必須要有更多之說明與解釋，即便法院是採取尊重之合理基礎審查（rational basis approach）。例如在 *Baltimore Gas & Elec. Co. v. NRDC* 案²⁹²中，法院要求 NRDC 對一連串相關因素作說明之後，才支持其見解。

(4) 具憲法權利類似性

而環境污染影響人的生命、健康、安全，甚至是其他生物，都是不可量化之

²⁹² 462 U.S. 84 (1983).

價值，無法轉化為經濟論述，與過去新政時期所管制之經濟領域截然不同。況且環境具有不可回復之性質，一旦受到改變，永遠無法回到最初之樣貌，此與某些憲法權利如言論自由之限制具有不可回復性相似。正如法院在處理某些憲法權利之案件所採取之態度，憲法所保障之言論自由僅有在具有急迫情況才能限制，且舉證責任在主張應限制之一方，對於法令所賦予之環境權利，法院也將上述對憲法權利進行審查所使用之審查方法，延伸至處理環境爭議上，例如不論阻絕環境者係政府或私人，都負有舉證責任。法令之絕對性質以及被覺察之傷害不可回復性，已經產生了一個超越法律或管制卻類似憲法的法律論述。²⁹³

(5) 爭議本質之絕對性 (Absolutism)

環境爭議本質之絕對性，表現在國會之環境立法，多未考量成本效益，並常限定解決環境之期限，期望對工業社會所產生之污染問題，產生立竿見影之效果，例如潔淨空氣法之制定，即被賦予快速解決環境污染問題之使命。²⁹⁴因為立法已明定標準或時間表，法院便得以介入審查。此外絕對主義之特性使管制機關之裁量縮減，也改變了管制論述，法院不再推定管制機關具有環境理性，管制機關必須舉證已經有適當地考量環境價值。²⁹⁵

(6) 以消費者為出發點的管制性質

環境時期之管制是以消費者為出發點，國會也採直接保護個別消費者之方式從事立法。此時之製造者製造大量污染，在環境時期被視為「傷害」之製造者，原本使用環境之「消費者」則為受害者，其生命健康安全等個人權利受到傷害。此種「傷害權利」的問題本質，使善於保護個人免於權利受侵害之法院，得以駕輕就熟地將過去在審查個人權利受侵害所發展出之論述或方法，使用於對於環境爭議之審查。²⁹⁶

²⁹³ See AMAN, *supra* note 242, at 29.

²⁹⁴ Clean Water Act of 1977, Pub. L. No. 95-217, 91 Stat. 1566 (codified in various section of 33 U.S.C. [1982]).

²⁹⁵ William H. Rodgers, Jr., *Benefits, Costs, and Risks: Oversight of Health and Environmental Decisionmaking*, 4 HARV. ENVTL. L. REV. 191, 191-226(1980).

²⁹⁶ Leventhal 法官在 *Ethyl Corp. v. EPA* 案中指出行政法上從嚴審查原則與憲法上嚴格審查標準兩者之類似性。541 F.2d. 1, 68 (D.C. Cir 1975).

(7) 傳統經濟管制機關無法勝任

從傳統新政時期之管制機關，多僅針對單一產業進行經濟管制，任務較單純，所涉之權益，都可以理性計算而量化為數據，例如對於費率之訂定將對哪些運輸行業造成影響，最後訂定出之標準可達多大效益或造成多少損失，都可以數字呈現。而如前述，環境問題具有之外溢效應，環境管制不可能限於某一產業，必須採取科際之管制方法，環境問題又牽涉許多不可化約為經濟論述之個人權利，面對這些與傳統管制性質迥異的因素，傳統管制機關多無法勝任。

此時期之環境立法，例如國家環境政策法，²⁹⁷係拘束所有行政機關，²⁹⁸包括新政時期所設立之管制機關，其法定任務大部分與國家環境政策法要求考量環境因素之規範目的，有本質上的扞格，產生利益衝突。例如工兵軍團（The Army Corps of Engineers）、開發局（the Bureau of Reclamation）、聯邦能源委員會（Federal Power Commission），都非常具開發取向，即便國家環境政策法要求所有行政機關都必須考量環境價值，彼等機關通常會忽略或低估環境價值，不會因為環境價值而不執行其原本之法定責任及目的，難以期待這些開發意識強烈的管制機關會「認真地」將環境價值納入考量。以台灣為例，經濟部執掌開發，要其考量環境因素，顯與其開發職責有衝突，即便其於決策過程將環境因素納入思考，環境因素仍非決定是否進行開發之主因，當初要蓋國光石化之「決心」並不因白海豚所代表的「環境因素」而受影響，反而是商請白海豚轉個彎即可，雖然國光石化的開發單位並非政府機關，然而由荒謬的「轉彎說」可知某些機關根深蒂固的觀念及作法並不會因法律要求須考量環境因素，就可以馬上改變，亦即，環境因素在開發至上之行政機關決策過程，通常只會形式上出現在書面資料，代表行政機關有進行考量，但無任何實質作用。

另一種之利益衝突，係管制機關本身之法定職權造成衝突。例如，原能委員會必須負責核能之安全問題同時又必須促進核能之使用。國會將原屬於原能委員會之管制環境安全功能，劃歸由核能管制委員會負責，原能委員會只需負責推動核能，利益衝突之情況於核能管制委員會設立後不再存在，核能管制委員會只有「進行核安管制」之單一職責，原能委員會也只有「促進核能使用」之單一職責。

²⁹⁷42 U.S.C. sec. 4321-70 (1977 and Supp. 1988).

²⁹⁸42 U.S.C. sec. 4311(b)(1982).

上述利益衝突之情況，皆因為管制機關開發之意識型態高漲，而未考量環境因素；或是因法定職責，為盡其職責而未審慎對環境價值進行考量。這些都已違反國家環境政策法之規範。由此可知，不論行政機關或私人都可能違反環境法律，不適合再由有違反環境法令之虞之管制機關，來為公共利益把關，且法院認為管制機關法定職權與環境法令規範目的所形成的利益衝突，已經降低了管制機關考量環境價值之能力，過去新政時期由管制機關為公共利益把關之角色漸由法院取代，環境時期法院的積極態度於是漸漸形成。

(8) 小結

此時法院採取積極態度，可由 *Calvert Cliffs' Coordinating Committee, Inc. v. U. S. Atomic Energy Commission*³⁰⁰案中，Skelly Wright 法官於其意見書中表示「立法之承諾是否能夠實現仍有待觀察，其關鍵在於司法之角色」(Therein lies the judicial role)，³⁰¹可窺知一二。過去在新政時期，法院尊重國會及其所設立之管制機關，畢竟管制機關就是國會設立來實現國會之立法目的，是國會之代理人；惟在環境時期，基於以上因素，特別是當管制機關之職責與保護環境有根本上之衝突時，法院則一改過去之態度，轉而積極介入，取代替管制機關來確保國會所定之立法目的得以順利實現。³⁰²

2、法院對行政立法之監督：從嚴

大量環境立法將要求各行政機關作成決策時必須將環境因素納入考量，而環境因素本身有外溢的特性，涉及領域非常廣，又具有相當大的不確定性，因此作成決策前針對環境因素的考量必須要有相當的說理，然而行政機關因為本身法定職權相互衝突，或是其主要任務與來自其他法律所要求之環境保護考量相背，要求行政機關好好把環境因素納入考量，事實上並不可能，此時則有賴法院對行政機關決策的加強監督來為環境等價值把關。因此法院對於管制機關、國會授權其訂定之法規及其從事法規訂定時之程序，態度變嚴格，開始要求行政機關必須實

²⁹⁹ See AMAN, *supra* note 242, at 170, note 161.

³⁰⁰ 449 F.2d 1109 (1971)。

³⁰¹ See *id.* at 1111.

³⁰² *Id.*

質上達到 APA 規定之程序，不能僅作表面。後來甚至以超出 APA 文義解釋之程序要件要求行政機關必須配合履行，否則該法規將遭廢棄。

(二) 重視訂定程序監督模式

APA 制定後時期，延續新政時期法院尊重的態度，使管制機關對於法規訂定之使用，並沒有因為 APA 之制定而衰退，管制機關維仍持新政時期對法規之大量使用，甚至在法院寬鬆審查非正式法規訂定程序的加持下，為因應行政效能之提升及解除各方對管制機關之壓力，許多管制機關也紛紛捨棄行政裁決而漸採法規訂定之方式——亦即從「正式的行政裁決程序」轉變至「非正式的法規訂定程序」——來完成其使命，迎接大量環境立法時期。

前期因為法院對非正式法規訂定程序要件之審查睜一隻眼閉一隻眼，使管制機關訂定法規充滿彈性，不但節省許多行政成本，行政效能也因此提升，甚至連原本偏愛使用行政裁決之管制機關，也紛紛棄械投降，改採法規作為其完成任務之方式。管制機關使用法規之情形，愈來愈多。此一方面使法規訂定愈來愈受到注目，也使法規訂定程序之重要性大大提升，一方面卻也使法院對於管制機關從事法規訂定之過程，也就是對管制機關是否有踐行行政程序法之法定程序，開始取採較為嚴格之態度，也開始以司法解釋填補非正式法規訂定程序要件之實質內涵。

1、受到重視之原因

(1) 從使用裁決漸漸改用法規

前面提到美國聯邦行政程序法並未明確地區分「命令」與「法規」，行政機關多半可依其裁量決定使用「行政裁決」或是「法規訂定」，來達成行政目的，過去也有某些行政機關習慣以行政裁決來作決策。然而因為下列幾點因素，以及規範定義上的模糊地帶造成行政機關有選擇之空間，再加上法院對於行政機關的尊重態度，行政機關開始選擇較方便、較有利的方式來完成其目的，於是從 1960 年代晚期，³⁰³漸漸從早期偏好利用「行政裁決」程序，改變為偏好使用「法規訂定」程序，特別是從「正式行政裁決程序」改變為「非正式法規訂定程序」。原

³⁰³See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006).

因經本文整理有下列幾點：

A、訂定法規可增進效率及公平性

首先，行政裁決，是針對單一的特定當事人、特定事實來做審查，不易維持個案間的一致性。而法規訂定涉及多方利害關係人的一般性適用，較能促成決策一致性，利害關係人有機會發表意見，行政機關也較能全面性地解決爭議問題。³⁰⁴其次，長期來說，法規訂定比行政裁決更有效率。行政裁決在每個個案必須不斷重複認定「相類事實」的過程。法規之訂定雖然比單一行政裁決要花心力，但可於將來解決大範圍的爭議。³⁰⁵第三，正式行政裁決程序須履行兩造爭訟式的聽證程序，且須以行政筆錄所載為準；非正式法規訂定程序僅要履行公告及評論程序即可，行政機關負擔較輕。³⁰⁶

此也是回應學界的批評。學者將新政時期管制機關執行不力之部分原因歸咎於管制機關程序選擇之錯誤，並敦促管制機關重視使用法規以及法規訂定程序，以期改善執行不力之弊，其中最具影響力之學者首推 Kenneth Culp Davis。他指出裁決事實與立法事實非常不同，應區分兩者之不同分別適用，以「法規訂定」改善行政機關執行不良，並降低管制過程中所耗費之成本及時間；³⁰⁷此外，在缺乏「法規」作為標準的情況下，行政機關濫用裁量之機率較高，使用「法規」則能藉由限制行政機關之裁量權限，來增加公平性及可預測性。

如行政機關聯邦能源管制委員會（Federal Energy Regulatory Commission, FERC）之其前身聯邦能源委員會（Federal Power Commission, FPC），曾以行政裁決管制天然氣產業所造成的長期天然氣短缺，使美國經濟每年損失上億元。FERC 改變作法，揚棄行政裁決的管制模式，而開始發布一連串的法規，創造了具競爭力、有效率、充足供應以及低廉價格的天然氣市場³⁰⁸，是使用法規推動任務產生斐然成績的適例。

³⁰⁴ See Morrison, *supra* note 285, at 255.

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ 湯德宗，同前揭註 173 文，頁 196。

³⁰⁷ Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364, 402-23(1942).

³⁰⁸ Richard J. Pierce, Jr., *The State of the Transition to Competitive Markets in Natural Gas and Electricity*, 15 Energy L.J. 323 (1994); Richard J. Pierce, Jr., *Reconstituting the Natural Gas Industry from Wellhead to Burnertip*, 25 ENERGY L.J. 57 (2004).

聯邦最高法院首席大法官 Antonin Scalia 曾說：「在過去二十年間聯邦政府的行政部門最值得注意的發展就是持續並加速地從個人化的行政裁決程序透過法規之訂定而走向一般化」³⁰⁹。由於大量行政行為均往「法規訂定」集中，使法規訂定受到重視，快速發展。自此，行政機關積極建立具全面性的架構以及發展出可適用於未來的原則，漸漸少用過去「一次只能處理一件事情」的行政裁決，「法規訂定」遂成為行政機關解決問題的大宗。

B、司法實務界之影響

司法實務界對行政機關改用訂定法規的現象，可以從「個別法官影響」以及「判決之影響」二面向來看。首先，許多法官受到學者論著影響或是對「行政機關在不適當之情形使用行政裁決」的情形感到挫敗，而推促行政機關應訂定法規。³¹⁰Douglas 以及 Harlan 法官曾經試圖說服聯邦最高法院之多數意見，應要求行政機關必須在可得選擇之情況下，以「法規」來作成決策，法院並建立起一套足以迫使行政機關遵守的原則。³¹¹雖然努力最終告吹，但藉由司法的努力提醒了行政機關應重新思考其選擇之程序，並適度增加法規以及法規訂定程序之使用。其次，1973 年 *United States v. Florida East Coast Railway Co.*³¹²案鼓舞了此一現象。早期的法規訂定程序非常冗長，行政機關多無意願以訂定法規的方式來完成其目標。但該案聯邦最高法院採從嚴認定「正式的法規訂定」的立場，例如「法律只規定法規訂定須經聽證（after hearing）而未要求須「依行政筆錄」（on the record），仍不須採行正式的法規訂定程序」，³¹³消除了早期對於法規訂定程序的恐懼，法規訂定不再類似審判程序那樣繁瑣，³¹⁴有鼓勵行政機關訂定法規之作用。不過本文稍後會提到，法院鑑於司法積極主義發展過頭，為了遏止各級法院採愈來愈嚴格標準的趨勢，才在本案作出此見解，但其實對於從嚴審查的趨勢並

³⁰⁹ Antonin Scalia, *Vermont Yankee: The APA, The D.C. Circuit, and the Supreme Court*, 1978 SUP. CT. REV. 345, 376.

³¹⁰ See Pierce, *supra* note 264, at 189.

³¹¹ *NLRB v. Wyman-Gordon Co.*, 394 U.S. 759, 777-78(1969)(Douglas, J., dissenting); *NLRB v. Wyman-Gordon Co.*, 394 U.S. 759, 781-82(1969)(Harlan, J., dissenting); *California v. Lo-Vaca Gathering Co.*, 379 U.S. 366, 376-77(1965)(Harlan, J., dissenting).

³¹² 410 U.S. 224 (1973).

³¹³ 湯德宗，同前揭註 173 文，頁 190。

³¹⁴ See STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 520 (2006)

沒有太大作用，因此，本案固然有鼓勵原本慣用行政裁決之行政機關改用訂定法規之方式來完成其任務，然而究竟有多少效果，本文是存疑的。

C、立法明定必須使用法規使管制機關選擇之裁量縮減

此時期的許多法律，創設許多新管制行政機關，其任務與新政時期之管制機關大相逕庭。³¹⁵ 新型健康、安全以及環境管制機關，是由新一代專家技術官員（technocrats）所主導，並將使用法規所得到的利益內化，作為型塑行為的主要工具。³¹⁶ 其任務本身很難有需要使用行政裁決的情況發生。例如，無法要求環境保護署透過新政時期管制行政機關使用的方式（亦即使用行政裁決）來改善國家空氣品質，如此一來環保署要作成多少個行政裁決才能完成管制全國上百萬個污染源的任務？甚者，創設新管制機關的國會，已經對新政時期管制機關的執行不力感到灰心，並且認為執行不力與行政機關對程序的選擇有很大的關連性。³¹⁷ 故國會在創設新管制機關並且指派新任務的法令中，具體地指示行政機關應訂定法規，例如潔淨空氣法中確實有明確指示環保署應在法定期限內公布大量法規來完成其任務。³¹⁸

（2）政治部門開始重視法規訂定所涉之政治利益

此時期所興起之管制領域，影響層面十分廣泛，尤其是與環境保護或健康安全相關之法規，無論是政府或是私人，皆須投入大量資金，升級設備、廠房或技術，方能達成法令規定，再加上行政機關通常欠缺「經濟成本（economic costs）」之觀念³¹⁹，無法站在受管制者角度思考如何以最有效率方式達成其法定任務，不但對經濟造成嚴重衝擊，受管制者亦開始反彈。有鑑於法規之訂定影響無遠弗屆，所涉利益更龐大複雜，政治部門漸將觸角伸入法規訂定程序，試圖尋求有利於己之結果。³²⁰ 例如，1969年制定之國家環境政策法，首次要求行政機關與「白宮」協調合作，事先考量其主要法規（major actions）可能造成之環境結果，並

³¹⁵ See Pierce, *supra* note 264, at 189-90; See KERWIN, *supra* note 144, at 14.

³¹⁶ See Pierce, *supra* note 264, at 189.

³¹⁷ Bruce A. Ackerman & William T. Hassler, *Beyond the New Deal: Coal and the Clean Air Act*, 89 YALE L. J. 1466 (1980).

³¹⁸ See *id.*; 中文文獻可參湯德宗，〈美國清潔空氣法之理論與實際〉，收錄於氏著《美國環境法論集》，1990年3月，初版，頁33-58。

³¹⁹ See Morrison, *supra* note 285, at 264.

³²⁰ See Strauss, *supra* note 243, at 758.

考慮修正提案以降低其負面影響。³²¹而過去常藉監督委員會干涉行政機關行政裁決之國會，開始積極運用「否決權」作為監督行政機關達成其管制目的之基礎³²²，在授權訂定法規之法令中增訂否決權條款，行政機關所訂定之法規可能遭參眾任一院或兩院之投票反對而告失效。³²³

（三）司法積極主義對司法審查之影響

1、審查標準之採擇：衍生從嚴審查理論

1960年代，法院為了加強對行政機關法規訂定之監督，從原本保守尊重之態度轉趨積極，再者當時大部分管制機關多使用非正式法規訂定程序，法院也不能為了要提高對行政機關之程序要求就適用「實質證據標準」此較嚴格的審查標準來進行審查，³²⁴因此在只能適用「恣意專斷標準」此相當寬鬆之標準來審查非正式法規訂定程序之情況下，法院以「改變恣意專斷標準內涵」之方式，來達到提高對法規訂定監督強度之目的，致使原本屬於寬鬆審查之專斷恣意原則內涵，開始趨向嚴格，即為「從嚴審查理論」(Hard Look)。

（1）從嚴審查之意義及內涵

A、從嚴審查之意義

「從嚴審查」就是對系爭問題採審慎考慮的態度。一開始法院之審查主要在確保行政機關本身對於系爭問題是否經過審慎的考量，通常要求行政機關應考量所有在記錄及意見中與行政裁量有關之政策及因素，這是比較間接的方式。不久後，法院直接「從嚴審查」行政機關作成決定之邏輯及事實基礎。³²⁵哥倫比亞特區上訴巡迴法院法官 Leventhal 在其論文中說明了此審查理論：審查法院必須決定行政機關是否對相關證據及政策選項已審慎考量，且已在案中對其裁量作合理

³²¹42 U.S.C. §§4321, 4331-4335, 4341-4347 (1994).

³²²See Morrison, *supra* note 285, at 264.

³²³See Strauss, *supra* note 243, at 758.

³²⁴See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 348 (2006).

³²⁵See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 348 (2006).

運用。³²⁶

B、行政裁量與程序從嚴審查

從嚴審查並未禁止行政裁量，行政機關依然可以使用其裁量權限在相關選擇中去做出決定，只不過必須建立其他選擇之相關資訊，也必須說明選擇之考量。³²⁷法院通常要求行政機關必須提出證據性筆錄來作為其作成行政機關決定之事實及分析基礎，對於說理（reasoning）必須更細緻地闡釋，對於私人提出之證據及分析必須作適當考量（adequate consideration）。³²⁸

此種對行政裁量之司法審查，係強調作決定之「過程」，也可以稱為「程序從嚴審查」（procedural hard look），³²⁹行政機關必須考量其他選項，回應不同意見，聆聽受影響之權益，以及對其結論提供詳細解釋。

330

（2）從嚴審查之發展

「從嚴審查」或「適當考量」方法在 *SEC v. Chenery Corp.*³³¹ 一案就已經生根，該案要求行政機關為其裁量之使用提出「可支持」之說明。然而，此方法實際之發展係發生在 1960 年代到 1970 年代，大多是受到聯邦最高法院 *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*³³² 案判決之影響。該案雖然依據專斷恣意標準，最高法院卻強調法院審查行政裁量應該對行政機關「相關因素之考量」以及政策選擇之事實基礎進行「徹底且小心的探詢」（searching and careful inquiry），開啟了對恣意專斷標準從嚴審查的大門。

³²⁶Harold Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 112 U. PA. L. REV. 509, 511 (1974).

³²⁷See STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 348 (2006).

³²⁸See STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 348 (2006).

³²⁹See STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 348 (2006).

³³⁰See STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* 349 (2006).

³³¹318 U.S. 80 (1943).

³³²410 U.S. 402 (1971).

A、Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe³³³

交通部欲興建一條高速公路，必須通過屬於聯邦土地的 Overton 公園。交通部法第 4 條第(f)款規定，在必須穿越聯邦土地之情形時，交通部必須表明沒有其他可行或謹慎的選項方可如此作。為了保護該公園，地方公民集結參與交通部行政裁決的程序。不久交通部通過開發的決定，卻未提供任何足以支持該結論的事實。該公民團體起訴主張交通部沒未依交通部法第 4 條第(f)款之規定說明沒有其他可行或更謹慎的方法。地方法院支持交通部，上訴法院亦同，公民團體繼續上訴。公民團體對於應適用之審查標準提出「應適用實質證據標準」為先位主張，以「應適用完全審查標準」為備位主張，惟皆不被法院所採。最高法院雖認為交通部長之決定並未逾越其法定職權範圍，然而其決定還必須非「恣意專斷」，而是否有恣意專斷的標準為「判斷之明顯錯誤」或「明顯錯誤」，法院應審究該決定是否於考量相關因素（the relevant factors）後做成，又其判斷是否顯然錯誤。³³⁴最後最高法院認為交通部未提供「行政筆錄」(record) 說明，其理由不足，故推翻前審法院之判決，惟法院無權以自己的判斷取代行政機關的判斷，故發回下級法院續審，由行政機關作進一步的說理。

從此案可以看出，雖然最高法院對「非正式程序」採取一般認為是非常寬鬆的「恣意專斷標準」作為審查標準，其卻針對事實進行徹底仔細審查，結果卻是進行較實質、較侵入性的審查，以欠缺行政筆錄因此說理不足的理由發回下級法院，幾乎與採取「實質證據標準」之審查標準無異，故而成為法院從嚴審查的鼻祖。

補充說明的是，本案進行審查之行政行為雖然是「行政裁決」，然而同樣適用於「非正式行為」，故非正式法規訂定程序也同受本案之判決結果影響。

B、Motor Vehicles Manufacturer's Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.³³⁵

該案涉及交通部所發布的一個法規，稱為聯邦汽車安全第 208 號標準 (Standard 208)，該法規要求所有車輛必須加裝安全氣囊以及自動控制系統。然

³³³ *Id.*

³³⁴ 410 U.S. 402, 416 (1971).

³³⁵ 463 U.S. 29 (1983)。中文文獻可參考湯德宗，同前揭註 229 文，頁 104-105。

而雷根總統執政不久後，新的交通部長卻認為該法規無存在之必要應該廢止。依照汽車安全法明文規定，APA 有關審查之條款適用於「所有建立、增訂或撤銷汽車安全標準之命令，廢止標準與公布標準一樣也必須通過相同的檢驗—如同 *Overton Park* 之恣意專斷標準。」因此最高法院採取恣意專斷標準進行審查，指出廢止是翻轉行政機關先前之觀點，行政機關以廢止法規之方式來改變其以往之作法，就有義務對此改變提出論理分析（*reasoned analysis*），且此義務超過行政機關首次拒絕發布命令時所應具有的義務，即便行政機關即便有權力重新檢討政策，也應該作成一個合理的廢止理由。尤其是交通部並沒有考量其他顯而易見的替代方案，也沒有解釋為何該標準之內容不再被採用，因此判決該廢止行為屬恣意且專斷。³³⁶

本案確認了法院以往從嚴審查的趨勢。之所以是「確認」，是因為最高法院在 *State Farm* 案前，針對積極審理的趨勢做出兩個保守的判決，即 *United States v. Florida East Coast Railway Co.*³³⁷ 以及 *Vermont Yankee Nuclear Power v. Natural Resources Defense Council (NRDC)*³³⁸，此二判決皆呼籲法院應放寬對訂定程序之審查（詳後述），而 *State Farm* 案卻仍採從嚴審查，故有重新確認法院從嚴審查趨勢之效果。因為 *State Farm* 案在 *Vermont Yankee* 案作成之後，故特別指出 *State Farm* 案並未改變 *Vermont Yankee* 案「不得創設 APA 所無之程序」之宗旨，且再解讀該案後認為該案僅在限制「法院創造程序」，並沒有限制「法院從嚴審查」，故聯邦法院仍得從嚴審查行政機關之實體決定。³³⁹從 *State Farm* 案以後，從嚴審查已經成為法院審查行政行為的核心，法院對行政機關之理由已經不再是過去單純的形式審查。³⁴⁰

³³⁶ 「Under this authority, we review today whether NHTSA acted arbitrarily and capriciously in revoking the requirement in Motor Vehicle Safety Standard 208 that new motor vehicles produced after September 1982 be equipped with passive restraints to protect the safety of the occupants of the vehicle in the event of a collision. Briefly summarized, we hold that the agency failed to present an adequate basis and explanation for rescinding the passive restraint requirement and that the agency must either consider the matter further or adhere to or amend Standard 208 along lines which its analysis supports.」, 463 U.S. 29, 34 (1983).

³³⁷ 410 U.S. 224 (1973).

³³⁸ 435 U.S. 519 (1978).

³³⁹ NEIL D. McFEELEY, *Note: Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking*, 1984 DUKE L. J. 347, 370 (1984).

³⁴⁰ *See id.*

2、審查範圍—對事實、理由及證據審查

因為「從嚴審查」係要求法院必須根據行政機關或第三人提供之證據所顯示之事實及分析，對行政機關之事實發現、說理及其行政決定進行較緊密之審查，³⁴¹所以必須有所謂的「證據」，法院才有審理之依據。於是法院開始要求行政機關必須提出作成行政決定之「證據」，此「證據」即為「行政筆錄」(record)，或稱之為證據性筆錄(evidentiary record)。³⁴²因此在法院從嚴審查的時期，要求行政機關提出證據，加強行政機關說理的責任，幾乎不可避免對事實進行審查。

原本管制機關選擇適用非正式法規訂定程序來訂定法規，並不會產生行政筆錄，惟法院從嚴適用恣意專斷標準後，要求提出行政筆錄，致使行政機關縱算依非正式法規訂定程序訂定法規，也必須把程序中所產生之所有書面資料全部保留當作司法審查時之證據，來確保其訂定之法規不至於因缺乏行政筆錄當作證據而被法院認定為恣意專斷。

此外，從法院對於行政筆錄之要求可以發現，法院要對行政機關進行較侵入性的審查，也必須要有相當「工具」的配合，才能使從嚴審查成為可能。例如，要求行政機關提出行政筆錄作為審查即為適例，蓋若無行政機關之程序過程的筆錄，法院根本很難對行政機關之論理以及事實認定做出審理，且法院可以從閱讀筆錄了解相關專業的事實問題，減少法院與行政機關間專業程度之差距。

3、對訂定程序要件之影響

此時期法規訂定之重要性漸增，法院審查法規之機會相形增加，許多相關法院解釋也開始發展。受到司法積極主義影響，法院對法規訂定之審查標準提高，致使「恣意專斷標準」所代表之意義，從原本之寬鬆趨向嚴格，轉變為「從嚴審查」，相對也提高程序要求。

(1) 「預告」之內涵改變：資訊自由法之影響

此時期之立法強調政府資訊之公開(openness)，如聯邦諮詢委員會法

³⁴¹ See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006).

³⁴² See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006).

(Federal Advisory Committee Act)、資訊自由法 (Freedom of Information Act)、政府陽光法案 (Government in the Sunshine Act) 都屬於此波立法產物。其中資訊自由法允許規定訂定程序之參與者得接近使用管制機關所保有之資料或其他資訊。法院參考當時「公開透明」之立法趨勢，並認為「工欲善其事，必先利其器」，一項好的評論背後必須有相關資訊做為評論之基礎，參與者必須獲得與草案內容相關的資料，才能夠針對行政機關所提出之草案做出命中核心的評論及意見。³⁴³因此為了使一般民眾都可以對預告中的草案提出評論，法院要求管制機關必須與公眾分享其所擁有之資訊，將重要資料 (significant data) 與草案一併預告；³⁴⁴即便是在法規訂定過程中所獲得之資料，也必須加以預告，以便一併接受評論。由此，預告之內涵開始產生變化。

(2) 「評論」之內涵改變：紙上聽證之形成

若經過第一次的預告、評論程序後，行政機關已修改原先草案內容，法院要求行政機關必須賦予參與者第二次的預告、評論程序，把修改後的草案再行預告，以便大眾就此修訂後的草案再提出評論或意見。³⁴⁵行政機關學習到為了使他們的行政行為禁得起司法審查，必須把程序弄得更細緻，有時即便第一回合並未實質改變草案之內容，行政機關仍會進行第二回合的公告及評論程序。³⁴⁶如此重複預告及評論程序，直到沒有意見為止。因為行政機關必須回應所有評論及意見，並說明採或不採之理由，此一般大眾意見之提出及行政機關因應之修改，透過書面之往返，形同聽證程序中一來一往之言詞交互詰問，故又被稱為「紙上聽證」(paper hearing)。

有些巡迴法院認為除非行政機關已經適當地回應全部有根據之異議、批評及其他選項，否則該法規即屬專斷恣意。³⁴⁷由於法院不斷加強行政機關之義務，有興趣之人強烈動機送出大量的意見，其中包含各種有研究及論證支持之異議、批

³⁴³See Strauss, *supra* note 243, at 756.

³⁴⁴United States v. Nova Scotia Food Prods. Corp., 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977); Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus, 486 F.2d 375 (D.C. Cir. 1973), *cert. denied*, 417 U.S. 921 (1974); Kennecott Copper Corp. v. EPA, 462 F.2d 846 (D.C. Cir. 1972).

³⁴⁵See Strauss, *supra* note 243, at 756-757.

³⁴⁶Peter L. Strauss, *Changing Times: The APA at Fifty*, 63 U. CHI. L. REV. 1389, 1406 (1996).

³⁴⁷National Tire Dealer & Retreaders Association v. Brinegar, 491 F.2d 31, 35(D.C. Cir. 1974); Chrysler Corp. v. Department of Transp., 472 F.2d 659, 665(6th Cir. 1972); Scenic Hudson Preservation Conf. v. Federal Power Comm'n, 354 F.2d 608, 620(2d Cir. 1965).

評及其他選擇。³⁴⁸因為這些評論的資料都相當龐大，再加上「紙上聽證」之緣故，行政筆錄內容也愈來愈龐大。

(3) 「簡要、一般說明」之內涵改變

「簡要、一般的說明」之內涵也隨之擴大，法院要求管制機關須將所有訂定過程中提出之重要評論全部包括入內，以及某程度地揭露其說理過程。行政機關必須清楚地闡示作成判斷之事實基礎（basis）及目的（purpose），用以證明（establish）已考量並合理地回應所有重要的評論，³⁴⁹亦即須說明其已經慎重考慮（taken a hard look at）所有爭議點，³⁵⁰以便法院一項一項地去審查其說理過程。³⁵¹「簡要一般的說明」也從原本幾頁的份量暴增為幾百頁的資料。為了捍衛其所訂定之法規，行政機關必須將數百頁對法規之依據及目的「簡要且一般之說明」公布。

(4) 法院要求踐行 APA 所無之「混合程序」

有些法院認為即便以「從嚴審查」之要求及在從嚴審查要求下而產生之大量筆錄，仍不足以讓法院支持主要法規（major rule）。³⁵²法院要求行政機關召開言詞證據性的聽證，行政機關和利害關係人必須針對重要具爭議性的議題提出證詞，並經過雙方交互詰問，而提出法院之筆錄則必須附有言詞證據之譯文。³⁵³此種司法審查將「非正式法規訂定程序」與「正式行政裁決程序」相結合，創造出介於兩者間的「混合程序」，也使行政機關因懼怕冗長之訴訟程序而對起草法規興趣缺缺。³⁵⁴

A、法規內容從政策取向到事實取向

在行政程序法制定前，法規訂定通常僅涉及廣泛的政策問題，只要獲得一般

³⁴⁸ See Pierce, *supra* note 264, at 192-193.

³⁴⁹ See Strauss, *supra* note 346, at 1406.

³⁵⁰ See Strauss, *supra* note 243, at 757.

³⁵¹ See Strauss, *supra* note 346, at 1406.

³⁵² See Pierce, *supra* note 264, at 193.

³⁵³ Mobil oil Corp. v. Federal Power Comm'n, 483 F.2d 1238, 1250 (D.C. Cir. 1973); International Harvester Co. v. Ruckelshaus, 478 F.2d 615, 629 (D.C. Cir. 1973); Appalachian Power Co. v. EPA, 447 F.2d 495, 501 (4th Cir. 1973); Walter Holm & Co. v. Hardin, 449 F.2d 1009, 1015 (D.C. Cir. 1971).

³⁵⁴ See Pierce, *supra* note 264, at 193.

的評論以及專業的行政人員，就可以獲得適當的答案。因此行政程序法的起草者僅要求踐行一般、普通的預告及評論。³⁵⁵然而自從行政機關從正式行政裁決的使用轉換為非正式法規訂定之使用後，遇到不少問題。1970年代與1980年代，法規所欲解決的問題已經不限於廣泛的政策問題，而是偏向事實取向的問題，例如何種化學物質為毒物，哪一種檢測程序在科學上具有可行性，或者哪種製程的改變可以消除其危險等。廣泛的預告及評論程序已經不足以滿足具體事實的需求，行政機關面臨必須發展另一種取得事實資訊的補充程序。³⁵⁶

B、取得事實資訊的額外程序

為了確保行政機關在作成法規前有善盡事實調查的責任，法院對行政程序法規定「預告及評論程序」條款之外，增了額外的程序要件。例如在 *United States v. Nova Scotia Food Prods. Corp.*³⁵⁷案中，要求行政機關必須提供草案所根據之科學資料；在 *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus*³⁵⁸案中，要求行政機關必須對受管制者提供的「資料性質之評論」作回應。*International Harvester Co. v. Ruckelshaus*³⁵⁹案中，法院要求行政機關對潛在的評論者揭露其所使用的方法論；在 *Walter Holm & Co. v. Hardin*³⁶⁰案中，要求行政機關提供言詞辯論之機會。

法院之所以要求額外之程序要件以及提出證據，而係出於事實的需要，絕非無的放矢。蓋因法規訂定之內容愈來愈涉及複雜事實，法院對此類法規，相對加強行政機關之說理，必須提出相關資料證據，用以佐證法規內容與事實間的關係。雖然法院並非無理要求行政機關踐行某些程序，但此種由法院發展出的「混合程序」已使訂定程序更加繁瑣。

4、法規訂定程序之定位變質：司法程序性質

此一時期，法院積極且實質地介入訂定程序，因為法官較習慣為司法裁決程序，故在審理法規訂定程序時免不了帶有司法程序性質，例如要求例如口頭聽

³⁵⁵ See Morrison, *supra* note 285, at 256-57.

³⁵⁶ See Morrison, *supra* note 285, at 257.

³⁵⁷ 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977).

³⁵⁸ 486 F.2d 375 (D.C. Cir. 1973), *cert. denied*, 417 U.S. 921 (1974).

³⁵⁹ 478 F.2d 615 (D.C. Cir. 1973).

³⁶⁰ 449 F.2d 1009 (D.C. Cir. 1971).

證、陳述、與證人對質及片面接觸之禁止等，皆與審判程序類似，³⁶¹這些都顯示法院其實是以一個審理的模式而非立法聽證之模式來看待法規訂定程序。這些改變多因為法院誤解非正式法規訂定程序之本質，使得非正式法規訂定程序由立法程序性質漸轉變為司法程序性質。

5、對判決結果之影響

此時期法院名義上雖仍使用「恣意專斷標準」進行審查，但受司法積極主義之影響，「恣意專斷標準」之內涵已實質改變，法院審查之結果也可能廢棄某法規。然而根據「從嚴審查」或「適當考量」方法，法院通常不會宣告行政機關之政策決定為不可補正，而是認為行政機關「尚未適當為其選擇辯護」，一般是發回做進一步的訴訟，行政機關得嘗試以更龐大的分析及說明支持其原來之政策選擇。³⁶²法院也可能因為行政機關未適當地說明或辯護而認為其決定有「專斷恣意」，不過行政機關仍有補救之機會。

(四) 積極主義的緊急煞車

在 1973 年前，大部分的行政機關都認為，如果法令授權行政機關「僅於提供聽證之機會後方得訂定」(to act only after providing an opportunity for a “hearing”)，一般行政機關都會認為必須以正式程序進行法規訂定，包括必須進行言詞證據性的聽證程序，雖然其中有些條文只是授權行政機關對於是否進行聽證程序有裁量之權限。³⁶³法院對於此種條款通常從嚴解釋，認為行政機關必須使用正式程序，³⁶⁴更強化了行政機關必須使用繁複正式程序的印象，對訂定法規產生排斥與反感。為了遏止此種由法院帶頭引起的恐慌，最高法院分別在 1973 年以及 1978 年做出兩個標竿判決，目的在消除司法對非正式法規訂定程序所創設之障礙。其中主要針對個別法律中要求行政機關應提供「聽證」機會之條款做出寬鬆認定，認為不需要踐行正式程序也可以符合此種條款之要求。³⁶⁵另外則是對「必須提供行政筆錄作為審理依據」的要求也做出較為退縮的判決。³⁶⁶因為過去

³⁶¹ See Strauss, *supra* note 346, at 1407.

³⁶² See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 349 (2006).

³⁶³ See Pierce, *supra* note 264, at 194.

³⁶⁴ Cates v. Haderlein, 342 U.S. 804 (1951); Riss & Co. v. United States, 341 U.S. 907 (1951).

³⁶⁵ See Pierce, *supra* note 264, at 194.

³⁶⁶ See Pierce, *supra* note 264, at 194.

行政筆錄通常是聽證程序之成果，如果最高法院已經認為不需要進行聽證程序，卻未一併禁止提出行政筆錄之要求，那麼「無須經過聽證」形同具文。最高法院察覺過去幾年間因法院對於非正式法規訂定程序要求過嚴，已超出行政程序法之原始文義，行政機關人心惶惶，深怕一失足所訂定之法規將遭法院廢棄，故藉機做出此二判決，目的在破除行政機關對於使用非正式法規訂定程序之疑慮，特別在 *Vermont Yankee* 一案強調，法院不得強迫行政機關踐行行政程序法所無之額外程序，被視為是對法院這波從嚴審查浪潮的煞車。

1、第一次煞車：United States v. Florida East Coast Railway Co.³⁶⁷

州際商業委員會發現鐵路公司彼此間互相出借貨運車廂而不願製造新的車廂，因此導致運輸的短缺。該委員會於是發布一項法規，對商借車廂者強徵費用，藉以鼓勵鐵路公司興建其自有的新車廂。鐵路公司對該法規提起訴訟。該委員會訂定法規時僅適用行政程序法第 553 條的非正式程序，然而鐵路公司要求應踐行第 556 條及第 557 條的正式程序。有疑問的是，委員會所運用的授權母法中，對於程序只有規定應踐行「聽證」(hearing)，究竟，此聽證的要求能否以行政程序法第 553 條之程序滿足？上訴法院認為委員會違反第 556 條第(d)項，然而最高法院卻認定，該授權法所謂的「聽證」要求，只有在「法規必須依照筆錄之決定作成」之情況，才必須踐行，行政機關只要踐行非正式法規訂定程序就可以滿足該法所指「聽證」之條款，³⁶⁸因此推翻上訴法院之判斷。

本案大大消除了早期對於非正式法規訂定程序繁瑣之疑慮，有鼓勵行政機關使用法規訂定來執行政策與法律的作用，³⁶⁹因為多數的法規訂定程序都是只要求預告暨評論之非正式法規訂定程序，行政機關只要認為資料有相關就可以作為依據，無須公開揭露，也不會產生大量證據型的行政筆錄 (evidentiary record)。審查法院對於行政機關行為之審查，也是相當審慎節制，只要該法規命令未違反相關條文之命令，表面上沒有不合理，有足以支持該法規命令之行政機關所宣稱存

³⁶⁷410 U.S. 224 (1973).

³⁶⁸410 U.S. 224, 240 (1973). 「Turning to that Act, we are convinced that the term "hearing" as used therein does not necessarily embrace either the right to present evidence orally and to cross-examine opposing witnesses, or the right to present oral argument to the agency's decisionmaker.」

³⁶⁹See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 520 (2006).

在之事實，該法規即受到法院支持。³⁷⁰此案即有意使非正式法規訂定程序之內涵回到最初行政程序法制定時之原意。

然而在本案之後，巡迴法院依舊藉由要求行政機關「提出行政筆錄以支持其訂定之法規」的方式，間接苛求行政機關踐行某種程度的非正式程序或是混合程序，而只有在舉行言詞證據性聽證的情況才會有行政筆錄之出現。³⁷¹最高法院在下述的 *Vermont Yankee* 案繼續對下級法院的此種作法表示反對的意見。

2、第二次煞車：Vermont Yankee Nuclear Power v. Natural Resources Defense Council (NRDC)³⁷²

Vermont Yankee 公司欲興建一座核電廠，並向核能管制委員會（Nuclear Regulatory Commission 簡稱 NRC）申請許可。NRC 採取行政裁決程序，然後來發現其中有一些環境因素必須考量，因此以法規訂定之方式才能作最好的整體評估，故 NRC 開始起草法規。在法規訂定過程中，NRC 踐行了預告程序、言詞聽證，也讓利害關係人發表書面評論。自然資源保育會（NRDC）也參與了法規訂定程序，但對最後的草案不滿意，認為 NRC 沒有完全揭露訂定過程以及對證人進行交互詰問，因而提出訴訟。上訴法院支持 NRDC 的意見，責令 NRC 應於訂定過程中增加額外程序。NRC 不服上訴。最高法院則推翻上訴法院的見解，認為在無憲法限制亦缺乏急迫之情況下，法院無權要求行政機關踐行行政程序法第 553 條所無之法規訂定程序。³⁷³

3、煞車失靈？

最高法院雖然在 1978 年 *Vermont Yankee* 禁止下級法院繼續創造行政程序法所無之程序要件來增加行政機關的法規訂定活動，重申法規訂定適合之制度特性（亦即，偏向立法），並強調法院不適合再對管制機關要求踐行法令所無之程序要件。然而，此判決並未使行政程序法非正式法規訂定程序回到行政程序法最初制定時之意義，³⁷⁴也沒有達到活絡法規訂定程序的效果，因為下級法院雖然無法

³⁷⁰See STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 521 (2006).

³⁷¹See *Pierce*, *supra* note 264, at 194.

³⁷²435 U.S. 519 (1978).

³⁷³435 U.S. 519, 520 (1978).

³⁷⁴See *Strauss*, *supra* note 243, at 757.

再創設新的程序要件，但仍然採取從嚴審查的標準來審查法規，法院仍採緊密的標準來審理行政機關賴以作成決定之事實（*factfinding*）。³⁷⁵法院若認為行政機關之事實不適當，會以「事實基礎不充分」或「未對爭議事實做適當的研究」為理由駁回已發布的法規。³⁷⁶繼續使用從嚴審查原則的結果，其實是與法院要求行政機關踐行混合程序之效果幾乎無異。³⁷⁷因此最高法院雖然禁止下級法院任意加諸行政機關額外的程序，然而「紙上聽證」、「從嚴審查」的要求無法使已經提高的審查強度下降，³⁷⁸連最高法院自己在其後的 *State Farm* 案³⁷⁹也刻意指出 *Vermont Yankee* 案僅限制「法院創造新程序」，沒有限制「法院從嚴審查」，因此沒有對審查標準過嚴的趨勢加以遏止，其實根治不了非正式法規訂定程序愈來愈繁瑣冗長動輒得咎的情況。

（五）積極監督的整體影響

由於法院採取積極監督行政立法，造成了以下幾種情況。

1、管制受益者（*Regulatory beneficiaries*）從反射利益到權利的參與：

過去有些行政機關慣以行政裁決完成其任務，有資格參與行政裁決程序者，限於受裁決之當事人，即受管制者—最多包括其律師—他人無從參與。管制受益者並非受管制當事人，自無權參與行政機關作成決定之程序。³⁸⁰再者，管制受益者通常較分散，範圍不明確，不容易集中組織成勢力團體，無法從政治層面影響行政機關之政策決定，為自己發聲，因此過去整個政策形成過程中，管制受益者無從影響行政機關之決定。

隨著行政機關漸採用非正式法規訂定程序來執行政策，任何有興趣之人都有權利參與其訂定過程。此最大的差別即在於因管制而受到利益之人（下稱管制受益者），終於有權參與管制政策之過程。正如第參章介紹，非正式法規訂定程序

³⁷⁵ See Morrison, *supra* note 285, at 258.

³⁷⁶ See Morrison, *supra* note 285, at 258.

³⁷⁷ See Pierce, *supra* note 264, at 195.

³⁷⁸ *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 426 U.S. 941 (1976); *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841 (D.C. Cir. 1970).

³⁷⁹ 463 U.S. 29 (1983)。中文文獻可參考湯德宗，同前揭註 229 文，頁 104-105。

³⁸⁰ See Strauss, *supra* note 243, at 756.

之法定程序為公告、評論、公布等，其公告於聯邦政府公報，一般人皆可得而知，且只要對法規草案有意見，都可透過評論程序直接向行政機關表達，無評論者之資格限制。從此打破以往閉門會議式的政策決定程序，管制受益者有機會透過法規訂定程序影響政府決策，彌補無法在政治上發聲之窘境。另外受到環境運動之影響，在 1960 年代末期，由法院發展出之「擴大原告適格」，也增加管制受益者提出訴訟之機會。³⁸¹

2、提升民主正當性

此時期大量使用非正式法規訂定程序，再加上法院強力監督之下，使得過去受到管制「正面影響」之管制受益者也得以參與程序，從參與民主的角度看，以非正式法規訂定程序完成之法規所要執行的政策，更具有民主正當性。同時，在行政裁決程序上，也因受到非正式法規訂定程序之影響，而增加管制受益者參與之機會。³⁸²整體而言，此時期決策之民主正當性可謂因非正式法規訂定程序而大大提升。

3、立法之回應——強調「公開」

為了回應「擴大參與」之趨勢，此時期的管制改革立法傾向強調「公開」(openness)，³⁸³要求行政程序必須公開，交由公眾監督。例如聯邦諮詢委員會法、資訊自由法、政府陽光法案，連甚少有增修情況的行政程序法本身也在行政裁決程序中增訂片面接觸禁止之條款，³⁸⁴皆為此潮流下之產物。這些立法改變以往行政機關和人民間之訴訟基本原則。³⁸⁵雖然法院對行政機關還是相當尊重，然而國會已明確表示行政機關拒絕提供依據資訊自由法請求之資訊之決定，在法院

³⁸¹Dunlop v. Bachowski, 421 U.S. 560 (1975); Natural Resources Defense Council, Inc. v. SEC, 606 F.2d 1031 (D.C. Cir. 1979); Caswell v. Califano, 583 F.2d 9 (1st Cir. 1978); NAACP v. FPC, 520 F.2d 432 (D.C. Cir. 1975), aff'd, 425 U.S. 662 (1976); Medical Comm. for Human Rights v. SEC, 432 F.2d 659 (D.C. Cir. 1970), vacated as moot, 404 U.S. 403 (1972). 文章可參考 Peter H.A. Lehner, *Judicial Review of Administrative Inaction*, 83 COLUM. L. REV. 627 (1983). 中文文獻可參法治斌，同前揭註 226 文，頁 50；葉俊榮，〈邁向『自制』之路：美國最高法院對環保團體當事人適格的緊縮〉，收錄於氏著《環境理性與制度抉擇》，1997 年 11 月，初版，頁 413-417。

³⁸²See Strauss, *supra* note 243, at 756.

³⁸³See Strauss, *supra* note 243, at 756.

³⁸⁴5 U.S.C. §557(d) (1982).

³⁸⁵See Morrison, *supra* note 285, at 269.

中會受到完全的審查（de novo review），且行政機關必須負擔舉證責任。³⁸⁶

這些條文之增訂反映出人民與國會對行政機關之信任程度有根本上的改變。³⁸⁷當行政程序法初通過時，普遍認為行政機關職責在保護人民，³⁸⁸行政程序法之通過目的在於保障人民免於受行政機關之侵害。然而在 1960 年代，人民對行政機關之信任程度下降，國會也認為行政機關對於掩飾過錯之興趣更勝於完成其法定職責。³⁸⁹國會意識到當初最初制定之行政程序法，其實是對行政機關要求不高的立法，為了要求行政機關將資訊公開，國會必須立法以提升行政機關之「公開」責任，接受公眾監督，同時也讓法院之審判有法可循。³⁹⁰

4、阻止政治勢力之介入破壞 APA 之立法目的

法規訂定在此時期受到普遍重視，部份原因來自於政治勢力之介入，但也因政治勢力之介入，使 APA 確保「行政機關公平對待所有參與者以及遵守實體法」之功能，蕩然無存，³⁹¹其威脅了整個行政過程，致使聯邦行政程序法第 553 條所規範之程序要件無足輕重，形同虛設。例如，不論是參議院或是眾議院，均可以任何理由而行使立法否決權，即使該理由法律上不被允許，亦或是根本不附理由。亦即，國會被允許在不給予任何利害關係人「參與機會」以及「司法審查否決理由之權利」的情況下，藉著否決行政機關仔細考量所做成之決定，來達到其政治目的，等於將 APA 盧列之程序要件完全架空。³⁹²對於政治力的介入，不當影響法規訂定程序，法院也作出一系列對國會否決權之判決，雖然不是針對國會對法規訂定之否決，然而對於國會行使否決權能達到節制作用。

在初期，國會多以監督委員會的方式來干涉行政機關之決定。在 *Pillsbury Co. v. FTC* 案³⁹³中，該法院以「國會小組委員會於該行政裁決程序進行中大肆批評 FTC 委員作法以致剝奪原告應享之正當程序」為理由，撤銷該行政裁決。該法院

³⁸⁶5 U.S.C. §552(a)(4)(B) (1982).

³⁸⁷See Morrison, *supra* note 285, at 269.

³⁸⁸See Stewart, *supra* note 36, at 1682.

³⁸⁹*GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union of U. S., Inc.*, 445 U.S. 375, 385(1980).國會注意到行政官員之所以拒絕公開資訊是為了隱匿其行政機關之過失或違法行為。

³⁹⁰See Morrison, *supra* note 285, at 269.

³⁹¹See Morrison, *supra* note 285, at 264.

³⁹²See Morrison, *supra* note 285, at 264.

³⁹³354 F.2d 952, 964 (5th Cir 1966).

認為，國會不再介入行政機關之立法功能，當然更不應該介入其司法功能，而影響了當事人公平審判權利以及形式上的公平（the appearance of impartiality）。在 *D.C. Fed'n of Civic Ass'ns v. Volpe* 判決³⁹⁴中，法院特別指出，若行政機關贊成興建橋樑之決定，乃受議會撥款小組委員會主席壓力之影響，其決定應屬無效。到後期，國會直接以否決權進行干預。最高法院在 *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* 案³⁹⁵中，討論了國會否決權的合憲性問題。在該案中，移民官許可暫緩因留學簽證過期之外國學生之驅逐出境作業。根據美國移民法（Immigration and Nationality Act），無論參議院或是眾議院均得推翻移民局所做「外國人得繼續停留美國境內」之決定，因此眾議院否決了此暫緩執行驅逐出境之決定。最高法院認為眾議院此舉違反三權分立，認定該院之否決投票無效，³⁹⁶在 *Chadha* 案之後，法院幾乎否定所有的立法否決權。³⁹⁷

這些都是法院盡力維護行政程序法所賦予行政機關權限的例子，可以看出，雖然行政立法權限是國會透過授權給予行政機關，行政程序法也是由國會制定，但是法院在這邊似乎認為，國會一旦在前端的立法已經授權行政機關行使權利，而行政機關也遵照行政程序法之程序完成其行政行為（不論是行政立法或是行政裁決），國會就不應該在事後任意以否決權廢棄這些經過法定程序所作成的決定。

（六）小結

法院積極監督，行政機關為了通過司法審查，積極踐行程序。此時期，資料的公開程度、對人民回應程度、說理程度等大為提昇，有達到民主原則公開透明之要求，行政決策的正當性也因為人民實質參與而補足。不論從權力分立角度或是民主原則角度，此時期都可以說是訂定程序功能發揮相當極致的時期，而一切都歸功於法院採取的積極態度，驅使行政機關不得不反求諸己使然。然而，權力分立除了制衡，還講求效率，行政程序法立法目的之一，其實也是希望藉由法規的訂定，訂立一個普遍適用的標準，行政機關不必在每個個案中花時間精神去找答案。此時期末，延續到下一個時期，因法院的強勢態度，加上政治部門介入，各權力部門對法規之監督卻產生了過猶不及的效率及僵化問題。

³⁹⁴ 459 F.2d 1231, 1245-49(D.C. Cir. 1971), cert. denied, 405 U.S. 1030(1972).

³⁹⁵ 462 U.S. 919(1983).

³⁹⁶ 相關討論詳參湯德宗，前揭註 151 文，頁 421-494。

³⁹⁷ 湯德宗，前揭註 151 文，頁 489。

三、全球時期（1980 年代至今）：司法尊重行政

法規訂定從前一時期之使用極盛期走入 1980 年代，隨著前期司法行為逐漸累積造成之負面影響，其所具有之彈性快速優點不再，而漸邁入僵化、缺乏彈性之瓶頸。同時，因為法院積極對訂定程序監督，也引起政治部門對法規訂定程序之興趣，開始對法規訂定程序進行監督。法院體認到程序僵化及其他具有民意基礎之權力部門的介入監督，因此開始採取自制的態度，尊重政治部門的民主正當性。

（一）法院採取自制態度

1、法院採取自制態度之因素

其實造成法院態度從積極變為自制的因素，是因為非正式法規訂定程序已逐漸邁入僵化境地。法規訂定程序之僵化，並非從 1980 年代之後才發生，從上一時期 1960 年代至 1970 年代，一連串相關立法及司法行為，就已為法規訂定程序之僵化埋下伏筆。1980 年代後，除了原有之立法及司法部門影響外，總統也增加對法規訂定程序之限制，惡化僵固現象。要特別說明者，法規訂定程序僵化之遠因是法院對訂定程序之要求過高，惟使僵化情況急遽惡化的卻是總統及國會的介入，但是也因為政治部門的介入，才讓法院體認到不適合再繼續嚴格審查，「應該放手」讓更具有民意基礎的政治部門接手掌管對行政立法的監督。以下為了方便了解，將法院採取自制態度的因素分為三點，但其實總統以及國會同時是「造成訂定程序僵化」以及「造成法院採取自制態度」的共犯。

（1）法規訂定程序僵化

法規訂定程序之僵化除了以下法院之影響外，其實後來興起的政治部門對訂定程序之監督，也是程序僵化之原因，為了避免相互影響造成閱讀之混亂，故僅在此說明。

A、法院從嚴審查

法院的從嚴審查要求行政機關踐行「紙上聽證」，原本「簡要一般的說明」也擴張為幾百頁的資料，為了說明訂定之理由，還必須提出行政筆錄，只為了滿足法院「從嚴審查標準」之需求。

1990年，Jerry Mashaw 以及 David Harfst 對國家公路交通安全局（National Highway Traffic Safety Administration 簡稱 NHTSA）作了一項研究，該研究顯示，對法規從嚴審查已經對管制機關執行管制任務之能力造成莫大影響。³⁹⁸ 審查法院不切實際的要求管制機關，使 NHTSA 不願意再繼續使用法規。NHTSA 多以其他成本較低之管制模式來取代訂定法規之方式。許多其他研究也顯示相類似的結果。³⁹⁹ 1993年卡內基委員會對其研究提出之報告（The Carnegie Commission's 1993 report）中，將從嚴審查對法規訂定之影響濃縮為以下幾項：第一，管制機關若要公布、修訂、或廢止一主要法規（major rule），需花五年時間；第二，無法因應時事訂定必需之法規；第三，無法修訂或廢止不合時宜之法規；第四，管制機關無可奈何只好以較差之其他管制方法來取代法規之使用。⁴⁰⁰ Thoms McGarity 則以「法規之僵化」形容此延續至今之現象。⁴⁰¹

Mark Seidenfeld 也認為從嚴審查標準有下列幾點不確定性，使行政機關無所適從。其一為法院是否了解行政機關在複雜領域設定技術標準所面臨之問題。⁴⁰² 法官通常不具備專業知識，無法了解行政機關所面臨的技術及執行層面的限制。其二為，法院要求行政機關應考量「相關因素」，惟事實上許多因素多少都與事實具有相關性，究竟應該考量到何種程度才能通過從嚴審查標準？⁴⁰³ 其三為，法院要求行政機關進行分析，同樣的問題，究竟應該進行到何種程度的「分析」才能通過審查？⁴⁰⁴

從上便可之知，在法院嚴格要求下，要走完非正式法規訂定程序之代價愈來愈高，司法審查程序又充滿不確定性，在法院之要求愈來愈高下，行政機關根本無從得知必須踐行程度到何種程度才能通過審查，因此使訂定法規之效率及數量大幅下降，行政機關對訂定法規之意願也下降，最後只好捨棄法規訂定之方式，

³⁹⁸JERRY MASHAW & DAVID HARFST, THE STRUGGLE FOR AUTO SAFETY 95-103 (1990).

³⁹⁹See Pierce, *supra* note 264, at 195.

⁴⁰⁰CARNEGIE COMMISSION, RISK AND ENVIRONMENT: IMPROVING REGULATORY DECISIONMAKING 106-109 (1993).

⁴⁰¹Thoms O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385 (1992).

⁴⁰²Mark Seidenfeld, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, 75 TEX. L. REV. 483, 492 (1997).

⁴⁰³See *id.* at 496-97.

⁴⁰⁴See *id.* at 498-99.

改採其他可行管制手段。

B、行政法原則改變

除了對訂定程序從嚴審查外，最高法院分別在 1967 及 1970 之二則判決中，改變了二項行政法原則，也對法規訂定造成深遠之影響。第一，法規在執行前，即可進行司法審查（pre-enforcement judicial review）⁴⁰⁵；第二，法院擴大當事人適格標準（standing test），個人、公司（firms）、貿易協會（trade associations）、公開利益團體（public interest groups）皆可對法規提出司法審查。⁴⁰⁶在 *Hunt v. Washington State Apple Adver. Comm'n* 案⁴⁰⁷中，判決主文就認為協會有主張其成員利益之適格（the associations have standing to assert the interests of their members）。⁴⁰⁸此二原則完全改變了行政機關實施法規訂定之法律環境。⁴⁰⁹在此之前，非出於受管制者之要求，法規幾乎無庸經過司法審查，因為受管制者必須先違反行政機關所訂定之法規，接著藉著挑戰該法規之效力來為其行為辯護。然而此種策略相應產生之成本及風險很大，受管制者通常不願冒險。再者，即便進入訴訟程序進行審查，法院通常採取寬鬆尊重的審查標準，判決結果多偏向行政機關。因此，在過去司法審查對於行政機關並不是一個需要過於操心的監督機制。然而此二原則改變後，因當事人適格標準之擴大，可對法規提出訴訟的人變多，每一法規進入司法審查之機會大增，除了起訴者會以各種理論挑戰其法規效力外，法院對法規之審查標準也趨嚴，致使法規從訂定程序到發布到進入司法審查，受到層層嚴格監督，程序愈來愈嚴格，行政機關訂定法規之意願自然下降。

（2）總統監督強度大增

卡特是新政時期以後第一位反對「大政府」的總統，反對政府無限制地對人民進行管制，於是開始加強總統對行政機關法規訂定之監督，其後繼者雷根及布希，亦遵循其理念，⁴¹⁰此時法規訂定之政治特性及政治部門對法規訂定進行監督之正當性及重要性，已漸受肯認。⁴¹¹

⁴⁰⁵ *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136(1967).

⁴⁰⁶ *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp*, 397 U.S. 150(1970).

⁴⁰⁷ 432 U.S. 333 (1977).

⁴⁰⁸ 432 U.S. 333, 342(1977).

⁴⁰⁹ See *Pierce*, *supra* note 264, at 191.

⁴¹⁰ See *Strauss*, *supra* note 243, at 760.

⁴¹¹ See *Strauss*, *supra* note 243, at 760.

A、介入「預告前程序」

總統對於法規訂定的控制，在於介入所謂法規訂定程序的「預告前程序」，其將焦點集中在行政程序法之法定程序開始前的程序階段，亦即，「即將」進入法規草案之公告的階段（the time leading up to publication of a notice of proposed rulemaking）。

其實在「預告前程序」中，有時候行政機關會與利益團體私下接觸，法規草案之內容或多或少都已成定局，這樣的效果已經使行政程序法規定的預告評論程序成為一個「徒具形式」而非「形成決策」的程序。⁴¹²

行政機關通常基於下列幾點因素，會在行政程序法所規定的預告程序前，就開始進行法規草案擬定程序：一為在法定程序中不允許行政機關與利害關係人有任何私下接觸，所以行政機關就搶在法定程序開始前，與利益團體或利害關係人進行接觸。第二，為了使預告時的資料及其想法臻於完備，行政機關通常在預告程序前就會完成相關調查，調整將受管制之各種競爭利益，並處理爭論性的問題，且處理後之結果經常是確定的（confirmatory）最終結論，而非只是參考用。行政機關通常都是在預告程序前就已經做完該作的功課，而非在預告程序之後。

故行政機關「形成決策」的階段是「預告前程序」，也就是行政程序法之法定程序開啟前。此階段的重點在於：行政機關「正在」決定該選擇何種方案以及「如何」起草內容，總統選擇介入此階段，對於法規訂定程序之監督方能產生最大之影響力。

B、要求進行管制影響分析及審查

針對此「預告前時期」，卡特總統曾發布總統命令（Executive Order）進行較有系統的管制影響分析（Regulatory Impact Analysis），⁴¹³要求各機關對擬定的管制性法規進行詳盡的分析，並直接由總統府審查。⁴¹⁴雷根總統所發布的 12291

⁴¹²See Strauss, *supra* note 243, at 761.

⁴¹³Exec. Order No. 12,044, 43 Fed. Reg. 12661 (1978).

⁴¹⁴卡特創設「管制分析審查小組」（Regulatory Analysis Review Group），由各主要管制機關之代表組成，並由直屬總統之白宮管理預算局（OMB）人員擔任幕僚，由經濟諮詢委員會的成員擔任顧問，職司審查可能具有重大經濟影響的擬定法規。詳參邱昌泰主持、廖元豪協同主持，行政院經濟建設委員會委託研究之研究報告《建立管制性法規影響分析機制可行性研究》，2003年12月，頁29。

號總統命令⁴¹⁵則發展出更具規模之架構，要求各機關在從事新訂法規、審查既有法規以及研擬與管制事務相關之立法草案時，都應該從事成本效益分析

(cost-benefit analysis)，只有在擬定管制措施之潛在社會利益將大於成本時，方允許訂定，⁴¹⁶其用意在於為草案尋求經濟上之支持以及其他可行之方法，使法規能夠獲得最大效益。管制機關並應規劃年度重要的法規訂定計畫，向總統幕僚「資訊及管制事務辦公室(OIRA)」⁴¹⁷進行報告。⁴¹⁸當管制機關把排定計畫後，就會透過「聯邦管制統一議程」(Unified Agenda of Federal Regulation)公開於大眾，每個研議中的法規在該文件都有會一段描述，包行政機關承辦人的姓名電話，以便獲得進一步資訊，結果等同民眾也提前參與了「預告前程序」階段，了解行政機關進行的管制分析報告。而為了在不影響行政效率之前提下確保行政機關確實進行管制分析，⁴¹⁹12291 號總統命令又規定行政機關對主要法規(major rules)⁴²⁰所進行的分析報告必須提交 OMB 審查，各機關必須回應 OMB 之意見並納入筆錄中，否則不得進行行政程序法之預告程序或發布。⁴²¹

柯林頓繼承其前手之管制分析方法，發布第 12866 號總統命令，⁴²²然而與雷根有不同之處。⁴²³雷根時期雖有 OIRA 之參與，但通常都是在收到行政機關所作的管制影響說明草稿之後，此時管制之大方向已底定，OIRA 若有意見，會與行政機關成為敵對關係，因此 OIRA 通常只作較無關緊要的細節性回應。⁴²⁴柯林頓認為如此還不夠，其希望 OIRA 在更早之階段直接與管制機關之人員進行團隊合作，確保有一個適當程序，使「管制目標之選擇及分析」都能到位，OIRA 只要確定「擇定管制目標及管制分析」的程序本身適當且可靠，就不必再對這些程序

⁴¹⁵Exec. Order No. 12,291, 46 Fed. Reg. 13193 (1981), 5 U.S.C. §601 (1988).

⁴¹⁶*Id.* §2(b).

⁴¹⁷該辦公室隸屬於預算管理局(O MB)，是白宮辦公室與管制機關接觸最密切者。

⁴¹⁸Exec. Order No. 12,498, §2, 50 Fed. Reg. 1036 (1985).中文文獻可參，邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 31。

⁴¹⁹黃銘輝，《成本效益分析(cost-benefit analysis)在我國行政程序法上應用可能性之研究—兼論「比例原則」之解構—》，國立臺北大學法學系碩士論文，2000年6月，頁74。

⁴²⁰所謂的主要法規就是行政機關預期其所訂定之法規將對經濟造成每年一億美元或以上之衝擊之法規。

⁴²¹Exec. Order No. 12,291, §3(f)(1)&(2), 46 Fed. Reg. 13193 (1981).

⁴²²Exec. Order No. 12,866, 3 C.F.R. 638 (1994), 5 U.S.C. §601 (1994)

⁴²³兩者之差異，詳參邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 32-33；黃銘輝，同前揭註 419 學位論文，頁 75-77。

⁴²⁴See Strauss, *supra* note 243, at 767.

作特別分析。⁴²⁵從這裡也可以看出，對於行政立法之監督，愈來愈強調總統之監督，包括總統作為行政首長所具有的協調性功能(亦即要求行政機關人員與 OIRA 合作)，⁴²⁶都可以視為監督之一環。

因此，在雷根、柯林頓時期，法規訂定程序有下列幾點變化：第一，行政機關在「預告前程序」必須與隸屬於 OMB 的 OIRA 深入討論其草案之細節及技術，「主要法規」還必須受到 OMB 審查，代表總統已經實質且深入地參與行政機關決定政策優先順位之關鍵階段。第二，此時進行的成本分析資料，以及行政機關對 OMB 意見的回應，是行政筆錄之一部份，會受到法院的審查。⁴²⁷第三，在實務上，此時期管制影響分析程序要件被嚴格地執行，顯示此時總統所要求的管制分析程序，重要性可能已超越行政程序法所要求的預告等程序，行政機關決策關鍵點及意見往返的時點均已提前。第四，由於雷根及柯林頓的總統命令都有「公開」管制分析報告的要求，故民眾參與的階段也提前。

(3) 國會監督增強

A、個別立法監督：混合程序之立法

前一時期國會常在個別法律中要求行政機關應踐行「正式程序」才有的程序，例如國會曾因為聯邦貿易委員會所訂定之法規牽涉之利益過廣，可能影響國會選民之利益，⁴²⁸便效法 1952 年 Fullbright 議員破壞 Walsh-Healy 法案之例，⁴²⁹在委婉名為「聯邦貿易委員會改善法」(Federal Trade Commission Improvement Act)⁴³⁰中，要求行政機關在非正式法規訂定程序外必須以言詞證據性之聽證(oral evidentiary hearings)來處理重要事實爭議。因為「聽證」程序非常耗時繁瑣，

⁴²⁵Exec. Order No. 12,866, 3 C.F.R. 638 (1994)，後編為 5 U.S.C. §601 (1994).

⁴²⁶「這號命令較其前身，更明白顯示『總統』作為『行政部門最高首長』，具有政策協調與進一步調的權力」，詳參邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 33。

⁴²⁷3 C.F.R. 127 (1982); 3 C.F.R. 323 (1986).

⁴²⁸聯邦貿易委員會同時起草多條法規，管制飲料裝瓶機器、二手車商及殯儀館之運作(the practices of soft drink bottlers, used car dealers, and funeral homes)。同時管制三個利益團體，涉及利益過廣，形同「政治自殺」(political suicide)。See Pierce, *supra* note 264, at 193.

⁴²⁹1952 年 Fullbright 議員提議在 Walsh-Healy 法案增訂條文，要求勞工部(the Department of Labor)以正式法規訂定程序頒佈執行該法案之法規。勞工部旋即發現，若該增訂條文要求之法規訂定程序包括召開言詞證據性聽證，該法案將窒礙難行，成功破壞了該法案之執行。Robert W. Hamilton, *Procedure for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking*, 60 CAL. L. REV. 1267, 1305-06 (1972).

⁴³⁰Pub. L. No. 93-637, 88 Stat. 2183 (1975).

國會此舉在使聯邦貿易委員會知難而退，有效又委婉地取消了聯邦貿易委員會發布法規之權力。⁴³¹國會「以改善之名，行破壞之實」的策略相當成功，⁴³²之後也對其他不被人民信任之行政機關，就授權彼等機關訂定法規之法律條款，做了相類似的修訂。⁴³³然而無論國會最初的動機為何，要求踐行言詞聽證程序已經是行政機關一般普遍的經驗，⁴³⁴也使法規訂定程序更加窒礙難行。⁴³⁵

B、介入「預告前程序」—協商式程序

協商程序一開始係因總統之要求由行政機關於實務運作中漸漸形成，其後，由國會設立專門研究行政機關實行行政程序的「美國行政會議」(the Administrative Conference of the United State, ACUS)，⁴³⁶做出鼓勵行政機關使用協商程序來訂定法規之正式建議，1990年方由國會通過「協商式法規訂定法」⁴³⁷，以立法方式鼓勵行政機關採用。⁴³⁸

依此協商式的訂定程序，行政機關應盡量把所有可能的利益團體全部納入，使各方利益達到均衡，行政機關的角色只是在促成各方利益達成協商。協商的主要目標是希望草案公布後，沒有重大反對意見出現，所以是在法規草案預告公布前進行。從「預告後程序」到「預告前程序」之重心轉變，反映了總統對「預告前程序」影響之大，連國會也想分一杯羹。協商式之法規訂定程序是成功的立法發展，雖然該法生效期間僅六年，屬於限期性立法，但該法之通過，意味協商程序取得正式地位，使原本非正式法規訂定程序更順利進行，也進一步推動法規訂

⁴³¹ 15 U.S.C. §57(a) (1994).

⁴³² See Pierce, *supra* note 264, at 193-194; Jerry L. Mashaw, *Reinventing Government and Regulatory Reform: Studies in the Neglect and Abuse of Administrative Law*, 57 U. PIIT. L. REV. 405, 416-17 (1996).

⁴³³ See Pierce, *supra* note 264, at 193.

⁴³⁴ See Pierce, *supra* note 264, at 194.

⁴³⁵ 其他有關混合程序之立法可參蔡穎瑩，《論我國行政程序聽證制度之建構—以美國法為比較基礎》，國立臺北大學法律學系碩士論文，2008年，頁204-205。

⁴³⁶ 美國行政會議是國會專門為美國聯邦行政程序法設立的機關，目的在研究行政機關執行行政程序之效率、適當性與公平性，得集體或個別地向行政機關作改進建議 (recommendation)，建議對象可能包括總統、國會與司法會議。其建議並不具拘束力 (non-binding)，但就推動行政程序之改革，其功不可沒。美國行政會議自1980年代以來就一直大肆鼓勵行政機關使用協商程序。詳參，5 U.S.C. §574; Marshall J. Breger, *the APA: An Administrative Conference Perspective*, 72 VA. L. REV. 337 (1986).

⁴³⁷ The Negotiated Rulemaking Act of 1990, 5 U.S.C. §§561-570 (1994).

⁴³⁸ Henry H. Perritt, Jr., *Negotiated Rulemaking and Administrative Law*, 38 ADMIN. L. REV. 417, 475 (1986).

定程序之發展，有助於確認「預告前時期」之重要性。

C、立法要求進行損益分析

國會受到總統影響，也開始規定行政機關訂定法規前應進行分析（analytic requirement），其狂熱的程度表現將某些分析要件規定為參與法規訂定程序之人得以主張的權利，然而這同時也使國會多了一個可以監督行政機關的機制。無補助委辦改革法（Unfunded Mandates Reform Act of 1995）⁴³⁹以及 1996 年管制彈性法（Regulatory Flexibility Act）⁴⁴⁰之增訂，首次達到此目標，無補助委辦改革法雖然主要在處理聯邦政府之管制對州及地方政府之影響，⁴⁴¹但也要求在訂定主要法規時應分析對私人的經濟影響，並且課予行政機關有義務去選擇成本最低、最有效率最小負擔的管制方式，⁴⁴²該法並規定由白宮轄下之 OIRA 來監督行政機關是否遵行管制影響分析，而非法院，⁴⁴³該法雖仍有司法審查之規定，但其範圍相當有限。⁴⁴⁴

D、事後否決權

前一時期國會之立法否決權頻遭法院宣告違憲，然而在 *Chadha* 案後，國會仍然繼續制定含有立法否決權的新法律，⁴⁴⁵最值得注目的是 1996 年的小企業管制執行公平法（Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act）⁴⁴⁶，該法規規定所有行政機關訂定之法規在生效前都應經國會以及其專業監督機關 GAO（General Accounting Office）進行是否否決之審查。⁴⁴⁷特別是主要法規，行政機關必須將所有訂定過程中的文件，包括總統命令、無補助委辦改革法以及管制彈性法所要求進行的報告，提供給國會及其專業監督機關 GAO。GAO 必須儘速將其結論告知相關的國會委員會。⁴⁴⁸國會若做出否決決定，該法規則失效，除非國

⁴³⁹2 U.S.C. §1501 (L. Ed. Supp. 1996). 中文文獻可參邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 48-53。

⁴⁴⁰5 U.S.C. 601 et seq.

⁴⁴¹2 U.S.C. §1513.

⁴⁴²2 U.S.C. §1535.

⁴⁴³2 U.S.C. §1535.

⁴⁴⁴詳參邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 53。

⁴⁴⁵湯德宗，前揭註 151 文，頁 490。

⁴⁴⁶該法是對 1980 年的管制彈性法（Regulatory Flexibility Act）作增補。有關小企業管制執行公平法更詳細的內容，請參邱昌泰主持，同前揭註 414 研究報告，頁 45-48。

⁴⁴⁷Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act §224, 110 Stat. at 867-68.

⁴⁴⁸Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act §251, 110 Stat. at 869.

會再次立法授權，否則行政機關不得再訂定相同法規。⁴⁴⁹

雖然美國法院一向對於否決權採取違憲的態度，⁴⁵⁰且國會也很少使用，⁴⁵¹然而這也凸顯立法否決權的政治威力不在於真正的行使，而在於其「可能行使」的威脅，這就足以對行政機關之決策產生影響。⁴⁵²因此，即便法律上的「否決權」只是花瓶，然就形式上而言，其「存在」就代表了「有效」的國會監督。

2、法院對行政立法之監督：尊重政治部門

法院在此時期漸漸體認並接受訂定法規所具有的政治特性及責任。法院在1984年 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council* 案⁴⁵³宣布尊重行政機關對法條文字的解釋，因為行政機關在政治上及對總統負責的地位致使行政機關成為最適合決定何種事務可以成為政策問題的機關。若諮詢白宮後行政機關被說服採取與原先不同之草案，法院也不會阻止，最多只會審查是否有私人利益之輸送。法院認為總統是行政首長，總統對於行政機關之影響只是象徵行政首長應有的權力與責任，因此總統應該由選民來「裁判」(held)，不應由法院代勞。同理，法院也對國會監督採取相當的尊重。因此，在此時期，法院對於行政機關不再採取「那麼嚴格」的審查標準，其實是源自於對其他政治部門的尊重，尊重行政機關法規訂定權限，只是結果。

(二) 依然重視訂定程序監督模式

此時期，各司法以外的權力部門—總統及國會—對於法規訂定之監督開始提昇，可能係受到法院過去對於訂定程序嚴格監督之影響，政治部門也都偏好從訂定程序之監督來入手。因此對訂定程序的監督愈來愈高，監督的時程也愈來愈往前推，對行政機關要求提出的資料也不同於法院所要求者。

⁴⁴⁹Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act §251, 110 Stat. at 871-72

⁴⁵⁰湯德宗，前揭註 151 文，頁 489-491。

⁴⁵¹湯德宗，前揭註 151 文，頁 442。Jacob K. Javits & Gary J. Klein, *Congressional Oversight and the Legislative Veto: A Congressional Analysis*, 52 N.Y.U.L. REV. 455,456 (1977).

⁴⁵²Girardeau A. Spann, *Deconstructing the Legislative Veto*, 68 MINN. L. REV. 473, 488 (1984); E.

Donald Elliott, *INS v. Chadha: The Administrative Constitution, the Constitution, and the Legislative Veto*, 1983 SUP. CT. REV. 125, 158. 立法否決權對行政機關之影響在於，行政機關擔心法規嗣後遭否決，故會在事前積極與國會議員協商，尋求協助，其讓步或妥協的程度，則視其籌碼而定，詳參湯德宗，前揭註 151 文，頁 464。

⁴⁵³467 U.S. 837 (1984).

(三) 司法自制對司法審查之影響

1、審查標準之採擇：從「從嚴」到「尊重」

一開始，「從嚴審查標準」並沒有受到前期最高法院所為二個「踩煞車」判決之影響，從嚴審查仍然存在，並且更加確認（即為前述 1983 年的 *State Farm* 案）。然而之後法院意識到非正式法規訂定程序僵化之嚴重性，可能致使行政機關根本無法如期地執行任務，因此開始限制從嚴審查標準之適用。最高法院在兩個判決中表示縮減審查法院之裁量，不得以漫無標準之從嚴審查原則進行審查。⁴⁵⁴ 上訴法院則是在肯認僵化現象之前提下，加強司法自制原則。⁴⁵⁵ 1993 年以後最高法院繼續強調法規訂定之政治特性，採取尊重政治部門的態度，司法審查之機會相對減少。⁴⁵⁶

唯一要說明的是，雖然此時期法院不那麼積極監督，然而究竟應該要採取何種審查標準，其實沒有定論。學者 Richard J. Pierce 就認為，專斷恣意原則之從嚴審查完全屬司法創造之產物，最高法院應消除此原則之適用，回歸當初行政程序法制定時專斷恣意原則最原始之意涵，如 1935 年 *Pacific States Box & Basket Co. v. White* 案給予法規訂定高度之尊重，比起近幾十年對 APA 相關規定做出超出文義之解釋，此方為最忠於該法之文義及其立法意旨者。⁴⁵⁷ 然而 Mark Seidenfeld 卻認為，最好的方法是將法院如何操作從嚴審查標準具體化，特別是法院應該要從利害關係人、管制者以及國會所顯露的訊息來判斷何種爭議對系爭法規才是有意義的，而非捨棄從嚴審查。⁴⁵⁸ 實際上究竟法院會採哪種標準不得而知，但大趨勢是尊重行政機關，則為肯定。

2、審查範圍及對訂定程序要件之影響

因為訂定程序已經有國會及總統介入監督，若國會與總統對於行政機關最後訂定出來的法規內容都沒有意見，法院自然尊重。至於對於總統以及國會要求行

⁴⁵⁴ *Mobile Oil Exploration & Producing Southeast, Inc. v. United Distribution Cos.*, 498 U.S. 211 (1991); *Pension Benefit Gauranty Corp. v. LTV Corp.*, 496 U.S. 633 (1990).

⁴⁵⁵ See Pierce, *supra* note 264, at 196.

⁴⁵⁶ See Strauss, *supra* note 243, at 767.

⁴⁵⁷ See Pierce, *supra* note 264, at 200; Peter L. Strauss, *The Rulemaking Continuum*, 41 DUKE L.J. 1463 (1992).

⁴⁵⁸ See Seidenfeld, *supra* note 402, at 524.

政機關作的「損益分析」報告，亦屬於行政筆錄，如果最後法規受到司法審查，該損益分析報告也是法院得審查之對象。

（四）消極監督的整體影響

因此時的總統以及國會對行政立法行為都採取嚴格的監督，行政立法行為並未因法院的消極監督而不受控制。此時期行政立法民主正當性之增強係來自國會以及總統的監督，與前一時期透過法院的努力讓民眾參與以補足行政立法民主正當性之不足，兩者略有不同。此外，法院此時期已較能接受法規訂定其實是政治性格強烈的行政行為，自然應有政治部門介入監督，與前一時期在法院主導下，為了維持行政程序法之立法目的，禁止國會在事後廢棄法規的態度，已有不同。

（五）小結

此時期法院一方面體認到前期所採的從嚴審查標準，以及法院自創的各種程序要件，已經使行政機關的法規訂定程序僵化，造成行政機關不願訂定法規，或是選擇其他方式完成任務。另一方面，因為法院積極的監督訂定程序，也引起政治部門的高度興趣，開始加入積極監督行政立法之行列，並且選擇以法院高度監督的訂定程序作為入手的監督方向，政治部門的介入，一則使法院造成的訂定程序僵化現象更加僵固，一則卻也使法院體認其於民主國家中所扮演的角色，若有高度民意基礎的政治部門介入監督，則應該放手退居其次，讓國會及總統有發揮空間，並且由選民以選票對國會及總統進行「審判」。法院基於「程序僵化」以及「政治部門的介入」兩點，對訂定程序採取尊重的態度。而行政機關訂定法規之政治責任已經有 GAO 之定期監督、國會否決權之行使及總統之監督，訂定法規之民主正當性已經大為提昇。⁴⁵⁹

正如 Richard J. Pierce 所指，要改善法規訂定之僵化現象，只要從一方面著手，亦即法院在審查法規訂定程序時應限制於兩項重要角色，其一為保留宣告法規違憲之權力，此仍保留法院作違反多數決之重要地位；其二為保有宣告法規違法而無效之權力，此乃確保立法至上（principle of Legislative Supremacy 法律優位原則）之重要原則不會因管制機關法規之訂定而受到破壞。⁴⁶⁰至於從嚴審查則

⁴⁵⁹ See Strauss, *supra* note 243, at 769.

⁴⁶⁰ See Pierce, *supra* note 264, at 199-200; Daniel A. Farber, *Statutory Interpretation and Legislative Supremacy*, 78 GEO. L.J. 281, 308-309 (1989).

完全屬司法創造之產物，如前所述，應該加以揚棄，忠於當初立法者之原意，回歸 APA 文字原始意義，⁴⁶¹法院即體認此點，採取退讓自制的態度，惟是否能化解法規訂定程序日漸僵化之窘境，則非法院所能掌握者。

四、本章結論—司法審查對法規訂定程序之四大影響

以司法審查監督行政立法之效果及威嚇作用，從美國各時期法院對訂定程序之監督強弱就可以看出有明顯之不同。早期在行政程序法制定前以及制定後初期，基於當時正值經濟大恐慌及二次世界大戰後，社會亟求政府進行大量經濟管制以保護各產業，再加上羅斯福總統的新政也正推行，法院對行政機關的法規訂定採取非常尊重的態度，也就是不對行政立法行為進行太侵入性的監督，所以即便是 1946 年通過的行政程序法中，給予許多方便進行司法審查的程序要件，法院也只要求行政機關只要形式上有符合該法之要求即可。也因為法院不要求程序，行政機關根本不認為踐行程序是一項很麻煩的事情，所以也促使行政機關愈來愈喜愛訂定法規，甚至連原本愛用行政裁決之行政機關，也無法抗拒誘惑而開始使用法規。大量訂定法規的情況來到環境時期，法院開始意識到需求行政機關大量作為的時代已經過去，而今行政機關大量訂定法規已經影響人民權益，再者環境時期人民權利意識大興，法院身為保護權利受侵害之少數人之機關，應該要強化對行政行為之監督，於是採取積極嚴格的態度來審查行政立法行為，對於行政機關是否踐行行政程序法之程序要件，也採非常嚴格、甚至超出該法所規範的程序要求，行政機關為了滿足法院的從嚴審查標準，開始積極看待訂定程序，認真踐行對於人民之意見必須回應等程序，人民也因此認為其所提之意見有獲得回應，才認真參與。然而因法院過於積極，致使要求行政機關踐行超出行政程序法文義解釋的「混合程序」，漸使法規訂定程序僵化。最高法院雖然做出兩則禁止法官創設程序要件之判決，仍然無法遏止法院從嚴審查的趨勢，也無法挽救法規訂定的僵化。因為在法院大力監督行政立法的同時，也引起政治部門對行政立法監督之高度興趣，開始積極採取監督的措施，惡化僵化現象。法院最後體認到僵化現象的嚴重性以及政治部門的民主正當性，於是改採自制的態度來監督訂定程序，退居於政治部門之後。

司法審查的標準是司法權影響力強度的風向球，其採取標準之嚴格與否，都

⁴⁶¹ See Pierce, *supra* note 264, at 200.

會影響各權力部門對行政立法行為的態度以及作法。⁴⁶²美國在不同時期司法審查對行政立法之監督就可以明顯看出此具有連慣性的影響。

因此回到本章一開始提出的問題：立法目的立意頗高，而行政程序法中確實也給予相當完備的程序建制及可進行司法審查之規定，然而實際運作時，是否真如立法目的所希望，透過司法以程序監督達到控制行政立法行為之效果？從本章最後可以看出，縱如美國完備良好的制度，影響制度是否能如願運行之關鍵，還是取決法院的態度。因此，本文依本章之內容，認為美國法院對於訂定程序之影響，可概歸為四：第一，發揮制度功能之關鍵。行政程序法 1946 年制定，因為法院尊重行政機關，初期制度功能並未發揮，直到環境時期法院採取強勢態度，才開始作用。由此可見，法院雖然不若行政、立法主動，卻位居制度能否發揮功能之主動地位。第二，引導機關遵守程序。法院之態度，確實影響行政機關是否遵守程序之決定，此從「新政至行政程序法初期」到「環境時期」之變化即可看出。第三，促成監督模式互易（調節權力）。第一次為「新政至行政程序法初期」到「環境時期」，以強化訂定程序交換廣泛授權，亦即對訂定程序從嚴審查，同時在審查法律授權時肯認廣泛授權。第二次為「環境時期」到「全球時期」，以弱化自己的監督強度，造就政治部門對訂定程序之強化監督。第四，形成訂定程序內涵。立法原意下之訂定程序，並非有意使行政機關受到強烈的程序監督，是施行幾十年來透過法院之運作，不斷充實其程序內涵，方有今天的成果。

⁴⁶²葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 463。

第五章 我國之法規訂定程序

我國在行政程序法立法前，其實就已經充斥許多法規命令訂定程序的法定要件，除了採行各種「程序監督」外，⁴⁶³經大法官以及學者之引進德國對行政立法的控制機制，即法律保留原則以及授權明確性原則。⁴⁶⁴學者廖元豪在分析德國及美國模式後指出，我國大法官雖然引進德國的法律保留原則以及授權明確性原則，然而卻效法美國將授權明確性原則用在對法規命令之審查，從對法律之要求轉而責難行政立法行為，而非責難法律，⁴⁶⁵既可兼顧「尊重國會」又可達到「控制行政」，並稱此為大法官所選擇的「中間路線」。⁴⁶⁶行政程序法制定後，一方面該法第 150 條第 2 項將授權明確性原則明文化，⁴⁶⁷一方面又引進美國的訂定程序，增加過去所無的程序監督種類。從歷史角度來看，我國對法規命令之監督模式愈來愈多，既採德國的法律保留以及授權明確路線，又增加美國的訂定程序規範，本文便產生疑問：究竟我國原本對法規命令之監督強度是否如此薄弱？是否需要如此多重的監督機制才能控制？若我國既存（指行政程序法立法前）眾多對法規命令之監督方式，為何需要「更多」？既存的監督方法對行政立法行為之監督是否不足？造成既存監督方法無法對法規命令進行有效監督的原因何在？司法審查在此時又扮演何種角色？法院能否對法規命令進行審查？是否能對法規命令之監督產生實質作用？從此連結到行政程序法之制定，該法立法目的是否就是要解決立法前法規命令監督不力的情況？其立法是否有符合其目的、有達到改善立法前缺失的目標？增添如此多種的監督，其控制力是否確實有相對的提昇？或否，其又產生何種問題？該如何解決？

以下本文先從我國行政程序法立法前的法規命令監督模式著手，認為我國立法前的監督機制的確不足，因此行政程序法之立法目的應該就是為了改善這些缺

⁴⁶³張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 178-192。

⁴⁶⁴法律保留原則以及授權明確性原則是一體兩面，法律保留是授權明確性的前提與基礎，授權明確性則落實、強化法律保留，免於因立法者空白授權而落空，詳見許宗力，〈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》，1999 年 10 月，初版，頁 222-223。至於德國理論之引進，以及大法官於解釋文中使用「法律保留」、「授權明確性」文字之情形，見廖元豪，同前揭註 99 文，頁 24-26。

⁴⁶⁵廖元豪，同前揭註 99 文，頁 37。

⁴⁶⁶廖元豪，同前揭註 99 文，頁 39-40。

⁴⁶⁷楊智傑，同前揭註 37 文，頁 20。

失，然而實際檢討行政程序法所新增之制度後發現，雖然新增制度有助於改善缺失，仍不足，不但無法完全有效解決既有缺陷，反而製造新的問題。

一、行政程序法立法前法規命令監督模式及缺點

以下先整理我國在行政程序法立法前既有之法規命令監督模式及其種類，之後與於政程序法新增監督模式作比較時，方有比較基礎。

而本文以下「立法前之實體監督（授權明確性原則）」指的是行政程序法立法前我國原本存在的授權明確性原則；「立法前之程序監督（法定法規訂定程序）」指的是行政程序法制定前我國原本存在由法律規定的訂定程序。「立法前之司法監督」指的是我國行政程序法立法前存在司法機關得對行政立法行為進行監督審查的規定。

（一）立法前之實體監督（授權明確性原則）

過去立法者在法律授權行政機關訂定各種類型的行政命令（行政命令包括法規命令在內）之情形十分普遍，且授權的數量也多，從個別法規來看，單一法律中也有大量授權的現象，⁴⁶⁸顯示立法者實際依賴法規命令彌補法律不足之程度是非常高的。當時的授權通常是比較廣泛的授權方式，給予行政機關有較大的政策形成空間，亦即擁有廣泛的行政裁量權限，例如立法者通常在法律以「某某辦法，由某某機關訂之」、「本法施行細則，由某某機關訂之」等文字作授權，當時很少對授權之內容、目的及範圍作明確的規範。造成行政機關實際上擁有非常大的政策主導權。另外，立法者有時會以一簡單條文一次性的授權行政機關訂定命令，⁴⁶⁹例如民國 88 年公布之道路交通管理處罰條例第 92 條。⁴⁷⁰此種廣泛空白授權，直到學者提出授權明確性原則之要求，才開始受到抨擊。有論文研究提出我國過去之授權法律並非一律未對授權之目的內容及範圍做出規定，⁴⁷¹只是有作此明確授權規定之比例相當低，由此反映出授權明確在實際執行上的困難，因此在釋字第 313 號解釋之後，縱另有遇到授權不明確之授權法律，大法官也不再宣告違

⁴⁶⁸例如過去的建築法、公路法、大眾捷運法等。

⁴⁶⁹張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 78。

⁴⁷⁰道路交通管理處罰條例第 92 條規定：「道路交通安全規則，道路交通安全講習辦法，道路交通標誌、標線、號誌設置規則，高速公路交通管制規則，違反道路交通管理事件統一裁罰標準及處理細則，由交通部會同內政部定之。」（民國 88 年 4 月 21 日）

⁴⁷¹張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 90。

憲，因為若貫徹釋字第 313 號解釋之意旨，當時有將近 92% 的授權條款及命令，都會因為違憲而失效。⁴⁷²

從上述整理可知，無論是出於怠惰或專業能力之不足，我國立法者很早就對行政機關廣泛授權，顯示立法者對於行政立法之監督力有未逮，再者，因為缺乏明確的授權範圍，法官難以進行實體審理，縱有審理，無論行政法院或是司法院大法官都採取較寬容的態度（詳下述），無論如何，我國以授權作為法規命令之監督機制，確實是不足以有效監督行政機關。

（二）立法前之程序監督（法定法規訂定程序）

因為本文目的在比較行政程序法立法前後的差異，主要比較對象是鎖定在以法律規定的程序規範，其他以行政命令訂定之程序，⁴⁷³則不在以下討論範圍。

1、包羅萬象的法定程序規定

在行政程序法制定前，我國唯一一部對法規命令訂定程序作一般性規定之法律為民國 59 年制定的中央法規標準法，⁴⁷⁴該法對法規命令訂定程序之規定有以下幾項要件：一為「發布」。中央法規標準法第七條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」法規命令屬授權命令，對外發生效力，影響人民權利，故依該條應對外「發布」，符合最低限度的正當程序原則。⁴⁷⁵然而，該法對於何為「發布」、應「發布之內容」為何，卻付之闕如。二為「即送立法院」。中央法規標準法第七條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」法規命令依該條，尚須送立法院。一般認為此僅為訓示規定，不影響法規命令之效力。⁴⁷⁶其他個別法律規定的訂定程序，則有「報請上級核定或備查」、「會商（會同）其他機關」、「公告」以及「送立法院審查或備查」。⁴⁷⁷

可以看出，我國在行政程序法制定前，幾乎採取第二章「程序監督」的所有

⁴⁷²張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 91。

⁴⁷³廖元豪，同前揭註 52 文，頁 190-192。

⁴⁷⁴中央法規標準法於民國 93 年 5 月 19 日修正公布，惟僅修正第 8 條條文，其餘條文仍與行政程序法制定前的 59 年公布版本相同。

⁴⁷⁵廖元豪，同前揭註 52 文，頁 185。

⁴⁷⁶許宗力，同前揭註 38 文，頁 272。

⁴⁷⁷詳參廖元豪，同前揭註 52 文，頁 186-190；張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 186-191。

模式。

2、立法前程序監督之缺點

(1) 僅重視行政內部協調功能

各種法規命令訂定程序的種類中，「會商有關機關」以及「報請上級核定」之數量最多，⁴⁷⁸此二種程序之目的在使主管機關容納各機關之意見，收集思廣益之效。然而此種僅側重行政內部自我監督的控制模式，有下列幾項缺點：

A、內部協調只是例行公事

行政體系內部的意見討論，最大的缺點在於對於行政機關外部的意見，無從透過這種行政內部程序獲得重視。且基於行政一體，實務上訂定法規命令之機關通常會將草案先交由上級機關備查，有時候也會自動邀集其他機關會商意見，因此此種規定其實對於行政機關毋寧只是一種例行公事，恐怕很難達到實質監督行政立法之效。⁴⁷⁹

B、仰賴專家強調威權⁴⁸⁰

前述注重行政內部監督模式，可以看出我國在行政程序法制定前，是比較強調行政威權及控制的程序，法規命令的內容幾乎是依賴行政整體努力而來，過程如黑箱作業，一般民眾根本無從知悉。因為缺乏其他可獲知意見的管道，故事實上，行政機關非常需要專家的意見，有時候甚至直接複製學者專家所擬的草案。

⁴⁸¹

C、利益團體影響力高

在封閉強調威權控制的訂定過程中，正好有利於某些政經優勢的團體利用特殊管道，私下對行政高層或官僚施加壓力，作利益交換，其他利害關係人的利益或公共利益就在此種黑箱作業下被犧牲。

⁴⁷⁸廖元豪，同前揭註 52 文，頁 192。

⁴⁷⁹廖元豪，同前揭註 52 文，頁 193。

⁴⁸⁰張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 194。

⁴⁸¹張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 194。

(2) 缺乏民眾參與機制

除了少部分的個別立法外，⁴⁸²法規命令訂定程序幾乎沒有民眾參與之規定。雖然有認為法規命令在事前應經立法機關授權，事後又可能經立法機關審查，立法機關本身就已經代表各種利益的團體或個人，個別法規命令訂定時，毋須再給予參與權利。⁴⁸³然而過去立法之授權非常空泛，行政機關訂定法規命令與立法行為幾無異，仍有必要讓利害關係人能夠參與，反映人民意見。

(3) 缺乏有效司法監督

國內多數學者認為人民僅得對「行政處分」或其他個別行政行為提起行政爭訟時，間接主張該處分或該行政行為所依據之「法規命令」「實體違法」，⁴⁸⁴不得直接對法規命令提出訴訟。其次，多數程序監督的規定都欠缺效力規定，縱使進行司法審查，法院也難下審判。

(4) 缺乏違反程序之效力規定

大多學者認為當時的中央法規標準法第7條「即送立法院」不具拘束力，立法機關沒有否決權限；其他如「會商」、「發布」等程序，幾乎都沒有違反時的效力規定，司法機關也難以審查。⁴⁸⁵

(三) 立法前之司法監督

若行政機關訂定法規命令時違反法律規定的程序要件，可否受司法審查？此涉及：一、是否可就法規命令提出爭訟？可否單獨提出？二、法規命令接受審查之範圍是否包括訂定程序？三、我國司法機關是否能對法規命令進行審查？

因本文主要是在探討法規命令之訂定違反「法定」程序要件，故以下僅與「違法法規命令」相關者作討論，特別是司法機關審查權部分，不討論違憲審查，先

⁴⁸²例如環境影響評估法第9條規定：「前條有關機關或當地居民對於開發單位之說明有意見者，應於公開說明會後十五日內以書面向開發單位提出，並副知主管機關及目的事業主管機關。」第10條第1項規定：「主管機關應於公開說明會後邀集目的事業主管機關、相關機關、團體、學者、專家及居民代表界定評估範疇。」等。

⁴⁸³吳庚，同前揭註32書，頁584。

⁴⁸⁴吳庚，同前揭註32書，頁325；蔡茂寅，〈公法上之爭議與行政訴訟—司法權界限理論之檢討〉，《台灣本土法學》，第5期，1999年12月，頁127。

⁴⁸⁵廖元豪，同前揭註52文，頁196。

予敘明。

1、法規違反法定訂定程序之狀態

首先，並無法律規定「違反」類如「發布」或「即送立法院」等之「法定」行政程序，是否為「違法」。學者湯德宗以「程序違反」來稱呼此種違反法律規定程序之狀態，⁴⁸⁶指的是「正當行政程序之違反」，指法規命令之訂定必須踐行一套「程序」，否則就會違反「正當行政程序」，而「正當行政程序」之要求係來自憲法、⁴⁸⁷其他法定「正當行政程序」⁴⁸⁸及「機關自訂之正當行政程序」⁴⁸⁹，故其所指「程序違反」之法規範範圍不僅指立法院三讀通過總統公布之法律。⁴⁹⁰學者葉俊榮則直接將「法規命令訂定後，須依行政程序法第條第項的規定，刊登於政府公報或新聞紙」、「若授權法律定有相關程序要求時，必須踐行相關程序」等程序之要求，列為「法規命令的生效要件」中的「形式的合法要件」，⁴⁹¹認為違

⁴⁸⁶湯德宗，同前揭註 229 文，頁 86。

⁴⁸⁷如大法官釋字第 409 號、第 488 號、第 462 號、第 491 號等解釋。

⁴⁸⁸行政程序法第 3 條第 1 項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」將行政程序法所要求之程序定位為「最低限度之要求」，因此行政程序法第 3 條第 1 項所指之「法律另有規定」者，應限縮解釋為「其他法律另有較本法所定更嚴格之程序規定者」，方得優先於行政程序法而適用。若違反此較嚴之程序規定，亦屬於「程序違反」詳參湯德宗，同前揭註 229 文，頁 93-94；湯德宗，〈論行政程序法的適用〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003 年 10 月，二版，頁 159 以下。針對上述對行政程序法第 3 條第 1 項「法律另有規定」應為限縮解釋之不同見解，有法務部民國 91 年 2 月 21 日法律字第 0090048828 號「次按行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之，本法第三條第一項定有明文。上開規定所稱『法』，依行政院八十九年三月九日台八十九法字第 06991 號函釋，係包括經法律授權而其授權內容具體明確之法規命令在內。是故，行政程序法為普通法之性質，如其他法律或法律具體明確授權之法規命令就同一事件另有特別規定者，自應適用該其他特別規定。」可參，詳見法務部法律事務司編，《行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編》，2001 年 12 月，初版，頁 9-10。

⁴⁸⁹如各機關為落實行政程序法之規定，而訂定之補充性規定，也應該遵守。若有違反，亦屬「程序違反」。詳參湯德宗，同前揭註 229 文，頁 94。

⁴⁹⁰學者湯德宗所指之正當行政程序來源當然包括行政程序法，惟本文此處是討論行政程序法立法前之情形，自無行政程序法作為正當行政程序之來源。有關行政程序法作為正當行政程序之來源可參湯德宗，同前揭註 229 文，頁 90。

⁴⁹¹現行法並未就法規命令應符合哪些法定要件方生效作列舉或例示，依學者葉俊榮之見解，合法性要件，可區分為形式的合法要件及實質的合法要件。形式合法要件包括：第一，法規命令之訂定必須基於法律授權；第二，法規命令必須由被授權之行政機關訂定；第三，法規命令必須踐行行政程序法第 154 條的程序；第四，法規命令訂定後必須依行政程序法第 154 條第 3 項之規定刊登於新聞紙或政府公報；第五，若授權之法律有特別訂定相關之程序，必須踐行該相關程序。另外，從法規命令是被授權訂定之下位規範的角度來看，法規命令還必須符合下列的實質要件，包括：第一，法規命令之訂定不得逾越其授權目的、內容及範圍；第二，法規命令的內容，亦不得抵觸憲法、法律或上級機關的行政命令。詳參葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 408。

反程序規定即屬「違法」，⁴⁹²且違法之效果不可一概而論，⁴⁹³就其所指之「違法」之「法」，則應僅指立法院三讀通過總統公布之法律。學者李惠宗則未將此種違反程序規定之狀態列為法規命令之合法要件，⁴⁹⁴而認為違反形式及實質合法要件之法規命令一律無效。⁴⁹⁵學者吳庚雖將「需踐行有關手續」列為「行政命令之合法要件」，⁴⁹⁶似亦肯認為「違法」。⁴⁹⁷

然而不論未踐行法定程序為學者葉俊榮所稱之「違法」或學者湯德宗所謂之「程序違反」，都是一種行政機關訂定法規命令時可能發生之狀況，且兩人對於「違法」或「程序違反」都認為應有相對應的「效力」作為擔保，故應無不同，有差別在僅在於「違法」還包括違反其他形式要件以及實質要件，而「程序違反」則單純指違反程序規定。

因本文所欲討論的是屬於違反法律位階之程序規範，是「形式違法」的一種，也屬「程序違反」的一種，皆無不可。本文為說明方便，以下將此種違反法律程序規定之狀態以「程序違法」稱之。

2、審查對象—法規命令可附帶受審

國內多數學者認為人民僅得對「行政處分」或其他個別行政行為提起行政爭訟時，間接主張該處分或該行政行為所依據之「法規命令」實體違法，⁴⁹⁸故不得單獨對法規命令違法提出訴訟，法規命令必須依附於其他行政行為附帶受審。所以法規命令仍得受司法審查，只是提出訴訟之途徑是必須依附於其他行政行為。因此在過去是不可能直接對違反法定程序規定之法規命令提出爭訟。

3、審查範圍—法規命令之訂定「程序」可否附帶受審？

前述通說認為人民僅得對「行政處分」或其他個別行政行為提起行政爭訟

⁴⁹²葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 409。

⁴⁹³葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 409。

⁴⁹⁴其將「須為有職權之行政機關」、「被授權之機關不得再授權」及「須經行政監督」列為形式合法要件，將「不得違反法律優位原則」、「不得違反法律保留原則」列為實質合法要件，詳參李惠宗，同前揭註 40 書，頁 415-418。

⁴⁹⁵李惠宗，同前揭註 40 書，頁 418。

⁴⁹⁶吳庚，同前揭註 32 書，頁 290-297。

⁴⁹⁷吳庚，同前揭註 32 書，頁 295-297。

⁴⁹⁸吳庚，同前揭註 32 書，頁 325；蔡茂寅，同前揭註 484 文，頁 127。

時，間接主張該處分或該行政行為所依據之法規命令「實體違法」，⁴⁹⁹意指，僅能主張類如法規命令欠缺法律授權、逾越母法授權等實體違法。有疑問的是，當法規命令依附於其他行政行為附帶受審時，訂定法規命令之「程序」若有違反法律規定，可否一併受審？立法前並無此規定，不過從我國行政法過去著重實體爭訟之趨勢，「程序」可能無法成為審查之範圍，即便有受到審查，可能也會被認為是不重要的爭點。

4、司法機關對法規命令之審查權

(1) 法院

A、法規審查權之正當性⁵⁰⁰

我國憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」若法官應該依據法律審判，受法律拘束，又何以能審查法律之合法性或有效性？一般法院法官之法規審查權在憲法上並無明文，其正當性必須從憲法賦予司法權或法官之任務來加以探討。⁵⁰¹法官肩負之憲法任務，即客觀法秩序之維護與個人權力之保障，法官若要實現此任務，必須審查在規範具體化的過程中，是否存在如牴觸上位規範之瑕疵。因此，法官法規審查權的基礎，就在於法官有無亦依據有效（特別是合乎憲法）的法規範為裁判。⁵⁰²法官正確適用法律之義務正好可以推導出法官的法規審查權，兩者並不衝突。

B、有法規命令之審查權

由上可知，憲法第 80 條所謂的「依據法律」所指之「法」係指「形式上及實質上皆無瑕疵之法律」，其「法律」的範圍，就是法規審查權之對象範圍。⁵⁰³然而憲法第 80 條之「法律」究竟是否包含「法規命令」，則必須討論。

學者翁岳生認為憲法第 80 條之「法律」，係實質意義之法律，不僅指憲法第 170 條之法律，⁵⁰⁴此從司法院大法官釋字第 38 號解釋「憲法第八十條之規定旨

⁴⁹⁹吳庚，同前揭註 32 書，頁 325；蔡茂寅，同前揭註 484 文，頁 127。

⁵⁰⁰翁岳生，同前揭註 131 文，頁 5。

⁵⁰¹翁岳生，同前揭註 131 文，頁 5。

⁵⁰²翁岳生，同前揭註 131 文，頁 6。

⁵⁰³翁岳生，同前揭註 131 文，頁 6。

⁵⁰⁴翁岳生，同前揭註 131 文，頁 6。

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。」亦可知，憲法第 80 條之「法律」係包括法規命令在內。再者，從上開司法院大法官釋字第 38 號解釋文之文義反面解釋，以及司法院院解字第 4012 號解釋「與憲法或法律牴觸之命令，法院得逕認為無效，不予適用。」認為，既然法官可以將命令逕認為無效而不予適用，表示法官實際上必須先審查命令是否違憲或違法，才可以作出該命令是否無效暨逕不與適用之認定結果，因此可以認為：我國法官在實務上有審查法規命令「是否違法」之權限。⁵⁰⁵

C、審查之效力：個案拒絕適用

憲法第 172 條規定命令與憲法或法律牴觸者無效，憲法第 80 條又規定，法官依據法律獨立審判，不受任何干涉。根據前開司法院大法官釋字第 38 號以及司法院院解字第 4012 號解釋之意旨，當普通法院法官對所適用之法規命令作是否違法審查後發現該法規命令確實違法，得在個案中逕排除不予適用，不具對世效力。惟實務上行政法院鮮少以法規命令無效而拒絕適用。⁵⁰⁶

至於普通法院之違憲審查權，因本文已經將範圍鎖定在「法律位階程序規範之違反」，故不討論違憲審查問題。

(2) 司法院大法官

A、憲法明定之法規審查權

依據憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」、憲法第 79 條第 2 項：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項」、第 171 條：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」以及司法院組織法第 3 條第 1 項：「司法院置大法官十七人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件……」，我國司法院大法官為專門之釋憲機關，憲法解釋及法律命令之統一解釋為大法官主要職權，當然可對違憲之行政命令進行審查，對於違憲法規命令之審查自不待言。

⁵⁰⁵翁岳生，同前揭註 64 文，頁 109-130。

⁵⁰⁶葉俊榮、張文貞，同前揭註 244 文，頁 43。

B、違法法規命令之審查權？

惟若法規命令僅屬「違法」，大法官是否有「違法法規命令」之審查權？

依憲法第 172 條規定「命令與憲法或法律牴觸者無效」，似乎可以解釋為當命令違法時，也違反憲法第 172 條，故屬違憲，使大法官取得審查違反法規命令審查權。然而若採此解釋，使大法官的法規命令審查權將漫無邊際，有侵害其他法規命令監督者權限之危險，⁵⁰⁷故應將司法院大法官之法規審查權限制於法規命令違憲之情形，若法規命令並未違憲，僅單純違法，大法官則不應審查。

(A) 實體違法—違法即違憲之法規命令

司法院大法官過去曾為了糾正普通法院「法律授權發布之命令，與法律有同一效力，不生牴觸法律問題」之錯誤觀點，將牴觸母法之命令，藉由與憲法法律保留等原則作連結，進而宣告該命令其違憲，以導正法院判決容任法規命令違法之現象，⁵⁰⁸大法官也藉此取得對違法法規命令之審查權。

大法官釋字第 210 號解釋，以獎勵投資條例施行細則第 27 條與財政部相關函釋，與獎勵投資條例之規定不符，有違憲法第 19 條租稅法律主義之本旨，建立起「行政命令牴觸母法即違憲」之解釋原則，創下大法官宣告違法行政命令即違憲之首例。

在大法官釋字第 268 號解釋，又以考試法施行細則之規定增加考試法所無之限制，有違憲法第 18 條保障人民應考試服公職之權，應不予適用。之後的第 313 號解釋，大法官更援引憲法第 23 條法律保留原則，認為就限制人民全之罰則規定，其構成要件及數額應保留由法律訂之，若法律授權由行政命令為補充之規定，其授權應該要明確，若有違反，則屬牴觸憲法第 23 條法律保留原則之意旨，應屬無效。此後經大法官一連串之解釋，如釋字 320、367、380、394、400、402、423、450、456、469、479、488、514、524、530 解釋，在我國法制上，當行政命令有「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、「就非執行法律有關之細節為規定」、「逕就限制人民權益之裁罰事項為構成要件或處罰效果之規定」等情形，

⁵⁰⁷施依玲，《法規命令違憲審查之研究—以司法院大法官解釋為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 59。

⁵⁰⁸吳庚，同前揭註 32 書，頁 286。

不單是違法，同時也違憲。換言之，司法院大法官利用前述之解釋方法，將原本只是違法的行政命令，解釋為『違憲』，使大法官取得對於違法行政命令的違憲審查以及無效宣告的正當權源。⁵⁰⁹

(B) 程序違法—單純違法之法規命令？

單純違法的法規命令既然已經有各種合法性的監督模式，則應將對單純違法法規命令之審查交由其他監督者，避免虛耗大法官資源，而壓縮了大法官處理其他真正憲法爭議的空間。⁵¹⁰本文也贊同此見解，認為單純違反法律、不違反憲法規定或原則之法規命令，應交由其他權力部門或普通法院進行審查。

C、審查之效力

在司法院大法官釋字第 177 號解釋，大法官已經指出「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」在釋字第 185 號解釋，更進一步表示「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。行政法院六十二年判字第六一〇號判例，與此不合部分應不予援用。」大法官對於命令違法、違憲之宣告，有拘束全國各機關及人民之一般性效力。

5、司法機關對法規之審查實務

既然法院以及司法院大法官都能對法規命令進行審查，應該能對於行政機關之行政立法行為有嚇阻作用，為何仍效力不彰？

(1) 法院對法規之監督

A、附帶受審

國內多數學者認為人民僅得對「行政處分」或其他個別行政行為提起行政爭

⁵⁰⁹葉俊榮、張文貞，同前揭註 244 文，頁 43，註 4。

⁵¹⁰施依玲，同前揭註 507 學位論文，頁 60。

訟時，間接主張該處分或該行政行為所依據之「法規命令」「實體違法」，⁵¹¹故不得單獨對法規命令違法提出訴訟，法規命令必須依附於其他行政行為附帶受審。

B、不對實體作實質審查

學者陳敏曾對行政法院有關依法行政原則之判決作研究，指出當時行政法院多認為有法律授權就不違法，縱算指出未牴觸或超越母法因而有效，也屬無推論過程之斷言。顯見行政法院對行政機關所訂定之委任命令，採寬大開放之態度，不作實質審查。⁵¹²

學者葉俊榮及張文貞曾研究發現，在行政法院改制前（民國 89 年之前），行政法院對違法的「行政命令」⁵¹³ 審查大體上而言呈消極態度，⁵¹⁴許多判決都認為，只要行政命令有授權基礎，就無違法違憲之虞，通常很少論斷是否逾越授權之目的或範圍，⁵¹⁵鮮少以行政命令欠缺授權基礎或逾越法律授權而認定行政命令違法，而在個案中拒絕適用。即便有零星案例存在，行政法院通常也較少直接宣示系爭行政命令違法，而是迂迴指摘系爭行政行為（如行政處分）缺乏法律依據而撤銷原該行政行為。⁵¹⁶

C、小結

從上述對過去行政法院判決之檢討可以看出，改制前行政法院對於審查法規命令之情形少之又少，即便鮮有，通常都認為只要有授權即屬合法，若真有授權欠缺之問題，行政法院也少以欠缺授權或逾越授權等理由認為違法而不予適用，通常則是以責難行政處分缺乏法律依據之方式撤銷原處分，不去針對法規命令之效力作處理。從上述的整理又可知，在行政法院少有對法規命令審理的判決中，大部分還是針對實體監督的「授權問題」在作討論，法規命令是否違反「發布程

⁵¹¹吳庚，同前揭註 32 書，頁 325；蔡茂寅，同前揭註 484 文，頁 127。

⁵¹²陳敏，〈行政法院有關依法行政原則裁判之研究〉，《政大法學評論》，第 36 期，76 年 12 月，頁 124。

⁵¹³行政命令之分類有很多種，學者葉俊榮及張文貞該文研究之判決，有包括法規命令在內，故仍援引作參考。詳參葉俊榮、張文貞，同前揭註 244 文，頁 41-75。

⁵¹⁴葉俊榮、張文貞，同前揭註 244 文，頁 43。

⁵¹⁵張文貞，同前揭註 109 學位論文，頁 29。

⁵¹⁶例如行政法院 77 年判字第 1097 號判決認為台北市管理娼妓辦法並非憲法第 23 條之法律，台北市政府原處分依據該辦法即吊銷業者許可證，有違法律保留原則，撤銷原處分。詳參葉俊榮，《行政法案例分析與研究方法》，1999 年 3 月，初版，351-371。

序」或是否違反「會商其他機關」等「程序」，似較少出現，本文猜測可能係因缺乏明文的規定，行政法院不敢任意對涉及審判範圍問題的「程序」作審查所致，當然也有可能是因為此等程序鮮少被違反，或者此等程序規定完全不受重視，以致幾乎不曾被當事人提出成為爭點受法院審理。

(2) 司法院大法官

A、主導法規之審查

前述提及司法院大法官不適合審查單純違法之法規命令。法規命令是否逾越母法授權或增加法律所無之限制，是命令是否「違法」的問題，本質上與命令是否「違憲」並不同。故大法官通常以「違法即屬違憲」的方式，來取得某些實體違法的法規命令審查權，已如前述，再加上大法官位居憲法權力分立結構優勢地位，以及大法官解釋具有拘束全國各機關及人民的一般效力，故在行政程序法立法前對於違法法規命令之審查反而產生由大法官主導的現象。⁵¹⁷

B、對實體作寬鬆審查

雖說由司法院大法官主導對法規命令之審查，然而許多授權命令只要有法律「授權」，大法官即宣告即合憲，鮮少討論是否逾越授權範圍等問題。⁵¹⁸之後司法院大法官雖在釋字第 313 號解釋做出授權明確性原則之要求，然而在之後仍然出現許多的空白授權，如釋字第 345 號解釋及第 360 號解釋，大法官卻又未加以檢討。

C、是否可對程序作審理？

依照前開整理，違反法定程序應屬於單純違法的法規命令，應不得受司法院大法官審理。惟若在法規命令「逾越母法授權或增加法律所無之限制」屬於違憲之情形，可否於大法官審理時主張其「程序」違法？

有學者認為，依據司法院大法官審理案件法第 13 條第 1 項，大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料，並得依請求或逕行通知；該法施行細則第

⁵¹⁷葉俊榮、張文貞，同前揭註 244 文，頁 43-44。

⁵¹⁸例如釋字第 246 號解釋、第 345 號解釋及第 360 號解釋；張文貞，同前揭註 109 學位論文，頁 28。

14 條第 1 項規定，得邀請專家學者到院說明，以進行調查。司法院大法官據此對行政命令進行審查時，得對於訂定行政命令所依據之「事實」、「理由」、是否於法律限制之授權範圍中、是否與立法所制定之政策相符，及其所採用之程序等項目進行審查。⁵¹⁹以此見解，大法官仍得審理該法規命令是否有違反法律程序要件。

惟亦有學者認為行政命令之司法審查範圍，僅能限於行政命令之「內容本身」，不得包括行政機關作成行政命令之動機及訂定之理由，⁵²⁰以此見解，「程序」則不可能成為大法官審理之範圍。

本文認為，依照當時「重實體，輕程序」見解，即便當時司法院大法官為審理法規命令之大宗，對於違反法定程序的審理仍未發揮領導作用。

D、小結

從上面之整理可以得知，大法官雖不適合對違法的法規命令進行審查，但大法官巧妙利用「違法即違憲」的連結，取得此種違法等同違憲的法規命令審查權，並成為當時審查法規命令之大宗。司法院大法官對於法規命令審查的途徑既然是來自於諸如「是否有授權」、「是否逾越授權」此類的法規命令，其自然只會審理到「是否有授權」、「是否逾越授權」等實體內容，對於單純違反法律規定程序的違法法規命令，自無審理機會，此外，雖然有認為從大法官審查範圍可使「程序」受到審理，惟依當時重實體輕程序的通說，大法官即便有實際審理程序，其影響可能亦微不足道。

（四）小結—立法前之監督強度不足

從行政程序法立法前我國對法規命令監督的模式來檢討，會發現，實體監督之授權執行上有困難，程序監督機制也不夠完善，更重要者，無論是實體監督或程序監督，都因為法律規定不足，或現行體制上的侷限，致使司法無法對法規命令進行實質監督，可能違反民主原則以及權力分立原則，而有引進其他監督機制加強監督之必要。

⁵¹⁹葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 461。

⁵²⁰許宗力，〈訂定命令的裁量與司法審查〉，收錄於氏著《憲法與法治國行政》，2007 年 1 月，二版，頁 238-240。

二、行政程序法法規訂定程序立法背景及過程

(一) 法規訂定程序之立法背景⁵²¹

在稍微了解立法前既存的法規監督模式狀況與缺失後，再來看行政程序法制定之立法背景，就可以發現原本既有的制度根本不足以滿足制定當時的社會需求，其所產生的缺陷，自然成為立法之背景因素，難怪改革之聲不絕於耳。

以下的立法背景皆參考自學者葉俊榮「轉型台灣的程序立法」一文⁵²²，葉教授將行政程序法制定背景概分為六，其認為包括國家社會的各種靜態條件以及動態的變化趨勢，都是促成立法的因素，⁵²³例如台灣從 1980 年代末期以來所進行的第三波政治民主化，⁵²⁴使台灣處於轉型期，此種背景因素也應該加以考量。而法規訂定程序規定於行政程序法第 150 條法規命令章節以下，屬於行政程序法環節之一，其訂定之背景與目的都在行政程序法立法之大原則下，因此從行政程序法之立法目的來檢驗法規訂定程序之制定目的是否確實為了改善立法前之缺失，以及用以檢驗新增之法規訂定程序是否符合立法目的，應無太大問題。

1、台灣政府結構之技術官僚主義

我國過去政府結構具有相當濃厚的技術官僚主義，也就是說，型塑國家發展方向者，並不是具法律政策背景之人，而是由軍人以及技術人員相結合，⁵²⁵成為主導。由軍人及技術官員相結合的政府施政，產生以下幾點缺失：首先，將國家安全、社會安定以及經濟發展，無限上綱，任何與上述三者相衝突之措施，都必須退居其次或犧牲。其二為高度重視結果面，忽視公共政策形成的程序面。

當技術官僚主義在其他國家逐漸衰退之際，⁵²⁶台灣之所以仍得維持甚至達到技術官僚主義之顛峰狀態，與台灣長久以來處於戒嚴及動員戡亂時期等非常體制

⁵²¹本節行政程序法之立法背景所列之因素，參考自學者葉俊榮於〈轉型台灣的程序立法〉一文之整理，詳參葉俊榮，〈轉型台灣的程序立法〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010年3月，二版，頁15-24。

⁵²²葉俊榮，同前註文，頁15-20。

⁵²³葉俊榮，同前註文，頁15。

⁵²⁴葉俊榮，同前註文，頁13。

⁵²⁵葉俊榮，同前註文，頁16。

⁵²⁶如美國在1930年代新政達到技術官僚主義之顛峰，在1960年代開始科技產生懷疑時，已經逐漸式微。

有密切關係。解嚴及終止動員戡亂後，技術官僚主義經過幾十年的運作雖然已根深蒂固，然而由於社會已漸開放，法治化的壓力隨之而來，技術官僚主義也將逐漸衰退。

2、社會價值之衝突

台灣在 60 年代以來，經濟持續發展，在國際化、自由化甚至更晚期全球化的壓力下，不斷面臨開放、解除經濟管制之壓力，使台灣不斷面臨經濟轉型的問題，致使如何促進經濟發展一直是台灣社會最重視的問題。在經濟發展至上的潮流下，同時壓迫了社會其他價值之存在空間，例如環境、國人安全健康等價值，常在經濟發展之一貫論述下被犧牲。因此有學者認為在台灣經濟轉型的壓力下，在因應經濟轉型的壓力過程中，造成經濟價值與社會其他價值之衝突，在所難免，且此種價值衝突之解決，通常只有「比較適當」，而沒有「一定的標準答案」，因此處理此種爭議的方式，應從行政決定之「過程」中著手，透過程序之進行使各種利益及價值觀浮出檯面，找尋出最適答案，「程序理性」之重要性也大大提升，成為促成行政程序法之推手之一。

3、公共參與之不足與社會運動

在解嚴與終止動員戡亂時期後，政治逐漸開放，自 1980 年代中期以後，勞工、環保、消費者保護、原住民、婦女權益、榮民等領域，為爭取權益，開始發起一波波社會運動，藉著遊行、示威、抗議等手段向政府表達不滿。究其原因，實係當時政治頓然開放，尚未建立起配套之法律措施供人民參與，人民不滿之情緒無處發洩，只能尋求體制外之手法喚起政府之重視。有學者將此轉型期的現象稱為「溢流」，⁵²⁷並期待政府能透過健全民主參與機制來回應民眾，而非強力鎮壓。⁵²⁸程序參與體制之欠缺，也成為行政程序法制定之立法基礎之一。

4、利益團體政治漸興

政治開放，經濟發展，以及人民團體法之修正，⁵²⁹放寬人民團體成立之條件，

⁵²⁷葉俊榮，同前揭註 521 文，頁 18。

⁵²⁸參閱行政院環境保護署委託研究計畫，蕭新煌主持、中央研究院民族學研究所執行《七〇年代反污染自力救濟的過程與結構分析》，1988 年，初版。

⁵²⁹民國 31 年 2 月 10 日由國民政府制定公布非常時期人民團體組織法；78 年 1 月 27 日修正公布名稱為動員戡亂時期人民團體法及全文 67 條；81 年 7 月 27 日修正名稱為人民團體法。

社會逐漸多元開放，許多代表各種利益或價值之團體，漸漸形成，並藉著參與公共議題之討論，影響其內涵，以確保該團體之權益或奉行之價值理念。利益團體之成立，對行政程序法之誕生有催化的作用。

5、所得分配不均、金錢政治盛行

台灣在 1986 年起，所得差距開始拉大，財富逐漸滲透入政治領域，造成所謂的金錢政治以及「關說」的盛行。其實「關說」為人所詬病之處係在於其非公開及不透明，也因此由金錢政治引導出希望政府公開透明之需求，也促成行政程序法中禁止程序外片面接觸等規定。

6、憲政爭議及國會代議制度

學者葉俊榮認為，基於政治現實，台灣的憲政爭議，舉凡中央政府組織問題、地方自治問題，都會在行政法層次上引起紛擾而代議制度在第二屆立法委員選舉後，至少在形式上具有代表性，因此已具有代表性之立法院，制定行政程序法，以落實憲政理念以及補充憲法真空，解決憲政爭議，是促成行政程序法制定之背景之一。⁵³⁰

7、亞太營運中心及政府再造⁵³¹

「亞太營運中心」及「政府再造」之所以為立法背景，係因彼二者皆提及行政程序法及法規訂定程序之重要，皆建議應將其納入立法中，對於行政程序法之通過以及法規命令章節之「起死回生」（詳以下「行政程序法之立法過程」）有推波助瀾之效。首先，民國 85 年的「國家發展會議」經濟發展議題組，針對亞太營運中心計劃部分，將「實施法令草案公告制度」納為共同意見；嗣後行政院通過「發展台灣成為亞太營運中心計畫」第二階段執行方案的重點工作中，亦將「制定行政程序法」、「法規訂定程序公開化」納入，指出行政程序法目的在「促使政府之行政行為均得遵循一定之民主、公正、透明之程序為之，以達迅速簡單經濟之效，並提昇行政效能」，而缺乏「法規命令預先公告程序」制度，行政程序法就無所謂「民主」、「透明」可言，並明白指出「法規訂定程序」是實現行政程序

⁵³⁰葉俊榮，同前揭註 521 文，頁 20。

⁵³¹以下參考自廖元豪，同前揭註 52 文，頁 167-168。關於「發展台灣成為亞太營運中心計畫」，可參「發展台灣成為亞太營運中心計畫第二階段成果簡明版」

<http://theme.cepd.gov.tw/aproc/html/total.doc>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

法立法目的不可或缺者。而行政院為了提昇國家競爭力大力推動的「政府再造」運動，於民國 87 年通過「政府再造綱領」，成立由行政院經建會主辦的「法制再造小組」，其所草擬之「法制再造推動計畫」，也將「推動行政程序法，創備合理與透明之行政程序」列為優先辦理項目。「亞太營運中心」及「政府再造」肯認「建立程序制度」作為自由化、國際化的前提，對於行政程序法終於 88 年三讀通過，有莫大的幫助。

（二）法規訂定程序之立法目的

從行政程序法立法前既有之制度、制度的問題，到行政程序法之立法背景，很明顯發現，原有的制度無法消化當時社會的龐大需求，特別是程序的民眾參與問題，在許多環保議題上加溫，因此，行政程序法之制定，目的應與解決這些由來已久的問題相差不遠。

行政院版的草案總說明提到，行政程序法之制定有其必要性，目的在使行政機關在行政行為之際，都能遵循一定「公正、透明之程序」，使人民容易了解，其理由有：一，確保依法行政；二為人民參與行政；三為，保護人民權利；四為，促進行政效率。⁵³²行政程序法第 1 條則規定：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法」。從立法目的看，該法之確實是為了改善上述缺失而制定，因而可以初步認為該法引入法規訂定程序之規定目的也是在落實行政程序法之立法目的，解決前述既存的問題。

（三）法規訂定程序之立法過程

法規訂定程序之立法過程，從行政程序法整體來看，並不是非常順利。雖然在最初的草案版本將美國行政程序法中的非正式法規訂定程序幾乎全部放入，然而時間愈後之草案，刪減部分愈多，甚至一度整個章節遭刪除。以下先就行政程序法制定之過程作亦概括性的了解，再針對法規命令章節之制定過程作細部的描述。

⁵³²五南法律小組編，《行政程序法立法資料彙編》，1999 年 3 月，初版，頁 4-5。

1、行政程序法之立法過程

在 1960 年在學界學者林紀東就已經意識到行政程序法之重要性，並提出行政程序法立法之問題。⁵³³然而真正由政府部門開始研究行政程序法之相關立法議題，要到 1974 年之後。以下將台灣行政程序法之立法過程區分為五個階段，每個階段對行政程序法之制定都有重大的貢獻。

(1) 行政法研究發展考核委員會委託研究

行政法研究發展考核委員會（下稱行政院研考會）在民國 63 年 9 月委託學者設立專案小組，至 66 年 6 月歷經三年之研究，完成「各國行政程序法比較研究」、「我國行政程序法之研究」兩份研究報告，並先後出版成書。最重要之貢獻為提出行政程序法草案，分為總則、行政規章、行政處分及行政救濟四章，共 93 條。其內容主要係參考自西德 1966 年之草案、奧國及美國之立法例而成。

此次研究，除了有行政法學者針對各國之行政程序法制及學理提出研究外，另邀集法政學者以及機關官員座談，徵詢意見。草案完成後，行政院研考會曾將草案送交各部會以及（當時的）省市府表示意見，惟囿於當時的政治氛圍以及威權體制，政府及學界後來都未有進一步的推動或研究，此版本之草案只能淪為研究計畫。

(2) 行政院經濟建設委員會委託研究

在行政院研考會版本草案提出十年後，行政院經濟建設委員會（下稱行政院經建會）健全經社法規小組於 1989 年委託臺大法律學研究所進行「行政程序之研究」，並以研擬一套行政程序法為研究目標，並於 1990 年 12 月完成研究，提出草案版本。此版本涵納範圍廣，包括總則、行政處分、行政契約、法規命令與行政法規、行政計畫、行政指導、陳情及附則，幾乎蒐羅主要國家行政程序法之特色，共有 145 個條文。

然而行政院經建會並未積極推動立法，因此，嚴格說起來，此版本根本稱不上「草案」。即便如此，此研究版本不容忽視，其後法務部在研擬法務部版本草案時，即以此版本作為主要參考之對象，可說是貢獻斐然。

⁵³³林紀東，〈行政法之法典立法問題〉，收錄於氏著《行政法論集》，1964 年 6 月，初版，頁 41-54。

(3) 法務部研究制定委員會

隨著國民權利意識高漲，參與行政決策、爭取個人權益之要求，與日俱增，民國 79 年 4 月法務部奉行政院之指示，開始研擬行政程序法，同年 7 月邀集學者及有關機關法制主管組成「行政程序法研究制定委員會」，以該部政務次長為召集人，並商調現職法官及檢察官為研究員參與幕僚作業。⁵³⁴在法務部研擬之過程中，由行政院經建會委託臺大研究之計畫已即將完成，學者翁岳生同時參與兩者之研究，因此也促成了臺大研究之版本，能夠在法務部版本中重現。民國 82 年月完成草案，分為總則、法規命令、行政處分、行政契約、行政計畫、行政指導、陳情等七章。

(4) 行政院審議

法務部將草案送請行政院審核，過程中被以範圍過廣、理想過高為由，刪去法規命令、行政計畫、行政指導及陳情，定案之版本僅保留總則、行政處分、行政契約及附則共 135 條條文。

(5) 立法院審議

81 年 4 月陳婉真等 24 位立法委員將行政院經建會委託臺大研究之版本連署成為委員提案的版本。82 年，吳東昇等 20 對立法委員則以法務院版本為基礎提出另一個委員提案版本。84 年，立委謝啟大召集學者研討，又提出另一版本。在行政院版本送進立法院審議後，共有四種版本呈現，納入審查。⁵³⁵

由於各個版本差距過大，朝野協商時一度陷入膠著。就法規命令一章而言，行政院堅持法規命令之訂定程序，只要行政機關以行政命令約束即可，然部分立委以及學者則認為其他程序可以割捨，但法規命令地訂程序一定要保留。⁵³⁶經過一連串努力與協商，民國 88 年 1 月 15 日完成三讀，2 月 3 日公布，訂於 90 年 1 月 1 日施行。除了總則章，大部分保留了臺大版本以及法務部版本之樣貌，包括行政處分、行政契約、法規命令與行政法規、行政計畫、行政指導及陳情。

⁵³⁴吳庚，同前揭註 32 書，頁 541。

⁵³⁵陳清秀，〈行政程序法簡介〉，《全國律師》，第 3 卷，1999 年 4 月，頁 9。

⁵³⁶葉俊榮，〈行政程序法的立法過程與立法設計的考量〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010 年 3 月，二版，頁 44。

2、個別法規訂定程序之立法過程

其實在行政程序法典化之過程中，除了「陳情」章係將行政機關處理人民陳情事件原有之作業規定予以條文化外，其餘都是參考國外立法例而來，⁵³⁷其中將法規命令訂定程序納入法律層級者，僅美國之聯邦行政程序法，目的在使利害關係人或團體有參與之機會。歐陸國家之立法例之所以缺乏此種規定，係因法規命令之發布事先須有法律明確授權，事後應經立法機關審查使生效力，而立法機關本身就是眾多利益之代表，即使要聽取不同之意見，也屬於立法聽證之範圍，應在立法議事法規中訂定，行政程序法不予規範，並無不妥之處。⁵³⁸然而從上述行政程序法立法過程，可以看出法規命令訂定程序一章，出現在行政院研考會版本、臺大版本、法務部版本以及立法委員提案的三個版本，只有行政院審議過的版本將之刪除，顯見當時雖對於法規命令訂定程序是否應以「法律」規定，有不同之聲音，然大多數之見解仍認為有將之納入法律層級之必要。

(1) 「預告程序」之制定過程

行政院經建會版本將之列於第 100 條「預告程序」⁵³⁹，並說明此條係參照美國行政程序法非正式法規訂定程序之預告程序而來，⁵⁴⁰目的在增進公眾參與決策之機會，且為體現此理念，行政機關應主動使已知之利害關係人之希有此參與決策之機會。⁵⁴¹研擬期間，「行政程序法草案」第一次座談會中幾乎不見任何參與人員討論有關法規命令章節條文。⁵⁴²「行政程序法草案」第二次座談會，學者吳庚對第 100 條之預告程序提意見，認為「命令固應登載於公報，但草案是否有此必要呢？」⁵⁴³學者陳敏則認為「有關利害關係人之範圍如何釐定，因法規命令

⁵³⁷吳庚，同前揭註 32 書，頁 542。

⁵³⁸吳庚，同前揭註 32 書，頁 542。

⁵³⁹翁岳生主持，行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告《行政程序法之研究：行政程序法草案》，1990 年 12 月，初版，頁 140。

⁵⁴⁰參考美國行政程序法 5 U.S.C. §553(b):「General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include--(1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;(2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and(3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved.」

⁵⁴¹參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 140。

⁵⁴²參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 497-519。

⁵⁴³參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 527。

係就普通事項為規範，面對的是不可預知之對象，故其範圍如何釐定，如太寬，執行上有困難。」⁵⁴⁴由針對上述前者質疑之回應「此規定係給大眾表示意見之機會，故有規定之必要。」觀之，為了給予公眾有表示意見的機會，故堅持草案應公告；而針對後者質疑之回應「草案第一百條之利害關係人，係指凡受草案影響權益之人均屬之」，雖然不能解決陳敏所指「如何界定」、「如何執行」等問題，惟可看出此草案在明知可能無法清楚界定得參與之民眾之範圍下，仍堅持放入「利害關係人」，確實與本條「擴大民眾參與」之目的相符。

行政院審議版本，將法規命令章刪除，無預告程序規定。陳婉真、吳東昇及謝啟大三位立委分別提案之版本，又將法規命令章節放入，也都保留此預告程序。⁵⁴⁵

最後三讀也決定放入法規命令及行政法規章，關於預告程序通過之版本，係合併立委提案之三版本而成，⁵⁴⁶因陳婉真委員及吳東昇委員提案版本係直接或間接採納行政院經建會之版本，⁵⁴⁷故不難看出通過之條文與行政院經建會版之相似度極高，連立法理由也相同。⁵⁴⁸

(2) 「表示意見」之制定過程

行政院經建會版本參考美國行政程序法 5 U.S.C. §553(c)前段之規定⁵⁴⁹，將之列於第 101 條「意見表示之機會」⁵⁵⁰，說明為了廣納意見，避免專斷恣意，給予民眾表示意見之機會，又考量行政效能，意見之陳述以書面為主，是否進行言詞

⁵⁴⁴參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 535。

⁵⁴⁵五南法律小組編，同前揭註 532 書，頁 251-252。

⁵⁴⁶五南法律小組編，同前揭註 532 書，頁 251-252。

⁵⁴⁷陳婉真委員係直接將行政院經建會委託臺大研究之草案直接引介連署為伊等共 24 人之提案版本；吳東昇委員係採用法務部版本為基礎提出，而法務部版本大體與行政院經建會委託臺大研究之版本相類似，兩者差異不大。

⁵⁴⁸行政院經建會版之立法理由為「一、第一項規定命令訂定機關之預告義務及內容，俾公眾有參與決策之機會。二、各機關執行公務，恆接觸諸多個人及團體，為充分體現公眾參與之理念，除為前項公告外，並應主動使已知利害關係人知悉參與之機會，爰設第二項規定」，詳參翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 140。而三讀通過之立法理由為陳婉真委員版，與上開行政院經建會版完全相同，詳參臺北市政府法規委員會編印，《行政程序法相關法令解釋彙編 2001》，2001 年 8 月，初版，頁 115。

⁵⁴⁹After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation.

⁵⁵⁰參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 141。

陳述則交由各行政機關裁量決定。行政院審議版本無此規定。委員版本中，只有陳婉真委員特別將提出列為第 101 條納入討論，其餘二者皆無。最後通過之版本未採之，可能係因現行法第 154 條已將「任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見」納入應預告之事項範圍，為免疊床架屋，不再另立。惟現行法第 154 條目的在規定「預告之事項」，嚴格說來不是在賦予人民陳述意見之機會，也不是規範行政機關聽取意見之義務，是否即能取代目的在課予行政機關「給予人民意見表達機會之義務」，其實是有疑問的。不過實務上行政機關其實都根據該條款提供民眾陳述意見之機會，在實際操作上似乎並無爭議。

(3) 「發布程序」之制定過程

行政院經建會版本第 105 條「命令之發布」⁵⁵¹，係參考美國行政程序法 5 U.S.C. §553(c) & (d)⁵⁵²而制定，立法理由說明行政命令之發布應經簽署及公告，公告時應將訂定行政命令之理由及有關之重要事實，一併說明，以利法院事後審查。惟行政院審議版以及陳婉真委員版本皆無此規定，謝啟大委員及吳東昇委員版本之文字、項次雖略有不同，但其立法精神大致與行政院經建會版本一致，明列應公告之事項，除了「法規命令及機關之名稱」、「法律依據」、「法規內容全文」外，還需將法規命令訂定之「背景」、「當事人意見表示之綜合要旨」、「機關之簡要答辯」、「未踐行預告程序之事實及理由」一併公告。⁵⁵³不過通過之版本完全僅簡略制定屬於行政監督程序以及應於政府公報或新聞紙刊登，完全沒有規定其他「應公告之事項」。

(4) 「效力規定」之制定過程

行政院經建會版本第 108 條，特別規定命令未依法定程序訂定或修正者、應經其他機關核準備案未經准許及發布者、以及有專斷恣意違反裁量權或其他違法情事者等，該命令應予廢棄，並說明此條規定係參考美國行政程序法 5 U.S.C.

⁵⁵¹參閱翁岳生主持，同前揭註 539 研究報告，頁 143-144。

⁵⁵²5 U.S.C. §553(c)中段規定：「After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose.」；5 U.S.C. §553(d)規定「The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date」。

⁵⁵³五南法律小組編，同前揭註 532 書，頁 257。

§706⁵⁵⁴而制定，目的在不讓違法之法規命令概歸於無效，而得依違法情節之輕重使之無效或得撤銷，因此將法規命令之無效⁵⁵⁵及廢棄之規定併陳。謝啟大委員及陳婉真委員版本所採用也將法規命令「無效」及「廢棄」併陳，惟法規命令廢棄之條文最後並未經三讀通過，僅保留法規命令無效之部分於現行法第 158 條。

(5) 小結

從立法過程可看出，以法規命令所有條文整體而言，基本上其重要性是受到各界肯定，故方能從行政院審議整章刪除後，於立法院起死回生。就訂定程序之個別條文觀之，預告程序之要求基本上較為各界所接受，甚至從最後立法文字的修正可以嗅出立法者有意使預告程序之參與盡量擴大，讓所有民眾無論是否有「利害關係」，只要有興趣，都可以提出意見。至於「評論程序」最後未獲通過，「發布程序」則是對「應公布事項」隻字未提。效力部分，僅規定法規命令之無效及其事由，關於法規命令之廢棄及其事由則全數刪除。因此有學者認為關於行政程序法中法規命令之規定，「若非訓示規定即屬行政機關作業上之常規，具有規範意義之條文非常少」，⁵⁵⁶非無道理。這些立法過程中之增刪舉動，表面上似僅影響某條文是否三讀通過成為法律，實際上卻影響事後對其他條文及效力之解釋，其影響力不因其未成為法律而有稍加減弱，十分值得注意。

三、行政程序法立法後之監督模式

行政程序法於民國 88 年通過，對於法規命令監督模式有何影響？行政程序法經過幾十年的努力終於三讀通過公布，於民國 90 年 1 月 1 日施行。最後公布之法規命令章節有關法規命令訂定程序（非經聽證程序）之條文，僅有下列幾項：

⁵⁵⁴ 5 U.S.C. §706 規定：「To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall--(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be--(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;(D) without observance of procedure required by law;(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.」

⁵⁵⁵ 行政院經建會版本列為第 107 條。

⁵⁵⁶ 吳庚，同前揭註 32 書，頁 584。

第 154 條「預告程序」規定：「(第 1 項) 行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱。二、訂定之依據。三、草案全文或其主要內容。四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨。(第 2 項) 行政機關除為前項之公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知。」

第 157 條「發布程序」規定：「(第 1 項) 法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。「(第 2 項) 數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，「(第 3 項) 應於核定後始得會銜發布。法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」

第 158 條第 1 項第 3 款「效力規定」：「法規命令，有下列情形之一者，無效：三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者。」

這些程序規定可否達成立法目的或改善過去對法規監督不力的缺點？是否符合民主原則以及權力分立原則應有的程序制度設計？

(一) 新制度的初步檢討—是否符合立法目的？

1、新增之實體監督部分—確認實體監督之授權明確性

在新增程序監督機制之同時，立法者也在第 150 條第 2 項規定「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。」同時對授權明確性原則進行確認，似乎並沒有放棄實體監督之控制模式。

2、新增之程序監督部分

(1) 新增預告程序

關於法規命令訂定程序者有：第 154 條「預告程序」以及第 157 條「發布程

⁵⁵⁷ 行政程序法關於法規命令之明文規定係第 150 條至第 158 條，其中第 152 條、第 153 條是規定法規命令訂定之提議及行政機關之處理方式，屬行政立法請求權相關問題；第 155 條與第 156 條，是規定應經聽證程序之法規命令訂定程序，屬於正式的法規命令訂定程序。本文僅討論第 154 條及第 157 條非正式之訂定程序以及第 158 條第 1 項第 3 款法規命令訂定程序效力之規定。

序」，與制定前的程序規定比較，真正「耳目一新」的程序，只有「預告程序」。至於第 157 條「發布程序」其實早就存在我國法制中，唯一不同之處在於多了「應發布於政府公報或新聞紙」的規定。

(2) 新增效力規定

相關的效力規定則有第 158 條第 1 項第 3 款：「法規命令，有下列情形之一者，無效：三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者」，明文規定違反「依法應經其他機關核准」者無效，賦予「程序違法」明確的懲罰效果，值得肯定。

3、司法監督

狹義來說，並無新增的司法監督機制。然而若從「有利於司法監督」的角度來看，新增的程序規範以及效力規定，予法院有審查之依據，勉強可以算是強化司法監督的工具之一。

4、小結—新制度有助於立法目的之達成

新制度的重點在於行政程序法第 154 條「預告程序」，該條第 1 項規定：「行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱。二、訂定之依據。三、草案全文或其主要內容。四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨。」同條第 2 項規定：「行政機關除為前項之公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知。」依此規定，行政機關為了讓草案能夠讓一般民眾周知，並且得以發表意見，應該將草案內容以及任何人得陳述意見的教示規定，一併刊載在政府公報或是新聞紙上。此規範納入民主原則所要求的了民眾參與機制（表示意見）、透明公正的程序（公告於新聞紙或政府公報）、以及資訊的公開（公告草案內容等），提供了一個明確的程序規定可供法院審理，也符合權力分立原則之要求。而第 158 條第 1 項第 3 款「法規命令，有下列情形之一者，無效：三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者」之效力規定，賦予違反法定訂定程序無效之效力，可同時強化程序監督對於行政機關之意義以及法院審查之效力。另外，規定「發布」之「方式」僅限於「刊登政府公報或新聞紙」，有達到使民眾知悉，公開透明之效果。

此外，立法者對授權明確性原則作確認，雖然對其究竟是肯認授權明確性原則作為責難授權法律之功能，或者是肯認授權明確性原則為對行政機關之要求，不得而知，但是立法機關是否因為該原則之確定而在立法授權時更自我要求落實授權明確性，以及司法機關是否可能因為立法者做出確認的動作，而對授權明確性之要求更加嚴格，從本意在「加強監督」的立法目的而言，也是一項促進實質監督的立法，是未來觀察重點。惟此非本文之重點，在此不論。

從法規訂定程序之立法目的以及改善過去對法規監督不力來看，預告程序之制定，確實有助於提升民眾參與，增加行政決策之透明度，改善過去政府決策於未知中之困境，民眾也可能預告之內容當中獲得基本資訊，藉此提出意見，行政機關獲得資訊之管道也增加，更可以提高決策的正確性，可謂程序與實體相輔相成。值得注意的是，原本草案所列之「利害關係人」得向行政機關表示意見，三讀通過後改為「任何人」都可以，不限於利害關係人，更有開放一般大眾參與討論、廣納意見之意。這點值得肯定。

（二）新制度的實務觀察

1、行政機關踐行新制度之情況

行政程序法公布後，法務部作成相當多函釋，諮詢小組也召開多次會議，法務部並除將函釋及諮詢會議之討論集結成冊，⁵⁵⁸供各機關人員查閱外，也放置於機關網頁供民眾閱覽。⁵⁵⁹由此可知，行政程序法對各行政機關之影響甚大，為了因應此重大法制變革，各行政機關皆嚴陣以待，不敢輕忽。雖然行政程序法第157條也規定法規命令之發布程序，惟發布程序在該法制定前即存在，對於行政機關並不是那麼陌生，因此對於行政機關而言最大的變革便落在「預告程序」之要求。究竟，新制度「預告程序」在各行政機關是如何被實踐？運作情況又如何？是窒礙難行亦或輕而易舉？

⁵⁵⁸例如法務部法律事務司編，同前揭註488書；法務部法律事務司編，《行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編（二）》，2002年12月，初版。

⁵⁵⁹從法務部網頁首頁進入，點選「法治視窗」，再選「法律資源」，其中的「行政程序法」可以查詢過去討論行政程序法相關問題之會議記錄及其他資訊。

(1) 預告程序之踐行

由於具有整合全國法規公告功能之政府公報系統已於民國 93 年建立，⁵⁶⁰行政機關很容易上網進行草案以及相關資訊的公告，其實要踐行預告程序並不是那麼困難，各機關常態性地在實施，是大部分行政機關都能作得到的一項程序要求，⁵⁶¹但品質是否能兼顧，⁵⁶²則是另一問題。

(2) 預告期間之長短

行政程序法未規定預告期間之長短，實務上似乎與給予民眾陳述意見之期間相當，亦即民眾表示意見之截止日即為預告程序之終止日。⁵⁶³通常公布在全國法規資料庫的草案，會在標題告知預告程序之終止日。⁵⁶⁴而陳述意見之時間起算點，是以預告程序公告於政府公報日之次日起算。有些行政機關會在刊登政府公報前，先在機關網頁刊登欲訂定之法規草案，此亦符合行政程序法第 154 條第 2 項「行政機關除為前項公告外，並得以適當之方法，將公告內容廣泛周知」之要求，因此實際預告期間有可能比陳述意見期間長。而關於陳述意見之期間之長短，行政機關有很大的彈性空間。例如，台灣近來爆發食品摻入列管之毒性物質 DEHP 塑化劑風波，各大廠商為求自清，紛紛將產品送檢，環境保護署為因應此需求，於 6 月 3 日於政府公報作欲訂定「塑膠中鄰苯二甲酸酯類檢測方法—氣相層析質譜儀法 (NIEA T801.10B) 草案」之預告公告，⁵⁶⁵其中給予陳述意見之期間為「本預告刊登公報之次日起 7 日內」，僅有一個禮拜時間，窺其目的乃在於快速提供塑化劑檢驗之統一標準，俾確認食品是否遭污染，以安定民心，於公眾健康安全有相當大的影響，因此該草案之訂定，在不影響民眾參與之情況下，經權衡後，給予 7 日之時間足矣。另外如環保署預告修正「開發行為應實施環境影

⁵⁶⁰詳參行政院公報資訊網 <http://gazette.nat.gov.tw/egFront/Gaz/paragraph.jsp> (民國 101 年 9 月 4 日造訪)。

⁵⁶¹葉俊榮，〈民主與法治之間〉，收錄於《行政程序法之實施經驗與存在問題—聽證制度之理論、制度及實務》，2009 年 7 月，初版，頁 125。

⁵⁶²有學者認為有程序品質上的顧慮，詳參葉俊榮，同前註文，頁 125。

⁵⁶³詳參政府公告系統 <http://gazette.nat.gov.tw/egFront/index.jsp> (民國 101 年 9 月 4 日造訪)。

⁵⁶⁴詳參全國法規資料庫 <http://law.moj.gov.tw/> (民國 101 年 9 月 4 日造訪)。

⁵⁶⁵行政院環境保護署 100 年 5 月 31 日環署檢字第 1000045585 號公告，
http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017103/ch07/type3/gov60/num42/Eg.htm
(民國 101 年 9 月 4 日造訪)。

響評估細目及範圍認定標準」部分條文草案，⁵⁶⁶則載明「本公告刊登公報之次日起 14 日內陳述意見或洽詢」，可能係涉及環境與開發之爭議問題，其內容包羅萬象，時間則較長。目前行政機關給予民眾陳述意見之時間，大部分為 7 日、10 日⁵⁶⁷或 14 日。

(3) 應預告之事項

行政機關大多遵守行政程序法第 154 條第 1 項規定「應預告之事項」，包括「機關名稱」、「訂定之依據」即訂定該法規命令所依據之母法、「草案全文及其主要內容」，至於「任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨」，通常會一併告知得陳述意見之期間，並且提供機關承辦人員之電話、電子信箱，方便民眾提供意見。此外，通常預告程序之「公告內容」也會把「進行預告程序之依據」，也就是行政程序法第 154 條放入。

2、陳述意見之情形

民眾陳述意見之情形，普遍來說並不踴躍。因民眾是否給予意見以及其頻率高低，無法於網路上獲悉，必須一一洽詢各機關承辦人員並進行統計，非本論文能力所及，故本文退而求其次，以訂定法規過程中經主管機關召開公聽會之情況來推估民眾陳述意見之情形。就本文關注之「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」而言，環保署於公聽會之開會通知，均有通知環保團體出席，其通常以書面表示意見或與會發言，可能取代了某部分「陳述意見」功能，降低民眾使用陳述意見之頻率。另須特別說明者，本文前指出「民眾參與陳述意見之意願不高」，有論者謂：既然陳述意見不多見，提高審查標準，要求行政機關「主動公開資訊」、「回應義務」之效果似乎有限，且究為「欠缺回應義務導致人民缺乏陳述意見動機」亦或「無人民陳述意見故行政機關根本無須回應」，需審慎釐

⁵⁶⁶行政院環境保護署 100 年 4 月 11 日環署綜字第 1000028128 號公告，
<http://ivy5.epa.gov.tw/epalaw/prelaw/pre06180.doc>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

⁵⁶⁷內政部 100 年 5 月 26 日台內社字第 1000104655 號公告，
http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017100/ch02/type3/gov10/num2/Eg.htm
（民國 101 年 9 月 4 日造訪）、內政部 100 年 5 月 27 日台內社字第 1000085911 號公告，
http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017101/ch02/type3/gov10/num3/Eg.htm
（民國 101 年 9 月 4 日造訪）、國家通訊傳播委員會 100 年 5 月 10 日通傳技字第 10043011245
號公告，
http://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=34&is_history=0&pages=0&sn_f=20202（民國 101 年 9 月 4 日造訪）等。

清。本文認為，「民眾參與陳述意見之意願不高」固然與臺灣人民政治參與度及法治教育等因素有關，惟仍繫於行政機關事前預告程序是否充分。人民之參與意願是可以藉由行政機關大肆宣傳或提供大量資訊或延長陳述意見時間等方式而被激起，因此參考提高審查標準、對行政機關責以更高的義務，諸如要求行政機關主動公開訂定法規相關資訊以及延長預告期間等，仍屬必要。

3、小結—符合表面形式要求

從形式上來看，行政機關大部分都有踐行法定預告程序。不過也僅止於此，行政機關大多沒有自動實施行政程序法以外的程序要求，或提供行政程序法要求以外的應預告事項資訊。

（三）新監督模式解決了既存問題？

1、規範層面的程序制度仍不完備

從立法過程可以看出，原本對於法規命令訂定存有極大的正反不同意見，妥協後把法規命令章節放入，然而卻刪除許多重要程序規定，最後立法者雖然制定了預告程序，然而其在採納「預告程序」之同時，卻未規定回應義務以及說理義務等其他程序規範，使上開預告程序所欲達成之目標效果驟減，減損法規命令訂定程序所欲達成之目的及效益：

（1）公開之資訊不足

關於資訊之提供，行政程序法第 154 條第 1 項之規定是否已足？行政程序法第 154 條第 1 項並未規定要將草案所依據之事實或賴以訂定之基本資料加以預告，也就是說，一般人根本無從得知行政機關所擁有之資訊，更無從得知行政機關為何訂定法規、訂定法規欲解決什麼樣的問題。蓋有充足資訊的提供，才能使民眾以這些資料為基礎作出有意義或具價值的評論或意見。有意義的民眾參與，如果沒有資訊作為基礎，也是枉然。⁵⁶⁸

（2）陳述意見之方式未定明

立法者在逕不採行政院經建會版本第 101 條及吳東昇委員版本之第 101 條之

⁵⁶⁸有關人民依政府資訊公開法請求公開訂定法規之相關資訊，請參閱本文第陸章、三、（二）1.（1）之說明。

情況下，漏未規範表達意見之「方式」，故究竟以書面或者以言詞陳述，便生疑義。

(3) 預告期間之長短欠缺明確標準

正如前述，行政程序法並未明文規定「預告期間」及其時間長短，實務上係以陳述意見期間為預告期間，通常為 7 日至 14 日，比起美國 APA 以明文規定之「二個月」期限相差甚多。未明訂預告期間，恐使行政機關恣意決定預告期間之長短，或一律以固定之日數為預告期間，而目前之預告期間過短可能使民眾不願或不及陳述意見，亦屬必須正視的問題。

(4) 欠缺行政機關回應義務

A、回應義務之欠缺致意見陳述難有成效

首先，行政程序法第 154 條，將「任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨」列為預告程序應公告之事項，此為強制行政機關聽取當事人或利害關係人意見之程序，行政機關不得拒絕，然而回應義務，雖經謝啟大、吳東昇兩位委員提案，最後卻未獲三讀通過。有問題的是，人民如何得知行政機關是否有看到提供之意見？行政機關獲得意見之後，是否需要針對個別之意見作回應？

B、回應義務之時點

其次，若行政機關有回應義務，應在預告評論程序時回應，或者於法規命令訂定完成公布時？

(5) 欠缺說理義務

行政院經建會版本要求行政機關有說明理由之義務，⁵⁶⁹惟最後併呈於立法院之四版本草案，皆未採納，三讀通過之定案自然也無該義務之規定。

有認為行政程序法第 43 條：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」已設有一般性的規定，行政機關訂定法規命令，亦應有說

⁵⁶⁹該版本第 105 條。

明理由之義務。⁵⁷⁰惟不同見解認為，雖然行政程序法第 43 條之「其他行政行為」解釋上雖包括法規命令在內，惟在法規命令中並無所謂之「當事人」，因此該條文仍以具體之行政行為為對象，不包括法規命令在內。⁵⁷¹然而，依該法第 20 條規定，⁵⁷²本法所稱當事人包括其他依本法規定參加行政程序之人，而參加法規命令訂定程序之當事人該法第 154 條第 1 項第 4 款為「任何人……」，並非「無當事人」，⁵⁷³因此雖然依行政程序法第 43 條行政機關說明理由之義務較低，⁵⁷⁴仍應盡其義務說明。

究竟是否該採行說理義務？

(6) 欠缺效力規定

前面提到，關於法規命令違反訂定程序之「廢棄」效力規定，在立法過程中被刪除，現行法除了違反第 157 條第 1 項、第 2 項已有第 158 條第 1 項第 3 款規定為無效外，關於違反行政程序法第 154 條及第 157 條第 3 項訂定程序之法規命令效力究為何，眾說紛紜。關於欠缺效力之程序規定實務上大多採違反程序規定「對法規命令」不生影響之保守態度，學者間也有不同之見解，究竟，應該採何種說法？

A、未踐行行政程序法第 154 條之預告程序者

未為預告程序，包括第 154 條第 1 項「情況急迫，顯然無法事先公告周知者外」之爭議。⁵⁷⁵該問題經由行政院環境保護署以八十八年十月八日台融局（一）字第八八七六二一七八號函詢法務部，法務部陳報行政院裁示，最後行政院法規會多數見解認為該法規命令仍屬有效。

法務部行政程序法諮詢小組第三次會議記錄⁵⁷⁶之有效說認為「依本部陳報行

⁵⁷⁰湯德宗，〈論正當行政程序〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003 年 10 月，二版，頁 29。

⁵⁷¹吳庚，同前揭註 32 書，頁 586-587。

⁵⁷²行政程序法第 20 條規定：「本法所稱之當事人如下：一、申請人及申請之相對人。二、行政機關所為行政處分之相對人。三、與行政機關締結行政契約之相對人。四、行政機關實施行政指導之相對人。五、對行政機關陳情之人。六、其他依本法規定參加行政程序之人。」

⁵⁷³湯德宗，同前揭註 570 文，頁 29-30，註 92。

⁵⁷⁴湯德宗，同前揭註 570 文，頁 30。

⁵⁷⁵湯德宗，同前揭註 229 文，頁 112。

⁵⁷⁶法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 223-226。

政院之行政程序法草案第九十三條第三款原規定：『有左列情形之一者，法規命令無效……三、違反第九十條（即本法第一百五十四條之預告程序）及第九十二條（即本法第一百五十七條）之規定者。』為經行政院院會審查通過送立法院審議之本法草案並未採納，且公布之行政程序法第一百五十八條亦未將其列為無效原因，顯係有意排除，故依上述立法過程觀之，解釋上僅能認為程序上之瑕疵，尚不至使該法規命令歸於無效。」行政院法規會多數意見採有效說之理由為「本法第一百五十四條有關預告程序之規定，其目的在廣徵各界意見，以為擬訂法規命令之參考。故縱未踐行預告程序，人民無法及時提供意見，其程序雖不無瑕疵，然與該法規命令之效力無關。蓋法規命令是否發生效力，仍應依其發布、施行及生效三階段加以判斷。換言之，法規命令於草擬階段縱未踐行預告程序，只要其嗣後已依相關規定發布，並不因其草擬時之程序有欠完備，而影響其效力。本法第一百五十八條第一項第一款雖規定法規命令抵觸法律者無效，惟此係基於法規位階理論而為規定，解釋上並不包括違反上開預告程序在內。」⁵⁷⁷有學者也是從立法過程來解釋認為一讀草案並未採納草案第 93 條第 3 款，係有意排除之，故解釋上只能認為程序上瑕疵尚不致使該法規命令歸於無效。⁵⁷⁸

無效說之理由則為「本法第一百五十八條第一項第一款規定，法規命令抵觸法律者，無效。其所謂『法律』包括程序上之規定。又行政機關訂定法規命令之預告程序，本法第一百五十四條定有明文。故如行政機關訂定之法規命令未踐行預告程序，應構成本法第一百五十八條第一項第一款規定而無效。」⁵⁷⁹、「本法第一百五十四條第一項有關預告程序規定，係為落實本法制定目的，使人民有參與法規命令擬訂機會，並已考量情況急迫情形而為例外規定。故未踐行預告程序之法規命令，因其擬訂並無人民參與，施行即有困難。況未踐行預告程序，亦與立法意旨有違，應認為無效。」⁵⁸⁰

採多數意見採「有效說」是否有理？

⁵⁷⁷行政院八十九年三月十六日台八十九法字第○七六五六號函所附行政院法規委員會第二三次委員會會議紀錄。

⁵⁷⁸廖義男，〈行政程序法草案之重要內容（一）—適用範圍、行政處分與法規命令〉，收錄於《行政程序法草案研討會論文集》，1999年2月，頁50。

⁵⁷⁹法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註488書，頁223-226。

⁵⁸⁰行政院八十九年三月十六日台八十九法字第○七六五六號函所附行政院法規委員會第二三次委員會會議紀錄。

B、違反行政程序法第 154 條第 1 項第 4 款未給予陳述意見之效力

有認為行政機關未先徵詢公眾之意見，或對公眾之意見不予採納，如非有第 158 條規定之無效事由，仍屬完全有效之命令。⁵⁸¹另有認為未給予陳述意見及作成之法規命令，與作成不利行政處分前未予當事人陳述意見機會相類似，應作相同處理，若得補正，則類推適用行政程序法第 114 條補正，若不能補正，得由人民舉證撤銷。⁵⁸²又有認為本條立法目的在於使人民了解法規命令之內容，讓公眾有陳述意見及參與政策之機會，避免人民因法規命令發布後遭受無謂之損害，⁵⁸³基於此則如法規命令發布後人民並無遭受無謂之損害，因無補證實益，無庸補正，該法規命令仍有效；若有損害於民，於得補正之情形可類推行政程序法第 114 條，不能補正者，再由人民舉證撤銷。⁵⁸⁴惟我國目前並不認為法規命令之訂定對人民會造成直接損害，法規命令之訂定及發布對人民之影響至多僅屬反射利益，依後說以「對人民有無損害」而區分效力之說法，人民將永遠無法針對未給予陳述意見之程序違法對法規命令（附帶）提出訴訟。

究竟應該採何種見解？

C、未盡說明理由及回應義務者

至於違反說明義務之效力，學者湯德宗認為，應以「恣意專斷標準」來審查行政機關之說理及結論之關係，若其論理不足以支持其結論，即違反程序，於未及補正或補記理由將影響原法規命令之實質內容時，當事人得訴請法院撤銷。⁵⁸⁵現行法無此規定，是否可採？

D、違反行政程序法第 157 條第 3 項未刊登政府公報或新聞紙者

該問題經由行政院環境保護署以八十八年十月八日台融局（一）字第八八七六二一七八號函詢法務部，法務部陳報行政院裁示，最後行政院法規會認為該法規命令未生效力。詳如下述：

⁵⁸¹吳庚，同前揭註 32 書，頁 586。

⁵⁸²湯德宗，同前揭註 229 文，頁 115。

⁵⁸³王浦傑，《行政程序法之內涵及其實際—由各行政行為作成之程序立論》，收錄於司法研究年報，第二十三輯第十六篇，2003 年 11 月，第一版，頁 188。

⁵⁸⁴王浦傑，同前註書，頁 188。

⁵⁸⁵湯德宗，同前揭註 229 文，頁 121。

無效說主張「本法第一百五十八條第一項第一款規定，法規命令抵觸法律者，無效。其所謂『法律』包括程序上規定。法規命令之發布，未刊登政府公報或新聞紙，係違反本法第一百五十七條第三項規定，應構成首揭條款規定，而無效。」⁵⁸⁶

有效說之理由為「依本部陳報行政院之本法草案第九十三條第三款原規定：『有左列情形之一者，法規命令無效……三違反第九十條（即本法第一百五十四條）及第九十二條（即本法第一百五十七條法規命令之發布）之規定者。』惟經行政院院會審查通過送立法院審議之本法草案並未採納，且公布之行政程序法第一百五十八條亦未將其列為無效原因，顯係有意排除，故依上述立法過程觀之，解釋上僅能認為程序上之瑕疵，尚不致使該法規命令歸於無效」。⁵⁸⁷

未生效力說則認為「行政程序法第一百五十七條第三項規定：『法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙』。其所謂『刊登政府公報或新聞紙。』係法規命令發布之程序要件，故法規命令之發布，如未刊登政府公報或新聞紙，係尚未完成發布程序，自未生效力。」⁵⁸⁸行政院法規委員會委員廣泛討論後，認為應係未生效力，其理由如次：行政程序法（以下簡稱本法）之立法意旨在使國家行政現代化，並強化其正當性。法規命令依本法第一百五十條規定，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，其作用在於補充立法而具有對外效力。查其效力之發生，本法雖無明文規定，惟亦未排除中央法律標準法之適用，而依該法第七條及第十二條至第十四條之規定，有關法規命令之發生效力，應經過發布、施行及生效三階段；至於如何發布，該法並無規定，則本法第一百五十七條第三項有關法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙之規定，係補充該法第七條所稱發布之方法，刊登公報或新聞紙為發布之行為，如未發布，其踐行之程序固欠完備，惟僅係未發生效力，俟完成發

⁵⁸⁶法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 224-225。

⁵⁸⁷法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 224-225。

⁵⁸⁸法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 224-225。

布後，自然發生效力，故為「未生效力」，與根本「不生效力」之情形有別。⁵⁸⁹

採未生效力說是否有理？

(7) 司法審查之規定付之闕如

行政程序法立法後，是否對行政法院審理法規命令違反法定程序之問題做出明確的處理？綜觀行政程序法，仍沒有對違反程序是否可受法院審查做出明文的規定，故在司法監督的部分，大部分仍與立法前一樣，渾沌不明，只能透過解釋來獲得答案。

2、執行層面的監督效果不足

(1) 行政機關奉行不背

「行政機關奉行不背」，表面上好像行政機關很努力配合新制度之立法目的，都沒有違反預告程序之要求，故法規命令訂定程序成效匪淺？然而從以上羅列的制度缺陷以及綜觀各行政機關施行預告程序之實際作法可知，因為本法要求其實不高，特別是政府公報系統完成後，行政機關只要上網便能將草案公告，行政機關很容易就達到行政程序法「最低程序」之要求。因此行政機關沒有違反預告程序之要求，並不表示該制度已經臻於完美、發揮作用。

本文認為，由此可知，立法者擔心引進過多新程序造成行政機關之恐慌致行政效能下降，可能低估行政機關之潛力。在要求過低的現行制度下，行政機關所要作的就是把資料上網、被動等人民提供意見以及等待預告期間過去，完全不見主動積極的作為，完全與行政積極主動的權力發動南轅北轍。如果站在最前線的行政機關無法主動積極的去對民眾公開、認真回應民眾的意見，要以此預告程序換得人民對執政的信任、增加正當性，恐是天方夜譚。

(2) 民眾參與程度不足

雖然民眾參與程度與臺灣民眾參與公共事務之意願、法治教育有關，惟就與本文討論相關者，可能係預告之資訊不足，人民必須假其他法律規定（向行政機

⁵⁸⁹詳參行政院八十九年三月十六日台八十九法字第○七六五六號函所附行政院法規委員會第二三二次委員會會議紀錄。

關)取得資訊,⁵⁹⁰相當費時,而我國實務上的預告期間又過短,民眾可能不及提供意見。另行政機關可能僅於政府公報系統公告相關法規訂定之資訊,並非所有人可得知悉,亦為盲點所在。

(3) 司法審查無處著力

A、欠缺規定難以審查

前述制度之不足,又欠缺法律明文之效力規定,加上我國司法機關對於過去法規命令審查方式之包袱太大,重實體輕程序的觀念仍是主要法院之審理模式,身為被動發動權力的司法機關,在我國法規命令訂定程序之制度下,即便要想有一番作為,也是有志難伸。再加上,現行法所要求的程序其實很低,行政機關容易達成,後續的爭議就相對減少,法院幾無用武之地。

B、進入訴訟之機率渺茫

其次,我國對於法規命令不能直接提出訴訟爭執,也是司法審查在法規命令這塊無法有效進行督促的原因之一。⁵⁹¹

依照上開通說之見解,司法機關審查到法規命令、判斷法規命令是否違法之機會取決下列幾項不確定因素:第一,行政機關是否訂定法規命令;第二,行政機關是否依據該法規命令作成進一步的處分或其他行政行為;第三,當事人或利害關係人是否因為不服行政處分或其他行政行為而提起訴願(或其他先行政程序);第四,當事人或利害關係人是否不服訴願而提起行政訴訟;第五,當事人或利害關係人在行政訴訟過程中,就該行政處分或其他行政行為所依據之法規命令,是否主張為違法。

法院屬於不告不理之被動性質,若非當事人於訴訟過程中提出法規命令違法之主張,法院不會主動審查法規命令。再者行政程序法未對法規命令訂定違反法定程序作任何規定,法規命令之訂定「程序」可否附帶受審,或者司法機關審查之範圍是否即於法規命令之訂定程序,仍未解決。因此在實務上,法院實際審查法規命令程序違法之機會並不多。

⁵⁹⁰ 例如政府資訊公開法或檔案法等。相關之討論可參,王毓正,前揭註 606 文。

⁵⁹¹ 學者葉俊榮也認為,對於預告程序與表示意見的程序問題無法直接提出訴訟,接受司法監督之可能性大大降低,詳參葉俊榮,同前揭註 561 文,頁 125。

(四) 小結：製造新問題

單就「預告程序」此單一程序的制度來看，確實符合了民主原則以及權力分立原則之制度設計，對於立法目的之達成以及解決既存之問題都有一定的幫助。然而，從整體法規命令訂定程序來看，要改善既有問題，光靠目前的程序建制仍不夠。立法者似乎錯誤地把達成目標的期望全部寄託在預告程序上，以為單靠預告程序就能夠發揮大功能，然而預告程序之功能必須要有其他程序功能的輔助，以及明確的效力規定及司法審查作為後盾，彼此相輔相成，才能造就完備的法規命令監督制度。我國行政程序法參考美國制度法規命令訂定程序，卻在立法過程增刪修減，造就現今不完備的程序制度，造成適用上有許多疑點及困難，遺留了許多問題未決，非但沒有解決既有問題，反而製造了更多問題留待解決。

四、本章結論

本章從檢討行政程序法立法前之法規監督模式及其缺點著手，到行政程序法之立法背景、過程及制定，再從行政程序法制定之法規監督模式，回頭探討該新增之監督模式是否能夠改善制定前之問題。令人遺憾者，經本文之討論，行政程序法制定後，雖引進美國的訂定程序，增加過去所無之程序監督種類，但仍未解決既存問題，反而製造更多問題。

第陸章 我國法規訂定程序之檢討與展望

從前一章可知我國法規命令訂定程序之缺失，不只是行政程序法之規範不足，還包括立法前遺留下的問題尚未解決，特別是司法監督的部分，而本章正是對第五章最後所遺留下的問題來作檢討。首先本文認為，基於許多理由，我國應朝程序監督以及司法監督的方向去作制度上的改善及設計，確立方向後，其次便以立法目的以及美國經驗的角度出發，提供我國現行法下的可行性以及修法的方向。最後以我國司法機關所展露對程序重要性的態度，認為此為改善現行制度的契機，應當把握，期待能與美國制度完熟的制度並駕齊驅。

一、我國採取程序監督取向之理由

在討論如何改善現行程序制度不足之前，必須要先確立，我國應該往哪個方向走？從本文第貳章同時比較德國與美國監督模式可知，監督之重點不在於模式之多寡，而在於如何搭配能創造出最大的監督效果，而何為「有效」的監督模式，也沒有一定的標準。此處「方向之確立」正是回到本文第貳章埋下的伏筆：既然有效的監督沒有一定答案，正如德國與美國經驗所示，那麼就有討論下列問題的餘地：既採德國法授權模式又兼採美國法程序監督模式之我國，究竟應該採何種模式？兼採？皆不採？二擇一？或其他選項？其理由為何？本文基於下述幾點理由，認為我國比較適合朝向程序路線邁進。

（一）立法意旨不排斥加強程序監督

從對行政立法監督模式的整體發展歷史來看，原本我國對於法規命令之監督都集中討論法律授權明確性較多，之後「訂定程序」的監控模式是因民國 90 年行政程序法之制定才漸較重視，看起來立法者似乎有意以程序導向控制取代法律授權明確性原則的監督模式。然而，在行政程序法參考美國引進程序控制監督之同時，立法者卻又將由大法官解釋發展出來的授權明確性原則明文化，又看似兩者皆採。若從法規命令章節之立法過程來看，原本草案中訂定程序的條文，遭立法者大量刪除，看起來似又不願行政機關被程序規範綁死。究竟身為權力主宰者之立法機關之意思為何，實難讓人猜透。

雖然從立法者對法規命令訂定程序之曖昧態度，似乎無法非常明確指出立法者有希望以訂定程序作為控制法規命令之趨勢，然而至少可以肯定立法者「不排斥」以程序作為監督的模式，也不排斥「加強」程序監督，否則也不會立法引進新的預告程序制度。

（二）程序監督較能快速適應現代國家任務之多變

現代國家任務龐雜，隨時都有新的發展、變化，光靠立法者於立法時對未來社會事實之預測，已不足以保障人權，立法者授權過寬廣，有監督怠惰、放任行政機關成為主要決策者之弊，授權過窄，行政機關無法因應時局行使行政立法權，必須仰賴立法機關修法，不但耗時，也錯失對社會問題立即回應的時機。

（三）德國法對授權明確之放寬

即便是擁護法律授權明確之德國，其實也漸漸對授權明確提出質疑，開始討論以其他方式來「補足」，法律保留及授權明確並非不可撼動的定律。⁵⁹²德國對於授權明確性的反思，之所以值得注意，除了其授權明確之傳統其來有自外，還在於授權明確性原則是德國「憲法上的原則」，若對於「憲法上的原則」都可以有某種程度的放寬，實更具參考價值。

（四）「授權」的功能發揮多少？

授權之功能一在於使立法權得以控制行政立法行為，透過授權來監督行政機關行使其立法權限，二在於透過具有民意基礎的立法機關之授權使行政權取得行政決策或進行管制之民主正當性。就第一個功能而言，立法機關要透過其他管道來監督行政立法，並不是不可能，且許多案例也可看出，其實光靠「授權」可能根本無法達到立法權監督行政權之目的，因此是否仍有必要對「法律授權」冀予厚望，是可以質疑的。就第二個功能而言，我國自修憲以及總統直選後，已經走向二元民主，總統具有民意基礎，行政機關有來自總統的民意作為行政之正當性基礎，⁵⁹³再者，行政程序法立法後，行政部門可能從行政程序中，也可能獲得之正當性，立法授權對行政權正當性之關係已經從過去的「必要性」降低為「補充

⁵⁹²黃舒梵，同前揭註 69 書，頁 33-34。

⁵⁹³葉俊榮，同前揭註 561 文，頁 131。

性」，立法機關授權之必要性已經因為雙元民主而被稀釋。⁵⁹⁴如此一來，授權的功能幾可以訂定程序取代，⁵⁹⁵「授權」是否僅剩形式上意義？

（五）授權明確性本身夠「明確」嗎？

授權明確性要求授權母法授權必須明確，然而此原則本身夠明確嗎？究竟要在母法規定到何種程度算是明確？立法者認為非常明確，但司法機關認為不夠明確，又該如何？司法機關的困境除了在於少數對抗多數外，還有專業性的問題：司法機關比立法機關甚至行政機關更具有對法規命令實體內容的專業性？再「授權明確性」發揮其監督作用前，光釐清這些問題就已經耗費司法機關許多精力，遑論實際適用時

（六）授權明確與訂定程序要求對象不同

法律授權明確性，要求授權母法授權訂定法規命令之目的、內容及範圍必須明確，其要求之「對象」是法律，也就是立法者，並不是對法規命令。「踐行訂定程序」的要求對象則是行政機關。在德國，法律授權明確性原則適用以要求國會授權法律之條款必須明確，否則該條款可能有違憲之虞，是用來非難法律的一項原則。大法官將授權明確性原則從德國引進，卻效法美國將該原則改良用於對法規命令之非難，原因可能是「與國會站在監督行政機關的同一立場」、「尊重國會」，大法官此舉用心良苦，目的在避免大量法律因為違反授權明確性而違憲失效。既然為了順應國情將授權明確性原則之非難對象，從「法律」改變為「法規命令」，其部分原因是為了尊重國會，那麼何不直接加強監督立場與國會相同、監督對象同樣是行政機關的「程序監督」，立場不但站的穩，又可以免去授權明確性原則改變適用對象的困擾，何樂不為。

（七）立法否決權

我國的中央法規標準法第 7 條⁵⁹⁶與立法院職權行使法第 60 條第 1 項⁵⁹⁷，屬

⁵⁹⁴葉俊榮，同前揭註 561 文，頁 132。

⁵⁹⁵訂定程序的功能有「促進國會監督與規範控制」、「補強授權基礎、強化法律效力」以及「代替或補充個案執行的程序保障」，詳參張文貞，前揭註 109 學位論文，頁 134-138。

⁵⁹⁶中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」

⁵⁹⁷立法院職權行使法第 60 條規定：「（第 1 項）各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。（第 2 項）出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或

廢止請求權之通案規定，⁵⁹⁸為國會的事後否決權，雖然否決權的作用不在於實際行使，而在於「可能行使」的威嚇作用，仍屬國會程序監督機制之一種，既已有事後監督，就應放寬對前端法律授權之要求。

（八）程序監督有利於強化司法監督

如前所述，無論是實體監督或是程序監督，最後勢必搭配司法審查作為後盾，否則再多的授權、授權明確性、不得逾越母法授權之範圍，或是制定更多的程序規範，都只是空殼，毫無嚇阻、誘導行政機關作為的作用。既然無論實體或程序監督皆必須結合司法審查，那麼就應該要加強比較容易發揮司法審查功能的程序監督模式。

（九）小結—互易的監督模式：以強化程序監督作為廣泛授權之前提

法律授權明確性固然有其優點，而透過授權明確性的要求及運用，也確實為我國法制之建立立下不少汗馬功勞，然而時勢所趨，也愈來愈多學者認為傳統此種法律授權不但有實際上執行的困難，也導致事實上立法與司法機關無法對行政立法進行有效之控制。基於上述理由，本文認為我國適合加強程序監督模式，並以強化司法審查的方式著手，考量到權力分立並非僅重視制衡，還重視效率，為了避免過多的權力制衡機制造成行政機關處處制肘，應同時放寬國會授權的要求，僅廣泛授權即可，司法機關可以從過去非難國會授權法律不明確的對立地位，轉變為與國會立場同一非難行政立法行為的角色，行政機關也擁有較多的彈性空間來形成政策，適時地反應現代社會需求。在互易的監督模式下，「授權」仍有存在之價值，而放寬授權在同時強化程序監督的前提下並不會導致行政立法不受控制，反而會在更符合民主原則以及權力分立原則的方式下受到有效監督。

二、美國經驗之回顧及學習

我國法規命令訂定程序雖是仿造美國行政程序法法規訂定程序而來，但是如前一章所述，我國最後三讀通過的版本，並沒有完全採納美國相關程序規定，如

抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有十五人以上連署或附議，即交付有關委員會審查。」

⁵⁹⁸葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 431-432。關於中央法規標準法第 7 條從送置義務監督模式轉換為事後廢止權的監督模式，可參黃昭元，同前揭註 46 文，頁 182、184。

此一來就可以探討為何美國要採納我國未採納之程序規範，其理由為何。以下就我國與美國制度作比較，會發現我國未採納的回應及說理義務等制度，都是美國法規訂定程序中重要環節，其之所以能從程序面達到保障人權、促進效能、除了制度設計良好外，主要也是因為司法機關有介入審查之空間，才使的訂定程序受到重視，而這些都是值得我國參考的重點。

（一）值得借鏡之理由

以美國為師法對象之原因，不外乎我國之行政程序法法規命令訂定程序係參考美國相關法制，此外，因為我國適合以程序監督搭配司法監督作為改善現行制度缺失的方向，而美國素來以程序見長，特別是與我國法規命令訂定程序相對應的法規訂定程序，發展已久，隨著不同時期的司法審查變化出不同的程序樣貌，值得我國參考或引以為鑑。再者，美國總統與我國總統皆有直接民意基礎，影響到行政機關正當性之判斷，而立法機關也同樣擁有對法規命令（或法規）的事後立法否決權，政府體制有相似之處，提昇兩者比較之參考價值。

（二）兩國之異同點

為使比較有意義，一些可能影響我國與美國立法制度以及運作不同的因素，有必要先探究。

1、民主憲政之基礎不同

美國行政程序法之制定在 1933 年至 1946 年間，當時美國憲政已經發展一百多年，司法體系運作良好，受人民信任，國會也具相當制度；台灣制定行政程序法時，正面臨民主轉型、憲政改革之際，欠缺施行行政程序法之憲政條件。⁵⁹⁹

2、法界的投入程度不同

美國行政程序法幾乎是由法律族群一手制定而生，從美國律師協會⁶⁰⁰的草案版本、總檢察長委員會的研究，以及國會的審查，都可以看到由法律族群努力之身影；然而有學者認為我國學界對於行政程序法之討論雖有之，比起美國仍嫌不

⁵⁹⁹葉俊榮，同前揭註 521 文，頁 21。

⁶⁰⁰美國律師協會之介紹可參李念祖、劉定基，〈美國律師公會（The American Bar Association）淺介〉，《律師雜誌》，第 246 期，2000 年 3 月，頁 49-55。

足，⁶⁰¹且欠缺專門研究機構對行政程序法作持續性的研討或整合，再者，律師界對於行政程序法之立法過於冷漠，也失去獲得來自法律實務界見解之契機。

3、社會轉型之壓力相似

美國行政程序法之制定從 1933 年起至 1946 年才完成，期間美國經歷新政以及二次大戰，在政治、社會及經濟方面都歷經重大變革。台灣在行政程序法制定過程中，政治、社會及經濟各方面同樣面臨新舊秩序交替之變動，甚至至今仍處於集快速變遷的社會，實質上面臨「憲政改革」、「國會改革」、「全民健保」、「綠色矽島」等重大變革，有學者甚至將此稱為台灣版的「新政」。⁶⁰²

4、立法目的相同

不論是美國或是我國，行政程序法之目的都是在藉由程序監督行政立法，藉由擴大程序參與機制達到保障人民之權利，此點應無不同。

5、重視司法審查之程度不同

美國行政程序法制定目的，其中之一就是司法化，⁶⁰³不但程序多以司法程序為設計基礎，也納入了司法審查作為救濟，該法第 702 條「凡因機關之行為而遭受法律上之損害，或因機關之行為而受有某有關法律所謂之不利影響或侵害之個人，均得以此為由請求司法審查」，⁶⁰⁴直接定明法規訂定程序得進行司法審查，雖然初期法院仍堅守權利本位的原告適格標準，惟在環境時期擴張原告適格後，已有許多針對法規提出之訴訟，強調以司法保障人民權利。我國行政程序法並無相關規定，依現行制度，法院僅能在「微乎其微」的情況下，「被動」地審理「法規命令」是否具合法性，是否違反程序，與美國制度相差甚遠。

6、法制完備程度不同

美國非正式法規訂定程序之所以行之久遠，其「預告程序」、「陳述意見及評論程序」及「公布程序及說理義務」三程序，係相輔相成，簡言之，預告程序中

⁶⁰¹葉俊榮，同前揭註 521 文，頁 48。

⁶⁰²葉俊榮，同前揭註 521 文，頁 23-24。

⁶⁰³張劍寒，同前揭註 168 文，頁 18-19。

⁶⁰⁴5 U.S.C. §702. 「A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.」

將草案內容、行政機關所使用之資料等公開供民眾知悉，民眾提出意見後，行政機關必須回應及說明，特別是說明不採之理由，最後公告時，必有有簡明扼要的說明，以及其訂定法規之理由及事實基礎。亦即預告程序是評論程序之基礎，而行政機關之回應並公開說明理由之義務，是擔保預告程序以及評論程序得以確實執行之後盾，並且以強大的司法審查作為後盾，構成一套法規命令訂定程序應有的程序。我國之訂定程序，不但欠缺許多程序規範、後端公布理由程序之輔助以及違反之法律效果，名義上仿造美國，實際上卻半套不到。立法即便大開預告程序民眾參與之門，其實效性亦難與美國相比。

（三）美國注重司法監督的思考

1、以司法審查為導向的立法

為了能讓司法進行有效監督，美國立法的模式是將既有紛亂繁簡不一、存在於各機關間的訂定程序，梳理統一成簡單的程序，明文訂入法律中，給予法院有明確的審查依據。

如本論文第肆章所述，美國行政程序法中制定的程序，只是將行政機關間使用已久的一些共同程序訂入程序法中，行政程序法之制定並不會對行政機關造成太大的衝擊，除了原本慣用行政裁決程序之行政機關可能會對法規訂定程序不熟悉外，對於一般行政機關比較沒有適應上的問題。也因為如此，行政程序法甫通過之初期，大部分的行政機關並沒有因為多了程序要件而影響其訂定法規之意願及效率。

既然對行政機關沒有造成太大影響，為何還要訂入法律？

因為過去散落各機關的程序繁雜不一，無預見性可言，人民無所適從，保障不周，且訂定程序都是機關自己發展出來，非法律上統一的規定，更無所謂司法機關條款。在缺乏法律明文規定作為審判依據，亦無司法審查之條款下，法院無從進行審查，因程序致權益受侵害的人民也無從救濟。

行政程序法將既有程序統一化、簡單化的立法目的，除了為了保障人民、增加可預見性外，本文認為其最大的目的在於「利於司法審查」之考量。司法機關是被動的權力發動機關，若缺乏立法機關賦予審查之權力，很難突破抗多數決之困境，對行政機關的決策行為進行審查。明文訂入法律的目的，就是在給予法院

有審查之依據，再加上司法審查條款，兩者相輔相成，良好的司法審查制度，缺一不可。

因此可以推測美國之所以要將法規訂定程序明文化的原因，用意應在於把過去紛亂的程序明文以法律規範，把訂定程序提昇為法律地位，予法院有審查之判準，賦予效力規定，並以司法審查作最後的監督。都可以很明顯感受到該法以朝向借重司法監督之功能去作設計與規範。

也可以看出，美國於不至於影響行政機關過大的前提下，不是創設新程序，而是把既有程序稍加改良，唯一與立法前不同之處在賦予效力規定及須受司法審查之檢驗。因為立法者知道，若缺乏效力以及司法審查，無論加諸多少程序要件，皆屬枉然。重點不在於程序要件之多寡，而在於是否能有效實施。

2、立基於完備制度下的司法監督運作模式

在法律制度面完備後，才能寄望有良好的執行成果。然而從美國經驗即可知，即便擁有完備的制度，其實際運作結果有時是南轅北轍，讓人感到意外，影響此程序監督執行面的關鍵，就是司法監督（司法審查）。

如第肆章所述，美國法規訂定程序初期也不受重視，法院對程序要求也是睜一隻眼閉一隻眼，只要形式上有符合法定程序即通過審查，當時延續新政時期的脈絡，法院對於行政機關執行國會所賦予之改善經濟之重大任務相當尊重。然而在強調環保以及消費者主義抬頭之時期，法院為了回應社會之需求，開始加強對法規訂定程序之要求，行政機關不只是實質上踐行法定程序，甚至為了通過司法審查，必須踐行法定要件以外的程序。隨著法院在環境時期一波波對程序之要求，法規訂定程序開始陷入僵化現象，特別是重大的法規，其中摻雜許多利益糾葛，每個政治部門都想分一杯羹，更使法規訂定難上加難。法院驚覺僵化現象愈來愈嚴重，只能緊急煞車，要求法院不得創設行政程序法所無之法規訂定程序要件。然而大部分學者都認為，為時已晚，法院緊急煞車之自我約束，依舊擋不住法規訂定程序僵化的局面。因為即便法院停止創設對規定定程序之額外要求，其他政治部門如總統及國會，對法規訂定程序所附加之限制，愈來愈多，已經不是光靠司法自制所能改善—這已超出法院所能控制的範圍。

我國若要參考美國，應該參考何一時期之法院審查作風及其所發展出之程序內涵？

(1) 新政到 APA 制定初期

此階段法院採寬鬆審查，對於法規之程序監督不周延，原因是尊重國會，給予行政機關較大彈性處理國家任務，然而當時的禁止授權原則在美國漸漸式微，立法者對於行政機關也都採取廣泛模糊的授權，廣為法院接受。也就是說，法院對於國會以及行政機關之尊重，除了表現在對於訂定程序監督之放寬外，也表現在對授權母法授權明確之寬容。如此一來，行政立法形同自由之身，行政機關立法權限極大。或許，以當時新政以及後新政時期之社會情勢來看，可能確實需要如此強大的行政權才能快速有效地解決美國當時面對的國家處境以及社會問題。美國此時期可能與我國行政威權時期的情況比較相近，法院對於行政機關給予極大尊重。然而我國今日並沒有與美國當時新政以及後新政時期相當的社會背景，也已經脫離威權時期很久，再者，美國此時期的一些缺點，諸如忽視管制受益者之利益等，其實與我國目前以「公法上權利」、「反射利益」等學說操作下產生管制受益者難以提出救濟的情況相同，⁶⁰⁵故本文並不認為此時期放任行政機關行使立法權限不加節制的美國模式值得現在的我國學習。

從美國新政時期至後新政時期的監督模式也可以看出，控制模式的重點並不在於監督模式的「多寡」，而在是否進行「有效且實質」的監督。否則該時期理應有「不授權原則」以及「訂定程序」兩種模式的監督，實際結果卻還是形同放任行政立法權，主要原因，都是法院態度所致。訂定程序制度不如美國完備的我國，若採此時期法院的作風，肯定雪上加霜。

(2) 環境時期

美國環境時期階段，法院漸漸意識到行政機關雖然踐行法定程序，但只是形式上符合，並沒有真正落實其精神，而且行政機關以法規作決策、執行法律的情形愈來愈多，再加上一些社會背景因素，法院開始採取嚴格的態度來審查行政機關是否有踐行訂定程序。另外法院擴大當事人適格，大開訴訟之門，也使行政行為更容易受到司法審查。此時期法院以從嚴的恣意專斷標準來審查非正式法規訂定程序，要求行政機關在預告程序必須揭露所有與作成草案相關的資訊，若人民所提的意見影響了草案之修改，必須進行第二回合的預告程序及評論及回應程

⁶⁰⁵參閱廖元豪，前揭註 56 文，頁 307-309。

序，行政機關也必須加強其說理義務，提供行政筆錄作為理由之依據，甚至有聽證、言詞辯論等混合程序之要求出現。行政機關為因應法院從嚴審查的趨勢，在訂定過程中自然重視法定程序，許多訂定程序的實質內涵才得以發揮。

法院一直以來容認廣泛之授權，對於國會為了能廣泛授權而發展出的否決權也多採取違憲的結論，因此加強訂定程序的監督，正顯出權力間的監督制衡其實是可以「互易」的。美國此時期因為環境保護與消費者保護的浪潮，產生了以促進長遠健康、安全、機會公平的生活品質為目標的社會管制，尤其在國家環境政策法要求行政機關必須考量環境因素，與許多開發取向的行政機關職權有扞格，在此種情形法院更特別加強行政機關的說理義務，必須說明已經慎重考量環境因素，否則其決策即屬恣意專斷。

此與我國目前所處的社會環境相仿。無論是國光石化、松菸巨蛋、二〇二兵工廠、核四的爭議，或是近來攸關食品安全、也與消費者權益息息相關的塑化劑風暴，都涉及無法量化的環境價值或生命健康價值，應效法美國環境時期的法院作風，對相關法規命令嚴格審查，促使行政機關重視訂定程序之實踐。

(3) 1980 年代以後

此時期因法院之監督過於嚴格，導致訂定程序漸僵化，再加上有總統對「預告前程序」之監督以及國會否決權之立法，法院即放寬對法規訂定程序之審查標準，可解釋為「當有其他強而有力的監督方式時，其餘的監督模式則可以減弱」，從而若身為行政首長之美國總統，對於法規訂定程序已有相當控制，另一具有民主正當性的國會也有意加強對法規之監督，民主正當性薄弱且目的在補充代表性不足之司法機關，自然可以稍加退出對法規訂定之監控，亦即放寬對訂定程序之審查標準，交由其他具有民意基礎的權力部門監督，又形成一次監督機制間的「互易」。不過我國目前連回應或說理等基本程序要求皆無，行政機關也只是例行地實施預告程序，距離所謂「訂定程序僵化」之情形尚遠，毋須庸人自擾，故法院為了活絡訂定程序而有意識地採取自制寬鬆的審查，在我國應無適用之餘地。

(四) 以司法審查為導向的出發點對我國的啟發

我國法規命令訂定程序之立法，是參考美國行政程序法之法規訂定程序，美國許多程序如預告程序、評論及回應程序、說理義務等，都是我國前所未有（以立法前而言）的制度，或許立法者可能擔心過多的新制度會使行政機關過於擔

憂，也可能因此降低行政效率，故僅制定預告程序，其餘則在過程中遭刪除。

為了讓法院得以從程序面向進行實質審查，將既存的訂定程序整理出「最大公因數」程序後，定入法律。如果我國也參考美國立法的思考點「讓法院得以審查」，其實可以把原本既有的訂定程序規範賦予法律效力，並加上司法審查條款，說不定可以達成更好監督的效果。也無庸擔心「新制度」的空降會造成行政機關的恐慌或不適應。我國在行政程序法立法時其實也有賦予違反既存程序之效力規定的例子，亦即行政程序法第 158 條第 1 項第 3 款：「法規命令，有下列情形之一者，無效：三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者」，惟仍不足。

另外我國可能未考量者為：我國運用如此多種監督制度，卻無一定成效的原因，可能是出在缺乏強力的司法審查。例如我國引進「授權明確性」、「美國的程序要件」，試圖從多面向改進，卻不見從借重司法審查的角度來著眼，這可能是我國在面對法規命令監督時，總是將作為把關者之司法審查的重要性忽略，此從我國至今仍認為法規命令一定要依附行政處分才能被法院審理也可以看出司法審查在法規命令監督一塊其實長期以來被忽略，不被看好。因此美國經驗正可以提醒我國司法審查之重要性。

不過仍須考量以下兩點：

第一，美國立法當時的司法機關深獲人民信賴，值得賦予重任。我國過去可能因為在行政威權時代，司法機關多尊重行政機關，可能因此認為即便給予再多效力規定或司法審查的規定，在行政威權下，法院也不可能真的強力執行，所以效力規定或司法審查規定便可有可無。然而現在時空已經轉變，行政不再威權，司法機關應可擔此重任，成為進行行政立法監督之最佳幫手。

其次，我國現在仍然欠缺許多重要的程序建制，如果可以參考美國把應有的程序制度納入，當然更好，非將原本有的程序規定賦予效力即屬已足。

三、我國法規訂定程序之檢討及建議

(一) 監督模式方向之確立——利於司法審查之程序監督

以上先確立我國適合朝程序監督發展，並且應以適合司法審查的方向去改善，接著再從上述美國經驗歸納出較具體的幾項經驗參考：

其一為了有利司法審查，必須將重要程序以法律明文規定，此舉在賦予法院有審查之判準。其二，必須要有違反程序的效力規定，否則即屬訓示規定，對行政機關不痛不癢。其三，制定司法審查條款，明文規定程序違法可受司法審查，法院方得進行審理。

在強調「利於司法審查」下，其重點在於前述三者必須同時存在，亦即，有一，就必須要有二、三，程序規定不求多，只要有效力以及司法審查規定，就會有一定誘導行政機關遵守的作用。若僅有程序規定，卻缺乏效力以及司法審查之規定，對行政機關完全無嚇阻作用，其規定則可有可無。具體的作法就是將既有的程序規定賦予法律效力以及可司法審查之條款，如此行政機關不但無適應新制度的問題，可以減少恐慌及維持行政效率，又可以確保行政機關遵守程序。

而對於「完備的制度」，從美國經驗之歸納，本文認為有兩個面向：其一是從個別單一程序來看，制度的完備是指必須同時具備上述一二三點，才是一個完備的單一程序制度。例如，我國的預告程序制度，缺乏效力以及司法審查的明文規定，並非屬一個完備的制度。其二是從整體的訂定程序來看，所有程序規定作整合來看其是否足以達成立法目的或改善過去缺失或符合民主原則及權力分立原則所要求的設計。如我國的預告程序本身確實有民眾參與、公開透明、提供資訊的功能，符合民主原則的要求，改善過去程序不透明、黑箱作業、強調官僚專家決策的缺點，但是缺乏行政機關的回應說理等義務的配套制度，讓其功能大打折扣。

此外，本文認為應以美國環境時期的運作做為我國師法之對象。例如應以該時期發展出的各訂定程序內涵作為我國訂定程序之內涵，在某些部分法院應以美國環境時期司法從嚴審查的標準，對行政機關進行監督。

最後，因我國現行法所要求的訂定程序其實過低，行政機關實際運作也不困難已如前述，所以於得以從現行法條文解釋出之程序義務、效力規定或可接受司法審查者，本文認為皆應採之，以稍彌補目前程序制度之不足。

（二）現行法下之改善方式

以下本文便以上述之大方向對我國現行法遺留下的問題作改善的建議。

1、有賴行政機關主動踐行法定程序以外之程序

行政機關主動踐行法律未規定的程序，並不會有如美國 *Vermont Yankee* 案的疑慮，蓋該案是限制「法院創造程序」，行政機關若主動為之並無不可，惟仍須求公平公正。行政機關主動踐行，並非其義務，不得救濟；惟若以行政命令規定程序，則仍有司法審查之可能性。

(1) 行政機關應主動公開相關資訊

本文從「美國環境時期法院受美國資訊自由法之制定影響要求行政機關應主動公開與法規相關之資訊」、「資訊之公開是有效參與的前提」以及「我國已於 94 年底立法通過政府資訊公開法」的角度，認為行政機關在預告法規命令草案之同時，也應該將相關之事實及資訊公開於民，作為民眾提供意見之基礎。

按行政程序法第 154 條第 1 項之雖然規定預告程序，卻未規定要將草案所依據之事實或賴以訂定之基本資料加以預告，制定過程中，各版本之草案皆無應公開此類資訊之條文出現，可能係因美國行政程序法本身亦未有此規定。然美國行政程序法雖未要求必須預告法規訂定之基礎事實及資訊，惟受到美國資訊自由法制定之影響，人民有權利要求政府必須公開非機密之文件，法院也開始要求行政機關在預告程序將其所賴以訂定法規之資訊全部公開，以利民眾從中獲得基本的背景資訊，如此方能提供有效之意見。我國政府資訊公開法已於民國 94 年 12 月 28 日制定，雖然人民是否得依該法請求行政機關公開作成法規命令草案所依賴之事實及相關資料，仍然可以討論，然而即便人民得依政府資訊公開法請求政府公開訂定法規之相關資訊，仍須作業時間，且屬迂迴之作法，況可能受政府資訊公開法及檔案法不同請求之要件所限制；⁶⁰⁶再者，目前法規之預告期間通常僅 7 日至 14 日，俟人民依法取得相關資訊後，早已過了陳述意見期間，緩不濟急。故依本文之見解，在給予較長之陳述意見期間前，行政機關於預告法規命令草案之同時，應該儘量將相關之事實及資訊公開於民，對於目前預告程序如此容易達成的情況下，行政機關若能「順便」將相關資訊上網，不但能促進程序之透明公開，使民眾更容易了解訂定法規之背景，更能展現行政積極主動的個性，「預告

⁶⁰⁶詳參，王毓正，〈政府資訊請求權與機關保密義務之衝突與調適—以政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 3 款與第 4 款為中心〉，收錄於《101 年度直轄市法制及行政救濟業務研討會會議資料（下冊）》，2012 年 6 月 29 日，第一篇。

程序」也因此舉而更具意義。

(2) 行政機關應增加預告期間

如前述，行政程序法並未規定將所有訂定法規之資訊一併於預告程序中公告，人民可能需依其他法律取得相關資訊，而可能不及於預告期間內陳述意見，故在行政機關主動將相關之事實及資訊公開併於預告程序中公告前，行政機關應將預告期間延長為當。

(3) 行政機關應適時主動回應

A、行政機關應回應人民之意見

從立法過程來看，行政機關無回應人民意見之義務。惟行政機關若無「回應之義務」，民眾所提之意見，將石沈大海，無法達到溝通之目的及效果，甚至可能使原本熱情的社會大眾，於意見未被採納也未接獲任何回應及說明之情況下，逐漸失去參與公共政策之企圖及信心。行政機關僅提供陳述意見之管道，被動接受各方意見，難謂已符合強制聽取的要求。行政機關還必須要確實對提供之意見進行斟酌、考量，並提出回應，說明採或不採之理由（特別是不採之理由）。光有強制聽取卻無強制回應之規定，此強制聽取之目的實難達成。現行法下，或許可由行政程序法第 4 條「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」推論出法規命令屬行政行為之一種，其訂定亦應受該條隱含之禁止恣意法律原則所拘束，故其作成應附理由說明，避免流於恣意而違反該條規定。

惟為追求行政效率，此回應義務，應僅限於對有意義之評論。另參考美國環境時期法院之作法，認為行政機關應主動回應人民之意見，特別是如果是屬於研究型的資料，更應該加以斟酌考量。

至於環境時期發展出的「紙上聽證」是否有必要實行？美國行政程序法原本就有機關回應義務，所以此回應義務至少從 1946 年起就已經開始運作，到環境時期也有一、二十年的時間，行政機關大致都掌握回應之模式，到環境時期法院要求下才發展出進階的「紙上聽證」制度，鑑於此為新類型的程序，為了不至於影響行政效率，應等回應義務在我國運作較為完熟後再考慮進一步的發展。

B、行政機關應儘速回應

現行法無行政機關之回應義務，當然也無回應義務時點的規定。行政院經建

會、謝啟大委員及吳東昇委員之版本，均將行政機關回應之時點，放在法規命令「發布時」，從行政效能之角度來看，將所有民眾提供之意見、資訊、批評彙整後，最後再與法規命令同時發布，似乎最有效率，然而從加強民眾參與之角度以及加強民主思辯來看，卻不夠透明、即時，其僅具「告知」意義。參考美國之立法，應儘速在人民陳述意見後回覆。

2、透過法律解釋解決

此為透過對現行法之解釋，導出「行政機關具有的義務」或者「程序違法應有之效力」。

(1) 行政機關依法有說理義務

本文認為行政程序法第 43 條：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」已設有一般性的規定，且「說明理由」是促成人民參與、表示意見之誘因之一，再者此義務可直接從現行法解釋得出，無須修法，行政機關在作成其他行政行為時也同樣有說理義務，並非首見，行政機關訂定法規命令，亦應有說明理由之義務。⁶⁰⁷

(2) 違反行政程序法第 157 條第 3 項未刊登政府公報或新聞紙者—未生效力

本文認為，從制度完備及利於司法審查之觀點，應賦予違反之效力規定；其次，第 157 條第 3 項有關法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙之規定，係補充中央法規標準法第 7 條所稱發布之方法，是補充既有程序要件之規定，對行政機關不會造成太大困擾，加以現行政府公報制度很容易上網發布，行政機關若仍違反此規定，很難說得過去，故不採有效說。從中央法規標準法可知，法規命令之發生效力，應經過發布、施行及生效三階段，而必須以發布於政府公報或新聞紙之一定方式方得生效，故應認同行政院法規委員會之意見，⁶⁰⁸未依法定方式

⁶⁰⁷湯德宗，同前揭註 570 文，頁 29。

⁶⁰⁸詳參行政院法規會，同前揭註 589 會議紀錄。

發布前，尚未對外發生效力，仍屬效力規定之一種。⁶⁰⁹

(3) 司法監督之突破

雖然行政程序法仍未對法規命令違反法定程序是否屬「違法」做出明確的定義，亦未明文規定違反類如「行政程序法第 154 條」是否得為司法審查之客體，然而可從行政程序法其他條文規定解釋出「程序違法」應屬司法審查之對象。

A、「程序違反」為司法審查對象

學者湯德宗認為從行政程序法第 111 條、第 114 條及第 174 條之內容先推導出「程序違反」（不只是「程序違法」，包括違反其他法位階之程序規定）為司法審查之客體，⁶¹⁰蓋因行政程序法第 174 條並非禁止對「程序違反」提出爭執，而係限制對「程序違反」提出不服之「時機」，其目的在避免無謂的爭訟，若程序違反對行政行為之實體內容不生影響，自無允許其單獨以程序違反提出爭訟之必要；若程序違反已影響行政行為之實體決定，並且不服該實體決定時，自可以依行政程序法第 174 條提起爭訟。⁶¹¹

B、違反法規訂定程序為司法審查對象

確定「程序違反」得成為司法審查對象後，再進一步推導出：法規命令訂定之程序違法，自得為司法審查對象。惟國內多數學者認為人民僅得對「行政處分」或其他個別行政行為提起行政爭訟時，間接主張該處分或該行政行為所依據之「法規命令」「實體違法」，⁶¹²因此不得逕行主張法規命令實體違法附帶聲明「程序違法」。實務上也採相同見解。⁶¹³此見解在行政程序法立法前後並無不同。學

⁶⁰⁹司法院釋字第 542 號解釋解釋理由書則以「行政機關內部作業計畫，經公告或發布實施，性質上為法規之一種；其未經公告或發布，但具有規制不特定人權利義務關係之效用，並已為具體行政措施之依據者，則屬對外生效之規範，與法規命令或行政規則相當，亦得為本院審查對象。」則是從權利救濟觀點進一步認為若已成為行政之依據者，即屬已對外生效，人民得據以爭執，法院亦得審查之。

⁶¹⁰詳參湯德宗，同前揭註 229 文，頁 95-99。

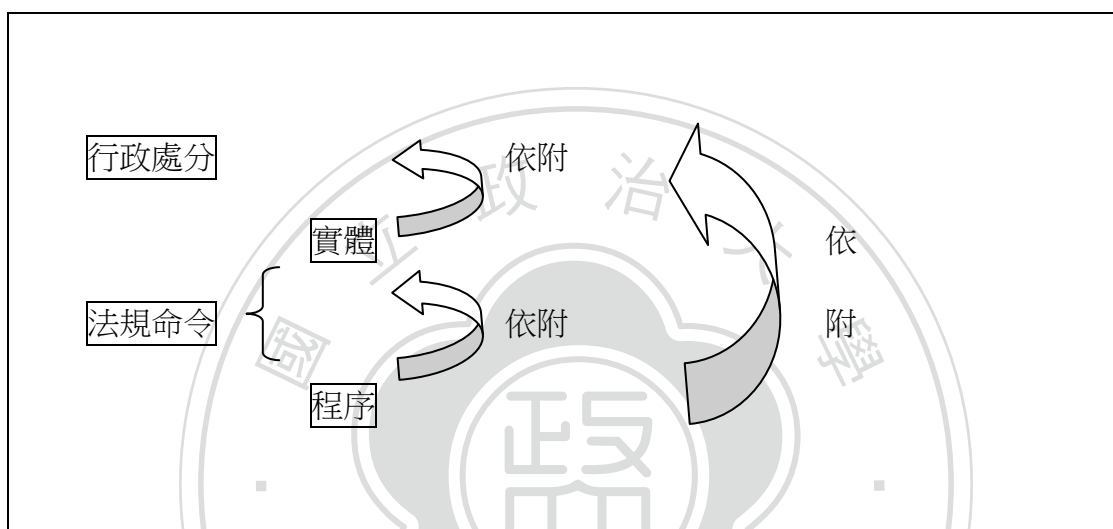
⁶¹¹湯德宗，同前揭註 229 文，頁 97。

⁶¹²吳庚，同前揭註 32 書，頁 325；蔡茂寅，同前揭註 484 文，頁 127。

⁶¹³最高行政法院三十七年度判字第四十八號判例「按行政處分違法者，固得依訴願或行政訴訟之程序，請求救濟，若行政處分所依據之行政法規（包括行政命令及法律），形式上確已成立，縱令實質上非毫無審究之餘地，亦僅能依請求或其他普通呈請方式向該管官署請求廢止或變更。所謂命令之瑕疵而非處分之瑕疵，自無提起行政爭訟之理由。」高雄高等行政法院八十九年度訴字第一八五號裁定「至法規命令，乃係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就

者湯德宗採通說作為前提，進一步主張，在行政處分相對人於得間接主張法規命令實體違法時，應許其一併主張法規命令「程序違法」。⁶¹⁴

本文認為，鑑於應以程序監督以及司法監督作為我國監督法規命令之方向，程序監督機制愈來愈重要，故在通說之前提下，應允許行政處分相對人就「行政處分」提起行政爭訟時，得間接地主張法規命令程序違法，無須附帶於主張法規命令實體違法時方能作程序違法之主張，以彰顯程序本身有其價值，依據違反程序規定法規命令所作成之行政處分，亦無正當性可言。



3、類推適用

(1) 未踐行預告程序者—得撤銷

主張有效者的理由有二：一為立法解釋，原本無效的規定遭刪除，故應屬有效；⁶¹⁵二為行政程序法第 158 條第 1 項第 1 款雖規定法規命令牴觸法律者無效，解釋上並不包括違反上開預告程序在內，⁶¹⁶只能認為程序上瑕疵尚不致使該法規命令歸於無效。⁶¹⁷無效說則以：一該條已考量情況急迫情形而為例外規定；⁶¹⁸二

一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法第一百五條第一項參照），是人民對法規命令不服，自無提起行政爭訟之理由……」可參照。

⁶¹⁴湯德宗，同前揭註 229 文，頁 101。

⁶¹⁵法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議記錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 223-226。

⁶¹⁶行政院法規會，同前揭註 589 會議紀錄。

⁶¹⁷廖義男，同前揭註 578 文，頁 50。

未踐行預告程序與立法意旨有違；⁶¹⁹三行政程序法第 154 條第 1 項屬於第 158 條第 1 項第 1 款「法規命令牴觸法律者，無效」之「法律」，未踐行應屬無效。⁶²⁰學者湯德宗則認為應未踐行預告程序，形同未給予當事人陳述意見之機會，應類推適用行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款並建議法院應採從嚴審查標準，於得補正時補正，若未及時補正或補正將影響其實體內容時，則由行政機關舉證證明即便曾為預告程序，仍作成相同內容之法規命令。⁶²¹

本文以下列幾點理由主張應採得撤銷之見解：

第一，為利於司法審查必須賦予效力規定；第二，行政程序法之立法，唯一新增加的程序即為預告程序，且該程序並不難達成，若有違反，應給予較大的懲罰效果；第三，我國現行法法規命令訂定程序唯一的民眾參與，即屬預告程序中的「表示意見」，若有違反，將同時違背公開、透明及參與理念，等於行政程序法之立法完全無法發揮作用；第四，考量到若違反預告程序一律屬無效，有浪費行政資源之虞，故應以得撤銷為主，但參考美國環境時期法院從嚴審查，提高對審查內容之要求，例如要提供資料說明，並加重行政機關之舉證責任，也不失為另一種嚇阻作用。

(2) 以書面為陳述意見方式

154 條第 1 項第 4 款規定：「行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：四、任何人得於所定期間內向指定機關陳述意見之意旨」，未規定人民陳述意見之方式為何。

解釋上書面或言詞陳述均可，⁶²²但有認為應類推適用行政程序法第 105 條第 1 項、第 2 項之規定，限以書面陳述意見。⁶²³實務上，在預告程序中多將機關承辦員之聯絡電話、電子信箱一併公告，似乎得以電話言詞向承辦員陳述意見。

⁶¹⁸行政院法規會，同前揭註 589 會議紀錄。

⁶¹⁹行政院法規會，同前揭註 589 會議紀錄。

⁶²⁰法務部「行政程序法諮詢小組」第三次會議紀錄，詳參法務部法律事務司編，同前揭註 488 書，頁 223-226。

⁶²¹湯德宗，同前揭註 229 文，頁 112-114。

⁶²²王浦傑，同前揭註 583 書，頁 186。

⁶²³王浦傑，同前揭註 583 書，頁 186。

惟從制定該法之目的之一「提昇行政效能」來看，言詞陳述最後可能因作業所需仍必須形諸文字，不但未能提昇效能，也較無法留下提供意見之證據，此外，若行政機關有提供陳述意見之網路平台，例如「討論區」，⁶²⁴以書面文字陳述反而更可以激發民眾間之討論，有助於公共政策之思辯。美國環境時期要求行政機關必須提出行政筆錄做為證據，雖然我國法院之審查範圍是否即於此仍有疑問，從利於司法審查的觀點而言，一切講求證據的訴訟，仍以書面陳述較優。

基於以上幾點本文認為類推適用行政程序法第 105 條第 1 項、第 2 項之規定以書面陳述較為適當。

(3) 未給予陳述意見者—得撤銷

有認為行政機關未先徵詢公眾之意見，或對公眾之意見不予採納，如非有第 158 條規定之無效事由，仍屬完全有效之命令。⁶²⁵另有認為未給予陳述意見及作成之法規命令，與作成不利行政處分前未予當事人陳述意見機會相類似，應作相同處理，若得補正，則類推適用行政程序法第 114 條補正，若不能補正，得由人民舉證撤銷。⁶²⁶

本文認為，「陳述意見」是目前公眾參與之唯一規定，若有違反應賦予效力上之懲罰，故不採有效之見解，因此認為類推適用行政程序法行政處分的效力規定較為適合。

(4) 未盡說明理由者—得撤銷

至於違反說明義務之效力，學者湯德宗認為，應以「恣意專斷標準」來審查行政機關之說理及結論之關係，若其論理不足以支持其結論，即違反程序，應類推適用行政程序法第 114 條第 1 項第 2 款得補正，於未及補正或補記理由將影響原法規命令之實質內容時，當事人得訴請法院撤銷。⁶²⁷

本文參考美國環境時期之論理義務內涵，認為我國法院於審查行政機關之論

⁶²⁴ 例如環保署提供的「環保論壇」<http://forum.epa.gov.tw/EPASPS/FRU/FRUA01001.aspx>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

⁶²⁵ 吳庚，同前揭註 32 書，頁 586。

⁶²⁶ 湯德宗，同前揭註 229 文，頁 115。

⁶²⁷ 湯德宗，同前揭註 229 文，頁 121。

理義務時，應採恣意專斷標準並從嚴審查，應要求行政機關提出某程度的書面（行政筆錄）作說明，而非僅口頭上陳述有理即可。

（5）法院審查標準—從嚴審查

我國並無司法機關應以何種標準審查此類違反程序規制之明文規定。有學者提出應以美國法上之「恣意專斷標準」為審查標準，以較寬鬆的標準來判斷行政機關是否違法。⁶²⁸

惟本文認為，因為我國訂定程序並不完善，對行政機關並無嚇阻及誘導之效，且一般而言要進入訴訟接受司法審查機率又很低，若法院難得能遇到相關之訂定程序問題，應效法美國環境時期法院採取從嚴審查為當。

4、透過司法機關之從嚴審查

司法機關在面對我國法制不完備、司法審查罕見的情況下，若有機會審查法規命令之訂定程序，應從嚴審查，特別是針對上述得由現行法律解釋導出的「說理義務」以及「未發布於政府公報或新聞紙未生效力」，更應嚴格把關，藉由法院對程序審查之重視，喚起其他權力部門對法規命令監督之重視，並有誘導行政機關遵循法定程序之效。

（三）修法

修法重三項原則：其一為將既有程序規範明文賦予效力規定，例如「違反說理義務」、「未踐行預告程序」、「未給予陳述意見」及「違反行政程序法第 157 條第 3 項未刊登政府公報或新聞紙者」，這些都是法律明文規定或可由法律解釋導出之程序規範，對於行政機關衝擊較小，較無適應問題，應賦予違反之效力規定，俾行政機關遵守，同時也有利司法審查；其二為將上述「有賴行政機關主動踐行之程序」部分以及「類推適用」部分，予以明文化，讓法院有明確適用之規定，無須落入法官造法之境；其三，若能參考美國規定程序違反得訴請法院審查，改善我國目前的救濟方式，將更完美。惟如本文前面提到，所有的監督模式都是可以進行互易的，上述修法的「其一」到「其三」，皆使程序監督以及司法監督強化，若真有這麼一天，則應降低對法律授權之要求，甚至應該容許接近空白之

⁶²⁸葉俊榮，同前揭註 25 文，頁 462。

廣泛模糊授權成為常態，轉以訂定程序加上司法監督的模式來監督行政立法，才不致使行政機關因過多的權力制衡而失去應有的行政彈性與效率。

四、我國法規訂定程序之展望—從對司法機關態度之觀察談起

(一) 我國目前的司法實務

行政程序法立法後，可從該法第 174 條得出「程序」為普通法院司法審查之對象，應有助長行政法院審理「程序」問題之意願。以下分別就行政法院及司法法院大法官作觀察。

1、行政法院之審查情形

(1) 對新制度「預告程序」審理之情形

為了看出行政法院預告程序之審理情形及趨勢，以下是以判決整理之方式試圖了解法院對於違反法規命令訂定程序之審理情形。筆者以「法源法律網」作為資料庫之選擇，其所收納之行政法院判決時間早於行政程序法之制定時間，故以此資料庫作搜尋，並不會有資料不完全之情形。

首先以「會員身分」進入法源法律網，選擇「裁判書」，點選「最高行政法院」、「台北高等行政法院」、「台中高等行政法院」、「高雄高等行政法院」，其餘不選；「裁判類型」點選「全部」；「地院範圍」點選「全部」；「裁判字號」、「裁判案由」、「裁判期間」，全部空白；「檢索字詞」則分次輸入「法規命令訂定程序」、「行政程序法第 154 條」、「行政程序法第一百五十四條」、「違法法規命令」、「訂定程序違法」、「修正程序違法」、「廢止程序違法」、「恢復適用程序違法」等可能與「預告程序」相關之詞語，進行搜尋。得出相關之判決數量結果如下表：⁶²⁹

法院 檢索字詞	最高行政 法院	台北高等 行政法院	台中高等行 政法院	高雄高等 行政法院

⁶²⁹最近一次整理資料時間為 100 年 6 月 11 日。

法規命令訂定程序	0	4	0	0
行政程序法第154條	13	20	1	3
行政程序法第一百五十四條	2	4	3	18
違法法規命令	1	5	0	0
訂定程序違法	1	0	0	0
修正程序違法	0	0	0	0
廢止程序違法	0	1	0	0
停止程序違法	0	0	0	0
恢復適用程序違法	0	0	0	0

綜觀這些判決，大多是在主張行政處分違法（或其他行政行為違法）而附帶主張所適用之法規命令實體違法時提出程序違反之主張，有些則是在主張行政處分違法而直接附帶主張所適用之法規命令程序違反。然而，幾乎所有搜尋出的判決，法規命令訂定程序都不是重要爭點，自然都未成為判決勝敗之關鍵。有些則是將實體定性沒有爭議之行政行為誤認是係法規命令，再主張該「法規命令」未經預告程序，自然不被法院所採。

（2）以最高行政法院為例作分析

以檢索「行政程序法第154條」得出之判決結果為例，最高行政法院部分，其中7筆會出現在搜尋結果係因為最高行政法院在判決中援引原審判決之故，當

中的 3 筆「行政程序法第 154 條」在最高行政法院完全沒有成為爭執之點（亦即上訴人及被上訴人都未以此為理由提起上訴），該 3 筆其實應該刪除。經上訴人（皆為人民）主張違反「行政程序法第 154 條」者，共 5 筆，其中 2 筆該主張有經法院審理，⁶³⁰其餘 3 筆皆未經法院審理。⁶³¹被上訴人在答辯中提及「行政程序法第 154 條」者有 2 筆，有趣的是，此 2 則判決當中，上訴人皆未主張違反「行政程序法第 154 條」，被上訴機關主動提出，可能僅係加強其作成處分之依據之合法性，法院自然未進行審理；⁶³²在法院有進行實質審理的 3 則判決中，⁶³³都是上訴人對前端「定性問題」之見解與法院有歧見，因此主張後端未踐行「行政程序法第 154 條」自然不被法院所採。



⁶³⁰其中最高行政法院 94 年度判字第 517 號判決上訴人之上訴理由有點不知所云，最高行政法院不允許上訴，故未經審判。

⁶³¹其餘 3 則判決皆以類似「兩造其餘攻擊防禦方法，均與本件判決結果不生影響」之理由而未進行審理。

⁶³²其中最高行政法院 95 年度判字第 725 號判決雖然難得地廢棄原判決，為有利上訴人之認定，可惜「是否違反行政程序法第 154 條」並非為對上訴人為有利認定之關鍵因素。

⁶³³將最高行政法院 94 年度判字第 517 號判決排除不算入。

最高行政法院					
	上訴人主張	被上訴人主張	其他出現於判決之情況	法院是否審理	判決結果
98 年度判字第 1414 號	修正「臺北市土地使用分區附條件允許使用核准標準」時，未依行政程序法第 154 條規定行預告程序，亦未檢附修法過程，該修正為不合法。			否	駁回人民上訴
96 年度判字第 0206 9 號			最高行政法院援引原審判決提及	否	駁回人民上訴
96 年度判字第 0201 5 號			最高行政法院援引原審判決提及		駁回人民上訴
96 年度判字第 0199 1 號			最高行政法院援引原審判決提及	又該函釋既僅在闡述法規原意，則與行政程序法第 7 條之比例原則尚不相涉，自無適用行政程序法第 154 條及第 155 條規定之餘地。是上訴人主張財政部上開函釋違背比例原則，且頒佈前應依行政程序法第 107 條、第 155 條規定辦理聽證云云，即非可採。	駁回人民上訴
96 年度判字第 0199 2 號			最高行政法院援引原審判決提及	該函釋規定旨在貫徹前揭實質課稅原則，為防止贈與稅逃漏及維持課稅公平所必要，並未增加法律所定人民納稅義務。又該函釋既僅在闡述法規原意，則與行政程序法第 7 條之比例原則尚不相涉，自無適用行政程序法第 154 條及第 155 條規定之餘地。是上訴人主張財政部上開函釋違背比例原則，且頒佈前應依行政程序法第 107 條、第 155 條規定辦理聽證云云，即非可採。	駁回人民上訴
96 年度裁字第			最高行政法院援引原	否	駁回人

0225 5 號			審判決 提及		民 上 訴
96 年 度判 字第 0148 2 號		<p>被上訴人復依行政程序法第 154 條規定，將草案刊登於政府公報以公告周知，並依該法第 157 條規定辦理發布上開法規，並刊登政府公報，爰已廣為宣導，被上訴人為免業者遭受取締而影響商機，於 91 年 7 月 3 日以府建公字第 0910141700 號、91 年 8 月 26 日府建公字第 0910181826 號、92 年 1 月 8 日府建公字第 0920001305 號，多次函請供油商（中油公司、臺塑石化公司、臺灣艾索</p>		否	駁 回 人 民 上 訴

		石油公司)告知所轄廠商,儘速應依規定提出申請以免觸法,故被上訴人雖無法盡善周知,業已善盡告知之責任。			
96 年度判字第 00923 號			最高行政法院援引原審判決提及	否	駁回人民上訴
95 年度判字第 01760 號	查銓敘部於 89 年擬訂修正該對照表草案時並未依當時行政程序法第 154 條規定事先公告周知,即逕予修正公布,致令上訴人及相關權益人未能及時陳述意見,該對照表在擬訂修正時,程序已有瑕疵。另查本件對照表在刪除或修改時,職權機關銓敘部並未依當時適用之行政程序法訂定過渡期間之條款,或合理之補救措施,便遽然刪除工業安全技師類科,該行政命令之修正顯然有違行政程序之規定,顯然該對照表行政命令之修正,合法性不無瑕疵,為不當之行政命令			否	駁回人民上訴
95 年度判字第 00725 號		前揭施行細則之修正,被上訴人已依法公告,上訴人尚難謂該施		否	上訴有理,原審判決

		行細則有違行政程序法第 154 條規定。			廢棄，發回。
95 年度判字第 0041 2 號	(原審起訴之主張) 施行細則係依據該法第 88 條授權行政院訂定，應屬行政程序法第 154 條所稱之法規命令，一經公布施行未修正廢止前，對人民及行政機關均生有拘束力，行政機關之行政行為須依此規定而為。			否	駁回人民上訴
94 年度裁字第 0158 4 號	按行政程序法第 154 條第 2 項、第 158 條第 1 項第 2 款及所得稅法第 13 條之規定，原判決以「基於租稅法律原則，法既無明文規定夫妻分居為得分開申報計算綜合所得稅之事由」，認被上訴人提出財政部 76 年 3 月 4 日台財稅第 7519463 號函釋意旨與所得稅法第 15 條第 1 項規定相符，予以援用，乃法規適用不當，為違背法令。(以上訴人個人主觀意見，任加指摘原判決牴觸所得稅法第 13 條、中央法規標準法第 6 條、行政程序法第 154 條第 2 項、第 158 條第 1 項第 2 款、第 174 條之 1 規定，及司法院釋字第 318 號、第 415 號解釋意旨等云云，難認所涉及之法律見解，具有原則上之重要情事，上訴人提起上訴，不合首揭規定，不應許可，其上訴難謂合法，應予駁回。	駁回人民上訴
94 年度判字第 0051 7 號	原審起訴主張：為維護行政程序法及行政資訊公開辦法所賦予之權利，爰請判決 被上訴人應依行政程序法第 154 條之規定公布「臺中縣教師申訴評議委員會評議準則」草案。 上訴主張： 本案另一訴訟標的「臺中縣教師申訴評議委員會評議準則」草案，在客觀上可認為法規命令，且係規範申訴雙方當事人在申訴程序中之法律行為，該準則之施行將對外產生法律效果，應依行政程序法第 154 條規定辦理。		最高行政法院援引原審判決提及(上訴人請求被上訴人公布之「臺中縣教師申訴評議委員會評議準則」，依其性質並參照教育部教師申訴評議委員會組織及	訂「教師申訴評議委員會評議準則」，惟其性質僅屬行政程序法第 159 條第 1 款所定規範內部秩序之行政法規，尚無須踐行同法第 154 條所定法規命令之預告程序。上訴人主張被上訴人應依同法第 154 條之規定公布「臺中縣教師申訴評議委員會評議準則」草案，於法無據，不應准許。	駁回人民上訴

<p>另同類型教育部頒布之「教師申訴評議委員會組織及評議準則」亦經預告程序，惟原判決未加調查，言詞辯論程序中亦未依職權對被上訴人詢問或闡明，即自行認定為行政法規，其心證難令人認同云云</p>	<p>評議準則之規定，核係規範機關內部秩序及運作之行政法規，並非直接規範人民權利義務之法規命令，自無行政程序法第154條規定之適用。）</p>	
---	---	--

(3) 小結

可能是現在對於預告程序之公布其實十分方便，大部分行政機關都有踐行一定程度的預告程序，故對於是否有踐行此等程序之爭執，自然無法成為爭點。通常會出現爭議者，反而是類如前端定性有問題之行政行為，原告或上訴人可能主張某函釋性質屬於法規命令，故該函釋未踐行預告程序，即屬程序違反。否則以我國對於預告程序踐行之低程度要求，是幾乎所有行政機關都可上網公告輕易完成的舉動，要以法規命令未踐行預告程序，並將之提出於訴訟中主張，目前似乎仍很困難。

2、司法院大法官之審查情形

過去大法官多著重於法規命令是否違反法律優位原則、法律保留原則，以及法律授權訂定法規命令之目的、內容及範圍是否明確等，較少有關訂定程序之爭點。大法官釋字第 672 號解釋罕見地涉及法規訂定程序爭議，惟該號解釋理由書對違反行政程序法預告程序之部分認為「管理外匯條例第十一條規定，外幣申報之『有關辦法，由財政部會同中央銀行定之』，係授權主管機關共同就申報之程序、方式及其他有關事項訂定法規命令，其訂定並應遵循中央法規標準法及行政程序法之相關規定。惟上開財政部令，既未以辦法之名稱與法條形式，復未履行法規命令應遵循之預告程序，亦未會銜中央銀行發布，且其內容僅規定超過等值壹萬美元者應報明海關登記之意旨，對於申報之程序、方式等事項則未規定，與

管理外匯條例第十一條之授權意旨、行政程序法第一百五十四條、第一百五十七條及中央法規標準法第三條等規定不符，應由有關機關儘速檢討修正。」並未基於違反法定訂定程序之理由，宣告系爭法規命令違法、無效。對此，有學者認為系爭法規命令訂定程序既已明顯違反行政程序法第 158 條第 1 項第 1 款「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。」之規定，認定牴觸法律而無效；⁶³⁴另有學者進一步主張，系爭法規命令違反正當法律程序而違憲、無效。⁶³⁵此號解釋錯失對程序瑕疵爭議作出解釋之機會，實屬可惜。

另近來在討論法規命令授權明確性問題時，已有大法官在協同意見中提及「訂定程序」，甚至有隱含以「訂定程序」補充「授權明確性不足」之意，透露出大法官已漸注意程序問題之重要性。大法官釋字第 680 號解釋文認為懲治走私條例第 2 條第 1 項、第 3 項違反授權明確性及刑罰明確原則，宣告定期失效。此號解釋仍依循傳統以授權對行政立法監督之要求，認為立法機關應明確授權，否則將該授權之法律條款將違反授權明確性原則，定期失效。然而，在此號解釋的協同意見書中，不少大法官提出「授權」以及「訂定程序」兩者間之關係，似乎有微妙的變化，值得注意：

(1) 「可預見性要求」可以「訂定程序」滿足

釋字第 680 號解釋林子儀與賴英照大法官協同意見中認為「縱或如此，在現代國家任務龐重繁雜，因應瞬息萬變事物之管理需要高度專業與彈性之現實前提下，立法機關若於法律規定中就行為之可罰性或處罰範圍設定標準，復予行政機關明確充分之指示，而授權其填補具體處罰要件，惟仍由立法機關自身決定刑罰效果之立法方式，一方面得收適應國家任務彈性應變之效，另一方面亦尚符合民主正當性及應由立法機關為社會道德評價之罪刑法定原則之要求。而就罪刑法定原則所要求之預先明確規範，行政機關依立法授權訂定行政命令以補法律之不足，亦能符合該要求。且依行政程序法之要求，行政機關依立法機關之授權訂定行政命令，尚須踐行一定之行政程序，使人民有參與之機會，即可因此強化行政機關訂定行政命令之民主正當性。是以立法機關就刑罰構成要件授權行政機關以

⁶³⁴黃舒芃，同前揭註 69 書，頁 88。

⁶³⁵湯德宗，〈未依法訂定之法規命令得否作為裁判依據—大法官釋字第 672 號解釋評析〉，《法令月刊》，第 61 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 4-24。

行政命令予以補充時，即便如多數意見考量罪刑法定原則之要求，亦不必於授權明確原則之外，另再要求該授權之法律規定，亦須使受規範者得預見其行為之可罰。」授權明確性「可預見性」之要求，可以以法規訂定程序中的預告程序來滿足，同時強化民主正當性，因此不需要額外要求「授予權力的母法本身」也必須使受規範者得預見其行為可罰。授權明確性所欲達到的「可預見性」，其實可由「訂定程序」規範達成。

(2) 「訂定程序」為「概括授權」理由之一

另外釋字第 680 號解釋賴英照及林子儀大法官的協同意見中也對「法律詳細規定比概括授權更能保障人權」提出質疑：「……從事物的性質而言，有些事項固然適合由法律詳細規定，但對於許多事物，鉅細靡遺的立法，往往失之僵化，反而阻礙立法目的的達成；尤其在需要高度專業技術，或必須即時應變的領域，賦予行政機關訂定命令，更能增進公共利益……立法機關如依事物性質，選擇概括授權行政機關訂定子法，處理相關事務，未必就是違背憲法保障人民權利的意旨。」並認為我國實務上行政首長常為政策成敗負責，非無課責機制，且需踐行行政程序法訂定程序，行政機關依法訂定之法規命令，具有民主正當性。雖然賴英照大法官認為支持概括授權之後盾還包括立法院事後的監督機制，⁶³⁶但也同時肯定「訂定程序」亦可為概括授權之理由之一。

(3) 「訂定程序」弱化「授權取得正當性」之必要

釋字第 680 號解釋許宗力及謝在全大法官也提出「八十六年第四次修憲後，我國中央政府體制已具備雙元民主的特性，這不僅代表行政權在規範上已有獨立之民主正當性，亦代表必須隨之給予總統有更廣闊施政空間的制度條件，使其能貫徹政見，以維責任政治。又法制上行政程序法的命令制訂程序，已提高命令訂定過程的透明度及公民參與之機會，且一黨獨大、強人政治及威權統治已成為歷

⁶³⁶「在現行制度下，立法院對行政命令更設有管控的機制，亦即各機關發布命令後，應『即送立法院』（中央法規標準法第七條）；經立法委員十五人以上連署或附議者，命令應交立法院有關委員會審查；經審查後，發現行政命令有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報立法院院會，經議決後通知訂頒命令的機關更正或廢止之；經通知後兩個月內未為更正或廢止者，該命令失效（立法院職權行使法第十章，第六十條至第六十三條）。因此，各機關訂頒的行政命令，是否符合母法意旨，立法院仍保有實質的審查權。在這樣的機制下，立法院雖有授權，但並未放棄立法權，更不生違反權力分立的問題。」司法院大法官釋字第 680 號解釋大法官賴英照、林子儀協同意見書。

史，其因之造就的『行政院立法局』現象亦不復存在，此時此刻已無庸繼續採取『扶植立法權，對抗行政權』的解釋態度。凡此總總，均促使司法者重新思考過去十數年基於對行政權進行民主控制而一再強調的授權明確性原則，在時空丕變後，審查密度是否應予放鬆的問題。」的看法，認為在雙元民主、行政權在規範上有獨立之正當性，加以法規命令訂定程序強化其正當性，過去為了嚴密監督行政權而強調的授權明確性原則，其審查密度似應放鬆。

過去強烈要求法律授權明確性，是擔心一旦概括授權，形同完全由行政機關訂定影響人民權益之法規，人民完全無法從法律當中看出究竟哪些行為會受到哪些裁罰。然而在行政程序法定後，有法規命令訂定程序之預告程序以及陳述意見機會之要求在後端程序進行把關，這些程序機制足以消弭對概括授權之疑慮，且可能比法律授權之可預見性之要求實際能達到保障人民之效果還要好。

雖然不見解釋文中有此論述，然已有不少大法官注意到授權明確性實際操作之困難，「適度維持授權明確性原則固有必要，但是不分情況一律適用可預見性標準，不但壓縮立法的彈性，減損行政機關的應變能力，而且對保障人民權利亦無助益。」從此觀點觀之，「授權」與「訂定程序」兩者其實並不是零和關係的存在，而是可互相調整，達到最佳保障人權的效果。

（二）司法機關態度之脈絡化觀察—程序意識之萌芽

從對法規命令監督之整體歷史來看，確實可以看出有某些過去被奉為圭臬之準則確實已漸漸鬆動。

1、行政法院開始重視程序

從學者葉俊榮及張文貞對民國 89 年改制前後行政法院認定行政命令違法之判決來看，行政法院對於行政命令之審查有積極之趨勢。惟可能因為行政機關多遵守程序（因為踐行預告程序並不困難），或者人民並未提出「程序違法」之主張，或者係對行政行為定性有歧見故無適用訂定程序之餘地，在行政法院方面，「程序」似乎仍非法院審查法規命令之重點所在。

學者葉俊榮在民國 99 年對行政法整體的觀察當中發現，儘管行政程序法施行多年，法院裁判之心力仍著重在行政程序後端的訴訟途徑選擇問題，對程序功

能的掌握有限，⁶³⁷雖然有些法院已明白指出程序之重要性，⁶³⁸但仍停留在以實體為主、程序為輔的思考，將行政程序之功能定位為「補實體不足」，忽略程序本身有其承載的制度功能，然而其認為法院對於行政程序之重要性已有初步認知，接下來應該進一步調整裁判重心，在具體個案中強調程序之重要性，否則輕忽程序的審查態度，將影響其他公私部門對行政程序的功能定位與制度評價。⁶³⁹

由此可知，行政法院對於程序機制之審查仍有加強之空間，而訂定程序是否能在未來發揮其應有之程序制度功能，也有待更多判決累積之觀察。

2、司法院大法官開始意識監督模式的互易

而在司法院大法官方面，過去曾為了糾正普通法院「法律授權發布之命令，與法律有同一效力，不生牴觸法律問題」之錯誤觀點，大法官將牴觸母法之命令，藉由與憲法法律保留等原則作連結，進而取得「違法即違憲」法規命令審查權，宣告該命令違憲，以導正法院判決容任法規命令違法之現象。⁶⁴⁰之後多號解釋都是在處理法規命令是否牴觸上位法規範、或者法律授權是否明確之問題。如釋字第 313 號解釋，便提出授權明確性應具備之三要件，作為監督授權母法以及行政立法之權力行使，藉此維繫權力分立原則，並確保行政立法之民主正當性。

然而如同釋字第 680 號解釋大法官許宗力及謝在全協同意見書所指釋字第 313 號解釋「做成時（民國八十二年）的背景，彼時憲法本文所預定的行政立法關係從未落實，在長期一黨獨大、強人政治及威權統治的政治現實下，行政立法間的權力互動呈現強行政、弱立法的態勢，行政部門雖不具備直接民主正當性，但法制實務上卻大量充斥職權命令取代立法機關之作為，『本法之施行細則由……訂之』一類徒有形式之空白授權普遍見諸法典。當八〇年代民主化浪潮推湧而起，司法者欲擺脫漫長威權體制箝制的遺絮、努力重建行政與立法應有的權力制衡機制，並反思國家與人民的權力關係時，強調授權明確性原則以抑制廣泛空白授權的規範現實，乃正呼應民主轉型的時代任務。」，社會情狀已經改變，

⁶³⁷葉俊榮，〈台灣法律發展回顧：行政法〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 44、49-51。

⁶³⁸最高行政法院 98 年度裁字第 1159 號裁定、台北高等行政法院 98 年度訴字第 1339 號判決、台北高等行政法院 97 年度訴更（一）字第號判決。

⁶³⁹葉俊榮，同前揭註 637 文，頁 50。

⁶⁴⁰吳庚，同前揭註 32 書，頁 286。

規範制度也與以往不同，對於行政立法之監督方式，也應該有所調整。

從過去強調授權明確性原則之主流見解，到最近釋字第 680 號解釋中的協同意見書已有多位大法官提出對於授權明確性之質疑，並且將法規命令訂定程序之影響放入對於行政立法監督控制之中一併思考，作為從授權明確性到概括授權以及放寬審查密度之論理基礎。顯見在行政程序法制定施行近十年半的時間，程序功能的重要性已漸在大法官心中生根。

從上述的脈絡可以理出一些頭緒：司法院大法官與行政法院對於「程序功能」的重要性已有初步認同，至少已經有了開端，「凡事起頭難」，最困難的一關已經打通，至於大法官對於授權明確性原則棄守之程度或者對於法規命令訂定程序替代授權明確性程度之高低，則留待未來觀察。

（三）健全我國法規訂定程序法制之契機

司法機關對於程序重要性之意識已萌芽，顯示過去專以實體為重的中心思想已開始瓦解，監督模式間的「互易」可能開始啟動，更可以確立我國適合朝向利於司法監督的程序監督方向前進，對於加強法規命令之司法監督無疑是一項契機。

過去在威權時代，行政權獨大，法律雖有訂定程序之規定，大多缺乏效力以及司法審查之條款，再者法院多尊重行政機關，監督成效不彰。行政程序法制定後，雖然增加了一些程序建制及效力規定，但仍遺留許多問題，也無加強司法審查之意。時至今日，行政程序法施行十年半，不完備之制度依舊，唯一不同之處在於，司法機關已經注意到程序的重要性，也可能願意從程序面向來審理法規命令是否違法。「工欲善其事，必先利其器」，美國法院運作就是建立在「利於司法審查之完備法制」上，若無法制上之支持，法院即便有心審理，亦屬枉然，故應趁勝追擊，修法給予法律上的監督武器，以利法院進行程序之審理。

五、本章結論

其實從行政程序法制定後施行時間軸來看，莫過於對我國法規命令訂定程序失望憂心。美國在 1946 年聯邦行政程序法剛制定通過後的一、二十年間，訂定程序之功能也未獲發揮，直到環境時期政經社會的轉變，行政機關才開始重視訂定法規必須踐行的法定程序，也才有司法機關「頻走過頭」、由最高法院「緊急煞

車」但效果有限的情形發生。甚至，到 1980 年代以後，監督太強烈，訂定程序開始陷入僵化，使行政失去彈性與效率，造成政策無法執行，或是法規過於老舊，無法與時俱進解決問題，都是美國非正式法規訂定程序後來所遇到的難題。我國從民國 90 年開始施行行政程序法至今，剛好十年，以同樣的時間長度來看，美國當時也正處在非正式法規訂定程序不受重視、司法機關容忍行政機關廣泛授權而不加監督的時代。

任何立法都需要時間與原本存在的法制、體制相融合後，才能發現真正的問題何在，也才能切中問題所在進行改善，更何況行政程序法制定前，台灣所重視者係行政行為之實體問題，例如行政行為之定性及定性後之適用，較不重視程序問題，更需要時間打破既有重實質不重程序的觀念，於融合的同時尋求突破點。我國除了法制不足之外，其實最大的問題應該是出在司法監督的薄弱，在學習美國法制引進預告程序後，才發現我國應該作的可能不只是程序規範（硬體）的單純引進，更需要學習美國法院活絡制度的作法（軟體），因應時局，以標準的寬嚴，形塑程序之內涵，調節各權力間的制衡強度，給予行政機關應有的監督、誘導與彈性，又能兼顧公開透明的參與目的，實現民主原則。期待我國有天也能透過司法機關的運作達成監督模式間的互易，發展出具自我風格的法規命令監督模式及程序法制內涵。

第七章 本文結論

法規命令之監督模式有多種，我國也不例外，過去我國與德國法較相似，重視法律授權明確性的傳統，然而民國九十年施行之法規訂定程序，卻是參考美國法而制定之程序規制，兩者兼具之我國，也開始面臨兩種不同的監督控制模式。然而在現代化國家任務龐雜需求迅速彈性回應社會之能力的訴求下，各種監督模式之間可以互易，而從德國美國同時之比較也可以發現，有效的監督比監督模式之多寡來得重要，而有效的監督模式及配套措施並無標準。以符合民主原則以其及權力分立原則之要求而言，「訂定程序」最適合作為監督工具，再者為了回應現代社會之需求，以程序規制來監督法規命令較適合，同時應放寬授權明確之要求，進行某種程度之互易。然而我國究竟應該採何種模式，尚未確定。

美國之非正式「法規訂定程序」，其制定背景係因規則龐雜，又無統一程序，人民無法預見，保障不足，故於 1946 年制定行政程序法，其非正式之法規訂定程序包括「預告程序」、「回應評論程序」、「公告程序」，最後還必須有說理義務，最重要者是將程序違法列為可進行司法審查之對象，一併加強司法監督。從美國立法之經驗可知，為了利於司法審查，其選擇以程序作為監督之重點，並將既有散落各機關間的訂定程序整合並提昇為具法律地位之要件，並賦予效力之規定，給予法院有審查之判準，美國的司法審查也是基於此完備之制度下開展，促使行政機關實踐程序。在行政程序法制定後不同時期中，法院因應各時期之社會背景等因素，採取不同態度來監督行政機關之法規訂定活動，該程序制度內涵也因為法院實際之運作下發展出各種不同的樣貌，遠超出立法時之想像，甚至因法院的積極態度而致使法規訂定程序漸入僵化，惟從美國法規訂定程序實際由法院發展出的不同樣貌可知，司法審查肩負了擔保程序規定能夠實現、誘使行政機關遵守程序、調節各種權力對行政立法行為之制衡等功能，並且在過去行政程序法施行年間，自我意識地完成至少兩次的監督機制間的「互易」，在在顯露出司法審查機制對於行政立法行為以及對於程序監督機制的重要性。

我國在行政程序法立法前，對於法規命令之監督，也同時採取實體的授權監督以及訂定程序的監督模式，同時也借重司法審查作最後把關，然而成效不彰。行政程序法之制定目的就是要改善立法前的缺失，並朝向民主原則、權力分立原則要求下應有制度之設計進行立法。我國在法規命令訂定程序部分雖然參考美國

法制，卻僅新增「預告程序」，其餘在冗長的立法過程中全遭刪除，經本文檢驗，立法後的制度雖有助於立法目的之達成，有利於改善過去監督機制之缺失，然而大體上來說仍不足，許多過去的問題都未解決，甚至產生更多的問題。

為了能夠進行有效的監督，本文認為我國比較適合朝利於進行司法審查的程序監督作加強，而適度地放寬對於授權的執著。以此作為前提，本文參考美國經驗，試圖對行政程序法立法前後遺留的問題從現行可行的方式以及必須以修法之方式作檢討及建議，本文並觀察我國司法機關對於程序重要性漸有體認，大法官甚至已於協同意見中揭諸「互易」的觀念，未來有很大的發展空間，應趁司法機關好不容易萌芽之意識尚未因目前制度之不足以讓其好好發揮而致喪失熱情前，儘速修法給予相對應的制度，俾利我國法規命令監督機制能夠有效地發揮。



參考文獻

英文書籍

- ALFRED C. AMAN, JR., *ADMINISTRATIVE LAW IN A GLOBAL ERA* (1992).
- ALFRED C. AMAN, JR., *THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM* (2004).
- CARNEGIE COMMISSION, *RISK AND ENVIRONMENT: IMPROVING REGULATORY DECISIONMAKING* (1993).
- CORNELIUS M. KERWIN, *RULEMAKING- HOW GOVERNMENT AGENCY WRITE LAW AND MAKE POLICY* (3rd ed. 2003).
- DAVID SCHOENBROD, *POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION* (1993).
- JERRY L. MASHAW & RICHARD A. MERRILL, *ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM* (2nd ed. 1985).
- JERRY MASHAW & DAVID HARFST, *THE STRUGGLE FOR AUTO SAFETY*, HARVARD UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, U.S.A. (1990).
- JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).
- MARTIN M. SHAPIRO, *WHO GUARDS THE GUARDIANS?* (1988).
- PHILLIP J. COOPER, *PUBLIC LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION* (2007).
- STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWARD, CASS R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY : PROBLEMS, TEXT, AND CASES*, Aspen Law & Business (6th ed. 2006).
- SUSAN ROSE-ACKERMAN, *CONTROLLING ENVIRONMENTAL POLICY: THE LIMITS OF PUBLIC LAW IN GERMANY AND THE UNITED STATES* (1995).
- TED GREENWOOD, *KNOWLEDGE AND DISCRETION IN GOVERNMENT REGULATION*, Praeger Publishers (1984).

TED GREENWOOD, *KNOWLEDGE AND DISCRETION IN GOVERNMENT REGULATION*,
Praeger Publishers (1984)

William F. West, *ADMINISTRATIVE RULEMAKING: POLITICS AND PROCESS* (1985).

英文文章

Alan B. Morrison, *The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law*,
72 VA. L. REV. 253(1986).

Bruce A. Ackerman & William T. Hassler, *Beyond the New Deal: Coal and the Clean
Air Act*, 89 YALE L. J. 1466(1980).

Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 Stan. L. Rev. 29
(1985).

Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 University of Chicago Law Review 315
(2000).

Chip Cameron, Philip J. Harter, Gail Bingham, and Neil R. Eisner, *Alternative
Dispute Resolution with Emphasis on Rulemaking Negotiations*, 4
ADMINISTRATIVE LAW JOURNAL 83 (1990).

Daniel A. Farber, *Statutory Interpretation and Legislative Supremacy*, 78 GEO. L.J.
281 (1989).

E. Donald Elliott, *INS v. Chadha: The Administrative Constitution, the Constitution,
and the Legislative Veto*, 1983 SUP. CT. REV. 125.

Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. 1231,
1237-41(1994).

Girardeau A. Spann, *Deconstructing the Legislative Veto*, 68 MINN. L. REV. 473
(1984).

Harold Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 112 U.
PA. L. REV. 509 (1974).

Henry H. Perritt, Jr., *Negotiated Rulemaking and Administrative Law*, 38 ADMIN. L.

REV. 417, 417-506 (1986).

Jacob K. Javits & Gary J. Klein, *Congressional Oversight and the Legislative Veto: A Congressional Analysis*, 52 N.Y.U.L. REV. 455 (1977).

Jerry L. Mashaw, *Reinventing Government and Regulatory Reform: Studies in the Neglect and Abuse of Administrative Law*, 57 U. PITT. L. REV. 405 (1996).

Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364(1942).

Mark Green & Ralph Nader, *Economic Regulation vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man*, 82 YALE L.J. 871 (1973).

Mark Seidenfeld, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, 75 TEX. L. REV. 483 (1997).

Marshall J. Breger, *the APA: An Administrative Conference Perspective*, 72 VA. L. REV. 337 (1986).

Martin Shapiro, *APA: Past, Present, Future*, 72 VA. L. REV. 447 (1986).

Merton C. Bernstein, *The NLRB's Adjudication-Rule Making Dilemma Under the Administrative Procedure Act*, 79 YALE L.J. 571(1970).

NEIL D. McFEELEY, *Note: Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking*, 1984 DUKE L. J. 347 (1984).

Patricia M. Wald, *Judicial Review: Talking Points*, 48 ADMIN. L. REV. 350 (1996).

Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 CONELL L. REV. 1 (1982).

Peter H.A. Lehner, *Judicial Review of Administrative Inaction*, 83 COLUM. L. REV. 627, 627-689 (1983).

Peter L. Strauss, *Changing Times: The APA at Fifty*, 63 U. CHI. L. REV. 1389 (1996).

Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American*

- Rulemaking*, 31 WAKE FOREST L. REV. 745(1996).
- Peter L. Strauss, *Risk Assessment Perspectives*, 48 ADMIN L. REV. 341 (1996).
- Peter L. Strauss, *The Rulemaking Continuum*, 41 DUKE L.J. 1463 (1992).
- Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975).
- Richard J. Pierce, Jr., *Reconstituting the Natural Gas Industry from Wellhead to Burnertip*, 25 ENERGY L.J. 57(2004).
- Richard J. Pierce, Jr., *The APA and Regulatory Reform*, 10 Admin. L.J. AM. U. 81 (1996).
- Richard J. Pierce, Jr., *The Choice Between Adjudicating and Rulemaking for Formulating and Implementing Energy Policy*, 31 HASTING L.J. 1(1979).
- Richard J. Pierce, Jr., *The Fiftieth Anniversary Of The Administrative Procedure Act: Past And Prologue: Rulemaking And The Administrative Procedure Act*, 32 TULSA L.J. 185(1996).
- Richard J. Pierce, Jr., *The State of the Transition to Competitive Markets in Natural Gas and Electricity*, 15 ENERGY L.J. 323(1994).
- Robert W. Hamilton, *Procedure for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking*, 60 CAL. L. REV. 1267 (1972).
- Ronald Levin, *Judicial Review of Procedural Compliance*, 48 ADMIN. L. REV. 359 (1996).
- Sally Katzen, *Administration Perspectives on the 1995 Regulatory Reform Legislation*, 48 ADMIN. L. REV. 331 (1996).
- Stephen G. Breyer & Paul W. MacAvoy, *The Natural Gas Shortage and the Regulation of Natural Gas Producers*, 86 Harv. L. Rev. 941 (1973).
- Sylvia K. Lowrance, *Risk Assessment Perspectives from the Agency View*, 48 ADMIN.

L. REV. 345 (1996).

Thoms O. McGarity, *Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385 (1992).

Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies- A Comparative Analysis of United States and Germany Law*, 46 ADMIN. L. REV. 213 (1994).

Walter Gellhorn, *The Administrative Procedure Act: The Beginnings*, VIRGINIA LAW REVIEW 72 (1986).

William H. Rodgers, Jr., *Benefits, Costs, and Risks: Oversight of Health and Environmental Decisionmaking*, 4 HARV. ENVTL. L. REV. 191(1980).

中文書籍

LAWRENCE M. FRIEDMAN 著、吳懿婷譯，《二十世紀美國法律史》(AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY)，臺北市：商周出版，初版，2005年2月。

五南法律小組編，《行政程序法立法資料彙編》，五南出版，初版，1999年3月。

王浦傑，《行政程序法之內涵及其實際—由各行政行為作成之程序立論》，收錄於司法研究年報，第二十三輯第十六篇，第一版，2003年11月。

吳庚，《行政法之理論與實用》，自版，增訂八版，2004年8月。

吳庚，《憲法的解釋與適用》，自版，三版，2004年6月。

李惠宗，《行政法要義》，元照出版，三版，2007年2月。

李惠宗，《憲法要義》，元照出版，二版，2004年10月。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立》，新學林出版，二版，2008年9月。

林錫堯、費玲玲，《考察「美、日行政程序法立法與實務」報告》，1994年11月。

法治斌、董保城，《憲法新論》，董保城出版，二版，2005年1月。

法務部法律事務司編，《行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編(二)》，初版，

2002 年 12 月。

法務部法律事務司編，《行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編》，初版，2001 年 12 月。

邱昌泰主持、廖元豪協同主持，行政院經濟建設委員會委託國立臺北大學研究之研究報告《建立管制性法規影響分析機制可行性研究》，臺北市：行政院經濟建設委員會，初版，2003 年 12 月。

金寶瑜，《全球化與資本主義危機》，台北市：巨流出版，初版，2005 年 5 月。

翁岳生主持，行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告《行政程序法之研究：行政程序法草案》，1991 年 12 月，初版，台北市：行政院經建會法規小組。

程明修，《憲法基礎理論與國家組織》，台北市：新學林出版，一版，2006 年 10 月。

黃舒芃，《法規命令》，三民出版，初版，2011 年 3 月。

葉俊榮，《行政法案例分析與研究方法》，初版，1999 年 3 月。

葉俊榮，《環境行政的正當法律程序》，再版，1997 年 11 月。

葉俊榮，環保署委託研究計畫《美國環境法上「糾紛處理替代途徑」在我國實施可行性之研究》，1992 年。

臺北市政府法規委員會編印，《行政程序法相關法令解釋彙編 2001》，2001 年 8 月，初版，台北市：臺北市政府法規委員會。

蕭新煌主持，行政院環境保護署委託中央研究院民族學研究所執行之研究計畫《七〇年代反污染自力救濟的過程與結構分析》，1988 年，初版，臺北：行政院環境保護署。

羅傳賢，《美國行政程序法論》，初版，1985 年 6 月。

中文文章

王毓正，〈政府資訊請求權與機關保密義務之衝突與調適—以政府資訊公開法第

18 條第 1 項第 3 款與第 4 款為中心》，收錄於《101 年度直轄市法制及行政救濟業務研討會會議資料（下冊）》，2012 年 6 月 29 日，第一篇。

李介民，〈經由立法機關逕行修改法規命令問題之研究〉，《東海大學法學研究》，第 20 期，2004 年 6 月，頁 1-37。

李念祖、劉定基，〈美國律師公會（The American Bar Association）淺介〉，《律師雜誌》，第 246 期，2000 年 3 月，頁 49-55。

林紀東，〈行政法之法典立法問題〉，收錄於氏著《行政法論集》，1964 年 6 月，初版，自刊，頁 41-54。

林國明、陳東升，〈審議民主、科技與公民討論：臺灣的實作經驗〉，《科技、醫療與社會》，第 3 期，2005 年 9 月，頁 1-49。

法治斌，〈論行政訴訟中訴之利益〉，《政大法學評論》，第 35 期，1987 年 6 月，頁 39-70。

翁岳生，〈法治行政之時代意義〉，收錄於氏著《法治國家之行政法與司法》，1994 年 6 月，月旦出版，頁 217-232。

翁岳生，〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，收錄於氏著《行政法與現代法治國家》，1990 年 9 月，第十一版，頁 37-72。

翁岳生，〈論命令違法之審查〉，收錄於氏著《行政法與現代法治國家》，1990 年 9 月，十一版，頁 109-130。

翁岳生，〈論法官之法規審查權〉，收錄於氏著《臺大法學論叢》，第 24 卷第 2 期，1995 年 6 月，頁 1-23。

張劍涵，〈美國聯邦行政程序法制訂之目的〉，《法律評論》，第 37 卷第 3 期，1971 年 3 月，頁 15-19。

張劍寒，〈美國聯邦行政程序法制定之經過〉，《思與言》，第 9 卷第 4 期，頁 1-12。

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》，1999 年 10 月，初版，元照出版，頁 215-267。

許宗力，〈訂定命令的裁量與司法審查〉，收錄於氏著《憲法與法治國行政》，2007

- 年 1 月，二版，頁 207-247。
- 許宗力，〈論法律保留原則〉，收錄於氏著《法與國家權力》，1999 年 10 月，初版，元照出版，頁 117-213。
- 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》，1999 年 10 月，初版，元照出版，頁 269-300。
- 陳敏，〈行政法院有關依法行政原則裁判之研究〉，《政大法學評論》，第 36 期，76 年 12 月，頁 109-136。
- 陳淳文，〈現行行政命令合法性審查之檢討〉，收錄於黃舒芃主編《2007 行政管制與行政爭訟》，2008 年 11 月，新學林出版。
- 陳清秀，〈行政法的法源〉，收錄於翁岳生編《行政法（上）》，三版，2006 年 10 月，元照出版。
- 陳清秀，〈行政程序法簡介〉，《全國律師》，第 3 卷，1999 年 4 月，頁 8-21。
- 湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，收錄於氏著《權力分立新論卷二》，2005 年 4 月，初版，元照出版，頁 305-425。
- 湯德宗，〈三權憲法、四權政府與立法否決權〉，收錄於氏著《權力分立新論卷一》，2005 年 4 月，初版，元照出版，頁 421-494。
- 湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探〉，收錄於氏著《權力分立新論卷二》，2005 年 4 月，初版，元照出版，頁 1-73。
- 湯德宗，〈行政立法之研究—美國行政程序法本土化應用之嘗試—〉，收錄於翁岳生主持、行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告，《行政程序法之研究【行政程序法草案】》，1991 年 12 月，頁 321-364。
- 湯德宗，〈行政立法之監督〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003 年 10 月，二版，頁 211-276。
- 湯德宗，〈行政程序法〉，收錄於翁岳生編《行政法（下）》，2006 年 10 月，三版，元照出版，頁 25-155。

湯德宗，〈美國行政程序法〉，收錄於翁岳生主持、行政院經濟建設委員會健全經社法規小組委託國立台灣大學法律學研究所研究之研究報告《行政程序法之研究【行政程序法草案】》，1991年12月，頁181-202。

湯德宗，〈美國清潔空氣法之理論與實際〉，收錄於氏著《美國環境法論集》，1990年3月，初版，頁33-58。

湯德宗，〈違反行政程序的法律效果〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003年10月，二版，頁85-125。

湯德宗，〈論正當行政程序〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003年10月，二版，頁1-49。

湯德宗，〈論行政程序法的適用〉，收錄於氏著《行政程序法論》，2003年10月，二版，頁127-166。

湯德宗，〈未依法訂定之法規命令得否作為裁判依據—大法官釋字第672號解釋評析〉，《法令月刊》，第61卷第5期，2010年5月，頁4-24。

黃昭元，〈國會改革五法簡介〉，《臺灣本土法學雜誌》，第1期，1999年4月，頁182-197。

黃舒芃，〈憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質〉，《政大法學評論》，第81期，2004年10月，頁51-110。

楊智傑，〈授權明確性原則之法理分析與經濟分析〉，《憲政時代》，第28卷第2期，2002年10月，頁19-37。

葉俊榮，〈台灣法律發展回顧：行政法〉，《臺大法學論叢》，第39卷第2期，2010年6月，頁31-55。

葉俊榮，〈民主與法治之間〉，收錄於《行政程序法之實施經驗與存在問題—聽證制度之理論、制度及實務》，2009年7月，初版，頁87-134。

葉俊榮，〈行政命令〉，收錄於翁岳生編《行政法（上）》，2006年10月，三版，元照出版。

參考文獻

- 葉俊榮，〈行政程序法的內涵〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010年3月，二版，元照出版，頁97-171。
- 葉俊榮，〈行政程序法的立法過程與立法設計的考量〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010年3月，二版，元照出版，頁39-64。
- 葉俊榮，〈行政程序法的法律性質、立法目的及適用範圍〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010年3月，二版，元照出版，頁67-95。
- 葉俊榮，〈環境行政上之協商：我國採行美國「協商式規則訂定」之可行性〉，收錄於氏著《環境理性與制度抉擇》，1997年11月，初版，自版，頁231-289。
- 葉俊榮，〈環境影響評估的公共參與：法規範的要求與現實的考慮〉，收錄於氏著《環境政策與法律》，2002年4月，初版，元照出版，頁195-228。
- 葉俊榮，〈邁向「自制」之路：美國最高法院對環保團體當事人適格的緊縮〉，收錄於氏著《環境理性與制度抉擇》，1997年11月，初版，台北市：翰蘆出版，頁409-423。
- 葉俊榮，〈轉型台灣的程序立法〉，收錄於氏著《面對行政程序法—轉型台灣的程序建制》，2010年3月，二版，元照出版，頁13-37。
- 葉俊榮、張文貞，〈司法積極主義—論行政法院改制之後對於違法行政命令審查的積極趨勢〉，收錄於《行政法實務與理論（一）》，2003年3月，元照出版，頁41-75。
- 廖元豪，〈行政程序法命令訂定程序之研究〉，《華岡法粹》，第27期，1999年12月，頁301-338。
- 廖元豪，〈走自己的路—大法官「法律保留本土化」之路〉，《台灣本土法學》，第58期，2004年5月，頁21-40。
- 廖元豪，〈美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響—以方法論為重心〉，《月旦法學教室》，第100期，2011年2月，頁51-69。
- 廖元豪，〈論建立「法規命令預先公告程序」制度之必要性〉，《經社法制論叢》，第22期，1998年7月，頁153-201。

廖義男，〈行政程序法草案之重要內容（一）—適用範圍、行政處分與法規命令〉，收錄於《行政程序法草案研討會論文集》，1999年2月，頁9-51。

蔡茂寅，〈公法上之爭議與行政訴訟—司法權界限理論之檢討〉，《台灣本土法學》，第5期，1999年12月，頁123-127。

中文學位論文

施依玲，《法規命令違憲審查之研究—以司法院大法官解釋為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010年。

范嘉倩，《法院對行政命令審查之研究—以美國之相關法制為鑑》，國立台北大學法學系碩士論文，2006年。

張文貞，《行政命令訂定程序的改革：多元最適程序原則的提出》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995年。

陳威駿，《授權明確性原則的檢討—借鏡美國立法授權的制度經驗》，國立台北大學法學系碩士論文，2006年。

黃銘輝，《成本效益分析（cost-benefit analysis）在我國行政程序法上應用可能性之研究—兼論「比例原則」之解構—》，國立臺北大學法學系碩士論文，2000年6月。

蔡穎瑩，《論我國行政程序聽證制度之建構—以美國法為比較基礎》，國立臺北大學法律學系碩士論文，2008年。

網路資源

「貓空纜車」應否實施環境影響評估，

<http://ivy5.epa.gov.tw/enews/Newsdetail.asp?InputTime=0971215173403&MsgTypeName>（民國101年9月4日造訪）。

北纜規避環評恐步貓纜後塵，

<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/aug/27/today-p4.htm>（民國101年9月4日造訪）。

立委質疑 軍方掩護廠商規避環評，

<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/apr/26/today-p11.htm>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act 9 (1947), available

at <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947i.html>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

「發展台灣成為亞太營運中心計畫第二階段成果簡明版」，

<http://theme.cepd.gov.tw/aproc/html/total.doc>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

行政院公報資訊網，<http://gazette.nat.gov.tw/egFront/Gaz/paragraph.jsp>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

政府公告系統，<http://gazette.nat.gov.tw/egFront/index.jsp>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

行政院環境保護署 100 年 5 月 31 日環署檢字第 1000045585 號公告，

http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017103/ch07/type3/gov60/num42/Eg.htm（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

行政院環境保護署 100 年 4 月 11 日環署綜字第 1000028128 號公告，

<http://ivy5.epa.gov.tw/epalaw/prelaw/pre06180.doc>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

內政部 100 年 5 月 26 日台內社字第 1000104655 號公告，

http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017100/ch02/type3/gov10/num2/Eg.htm（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

內政部 100 年 5 月 27 日台內社字第 1000085911 號公告，

http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg017101/ch02/type3/gov10/num3/Eg.htm（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

國家通訊傳播委員會 100 年 5 月 10 日通傳技字第 10043011245 號公告，

http://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=34&is_histo

[ry=0&pages=0&sn_f=20202](#)（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

「環保論壇」，<http://forum.epa.gov.tw/EPASPS/FRU/FRUA01001.aspx>（民國 101 年 9 月 4 日造訪）。

