

法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵

黃舒芃*

目 次

- 壹、前言
- 貳、法律保留原則的法治國基礎與民主意涵
 - 一、法律保留原則的歷史淵源
 - 二、法律保留原則在德國基本法底下的法治國與民主依據及其意義
- 參、作為德國憲法與行政法秩序特徵的法律保留
 - 一、法律保留原則對德國立法與行政權限分際的意義與影響
 - 二、法律保留在美國？
- 肆、結語

關鍵詞：法律保留、法治國、民主、國會、授權、行政合法性

投稿日：民國九十三年十月十一日；接受刊登日：民國九十三年十一月十九日

* 德國慕尼黑大學法學博士，現任中原大學財經法律學系專任助理教授。作者感謝本刊兩位匿名審稿人所提供之寶貴審查意見。

壹、前言

在眾多台灣公法學界從德國繼受而來的法概念當中，「法律保留原則」儼然已經成為繼受成果最顯著的概念之一。時至今日，將「法律保留」視為積極界定立法與行政權限分際最主要的規範準則，在台灣法秩序底下幾乎已被認為理所當然¹。積極繼受德國法上相關討論的結果，使得台灣公法學界不僅在憲法領域強調法律保留的要求；在行政法領域，尤其強調將「依法行政」當作行政行為的指導原則，從而一再凸顯「法律優位（消極依法行政）」與「法律保留（積極依法行政）」的重要性²。除此之外，更由於法律保留肩負規範「立法與行政權限分際」這項具體並且在實務上經常發生爭議之問題的任務，使得法律保留原則的使用也屢屢出現在法院判決與大法官解釋當中，從而更進一步彰顯其實際意涵與影響力。

或許正因為法律保留具備如此之實際意涵，不論在其「發源地」德國或「繼受國」台灣，都集中相當心力在「法律保留如何具體發揮界定立法與行政權限分際之功能」的探討上，也因此，法律保留的適用範圍（例如侵害保留、全面保留、或德國聯邦憲法法院發展出來的所謂「重要性理論（Wesentlichkeitstheorie）」等）與控制密度（例如根據重要性理論而界定之國會保留或授權明確性原則的運用等³），便往往成為相關討論的焦點，

¹ 國內最完整而深入的討論，參許宗力，論法律保留原則，收錄於法與國家權力，頁 117-213，月旦出版社，增訂二版（1993）。新近討論並可參廖元豪，走自己的路 - 大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，第五十八期，頁 21-40（2004）。

² 參陳清秀，依法行政與法律的適用，收錄於翁岳生編行政法，頁 138-154（1998）；吳庚，行政法之理論與實用，頁 79-114，自版，增訂八版（2004）。

³ 關於重要性理論、國會保留、法律保留及授權明確性之間的關係，在德國實務

發展與學界討論中其實一直有所爭議。簡單地說，各立場之間的歧異，主要繫於對國會保留的概念界定（於此尚不涉及國會保留到底只是「事務保留」，或者也包括「方式保留」的討論。關於這點可參許宗力，同註 1，頁 196-197；Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 1988, § 62, Rn. 9; Steffen Detterbeck, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 2002, S. 235-240, 237），以及重要性理論的運用範圍。相關分析與檢討可參 Michael Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: FS Klaus Stern, 1997, S. 717-732; Wolfram Cremer, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 122 (1997), S. 248-267; Ulrich M. Cassner, Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz, in: DÖV 1996, S. 18-25; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 6, Rn. 11c. 總的來說，多數學者似乎較傾向於認為：儘管國會保留意味著某些事務領域授權的禁止（所謂「加強型的法律保留」），但是並未完全排除國會在該等事務領域範圍內，針對相對不那麼重要的事項，依據聯邦基本法第 80 條第 1 項第 2 句之「授權明確性」原則進行授權的可能，從而不論國會保留、法律保留或授權明確性，論其實際都指向國會法律規範密度的問題，而國會保留的認定也因此不必然直接排除基本法第 80 條第 1 項第 2 句之授權明確性原則的適用。參 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Nachwort: Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion (1981), in: ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus (1958), 2. Aufl., 1981, S. 375-402, 393; Hans-Uwe Erichsen, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 1995, S. 550-554, 553; Frank Rottmann, Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, in: EuGRZ 1985, S. 277-297, 295 f. 不過亦有論者認為，國會保留事務領域的明確性要求與基本法第 80 條第 1 項第 2 句的授權明確性原則不能相互混淆；換言之，國會保留對於國會規範密度的要求應該高於基本法第 80 條第 1 項第 2 句的標準。參 Jürgen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur “Wesentlichkeitstheorie” und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz,

也是具體釐清立法與行政分際過程中必不可免的議題。近年來，為了更進一步釐清立法與行政的關係，法律保留的相關討論也益趨細緻；除了國內所熟知之「功能取向判斷模式」的進駐⁴之外，更出現越來越多對於特定領域如何適用法律保留的探討⁵。但不論如何，可以確定的是，這些針對

insbesondere im Schulrecht, 1986, S. 140-148. 此外尚有學者將「國會保留」與「重要性理論」所強調的重點明確區分，認為前者只關係到「誰做決定」的問題，後者則單純涉及「國會保留底下的」規範密度的問題，從而僅僅在一個事務領域被判定為「國會保留」的前提下，才會被提出探討，亦即其功能在於「界定國會保留事項的具體規範密度」。參 *Oliver Lepsius*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: *Martin Bertschi u. a.* (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123-180, 174-177. 不過筆者認為，這種看法似乎忽略了重要性理論在聯邦憲法法院眼中，不僅必須決定「國會應該採取何種規範密度」，也必須在一開始決定「誰應該對眼前事務領域負有管轄任務」。對此參 BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (79 f.); 58, 257 (268 f.); 68, 1 (97); 77, 170 (230 f.). 並可參 *Rottmann*, ebenda, S. 286 f.

⁴ 參許宗力，同註 1，頁 179-195。德國相關討論可參 *Fritz Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 208-249; *Hans Herbert v. Arnim*, Zur “Wesentlichkeitstheorie” des Bundesverfassungsgerichts. Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt, in: DVBl. 1987, S. 1241-1249, 1243.

⁵ 關於法律保留在個別事務領域的適用，例可參 *Peter Badura*, Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts, in: FS Ernst Steindorff, 1990, S. 835-855; *Hans D. Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, in: NVwZ 1984, S. 473-480; *Hermann Heussner*, Vorbehalt des Gesetzes und “Wesentlichkeitstheorie” aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schulrecht, in: FS Erwin Stern, 1983, S. 111-126; *Norbert Henke*, Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes. Ein Beitrag aus sozialrechtlicher Sicht, in: AöR 101 (1986), S. 576-613; *Jan Ziekow*, Verordnungsmächtigungen mit supra- und internationalen Bezügen, in: JZ 1999, S. 963-970; *Detterbeck* (Fn. 3), S. 238-240; *Maurer* (Fn. 3), § 6, Rn. 9-21. 國內相關討論例可參張道義，全民健保保險給付與法律保留原則—釋字第

法律保留的適用與規範密度所進行的討論，目的都不外乎更明確地界定立法權的「管轄範圍」，更具體指出哪些事務的決定非立法者制訂的法律、或非經立法者的授權不得為之。從另一個角度看來，法律保留既然是規範立法與行政權限分際的重要機制，則關於「法律保留是否與如何適用」的討論，自然就必須立基於憲政架構底下立法權與行政權各自的定位與彼此之間的關係。然而，綜觀國內相關討論，若相較於法律保留的適用範圍或規範密度，法律保留原則的運用前提，似乎較少受到關注。更具體地說，儘管在法律保留的適用範圍與控制密度上，在台灣學界與實務界已經累積了相當的繼受成果；但是，作為「法律保留」憲法依據的民主與法治國原則，在德國究竟預設了什麼樣的法秩序傳統，從而「法律保留」在德國法秩序底下到底具備何等特殊意義、功能與影響力，在台灣似乎卻相對未受注意⁶。

524 號解釋評析，政大法學評論，第七十三期，頁 1-50 (2003)；雷文玟，授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字五二四號解釋與全民健保的啟示，政大法學評論，第七十九期，頁 53-113 (2004)；陳愛娥，退學處分、大學自治與法律保留，台灣本土法學雜誌，第二十七期，頁 85-86 (2001)。

⁶ 這當然與「繼受」本身所面臨的歷史、理論與政府體制條件的限制有關，因為台灣固然繼受了法律保留的概念內容，但畢竟不可能移植法律保留概念在德國法秩序傳統中的源生背景（否則也就無法稱之為「繼受」！）。不過，法律保留既然經過繼受而成為台灣法秩序的一部份，甚且透過對於國家權力法治化的推促，而在台灣公法學發展脈絡中生根，那麼其概念在德國與台灣的發展及運用究竟有何類似與差異、從而法律保留在德國法秩序下的意涵當中有哪些要素可能無法用以解釋台灣的情況，就應仍具有探討的價值。因為唯有如此，我們才能更進一步理解法律保留在台灣繼受所發揮的影響層面與程度，以及所可能受到的限制。據此，法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵究竟為何，無疑

有鑑於此，筆者並不打算從「法律保留的適用範圍與控制密度」這個角度，來發展本文的主要論述，而希望著眼於法律保留在台灣的繼受過程中相對較少被提出探討之「法律保留在德國憲法與行政法秩序底下的意義」，由此觀察點出發，嘗試進一步澄清法律保留原則在德國之所以成為規範立法與行政兩權分際重要準則⁷的背景脈絡與理論依據，藉此指明法律保留在德國法秩序當中所具備的特殊意涵。據此，本文以下將先從法律保留原則在德國法秩序下之所以形成的歷史背景談起（貳、一），並在這個基礎上，澄清法律保留原則的法治國與民主依據究竟蘊含何等意義（貳、二），又因此使得法律保留原則在德國憲法與行政法秩序下的地位具備如何之特殊性，對德國立法與行政權限的劃分又足以帶來什麼樣的影響（參、一）。為了凸顯法律保留原則在德國法秩序下的這層意義，本文並將透過德國與美國法秩序的比對，來說明德國法底下之法律保留的特色與規範地位究竟何在（參、二）。最後，本文將在肯認法律保留於台灣之繼受成果與對台灣法秩序之深遠影響力的同時，簡短反省台灣在繼受法律保留這個法概念的過程中所可能必須留意的背景限制（四）。

還是有必要進一步分析與思考。

⁷ 至於法律保留原則是否亦適用於立法與司法之間權限分際的問題，在德國仍有所爭議。相關討論可參 *Ossenbühl* (Fn. 3), Rn. 48; *Martin Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, 2000, S. 393 f.; *Claus Dieter Classen*, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, in: *JZ* 2003, S. 693-701.

貳、法律保留原則的法治國基礎與民主意涵

一、法律保留原則的歷史淵源

要瞭解法律保留在德國法秩序當中所扮演的關鍵性角色，不能不從法律保留的歷史背景談起。如所周知，法律保留原則乃是十九世紀德國「法治國」(Rechtsstaat)思想下的產物，是法治國「透過國會法律來對抗並限制彼時君主王權」之理念的具體實踐。詳言之，基於從德國特殊歷史脈絡中導出的法治國原則⁸，國會代表人民對抗君主王權的統治，確保人民的自由；也正是在這樣的基礎上，「法律保留原則」的導出，旨在要求君主王權若欲限制個人的自由與財產(Freiheit und Eigentum)，便不能沒有代表人民意志之國會立法作為行動依據，而個人的自由與財產也正是透過該「法律保留」的規範要求獲得保障。若從這個角度看來，十九世紀時以所謂「侵害保留(Eingriffsvorbehalt)」為核心概念的法律保留原則⁹，固然賦予國會透過立法限制個人自由與財產的權力，但是在「法治國」的基礎上，

⁸ 關於法治國原則在德國憲政史上的發展軌跡與特徵，參 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1991, S. 143-169. 另參 Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, 1997.

⁹ 從歷史發展的角度看來，「侵害保留」無疑是法律保留的「原型」。如前所述，法律保留的目的既在於限制君主王權對個人「自由與財產」的侵害，則唯有涉及個人自由與財產受到侵犯的領域，才有法律保留的適用。關於該「自由與財產」的概念及其與侵害保留的連結，可參 Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, S. 108-170; Rottmann (Fn. 3), S. 281.

此等國會立法反倒限制個人自由或財產的同時，實現其「透過侵害來確保個人自由」，亦即「透過將限制個人自由的權力交到代表人民對抗君主統治的國會手中，確保個人自由與財產不至於受到君主王權的侵犯」的任務。尤有甚者，法治國的理念更進一步要求國會立法站在法律保留/侵害保留的基礎上，透過對自由與自由之間衝突的調和，發揮其「積極形成個人自由」的功能；換句話說，儘管國會法律透過協調個人自由彼此之間的衝突，勢必構成對個人自由的限制與侵害，但也正是透過這種侵害，實現對個人自由的界定與保護（所謂「Schutz durch Eingriff」¹⁰）。因此，從法治國的觀點而言，法律保留原則不僅具備「限制個人自由」，也同時具備「形成個人自由」的意義與功能¹¹。

上述看似簡單的規範背景，事實上卻已足以點出「法律保留」在德國法秩序背景下的幾項歷史發展上的特色：首先，「法律保留」的產生與「法治國」思想是密不可分的，而光是這一點即已造就法律保留在德國法秩序底下的特徵，因為法律保留暨其「法治國」依據，毋寧充分表現出德國法秩序「以國會與國會立法為核心」的精神。這意味著在德國法秩序傳統中，國會與國會法律的角色舉足輕重，並且就「確保個人自由」這一點而言，尤其具有領導性的關鍵意義。換言之，自從法治國理念萌生以來，德國法秩序傳統並不僅止於重視「確保個人自由」，而毋寧更強調「透過國會法律來確保個人自由」，從而國會與國會法律的核心意義與領導地位便相當

¹⁰ 該用語及其意義參 Rainer Wahl/Johannes Masing, Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553-563, 560. 另參 Rottmann (Fn. 3), S. 285 f.

¹¹ 關於法律保留之「形成個人自由」的功能，參 Oliver Lepsius, Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, in: Jura 2002, S. 259-266, 261; ders., Verwaltungsrecht unter dem Common Law: amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, 1997, 207-216.

清楚地被突顯出來，而這一點也彰顯出德國的法治國傳統與英美普通法（Common Law）所謂 Rule of Law 之背景的差異，因為不同於由德國特殊歷史背景所塑造的「法治國」原則，Rule of Law 毋寧更著眼於「透過法院程序來落實人權保障」，從而在普通法背景下，確保個人自由的關鍵以及法秩序的核心，相較於德國法治國的傳統，反而落在法院、而非立法者的手中¹²。因此就這個意義而言，德國法治國傳統對於國會與國會法律的信任與依賴，毋寧是理解法治國思想內涵的時候所不能忽略的關鍵性特徵。

上述法律保留與法治國理念之間密不可分的關連，於是關係到法律保留在十九世紀發展過程中的另一項傳統特色，亦即由其歷史發展脈絡看來，法律保留與民主原則之間，在一開始並不存在如同法律保留與法治國

¹² Rule of Law 在傳統上（特別在英國）固然也重視國會與國會立法的地位與功能（參 *Franz Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, übers. *Alfons Söllner*, 1980），但是在普通法的制度背景下，個人權利保護的關鍵仍然被認為應該寄望於法院正當程序的保障。對此參 *GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF LEGAL THOUGHT* 11-13 (1996); *Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis*, 1975, S. 133-136; *Cass R. Sunstein, Problems With Rules*, 83 CALIF. L. REV. 953 (1995); *Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaats*, 6. Aufl., 2003, S. 79-82, 287-289.; *Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 208 f.; *Ernst Fraenkel, Das amerikanische Regierungssystem*, 4. Aufl., 1981, S. 196 ff. 在 *Lepsius, Fikentscher, Kriele* 與 *Fraenkel* 的著作中，也都分別強調了普通法傳統、法治以及正當法律程序之間的密切關連。其中 *Lepsius* 並認為，正當法律程序無非是法治（Rule of Law）理念的產物（S. 213）。關於 Rule of Law 以及德國「法治國」的概念差異並可參廖元豪，同註 1，頁 38。但參 *Neil MacCormick, Der Rechtsstaat und die rule of law*, in: *JZ* 1984, S. 65-70（主張二者並無本質上的差異，不過亦承認這並非主流觀點）。

原則之間的緊密連結關係¹³。法律保留固然彰顯出代表人民之國會及代表人民意志之國會法律的地位，但在當時君主政體的背景下，國會與國會立法所蘊含的法治國意義，毋寧仍遠大於民主意義。易言之，國會法律之所以被賦予信賴與重任，主要仍是因為它在法治國原則底下，肩負保障並形成個人自由的任務。從另一個角度來說，法律保留原則早期的發展背景與概念內涵，毋寧必須從「代表君主統治之行政權」與「代表人民之國會立法權」二者之間所存在的二元對抗關係（所謂 Dualismus）出發來加以理解¹⁴。在此等二元對抗關係的基礎上，首先被強調的毋寧是國會在法治國原則底下所佔據的核心意義，而國會的民主價值也必須在這種法治國思想中才能被附帶彰顯出來。

二、法律保留原則在德國基本法底下的法治國與民主依據及其意義

當然，上述法律保留原則的規範背景在過渡到議會民主的階段之後，已有根本性的轉變。時至今日，法律保留原則在德國法秩序下的規範地位固然未曾被根本動搖¹⁵，但是它的憲法基礎在憲政民主化之後，卻無庸置

¹³ 對此參 *Ossenbühl* (Fn. 3), Rn. 33. 關於法律保留原則發展初期較突出之法治國面向 以及法律保留與法治國於彼時較密切的關係，另參 *Lepsius*, *Wiedergelesen*. Dietrich Jesch: *Gesetz und Verwaltung*, 1961, in: *JZ* 2004, S. 350 f., 350; *Sobota* (Fn. 8), S. 107-112.

¹⁴ 參 *Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 213-215.

¹⁵ 然而須注意的是，一般認為當代對法律保留規範地位最大的挑戰，無疑來自歐洲化與歐盟法的衝擊。關於法律保留原則在歐洲法發展背景下的定位問題，可參 *Dominic Kohnen*, *Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union*. *Zur Rolle des Bundestages in den Angelegenheiten der Europäischen Union*, 1998; *Peter M. Huber*, *Das Recht europäischer Integration*, 2002, § 23, Rn. 1-5; *ders.*, *Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration*, in: *Peter Michael Huber/Wilhelm Mößle/Martin Stock* (Hrsg.), *Zur Lage der*

疑地必須加以重新思考。在當代基本法背景下，(議會)民主原則既是整個國家法秩序的基本規範準則，則國會的民主意義以及隨之而來法律保留的民主依據，當然也就不再只是處於附隨地位，而無疑反成為維持並更積極落實法律保留這項規範傳統的堅強理據。更具體地說，法律保留在基本法底下的法治國基礎固然一如往昔地被強調，但是民主原則的進駐，卻毋寧更進一步支持並凸顯國會與國會法律在德國法秩序下的核心領導地位。由於在德國基本法所給定的議會民主制底下，前述立法權與行政權之間的「對抗」關係，轉由以立法權為民主核心、從而強調「行政合法性」之立法與行政間的「合作」關係所取代，因此對國會與國會立法的信任，不再與對行政權的對抗相連結，而毋寧是與行政權之於立法權的「依附」關係相連結，亦即行政與立法兩權關係的鋪陳轉而從「行政合法性 (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)」出發¹⁶。換句話說，根據德國基本法的議會民主架構，立法權首應享有直接的民主正當性基礎，故而擁有較諸行政權更優越的民主地位。不過，在這裡必須注意的是，在德國基本法民主原則底下，國會的民主優位初步看來固然來自其直接民主正當性，但是該「直接民主正當性基礎」卻並未窮盡憲法上議會民主原則的規範意涵。換言之，德國基本法意義下的民主原則並不僅止於強調國家決定必須由具有

parlamentarischen Demokratie, 1995, S. 105 ff.

¹⁶ 「行政合法性」無疑是基本法背景下行政權正當性的基礎、以及行政行為的基本依據與準則。參 *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), 2. Aufl. 1963, S. 69-77; *Horst Dreier*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive*, 1991, S. 108-115, 160-164; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1998, S. 80-103, 160-174; *Udo Di Fabio*, *Diskussionsbeitrag*, in: *VVDStRL* 56 (1997), S. 318.

民主正當性的機關作成，還包括、甚且更強調國家決定必須由「有能力實現民主理念」的機關作成，因為這毋寧才是民主原則的最終規範目的。若從這個角度看來，議會民主制當中國會的民主優位¹⁷，不僅來自國會的直接民選基礎，更來自國會在基本法的議會民主架構之下，相較於其他機關，在規範上具備更高之民主意志形成 (Willensbildung) 的能力¹⁸。因此，儘管行政機關之決定也具有 (間接) 民主正當性，但國會基於其代表的特質、以及組織與決定程序上特別有利於民主意志形成的特殊性，無論如何都仍享有更高的民主地位，而這也使得法律保留傳統的延續與發揚光大有了更堅實的規範基礎。當然在另一方面，自始作為法律保留發展基石的法治國原則，在基本法底下，同樣賦予法律保留重要的規範依據。據此，為確保個人自由的實現，相關國家行為必須有國會法律作為依據。值得注意的是，當代諸多討論固然將法治國原則的意義與主要目的，集中在基本權保障之上；但不容忽略的是，倘若一併觀照其歷史發展軌跡，則如前所述，法治國原則之核心意涵，並不僅止於「保障個人自由」，而毋寧更指向「透過國會立法來保障個人自由」；也正是在這樣的基礎上，吾人才能從法治

¹⁷ 關於國會在議會民主制當中的領導地位，可參 *Peter Badura*, Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, in: ZG 1987, S. 300 ff.; *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 40 (1982), S. 105, 107; *Kurt Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40 (1982), S. 7 ff., 9 f.; *Huber*, Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration (Fn. 15), S. 110 f.; *Lepsius* (Fn. 3), S. 124 f.; *Jesch* (Fn. 9), S. 92 ff.

¹⁸ 關於國會實現民主的任務與特殊能力，參 *Lepsius* (Fn. 3), S. 124-126, 149-180。氏從認識論的角度，論證以培養互為主體共識為目的的國會，如何發揮形塑民意、實現民主的功能。另參 *Hanno Kube*, Vom Gesetzesvorbehalt des Parlaments zum formellen Gesetz der Verwaltung?, in: NVwZ 2003, S. 57-60, 59; v. *Arnim* (Fn. 4), S. 1242-1246; *Kohnen* (Fn. 15), S. 36.

國原則，推導出法律保留的要求¹⁹。如果從這個角度看來，那麼法治國「賦予國會保障人權之重任」的精神，其實具有比「法治國指向人權保障」更重要、更深遠的意義。換言之，「法治國」本身其實已經預設對立法權的信賴，從而法律保留無疑是這份信賴的具體展現，古今皆然。

在這樣的理解背景下，我們可以說：根據德國基本法的規定，法律保留除了如以往一般地以法治國原則為規範依據，從而蘊含對國會立法的信任之外，其民主要素更在當代議會民主制底下更進一步被強調，從而前述對國會立法的信任，除了來自法治國的傳統之外，尚來自於國會所代表的特殊民主意義，而國會法律在德國法秩序當中所佔據的核心地位也因而更形鞏固。在當代背景下，法治國原則與民主原則，因此是理解法律保留內涵乃至於其適用範圍無論如何不可或缺的兩項前理解要素，並且如前所述，在其中，法治國原則不但指向「保障個人基本權」，更指向「透過國會法律保障個人基本權」；而民主原則也不僅要求做決定的國家機關必須「具備民主正當性基礎」，更要求該國家機關必須「具備有效形塑並整合人民意志、藉以實現民主理念的能力」。唯有站在這樣的基礎上，才能充分理解國會與國會法律在德國法秩序下的核心角色所指為何，以及法律保留原則如何能從法治國與民主原則中被導出。其實踐又因此象徵什麼樣的意義。而根據前述對法治國與民主原則內涵的理解方式，除了法治國原則所蘊含對國會立法的特別信任足以被突顯出來，從而法律保留與法治國之間的密切關連可以得到更清楚的說明之外，法律保留所植基之議會民主原則的意涵也能獲得更進一步的澄清。由於在前述理解基礎上，國會的民主意義本來就不僅止於其直接民主正當性基礎，而毋寧更包含國會在規範上

¹⁹ 更進一步地說，若要澄清法律保留原則與法治國之間的關連，就不能只從人權保障或權力分立等當代最被重視的幾個法治國原則的面向，來理解法治國的概念。

所具備之實現民主的特殊能量，因此，被聯邦憲法法院屢次拿來當作限制國會權限理據的所謂「功能最適」思維，在用以「限制」國會權力的同時，事實上也不斷足以「證成」國會權力。誠然如同聯邦憲法法院所言，權力分立的目的是在於確保國家的決定必須盡可能正確，亦即該決定必須由一個就其組織、功能與決定程序上的特性而言，具備最佳決定條件與能力的國家機關來作成，因此這樣的目的自然不能被國會的權力一元論（Gewaltenmonismus）所取代²⁰。然而這樣的說明也正足以突顯出：國會之所以享有民主優位，正是因為它在組織構成、功能乃至於決定程序上的特性，在在具備較諸其他機關更優越的「形塑人民意志、藉以實現民主」的條件。簡單地說，國會的「功能最適」，恰恰表現在它整合民意、實現民主的特殊意義上。因此，「功能最適」的主張從這個角度看來，反而更足以說明法律保留的民主依據：正是基本法「藉議會民主制來實現民主」的規範架構，突顯出國會「實現民主」的特殊任務與功能，也因此突顯出法律保留的民主意義²¹。

參、作為德國憲法與行政法秩序特徵的法律保留

一、法律保留原則對德國立法與行政權限分際的意義與影響

據上所述，在基本法背景下，法律保留不僅擁有來自法治國原則的理

²⁰ BVerfGE 49, 89 (124 f.); 68 1 (86 f.); 98, 218 (252).

²¹ 對此參 *Lepsius* (Fn. 3), S. 124-126, 149-180; *Jost Pietzker*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: JuS 1979, 710-715, 713; *Carl-Eugen Eberle*, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, in: DÖV 1984, S. 485-493, 485 f., 493; *Badura* (Fn. 5), S. 847; *Kube* (Fn. 18), S. 57-60, 59; v. *Arnim* (Fn. 4), S. 1242-1246; *Kohnen* (Fn. 15), S. 36. 實務上的類似觀點並可參 BVerfGE 40, 237 (249 f.).

論依據，更在議會民主的基礎上獲得更大的發展空間。就這個意義而言，Dietrich Jesch 的名著「法律與行政 (Gesetz und Verwaltung)」²²毋寧標誌出一個德國行政法發展上具有關鍵意義的典範變遷；而他在書中的主要論點，也突顯出這項「從君主到民主」背景下的典範變遷為法律保留的內涵與規範密度所帶來的深遠影響。的確，在民主化的背景底下，過去立法與行政之間的二元對抗關係已有本質性的改變；但也正因為如此，取而代之的議會民主體制非但不會使得法律保留對個人自由的保護功能變得多餘，反而更進一步提高國會與國會立法在「法治國民主」中的中心地位，並因此彰顯出法律保留較諸以往更大的意義與必要性。所以，Jesch 才會在前揭論著當中，強調基本法的議會民主原則為立法與行政兩權關係所帶來根本性的改變，並進而強調法律保留的適用在這樣的改變背景下必然要走向所謂「全面保留 (Totalvorbehalt)」²³，亦即國會與國會法律的功能既已從過去君主政體下之「確保個人自由免受君主王權無限的侵害」（從而作為「國家侵害個人的前提要件」），轉變為「確保國家權力的民主正當性」（從而作為「一切國家權力行使的前提要件」）²⁴，則法律保留的適用範圍自然不能侷限於以往的「侵害保留」，而必須擴及所有的事務領域，讓各領域的國家權力行使均有國會法律的依據。

由其論述脈絡看來，Jesch 顯然相當強調基本法議會民主架構下的國會較之於其他機關所具備的民主優位。據此，Jesch 認為行政權顯然已經喪失其於過去君主政體下所享有的優勢地位，轉而淪為嚴格意義下的（立法意志）執行者²⁵。從而，所謂行政的法外空間不再存在，並且基於其「執

²² Jesch (Fn. 9).

²³ 參 Jesch (Fn. 9), S. 34, 171-236.

²⁴ 參 Jesch (Fn. 9), S. 171. 關於這點並可參 Lepsius (Fn. 13), S. 350.

²⁵ Jesch, ebenda.

行者」的地位，行政機關的任何決定根據民主原則的考量，理所當然都必須有國會法律的依據。換句話說，議會民主政體下的國會不再只是如同過去一般地基於保護個人自由與財產的目的，負責「限制」君主王權的行為自由，而毋寧是更進一步根本「取代」君主政體下行政的行為權限。既然如此，則行政權除了少數例外情況之外²⁶，只要國會法律規制是可能的，就當然完全必須根據國會法律的授權來行事²⁷。所以根據 Jesch 的觀點，「全面保留」固然不表示全面禁止法律對行政機關的授權，但卻象徵了從君主到民主的改變所帶來之法律保留意義與內涵的變化，亦即在民主原則底下，國會既然是落實民主制度的中樞，則不管在任何領域，國會法律的存在都當然是國家權力運轉的前提。

Jesch 這種把民主原則與議會的民主優位推到極致的詮釋方式，不難想見地有其缺陷。姑且不論立法者在實務運作上有無能力負荷龐雜國家事務的管理²⁸，光是在規範層面，Jesch 所理解的議會民主原則就已經有過於極端之嫌，畢竟正如同部分學者、以及前述聯邦憲法法院所揭示的，國會在議會民主原則底下扮演核心角色，並不意味其他國家權力欠缺民主正當性基礎，更不表示權力分立可以由國會的權力一元論來取代²⁹，從而民主

²⁶ Jesch 認為唯有在純粹內閣內部的政治決定上，行政行為才不需要立法授權，因為此時涉及的是行政權如何受到國會（政治）控制的問題。Jesch, ebenda.

²⁷ Jesch, ebenda.

²⁸ 這一層次的考量在當代德國已經引發相當多的檢討。例可參 Dreier (Fn. 16), S. 164 ff.; Ulrich Haltern/Franz C. Mayer/Christoph R. Möllers, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, in: Die Verwaltung 30 (1997), S. 51-74. 關於當代行政任務多元化的討論相當繁多，例可參 Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999.

²⁹ 參 Ossenbüh (Fn. 3), Rn. 18; v. Arnim (Fn. 4), S. 1243. 實務上對於這一點的闡

原則不足以、不應該、也不可能在所有領域把行政權矮化成單純的、嚴格意義下的執行機關。不過，儘管如此，Jesch 之論著在前述典範變遷背景下所秉持「議會支配 (Parlamentsherrschaft)」的中心思想，卻在後來促成了論者所謂「加強型法律保留」之「國會保留」在學界與實務上的發展³⁰。由此看來，Jesch 理論所持「全面保留」的見解固然未曾成為發展主流，但是法律保留原則在基本法底下，卻的確透過國會保留概念的出現與落實，而站在議會民主原則的基礎上獲得鞏固與強化。所以我們可以說，Jesch 在發展主流上被拒絕的並非其「議會支配」的闡述，而毋寧是他「全面議會支配」的主張。

如果從這個觀察角度出發，那麼上述從君主過渡到民主的典範變遷所帶來「議會支配」的中心思想，顯然對法律保留在理論與實務上的發展具有關鍵性的影響，從而聯邦憲法法院在七十年代所發展出來的「重要性理論」³¹當可視為法治國民民主化背景下的產物，因為法律保留的實踐背景既已由君主過渡到民主，則其適用範圍自然不再能侷限於過去單純法治國思想下以避免個人自由財產遭受無限度入侵為目的的侵害保留，而必須考量國會在議會民主制底下的核心地位與實現民主的特殊能力，從而將國會的主導範圍由侵害性事務領域擴及所有重要的事務領域³²。換言之，重要性

釋，參 BVerfGE 49, 89 (124); 68, 1 (87)。也正因為各國家機關都具有制度上的民主正當性基礎（對此參 *Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *HStR I*, 1987, § 22, Fn. 15），所以在議會民主制底下，國會的民主優位不能只從國會的直接民主正當性來證成，而毋寧還植基於國會實現民主的特殊能力。

³⁰ 關於國會保留的詳細討論可參 *Staupe* (Fn. 3)。

³¹ 參 BVerfGE 33, 125 (158); 40, 237 (249); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (268 f.); 84, 212 (226), 98, 218 (251 f.)。

³² 關於法治國民民主化與重要性理論之間的脈絡關連，參 *Ossenbühl* (Fn. 3), Rn. 35;

理論不僅明顯延續法治國原則「透過國會法律確保個人自由」的核心理念，更同時彰顯出民主原則底下「議會支配」的意義與界限。更進一步地說，重要性理論最簡單的定義——亦即「重要的事務必須由立法者親自作決定」——除了在聯邦憲法法院做出「所謂重要，係指對基本權的實現重要而言」³³的闡釋之下，突顯出前述法治國原則「透過國會法律確保個人自由」的主要精神以外，更表現了立法者在議會民主制底下始徹底享有的民主優越地位。正因為如此，所以議會權力一元論固不可採，但議會民主原則所蘊含的「議會支配」理念，卻絕對象徵國會在實現民主的過程中所肩負的關鍵任務與具備的特殊功能，而「重要」的事務也因此必須交由立法者管轄，甚至必須由立法者親自處理，也就是說，必須根據事務領域的重要程度，界定從禁止授權之「國會保留」到允許授權之「法律保留」寬嚴不等的規範密度³⁴。另一方面，也正因為「只有」重要的事務必須歸屬於國會的管轄範圍，所以重要性理論同時也意味著「議會支配」的限制。據此，凡是在相對「不重要」的事務領域，對國會法律規制的要求密度就會減低。「重要性理論」的發展，因此可說是提供了民主法治國背景下國會規範密度的基本準則，而法律保留原則也因此得以找到在基本法背景下加強落實的依據與界限。

若從這個角度看來，「重要性理論」在七十年代以來所佔有的地位與

Erichsen (Fn. 3), S. 553; *Michael Kloepfer*, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in: *JZ* 1984, S. 686-695, 694. 另參 *BVerfGE* 40, 237 (249 f.). 當然，法治國與自由概念本身在當代背景下的變遷，也共同促成了重要性理論的發展。關於這個面向的探討，可參 *Hans Heinrich Rupp*, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, S. 113 ff.

³³ *BVerfGE* 47, 46 (79); 83, 130 (140); 98, 218 (251).

³⁴ 就此而言，我國大法官釋字第 443 號解釋對於所謂層級化法律保留的闡釋，也帶有類似德國重要性理論的意涵。

意義並不是偶然的；相反地，它毋寧是德國法治國傳統、以及議會民主原則所蘊含對國會與國會立法之信任與託付，所共同造成的結果。無論是法治國原則或是民主原則，都意味著國會勢必要在整個法秩序中，扮演核心的角色，負責個人自由的實現，以及民主的落實。同時，也正因為這兩個基本原則本身都存有界限，而使得法律保留在重要性理論的支配下，不可能走向全面保留，而必須兼顧國家機關之間的權限與功能分配³⁵。據此，重要性理論所謂「越重要的事務，越須由立法者管轄」的公式在操作上的關鍵，便是系爭事務領域「重要與否」的認定，而這項認定也將直接影響立法與行政兩權之間的權限分際。如前所述，根據聯邦憲法法院自從七十年代以來的見解，重要性理論對於重要與否的判斷，大抵而言與基本權的保障有密切關連：倘若在對基本權的實現越重要的事務領域，就越有必要將主導權交給國會。如同前面提到的，這樣的觀點明顯立基於法治國原則「透過國會法律來實現個人自由的保障」的要求；但另一方面，重要性理論的發展既同時導源於議會民主原則下「議會支配」的理念，從而認為「重要」的決定就應該由立法者作成，則「什麼是重要」的判斷，自然也必須考量「對民主的實現重要與否」。倘若某一事務在政治場域具有較高的爭議性，從而需要更多創造、培養相互理解與共識，以能形塑人民意志（Volkswillen）的空間，那麼此時，國會便須肩負此一協調相衝突利益、培養相互理解與共識、形塑人民意志的任務，因為在議會民主制底下，國會理所當然被認定為實現民主的核心，而它的組織、議事程序與制度功能也在在被設計成必須符合議會民主的這個理想³⁶。就此意義而言，聯邦憲

³⁵ 如果從這個角度看來，那麼無論是「功能法」或者「功能取向的判斷模式」，事實上都已經蘊含在法治國與民主的要求當中。

³⁶ 參 Gunter Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, in: NJW 1977, S. 1313-1320, 1314 f., 1318; Kloepfer (Fn. 32), S. 695. 根據這樣的觀點，學

法法院迄今將重要性理論中「重要與否」的判斷幾乎完全等同於「對基本權的實現重要與否」的認定，似乎並沒有一併關照到重要性理論在議會民主「議會支配」的基礎上，必須足以支援國會民主功能之落實的特徵³⁷。

儘管重要性理論的分析與操作有其困難或缺陷³⁸，但不可否認的是，它使得法律保留有了更明確而富彈性的落實管道，從而理所當然成為德國法秩序下界定立法與行政關係的判準。「越重要的事務領域，越應該由立法者決定」的意義，不只在於界定立法與行政之間的權限分配，更同時標誌出德國行政法秩序以「行政合法性」為發展基礎的特徵。正是基於這樣的特徵，使得德國當代儘管面臨幾乎舉世皆然的行政任務龐大、行政實際權能擴張的趨勢，其相應而來的討論或因應策略仍然不可能促使行政權民主正當性基礎的問題，脫離出「行政合法性」的系絡。除了法治國原則「透過國會法律來保障個人權利」的信念之外，民主原則「透過國會來實現民

者 Lepsius 更進一步認為，若從認識論的角度看來，重要性理論的判準毋寧應該存在於民主意志形成過程當中對認知的需求程度 (Erkenntnisbedürfnisse)，從而，當認知對象越新、越不為人所熟知的時候，就越容易被認定為「重要」；反之，當一個問題越傳統、也因此累積越多處理經驗的時候，被認定成「重要」的可能性就越低。據此，越是富有政治上爭議性的事務領域，越應該納入國會保留的範圍，因為此時所欠缺的正是國會議事程序足以提供的、「引導認知 (erkenntnisleitend)」的標準。參 Lepsius (Fn. 3), S. 170, 176.

³⁷ 例如在 Rechtschreibreform 這個案件當中，聯邦憲法法院認為，單是政治上具有爭議性，並不足以構成系爭事務領域「重要」的理由，而毋寧還須檢視基本權受影響的程度。參 BVerfGE 98, 218 (251 f.)。然而這樣的觀點似乎忽略了重要性理論在民主層面所必須發揮的意義。相關批評可參 Lepsius (Fn. 3), S. 176; Maurer (Fn. 3), § 6, Rn. 20a.

³⁸ 對於重要性理論的批評例可參 Kloepfer (Fn. 32), S. 692; 許宗力，同註 1，頁 174-179。

主」之「議會支配」的規範基礎同樣、甚且更進一步支持「國會與國會法律作為法秩序核心」之理念的落實。所以在德國的法秩序基礎上，立法與行政之間的權限分際議題，毋寧是從立法權出發，甚至可說是以立法者本位的角度來發展立法與行政權力分立的相關論述。正因如此，所以整個德國行政法秩序的發展才會始終以法律保留原則為起點，漸次鋪陳國會對行政行為寬嚴不等的控制與規範密度，從而在法律保留的基礎上，拓展從國會保留到授權明確性要求的規範腹地；而行政法中「行政處分」與「行政命令」的區分，乃至於「不確定法律概念」、「判斷」、「裁量」等概念的討論，也正是該「議會支配」的中心思想推導下來的結果³⁹。因此總的來說，

³⁹ 參 *Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 166-196. 若從 *Lepsius* 的觀點出發，這些概念在德國法秩序下區分的必要性毋寧都是立基於國會對行政決定實體內容控制的必要性，而這一點又正是立基於國會應該扮演法秩序核心角色的考量。據此，*Lepsius* 並強調，德國行政法上的「裁量 (Ermessen)」以及美國法上的「裁量 (discretion)」概念不能相互套用，因為美國法意義下的裁量其實意味著行政部門廣泛的選擇與形成自由(對此參 *Black's Law Dictionary* 的闡釋：“When applied to public functionaries, discretion means a power or right conferred upon them by law of acting officially in certain circumstances, according to the dictates of their own judgment and conscience, uncontrolled by the judgment or conscience of others. As applied to public officers connotes action taken in light of reason as applied to all facts and with view to rights of all parties to action while having regard for what is right and equitable under all circumstances and law.”該段解釋轉引自 *Lepsius, ebenda*, S. 166 Fn. 5)。根據 *Lepsius* 的見解，德國法中「不確定法律概念」與「裁量」的區分，對美國法而言是沒有意義的，因為這類區分毋寧是植基於「國會法律作為法秩序核心」的前提，而美國正是欠缺這項前提。參 *Lepsius, ebenda*, S. 167. 類似觀點參 *Fritz Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, 1970, S. 28 f.

德國行政法秩序的體系毋寧一直是站在法治國與（議會）民主的基礎上持續發展，進而透過法律保留原則的實踐，一再表現它「以國會與國會立法為核心」的特徵，並且據此因應當代行政權能不斷擴張的趨勢，從而國會控制密度的減低固不可免，但是行政的正當性無論如何都仍必須以行政合法性為前提，而不可能完全透過其他的管道—例如行政決策中的人民參與—來取代。就此意義而言，法律保留原則不僅構成德國法秩序下立法與行政權限分際的基本準則，更徹底表現出德國行政法秩序的特徵，因為若從它的法治國與民主依據加以觀察，法律保留顯然並非普世皆然的行政法原則，而毋寧是德國法秩序傳統下的產物，是德國法治國與民主理念支持而來的結果。

二、法律保留在美國？

如果比對美國行政法，法律保留在德國法秩序下的意涵與特徵便會清楚表現出來。儘管聯邦最高法院曾經在一九三五年的兩個判決當中提出所謂「禁止授權原則（nondelegation doctrine）」，直接從美國憲法本文所規定嚴格權力分立的角度禁止國會對行政部門進行授權⁴⁰，但是一方面，若從整個實務發展歷程看來，聯邦最高法院「允許對行政機關進行廣泛授權」反而是常態，「禁止授權」才是例外⁴¹；換句話說，所謂「禁止授權原則（或

⁴⁰ 參 Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935); A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. U.S., 295 U.S. 495 (1935).

⁴¹ 參 Mistretta v. United States, 488 U.S. 361, (1989): “Until 1935, this Court never struck down a challenged statute on delegation grounds. After invalidating in 1935 two statutes as excessive delegations, ... we have upheld, again without deviation, Congress’ ability to delegate power under broad standards.”並參 Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 318-319 (2000); Lisa Schultz Bressman, *Schechter Poultry at the Millenium: A Delegation Doctrine for the Administrative State*, 109 YALE L. J. 1399, 1405 (2000); David Epstein & Sharyn

條款)」的出現與具體運用有其特殊歷史因素，在相當程度上恐怕是三年代「對抗總統權力」背景下的產物⁴²，從而事實上並不足以適切描繪美國行政與立法關係發展的真實情況⁴³；另一方面，前述普遍允許廣泛授權

O'Halloran, *The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach*, 20 CARDOZO L. REV. 947 (1998-1999); Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 186 f.

⁴² 有學者認為，1935 年兩個判決根據「禁止授權原則」而進行違憲宣告，與 30 年代聯邦最高法院對抗羅斯福新政（New Deal）的政治情勢有關。參 Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 186。但亦有論者認為該原則足以彰顯美國早期發展主流。參雷文玟，同註 5，頁 71（「美國法上有關立法授權界限的討論，在羅斯福總統新政時期建立現代行政國家雛形以前，本來是在「禁止授權原則」的脈絡下討論」；「聯邦最高法院最初一百五十年的判決也在重申，國會不得將立法權讓渡由總統行使。」）然而在這裡必須注意的是，「禁止國會讓渡立法權」以及「禁止國會授權」往往被聯邦最高法院認定成是兩回事。換句話說，只要國會授予總統的不是「立法」權，那麼授權基本上就應該是可以被允許的。因此，就算「禁止授權原則」足以表現聯邦最高法院的基本立場，也並不表示聯邦最高法院對任何國會授權行為都採取否定的態度。這或許可以解釋何以在「禁止授權原則」的前提主張之下，真正被宣告違憲的國會授權行為卻如此之少。

⁴³ 關於 19 世紀至 20 世紀初美國行政法的發展可參 Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11)。根據 Lepsius 的研究，早期美國聯邦最高法院對於授權之許可或禁止，以及對授權範圍所抱持的立場，似乎是不甚清楚的（Lepsius, *ebenda*, S. 184 f.）。但請參 Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 481-483 (1989)。關於早期聯邦最高法院對於「禁止」授權相關原則的運用亦可參 Sunstein, *supra* note 41, at 318。不過可以確定的是，自從 1935 年的兩個違憲宣告之後，不僅聯邦最高法院對授權行為的立場趨於寬鬆，並且在實務上也出現越來越多對行政部門的概括授權。2001 年，聯邦最高法院再度針對授權問題作出判決

的常態，在本文看來也正忠實反映了美國憲法不同於德國基本法的權力分立設計與架構。

如前所述，在德國基本法背景底下，立法與行政兩權之間的權力分立，是站在法治國與民主原則的基礎上，透過彰顯基本法法治國與民主理念之法律保留原則而得到實踐。立法與行政的關係，因此是以行政合法性為起點漸次開展，從而行政行為的自由度或者行政權力的範圍，基本上必須視國會規範密度的高低而定⁴⁴。相對地，美國憲法所強調的權力分立卻並不立基於與德國相同的背景與基本原則：在美國憲法底下，立法與行政的權力分立既欠缺德國法治國信任國會立法、將個人權利保障交到國會手中的傳統⁴⁵，更不像德國一般地以議會民主為前提，而是站在立法與行政

(Whitman v. American Trucking Association, 531 U.S. 457 (2001)). 該判決的中文介紹，參雷文玫，同註 5，頁 74-78 (2004)，其多數意見雖然重申國會對行政部門進行授權有其界限，但最後仍然維持了立法授權合憲的立場 (*id.*, at 472-476)。

⁴⁴ 這一點可從德國對所謂「行政保留 (Verwaltungsvorbehalt)」概念的討論往往必須以法律保留的分析為前提窺知。例可參 *Hartmut Maurer*, Der Verwaltungsvorbehalt, in: *VVDStRL* 43 (1985), S. 135-171, 137-140; *Friedrich E. Schnapp*, Der Verwaltungsvorbehalt, in: *VVDStRL* 43 (1985), S. 172-201, 177-185.

⁴⁵ 相反地，美國普通法基於歷史因素，傳統上反而往往將國會立法視為對個人自由的威脅。參 *ROSCOE POUND*, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 85-111 (1921); *Lepsius*, Verwaltungrecht unter dem Common Law (Fn. 11), S. 208; *Cole Durham*, Das Grundgesetz – eine grundsätzliche Bewertung aus amerikanischer Sicht, in: *Paul Kirchhof/Donald P. Kommers* (Hrsg.), Deutschland und sein Grundgesetz: Themen einer deutsch-amerikanischen Konferenz, 1993, S. 41 ff., 52 f.; *Udo Di Fabio*, Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtslehre, 1998, S. 76 f. 另可參 *DAVID CURRIE*, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 122 (1994): “At first glance these provisions (按：此處指德國的法律保留原則) may

兩權各自擁有直接民意基礎的立足點上持續發展⁴⁶。據此，光從規範角度而言，實踐美國民主的關鍵就已經不單純存在於國會、以及對國會意志的遵循，因為作為美國行政首長的總統也和國會一樣，具備直接而完整的民主正當性，而該「總統制民主」也因此並不以國會為實現民主的唯一核心。在這樣的基礎上，民主的落實在美國與其說是來自行政合法性的確保，不如說是來自行政與立法兩權之間不斷的制衡與協調（checks and balances）。這當然絕不意味行政權力可以違法而行，但是卻清楚說明了：美國憲法底下立法與行政的關係，並不同於德國以法治國與議會民主為基礎的法秩序一般地單純站在「行政合法性」的立足點上開展鋪陳，更不是立基於國會本位的思考，而毋寧必須從美國憲法強調國家權力彼此之間分立、制衡且同時又分工合作的角度來加以理解⁴⁷。

appear to the American observer a shocking compromise of fundamental rights.”

⁴⁶ 關於議會民主與總統制民主的區分，可參 *Manfred G. Schmidt*, *Demokratietheorien: Eine Einführung*, 2000, S. 309-324.

⁴⁷ 參黃昭元，美國總統與國會的權力平衡—分離又分享的伙伴關係，當代，第一六一期，頁 10-25（2001）；LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT* 6-12 (4th ed. 1997). 關於美國立法與行政這項權力分立的特色另參 *Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 194 f.; *Farina*, *supra* note 43, at 497-498. 此外並可參 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989): “We long have insisted that “the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution” mandate that Congress generally cannot delegate its legislative power to another Branch. We also have recognized, however, that the separation-of-powers principle, and the nondelegation doctrine in particular, do not prevent Congress from obtaining the assistance of its coordinate Branches.” *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988): “On the other hand, we have never held that the Constitution requires that the three branches of Government “operate with absolute independence.” ”

正是本於如此制度上的規範基礎，使得對行政機關的廣泛、概括授權成為美國憲政實務運作的常態。雖然這種情況也引來許多的批評，甚至也有不少學者站在國會具有崇高民主意義的立場對此進行抨擊，或至少據此指出「禁止或限制授權」仍有其維護的價值與重要性⁴⁸，但是如果顧及美國憲法的權力分立機制背後所立基「透過權力間不斷分立制衡以實現民主理念」的思考，就似乎不應該直接將實務上廣泛授權之頻繁，視為絕對破壞權力分立原則的表現。正因為美國立法與行政間權力分立的發展不單純從「議會支配」與「行政合法性」的角度出發，或者說不是站在「議會支配」意義下之「行政合法性」的基礎上進行⁴⁹，而毋寧是立基於「立法與

⁴⁸ 例可參 DAVID SCHOENBROD, *POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION* (1993); Sunstein, *supra* note 41, at 321, 323, 343; JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 133-134 (1980); Farina, *supra* note 43, at 512-528.

⁴⁹ 就此而言可以說，美國憲法對「行政合法性」的要求，毋寧來自權力分立原則當中最基本的「行政與立法應限於其各自職掌範疇」的構想（例可參 *Field v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892); Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 VA. L. REV. 327, 336-343 (2002)），而並非如同德國一般地植基於議會支配與行政依附性的思考。關於德國「依法行政」的傳統之於美國法的比對，參 Hans A. Linde, *The Constitutional Supervision of the Administrative Agencies in the Federal Republic of Germany*, 53 S. CAL. L. REV. 601 (1979-1980); Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, 46. ADMIN. L. REV. 213, 244-247 (1994)。從這個角度看來，學者 Richard B. Stewart 所描繪的「傳送帶 (transmission belt)」理論模型，最多恐怕只適合用來詮釋（過去）國會與獨立行政管制委員會之間的關係，而無法套用到總統與國會的權力分立上。參 Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1671-1676 (1975)。也正是這樣的理解方式，足以適切說明：何以美國法在總統亦享有直接民意基礎、並且總統權力的行使方式在制度上也富具民主意義與功能的前提底下，仍然有發展「禁止(或

行政分別擁有各自的民主正當性基礎與管轄範圍」的思考，所以對行政行為的正當性控制，並不必然要仰賴授權立法的合法性控制，也就是不必然要藉由如同前述德國法意義下之授權明確性的要求來實現⁵⁰。據此，國會對行政部門進行廣泛授權，並不直接導致行政行為不受民主控制的結果，因為民主既不完全以國會為唯一核心的實現管道，則行政權力行使的民主正當性當然不必然要通過國會、而可藉由其他方式或途徑（例如行政決策過程中的人民參與）取得⁵¹。換個角度來看，在國會頻頻進行廣泛授權

限制）授權原則」的空間。正因為美國憲法所要求的「行政合法性」是建立在「行政與立法權彼此間必須分立制衡」的基礎上，而非如同德國法秩序一般地單純來自於「透過國會意志的貫徹達成實現民主的理想」（因為美國憲法毋寧更強調透過行政與立法權彼此分立制衡的過程來發掘民意），所以，儘管美國總統同樣享有民主規範上的崇高地位，但是就權力分立的觀點而言，原則上仍然不被容許行使屬於國會的立法權。

⁵⁰ 聯邦最高法院固然曾在 20 年代揭示出所謂的 intelligible principles（意謂立法者授權行政部門時，必須提供可資理解的行為準則。參 J. W. Hampton Jr., & Co. v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928)），但事實上，該原則執行的認定往往卻相當寬鬆。例可參 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, (1989); *Whitman v. American Trucking Association*, 531 U.S. 457, 472-476 (2001)。

⁵¹ 當然我們可以說，廣泛授權在規範上依然存在違反嚴格權力分立要求的問題，因為它涉及的其實就是立法權的讓渡；不過，權力分立本身畢竟無法自成目的。如果同意美國憲法規定權力之間分立制衡（並且實際上也同時進行分工合作）到最後終究必須能夠協助民主理想的落實，那麼廣泛授權在美國仍然可以有在規範層次被接受的空間，因為美國實現民主的管道是相對多元的，從而廣泛授權並不致於帶來行政決定喪失民主控制的後果。也正因為如此，所以美國許多學者反而基於「授權行政部門決定反而更容易促進民主實現」的理由，支持廣泛概括授權。對此可參 Peter H. Schuck, *Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod*, 20 CARDOZO L. REV. 775, 781-782 (1998-1999); JERRY L.

的前提下，一方面行政行為固然很容易被認定為「尚在國會授權範圍之內」、「並未逾越國會授權範圍」(所以也不容易有「違法行政」的問題)；但另一方面，這也意味著對該等行政行為的規範控制，不能、或至少不完全是仰賴授權法的實體控制。因此我們可以說，美國行政權力行使的民主正當性檢驗，在民主理論上並不必然需要繫於、在現實上也往往無法繫於它的合法性。更進一步，也正是因為美國憲法下的行政與立法關係不從行政合法性、而毋寧從行政與立法彼此分立並相互制衡的立足點出發，所以所謂「獨立行政管制委員會」的建制與發展⁵²，才有其於規範層次可受允

MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 131-157 (1997). 並可參 Bressman, *supra* note 41, at 1415, 1431-1442.

⁵² 關於美國獨立行政管制委員會的介紹，可參 Johannes Masing, Die US-amerikanische Tradition der *Regulated Industries* und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts. Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen, in: AöR 128 (2003), S. 558-607, 584-591. 中文文獻可參林子儀，美國總統的行政首長權與獨立行政管制委員會，收錄於權力分立與憲政發展，月旦出版社，頁 121-141 (1993) 此外並參 *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 628 (1935):

“The Federal Trade Commission is an administrative body created by Congress to carry into effect legislative policies embodied in the statute in accordance with the legislative standard therein prescribed, and to perform other specified duties as a legislative or as a judicial aid. Such a body cannot in any proper sense be characterized as an arm or an eye of the executive. Its duties are performed without executive leave, and, in the contemplation of the statute, must be free from executive control. In administering the provisions of the statute in respect of “unfair methods of competition” — that is to say, in filling in and administering the details embodied by that general standard — the commission acts in part quasi-legislatively and in part quasi-judicially. In making investigations and reports thereon for the information of Congress under 6, in aid of the legislative power, it acts as a legislative agency. Under § 7, which authorizes the commission

許的空間。雖然獨立行政管制委員會一開始必須由國會法律加以創設，從而其設立之民主正當性基礎來自國會；但由於其一旦設立以後，基本上便本於其設置目的，為了解決其設置所為解決的問題，完全獨立行使職權，不受國會或者總統的控制，因此，要不是美國憲法底下的行政與立法關係不如德國行政法秩序一般地係單純以行政合法性為發展地基，獨立行政管制委員會行使職權與決定的正當性無疑會有相當大的問題⁵³。所以若從德國憲法與行政法秩序的立場看來，獨立行政管制委員會這樣的機制，毋寧恐怕殊難想像。

由上可知，在美國權力分立架構賦予之廣泛授權規範面基礎所帶來頻繁授權的背景下，美國行政權力的行使往往無法回溯受到國會法律的合法性控制，因為國會法律的授權經常是相當廣泛、概括的，從而無所謂真正有意義的「控制」可言；換句話說，行政行為的正當性並不能完全仰賴行政行為的合法性，因此它的正當性往往也不是透過國會法律在實體內容上的合法性控制而被取得。就總統的權力而言，基於其與國會相同的直接民意基礎，總統權力發動的正當性既不需要來自國會民意的傳遞，則對其權力的控制自然也不是透過回溯訴諸國會法律的實體把關來進行，而往往必

to act as a master in chancery under rules prescribed by the court, it acts as an agency of the judiciary. To the extent that it exercises any executive function — as distinguished from executive power in the constitutional sense — it does so in the discharge and effectuation of its quasi-legislative or quasi-judicial powers, or as an agency of the legislative or judicial departments of the government.”

⁵³ 事實上，關於獨立行政管制委員會之正當性與權力控制的問題，在美國長期以來也已累積相當多的討論。例可參 *A Symposium on Administrative Law, “The Uneasy Constitutional Status of the Administrative Agencies,”* 36 AM. U. L. REV. 277 (1987).

須仰賴總統和國會在政治層面的權力對抗與妥協⁵⁴。因此，美國總統與國會之間的權限分際固然必須站在美國憲法本文中「國會職司立法、總統掌理行政」的基礎上進行，但是這並不表示總統權力行使的正當性必須回溯到其對國會意志的遵循，藉以落實民主控制，而毋寧只是要藉由「立法」與「行政」兩者在性質上的區隔，劃分國會與總統各自的管轄範疇。另一方面，就前述獨立行政管制委員會的情形而言，儘管其設立的依據來自國會法律，但是由於獨立行政管制委員會的設置基本上都是為了解決一個具體的問題，而國會也正是基於這樣的目的考量，透過立法來創設一個特定委員會，賦予其解決該具體問題的任務，所以一旦透過國會法律交付該任務之後，接下來對於該任務的執行以及所有相關政策擬定，便完全交給該獨立行政管制委員會管轄。甚且，為了便於其獨立行使職權，獨立行政管制委員會往往被賦予同時扮演「準立法」與「準司法」角色的整合性功能⁵⁵，從而對其權力行使的控制自然不是、也不可能回溯透過國會法律對其決定實體內容的控制來達成，而毋寧必須仰賴程序控制⁵⁶。換言之，獨立行政管制委員會權力行使的正當性，有鑑於國會法律在一開始的概括授權，論其實際無法透過國會法律在實體內容上的合法性控制，而必須透過對於其決定正當程序的控制來加以確保。就此意義而言，國會對於獨立行

⁵⁴ 學者 Lepsius 因此認為，美國的權力分立在相當程度上可以被理解為政治控制，具有強烈的實證取向。參 Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 195 f. 另參 Kischel, *supra* note 49, at 251-252.

⁵⁵ 參聯邦最高法院在 *Humphrey's Executor v. United States* 一案中所作的闡釋（同註 52）。

⁵⁶ 對此參 Schuck, *supra* note 51, at 781; Stewart, *supra* note 49, at 1760-1790; *Beyond Delegation Doctrine*, 36 AM. U. L. REV. 323, 328 (1986-1987); Scharpf (Fn. 39), S. 14-25（與德國之比較並參 S. 38-52）。

政管制委員會的概括授權，並不應該從前述德國法傳統禁止空白授權、或者過於廣泛之授權的觀點來加以看待與批評，因為在美國憲法的權力分立架構底下，獨立行政管制委員會權力行使的正當性檢驗，本來就無法繫於「行政行為是否超出國會的授權範圍」（因為在前述廣泛授權的常態底下，行政行為本來就不容易逾越國會的授權範圍，從而當然無法用「超出授權與否」的標準來控制行政決定），更非立基於類如德國法傳統一般「行政合法性」的思考。

若從這個角度看來，德國以「法律保留」為核心所界定的立法與行政兩權關係，毋寧可說是德國憲法與行政法秩序的一項基本特色。儘管美國相關討論站在美國憲法講求權力分立的基礎上，也同樣強調有些事情非國會或國會法律不得為之⁵⁷，但這嚴格說來是權力分立原則要求「國會職司立法權」下的產物，而非如同德國法秩序一般著眼「法律支配」與「議會支配」的結果⁵⁸。德國憲法與行政法秩序基於其法治國傳統與議會民主的理念，將國會及其立法視為整個法秩序運轉的核心，據此要求行政行為的正當性來源與正當性控制都必須繫於行政合法性的確保。所以相對於美國的情形，德國行政法秩序毋寧首重行政行為實體內容的合法性控制，而非程序控制；也正因為行政權力行使的正當性首先必然來自合法性的遵循，藉由回溯受到國會法律在行政實體內容上的合法性控制，確保法治國與民主理想最基本的落實，所以當前相當流行的所謂行政決策過程中利害關係人的參與，在傳統德國行政法相關討論中，並不被認為是一種足以提升行

⁵⁷ 參 David P. Currie, Der Vorbehalt des Gesetzes: Amerikanische Analogien, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle, 1985, S. 68-80; Sunstein, *supra* note 41, at 338.

⁵⁸ 關於德國這項特色之於美國的對比，參 Linde, *supra* note 49, at 604-605.

政決定民主正當性的方式，反而恐怕造成對議會民主的不當干擾⁵⁹。儘管隨著現實需要等因素，當代德國對於行政程序參與的討論越來越多⁶⁰，不過在議會民主的前提之下，「參與」無論如何不可能取代德國行政法秩序中以「行政合法性」為核心的模式，更不可能取得如同其於美國行政法相關討論當中所佔據的重要地位⁶¹。從本文角度看來，這當然並非德國法秩序囿於傳統、或者拘泥於概念窠臼所致，而毋寧是它的法治國民主預設所造就的必然結果。在這個法治國與議會民主的基本架構底下，面對當代行政職能不斷擴張的發展趨勢，德國法秩序中應予檢討的，因此並不是行政合法性的規範框架是否還有存在的價值⁶²，而是行政合法性的要求以及對

⁵⁹ 參 Böckenförde (Fn. 29), Fn. 29 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116 (1991), S. 332 ff., 369 ff. 中文文獻可參黃舒苻，行政權力管理醫療體制的民主正當性基礎 - 以台灣全民健保制度為中心，頁 119-123，頁 175-178，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（1999）。

⁶⁰ 例可參 Schmidt-Aßmann (Fn. 16), S. 97-100; Fritz Ossenbühl, Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, in: FS W. Glaeser, 2003, 103-118, 111-118.

⁶¹ 參 Linde, *supra* note (Fn. 49), at 604.

⁶² 有許多學者（特別是美國學者）針對國會法律的行政合法性控制要求所可能導致司法機關濫用權力的問題表示疑慮。例可參 Schuck, *supra* note 51, at 790-793; 此外並參 Sunstein, *supra* note 41, at 326-330. 不過，筆者一方面雖不否認司法恣意的可能性，但另一方面則認為，該問題重點似乎還是繫於一套法秩序本身對於立法授權究竟採取什麼樣的態度。畢竟一旦以國會法律為制度核心的法秩序，推導出國會授權必須明確的「依法行政」規範要求，那麼法院自然必須被賦予為這套規範要求進行把關的任務與權限，不能因為擔心濫權的弊端，就認定授權明確與否的審查必須放寬。同樣道理，如果法秩序本身就不是從國會中心的觀點來賦予授權必須明確或有限度的誠命，從而這種「授權明確」之要求由於只著眼於權力之間的分立與平衡，因此相對來說有比較大的彈性運用空

於行政行為實體內容的合法性控制，如何在行政任務日趨膨脹的潮流下獲得落實，以及（最根本地）國會的組織特性、議事程序與議事功能如何不斷透過制度設計加以改善，俾使國會形塑民意、實現民主的任務可以獲得更徹底的履行⁶³。基於這樣的觀點，本文並且認為，德國行政法秩序站在法律保留的基礎上所發展從國會保留到授權明確性要求的層級化法律規範密度，乃至於「行政處分」與「行政命令」、以及「不確定法律概念」、「判斷」、「裁量」等概念的發展與彼此之間的區分，無論如何不可能被揚棄，因為如前所述，它們毋寧都在以「行政合法性」為核心的德國行政法秩序中，在「國會如何發動對行政行為的實體規範控制」這個議題上，分別扮演不同規範程度的重要角色。反觀美國的權力分立機制既然將落實民主的關鍵置諸行政與立法彼此之間不斷的制衡與協調，而不若議會民主制一般地單純著眼於行政合法性的核心地位，則許多作為德國法秩序下行政行為不同密度控制機制的概念界定與區分，在美國法秩序底下自然就沒有

間，那麼法院在授權合憲與否的判斷上，應可認為自然也不宜被授予太大的權力與功能。因此，筆者仍認為美國許多學者對於司法恣意問題的探討，其背景與德國法的制度與規範條件並不相同。德國學者 Lepsius 因此以美國聯邦最高法院判決 *Morrison v. Olson* (487 U.S. 654 (1988)) 與 *Mistretta v. United States* (488 U.S. 361 (1989)) 為例，指出這兩個判決足以清楚突顯出美國與德國法秩序對於權力分立、行政合法性、國會保留以及重要性理論等概念相當不同的理解方式。參 Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 196.

⁶³ 基於這樣的立場以及比較法的觀點，Lepsius 於是反擊美國學者 Susan Rose-Ackerman 對德國行政法欠缺足夠的參與機制所作的批評，認為這樣的批評是忽略德國與美國行政法秩序差異所導致的結果（參 Lepsius, *common law*, S. 194 f. Fn. 102）。關於 Rose-Ackerman 的批評參 Susan Rose-Ackerman, *American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?*, 107 HARV. L. REV. 1279 (1994).

發展的意義與必要。據此，我們可以說，美國儘管站在權力分立的基礎上，在一些場合對於「具有國會法律之依據」有所堅持，但是在欠缺法治國與議會民主之歷史及制度背景的前提下，美國之前述立場不論在理論或實務層面，都無法與德國法秩序意義底下的法律保留相比擬⁶⁴。

肆、結語

據上所述，法律保留在德國法秩序下的發展毋寧有其特殊的歷史背景與制度規範條件；也正是在這樣的規範條件底下，法律保留在德國法秩序下的特徵得以被清楚突顯出來，因為若從整個概念發展脈絡加以觀察，法治國與議會民主顯然都不是空泛、徒唱高調的華麗詞藻，而毋寧有其具體化軌跡與特定的實現管道。「法律保留原則」的出現與實踐，便可說是落實法治國民主的樞紐，並且基於落實的需要，進一步被不斷地發展與細緻化，從而在重要性理論的基礎上，區隔出從國會保留到授權明確性要求的各種規範密度。倘若從這樣的觀察角度出發，我們一方面可以清楚分辨出行政法在德國與美國各自發展特色的差異何在，以及這些差異之所以產生的原因何在；另一方面，我們也能從中體察：法律保留在我國繼受之後，對我國法秩序所帶來的影響究竟何在，或者反過來說，法律保留在我國的繼受究竟有何制度條件上的限制，是相當值得思考的問題面向。就此，筆者的一個初步看法是：首先，法律保留概念在我國的繼受既然已經累積相當成果，也因此不論在學界或實務運作上，都發揮規範立法與行政權限分際、以及在實體內容上對行政行為施行合法性控制的重要功能，則這樣的

⁶⁴ 學者 Lepsius 甚且明確主張，法律保留是一個迄今在美國找不到對應翻譯的概念。參 Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law* (Fn. 11), S. 207 f. 並參 Linde, *supra* note 49, at 604-605. 但參 Currie (Fn. 57), S. 68-71.

繼受成果為我國法秩序內涵所帶來的影響，毋寧是不容忽視的。而這也意味著以「依法行政」或「行政合法性」為軸心的行政法秩序已在我國行政法體系的發展脈絡中生根。然而在另一方面，我國中央政府體制在歷經九七修憲之後既已正式朝向所謂雙首長制發展，從而已經在制度上脫離「議會民主」的規範架構，也就是根本已經不能從「國會與國會法律作為法秩序核心」的觀點來分析台灣民主的實現途徑⁶⁵，則法律保留的繼受成果如何與我國現有、乃至於往後的權力分立架構取得協調，便有探討的必要。如果單純從「以類似內閣制的基礎架構，加上民選總統享有部分行政權的混合設計」這樣的角來理解我國現行的雙首長制⁶⁶，那麼以「法律支配」、「議會支配」為前提的法律保留原則在我國的繼受與適用，似乎還能容有比較順理成章的解釋空間⁶⁷；不過，隨著總統所擁有的民意基礎在台灣民主發展的潮流中逐漸成為支持總統權力的重要後盾，總統在未來我國中央政府體制與權力分立架構當中，可以預見地勢必扮演關鍵性的角色，從而在德國以法治國與議會民主為憲法依據的法律保留原則，儘管在台灣享有豐碩的繼受成果，其適用範圍、程度與影響力卻恐怕不得不在總統權力與地位隨我國憲政架構之變革而獲得提升的前提之下，受到相當的限制，因

⁶⁵ 當然，如果觀察我國憲政體制下權力分立的實務發展歷程，歷史背景毋寧促成行政部門長期以來的相對強勢地位。不過儘管如此，由於過去我國憲法所架構的中央政府體制較偏向內閣制，而植基於「法律支配」、「議會支配」的德國法概念，如法治國原則、法律保留原則等等，又紛紛繼受到我國，並且在近數十年來基於台灣對國家權力法治化的強烈需求，發揮不容忽視的影響力，因此相較於現行體制，過去的內閣制仍然比較容易被解釋成是建立在「以國會與國會法律作為法秩序核心」的基礎上。

⁶⁶ 對此參黃昭元，九七修憲後我國中央政府體制的評估，台大法學論叢，第二十七卷第二期，頁 193（1998）。

⁶⁷ 關於這一點的討論，參黃舒芃，同註 59，頁 125-131。

為倘若我國法秩序不再以國會為實現民主、管控國家權力民主正當性的唯一核心，而毋寧也同樣強調總統的民主地位與意義，那麼各國家機關（當然包括行政機關）權力行使之民主正當性的檢驗，自然就必須配合整個法秩序的制度邏輯，從中找出相應的規範管道，而無法單純訴諸國會意志的遵循。處於當前要求「制憲」、「修憲」的浪潮之中，法律保留在我國的繼受、其繼受所發揮之影響力、以及其往後在適用上的可能限制，因此是值得持續觀察與檢討的。

中原財經法學

參考文獻

書籍

吳庚，行政法之理論與實用，自版，增訂八版（2004）。

林子儀，美國總統的行政首長權與獨立行政管制委員會，收錄於權力分立與憲政發展，月旦出版社，初版（1993）。

許宗力，論法律保留原則，收錄於法與國家權力，月旦出版社，增訂二版（1993）。

陳清秀，依法行政與法律的適用，收錄於翁岳生編行政法，自版，初版（1998）。

黃舒芃，行政權力管理醫療體制的民主正當性基礎 - 以台灣全民健保制度為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（1999）。

Badura, Peter: Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts, in: FS Ernst Steindorff, 1990, S. 835-855.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Nachwort: Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion (1981), in: ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus (1958), 2. Aufl., 1981, S. 375-402.

- Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1991, S. 143-169.

- Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1987, § 22, S. 887-952.

Currie, David P: Der Vorbehalt des Gesetzes: Amerikanische Analogien, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle, 1985, S. 68-80.

- The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1994.
- Di Fabio*, Udo: Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998.
- Dreier*, Horst: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, 1991.
- Durham*, Cole: Das Grundgesetz – eine grundsätzliche Bewertung aus amerikanischer Sicht, in: Paul Kirchhof/Donald P. Kommers (Hrsg.), Deutschland und sein Grundgesetz: Themen einer deutsch-amerikanischen Konferenz, 1993, S. 41 ff.
- Ely*, John Hart: Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, 1980.
- Fikentscher*, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, 1975.
- Fisher*, Louis: Constitutional Conflicts Between Congress and the President, 4 th ed., 1997.
- Fletcher*, George P.: Basic Concepts of Legal Thought, 1996.
- Fraenkel*, Ernst: Das amerikanische Regierungssystem, 4. Aufl., 1981.
- Gellermann*, Martin: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, 2000.
- Heussner*, Hermann: Vorbehalt des Gesetzes und “Wesentlichkeitstheorie” aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schulrecht, in: FS Erwin Stern, 1983, S. 111-126.
- Huber*, Peter M.: Das Recht europäischer Integration, 2002.
- Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration, in: Peter Michael Huber/Wilhelm Mößle/Martin Stock (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, 1995, S. 105 ff.
- Jesch*, Dietrich: Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des

Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961.

Kelsen, Hans: Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 2. Aufl., 1963.

Kohnen, Dominic: Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union. Zur Rolle des Bundestages in den Angelegenheiten der Europäischen Union, 1998.

Kriele, Martin: Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaats, 6. Aufl., 2003.

Lepsius, Oliver: Verwaltungsrecht unter dem Common Law: amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, 1997.

- Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123-180.

Mashaw, Jerry L.: Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law, 1997.

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002.

Neumann, Franz: Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft, trans. & ed. Alfons Söllner, 1980 (German trans. of "The Governance of the Rule of Law: An Investigation into the Relationship between the Political Theories, the Legal System, and the Social Background in the Competitive Society," 1936).

Nierhaus, Michael: Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: FS Klaus Stern, 1997, S. 717-732.

Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968.

- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR III, Heidelberg 1988, § 62, S. 315-349.

- Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, in: FS W. Glaeser,

2003, 103-118.

Pound, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*, 1921.

Rupp, Hans Heinrich: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965.

Scharpf, Fritz: *Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, 1970.

Schmidt, Manfred G.: *Demokratietheorien: Eine Einführung*, 2000.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1998.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/*Hoffmann-Riem*, Wolfgang (Hrsg.), *Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

Schoenbrod, David: *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, 1993.

Sobota, Katharina: *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, 1997.

Staube, Jürgen: *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur "Wesentlichkeitstheorie" und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, 1986.

期刊

張道義，全民健保保險給付與法律保留原則—釋字第 524 號解釋評析，政大法學評論第七十三期，頁 1-50 (2003)。

黃昭元，美國總統與國會的權力平衡 - 分離又分享的伙伴關係，當代，第一六一期，頁 10-25 (2001)。

黃昭元，九七修憲後我國中央政府體制的評估，台大法學論叢，第二十七卷第二期，頁 183-215 (1998)。

雷文玖，授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字五

- 二四號解釋與全民健保的啟示，政大法學評論，第七十九期，頁 53-113 (2004)。
- 廖元豪，走自己的路 - 大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，第五十八期，頁 21-40 (2004)。
- 陳愛娥，退學處分、大學自治與法律保留，台灣本土法學雜誌，第二十七期，頁 81-86 (2001)。
- v. *Arnim*, Hans Herbert: Zur “Wesentlichkeitstheorie” des Bundesverfassungsgerichts. Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt, in: DVBl. 1987, S. 1241-1249.
- Badura*, Peter: *Diskussionsbeitrag*, in: VVDStRL 40 (1982), S. 105 ff.
- Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, in: ZG 1987, S. 300 ff.
- Bressman*, Lisa Schultz: Schechter Poultry at the Millenium: A Delegation Doctrine for the Administrative State, 109 Yale L. J. 1399, 1405 (2000).
- Cassner*, Ulrich M.: Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz, in: DÖV 1996, S. 18-25.
- Classen*, Claus Dieter: Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, in: JZ 2003, S. 693-701.
- Cremer*, Wolfram: Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 122 (1997), S. 248-267.
- Detterbeck*, Steffen: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 2002, S. 235-241.
- Di Fabio*, Udo: *Diskussionsbeitrag*, in: VVDStRL 56 (1997), S. 318.
- Eberle*, Carl-Eugen: Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, in: DÖV 1984, S. 485-493.
- Eichenberger*, Kurt: Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40 (1982), S. 7 ff.

- Epstein, David/O'Halloran, Sharyn*: The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach, 20 *Cardozo L. Rev.* 947 (1998-1999).
- Erichsen, Hans-Uwe*: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *Jura* 1995, S. 550-554.
- Farina, Cynthia R.*: Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, 89 *Colum. L. Rev.* 452 (1989).
- Halter, Ulrich/Mayer, Franz C/Möllers, Christoph R.*, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, in: *Die Verwaltung* 30 (1997), S. 51-74.
- Henke, Norbert*: Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes. Ein Beitrag aus sozialrechtlicher Sicht, in: *AöR* 101 (1986), S. 576-613.
- Jarass, Hans D.*: Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, in: *NVwZ* 1984, S. 473-480.
- Kischel, Uwe*: Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law, 46 *Admin. L. Rev.* 213 (1994).
- Kisker, Gunter*: Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, in: *NJW* 1977, S. 1313-1320.
- Kloepfer, Michael*: Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, in: *JZ* 1984, S. 686-695.
- Kube, Hanno*: Vom Gesetzesvorbehalt des Parlaments zum formellen Gesetz der Verwaltung?, in: *NVwZ* 2003, S. 57-60.
- Lawson, Lawson*: Delegation and Original Meaning, 88 *Va. L. Rev.* 327 (2002).
- Lepsius, Oliver*: Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, in: *Jura* 2002, S. 259-266.
- Lepsius, Oliver*: Wiedergelesen. Dietrich Jesch: Gesetz und Verwaltung, 1961, in: *JZ* 2004, S. 350-351.
- Linde, Hans A.*: The Constitutional Supervision of the Administrative Agencies in the

- Federal Republic of Germany, 53 S. Cal. L. Rev. 601 (1979-1980).
- MacCormick*, Neil: Der Rechtsstaat und die rule of law, in: JZ 1984, S. 65-70.
- Masing*, Johannes: Die US-amerikanische Tradition der *Regulated Industries* und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts. Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen, in: AöR 128 (2003), S. 558-607.
- Maurer*, Hartmut: Der Verwaltungsvorbehalt, in: VVDStRL 43 (1985), S. 135-171.
- Pietzker*, Jost: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: JuS 1979, 710-715.
- Rose-Ackerman*, Susan: American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?, 107 Harv. L. Rev. 1279 (1994).
- Rottmann*, Frank: Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, in: EuGRZ 1985, S. 277-297.
- Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116 (1991), S. 332 ff.
- Schnapp*, Friedrich E.: Der Verwaltungsvorbehalt, in: VVDStRL 43 (1985), S. 172-201.
- Schuck*, Peter H.: Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod, 20 Cardozo L. Rev. 775 (1998-1999).
- Stewart*, Richard B.: The Reformation of American Administrative Law, 88 Harv. L. Rev. 1667 (1975).
- Beyond Delegation Doctrine, 36 Am. U. L. Rev. 323 (1986-1987).
- Sunstein*, Cass R.: Problems With Rules, 83 Calif. L. Rev. 953 (1995).
- Nondelegation Canons, 67 U. Chi. L. Rev. 315, 318-319 (2000).
- Wahl*, Rainer/*Masing*, Johannes: Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553-563.
- Ziekow*, Jan: Verordnungsermächtigungen mit supra- und internationalen Bezügen, in: JZ 1999, S. 963-970.

摘 要

在眾多台灣公法學界從德國繼受而來的法概念當中，「法律保留原則」儼然已經成為繼受成果最顯著的概念之一。時至今日，將「法律保留」視為積極界定立法與行政權限分際最主要的規範準則，在台灣法秩序底下幾乎已被認為理所當然。不過，綜觀國內相關討論，若相較於法律保留的適用範圍或規範密度，法律保留原則的運用前提，似乎較少受到關注。更具體地說，儘管在法律保留的適用範圍與控制密度上，在台灣學界與實務界已經累積了相當的繼受成果；但是，作為「法律保留」憲法依據的民主與法治國原則，在德國究竟預設了什麼樣的法秩序傳統，從而「法律保留」在德國法秩序底下到底具備何等特殊意義、功能與影響力，在台灣似乎卻相對未受注意。有鑑於此，筆者並不打算從「法律保留的適用範圍與控制密度」這個角度，來發展本文的主要論述，而希望著眼於法律保留在台灣繼受過程中相對較少被提出探討之「法律保留在德國憲法與行政法秩序底下的意義」，由此觀察點出發，嘗試透過對法律保留規範背景的考察，以及德國與美國法秩序的對照，進一步澄清法律保留原則在德國之所以成為規範立法與行政兩權分際重要準則的背景脈絡與理論依據，藉此指明法律保留在德國法秩序當中所具備的特殊意涵，並嘗試據以反思法律保留的繼受為台灣法秩序所帶來的影響力，以及可能的限制。

The Principle of “Vorbehalt des Gesetzes” in Context of the German Legal Tradition

Shu-perng Hwang

Abstract

Although the German concept of “*Vorbehalt des Gesetzes*” has long been recognized as one of the most familiar and important constitutional principles in Taiwan, its characteristics in context of the German legal tradition seem to catch less attention. This article thus aims at clarifying the nature of this concept against the historical background of the German “*Rechtsstaat*” and on the contemporary basis of the German parliamentary democracy (*parlamentarische Demokratie*) as well as exploring the function, the true meaning and the normative influence of the German *Vorbehalt des Gesetzes* not only from the perspective of “*rechtsstaatliche Demokratie*”, but through a comparative study of the (distinct) German and American idea of separation of powers. The reception of this concept in Taiwan and its possible limits or problems will also be discussed.

Key Words: Vorbehalt des Gesetzes; Rechtsstaat; Democracy; Congress/Legislator; Delegation; Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.