

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

法國行政命令權之研究(1)

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-002-015-

執行期間：93年08月01日至94年07月31日

執行單位：國立臺灣大學政治學系暨研究所

計畫主持人：陳淳文

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 30 日

行政保留：論半總統制下之行政命令權

陳淳文

前言

壹、法國行政命令權之發展沿革

一、國會至上原則下不容許自主行政命令權

- (一) 法律本質說
- (二) 實定法上的法律概念

二、實務需求下所承認的自主行政命令權

- (一) 附屬的行政命令權
- (二) 特定情況下的自主行政命令權

貳、第五共和憲法下之行政命令權

一、國會至上原則的傾頹

- (一) 國會至上原則之批判
- (二) 國會至上原則之修正

二、復生的行政命令權

- (一) 附屬(衍生)行政命令權
- (二) 自主行政命令權

結語

前言

在權力分立的憲政架構下，國家權力應分由不同的權力部門來行使，以免因權力集中而產生濫權之情事；此乃西方立憲主義之傳統思維。然而即使是憲法本文明列舉各個權力部門之權限內容，仍有產生機關權限爭議的可能；更不用說在權限未明文列舉的情況下，不同權力部門間之權限衝突幾乎是無法避免的事。我國現行五權的憲法架構中，司法、監察及考試三院之職權採列舉之方式，至於立法、行政兩院之職權則未於憲法中明訂。固然憲法第二十三條及第一七〇條可以被視為是主要的「法律保留」之憲法依據，但憲法第五十三條明訂行政院為「最高」行政機關，且司法院大法官早年的解釋¹中也強調：「各院獨立行使職權，相互平等，初無軒輊」，所以我國憲法乃是「五權分治，平等相維之體制」。在此背景下，「行政保留」的想法似乎不應完全排除於我國憲政體制之外。更何況我國總統已由間接選舉改為國民直接選舉，總統依現行憲法又可逕行任命行政院長；則“最高”行政機關似乎也可透過總統取得其民主正當性。故行政權似不應如傳統內閣制國家一般，完全臣屬於立法權之下，而應能享有一定之自主地位。我國近年來的重大憲政爭議中，即有幾起是涉及行政、立法兩權之權限衝突。

與我國憲法第五十三條之規定相似，法國第五共和憲法第二十條第一項亦明訂：「政府(內閣)決定並指揮全國之政務。」；第二十條第三項也規定政府向國會負責。再者，法國現行憲法第八條第一項規定總統直接任命總理，並無先經國會同意的程序；且法國總統亦自一九六二年起改由全民直選。綜觀前述各項特徵，論者多謂我國現制乃是與法國第五共和憲法極為相近的「半總統制」(即俗稱的「雙首長制」)。而法國現行憲法最具特色的地方，即在於其憲法第三十四條明文列舉法律所應規定之事項，憲法第三十七條則謂：「在法律範圍之外的一切事項皆屬命令性質。」此種透過憲法直接明訂法律領域之規範方式，具有限縮國會權限之企圖；此舉不僅是法國歷年憲法文件中最具革命性的規範方式，同時也被認為破壞傳統權力分立原則。²除了憲法明定之法律保留事項外，我國憲法並未對立法院之職權範圍作明白之界定³；而基於五權分治、平等相維之精神，我國行政權享有一定程度之自主命令制定權，不僅在法律上並非完全沒有依據，更是我國行政實務上長久存在之事實。

基於兩國制度的相似性，加上我國近年來因總統直選後，對於行政權之權限範圍屢生爭議；從而法國法遂成為特別值得分析與研究的對象。以下即以法國半總統制下之行政命令權為核心，先了解其歷史發展沿革，再進一步探究其現行實務運作之情形。

壹、法國行政命令權之發展沿革

法國一七八九年的大革命爆發之後，一方面瓦解了傳統的專制王權，另一方面亦將權力分立的想法逐步落實於憲政體制中。惟大革命後近百年來，從共和制、君主立憲制到帝國制，政治體制不斷更迭，一直要到一八七〇年普法戰爭後所開展的第三共和，政治體制方趨於穩定。一八七五年的第三共和憲法所建置的政府體制是議會內閣制，而此憲法亦是大革命迄今法國憲法中壽命最長的憲法。第三共和的議會內閣制一直延續到第四共和及第五共和初期，要到

¹ 參見釋字第3及第175號解釋。

² 吳庚，《行政法之理論與實用》，台北，作者自刊，民國94年，增訂九版，頁46。

³ 憲法第63條「國家其他重要事項」之用語，使立法院幾乎可以介入所有其認為重要之領域。

一九六二年總統改為全民直選後，法國才正式進入所謂的半總統制。如果我們避開將近一百年的憲政摸索期，則法國行政權可以說是自第三共和開始才有比較清楚且穩定的輪廓；而今日法國行政權的內容亦是以此輪廓為基礎所演變而來。更詳細地說，在議會內閣制下，行政權乃源自於立法權；故行政權原則上應完全臣屬於立法權之下；惟在行政實務中，又不可能事事靜候立法權之指示後方有作為，故而在實際行政需求之下，又不得不承認行政權享有一定的自主空間。

一、國會至上原則下不容許自主行政命令權

若吾人將權力分立原則粗分為兩種次類型，則**形式**的權力分立原則，它只強調國家權力分由不同權力「機關」行使，但並不認為每個權力機關皆應享有自己專屬的權力內容。⁴換言之，並沒有那一種權力在**本質**上是屬於某種特定的權力性質，故應由某特定權力機關行使該權。反之，在**實質**的權力分立原則的想法下，每個權力部門皆應享有自己的權限內容，或至少存在某些權力是屬於該權力部門之**核心權能**⁵，故而絕不容許其他權力部門介入。對於立法權與行政權應如何區分的討論中，嘗試描繪出立法權之本質，並作為排除行政權介入的論述，可以說是淵遠流長的。雖然此種論述有其一定的理論價值，但卻與強調國會至上原則的議會內閣制兩不相容。

(一) 法律本質說

如果能從**本質**上找出法律的特徵，或者說是以此特徵來界定法律，則法律，以及在其背後形成法律的立法權，都可以有比較明確的輪廓。如此一來，不僅可以直接正面地界定立法權與法律，同時也可以透過除外法找到其他兩權之權限範圍；⁶而「抽象普遍之規範」向來是法律最為人所熟悉的特徵。

早在希臘時期，亞理斯多德即曾表示：「法律必須是以抽象的方式制定，而從不針對特定個案。」⁷羅馬法中亦有多處提及「法律是對大家一視同仁的」⁸或「法律不針對特定個人」⁹。而對法國大革命影響深遠的思想家盧梭更將法律與主權者結合在一起，他的名言「法律是全意志之展現」(La loi est l'expression de la volonté générale)確立了法律至上的想法。在盧梭的社會契約論¹⁰中，他首先指出法律應是由主權者所制定，亦即是由全民，或是全民的代表者所制定。但他亦強調並非所有主權者的決定都是法律，惟有以全民本身為規範對象的法規範才是法律。若是主權者所制定的規範僅適用於一部分的人，或是特定的人，則此規範的性質即會改變，它就不再是全意志的展現；因為受此規範拘束或限制的特定人並不會同意此規範。在此情形下，此種法律將成為侵害人民的工具。換言之，惟有具抽象、普遍性質的主權者之決定，才是全意志之展現，才是法律。

另一個著名的思想家孟德斯鳩主張權力分立理論¹¹，他認為每個權力部門都有其自己特定的權限內容；而具抽象性質的法律，即應屬立法機關之職權。孟氏在談論法律的抽象性質時，特別將法律與自然的規律或定律作比較。

⁴ 參見陳淳文，〈三一九真相調查委員會鑑定書〉，《台灣本土法學》，

⁵ 此種論述方式亦可見於司法院釋字第 585 號解釋及許宗力大法官的部分不同意見書。

⁶ 例如立法權與司法權之外，即屬行政權之範疇。

⁷ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Paris, Sirey, 1920, p.289.

⁸ *Lex est commune praeceptum. ibid.*

⁹ *Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Ibid.*

¹⁰ 參見盧梭所著之《社會契約論》第 2 卷第 6 章及第 3 卷第 1 章。

¹¹ 參見孟德斯鳩所著之《法之精神》第 11 卷第 6 章。

他認為法律與自然的規律或定律相同之處，即在於它們普遍的特性。如果不具有普遍的特性，不能適用於所有的人或物，則此規範現象即不是一種規律或定律。換言之，想要成為規則的首要條件就是要具有普遍的特性。在另一方面，孟氏從權力分立原則是為了避免人民遭到迫害的想法出發，特別強調凡是與人民權益有關之事項，應該由人民之代表所組成的國會來制定，而不能由行政權，即是君主來制定。因為是由國會所制定，一方面人民的代表不會制定迫害人民(即其自己)的法律；另一方面因為是透過國會議決，所以人民可以知悉規範內容，以使其行為方有所依循。孟氏的想法成為十九世紀君主立憲制的主要理論依據，此種想法一方面承認由君主所領導的行政權享有其一定的自主空間，另一方面也特別強調凡涉及人民權益之事項，乃是由人民代表所組成之國會的專屬領域。

綜合前述，十九世紀的法律觀包含以下三項特徵：第一，就規範的對象而言，法律必須是抽象普遍的；這就是人權宣言第六條中所明示的：法律對於所有的人都必須是相同的。然而抽象普遍的想法並不排除法律僅規範一部分人民，或甚至是十分少數的幾個人，但一定不能涉及特定人。例如有關總統的選舉法或諸如我國之卸任總統副總統禮遇條例，其所涉及之人可能屈指可數，但因不指涉特定人，故仍具抽象普遍性。第二，由於是抽象普遍的特性，所以法律一定不是規範過去或是現正發生之事件；而是僅針對未來，亦即現在尚未發生之事件。如果是針對過去或現正發生之事件，則法律就會由抽象普遍之特性轉變為特定個別之特性。這種強調法律不溯及既往的想法¹²，不僅是基於法律抽象的特性，同時也涉及法安定性之考量。第三，法律規範之內容應涉及人民之權利義務事項。正是因為涉及人民之權利義務，所以才要由人民所選出之代表來制定，如此方能避免人民遭致法律之侵害。

(二) 實定法上的法律概念

從本質上正面界定法律之範疇，看似可以明確保障國會之權限，其實同時也能發揮限制國會權限的功能。更詳細地說，一旦明確界定了國會之權限範疇，則在另一方面也就同時劃出行政權的活動領域；凡是不屬國會之權限者，即等同於是屬行政權之權限。這種想法在仍保留君主地位之立憲體制中特別發達。例如十九世紀的德國學者¹³即認為凡是涉及人民權利義務者，應經由國會同意而制定，此即吾人所熟悉的法律保留原則。但反面而言，凡是與人民權利義務無關者，諸如涉及行政機關內部之組織或管理的相關規範，則應屬行政權之領域；君主於此領域內制定規範並不需要經過國會之同意。這種承認國會之特有立法範圍，但同時保留君主享有專屬領域與一定之自主空間的制度設計，是傳統專制君主面對自由立憲主義與民主思潮之壓力而作的妥協結果。然而法國大革命既然是以推翻君主制度為主要目標，既然是要將國家之主權由君主身上移轉至人民身上，自然無法容許君主，以及君主所領導的行政權，尚能享有自主的空間；所以大革命後的一七九一年及一七九五年憲法皆明白將行政權置於臣屬於立法權之下的地位。¹⁴

儘管盧梭所謂的「法律是全意志之展現」、「立法者即是主權者」的想法深深影響革命份子的政治主張，但國會至上原則仍時時遭到反革命份子的挑

¹² 如十九世紀初之法國民法第 2 條及刑法第 4 條之規定。

¹³ 諸如 Laband, Jellinek, G. Meyer, O. Mayer 等人。

¹⁴ 參見 1791 年憲法第三編第四章第一節第 6 條規定及 1795 年憲法第 144 條之規定。

戰。大革命後近八十年的政體動盪，君主體制與共和體制的不斷角力，其實可以說就是貴族、菁英與資產階級、平民之間的對抗；從國家權力的視角而言，就是行政權與立法權之間的對抗。而法國政體持續不斷更迭，一直要到一八七五年後的第三共和才趨於穩定；而這個穩定，其實就是共和體制的確立，就是立法權之位階高於行政權，就是國會至上原則的確立。

一旦確立了國會至上原則，則立法權成爲國家一切權力的來源；立法權乃無所不能。換言之，不僅沒有保留給立法權的特定領域，更沒有保留給行政權的專屬領域；而是行政權之一切作爲，都要以立法權之作爲爲前提。在此背景之下，國會所通過的法律固然可以是具有抽象普遍的特性，但國會亦能針對特定具體的個案來立法。從而，法律的概念由可能包含實質或是本質的概念，轉變爲單純的形式概念。更具體地說，凡是國會依立法程序所通過的決定就是法律，不論其本質究竟是抽象普遍或是特定具體。¹⁵這種形式意義的法律觀，不僅見於法國第三共和憲法，包括諸如一八五〇年的普魯士憲法第六二條，一八七一年的德國帝國憲法第五條及一九一八年的威瑪憲法第六十八條等，皆採形式意義的法律觀。不過在立憲體制下，憲法明定總統或行政權首長享有某些特定權限；例如任命內閣成員或解散國會。論者有謂在憲法明定特定職權的情況下，應即屬行政保留之範疇，國會應不得介入；或者更精確地說，國會應不得以立法之方式介入憲法所明定之行政權之範疇。從規範位階的角度來說，法律當然不能抵觸，更不能取代憲法規定之內容；但國會可以修憲的方式變更憲法原始規定之內容。所以只要國會同時是立法機關與修憲機關，則憲法明定的行政保留範疇並不足以抵擋國會之介入，只是國會必須以修憲程序爲之。但是若不存在法律的違憲審查機制，國會即使是以法律途徑變更憲法明定之行政保留事項，事實上亦不存在任何制裁之機制。

以議會內閣制爲基礎的第三共和，以及日後的第四共和，都未設置違憲審查機制，國會同時亦是立法機關與修憲機關。在此情形下，國會真的是無所不能。就算國會以立法程序取代修憲程序，由於沒有制裁的機制，違憲侵犯行政權的法律仍然可以持續存在。基此，行政權只能臣屬於立法權；行政權也不可能享有不被侵犯的自主空間。

二、實務需求下所承認的自主行政命令權

雖然第三共和開始的憲政體制是以國會至上原則爲基礎，但長久以來行政部門所享有規範制定權並未被完全摧毀。換言之，行政部門在共和體制確立之後，仍然可以制定抽象普遍的規範；只是此項規範制定權在原則上仍是要源自於立法權，自主的行政命令權只有在特定的情況下才被行政法院的判例所承認。

(一) 附屬的行政命令權

早在君主專制時期，所有規範皆是源自於君主；因爲君主是主權者，故而也是最高的立法者。在政體變爲君主立憲制或是共和制後，國會與君主共享主權，或是國會成爲唯一的主權者，行政部門的規範制定權變成爲國會的附屬品或衍生物。法國大革命後首次於憲法中肯認行政命令權者出現在一七九九年憲法第四十四條，該條明文規定：「政府提出法案，且爲執行法律得制定必要之規範。」爾後的憲法，諸如一八一四年憲法第十四條，一八三〇年憲法第

¹⁵ 同樣的，我國憲法第 170 條所界定的法律，亦是典型的形式概念的法律。換言之，在憲法未明文禁止的情況下，我國立法院並非不能進行個案立法。

十三條，一八四八年憲法第四十九條，一八五二年憲法第六條，一八七五年憲法第三條，一九四年六年憲法第四十七條等，雖未必明白表示行政權得制定規範，但卻皆有行政部門負責執行法律之規定。然而行政權為執行法律，不可避免地必須制定抽象普遍的規範，此乃是行政命令權存在的主要理由。十九世紀下半葉至二十世紀初期的法國學者，對此問題大多數皆採與此相近之立場。¹⁶如極具代表性之作者 Laferrière 即言：「行政命令權乃直接繫於行政權本身；因為行政權既然負責執行法律，則為了實現此任務，行政權一定要能制定次要的(補充)規範。」¹⁷

如果說為執行法律而必須制定抽象之次要規範的說法為多數學者所接受，對於行政命令與法律究竟如何區別的問題則有不同的想法。而當時行政命令與法律的區別問題之所以會產生，並不是因為行政權與立法權兩權相持不下¹⁸的結果，而是因為行政命令的司法審查問題。更詳細地說，法律乃全意志之展現，是主權行為的結果；基於主權至高無上的本質，法律具不可被質疑之特性，故而法律不能為法院所審查。反之，行政命令既然源自於行政權，則基於依法行政原則，行政權之行為，不論是抽象的行政命令還是具體的行政處分，皆應接受法院審查。如果將抽象普遍的行政命令視為與法律相當，則不應接受法院審查；若將之視同為行政權的一部分，則應接受法院審查。從法院得否審查行政命令的角度切入，有些學者¹⁹主張所有行政命令在本質上應該都與法律相同，但是由於行政命令乃由行政權所制定，但為實現依法行政原則，則行政權之一切行為皆應由法院所審查。換言之，行政命令在本質上與法律無異，但只因其係源自於行政權故而必須受法院審查。另外一些學者²⁰則認為所有的行政命令皆應視為是行政行為，亦即包括行政命令在內的所有行政行為皆應受司法審查。不過他們將行政命令亦納入司法審查的主要目的，就是希望限制行政命令不當地擴張至法律領域內²¹；也就是藉由司法審查的威脅而使執政者在制定重要規範時，儘量選擇國會立法的途徑。

法國中央行政法院對此問題原先抱持比較傳統的看法，亦即將行政命令進一步地區分為兩類。第一類是基於法律授權，為執行法律而由行政權所制定的次要性及補充性行政命令，法國法將其稱為「公行政命令」(les règlements d'administration publique)，此類似當時德國法上的 *Rechtsverordnungen*²²，以及我國中央法規標準法第七條的「授權命令」。第二類命令即是其他沒有法律明白授權而由行政權為執行法律所制定的「一般命令」。前者被視為是法律的一種次類型，既可介入法律所得規範之領域，亦具有法律不被法院質疑之特性；故而此類行政命令與法律相同，法院不得審查之。至於「一般命令」則視為純屬行政權之性質，與行政處分一般同受行政法院審查。Laferrière 在其大著中如此闡述這種想法：「如果行政命令因其抽象普遍之特質看似與法律無異，制定

¹⁶ 如 Ducrocq, Esmien, Berthélemy 及 Atur 等人。

¹⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, tome 1, p. 482.

¹⁸ 反之，我國近年來之所以產生行政權與立法權之各自領域範圍的問題，主要是因為行政、立法兩權相爭而起。

¹⁹ 諸如 L. Duguit, C. Bazille, G. Cahen, F. Moreau, J. Barthelemy, E. Raiga 等人。

²⁰ 諸如 E. Bouvier, G. Jèze, A. Esmein, J. Valegeas, A. des Cilleuls 等人。

²¹ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de Droit : L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 138.

²² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Paris, Sirey, 1920, p.556.

行政命令的權力在本質上絕不是立法權，而係直接繫屬於行政權本身；(...) 僅有針對一種基於立法者特別授權，且經諮詢過中央行政法院後由政府所制定的公行政命令，其究屬何種性質的問題方才真正產生。此種公行政命令並不僅止於執行法律，並在某些地方補充法律及延伸法律。但是除了這種基於特別立法授權的準立法行為外，行政命令權並未超越行政權的職權範圍，而行政權所完成的這些法律行為(即一般行政命令)，在本質上是公權力行為，是行政行為的一種。」²³

從是否得以接受行政法院審查的觀點來區分行政命令，事實上也等同於區分了行政命令與法律。因為凡是由國會所制定的規範，不論其內容為何它必然是法律；反之，由行政權所制定的抽象規範，在形式上它是行政行為的一種，但在實質上它可能是法律：因為某些行政命令可能涉入法律之領域，其雖非由國會自己所制定，卻是由國會授權行政權而制定。換言之，法國的「公行政命令」在外觀上是行政權之行為，在本質上卻應屬於法律，故在訴訟上也被視為是法律。總之，「一般命令」是為執行法律而產生，故其自然是從屬於法律之下；至於「公行政命令」，雖然不只是單純的執行法律，有時甚至是如同法律一般，直接創設或變更人民之法律地位，但此時它卻被視為是「實質的法律」，只不過是由立法部門委託行政部門制定而已。²⁴不論是行政權自己為執行法律而制定之一般命令，或是接受國會委託而為之立法行為；行政權於制定行政命令之際，皆不是處於一種完全自主且主動的地位。不過在另一方面，行政部門所享有的規範制定權雖說是臣屬於立法權之下，但卻仍不免存在或多或少的自主空間。

(二) 特定情況下的自主行政命令權

在承認為執行法律行政部門得制定行政命令的同時，其實已經賦予行政權一定的自主空間；因為就從凱爾生(Hans Kelsen)之法律位階理論的想法來看，在制定下位階規範時，固然是以上位階規範為其基礎，但必然同時也存在或多或少的創造成份。若否，下位階規範如何能不同於上位階規範呢？不論學者之主張為何，法院之立場方才真正顯現實證法之內容。在面對法律未設制裁規定，行政權能否逕行強制執行的問題時，法院採取肯定的立場。²⁵學者對此作如下的評述：「立法者對於如何制裁沉默不語，絕對不能將此解釋為立法者是荒謬且不可理喻地欲制定無效的規範；而應視為是對：為執行法律行政部門必須採取必要措施之傳統信念的再次肯認 (...) (故而) 所有未規定制裁方式的法律義務，自可透過行政手段予以強制執行。」²⁶換言之，在法律沉默時，為使法律得以真正實踐，行政部門得採取包括制定行政命令之相關必要措施。此外，在一九〇六年有關公務員法的裁判²⁷中，中央行政法院亦明白表示：「在沒有法律為相反規定之情況下，行政權可隨時溯及既往地設定或調整公務員

²³ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, tome 1, p. 482.

²⁴ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de Droit : L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 137.

²⁵ T.C. 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, *Sirey*, 1904, III, p. 17, concl. Romieu.

²⁶ J. Barthelemy, L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public, *R.D.P.*, 1912, p. 534.

²⁷ C.E. 4 mai 1906, Babin, *Rec.* p. 362, concl. Romieu.

之法律地位。」²⁸雖然此裁判涉及公務員法，頗有德國法之特別權力關係或我國現行行政程序法中之行政規則的影子；但至少它承認行政權針對其內部事項，在不違反法律規定的情況下有其一定之自主空間。

第一次世界大戰的發生不僅對歐陸各國之政經社會情況產生衝擊，亦對各國法制產生深遠影響。行政權為因應戰爭之需要而採取的諸多主動措施，或者無應予以執行之法律，或者無法律授權；但在國會可能無法集會運作的情況下，行政權不可能消極被動，或甚至坐以待斃。所以對於在例外情況下行政權不得不制定之抽象規範，行政法院只能承認其必要性及合法性。在一九一四年第一次世界大戰開戰之際，法國行政權發布一系列的行政命令以為因應；且其中有不少命令是暫時中止某些法律之適用。法國國會於一九一五年三月三十日的法律追認這些行政命令，但該法卻漏列一九一四年九月十日的一項行政命令；Heyriès 先生即以此為由認為該行政命令應屬違法而無效。中央行政法院在一九一八年的重要判例²⁹中表示：「共和國總統基於一八七五年二月二十五日憲法第三條之規定為行政權之首長，且負責執行法律；而基於執行法律之職權，總統必須監督，且於必要時得制定規範，以使法律所建置之公共服務事項能於任何時刻皆正常運作，以使戰爭所產生的困境不至於癱瘓國家機器之運作。」換言之，在諸如戰爭這種特殊的情況下，為確保國家之正常運作，不論國會是否曾立法或授權，行政權皆得採取必要之措施，制定必要之行政命令；甚至這些行政命令之內容直接牴觸法律，只要是為維護公共利益所必要，行政法院皆能肯認其合法性。

除了前述例外情況下的自主行政命令權外，中央行政法院在一九一九年的另一個重要判例中確立行政權為維護公共秩序與公共安全，享有「一般警察權」³⁰；在此領域，行政部門即使在缺乏法律授權的情況下，仍得為了公共利益而主動作為。本案源自於一八九九年三月十日由總統所公布的行政命令，該命令可謂法國第一部現代交通道路安全法典。該法典中的第十一、十二及三十二條規定欲開車者必須事先取得駕照，而若一年內違規兩次以上者，將被吊照。Labonne 先生遭致吊照處分後，於訴訟中向行政法院主張該行政命令本身因違法而應無效。其主要論據是以法律僅將有關道路維護與道路安全之一般警察權授權于市長³¹及行政總督³²，總統未獲有此授權，故不得制定系爭行政命令。中央行政法院於判決中指出：「在立法授權之外，總統基於其本身之職權，即得採取效力及於全國的警察措施。」³³至於前述提到的市長與行政總督等各級政府之行政首長，各自在其轄區內亦享有一般警察權，只是下級行政首長之一般警察權就相同事項不得牴觸上級行政首長所頒布之命令；而僅能基於當地實務所需，補充上級行政命令之內容。基此，一般警察權在本質上被視為是行政權的核心權能。由於該領域常會涉及人民之自由與權利，故而立法權自

²⁸ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de Droit : L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 135.

²⁹ C.E. 28 juin 1918, Heyriès, *Rec.* 651 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 1999, n° 34, pp. 193 et ss.

³⁰ 法國法上的「一般警察權」是指由一般警察所管轄之有關公共秩序與安全之權力。與一般警察權相對比的是「特別警察權」，此乃指由特別警察所管轄之事項，如檢查出版品的出版警察，檢查電影的電檢警察等。

³¹ La loi du 5 avril 1884.

³² La loi du 22 décembre 1789 et la loi du 8 janvier 1790.

³³ C.E. 8 août 1919, Labonne, *Rec.* 757 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 1999, n° 38, pp. 219 et ss.

當介入予以立法規範。但是由於維護公共秩序與安全是行政權的核心職能，所以在法律沉默之際，行政權仍應作為；於此遂產生自主行政命令權。只是此自主行政命令權乃限於一般警察權之領域，且其自主性僅在法律沉默之餘，或為補充法律之不足。

此二判例所涉事項雖有所不同，但其核心精神其實是頗一致的。二者在時間上都是於第一次世界大戰尾聲或結束後作成，顯然也不是單純的巧合；而係國會至上原則運作多年後，針對憲政體制效率不張而作的反撲。二者都奠基於行政權之本質或其核心職能，在國會怠惰或無法有效回應危機時，行政權只能主動執行其職務。在不直接否認國會至上原則的情況下，此二判例已初步肯定行政權享有有限的自主空間。

貳、第五共和憲法下之行政命令權

以國會至上原則為基礎的法國議會內閣制，一直要到一九五八年的第五共和憲法才有明顯變革。然而第五共和憲法中的變革並非是憑空而降，而是將第三及第四共和中的憲政實務予以憲法化。行政權之地位尤其在諸如戰爭或經濟大恐慌等危機的刺激下而逐步提高，而在行政權地位逐步提高的趨勢下，自主行政命令權終於得到憲法的明文肯認。

一、國會至上原則的傾頹

自第三共和起法國確立了國會至上的共和體制，尤其在畏懼行政權復辟而重建君主體制的心態下，更將行政權置於完全臣屬的地位。³⁴就實際的政治運作而言，國會輕而易舉地行使倒閣權，政府更迭不斷；但總統卻不敢行使解散國會的權力。極端不穩定的政局，致使行政權有弱化及無效率之感覺；各界對於政治的批判，遂集中於國會身上。在將國會作為一切國家不幸的代罪羔羊之後，重新強化行政權遂成為自然的發展趨勢。

(一) 國會至上原則之批判

英式的議會內閣制無疑是國會至上原則的最佳代表。第三共和的學者欲批判國會至上原則，首先就必須與英國的議會內閣制劃清界線。簡言之，法國自大革命以降，即有一元的議會內制與二元的議會內閣制之爭；前者代表革命與左派的勢力，後者則屬保守與右派的勢力。就批判者而言，議會內閣制必須是一種菁英的體制，也就是參與政策制定的人，必須要有豐富的經驗，廣博的知識與時時以公共利益為念的道德認知。然而法國自一八八〇年代起即採取普選制度，讓中小資產階級得以進入國會；則國會的亂像也就不難理解：一方面因組成份子過於多元而不易取得共識，另一方面也因組成份子的程度不佳，而使得國會效率不張，並且立法的品質亦十分粗糙。例如 Charles Benoist 即言：「議會內閣制假設並且需要一種人作為國會議員及內閣成員，而這種人，我們不敢說是屬於某種階級的人，在此時此刻還使用任何階級的意識都是十分不適宜的，他們是受完整教育、有能力、能獨立、能忘記個人利益、能夠接受歧見、又有包容能力的人(...)；(總之)，議會內閣制自始且在本質上就是一種貴族或資產階級的政治體制。」³⁵而對於國會運作的結果，F. Moreau 則作如下的描

³⁴ 除了第二次世界大戰期間的維琪政權之外，從一八七五至一九五八年，法國皆是國會至上的政府體制。

³⁵ Ch. Benoist, *Parlements et parlementarisme, Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, L.G.D.J., 1907, tome 2, p. 304.

述：「我們的國會運作中最令人驚訝的一個現象，就是國會異常繁重的立法工作及品質十分低落的立法成果此二者之對比。國會實際上僅完成數量極少的法律，而大部分完成立法程序的法律都是在形式上有瑕疵，而在實質內涵上又十分平庸的法律；故國會所付出的努力與所得的成果是不成比例的。」³⁶

事實上因普選制度所帶來的大眾民主制，其在本質上能否與英國式的議會內閣制相容？一直是法國學者所關懷的議題。法國第三共和的國會不斷倒閣，造成政府因更迭頻繁而無效率的憲政經驗，令人將矛頭指向因普選而產生的國會。例如 R. Saleilles 表示：「真正的議會內閣制並非臣屬於群眾，而是在一小群菁英的掌控之下，這是貴族體制下的政治主權。(…)若是就歷史發展而言，議會內閣制是經由某一階級享有優勢地位而產生，則在民主普及之後，無疑是由其他社會階級的人進入政治舞台，且打算扮演其角色。而此際必須思考的就是議會內閣制能否與這些階級相容？或是需要一個更簡單的制度，更能夠適應他們的思考模式、他們的文化水準與政治素養的政治制度。」³⁷面對國會亂像，Th. Ferneuil 在強調應加強議事規則之規範以馴服普選出的議員，同時對於當時的國會議員也作如下之描述：「早在限制選舉的時代，內閣職位的競奪賽就已佔據了政治舞台上最主要的一幕，而黨派或是小集團利益的追求總是常常取代國家利益的追求。然而，至少因為拜投票權限制之賜，國會是由社會中具優勢地位的人所組成；而這些人所組成的國會多數比較能尊重行政權，也比較能遵從議會內閣制所具有之細緻複雜的遊戲規則。然而在普選之後，我們看到內閣職位的競奪造成更多的內閣危機，個人或是集團的競爭更使得國家利益總是被取代。但是，更有甚者，由普選所選出的國會多數更不能尊重行政權，更易越權侵占其他政府部門之職權。由於因普選所產生之國會議員的平均素質，我們可以預見一大群國會議員透過引起議會衝突事件或是考問內閣成員，使其難堪或難以下台之方式，來在其選民面前稱英雄，而不願在議會中認真辯論法案，或是在沒有鎂光燈且沉寂的委員會內審查法案。」³⁸而 Léon Duguit 更直接了當地說：「對於腦袋清楚的人而言，議會內閣制走向歧途的最主要的原因無疑就是普選制度。議會內閣制在本質上就是無法與(普選制下的)民主制度相容。」³⁹

最後，民主普選制度下所產生的國會，無疑是透過多數決原則而產生。然而在簡單多數的選舉制度下，多數所選出的國會其實與社會實況有很大的距離。更詳細地說，落選者所代表的民意並不能在國會中被表達；更不用說未參與投票之棄選者的民意是完全的被忽略。多數選出的國會號稱代表全體，實則他們卻是少數。以一八八一年及一八九三年的兩次國會選舉來看，所謂多數所選出的國會，其實只分別代表百分之二十及百分之二十九的民意。⁴⁰更有甚者，國會作成決策，完成立法程序，本身也是以多數決的方式為之。換言之，真正作成決策或完成立法的國會多數，相較於全體人民而言，實可說是少數中

³⁶ F. Moreau, *L'initiative parlementaire*, R.D.P., 1901, tome XV, p. 251.

³⁷ R. Saleilles, *Procès-verbaux des séances et documents du congrès international du droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, L.G.D.J., 1905, tome 1, pp. 69-113, p. 82.

³⁸ Th. Ferneuil, *La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre*, R.D.P., 1894, n° 1, pp. 19 et s.

³⁹ L. Duguit, *Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875*, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, L.G.D.J., 1907, tome 2, p. 318.

⁴⁰ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit : L'évolution des conceptions de la Doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 107.

的少數。民主代議制度看似代表民意的多數統治模式，其實透過選舉制度與多數決原則的扭曲，它在實質上仍是少數統治。從而，十九世紀末二十世紀初對選舉制度的改革建議，尤其是比例代表制的設計，正是針對代表性不足之代議制度的矯正措施。

總之，國會本身代表性不足，組成份子又因普選制度而良莠不齊；他們不僅無法理性議事，在普選制度下更不可能不討好選民，透過作秀以強化個人的英雄色彩，為黨派或集團利益而鬥爭不斷，完全置國家利益、公共福祉而不顧。在此情形下，立法無品質，施政無效率；在遭遇重大國內外危機或挑戰時，必然走向崩解之途。修正國會至上原則，強化行政權，遂成為改革的唯一途徑。

(二) 國會至上原則之修正

歷經第三及第四共和的國會至上原則，主導法國八十餘年的政治生活。然而在這段期間，法國亦遭遇兩次世界大戰，多次經濟危機與殖民地之分離獨立運動。施政效率不張既然是以國會為主要禍首，限縮國會權限成為改革的核心。戴高樂將軍在一九五八年五月底因阿爾及利亞危機復出政壇後，即推動新憲運動。其主要的思考主軸即在於國會至上體制令法國屢遭挫敗，無法面對並解決難題；而要讓法國走出困境，唯有透過新憲建置以下制度：必須有一個真正的國家元首，他同時是三軍統帥，並有處理及解決困境的手段。必須有一個能真正執政的政府，它雖須向國會負責，但卻仍應有作為的可能性。必須有一個能立法並能監督行政權的兩院制國會，但也必須存在抑制國會越權的機制。必須存在一個監督所有公權力機關運作的憲法委員會，以確保各項憲法上的機制不被國會所破壞。⁴¹總之，戴高樂將軍認為過去憲政體制最主要的問題就是盧梭式的立法權至上，國會獨大的體制；而現今所欲追求的，就是一個權力平衡的體制。

第五共和憲法的確了實現戴高樂將軍的理想。在法國學者所稱之將議會內閣制「理性化」的主要措施中，有以下三類措施明顯改變議會至上的傳統，並且重新恢復行政權應有之權威。第一類措施乃涉及立法程序及國會權威之事項：諸如國會對於總理之任命，沒有人事同意權。⁴²國會不享有議程的決定權。⁴³國會對於政府的不信任及倒閣權之行使受到嚴格的限制。⁴⁴以及在預算審議程序規範密度特別高，讓政府不會因預算受制於國會而完全無法施政。第二類措施則屬違憲審查機制的設置。在國會至上原則下，立法權與制憲或修憲權幾乎無從區隔，建置國會以外之第三機關承擔違憲審查任務，實乃不可想像之事。然而飽受國會至上原則之禍害而建置新制的國家，違憲審查機制成為不可或缺之良藥。第二次世界大戰後，包括德國、義大利及法國等戰前係議會內閣制國家，都先後建置違憲審查制度。而法國又因其傳統較強，成為建置最晚且也最含蓄的違憲審查制度。憲法委員會是第五共和憲法所建置嶄新機關。最原始的目的就是要將國會限制在憲法所界定的架構之內，並成為行政權對抗立法權的最佳保護者。有關憲政組織之重要法律被稱為「組織法」，凡是國會制定

⁴¹ J.-J. Chevallier, G. Carcassonne et O. Duhamel, *La V République :1958-2002, Histoire des institutions et des régimes politique de la France*, Paris, Armand-Colin, 2002, p. 15.

⁴² 第五共和憲法第 8 條。

⁴³ 第五共和憲法第 48 條。

⁴⁴ 第五共和憲法第 49 條、50 條。

此類法律，在公布前必須強制送交憲法委員會審查。國會的議事規則及國際條約亦屬強制審查之範疇。一般法律在公布前，亦可經聲請而被審查。一但被憲法委員會宣告違憲的法律，法律不得被公布。自此，國會至上原則修正為憲法至上，立法權完全被制約為憲法的架構之內。

在另一方面，第五共和憲法亦強化行政權。首先是給予國家元首一個特殊的地位，他應確保憲政體制正常運作無息。⁴⁵過去行政部門為應付重大變故而由行政法院在判例中所肯認的特別權力，特別於憲法條文中明訂。⁴⁶同時為應付國會對抗，解決憲政僵局，總統不僅可以無任何前提條件地自由解散國會，亦有發動公民投票的權力。⁴⁷總統和總理針對國會三讀通過的法律案，在其公布前都可以聲請違憲審查。內閣主導議會之議程，尚有特別程序強力運作法律草案在國會中通過。⁴⁸而行政命令權的復生，更是強化行政權的最重要措施。

二、復生的行政命令權

國會至上原則不容自主行政命令權已如前述。法律的概念變成一個純粹形式的概念，亦即不論其內容為何？不論其涉及何種領域或何種事項，不論其為抽象普遍之規範，還是個別具體的決定，只要是源自於國會，經由國會立法程序所完成的決定，都是法律。換言之，法律無邊無界，法律更可介入行政權內之各領域。如果為執行法律而行政權可制定行政命令，這些命令一方面需要以法律存在為前提，另一方面也只具補充性質。再者，立法者之意志隨時可以將這些行政命令變成法律，亦即國會以立法方式通過這些行政命令。面對國會予取予求的強勢地位，第五共和憲法祭出「職權領域」的殺手鐮。換言之，將形式意義的法律概念改為實質意義的法律概念，國會唯有在其自己職權領域內，針對其職權所得管轄之事項所制定的規範，才能稱之為法律。

第五共和憲法最令人驚異的“革命性”設計，就是在其第三十四條對國會之立法範圍作列舉規定；而第三十七條第一項更明定：凡是法律領域以外之事項，即屬行政命令權之範圍。相較於過去將行政命令權視為完全臣屬於立法權之下，前述規定往往被學者視為是“革命性”規定：因為法律的概念不再是單純的形式概念，同時還要加上實質的概念；亦即法律僅能規定特定領域內之事項。

為了避免此“革命性”規定無法將國會限於其被列舉的職權範圍內，第五共和憲法除了設置憲法委員會以確保憲法被遵守之外，更有下列三項規定以利行政權保障其權限範圍。第一項規定是在立法過程中，若國會所提之法案或法律修正案涉入行政權之領域，行政權得阻止該立法程序之繼續進行。若國會堅持續行此立法程序，行政權得聲請憲法委員會介入以保障其權限。⁴⁹第二項機制是若國會所通過的法律內容涉及行政權之領域，亦即逸脫出列舉的法律領域範圍，則在國會完成立法程序，但法律尚未公布前；行政權仍得聲請釋憲以阻擋法律之公布生效。⁵⁰第三項機制則是針對已公布生效之法律，若其內容涉入行政權之領域，行政權得以命令的方式直接修改法律條文之內容。為避免行

⁴⁵第五共和憲法第 5 條。

⁴⁶第五共和憲法第 16 條。

⁴⁷第五共和憲法第 11 條。

⁴⁸第五共和憲法第 44 條。

⁴⁹第五共和憲法第 41 條。

⁵⁰第五共和憲法第 61 條。

政權任意以命令取代法律，憲法特別規定對於一九五八年新憲通過後所公布的法律，行政權必須請求憲法委員會對係爭規範進行「去法律化」(délégation)的程序，使其失去法律地位，而成爲行政命令得自由介入之範圍。若是該法律是第五共和憲法以前公布生效的法律，則須經由諮詢中央行政法院的程序後，方得以行政命令修改此類法律之內容。⁵¹透過這些保護機制，行政權方才取得自主地位；甚至這種憲法設計已形成所謂的「行政保留」。

(一) 附屬(衍生)行政命令權

在第五共和的憲法架構下，總統負責公權力組織之正常運作⁵²，而總理所領導的政府則負責法律之執行。⁵³綜合而言，行政權確保國家正常運作，並負責法律之執行。在此概念下，凡是已公布生效之法律，行政權必須執行之。爲確實落實執行法律之任務，行政權自得於必要時訂定行政命令。此種行政命令可稱爲附屬或衍生的行政命令，因爲它們的存在必須以法律存在爲前提：沒有法律，就沒有此類行政命令。

由於法律已被憲法限定特定領域中，故若行政命令之內容與憲法第三十四條所列舉之事項有關，則即便找不到一個特定的法律作爲其母法，它仍可被視爲是附屬的行政命令，因爲它涉及法律領域，故而只能是附屬於法律之下。在實務上，就算沒有特定法律明確授權行政部門就特定領域訂定細節性規範，行政權仍得以一般法律之概括規定爲基礎，爲執行法律而訂定行政命令。換言之，「執行法律」的概念固然含有被動、附屬的要素，但該概念本身也蘊藏一定的自主性與創造性；而非事事靜待法律授權，法律也無法事事在事前就預見其本身需要細節性之補充規定，而爲明確具體之授權。行政權爲遵守憲法上要求公權力正常運作及執行法律的要求，於必要時自得訂定行政命令。

事實上，就算不援引「執行法律」的概念，直接引用法律位階理論，也可得知下位階規範的制定過程固然要以上位階規範爲基礎，但制定規範的同時也必然存在一定的創造性與自主性。若否，下位階規範豈會有違反上位階規範的機會，規範審查也變成是多餘的機制了。總之，附屬的行政命令固然是臣服於立法權之下，但仍享有或多或少的自主性與創造性。但真正有自主獨立地位的行政命令，則應完全在不在立法權的掌控之下。

(二) 自主行政命令權

如前所述，在第五共和憲法以前雖然在制定法上不承認自主行政命令權，但基於行政權運作之實際需要，實務上不得不承認自主行政命令權；尤其是在面對國內外重大政經挑戰之際，行政權之主動積極性更顯得重要。法國中央行政法院在二十世紀初，首先肯認即使在事先沒有法律存在或法律授權的情形下，爲了使公權力機關或公共服務部門得以正常運作，行政權當然可以制定其運作所必要之規範。⁵⁴換成吾人所熟悉的說法，亦即是指行政權得以訂定行政機關運作所必要之內部行政規則；行政規則既然是爲了規範行政機關內部運作機制，不對外面人民發生效力，自然也就沒有法律授權的必要性。基此判例進一步推演，中央行政法院在一九一九年的重要判例中明白肯認：爲維護公共

⁵¹第五共和憲法第 37 條第 2 項。

⁵²第五共和憲法第 5 條。

⁵³第五共和憲法第 21 條。

⁵⁴ C.E. 4 mai 1906, Babin, Rec. 365, concl. Romieu.

安全與秩序，各級行政首長皆享有一般警察權。⁵⁵基於同樣的理由，一旦進入特別的緊急時期，行政權當然也得自主且快速的反應，以使國家得以渡過危機。所以第一次世界大戰之後，尤其是在全球經濟大恐慌的衝擊下，中央行政法院確立在緊急情況下，行政部門亦享有自主行政命令權。⁵⁶

在國會至上原則下，這些自主行政權究竟以什麼為依據？論者多從憲法上賦予行政部門必須確保國家正常運作之規定為其基礎。既然憲法規定行政權必須兼負國家機器之正常運作的責任，則此憲法上之義務與權力，不能事事等待立法部門下達指令後方能作為；而是可以依具體需要而主作為。只是這種憲法授權尚不能稱為「行政保留」，因為一旦國會介入，對相關事項進行規範，行政權並無抵擋的可能性。

第五共和憲法只是延續這樣的傳統，但更進一步地於憲法中明訂行政權之領域，及創設行政權對抗立法權侵權的抵抗機制。其中最令人關切的設計，就是讓行政權之權限範圍成為概括的，原則性的權力；反之，立法權則是例外的，列舉性的權力。更詳細地說，第五共和憲法第三十四條列舉立法權之權限範圍，而第三十七條又規定法律領域之外的事項，皆屬行政權之範疇。從而，針對第三十四條列舉事項所訂定的行政命令，必然要以法律為前提，必然是屬法律授權下的執行命令；若否，即屬行政權侵入法律領域，違反憲法本身所界定的法律保留架構。但在另一方面，凡是行政命令涉及憲法第三十七條所謂的行政權領域，此時相關事項不僅沒有法律規定為前提，立法者亦不得以立法方式介入此領域；若否，即屬立法權介入憲法所保障的行政權領域。換言之，在憲法保障免於國會介入的行政權領域中訂定規範，即是所謂的「自主行政命令權」，因為不以法律規定或法律授權為前提。至此，過去傳統司法實務的見解終於在此得到實定法上之支持，而且就範圍事項亦已跳脫行政法院裁判中於事項上(一般警察權)或時機上(緊急情況)之限制，而係達到在領域上更廣泛，在時機上更自由的真正的自主行政命令權。

結語

不論行政權首長的產生方式為何，行政權都必須有或多或少的自主性。法國近兩百年來的憲政經驗顯示，完全受立法權掌控的行政權，必然因議會體質本身的無效率，而導致國家整體施政的無效率。這種施政無效率的環境，正是孕育獨裁者的溫床。所以國會固然要盡力馴服行政權，但也要避免完全征服行政權，以免權力部門間失去制衡或牽制機制，終至完全摧毀權力分立原則。至於行政權的自主領域究竟為何？自主空間究竟有多大？不同的憲政體制會有不同的情形，似乎不會有一個標準答案。不過憲政體制間的差異，並不排除可以找到共通於各體制間的公約數；法國憲政經驗正足以提供此訊息。簡言之，個案的處分權(包含人事任命權)，緊急命令權及一定的抽象規範制定權(可能僅對內發生效力，或甚至到對外亦發生效力者)可以說是行政權基於其本質所該擁有的權力。這種類似“核心領域”⁵⁷的說法並不表示一旦涉及某項權限，如人事任命權，就一定應屬行政權所有。各種不同的制度設計方式都在允許之列，只是不能達到行政權毫無任何一項人事任命權的境地。⁵⁸同樣的道理，行政權都

⁵⁵ 參見前文本案例(C.E. 8 août 1919, Labonne)之介紹。

⁵⁶ 參見前文本案例(C.E. 7 février 1936, Jamart)之介紹。

⁵⁷ 筆者認為「本質領域」的概念較「核心領域」更為適當。

⁵⁸ 相反見解可參見釋字第 585 號解釋。

應享有或多或少的抽象規範制定權，有的制度可以允許包括影響人民權利的規範，有的僅止於內部規範。但若行政權毫無抽象規範制定權，則亦屬不可想像之事。

我國行政程序法公布施行後，仿照德國的法規命令與行政規則之二元設計，將所謂的自主行政命令權完全限縮在行政規則之內；而立法者若欲介入此領域，行政權似亦無有效對抗機制。原來中央法規標準法第七條中的職權命令，究竟與行政程序法如何配合？遂成爲值得討論之議題。⁵⁹在另一方面，我國總統改爲全民直選後，行政權自己也取得一定的民主正當性，是不是除了內部行政規則之外，事事都要仰賴立法院？也引起很多討論。我國大法官早自南京時期所作的解釋⁶⁰開始，即曾強調我國憲政體制乃「五權分治、平等相維」之體制；而此種體在本質上係與國會至上原則相違。在戒嚴威權體制下，司法實務與學者多強調五權間之分工與協力，避免論及制衡的概念。解嚴後，大法官才開始積極論述權力分立原則之內涵。⁶¹然而「分工」、「合作」或「協力」的概念不能完全爲「制衡」的概念所取代，行政權之本質領域也不能完全犧牲於國會的監督制衡下。

不過，法國第五共和憲法下的自主行政命令權雖然範圍廣泛，且也不僅限於不對外生效的內部規範，卻沒有變成行政權濫權的工具。究其主要原因，至少有以下兩點值得吾人注意：首先，在法式半總統制的憲政運作下，議會內閣制仍是其基本骨架。行政權總是與國會多數結合。總統與國會多數同勢力，總統掌握國會。而在左右共治的情形下，行政權原則上由總理掌握。一旦自主行政命令權之內容甚爲重要，尤其涉及人權部分，即使非屬法律領域，政府仍得，並且在實務上亦常以法律案方式送交國會研議與表決。憲法僅限制國會不得越權進入行政權領域，但沒有禁止行政權將其權限移轉至國會。換言之，因爲不曾出現少數政府，所以自主行政命令權並未成爲對抗國會的工具。其次，在行政命令的抽象司法審查上，法國制度亦甚爲完備。在行政法院的監督下，侵害人權的自主行政命令在未造成實際侵害前，可能早已被行政法院撤銷。這兩項法制特徵對於自主行政命令權的運作，有相當程度的影響。我國的行政權固然在形骸上與法國第五共和十分相近，行政權似乎也爲了施政效率而主張應有自主行政命令權。惟在少數政府，又無法院事前審查行政命令的情形下，自主行政命令權即有異化的可能性；吾人焉能不慎。

⁵⁹ 參見「職權命令之過去、現在與未來」學術研討會，台灣行政法學會、政治大學法學院主辦，《臺灣本土法學雜誌》，第 11 期，2000 年 6 月，頁 93 至 130。

⁶⁰ 參見釋字第 3 號解釋。

⁶¹ 參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，《權力分立新論》，增訂二版，台北，元照，2000 年，頁 183 以下。