

民主正當性成分與其程度^{*}

林 依 仁^{**}

要 目

- | | |
|-----------------|---------------|
| 壹、前 言 | 三、正當性要素 |
| 貳、民主正當性程度的概念 | (一)功能與制度正當性要素 |
| 一、民主正當性 | (二)組織正當性要素 |
| (一)證立統治理由的作用 | (三)人事正當性要素 |
| (二)民主正當性的鄰接概念 | (四)內容正當性要素 |
| 二、民主正當性的程度特性 | (五)程序正當性要素 |
| (一)德國理論與實務之觀察 | (六)時間正當性要素 |
| (二)民主正當性程度的憲法基礎 | 肆、建立應有程度的標準 |
| (三)應然與實然意義 | 一、有效性原則 |
| (四)民主正當性缺損 | 二、正當性鏈 |
| (五)我國實務見解 | 三、重要性程度 |
| 參、民主正當性的構成部分 | (一)任務與決定之分量 |
| 一、原生正當性與派生正當性 | (二)因應責任結構改變 |
| 二、正當性主體與客體 | 四、補充原則 |

^{*} 作者真誠感謝兩位評審人意見。

^{**} 中央研究院法律所博士後研究人員，德國耶拿大學法學博士。

投稿日期：九十九年四月三十日；接受刊登日期：九十九年十月二十六日

責任校對：翁婉瑩

(一)排除不具互補性要素	(四)公私協力與聘僱關係
(二)內容調控之優先原則	三、參決制行政
(三)禁止完全交換	(一)參決制的態樣與「人事委員會」案的借鑑
(四)人事正當性不足的情況	(二)雙重多數原則
(五)內容正當性不足的情況	四、公私合營事業
伍、特殊類型之分析	(一)控制性持股條款
一、獨立性行政組織	(二)股東書面協議條款
(一)獨立性理由與判準	(三)強化監督措施
(二)自主性要素	五、外交權
(三)自治行政	(一)條約
二、私人參與任務履行	(二)架構協議
(一)公共福祉能力	陸、結 論
(二)統合式行政	
(三)行政委託	

摘 要

程度、水位或水平意味一種可上下調節的浮動狀態。德國學說與實務討論民主正當性問題上，使用正當性程度（**Legitimations-niveau**）一詞，以說明民主正當性所應到程度的變化無常，不拘泥於特定模式。目前中、外文獻對於民主正當性已有相當探討，本文試圖將正當性程度從民主正當性中抽離出來，作為型塑正當化的規範與實際。

關鍵詞：正當性程度、正當性要素、正當性鏈、統合式行政、補充原則

壹、前言

尋找證立國家統治的理由，就是探索國家統治的正當性問題。作為貫徹主權在民的民主原則，旨在確保國家統治權力行使必須能符合民意。此一授受主體間的關係性主張含有傳遞與回溯的鏡像意義。不論行政組織與作用在國家任務變遷下如何呈現複雜化面貌，在本質上仍為國家權力的一種作用，須受到民主原則的調控。不同以往的是，行政多樣化與自主性的變數，須在重構民主調控機制中適切掌握。在傳遞民主正當性過程中，如何判別與設計行政的民主正當性確能回溯連接到國民全體，不致斷裂；是否允許不同態樣的回溯可能性的存在。故整體國家組織法與國家作用法，除具有法治國原則外，尚具有民主原則之基本意義。民主原則既要求國家權力行使必須能夠回溯至國民全體之同意，而能理性建構國會與政府、行政間的調控與責任關係。

問題是如何判讀可回溯性與回溯程度的高低，作者試圖自「正當性成分」與「正當性程度」兩個概念出發，回答如何調控行政多樣化的問題。前者處理民主正當性是如何被塑造而成的，由哪些必備成分構築而成；後者則是面對因組織與作用差異性時，如何客觀有序減持與加重不同的正當性要素。此間有個別待調控國家權力的特質，自應有階梯般的層升秩序，同時所設計者復有實踐意義；問題在於如何衡平應然與實然間的差距。

由於民主正當性成分與程度的抽象籠統，作者擬先探討此一概念存在的憲法上理由與憲法依據，從其應然與實然間的差異與其關聯性（下述貳），次第探討作為前提的正當性成分，此須搭配我國與德國憲法之理論、實務與規定，進而論述正當性成分重在組合的特性（參）與其所能或應達到不同水平之現象（肆）。最後就行政權的若干特殊態樣為例，試圖建立分殊化的正當性模型（伍）。

貳、民主正當性程度的概念

國家統治的正當性，在於國家權力及其行使須由國家權力主體所從出，且能有效調控，是以正當性問題就是調控能力問題。此一議題為前置性設定。蓋調控國家權力之因素為何，須在國家權力行使之前先行確定；決非俟其行使後始為回溯性追認。在提出民主正當性程度之前，首先稽其源流，探討正當性存在的理由，次而就相關概念辨義。

一、民主正當性

(一)證立統治理由的作用

正當性（Legitimation）概念無法單獨存在，而與統治（Herrschaft）互為表裡。統治係指統治主體憑己意願令統治對象聽命順從之機會。¹政治上²的統治，由一群人統治另一群人的依據非先天預設或無端忍受，它需要論證。正當性表明著一種權力統御秩序有其被肯認為正確與公正的內在賦性，以資為統治存續的基礎成分。是否具備正當性，即轉化為妥善論證的要求，故Habermas稱正當性為「政治秩序之值得承認性」（Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung）³。是以證立統治權的存在與其行使的理由，合稱為統治正當性（Herrschaftslegitimation）。

¹ 此如Max Weber所言：統治是「在一個可界分的人群中，讓具體的或一切命令服從的機會」。Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., 1976. S. 122.

² 此處限於政治上統治。M. Weber主張在只要有力量作用的場合（例如經濟力），也可應用在財產權的領域。

³ Habermas, *Legitimationsprobleme im modernen Staat*, in: ders., *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, 1976, S. 271 ff.

在爭奪掌有統治權力與其正當性論證的歷史長河中，國民主權意識與原則的出現，顛覆主權在君、權為民用（Herrschaft für das Volk）的論據，自是澄清統治權力根源由臣民他主轉為國民自主，確立「權為民賦」的歸屬關係。同時，它說明國民自信有能力自我治理，實有承接與細化主權在民原則的意義。我國憲法清晰地表明此種關聯性：第一條規範國民如何行使其統治權（民有、民治與民享）的民主體制的國家形式；第二條則規範主權與國民的歸屬關係。⁴

以民主原則組建國家與政府形式，不必然推翻國家的政治性統治，而是表明國家統治的組織形態。它既不表示管理者與被管理者的同一性，亦非無統治性的純粹社會商談。民主原則所要求的乃是國家與政府形式的組織，能使國家權力的行使受國民所建構與控制，並足以顯示其為國民自決與國民自治。故民主原則的意義為一種組織原則。⁵要求不論何等國家權力形態，均應能追索其與國民關係的最終由來，此間即含有起始與終端的過程觀察，就此須達到兩項要求：

第一，須建立能妥善傳送特定國民意志（Volkswillen下稱：民意）於國家權力行使的機制，此為民主的國家組成機制；

第二，須建立能使國家權力行使回返至民意的機制，此為責任機制。

⁴ 此與德國基本法第20條第2項結構基本類似，「所有國家權力來自人民。國家權力由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。」

⁵ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhor (Hrsg.), HStR II, Verwaltungsrechts, 2004, § 24 Rn. 10.

(二)民主正當性的鄰接概念

討論民主正當性應就近似與互相作用的概念析辨，此為基本權正當性，合法性與責任三者。

1. 基本權正當性

國家統治之正當性意涵厥有兩端：以個人主體的基本權正當性和以國民全體為主體的民主正當性，此皆信賴個人與國民有自治能力，即自由意思形成與決定的能力，Starck稱為「兩處國家正當性的泉源」⁶，或如我國合稱為「自由民主憲政秩序」⁷。基本權正當性承認個人有自由權性質的自治權；民主正當性則以共同行使其個人參政權性質的自治權。⁸這兩種正當性在證立國家統治秩序上有等值性、相互補充但無法彼此取代，因其本質、功能與目的不同。前者課負國家一定任務、設置國家統治的內容上界限，限制與引導統治方向；後者決定國家中政治意思的形成與行動，在程序上將國民自主決定導入其中。⁹

2. 合法性

合法性（Legalität）係指法制定或法適用須能承載、實現國民與國會意志的性格，有所違背即為非法性。正當性與合法性的概念辨義與關係定位，深受法律理論演變及憲法本質認識影響。自法律實證主義的區分法律與道德的立場來看，立法者只須遵循憲法程序規定形成法律制度，而無須訴諸超實證價值的論據時，合法性得自我宣稱有正當性，則制定之法本身就是正當，而正當性流為可拋式

⁶ Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2005, § 33 Rn. 8.

⁷ 憲法增修條文第5條第5項；釋字第499號、第618號、第644號解釋。

⁸ Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 29.

⁹ Starck, aaO. (Fn. 6), Rn. 8.

概念。¹⁰在實務界早期就有「合憲合法性同時意味著民主正當性」的宣稱，¹¹將兩者劃上等號，且獲得學界認可。¹²故憲法究竟為價值完全中立或特定價值取向的認識，適足以調整兩者間的關係。若將憲法認定於純粹規則意義，則法制定與法適用所顯示的正當性成分，最多僅侷限在規則遵守範圍之內、「形式有權」實現民意。若認定憲法也含有實質性原則，則法秩序須能「正確與正義」實現民意，合法性須受正當性作最後審視。設若未能設定合法性存在的條件與其矯正機制，則合法性有完全架空正當性的可能。

因此，合法性為構成實踐民主正當性的途徑。形式意義下，憲法需藉由法律形式所聲明的國會意志而實現民主正當性；在實質意義上合憲法律形式轉化與代表正當性的民意基礎，此即法律主治下的依法行政與依法審判。¹³固然，合法性可以實現正當性，此係源於憲法規範仰賴憲法適用的實踐需求；若所形成之法秩序在內容上無悖於正當性時，是透過合憲合法性的界面去認識正當性。故合法性為正當性的一種主要表現形式，卻非唯一。¹⁴實踐正當性的途徑仍有其他可能。雖然依照憲法所定選舉制度與程序才能構造出民主正當性；但從反面觀察，若存在著其他背離這種管道而形同「毋庸負責的冒進」（ein unverantwortliches Unterfangen）足以架空憲法

¹⁰ Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 7. Aufl., 1998, S. 13. 批判見 Hofmann, *Legalität und Legitimität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4. Aufl., 2002, S. 29.

¹¹ BVerfGE 62, 1 (43).

¹² Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl., 1995, Rn. 35, 197.

¹³ Württenberger, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon*, Art. Legalität, Legitimität, 7. Aufl., 1985, S. 873.

¹⁴ v. Simon, *Zur Theorie der Legitimität*, in: Henry Steele Commager u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Loewenstein*, 1971, S. 462.

所定秩序時，自然需得其他的正當性支撐。¹⁵

3. 責任政治

民主正當性既賦予國家機關行使統治權力的民意基礎，為指揮與調動國家行動與結果確能符合國民期待，自寓有相對的義務與責任機制。憲法就國民主體為承受者之回溯設計，倘遇有國家權力行使不符合授權意旨時所建立國民召回機制，稱為責任歸屬（*Verantwortungszurechnung*）關係。例如我國憲法設計兩道責任歸屬機制：憲法第五十三條明定行政院為「國家最高行政機關」體現行政一體原則，增修條文第三條第二項復使行政院向立法院負責，施政任務的後果與缺失，概由其承擔。責任政治的精髓在變換傳遞民主正當性的觀點，倒置為要求國家權力可回溯於民意之機會。¹⁶既言可回溯，就無意使國家權力行使之際，事事再回首請示，以使得國家能保有彈性行動空間。「可回溯性」（*Rückführbarkeit*）適足以作為判斷在責任歸屬關係是否因行政多元化、層級化，以至於斷裂危險的判斷標準。

二、民主正當性的程度特性

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，而有逐步枯竭、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¹⁷，究其語

¹⁵ BVerfGE 62, 1 (43).

¹⁶ Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984, S. 604.

¹⁷ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 23; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1990, S.

源意義猶如可上下調節的浮動狀態水位或水平；抑或如某礦石分布特定礦物的含量；非單純的是否概念、判斷這或那的想法。¹⁸

由於質與量的浮動因素，遂有兩點質疑意見，一是指責其過於模糊與不確定¹⁹，二為程度概念不足以確保責任問題，甚至將導致承認現有事實為理所當然。²⁰關於前者，明確性論據只有在提出概念卻怠於做更明確界分時，方有其說服力；而且在正當性鏈模式下²¹雖然較易於論證，但不足以說明其他模式。關於後者見解固非無據，憲法規範力不會因為後置式觀察，形同遷就國家活動的現實，最終喪失其憲法主控地位。²²這點混淆應然層面與實然層面的討論，反倒是當實然層面的程度若被判定為低下無以確保民主責任時，就需要重新審視應然層面的正當性程度是否得當；它是前置觀點與後置觀點兩者間往復式的綜合判斷。同時，正當性程度意義須是憲法規範意義所設定之標準²³，自有其存在價值。

(一)德國理論與實務之觀察

若謂民主正當性程度存於憲法賦予或希冀的範圍內，則此一憲法依據究竟何在？按憲法除實證條文外，尚包括憲法原則而經由學說與審判予以落實。關於此點，可借鑑德國聯邦憲法法院「漢堡邦

328, 385; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 284.

¹⁸ 蕭文生，國家法（I）——國家組織篇，頁36，2008年7月。

¹⁹ Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 25.

²⁰ Lepsius, aaO., S. 28.

²¹ 見下述第25頁。

²² Lepsius, aaO. (Fn. 19), S. 27.

²³ Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt - Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, 2004, S. 710.

外國人選舉權」(Ausländerwahlrecht Hamburg)案²⁴中的判決理由與其後一系列判決入手。該判決引用學者Böckenförde的立論，而主張：

自憲法眼光，決定性因素非為國家行為的民主正當性形式；而是民主正當性之有效性；必要者為正當性程度。正當性程度在國家權力各種表現形態的一般情況與行使行政權的特殊情況，得受不同的形成。在行政權內，應考慮以政策形成、向國會負責之政府，和依法執行之行政間的功能性區分。²⁵

如何設定民意與國家權力行使的複雜態樣間的聯繫，至關重要。憲法規範要求是須能達到「充裕的民主正當性程度」²⁶，不要求所有國家權力行使的諸種形態，均須齊備同等程度的民主正當性。故民主原則所欲確保的是行使國家統治權力，在最終結果必須挾帶盡可能「充分」的民主正當性。此段說明表示：

1. 正當性程度概念是將所有正當性要素匯聚後，作為判斷民主正當性的含量。不再計較個別要素是否完備，而著重整體協同效應。²⁷

2. 正當性的要求從對於行動者本身轉換為行動後果的有效性。是否有效，以程度觀察。

3. 民主國原則求取足夠的正當性程度，並非極大值²⁸；國家權

²⁴ 漢堡邦在1986年的「區級代表選舉法」(Gesetz über die Wahl zu den Bezirksversammlungen)中，賦予居住達一定期間之外國人有投票權，而引發系爭規定是否抵觸民主正當性問題的爭議。

²⁵ BVerfGE 83, 60 (72).

²⁶ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66). Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 23; Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 284 ff.

²⁷ Osssenbühl, Gedanken zur demokratischen Legitimation, in: Recht im Pluralismus, FS für Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 114.

²⁸ Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation, AöR 116 (1991), S. 366.

力行使所應具備的正當性程度，不能為齊一式的劃分。

(二)民主正當性程度的憲法基礎

雖然德國實務提出正當性程度的設想及其若干特性，在該案中卻未能繼續說明清楚²⁹，此點有待學說補充。民主原則下是否存在與何以存在正當性程度的空間，可從憲法規範與憲法實際兩點著手。

1. 民主正當性秩序的開放性

與一般法律相較，憲法的框架秩序放棄預設國家活動之特定計畫，僅在長遠目標上作出低密度指示，民主原則與其實現也符合憲法規範的開放性。國會雖處於正當性優先、但非正當性獨占地位。³⁰權力分立原則下的行政自主性，除傳統層級式行政組織以外，可以依法律創設其他特殊組織，以適應任務取向下個別領域需求。³¹社會需求的理由導致行政組織的重構，尤其受客觀基本權的組織意義指導與調整。承認憲法客觀基本權的組織意義，正是承認社會有能力經由行政組織實現自控之目標，同時行政組織與其作用須以法律調控對象的實際影響為準繩。

2. 行政多元化的調控需求

民主正當性係追問國家行使權力的「狀態」是否達到圓滿，判斷正當性輸送後的「結果」。³²貫徹主權在民的理念，則寓有國家權力歸屬與功能分配及其行使間為合理轉換過程的意義。在理論與現實上均無可能將國民自治完全澈底化的情況下，民主政治勢必從代議政治、責任政治與行政一體化去認識，由是問題不能僅滿足於

²⁹ 批評見Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2001, S. 199.

³⁰ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 28), S. 352, 376.

³¹ Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 175 f.

³² Schliesky, aaO. (Fn. 23), S. 302.

如何為組織機關的功能最適設計，同時應關注行使國家權力之際是否還留存有原初授予之本旨，此一問題又因現代行政組織、任務與權限多樣化的變數，益形重要。³³

在行政法的基本原則論述中，長期以來由法治國原則為主軸的態勢至為顯然，此如法律保留的貫徹、行政權的控制。³⁴直至上世紀六十年代，行政權的民主正當性問題既未出現爭議案件，亦未嘗出現理論探究。兩個因素的出現，改變這個情勢。第一，國家任務變遷所引發的行政組織與作用多樣化，說明了法律全面保留理論與單一調控功能的困窘。行政權的獨特性、自主性和社會形成功能³⁵又重新為學界所關注。第二，七十年代初在德國出現的產業民主與共決制，不僅適用於私營企業當中，尚且推進到公營事業的範疇。由此所生的民眾參與，以及專家諮詢、利益團體的影響機制，更將重構民主正當性的必要性推上議程。

(三)應然與實然意義

正當性程度概念之所由在，是基於憲法開放性與憲法規範力兩個外在因素，以及國民主權原則與其實現過程所呈現的落差與其規範必要性而導致。此即有析分應有程度與實際程度，以及相互參照之必要。

1. 應有程度

正當性的應有程度（Soll-Niveau），係指諸般正當性要素聚合後必須要能夠達到憲法所要求的特定程度。³⁶作為憲法正當性規範

³³ Mehde, aaO. (Fn. 29), S. 515.

³⁴ Osssenbühl, aaO. (Fn. 27), S. 110.

³⁵ Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff.

³⁶ Dederer, Korporative Staatsgewalt, 2004, S. 156.

意義，旨在劃定國會負責與行政權、司法權自主權限的基本互動秩序，隱含有彈性特質，故應有程度非絕對程度，而是浮動的相對程度。應有程度的判斷依個別國家權力有不同的要求，此如立法、行政與司法間的分辦；就個別權力之行使也容許一般狀態以外、正當性較為稀薄的地帶。而應有程度的判準允許個別要素相互支援、共同作用下的「總量管制」，使得行政權得以以多樣化方式呼應任務需求。³⁷

2. 實際程度

從規範現實面觀察，倘若國家權力行使已經依照正當性之要求而組建，則其所挾帶之正當性程度為實際程度（Ist-Niveau）。例如，依照重要性保留與授權明確性應以法律規範之事項而已規範者。實際程度隨著法律規範密度而有升降的可能，法律規範密度愈高，所反映的正當性實際程度也愈高。故概括條款、不確定法律概念與裁量授予，乃至於羈束行政，為三種不同層次的實際程度。正當性實際程度判斷，係以個案狀況為準：諸如正當性鏈的長度、法規範的粗細程度。實際程度的觀察，可看出在正當性傳遞過程中因轉送正當性產生落差的現象。³⁸經由國民直接選舉所供應的正當性濃度要高於政府與各個機關與公務員。同理，在國會法律亦要高於授權之法規命令。綜言之，正當性傳遞與正當性成分流失有密不可分的關聯性。

（四）民主正當性缺損

應有程度與實際程度的概念區辨，說明憲法規範性與實際國家權力運作兩者間，可能存在不相一致的斷層。從憲法規範既未能推

³⁷ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 28), S. 336, 368.

³⁸ Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1996, S. 474.

導出特定之政治與社會發展現實，G. Jellinek遂認為憲法實際運作，是政治力量按照其內在規律主導，脫離法規範的形式存在，稱為「事實的規範力」（normative Kraft der Faktischen）。³⁹此見形同坐視不顧規範與政治間的差距拉大。然承認憲法機關的自主性，不意味著放任如脫韁野馬般，是以K. Hesse強調憲法應有其規律政治與社會生活的能力，「就歷史生活的實際為確定性與規制性影響」。憲法未嘗允諾一種隨意性的憲法適用，他力主的「憲法的規範力」（normative Kraft der Verfassung）論⁴⁰，正是審視行政組織與作用多樣化構成了憲法調控需求與必要。

憲法規範的適用，雖高度仰賴它調控國家權力的實際運作，然而不能因此從實然推導為應然。民主正當性並非一先天完成之物，而是隨著統治對象與事物之本質差異而有不同規範需求。若所行使國家權力之民主正當性，經規範面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。如何維持規範憲法之作用，又要承認國家適應社會需求的主動性，解決之道在於修補。這應從兩方面觀察缺損狀態是否為可修補：

第一、基於國家權力行使的特殊態樣所發生的缺損狀態：若憲法固守傳統單一的正當性模式作為應有程度，則任何背離現象均應認為正當性缺損。若以層級式行政為唯一時，則自治行政、統合式行政應認定為缺損。此等缺損實為採行單一模式的行政組織，不承認有行政多元化使然。若能從憲法認可其存在理由，並經合理設計，其缺損即不復存在。

第二、基於個別正當性要素不足的情況：若承認行政組織與作

³⁹ Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 72.

⁴⁰ Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 3 f.

用多元化前提，復應檢視個別組織形態中，各個單項正當性要素是否有欠缺不足，此種減持特定要素是否為合理正當？是否得以加重其他要素予以衡平？或者因違背憲法基本規範而根本無法衡平？倘能綜合所有要素為整體判斷，如其總量符合正當性應有程度，則缺損獲得彌補。

(五)我國實務見解

我國歷來已有數號司法院大法官解釋（含意見書）使用「正當性」、「正當性基礎」與「民主正當性」之用語。此處先臚列相關解釋，並節錄各該解釋文或解釋理由書中之必要段落，藉此對照本文立論思路。

1. 釋字第四九九號解釋

本號解釋對象為國民大會通過修正憲法增修條文第一條第一項至第三項及第四條第三項規定，關於國民大會延長憲法規定任期，是否違反民主政治定期改選原則及平等原則之修憲界限。解釋文提及：

「修改憲法乃最直接體現國民主權之行為，應公開透明為之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。」

次就修憲程序稱：

「修改憲法……如有重大明顯缺損，即不生其應有之效力。……所謂重大，就議事程序而言則指缺損之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範。」

又就修憲實質界限謂：

「憲法中具有本質重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。」

再從代議民主的角度出發，該號解釋論：

「代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定。」

2. 釋字第五二〇號解釋

本號解釋涉及行政院為決議停止興建核能第四電廠並停止執行相關預算，適用憲法發生疑義。解釋認為：

「行政院院長以重要政策或施政方針未獲立法院支持，其施政欠缺民主正當性又無從實現總統之付託，自行辭職以示負責。」

3. 釋字第六一三號解釋

本號解釋涉及國家通訊傳播委員會組織法第四條、第十六條針對通傳會之組織及委員產生方式部分，是否牴觸憲法規定。解釋文稱：

「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。」

4. 釋字第六一七號解釋

本號解釋關於刑法第二三五條散布、播送或販賣猥褻物品及製造持有罪是否違背憲法第十一條言論出版自由之爭議。該號解釋認為：

「社會風化之概念，……自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。」

5. 釋字第六二二號解釋

本號涉及刑法第四十一條第二項得易科罰金之數罪，定執行刑逾六月不得易科之規定違憲的問題。該號解釋認為：

「立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。」

6. 整理與分析

綜觀大法官有關於民主正當性的解釋，就其脈絡與本文主軸觀察，略有六類：

(1)民主正當性與國民主權的關係：大法官指出「民意代表之權限，應直接源自國民之授權」（釋字第四九九號），此為本文所稱的原生正當性與派生正當性之分；亦隱含下述正當性鏈思維的要求。因此，雖說責任政治多見於政府向國會負責的議題，然而責任歸屬關係為一回溯至國民主體為終點，故釋字第六二二號解釋立法作為與國民主權之關係，稱為立法責任。

(2)民主正當性與責任政治：責任政治係憲法設定的國民召回機制，召回前提是重要性保留。故問題即為一、是否為重要政策或施政方針；二、國會是否支持，倘未予支持則政府施政欠缺民主正當性。此見於停建核四電廠案（釋字第五二〇號）。

(3)民主正當性的規範意義：民主正當性雖賦予國家權力行使的依據，但仍要遵守規範憲法之秩序。若行使修憲權力而變更「憲法本質重要性而為規範秩序存立之基礎」，修憲條文即失其「應有之正當性」（釋字第四九九號），此同前述之規範意義之正當性。

(4)民主正當性成分：民主正當性為各種要素綜合而成，故稱成分。大法官注意到有內容要素與程序要素。前者如修憲權行使，其內容不得違背「憲法本質重要性而為規範秩序存立之基礎」。後者為釋字第五七一號與協同意見書所敘明的修憲程序、緊急命令程序。

(5)正當性缺損與其彌補：正當性缺損有輕重之分，輕者有其存在的緣由，問題轉移為如何彌補；而重者則是無法藉由彌補方式改正。此如正當性缺損或有其重大明顯者，動搖修憲之正當性乃至喪失（釋字第四九九號）；或有輕微而待除去者，此在釋字第六一三號中雖未明示，但從行政一體與責任政治之「缺損」與前後文觀

察，若有缺損存在尚不足慮，重點在是否有可彌補性。釋字第六一三號更落實彌補的方式為「綜合各項因素整體以觀」，但必須是「足以彌補行政一體及責任政治之缺損」。

(6)正當性程度：與本文有關者，為釋字第六一三號指稱立法者之法制定行為，在實然層面所營造出的民主正當性有其「一定程度」，惟必須達到憲法規範之「民主正當性基礎尚能維持不墜」之標準。值得觀察的是釋字第六一七號解釋，關於社會風化是否僅為一種慣習，或得以具有規範意義成為社會秩序之一。大法官解釋認為須透過民意機關以多數決判斷，其民主正當性方為充分。充分一詞蘊含程度意義，又此處民主正當性僅限於內容正當性要素。⁴¹

參、民主正當性的構成部分

討論民主正當性的程度議題，須先說明民主正當性的基本構成部分。民主正當性以其憲法所定的傳送機制，有不同的組合可能性，允許不同正當性成分的總和，以證立國家統治與其實施行為。⁴²

一、原生正當性與派生正當性

從其根源觀察，正當性所指涉者，為國家權力須溯源於特定主體。原生正當性（*primäre Legitimation*），為國家權力之來源與前提，出於國家權力主體之制憲權（*pouvoir constituant*），經由立憲

⁴¹ 此一判決顯示民主正當性與基本權正當性的衝突，惟因與本文主旨無涉，不予討論。

⁴² 趙相文，由法律觀點論自治制度，中原財經法學，15期，頁38，2005年12月；張志偉，論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡，中正大學法學集刊，22期，頁165，2007年5月。

活動形諸於憲法典規範。原生正當性基於國民主權原則，而不等同於民主正當性。⁴³我國憲法第二條旨在規範主權歸屬關係，憑此還未能導出國民就統治權行使之有效性影響的議題。然而我國憲法規範體系中，國民主權與民主原則融為一體，稱為「民主的國民主權」⁴⁴，故憲法第一條規定中華民國為「民主共和國」，承認全體國民皆為社會性存在主體、有平等參與政治與社會事務之能力，故稱共和；得以相互溝通自行決定政治社會生活方式（民主）之意義。⁴⁵而只要國民不自己行使國家權力，而交由個別憲法功能機關，則必須保證憲法功能機關之行使合法地自國民手中取得。此為派生正當性（*sekundäre Legitimation*），由民主原則與制度傳遞。⁴⁶由於原生與派生正當性的關聯性，在論述中將在各個正當性要素間分別闡明。

二、正當性主體與客體

憲法規範中「國民」概念同時指稱原生與派生之正當性主體。國民主權原則下的國民為唯一制憲主體，即原生正當性之主體。憲法前言稱：「中華民國國民大會受全體國民之付託……制定本憲法」。同時，中華民國為民有民治民享之民主共和國，國家權力為國民所有（民有）與行使（民治），故又為派生正當性之主體。

正當性客體，為正當性需求（*Legitimationsbedürftigkeit*）的問題。何等事項需要獲得民主正當性支持者，在今日不限於統治權或

⁴³ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG II, Art. 20, 1993, Rn. 34.

⁴⁴ Herzog, aaO., Rn. 36.

⁴⁵ 同理參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法——權力分立，頁15，2008年9月2版。

⁴⁶ 關於原生與派生正當性見Dederer, aaO. (Fn. 36), S. 178 ff.

高權的意涵，即連其他事實行為、私法行為均屬之。⁴⁷國家行為方式須能實現特定之國家任務，不應為無內容意義的盲動。準此，舉凡一切為實踐憲法、法律所付託於國家以降各級機關任務時，始終存在著國家權力行使之問題。而國家權力之意義相當廣泛，德國聯邦憲法法院採取具有「所有具有決定性質之職務行為」（alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter）者，⁴⁸亦即進行是否與如何干涉、給付、組織、外交等，且無論是否直接對外發生效力、需要轉化之決定以及共同決定，均須得到正當性支撐。⁴⁹

三、正當性要素

建立正當性主體與客體之間的傳遞關係，是依賴多種形態、而非單一的要素。功能與制度要素為個別權力的本質，程序與時間是用以補強或節制，最關鍵者為組織、人事與內容要素。

（一）功能與制度正當性要素

憲法規範本身直接將國家權力拆分就其功能予以定性，而為其功能得以發揮同時設立相應之機關，各項憲法所定之國家權力具有正當性基礎者，為功能與制度正當性要素。⁵⁰此如我國制憲者經由制憲活動建構國家機關與功能而直接予以正當化：立法院為立法功能之機關、總統與行政院為政府機關，其他如司法、考試與監察院皆不僅為憲法直接授予其制度正當性成分，尚賦予法官、考試與監察委員獨立於政治權力之外的特殊中立地位。

⁴⁷ BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40); Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 12 f.

⁴⁸ BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73).

⁴⁹ BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37 (68).

⁵⁰ BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88). 蕭文生，同註18，頁37。

(二)組織正當性要素

原生的組織正當性，為制憲者拆解原為一個整體的國家權力為數個功能意義，並直接指定相關國家機關承擔之規範。⁵¹此為我國憲法第三章至第九章以及增修條文第二條至第七條；在行政機關方面，僅例示定有警察機關與逮捕拘禁機關（第八條）、全國公私立之教育文化機關（第一六二條）、國家安全會議及所屬國家安全局（增修條文第二條四項）。此外，應包括以憲法授權成立之「各機關」（增修條文第二條第三項）、修憲機關（第二十七條第一章、第三項、增修第十二條）。在派生的組織正當性中，為議會政府體制、行政組織裁量權應受民主正當性之支撐。

1. 議會政府體制

派生組織正當性之傳遞，為憲法機關動用其組織權，組成政府、設立行政主體與機關。憲法規制組織權之秩序，茲有二義。傳遞組織正當性先是直接民選組成的基礎機關之組建權力發動，它對於被組建機關有創設機關之意義，典型關係為「議會——政府」制度，新政府組成取得組織正當性。同時國會透過定期選舉、政府重組（重新選出閣揆、行政院長辭職、不信任案、內閣總辭）等形式，建立民主責任制度。在我國因為總體因素，將任命與調控制度一分為二：閣揆由直接民選之總統任命取得組織正當性，但內閣仍向立法院負責。又政府組成制度中的辭職、不信任案與內閣總辭三者，不具備高度之組織正當性程度，蓋其僅中斷現有政府之繼續性，不必然組成新政府；此觀消極與建設性不信任制度之差別設計甚明。

2. 組織裁量權

傳遞組織正當性還包括行政主體下設機關之決定。國會對此以

⁵¹ 蕭文生，同註18，頁37。

「制度上法律保留」(institutionelle Gesetzesvorbehalt)方式，調控組織裁量權限或組織形式選擇自由。⁵²憲法對於組織權之歸屬與其行使，採取權限分享之功能最適秩序⁵³，由立法權與行政權共同享有，依據重要性原則與實用原則，分別決定組織權行使之基本結構與內部事務分配。我國憲法以簡潔的方式稱「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。」(增修第三條第三項)此係就國家機關設立決定的正當性程度之基本規範。立法者所定「中央行政機關組織基準法」，其調控可認為遵守「準則性」範圍⁵⁴，而國家機關下各機關自得依該法以政策需要或業務需要兩個憲法要求設立。或如總統與立法者關於國家安全事項之組織權分配。因此，經由各該具有組織權者之設立行為取得具體與派生之組織正當性。

3. 組織獨立性決定

組織法律關係為傳遞組織要素的基本機制。任何關於此等調控關係的重要決定，尤其是組織獨立性決定，自亦應受國會調控。此係指直接行政與間接行政之情況。按直接行政之隸屬關係與其指令監督機制，得以高度實現行政一體化，符合憲法所要求方式。然而間接行政泛指被設立組織體相對於設立行政主體，就做成如何之決

⁵² Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 3. Aufl., 2007, § 108 Rn. 88.

⁵³ v. Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle, Der Staat 35 (1996), S. 329 ff.

⁵⁴ 雖稱「準則性」，然我國中央行政機關組織基準法與個別組織法律之規範，若與他國法制相較，尤其是綜觀編制與員額等巨細靡遺規定，相當程度地提高組織正當性的應然程度。

定有相當自主性，為此在組織關係上須與設立主體間保持距離。採取獨立性組織形態以實現行政任務，將使得國會與行政調控可能性降低，須有憲法上理由。此可大別為二類：一是自治任務的考量⁵⁵；二是基於行政自主的效率提升，例如行政法人制度。⁵⁶然獨立性為一需要填補內容與高低差的層升概念，係以人事獨立性、財政與審計獨立性、有無權利能力、是否獨立行使職權等不同的獨立性特徵部分或綜合為斷⁵⁷，最終實現「任務獨立性」（Aufgabenverselbständigung）的考量⁵⁸。獨立性程度反映出民主正當性程度，此一問題容有探究之餘地。⁵⁹

（三）人事正當性要素

人事權（Personalgewalt）的行使，亦需得到民主正當性的支撐。雖有常將組織權與人事權並稱，然人事權著重在選拔進用原本位居於行政外部之國民，使其隸屬於行政組織之一員且擔負特定職務之官員身分，稱職務擔當者（Amtsverwalter）。⁶⁰使特定人受職務擔當之決定，即應得到民主正當性之傳遞。傳統上居於此一轉軸意義者，為形成性質之任命（Ernennung）；隨著行政組織多元化，此一傳遞方式也呈現多元態勢。

1. 指派

人事要素的傳遞，係國家將職務執行分配於特定人員，即指派（Bestellung）。指派者應就多數被指派者之具有同等資格、經歷

⁵⁵ 黃錦堂，德國公法人之研究，載：行政組織法論，頁294，2005年5月。

⁵⁶ 參照行政法人法第1、2條。

⁵⁷ Krebs, aaO. (Fn. 52), Rn. 18.

⁵⁸ Dreier, aaO. (Fn. 31), S. 228 ff.

⁵⁹ 請參見本文第54頁以下。

⁶⁰ Lecheler, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977, S. 78 ff.

與學識，從中擇一最適者。指派之意義極為寬廣，包含所有抽象規範與具體決定。在原生人事要素中，憲法規範者為選舉與任命。國會議員與正副總統由國民依據選舉原則以投票方法行之。由是，國會與總統依憲法任命規定，復得行使同意權而輸送其人事正當性於國家機關首長。⁶¹關於出任公職之規定，則散見於參政權（第十八條）、選拔方式（第八十五條）、與任用資格（第八十六條第一項、增修第六條）。

在派生人事正當性中，傳遞途徑與內容因政務官與事務官有所差別。具有直接正當性的創設機關，乃保有主導與輸送人事正當性於政務官之全權，憲法上無須受任何內容限制之政治性決定；而給予所選者高度的熟稔與信賴。但此一特性無法移轉於機關首長與公務員間。在公務員的層次，人事正當性傳遞仰賴公務員關係成立所需的任用與聘用權限之行使，而任用權限與聘用權限受國會立法的傳遞。按公務員與聘僱人員在憲法上同受政黨中立、遵守憲法與法律、應合乎事理方式履行公職務等規範。除須依法任用之公務人員外，亦應依特別法聘用，並非完全適用私法。

傳統上主張具體指派行為所營造的正當性鏈為標準。此係在層級式行政中，透過任命決定的**具體傳遞**。公務人員任用法第二十五條規定：「各機關初任簡任各職等職務公務人員、初任薦任公務人員，經銓敘部銓敘審定合格後，呈請總統任命。初任委任公務人員，經銓敘部銓敘審定合格後，由各主管機關任命之。」經由個人式的任命形成環環相扣正當性鏈（Legitimationskette）而得以順利傳遞：「透過國民或者透過國民所選出之機關指派執行公務者」，使得「從每個職務承擔者，必須能追索出一條不間斷鎖鏈之個人任

⁶¹ 例如行政院院長（增修條文第3條第1項）；司法院大法官（增修條文第5條第1項）。

命行為，直至作為國家權力主體之國民。」正當性鏈因具有不間斷的回溯能力，呼應正當性傳遞過程中的繼續性要求。⁶²但它不僅非唯一方式，且不要求國家權力的根源必須「具體可經驗，而且可重複更新」。⁶³譬如一個二十五歲國民，實際上從未以選舉間接參與過一個五十歲公務員在當年任命的過程。因此，正當性鏈實為擬制性論述。積極國民之地位與狀態無時無刻均處於變化之中。最後，正當性鏈所傳遞者只是「無受限的」、「完整的」⁶⁴的人事正當性；它不排除其他方式傳遞「受限制的」、「不完整的」的正當性。

2. 具體指派之修正

指派行為使得指派者與被指派者間之正當性鏈完整無缺，被指派者挾帶之正當性具有充分回溯能力。惟因行政組織複雜化，使得指派決定受到下述三種制度之修正。

(1) 提名

修正具體指派決定行為者，為提名制度，而分拆出提名權（*Vorschlagsrecht*）與任命權。使得初步篩選決定移由其他機關或特定社會團體，任命權行使只限於被提名者中揀選，由於最後決定權仍然保留在指派者手中，人事正當性得以維繫。此又分為提名權限或提名權利。

① 提名權限

提名權限與任命權限得由不同國家機關行使，因此指派決定受到其他機關之建議權的節制。不同意的法律效果只能更新被提名者，欠缺主導決定候選者之權限。例如我國憲法機關組成規定有：

⁶² Herzog, aaO. (Fn. 43), Rn. 51.

⁶³ Herzog, aaO. (Fn. 43), Rn. 51.

⁶⁴ BVerfGE 93, 37 (67).

立法院補選由總統提名之副總統候選人；立法院同意總統提名之大法官、監察委員等；內閣閣員由閣揆提請總統任命。除行政院長外，其他司法、考試與監察之人事權由總統提名，但受到立法院同意權之制衡。我國憲法同意制度有剛性特徵：理論上國會可對於提名人選始終不為同意，使得提名與不同意間反覆擺盪。若參照德國基本法第六十三條總理提名制度：總統提名之人未能當選時，聯邦議會得於投票後十四日內以議員過半數選舉一人為聯邦總理。可知提名人選未獲同意時，提名與同意機制移轉於國會，係為弱化的總統提名機制。不過此在德國總統係間接選舉、僅具有制度上正當性使然。

至於在行政權內部的層次，可賦予特定行政機關有提名權限。如中選會、通傳會、公平會委員由行政院院長提名、經立法院同意後任命。程序分為三階段者，如公視基金會董事由行政院提名，由審查委員會同意經行政院院長任命。至於比較法的參照，如德國電影促進法（*Filmförderungsgesetz*）所設立之德國電影促進署，下設機關為署長、董事會與監事會。署長由監事會提名後，由董事會任命之。

②提名權

第二種提名制度，則以法律賦予提名權於特定社會團體，此見於統合式行政⁶⁵。私人因會員身分獲其所屬團體提名，經行政機關任命而與國家成立公法上勤務關係。例如全民健康保險法第四十八條成立醫療費用協定委員會，其成員有由「醫事服務提供者代表」與「保險付費者代表」組成。依組織規程規定，經所屬團體推薦。或依照德國少年保護法所成立的「聯邦危害青少年媒體審核處」（*Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien*），認有危害青少

⁶⁵ 請參見本文第62頁以下。

年媒體之事實，得將特定書籍、媒體音像登錄或塗銷於一定公開名單。審核人員由德國聯邦家庭事務部與各邦政府任命。該法第十九條第二項列粗分八項社會次級利益範圍（藝術、文學、書商業者與出版業、電子媒體業、私人青少年扶助者、公共青少年扶助者、教師、教會、猶太文化、其他宗教團體、公法社團），為行使提名權，該法在第二十條明文列舉足以代表此八項社會利益之協會或利益團體，使得社會團體自薦代表得整合入國家權力行使。⁶⁶此一立法例設計，部會首長任命僅能從利益團體提交人選為接受與否，可謂有利於社會團體之設計。

(2) 選舉

修正指派方式還可經由選舉，此多發生於合議制機關。選舉途徑有二：一為直接、自治式選舉，故選舉者非以層級式行政之公務員身分。大學法規定大學各組群代表均以直接選舉方式產生，享有校務會議之議決權。⁶⁷經由選舉方式所傳遞之人事正當性，可以再受到前述提名權之節制，⁶⁸亦可在選舉程序上採取個人化比例代表選舉方式⁶⁹，惟我國大學法並無類似設計。

其次為間接選舉。此習見於行政權內之權力分立，如公法人分設基礎機關、領導機關和監督機關。以公共電視法為例，總經理（領導機關）之人事正當性由基礎機關（董事會）傳遞，在兩機關間因傳遞過程產生之正當性「揮發」，自應反映在兩者間的權限秩序，故立法者應保留重要性事項給予基礎機關。此觀公共電視法第

⁶⁶ 例如第1項代表藝術的「德意志文化理事會」、「聯邦德意志藝術教師聯合會」。

⁶⁷ 德國立法例如§ 30 I MDR-StV; § 40 I ThHG.

⁶⁸ 此如圖林根州大學法第74條6項規定：大學校長由校務會議提名，諮詢委員會以多數決選出後為提名人選，由教育部任命之。校務會議之提名應有3人。

⁶⁹ 如圖林根州大學法第40條。

十五條、第二十一條、第二十三條之權限劃分規定甚明。

(3) 派遣權

修正具體指派最為特別而罕見者，係派遣權（*Entsendungsrecht*）。法定派遣權使得社會利益團體自行決定參與國家權力行使之人選，而成為相關職務擔當者，無須再經國家之審查。與建議權相較，派遣權為立法者排除行政組織權人事決定，是以正當性鏈已遭斷裂，須有憲法重要理由。立法例上為德國公共電視制度董事會之組成，以在北威州為例的德西電視臺法（*WDR-Gesetz*）為例，第十五條規定四十二名董事中，除十三名由邦議會選出外，其餘二十九名由法定次級社會團體派遣。在第六號廣電判決案中，德國聯邦憲法法院認為：「私營電臺採取內部多元化組織者，立法者必須確定何等社會力量與群體得以參與電臺活動。」⁷⁰即為設定應有程度的標準。

3. 抽象集體指派

獨立性組織、機關與自治行政的出現，使得依據正當性鏈來判斷此等類型是否符合民主原則陷入困境，因為這類情況的職務擔當者未經任命程序。憲法第四十一條規定總統依法任免文武官員，人事任免權的適用對象僅限於國家公務員。地方自治人員如直轄市市長由市民選舉產生，而市長所屬一級機關首長亦由市長任命（地制法第五十五條第二項）；其他如縣市長、鄉長乃至於區長等，均不經總統任命。若執此觀之，其職務行為與國民全體間欠缺正當性回溯能力。在補合正當性缺損時，有試圖從團體成員的資格著手。Kluth提出「集體人事正當性」（*kollektive personelle Legitimation*）命題，可資參考。⁷¹自治行政既本於其當事人原則（或利害

⁷⁰ BVerfGE 83, 238 (326).

⁷¹ Kluth, aaO. (Fn. 38), S. 374 ff.

關係人原則Betroffenenprinzip)與事理上之專業處理能力，並受特定任務之付託，必與可得特定對象與其特定人身特徵相結合。故立法者須妥適觀察人身特徵而定其會員資格，此一「法定成員資格」為國會法律傳遞之集體人事正當性，因此我國地制法第十五條規定：「中華民國國民，設籍在直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）地方自治區域內者，為直轄市民、縣（市）民、鄉（鎮、市）民。」集體人事正當性作為抽象指派之方式與選舉制度中的比例代表制，亦有暗合之處，選民依據比例代表制將選票投給某政黨的集體候選人名單，各政黨將經由得票數所分配之議席安排於本黨成員，當選者即非由選民以選舉方式具體指派。同理，行政受託人表面上雖為個別指派，實則若符合法定專業資格者，即可付託行政任務。此見既以立法者抽象指派為正當性傳遞方法，原先介於國民與功能自治行政成員之罅隙得以彌補，形成另類的正當性鏈：

國民→國會→法定成員

（四）內容正當性要素

內容正當性要求國家權力行使，就其所決定事務內容必須回溯至民意。⁷²在形式上，原生的內容正當性藉由憲法建構法源位階的框架⁷³，尤其是憲法優位秩序（第一七一條）實現。實質上，原生正當性為制憲者意志所決定的基本權正當性⁷⁴和基本國策條款。尤其我國以單章（第十三章）包括增修條文總共多達三十四條條文，高度調控國家行動方向。關於內容要素的問題，略有兩點值得討論：一、內容要素需要由意志確定，這應由國民全體或轉遞於組織人事後決定，涉及間接與直接民主問題；二、傳遞形式的多樣化。

⁷² 蕭文生，同註18，頁39。

⁷³ Mehde, aaO. (Fn. 29), S. 188.

⁷⁴ BVerfGE 39, 1 (41).

1. 間接民主

若一決定在回溯民意的過程中愈趨近國民全體，則該決定之內容正當性程度愈高。「滿水位」的正當性顯示國民高度保留自行決定，此為直接民主的公民投票。惟民主原則非指國民必然自我統治，而是要求決定最終能回溯於民意。隨著社會關係的分殊化，國家意志的形成亦轉為分工化。⁷⁵故我國憲法雖明文規範創制與複決權，卻也明定立法院有議決法律案之權；憲法第一三六條復規定「創制複決兩權之行使依法律定之」。相較之下，未如在立法例上如德國薩克森州憲法第三條規定：「立法屬於邦議會或直接屬於人民」，其中沒有任何一方優先於他方。⁷⁶因此，我國憲法係含有間接民主優先的原則。

內容要素之傳遞，係國會意志藉由行使議決、審查預算、質詢調查之職權調控其他國家權力，實質上循基本國策與基本權正當性的途徑進行。⁷⁷總統雖經直接民選而取得高度人事正當性，但除宣戰媾和、大赦、特赦權等之外，並無實現內容正當性可言；亦欠缺部會領導權限而無法積極形成其政策內容，而必須間接經由任命決定產生閣揆，復因閣揆建議而任命部會首長，最後組成合議制之行政院會議實現。故內容正當性的關鍵處為被任命後之閣揆行使其政策方針權限，而傳遞內容正當性於各部會首長，在職權範圍內，各部會首長方享有獨立與自主的政策形成決定權限。

2. 直接民主

直接民主為國民針對特定事務不經其他方法而表現其意思。憲

⁷⁵ 蕭文生，同註18，頁44。

⁷⁶ SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 ff.

⁷⁷ Böckenhof, aaO. (Fn. 5), Rn. 22. 「基於民主責任與指令拘束（Weisungsunabhängigkeit）和法拘束性」。

法第一三六條賦予立法者合憲規範直接民主的程序與方式，如何合憲形成，頗值討論。

直接民主非僅止於行使參政權之意義。蓋參政權雖言主動地位（*status activus*），實則託付代議制度實現民意的間接意義。而直接民主更有滿足「憲法生活的功能」：催動國家機關行事、阻止其違背民意作為。⁷⁸自有額外補強議會政府正當性功能，甚至在議會政府體拒絕或懈怠時，升高正當性壓力（*Legitimationsdruck*）而轉換為議會政府的理由壓力⁷⁹，彼此間就同一事項可能發生競爭甚至排斥作用。⁸⁰民主原則一則賦予代議民主優先以及功能與本質保障；二為責任政治的承擔必要性；三則國家機關因直接民主須作成特定決定時，不同的決定內容需要回溯到不同程度的民主正當性支撐。故對應於直接民主的設計，直接民主所傳送的民意的成分與程度，是否與民主原則所定多數決⁸¹與少數者保護的核心原則構成相稱關係。故應查考直接民主所能作用於國家機關的影響程度、影響對象；倘從反面觀察，即形成規範直接民主的構成要件——門檻規定（*Quorum*）。惟門檻規定究應為如何之設定，並無定制，應從歷史經驗、各國相關法制與多數決本質相互推斷。以創制權為例，若與德制以其直接民主的作用拘束性程度相較，創制的類型又分為三種：分別為公民提案、創制連署與公民表決，顯示不同程度的直接民主之內容正當性⁸²。我國雖亦有提案、連署與投票，然皆為一公民投票之多階段過程。現制以公民投票作為直接民主下民意形成

⁷⁸ BVerfGE 13, 54 (87); 96, 231 (240).

⁷⁹ Preuß, Plebizite als Formen der Bürgerbeteiligung, ZRP (1993), S. 137.

⁸⁰ Böckenförde, (Fn. 5), Rn. 23.

⁸¹ BVerfGE 29, 154 (165).

⁸² 最低需求的有效認定為提案或單純的公民徵詢（*Volksbefragung*），單純的公民徵詢不產生議會政府的任何行動義務，此處不予討論。

的終點，同時為影響國家機關作為之始點，卻忽略個別程序有其獨特性意義，可予分別觀察且設定其作用範圍與程度。以下分述之：

(1)公民提案：係指公民向國家機關表達就特定事務在合適期限內請求其「處理」且作成決定，性質為集體行使請願權，提案內容可為任何政治意思形成的客體。國家機關得就提案為接受、拒絕或更改，享有相當靈活的行動空間，故提案民意到達一定支持門檻（Unterstützungsquorum），確認有「特定」民意的存在即足，不必求有多數決。蓋民主原則不等同多數決原則，其政策或法案亦非完全為全民而存在。

(2)創制連署程序：係指公民向國家機關就特定事務請求按照其預訂計畫作為之決定。提案與連署均向國家機關提出之「決定建議」，但創制連署以使國家機關全部接納為目的，國家機關的行動空間因此受限，門檻規定較前者必須提高，但亦無須以多數決為必要。以德制而言多在5%到10%之間，只須足以確認就連署事項有望獲得「相當」民意支持，且有必要排除下一階段公民表決顯然無望獲得過半數支持的情況。⁸³

(3)公民表決：是就特定事務相關的法案或政策，藉由投票表決方式發生「適用要求」（Geltungssollen）之作用。若表決通過，則國家機關不得更動、更負有使其生效之義務。表決結果使特定法案或政策發生適用效力，若事後證明決策錯誤，將面臨無人承擔責任之窘境。故須設有投票率門檻與可決門檻事屬當然，較前兩者旨在確定起碼或相當的共識有別。

⁸³ 按照公民投票法第12條規定：「……連署人數應達提案時最近一次總統、副總統選舉選舉人總數百分之五以上。……」觀之，比較起德國為低。但德國所要求的連署內容，須是一已審議附有理由的法律案，我國限定在法律原則、僅在於指明一個方向。

3. 一般法律與預算

法拘束性即為內容正當性的調控，並形諸於依法行政與依法審判原則，兼具民主國調控性與法治國合理性之意義。民主國原則旨在調控，賦予行使國家權力相當的彈性。⁸⁴從法源構造來看，法規命令與國會法律呈現由低到高的內容正當性的實際程度。而構成法源位階秩序者，為法律授權明確性原則。⁸⁵因此，爭執一事項是否為授權明確性，實對於內容上應有程度之爭執。立法者又可運用概括條款、目的與條件程式規定、不確定法律概念與裁量規定，授權行政在解釋與行動空間（裁量）或要求（羈束），均為不同形態內容要素之輸送。國會以預算審查與預算法傳遞內容要素有別於一般性法律。國會在其預算案中所定時間範圍內，以經費使用之同意調控待履行之任務。例如在補貼或給付行政中有意捨棄一般法律，更顯現其預算調控的特殊意義。⁸⁶

4. 指令與監督

指令與監督機制係基於民主責任與行政一體性，以維繫政府與下級機關間之組織關係。組織、行為與責任一體性是否得以實現，繫於此等制裁與矯正性質機制。⁸⁷然國會監督與指令權能傳遞何等程度內容正當性，不無疑問。正當性輸送為前置性輸送，而國會監督權旨在追究政府責任，以避免所違犯事項未來再度發生。監督只能說明政府向國會負責，命其自我估量後果的「籌算義務」（Rechenschaftspflicht），是以其備而後用的性質明顯，為低階的

⁸⁴ Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 90.

⁸⁵ 釋字第313號，行政程序法第150條第2項。

⁸⁶ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 84), S. 91.

⁸⁷ 黃錦堂，德國獨立機關獨立性之研究——以通訊傳播領域為中心並評論我國釋字第613號解釋，中研院法學期刊，3期，頁28，2008年9月。

應有程度。蓋其監督權行使時機為間歇性，監督權行使只能指正，促其回歸正常法秩序。與一般法律相較，兩者為方法目的之關係。

指令權（*Weisungsbefugnis*）的情況亦同，它只是在指令權限行使時的正當性，若不在具體案件中行使，則不能產生如同一般法律的內容上調控效果。⁸⁸只有在個案中，內容正當性的傳遞方能「具體可經驗的」與「事實上可證明」。倘若間接行政中欠缺指令與監督權，無法說明內容要素是否足夠。蓋依法行政本足以傳遞內容正當性，監督與否僅為在此基礎上的微調作用。⁸⁹此在司法權行使與獨立性問題上，尤其明顯。憲法規範之審判權採取「唇齒條款」之方式，一方面法官獨立審判原則排除任何指令與監督權之行使，另一方面獨立審判必須完全依法進行。⁹⁰

(五)程序正當性要素

程序要素，係指憲法或國會藉由程序規範調控國家權力行使。程序要素與下述時間素無法獨立出現，而係配屬組織人事與內容要素而存在。⁹¹原生的程序正當性，為我國憲法中對於正副總統的罷免程序規定；行政院覆議案；立法院之不信任案、領土變更、緊急命令案與正副總統彈劾案聲請審理、立法委員逮捕拘禁須經立法院許可；以及憲法修改。

國家權力的程序性調控實則處於派生正當性之層次。立法者藉由程序性法律將程序正當性傳達給行政權與司法權。此如各種民

⁸⁸ Schulze-Fielitz, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 325.

⁸⁹ Dederer, aaO. (Fn. 36), S. 242 f.

⁹⁰ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 22.

⁹¹ Schliesky, aaO. (Fn. 23), S. 598.

刑、行政訴訟法與行政程序法、各種特別行政法調控司法權與行政權行使。關於程序正當性除理由說明義務外，茲以多數決程序為重要者。

1. 多數決程序

多數決程序之意旨為「遇意見紛爭時以多數意志公決之」⁹²。多數主治原則（*Herrschaft der Mehrheit*）可結合組織與人事要素成為選舉程序；或者結合內容要素為合議程序。多數決之主體仍為國民或其代表。基於選舉平等原則，個別國民所表達之同意有同等性。而多數決之客體，不論就候選人或待決事項，均指向一個選項的抉擇，並無另類、甚至與之衝突決定同時存在的可能；至多在例外情況下以附條件形式出現（例如立法院附帶決議）。⁹³

選舉為「民主正當性的基本行為」⁹⁴。選舉程序係指從民意組建國家機關過程，為轉換主權在民原則於間接民主、和替代直接民主的關鍵。選舉結果復構成正當性鏈的第一環節，如此方能使國家機關為任命與指派決定時，有再度輸送人事要素之導出能力。合議程序係指國家權力之行使由三人以上成員共同議決為前提，此如立法院院會與行政院院會、法院之合議庭。則就其合議方式可為程序上調控其決議形成之方式。惟組織與程序形成處於交互影響的狀態，若決定設置合議機關，則相互爭執與調和之特徵，必須就「因議而決」的過程為特殊之規範，此為國家權力內部之決定尋求過程，藉程序規範調控議決行為，以符合決定理性之期待。⁹⁵我國僅在中央機關組織基本法第七條授權規定「合議之議事程序及決議

⁹² BVerfGE 38, 258 (274); 44, 125 (141).

⁹³ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 52.

⁹⁴ BVerfGE 44, 125 (140).

⁹⁵ Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 280 ff.

方法」未如德制在行政程序法規範一般合議程序，其重要規範原則略有下列數端⁹⁶：(1)充分資訊：應使合議委員對於待決議題有充分認識、告知開會日程、議事日程之編擬；(2)決議能力：應訂定法定人數以防止出席少數因多數缺席而作成重要決定；(3)以多數決為原則。

2. 多數決的認定

多數指所表決結果中同意者多於反對者或反是。惟多數一詞相當歧義性，憲法與法律規定可有委員多數⁹⁷，出席多數⁹⁸和表決多數、相對與絕對多數。故能具體量化正當性程度的機制，莫過於多數決的有效認定機制（即門檻）。這點應觀察待決事務與待組成機關的本質，如總統與立委、修憲與釋憲、直接民主類型以及私人參與行政等。制憲者或國會可本於事物重要性程度與否提高多數決的標準。如憲法規定：

——本於少數保護，或鞏固憲法基本原則的本質保障：例如憲法修正案；

——重要政治決定：例如正副總統罷免案、領土變更案、彈劾正副總統之聲請審理。進而形成少數決定，或加重多數之結果要求。

或如行政院提名公共電視董、監事候選人，以公共電視董、監事審查委員會四分之三以上之多數同意為要件（公共電視法第十三條）。更嚴格的多數決標準，為一致同意（Einstimmigkeit），它

⁹⁶ BVerfGE 91, 148 (166); Epping, Die Willensbildung von Kollegialorganen, DÖV 1995, S. 720.

⁹⁷ 如憲法增修條文第2條第9項規定：「總統、副總統之罷免案，須經全體立法委員四分之一之提議……」。

⁹⁸ 如舊憲法第57條第2項：「……覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議……」。

形同賦予單一成員擁有對抗多數之否決權，或通過須排除任何可能的異議。例如地方制度法第四十六條規定，關於地方立法機關正副議長或鄉鎮市民代表會之正副主席罷免案之撤回。全體一致為多數決原則之例外，係源於憲法以民主原則建構國家統治秩序。⁹⁹

另一種有效認定的設計，依據多數決形成的過程觀察，大致上可分為提案與連署、參加門檻與同意門檻¹⁰⁰。這在直接民主中的公民投票中尤具爭議。直接民主程序之發動雖常以公民提案為要件，然亦可由其他具有正當性基礎之國家機關——如總統——發動，總統提案的意義在於維持政局穩定下就特定事務再次徵求國民意志。參加門檻，又稱出席門檻或投票率門檻，係指有表決權者中須有一定比例者實際參與決定。要求參與意思形成之人數有起碼一定數量，以確定決議能力。在公民投票中，參加門檻的爭議遠大於可決門檻（公投法第三十條）。然公民投票有別於其他直接民主之形態；一方面須避免沈默多數受積極少數架空；按可決門檻過低，將會因個別的利益主動而阻礙實現整體公共福祉；另一方面國民有消極行使參政權之自由，過高的門檻則將使得反對者只消不參與投票，即可變相阻擋表決成功，適足以妨礙民意的表述。¹⁰¹除公民投票外，尚有參決制問題¹⁰²，值得探討。

（六）時間正當性要素

時間因素作為民主正當性輔助要素之一，意味民主正當性為定期之統治（Herrschaft auf Zeit），以便使國民在一定時間間隔內，

⁹⁹ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 9.

¹⁰⁰ 此尚可以記名或無記名投票（例如不信任案）限制。

¹⁰¹ Krüper, Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat, ZJS 2009, S. 483.

¹⁰² 請參閱本文第70頁。

審視過去已經表達之民意，能重新輸送其正當性基礎。¹⁰³此亦意味民主正當性中，立法者隨時可修正性之決定，新選出之國會不受前屆國會意志之拘束。

時間因素可視為對於人事與內容要素之更新與強化作用，但也可能為稀釋或削弱作用。前者如時間因素中最重要者，為民意代表的定期改選制度（第六十二條），此如釋字第三十一號、第二六一號、第四九九號反覆強調定期更新人事正當性的重要。蓋不定期限而又使被選出者有制定規則權與代表權，不能稱為民意代表，而是國民統治者。¹⁰⁴憲法規範時間要素搭配組織與人事要素之例子為：

1. 任期制度：正副總統、立法委員、大法官；
2. 連任：大法官不得連任，與限制正副總統連任；
3. 去職：隨時罷免正副總統、總統副總統經彈劾與審理後解職，與司法院正副院長不受任期保障。
4. 無時間限制：法官終身職保障、立法委員連選連任之無限制。尤其又以法官最為特殊。法官不僅人事上獨立，更為終身職，除重大違誤不受解職；直至因年齡優遇前，並無任何更新人事正當性的可能。¹⁰⁵

在時間因素對於內容要素的影響如緊急命令。緊急命令發布後須於十日內提交立法院追認，立法院應於三日內自行集會，並於開議七日內追認之，以及解散立法院規定。

¹⁰³ BVerfGE 44, 125 (139).

¹⁰⁴ Dreier, in: ders., GG II, Art. 20 (Demokratie), 1998, Rn. 69.

¹⁰⁵ Voßkuhle/Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 678.

肆、建立應有程度的標準

正當性程度非可涵攝，須相互組合不同要素，最後以「充分」與否界定。在特殊情況下，可調整正當性應有程度。問題是在何等情況下，應予提高或降低正當程度。

一、有效性原則

衡量調控國家權力的有效性判斷，是按照調控機制的能力而斷¹⁰⁶；正當性之應有程度顯示調控能力之強弱。若從行使國家權力反推至國家權力主體源頭本身，追索其正當性傳輸有無因機關與過程之分割而逐漸稀釋的情況，厥為建立「可回溯性」（Rückführbarkeit）之問題。回溯能力愈高，所行使之國家權力的民主正當性之飽含量愈高。此在於代議民主制度與政府負責性深具意義。蓋正當性在層層輸送過程中，是否原初民意得以在最終得以實現，不無疑問。

為防止在正當性輸送過程中，出現因層轉遞送而造成正當性流失。可能的模式是區分國家權力之有效與最有效調控兩種層次，以能達到最有效調控者為上。愈是直接由國家權力主體或由其所代表調控，則調控效果愈高。則有效性與否自以與國民之間是否「距離最短」計算。循此思維，國會之「完全保留」似應為最有效之調控方式。故Jesch主張在憲法未能明示的情況下，得以本於權限為己之推定：只要憲法未規定專屬行政權事項，全待立法者授權後，行政權方得行動。因此除干涉行政外，也應以法律規範給付行政¹⁰⁷。此見源於原始的權力分立理念為互相制衡、清楚界定個別

¹⁰⁶ Dederer, aaO. (Fn. 36), S. 160.

¹⁰⁷ Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1968, S. 171.

國家權力行使及其機關。¹⁰⁸然卻忽略行政權本身與其他國家權力，在功能與制度上正當性要素同出一源。固然國會因選舉組成，其人事正當性受直接選舉而較其他國家權力具有躍進優勢（*Legitimationsvorsprung*）¹⁰⁹；惟國會雖具有正當性優先地位，但非正當性壟斷¹¹⁰，故全面保留的最有效調控不具說服力。

由於新形態的國家權力行使的出現，使得型塑正當性輸送模式是否繼續比附原有層級式行政的命題，須待重構。通說承認應有程度既非絕對程度或事事為最有效調控，則有彈性調整的可能。在現行行政組織複雜的情況下，適度調整正當性應有程度的理論基礎為重要性程度、拋棄正當性鏈為唯一標準，輔以「補充原則」（*Kompensationsprinzip*）：在一項要素不充分的情況下，可以由其他要素補充。最後，最低標準應為維持在法律監督。

二、正當性鏈

在建立正當性應有程度時，應注意一是維持正當性鏈的完整性原則與合理例外：維持正當性鏈的完整性，原則上勿使其斷裂。但只要決定內容得以控制，正當性鏈可以例外突破。此如前述具體指派過程中，賦予特定社會團體之建議權或派遣權；或如下述參決制行政中的利益代表。二是妥適安排正當性鏈長度：正當性鏈的長短問題可作為測量程度之標準，過長的正當性鏈使得傳遞過程中出現「正當性揮發」¹¹¹，稀釋最終挾帶正當性含量的決定。這在層級式行政原則上為四階，亦即：

¹⁰⁸ BVerfGE 68, 1 (86).

¹⁰⁹ Dreier, aaO. (Fn. 104), Rn. 109.

¹¹⁰ BVerfGE 49, 89 (125).

¹¹¹ OVG Münster, NWVBl. 1996, 254 (259).

國民全體→國會或總統→閣揆→部長→機關首長。

在自治行政中，全體市民（地方立法機關）或全體會員大會（以私法行政組織者，為全體社員或股東會），有最高程度之民主正當性。市民與會員之法定資格，為國會所為抽象集體指定，間接具有人事正當性。此由市民或全體會員大會以選舉方式建立之自治組織與董事會¹¹²，再經此建立之其他機關（委員會、機關首長），為間接正當化機關。自治行政之正當性鏈則為五階，亦即：

國民全體→國會→市民或會員→代表機關、領導機關→機關首長。

惟吾人無法簡單地回答正當性鏈應有的數目，上述所舉之例可為參考。

三、重要性程度

重要性原則與正當性程度的關聯在於，行使國家權力的重要性成分決定正當性的應有程度。本質上愈是重要的決定，該決定所應含有的正當性成分也就愈濃；民意代表既因選舉與國民距離最短，自應負起調控責任，故愈重要事項愈應該保留在國會手中。重要性原則形成設計正當性模式的框架、限制降低應有程度的可能、要求適當型塑其他國家權力一定參與空間。此如授權明確性原則具體界分國會保留以及授權內容，可資參酌。

能夠反映事物重要性與否者，如基本權的重要性、侵犯的強度、應履行任務的內容決定，與組織制度性法律保留¹¹³。若任務僅具有一般性，則以法定任務規定（Aufgabenzuweisung）為已

¹¹² 按行政法人法草案第5條規定，行政法人之機關董事或監事均由監督機關以聘任方式指定人選，故處於層級式行政與具有權利能力自治行政主體間之特殊形態。

¹¹³ BVerfGE 91, 228 (244); Kluth, aaO. (Fn. 38), S. 489 ff.

足；若有侵犯人民權利情況者，除任務規定外，立法者尚須使用權限規定。

(一)任務與決定之分量

本質上重要的決定，係指應當完成之任務與決定內容、方式與過程，須具體載明於形式法律當中。德國聯邦憲法法院以任務分量作為建構應有程度之標準。「地方議會」（*Gemeindeparlamente*）案，認為就「不重要任務」可捨棄足夠正當性之標準。¹¹⁴接下來的「石荷州公職」（*Schleswig-Holsteinische Ämter*）案中，石荷州公務員與其機關行為的充分民主正當性，區分所應履行任務為國家任務或自治任務。¹¹⁵在「兩性平權受託人」（*Gleichstellungsbeauftragte*）案中，石荷州地方制度法第二條三項規定地方自治團體應任命兩性平權受託人。兩性平權受託人因其職務執行中立性，不受地方代表或其執行機關之調控。就這點，雖「其正當性程度低於通常其他在行政機關服務者」，但不違背民主原則。蓋其為地方自治團體所任命，卻無專屬事物管轄權限，其執行職務之獨立

¹¹⁴ BVerfGE 47, 253 (274). 本案事實略為北威州因地方自治轄區按照新修訂鄉鎮自治法、縣自治法與其他地方法律規定而重新組成之邦轄市，其邦轄市中區政府之選舉規定是否違反民主正當性原則。在該案中，憲法法院認為區政府享有相當權限，為行使公權力之機關，其組成方式應符合民主原則。惟其設計區代表由市議會選舉時政黨得票比例，按照政黨名單順序產生，違背正當性鏈要求。

¹¹⁵ BVerfGE 52, 95 (121). 本案事實為地方自治團體為相互合作而共同組成之「地方協會」（*Gemeindeverbände*），依照石荷州公職法（*Amtsordnung für Schleswig-Holstein*）第9條規定公職委員會（*Amtsausschuß*）由各鄉鎮市會員之市長，以及各按人口比例。由於該組建之地方協會得以針對所轄各鄉鎮行使地方立法權，則問題出在於該地方協會中的公職委員會是否具備民主正當性。

性僅限於在公開場合的論述力（*Kraft der Argument*）。¹¹⁶在「馬斯垂克」案中，移轉於歐盟之「任務與權限範圍與條約所定歐盟內意思形成之形式」，尚無違反德國國會之決定與監督權限，與民主原則亦不相違背。¹¹⁷

具有決定性質的國家權力行使與任務、權限主體之間的關係，固然有一定合致性。承擔愈重要的任務，應有根本上的決定權，但任務主體與參與任務履行主體非始終同一。立法者就國家任務所為法定任務分配規定，係就何等事項是否履行之決定（包括管轄權秩序）；就如何實現任務而以法定規範高權行使之權限秩序中，一般決定權固屬任務主體外，即連二以上機關間共同為特定任務實現，而定有聽證權、建議權、提案權等，均是不同程度之決定。此外，行政履行任務有形式選擇自由，同為國家權力行使且具有決定性質。是以法定任務規定與權限規定均為憲法所定之事理上應有程度。

論者常以準備行為或專家諮詢為例來說明「不重要的任務」，原則上無須民主正當性支撐。¹¹⁸此說稍嫌武斷。準備與諮詢處於決定之前沿，用以支援與輔助行政機關作出決定；其雖非決定本身，卻不可皆認不具重要性。程序法與訴訟法中如調查、準備與聽證規定均結合程序與內容要素，具體形成準備行為的實際程度（即法定程序），而符合憲法所定之應有程度。其次，履行法定任務應判斷具體狀況後行使不同決定成分的權限，此如羈束處分與裁量處分之分別。再者，機關權限分配上如採程序性質之分配，則最後決定權之機關並無主動形成決定的可能，而依賴程序啟動之提案權或

¹¹⁶ BVerfGE 91, 228 (224).

¹¹⁷ BVerfGE 89, 155 (181).

¹¹⁸ BVerfGE 47, 253 (274).

提名權，此處亦非簡單劃分重要與否可解。雖然如此，經由相互比較方式下劃分重要與否，仍不失為簡單可行標準。單純的準備與諮詢行為處於低階的正當性應有程度。「漢堡邦外國人選舉權」案中，諮詢委員會或其他具有諮詢性任務專家委員會之行為，其行為為無須回溯至民意。「特別微不足道的決定內容」的情況中，可能僅需一個要素為已足，其他要素可以忽略不計。¹¹⁹

(二)因應責任結構改變

現代行政在組織與行為上出現多種態樣。設定正當性應有程度時，亦須因應此等責任結構改變的現實。這在間接行政（自治行政、獨立性行政機關、私人參與任務履行）當中，出於功能性考慮以任務獨立與移轉，進而調整行政組織態樣，改變上下隸屬關係，或賦予該行政主體或機關、機構程度不等之自我負責的裁量權。此外，為任務遂行就被移轉之任務之組織，與程序上進行分解之設計，由二個以上機關或機關與私人共同實現任務。任務既為以共同方式形成，則不能不追究其責任劃分與最終責任的歸屬。

1. 行政權內之分權

權力分立理念也出現在行政權內部。「行政權內之分權」（inneradministrative Gewaltenteilung）意指特定行政主體，尤其是地方與功能自治行政之內部機關、機關任務與機關權限，就原則性、執行性與監督性事項上分由三個機關行使。¹²⁰立法者本於功能最適性，對於自治行政內部組織之機關管轄權（Organkompetenz）進行再分配，行政主體內既分由二個以上機關共同組成，自應有最終責任之歸屬設計。因此，意思形成之基礎機關，負有組

¹¹⁹ BVerfGE 83, 60 (74).

¹²⁰ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 84), S. 234.

成其他機關、決定重要事項（如法規制定、預算審查）之任務與權限，享有議決權限。執行機關負有執行基礎機關決議、日常業務之任務；監督機關負責監督執行機關之任務，皆須為必要規範。

2. 私人參與決定

重要性程度的問題，亦見於私人參與決定的作成。往昔正當性模式是建立在正當性鏈的基礎上，如此則只要調整選舉制度或強化國會對於行政的控制即足。私人或利害關係人的介入國家權力行使，反被視為干擾、降低民主正當性的消極因素。現今則在確保行政權運作能最大限度符合公共福祉的前提下，容許私人參與而又能符合民主原則。

私人參與決定的理由、程度不同，參與過程中的身分定位、國家權力行使受影響的程度亦有差別。較輕微的責任結構改變，為專家諮詢與參審制度。此等情況中，國家仍享有最後決定權且負有最後責任。組織上「外部」、應國家之請而參與之私人，僅能間接的、事實上影響決定。惟事實上影響亦不容小覷，不經論證的接收私人參與決定作成，將使得國家掌控決定的能力事實上隨之降低。¹²¹況且參與者之利益代表身分與專業諮詢亦難以絕對區分；容許私人參與調查行為之決定，本身就需要獲得正當性支撐。專家鑑定係處於事前決定階段，行政程序法中關於調查事實與證據，以及聽證程序或其他特別法規定¹²²，為國會對於事前決定行為之調

¹²¹ Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 32.

¹²² 如依總統府組織法第15條得置資政、國策顧問；環境影響評估法第3條之環境影響評估審查委員會。至於文化資產保存法施行細則第9條：「關於古物之評

控。大體而言，參與決定的類型為統合式行政與參決制行政，其正當性要求與程度有本質上的差異。¹²³

四、補充原則

補充原則意指容許個別要素間的相互支援，以各個要素「效力之可計算性」。目的在求取綜合判斷後所達成之衡平狀態，以探求其應有程度是否不足而出現缺損的情況。¹²⁴正當性要素間的互補，在一般情況下已然發生。隨著正當性鏈條數的增加造成人事正當性稀釋，而以次第綿密的法拘束（概括條款、任務、權限與裁量條款）與指令拘束，調控執行職務適用法律者，予以補足。此處先確定何等要素得以或不得參與補充作用，以及就可計算之正當性要素的特質確定其相互支援的規律後，再探討如何在兩種主要正當性不足時進行彼此間補足。

（一）排除不具互補性要素

在諸種要素互涉過程中，功能與制度要素不參與作用，亦即不具有可補充性。它旨在確保憲法所定個別國家權力之獨特性，不僅與定期選舉的正當性更新無關；而且國家權力分由特別機關行使，至於此等機關如何組成、運作，亦非功能與制度要素所能回答。這與其他要素得以自程度上、由少至多的發揮作用相比，功能與制度要素為有或無的問題，實無法說明如何實現民主原則。¹²⁵

其次，民主正當性與基本權正當性相互之間亦不具有可替代

鑑、審議事項，教育部得委託文化學術機構或專家學者辦理之。」應法律規定為宜。

¹²³ 請參見本文第62、70頁。

¹²⁴ Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 514; 蕭文生，同註18，頁39。

¹²⁵ Kluth, aaO. (Fn. 38), S. 358.

性。固然，基本權正當性始終是限制或指引國家權力行使的因素，但民主正當性的來源主體為全體國民之意義，而非基本權主體。論者有謂在行政組織與行政程序中因其基本權法益考量而塑造出民主正當性的多元樣態，而名之為「參決正當性」（partizipative Legitimation）¹²⁶，洵非正解；此尤見於行政組織與程序中的民眾參與，或者大學自治中的學生參與學術行政決定。

（二）內容調控之優先原則

調配各個要素之交換，並非簡單的加減計算可以達成，應先制定支援的規律以為互補前提。

人事要素與內容要素，為諸種要素中至關重要者。國家權力之行使實為一個連續接力過程，處於末端之「事理上決定」須具備足以回溯至原初民意決定之能力。故最應受正當性支撐者，為機關處分或為法院判決，而非執行公務員或法官之任命。¹²⁷職務執行者的人事正當性，為有利於且有助於該決定的內容正當性。職務擔當者本身的人事正當性與具體決定之間，為方法與目的之關係。復次，國會之創造作用在於人事同意與法律制定而居於正當性傳遞的中轉地位，相較於人事同意權的一次性決定而竭盡；法律傳遞在組織、內容、人事、程序的正當性呈現持續性與廣泛性的效用，國會法律居於決定性之調控機制。¹²⁸

此一關聯性與前述任務之輕重、下述要素間之互補機制，乃至於法律監督作為最低標準間，有決定性意義。如果因輕微任務而降低正當性應有程度時，應優先保留而劃定內容正當性應有程度。依據「漢堡邦外國人選舉權」案意旨，劃定原則為：「在個別與其極

¹²⁶ Emde, aaO. (Fn. 17), S. 363 f.

¹²⁷ Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 269.

¹²⁸ Dederer, aaO. (Fn. 36), S. 214 f.

有限範圍內限定權限，待決事項在內容上已為前置形成，使得權限行使侷限在計畫或法律執行的層面上。」¹²⁹

(三)禁止完全交換

正當性程度既為綜合個別要素而達成的總體程度，在總量的加碼或減少過程中，允許一個較強的要素在一定範圍內，可以補償另一較弱的要素。原則上不得以一要素完全代替另一「歸零」要素¹³⁰，例如以程序要素完全取代內容要素。¹³¹禁止完全交換原則亦適用於內容正當性之內的要素，即指令與監督機制與法律規範兩者之間不能完全相互取代。倘若完全捨棄指令與監督，而以細密法律規範代替，是否確能有效調控執行機關，不無疑義。反之，若完全捨棄法律規範，而以全面監督方式代替，亦不足以使行政權勇於任事。

(四)人事正當性不足的情況

在人事正當性情況，亦應先判定是否確有缺損狀態存在。在自治團體成員的分析中，立法者已為抽象指定，自不生補足問題。¹³²惟立法者須就自治行政為憲法上必要之證立，即確有自治行政需求而團體成員具有共同利益特徵，而足以自我承擔自治任務。

至於我國公共電視法第十三條規定公共電視董、監事審查委員

¹²⁹ BVerfGE 83, 60 (74).

¹³⁰ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 23; a. M. Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 283, 292.

¹³¹ 此如Lumann的主張，Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1993, S. 25 ff., 35.

¹³² 認為自治行政中欠缺具體指派而欠缺人事正當性者，主張其缺損透過調高內容正當性要素（設立行為的證立；任務與權限規定）予以彌補。Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 25 ff.; Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 214 ff., 500. 與本文見解並不衝突。關於自治行政中的內容正當性應有程度的設定，可為獨立判斷。故在外觀的規範現實上，二者實為殊途同歸。

會由立法院「推舉社會公正人士」組成，行使人事同意權。審查委員會委員為國民通過國會間接傳遞人事正當性，再以之為決定公視董監事委員的主體，已產生正當性落差。而且以較為模糊的法定「社會公正人士」的身分特徵決定公共電視重要機關的產生，是否確能維持中立性與多元性要求。以今日政黨政治的普遍性來看，即可能形成「政黨比例式的社會公正人士」。我國立法者在此不採取進一步規制社會公正人士資格的途徑，而以提名程序以為代償，亦無不可。於此，傳遞人事正當性在程序上，將主動性質提名權分割由行政院為事先篩選，又審查委員會應以四分之三以上之多數同意決行使同意權（該法第十三條第一項）。不論提名權或同意權行使，人選「應顧及性別及族群之代表性，並考量教育、藝文、學術、傳播及其他專業代表之均衡。」（同條第二項），與消極資格規定（同條第三項），可知對於具體指派過程中，立法者已預先為抽象的人事特徵為限定規範，兼顧多元性、專業性與中立性。此外就董事之任期、解聘事由（同法第十六條、第十八條），已為規定。權衡之下，當以執行職務時之法定機關權限為要（第十五、第二十四條）。總言之，尚可認為在內容上與程序上已為相當程度之彌補。

(五)內容正當性不足的情況

內容正當性缺損的判斷，係依據重要性原則或授權明確性標準判斷，倘重要事項應立法而未立法；或逾越授權標準，則缺損不但明顯而重大，亦無法從調高與強化人事要素彌補。

關於內容正當性缺損發生於兩種情況：一為存有憲法上理由，有意去除傳遞途徑之一的個案指令與監督機制；二為立法者剝離行政權中的抽象法令規定權，同時移轉於其他行政主體，例如賦予地方性或功能自治團體章程制定權，或立法者自我拋棄規範之建立，

轉而援用私人自訂之技術規則（Private Regelwerk）¹³³。前後兩種情況僅有具體與抽象的差別，均為所謂「免受指令拘束」（weisungsfrei）¹³⁴，以及「獨立行使職權」。獨立性機關與自治行政中，立法者撤除專業監督機制，且賦予被授權者不受指揮之獨立性。專業監督的內容為下級機關執行職務時所能行使的全部決定空間，為本於政府首長之於下屬機關領導權限¹³⁵；亦包括法律未規定之事項。專業監督與法律監督回溯能力判準不同，它不在於達到立法者顯現於法律構成要件與效果之民意，而係回溯到國會多數原則的政府意志。由於專業監督為政府實現其議會多數之民主責任，相對於法律監督是程度有效性的調控機制。排除專業監督的結果，排除上級機關一般與個案中指示、介入、資料調取之權限；以及擴大職務執行的決定空間。使得個案決定形式上保留於部會行政（Ministerialverwaltung）之事務權限外，但降低其個案控制能力。

惟不受指令拘束並非意指國會不理，立法者須為必要權衡與基本決定。¹³⁶此時正當性支援較為特殊：立法者應強化型塑此等行政組織權人事決定，除一般任用法之規範外，尚須就組織成員的產生方式、考量適合於專業性或多元性因素。¹³⁷若中立性為設立某特定機關之特殊要求，則應在組織法中就相互衝突之利益為妥適考

¹³³ Hofmann, Technik und Umwelt, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1995, § 21 Rn. 9 ff.

¹³⁴ 陳愛娥，行政層級與免於部會管轄的空間「ministerialfreie Räume」——逸脫行政層級體制之行政組織的德國案例與其憲法評價，憲政時代，35卷4期，頁490，2010年4月。

¹³⁵ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66).

¹³⁶ Klein, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, S. 69.

¹³⁷ BVerfGE 37, 1 (27f.); BVerfGE 107, 59 (93); Gross, aaO. (Fn. 95), S. 251 f.

量¹³⁸，且以時間要素與監督要素予以補強（如合議程序與任期制¹³⁹）。

其次，支援亦發生於內容要素之內而由特定調控措施補充，故得以極其具體的列舉式任務規定、構成要件與裁量規定¹⁴⁰、權限規定¹⁴¹，與清晰的程序規範法律監督之規定¹⁴²等，以為彌補。¹⁴³立法者不得為過度廣泛與事務本質無涉之授權，應按個別功能之需要為特定任務之滿足為中心；並且輔以解釋法律之概念依據與行動準則。最後，專業監督不屬於民主原則的核心成分，自然亦不屬於此類行政組織之應有程度；惟其程度下調不可低於法律監督。

原國家通訊傳播委員會組織法（以下稱通傳會組織法）第四條第二項規定，通傳會委員採政黨比例推薦制，「由各政黨（團）接受各界舉薦，並依其在立法院所占席次比例共推薦十五名、行政院院長推薦三名，交由提名審查委員會（以下簡稱審查會）審查。……」同條第三項復規定「審查會……由各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦十一名學者、專家組成……（下略）」。釋字第六一三號（通傳會案）案中大法官認定為違憲，解釋理由謂：

¹³⁸ Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1998, § 36 Rn. 41 ff.; Tomerius, Kooperatives Verwaltungshandeln und Demokratieprinzip, StwStp 1997, S. 305.

¹³⁹ 中正文化中心條例第7條第1項；行政法人法第6條第1項。

¹⁴⁰ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 28), S. 358.

¹⁴¹ 通傳會組織法第3條，大學法第24條（招生）、第27條（發給學分證明、授予學位）。

¹⁴² 地方制度法第30條第3項。

¹⁴³ Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 15.

「實質上幾近完全剝奪行政院之人事決定權。又上開規定等將剝奪自行政院之人事決定權，實質上移轉由立法院各政黨（團）與由各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦組成之審查會共同行使，影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴。」

此處應說明是，獨立機關人事權在本案中分為推薦與審查決定兩個階段，為立法者就程序正當性之補強。而行政之人事決定權除憲法第五十六條明定「行政院副院長，各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」非可機械式理解為行政之固有權限。尤其是在獨立性機關已突破常規正當性模式，其主管事項攸關通訊傳播基本權，事屬重要性事項，自有立法權決定人事任命基本框架之餘地。有疑義者，賦予政黨提名權本身並非完全不許，亦未因此「實質上幾近完全剝奪行政院之人事決定權」。但當立法者決定賦予特定社會團體有提名權時，須考量有專業或多元之公認代表性。本案立法者以政黨為唯一有提名權者，既違背設立通傳會所欲達到政治中立之目標，復欠缺就各個社會利益範圍與專業領域的包容性考慮，馴至於利益之不對稱性的情況產生。

伍、特殊類型之分析

民主原則在維持國家權力行使時最終有效回溯至國民全體的前提下，允許其順應任務變化作出調整，賦予行政有足夠活動的空間，而不規制特定行動模式。傳統上的層級式正當性模式（*hierarchische Legitimation*），係架構於國民、國會與政府（包括行政）間的基本關係。此種鎖鏈模式雖以三個角色為主體，但彼此間實存單向性輸出與回溯關係，欠缺國民與行政權間的互動。現代行政為因應紛至沓來的行政任務，轉化為各式不同的組織態樣。正當性程度使得民主原則透射於國家作用與行政組織，須斟酌實際情

況且使其回歸於憲法秩序。惟因其概念的抽象性，加諸要素多樣化，若未予釐清而使用，終有損於理論建構與實務操作。故當下要務在於如何將民主正當性程度類型化，使其獲得較為清楚的輪廓。自治行政的正當性已見前述；以下謹就獨立性行政組織、私人參與任務履行（統合式行政與公私協力）與私人影響任務履行（參決制）等情況說明。

一、獨立性行政組織

獨立性行政組織包括獨立性機關與間接行政。前者係指獨立於層級式行政，後者係獨立於設置行政主體。在公營造物中，極易與自主性或自治性的議題發生混淆。

（一）獨立性理由與判準

獨立係組織得自行意思形成與單獨活動、不受外界影響干預。組織獨立性之於民主正當性，被視為干擾國會調控、中斷責任關係的因素，構成正當性缺損狀態，需要確有憲法上獨立性理由¹⁴⁴與進行虧損填補。組織獨立性非自我目的，是國家為實現特定任務行使組織權，是否與選擇何等獨立性組織應與層級式行政、其他獨立性組織之間為比較性判斷，方能正確掌握必要性原則。

獨立性之理由為去中央化，與國家保持距離，係本於國家與社會功能二元論¹⁴⁵為出發點，信賴社會次級系統如經濟、文化與地域因素可得特定之國民，有能力、有需求為自我組織管理、形成意思而規律自身行動，可擔負原由層級式行政實現的國家任務；又分

¹⁴⁴ 黃錦堂，同註55，頁293。

¹⁴⁵ 李建良，自由、人權與市民社會——國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義，載：憲法理論與實踐（二），頁23，2000年12月。

為自治性與自主性因素。若特定生活領域愈與基本權利益緊密相關者，愈能支撐自治性理由。為達此一去國家化目的，須先從集體人事要素設定成員身分、再從組織與程序要素建構意思形成機關與程序。然個別成員恐因此遭遇社會自我集體宰制的風險¹⁴⁶，故應嚴格界定實現內容要素的法定任務範圍，國家更須保有法律監督機制。自主性則考慮專業與技術知識與經理需求、避免政治領導¹⁴⁷；是相對於層級式行政的去機關化，以期提升組織的專業判斷與經營關係。

又獨立性為一集合性與層升性概念，須從各種獨立性特徵如人事、預算與審計、意思決定、權利能力¹⁴⁸等，綜合觀察以辨明獨立性程度。獨立性程度愈高，則國會與行政的調控能力與回溯能力愈是降低。誠然，區分直接與間接行政中的公法人固享有最大程度獨立性，惟若全以權利能力作為獨立性判準，勢必以偏概全。例如中央銀行與通傳會缺乏、亦毋庸權利能力，但不妨礙其獨立性特質。自主性行政中亦有不同程度之獨立性。獨立性特徵與程度說明在個別組織或機關的正當性缺損狀態的歧異，從而影響補足此等缺損的設計。

(二)自主性因素

因自主性而設置的行政組織有二：一為實現特定給付任務之組織；二為免於指令干涉之獨立性機關。

¹⁴⁶ Rupp, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 1995, § 28 Rn. 24.

¹⁴⁷ Lange, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 190.

¹⁴⁸ 權利能力通常係指在財產、責任與訴訟方面得享受權利負擔義務。Krebs, aaO. (Fn. 52), Rn. 25.

1. 公營造物與行政法人

公營造物的獨立性程度略有三種層次。低度的獨立性為受命事業（*Regiebetrieb*），它幾無獨立性可言，僅在組織外觀上有別於行政機關，實為設置行政主體的一部分。設置行政主體須按現金流式（*Kameralistik*）編列預算，執行結果亦列入設置主體的年度決算中，例如圖書館、殯儀館與活動中心。設置主體對其有高度調控的可能性，設置行為為行政組織權的固有範圍，民主正當性未因此而受影響，自無須國會特別輸送民主正當性。

中度的獨立性為自營事業（*Eigenbetrieb*），它在財政與組織上有一定獨立性。設置行政主體為其提供事業財產（*Betriebsvermögen*），係屬於設置主體之特別財產。設置行政主體就其經濟計畫獨立編列預算，且就此得獨立執行預算、進行收支決算，僅其結果納入設立行政主體之決算。在組織獨立性上，設置行政主體為業務執行須先為其訂定營運章程（*Betriebssatzung*），為有效調控應以自治條例規範。自營事業內多分為領導機關的首長與監督委員會（*Werkausschuß*）兩個機關，領導機關之首長以聘任制進用、獨立經理業務，受監督委員會監督。監督委員會屬於設置行政主體之下設委員會，依據營運章程決定基本事項，就領導機關建立起政治調控與經濟性運營，復就領導機關之經理當否行使監督權。¹⁴⁹實例上可運用於博物館、醫院與改制前之兩廳院。自營事業擔負原為設置行政主體之任務，在組織、內容與人事要素均遭稀釋，為因應組織設置與任務分割決定，酌增調控規範設置行政主體的組織形式選擇自由，在立法例上有以自營事業法（*Eigenbetriebsgesetz*）¹⁵⁰或

¹⁴⁹ v. Mutius, *Kommunalrecht*, 1996, Rn. 500 ff.

¹⁵⁰ 例如漢堡、柏林、巴登符騰堡邦、巴伐利亞邦。

以法規命令¹⁵¹定之，應有程度設定因立法裁量而互異。

前述兩者均非完全獨立，不過符合數項獨立性特徵。公法人則具有高度獨立性，除滿足諸種獨立性特徵外，還具備權利能力成為行政主體。此處獨立性為有終極承擔權利或義務的特性，其任務、行政行為之結果與責任再也無法再歸屬於其他行政主體時，處於「歸屬關係之終點」¹⁵²，與國家之間處於高度分離的狀態，自應就調控能力的流失所反映的正當性瑕疵，自須以組織法方式調整。惟成立公法人的考量可出於自主性或自治性的因素，或兩者兼備。

2. 獨立性機關

獨立性機關為保護其運作與決定免於來自於政府指令之干涉，即行政權之政治與部會最高層級的干涉。¹⁵³獨立於政治干預，意味中斷獨立性機關與政府部會間的專業監督關係。釋字第六一三號解釋理由書中稱：「排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。」獨立性機關存在的理由，應從層級式行政與所呼應的民主正當性模式觀察。過去認為層級式行政只有、只能向政治負責的調控機制，逐漸因任務複雜性與社會分殊化，遭遇實際調控的困難，使得所賴以傳輸正當性內容的鎖鏈機制降低其調控效能。換言之，獨立意涵與其必要乃是從調控實效性出發，免於政治因素影響只是充分條件，否則難以與中央銀行的超然地位或獨立檢察官作出區分。

¹⁵¹ 例如北威邦、布蘭登堡邦、下薩克森邦。

¹⁵² Krebs, aaO. (Fn. 52), Rn. 36.

¹⁵³ 黃錦堂，同註87，頁1以下。

(三)自治行政

自治行政意指人民直接自我管理與已相關之公共事務。惟自治行政中之意思形成僅限於特定身分者，此與民主的全民平等參與國家意思形成似有所扞格；所決定者，亦非全民生活事實。雖然自治行政與民主正當性間確有其關聯性，一為民主的意義非僅限於直接與間接民主的二分法。直接民主所能獲致最大的民主正當性、提升政治與社會參與、民意更新的同步化、避免政黨機制的架空¹⁵⁴等優點，無不可從自治行政實現。¹⁵⁵二是社會利益分殊化的今日，自治行政使得人民更能就切身利害事項，有直接形成之主導權。此與自主性行政不同，自治行政之自律性與自治性特為顯明。

儘管如此，自治行政中職務擔當者由自治行政之「成員」互選，是否符合憲法第三條國民意義？而此一過程又非為正當性鏈模式；成員就自治事項得自行以合意方式相互拘束，此一合意如何可視為行政決定。換言之，是否存在著憲法第三條民治意義以外之正當性模式？若要承認自治行政的必要性，又要彌補此一缺損狀態，則必須妥善安排自治行政與國家間的聯繫。

1. 地方自治行政

地方自治行政為國家權力行使，但其決定之主體為居民，而非國民。地方選舉、組成地方議會所輸送意思決定之性質為何，是否可逕認為具有民主正當性內涵，就涉及正當性主體的定義問題。有認為居民在數量上為「部分國民」（Teilvölker），相當於微型的國民全體；既屬於正當性主體，自不生正當性虧損。或認為兩者就決定過程有其結構相似性（strukturähnlich）：地方自治行政與國

¹⁵⁴ 許宗力，憲法與公民投票，載：憲法與法治國行政，頁71，2007年1月2版。

¹⁵⁵ 尤其在對於直接民主持保留態度的憲法制度中，自治行政所能發揮民意直接表達的功能更顯重要。BVerfGE 79, 127 (150).

家，均屬在居住一定地域內人民全體，就其生活之全部事務，經由公法組織決定有全面管轄權。然部分國民的概念在德制聯邦國體系下，因各邦有其國家性格，在邦的層次與範圍內固然與國民有高度同一性，可認為係部分國民；但地方自治成員不能如此比附，按居民在地緣關係範圍內之共同生活利益相關，與國民全體形成的政治命運共同體仍屬有間，例如久居他國的外國人遇有危難時得隨時返回本國，不可認為其為正當性主體，能參與國家意志形成。

地方自治行政仍屬行政權重要組織態樣¹⁵⁶，須整合入民主正當性機制。其設須考量正當性主體與傳遞過程有「雙重層次」¹⁵⁷之特質：自治行政主體之決定由成員自行傳遞，其合意內容無須回溯於國民全體（章程層次）；只有在決定被賦予行政權屬性時，方才回溯於國民全體（地方自治法層次）。其正當性程度無須與行政自主性或直接行政相同，故國會遵照憲法自治原則構建自治機制的框架、決定居民資格，僅指明自治事項而不規範構成要件方式，制定基本組織與程序規範，維持必要的法明確性與法律監督，俾使自治決定能有其獨立性與去中央化。只有在法律已為合憲規定範圍之內，自治成員方得進行第二層次的內部、具體正當性傳遞。¹⁵⁸

2. 功能自治行政

與地方自治本於一般公眾利益有異者，功能自治行政（funktionale Selbstverwaltung）係根據特定利益——基本權利益（如大學成員）或歷史與制度性利益（如職業團體、社會性自治行政）背景——，承認成員參與、擔負自治任務，更能有效自我管

¹⁵⁶ 我國地方制度法第2條、第5條、第4節等以下稱「立法」、「立法機關」，須從行政立法之意義理解，非可比附於國會與立法權之意義。

¹⁵⁷ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 28), S. 329 (379).

¹⁵⁸ Schmidt-Aßmann, aaO. (Fn. 28), S. 329 (379).

理。我國未如德國基本法第八十七條第三項第一句明定：「此外，凡聯邦有立法權之事項，均得依聯邦立法，設立獨立之聯邦中央機關及聯邦直屬之新公法團體與機構」，可視為制度正當性的憲法規定¹⁵⁹，解釋上更須注意自治行政與民主原則的關聯性。Emde提出「自治正當性」（*autonome Legitimation*）模式，主張利害關係人在團體利益範圍內為「協會國民」（*Verbandsvolk*），足以作為民主正當性主體。¹⁶⁰此見近似前述部分國民的觀點，功能自治行政的成員與國民之間更不具有可比性；尤其是混淆民主正當性與基本權正當性，應不予採納。

德國聯邦憲法法院在利普協會案（*Lipper-Urteil*）¹⁶¹雖承認利害關係人在國民主治原則下參與實現公共任務的特殊形態；民主原則是「對於其他，特別是背離無漏洞的人事正當性的、行使國家權力的組織形式具有開放性」¹⁶²；但同時指出：直接行政與自治行政的正當性模式無法移轉到功能自治行政之上。¹⁶³在特定領域內，功能自治行政補充與強化民主原則，但必須符合這樣的期待：

若功能自治行政能有助於實現所有人之自由自我決定之更上位目的時，可被視為民主原則的特色。

自治行政（*Selbstverwaltung*）與自治（*Autonomie*）之間非截然相互對立。國家統治與個別社會利益在個別領域內是可以相互銜接，這使得決定需要民主正當性與遠離全民之成員合意，可以並行不悖。但若使成員相互合意作為該自治行政主體之決定，對個別成員或第三人利益之發生法律效果時，就必須回溯於國民全體。特殊

¹⁵⁹ Jestaedt, aaO. (Fn. 17), S. 542.

¹⁶⁰ Emde, aaO. (Fn. 17), S. 389.

¹⁶¹ 本案內容請參閱趙相文，同註42，頁38。

¹⁶² BVerfGE 107, 59 (92).

¹⁶³ BVerfGE 107, 59.

之處在於不違背可回溯性下，出於功能最適考量實現個別利益。由是，功能自治行政的正當性程度如同前述的二元結構。但在建構我國大學法律地位與內部機關的正當性傳遞過程，更顯複雜。原因有二：第一、大學獨立性究係出於自治性或自主性選項，決定不同的民主正當性本質與組成結構，應充分討論。若僅著眼於去層級化，著重學術的公共任務，提高教研的績效經營；校長、校務人員與教師為滿足學術行政需求存在；教師與學生僅從營造物利用關係下考慮基本權正當性，則行政法人化可達自主性目的。惟若特重學術與學習自由意義，則可允許成員就其自治任務有自治權。第二、大學自治行政中與基本權正當性間的關聯性為何，亦即自治任務的本質，究竟是傾向於學習自由利益或偏向講學與研究自由利益，應予辨明。例如學生會與學生代表參與校務會議¹⁶⁴，不可混為一談。

我國大學法尚未明定大學法人地位。但現行法大學享有自治權（大學法第一條第二項），顯有自治性因素考量。¹⁶⁵又自治行政與層級式行政可併行於一組織內，即大學在法定自治範圍內方享有自治權限可言；除此之外，大學行政作為國家機構的一部分，稱大學為「高等教育機構」（同法第二條），並定有主管機關（同法第三條，其職員任用、預算控制、招生畢業事項、教學任務等，如同層級式行政仍受民主正當性控制。就此部分如人事權規定（同法第十四條），係為相對獨立地位之公營造物，類似前述自營事業。另就自治事項而言，校務會議與校長為大學法所定主要機關，校務會議決定重要事項（預算、組織章程、評鑑、學術行政）、決定大學

¹⁶⁴ 此事屬下述的參決制行政的問題。

¹⁶⁵ 大學法對於作為行使自治權前提的自治團體成員，欠缺足以反映人事正當要素的法定資格規定，以及自治任務範圍、權利與義務規定也顯得模糊不清。參照德國巴伐利州大學法第17條、第18條。

基本單位之存廢。¹⁶⁶校務會議的代表全為成員本身，其中教師代表不少於全體會議代表的二分之一（同法第十五條第一項），此為自治行政之特殊之處，毋庸按照一般民主正當性之平等原則。又校長產生程序中，校務會議推選學校代表僅占遴選委員會委員五分之一（同法第九條第一項），不具有獨力生成領導機關權限，在人事正當性傳遞上，校務會議居於弱勢地位。

二、私人參與任務履行

私人參與國家任務履行的態樣，可為決定參與（諮詢、鑑定或統合式行政）或服務參與（公私協力），設定正當性應有程度須足以達到公共福祉為必要。

（一）公共福祉能力

合理界定私人參與任務的正當性程度，應問決定或給付內容是否符合公眾福祉。按內容正當性要求國家權力行使能滿足民意需求，而形諸於各式國家承擔之法定任務，如今容許私人承擔任務遂行，則保證公共福祉之實現不因此有所減損。如參與之私人有專業欠缺或任其牟利，即生內容正當性缺損。內容正當性程度轉換為要求容許私人參與之決定，須考察其具有相當公共福祉能力（*Gemeinwohlfähigkeit*），以作為揀選參與者的標準和國家附隨監督義務。此一標準因參與內容與程度有浮動可能：服務講求專業或多元利益；僅一般人可及的智慮能力，或者特殊的服務能力。¹⁶⁷綜言之，須從私人參與之積極或消極法定資格中體現。

¹⁶⁶ 大學法第7條關於合併計畫行使同意權；第9條參與行使校長選舉權；第15、第16條關於重大事項之議決權；第19條審議教師停聘與不續聘規定。

¹⁶⁷ Trute, aaO. (Fn. 121), S. 35.

(二) 統合式行政

統合式行政（*Korporative Verwaltung*; *Kondominalverwaltung*）係將各類社會上私益經由法定篩選過程，從專業性或多元性整合入國家權力行使機制，仍為行政組織的一部分，但社會次級系統的利益背景占據決定性分量。它可為行政組織中功能性主體（*Funktionsträger*）或功能性機關（*Funktionsorgan*），整合後已不復有私人身分，而是功能擔負者（*Funktionswalter*）。前者指自國家付託特定任務與權限移轉，以自己名義對外獨立行使公權力，在功能上整合入國家權力¹⁶⁸。此如行政上受託人（經許可之私校）。後者僅為行政主體的一部分。

1. 我國情況

統合式行政本於國家中立原則，吸納私人具有專業知識者（如訴願會、通傳會、專家參審制），或因多元私益（公共電視、國民參審制）參與行政權行使。此一劃分並非絕對，蓋通傳會與公平會組織雖從各社會領域揀選，仍特重視其專業性；在公共電視的董事代表社會多元利益、監事則要求特定學識經驗。許可成立私校之標準，係以其供應內容與公立大學具有同值性（*Gleichwertigkeit*）；同值性首重教育內容的公共性，其次為多元性（如宗教團體設立者）。而兩者兼備者為「家庭暴力防治委員會」。¹⁶⁹

統合式行政使得層級式行政與國民的垂直組織關係，轉變為組織內的國家與社會功能性合致的水平關係。其正當性模式略有幾個特性：

¹⁶⁸ 即行政主體，包括地域性社團（國家、省與地方自治團體）與其他具有獨立人格之公法人（公法社團、公法財團、行政法人）。

¹⁶⁹ 例如依據家庭暴力防治法第5條第2項所設立之「家庭暴力防治委員會」，其組織結構除內政部長與相關機關代表之外，為民間團體與專家學者。

倘若私人利益已合憲統合入國家機關內，可認為具備功能要素。¹⁷⁰但仍需其他要素的補強。組織要素方面有兩項問題尚待解決，一為是否統合式行政有憲法依據，二為獨立性議題。統合式行政在憲法上並無明文禁止或許可規定，應從「有利解釋」（*Wohlverstandene Auslegung*）¹⁷¹認為不違背制憲者之意。惟其建制屬於組織權的原則性決定，應由國會直接傳輸正當性。統合式行政是否應有獨立性地位，不無疑問。目前中央行政機關組織基準法除第二條第二項層級式行政外，復於第三條特別規定「獨立機關」。觀察其立法定義，似有合議性機關即等同於獨立性機關之意。然而從實現任務獨立履行目的，非不得採行獨任制機關（如國家元首之總統或職司審判之法官）。合議制機關亦得受上級機關為專業監督¹⁷²，著例為行政院長與行政院會議關係，或如學校法中之校務會議。¹⁷³合議制並非自然之理，應以功能最適為準。立法者除須權衡為達到任務履行目的所需之專業性與多元性，非使用合議制不能達到利益中立化者，方得設立合議制機關。尚須防止特定利益相對於其他者產生「不對稱狀態」。

在人事要素方面，憲法諸多指派規定規範服公職之任命決定，它要求國民具備適當能力與專業成就，符合公務人員任用資格（第八十六條）¹⁷⁴。就具體個別之任命行為，在組織法係規範任命權

¹⁷⁰ 國家通訊傳播組織法第4條、公共電視法第13條、第21條、第22條。或如參審制中擔任榮譽職之參審法官，亦統合入憲法功能性機關（法院）。

¹⁷¹ Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86, 1989, Rn. 68.

¹⁷² Gross, aaO. (Fn. 95), S. 247.

¹⁷³ 國民教育法第10條雖賦予中小學校設校務會議，議決校務重大事項。然中小學之法律地位非可等同於獨立性機關或自治行政，應受教育主管機關行政命令拘束。立法例見§§ 44 II, 47 VII SchulG BW.

¹⁷⁴ 學界區分政務官（政務人員）與事務官之標準之一，原則上以政務官無法定任用資格，事務官須依法取得任用資格，係以公務人員任用法第38條為準。

之行使範圍，尤其是法定積極資格。但國會所為抽象權衡特定社會利益之決定，違背國民平等參與公職之權，應有合理事由。例如公平會組織條例第十二條限定於「法律、經濟、財稅、會計或管理等相關學識及經驗」；且相當程度地限制政黨利益，如委員中同一黨籍者不得超過委員總數二分之一規定。亦可將任命過程拆解為提名與同意二階段。¹⁷⁵

再就內容與程序要素觀察，由於統合式行政的人員來自於社會各階層或各專家，此種「社會規制者群體」的特性使得正當性的應有程度顯得難以處理。¹⁷⁶引進社會利益作為組成規制者，亦不當然符合決定透明化的要求。統合式行政中的獨立性機關，排除層級式行政中的指令拘束之特性；就其所行使之權力，亦無受到內容上嚴格調控。但立法者不過轉換所使用之法律調控手段，如通訊傳播基本法相關規定，為需要解釋之經驗性與價值填補性的不確定法律概念。統合式行政存有程序調控之特殊要求，此源於統合式行政之相對人本身基本權利，此如經認可私校學生及其家長；廣電業者與青少年及其家長之親權。若為合議制機關，則尚應以議決方式作成意思決定、重要事項禁止再授權。

2. 立法例比較

立法例比較應先確定對照組之間有可比性基礎與其所顯現的規

惟因政務人員的範圍在我國法制上擴張，不限於參與國家大政方針並隨政黨選舉成敗或政策改變而進退者，而包括進用專門知識人員，此如通傳會與公平會委員之各該組織法亦有相當任用規定（公平會組織條例第12條、通傳會組織法第4條第2項參照）。

¹⁷⁵ 中央行政機關組織基準法第21條。通傳會委員須經行政院院長提名，經立法院同意後任命之（通傳會組織法第4條第3項），公平會委員由行政院院長提請總統任命之（公平會組織條例第11條第1項）。

¹⁷⁶ Möllers, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), S. 378.

範異同性。我國家庭暴力防治委員會與德國聯邦危害青少年媒體審核處，均係本於國家針對社會多元利益不對稱，而基於保護義務介入且衡平社會間衝突關係。

在前述之「聯邦危害青少年媒體審核處」委員總計十二名中，八名成員來自社會。德國聯邦憲法法院在「敏稱巴哈」（Josefine-Mützenbach）案¹⁷⁷中嘗言：「團體陪席員（Gruppenbeisitzer）已非私人，而係由聯邦部長任命而移轉該職務之擔當者。」在德國少年保護法中，由於提名權係傾向於社會利益團體之設計，立法目的為吸納社會上專業領域意見而統合於行政決定事項之中，所作成之決定為享有判斷餘地，法院只能享有有限的審查範圍。在人事正當性應有程度方面，社會團體對於任命人選享有提名權，逸離正當性鏈之要求而須有憲法特殊事由。此可雖由保障藝術自由而得以證立，惟此點僅能說明統合性行政有別於層級式行政的正當性程度，不能因為私人參與行政決定之必要，就足以證成調控機制之有效性。否則，將導致國家任意指定某一特定人物，就能滿足有效調控決定原則之結論。立法者建立人事正當性之應有程度，須能精確類型化與程序化。該法第二十條第一項明確規定臚列三十七名有提名權之社會團體。為平衡團體提名制度，復規定提名得由「非特定組織」提出。該管部會首長應於每年依法定期限內在聯邦政府公報上徵求提名，並從徵求者擇其一而任命。同項第四句以消極方式規定：「不具有協會之分量或不能期待經常性活動者，不予考慮。」在程序精細化的要求，該法除主要程序外應由十二名成員中，須有九名成員出席方具決議能力。此外另設簡易程序，以主席與兩名委員組成，其中一名須出於藝術、學術、文學、書商業者與出版業、電子媒體業。值得注意的是，簡易程序中「媒體顯然足以危害青少年之發展

¹⁷⁷ BVerfGE 83, 130 ff.

或教育其成為負責與社會能力之人格」，應得到全體一致決之同意。

按我國家暴力防治法第五條第二項規定「民間團體代表、學者及專家。」但究竟何等民間團體與何等領域的學者專家得以入選，應從立法本意係維護家庭完整性、男女平權、親子關係、子女人格健全發展為出發點所涉及之社會團體。故最微弱的調控方式，莫過於行政組織權在決定人選之裁量時，應本於裁量的內部界限——須符合法規授權目的。但本於重要性原則，立法者「須確定何等社會力量與群體得以參與」國家權力行使，則組織設計應起碼將劃出特定遴選範圍（除家庭外，尚有如社福、媒體、醫療等領域）；甚至如確定某類社會團體確有承擔參與國家任務能力與意願者，亦得以法律明定。

（三）行政委託

私人受託行使公權力在行政程序法已為基礎性規範。以專法單獨規範者，在德國僅有不萊梅邦「關於移轉國家補助私法人任務法」。¹⁷⁸在不萊梅邦國事法院的法規違憲審查案中¹⁷⁹，就人事要素部分，法院認為法定之委託處分（或契約）與監督措施調控；以及當受託任務再移轉於其子公司時，委託機關亦應確保調控可能。至於內容要素，法定監督權包括專業監督。又本法係規範低密度法律保留之補助任務，故專業監督之「有效性」與否，從該法附款規範受託人應按主管機關之補助準則與指令執行職務，已得實現。雖然本法立法規定符合各該要素的要求，但是民主正當性之有效調

¹⁷⁸ Gesetz zur Übertragung von Aufgaben staatlicher Förderung auf juristische Personen des privaten Rechts vom 26. Mai. 1998 (GBl. S. 134.). 該法限定於特定津貼補助於企業、港口、住宅與城市建築的任務。

¹⁷⁹ BremStGH NVwZ 2003, 81 ff.

控，可能會因利益衝突而受到妨害：例如受託人執行委託任務以外之其他業務，與委託業務之發生衝突；或受託人因公司法的結構，得主張營業秘密、可同時兼顧行政任務與追求營利，凡此企業行為與決策因缺乏透明化而降低的調控有效性。法院特別強調功能與制度要素，以為現實層面控制缺損（*Kontrolldefizite*）的彌補。故主管機關在形成委託關係，須採取一切必要影響措施（尤其是資訊權）的調控。

四公私協力與聘僱關係

國家為實現任務，活絡人事行政之需要而提高行政的專業判斷能力，得以考試以外方式進用人員。以契約方式形成私人參與國家權力行使之法律關係時，一直存在私法性質之僱傭契約（公營事業）或承攬契約（公私協力）的見解，¹⁸⁰似乎契約締結與民主正當性無涉。惟民主原則調控行政主體的形式選擇權限行使，包括調控組織形式與契約方式。決定以契約方式委請私人的職務行使契約（*Amtswahrnehmungsvertrag*）¹⁸¹，使私人因此在組織法上與國家發生公法上職務關係，應受民主正當性之調控。機關與公營事業人員來源紛雜，關於人事要素的傳遞，除依法任用¹⁸²外，如何斷定應有程度，應區別下列三種情況：

¹⁸⁰ Kunig, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 18 ff.

¹⁸¹ Remmert, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren: eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung, 2003, S. 492 ff. 職務履行契約與合作契約（*Kooperationsvertrag*）略有不同之處，在於後者在組織上並不歸屬於國家。

¹⁸² 參照公務人員任用法第33條；公務人員任用法施行細則第2條第5項第5款。惟我國迄今尚未針對公營事業之任用設有法律規範。

1. 依法指派重要人員¹⁸³；
2. 依法聘僱研究、專業與技術人員¹⁸⁴；
3. 依勞動契約雇用之人員（工友、技工、駕駛）¹⁸⁵。

在 1. 的情況中，人事要素傳遞藉由任用或指派實現，固無問題。在 2.、3. 的情況，是否需要以及如何傳遞正當性，容有探究餘地。具有決定性質者始需要正當性支撐，故駕駛、修理行為毋庸依形式法律獲得內容要素支持，機關或公營事業僅需依照勞基法所形成之勞動契約定其工作內容，而勞基法之規範對象為任何人，尚非此處所稱正當性應有程度；其人事要素以用人單位之聘僱決定即足以傳遞。在 2. 的情況中，專技人員與行政間之公法上聘僱關係，從專業能力在事實上足以影響行政決定以觀，應屬重要性事項，須調控出於研究性、專業性與技術性目的之形式選擇自由。目前聘用人員聘用條例設有容許性方式規範行政的締約權限（第三條）；以「應記載事項」且近似空白授權條款方式規範內容權限（第四條），授權考試院訂定施行細則（第九條）等，可知是傾向以法定資格的學經歷限制條款調控人事權。然研擬中「聘用人員人事條例草案」規範締約權限行使如：界定聘用範圍、資格條件、公開且須經審議等，均為立法者強化人事要素之舉措，值得肯定。另一方面約聘用契約之基本內容（草案第二十條），留待行政依便宜原則決定。此類調高人事要素而彌補低度規範內容要素的情況，尚足以調控本於專業性需求的人事權行使，但仍稍顯不足。

如何立法規範行政以契約方式形成職務內容的權限，德國立法例「公部門員工工作與薪資協約」（Tarifvertrag für den öffentli-

¹⁸³ 國營事業管理法第8條第1項第3款。

¹⁸⁴ 參見聘用人員聘用條例；行政院暨所屬機關約聘僱人員僱用辦法。

¹⁸⁵ 釋字第305號解釋。

chen Dienst，下稱「TVöD」）可供參照，俾能適當傳遞內容正當性。其大體內容如下¹⁸⁶：

1. 職務行使義務特殊性條款：職務的特性非僅止於一般性勞務，而是同時履行公法上職務。此一特殊性應在首開條款中揭示，使私人明瞭其勞務貢獻在法律上歸屬於付託機關。

2. 保全履行職務條款，此又分為

(1) 遵守法定標準條款：它有助於建立執行職務時之內容正當性程度。為此須明晰雙方權利義務，確保職務履行之正常運作。略有忠實執行職務義務、保密義務、收受饋贈之禁止。

(2) 約聘報酬規定：職務履行之品質攸關職務履行者所追求之個人利益。倘能在其職務執行契約中就其薪資報酬並為規定，則將有效降低職務履行者追求個人利益所帶來經濟與職務上風險。此如聘用條例之聘用薪給規定。

3. 待履行職務之具體內容條款：職務行使契約特殊之處，應使其知曉待履行公職之具體內容，故應訂有「業務內容」條款。

三、參決制行政

參決制行政意指為保護行政權行使之相對人利益，經由法定選拔程序使其成為利益代表（Interessenvertreter），並且允許其經由影響行政權行使的機制來實現。民主正當性與基本權正當性的衝突與調和問題，在參決制行政與獨立性行政中最為明顯，參決制下的私人與私人參與國家任務履行等未可一概而論。按參決制之設計，係將基本權正當性納入考慮。問題為基本權正當性何以、得以影響行政權運作到什麼程度？按利害關係人並非國民主權或民主正當性意義的「國民」，反為國家權力行使對象。參決制的目的在使利害

¹⁸⁶ Remmert, aaO. (Fn. 181), S. 496.

關係人影響決定作成，非行使國家權力。¹⁸⁷蓋參決權將事後的權利保障在組織或程序上提前，使其事先影響行政權行使，而能妥適考慮利害關係人利益；不能從參決制中的參決權就逕自認定為具有回溯民意之意義。例如基於社會國原則而保護職工關係的人事參決制度，或者民眾參與（Partizipation）的思想。¹⁸⁸若將「利害關係人的正當性」（Betroffenenlegitimation）視為民主正當性，則實為一偽命題。簡言之，係基於法治國原則的權利保護制度，而與民主正當性在參決制行政中冶為一爐。

（一）參決制的態樣與「人事委員會」案的借鑑

從組織或程序的角度觀察，參決制可分為內部參決制度（Partizipation von Innen）如公務員之人事代表、公營事業職工代表、學校家長會與大學校務會議之學生代表；以及外部參決制度（Partizipation von Außen）如行政程序法、都市計畫法與環保法上關於聽證、異議、資訊請求權等設計。利害關係人透過參決制行政表達意見，在制度與程序上影響任務履行，既不傳遞人事正當性，亦無從彌補正當性缺損的問題。

外部參決制雖賦予利害關係人影響可能性的權利，然而行政權握有最終決定權。較有疑義者為內部參決制，這與統合式行政在組織上均為合議制機關；差異在於前者係「影響」國家任務履行。若不當設計影響機制，將使得利益代表的決定架空行政權。因此，人事正當性的應有程度在內部參決制有特殊要求。按參決制度的設計理念，著眼於不將勞動者視為雇主實現企業利益的工具，工作本身為個人安身立命、實現自我價值的生活場所，在不妨礙企業實現其

¹⁸⁷ 區分見 Ehlers, Staatliche Verwaltung, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 1 Rn. 27.

¹⁸⁸ Walter, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 151.

經濟自由的範圍內，本於社會國原則使勞動者就其勞僱關係自行決定其內容。在政府與公務員以及公營事業職工的關係，亦同其理。¹⁸⁹在私經濟中為社會國原則與經濟自由間的權衡，在公行政中為基本權利與行政功能性的權衡。本此所設立之人事委員會由職工間互選其利益代表所組成，依法享有不同程度之參與可能，如參與權（Mitwirkung）、共決權（Mitbestimmung）與建議權¹⁹⁰。

參決制的本質一方面傾向職務內部措施而攸關工作關係之利益者（保護界限），另一方面民主原則要求職務執行，須確保向國會最終負責（責任界限）。在此權利保護與任務履行範圍之間，倘被參與之決定愈不涉及職務執行，而愈多涉及工作關係利益者，因其非屬國家權力行使而無須正當性支撐，則人事委員會參決的範圍愈大。¹⁹¹故參決制與正當性程度的關聯性在於參決的程度，釋憲者針對聯邦人事代表法（Bundespersonalvertretungsgesetz）按三種正當性程度類型分別定位：

1. 涉及內部工作關係，與職務履行毫無或不甚重要之關聯：例如社會福利事項與特定職務協商事項，有共決權。

2. 涉及內部工作關係之措施，惟其對於職務履行非毫不重要：關於人事決定如「不考慮招聘應進用人員之職位」、「使用科技設備監督職工行為或其工作」，有參與權。

3. 涉及職務履行之措施，無可避免影響員工權益：所有關於公務員與職工之法律地位；以及所有職務履行有重要意義的組織上措施，由仲裁委員會（Einigungsstelle）行使建議權。

¹⁸⁹ Ehlers, Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, Jura 1997, S. 180 ff.

¹⁹⁰ Ehlers, aaO. (Fn. 187), § 1 Rn. 22.

¹⁹¹ BVerfGE 93, 37 (70).

(二) 雙重多數原則

由於實現內部參決制須過合議制機關，則組織結構必須要能正確回應不同的參決權，又要保全決定作成的內容正當性。單純參與權只賦予參決者列席的地位，其權利內涵限於資訊權（聽取報告、發表意見），較無問題。但在共決權的情況則較為複雜。對此有三種不同的正當性程度的設計，以下分述之。

1. 完全的人事正當性要求

若採取最有效調控模式，則要求每個職務執行者均須擁有人事正當性，此時合議制機關完全齊備回溯能力，自然得以絕對確保任何決定具有完整正當性。此在統合性行政（通傳會、公平會）固無問題；但參決制出於擴大民眾參與理由而容納利益代表時，與此「所有成員均需備齊人事正當性」的標準互相矛盾。持此見者如德國聯邦憲法法院在早期的「石荷州委員制市政府」（Magistratsverfassung Schleswig-Holstein）案。¹⁹²

2. 成員多數制

有主張成員多數原則，認為只要在合議制機關內有多數成員擁有人事正當性即足。¹⁹³但此說忽略表決多數的現實情形。合議制機關中每位成員擁有平等議決權，但組成成員與決定成員非始終一致，有可能因缺席而未必皆參與表決，不必然構成表決多數的背離狀態；而利益代表雖為少數，卻可能形成表決多數而決定國家權力的行使，這種狀況應視為構成正當性缺損。除前述校長遴選委員會、大學校務會議外，尚有國營事業董事會。依國民教育法第九條第六項規定：

「前三項（校長）遴選委員會應有家長會代表參與，其比例不得

¹⁹² BVerfGE 38, 257 (271); VerfGH NRW, OVG 39, 292 (294).

¹⁹³ Ipsen, Die Richterwahl in Bund und Länder, DÖV 1971, S. 469 (474).

少於五分之一。」

在此等情況下，若原本組成遴選委員會委員的少數家長會代表，在實際票決時為議決多數的情況，並非不可想像。同理，構成內部參決制者，亦見於在引入勞工董事下的國營事業董事會。國營事業管理法第三十五條第二項規定：

「前項董事或理事，其代表政府股分者，應至少有五分之一席次，由國營事業主管機關聘請工會推派之代表擔任。」

按國營事業係向全體人民提供特定生存照顧服務之公營造物，服務提供在本質上仍為國家權力之行使。惟實現給付行政過程中因企業政策決定而牽動職工工作關係甚鉅，蓋企業職工處於企業人事政策與措施的相對人地位，其利益為保有或喪失工作職位與社會福利事項。因此由利益團體（公會）所推舉之利益代表（勞工董事或理事），初不在於使其行使國家權力，此一設計可由前述公務員人事代表委員會或者勞工董事制度實現。同理，正當性要求也及於資合公司之公營事業。¹⁹⁴

大學法中的校務會議代表，其產生與議決事項依大學法第十五條第一項規定為：

「大學設校務會議，議決校務重大事項，以校長、副校長、教師代表、學術與行政主管、研究人員代表、職員代表、學生代表及其他有關人員代表組織之。教師代表應經選舉產生，其人數不得少於全體會議人員之二分之一，教師代表中具備教授或副教授資格者，以不少於教師代表人數之三分之二為原則，其餘出、列席人員之產生方式及比例，由各大學組織規程定之。」

大學事務內與學生學習自由最直接相關者，為教授之教學任

¹⁹⁴ Ossenbühl, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 515.

務；與學生學習自由較無關者，為教授之研究與人事任用。關於教學、研究與人事之決定，均為公權力之行使，學生代表或其他（非）學術職員代表的納入，並非因其具有人事正當性，而是學習自由或職業與研究自由之法益，學生只有在其自治事項範圍內所決定之如徵收學生會會費決定等，才有前述抽象集體人事正當性。因此，在大學校務會議的合議決定過程中，出現部分為具有人事正當性（教授），部分為利害關係人的參與之情形。其可能的正當性缺損亦如上述。

3. 雙重多數原則

從上述兩個方案可知，保證法定多數在議決時也能是表決多數的一貫性，方不至於形成缺損狀態，方符人事正當性之應有程度。早年關於組群大學式的德國聯邦憲法法院判決中，已經埋下了確保正當性程度的伏筆。「大學名額限制」案（*numerus clausus*）¹⁹⁵將合議制機關成員的來源與決定內容定有下列原則：(1)大學教師組群應具有同質性，得以與其他組群明顯界分的特徵而組成；(2)在所有關於研究與教學之決定，不得有非學術人員之參與。與本文有關者為：

(3)關於直接涉及教學之決定，須使大學教師組群之特殊地位而享有相稱影響力。若此組群擁有超過二分之一票數，可認為符合此項要求。

(4)關於直接涉及研究或任用大學教師之決定，須使大學教師組群保留廣泛與決定性影響力。

其中第(3)點仍為前述成員（教授）多數模式，在第(4)點則有確保研究與任用決定的正當性程度的積極意圖，惟如何實現在該案中未置一詞。

¹⁹⁵ BVerfGE 35, 79.

為保證表決多數者為具有人事正當性的情況，在嗣後的「人事委員會參決」（Mitbestimmung der Personalräte）案中¹⁹⁶，德國聯邦憲法法院引用Böckenförde的「雙重多數原則」（Prinzip der doppelten Mehrheit）¹⁹⁷，將合議制機關的組成成員與決定成員分為二個階段，進行處理：

不僅合議制機關的多數成員應受人事正當性支撐，而且在意見爭執進行表決時，相對於未獲正當性支撐的成員必得以貫徹的情況下，始符合正當性要求的真意。

值得參考的立法例，如德國下薩克森州大學法第十六條第三項規定：

「由成員組群組織的會議或機關，大學教師組群必須擁有多數票。有關研究或任用事項之議決，需要會議或機關之多數決，以及會議與機關中大學教師組群之多數決。」¹⁹⁸

四、公私合營事業

在政府與人民合資經營公營事業，應分別判斷。第一種情況為企業參股（Unternehmensbeteiligung）行為，政府投資入股於本為私法人之企業。「是否」投資之決定為行使國家權力，自應經由議會預算審議獲取正當性。惟我國未如德國預算法第六十五條規定規制國家企業參股決定的容許性要件，國會調控機制薄弱。第二種情形為國營事業經由釋股方式容許民間參與經營，其行政組織經由組織型公私協力的實現。惟公私合營事業不應以國家持股是否超過或

¹⁹⁶ BVerfGE 93, 37 (70).

¹⁹⁷ BVerfGE 93, 37 (72); Böckenförde, aaO. (Fn. 5), Rn. 19.

¹⁹⁸ 除雙重多數決外，亦有其他制度得以確保正當性程度。例如在勞工董事依德制僅選任一名。或者是賦予經由任命的人事正當性之成員有否決權。惟否決權機制無法作出積極性決定。Emde, aaO. (Fn. 17), S. 329.

低於50%為斷；若國家持股雖低於50%，而其仍能占有表決多數，對於該企業仍保有決定性影響地位；倘非如此，則為單純企業參股。¹⁹⁹

組織型的公私協力不必然因政府持股多寡使得所擔負特定任務的有所改變或消失；或者機械式認定國家無法或難以調控公私合營事業。它雖為私法形式行政的一種，但不影響國家實現生存照顧任務之目的，故不應採所有權關係，而應以功能性定義，以國家是否具有決定性影響力為斷。²⁰⁰以依據歐盟「透明化指令」（Transparenzrichtlinie）第二條第一項b款規定為例：

「如因公部門依其所有權，財政參、章程、或其他規定，得以規範該事業行為，直接或間接行使決定影響力者，為公營事業。」²⁰¹

公私合營事業因私人股本參與，使得建構正當性輸送過程產生一定困難，構成對於正當性鏈建立的干擾因素。有主張公私合營與政府獨資經營並無差別，而將獨資經營形態比附於公私合營形態者²⁰²；或者以衡平論出發，主張調高公私合營事業的事理要素，以補充組織人事要素不足。兩者均無法迴避在公私合營企業之董監事會中人事要素稀薄的情況²⁰³，係處於正當性缺損之狀態，這必

¹⁹⁹ Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, 2002, S. 13.

²⁰⁰ Schmidt-Aßmann, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach, GG III, Art. 19, BB Beilage 34 (1990), S. 1 (2).

²⁰¹ Richtlinie 70/723/EWG der Kommission vom 25. 6. 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, Abl. EG 1980, Nr. L 195/35 vom 29. 7. 1980.

²⁰² Koch, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 216.

²⁰³ 這點即便是我國草擬中「中央政府參與投資事業管理法」第17條公股代表事

須經由其他要素的補強。對於公私合營事業的調控毋庸機械式的依出資比例進行。只要能貫徹所有權分散的目標、限制多數私人股東的表決權，以確保國家在其決定性影響力。參照美、德國立法例，內容與程序上正當要素的補強方式如下：

(一)控制性持股條款

補強可以透過表決事項與表決程序規範。可資借鑑之規範為德國股分法中控制性股東之條款，使行政主體對於公私合營事業保有控制性持股（Sperrminorität）。²⁰⁴此如我國金融控股公司法第四條可資參酌。控制性持股條款的功能在於應經股東會特別決議之事項（如章程變更等），發揮具有否決權的作用。如以德國股分法規定，只要有25%之持股加上一票，就足以阻擋具備四分之三股東多數決的同意。而我國公司法僅要求特別決議成數採三分之二出席，二分之一決議，無法實現保全國家對於公私合營企業的影響力，宜修改國營事業管理法相關規定，提高決議要件。惟控制性持股只能阻止公司重大基本決策的改變，對於日常營運決定不發生任何作用，屬於較為低度調控機制，應有程度有限，這點在攸關國家危險防止任務尤應注意。²⁰⁵

前陳報義務；第18條公股代表會商原則的處理原則；第19條報備義務亦不能積極性有效的衡平。

²⁰⁴ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1953, S. 530.

²⁰⁵ 按德國基本法第87條之4第1項規定，對於是否除國家以獨資企業以外的形式，如公私合營或徹底民營化的形式，以經營空運行政任務，迭有爭議。因此德國總統Horst Köhler在2006年10月底拒絕批准機場安全民營化法案，理由之一就是控制性持股不能有效調控飛安管制。BT-Drucks. 16/3262, S. 1. Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuordnung der Flugsicherung mit GG, Art. 87d, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 161 ff.

(二)股東書面協議條款

股東書面協議為美國公司法制之產物。²⁰⁶傳統公司法之治理結構，公司事權主要集中於董事會，而股東僅能定期選舉董事；多數股東亦得藉由多數決程序決定經營方向，試圖獲取特定利益分配。若國家作為少數股東謀求其決定性影響力，應在設立公司之際由全體股東簽訂股東書面協議，以確保政府股東在公司擔任高階經理人員或董事之地位。所謂股東書面協議（shareholder agreement），係指股東間或與公司間就公司內部經營方式、控制權之分配或經濟利益等事項為約定，以創設或變更股東在公司法上既定權利義務關係；亦即創設、修正或限制股東權的形式，而排除公司法之規定。至於協議內容可有下列數端：²⁰⁷

1. 股分轉讓限制條款：為維持公司經營穩定，得以禁止，或限制股東轉讓股分之時間或方式，例如約定須經其他股東之同意。此外，尚得設定強制收買或請求承購條款，防止他人透過收購股分的方式介入公司經營。

2. 控制權條款：控制權條款的內容略有下列幾項：

(1) 表決權拘束條款

確保政府就重大經營事項或重要人事任命等議案進行表決時，得以多數決通過或反對。多數決可搭配（加權）倍數表決權（Mehrfachstimmrecht）措施實現；

(2) 人事權條款

為確保政府股東得在董事會中取得部分席次或擔任經理人員。

²⁰⁶ 王志誠，股東書面協議法制（上），月旦法學雜誌，174期，頁136-161，2009年10月。

²⁰⁷ 王志誠，股東書面協議法制（下），月旦法學雜誌，175期，頁102-161，2009年12月。

例如使國家握有指派一定席次、甚至超過半數董監事之權利；

(3)重大決策條款

股息紅利分派、企業併購或其他重大事項，應經特別決議通過，甚至採取全體同意之表決程序。

(三)強化監督措施

此如我國國營事業管理法第三條第二項：「政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。」

五、外交權

我國憲法第一四一條規範外交權行使的基本方向，樹立憲法「世界開放性」原則。外交權力的行使，如國際間相互承擔一定義務之聲明、移轉部分國家高權於另一超國際組織，均使得憲法的民主原則與國際法上義務承擔發生聯繫。外交權力行使的正當性程度討論，實有必要。

(一)條 約

條約之形式意義係指國家間締結雙邊或多邊合約表示其受義務拘束的意思；實質意義則為「內容涉及國家重要事項或人民權利義務、且具有法律上效力」（釋字第三二九號）。我國憲法規定條約簽訂過程分由三個國家機關為功能性行使的決定：行政院院長與各部會首長的條約提案權（第五十八條、增修條文第三條第二項）、立法院之議決權（第六十三條）、總統行使締約權（第三十八

條)。國會藉由行使審議權分別向政府與總統²⁰⁸，就談判與草案初擬以及締結行為，以同意權方式輸送其內容正當性²⁰⁹。何等條約須經國會議決，即為設定正當性程度的問題，是否與法律案、預算案有所不同，頗值討論。原則上，條約內容將使得本國國民之權利義務具體發生得喪變更，或者更動本國法律、增加財政支出者，必須由國會審議。²¹⁰須補充說明的是：

第一、條約案同意權的特性，在於國會只能為事後全案同意或不同意之決定，而不得修改條約內容。若國會得以修改，可以想像者為單方要求有利於己而勢必重開談判；但同意權的事後特性，不能充分達到國會調控外交權的目的。若僅以事後同意定其條約的民主正當性程度，則國會只能在條約內容形成後，影響政府的實際執行，又不利於國際交流的本旨。為加強國會對政府條約談判的調控效能，似可從修憲或訂定「條約締結法」²¹¹，除就締約事項涉及內容正當性應有成分（如涉及財政負擔、變更現有法律規定、人民權利義務或其他應以法律規定之事項）之外，宜從程序要素著手，尤其事涉釋字第三二九號稱「經我國授權之機構或團體」作為締約主體時；同時又指出書面協定送立法院審議之例外為「已經法律授權」或「事先經立法院同意簽訂」的兩種情況。就後者的國會同意前置化而言，學理上甚且主張在談判之前或談判之際使國會伴隨參與²¹²；且以「預示同意」（*antizipierte Zustimmung*），事先經由公

²⁰⁸ Stern, aaO. (Fn. 16), S. 505.

²⁰⁹ Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 52.

²¹⁰ Wolfrum, aaO., S. 46.

²¹¹ 周志宏，論立法院的條約議決權——兼論制定「條約締結法」的必要性，法政學報，1期，頁80，1993年7月。

²¹² 實例如成立世貿組織的烏拉圭回合談判，或歐盟憲法的人權憲章制定，多有國會議員參與。Magiera, Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvents und

布法律方式，就政府簽訂條約之條件、目的、範圍以及簽訂後在本國執行之法規命令，預為授權決定而備妥正當性。²¹³強化調控能力的考量在使國會事先獲得關於條約談判之完整資訊，俾伺機影響談判過程。

早期認為外交權與國民生活之間欠缺直接關聯的思維，不應再繼續遵循。在德國核武駐紮案與擴大北約行動範圍案，均會因外交權行使而對於國民產生深遠的影響。而且，國會行使同意權而以條約法律（*Vertragsgesetz*）形式出現，實際上定有執行條約的任務²¹⁴；故為授權明確性之目的、內容與範圍等要求為基礎，而設定政府談判之框架，與憲法本旨亦屬相洽。

第二，條約在國內適用的問題。如欲使條約在內國能發生法效力，必須滿足在民主正當性中諸條件的加總。條約異於法律的特性在於，透過一元論的「包容」（*Inkorporation*）或二元論的「轉換」（*Transformation*）兩種形式，輸送內容正當性於法適用機關，作者主張應視情況決定：包容形式係將國際法依其原本形式與內容吸收成為直接適用之國內法，國際法規範經此成為國內法之一部分²¹⁵，為國內法對國際法作出最大程度的開放。此際復生兩種可能：自動繼受（*Adoption*）的形式通常見於國際習慣法，而非條約法（例如刑求禁止原則），應透過制憲或修憲設定原生正當性，

der Parlamentarismus, DÖV 2003, S. 578 ff.

²¹³ 此例如德國統一條約法（*Einigungsvertragsgesetz*, 23. 9. 1990）在第2條到第5條中，針對前東德就整合入社會保險體系、歐盟法律體系與其相應法規命令制定之授權。

²¹⁴ Stern, aaO. (Fn. 16), S. 504.

²¹⁵ 解釋上依據憲法第141條之開放性與立法院對法律案的議決權，不排除直接包容國際條約的可能，而許其直接適用。故在法律層次上如郵政法第13條第1句：「關於各類郵件或其事務，國際郵政公約或協定有規定者，依其規定。」

立法例如德國基本法第二十五條規定。另一為加入國際組織，可能性之例為加入聯合國、歐盟或世貿組織。

相反地，如欲使條約法發生內國之效力，應使其在憲法之民主與法治機制下進行。轉換形式為本於國內法與國際法的結構性差異觀點，不認為條約在國內有效性；必待國內轉換決定權力行使方具有有效性。此一轉換權力歸屬國會擁有，國會就條約內容依立法程序重新制定為本國法律，就條約內容有更改可能，重新輸送內容正當性的空間。其結果，立法者可公布與條約相衝突之法律。²¹⁶

條約中如何運用包容與轉換形式，顯示不同的民主正當性程度的問題。轉換論者眼中的條約，顯然將條約能否適用於國內的民主正當性提升到相當程度的水位，故國會所訂定條約法律（*Vertragsgesetz*）為判斷條約在國內有效性的唯一判準，是否所有條約均須國會為轉換決定。亦不採絕對的二分法，應先而在甄別其國際效力與國內效力，亦即有效性（*Geltung*）與可適用性（*Anwendbarkeit*）的問題。一條約對於締約國為有效，並非意味著條約內容在該國中自然取得可適用性；可適用性的與其程度爭執亦不涉及評價條約有效性，而是以有效性為前提。在判斷國內可適用性時，亦不採取絕對的一元論與二元論，而係在執行論的基礎上，以條約內容為判準。²¹⁷可適用性的判斷以條約之目的與內容明確性為基準，倘條約內容足夠明確而在內國中得以適用，無須任何國家權力在其間介入者。反言之，如條約內容涉及現行法律之修改或應另以法律定之者，應由國會付諸轉換，此如我國貿易法第七

²¹⁶ Wolfrum, aaO. (Fn. 209), S. 47. 故轉換理論的弱點在於國內法與國際法拘束力的分拆，而顯示在國際條約必待一定數量國家的批准後方具有有效性。

²¹⁷ Kunig, *Völkerrecht und staatliches Recht*, in: Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., 2007, S. 103 f.

條第四項「協定或協議之內容涉及現行法律之修改或應另以法律定之者，需經完成立法程序，始生效力。」所明定。

(二) 架構協議

從前述由政府行使談判條約權力的衍生問題為：是否得以授權私人行使此項權力，此為釋字第三二九號所認可。實例如我國與無邦交國家、世貿協定（WTO-Abkommen）、自一九九二年起的多達十數項的兩岸協議²¹⁸，甚至甫簽訂的兩岸經濟合作架構協議（ECFA），其共通性為集合即將談判完成，以及已經完成之多種條約而形成屋頂性的架構協議（Rahmenabkommen）。²¹⁹ 架構協議的決定過程無論從WTO乃至於兩岸協議，均授權私人或所謂「政府代表」參與商談，在人事正當性輸送上遭到相當程度的削弱²²⁰，已經構成明顯的正當性缺損，必須藉由程序與抽象資格因素予以補足。架構協議下之民主正當性的應然程度，除前述論及條約談判過程中的取捨與爭議特性，可建構使國會在程序上提前參與，或者建立消息回報程序之外；尚應規範參與談判之其他人員的資格，此如我國「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第四條第三項規定，賦予法人團體得接受委託代為簽署協議，該條文就積極資格設有「公信力」、「專業能力及經驗」與「具公益性質」等積極資格要求。

²¹⁸ 俞寬賜，我國「條約締結法」之擬議，政治科學論叢，10期，頁230，1999年6月。

²¹⁹ Nettesheim, Von der Verhandlungsdiplo-matie zur internationalen Wirtschaftsordnung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 19 (2000), S. 64 ff.

²²⁰ Stoll, Globalisierung und Legitimation, Antrittsvorlesung, 19.5.2003, Redemanuskript, S. 1 ff. <http://www.cege.wiso.uni-goettingen.de/Veranstaltungen/antrittsvorl-stoll.pdf> (last visited: 2008.01.23).

陸、結 論

自釋字第四九九號開啟正當性的論述以來，學理上權力分立、責任政治、民主原則間的理論探討與爭議解決，又推展至一新的境界。在大法官於該案中的解釋運用下，相當程度廓清民主正當性的意義。惟尚待解決的是，如何將正當性基礎的意義涵蓋於不同種類間的政府行為與各個差異有別行政組織權。作者試圖從正當性程度的論點出發，基於規範憲法的旨趣，既非釋憲機關所賦予，亦非立法與行政間的角力。故建立民主正當性的理想模型，首先應從憲法基礎上論究正當性程度何以存在，即民主正當性秩序有其開放性，而不囿於國會為唯一來源。行政為適應社會變遷而擔負各式任務，自有其組織與作用多元化的需求，行政多元化的需求正是構成民主正當性的調控對象。

民主正當性具有回溯性、組合性與開放性本質。國家權力既為國民全體所有，此一從出性原則必須反映在民主正當性的回溯能力上。從出與回溯之緊密結合，方能確保國家權力行使得以符合民主原則之運作。正當性程度既為一浮動值，又為一彈性工具。應有程度的不確定性來自於正當性結構開放性。憲法關於正當性模式在規範與實踐上，並未堅持只能有單一特定的形態；也不堅持所有的決定必須具有最良好的回溯能力。此處留有多元化調控方式的空間，只要調控方式能適當傳遞正當性，其終局判讀符合透過憲法解釋下、符合足夠正當性程度，可承認其國家權力行使的設計或存在的事實。

參考文獻

一、中 文

1. 王志誠，股東書面協議法制（上），月旦法學雜誌，174期，頁136-161，2009。
Wang, Chih-Cheng, A Study of Legalization in the Written Agreement Among the Shareholders (I), Taiwan Law Review, no. 174, pp. 136-161, 2009.
2. 王志誠，股東書面協議法制（下），月旦法學雜誌，175期，頁102-121，2009。
Wang, Chih-Cheng, A Study of Legalization in the Written Agreement Among the Shareholders (II), Taiwan Law Review, no. 175, pp. 102-121, 2009.
3. 李建良，自由、人權與市民社會——國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義，載：憲法理論與實踐(二)，頁3-57，2000。
Lee, Chien-Liang, Freedom, Human Rights and Civil Society – The Historical Origins and Modern Significance of the Dualism Between State and Society, in The Theory and Practice of the Constitutional Law II, pp. 3-57, 2000.
4. 周志宏，論立法院的條約議決權——兼論制定「條約締結法」的必要性，法政學報，1期，頁51-87，1993。
Chou, Chih-Hung, The Power of Legislative Yuan on Treaty-Making Processes, Journal of Law and Political Science, no. 1, pp. 51-87, 1993.
5. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法——權力分立，2版，2008。
Lin, Tzu-Yi, Yeh, Jiunn-Rong, Huang, Jau-Yuan & Chang, Wen-Chen, Constitutional Law: Separation of Powers, 2d ed., 2008.
6. 俞寬賜，我國「條約締結法」之擬議，政治科學論叢，10期，頁227-244，1999。
Yu, Steven Kuan-Tsyh, Legal Issues in the Drafting of the ROC Treaty-Making Law, Political Science Review, no. 10, pp. 227-244, 1999.
7. 張志偉，論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為

- 借鏡，中正大學法學集刊，22期，頁165-279，2007。
- Chang, Chih-Wei, The Picture of Democratic Principle—Examining the Democratic Legitimacy Transfer Model of the German and American Law, *National Chung Chen University Law Journal*, no. 22, pp. 165-279, 2007.
8. 許宗力，憲法與公民投票，載：憲法與法治國行政，頁53-87，2版，2007。
- Hsu, Tzong-Li, Constitutional Law and Referendum, in *Constitutional Law and the Administration in Legal State*, pp. 53-87, 2d ed., 2007.
9. 陳愛娥，行政層級與免於部會管轄的空間「ministerialfreie Räume」——逸脫行政層級體制之行政組織的德國案例與其憲法評價，憲政時代，35卷4期，頁481-495，2010。
- Chen, Ai-Er, The Administrative Hierarchy and the Areas of Administration Immunized from Ministerial Supervision, *The Constitutional Review*, vol. 35, no. 4, pp. 481-495, 2010.
10. 黃錦堂，德國公法人之研究，載：行政組織法，頁289-338，2005。
- Huang, Chih-Tang, The Study on Public Legal Person in Germany, in *Administrative Code*, pp. 289-338, 2005.
11. 黃錦堂，德國獨立機關獨立性之研究——以通訊傳播領域為中心並評論我國釋字第613號解釋，中研院法學期刊，3期，頁1-55，2008。
- Huang, Chih-Tang, The Independency of Regulatory Authorities in German Law: With Focus on Telecommunication Field and Remark on Judicial Yuan Interpretation No. 613, *Academia Sinica Law Journal*, no. 3, pp. 1-55, 2008.
12. 趙相文，由法律觀點論自治制度，中原財經法學，15期，頁1-53，2005。
- Chao, Jeffrey Shiang-Wen, A Legal Perspective on Self-Governing System, *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, no. 15, pp. 1-53, 2005.
13. 蕭文生，國家法（I）——國家組織篇，2008。
- Hsiao, Wen-Sheng, *Constitutional Law I : Organisation of the State*, 2008.

二、外 文

1. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR II, Verfassungsstaat, 2004, § 24, S. 429-496.
2. Brohm, Winfried, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1998, § 36, S. 207-248.
3. Brohm, Winfried, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245-304.
4. Danwitz, Thomas, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle, Der Staat 35 (1996), S. 329-350.
5. Dederer, Hans-Georg, Korporative Staatsgewalt, 2004.
6. Dreier, Horst, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.
7. Dreier, Horst, in: ders., GG II, Art. 20 (Demokratie), 1998.
8. Ehlers, Dirk, Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, Jura 1997, S. 180-186.
9. Ehlers, Dirk, Staatliche Verwaltung, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 1, S. 4-64.
10. Emde, Ernst Thomas, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1990.
11. Epping, Volker, Die Willensbildung von Kollegialorganen, DÖV 1995, S. 719-724.
12. Gross, Thomas, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999.
13. Habermas, Jürgen, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: ders., Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, 1976, S. 271-303.
14. Herzog, Roman, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, GG II, Art. 20, 1993, Rn. 34.
15. Hesse, Konrad, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.
16. Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., 1995.

17. Hofmann, Hasso, Technik und Umwelt, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1995, § 21, S. 1005-1040.
18. Hofmann, Hasso, Legalität und Legitimität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 4. Aufl., 2002.
19. Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1953.
20. Ipsen, Knut, Die Richterwahl in Bund und Länder, DÖV 1971, S. 469-475.
21. Jellinek, Georg, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906.
22. Jesch, Dietrich, Gesetz und Verwaltung, 1968.
23. Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993.
24. Klein, Eckart, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974.
25. Kluth, Winfried, Funktionale Selbstverwaltung, 1996.
26. Koch, Thorsten, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994.
27. Krebs, Walter, Verwaltungsorganisation, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, HStR V, 3. Aufl., 2007, § 108, S. 457-520.
28. Krüper, Julian, Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat, ZJS 2009, S. 477-486.
29. Kunig, Philip, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, S. 735-837.
30. Kunig, Philip, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., 2007, S. 86-152.
31. Lange, Klaus, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 169-204.
32. Lecheler, Helmut, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren, 1977.
33. Lepsius, Oliver, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999.
34. Lerche, Peter, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, GG, Art. 86, 1989.
35. Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, 1993.

36. Magiera, Siegfried, Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvents und der Parlamentarismus, DÖV 2003, S. 578-583.
37. Mann, Thomas, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, 2002.
38. Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2001.
39. Möllers, Christoph, Gewaltengliederung, 2005.
40. Möllers, Christoph, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), S. 351-389.
41. Mutius, Albert von, Kommunalrecht, 1996.
42. Nettesheim, Martin, Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Wirtschaftsordnung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 19 (2000), S. 48-76.
43. Ossenbühl, Fritz, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 504-518.
44. Ossenbühl, Fritz, Gedanken zur demokratischen Legitimation, in: Recht im Pluralismus, FS für Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 103-118.
45. Preuß, Ulrich K., Plebizite als Formen der Bürgerbeteiligung, ZRP (1993), S. 131-138.
46. Remmert, Babara, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren: eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung, 2003.
47. Rupp, Hans-Heinrich, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 1995, § 28, S. 1187-1223.
48. Schliesky, Utz, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt - Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, 2004.
49. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach, GG III, Art. 19, BB Beilage 34 (1990), S. 1-14.
50. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungslegitimation, AöR 116 (1991), S. 329-

390.

51. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004.
52. Schmitt, Carl, Legalität und Legitimität, 7. Aufl., 1998.
53. Schoch, Friedrich, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit GG, Art. 87d, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006.
54. Schulze-Fielitz, Helmuth, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: Kirchhof, Paul u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 311-331.
55. Simon, Werner, Zur Theorie der Legitimität, in: Henry Steele Commager u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Loewenstein, 1971, S. 459-474.
56. Starck, Christian, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2005, § 33, S. 3-30.
57. Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984.
58. Tomerius, Stephan, Kooperatives Verwaltungshandeln und Demokratieprinzip, StwStp 1997, S. 289-312.
59. Trute, Hans-Heinrich, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folker (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 13-45.
60. Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673-724.
61. Walter, Rudolf, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 147-174.
62. Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie, 5. Aufl., 1976.
63. Wolfrum, Rüdiger, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 38-66.
64. Würtenberger, Thomas, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Art. Legalität, Legitimität, 7. Aufl., 1985, S. 873-878.

The Elements and Level of Democratic Legitimacy

Yi-Ren Lin^{*}

Abstract

The decentralization of administrative power is not a novel phenomenon in the modern state. The Principle of Democracy does not demand the maximum level of democratic legitimation for decision-making, but rather a sufficient level of legitimation. The sequence of responsibility may be created in various ways, and not just in a single specific way. The crucial factor is that a sufficient proportion of democratic legitimation, or a specific level of legitimation, is achieved. The adequate level of legitimacy could be a balance of functional, institutional, personnel and material elements of legitimation. This paper tries to analyze the conception of „level of democratic legitimacy,“ which was developed by E. W. Böckenförde and the judgment of the German Constitutional Court. Several modes of democratic legitimation have been discussed.

Keywords: Level of Democratic Legitimacy, Democratic Deficit, Plurality of Administration, Compensation

^{*} Assistant Professor, Department of Law, Ming Chuan University; Dr. iur. Friedrich-Schiller University Jena.

Received: April 30, 2010; accepted: October 26, 2010