

憲法上「行政」之概念

——以日本學說為中心

林孟楠*

要 目

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| 壹、前 言 | 二、行政改革與執政權說 |
| 貳、憲法體制之轉換與「行政」 | 三、政治過程之憲法框架
與法律執行說 |
| 一、大日本帝國憲法之
「行政」 | 肆、日本學說之特色與啟示 |
| 二、日本國憲法之「行政」 | 一、日本學說之特色 |
| 參、統治機構之革新與「行政」 | 二、對台灣公法學之啟示 |
| 一、行政國家之興起與問題 | 伍、結 論 |

關鍵字：執政權、行政權、官僚制、法律執行、行政一體、
責任政治、權力分立、權限歸屬規定

投稿日期：106年08月21日；接受刊登日期：106年12月06日

* 中原大學財經法律學系助理教授，日本名古屋大學法學博士。
本論文關於「法律執行」之部分，為科技部專題研究計畫（MOST
105-2410-H-033-006-）研究成果之一部。初稿曾發表於「第8屆海
峽兩岸公法學論壇」研討會。作者感謝期刊匿名審稿人之寶貴建
議，併此致謝。

壹、前言

憲法第5章以「行政」為題，第53條規定「行政院為國家最高行政機關」。關於「行政」之概念，司法院釋字第613號解釋理由書指出「行政旨在執行法律」，掌理行政事務之行政院應依憲法增修條文第3條第2項，「行政一體」對立法院負責¹。依此敘述，行政以「法律執行」為其核心內涵，藉以貫徹民主法治國家之責任政治制度。不過學者對於「行政」之概念，似受到行政法學影響，多採扣除說，認為行政係指總統、立法、司法、考試及監察以外之概括權力²。或有進一步例示「行政」之內涵，包含政策權、組織管理權及執行權³，顯然不僅止於法律執行。既然「行政」之概念寬狹，直接決定行政院之憲法職權，必然影響行政院與立法院之責任政治制度，則「行政」之憲法概念，應值深入研究。

另一方面，從國家作用之性質而言，總統屬於「行政權」之一部⁴，握有實權⁵。司法院釋字第627號解釋理由書即指出「總統

¹ 該號解釋進一步推導出「不容立法院剝奪之人事決定權」，顯見「行政」可為具體操作之概念，劃分行政院及立法院之界線。類似意旨亦見於司法院釋字第645號。

² 例如，薩孟武，中國憲法新論，頁215-216、315-316，三民書局股份有限公司（1974）；林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第二冊），頁174、187-188，三民書局股份有限公司（1982）；法治斌、董保城，憲法新論，頁359，元照出版有限公司，6版（2014）；吳信華，憲法釋論，頁569-570，三民書局股份有限公司，修訂2版（2015）；陳慈陽，憲法學，頁914，元照出版有限公司，3版（2016）。

³ 例如，吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁513-517，自版，增訂5版（2017）。

⁴ 司法院釋字第419號解釋理由書，指出總統及行政院均「屬於行政權體系」。

⁵ 尤其是1997年第4次修憲以後，總統可單獨任命行政院長。故有認

於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，為最高行政首長，負有維護國家安全與國家利益之責任」。如嚴格依照憲法規定及用語，總統所能行使之列舉行政權，例如「國家安全大政方針決定權」，應與憲法第53條之「行政」嚴加區別⁶，否則即有可能破壞行政院與立法院之責任政治制度⁷。因此，若是能明確界定憲法第53條之「行政」內涵，應有助於確認行政院之憲法定位，同時界定出總統與行政院之分工⁸。

儘管憲法第53條之「行政」，理論上具有如此重要之中樞地位。但回顧學說及實務，嘗試從基礎理論予以正面界定並詳細檢討者，可謂鳳毛麟角⁹。理由在於，學說探討總統、行政院及立法院之權力分立問題，通常經由內閣制、總統制及半總統制之政府體制理型，嘗試將台灣憲政體制歸類為其中一種，得出結論¹⁰。如此一來，當然不會深入探討「行政」之概念，故難以僅依據本

為憲法已採總統制，總統乃是最高行政首長，行政院長僅是總統之幕僚長。參見湯德宗，論九七修憲後的憲法結構——兼論憲政工程的另類選擇，收錄於憲法結構與動態平衡——權力分立新論（卷一），頁1-52，天宏出版社有限公司，增訂4版（2014）；黃丞儀，行政權一元制的浮現——從憲法第六三條「國家其他重要事項」談行政立法關係之變革，月旦法學雜誌，第218期，頁44-55（2013）。

⁶ 吳信華，前揭註2，頁543-544。

⁷ 吳庚、陳淳文，前揭註3，頁510-511；許育典，憲法，頁394，元照出版有限公司，7版（2016）。

⁸ 至於總統以兼任黨主席之方式，間接指揮行政院，另涉及政黨政治如何影響憲政體制之問題，本文暫不討論。

⁹ 學說對於「行政」僅止於教科書之簡單介紹，且均採扣除說。司法院釋字第613號、第627號、第645號等解釋及相關文獻，限於個案爭議之脈絡，亦未從基礎理論深入鋪陳探討。

¹⁰ 制憲過程中即有此一傾向，張君勱指出憲法之行政權，便是「採取總統制抑內閣制」之問題。不過張君勱隨後認為不必拘泥政府體制理型，應考量自國政治文化，「尋求第三條路」。張君勱，中華民國民主憲法十講，頁53-56，稻鄉出版社（2015）。

土累積之文獻進一步分析。因此，經由外國法制比較研究，應為可行方法之一。惟應注意，以台灣憲政體制及憲政實踐之特殊性，恐怕亦難以直接援引特定外國法而遽為解釋。

本文擬以基礎理論為中心，盡可能忠實分析日本學說之問題意識與內涵，從中剖析出可供參照之「思考層次」。換言之，本文之目的並非根據日本學說而企圖於解釋論或立法論上直接闡釋「行政」之概念，而是分析「行政」於權力分立理論中具有之規範內涵，又於實定法制度中如何發揮實踐意義，從中掌握探討「行政」時應有之思考方向。至於為何以日本學說為分析對象，主要原因有三。第一，日本國憲法明確規定行政、立法及司法作用之歸屬機關，對於「行政」之定義，論述豐富。雖然違憲審查實務較少涉及權力分立議題之判決，但關於「行政」之討論，向來以學說為中心，發展出高度體系性與抽象性之基礎理論，較易尋覓出超越實定法制度之思考脈絡。第二，日本國憲法採取議會內閣制，基於行政應對立法負責之規定，行政一體及責任政治當然是學說探討「行政」概念之前提條件。以行政一體及責任政治為準星，接續司法院釋字第613號等解釋意旨，或有可能剖析出值得參考之處。第三，日本學說討論中，如何克服行政國家之病理現象，一直是重要課題。台灣公法學說向來欠缺相關研究，或可藉此發現未來值得檢討之問題。

基於上述問題意識，本文以下將先從憲法體制轉換之觀點，比較大日本帝國憲法及日本國憲法之「行政」，分析扣除說之意義與界限（下文貳）。其次，介紹正面定義「行政」之執政權說及法律執行說，探討兩說之規範內涵及實踐意義（下文參）。最後，綜合分析出日本學說之特色及啓示（下文肆），說明本文研究之結論及未來發展方向（下文伍）。

此外，由於本文因限定檢討範圍為「行政」定義之基礎理

論，並以日本學說為中心，故未能針對台灣之特殊問題詳細檢討。例如，獨立行政委員會之合憲性、行政保留以及總統兼任黨主席之政黨政治等問題，均與憲法第53條之規範內涵息息相關。日後將以本研究為根基，進一步深入探討，合先敘明。

貳、憲法體制之轉換與「行政」

對於「行政」之概念，日本憲法學及行政法學之通說至今認為應依扣除說判斷。亦即三權分立之國家作用中，減去立法作用及司法作用後，餘下者即為「行政」。此一判斷方式，成形於立憲君主體制下，以君主不證自明地掌控一切國家權力為前提，僅為保障國民權利而例外分化出立法及司法作用。但在憲政體制轉換後，扣除說是否允當，並非無疑。本文以下將以憲法學為中心，探討日本憲法體制從天皇主權轉變為國民主權後，定義「行政」之必要性以及扣除說成為通說之理由。

一、大日本帝國憲法之「行政」

（一）憲法架構

1889年制定公布之大日本帝國憲法（以下簡稱明治憲法），採取三權分立之立憲君主制。基於天皇主權原則，天皇作為國家元首，總攬統治權，立法權、行政權及司法權均是其中一部分。既然憲法以天皇握有一切行政權為前提，即預設天皇親政，統馭行政各部。因此不必明文設立內閣，採取國務各大臣直屬於天皇之「大臣責任制」，於第55條規定「①國務各大臣輔弼天皇，任其職務。②一切法律敕令及其他國務相關詔敕，應經國務大臣之副署」。至於國務各大臣共同開會協議，決定統一行政方針之場所，則另有法律「內閣官制」規定。該法創設「內閣」制度，第1條規定「內閣由國務各大臣組成之」，第2條規定「內

閣總理大臣作為各大臣之首席，奏宣機務，承奉聖旨，維持行政各部之統一」。但總理大臣並無固有職權與特殊地位，不過是國務各大臣的「首席」，擔任內閣會議之主席。國務各大臣就其掌理事項，既然個別直接向天皇負責，則當然可要求內閣會議依其意旨作成決定，否則可行使否決權。如此一來，內閣本身實際上是國務大臣仰慕天顏各自為政，首相並無任何統合協調之權限，遑論指揮監督。

另一方面，帝國議會雖為立法權，但本質上僅是「協贊」天皇行使立法權（第5條），主要審議內閣提出之法律案（第37條）及預算案（第64條），並不具有監督行政權之權限。故於制度上，國務各大臣不必向國會負責¹¹。

於立法、行政及司法權之外，天皇大權乃是天皇親自單獨決定之實權，不必取得國務大臣及帝國議會之協力。大權事項包含法律之裁可與公布（第6條）、議會之召集及解散（第7條）、緊急命令（第8條）、獨立命令（第9條）、官制及任免（第10條）、軍制（第12條）、外交（第13條）、戒嚴（第14條）、榮典（第15條）、恩赦（第16條）、戰爭應變（第31條）、憲法修正之提案（第73條）。由於國務大臣不得僭越天皇大權，因此由樞密院以天皇諮詢機關之方式，提供意見（第56條）。天皇大權中的統帥權（第11條），則是由陸海軍部自行直接對天皇負責。

（二）憲法上「行政」概念之不存在

從上述憲法架構可知，明治憲法預設由天皇「執政」領導國家方向，對外維護國家安全，對內追求國家利益。國會與內閣不

¹¹ 手島孝、中川剛，憲法と行政權，頁56-58，法律文化社（1992）。至於超然內閣制與政黨內閣制之實踐路線鬥爭，參見杉原泰雄、只野雅人，憲法と議会制度，頁97-109，法律文化社（2007）。

過是輔佐天皇統治國家之下級機關。既然天皇直接統合國家意思，憲法亦未明文規定行政權歸屬於內閣，內閣與國會相互間之權力制衡即頗為有限。在此一制度下，嚴格定義行政，並無太大實踐意義。但學說仍然嘗試於理論上定義，例如美濃部達吉指出，「立法，乃是制定法律之作用。司法，乃是依照法律裁判民事及刑事之作用。行政，乃是依照法律，除去民事及刑事之外，完成國家一般目的之作用」¹²。據此進一步說明「行政權由天皇本身或於國務大臣之輔弼下親自行使，或是命令行政機關行使」¹³。從該敘述可知，「行政」乃是「法律執行」作用中，扣除裁判作用，且不包含天皇大權之事項。從美濃部身為民權學派掌門人之政治信念，應可推知其確保行政權依法行政之苦心。值得注意的是，由於明治憲法之施行期間中，憲法學與行政法學於學術上並未分化，扣除說之理解同時適用於憲法與行政法之解釋¹⁴，並影響戰後之學說發展。

另一方面，儘管行政權及天皇大權於形式上歸屬於天皇統一行使，只不過輔佐機關不同。但憲政實踐上卻是難以統合，導致國家政策方向之迷航，最終陷入戰爭泥沼而戰敗投降。原因之一，即是行政權之分裂。首先，就內閣內部而言，如前所述，國務大臣各自單獨向天皇負責，總理大臣亦無指揮監督之權限。一旦天皇無法親自統合協調，並切實追究政治責任，則必然出現大臣各自為政相互傾軋之情形。其次，就內閣外部而言，天皇大權事項中，不少涉及國務大臣權限，甚至應一體考量者。但實際運

¹² 美濃部達吉，憲法撮要，頁383，有斐閣（1923）。以下如未特別註明，為求譯文通順易懂，均略有調整原文漢字用語。

¹³ 前揭註，頁384。但應注意美濃部對於法律保留原則，採取侵害保留理論。

¹⁴ 戰前之各家學說爭議與分析，參見塩野宏，行政概念論議に関する一考察，收錄於法治主義の諸相，頁3-13，有斐閣（2001）。

作時，宮中府中各自為政，不僅樞密院易與內閣發生對立，軍部更是完全無視內閣之存在。如此一來，不僅內閣內部已是山頭割據，外部更受到樞密院及軍部之掣肘，根本無法從大局觀點推動國務¹⁵。此一歷史教訓，深刻影響日本國憲法之制定，而有概括之行政權歸屬規定。

二、日本國憲法之「行政」

（一）憲法架構

戰後制定之日本國憲法基於國民主權原則，採取「象徵天皇制」，天皇不再握有任何實權。政府體制改採三權分立之議會內閣制，區分出國會、內閣、法院。鑑於明治憲法時代下行政權分裂之失敗經驗，憲法基於行政權一元化之理念，於第65條明文規定「行政權歸屬於內閣」，確保內閣作為最高行政機關之地位，防止行政權之外部分裂。行政權之具體內容，除了過去由國務大臣行使之權限，也幾乎概括承受天皇大權事項。因此第73條規定「內閣，除其他一般行政事務外，執行下列事務。一、忠實執行法律，總理國務。二、處理外交關係。三、締結條約……。四、依照法律所定基準，掌理官吏相關事務。五、作成預算案，提出於國會。六、為實施本憲法及法律規定，訂定政令……。七、決定大赦、特赦、減刑、刑之執行免除及復權。」

另一方面，憲法為確保內閣意思形成之一體性，避免行政權之內部分裂，明文規定內閣總理大臣（首相）由國會指名（第67

¹⁵ 政治史之計量分析研究，已指出內閣之內部分裂與外部牽制，均為影響內閣存續期間之重要因素。參見福元健太郎、村井良太，戰前日本の内閣は存続するために誰の支持を必要としたか：議會・軍部・閣僚・首相選定者，學習院大學法學會雜誌，第47卷1号，頁75-99（2011）。

條），為內閣之「首長」（第66條第1項），享有自行任命及免職國務大臣（第68條），並指揮監督「行政各部」之權限（第72條後段）。一旦首相缺位，內閣應即總辭（第70條）。如此一來，內閣雖然於法律制度上仍為合議制¹⁶，但在首相享有完整之人事任免權及指揮監督權之下，已形成以首相為金字塔頂端之層級化指揮監督體系。

憲法於確保行政權之一元化與一體性運作後，進一步於第66條第3項規定「內閣就行政權之行使，對國會負連帶責任」。首相依照第72條前段規定，「代表內閣向國會提出議案，並就一般國務及外交關係向國會報告」。如此一來，所有行政權最終都必須透過內閣向國會負責之方式，置於國會監督之下，此即民主法治國家之責任政治制度。

從上述行政權之一元化及一體性，再到服從國會監督之規定，通說認為基於國民主權原則，擁有直接民選基礎之國會，於國家意思形成過程中，居於政治中心地位，內閣應依照國會表明之一般意思（法律），行使權限。尤其是內閣之成立及存續，均仰賴國會之支持，並持續受到國會監督。因此，日本國憲法之議會內閣制，乃是國會優位原則，權力分立之圖示，即為「國會決定→內閣執行」¹⁷。在此一制度理解下，行政權之定義，事涉國會監督及責任政治之對象，當然至為緊要。

（二）扣除說之確立

對於「行政」之概念，通說以「法制定→法執行」之法階段說為基礎，認為「立法之作用，乃是制定一般抽象法規範以

¹⁶ 參見內閣法第4條。該條根據乃是憲法第66條第3項之「連帶責任」。

¹⁷ 清宮四郎，憲法 I —— 統治の機構，頁202-203，有斐閣，3版（1979）。

拘束國民之作用，司法及行政之作用，則均是於個別具體事件中，適用並執行立法者制定之法規範。因此，首先可將國家作用區分為立法作用以及法律執行作用。執行作用當中，司法乃是適用並宣告法律，據以裁定具體爭訟事件之作用」¹⁸。國家作用中，扣除掉概念明確之立法作用及司法作用，即為行政，故又稱之為「扣除說」。至於採此說之理由，則是「除了理論需求上可滿足完整掌握國家作用之優點外，從歷史沿革而言，原先統一專屬於君主之國家作用中，因為政治上理由而先分離出立法及司法，餘下之國家作用歸屬於行政，可說是自然之結果」¹⁹。

通說廣泛獲得支持，至今磐石穩固²⁰。之所以如此，除了概括掌握國家作用及歷史沿革之優點外，亦與行政法學之扣除說相互呼應。福利國家之行政活動，複雜多樣，性質上無法積極定義，故只能以扣除方式界定範圍²¹。並且毫無遺漏地將立法及司法以外之國家作用，集中於應依依法行政之行政權，實具有確保法治國原則之崇高理念²²。

不過通說之扣除方式，並非僅是單純之減法計算，實質上仍具有一定之輪廓。通說一方面仍然以「法律執行」作為行政權之

¹⁸ 前揭註，頁300。

¹⁹ 清宮四郎，前揭註17，頁300-301。

²⁰ 宮澤俊義，全訂日本國憲法，頁494，日本評論社（1978）；小林直樹，憲法講義下，頁247，東京大學出版會，新版（1981）；樋口陽一，憲法I，頁288，青林書院（1998）；芦部信喜，憲法，頁288，岩波書店，新版補訂版（1999）（3版以後為高橋和之補訂，本文內容並未改變）；戶松秀典，憲法，頁423，弘文堂（2015）。

²¹ 伊藤正己，憲法，頁512-513，弘文堂，3版（1995）。

²² 石川健治，執政・市民・自治——現代統治理論にとっての「金枝篇」とは，法律時報，第69卷6号，頁22（1997）。

核心內涵，另一方面又認為內閣概括承受原先歸屬於天皇之大權事項（以下稱「執政」作用），憲法第73條不過是例示第65條權限之規定。行政權之內涵，其實已不僅止於法律執行，還包含政治決定之執行。行政與立法之區別，即無法單以古典之作用本質論處理，而應以國會及內閣之憲法權限規定為根據²³。憲法第65條及第73條概括賦予內閣從外交到內政，由企劃到執行，推動各種政策之權限。當中包含了充滿高度政治判斷，決定國家政策方向之「執政」作用。因此，通說定義下之行政，具有複合性格，同時包含「法律執行」及「執政」之內涵²⁴。然而通說並未清楚區分兩者，從而具有以下三項缺點，無法迴避其他學說挑戰。

第一，由於必須嚴格定義立法及司法之作用，才能明確予以扣除。故必須於嚴格分離之靜態權力分立理論中，三權完全分立之情形下，始有可能運用扣除說²⁵。如此一來，不僅難以從權力分立之動態制衡關係，正面承認由行政與立法共同參與決定之事項²⁶。例如，行政組織編成權於憲法上既無明文規定，依扣除說即應歸屬於內閣，否定國會以法律方式介入²⁷。此外，於減法方式之扣除過程中，也往往忽略國會同樣取得參與原屬天皇大權事項之權限。例如，憲法第73條固然賦予內閣享有條約締結權，但第61條也賦予國會議決條約之權限，條約顯然是內閣與國會共同

²³ 杉村章三郎，行政の本質について，国家学会雜誌，第70卷8号，頁556-557（1956）。

²⁴ 高見勝利，芦部憲法学を読む——統治機構論，頁196，有斐閣（2004）。

²⁵ 村西良太，執政機關としての議會，頁230，有斐閣（2011）。

²⁶ 阪本昌成，議院内閣制における執政・行政・業務，收錄於憲法50年の展望Ⅱ——自由と秩序，頁240，有斐閣（1998）。

²⁷ 通說及實務均採取行政組織法定主義，承認國會有權立法規範，即與扣除說之結果不合。詳細分析，參見上田健介，首相權限と憲法，頁293-321，成文堂（2013）。

參與決定之事項²⁸。

第二，行政法學固然以扣除說為當，但憲法學既以權力分立為目的，若不明確界定「行政」之內容，即無法具體確定監督與制衡之對象。尤其是行政法學以扣除說理解之「行政」中，顯然不包含需要高度政治判斷之外交、自衛（宣戰、媾和及統帥等）及其他執政行為（眾議院解散權、法律案提出權及財政決定權等）。所謂「統治行為」不受司法審查之命題，即是排除「執政」作用，使之免受依法行政原則之拘束²⁹。但這卻是憲法學應正面釐清之問題，無法擱置不論。

第三，從比較憲法及歷史經驗，行政權向來是最危險的部門。扣除說採取憲法上權限有疑即當然推定為行政之解釋方式，不僅可能大幅擴張行政權³⁰，也與通說強調國會優位原則之立論，出現矛盾³¹。

（三）通說之早期挑戰者

既然通說具有上述缺點，學說早有不少修正嘗試。以下介紹之三種學說，雖然目的不同，但共通之處均是強調行政權之法律拘束性，將「執政」排除於憲法第65條之「行政」範圍外，限定內閣之執政權限僅止於憲法明文列舉者。

第一種，沿襲通說之扣除方式，但認為行政與司法均為法律執行作用，於明確定義司法之概念後，將行政定義為「法規拘束

²⁸ 高見勝利，前揭註24，頁197-200。

²⁹ 石川健治，政府と行政——あるいは喪われた言説の場，法学教室，第245号，頁77-78（2001）。

³⁰ 手島孝，憲法解釈二十講，頁171，有斐閣（1980）。

³¹ 佐藤幸治，内閣と「行政権」，收錄於ファンダメンタル憲法，頁230-231，有斐閣（1994）。通說最為矛盾之處，乃是一面以扣除說定義行政，另一方面又認為權限歸屬不明時推定屬於國會。參見清宮四郎，前揭註17，頁203。

之下，不屬於司法之作用」³²。換言之，行政之本質仍是「法律執行」，只不過憲法另外明文列舉賦予其他執政權限。

第二種，同樣沿襲通說之扣除方式，但限定扣除前之國家作用，僅止於國家對人民支配作用。理由在於，權力分立之主要目的乃是保障人民權利。國家作用中，只有涉及國家與人民之法律關係時，始有必要嚴格區分出立法、行政與司法。其他國家作用，則僅是憲法之特別權限規定，本質上並不當然應歸屬於特定憲法機關，純為制憲者之安排³³。因此，行政可定義為「國家對人民之支配作用中，扣除掉屬於立法機關及司法機關之權限後，剩餘之作用」³⁴。根據依法行政原則，此一行政作用應受到法律拘束。

第三種，則是行政法學上積極定義行政之學說³⁵，將行政定義為「基於法律，受法律規制，以現實具體地積極實現國家目的為目標，作為整體進行具有統一性、持續性及形成性國家活動」³⁶。從定義可知，積極說一開始便將執政權限排除於行政之範圍外。但積極說之目的主要是賦予行政活動獨自之正當性，用以劃定「司法權的界限」，縮減司法審查之範圍與強度³⁷，並未真正意識到憲法問題。

³² 橋本公巨，日本國憲法，頁567，有斐閣，改訂版（1988）；杉原泰雄，憲法Ⅱ，頁310-312，有斐閣（1989）；浦部法穂，憲法學教室，頁596，日本評論社，3版（2016）。

³³ 小嶋和司，憲法論集〈2〉憲法と政治機構，頁242，木鐸社（1988）。此一見解，影響後述高橋和之的學說，應值留意。

³⁴ 小嶋和司，憲法概說，頁436，信山社，復刻版（2004）。

³⁵ 初期之積極說，可見佐々木惣一，改訂日本國憲法論，頁279，有斐閣（1952）。但未引起學說廣泛討論，於此從略。

³⁶ 田中二郎，新版行政法（上卷），頁5，弘文堂，全訂2版（1974）。

³⁷ 前掲註，頁295-296。

第一種及第二種學說，基本上延續扣除說之思考方式，實際界定出之行政，其區別實益與通說並無太大不同，故不為通說支持。至於積極說，除了無法概括掌握行政內涵之缺點外，其目的乃是為突顯行政權實現公益之優越性，有破壞依法行政原則之虞，亦無法獲得通說接受³⁸。

除了上述論理破綻外，這三種學說真正無法引起學界共鳴之最大理由，應是不具解決時代問題之迫切意義。因此，雖然以上三種學說挑戰通說失敗，但隨著行政國家現象中，內閣制度及官僚機構出現問題，學界與社會均廣泛體認到解決弊病之必要性時，自然出現新的挑戰學說，帶動學術討論。

參、統治機構之革新與「行政」

行政國家興起後，不少學者注意到通說對於「行政」之定義，極其曖昧不清，以致無法因應國家統治活動之現實需求，亦無法明確說明官僚機構之定位。尤其是通說保有立憲君主體制之遺緒，也未必適合國民主權原則之憲法架構。因此乃有「執政權說」與「法律執行說」之登場，企圖嘗試重新定義「行政」，進而推動制度改革。兩說雖然論證架構不同，但具有共通之問題背景及目的。以下將先分析其共通問題背景後，再依序分析「執政權說」與「法律執行說」之代表性學者見解，闡明新興學說之意義與課題。

³⁸ 行政法學通說向來對積極說抱持此一懷疑態度，參見蔣飼信成，行政·行政法·行政法學，收錄於行政法講座第一卷，頁32，有斐閣（1956）。

一、行政國家之興起與問題

（一）國會與內閣之主從逆轉

行政國家（administrative state），一般係指國家廣泛介入社會經濟活動，於行政權之責任與權限不斷擴大之下，必然由行政權成爲政治過程主導者之現象³⁹。蓋因行政日趨專業化、複雜化及機動化，國會往往事前以大量授權立法及授予裁量權之方式，給予行政權廣泛之自主判斷空間。行政組織也不斷膨脹，科層體制之官僚機構成爲行政權之主要活動者。在內閣享有法律提案權之前提下，甚至只有官僚機構有能力全盤掌握社會經濟狀況，主導法律案之擬定與政策規劃。如此一來，行政權不再只是法律之機械執行者，更是政策規劃之主導者。國會主導政策形成之國會優位原則，於憲政實踐上不免淪於空談。

另一方面，行政國家現象下，行政組織及行政任務日益膨脹，帶來極爲沉重之財政壓力。尤其是各種利益團體結合政治人物及官僚，競相攫取自身所需之政府資源，未必真正符合社會全體需求。故政府自1980年代起開始推動行政改革，試圖減輕行政負擔⁴⁰。但在高度經濟成長之時代中，社會對於資源分配之矛盾，尚不明顯。一旦經濟成長停滯，甚至發生泡沫經濟，勢必要重新分配資源時，官僚機構即無法從大局主導政策規劃，取捨資

³⁹ 日本行政國家之現象及意涵，參見手島孝，現代行政国家論，頁66-69，勁草書房（1969）。該書頁19-44嘗試積極定義「行政」，仍未成功獲得學界廣泛討論。

⁴⁰ 日本自1980年代以來之行政改革，雖然是呼應席捲全球之新自由主義，以解除行政管制爲目標。但爲確保依法行政，也包含行政法律制度之改革，例如行政程序法及政府資訊公開法之制定。雖然新自由主義與依法行政之共通目的，均是在限制行政權之活動空間，但不免有吳越同舟之問題。相關批判，可見晴山一穂，行政法の変容と行政の公共性，頁12-91，法律文化社（2004）。

源分配。此外，冷戰終結之後，隨著全球化及高度科技發展，國家仍然必須強化國家競爭力，並控管可能風險。向來保守穩健之官僚機構，未必具有面對挑戰所需之前瞻性與創造力。凡此種種，均造成行政國家之轉型壓力，歸結至行政權之制度改革。

儘管仍有重新豎立國會主導地位之見解⁴¹，但一般認為國會基於其定期改選、多人數合議制、選區民意壓力等組織特性，本來即難以積極形成目標明確理念一貫之政策體系，更無法立即回應瞬息萬變之國內外情勢及危機。因此於行政國家之問題背景下，乃有憲法學者認為應正視行政權主導政策之現實及必要性，於強化國會監督之前提下，確保內閣推動行政改革及規劃政策體系之憲法正當性。但內閣是否真正能有效控制官僚機構，則如下所述，乃是必須先行解決之課題。

（二）首相與官僚之上下顛倒

行政國家現象中，雖於外觀上由內閣主導政策形成，但事實上是由官僚機構主導。其理由可歸因為內閣制度之弊病，整理為以下三點⁴²。

第一，在自民黨一黨獨大之長期政權下（1955年至1993年），形成派系政治。為求各派系勢力平衡，首相雖由黨主席以派系共主身分出任，但國務大臣（閣員）則是依照派系推薦順序及國會議員當選次數，輪流出任⁴³。閣員既非首相單獨選任，對首相即難有向心力，傾向維持擔當部會利益。閣員更迭頻繁，也

⁴¹ 本秀紀，「政治主導」と憲法——「国会中心構想」の可能性，收錄於政治的公共圏の憲法理論，頁124-153，日本評論社（2012）。

⁴² 赤坂正浩，內閣機能の強化と首相公選論，收錄於世紀轉換期の憲法論，頁18-19，信山社（2015）。

⁴³ 飯尾潤，日本の統治構造——官僚內閣制から議院內閣制，頁22-24，中央公論新社（2007）。

無法確實理解政務，容易淪為官僚之提繩木偶。

第二，行政各部雖應依首相之指揮監督運作，但實務上基於分工需要，採取分擔管理原則，由閣員主導擔當部會之行政事務。學說及實務於解釋上也弱化首相之指揮監督權限，認為首相原則上應依照內閣會議全員一致通過之既定方針，始能具體行使指揮監督權限⁴⁴。如此一來，分擔管理原則於實務上即延續明治憲法以來各部會官僚各自為政之傳統，造成所謂「縱向行政」，亦即僅考慮自身部會之行政領域及利害關係，不願橫向與其他部會協調聯繫，從而欠缺國家大局觀點。

第三，首相既未能享有完整人事任免權，指揮監督權又遭到大幅限制，實際上已無法統合協調行政各部。閣員又不熟悉政務，同樣無法管理擔當部會。其結果便是官僚政治，亦即以各部會事務次長為中心，形成高級官僚決定政策推動政務之現象⁴⁵。

上述三點，一言以蔽之，即是行政國家現象中，首相欠缺領導權能，導致內閣失去統合協調能力，各部會在高級官僚主導下各自為政。如此一來，首相及其閣員來來去去，只是背書官僚決定之政策，國會也難以追究官僚之政治責任。憲法預設之民主責任政治，出現極大破綻，議會內閣制淪落為「官僚內閣制」⁴⁶。

面對行政國家現象及官僚內閣制之弊病，憲法學者如何於學說上提出解決方案，並推動行政改革，自1990年代起即成為迫切

⁴⁴ 內閣法第6條、最高裁判所大法廷判決平成7年2月22日刑集第49卷2号1頁。詳細學說分析，可見上田健介，前揭註27，頁229-239。

⁴⁵ 關於日本官僚之中文研究文獻，可見陳儔美，戰後日本官僚制度之探討，問題與研究，第37卷第7期，頁49-63（1998）；吳明上，日本政治過程的主導者：官僚、政黨及政治人物之間的競爭或合作？，問題與研究，第47卷第3期，頁51-73（2008）。

⁴⁶ 此為政治學者松下圭一所創造之用語，參見氏著，政治・行政の考え方，頁71-79，岩波書店（1998）。

之課題。在此一共通問題背景下，重新將「行政」定義為「執政權」及「法律執行」之學說，即具有濃厚之實踐目的。

二、行政改革與執政權說⁴⁷

（一）佐藤幸治——行政改革之指導理論

於前述行政國家之問題背景下，內閣乃邀集學者專家會商，於1996年至1998年間召開「行政改革會議」，檢討改革目標及具體方案。佐藤幸治身為唯一參與會議並獻策謀劃之憲法學者，其學說不僅是一家之言，更是行政改革之指導理論，成為學界議論之中心。

佐藤認為，於全球化及經濟成長停滯之今日，國家必須強化統治能力，始能於「基本國政方針之下，積極調整各種價值觀與政策目的之對立與矛盾」⁴⁸。其中關鍵，乃是內閣之「綜合政策判斷之形成能力與推進能力」⁴⁹。換言之，佐藤默認行政國家中，內閣居於政策主導地位之事實⁵⁰。問題乃在於，如何確保內閣發揮政治主導力量，克服官僚政治，以積極設定政策目標及實

⁴⁷ 首先倡議執政權說者，應為宮井清暢。但真正獲得學界關心注意者，則為佐藤幸治等人之論文，因此本文在此省略。關於宮井之主張，可參見其一連串著作。「統治（Regierung）」の概念について，收錄於納稅者の權利，頁97-120，勁草書房（1991）；「行政權」と「執行權」のあいだ——憲法学における「行政權」の捉え方についての覚書（1）（2・完），愛知学院大学論叢法学研究，第34卷3・4号、第35卷1・2号，頁133-160、頁65-92（1992）；內閣の意思決定システムの變容と「執政」論，法律時報，第79卷8号，頁111-115（2007）。

⁴⁸ 佐藤幸治，日本国憲法と行政權，收錄於日本国憲法と「法の支配」，頁209，有斐閣（2002）。

⁴⁹ 佐藤幸治，日本国憲法論，頁480，成文堂（2011）。

⁵⁰ 佐藤幸治，前揭註48，頁238。佐藤並未否定國會參與政策形成過程之地位，只是認為國會基於其組織特性及運作方式，較適合扮演政策監督者，而非政策主導者。

現順序。

問題解決之方法，則是重新定義憲法第65條之「行政」，彰顯內閣之「執政」能力。因此，佐藤批判扣除說未能明確定位內閣之「執政」作用，僅強調「法律執行」為內閣權限之核心內涵，造成內閣從屬於國會並僅個案適用法律之消極印象，已不合乎內閣主動擘劃政策方針之現實需求⁵¹。佐藤依據制憲史料，並對照原始英語版本之用語⁵²，指出憲法其實嚴格區分「執行」（execution）與「行政」（administration）。第65條規定之行政權，依照英語版本應係指「執行權」（executive power），除法律執行外，更應明確包含「執政」作用。如此才能正確對應到第73條之「總理國務」（administer affairs of state），突顯內閣對於國政運作具有制定統合戰略及整體政策方針之權限。既然內閣居於總體角度指揮施政，因此實際上也不必直接「行政=法律執行」，而是如同第72條所示，「內閣總理大臣……指揮監督行政各部」（various administrative branches），從大局觀點指揮行政各部依照憲法第73條第1款「忠實執行法律」（administrative the law faithfully）。指揮監督過程中，內閣自然可全盤掌握法律執行之實際狀況，適度修正政策方針，必要時提出法律案。如此一來，內閣職權具有「執政—行政」之雙層構造，第73條既有「其他一般行政事務」（other general administrative functions），又有其他「執政」之例示規定，即屬當然⁵³。

於確認內閣具有「執政」作用後，佐藤指出官僚政治下，內閣欠缺統合協調之全局戰略視野，執政責任與行政責任亦未明確

⁵¹ 佐藤幸治，前揭註48，頁210-214。

⁵² 眾所皆知，日本國憲法是在盟軍佔領下，由駐日美軍主導制定。因此，英語版本之日本國憲法，往往是文義及原意解釋時，必須參考之資料。

⁵³ 佐藤幸治，前揭註48，頁222-226。

劃分，不僅內閣無法充分發揮執政權限，更令國會難以追究政策之政治責任。因此，只有強化首相之領導權能，由其決定執政之基本方針，經由統合協調及指揮監督權限，貫徹至行政各部及其下屬官僚。首相則就執政成敗，率領全體內閣對國會負起政治責任⁵⁴。

在佐藤之強力影響下，內閣於1997年12月公布之「行政改革會議最終報告書」中，關於內閣制度改革部分，即以強化首相領導權能為主要目標⁵⁵。報告書主張應確保內閣可「隨著內外環境之瞬息萬變，順應時而矛盾之多樣政策課題；盱衡國政整體及國際社會，回應時局及課題。從而能夠統合性、戰略性地判斷價值之優先順序，大膽進行價值選擇及政策擬定」⁵⁶。具體改革內容，可分三點說明。第一，內閣決策方面，確保內閣會議乃是於首相主導下，由閣員實質交換意見之場所，而非只是確認事務次長會議之結論。第二，首相領導權能方面，明文規定首相決定基本方針及一般政策之提案權，確保閣員與首相具有共同政策目標，並從寬解釋首相行使指揮監督權限之要件。第三，內閣及首相輔佐機構方面，則是強化內閣秘書長之協調機能，設置內閣府及總務省，確保內閣於組織上及人員上具有政策規劃與統合協調之能力。另一方面，行政各部之改革目標，則將政策之「規劃擬定」與「實施」，於組織上予以分離，以確保政策之全局性。如此亦有利於首相及閣員，控制官僚以貫徹統一之政策目標。此一制度改革方案，於1998年隨著中央省廳改革基本法及相關法令

⁵⁴ 佐藤幸治，自由の法秩序，收錄於日本国憲法と「法の支配」，頁82-83，有斐閣（2002）。

⁵⁵ 中文研究文獻，可見吳明上，日本行政改革核心「強化首相領導權」之分析，問題與研究，第48卷第2期，頁35-50（2009）。

⁵⁶ 行政改革會議最終報告，<http://www.kantei.go.jp/jp/gyokaku/report-final/I.html>（2017/07/24，造訪）。

之制定，已獲得實現⁵⁷。

從上述整理可知，佐藤重新定義「行政」之目的，乃在引入「執政」之概念，一方面藉此證立內閣主導政策形成之憲法正當性，改變嚴格分離之權力分立理論下，「國會決定→內閣執行」之圖示⁵⁸。另一方面則是據以強化首相領導權能，以確保政治責任之明確性與一體性，控制官僚機構。值得注意的是，佐藤同時強調行政訴訟制度改革之必要性，確保行政官僚之依法行政⁵⁹。如此一來，行政官僚之「行政」，即於政治上及法律上，分別受到內閣及司法之控制。

（二）阪本昌成——新自由主義之觀點

日本自1980年起推動之行政改革，具有極為濃厚之新自由主義色彩。執政權說不免有迎合新自由主義之處，此從阪本昌成之學說，可見一斑。阪本強調國家之目的，僅在消極維護以市場秩序為中心之社會運作。由於行政國家發展下，議員為爭取選票，不斷推動立法以滿足各種利益團體之福利要求，官僚機構也不停擴張管制範圍，以保護為名行干涉之實，兩者終將迫使人民走上「通往奴役之路」⁶⁰。因此，阪本認為必須確立內閣乃是決定政策之執政權主體，從整體大局角度阻止不必要之福利政策，抑制官僚機構任意擴張管制範圍，始能克服行政國家之病理現象⁶¹。

基於上述問題意識，首先定義「統治」，係指國家經由國家機關，依照憲法程序一元化調整各人利益追求活動之作用。而所

⁵⁷ 一般認為，小泉純一郎內閣（2001年至2006年）以及第二次安倍晉三內閣（2012年至今），可說是最有效發揮制度改革成果者。

⁵⁸ 佐藤幸治，前揭註31，頁224-225。

⁵⁹ 佐藤幸治，前揭註54，頁102。

⁶⁰ 阪本昌成，法の支配——オーストリア学派の自由論と国家論，頁1-25，勁草書房（2006）。

⁶¹ 阪本昌成，前揭註26，頁208、214-216。

謂憲法程序，即是權力分立⁶²。由於阪本將權力分立視為利益調整之憲法動態過程，因此否定嚴格分離之權力分立理論，指出憲法採取之議會內閣制，絕非內閣從屬於國會之下，而是「內閣與議會共同謀求統治基本方針之一致」⁶³。如此一來，當然必須進一步區分出執政權與行政權之不同層次，強調內閣於統治過程中應有之執政地位，絕非單純執行法律之機關。

執政權乃是內閣「將政治過程轉換為統治過程時，統轄全體行政機關，監督行政機關是否忠實執行法律之作用」⁶⁴。此一層次，同時亦是內閣決定統治之基本方針，「免於法律拘束而自由形成之領域」⁶⁵。例如，「①國政大綱及施政方針之決定、②行政運作體制之確立（包含人事及組織）、③公共目的之設定及優先順位之決定、④行政各部之督導獎勵與指揮監督、⑤法律案之擬定、預算案及政令之決定、⑥行政各部之政策與計畫之承認、⑦行政各部之整體協調、⑧對天皇國事行為之建議與承認、⑨國家級之危機管理」以及防衛外交等事項⁶⁶。至於行政權，則僅指內閣指揮監督下，行政各部之法律執行作用⁶⁷。

依據上述理念，阪本認為憲法第65條乃是為明確界定國會監督之對象及範圍，由內閣獨占「行政」之權限歸屬規定。該條所稱之「行政」，專指內閣之「執政」，並不包含行政各部之「行政=法律執行」。因此必須強調首相之指導地位，確保「首相→

⁶² 阪本昌成，權力分立——立憲国の条件，頁1-2，有信堂高文社（2016）。

⁶³ 前揭註，頁132。

⁶⁴ 阪本昌成，前揭註26，頁211。

⁶⁵ 阪本昌成，前揭註62，頁144。

⁶⁶ 阪本昌成，前揭註26，頁261。

⁶⁷ 阪本昌成，憲法理論 I，頁365，成文堂，補訂3版（2000）。

主管大臣→官僚」之指揮監督體系，始能實踐行政一體及責任政治⁶⁸。至於第73條則是以例示方式，規定內閣之執政權限。但由於統治過程並非僅止於內閣，因此第73條同時也包含內閣與國會應共同完成統治之協力事項⁶⁹，例如條約案之提出與審議。

從上述整理可知，阪本雖與佐藤說頗多共通之處，但更進一步限定憲法第65條之「行政」為「執政」。尤其是強調新自由主義之潮流下，首相領導之內閣，應強而有力地推動制度改革，重新決定資源分配。所謂最小政府，其實是強力政府⁷⁰。如僅著眼於阪本之特殊立場，執政權說即難免於擴大首相權限以求菁英獨裁之批評。

（三）中川丈久——行政法學之觀點

執政權說區分出「內閣=執政」與「行政各部=行政=法律執行」，後者向來是行政法學之議論對象。行政法學者中川丈久為求明確說明行政活動之憲法定位，乃於執政權說之基礎上⁷¹，指出憲法學與行政法學之「行政」，不僅問題意識不同，憲法定

⁶⁸ 阪本昌成，前揭註26，頁257-259。

⁶⁹ 阪本昌成，前揭註62，頁145。

⁷⁰ 阪本深受Friedrich Hayek之理論影響。依照學者分析，Hayek對於議會之批判論述，實際上受到Carl Schmitt不少啟發。因此阪本一方面依據Hayek理論以抨擊行政國家，另一方面強調內閣執政權之論述，恐怕最終將成為擁護指導者決斷之理論。換言之，只有強力的指導者才能自命代表真正的全體民意，從而抗拒社會上各種利益集團之壓力。參見毛利透，消極国家とはどんな国家か——シュミットとハイエク，收錄於各国憲法の差異と接点，頁3-30，成文堂（2010）。

⁷¹ 日本公法學之發展過程中，憲法與行政法之研究者，不僅在大學教席上明確分離，學術研究領域上也完全區隔。憲法學者往往對於行政法學之問題，點到為止。此一分工現象之討論，可見手島孝等，学としての公法，法学教室，第319号，頁70-89（2007）。

位亦有不同⁷²。

憲法學之「行政」，乃是基於權力分立理論，探討內閣應有之權限及責任。尤其是應由憲法機關獨占之權限，不得自行放棄或遭受篡奪。因此憲法第65條規定之「行政」，乃是賦予內閣獨占之「執政」，係指其「自行決定價值序列及社會發展方向之規劃權能」，包含政策形成及政策執行之管理。此乃是內閣權限之核心領域，不容侵犯或移轉至下級機關，而且不待法律規定即可實行。憲法第73條則是以例示方式，明文規定執政權之主要行使態樣⁷³。

另一方面，行政法學之「行政」，則是基於依法行政原則，行政各部以下之行政機關執行法律、預算及要綱之行政活動。由於憲法並未明確賦予行政各部具有憲法地位，因此行政各部之「行政」是由法律（不問是組織法或作用法）創造出來之「第四權」，必須同時接受國會之法律規範、內閣之指揮監督及法院之司法審查。換言之，「行政」雖然隸屬於內閣之下，但乃是立法、執政及司法三權之共管對象⁷⁴。因此中川說與阪本說相同，將「法律執行」本身置於憲法第65條規定之外。

依照上述說明，內閣實際上具有兩種角色。對於國會，乃是對等且具有獨自憲法正當性之執政機關，可主導政策形成。對於行政各部之行政權，則是法律與政策決定之上級行政機關。只有掌握兩種角色之內涵，才能真正解決行政國家之問題。亦即行政國家現象下，行政權無可避免地具有一定程度之政策判斷空間，

⁷² 中川丈久，立法權・行政權・司法權の概念の序論的考察，收錄於行政法の發展と変革上，頁344-345，有斐閣（2001）。

⁷³ 中川丈久，行政による新たな法的空間の創出，收錄於憲法4——変容する統治システム，頁210，岩波書店（2007）。

⁷⁴ 中川丈久，行政活動の憲法上の位置付け，神戸法学年報，第14号，頁144-153（1998）。

並僅根據預算及要綱，以行政計畫、補助金及行政指導等方式介入社會領域。因此，應強化首相之領導權能，確保內閣本身之民主正當性，除仰賴國會支持外，亦必須經由政府資訊公開及行政程序法之意見徵詢程序（public comment），向國民切實履行說明責任（accountability）。如此方能確保內閣行使執政作用，對內一元化管理行政權之政策活動，對外就整體政策成敗向國會及國民負責⁷⁵。至於個別行政活動之法律責任，則應由司法積極追究⁷⁶。

另一方面，執政權不待法律規範即可發動，因此於確保責任政治且不干涉人民權利之前提下，內閣得決定社會發展方向，賦予行政各部執行法無明文之政策內容。以行政指導為例，行政權基於依法行政，一切目的及手段均限於實現「法定政策內容」，行政指導亦不例外。但執政權為追求國家公益，「應努力探尋社會共識之所在，於不違反法律明示規定之前提下，命令下級行政機關採取必要措施——包含行政指導與促請自主規制等。俟時機成熟後，推動立法」⁷⁷。如此一來，行政權即可於執政權之指示下，以行政指導實現「法定外政策內容」，並經由試誤過程，探查出社會共識，回報至執政權由其推動立法。換言之，行政權乃是於日常業務之執行中，最密切接觸國民之機關，亦可及早發現問題並汲取民意，反饋至內閣與國會，促使新的政策規劃⁷⁸。

⁷⁵ 中川丈久，議會と行政，收錄於行政法の新構想 I —— 行政法の基礎理論，頁150-152、155-157，有斐閣（2011）。

⁷⁶ 前掲註，頁162-165。雖是追究法律責任，但隨著原告適格及訴訟對象之擴大，司法已是審查政策形成及決定之合法性。

⁷⁷ 中川丈久，前掲註74，頁223。另可參見中川丈久，行政手続と行政指導，頁354-359，有斐閣（2000）。

⁷⁸ 高橋信行，統合と国家——国家嚮導行為の諸相，頁369-374，有

依照上述整理，中川說最為獨特之處，乃是說明行政國家現象下，即使區分出「執政」及「行政」，將後者定義為「法律執行」，也難以避免行政於執行過程中享有政策判斷空間。尤其是隨著社會之多樣化與複雜化，行政權更無法僅根據法律而活動，必須另覓其正當性基礎。執政權之強化，不僅確保行政權之政策形成與執行過程，合乎議會內閣制之責任政治制度，也於國家意思形成過程中，賦予行政權活動之正當性。

（四）分析與檢討

以上三位代表性學者，問題意識及細部見解雖有不同，但均強調憲法第65條之「行政」，包含政策主導之「執政」作用，強調首相之領導權能及內閣之主導地位。其目的在使首相於多元利益拮抗過程中，主導形成統一之政策目標，積極排定政策之優先順序。雖然未能成為通說，但作為有力學說帶動學術討論，提供嶄新觀點，除了檢討國會、內閣與官僚之關係外，甚至可用以分析地方自治、公務員制度以及獨立行政委員會之合憲性⁷⁹，具有高度討論價值。以下分就三點，說明執政權說於權力分立理論上具有之意義與課題。

第一，執政權說之最大貢獻，即是指出扣除說之曖昧性，明確界定內閣之權限，並區分出政治責任與法律責任，有助於探討兩種責任之追究機制，確保國會對「執政」之監督控制⁸⁰。但細究執政權之內容，其實只是將扣除說定義之行政中，再扣除法律執行作用，仍然不夠明確。如果過度強調執政權乃是內閣不待法

斐閣（2012）。

⁷⁹ 伊藤正次，行政学から見た日本国憲法と憲法学——執政權說の検討を中心に，收錄於憲法学のゆくえ，頁474-489，日本評論社（2016）。

⁸⁰ 責任機制之體系性說明，參見石川健治，統治のゼマンティック，憲法問題，第17号，頁68-75（2006）。

律即可行使之權限，可能不當賦予內閣憲法未明文規定之權限⁸¹。

第二，在國會優位原則及扣除說之影響下，學說採取嚴格分離之權力分立理論，不易正面分析權力制衡之互動關係。執政權說之目的，雖在於強化內閣之政策主導地位，但也說明國家意思統合過程中，內閣具有獨自之憲法正當性與權限。如以內閣與國會之對等互動為前提⁸²，即蘊含動態權力分立理論之發展契機⁸³。但由於執政權說將執政權界定為內閣之專屬權限，強調內閣之主導性，卻可能忽視國會於統治過程中參與「執政」之憲法地位⁸⁴。儘管執政權說仍肯定國會有參與政策形成之憲法權限⁸⁵，可修正或阻止內閣之政策推行，但解釋論上確實未能前後一貫，引人誤會。

第三，古典之權力分立理論，並未顧及行政國家現象下的官僚機構，已茁壯為最龐大之部門。執政權說劃分出「行政各部=行政」，強調國會、內閣及司法對行政權之監督制衡，確有其見地。特別是應用於行政法學中，更可說明行政活動之憲法地位。但嚴格區分執政與行政，反而可能賦予官僚機構以自身之政治中立性與專業性，抗拒內閣指揮監督之憲法根據⁸⁶。何況，即使將

⁸¹ 多田一路，「執政權」論のあやうさ，大分大学經濟論集，第53卷2号，頁82（2001）。但此一批判僅適用於阪本說及中川說。佐藤認為國會仍可以法律規範執政權之具體內容及行使態樣。參見佐藤幸治，前揭註48，頁217。

⁸² 石川健治，持續する危機——議會・国民・執政のトリアーデ，ジュリスト，第1311号，頁3（2006）。

⁸³ 村西良太，前揭註25，頁231-232。

⁸⁴ 今関源成，「行政」概念の再検討，公法研究，第67号，頁166-167（2005）。

⁸⁵ 佐藤幸治，前揭註49，頁481-482；中川丈久，前揭註74，頁150-151；阪本昌成，前揭註62，頁145。

⁸⁶ 毛利透，官僚制の位置と機能，收錄於統治構造の憲法論，頁340-342，岩波書店（2014）。至於執政權說之反論，參見上田健介，

行政定義為法律執行，以今日行政過程之複雜程度，其實仍包含許多重要政策決定，無法與執政截然區分⁸⁷。

基於上述三點，執政權說雖有其貢獻，於實務運作上更具有強大影響力，但批判之聲向來不絕於耳。因此以下將介紹之法律執行說，即是於兼顧內閣應有執政作用之前提下，限定憲法第65條「行政」之學說。

三、政治過程之憲法框架與法律執行說

（一）高橋和之——國民內閣制之戰略構想⁸⁸

高橋和之原則上贊同佐藤幸治之問題意識，認同強化首相領導權能及內閣主導地位之制度改革。但認為執政權說之主要目的，既然是回復責任政治下之政治人物領導地位，則應嚴加區分權力分立理論之「政治領域」及「法律領域」之層次，始能真正突顯問題所在之處。

權力分立理論之第一層次，乃是於「政治領域」中確保正當法律之制定。亦即於國家意思之形成過程中，經由各憲法機關之抑制與均衡，以求正確反映社會上各種民意，制定具有正當內容之法律及政策。憲法對各機關之權限及相互作用規定，即是政治活動應遵守之框架。例如，國會享有議決法律、預算及條約等權限，並可指名首相、對內閣提出不信任案。相對而言，內閣依照憲法第73條等規定，得提出法律案、締結條約及作成預算案等，並依第66條第3項對國會連帶負責，必要時可解散國會。此類規

前揭註27，頁293-321。

⁸⁷ 藤田宙靖，行政組織法，頁114，有斐閣（2005）。但藤田認為，如就不受司法審查之「統治行為」及應受司法審查之「裁量行為」而言，兩者仍有區別必要。

⁸⁸ 高橋和之中文介紹，可參見許志雄，立法與行政的分際，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁288-299，元照出版有限公司（2002）。

定主要是賦予憲法機關參與國家意思形成過程之權限，並非專屬特定機關之本質作用。於此一層次中，並無定義行政權之必要⁸⁹。

至於「政治領域」中，通說採取「國會決定→內閣執行」之圖示，已不合乎行政國家之憲政實踐。執政權說將「執政」界定為內閣權限，也忽略國會及法院參與國家意思形成之憲法地位。因此，高橋提出「內閣行動（action）→國會控制（control）」之圖示，認為於內閣與國會基於其組織特性，具有不同之正當性。內閣於首相領導下，往往可更快速設定目標，提出完整之政策體系，以爭取多數民意支持。正因為內閣具有發動政策之強大行動力，才更應重視國會監督，由多元代表審議控制⁹⁰。高橋認為，只有透過內閣與國會之動態相互作用，始有可能真正反映民意。因此，高橋乃以「國民內閣制」為名，重新設想首相如何更直接貼近民意⁹¹。

當政治領域之意思決定形諸於法律時，則進入權力分立理論之第二層次，於「法律領域」中確保法律之忠實執行。亦即於法律實現過程中，各憲法機關分別行使其權限，互不侵犯，以求保障人民法律地位之安定性與預測可能性。憲法嚴格區分出「法制定、法執行、法裁定」之作用，分別歸屬至「國會、內閣、法院」，即是拘束國家權力以保障人民權利之機制⁹²。但高橋指出

⁸⁹ 高橋和之，日本国憲法における「立法」と「行政」の概念，收錄於国民内閣制の理念と運用，頁337-338，有斐閣（1994）。

⁹⁰ 高橋和之，統治機構論の視座轉換，收錄於現代立憲主義の制度構想，頁10-11，有斐閣（2006）。

⁹¹ 例如兩大政黨制、小選舉區制、政黨預先揭示首相人選及政策體系等，參見高橋和之，「国民内閣制」再論，收錄於現代立憲主義の制度構想，頁63-92，有斐閣（2006）。

⁹² 高橋和之，前揭註89，頁338-339。

傳統之法階段說，僅止於水平之作用劃分，未能真正掌握「法執行」之內涵，而有過度狹隘解釋之弊。因此參考規範授權理論，指出於「憲法→法律→行政行為」之位階中，下位規範恆處於「執行」上位規範之動態關係⁹³。例如，立法作用係指國會「執行」憲法而依照一定程序制定法律之權限。所謂法律保留原則，即是確保國會不得放棄立法權限，亦不容內閣直接「執行」憲法。故於此一層次中，即有定義行政權為「法律執行」之必要，一方面確保行政權依照法律行政之預測可能性，另一方面則是防止國會自己執行法律⁹⁴。

依照規範授權理論之理解，「法律執行」係指行政實現法律規範內容之活動過程中，所採取之一切行政行為，並非僅止於個別適用法律⁹⁵。行政處分、行政命令、行政指導以及行政計畫等行為形式，均包含在內。因此，內閣於法律實現過程中仍保有高度政策空間，綜觀全局適度分配資源，必要時更可於政治領域中提出法律案，促請國會立法⁹⁶。

如上所述，高橋透過不同層次之觀察，理論上成功整合內閣之政治主導地位與行政權之限定解釋的兩難問題。尤其是高橋強力主張政治領域之意思決定，最終必須形諸法律，始能於法律領域中具體執行，更是法治國原則之極致表現。然而，政治領域與法律領域之層次，於政治運作實態上往往相互重疊。法律執行之中，既然仍有政策形成之內涵，甚至承認內閣可提出法律案，更

⁹³ 高橋和之，前揭註89，頁368。但高橋並非採取法律保留之全面保留理論。

⁹⁴ 高橋和之，立憲主義と日本国憲法，頁368-369、380-381，有斐閣，4版（2017）。

⁹⁵ 高橋和之，前揭註89，頁354。

⁹⁶ 高橋和之，立法・行政・司法の觀念の再検討，收錄於現代立憲主義の制度構想，頁134-135，有斐閣（2006）。

顯難以區分⁹⁷。關於這一點，下述之松井茂記則不仰賴抽象之領域劃分，直接依照憲法條文解釋，達到相同目的。

（二）松井茂記——政治過程之二重行政角色

松井茂記主張憲法乃是國民之政治參加過程及國家政治意思形成過程之基本規範。政治過程應以國民為出發點，探討內閣與國會如何正確反映民意。惟基於法之支配原則，國家權力均應服從法律，特別是行政權更應嚴格受到拘束，行政活動均應有法律根據⁹⁸。基於上述理念，松井經由「行政」之二重定義，分別賦予內閣兩種不同內涵之權限⁹⁹。

憲法第65條之「行政」乃是權限歸屬規定，其意旨在賦予內閣不受國會及法院篡奪之權限。故應正面定義，始能確保內閣享有完整之行政權。該條規定之「行政」，乃指「法律執行」，包含「內閣本身執行法律或是督促行政各部誠實執行法律，並任免相關人員之權限」¹⁰⁰。另一方面，憲法第66條第3項之「行政」，則是責任政治之事項規定，除法律執行之外，尚包含憲法賦予內閣之其他權限，例如第73條第2至7款規定之政令訂定權、條約締結權以及預算提出權等¹⁰¹。如此一來，憲法之「行政」即具有二重定義，狹義之行政乃是內閣之固有權限，廣義之行政則是國會制衡內閣之對象。

憲法第65條之行政，雖以法律執行為核心內涵，但並非僅止

⁹⁷ 赤坂正浩，前揭註42，頁23。

⁹⁸ 松井茂記，日本國憲法，頁48、215，有斐閣，3版（2007）。

⁹⁹ 高橋於教科書中，其實已採取二重行政之概念。參見野中俊彥等，憲法Ⅱ，頁199-200，有斐閣，5版（2012）。

¹⁰⁰ 松井茂記，「行政權」と内閣総理大臣の権限および地位——政治プロセスのあり方を考え直す，收錄於二十一世紀の法と政治，頁50，有斐閣（2002）。

¹⁰¹ 前揭註，頁51。

於機械式個案適用法律，仍包含執行法律所必要之高度政策判斷，甚至於必要時提出法律之制定或修正案。憲法第73條第1款規定內閣應「忠實執行法律，總理國務」，即是明示內閣執行法律之際，仍具有高度政策形成及綜合調整之權限。因此，內閣可主動綜合法律執行之事項，提出整體政策，爭取國民支持，進而影響國會以促成政策實現¹⁰²。首相作為最高行政首長，扮演政策主導之決定性角色，故依憲法享有完整之人事任免權及指揮監督權，內閣及其成員乃是首相之政策實施機關。至於法律執行如有違法之處，當然應受司法審查¹⁰³。

如上所述，於「行政」之二重定義下，松井為因應行政國家現象，從寬解釋「法律執行」，使狹義之行政包含高度政策判斷事項，如此即不必再援用引人誤解之「執政」概念。至於法律執行之政治責任，則是作為廣義之行政，成為國會追究之對象，同時也是政策過程之一環。如此一來，內閣基於組織特性，有利於主導政策形成，爭取民意支持。但一旦國會將政策形諸於法律，內閣即應忠實執行，並基於行政一體之責任政治，就執行成敗向國會負責。另一方面，法律執行之法律責任，則應經由資訊公開法、行政程序法及行政訴訟法等制度，由法院徹底追究¹⁰⁴。

（三）毛利透——國會作為民主審議過程之中心

毛利透原則上支持高橋說，進一步強調近代公法學之傳統，即是限制行政權之活動。扣除說及執政權說均不當擴大行政權之概念，可能引起權力濫用之流弊，應予駁斥。因此毛利同樣採取二重行政之概念，從以下三點強調國會作為民主審議過程之中心，進一步補強憲法第65條之「行政」應定義為「法律執行」之

¹⁰² 松井茂記，前揭註100，頁52。

¹⁰³ 松井茂記，前揭註100，頁56-58。

¹⁰⁴ 松井茂記，前揭註98，頁224。

理由¹⁰⁵。

第一，法律執行說強調行政權之活動應有法律根據，旨在防止行政權以一己之公益判斷，替代國會多元代表之價值判斷。蓋因國會公開、透明、慎重之立法程序，才是真正討論審議以全面調和多元利益之場所。而官僚機構本來即是執行法律，而非全面調和多元利益以形成公益判斷之組織。亦唯有如此，始能迫使官僚機構積極協助內閣提出法律案，經由國會審議決定後，取得活動根據¹⁰⁶。

第二，法律執行並非僅止於具體個案之解釋適用，包含各種行政行為。於法律制定與法律執行之區分下，國會無法親自執行法律，則行政權必然於法律解釋及事實認識中，仍享有高度政治判斷空間，始有可能處理高度複雜之現代行政事務。正因如此，憲法方才有國會追究內閣政治責任之特別規定。憲法第73條規定中，「其他一般行政事務」乃是內閣交由行政各部執行法律之日常行政事務，由內閣基於其政治判斷之指揮監督地位，負起最終之整體政治責任。「忠實執行法律」則是當個案發展為重大政治爭議時（例如自衛隊海外派遣），內閣仍可於承擔政治責任之前提下，貫徹其法律執行判斷之規定¹⁰⁷。

第三，法律執行說否定官僚機構獨自之憲法地位，旨在確保科層體制之官僚機構，可將內閣之意思由上而下貫徹至組織末端，內閣也才能據此對國會負起完整之政治責任。因此不必嚴格區分執政與行政，毋寧是更應強化內閣與官僚機構相互緊密結合

¹⁰⁵ 毛利透，行政概念についての若干の考察，收錄於統治構造の憲法論，頁222，岩波書店（2014）。

¹⁰⁶ 毛利透，行政權の概念，收錄於統治構造の憲法論，頁241，岩波書店（2014）。

¹⁰⁷ 毛利透，前掲註105，頁222。

之資訊交流，並適度開放行政權之政策形成過程，以促使官僚機構積極回應社會問題。例如，法律案之擬定過程中，官僚機構即可經由公開透明之開放程序，探查社會共識¹⁰⁸。換言之，法律執行說並非僅強調由上而下之民主正當性（國會→內閣→官僚），由下而上之民意傳達路徑，雖未必能直接賦予行政權之民主正當性，仍然有助於內閣提案及國會審議參考。

從以上三點可知，毛利支持法律執行說之理由，主要是確保國會於政治過程之中心地位。詳言之，儘管理論上及現實上不得不承認內閣及其官僚機構取得政策主導地位，但當一切政策必須形諸於法律始可執行時，國會即可享有審議決定之機會。由於法律執行必然包含政治判斷，內閣應對國會就執行成敗負起政治責任，國會當然亦可經由質詢等方式隨時追究。如此一來，法律執行說背後其實預設國會作為民主審議之中心地位。

（四）分析與檢討

以上三位代表性學者，論述上雖各有不同特色，但均強調國民民主權原則下，應否定具有立憲君主制傳統之扣除說，毋寧是只有國會之立法事項適合運用扣除說界定範圍。換言之，法律除違反憲法或篡奪內閣及法院權限外，內容上均不受限制¹⁰⁹。從而將「行政」界定為「法律執行」，目的乃是於國家政策形成過程中，確保國會享有作成最終決定及持續監督之機會。雖然未能成為通說，但作為對抗執政權說之有力學說，提供嶄新觀點，仍獲得學界注目討論。以下分就三點，說明法律執行說於權力分立理論上具有之意義與課題。

¹⁰⁸ 毛利透，前揭註86，頁346-348。

¹⁰⁹ 高橋和之，前揭註94，頁367-368；松井茂記，前揭註98，頁159-160；毛利透，前揭註105，頁230。換言之，採取形式意義之法律概念，並不要求一般抽象性。

首先，法律執行說之最大貢獻，乃是將憲法第65條之「行政」限定為內閣指揮監督下之「法律執行」，基於法治國原則明確界定行政權之活動範圍，以保障人民權利。同時劃分出不受國會及法院篡奪之本質領域，承認內閣於法律執行具有政策形成空間，更可維護行政權之獨特性，而非僅是單純從屬於國會。但法律執行事項未必均歸屬於內閣之下，典型之例即是法院受理之非訟事件。此時如何應說明其合憲性，並非易事¹¹⁰。

其次，法律執行說將憲法第66條之「行政」解釋為內閣之一切憲法及法律上權限，基於民主國原則說明內閣參與國家政策形成之憲法地位及政治責任，並配合憲法第73條之「總理國務」規定，正當化內閣之政策主導地位。此說同時維持內閣主導地位及國會制衡地位，免除執政權說過度偏重內閣權限之問題，具有重大貢獻。但憲法第65條及第66條緊密相鄰，「行政」之內涵卻有廣狹兩義，解釋論上實過於牽強。尤其是法律執行仍然內含高度政策判斷，甚至包括促請國會立法之權限，也使憲法第65條及第73條之權限區分，曖昧不明¹¹¹。

最後，法律執行說強調行政權之活動應有法律根據，除確保法治國原則之可預測性外，更是為了防止官僚機構獨自作成公益判斷。但是否即是主張法律保留原則之全面保留，卻未清楚說明¹¹²。如採取全面保留理論，將與通說及實務見解無法相容，也不切實際。如認定組織法亦可為法律執行之根據，則又過於空洞¹¹³。如何銜接至行政法學之法律保留理論，仍有待探討。

¹¹⁰ 法律執行作用中，行政與司法難以區別之古典學說討論，可見清宮四郎，前揭註17，頁302-303。

¹¹¹ 淺野博宣，「行政權は内閣に属する」の意義，收錄於憲法学の現代的論点，頁158-159，有斐閣，2版（2009）。

¹¹² 塩野宏，行政法 I，頁89，有斐閣，6版（2015）。

¹¹³ 高木光，法律執行——行政概念の一断面，收錄於行政法学の未来

如上所述，法律執行說對於憲法上「行政」概念之釐清，雖有重大貢獻，但仍難免若干解釋上之疑難未解。因此，時至今日仍未成爲通說。

肆、日本學說之特色與啟示

從上述之分析介紹，可知日本國憲法之「行政」定義，隨著時代背景而有不同之問題脈絡，富有強烈之實踐目的。憲法制定之初，制憲者反省明治憲法之失敗經驗，經由「行政」之規定，確保行政權之一元化及一體性，並以內閣向國會負起政治責任之方式，維繫行政權之民主正當性。通說採取扣除說，毫無遺漏地確保立法及司法以外之一切國家作用均能經由內閣而受到國會監督，正是呼應當時之理論需求¹¹⁴。但在行政國家興起後，由官僚機構操控之內閣居於政治主導地位，而官僚隱身於檯面之下更規避政治責任，導致民主正當性危機。因此乃有執政權說及法律執行說，企圖以重新定義「行政」之方式，強調民選政治人物決定國家政策之權責，經由強化首相領導權能及內閣主導地位之制度改革，解決官僚政治之問題，並形塑內閣與國會之權力制衡新風貌。雖然兩說均未能成爲通說，但也迫使通說重新認識到扣除說定義之「行政」中，包含「執政」與「法律執行」之作用¹¹⁵。

面對上述富有日本獨特問題意識及時代背景之學說，如何找出可供台灣法借鏡參考之啟示，並非易事。尤其是日台之憲政體

に向けて，頁37，有斐閣（2012）。

¹¹⁴ 棟居快行，日本国憲法と行政概念，收錄於憲法学再論，頁11-12，信山社（2001）。

¹¹⁵ 例如，高見勝利，前掲註24，頁193-197；長谷部恭男，憲法，頁375-377，新世社，6版（2014）；大石真，憲法講義I，頁191-192，有斐閣，3版（2014）；辻村みよ子，憲法，頁405，日本評論社，5版（2016）。

制、政治文化以及官僚運作實務，均大不相同，更難以直接比對參照。因此，本文以下將嘗試分就「執政」、「法律執行」以及「官僚機構」之層次，剖析內閣之憲法地位，從中獲得相關概念之問題脈絡，進而指引出台灣法之思考方向。

一、日本學說之特色

（一）一元民主之「執政」分化

明治憲法基於天皇主權，將執政權完全歸屬於天皇，由其決定國家政策方向，內閣及國會不過是輔助天皇執政之機關。但日本國憲法既採取國民主權，如何將原先歸屬於天皇之執政權，適當分配予國會及內閣，即成問題。通說以扣除說定義行政，內閣概括承受天皇之執政權，容易忽略國會也享有參與執政之權限，無法正面說明兩者之協力分工。另一方面，通說又以國會擁有直接民選基礎，內閣僅有間接民主基礎，強調「國會決定→內閣執行」之國會優位原則。此一見解採取嚴格分離之權力分立理論，不但與扣除說充滿矛盾，也忽略內閣本身於國家意思形成過程中，具有獨自之憲法正當性與憲政實踐之主導性。

因此，執行權說及法律執行說強調國會及內閣之組織特性及決策過程不同，主要目的即是分化出內閣獨自之憲法正當性¹¹⁶。同時也由嚴格分離之權力分立理論，逐漸過渡至相互協力之動態權力分立理論，更重視國家意思形成過程中，國會與內閣如何協力多樣化反映民意，又能明確決定政策方向。另一方面，學說雖是爲了強化內閣之主導地位及首相之領導權能，但制度改革之後也出現了內閣制的「總統制化」（presidentialization）¹¹⁷現象。

¹¹⁶ 今関源成，前掲註84，頁167-169。

¹¹⁷ 西岡晉，內閣——首相の指導力と政治の大統領制化，收錄於なぜ日本型統治システムは疲弊したのか，頁99-125，ミネルヴァ書房（2016）。關於總統制化之比較政治研究，可見Thomas Poguntke

換言之，既然內閣具有獨自之憲法正當性，首相若又能展現引領政黨勝選之超高人氣時¹¹⁸，內閣已可與國會分庭抗禮。憲政實踐上，內閣與國會之權力分立，已從單向之「國會→內閣」轉變為雙向之「國會⇄內閣」。執政權說與法律執行說均是試圖於新的權力分立圖示下，明確界定內閣應有之權限與政治責任，以維繫民主正當性。

根據上述理解，應可將執政權定義為「決定國家方向，並為此而企劃及擬定必要政策，總和調整以圓滑實施政策之作用」¹¹⁹。其真正之內涵，乃是自相互協力之動態權力分立理論，重新界定內閣與國會之相互制衡關係。因此，執政並非內閣專屬權限，毋寧是國會與內閣共同完成之事項。例如條約案及預算案等，實際上都必須仰賴內閣與國會一致協力後，始能圓滿實現¹²⁰。從此一觀點，執政權說雖然將執政權歸屬於內閣，但只是用於強調內閣主導地位，制度上及理論上均未排除國會之監督及參與機會。法律執行說將執政權歸為政治領域，則是在承認內閣主導地位之前提下，強調內閣與國會之相互制衡。無論何說，均同意內閣主導地位之強化，必須以國會監督地位之強化為前提¹²¹。一旦國會以法律形式決定執政方針，內閣僅能忠實執行。

& Paul Webb, *The Presidentialization of Politics in Democratic Societies: A Framework for Analysis*, in: THOMAS POGUNTKE & PAUL WEBB EDS., *THE PRESIDENTIALIZATION OF POLITICS: A COMPARATIVE STUDY OF MODERN DEMOCRACIES* 1-25 (2005).

¹¹⁸ 例如，2001年至2006年擔任首相之小泉純一郎，於2005年解散眾議院，引導自民黨獲得選舉大勝，確保政策主導地位。2012年起至今（2017年）第2次擔任首相之安倍晉三，亦於2017年解散眾議院，率領自民黨獲得選舉大勝，鞏固政策主導地位。

¹¹⁹ 村西良太，前揭註25，頁204。

¹²⁰ 前揭註，頁244-247。同旨亦見洪谷秀樹，憲法，頁593，有斐閣，3版（2017）。

¹²¹ 因此國會制度改革中，即必須配套①法案審議之充實、②行政權監

如此一來，國會依然保有政策最終決定及監督制衡之強大權限。

（二）法律執行與權限歸屬規定

嚴格分離之權力分立理論，依照法階段說，區分出法制定、法執行與法裁定之作用，稱之為立法、行政及司法，分別歸屬至國會、內閣及法院。此一作用劃分，不僅具有民主國原則之淵源，更具有法治國原則之意涵，直至今日仍受支持。但在通說以扣除方式，將「執政」與「法律執行」融於一爐之下，確實失去深入探討之契機。因此，無論是執政權說提出「內閣=執政、行政各部=行政=法律執行」，或是法律執行說明確區分「政治領域=政策形成、法律領域=法律執行」，目的均在區別兩者，分別探討不同面相之內閣權限。惟如前所述，如將執政作用理解為國家政策形成權，兩說實際上均認為係屬內閣與國會之共同參與事項。因此，以下從權限歸屬規定之意義，分析兩說不同之處。

憲法第65條規定之「行政」，乃是權限歸屬規定，不容國會或法院篡奪。惟本條同時寓有行政權一元化及一體性之目的，內閣應就行政權之行使對國會負責。簡言之，內閣之一切行政活動應恆受國會制衡監督。執政權說強調「執政」作用屬於內閣之目的，乃是確保內閣於國會之制衡監督過程中，不受法律剝奪以及不待法律規定之政策形成空間。至於行政各部之「行政=法律執行」，僅是歸屬於內閣指揮監督之機械性、事務性及中立性行政活動，其本身並非憲法第65條之歸屬對象。故法律只要不剝奪內閣對於法律執行之指揮監督權及人事決定權，縱然詳細規定執行步驟，仍無違憲問題。

另一方面，法律執行說認為行政權乃是法律之實現過程，看

督機能之強化、③審議公開性之提高。參見大山礼子，国会改革の目的，收錄於憲法4——変容する統治システム，頁114，岩波書店（2007）。

似嚴格限定內閣權限，卻又保留內閣決定如何執行之空間。尤其是在承認內閣於法律框架中仍享有政策自主判斷空間、指揮監督權及人事決定權之前提下，實質上賦予內閣不受國會干涉之政策形成空間。甚至在無法律規定下，內閣仍可提出法律案爭取國會同意，其實也是享有不待法律規定之政策形成空間。如此一來，相較於執政權說，法律執行說真正限定內閣權限之處，乃是於完全欠缺法律規定之情形下，禁止指揮監督行政各部採取法定外之行政活動。

如上所述，兩說均承認內閣與國會之政策形成過程中，內閣享有獨自之政策規劃、提案及實施之空間，主要目的乃是為回應一元民主下之「執政」分化需求。換言之，責任政治「乃是於從屬性與獨立性之拮抗關係下成立之紐帶」¹²²，內閣雖然應忠實執行國會制定之法律，並不表示應消極地一一按照國會之指揮處理，仍保有積極主動之政策形成空間。

然而，如果是探討憲法第65條作為權限歸屬規定之意義時，法律執行說應較執政權說更為適當。理由在於，執政權說將政策形成權界定為內閣之專屬權限，頗易令人誤解為國會完全不得介入政策判斷，其問題已如前述。法律執行說之原始目的，則在課予行政權依法行政之義務，並防止立法權自行立法並執行，內涵相當明確。尤其是通說之扣除說，根據明治憲法以來之公法學傳統，始終以「法律執行」作為行政權之核心標誌。至少憲法第65條以「法律執行」為核心領域，應是不過當之見解。

附帶一提，執政權說及法律執行說均承認國會於一定條件下，可突破科層體制，設立獨立行政委員會等多元行政組織，並

¹²² 吉田榮司，內閣の対国会責任について，関西大学法学論集，第37卷2・3号，頁363（1987）。

限制內閣之指揮監督權及人事決定權。論述理由雖有不同，共通關鍵均在於如何確保多元行政組織之民主正當性及說明責任¹²³。限於本文檢討對象，此一問題留待日後為文探討。

（三）官僚機構與政策過程

孟德斯鳩之權力分立理論，並未預料到今日龐大之官僚機構。但在行政國家興起之後，權力分立理論已無可迴避官僚機構之問題，比較憲法學上亦為討論重點¹²⁴。尤其是日本之近代化乃至於現代化，從富國強兵到經濟發展，都是由官僚機構由上而下主導推動，毫不間斷地介入社會，更顯強勢。日本學說積極克服官僚機構之弊病，不僅於比較憲法上呼應官僚機構對權力分立理論之影響，也反映出日本官僚機構之問題特色。問題之核心，應在於如何確保官僚機構之民主正當性以及對社會問題之敏感反應¹²⁵。

通說之扣除說籠統地將行政權劃歸內閣之後，未曾深入探討內閣與官僚機構之內部分工。因此執政權說之目的，乃是明確切割出官僚機構為專責法律執行之組織，僅能依照內閣決定之政策方針及法律，專業中立地完成行政任務。如此即可避免官僚機構染指本來應由民主機制決定之政策方針與價值判斷。法律執行說則是強調法律作為政策框架之規範性，更嚴格要求內閣與官僚機構之上命下從一體性。因此於結論上，兩說都支持經由制度改革以強化首相之領導權能及內閣主導地位，確保官僚機構經由行政

¹²³ 兩說之比較分析，參見淺野博宣，前揭註111，頁160-163。

¹²⁴ Bruce Ackerman即指出總統制及內閣制均各有其官僚政治問題。參見Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 634, 685-712 (2000). Bruce Ackerman, *Good-bye, Montesquieu*, in: SUSAN ROSE-ACKERMAN & PETER L. LINDSETH EDS., *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 128-133 (2010).

¹²⁵ 久米郁男等，政治學，頁246-247，有斐閣，補定版（2011）。

一體及責任政治機制，服從於國會監督，最終向國民負責。

然而由上而下的「政治指導」，未必能確保官僚之法律執行能回應民意，也容易忽略官僚於日常業務中接觸民眾之環境敏感性。尤其是在首相欠缺全民直選基礎且未接觸日常行政業務之情形下，更無法假設首相本身可真正汲取民意。因此，執政權說之中川丈久及法律執行說之毛利透，均指出適度開放行政權之政策形成過程，以促使官僚機構積極回應社會問題，並對人民負起說明責任。政府資訊公開法及行政程序法之制定，乃至於審議會、公聽會及說明會之意見徵詢，基本上即寓有開放國民參加政策形成過程之內涵。但在行政一體及責任政治之架構下，兩說均認為由下而上之民意傳達路徑，旨在供內閣規劃及國會審議參考或應於法律規範下作成具體決定。其理由應在於防止官僚機構自行取得民主正當性¹²⁶，從而確保內閣對官僚機構之指揮監督以及對國會之政治責任。

因此，議會內閣制之架構下，學說仍認為官僚機構之民主正當性來自於行政一體與責任政治體制。行政過程之國民參與，最終仍應連結至內閣與國會審議之政策形成過程¹²⁷。

¹²⁶ 中央省廳改革基本法第30條第2款甚至原則上禁止設置政策事項相關之審議會，以免遭到官僚機構濫用。

¹²⁷ 行政權於法律規範下，仍有可能經由公開透明之程序，強化決定作成之民主正當性。相關分析，可見毛利透，行政權民主化論の諸相，收錄於統治構造の憲法論，頁360-371，岩波書店（2014）。

二、對台灣公法學之啟示¹²⁸

(一) 二元民主之「執政」競逐

台灣之憲政體制，乃是由直接民選之立法院及總統而形成之二元民主架構。兩者不論於制度上或實踐上，均有奪取國家政策方向之能力與誘因。當立法院多數與總統分屬不同政黨時，固然如此。即使均屬同一政黨，仍可能基於各自不同之組織特性、政治運作及選舉壓力，爭奪國家政策方向之主導權。參考日本學說區分「執政（政治領域）」與「行政（法律領域）」之論法，如將「國家政策方向之意思形成過程」定義為「執政」，釐清憲法機關參與「執政」之權限與責任，應有裨益於掌握行政院於總統及立法院之間之地位¹²⁹。

從憲法本文及增修條文之規定而言，總統及行政院雖同屬行政權，但不僅各自有其權限，且「行政院無論學理上及實際上皆係由院長主導之獨任制官署，論者以總統與行政院院長兩種

¹²⁸ 本文以下之敘述，係以客觀整合說明憲法條文及司法院解釋為前提，探討日本學說之啟示。換言之，經由「執政」、「法律執行」以及「官僚機構」之層次區分，剖析行政院之憲法地位。因此本文不擬表示贊同或反對現行憲法體制及司法院解釋意旨。此外，日本及台灣之憲政體制固有不同，但如本文之後所述，「執政」、「法律執行」以及「官僚機構」之層次區分，於我國憲政體制下仍屬可能。

¹²⁹ 學者已有嘗試區分執政與行政之不同。執政係指國家政策之領導行為，包含總統及行政院之政策決定權、立法院之政策參與權。行政僅指行政院之法律執行。參見吳信華，前揭註2，頁567。亦有認為執政權僅在國家元首及內閣首相之間分配。參見吳庚、陳淳文，前揭註3，頁469-470。另一方面，司法院釋字第520號解釋涉及「國家政策方向之意思形成過程」中，總統、行政院及立法院應如何共同參與之「執政」問題。司法院釋字第613號解釋則以「法律執行」闡明「行政」之核心內涵。因此，本文認為我國憲法學區分出「執政」與「行政」之層次，應屬可行。

職位互有制衡之作用，非無理由」¹³⁰。雖然於總統可單獨任命行政院長之情形下，此一制衡關係不免衰退，而使總統經由人事任命權及相關政策指示，於執政過程中居於政策方向之主導地位¹³¹。但在憲法機關之組織及人員分立下，行政院長依然作為最高行政首長，基於行政一體對各部會行使指揮監督權限，並就閣員任免享有人事決定權¹³²。至少總統無法堂而皇之地直接介入行政院之內部決策，攫取憲法第53條規定「最高行政機關」之權限。由於總統欠缺完整之幕僚機關，亦無下屬之法律執行機關¹³³，任何政策指示，包含宣戰、媾和、緊急命令及國安大政方針等，均必須交由行政院依照實際狀況具體規劃後，始得送請立法院審議¹³⁴。憲法第37條之副署規定下，總統須經副署之職權，實質上更是將政治責任歸屬於行政院，以備立法院監督¹³⁵。總統與行政院長之制衡關係，並未完全消失¹³⁶。因此符合憲法規定及

¹³⁰ 司法院釋字第419號解釋理由書。

¹³¹ 司法院釋字第520號解釋理由書：「總統候選人於競選時提出政見，獲選民支持而當選，自得推行其競選時之承諾，從而總統經由其任命之行政院院長，變更先前存在，與其政見未洽之施政方針或政策，毋迺政黨政治之常態。」

¹³² 參見憲法第56條、司法院釋字第613號、第645號。

¹³³ 憲法增修條文第2條第3項僅規定總統為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議及所屬國家安全局，作為幕僚組織。純就該條而言，總統應僅在此一領域享有較強之政策主導權。

¹³⁴ 學說上甚至認為即使是國安大政方針，行政院也無落實執行之義務，仍有自主判斷空間。參見陳淳文，中央政府體制改革的謎思與展望，收錄於憲法解釋之理論與實務第五輯，頁122-123，中央研究院法律學研究所（2007）。

¹³⁵ 薩孟武，前揭註2，頁216、316。總統不須經副署之職權，僅有任命行政院長之命令、依憲法經立法院同意任命人員之任免命令以及解散立法院之命令。此外，國安大政方針決定權及院際爭議調節權，亦為總統可單獨行使之職權。

¹³⁶ 司法院釋字第627號解釋理由書：「就現行憲法觀之，總統仍僅享有憲法及憲法增修條文所列舉之權限，而行政權仍依憲法第53條規

憲政實踐之解釋，應是認為總統經由憲法列舉權限之行使，於執政過程中居於政策方向之主導地位¹³⁷，行政院長受總統付託政策方向，進一步指揮下屬，擬定具體方案以求實現。

另一方面，依照憲法本文第58條第2項、第63條及增修條文第3條第2項規定，「行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責」，且無論政策是以法律案、預算案、條約案或其他方式呈現，經行政院會議議決後，應本行政院對立法院負責之憲法意旨，由行政院長及相關部會首長向立法院提出報告並受質詢，爭取立法院支持¹³⁸。除此之外，並應「尊重立法院對國家重要事項之參與決策權」¹³⁹。換言之，憲法明文賦予行政院享有國家整體政策之規劃及提案權限，立法院則享有政策審議及決定權限。立法院經由公開質詢等方式進行之政策審議過程，相較於總統之政策指示，也具有高度之透明性、審慎性與多元性。因此，以責任政治為中心之政策形成過程，將迫使總統之一切政策指示，必須經由行政院獲得立法院公開審議及決定後，始能具體落實。立法院於政策決定後，仍可持續監督制衡，進而追究政治責任。因此，立法院於政策形成過程中，乃是不可或缺之參與者及最終決定者。行政院若未能順利取得立法院多數支持，必然難以

定概括授予行政院，憲法第37條關於副署之規定，僅作小幅修改。」

¹³⁷ 關於總統如何於制度上及政治運作上取得執政之主導地位，詳細分析可見黃錦堂，行政組織法論，頁472-478，翰蘆圖書出版有限公司（2005）。

¹³⁸ 近來之教科書多以「國政共同參與」說明行政院與立法院之關係，不再嚴格限定條約及預算等權限歸屬，已相當於「執政」之概念運用。例如許育典，前揭註7，頁405-407；李惠宗，憲法要義，頁554-563，元照出版有限公司，7版（2015）。從國家政策形成過程分析權力分立之司法院解釋者，可見蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，第40卷第4期，頁539-548（2015）。

¹³⁹ 司法院釋字第520號解釋。

實現政策。

在此一制度設計及憲政運作下，行政院必須同時取得總統及立法院之支持¹⁴⁰，始能順利推動政策¹⁴¹。於二元民主之「執政」競逐過程中，更彰顯出行政院全盤規劃、綜合協調政策之重要角色。行政院對於總統之政策指示，仍於具體規劃時享有高度政策形成空間，並就未有總統政策指示部分，擬定政策方向及內容。當總統政策指示與立法院多數意見不同時，行政院更有居中折衝協調之空間。

如上所述，本文認為今後從「執政」之觀點，應可更為全局描繪總統、行政院及立法院之權力制衡關係。或有謂依照本文見解，既不合乎憲政實踐之總統主觀期望，也忽視總統全民直選之強大民主正當性。惟本文仍明白承認總統可發揮政治影響力以取得政策方向之主導地位，其強大之民主正當性及組織特性，更適合高瞻遠矚地揭示政策願景與制度改革方向，而非汲汲營營於日常政務或個別人事。尤其是如下所述，行政院基於其固有之「法律執行」權限，並非總統所得侵犯，兩者之分工仍有其必要。

¹⁴⁰ 議會內閣制發展之初期，君主仍握有實權，內閣必須同時獲得君主及議會之信任，並嘗試調和兩者之對立，形成「二元型議會內閣制」。如民選國家元首取代君主而握有實權，內閣必須同時取得國家元首及議會之信任，仍屬「二元型議會內閣制」。德國威瑪憲法之政府體制及法國第五共和憲法之半總統制亦可歸於此類。依照政治學者之研究，君主制時代之「二元型議會內閣制」，其實是後來總統制、內閣制與半總統制之共通原型。參見蘇子喬，哪一種半總統制？——概念界定爭議之釐清，東吳政治學報，第29卷第4期，頁11-12（2011）。

¹⁴¹ 司法院釋字第520號解釋理由書：「行政院院長以重要政策或施政方針未獲立法院支持，其施政欠缺民主正當性又無從實現總統之付託，自行辭職以示負責」。明白揭示行政院之民主正當性，仍是仰賴於對立法院之責任政治，而非總統任命。

（二）法律執行與責任政治

雖然「執政」是由總統、行政院及立法院共同參與之政策形成領域，但行政院依照憲法第53條仍享有固有權限「行政」。通說雖採取扣除說，不過台灣既無君主立憲之歷史沿革，似無必要以扣除方式界定¹⁴²。尤其是總統之國安大政方針決定權與立法院議決重要事項之權限，範圍可大可小，更是無從明確扣除。因此，應有必要以正面方式界定「行政」之特徵。既然司法院釋字第613號及第645號解釋以「法律執行」為中心，界定出行政之核心領域，如參照日本之法律執行說，將「法律執行」定義為「法律實現過程之行政活動」，應可獲得若干啟示。

憲法本文第53條（行政）、第62條（立法）、第77條（司法）、第83條（考試）及第90條（監察），均以「○○院為國家最高○○機關」之方式，規定五院權限。此一權限歸屬規定，旨在確保各憲法機關「本憲法原始賦與之職權各於所掌範圍內，為國家最高機關獨立行使職權」¹⁴³。司法院釋字第613號解釋理由書更指出憲法第53條之「目的在於維護行政一體，使所有國家之行政事務，除憲法別有規定外，均納入以行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理，經由層級節制，最終並均歸由位階最高之行政院之指揮監督」。進而連結行政院對立法院負責之規定，將行政一體與責任政治畫上等號，據此指出「行政掌法律之執行，執行則賴人事，無人即無行政，是行政權依法就具體之人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，擁有決定權」。如此一來，人事決定權所植基之「法律執行」成為行政核心領域，亦是責任政治之主要對象。

¹⁴² 司法院釋字第627號解釋理由書雖謂「行政權仍依憲法第53規定概括授予行政院」，但僅是相對總統之憲法列舉職權而言，並非採取扣除說。

¹⁴³ 司法院釋字第3號、第175號解釋文。

司法院釋字第645號解釋則更進一步顯現出「法律執行」作為核心領域之具體內涵。該號解釋涉及立法院制定公民投票法並創設全國性公民投票審議委員會時，該委員會於權力作用上是否行使行政權，而應歸屬於行政院之問題。彭鳳至大法官認為該委員會之職權，雖是「個案的審理與認定，近於行政權之性質，惟其內涵，乃憲法上直接民主與間接民主間權力分立與制衡機制中之個案審理與認定權限，並非為貫徹間接民主代議體制下行政院權限之個案審理與認定權限，因此其雖具有憲法上行政權之性質，但並非行政院之權力」。因此，該委員會「本質上不屬於代議體制下之任何單一國家機關」，只不過是立法者基於財政及人力考量，形式上將其歸屬於行政院，故行政院無法對其享有人事決定權¹⁴⁴。此一論理從直接民主與間接民主之權力分立與制衡觀點，探討行政權之本質，深具啟發性。但該號解釋理由書則認為該委員會不僅形式上設置於行政院內，且其職務內容於實質上「係就個別全國性公民投票案，審議是否符合規定而屬得交由人民創制或複決之事項，具有協助人民正當行使創制複決權之功能，性質上屬行政權。因行政掌法律之執行，執行則有賴人事，是行政權依法就所屬行政機關之具體人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，應享有決定權」。換言之，除憲法另有明文規定外，即使是因應直接民主而全新創設之公民投票審議權限，只要實質上具有「法律執行」作用者，即是行政權，應歸屬於行政院¹⁴⁵。

本文認為，「法律執行」於概念上雖有若干應克服之處，但

¹⁴⁴ 司法院釋字第645號解釋之大法官彭鳳至部分不同意見書。

¹⁴⁵ 類似問題也發生在司法院釋字第585號。該號解釋理由書認為「真調會應屬於協助立法院行使調查權之特別委員會」，而「立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」，因此並非應隸屬行政院之「法律執行」作用。

依照司法院釋字第613號及第645號解釋之意旨，以「法律執行」作為憲法第53條「行政」之核心領域，不僅確保政策形諸法律後之依法行政義務¹⁴⁶，更可排除立法院自為立法並執行，篡奪行政院之憲法權限。惟經由行政一體及責任政治體制，立法院仍可追究行政院執行法律之政治責任，維繫法律執行之民主正當性。換言之，正因為權力分立，始有權力制衡。另一方面，總統如果強勢介入行政院之法律執行，必然導致權責不明，進而破壞「最高行政機關」之行政一體及責任政治。因此，「法律執行」同樣也應排除總統之過度干涉¹⁴⁷。總統至多只能向行政院長指示政策方向，例如節能省碳或發展生物科技產業等抽象目標，循前述之政策形成過程處理¹⁴⁸。

此外，雖然司法院釋字第645號解釋中，多數意見與彭鳳至大法官似乎均將「法律執行」解釋為個案中認定事實适用法律之權能，但這毋寧是針對該案系爭法律內容之說明。由於「法律執行」係指法律實現過程之行政活動，因此作成個案決定前之行政命令及行政計畫等行為形式，當然是「法律執行」¹⁴⁹。根據法律

¹⁴⁶ 司法院釋字第520號解釋理由書即指出立法院可制定法律以貫徹政策，「內容縱然包括對具體個案而制定之條款，亦屬特殊類型法律之一種，即所謂個別性法律，並非憲法所不許」。此一解釋採取形式意義之法律概念，並不要求法律應具備抽象一般性之特徵。故只要立法院不自為執行或違反平等原則，即無違憲問題。

¹⁴⁷ 若是總統可直接介入行政院內部，各部會首長直接承旨辦事，國安會又扮演樞密院之角色。那麼明治憲法的悲劇，或許也將在台灣發生。張君勱早已注意到此一問題，認為中華民國憲法絕不能容許此一現象，始有第53條之規定。參見張君勱，前揭註10，頁68-69。

¹⁴⁸ 因此，總統於總統府內設置「執政協調會議」以架空行政院會議，或是直接指揮行政院政務委員執行，形成「大政委小部長」之運作機制，自憲法而言，均有疑義。

¹⁴⁹ 國內學者亦有相同主張，吳庚、陳淳文，前揭註3，頁516-517。

之具體政策規劃及決定，亦可為「法律執行」¹⁵⁰。因此，今後如能進一步深入探討「法律執行」之內涵，應可更為明確劃定行政院之憲法權責，對於職權命令及多元行政組織等合憲性問題，提供新穎觀點。

（三）官僚機構與行政程序

台灣憲法學說一貫關心總統、行政院及立法院之權力分立議題，鮮少注意官僚機構。若是因為台灣毫無官僚政治之問題，固然可喜可賀。但台灣與日本相同，都經歷過由官僚機構長期主導經濟社會發展之時代，也都面臨行政國家興起與轉型之問題。因此，官僚機構之民主正當性問題，似仍應深入探討¹⁵¹。參照日本學說之啓示，簡單指出兩點。第一，由上而下之「政治領導」，必須建立在憲法第53條以下之行政一體及責任政治機制，始能確保國會監督官僚機構之機會。因此，行政院作為國家政策之決策中心，不僅止於統合協調各部會政策，亦必須統御領導各部會官僚。現有之業務處及科技會報作為幕僚組織，是否足以因應此一規範要求，非無檢討餘地。第二，由下而上之政策形成過程，如能適度開放，可促進官僚機構對於社會問題之敏感反應，並有助於行政院及立法院之政策審議。現有之政府資訊公開法及行政程序法固然已提供一套基本配備¹⁵²，但長久以來公聽會等公眾意見

¹⁵⁰ 司法院釋字第645號解釋理由書已指出「一般行政機關須為政策之決定及執行者」。此外，基本法作為法律執行之政策框架，可見林孟楠，基本法與行政領域之法統制——日本法及台灣法之比較研究，華岡法粹，第61期，頁109-133（2016）。

¹⁵¹ 公共行政學者之觀點，參見曾冠球，確保公共官僚組織成為民主的守護神，公共行政學報，第45期，頁109-119（2013）。

¹⁵² 學說上甚至認為應擺脫一元民主之古典思維，強調行政權可依行政程序自行取得民主正當性，形成二元民主體制。參見葉俊榮，二元民主與行政程序——從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能，收錄於行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟，頁27-61，台灣行政法

徵詢管道，卻流於形式而備受詬病。今後如何進一步改進發展，應配合官僚機構之運作實態研究，深入探討。

伍、結 論

理論是一種思想武裝。法學概念之理論填充，更具有回應時代需求之實踐意義。從日本憲法體制之轉換與統治機構之革新，可以清楚印證學說於定義憲法上「行政」之概念時，均富有時代之問題意識及實踐目的。明治憲法之下，美濃部達吉之扣除說乃在確保依法行政。日本國憲法之下，通說之扣除說乃在確保立法及司法以外之國家作用，均經由行政一體及責任政治，完整受到國會監督。隨著行政國家興起，國會優位不再，內閣淪為官僚之提繩木偶，重新定義「行政」成了一帖猛藥。執政權說與法律執行說嘗試說明內閣於政策形成過程中應有之法律地位，帶動權力分立理論之新發展。內閣之權限必須從「執政」、「法律執行」以及「官僚機構」之不同層次，始能掌握全貌。而在行政一體與責任政治之機制下，最終都應是爲了確保國會乃至於全體國民，參與政策審議及決定之機會。

上述日本學說之發展，具有該國特殊之實踐目的，本來即無法也不必直接援用至台灣法。但經由「執政」、「法律執行」以及「官僚機構」之不同層次，仍可啓發出行政院應有之憲法地位。第一，總統、行政院及立法院共同參與國家政策之形成。惟憲法本文第58條第2項、第63條及增修條文第3條第2項規定，乃是以責任政治爲中心之政策形成過程。行政院長雖可接受總統之政策指示，仍必須經由行政院具體規劃綜合協調，獲得立法院支持後，始得實現。第二，憲法第53條之「行政」乃是權限歸屬規

學會（2003）。

定，可定義為「法律執行」，其政治責任應由立法院追究。立法院固然不得自為立法並執行，總統亦不得介入法律執行，以免破壞行政一體及責任政治。第三，行政院作為一切官僚機構之金字塔頂端，行政一體及責任政治亦寓有確保官僚機構民主正當性之內涵。

中原財經法學

參考文獻

書 籍

- 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，增訂5版（2017）。
- 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，7版（2015）。
- 吳信華，憲法釋論，三民書局股份有限公司，修訂2版（2015）。
- 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第二冊），三民書局股份有限公司（1982）。
- 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，6版（2014）。
- 許育典，憲法，元照出版有限公司，7版（2016）。
- 陳慈陽，憲法學，元照出版有限公司，3版（2016）。
- 張君勱，中華民國民主憲法十講，稻鄉出版社（2015）。
- 黃錦堂，行政組織法論，翰蘆圖書出版有限公司（2005）。
- 薩孟武，中國憲法新論，三民書局股份有限公司（1974）。
- 上田健介，首相權限と憲法，成文堂（2013）。
- 久米郁男、川初良枝、古城佳子、田中愛治、真淵勝，政治学，有斐閣，補定版（2011）。
- 小林直樹，憲法講義下，東京大学出版会，新版（1981）。
- 小嶋和司，憲法論集〈2〉憲法と政治機構，木鐸社（1988）。
- 小嶋和司，憲法概説，信山社，復刻版（2004）。
- 大石眞，憲法講義 I，有斐閣，3版（2014）。
- 中川丈久，行政手續と行政指導，有斐閣（2000）。
- 戶松秀典，憲法，弘文堂（2015）。
- 手島孝，現代行政国家論，勁草書房（1969）。
- 手島孝，憲法解釈二十講，有斐閣（1980）。
- 手島孝、中川剛，憲法と行政権，法律文化社（1992）。
- 田中二郎，新版行政法（上卷），弘文堂，全訂2版（1974）。
- 伊藤正己，憲法，弘文堂，3版（1995）。

- 佐々木惣一，改訂日本国憲法論，有斐閣（1952）。
- 佐藤幸治，日本国憲法論，成文堂（2011）。
- 長谷部恭男，憲法，新世社，6版（2014）。
- 杉原泰雄，憲法Ⅱ，有斐閣（1989）。
- 杉原泰雄、只野雅人，憲法と議会制度，法律文化社（2007）。
- 辻村みよ子，憲法，日本評論社，5版（2016）。
- 村西良太，執政機関としての議会，有斐閣（2011）。
- 阪本昌成，憲法理論Ⅰ，成文堂，補訂3版（2000）。
- 阪本昌成，法の支配——オーストリア学派の自由論と国家論，勁草書房（2006）。
- 阪本昌成，権力分立——立憲国の条件，有信堂高文社（2016）。
- 松下圭一，政治・行政の考え方，岩波書店（1998）。
- 松井茂記，日本国憲法，有斐閣，3版（2007）。
- 芦部信喜，憲法，岩波書店，新版補訂版（1999）。
- 美濃部達吉，憲法撮要，有斐閣（1923）。
- 渋谷秀樹，憲法，有斐閣，3版（2017）。
- 宮澤俊義，全訂日本国憲法，日本評論社（1978）。
- 浦部法穂，憲法学教室，日本評論社，3版（2016）。
- 高見勝利，芦部憲法学を読む——統治機構論，有斐閣（2004）。
- 高橋和之，立憲主義と日本国憲法，有斐閣，4版（2017）。
- 高橋信行，統合と国家——国家嚮導行為の諸相，有斐閣（2012）。
- 清宮四郎，憲法Ⅰ——統治の機構，有斐閣，3版（1979）。
- 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法Ⅱ，有斐閣，5版（2012）。
- 晴山一穂，行政法の変容と行政の公共性，法律文化社（2004）。
- 飯尾潤，日本の統治構造——官僚内閣制から議院内閣制，中央公論新社（2007）。
- 塩野宏，行政法Ⅰ，有斐閣，6版（2015）。

- 樋口陽一，憲法 I，青林書院（1998）。
- 橋本公亘，日本国憲法，有斐閣，改訂版（1988）。
- 藤田宙靖，行政組織法，有斐閣（2005）。

期刊論文

- 吳明上，日本政治過程的主導者：官僚、政黨及政治人物之間的競爭或合作？，問題與研究，第47卷第3期，頁51-73（2008）。
- 吳明上，日本行政改革核心「強化首相領導權」之分析，問題與研究，第48卷第2期，頁35-50（2009）。
- 林孟楠，基本法與行政領域之法統制——日本法及台灣法之比較研究，華岡法粹，第61期，頁109-133（2016）。
- 陳儔美，戰後日本官僚制度之探討，問題與研究，第37卷第7期，頁49-63（1998）。
- 曾冠球，確保公共官僚組織成爲民主的守護神，公共行政學報，第45期，頁109-119（2013）。
- 黃丞儀，行政權一元制的浮現——從憲法第六三條「國家其他重要事項」談行政立法關係之變革，月旦法學雜誌，第218期，頁44-55（2013）。
- 蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，第40卷第4期，頁491-558（2015）。
- 蘇子喬，哪一種半總統制？——概念界定爭議之釐清，東吳政治學報，第29卷第4期，頁1-72（2011）。
- 中川丈久，行政活動の憲法上の位置付け，神戸法学年報，第14号，頁125-225（1998）。
- 今関源成，「行政」概念の再検討，公法研究，第67号，頁160-171（2005）。
- 手島孝、磯部力、櫻井敬子，神橋一彦，学としての公法，法学教室，第319号，頁70-89（2007）。
- 石川健治，執政・市民・自治——現代統治理論についての「金枝篇」とは，法律時報，第69卷6号，頁22-34（1997）。

- 石川健治，政府と行政——あるいは喪われた言説の場，法学教室，第245号，頁74-80（2001）。
- 石川健治，持続する危機——議会・国民・執政のトリアーデ，ジュリスト，第1311号，頁2-8（2006）。
- 石川健治，統治のゼマンティック，憲法問題，第17号，頁65-80（2006）。
- 吉田榮司，内閣の対国会責任について，関西大学法学論集，第37巻2・3号，頁339-378（1987）。
- 多田一路，「執政権」論のあやうさ，大分大学経済論集，第53巻2号，頁60-85（2001）。
- 杉村章三郎，行政の本質について，国家学会雑誌，第70巻8号，頁549-565（1956）。
- 宮井清暢，「行政権」と「執行権」のあいだ——憲法学における「行政権」の捉え方についての覚書（1），愛知学院大学論叢法学研究，第34巻3・4号，頁133-160（1992）。
- 宮井清暢，「行政権」と「執行権」のあいだ——憲法学における「行政権」の捉え方についての覚書（2・完），愛知学院大学論叢法学研究，第35巻1・2号，頁65-92（1992）。
- 宮井清暢，内閣の意思決定システムの変容と「執政」論，法律時報，第79巻8号，頁111-115（2007）。
- 福元健太郎、村井良太，戦前日本の内閣は存続するために誰の支持を必要としたか：議会・軍部・閣僚・首相選定者，学習院大学法学会雑誌，第47巻1号，頁75-99（2011）。
- Ackerman, Bruce, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 634-725 (2000).

専書論文

- 葉俊榮，二元民主與行政程序——從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能，收錄於行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟，頁27-61，台灣行政法學會（2003）。

- 陳淳文，中央政府體制改革的謎思與展望，收錄於憲法解釋之理論與實務第五輯，頁99-174，中央研究院法律學研究所（2007）。
- 湯德宗，論九七修憲後的憲法結構——兼論憲政工程的另類選擇，收錄於憲法結構與動態平衡——權力分立新論（卷一），頁1-52，天宏出版社有限公司，增訂4版（2014）。
- 許志雄，立法與行政的分際，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁288-299，元照出版有限公司（2002）。
- 大山礼子，国会改革の目的，收錄於憲法4——変容する統治システム，頁109-130，岩波書店（2007）。
- 中川丈久，立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察，收錄於行政法の発展と変革上，頁331-359，有斐閣（2001）。
- 中川丈久，行政による新たな法的空間の創出，收錄於憲法4——変容する統治システム，頁195-231，岩波書店（2007）。
- 中川丈久，議会と行政，收錄於行政法の new 構想 I ——行政法の基礎理論，頁115-166，有斐閣（2011）。
- 毛利透，消極国家とはどんな国家か——シュミットとハイエク，收錄於各国憲法の差異と接点，頁3-30，成文堂（2010）。
- 毛利透，行政概念についての若干の考察，收錄於統治構造の憲法論，頁219-233，岩波書店（2014）。
- 毛利透，行政権の概念，收錄於統治構造の憲法論，頁235-246，岩波書店（2014）。
- 毛利透，官僚制の位置と機能，收錄於統治構造の憲法論，頁339-354，岩波書店（2014）。
- 毛利透，行政権民主化論の諸相，收錄於統治構造の憲法論，頁355-375，岩波書店（2014）。
- 本秀紀，「政治主導」と憲法——「国会中心構想」の可能性，收錄於政治的公共圏の憲法理論，頁124-153，日本評論社（2012）。
- 伊藤正次，行政学から見た日本国憲法と憲法学——執政権説の

- 検討を中心に，収録於憲法学のゆくえ，頁474-489，日本評論社（2016）。
- 西岡晉，内閣——首相の指導力と政治の大統領制化，収録於なぜ日本型統治システムは疲弊したのか，頁99-125，ミネルヴァ書房（2016）。
 - 佐藤幸治，内閣と「行政権」，収録於ファンダメンタル憲法，頁221-236，有斐閣（1994）。
 - 佐藤幸治，自由の法秩序，収録於日本国憲法と「法の支配」，頁40-122，有斐閣（2002）。
 - 佐藤幸治，日本国憲法と行政権，収録於日本国憲法と「法の支配」，頁209-241，有斐閣（2002）。
 - 赤坂正浩，内閣機能の強化と首相公選論，収録於世紀転換期の憲法論，頁17-34，信山社（2015）。
 - 阪本昌成，議院内閣制における執政・行政・業務，収録於憲法50年の展望Ⅱ——自由と秩序，頁204-272，有斐閣（1998）。
 - 松井茂記，「行政権」と内閣総理大臣の権限および地位——政治プロセスのあり方を考え直す，収録於二十一世紀の法と政治，頁1-60，有斐閣（2002）。
 - 浅野博宣，「行政権は内閣に属する」の意義，収録於憲法学の現代的論点，頁149-167，有斐閣，2版（2009）。
 - 宮井清暢，「統治（Regierung）」の概念について，収録於納税者の権利，頁97-120，勁草書房（1991）。
 - 高木光，法律執行——行政概念の一断面，収録於行政法学の未来に向けて，頁21-43，有斐閣（2012）。
 - 高橋和之，日本国憲法における「立法」と「行政」の概念，収録於国民内閣制の理念と運用，頁337-354，有斐閣（1994）。
 - 高橋和之，統治機構論の視座転換，収録於現代立憲主義の制度構想，頁1-13，有斐閣（2006）。
 - 高橋和之，「国民内閣制」再論，収録於現代立憲主義の制度構

- 想，頁63-92，有斐閣（2006）。
- 高橋和之，立法・行政・司法の觀念の再検討，收錄於現代立憲主義の制度構想，頁123-139，有斐閣（2006）。
 - 棟居快行，日本國憲法と行政概念，收錄於憲法学再論，頁9-22，信山社（2001）。
 - 塩野宏，行政概念論議に関する一考察，收錄於法治主義の諸相，頁3-13，有斐閣（2001）。
 - 鵜飼信成，行政・行政法・行政法学，收錄於行政法講座第一卷，有斐閣（1956）。
 - Ackerman, Bruce, *Good-bye, Montesquieu*, in: SUSAN ROSE-ACKERMAN & PETER L. LINDSETH EDS., *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 128-133 (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010).
 - Poguntke, Thomas & Paul Webb, *The Presidentialization of Politics in Democratic Societies: A Framework for Analysis*, in: THOMAS POGUNTKE & PAUL WEBB EDS., *THE PRESIDENTIALIZATION OF POLITICS: A COMPARATIVE STUDY OF MODERN DEMOCRACIES* 1-25 (Oxford University Press, New York, 2005).

摘 要

日本國憲法第65條規定，行政權屬於內閣。本文之目的，即在探討該條所稱之「行政」，其內涵應如何判斷，實踐上又有何意義。通說採取扣除說，認為「行政」係指國家作用中，扣除立法及司法作用者。但行政國家興起後，通說遭受新興學說挑戰。執政權說認為係指內閣之執政作用，強調內閣積極主導政策之憲法地位。法律執行說則認為係指法律內容之實現作用，強調行政活動之法律拘束性。兩說之問題意識及論證理由雖有不同，卻有相通之問題背景及實踐目的。經由兩說比較檢討，可以更精確瞭解內閣之憲法地位，從而正確把握「行政」於不同層次中應有之內涵。根據日本學說之研究成果，本文也將嘗試正面探討台灣憲法第53條之「行政」，指出未來可能之研究方向。

中原財經法學

The Essential Meaning of Executive Power in the Constitution: A Study Focusing on the Constitutional Theories in Japan

Meng-Nan Lin

Abstract

In the Constitution of Japan, Article 65 provides that “executive power shall be vested in the Cabinet”. However, the exact meaning of “executive power” is never clearly defined. The traditional theory adopts the “negative definition” where legislative power and judicial power are exempt from whole power of State and the residual power should accordingly be vested in executive power. But this definition cannot explain the essential meaning of executive power, which prompted two new theories to try positively redefining the meaning of executive power since 1990s. One of them is “political function theory”, which emphasizes the policy-making function of the Cabinet. The other one is “implement of law theory”, which focuses on the rule of law when the Cabinet executes laws. This study analyzes these two theories and attempts to clearly define the Cabinet’s status in the Constitution of Japan. The research results may also contribute to the definition of “executive power” in the Constitution of Taiwan.

Keywords: executive power, administrative power, bureaucracy, implement of law, administrative unity, political responsibility, separation of powers, vesting clause