

第三章 依法行政

一般而言，依法行政原則尚可再分為法律優位原則與法律保留原則，說明如下：

第一節 法律優位原則

一、定義

消極依法行政，不要抵觸法律之規定。依照民主原則，法律為國民總意志之體現，故行政之任何行為均需受到法律之約束。

二、具體內容

- (一) 行政行為應直接受到憲法拘束
- (二) 行政行為應受到行政法一般法律原則之拘束
- (三) 行政應受法律拘束

三、不法之法與法律優位²⁷

(一) 爭議問題

1. 行政機關是否可以自行認定法令違法而拒絕適用？
2. 超越制定法之法是否存在？
3. 定期失效之法令，於有效期間內，行政機關仍依該法令行政時，是否與法律優位原則相衝突？

(二) 說明

上述三個問題，其實都涉及了是否承認惡法亦法及法理學中自然法主義與實證法主義之爭執。目前大法官宣告法令違憲後，為避免法律空窗，故多半以定期失效方式調和法安定性與正義。此外有時尚以類推（如釋字第 474 號解釋）、準用（釋字第 559 號解釋）其他法律、建議作為（釋字第 535 號解釋）或指示訴訟方式（釋字第 587 號解釋）等方法為之。

²⁷ 以下整理自李震山，行政法導論（六版），三民書局，2005 年，頁 42 以下。

但此一作法有可能導致立法怠惰，甚至使大法官成為替代的立法者，而有抵觸權力分立的問題。

（三） 解決之道

1. 上述問題，現狀之下之解決方式有二：

(1) 聲請大法官做成暫時處分（參見釋字第 585、599 號解釋）。

(2) 法官依照釋字第 590 號解釋「應」裁定停止訴訟後聲請大法官解釋。

2. 然而，真正要避免執行此種法律，仍須在法制上有所改善。例如設計公務員得延遲執行不法之法，或質疑上及不法指令之認定空間，並且增定快速救濟處理機制，方屬合理。

四、法理依據

（一） 憲法：國民主權原則、憲法第 116、125、171、172 條所導出。

（二） 法律：中央法規標準法第 11 條、行政程序法第 4 條。

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。

（三） 擴張：包含廣義之法律（如自治規章，參見地方制度法第 30 條）

五、違反法律優位之審查

（一） 法官得逕行拒絕適用違反法律優位原則之命令

釋字第 216 號解釋（節錄）

法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關 依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定聲請解釋。

（二） 司法院大法官得宣告該命令無效

行政訴訟法第 273 條第二項

確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋 為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。

六、違反法律優位原則之法律效果

(一) 行政處分：視其瑕疵之程度而可分為下列情形

1. 無效
2. 得撤銷

(二) 行政命令

1. 大法官：宣告無效
2. 普通法院法官：個案拒絕適用
3. 得撤銷？

關於法律優位原則，下列敘述何者錯誤？

- (A) 又稱為積極之依法行政原則
- (B) 行政行為不得牴觸現行有效之形式意義法律的規定
- (C) 適用或解釋法律時，不可違背法律之規範意旨
- (D) 行政機關訂定行政命令時，不得增加法律所無之限制或限縮法律之適用

【2015年普考】

解答：A

關於依法行政原則之敘述，下列何者正確？

- (A) 依法行政原則中之法律，僅包含形式意義之法律
- (B) 地方自治條例一律不得作為限制人民基本權利之基礎
- (C) 法律優位原則又被稱為消極之依法行政原則
- (D) 法律保留原則涉及司法權與行政權之劃分

【2018 公務人員普通考試】

解答：C

第二節 法律保留原則

一、定義：

積極依法行政，要求行政機關做成任何事情時，需要有法律的依據。

二、法理依據

- (一) 民主原則
- (二) 法治國原則
- (三) 功能結構取向

釋字第 614 號解釋理由書（節錄）

憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。...

三、檢討

(一) 概論

1. 立法不可能太過鉅細靡遺的加以規定，且立法機關不可獨攬所有權力。
2. 法律保留意味著，對於某些事物的決定權屬於立法權，例如稅法、刑法。若行政機關有所作為，就需要法律的授權。

(二) 但要如何分配，亦即何種事項需要法律決定，在學說上產生爭議。

四、學說爭議

(一) 干預保留理論

1. 此說認為行政權對於人民之自由與財產權利之干預，非經議會以法律方式表示同意便不得為之。
2. 此說源自十九世紀之德國，主要目標是限制國王的權力，以保護人民的個人權利。而當時自由主義下有保護價值的個人權利即是「自由與財產」。是以侵害保留說之範圍即侷限在涉及自由與財產權利者。

(二) 全面保留理論

1. 國家不論大小事都要立法者管理。此說為奧地利通說，認為行政機關只是一個組織，使立法權力大增。

2. 缺點：

(1) 行政機關變成立法權的下級機關，有可能違反權力分立。

(2) 全世界只有奧地利如此採，因為 1946 年人民相當反行政權，就是因為奧匈帝國與希特勒的關係，當奧地利併入德國之後就開始戰爭，而之所以會併入德國，就是因為當時行政機關的鼓吹。

(3) 但國會議員的選舉通常都不是專業者選上，人民也不相信國會。國會一天可能要通過 2000 多件法律，國會變成橡皮圖章。使法律的起草變的很重要，但草案都是行政權在定，所以行政權反而大幅擴張。

(三) 列舉事項保留說（法國憲法第 37 條、威瑪憲法）

1. 是憲法中明文說為國會管時方為法律保留，否則就是行政權。

2. 此項列舉事實上是限制了立法者的管制權限，所以法國的行政權相當強大，而威瑪憲法第 17 條亦是如此規定。

(四) 社會權保留理論

1. 此說為德國於 1970 年代所發展出之理論。該理論指出，現代國家之功能已不僅在於維持一定之秩序，而在於提供人民社會福利之給付，因此若涉及社會權之賦予或剝奪，便必須有法律作為依據。

2. 但問題在於，社會權之概念尚在發展，且某些自由權（如言論自由）已經開始具有給付之性質，使得其概念更加模糊。

(五) 重要性理論（重要，為我國德國通說）***

1. 重要性理論（wesentliche Theorie）又稱「本質性理論」，為德國數十年來裁判的累積，立論有點詭異。也就是說，重要的事情就要法律依據，不重要就不用。德國學者認為重要性理論亂七八糟，然仍為聯邦憲法法院與行政院所採用。