

## 規範制定與行政契約\*

林依仁\*\*

### 摘要

本文旨在探究法規範、法適用與行政契約間之關聯性，嘗試在國家與社會功能性區分的基礎下，建構法令制定與法律適用活動中，契約作為形式選擇的緣由與可行性。為此釐清規範與契約間關聯性與可能類型、判定法律性質、澄清合憲性與合法性要件。本文先從規範契約與規範制定契約二組相似概念，分別探討法令制定之形式與契約內容之界限。前者乃論析法令制定程序中契約形式的可行性、法制定之本質與正當規範制定程序之涵義。後者回答行政契約得否作為法源生成方式之疑問。

其次從行政判斷活動出發，探析私人規範在法律解釋中所扮演的角色。繼「判斷授權」理論提出後，因行政法各論發展與行政專業性影響，又發展出「標準化授權」之立法意旨。此際若行政機關援引私人規範作為判斷準據時，充實標準內涵時，構成規範繼受之特殊現象。為提高民主正當性水準、保護第三人與公共利益。應解釋契約締結並非自我目的，而須受正當締約程序之控制，方能合法

\* 投稿日：2014年10月20日；接受刊登日：2015年10月16日。〔責任校對：向民潔〕。

作者由衷感謝中央研究院法律學研究所李建良研究員與劉淑範副研究員多方支持與耐心等待，同時並向二位匿名評審人的審閱致上謝意。政大法研所陳佳宏先生在資料蒐集與討論構思上，給予莫大支援，併此申謝。

\*\* 銘傳大學法律學系助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/50426151.pdf>。



承認法外規範，有效調控私人規範之繼受過程，對於受規範者之信服亦有莫大助益。

綜合上述作成三項結論：從法源理論體系的構成與合作形態的社會控制，說明行政契約能否作為法源構成形式、是否宜稱作法令制定之特殊形式，和調控適用機關援引行為之意義。社會法上規範契約為特殊性質之法令制定程序；規範制定契約若能確保利益權衡完整下，法令裁量權方為合法行使。標準化契約須符合正當契約程序之要求，始能充實法律上公認標準之內涵。

關鍵詞：規範契約、規範制定契約、法源、引介規範、民主正當性、動態轉介、私人規範、標準化契約。

## 目次

壹、問題意識與研究方法	三、正當締約程序作為正當標準授權程序
一、前提：二種正當性的區辨與聯結	肆、從法源看規範與契約之關係
二、規範與契約之關聯性	一、法生成源與契約形式
三、契約作為規範繼受之方式	二、法認識源與標準化契約
貳、法令制定權與制定形式	伍、合作形式的社會控制
一、規範制定之締約形式	一、標準化契約：私法自治與國家適用命令之聯立
二、命令制定權之單方性	二、規範契約對於我國制度之啟示
三、裁量權之自主性	陸、結論
參、私人規範與行政判斷權	
一、私人規範之引用	
二、引用私人規範之疑義	

## 壹、問題意識與研究方法

### 一、前提：二種正當性的區辨與聯結

國家存立的正當性基礎源於兩處：以個人主體的基本權正當性和以國民全體的民主正當性，Christian Starck稱為「兩處國家正當性的泉源」<sup>1</sup>，或如我國合稱為「自由民主憲政秩序」<sup>2</sup>。基本權正當性賦予個人自由、人格財產生命法益的自治權與自主權；民主正當性立基於公民共同實現政治參與的自治權。這兩種正當性在證立國家秩序上有等值性、相互節制但無法彼此取代，因其本質、功能與目的不同。前者劃定國家統治權的界限、引導統治方向、課負國家一定任務；後者決定國家政治意思的形成過程與行動方向，藉由權力分立制度完成國家任務<sup>3</sup>。基於基本權正當性與民主正當性，為社會交往與統治行使之目的，乃有規範與契約作為準繩。

為塑造有序社會生活與統治作用，團體與國家自得為意思形成、制定抽象規範，賦予特定組織在具體事件中適用。從既存的角度來看，全體規範呈現生活之秩序性。但為描述與集合當下現象，法學家Eugen Ehrlich乃借代自然現象中水流與泉源，用以指稱法律體系猶如規範源起與流向之面貌，名為「法源」<sup>4</sup>。法源一詞如採廣義，包括各種社會性規範之來源，如宗教、道德、習俗與法令之來源。在法領域內，則包括有權機關經一定程序所制定之各項實證法規範之總稱或經由其價值判斷獲致之準則<sup>5</sup>。

---

1 Christian Starck, § 33 Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl., 2005, Rn. 8.

2 憲法增修條文第5條第5項；司法院釋字第499號、第618號、第644號解釋。

3 Starck (Fn. 1), Rn. 8.

4 Fritz Ossenbühl, § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, Rn. 1.

5 吳庚，行政法之理論與實用，12版，頁103（2012年）；黃茂榮，論稅法之法源，經社法制論叢，8期，頁3（1991年）。

但為有效規律憲法生活，規範非唯一制度。規範制定和適用無非因其權威性與單方性向規範對象所為片面拘束力，未必符合最佳規律之目的。為因應個別事件與尊重法律主體之決定，契約乃維護其意思自主性，經意思合致而規律彼此間關係之重要制度。個人與國家亦得各自或相互分別形成私法契約和公法契約，作為民事或行政法律關係得喪變更之原因。準此，個人與國家各自得因其權利與統治之正當性，自主形成各種契約與規範制定。但隨著理論遞嬗和實務發展，衍生出若干混合的現象，亟待回應。所謂混合乃指規範與契約間之關係構成。在公法學的脈絡下，行政契約作為制定法產生方式的可行性（下述二）；或者，在社會規範與法規範間，行政契約作為媒介相異規範之適法性（下述三）。

## 二、規範與契約之關聯性

契約與法規範均為法秩序進行社會控制（social control）<sup>6</sup>的主要方式。法規範為制定者本於權威性，單方下命特定對象應為或不應為一定行為；本質上為他律。契約乃雙方自主之合意行為；本質上屬於自治。規範之產生受法制定平等原則拘束，就抽象事件對不特定人發生一般性效力。契約則基於契約自由，就具體事件在兩造間發生相互拘束力。二者之本質與作用內涵有其根本差異；乍看之下，似無相聯結的可能，其實不然<sup>7</sup>。從法規範立場出發，契約自須適法締結。若以契約作用於規範制定與其結果觀之，亦屬常見。如因國際條約簽訂，須經國會依正當程序轉化為內國法。在國內法的層次，自治章程為典型代表。自治章程乃會員間合意約定行為，契約成立後即不復有契約性格，而轉變為規範之形式與內容；會員

---

6 李建良，法律制度與社會控制：法治國家中法律控制能力及其界限之問題初探，收於：林繼文編，政治制度，頁64（2000年）。

7 Christian Starck著，陳愛娥譯，法律與契約——基本概念的釐清，收於：李建良等編，法的起源，頁112（2011年）。

從締約者角色一改為規範聽命者（Regelungsunterworfenen）<sup>8</sup>。更有甚者，德國學說與實務界在社會法與建築法上且發展出若干「規範契約」、「規範制定契約」等概念。此一問題之重要性，除有理論探討的旨趣外，尚能解析若干法律調控社會效能與邊際之問題。惟此二稱呼極易引發行政契約之特殊態樣的成見，故須先辨明法律性質為何——行政契約抑或法令制定程序——，方能續論其適法性若何，由此又分為兩項課題：如從法制定出發，制定行為採取契約形式之緣由與容許性何在。按法制定活動本於共識發現、契合民主政治之需求，已有公民投票、遊說、人民提議與聽證制度。以單方制定之外的合意方法是否合法制定之正當程序？倘以契約本體出發，以法制定作為締約內容之成因與容許性。亦即適用行政程序法第135條規定時，所謂「依其性質」是否包含法令制定權？

### 三、契約作為規範繼受之方式

廣義之規範尚包含社會規範，國家並未全面獨占規範制定權；所保留者，僅限於法律形式之規範。社會規範亦得由人民行使基本權形成，平行存在於法源體系之外。另一方面，機關在判斷要件該當性時，依職權得事先訂定解釋令函。就此而言，社會規範與法律適用亦難有關係可言。但在社會快速變遷的今日，法律之社會調控目的能否圓滿實現，不免遭到質疑。如事實認定無法為國家全盤掌握，為求法律適用的可接受性與法律解釋的客觀性，而社會認識又足堪為認定標準時，行政機關得否援引私人規範充為解釋準則？援引行為有無必要預先以契約締結作為行政判斷之基礎？

此一問題並非單純之揣度臆測，更有實例以資佐證和理論爭議之處。作者先引用我國行政法院在審理一樁查簽規則引用審計準則之案例，復徵引德國政府與德國標準機構簽訂契約之緣由，說明在

---

<sup>8</sup> 關於自治章程的修正規範理論（modifizierte Normentheorie），請參見BGHZ 21, 370 (373)。

二性質互異規範間，如何透過法制定與法適用之途徑發生「規範繼受」關係。此一論證之結果除對於給付行政下的公私協力、民營化議題外，又增添規範適用下公私協力的新題材，而且涵蓋行政法各論之科技法、安全法、金融法、體育法等與私人規範之調和，在總論內涵之充實影響深遠。

職此，本文以下討論分成三個部分：先說明法令制定權與行政契約內容界限（下述貳）；次論究私人規範作用於行政判斷的需求與調控（下述參）。末則解析規範與契約關係的癥結點為法源理論之理解（下述肆）。最後析論契約如何與規範共同作用於社會管制議題，並以之為界定公認標準和我國健保契約之參照（下述伍），以供理論與實務參考。

## 貳、法令制定權與制定形式

法令制定係基於法律授權所為一般抽象之規定，作為補充法律之解釋與基準，對於規範對象產生片面之權威羈束力。法令制定權本為行政權單方面訂定，但由於社會調控模式的更張，漸有以合意方式共同行使的嘗試。以契約締結作為法制定形式有二：契約即法律，契約成立即等同於法律制定，稱為規範契約（Normenvertrag，下述一）。或者因契約締結而須制定規範，雙方當事人合意制定法規範與若干特定條款，稱為規範制定契約（Normsetzungsvertrag，下述二）。關於這兩種特殊形態的法令制定之容許性與合法性，應處理幾個問題：

- 行政程序法與各該章節的可適用性；
- 法令制定單方性的例外與可替代性之理由；
- 民主正當性對法令制定權的調控。

## 一、規範制定之締約形式

### (一) 規範契約：以社會法上規範契約為例

規範契約，係指二利益相對之公法團體根據法律授權，以契約合意方式同時制定法令並對各自所屬成員發生一般性法律效力與拘束力<sup>9</sup>。契約主體間就彼此間將來可能發生就一般事項預先意思合致，以界定雙方公法上法律關係之基礎<sup>10</sup>。規範契約因其合意內容與其結果，直接成為抽象法規範，呈現規範制定與契約相互併聯的現象。要言之，契約成立即規範成立，契約約款即為法令條文。

德國法上規範契約之概念源起，首見於1923年Alfred Hueck的提出<sup>11</sup>。本係指民事契約約定之基礎事項，不在當事人間具體約定權利義務之契約文本中出現，而預先約定於另一書面中，作為拘束將來雙方一次或多次約定內容之前提條件。故又稱框架合意（Rahmenvereinbarung）。Hueck區分為僅具有備忘錄性質、不具拘束力的指令契約（Richtlinienvertrag）、債法上規範契約<sup>12</sup>、法拘束力之規範契約（rechtsverbindliche Normenverträge，即勞動法上團體協約）。不僅「規範」概念的定義過廣<sup>13</sup>，且以民事法為論述內容，僅有其概念提出之背景可資參酌。

就公法上之「規範契約」之用語指稱，係類似Hueck借鑒勞動法領域的團體協約與企業協定之範例<sup>14</sup>；類似例子尚有著作權法上

9 Jan Castendiek, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000, S. 20; Jonathan I. Fahlbusch, Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag, 2004, S. 177.

10 Peter Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 60.

11 Alfred Hueck, Normenverträge, JheringsJb 73 (1923), S. 33 (36, 47, 81).

12 即德國民法第305條第3項之定型化契約之規定。Hueck將今日所稱之一般交易條款稱為「規範」。

13 批評見Erwin Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 246 ff., 272 ff.

14 勞動法上之集體契約概念，請參見Manfred Lieb/Matthias Jacobs, Arbeitsrecht, 9. Aufl., 2006, Rn. 475 ff.; 黃程貫，勞動法，頁50（1997年）。團體協約基於抗拒

集體契約。現行事例僅見於社會法上醫事關係與照護關係，尚未構成一般性的契約類型。二種契約相同之處，在於締約主體間之利益相對性和各該成員間的利益相同性。惟文獻用語不一，有稱為「規範制定契約」<sup>15</sup>，亦有稱作「集體契約」(Kollektivverträge)。更有用於指涉下述德國政府與技術標準團體間之契約<sup>16</sup>。按規範制定契約係指稱因契約負有制定規範之作為義務。與規範契約之契約文本即為規範，無需再另行制定規範不同。若以集體稱呼，則意在多數人參與制定過程，規範性本質難以突顯，是以不採。

規範契約之法律依據除德國社會法典第五編第83條第1項第1句為代表外，該法第五編特別就保險人與健保醫師公會（第72條第5項）、醫院協會（第109條）與藥局、製藥協會（第129條以下）等，授權得以契約合意方式由其向被保險人提供醫療服務之特殊制度。就其類型簡要介紹如下：

### 1. 基本醫療服務協約

為醫師團體與保險人間訂立之「聯邦醫療服務基本協約」(Bundesmantelvertrag，下稱基本協約)。締約當事人為各邦健保醫師公會組成之聯邦健保醫師公會(Die Kassenärztliche Bundesvereinigung)與各邦健康保險人協會組成之聯邦健康保險人協會(Bundesverband der Krankenkassen)二公法人。締結之法律效果分別對雙方當事人與其所屬的會員發生拘束力，發生公法上義務的效力。基本協約的功能有二：一為公法義務的轉移、二為落實功能性自治的理念。契約規定內容略有：開業許可與禁止、開業終止、合作事項、教育訓練、報酬、帳單查驗等。

---

國家介入之社會自決原則，由工會與雇主團體以集體協商方式約定勞動關係為目的所簽訂之契約，避免個別勞動契約中的地位不對稱，確保勞資當事人協商對等力量，以真正實現契約正義。

<sup>15</sup> Castendiek (Fn. 9), S. 20.

<sup>16</sup> Paul Terner, Die Vereinsklassenabgrenzung und das DIN, 2005, S. 152.



## 2. 醫療機構協約

醫療機構與保險人間又分別締結之照護契約（*Versorgungsvertrag*）與住院治療契約（*Krankenhausbehandlung*）<sup>17</sup>。照護契約本身不屬於規範契約，而是住院治療契約<sup>18</sup>。住院治療契約就需求、給付與經濟三項因素，規範健康保險醫事機構與住院病患間之關係，為醫院治療行為的基本規定。契約效力對保險人與所有加入法定健保體系之機構有一般法規效力。除社會法上累積三十餘年的經驗外，德國最新環境法典草案第36條（*UGB-KomE*）亦授權規範契約的訂定模式。

### （二）規範制定契約：以都市計畫契約為例

規範制定契約（*Normsetzungsvertrag*）之用語首見於Hans Meyer在1976年行政程序法註釋書，後為學界所採納<sup>19</sup>，係指以法規制定作為行政契約標的，因規範種類為法律或行政命令，而異其概念與合法性標準。以立法權為契約標的者，除非獲得國會同意，本於立法程序之自主性、憲法法律保留原則等，應能獲致出契約形式禁止之結論。本文側重於行政命令得否作為行政契約之對象，契約乃成為規範制定權行使之前階程序或先決理由<sup>20</sup>。此又分

<sup>17</sup> BSG, SozR 3-2500 § 109 Nr. 2.

<sup>18</sup> 此係個案與集體協商的差別。照護契約之內容為許可特定醫事機構之個案效力，締約後之機構有負有提供治療的權利與義務，是以地位決定之許可契約  
*Ingwer Ebsen*, § 7 Rechtsquellen, in: Schulin (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, 1994, Rn. 131.

<sup>19</sup> *Hans Meyer*, in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976, § 54 Rn. 54; *Elke Gurlit*, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, S. 32.

<sup>20</sup> *Meyer* (Fn. 19), § 54 Rn. 38 ff.; *Dieter Birk*, *Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag*, NJW 1977, S. 1797 (1797 ff.); *Hans-Jürgen Papier*, *Gründerwerksverträge mit „Bauplanungsabreden“*, JuS 1981, S. 498 (500); *Joachim Scherer*, *Rechtsprobleme normersetzender „Absprachen“ zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts*, DÖV 1991, S. 1 (4).

成兩種類型：機關因契約合意負有制定、更改或廢止法令之義務（真正規範制定契約）<sup>21</sup>。亦得約定不行使規範制定權（不真正規範制定契約）<sup>22</sup>。

實務上曾發生於德國實務上的都市計畫契約（Bauplanungsvertrag; Bauplanungsabreden）。地方與人民間因合意而負有公布、修改一都市計畫之義務；且發生人民有公布或修改所約定都市計畫之請求權。此類計畫契約常見於都市計畫實務中土地出售，地方為徙居居民或遷廠產生之土地需求。此外也包括都市計畫費用與結果費用之合意（Planungskosten- und Folgekostenabreden）。著例如1980年的德國聯邦行政法院的一則案例，內容如下<sup>23</sup>：

X女士有兩筆土地。其中有一餐廳帶五個停車位，另一筆土地上有變電站。Y鎮為擴建市政廳、遷廠、遷村之目的，提出都市計畫預定地與其交換，雙方合意互易土地之內容為：X女士在取得土地後，Y鎮應作成興建旅館之許可。細部計畫亦應修訂。X女士遂因契約得向地方請求作成特定內容之計畫。相關契約條文如下：

第1條：Y鎮向X女士出售座落於X地號1343平米土地，X女士以自有2400平米土地為交換。

第7條：X女士意圖以其所取得之土地建造一定設施。Y鎮應決議更改現行細部計畫之編號3，並尋求所有方法向社會部取得必要許可。

---

21 *Willy Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 148; *Gurlit* (Fn. 19), S. 32.

22 *Michael Sachs*, Die Normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht, *VerwArch* 1983, S. 25 (27).

23 BVerwG, NJW 1980, 2538 (2538).

締結此類契約之初衷，係為都市計畫權行使之際，能事先明確判斷相關利益內容與其狀態。又為謀求人民與行政間合作關係，在行政計畫程序啟動前，就共同追求目的、先決之事實與法律爭議可預為確認。從而兼顧依法行政與契約自由，調和公益與私益之平衡。就投資者或居民而言，對於計畫與投資之安定性，存有相當穩定與可期待之需求。就計畫主管機關而言，只能就居住、工商等利用預為規劃，至於該筆土地實際利用；需要私人積極而主動參與。就此等合作之需求，為行政與司法實務所認同<sup>24</sup>。

### (三) 法律性質之判定：可比性基礎

上述兩類行政行為均為涉及規範之契約，有學說指稱為義務契約與處分契約<sup>25</sup>，視為行政契約的兩種對照類型：本於二自治團體間合意的社會法上規範契約發生法令公布之效果，直接對第三人發生抽象規範效力，可認為處分契約<sup>26</sup>。建築法上規範制定契約係使行政機關負有制定法令義務，規範制定權雖屬於契約內容，但尚未發生權利形成的效果，還需機關之契約履行行為，故判定為義務契約。惟其可比性基礎何在，值得深究。

以契約類型作為比較基準，係援引民法概念進行單純分類，不僅模糊兩種行政行為的本質，更加預設二者皆為行政契約的立場。解決之道，應先判定系爭契約之法律性質，是否確屬一行政契約或規範制定之特殊形式（*sui generis*）。方得確認行政程序法的可適用性或按法律保留原則界定是否合法行使——是否合法締結契約或合法制定規範。

---

24 BGHZ 71, 386 (393); BVerwGE 45, 309 (317).

25 Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 23.

26 Lothar Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 37.

按行政契約約定對象，限於個案性質之「公法上法律關係」（行政程序法第135條），充其量以定型化行政契約代替一般處分。規範契約標的為醫療服務質量水準與給付標準一般抽象之約定，對於締約主體之各自成員發生法規範效力，作為具體履行公法上對待給付義務之前提。契約內容原本應如同主管機關制定健保法令之內容，只是課予二締約主體實現委任立法之任務<sup>27</sup>。雖然締約雙方依公法法律負有協議之義務，存有廣義之公法上法律關係；究非就具體事件之權利義務發生行政法律關係，故宜稱為公法契約或「規範屬性之公法契約」（*Öffentliche Verträge mit Normcharakter*）<sup>28</sup>，以示與行政程序法上行政契約之區別<sup>29</sup>。

反之，規範制定契約標的為人民與行政機關以公私土地互易方式，作為變更都市細部計畫前提。土地互易目的在於細部計畫能應人民期望作出變更，二者間有緊密關聯性。依照司法院釋字第156號解釋之意旨，計畫如「如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔」即具有行政處分之性質。而德國法上計畫決定以自治章程方式作成，稱為規範制定契約。計畫處分既為行政處分之一種類型，自得依照行政程序法第135條、137條再行判斷是否依其性質得為締約與約定適法性。約定內容為設定行政機關負有（不）制定特定計畫之義務，並非直接發生權利變動效果之處分契約，核屬行政契約中的義務契約<sup>30</sup>。

27 *Klaus Engelmann*, *Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil I)*, NZS 2000, S. 1 (2 f.); *Klaus Engelmann*, *Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil II)*, NZS 2000, S. 76 (77 ff.).

28 *Rainer Hess*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, 85. Aufl., 2015, § 82 Rn. 9.

29 認為行政契約，但未見說明者，如張道義，德國健康保險法支付制度法律關係的分析，臺大法學論叢，30卷6期，頁233（2001年）；張道義，德國健康保險法「聯邦醫療服務基本協定」的規範分析，臺北大學法學論叢，51期，頁41（2002年）。

30 *Gurlit* (Fn. 19), S. 32 ff.

判斷二種行政行為之屬性，涉及行政程序法的可適用性問題<sup>31</sup>。按我國行政程序法與德國法制在規範對象上不盡相同，除得為行政法法律關係得喪變更之具體行政行為外，更兼及命令制定權之規範。故原本所謂義務契約與處分契約之辨，比較基礎不在於行政契約，而更是適用何種行政程序之問題。即適用行政程序法第三章「行政契約」或第四章「法規命令及行政規則」。惟其共同之處，在於行政行為之單方性與自主性之理解，以下分述之。

## 二、命令制定權之單方性

命令制定權之性質首先為單方性。行政程序法第四章規範委任立法之對象限於行政機關，地方制度法賦予自治規章制定權亦僅限於市政府或鄉鎮市公所，私人僅得參與制定過程，並無、亦不得有共同制定的可能。參與規定限於同法第152條第1項之提議或第155條、第156條之聽證。此二規定彰顯法制定之獨占（*Rechtsetzungsmonopol*）性，且意味制定者與受規範者並非同一，與契約合意相互拘束顯然不同。單方性乃本於責任政治、建立起國家權力行使得以回溯之國民主體之聯繫，此一最終決定權，不容個別團體或人民干預而遭架空<sup>32</sup>。綜言之，責任政治、單方行使與片面拘束力之間，存有接續之重要關聯性。案例類型是否悖於單方性要求，須從正當性水準與其虧損觀察。

### （一）規範契約的正當性水準

民主正當性內含有可被量度之特性，稱為民主「正當性程度」（*Legitimationsniveau*）。程度特性表明國民主權、民主的國家統治

31 *Hans-Joachim Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2014, § 54 Rn. 86. 而規範契約不僅止於對契約雙方發生拘束力，同時對於構成契約主體之成員發生一般法律規範，自無行政程序法之適用。因此二者之容許性判斷基礎，自然有所分別。*Axer (Fn. 10)*, S. 62.

32 *Markus Möstl*, 2. Teile: *Normative Handlungsformen*, § 19 Allgemeiner Teil, in: *Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2010, Rn. 1.

與被統治的歸屬關係，民意或因層層轉遞不符原初意思，而有逐漸枯竭、最終喪失調控國家權力行使的風險。故程度特性意味著民主正當性自結果的回溯眼光，須能維持在一個合理程度<sup>33</sup>。反之，若經規範性判斷有不圓滿之狀態，稱為正當性缺損（*Legitimationsdefizit*），亦即基於民主原則設置的調控機制，經判定其低於憲法所要求之警戒線。如產生缺損須經彌補，故司法院釋字第613號解釋稱：「綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始不致於違憲。」

判斷國家權力行使是否達到一定正當性水準，須從人事因素與內容因素綜合判斷。規範契約（例如「基本協約」之例）之締約人以約定方式行使法令制定權，其非直接向國會負責之內閣，而是健保醫師公會與保險人協會二公法人。各該公法人成員雖非國民全體、而是部分國民，似與組織人事正當性有違。Winfried Kluth乃提出「集體人事正當性」（*kollektive personelle Legitimation*）論點，可資參考<sup>34</sup>：自治行政本於當事人原則，可因特定人身特徵而得以合理定其身分。如經立法者掌握而定其「法定成員資格」，即為國會法律傳遞之集體人事正當性，組織人事正當性之鎖鏈並未中斷。至於事理正當性要求國家公權力決定之內容必須回溯至民意，此係指法定任務、權限賦予和監督機制三者。此處立法者針對健康保險之自治任務、並非如同地方自治團體所有生活事項賦予其廣泛形成之權限，亦即僅限於「醫療服務」與「報酬」；各該公法人在其授權範圍內仍為單方行使法令制定權，而以要約或承諾形式體現。整體而言，並未違反單方性。

---

33 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, § 24 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR II, Verfassungsstaat*, 3. Aufl., 2004, Rn. 23.

34 *Winfried Kluth*, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1996, S. 374 ff.

## (二) 規範制定契約的民主正當性缺損

與上例不同之處，在規範制定契約中，私人係本於基本權地位，並無法律授予制定權之情況。原本基本權主體得因程序保障，於適度範圍內影響行政決定，而構成行政程序法中的「民眾參與」(Partizipation) 程序，與專家鑑定及利害關係人之參與相同<sup>35</sup>。但程序參與僅使得參與主體影響而非拘束行政機關，行政仍保有最後決定權。由於專家與利害關係人均非民主正當性主體的「國民」意義，許其參與之目的，在於要求行政能預先考慮因決定做成可能碰觸的相關利益。為保證民主調控機制的回溯可能性，自不容許其他非正當性要素的滲入干擾。如今以契約方式，則不啻與行政共同為規範制定，為國家行使權力夾帶特定利益的考量，與民主調控機制的中立性相悖。關於規範制定契約容許性，現已經在德國建築法中明確排除，該法第1條第3項第2款稱：「人民對公布都市計畫與都市計畫章程，無請求權。以契約合意者，亦同」。

但為避免降低投資人在都市計畫上的合作意願，補救之道，唯有將規範制定契約解為承諾<sup>36</sup>，或者限於「未賤售公權力」的範圍內。承諾，為行政機關向相對人就特定事項明確表示自我拘束之意思表示，促使計畫主管機關順利開始與進行計畫程序。相對人僅取得是項程序進行請求權，行政機關所提供者只是「行為基礎」、而非實際投資內容之對待給付。故對行為基礎之存在、未來必然或不一定發生時，發生根本性變動時，針對此類情事變更——如有事實變更將不為擔保或法律變更後不能擔保時——主管機關不受其拘束。

後者如計畫契約之適法性，限於不妨害計畫保留之前提下，契

35 調查事實與證據 (§§ 36-43) 以及聽證程序 (§§ 54-66)。

36 *Jürgen Becker*, Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV 1985, S. 1003 (1010).

約得作為提出之前、或為計畫制定後之實施措施<sup>37</sup>。我國實務上有類似「變更都市計畫、開發工商綜合區協議書」<sup>38</sup>之作法。業者向計畫擬定機關申請變更都市計畫，雙方約定業者負有於計畫變更後的捐贈義務，除能實現憲法第143條第3項漲價歸公原則，並作為核定機關變更都市計畫之一部內容；倘計畫未獲變更，則申請人無須捐贈。因計畫擬定機關就土地權利人之捐贈回饋僅表示同意，倘若契約中並未協議擬定或核定機關負有公布、變更都市計畫之義務，欠缺對待給付之特徵，應解釋為跛足互易契約<sup>39</sup>。

### 三、裁量權之自主性

行政裁量權賦予行政機關在要件滿足後，依據當下情況、衡酌諸般利益後，實現符合規範目的之行政任務。裁量之法律形式可涵蓋所有行政行為之類型，不限於行政處分。

此處規範契約與規範制定契約分涉命令制定裁量與計畫裁量，亦即以公法契約或行政契約方式行使裁量權。癥結在於裁量權行使是否、在何等條件下須有其他機關或人民之協力。規範契約之例，

37 §§ 11, 12 BauGB.

38 請參閱法務部「行政程序法諮詢小組」第二十五次會議紀錄，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26649&ctNode=27997&mp=001>（最後瀏覽日：2014年9月21日）。命人民回饋之法律依據已經明定於都市計畫法第27條之1第1項。此次會議研析重點在於協議書法律性質，未論究適法性。會議之三點結論為：附停止條件之行政契約、事實行為與行政處分附款。按協議書約定過程確有人民為公法上意思表示。同理，擬定機關雖本可以負擔附款命投資人回饋，所擬計畫為一處分，核定機關因正當程序基於自治監督權之行使，如此方符合地方自治精神，非謂核定權足以使協議轉換為單方性之附款。故附停止條件之行政契約較能說明核定權未行使前，協議書處於效力未定之狀態。類似事例請參閱李建良教授「指定建築線」案，李建良，行政契約的概念、有效性及行政法上請求權，台灣本土法學雜誌，107期，頁67（2008年）。反之，若依據林明鏘教授所舉之例「市政府之給付義務為：土地使用分區區位及地目之變更『義務』」，則有經合意而架空計畫機關依法須衡酌相關公私利益的裁量權，自屬賤售公權力之範例。參見：林明鏘，都市計畫協議書之法律問題，軍法專刊，61卷2期，頁7（2015年）。

39 *Ulrike Bick*, *Städtebauliche Verträge*, DVBl. 2001, S. 154 (156).



立法者將法令制定權分別授予二制定主體、令其以契約方式共同行使，是否符合憲法正當法令制定程序？規範制定契約疑義在於：能否以行政契約約定計畫應當如何作成？若然，如何消除約定義務使計畫裁量權萎縮至零的疑慮？

### (一) 命令制定之裁量

法令制定裁量權、或稱命令訂定的形成自由<sup>40</sup>，為基於法律授權之行政自主性，係本於規範制定裁量（Normsetzungsermessen）。既非立法形成、亦不同於個案裁量。惟其裁量權須在授權法律之目的、內容與範圍內行使，因無需斟酌具體事件之情狀，從而具備法制定之性格<sup>41</sup>。行政程序法另規範程序參與規定如：人民或團體請求（第153條）、公告（第154條）可知：與個案性行政行為相較，命令為行政法法源內涵、構成認事用法之依據。行政規則雖亦構成法源成分，但既非對外發生效力之法規範（Rechtssatz）<sup>42</sup>，又僅闡明法律原意（司法院釋字第287號解釋）、表示見解與自行規律法律效果之活動。法令不但派生於立法權、為去集中化之立法；更以自主編程（Selbstprogrammierung）的形態，發揮法規創造力（rechtsatzschaffende Kraft）<sup>43</sup>之特質。如欠缺法令之補充與創設，授權法律之目的即難以實現，因此除拘束一般人民外，亦及於法官。釋憲實務將之定位於「執行法律之細節性、技術性次要事項」（司法院釋字第443號解釋），其實模糊法令制定之本質。法令制定享有自主

40 Möstl (Fn. 32), § 19 Rn. 25.

41 許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收於：憲法與法治國行政，頁219（1999年）。Ossenbühl則認為個案裁量為法律適用，法令制定仍屬規範制定。Fritz Ossenbühl, § 103 Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, Rn. 41.

42 Fritz Ossenbühl, § 104 Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, Rn. 36 ff.

43 李建良，法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集：憲政思潮與國家法學，頁655（2010年）。

性形成空間。僅在於規範事項、目的實現與範圍界定上受有邊際限制，要非羈絆委任立法的自主性形成空間。如果要呼應「法令制定程序之理論」<sup>44</sup>之倡議，而認有修訂現行制定程序之必要，則除美國法上命令制定程序可資參照外<sup>45</sup>，本文規範契約範例亦可一併思考。

## (二) 規範契約中的協力理由

法令制定者享有相當自主權，依據憲法意旨非不得合理調控。調控方法除授權明確性外，亦有賦予其他機關同意權而稱為需協力之法令。協力權多見於事後監督之國會同意權，其同意權益使法令之民主正當性含量為之「增值」<sup>46</sup>。規範契約中，法令制定因授權法律將制定主體、制定內容與生效要件分拆之意義，真意在於規範裁量權之適當行使，使制定內容經協力合意，而共同實現責任政治與社會自我調控。此種法令裁量權行使之外在界限須有特殊憲法上理由，癥結在於法令制定事項之特性，以合意更能符合自主性原則。

### 1. 理由一：實現保健責任之擔保機制

基於國家輔助性原則，國家若以架構社會上相互滿足供需平衡者即能滿足憲法任務者，即無需自承直接服務之角色。不僅如此，在協調雙方供需平衡時，雖得以單方法令制定，但不見得是唯一方

---

44 Schmidt-Aßmann教授發言紀錄，參見：Eberhard Schmidt-Aßmann, Aussprache in: Der Schutzauftrag des Rechts, VVDStRL 70 (2011), S. 356 (356); Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71 (2012), S. 456 (456).

45 葉俊榮、張文貞，環境行政上的協商：我國採行美國「協商式規則訂定」之可行性，經社法制論叢，10期，頁85（1992年）。

46 德國委任立法之監督，除如同我國中央法規標準法第7條規定課予單純送置義務外，協力形式如同意權保留、請求廢棄保留與國會聽證權保留三種，顯示國會介入法令制定程序的不同程度。許宗力，論國會對行政命令之監督，收於：法與國家權力（一），頁269-300（1992年）。

式（除本文的醫病關係外，勞資關係亦復如此）。因為國家無法完全明瞭供應者之能力、經費等因素，亦無法確切掌握需求者所期待的生活水準。

規範契約的立法例，彰顯了憲法對國家任務的承擔與實現制度之不同設計。在不更動任務存續狀態之前提下，就其實現途徑，除履行責任外，尚有擔保責任的二元現象。基於社會國原則，國家就民族健康擔負「保健責任」（憲法第157條），應實施公醫制度與推行全民健康保險制度（憲法增修條文第10條第5項）。保健責任的遂行，非必國家事事自行履行不可，而得以協調社會上服務提供者向需求者實現；惟國家就其服務關係之建立、方法、內容與效果，負有擔保責任<sup>47</sup>。協調機制可為市場管制或社會性管制，例如全民健保實施前與實施後的兩種情況。

## 2. 理由二：為團體協商之必要

次須辨明者，規範契約既然結合集體性與協商式的規範關係<sup>48</sup>。則待規範事項有何特質，竟能容許立法者選擇自治規章與相互協商方式，以取代法令制定之程序。此係基於有效整合與貫徹社會次級團體之利益，將其融合在憲法調控國家權力行使的框架內。這需要從國民健康與醫護服務外部法律關係，以及團體與其成員利益之內部法律關係，相互協調。它雖然立基於自治行政，但自治規章效力僅及於各團體與其內部成員。若要發揮相互拘束與一般性作

47 許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁91（2008年）；蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，122期，頁33（2009年）；林明鏞，擔保國家與擔保行政法——從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集：憲政思潮與國家法學，頁577-599（2010年）；詹鎮榮，國家擔保責任之理論與實踐——以民間參與公共建設為中心，民國99年度國科會專題研究計畫（2010年）。

48 BSGE 81, 54 (64); BSGE 83, 205 (208). *Winfried Funk*, § 32 Vertragsarztrecht, in: Schuln (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, 1994, Rn. 4.

用方式，須再輔以協商方式，且就其協商結果賦予法規範之效力，稱為「共同自治行政」(gemeinsame Selbstverwaltung)<sup>49</sup>。

### (1) 協商替代單方

第一個以契約替代之理由，係經立法評價而認為合意規制較單方規制為妥當<sup>50</sup>。法令效力乃本於從屬關係而帶有片面性拘束力。但在擔保責任原則之指導下，國家為實現給付行政，採取任務主體與履行主體分離的方式，將醫療服務委由個別機構與無數醫護人員作為集體履行主體，以滿足被保險人的需求。單方規範固然能就醫療行為與給付內容訂定基本框架，但醫療服務所需的人力、物力與財力等資源，既然本於實物給付原則，則現存資源的真實情況與其對價為何、如何評價提供醫療服務者的專業與承載能力，如全由單方制定予以落實，須在事實調查與認定之組織與程序予以彌補正當性缺損。例如現行全民健康保險法中健保會組織設立與審議事項(同法第5條)、審議前專家與公民參與程序(同法第24條第2項)、年度給付費用總額與分配(同法第60、61條)等做法。而以協商為基礎旨在相互確認需求程度與供應能力。立法者得斟酌原先自益性的追求與勞務交換的互惠關係，滲入公共利益的規制因素；既能兼顧雙方之利益交換，而交換正義的本質不因此而改變。

### (2) 集體替代個別

第二個契約替代之理由，為集體協商制度替代個別協商<sup>51</sup>。亦

---

49 Peter Axer, in: Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, S. 115 (115 ff.); Peter Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: Matthias/Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339 (339 ff.).

50 Volker Neumann, Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung? Verfassungsrechtliche Grenzen der vertraglichen Rechtsetzung in der gemeinsamen Pflegeselbstverwaltung und Alternativen, 2002, S. 43.

51 BSGE 81, 54 (64).

即規範契約下公法人存立與現行健保定型化契約之相比較。按自治行政之本質，係立法者就利益同質性者，經合憲評價認為以自主決定比較單方下命，更能實現社會生活控制目的；遂行使組織權設立公法上自治團體、賦予規章制定權，自行規範其共同生活事項，並取得受規範者之信服。而法令之制定，仍係基於規範事物為國家任務須有公權力行使不可之高權屬性<sup>52</sup>。雖然在區分一任務究竟應為國家或自治事項，立法者本於憲法適用享有相當裁量權，從而法令與規章間具有「法律形式的可交換性」<sup>53</sup>，難以有劃分標準，例如過去本於警察法的國民健康命為自來水強制接取，現已經納入地方自治的生存照顧任務<sup>54</sup>。就本文之例觀之，自治行政原則能適切扮演促進社會安全的角色。或有謂個別協商健保合約，也能實現此一目標，但定型化契約形式上雖為個別協商，但實際須一再重複大體上同一約定內容的締約行為，除非定型化契約先前真正落實雙方之利益確認過程，否則與單方性法令之作用無異。

### (三) 計畫裁量權與協力界限

至於計畫裁量之自主性，在地方自治法架構下，為本於地方事務與日常需要所致，而以「分析和預測方式發展方案，以資為個別事件預定其框架與指明目標」<sup>55</sup>，需要透過「以制度性行使開展長期策劃思維」<sup>56</sup>。自主形成權涵蓋「是否」與「如何」行使裁量權，並未預設不得以約定方式，只是須有憲法上正當事由。

---

52 *Peter Badura*, Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, in: Selmer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 25 (28).

53 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtssetzungsbefugnis, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis: Kommunale Aufgaben und Praxis, Bd. III, 2. Aufl., 1981, S. 182 (191).

54 *Schlette* (Fn. 25), S. 205.

55 *Eberhard Schmidt-Aßmann/Christian Hans Röhl*, Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 23.

56 *Möstl* (Fn. 32), Rn. 27.

不論如德國將細部計畫定性為自治章程，或如我國為行政處分的情況，細部計畫為「空間計畫」的一種，是從整體觀點規劃一地區內的生活秩序，而綜合型塑與規律土地之利用方式，係法律授與地方自治團體諸種自治權限中的計畫裁量權。計畫裁量之特性繫於「具體事件之觀點」(Angesicht der konkreten Sachlage)進行「互相關與彼此」利益權衡方式，實現土地利用的最佳化<sup>57</sup>。因裁量對象限於一定地區內各類公私利益，相較之下，法令無需考量個案前提之形成空間更為寬廣<sup>58</sup>。

在規範制定契約中，不因協力一方為人民而當然違法無效。理由初不在於計畫之單方高權特性，行政契約中雙務契約本即替代隸屬關係中之行政處分。裁量權之賦予即在於斟酌事件特性而能自主形成，而締約對象自由與內容形成自由不必然違背、而可能體現自主性。換言之，判斷契約形式之裁量權行使之適法性，還須回到行政程序法第135條所謂「依其性質」之解釋。若符合一定前提下，非不得作為計畫擬定之形式<sup>59</sup>，亦即：

#### 1. 未規避計畫程序規定之前提下

計畫裁量深受程序法所調控。法令制定或計畫裁決之共同性，須先踐行特定、長期而複雜程序始得發布。其中公開程序與聽證程序<sup>60</sup>，旨在從相關之行政主體與利害關係人之處，取得判斷所需之事實資料。故立法者從資訊取得與利益代表二點，作為規制計畫裁量的前置性手段。此為行政程序法第154至第156條，與第164條之公開與聽證程序規定之所由設。就計畫裁決之程序規範，須經必要性判斷、與上位區域計畫相互一致、與比鄰地區互相協調下進行

57 BVerfGE 70, 318 (328).

58 Thomas von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 174.

59 Papier (Fn. 20), S. 501.

60 行政程序法第164條第1項；都市計畫法第19條。

外，旨在確保計畫決定過程之開放性，合理影響以公開程序為必要，包括大型設施之許可或大眾捷運興建計畫等事例。設若將計畫程序權行使作為約定內容，自屬「行政之預先拘束」<sup>61</sup>，為重大違法而無效。

## 2. 未排除利益權衡要求之前提下

規範制定契約最主要的疑慮，不在於義務契約特性使締約人民向計畫機關有請求發布或變更計畫、貫徹利益之請求權；而是因契約先於計畫之發生，極易使其事實上排除其他公私利益自居優先地位，得逕自越過正當行政判斷過程，自始拘束將來計畫作成或作成一定內容之計畫。計畫權行使為一複雜的意思形成過程，需要探知與評價利益，適法性須以依法權衡利益原則，包括利益衡量過程與衡量結果為準據<sup>62</sup>。行政契約內容決定自由自受其限制。計畫之適法性要件雖未如行政程序法第140條設有第三人同意條款，但從後果取向以維護第三人利益意旨以觀，都市計畫法第1條「均衡發展」與德國建築法第1條第7項之權衡要求<sup>63</sup>，卻是相同。相較於其他法適用活動，法令與計畫帶有高度形成特性，不採取完全法條的規範方式，愈發顯示行政判斷根據基礎的重要性。舉凡利益衡量原則之階段：一、合理調查相關利益；二、合理提出衡量觀點；三、評價各該利益之重要性程度；四、合理權衡相衝突之利益等若能維護，規範制定契約始能合法。反言之，契約約定如造成計畫機關未為衡量（*Abwägungsausfall*）；且因獨取締約人民利益，未能取捨相關利益而構成衡量缺損（*Abwägungsdefizit*）時，構成衡量瑕疵而違法。在此意義下，計畫程序之開始與作成，不得約定。除此之外，都市計畫之準備與執行階段（德國建築法第11條第2項第1

61 *Bick* (Fn. 39), S. 155.

62 BVerwGE 34, 301 (309); BVerwGE 45, 309 (314 f.); BVerwGE 48, 56 (63 f.).

63 *Klaus Finkelburg/Karsten-Michael Ortloff*, *Öffentliches Baurecht*, Bd. I, 5. Aufl., 1998, S. 31 ff.

款)，例如計畫草擬、草案前調查、民眾參與、重劃提出與開挖整治等，非不得為約定事項；對解釋我國都市計畫法第24條至第26條關於變更細部計畫之規定，權利關係人之申請擬定與變更權、異議權與人民之建議權有其參考價值。

### 3. 契約形式之禁止

立法者得規範（契約）形式選擇作成行政行為。法規範有無禁止或容許人民共同形成法律效果，須從法律解釋方法著手。都市計畫法規定須以「計畫擬（訂）定」形式，規範效力既有其一般性與抽象性，即不得以契約代替計畫，這與個案中契約與處分間有形式交換性不可相提並論<sup>64</sup>。

### 4. 不真正規範制定契約之例外容許

倘約定行政機關在契約期限內不公布特定法令，但相對人負有特定作為、不作為或忍受義務者，為不真正規範制定契約。亦即未約定應訂定何等內容、而是「是否」與「何時」訂定法令。按制定裁量權並非羈束裁量，行政無制定之作為義務<sup>65</sup>。本於必要性原則，如經由雙方接觸商談後，認為不制定法令而改以約定人民自承一定行為義務，亦能使實現法秩序期待之狀態時，自然可暫不規範，維持當下之法律現狀（*status quo*）<sup>66</sup>。學說雖有稱為「規範替代契約」（*normensetzender Vertrag*）<sup>67</sup>，惟易使人混淆為將原本待定法令改訂於契約條款中。實則契約無從替代任何法令可言，締約目的實為「規範規避」<sup>68</sup>。此類契約見於環境法中的自然保護契約（*Vertragsnaturschutz*），為一特殊環境管制措施。由環境主管機關與

64 *Birk* (Fn. 20), S. 1979; *Gurlit* (Fn. 19), S. 262, 370.

65 許宗力（註41），頁210。

66 *Scherer* (Fn. 20), S. 5.

67 *Scherer* (Fn. 20), S. 4.

68 *Schlette* (Fn. 25), S. 206.



土地使用人合意保護自然與生物群落區，在特定期間內由人民對約定土地、農田或河岸區進行環境維護工作，而行政機關以工作種類支付報酬，作為景觀保護之對價。

### 參、私人規範與行政判斷權

基於依法行政與人民權利保障原則，行政機關須正確適用法律。適法解釋法律要件之前提須具備客觀判斷能力、堅實的專業知識。但現實中頗不乏向職業團體取經就教，援引既有社會公認之技術與安全標準之例。法定公認標準非必為國家制定標準，而是特殊的私人規範；倘經行政機關援引作為構成要件該當性之解釋基礎時，將從判斷餘地轉為「援引餘地」之有無。因而私人規範如何能構成行政法法源之成分，即為原屬私法自治之規範能否經由法律化後，獲得行政機關適用之問題。以下謹探討立法者、行政與私人規範間的框架條件應如何架構、私人規範法律化的證立理由。

#### 一、私人規範之引用

##### (一) 引用審計準則之爭議

在最高行政法院98年度判字第333號的判決中，事實略為：二位會計師受託查核某公司民國93年上半年度財務報告，經行政院金融監督管理委員會審查認其執行查核簽證業務，對於該公司應收帳款讓售之交易性質未予查明、未執行鉅額現金收支之查核程序等行為，違反一般公認會計原則；就未予以更正、未將帳列存出保證金卻逐期攤銷之異常探討其會計處理是否合理，違反行為時會計師查核簽證財務報表規則（簡稱「查簽規則」）及一般公認審計準則公報（簡稱：「審計準則公報」）相關規定，有錯誤疏漏情事，乃依證券交易法第37條第3項第2款規定，分別處以停止二年辦理證券交易

法所定簽證業務之行政處分。

關於這號判決，法院見解如下：「查簽規則係依證券交易法第37條第1項、第2項<sup>69</sup>及會計師法第8條第2項（按：現行第11條第2項）具體明確之授權而訂定，與法律保留原則無違，亦不生授權是否明確之問題。又查簽規則第2條第1項（新法第6條）所定<sup>70</sup>，係引用已存在之財團法人中華民國會計研究發展基金會研訂發布之審計準則作為其法規之內容，並非主管機關為會計師查核簽證財務報表而另行委託該基金會制定審計準則，自不生再授權委託制定行政命令之問題。且審計準則既經主管機關於訂定查簽規則時採為該規則之補充內容，是該規則已將審計準則訂為法規之一部分，並非將不屬於行政法法源之審計準則公報作為適用不確定法律概念（例如錯誤或疏漏）之認事用法之準則性依據<sup>71</sup>。原處分以上訴人查核公司財務報表有以上諸多違規事實，依查簽規則及已訂為查簽規則之補充內容之審計準則相關規定，核有廢弛業務上應盡之義務而發生嚴重疏失，嚴重誤導財務報表使用者及影響證券交易市場秩序，遂於法定處罰範圍內，裁處上訴人停止二年辦理證券交易法所定簽證業務，尚難謂有違比例原則。」

於上開判決中，最高行政法院認定依據證券交易法與會計師法授權主管機關所制定之法規命令（查簽規則），其中第6條援引他項規定（一般公認審計準則）作為行政法法源。誠如最高行政法院所言，主管機關確無經再授權委託制定法令。惟法令制定時得否、在何等條件下援引法律授權範圍以外之規定？一般公認審計準則能否

---

69 證券交易法第37條第1項規定為：「會計師辦理第三十六條財務報告之查核簽證，應經主管機關之核准；其準則，由主管機關定之。」第2項規定為：「會計師辦理前項查核簽證，除會計師法及其他法律另有規定者外，應依主管機關所定之查核簽證規則辦理。」

70 規定內容為：「會計師辦理公開發行公司財務報告之查核簽證業務，除法令另有規定外，應依一般公認審計準則辦理之。」

71 粗體為作者所附加。

因主管機關之引用，就當然成為法令之「補充內容」、成為「法規之一部分」？最高行政法院是如何認定一般公認審計準則為行政法法源？制定審計準則之「財團法人中華民國會計研究發展基金會」之法律地位<sup>72</sup>如何？均指向行政法上私人規範之定性與法源之關係。此處先略述私人規範概念之意涵，次論憲法就法秩序繼受私人規範的調控。

## (二) 私人規範之概念與法律性質

私人規範（private Regelwerke）係指私人間非按照國家法律（令）制定程序，但在法秩序範圍內自行合意制定之一般抽象性規範<sup>73</sup>，諸如包括社團與公司章程、宗教教義與戒律、行業守則（codex）、技術標準、或體育競賽規則（包括象棋、橋牌）等，僅對於其社團成員或活動參與者發生拘束力，為社會自我組織與管制的典型方式。從行政法法源觀點來看，私人規範不具備法效力。此因私人規範仍為私法自治或行使結社自由之結果，具有基本權正當性。如使私人規範成為行政法法源之一部分，則待探討問題略有：

1. 緣何行政法法源有接納私人規範之必要（下述（三））；2. 私人規

---

72 按其網站敘述基金會成立緣起，乃民國70年初，多家外商銀行依據我國執業會計師簽證之財務報告放款，卻發生呆帳情事，因而建議財政部應速謀改善會計師之查核品質。財政部迅即召集中華民國會計師公會全國聯合會、臺灣省會計師公會、臺北市會計師公會理事長，多次研商後決定推動設立會計研究發展基金，期望藉由公正獨立之準則制定機構，制定財務會計準則與審計準則，以促進我國會計與審計實務水準。民國72年底，在財政部召開「全面提升會計師制度計劃」會議，成立9人籌募小組。民國73年2月，臺灣省及臺北市會計師公會同時召開會員大會，由理事長當場向會員募捐基金，隨後並獲得若干工商團體及企業之贊助支持。同年4月，召開「中華民國會計研究發展基金會」成立大會。同年5月向臺灣臺北地方法院申請「財團法人中華民國會計研究發展基金會」設立登記，正式成立。見財團法人會計基金會網站，[http://www.ardf.org.tw/info\\_origin.html](http://www.ardf.org.tw/info_origin.html)（最後瀏覽日：2014年7月26日）。

73 *Ferdinand Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, S. 108. 與此相對者，是尚待具體化規範。民法公序良俗條款屬於此等典型之例，但無文本化的可能，且須個案判斷，不在討論之列。其次，以立法程序或法令制定程序作為判準，較其他定義為精確。

範成為行政適用依據的容許性要件為何（下述（四））？

### （三）引用作為繼受私人規範與其緣由

憲法以功能性觀點區分國家與社會之關係，國家法規範與私人規範間處於平行存在卻又相互聯結之複雜關係，憲法基礎為國家法之獨占性與私法自治原則，但如有特定憲法緣由時得為必要聯結。聯結方式須透過國家規範制定程序，經立法與法令制定程序之採納或承認，私人規範方得法律化、發生法律效力，此係指自治行政與規範繼受<sup>74</sup>。自治規章的法源構成過程，須預先以法律設立自治行政團體、賦予其自治權限，方得在法律授權範圍內制定規章。至於規範繼受，乃國家欠缺預定之規範計畫，而採納「法律之外」的社會既存規範，經法定繼受過程後始成為行政所得適用之法。

#### 1. 規範繼受之緣由

傳統行政法之規制重心，是就現有社會事實進行合法性調控。立法者採取不確定法律概念的調控方法並不違背法明確性要求，行政機關之解釋仍受法院審查，此乃預設待規範事項之本質得為國家完全掌控。惟待規範事實中不僅有其先於或平行於法秩序之發展規律、或者社會團體自行形成之觀點、更有其不可預測、而處於隨時更新汰舊之性格，在科學與技術領域尤其如此。立法者仍採取不確定法律概念予以掌握，但此類條款是否不同於以往的規範模式？調控能力能否確實達到預期效果？此時除重新省思規範方式、審查方法外，在一定條件下非不得考慮繼受私人規範。繼受的理由因此如下：

第一、法律調控能力機制的改變：鑑於規範事物之特殊性，公法學界省思事實認定是否存在唯一正確性。如果合法性控制不再是

---

<sup>74</sup> 以下所論繼受國際法規範與私人規範二者，乃至於包容或轉介模式，在形式上殊無二致，均涉及國會保留與法律適用的前提。

以正確性為判準，則立法者真意僅在於設定框架秩序，旨在要求確定事實過程與綜合判斷因素為合理即可。則規範性授權規定應重新理解，不能一味悲觀地認為是法律無力性，而寓有為達到行政目的而容許跨領域學科參與調控之餘地<sup>75</sup>。

第二、法適用者的認識有限性與滯後性：由於待判斷事件的專業性，須經評價行為之填補，而法適用者未能全盤掌握事實認定之基礎。相對的，私人規範有其自發性且先於法律而存在，此為應付交易便利需求，針對商品、服務與製造程序進行共通性設計，自我促進產業發展與整合之原因。僅有當待規範之現象發生時，方才發生法律制定與適用之活動。

第三、被規範者的可接受性：可接受性是從法律系統產出（out-put）角度，觀察被規範者是否信服法秩序與其程度。此係指法秩序（包括法制定或法適用決定）能得到理性國民之同意，屬於個人與集體法心理取向的衡量與評價，形成對法秩序間否定、信服、保留等不同程度的判斷<sup>76</sup>。

## 2. 法制定之繼受方式

從規範方式來看，連結法律體系內二種內容與效果互異的規定者，得經由準用條款達成，例如行政程序法第127條第2項規定：「前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定」。準用條款原本與私人規範無關，是指稱立法者不自行制定法律、而是概括性地連結法律體系內的特定規範，構成二種不同性質規範間之指涉關係。若聯結對象為私人規範，本文為區辨起見，特別稱為「轉介」。對於規

75 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, §10 Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 10 Rn. 83 ff.

76 *Thomas Würtenberger*, Die Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen, in: Hof/Schulte (Hrsg.), *Wirkungsforschungen zum Recht III – Folgen von Gerichtsentscheidungen*, 2001, S. 201 (201 ff.).

範適用者而言，轉介規範（*Verweisungsnorm*）向其明確指示應遵循另一被指規範（*Bezugsnorm*）。被指規範成為轉介規範的構成部分，在法源上具有同等位階、取得相同適用效力<sup>77</sup>。轉介規範之法律保留程度，略有下列兩種，使得適用受到不同程度之適用指示：

（1）法規變動之保留程度：轉介規範與被指規範之結合，使得事後修改被指規範時，仍直接對適用對象發生效力。故立法者是否事先預知並保留決定，事關法律適用機關之援引行為、亦關乎被規範者法益甚鉅。依照轉介規範對被指規範調控程度之差別，可為靜態轉介與動態轉介<sup>78</sup>。靜態轉介（*statische Verweisung*）是被指規範的效力，繫於「當時有效施行」之轉介規定，又稱固定轉介（*starre Verweisung*）。轉介規定內容既限於被指規範之特定版本，故須明定被指規定之名稱，公布日期或有效期間，以保留轉介當時或特定期間內的決定，被指規定處於類似限時法之狀態<sup>79</sup>。而動態轉介（*dynamische Verweisung*）是立法者就轉介規範之內容，允許被指規範者自行決定；在時間上，轉介規定之制定者既無法事前知悉被指規定變動與否，亦不欲有效控制。其規範模式如：「甲規定之內容依照有效的乙規定而定」（*in der jeweils geltenden Fassung*）。倘被指條款內容變動時，將自動發生修改轉介規範之法律效果，適用者則須按照任何變動中的被指條款執行。例如我國中央法規標準法第17條規定：「法規對某一事項規定適用或準用其他法規之規定

77 BVerfGE 47, 285 (309). 鄭玉波，法學緒論，4版，頁65（1994年）。Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，頁158（2008年），稱「指示參照」。蔡志方，科技法律與理論之比較研究，國立成功大學出國研究報告，頁135（2004年），稱「轉致」。

78 Thomas Clemens, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften – insb. Ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR 1986, S. 63 (65); Winfried Brugger, Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat, VerwArch 1987, S. 1 (4).

79 立法例如 §§ 3, 4, und 6 der 10. Die Bundes-Immissionsschutzverordnungen (BImSchV).

者，其他法規修正後，適用或準用修正後之法規<sup>80</sup>。」此一條款中準用者，僅限於同屬法源秩序中的「其他法規」；如果是轉介到私人規範時，已經超越單純的立法經濟意義，而存有立法不作為的重大瑕疵<sup>81</sup>。

(2) 適用要求之程度：轉介規定在指示適用被指規範時的拘束強弱程度，以及行政決定空間的寬窄，亦有如下可能：

第一、應遵循私人規範之義務：例如關於第一類電信事業之規範，電信法第14條第7項：「前項管理規則之訂定，在開放經營之業務範圍內，應遵守國際電信聯合會所定技術規範及技術中立原則……。」

第二、授權行政得自行指定私人規範：例如圖書館法第6條：「圖書資訊分類、編目、建檔及檢索等技術規範，由中央主管機關指定國家圖書館、專業法人或團體定之。」或者由私人申請經機關核定：再生能源發展條例第8條第4項規定「第一項併聯之技術規範及停機維修期間所需電力之計價方式，由電業擬訂，報請中央主管機關核定。」

就此觀之，私人規範因轉介規定的制定，將產生幾種作用：

第一、從實體觀察：立法者不為構成要件之制定，轉由被指規範補足其空白闕漏，係屬不真正立法不作為。不作為之理由為避免二種性質相類事項重複為相同之規定，或避免掛一漏萬之規定。被指規範經由立法援引成為轉介規定之一部分，轉介規定之適用範圍因而擴大，具有填補轉介規定構成要件的意義。與包容或轉換方式

80 立法例如 §§ 7 V BImSchG, 19 IV Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz - ChemG).

81 *Fritz Ossenbühl*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1967, S. 401 (402).

相較，轉介規定減輕立法負擔，卻也增加受規範者可預見性之認識困難。

第二、就規範位階觀察：被指規範取得如同轉介規範之位階，卻也失去原有規範的獨立性，適用機關須遵循被指規範的適用要求。

第三、就法效性觀察：被指規範既取得轉介規範之法效性，則規範相對人違反或遵守被指規範時，即視同違反或遵守轉介規定。

#### (四) 標準授權規定作為法適用之繼受基礎

立法者如以法定轉介條款繼受私人規範，固可滿足法律保留之要求。但仍有若干遺漏之處：

第一、設若立法者採靜態轉介條款，俾確保法明確性與法律保留原則，卻難以應付經常變動之情況，故其運用常限於國際標準團體所公布、可合理期待不輕易更迭之規範。

第二、動態轉介條款之特性為預示轉介（*Antizipierte Verweisung*）。所謂「預示」，係指事件發展正如同立法者期待而不違背其本意。故轉介規範內容因被引規定的隨時修訂而連動，無庸立法者事後再行審視。雖說足以因應快速變遷的規範事件、滿足規範經濟之要求。但卻換得「制（定）後不理」現象，實際將其規範權限全盤移轉於被指規範，實際規避重要性保留原則。

另一思考方向是，能否循經法適用途徑繼受私人規範？繼受依據首先為習慣法。私人規範的確可經由習慣法之確認而進入法源體系，惟其前提乃假設不特定多數人（如工程師）就私人技術規範有長久反覆慣行事實，且具有法之確信心，更因高度專業性而必然受法院適用而取得法效力。固然私人技術規範始終存在，但其規範內



容難謂有「反覆慣行」之特性<sup>82</sup>，私人規範之存在事實無法等同於習慣法。作者以為繼受之法律依據可為：存有法定標準授權條款，再結合「規範具體化的轉介決定」次第實現。

### 1. 從判斷授權到標準授權

在不違反法明確性與法律保留之前提下，立法者就待規範事件之狀態，例外賦予行政權較為寬廣的評價空間，向稱判斷授權（*Beurteilungsermächtigung*）規定。判斷授權規定之有無，應從法律解釋方法探求；尤其是使用概括條款時，可認為有授權之表徵（*Indiz*）。惟判斷授權規定遍及諸多特別行政法領域，立法者未必有意全面授權行政繼受私人規範。在建築法與秩序法之概括條款所規範者，多為經驗性概念，得受法院全面審查；即便是建築法上建築技術的工法與設備規格，雖然富含專業性，卻多能從長年累積之經驗、甚至試驗報告中確認。再者，不確定法律概念條款亦非徹底擺脫司法審查。同屬於概括條款者，須視立法者是否僅有、只能為一般性框架規範，而且賦予行政機關積極採行一切必要措施以資調查與評估。因此「不可經驗性」與「積極填補與創設之需求」構成聯結私人規範之管道<sup>83</sup>。屬於此類者如科技發展狀況、安全程度與各式法定標準，例如德國原子能法第7條第2項第3款「依科學與技術之發展水平所必要之預防危害的措施」、「（一般公認）技術水準」<sup>84</sup>。此類規定在我國現行法中比比皆是，如下列幾項<sup>85</sup>：

82 *Gunther Teubner*, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*, in: *Simon/Weiss* (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*, 2000, S. 437 (437 ff.).

83 *Rainer Wahl*, *Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, *NVwZ* 1991, S. 409 (410).

84 §§ 3 VI, 5 I Nr. 2, 22 I, Nr. 1, 2 BImSchG; § 7a I S. 1 WHG, § 12 II KrW-/AbfG 14; § 7 FluglärmG.

85 須說明者，不少條款定有如「技術規範」者，未必構成授權判斷，更非轉介條款，反倒是授權機關制定解釋性法令之規定。主管機關自不得援引私人規範

(1) 稱為「科學技術」者

例如水利法第22條：「主管機關根據科學技術，認為該管區域內某水源之水量可以節約使用……」。環境用藥管理法第10條第3項：「依前項規定廢止之環境用藥許可證，於廢止原因消失時，原申請者得提出科學技術或實地調查結果之證實，向中央主管機關重行申請。」

(2) 稱為「國際標準」者

例如度量衡法第10條規定以「國際單位制」作為法定度量衡單位<sup>86</sup>。

(3) 稱為「通用、一般公認原則」

例如會計師法第48條「一般公認會計（審計）原則」、與證券交易法第174條第2項與其他金融法律規定<sup>87</sup>；建築技術規則建築構

---

者，否則違反禁止再授權原則。類此者不在少數。例如基於水土保持法第8條第1項規定「水土保持技術規範」；其他如大眾捷運法第24條之2；公路法第33條；度量衡法第14條第2項、第16條第2項、第24條、第25條第3項；鐵路法第19條。

<sup>86</sup> 該條條文第1項稱：「法定度量衡單位，以國際單位制之單位為準。但主管機關得就國際單位制以外之通用單位，指定為法定度量衡單位。」國際單位制（Système International d'Unités，簡稱SI，或公制）它是在1960年的國際權度大會中決定採用並推行的。在這套單位制中，將物理的單位分為（1）基本單位，（2）導出單位。基本單位共有七種，它們是長度、時間、質量、溫度、電流、物量（amount of substance）、光強度。

<sup>87</sup> 不動產證券化條例第26條第5項規定：「受託機構對不動產投資信託基金之淨資產價值，應按主管機關依前項核定之淨資產價值計算標準、有關法令及一般公認會計原則計算之。」企業併購法第28條：「公司之子公司收購公司全部或主要部分之營業或財產，符合下列規定者，得經公司董事會決議行之，不適用公司法第一百八十五條第一項至第四項應經讓與公司與受讓公司股東會決議之規定及公司法第一百八十六條至第一百八十八條之規定：一、該子公司為公司百分之百持有。二、子公司以受讓之營業或財產作價發行新股予該公司。三、該公司與子公司已依一般公認會計原則編製合併財務報表。」金融資產證券化條例第83條第2項：「前項資產之移轉，其會計處理應符合一般公認會計原則。」與鐵路法第43條：「國營、地方營及民營鐵路之會計制度，應依相關法令、會

造編第1條規定「業經公認通用」之設計方法；食品安全衛生管理法第22、24、26條規定除中文外以「通用符號」標示<sup>88</sup>；名稱之使用以「通用字典」所列文字<sup>89</sup>；引水船應懸掛「國際通用」之引水旗號（引水法第9條）。

此類判斷授權規定之特性，為賦予行政權積極建構通案的法認識標準，而非單純個案涵攝或抽象解釋法令，此如評分與評分標準之區別。行政權進行標準化（*Standardisierung*）或標準建立（*Maßstabsbildung*）之規範活動，為制定統一與特殊規定之過程、活動與結果；精簡事物類型以避免紛亂現象，或建立共通之認識基礎<sup>90</sup>，正符合法明確性之要求。但標準與法秩序間，並非處於等同之關係。制定標準所參照的共同性與等級性因素，固然類似法秩序中的相同與差別規範。但從法之獨占性的概念和標準化的歷程觀之，得為標準制定之主體未必為國家行使公權力，而是企業競爭下倖存的支配性標準、或者競爭者間相互合意之結果。後二者所指事實形成之標準和標準化機構之制定，乃法外規範，得在一定條件下為法適用者所繼受，形成標準與法之間的秩序聯結。換言之，立法者標準設定之行為，乃因憲法要求維持社會秩序、增進公共利益所致，但標準制定須藉由實踐理性之專業決定，故此類判斷授權規定

---

計制度規範及一般公認會計原則擬訂、報交通部核定。」但依據商業會計法第13條授權制定之「商業會計準則」，其中第2條復規定「商業會計事務之處理，應依本法、本準則及有關法令辦理；其未規定者，依照一般公認會計原則辦理。」

88 其他類此規定如健康食品管理法第13條、商品標示法第7條。

89 姓名條例第2條、公司名稱及業務預查審核準則第5條，規定登記之姓名除應使用教育部編訂之國語辭典外，尚包括「辭源、辭海、康熙字典」所列有之文字。其中「辭源、辭海」均為私人編訂之辭典。

90 從法源論的觀點來看，大規模的標準化始於18世紀末開始對於度量衡、貨幣、時間之外，還及於食品、貨品之檢驗方法與程序、電力與機械器具之命名等，為工業化與社會化過程的現象之一。*Helmuth Schulze-Fielitz, Technik und Umweltrecht, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 455 (465).*

在此處宜解為「標準化授權」(Standardisierungsermächtigung) 規定<sup>91</sup>。

標準化的立法需求遍布各個重要法領域，以現行法制內容略有  
下列三大類別：

第一、安全標準：安全標準為界分危害可能性、嚴重性和制定  
保護策略之基準，確認安全法上風險之臨界值 (Grenzwert) 和科  
技法上的知識基礎，包括危害發生的可能性程度和殘餘風險的可接  
受性程度，例如在商品製造、建築技術、勞動安全、環境與食品監  
督等範疇<sup>92</sup>；

第二、品質標準：品質標準為管理服務提供的應有規格，並得  
為公私服務提供之共通規格、甚至作為可民營化的基準，例如醫療  
與長期照護、安養機構、大學評鑑、水電運輸等生存照顧；

第三、組織與程序標準：為維護行業自律特性，由各該從業人  
員自行協商達成共識所形成之行業標準。或是為建立合理事實認定  
方法與利益調查程序、由綜合不同階段、參與對象的過程性調控予  
以探求，方能獲致「可理解的職權調查結果」，例如商業會計之稽

---

91 *Ernst Kutscheid*, Schädliche Umwelteinwirkungen, in: Czajka/Hansmann/Rebentisch (Hrsg.), *Immissionsschutzrechte in der Bewährung*, Festschrift für Gerhard Feldhaus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 1 (22).

92 此類「標準」規定繁多。但在我國不少標準化規定為法規命令，未可一概而論，亦與德國法制發展未盡相符。食品安全標準中「衛生安全及品質之標準」(依據食品安全衛生管理法第17條規定訂定)；環保標準中「固定污染源空氣污染物排放標準」(依據空氣污染防治法第20條第2項規定訂定)、勞動保障標準中「事業單位僱用女性勞工夜間工作場所必要之安全衛生設施標準」(依據勞動基準法第49條第2項規定訂定)等，為法規命令。屬於規範具體化之行政規則較常見於醫事法領域，各種專科醫師訓練醫院認定標準(例如「急診醫學科專科醫師訓練醫院認定標準」)、設備申購標準(「急診醫學科專科醫師訓練醫院認定標準」)、評鑑標準(例如「醫學中心醫院評鑑標準」)，以及捐血者健康標準等。

核方法、環境影響評估程序<sup>93</sup>。

## 2. 從法定轉介到「規範具體之轉介」

本於標準判斷授權之規定，行政機關就待規範事項須預先掌握必需之知識，掌握方法乃制定「規範具體化行政規則」(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)<sup>94</sup>。規範具體化行政規則與解釋性行政規則差異之處，在於解釋性行政規則為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實(行政程序法第159條)所訂頒，僅具內部法效力。但標準化授權規定的規範意圖乃無力規範科技或專業性事物，即便規定於法律之中，不僅法典篇幅浩繁；又因科技發展日新月異，難期法律隨時修正，宜由行政機關隨時觀測公認標準所在、準確掌握多變的風險狀態、逐步制定標準。又此類行政規則非涉及一般經驗或價值判斷，不易以精細之構成要件規範。故行政機關不再單純地進行法律解釋，而是為「方案與標準定制預作準備」<sup>95</sup>，俾使授權規定之規範計畫在理性基礎上處於個案可資適用之狀態<sup>96</sup>。規範具體化行政規則既精細化授權法律之規範意圖，又一般性填補個案判斷空間。「具體化」未必是個案決定，而是以抽象方式形成準則<sup>97</sup>。

---

93 Arno Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovation, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (244).

94 陳春生，行政法學上之風險決定與行政規則——以規範具體化行政規則為中心，收於：Heinrich Scholler教授七十大壽委員會編，法與義——Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集，頁91-115 (2000年)。

95 故聯邦行政法院稱為「預行的專業鑑定」(antizipierte Sachverständigen-gutachten)，BVerwGE 55, S. 250 (255)。

96 Udo Di Fabio教授乃稱為具體化行政規則是「已行使之判斷餘地」。Udo Di Fabio, Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung – Plädoyer für eine Neubestimmung der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen, DVBl. 1992, S. 1338 (1340).

97 Martin Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, S. 1001 (1006, 1009).

然而，當行政機關無法或難以訂定規則，反倒援引私人規範而形成「規範具體化之轉介」(normkonkretisierende Verweisung)<sup>98</sup>。著例如法定「一般公認會計(審計)原則」經行政機關函釋「……一般公認會計原則，係指『財團法人中華民國會計研究發展基金會財務會計準則委員會所公布之各號財務會計準則公報及其解釋』」。而財團法人中華民國會計研究發展基金會至多為公私合營事業<sup>99</sup>，亦不符受託行使公權力之概念，其發布之公報與解釋亦非如一般法令須經公告。此種援引雖非前述(一)之法定直接轉介，但產生事實上動態轉介之效果<sup>100</sup>。

前述兩種繼受私人規範的相同之處，在於立法者就構成要件中應有之狀態、標準性質，不僅未能全盤掌握，法律適用者也無力制定解釋性法規命令，難以補充法律不足<sup>101</sup>。在法律規範用語中可知，既稱「科學」、「技術」，甚至「通用」或「公認」，無異承認規範對象有法適用機關所不能獨占解釋的特性。此類規範標準的非官方性，要求法適用機關須從人民可接受性的角度解釋，因此如能援引廣泛存在的一般公認標準，應能求得法律解釋的最佳化。行政機關能否出於對社會控制的有效性、官方制定標準的權威性不足，遂借助社會團體之認定，以其是為是，積極充實法定「一般公認判斷標準」<sup>102</sup>之內涵。若就此而言，授權判斷條款本身得解釋為動態轉

98 Peter Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1982, S. 385 ff.; Rudolf Fischer, Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, 1995, S. 29.

99 財團法人中華民國會計研究發展基金會為民國72、73年間，由財政部邀集，但由會計師公會、工商團體共同捐助基金而成立。董事長由董事成員推選財政部證券管理委員會主任委員擔任，原隸屬會計師公會的財務會計委員會、查帳準則委員會，改隸基金會下之財務會計準則委員會。參閱：財團法人會計研究發展基金會，會計30，頁32(2014年)。

100 Martin Schwab, Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, 1999, S. 146 f.

101 關於解釋性法規命令之特性，請參照李建良(註43)，頁660。

102 國內多稱為一般公認之「價值」判斷標準，本文以為不僅在翻譯外來用語有所失真，同時不當限縮原有意義。

介條款，二者間僅有明文規定與否之差別。

## 二、引用私人規範之疑義

行政判斷乃針對法定構成要件進行法認識問題之索解。法認識之過程與結論是否正確，須經法律解釋方法與事實資料調查評價，而與民刑法並無差異。但在公法學的領域，法認識活動分由適用優先之行政與控制在後之司法，以功能最適與合法性監督方式共同完成。判斷之正確性仍為依法行政與司法審查之核心，但在標準化授權的情況中，行政機關相對於司法機關居於一定認識優勢（*Erkenntnispotenzial*）地位；甚至優勢地位為民間社會所佔據。蓋立法者所規範之「公認標準」，其真意非指一般大眾所共同認定，而是在各專業範疇內所共認。此際援引私人規範作為法認識準據時，如何定法律解釋正確性標準，即生下述若干疑義。

### （一）正當性缺損與違反平等原則

依法行政原則要求適用法律之初，須從行政法法源中引據一授權基礎，作為判斷要件該當性、作成行政行為之前提。立法者規範構成要件用以調控行政判斷，在事務與內容正當性的要素上，能回溯至國民主權，最終使全體人民預見規範內容。故規範引用係就個案回溯連結至國會法律、符合「依」法行政原則之舉。但引用私人規範將法源秩序與私法自治規範、或某個社會團體的認定相與結合，導致事理正當性回溯過程為之中斷、橫遭架空，構成正當性缺損<sup>103</sup>。

此外，從中立性原則之意旨觀之，倘適用法律時表面援引法條、實則引渡法律外規範，則公權力之最後決定權將受特定社會利

---

103 *Hasso Hofmann*, § 21 Technik und Umwelt, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1995, Rn. 9 ff.

益團體所左右，形同變相承認特定團體之特殊性中介地位，卻不必如同行政機關負擔公益考量、實現行政任務。再第三人利益觀之，不啻排除其他競爭者提出標準之機會，導致不對稱競爭的現象；對於非屬制定團體之人民產生超越私法自治外之拘束力。

## (二) 正當性缺損之彌補方法

標準化授權規範的存在，反襯立法者欠缺規制成熟 (Regelungsreife) 能力<sup>104</sup>。此一現象未必可歸責於立法懈怠。面對非國家所能全面主宰的科技水準之狀態、風險程度之測定，規範能力自受有先天上之侷限。為彌補法律調控能力之薄弱，行政機關外援於私人規範之需求，即須採取程序性的規範方式以資因應。可能的方法略有下列兩種。

### 1. 聲明義務與其有限性

守則，係指個別行業內應自行遵循之行為倫理規範，自屬私人規範之列。除新聞倫理規範外<sup>105</sup>，公司治理守則為針對上市公司的自行管理和監督的基本規範。從我國由證券交易所與證券櫃檯買賣中心共同制定「上市上櫃公司治理實務守則」<sup>106</sup>第1條第2項稱：「上市上櫃公司宜參照本守則相關規定訂定公司本身之公司治理守則。」可知僅為公用事業與私人間之君子協定，就自律性守則之訂定僅具有建議性質。至於德國的公司治理守則 (corporate governance codex) 之訂定，則擺脫完全社會自律、升高法律調控之程度。依據2002年修正德國股份公司法第161條規定，德國上市股份有限公司之董監事，每年須聲明是否已遵守刊登在法務部公報

104 Fritz Ossenbühl, § 101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, Rn. 78.

105 例如1996年臺灣新聞記者協會通過之「新聞倫理公約」。倘我國制定新聞法，在新聞自律條款中亦非不得規範須聲明遵守公約之義務。

106 共計60條規定，主要內容包括保障股東權益、強化董事會職能、發揮監察人功能、尊重利害關係人權益與提升資訊透明度等6項。



上，由政府委員會制定之「德國公司治理守則」建議。是項建議對上市公司之行為不具拘束力（*Empfehlung*），但每年須至少檢討一次，以明瞭是否有修訂需要。而所謂「德國公司治理守則政府委員會」（*Regierungskommission*）由法務部設立之常設性組織，委員會成員全來自於各股份公司之董監事成員或相關協會會長。除定期公布與修正準則外，政府委員會平時負有觀察守則在立法與實務上作用的義務。準此，公司法第161條對於法適用者不構成轉介規定，公司治理守則對於受規範者仍然是行業自律準則，不因公司法規定而成為法規範。換言之，修法規定僅課予主管機關與上市公司間組織上合作義務與若干作為義務。但主管機關就治理守則仍然保持距離、未有採納作為監督依據；上市公司僅負擔法定聲明義務，其聲明僅為觀念通知<sup>107</sup>。

法定聲明義務雖擺脫社會完全自律性、提高法律調控程度。但規範意旨在於高度尊重私人規範之社會事實，然而調控作用僅止於受規範者公開披露之自律方式，與此處援引私人規範須能實踐法律正當適用之目的，有其根本差異性。

## 2. 正當性缺損的彌補方法：行政契約？

另一種嘗試彌補缺陷的方式為契約締結，現實上多發生於工程或產品技術安全標準等法領域。著例為德國標準化契約（*Standardisierungsvertrag*）<sup>108</sup>。標準化契約之典型代表，為德國標準機構（*Deutsche Institut für Normung*）與德國政府於1974年簽訂技術標準契約（*DIN-Normungsvertrag*）。技術標準契約內容課予標

---

107 *Sven Timmerbeil/Reinhard Jakob*, Grundriss des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, Rn. 255.

108 *Martin Schwab*, Der Standardisierungsvertrag für das DRSC – Eine kritische Würdigung (Teil I), BB 1999, S. 731 (731 ff.) (以下簡稱：*Schwab*, Teil I)；*Martin Schwab*, Der Standardisierungsvertrag für das DRSC – Eine kritische Würdigung (Teil II), BB 1999, S. 783 (783 ff.) (以下簡稱：*Schwab*, Teil II).

準機構須為公益之考量，標準規範（DIN-Norm）以規範具體化的行政規則面貌出現<sup>109</sup>，構成行政契約。但定性為行政契約無助於澄清法律正當適用，充其量只能說明行政之法認識與受規範者之法信賴能高度協調。法律構成要件在民主原則中的意義，是立法者從規範事理與內容上調控行政判斷活動，故行政行為之單方性乃實現責任政治所必要。人民在締結行政契約中所為意思表示，為基本權益所保護，無從彌補民主正當性之瑕疵。尤其是行政契約中雙務契約與和解契約，因其用以替代行政處分與機關自行認定事實與法律關係，在結構上與民主正當性有其矛盾之處<sup>110</sup>。因此行政程序法方才在第136條設有「職權調查仍不能確定者」，第137條「人民之給付有助於行政機關執行其職務」之要件。

### 三、正當締約程序作為正當標準授權程序

標準化契約的存在事實，至多能說明私人規範有填補法律解釋之能力，恰為法適用者所需用，仍然未能解決私人規範間接發生第三人拘束力之爭議。按行政程序法第140條規定：「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意」。此處「同意」，唯有從正當締約程序而解釋，絕非僅僅是締約行為所能解套。

#### （一）正當締約程序之真實意義

##### 1. 可接受性

行政程序之規範，旨在從決定過程的分階段進行中，逐步發現

---

109 技術標準契約在技術與工程領域的安全標準制定運用甚廣。標準制定協會為民法社團，會員為企業與私法人，為一社會「利益論壇」。旨在達成製造者、銷售者、工業、商業、學術界、消費者、檢驗者與機關的共識發現程序，以營造必要之規定。經由標準合約的制定，政府與私人間合作得到強化。標準協會尤其應遵守特定程序。然相對於其他私人規範協會，此一規範契約並無法律拘束力。

110 *Gurlit* (Fn. 19), S. 275.

當事人與相關之人的真實資料與利益狀態，作為評價與決定之基礎，以求得行政行為之合法作成。除此之外，人民主觀上可接受性（Akzeptanz）亦為程序目的<sup>111</sup>。可接受性不是合法性判斷要件，否則依法行政將由相對人贊否所取代。可接受性仍屬訴訟基本權之主張，無法構成民主正當性內涵。但法適用者非僅滿足於行為之合法性，而更須實現消弭爭議、降低抗拒的法和平性（Rechtsfrieden）狀態。此有賴於程序進行須能促進人民可接受性。法和和平性與合法性二者非處於同位階，而是作為合理限制合法性的理由之一，例如行政處分之存續力、確定力、時效制度與和解契約。故可接受性之真意為：人民願意忍受那些合法、但令其失望之決定。

促進人民可接受性為行政程序中不可或缺的因素。按現行法制例如陳述意見、閱覽卷宗、程序參與和聽證制度，均使相關之人的觀點在程序中有機會適度考慮。由於私人規範透過主管機關之規範具體化轉介行為，對於規範事項造成事實上間接拘束力。私人規範不因機關引用而當然成為法律體系之成分，它雖然在法認識上意義重大，終非具有法效力可言。為彌補引用行為之正當性瑕疵，須從程序民主正當性上予以補強。締結標準化契約並非主管機關必要之舉或自我目的，蓋主管機關亦得不採納私人規範，毋寧是「正當締約程序」之合法進行，以實現行政中立、行政規則制定透明化、使將受規範之第三人、與待締約團體處於競爭地位者均預先知悉，是以正當締約程序應理解為法定標準之正當確認程序。

## 2. 私人規範承認程序

正當締約程序之結果，為主管機關對私人規範地位所為有拘束力之承認，對後續之援引賦予必要前提。承認，係對一既成事件明確表示確認與接受之決定，此處乃評價私人規範具有等同法律預期

---

<sup>111</sup> Thomas Württemberg, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, S. 257 (260).

之規範效果之後、方確認具有法效力。由於標準化需求嚴重挑戰立法者之規範能力，因此法律調控機關引用行為之重心在於承認程序<sup>112</sup>，以便發掘潛在合格而得為規範制定機構。國家雖非獨佔所有規範之制定權，但就是否得為法規範者，享有法承認之獨佔權（*Rechtsanerkennungsmonopol*）<sup>113</sup>。承認既賦予私人規範有等同法規範之效力，即表示對適用機關發生適用命令（*Geltungsbefehl*）<sup>114</sup>，使其成為法源之一部分。

從實際範例觀察，以行政契約締結作為援引既成私人規範之準備，歷經兩個階段。1974年之德國技術標準契約為首例，契約內容包括兩造標準機構之公益義務與德國政府之承認義務，法治國原則條款。此一契約對於分擔法規範制定與其適用、規範可接受性程度，均有莫大助益。但實際影響卻是完全以社會認識充作機關的法認識。法定公共利益狀態若何，有其應具備的標準，不能任由特定職業團體獲取獨占解釋法律的機會。如此一來，公益狀態的圓滿虧損，未必不是以僥倖或隨機造成。故縱有合作需求，亦應從調控雙方接觸過程著手，確保法律適用與社會可接受性的合理融通。為有效調控法律解釋活動，立法者尤應從機構組成與程序參與方面，制定行政判斷的框架秩序。隨後1998年德國制定「企業控制與透明法」（*Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz*）之包裹立法，其中配合修訂商法典第342條（關於會計準則之標準化契約）與制定第342a條（提出帳目諮詢委員會規定）二項重要規定，明定其締約程序，以下僅就此二範例作為立法政策之建議。

---

112 *Ulrich Meyer-Cording*, *Die Rechtsnormen*, 1971, S. 58.

113 *Johannes Köndgen*, *Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rechtskonstitutionalisierung*, *AcP* 206 (2006), S. 477 (519); *Ossenbühl* (Fn. 4), Rn. 52.

114 *BVerfGE* 44, 322 (349); *Kirchhof* (Fn. 73), S. 130 ff.

## (二) 私人規範的可徵引性

私人規範須具有可徵引性。既稱私人「規範」，則須具有內容明確、須達得以文本與條列陳述之程度。其次，私人規範若因規範轉介或契約制定，而承接法制定與法適用的信任時，此一信任須建立在私人規範相對於法律有一定品質的繼受能力（*Rezeptionsfähigkeit*）。繼受能力是指就待規範事項，有承受立法者期待可自主完成規範計畫，確能有效發揮規制效果之意義，而得為行政判斷所引用者。大體而言，私人規範有其同質性與異質性利益之面向。在標準契約方面，行政於引用之前須判斷究屬專業知識技術所需，抑或多元利益，以作為引用標準。

## (三) 特定任務與資格要件規定

法規制定屬於權力獨占事項，得否移轉於私人團體或接納其既有規範，須經立法評價認有解除獨占與移轉必要。故行政機關選擇相對人之締約自由，應解為合理評定權限之行使。立法規範重心為移轉任務須具體明確與相對人公共福祉能力（*Gemeinwohlfähigkeit*）條款<sup>115</sup>。就任務之特定性，例如德國商法典第342條第1項規定：「聯邦司法部得……向其移轉下列任務：

- (1) 研議關係企業帳目提出原則之適用建議；
- (2) 就帳目提出規定之立法計畫，向聯邦司法部提供諮詢；
- (3) 在國際間標準化委員會中代表德意志聯邦共和國。」

至於締約相對人之服務能力為資格要件，須具備足以擔當法定自我管制之資格，可為前述任務承擔之能力與經驗。再者，私人多

---

115 *Hans-Heinrich Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 (13 ff.). 有稱為合作能力（*Kooperationsfähigkeit*），*Christoph Gusy*, *Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus*, ZUR 2001, S. 1 (2).

以社團法人形態組織，立法者須規定該機構之章程能否保證獨立性、代表性、公開透明之參與程序等要件<sup>116</sup>。由於私人團體取得與主管機關議定法律解釋準據之地位，造成競爭者與受規範者之利益衝突。為提高受規範者對於法律解釋的可接受性程度，應賦予利害關係人有程序參與、建立共識之機會。在甄選過程中，尚須考量事涉專業利益與規範相對人利益。立法例如德國商法典規範特定組織須符合法定「私人會計委員會」（Privates Rechnungslegungsgremium）之資格<sup>117</sup>，方獲得官方承認其作為任務承擔主體。該法第342條第1項、第2項稱：「聯邦司法部得以契約承認一私法組織之機構……」「前項得受承認者，以其章程能保證建議獨立地位，並且只由會計人員（Rechnungsleger）以有在專業上感興趣的公眾參與程序提出和決議的機構。以會計人員的企業或組織為此種機構的成員為限，成員權利僅得由會計人員行使。」

故本法要求私人帳目委員會之組成須為「專業上感興趣的公眾參與」，此係指因帳目提出所能影響利益之範圍，包括帳目提出者、帳目查核者與帳目使用者三類。

#### （四）締約程序之規範

基於正當法律程序原則，立法者應就締約程序之啟動、專業參與第三人異議程序各階段，按照資訊公開、審議與參與公開等原則，妥為規範。茲舉其中重要者如下：

##### 1. 程序開始

締約與否不僅繫於雙方主觀意願，更須考慮標準化授權條款的可填補性出發，尤其它本身帶有動態轉介之特性，立法者須就私人

<sup>116</sup> Gregor Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 364.

<sup>117</sup> 此一組織之功能類同德國標準協會下設之專業規範委員會（Fachnormausschüsse），只是未有明文規範其地位、任務與權利。

規範之有無、規範狀態成熟度等因素，命行政機關預為合理之調查義務。正當締約程序，應自規範計劃提出與法定公告開始<sup>118</sup>。就承認私人規範可能的利益影響範圍，諸如專業、競爭者與一般大眾，以可得知悉之方式分別公告與提供閱覽。公告與閱覽內容應以締約目的、可能約定內容、影響層面等，使其均有機會預知並準備參與締約程序之進行。公告規定可準用行政程序法第154條規定。尤其對於直接之競爭者，應採送達制度。

## 2. 聽證程序：規範解釋建議與異議程序

在承認私人規範程序前應舉行聽證。正當締約程序之核心在於聽證程序，程序目的使人民有表達意見之機會，並彙整與協調各種關於標準制定之不同意見，以協助主管機關作成兼顧公私益之決定。聽證程序作為締約前之意義與功能，在於調查待約定標準草案在事理內容上確屬堅實可信，促成專業與學術的論證，同時對潛在受規範者預先為程序上之權利保護。

故締約程序開始後，應採取一切必要措施向公眾公開或專業人士通知，使利害關係人能事先獲悉標準制定過程之外，須向其進行解釋待約定私人規範之必要性與影響評估，使其在合理期間內於聽證程序中提出替代建議。而保障利害關係人之實體上權利，莫過於賦予其異議權，使其獲得可能受影響之公、私法上一切權利能有反對之機會。

## 3. 公布規定

契約締結後，須以適當方法公布。必要時應以法令附件形式呈現。

---

118 Schwab, Teil I (Fn. 108), S. 732 f.; Schwab, Teil II (Fn. 108), S. 784 f.

### (五) 契約內容之規定

約定內容之規範須考量待承認私人規範之特性，以下為德國技術標準契約之範例：

#### 1. 標準機構之公益考量義務

契約第1條第2項規定標準機構就其制定工作負有公益考量之義務。但公共利益的認定，不因契約而使標準機構得以自行判定，就此類如技術安全性、保護身體生命與財產健康、環境資源的節用等，仍得因為爭議案件能否為行政適用受法院審查。此一公益考量義務之具體，係標準機構須努力「使規範在立法、行政與交易方面能被顧及作為技術要求之說明」（同項第2句）。契約第2條至第5條規定，係專從程序方面要求規範的成立，至於規範的實質內容為何、是否為公共利益所涉，並未規範。尤其是第3條要求標準制定程序須注意透明性、公開性、代表性、參與性、共識性、現行技術狀態。尤其須注意利益相關領域的各個範疇能相互平衡，最終在規範結果中呈現出來。

#### 2. 德國政府承認標準規範之義務

契約第1條第1項規定，德國「承認標準機構為境內主管標準組織與非國家國際標準組織之國家標準組織」。所謂承認，係觀念表示，而非委託授予公權力。契約雙方均無意將私人規範視為法律，它法律性質仍為具有建議性質之私人規範。所謂承認，也不妨害國家與其他具有規範制定實力的團體合意。承認亦有計劃穩定性的保障，賦予標準機構在標準制定方面的領導地位，只要在契約有效的期間，必須尊重此等規範。而此一協商模式，在歐盟前身早已獲得肯定<sup>119</sup>。

---

119 Richtlinie 73/23/EWG „zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter



### 3. 附隨調控權限

為妥善達到調控效果，契約賦予德國政府有參與下列事項之權：

- 派員參加：德國政府有權依申請參加各該規範委員下的領導小組。標準規範機構應使相關行政機關參與標準制定過程（契約第2條）。
- 優先處理委託案件：較新的發展規定在第4條。標準機構須優先承辦德國政府認為事屬公益的規範申請案。
- 德國政府資助義務：為實踐任務，契約第1條第3項課予德國政府在預算可能範圍內，有資助標準機構之義務。

### 4. 法治國原則的遵守

此種契約促使雙方當事人互負義務，為雙務契約。契約第11條規定一年的解約期限。若有嚴重違約情事，可以不定期限解約。此外滿足法治國原則與公開性要求，行政須能確保使第三人清楚認知私人規範（例如在引用之行政機關就承辦案件時有提供閱覽之機會）<sup>120</sup>。

#### （六）效力規定與私人規範

立法者除以地位承認與正當締約程序，調控行政判斷與援引行為為後，私人規範方能合法充實行政判斷之依據。但私人規範構成法認識來源之一，而非唯一；立法者調控行政援引之判斷，宜制定拘束力不等的規定，以決定法適用指示之強弱、規範援引決定的空間，同時決定受規範者之拘束效力程度與司法審查範圍<sup>121</sup>。此係指

---

Spannungsgrenzen v. 19.2.1973 (ABl. Nr. L 77/29 v. 26.3.1973).

<sup>120</sup> Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 29. Juli 2010 – 4 BN 21.10.

<sup>121</sup> Erhard Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, Rn. 145; Marburger (Fn. 98), S. 399 ff.

下述表徵、推定與偏離條款三種。

### 1. 表徵條款

表徵條款（*Indizregelung*）不在於命行政必定適用特定私人規範，而僅向推介有此可能、得作為參考依據。前述法定「科學技術」、「國際標準」、「通用、一般公認原則」用語，均屬此類「概括性指示條款」。是否存有官方或職業標準，尚屬未定，有待具體化予以落實。行政機關須依法援引、不得任意指定。包括判斷私人規範是否具有普遍性；制定程序是否符合公開透明、廣泛參與要件；規範已經長期穩定存在而具有相當公信力；規範適用效力是否顯然妨害潛在競爭者，而無正當理由<sup>122</sup>。此類規定對於法適用者具有「規範性表徵效力」（*normative Indizwirkung*）<sup>123</sup>。例如標準法第8條稱：「已有相關國際標準或我國團體標準存在，而其適用範圍、等級、條件及水準等均適合我國國情者，標準專責機關得據以轉訂為我國家標準。」<sup>124</sup>

### 2. 推定條款

倘現實確有存在特定公認標準時，可訂定推定條款（*Vermutungsklausel*）。此為以一事實推求另一事實或權利存在之判斷規範；立法者非不容許相反之推斷，但課予適用機關舉證之責<sup>125</sup>。與本文有關者，係課予法適用者除非能提出更合適之規範外、應適用私人規範之義務。亦能免除法適用者調查私人規範之存

---

122 *Matthias Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (203-206).

123 BVerwGE 79, 254 (264); *Bachmann* (Fn. 116), S. 338.

124 依同法第3條第4款規定：「四、團體標準：由相關協會、公會等專業團體制定或採用之標準。」；第6款規定：「六、國際標準：由國際標準化組織或國際標準組織所採用，可供公眾使用之標準。」

125 *Hans Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl., 2002, Rn. 364.

否或自訂規範之勞費。倘無反證出現，適用該私人規範即合乎依法行政原則。

例如德國商法典第342條規定司法部與德國會計準則委員會（Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee）所制定之會計準則（GoB, Grundsätze der ordnungsgemäßen Buchführung）該條第2項規定：「在已遵循聯邦司法部依前項第1款所稱機構之建議範圍內，推定其遵守關係企業帳目之簿記原則。<sup>126</sup>」

倘再細分，又有下列兩種類型：（1）一階段推定條款：法律直接規定應適用之私人規範。遵守與否可以一望即知，例如直接明定行業協會所制定之規則（§ 49 II EnWG）<sup>127</sup>。（2）二階段推定條款：法律未直接規範所推定之私人規範，但賦予某些機構有權決定其規範內容。例如德國危險物質法之法令（§ 21 IV GefStoffV）規定須遵照危險物質委員會的規定，委員會頒布規範時，應調查技術標準、勞動安全衛生、其他處理危險物質以及分級與標識等規定。

### 3. 偏離條款

偏離條款（Abweichklausel）係指在一定條件下，容許受規範者得（不）遵守法律規定，此如執行法律中免除執行之艱困條款（Härteklausel）或國際法中允許成員國因地制宜之的開放性條款。與本文有關者，法適用者得基於待調查規範的多樣性與快速變化，本於必要性原則的要求，只要能達成合理解釋法律目的前提下，得

---

<sup>126</sup> 例如德國商法典第238條第1項、243條第1項、264條第2項與297條第2項之規定。Herbert Biener, Fachnormen statt Rechtsnormen, Ein Beitrag zur Deregulierung der Rechnungslegung, in: Ballwieser/Adolf/Nonnenmacher (Hrsg.), Rechnungslegung – Warum und Wie? Festschrift für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag, 1996, S. 59 (60).

<sup>127</sup> Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung 7.7. 2005, BGBl. I S. 3621; 或如：Energiewirtschaftsgesetz。前條明定遵守德國電工協會（Verband des Deutsche Elektrotechniker）之行業規範者，推定遵守該條規定。

選取其他解釋基準決定。解釋上，偏離條款可能以下面二種形態出現：

- 前述「一般公認標準」、「通用標準」表徵條款寓有概括條款之意義，因僅具有宣示效力，行政機關得不援引。
- 為配合科學與技術發展的創新，將通用標準視為起碼要求。如有更佳解釋存在時，允許行政機關選擇此類標準。只是行政機關須有正當理由時，方得背離自我拘束原則。法律適用始能與時俱進、避免在科技發展與安全維護之間處於滯後地位<sup>128</sup>。

綜言之，標準授權規定引發制定法認識標準的需求，但如以援引私人規範替代，將產生法源構成方式之疑慮，立法者應輔以法定正當締約程序和制定差別效力規定，以資調控判斷援引行為。而以契約方式承認私人規範的法源地位，須滿足下列若干要件：（1）須存有特定公益目的；（2）締約對象之適格；（3）委託法令制定之締約權；（4）法令制定機關之核定權。

#### 肆、從法源看規範與契約之關係

由於契約與規範間兩相聯結，致使法源本質與面貌為之變幻莫測。從功能性觀點分析，或許更能發現異種規範間的流動現象。按法源一詞之提出，即有意區分法源以外的社會規範。再者，法源本身涵蓋多種概念，而分別為法生成源（*Rechtserzeugungsquelle*、*Rechtsentstehungsquelle*）、法評價源（*Rechtswertungsquelle*）、與法認識源（*Rechtserkenntnisquelle*）三種<sup>129</sup>。法生成源意指法規範產

---

128 *Peter Marburger*, Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, *VersR* 34, S. 597 (602).

129 *Ossenbühl* (Fn. 4), Rn. 43. 李建良，行政法基本十講，4版，頁127（2013年）。

生且能取得法效力之來源。法認識源，係指特定知識足以作為「法的認識基礎」(Erkenntnisgrund für etwas als Recht)。何等規範適合作為法律規範，須借助若干構成「法評價源」之要素，尋求一切判斷法源構成之準據。作者主張法生成與法認識均受法秩序之控制，法評價即作為調整與引導這兩項活動的框架。法評價源旨在提出判斷法之準據。除基本權與法治國原則作為審查法制定和法適用之違憲審查準據外，其他如理性、事物本質等；或如法倫理學中後果論或義務論。復因領域特性而選取不同準據，例如量能原則之於稅法範疇。

### 一、法生成源與契約形式

法生成源與法評價源間體現了現行法與正確法、實然與應然之辨，彼此間未必處於全等、反而是衝突狀態。若干法評價源如經實證立法，亦同時為法認識源之成分，得以在個案中具體適用，例如民法公序良俗條款和行政程序法比例原則規定。本文所舉之例顯示出評價基準對於法制定活動的若干影響，有下列二點：

#### (一) 效力形式與規範制定契約

法規範之產生應本於一定要件，方具備有別於社會規範之法效力。惟效力發生之判定究竟應繫於特定形式或原因，正為法評價源之關懷所在。不論形式或原因，除此以外之規範事實均非法規範。倘以效力形式(Geltungsform)為發生法效力之判準，例如遵循憲法之制定機制(國會機關、立法程序與公布方式)；法令制定須獲得授權法律之基礎。效力形式是否包括行政契約之方式，涉及規範制定契約(前述貳、一)之問題。有見解即將行政處分或行政契約認為是法生成源之形式之一<sup>130</sup>。此一問題須與行政行為的法律形式

<sup>130</sup> 例如首創「規範契約」一詞的Hans Meyer, in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, § 35 Rn. 5; § 54 Rn. 4。

概念相互參照。換言之，總論「行政法之適用」，係指適用何等法規範與適用形式兩個問題之區辨——何者是行政法與如何適用。我國將行政處分、行政契約到行政命令等行政行為均納入行政程序法範疇，則規範對象包括法源生成方式與行為形式。

按法源既為多數不同法規範與法原則所構成，其法之複數形式（*Formen von Recht*）不同於行政行為應「依法律形式」（*Rechtsformen*）作成。只有行政命令本身兼有法源與行政行為之雙重屬性<sup>131</sup>，一機關既可制定命令又須予以適用。但命令在各自脈絡中蘊含不同規範思維。法源生成須依照有權機關和法定程序之制定，制定後產生位階定序、決定適用原則與適用機關。效力形式乃因國會授權、行政權之本質與自治行政所生。反之，行政行為依法律形式作成，則指為達到規範目的所能和所應選擇之方法，行為形式之選擇即為在特定法律形式範圍內之選擇，產生所選之規制效果。

若將行政契約類比行政命令之特性，即混淆法源效力形式與其法律形式。故規範制定契約所形成之法律關係，乃預先發生計畫規範制定之法律效力，架空利益權衡過程與責任政治，使法令制定權之判斷與裁量繫於締約人間意定，導致法令制定權萎縮至零的情況。

## （二）效力原因與規範契約

其次，效力形式雖除去行政契約。但是否仍應維持形態，涉及規範契約問題。規範契約並非行政契約、而是法令制定之特殊程序。否定規範契約者，即主張效力形式為「有限法源」（*numerus*

---

不少學者從之，例如：*Gerhard Robbers*, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, DÖV 1987, S. 272 (274); *Walter Pauly*, *Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht*, in: *Becker-Schwarze/Köck/Kupka* (Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*, 1991, S. 25 (42); *Udo Di Fabio*, *Vertrag statt Gesetz?*, DVBl. 1990, S. 338 (338 ff.).

131 *Möstl* (Fn. 32), § 19 Rn. 2.

clausus)。例如早期的德國聯邦憲法法院，認為除法律、行政命令與自治章程之規範形式外，別無其他法源形態<sup>132</sup>。後來實務上雖將習慣法、判決先例或國土規劃綱領相繼納入，但仍不脫效力形式的觀點，只是不斷承認多變的形式。然而，憲法並未預設特定的法源形態，所謂法源成分之有限性，或者法源是一個「封閉性規範目錄」，實則執著於憲法文本章句的表象。憲法只要求規範制定須「有權機關與正當程序之保留」，卻未有「形式強制」<sup>133</sup>。故德國聯邦憲法法院指出：「基本法既未向行政權提供特定行為形式的最終清單、亦未就已明定之行為形式予以定義。<sup>134</sup>」

惟法令發布由行政機關單方所為<sup>135</sup>，單方性乃基於民主正當性與責任政治之理由，偏離此一原則時自須有特殊之憲法事由。立法者選擇「合意之法」的形態，將法令制定權分別授予以自治團體形式之給付提供者與需求者，使其自行協商；協商結果發生「規範制定替代」之效力（normersetzende Wirkung）的情況<sup>136</sup>，則非從效力原因之解釋著手不可。

效力原因（Geltungsgrund）係指憲法上賦予規範有法效力之緣由。例如Hans Kelsen即主張一規範之效力原因乃是源自於其他有效規範所致。效力原因之內涵取決於特定位階之法規範而定，進而決定其效力範圍<sup>137</sup>。法律之效力原因為憲法國民主權與民主原則，制定法之拘束範圍為國民全體。以行政組織權為效力原因者，則所發布之行政規則僅對下級機關和屬官有拘束力；如欲使其發生外部效

132 BVerfGE 8, 274 (323); BVerfGE 24, 184 (199).

133 Ossenbühl即堅持本於權力分立與責任政治原則，法制定行為須嚴守形式強制要求。即便是有新形態之法制定，也應以修憲方式明定。Fritz Ossenbühl, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, S. 497 (500).

134 BVerfGE 100, 249 (258).

135 例如憲法第37條與第95條分別規定總統、行政院與所屬各部會的發布命令權。

136 Schlette (Fn. 25), S. 205.

137 Axer (Fn. 10), S. 20, 225.

力，須有法律規定之依據。法令制定之效力原因除基於法律授權外，尚須因憲法認可之自治生活事項、並賦予其自治權。為實現自治生活，自主規範制定權構成自治權的必要核心。類此憲法上效力原因，略有下列三項：（1）制度性保障：憲法制度性保障除涵蓋「社會形成與發展之基礎」（如婚姻與家庭，司法院釋字第554號解釋參照）之外，地方自治之保障意旨在於「權限法上之制度保障」<sup>138</sup>，即直接保障地方自治團體就其住民生活得自行、自主行使規範高權（司法院釋字第498號解釋參照）。（2）基本權：基本權賦予人民得與他人相互約定規範之法益，且提供結社自由以供利用；此外憲法上承認政黨地位、團體勞動協約制度，亦屬之。（3）習慣：憲法對長期慣行之生活事實之認可。例如憲法第135條「內地生活習慣特殊」者、第169條稱「人民生活習慣之所宜」等，均為實現憲法自治生活之目標，自以合意之形式為最佳。

社會法上規範契約，顯示法生成源有別於傳統構造。惟其效力原因，尚不在於憲法（德國基本法第87條第2項）直接規定社會保險主體為公法社團之法律地位。賦予其公法社團之真意，是承認若干團體有自治能力。爭論有無特定之法源形態（如法律、命令與自治規章），其實模糊規範體系之特性。單單法源內涵之多樣化，尚不足以論斷有架空立法權限之虞，而是防止重要性原則不因規範需求而橫遭破壞。吾人需要穿透法源形式與種類，探尋法源內涵體系化的本質。所謂規範需求，乃指存有特定憲法上效力原因，以致於得採行特殊法令制定方式。

我國憲法中就公共任務之實現策略，原本即規範「合作原則」與「自治原則」。一般所稱合作原則是要求二法律主體間相互磋商、避免紛爭，共同協商，作為法秩序實現目的之一（憲法第145條第2

---

<sup>138</sup> *Herbert Bethge*, Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, 1985, S. 98.



項)。自治原則乃本於當事人利害關係之事項內，承認其有權自行決定之權利。二者間似乎並無關聯性。但社會法上之範例，適足以說明「合作性自治原則」（或共同自治行政）的必要性<sup>139</sup>。合作性自治為二以上自治團體就共同利益事項進行相互合作，以達成團體內部利益聚合與團體間利益平衡之目的<sup>140</sup>。合作方式得為組織性或契約性方式。現行全民健康保險法採取組織性方式；但值得思考者，契約方式恰好有利於合作主體間各自扮演供應者與需求者之角色，且相互發生對價關係之情況。其實質理由在於確保醫療服務之穩定性、一般公認醫療水準和服務者應享之報酬。國家非必為履行主體，但須為實踐結果之保障主體，就框架制定與監督仍保留在手中。此觀我國憲法第十三章第四節中規範社會安全，賦予國家應「制定保護法律，實施保護政策」（第153條）「實施社會保險制度……扶助與救濟」（第155條）、「推行健康保險」（憲法增修條文第10條第5項）等條文間的關聯性，推求出法制定者與法適用者在積極實現憲法委託任務時，須著重於規範內涵能否有效實現國家待辦之任務。乍觀之下，放棄法令制定，而代替以規範契約，似乎法律調控的能力為之下降。但為因應規範現象的多變，本即需要立法者須面對其任務之特殊性，積極尋找他種可能的方法，尤其在國家任務從履行責任走向擔保責任的現代，規範契約提供吾人參考的方向。

## 二、法認識源與標準化契約

法認識基礎可因觀點差異和拘束力而有所不同。有從表現形式出發，法之認識即認識到成文憲法、法律與習慣法等諸般形式。亦有著眼於本質發現方法，強調法認識是開放與論辯活動，包括學說研究與比較法觀點；它雖無拘束力，但得以活絡和事實上影響法制定與法適用。認識方法亦可指涉審判表示之見解，以及一切實際參

139 *Axer* (Fn. 10), S. 341.

140 常見之例如地方跨域自治事務合作，見黃錦堂，論地方自治團體間之合作，*月旦法學雜誌*，93期，頁10（2003年）。

酌引用之資料，例如我國法院之決議或判例制度。此等認識資料雖僅有實際作用的特性，但一經引用即包容於法適用活動之中，構成行政自我拘束與裁判內容之成分。

### （一）援引作為法認識活動

若將規範契約與規範制定契約（前述貳）與標準制定契約（前述參）相互參照，當可發現認識主體與認識能力未必與適用者同一。在「誰有認識能力」的問題上，一般以適用法律之機關為準，而標準制定契約則以信賴私人規範為重。立法者採取「標準化授權」規定時，雖將制定標準授權行政機關執行，但標準之真正內涵卻深受認識基礎所左右。認識因素例如比較法觀點、規範事物國際化或區域整合的因素、工業化與技術化的不斷演進、標準相涉法律領域的擴張（從科技到商業金融），立法者雖認定標準有其規範需求，但標準未必能由法適用者所掌握。從此衍生的援引社會認識之行為，喚起學界對於「行政自我拘束」的重新理解。

按行政自我拘束為依法行政原則與平等原則之交集，係指稱行政因其已有反覆慣行之事例，而須就相類案件須為同一處置之裁量，相對人有請求其遵循向來一貫作為的主觀公權利，為法律適用平等之體現<sup>141</sup>。所謂自我拘束，乃相對法律與法官法之外部拘束，專指「依權責自行視情況而定行動」<sup>142</sup>，多指裁量權行使之界限。倘為個案性自我拘束，則行政契約法制與承諾可為著例；若為抽象性自我拘束，係基於授權或自行制定行政命令，或如大量行政中的細節性、技術性規定。從法評價源觀之，立法者使用判斷授權規定時，正有待於行政制定行政規則、彌補法律與個案適用間的縫隙，能達成法安定性之要求。本於國家與社會合作需求、法律可接受性

141 BVerwGE 104, 220 (223); *Michael Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, 7. Aufl., 2008, § 40 Rn. 105.

142 *Fritz Ossenbühl*, *Die Selbstbindung der Verwaltung*, DVBl. 1981, S. 857 (860).

的重視，為彌補行政有限的認知資訊，以求取共同之法認識。法適用者導入私人規範作為行政判斷之依據，使得自我拘束發生從裁量到判斷的變化<sup>143</sup>。

## (二) 標準承認之程序

行政判斷之自我拘束固然為法適用者為彌補其認識不足，但援引亦須透過一定評價為前提。國家雖無規範制定之獨占權<sup>144</sup>，而僅有法制定之獨占權，面對眾多法外規範時，享有法承認之獨占權。包括法源構成得喪變更之形式權限與實質理由。獨占權之行使既可為入法化決定，採納某一社會規範成為法律體系之一部分；反之，亦得將特定規範除法化，使其回歸社會規範<sup>145</sup>。前述私人規範需符合法定承認要件與標準契約之採擇，方得構成法源規範。

例如習慣法之所以成為法源之一，其構成要素諸如反覆慣行事實、為社會公認、現行法律所未規範、不違背公序良俗，均須經由法適用者逐一評價後確認之後，習慣方具有法之效力，得為裁判基礎。從行政行為來看，按私人團體本身即非法制定或法適用者<sup>146</sup>，私人規範僅具參考建議，一如專家鑑定在行政程序中之地位<sup>147</sup>。此時為彌補正當性缺損，公開調查標準之程序予以調控<sup>148</sup>，行政機關本得以確認處分作為有拘束力承認私人規範之基礎。以作者之見，案例以締結罕見的確認契約為承認程序之結論，方能作為後續援引行為的法認識源頭活水。

---

143 Dieter Helmut Scheuing, Die Selbstbindung der Verwaltung, VVDStRL 40, S. 153 (161).

144 例如民事訴訟法第283條規定：「習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」

145 Kirchhof (Fn. 73), S. 107 ff.

146 BVerwG, NVwZ-RR 1997, 214 (214 f.)

147 Winfried Brohm, § 36 Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 1987, Rn. 26.

148 Köndgen (Fn. 113), S. 479.

## 伍、合作形式的社會控制

法規範作為一種社會控制手段，傳統上以誡命、禁止、允許和制裁等規制性措施，以權威單方之作為直接要求相對人聽命，以達成控制目的。但因生活事實複雜多變，為求控制最佳化目的，乃有從組織與程序層面思考動員個人與團體自主與相互實現控制作為。近來討論「社會自我管制」<sup>149</sup>或「合作國家」<sup>150</sup>之論點，無非強調對規範對象給予一定自主決定空間的活動框架，協調各人共同實現控制目的和提升控制效果。

本此，契約在行政管制革新中尤其能實現自我管制之特質。蓋當事人間僅需出於利益妥協和意思合致之下，決定相互間權利義務。契約締結後呈現的規範內容，正反映利益平衡之狀態。規範秩序之正確性，不再完全取決於法制定之意志，而更繫於兩造間之主觀意思，在客觀上推定為正確。惟以契約形式達成社會自我管制目的，與其對於規範制定之影響，在本文中分別關涉自主性（下述一）與他律性（下述二）管制方式。顯示不同法律性質之契約間與規範制定的聯立關係。

### 一、標準化契約：私法自治與國家適用命令之聯立

自主性（*autonome*）的社會自我管制，係指規範制定與其執行全由私人決定，不受任何國家之影響，包括委託授權或共同參與之國家協力形態。自主性與下述他律性之差別，不在於決定空間之寬窄，而是自願性的法律性質與其程度<sup>151</sup>。固然私人規範亦須在法秩序中進行私法自治活動，但其規範制定為基本權行使下意思自治，

149 詹鎮榮，德國法中「社會自我管制」機制初探，政大法學評論，78期，頁79-120（2004年）。

150 張桐銳，行政法與合作國家，月旦法學雜誌，121期，頁27（2005年）。

151 *Petra Buck-Heeb/Andreas Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 33.

形態為章程或契約，規範拘束之對象僅限於社員與契約相對人之間。

標準化契約之形成過程，略有下列幾個階段：私人間自主形成規範，並不對法律體系產生作用。倘經由法律化取得適用命令，則須經個案認定在法規範領域內的一般性效力。故在私法自治與單方規制性間，行政契約扮演了確認規範繼受可行性的樞紐與文本。簡言之，發展過程如下：

#### 私法自治→國家承認→法效力→適用要求

在此間益可見著兩種正當性的聯結。就法制定與法適用的轉介決定，仍屬民主原則調控對象；私人規範中，仍保持其因經濟自由、結社自由所生的私法自治關係，具備基本權正當性<sup>152</sup>。兩者間不因為轉介與被引用產生正當性混淆。國家與社會的功能性結合，即在於以契約方式協調二種正當性的接觸、又保持各自體系。但不可忽略者，因契約締結使得法適用權限自行受到拘束，必須在維護法律規範對象利益的前提下進行：何等規範品質始能為國家承認，不致盲目使特定團體獲得特權，必須堅持在公開與透明、以及公眾監督參與程序下，始能在公私協力與人權保障中取得平衡。

## 二、規範契約對於我國制度之啟示

相較於標準化契約，他律性（heteroneme）社會自我管制之特質，在於規範制定非繫於規範相對人之自願，而是立法者下達之指示<sup>153</sup>。此一「指示」從法生成源來看，具有派生下位規範之效力。同為派生性立法權，章程制定權限與法令制定權限有其本質差異。從授權角度觀察，立法者調控法令制定權，除明確性三要件與指明授權依據外，再加上事後監督機制（中央法規標準法第7條），係採

152 Schmidt-Preuß (Fn. 122), S. 204.

153 Buck-Heeb/Dieckmann (Fn. 151), S. 35.

取較為嚴格的調控機制。但在章程制定權限中，他律性之框架乃是自治行政主體須積極形成章程制定之法定義務；規範內容須針對團體成員的利益同質性之外，全由社員就其共同生活規劃自行決定。與標準化契約和傳統自治行政相較，規範契約發生拘束力之過程如下：

#### 法律指示→組織自治團體→契約締結→法效力

社會法上規範契約之例，在國家擔保任務履行上扮演了供應與需求的居間角色，亦為特殊合作形式的法令制定過程，有別於向來以單方制定之程序。不僅如此，契約當事人同時負有與享有法制定與法適用之雙重任務與權限行使<sup>154</sup>，雙方均須適用授權法律而以合意方式制定法令；所制定之法令有拘束他方當事人與己方所屬成員之雙重效力<sup>155</sup>。在契約主體的內部關係須先為多數決；而在契約締結的外部關係則為相互意思表示。

我國全民健保制度，係由保險人與被保險人形成保險關係，以及保險人與特約醫事機構形成特約關係共同組合。保險人與醫事服務機構以健保合約之特約形式（全民健康保險法第66條、全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第2條、第7條第1項及第2項），使特約醫事服務機構提供合理醫療服務，以滿足保險人對被保險人的給付義務。至於各類醫事機構與醫師間有定位為勞動法上之關係、或定位為履行輔助人。醫護人員與保險人、特約醫事機構間，在現行健康保險法上未受考慮，而有下列問題值得深究。

---

154 關於法令制定權的特性，參照許宗力（註41），頁219。

155 1969年德國社會法院首次將沿襲帝國保險法賦予規範契約定性為：「使用其共同獲得之授權……在法定範圍內與聯邦委員會指令以契約方式制定法令者，對受法令規範對象為拘束力之法」，BSGE 29, 294 ff.

### (一) 定型化契約是否合宜

我國健保合約為行政法上定型化契約（全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第7條第2項）。然是否為合適的契約形式，不無可議。就雙方地位而言，當事人一方未保有參與決定之影響力，所屬勞動法上成員亦無參與決定之可能，實際上單方規制性濃厚。就合意之契約內容，或有完全與法令規定相同者（即援引法令條文援引約款），或有概括地將法令為定為約款，實際上均為既有法規範之重複。此舉不僅混淆法律規範與契約合意之本質<sup>156</sup>；而且單方提出範本之方式易生顯失公平之虞。

### (二) 忽略締約主體與締約內容之特性

規範契約的特性，為基於法律框架的合意方式，協調供應者和需求者間的給付關係。在健康保險關係中，病患需求的滿足來自於門診診治、住院醫療、處方用藥、預防接種、保健、復建與懷孕生產、照護等服務，分別由不同給付主體提供，包括醫師、醫院、藥師（廠）與護理人員、復建診所等，各自有其專業理性和職業自由利益，此一區別自當反映在商談進行中須分開進行。雖然耗費時程，但各主體間為維護其職業自由與財產權之法益，有其如何提供必要給付之自主性，而且無法被另一不相干之主體所代表。

健保合約此一行政法律關係存在於締約主體——保險人與特約醫事服務機構——之間，故其對受僱於醫事服務機構之個別醫護人員應不生直接效力。或有謂依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力（行政程序法第140條）。若經其書面同意，即難謂對其工作權有何侵害。惟本條立法目的旨在避免行政機關利用行政契約賤售公權力。從而，除非有濫用情

---

<sup>156</sup> 張道義，健保法規適用行政程序法與行政執行法之研究，行政院衛生署全民健康保險88年下半年及89年度委託研究計畫，頁39以下（2000年）。

事，否則第三人不得主張適用本條規定。故其意在匡正行政行為，而非調節醫院與醫護人員間之法律關係。現實上亦未有私人給付義務侵害第三人權利之案例<sup>157</sup>。惟在特約關係與僱傭關係的雙重架構下，從保險人的立場，只能透過特約醫院間接監督所屬醫護人員，以確保醫療給付與品質的維持。只以監督方式，是否確能發揮調控醫療資源供需的效果，本屬可議。醫護人員與所屬醫院間不存在利益同質性，就其職業行使自由，已遭受事實上的不對稱侵害。尤其是職業自由之行使，勞務與給付和工時實為不可分割的一部分。

按醫師雖為一自由職業者，基於憲法第157條公醫制度，存有特殊管制之理由。在自由法治國的理念下，醫師的公任務得藉由自治行政與行為管制予以架構，就足以衡平需求與供應的經濟性關係。但在現行憲法制度中，國家對於全民健康保險制度、身心障礙、退役軍人、原住民（憲法增修條文第10條第5、7、8、9、12項）等負有相當公共醫療任務。就此等任務之實現，國家不採行完全的履行責任、而是擔保最終結果實現的責任，則藉由公醫制度成為必要選項。因此增修條文的意義，相當程度的具體化、改變原有基本國策的公醫地位與其任務，使得國家調控制度須從傳統的行為與自由性管制，適當的調整為醫療任務的輸出性管制。任務本質轉變徹底影響醫師職業自由的行使，自應在納入健保制度適度調整。

### （三）正當性缺損的疑慮與建議

若說個別醫師與護理人員未能直接參與議約過程，而有妨害其職業行使自由之虞。或謂現行解決之道，可經由「醫療費用協定委員會」中的組織性民主正當性予以彌補。但全民健保法第41條所定「醫事服務提供者代表」的組成比例，究竟是以僱主的「保險醫事服務機構」或受僱醫師何者為主，未見明確。現行法律亦未對組成

---

<sup>157</sup> 林明鏘，行政契約對第三人效力之研究——兼評臺北高等行政法院九十三年訴字第四〇二七號判決，收於：行政契約法研究，頁287（2006年）。



比例若何設有規範，目前醫護人員在席次分配上僅佔全體成員27名中的4名，是以醫護人員經由統合式行政（*korporative Verwaltung*）的實現民主正當性程度過低。此處遂暫擬三個調整方案，簡述如下：

- 解決方案一：在維持現行制度下，將特約制度改為國家與個別公會與協會各自相互協商。
- 解決方案二：仿效勞動法上團體協約方式。在醫事機構與保險人簽訂特約之前，須由醫護人員與醫事機構以集體形式共同磋商給付內容、時間、薪資等基礎協定，再與保險人協商。理由在於健保給付改革未必直接影響醫療工作環境。針對醫護人員的勞動條件保障，不僅是避免其工作權遭受私法上不對稱力量的影響；同時也將會間接影響保險給付品質。
- 附帶解決方案：嚴格言之，此一方案係用以調整前述一與二，本身非為獨立存在。規範契約係本於集體協商，旨在整合個別成員應行提出的給付，避免醫療資源分配不均。雖然此舉有遭到平均主義的批評<sup>158</sup>。德國健保改革中，遂有試圖調整集體協商制度為個別協商的建議。依據立法理由，採取適度競爭的精神，避免錯誤、不足或過度醫療的情況，醫師原則上須繼續在集體協商體系內，但得選擇與保險人個別簽訂契約之方式<sup>159</sup>。此一改革的發展，值得注意。

---

158 Gerd Glaeske/Karl W. Lauterbach/Bert Rürup/Jürgen Wasem, Weichenstellungen für die Zukunft – Elemente einer neuen Gesundheitspolitik, Veröffentlichungen der Friedrich-Ebert-Stiftung, Gesprächskreis Arbeit und Soziales, 2001, S. 3 ff.; Fritjof Haft, Reformbedarf beim System der gesetzlichen Sozialversicherung, ZRP 2002, S. 457 (458).

159 BT-Drucks. 15/170, S. 57, 91. 諸如整合性照護（§ 140 a SGB V）與外國服務（§ 140 e SGB V）。

#### (四) 小結：法令制定程序的調整

就實施經驗來看，社會法之規範契約似為孤例，能否推而廣之、作為法令制定的新形式，尚待研究。或許可以從其規範本旨出發，推求有類比可能的其他活動。就此而言，作者以為適合於規範契約之內容，須滿足下列幾個特徵：

1. 契約雙方各自確有憲法上一定利益之聚合，得以作為自治之基礎；
2. 雙方處於雙務契約之地位，相互負有繼續性對價關係，因時間進行而不斷持續性形成權利義務關係；
3. 為勞務與資費的交換關係：付費方全然仰賴一方的勞務活動；而勞務方也正需要他方的合理給付；
4. 契約內容若欠缺法律規定（法規說）<sup>160</sup>，或契約所定義務非代替處分與高權事實行為，則基於客觀目的，非不得解釋為公法契約之屬性者。

因此，規範契約的特殊之處，不僅以締約實現法令制定，更涉及作為前提的章程自治範圍，以及立法者本於國民保健責任的形成空間。惟須注意者，章程制定仍為行政權之行使，須鑑別地域性或功能性目的之特性。尤其是，締約內容必須是與自治任務緊密相關。立法作為須在健保政策與醫療專業間取得平衡，並遵守下列若干原則。

1. 關於契約主體之法律地位與內部關係：契約主體為自治團體，故首先應以法律成立自治團體。就其會員資格、法定任務、意思機關與執行機關、章程制定權等，俾能確保意思自主形成。以上

---

<sup>160</sup> BVerfGE 11, 30 (30 ff.). 例如德國在創設健保制度之初，健保機構與醫師間的契約關係為私法屬性，但在1933年後賦予健保機構有公法人地位，並逐步由公法規定所規制。

與其他自治團體之規範並無不同。然就全民健保之設計，締約一方應為醫師、藥師、醫事機構或護理人員等法定資格，因其有相當之職業同質性；較無問題；但在保險人一方則須考量付費者代表性。就健保責任之給付，立法者應自行制定給付法律關係之得喪變更之原因與條件，尤其是全民健保本於社會互助與危險分擔意識（司法院釋字第472號解釋），深受平等原則之拘束。立法者應詳細規範法律規定之給付，故章程形成空間有限，而章程附加之給付或縮減法定給付須有明確授權。但就保費制定部分，則應視被保險人、雇主負擔、國家補助與地方分擔等項（司法院釋字第550號解釋），規定統一的保費費率計算方式，由健保機構依照該機構之預期支出與收入計算出費率。

2. 應制定締約授權條款：契約主體間之外部關係，乃涉及法令制定權之行使，立法者不僅應賦予締約權，更應明確授權目的、內容與範圍，範例如德國社會法典第五編第72條第2項規定：「醫療照護應依法律規定及聯邦委員會的醫療服務指令，由健保醫師公會及健保保險人協會以書面契約方式訂定，以使保險對象獲得足夠、準確、合乎經濟效益且符合一般醫學水準的醫療照護，並使醫療行為獲得適當報酬」。

3. 核定條款為最基本底線：倘立法者未自為規範，而授權保險人與醫師團體或醫療機構間合意時，授權須符合明確性。尤其是如何透過制定特別生效要件，使行政機關調控雙方合意的過程。按規範契約之制定結果，對於各自所屬之成員發生一般性之拘束力，應使主管機關保留有核定權，未經其同意，不生效力；而不能僅僅是備查權。

## 陸、結論

茲綜合本文探討作成下列結論：

1. 社會法上規範契約並非發生行政法律關係之行政契約，但卻是公法之法令制定契約。締結契約旨在取代單方法令制定、為特殊性質之法令制定程序，乃為保證憲法上互負供應需求關係之合作式自治行政，自治團體之意思形成為契約締結必要前提。而此一規範事項本質上非科層式行政機關所能確知。目前我國以單方法令與定型化契約仍符合憲法意旨。理由是以合議制之法令制定機關尚能顧及醫療資源服務者與使用者之利益；雖然組織結構上未能完全反映真正利益狀態。

2. 計畫裁量有別於審視現狀之個案裁量，須整體性、無偏見的衡量一切相關公私利益。建築法上的規範制定契約的案例，為義務契約，使行政機關片面受契約拘束，架空利益發現與權衡程序，致使招致「出售公權力」之批評。然其爭議重點在於制定裁量須受法治國家原則節制到何等程度，設若權衡過程不受影響，或存在著確保法令制定程序的前提下，未嘗不可將兩者做適度連結，並非當然無效；例如前述不真正規範制定契約。

3. 將私人規範納入法源體系，未必皆經由法定繼受的轉介方式，而是依循法適用之途徑。行政機關基於法律之標準授權規定而援引私人規範時，構成特殊的「規範具體之轉介」，須有特殊之授權依據，如僅聲稱有標準授權條款之依據，其正當性不足。脫離民主正當性控制之補救之道，不在於以行政契約方式彌補。而是透過正當契約程序控制承認決定，獲取社會對行政規則替代的可接受性、鑑別待引規範的正確性程度，落實聽證制度與異議程序，方能真正達到立法期待公認標準之狀態。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Christian Starck著，陳愛娥譯（2011），法律與契約——基本概念的釐清，收於：李建良等編，法的起源，頁109-146，臺北：元照。 [Starck, Christian (2011), Gesetz und Vertrag – Grundbegriffliche Klärungen, 收於：李建良等編，法的起源，頁127-146，臺北：元照。]
- Karl Larenz著，陳愛娥譯（2008），法學方法論，臺北：五南。 [Larenz, Karl (1996), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin: Springer.]
- 吳庚（2012），行政法之理論與實用，12版，臺北：三民。
- 李建良（2000），法律制度與社會控制：法治國家中法律控制能力及其界限之問題初探，收於：林繼文編，政治制度，頁49-94，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- （2008），行政契約的概念、有效性及行政法上請求權，台灣本土法學雜誌，107期，頁55-74。
- （2010），法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集：憲政思潮與國家法學，頁649-668，臺北：元照。
- （2013），行政法基本十講，4版，臺北：元照。
- 林明鏘（2006），行政契約對第三人效力之研究——兼評台北高等行政法院九十三年訴字第四〇二七號判決，收於：行政契約法研究，頁279-304，臺北：翰蘆。
- （2010），擔保國家與擔保行政法——從2008年金融風暴與毒奶粉事件與國家的角色，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文

- 集編輯委員會編，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集：憲政思潮與國家法學，頁577-599，臺北：元照。
- （2015），都市計畫協議書之法律問題，軍法專刊，61卷2期，頁1-17。
- 張桐銳（2005），行政法與合作國家，月旦法學雜誌，121期，頁25-53。
- 張道義（2000），健保法規適用行政程序法與行政執行法之研究，行政院衛生署全民健康保險88年下半年及89年度委託研究計畫。
- （2001），德國健康保險法支付制度法律關係的分析，臺大法學論叢，30卷6期，頁227-263。
- （2002），德國健康保險法「聯邦醫療服務基本協定」的規範分析，臺北大學法學論叢，51期，頁35-70。
- 許宗力（1992），論國會對行政命令之監督，收於：法與國家權力（一），頁269-300，臺北：元照。
- （1999），訂定命令的裁量與司法審查，收於：憲法與法治國行政，頁207-248，臺北：元照。
- 許登科（2008），德國擔保國家理論為基礎之公私協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳春生（2000），行政法學上之風險決定與行政規則——以規範具體化行政規則為中心，收於：Heinrich Scholler教授七十大壽委員會編，法與義——Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集，頁91-115，臺北：五南。
- 黃茂榮（1991），論稅法之法源，經社法制論叢，8期，頁1-35。
- 黃程貫（1997），勞動法，臺北：國立空中大學。
- 黃錦堂（2003），論地方自治團體間之合作，月旦法學雜誌，93期，頁8-22。
- 葉俊榮、張文貞（1992），環境行政上的協商：我國採行美國「協

- 商式規則訂定」之可行性，經社法制論叢，10期，頁83-116。
- 詹鎮榮（2004），德國法中「社會自我管制」機制初探，政大法學評論，78期，頁79-120。
- （2010），國家擔保責任之理論與實踐——以民間參與公共建設為中心，民國99年度國科會專題研究計畫。
- 蔡志方（2004），科技法律與理論之比較研究，國立成功大學出國研究報告。
- 蔡宗珍（2009），從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，122期，頁33-36。
- 鄭玉波（1994），法學緒論，4版，臺北：三民。

## 2. 外文部分

- Axer, Peter (2000), Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2001), in: Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, Berlin: Peter Lang, S. 115-149.
- (2004), Gemeinsame Selbstverwaltung, in: Matthias/Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Hürth: Carl Heymanns, S. 339-361.
- Bachmann, Gregor (2006), Private Ordnung, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Badura, Peter (1987), Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, in: Selmer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin: Walter De Gruyter, S. 25-38.
- Becker, Jürgen (1985), Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV, S. 1003-1011.
- Bethge, Herbert (1985), Grundrechtsberechtigung juristischer Personen

- nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, Passau: Passavia Universitätsverlag.
- Bick, Ulrike (2001), Städtebauliche Verträge, DVBl., S. 154-161.
- Biener, Herbert (1996), Fachnormen statt Rechtsnormen, Ein Beitrag zur Deregulierung der Rechnungslegung, in: Ballwieser/Adolf/Nonnenmacher (Hrsg.), Rechnungslegung – Warum und Wie? Festschrift für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag, München: C. H. Beck, S. 59-79.
- Birk, Dieter (1977), Normsetzungsbefugnis und öffentlichrechtlicher Vertrag, NJW, S. 1797-1980.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2004), § 24 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 429-496.
- Bonk, Hans-Joachim (2014), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, München: C. H. Beck, § 54.
- Brohm, Winfried (1987), § 36 Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, Heidelberg: C. F. Müller, S. 207-248.
- Brugger, Winfried (1987), Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat, VerwArch, S. 1-44.
- Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas (2010), Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bullinger, Martin (1984), Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ, S. 1001-1009.
- Castendiek, Jan (2000), Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, Baden-Baden: Nomos.
- Clemens, Thomas (1986), Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften – insb. Ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR, S. 63-127.



- Danwitz, Thomas von (1989), Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, Berlin: Duncker & Humblot.
- Denninger, Erhard (1990), Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, Baden-Baden: Nomos.
- Di Fabio, Udo (1990), Vertrag statt Gesetz?, DVBl., S. 338-346.
- (1992), Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung – Plädoyer für eine Neubestimmung der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen, DVBl., S. 1338-1346.
- Ebsen, Ingwer (1994), § 7 Rechtsquellen, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, München: C. H. Beck, S. 249-289.
- Engelmann, Klaus (2000), Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil I), NZS, S. 1-8.
- (2000), Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil II), NZS, S. 76-84.
- Fahlbusch, Jonathan I. (2004), Das gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag, Baden-Baden: Nomos.
- Finkelburg, Klaus/Ortloff, Karsten-Michael (1998), Öffentliches Baurecht, Bd. I, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Fischer, Rudolf (1995), Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, Düsseldorf: Werner.
- Funk, Winfried (1994), § 32 Vertragsarztrecht, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, München: C. H. Beck, S. 852-893.
- Glaeske, Gerd/Lauterbach, Karl W./Rürup, Bert/Wasem, Jürgen (2001), Weichenstellungen für die Zukunft – Elemente einer neuen

- Gesundheitspolitik, Veröffentlichungen der Friedrich-Ebert-Stiftung, Gesprächskreis Arbeit und Soziales, Berlin: Springer.
- Gurlit, Elke (2000), *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gusy, Christoph (2001), Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus, *ZUR*, S. 1-7.
- Haft, Fritjof (2002), Reformbedarf beim System der gesetzlichen Sozialversicherung, *ZRP*, S. 457-462.
- Hess, Rainer (2015), in: Körner/Leitherer/Mutschler (Hrsg.), *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, 85. Aufl., München: C. H. Beck, § 82.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2006), § 10 Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, München: C. H. Beck, S. 623-714.
- Hofmann, Hasso (1995), § 21 Technik und Umwelt, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, S. 1005-1040.
- Hueck, Alfred (1923), *Normenverträge*, *JheringsJb* 73, S. 33-118.
- Jacobi, Erwin (1927), *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig: Deichert.
- Kirchhof, Ferdinand (1987), *Private Rechtsetzung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kluth, Winfried (1996), *Funktionale Selbstverwaltung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Köndgen, Johannes (2006), Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rechtskonstitutionalisierung, *AcP* 206, S. 477-525.
- Kutscheidt, Ernst (1999), *Schädliche Umwelteinwirkungen*, in:

- Czajka/Hansmann/Rebentisch (Hrsg.), Immisionsschutzrechte in der Bewährung, Festschrift für Gerhard Feldhaus zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 1-24.
- Lieb, Manfred/Jacobs, Matthias (2006), Arbeitsrecht, 9. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Marburger, Peter (1982), Die Regeln der Technik im Recht, Köln: Heymanns.
- (1983), Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 34, S. 597-608.
- Meyer, Hans (1976), in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt/Main: Metzner, § 54.
- (1982), in: Meyer/Borgs-Maciejewski (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Frankfurt/Main: Metzner, §§ 35, 54.
- Meyer-Cording, Ulrich (1971), Die Rechtsnormen, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Michael, Lothar (2002), Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, Berlin: Duncker & Humblot.
- Möstl, Markus (2010), 2. Teile: Normative Handlungsformen, § 19 Allgemeiner Teil, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, S. 614-644.
- Neumann, Volker (2002), Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung? Verfassungsrechtliche Grenzen der vertraglichen Rechtsetzung in der gemeinsamen Pflegeselbstverwaltung und Alternativen, Baden-Baden: Nomos.
- Ossenbühl, Fritz (1967), Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl., S. 401-408.
- (1981), Die Selbstbindung der Verwaltung, DVBl., S. 857-865.

- (1997), Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS, S. 497-503.
- (2007), § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 135-182.
- (2007), § 101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 183-222.
- (2007), § 103 Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 261-304.
- (2007), § 104 Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 305-352.
- Papier, Hans-Jürgen (1981), Grunderwerbsverträge mit „Bauplanungsabreden“, JuS, S. 498-503.
- Pauly, Walter (1991), Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, Stuttgart: Richard Boorberg, S. 25-45.
- Robbers, Gerhard (1987), Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV, S. 272-280.
- Sachs, Michael (1983), Die Normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht, VerwArch, S. 25-49.
- (2008), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., München: C. H. Beck, § 40.
- Scherer, Joachim (1991), Rechtsprobleme normersetzender „Absprachen“ zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts, DÖV, S. 1-7.
- Scherzberg, Arno (2004), Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovation, VVDStRL 63,

S. 214-263.

Scheuing, Dieter Helmut (1982), Die Selbstbindung der Verwaltung, VVDStRL 40, S. 153-186.

Schlette, Volker (2000), Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen: Mohr Siebeck.

Schmidt-Aßmann, Eberhard (1981), Die kommunale Rechtssetzungsbefugnis, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis: Kommunale Aufgaben und Praxis, Bd. III, 2. Aufl., Berlin: Springer, S. 182-200.

——— (2011), Aussprache in: Der Schutzauftrag des Rechts, VVDStRL 70, S. 356-357.

——— (2012), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71, S. 456-457.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Röhl, Hans Christian (2005), Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, S. 1-121.

Schmidt-Preuß, Matthias (1997), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, S. 160-234.

Schneider, Hans (2002), Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

Schulze-Fielitz, Helmuth (2011), Technik und Umweltrecht, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., Berlin: Springer, S. 455-504.

Schwab, Martin (1999), Der Standardisierungsvertrag für das DRSC – Eine kritische Würdigung (Teil I), BB, S. 731-738.

——— (1999), Der Standardisierungsvertrag für das DRSC – Eine kritische Würdigung (Teil II), BB, S. 783-788.

——— (1999), Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld

zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, Tübingen:  
Mohr Siebeck.

Spannowsky, Willy (1994), Grenzen des Verwaltungshandelns durch  
Verträge und Absprachen, Berlin: Duncker & Humblot.

Starck, Christian (2005), § 33 Grundrechtliche und demokratische  
Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl., 2005,  
Heidelberg: C. F. Müller, S. 3-29.

Terner, Paul (2005), Die Vereinsklassenabgrenzung und das DIN, Berlin:  
Beuth.

Teubner, Gunther (2000), Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und  
duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: Simon/Weiss  
(Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros  
Simitis, Baden-Baden: Nomos, S. 437-453.

Timmerbeil, Sven/Jakob, Reinhard (2012), Grundriss des Konzern- und  
Umwandlungsrechts, Heidelberg: C. F. Müller.

Trute, Hans-Heinrich (1999), Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff  
eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und  
privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung  
und „schlankem“ Staat, Baden-Baden: Nomos, S. 13-45.

Wahl, Rainer (1991), Risikobewertung der Exekutive und richterliche  
Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das  
gerichtliche Verfahren, NVwZ, S. 409-418.

Würtenberger, Thomas (1991), Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren,  
NJW, S. 257-263.

——— (2001), Die Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen, in:  
Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht III – Folgen  
von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden: Nomos, S. 201-210.

## Rulemaking and Administrative Contracts

*Yi-Ren Lin\**

### Abstract

This paper examines the relations between legal guidelines, legal application, and administrative agreements, and on the foundation of national and societal function, attempting to construct the causes and possibilities of contracts serving as a formal choice in cases of ordinance-making and legal application. To this end the paper clarifies the relation between and possible types of standards and contracts and the imperatives in judging legal quality and discussing constitutionality and legality. This paper first investigates the boundaries between the form of ordinance-making and contracts' content for the two similar concepts of standard contracts and rulemaking contracts. The first discusses and analyzes the feasibility of contractual forms in the process of ordinance-making, the essence of lawmaking, and the implications of proper rulemaking procedures. The second answers the question of whether or not administrative contracts can be a means of creating sources of law.

Next the paper investigates the role private rules play in legal interpretation from the standpoint of administrative judgment activities. Following the proposal of the "Margin of Appreciation" theory, due to the development of various theories in administrative law and the influence of professional administration, the paper next develops the legislative idea of "Margin of Standard." At this point, it is like administrative bodies invoking private rules as judgmental criteria,

---

\* Assistant Professor, Department of Law, School of Law, Ming Chuan University.

expanding standards content, creating the distinct phenomenon of rule adoption. In order to improve the democratic legitimacy of contracts and to protect the interests of third parties and the public, it concludes that contracts are not for personal purpose. Only by means of the controlling proper agreement-making procedures can we legally recognize extralegal rules, and effectively regulate and control the process of private rules adoption, which also enjoys enormous benefits of convincing the one being ruled.

The paper has three conclusions: first, starting with the theoretical system of sources of law and social controls of the forms of cooperation, the paper explains whether or not administrative contracts can construct any forms as the sources, if they are suitable for the unique forms of lawmaking, and having the significance of regulating administrative bodies' behavior. In the area of social law, only if standard contracts come along with the rulemaking procedure for special qualities and only if standardization agreements can ensure the balancing of interests, discretionary power will be legally permissible. Standardization agreements must comply with the requirements of proper contractual procedures if they are to be able to expand the contents of generally recognized standards.

KEYWORDS: *Normenvertrag*, *Normensetzungsvertrag*, *Rechtslehrequellen* (sources of law), *dynamische Verweisung* (consequential referral), standardization agreement.