

EUROPEAN UNION'S ADMINISTRATIVE LAW

This book has overall current Germany's administrative law introduction of self-criticism of the system, because receive after the impact, European Union of law, is body change at the content of putting up, book this make to change, Germany of law careful to recommend, finally it is of our country for administrative law introduction since it have it is the picture, advantages and disadvantages and should last way that should changing. This book is divided into eight chapters altogether, besides introduction and conclusion, principle principle, administrative procedure law, administrative rules of organization, administration of moving in reform to administrative law science in order, administrative law reform the law and State Compensation Law to study on, develop inspiration to no small extent to the theory and practice of domestic administrative law introduction.



台大法學叢書193

歐盟行政法

德國行政法總論 之變革

Reform and changing of
Germany's administrative law introduction.

林明鏘◎著



新學林




台大法學叢書193

歐盟行政法

德國行政法總論 之變革

European Union's
Administrative Law

Reform and changing of
Germany's administrative law introduction.

 新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

TEL: 2700-1808 FAX: 2705-9080

郵政劃撥：19889774 新學林出版股份有限公司

E-mail: law@sharing.com.tw



005AZ090912

ISBN 978-986-6419-54-6



9 789866 419546



00350

歐盟行政法

- 德國行政法總論之
變革

林明鏘 著

 新學林出版股份有限公司

歐盟行政法：德國行政法總論之變革／
林明鏘著. -- 一版. -- 臺北市：新學林，
2009. 12
面；公分
參考書目：面
ISBN 978 - 986 - 6419 - 54 - 6 (平裝)
1. 行政法 2. 德國
588. 943 98020688

歐盟行政法-德國行政法總論之變革

作者：林明鏘
出版者：新學林出版股份有限公司
地址：台北市和平東路二段339號9樓
電話：(02) 27001808
傳真：(02) 27059080
網址：<http://www.sharing.com.tw/>
總經理：毛基正 總編輯：田金益
責任編輯：林靜妙 版權部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2009年12月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元
定價：350元

ISBN 978 - 986 - 6419 - 54 - 6 (平裝)
本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市和平東路二段339號9樓
團購專線：(02) 27001808 分機18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

獻給我的

內人 陳華

小犬 林翔

自序

歐盟的建立及擴大，其中一個重要的發展訴求即是歐盟境內法律秩序的一致性，以有效促成人員自由流通，資金自由流通，貨物及服務自由流通的四大目標，在法律秩序的一致性上，行政法可以說是主要的重頭戲，也是會員國國法規範首當其衝的領域，不論是大陸法系的德法諸國、北歐法系及英國海洋法系，都面臨著必須互相整合，互相調整的壓力。一個與所有其他會員國法制均不同的「獨行俠」制度，尤其將會面臨被歐盟法要求修正配合的命運，而無法繼續獨立存在歐盟境內，德國行政法總論更是面臨著此種挑戰與改變而被稱為進入公法的「第二個階段」。

歐盟行政法：德國行政法總論的變革，是作者向國科會申請三年期（2007~2010年）研究計劃的第一階段成果，若無國科會的三年贊助，以及半年的出國補助，本報告勢必無法完成。其次，作者也要感謝德國學術交流協會(DAAD)慷慨提供三個月的德國研究獎助，使得一年的德國研究生生活，減低甚大的生活經濟壓力。最後，再次感謝我的母校德國海德堡大學法學院，德國與歐洲行政法研究所所長 Prof. Dr. Schmidt-Abmann 及 Prof. Dr. Kahl 在這一年內提供圖書、研究環境及討論機會，使本書的論述架構更形完整。

本論文最後定稿在 2009 年底，於臺大法律學院輪休一年期間，安靜地在海德堡所完成，因此要感謝我的內人及犬子的支持或伴隨，所以將本論文獻給他們。本書手稿的整理、繕打及校正及參考文獻的制作，要感謝我的傑出助理們，台大法律學系碩士班公法組的學生：曾至楷、陳柏霖、王晨桓、姚良龍等君的諸多協助，併此致謝。希望這一本微薄小書的出版，能夠給我國行政法總論的發展，帶來一些新的啟發，並早日建立台灣行政法總論的自我體系。讀者若對於本書之內容有所指正，作者十分歡迎經由下述電子信箱，給我任何建議：linmc@ntu.edu.tw

林明鏘

臺大法律學院萬才館 517 研究室

二〇〇九年深秋

目錄

自序	i
第一章 緒論	1
第二章 行政法學的改革運動	13
第三章 行政法之原理原則	47
第四章 行政程序法	91
第五章 行政組織法	147
第六章 行政救濟法	189
第七章 國家責任法	259
第八章 結論	285
參考文獻	295
事項索引	317

第一章 緒論

壹、研究動機

貳、德國行政法之範疇

參、歐盟行政法之界定

肆、相互性影響與衝擊

伍、研究目的：對我國行政法學的反省與啟發

壹、研究動機

今日的歐洲聯盟（European Union；Europäische Union；以下簡稱歐盟），無疑地，構成歷史上一個絕無僅有的經濟與政治巨大力量。從一開始只有六個會員國，到 2007 年 1 月 1 日已經擴展到二十七個會員國，包含有四億九千兩百萬居民，成為目前全球最大之經濟區¹。但這樣重要的歐洲整合過程，並非偶然，亦非速成，而是有其複雜的歷史演進因素²，誠如已故法國外長 Robert Schuman 1950 年 5 月 9 日之歐洲理事會宣言中所表示：「歐洲並非一蹴可幾，也不是基於一個共同行為而建立的，其乃是透過實際之團結所為之確切地實現。」亦即，經由各會員國逐步具體落實歐盟所設立之原則與政策，方逐步形成今日歐盟之龐大規模。

歐洲的整合與歐盟的發展，初期雖偏重在商業貿易的經濟整合層面，但由於構成歐盟法規範之共同體法（以下簡稱

1 目前尚在進行正式磋商程序，以便加入歐盟者尚有克羅埃西亞（Kroatien）及土耳其（Türkei）兩國。Vgl. M. Herdegen, *Europarecht*, 10. Aufl. 2008, §32 Rdnr. 1ff.

2 有關歐盟演變的歷史因素，主要乃由 1951 年 4 月 18 日荷比盧德法義六國簽署巴黎條約所建立之煤鋼共同體（EGKS/Montanunion）而逐年發展而成，當然歐盟演進最重要的里程碑，乃屬 1992 年 2 月 7 日在荷蘭馬斯垂克（Maastricht）所簽署成立之歐盟條約（EUV）。關於歐盟之演變簡要歷史介紹得參閱 Desax/Christen/van der Loeff, *EG/EU Recht*, 2. Aufl. 2001, S.21ff；陳麗娟，《歐洲共同體法導論》，五南書局，2008 年版，頁 3 以下；王泰銓，《歐洲共同體法總論》，1997 年，頁 1 以下。

歐盟法)³，一方面持續快速膨脹，另一方面其並未區分公法與私法，且歐盟制定之初始，目的乃希望破除歐盟會員國間之工商服務等領域的障礙，主張人員、服務與資金自由流通開放競爭，故對於採取公私二元制，習慣以法律或公部門的經濟手段補貼照顧民生經濟，甚至於主導影響市場機制之國家，歐盟法之影響層面，從而不可能僅限於經濟層面之私法領域，必然同樣廣及內國其他公法領域。德國與法國均相同採取公私二元論，歐盟整合對於德法內國法的影響，自然也及於各個法律層面。包含公法與私法在內，是以，歐洲各國所受到之法制衝擊經驗以及歐盟法規之整體規範，成為近年歐洲各國法學研究之重要方向⁴。此外，歐盟本身僅設置少數直接執行機構⁵，從而，各種不同性質之法規範，大都有賴各會員國之機關加以執行（即間接執行），儘管在此概念下，各會員國之行政機關成為「功能上的共同體機關」，但實際落實並執行歐盟相關法規範，仍然須依據原本內國法之行政法規範；當間接執行歐盟法之會員國行為，侵害到內

3 歐盟法主要是由歐盟原生效（Primäres Gemeinschaftsrecht）例如：歐盟條約，一般法律原則，習慣法及直接生效的歐盟第一級法；以及派生效（Sekundäres Gemeinschaftsrecht），例如：規章（Verordnungen）及指令（Richtlinien），行政具體決定（Entscheidungen），推薦（Empfehlungen）及意見（Stellungnahmen）所組成者。Vgl. Arndt/Fischer, Europarecht, 9 Aufl. 2008, S. 73 ff.; 陳耀祥，〈論歐洲整合對於德國行政法總論發展之影響〉，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月，頁 9 以下，尤其是頁 10-11。

4 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2 Aufl. 2004. § 1 Rdnr. 31 ff. 本書之中文翻譯《行政法總論視為秩序理念》，由翁岳生主編，元照出版公司，2009 年 10 月出版。

5 Vgl. Arndt/Fischer, Europarecht, (Fn. 3), S. 27 ff.; Herdegen, Europarecht, (Fn. 1.) § 35 Rdnr. 1 ff.; Desax/Christen/van der Leoff, EG/EU Recht, (Fn. 2), S. 46 ff.

國人民的權利時，亦係向各該會員國之內國法院提起訴訟，不論內國法院於具體案件係適用已經內國法化之歐盟相關法規範，或是直接適用歐盟法，適用本身即已受到歐盟法規範之影響，且法院審查之方式與推論，也不可避免地間接受到歐盟法規範之影響，故所有法領域、行政或司法皆難脫歐盟法之影響。儘管 2004 年歐盟理事會中之政府與國家領袖會議達成共識之歐洲憲法，在法國與荷蘭進行公民投票時遭到否決，似乎在政治的整合上遭遇相當挫敗，但歐盟仍不間斷地對各會員國之內國法產生方興未艾的規範效力⁶。

台灣作為非歐盟會員國的第三者立場而言，歐盟法究竟影響到會員國哪些具體的法律制度？或是進一步評估其會員國受歐盟法衝擊後的改變，對於行政權或司法有哪些優缺點？其改革能不能提高法規範的效力？從短視的角度而論，其實並沒有急迫的研究必要；但是，若從學術分析過去，並展望未來長程工作的話，則歐盟會員國如何順應客觀潮流，而作相應改變的過程，對我國來說，即具有學習典範的可能性，彌足珍貴，因為世界上難以發現相同的法律整合案例，再加上我國行政法學受到德國行政法學研究發展之影響甚大，以國內行政法教科書為例，其體系架構及學說實務內容，均深受德國傳統行政法學之影響⁷，而學術宗主國的行

6 Vgl Herdegen, Europarecht, (Fn.1), §33Rdnr.1ff.; Ruffert, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft, EuR 2004, S.165ff.; Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung, DVB1 1999, S.1677ff.

7 例如：翁岳生主編，《行政法》（上、下冊），2006 年 3 版；吳庚，《行政法理論與實用》，2008 年增訂 10 版；陳敏，《行政法總論》，2009 年修訂 6 版；李惠宗，《行政法要義》，2008 年 3 版；蔡茂寅／李建良／林明鏞／周志宏，《行政程

政法學本體都已經作大幅的劇烈改變，如果我們仍然毫無所知，觀念仍停留在 20 年前的狀態，豈非危險？蓋受全球資訊化的演變影響，天涯若比鄰，世界形成一個經濟共同體，沒有一個國家可以閉關自守而不理會其他國家的變化或潮流（例如，2008 年底之美國經濟危機，即影響到全球股市而無一倖免）。而法律制度又涉及制度之設計與管理，行政法學被視為一種最典型的管理學⁸，所以隨著客觀政經社會條件改變後，行政權的管理方式，透過法律的制定或大幅修正，若已經改頭換面時，我們其實也可以趁此機會再度自我反省：目前的行政法學或行政管理制，真的有辦法應付台灣日新月異的社會變化嗎？我們的行政法學是否能提供行政實務一套可以操作並應付危機挑戰的理論？還是我們的行政法學理論，完全與行政實務脫節，形成各自表述沒有交集的情形？如果目前我國行政法學理論，不足以提供行政實務運作之指導架構，則我們學術界是否應該反省我們介紹或創造的理論，是否已經不合時宜，應該改弦更張？當然，如果改弦更張，總是不能無中生有，人類其他民族或國家的智慧，若有值得我們分享借鏡者，當然不應該棄置而不顧，不過，採擷供我國使用的前提要件是：要先理解外國制度改變之前因後果，如此一來，我們始具有能力去分析評估：此種新思維或新制度，可否有效移植在我們這塊特殊土地上，基於前述的動機，乃有本計畫之撰寫，綜合言之：希望能夠在本研究

序法實用》，2007 年 3 版……等。

8 Vgl. Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea, (Fn.4), §1 Rdnr.33ff.

計畫中瞭解：

一、德國行政法學受到歐盟整合程序衝擊後，有哪些具體內容之改變？

二、這些改變內容實踐的結果是好是壞？有哪些評析分析？

三、我們可否向德國仿效呢？如果肯定，其理由在哪裏？如果不宜東施效顰，則其理由又是如何？

貳、德國行政法之範疇

本研究計畫次標題為：「德國行政法總論之變革」，所以對於「德國行政法之範疇」，即有先行界定之必要。依德國傳統以來迄今的分類⁹，行政法分成行政法總論（Allgemeines Verwaltungsrecht）與行政法各論（Besonderes Verwaltungsrecht）兩大部分。前者主要係由行政法之原理原則、行政組織、行政作用及行政救濟所構成；後者則包含各種特殊領域內，法律制度之內容介紹，例如：警察法、地方制度法、環境法、公務員法、國土計畫法、等¹⁰，由於不論總論或各論，其涉及範疇過大，因此，本短期研究計畫均

9 Vgl. Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13Aufl.2006; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12Aufl., 2007; Achterberg/Püttner/Wurtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I. 2Aufl. 2000.

10 有爭論的係「公物法」究竟置於行政法總論或行政法各論中，在德國學界則有不同見解，Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, (Fn.4), §1 Rdnr. 10ff.

只能選擇其中部分內容作深入探討，申言之，在行政法總論之討論上，僅選擇原理原則，行政程序（含行政作用），行政組織以及行政法之改革及行政訴訟及國家責任法為中心。在行政法各論上，則試圖選擇警察法與公務員法為第二部分的研究重點，第三部分則選擇環境法與國土計畫法為中心，其挑選之理由，除考量歐盟整合過程中，對德國行政法影響之程度高低外，並配合研究者長期的研究重點領域，而作有計畫性挑選，所以歐盟化最徹底的會員國的「經濟行政法」只能暫時不予討論。第二部分與第三部分均未收於本書之內，另待他日再行彙集成書出版。

參、歐盟行政法之界定

歐盟法的數量持續增加與其效力增強（例如：直接適用；優先適用）使得德國行政法面臨重大的變革，因此，本研究計畫所指稱的歐盟法亦有加以適度界定之必要。如前所述，歐盟法之法源雖已包含「原生法」與「派生法」兩種，但是，影響德國行政法最為直接的，當屬歐盟行政法（Europäische Verwaltungsrecht）。歐盟行政法依德國學界通說認為¹¹包含廣義與狹義兩種不同見解。廣義的歐盟行政法

11 Vgl Ehlers, in: Erichen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, (Fn.9), §4; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 3, 5Aufl. 2004, §§99,100; Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Band 1., (Fn.9), §17; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2Bände, 2 Aufl.2005.; Gundel, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.) Europarecht, 2006, §3.

係指與歐盟相關的一般概念，包含歐盟會員國之行政法，歐盟會員國彼此間之共同基本確信（*Gemeinsame Grundüberzeugungen*）之行政法原則……等；而狹義之歐盟行政法則指由歐盟機關（*Organen*）所創造出來的行政法規，而須由會員國加以適用者，或由歐盟組織自己適用者而言。本文所稱：歐盟行政法係指「狹義者」而言，否則若延用廣義歐盟行政法之概念，德國行政法因屬歐盟廣義行政法之範疇，則會產生邏輯上之矛盾現象（即有套套邏輯之重複），故不予採用，於此合先敘明¹²。

肆、相互性影響與衝擊

歐盟法一方面會對會員國法產生衝擊與影響，但是，另外一方面會員國的行政法也會對歐盟法的內容產生反芻性的影響，例如：在歐盟環境法中之環境影響評估制度，環境資訊公開制度等，亦受到會員國規定內容之相當影響¹³。所以嚴格而論，歐盟法與會員國行政法彼此間，乃處於一種相互影響及衝擊之兩面關係。但是，對於本計畫之研究重心而言：瞭解會員國行政法之改變；而非歐盟法之改變，申言之，本計畫是以行政法為主軸觀點進行分析，而非以歐盟法的改變，所以僅能作垂直之單面觀察，並不對會員國行政法

12 相同看法 Vgl. von.Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1Auffl. 2008.S.2ff.

13 Vgl. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, (Fn.4), §1 Rdnr.50ff (54).

對歐盟法之具體影響面從事分析。此外，歐盟會員國彼此間的水平影響，亦發生在德國行政法秩序上¹⁴，但此種影響大部分均會先透過垂直關係的影響，進一步影響各會員國行政法，使得會員國得採行一致性的步驟，所以此種面向之觀察，本研究亦予以割捨之。

最後，德國行政法受歐盟法之衝擊或改變，乃是一種不斷進行的動態過程，不僅無法分階段論述，而且也難以蓋棺論定，因為可能會隨著歐盟整合之進度，而會有更新穎的、更富爆炸性的結果產生，均難以事先逆料，所以本研究之結果呈現，亦可能僅是一種「中間結果」的呈現，而非未來的最終結果，所以此種影響具體內容之介紹，可能會隨著時間的經過而完全更迭，亦未可知¹⁵。所以本論文不可能是「期末」報告，而僅僅能定性是「期中」報告之性質，因為必須不斷觀察其未來的演變及改革方向，加以修正補充，併予敘明。

綜合言之，歐盟法不僅透過其法令制度（原生法與派生法），直接影響德國行政法秩序，而且在事實上，也常透過

14 Vgl Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, (Fn.4), § 1 Rdnr. 66.

15 德國目前對於此種演變的重要討論文獻，例如有：H. Bauer, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch; Die Verwaltung 25(1992), S. 301ff.; R. Pitschas, Verwaltungsmodernisierung, Dienstrechtsreform und neues Personalmanagement, Die Verwaltung 32 (1999), S. 1ff.; W. Henke, Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts, JZ 1992, S. 541ff.; U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994 S. 1ff.; W. Hoffmann-Riem, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DöV 1999, S. 433ff.; H.-H. Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 32(1999) S. 9ff.; Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, Verw Arch 92(2001), S. 184ff.

非制度性之手段（即會員國一致性之要求與壓力），促成德國行政法之改變。此種改變並非靜止不動；而係不斷改變的演進過程，全面性的演變過程，不僅影響行政機關所適用的法令制度，而且亦影響其基本思維模式，就連司法機關之法院裁判，亦受到歐盟法及歐盟法院判決之影響甚鉅。面臨直接影響者除德國行政機關，各級法院外，國會及邦議會亦首當其衝，在一定期限內，會員國立法者被課予義務須將歐盟指令加以具體化，這種具體化義務可能會與會員國人民之主流價值相互衝突。例如：非德國國籍之歐盟會員國國民，亦得充任德國公務員¹⁶等新制度之引進，都可以呈現歐盟法對德國的影響是「全面性」、「多層次」以及「持續中」¹⁷。

伍、研究目的：對我國行政法學的反省與啟發

當我們初步瞭解德國行政法受歐盟法改變後，其所採取變革措施之前因後果後，必須進一步去思考：德國行政法之改變，能提供我國行政法學何種啟發？我們應該亦步亦趨地跟隨德國作改革呢？或是德國此種改變，認乃屬屈從於歐盟

16 Vgl Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, (Fn.9), §4V14.

17 德國行政法改革之肇因，當然不僅僅是歐盟法的影響而已，德國國內政治氛圍及國內重大危機的顯現，都可歸入改革的原因之一。Vgl VoBKuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, (Fn.15) S.184; Rainer Pitschas, 黃鈺堤譯，〈論德國行政法總論之改革〉，憲政時代第24卷第1期，1998年7月，頁171以下，尤其是頁173以下。

壓力下的特別措施，我們毋須東施效顰；或認為德國行政法秩序之改變乃基於其國內特殊社會、經濟、政治、文化等面相上之考量，我國並不存在此種客觀條件，所以亦不須亦步亦趨，此種判斷，當然富含主觀評價因素，為避免主觀價值判斷淪為恣意判斷，因此本計畫之主要目標之一，即：

- 分析評斷德國新行政法秩序是否合用於我國環境？
- 若屬否定，其具體理由為何？
- 若屬肯定，其理由以及具體制度及文字應如何形成？（含立法或修法之方式）

準此以言，在各章節中，均有意識地增加我國行政法學上之反省，藉以凸顯本目標之評估及其理由。

第二章 行政法學的改革運動

壹、改革動機

貳、指導理念

1. 創新 (Innovation)
2. 效能 (Effizienz)
3. 溝通聯繫 (Kommunikation)
4. 公開 (öffentlichkeit)
5. 提高人民可接受程度 (Akzeptanz)

參、改革手段 (策略)

1. 官民合作 (Kooperationalisierung)
2. 管制緩和 (Deregulierung)
3. 民營化 (Privatisierung)
4. 經濟化 (Ökonomisierung)
5. 規範化的自我管制 (Regulierte Selbstregulierung)

肆、我國的反省與檢討

壹、改革動機

任何改革均有其背後複雜之動機與原因，換言之，沒有任何改革是「為改革而改革」，因為那就是一種盲目的躁進而非改革。現今德國行政法學為何需要改革？其改革之原因何在？即有深入探究之必要。按德國行政法學自 1980 年代末期以後，即已逐漸出現改革（Reform）或轉變（Wandel）的呼聲¹，德國改革的原因不僅僅是德國行政法受歐盟整合及歐盟法之重大影響，而且尚包含德國對其行政法規範的氾濫成災，不僅一般市民難以理解，連法律專業人士或執法公務人員亦無法對相關法規一目瞭然，使得規範的執行效力備受質疑²。此外，根據法事實研究的成果報告顯示：有甚多行政法領域之規範，在實務上根本無從執行，例如：環境法規範，結果造成所謂「規範赤字」（Normendefizit）。其次在現代網路社會中，行政必須經常與企業界或人民共同合作，以解決日益複雜的社會危機，但傳統以秩序行政（Ordnungsverwaltung）³為主軸的行政法卻無法提供此種程序，及行為形式上完整的合作機制，使得雙方的合作，因缺乏行政法規

1 Vgl. Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, Verw Arch 92 (2001), S.184.

2 Vgl. R. Holtschneider, Normenflut und Rechtsversagen, 1991, S.16ff.

3 秩序行政的特徵及行政以命令(Geboten)、禁止(Verboten)、保留許可(Gehehnigungsvorbehalten)或刑罰制裁(Strafandrohnungen)為主軸的管理措施。Vgl. Holtschneider, (Fn.2), S.28ff.

範的支援而顯有不足。再加上德國前總理柯爾（H.Kohl）上任以後，體認到行政的革新迫在眉睫，如果行政不迅速改革，則根本沒有辦法解決現存的危機，諸如：空虛的國庫、過多的國家任務，以及德國在招商條件處於極度劣勢的不利環境……等，所以於 1983 年 5 月 4 日，於新政府上任宣言（Regierungserklärung）中，即提出「國家現代化」的改革目標（Motto），而「國家現代化」的改革內容中，行政法的現代化，即成為其改革的首要重點。因此，在行政法學術界與政治界均有共識下，組成「簡化法律與行政委員會」（1983-1995），瘦身國家專家會議（Sachverständigenrat Schlanker Staat, 1995）以及各邦眾多的改革委員會，研議並提出修法（立法）建議草案。所以德國行政法改革的驅動力其實是結合政治界及法學界的共識而逐步進行者。學術界對行政法學的改革共識，是建立在行政法的管制能力逐日下降，進而產生社會對法律期待的高度落差（Umbruch）；而政治界的共識則因為各政黨均已體認到施政上的危機，對危機的共識以及解決危機必須大刀闊斧改革，已形成成熟的改革氣候，因此水到渠成，行政法學新面貌不斷地呈現，諸如：行政任務，行政組織及行政程序的民營化；行政程序與行政訴訟的加速化；公務員制度的大幅改革，甚至於新管制模式（預算管制）亦強迫使用於地方自治行政上，所以學者稱德國公法事實上已經進入到第二個階段（Die zweite Phase），與第一階段的公法狀態，有極大的不同，不僅公法規範內容改變，

而且也重新詮釋公法規範的意義⁴。

綜合言之，德國行政法的改革動機是學術界及政治界均已體認出現危機，為了解決現在的危機，及避免未來的危機產生，所以才有行政法學的第二階段改革⁵。

貳、指導理念

面臨危機與挑戰，首要任務在於眼光向前，而非作歷史回顧，因為危機來自前方⁶。所以向前改革的改革指導理念為何？即扮演著重要的指示性角色。依照 Freiburg 大學教授 Voßkuhle（目前為德國聯邦憲法法院法官兼副院長）的綜合分析，現今德國行政法學及行政制度改革的指導理念與目標主要為：創新、效能、溝通、公開及提高人民的可接受程度（Akzeptanz）⁷五大目標，以下依此順序分敘之：

1. 創新（Innovation）⁸

行政法改革的第一個目標就是：使行政法保持有「創新的開放性」（Innovationsoffenheit）。申言之：行政法學或行

4 Vgl. R. Wahl, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), S.495ff.

5 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.185.

6 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat, 2006, S.315.

7 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.196ff.

8 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.196-197.

政制度本身必須保留彈性得改變其功能方式的機制，意即：法律為有效達成之目標能保有其「自我調適」及「自我更新」的能力，而非僵化一成不變的形式或組織，例如：在環境法上的監測制度（Umwelt Audit）上，因受限於公務員人力及能力之極限，所以在制度及學說上即發展出一套「自我監測」及「認證監測」（Akkreditierung）的制度，以保全環境監測之功能⁹。

此外，對於受行政法規範之對象，在制度上應保留其有創新結構的能力，或激勵其創新能力，例如：利用租稅減免手段或規費減免之方式，激勵受規範對象有創新作為之可能，例如：在促進產業結構轉型的機制上，對於產業之新研發產品，以及新穎性的創新技術及程序，得以減少環境有害物質的，即得透過獎勵補助等方式，激發（Anreiz）受規範廠商，發展新的產品，有效轉型成功，在行政法上即應有此獎勵創新的誘因設計¹⁰。

最後，在行政內部體系中，亦應設置激勵員工創新理念，修正或改革行政之程序，以便能使行政機關面對問題時，能找出最適宜的決定。不過，在行政組織的創新面相上，因為與民主原則相互悖離，意即：行政組織的創新型態，對行政任務之達成有絕對正面積極適宜之功效，但是，若放任行政機關自我決定行政組織之型態，則國會或議會對

⁹ Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo, 2AufL. 2004, §3 Rdnr.55.

¹⁰ Vgl. W. Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, AÖR 115(1990),S.400ff.(422)

該組織的監督即會產生力有未逮之「正當性」問題。此種正當性之危機，得否以「行政活動的任務適當性」(Aufgabenangemessenheit der Verwaltungstätigkeit)加以證立，在德國行政法學界引起相當不同見解之爭論¹¹。申言之，行政任務之達成，有時利用不受指揮監督的行政組織，反而能夠最恰當地(optimale)實現法律的規範目標，但是，此種創新的組織(例如：獨立行政委員會)，因為缺少民主原則所要求的正當性，是否符合德國基本法之要求？即深受懷疑，此時，即應有創新理念的因素加入，才不會使行政法學的發展自陷死胡同¹²。

2. 效能 (Effizienz)

行政法改革所追求的第二個目標就是效能問題。所謂效能係指：國家如何能將有限的時間內，將有限的資源(含自然資源，財力及人力等)充分適當運用，以提昇實踐法規範的功能。因此，行政成本的考量在行政機關為行政行為時，即會成為重要課題，因此，在行政法學上提出「機關最適原則」，「功能最適原則」，都是在追求最高或最佳(適)的「效能」¹³。

11 Vgl. C. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden und Richtungsstreit? Verw Arch 89 (1989). S.187ff. (188ff.) m.w. Nach. (in: Fn.12)

12 Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; Hoffmann-Riem, Eingeständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grunlagen des Verwaltungsrechts, Band I. 2006, §10 Rdnr.128ff.

13 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.197.

德國行政法為實踐效能的目標，在具體方法上，則採行有：國家任務由民間部門承擔（例如：電信、郵政及其他生存照顧事宜）；由功（成）績取向的公部門俸給制度；加速行政程序之進行（尤其是傳統典型的許可程序）；調整傳統官僚制之行政組織；預算法（預算原則法）之現代化……等架構¹⁴。

基於效能之考量，德國目前的形式上之「法律化」及「信賴保護要求」（Vertrauensschutzerofordernisse）。可能都全與行政效能背道而馳¹⁵。申言之，不斷地將行政作為法制化的結果，減低行政機關彈性作為及視個案而調整的空間，即有可能達不到「功能最適」的要求；在信賴保護要求上，因為存續保障的效力，以致變革或變革幅度產生折扣及落差，也會造成效能的減弱，因此，常常受限於法律規範，而無法以最低的成本，達成最大可能的使用。為了避免法律制度成為效能的絆腳石，所以制度設計及行政法學均應有效能及經濟原則的預設在內¹⁶。在德國現代的立法實踐中，例如：預算原則法（HGrG）第 6 條第 1 項之規定，以及新修正之行政程序法第 10 條第 2 句及第 71 條之 2，71 條之 3 的規定中，或加入效能，經濟之文字或增加行政機關裁量或判斷餘地之空間，使得形式上的法律，不會成為追求效能的最大障礙¹⁷。

14 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.198.

15 Vgl. Möllers, (Fn.11), S.190.

16 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §6 Rdnr.65ff.

17 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.199.

成為效能目標追求上的最大問題是：如何衡量某種行政措施或手段，是否為達成目標最符合效能原則者？因為一方面，手段與目標均可能呈現多樣性時，即很難作具體的評估；另外一方面效能的指標，例如：合法、合適、快速、成本低或人民的可接受度也可能相互矛盾或無法併存，例如：行政機關採行的措施合法，但卻不合適（不合目的），行政措施快速作成，但卻不為人民所接受，以德國最近受美國金融風暴所連帶牽連的一波中小型銀行倒閉危機中，德國政府提供 5000 億歐元的拯救方案（Rettungspaket）中規定，申請人（銀行或公司）至多僅能申請 50 億歐元，而且銀行經理人年薪不得逾 50 萬歐元，此種拯救方案雖經國會匆匆通過，取得其合法性基礎，但因為只拯救銀行，而須浪費納稅人大量稅金去補貼銀行，人民多有難以接受此種有連帶效應的政府措施。而且此種方案是否要如法國設置一個「國家基金」（Staatsfond），去收買具產業重要價值的內國產業（例如：內國汽車公司、鋼鐵公司等），在手段上即呈現多元而難以斷定：是以國家基金方式或是拯救方案方式，較符合效能原則¹⁸？

綜合言之，縱使效能原則（或稱功能最適性；Funktionstüchtigkeit）有諸多操作上的困難及盲點，但其不僅於預算原則法上加以定著（條文稱之為「經濟性」；Wirtschaftlichkeit），而且也在環境政策及比例原則的解釋運

18 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.198; 並參閱 Die Zeit vom 16. Okt. 2008 (Nr.43) S.1: Sehnsucht nach Sicherheit, S.1ff(2)

用中，逐漸加以重視及取得關鍵性之指導地位¹⁹。

3. 溝通聯繫 (Kommunikation)

行政法學上所指之溝通聯繫係指：各級行政主體彼此間，以及行政主體（組織）與外部之溝通聯絡而言。其主要目的在於獲取行政上所必需（要）之資訊。溝通聯繫屬於現代化國家的引導性概念，因為溝通協調不僅僅是有效執行個別法律規定的前提要件，而且是國家是否能夠現代化及發揮其功能的必要條件²⁰。

德國在環境行政，科技行政及計畫行政上，其行政機關所擁有的資訊及專業能力有明顯的不足，因此透過溝通聯絡，以取得其他機關或民間部門之相關資訊，即顯得意義非凡，溝通協調成為環境行政，科技行政及計畫行政上必要的前提工作²¹。

基於溝通協調的需要，在行政法制度上，即分別針對行政機關彼此間，或對民間部門的不同對象，而設計有「行政資訊一體化原則」（Informationelle Einheit der Verwaltung）及「行政協助」的相關制度：對於私部門則在行政程序上設計有諮詢義務（Beratungspflichten）（參閱行政程序法第 71 條之 3 第 1 項新增訂內容）²²，以及人民申請案件之前置程

19 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §6 Rdnr.66 bis 68.

20 Vgl. H. Hill, Kommunikation als Herausforderung für Staat und Verwaltung, in: Steger/Ulrich (Hrsg.) Lean Administration, 1994. S.49ff.

21 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.199f.

22 德國行政程序法第 71 條之 3 乃於 1996 年所增訂，在其 3 項規定中增訂行政機關三種答覆及諮詢義務，意即：

序 (Vor-Antrags Verfahren) (參閱行政程序法第 71 條之 3 第 2 項規定)²³，透過申請人之申報 (Anzeige)，申請 (Antrag)，以及諸多行政機關的相應通知，答覆與說明義務，即得以形成溝通協調的廣場 (Forum)。

此種溝通協調，不僅在法學體系上具有重要性，在行政實務上也具有相當重要性，因為申請人 (即人民) 不再處於一種混沌未明，難以計算的風險中；相反地，使得申請人在申請程序進行中，即能「及時地」參與程序。行政機關也能夠因為「及時地」取得正確資訊，而得作出正確的行政決定²⁴。

1. 關於程序加速可能性的答覆義務；
2. 預定程序內容之諮商及討論義務；
3. 完整申請附件及程序預計時程的通知義務。

其中答覆、諮詢義務 (Auskunftspflicht) 規定於第 1 項。依該項規定，明定答覆或諮詢的形式及必要性，並且要求答覆或諮詢之必要明確性 (不得實問虛答)。此亦屬合作原則 (Kooperationsprinzip) 的具體呈現。Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10Aufl, 2008, §71C Rdnr. 1f.; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7Aufl, 2008, §71C Rdnr. 1f.; Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8Aufl. 2004, §71. C Rdnr.1.

23 行政程序法第 71 條之 3 第 2 項有關討論義務 (Erörterungspflicht) 乃規定此種未型式化的行政行為 (informelle Verwaltungshandeln) 及其對行政機關之拘束效力 (Bindungswirkungen)，討論的課題主要有下列四種：

1. 附件之證明書；
2. 專業審查書之承認；
3. 第三人或公眾的程序參與；
4. 獨立的證明程序 (Selbständiges Nachweisverfahren)

Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn.22), §71C, Rdnr.17ff.; Knack, (Fn.22), §71C, Rdnr. 10ff.; Kopp/Ramsauer, (Fn.22), §71C, Rdnr. 12ff.

24 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn.22), §71C, Rdnr.2; Knack, (Fn.22), §71C, Rdnr. 1.

4. 公開 (öffentlichkeit)

「公開原則」主要係指「行政資訊」的公開而言，行政資訊的公開不僅使得政府透明，減少貪瀆，更可以進一步提高人民對於政府的監督能力 (Kontrollfunktionen)²⁵。

德國在早期的行政程序法第 29 條規定中，僅有限度地開放當事人有檔案的閱覽請求權 (Akteneinsicht)，以確保一個公平的行政程序，但是，這種檔案閱覽權大幅限制請求權人，僅限於程序當事人，而且檔案的範圍亦與防衛當事人權利相關者為限，再加上有例外情形之臚列，諸如：基於行政裁量或公務機密而得不予公開，使得此種檔案閱覽與公開原則仍有一段距離²⁶，因為在本質上，行政程序法第 29 條是採取原則不公開，例外公開的體制。

基於歐盟指令 (Richtlinie) 的壓力，德國必須在公開原則上，作高度的改革，以達成「透明行政」(gläserne Verwaltung) 的要求，所以在環境行政法上，首先有驚人的突破。申言之，基於歐盟指令 (90/313/EWG) 的影響，任何人不得證明其有任何正當利益，即得請求公開環境資訊的聯邦，「環境資訊法」(Umwelteinformationsgesetz) 亦於 2004 年公布，將原則不公開，例外公開的舊體制，大幅變更為原則公開，例外不公開的設計，使得請求環境資訊的權利，變

25 Vgl. A. Hatje, Verwaltungskontrolle durch die Öffentlichkeit, EuR 1998, S.734ff.

26 縱使是 1991 年公布的東德國家安全局檔案法 (Stasi-Unterlagen-Gesetz; StUG) 亦未偏離行政程序法第 29 條之限制框架。Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn.22), §29, Rdnr.92ff.

成每一個人的權利（Jedermann-Recht）²⁷。2006 年聯邦並公布了資訊公開法（Informationsfreiheitsgesetz），使得原則公開的資訊，不再囿限於環境資訊，德國面對公開原則的要求，於其資訊公開法的立法理由說明中認「盡最大可能地提供資訊；於最必要範圍內保護機密」（so viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig），加以善意回應²⁸。

依據資訊公開法的規定，行政機關不僅消極負有義務，設置政府資料庫及提供人民接近使用資訊的管道（即建立資訊設施，第 1 條第 1 項規定），並且有主動提供必要資訊給予人民的義務，例如：提供醫藥資訊，警告人民危險以及推薦資訊。縱使如此，資訊公開法僅限於歐盟人民或在歐盟設有住所的人民始享有資訊請求權（第 1 條第 2 項），而且因為其他特別法（例如：社會法第十章第 25 條規定：行政程序法第 29 條規定）仍有優先適用之地位（參照第 1 條第 3 項規定），所以資訊公開法未提供「最低標準的資訊照顧」（Mindeststandard Informationsvorsorge），仍有相當大的改革空間²⁹。

27 Vgl. E. Gulit, Europa auf dem Weg zur gläsernen Verwaltung, ZRP 1989, S.253ff.; Stelkens/Bank/Sachs, (Fn.22), §29 Rdnr.21.

28 Vgl. BT-Drs. 15/4493. S.6.

29 Vgl. Stelkens/Bank/Sachs, (Fn.22), §29, Rdnr.24ff.; 針對德國行政程序法第 71 條之 3 的修正草案，於聯邦及各邦已有第四次改革行政程序法之討論 Vgl. A. Windoffer, Die Gesetzgebungsvorhaben des Bundes und der Länder zur Verwaltungsverfahrenrechtlichen, Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie, DÖV 2008, S.797 ff. (800).

5. 提高人民可接受程度 (Akzeptanz)

所謂提高人民的可接受程度係指：提高人民對行政決定的事實上接受度 (Tatbestand der Hinnahme)，而人民對行政決定的接受度越高，越可以認可其決定之「正當性」³⁰。行政如何提昇人民對其決定之可接受度？係屬行政法改革追求的另一個重要目標。因為只有被人民高度接受的行政決定，其措施始能有效地被執行；一個行政決定如果違反大部分人民的意願，或是違背系爭法律關係所有關係人之意願時，實在很難想像國家該如何貫徹其決定。所以有德國學者認為，現代的社會已經變成一種「共決的社會」(Abstimmungsgesellschaft)³¹。申言之：國家的決定不再能全部一廂情願由政府單方決定，而應與人民共同決定。共同決定一方面可以提高政府決定的正確性，另外一方面也可以增加被人民接受的程度。

如何提昇行政決定的可接受度，在此問題上，其實「行政程序」扮演一個非常重要的關鍵因素。所以，在立法過程中，若能經過利害之當事人均有參與程序之機會，也有助於提昇人民對最終行政決定的接受程度。所以，德國法上有關程序規定之設計上，有朝向使「當事人」有參與程序之權利，甚至於程序中設計由當事人自我規範的方式，來完成行

30 Vgl. Würtenerger, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996, S.61.; 但反對意見則認可接受度與正當性係屬兩事，不可混淆，Vgl. Schmidt-Abmann, (Fn.9), §2 Rdnr.103.

31 Vgl. D. Lucke, Akzeptanz: Legitimität der Abstimmungsgesellschaft, 1995; Voßkuhle, (Fn.1), S.203f.

政任務，蓋徒有命令與強制，已經不再能確保法律被人民忠實地遵守，唯有建立在人民同意的基礎上所作決定，才能有效、可靠地被人民遵從³²。基於上述的理念，可接受度成為行政決定的斟酌指標，更是政治決定上的一個考量因素。當然可接受度並非是一個法律明文的行政行為指針，所以對德國行政機關並不具有法律上之拘束力（除非法律明文規定行政機關有先行調解「Mediation」的義務）³³。不過隨著歐盟憲法（草案），明文規定人民有「好行政請求權」（Rechtsanspruch auf gute Verwaltung），以及「民主原則」的效力影響下，人民的可接受度，未來即有可能形成一種對德國機關具有法律拘束力的指針規定（Direktive）³⁴。德國聯邦憲法法院於地方自治領域改革判決中³⁵，雖然沒明文承認「可接受度」是一個直接的審查原則，但是「可接受度」卻成為審查行政裁量或判斷餘地是否有瑕疵的「不成文的構成要件要素」，此種發展趨勢，不容我們忽視³⁶。

32 Vgl. H. Hill, Akzeptanz des Rechts: Notwendigkeit eines besseren Politikmanagement, JZ 1988, S.377.; R. Pitschas, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann - Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts, Band II, 2008, §42 Rdnr. 250f.

33 Vgl. BVerfGE E 86, 90 (111); Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §2 Rdnr.105; W. Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I. 2006, §10 Rdnr.58.

34 Vgl. Pitschas, (Fn.32), §42 Rdnr. 203f.

35 Vgl. BVerfGE 86, 90 (111).

36 Vgl. Pitschasa, (Fn.32), §42 Rdnr.204; Schmidt -Aßmann, (Fn.9), §2 Rd; nr.105.

參、改革手段（策略）³⁷

依德國學者 Voßkuhle 的歸納分析，行政法改革的手段或策略，大致可以分成下列五種³⁸：

1. 官民合作（Kooperationalisierung）

Voßkuhle 認為德國行政法最大的策略變革就是由「規律」（管制）（Regelung）變成官民合作，此種官民合作的法律機制：即合作行政法（Kooperations-verwaltungsrecht）在最近十餘年來，有快速膨脹性的發展³⁹。

「官民合作」不僅在行政法，而且在行政學上並沒有一個一致性的定義或見解，不過「官民合作」通常係指：國家（官）與社會（民）任何形式的相互作用而言（jede Form des Zusammenwirkens），而與傳統單方高權的國家行為，有極顯著之區別⁴⁰。官民合作不僅出現在行政行為上，也出現

37 有關於改革的手段（Methode）及策略（Strategien），在其意涵上很難作明確的區隔；Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.204.

38 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.204ff.

39 Vgl. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlage des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, §12 Rdnr.64; von Bogdandy, Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band II, 2008, §25 Rdnr.16.

40 Vgl. Schulze-Fielitz, (Fn.39), §12 Rdnr. 66.

在行政組織上⁴¹，例如在合議制的「行政委員會」(kollegial strukturierten Verwaltungsgremien)就是一個典型的合作組織。甚至於「合作原則」儼然已經成為行政法上的一個結構原則 (Strukturprinzip)⁴²。

官民合作的法律形式則有多樣化、程序化的趨勢，例如：有拘束力的建議權 (bindende Vorschlagsrechte)，須相對人同意的行政決定，須允許的行政決定及共同決定 (gemeinsame Entscheidung) 等等，尤其是在程序上、法律的具體化、公益的具體化程序上，可以見到行政與私人之相互連結⁴³。

在合作行政法上最常被當成範例加以討論者，應屬德國行政程序法第 54 條至 62 條之行政契約制度，因為行政契約的締約主體一方至少為行政機關，另一方可能即為人民，於是提供了一種制度化的官民合作平台。行政契約法制在官民合作的視野下，最早被論及的是：行政契約的界限 (Grenzen) 問題，申言之，哪些領域是性質上不宜官民合作者⁴⁴？其後，則逐漸移轉討論的重心，由界限的問題，移轉到如何建立自我完整的行政契約制度，毋須再準用或類推民事契約之相關規定。詳言之，基於行政實務之需要，以及經驗事實研

41 Vgl. T. Groß, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006. §13 Rdnr. 122f.

42 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §3 Rdnr.37ff..

43 Vgl. Schulze-Fielitz, (Fn.39), §12 Rdnr.71ff..

44 Vgl. W. Spannowky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994.

究的成果，所繁衍行政法學研究必須經下一個階段問題深入探究，例如：在建設法中之都市更新契約（Sanierungsverträge）。民營化契約（Privatisierungsverträge），免除義務之成本負擔契約（Folgekostenverträge）以及特許契約（Konzessionsverträge）中所衍生之契約問題，在本質上與私法契約並不相同，故無法類推或準用民法契約之相關規定，以茲解決，而必須在法制上建立一個自給自足的完整行政契約法制（Verwaltungsrechtsdogmatik）⁴⁵，始克能解決實務上所衍生之諸多問題。

在官民合作行政法制中，最大的法律問題在於：官民合作而產生的「未型式化的合意行政行為」，例如：安排（Arrangement）、約定（Absprachen）以及容忍的承諾（Duldungszusagen）。這些未型式化的行政行為，因為無法被有效定性為行政契約，從而會對利害關係第三人產生權利保護上之赤字，因為利害關係第三人不得訴諸主張該「約定」、「安排」或「容忍承諾」侵害其權利，而無效的法律效果，蓋此種法律效果僅存在於行政契約上（參照德國行政程序法第 58 條規定），該約定，安排或承諾既非行政契約，第三人自不得訴請撤銷或主張其未得其同意而無效⁴⁶。此外，這種未型式化的合意行為也會造成管制上的赤字，因為（尤其是對大企業家）這種行為，假借官民合作之名，得行利益

45 Vgl. H. Bauer, Die negative und Positive Funktion des Verwaltungsvertrages, in: FS Knöpfle, 1996. S.11ff.; Bauer, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei PPP, DÖV 1998. S.89ff.

46 Vgl. J. Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2006. §58 Rdnr.2; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, (Fn.22). §58 Rdnr.8.

不當輸送之實，又缺乏法院介入之空間，形成司法及行政管制上之重大漏洞。因此，德國之立法者，乃嘗試將這些未形式化的合意行為加以制度化，藉以解決前述管制赤字及對第三人產生權利保護赤字之缺點。例如：在環境影響評估法第 5 條 (§5 UVPG) 及行政程序法第 71 條之 3 第 2 項，明定申請前之程序 (Vor-Antragsverfahren)，在行政程序法第 71 條之 5 中明定圓桌程序 (Rund-Tisch-Verfahren)⁴⁷，在建設法第 12 條 (§12 BauGB) 中規定計畫及開發計畫 (Vorhaben-Erschließungspläne) 的官民合作⁴⁸，在環境法草案 (UGB-Entwurf) 第 36 條中，明定環境法上之約定 (Absprachen)⁴⁹……等等的補救立法，都可以大量減少諸多的法律問題⁵⁰。

47 所謂圓桌程序係指：行政機關基於許可申請人之申請，應召集所有相關機關與申請人進行諮商 (Besprechung)，其目的在加速行政程序，並具有合作行政法之性質。Vgl. Stelkens/Bonk/Sacks, (Fn.22), §71e Rdnr.1 bis 3.; Ziekow, (Fn.46), §71e Rdnr.1.

48 建設法第 12 條中，加強開發計畫或其他國土計畫之「公私合作」。Vgl. Heinz/Scholz, Public Private Partnership im Städtebau, Difu-Beiträge zur Stadtforschung 23, 1996; Schrödter, Baugesetzbuch, 7Aufl. 2006 §12 Rdnr.5.

49 德國現行環境法並沒有環境約定的明文，但在歷年的環境法草案 (UGB) 中均明文對此種基於合作原則 (Kooperationsprinzip) 的未型式化之行為方式，以增強基法的拘束力，Vgl. M. Kloepfer, Umweltrecht, 1Aufl. 2008, §4 Rdnr.91ff.; H.-J. Koch, Umweltrecht, 2Aufl. 2007, §3 Rdnr.111ff.

50 最主要問題產生在於其不具有法律上的拘束力，是否遵守，全憑當事人之自由意願，既不能以訴訟方式請求對造履約，亦不能以其他法律途徑要求貫徹執行之。這些約定僅具有事實上之拘束效力。Vgl. Koch, (Fn.49), §3 Rdnr.111.

2. 管制緩和 (Deregulierung)⁵¹

管制緩和的基本要求係：避免管制、減少管制、放鬆管制或設定期限式的管制，解除國家壟斷式的管制，去除對競爭干預的管制……等內容，因此解除管制要求法律須：簡單、透明、明瞭、有效率、體貼人民及須快速制定⁵²。管制緩和在表面上看起來似與「法制化」的趨勢背道而馳，因為管制緩和的主張就是要求減少現存的法規範數量，但是法制化的結果，通常會再增加法規範（即管制規範）的數量。不過，在實際操作解除管制的立法或修法經驗顯示：解除管制的結果，卻又常常反而須增加法規範的數量。例如：在德國建設法（BauGB）中，對於「許可程序簡化」，並增加「委託專業人士代為行使公權力」的結果，建設法典的條文反而不減反增。所以簡化程序，加速程序進行的相關機制，固然符合管制緩和的基本要求，但是在實際運作結果上反而增加法規範條文⁵³。準此以言：管制緩和的真正結果是：「再度管制」（Re-Regulierung）或「更改管制」（Um-Regulierung），

51 Deregulierung 從德文字義上直譯應於「解除管制」，但事實上其基本意涵並非指廢除全部管制而放任市場操作機制的完全解除管制。因此，為避免造成讀者誤解，所以本文均以「管制緩和」代替「解除管制」之名詞。有關德國管制法理之討論。Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn.9). §8 Rdnr.35ff.; Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn.22), §1 Rdnr.130; Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, §4 Rdnr.2.

52 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.208.

53 Vgl. Schrödter, BauGB 7Aufl.2006, §13 Rdnr. 3ff.

並不是表相文義上的解除管制⁵⁴。

管制緩和的前提要件是：行政任務的民營化，減少國家的任務。意即將行政任務之完成，交由民間來完成，國家僅居於一種監督者（Überwachung）及擔保者（Gewährleistung）的責任及地位⁵⁵。但是，行政任務的民營化，在德國實踐上仍有其難以大量推動的界限，諸如：憲法上的限制或是法律規範上的缺乏（法律保留原則），或是因為缺少市場誘因，甚至於已經民營化的任務，例如：廢棄物處理回收任務，都因為缺乏市場誘因，而必須有鄉鎮市公所收回再由自己經營⁵⁶，可見一斑。

管制緩和雖源自經濟學上的概念：意即減少國家對市場經濟的干預（影響），藉以強化市場的營業競爭。此一經濟學上的概念，在 1980 年代即已在美國、英國、法國乃至於日本大量採行運用，但在德國卻在政策上受到諸多質疑，遲至 1987 年德國聯邦政府才設立管制緩和委員會，1991 年提出研究報告中，建議在能源市場，就業市場及保險市場上，推動管制緩和措施，但是，如前所述，實踐的結果仍回到再管制或新管制的路上⁵⁷。

54 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1). S.208.

55 有關行政任務之民營化的概念，國家的責任深入討論者，得參閱 W. Weiß, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, S.1167ff. (1168).

56 U. Schiesky, Verwaltungsreform als Aufgabe, VerwArch 2008, S.314ff. (335f.)

57 Vgl. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006 §Rdnr.57.

3. 民營化 (Privatisierung)

所謂「民營化」的策略係指：多面向地將公部門的任務轉移到私部門的程序，結果上就是減少公部門的任務⁵⁸，民營化的優點在於減輕國庫的負擔並且得借用民間資金及技術，更經濟更有效地完成行政任務⁵⁹。

民營化除了有組織性的民營化外，尚有所謂功能性的民營化 (funktionale Privatisierung) 兩種不同形態，前者係指透過組織之變革，將公法組織轉變成為私法組織 (例如股份有限公司)，以私法手段來遵行其行政任務，例如：德國聯邦火車事業 (併參閱基本法第 87 條之 5 第 3 項規定)，德國聯邦郵政事業 (參閱基本法第 6 條及同法第 143 條之 2 規定)；後者係指 (功能性之民營化) 私人在法定的任務框架內，透過契約或法規範的授權，委託其 (或於其為行政助手) 為公共利益而執行公法上之任務，例如：環保法上之專業人士代替國家監督檢測事業之廢氣、廢水之排放量，是否逾越法規所容認之標準⁶⁰。

不論是組織上的民營化或功能上的民營化，都成為德國行政法學改革的重要策略之一，所以不僅推動於前揭所述之聯邦鐵路及聯邦郵政事業外，而且擴大及於公路興建，區域性的生存照顧事業 (諸如：公車、能源、飲水、垃圾、廢水

58 Vgl. H. Bauer, Privatisierung van Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.243ff. (250f.).

59 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn.9) §5 Rdnr.29.

60 Vgl. M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S.283ff.

處理、動物屍體處理等)。保險制度、醫療設施、大眾傳播媒體事業、監獄設施、保全制度及環境科技上之監督任務⁶¹。其民營化範圍幾乎沒有任何界限。

首先，民營化的法律問題是：推動組織或功能之民營化之前，是否應先有法律授權，方得以進行？意即「法律保留原則是否應適用於民營化上？」⁶²此一爭論，在德國行政法學界迄今雖無定論，因為透過契約方式，委託私人（或以私人為行政助手）執行公法任務，縱使無法律之授權，亦非罕見，例如：在給付行政或計畫行政領域中。不過依「重要性理論」的標準，對於重要性的民營化領域，仍需有法律保留原則之適用，但是法律保留之程度可以作「極小化的規範」（Regelungsminimum）⁶³。

其次，民營化最大的問題在於，不論是公部門組織或公共任務移轉民營時，長久以來即低估了「轉換成本」（Transaktionskosten）的計算。申言之：當國家把公任務及公財產移轉給私人時，是否能夠當然減少國家的負擔及責任？其實並不明確，也缺少一個可以量化的指標，如果再加上民營化時，國家仍保留部分的行政任務在其手上時，則其轉換成本，責任如何釐清，也屬一件重大的困難使命⁶⁴。

最後，基於歐盟整合，資本、人力流通的要求，德國民

61 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.209f.; Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §5 Rdnr.29.

62 Vgl. C. Sellmann, Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008, S.817ff. (819).

63 Vgl. Pitschas, Gefahrenabwehr durch Private Sicherheitsdienste? DÖV 1997 S.393ff. (398f.), Burgi, (Fn.60), S.290; Schmidt-Aßmann, (Fn.9), §5 Rdnr.29.

64 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.210; Voßkuhle, (Fn.57), §1 Rdnr.61.

營化所受到其憲法的限制者，也越來越少，此種「公私分工」的安排會越來越擴大其範疇，勢可斷言。但是，分工後的國家責任（意即擔保責任），未來將會成為僅次於秩序行政與給付行政外的第三個現代行政法的支柱，擔保行政法（Gewährleistungsverwaltungsrecht）⁶⁵。

4. 經濟化（Ökonomisierung）

行政法秩序的經濟化（Ökonomisierung der Verwaltung），近年來已成為德國行政法改革的熱門討論議題⁶⁶，而所謂行政經濟化係指行政應講求達成行政目的之「成本效益」分析，即達成行政目的之手段應符合「成本最低」、「效用最大」的指標。此種思潮乃源自「新調控模式」（Neues Steuerungsmodell）（國內有譯成「新管制模型」）或「新公共管理」（New Public Management）的理論，將行政主體當成企業，而將人民當成顧客，以企業管理的角度去思考公共行政，提供人民服務的成本效益問題⁶⁷。

「經濟化的指標」在行政的改革中，並非僅呈現點狀的改革，而是一種全面性，多階的全盤行政理念之改革。依德

65 Vgl. Schoch, Gewährleistungsverwaltung, Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S.241ff. (247).林明鏞，〈擔保國家與擔保行政法〉，收於吳庚教授七十華誕祝壽論文集，2009年12月，元照出版社，頁577以下。

66 Vgl. M. Fehling, Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen, Verw Arch. Band 95 (2004), S.443ff.; C. Gröpl, Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, Verw Arch, Band 93 (2002) S.459ff.; Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S.67ff.

67 Vgl. Schulze-Fielitz, (Fn.39), §12 Rdnr.124; Voßkuhle, (Fn.57), §1 Rdnr.50ff.

國學者 Jens-Peter Scheinder 的分析⁶⁸，行政法的經濟化，以分成下列五個層面進行觀察：

- (1) 實質層面：例如：在法規範中，提昇效率標準及降低成本之重要性；
- (2) 程序層面：例如：法律許可程序之彈性化；
- (3) 制度層面：例如：引進經濟上之自我管制制度；
- (4) 方法層面：「法律的經濟分析」成爲一種研究方法；
- (5) 組織層面：例如：在行政組織內建立混合的委員會 (hybride Gremien)，邀請外部企業人士擔任委員，以提昇組織效能及降低組織運作成本等。

經濟化最主要的理由是必須斟酌「市場的力量」(Kräfte des Marktes)，所以也受到經濟學理論的重大影響，諸如：經濟學上的「標準價格理論」(Standard-Preis-Ansatzes)，認爲應採取沒有最適狀態但卻有效率的次佳決定 (Second-best-Lösung)：受寇斯傳統定律 (Coase-Tradition-Ansatz) 之影響，引進經認證的市場 (Zertifikas-Markt) 理論⁶⁹。最顯者的是自 80 年代起，德國環境法上，受到美國環境政策學 (尤其是環境經濟政策) 的影響，致其管制政策，均有大幅度的變革，例如：受美國 80 年代「清潔空氣政策」(Luftreinhaltepolitik) 的影響，所以改採用「成本概念」去選擇最有效的

68 Vgl. Jens-Peter Schneider, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, DV, Bnak 34 (2001) S.317ff. (320ff); G.F. Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, §16 Rdnr.110.

69 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.210ff.

管制手段，從而引進了「環境功課」（Umweltabgaben）制度；建立環境責任法（Haftungsrecht）的體系；以及結算對環境所造成負面影響之解決機制（Saldierungslösungen）⁷⁰。

由環境法所採擷的經濟化管制政策及手段，慢慢也影響到行政法總論上一般管制政策之思維，意即由「成本概念」所引發的法秩序結構之改變，乃無遠弗屆地連帶影響到其他一般的管制手段，所以德國行政法上即有「過度禁止」（即比例原則），協商安排（Verhandlungsarrangement）制度以及針對不同情狀，而採取不同的技術標準（TA）……等，均屬受經濟化、成本化影響的變革⁷¹。而這種「節約」、「效用」的改變，不僅存在行政內部，也存在行政的外部行為。但是，我們仍必須體認一個基本出發點：「經濟化」不能「取代」德國現行所有的管制制度；相反的，經濟化目前僅處於一種「補充」地位，去補充制度設計未考量到的成本面相，這種出發點，尤其在「環境經濟」（Umweltökonomia）的地位上，更為凸顯⁷²。但是，不容諱言的，思維經濟化行政行為的最適境界，目前已成為行政法學與行政實務上，長期及動態的挑戰及任務⁷³。

70 有關環境結算制度涉及到複雜的製造流程及最終承擔的判斷問題，Vgl. Koch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2007, §3 Rdnr.47; Kloepfer, (Fn.49), §4 Rdnr.71ff.

71 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.213f.; Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2008, §33 Rdnr.82.

72 Vgl. Hoffe/Beckmann/Kauch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, §1 Rdnr. 96ff. (97); Kloepfer, (Fn.49), §4 Rdnr.71; Koch, (Fn.70), §3, Rdnr.50.

73 Vgl. Schulze-Fielitz, (Fn.39), Rdnr.167.; Schmidt-Abmann, (Fn.9), §6 Rdnr.64ff.

5. 規範化的自我管制 (Regulierte Selbstregulierung)

所謂規範化的自我管制係指：在國家的管制類型中，由立法者創造出一個規範框架 (Regulierungsrahmen)，而在該框架範圍中，由社會 (人民) 自我進行管制，最後再由行政權對這些自我管制的「特定結果」進行檢驗與監督者⁷⁴。這種管制在歐盟法上稱為「共同管制」(Ko-Regulierung)，意即由立法權、社會與行政權三角共同進行管制⁷⁵。不過時至今日，規範化的自我管制已經大量被「程序標準化」(Prozeduralisierung) 或「責任分工」(Verantwortungsteilung) 等名詞所取代之⁷⁶。

規範化的自我管制制度之核心目標在於：活化潛在的社會力量，而非減輕行政的負擔，或是推卸政治決定者之責任。因為自我管制的範疇，國家通常不具有管制能力，不論是專業知識或是人力經常力有未逮，無法進行有效的全面管制；而社會中，對該領域的事務卻有充分的知識能力、創造能力及解決問題的學習能力，所以由社會力擔負自我管制責

74 Vgl. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen; Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) 1996, S.261ff. (301), Voßkuhle, (Fn.1), S.214ff.

75 Vgl. M. Eifert, Regulierungsstrategie, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, §19 Rdnr.52ff. (57); Vgl. C. Franzius, Regieren durch besseren Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, in: Thomas Bruha/Carsten Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, 2003, S.115ff.

76 Vgl. Voßkuhle, (Fn.1), S.214.