

第二章

法治國與民主的憲法決定

陳英鈐

目次

第一節 法治國原則的意義

壹、行政的法拘束

貳、基本權的發展衝擊

參、基本權「主觀化」：主觀權利與保護規範理論的意義

肆、作為結構的法治國家

第二節 民主原則的意義

壹、行政的正當性

貳、其他民主行政法的決定因素

1. 「形塑憲法的基本決定乃行政法的基本價值¹」：憲法具有塑造體系的意義乃德國行政法發展中的常見現象（→1/17）。憲法原則的作用方式儘管有差異，但在法上仍具可重構性，使其²能夠為行政法的體系建構提供發展方向的指引以及具體化任務的素材。因此目前針對歐洲法的建構，有一種「原則理論」的呼聲頗為適切³。

作為結構性規範，形塑憲法的基本決定塑造了國家決定程序並確立了行政法必須進一步規範的行政行為模式。作為國家目標規定，它

¹ Achterberg, Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 1這麼認為；請另行參照Breuer批判性的報告，in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 223 ff.

² 對此系統性之說明：Reimer, Verfassungsprinzipien, bes. S. 284 ff.

³ 如v. Bogdandy令人信服的論證，in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 149 ff.

們形塑了行政任務理論（→3/82）。作為歐盟與國際合作的憲法選擇，它們揭示了一個超越民族國家空間的行政發展前景。

下述涉及的是法治國與民主的結構決定。對德國憲法，此二者是規定在基本法第20條，對於德國參與歐洲整合的國家機關，此二者則是有拘束性的規定於基本法第23條第1項。與此並行並同時相關地，歐盟憲章第6條規定：歐盟植基於自由、民主、對人權與基本自由的尊重以及法治國等基本原則；這些基本原則為所有成員國所共有（第1項）。接著規定：歐盟尊重其會員國之國家認同（第3項）。法治國與民主因此構成了德國與發展中歐洲行政法的共同基礎。當然，兩者皆需要謹慎具體化的方法意識（→1/18-20）。

2.法治國原則的核心在於經由法來保障人類的自主決定：個人自主領域的承認與界定、根據基本正義前提確保並界定彼此的個人自主領域，以及指引足以使理性呈現的權利釐清程序，所有這些都是法治國家的中心任務。「在法治國家內，國家從法獲得國家的有效性以及國家之內整體生活的標準與形式。⁴」歐洲共同體自我標榜為「法律共同體」所要呈現的也正是如此⁵。在此，法也是作為核心的秩序與整合媒介被理解與使用。法治國家的形塑將國家行為區分成決定與執行階段。經由如此的區分使責任明確，同時使控制與矯正成為可能。法治國家性包含了形式與實質的要素。基於其不可分性，任何對於形式的低估都是錯誤的。秩序井然的程序是理解國家決定的前提，而法律秩序的可信賴性則是自由的基本條件。這裡所關係到的是標準、節制以及對個體性的尊重。法治國家性儘管並不窮盡於對個體以及主體的保護。它同時也包含了客觀法上的保障，更同時是地位與功能秩序。然而，法治國思想的開端卻是個體的自由（→1/27）。經由如此的方式，法治國證實其作為維護自主距離的一種國家形式。

3.同樣的，對民主的憲法決定也具有作為形構決定的同一性質。

⁴ Hesse, in: FG für Smend, S. 71 (73).

⁵ 這概念例如在EuGHE 1986, 1339 (1365) 當中使用，可回溯至 Hallstein；請參閱ders., Europäische Reden, S. 341 ff.; ders., Europäische Gemeinschaft, S. 51 ff.

民主正當性的誠命、歐洲共同體的雙軌正當性、議會政府體制、地方自治、透明性與公開性的目標、職位秩序、民主法律的控制手段——所有這些都是在內容上要創設公益秩序的建構形式。對於行政法而言，它們的重要性並不亞於法治國家的保障。自主決定的思想在此以一種特殊保障自由的統治組織方式加以實現⁶。「國家權力與由其所生之人類對於人類的統治在民主制度中仍然存在並且發揮實效，不會在（錯誤理解的）統治者與被統治者同一性中解消，也不會在免於支配的言談中消逝。然而，它會以一種方式組織，使國家權力的行使由國民、亦即由公民來建構、正當化以及控制，並且在此表現出國民自我決定以及自我統治的形式，當中所有公民都有平等參與的權利。」⁷為免流於表象，民主依賴對於形式以及程序規則的遵守⁸。以民主形式組織的共同體所作成的決定因此具有獨特的民主架構。它們是一般的決定，並且在此意義下是公益的表徵。因此，民主也有其保持距離的誠命：這裡涉及的是保持對於特殊利益的距離。

4. 法治國家與民主並非以相同形式，而是以各自獨立並且相互補充的方式形塑行政法。在程序法與組織法裡，兩者具有共同的形成領域。因此法治國與民主國的自由理念⁹必須在行政法共同並且平衡地表現出來：民主原則需要法才能在行政實際中進一步的開展，而到目前為止主要受到法治國家塑造的行政法則需要取向於民主秩序，才能超越由行政法發展史上可以解釋的防禦面向。「在基本法的憲法結構下，法治國家原則並不預設一個已經存在的政治一體性以及不受限制的權力，法治國家只要事後加以限制就可以；毋寧，就像民主秩序一般，基本法的法治國秩序規範了原則與程序規則，整個法秩序的基礎

⁶ 請參閱BVerfGE 44, 125 (142)：「所有公民自由自主決定的思想」；亦請參閱NVwZ 2003, 974 (976); Lübke-Wolff, VVDStRL Bd. 60, S. 246 (252 f.)：「民主並非作為極小化統治的制度，而是作為極大化自主決定的制度」。

⁷ Böckenförde, in: HStR Bd. 1, § 22 Rn. 9.

⁸ 參照Henke, Staat 1986, S. 157 (163 f.).

⁹ 就此系統性地：Starck, in: HStR Bd. 2, § 29；此外，J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit.

在當中被創造出來，政治的一體性也透過其實現被創造出來並加以確立，在其實現當中，由憲法所架構的國家體取得具體的歷史形貌¹⁰」。

5.兩個結構基本決定涉及的是，將公共行為「置於一個特別的言談理性之下，並且促成有秩序的交互論證。¹¹」在這個意義之下，程序與溝通取得了特別的意義¹²：「國家作為有秩序的程序¹³」，「程序作為國家法與行政法的範疇¹⁴」。在過去的20年，判決和學說已經對於程序思考進一步廣泛的探討，特別是從權利保護的觀點。但程序的思考，超越了由個人權利決定的保護領域，程序將法治國與民主整合在溝通模式當中，「溝通乃一個充滿活力國家的指導形象，它不只是個人權利有效主張的前提，而且是國家共同體能否發揮功能以及是否具有現代化能力的要件。¹⁵」：程序乃許多現實溝通過程之法秩序模型（→6/46-56）。

第一節 法治國原則的意義

6.如比較法所顯示，合法性原則、權力分立、基本權利以及法院權利的保護乃歐洲法治國家性的核心構成要素¹⁶，這些原則主要在基本法的許多個別條文中受到保障，同時也構成對於行政法原理分疏化次體系的連結點¹⁷。這些連結點包括基本權利拘束（基本法第1條第3

¹⁰ Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 186.

¹¹ 關於法治國原則持此看法：Di Fabio, Risikoentscheidungen, S. 447.

¹² Pitschas, Verwaltungsverantwortung, bes. S. 135 ff. und 401 ff.; Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (23 ff.): 「程序作為現實的建構」。

¹³ Krüger, Staatslehre, S. 197 ff.

¹⁴ 1984年由Lerche, Schmitt Glaeser以及Schmidt-Aßmann出版的著作書名即持此種見解。

¹⁵ Hill, in: Steger, Lean Administration, S. 49 (52); Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 722 ff.; Kotzur, NWVB 2003, S. 298 ff.

¹⁶ 就此請參閱文獻：Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 20 ff.; Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 205 ff.

¹⁷ 就此，Stern, Staatsrecht, Bd. 1, § 20 IV；並請參閱Schmidt-Aßmann, in: HStR

項）、權力分立（基本法第20條第2項）、行政與司法受到法律與法的拘束（基本法第20條第3項）、國家責任（基本法第34條），尤其基本法第19條第4項所保障的行政法權利救濟，在釋義學上特別意義豐富（→4/56-69）。與此類似，歐體法對於法形式（歐體條約第245～256條）、權利保護（歐體條約第220～245條）、職務責任（歐體條約第288條第2項），以及歐洲共同體條約第5條和第7條所規定的比例原則及有限授權原則，都有特別的規定。

然而，所有出現的問題沒有辦法以回歸到這些特別保障的方式加以掌握¹⁸，例如對於組織與程序法以及法治國家所要求的行政行為有效性保障。因此我們必須要回到原則本身，就像是基本法第20條、第28條，以及歐盟條約第6條所顯示的¹⁹。特別是這些連結讓我們意識到，實證法所規定的保障要素處於一個廣泛的作用關聯性之下，個別條文在其中相互支持與補充，而且有些時候也受到相對立要素的限制²⁰。也就是說，法治國家原則不只是其構成要素的總合而已。行政法的基本構成原則包括，行政的法拘束（壹）和基本權利效力（貳），由這些還產生其他行政法體系的建構形式，這些形式應該保障法治國作為結構，尤其是法治國家的理性（參）。

壹、行政的法拘束

7.法的秩序與形成任務要求所有行政行為受到法的拘束。法不僅規範行政對其環境的關係，還規範行政內部組織的關係。法賦予行政行為正當性與紀律，並使行政行為加以實現。在行政法學開始形成的階段，法對於權力的秩序化乃重要問題。在法治國家與行政法共同發

Bd. 1, § 24 Rn. 46 ff. 以及69 ff.; Achterberg, Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 2 ff.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 6 EU Rn. 6 ff.

¹⁸ 同樣持此看法：Breuer, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 223 (226 f.); 不同見解：Kunig, Rechtsstaatsprinzip, bes. S. 457 ff.

¹⁹ 請參閱v. Bogdandy, in: ders., Europäisches Verfassungsrecht, S. 149 (163 ff.).

²⁰ 關於基本法第19條第4項：BVerfGE 60, 253 (267); BVerwGE 67, 206 (209).