

轉型法院與法治主義¹： 論最高行政法院對違法行政命令審查 的積極趨勢*

葉俊榮

美國耶魯大學法學博士，
台灣大學法律學院專任教授

張文貞

美國耶魯大學法學博士，
台灣大學國家發展研究所專任助理教授

行政訴訟法於民國八十七年底大幅修正，行政法院的組織也於翌年初重新調整。面臨轉型的行政法院，是否因此一制度變革而產生判決取向的變更？而此一變更是否對司法院大法官的釋憲機能產生影響？基於行政命令的審查涉及法治主義的落實與權力部門間的互動與制衡，本文選擇以最高行政法院對行政命令的審查為研究對象，利用判決電子化之便，跳脫傳統的指標判決評釋方法，對行政法院判決進行量化分析以掌握判決趨勢。

* 本文原始版本於「第一屆行政法實務與理論學術研討會」（台北高等行政法院、台灣行政法學會、國立台灣大學法律學院公法研究中心共同舉辦，台北，2001年11月10、11日）中宣讀，承蒙司法院吳大法官庚、最高行政法院黃庭長綠星、彭法官鳳至、台北市政府法規委員會陳主委清秀等多位與會學者專家與實務界人士提供寶貴意見，作者深表感謝。對於二位匿名審稿委員提供本文諸多修改之寶貴意見，亦致謝忱。

- 1 本文所稱「法治主義」，即是英文的 rule of law 此一概念。「法治主義」，學說上往往苦於其具體定義，不過，一般皆肯認「法治主義」為近代立憲國家的基本原則，要求政府必須依法而治，不能恣意，並強調政府非依「法」或依「法」授權的規範，不得限制人民權利。就「法治主義」這一層意義來說，我國憲法實務與學說，往往將之稱為「法治國原則」、「法律保留原則」、或「依法行政」等摻揉德國法學說之名詞。至於「轉型法院」此一名詞，本文亦於後面會有詳細探討，請參閱葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第261號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡，臺大法學論叢，第三十一卷第二期，頁五十九至九十六（2002）。

收稿日期：90年12月20日；接受刊登日期：91年12月30日

本文發現，最高行政法院於改制之後，對行政命令的審查與拒絕適用明顯轉趨積極。在轉型脈絡中，法院展現「司法積極主義」，不僅合乎國內外先例，也能適時建立法院的威望，值得肯定，惟行政法院所顯露的司法積極主義，卻帶有強烈「形式法治主義」色彩。行政法院應擺脫形式法治主義，從實質理念與程序溝通著眼，強化判決的訊息釋放功能，真正擔負起司法監督行政、保障人民權益的功能。

關鍵詞：轉型、法院、法治主義、司法積極主義、憲法政治、權力分立、行政法院、行政命令、司法審查

1. 前言

行政訴訟法於民國八十七年底大幅修正，行政法院的組織也於翌年初作相應的重新調整。原行政法院升格為最高行政法院，其下並新設三所高等行政法院。司法院依據行政訴訟法的規定，於民國八十八年九月九日發布命令，指定民國八十七年十月二十八日修正公布之「行政訴訟法」修正條文暨八十八年二月三日公布之「行政法院組織法」修正條文，於中華民國八十九年七月一日正式施行。從而，過去無法完全符合社會需求與國人期待，僅為書面審理與一審終結的行政訴訟舊制，於民國八十九年七月起正式走入歷史。取而代之的是提供完整程序保障並採納二級二審的行政訴訟新制，希冀新的行政法院能夠有效發揮司法監督行政的功能，在積極保障人民權益之外，也兼顧確保國家行政權行使的合法性與正當性。

行政訴訟新制與行政法院的改制已實施一段時間，改制後新的行政法院是否果真符合社會期待，積極保障人民權益，並充分發揮其行政監督的功能呢？更甚者，（最高）行政法院是否因為改制，一反過去容認行政裁量的消極態度，而採取司法積極主義（judicial activism），² 大幅增加其對行政行為

2 司法積極主義（judicial activism），並不是一個定義嚴謹清楚的概念，而必須從其相對應的概念——司法自制（judicial self-restraint），來作說明與瞭解。以美國憲法及美國聯邦最高法院來說，所謂的司法自制（judicial self-restraint），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之爭議，作出裁判（self-denying policies to avoid reaching

的審查密度，並嚴格要求行政行為的合法性基礎呢？或者，其實改制後的行政法院，並沒有真正回應國人與社會賦予新制的期待，嚴守行政合法性與正當性的把關者角色，發揮人權保障的制度功能呢？除了報章偶爾披露的少數幾個引起社會關注的行政法院判決外，³ 我們要如何才能有系統地瞭解並掌

issues in the cases)。這些法院自己發展用來拒絕受理案件或處理案件所涉爭議的法律原則，包括「判決先例拘束原則」(stare decisis)、「案件爭議可司法性原則」(justiciability)、「政治問題不受理原則」(political question)、「聯邦議題原則」(substantial federal question)……等等。不過，也正因為「司法自制」的相關原則是由法院自己發展出來的，其內涵並非確定，適用標準各異，類同的政治問題，法院時而加以受理，時而高舉「司法自制」的標幟而不予受理。從而，學說上，遂將法院經常且嚴格適用前述司法自制原則的情形，冠上「消極」(passive)之名（著名美國憲法學者 Alexander M. Bickel 甚至正面肯認此種司法消極 (passive virtues)，認為適當的司法消極態度是保障司法正當性的不二法門），相反地，當法院較不受前述「司法自制原則」的拘束時，則稱為司法之積極 (active)。請參閱 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 111-98 (2nd ed. 1986); David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability* 22-37, 121-2, 147, 752 (4th ed. 2000). 不過，因為愈來愈多的學者，使用司法積極 (active) 或消極 (passive) 此一名詞，並不限於談論美國憲法或美國聯邦最高法院的運作，也非僅環繞「司法自制」原則，尤其是當學者跳脫美國憲法的討論時，其所謂的司法消極或積極，往往指稱的是法院是否具有相當廣泛的管轄權限，法院是否積極受理繫屬的案件，或法院是否積極審查行政或立法的合法（憲）性基礎，甚至是從結果論斷法院是否能與行政及立法相抗衡，勇於拒斥違法及違憲的法令而言。在比較憲法上談論所謂的「司法積極主義」(judicial activism)，多指這一層意義而言。請參閱 Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 643, 658-61 (1999); *Judicial Activism in Comparative Perspective* 1-12 (Kenneth M. Holland ed. 1991). 本文所稱的司法積極主義，也就從後者的概念而來，亦即討論行政法院於轉型之後，是否積極適用行政訴訟法新修正條文的訴訟管轄，積極審查行政行為的合法性，並拒絕適用違法的行政命令。

- 3 例如，民國九十年七月，台北高等行政法院接連作成二起判決，認定大學自行訂定之學則，以大學學生學習成績不及格科目之學分數達該學期修習學分總數二分之一，作為剝奪大學生之學生身分之理由，係增加「學位授予法」及「大學法」所未有之限制，違反法律保留原則及中央法規標準法第五條之規定，從而主張該違法學則不拘束行政法院，而不予適用，被告大學依該學則對原告所為之退學處分，則屬違法之行政處分。這兩起判決，經報章披露，引起廣泛的爭議與討論。此兩號判決分別為臺北高等行政法院判決八十九年度訴字第一八三三號（民國九十年七月九日）以及臺北高等行政法院判決八十九年度訴字第二三一號（民國九十年七月二十五日），詳細判決內容可查詢司法院網站司法院一、二審判決查詢系統 (<http://wjrs.judicial.gov.tw/jud12/>)。有關此兩起判決的相關新聞報導，請見中國時報，2001.7.27，三版。

握改制後行政法院的判決趨勢，以評價其是否積極回應改革呢？

本文認為，要探究改制後的（最高）行政法院是否積極地回應改革，觀察其是否積極適用行政訴訟法的新修正條文，固然不失為是一個可行方法；但是，因為此一方法在研究分析上欠缺過去的對照組，無法進行改制前後的判決比較，並不能真正指出行政法院是否有積極回應改革的「趨勢」。從而，我們必須選擇一項行政法院的既有權限，檢視（最高）行政法院是否於改制之後，對於此一權限的運用轉趨積極，才能論斷（最高）行政法院是否真正回應人民與社會的期待，有效發揮司法監督的功能。

從幾個行政法院的既有權限之中，我們選擇行政法院對於違法行政命令⁴的審查權限作為研究指標，以觀察行政法院是否於改制之後，在相當程度內，改採司法積極主義，而嚴格要求行政行為的合法性基礎。採取行政法院對違法行政命令的審查作為研究指標，除了前述可以導出改制前後比較的理由之外，還有另外的理由。長期以來，行政法院對於違法行政命令的審查非常消極，判決實務上鮮少以行政命令欠缺授權基礎或逾越法律授權範圍，而認定該行政命令違法，進而於個案中拒絕適用的案例。⁵事實上，對於違法行

4 我國現行相關法律對於「行政命令」並沒有清楚而完整的定義，不論在學說或實務，都存有諸多疑義。憲法第七十二條、中央法規標準法第七條、以及行政程序法第一百五十條、第一百五十九條、以及立法院職權行使法第六十條，或規定行政命令在法規範位階上的效力，或規定行政命令的類型與名稱，但基本上仍沒有對於「行政命令」進行整體性的定義，從而，理論與學說對於行政命令確切定義的紛爭，也尚未真正止息。關於行政命令的意義與類型的討論，請參閱葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁四四八至四六六（二版，2000年）。原則上，本文所稱的行政命令，係指行政機關依法律授權、或依職權所訂定的一般性規定。不過，由於本文係採電腦檢索的量化研究方式，因為考慮檢索的可行性與有效性，本文並未採用以行政命令各種紛雜的名稱或類型進行檢索，而是另外設計其他檢索字串。請參閱後文2.1 司法判決的量化研究以及註16的說明。

5 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，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁二九至三十（1995）。當然，本文所指行政法院過去對於違法行政命令審查的消極態度，是以整體趨勢而言，並非意謂過去行政法院完全沒有在個案中以行政命令違法而拒絕適用的零星案例存在。不過，值得注意的是，在過去這些零星的判決裡，行政法院較少直接地宣示系爭行政命令違法，而是以比較迂迴的方式，指摘系爭行政處分缺乏法律依據而撤銷原處分。例如，喧騰一時的華西街美麗閣妓女戶案，行政法院即作成77年判字第1097號判決，以台北市政府的原處分僅依台北市管理娼妓辦法之規定即吊銷業者許可證，並未敘明係依何法律依據，而撤銷原處分。有關此案的詳細案情與行政法院的判決分析，請參閱葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，頁351-371（1999）。

政命令的審查，過去一直是由位居憲法權力分立結構優勢的司法院大法官所主導，⁶ 再加上大法官解釋具有拘束全國各機關及人民的一般效力，行政法院卻僅能在個案中附帶審查行政命令的合法性並拒絕適用，⁷ 行政法院審查違法行政命令的功能不彰，其實不難理解。⁸ 不過，也正是因為如此，如果我們能從實證分析觀察得出，（最高）行政法院確實於民國八十九年改制之後，一反過去對於違法行政命令的消極容任態度，積極審查行政命令的合法性，甚至於個案拒絕適用違法之行政命令，我們想要論證行政法院是否於改制後採取司法積極主義的命題，才更能加以彰顯。

此外，因為本文的問題意識，係在論述並評價（最高）行政法院是否於民國八十九年七月改制之後而有轉向司法積極主義的「趨勢」，本文的研究方法遂必須跳脫傳統指標判決評釋的方法（leading case approach），而對行政法院的判決進行量化的研究。雖然我們可以隨機地選取少數幾個行政法院的判決，以其已對系爭違法行政命令加以審查並拒絕適用，即論斷（最高）行

6 依憲法第七十八條之規定，司法院大法官職司憲法解釋以及統一解釋法律及命令之權，關於法律或命令是否抵觸憲法，固屬大法官釋憲之範圍，並為司法院大法官案件審理法（及其前身「司法院大法官會議法」）第四條及第五條所明定。但是，法規命令或行政規則，授權命令或職權命令，是否逾越母法授權或增加法律所無之限制，係命令是否抵觸法律，亦即命令是否「違法」的問題，在本質上與命令是否「抵觸憲法」的問題並不相同。

不過，司法院大法官自首件宣告行政命令違憲無效的案例（釋字第二一〇號）開始，即建立起「命令逾越母法授權或增加法律所無之限制，即違反憲法相關規定（如第十九條的租稅法律主義、第二十三條法律保留原則、或其他受憲法保障之基本權利），依憲法第一百七十二條之規定，應屬無效」的解釋邏輯。換言之，司法院大法官利用前述的解釋方法，將原本只是「違法」的行政命令，解釋為「違憲」，進而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。本文後面對此將會有進一步的詳細討論。

關於大法官此種解釋方法與策略，背後所代表的深刻憲法政治意涵，司法於威權政治中可以扮演的角色，以及比較憲法上類似的理論分析，請參閱 Wen-Chen Chang, "Transition to Democracy, Constitutionalism, and Judicial Activism: Taiwan in Comparative Constitutional Perspective" 158-66, 307-9 (2001) (unpublished JSD Dissertation, Yale Law School) (on file with the Yale Law School Library and the authors).

7 司法院院解字第4〇一二號、司法院大法官解釋字第三十八號、第二一六號解釋參照。詳細說明，請見後文。

8 葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁 533-537（二版，二〇〇〇年）。

政法院已展現對違法行政命令審查的積極態度。⁹ 但是，此種隨機的判決評示，見樹不見林，往往有結構上的扭曲，更無法系統性的論述行政法院整體的判決趨勢。¹⁰ 法院判決量化的研究，在過去缺乏司法院的電腦資訊系統的支持下，一直遭遇相當的困難，作者之一雖然曾經進行行政法院環保判決的量化研究，但限於人力、經費與技術的支持，研究並無法具有持續性。¹¹ 司法院近年致力法院判決之電子化，發展法學檢索系統，¹² 並將一、二審判決公布於司法院網站開放檢索查詢，對於提昇我國法學的實證研究的科學性，頗有助益。¹³

最後，在本文以實證方法，論證行政法院是否於民國八十九年七月改制之後對違法行政命令的審查轉趨積極，本文將更進一步地從理論以及規範的面向，來評價行政法院此種轉變，其背後是否承載了什麼樣的意義，以及這樣的意義對於我國憲法與行政法的規範與實際的發展有何影響。

2. 最高行政法院審查違法行政命令的趨勢與特色

本文利用司法院法學資料檢索系統，就（最高）行政法院判決進行實證的量化分析，以觀察（最高）行政法院於民國八十九年七月改制之後，對於違法行政命令的審查，是否有轉趨積極的趨勢。

9 例如，我們也可以直接援引前揭註三所引之台北高等行政法院判決，即論斷行政法院有積極審查違法行政命令的趨勢。

10 對於傳統判決評示與判決量化分析的研究方法的討論，請參閱葉俊榮，司法判決的量化研究：行政法院環保判決的量化分析，臺大法學論叢，第二十六卷第一期，頁二十七至七十七（1996）。英文文獻請參閱 Peter Shuck & Donald Elliott, "To the Chevron Station, An Empirical Study of Federal Administrative Law," 1990 *Duke L. J.* 984 (1990).

11 在行政院國家科學委員會補助下，作者之一曾對行政法院的環保判決進行量化研究。參閱葉俊榮主持，行政法院環保判決之研究(一)、(二)，行政院國家科學委員會補助研究計畫（1993, 1994）。

12 司法院的法學檢索系統，見司法院網站 (<http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/>)。

13 不過，司法院檢索系統，除了涵蓋判決面向非常廣泛此一優點外，其設計相當簡化，選項過少，並不能真正滿足法學研究者進行實證分析的需求。筆者先前對於行政法院環保判決的研究所設計的電腦檢索程式，就較司法院檢索系統複雜。這種實證選項設計的有限性，對於本文研究的影響並不多，本文會在下面呈現實證結果時，一併提及。

2.1 司法判決的量化研究

不論在國外或國內，傳統以來司法判決的研究都以指標判決研究法 (leading case approach)，從研究者所零星搜尋的指標性判決，探討法院見解及其變遷。這種研究方法往往受制於所選取的判決，而呈現無意的偏頗。由於電腦科技的發達以及司法判決電子化的趨勢，司法判決的量化研究已成為可能。作者之一早在多年前即勇敢地進行司法判決的量化研究。但是，量化研究必須對所掌握的判決數量與內容作更透明化的交代，研究方法的研究性也備受考驗。因此，既有司法判決檢索系統的設計良窳，便成為相當決定性的基礎條件。本研究採取量化研究，雖然仍面臨基礎條件的部分困難，但仍盡量交代相關數據與方法。

首先，我們進入司法院網站 (<http://www.judicial.gov.tw/>)，點選司法院的法學資料檢索系統 (<http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/>)。進入該檢索系統之後，點選「解釋／判例／裁判」項目，以進入「解釋／判例／裁判」查詢的資料庫。在出現該資料庫的檢索首頁之後，在「資料庫類別」下選取「最高行政法院裁判」，並在「裁判類別」下點選「全部」。至於「日期區間」、「字號」以及「案由」等項目，則皆維持空白。值得一提的是，司法院本套檢索系統是近年所建立，經電腦建檔的判決，並沒有涵蓋民國八十六年以前所有的行政法院判決。不過，因為本文旨在探究（最高）行政法院是否於民國八十九年七月改制之後轉趨積極審查違法的行政命令，其觀察點在於民國八十九年七月前後，如果檢索結果在民國八十六年至民國八十九年之間並無明顯變化，此一資料庫涵蓋範圍過小的缺點，對於本文之論證，也就不產生影響。¹⁴

14 根據司法院法學資料全文檢索資料開放範圍，電腦檢索系統內所涵蓋的最高行政法院裁判，包括行政法院裁判要旨彙編（民國 67 年以後至目前）以及自民國 87 年起所有的最高行政法院裁判（於 1 個月內收錄），請參閱 <http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/datascop/asp> (2001/10/1)。當然，如果其他實證研究的題目需要涵蓋期間更廣、更多的判決作為評析對象，此一缺點即已構成量化分析的障礙。我們也期待司法院能持續法院判決的電子化（尤其是過去的判決），擴增其涵蓋面向，為我國將來法學實證研究奠定重要基礎。

最後，進行判決檢索的「檢索語詞項目」，則為本研究的重點。因為筆者擬探究（最高）行政法院於改制前後對於違法行政命令的審查是否轉趨積極，在「檢索語詞項目」下，本文所輸入的關鍵詞語，必須能盡可能地網羅判決當事人曾主張或抗辯系爭行政命令違法的所有判決，當作有效的分母（B），再從其間進一步檢索出（最高）行政法院因此認定系爭行政命令違法，於個案中拒絕適用該命令而撤銷系爭行政處分的判決，作為分析的分子（A）。

如前所述，對於違法行政命令的審查與無效宣告，司法院大法官一向非常積極。自大法官於釋字第二一〇號解釋以行政命令有違母法規定即屬違憲無效的宣告開始，¹⁵ 憲法解釋的聲請（尤其是人民聲請釋憲），即不乏主張確定終局裁判所適用的命令，違反法律規定或逾越母法授權，從而違反憲法（第十九條的租稅法律主義、或第二十三條的法律保留原則、或其他憲法所保障之基本權利）的論點。司法院大法官也相應地作成憲法解釋，將「逾越法律授權」（如釋字第三一三號解釋）、「增加法律所無之限制」（如釋字第三六三號解釋）、「逾越母法意旨」（釋字第四七九號解釋）等行政命令，宣告違憲無效，或者以行政命令並未「逾越授權範圍」，作為維持系爭行政命令合憲性的理由。

整理大法官解釋中關於行政命令違法、違憲的解釋與主張，我們可以歸納出「逾越授權範圍」、「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、「增加法律所無之限制」為四個大法官解釋以及聲請人最常用來指摘系爭行政命令違法違憲的詞語，一如表一所示。

隨著大法官解釋對於違法行政命令之違憲宣告的大幅增加，大法官解釋與聲請人用來指摘此類違法行政命令的詞語也就更加系統化與一致化。以表一為例，「逾越授權範圍」、「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、「增加法律所無之限制」等四個詞語，幾能涵蓋所有主張行政命令違法、違憲的解釋聲請，再從中篩選出大法官宣告系爭命令違法、違憲的正確性，也就相當的高。

不過，我們也注意到，以這四個詞語作為檢索片語，並無法經由電腦檢

15 詳細論點，請參閱前引註 6 與後文相關之說明。

表一：大法官解釋中關於行政命令違法、違憲的解釋與主張

	聲請書或解釋文中含有該詞語 以指摘行政命令違法、違憲的解釋	違憲解釋
逾越授權範圍	釋字 270, 313, 320, 360, 383, 417, 423, 479, 488, 510	釋字 313, 320, 423, 479, 488
逾越法律授權	釋字 293, 313, 360, 389, 375, 397, 400, 411, 438, 450, 456, 515, 524	釋字 313, 400, 450, 456, 524
增加母法所無之限制	釋字 333	無
增加法律所無之限制	釋字 343, 363, 367, 411, 413, 414, 437, 441, 443, 444, 449, 454, 456, 469, 474, 479, 480, 493, 514, 526, 530	釋字 367, 413, 443, 454, 456, 469, 479, 514, 530

來源：作者製表。資料來源與篩選方式，參閱司法院法學資料檢索系統 (<http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/>)

索系統篩選出大法官早期宣告違法行政命令違憲的解釋（如釋字第二一〇號解釋、釋字第二一八號解釋、釋字第二六八號解釋、釋字第二七三號解釋、釋字第二七四號解釋等）。這應該是因為第五屆大法官剛開始對於違法行政命令進行違憲審查，解釋慣例尚未完全成形，所以我們無法單純地運用前述詞語來檢索出主張違法行政命令違憲的聲請書或解釋文。

從而，本文決定以「逾越授權範圍」、「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、或「增加法律所無之限制」等四個詞語，來檢索（最高）行政法院的判決，以盡可能網羅當事人曾主張或抗辯系爭行政命令違法的所有判決，當作有效的分母(B)（參閱表二）。¹⁶ 因為電腦檢索詞語的固定性與僵硬性，

16 另外一個可能的方式，是以行政命令的名稱或分類作為檢索字串，以盡可能擴大分母 B 的範圍。不過，我國基於固有法制用語的繁雜，加上學界引進國外法制概念，使得行政命令的意義、名稱與類型，在實務與學術上表現出相當的落差與混亂。不同類型或性質的行政命令（法規命令、行政規則、授權命令、職權命令、函釋……等）亦可能使用相同或不同之名稱（規則、細則、辦法、令、函……等），若以行政命令學理上的分類或實務上各種分類名稱作為檢索字串，反而可能漏失相當多的判決。相反地，因為前述司法院大法官所豎立對於違法（憲）行政命令的審查模式，在本研究剛開始幾次嘗試後發現，（最高）行政法院就各種行政命令的審查，最常使用「逾越授權範圍」、「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、「增加法律所無之限制」作為非難行政命令的用語，尤其「增加法律所無之限制」

如果原告或法院對於違法行政命令的主張或論斷，並未採用前述四個檢索詞語，我們就會漏失這些判決，這也是判決量化研究所無法避免的誤差。不過，依筆者所信，因為近年大法官解釋對於違法行政命令之違憲審查已相當制度化，幾能完全為前述四個檢索詞語所涵蓋，民國八十七年以後的行政法院判決，不論是原告或法院，都應該會受到大法官解釋的影響，而於個案中主張系爭行政命令違法時，採用大法官解釋常用的詞彙。從而，我們所漏失的判決母數，也就不至於太多而影響到本研究對於整體趨勢觀察的正確性。

在確定分母 B（原告主張系爭行政命令違法的行政法院判決）之後，我們必須進一步檢索出（最高）行政法院因此認定系爭行政命令違法，於個案中拒絕適用該命令，並撤銷系爭行政處分的判決，作為分析的分子（A）（參閱表二）。在司法院的法學資料檢索系統中，進行判決檢索的「檢索語詞項目」，除了輸入關鍵詞彙以網羅含有該關鍵詞彙的判決外（以「+」表示），也可以輸入關鍵詞彙以刪除含有該關鍵詞彙的判決（以「-」表示）。我們在分母 B 群的判決中，輸入「原告之訴駁回」此一檢索詞語（亦即，於「檢索詞語」欄內輸入「逾越授權範圍+逾越法律授權+增加母法所無之限制+增加法律所無之限制-原告之訴駁回」），即可從原告主張系爭行政命令違法的判決中，篩選出行政法院並未因此認定行政命令違法而撤銷行政處分的判決。¹⁷ 如此一來，（最高）行政法院認定系爭行政命令違法，於個案中拒絕適

一語，更是非常頻繁地被使用於各種職權命令或函釋的非難。因此，本文遂不採以行政命令的類型或名稱作為檢索字串的方式。又，關於行政命令的意義與類型的討論，請參閱葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁四四八至四六六（二版，2000 年）。

17 值得特別說明的是，以「逾越授權範圍+逾越法律授權+增加母法所無之限制+增加法律所無之限制-原告之訴駁回」如此長的字串作為「檢索詞語」，輸入司法院法學資料檢索系統，有時會面臨檢索系統無法反應的現象。雖然作者曾經成功地以此字串檢索出結果，但當作者要進行複試時，則面臨系統需時過久而有無法回應的現象。當然，另外較為費時的檢索方式，是個別輸入「逾越授權範圍-原告之訴駁回」、「逾越法律授權-原告之訴駁回」「增加母法所無之限制-原告之訴駁回」「增加法律所無之限制-原告之訴駁回」，以多次檢索來減少系統的負荷。但如此一來，則需要較多事後彙整判決的工作。我們在此建議司法法院能夠進一步加強此套法學系統的檢索功能，仿效國際法學檢索系統（如 Lexis-Nexis）多重精細的設計，使法學研究者可以進行更有效率的方式，就我國法院判決，進行科學性與精確性更俱全的實證研究。

用該命令，並撤銷系爭行政處分的所有判決，即可以被檢索出來。不過，原告主張行政命令違法，且未被行政法院駁回其訴者，並不當然表示行政法院即於該判決認定系爭行政命令違法並拒絕適用，行政法院也有可能基於其他理由而未駁回原告之訴。由於這些理由並無法完全地作系統化的預測，我們並沒有採用進一步的電腦檢索，而是將前述檢索結果（A+C），以人工方式作進一步的區分，從而得出本文表二的結果。

表二：（最高）行政法院認定行政命令逾越法律授權之裁判比例表
（86/01～90/09）

	86/01～ 86/06	86/07～ 86/12	87/01～ 87/06	87/07～ 87/12*	88/01** ～88/06	88/07～ 88/12	89/01～ 89/06	89/07*** ～89/12	90/01～ 90/09
A：行政法院認定 命令違法的裁判	0	0	0	0	0	0	2	3	3
C：行政法院基於 其他理由作成有利 原告裁判	0	0	0	1	0	1	3	0	0
B：主張系爭命令 違法的裁判	4	8	7	12	17	14	26	14	17
A/B(%)	0%	0%	0%	0%	0%	0%	8%	21%	18%

來源：作者製表。

* 民國八十七年十月二十八日，「行政訴訟法」修正通過。

** 民國八十八年二月三日，「行政法院組織法」修正通過，確立行政法院之改制。

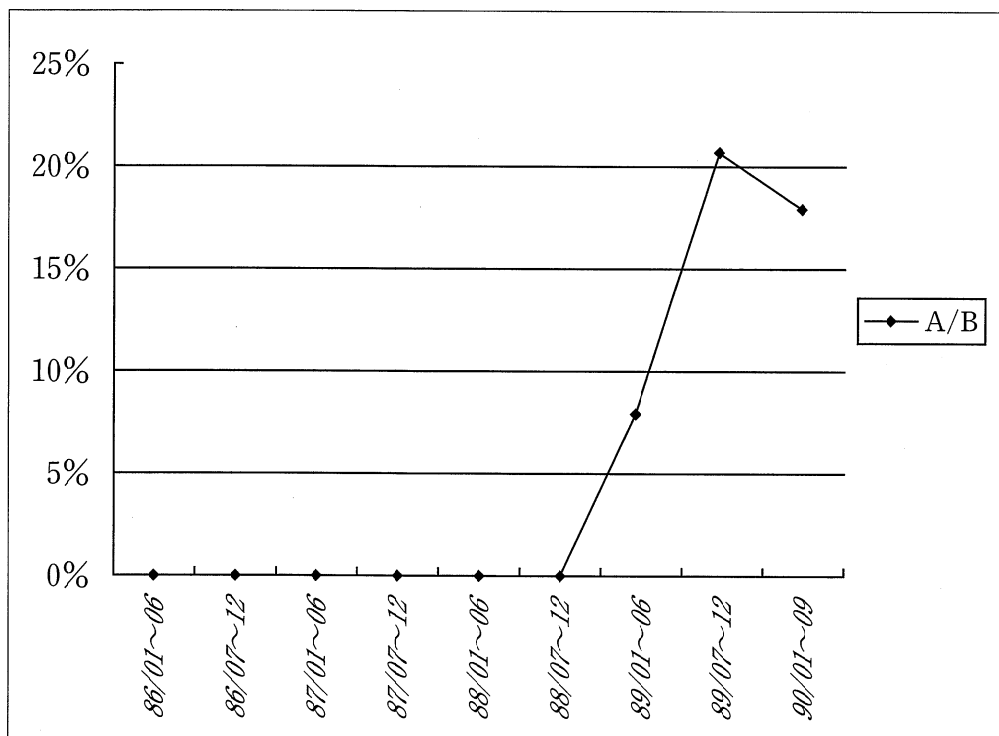
*** 民國八十九年七月一日，行政訴訟法新修正條文與改制後的行政法院，同步正式施行與運作。

2.2 改制後最高行政法院審查違法行政命令的積極趨勢

從表一的檢索結果，我們可以非常明顯看到，（最高）行政法院在民國八十九年七月改制前後，不但對違法行政命令的審查轉趨積極，其認定系爭行政命令違法並於判決中拒絕適用的案件比例，更達到史無前例的高峰狀態。這點我們可以從檢索結果（表二）所轉換的統計折線圖（圖一），很清楚地觀察出來。

此一統計結果的意義，可以表現在幾個方面。首先，在決定以（最高）

圖一：(最高)行政法院認定行政命令逾越法律授權之裁判比例圖
(90/09~86/01)



來源：作者製圖

行政法院對於違法行政命令的審查趨勢作為觀察指標時，我們曾經提到行政法院長期以來對違法行政命令審查的消極態度，判決實務上較少出現指摘行政命令違法並於個案中拒絕適用的案例。此一觀察，可以從前述實證分析中得到支持。¹⁸ 在民國八十九年一月之前，雖然不乏原告於具體案件中主張系爭行政命令具有逾越法律授權或增加母法所無限制之違法，行政法院卻完全沒有作出任何認定行政命令違法，並於個案中拒絕適用的判決。即便在民國八十七年十月行政訴訟法修正、民國八十八年二月行政法院組織改制通過之

18 如註 5 所述，行政法院在以往零星出現的案例中，較少直接以行政命令違法而於個案拒絕適用，而是以較迂迴的論證方式來撤銷原處分。如此一來，本文採用檢索字串的分析方法，即無法涵蓋這些判決。不過，因為本文主要在論證行政法院是否於民國八十九年改制之後對於違法行政命令的審查轉趨積極，此一問題對本文結論即不生影響。

後，因為社會大眾對於行政法院改革的期待心理，而於訴訟中大幅增加行政命令違法的主張（從民國八十七年上半年的七件、民國八十七年下半年的十二件、到民國八十八年上半年的十七件），行政法院也絲毫未予以正面回應，未曾從中作出任何認定行政命令違法的判決。

但是，行政法院對於違法行政命令審查的消極態度，在民國八十九年之後，有了明顯的轉變。民國八十九年上半年，在高達二十六件原告主張系爭行政命令有逾越法律授權或增加法律所無限制之違法的案件中，行政法院作出二則認定系爭行政命令違法並於個案拒絕適用的判決（行政法院判決 89 年度判字第 1128 號、89 年度判字第 1869 號），其比例為百分之八。在民國八十九年七月一日行政法院正式改制為最高行政法院，行政訴訟法新訴訟條文也正式施行之後，（最高）行政法院審查並認定行政命令違法於個案中拒絕適用的案件比例，更高達百分之二十一，達到史無前例的高峰狀態（例如 89 年度裁字第 1370 號、89 年度判字第 2995 號、89 年度判字第 3839 號等）。

在民國九十年一月至九月，行政法院對於違法行政命令審查，仍持續積極，在十七件作如是主張的案件中，作成三則認定行政命令違法並拒絕適用的裁判（例如 90 年度判字第 1437 號、90 年度判字第 1372 號、90 年度判字第 470 號等），也維持了將近二成的比例。¹⁹ 從這樣的實證結果，我們可以很

19 此外，值得注意的是，民國八十九年十二月二十七日公布行政程序法第一百七十四條之一：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後一年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。前項期間屆滿前一個月，行政院認有必要，經立法院同意後，得以命令延長之。」的規定，而產生既有涉及限制人民權利而欠缺法律具體明確授權依據的行政命令，是否在一定期間內可以「就地合法」的問題。

民國九十年間，在幾個行政法院的判決中，即有被告機關以行政程序法第一百七十四條之一作為相關職權命令合法性的主張，如 90 年判字第 383 號判決（涉及水污染防治法第二十一條規定所概括授權訂定廢水處理專責單位或人員設置辦法）、90 年裁字第 655 號裁定（涉及廢棄物清理法第二十一條之規定所概括授權訂定之公民營廢棄物清除處理機構管理輔導辦法及專業技術人員之資格）、90 年判字第 1267 號判決（涉及水污染防治法第二十一條規定所概括授權訂定廢水處理專責單位或人員設置辦法）等。

惟在前述三則判決中，（最高）行政法院都以相當積極的態度，主張行政程序法第一百七十四條之一的規定，並不能使違法限制人民權利、欠缺具體明確授權依據的違法行政命令「就地合法」，撤銷系爭裁罰性行政處分，充分展現法院轉型之後的司法積極主義風格，與本文

客觀地作出結論：（最高）行政法院，在民國八十九年七月改制之後，對違法行政命令的審查與拒絕適用，轉趨積極，相當正面地展現「司法積極主義」的風格。

最後，需要另外解釋的是，行政法院於民國八十九年七月一日改制前，在民國八十九年的上半年，已經從二十六件主張系爭行政命令違法的案件中，作出二則認定行政命令違法並拒絕適用的判決（比例為 8%），此一現象是否會影響本文認為（最高）行政法院係於民國八十九年七月改制之後才對於違法行政命令的審查與拒絕適用轉趨積極（比例為 21% 及 18%）的結論呢？本文認為，行政法院於民國八十九年上半年即已稍顯其因應改制的司法積極主義，不但絲毫未損本文前述觀察結論，反而更進一步地加強其論點。如前所述，行政訴訟法新修正條文在民國八十七年十月通過，行政法院組織法也於民國八十八年二月完成修正，司法院更是早在民國八十五年十一月即與行政法院共同成立跨院之「高等行政法院籌備小組」，未雨綢繆地規劃並進行行政法院改制後的相關配合措施，²⁰ 顯見行政法院很早即已預期改制及改制之後所帶來制度角色的根本變革。

事實上，行政法院此種改革的自我認知與定位，也反映在判決上。從表一我們可以發現，自民國八十七年下半年開始，縱使行政法院並未贊同原告對於系爭行政命令違法的主張，行政法院也開始詳究行政機關適用命令是否

前述檢索結果，可以相互印證。

又，必需再次強調的是，在民國八十九年十二月行政程序法通過之前，該法第一百七十四條之一的相關爭議尚未產生，不論是當事人或行政法院，都不能以此作為行政命令違法與否的主張。因為本文的研究重點在於論證（最高）行政法院是否於民國八十九年七月一日改制前後轉趨積極，必需控制法院改制前後的相關變項，行政程序法第一百七十四條之一的問題，於行政法院改制前並不存在，本文的檢索條件遂未能納入此類判決，但對本文原則上之論證，則應不致有影響。

20 相關內容，請參閱司法院八十八年九月九日所發布之（八八）院台廳行一字第 23933 號函頒「中華民國八十七年十月二十八日修正公布之『行政訴訟法』修正條文暨八十八年二月三日公布之『行政法院組織法』修正條文，均經本院定中華民國八十九年七月一日施行。」新聞稿，可於司法院網站「司法新訊」中查詢（<http://www.judicial.gov.tw/>）。

有不當，而應撤銷原處分的情形。²¹這樣的案件，在民國八十八年下半年，有一件，而在民國八十九年上半年行政法院改制之前，則有三件之多（參閱表二的C項）。有趣的是，當（最高）行政法院於民國八十九年七月起轉而對違法行政命令積極審查並拒絕適用之後，此種判決反而減少。因此，我們認為，自民國八十七年行政訴訟法新修正條文通過，行政法院改制計畫確立之後，行政法院即已清楚接收到社會深切期待其大刀闊斧改革與轉型的訊息，雖然行政法院尚未能積極審查違法行政命令，擔負起司法監督行政權行使之合法性與正當性的制度功能角色，但從行政法院開始詳究行政機關適用命令是否不當的判決增多來看，行政法院也陸陸續續在判決中釋放其積極回應改革的訊息。²²不過，（最高）行政法院因應改制而轉向「司法積極主義」的訊息，還是要到民國八十九年七月新制實施之後，才正式地完全釋放出來。²³

21 以行政法院 88 年判字 4114 號判決為例，原告主張台北市政府建設局所依據之經濟部函釋，牴觸食品衛生管理法相關之授權，行政法院雖未作此認定，但卻指摘台北市政府建設局不當適用法令，而撤銷原處分。又如，在行政法院 89 判 899 號判決，雖然行政法院並未贊同原告指摘土地稅法施行細則第四條有增加母法所無限制之違法，但也認為被告機關高雄市稅捐稽徵處適用法令不當而撤銷原處分。同樣地，在行政法院 89 判 1103 號判決，行政法院並未認定原告所主張之相關命令逾越法律授權範圍，但卻破天荒地引用當時已通過但為正式施行之行政程序法第一百十七條的信賴保護原則，指摘原處分作成不當。最後，在行政法院 89 判 1147 號判決，原告主張交通事業人員考成規則逾越法律授權，行政法院則是在細究相關法令與事實之後，指摘被告交通部民用航空局作成免職處分之事實認定過於輕率而撤銷原處分。

22 法院於判決中向其他權力機關（如國會或行政部門）釋放訊息（sending messages or judicial invitations），明示或暗示法院對於特定憲政議題、立法政策或行政執行的意見，並非少見。美國最高法院在一九三〇及四〇年代，就常常在判決中釋放訊息。如在 *Helvering v. Griffiths*, 318 U.S. 371, 400-01 (1943)，一案中，美國最高法院就對國會「明示」國會應該另立新法，以推翻最高法院先前的判例。關於美國最高法院如何於判決中釋放訊息，以活絡憲法規範的導引與對話功能，請參閱 Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretations as Political Process* 247-51, 275-9 (1988)。另外，關於此種法院釋放訊息功能的理論探討，請參閱葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡，臺大法學論叢，第三十一卷第二期，頁五十九至九十六（2002）；葉俊榮，司法院大法官附期限憲法解釋的分析，行政院國家科學委員會人文及社會科學研究彙刊，六卷一期，頁一至二十三（1996）。

23 本文初稿完成發表後，最高行政法院在民國九十年七月至十二月間（最高行政法院改制一年後），作出多起判決涉及「廣播電視事業製播涉及競選活動之節目與廣告處理原則」的合

2.3 改制後最高行政法院審查違法行政命令的案例特色

在我們以量化實證的方法，論證（最高）行政法院在民國八十九年七月改制之後，確實有積極審查違法行政命令的整體趨勢之後，我們也要對（最高）行政法院認定行政命令違法的判決，²⁴ 進行細部的個案探討，從具體的判決內容，來說明改制後（最高）行政法院積極審查違法行政命令的案例，是否具備某些共同的特色。²⁵

2.3.1 審查效力：僅於個案拒絕適用

憲法第一百七十二條規定，命令與憲法或法律牴觸者無效。同法第八十條也規定，法官依據法律獨立審判，不受任何干涉。從而，命令若牴觸法律，

法性審查，其中有六件判決，最高法院以系爭行政命令限制人民言論自由，有違憲法第二十三條法律保留原則，尚難引為裁罰之依據，而撤銷原處分（90 年度判字第 1732 號、第 1840 號、第 1841 號、第 2465 號、第 2466 號及第 2467 號判決）。此外，民國九十一年截至目前為止，在系爭行政命令涉及罰鍰或沒入規定的案件中，亦有一件行政法院判決是以系爭行政命令顯與法律有所牴觸而撤銷原處分者（91 年度判字第 279 號）。顯見最高行政法院，果如本文所述，在其改制之後，逐步增加釋放其司法積極主義，以因應改革的轉型時刻。

- 24 這些判決為：最高行政法院判決 89 年度判字第 1128 號（以醫療法施行細則相關規定逾越母法規定之限度，不生效力，而撤銷依據該規定所為之處分）、89 年度裁字第 1370 號（以系爭公民營廢棄物清除處理機構輔導辦法，未經法律明確授權，有違反憲法第二十三條之「法律保留原則」之疑慮，准予停止執行）、89 年度判字第 1869 號（以系爭辦法訂定之授權依據有疑義，並無拘束力，而撤銷依據該辦法所為之處罰）、89 年度判字第 2995 號（以系爭生活津貼審核作業規定相關要件，非屬執行法律規定之技術性、細節性事項，不無增加法律所無之限制之違法，而撤銷依據該作業規定之限制所為之行政處分）、89 年度判字第 3839 號（以系爭中醫師檢覈辦法之相關限制規定，顯已逾越母法授權之範圍，不受其拘束，而撤銷原處分）、90 年度判字第 1437 號（以系爭辦法不當增加母法所無之限制，侵害人民依法享有之租稅優惠權利，不予適用，而撤銷原處分）、90 年度判字第 1372 號（以系爭施行細則已逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍，損及再任公務人員重行退休時之權益，不受上開施行細則規定之拘束，而撤銷原處分）、90 年度判字第 470 號（以系爭辦法不當增加母法所無之限制，侵害人民依法享有之租稅優惠權利，不予適用，而撤銷原處分）。

- 25 這種將整體量化分析與個案研究交互進行的研究方式，一方面可彌補傳統偏重個案判決的評示，見樹不見林，對問題認識易生結構性扭曲的缺點，另一方面也可以稍解實證量化研究礙於分析變數的限制，而往往流於簡單化與形式化的弊端。請參閱葉俊榮主持，行政法院環保判決之研究（二），行政院國家科學委員會補助研究計畫，頁五（1994）。

法官應認為無效，而拒絕適用之。對此，早期的司法院院解字第四〇一二號解釋即明白表示：「與憲法或法律牴觸之命令，法院得逕認為無效，不予適用。」司法院大法官在釋字第三十八號以及釋字第二一六號解釋，皆曾隱含或正面肯認了此種見解。²⁶從而，授權命令若逾越授權範圍或增加母法所無之限制，職權命令若逾越法律授權或增加法律所無之限制，應屬牴觸法律之命令，依憲法第一百七十二條規定為無效，法官（各級法院法官）自得於個案裁判時拒絕適用。

有疑問的是，命令有逾越法律授權或增加母法所無限制之「違法」，是否即為「違憲」？而對命令是否「違憲」，各級法院法官有否獨立之審查權而得於個案拒絕適用？

首先，必須究明的是，命令是否有逾越母法授權或增加法律所無之限制，係命令是否牴觸法律，亦即命令是否「違法」的問題，在本質上與命令是否「牴觸憲法」的問題並不相同。不過，司法院大法官在首件宣告違法行政命令即係違憲的釋字第二一〇號解釋中，以獎勵投資條例施行細則第二十七條與財政部相關函釋，與獎勵投資條例之規定不符（作者按：此應為命令牴觸法律之違法），而有違憲法第十九條租稅法律主義之本旨。換言之，大法官在釋字第二一〇號解釋，建立起「行政命令牴觸母法，即為違憲」的解釋原則。²⁷在釋字第二六八號解釋，大法官又再次以系爭考試法施行細則的規定增設考試法所無之限制（作者按：此亦為命令牴觸法律之違法），而有違憲法保障人民權益之意旨（憲法第十八條保障人民應考試服公職之權），應不予適用。隔年的釋字第二七四號解釋，也再一次地將增設法律所無限制的保險法施行細

26 翁岳生，論法官之法規審查權，台大法學論叢，二十四卷二期，頁九七（1995）；葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁五三三至五三七（二版，2000年）。

27 對於大法官將違法行政命令解釋為違憲的論點，連任第五屆及第六屆的大法官吳庚，在其行政法教科書中，也有詳細的說明。其以為大法官之所以必須將牴觸母法之命令，宣告其為違憲，乃是為了糾正當時實務上所流行之一項觀點：「依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」。因為當時實務錯誤地將命令的位階置於法律，而無法對於命令作是否牴觸法律的審查，司法院大法官遂以釋憲之方法，將牴觸法律的命令，視為違憲，以導正法院判決實務容任違法命令之現象。請參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁二四九至二五〇（增訂三版，1996）。

則規定，以有違憲法保障人民意旨為由，解釋為違憲而認定應不予適用。

對於違法行政命令之審查具有里程碑意義的釋字第三一三號解釋，大法官更援引憲法第二十三條以「法律」限制人民權利之意旨（學說稱為法律保留原則），而認為涉及人民權利限制之處罰規定，其構成要件及數額應由法律定之，若法律就之授權以命令為補充規定，授權內容必須明確（學說稱為可理解原則）。從而，涉及處罰規定的命令，如作逾越法律授權範圍的規定（作者按：此應為命令牴觸法律之違法），或授權依據有欠明確，則牴觸憲法第二十三條法律保留原則之意旨，應為無效。²⁸

在釋字第三一三號解釋之後，司法院大法官陸續作出許多重要解釋，建立起「行政命令違法，從而違憲」的審查與認定標準。²⁹ 大體而言，司法院大法官認為，法律授權涉及限制人民權利者，其授權目的、範圍及內容必須具體明確，裁罰規定的構成要件與法律效果必須以法律定之，否則據此訂定的行政命令，即違反憲法第二十三條法律保留原則之意旨，侵害人民受憲法保障之權利。在法律概括授權行政機關訂定行政命令的情況（如施行細則），大法官則以此等命令的訂定必須符合立法意旨且未逾越母法所規定的限度，或係就執行法律有關的細節性、技術性事項為規定，方屬合法、合憲。

從而，經過大法官一連串的解釋，在我國法制上，命令如有逾越法律授權、增加母法所無之限制、或非就執行法律有關之細節為規定、或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，不僅為牴觸授權法律之違法，也屬於牴觸憲法相關規定（如法律保留原則）之違憲。換言之，當（最

28 有趣的是，行政命令的「授權」有欠明確，非難的對象應該是作出該授權的「法律」，可歸責的也應該是「立法部門」，而非僅是依據該廣泛授權訂定「命令」的「行政機關」。這也是為什麼美國聯邦最高法院在引用「授權禁止原則」（non-delegation doctrine），都是將矛頭對準聯邦國會，而非聯邦行政機關。在台灣，立法院制訂法律一向並不嚴謹，法律空白授權或廣泛授權行政命令的情況所在多有，行政機關因此而訂定的行政命令當然動輒增加法律所無之限制或是違背母法意旨。對此，我國的司法院大法官，與美國聯邦最高法院不同，一逕偏向非難行政機關並指摘行政命令的合法性與合憲性，反而消極容任為此授權的「法律」與「立法部門」。對於「法治主義」（以及「法律保留原則」、「授權明確性原則」）等背後的權力分立結構，容後詳述。

29 如釋字 320, 367, 380, 394, 400, 402, 423, 450, 456, 469, 479, 488, 514, 524, 530 等。相關整理，請參閱吳庚，前揭書，頁二五〇至二五二。

高) 行政法院就命令有逾越法律授權或增加母法所無限制之「違法」進行審查時，即為對此等命令的「合憲性」進行審查。那麼，行政法院法官是否可以就行政命令的合憲性進行審查呢？

按憲法第一百七十一條規定，法律與憲法牴觸者無效，而法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。憲法增修條文則將此解釋權限，交由司法院大法官行使。至於命令，憲法第一百七十二條僅規定命令與憲法或法律牴觸者無效，並未將命令之釋憲權交由特別之憲法機關行使。從前述司法院院解字第四〇一二號解釋「與憲法或法律牴觸之命令，法院得逕認為無效，不予適用」以觀，各級法院法官（當然也包括大法官）應享有命令的違憲審查權。此點在民國八十四年的大法官所作成之釋字第三七一號解釋，亦可以得到佐證。該號解釋允許各級法院法官，依其合理確信，對於應適用之「法律」而認為有違憲疑義時，得停止訴訟程序，聲請大法官解釋。從而，若各級法院法官認定「命令」牴觸憲法時，則無須停止訴訟程序聲請大法官解釋，而得以於判決中直接拒絕適用。³⁰

縱上所述，(最高) 行政法院對於行政命令是否逾越法律授權、逾越授權範圍、增加母法或法律所無之限制的審查，不僅是對於行政命令違法的審查，也是違憲的審查。不過，雖然大法官對於命令違法、違憲的之宣告，依憲法及釋字第一八五號解釋等，有拘束全國各機關及人民的一般性效力，(最高) 行政法院對於行政命令違法（憲）的審查，僅能於個案中拒絕適用。此點，於行政法院改制後積極審查違法行政命令的八個案例中，也清楚地表現出來。

值得一提的是，雖然對於行政命令是否有逾越法律授權或增加母法所無限制之違法的審查，等於是對其合憲性進行審查，這八個行政法院的判決卻都謹守「合法性審查」的語彙，雖提及此等命令對人民權利有所侵害（最高行政法院 90 年度判字第 1437 號、90 年度判字第 1372 號、90 年度判字第 470

30 參閱翁岳生，前揭文（論法官之法規審查權），頁一〇八。換言之釋字第三七一號解釋所指之法律，則限於形式意義的法律。詳細論述，請參閱葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁五三五至五三七（二版，2000 年）。

號)，但並未直接引用保障這些權利的憲法條文，明白直指其違憲。

2.3.2 審查方法：強調形式法治主義

如果我們詳究本文所檢視的八個案例，可以發現（最高）行政法院對於行政命令是否逾越法律授權或增加法律所無限制的判斷，偏重於形式論斷，而鮮少從實質的立法目的或管制功能加以論理。例如，行政法院 89 年度判字第 1128 號判決，以系爭醫療法施行細則增加醫療法所無『病名種數』限制，逾越母法規定，依此規定所為之裁罰即屬違法，但絲毫未從實質上去深入論理行政機關是否有合法正當之理由（如從醫事管理或從病人權益等考量）去加入此種『病名種數』的限制。

又如，最高行政法院 89 年度判字第 2995 號，以台北市中低收入戶老人生活津貼審核作業規定（根據內政部審核要點訂定）增加「實際居住之要件」為申請老人生活津貼之實質要件，為老人福利法所沒有，亦非屬執行法律規定之技術性、細節性事項，而有增加法律所無之限制之違法，從而撤銷據此所為之行政處分。不論本文是否贊成本件（最高）行政法院之判決，老人津貼的發放，為中央與地方重大的社會福利政策，政府是否有足夠經費來源維持此項福利政策，如何於政策執行過程中避免資源重複使用，對於行政部門不啻為一大考驗。內政部及台北市之審核要點，除「設籍」規定外，還增加老人實際居住該縣市為申請津貼的要件，顯有避免執行困擾與資源浪費的考量。縱令行政法院不贊同此種行政執行考量的正當性，也應於判決中多一些說理與政策辯論，而非僅是單純地以法律字面有無規定作形式判定。畢竟，設籍或居住要件是否為執行老人福利法規定之技術性、技術性事項，老人福利法從立法政策與目的著眼，是否容任此種規定，似乎尚有爭論餘地，行政法院仍有相當的空間，作更多實質論理，以提出令行政機關及社會大眾都更加信服的論點。

同樣地，最高行政法院 89 年度判字第 3839 號判決，也是僅以形式論理，將系爭中醫師檢覈辦法規定，以逾越母法授權範圍為由，拒絕適用。在最高行政法院 90 年度判字第 1437 號以及 90 年度判字第 470 號兩個判決中都涉及的「抵減辦法」，行政法院雖然有稍微提及系爭促進產業升級條例的立法目

的，但基本上仍是以該「抵減辦法」所增加的要件，為母法所無，而不予適用。必須澄清的是，本文並非不贊同行政法院對於前述行政命令的指摘，而是要指出行政法院對於行政命令違法的審查，偏重「形式」，僅從「法律字面文義」作判定，而並沒有從實質的立法目的與管制功能作考察。事實上，截至目前為止，司法院大法官對於行政命令違法、違憲的審查，也是偏重此種「形式」論斷。³¹

法院對於行政命令是否逾越母法授權或增加法律所無的限制，此種攸關現代立憲國家基本原則之法治主義（the rule of law）實踐的憲政議題，偏向「形式法治主義」（formal conception of the rule of law），³²以「形式」與「法律字面文義」作論斷，並非我國之司法院大法官或行政院所獨有，在比較法的學理與實踐上，也有支持與反對的聲音，容後作進一步之分析與評價。不過，我國司法院大法官與（最高）行政法院，在違法行政命令的審查，表現出了「形式」的法治主義，這種偏重於形式論斷，而鮮少從實質的立法目的或管制功能加以論理的判決風格，並非毫無可議，而仍有期待行政法院改革的空間。

2.3.3 審查領域：橫跨各個管制領域

此外，從本文所檢視的八個案例中，我們也發現，（最高）行政法院對於違法行政命令的審查與拒絕適用，橫跨各個管制領域，從攸關經濟發展的促進產業升級投資條例（最高行政法院 90 年度判字第 1437 號、90 年度判字第 470 號判決）、到專業管制領域的醫師法（最高行政法院 89 年度判字第 3839 號、89 年度判字第 1128 號）、到交通管制（行政法院 89 年度判字第 1869 號）、到具社會福利色彩的身心障礙保護法（最高行政法院 89 年度判字第

31 事實上，大法官的解釋，往往解釋文非常精簡，僅有非常少數的解釋，大法官才會在解釋理由中對於相關的學理與政策進行深入分析。請參閱葉俊榮，從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九年至一九九八年，台大法學論叢，二十八卷二期，頁一至六十三（1999）。

32 關於支持與反對形式法治主義（formalistic conception of the rule of law）或純以字面文義（textualism）進行法律解釋的論述與分析，容後詳述（3.1.1 法治主義的理念分析）。

2995 號)、到環境管制領域(最高行政法院 89 年度裁字第 1370 號)、甚至是傳統的公務人員法制(最高行政法院 90 年度判字第 1372 號)等,不一而足。顯見(最高)行政法院這一波對於行政命令合法性的積極審查,並沒有偏重或歧視任何行政管制領域,也沒有因為某些專業事項可能需要尊重行政專業而有放鬆審查的現象。³³

有趣的是,司法院大法官剛開始對於行政命令是否有逾越授權範圍或增加法律所無限制之違法(違憲)時,則因為對威權政治的忌諱與策略性的考量,³⁴集中於較不具政治性的財政稅務的案件。例如,民國七十五年的釋字第二一〇號解釋係針對獎勵投資條例的免稅優惠議題,民國七十六年之釋字第二一八號解釋則針對課稅方法,民國八十年之釋字第二七四號解釋則針對保險法。事實上,司法院大法官要一直到民國八十二年國會全面改選、憲政改革列車開動之後,³⁵才從釋字第三一三號解釋開始全面性的對所有管制領域的行政命令的違法(違憲)性,進行積極的審查。(最高)行政法院,作為一個違法行政命令審查的後進者,在台灣已完成民主改革的二十一世紀,其沒有任何政治上的顧慮,而能全盤地對所有管制領域的行政命令作審查,應不令人意外。

2.3.4 審查態度：顯露司法積極主義

如前所述,從量化實證的方法,我們已經可以看出(最高)行政法院於民國八十九年七月改制之後,確實有對違法行政命令進行積極審查的趨勢,其採取「司法積極主義」的態度,顯露無遺。事實上,從個別行政法院的裁

33 對於行政命令的審查,是否應該因為不同行政專業領域的考量,而有審查密度的不同,甚至在某些特殊專業,法院應該完全尊重行政裁量的討論,請參閱許宗力,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,頁一八一至二一九(1999);張文貞,前揭碩士論文,頁八十至八十二。

34 此種策略性考量,容後詳述,並請參閱 Wen-Chen Chang, *supra* note 6, at 305-11.

35 大法官憲法解釋的司法積極主義,在時點上與政治強人蔣經國逝世、台灣民主憲政改革啟動的時點相符,此一論點,請參閱 Wen-Chen Chang, *supra* note 6, at 298-305. 換言之,在民國七十七年蔣經國逝世之前,司法院大法官的憲法解釋,還並不能算是展現了司法積極主義的風格。

判中，我們也可以看出行政法院的積極審查態度。以最高行政法院 89 年裁字第 1370 號裁判為例，（最高）行政法院依行政訴訟法新修正條文第一百十六條停止執行的規定，以「廢棄物清除處理機構輔導辦法」的相關裁罰規定，有未經法律明確授權之疑慮，違反憲法第二十三條「法律保留原則」，從而，依據該輔導辦法作成之裁罰性行政處分，既有違法、違憲之虞，即應准許停止其執行。顯而易見地，行政法院不僅對行政命令的合法性積極審查，連帶地對於依據有違法疑慮的行政命令所作成的行政處分，也積極地允許其停止執行，而不讓行政機關有迴旋空間或其他裁量餘地。此種積極態度，實為我國法院實務所少見。

而新設的幾所高等行政法院，對於司法積極主義的採取，也不遑多讓。如前所述，今年台北高等行政法院接連作成二起判決認定大學自行訂定之學則，以大學學生學習成績不及格科目的學分數達該學期修習學分總數二分之一作為剝奪學生身分的理由，係增加「學位授予法」及「大學法」所未有的限制，違反法律保留原則，即引起社會廣泛注意。³⁶ 如我們嘗試將本文對於（最高）行政法院的實證分析，運用到目前三所高等行政法院成立一年多來的判決，也可以發現，在當事人具體主張系爭行政命令逾越法律授權的案件中，也有約莫一成的比例的案件，高等法院認定行政命令違法而於個案中拒絕適用。³⁷

3. 最高行政法院積極審查違法行政命令所彰顯的憲政與制度意涵：轉型法院對法治主義的主張

在整體量化與個別探究行政法院的判決結果之後，我們發現，（最高）行政法院於民國八十九年七月改制之後，展露「司法積極主義」的風格，表現在其對於「法治主義」（rule of law）的堅持上，就行政命令的審查與拒絕適用轉趨積極，不但對於行政命令有逾越法律授權或增加母法所無限制之違法

³⁶ 請參閱前引註 3。

³⁷ 因為本文主要在於對最高行政法院審查違法行政命令的趨勢作分析，並未涵蓋高等行政法院，也因為篇幅限制，不另對高等行政法院的判決作量化分析，併此說明。

予以指摘，也實際於個案判決中拒絕適用這些違法之行政命令。

「法治主義」(rule of law)，乃現代立憲國家奠基之基礎原則，(最高)行政法院能夠充分體認到此一憲法理念的重要性，而在判決中予以具體實踐，顯現顯現(最高)行政法院於民國八十九年七月改制之後，已經充分體認到國人與社會期待其發揮司法監督行政功能，擔任起積極保障人民權益的制度角色。

不過，我們卻也發現，行政法院對於「法治主義」的堅持，帶有非常強烈的「形式法治主義」(formal conception of the rule of law)色彩，對於法治主義的認知，在於強調「依法(律)而治」，純從「形式」的角度來論斷行政命令的合法性與合憲性，而鮮少從實質的立法目的或管制功能加以論理。事實上，「法治主義」的內涵，並非僅能從「形式」去理解。以下，本文將會對於「法治主義」如何從實質與程序的面向進行分析，以及「法治主義」背後的權力分立結構，作一探討。

3.1 法治主義的理念與隱含的權力分立結構

學說對於「法治主義」，往往苦於無法確定其完整定義與具體內涵。³⁸不過，幾乎各國學者皆肯認「法治主義」為近代立憲國家的基本原則，亦即，政府必須依法而治，不能恣意。³⁹法治主義，可以從理念與背後的權力分立結構，進行分析與探討。

3.1.1 法治主義的理念分析：形式、實質與程序的法治主義

「法治主義」(rule of law)，為現代立憲國家的基本原則，強調「依法而治」，以「法」作為國家基本規範，非依「法」或依「法」授權的規範，政府不得侵害人民權利。我國憲法實務與學說，往往將之稱為「法治國原則」、

38 David Dyzenhaus, "Recrafting the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 1-12 (David Dyzenhaus ed., 1999).

39 David Dyzenhaus, *id.*; Christine Sypnowich, "Utopia and the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 178-95, 179-81 (David Dyzenhaus ed., 1999).

「法律保留原則」、或「依法行政」等摻揉德國法學說之名詞。⁴⁰ 從對「法治主義」之所謂「法」的內涵認知的不同，「法治主義」往往又可以再區分為「形式法治主義」(formal conception of the rule of law)、*「實質法治主義」*(substantive conception of the rule of law)、與「程序法治主義」(proceduralist conception of the rule of law) 三種。⁴¹

所謂「形式的法治主義」，係將「法治主義」之「法」，以實證法律來理解，認為所謂的「依法而治」，即是依「法律」而治，以成文法的「憲法」與「法律」做為國家基本規範，強調政府非依「法律」或「法律授權的命令」不得限制人民權利。⁴² 再者，「形式法治主義」對於何謂法律的認知，也採取「形式」(formalistic)與「實定」(positive)的觀點，⁴³ 認為法律作為一實際存在的正式文件，其所表彰的之文義清楚顯明，並無混淆與模糊空間。從而，基於忠於「法治主義」原則的立場，對於法律的解釋，也僅能從文義解釋(textualism)，以法律字面文義的理解，來決定法律究竟規定了什麼或沒規定什麼。⁴⁴

然而，純從「形式」來論述「法治主義」有沒有什麼問題呢？對於此，美國聯邦最高法院法官 Antonin Scalia，曾有相當直接的回答。Scalia 大法官認為，「法治主義」僅能從「形式」出發，因為「法治主義」原本即與「形式」攸關 (Of course it is formalistic. The rule of law is about form!)。⁴⁵ 當然，Scalia 大法官此一豪語，明顯地是基於「形式法治主義」的立場，而

40 關於這些概念詳細討論的學術性著作，請參閱許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著法與國家權利，國立台灣大學法學叢書(71)，頁一一七至二一三（1993）。

41 David Dyzenhaus, *supra* note 38, at 5; Neil MacCormick, "Rhetoric and the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 163-77, 169-72 (David Dyzenhaus ed., 1999).

42 David Dyzenhaus, *id.*

43 對於形式的法治主義如何與實證法主義互相連結的深入分析，請參閱 Mark Tushnet, "Federalism and Liberalism," 4 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 328 (1996)。

44 對於文義解釋論發展迄今的相關說明與批評，請參閱 David A. Strauss, "The New Textualism in Constitutional Law," 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1153, 1156-7 (1998)，以及該法學專輯之其他論文。

45 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 25 (1997)。

且是非常極端的形式主義。

事實上，「形式法治主義」的堅持，並非完全沒有令人憂慮之處。從另外一種實證角度出發，許多學者已指出實證法律的文字，重來就不曾是清楚而毫無爭議的文字集合，主張法律文字有固定意義（fixed meaning），往往是昧於現實的說法。⁴⁶ 此外，雖然支持「形式法治主義」者，總是高舉他們尊重民主程序從而完全順從國會依法定程序制訂的法律，但從「形式法治主義」發展的結果來看，當法院高舉「形式法治主義」大旗，僅以法律字面解釋，動輒對某項政府措施宣告違法（違憲）時，並不見得就如何符合民主程序。

在「形式法治主義」之下，法官往往可以高舉「文義」大旗，恣意地對法條字面文義作權威解釋，而掩蓋其於字面文義解釋背後可能掩藏的價值判斷或政策主張；若法官再進一步標榜「司法積極主義」，大刺刺地以期掩藏於文義解釋背後的個人價值判斷或政策主張，來宣告代表多數民意之立法者（或其授權之行政機關）所制訂之法律（或所訂定之行政命令）違憲（或違法）時，即不啻係以法官個人權力凌駕多數之民主。亦即，「形式法治主義」與「司法積極主義」的結合，往往成為少數法官壟斷權力的遮蔽罩，而有反多數決民主的情況出現。⁴⁷ 再者，也有學者結合法學與政治的研究，認為現代國家的法律，往往為特定利益團體遊說國會的產物，法律作為常態政治（normal politics）的通常產物，並不見得更具備正當性。⁴⁸ 此外，「形式法治主義」礙於忠於法律文義，往往必須從「上一代」的立法者（或制憲、修憲者）的「時點」與「角度」來看問題，因此也無法避免「代際正義」的批評。⁴⁹

46 Mark Tushnet, *supra* note 43 (Tushnet 教授更從法律文化的角度出發，認為文義解釋論以及其相反的觀點，各有不同的法律文化作為支持，許多法律文化間或出現二者，並無優劣問題)；John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 11-41 (1980).

47 請參閱 Steven G. Calabresi, "Textualism and the Countermajoritarian Difficulty," 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1373 (1998).

48 此種結合法學與政治的憲法與行政法之研究，以美國耶魯法學院憲法學與基礎法學理論大師 Bruce Ackerman 為代表。其結合政治學與經濟分析方法，對於常態政治下國會以及法律正當性的批評，詳見 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* 230-65 (1991)。

49 Frank H. Easterbrook, "Textualism and the Dead Hand," 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1119

從而，雖然「形式法治主義」的支持者，如美國聯邦最高法院法官 Antonin Scalia，多仍堅守其「形式論」(formalism)與「文義解釋論」(textualism)的立場，許多同樣採取形式論的學者，卻逐漸修正其看法，而認為即令法律(或憲法)的解釋必須限於文義(textualism)，所謂文義的探討，也並不能跳脫法律整體內在的功能與意義關連，必要時，甚至必須從歷史、目的加以考察，以得文義的正確理解。⁵⁰

在「形式法治主義」遭受批評的同時，許多學者則是另闢蹊徑，從其他對於「法治主義」的「法」所做的理念定義，發展出所謂「實質」與「程序」的法治主義。⁵¹「實質的法治主義」(substantive conception of the rule of law)，以 Ronald Dworkin 為代表。⁵²支持「實質的法治主義」論點者，從實質正義的觀點出發，認為所謂「法治主義」的「法」，並非僅是實證意義下的「法律」，而是人民受憲法保障的「基本權利」，從而「實質的法治主義」，也即與「權利論的法治主義」(the rule of law is a synonym for a rights-based theory of law and adjudication)同義。從此種實質法治主義的觀點出發，法院對於行政或立法措施的審查，其重點即不應在該行政措施如何在形式上違反或牴觸法律的規定(或法律如何在形式上違法或牴觸憲法規定)，而是應該從基本權利(rights)的立場出發，論證這些行政或立法措施如何對於基本權利有所侵害，而失去其正當性與合法性。⁵³如果拿這種「實質法治主義」的觀點來檢視(最高)行政法院的審查違法行政命令的判決，行政法院顯然必須再加強實質論證，從人民基本權利的內涵與要求，來非難這些

(1998); Jed Rubenfeld, "The Moment and the Millennium," 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1085 (1998).

50 此為所謂的 Intratextualism，為美國耶魯法學院憲法學教授 Akhil Reed Amar 所採。請參閱 Akhil Reed Amar, "Intratextualism," 112 *Harv. L. Rev.* 747, 787-94 (1999).

51 Neil MacCormick, *supra* note 41, at 169-72. 類似論點亦請參閱吳庚，依法行政原則的實踐：回顧與展望，台灣法學會第三十屆年會「新世紀台灣法制之展望」研討會，台北，2000年12月9、10日。

52 Ronald Dworkin 對此一議題，討論最早也最清楚地，係在 Ronald Dworkin, "The Forum of Principle," 56 *N. Y. U. L. Rev.* 469, 500-16 (1981) 一文。

53 Ronald Dworkin, *id.*; Neil MacCormick, *supra* note 41, at 169-72.

逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令。⁵⁴

最後，所謂「程序的法治主義」(proceduralist conception of the rule of law)，⁵⁵ 則將其關注的焦點放置到執行「法治主義」的「法院」身上，認為不論是形式或實質的法治主義皆有其缺失，也無法避免法院由形式或實質產生恣意的困擾。⁵⁶ 從而，「程序的法治主義」認為所謂「法治主義」的「法」，指涉的是一種「理性論證」(rational discourse)，其代表性的理論大師則為 Juergen Habermas，⁵⁷ 認為現代立憲國家權力正當性的來源，是奠基於理性溝通 (communications) 與論證辯難 (deliberations)，法院對於「法治主義」的審查，應該強調理性論證的功能。

換言之，對於行政（或立法措施）的合法性（或合憲性）的判斷，法院最重要的是詳細附具理由，對法院以外的人民與機關，溝通說明法院判斷的基礎何在，其真實的考量點為何。在法院充分盡其溝通說理的義務之後，法院才能取得其具體判斷與整體制度的合法性與正當性，至於人民或其他機關是否接受法院的說理，則可藉由其他民主程序的機制，作更進一步的論辯與溝通。從而，法治國家的論辯程序，即一直不斷地在持續深化進行。

同樣地，如果拿這種「程序法治主義」的觀點來檢視（最高）行政法院的審查違法行政命令的判決，行政法院顯然必須再加強其說理的義務，而非

54 不過，我們也發現，改制之後的（最高）行政法院，逐漸地在零星判決中加強其實質論證，如前述最高行政法院判決 89 年判字第 3839 號判決，即從憲法第十五條保障的人民工作權，作為審查限制工作權之行政命令是否合法的實質判準。在本文初稿完成之後，我們也發現到最高行政法院逐漸在幾個零星的判決中（尤其是在有律師代理訴訟的案件中），從憲法保障基本權利的實質論點來審查並進一步非難行政命令的合法性（90 年度判字第 1732 號、第 1840 號、第 1841 號、第 2465 號、第 2466 號及第 2467 號判決），實值讚揚。這些判決皆涉及「廣播電視事業製播涉及競選活動之節目與廣告處理原則」，最高行政法院以系爭行政命令限制人民言論自由，有違憲法第二十三條法律保留原則，尚難引為裁罰之依據，而撤銷原處分。

55 Neil MacCormick, *supra* note 41, at 169-72.

56 事實上，這種法院由形式或實質論證而產生恣意的問題，美國憲法學者 John Hart Ely 早已詳細論證，請參閱 John Hart Ely, *supra* note 46, at 11-41, 43-72.

57 對於程序法治主義的介紹，請參閱 Neil MacCormick, *supra* note 41, at 169-72. 至於 Juergen Habermas 個人論點，請參閱 Juergen Habermas, *Between Facts and Norms* 222-37 (William Rehg trans., 1998)。

僅以短短的法律文字，來非難這些逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令。

3.1.2 法治主義隱含的權力分立結構

因為「程序法治主義」的提醒，使我們注意到「法治主義」的「執行者」與「受惠者」，往往都是「法院」。⁵⁸「法治主義」（尤其是形式的法治主義），雖然標舉尊重國會制訂法律的大旗，但其具體化的結果，卻往往都是位居少數的「法院」，將國會立法或行政措施，以違反「法治主義」為理由，宣告無效。也因此，「法治主義」，成為鞏固法院權力的護身符（the rule of law as the empowerment of the courts）。⁵⁹

不過，同樣是由法院來強調「法治主義」，堅持非依「法」或依「法」授權的規範，政府不得侵害人民權利，其實踐結果所反映出的權力分立（separation of powers）結構，也不盡相同。⁶⁰以美國最高法院為例，與「法治主義」攸關的具體憲法原則，即為「授權禁止原則」（non-delegation doctrine）⁶¹或其更進一步精緻化的「可理解原則」（intelligible principle），⁶²但美國最

58 對於「法治主義」與「法院」間錯綜複雜的關係，Alon Harel 教授曾以以色列的經驗為例，進行詳盡分析。請參閱 Alon Harel, “The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution,” in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 143-60, 151-7 (David Dyzenhaus ed., 1999)。

59 *See id.*

60 關於「禁止授權原則」（non-delegation doctrine）實際上所牽涉的權力分立（separation of powers）與憲法機關的制衡互動（check and balance, accountability），美國行政法學界近年有較多的探討與反省。請參閱 George I. Lovell, “That Sick Chicken Won’t Hurt: The Limits of a Judicially Enforced Non-delegation Doctrine,” 17 *Const. Commentary* 79, 83-89 (2000); Anthony S. Winer, “Why the ‘New Non-delegation’ May Not Be So New,” 27 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1025, 1030 (2000)。

61 美國聯邦最高法院最早一個關於「授權禁止原則」的判決，應是在一八一三年的 *The Brig Aurora*, 11 U.S. 382, 382 (1813)。最高法院第二波使用「授權禁止原則」與聯邦國會對抗，是發生在一九二〇及三〇年代的新政時期之前，相關判決請參閱 Richard J. Pierce, Jr. Et Al., *Administrative Law and Process* 50-56 (3d ed. 1999)。中文說明，請參閱張文貞，前揭碩士論文，頁八十六至九十三。

62 三〇年代之後，美國聯邦法院即不再以「授權禁止原則」（non-delegation doctrine）限制法律對於行政命令的授權，一九八四年 *Lichter v. United States*, 334 U.S. 546 (1948) 一

高法院在援引適用這些原則時，都時將矛頭對準聯邦國會，而非聯邦行政機關。美國最高法院的論理也非常簡單、直接，行政命令的「授權」有欠明確，非難的對象應該是作出該授權的「法律」，可歸責的也應該是「立法部門」，而非依據該廣泛授權訂定「命令」的「行政機關」。從而，美國最高法院在揮舞「授權禁止原則」的大旗時，往往是要以此指摘聯邦法律，而非據此授權訂定的行政命令，此一原則也就成為美國聯邦最高法院與國會之間的角力場。⁶³ 就此而言，美國聯邦最高法院，顯然地是「借力使力」，「借」「法治主義」作為現代立憲國家的最基本理念而具有「憲法」位階之「力」，向具有民主正當性的國會立法「使力」。

相反地，在台灣，司法院大法官雖然從釋字第二一〇號解釋開始，即對違法行政命令進行司法審查，以行政命令有逾越法律授權或增加母法所無限制之違法即為違憲無效的積極主張。不過，與美國聯邦最高法院不同的是，我國的司法院大法官，一逕偏向非難行政機關並指摘行政命令的合法性與合憲性，但對於概括授權甚至是空白授權的「法律」，反而未曾非難。事實上，在台灣，立法院制訂法律一向並不嚴謹，在民國八十一年國會全面改選前是如此，在國會完成全面民主化之後，亦復如是。法律空白授權或廣泛授權行政命令的情況比比皆是，⁶⁴ 行政機關因此而訂定的行政命令，當然動輒增加法律所無的限制或是違背母法意旨。司法院大法官或行政法院，對此不去非

案，最高法院轉而要求只要法律在授權同時提供足夠的標準（sufficient standard），授權即為合法。一九八九年在 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989) 一案，則提出所謂「可理解原則」（intelligible principle）作為允許授權的條件，主張只要法律在授權同時，提供了足以讓行政機關理解、遵循並據以行為的原則時，該授權即為憲法所許。相關說明亦請參閱張文貞，前揭碩士論文，頁八十六至八十七。

63 有趣的是，因為「禁止授權原則」在新政之後，就幾乎完全無法發揮監督國會立法的功能，法院也開始思考是否應該將此一原則的具體標準如授權明確性原則，對準行政機關，作為審查其所訂定之行政命令是否合法正當的標準。近年引起相當大爭議的美國聯邦華盛頓特區巡迴法院的判決 *American Trucking Association, Inc. v. Epa*, 175 F. 3d 1027 (D.C. Cir. 1999) 就是這樣的一個例子。但學界對法院此種轉向的批評聲音，也不少。請參閱 Anthony S. Winer, *supra* note 60, at 1030.

64 對於我國法律大量而廣泛授權行政命令的實態分析，請參閱葉俊榮，行政命令，翁岳生編《行政法》，頁四八六至四八七（二版，2000年）；張文貞，前揭碩士論文，頁七四至七九。

難立法部門違背憲法上的「法治主義」，反而高舉「法治主義」大旗譴責行政機關，顯然反映了與美國聯邦最高法院完全不同的思考。我國的司法院大法官或行政法院，對於「法治主義」的運用，雖然也是「借力使力」，但其所借的「形式法治主義」背後所代表的國會的「力」，向行政機關的行政命令「使力」。

3.2 轉型法院與法治主義的互動關係

前已提及，「法治主義」，往往成為「法院」的同義詞，而成為鞏固司法權力的護身符。此一現象，在第三波民主轉型國家的憲政與司法改革的努力中，最為彰顯。第三波民主轉型國家（transitional states），⁶⁵ 在從事憲政改革並進行「法治主義」制度化的努力時，往往賦予其法院（本文稱為「轉型法院」transitional courts）相當重要的憲政功能甚至是憲改任務，期待這些法院作為憲政主義（constitutionalism）與法治主義（rule of law）的具體實踐者與維護者，積極去回應轉型國家所面臨的種種困難。

3.2.1 轉型法院與常態法院的基本理念與制度特色

作者之一曾基於轉型國家的法院（亦即「轉型法院」），在巨大的轉型壓力之下，面臨新舊價值體系的衝突，往往必須面臨「實質正義」與「形式法治主義」的衝突，與非轉型國家的法院（亦即「常態法院」）所面臨的問題，並不相同，從而提出轉型法院與常態法院運作的不同理念模式。⁶⁶

如表三所示，轉型法院模式乃是以轉型正義的論辯作為運行的基本理念，實際操作則表現出強化訊息釋放功能、避免零和式的價值判斷、著重與政治部門的對話、以及保留政治部門的回應空間等特色。換言之，轉型國家

65 所謂第三波民主轉型國家（transitional states），主要是指一九八九年之後，中東歐、東亞、南非等地區發生民主轉型的國家，而台灣即為其中之一。請參見 Samuel P. Huntington 著，劉軍寧譯，第三波：二十世紀末的民主化浪潮，一九九四年九月初版一刷（原書名為 *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*, 1991）。

66 參閱葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡，臺大法學論叢，第三十一卷第二期，頁五十九至九十六（2002）。

的法院應該自我期許為訊息的傳遞者，在裁判或解釋的內容中，不論對特定議題判定的結論為何，都應該透過對於議題的形塑或是判決理由的闡述，著重訊息釋放（signal sending）的功能，以達到與社會互動對話的作用。此外，轉型法院面對錯綜複雜的新舊價值，也應該盡量避免進行零和式（zero-sum）價值判斷。此外，由於轉型過程中，其他政治權力部門往往需要相當的彈性與調整空間，法院似應於判決中著重與政治部門的對話，保留政治部門的回應攻堅，以合作而非對抗的方式，與其他政治部門共同形塑轉型中（以及轉型後）的憲法規範的具體內容。

表三：轉型法院與常態法院的理想模式

	轉型法院	常態法院
基本理念	轉型正義的論辯	法治主義的貫徹
制度特色	強化訊息釋放功能	抽象規範原則的宣示
	避免零和式的價值判斷	黑白分明式的價值判斷
	著重與政治部門的對話	偏向對政治部門的控制
	保留政治部門的回應空間	壓縮政治部門的終局裁量

來源：作者製表

常態法院模式乃是以法治主義的貫徹作為運行的基本理念，實際操作則表現出抽象規範原則的宣示、黑白分明式的價值判斷、偏向對政治部門的控制、以及壓縮政治部門的終局裁量等特色。換言之，常態法院往往堅持「形式法治主義」，以「形式」與「文義」的觀點進行憲法與法律的解釋與適用，呈現出對於規範倫理判斷純粹性的堅持，排斥模稜兩可的規範立場，盡量避免因政策性訊息的釋放斲傷其法治主義的理念。也因為常態法院這種形式主義的認知，其表現在判決上，往往偏向對於政治部門的控制，壓縮政治部門的裁量空間，以形式法治主義的要求，避免政治部門之恣意。

3.2.2 轉型法院與形式法治主義的弔詭與互動關係

從前述學者對於轉型法院與常態法院的理想模式的分析，我們可以看出，學者期待轉型國家的法院，不應拘泥於「形式法治主義」的堅持，而應

該從實質理念與程序溝通著眼（亦即「實質」與「程序」法治主義的觀點），強化判決訊息釋放功能並與政治部門對話。

但是，弔詭的是，如果我們實際去看這些第三波轉型國家（包括台灣）的憲政論述與法院實踐，我們會發現理想與實際往往有很大的落差。事實上，在這些轉型國家，「法治主義」（the rule of law），不但代表了其過去威權體制所欠缺的現代民主立憲國家的根本理念，所謂的依「法律」而治（形式法治主義），也具體體現民主改革之後全面改選的國會的民主正當性。⁶⁷ 從而，雖然轉型國家的轉型法院，理想上應該要少一些「形式法治主義」的堅持，但因為實際上整個轉型國家憲政發展的定調，幾與「形式法治主義」的落實等同，而「法治主義的落實」又完全與強化法院功能，讓法院積極運用「形式法治主義」，從純粹的形式法律論理，排斥模稜兩可的規範立場，來壓縮代表就威權時代的政治部門，避免政治部門之恣意。「形式法治主義」的落實，成為法院功能的強化的同義詞（the establishment of the courts as the institutionalization of the rule of law）。⁶⁸

此外，法治主義背後所彰顯的權力分立結構，對於轉型法院與形式法治主義的弔詭互動關係，往往也有加乘作用。⁶⁹ 前已提及，「法治主義」，作為法院用來借力使力的工具，一方面可以是借「憲法的力」來「向國會使力」（如美國聯邦最高法院），但另一方面也可以是借「形式法律的力」（亦即國會的

67 請參閱 Csaba Varga, "Transformation to Rule of Law from No-law Societal Contexture of the Democratic Transition in Central and Eastern Europe," 8 *Conn. J. Int'l L.* 487, 497-501 (1993); Sarah Wright Sheive, "Central and Eastern European Constitutional Courts and the Antimajoritarian Objection to Judicial Review," 26 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1201, 1225-33 (1995).

68 相關文獻非常多，其中最直接提出此一觀點者，請參閱 Matthias Hartwig, "The Institutionalization of the Rule of Law: The Establishment of Constitutional Courts in the Eastern European Countries," 450 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 449, 449-51 (1992); Ran Hirschl, "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions," 25 *Law & Soc. Inquiry* 91 (2000); Ran Hirschl, "The Structure for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities," 36 *Stan. J. of Int'l L.* 73 (2000). 另請參閱 Wen-Chen Chang, *supra* note 6, at 502-19.

69 Ran Hirschl, *id.*

力)來「向行政機關使力」。在第三波民主轉型國家,或因為過去一黨獨大的威權體制(如前蘇聯與東歐國家的共產黨)或因為軍事獨裁的戒嚴體制(如中南美國家),其憲政轉型的著重點,往往係在建立由全民選舉的議會,取得民主正當性,進而向威權獨裁的行政部門挑戰。轉型法院,也就因此被期待運用「形式法治主義」,以較具正當性之國會之力,來向代表舊威權的行政體制開刀,以加速憲政改革與民主轉型。從而,轉型法院與形式法治主義之間,產生如此弔詭而密切的互動關係,也就不難理解。⁷⁰

3.3. 轉型法院與法治主義的互動實例：

第五屆司法院大法官對於違法行政命令的審查

轉型法院與形式法治主義之間弔詭的互動關係,並非其他第三波轉型國家所獨有,作者之一先前的研究結果顯示,我國第五屆大法官,曾藉由對「形式法治主義」的堅持與嚴格把關,突破威權政治對其角色功能的限制,對於當時仍屬威權之行政部門進行監督,相當程度內發揮保障人民權利的功能。⁷¹

3.3.1 形式法治主義作為司法對抗威權體制的策略

如前所述,依憲法第七十八條規定,司法院大法官職司憲法解釋以及統一解釋法律及命令之權,關於法律或命令是否牴觸憲法,固屬大法官釋憲之範圍,並為司法院大法官案件審理法(及其前身「司法院大法官會議法」)第四條及第五條所明定。但是,法規命令或行政規則,授權命令或職權命令,是否逾越母法授權或增加法律所無之限制,係命令是否牴觸法律,亦即命令

70 Mark F. Brzezinski & Leszek Garlicki, "Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of A Rechtsstaat?," 31 *Stan. J. Int'l L.* 13 (1995); Ruti Teitel, "Post-Communist Constitutionalism: A Transitional Perspective," 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 167 (1994); Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation," 106 *Yale L. J.* 2009 (1997); C Neal Tate, "The Judicialization of Politics in the Philippines and Southeast Asia," 15 *Int'l Pol. Sci. Rev.* 187 (1994); Note, "Liberalismo Contra Democracia: Recent Judicial Reform in Mexico," 108 *Harv. L. Rev.* 1919 (1995).

71 請參閱 Wen-Chen Chang, *supra* note 6, at 305-11.

是否「違法」的問題，在本質上與命令是否「牴觸憲法」的問題並不相同。

不過，第五屆大法官，卻在政治解嚴之前，於民國七十五年十月作成釋字第二一〇號解釋，以獎勵投資條例施行細則第二十七條與財政部相關函釋，與獎勵投資條例之規定不符，有違憲法第十九條租稅法律主義之本旨，以「形式法治主義」，成功地挑戰當時代表政治威權的行政機關。事實上，釋字第二一〇號解釋，是我國大法官釋憲制度自民國三十七年建立以後，大法官第一件成功宣告行政命令並挑戰行政權威的憲法解釋。⁷² 釋字第二一〇號解釋之前，大法官雖然也有對於法院判例（以其定位為「命令」），進行違法與違憲的審查，⁷³ 但因為大法官非難的對象仍屬司法內部的體系，並不能算是大法官真正以法院的角色挑戰威權體制。

自釋字第二一〇號解釋之後，司法院大法官繼續發展其「形式法治主義」，以「命令逾越母法授權或增加法律所無之限制，即違反憲法」的解釋邏輯，將原本只是「違法」的行政命令解釋為「違憲」，使其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。亦即，司法院大法官運用借力使力的策略，借「形式法治主義」背後所代表的國會之「力」，向行政機關所代表的威權體制「使力」。雖然，在大法官作成釋字第二一〇號解釋當時，我國的立法院仍為未全面改選之「萬年國會」，相較由國民黨及強人把持的行政部門，並不具有更多的政治正當性。

不過，在威權政治底下，司法功能的維持，雖非完全不可能，卻也並不容易。威權體制下的法院，往往必須策略性的運用一些法律解釋方法，在繼續能保有法院、不會被行政威權壓制的前提下，以逐步、小規模的方式，向威權體系中扭曲的法令開刀，許多威權體系下的法院都有類似的經驗，並非我國司法院大法官所獨有。⁷⁴ 即便法院並未面臨此種從威權轉型到民主憲

72 在釋字第二一〇號解釋之前，雖然第二屆大法官曾作成釋字八十六號、第四屆大法官曾作成釋字第一六六號解釋，對系爭法律作成違憲解釋，展現了些許的司法積極主義，但都完全被當時仍屬戒嚴威權的政府部門所忽視，並不算是成功的司法積極主義實踐的案例。

73 釋字第一八七號、二〇一號解釋參照。

74 Jose J. Toharia, "Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain," 9 *Law & Soc'y Rev.* 475 (1975); David S. Clark, "Judicial Protection of the Constitution in Latin America," 2 *Hastings Const. L. Q.* 405 (1975);

政國家的特殊情境，法院採取策略性手段，以求與政治部門抗衡的同時，還能全身而退的作法，亦非少見。⁷⁵ 事實上，我國的司法院大法官，在民國七十年代末期至民國八十年代中期，置身於我國特殊的民主轉型脈絡之中，在威權的黨國體制與扭曲的憲政結構下，相當多地採用此種特定的策略，如對於違憲法令不令其立即失效而定有相當期限的作法，⁷⁶ 或是所謂「司法預告」(judicial warnings) 的提出，⁷⁷ 以開展司法解釋的空間。

3.3.2 司法院大法官與最高行政法院的分工與互動

縱上所述，第五屆大法官，作為一個台灣在民主轉型過程的憲法解釋者(轉型法院)，策略性地利用「形式法治主義」，對於逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令，進行違憲審查並宣告其無效，成功地挑戰政治權威，打開第六屆大法官與改制後行政法院積極審查違法(違憲)行政命令的空間。

在司法院大法官與(最高)行政法院同時積極審查違法(違憲)之行政命令的情況下，其兩者是否會產生替代、競爭或互補的關係呢？未來，司法院大法官與行政法院，與兩者對於「法治主義」的內涵界定與適用，是否可能形成共識，作一個良性分工呢？事實上，憲法法院與其他法院爭執法令的審查與解釋權限，並非少見，此在轉型國家中，各個轉型法院(如轉型國家

C Neal Tate, "Authoritarianism and the Functions of Courts: A Time Series Analysis of the Philippine Supreme Court, 1961-1987," 27 *Law & Soc'y Rev.* 707 (1993).

75 Jack Knight & Lee Epstein, "On the Struggle for Judicial Supremacy," 30 *Law & Soc'y Rev.* 87 (1996); Jack Knight & Lee Epstein, *Choices Justice Make* (1998).

76 第一號附有此種期限的作法，是釋字第二一八號解釋。關於司法期限的分析，請參閱葉俊榮，司法院大法官附期限憲法解釋的分析，行政院國家科學委員會人文及社會科學研究彙刊，六卷一期，頁一至二十三(1996)。

77 首見釋字第二一一號解釋，大法官於該號解釋中，雖然維持了系爭法律的合憲性，但卻對其可能違憲的情況，提出警告。這種司法警告，亦非我國獨有，詳請參閱 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 53-4 (1997); Flex Max Wannenmacher, "It's Not Enough to Just Say 'No': There's So Much to Judicial Review Than Merely Negating" 1-12 (1996) (published Ph.D. dissertation, UMI Dissertation Service, University of California, Berkeley, Department of Political Science); Wen-Chen Chang, *supra* note 6, at 318-21.

之憲法法院、最高法院、行政法院等) 都力求表現的情況下, 最容易發生。⁷⁸當然, 我們也可以簡單地從兩者解釋效力的不同, 認為此種分工的競爭關係並不存在, 畢竟大法官解釋行政命令違法(違憲) 具有抽象一般的效力, 而行政機關對於違法行政命令的認定, 僅能於個案中拒絕適用而已。不過, 這樣的說法, 一方面忽略了行政法院也可能以作成判例的方式, 統一化(最高) 行政法院所屬法院與裁判庭對於某一違法行政命令的認定, 其效果與影響不見得比大法官解釋來得更小, 另一方面也忽略法院間的互動, 往往不是單純法律解釋所能涵蓋, 其間往往也牽涉複雜的人事與制度問題。

值得提醒的是, 雖然過去第五屆大法官, 面對黨國威權體制, 有策略性的採取「形式法治主義」以換取司法解釋空間的需要, 但今天不論是第六屆大法官或改制後的(最高) 行政法院, 皆沒有這樣的問題。尤其行政法院的改制, 根本就是在國人、社會與政治部門的共同期待下, 藉由行政訴訟法與行政法院組織法的大幅修正, 冀望行政法院能真正擔負起司法監督行政的功能, 對行政權行使之合理性與正當性作制度之確保。這也正是改制後(最高) 行政法院已經感受並且於相當程度內以積極違法行政命令的審查予以回應的原因。

從而, 行政法院與第六屆大法官, 事實上都可以擺脫形式法治主義, 以「實質」與「程序」的法治主義的理念, 嘗試與政治部門對話, 以深刻論辯的司法審查, 真正地擔負起司法監督行政、保障人權的正面功能。或者, 至少司法院大法官能與行政法院作適當的分工, 在行政法院積極扮演法治主義捍衛者角色, 而分擔了大法官在「形式法治主義」的部分功能之後, 大法官能夠在未來進行法令審查或憲法解釋時, 多一些以「實質」與「程序」的法治主義的考量, 嘗試釋放訊息並與政治部門對話, 進行更深刻論辯的司法審查。

78 Tom Farer, "Consolidating Democracy in Latin America: Law, Legal Institutions and Constitutional Structure," 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 1295 (1995); Peter Krug, "Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation," 37 *Va. j. Int'l L.* 725 (1997).

4. 超越形式法治主義迎向實質論辯的積極思考： 代結論

（最高）行政法院於民國八十九年七月改制之後，展露「司法積極主義」的風格，表現在其對於「法治主義」的堅持上，就行政命令的審查與拒絕適用轉趨積極，不但對於行政命令有逾越法律授權或增加母法所無限制之違法予以指摘，也實際於個案判決中拒絕適用這些違法之行政命令。在轉型的脈絡中，此種積極主義不僅合乎國內外先例，也能適時建立法院的威望，值得肯定。

然而，行政法院對於「法治主義」的堅持，帶有非常強烈的「形式法治主義」色彩，對於法治主義的認知，在於強調「依法（律）而治」，純從「形式」的角度來論斷行政命令的合法性與合憲性，而鮮少從實質的立法目的或管制功能加以論理。若從「實質法治主義」的觀點來檢視（最高）行政法院的審查違法行政命令的判決，行政法院顯然必須再加強實質論證，從人民基本權利的內涵與要求，來非難這些逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令。而如果拿「程序法治主義」的觀點來檢視（最高）行政法院的審查違法行政命令的判決，很清楚地，行政法院顯然必須再加強其政策內涵的論證與說理，而非僅以短短的法律文字，來非難這些逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令。

最高行政法院，作為一個「轉型法院」，選擇以「形式法治主義」的主張表現其司法積極主義，此一現象背後所凸顯的憲政與制度意涵值得正視。事實上，第五屆大法官在剛開始突破威權政治對其角色限制時，也曾採取類似的策略。不過，（最高）行政法院今天所處的憲政情境與第五屆大法官畢竟大不相同。改制後的最高行政法院，即便仍處在相當高的案件負荷量、結案壓力以及大環境的限制之下，從少數幾個指標性的判決中，我們逐漸發現最高行政法院在相當程度內展現其實質論述的能力，從憲法保障基本權利的實質

論點來審查行政命令違法性，實值讚揚。⁷⁹ 由此可見，過去行政法院拘泥於形式論證的判決風格，並非完全不能有所突破。將來在整個司法大環境的主客觀條件逐漸改革之下（如律師代理訴訟品質的提高等），行政法院事實上可以更積極的角度出發，擺脫形式法治主義，從實質理念與程序溝通著眼（亦即「實質」與「程序」法治主義的觀點），強化判決訊息釋放功能，嘗試與政治部門對話，以深刻論辯的司法審查，真正地擔負起司法監督行政、保障人民權益的正面功能。

參考資料

一、中文文獻

吳庚

1996 《行政法之理論與實用》，頁 249-250（增訂三版）。

2000 依法行政原則的實踐：回顧與展望，台灣法學會第三十屆年會「新世紀台灣法制之展望」研討會，台北，2000 年 12 月 9、10 日。

翁岳生

1995 〈論法官之法規審查權〉，《台大法學論叢》，24(2): 87-109。

許宗力

1993 〈論法律保留原則〉，收錄於《氏著法與國家權利》，國立台灣大學法學叢書(71)，頁 117-213。

1999 〈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》，頁 181-219。

張文貞

1995 〈行政命令訂定程序的改革：多元最適程序原則的提出〉，國立台灣大學法律研究所碩士論文。

葉俊榮主持

1993、1994 行政法院環保判決之研究(一)、(二)，行政院國家科學委員會補助研究計畫。

葉俊榮

1996 〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，《行政院國家科學委員會人文及社會科學研究彙刊》，6(1): 1-23。

1996 〈司法判決的量化研究：行政法院環保判決的量化分析〉，《臺大法學論叢》，26(1): 27-77。

1999 《行政法案例分析與研究方法》，三民書局，台北。

1999 〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九年至一九九八年〉，《台大法學論叢》，28(2): 1-63。

79 關於這些判決的詳細說明，請參閱前引註 54。

- 2000 〈行政命令〉，翁岳生編《行政法》，頁 533-537（二版）。
- 2002 〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號解釋與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《台大法學論叢》，31(2): 59-96。
- Huntington, Samuel P. 著，劉軍寧譯，《第三波：二十世紀末的民主化浪潮》，一九九四年九月初版一刷（原書名為 *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*, 1991）。

二、外文文獻

Ackerman, Bruce

- 1991 *We the People: Foundations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Amar, Akhil Reed

- 1999 "Intratextualism," 112 *Harvard Law Review* 747.

Bickel, Alexander M.

- 1986 *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed., New Haven, Conn.: Yale University Press)

Brzezinski, Mark F. & Garlicki, Leszek

- 1995 "Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of A Rechtsstaat?" 31 *Stanford Journal of International Law* 13.

Calabresi, Steven G.

- 1998 "Textualism and the Countermajoritarian Difficulty," 66 *George Washington Law Review* 1373.

Chang, Wen-Chen

- 2001 "Transition to Democracy, Constitutionalism, and Judicial Activism: Taiwan in Comparative Constitutional Perspective" (unpublished JSD Dissertation, Yale Law School)

Clark, David S.

- 1975 "Judicial Protection of the Constitution in Latin America," 2 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 405.

Csaba Varga

- 1993 "Transformation to Rule of Law from No-law Societal Contexture of the Democratic Transition in Central and Eastern Europe" 8 *Connecticut Journal of International Law* 487.

Dworkin, Ronald

- 1981 "The Forum of Principle," 56 *New York Law Review* 469.

Dyzenhaus, David

- 1999 "Recrafting the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 1-12 (David Dyzenhaus ed., Hart Publishing).

Easterbrook, Frank H.

- 1998 "Textualism and the Dead Hand," 66 *George Washington Law Review* 1119.

Ely, John Hart

- 1980 *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Farer, Tom

- 1995 "Consolidating Democracy in Latin America: Law, Legal Institutions and Constitutional Structure," 10 *American University Journal of Law and Policy* 1295.

Fisher, Louis

- 1988 *Constitutional Dialogues: Interpretations as Political Process* (Princeton, NJ: Princeton University Press)

Habermas, Juergen

- 1998 *Between Facts and Norms* (William Rehg trans., Cambridge, Mass.: MIT Press).

Harel Alon

- 1999 "The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution" in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 143-60, 151-7 (David Dyzenhaus ed. Hart Publishing).

Hartwig, Matthias

- 1992 "The Institutionalization of the Rule of Law: The Establishment of Constitutional Courts in the Eastern European Countries," 450 *American Journal of International Law and Policy* 449.

Hirschl, Ran

- 2000 "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions," 25 *Law & Social Inquiry* 91.
2000 "The Structure for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment through Constitutionalization in Culturally Divided Polities," 36 *Stanford Journal of International Law* 73.

Holland, Kenneth M. ed.

- 1991 *Judicial Activism in Comparative Perspective*.

Jackson, Vicki C. & Tushnet, Mark

- 1999 *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation Press).

Knight, Jack & Epstein, Lee

- 1996 "On the Struggle for Judicial Supremacy," 30 *Law & Society Review* 87.
1998 *Choices Justice Make*.

Kommers, Donald P.

- 1997 *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*.

Krug, Peter

- 1997 "Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation," 37 *Virginia Journal of International Law* 725.

Lovell, George I.

- 2000 "That Sick Chicken Won't Hurt: The Limits of A Judicially Enforced Non-delegation Doctrine," 17 *Constitutional Commentary* 79.

MacCormick, Neil

- 1999 "Rhetoric and the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 163-77, 169-72 (David Dyzenhaus ed., Hart Publishing).

O'Brien, David M.

- 2000 *Constitutional Law and Politics: Struggles for Power and Governmental Accountability* (4th ed.)

Pierce, Jr. Richard J., et al.

- 1999 *Administrative Law and Process* (3rd ed.).

Rubinfeld, Jed

- 1998 "The Moment and the Millennium," 66 *George Washington Law Review* 1085.

Scalia, Antonin

- 1997 *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*.

Sheive, Sarah Wright

- 1995 "Central and Eastern European Constitutional Courts and the Antimajoritarian Objection to Judicial Review," 26 *Law & Policy in International Business* 1201.

Shuck, Peter & Elliott, Donald

- 1990 "To the Chevron Station, An Empirical Study of Federal Administrative Law," 1990 *Duke Law Journal* 984.

Strauss, David A.

- 1998 "The New Textualism in Constitutional Law," 66 *George Washington Law Review* 1153.

Sypnowich, Christine

- 1999 "Utopia and the Rule of Law," in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (David Dyzenhaus ed., Hart Publishing).

Tate, C Neal

- 1993 "Authoritarianism and the Functions of Courts: A Time Series Analysis of the Philippine Supreme Court, 1961-1987," 27 *Law & Society Review* 707.
1994 "The Judicialization of Politics in the Philippines and Southeast Asia," 15 *International Political Science Review* 187.

Teitel, Ruti

- 1994 "Post-Communist Constitutionalism: A Transitional Perspective," 26 *Columbia Human Rights Law Review* 167.
1997 "Transitional Jurisprudence: the Role of Law in Political Transformation," 106 *Yale Law Journal* 2009.

Toharia, Jose J.

- 1975 "Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain," 9 *Law & Society Review* 475.

Tushnet, Mark

- 1996 "Federalism and Liberalism," 4 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 328.

Wannenmacher, Flex Max

- 1996 "It's Not Enough to Just Say "No": There's So Much to Judicial Review Than Merely Negating" (published Ph.D. dissertation, UMI Dissertation Service, University of California, Berkeley, Department of Political Science)

Winer, Anthony S.

- 2000 "Why the "New Non-delegation" May Not Be So New," 27 *William Mitchell Law Review* 1025.

Transitional Court and the Rule of Law: On Judicial Activism of the Supreme Administrative Court in Reviewing Administrative Rules

Jiunn-rong Yeh

Professor of Law
College of Law
National Taiwan University

Wen-chen Chang

Assistant Professor of Law
Graduate Institute of National Development
National Taiwan University

ABSTRACT

The Law of Administrative Litigation Procedure was revised substantially in the end of 1998 and as a result, the Administrative Court was reorganized in the spring of the next year. It is therefore intriguing whether and how the Administrative Court has responded to such a profound institutional change with its court decisions and styles of legal reasoning, and whether such reorientation of the Administrative Court has affected the judicial review function of the Grand Justices of the Judicial Yuan. This Article discusses the Supreme Administrative Court's review of administrative rules, as it is concerned with constitutional principles of the rule of law and checks and balances of governmental branches. With the electronic database created by the Judicial Yuan, the authors employ an empirical method, instead of the traditional leading case approach, to analyze the changing patterns of court decisions.

This Article finds that after the reorganization, the Supreme Administrative Court (the Court) has become both active in reviewing administrative rules and straightforward in rejecting unlawful rules in individual cases. In a transitional context, a court's display of judicial activism not only is consistent with similar experiences exhibited by other courts, at home and abroad, but also can enhance greatly the institutional respect of a court. Judicial activism shown by the Court, however, has been

colored with legal formalism. The authors suggest that the Court may leave behind legal formalism and shift the focus to substantive rights and procedural concerns. By strengthening the message-sending function of court decisions, the Court may actually play an active role in the protection of human rights and the supervision of administration.

Key Words: transition, court, rule of law, judicial activism, constitutional politics, separation of powers, administrative court, administrative rule, judicial review