國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：詹鎮榮博士

公私協力法制下之社會自主管制

研究生：陳軍志　撰

中華民國一〇〇年七月

謝辭

Denn unser Lebenslauf ist keineswegs schlechthin unser eigenes Werk; sondern das Produkt zweier Faktoren, nämlich der Reihe der Begebenheiten und der Reihe unserer Entschlüsse, welche stets ineinander greifen und sich gegenseitig modifizieren.

Arthur Schopenhauer

每一篇論文背後隱藏著不同的故事。如果論文沒有誕生，那麼它們就只藏駐在記憶底層。萬般慶幸地，終於來到編織這些故事與人物的時刻，因為有他們同我的羈絆，使漂浮的思想能夠具現成形，獲得重量。

首先，要感謝指導教授詹鎮榮老師，如果沒有碩一的邂逅，我也許不會踏入民營化與管制革新的議題；沒有參與老師國科會計畫，就不會有這麼多機會細窺老師作學問的態度；沒有老師的開導，也許躊躇之間就拒斥沒沒無名的埃爾富特大學（Universität Erfurt）；沒有獲得老師的提攜，更不會有造訪康斯坦茲大學研究（Universität Konstanz），一睹 Hartmut Maurer 與 Dieter Lorenz 兩位德國行政法學泰斗在校園內並肩探討的風采，更遑論與 Maurer 先生在校園咖啡廳的漫談。在論文寫作的道路上，雖然思路成形的泰半時間身在德國，與老師相隔萬里之遙，但老師仍透過網路與電郵時時關心我的狀況，在驚嘆國家學系的體系養成時警惕我莫忘記作為公法研究生的規範性關懷，在情感與學業震盪之際鼓勵我靜心面對理性與感性的匯流。是詹老師讓我保持在嚴謹治學的道路上，讓那個性好博觀卻懶於約取的我不至於脫韁任性。走入這篇論文的細絡，詹老師不僅是我的啟蒙者、也是引路人。

其次，要感謝陳愛娥老師與林佳和老師兩位口試委員。大學時代雖未親炙愛娥老師，但久聞其名，能夠邀請她擔任口試委員，誠屬莫大榮幸。陳老師在論文口試時指出我諸多結構上與思考上的盲點，除針砭我的用字遣詞外，另給予諸多中肯的建言。在赴德國前有機會認識佳和老師，標誌一個思考的轉折。林老師學養深厚，積厚薄發，除專精勞動法，涉獵國家學理論、管制學派、政治經濟學、法社會學等領域，寫作論文期間旁聽其開設的基本權理論，為我在憲法學層次上開啟嶄新的視野。此外，林老師在口試前後給我精神上的鼓勵與資料上的挹注，使本論文得具備更宏觀的視野，卻又不流於泛泛之談。經由兩位老師細心閱讀，

為我闢出諸多反省餘地，使我明瞭自己在研究上的侷限和盲點。我也期許自己用重新整理後的定稿，來回應、感激口試委員們的辛勞。

除了口試委員外，必須由衷感謝台大林明昕老師與政大基礎法學組的江玉林老師。林老師是從大學時代法學德文的啟蒙恩師，引領我進入德文法學的玄妙世界，並教導我許多待人接物的道理；江老師則呈獻給我另一種不同的學術典範。他幽默風趣，卻又縱談傅柯與康德；他自信奔放，卻不失嚴謹犀利洞見。他帶我閱讀傅柯與西洋法律思想，使我除了公法學基礎得以運用外，隨時帶著法哲學與法律史的視域看待事物。此外，廖元豪老師帶給我許多美國法上民營化與管制議題的觀點，這也凸顯在論文寫作的格式與方法上隱含的美式風格。

不過，這本論文註定要染上濃厚的德意志色調。有幸獲得校際交換學生的進修機會，在埃爾富特大學跟隨 Arno Scherzberg 教授，修習「作為國家與市場間調控媒介的法」與「國家性的變遷」兩門研究所課程，過程雖然艱辛，但回首來時路，這兩門課堂報告與引發的問題意識形成本論文的主軸，並養成諸多國家學的背景知識與研究能力。拜訪維也納大學 Thomas Simon 教授的行程中，Simon 教授提醒我的目光不要忽略社會自主管制與自治行政的法制史脈絡，使我的研究得以銜接上 Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte 對於社會自主管制的研究計畫。

當然，對於這四年間陪我度過論文寫作孤寂時刻、在我需要的時候對我伸出援手的朋友與同學們，也必須致上我的謝意。當初若沒有意外與荃和交換報告題目，或許這篇論文的題目就是行政合作法而不是社會自主管制，你和弦璋一直都是我遭遇行政法疑義時第一求助的討論對象；沒有毓民與茗毅一起在政大宿服會分憂分勞，也許我無法全神專注在學術上；沒有璧瑜、俐君、以璇的校稿與聆聽，也許這篇論文形式上將錯誤百出；沒有宜諮幫我料理國科會的事務，我不可能放心地在德國學習。此外，也要謝謝宇修學長、光倫、家澄、之昱、人和、鍾安、以璇、沅凌、雪梅、長江還有刑法組的士淳等，捧場內部論文發表並給予許多的回饋與建議，讓我在口試場有更佳的演出，你們還有佳鴻、明勳與我一同歡笑、相伴出遊、分享故事、揮灑汗水都讓論文寫作的時光增添值得回憶的色調。

非提不可的，還有一群默默這本論文協力的師長好友：感謝教導我日文閱讀方法與體系理論的小劉老師，培養我精準閱讀的敏感度與要求；埃爾富特大學的 Birgit Chiasera 教授不辭辛勞與我討論德文閱讀、提供我聽力練習教材並每週修

改我的德文作文，使我德文能力迅速躍進；至曜、尚儒、舒婕、育駿、健智、書郁、贊榮、琬琳、玉盈分別從台大、成大幫我借閱書籍，新楣跟舒婕則提供我帳號密碼以俾自由使用台大法學資料庫，使我在台灣有充分的德文資源可供運用；感謝宇修學長、至曜、健智在論文寫作階段多次與我討論，並提供不同觀點；更要感謝允鍾學長從海德堡幫我掃瞄文件、錫平學長從弗萊堡幫我空運兩本論文用書返台、康斯坦茲大學 Björn Reith、Christina Brugger、Thereas Gierth 在我停駐 Bodensee 期間的照顧與後來的文獻傳遞、埃爾富特大學的好友 Lorena Bieler 從德國幫我代收網路訂書並空運寄件。最後，對於 Kathleen Tomisch 仍滿懷感激，她曾為我編織一段美好的夢境，儘管很可惜這本論文最後不是獻給她的名字還有那座滿是牽掛的美好城市德列斯敦（Dresden）。

最後的最後，由衷感謝與我並肩寫作論文的子誠，並向我的父母、弟弟致上無限的感激。沒有子誠精神上與我同在，我無法隻身穿越寫作的汪洋來到謝辭的彼岸；沒有父母默默在背後支持我的學術生活，我不可能專心在論文寫作上。還有必須向弟弟軍佑致敬，他替我承擔家裡的一切事務並扮演好服侍、陪伴父母的角色，讓我不論身在德國或台北都無消為家裡操心。

誠如卷頭叔本華言：吾人的生活經歷絕非只是個人成果。這本論文亦然。倘若它能夠獲得任何榮耀，那肯定歸屬撐起我世界背後的那群人；至於任何瑕疵與不足之處，誠當由我個人擔待。

陳軍志

2011.08.02

摘要

向來公私部門合作參與公共任務，均著眼於給付行政的面向，管制行政中的私人參與似乎離不開行政助手、專家參與及行政受託人等功能民營化的思維或是自治行政的想法。但是，傳統範疇並無法因應介於國家與社會間多元的合作管制型態。納入社會自主管制的觀點一方面能夠掌握私人參與管制任務全貌，他方面能夠從規範面回應傳統管制手段在現實面遭遇的困境。

社會自主管制作為私人參與管制任務的型態，在規範制定與規範執行層次乃跳脫傳統行政助手、專家參與及公權力委託制度的思維，其中最重要的型態係經國家認可單位以行政認證的方式加入管制結構，並與受規範對象經由驗證形成法律關係。由於憲法規範層次上並沒有明確肯定或否定自主管制之運用，在補充性原則、合作原則與效率原則的支持下，得容許社會自主管制的存在。惟管制者利用該制度遂行管制目的時，必須顧慮憲法揭示的基本原則，特別是國家從管制任務的履行責任退出仍必須經受國家保護義務的檢驗，以及隨之而來的擔保責任。由於私人被整合於管制任務中，使得原本存在於國家與受規範對象、受保護對象的三方關係變得更為複雜。面對社會自主管制中私人間多邊利益衝突，行政法律關係之活用係掌握國家、參與管制任務的經認可單位、受規範對象與受保護對象間法律關係之樞紐。

社會自主管制作為管制策略，與傳統管制手段並非擇一關係，而是互補關係。唯有建立對社會自主管制機制的正確認識，方有法政策論上理性評估與策略運用的空間。其策略性運用的準則主要繫諸於系統外部受規範對象的風險程度以及國家自身規範系統內部的複雜度，除此之外，也必須衡酌社會力的發展程度與自主管制失靈風險的回復可能性。經由有效運作的自主管制，能夠讓管制主體在最適化履行管制任務的考量上，更具彈性；在私人自為管制主體參與共通福祉分工實現的過程上，激發社會部門的責任意識。

關鍵詞：社會自主管制、認證、驗證、經認可單位、符合性評鑑程序、擔保責任

Stichwort: Gesellschaftliche Selbstregulierung, Anerkannte Stelle, Akkreditierung, Zertifizierung, Konformitätsbewertungsverfahren, Gewährleistungsverantwortung.

國立政治大學
National Chengchi University

簡目

第一章　導論.....12
第一節　問題提出.....12
第二節　文獻回顧.....15
第三節　研究策略.....23
第四節　研究方法.....25
第五節　本文架構.....29

第二章　社會自主管制之概念.....31
第一節　社會自主管制的現象.....32
第二節　自主管制的意義.....36
第三節　自主管制的特徵.....43
第四節　其他概念界分.....49
第五節　社會自主管制的類型.....65
第六節　社會自主管制的釋義學定位.....72

第三章　社會自主管制之系譜.....75
第一節　現代國家形成前之公共任務承擔.....75
第二節　現代國家形成後之公共任務承擔.....77
第三節　傳統管制手段的困境.....88
第四節　國家性的變遷.....102
第五節　小結—良善管制的理型期待.....118

第四章　社會自主管制之現實鏡象 — 以德國產品安全法為中心.....121
第一節　德國產品安全法的過去與現在.....121
第二節　產品安全管理規範現況.....125
第三節　多邊法律關係之自主管制比較.....156
第四節　自主管制之多邊法律關係分析.....161
第五節　中間結論—納入私人履行國家秩序行政任務的管制架構.....173

第五章　社會自主管制之法理基礎與憲法界限.....177

第一節　社會自主管制的法理基礎.....177
第二節　社會自主管制的憲法界限.....183

第六章　社會自主管制在我國法之實踐探尋.....224
第一節　公共安全衛生法中之自主管理.....224
第二節　建築法上私人參與管制任務.....226
第三節　商品檢驗法上私人參與管制任務.....233
第四節　食品衛生管理法與塑化劑風暴.....247

第七章　反思、回顧與展望.....259
第一節　反思.....259
第二節　回顧.....274
第三節　展望.....281
參考文獻.....283

國立政治大學 National Chengchi University

詳目

第一章　導論 12
第一節　問題提出 12
第二節　文獻回顧 15
第三節　研究策略 23
第四節　研究方法 25
第一款　比較法研究 25
第二款　法律史研究 26
第三款　（權力）系譜學研究 28
第五節　本文架構 29

第二章　社會自主管制之概念 31
第一節　社會自主管制的現象 32
第二節　自主管制的意義 36
第一款　調控 36
第二款　管制 39
第三款　自主 41
第三節　自主管制的特徵 43
第一款　自願性 45
第二款　公益取向性 46
第三款　管制主體與客體同一性？ 47
第四節　其他概念界分 49
第一款　去國家化、國家解除負擔與解除管制 49
第二款　自治行政 52
第三款　民營化 56
第四款　公私協力 62
第五款　共同治理 63
第六款　小結 64
第五節　社會自主管制的類型 65
第一款　諸種類型化之嘗試 65

第二款　本文採取的分類基礎.....66
第三款　純粹的社會自主管制.....69
第四款　受調控的社會自主管制.....70
第五款　小結.....71
第六節　社會自主管制的釋義學定位.....72

第三章　社會自主管制之系譜 75
第一節　現代國家形成前之公共任務承擔.....75
第二節　現代國家形成後之公共任務承擔.....77
第一款　安全作為國家目的.....77
第二款　管制作為國家任務.....78
第三款　傅柯的國家學反思.....80
第一目　對人治理作為國家任務 80
第二目　安全措置作為治理手段 83
第三目　自主調控作為治理藝術 84
第三節　傳統管制手段的困境.....88
第一款　國家任務過載.....88
第二款　法的調控能力式微.....89
第一目　功能分化的現代社會與複雜性 90
第二目　法律類型與社會條件 92
第三目　反思法作為功能分化的回應 95
第三款　國家系統知識匱乏.....100
第四款　全球化與區域整合的影響.....102
第四節　國家性的變遷.....102
第一款　共通福祉的開放性與國家任務.....103
第二款　公私二元規範區分之現實挑戰.....104
第三款　責任分擔論作為前理解.....107
第四款　從給付國到擔保國.....111
第五款　從瘦身國到主動國.....114
第五節　小結—良善管制的理型期待.....118

第四章　社會自主管制之現實鏡象 — 以德國產品安全法為中心 121

第一節　德國產品安全法的過去與現在.....121
第一款　從勞動保護到消費保護.....121
第二款　新方針與全球性方針的影響.....122
第二節　產品安全管理規範現況.....125
第一款　產品安全管理的行動者.....128
第一目　高權主體.....128
第二目　產品製造人.....129
第三目　指定驗證機構.....130
第二款　CE 標誌與符合性評鑑程序.....132
第一目　CE 標誌之機能.....133
第二目　CE 標誌之要件.....135
第一項　產品製造人自為標示.....136
第二項　指定驗證機構之參與.....137
第三款　檢驗程序的法律結構.....143
第一目　產品製造人與指定驗證機構間的法律關係.....144
第一項　歐盟指令的立場.....144
第二項　高權關係說？.....145
第三項　私法契約說.....148
第四項　小結.....150
第二目　合格證明的法律性質.....151
第三目　指定驗證機構在檢驗程序中的權限基礎.....152
第四款　作為歐盟行政法轉銜要素之指定驗證機構.....154
第三節　多邊法律關係之自主管制比較.....156
第一款　環境法上環境審查人.....156
第二款　建築法上簽證技師.....157
第四節　自主管制之多邊法律關係分析.....161
第一款　經認可單位的地位.....161
第一目　經認可單位的表現形式.....162
第二目　經認可單位的具體要求.....163
第三目　經認可單位活動之公法上效果.....164
第一項　經認可單位決定之效力.....164

第二項　國家撤回權之選擇？ 166
第二款　認可的結構 169
第三款　經認可單位與受規範對象之法律關係 169
第一目　擺盪公法與私法之間 170
第二目　穿梭自願與強制之間 171
第三目　小結 172
第五節　中間結論—納入私人履行國家秩序行政任務的管制架構 173

第五章　社會自主管制之法理基礎與憲法界限 177
第一節　社會自主管制的法理基礎 177
第一款　補充性原則 177
第二款　合作原則 180
第三款　效率原則 181
第二節　社會自主管制的憲法界限 183
第一款　國家核心任務作為最低界限 183
第二款　國家保護義務作為客觀法秩序 185
第一目　保護義務的規範性依據 186
第二目　保護義務與保護請求權 187
第三目　立法執行的保護義務 191
第三款　主觀基本權作為管制界限 193
第一目　經認可單位作為基本權拘束對象？ 193
第一項　直接的基本權拘束？ 194
第二項　間接的基本權拘束 195
第二目　對經認可單位決定之程序保障 196
第一項　正面決定作成請求權 197
第二項　程序權之確保 199
第三目　小結 201
第四款　國家角色轉型與擔保責任 203
第一目　自主管制失靈的風險 203
第二目　機關角色轉型之法律上方法 205
第一項　管制機關之參與 206
一、　行政認證機關 206

二、 監督經認可單位之行政機關.....207
三、 市場監督機關.....210
四、 自主管制失靈之承接機關.....210
第二項 脈絡調控與反思.....212
第三目 國家擔保責任.....215
第一項 高權經濟監督瑕疵的國家責任.....215
第二項 經認可單位活動瑕疵的國家責任？.....215
第三項 監督經認可單位瑕疵的國家責任.....216
第四項 對於經認可單位的國家責任.....216
第四目 實效性權利保護之要求.....218
第五目 其他法治國要求.....219
第五款 民主國原則.....220
第一目 引進自主管制之法律保留.....221
第二目 民主原則對社會自主管制的拘束效.....221
第三目 民主原則與參與管制任務之第三人.....222

第六章 社會自主管制在我國法之實踐探尋.....224
第一節 公共安全衛生法中之自主管理.....224
第二節 建築法上私人參與管制任務.....226
第一款 建築專家參與之場合.....226
第一目 事前許可模式.....226
第二目 隨侍管制之參與.....227
第三目 行政機關對簽證技師之監督.....228
第二款 建築專家參與之爭議.....229
第一目 專業簽證人之地位.....229
第二目 行政機關與專業簽證人的責任分擔.....230
第三款 評析.....231
第三節 商品檢驗法上私人參與管制任務.....233
第一款 私人參與商品檢驗之場合及其地位.....233
第一目 事前許可模式.....233
第二目 檢驗技術工作之參與.....238
第三目 檢驗證書核發及檢驗業務.....238

第四目　驗證機關（構）.....240
第二款　一般消費商品安全法草案之理念.....241
第三款　評析.....244
第一目　驗證機構定位與驗證定性之模糊.....244
第二目　商品標識與檢測效力分離.....246
第四節　食品衛生管理法與塑化劑風暴.....247
第一款　風險、危機與公私部門的回應.....247
第二款　食品衛生管理法制之私人參與.....250
第一目　食品衛生檢驗受託機構.....250
第二目　驗證機構.....251
第三目　查驗登記受託機構.....253
第四目　小結.....255
第三款　農產品產銷履歷與優良標章.....256
第四款　食品安全法草案之理念.....257

第七章　反思、回顧與展望.....259
第一節　反思.....259
第一款　社會自主管制的優勢.....259
第一目　國家知識匱乏之填補.....259
第二目　成本效率化.....260
第三目　彈性、適應性與創新.....261
第四目　全球與區域整合接軌.....262
第五目　創造市場競爭與就業機會.....262
第六目　強化社會責任與社會主體性.....263
第二款　社會自主管制的缺點與回應.....264
第三款　社會自主管制作為管制策略.....267
第四款　管制策略之模型建構.....268
第二節　回顧.....274
第一款　我國法之回顧.....274
第二款　法政策之建議.....276
第三節　展望.....281
參考文獻.....283

《圖表》

《表一》功能民營化與社會自主管制之異同.....60

《表二》德國法上社會自主管制實踐的異同.....161

《表三》食品衛生管理法中私人參與管制任務之類型.....254

《圖一》歐盟模組型式.....139

《圖二》產品安全法上自主管制法律關係.....151

《圖三》簡化許可或免除程序及其他程序.....160

《圖四》自主管制系統內外多邊法律關係.....218

《圖五》我國現行商品檢驗法架構.....238

《圖六》管制策略選擇模型.....273

縮語對照表

a. a. O.	am angegebenen Ort	同註
ABl.	Amtsblatt	公報
Abs.	Absatz	項
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht	傳媒法期刊
AG	Aktiengesellschaft	股份公司
Art.	Artikel	條
Aufl.	Auflage	版
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	公法叢刊
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	德國民法典
BGBl.	Bundesgesetzblatt	聯邦立法公報
BGH	Bundesgerichtshof	聯邦最高法院
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages	聯邦眾議院公報
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	聯邦憲法法院
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	聯邦憲法法院判決彙編
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	聯邦行政法院
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	聯邦行政法院判決彙編
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung	公共行政
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt	德國行政期刊
EMAS	Eco- Management and Audit Scheme	生態環境管理稽核制度
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	歐洲法院
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland	德意志聯邦共和國基本法
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	有限公司
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz	設備及產品安全法

國立政治大學 National Chengchi University

GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts	行政法要義
Hrsg.	Herausgeben	主編
HStR	Handbuch des Staatsrechts	國家法要覽
JBRSOZ	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie	法社會學與法理論年鑑
JuS	Juristische Schulung	法學學刊
JZ	Juristenzeitung	法學時報
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz	資源回收及廢棄物處理法
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung Zeitschrift	邦與地方自治行政
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	新法學週刊
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	行政法週刊
TÜV	Technischer Überwachungsverein	技術監督協會
VerwArch.	Verwaltungsarchiv	行政叢刊
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	德國國家法學者年會
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung	行政法院法
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz	行政程序法

國立政治大學 National Chengchi University

第一章　導論

「社會自主管制的概念係作為晚近回答長久以來看到國家對社會進程下命式調控的虧空（Defizit）。」[1]

Dieter Grimm

第一節 問題提出

1999 年 9 月 21 日，台灣遭遇百年來最大災難「九二一集集大地震」，全台多處在一夜之間化為瓦礫殘垣；2008 年 9 月在美國紐約華爾街股市引爆的金融海嘯，許多來不及回應次級房貸銀行與信託投資銀行突然宣布倒閉，影響全球金融機構與股市，甚至造成 2009 年全球性的經濟不景氣，也連帶引發勞動市場的失調與急遽攀升的失業率；同年 9 月，在中國大陸傳出三鹿毒奶粉事件，奶粉工廠為了提高含蛋白成分，非法添加有毒的化學物質，使消費者健康暴露在高度的食品危險中；[2]2009 年 10 月日本豐田汽車公司旗下多款車型傳出煞車系統問題的暴衝意外，以致於該公司陸續召回全球逾 1200 萬輛車；[3]2011 年 5 月在以美食享譽世界的台灣，竟也爆發號稱史上最大的食品、日用品塑化劑污染事件！[4]

平凡人的一生，或許只有買一棟房子的機會，或許為了使手中的資本作更有效率的運用而多次進出股票市場，或許為了自己養生或是子女照護、甚至是奶茶

---

[1] *D. Grimm*, Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 9.

[2] 林明鏘，擔保國家與擔保行政法—從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，載：政治思潮與國家法學，2010，頁 577 以下。

[3] 參見〈煞車再出包／豐田召回 43 萬輛油電車 和泰同步〉，自由時報電子報 http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/feb/10/today-e1.htm，最後瀏覽日：2011.6.30.

[4] 最早見報日莫約 2011 年 5 月 23 日晚間新聞及 24 日各大新聞平面媒體，詳見〈摻有毒塑化劑 59 萬件飲品下架〉，台灣蘋果日報，2011.5.24，A1 版；〈飲料驚含致癌塑化劑 回收 46 萬瓶〉，自由時報，2011.5.24，A01 版；相關系列報導發展，詳參劉致昕，一毛錢賠上臺灣製造，商業週刊，1228 期，2011.6，頁 46 以下。

製品的饕客而成為奶粉的忠實客戶，或許為了工作方便、出遊自在而購買汽車代步，在決定是否成為消費者、投資者的當下，不一定會停下來思索：房子會不會哪天遭遇地震、股票是否哪天會比水餃還不如、奶茶喝多了將來要洗腎、車子會在出遊時暴衝，更未曾意料過去二十年來竟活生生過著「引鴆止渴」的日子！

Ulrich Beck一語道破，現代高度工業化的全球社會，普遍存在著對於生命的威脅、對安全的削弱，危險在社會中轉化，日常生活的規則也因此受到波及。市場體系與法律體系無法以其學科的傳統工具來掌握這樣茁生的風險類型，只因為其對象（社會本身）的高度複雜性開展，[5]國家也必須回應受管制對象已經展開的高度複雜性而有所作為。問題是，那個不再具有利維坦無所不能形象的現代民主憲政國家，既不可能養育一批建築專家來為每一棟建築物背書，也很難期待產品檢驗專員將所有奶粉罐拆封稽查，更難以想像國家要準備一批具有車輛機械與電子儀器知識的公務員，只為了檢測煞車系統是否按照電腦指示判斷；即使現代資本主義國家常備有國家安全基金，在金融市場失靈時入場衡平股價，但是歷史的結論告訴我們，這類的資金挹注往往杯水車薪、甚至揠苗助長而適得其反。

遭逢現代社會的急速變遷，國家的管制需求日漸提升，但國家本身經常無法迅速、彈性、有效率地回應來自管制對象的瞬息萬變。當代行政活動的場域不再逗留於原本的高權事務內，而越來越活躍於在國家與社會兩極間新類型的活動場域。這裡的特色是，不再只訴諸傳統形成模式（Gestaltungsmodus）以命令來實現行政目的，而服膺於國家與私人間分工具體化共通福祉（Gemeinwohl）。[6]學界的努力重點也不應該停留在過去以優雅的理論來說明世界應該呈現何種面貌，而在於必須看清這個世界的真實面：複雜。[7]

向來，公私協力的重心及實踐場域一直將焦點放在給付行政上；隨著公共任

[5] *U. Beck*，汪浩譯，風險社會，2004，頁 xviii。

[6] *M. Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 162.

[7] *M. M. Waldrop*，齊若蘭譯，複雜—走在秩序與混沌邊緣，2 版，2002，頁 1 以下。

務履行手段趨向多元多樣，在行政目的上相對於給付行政的秩序行政，也受到公私協力的思維所影響。[8]為了捕捉私人參與管制任務履行的新型態，1996 年 10 月初在前東德工業文化重鎮德列斯敦（Dresden）舉辦的第五十六屆德國國家法學者年會第二場次的研討中，由現任聯邦憲法法院法官Udo Di Fabio教授與研究私人競爭關係中權利保護著名的公法學者Matthias Schmidt-Preuß，分別在〈介於社會自主管制與國家控管間的行政與行政法〉（Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung）的題綱下展開社會自主管制的討論。[9]

在瘦身國家理念下，民營化手段減輕的不僅是公共給付服務負擔，對於社會法治國家受到「國家保留」（Staatsvorbehalt）要求的管制責任領域，國家亦可能與私人共同合作來履行管制任務。抑有進者，在擔保國家、甚至作為反思瘦身國家概念而出現的主動國家（aktivierender Staat）理型指引下，在嘗試協調、控管複雜的制度性結構時，利用社會的、經濟的自主管制有越來越強烈的趨勢。[10]經由歷史中國家角色變遷的現實考察，不禁讓人思索，在這一波標誌為民營化歷程、國家角色變遷、行政管制革新的脈絡下，社會自主管制出現的契機為何？它又用何種形式、在哪些場域出現？究竟哪些制度或實踐可以標誌為「社會自主管制」？當社會自主管制可以整理蒐羅出一般性適用領域以及具體的應用事例時，需要成就哪些條件？同時這樣的管制帶來何種效果？這樣的效果是否可欲？[11]從公共任務的角度出發，期待國家負有履行管制之義務與承擔管制責任時，管制

---

[8] 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，載：民營化法與管制革新，2005，頁 18-20。

[9] Vgl. *U. Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235ff.; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 160ff.

[10] Vgl. *J. Bogumil*, Verwaltungsmodernisierung und aktivierender Staat, in: Perspektiven des demokratischen Sozialismus Heft 1/2002, S. 17.

[11] 以上這樣的提問並非出於偶然，而是在這道歷史洪流中，不可迴避地遭遇新自由主義及其批判，並在此撞見法國思想家傅柯關於管制的耦合提問：「為什麼一定要管制？什麼讓管制成為必要？對社會而言，管制必須追尋何種目的來正當化管制本身？」*M. Faucault*, Die Geburt der Biopolitik, in: ders., Analytik der Macht, 2005, S. 182.

作為公共任務是否必然由國家居於獨佔地位來完成？這不僅涉及「誰來履行」的主體問題，同時也牽涉「如何履行」的方式及手段問題，從而連結到無法履行時的責任歸屬問題。

如果說，在我國秩序行政現實底下，也看得到私人涉入國家傳統管制任務的履行過程中，那麼對應於國家現實的國家理型應當如何理解？在這樣理型引導下的規範架構又（應）具有何種形貌？我們又將如何用傳統、或是其他新穎的行政法學系統，來回應社會環境中出現的管制需求？作為國家與私人在秩序行政中協力完成管制任務的型態，能夠在多大程度範圍內滿足出於產品、食品、建物的安全需求？

社會自主管制作為國家面對來自社會力量挑戰的回應，如何能夠在原本國家學的正當性基礎上維繫原本的管制地位，並且將社會自主管制納為新的管制手段之一，從而延續這道正當性，此一問題本質上根源於國家理型（Staatidee）與國家現實（Staatwirklichkeit）間、介於應然與實然之間的傳統探問。[12]

第二節 文獻回顧

鑑於社會自主管制之討論發跡於歐美（特別是德國），國內以「社會自主管制」為主題之專論或文獻多以引介之方式呈現，惟相關之討論寥若晨星、屈指可數。最早[13]提及此概念的是學者陳櫻琴在 1999 年管制革新學術研討會上發表之

[12] *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, Aufl. 6., 2003, S. 4ff.

[13] 這裡最早的意義主要著眼於概念之使用。事實上在 1999 年即有碩士論文點出環境法上特別公課，得作為環境經濟性手法的誘導機制，具有補充並修正當時命令管制手法不足之機能，並引介德國容器包裝回收體制，在循環經濟與廢棄物法（Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz）、容器包裝法規命令（Verpackungsverordnung）與廢棄物避免及清理法（Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen）先後設定的框架下，經由「德國廢棄物避免及再生資源取得二元系統有限公司」（Duales System Deutschland Gesellschaft für Abfallvermeidung und Sekundärrohstoffgewinnung GmbH，簡稱 DSD）之協力，經由所謂二元回收體系（Duales System），達成環境秩序行政任務之履行，論者並評價為「對包裝問題所進行之一種控制下的社會自我調控」（kontrollierte gesellschaftliche Selbststeuerung der Verpackungsproblematik），黃

〈管制革新之法律基礎與政策調適〉。[14]學者程明修在 2002 年發表之〈非形式化的行政行為—以經濟行政中之自我限制協定為例〉，文中論及「自我限制協定」之憲法問題時，援引 1996 年德列斯敦國家法學者年會Udo Di Fabio與Matthias Schmidt-Preuß的見解，認為自我限制協定係屬經濟活動者自負責任的性質，探討自主管制架構中基本權的影響及其界限。[15]該文雖然僅一句話提及「自主規制」，並未深究其概念，卻點出自主管制運作的重要次類型：國家的誘導手段與人民自負義務。

首次有系統介紹此一概念者，要屬學者詹鎮榮在 2004 年於《政大法學評論》發表之〈德國法中「社會自主管制」機制初探〉。[16]其體系地介紹社會自主管制制度的發跡背景、自主管制的概念特徵與區分、法領域的具體實踐、類型化嘗試、法理基礎與應用界限，他將社會自主管制定位成因應國家高權性管制手段失靈後新興的管制手段，應屬正確之觀察；選取的實踐法領域，正好是德國法上最早發跡、應用最廣、討論最多的三個行政法各論—環境與經濟行政法、媒體法與電信法；同時在類型化的嘗試上採取對應傳統法釋義學仰仗的行為形式作為基準，將社會自主管制區分成「完全不受國家影響」、「受國家引誘」以及「國家參與之社會自主管制」三類，[17]有其法釋義學上的應用實益；此外，法理基礎上也連結到憲法層次進行評價，從而拉出自主管制機制可能之界限。然而客觀說來，該文自 2004 年 [18]發表後旋又六個寒暑，較之於德國法開始的密集討論實已遲了莫約

俊凱，環境行政之時效性確保，1999，頁 219、225-229、241-246。此論文雖未以直接論及社會自主管制概念，然其引介的對象，恰好是該機制在德國法發跡且大放異彩之所。甚至有學者將之譽為「環境政策上的盧比孔」。Vgl. *M. Schmidt-Preuß*, Selbstregulierung und Privatisierung in der Abfallpolitik, 2001, Vorwort.

[14] 陳櫻琴，管制革新之法律基礎與政策調適，載：管制革新，2001，頁 24。

[15] 程明修，非形式化行政行為—經濟行政法上之「自我限制協定」，月旦法學教室，試刊號，2002.10，頁 20-21。同文經修改後載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 225-235。

[16] 詹鎮榮，德國法中「社會自主管制」機制初探，載：「民營化法與管制革新」，2005，頁 143-179。

[17] 同上註，頁 160-164。

[18] 同年一月，學者王毓正亦在「論國家環境保護任務之私化」一文中，雖未正面提及社會自主管制之概念，但在「處理環境保護任務私化之模式與個別類型之理論」乙節，提及環境法上廢棄

八年，卻不若德列斯敦當年投下的引爆點，在我國並未引起行政法學界的關注。

趙相文於 2005 年之博士論文《行業自治作為我國行政任務民營化之方法－以證券市場自律機制為例》，主軸是處理行政任務民營化之議題。氏將行業自治定位成行政任務私部門化的利用機制，其認為自治（Selbstverwaltung）具有將國家隸屬機關以外之獨立公法組織個體納入國家組織之特色，從而在外觀上，由具有利害關係之當事人自行負責管理特定公共事務，並受國家法律監督。此一制度利用人民參與係具有相同之資格之人彼此相近的背景，以自我規律的方式形成團體紀律，而發揮具有使社會領域紀律化（Disziplinierung von Sozialbereichen）之功能。在自我規律的意義上，他將社會自主管制視為「自治行政」的本質。[19]例如，證券市場中證券商同業公會自律規範之設置、成員違反規範之懲處與內部救濟機制、同證券交易所與金融管理機關之監督關係等，故同業公會之功能自治型態乃是社會自主管制之體現。[20]這樣的論述方向，至少在利用外於國家組織之既有社會力量與機制來履行公共任務的觀察點上，排除在憲法框架下已經納入國家直接行政一環的地域自治行政類型不論，也許可以社會自主管制的理型來部份理解、比較功能性自治。惟，這樣的觀察似乎忽略既存的社會自我組織型態法律化（Verrechtlichung）的過程，業已整合於國家組織行政之環節，從而需不需要調整原本在行政法釋義學上，功能性自治團體的自治行政位在間接國家行政的脈絡

物清理義務之規範結構轉型與環境保護專責人員之配置，以進行事業內部之自我監督、監測與協助事業單位防制改善污染現象與緊急應變措施。這種制度設計，在 Udo Di Fabio 的觀察底下得以定性成「義務私化」（Pflichtenprivatisierung）或「實質之國家任務私化」，由於傳統上由國家高權透過命令與制裁，促使私人履行環境法上之行為義務，以達成秩序行政之目的之上下隸屬法律關係，經由課與私人不同的行為義務，且該行為義務之違反不當然伴隨著制裁手段，從而私人在決定是否履行該行政任務上享有選擇空間；又國家透過環境保護專責人員，補強其專業上相對於污染源之劣勢，就環境保護專責人員參與環境管制之一節，若無事業單位負責人選任與僱傭契約（或委任、承攬等勞務給付之債皆有可能），前述環境管制所欲達成之秩序目的亦難以開展，故須仰賴事業單位自願選定環境保護專責人員，在追求私益之同時亦實現公益，從而得評價為社會自主管制機制。參見王毓正，論國家環境保護任務之私化，月旦法學雜誌，104 期，2004.1，頁 165-186。

[19] 趙相文，行業自治作為我國行政任務民營化之方法－以證券市場自律機制為例，2005，頁 5-6。

[20] 同上註，頁 190-192、頁 201-205。

下之討論方式，以及若需要調整，應該如何梳理社會自主管制與自治行政類型的問題，這篇論文並未深入探究。

學者廖義銘在同年《產業自律性管制》的專書中，提出另一條有別於前述歐陸法學關懷的取徑，從英美法學與公共政策學界同樣針對管制失靈的反省與新公共管理之提出，循著管制革新的理念整理來自英美學界的見解。[21]氏點出探討產業性自律管制之前，須釐清自律之意義、管制之意義、與國家涉入之程度，[22]從而將焦點聚於團體自律的模式，指出產業性自律可能肇制公私部門間的區隔模糊，與統合主義相關聯的國會正當性壓縮，[23]甚者，更舉出來自國會、法院兩個行政部門以外的國家權力機關如何相應地調整與產業性自律的課責與制衡機制。[24]值得一提的是，該文以化學產品業者的責任照顧制、美國環境保護署的「XL領航計畫」、與勞工安全暨衛生法基礎上的「自護制度」等在美國管制實務上行之有年的制度為例，翔實解說如何利用團體自律的模式落實自主管制。[25]儘管美國行政法制迥異於我國行政實務，但是憲法層次的容許性與界限論，以及整合公共行政、管制理論、法律經濟、法律社會學的思維，在比較德國的法學思維上尤有參考價值。

2006 年，學者黃錦堂在前大法官翁岳生主編的《行政法》中，於德國行政法總論之改革一節雖僅一筆帶過，[26]但在同文公共行政的新治理模式底下提及：「新治理係一種新的國家統治過程，以及社會整體被統治及規範的一種新的形式，經由擁有自我治理能力的組織網絡而為治理；政府與其他組織或團體經由資源的相互依賴，一起承擔工作與責任，達成共同治理的效果；其經亦是一種民主

[21] 廖義銘，產業自律性管制，2005，頁 3 以下。

[22] 同上註，頁 29。

[23] 社會自主管制與統合主義的關連性，參見 *S. Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion – Steuerung und Selbstregulierung unter den Bedingungen fortschreitender Inernationalisierung, 2002, S. 11ff.

[24] 廖義銘，同註 21，頁 133-156。

[25] 廖義銘，同註 21，頁 57、77、107 以下。

[26] 黃錦堂，行政法的發生與發展，載：翁岳生編，行政法，2006，頁 68。

治理，而且特色在於不論中央、區域或地方層級，也不論公或私部門，大家協力而為掌舵（co-steering）、管制（co-regulation）與合作；其係政府與社會的一種新的互動模式。」[27]其貢獻在於點出社會自主管制不僅作為行政法學改革之議題，並且占居於總論改革之一隅，扮演連結公共行政之科際整合的關鍵要素。

學者林明鏘在 2007 年第七屆行政法實務與理論學術研討會上以〈同業公會與自治原則〉為題，從經濟行政管制之觀點探討同業公會之法律地位與衍生的法律問題。[28]這篇文章聚焦在經濟活動之管制，認為「經濟管制」係指國家或是權利主體（含受委託行使公權力的公會在內）每一個有意識影響經濟過程之行為，主要是個案管制與法令（通案）管制；藉由區分不同的經濟過程影響主體，將同業公會歸類在「第三部門之管制」或「廣義的公部門管制」。其一方面點出，在自由市場經濟的競爭環境中，國家公權力雖然為預防市場失靈（Market Failure）或避免其他有限資源之不公平分配，享有制定法律或發布命令之權限，藉以維繫最基本之競爭秩序，而且亦授予公權力介入干預市場，來匡正個別不良的競爭行為，但是這樣的干預措施，不僅有破壞私法自治活動空間之疑慮，亦可能因為介入不當，而影響市場的正常運作法則，對追求最大效益的市場秩序產生負面影響。為達成某特定經濟、社會目標之公權力介入，如果能由各同業公會（Kammern）替代行政機關之地位，不僅可能避免不當介入干預市場經濟的副作用，而且亦得以符合個別經濟行業之整體利益（Kollektive Interessen）及整體公共利益之雙重需求。這也是經濟行政中一個特殊之處經濟自律與經濟管制並重。[29]同業公會作為功能性自治團體，向來在「法律保留」、「社員參與」、「自我任務」與「自我負責」之四大特徵上，同地域性自治團體一般，均屬「自治行政」（Selbstverwaltung）之一環，在國家公權力管制體系與私人自主管制外，形成一種行業階級之自治

[27] 同上註，頁 83。

[28] 本文後來經增補刊載於：林明鏘，同業公會與經濟自律－評大法官及行政法院相關解釋與判決，臺北大學法學論叢，71 期，2009. 9，頁 41-79。

[29] 同上註，頁 44-46。

（berufständische Selbstverwaltung）。[30] 以經濟管制為目的，而採取源於市民悠久歷史社會傳統之「私法自治」（Privatautonomie）以及公法上「自治原則」（Selbstverwaltungsprinzip）的運作邏輯，進而達成自我任務、自我負責甚至自我管理，似乎同樣彰顯了一種國家利用社會力完成公共任務的進程，例如同業公會運作懲戒或風紀維持之權限，以達成對內部所屬成員行為規範之要求，[31]然而這篇文章結論上與前揭《行業自治作為我國行政任務民營化之方法－以證券市場自律機制為例》一文雷同，將同業公會定性成公法社團，從而以間接之國家行政來理解其機能，並未進一步與社會自主管制機制連結，從而不易窺見與釐清社會自主管制與自治之間的譜系關聯。

同年許登科亦在《德國擔保國家理論為基礎之公私協力法制—對我國促參法之啟示》博士論文中與擔保國家之理型連結，先指出現代民主法治國家面對社會複雜性之提升與科技專業快速發展之背景，國家對社會管制需求因此提高，但也因為法規範量度過度膨脹，造成國家管制失去因應之彈性、在法律管制社會的機能上失調；是故面對多元分化的社會，傳統以國家為中心上對下的階層式、命令式管制結構不再是唯一考量，漸居重要地位的毋寧是分權式、彈性化的規制方式，在強化社會個別次級系統自治機能的基礎上，利用有效的社會自主自律或市場機能來代替國家他律性之管制。[32]於這樣國家管制結構轉型的背景下，一種新的國家理型—擔保國家（Gewährleistungsstaat）—於焉產生，從而自主管制機制中「國家管制的社會自我管制」，即定位為擔保國家管制手段之核心與指導管制立法的重要方法。[33]這篇論文的重要性在於，一方面指出社會自主管制機制的發展背景，亦即國家調控承載能力的重構以及國家調控形式之變遷

[30] 同上註，頁 48。

[31] 同上註，頁 55-57。

[32] 參見許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力法制—對我國促參法之啟示，2007 頁 32-33。在 2010 年林家暘在其碩士論文〈擔保國家概念下的電信普及服務〉中，同樣將社會自主管制放在擔保國家的脈絡加以開展，除亦強調社會自主管制機制作為擔保國家立法者的重要參考指標之外，進一步提及自主管制理念對於司法權之影響，而彰顯在非國家部門的紛爭解決機制上。

[33] 同上註，頁 134-137。

（Formenwandel），他方面具體點出了社會自主管制在國家學與行政法學的定位，其作為擔保國家理型下採取的行政管制手段，先提供社會運作的條件與框架，以俾利用社會部門中的自我指涉邏輯（selbstbezogene Funktionslogik），並視各該領域與面向調整框架形式，整合私人領域在理解自己問題所在與預知可能發展的優勢，較國家迅速且有效地針對期望之結果作出反應與調整，故而減輕國家管制之負擔。惟，這篇論文的主軸仍定調在擔保國家理論，社會自主管制於其中的重要性僅在於如何實現擔保國家之管制理念，雖然文中處處反省著社會自主管制機制的法律界限與機制後果問題（包括民主正當性與權利救濟），[34]對於社會自主管制在哪些場域、以何種邏輯、搭配哪些條件、相應何種的配套、涉及哪些法律主體、行政行為與形構何種態樣的法律關係，著墨未深。

2008 年林柏男《自律公約與公平交易法》碩士論文中，處理公平交易法制上「偏向競爭秩序面向」的自律公約，而不同於公平交易法第 7 條聯合行為之他律禁止。[35]雖然該文並未以源於德國法之社會自主管制機制為討論核心，但從其自律型、制度規範型、政府監督型之自律公約分類，還有分析自律公約之規範基礎、效力來源、形成的正當法律程序、對成員的規制效力、[36]甚至與公平交易委員會在維持市場秩序的公共任務分擔、[37]自律公約如何達成的有效運作的觀察上，著實體現社會自主管制在資本市場（特別是卡特爾法與競爭法）運用型態。[38]

2009 年劉家嘉則以《台灣環境法制自主管制之研究》為題，首次在學位論文的題名上見到自主管制的名稱。這篇文章的特色在於，引介日本學者原田大樹 2007 年《自主規制之公法學的研究》的理論體例，翔實地介紹了社會自主管制

[34] 同上註，頁 140-142。

[35] 林柏男，自律公約與公平交易法，2008，頁 5-6。

[36] 同上註，頁 77-82、頁 105 以下。

[37] 同上註，頁 115 以下。

[38] Vgl. *W. Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, S. 354ff. 另參見原田大樹，自主規制の公法学的研究，2007，頁 26-28。

的理論基礎，並採用該日本學者的分類架構，[39]介紹誘導模式、監查認證模式、團體參與模式與團體自律模式四種不同的自主規制類型，接著相應自由觀點、民主觀點、經濟合理性觀點的理論基礎，從憲法法治國、民主國與社會國原則三向度檢驗自主規制的合憲性。此論文後段將論述置於環境國家的脈絡下，以我國環境法為例，示範社會自主管制如何於制度面落實，例如補助行為、環境公課、環保標章、廢棄物回收機制等。[40]但一來這篇論文似乎過度受限於原田大樹架構的體例，故在自主規制機制的基礎理論上，並未進一步深究，自主管制作為擔保國家底下的管制指導理念當中還存有諸種不同發展可能性；二來在自主管制機制的容許性與界限論上似乎產生混淆，例如論理上應該是作為理論基礎與容許可能的「補充性原則」，卻放在比例原則的子題下處理；[41]再者，全然採用原田大樹的分類，卻未交代為什麼採取這套分類基準、採取的分類實益為何；此外，整理我國環境法制並放入前述四種分類自主管制機制的嘗試，雖足見作者有心斧鑿，但為什麼特定的環境法制得以歸屬於特定的自主管制機制類目下，似乎沒有指出一個可資參照明確的聯繫點。

最近 2010 年，李翰宇《行政法上自我管制之研究》以業界團體為標的介紹了行政法上自主管制的架構，並從功能性自治團體之機能論連結到我國法制之比較。[42]首先，這篇論文以合作管制作為自主管制制度開展的起點，簡要介紹公私部門合作履行國家／公共任務，並且從合作履行國家／公共任務的出現，討論隨之而來如國家責任、扮演角色、管制思維之轉變；[43]其次，它清楚指出，自主管制在行政法學不僅是一欠缺明確意義的法律概念，同時也不見實定法上之座

[39] 劉家嘉，台灣環境法制自主管制之研究，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，2009。

[40] 相較於前註腳處提及黃俊凱《環境行政之實效性》一文，儘管這裡介紹較廣的環境法上調控手段，但聚焦深度與密度相對不足。參見黃俊凱，同註 13。

[41] 劉家嘉，同註 39，頁 44。

[42] 李翰宇，行政法上自我管制之研究，2010，頁 31、77、125 以下。

[43] 同上註，頁 5-24。

標；[44]除了說明自主管制的動機、基本理念、具體實踐與法理基礎外，並列舉自主管制在他國法制幾個已經有所成果的規制領域，例如環境法、經濟法、媒體法、社會法。該篇論文最有貢獻之處在於，以業界團體自主管制為例，探討業界團體的自主規範制定、規範執行與自我監查等標誌著自主管制機能的制度，從而比較傳統行政法釋義學早有著墨的「功能自治」（funktionale Selbstverwaltung），指出除了制度性法律保留與組織型態有所差異外，不論是特定利害關係人之參與，抑或在固有事務領域內自我負責地履行任務等特徵，皆與自主管制的精神與理念相去不遠，敬表贊同。[45]惟，在概念論層次上，該文似乎沒有釐清「管制」概念與傳統干預行政、給付行政的差異，從而在自主管制的定位上略顯模糊；[46]復次，該文以業界團體自主管制關係為主要分析對象，卻僅以簡短篇幅，處理國家利用業界團體自我組織力時必須面臨制度性保障拋出的規範性提問；此外，儘管有意識到自主管制機制與受託行使公權力制度可能的互補關係，並排除受託行使公權力之私人與團體於自主管制機制外，[47]這樣的理解雖不無道理，但若放在公私協力脈絡下觀察行政委託機制的轉型，似乎又過度限縮自主管制機制與傳統行政法釋義學體系整合之空間。

第三節 研究策略

綜上所述，本文在上開文獻的引領與啟發下，就基礎理論面而論，基於社會

[44] 同上註，頁 27 以下。

[45] 同上註，頁 145-147。

[46] 同上註，頁 67-68。例如自主管制機制在社會法領域的實踐。在「全國收費老人安養院協會」案例中，老年安養照護一般標誌為給付行政之事例。但是給付行政與管制之間的關連點為何？這裡給付行政究竟是行政目的面向的觀察還是為落實行政目的手段的觀察？本文認為，為達成一定「給付行政」之目的，得以「管制」為手段。在這個意義下，建置老人安養院確實可以達成給付行政之目的，安養院之運作，包括老人生活照護、健康保養、社會聯繫、經費支出等，均屬給付行政之內容；然而安養院之建置、管理，均有干預行政介入之可能，即如「如「收費老人安養院設置營運標準指導方針」，僅於該與管制牽連的層面，始有自主管制機制措置之空間。換言之，該文並未將傳統干預行政、給付行政納入一個新興的行政法學概念「管制法」的脈絡下加以思考。

[47] 同上註，頁 110，註 222。

自主管制尚欠缺一個綜合法制史、思想史的脈絡分析，嘗試從社會自主管制的概念面、機能面、制度面，輔以歷史、脈絡、系譜的考察，企圖在國家學的層次處理國家角色變遷中，何以社會自主管制脫穎而出而獲得管制學派的青睞，是否除了擔保國家之圖像理解與責任分擔理論的提出，即可說明社會自主管制的可運用性，抑或須與時俱進地追索瘦身國家—擔保國家—主動國家的變遷軸線，來形成、開展社會自主管制的多元可能；在憲法學的層次檢視國家與社會二元區分的架構是否合於時代需求，以及從中探尋自主管制作為法律制度的容許性、界限論與後果論，從而理出穿梭國家與社會之間自主管制（Selbstregulierung）與自治（Selbstverwaltung）的交疊關係；藉由管制手段的策略性運用（Regulierungsstrategien）以及法律關係理論的觀點，面對不同的管制主體、管制對象、管制目標與當中涉及的權力關係，在「如何達成更好的管制（或治理）」的關懷下，思索自主管制應如何設計與配套；在法社會學的層次，以系統理論為分析基軸回顧社會自主管制如何進入這波行政革新的思維中，並以不同的角度思索、拆解、重理憲法學上國家／社會二元區分對立，從而在脈絡調控（Kontextsteuerung）與自律性（Autonomie）、自治之中找尋可能的平衡點；最後，無可避免地仍須回歸行政法釋義學的層次上，去尋找相應社會自主管制機制可能的對應手法，並且在這層對應基礎上進行體系化、類型化。

是故，本文研究目的與重心將放在社會自主管制在德國法的實踐，爬梳傳統秩序行政中的產品安全、建築安全，還有當代環境保護與青少年媒體保護的規範，希冀在理論與實踐層次面，較之於前述將自主管制獨立為題處理的論文，在方法與對象上採取不同的徑路，[48]並以產品安全法為考察中心，透過參照其他安全法制的比較，從一個國家學的提問出發再探社會自主管制的理論、實務、挑戰與發展，來掌握我國相關聯領域中，非屬於傳統私人參與管制行政現象，並給予

[48] 李翾宇的論文雖略有提及產品安全的相關議題，但該文畢竟以業界團體自律為主要分析客體，並未針對產品安全之規制現狀、具體機制深入著墨。參見李翾宇，同註 42，頁 43-47。

規範上的定位。

第四節 研究方法

第一款 比較法研究

德國學者Wolfgang Fikentscher曾經指出，相對於本國法制或法律問題研究，「比較法」立足於更上位的角度，並以之為基點觀察、探討不同法制序間的異同，與該異同形成的原因，從而協助深入理解國內法秩序問題並尋求可能的解決方案。[49]然而，比較法不能單純停留在認識或介紹外國法制，也並非以表面觀察或平行對照不同法秩序間的異同為已足。重要的毋寧是，以特定的問題意識為指引，在本國法無法適切處理、或者有待處理的聯繫點上，探究本國法與外國法之異同及其原因後，藉著外國法制的經驗與異同的理解，回應、再認識並解決本國法的問題。質言之，比較法的方法與任務帶有濃厚的問題解決取向的功能性考量。因此單純引介外國法制、比較不同法制的異同而沒有一個問題導向、目的取向、功能性考量的視野，稱不上真正的比較法，充其量僅是「描述性的比較法」。[50]亦即，真正的比較法研究是以問題意識為起點，藉由不同法秩序的異同參照指引，循序地認識諸法秩序的緣起、茁生、發展、衝突、甚至衰變的週期因素，往問題解決的終點邁進。同時為了避免研究論題成為「國籍不明」的標靶，前述的本國問題聯繫因素顯得格外重要。

---

[49] 轉引自黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，2005.5，頁 184-185。

[50] 同上註，頁 187-189。氏認為：真正的比較法研究由三個階段組成：（1）尋求對於作為比較對項之外國法秩序與相關制度的認識、理解（2）在描述性比較法的階段，澄清並對照外國法與本國法相關制度概念的差異（3）最後，檢視外國與本國法秩序面對共同問題時發展出不同因應管道的原因，近而回頭探討外國相關模式或制度引進本國、或者在一定的範圍內供本國法參考，或者經修整後進入本國法，藉以解決本國法的問題。

本論文問題意識緣起於全球化下的跨國商品流動與行政管制。之所以將德國學界的討論納為論述軸心，並輔以美國、英國、日本等國家的自主管制經驗，除了語言能力受限外，仍有幾點應加以說明：

1. 自主管制的發源地不偏不倚地落在歐陸與美洲大陸：從德國學界從 90 年代開始密集探討「自主管制」的議題，業已十年有餘。此外，在歐盟區域整合中位居要津的「治理」（Governance）圖像，使自主管制受到高度青睞，成為遂行治理的重要選擇項。一個歷經十多年討論的學理概念，能夠在區域整合的管制需求下進入實務運作，著實有參考價值。

2. 自主管制作為行政管制與行政革新的產物，欲將該制度引進落實，勢必先在憲法層次上遭遇規範容許性的提問，從而在行政法層次找尋行政行為形式或行政法律關係理論中的適切定位。台灣公法學界向來深受德國公法學影響，具有高度的繼受法性格，[51]因此自主管制如何在德國公法學界扎根討論，具有相當的指標意義。

3. 至於平行比較德國與美國、英國、日本等國家在自主管制機制的理論與經驗，除幫助本論文視角不至於受限單一國家，而能夠站在治理的高度俯瞰自主管制的能動性之外，更重要的因素在於，面對跨國商品流動的管制策略，可能會因為不同國家的現有法律體制而反映不同的思維，從而這樣的思維也會回饋到如何運用自主管制機制的建置上。

第二款 法律史研究

舉凡法律史[52]研究的方法論不可勝數：或致力於制度的考掘、或醉心於史料的判讀，甚或奔波於口述歷史與田野調查之間。德國著名公法史學者Michael

[51] 黃舒芃，法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵，載：民主國家的憲法及其守護者，2009，頁 8。

[52] 「法律—歷史」的研究倘若進一步區分，尚有法制史與法律史的區別。前者的研究取徑，乃以

Stolleis曾指出一條「言說之路」（Wege der Sprache）的研究取徑，並視為研究公法史的重要方法。

言說之所以能成為研究法律史的鎖鑰，乃因為我們所經驗的當下與過去的世界均由語言所建構而成。由於我們透過言語表述歷史的事案，所以這樣的歷史就是一種主觀上對資訊與印象的濃縮。這些歷史事案僅以作為言說而存在，也僅能透過言說來傳遞。「語言之外存在的歷史實體僅會是無法用概念理解的斷垣殘壁。」不過，書寫歷史並非直接通往過去事件或人物的入口，而是對過去所接收到的言說訊息的解讀。[53]這種重視言說的研究取徑對於法律史研究尤為重要。因為法律系統中形成規範的主要載體均是語言，上至抽象的法律、命令、規章，下至判決、裁定、解釋，無一不是言說的體現，因此過去的法律書類成為法律史研究的主要素材。

社會自主管制並非 1970 年代以後的產物。其背後欲衝擊的國家學圖像—亦即國家與社會的二元區分—從法律發展史的角度來看也不是自明之理，毋寧是近代意義的國家出現後，國家及其高權才從社會部門分化出來。因此在近代自由民主憲政國家出現之前，社會如何完成管制任務，以及在國家獨占管制高權的相關措置（包括官僚體系的建置）未臻完善前，如何與社會部門分工協力完成公共任務，猶有從法律史觀點考察之價值。因此本文將以公共任務為主要的考察對象，借重法律史學者對於近代初期國家理性（Raison d'Etat, Staatsräson）與博理機制（Gute Polizey）的研究，探討安全如何成為公共任務之一環以及管制需求的動

法律規範內容與法律制度、以及源於該制度茁生的秩序為研究對象；後者則關心人民的法律生活經驗，以及具體與人民發生法律關係的規範面貌為何，其形塑出什麼樣的法律觀念或法律生活形態。亦即，不再流連於規範本身內部的系譜式探尋，不僅僅去追問法規範的抽象效力來源，法律史研究的究極關懷是回顧存在過去某個時間剖面中，規範內部與外部的法律論述與實踐。參見王泰升，台灣法律史：第一講 土地、人民、法律與歷史，月旦法學教室，13 期，2003.10，頁 107。

[53] *M. Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, 1990, S. 7ff; Vgl. *ders*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band I, 1988.

態變化，並接續十八世紀末葉、十九世紀初葉國家行為的轉型，在歷史的進程中尋覓公共任務及其承擔者的螺旋關係。

第三款 （權力）系譜學研究

除了法律史研究外，本文也擬將法國思想家傅柯提出的考古學與系譜學研究作為輔助的分析手法。主要理由在於，一方面傅柯的系譜學關注的對象恰是言說與論述，[54]他方面傅柯在 1977-1979 年間在法蘭西學院分別以「安全、領土、人口」以及「生命政治的誕生」為講題，透過其系譜學的分析方式開啟治理性（Gouvernementaliät, Governmentality）的研究。從傅柯的思考來研究（新）自由主義，可以視為一種歷史上具體行使治理的範式，除連結到某種特定的理性形式，傳統上經濟／社會、市場／國家的區分更是該理性形式（即政治理性）呈現出的理解樣態。[55]其內容一方面呼應前述法律史學者對於國家理性、博理、管制策略的發展軸線，他方面檢討新自由主義的發展歷程及其困境，不僅呼應了社會自主管制的生成脈絡，也成為研究行政任務的可能取徑。[56]蓋儘管管制概念在內容上雖然始終廣泛地被理解，不過卻具有一個重要的方法論機能，特別是新行政法學的觀點轉移，相對於規範詮釋而強調行為取向與決定取向，其將國家行為的效果視為國家行為綱領化的次要問題。管制概念的目標是理出國家干預與社會效果的模型，並且透過分析在具體、事態中的條件與一般類型化的遷移，得隨手作成策略性運用。亦即，管制概念的探索，標誌著在理論上將反思工具類型化還有

---

[54] 劭軒磊，作為研究方法的系譜學，政治科學論叢，34 期，2007.12，頁 161-165。

[55] 「自由主義並非理論，亦非意識型態，而是作為一種實踐（Praxis），以目標為導向，透過持續反思進行規制的作為方式。」Vgl. *M. Foucault*, Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik, 2004, S. 420; Vgl. *L. Gertenbach*, Die Kultivierung des Marktes, 2. Aufl., 2008, S. 33-34.

[56] *S. Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, §11 Rdn. 6-7; *Lars Gertenbach* 精準指出新自由主義、管制理論與傅柯思想的關連性：在廣泛的管制概念基礎上，新自由主義得以掌握為「整體政治體質的形式變動」。其質的向度不單僅由去國家化（Entstaatlichung）可窮盡，而是產生多樣且細微的治理技術，作為整體化效果與個別化效果的交會。Vgl. *L. Gertenbach*, a. a. O. (Fn. 55), S. 35.

與之緊密關聯的體制，在顧慮發展路徑與功能必要性下，欲提升這些工具意向性的使用。[57]職是，借重傅柯將歷史的系絡重新拆解的手法，本文試圖找出在二十世紀末葉出現的自主管制觀念如何繼受之前觀念的過程，並且藉由歷史檔案的關連來說明，現代／當時的知識／真理／權力連續性。

第五節 本文架構

本論文第二章先著手處理發源於英美歐陸、國內相當陌生的社會自主管制概念，嘗試從諸多的自主管制現象中，找出其有別於過往私人參與管制任務的特殊性，一方面積極地描述其概念內涵，他方面消極與功能民營化、自治行政等概念界分，從而彙整自主管制可能彰顯的類型態樣，並將本文關注的焦點限定在受調控的社會自主管制上。亦即，第二章回應的問題是：「什麼是社會自主管制？」以及「自主管制有哪些類型？」

第三章從法律史與國家學的角度，探索社會自主管制的發生契機。社群對於管制、特別是安全的需求與其關聯的任務履行型態，國家並非居於共通福祉實現的獨占地位，社會部門透過自我組織力來參與完成；當國家高權調控發展到一個極致之後，處於國家對手方的社會部門因為複雜度提升，使得管制主體不再能夠適切地回應社會部門生產的管制需求，這些源於國家知識匱乏、傳統規制型態的執行虧空、主權邊境模糊與任務系統過載，均導致管制與調控能力持續衰弱，進而觸發一系列國家性的變遷。社會自主管制則是這道變遷過程中被提出來對於管制與調控能力弱化現實的回答。所以第三章要回答的是：「為什麼是社會自主管制？」

第四章則以從理念面轉向現實面，以德國產品安全法為中心，輔以建築法、環境法、青少年媒體保護法之參照，觀察、分析在德國法上被指認出社會自主管制場所的具體發展契機、欲回應的現實問題、制度的實踐狀況、以及規範的基礎

[57] *M. Eifert*, Regulierungsstrategien, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, §19 Rdn. 7-8.

結構，並進一步將德國法的運作實務抽繹出來，在傳統行政法學的關懷（諸如行為形式與定性）與法律關係理論的基礎上，建構並分析抽象、一般的社會自主管制，從而尋找其法解釋論（De lege lata）可能的方向。

第五章將視野拉到國家學與憲法學的理論高度，審視在現實世界運作的規範結構具備哪些法理基礎、面對哪些國家學界限與憲法的規範性提問，究竟國家基於哪些動因、出於哪些目的、在何種程度及範圍內，應當採取哪些方式來落實社會自主管制機制，這樣的落實又必須顧慮哪些國家學的界限以及滿足哪些憲法學的要求。

第六章回到我國法，在相關聯的秩序法領域中，整理私人參與管制任務的型態，並比較其與德國法在規範面與法解釋論的異同。其中可以發現，我國立法者雖有意引進私人參與管制任務，卻沒有以社會自主管制的型態、或者並非基於這樣的理念來安排公部門與私部門協力完成管制任務。第七章則反思社會自主管制的優劣，在分析德國法上自主管制類型分佈的基本思考與指導原則後，試圖建構一個指引立法者在制度選擇上取向依據，並在這個取向依據上回顧我國法現行制度，從法政策論（De lege ferenda）的視角，給予修法方向些許指引與建議。

本文立場將社會自主管制視為介於國家高權管制與純粹社會自主管制之間的策略性運用，依國家介入的時機、角色又可細分為納入自主管制的國家管制與受調控的自主管制。職是，應當建立對社會自主管制機制的正確認識，方有法政策論上理性評估與策略運用的空間。其策略性運用的準則（Maxim）主要繫諸於系統外部受規範對象的風險程度以及國家自身規範系統內部的複雜度，除此之外也必須衡酌社會力的發展程度與自主管制失靈風險的回復可能性。出於這樣的認識，我國法對於風險認識過於粗糙而涵蓋過廣，雖然在許多場合已經引進私人參與管制任務，但固守傳統行政（組織）法結構與釋義操作，對減輕國家任務負載幫助有限。社會自主管制的有效運用，得給予管制主體在最適化履行管制任務的考量上，更具彈性；在私人自為管制主體參與共通福祉分工實現的過程上，激發社會部門的責任意識。

第二章　社會自主管制之概念

儘管關於國家解除負擔、去國家化、民營化的討論主要聚焦在國家對於人民負擔生存照護（Daseinsvorsorge）的場域裡，但並不意味著由國家承擔的公共任務僅限於此；相對於在二次世界大戰戰後蓬勃發展的給付行政，保護人民或是特別需要保護的群體免於來自環境或者多數人行為所生的危險，自始就是國家的核心任務。[58]為了遂行該保護目的，國家樹立諸多禁止規範來禁止、或形塑保護規範來要求特定的行為方式、規定產品或服務的最低標準、或透過禁令形式顯示出國家如何影響社會進程的態樣。但這並不意味著某個任務類型隸屬於國家核心任務，即無法由私人參與履行。公部門與私部門、國家與人民間的協力不僅僅存在於給付面向將服務提供或生存照護的任務交由私人來參與完成，在干預面向—像是監督與制裁私人行為的場合—同樣也留給經濟、社會或其他私人行動者協力空間，含括實體規範之設定、法律規定之控制與執行、甚至違法之制裁等層次。[59]

概念論要處理的首要問題是：「什麼是社會自主管制」。然而，社會自主管制始終欠缺統一的法律定義，即便歐盟法曾經使用受調控的自主管制概念，但也只僅屬不具法拘束力的建議或見解，在德國法中仍沒有確定的法條概念。一言以蔽之，自主管制乍看之下僅具有描述性、尚欠缺規範性的特徵。[60]只有先確定自主管制概念的可能輪廓，始有進一步細緻化該概念可能的指涉內涵、分殊類型與行政法學之定位。

---

[58] *P.-T. Stoll*, Sicherheit als Aufgabe, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, S. 8ff. 惟，必須強調的是，以保護人民之名、行干預之實來遂行國家統治目的，係早期 Otto Mayer 建構行政法學的基調，在這樣的理解才突顯出干預行政之特色，但這樣的理解已隨時代演進淡去其色彩，或者調整其形貌來來符合當代憲法秩序底下國家圖像。Vgl. *R. Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 10.

[59] *A. Ch. Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 25ff.

[60] Ebenda, S. 30ff.

第一節 社會自主管制的現象

社會自主管制並不是學者坐在研究室想像杜撰出來的名詞，也不是晚近憑空迸現的新概念，而是一個已經在實務持續二、三十年的一般性現象。因為法律系統本身並不是僵化規定的秩序模型，系統的形成雖帶來確保穩定操作的連續框架，但這個框架同時也讓系統發展保持開放，並且在開放性的前提下使社會與法律的變動兼能影響行政法學。[61]現代的行政法逐漸地活躍於社會自主管制與國家控管兩極間的新型態活動領域。這裡的特徵是為了有助於國家與私人間分工具體化共通福祉，而拋棄、或至少不再使用傳統下命式的形成手法來實現公益目的。例如包裝容器命令中的雙元體系（Duales System）[62]、生態審查（Öko-Audit）、免除建築許可（Genehmigungsfreistellung）[63]、環境影響評估（Umweltverträglichkeitsprüfung）、或是環保協定（Umweltschutzabkommen）。這些關鍵字不僅證明前述的管制思維轉折，也呈現出社會自主管制與國家控管間緊張關係中，形成方式有著巨大的多樣性與異質性（Heterogenität）。70 年代開始，[64]基於安全考量的逐漸整合出新的集團利益，進而明顯地相對化基本權的事

---

[61] *A. Voßkuhle*, „Regulierte Selbstregulierung" – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 197; *E. Schmidt-Aßmann*, Regulierte Selbstregulierung und verwaltungsrechtliche Systembildung, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 253.

[62] *A. Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 31ff.

[63] *H.-J. Koch*, (Verfahrens-)Privatisierung im öffentlichen Baurecht, in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 175ff; *B. Stüer*, Rechts- und Anwendungsprobleme der neuen Bauordnung NW, DVBl. 1996, S. 24f; *U. Di. Fabio*, a. a. O. (Fn. 9), S. 242; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 194-195.

[64] 對於民營化與解除管制思潮還有社會自主管制的濫觴，70 年代具有歷史與時代意義。在 1970 年代初期自主管制，即以「經濟活動體之自負義務」的型態在環境政策上萌芽（例如 1971 年從事經濟活動者開始自願標示活性洗滌劑），並且與時俱進地逐年發展，直到 1990 年代後，社會自主管制已經成為環境行政上不可或缺且相當仰賴的管制手段。*W. Frenz*, a. a. O. (Fn. 38), S. 1. 在同一時期，1970 年代向來也標誌為新自由主義正準備揚帆啟航的時刻，美國雷根政府時期翻轉從大蕭條時代以降的大有為政府，打著革命旗幟吶喊這樣的口號：「讓政府從我們的背上下來，讓政府的手遠離我們的口袋。」與此相應的是大西洋彼岸的英國柴契爾政府：「政府的疆界後退」。參見薩瓦斯，黃煜文譯，民營化歷程—公部門‧非營利‧企業的夥伴雙贏之道，2005，頁 23。

實上優先性。伴隨著因科技、技術、環境等新生且遠大的國家目的，顯而易見地，個人的基本權不再足以有效地作用，主觀化的行政法必須利用其以個人權利保護為核心的手段，於複雜化的危險防護領域中評價並決斷。[65]其蹤跡橫跨電信管制法、媒體法、環境法、金融市場法、產品安全法以及資訊保護法等傳統秩序行政關懷的範疇。[66]社會自主管制與國家控管這兩個對立的核心概念標界出此一光譜：行政與行政法遭逢急速的結構變遷以及持續面臨挑戰。[67]

在媒體法中最重要的例子莫過於青少年媒體保護邦際協定（Judendmedienschutzstaatsvertrag, JMStV）。其轉換傳統管制概念、高度仰賴私部門與國家勢力協調，且鑑於現代媒體世界的複雜性、變遷性與全球化，尤其是來自網路的挑戰，國家嘗試驅動私人專業知能與資源，來擔保青少年與人性尊嚴在電子媒體（廣播與網路）上的保護。德國諸邦的立法者以青少年保護邦際協定，禁止廣播與網路上對青少年有害以及貶抑人性尊嚴的節目與網頁—例如色情言論或者極右派宣傳，或至少限於特定時間放送。監督與貫徹青少年保護邦際協定之規定，原則上透過廣電監督高權單位以監督措施或罰鍰來達成。不過立法者在該邦際協定第 19 條第 1 項也預留空間，讓廣電放送者或電信提供業者得以建立自我管理機構（Selbstkontrolleinrichtungen）。此機構是由放送業者與網路業者支持且由對於經少年保護的專業人士與社會代表組成的私人性質社團。其取代國家監督，檢驗節目是否對兒童或青少年有害，或者得否在申請的時間內放送或上網。倘若私人自我管理機構確認有違反邦際協定之情事，會敦促業者變更或不得散佈之；如果業者不遵循，該自我管理機構得對之處以章程上的制裁；如果自我管理機構認為電視節目或電訊傳媒的內容與放送時間與邦際協定相符，則業者得釋出節目與網頁。私人自我管理機構的決定在某種界限內也拘束高權監督機關。

---

[65] *U. Di. Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 38.

[66] *I. Witt*, Regulierte Selbstregulierung am Beispiel des Jugendmedienschutzstaatsvertrages, 2008, S. 25ff; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 26-27.

[67] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162

若廣電監督高權單位作成有別於自我管理機構之判斷，認為業者之節目或網頁已經違反邦際協定，除非管理機構顯然逾越判斷餘地，否則監督機關不得逕予對業者採取干預措施，從而參與私人自我管理機構的業者享有監督上的特權（Aufsichtsprivilegierung）。此外，為確保業者自我管理機構能依序履行其任務並與公益要求相符合，必須由廣電高權監督單位在滿足一定條件下（諸如獨立性、專業性、充足的設備與依序的程序等）認可其地位。

環境法上自主管制的例子則是內部的環境保護受託人（Betriebsbeauftragte）與外部的環境審查（Umweltaudit; Öko-Audit）制度。環境審查法通過後創設了新的職業類型，由企業設備經營者聘僱環境受託人在企業內部參與對環保具重要意義之決策過程；聘僱環境審查人在企業外部與國家監督機關協力監督企業營運符合環境保護要求。[68]其取代傳統秩序法中以外部干預形式的誡命或禁令管制措施，一方面著眼於企業來自內部自願性地改善環境表現，他方面透過企業外部、由國家所認證的環境審查人帶來額外的專業知能，由受管制者即企業內部（von innen heraus）自身具體化環保理念。[69]這些內部體系有沒有事實上的設置、有沒有效、合不合於法律規定都不是由環境主管機關，而是在外部中立的私部門（也就是環境專家鑑定）審計程序框架中來控管。這些專家鑑定人並沒有被賦予高權，而是基於跟企業間的私法契約來從事鑑定工作。如經環境審查人確定符合生態環境管理稽核命令（EMAS-VO）的要件，國家環境行政就進一步受其拘束並且必須給予某種監督特權。儘管部份拘束環境行政機關，但為了擔保環境保護之遵循，環境審查人必須受高權認證，必須滿足EMAS命令與德國環境審查法所列對於專業知能與中立性的特別要求，並且受到高權監督。

類似的結構在廣義的產品安全法（包含藥事法與設備及產品安全法）中找到痕跡。急遽的科技進步與無遠弗屆的產品流通使得消費者暴露在產品風險下；另

[68] Vgl. *M. Kloepfer*, Instrumente des Technikrechts, in: M . Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 164-165

[69] 陳慈陽，環境法各論（一）合作原則之具體化—環境受託組織法制化之研究，2006，頁 2 以下。

一方面受到歐盟新方法指令與全球性方針的影響，產品安全法採取 CE 標誌作為調控樞紐，特定產品僅能在滿足基本安全要求下流入市場，以保護消費者免於健康與財產上損害。如果要期待國家機關必須在產品流入市場前檢驗所有有疑慮的產品的話，不僅不可期待，也是苛刻負擔。因此產品檢驗之成就並不是由國家機關，而是國家認可、與產品製造人締結私法契約的私人檢驗單位。若私人檢驗單位檢驗產品後獲得產品滿足安全要求的結果，則准許產品製造人配載產品流入市場要件的 CE 標誌，且同時發生拘束國家產品安全機關的效力，對已經配載 CE 標誌的產品，任何其他預防性的安全檢驗措施均屬不合法。同樣的，為了確保私人檢驗單位檢驗程序的品質與中立性，都必須在國家認可程序中加以控管。

在建築法上則是針對特定建築物全面免除事前的建築許可程序，並且要求起造人引進經國家認可的建築師與專業技師就特定事項予以簽證，以擔保起造人之建築設計與施工符合建築法上的基本安全要求。其並非整合於國家許可或監督程序內，僅提供專業意見，而是在國家退出固有預防檢驗程序的場合替代國家監管事務，並且一樣在與起造人締結私法契約基礎上從事檢驗活動。[70]

要之，在傳統秩序行政底下、國家管制任務的系譜中看到諸多私人參與的形式，這裡的共通點，皆是管制關係不再只有國家與受管制對象，還加入了經由國家認可、具專業知能、享獨立地位的私人單位。實務與學說共同的核心關懷在於，以不同的行為形式與組織形式將私人引入履行具有公益要求的任務中。換言之，過去完全不熟悉、或雖然知悉但不曾或鮮少受到重視的管制行政法上調控手法逐漸受到重視，並且本質上關注於強化利用私人潛能履行國家任務，[71]這波國家與行政對經濟與社會影響方式的深遠變遷得冠以社會自主管制之名，並標誌為私人

[70] Vgl. *A. Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S. 256; *P. Scholl*, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005, S. 79

[71] *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S 286ff.

參與公共任務履行的新型態。[72]

第二節 自主管制的意義

自主管制（Selbstregulierung）從概念本身來看，似乎暗示著某種不相容的集合，也因為概念的集合性還有蘊含的樞紐機能，社會自主管制在詞語使用上與概念上還沒有統一，經常與自我調控（Selbststeuerung）、[73]自我管理（Selbstregelung）等用語流用。[74]故欲掌握該概念輪廓，有必要先建立對於「調控」與「管制」的前理解，再將焦點放到「誰」進行管制的主體問題上連結「自主」的概念。

第一款 調控

在德國行政法改革的討論中，Andreas Voßkuhle指出新行政法學的發展方向即是調控學（Steuerungswissenschaft）。[75]因此，將行政法學作為調控學的理解關聯下，調控（Steuerung）作為樞紐概念有掌握其輪廓與意義之必要。

調控的概念起源於社會學，所以一開始並不具有任何規範性意涵（如果將法學的核心要素理解為規範性的話）。但連結上社會學調控討論後，開啟的可能性是拓展間介於調控主體、調控客體、調控媒介、調控工具與調控手段的作用關連。[76]其進一步造成的影響是，法學不能囿於以法釋義學的方式來形塑法律規則（Regeln）、型態（Figuren）、制度（Institute）與定理（Lehrsätze）。[77]重要的毋寧應當在傳統行政行為之外，致力於如何呈現法的有效性條件

---

[72] Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S.43.

[73] *D. Weinreich*, Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995, S. 21. 其認為自我調控給人感覺是涉及技術事項的「調控」與個人事項的「自我」兩者間的結合，甚至還有像自動（Automatik）、自決（Selbstbestimmung）等字面不同但內涵關聯的理解。

[74] 參見詹鎮榮，同註 16，頁 150。

[75] Vgl. *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, §1 Rdn. 8-9.

[76] *I. Witt*, a. a. O. (Fn. 66), S. 27.

[77] *A. Voßkuhle*, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsreform – Eine kritische Bestandsaufnahme, VerwArch. 92(2001), S. 194.

（Wirksamkeitsbedingungen des Rechts）。受到調控思維的影響，法學不宜再汲汲營營於傳統合法性與違法性的想法，但也不是說法與不法的區分不重要，而取道目標導向與包含特定問題意識的思想：應當實現什麼樣的法律框架條件來讓特定目標能夠實現？[78]

法律（Recht）一直都是國家調控媒介中最為傳統且無法輕易放棄的類型。[79]由於法律只能看到調控現實的斷面，較之於工具要形成的現實（例如社會進程）來說，工具性格的法律似乎有些捉襟見肘；[80]要用預先規劃的調控工具來達成努力的調控目標，有時候可能無法盡如人意，因為這預設調控的線性因果歷程。在法治國架構下，法的調控即是由立法者擔當重任。不過，這並非意味只有法律能夠作為調控媒介，除了法律扮演重要的調控角色外，像是市場、財政、人事與組織都能夠是調控媒介，而調控行為是否發揮預定的調控效果或其他效果，取決於各該干預場域的個別調控條件：包括調控需求、調控媒介與使用的調控手法。Helmut Willke即列舉出，從福利國家經歷干預國家到當代調控國家的進程中幾個重要的調控媒介：金錢、法律、知識等。[81]法律工具的內容除了傳統的誡命與禁令、許可、規章、行政計畫等等之外，還有激勵（Anreiz）、資訊利用等尚處於非形式行政行為發展階段的類型。

調控工具之後想要進一步追問，誰（可以）是調控主體與調控客體時，首先要確定調控主體原則上是具有民主正當性的國會部門立法者。相對的，行政原則

---

[78] *W. Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: E. Schmidt-Aßmann/ders.(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 358.

[79] *E.-H. Ritter*, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 70; *H. Willke*, Systemtheorie III: Steuerungstheorie, 3. Aufl., 2001, S. 90.

[80] 只不過縱使顯示作用不力（Wirkungsmängel），也不會使法律從調控手段裡失格；在這種情形下毋寧要去改善其效力條件。Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2006, S. 18.

[81] *H. Willke*, a. a. O. (Fn. 79), S. 151ff, 194ff.

上是受調控的客體，其得由司法與立法賦予完成任務的權能並課予義務，易言之，藉由調控決定、設定其權限（Kompetenz）。但如果將視角稍稍偏移，行政也有能力作為調控主體，因為在法律規定之內透過賦予給公行政的法律機制（Rechtsinstrumentarium）得發展自己的活動來調控社會領域、基於法律所賦予的形成空間（Gestaltungsspielräume）得進行調控。

綜上所述，如果談論的是「國家」調控，調控的概念得以廣義地理解為透過公權力主體對於生活關係的個別形成，一般可以理解為「有意識地針對特定目標來影響自然生活關係」。[82]如果關懷的是行為導引（Handlungsorientierung）的調控，則調控得以理解為有目標地影響系統（gezielte Beeinflussung von Systemen）[83]。總之調控的是行為者取向，[84]而有別於注重網絡（Netzwerk）、分析規範結構內部不同、國家部門行動者與非國家部門行動者在不同層面協力規制共同生活事實的治理觀點。[85]

在今日主要由系統理論凸顯的討論中，調控（Steuern）可以看成是一個上位概念，[86]管制（Regulierung）則是所欲的結果呈現於管制綱要嘗試在特定方向上

---

[82] Vgl. *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 163; *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft : Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000, S. 455.

[83] *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 75), §1 Rdn. 20.

[84] *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 78), S. 367f; *R. Mayntz*/*F. W. Scharpf*, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus, in: ders.(Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 43ff.

[85] *G. F. Schuppert*, Was ist und wozu Governance*?*, Die Verwaltung 40 (2007), S. 483ff..

[86] 雖然在模控論中調控被理解為無回饋的程序影響（Einflussnahme auf einen Prozess ohne Rückkopplung），藉以區隔具有回饋的影響（Einflussnahme mit Rückkopplung）的規制（Regeln），但是模控論的概念不必然一定要入社會學的調控討論，從而新行政法學即便受社會學調控論影響，也無須受限於這樣的定義。Vgl. *W. Schulz*, Demokratie und Selbstregulation – Geschichte, Möglichkeit und Grenzen, in: Ch. Büttner/J. von Gottberg, Staatliche Kontrolle und selbstregulative Steuerung: Demokratische Willensbildung am Beispiel des Jugendmedienschutzes, 2002, S. 56; *ders*., Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 103.

改變的社會進程，而不包含個人行為在個案中的改變。[87]在這樣的理解下國家調控包含國家管制的諸種類型，下命式管制或受管制的社會自主管制均屬不同的調控手法。相對地，純粹的社會自主管制則完全遷移到國家影響界域之外，所以無法包攝在國家調控的概念中。

第二款 管制

不論從語源學（ετυμολογία, Etymology）或是語用學（Pragmatics）考察，[88]管制從來不是當代才有的問題，而且這些研究中可以看出，管制也不具明確的概念內涵，反倒是一種互動形式的外延總體，其運用受到傳統學科、甚至民族所拘束，並且和觀念世界與對象世界的脈絡息息相關。[89]

---

[87] *W. Schulz/Th. Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, 2002, A-3.

[88] 從語源學的角度觀察，管制（Regulierung）是後拉丁語時期 regulare 派生的詞，其字根是 regula。這個字作名詞時意指「橫木、木條、軌道」，或是「尺規」，從而讓人聯想到「準繩」、「標準」，甚至是「規範」。與這些內涵並列是出於同一字根的動詞 regere，其意義是治理、統治還有指正；regere 還可以繼續上溯到 rex，也就是法。在這樣的語言發展譜系中，管制得以理解為一切與「指引」有關的行動，這個指引不僅帶有特定導向，也給定界限。自由則是古高地德語與就薩克遜語的 fri、與盎格魯薩克遜語的 freo、古日耳曼支系哥特語的 freis 與後來中世紀高地德語 frihals 等有關。frihals 意指自由人，因為自由人享有「不受拘束的頸部」而與奴隸區分。這樣頸部不受拘束的狀態演變成抽象的自由概念。從語源學及語用學的歷史脈絡看來，自由一開始承載著「我並非奴隸、不從屬於他人」的社會關聯，但人類共同生活的社會關聯中不可能沒有規制存在，在這個意義下兩者似乎處於一種緊張關係。Vgl. *H-J. Cremer*, Regulierung und Freiheit, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, §5 Rdn. 3-4.

[89] 事實上管制的概念並非源於歐陸（更確切地說非源於日耳曼傳統的語言體系與法體系），在美國以及英語世界有更廣泛的概念理解。例如政治學門與行政學的討論中，管制是對於「以誡命與禁令的形式以及直接行政執行（也包含間接的國家誘因，特別是補助），高權是規範制定的基本模型」的描述。但從經濟學門的角度，管制是「國家對於經濟競爭的干預」。該思潮可以溯及到美國 1887 年以來國家管制私人獨占企業的發展，例如鐵道事務、能源供給、通訊、航空交通；國家藉由設置專職部門的管制機關來對抗獨占事務的濫用，這些管制機關專責價格與進入市場之控制。這波管制潮流也隨著現代福利國家任務的茁生，促發以實現公共目的（realize public purposes）為導向、越來越廣泛的市場干預。惟這波干預到了 1970 年代以降開始面臨大量、迅速遍及世界利於「解除管制」的反動。在市場與國家如敵人般的對立地位中，管制可以理解為每一個對於市場參與者行為可能性與處分可能性的國家限制。Vgl. *M. Ruffert*, Begriff, in: ders./M. Fehling (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, §7 Rdn. 4ff; *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 1ff; *See* Cosmo Graham, *Self-Regulation*, in: GENEVRA RICHARDSON/HAZEL GENN, ADMINISTRATIVE LAW AND GOVERNMENT ACTION, 190, 191 (1994).

在法學討論中，特別是自 1990 年代歷 20 年有餘行政法改革的脈絡下，管制居於一個指引不同國家任務履行模式的上位概念。在傳統經濟法與經濟行政法領域，管制指涉國家對私經濟主體的的個別影響行為，或者以影響或建構市場為目的，具有拘束具體實施經濟活動效果的一切手段，特別是為了在特定領域限制市場機制、或為了在欠缺市場時承接以及調整市場機能，所有出於政治理由的國家干預。[90]其特徵是打破過去國家獨占或寡占的事業，並希望在這些場域裏引進競爭機制。不過，由於網絡擁有者的自然獨占，單單透過釋放服務供應並沒有在產業中產生競爭機制，國家還必須以特別的競爭法制為手段，藉由特定機關的執行來建立、確保競爭機制，也就是為了公平競爭條件而穩定產業網絡之利用；國家同時也要顧慮過去其所職司的服務供給能繼續提出。在國家作為給付者的關聯意義上，管制概念含括諸如一般性服務、證照、報酬管制或者網絡入口管制等特定措施，其目標在提供人民廣泛的、適切的生存照護。[91]在國家獨占衰退與過去國家活動領域的私部門化進程中，這樣一種綜合型態的管制法（Regulierungsrecht）的登場毋寧標誌著從國家生存照護到擔保責任的典範移轉，並且可以理解為國家規範制定與國家管制行為的整體，且可能含括私人的規制活動例如一般貿易條款、技術規範等。[92]

將視野從經濟法領域再往上位延伸，如果將法政策學的視野也納入考量，廣義的管制概念係指**對於社會進程任何所欲的國家影響，其遵循特定但超越個案的秩序目的，以法律作為主要媒介與界限**。所以管制概念必然指涉國家，並且追問國家如何選擇確保其務任的共通福祉。這裡的國家概念不必然一定要與民族國家的概念相關，具有民主正當性的統治團體即為已足。這樣一來，可以完全地借用國家角色的變遷此一概念。申言之，管制服膺於實現每一個努力達致的秩序目

[90] *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 4.

[91] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn.59), S. 35ff.

[92] *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 1ff; Vgl. *M. Fehling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland – Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: H. Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, 2006, S. 92ff; *See* Graham, *supra* note 89, at 194.

的，這裡所有的國家行為，均對共通福祉負有義務。

但隨著國家任務的擴張，在傳統國家手段的成效降低同時，讓管制本身成為議題並使盡可能優良的任務履行成為固有、概括的任務。因此國家手段的多元性變得重要，它部份是新的發明、部份是新的發展。具體的管制體制通常透過混合特定的發展路徑與功能檢討而形成，針對不同的工具運用基本類型相應著不同的特定功能。例如，將目光放在國家任務承擔的方式與手段，可以連結到兩個已經建立的基本行政任務範疇：秩序與給付。若將強調的是影響機制，則可以區別為直接的行為調控與間接作用的調控方式，前者通常指涉傳統的下命式管制（imperative Regulieurng），係指國家自行規定須由受規制對象遵循的誡命與禁令（Ge- und Verbot），以實現調控目標；同時，國家也設計一套法制度（Rechstinstitute）控制著這些規範是否受遵守，並在不遵守時以高權強制貫徹之。這套管制架構必須由國家物理暴力壟斷（Gewaltmonopol）支撐，包括自行制定必要規範的立法權限、執行並監督受規範所及之人（Normenunterworfenen）是否遵循之。[93]後者目標在於媒介經濟誘因、行為關連的資訊提供或者相類似的組織與程序規定來達成調控目的。[94]

要之，管制在國家性的空間下無所不在，並非它涵蓋一切，而是來自四面八方。其關懷的不是由上而下或自下而上，而是在哪裡發生、從什麼方向作用；差別在於其出現的領域（給付或干預）、作用的方式（直接或間接）、採取的策略（框架或細節）、關聯的意外（正常或例外）、相應的互動（單向或多面向）以及誰在管制的主體問題（自律或他律）。

第三款 自主

自主的概念某個意義上必然與他者有關，意指一個無法從外部影響的行為，

[93] *W. Schultz/Th. Held*, a. a. O. (Fn. 87), A-3; *Ch. Callies*, Inhalt, Dogmatik und Grenzen der Selbstregulierung im Medienrecht, AfP 2002, S. 466.

[94] *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 10-12.

在這個範圍上可以使用自律（Autonomie）來指稱一個出於自己責任的行動。[95]考察自治概念的發展史，從中的核心要素莫過於自我決定（Selbstbestimmung）。誠如康德在《道德形上學基礎》與《實踐理性批判》再三強調，一個對自身加諸定言令式的行為就是為立法者式的自我決定，[96]這也可以從Autonomie這個字的拉丁字源由自動（auto-）跟規範（-nomia）看出，自治從來指涉的內容都是行為與規範。與此對立的概念是他決（Fremdbestimmung）或他律（Heteronomie）。如果套用社會系統理論的觀察，在肯認之社會自律前提下，[97]國家不再居於管制者之地位，以外部之他律措施「要求」向來作為管制對象之私人，代之以「冀求」作為管制對象之私人或團體於其內部自律。自主即是指涉系統本身。系統得決定自己的目標與手段，雖會受到環境激擾，但系統的欲運作仍是基於固有的邏輯與二元符碼。[98]

與此脈絡相繫的調控學將自我調控的焦點放在行動者導向的行為標準，所以透過社會自主活動之範圍及內容呈現的自律性必定涉及行為之限制與義務之負擔。[99]故「自主」的界限無論如何都會涉及前述調控理論的主體問題。某種程度上難以辨識「自主」指涉的行動者是誰。「自主」的概念不必然指涉受私人創設規則所影響之人曾經參與其規則之形成，其得因為所有關係人均共同協力參與而形成，也得以制度化的方式成就，像是建立特別的組織實體以及自主管制機構，其來承擔創設與管理對其成員的規定。在這個意義上，自我也指涉可得界定的團體，從而自主管制可以發生在個人、企業或其他組織實體間。在企業間的自主管

---

[95] Vgl. *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 19.

[96] Vgl. *I. Kant*, Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VII, 1974, S. 74ff.

[97] Vgl. *G. Teubner/H. Willke*, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1984), Heft 1, S. 1f.

[98] Vgl. *N .Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 191.

[99] 所以亦有使用自我設限（Selbsteinschränkung）或自負義務（Selbstverpflichtung）來描述社會自主管制。Vgl.*M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 163; *U. Di Fabio*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, S. 969-970.

制甚至可以作成相同產業企業間或者利益團體間的私人規定。[100]

質言之，如果放在規範的視野下理解，自主管制中的自我即得以視為無國家介入的管制樣態、不具任何他人支配的性格，而是替代國家場域中的管制活動，令其完全在社會固有領域中進行。[101]這樣的「自主」不但能藉由市場看不見的手，也可以透過有能力自己制定產業部門規則的集團來成就管制，例如產業[102]與利益團體。所以社會自主管制的**第一個要素「自主」**指涉的是管制主體外觀，即**排除國家及其國家性建構下的組織實體。**

第三節 自主管制的特徵

社會自主管制在法釋義學上彷彿無法捕捉面貌的希臘海神（Proteus），[103]各家有各家的說法與描述。根據德國學者Matthias Schmidt-Preuß的見解，社會自主管制係指「個人或團體為了正當的自我利益，藉由行使基本法上的自由權利來追求私益。」[104]如果將焦點放在行為關聯上，則自主管制涉及「每一個在系統內或次級系統內自然發生或經調控所生、或多或少會造成當事人規律行為，而限縮其決定自由與行動自由。」[105]Eberhard Schmidt-Aßmann也持類似廣泛地理解，將自

---

[100] 這裡即是公平交易法的規制場域。Vgl. *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 20。另外，從歷史上來看，同業公會的形成某個意義上即是維持特定地域內相同行業的競爭秩序，避免不正競爭的狀況而不利影響經濟發展。Vgl. *P. Collin*, Einleitung: „ Gesellschaftliche Selbstregulierung“ uund „Regulierte Selbstregulierung“ – ertragreiche Analysekategorien für eine (recgts-) historische Perspektive? in: ders./G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis (Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansrüchen, 2011, S. 15-19.

[101] *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 20.

[102] Vgl. *H. Wulsdorf*, Umweltethik, Gerechtigkeit und verbandliche Selbstregulierung, 1998, S. 232ff. 中文文獻，參見廖義銘，產業自律性管制，2005。

[103] *W. Leisner*, Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich: Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, 1998, S. 151.

[104] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162. „Die individuelle oder kollektive Verfolgung von Privatinteressen in Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten zum legitimen Eigennutz.“

[105] Vgl. *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 14.

主管制解為非國家機關之主體預定（sollen）要確保參與者自己行為標準的措施。[106]但這樣的見解並非完全恰當，蓋如果一致肯認個人行為均受逐利動機所驅使的，這樣一來每個人的行為在正當的（legitim）範圍內實踐上均得以標誌為社會自主管制，[107]因此Wolfgang Schultz認為有限縮之必要，還要加上「行動者不受國家影響而合意達成定規制目標」。[108]

Wolfgang Hoffmann-Riem認為，社會自主管制係指國家仰賴私人、通常是私經濟導向的行為主體，但對於私人自主管制預設規制性框架，透過這樣的格局來限縮、調控私人選項具體化與選擇可能性，[109]換言之，在整體組織隸屬的次級系統內，私人在組織化的活動空間裡自負責任地主動行動，國家在這裡只有確保涉入行動者的行動餘地。[110]

Michael Fehling則強調自主管制係為了落實特定自我定義的公益要求，透過市場參與者組織化後的合作，形成性地調控市場進程。[111]國內學者詹鎮榮將社會自主管制界定為「個人或團體本於基本權主體之地位在行使自由權、追求私益之同時，亦自願地肩負起實現公共目的之責任。」[112]更進一步在行使自由權追求私益基礎上，加上自願性與實現公共目的兩個要件，並視自願性與公益取向性為自主管制的表徵。

從上述多樣描述、指涉意圖同一的說法，至少可以整理出自主管制比較沒有

---

106 *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 61), S. 255.

107 Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 32.

108 Vgl. *W. Schulz*, a. a. O. (Fn. 86), S. 103. 這一類的合意或透過明示協定，例如自負義務或專業守則（Kodizes），或透過純粹供需法則支配的市場機制。

109 Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 436.

110 *G. Fuchs/D. Rucht*, Sozial- und Umweltverträglichkeit von technischen Systemen als Regelungsproblem: Möglichkeiten und Grenzen des Rechts, 1988, S. 183ff. Zitert nach: *K. König/N. Dose*, Klassifikationsansätze zum staatlichen Handeln, in: ders. (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 111.

111 *M. Fehling*, a. a. O. (Fn. 92), S. 100.

112 詹鎮榮，同註 16，頁 148。

爭議的共同點：其一，管制主體必定外於國家部門；其二，強調管制主體自負責任、自我律則。但是，進行自主管制的私人或私經濟主體本身的地位與國家間之關係，有的將重心放在國家角度，強調框架設定與介入選擇可能性，有的則從人民逐利動機出發強調正當自我利益，亦即，主體是否全然自願、抑或受到國家誘導、調控才出現自主管制之行為結果，即出現描述差異；又，管制主體採取自主管制的行為目的是否需要有公益關聯，抑或在結果上耦合即為已足，還是只須有事實上決定或行動自由自我設限即可，亦眾說紛紜。因此有必要在（1）非國家之基本權主體地位、（2）正當自我利益範圍內而（3）追求私益的前提上，進一步討論自願性（Freiwilligkeit）與公益取向性（Gemeinwohlbezogenheit）是否為固有必要共同內涵。

第一款 自願性

自願性係指個人或團體是否進行自主管制，享有決定之自由；縱使社會自主管制有法規範上之基礎，或國家以法令訂有正面或負面之誘因，個人或團體就是否進行自主管制仍有選擇權。私人最後若選擇自主管制措施，結果上雖然也達成管制目的，但並非基於法律強制的特定行為義務，而是私人自我評估後選擇的結果，其僅是在管制程序上將課予人民履行法律義務之強制措施向後退縮。[113]例如青少年媒體保護法中自我管理機構的設置與參與，其並沒有免除節目放送業者與網路經營者負有供應無害青少年身心健康內容服務的義務，只是由自我管理機構作第一層次把關，檢視服務供給者之行為是否合於規範要求，並賦予加入自我管理機構的業者監督特權，讓業者有空間選擇，直接面對國家廣電監督機關或先面對社會部門組成的私人自我管理機構；在環境法上亦然，企業經營者得自由決定是否僱用環境審查人，來延緩國家環保監督機關的直接干預措施。

由國家所誘使的自負義務（Selbstverpflichtung）是國家在自主管制概念引導

[113] 詹鎮榮，同註 16，頁 149。

下影響手段的另一種體現。[114]自負義務係指，「從事經濟活動之私人，自願性地擔負起實現超越自己利益範圍以外之共通福祉的作為義務。」[115]當公共任務是由國家部門以外的社會力—特別是市場機制內部—以一種有機形式來承擔，此際公共任務之履行國家也有具體利益，在這個脈絡下我們可以說是一種工具性的自主管制（instrumentelle Selbstregulierung）。[116]課予義務雖然代表法律上的約束力，但自主（Selbst）的前綴卻是自願性與自律，實際上通常是由國家迫使人民自負義務、並且或多或少在內容上規定其如何自負義務。亦即，自負義務徘徊於自由與強制之間，穿梭在法律上無後果的非形式性以及出於尊重法律而自我承擔義務。要讓經濟體自課義務的話，仍取決於站在經濟體的角度思索經濟體本身的究極關懷：如何創造自身的最大利益。顯而易見地，只有在不花成本或者較之於早晚絕對會來的國家管制，採取自主管制只是相對之惡的情況下，經濟體才有動因課予自身義務。

第二款 公益取向性

社會自主管制另一個核心內涵即是公益取向性（Gemeinwohlbezogenheit）。[117]即使是純粹的社會自主管制類型，也不排除共通福祉利益實現的可能性，例如在

---

[114] 自義務之課與形式與內容觀察，援引 H.L.A. Hart 於「法律的概念」中內在觀點與外在觀點之區別，可分為「被迫從事某種行為之義務」（be obliged to）與「自願受拘束之義務」（have obligation to）同樣以義務之名，即因其指涉內容不同而對應不同義務類型，上述以自負義務之觀察，由於負擔義務之人係自願地將自己置於義務之下，縱使其行為因而受到一受調控制，但因為該行為限制係源自於自我設限，因而在自我決定、自我拘束、自我負責的自律性理解下，這類義務創設與行為設限雖然同樣具有規制效果，然該規制效果並非直接透過國家高權以行政行為加諸其上，而係由於該受規制主體自行決定之結果。

[115] Vgl. *W. Frenz*, a. a. O. (Fn. 38), S. 45; 詹鎮榮，同註 16，頁 149。

[116] Vgl. *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn. 99), S. 970; Ernst Rudolf Huber 也指出工具性的自主管制，乃國家在經濟管制所扮演的角色不應該只停留在對經濟活動之引導干預，應利用社會自主管制，作為新的、本質尚可理解的國家調控工具。參見 *H. Schulz-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung – Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 14-15.

[117] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 170; Vgl. *W. Frenz*, a. a. O. (Fn. 38), S. 44.

私經濟領域眾多與保護公益有關的行為守則，[118]從而有別於單純的私法自治。亦即，社會自主管制與私法自治雖然都是私人居於基本權主體地位，以行使自由權的方式安排自己的社會生活，但社會自主管制必然連結到公共任務的履行，國家在私人自主管制任務不良履行的場合，基於公益關聯得以介入其中，重操國家管制者的舊業，而有別於私法自治主要關懷是當事人間（私）利益安排。[119]

換言之，從社會自主管制之目的出發，係由於某些屬於國家應實踐之公共任務，因其任務達成所實現之公益與私人利益之間耦合，在追求任務實現之效率原則考量下始釋出該管制任務。因此就該管制類型之釋出，必定預設國家就該管制之施行得以達成公共任務，進而實現公益。由於單純未涉及公益之私人利益並非國家管制行政之對象，自無解除管制之必要，故反面證立社會自主管制必須具有公益取向。

第三款 管制主體與客體同一性？

研究德國媒體管制的Christian Calliess認為：「在抽象的層次上，自主管制是國家下命式他主管制的對立概念，在他主管制中國家規範廣泛地規制個別領域，而規範之遵循受到司法或行政機關的控制；相反地自主管制是以行使基本權之自由之方式，集體地、合作地完成私人利益。[120]」，而自我管理（Selbstkontrolle）則係指有效預防、有效壓制的控制行為，並禁止與自主管制制度相違背的行為從而具有管理者與受管理者同一性（identisch）的意義。

這個問題會涉及到自主管制可能形構的不同法律關係。在國家—人民的二元自主管制架構中，由於原本作為管制主體的國家一部或全部放棄對應受管制對象

---

[118] Vgl. *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 146; *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 97f.

[119] Vgl. *W. Leisner*, a. a. O. (Fn. 103), S. 153; *S. Hofer*, Die Diskussion um den Begriff „Privat-Autonomie“ in den ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/ M. Stolleis (Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansrüchen, 2011, S. 63, 83.

[120] Vgl. *Ch. Calliess*, a. a. O. (Fn. 93), S. 465-466.

所採取的管制手段，透過諸種框架設定或誘導激勵，促使原本應受管制的對象成為管制主體履行管制任務，從而原本應受管制的對象與後來的管制主體具有同一性。典型的例子是行政法上誘導性特別公課制度：

【例一】

德國法上具有行為引導作用的環境公課（Umweltabgaben）制度。立法者一方面採行傳統下命式高權管制手段，課予環境污染或公害肇因者繳納廢水排放費、噪音污染防制費等環境公課，他方面在管制對象自願履行特定行為，例如自行於工廠內設置污水淨化池或隔音設備時，例外免除環境捐的繳納義務。[121]

【例二】

德國社會法典第九編第 71 條規定，私人或行政主體之雇主在符合同法第 73 條一定條件下，必須僱用重度身心障礙者勞工的比例至少要占全部就業名額 5%，未達到該標準之雇主，不論公私部門皆負差額補助費的支付義務。[122]

在這些案例中原本國家居於管制主體之地位，透過法規範對受管制對象設定一定行為義務，例如污水排放禁止義務、過度噪音禁止義務、定額進用義務，設定這些行為義務係作為達成特定公益目的（例如環境保護義務、鄰人居家安寧保護義務、身障保護促進義務）所採取的管制手段；但在上開架構中，國家除了部份保留居於管制主體地位之法律關係形成可能性外，還賦予管制對象選擇可能自主管制的可能性，亦即在自我最佳利益算計考量下，自願選擇繳納特別公課

---

121 Vgl. *M. Kloepfer*, Instrumente des Technikrechts, in: M. Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Hanbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 158ff.; Vgl. *R: Voigt*, Politik und Recht Beiträge zur Rechtspolitologie, 3. Aufl., 1993, S. 173ff.。中文文獻參見詹鎮榮，同註 16，頁 156。另參見原田大樹，同註 38，頁 209-210。

122 在我國法對應的是身心障礙者權益保障法第 38 條與第 43 條之規定，政府、私立學校、機構或團體必須保留一定的就業名額予身心障礙者，除了直接對於用人單位課以定額的雇用義務或選擇繳納差額補助費以外，其實質上的意義在於以國家的立法行為使得身心障礙者保護法定義下的障礙者於工作的選擇上更具有競爭力，亦即保障其進入勞動市場之可能性。另從現行法第 102 條第 2 款觀之，行政機關所屬公務員執行職務若無正當理由而違反定額進用之規定，即有受懲戒行政責任的可能；同法第 96 條第 2 款亦對私立學校、機構及團體課予無正當理由違反第 38 條第 2 項之罰鍰責任。因此該條規定已屬完全法條，從而行政機關與私立學校、機構、團體皆不得以其非行政法上義務之規範對象而不予理會。

（Sonderabgabe）[123]來迴避不利益的管制措施。但在這兩個案例中很難稱得上管制對象自願履行管制義務即居於管制主體之地位，亦即，自負義務不當然得出管制主體與管制對象的同一性。

又，在國家—公認機構—人民的三角關係中，參與履行管制任務的法律關係主體為公認機構與人民，實際上原本管制對象並未因此脫免法律設定的行為義務，只是公認機構與人民自願共同完成管制任務，也不具同一性之現象。且在三角關係中從事管制任務的公認機構與人民分別居於管制主體與管制對象之地位，縱然在自我管理制度中公認機構或自我管理機構經常已是受管制對象內包的垂直關係，在同一法人格的意義上仍具有此同一性，但並無法歸入這裡所稱的三角關係。此外，對於管理者管理被管理者（Kontrolleur – Kontrollierte）的關係不宜與管理管理者（Kontrolle der Kontrolleur）的關係混為一談。

第四節 其他概念界分

社會自主管制如同在德國 70 年代以降的討論中曾使用「國家任務」、「合作」或「共通福祉」等概念般，但其解釋內涵仍相當不特定，顯得在概念上必須功能民營化、責任分擔等慣用語作進一步參照。

第一款 去國家化、國家解除負擔與解除管制

首先，應當區別去國家化（Entstaatlichung）、國家解除負擔（Staatentlastung）與解除管制（Deregulierung）。去國家化的議題經常座落在「向國家告別」[124]、「國家停產」[125]或是「國家的撤退」[126]這一類追問與呼聲中。其暗示要非議的不只是

[123] 陳敏，行政法總論，6 版，2009，頁 273。氏將差額補助費定性為特別公課。日本學者原田大樹則將環境法與身心障礙者權益保障法中的上的特別公課分別稱為誘導公課與調整公課，將之評價為作用法上誘導型的社會自主管制。參見原田大樹，同註 38，頁 209-213。

[124] Vgl. *H. P. Bull*, Absage an den Staat? – Warum Deutschland besser ist als sein Ruf?, 2005, S. 17ff.

[125] Vgl. *E. Eppler*, Auslaufmodell Staat?, 2005.

[126] Vgl. *G. F. Schuppert*, Rückzug des Staates?: Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und

個別的國家活動或是個別國家機關，更要質疑的是作為實體的國家（Staat als Entität）。

如同對於民營化的理解，去國家化始終是一個介於國家與社會中諸行動者間的動態進程。[127]想要「去」國家化的前理解必然連結到對於國家的想像、以及國家的固有構成要件要素，其包括領土、人口與國家權力。[128]顯然，去國家化的論題並無意針對領土或人口有太多著墨，其重心仍放在國家權力在哪些領域、何種程度得以下放。如果國家權力及其物理暴力壟斷的正當性，在於國家承擔的任務能夠（完善）履行，那麼去國家化得以理解為原本由國家承擔的任務履行不再由國家部門獨占完成的總體進程。只是在國家受公益拘束的前提下，除了那些原本就屬於社會部門得以完成、非必然由國家履行卻因為特殊歷史背景納入國家任務範疇的公共任務外，不可能完全發生去國家化的現象。因此，要思索的問題並不是國家或是私人（Entweder-Oder）來承擔、履行公共任務，要回答的毋寧是，在何種範圍內（Inwieweit）由國家承擔的任務發生轉移；[129]去國家化促使國家從直接提供給付的場域退縮，但並不當然喪失其透過法定的手段，透過管制法來影響由國家以外的其他行動者履行的公共任務。但是去國家化除了國家過載（Überforderung des Staates）的原因外，因遭遇全球化與地區整合衝擊下，衍生民族國家對其內國社會形成可能性的失敗也是去國家化的另一個動因，而與國家解除負擔有所差異。

真正的國家解除負擔係指國家事實上完全擺脫任務，像是透過實質民營化將任務交還給社會，只是這個進程在實務上幾乎鮮少發生。[130]如果國家本身承擔管

---

politischer Neubestimmung, in: ders./K. Sontheimer (Hrsg.), Rückzug des Staates? S. 34ff.

[127] *J. A. Kämmerer*, Privatisierung: Typologie - Determinanten - Rechtspraxis – Folgen, 2001, S. 54.

[128] Vgl. *M. Foucault*, Geschichte der Gouvernementalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2004, S. 161.

[129] Vgl. *V. Mehde*, Phänomene der Entstaatlichung, in: S. Klesczewski/S. Müller/F. Neuhaus (Hrsg.), Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung, 2008, S. 25-26.

[130] *M. John-Koch*, Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat,

制任務，並因此受有財政上、資源上的負擔，結果上來說在管制任務釋出的場合可以稱得上國家解除負擔。是故，社會自主管制與民營化均屬國家解除負擔的手段，並且在國家角色不再居於任務履行核心地位的意義上具有去國家化的外觀。

而解除管制一般作為管制的相反詞，係指放任市場根據供需原則決定商品價格，減少政府不必要的干預。後來泛指國家放鬆、除去法律上被認為阻礙經濟活動的管制，減輕或弱化對某特定事務的直接影響力。[131]各國致力於自由化或解除管制，有其共同背景，亦有特殊因素考量，但終極目的，皆指向降低國家對產業的管制，防止市場不公平競爭，使經濟行政具有「透明性」、「實效性」、「親民性」、「迅速性」、「經濟性」等特質。Rolf Stober認為，解除管制並沒有既定而完整的概念，而是一個總括性名詞、綜合性概念，其內容包括自由化、私有化、補充性、去國家化、去集權化、除官僚化、企業自我負責、減少補助、簡化法律與行政程序等。[132]

不過，解除管制的概念與過程對於幫助理解管制的概念相當有限，尤其與社會自主管制的基本思考點不同。民營化與自由化雖然產生私人更廣的經濟活動自由空間，但同時也伴隨著規範性管制密度的提高，以致於不能說是解除規範。雖然解除管制也必須面臨的再管制（Re-Regulierung）問題，但再管制是處理解除管制後端、相當於民營化結果法的思維，[133]與社會自主管制是激發私人參與管制任務減輕國家負擔的前階段問題不同。

2005, S. 96ff.

131 許宗力，論行政任務的民營化，載：法與國家權力（二），2007，頁 429；Vgl. *M. Ruffert*, Begriff, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, §7 Rn. 5；A. Benz 在解除管制與市場競爭的緊密關連脈絡中，將之理解為「放棄進入市場之障礙與廢止不合市場機能之法規範，以創造強化自由市場之競爭機能。」Vgl. *A. Benz*, Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben? Die Verwaltung 1997, S. 341.

132 *R. Stober*, Dimensionen der Deregulierung, in: ders. (Hrsg.), Deregulierung im Wirtschafts-und Umweltrecht, 1990, S.1. 轉引自：陳櫻琴，管制革新之法律基礎與政策調適，載：劉孔中、施俊吉編，管制革新，2000，頁 3。

133 詹鎮榮，同註 16，頁 150。

要之，不論是去國家化、國家撤退、向國家告別僅是揭示在任務履行的國家角色扮演上可能的發展進路，在處理國家與社會、市場關係的理論基礎上，可以與 70 年代新自由主義思潮、80 年代秩序自由主義（Ordoliberalismus）與 90 年代國家目的、國家目標、國家任務理論等接軌；這些理論致力於掌握、捕捉國家與社會部門協力的諸種現象，並且試圖為該現象提出理論性、分析性、規範性的說明。[134]因此，基於任務取向的考量，本文將避免使用去國家化的字眼而代之以國家解除負擔，而將社會自主管制視為國家解除負擔的可能選項。又，解除負擔不必然意味著全然解除管制，以節省國家資源支出的方式進行管制並非解除管制，但仍屬國家解除負擔的手法。解除管制雖然可以達到國家解除負擔的效果，縱或社會自主管制機制也可能利用解除管制關心的市場競爭機制，但終究與社會自主管制係激發私人自主參與管制任務的角度不合。

第二款 自治行政

社會自主管制的概念絕對不是間接國家行政展現的自治行政形式。[135]只是諸多討論社會自主管制，或將社會自主管制視為自治行政的一種類型，[136]抑或視為逼近社會自主管制概念的比較起點。[137]由於自治行政究竟如何理解，早已是行政法學界爭議所在，因此有必要先簡單整理自治行政的一般性理解，再以之為基礎梳理自治行政與自主管制的關聯性。

Hans J. Wolff將自治行政廣泛地定義為「透過國家下的（unterstaatliche）擔

---

134 Vgl. *L. Gertenbach*, a. a. O. (Fn. 55), S. 47ff.

135 詹鎮榮，同註 16，頁 151；*D. Bosch*, Die „Regulierte Selbstregulierung“ im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2006, S. 73.

136 Vgl. *W. Kahl*, Die Staatsaufsicht: Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000, S. 37 (insb., Fn. 54, 55.) 趙相文，同註 19，頁 190-192、頁 201-205。

137 Vgl. *J. Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarkt, 2003, S. 51ff; *G. F. Schuppert*, Selbststeuerung, Selbstorganisation-zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, AöR 1989, S. 141ff.

當者或公行政主體，以自己名義，自主、獨立於專業指示地完成列舉或概括經預留或受指定的固有公共事務」[138]，這樣的觀點毋寧是將目光放在形式面上由國家下的主體來完成公共任務；Ernst Forsthoff則是狹義地、形式上定義為「由公法社團、公營造物、公法財團自己完成公共任務」。[139]Martin Burgi認為，欲掌握自治行政，必須具有國家與社會二元區分的前理解，基於該前理解地方自治體（Kommunen）仍屬於國家並且構成行政組織的一部份，屬性上應定位為地域性的公法社團，為了特定目的而建置，並以高權行政手段在國家法律監督下履行特定的公共任務，隸屬間接國家行政之範疇。承認自治行政的存在凸顯的是一種去中心化（Dezentralisation）[140]，意味著關聯於行政任務之履行同時存在數個行政主體，有助於解除直接國家行政的負擔、目標在於接近事務與人民、更佳的彈性表現與垂直的權力分立。[141]至少需滿足以下四個要件：（1）關乎行政任務（即由國家而非社會部門主體所承擔的任務）之履行；（2）公法上行政主體的適格性（öffentlich-rechtliche Verwaltungsträgerschaft）；（3）與任務履行有利害關係人的協力；[142]（4）「是否」與「如何」履行行政任務要屬自己責任。其中，自治行政的特殊機能繫諸於後面兩個要素—利害關係人之協力（Betroffenenmitwirkung）與自我責任（Eigenverantwortlichkeit）。經由利害關係人的協力得以集結事物與地域的密切性、主動性而有利於行政任務之履行，從而產生國家與社會的連結以及公私部門的協力可能性。[143]Edzard Schmidt-Jortzig也強調自治行政具有以下特

---

138 *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober,* Verwaltungsrecht Band III, 5. Aufl., 2004, §84 Rn. 34.

139 *E. Forsthoff,* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10. Aufl., 1973, S. 478.

140 與此應區別的概念是去集中化或分散化（Dekonzentration）。其涉及的是在一行政主體內部行政權限如何劃分的問題。

141 因為就任務履行分配適格性涉及補充性原則的法理基礎，與社會自主管制高度耦合。關於補充性原則，詳見本論文第五章第一節。

142 自治行政得佐為強化市民地位的工具，使其作為國家公權力的主體，並在可經驗的生活關聯中中介團結的生活共同體；從有效組織與控制日益茁壯的國家任務觀點看來，公行政的去中心化（更精確地說是多元化）以及自治行政可以說是時代的表徵。Vgl. *W. Kluth,* Funktionale Selbstverwaltung: verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 3-5.

143 *M. Burgi,* Kommunalrecht, 3. Aufl., 2010, S. 10-12.

殊的機能：（1）回應人類的團結需求（2）整合機能（3）促進參與與自我形成。[144] 公法社團管理本身事務係自治行政一環，但兼具減輕國家行政負擔之效果。[145]

具有自治行政權限的除了以地方自治團體為主的地域性自治行政外，還有以任務關連的自治行政—即功能自治行政（funktionale Selbstverwaltung）。其特徵是決定機關在專業上不受指示且由關係人—典型是自治行政社團的成員組成，[146] 也具有整合國家與社會部門的潛能。其所涉及的任務場域與社會階層甚為多樣，因而開展諸多形成可能性。一般而言，學界探討功能自治行政的焦點不外乎是成員義務性格的合憲性、規範制定權能的範圍、主張基本權能力的適格、與民主正當性。[147]

從自治行政的發展史角度來看，不論是在十九世紀後半葉以地域性自治行政、或是後來社會自治行政、經濟自治行政與教會自治行政型態出現的諸多社會自我組織，儘管在早先現代民主憲政國家架構尚未健全，從而這些冠以自治行政匾額的社會自我組織型態從事公共任務之完成的現象，得理解為社會部門的活動。[148]但是，循諸傳統行政法法釋義學的脈絡，Schmidt-Aßmann曾諄諄告誡地強調說，自治行政主體是憲政國家性的一部份（Teil der verfaßten Staatlichkeit），

---

144 Vgl. *E. Schmidt-Jortzig*, Verfassungsmäßige und soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung im modernen Industriestaat, DVBl. 1980, S. 1ff

145 陳敏，同註 123，頁 986 以下。

146 BVerfGE 107, 59; *M. Jestaedt*, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, S. 649. 其指出制度上的獨立自主性、行政任務履行關連性、至少由社團成員組成、依受指示的任務享有部份權利能力的行政一體性、關係人在法律監督下自負責任（eigenverantwortlich）行使國家權力的性格，在在顯示即使與社會部門分工高度牽連的功能自治行政，也收攝於國家勢力範圍圈內。

147 *E. Schmidt-Jortzig* , a. a. O. (Fn. 144), S. 6.

148 最顯著的例子特別是那些被認定成基礎建設行政、資源管理甚至資源保護性的自治行政部門，像是公法上理解的合作社：狩獵合作社、漁業合作社、牧業合作社、提防合作組織、河川合作組織等。此外，還可以看到與社會、經濟與地域性自治行政相結合的組織型態，如兼具社會機能（作為窮人儲蓄機構）與經濟機能（提供地域性自治團體固有財政與企業授信）的信用合作社。在當時普魯士還能看到由勞工與雇主組成的營業委員會（Gewerberäte），其雖無涉地方自治團體之組織建置，但也是在地方自治的層次上組織。這皆顯露出使自主管制得以實現的組織型態多樣性。Vgl. *P. Collin*, a. a. O. (Fn. 100), S. 15f.

據此自治行政的活動應當算成公法釋義學意義上的行政。[149]自治行政與自我調控的差異在於，其將社會既存的行動者及其勢力以不同強度整合於國家組織中；國家調控利益的強度即構成自我調控與自治行政的分隔線。「只有當國家調控利益超過純粹規訓集團力量（Verbandmacht）時，且國家履行利益與後續利益也伴隨著要制定的規範時，才會將國家實體（Staatliche Substanz）納入，來達成翻轉（Umschlag）」從而這一類的集團變成國家自治行政的主體。」[150]亦即，自治行政係指具有間接國家行政一體性的法律形式，作為國家行政的一部份，而有別於廣泛一般的自我調控領域；自我調控相反地屬於私法組織自主管制力量作用，兼有解除國家負擔效用的場域，且縱然沒有經濟支援或法律認可國家一方原則上也應當容認。

例如社會自主管制機制中常見的自我管理機構。在德國青少年媒體保護邦際協定中並未強制規定節目放送業者應設置自我管理機構，縱或業者自主設立，也不當然有國家財政補助。其毋寧是利用既已存在於傳媒界的組織（例如審查委員會）來進行媒體監管，雖然其也屬於履行高權任務得移轉於法律上自主的組織，但不同於自治行政主體，自我管理機構並未整併於國家組織中，也稱不上依附於（angegliedert）國家組織，而隸屬於私法領域，並未行使國家權力。自我管理機構也不像間接國家行政主體受上級主管機關的法律監督。此外，自我管理機構的內部標準並不是透過國家自治規章來貫徹，而是涉及私人規格化。一言以蔽之，

---

[149] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: P. Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S.258-259; *R. Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der industriegesellschaft, 1984, S. 43ff.

[150] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, ebenda. Gunther Teubner 也曾表示，在民主形式的政治體制下，立法機關基於特定社會要求，會對人民私領域採取越來越多的社會國干預介入，這樣的過程稱為「形式法的實質化」（Materialisierung des Formalrechts），尤其是將那些法律前或法律外具有自我規制色彩的生活領域加以法律化（Verrechtlichung）。Vgl. *G. Teubner*, Verrechtlichung – Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 304f.

誠如Udo Di Fabio直言，「自治行政是國家，自主管制是社會。」[151]。

第三款 民營化

70 年代以降，許多具有遠大抱負的改革方案已經遭遇挫敗，並在 70 年代末期挖掘出民營化、去官僚化與瘦身國家等政治議題，同時促成廣泛經驗的政策執行研究（Implementationsforschung）、評估研究、不可治理性（Unregierbarkeit）的爭辯等學術議題的誕生時刻。一系列的改革委員會在去官僚化的大纛下組織，第一波國家任務批判論與行政簡化的嘗試、還有激發的民營化議題都在這個脈絡下深化與細緻化。

民營化在經濟學上一般理解為「國家將其持有之股份移轉給私人」，但法學上尚欠缺一致性的民營化概念。[152]今日民營化其實已經逸脫出公營事業釋出股份的狹隘指涉，擴張適用到一切由民間、私人、私部門參與履行行政任務的現象，從國家的角度觀之，其指涉的是國家利用或結合民間資源履行行政任務的現象。[153]德國學界從 90 年代開始歷經一連串民營化之討論業已開花結果，甚至可以說完成其階段性任務，轉而使用更具廣泛意義、超脫單從國家角度看待事物的新概念：公私協力（PPP, ÖPP）[154]

與社會自主管制經常在同一個脈絡下會提到的通常是功能民營化（funktionale Privatisierung）。惟，若民營化的特徵在於過去國家與行政機關受託付的角色完全或部份的留給國家與行政機關以外的第三者，但另一方面社會自主管制的框架中也有私人整合於國家管制任務履行中，兩者間涉及私法主體出現在

---

151 *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn.9), S. 270.

152 許宗力，國家機關的法人化─行政組織再造的另一選擇途徑，月旦法學雜誌，57 期，2000.2，頁 38。

153 許宗力，同註 131，頁 427-428。在民營化的理念下，國家轉變成為監督者而非提供者，從生產給付的製造者轉變成為購買者、分配者，當民間承接行政任務時，國家仍要負監督保證責任，俾使行政任務係穩定有紀律地執行。

154 相關中文文獻，參見詹鎮榮，同註 8，頁 3-40；陳愛娥，行政行為形式─行政任務─行政調控──德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌，120 期，2005.5，頁 9-18。

與國家任務分工的關係中，國家也都保有最終責任，應如何理解這兩個相互並存的概念及其關連性？[155]區別功能民營化與社會自主管制的並非僅具學術閣樓上的趣味，該區別影響的至少有責任法上的後果意義。在功能民營化中受託團體或私人有國家賠償責任，但在社會自主管制過程中的專家鑑定人則負民事侵權行為之損害賠償義務。再者，也會影響行為法與組織法的規定，因為功能民營化安排的組織與程序不同於自主管制制度，後者要準備好與任務相當的組織結構才有可能實現，要動用任務經驗並利用制度上與程序關連上的框架來建置相應的功能相當安排。[156]因此有必要先釐清功能民營化的概念內涵。

相對於形式民營化或實質民營化相對清晰的範疇區分—亦即組織變革與相應的法律規制差異—功能民營化被標示成概念上的蓄水池（begriffliches Sammelbecken），以掌握分工完成任務的不同形式。[157]其特徵是私人以其功能關聯共同協力完成國家任務，移轉給私人的責任並無法與專屬於國家的責任等量齊觀。[158]其一方面相對於形式民營化，是由真正的私法主體自願受託履行公共任務，他方面相對於實質民營化卻又不是國家全然從公共任務退出，因此有學者視為在市場與國家兩極、卻向中間地帶趨近地分工完成任務（arbeitsteilige Aufgabenerledigung），並依據私人參與的廣度與密度而彈性地尋求兩極間的適切座落點。[159]

在功能民營化中私人參與行政任務履行的方式最常舉行政受託人

---

[155] 在 Schmidt-Preuß 眼中，「實質民營化與集體性自主管制……攜手並進」顯示出兩個概念下至少有相互的關連性存在。參見 *M. Schmidt-Preuß*, Funktionsbedingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung – Zur Recyclingzuständigkeit eines dualen Systems, DVBl. 2001, S. 1097. 然而，承認關連性存在不當然意謂沒有區別可能性，否則僅須援用實質民營化的諸觀點來處理社會自主管制的議題即可，而毋須在另行建構社會自主管制的理論。

[156] *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 61.

[157] *Ch. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 109f.

[158] *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, 1999, S. 146; *G. F. Schuppert*, a. a. O. (Fn. 82), S. 371ff.

[159] *Ch. Gramm*, a. a. O. (Fn.157), S. 107ff.

（Beleihung）[160]與行政助手（Verwaltungshelfer）[161]為例。在行政受託人的場合，私法主體雖獨力完成行政任務，且在法定受託權限範圍內對外居於行政主體之地位，或至少視為行政機關。其在受託範圍內享有行使公權力之權能；[162]相對的，行政助手作為履行輔助人而引入公法上必須了結的任務中，其中私人作為非獨立的輔助機關，因行政機關之委託並受其指示從事活動，而欠缺對外與第三人直接的法律關係。[163]行政受託人與行政助手的法律型態與社會自主管制的概念雖然共同受國家委託履行行政任務，但是不同於行政受託人與行政助手，在社會自主管

---

[160] 行政受託人在我國最常見的例子像是依據民國 95 年 06 月 01 日修正之汽車委託檢驗實施辦法第 2 之 1 條規定：「中央公路主管機關得委任所屬下級機關辦理受委託檢驗業務之廠商資格、條件、申請、檢驗儀器設備與人員、收取費用、證照格式、合約應載事項、查核及監督管理等事項。前項情形，中央公路主管機關應將委任事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。」另同辦法第 10 條第 1 項規定：「辦理汽車定期檢驗，由公路監理機關與受委託辦理檢驗單位簽訂合約辦理。受委託辦理單位辦理汽車定期檢驗所需費用按汽車檢驗費三分之二分配，並直接由汽車檢驗費中扣抵。」從其規範架構來看，依據公路法第 63 條第 1 項，中央公路主管機關原應就汽車及電車是否符合符合公路主管機關所定之安全檢驗標準負責控管，並於車輛型式安全檢測及審驗合格後，核發安全審驗合格證明書，汽電車取得該合格證明書後始得辦理登記、檢驗、領照。但同條第 3 項賦予行政機關權限移轉之法源，從而依據行政程序法第 16 條與前述汽車委託檢驗實施辦法，受公路監理機關委託辦理檢驗之單位雖屬私人或私法團體，但在受託行使公權力範圍內，按行政程序法第 2 條第 3 項視為行政機關，仍屬實質意義之行政。參見程明修，私人履行行政任務時之法律地位，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 423-435；陳敏，同註 123，頁 999 以下。

[161] 行政助手係指私人或私法人，非以自己名義獨立對外行使公權力，而是在行政機關指示下協助該行政機關完成行政任務之行為，有如行政機關手足之延長，具有補充行政機關人員不足之功能。典型的行政助手例如學生於體育課協助教師架設運動器材或示範、營造廠設置交通號誌民間拖吊業者協助警察執行車輛違規拖吊業務。其特徵在於行政助手相對於行政機關單純屬工具性格，欠缺行政受託人享有自主裁量決定空間，其行為的效果歸屬於所協助之行政機關，倘協助行為造成他人損害，基於行為之公法性質可能有國家賠償之問題。參見董保城，行政助手與委外辦理與委外辦理國家賠償案例之研究，臺灣本土法學，51 期，2003.10，頁 151；程明修，「根據私法契約羅致之私人」之國家賠償責任，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 437-446；陳敏，同註 123，頁 1003 以下。簡言之，從內部法與外部法的角度觀之，法律關係的外部性僅存在於行政機關與受規制的第三人，行政助手與受規制的第三人僅有事實上的接觸關係，而欠缺法律關係；其法律關係存在於行政助手與行政機關之間。

[162] *H. Maurer,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, §23 Rdn. 56ff.; *H. Wolff/O. Bachof/R. Stober/F. Kluth*, Verwaltungsrecht II, 2010, §90; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 362. 相關中文文獻，參見陳敏，同註 123，頁 241、999 以下；吳庚，行政法之理論與實務，10 版，2008，頁 189 以下。

[163] *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/F. Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, §22 Rdnr. 53, 61.

制的架構下私人係單純從事私法活動且對此國家絕非負自己責任，[164]該框架中活動的私人並無法歸於公法部門，而仍屬私法領域。[165]

例如前述德國法上的環境監查人制度。在原本由環保主管機關對各該企業之營運有無符合環境標準進行審查，但依據EMAS指令以及環境監查命令，強調重心從原本國家對環境的責任轉移到企業責任上，明示業界就解決其活動所生的環境結果應負自己責任，且藉由規定與轉置環境政策、環境目標與環境綱領以及有效的環境管理體系來具體化。參與環境審查系統者一方面基於自願性參與其中，他方面即使不參與也不受國家（主要是）許可程序或控制程序決定利或不利之影響。當中，環境專家鑑定人的任務是作為國家誘導自己控管的私人控管機關，其檢驗在環境營運檢驗上作成的環保聲明是否符合轉換於內國法的環境審查命令中的要求，但並沒有呈現國家與社會間直接的效力關連。環境審查人並非基於環保主管機關之公權力委託行使檢驗權，而是在他與受檢驗企業間的私法契約（通常是委任處理事務契約）基礎上履行其契約義務。因之，內部法與外部法的觀點在此不宜適用，因為環境審查人與國家間並無直接權限移轉的法律關係，其獨立性也非源於權限移轉，作成檢驗合格證明也是居於契約當事人地位獨立作成，就檢驗事務的法律關係僅存在於企業與環境審查人之間。縱或國家與環境審查人間會因為監督關係形成不同的法律關係，但已屬另一層次的問題。[166]《表一》是功能民營化與社會自主管制中私人參與管制任務的地位與差異：

---

[164] *H.-H. Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 952ff.

[165] *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn.61), S. 261.

[166] Vgl. *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130) , S. 79-82; *A. Scherzberg*, Der private Gutachter im Umweltschutz, NVwZ 2006, S. 377-385.

	行政助手	契約羅致私人	行政委託	自主管制
權限移轉	☒	☒	☑	☒
獨立性	☒	☑	☑	☑
對外名義	行政機關	行政機關	私人	私人
對內法律關係	?	?	公法	公法
對外法律關係	☒	☒	公法	私法
外部救濟依據	國家賠償	國家賠償	國家賠償	民事賠償

《表一》功能民營化與社會自主管制之異同

此外還有自願性的觀點。不管是私部門化的任務承擔還是國家保留下的自主管制調控以避開秩序法上措施都是自願性的。在社會自主管制中涉及產生所欲的行為方式的程序，相對地在功能民營化則是與任務關連的組織措施。參與自主管制系統的結果原則上仍然保持開放，而其開放性的基礎在於作為反思性法律的、去中心化的脈絡調控，因為國家並不是自己去影響次級系統，而是調控式地影響國家與社會的互動關連（Interaktionsbeziehungen）；[167]若是自主管制機制沒有發揮作用，若不是本來有意使其無效果（Folgenlosigkeit），就是秩序法在此取代自主管制措施並結束之。[168]如果任務是由功能民營化來履行，就不是這麼一回事：由私人履行任務必須原則上受確保；在必要地情況下國家也要對之採取相應的監督措施來完成其最終責任。在功能民營化中作為私法主體的第三人會因作為局外人加入國家與社會合作光譜中而凸顯出來；在社會自主管制則涉及在既存的

[167] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 33.

[168] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 155), S. 1096f.

國家與市民關係內原則性地移動責任領域。社會自主管制的對象是由國家任務履行加諸負擔的利害關係人。[169]

附帶一提，Schmidt-Preuß曾從傳統行政法釋義學[170]中處理行政程序的角度觀察環境監查人制度，認為將社會自主管制定性為程序民營化（Verfahrenprivatisierung）。程序民營化係指在縮減行政機關審查與控制深度下將決定準備階段之程序移轉至私人但同時保留公行政最終決定權限，在功能關連的意義上也被看成是功能民營化的特殊案例。[171]其特殊性是，在一般民營化所具有的彈性結構外，考量不同利益的同時也加速程序之進行並節省程序申請人與公行政的時間利益。儘管不可否認程序民營化與社會自主管制有部份耦合，例如專家參與，但專家參與的概念過於廣泛，依照其不同領域、多樣的參與形式、相異的法律關係安排都會使專家參與落到不同的概念架構中，不能一概而論。[172]

但是，民營化的過程仍有太多成分關注在行政任務如何私部門化，卻沒有從根本反省行政任務從何而來、國家任務如何可能、公共任務應歸何方等問題。且過度強調「從國家到私人」的單向軸線，無法窮盡蒐羅現代社會治理圖式下公部門與私部門協力可能展現的雙向、多元的互動態樣。[173]功能民營化由於將焦點放在行政任務如何履行的功能關連，因此必須仰賴行政組織法上的現有機制例如公權力受託人與行政助手或受私法契約羅致之私人，無法脫離以國家為中心的窠

---

169 *M. Burgi*, a. a. O. (Fn. 158), S. 88.

170 Vgl. *I. Richter/G. F. Schuppert/Ch. Bumke*, Casebook Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2000, S.131ff; dementsprechend siehe BVerwGE 34, 248 (249).

171 Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: ders./J.-P. Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 17.不過也有學者認為，程序民營化依照責任轉移（Verantwortungsverlagerung）的強度高低可以歸類為實質民營化或功能民營化的下位類型。Vgl. *A. Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 47-90.

172 例如私人專家參與行政程序與行政任務履行的類型就可分為四種，行政助手型、私法契約羅致型、行政委託型、私法契約型。參見程明修，同註 160，頁 424。

173 Vgl. *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn. 9), S. 242.

臼；程序民營化仍將重心放在行政程序之準備進行，而無法含括不適用行政程序準備卻仍有公部門與私部門分工完成公共任務之類型。

第四款 公私協力

公私協力的概念儘管也沒有一個精確的輪廓，但就以下幾點已經至少存有一定共識：（1）公私協力得以理解為公部門與私人在夥伴的意義上以任務關連上的分工為目的而參與其中的合作形式；（2）與民營化不同的是，重點比較不強調任務移轉，而將協力的程序要素置於首要關懷；（3）公私協力前提是雙方有意識主動合作並參與致力於公益導向的給付提供；（4）與民營化單向從國家端思考不同之處，標誌公私協力的是私部門夥伴對於目標與待履行任務的共同決定（Mitbestimmung）；[174]（5）合作必須有最低限度趨向一致的目標（konvergierende Ziele），就私人一方得完全趨於商業利益，不過鑑於必須履行的任務仍應產生協力效果（Synergieeffekten）。[175]因此，公私協力既非由公部門單方的私人納用（Indienstnahme Privater）[176]也不是私人並未以特定任務或共同目標為導向且欠缺最少的公益關聯的參與。

簡言之，公私協力或公私夥伴關係的體現來自兩個方面：制度性、組織性的合作關係與契約基礎的合作關係。倘若將公私協力廣泛地解為總括所有公部門與私部門協力完成公共任務諸種形式的上位概念，[177]那麼不僅在給付行政的領域有

---

[174] Vgl. *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 90; *J. Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wssenschaftliches Gutachten erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001, S. 81ff.

[175] *E. -H. Ritter*, a. a. O. (Fn. 79), S. 80.

[176] 私人納用人員與物資之納用，通常發生在私人為執行公共任務而履行自己在法律上所負擔的行為義務，納用人並未行使高權權限。由於私人應履行之義務透過法律強制創設，故此私人執行行政任務的制度亦稱為「法定的私人納用」制度（die gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben）。Vgl. *M. Burgi*, a. a. O. (Fn. 158), S. 99; *H. Wolff/O. Bachof/R. Stober/F. Kluth*, a. a. O. (Fn. 162), §104。另參見程明修，同註 160，頁 429。

[177] Vgl. *J. Ziekow*, Neue Entwicklungstendenzen im Verhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in:Jong Hyun Seok/ders. (Hrsg.), Die Einbezie-

公私部門協力可能性，在管制行政中私人未嘗不可能與國家合作履行管制任務；又就管制任務之共同決定與目標一致性來說，恰好呼應歐盟指委會在 2001 年提出的共同治理，使私人在管制過程中不再單向作為國家管制活動的對象，而是共同居於主體地位以達成良善治理之關懷協力完成管制活動。

第五款 共同治理

2001 年，歐盟指委會在治理白皮書（the European Commission's White Paper of Governance, das Weißbuch "Governance"）中首次揭示了「共治」概念。[178]歐洲治理的概念可以算得上是歐盟大改革方案的一個環節，其起始思考點是對於傳統管制手段喪失信心（一般而言，傳統管制手段過於鉅細靡遺地規定並且經常沒有辦法適切地回應管制問題）。當一方面期待足夠有效的控管形式壓力升高，但他方面對於歐洲治理的接受與控管力越來越低時，「歐洲治理應當呈現何種面貌」的提問，遂成為當前法律、政治、社會乃至於「歐洲整合」框架下必須處理議題。

這種存在於國家／超國家、地方／區域的管制兩難，在訴諸「社會自主管制」上看到解決的曙光。[179]依照歐盟指委會的想法，運用這個制度不是說「沒有政府的治理」（governance without government），毋寧必須這麼觀察，即與傳統的管制手段相互交錯、彼此運用。為了表述這種交錯的管制類型，在網路治理領域廣為人知的「共同管理（治理）」（Koregulierung）對於歐盟治理機關來說彷彿咒語似的，縱然概念仍相當模糊，卻因為這種模糊帶來的美好，得以處理管制與自主管制間共同作用的現象，並描述難以簡單用概念表現的公部門與私部門協力。

---

hung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben: Vorträge auf dem koreanisch-deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich vom 13. bis 15. September 2007 am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer, 2008, S. 23-36.

178 KOM(2001) 428.

179 Vgl. *W. Schulz/Th. Held*, a. a. O. (Fn. 87), A-1; Vgl. *C. Franzius*, Regieren durch „besseren" Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, in: Th. Bruha/C. Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, 2003, S. 155-156.

責司資訊事務的委員Erkki Liikanen就說：「共同管制（Co-regulation）指涉更進一步的自主管制。不單單只是並存著管制與共同管制，其毋寧指出透過公私伙伴間的合意來分享責任。[180]」因此，歐盟指委會將共同治理認為是良善治理（das gute Regieren）的核心要素。不過，共同治理只有涉及執行措施之準備層次。[181]主要行動者參與管制措施之作成與實行造成的影響是，這些措施與相關的政策越來越符合，而且許多非常細緻、不具拘束力的規範因此遵循得較好。歐盟指委會建議更加強地利用共治措施從兩個面向上有重大意義：其一，不單是放棄管制，而是樂見更佳的手段運用；其二，共治為法律管制開啟了更寬闊的場域。在此，法律上不具拘束力、而由利害關係人以自己責任作成的措施要居勝場。

第六款 小結

綜上所述，自主管制係指，國家以外之主體應當確保自己的行為標準，進而採取的一切措施。其立基於私人的社會行為，而外於國家的公權力干涉；其涉及「形成集體的秩序典範並追求基本權之自由」與「自我指涉的功能邏輯」，雖然社會自主管制進行過程中不僅追求個人商業利益，與其他商業利益共同作用下也剛好（zufällig）對提升共通福祉有所貢獻，[182]使得追求個人利益的同時也兼有公共利益實現之效果。

自主管制中的管制可以理解為國家以法律為手段來影響並調控私人有所付出來履行公共任務，並且承擔擔保責任，其出發點是調控目標得以由社會進程自主實現。因之，自主管制可以看成是座落於國家直接命令式控管與純粹自主管制之間的調控形式，一方面不只是單純不受拘束的私人行為，他方面也不是直接行

---

[180] *E. Liikanen*, in: European Multimedia Forum, Regulating the Information Society, 2001. Zitiert nach: *C. Franzius*, Regieren durch „besseren“ Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, in: Th. Bruha/C. Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, 2003, S. 158.

[181] KOM (2001) 428, Abl. EG 2001 Nr. C 287/17. Zitiert nach: *C. Franzius*, a.a.O. (Fn.179), S. 157.

[182] Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 33.

使國家高權（即使例外情況可以以委託私人行使公權力的方式）來履行公共任務，毋寧是一種秩序法上的高權手段與純粹自主管制的結合，希冀理想上能夠使兩種管制手段的效果得以發揮。國家預設目標與框架，誘發私人填充該框架內涵—亦即納用私人的主動與專業知能，這些相對於國家可能更為豐富的資源像是人事、財源、物質、專業知識、技術竅訣、關係等，但另一方面國家也要建立輔助的控制架構，以能夠在瑕疵發展時介入干預。[183]

如果國家想要或者必須實現公益目標，他不能僅仰賴市場那隻「看不見的手」的機制，也必須面臨自主管制作為調控手段要面臨的有效性條件提問：例如為了擔保介於具有利害關係的私人間競爭地位平等以及國家與私人間的信賴，各個團體重視規範遵循等。國家或可以嘗試用傳統高權手段課予私人一定義務來達成目標，或者試著影響並調控私人利益，讓私人利益與共通福祉並行不悖。亦即，在自主管制中透過國家調控引導私人行為與共通福祉調合。像是經濟的脈絡—像是需求者的壓力、形象營造、競爭優勢等因素可能會促使私人實現公共利益。

第五節 社會自主管制的類型

第一款 諸種類型化之嘗試

因為國家與社會分工實現共通福祉與責任分擔的多樣性，也形成不同基準觀察下，針對社會自主管制手段類型化，提出不同之區分結果。例如德國學者Hans-Heinrich Trute以國家與社會間為了分工實現共通福祉形成的法律關係為基準，將社會自主管制的形態區分為國家決定責任框架內之私人行動與決定、私人為確保公益而利用國家工具、國家擔保責任下之私人獨力執行任務、受國家規制

[183] Ebenda, S. 39-40. 這樣的說法也突顯出當代行政行為不再能用過去單純的分析組態來理解，並非定性為A行政行為即不具有B行政行為的質，反之逐漸居於要位的是混合行政（Mischverwatlung）。Vgl. *L. Michael*, Formen- und Instrumentenmix, in: W. Hoffmann-Riem, Wolfgang/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle(Hrsg.), GVwR II, 2007, §41.

與監督之社會自主管制、受國家引誘與影響之社會自主管制等五類；[184]Udo Di Fabio則將焦點放在法律執行，將社會自主管制分成書面審查程序、受控管之自主監督、第三人之他主監督、合作規範具體化、組織結構之公益導向、獨立履行組織、補充執行等七種形式；[185]日本學者原田大樹以市場取向或團體取向為橫軸，以國家他律或社會自律為縱軸，將社會自主管制區別為團體自律模式、團體參與模式、監查認證模式與誘導模式。[186]

然而，這些分類讓人並不滿意。Trute 區分中的「國家擔保責任下之私人獨力執行任務」，很容易與功能民營化範疇下公權力受託人混淆；儘管規範制定層次上之私人協力，也許得放到「國家決定責任框架內之私人行動與決定」，但並自主管制的痕跡並不清晰。Di Fabio 雖然幾近完備地整理社會自主管制的型態，但能否均以「法律執行」的標準一概而論，特別是合作規範具體化是否能夠放在法律執行的概念下，不無疑問；儘管七種被他歸類在法律執行的社會自主管制型態具有高度公法學的連結可能性，但似乎過於偏重國家觀點，而可能忽略社會自主管制的本質來自既存社會力的驅動運用。原田大樹的區分方式雖然含括了既存社會力的考量，但是在團體自律模式上顯然沒有處理、回答社會自主管制（特別是純粹的社會自主管制）跟私法自治間的差異與關聯性，換言之，其架構中具有公法學意義的社會自主管制，可能僅包含團體參與模式、監查認證模式與誘導模式之一部分。

第二款 本文採取的分類基礎

本文採取的分類基準著眼於國家與社會部門參與管制任務的勢力強弱。透過私人履行管制任務有兩個可能性：純粹的社會自主管制與受調控的社會自主管

[184] Vgl. *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 164), S. 952ff.

[185] Vgl. *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn.9), S. 242ff.

[186] 參見原田大樹，同註 38，頁 55 以下。

制。[187]其指出國家與社會不必然是憲法體制預設的二元對立，毋寧是一種從在於國家與社會中間地帶的表現型態。[188]

Wolfgang Hoffmann-Riem以國家與社會對於管制事務協力之高低程度，將管制的基本類型區分成以下四種類型：落在光譜最左端是國家命令式管制（staatliche imperative Regulierung），其主要由國家的誡命與禁令組成，在傳統公法釋義學上可以對應到高權的干預行政（hoheitliche Eingriffsverwaltung），例如傳統的下命處分、附許可保留之禁止；近來愈漸頻繁的傾向是，傳統屬於國家高權命令式的管制責任移轉到個別的行動者身上，並且於貫徹國家預設目標時，在個別行動者自我利益的驅使下，利用其社會參與與專業知能作為調控要素。就此，國家管制創設了自主管制可能性，並將之整合入國家管制的概念中。也就是說，在這種情況下國家依然保有其履行責任，但是進行規制的國家希冀，當受管制者享有作成自主決定的空間時，國家預先給定的目標也能夠、或至少較容易達成。例如誘因效力與補助因素。是為「納入自主管制要素的國家管制」（staatliche Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente），例如環境公課之運用、環境評估審查中兼有私人與國家機關職權調查、環境審查制度中私人企業自我監管與國家監管的雙軌並行、環境保護受託人之僱用、建築法上取代事前許可程序的報

[187] 儘管自主管制看似國家不在居於管制主體之地位履行管制任務，但不因此意味著國家得以完全脫免管制責任。在國家角色變遷的進程中變換的毋寧是，國家如何適應其管制角色、如何調整其管制策略與擘劃更有效率、更有接受度的管制手段。在這個意義下，自主管制仍舊座落於國家權力框架中的某個位置、仍受到來自國家方面特定調控，差別僅在於這樣的調控機制不再以傳統下命形式呈現。因此，為了行文順暢之考量，除非有特定指涉國家全然將管制任務與責任移轉予私人（意即「實質民營化」或「任務民營化」的傳統思考），否則行文脈絡中自主管制，即指涉「受管制的自主管制」。於純粹的自主管制類型時，會加上前綴的形容詞以示區別。相同的區分方式與意義，參見 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 32ff; *P. Collin*, a. a. O. (Fn. 100), S. 5.

[188] *R. Wahl*, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 319; *C. Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003), S. 506.

備程序等；[189]倘若國家繼續在第一線的管制權力之行使與責任之承擔上繼續退位，同時容留、甚至促進私人參與管制任務之履行、管制目的之達成，這裡的重點是原則上充分信賴自主管制—像是納入私法自治的目標設定，而國家不再承擔履行責任，或者至少暫時退位；但是，國家對自主管制創設特別的管制框架，該框架預先設定可能選項的結構，而保留一定餘地給選項的具體化與選擇（Optionenkonkretisierung und –wahl），只要私法上的責任法體系在實現公益取向條件時用來解除負擔—例如產品責任法或環境責任法，仍會有規制效力來影響風險製造人私法自治的行為，例如德國產品安全法中國家全然退出事前管制的任務，僅承擔對指定認證機構的認可監督與市場監督；[190]光譜的最右端則是（純粹的）私人的自主管制（"reine" private Selbstregulierung）。

Martin Eifert則將之進一步簡化，從管制策略的角度將管制手法區別為國家高權管制、受調控的社會自主管制與純粹的社會自主管制。[191]本文關懷的是私人參與管制任務且有別於功能民營化與傳統理解的剩餘形式（也有學者稱為「剩餘的公共性」），[192]故將廣義的社會自主管制理解為國家高權管制之外的諸型態，狹義的社會自主管制再排除純粹的社會自主管制，從而，狹義的社會自主管制可以標誌於國家與社會部門共同參與形成的管制型態，並依國家調控程度之強弱，進

---

189 Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen—Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen, 1996, S. 300-302. 有學者認為，Hoffmann-Riem 是將自主管制概念引入德國法學界討論的先驅。參見 *W. Schulz/Th. Held*, a. a. O. (Fn. 87), A-1.

190 這種不在直接作成決定，取而代之在作成決定的結構過程設定影響決定結果因子的設計，可對應到社會系統理論對於行政法學界的啟迪。Vgl. *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 1f; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 169; *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 75), §1 Rdn. 8-9.

191 這種區別「純粹的社會自主管制」與「受調控的社會自主管制」在美國法上也可以找到相類似的區分。Jody Freeman 也以國家介入的程度強弱，將自主管制（Self-Regulation）分成自願的自主管制（voluntary self-regulation）與強制的自主管制（mandatory self-regulation）。*See* Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 Admin. L. Rev. 813, 831, 834 (2000).

192 Zitiert nach *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 283.

一步細分為納入自主管制要素的國家管制與受調控的社會自主管制。

第三款 純粹的社會自主管制

管制的概念總與高權活動脫離不了關係，或至少必須在高權活動的脈絡中理解。但是倘若過於狹隘地看待管制，那麼就無法含括個人或集體追求私益之際同時也符應實現共通福祉的現象。再者，也不宜與私法自治的概念等量視之。因此涉及非國家部門規範制定或其他超出制度內部事務並包含影響市場經濟進程的行為時，[193]單單在預設有管制主體與管制對象的管制架構中並無法窮盡描述之能事。[194]

純粹的社會自主管制係指社會固有的組織中，參與的行動者合意決定共同標準（規範制定權限），並且出於自己責任監督有無遵循（管理權限）。這樣的標準大多包含技術規格或行為與評價準則（Verhaltens- und Bewertungsmaßstäbe），參與者有義務遵循之。[195]這裡的目標是確保當事人自己的行為準則（Verhaltensmaßstäbe）並形成集體秩序模範。這在經濟上可能由供給與需求而發生，或者藉由私人規範制定及理解以及藉由其他手段來實踐共通福祉的要求或是自己的目標於市場過程中，並且導正部份的市場失靈。由國家所定義的公共目的得因此被追求，但不必然一定要追求。相反地，典型的社會自主管制在於成就實現私人利益，只是私人在實現利益的過程當中及其成果或者附隨產物同時有助於共通福祉的實現。[196]私人也得以建置如同國家管制機關專責於監督與轉換管制目

---

193 不過，如果私人機構只有對內部事務為規定而沒有外部影響市場經濟程序，充其量只能放在純粹的自主管制來談。同樣的如果涉及控管內部事務，也僅是自我控管（Selbstkontrolle）的範疇。

194 *I. Witt*, a. a. O. (Fn. 76), S. 45. 事實上這也涉及管制概念作為啟迪意義的開放性與侷限。一方面，其概念的開放性容留發展潛能與科技整合的空間，他方面卻並未表述誰是管制者、誰是管制對象、什麼是管制客體、管制的目的為何以及何種管制手段。類似見解可參見 *D. Bosch*, a. a. O. (Fn. 135), S. 68ff. 惟其僅點出管制問題中管制者、對象與手段的三個面向。

195 *W. Schultz/Th. Held*, a. a. O. (Fn. 87), A-2; Vgl. *K. König/N. Dose*, Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 111.

196 *M. Eifert*, a. a. O. (Fn.57), §19 Rdn. 145.

標的管制單位。

惟，在自主管制場合雖然盡可能應該留給私人自我責任、自主行動與創新的空間，但國家同時設置一定框架來確保共通福祉的利益。該框架由國家目標設定與程序規範所組成，其應當顧慮透明性、公平性、輔以充分資訊提供的公開性。為了鞏固框架也有對私人的品質要求與國家監督機制，在不良履行的場合國家監督者仍有必要的干預權力。若私人確實得合於秩序地履行公共任務，國家就可以從直接的任務履行地位退位而留給私人。[197]因之，當重點從純粹的社會領域復向國家端的影響轉移時，例如強調立法時的國家影響與強制社會固有的實行機構，即落入受調控的自主管制範疇。

第四款 受調控的社會自主管制

受調控的自主管制，此概念是介於高權的他主管制（hoheitliche Fremdregulierung）與純粹的社會自主管制（reine gesellschaftliche Selbstregulierung）間存在一種混合調控形式，其算是純粹的社會自主管制動機與高權的他主管制動機耦合、彼此相互關連、補充的場合，[198]較之於完全不受公法拘束的私人行為有較多的公法限制，但卻不至於完全受直接國家高權的規制；從國家管制與純粹的社會自主管制兩端向中間移動，受調控的自主管制甚至得以發展出兩種不同的次類型；[199]但總括來說，對於純粹的社會自主管制繫上高權、秩序法的管制工具，希望在理想上讓兩種管制模式的優點均能發揮，即是受管制的自主管制濫觴之所。一方面由國家預先設定目標與框架，使私人得在該框架中基於基本權主體地位行使基本自由權來形塑生活、開展人格，或鼓勵私人充實該框架，使私人活動在結

197 *A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 41.

198 *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn.61), S. 255.

199 *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 189), S. 300ff; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 221; *G. F. Schuppert*, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht, in: ders. (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 316;

果上也能耦合地實現共通福祉，但在側翼建立控管以俾在發展上出問題時有介入干預的空間。[200]因此，受調控的自主管制可以標誌為履行公共任務的新型態調控手法。[201]。

國家或動用自律式建立的自願自我管理機構，或他律地促使私部門建置自主管制機制。其在受調控的自主管制架構中，國家一面要動員私人利益以創造共通福祉的善果，但另一面也在公益的要求下必須疏導私人利益，[202]甚至解決其衝突。其調控會盡可能將私人行為引導到公益相容（Gemeinwohlverträglichkeit）的方向，也就是所謂「間接調控」[203]、「反思性調控」或「脈絡調控」。

受調控的自主管制可以從兩個面向與（傳統的、國家的）高權管制和（單純的）社會自主管制相區別。一方面，在追求實現或補充管制目的時，利用個別的、特殊的社會系統固有邏輯，這是受調控的自主管制與高權管制不同之處。亦即，這關係著藉著具有形成效果的社會關聯、經有意識設置的行為自由空間。他方面相較於純粹的社會自主管制，受管制的自主管制要遵循特定的、或至少由國家共同決定的目的，並且擁有特殊的問題關聯。只不過，倘若吾人也將市場列入自主管制機制的固有邏輯，要將那些使純粹社會自主管制成為可能的法律規定同受管制的自主管制區別開來就不是那麼精確。[204]

第五款 小結

綜而論之，自主管制與高權管制的差別在於，在追求管制目的之實現或補充時，有無利用個別的社會固有邏輯—亦即有意識地將建構性的社會關連植入行動空間內。另一方面，受調控的自主管制與純粹的社會自主管制的界分在於，自主

[200] Vgl. *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 164), S.950; *A. Finckh*, a. a. O. (Fn. 62), S. 45ff.

[201] *A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 1f.

[202] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 168-169.

[203] Vgl. *R. Voigt*, a. a. O. (Fn. 121), S. 173ff; *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 13.

[204] *M. Eifert*, a.a.O. (Fn. 57), §19 Rdn. 15.

管制遵循特定、或至少由國家共同決定的目的。[205]而公法學上有意義的社會自主管制應是受調控的自主管制。雖然其中私人的自己責任、行動方式與創新力仍盡可能地保留，但國家兼有設定框架來確保公共利益。這個框架由國家目標設定與程序規定組成，其應當顧慮透明性、公平性與充分供給必要資訊的公開性。為了確保此一框架，對於私人單位有品質要求以及國家監督，以俾在不良履行時採取必要的介入干預措施。若私人得依序履行任務因此受到確保，國家得從直接任務履行中抽身並留給私人完成。[206]

第六節 社會自主管制的釋義學定位

Patrick Scholl曾對行政法中私人專家參與理論提出一般性的要素分析。氏觀察到，作為行政法管制對象的社會總體全貌趨向複雜，行政法必須對於該複雜性升高提出規範性的回應，一方面要更細緻地建構人民的行為規範，他方面也不能忘卻公法學念茲在茲對於公行政自身的拘束性。因此，適當地處理行政法學中的私人專家參與並分析其結構與任務，除了提供行政法運用私人專業知能的資源外，更有助於行政任務、甚至公共任務履行上的實效性與穩定性，[207]並在秩序理念的導引下建構私人專家參與的類型。[208]

行政法上的專家參與可大別為四種類型：[209]

1. 第一類是行政機關安排的專家鑑定人，定性上為行政助手。

2. 第二類是受託行使公權力之專家，定性上為公權力受託人。

3. 第三類是私人安排的專家鑑定人。

---

[205] Ebenda.

[206] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59) S. 41.

[207] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 89ff.

[208] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), S. 112ff.

[209] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 146ff.

4. 第四類是核驗人（Verifikateur）。

第一種類型與第二種類型即呼應傳統行政組織法上的理解，行政助手係屬國家手足之延伸，雖然專家在這裡基於其專業知能不受到行政機關指示而活動，但由於行政機關享有作成高權決定的最後權限，私人專家在這裡僅是受行政機關委託從事事案鑑定，提供作成高權決定所必要的基礎資訊，可以「獨立的行政助手概念」來掌握；[210]受託行使公權力之專家乃依附於國家直接行政、居於公法上功能性組織意義之行政機關地位，在受託範圍內行使公權力。[211]

與獨立的行政助手不同，私人專家從事活動並非來自行政機關之委託，而是就執行公法規範綱領時，由規範對象促使私人專家參與其中。[212]之所以必須作為獨立類型，除了私人專家從事活動的權限來源基礎有別之外，其類型並沒有規定在德國聯邦行政程序法與行政法院法，依據行政程序法中職權調查原則，甚至得出私人所驅使的鑑定完全要定位在體系之外（systemfremd）。行政程序當事人（Verfahrensbeteiligten）不論是否為了追求其自我利益，得在程序進行中的任何時點讓私人專家實施鑑定並將鑑定結果呈入行政程序；行政機關不得僅因由程序當事人提出之鑑定結果，原則上不符合德國行政程序法第 26 條意義之證明方法而全然不注意。雖然這可以用行政程序上事案調查的協力義務或者程序民營化加以描述、理解，但仍就是在行政程序中理解的私人參與，不當然涉及管制任務之協力完成。

惟若程序導向的私人專家參與具有自我反思性格，且處在受規範對象自我反思性的自主監管框架內，亦即立法者為了促進受規範對象自我反思地行動，引進以品質改善為目的之計畫形成以及取向形成義務（Plan- bzw.

---

[210] Vgl. *H. Maurer,* a. a. O. (Fn. 162), §23 Rd. 59. 中文部分，參見陳敏，同註 123，2009，頁 1002；董保城，同註 161，頁 151-153；程明修，同註 160，頁 423-435。

[211] *H. Maurer*, a. a. O. (Fn. 162), §23 Rd. 56-58.

[212] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 205.

Konzeptbilduingspflichten），使私人有義務引入私人參與。[213]例如依據廢棄物清理法（KrW-/AbfG）的私人專家，即是在程序式行為調控下的私人鑑定者。此間接調控在規範上無法將結果回饋到行政機關實體規範綱領的執行，也跟有利於受規範對象的激勵程式無關。

對社會自主管制多方法律關係有意義的是第四類執行模式上的私法上專家—核驗人。在建築法中經認可之私人專家、環境審查法中的環境審查人與產品安全法中的指定驗證機構均有別於過去行政助手與受託行使公權力之私人的專家類型，也有別於單純經受規範對象委託提供專業知識報告。[214]

其特色在於私人專家在國家管制的範圍內作為控管層級，但其權限基礎又非源於國家公權力委託，而是來自於受規範對象的委託；其作成鑑定的活動符合自主管制的行為調控概念，因為核驗人作為私領域的私人專家，立法者僅是藉由框架立法將其服務給付整合於調控策略中，該調控策略係將共通福祉目標之達成寄託在動員受規範對象私人的自我利益，並利用該自我利益為調控資源。[215]結果上來說，原本階層式行政機關來安排、執行國家管制受規範對象的行為一部或全部收手，表彰國家任務履行的改變形式，進而使得私人專家變成公法與私法體制間重要的樞紐（Scharnier zwischen den Regimes des öffentlichen Rechts und des Privatrechts）。透過立法者，將專家控管連結到以社會自主管制為導向的管制企圖上。[216]

---

[213] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 220f.

[214] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 279.

[215] *H.-H. Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 23.

[216] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 282.

第三章　社會自主管制之系譜

「當代思想最有害的習慣之一，是將當下的時刻分析為歷史上一個確切的斷裂、一個尖峰時點、成熟階段或是復歸的黎明時刻（Moment der wiederkehrenden Mogenröte）。……吾人所處的時刻並不是歷史中唯一的、根本的、或任何事物都完成並重新開始的轉捩點。」[217]

在「管制革新」[218]、「作為調控科學的新行政法學」[219]、「作為相互補充秩序的公法與私法」[220]脈絡下被標誌為「新管制手段」的社會自主管制，其新穎性不是當代才獨有。當我們暫時抽離當下可看到的自主管制型態，循自主管制發展的軌跡往回走，從古至今，或者容我將時間限定在「近現代國家形成史」的進程中，會發現管制問題一直占據著國家行政的關懷核心。從法律史考察得到的啟發是，在現代意義的國家制度尚未出現之際，社會部門即利用既有的自我組織承擔諸多共同生活衍生的公共任務；在國家形成之後，這些社會部門固有的公共任務，也許經過一定國家化、法律化的過程由國家部門收編，未經收編的則留存於社會部門，但受到國家部門不同程度的規制。而國家運用社會部門協力完成公共任務的思維理念，在 18 世紀後半葉，最晚在 19 世紀中已經在諸多管制實務上就可以看到一定蹤影，並隨著近代國家的出現確立了公私二元區分的規範體系。

第一節 現代國家形成前之公共任務承擔

在歐洲中世紀出現（莫約 12 世紀），並且在 15、16 世紀穩健發展的同業公會制度，[221]可以標誌為前國家時期承擔社群公共任務的行動者。同業公會強調成

---

[217] *M. Foucault*, Strukturalismus und Poststrukturalismus, in: D. Defert/F. Ewald(Hrsg.), Michel Foucault: Schriften VI 1980-1988. Dits et écrits, 2005, S. 543.

[218] 陳櫻琴，管制革新之法律基礎與政策調適，載：管制革新，2001，頁 1 以下。

[219] Vgl. *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 75), §1 Rdn. 10.

[220] *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 189), S. 301-302.

[221] 在文獻上可以看到指涉這一類基於共同宣示的自願性同盟（Zusammenschluss）諸種不同的名

員自由同盟，其自力集會並有義務彼此扶持；其承擔的任務極度廣泛，例如同業公會規章（Zunftordnungen）規定，哪些人具備從事手工業的人格要件、哪些人得從事與地產相關的營業；同業公會的核心商業任務包含原料取得、控制生產的品質與數量、規定受僱的徒工（Geselle）與學徒（Lehrling）的數量、商定價格與生產技術，甚至進一步規定競爭與商業活動的條件；更細緻地還包括工時、作業流程與容許的生產工具、用料與輔助材料；通常也會規定學習工廠（Meisterbetriebe）的合法數量來限制競爭。除了承擔與經濟、商業活動有關的公共任務外，同業公會也承擔社會政策的任務（societates et fraternitates），亦即為其成員謀福利，防護疾病事件與不幸意外，並安排寡婦與孤兒之保障。[222]同業公會作為雇主（師傅）的結社也由受僱者（徒工）的同盟反映出來。在當時，榮譽得以作為社會施壓手法，並且具有廣泛的社會意涵，又榮譽之內涵由同業公會定義並鞏固，所以同業公會具有顯著的控管與貫徹其目標的能力。外於同業公會勞動的手工業者（Bönhase），必須在同業公會嚴格控管與違法之間從事工作。誰要是不按照諸同業公會定期或不定期舉行的晨間大會（Morgensprachen）集會時形成的想法做事，就必須停止工作。甚至，同業公會的勢力展現在其自己的紛爭審判權（Zunftgerichtsbarkeit）上。[223]

到了 16 世紀，當時的神聖羅馬帝國議會（Reichstag）發布手工業令，其主要包含對手工業的刑罰規範，並作為前近代的警察法令。其規定例如哪些人不得登入手工業（像是非婚生子女）以及禁止對尋求工作機會者的不平等待遇；甚至

稱：職業公會（Gilde）、Einungen、同業協會（Innungen）、漢薩同盟（Hanse）以及同業公會（Zunft），直到 1548 年的帝國警察令使用 Zunft 作為上位概念。*M. Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rdn. 58. 德文中的 Zunft 專指手工業者的行會，至於商業公會則用 Gilde 稱之，但在英語世界不論工商行會均已 Gilde 稱之。參見阿諾・伯斯特，瞿德瑜譯，歐洲中古生活形態：百篇精選史料導讀（上），2011，頁 292。

222 *Th. Simon*, "Gute Policey". Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, 2004, S. 10ff; *M. Schmoeckel*, a. a. O. (Fn. 221), Rdn. 59. 同業公會不僅要承擔世俗的任務，還包括許多教會與交際任務。另參見阿諾・伯斯特，同上註，頁 290。

223 *M. Schmoeckel*, a. a. O. (Fn. 221), Rdn. 60.

規定與消費者的關係，透過禁止以形成出售價格為目的之聯合行為協定（Kartellabreden）與其他不正操控行為。[224]

隨著權力逐漸集中化，到了 1731 年的帝國手工業令已經明文禁止未經當局者事前知悉而成立的同業公會集合；且同業公會及其規章僅得在當局者的同意與確認下設立、制定，使其受國家權力之監督。後來在 18 世紀中手工業規章已由國家權力取代、可任意變更而喪失其自主性。[225]

第二節 現代國家形成後之公共任務承擔

第一款 安全作為國家目的

從國家學上來看，安全維繫是國家存在及其物理暴力壟斷的正當性源由，亦即是國家存在的目的，[226]並給出傳統國家任務的核心領域，甚至從國家發展史與行政任務變遷史的考察中可以發現，安全議題從早期警察學的內國秩序到外交學的歐洲均勢問題，[227]到立足於自由法治國理解以及透過法律限制政治支配概念上的「合法自由的確定性（Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit）」，現今安全意涵遞嬗成為了保護人民免於繫諸社會的、科技的、環境的還有犯罪的風險與危險，對於原則上不受拘束、無止盡的國家活動的承諾。[228]只是維繫安全之同時，也必須思索從近代國家發展史的角度反省安全與自由間存在的緊張關係。[229]

---

[224] Ebenda, Rdn. 61.

[225] Vgl. *M. Vec*, Kurze Geschichte des Technikrechts, in: M. Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 14; *M. Schmoeckel*, a. a. O. (Fn. 221), Rdn. 62.

[226] Vgl. *H.-Ch. Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 27-28.

[227] Vgl. *M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 128), S.134ff.

[228] *S. May*, Sicherheit – Prävention – neue Risiken: Zum Wandel moderner Staatlichkeit und ihrer rechtlichen Handlungsformen, vorgänge Heft 2/2007, S. 92ff.

[229] 學者 Josef Isensee 即指出，自由與安全亙古以來存在一種二律背反的命題，而且遭遇該命題時必須遵循「有疑者，自由為上」（in dubio pro libertate）的法諺。根據該命題，向來認為安全之維護或保持必須以自由之犧牲為代價。Vgl. *J. Isensee*, Das Grundrechte auf Sicherheit : Zu

近代國家出現與物理暴力壟斷的正當性在於維繫外部與內部的雙重安全，[230]就內部安全來說，除了因內部動亂產生的安全問題外，隨著科技不斷發展，特別是工業化後的結果，以國家固有的法律基礎、制度結構與程序來擔保技術規制的安全性（即技術安全，technische Sicherheit）也直接、個別涉及到勞動者或者產品使用人的生命、身體、健康與財產上之損害風險，以及間接、集體影響到環境的生態。[231]法制度處理這些風險的機制在國家出現後即彙整到危險防護（Gefahrenabwehr）這個一般警察秩序法的概念下。換言之，自由與安全間的複雜關係，其不僅建立了自由的治理藝術，其區界（Abgrenzung）也不同於往昔的權力技術。[232]

第二款 管制作為國家任務

如果考量緊密互動關連與高度分工的社群生活又想要在某種避免損害結果的意義上盡可能地製造安全，就必須出於法律的觀點令有損害可能的行為不作為甚至禁止之。想當然而會限制個人自由空間，甚至意味著進一步放棄實現這些行為所追求的自利目的、互利目的甚至提升福祉目的。[233]不過，單單禁止損害本身無法切中擔保安全的任務。為了維繫安全衍生的管制任務毋寧在於，衡酌彼此衝突的利益下制定差別化的規定，一方面以個別要求與義務揭示保護的必要措施，他方面也要規定，對於暴露在風險中的可能利害關係人，什麼是可以期待的。[234]

---

den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S.1ff.

[230] *D. Grimm*, Das staatliche Gewaltmonopol, in: W. Heitmeyer/J. Hagan (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, S. 1297-1313;*M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 128), S. 414ff.

[231] *P.-T. Stoll*, a. a. O. (Fn. 58), S. 19; *M. Vec*, a. a. O. (Fn. 235), S. 6ff. 例如國家權力透過國家法律深刻、系統地介入勞動關係在工業化之前根本不存在。這樣的管制類型隨著管制對象（即社會）內部顯著的複雜性提升而形成，而此規範結構針對集體主體，追尋實質目標，賦予法律主體自由並同時保護勞工。

[232] *Th. Lemke*, Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität, 1997, S. 184.

[233] BVerfGE 49, 89(143).

[234] Vgl. *P-T, Stoll*, a. a. O. (Fn. 58), S. 269.

系統擔保安全的重要功能首先在於規範制定，並在控制的意義下審查其保護功能是否充分、是否遵循制定的保護規範。

在十九世紀的進程中，法律、經濟與科技間出現令人振奮的交會，這波交會特別體現在規範化（Normierung）的進程上，而且規範化的展構發展於十九世紀中葉到第一次世界大戰期間，恰好呼應社會自主管制機制的濫觴期。[235]在德意志帝國大規模立法之始（約西元 1880 年起），標誌為干預國家的特別立法開始擴展，以回應在歷史上全然新穎的科技與經濟現象；面臨工業革命時代出現新問題，儘管傳統危險防護的概念仍有其必要，但其內容卻必須生產新的法律思維來填充、回應。例如商業工會與同業團體開始進行國際性的法律調和（Rechtsharmonisierung）。由個別法律適用者來執行法律，在何種範圍內可以符合立法者的調控想像、有哪種異議會反對進入市場、自由貿易的權利、鑑於法律制訂過程中個別行動者的多樣性（例如專家參與）、影響法制訂與法適用之協會與團體或委員會（Gremium）的差異性，在何種範圍內還能預設個別立法意志及其所欲的規制效力，這些問題如果要嘗試在行政法釋義學的找到一個定位，必然離不開在規範制定與解釋適用的場合要遭遇的不確定法律概念與行政裁量，並且涉及法制訂、法適用、法執行的三層次關係。[236]

顯然，科技專業團體在特定領域的立法活動中究竟扮演什麼樣重要的角色，這些科技專業團體的崛起又萌發何種結果與衝突，這樣的提問不僅根源於規格制定時參與了諸多非國家部門的行動者的現象觀察，也表徵當時對於法律在專業的規範化上承載了多樣且分殊的期待，尤其是相對於其他形式的規範性而言。直到技術規則以新的規範性形式在十九世紀進程裡成形，司法的規範性不再居於唯一獨佔地位，但並不意味著在這些技術規則中法所具有的意義與對意義規則帶有的

[235] *M. Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution: Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung, 2006, S. 1ff.

[236] *M. Seckelmann*, Recht in der Industriellen Revolution: Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich, 1871-1914, 2006, S. 49-50.

重要性得以全然揚棄。其毋寧是在功能上取代法的地位，在內容上整合於法秩序中並與諸法律原則共同組成個別規範體系。這波技術規則的產生一般被稱為規格化（Normung），特別是德國標準協會（DIN，das Deutsche Institut für Normung）。

規格化在日常用語中仍留給那些透過協會所組織的程序或者與技術專業知能相關的程序。雖然技術規格化經常觸及像是法律規範化的專業領域，但是規格化並沒有以權威性的條文—尤其是以法／不法這組符碼為區分—的形式出現，在德國也絕非國家規範設置的一部份。因之這裡遭遇的國家學提問也是：國家制度在社會自我規範化以及自主管制的這些形式中應當扮演何種角色。

要之，早在 19 世紀進程中就有一系列規範制定權非由國家立法機關獨占，而是釋放給業界團體。這些協會訂定的規範通常被頌揚為柔軟的、具有彈性的，而相對於往負面方向而描述特別是由立法機關所制定的的法律：僵硬、沒有彈性並且被批評為不適合管制現代社會。這樣的批評在管制發展史上從不缺席於自由主義的論爭，但卻是利用社會自我組織力在規範制定層次的社會自主管制型態在史料中的一種體現。[237]

第三款 傅柯的國家學反思

第一目 對人治理作為國家任務

各個時代有其管制需求（Regelungsbedarf）與規範化需求（Normierungsbedarf），管制主體莫不尋求於適於現狀、合於時代、彈性、迅速的管制工具。法國理論家傅柯透過爬梳近代國家形成史，發明「治理性」（Gouvernementalität, governmentality）的概念來指涉、分析社會歷史的發展：在社會歷史進程中「對人治理」首次在西方歷史中作為國家主要任務來理解。[238]一

[237] *M. Vec*, a. a. O. (Fn. 235), S. 288.

[238] *C. Dahlmanns*, Die Geschichte des modernen Subjekts. Michel Foucault und Nobert Elias im Vergleich, 2008, S. 98; *Th. Lemke*, a. a. O. (Fn. 232), S. 126ff.

開始治理性的概念特別用來描述在 18 世紀發展的複雜社會權力形式，其立基在制度、程序、反思、算計與策略的總體上；它允許相當特定且同時相當複雜的權力形式行使，而涵蓋三個面向：是以人口為標靶、政治經濟學作為主要的知識形式、以及安全的措置作為主要的技術手段。[239]傳統博理立法 [240]與標誌實踐政治經濟的官房學派 [241]在立法層次遭遇，就是要回應一個來自「調控效率」（Steuerungseffizienz）與「控制密度」（Kontrolldichte）的提問，可以在規範制定與規範執行的面向上看到其實踐方式。[242]

官房學派（Kameralismus）由經濟學、警察學與狹義的官房學組成。人們將經濟學理解為理論上的總體經濟學還有像是農學、森林學的專業領域；狹義的官房學是財政學—亦即國家支出與收入的學問；警察學涉及國家的良善體制與秩序。這些官房學之分支包含總體經濟政策與行政學，並且開始在官房學科內佔據特別重要的地位。警察學立足在「博理」（良善秩序）的想像上，這個字詞原出意義是「bona adminstratio」（好的行政）並且描述以下的活動：共同體處於良善秩序而且應當如是，領邦諸侯應當為了達致並保持這樣的狀態而運用博理之技巧。[243]

---

239 *M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 128), S. 162; auch *eng.*, SECURITY, TERRITORY, POPULATION. LECTURES AT THE *COLLÈGE DE FRANCE* 1977-1978 108, 109 (2007).

240 憲政主義前的管制模型是繫於共通福祉（Gemeinwohl）。共通福祉不僅客觀上存在，並且可得而辨識。該客觀福祉除了對於社會秩序，也對於個人的生活指引起決定性作用。在過去，規定並實踐共同福祉鉅細靡遺地需要什麼，是公侯的任務。在近代國家出現之前期，利用博理制度的措置安排共通福祉與國家地位。警察國家中的法一個概括的名詞，使得所有管理都成為可能。

241 隨著軍隊與國家的經濟能力的擴展，以及於此伴生的財政擴張，形成了對於領邦諸侯以及王國預算、國家支出更有效率的秩序需求。這些新的國家活動現象在英國與法國被稱為「重商主義」（Merkantilismus），在德國則是官房學（Kameralistik）。*R. Ruge*, Die Gewährleistungs-verantwortung des Staates und der Regulatory State: zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Grossbritannien und der EU, 2004, S. 50.

242 *Th.Simon*, a. a. O. (Fn. 222), S. 550.

243 *R. Ruge*, a. a. O. (Fn. 241), S. 50-53.

但是，國家並沒有獨占實現公益之地位，反而只有不同達致的可能性。[244]歷史上，動員國家外部的資源（不只在工具意義上）在十八世紀下半葉廣泛地擴展。研究博理制度發展史的Thomas Simon曾指出，隨著近代國家發展與官房學派的影響，特別是起源於 18 世紀中葉政治經濟學之開展，博理圖像與其說消退，不如說轉型，國家逐漸將權力作用的視野從具體的個人轉向到抽象的人口，並且藉由人口掌握與作為前提搭配的戶口調查來穩定課稅基礎。治理性的內涵即是涉及管理孩童、家庭、領域、公國以及將個人的行為吸納入主權權力的運作中。這些主權權力以國家勢力（state's force）展現的技術結果，就是人口學、優生學、住宅政策、都市計畫、社會醫療、公共衛生等等滲入生活每一個角落的事務領域—即當代行政法學的理解下之公共任務（öffentliche Aufgabe）。[245]因此可以說，從規訓到治理的移動反映在研究對象上，即是從單一、具體、可被監控、被訓練的個體，到集合、抽象、可被計算、被估量的人口；同時，其知識典範從侷限在個人肉身的解剖政治學（anatomo-politique），到貫穿整個生命歷程的生命政治學（bio-politique），[246]其方法論的視角則是從微觀物理到鉅觀物理。[247]

---

[244] *F. Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29(1971), S. 140.

[245] 詹鎮榮，國家任務，載：民營化法與管制革新，2005，頁 267 以下。

[246] *M. Foucault*，錢翰譯，必須保衛社會—1976 年法蘭西學院演講系列，1999，頁 229。MICHEL FOUCAULT, THE HISTORY OF SEXUALITY, VOL. 1, AN INTRODUCTION 141(1990); MARK OLSSEN, MICHEL FOUCAULT: MATERIALISM AND EDUCATION 139 (2006).

[247] Colin Gordon, *Governmental Rationality: an Introduction*, in: GRAHAM BURCHELL/COLLIN GORDON/PETER MILLER (ED.), THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY, 4(1991). 就其權力作用的形式而言，傅柯指出規訓的特色在於分析並肢解（break down）個人的身體，肢解為可以被看到、並且被修整的構成要素；接著，對構成要素根據特定對象加以分類，並且追問：什麼是獲致特定結果的最佳行動？例如什麼工人最適於何種特定工作？什麼樣的孩子有能力獲致特殊的成果？進一步，規訓建立最佳的次序或協調，最後是漸進訓練的過程與固定的控制。「在這樣的基礎上，從不正常中區分出正常。規訓的常規化首先由設置一個最佳的模組所構成；這樣的模型是有鑑於某種特定結果所建構。並且，規訓的常規化的操作，是由以下模型所組成：嘗試讓人們、動作、行動合於這個模組，而正常人恰好是合於規範之人、不正常則是無法合於規範之人。換言之，正常與不正常（的區分）並非是規訓常規化中基礎的或是最重要的；毋寧是規範本身。亦即，存在著原初對於規範的描述性特徵，關係著這個被設置的規範，決定與辨識正常人與不正常人變得可能。」FOUCAULT, *supra* note 239, at 57

第二目 安全措置作為治理手段

按照傅柯的分析，在新的治理理性出現之前，市場成為規制和司法的場域。這個場域理的規制對象包括：流入市場之物、製造的類型、物的製造來源、販賣過程、價格與給付義務，其主要原則是分配的正義（distributive justice）以及基本生活物質的擔保，使窮人也有能力購買基本物資；又市場致力於消除欺瞞行為（the absence of fraud），以保護在市場上的人民（protection of Bürger）。換言之，[248] 市場被視為一個風險場域、一個需要管制的場域以及司法作用的場域。關懷的重心是如何避免匱乏、消除不正行為以及維持安全與秩序。亦即，最小治理的原則並不是體現管制數量減少的現象，而暗示更根本的權力機制改變。自由治理藝術的登場隱含賦予新權力形式穩定基礎，其有別於主權的法律與規訓技術。而設置開明的自由權也無法與建立安全措置來擔保自由權之行使切分。[249]

接續《安全、領土、人口》傅柯繼續以國家的系譜學分析自由主義的發展起源與當代困境。氏在 1979 年 1 月 17 日的講座中，指出自由主義不限於重視這個或那個自由，而是消費自由。自由是經濟治理不可或缺的前提要件。是治理行為的媒介與工具。因而其濫用不僅是不正當的權利侵害，更是發出一種基本的無知訊號：不知道如何接受治理（wie regiert werden muss）。所以自由主義不同於以往已行使權力的治理形式。自由的治理技術目標不在直接支配主體或者另主體屈服於自己，因為那是主體的活動與自由、是主體自己的事。這構成對自由的治理形式不可更易的前提要件並賦予其權力行使一個具體形式的結構。不同於過往的權力技術，自由主義式的治理比較少動用強制與權力（Zwang und Gewalt），相反地以個人自由為前提，也就是說，個人自由並非與自由主義式的治理針鋒相

---

248 FOUCAULT, MICHEL FOUCAULT, THE BIRTH OF BIOPOLITICS. LECTURES AT THE *COLLÈGE DE FRANCE* 1978-1979, 30-31 (2008).

249 *Th. Lemke*, a. a. O. (Fn. 238), S.184.

對、壁壘分明，而是其不可或缺的條件與經濟治理的核心要素。[250]

但自由主義下的主體自由不能等同於協調利益與管制利益的缺席（Abwesenheit eines Koordinations- und Regulationsinteresses）。相反地，自由的要素加劇了調整與調控的必要性。為了使用個人自由成就自由治理的目的，必須賦予主體自由特定的形式，而該形式已經受到當代廣泛地接納，亦即國家行為不得在欠缺合憲事由干預人民自由權利。為了貫徹此一自由的形式，需要的不只是援用強制與權力，而必須放棄使用國家的中央權力機制。[251]

質言之，自由開明的思維將重點多半放在個人財產權自由的保障與對抗國家干預，並且主要針對個人利益間的協調，而非出於自己責任、在共通福祉關聯上參與公共事務。經濟領域向來外於國家統治秩序之外，只有當向來經濟秩序失靈時，例如猝然的價格變動、資源匱乏，權責機關之干預管制方屬必要。倘若國家本身富足，使得穩健的經濟秩序成為國家的秩序目標時，國家干預之界限及手段遂須相應地位移。亦即，從亞當斯密勾勒的經濟自由圖像可以看出，共通福祉不過是個人利益積累後的附隨效果。在這樣經濟自由圖像理解下，社會自主管制反而指出一道反自由的進路，亦即出於經濟主體間的合意可能會危害市場自由，關於手工業同業公會活動的復興以及直到十九世紀末葉才出現關於經濟體反壟斷控制的討論，在在反映出經濟自由與強調繫於共通福祉的團結、聯合可能存在的緊張關係，蓋同業公會從制度功能的角度來看倘若得一言以競爭秩序之維持蔽之，就不難想像公會所屬成員與公會整體間也會有利益衝突的情況發生。[252]

第三目 自主調控作為治理藝術

[250] Vgl. *M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 128).

[251] *Th. Lemke*, a. a. O. (Fn. 238), S.185.但自由也不完全等同於權利，權利毋寧是運轉開明治理的輪轍以鞏固自由。

[252] *P. Collin*, a. a. O. (Fn. 100), S. 13.

在 18 世紀中葉開始出現的新治理技術不像國家理性（Staatsraison）只以國家力量極大化為目標，而是聚焦在經濟的治理（ökonomische Regierung）。不過，此一歷史轉移，並沒有造成國家力量的直接消減。雖然，國家干預在自然界限設定的範圍內必須估量社會現象的自然性（Natürlichkeit），不過這樣的界限絕非負面；毋寧，恰是現象的自然性開啟一系列後續未知的干預可能性，其不必然採用規章化（Reglementierung）的形式。自由放任、啟發、與激勵較之於規章、命令與支配變得更為重要。[253]

當新的治理性類型環繞著社會的自然性（naturalness）在 18 世紀出現，傅柯點出的問題是：「國家必須關心自身的什麼？國家必須承擔什麼責任？它必須要知道些什麼？什麼是國家必須要控制、但如果沒有辦法控制，至少必須要控管的？」[254]其回答的關鍵是，當吾人回歸到治理理性的本質去探尋，會發現其出發點是以人口為對象的調節機制，包括以人口統計為基礎的住宅分區、社會醫學、公共衛生等，其彰顯的是「承擔人口的責任如果不是科學發展，至少是介入的實作和類型中。……國家對於人口責任的新功能，將所有事物納入其自然性中；人口作為臣民的集合被一套自然現象的人口所取代。」[255]，因此所關注的焦點是人口體質的良善，甚至在某個意義上將使整體生命更加健康、更加純粹，而將人口作為一個生命現象納入治理的範疇中，而形成生命政治的基調。在這裡可以看到承擔起生命責任的國家，是以人口的良善生活為目的而開展一切公共任務，這可以在近代警察學的發展下找到端倪。[256]

前述官房學派論述的重點，儘管觸及如何提高管控效率、如何有效貫徹誡命

---

253 Ebenda, S. 184; *M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 55), S. 49ff; *Th. Simon*, a. a. O. (Fn. 222), S. 546ff.

254 FOUCAULT, *supra* note 239, at 350.

255 FOUCAULT, *supra* note 239, at 352.

256 根據 Simon 教授之考究，Polizei 一詞在 18 世紀之前有諸多指涉，當警察權力尚未發展成今日特定任務、預算與人員編制等機關特性時，其實含括某種具有良善秩序的共同體狀態（Zustand gutter Ordnung im Gemeinwesen），並且被賦予保護給付（Schutzleistung）與權利照護（Rechtspfleger）之角色期待，甚至在曾出現教會警察（Kirchenpolicey）與道德風俗警察（Sittenpolicey）之構想。Vgl. *Th. Simon*, a. a. O. (Fn. 222), S. 108ff, 120-126.

與禁令，但運用誡命與禁令構築成的控管手段僅僅居於輔助地位；國家毋寧應當優先嘗試透過積極誘導，促使臣民做某些特定、國家所希望的行為。[257]其以效益為評量標準，控管手段的分殊化因而與提高控管強度息息相關。藉由以刑罰為後盾的誡命與禁令來排除特定的行為方式，本質上控管即為已足；不過國家的管制活動在官房學的藍圖底下，早已超脫出壓抑式的規制模式，而需要更深層地影響人類的動機、行為與意志。單純地於違反規範的個案中抑制弊害，並不足以達成該深層影響。再者，國家關注的福祉最大化（Wohlstandsmaximierung），較之於純粹鎮壓暴力、抑止邪惡或者僅僅克制侵擾良善秩序等行為，乃一本質上更困難且複雜的秩序目的。在提昇生產力作為通往福祉最大化的指引下，單單藉由刑罰所維護的誡命與禁令並不足以帶來更有效的經濟活動，反而需要差異地影響社會的不同生產階層。

在福祉極大化與深層影響的企圖下，課稅（Abgabe）作為新型態的誘導工具，其持續地關注糧食狀態（Nahrungsstand）、行為算計（Handlungskalkül）、政治調控的措施及其效果；這個時期首先追問的問題不再是「社會的哪個角落有油水可撈」（財富積累導向之思維），在此之前應當檢視，徵稅是否在經濟政治上帶來不可欲的附隨效果。質言之，管制思維不僅僅需考量手段是否有助益達成目的，進一步需思慮手段與目的間是否衡平。當時的社會複雜性使得管制需求提升，並帶起新型態的管制手段（Instrumentarium）。其目標在於極大化社會財富（Maximierung des gesllschaftlichen Wohlstandes），而不再只是貫徹並維繫內國之和平。因此干預的焦點從消極地防止動盪，轉向積極地促發生產力（Produktivität）。[258]

要之，傅柯認為新的治理技術不同於國家理性著重在國家武力、財富與力量完全不受限制地擴張，不再將所有重心僅放在外部、可視的權力作用，轉而從內

[257] Ebenda, S. 553.

[258] *Th. Simon*, a. a. O. (Fn.222), S. 533ff.

部限制治理權力的行使，是「為數眾多且複雜內部機制的組成」。治理藝術在機制上、在效果上、在原則上均不同以往地新穎，「揚棄」（Aufhebung）了過去國家理性的形式。[259]其型態是最小政府或是儉樸的政府（least government, frugal government），但這樣的縮減應當看成是一種國家理性的強化或是「內在的精緻化」（internal refinement of *Raison d'Etat*）。而自由主義就在政治經濟學與最小治理的連結中展開其脈絡，功效主義作為該治理藝術的主要技術，公法學（ius publicum）則嘗試限制原本國家理性不受限制的趨勢；[260]新自由主義的技術嘗試去影響個人與社會團體的自主調控能力，將經濟利益的極大化與社會政策目標內化於自由的概念中，透過賦予原本作為國家權力作用客體的臣民一個主體地位，在基本權主體地位的建構下，個人或團體在行使自由權與國家對立的同時，也受到行使自由權的主體來自自身的規訓而自主管制、自我律則，[261]而呼應社會自主管制強調「個人或集體居於基本權主體地位追求私益」的本質。

傅柯在 1982 年的一場題名為〈主體與權力〉的演講中如是說：「確定權力關係的是一種行為方式，其既不直接也不立即作用於其他關係。...，它是一個行為作用於另一個行為，作用於現存的行為或作用於現在或將來會產生的行為。...權力關係如果要真正成為權力關係，只能基於兩個互為依賴的要素而連結起來：其一，他人（權力行使的承受者）必須徹底被識別出來，並自始至終做一位行為者；其二，面對一種權力關係，一系列迴響、反應、結果和可能產生的新事物將呈現出來。」[262]

在當前遭遇經濟全球化的衝擊，這波國家瘦身、國家轉型、解除管制、管制

---

[259] MICHEL FOUCAULT, THE BIRTH OF BIOPOLITICS. LECTURES AT THE *COLLÈGE DE FRANCE* 1978-1979 27 (2008).

[260] *Id*, at 41-44. 在傅柯眼中，市場與公權力的運作具有某種程度的類似性：前者關注的是財富交易，後者則是公權力的效益。其共同點是利益（interest）作為交易原則與衡量效益的判準，治理理性的基本特質在轉折的時點是探尋自我設限的原則，並以利益為運轉中心。

[261] Vgl. *Th. Lemke*, a. a. O. (Fn. 232), S. 255.

[262] FOUCAULT, *supra* note 239, at 281.

革新的思潮中，看到的不是「國家退位」的激進宣言；即使宣稱國家管制的正當性不復存在，但在公共任務的履行上，充其量也僅是國家從履行責任（Erfüllungsverantwortung）中退位，代之以擔保責任（Gewährleistungsverantwortung）、承接責任（Auffangverantwortung）的責任分擔類型。[263]因此重視的不再是傳統以行政命令、行政處分搭配裁罰效果的直接、高權的規制手段，代之以國家調控能力的重視，這是國家本身成為競爭要素（Wettbewerbsfaktor），同時成為整體競爭秩序的一部份的同時，為了符合國家理性所必然的相應轉型，[264]也是「國家權力行使的形式變遷」的脈絡中，「合作、社會自主管制與政治調控之組合」萌芽的契機。[265]

因此似乎可以聽見傅柯的話語在耳邊響起：「（人口的自然性）行動的主要動因是欲望。…是治理技術獲致的途徑（accessible to governmental technique）…欲望是個人利益的追逐。」[266]此一社會自主管制中的誘導模式，以自益追求作為誘導的基底，恰好為解除管制與勞動保護找的一個平衡點，同時作為一種脈絡調控（Kontextsteuerung）的手段，[267]其調控本質也符應了治理性當中權力的多樣性—不必然是壓抑性的、可能是策略性逆轉後的積極作用。

第三節 傳統管制手段的困境

第一款 國家任務過載

國家基本調控能力減弱的另一個佐證就是任務過載與財政過載問題，在福利

---

263 *J. Ziekow*, Der Verwaltungskooperationsvertrag als Handlungsmuster des Gewährleistungsstaates, Beitrag zur Seminar „die Reform des Bundesverwaltungsrechts“, 2009.5.15, 國立政治大學公法中心主辦, S. 3.

264 林佳和，公私協力在勞動法上的理論與實踐，載：全球化下之管制行政法，頁 448，2011。

265 *J. Ziekow*, a. a. O. (Fn. 263).

266 FOUCAULT, *supra* note 262, at 72-73.

267 *H. Willke*, Systemtheorie Entwickelter Gesellschaften: Dymatik Und Riskanz Moderner Gesellschaftlicher Selbstorganisation, 1989, S. 55-58; Siehe auch *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 168.

社會成形時，國家給付角色的成功與特殊的給付也凸顯為結果上使國家過載的條件。[268]從 1954 年Ernst Forsthoff提出生存照護（Daseinvorsorge）的見解，在民主社會法治國原則的引導下，隨著德國聯邦憲法法院進一步提出的客觀價值秩序理念，傳統國家任務的範圍總是呈現擴大趨勢。國家總是將越來越多任務攬在身上、社會則是盡可能將任務往國家上堆，但同時國家從很久以前經處於一種被質疑的地位，其究竟有無能力使用必要的手段來完成這些任務。其不再有資源的優勢性，在財源上支持其固有人事與固有實質手段來完成所有任務，並且也沒有辦法支付替他承擔任務的私人。且因為欠缺必要的調控知識導致錯誤安排的調控或者走岔了的調控在可見的市場範圍內產生高成本甚至損害，為此很可能必須以國家賠償作結，使得財政危機還會繼續升高。故國家若不是必須減少任務與政策影響及其形成力，就是要找到划算的任務履行方式。

以產品安全法為例，隨著當代安全需求逐漸提高，國家一方面已經不再能夠像過去僅以法安定性（Rechtssicherheit）的形式，透過事後（ex post）的損害管制來回應安全需求，而應當進一步顧慮法益安定（Rechtsgütersicherheit），因為國家早在一開始就要感知每個法益危殆並預防性的阻止其發生。他方面，在非行（Täterschaft）與因果關係（Käusalitäten）經常無法確定或者損害之規模既無法由非行者或一般人經濟性地填補的場合，補償與損害賠償的手段已窮極界限。亦即，當損害填補制度失靈時，國家必須預防性地阻止損害之發生。[269]

第二款 法的調控能力式微

自主管制可以看成是反思傳統管制政策（Regulative Politik）特別是命令—控制模式（command-and-control regulation）的產物。以上命下從為管制模型的

[268] Vgl. *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 7; *Th. Ellwein/J. J. Hesse*, Der überforderte Staat, 1994, S. 48ff; *W. Hoffmann-Riem*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Einleitende Problemskizze, in: ders./E. Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 12f.

[269] *P.-T. Stoll*, a. a. O. (Fn. 58), S. 213f.

傳統管制政策遭遇到危機，引發國家是否能夠確保共通福祉以及對政治上調控社會的討論，例如Franz-Xavier Kaufmann曾為文探討透過法律調控福利國家的衰退。[270]在這波調控議題中（Steuerungsdiskussion），開始質疑國家原則上控管的可能性，基於國家影響社會的經驗上分殊化，思索國家與社會在合作國家中的交錯展望。[271]這波將社會自主管制當成描述並追求分工實現共通福祉的思潮打著不同的旗幟與口號在 70 年代已降受到德國國家法學者年會不同的關注。[272]

自主管制結構變遷的核心肇因於社會學對於國家調控能力—根本就是法的調控能力—的質疑。從下命式的構造轉向社會自主管制表現在像是解除管制、去官僚化、減輕負擔、國家瘦身、國家淨化等綱領性詞條上。如果循著系統理論的解釋嘗試，國家只不過是在分殊化的、高度複雜的全社會中，諸多自律、以自身存續能力為導向、持續對抗外界影響的次級系統之一。[273]所以，想要更清楚掌握社會自主管制思維的起源，勢必要將相當比例的焦點放在社會系統—尤其是自我再製的社會系統理論家盧曼（Niklas Luhmann）—的論述行間。

第一目 功能分化的現代社會與複雜性

---

[270] Vgl. *F.-X. Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: D. Grimm (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, JBRSOZ 13, 1988, S. 65ff; *ders.*, Diskurse über Staatsaufgaben, in: D. Grimm (Hrsg.), 1996, S. 15f.

[271] *M. Eifert*, a.a.O. (Fn. 57), § 19 Rdn. 2ff.

[272] 例如 1970 年《透過私人履行行政任務》、1990 年《憲政國中的國家目的》、1993 年《公行政與私人間之契約與協定》、1995 年《行政任務之民營化》到 1997 年《介於社會自主管制與國家控管間的行政與行政法》以及晚近 2003 年《私人參與公共任務之完成與國家責任》，都思索著：面對生活共同體內社會關係發展衍生的諸種需求，若將回應這類需求當成社群必須處理的公共任務，則從國家學的觀點來看，國家部門出於國家目的而將公共任務納為國家任務，並在權限分配中定位為行政任務，應有其正當性。但這並非意味，國家對公共任務履行有獨占地位，私人作為社群成員有機會、也應當賦予其機會來參與。Vgl. die Referate von *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1970), S. 137ff; die Referate von *Link und Ress*, VVDStRL 48 (1990), S. 7ff. bzw. S. 56ff; die Referate von *Burmeister und Krebs*, VVDStRL 52 (1993), S. 190ff. bzw. S. 248ff; die Referate von *Hengstschläger, Osterloh, H. Bauer, Jaag*, VVDStRL 54 (1995), S. 165ff, 204ff., 243ff., bzw. S. 287ff; die Referate von *Heintzen und Voßkuhle*, S. 220ff. bzw. S. 266ff.

[273] Vgl. *N. Luhmann*, a. a. O. (Fn. 98), S. 308f; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 169-170; *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn. 9), S. 237; *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 13-14;

隨著中歐封建社會結構的斷裂，城市、市場與自然科學發展開啟了新的自由空間，其隨著越來越多的社會分工導致社會次領域的功能分化，以及相對自主性與這些部份彼此高度的相互依存間難以平衡的結果。誠如Max Weber所說，現代性與理性化引致某種程度的現代社會內部複雜性，其根本地改變了社會發展與社會調控的條件與結果。[274]

法律作為傳統調控手段係針對層級化結構社會操作模組所設。在層級化的社會結構中，國家與政治表現了社會頂端與調控中心，法律作為傳統管制之手段，必須有助於管制目的之達成。此目的與手段之關係，不僅意味著法治國原則在法釋義學上之操作，更表彰法治國原則中法律系統的運作邏輯。但是，高度的複雜、功能分化的社會係切割成原則上同等位次、自我指涉且具備固有律動（Eigendynamik）的次級系統，這些次級系統越來越難以接受來自中央的政治調控。社會調控依存於這些次級系統自我組織與自我調控的能力，管制對象日益複雜及其伴隨管制需求之上升，傳統以「因果模式」（Ursache-Wirkung-Modell）或「指令—控管模式」形塑的管制工具倘若未相應調整，必然面臨管制問題。[275]

若將政治理解為對諸複雜系統進行社會關聯的干預（gesellschaftsbezogene Intervention in komplexe Systeme），那麼作為干預手段的法，僅在其以足夠複雜的方式、適合於必須規制的問題現狀構成時，方屬適切。同時，這樣的法律得以形成一種有助於水平協調自我指涉的封閉次級系統的調控組態。由此衍生的議題是：可管制性（Regierbarkeit）的提問與統合社會行動者的重要性。次級系統中的內部程序，甚至各領域間的互動變得更加複雜、錯節、長期、有效，從而促成新的社會調控需求。具體來說，法律手段不僅必須針對社會次級系統高度的固有複雜度（內部複雜性），也必須針對個別部份間的高度複雜性關係（外部複雜性）。

隨著 20 世紀下半葉持續外擴的公共任務及其衍生公共支出的壓力增長，社

[274] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 13.

[275] Ebenda, S. 4ff.

會次級系統在此同時也已經變得更複雜、更具影響力、更獨立自主的行為能力，以致於變成疑問、甚至難題的是：社會次級系統究竟要不要、以及在何種範圍、以多少成本容許國家的設限與調控。[276]這些問題不僅涉及社會本身調控功效，也會影響國家與其他社會活動者關係的新立場。社會自我組織的理論與實務復興、自我調控與自助行為的復甦、在所有社會層次自律與補充性的復興、重新發現非正式部門（informelle Sektor）、第三部門（dritte Sektor）的現實境況都反映出財政危機、稅收危機與現代國家調控危機，並隨之浮現去國家化、再民營化、將行為權限下放到地區與地方自治團體等呼聲。

第二目 法律類型與社會條件

法哲學家Jürgen Habermas曾從三個不同的面向分析現代形式法的合理性：（1）法律資料內部的體系化：內在理性（interne Rationalität oder Innenrationalität）；[277]（2）證立效力宣稱（Geltungsanspruch）的樣式：規範理性（Normrationalität）；（3）社會現狀維持的努力：系統理性（Systemrationalität）。

受自我再製系統理論影響下的法理論，這三種理性態樣必須以另一種方式表述與提問：（1）內在理性：法律內部自我指涉結構的樣貌為何？參照關聯的封閉性（Geschlossenheit des Verweisungszusammenhangs）如何組成？什麼構成了系統的自主性？哪些要素、意義參照、耦聯能力（Anschlußfähigkeit）、媒介、特定互動導致自我再製過程？（2）規範理性：不單只問—哪些是行為管制的合理化原則；正確地要問—在法律環境中法的內部模型為何？法對於其他社會部分

[276] 參與者不只是個人而已。更重要的似乎是要促成每一個經組織的參與者，他們長久以來在國家的控管與保護下發展，並且已經成為國家就社會中的權力與調控優先權的重要（ernsthaft）競爭者。政黨、工會、協會、銀行、集團（Konzern）、大學、保健體系、與其他社會次級系統與組織在其形成與特殊化的過程中立基在國家的秩序功效與調控功效上，基於物理暴力壟斷與賦稅獨占，並藉由法律上賦予權力符碼後的手段來產出這樣的功效。Ebenda, S. 6ff.

[277] Vgl. *J. Windmann*, Gewerbeaufsicht im 21. Jahrhundert: Aufsichtsrecht und Aufsichtshandeln im Arbeits-, Umwelt- und Verbraucherschutzrech, 2008, S. 49; *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 19.

作用的自我理解（Selbstverständnis）是什麼？什麼是意識型態？什麼是法律對於其作用可能性的自我虛構（Selbstillusionen）？（3）系統理性：從觀察者的角度去問—什麼是法律可以觀察到的作用？這些作用本身從法律內部結構與自我理解得出；什麼是法對於其環境的功效？

對照Max Weber所提出的形式法與實質法的區別，並連結到 1980 年代已降程序法的思維，特別是新的程序主義作為一種嶄新的法理性出現，可以勾勒出Rudolf Wiethölter所描繪的法律三階段發展趨勢，即形式化、實質化與程序化。[278]這三個階段中法的基礎思維互異，其差異則彰顯在內在理性、規範理性與系統理性中。[279]從此發展階段，不僅可以看出法律類型及其理性內容與歷史緊密關聯，也可以窺見其中的辯證關係。[280]例如，實質化的法律類型的問題性 [281]相對於形

---

[278] Vgl. *R. Wiethölter,* Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: V. Gessner/G. Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, JBRSOZ Band VIII, S. 39ff. *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 93ff.

[279] Philippe Nonet 與 Philip Selznick 於 1978 年提出的法律發展模型，則從另一個面向觀察法律發展的模型。其從歷史角度分析，法律類型可區別為壓抑性法律（repressive law）、自律型法律（autonomous law）與回應型法律（responsive law），並指出回應型的法律作用，是確認法律負有積極回應社會各種需求的責任（responsibility），可以標誌出當代社會的法律系統，除了強制性的作用以外，它還扮演著另一個更為關鍵性的角色，亦即，提供一個擁有各種規範與規則的穩定治理結構。經由這項穩定的治理結構，整個社會及其成員不僅可以據此解決各種爭議性的問題，更可以因此來規劃並經營自己的社會生活。參見江玉林，法律、權力與共通福祉—從 SARS 防制及紓困暫行條例談起，載：公衛風險的法律建構，2007，頁 66；PHILIPPE NONET/PHILIP SELZNICK, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION 73(2001). Gunther Teubner 也是以這三種法律發展模型為基礎，開展其反思法理論架構。Vgl. *G. Teubner,* Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13ff.

[280] 例如現代法律形式理性的內部理性指涉法的概念結構。如果法律取決於概念性的分析準則、演繹強度以及在清楚構成要件取向的意義上的規範適用，在這個程度上，法就是形式理性的；在形式的法律體制下，法學者以普遍化的方式將形式操作的思維用在其專業知識上；法律系統的運作封閉性與其基本循環，在這種內在形式理性中顯然是獨立、分化的社會系統。與此相對的規範理性，涉及到某些基本原則，這些基本原則證立法規範應當規制（ordnen）人類行為的方式與種類。在這個面向中，法的形式指的是另一回事：法律應當明確限縮在對於自主追求私人利益行為領域進行抽象定義。法僅保證形式的框架秩序，實質的決定應由私人行動者所下。形式法在這個意義下應透過自發的秩序形成（spontane Ordnungsbildung）促成自我組織，其基礎在於立法者對於私人行動者應當涉入何種替代關係的問題保持緘默Indifferenz）。形式法的秩序功效只有在對於原則上應當維護的主觀公權利設限時，方屬負面；

式法，一方面顯示出進步、他方面也是退步。在回應其他次級系統無法調控的自我指涉所生的失能結果範圍來說，是進步的；但是利用客觀上必須與自我指涉系統大範圍結構衝突的干預形式，是退步的。發展瓶頸似乎在於，法律必須發展充分的內部的實現形式，從能夠適切地與社會自主性相處。

對此，反思理性指出法律對於社會次級系統自我指涉結構新取向的嘗試，試圖回應社會國突顯出的危機。（1）反思法的內在理性超越條件綱要與目的綱要非此及彼的選擇可能性；其既非建構在經確定亦規範與法律概念的系統上，也不是實質法律程式的目的手段邏輯上。其傾向於抽象的程序綱要，其聚焦在程序、組織結構管制的後設層次（Meta-Ebene）、還有聚焦在調控權利及決定權限的分配與界定上，並凸顯在程序主義（Prozedualismus）的擴散上。（2）反思法的規範理性事實上呈現出與新自由主義法律概念的並列對稱。因為反思法以法律手段創造、促進並重新定義社會自主性，所以寄託在看不見的手的市場機制。全然與此概念迥異的是，反思法並非限縮在適應自然的社會秩序以及以法律看得見的手

形式法並沒有指示配置具體義務與實質行為規範。用 Habermas 的話來說，其補充性要素就是約定俗成 （Konventionalität）、守法主義（Legalismus）與普遍性（Universlität）。亦即，規範理性指涉的是確保社會次領域自主性的原則。最後，系統理性指涉的是法秩序回應社會控管問題的能力。理性在這個意義像是形式法，只要法律滿足對於以發展的市場社會規範性地下命、促使自然資源與勞動力的開發、動員與和目的性的配置（Allokation）。*G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 20-21. 中文文獻，參見林佳和，勞動關係去管制的憲法界限—德國法為中心之國家學嘗試，2005，頁 261。

281 實質理性應當理解為這樣的嘗試：回應自由調控形式的缺失；形式法律的調控瑕疵在於，雖然擔保了部分的自主性，但也擔保整體的關聯。法律在三個面向上變革：（1）內部理性的變遷：之前主流的規則取向（Regelorientierung）越來越與目的取向（Zweckorientierung）重疊；取代嚴格適用精確定義後的法規範（條件綱要），現在法學者更愛用開放定義的標準與模糊的概括條款（目的綱要）。[281]軟化法律的基本循環，透過參照政治權宜性、道德格準、與經濟效益。（2）規範理性：法律焦點從自主性遷移到管制。過去將焦點放在如何擔保自主行動的自由場域，現在實質法律傾向於直接、結果導向地調控社會行為。法秩序自己定義具體義務與實質的行為規則；同時其喪失普遍性的導向，並且傾向於新的排他主義（Partikularismus），將法秩序同心導向社會的角色關聯。（3）系統理性：形成釋義學的形貌與行為樣式（dogmatische Figuren und Verhaltensmodi），呈現對於現代福利國家政治干預適當的法律形式。對於政治系統目的可以工具化（instrumentalisierbar），從此政治系統承擔對於社會進程的責任，包括目標的定義、規範手段的選擇、制定具體的行為綱要與規範之落實。*G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 21-22.

來再現自然的社會秩序（秩序自由主義）。反思法的目標是受調控的自主性（regulierte Autonomie）。其促進社會系統積極地自我管制與學習，並同時嘗試以補償性修正來削減負面的外部效應。（3）反思法類型的系統理性針對高度分化社會的核心問題：自主次級系統的整合。但並不是傳統觀點下所指涉，經由社會所有次級系統共同擘劃規範與價值來進行的規範性整合，而是涉及對於分散的社會整合界定法律上的結構預設。職是，反思法扮演的角色是，一方面在利害相關的次級系統內提供程序與組織上的整合機制，他方面管制外部協商系統的規劃與組成。

第三目 反思法作為功能分化的回應

盧曼的系統理論某個意義上可以算是演化理論（Evolutionstheorie），而法的發展可以在社會演化論的框架內分析。[282]社會演化的過程從系統與環境之間功能上的複雜差異獲得動力，環境內可能性的過度生產（Überproduktion）導致社會系統的適應過程，而系統本身也會發展穩定的演化機制，包括異變（Variation）、淘汰（Selektion）、與穩定化，來調和環境對系統造成的過度生產。在法律系統的情況亦然，規範結構接管異變、制度結構（特別是程序）承擔淘汰，而釋義學概念結構負責穩定化。社會—法律的演化一方面表現在這些內生的（endogen）演化機制彼此間的互動，另一方面則是社會環境外生（exogen）的演化。例如，法律內生的演化會受到外部發展某種程度系統性地影響，全社會特定組織原則或強化、或削弱內生演化機制（規範、程序、釋義進程）的相對重要性，並從外部影響法律系統內部動態。[283]氏認為，全社會的分化形式可以從三個演化階段加以觀察：片段式分化（segmentäre Differenzierung）、層級式分化（stratifikatorische Differenzierung）與功能式分化（funktionale Differenzierung）。法律系統也會適應社會分化不同的發展階段，並將各個階段中社會優勢的組織原

[282] *G. Kneer/A. Nassehi*，魯貴顯譯，盧曼社會系統理論導引，1999，頁 150 以下。

[283] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 25.

則（片段化、層級化、功能化）在法律系統中創造具有代表性的型態，就這些代表性的型態來說，個別特定的發展階段被在相應的危機可能性下凸顯、差別出來。[284]

反思（Reflexion）指的是次級系統的能力，將機制制度化的能力，透過這些機制次級系統能夠將其固有的同一性論題化（thematisieren），並立即調整到在其相關連環境中的其他次級系統處於一種相互依存的關係，也就是說，每一個錯節系統（ein vernetztes System）包含的次級系統對於各該其他的次級系統來說都必須呈現出一個可以利用的環境。[285]盧曼則認為，反思性就是一種自我調控的形式，藉此次級系統能夠處理自我認同的問題，並適應在自身關聯的環境中具有相互依存關係的其他次級系統的活動，且因此必須將自己表現成是其他次級系統所仰賴的環境。反思在這個意義上是自我指涉的昇華形式，在自我指涉中部分的逆關聯（Rückbezug）不單單針對自我本身，也意欲其同一性。這樣反思性的自我指涉形式，在某些全系統主要功能問題下使得次級系統選項的化約成為可能。[286]當政治意欲更進一步地實現其社會機能，就必須回應這些變化，並且對其行為手段抱持新的態度，因為必須管制的社會關係對於傳統條件式、目的式的綱領形式過於複雜。

---

[284] 例如，在區隔化的社會裡，其特色是缺乏替代方案（Alternativenarmut），古老法律的演化問題在於，生產對於規範結構充分的多樣性。這個多樣性的問題直到分層化的社會藉由分化的階層秩序來解決。分層化的社會有能力製造更大規範厚度，不過高度栽培的前近代社會法律仍暴露在淘汰的問題上。最後，規範大量的冗餘標誌著功能分化的社會；實證法（das postive Recht）就其本身而言雖然已經在高度發展的法律程序的制度化中克服淘汰問題，但是其在傳統釋義學概念結構中只能使用不夠的穩定機制。實證法的危機恰好在於那些主要為法律適用問題量身定作的釋義學概念性不足。Vgl. *N. Luhmann*, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, S. 374ff; *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 25.

[285] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 6.

[286] *N. Luhmann*, Selbstreflexion des Rechtssystem: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999, S. 442; auch *ders*, a. a. O. (Fn. 284), S. 374ff.

社會調控依賴次級系統自我組織與自我調控的能力。這樣的出發點恰是出於複雜系統動態的特殊性而發展。倘若將政治理解為對複雜系統社會關聯式的干預，那麼只有建立充分具備系統內部複雜性的法律，其作為干預手段，才能適切地回應環境外部複雜性的社會進程問題；次級系統自我調控的機能是維持次級系統特殊化與去中心化的能力，而且不會因為中央的計畫削弱、拉平這些能力。

由於脈絡規制及其預設看起來不再是對於經容許的自主調控進行的單向政治控管（politische Kontrolle der zugelassenen Selbststeuerung），反而是政治調控與自主調控的次級系統間，彼此互動來進行控制的控制，像是以協商體系（Verhandlungssystem）、新統合主義的結構（neokorporatistische Struktur）或其他整合性機制的形式，[287]在這些形式中相互依賴的功能分殊部份受到平衡，因而得以超越脈絡與自律的純粹反命題。不同的調控可能性得以在兩個意義上獲得更精確的陳述：一方面是使分殊的社會次級系統運作的封閉性持存，另一方面是對於環境激擾變動壓力保持開放。

在這樣的前理解下，反身性的法的發展契機始於脈絡調控與次領域自律性間的緊張關係，為了解消這樣的緊張關係，反身性作為適切的調控原則而發展。簡言之，反身性的法律承擔的任務是替次級系統中的程序與組織備齊整合機制、使自我調控的組態成為可能，這樣的組態會尊重各該次級系統的固有律動，但也加諸各種社會限制於其上，而該社會限制的結果乃源於所有部份的互動條件，並作為對各該分殊的次級系統的脈絡規制。不同次級系統自身的同一性來自於社會分工（gesellschaftliche Arbeitsteilung）與社會分化（soziale Differenzierung）。次級系統在功能上之所以佔據優先地位，乃因為其能夠運用去中心化的資訊處理、優勢的問題解決能力與實踐能力，進而維持部份的動態、多樣性與可變動性。有鑑

[287] Vgl. *H. Wulsdorf*, a. a. O. (Fn. 102), S. 100f.

於調控問題，社會自主管制作為關鍵概念以特別的方式促成針對不同關連領域開放的、問題導向的論述可能性並且超越既存的專業上、理論上與政治界限。[288]

要之，在脈絡調控與次領域自主性的緊張關係間發展反身性作為適切的調控原則，並作為法的形式—反思性的法—發展此調控原則。反思法的目標在於受調控的自律性（regulierte Autonomie）；反思法的任務是在次級系統內自我整備對程序與組織的整全機制，並使自主調控的模式成為可能。尊重次級系統的固有能動性，同時也加諸某些出於所有部份構成整體的互動條件所生的限制，並且作為對個別部份的脈絡規則。[289]

但仍須謹記在心的是，次級系統的固有律動及自主性並非毫無邊界。在功能分化的系統中，例如現代社會，主要的功能問題是經專門化與相互依存部分的再整合。藉由專門化次級系統的效能提升不容許動能全開（ausgefahren）、不得極大化，因為這樣不尊重他人的性格（Rücksichtslosigkeit）會使得每一個別部分成為對其他部分有威脅的環境。在以功效交換（Leistungsaustausch）為基礎的依存關聯中，社會的次領域不只要可靠地輸出特定功效並供給之，同時也必須將其份量貢獻給效能交換可能性的諸條件。例如，在自由社會中，因為社會的次領域認可國家法定的脈絡條件—用涂爾幹的話語就是「契約當中的非契約要素」—並執該認可，讓國家脈絡調控的合法性成為交換關係的共同基礎；或者這些部分必須為自己製造各個能夠調控彼此交換、競爭與合作脈絡條件，當國家的整合能力與調控能力顯得不足之時。[290]例如在當前被盧曼標識為「沒有頂點」或「欠缺中心」的現代社會中，國家已經失去控管社會交換的脈絡條件。像是經濟、科技或學術等次級系統，還有教育系統、軍事或藝術系統，在他們運作的封閉性框架下運用

[288] *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 61), S. 200.

[289] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 7.

[290] Ebenda, S. 14-15.

高度的複雜性、固有動能與不可滲透性，以致於國家調控必然在欠缺資訊處理能力、實踐能力、結果控制以及因果關聯的細部認識上遭遇挫敗。[291]

惟，這並不意謂，中心的國家調控自此得逕由次級系統的自我調控取代。縱然次級系統反思與自我表述的能力已經成長，次領域的自我調控仍必然受限於要遵循相容性條件，以及受限於整體的在整合與協調。只要整體仍能經由適應持續變動的環境條件來擔保其存活能力，次級系統的茁壯著實無害。一旦適應能力不夠、逾越適應範圍而有積極調控必要，以俾維持系統對於擾動環境的的基本循環，在這種場合次級系統的自我調控即屬不足。這裡無可避免要有意向性地控制可能的發展路徑，至少要迴避重大災禍，猶有餘地則改善整體的發展條件。依賴高度複雜的社會意謂次領域（經濟、學術、教育、文化、家庭還有地域性的自治團體、地區或邦）的自我組織與自我調控必須維持其優位機能、豐富的細節、動態、多樣、與可變性，這樣才有機會啟動其分散的資訊處理能力、問題解決能力與實踐能力。次級系統這些能力無法個別獨立享有，而只有作為「包裹」跟專門化的結果一同出現：也就是說，領域專門前提、合理性參數與基本循環的形成。[292]

換句話說，次級系統自主管制的界限在於，不危及系統整體的存續可能（仿生學的啟迪）。藉由適應不斷變動的環境條件，進而確保系統整體之存續。一旦整體自我持存的可能不再受到確保，即是自主管制之界限。在超出系統對環境適應容受度之際，積極主動之控管即屬必要，以求維持系統與不斷受激擾之環境間的基本循環。亦即，自主管制的運作邏輯因之是至少避免最大損害，並盡可能優化整體的發展條件。系統之自我持存為第一邏輯，在於固有值之探尋與確立。要強調的是，這裡涉及絕非「要或不要」（ob）的問題，也不是再一次重複「更多的國家或更多的市場」間、「公部門化（Etatisierung）與私部門化」、「更多的中央調控還是自律」間的來回擺盪。反思理論給予的啟發毋寧是嘗試對當前且被

[291] *N. Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, S. 22.

[292] *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 15.

忽視的問題境況，適切地混合自律的自我組織與對社會有拘束力的脈絡設定。至關重要的點在於交錯兩個調控面向。對於這種方式交錯的判準，其理論預設可以藉由自我再製系統理論來掌握。

第三款 國家系統知識匱乏

建立在實體法基本秩序上的行為義務必須在個案中具體化並貫徹。這個處理秩序問題的過程可以從兩個層次加以觀察：首先，必須確定一個行為是否容許、禁止或要求，需要相關訊息之取得與處理。由於此脈絡關連的訊息總體來說與風險有關，因此得以稱為風險調查（Risikoermittlung）。風險調查創造了管轄決定主體依照法律規定必須作成何種決定的資訊基礎，在這樣的基礎上一旦認識到風險，第二部即進入風險管理（Risikomanagement）的問題。[293]正是在不確定中需要作成決定，使得安全的確保本質上理解為規制與控管。與此相繫的是功能領域包括：（1）認識論的問題：如何認識風險？（2）實用論的問題：如何獲取認識風險的相關（必要）資訊？（3）技術論的問題：運用何種技術處理已經認識的風險？（4）調控論的問題：如何事前排除風險之發生或事後補償風險實現肇致的損害？即使這些問題在一定程度上得以獲得暫時的答案，但鑑於不確定性是始終無法完全排除的，使得出於科學認識產出暫時且有限的闡述風險的能力陷落於一種弔詭中：一方面這些認識沒有給出太多的行為指示（指引），因為風險恆存在；他方面即使這些認識起作用，也僅是使風險的邊界更佳外闊—簡言之，知道越多，害怕越甚。因此，不禁要問：風險思維帶給我們什麼？或者說，「這樣的安全，夠嗎？」以及進一步「什麼樣的安全才算安全？」[294]等提問是否有其意義。從實體面來看，單單技術的可實現性並無法證立規定的合法性（Zulässigkeit eines Vorhabens）。例如德國聯邦憲法法院在〈許可快滋生反應器核電廠案〉

[293] *H. T. Weiß*, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, 2007, S. 334.

[294] Vgl. Bundesinstitut für Risikobewertung, Tagungsband, Sicherer als sicher? – Recht, Wahrnehmung und Wirklichkeit in der Risikovorsorge.

（Kalkar-Urteil）判決中揭示，以風險認識為基底的調查程序（Suchprozess）本來就永無止境，有鑑於有限的時間與現有的工具而需要劃定界限。[295]

在通往資訊與知識社會的道路上，資訊的獲取與知識的學習在所有生活領域變的越來越重要。其結果是國家也必須有更多的資訊與知識，尤其調控變得越來越複雜的經濟與社會。[296]其討論的出發點預設，國家欠缺必要的調控知識，如果要獲得前所欠缺的知識或者至少填補其知識不足，整合私人是一個可能性，而這個可能性不排除其他的方式。[297]此外，知識匱乏不見得盡是負面評價，其也愈是啟發可能性與成長空間。一方面對於法律上重要客體—例如物、給付、資訊或其他作為—的供給（Angebot）提升，導致必須負責這些客體合法性的國家資訊不足。[298]如果國家能夠充分知悉這些資訊的話，像是誰在什麼時候供應了什麼，似乎就可以擔保前述合法性的維持，但實際上窒礙難行。縱然國家對於特定的事案有認識，從而無虞資訊之獲取，但可能欠缺作成判斷的必要知識，像是判斷產品安全性的專業知識或者影響青少年身心發展的色情物。再者，當國家無從理解特定市場或社會次系統的作用方式與功能條件並且無法預見干預會有什麼樣的結果，也會有國家匱乏的問題。[299]

此外，國家欠缺知識或者作成決定、調控社會必要訊息的理由在許多領域都與快速的科技發展有關，特別是在資訊與傳播科技領域，媒體匯流使得傳統管制方法部份顯得不合時宜；[300]在新產品與新科技發展的場合，其很可能帶有高度風

---

[295] BVerfGE 49, 89ff, 136. 關於〈許可快滋生反應器核電廠案〉中文可參見蔡宗珍譯，載：德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），頁 523-589。

[296] *W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: ders./ E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der informationsgesellschaft, 2000, S. 9.

[297] *M. Eifert*, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 137.

[298] 最顯著的例子莫過於論文尾聲之際在台灣驚爆知名食品廠商運動飲料與保健食品添加起雲劑與塑化劑的新聞，縱然食品衛生檢驗法有相關食品安全標準規定，然而本案恰是因為衛生署制定的檢驗標準與程序疏漏了 DEHP。

[299] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn.59), S. 67; *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 297).

[300] 參見劉孔中，「社會管制」？以「通訊傳播管理法」草案為例，全國律師，12 卷 7 期，2008.7，

險（例如基因科技、原能科技、藥劑等），評斷這些產品的效力與危險需要極鉅的專業知能與經驗知識，例如在產品安全與環境法。除技術發展的進步外，嶄新高度複雜的財源手法與金融服務等「進步」也可能給國家監督帶來極大挑戰。[301]

第四款 全球化與區域整合的影響

全球化、國際化與區域整合係當前現狀，並在可預見的將來會逐漸強化。人力、產品與資本得以在全世界流轉，一方面導致了人們（包括自然人與法人）得相對簡單地逃離國家的掌握，他方面源於不同法秩序的產品與服務也可能傳遞入國家的高權領域中。同時全球化也提高國家的知識匱乏，因為總是有越來越多的新產品與服務湧入內國市場，其流入與存在可能非內國主管機關所知悉或者不認識其潛在風險。[302]

第四節 國家性的變遷

實現共通福祉向來是國家的主要任務，同時賦予其存在正當性。[303]為了這樣的目的，國家承擔諸多的公共任務，這些公共任務或出於憲法之規定—像是國家目標規定、方針條款、基本國策拘束效力甚至基本權客觀法秩序意義下導出的保護義務，[304]或透過立法者所規定。

國家角色的變遷及其探問從不缺席、也不陌生於思想史。從歷史的陳跡來

頁 120-137。

[301] Vgl. *F. Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 968; *F.-J. Peine*, Geräte-sicherheitsrecht, in: M. Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 405ff.

[302] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn.59), S. 68-69; ALFRED C. AMAN, THE DEMOCRACY DEFICIT 87, 88(2004).

[303] *A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 1; *D. Grimm*, a. a. O. (Fn. 230), S. 1299.

[304] Vgl. *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 21ff.; *H. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR (110), 1985. 中文文獻，參見李建良，基本權利與國家保護義務，載：憲法理論與實踐（二），2 版，2007，頁 59-125。

看，近代國家的發展之初，伴隨著回應新的國家需求的新制度與社會經濟活動領域，需要新的形式與方略來形構國家行為。國家的機能就是透過各種力量的展現來影響社會進程。對於地方與國家整體的管制需求產生所謂「管制狂熱」（regulation-mania），新的社會複雜性為權威帶來更大的發展空間。[305]。然而，當社會事實變化速率超過國家回應的速率，隨著管制需求的提昇，相應需要搭配新的管制手段出現；Jessop早在 90 年代即作出中肯的描述：「國家以及國家概念處於一個變遷的進程中。」[306]較之於社會系統來說，國家事實上專業知識相對不足，管制對象的變遷迅速、科技的日新月異、諸種複雜性也隨之升高，從而浮現傳統的管制手段管制失靈之問題，並激發國家學之想像轉型，結果就是許多國家性的共同產物（Ko-Produktion der Staatlichkeit）出現在眼前。[307]在這波理解中，國家甚至不過是高度分殊化、複雜的社會系統中一個次級系統，有責任承擔一個共同生活體、生活社群所伴生的公共任務。

第一款 共通福祉的開放性與國家任務

從法釋學的角度來看，每個國家行為都必須由比例原則加以審查，法律措施是否適當、必要且衡平的問題，[308]邏輯上必須與立法目的來界定，最明顯的例子即是德國基本法第 14 條第 3 項為公共福利（zum Wohle der Allgemeinheit）的解釋。從法律思想史的角度看共通福祉概念的出現，可以追溯到中世紀的亞理斯多德繼受（Aristotlesrezeption），政治學關懷的重心是城邦，什麼樣的目標對於政

---

[305] *G. Oestreich*, Polizei und Prudentia civilis in der barocken Gesellschaft von Stadt und Staat, in: B. Oestreich/H. G. Koenigsberger(Hrsg.), Geist und Gestalt des frühmodernen Staates, eng. p. 157.

[306] *B. Jessop*, Veränderte Staatlichkeit – Veränderungen von Staatlichkeit und Staatsprojekten, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996, S. 43.

[307] *G. F. Schuppert*, Staat als Prozess, 2010, S. 37; *ders*, Die Gewährleitungsstaat, vorgänge Heft 2/2008, S. 18.

[308] 參見李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐（一），2003，頁 55-101。

治集團事有益的，這樣的目標如何達成。[309]

公益並非純然的真假值問題，必須透過決斷來定義。決斷必須透過進一步的提問來檢驗：誰為了什麼目的這樣定義共通福祉。Christoph Engel說得中肯：我們渴求實質的公益定義，但總徒勞無功。[310]因為基本上不可能揚棄價值相對性，決斷者也必須自知而面對認知的界限，從而共通福祉的定義必須開放。來自系統理論的啟迪則是：社會秩序能處理的複雜性越高，越能堅決對抗外部衝擊，故公益定義的問題毋寧是追尋開放性的固有值的問題。[311]氏進一步指出，藉由開放的共通福祉定義，使得自我指涉、自我再製的系統成為可能，法律系統在其固有的分殊邏輯下，透過符碼化與綱要化（Codierung und Programmierung），[312]國家不在居於獨占公益福祉定義與實現的位置，應當翻轉國家獨占解釋共通福祉進而決定國家任務為何的思考，取而代之進入目光焦點的是生活共同體的共善與為了實現共善給出的公共任務，並且在相異的次級領域與不同層面加以觀察，留給公部門與私部門分工協力實現共通福祉的可能性。[313]

第二款 公私二元規範區分之現實挑戰

社會自主管制作為私人參與管制任務的形式，以及國家驅使私人參與管制任務的手段，從德國國家學探討，遭遇的首要問題是：究竟國家是否仍可以視為有意義的責任歸屬主體，這個問題在公部門與私部門彼此滲透、交疊、錯合的多元合作光譜下越來越值得懷疑。

---

309 這些政治調控需求的目標在近現代根基於生活共同體成員的良善生活（„bene vivere“ aller Glieder des Gemeinwesens）；這樣的目標圖譜進一步體現在「共善」（bonum commune）的主要準則，並體現在一系列的博理立法與社會規訓化的進程，例如：經濟生活、合作社的生產規定、城市、教育到勞動力、勤奮與生存照護。

310 *Ch. Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), S. 24

311 Ebenda, S. 32.

312 *N. Luhmann*, a. a. O. (Fn. 98), S. 198ff.

313 Vgl. *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn.164), S. 951f; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162.

私人參與公共任務履行的議題預設了國家與社會的二元區分。[314]憲法規範結構也建立在公私二元區分邏輯上，使基本權具有針對國家性，[315]具有拘束國家之效力，社會則享有自由。個別國家加諸的自由限制必須在自由性（Freiheitlichkeit）上完全正當化。但也因為這樣的二元區分，憲法並沒有安排國家與社會的混合體，不過這樣的轉向在社會自主管制的調控模型上進一步的外擴並且有其結構上因素；另一方面這也殘留重要的憲法虧空，從而使用這個概念並且當成解決問題藥方的人必須在思索憲法如何適應社會自主管制時倍加努力。[316]

憲政國家從 18 世紀末迄今，在這中間已經發展成具有形塑力的秩序模型（prägendes Ordnungsmodell）。在法律管制的歷史上，現代憲政國家的形成是重大的轉折，因為過去數個世紀以來，公益的實質內涵是什麼，均須由國家審慎地定義，且一經闡述，遂毋庸顧慮個人生活藍圖來貫徹公益內容。換言之，在過去國家享有定義公益的獨占權，即使在闡述、定義公益的過程中並非毫無限制，但這樣的限制並沒有法律上的拘束力。

現代憲政國家的出現恰好與這樣的想像斷裂。[317]過去對於共同體良善生活

---

[314] Vgl. *M. Heintzen*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 235; *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 272; *W. Kahl*, Die rechtliche Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, Jura 2002, S. 721ff; *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 13-21; *H.-H. Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: H. Bauer/J. Insensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 3. Aufl., 2003, §31; *E.-W. Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1976. 此外，前面提過韋伯的理性化進程理論（Rationalisierungsprozess）與國家社會二元區分預設，均被視為討論「控管」（Steuerung）議題時重要的前理解。國家居於控管高權與作為控管對象的社會整體及其內括的社會行動，這樣的想像乃出於前述二元對立之特定國家學理解（也因此處於一種反歷史 ahistorisch 的地位）；韋伯將這樣國家與社會二元分立呼為結果上正確的階段，從而喚起一種對於國家政治與學術反思上擘劃社會進程的希望。然而這樣的理性化模式不久就顯示出其問題，之後落入研究視線的是反動與法令執行赤字（Vollzugsdefizite）。Vgl. *M. Seckelmann*, a. a. O. (Fn. 236), S. 51.

[315] *H. D. Jarass*, a. a. O. (Fn. 304), S. 363-397.

[316] *D. Grimm*, a. a. O. (Fn.1), S. 19.

[317] Ebenda, S. 9.

（gute Leben des Gemeinwesens）的責任最剛開始落在構成該共同體的個人與集團上，國家組織並未參與這些生活而是為這些生活效勞，因而也無法全面地擔保該良善生活之實現。國家組織只能在一定範圍內創設並確保其外部條件，而這些外部條件不僅受國家法律或事實上處分可能性影響，也存在於國家組織、規範或其他影響所及之處，或者透過勞力、物力或金錢給付來支持；質言之，國家組織的外部條件不僅關係到法律的、制度的以及經濟的條件，兼涉社會生活中精神層面的氛圍。從國家角度看來，共通福祉限縮在那些個人或團體為了達成其個別目標所需要的手段總體。國家責任的範圍透過狹義的工具性公益概念來界定。[318]

由於國家期待共通福祉是從解放個人來追求其個人想法與利益—必須在與其他人相同自由地位的框架下—共構，所以統治性的管制模型想要不失去立足點，就必須另覓新的戰略位置。現代憲政國家中，國家與人民間舊的基礎關係出現翻轉，新的預設是，如果能夠釋放社會固有的自我調控力的話，較之於國家操盤，更可以信賴由社會利用該自我調控力帶來共通福祉。這樣的預設繫諸於：必須將社會領域從過去阻礙個人自主決定並因而限制社會發展潛能的封建與專制束縛中解放。雖然在啟蒙傳統下這樣的預設是從個人主義出發，但從更高的抽象層次觀察，其具有超出個人的效果，不同社會功能領域得以解開與政治操盤的耦聯、可以循著其固有邏輯發展並且成為階層化社會過渡到功能分化社會的基礎。[319]

因之過去不受調控的國家權力必須受到限縮，這樣的限縮使得國家不再能夠維持其家長式的態度並如過往一展調控的遠大抱負，雖然，擺脫所有統治權限、原子式分離的社會是自我調控能力的前提要件，但是個人的自由與平等並無法單單靠社會自身的力量來確保，而必須在社會之外重構平衡該自我調控能力的制度性條件，國家即是這樣制度性條件的可能選項，作為這樣新秩序下不可或缺的存

[318] *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HStR lll, 2. Aufl., 1996, §57, Rdn. 78.

[319] *D. Grimm*, a. a. O. (Fn.1), S. 12.

在。[320]

要之，在這區分邏輯上運作的法律系統仍必須回應現實公私混雜、交錯、疊合的現實境況，將國家想像為超越社會或外於社會存在的單元無法切重現代國家性的現實。[321]

第三款 責任分擔論作為前理解

責任分擔論的歷史可以溯及到Eberhard Schimdt-Aßmann在 1993 年《行政法總論的改革》一文中提倡，在責任類型學中描繪國家的合作協力，這樣的責任類型學可以分成：履行責任（Erfüllungsverantwortung）、磋商責任（Beratungsverantwortung）、監管責任（Überwachungsverantwortung）、組織責任（Organisationsverantwortung）與代位責任（Einstandsverantwortung）。[322]後來Gunnar Folke Schuppert在這樣的類型中加上促成責任（Förderungsverantwortung）與社會緩衝責任（soziale Abfederungsverantwortung）。在Schmidt-Aßmann眼中，行政法重點在於必須更清楚地導向這樣一個模型：「賦予國家與私人任務履行間合作光譜一個法律結構」。[323]

到了 1998 年，Schuppert第一次使用責任分擔的概念，用來區別Hans-Heinrich Trute提出的四個國家責任領域的不同密度：（1）對於合作結果的國家終局責任、（2）私人給付場合的國家擔保責任、（3）經濟領域與基礎建設領域的國家管制

---

[320] 這樣的論述必須根植於以下前理解：國家在歐洲之外不曾發生。所有社會與國家的二元區分無法脫離歐洲的近代發展史，從而德國法史學家 Wolfgang Reinhard 如此斷言：「歐洲發明了國家。」參見 *W. Reinhald*, Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 3. Aufl., 2002, S. 15.

[321] Vgl. *W. Weiß*, a. a. O. (Fn. 314), S. 14; *E.-W. Böckenförde*, a. a. O. (Fn. 314), S. 10.

[322] *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 43f.

[323] *G. F. Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, kommunale Gebietskörperschaften und Private, in: J. Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 29; *ders.*, a. a. O. (Fn. 126), S. 53-55.

責任與協調責任、（4）還有自主利益調整的國家框架責任。[324]Trute並沒有使用責任分擔的概念，他只說明在類型學上這涉及在特定的任務領域中重塑國家與社會活動者的責任分配，亦即其強調責任分擔的用意在於「分配」責任（Verteilung）。顯然，Trute是在Schmidt-Aßmann提出的基礎上進一步發展責任的類型；但Schuppert卻嘗試區隔責任分擔與責任階段，試圖賦予責任分擔相對於責任階段獨立的角色地位；在他眼中，責任階段顯然只是責任分擔概念中必要的構成要素，亦即作為責任分擔的下位類型；責任分擔的概念某種程度上，將區段後的行政責任概念轉換、說明給公部門與私部門交錯領域中行事的公行政。[325]只不過，將行政責任階段論與責任分擔論分開並立引來不少質疑。Jan Henrik Klement即點出，責任階段論並沒有直接勾勒國家與私部門間協力的交錯現象，而僅描繪出國家參與的部份，但這僅是合作關係當中的一個面向。因為在責任階段論的模型中，涉及的是勾勒國家與私人合作關係協力的特徵；如果企圖是掌握公部門與私部門就公共任務履行合作光譜間衍生的國家責任類型，並且在這基礎上進一步賦予一個規範性結構（「法律結構」—Schmidt-Aßmann語），從而，責任分擔論的模型在這樣的起心動念上就無法跟責任階段論截然二分。[326]所以，使用責任分擔論的其中用意即兼有關懷另一面來自私人之補充協力。

雖然責任分擔作為上位概念誠屬的論，因為分擔至少預設了兩個參與其中的活動主體，但是Schuppert使用的責任階段作為下位概念並沒有進一步的發展，從而，嘗試用責任分擔論的概念來另闢捨棄民營化蹊徑的結果是，想要將責任階段

---

[324] *G. F. Schuppert*, Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, in: Ch. Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, 1998, S. 103ff; *H.-H. Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen, 1996, S. 198ff.

[325] *G. F. Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 429.

[326] 如果知悉 Schuppert 教授專長於公共行政領域觀點的公法學，或許就不令人意外其採取這樣的立場。Vgl. *J. H. Klement*, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 58-59.

論的概念建構在責任分擔論之上並且用來具體化責任如何分擔，事實上卻使得兩個概念經常當作同義詞使用。[327]私人協力仍舊在責任分擔中未獲青睞（unbenannt），且充其量只是理解為居於補充地位的相對人。[328]在責任分擔論的門面背後似乎再一次顯現對於責任階段論的質疑。所以，當Trute以責任分擔論的概念將私人引進已知的責任類型時，仍舊是有疑慮的。實際上，私人的協力不論在類型的前後均一直持存，都是居於補充地位，只是表面上看不見的相對人罷了。責任階段論讓國家在不同境地所扮演的角色更加明確，但這也僅止於重新刻畫形而上的國家圖像。仍舊懸而未決的問題是：法秩序如何可能回應新的組織型態、新的決定型態以及嵌入不再單單由國家支配的決定脈絡中所帶來的挑戰，並且得出何種結構性的改變。[329]

總而言之，無論使用責任階段論或是責任分擔論者，在諸多類型學的討論中可以歸結為三個簡單卻又富饒意味的部份：履行責任、擔保責任與承接責任。[330]並且通常會將這三者作為諸責任類型的上位概念、得依規範領域的需求進一步細緻化的啟迪意義。

或許受到Hoffmann-Riem的啟迪，Trute在 1996 年採用新的概念取代其以往的見解來構築國家規制結構的類型學。其指出，公益目標得以透過國家調控與私人自主管制間不同的形構安排來成就；[331]在國家自力履行與私人自主管制範圍內國家單純的公益取向框架責任的光譜中，責任型態的多樣性得以類型化為：（1）國家決定責任框架內私人的行動與決定；[332]（2）私人利用國家手段確保公益；[333]

---

[327] Vgl. *W. Lamping/H. Schridde/S. Plaß, Stefan/B. Blanke,* Der aktivierende Staat - Positionen, Begriffe, Strategien, 2002, S. 29.

[328] *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 171), S. 81.

[329] *V. Mehde*, a. a. O. (Fn. 129), S. 31-32.

[330] *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 78), S. 362ff.; *M. Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 258.

[331] *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 164), S. 952-954.

[332] 相當於之前提出的「對於合作結果的國家終局責任」。

[333] 相當於之前提出的「自主利益調整的國家框架責任」。

（3）私人自力履行任務場合的國家擔保責任；[334]（4）對社會自主管制的國家管制與監督；（5）受國家誘使與影響的自主管制。其呼應原本的見解，但將「經濟領域與基礎建設領域的國家管制責任與協調責任」進一步細緻化成這裡後面兩種類型。

Andreas Voßkuhle也有自己一套的責任類型論。其認為，藉由責任概念的幫助，能夠將公私部門分工具體化共通福祉的實現階段切割，並且獲得一把適合於每一個公共任務的量尺，這套量尺中包括：標準責任（Maßstabsverantwortung）、準備責任（Vorbereitungsverantwortung）、程序責任（Verfahrensverantwortung）、執行責任（Implementationsverantwortung）、控管責任（Kontrollverantwortung）、實現責任（Realisationsverantwortung）、結果責任（Folgenverantwortung）。[335]雖然這樣的分類可以讓人清楚瞭解諸多彼此功能相繫屬的任務間的時間次序，但是並沒有標識出在每一個別「時間階段」中合作參與的程度究竟為何。

這裡必須強調，在諸多類型學圖譜中不宜迷失方向，仍應在每一個類型的轉角處回首，這樣的路徑擇取究竟是要回答什麼問題。Trute一針見血地指陳：責任的區分（Verantwortungsdifferenzierung）不過是將「普遍法秩序框架內、在階層式管理的公行政核心與社會自我組織領域間遊移的場域」論題化的手段。[336]

要之，任務理解與任務解決形式與技術的改變。國家調控的形式變遷責任領域的交織。[337]責任分擔（劃分）之理念，應是指涉在履行具有公益性質之任務時，介於國家與私人行動者間所為之角色分配。責任分擔並不會導致國家退居任務執行之外，毋寧是一種「國家權力行使之形式變遷」。變遷之形式則為「合作、社會自主管制與政治調控之組合」。國家於責任分擔後對於公共任務執行之剩餘責任，乃透過責任階層化要素，進一步區分為執行責任、擔保責任與承接責任三種

[334] 相當於之前提出的「私人給付場合的國家擔保責任」。

[335] *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 328), S. 68ff.

[336] *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 215), S. 20f.

[337] *Ch. Gramm*, a. a. O. (Fn. 157), S. 298.

「責任階段」。就公私協力而言，擔保責任別具意義。其特徵是國家從排他性之自我任務執行中退出，取而代之者，係國家與私人共同履行任務，抑或在國家法規範引導之社會自主調控下由私人執行任務。在此情形下，國家並不自己，或至少並不獨自執行任務，但卻透過調控措施以擔保任務之合於秩序地履行。[338]

第四款 從給付國到擔保國

具有多重展現型態的民營化與受調控的自主管制僅是實現國家解除負擔諸種準則的兩種手段，特別是民營化，過去經常在特定的場合，透過開發新的財源來創設國家既存任務或新任務的活動餘地。不過，任務外包以往很少連結到策略運用的概念，像是「國家角色的重新評估」以及「國家與社會關係的重新確定」，[339]儘管民營化在政策趨勢上已經擴展為無所不在的現象。[340]不過，在情境關聯或者完全反思性地將越多公共任務外包給私人履行，或者在自主管制方式的調控機制框架內越來越多私人整合於管制任務履行中、以及國家與私人任務履行合作光譜移動地越大，就要越迫切地追問國家剩餘責任（Restverantwortung）可能的範圍與結構，還有與這些任務外包相關聯的國家新定位。[341]

第一個可能的新取向指出從繼續茁壯的社會福利（給付）國家到限縮在承擔核心任務的新自由主義國家，亦即從國家角色的極大化向最小國家、儉樸國家的轉移。[342]隨著這波趨勢轉折，國家與行政不只減少與公益關聯的任務承擔，伴隨國家釋出任務承擔的效果也讓公益實現的責任也回歸社會。

國家將其對於與共通福祉相容的利益調整責任先留給市場支配並信賴市場

---

338 參見 J. Ziekow，詹鎮榮譯，公私協力在德國憲法與行政法上之挑戰與發展，載：全球化下之行政管制，2011，頁 246-247。

339 *G. F. Schuppert*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 247.

340 *H. Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S. 248.

341 *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 99f.

342 *M. Foucault*, a. a. O. (Fn. 55), S. 50; auch eng. *supra* note 259, at 28.

的自然調節機制，[343]但這時不禁要問：在肯認國家對於公益實現仍負有一定程度責任的前提下，在何種範圍負擔什麼樣的責任？Christof Gramm提出國家任務私部門化過程中國家責任的四個層次：首先，確認國家仍作為責任主體；其次，國家代位的實質事由—即國家具有可歸責事由（Zurechnungsgründe）；第三，確認國家責任密度；最後，實現國家責任的手段為何。為了再次釐清國家代位應然地位的必要性（Notwendigkeit eines staatlichen Einstehensollens）並賦予理由，在可能縮減的責任密度下，新的國家理解就必須與國家原則上負有代位責任的預設切開來談。[344]

解除自身負擔的國家不只要固守其框架規制私人活動的責任，也要以公益相容性為考量，在諸種措施的擇取上相對化市場形式的交易活動。[345]在分工維繫責任的前理解上，需要在內容與範圍上具體化國家提供公共給付的功能，國家責任與承擔行政責任的框架條件，國家不一定非得自己完成任務，而是在國家自力實現目標的關聯上意味著對於國家任務完成強度的暗號。[346]一個對於共通福祉利益有單獨責任的福利（給付）國家，為了分工的概念化，這樣的前理解變遷，揮別非公部門及私部門履行公共任務的假象替代方案（Schein-Alternative）。[347]這裡要強調的反而是雙元責任結構，國家部份是自己責任，部份僅是居於補充性地位協力實現公益相容的給付提供。[348]

承前所述，履行責任結合的是，國家不僅對於任務有責任，也應對行政一方公共給付的部署（Bereitstellung）負責，透過自己的行政單位、間接國家行政主體或是國家支配的第三人可以區別出是直接或間接的的履行責任。[349]這些大範圍

---

343 FOUCAULT, *supra* note 259, at 32.

344 *Ch. Gramm*, a. a. O. (157), S. 297ff.

345 *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 100.

346 *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 324), S. 197ff.

347 *G. F. Schuppert*,a. a. O. (Fn. 324), S. 78.

348 *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 101; *G. F. Schuppert*, a. a. O. (Fn. 82), S. 416ff.

349 *M. Burgi*, a. a. O. (Fn. 158), S. 160, 372.直接國家履行乃是正常的任務承擔也是國家履行責任

的行政責任不侷限於提供給付的框架設定，也含括作為在規範性觀點下規制任務、組織、行為標準、行為手段與程序之外複合的制度性安排，亦即國家自我負責形成所欲的結果以及相應的引誘調控。[350]

國家擔保責任的概念作為變遷中的國家性樞紐概念，應當理解為在國家履行責任與單純私人行為的框架責任之間國家的剩餘責任，用來指稱國家既沒有透過自己的手足來履行責任，但也沒有單純到只預設一個對私人行為的框架責任。[351]相對的，當國家退居擔保責任時，就要排除國家對於具體公共給付結果的影響。雖然公共任務之實行與實現責任轉移到私人供應者身上，並在這個範圍內藉由公私夥伴關係達成解放國家執行的效果（staatsbefreiende Wirkung im Vollzug），但是就私人供應者對於公益關聯的任務履行回饋效果，國家仍留有擔保責任。在民營化結果法中、擔保責任框架內可能的國家行為工具特別是部署、推動相當的組織並賦予一定結構，預定給付目標，對程序的特定要求以及監管任務履行的不同形式，包括確保法治國與社會國標準而適用制裁手段。[352]在擔保責任框架中正好彰顯公法與私法交錯並且彼此作為相互補充秩序。

國家承接責任原則上表現在擔保責任的極端狀況，即社會部門參與公共任務時發生不良履行。在擔保責任的架構中，國家將公共任務履行留給私部門，但同時留有監督與控管機制；國家責任（特別是行政責任）僅限於擔保面向。唯當私人給付之提出雖已經存在國家有效確實的管制與視察責任存在，但仍舊只是次佳的問題解決時，國家才需要作為無力清償之保證人（Ausfallbürge）取代私人履行任務。[353]國家承接責任在擔保手段內發揮替補球員的機能，當持續確定有公益關聯的調控不足時，即必須「更替」（eingewechselt）；所以暫時性損及共通福祉

的正常狀態。

350 *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 215), S. 22; *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 78), S. 366.

351 *C. Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003), S. 504ff.

352 *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 78), S. 365.

353 *W. Hoffmann-Riem*,a. a. O. (Fn. 189), S. 276, 308.

關聯的利益不宜得出承接責任的結論，而應當先在擔保功能的框架下變更調控手法。[354]就內容上來說，承接機能一方面透過後續利用管制與控管工具之利用來擴展並強化國家的擔保責任，或者作為第三人參與的緩衝機制；但也可以重新取回國家履行責任並使其復甦。伴隨著以情境為基礎來變更國家責任水平而符應各個由私人提供的公共給付機能，證明了責任分擔的概念是具有高度適應能力的動態系統。[355]

擔保國家作為社會自主管制制度設計之前導理型，在於國家學上不同的前理解。當原本應由國家透過高權措施履行之公共任務，得整合私人參與並且達成相當之履行結果時，國家學的想像因此生變。亦即，對於國家所扮演的角色期待，不再是君父思想下一條鞭作用，亦非利維坦式的安全維繫；期待轉變，國家的責任基礎也隨之遷移。問題毋寧是：國家「應當」擔負何種責任，取決於國家「應為」的界限。

第五款 從瘦身國到主動國

國家與公行政應當扮演何種角色的思索座落在一系列政府再造與行政革新的努力上。這道革新討論中最重要的動力是勾勒國家的理想圖像。其一是節食的隱喻以及繫諸該隱喻的瘦身國（schlanker Staat）圖像，藉由將焦點集中在國家核心任務來縮減其他的任務領域。

1995 年 7 月德國聯邦政府委託專家針對聯邦行政改革提出鑑定報告，其新的調控模式建立在瘦身國家的圖像上並作為行政改革的典範。[356]國家精瘦的目標可以在解除管制、去中心化、與去國家化的概念範疇下輻射開展，其特別凸顯在刪減實定法與標準的措施、強調補充性原則之維護、在行政組織內部以經濟化為

---

354 *G. F. Schuppert*, a. a. O. (Fn. 82), S. 407.

355 *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 171), S. 85f.; *J. Ziekow*, a. a. O. (Fn. 174), S. 4.

356 *K. König/N. Füchtner*, "Schlanker Staat" – eine Agenda der Verwaltungsmodernisierung im Bund, 2000, S. 13ff., 354ff.

導向的精實革新等面向。[357]瘦身化（Verschlankung）要求下處處可聽見「國家之手必須變得更有效率；其必須提供顧客導向的服務；我們希望引進競爭，以求督促公務員；革新不足以獲利時，容許私人業者執行高權任務」這樣的聲音；逐漸顯現的正是，「國家行為在某些場域已經沒什麼必然性」。[358]

透過不同民營化的形式國家行為具體設限並且更有效率地形成機關結構，以俾能節省組織與人事的費用支出。此外，在瘦身綱領的指引下也包含行政程序加速化—特別是計畫與許可程序—的改革。要之，依瘦身國家模式的行政改革關懷重心始終停留在聯邦行政內部，而不是國家與社會間協同利用被閒置的增效潛能；在強調新自由主義（特別是秩序自由主義）要素的同時仍堅守高權國家概念，謹守國家與社會二元區分界限與傳統國家理解。[359]

主動國家（aktivierender Staat）[360]的理念圖像毋寧是個嘗試，不像經營管理取向的瘦身國圖像帶有太多新自由主義色彩的概念。這個圖像拋出來的問題觀點不只強調國家與官僚體制的失靈，也將注意力放在國家調控的社會前提要件與限制。不是只有國家應該職司社會問題的解決，而應當盡可能地交還給市民社會，或至少與市民社會的行動者共同協力。藉由市民社會較高問題解決能力的潛能來利用大量的社會資本。藉此，主動國家主要的目標是在設定綱領的同時，重新確定國家、市場與市民社會的關係。[361]

---

[357] Vgl. *G. F. Schuppert*, a.a.O. (Fn. 307), S. 63ff.

[358] *W. Fach*, Staatskörperkultur: Ein Traktat über den „schlanken Staat“, in: U. Bröckling/S. Krasmann/Th. Lemke (Hrsg.), Gouvernementalität der Gegenwart, 2000, S. 110. 足見瘦身國家的討論也同傅柯治理性與新自由主義批判的論述具有一定的連結可能性。

[359] *W. Lamping, Wolfram /H. Schridde/S. Plaß/B. Blanke*, a. a. O. (Fn. 327), S. 13, 16f.

[360] 此發展還未超過十年的新概念在國內仍沒有統一定調的翻譯，學者陳愛娥翻譯為積極化國家，學者詹鎮榮以活化國家或主動國家稱之。參見陳愛娥，德國行政法學的新發展，載：行政契約之法理／各國行政法學發展方向，2009，頁 184；詹鎮榮，變遷中之行政組織法—從「組織形式選擇自由」到「組織最適誡命」，中研院法學期刊，6 期，2010.3，頁 14。

[361] *J. Bogumil/W. Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl., 2009, S. 50. Zitiert nach *G. F. Schuppert*, a. a. O. (Fn. 307), S. 64.

主動國家主要的模型是，應當以市民與國家間合作履行任務並分擔責任為主要關懷，來取代國家撤退的形式；由於可以透過國家與社會間新的責任分擔結構來促成社會自主管制的潛能，主動國家在諸多政策領域應當只要確立任務履行所需之框架，並且在擔保國家的意義上確保給付提出，而不必然自力承擔。公共任務轉移的可能性雖然與瘦身國家類似，存在於民營化，不過這裡涉及的並非孤立的民營化進程，而是關係到以責任分擔理念為基礎、含括所有任務類型的民營化策略。[362]

此外，國家的任務在於將自身嚴格限定在調節者（Moderator）的角色，目標是在共通福祉利害關係的滿足與確保時創造自我主動（Eigeninitiative）與自主管制開展的空間，並且盡可能促使承擔社會責任。[363]如果將自我主動與自主管制放在瘦身國底下理解，其僅存在於國家撤退之後存於的真空狀態並留下填充的可能性，瘦身國並不關心此真空狀態填充的可能性是否進一步具體實現，如果私人不願、也沒有動機進行自主管制，瘦身國並沒有義務去回填，因為撤退本身已經達到瘦身的要求；相反地，主動國的意義即是驅動私人參與公共任務之履行，[364]其並非將一切改革寄託在任務削減與節省政策，而是求諸於社會分工結構。要之，主動國的理念高度仰賴一個前提：國家對於共通福祉的實現並沒有獨占權，共通福祉的實現容有國家與私人分工具體化的可能性，國家應致力於提供使這個可能性實現的一切有利條件。[365]從而，關於公共任務履行討論不再限於國家或私人（市場、社會）的二元選項，國家與私人間的關聯性、國家與社會不同密度的合作關係逐漸位居要津。[366]

---

362 *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 109; *M. Burgi*, a. a. O. (Fn. 158), S. 289ff.

363 Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Moderner Staat – Moderne Verwaltung, S. 8f.

364 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 42

365 *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 215); *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162; J. *Bogumil*, Verwaltungsmodernisierung und aktivierender Staat, in: „Perspektiven des demokratischen Sozialismus“, Heft 1/2002, S. 43-65

366 *Ch. Gramm*, a. a. O. (Fn.157), S. 28ff.; *W. Lamping, Wolfram /H. Schridde/S. Plaß/B. Blanke*, a. a.

鑑於這樣的重點轉移，對於國家行政現代化的討論與公共任務的履行不再偏居國家或社會之一方，越來越清晰的傾向是國家與社會的關係遭遇根本性的變遷，從而有必要重新思索兩者之間的關係，而這樣的思索已不是單靠合作國家概念[367]就有辦法給予一個令人滿意的答案。由於合作國家嘗試在放棄單方高權調控之下，以協商程序中直接互動為手段，對共同問題尋找所有當事人均同意的解決方案，國家與社會隨之而來的關係得以透過協力或合意協商等要素擴展。這樣的概念引領下出現影響行政文化的變遷，甚至近乎是典範的移轉（Paradigmenwechsel）。告別了瘦身國家主要是內部導向的改革方案以及與個別政策領域關聯合作程序，主動國家嘗試以目標為導向利用國家與市民間的介面（Schnittstelle），以俾在全面的政策領域上將行政環境作為共同生產者（Koproduzent）納入給付過程中。[368]

總而言之，在離開傳統國家理解並與行政改革需求脈絡下拋出的國家與社會關係提問，主動國家作為回應該問題的圖像與前理解希望指出，重要的形成準則（Gestaltungsmaßstäbe）不是只有國家藉由任務移轉來解除負擔，還有合作、協商（Konsens）與接受（Akzeptanz），還有其他公民參與社會責任與民主化等重要價值應與考量。[369]而這樣的前理解在規範面向開展所呈現的成果即是公私協力

O. (Fn. 327), S. 35.

367 *N. Dose/R. Voigt*, Kooperatives Recht: Norm und Praxis, in: ders. (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 13.

368 這裡也可以比較瑞士的憲法發展。在新修正的瑞士憲法中，原本基本權與市民權章中納入新修正的第 6 條：「人人應承擔自己責任並依其所能協力完成國家與社會之任務。（Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.）」並以「個人與社會責任」（individuelle und gesellschaftliche Verantwortung）為標題。從文義乍看之下，其一方面要求盡可能承擔社會責任，他方面整合個人所能來完成公共任務，似乎與主動國家的理念不謀而合；不過，這裡強調的主要是隨著國家活動提升而來對於人民的態度要求（Anspruchshaltung），以及對比市民義務與市民權利，而不是主動國家理念所確立的：國家義務與必須驅動的自我主動與社會參與之間的平衡。Vgl. Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Moderner Staat — Moderne Verwaltung, S. 8; *M. John-Koch*, a. a. O. (Fn. 130), S. 112.

369 *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 171), S. 51; *G. F. Schuppert*, a. a. O. (Fn. 82), S. 598ff.

法制的提倡與推行。公私協力的啟迪意義是，國家不再居於下命地位支配其所屬臣民，取而代之的是合作關係，國家與社會成員協力分擔生活共同體所衍生、待解決的公共問題。這些問題之解決進一步成為公共任務具體化的基礎，並且由制憲者、立法者加以實定法化，在彼此作為夥伴關係的公私部門間形構一個合作框架。

要之，從國家圖像的轉變可以清楚看出社會自主管制的座標處。國家不再扮演獨占的管制者與事必親躬的家父，但也不是如瘦身國家完全將管制任務放任社會部門自己處理；相對地，國家扮演的是驅動者、擔保者與調節者的角色，適度驅動、引導社會部門與私人主動、自我組織、自力履行公共任務並擔保其自我設限、自我完成管制任務，僅在私人管制任務不良履行時出手承接，並調節社會部門自我履行管制任務場合，私人與私人間的利益衝突。

第五節 小結—良善管制的理型期待

從十九世紀到二十世紀，如果以國家權力發展擴張史的觀察，得理解為一種奠基於管制國家、社會規訓化（Sozialdisziplinierung）進程[370]，傳統行政法學中概念建構中之高權與「管制」之手段性有高度連結的結果並不令人意外。但法律規範（Rechtsnormen）並不是在每一種情況下均能發揮其所欲的效用，尤其是傳統規制性法律（regulatives Recht）經常必須回顧其有效性條件，來檢視該規範是否達成其預先設定的目的。法律或政策執行研究學闡釋，當每一種干預式或管制式的調控在轉換時，會激起許多異議及反動力量，以致於調控的成果與其說是原則，不如說是例外。因為源於 60、70 年代的調控概念已經證明本身難以實現。由於傳統國家控管的嘗試皆為由上而下的命令型態，每一個國家控管的嘗試已經遭遇到的困難，諸如知能匱乏、欠缺作成行政行為（尤其是行政處分）的必要資

[370] OESTREICH, *supra* note 305, at 199. 江玉林，憲政國家的權力建築學—從傅柯與厄斯特萊希對於規訓的解讀談起，載：現代性的政治反思，2007，頁 340-345。

訊，都將直接移轉到所有國家控管的類型上。[371]

此外，從二十世紀後葉以降迄今，對於國家角色之理解在福利社會、風險社會[372]、資訊社會、全球化社會等新型態社會結構之形成下典範性地移轉。另一方面，在二十世紀末葉有所謂「市民社會之復甦」[373]現象發生，致使吾人於「國家／社會」這組二元區分下所形成市民社會與國家事務相分離、進而確立國家角色與任務之界限的結論不再理所當然，同時也影響在該組區分基礎下所形成的行政法學典範（例如公私法之區別）。[374]亦即，傳統上認為由國家高權所獨佔之任務，或因為福利社會概念下所帶來之給付行政概念，或因為風險社會帶來之危險控制、專業判斷與安全需求，或因為資訊社會、全球化社會產生之國家界限模糊與經濟互動，以公權力主體為核心國家之不一定能適切回應個別事務領域中拋出之問題與刺激。[375]

所以，國家控管的形式不再能像過往以單方高權、下命的形式形成社會關係。公共任務履行的新發展趨勢是納入高密度、多態樣的公私夥伴關係（PPP）。這個以公部門履行公共任務方式轉型為中心的討論，不僅可以貼上像是瘦身國家或是主動國家的標籤，同時虧空的國家預算壓力也促使國家與私人兼任務分配新方式的探尋。[376]

傅柯曾謂：「必要的不單單是生活，更是良好的生活。實際上包含的是良善、維持、便利、與生活的愉悅。」[377]如果說治理的目的正是在於「良好的生活」，

---

[371] *F. Becker,* Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005,S. 6.

[372] 風險社會所帶來之災害防禦與操控，含括為權力與責任之再組織。傳統以國家高權擔負保衛社會生活秩序與安全之任務，由於任務類型之分殊所蘊含之事務領域專業性，國家不再勝任獨佔性之權力。參照 *U. Beck*，同註 5。

[373] Daniel Bell, *Civil Society versus Civic Virtue*, in: AMY GUTMANN, THE FREEDOM OF ASSOCIATION 239, 272(1998).

[374] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162-164.

[375] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 162-169.

[376] *J. Ziekow*, a. a. O. (Fn. 177), S. 23.

[377] FOUCAULT, *supra* note 239, at 334.

如果安全的渴望是權利發展的契機，那麼治理性權力運作下所仰賴的措置（Disposit），也是一種將力量最大化並提取出來的過程。只是不同於規訓機制，他不是透過對肉體本身的影響對個人進行訓練，而是通過總體的平衡化與規律的狀態，「對生命、對作為類別的人的生理過程承擔責任」的一種調節，而其目的除了建立一種保障機制，更是優化生活狀態。[378]亦即，當歷史呈現出國家藉由治安與博理將生活的良善、生活的維持、生活的便利性與生活的愉悅納入考量，[379]被突顯出來的是一種積極的權力作用—不是否定與壓抑、而是開展與激發。

國立政治大學 National Chengchi University

[378] *M. Foucault*，錢翰譯，必須保衛社會—1976 年法蘭西學院演講系列，1999，頁 232。

[379] FOUCAULT, *supra* note 239, at 334.

第四章　社會自主管制之現實鏡象
—以德國產品安全法為中心

第一節 德國產品安全法的過去與現在

德國早在 1968 年即施行設備安全法（Gerätesicherheitsgesetz – GSG），對於工作場所中所使用的工作設備之安全性做出規範，2001 年為最新之增改版；對於一般產品的安全則是在 1997 年實行的產品安全要求與CE標示保護法（Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung – PrdSG）中加以規範。由於歐洲理事會於 2002 年 1 月 15 日公布新版的一般產品安全指令（GPSD），並於 2004 年 1 月 15 日起正式實施；歐盟 25 個成員國皆須在規定期限內將該指令轉換為國內法。因此，德國於 2004 年一月將上述的「設備安全法」及「產品安全法」加以合併，並將歐盟「一般產品安全指令」轉換為德國新的設備及產品安全法（GPSG），於同年 5 月 1 日開始實施。[380]

第一款 從勞動保護到消費保護

[380] 左峻德、黃兆仁、吳瑾瑜等，我國商品檢驗制度改革之探討，2006，頁 68 以下。GPSP 係由德國的經濟及勞動部（Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit – BMWA）先向上議會提出，於 2003 年 11 月 28 日通過後，再交由國會表決，隨後由德國國會於 2004 年 1 月 6 日公布，並於同年 5 月 1 日起正式施行。設備及產品安全法取代並廢止原本的兩個德國聯邦法律，亦即產品安全法（Gerätesicherheitsgesetz）及產品安全要求規定與 CE 標示保護法（Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung – PrdSG）。新版的法律匯集歐洲執行委員會公布的 15 類產品指令(*Richtlinien, Directives*)，另外加上各指令中未涵蓋的部分產品，還有特定的工廠及其生產設備，據以制訂德國國內的設備及產品安全法加以規範，以達到保護產品最終使用者安全的宗旨。Vgl. *J. Geiß/W. Doll,* Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSP) – Kommentar und Vorschriftensammlung, 2005, S. 1ff., 7f.

設備及產品安全法原名為：設備安全法。顧名思義，乃是對於技術設備規制科技問題的法律，早年一般視為是機具保護法（Maschinenschutzgesetz），規制的核心是技術安全，所以規範客體是對於技術設備與技術廠場在進入流通時必須滿足的安全要求。到了 2001 年修法，立法者明白表示，該法制定之目的為了危險防護、勞工保護以及消費者保護，免於意外對生命、身體健康、財產之侵擾，確立現行設備及產品安全法的規範意旨。[381]

第二款 新方針與全球性方針的影響

然而，隨著全球化、區域整合以及隨之而來的邊境模糊效應，德國在產品安全法制上受到歐盟法相當大的影響，其中主要來自於歐盟指委會在 1985 年公布的新方法（Neue Konzeption, New Approach）與 1989 年的全球性方針（Globales Konzept, Global Approach）。歐盟經濟整合的結果，使得各成員國面對流通於歐盟境內的各式各樣的產品以及存在於社群已久的用物安全需求，必須藉由調和化產品安全標準的措施，以俾實現歐盟基礎條約第 28 條（Art. 28 EGV）的貨品流通自由，容許產品製造人在歐盟境內販售其產品。如果沒有這樣的調和措施的話，歐盟成員國自己的產品安全規範將無法適用，因為A國無法對B國境內生產而有流入A國之虞的產品於上市前實施檢驗；縱然實施檢驗想像上或現實上並非全然不可能，也必須承擔各成員國對於安全標準不一致的不利益。換言之，如果沒有安全防護水平的一致化調和，不管是在規範層次抑或行政架構層次都很難著手於產品安全的管制。[382]

---

[381] Vgl. *F.-J. Peine*, a. a. O. (Fn. 301), S. 391-398.

[382] 歐盟基礎條約第 28 條僅課予歐盟成員國將外國規範與行政架構在事實上具有相同水平性（Gleichwertigkeit）時，才需要等而視之，從而調和化並不意味各成員國不能在歐盟一般安全指令外自行訂定合於內國需要的安全標準。倘若具備其歐盟基礎條約第 30 條意義下的公益理由，亦即歐洲法院（EuGH）在 Cassis-de-Dijon-Entscheidung 判決中揭示，若有急迫的必要性（zwingende Erfordernisse），各成員國仍得以自行透過法律或行政架構來安排產品安全的防護水平，並有權決定如何在行政法上落實該產品安全規定。因此，一個產品製造人很有可能要在每一個歐盟成員國中為了個別產品去注意特別該國的產品安全要求。在這個基礎上各

因此，新方法的提出有助於緩和、甚至解消這樣的難題。其相對於過去指委會在草擬產品安全指令時僅就小部分範圍、產業類型特定之產品設計、製造訂定適用技術規範的「舊方法」而言，新方法的目的在於調和歐盟境內各會員國與公共利益（如安全、健康、環境等）密切相關的技術規定，藉由僅針對大目標、概括產品類別的基本要求加以定義，除了避免舊方法底下個別指令過於詳盡與類型繁雜導致的制定速度緩慢與成效不彰，也提高制定與適用上的效率與彈性。[383]歐盟調和動機的目標可以說要揚棄成員國間藉由不同嚴格程度的產品規範化導致對物流自由的不利影響。

而 1989 年的全球性方針公布的符合性評鑑程序（Konformitätsbewertungsverfahren），進一步提出八種評鑑產品有無符合基本安全要求的模式程序。在符合性評鑑程序中要檢驗並證明，受指令範圍所及的產品是否合於當時相關指令的要求。此程序原則上是依照歐洲議會以歐盟指委會通知（Mitteilung）為基礎在模組決議（Modul-Beschluss）中確立的「對於驗證與檢驗事務的全球性取向」。該模組對於特定產品要適用不同合致評定程序中的哪一種程序，已經在個別的指令中規定。一般而言，產品製造人得以在不同的程序選擇。應適用的程序與檢驗強度依照產品類型的潛在危險性而定，並受到調和技術規範影響。總括來說，合致評定程序原則上包含設計階段以及產製階段。作為獨

成員國仍保有對產品安全為必要事前許可的空間。換言之，單靠歐盟基礎條約第 28 條很難具體實現貨品流通自由，只要各成員國能夠滿足基礎條約第 30 條公共利益或是法院揭示的必要性，管制的正當性即獲得滿足。只有當產品領域經完全的調和化，各國許可管制空間方屬不合法。參見 *H. Ch. Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 3f. 這裡還會涉及歐盟法上保護條款（Schutzklausel, Safeguard Clause）衍生的回饋機制（Rückkoppelungsmechanismus）之運作。簡言之，在經過保護條款程序終結時要不要有一個拘束成員國的委員會決定，且該決定具有撤銷的不利益（Anfechtungslast）甚至很可能對產品製造者具有 drohende Bestandskraft，或是指委會只要公布一個不具拘束力的法律狀態指示（Hinweis auf die Rechtslage），從產品安全法的指令與歐洲議會對新觀念的議決中都很難清楚得知。不過，保護條款程序仍指出個別成員國以行政措施進行產品安全規制的界限與框架。

[383] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 4ff. 中文參見 CE 標示指令概述及歐聯產品責任制度，檢驗雜誌，35 卷 8 期，1996.8，頁 41。

立第三者實施符合性評鑑程序的指定驗證機構得依照產品製造人之委託分別或全部參與兩個階段。[384]

搭配調和安全防護水平的產品安全指令的新方法與揭示八種符合性評鑑程序的全球性方針，在該基礎上對於德國產品安全管制的法律意義，在於私人以不同程度、不同方式引進三個不同層次的管制領域而引發調和化的問題：（1）在規範制定（Normsetzung）層次上抽象的規定對產品的要求；（2）在市場入口（Marktzugang）的層次上對個別產品規制進入歐洲市場的可能性；（3）在市場監督（Marktüberwachung）的層次上觀測市場上的產品與其生成的風險並採取對應措施。相對應這三個層次，歐盟行政法架構即使用不同的創新手法：技術規範化（Technische Normung）、行政認證（Akkreditieurng）與驗證（Zertifizierung）、行政合作（法）。[385]

在歐盟化與新方法之灌注下，過去產品安全規制上的法律主體，僅聚焦在國家監督機關及產品製造人，顯然無法適應這樣的潮流，從而本質上有翻轉思維之必要，亦即：超越民族國家界限與單一上下法律關係的理解，並加入新的行動者來擔保產品安全。現行德國設備及產品安全法在歐盟法管制產品安全之實務上，藉由私人之標準委員會（例如法國之CEN、CENELEC或是英國之ETSI）作成歐盟一般性標準，由歐盟委員會承認後於公報上發布。[386]倘若商品之製造符合轉化歐盟調和標準後之國家標準，則作有利於商品製造人之推定，推定其已履行基本安全要求。[387]商品製造人得自願地選擇是否符合歐盟調和標準或國家標準，或依其產品落於何種產業部門指令（sektorale Produkt-Richtlinie）範疇下，適用相應的符合性評鑑程序，程序之方式與類型也取決於該部門指令。一旦經過符合性評鑑程序，確認產品合於部門指令之一般性要求者，產品製造人就可以在產品上標

384 *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 8-9.

385 *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), S. 142-143; *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 4.

386 參見 CE 標示指令概述及歐聯產品責任制度，檢驗雜誌，35 卷 8 期，1996.8，頁 43-44。

387 Vgl. *A.Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 174-175; *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 65ff.

載流通進入市場前提的CE標誌；產品製造人未遵守前開標準而配載CE標誌於其產品上，並令其流入市場者，行政機關得課予罰鍰之法律上不利益（GPSG第 19 條第 1 項第 3 款參照）。負責檢驗產品與授權商品使用CE標誌之指定驗證機構（Benannte Stelle, Notified Body）則必須於個案證明，即使違反歐盟調和標準或國家標準，該產品仍符合部門指令的一般性安全要求。

要之，受新方法與全球性方針影響下，新的設備及產品安全法所規範的產品，包括了技術設備與消費者產品，不過排除了食品、藥物、醫療器材與通訊設備等具有其他安全考量（特別是風險程度較高）的類型，惟實際適用的範圍已經超過過去依據舊法無須許可的產品，也應適用當前法令的檢驗程序。[388]適用對象除了包括了歐盟各成員國的消費者產品主管單位、市場監督單位、銷售商、製造商，還包括自願採用德國GS標識及其規定的製造商及銷售商。現行德國所適用的標準除了依照歐洲的個別產品指令規定放上CE標識外，還規定德國GS標識由驗證機構檢驗合格後核發GS證書。產品追查方式包括了市場監督、RAPEX、工廠檢查、產品查核、市場抽樣等方式。查核單位則是由德國聯邦職業安全及職業健康研究院（Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin）及認可之驗證機（例如: TÜV, VDE, BG, LGA等）。這樣一來，解除了國家標準檢驗機關制定一般安全標準以及產品市場入口需事前許可的管制任務負擔，一方面令經認可之私人標準委員會取得一般安全標準的制定權，他方面藉由CE標誌與GS標章的雙軌制，前者作為市場入口的強制性框架條件，並在滿足要件的可能選項中安排私人驗證單位即指定驗證機構的位置，令經指定的驗證單位承擔國家的安全控管任務；後者則是自願性的驗證。

第二節 產品安全管理規範現況

[388] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 22.

德國現行設備及產品安全法依其體例可大別為兩部份：一者為法條本文計七章廿一條條文，與依其授權之法規命令。新法了修正前身的設備安全法還有產品安全要求與CE標示保護法，除了調和歐盟要求而轉換 2001 年歐盟產品安全指令 [389]於內國法外，也致力於擔保更高水平的消費者保護以及改善技術設備產品安全性的規制框架。[390]

這樣的沿革也可以從設備及產品安全法規範客體範圍—主要指技術設備與消費性產品（該法第 2 條第 1 項參照）—看到軌跡。依該法第 3 條第 1 項，管制產品安全之主管機關為聯邦經濟與勞動部（Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit），其有權限進一步規定：擔保安全與健康之要求、保護其他法益與其他陳列、流通或營運要件之要求、檢驗、產品監督或相關證書之要件，並課予特定人對於產品之標示、保存與通知義務，並賦予行政機關相關之措施。

前述受歐盟行政管制影響三層次的變革調和，規範制定層次的推定效力（Vermutungswirkung）具體化於 GPSG 第 4 條第 1 項第 2 句，如果一個轉換調和規格的規範符合一個或數個安全與健康要求，則推定符合這個轉換調和規範所生產的產品，滿足系爭安全與健康之要求；又，配合歐盟法市場入口管制銜接樞紐規範落在 GPSG 第 6 條 CE 標誌與第 7 條 GS 標誌的雙軌結構內。舉凡受產品安全法規範範圍所及產品本身、產品包裝或產品附加之文件，均須合法配有 CE 標誌，方能使產品進入通路。其合法性繫諸於 CE 標誌之可見性、可辨識性、持續配載、合於特定樣式、與誤導禁止；創新管制手法則體現在第 11 條私人單位之認可。這些三個層次的變革恰好形成新產品安全法的主要骨幹。

受產業部門指令適用範圍所及之產品需配載CE標誌後方得流入市場。CE標誌具有推定符合性之效力，行政機關必須尊重之。[391]配載CE標誌於產品的前提

[389] Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG (ProdSRL).

[390] *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), S. 7.

[391] 參照設備及產品安全法第 8 條第 2 項第 2 句。Vgl. *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 64f.

要件是經歷的符合性評鑑程序，在各該產業部門指令中由歐盟指委會模組決議，構成一般的固定模組。

GS 標誌的意義是經檢驗之安全性（Geprüfte Sicherheit），係屬按歐盟調和規格（harmonisierte Normen）或德國標準協會（Deutsches Institut für Normung e. V. , DIN）進行檢測的一種自願性驗證。 GS 標誌為德國政府所擁有，是歐洲市場公認的德國安全認證標誌。任何電氣、機械或機電產品只要帶有 GS 標誌，就表示該產品的使用安全性已經通過了公信力的獨立機構的測試，並符合德國的產品安全標準。 GS 標誌雖然不是法律強制要求，但是它確實能在產品發生故障而造成意外傷害事故時，使製造商受到嚴格的德國（歐洲）產品安全法的約束。所以 GS 標誌在整個歐洲市場裡是強有力的市場工具，因為它象徵著安全和品質，能增強顧客的信心及購買欲望。 雖然 GS 是德國標準，但歐洲絕大多數的國家都認同，而且滿足 GS 認證的同時，產品也會滿足歐共體的 CE 標誌的要求。和 CE 標誌不同的是，GS 標誌是絕對的自願性認證標誌，但由於安全意識已深入普通消費者，在歐洲市場，有 GS 標誌的電器通常會較一般的產品銷售單價更高而且更加暢銷。而在德國市場，GS 標誌更是得到消費者和生產商的高度重視，事實上，如果產品沒有 GS 標誌，就幾乎不可能在德國銷售。只有經過德國認證委員會（ZLS）認可的德國認證機構才能發放 GS 標誌，其名稱必需與 GS 標誌同時出現。

此外，對於有監督需要之廠場（第 2 條第 7 項參照）進行稽查，係透過合法調查單位（zugelassene Untersuchungsstellen）實施。[392]這裡的合法調查單位不再訴諸於國家認可、在過去必須歸結到技術監督組織的專家，個別檢驗任務在產品安全法第 14 條授權的各個該法令中獲得更精確的描述。合法調查單位在許可程序框架—從廠場營運前到重要變更或損害發生後—內實施檢驗任務，享有一般性

[392] 參照設備及產品安全法第 17 條。

權限而作成鑑定報告（Begutachtungen）。[393]該鑑定原則上會由企業主（Betreiber）安排，在鑑定結束後私人調查單位也會就調查結果作成證明書。但這並不意味著國家機關全然放手將管制任務留給合法的私人調查單位履行，在一定框架內國家機關仍有間接影響、控管這些私人調查單位的權責，例如私人調查單位須經主管機關向聯邦經濟勞動部指定（benannt）後由該部公告，指定的要件取決於各邦主管機關實施的行政認證程序（Akkreditierung），其由法律或命令作進一步細節規定。前開要素仍與傳統預防性的安全控管相當，但基於歐盟認證與檢驗事務揭示的新方法與全球性方針，進行檢驗任務的私人專家即落入屬於歐盟法概念的指定驗證機構而必須通報（gemeldet）歐盟指委會。[394]

第一款 產品安全管理的行動者

第一目 高權主體

德國產品安全法制架構中的高權主體包括歐盟機關與內國機關。新方法中主要的行動者是歐盟指委會，並負責兩項任務：（1）對新方法中各產業部門指令及其確立的產品安全標準給予建議；（2）將規格化（Normung）的任務委託予歐盟境內之標準機構。歐盟指委會本身並未直接從事監督各個產品製造人是否遵守規定，而是間接透過發布部門指令之權限，來決定新方法與一般性安全要求相關產品的適用範圍為何，並影響中端、後端的產品安全管制；其僅居間獲取各成員國的內國機關間轉換新方法指令與全球性方針的資訊，並將各國轉換現況傳達給其他成員國；其僅負責跟歐盟指令轉換的相關事務，例如特定成員國未轉換部門指令、並未指定驗證機構或經指定之認可機構監督不週，一旦有這些情況，其遂依據歐盟契約第 226 條提起監督訴訟。[395]

內國機關則由認證單位（Anerkennungsstellen）與國家市場監督機關組成。依據設備及產品安全法第 11 條第 1 項，私人得向主管機關提出申請認可為認可

[393] 參照設備及產品安全法第 13 條第 2 項第 3 句、第 14 條、第 15 條與第 18 條第 2 項。

[394] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 79.

[395] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 180ff.

驗證機構。機關應檢驗，申請者是否符合產品安全法相關授權法規命令之要求；若符合要件，應指定申請人就特定產品及程序為認可驗證機構。該負責認可（Anerkennung）與認證（Akkreditierung）事務的機關即職司認證與監督指定驗證機構，範圍包括設備及產品安全法為主所涉及的所有領域，例如壓力設備、電梯與遊艇等。[396]德國法上對指定驗證機構的管轄機關並非在聯邦法層次規定，而是各邦專責處理。[397]雖然可以從商業界、學術界與消費者保護團體中引入專家共同影響對驗證機構的要求，但是認證機構本身對外—即對指定驗證機構—的活動仍是國家權力之行使，不因私人專家參與而喪失或必須質疑其高權性格。因為依照新方法指令，認證單位的活動不得移轉予私人，必須由成員國自己進行指定。又，歐盟指令對指定驗證機構的要求僅拘束成員國，故成員國必須對指定驗證機構符合一般性安全要求承擔終局責任。[398]

持續性的市場監督則聚焦在已上市產品的安全性。為了履行這些任務，管轄機關得依據設備及產品安全法第 11 條第 6 項，命令指定驗證機構提出必要之情報與文件。甚者，市場監督機關可以隨機監管指定驗證機構，因為配有 CE 標誌且流通於市場之產品，本於 CE 標識之推定效力，理應符合基本安全需求；但實際上，在隨機監管的過程中若發現該產品欠缺基本安全需求之符合性，即可逆推知，表徵符合性評鑑程序並未正確實施。由於參與符合性評鑑程序的指定驗證機構必須在 CE 標誌後附上識別碼，市場監督機關從而能夠循號追單位，確認哪個指定驗證機構在符合性評鑑程序中可能未盡其責，並將監督資訊轉交給監督指定驗證機構專責的管轄機關（在德國即慕尼黑的安全技術機構 ZLS）。

第二目 產品製造人

受產業部門指令所及之產品，其製造人就有責任使該產品符合基本安全要

396 例如巴登—符騰堡邦設備及產品安全管轄規則中附件號 1.2.12、1.2.13、1.3.4、1.3.5、1.3.6。

397 聯邦透過邦際協定（Staatsvertrag），在慕尼黑設立邦安全技術機構（Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik, ZLS）與藥物與波昂設立邦醫療產品健康保護機構（Zentralstelle der Länder für Gesundheitsschutz bei Arzneimitteln und Medizinprodukten, ZLG），前者隸屬於 Bayern 環境與消費者保護部，後者隸屬於 Nordrhein-Westfalen 的健康部。其主要的任務是認可與給予驗證機構行政認證，並監督這些驗證機關且於必要時廢止或撤銷認可。參見 ZLS 邦際協定第 2 條第 2 項與 ZLG 邦際協定第 2 條第 3 項。

398 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 181f.

求。由於新方法指令與全球性方針的關係，產品安全的市場入口管制既非採事前許可制，也不是事前報備制，而是最大向度地解除管制，以CE標誌之配載作為產品進入通路的要件，凡經配載CE標誌之產品，即推定效力之產品以符合基本安全需求；並透過部門產業指令，規定某些類型的產品須經歷符合性評鑑程序，產品製造人必須委託指定驗證機構實施符合性評鑑，否則其自行配載CE標誌之行為構成違法。[399]

易言之，產品流入市場的時點，國家有責任擔保其已符合一定的基本安全要求，為了落實這樣的擔保，國家可能形構的管制手法從最嚴格的產品類型禁止、附許可保留之禁止、附報備保留之容許到最寬鬆的義務性、自願性產品驗證。[400]依設備及產品安全法第 6 條與第 19 條第 1 項第 3 款的構造，產品製造人有就其產品配載CE標誌的義務，俾確保其產品流通入市場時，已符合基本安全要求。就不受部門產業指令所及之產品類型，產品製造人有權自行就產品配載CE標誌，而無須行政機關事前許可；又，就產品危險性考量納入部門產業指令與模組決議中的產品，產品製造人也必須從指定驗證機構處取得合格證明書，方得合法使用CE標誌。

第三目 指定驗證機構

指定驗證機構作為具有專業知能、由國家認可之制度，其受產品製造人委託參與符合性評鑑程序，以確保產品合於產業部門指令的基本安全要求。其原則上是經由國家認可的私人單位，承擔一部份監督產品製造人及其產品安全的任務，且本身又受到國家監督機關之監督。

其名稱在歐盟產業部門指令下稱為「指定驗證機構」（Benannte Stelle, notified body），各會員國根據歐盟指令附件（Anhang）所列應遵循的標準，指定歐盟境

399 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 183; *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334ff; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 78ff; *A. Seidel*, a. a. O. (Fn. 70), S. 267f.

400 *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334-345; *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 8f.

內具有執行、勝任符合性評鑑程序資格的機構。這些指定驗證機構可以在歐盟境內從事驗證活動，任何產品製造人得依其選擇尋找指定驗證機構並委託其參與產品應經歷的符合性評鑑程序；倘若指定驗證機構參與符合性評鑑程序並認為委託人之產品已經符合一定基本安全要求，即依委託本旨作成合格證明，並在全歐洲有效；其甚至可以在歐盟境外產品製造人的生產場所實施必要的檢驗與監督。[401] 不過，歐盟指令中所稱的「指定驗證機構」經德國設備及產品安全法與授權的法規命令轉換後中均稱為「認可驗證機構」（Zugelassene Stelle），[402]並因不同事務領域有不同的法律型態，例如TÜV（Technischer Überwachnugsverein）、DEKRA（Deutscher Kraftfahrzeugüberwachungsverein）、邦標準局與材料檢驗署（Materialprüfungsämter）、職業合作社、VDE（Verband Deutscher Elektrotechniker）、大學機構、與諸多股份有限公司、股份公司、部份屬公法社團之已登記社團等。雖然公法性質的單位也得以參與檢驗事務並受認證，但在德國仍以私人單位占多數。[403]

這裡可以進一步將指定驗證機構與單純的私人驗證單位並列比較。兩者雖然均屬私人驗證單位，活動的主要內容也都是提供驗證，並且為產品製造人建置品質保證系統（Qaulitätssicherungssystem）或檢驗產品；差別在於，單純的私人驗證單位作成驗證，目的是要讓產品製造人可以在驗證基礎上，進一步就其產品配載私人性質的品質標章或優良標誌。但這種產品製造人為了獲得企業形象與品牌

---

401 *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 12; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 183f.; Vgl. dazu, Nr. 5 RL 98/96/EG (Schiffsausrüstung). 中文部分參見 CE 標示指令概述及歐聯產品責任制度，檢驗雜誌，35 卷 8 期，1996.8，頁 44。

402 設備及產品安全法第 2 條第 15 項：「（1）認可驗證機構係指（a） 符合第三條第一項法令確認符合基本安全需求實施程序之單位；（b）賦予 GS 標誌之 GS 單位；（c）為 a 或 b 所稱單位服務的檢測實驗室。並經管轄機關就受託單位之特定任務領域指定並由聯邦公報公告之。（2）已由各成員國基於歐盟議會或歐盟指委會之法律行為，或依歐盟經濟圈協議管轄機關基於該協議已通知歐盟指委會之單位。」

403 由於公法單位實施之檢驗從不論從組織、形式或實質意義的行政觀點論，均非社會自主管制討論之對象，故本文主要聚焦在私人單位參與管制任務履行。

口碑而配載的標章，均屬自願性驗證，僅算是純粹的社會自主管制，[404]因為法律並沒有規定，需要配載這些品質標章方得享有特定公法上效果，其僅生市場上的競爭優勢與經營效率。

指定驗證機構的特殊性在於認證非屬自願性，前述私人驗證單位透過制度設計已經內包於公法框架中，從而，純粹的社會自主管制因為納入公法規制的要素，轉型成受調控的自主管制。在此，並非每個私人驗證單位都能提供受公法認可的驗證效力服務；還需要有行政機關對驗證單位作公法上之認可，並且只有經過這樣的認可，經指定的私人驗證單位才能內包於全球性方針的系統中，在全球性方針的意義上實施符合性評鑑程序並且完成CE標示之要件。其主要的任務，係當符合性評鑑程序無法單由產品製造人之符合性聲明完成時，例如在模組B、D、E、F、G與H之場合，即必須參與符合性評鑑程序。依照這些模組又可以細分為兩組不同的任務類型：（1）設置並監管品質保證系統；以及（2）檢驗個別產品。依照不同模組，參與範圍將涉及產品設計草創階段或生產階段或兩者兼具。亦即，指定驗證機構這裡扮演的角色是控管產品關連（produktbezogen）的風險，確保各該產品依其事物本質符合基本安全要求。[405]

第二款 CE標誌與符合性評鑑程序

仔細分析新方法指令與全球性方針的架構後可以清楚看到，在產品關聯的風險控管上，必須顧慮商業市場供應者無礙進入市場自由、物流自由、職業自由基本權、財產權與一般行動自由，以及處於消費市場上需求者（通常是作為消費者的國民還有作為基礎勞動力的勞工）享有生命、身體、健康不受侵害的安全利益間的調和。歐盟指令提出的基本安全要求，以及在這基本安全基礎上發展出來的四大支柱：技術規範調和、CE 標誌、符合性評鑑與市場監督，體現了這樣的調

[404] *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 351ff; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 184-185.

[405] *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334.

和方向。指定驗證機構作為產品安全管制的樞紐要素，即是 CE 標誌與符合性評鑑兩大支柱能否順利支撐的關鍵。故以下將深入詳述 CE 標誌與符合性評鑑的具體結構。

第一目 CE標誌之機能

多數產品都有其應當遵循的生產、製造或組裝等法定要求，這些要求通常來自於立法者對於受規範產品的風險認識、風險評估與判斷所設定的基準，俾使產品能夠達到水準以上的安全性，盡可能避免安全性在水準以下的商品流入市場導致人身或財產的個人與集體損害。在歐盟指令中更對特定產品類別規定基本的安全要求，產品唯有滿足基本安全指令要求，方能進入歐盟市場流通。惟，這些基本的安全要求不單單是對座落在市場產品的最低標準，歐盟調和指令揭示的基本安全要求，更禁止各該成員國對產品要求偏離（不論更嚴格或更寬鬆）該安全標準。[406]但抽象規定的產品安全要求，其具體化仍須嗣內國法轉換程序，特別是具體市場監管下管理與監督流通於市場之產品是否與基本安全要求合致。各成員國在轉換層次上—精確地說，也僅能在這個層次上—透過特別嚴格或特別寬容的控制進一步規避歐盟法上的標準一致化。[407]

承前所述，歐盟立法者統一、調和的只有產品進入市場的程序。想要讓新方法指令中涉及的產品流入市場，需具備的形式要件就是配戴CE標誌。若欠缺CE

[406] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 189.

[407] 這裡會涉及到歐盟與內國間爭議事件的處理方式。每一次內國行政機關之干預都必須進行保護條款（Schutzklauselverfahren）程序。在保護條款程序框架內歐盟指委會必須知悉，在此成員國必須附具理由，其是否對產品採取干預措施，例如因為這些產品必沒有正確轉換技術規格、因為技術規格本身有瑕疵或是因為產品甚至抵觸基本安全要求等。指委會也聽取具有利害關係的產品製造人以及進行干預的成員國，並通知其他成員國。所指委會認為該成員國的措施並沒有辦法正當化，即須將該訊息知會之。這裡有爭議的是：這裡採取的立場是否呈現出依據歐體協約第 249 條第 4 項具有拘束力的決定，或者指委會有無注意依據歐體協約第 226 條基於違反產業部門指令而針對該成員國引入協約違反程序。但歐盟法與內國法規範形成程序與規範效力如何作用非本文欲探討之空間，僅作概括性的介紹。

標誌即不得流入歐盟市場。[408]

國家擔保產品安全的義務不單單從基本權的保護義務得出，新方法指令的產品安全方針也要求歐盟成員國必須顧慮，不能讓歐盟指令中所列之產品在不符合指令安全標準之要件下流入市場。[409]同時也不准各成員國禁止、限制或阻礙配載CE標誌的產品進入內國市場；[410]原則上全面地排除產品流入市場前的的事前控制（ex ante-Kontrollen），[411]對於落在產業部門指令下的產品，即不得再以附許可保留的預防性禁止、市場開放控制或其他像是國家許可、產品批准、無案底證明（Unbedenklichkeitsbescheinigungen）等類似的一般性限制，阻礙產品流入市場；縱然要系統性或是概括性控制座落於市場的產品，只要控制機制相當於事前的許可控制即不容許。[412]因為歷經符合性評鑑後由製造人配載的CE標誌是一種行政標章（Verwaltungszeichen），對於已經配載CE標誌的產品，必須作有利於製造人之推定，它告訴職司產品安全的行政機關：這個產品業已符合歐盟指令的基本安全要求。亦即，按照新方法指令，已經由符合性評鑑程序，納入指定驗證機構對產品或製造過程實施檢驗者，擔保產品安全即為已足；所以，並不需要再配置額外的高權初始管制（Eröffnungskontrolle），從而國家為了確保安全產品流通的主要立足點，就落在賦予使用CE標誌的權利以及監管是否遵循基本安全要求之前提要件架構上。

不過，即使放鬆初始管制，並不意味著完全地排除高權對產品安全的其他控管。歐盟指令容許基於市場監督的後續抽樣檢驗控管，在此範圍內國家得延伸監管落在產業部門指令中的諸種產品，事實上是否有權利配載CE標誌。甚者，在

---

408 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 190.

409 設備及產品安全法第 8 條第 2 項（§8 Abs. 2 GPSP）參照。

410 參見遊艇指令第 4 條第 1 項；壓力器械指令第 4 條第 1 項第 1 款；升降梯指令第 4 條第 1 項 Richtlinie 2003/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Juni 2003 zur Änderung der Richtlinie 94/25/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Sportboote, *Amtsblatt Nr. L 214 vom 26/08/2003* S. 0018 – 0035.

411 *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 210.

412 *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 349.

市場監督的框架中，當具體產品的損害或危險事態發生時須調查並控制、限縮其危險性，所以仍一定程度容許（甚至必須）留存壓制性控制（repressive Kontrollen）模式。[413]例如，據設備及產品安全法第 8 條第 4 項之規定，產品未符合同法第 4 條第 1 項者，得依第 2 款禁止之、或第 7 款撤銷（Rücknahme）與回收（Rückruf）之。[414]

縱然在符合一定要件下容許壓制性控制，倘若市場監督機關在個案中想要對付已貼有CE標誌的產品或其製造人，該壓制性控制手法的干預要件應當更嚴格，因為貼有CE標誌的既存事實，推定該產品已經滿足一般安全要求，市場監督機關必須先推翻該推定。此外，行政機關在干預貼有CE標誌產品時，當然受到較廣的附記理由與程序義務所拘束。[415]

總之，CE標誌的機能展現在兩個面向：[416]從國家的角度來看，全面解除國家對產品安全事前的初始管制，將產品的安全檢驗第一層的責任從國家轉移到私人，令產品製造人的報驗義務轉換為配載CE標誌的權能，但仍有義務配載CE標誌，只要產品製造人欲讓產品流通於市面；從產品製造人來看，CE標誌不僅免除其事前報驗義務，兼有保護製造人免於市場進入控制的利益，只要其合法配載之；而合法配載之前提，即是依序遵循符合性評鑑程序，自主實施產品安全檢驗。

第二目 CE標誌之要件

由於對CE標誌驗證後的產品所為的一般性的事前控制並不合法，但國家卻必須只能容許具備安全性的產品流通於市，所以對此CE標誌的實質要件與監管

413 Vgl. *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 210f.

414 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §4 zu Abs. 1 Rdn. 18ff, §8 zu Abs. 4. Rdn. 57ff.

415 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 192.

416 不過，因為 CE 標誌是由產品製造人而不是獨立檢驗的指定驗證機構配載，指定驗證機構也不是所有產品類型均必須參與，所以 CE 標誌本身並沒有為消費者擔保中立、客觀的產品檢驗與製造程序控制，從而該標誌沒有辦法看成是品質標章或是優良印記，無法對產品製造人帶來任何廣告效益。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 192.

都必須有更高的要求。[417]至於滿足什麼樣的條件、歷經哪一種符合性評鑑程序方得配載CE標誌之要件，關係到新方法指令與全球性方針揭示的多元模組與先後的管制階段。CE標誌之標示在於確保產品已經符合相關產業部門指令的基本安全要求，若且唯若CE標誌之配載才具備實質合法性。是否符合基本安全要求，繫諸於待上市產品應實施的符合性評鑑程序；應當適用何種符合性評鑑程序，則由相對應的「模組型式」（Modulbaukasten）確定。

可資適用的模組類型總共有 A、B、C、D、E、F、G、H 八區塊，並依照新方法指令區分為設計階段（Entwurf- bzw. Konstruktionsphase）或製造階段（Herstellungsphase）的架構，有些模組僅及於兩者之一，或者兩者兼具，甚至混合不同階段的相異模組；產業部門指令依照產品類別的風險高低，模組型式又再細分為「產品製造人自行管制」與「須有指定驗證機構參與」之模組類型。

第一項 產品製造人自為標示

有些產品的風險性甚低，倘若要求產品製造人仍須引入指定驗證機構參與以擔保產品流入市場之安全性，可能不符合成本效益。對於這些低風險性的產品，只需要由產品製造人自負責任配載 CE 標誌，產品標識即為已足。這裡不需要再例外規定 CE 標誌應當具備何種形貌來滿足形式或程序要件，自然也不需要行政機關經手檢驗。事實上，縱然在過去國家標準檢驗機關事前初始管制模式下，也不會無視產品本身的風險性，一體課予報驗義務，因為一來沒有必要，二來也保護法益與干預措施間有失均衡。此外，並不是所有產品都需要配載 CE 標誌，只限於那些在歐盟指令明示規定者。

在這類風險性低的產品，通常會適用模組型式中的模組A，即「內部成品控管」（Interne Fertigungskontrolle），其兼及於設計與製造階段。在此，產品製造人無須使指定驗證機構參與，須聲明產品經製造人自己評鑑，已經與產業部門指令

[417] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 193.

的基本安全需求相一致（甚至在必要的時候與調和後的技術規格相一致），並提出從中可得而知悉產品之設計、製造與使用的技術文件，在一定期間內（最少十年）隨時可供調閱。滿足這些前提下，產品製造人得就其產品配載CE標誌並自行作成產品符合性聲明（Herstellererklärung, Konfromitätserklärung）。[418]

除此之外，模組A部份也會透過指定驗證機構負責的抽樣控制來擴充（模組Aa）。對於每一個產品，由產品製造人出於自己責任（auf dessen Rechnung）對產品一個或數個特別面向進行一項或數項檢驗。這些檢驗在產品製造人選任的指定驗證機構責任下實施。又，由產品製造人選任的指定驗證機構得在任意的時間間隔中實施產品抽樣檢驗，或對現場指定驗證機構取出的成品樣本進行查驗。倘若受測產品中一件或數件不符合規格，指定驗證機構得採取適當的措施，例如要求產品製造人立即或限時改善，或重新檢討產品的設計、製造方法與過程等。[419]

第二項 指定驗證機構之參與

前面已經提過，指定驗證機構在產品安全法的解除管制架構中占據著重要的樞紐地位，其作為私人專家，[420]在新方法指令與全球性取向的基礎上從事驗證與檢驗事務之任務。

除了典型的模組A由產品製造人自力完成符合性評鑑程序外，其他模組均需引入指定驗證機構至少參與產品之設計或製造階段。模組B（又稱歐盟型式試驗EG-Baumusterprüfung）僅包含設計階段，從而在生產製造階段必須與模組C—F結合。在型式試驗中，指定驗證機構參照具代表性的產品樣式檢驗該產品之設計

418 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Rdn. 9.

419 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 41; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 193.

420 歐盟指令概念並未就指定驗證機構的組織法性質直接規定，其也可能是單純的私法主體、具有公權力主體性格的行政受託人甚至是國家機關。所以，對於指定驗證機構的法律地位具有決定性的關鍵取決於成員國轉換、將各該部門指令具體化的法律。在德國法上，依據設備及產品安全法第 11 條第 1 項的合法單位（zugelassene Stelle）即屬私人的指定驗證機構。Vgl. *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 4ff; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 80.; *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 350.

是否符合指令的基本要求。特別是當產品製造人不合乎調和規格設計時，定型檢驗有多樣的規定。如果確保了系列產品與受測型式間的合致性，接下來才能繼續進行模組C—F的程序。[421]

模組C稱為符合型式聲明模式（Hersteller- oder Konfromitätserklärung über die Konformität mit der zugelassenen Bauart），其僅涉及製造階段，所以設計階段必須與模組B相結合，並取得形式檢驗證明為前提；如果該前提該當，同樣地只要產品製造人聲明，該產品與型式檢驗中描述的產品代表型式相一致並且滿足系爭指令的要求，在製造階段結束時，即足以合法配載CE標誌並自力作成符合性聲明；[422]不過，模組C部份也要由指定驗證機構至少必須抽樣檢驗產品是否事實上與型式相符。

按照模組D的製程品質保證（Qualitätssicherung Produktion），系列產品是否合致於受測的樣品代表型式，是透過對整個生產過程—也就是製造、最後驗收與測試—的品質保證系統來達成。產品製造人運作合法的品質保證系統，以確保產品之製造與與終局控制能經由該系統之組成安排，使所有產品與代表型式相一致；該品質保證系統必須由指定驗證機構許可並監督其運作。[423]模組E延伸與模組D相當，不過品質保證系統僅及於最後驗收與測試部份，而不及於製造階段。最後，按照模組F，係由指定驗證機構對產品進行全面檢測或抽樣測試，受測產品是否與代表樣品型式相符、基本安全要求是否滿足；產品製造人可以選擇產品個別測試或者統計檢測，倘若選擇後者，還必須採取所有必要措施來達到一致的製造過程以擔保統計之正確性。[424]以上三者與模組C一樣，僅涉及製造階段而不包括設計階段，均需與模組B結合。

---

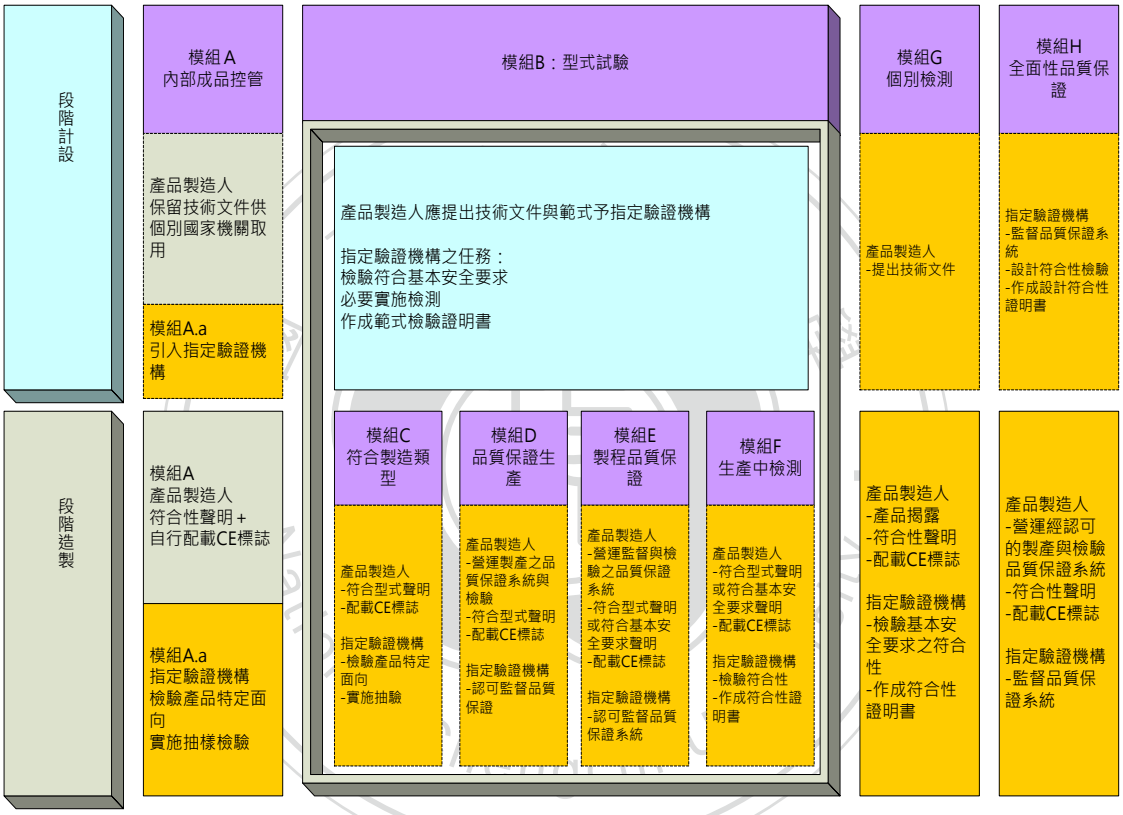
421 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 10, 41; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 194.

422 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 11, 41.

423 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 12, 41.

424 Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 13-14, 41; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 194.

剩下的模組 G 與模組 H 則同模組 A 一般，兼及設計與製造階段。在模組 G，每一個產品都要由指定驗證機構檢驗受測產品是否與指令的基本要求相符，而不是像在模組 C 或模組 E 中只要檢驗產品是否合於歐盟樣品代表型式。模組 H 則是對產品之設計、製造、終局驗收與檢驗規定全面性的品質保證系統，其由指定驗證機構許可與監管。以下圖示呈現的是歐盟指令框架內的產品符合性評鑑程序：



《圖一》歐盟模組型式

由此觀之，指定驗證機構一方面職司個別產品以及歐盟指令所定代表樣品型式之具體檢測，例如在模組 B、模組 F、模組 G、部份的模組 A 與模組 C 中全面檢測或抽樣檢測，另一方面也負責許可產品製造人的品質保證系統並監督之。

為進行符合性評鑑程序，產品製造人通常須拜託指定驗證機構參與並締結契約。值得注意的是，產品製造人得自由選擇所欲的指定驗證機構，亦即選擇締約對象，從而製造人與指定驗證機構間的法律關係可能要歸類、定性為民事的事務

處理契約（Geschäftsbesorgungsvertrag，相當於我國民法第 528 條之委任契約）。在該契約關係中，指定驗證機構有義務驗收與監督品質保證系統或個別檢測歐盟樣品型式與產品。雖然基於契約自由，如何安排符合性評鑑之進行原則上留由產品製造人與驗證機構合意決定；不過，若驗證機構居於指定驗證機構之地位為法律行為，而符合性評鑑程序進行之目的在於促成賦予產品製造人配載CE標誌的權利，俾使產品流入市場成為可能的話，該程序就必須遵循指令實體上一般安全與程序上中立、客觀之規定與相關法規。只有在產品製造人為產品提供符合性聲明，並於聲明中確認該產品已依序進行對應指令要求的符合性評鑑程序，才能讓該產品流入市場。私人驗證機構在私法契約基礎上進行的符合性評鑑程序，只有透過遵守公法規定才會發生公法上效力。倘若指定驗證機構與產品製造人並未嚴格遵守前述規定的程序，例如產品製造人不管有沒有履行對於指定驗證機構所負之義務就配載CE標誌於產品上，會導致CE標誌欠缺合法性，而有管轄權之市場監督機關得採取必要措施，像是禁止流入市場來干預該產品。[425]

又，參照歐盟指令可以發現，八個模組當中有三個模組的程序標的是品質保證系統（模組 D、E、H）。此時指定驗證機構有兩個主要任務：其一，評價該系統並評鑑系統是否合乎指令的要求；其二，品質保證系統經合法評價後，指定驗證機構仍須進行持續性的控管。

品質保證系統必須滿足哪些要求以及必須獲得何種評鑑結果，指令中並沒有詳細規定。藉由品質保證系統所要確保的是，成品合乎歐盟樣品型式或者基本安全要求。品質保證系統如何架構與營運，事實上還是留給製造人相當程度的決定空間。不過，如果產品製造人採用的是對應調和規範的品質保證系統，至少就要是與指令要求相符的系統。產品與指定驗證機構除了藉由遵守調和規範來證明有遵照指令規定外，品質保證系統如果滿足相當的規格（特別是DIN EN ISO

[425] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 195-196.

9000ff.[426]），可推論品質保證系統已經滿足個別模組的安全要求。產品製造人當然也可以自願地讓其品質保證系統事先給指定驗證機構以外的私人驗證公司來驗證。在指令中也規定，產品製造人必須製作全面性、系統性的品質保證系統文件，包括所有必須考量的要素、設定的要求、規定與指示。這些品質保證系統程式、使用手冊、報告必須對企求的品質目標、組織結構與營運中的權限、依產品製造人對產品所做之檢測、以及自行檢測品質保證系統所採取之措施等給予陳述說明。[427]

藉此，一方面促使產品製造人盡可能完善化有效的品質保證系統，他方面也由指定驗證機構對產品安全系統進行評鑑與控制。評鑑品質保證系統時，指定驗證機構必須檢測，該系統是否已經注意所有讓成品符合安全要求的細節、前述提及的文件是否正確提出，且在審查範圍內至少要進行廠場之訪視。此外，檢測團隊中至少要有一人須有作成鑑定技術之經驗。若獲得指定驗證機構之正面評鑑，則產品製造人取得許可並得配載 CE 標誌於其產品上而流入市面。

惟，對於品質保證系統一次性的正面評價並無法持續擔保產品的安全，所以指定驗證機構必須持續地將品質保證系統的安全水平維持、控管在正向評價之上。為此，歐盟指令規定指定驗證機構得定期視察（Inspektion）與品質審查（Qualitätsaudits）、也得進行突襲訪視檢查（unangemeldete Prüfbesuche）。[428]為有效實施控管，產品製造人必須確保指定驗證機構得進入生產廠房並調閱所有必要書類。這些書面資料包含不單是產品的技術文件，像是設計藍圖與技術檔案，也包括人員的資格與許可證明文件，還有控管調查與檢測的結果。這些符合性聲

[426] ISO9000 系列是一種國際標準組織制定的品質保證認證標準，由 ISO/TC 176 品質管理與品質保證技術委員會下所屬 SC2 品質系統分科委員會所編訂。其公布於 1987 年 3 月，全系列由 ISO9000、ISO9001、ISO9002、ISO9003、ISO9004 所構成。其表彰公平、公正且客觀的認定標準，藉由第三者的認定，提供買方對產品或服務品質的信心。減少買賣雙方在品質上的糾紛及重覆的評估成本，提昇賣方產品的品質形象。

[427] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 196.

[428] Anhand II Modul E, H, Ziff. 4.3 Modulbeschluss. Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 41.

明、技術文件、報告和指定驗證機構所核發之證書等，在產品生產之後必須保存一定最低年限，其最低年限又因不同產品、不同模組、不同指令而有不同的規定。[429]任何產品品質保證系統之變更，產品製造人也必須告知指定驗證機構，俾使驗證機構得以進行新的評鑑，自不待言；指定驗證機構不論核發或撤銷品質保證系統的許可，也須告知其他指定驗證機構相關的說明，以俾達到安全防護資訊交流、彼此監督，避免產品製造人任意尋逛願意認可其品質保證系統的劣質指定驗證機構。[430]

除了品質保證體系之確保外，為防止品質保證體系仍有疏漏之處，其他模組規劃由指定驗證機構進行個別檢測，這裡可能涉及樣品代表型式檢驗或者個別成品檢測。

型式試驗（Baumusterprüfung, type-examination）須由產品製造人向其所選定之指定驗證機構申請，而由該指定驗證機構檢驗產品之代表樣品合於相關指令的規定。產品製造人必須供指定驗證機構調閱必要技術書面資料，包括產品之構造、生產過程與配置人員等訊息。若產品製造人選定設計階段符合調和規範，指定驗證機構則檢測，代表型式是否符合調和規範。[431]

指定驗證機構檢測時的程序，應以產品檢驗程序的調和規範為導向。該檢驗不僅限於該具體的產品是否安全，也會核實應用的材質是否合於規定，以及人員是否具備必要資格。[432]有些指令甚至部份會規定檢驗程序的細節，例如壓力設備指令（Druckgerät）。檢測後接著指定驗證機構會決定要核發或拒絕給予EG型式試驗證書（EG-Baumusterprüfbescheinigung）。後者的情況必須詳附拒絕之理由予

[429] 例如設備及產品安全法中相關的模組 D、E、H 至少十年，藥劑產品指令規定至少五年，遊艇指令至少十年、升降梯設備指令至少十年。

[430] Anhand II Modul D, E, F, Ziff. 6 Modulbeschluss 93/465/EWG, in: ABl. EG L 220 v. 30.8.1993, S. 23ff. Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 41.

[431] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 198.

[432] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 198-199.

產品製造人。在拒發型式試驗證書之場合有時候也有異議程序。惟，檢驗證書效力的存續期間仍有限制，舉凡受測產品構造之變更均應通知指定驗證機構，並告知所有其他指定驗證機構關於已核發或經撤回之檢驗證書，其他驗證機構得請求複印該檢驗證書。檢驗證書與其他書面資料亦應保存一定時期。

最後，在個別檢測之場合，受測的並不是代表的樣品型式，而是流入市場的系列產品。檢測之實施，或基於產品是否與基本安全要求相符（模組 Aa、G），或者產品樣式跟基本安全要求相符（模組 C、F），其或針對每一個產品，也可以抽樣檢測。

總之，在歐盟模組決議架構的符合性評鑑程序中，指定驗證機構對於產品製造人得否合法配載 CE 標誌、產品得否合法流入市場，扮演著舉足輕重的角色；其主要服務的範圍包括設計與製造階段，服務內容含括品質保證系統之維護、檢測、評鑑、管理，到樣品型式檢驗與個別產品測試，不一而足，再與產品製造人締結的契約基礎上，分擔國家退出產品事前初始管制及確保產品安全性的任務。

第三款 檢驗程序的法律結構

新方法指令與全球性方針中並沒有針對產品製造人與指定驗證機構間的法律關係表示立場或加以定性，欲訴諸各該成員國的法律制度作為解決方案也不合適，因為迫使指定驗證機構適用二十七個不同成員國的法規並且造成額外的適用困難，萬一指定驗證機構與產品製造人的法律關係處在多個成員國中，例如產品製造人的廠房散佈在不同的地區。但是，拒絕將成員國的公法適用於指定驗證機構與產品製造人的法律關係並沒有回答從以下事實所導出的問題：指定驗證機構在歐洲從事其活動時，仍有直接或間接單方的決定權限，即使是與其他指定驗證機構處於競爭關係中行使該權限。從指定驗證機構從事的活動來看，似乎可以定性公權力受託人，但如果這樣的話，公權力委託的法律型態具備一定的國家性格（Staatlichkeit），其衍生的體系結果並不適合指定驗證機構的特殊結構；換句話

說將指定驗證機構歸整入國家行政組織，並因此藉由監督與指示權限與國家機關相繫，與適用於指定驗證機構的獨立性需求相抵觸。因此，殷鑑其所處的競爭環境，針對國家作為一體性組織而發展的保護機制在這個範圍內並非必要。[433]

在德國基本法中這樣一個對私人行為定性的要求原則上並不明顯，因為與國家相關的基本法規定效力，透過禁止承認私人欠缺公權力受託時享有高權決定權限，其基本思考仍拘限在傳統公權力委託之思維內的權限移轉問題。

要如何理解新方法指令與全球性方針架構出來的產品安全法制，在於正確理解指定驗證機構在當中扮演的角色與發揮的機能；要正確回答其角色與機能，遂有必要從法律制度深入剖析：他與國家標準檢驗單位的關係、與產品製造人的關係。要之，回答這個問題的關鍵繫於如何掌握指定驗證機構身處的法律關係，這不僅影響到檢驗合格證明的法律性質，也根本決定指定驗證機構在檢驗程序中的權限基礎。

第一目 產品製造人與指定驗證機構間的法律關係

第一項 歐盟指令的立場

指定驗證機構與產品製造人的關係應依歐盟法之規定優先判斷。產品安全係屬公共任務，其原則上由國家高權主體以公法形式來完成（例如產品許可、禁止產品、警告措施等）。在全球性方針已經指出，這些公共任務至少一部份由私法主體參與履行。由產業部門指令、模組議決（Modulbeschluss）與全球性取向均無法顯然得出指定驗證機構為受託行使公權力之私人。想要作成這樣的結論也幾乎不可能，因為德國特有的行政委託制度對於歐盟法與其他大部分的成員國來說應該是相當陌生的。歐盟法僅規定，成員國得指定私法或公法的機構來履行產品

[433] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 27.

安全之任務。[434]

這裡預示的兩種法律關係形構可能性：一者，指定驗證機構居於私法人之地位可能是經GPSP、GPSP授權的行政命令、或藥事法（MPG，Gesetz über Medizinprodukte）受託行使高權，作為公行政之一部分與產品製造人互動；他者，也可能是指定驗證機構並非受託行使公權力之私人，仍舊處於社會領域中居於私人之地位，基於同產品製造人間的私法契約履行任務。[435]

就產品製造人與指定驗證機構的法律關係歐盟法除了表示產品製造人得在經指定的驗證機構中自由合意選定並支持以契約安排其法律關係外，並沒有給出太多線索。另一方面指定中的規定卻似乎是將高權移轉予指定驗證機構。[436]此又針對受拒絕驗證之異議程序似乎肯定其屬行政程序。惟，基於欠缺指令的直接適用性，並不可能直接靠指令之高權移轉；本質上的行政委託僅得執行內國法。從歐盟法的觀點來看，透過德國法委託指定驗證機構行使公權力似乎也可行，不過對於該法律關係之形構究屬公法或私法並沒有強制性的規定。若歐盟法將指定驗證機構地位留給內國法形成，就要探問在德國法的脈絡下是否得定性為行政委託。

第二項 高權關係說？

行政委託，又稱公權力受託人，係指受公行政託付以公權力，以自己名義行使一定公法權能從而完成特定高權任務之私人。產品安全法雖個別地實行公權力委託以及高權任務之移轉，例如符合性評鑑機構委託及認可程序要求命令第 5 條（Verordnung über die Anforderungen und das Verfahren für die Beleihung und

---

434 *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 4ff; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 80.; *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 350.

435 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 200; Ähnliches siehe dazu *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), 2006, 142ff.

436 指定驗證機構得對產品製造人進行無預警之訪視。Vgl. Anhang III Modul D Ziff. 4.4 Druckgeräte-RL。

Anerkennung von Konformitätsbewertungsstellen），設備及產品安全法或藥事法也有就特定事項將高權移轉予指定驗證機構之規定，例如在德國藥事法第 18 條第 1 項規定指定驗證機構得對藥品製造人限制、中止與撤銷驗證，但這樣的規定是否必然要理解為高權規範？是否必然可以得出其與產品製造人間即屬公法關係的結論？

Kurt-Christian Scheel認為，檢驗合格證明係屬傳統許可行為之類型，蓋原本產品流入市場須經許可，產品安全法現行架構雖取消國家事前預防性的許可控制，改以CE標誌之配載作為市場入口之要件，然而CE標誌並非產品製造人可任意配載之事項，仍須指定驗證機構之參與，作成檢驗合格證明書後使得配載。換言之， CE標誌僅是產品市場入口控管的形式上要件，實際決定產品得否流入市場仍繫諸於指定驗證機構作成之檢驗合格證明，故其地位仍相當於傳統標準檢驗局履行之任務，屬於高權性質的產品許可。指定驗證機構承接的任務在功能上相當於行政機關的產品許可，令產品流入市場取決於指定驗證機構之正面驗證，藉此指定驗證機構對於產品製造人而言取得相當於國家之權力地位。[437]

但是，單單承擔國家任務似乎無法有力支持行政委託的結論。考察驗證制度的歷史，最初源於私部門；在美國，「第三人驗證」（third party certification）是為了獲得顧客之信賴與促進企業形象而發展的手段，過去或是今日仍是在私法關係的基礎上進行。[438]德國的指定驗證機構也不單在法律規制的領域中從事驗證活動，在其他自願的領域裡也提供與美國相同的服務。由於立法者在自主管制理念的背景下希望求助於在經濟體既存的結構—誠如Patrick Scholl所言，新型態的國家管制不能在無視於私人專家服務提供的既存市場—[439]顯然最便捷的方式就是

[437] *K.-Ch. Scheel*, "Benannte Stellen": Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBl. 1999, S. 445f.; *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), S. 142-143.

[438] 然而，這種單純法律關係的觀察是否即足以宣稱甚至支持「驗證」之本質即屬私法，從而否定以公法關係形構的可能性，並非不容質疑。考察美國社會關係形成史，可以發現草根性的市民社會傳統，而該傳統中的法律關係又多以私法來安排，不若德國公法史的演變進程。

[439] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 112.

採用包含民法結構的模型，來解消如果將德國指定驗證機構理解為受託行使公權力之私人的話，可能遭遇「在國外檢測產品而行使德國高權似乎逾越主權國境」的疑慮。反之，國外從事私法行為的指定驗證機構則當然得在德國境內進行符合性評鑑程序。

又，如果將指定驗證機構解為受託行使公權力之私人的話，則歷經符合性評鑑程序後必須作成的檢驗合格證明與拒絕核發合格證明與不合格的結果，在此脈絡下似乎理所當然地具有對外就具體事件規制的高權法效性格，亦即要定性為行政處分。這樣一來，檢驗程序因此會是德國聯邦行政程序法第 9 條意義下的行政程序，在行政程序框架中要檢驗，製造人的產品或品質保證系統是否滿足法定要求，不然就要拒絕作成該行政處分；行政處分一經合法作成發布生效後，若未經撤銷、廢止或其他事由失其效力，不僅有救濟期間及其牽連的形式存續力與程序再開問題，對機關自身也實質存續力、跨程序拘束效力，甚至對其他機關的構成要件效力，承繼、開展一切與行政處分作為法制度的問題性。但是，指定驗證機構所做的決定不僅對其他指定驗證機構沒有直接拘束力，對監督機關也不生拘束力，亦即欠缺行政處分的構成要件效力，在這個意義上也難說指定驗證機構乃受託行使高權。要之，公法效力並不繫於指定驗證機構對品質保證系統的驗證或是個別產品之檢測，而僅繫於產品製造人配載的CE標誌，也就是得否流入市場的前提要件。[440]

除了規範面的考察，從德國實務上具體驗證的運作結構也可以推測是契約結構。指定驗證機構將自己看成是給付者，提供概括性的服務（不僅在法律規制的領域也及於自願的領域），而視產品製造人為顧客（Kunden）。從德國指定驗證機構與產品製造人訂立之契約中可以看到，產品製造人有容許驗證機構之進入權、提出書面資料等義務，且得「解除」（kündigen）驗證。這些徵象並無法喚

[440] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 203.

起吾人對於從屬關係或是單方高權—也就是行政處分構成要件—的印象。[441]

不過，這些對於否定指定驗證機構作為行政受託人的指摘均囿限於傳統對於公權力委託制度的理解，面對變遷中的行政法學已不乏批評聲浪。Udo Di Fabio即表示，為什麼會質疑「只有私人參與公共任務履行無法必然得出公權力委託的結論」這樣的宣稱，是因為公權力委託制度的傳統理解僅及於法律上的高權，如果將公權力委託作為行政委託制度的下位類型，從而擴張行政部門將特定公共任務履行移轉給私人的概念，也包含事實上高權移轉的話，也許就能在私人參與公共（管制）任務履行的彈性趨勢下活化行政委託的制度內涵。在這樣的理解下，指定驗證機構雖然沒有嚴格意義上透過法律行為從國家產品檢驗機構移轉檢驗權限，但已經事實上承擔該檢驗任務，因而可以歸類為「廣義的行政受託人」。[442]

惟，Eberhard Schmidt-Aßmannn犀利地指出種試圖將某種嶄新面貌出現的法律現象連結到熟稔的公法制度的企圖，可能有的缺陷。儘管這樣的作法或許可以獲得某種明確性，但最關鍵的缺陷在於，其異化（verfremden）了私人參與行動者的行為理性，有鑑於多元的私人間競爭與衝突利益，無庸置疑地必須有一套法律保護機制，其無法灌注到單一的公法法律形式中；其毋寧必須要揉合於兩個系統之一或者兩者部分兼具。[443]

第三項 私法契約說

從德國指定驗證機構運作實務來看，他們通常會明示基於契約與產品製造人交易，產品製造人係委託人，該契約的基礎是一般契約條款（Allgemeine Geschäftsbedingungen[444]）；當產品製造人違反檢驗規定時也有違約金（Vertragsstrafen）之約定、發生爭端時部份也經由調解程序處理。符合性評鑑程

[441] *A. Ch. Thoma,* a. a. O. (Fn. 59), S. 203-204.

[442] Vgl. *U. Di Fabio,* a. a. O. (Fn. 9), S. 271。廣義的行政委託，參見許宗力，同註 131，頁 435。

[443] *E, Schmidt-Aßmannn,* a. a. O. (Fn. 61), S. 265.

[444] 又稱一般債之條款，參照德國民法 BGB 第 241 條以下。

序之報酬並非按照公法規費表；各指定驗證機構係依照自己個別的價目表向產品製造人說明成本估價，而價格依時間與勞費支出計算，而不分基於法令規定的強制性驗證或自願性驗證。這些實務上的總體操作與用語顯然支持產品製造人與指定驗證機構間係屬民法契約關係。[445]

檢驗程序也不是德國聯邦行政程序法第 9 條意義下的行政程序，必須嚴格確定製造人的產品或品質保證系統是否滿足法定要求，不然就要拒絕作成該行政處分。指定驗證機構業已涉入像是品質保證系統這一類的結構中，當產品製造人欠缺必要的Know-How知識時，一開始會有同產品製造人關於程序流程的詳細商談；可能會作成預試（Voraudit），看企業能否在當時的狀態下取得驗證。若失敗，將指出必須進行哪些變更以求通過最終的審查。倘若審查依舊未能獲得所希望達到的結果，指定驗證機構有時候也不會直接拒絕作成並發給證明書，而可能會諮詢兼暗示產品製造人，其產品仍舊不具備合格要件。[446]透過嗣後監查（Nachaudit）得以顧慮這些變更而後才給予合格證明。整個程序並不是基於指定驗證機構的高權行為，而是驗證機構與產品製造人的合作與共同目的之達成。這裡並不一定有拒絕給予合格證明或異議可能性的問題，拒絕核發合格證明書並非指定驗證機構的目標；相反地是與產品製造人共同謀求合格證明之核發。因此驗證程序與其說合於公法的圖像，不如更符應私法的想像。[447]

為了滿足歐盟指令與德國法，指定驗證機構對產品製造人必須行使特定權能，像是控制權、驗證之撤銷等（設備及產品安全法第 8 條第 4 項參照），以期法令目的之遂行。這些權能不是只有透過委託行使公權力的制度才有辦法達成，這些特定權能除了透過行政委託之方式移轉予指定驗證機構，毫無疑問也得以契

445 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 204.

446 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 204-205.

447 即使在行政法中合作的概念逐漸變成是重要的格準（Verfahrensmaxime）。另一方面合作完成任務（kooperative Aufgabenwahrnehmung）並非傳統秩序行政的顯要特徵。Vgl. *H. Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, §12 Rdn. 4.

約來建構該法律關係。指定驗證機構經公告的檢測與驗證規則，可以作為一般債之條款附隨於與產品製造人訂定之個別契約中。舉例來說，當中得已明白約定課予產品製造人諸如容許檢驗人入場、遞交書面資料、必要變更之通知義務。

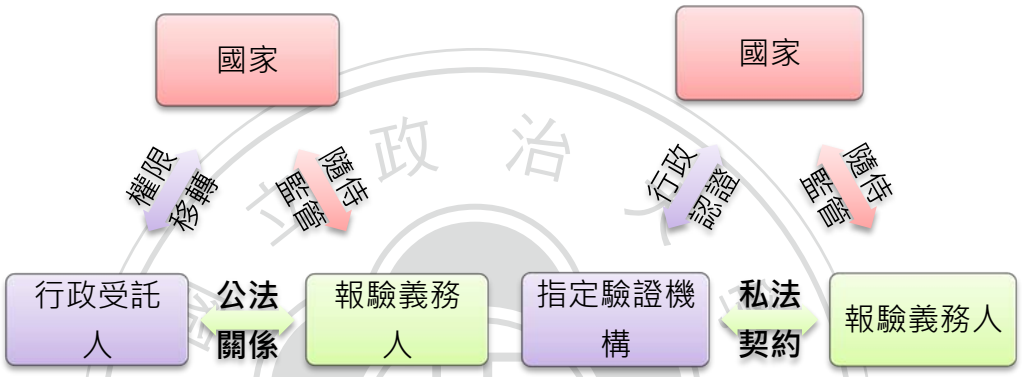
驗證合格證明之撤銷同樣也得已以契約方式規制，並於產品製造人違反契約的場合透過「解除契約」或是指定驗證機構一方宣告無效。像是強制方式貫徹目的的傳統行政權能如直接強制或是直接行政執行的高權優勢，在驗證程序中並非絕對必要。如果產品製造人不許指定驗證機構在必要時進入廠場，產品製造人也無法得到其所產品希望的合格證明書，從而無法流通於市場。

第四項 小結

產品製造人與指定驗證機構係在契約的基礎上互動。至於該契約就屬民事契約或是公法契約要屬問題所在。公法契約也得以在兩個私法主體間締結，即使沒有人是受託行使公權力之私人。差別僅在於這裡是否需要適用行政程序法相關規定，蓋行政程序法適用的前提在於主體之一方至少有一為行政機關。但是在德國行政程序法的架構下，行政契約採取授權說，亦即行政契約之締結需有法規授權；至於在私人間締結行政契約更需要特別法規之授權，因為契約當事人將透過該契約決定原則上不屬於其處分權範圍內的公法上權利義務。這樣的授權在當前產品安全法的領域中並不存在，因而很難認為這裡有公法契約。蓋一契約性質係屬公法或私法，繫諸於契約標的（Gegenstand）與基礎法律關係的法律性質（Rechtsnatur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses）。不過單單涉及公共任務之履行或者與公益有關之行為尚不足以視之為公法上契約關係。

企業與指定驗證機構間的契約標的是檢驗個別產品或控管企業中的品質保證系統。這之間（特別是在設備及產品安全法中）並沒有規定或約定檢驗或保養品質保證系統的公法上義務。產品製造人唯一有的義務是當其產品流通於市場時需符合基本安全需求並以CE標誌佐證之。指定驗證機構僅幫助產品製造人佐證

其產品安全但並沒有為他承擔任何公法上義務。契約標的乃私法上的給付關係，從而指定驗證機構與產品製造人間的法律關係應歸私法。[448]指定驗證機構原則上並非受託行使公權力之私人，其係基於與產品製造人所締結的私法契約從事活動，並無涉於該指定驗證機構係公法或私法組織。《圖二》呈現的是傳統事前許可模式與社會自主管制模式的法律關係：



《圖二》產品安全法上自主管制法律關係

第二目 合格證明的法律性質

當符合性評鑑程序終結時，指定驗證機構會作成決定。如果是涉及個別檢驗像是型式試驗或是個別成品檢測，指定驗證機構會核發符合性證明書或符合性聲明；在品質保證系統的評鑑則是許可（Zulassung）。指定驗證機構的終局決定在實務上稱為合格證明（Zertifikat）。該合格證明並非行政處分，而是基於民事契約所發。因而其法律性質也得之於民法。

[448] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 206-207; *P. M. Huber*, Überwachung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2009, §45Rdn. 173f. 這樣的結論原則上在環境審查也可以找到相類似的平行結構而獲得支持。環境審查人（Umweltgutachter）並非受託行使公權力之私人而是基於與企業間的私法契約從事環境審查（Umweltaudit）活動，這個法律事實已無須爭執。

事實上合格證明不過就是形式上告知：指定驗證機構已依委託進行符合性檢測並得出產品製造人遵守法律上規定的結論。產品製造人有權利在面臨市場監督時援用指定驗證機構之見解來說明規定的符合性評鑑程序已依序實施且產品滿足基本安全要求。指定驗證機構之證明得因其認為之前的陳述一部或全部不宜繼續維持，而以新的見解限制或撤銷之。此外也得以契約禁止產品製造人繼續援用指定驗證機構之證明，若該證明已經廢止。[449]

第三目 指定驗證機構在檢驗程序中的權限基礎

承前所述，指定驗證機構並非受託行使公權力之私人同時也並未移轉高權權能，儘管如此仍要強調，指定驗證機構得以行使特定權能來履行其任務，這也是歐盟指令所要求的。這些權能的基礎可能是產品製造人與指定驗證機構間締結的民事契約或者由該契約所得出的附隨義務。

指定驗證機構必須評鑑，產品製造人的品質保證系統有沒有注意到只讓安全產品進入通路，或者指定驗證機構自己要去檢驗產品之安全性。就此必要的權能既不是由歐盟法也不是由德國法本身所交託。雖然歐盟法要求指定驗證機構要運用相應的權能。但這不必然要德國立法者採取與此相應的高權移轉。反之，這樣必要的權能也能透過契約合意。產品製造人若無法接受指定驗證機構的定型化契約或一般契約條款（Allgemeine Geschäftsbedingungen），就沒有辦法獲得驗證。若產品製造人屈從於指定驗證機構的契約條款，卻沒有履行其義務，指定驗證機構自然可以依據契約拒絕核予合格證明。雖然也有可能在民事法院前以契約合意入場權與文件調閱權，但在實務上幾乎不會選這種耗費成本的方式。若產品製造人與指定驗證機構雖締結契約，但是該契約並沒有約定相關必要的權能，則符合性評鑑程序可能無法依序施作且產品製造人因而沒有獲得使用CE標誌的授權以及令產品進入通路。此外，也可以設想，將指定驗證機構的權能理解為具有強制

[449] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 207-208.

性格的私法（zwingendes Privatrecht），並在契約為明示合意時將之視為指定驗證機構固有的權利。[450]

歐盟指令進一步要求指定驗證機構得撤銷合格證明，來進行實質的符合性評鑑控制。[451]前述已提及，合格證明僅是一個具確認力的聲明，只是指定驗證機構基於契約從事的行為義務。該義務只有在產品製造人事實上實現法律規定時才存在。不然，指定驗證機構採取新的見解而改變、撤銷過去被證明是有問題的聲明，並不會受到阻礙。

如同在行政法總論中所規定的，特別是一般重要的行政程序如聽證義務與附具理由義務（聯邦行政程序法第 28 條、第 39 條以下）也同樣在歐盟指令中規定有要求，同樣也是由契約構成。如果有委託指定驗證機構評價並評斷產品製造人的品質保證系統，從契約解釋中就會得出單單確認系統不合於指令之規定並不足以履行委任義務，產品製造人也要知悉為什麼沒有通過以及應如何改善。[452]為不利檢驗結果附具理由也是契約上之債務。在可能拒絕作成合格證明前給予產品製造人之聽證廣義來說是符合性評鑑程序中的法定標準程序。

最後是在拒絕核發合格證明時得預先擬定異議程序。如果核發合格證明乃行政處分的話，這會在聯邦行政程序法第 68 條以下的訴願程序進行。惟意義或內部的權利救濟程序並非是公法獨占的事務，即使契約上也得以合意，委任人在未獲合格證明時得申請驗證機構再一次審查並重新考慮其決定，有鑑於產品製造人是付款的顧客且指定驗證機構很有可能重新受其委任，驗證機構將可能進行該審查活動。[453]

是故，檢驗程序的法律性質應從兩個面向觀察—就指定驗證機構與產品製造

---

[450] *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 354ff.

[451] Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Anhang Rdn. 41.

[452] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 208.

[453] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 209.

人的法律關係來看毫無疑問是契約關係，雖然該契約之屬性究屬公法或私法仍有爭議，但從實務運作角度、契約行文與相關法律效果選擇上析論並在結構上平行比較環境法上的環境審查人制度，有力的說法要屬私法契約；從而指定驗證機構並無受移轉並行使任何高權權能，在這個意義下難以涵攝於受託行使公權力之私人的範疇內；其毋寧是基於契約基礎從事驗證工作；儘管其決定基於私法，但是由產品製造人標示 CE 標誌之行為仍中介了公法上的效果。

第四款 作為歐盟行政法轉銜要素之指定驗證機構

在全球性方針下，作為私人單位的指定驗證機構，對應不同的產業部門指令與檢驗模組的架構中被賦予不同的任務而參與符合性評鑑程序。[454]例如在模組Ａａ中負責檢驗產品安全相關文件書類；在模組Ｂ則是依範式進行檢驗；涉及模組Ｄ、Ｅ、Ｈ受檢驗的客體乃委託人的品質保證系統；在特殊的情況下適用模組Ｈ的結果是檢驗相關文件書類之解釋；模組Ｆ則是最後一道防線，就個別產品實施檢驗。在這些驗證框架內會有檢驗行為（例如抽驗，Stichproben）與監督行為（例如針對品質保證系統）。由於指定驗證機構具有扮演決定產品製造人得否合法使用CE標誌的重要角色，鑑於歐盟新方法與全球性方針不再以事前預防性許可（präventive Genehmigung）管制擬流入市場之產品，指定驗證機構被認為是歐盟產品許可法（Produktzulassungsrecht）的核心，而揚棄過去國家許可原則管制手法。[455]

在歐盟指令下，外國的指定驗證機構得在德國作成檢驗合格證明並實施檢查（Inspektionen），德國的指定驗證機構同樣也能在德國以外的歐盟成員國從事驗證活動。這裡轉銜的契機起源於以下的提問：指定驗證機構涉及承擔歐盟境內原本屬於各成員國標準檢驗局或商品檢驗單位的高權權限。若用傳統公權力委託

[454] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 11.

[455] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 23; *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334ff; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 79.

（Beleihung）之制度試圖掌握這個穿越國境的現象，產品製造人與受託行使公權力的指定驗證機構間的法律關係，應以德國公法為基準。但對於指定驗證機構國際間的活動並不需要這樣的法體制。倘若在國家豁免權（Staatenimmunität）基礎上出發，權利保護僅容許由國家的法院來維護，針對德國指定驗證機構所有行為的權利保護將必須訴諸德國法院，即使所涉及的是在外國由外國的產品製造人發給產品的檢驗合格證明。換言之，將指定驗證機構定性為受託行使公權力之私人與歐盟意義下指定驗證機構的特徵有所衝突。這樣的定性既不相容於受託行使公權力伴生的法制度，也不適合這裡所稱的體系結果。更複雜的可能是，萬一其他的成員國將產品製造人與指定驗證機構的法律關係定性成私法關係呢？相對地，外國指定驗證機構的行為在德國可能欠缺公權力受託，並因此欠缺機關地位而無從承認其公法上的性質，以致於相同的規制類型必須屈從於不同法制度。因此，德國立法者如何構築承擔國家管制任務的指定驗證機構與負有產品安全擔保義務的受規範對象—主要是產品製造人—之間的法律關係，即具有法律上的重要意涵。[456]

質言之，有鑑於指定驗證機構在歐盟的活動與其作成的檢驗合格證明及於歐洲的規制效果，規制與產品製造人法律關係的法律體制可能不會是國際公法。並沒有一個獨立的歐洲法可供使用。因之，法律關係必須披上在所有成員國中既存的私法契約的外衣。亦即，探問是公法或是私法契約在法律體制中的定性問題顯然原則上有誤，因為這樣的定性是嘗試從內國的觀點來掌握指定驗證機構。在這樣歐盟整合多層次的前理解上，指定驗證機構毋寧是產品安全行政管制法上承擔內國管制任務並於歐盟境內行使權限的重要機制。[457]

---

[456] 在這些考量下，選擇以私法契約來構築似乎成了最有利的選項。*H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 26f.

[457] *H. Ch. Röhl*, Konformitätsbewertung im Europäischen Produktsicherheitsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, S. 153-180.；關於歐盟行政法與德國行政法之相互影響，中文文獻參見林明鏘，歐盟行政法：德國行政法總論之變革，2009，

第三節 多邊法律關係之自主管制比較

第一款 環境法上環境審查人

依據德國 1995 年 12 月 7 日公布之環境審查法（Umweltauditgesetz），其轉換歐盟生態審查規範（Öko-Audit-Verordnung, EG-EMAS-V），透過證照制度引進「環境審查人」（Umweltgutachter）之專門職業人員制度。這個制度是針對優化企業內部環境保護所安排的手段要素，希冀能促進企業自願地建立環境管理系統並且實施環境營運檢驗（Umweltbetriebsprüfung）。若私人通過可信賴性與專業知能等必要條件之審查後，經國家認可發放職業證照，許可從事環境審查之職業活動，其職業活動之獨立性亦受保障。當企業願意參與內部環境審查系統並出具聲明後，應提出企業之環境政策、環保方案、環境管理系統與企業內部環境審查計畫與程序，且得與經國家合格認可之環境審查人簽訂民事契約，僱用其從事企業內環境監察之相關工作。[458]

這裡雖由環境審查人履行環境管制任務，審查其僱用企業有無符合相關之環境保護要求，但並非受國家委託進駐企業從事環境監察行使高權，其權限來自於與企業簽訂之民事私法契約，從事監察活動也僅屬基於該民事契約所為之勞務給付。企業亦從受僱的環境審查人提供之環境審查報告書知悉環境保護措施相關的資訊，並自行決定是否採取改善措施，而非由國家直接告知並要求改善。由於從參與環境審查聲明到環境審查人之僱用皆屬企業本於自我責任之行為，歐盟生態審查規範（Öko-Audit-VO）與德國環境審查法僅作程序與資格之框架規定，而無任何義務賦予或制裁規範。

此外，除了自我環境管理系統外，還有環境標章（Umweltzeichen）機制，依歐盟發布之「環境標章規範」（Umweltzeichen VO）之立法目的，旨在透過環

頁 28、頁 163 以下。

458 詹鎮榮，同註 16，頁 154-155，2005。Vgl. *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 59.

境標章之發給賦予消費者知悉產品環保資訊之機會，從而激起市場經濟上之競爭壓力，促使企業基於因競爭壓力衍生的消費者取向策略，自願改善不合環境保護之商品。

第二款 建築法上簽證技師

Sachsen邦建築法1999年的改革方案中可以看到社會自主管制機制的整合線索。如同其他邦一樣，Sachsen邦在當時也適用1990.7.20的德國聯邦建築法，並在1992年引進邦建築法中。在1994年發布的Sachsen建築加速法（Aufbaubeschleunigungsgesetz）改變了該邦建築法的形貌，揚棄過去規定而將中心思維「撤回預防性控管（Rücknahme der Präventivkontrolle）」以報備程序（Anzeigeverfahren）之型態整合於建築法規中而具有自主管制的性格。[459]此一轉變向來被標示為建築法上解除管制的型態。[460]以程序加速與規制緩和為目標在1998年底提出的Sachsen邦建築法修正案中具體形成，並在1999年5月1日生效。

依照Schmidt-Preuß對於建築法上規制緩和之分析，建築法上自主管制主要展現在兩個面向：撤回預防性控管與簡化程序。前者體現在報備程序，依照Sachsen邦建築法第63條，就特定建築物取消原本建築許可，由起造人提出一定書類（即施工計畫Bauvorhaben）報備，建築主管機關於一定期間內未為拒絕之意思表示，則得逕行開工，但報備制度並未完全放棄對於建築行為之管制，而是將管制責任轉嫁到建築師與專業技師身上，此乃在國家保護義務的觀點下方能正當化國家從預防性控管的場域退出。[461]經起造人委託，這些經國家認可之專家或專業單位的任務是在施工前作成施工計畫符合建築法上基本安全要求之證明書。就專家之資

[459] 從解除管制的手法來看，納入自主管制要素只是其中一個選項，仍有搭配國家高權事前許可控管、單純簡化許可程序、簡化許可程序搭配許可擬制、報備制、許可程序免除制等多面貌。Vgl. *H.-J. Koch*, a. a. O. (Fn. 63), S. 177ff.

[460] *M. Schmidt-Preuß*, Selbstregulierung im Bauordnungsrecht — das Modell Sachsen, in: H. Bauer/R. Breuer/Ch. Degenhart/M. Oldiges (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 587. 中文參見林明鏘，建築管理法制基本問題之研究，載：營建法學研究，2006，頁7。

[461] *M. Schmidt-Preuß*, ebenda, S. 589ff. 林明鏘，同上註，頁20-21。

格、選任與雇用，係由基於Sachsen邦建築法第 82 條第 4 項第 1 句第 4 款授權的法規命令「Sachsen內政部建築法實施辦法」進一步規定。值得一提的是，法規明示「建築主管機關……得在建管監督程序以及包含建管監督程序外建築監管與建築狀態視察的框架內，將高權檢驗任務移轉給私人專家與專業機構（作為受託行使公權力之私人）。」[462]

另就簡化許可程序來看，雖然仍有建築許可知必要，欠缺建築許可起造人不得依預定計畫施工，但是透過專業事項上簡化行政機關檢驗程式，仍高度達成規制緩和與程序加速之目標，從而國家得解除負擔。在簡化的許可程序中建管監督機關的檢驗程式包含建築計畫是否符合聯邦建築法與其他公法規定，其包含間隔距離（Abstandsflächen）與停車場建造義務（Stellplatzpflicht），但不及於建築技術安全規定，該建管機關預防性控管外包的檢驗程式指派給經認可的專家處理，從而免除行政機關之檢驗（參見 1999 年Sachsen邦建築法第 67 條第 4 項）。[463]在建管監督機關在建築技術要求領域內免除的檢驗義務，必須由外部的管控者（Kontrolleuer）來替補。依照Sachsen邦建築法第 62 條之 1 第 2 項第 3 句的規定，就一定高度之建物或一定高度建物以外之建築設施必須由國家認可的專家或專業單位就場所安全（Standsicherheit）與建築法上的防火要求（Brandschutz）進行檢驗。[464]儘管該法 2001 年曾就簡化的許可程序修正，根據新的法規，處所安全性與防火設施證明，就特定建物由國家認可的專家或專業單位實施檢驗。實施檢驗者由起造人委託之，刪除過去由主管機關委託之專家規定。新引進的規定是，必須將國家認可的專家或專業單位於委託前向建築監督機關報備。依據Sachsen邦建築法第 63 條之報備程序，過去由起造人委託專家即可，擴及到在施

[462] „Die oberste Bauaufsichtsbehörde wird ermächtigt, …die Übertragung von hoheitlichen Prüfaufgaben der Bauaufsichtsbehörde im Rahmen des bauaufsichtlichen Verfahrens sowie außerhalb des bauaufsichtlichen Verfahrens einschließlich der Bauüberwachung und Bauzustandsbesichtigung auf Sachverständige oder sachverständige Stellen als Beliehene."

[463] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 460), S. 599.

[464] Ebenda, S. 600.

工開始時必須證明場所安全性。[465]足見主要的修正方向仍是朝解除事前控管、程序加速、競爭促進與自主管制邁進。

綜而觀之，除了 Niedersachsen 邦之外，其他邦的建築法規就建築法上的權限規範均有一般性的規定，讓監督行政機關引入私人專家履行監督任務。這些權限規範通常是概括條款，就全部建管機關各式各樣的任務讓私人專家參與其中並繫諸於行政機關之裁量。私人專家參與之費用經常是規費法意義上的墊付（Auglage）

惟，儘管有些邦的立法者將這些參與建築檢驗事務的私人專家直接在法條中明示定性為受託行使公權力之私人，其動機與利益固然良善，欲確保有效實質的安全檢驗。但是並非全然無限制地贊同立法者的作法。因為立法者的定性是否合於實際的法律關係，以及這裡是否需要一個公權力受託人的法律形貌，這樣的設計是否融洽於致力於解除管制與私部門化的哲學，不無疑問。[466]

建築結構（Baustatik）檢驗技師（Bauingenieur, Prüfingenieur）的任務特徵包含建築技術檢驗，有時候還包括建築監督與建築狀態視察甚至建物驗收（Bauabnahme）。不過賦予完成這些任務的權利僅出於建管機關相應的檢驗委託，因為審查建築技術與建築監督在大部分的邦如同往昔仍屬於行政機關的檢驗程式。例外的邦例如Thüringen邦檢驗技師與檢驗專家條例（ThürPPVO）第 2 條第 1 項第 3 句，適用許可免除程序之應檢驗建物，原則上得由起造人委託之。這樣的立法也呼應逐漸告別建築許可的建築法解除管制潮，且在大部分的邦，行政機關一般檢驗權限越來越受限，在某些邦甚至刪除行政機關的一般檢驗權。[467]儘管這些立法上放棄行政機關檢驗，取而代之的是許可免除或是簡化的許可程序，但在某些邦仍繼續堅守由檢驗技師審查建築技術證明。不過現在檢驗技師並非從

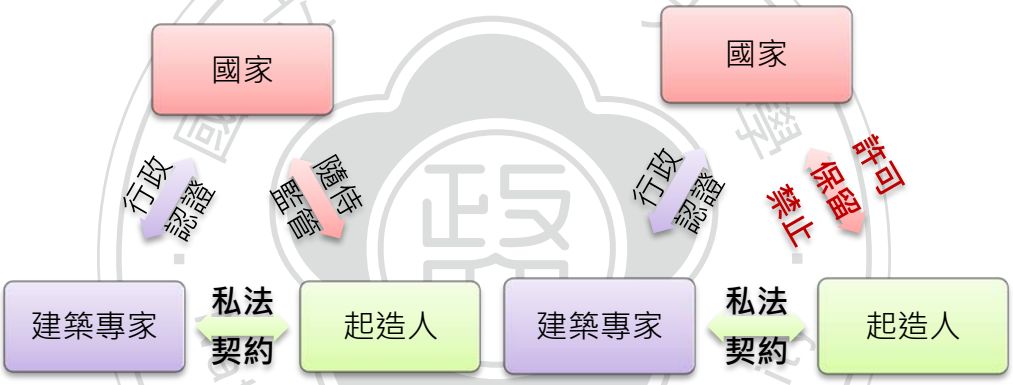
[465] Vgl. *W.-U. Sponer*, Länderreport: Sachsen, Landes- und Kommunalverwaltung (LKW) 2002, 315(319).

[466] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 460), S. 593f.

[467] 參見 Hessen、Sachsen 與 Thüringen 的邦建築法。

並非來自建管機關，而是起造人處獲得檢驗委託。建管機關就建築技術事項檢驗已不再有管轄權。

只有經行政機關認可之人方得為檢驗技師，合法從事檢驗業務。認可程序繫諸於各邦形構檢驗技師事務的法規命令。此外，在許多邦的簡化許可程序中也引進對建築事務負責的專家與依據建築法經國家認可之專家（anerkannter Sach-verständiger nach BauO）。這些檢驗技師的任務在於檢驗建物技術性事項有無符合建物基本安全需求以及鄰人保護的防火、聲響與暖氣供應等設施。以下《圖三》分別為簡化許可程序或免除程序及傳統事前許可的管制模式對照：



《圖三》　簡化許可或免除程序　　其他程序

質言之，建管機關與經建管機關認可之私人專家或專業單位是否一定要賦予受託行公權力的性質，並非根深柢固、無可懷疑的前提。毋寧在規制緩和與解除國家負擔的思潮下，除了將這些國家認可之私人專業單位視為國家手足之延長或者是針對自主管制的調控系統而託付給私人自我管控，國家的認可僅是對於自我管控的再規制，也是可行的方式。[468]以下《表二》呈現出德國法上社會自主管制實踐的異同：

[468] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 460), S. 594.

	青少媒體保護	環境保護	建築安全	產品安全
強制設立自主管制系統	☒	☒	☒	☒
強制參與自主管制系統	☒	☒	☑	☑
有無引入公認機構之義務	☒	☒	☑	☑
國家監督機關與公認機構並存	☑	☑	☑	☒

《表二》德國法上社會自主管制實踐的異同

第四節 自主管制之多邊法律關係分析

第一款 經認可單位的地位

在規範執行層次上，私人參與管制任務履行的核心要素與所有關連領域的最大公約數，就是私人單位的存在與整合。這些私人單位通常是經國家認許（anerkannt bzw. zugelassen）參與管制任務之完成，並構成受調控的自主管制類型的核心要素。雖然在不同的實定法中處於不同的關係、享有不同的名稱，例如媒體法上的自願性自我管理制度、產品安全法的指定驗證機構、環境法下的環境審查人、建築法則是建築師與專業簽證技師等，但共通點都是私人經由高權認

可，藉此與純粹的社會自主管制機制區別。[469]

第一目 經認可單位的表現形式

就經認可單位之表現形式來說，其並不是行政機關，也非國家組織行政或功能行政的一環。其全然出於私領域，主要是私法人（如協會、股份有限公司、股份公司或自然人），因此具有私人參與公共任務履行的外觀。

進一步要檢驗的是，這些私人究竟居於何種地位，作為管制關係人、作為中立的專家、或社會代表而參與其中。由於絕大多數的經認可單位均來自於私領域，其具體結構通常取決於連結的環境背景，不僅彼此間大相逕庭，也呈現出單純國家／社會二元區分所無法掌握、適應高度複雜的生活現實。[470]私人之一方至少還可以細分為成五個不同的範疇：（1）社群代表（gesellschaftliche Repräsentanz）；（2）商業代表（Repräsentanz aus Wirtschaft）；（3）消費者；（4）獨立專家以及（5）產品或服務提供業者（Anbieter, Provider）。[471]

產品或服務提供業者無論如何都會參與提供資金給獨立專家管理機構，並由讓這些機構檢驗其產品或服務提供之品質，這樣的觀點與宣稱只有在青少年媒體保護法發揮作用並達到預期功效。在環境審查之場合，負擔環境維持義務的企業有時會出於自己的動因而委託環境審查人之進行檢驗，甚至將環境審查人內包於企業組織中，不過該委託終究是任意、自願性質。廣義的自主管制似乎可以在這個範圍內可以想像，也就是業者團體與企業團體得履行課予自己參與自主管制的義務，如青少年媒體保護的機制，[472]或者自願加入、設置自主管制的系統中，如環境審查人制度。此外，在青少年媒體保護中，建置自我管理制度以及出示具體放送的節目也聽任業界自由決定。

---

[469] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 362-263

[470] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 363

[471] *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 171), S. 81ff.

[472] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 368.

但在產品安全法中，產品製造人就特定產品必須讓指定驗證機構參與，其並非自願訴諸於私人檢驗單位；不過，由於這裡沒有執行產品安全法的國家機構，而是私人經濟參與者基於私法從事產品安全之控管，只有在這個意義上有社會自主管制。這裡確實是由私人提供產品檢測服務俾成就控管；其雖然部份涉及由關係的商業界（Wirtschaftskreise）設立並操持，但大多數指定驗證機構係獨立自主，且自始是為了獲利而設的企業；其不若「廣播電視自願性自我管理協會」（Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e. V.）與「多媒體自願性自我管理協會」（Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia e. V.）屬於節目放送業者的機構，並不是產品製造人的機構。因此，如果社會自主管制指涉的狹義理解是由關係經濟參與者自己進行管制與控管，亦即強調受管制對象與管制者的主體同一性的話，那麼產品安全法可能稱不上自主管制。儘管，設立指定驗證機構並非強制規定，但是在歐盟新方法指令與全球性方針的作用下，縱然並不涉及商業參與者自己應該設立這樣的機構，也會在 CE 標誌合法配載的需求下，總有提供產品製造人必須「驗證」服務的企業存在。類似的結構也出現在環境法上，環境監查人的創設也不是法律所規定，差別僅在於，這裡相關的企業並沒有參與自主管制的義務。

一言以蔽之，經認可單位之設立絕非法定要求，是否引入經認可單位參與實施檢驗在青少年媒體保護與環境法均是自願性質，只有在產品安全法中課予產品製造人利用經認可單位之義務，在建築法中某些場合亦然，必須引入私人專家與建築技師簽證來取得合法的起造適格。

第二目 經認可單位的具體要求

私人自主管制機制之建置原則上得由商界自由設立與形構，其動機可能來自於商譽追求或形象擔保，只是如果該私人自主管制機制的客觀性（Unparteilichkeit）與專業知能（Sachkunde）未受擔保，則業界並無法單純因為客觀上已經建立自主管制機制，而獲致所欲追求目標。這裡是單純社會自主管制

的問題，原則尚無涉立法者框架設定。相反地，如果私人機構在法秩序設定的框架內得作成決定並且產生公法上效果，則必須確保這些決定滿足法定要求。這可以透過行政機關嗣後檢驗私人機構每一個個別決定來達成，只不過這樣一來以社會自主管制想要追求國家管制任務解除負擔的優點將不復存在。[473]

所以，任務履行合於秩序之擔保必須形構具實行性的制度，透過預設、估量重要行動者的組成來擔保決定結果的正確性。但因為國家並非得直接規定私人行動者的結構與組織，私人可能享有一般行動自由與結社自由導出的組織自由保障，所以對於認可要件的必要要求就必須嚴格把關與貫徹。

對經認可單位的法定認可要件，在社會自主管制相關領域的實定法或多或少都有對私人機構樹立詳盡的認可要件，例如獨立性、客觀性、中立性等。此外，於認可存於行政認證機關裁量的場合，在具體認可過程中仍得作進一步要求。[474]

第三目 經認可單位活動之公法上效果

第一項 經認可單位決定之效力

經認可單位實施檢驗與控管程序，其以私法決定作結，包括確認產品是否遵守必須檢驗的法定規定。該決定在環境法上可能是環境審查之作成、在產品安全法上是產品的檢驗合格證明、在建築法上是安全檢驗合格或專業簽證、在媒體法則是特定放送時段的釋出。

這些私人決定相當於傳統行政法釋義學中強調，在滿足法律構成要件時所為之決定，例如建築許可或營業特許。這些行政法上許可在各該法律領域（例如建築法、營業法）由法律強制規定，規制私人欲從事特定、相應的活動—亦即附許

[473] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 373.

[474] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 373; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 527ff. 這裡還涉及是否存在一般性對欲參與管制結構的第三人進行認可的裁量餘地。

可保留之預防性禁令（präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）。此架構顯然不能轉移到自主管制機制上的私人決定，更確切地說，正是要解除這類許可帶來的管制負擔恰恰是自主管制的契機。

只不過產品安全法與建築法比較特別的是，於產品流入市場前、在起造施工前，仍必須獲得經認可單位的正面決定（還有相對應的報備義務履行後）才有真正的釋出效力（Freigabewirkung）。[475]不然，企業即使沒有環境審查仍得營運、節目欠缺「廣播電視自願性自我管理協會」的檢驗仍得放送，這是產品安全法與其他法制最大不同之所在。[476]亦即，立法者並沒有完全將社會自主管制完全設計成，產品或服務進入市場前、或至少損害發生前一定非由自主管制機制來把關不可。如果產品或服務釋出前須由自主管制機構強制檢驗的話，那麼立法者可能就要限縮高權監督的活動，例如對所有產品或服務僅為純粹形式上控管，看產品或服務是否已經經認可單位確認釋出。除非對經認可單位之依序作業顯有疑慮的情況下，否則主管機關自行檢驗或評鑑產品或服務似乎並非絕對必要。相對地，如果沒有這樣相當的法定結構，高權監督仍必須如過去留有權限，得自行檢視產品或服務是否該當法條規定的構成要件合致性。

質言之，初始管制解除後留給自主管制，究竟要強制運作抑或容留受規範對象自願尋找經認可單位參與自主管制，會連帶影響原本承擔高權任務機關的轉型態樣。如果立法者並未擘劃私人決定的公法上釋出效力，要整合經認可單位於立法執行時就必須安排其他效力；反之，經認可單位作成決定一旦被賦予相應的公法效力，則該決定對於國家機關之拘束效力（Bindungswirkung）以及對於國家機關自己決定的遮斷效力（Sperrwirkung）得以開展。受規範對象得據此私人決定禁止細節性的高權檢驗。高權單位縱然能夠知悉有應受檢驗之產品或服務，也不得實施進一步的調查，在產品或服務顯然毋須進一步調查即得判斷其是否滿足

[475] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 460), S. 598f.; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 48.

[476] 參照 EMAS-VO 第 1 條第 1 項。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 22.

法定要求的場合，才不得禁止行政機關之固有判斷。不過，此拘束效力與遮斷效力並非絕對，原則上仍受限於以下假定：立法者要不要安排拘束效與遮斷效以及對於私人決定的可支持性控制（Vertretbarkeitskontrolle），涉及到判斷餘地的界限。在私人決定的正確性有重大疑慮之場合是否進行檢驗，與其說是性質區別，不如說是量上的差異。[477]

例如產品安全法中基於CE標誌的推定效力，市場監督機關原則受經認可單位的優良紀錄證明（Unbedenklichkeitsbescheinigung）拘束，例外在其能夠證明產品之危險性以及私人決定的錯誤，方能推翻該推定效力。[478]在環境法上高權控制得撤銷經EMAS驗證之企業適格。但此預定裁量（intendierte Ermessen）本身在環境行政機關有線索認定經認可單位作業不足時，得另外行使。一般而言，此決定出於恣意、欠缺正確事案調查、未注意合法的程序或者濫用一般檢驗原則時，拘束效力與遮斷效力即不復存在。[479]

第二項 國家撤回權之選擇？

前述的適用領域已經呈現，經認可單位的活動對於由行政機關相應的執法有不同的影響效果，產品安全法中的成果是單獨由經認可單位預防性地貫徹產品安全要求，惟國家市場監督得嗣後經證明產品欠缺安全性，方得干預並推翻CE標誌的推定效力，從結果上保守地說是僅有部份由私人單位取代國家與高權監督，在產品安全法中私人自主管制式的參與主要集中在進入市場的初始管制，產品一旦流入市場後，就屬於市場監督機關的任務，這樣看來，精確地表述毋寧是：自主管制的場合仍舊會有國家的手來回遊移，差別僅在於時間長短、範圍廣狹、密

[477] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 358-359; *M. W. Nell*, Beurteilungsspielraum zugunsten Privater: die Übertragung der herkömmlichen Rechtsfigur auf das Verfahren regulierter Selbstregulierung im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) zugunsten von Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle (EFS), 2010, S. 250ff.

[478] *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 64-66.

[479] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 359.

度強弱、強度高低。[480]

與此相隨出現的是國家承接責任的不同廣度。在青少年媒體保護法中，於經認可單位不良履行之場合，自然會有高權機關來承擔任務；但在環境法中就絕對不能說是完全的承接責任，因為國家並沒有因為引進環境審查人制度就放棄對於企業污染排放的環境危險防護管制，如同往昔，仍有國家環境行政機關來執行，差別僅在於基於自願參加自主管制系統，可能會伴生取決於行政機關之裁量的控制與監督縮減；經認可單位只是被整合於程序中，使受規範對象之企業有機會選擇延遲環境保護義務的機關介入規制的時點，行政機關仍採取最終決定。與此相反，因為新方法指令與全球性方針影響的規範現實，產品安全法中初始控制責任完全落在經認可單位與產品製造人身上，國家機關要收回任務（Rück-Übertragung）既無規定也不可能，就產品安全法與某些邦的建築法而言，其條件是強制建立經認可單位與強制所有產品製造人與起造人去利用經認可單位的制度參與，這裡並沒有國家機關得對未參與之產品製造人承擔檢驗任務。在其他領域中則不然，除了經認可單位之外仍有高權單位存在，參與係屬自願性。若未建立經認可單位，或服務提供業者並未參與，他們還是受到高權單位的直接監督。[481]

這樣的作用顯示，由於私人檢驗並不當然先於高權控管，從而跟雙階檢驗無關。如果已經有私人決定，原則上會排除後續的高權決定，這樣自主管制的制度設計才有意義，否則國家解除負擔的企圖將失之中的；國家高權控管與私人檢驗機構間的決定間也沒有先後關係，而是擇一關係，受規範對象的業者或訴諸於經認可單位，或在沒有求諸經認可單位時由國家機關下決定。

---

480 Vgl. *P. Collin*, a. a. O. (Fn. 100), S. 24, 26.

481 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 361; *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 167 (Fn.18), 194f.; *ders*, a. a. O. (Fn. 460), S. 598f.; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 48; *E.-H. Ritter*, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung um Ordnungs- und Planungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 214.

因此，原則上並沒有國家機構對私人檢驗決定的後續審查。監督機關並不檢驗經認可單位之決定，僅在經認可單位已檢驗並據以作成決定的基礎原因事實範圍內再確認；唯有當原因事實出現違誤，行政機關才必須審查經認可單位的決定，包括判斷餘地之遵守或顯然瑕疵，以進一步確認結果上應當作出何種決定。縱經證明經認可單位的檢驗結果有瑕疵，接下來並不會有私人決定之改正或行政機關的「代履行」（Ersatzvornahme）；行政機關並不會指令經認可單位變更其決定或撤銷之，同樣也不會有國家機關來廢棄決定。私人決定仍舊繼續存在，只是因為經認可單位決定之瑕疵而不具有公法上效果，但極有可能是私法上效果，例如隨之而來的協會制裁（Vereinssanktionen）或是契約罰。監督機關對經認可單位之決定違誤充其量僅是廢止認證，但並沒有直接回應具體、個案罹於瑕疵的決定。相較於此，高權監督機關對於已釋出但欠缺合法要件之產品或服務提供業者要另外下新的決定。[482]

同時，出於這樣的認識，並沒有辦法將經認可單位的體現型態標誌為為行政助手或法定的私人納用（Indienstnahme Privater）。即使行政助手在當代被賦予新意，在傳統行政助手的概念下增加獨立行政助手的類型，但此理解下獨立的行政助手也只有在決定準備階段自主活動，行政機關仍保有最終決定權限與事務管轄權。[483]經認可單位並非為行政機關之決定作準備，其對受國家高權部份監督的業者作成自己的決定，這顯然超出行政助手的範圍；在法定私人納用中涉及的是強制私人就人力或物資提供給付以利高權主體，[484]但在社會自主管制中並非由供給者帶來勞務，而是由經認可單位。此外，此給付並非因高權主體之委託或受高權主體引導，而是取代高權主體。從而，既無關乎權限移轉，自然也不會有該脈絡中原管轄機關是否尚保有隨時接管被移轉事務之取回權（Rückholrecht），而爭執

[482] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 361.

[483] Vgl. *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth*, a. a. O. (Fn. 162), §91 Rdn. 48ff.

[484] Vgl. *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober,* Verwaltungsrecht Band III, 5. Aufl., 2004, §9a Rdn. 14; *H. Maurer,* a. a. O. (Fn. 162), §23 Rdn. 62; *M. Schmidt-Preuß,* a. a. O. (Fn. 6), S. 167; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 279.

真正權限移轉或不真正權限移轉的問題。[485]

第二款 認可的結構

認證本身乃行政處分，[486]係確保國家公益責任的核心要素，必須在認證程序中顧慮是否能具體實現之。行政認證單位並不單純檢驗認可要件是否具備，並據以作成正面或負面的決定；相反地，認證經常是在行政認證單位與商談過程中的協力而成就，從而突顯出反思法性格在社會自主管制的重要性。[487]

再者，在認可處分中應由認可機關作有諸多必要的規定，這些規定通常是立法者基於事案複雜性、個案適應性、規範展望性與自身機能認識的考量不能或不欲公布，從而賦予認可機關相當裁量權。[488]國家並不宜直接影響經認可單位的型態與內部組織，如果立法者自己規定，例如在自我管理機制中應當有哪些具體的專業人員從事工作，或是鉅細靡遺地制定程序規則，這可能造成國家過載，並且不符合自主管制希冀利用社會自我組織制度的思維。要之，認證對於監督與經認可單位間的關係至關重大，但細節調控唯有透過認可單位在認可程序的框架中始能成就。立法者可能並沒有規定社會自主管制的重要部份，可能僅賦予監督機關在認證處分中必要權限，例如監督如何架構、要有何種程序與合作關係、在何種要件下得終止認證。[489]

第三款 經認可單位與受規範對象之法律關係

原本存在於國家高權管制機關與受規範對象間的二極法律關係，因為引進經認可單位，使得國家退居管制第二道的監督防線，將第一線留給經認可單位，如

---

[485] Vgl. *C. H. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl., 1995, §10 Rdn. 16f.

[486] *K.-Ch. Scheel*, "Benannte Stellen": Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBl. 1999, S. 448; *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 382), S. 29; *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 526.

[487] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 377; *G. Teubner/H. Willke*, a. a. O. (Fn. 97), S. 16, 24.

[488] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 529.

[489] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 377.

果將原本二極法律關係外受到安全法制保護的第三人考量進來，即顯然存在多極的法律關係。前述產品安全法、建築法與環境法均可以發現，居於社會自主管制機制運作核心的經認可單位，其與國家監督機關處於認證關係較無疑問，而與受規範對象的法律關係如何形成，究竟屬公法關係或是私法關係？自願選擇或義務參與？均會影響到經認可單位與受規範對象的法律地位與後續法律關係的進展，以及國家監督機關、承接機關如何介入、何時介入等。

第一目 擺盪公法與私法之間

公法本身得以對於產品製造人產品的安全要求、房屋起造人建築設計的結構要求、企業營運者廠場的環境容受度要求直接強制規定，特別是以附許可保留之禁止作為手段的事前控管。在此，管制者與受規範對象間的法律關係乃具有高權性質的上下隸屬關係，依照修正的主體說（modifizierte Subjektstheorie），公法作為國家特別法（als Sonderrecht des Staates）正是要規範這種並非每個人均得形構的高權法律關係。國家也可以透過權限移轉的方式，由具有管轄權的行政機關基於事物正當性（sachgerecht）、事務臨接性、行政效能與彈性諸考量，以權限移轉的方式委託私人行使公權力。如前述，有少數見解認為產品安全法中的指定驗證機構即是承接原本國家標準檢驗單位的高權權限，屬於受託行使公權力之私人；例如專業建築技師完成建築技術檢驗、建築監督與施工視察與建物驗收等任務的權利，在有些邦建築法令中是由建管機關委託，因為這些任務仍屬於主管機關的檢驗程式。[490]如果這樣的定性正確的話，那些經國家指定的驗證單位與認可的建築專業技師居於在受託行使公權力的範圍內，仍居於行政機關之地位行使高權，對外與產品製造人、起造人的法律關係即屬公法關係。

不過，由於產品製造人與指定驗證機構間的法律關係乃基於民事契約，所以只能由立法者間接影響。實施符合性評鑑程序的類型與方式雖然由歐盟產業部門

[490] *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 48-49.

指令規定，但是對於產品製造人與指定驗證機構並沒有拘束力。德國法對於符合性評鑑程序也沒有直接由公行政貫徹的規定。因為在評鑑程序結束時並沒有行政決定，所以縱然不遵守前述規定，也沒有單純的拒絕給予免許或認可（Genehmigung und Zulassung）。儘管如此，法秩序仍必須擔保指定驗證機構可以像是歐盟法或是公益對於產品安全所要求的那般執行其任務，同時也擔保指定驗證機構維護產品製造人的權益。[491]類似的遷移也發生在建築法上解除管制後，在免除許可程序或簡化的許可程序中，建築專業技師之簽證委託在許多邦的實踐上也轉由起造人方委託，落入民事的私法關係中。

第二目 穿梭自願與強制之間

基於國家保護義務、民主國原則與法治國原則的要求，立法者在設計自主管制制度時有義務設置職司監督經認可單位的行政機關或高權單位，已如前述。但是否需要設置承接機關，應當從兩個面向加以衡酌：（1）有無自我管理機構存在；以及（2）參與自主管制是否強制。

就第一個面向來說，如果沒有來自社會部門的自我管理機構存在，或即使存在，但僅有少數的自我管理機構時，這僅會出現在自主管制制度施行初期，這僅會出現在自主管制制度施行初期，必須配置承接機關來防免自主管制完全無法運作或因任務負載導致運作失靈的狀態。

就第二個面向來說，如果參與自主管制非屬強制，完全繫諸於供應者的自願參與，倘若沒有國家承接機關存在，供應者供應之「產品」不受規範符合性檢驗的成本效益遠勝於將產品交付審查所需要負擔的時間（受驗期）、金錢（委託費用）、不符合規格衍生的改善義務與勞力支出等成本上不利益，將完全使自主管制落空單純期待自然的市場力量與商譽作用，[492]若非不切實際就是窒礙難行，從

[491] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 218.

[492] 關於市場機制的不可信任，參見 *N. Fligstein*，鄭力軒譯，市場的構造，2007，頁 43-44。BOB

而讓自主管制機制呈現空轉狀態。在這種情況下，產品供應者的自願性（Freiwilligkeit）反而會彰顯在不參與自主管制體系的選擇上。且在產品或服務供應者沒有讓經認可單位參與管制任務的場合，縱然立法者安排職司監督經認可單位作業的行政機關，俾透過該監督間接影響供應者的效力作用鍊也會中斷。

如果自願性乃構成社會自主管制不可或缺的關鍵要素，那麼立法者如果選用社會自主管制作為解除國家管制任務負擔、驅動私人參與履行管制任務的手段時，就必須相應設置承接機構，使之與經認可單位雙軌運作，私人若不參與自我管理機制時，還有承接機構會取代經認可單位履行原本即屬於國家應履行的管制任務，私人衡酌要面對國家承接機關作為相對人並因此受有更大的程序義務時，才有動因自願地引入經認可單位完成管制任務。

反過來說，如果就第二個面向，立法者以某種形式強制產品或服務供應者必須參與或引入自我管理機制，由於強制加入後有監督經認可單位的管轄機關存在，得確保自主管制機制是否有效運作，這時候僅需要顧慮，是否有第一個面向的問題，亦即，是否已經存有來自社會部門的經認可單位，以及該經認可單位數量是否足夠。只有當經認可單位有「事實上不在場」的風險且立法者可得預見，方有配置承接機關在經認可單位「事實上不在場」時，完成原本期待經認可單位應完成的管制任務。

第三目 小結

自主管制的容許性及其制度界限可以從兩個面向思考：有效自主管制的擔保責任與無效管制失靈的承擔責任。就前者來說，國家越是為了達成自主管制的成果而收手，同時所涉及的風險越大，國家循保護義務而來的擔保責任就越強。擔保責任意指一種國家透過附隨控制必須履行的觀察義務。在這種場合國家雖然也可以將檢驗活動留給私人，但是必須確保一個對於潛在危險源合適控制的再控

JESSOP, THE FUTURE OF CAPITALIST STATE 255(2002).

制。[493]

易言之，對於基本權主體之保護不因民營化或是包納私人參與公共任務履行而有程度上的縮減，因為此縮減無法獲得憲法上的寬認。所以在民營化的進程中應預先擘劃在什麼樣的階段設立何種規範與法制度來確保必要範圍內持續的保護水平。Windmann即指出在監督領域中為確保國家保護義務之履行得轉換四個不同層次的概念：[494]（1）私人資格賦予（Qualifikation）及行為之規定，目的在於確保最低水平要求；（2）預備國家監督—控管—制裁機制的要求，強調對控制者之控制（Kontrolle der Kontrolleure）；（3）擘劃國家在私人管制委託不良履行時取代私人完成管制任務的機制；（4）國家責任與賠償義務（Haftungsregelungen und Einstandspflicht）。這也呼應Schmidt-Preuß不止一次強調在社會自主管制機制中必須搭配國家隨侍控制權與介入選擇權。

萬一私人沒有辦法達成共通福祉的成果，國家必須留有介入處理的選項。造成國家介入的原因是社會自主管制的不良履行。判斷是否陷於不良履行的標準由立法者居於第一線規定，俾使國家進入承擔責任之地位。[495]

第五節 中間結論—納入私人履行國家秩序行政任務的管制架構

綜上所述，德國設備及產品安全法的規範架構許多學者將之評價為國家擔保責任框架中私法上的管控機制，[496]但是並非均給予正面積極之評價。現行德國設備及產品安全法較之於過往事前許可管制的架構，就結果上來Gesmann-Nuissl與

[493] 對於受調控的自主管制典型的「控制的再控制」具有如下的特徵：國家預先規範上給定專業的基準，並專注於例如許可、承認、指定、認證等行政手法以及對私人控制者確保基準的監督。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 172-173.

[494] *J. Windmann*, a. a. O. (Fn. 496), S. 950-951.

[495] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 174.

[496] *D. Gesmann-Nuissl/K. Strübbe*, Privatrechtliche Kontrollmechanismen im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung – Ein Beitrag zur Neugestaltung des Aufsichtssystems im Produktsicherheitsrecht, DÖV 2007, S. 1054ff; *J. Windmann*, Privatrechtliche Kontrollmechanismen im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DÖV 2008, S. 949.

Strübbe認為這是國家放寬其監督密度，容留私人在追求自身利益與產品安全的公益間有更大的自主可能性，又國家受限於專業知能無法適切回應可能流通於市場的產品多樣性，跟產品接觸處於第一陣線的製造人比較起來，在制定安全規範的認識能力與容受度顯然優越於國家部門，故肯定現行設備及產品安全法有助於推動社會自主管制之形成與運作。[497]

但Jörg Windmann卻沒有這麼樂觀，至少就安全事項不宜過份樂觀地仰賴私人組織安全之評估；又如果產品安全法關心的是國家對於產品安全檢驗事務的專業性，募集私人專業知能的方法又不限於社會自主管制機制，在擔保國家與擔保責任的思維下利用功能民營化來處理也可以獲致相同的結果，至少在功能民營化的脈絡下當私人管制任務履行虧空時還有國家責任得以填補。氏進一步指出，受調控的自我管理（regulierte Selbstkontrolle）也有風險，對於調控高度要求雖然開展國家與集團間相互調和的管制突出類型，但眼裡可以清楚看到國家活動私部門化的風險：私人參與公共任務之履行無可避免會產生國基引導及控制的虧空，而要削減這樣的虧空原則上又與原來公私協力的目標相衝突。[498]此外，私人參與公共任務履行時雖然引入競爭機制，但也伴隨著削價競爭必然出現的逆選擇風險。[499]

這波論辯的中軸仍脫離不開以下的前提預設：現況原則不太可能透過改善行政機關的人事組織，來獲得整合私人於國家公共任務履行時所能保證實現的大部分優點。產品安全法中自主管制的結構係由（1）納入指定驗證機構以實施符合性評鑑程序的法律上強制；（2）私法結構之產品安全擔保；與（3）私人參與規範（標準）制定（Normsetzung）與規範執行三個要素組成。

---

[497] *D. Gesmann-Nuissl/K. Strübbe*, ebenda, S. 1050ff.

[498] *A. Voßkuhle*, VVDStRL 62(2003), S. 321.

[499] *A. Scherzberg*, a. a. O. (Fn. 166), S. 383。正因為如此，Scherzberg 念茲在茲的向來是公開性與資訊獲取可能的重要性 Siehe auch *A. Scherzberg*, Öffentlichkeitskontrolle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Band III, §49.

就產品安全法進入市場的管制，不像傳統安全法在產品進入通路前關心附許可保留的預防性禁止（präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）。[500]這裡產品流入市場並不需要有行政處分形式的核准（Genehmigung），而是產品製造人自己配載於其產品上的CE標誌來取代之。該CE標誌應該以文件證明經標示之產品符合法定安全要求。

正因為是產品製造人本身為其產品配載CE標誌以獲得產品流入市場之法律效果，產品製造人也可能將不合乎法定安全要求的不安全產品給予標誌，這樣的風險不僅可以想像也是事實上存在的。因此就高度損害可能的產品，除了產品製造人之外還有指定驗證機構來負責CE標誌的合法使用。只有當指定驗證機構已實施前述的符合性評鑑程序，產品製造人方有權利使用CE標誌。若產品製造人欲使其產品流入市場，他必須將指定驗證機構引入整個（廣義的）生產過程。由指定驗證機構進行的檢驗就特定產品是義務性質的（obligatorisch）。[501]

指定驗證機構主要是私法主體，其並沒有受託行使公權力。其與產品製造人的關係是民事上契約關係，並藉由私法上委任而有義務引入指定驗證機構。因為指定驗證機構彼此間處於競爭關係並依存於產品製造人之委託，所以風險在於驗證機構可能並非中立且不受影響地實施符合性評鑑程序，而會遷就其委任人之意願。為了擔保產品安全，這裡要顧慮指定驗證機構的評鑑是否嚴格以法定安全要求為依歸。因此，符合性與否並不能由個別私法驗證服務提供者來評鑑。得賦予產品製造人 CE 標誌的驗證機構必須滿足特定法律要求，必須由國家所認可並受高權監督。驗證程序並非任由兩造安排，而必須取向於法律的指導方針。

如果指定驗證機構有能力並且有意願為產品製造人遵循安全標準來負責，國家得以從控管私人的場域撤退；因此對於那些新方法指令含括的產品來說，不再有高權產品許可或是市場進入控制，而由指定驗證機構出具之檢驗合格證明取代

[500] *H. Maurer,* a. a. O. (Fn. 162), § 9 Rdnr. 51; *H. T. Weiß,* a. a. O. (Fn. 293), S. 344.

[501] *A. Ch. Thoma,* a. a. O. (Fn. 59), S. 224; *H. T. Weiß,* a. a. O. (Fn. 293), S. 354ff.

國家機關之初始管制許可。

此外，如同青少年媒體保護，在產品安全法也會遇到規範制定與規範執行的分離，這裡在規範制定面上要區分由高權制定基本安全要求與私人對於細節的規範化（Detailnormierung durch die Privaten）。新方法指令的基礎在於透過私人組織的規格化（Normung）。不過這要跟規範執行分開。自主管制並不是以商會對其構成員制定規則且審查、貫徹該規定的形式呈現，標準委員會一方面在技術問題上有能力專業中立地制定標準，且不是作為經濟體的代表來制定行為準則，他方面制定標準的標準機構跟控制標準是否遵循的指定驗證機構間毫無瓜葛。對後者來說審查產品是否合於法定標準或者CEN、CENELEC或者ETSI的標準，原則上並無差別。如同青少年媒體保護的自我控管制度一般，指定驗證機構也單獨負責標準制定。[502]

然而，縱然肯定在市場初始管制任務上已經看到解除管制的痕跡、承認產品製造人與指定驗證機構間屬於民事法律關係，仍舊只處理了社會自主管制一半的問題而已，面對社會自主管制的突現與立法者這樣的制度選擇，法律系統、特別是作為制度的基本權規範系統[503]對於這樣的環境激擾給出的回應，應當如何在系統內部接續？原本屬於國家應當完成的產品安全任務應當以何種方式繼續擔保？即是社會自主管制後的重要問題。

[502] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 225-226.

[503] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1999, S. 201ff.

第五章　社會自主管制之法理基礎與憲法界限

得否採用社會自主管制制度作為私人參與管制任務手段，俾達成國家管制任務解除負擔之目的，這個提問的反面即是：是否容許國家將管制任務釋出，不再以獨占之方式履行。此容許性提問具有別於民營化容許法論題的特殊意義，蓋民營化容許法多聚焦在給付行政此一戰後始進入國家領域的任務類型不同，管制任務之履行經常以國家物理暴力壟斷為後盾，因此有必要從國家理論與憲法理論的層次加以回應。誠如Matthias Schmidt-Preuß所指出，德國基本法文本中並沒有一個對社會自主管制清楚的意見。[504]Arno Scherzberg則指出，基本法對於國家揮別其社會核心行動者的功能，只有在特定領域明示其界限，為了私人自主管制以及超國家的合作，基本法原則上並沒有不同意國家可以逐漸退出其任務領域。[505]

第一節 社會自主管制的法理基礎

第一款 補充性原則

補充性原則（Subsidiarität）亦稱為輔助性原則，其主要源於兩支不同的理論基礎。其一是亞里斯多德從人類學與政治哲學導出的普遍主義。其命題是「人類本質上為政治性的動物」（*ho anthrôpos physei politikon zôon*）以及「個體本身無法自足（*auk autarkês*），還需要其他人（*pollôn endeês*）」，認為不同身分之個人會因不同目的結合，組成具各種功能之團體，從最小單位的家庭、接著是聚落、氏族，最後是人為的政治團體—即城邦（polis），目的在於以合作之方式，協助

[504] 因為在德國基本法中對民營化有明確立場的是組織與任務民營化。事實上 Schmidt-Preuß 的用語是：「憲法文本中並沒有一個對程序民營化清楚的意見。」Vgl. *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 171 關於氏對社會自主管制解為程序民營化的見解已於第二章交代，資不贅述。

[505] *A. Scherzberg*, Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht, 2003, S. 37, 41-42.

個人或次團體達成計畫之生活與目標。[506]

補充性原則的另一個起源為社會倫理原則，特別是天主教社會教義學的闡釋，受到Ketteler主教的影響，被稱為勞動者教皇（Arbeiterpapst）李奧十三世（Papst Leo XIII），在 1891 年 5 月 15 日頒佈的社會通諭（Sozialenzyklika）「Rerum novarum」，[507]其標題為「資本與勞動的權利與義務」，這樣的精神在莫約 50 年後由教宗庇護十一世（Papst Pius XI）在 1931 年 5 月 15 日昭告的社會通諭 Qaudragesimo anno找到定所。[508]通諭中最重要的段落標題是「必須建立的社會秩序」（Societatis ordo instaurandus），犀利地診斷了當時的社會病態：「儘管早已存在豐富的社會形式，現今仍存留了兩個級別，也就是個人與國家（singulares homines et res publica）。社會貧困化導致國家過載；讓人驚訝的是，卻隻字不提個人對應的過度負擔。對此病態的良藥是引入補充性的思維，其絕對是最重要的的社會哲學原理（in philosophia sociali gravissimum principium）。任何社會活動依其本質與天性具有補充性，其應當支持社群的成員，但絕不能施以打擊或使之枯竭。」[509]

內涵主要在於揭示國家必須將礙於其重要任務之次要意義事項執行釋出與其他較小之團體為之，國家只需要專注在其專屬管轄權之事物領域下，以俾發揮國家權力之機能。亦即，「個人基於己力即可勝任之事項，不應將其剝奪而使其成為社會之活動。果為如此，則將違反正義。較小且位階較低之團體對較大且位階較高之團體，應主張期能勝任且可完善完成之事項……。透過補充性原則對不

---

[506] *O. Höffe*, Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip, in: K. W. Nörr/Th. Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, 1997, S. 56-59; *J. Isensee*, Subsidiarität — das Prinzip und seine Prämissen, Rechtstheorie Beiheft 20 (2002), S. 137ff; 詹鎮榮，補充性原則，載：民營化法與管制革新，2005，頁 283。

[507] 該拉丁文字面上的意義是「新的事物」（neue Dinge），強調勞動者的革新精神（Geist der Neuerung）。

[508] *O. Höffe*, a. a. O. (Fn. 506), S. 51; *H. Wulsdorf*, a. a. O. (Fn. 102), S. 23-25; *J. Isensee*, a. a. O. (Fn. 506), S. 130-131.

[509] *O. Höffe*, ebenda, S. 53; 詹鎮榮，同註 506，頁 284。

同社會階層秩序嚴加把關，做得越好則社會之威嚴與效力越強，對國家之存立而言亦就越為良好。」故此原則就法釋義學之意義，可能表現在國家與其他權利主體就同一事項之執行之責任位階分配問題。[510]

然而，能否將向來作為社會倫理原則的補充性原則，無條件地移轉到國家關係，並非毫無疑慮；補充性原則的意圖絕非組織技術的準則，而是倫理性的格律（Maxim）；[511]又，如果欠缺天主教歷史背景，甚至對於教廷勢力反動，是否就動搖補充性原則的基礎？此外，補充性原則實際運用的可能性、是否合乎現代國家與自由社會的結構，並非毫無疑慮，其擘劃出來的抽象圖式是否、以及如何傳運到現代社會的現實中？以人的臨接性作為事務劃分的標準是否得以具體操作，仍舊懸而未決。[512]

Josef Isensee認為，我們無須囿限於教皇通諭勾勒的觀念世界，相反地，從社會通諭的脈絡中留下某些弦外之音，可以進一步發展成獨立的標準。[513]如果關懷的是利害關係個體的福祉安康（Wohlergehen），[514]並從而連接到共通福祉所指涉的公共事務（Gemeinwesen）的完善性以及共同體良善發展的狀態。共同體的完善生活首先應由組成該共同體的個人與次級團體負責，國家該負責的毋寧是確保團體與個人易於充分實現自我的社會整體條件。在這個意義下，國家並非居於獨佔地位來維護基本權權利人的自由，而應當在補充性原則的指引下，盡可能容留私部門提供合於共通福祉的給付。Helge Wulsdorf耙梳環境法上的社會自主

---

[510] 詹鎮榮，同註 16，頁 167。另參見詹鎮榮，同註 506，頁 283-288。

[511] *O. Höffe*, a. a. O. (Fn. 506), S. 53-55.

[512] 其實，德國本身對於補充性原則的反動理由，可能比較不是實質問題，而是根深蒂固的反教皇態度，其無法忍受自己讓阿爾卑斯山南的聲音支配、指引，特別是在 50 年代、60 年代補充性原則在自然法復興的進程下於德國國法學與社會政策熱烈討論之際，也下意識地混合了親教派與反教派的思維。*J. Isensee*, a. a. O. (Fn. 506), S. 132-135.

[513] Isensee 在這裡用了一個令人印象深刻的類比：法儒孟德斯鳩在《論法的精神》中創造了權力分立的概念，然而事實上卻是出於對英國憲政誤解衍生的美麗錯誤，同樣，在補充性原則中無消拘泥在原則的歷史背景或文獻詮釋，其毋寧提供自由且直接的詮釋空間。*J. Isensee*, a. a. O. (Fn. 506), S. 132. 惟，欠缺歷史脈絡的解讀方法是否正確，仍有討論空間。

[514] *O. Höffe*, a. a. O. (Fn. 506), S. 59.

管制的思想起源，不管是環境正義的概念或是環境保護的社群思維，都與天主教社會倫理學的論述在詮釋面上、規範面上、行動理論面上層層錯節，並在協會、團體的社會自我組織基礎上對社會自主管制有所貢獻。亦即，補充性原則也關注社會問題如何解決，社會有自主調控的能力，國家也有他主調控的權能，中介於國家與個人間的社會團體成了公私部門共同實現共通福祉的平台與媒介。[515]

要之，共通福祉不單單只是國家的責任。國家也與基本權主體分享，國家必須在各該自由權作用圈內，將謀取與公益相符成果的優先順位讓給基本權主體。原則上國家必須尊重促使基本權主體的主動與自律。不過，國家還是有為公益效勞的任務，因為社會可能無法勝任、或者無法適切勝任、或者有效滿足這樣的任務。補充性原則即是強調對私人主動的作用領域保持開放，其也包含作為社會法治國的自由憲政國家公益概念。消極來說，補充性原則限制當前的國家行為，但並未對其公益責任設限；[516]當社會自主管制即足以滿足公益實現之目的時，國家併行的干預手段似乎就失去正當性，或至少應當留給私人自主決定要選擇自主管制或他主管制的空間，是故，單純從補充性原則的角度來看，國家不僅在行為本身介入時應當受到限制，在選擇管制手段時，甚至負有先行採取社會自主管制的法律上義務，來滿足任務履行最適化的要求。[517]

第二款 合作原則

合作原則的提出最早發跡於環境法領域。[518]至於合作方法之選擇與開發，並

---

[515] *H. Wulsdorf*, a. a. O. (Fn.102), S. 67ff.

[516] *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HStR lll, 3. Aufl., 2005, §57, Rdn. 79.

[517] Vgl. *Th. Würtenberger*, Subsidiarität als verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip, Rechtstheorie Beiheft 20, 2002, S.204; auch *W. Frenz*, a. a. O. (Fn. 38), S. 137; 詹鎮榮，同註 16，頁 168。

[518] Vgl. *H. Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: M. Schulte/R. Schröder (Hrsg.), Handbuch desTechnikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 499f; *O. Depenheuer,* Der Gedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999, S. 17ff; *U. Di Fabio*, Das Kooperationsprinzip — ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999, S. 39; *M. Schmidt-Preuß*, a. a.

不需要證明國家控制權限是否欠缺，而是具有策略性之特徵，目標在於利用私人效率優點與稀有資源之維護。最後，從國家退居擔保責任、網羅責任而使私人擔負公共任務之履行責任，屬於廣義之公私協力類型角度觀之，由於合作原則具有更適應性地解決公私協力下管制行政所生之多階段責任分配問題，德國聯邦憲法法院在「廢棄物特別捐」與「地方包裝容器稅」判決中明白將合作原則評價為一般法律原則，[519]換言之，就某特定管制目的之達成，由於社會自主管制本身概念並非完全脫逸於國家管制，毋寧是在管制階段與管制責任之分工上使私人與國家分擔管制義務以達到公益取向之要求，故得以作為支持社會自主管制機制之論據。

第三款 效率原則

效率原則係屬效益主義脈絡下所衍生之原則，意即「以既定投入得到最大產出」、「以最少代價達到目的」，[520]透過最少成本獲致最大利益，且該最大利益取決於特定目標實現最佳化之程度。[521]前述時代脈絡下所生之典範移轉，及其產生之國家角色任務轉變，決定其轉變形式與內容所考量之重點之一即是效率。誠如薩瓦斯宣稱：「在一個資源稀少的世界，效率同樣是個重要的社會目標。」[522]社會自主管制藉由利用私經濟主體之自願性與民間資源，以實現國家所預定之公益性管制目標，一方面避免傳統國家採用高權行政行為所產生的直接規制效果容易造成人民之反抗，包括管制失靈之際；[523]他方面減輕相應於該高權行政行為採行所必須之法治國原則要求所派生之程序不利益。

O. (Fn. 6), S. 213, Fn. 206; 中文部分，參見陳慈陽，同註 69。

519 詹鎮榮，同註 16，頁 168-170。這裡應當進一步區別效率（Effizienz）與效能（Effektivität）兩個概念，儘管在法學文獻上這兩者並沒有明顯的差異。效能指涉的是特定措施與其目標關聯效果之間的關係，而效率則是取向於為了利用措施與作用關聯所為的必要資源利用。一者重在目標達成、一者則取向資源有效利用。Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Fn. 268), S. 16.

520 *D. Stone*，朱道凱譯，政策弔詭—政治決策的藝術，2007，頁 105。

521 同上註，頁 165-166。

522 薩瓦斯，同註 64，頁 25。

523 同上註。

爭議在於此效率原則在法釋義學上之位階性，就屬「單純法政策上之要求」抑或「法律原則」？倘若其屬法律原則，拘束的範圍與效力位階為何？德國學者從行政程序與訴訟上權利保護實效性要求中，進而主張其屬行政法上之法律原則，並從德國基本法第 20 條第 1 項連結第 28 條第 1 項之社會國原則，以及第 20a條環境保護國家目標規定等個別規定中認為得導出憲法上要求之經濟性原則。[524]

惟，上開德國見解僅得作為比較法之參考，國內實務與學說見解亦僅說明效率原則於訴訟權之保障有其憲法上之依據。觀照我國憲法增修條文第 10 條第 2 項，並未若德國基本法關於環境保護目標規定之類似內涵，縱使參照憲法前言與基本國策章節得認為憲法上得導出社會國原則，仍難以同德國基本法同樣地導出憲法上所要求之效率原則。又從國家干預行政之合比例性要求觀之，比例原則僅消極地要求國家行為對於人民基本權利之干預應符合最小侵害，也僅在滿足比例原則之目的適當、手段必要、比例衡平上有最佳化方式實現之要求，尚難導出效率原則與最佳化方式實現之要求劃上等號。

質言之，除非吾人必須論證社會自主管制之論據必須有憲法上之依據，否則無庸將實現社會自主管制所考量之效率原則提升至憲法位階，而悖離國內法體系之解釋。國家行為的補充性。若當事人自己能保護自己時，國家就沒有必要挺身而出。

至於我國部分，不論是憲法第 175 條全文中抑或第 12 條的增修條文，實在很難找出與補充性原則、效率原則與合作原則可資對應的依據。充其量在經濟事業之促進與國民生計之基本國策章節中，還能找到幾條民營化容許法的支持論據，例如憲法第 144 條、第 145 條第 2 項、第 3 項等經濟行政激勵、誘導措施，

[524] 我國司法院大法官第 530、539 號解釋中亦明文揭示「有效」之司法審判為憲法訴訟權保障之意旨，訴訟法學界亦有提出程序利益保護原則者加以論證有效之權利保護與訴訟權保障之關連。邱聯恭，程序利益保護論，2005，頁 1-9。

但對於社會自主管制得否容許並沒有明白的立場與意見，這或許涉及管制事務必須參酌規制場域以及相應的社會複雜性與多樣性，無法作出一致性的評價。[525]因此，消極來說，不能說沒有規定，國家即不容許這麼做；另一方面，我國憲法也沒有像德國基本法第 33 條第 4 項的限制，所以在管制事務容許私人參與的可能性，理應更為彈性、寬廣。

第二節 社會自主管制的憲法界限

第一款 國家核心任務作為最低界限

幾乎不存在一定非得由國家自力履行不可的任務，只要吾人將公共任務看成具有規範意涵的共通福祉呈現的新形式，國家無論如何都沒有獨占宣稱公益或共通福祉的地位，亦即，國家獨占公共性或共同善（gemeinsame Gute）並不存在；[526]所以國家學的提問會將重心放在國家在什麼樣的程度下有義務擔保特定任務的履行。[527]然而，即使公私協力彷彿為過載國家指出一條唯一正解的道路，面對民營化的諸多挑戰，國家學過去仍不住去追問，是否存在核心、不可剝奪的國家任

---

[525] 倘若就特定事務領域來看，例如產品安全法，參照憲法基本國策章第 148 條揭示，「中華民國領域內，一切貨物應許自由流通。」似乎揭示一個產品安全解除管制的容許性，並且呼應歐盟基礎條約的物流自由。但基本國策的效力終究不能與基本權等而視之，且縱或肯定基本國策的拘束效力，該條文也不是針對社會自主管制的明確立場，充其量僅是解除管制的依據。另就憲法第 154 條而言，國家應以法律制定勞資糾紛調解與仲裁程序，俾使勞資雙方本於協調合作原則發展生產事業。但這也僅是憲法對於立法者課予的立法委託，對於社會自我協商的制度提供框架依據，雖然某種程度具有反思法的色彩，在德國法上也不乏主張解決勞資雙方爭議設計的團體協約制度即是典型的社會自主管制，但從國家規制的色彩來看，其應評價為純粹的社會自主管制，且德國團體協約具有濃厚的歷史色彩，能否單從立法委託即作相同評價，本文尚持保留態度，故非本文重心所在。關於團體協約與社會自主管制，參見 *P .Buck-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 195ff; 團體協約與自主管制的歷史發展，參見 *J. Brand*, Arbeitsrecht: Gesellschaftliche Selbstregulierung in der Welt der Arbeit des 19. Jahrhunderts, oder: Im Westen nichts Neues, in: P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis(Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen, 2011, S. 231ff.

[526] Vgl. *Ch. Gramm*, a. a. O. (Fn. 157), S. 57.

[527] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), S. 146.

務。[528]

從現代國家發展史來看，內國安全（innere Sicherheit）與司法權向來被認為是國家核心任務，因為兩者均屬國家物理暴力壟斷的核心。[529]然而，從德國警察法領域中公私協力的現象來看，國家在內國安全的核心領域也逐漸鬆手，僅保留最終的裁罰權限；[530]在司法權部分，則是法院執行事務的私人參與。[531]從法政策決定的事後觀點看，警察法中的私人參與至多採取功能民營化的手法，國家完全免除安全維繫任務實難想像，至於法院執行事務，受聯邦與各邦委託提出鑑定意見的德國律師協會（DAV）以及德國法院執行官聯盟（DGVB）提出受託行使公權力與私法契約競爭方案[532]均遭在 2010 年 12 月遭到議會否決。

然而，即使認為核心任務的論述在當代已經從「得否」轉成在「何種程度」容許私人參與的追問，秩序行政較之於給付行政開放、促進私人參與的空間仍較為狹隘。尤其秩序行政的發展模式到了當代，經常是國家藉由干預受規範對象來達成危險防護的目的，受危險防護享有生命、身體、健康、財產不受侵犯之私人利益也應當顧慮其中。是故，秩序行政在私人參與的容許性上，除了著眼於最終危險防護的目標是否有效達成之外，還要加上民營化結果法的思考，當私人參與

---

528 關於民營化任務類型的容許性除了循「民營化容許法」可以找到相對應的座標外，英國、美國與法國也都有相類似的探討，而不是德國國家學所獨享。*See* Manuel Tirard, *Privatization and Public Law Values: A View from France*, Indianda Journal of Global Legal Studies 15:1, 289(2008).

529 Vgl. *D. Grimm*, a. a. O. (Fn. 230), S. 1299f.

530 Ebenda, S. 115ff.

531 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens, BT-Drucksache 150/07; *U. Nesemann*, Gerichtsvollzieher in Vergangenheit und Zukunft, ZZP 2006, S. 87-108; *E. Heister-Neumann*, Die Reform des Gerichtsvollzieherwesens - eine Bestandsaufnahme, ZRP 2007, S. 140-143; *S. Pilz*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens, DÖV 2009, S. 102-109; *W. Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat—Verantwortungsteilung und Zusammenarbeit von Staat und Privaten im Bereich der Justiz, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, 1999, S. 159-193.

532 *U. Nesemann*, ebenda, S. 90-94. 該文從歷史的角度分析法院執行官制度後指出，任務是否由國家高權獨占並沒有本質，在 19 世紀法院執行制度發展之際，萊茵河兩岸的德國與法國就採取截然不同的制度，在萊茵河左岸的法國甚至一度出現私人民事執行者的競爭制度，由債權人出面委託經法院認可的民事執行者來實現債權。

管制任務無法滿足、或不良履行秩序行政所給出的管制任務時，有時危險防護造成的損害並非單純國家嗣後代位、承接即可消弭。歐盟指委會就曾經指出，儘管能源供應的規制領域涉及高度專業性，國家能源主管機關直接介入規制的效果實際上經常不若能源供應者來得有效，但是就核能部分，倘若容留私人自主管制，一旦自主管制失靈造成核能安全的監管悖離基本安全要求，國家此時要承接不僅有事實上的困難，也為時已晚。故，核能安全維繫的管制任務不宜採取社會自主管制模式，對於具有類似性質的規制領域，即風險的事前控管重於嗣後的隨侍監管與失靈的補償原則，原則上仍屬於國家應當承擔的核心任務，私人參與充其量只能用專家內部參與的方式來填補國家專業知能之不足，從而構成社會自主管制的事實界限。

第二款 國家保護義務作為客觀法秩序

承前所述，從產品安全法與環境法、建築法解除管制的比較事例中可以發現，居於原本國家控管角色、來自社會部門經認可之單位，在功能上與原本進行干預國家相當。有鑑於國家保護義務，這裡要注意認證單位不因與應受管制者互動而忽視最低標準。[533]又社會自主管制中，居於管制關係之主體兩極均為私人，從而可能發生基本權衝突之問題，例如產品安全法即是產品製造人一般行動自由、職業自由基本權與財產權與消費者之生命、身體、健康權利之衝突，這還是沒有考慮納入社會自主管制機制系統內部第三人的基本權利地位就已經夠複雜的狀態！而國家保護義務，正是讓國家在多極的衝突情勢中阻止私人損害私人而登場，並構成憲法對社會自主管制機制值設定的基準值。[534]

基本權保護義務 [535]不僅可以導出對於國家行為最低要求，且同時構成國家

---

[533] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 299; *D. Gesmann-Nuissl/K. Struebbe*, a. a. O. (Fn. 496), S .1046.

[534] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 172.

[535] 保護義務之爭論，向來紛擾於三個層次：在基本權理論上，究竟其保護義務之性質、基礎與範圍為何？其次，決定理論向度與理解進路後，基本權主觀功能與客觀秩序的框架中，其功

從任務履行中撤退的界限，進而作為國家擔保責任主要的論證基礎。從德國法基本權利功能體系的發展觀之，基本法不僅是作為個人主觀對抗國家行為的防禦權，也構成對國家的行為誡命、在客觀價值秩序的框架內作為國家保護意義的基礎。[536]其背景是受基本權保護的法亦不僅因國家干預，也會由非國家之一方影響或危殆。人民的生命與健康不僅因國家措施，也會因不安全的產品或強烈輻射放射的工廠而受侵害。[537]出於國家對人口負有來自憲法所加諸的保護義務與必須遵循的誡命，在安全相關（sicherheitsrelevant）的領域中即使國家不是自己透過組織化的行政履行安全相關的公共任務，至少也留有後置的市場控制義務。這樣後置的義務所根基的責任類型即是國家擔保責任，[538]這樣的責任不若履行責任得由私人參與實現，本質上不得再移轉給國家以外的第三人。[539]亦即擔保責任甚至可以標誌為基本法上義務的反面。[540]

第一目 保護義務的規範性依據

德國聯邦憲法法院的實務中—特別透過解釋操作基本法第 2 條第 2 項第 1

能體系之位置？最後是憲法釋義學方法論的問題，究竟在何種論證基礎上得以證立（Begründung）保護義務之存在？又，如果保護義務得以經有限度之肯認，具有某種規範性命題意涵 （亦即，確立其實體論的位置後），其拘束效力在功能論與方法論上究竟應如何理解？參見 R. Alexy，程明修譯，作為主觀權利與客觀規範之基本權，憲政時代，第 24 卷第 4 期，頁 83。由於本論文並非探討保護義務為核心，故在預設保護義務理論受肯認的前提下進行論證。

536 *J. Windmann*, a. a. O. (Fn. 496), S. 950.

537 這一類來自非國家高權措施卻致生基本權危殆的風險事態種類繁多，在青少年媒體保護法領域中就是私人媒體中極端暴力或色情對兒童人格開展的影響。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 300.

538 執行像是勞動保護、環境保護與消費者保護不僅是國家的任務，也是國家的責任。*Vgl. J. Windmann*, a. a. O. (Fn. 496), S. 950.

539 *D. Gesmann-Nuissl/K. Struebbe*, a. a. O. (Fn. 496), S .1046.

540 *C. Franzius*, a.a.O. (Fn. 351), S. 507. 對於社會自主管制具體結構的要求除了從憲法層次導出之外，在歐盟整合的契機下還有歐盟主要法與次級法作為根據。這些規定從兩個方向限制立法者：一者，立法者得以規範干預服務提供者權利的範圍多廣？再者，必須對該提供者者貫徹以及立法者不得逾越的最低要求為何。

句[541]涉及保護生命與健康的義務，已經發展出一個在傳統防禦權面向外新的基本權功能，不論其證立論據在於基本權的客觀價值秩序或是從基本法第 1 條第 1 項第 2 句明示委託人性尊嚴應予保護並課予所有基本權義務人必須擔保之。甚至有學說認為基本權保護義務其他可能的起源是國家物理暴力壟斷以及與之關連的必須擔保安全與和平的國家任務，該實證法上的座落確立在基本法第 20 條第 3 項的法治國原則。若人民自己不能免於來自第三人的侵害，國家必須承擔保護之義務。[542]只要吾人肯認關連於特定基本權的保護義務，當第三人致生法益危殆且基本權主體恰依附於國家防衛該危險時，國家就必須居於促進與保護該基本權之地位防禦來自國家以外第三人對之所為的違法侵害。

第二目 保護義務與保護請求權

國家如何履行保護義務是一個必須與保護義務之有無分開來且在細節上仍相對未獲澄明的問題。肯定保護義務的法律效果幾乎沒有辦法抽象、一般地確定。[543]其困難在於保護義務在大多數情況下不僅得由個別特定的行為來履行，而存在多樣不同解決概念與行為可能性，在這些可能性之中立法者得以選擇。國家保護義務並沒有擘劃國家應該以何種類型、運用何種方式、配置何種手法來滿足之；如何維繫保護繫諸於各個國家機關本身。[544]只有在全然特別的事態下，立法者的形成空間會例外減縮，即非採取特定手段無法滿足保護義務之要求。[545]由於基本權保護義務具體實現繫諸於受保護對象與受限制對象所致風險的利益衡量，德國聯邦憲法法院在這裡只要求國家措施必須具有實效、衡平且起作用，來擔保係爭基本權之保護。保護水平取決於法益危殆程度之種類與方式，以及所涉

---

541 BVerfGE 39, 1(49); BVerfGE 53, 30(57); BVerfGE 88, 203(251); BVerfG, NJW 2006, 1939(1942).

542 *Ch. Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 761 (2006), S. 321.

543 BVerfG, NJW 2006, 751(757); *ebenda*, S. 328.

544 這裡最有名的莫過於聯邦憲法法院在 Schleyer 案中揭示，各個國家機關應以自己責任面對之。BVerfGE 39, 1(44); BVerfGE 46, 160(164); BVerfGE 96, 56(64).

545 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 301.

基本權的重要性及保護必要性。危險越是重大、具體，法益越是重要（特別是生命、身體、健康），對於國家行為的要求越是嚴格。

另一方面也必須顧慮，需要否定國家對於特定法益的最佳保護（optimaler Schutz），因為如果要達到保護的最佳化可能必須干預第三人的自由權並且基於第三人基本權的防禦功能禁止國家這麼做。決定保護措施達到足夠的保護水平、衡平性與有效性基於民主國原則與權力分立主要是立法者的權責。[546]從而在保護義務應如何實踐，立法者享有形成空間、判斷餘地與裁量餘地。因此立法者也才能顧慮其他相關的的私人利害關係與公共利益並且以保護義務來權衡調整。[547]立法形成空間的界限是（保護）不足禁止（Untermaßverbot），其對保護規範要求某種最低標準。[548]

惟，基本權的保護義務雖然是針對國家，但這並非意味著履行保護任務必然直接由國家自己來成就。若國家並非自己承擔公共任務而是留給私人履行，那麼國家就受特定要求所影響，來滿足其保護義務。一方面國家有義務觀測私人的任務履行以及監督之；此外，國家也保有介入選擇權（Zugriffsoption），以求能夠在不良履行的情況下再次自己來保護當事人。[549]

只是在肯定國家對人民負有基本權客觀法面向上的保護義務時，能否使國家相對之人民居於基本權主體地位，享有主張請求國家遂行保護之主觀公權利？

Isensee認為，德國基本法第 2 條第 2 項制訂之時原文並非如今所見，原本

---

546 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 302-303.

547 BVerfGE 77, 170(214f); BVerfGE 79, 174(202); BVerfGE 85, 191(212).

548 不過，聯邦憲法法院認為，雖然立法者原則上有保護義務，但他們已經完全沒有能力勝任或者其保護概念顯然完全不夠，這種情況才算得上低於最低標準。就最低標準是否充分的問題，僅限於明顯性審查（Evidenzkontrolle）且不細部檢驗什麼樣的保護預防措施係屬必要以及立法者已經採取何種措施。

549 *M. Schmidt-Preuß*,a. a. O. (Fn. 6), S. 197.所謂介入選項係指，自主管制中自我檢驗的框架條件乃透過國家的控制選擇充實。公行政必須隨時且不受縮減地使用壓抑式的干預手段來輔助糾正，以期幫助實體權利有效實現。這相當程度取決於收手後預防控制的內部平衡。

的條文是「任何人皆享有生命、自由與個人安全之權利。」[550]。因此從法制史的角度並非全然否認人民有請求「安全」之主觀權利。產品安全法是為了保護消費者與其他產品使用人免於生命、健康或財產之損害所設，消費者的生命與健康不僅不得由國家所危害，私人的產品也不應造成消費者的這些法益危殆之負擔。[551]從而在法益保護的客體上不假思索地可以連結到基本法第 2 條第 2 項第 1 句。國家原則上有義務投注心力來保護並促進人民的生命與身體完整性，同時也要保護其對抗第三人的的違法侵害。這樣的保護義務業已發展，尤其是涉及到新技術運用可能的危害。國家因此原則上有義務保護人民免於危險產品致生之生命或健康的損害。此外，不安全的產品不僅有害健康，也會造成致生使用人財產上其他損害。所以就產品安全法結構上國家保護義務之證立，也得以取徑基本法第 14 條第 1 項所保障的財產權。[552]

在歐盟法的架構下，由於對產品實體的安全要求主要是次級法來規定，所以必須關注對歐盟立法的行為誡命。不過歐盟基本權也具有保護義務之面向，亦即歐盟立法者在其職權範圍內必須保護生命、健康與財產。在德國內國法層次上履行原則上存在的保護義務係透過產品安全法成就。承前所述，產品安全法必須提供對消費者免於危險產品適切與有效的保護。尤其在涉及防止對於生命危害時，必須在國家保護義務上加諸更嚴苛的要求。[553]另一方面，嚴苛的國家安全標準也會影響產品製造人、進口商與零售商的職業自由基本權與財產權。此外風險與危

---

[550] JÖR, NF. 1, S. 62.　當時批評意見謂，安全權之內容應當為何並不明瞭，其僅有可能成為個人自由之結果。然而，筆者以為，這種批評尚非的論。該批評一方面認為安全是自由之結果，他方面認為安全權之內容不明瞭，蓋就生物學上的觀點，自由與安全都有其演化學上的依據，前者是演化的根源，後者是生命的確保，並且決定演化成功與否的關鍵。雖然不能因此論安全為自由之前提，但至少可以說，在某種生活秩序肯認底下，自由才有意義。又，自由權本身亦非自明之理，僅是在立憲形成過程中因為歷史因素對於安全可能產生「巨靈國家」恐懼，而強化自由之地位，似乎在論理上難以接受。況且，保護義務之存在，並不必然否定自由權之行使。

[551] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 312; *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), S. 7ff.

[552] *Ch. Calliess*, a. a. O. (Fn. 542), S. 322.

[553] *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 76.

險有時候無法知悉或至少在可及的範圍內未獲澄明，以致於很有可能危險一開始不存在於產品之上而國家保護義務實質上無法發動。甚者，或許能夠產生新認識與減少對於生命與健康產品風險的科技進步也可能受阻礙。

什麼是適切的保護水平以及什麼是達成該水平的必要手段主要取決於立法裁量。[554]決定什麼產品是危險到要有最低安全標準之設置，也是立法者的評估特權。[555]保護不足禁止作為裁量界限只有要求對顯然危險產品制定最低標準。縱然幾乎每一個產品都被誤用且實作每個產品時重大製造與生產瑕疵都可能導致健康損害，要國家對於所有產品都鉅細靡遺地規定誠屬難以想像。不過，對國家而言源於保護義務有觀測與改善義務（Beobachtungs- und Nachbesserungs-pflicht）[556]。若特定產品經常呈現誤用危險或者產品標準顯然不適合全部的產業部門（Branche），立法者或行政命令制定者有義務接收該產品並採取保護措施。不然必須有一般性的權限規範（Befugnisnormen）其在個案中或在新的風險出現時容留保護措施採取之可能，這樣的規範方式通常是利用立法技術上的概括條款來達成。[557]

立法者已關照像是藥品、化學產品或是食品等顯然有危險性的產品並對之發布細節的規範或考慮讓具有專業資格的機構來制定相應的標準與規範。是不是對於所有危險產品都要規制，以及是不是個別標準與規範都必須充分，在既存的努力範圍內尚難以作一般性的評價。一方面這涉及政治決定，必須在自由與安全間作適切的衡量；他方面這也涉及問題是不是要由科學或醫學知識而不是法學來回答。在產品安全領域更是凸顯法律系統對於安全問題的專業性判斷界限。因為並不是沒有保護消費者的規定，只是由標準委員會發布的標準是否提供足夠的保

554 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 313.

555 關於立法者享有評估特權的中文文獻，請參照：李建良，立法裁量之憲法基礎，載：憲法理論與實踐（二），2 版，2007，頁 323-324。

556 *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 24f.

557 關於概括條款之運用，參照：*H. Wissmann*, Generalklauseln: Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, 2008, S. 167ff.

護，法律人在此有無置喙餘地，或者應當介入的程度為何，尚有制度發展的可能性。例如，向來存在於行政機關對於不確定法律概念解釋的判斷餘地，私人標準委員會得否主張之等問題。但無論如何，國家並不是完全束手無策或逕自認為國家得退出負責地位，只是前提要證明保護顯然已經不足以致於就電梯、遊艇、藥物或壓力器械的安全已經侵害不足禁止原則。惟，歐盟立法者僅規定基本安全要求並將標準規範的具體整備留給歐盟標準組織，這某種程度上仍合於保護義務。[558]

第三目 立法執行的保護義務

有鑑於大量種類不同且幾乎所有國民都會經常性接觸的產品，直接可以理解的是如果產品製造人不遵守安全標準，一般產品標準也很難起作用。基本權對生命與健康的保護義務因此要求必要時貫徹與控制產品規格。

對於產品得否在無前提預設下流入市場，以及是否必須有預防性措施（例如在流入市場前之控制），這些問題的線索可以從保護義務可得出，來防免因交易中產品致生的不可回復之損害。什麼是應受預防性控制的危險產品，並無法作一般性規定，而必須由立法者特定。若產品經常因瑕疵而有危險或損害，立法者亦有改善義務；此外也要注意的是，國家透過多數其他措施與規制，例如持續性的市場監督、產品責任或產品刑罰等來嘗試防免產品損害，因為不可能有放諸四海皆準（allgemeingültig）的風險門檻規定，超過該門檻即有國家行為義務。[559]

貫徹當前的標準與回應正浮現的風險必須適切且有效，以達生命身體之防護。這些任務不必然須由國家以自己的人力（例如組織化的國家性格 [560]包括公

---

[558] 擬定規範必須由歐盟指委會委託並經之採納，各成員國若認為該規範不足，得訴諸保護條款程序（Schutzklauselverfahren）來強化之。歐盟與德國高權仍有足夠的影響產品安全的可能性。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 314.

[559] Vgl. *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 73ff.

[560] Vgl. *Th. Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, §13.

務員體系），私人同樣也能擔保有效的保護。承前述，指定驗證機構履行前開安全任務所需要的專業知能以及必要權能，來貫徹對於各該產品的安全要求。其也須滿足嚴格與高度組織與實質要求。其由國家監督並以市場監督機關建立起第二道控制網絡，其得以在私人市場進入控制失靈時援用並防止重大損害。這裡要回頭注意的是，落在新取向範圍下的所有產品並沒有國家機關的一般性預防控制，而且因為巨大的費用支出在未來也不可能引進。在這個範圍內，替代方案並不是國家控管或由經認可單位之檢驗二擇一，而是在經認可單位檢驗與完全放任中選擇。因此，只有經認可單位檢驗制度才是對國家保護義務合理且正確的選項，要屬自明之理。

唯有當指定驗證機構不與事前檢驗而大量、廣泛地核發合格證明，墮落走樣或並未運用驗證所需的專業知識時，立法者才必須接受社會自主管制的失敗並以其他方式履行其保護義務。但現在這樣的狀況並無法一見即之。因之，以社會自主管制的方式來貫徹產品安全法仍與基本權與歐盟法的行為要求相符。

至於我國部分，從歷屆大法官解釋來看，大法官對於繼受自德國憲法釋義學體系的保護義務概念似乎仍所保留，也不容易區別其究竟從基本權利之主觀功能面向或客觀面向加以定位。可能的原因除了該概念在德國法上尚有爭議之外，更可能的原因是我國大法官似乎混淆了保護義務的實體論、功能論、與方法論三個層次。[561]

仔細咀嚼釋字 469 號：「法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應

[561] 例如就保護義務之實體範圍，似乎有認為依附各該基本權利者，或比附於基本國策之下；就功能論者，有認為國家必須無條件履行保護義務者（釋字 472 號），抑或在條件成就下產生保護義務（例如釋字 469 號）；在方法論上，縱使是學界向來肯認之釋字 469 號解釋理由書所揭示之保護規範理論，認為其提出一套主觀公權利請求之標準，但該法律層次之判斷得否援用到憲法？就「全有全無」（Alles-oder-Nichts）之請求權該當性，是否與前述 Alexy 所提出的原則概念有所抵觸，不無疑問。

執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。」又其理由書中闡釋：「憲法第二十四條規定公務員違法侵害人民之自由或權利，人民得依法律向國家請求賠償，係對國家損害賠償義務所作原則性之揭示，立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律，且**在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。**」除了論證國家賠償之憲法上基礎，似乎進一步說明就國民生活之安全行政機關在法律規範之前提下負有保護義務。[562]如果誠如學界向來將該號解釋視為「保護規範理論」在我國的初探，那麼保護規範理論欲處理的「多方私人利益衝突調和」自然也可以與保護義務有所連結。亦即，國家不只負有消極的不侵害人民權利，在人民地位—特別是面對風險社會危害致生的生命、身體、健康法益之危殆，負有採取危險防止或風險管理措施之保護義務。在這樣的保護義務中了避免國家義務虧空，經由保護規範之作用賦予受保護義務所及之人對國家享有保護請求權。

第三款 主觀基本權作為管制界限

第一目 經認可單位作為基本權拘束對象？

經認可單位承擔公共任務、參與立法執行在社會自主管制的架構中以無須贅

[562] 另參照釋字 472 號「惟對於無力繳納保費者，**國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付，以符憲法推行全民健康保險，保障老弱殘廢、無力生活人民之旨趣。**」似乎肯定縱使無力繳納健康保險費用者，國家仍應當為於保險事由發生之時為給付，以保障弱勢之人。究其論證依據，「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條及第一百五十七條分別定有明文。又國家應推行全民健康保險，復為憲法增修條文第十條第五項所明定。」似乎認為國家保護義務得由基本國策與增修條文中導出。

述，某種程度上也可以說其功能上取代國家行政機關之地位，只是必須小心與功能民營化混淆，因為這樣理解的話，經認可單位一旦落入公權力受託人的法制度中，就必須適用一切來自公行政的拘束，亦即居於受基本權拘束對象，必須尊重產品或服務提供業者的基本權，特別是德國基本法第 12 條第 1 項職業自由基本權、第 14 條財產權一般保障與第 3 條第 1 項的平等原則。但是，經認可單位與業者均為私法主體，彼此居於對等地位。因此必須探問：經認可單位在參與管制任務的履行中，在肯認基本權客觀法規範面向的放射效力下，受到何種程度的拘束。

第一項 直接的基本權拘束？

首先，經認可單位是私法主體，所以依基本法第 1 條第 3 項：「以下基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利。」，原則不受拘束。但是，經認可單位在執行規範、適用規範時必須援引、參照相關的法律要求（諸如基本安全要求），檢驗標準透過受基本權拘束的立法者預先給定。要進一步澄清的是，在檢測過程中業者的基本權是否也具有重要意義。青少年媒體保護法中，經認可單位是由業者自己設立並建置的制度，業者提交放送節目給媒體自我管理機制係屬自願，以俾放送前節目的合法性控制能夠實施，進而獲得監督法上的優先權。在環境審查法也是同樣的道理，參與經認可單位的自主管制系統出於業者自願性的行為，本身就是自由權行使的表現，經認可單位提供給付也是自願性，這兩種情況下並無基本權保護的問題與必要。

但是，在產品安全法與建築法中，經認可單位之參與在某些場合已強制規定。縱然如此，產品製造人或起造人還是可以自由選任其所欲的經認可單位，以民事契約的方式規制彼此間的法律關係。亦即，在私法關係中雙方當事人不得直接援引基本權作為防禦或請求之依據的前理解上（基本權的間接效力或第三人效力），即便經認可單位承擔一定公共任務、取代原本國家高權機關的角色，也不

當然受到基本權直接拘束。

要之，在私法關係的前提上，既不存在對經認可單位主張直接的基本權拘束的空間，形式上也無須法律保留上的授權基礎，因為經認可單位並未行使高權，其所有檢驗措施與勞務給付所生的規制效力（Regelung）係由民事契約所賦予；實質上也不需要適用比例原則，因為像這一類的檢驗活動（包括文件閱覽權與情報請求權）如果導致過度、甚至不可期待的負擔的話，可能會抵觸德國民法第 241 條第 2 項權利行使、履行義務的顧慮義務與忠誠義務（Rücksichtnahme- und Treuepflichten）。[563]唯一有憲法疑慮的可能是強制經認可單位參與，可能構成對業者的直接干預，但無論如何該干預源仍是要求強制參與的國家立法者而非經認可單位。

第二項 間接的基本權拘束

如果肯認經認可單位與受規範對象的產品或服務提供業者間是兩個地位對等的私法主體，且法律關係由民事法來規制，即使沒有基本權直接拘束效力，在歷來的聯邦憲法法院見解，特別是 Lüth 判決以降雖然用語多樣但不容否認的基本權客觀秩序所生放射效力也存在於民事法律關係中。

惟，在社會自主管制場合並不能逕與傳統間接第三人效力的見解相提並論。通常複數私法主體間以行使基本自由權的方式行動並因此發生利益衝突，為了解決法律紛爭必須由法院原引民事法律規範並在當中有效運用基本權。就經認可單位來說，其不只行使其自由基本權，更兼有貫徹公法規範的耦合效果。所以間接基本權效力發揮的空間在這裡無涉法定內容，而是貫徹該法律要求的方法與類型。這裡主要要考慮兩種衝突情狀：[564]

首先，經認可單位控管與檢驗措施不合比例。經認可單位並不像國家高權機

563 相當於我國民法第 148 條之誠信原則。

564 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 386-387.

關，得單方行使高權措施實行檢驗或其他控管方法進行干預俾確保基本安全要求，其行事基礎仍是私法契約，所以產品或服務提供業者同樣也有權利拒絕經認可單位不合比例的過份要求。此外，也很難想像經認可單位會侵害業者的職業自由基本權。經認可單位提供給付，不論是檢驗合格證明、結構安全證明或是環境管理系統保證鑑定之作成，經認可單位也是希望藉此勞務給付增益營收，以強制參與的場合為例，如果指定驗證機構大範圍地無視業者的權利與利益，業者可能尋求其他的經認可單位，使得濫用權限的經認可單位無法在市場上生存。在這樣的意義下，產品或服務提供業者的聽證、參與與程序權即使不適用行政程序法相關規定也能受到擔保。甚者，產品製造人可以訴諸於監督機關以及認證機關，他們雖然無法取代指定驗證機構作成檢驗合格證明也無法命令他們核發檢驗合格證明，但是不正當地拒絕可能引發認證機關廢棄認可並使其無法繼續從事該法律行為。

其次，涉及經認可單位在已經滿足法定要件下仍拒絕作成合格證明時，業者提起民事給付訴訟請求作成驗證。法院必須審查，法定要求是否事實上已經滿足、並且也要檢視是否合於基本法之要求。但這種衝突情況民法已經提供有效的衝突解決機制，基本權在這裡並沒有額外的助益。

最後，在青少年媒體保護法中要特別顧慮，節目放送業者可能要防免「廣播電視自願監督協會」基於抵觸其章程所下的協會制裁。民事法院必須審查協會制裁時，至少要顧慮基本法第 5 條第 1 項第 2 句所衍生的影響，亦即基本權制度性保障與傳播自由的相關問題。不過，既然業者自願參與該協會並且受制於提交義務（Vorlagepflicht）與制裁可能性，當然也可以隨時退出該協會。

第二目 對經認可單位決定之程序保障

由於經認可單位與產品或服務提供業者間的法律關係承前所述大部分是建立在私法關係的基礎上，從而業者無法如傳統架構一般向經認可單位主張如行政

機關應適用的行政程序與行政法上一般原理原則之要求。故這裡要確保的是業者在所有要件滿足下能事實上獲得其經認可單位正面結果，並且在程序中成就其權利。

第一項 正面決定作成請求權

以產品安全法為例，如果說指定驗證機構是受託行使公權力而驗證是行政處分的話，那麼在履行法定要件時就會得出產品製造人據以請求作成合格證明書的公法上請求權。從而，該請求權得以藉由向行政法院主張，並以課予義務訴訟貫徹之。但是，指定驗證機構主要並非受託行使公權力之私人，因此作成合格證明書的請求權基礎就必須另覓蹊徑。[565]

產品製造人與指定驗證機構經締結民事契約，據此指定驗證機構有義務在產品製造人滿足法定要求時核發給他合格證明。[566]契約架構在實務上也基於歐盟指令規定（儘管不具拘束力）而包含產品製造人的異議程序。[567]產品製造人得針對其契約相對人異議並爭執拒絕核發合格證明書的理由。如果指定驗證機構在異議程序後仍拒絕給予驗證時，產品製造人得向民事法院基於契約提起給付之訴請求核發合格證明書，並拿勝訴判決依據德國民事訴訟法第 894 條開啟執行程序。再者，不合法拒絕或怠為驗證也可能產生德國民法第 280 條第 1 項、第 3 項與第 281 條、第 286 條的損害賠償請求權。[568]此外，指定驗證機構間彼此處於競爭地位，故而鮮少有驗證機構負擔得起去拒絕有正當理由的驗證；國家對於指定驗證機構的監督作為最後的安全閥，在重複拒絕履行契約之場合也得以廢止指定驗證機構的認證間接保障產品製造人的利益。[569]

---

565 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 220.

566 *A. Scherzberg*, a. a. O. (Fn. 166), S. 381. 若指定驗證機構使用並未包含在滿足要件時作成合格證明的義務，即不得給予行政認證。此外，產品製造人也有責任不要加入這樣的契約中。

567 Anhang Modul B, Ziff. 5; Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Rdn. 41.

568 相當於我國民法第 226 條與 229 條以下給付遲延與給付不能之規定。

569 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 220.

又，在指定驗證機構的機能性競爭中，想像上應不至於出現產品製造人找不到願意同他締結驗證契約的指定驗證機構這樣的狀況。國家監督原則上也要負責讓指定驗證機構不要毫無理由接受產品製造人的要約，不過在極端的情況下，也有可能對指定驗證機構採取強制締約（Kontrahierungszwang）的方式。[570]

原則上憲法上所保障的私法自治（在德國的依據是基本法第 2 條第 1 項）包含契約自由，[571]其亦包含締約自由（Abschlussfreiheit），亦即自由決定是否以及與誰締結契約之自由。不過，在某些領域—特別是生存照護之給付—會有來自社會國原則的法定締約義務。[572]像是德國限制競爭防止法（GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）第 20 條連結第 33 條可以導出對獨占之企業或居於市場優勢地位之企業的締約強制，只要其不平等待遇其他企業並因此不當地使其他企業居於劣勢。最後手段還有德國民法第 826 條，也可以在與攸關生活的服務關連中作為強制締約義務的基礎。

因此總結來說，強制締約的要件利害關係人對於特定給付的依存狀態（Angewiesensein），而該關係人對於依存狀態欠缺可期待之迴避可能性，且供給者沒有實質理由拒絕供給服務。[573]特別是給付者受託負公益拘束的任務時，就得以清楚地看到締約強制的痕跡。這樣的觀點在汽車強制責任險（Kfz-Pflichthaftpflichtversicherung）中也清晰可見：因為立法者強制所有駕駛對其車輛有責任保險。

特定產品的產品製造人僅容許在指定驗證機構已經參與其中並且驗證產品之安全或者品質保證系統的功能性後，使產品流通於市。產品製造人基本上依存與指定驗證機構締結之契約，否則他無法讓產品上市。如果在特定產業或是特定區域只有少數驗證人獲得行政認證，就會這一類獨占或是市場優勢地位，對產品

---

570 *H.- T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 354f.

571 在我國的見解可參照司法院大法官釋字第 576 號解釋。

572 *K. Larenz/M. Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, §34 Rn. 36.

573 Ebenda, §34 Rn. 33.

製造人來說也可能不存在其他選擇可能性。指定驗證機構不得因而不公平對待利害關係人與不合理地妨礙之，亦即，不能無故拒絕對個別產品製造人之要約與阻絕其進入市場通路。從德國限制競爭防止法第 20 條第 1 項與第 33 條可能也有與產品製造人締約之義務。[574]但即使指定驗證機構並未居於市場獨占地位，他也提供具有普遍利益（即產品安全）的服務；立法者規定其有義務參與產品製造人，因而必須承認課予指定驗證機構締結契約之義務以及禁止無實質理由拒絕產品製造人之要約。這也暗示指定驗證機構承擔公共任務並在某個意義上實現行政機關之功能，不能逕自拒絕產品製造人之委託。

最後依據產品安全指令的規定，產品製造人得自由選任指定驗證機構，當產品製造人無從選擇指定驗證機構時，也會遭遇阻撓。因此，縱然有指定驗證機構在歐盟間的競爭，也不宜欠缺實質理由拒絕與產品製造人締約，則對於指定驗證機構應得主張強制締約。換言之，這裡遭遇的問題其實是，在傳統思考強制締約的要件中必須有市場獨占或市場優勢地位存在，但是在歐盟架構下既然有多數指定驗證機構之競爭市場，僅能想像有無市場優勢地位。只是在產品安全的擔保考量下，立法政策或法解釋論並非毫無空間去解釋指定驗證機構拒絕產品製造人之要約或與其締約之場合，仍應具備實質理由，否則產品製造人得主張強制締約。亦即，這裡的出發立場是：指定驗證機構原則上「必須」與產品製造人締約，受其委託檢驗其產品有無合於歐盟基本安全標準或者品質保證系統是否完善。倘若欲拒絕締約，須具備實質理由。

第二項 程序權之確保

由於指定驗證機構與產品製造人之間的法律關係為契約結構，因此並沒有德國行政程序法第 24、25、28、30 條 [575]的保護規定，也沒有行政訴訟法中權利保

[574] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 221-222.

[575] 分別是職權調查原則、諮詢與告知、利害關係人之聽證、卷證閱覽權。

護的可能性。倘若國家從公共任務履行撤退並將之留給私人，他必須至少要顧慮到私人程序同樣能獲得如同國家行政程序一樣滿足公平（Fairness）、公正（Neutralität）、公開（Offenheit）的基本要求。在國家機關實施符合性評鑑程序的場合，他有義務就其決定附記理由，並留有對於不利決定的權利保護可能性，維護營運與商業機密、不得實施不合比例原則的控管措施等。

諮詢（Beratung）、告知（Auskunft）與聽證雖然在實務上比行政程序法規定詳盡且常見，因為企業之審計過程（Auditierung）正是以詳盡的商談、合作與共同尋求解決方案為基礎。因此藥事法第 18 條第 2 項於廢棄驗證時規定的聽證義務也幾乎沒有必要，因為指定驗證機構並非作為獨立的高權機關，而是依賴契約關係的當事人，其也會希望有更多的委託，所以不太容易作成突襲其委託人的決定。[576]

如果是在受託行使公權力的場合，行政程序法第 24 條的職權調查原則會受到產品製造人廣泛的協力義務（如文書提出）限制，但在民事契約結構中面臨的問題是契約義務與秘密保護的衝突及其調和。指定驗證機構因契約所生的附隨義務與注意義務如同公行政有保密義務，對此歐盟指令與模組決議亦有所要求。在個別檢驗時，可以透過將產品製造人資訊提出義務限於指定驗證機構為評鑑產品是否與樣品型式相一致所需的必要資訊，來確保該保密義務之主張界限。不過，只要指定驗證機構在品質保證系統下需要全面性的資訊，最終只能夠在違反時透過損害賠償請求權來擔保機密性之保護（Vertraulichkeitsschutz）。秘密資訊之流出構成德國民法第 280 條第 1 項的契約違反，並給予產品製造人損害賠償請求之權利，如同他對於居於受託行使公權力地位之主體可以主張的公務員責任。

產品製造人對於指定驗證機構的權利保護可能性雖非源於行政訴訟法，但是透過民事法院給付訴訟（作為或不作為類型）還有暫時權利保護制度均得以貫徹

[576] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 223.

契約權利。在民事法上雖然沒有行政法院法第 68 條以下的訴願程序，但同樣可以在契約上約定產品製造人的異議權（Einspruchsrecht）以及指定驗證機構若計畫廢棄合格證明時，必須事前與產品製造人諮商以避免後續的損害賠償程序。[577]

第三目 小結

在促成私人主動控管的過程中造成諸種負擔效果（Belastungseffekten），當然不受限制地主張基本權防禦地位。這特別適用於以下三種群體：第一，那些不想參與、或者不想依規定的方式參與自主管制體系者；第二，在提供輔助性服務時由於擔保機能而暴露於高度要求中的那些人；最後，系統外部受到不利益的第三人。[578]

在產品安全法中直接涉及企業的經濟活動並且必須以職業自由基本權以及財產權保障加以衡量。對於產品的安全要求構成基本法第 12 條第 1 項意義的職業行使自由之規制，其必須有法律授權基礎且透過合理的公益（Allgemeinwohl）理由證立之。在產品安全法即是前述關於消費者的生命、健康與財產保護，這樣個別具體規定是否合憲，特別是限制是否必要無法一概而論，特別是立法者在經濟法領域享有相當廣泛的立法形成自由與評估餘地，使得這樣的限制措施幾乎不會遭遇憲法上的否定。

在歐盟法涉及的也是職業自由基本權與財產權自由，特別是物流自由（Warenverkehrsfreiheit）。其結構相當於德國基本法，干預同要有形式的法律授權基礎與實質的公益比例原則來正當化。[579]產品安全法在歐盟法轉銜之所以獨具意義，在於實體產品安全要求一部份基於歐盟規定，以致於在這個部份基本法的

---

577 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 223.

578 *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 175. 第一種類型，參照 BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, BB 1993, S. 2105f. 第二種類型，參見 BVerfGE 86, 28(41ff). 第三種類型最容易出現在自我設限協定中的外部第三人，例如石綿材質協定（Asbestzement-Absprache）或很可能在免除許可程序框架中對第三人的影響。

579 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 325.

合憲性審查並無置喙的餘地。

由於新取向架構中參照某些模組必須有指定驗證機構之參與，從而這樣的法律強制有基本權干預的問題。這些該干預主要基於產品安全授權之法規命令或藥事法，其限制來自於欠缺 CE 標示之產品不得流通於市。

德國基本法第 12 條第 1 項規定：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得依法律管理之。」與第 14 條第 1 項：「財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之。」[580]禁止產品無CE標誌流入市場係由歐盟新取向指令規定，且德國立法者在內國法轉換時沒有立法形成空間，從而以德國憲法標準進行之合憲審查原則上不予考慮，而是以歐盟基本權對於財產保障與職業自由的要求衡量。

歐盟基本權中的職業自由基本權保護自由經濟活動之所有體現。其得基於法律、為了公益目的在和比例的範圍內限制之。對於產品的實體安全要求係為求保護消費者免於生命、身體、健康或財產之損害並以之為正當目的。具體要求是否必要以及其他限制值是否充分則屬於指令制定者的評估餘地。

是否遵循實體安全要求須受監督一事也同樣要正當化。不過，新方法指令有規定概括的預防性控管。供給者不僅必須負責控管已處於流通之產品，自己也要在產品進入通路前影響其「釋出」（Freigabe），在這個範圍內受到更不利的負擔。惟，就有高度損害可能性的危險產品不能等到瑕疵或損害已經發生於消費者才採取規制，因而這些額外的負擔得具有正當性。所以採取更有效的保護措施既屬立法者的保護義務，也令預防性控管成為必要。[581]

由上述可知，立法者一方面基於基本權保護義務採取必要的干預措施來保護消費者免於產品欠缺安全性所受的生命、身體、健康與財產的威脅，他方面這樣

[580] 此翻譯參照司法院網站德意志聯邦共和國基本法，最後瀏覽日：2011.6.30。

[581] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 331.

的干預措施也涉及企業者的職業自由；就視察營運甚至會涉及居所（Wohnung）基本權。[582]至於產品之控管要由行政機關或由指定驗證機構來達成，對企業來說並沒有額外的不利益影響。相反地，因為企業得以選任不同的指定驗證機構，並以契約形構彼此間法律關係，較之於行政機關之監督，企業享有更高的自由與影響可能性。

過度控管進而產生因營運視察使工廠整天停工或者為檢驗目的扣押重要文件，可能不合比例且無法通過職業自由基本權之審查。不過，像這樣不合比例的控管措施一類的危險，較之於公家單位來說，在受契約拘束、以商業獲利為導向且依附委託者善意的私人驗證單位相對的低。所以，以職業自由來審查社會自主管制機制，與其說是反對，不如是贊成！因此在產品安全法中職業自由很難構成對社會自主管制的實際限制。[583]

總括來說基本權—至少是參與社會自主管制系統內部成員的基本權地位—只有微弱的決定力。只要立法者將社會自主管制形構為自願性模式，基本權幾乎無從置喙。除了那些在經濟法領域中激勵性制度設置（Anreizprogramm），經濟基本權可能作為外部界限，要用基本權的防禦面向功能來反對社會自主管制機制可以說難有施力點。

第四款 國家角色轉型與擔保責任

第一目 自主管制失靈的風險

國家解除負擔將管制任務交給私部門協力履行，並非全然從責任領域中退出。誠如Andreas Voßkuhle所示，差別只是責任類型分擔的樣式。國家仍必須面

---

582 就經濟控管與因此產生干預基本法第 13 條第 1 項:「住宅不得侵犯」之見解，參見 BVerfGE 32, 54; BVerwGE 78, 251.

583 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 332.

對自主管制無法達到預期效果時可能產生的問題境況加以回應。[584]

驗證關係的私法結構，尤其是指定驗證機構間的競爭關係，因為驗證機構並非由國家供給財源或是由國家提供的穩定收入，就有影響其獨立性與中立性的危險。產品製造人作為委任人的利益較之於安全產品的公共利益可能更為重要。從而管制必須不能只努力於保護產品製造人對於指定驗證機構的權利，無寧也要確保指定驗證機構對於產品製造人的獨立性以反射地保障產品使用人，特別是消費者的利益。[585]

產品安全法或建築法中，促使產品製造人及起造人須對其產品盡到一定義務，為了履行該義務而引進經認可單位的參與。不過，多了第三人參與畢竟意味著額外的支出，符合性評鑑程序或專業簽證必然有銀彈支付，引入品質保證系統或成品控制也會顯示提高的花費，這樣的成本變動也反映在環境審查法引入企業內的環境容受度系統與環境監查人中。如果指定驗證機構拒絕其產品或是要求其改善，還會造成產品製造人營業額的減損。此外，產品製造人可能妨礙指定驗證機構之工作，像是不讓他們無限制地進入廠場施作檢測或限制必要文件之調閱，以保護其營運或商業機密。[586]但主要的風險繫諸於訴諸利益極大化，其結果可能導致像是產品製造人試圖影響指定驗證機構，盡可能實施寬鬆或粗略的控管，或者從一開始就選那些不太嚴謹的機構來驗證（指定驗證機構間的競爭也可能會導致向下沈淪「race to the bottom」）；建築法上最有名的例子莫過於 2005 年底在日本發生的「耐震偽裝事件」，原本期待 1998 年 6 月 12 日修訂公布《建築基準法》引進中立公正的民間機構，使構造計算書得由地方自治團體指定的第三人來評價，可以分擔政府辦理建築管制行政上專業知能不足的問題，而將建築檢查開放

584 JESSOP,*supra* note 492,at 236.

585 *A. Ch. Thoma,* a. a. O. (Fn. 59), S. 210.

586 *A. Ch. Thoma,* a. a. O. (Fn. 59), S. 210.

給民間，卻驚爆建築師偽造耐震合格證明的問題。[587]

第二目 機關角色轉型之法律上方法

實施符合性評鑑程序、建物安全檢查確認簽證、環境審查流程並非國家直接影響的行政行為，因為在這些程序結束時並沒有行政機關決定，當不依序進行評鑑程序時得拒絕作成，所以國家幾乎不可能直接（可能也欠缺必要專業知能）影響評鑑程序。另一方面，國家不能脫免於從基本第 2 條第 2 項第 1 句導出對人民生命與健康的保護義務，國家原則上有義務照料其人民不因欠缺安全之產品或建物而受損害。當國家並非自己控管產品或服務提供之供應與阻止有害或危險產品流入市場，其至少必須要關照這個任務得由其他機構有效地履行。由於當代已無須否認、質疑國家負有基本權保護義務，因此接下來重要的問題是：如何在社會自主管制系統中履行其對人民生命與健康的基本權保護義務。

受調控的自主管制場域特殊性，恰恰在這點上有別於純粹的社會自主管制，國家並非全然地退離管制任務的場域，一面透過框架立法規制原本受規範對象（Normadressaten）與經認可單位，另一面藉由過行政機關或其他高權單位參與公共任務地履行。對於社會自主管制的再管制必須顧慮將產品或服務提供業者與經認可單位間限定在民事法律關係，但又必須要有助於實現公益。諸如措置指定驗證機構處於有能力認識危險產品並阻止產品製造人銷售、經認可的專家有能力辨別確認建物設計安全並阻止、監督起造人施工。除了得由經認可單位本身與產品或服務提供業者間基於雙方契約來安排彼此權利外，國家行政機關退出初始管制後，必須藉由隨侍管制（Begleitkontrolle）來滿足憲法給定的諸要求；亦即，國家退出履行責任後，機關角色應當如何轉型與自我承擔履行責任的經認可單位分工協力實現共通福祉。[588]

---

[587] 蔡志揚，建築結構安全與國家管制義務，2007，頁 333 以下。

[588] *M. Schmidt-Preuß*,a. a. O. (Fn. 6), S. 172ff.; *H.-H.,Trute,* a. a. O. (Fn. 200), S. 9505-957; d*ers.*, a. a.

第一項 管制機關之參與

一、 行政認證機關

在國家涉入的社會自主管制架構中，所有私人單位均須被認可（anerkannt）、認許（zugelassen）、認證（akkreditiert），所以運作上必然相對存在一個進行認可的主體，而這個主體總是行政機關。若從事認可單位本身是受託行使公權力的私人單位，[589]無論如何該受託行使公權力的認可單位均受委託機關之法律與專業監督，並間接及於經認可單位。認可的前提是審查有無滿足認可要件，包括正確性、專業性、獨立性、中立性、公開性，至少形成對經認可單位作業的前端控管（Anfangskontrolle），從事認可之行政機關得廢棄認可來排除經認可單位的重大違誤（gravierende Vertöße）。[590]

以產品安全法為例，對於指定驗證機構的歐盟法次級法上要求（die sekundärrechtlichen Anforderungen）[591]係經由成員國行政認可或指定合於歐盟法上規定之機構從事驗證行為來轉換。如果指定驗證機構是由公法規範設立的法人或是行

O. (Fn. 215), S. 24ff; *ders*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 330; *A. Voßkuhle*, a. a. O. (Fn. 171), S. 47-90.

589 例如在環境審計制度中德國認證與許可環境審查人股份公司（Die Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH, DAU），其即是環境管理與監察系統中的許可機關。雖然其組織形式為私法人，背後的股東也非公部門之手，而是業界團體，但是經由環境審查法授權的法規命令（Verordnung über die Beleihung der Zulassungsstelle nach dem Umweltauditgesetz, UAG-Beleihungsverordnung – UAGBV）之授權，DAU 就許可與監督環境審查人的事務範圍內受託行使公權力。*A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 230.

590 *A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 406.

591 所謂次級歐盟法係指由歐盟機關本於基礎條約，為行使職權而制定公布的法規。其範圍包括具有一般拘束力之規章與準則（Verordnung und Richtlinie, Regulation and Directive）、具有具體個別效力的決定（Entscheidung, Decision）、不具拘束力之建議（Empfehlung, Recommendation）與意見（Stellungnahme, Opinion）以及其他類型的法規，諸如規範歐盟機關運作的議事規則、行動綱領（Aktionsprogramm）、理事會或歐洲議會之決議（Erschließung/Beschluss）、指委會提出之白皮書與綠皮書等。參照陳麗娟，歐洲聯盟法精義，2006，頁 87-89。

政機關的話，其結構可能就得在公法上直接規定。但因為指定驗證機構僅是私法人，其獨立於公法規範而成立，國家不得透過法律預先規定其內部組織應如何配置，蓋這可能會涉及結社自由與公司組織自由的問題。[592]若歐盟或國家間高權無法本身直接規定私活動主體的組織與結構，高權行政就有責任致力於謀求私法機構應以符合公法想像的方式組織，由國家行政作為指定驗證機構的定錨點來擔保其公益取向。[593]

依據設備及產品安全法第 11 條第 1 項，實施認可程序的管轄權原則上落在各邦身上。為了避免 16 個邦必須同時處理相同事務可能產生的問題矛盾，各邦藉由邦際協定（Staatsvertrag）將此任務移交給位於慕尼黑的「技術安全中央機構」（Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik, ZLS），其組織上隸屬於Bayern 邦環境健康與消費者保護部，僅負責認可從事驗證之私人單位。[594]

而正確實施符合性評鑑程序構成認證程序的前提要件。若指定驗證機構與產品製造人之間的契約並未約定產品製造人與指定驗證機構負擔特定義務或是並未賦予指定驗證機構特定權能，則行政機關（ZLS）有理由拒絕給予認證或廢止其認證。在監督指定驗證機構的框架內許可機關必須審查有無認證要件存在，如果沒有即必須廢棄認證。在 Bayern 邦行政程序法第 48 條與第 49 條甚至規定，因為歐盟法對於產品基本安全的要求而裁量收縮至零。

二、 監督經認可單位之行政機關

認可機關原則上有監督經認可單位之機能。此監督機關在不同法領域有不同的形構可能性，其或由國家組織意義下的行政一體來進行監督，像是產品安全法中由各邦許可機關監督指定驗證機構，以及在青少年媒體保護法由KJM來監管青少年保護的自我管理機構；或者藉由功能民營化後的公權力受託人為之，例如環

[592] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 204.

[593] *H. Ch. Röhl*, a. a. O. (Fn. 457), S. 154.

[594] Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §11 Rdn. 7-8.

境審查法中是透過受託行使公權力的德國認證與許可環境審查人股份公司來監督環境審查人，不過，監督的內容係由聯邦環境部下多元組成的環境審查人委員會指令所規定；且聯邦環境部對DAU股份有限公司行使直接的法律與專業監督，並間接影響環境審查人。[595]

對指定驗證機構的高權監督除了對歐盟規定轉換具有重要意涵外，對於保護消費者免於危險產品以及貫徹產品製造人對於指定驗證機構的權利，也占有關鍵地位。對於指定驗證機構的高權監督是由歐盟指令強制規定。經由內國法的轉換，德國設備及產品安全法第 11 條第 5 項與藥事法第 15 條第 2 項將監督指定驗證機構有沒有進一步滿足行政認證要件的任務指派給行政機關。就監督任務及其目標而言，產品安全法中高權監督之進行與許多機構有關。市場監督控管座落在市場上的產品以及產品製造人。不過，在這樣的關連中有意義的只有對於指定驗證機構的監督，其本身只有在產品流入市場前或者在流入市場之際從事活動，且原則上不管已經離開工廠的產品。惟，這樣的原則繫諸於產品風險之高低，風險越低的產品，指定驗證機構監督權限及檢測義務的範圍就越不及於已經流入市場之產品。但像是藥品指令中就在符合性評鑑程序中例外規定，產品製造人也必須設置系統性的程序（systematisches Verfahren），依據製造過程來掌握產品的歷程，例如涉及機能不利影響（Funktionsstörung）、不合於實質的標示或用藥指示，據此作出評估、補正瑕疵並通知主管機關；指定驗證機構並須檢驗，該程序是否已經依序設置。[596]

因此，在貫徹並確保產品製造人對於指定驗證機構之權利上，國家監督也與有貢獻。這是因為指定驗證機構並非受託行使公權力之私人，從而並非高權行政之一部，故產品製造人無從對之援引基本權或聯邦行政程序法之程序規定。[597]雖然產品製造人與指定驗證機構間的契約形成可能性得部份地根除此一缺陷，但是

[595] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 233ff.

[596] Ebenda, S. 213.

[597] Ebenda, S. 213-214.

監督措施的潛在威嚇，甚至由國家機關撤銷行政認證，例如當指定驗證機構不合理拒絕驗證或設定過於嚴苛的要求的場合，都是對於指定驗證機構不容小覷的紀律效果（disziplinierende Effekt）。

復就監督之實施來說，由於指定驗證機構係屬私經濟參與者，認證機關就監督事務針對指定驗證機構係行使高權，所以高權行使必須有法律授權基礎。歐盟法並沒有就監督作更細節的規定，具體的規範架構仍繫諸於各內國法。對於驗證機構的監督權限源於設備及產品安全法。例如該法第 11 條第 5 項詳述主管機關對於指定驗證機構之監督權能。認證機關得要求指定驗證機構提供必要之說明與支援（第 2 句），特別是文件之提出（第 3 句）。認證機關也有進入與視察權（Betretens- und Besichtigungsrechte）。[598]此外，在第 5 項第 2 句以概括條款之方式給予監督機關採取諸種必要措施之權能。

此外，產品製造人監督指定驗證機構工作之權能也相當重要。因為評鑑程序之進行並沒有行政機關之參與，同時其結果或相關書類也沒有通知任何行政機關，所以監督並無任何關於指定驗證機構有無合於法律規定從事工作之訊息。指定驗證機構必須提交的證明書類不太可能呈現出完全沒有失真的檢驗過程。因此，監督之施作也應當進入受評估之企業本身，以俾得以確信企業有沒有跑正確的符合性評鑑程序。只是缺乏相應的權能規範，監督機關僅得在產品製造人同意下伴隨指定驗證機構進入企業。[599]

最後，也得以透過CE標誌後方必須標識執行檢驗的驗證機構號碼方便嗣後追蹤來間接達成監督目的。如果產品經市場監督被證明是不安全的，得根據CE標誌後的條碼追到是哪一個指定驗證機構參與了符合性評鑑程序。儘管產品的瑕疵性並不一定就是指定驗證機構的瑕疵，尤其是品質保證系統維護之情況，有時

[598] 藥事法第 15 條第 2 項也包含行政認證機關對於指定驗證機構的監督權能，例如說明與其他支援、指定驗證機構審查產品製造人之在場權、進入與視察權、書類與證明文件之提出等。

[599] *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 214-215.

候瑕疵是來自個別產品本身，但是在產品瑕疵的積累或是那些在任何控管下都應該要發現的明顯瑕疵的場合，指定驗證機構就顯然沒有充分履行其任務。[600]

三、 市場監督機關

除了監督經認可單位的行政機關外，在產品安全法還有其他自主管制法中比較少見的市場監督機關，此乃著眼於產品在市場上的流通性對於自主管制系統外的消費者具有持續影響性。另一個特殊性在於，這裡並沒有國家承接機關，在自主管制失靈時取代經認可單位，實施全面性、有體系的預防性產品安全檢驗。產品安全法中扮演最後守門員角色的是市場監督機關，其必須負責注意就特定產品相應之模組，指定驗證機構之法定參與是否確實貫徹。[601]根據設備及產品安全法第 8 條第 2 項，市場監督機關乃特別的警察機關，負責監督產品是否符合規範。只要違反設備及產品安全法或其授權之法規命令，或至少有相當懷疑其違反者，即必須一同條第 4 項介入之。

在青少年媒體保護法也有這樣的市場監督機關，因為其獨立於經認可單位之作業，監督流入市場之產品（即已經上送的電視節目與電訊媒體）並於發現有違反情事時，對供應者採取干預措施（青少年媒體保護邦際協定第 16 條以下參照）。

四、 自主管制失靈之承接機關

如果經認可單位檢驗活動的品質不符合法律的期待，或者市場供應者並未利用經認可單位之服務，從而使自主管制機制無法達成其原本設定的目標與效果時，除了前述監督經認可單位的管轄機關外，還有所謂承接機關

600 Ebenda, S. 215.

601 *H.- T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334ff, 374ff. 這裡所謂法定參與，並非立法者直接課予產品製造人就特定產品負有一定行為義務，必須另指定驗證機構參與符合性評鑑程序。其僅是規定，特殊類型的產品合法配載 CE 標誌的要件須以指定驗證機構之參與為前提。

（Auffangsbehörde）來取代經認可單位完成保留的權限（Reservekompetenz）。[602]

承前所述，產品安全法中並沒有這樣的承接機關，至少沒有狹義的行政機關存在。在新方法指令剛適用之際，由於還沒有私人單位建立或僅有極少數的指定驗證機構，而有某些受指定的公法單位，來承接社會自主管制尚未有效運作功能前的任務。但這已留存於法制史的陳跡底。因為現在已經有許多指定驗證機構合法存在，同時在某些情況下也強制產品製造人另指定驗證機構參與產品檢驗程序，所以不會發生沒有指定驗證機構存在，或者雖有指定驗證機構但不受利用的情況發生，所以沒有產品製造人將欠缺檢驗之產品流入市場或找不到可以檢驗其產品之指定驗證機構，故原則上也不需要有承接機關。

在青少年媒體保護法中執行承接功能的是青少年媒體保護委員會（Die Kommission für Jugendmedienschutz, KJM），當完全沒有認可的自我管理機構存在或者放送業者不放送節目時，其有權貫徹青少年媒體保護邦際協定。[603]在環境審查中保留權限在於環境與輻射保護機關得要求未受審查之企業提出更多文件、環保計畫與相關資訊，並自行監督與控管。

亦即，在上開領域可以看到得承擔經認可單位檢驗作業的傳統高權單位與經認可單位同時並存的雙軌管制架構，在青少年媒體保護法中此承接機關更是不可或缺，因為一方面並沒有強制節目放送業者讓經認可單位之參與，他方面也只有單一經認可單位存在（即廣播電視自願自我監督協會）[604]但是，如果沒有得取代經認可單位監管法規遵循的高權單位存在的話，基於參與自主管制的自願性，節目放送業者就沒有動機參與。但不能藉此推論，有法令強制參與自主管制機制就無須承擔機關存在。如果一方面法令要求供應者強制參與自主管制系統，他方面卻只有少數的經認可單位，國家也不能因此從承接責任中退縮。

---

602 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 407.

603 Ebenda, S. 96.

604 Ebenda, S. 101.

究竟是要依照「不良檢驗總比沒有檢驗好」（無魚蝦也好）的標語而必須忍受經認可單位的瑕疵作業，還是放棄認可機制去忍受沒有單位檢驗供應者產品是否合乎規範，是決定這裡有無承接機關設置所必須思索的問題。

第二項 脈絡調控與反思

管制也可以從產品或服務提供業者端開始，並以不同手段促使其令合於秩序法上要求的符合性評鑑程序或簽證程序得以公正確實地實施而不試圖伸手干涉。但從經濟人假設（homo economicus）出發，[605]或許不禁要問：依序配合經認可單位實施安全檢驗或確認程序的理由為何。

以產品安全法為例，首先，立法者預設了一個框架規範：只有當產品合法配置CE標誌方得流入市場。若產品製造人對於指定驗證機構並未履行其契約法上義務，例如備齊證明文件、保證其入場權，則指定驗證機構得拒予核發合格證明並不許產品製造人配載CE標誌於其產品上。有疑慮的是，產品製造人得以自由選任指定驗證機構。倘若第一個指定驗證機構拒絕核發合格證明給他，他得以尋求其他的指定驗證機構替他作成更有利的評鑑。儘管像是電梯指令中有說，由一指定驗證機構拒絕作成合格證明的終局驗收只容由同一指定驗證機構重為檢驗，但仍有疑問的是，產品製造人縱然抵觸一般安全規定，為什麼不能找其他的指定驗證機構而提出新的委託？產品製造人在其申請中必須告知未曾向其他指定驗證機構提出申請。倘若產品製造人違反這項告知義務，則構成對指定驗證機構惡意詐欺（arglistige Täuschung）的原因，得據以撤銷該契約（德國民法第 123 條參照）[606]從而使得合格證明書歸於消滅（das Zertifikat zum Erlöschen zu bringen）。況且無論如何，重複委託（mehrfache Antragstellung）至少已經該當該違約，並賦予指定驗證機構解除契約（zum Rücktritt）之權利。有問題的應該是

---

[605] Vgl. *U. Sacksofsky*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2008, §40 Rn. 31ff.

[606] 相當於我國民法第 92 條得撤銷因詐欺所為之意思表示。

指定驗證機構是否事實上能知悉之前的申請，這同樣也會發生在將指定驗證機構定性成受託行使公權力且合格證書之核發係屬行政處分之場合。雖然指定驗證機構必須通報其他驗證機構所有經廢止的授證，但並未及於拒絕核發合格證明之情況。就此其他指定驗證機構僅有探問的情報獲取權（Auskunftsrechte auf Anfrage）。因為第二個受託的指定驗證機構對於第一個指定驗證機構無所獲悉任何資訊，而且也沒有動機去就此後續追查，所以這樣的情報獲取權不一定有幫助。當然，是否在規範上賦予前指定驗證機構情報提供義務與後指定驗證機構情報獲取權，亦繫諸於各類產品的風險程度。例如在壓力設備指令中就有規定，指定驗證機構必須自己通知其他指定驗證機構關於拒絕核發許可的資訊。[607]只要符合性評鑑程序還持續而指定驗證機構必須進入企業且獲取所有必要文件，很有可能就要注意產品製造人還會找其他的指定驗證機構。只是表示拒絕的指定驗證機構在終局否准作成合格證明與契約關係終止後就不能再獲取相關的資訊。

因此，對於指定驗證機構的行政認證與監督必須盡可能顧慮到同樣高的水平，以讓產品製造人在「尋逛」指定認證機構（forum shopping）的行為變得沒有意義。[608]如果產品製造人配載CE標誌於其產品上卻完全沒有實施規定的符合性評鑑程序或者實施時有瑕疵他就要承擔國家市場監督因此對其產品進行干預的風險。[609]歐盟法要求成員國對於不合法標示CE標誌的產品製造人進行干預，其或要求去促使產品製造人遵守合序的符合性評鑑程序要求，或必須禁止產品流入市場。依據設備及產品安全法第 8 條第 4 項第 2 句第 2 款、第 3 款、第 5-7 款得禁止不符合同法第 4 條第 1 項要求之產品流入市場並且命檢驗或召回（Rückrufaktionen）。該法第 4 條第 1 項的要求包括依序實施符合性評鑑程序。藥事法第 27 條第 1 項明白規定，主管機關在不合法標示CE標誌的場合應課予產

607 Anhang III Modul B Ziff. 7, Modul D Ziff. 6, Modul E Ziff. 6, Modul H Ziff. 6; Vgl. *J. Geiß/W. Doll*, a. a. O. (Fn. 380), §6 Rdn. 41.

608 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 216.

609 Ebenda, S. 217.

品製造人遵守基本安全要求或者必須從市場回收產品。這裡只取決於產品製造人在符合性評鑑程序的「程序瑕疵」，至於產品事實上的瑕疵或危險性則不相關。

此外，還有透過刑法與秩序法對產品製造人的規訓。產品製造人只有當符合性評鑑程序依序實施才有權利配載 CE 標誌於其產品上。若指定驗證機構並沒有合乎指令規定實施檢驗，產品製造人就是不合法使用標誌，依據藥事法第 41 條、第 42 條有罰鍰與刑罰構成要件之規定。

但是，設備及產品安全法或者相關行政命令並沒有這樣的構成要件。儘管產品只有當產品製造人已確認規定的符合性評鑑程序已依序實施，方得流入市場，但是在錯誤確認的情況下並沒有規定也沒有配予制裁。相反地只有故意或過失使不合於基本安全要求的產品流入市場，方該當秩序違反。（設備及產品安全條例第 5 條第 10 款、第 6 條第 12 款、第 8 條第 14 款。）如果產品製造人本身對產品之安全性欠缺雖未有過咎，但是他知道指定驗證機構並沒有正常實施符合性評鑑，那麼也有可責性（Vorwerfbarkeit），蓋符合性評鑑程序正是為了確保產品合於安全需求而設置。復且，產品品質與安全性是重要的產品要素且許多產品製造人無論如何都致力於改善之；可資信賴的驗證因此是競爭優勢。良好的驗證機構也得以為企業帶來產品技術上的優點，例如在設置與監督全面的品質保證系統以及相關必要的書類文件與計畫的場合，而有認識調升效能或縮減製程的可能性。亦即，符合性評鑑程序依序實施是完全涉及產品製造人的利益，得免於市場監督機關之介入甚至受刑罰與行政罰措施之虞。因此，產品製造人應當努力於讓指定驗證機構不只顧慮到對成本有利與簡要的製程，也應事實上關心安全的產品。[610]

對於指定驗證機構之監督與強制遵守相關規定不只透過國家機關對指定驗證機構直接的監督措施而成就，在此管制還可以進一步考量間接的調控機制。額外的市場參與者—像是指定驗證機構的競爭者、產品製造人與其競爭者—也會顧

[610] *A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 218.

慮符合性評鑑程序是否依序進行。出於指定驗證機構間的競爭與基於認證事業對於其服務優良聲譽的一般利益也得以考慮，競爭者會舉發指定驗證機構中的害群之「羊」（scharzes Schaf）。這同樣也會發生在產品製造人身上，對於競爭者透過不合法的寬鬆符合性評鑑程序來獲得競爭優勢而言，並沒有太大利益。[611]

第三目 國家擔保責任

社會自主管制系統下的國家責任可以從三個不同的問題點切入：首先，國家對於經認可單位行為的可歸責性；其次，對於經認可單位行為的監督本身；最後是對於產品或服務提供業者的監督活動。從法律關係角度出發，國家責任請求權人可能是系統內的經認可單位、產品或服務提供業者，或者系統外的消費者。

第一項 高權經濟監督瑕疵的國家責任

國家對於產品或服務提供業者經濟監督行為如果違法，例如市場監督機關下令具備安全性的產品退出通路，就抵觸依法行政與合義務裁量的公務員義務並且直接損害業者的主觀公權利。在監督機關有過咎（Verschulden）的前提要件下，當事人得基於國家責任原則請求損害賠償。這樣的責任並不會因為將管制任務託付給自主管制機制而改變；不會受自主管制機制影響的還有國家對於產品或服務提供業者不作為的監督措施並致生消費者的損害。如果能夠從保護規範理論得以導出公務員責任與當事人間的特殊保護關係，監督義務就必須要保護第三人，其不只為一般公共利益存在，也必須兼有針對保護個別消費者利益之目的。[612]

第二項 經認可單位活動瑕疵的國家責任？

如果經認可單位致生損害的行為可歸責於國家機關，則國家同樣依照德國民法第 839 條連結基本法第 34 條構築的國家責任基礎，對產品或服務提供業者或

[611] Ebenda, S. 215.

[612] Ebenda, S. 420.

者消費者負國家責任。由於經認可單位本身並非受託行使公權力之私人、也不是作為國家高權主體手足延伸或工具利用的非獨立行政助手，故公權力委託或非獨立行政助手法制度下成立的國家責任即不予考慮。經認可單位並沒有納入行政機關的義務領域內，而在其決斷餘地並不受行政機關規受調控制基礎上，承擔自己責任。

申言之，社會自主管制的意義與目的並不要求國家對於經認可單位負國家責任，否則即與國家自己履行管制任務無異；由於產品或服務提供業者自己能選任經認可單位，經認可單位的支付能力與保險均可以是業者選任判準。[613]

第三項 監督經認可單位瑕疵的國家責任

若國家對不符合法定認可要件的私人單位給予認可，或認可雖一度合法但嗣後情事變更致必須撤回或廢止認可而未為，或當國家以一般性地監督經認可單位活動已然不足時，認證監督機關才算自行違法。在此前提上，若經認可單位瑕疵行為致生業者或消費者之損害，在可歸責性存在的意義上得以導出對高權監督的國家賠償請求權。[614]

第四項 對於經認可單位的國家責任

國家在其監督活動框架內可能也會對經認可單位負國家責任。可以想像的是，因認證機關違法無法獲得認證資格並因此無從提供驗證服務的私人單位，可能享有損害賠償請求權；同樣的狀況也會發生在違法撤回、廢止認證之場合。其請求權基礎可能是德國民法第 839 條連結基本法第 34 條，倘若滿足一定認可要件，則不予認可或註銷認可均侵害了欲請求認可的私人單位的主觀公權利並構成侵害兼有保護第三人利益的國家責任。例如在產品安全法與環境法中，因為不同

613 Ebenda, S. 420-421.

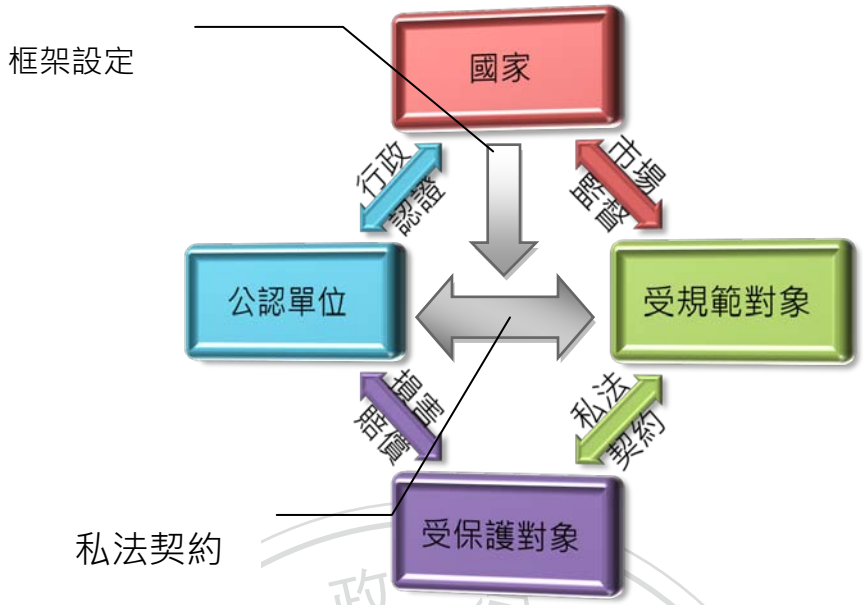
614 Ebenda, S. 421-423.

經認可單位間存在競爭關係，監督機關違法公開指摘或不正當公開經認可單位義務違反可能導致經認可單位財產損害。既然國家無須對經認可單位的違法行為負國家責任，經認可單位行為瑕疵在業者或消費者國家責任請求權的範圍內無法歸責於國家。國家既然不因經認可單位之行為蒙受任何損害，也就沒有內部求償權或是其他損害賠償請求權存在空間。[615]

綜上所述，引入經認可單位的社會自主管制結構涉及多邊的法律關係，不僅有傳統國家與人民的基本權主體與拘束對象關係，也有私人間的基本權衝突與國家的利益衡平地位。《圖四》即呈現出自主管制系統內外的多邊法律關係態樣：

國立政治大學 National Chengchi University

615 假使國家對於經認可單位違法行為或瑕疵必須負責的話，可能要再進一步區別，國家是否得對經認可單位行使內部求償權。雖然德國基本法第 34 條第 2 句原則上規定了因公務員瑕疵行為負擔國家責任的主體得對該公務員求償的可能性，不過從基本法第 34 條第 2 句以及德國民法第 839 條均無法提供這樣的請求權基礎。通常要訴諸於公務員法或者與私人單位間的聘僱契約、承攬或勞務契約。在德國實務上，業已承認公權力委託係屬行政法上債之關係（verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis），故基於義務違反可以導出損害賠償請求權。要之，無論是透過締結公法契約、以行政處分所為之認可或是由公法規範直接規制形成經認可單位與監督機關間的法律關係，在肯認公法上債之關係存在的基礎上，經認可單位義務違反得以類推德國民法第 280 條第 1 項導出國家對之的損害賠償請求權。*A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 424-425.



《圖四》自主管制系統內外多邊法律關係

第四目 實效性權利保護之要求

德國基本法第 19 條第 4 項作為人民權利保護最重要的依據，歷經德國聯邦憲法法院闡釋具有如下內涵：（1）作為制度性保障之訴訟權，立法機關在一定形成空間內，有義務提供適當之組織及程序規定；（2）立法機關對於訴訟權得在不違反比例原則之範圍內為適當限制；（3）為落實基本權之規定，「實效性權利保障」之內涵，其中又大別為「最低限度之有效權利保障」（Das Effektivitätsgebot als Mindestandard wirkungsvollen Rechtsschutzes）與「個人權利保障之最佳化」（Die Optimierung des Individualrechtsschutzes）兩個向度。[616]

在產品安全法、青少年媒體保護法與環境法中，原本因為國家採取管制措施受到保護的第三人，例如消費者、青少年甚至一般人民，個別法規範並非針對特

[616] Vgl. *P. M. Huber*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Starck(Hrsg.), Bonner Grundgesetz Kommentar Band 1, Art. 19 Rdnr. 462-492; sieht auch, *E. Schmidt-Jortiz*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzip nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569ff.

定人、寓有保護意旨的保護規範基礎，毋寧是取向公益的客觀法秩序。然而，在建築法中相對於受規範對象的受保護對象—鄰人，不單只有享受建築法課予起造人建築基本安全義務的反射利益，毋寧是在可得特定的範圍內，建築法兼有保護鄰人的意旨，從而享有提起鄰人訴訟的訴訟權能。

由於訴訟權能係對於提起行政訴訟的實體裁判要件之一，當建築法採取社會自主管制模式，不論是免除許可程序或是簡化的許可程序，欠缺許可的行政程序前提下，鄰人無從透過傳統第三人撤銷訴訟之方式捍衛自己的權利，縱然法規範除了公益維護之外，兼寓有保護鄰人之意旨，如果欠缺相應的訴訟救濟途徑，將使實效性權利保護之要求成為空談。職是，如何賦予原本具有主觀公權利、請求國家予以保護的自主管制系統外部第三人，仍能在權利保護的環節上確保實效性之機會，亦構成自主管制機制必須顧慮之點。

第五目 其他法治國要求

法治國原則主要著眼於課予行政行為義務，包括加諸於行政機關的明確性、透明性、中立性、周而不比、公平、客觀性等要求。[617]在社會自主管制機制裡更將強調的重點放在程序面向，亦即程序化應當致力於法治國要求之確保，並要求盡可能讓所有利害關係人參與透明的決定。惟，透明性與公開性不只存在於利害關係人間，特別在專家或多元價值組成的委員會決定的場合，國家也應當參與其中，公行政可能無法理解這些委員會決定，所以國家必須充分被告知，尤其是藉由國家代表參與委員會或全面性的文書記錄義務。[618]

與法治國原則相關的另一個問題是明確性要求（Bestimmtheitsgebot）。社會自主管制的條件恰是法規範相當大的不明確性。但如果得以成就新的行為可能性與較佳的問題解決方案，某種程度上得以容忍這樣的不明確性。需說明的是，社

[617] *M. Schmidt-Preuß*, a. a. O. (Fn. 6), S. 175.

[618] *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 164), S. 961.

會自主管制絕非必然導致不明確的法律。雖然所謂框架立法並未就具體規範作鉅細靡遺的規定，但並不是說就能容許框架立法恣意妄為。[619]例如新取向中的歐盟指令即相當細緻，並沿用過去的法律定義以及許多附件，很難用欠缺明確性加以非難。

最後也最重要的法治國要求的證立，是確認由私人參與管制任務履行的機制是否目的適當且具實效，特別是有效的立法執行。若社會自主管制得貢獻這樣有效的法律貫徹時，不只不會受到法治國原則的質疑，反而是更有效地實現法治國原則。[620]

第五款 民主國原則

當私人參與公共任務履行時，經常也會遭遇民主國原則的規範性提問。其規範性內容可見於德國基本法第 20 條第 1 項規定：德意志聯邦共和國乃民主國家，並進一步具體化於同條第 2 項第 1 句。由此可以得出民主原則係作為行使國家權力之組織原則。[621]從德國基本法第 20 條第 2 項第 1 句所要求的國家權力行使在當代國家組織權力的架構下主要發生在立法機關與行政機關。行政行為必須確保其與代表民主正當性之國會間那條聯繫線，來確保自身行為之民主正當性，俾使其最終仍以人民為依歸。[622]民主正當性可由不同方式獲得，一方面三個主要國家組織權力均可由基本法上的成文規定不論是組織上或功能上獲得正當性，且民主原則作用兼及組織人事（organisatorisch-personell）與實體內容（sachlich-inhaltlich），前者組織人事的正當性要求具體行使國家高權的官員到國會間的民主正當鍊，後者則由國會制定法與階層式官僚行政下的指示權限由上而

619 德國青少年媒體保護邦際協定就是最好的範例。雖然在邦際協定中引進社會自主管制機制，但協定中細緻化與分殊化的規定也取代舊法時期某些規定。

620 *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn.164), S. 956; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 351.

621 *E. W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., 2004, §24 Rn. 9.

622 *M. Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rdn. 13, 35。

下傳導到中央行政部會的聯繫線。[623]亦即，行政權限的正當性基礎在於作為憲法上的功能擔保（Funktionsgarantie）其民主正當性課予行政權依法（nach Gesetz und Recht）行政並為其決定負責。這意味著行政機關的程序支配（Verfahrensherrschaft）與代表最終決定（Letztentscheidungsmandat）。幾乎相仿的規定在見諸於我國憲法本文第 1 條民主共和國、第 2 條國民主權原則，亦歷經諸多大法官解釋加以肯定，從而成為我國憲法規範性依據的重要原則。

第一目 引進自主管制之法律保留

民主原則也會在社會自主管制機制得否由立法者引入時體現。有權執行法律之行政機關不能自己決定，自己不再適用法律而留給私人。只要立法者已經就事務執行管轄有所規制，將管制任務留給私人原則上就會抵觸依法行政原則。[624]縱然沒有規定由誰執行管制任務之規定，如引進社會自主管制機制具有重要性之事務也僅能留由立法者決定之。[625]亦即，社會自主管制機制的框架設定權仍由國家立法機關獨占，必須具備直接的民主正當性。

第二目 民主原則對社會自主管制的拘束效

由於每個國家任務履行均必須有民主正當性，在純粹的社會自主管制裡雖然沒有民主原則的適用，但受調控的自主管制仍受此一原則部份相繩。其效力作用之對象乃社會自主管制立基的法規範，以及自始須斟酌民主原則的高權監督機關行為。[626]

不論是 CE 標誌、合法驗證機構或行政認證機關還有市場監督機關，其均有

---

623 BVerfGE 107, 59(87f.).

624 德國基本法第 20 條第 3 項參照。

625 關於法律保留與重要性理論，參見許宗力，論法律保留原則，載：法與國家權力，2 版，1993，頁 179-195；李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐（一），2003。

626 這也呼應在概念論上純粹社會自主管制與受調控的自主管制間的區別實益。Vgl. *U. Di Fabio*, a. a. O. (Fn. 116), S. 970f.

來自國會意義的形式法—設備及產品安全法—作為法源依據。在產品安全法中獨具意義的是私人的規範制定（private Normsetzung）。

本來，私人制定規範不需要民主正當性，只要該私人規範留在社會領域並且沒有被國家採納。[627]但在產品安全法中，私人得制定調和的技術規範來充實新取向指令的基本安全要求，從而其私人規範制定具有獨樹一幟的意義。若遵循這些私人制定之規範，則推定已滿足指令的基本安全要求；調和化後的技術規格得代表歐盟指委會（im Auftrag der Kommission）發布但須經指委會認可並公告，其變更者亦同。因之高權機關保有就私人規範（公法上）效力說最後一句話的權限。對於規範具體化規則的動態參照（dynamische Verweisung auf normkonkretisierende Vorschriften），由於其僅具有推定效力並且由平衡組織的委員會在透明程序中發布而合於民主原則之要求。[628]

高權監督機關之行為也必須具有民主正當性。產品安全法的市場監督機關乃隸屬直接國家行政下的行政機關，要屬實質的官僚體系必須受充分的民主原則拘束與正當化；又受託行使公權力之私人，在受託行使公權力的範圍內視為行政機關，其行為雖然欠缺人事上的民主正當性，但可以透過嚴格的法規拘束、監督與影響權限填補該欠缺。[629]

第三目 民主原則與參與管制任務之第三人

由於指定驗證機構並非國家機關，其檢驗決定並非行政處分，又其乃私法上組織，以私法形式從事驗證活動，無涉國家權力之行使而不適用民主原則，但此一論斷僅在產品安全法中適用。或許可以設想，假使從事檢驗任務的經認可單位

627 例如媒體法中自我管理機制 FSF 與 FSM 的行為守則。Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 341.

628 Vgl. *A. Voßkuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, §43 Rn. 59; *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 341.

629 Vgl. *E. W. Böckenförde*, a. a. O. (Fn. 621), §24 Rn. 23; *M. Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 39, 41.

是行政機關，且其檢驗決定乃行政處分的話，那麼還是必須受到民主原則的拘束。又國家權力還包含所有可以歸屬於國家的行為類型，以及具有法拘束效力的公權力決定。像是以私法形式的國家行為或者由國家設立並支配的私法主體活動。但其他的私人，即使其參與完成公共任務，也不適用基本法第 20 條第 2 項。相反地，受基本權保護的個人與社會自由權之行使不得受民主原則限制。[630]

指定驗證機構乃私人自主管制之制度，其既不是國家單位設立，也不受國家財政支持，國家也沒有參與其組成中。從而，參照社會自主管制之意義，其建立與組成毋寧表現出參與完成管制任務之私人係本於自由權行使、居於基本權主體之地位，個人或集體在合法自我利益範圍內追求私益，原則上亦無由以民主原則相繩。

又，對於社會自主管制中常採取之內部程序或制度設計，其運作之委員會雖具有基於職業自由或結社自由之自主形成權利。但是，在民主法治國原則要求下，該私人自主規範，對於不確定法律概念與細節性技術性條款，仍保留某種程度審查權。例如法治國原則中所要求之明確性與公示性，在程序保障之要求下，對於受差異排除致受不利益之非社會自主管制者，不應課予其任何不利益。

630 *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 343.

第六章　社會自主管制在我國法之實踐探尋

如同前文一再強調，社會自主管制絕非法學界憑空造作的概念產物，毋寧是是為了回應具體社會問題發明的制度與理念。那些社會自主管制機制所欲回應的現實社會問題，事實上也曾經、已經或繼續地在我國境內各個不同的場域先後發生，差別僅在於主事者對於問題之解決，有無意識選擇、引入這套機制。

我國早在環境法領域，像是廢棄物清理法、空氣污染防制法、水污染防治法等，即有仿效德國法上環境保護專責人員、廢棄物回收清理制度與環境保護標章等社會自主管制的落實且已經有自主管制觀點的討論。[631]故以下茲針對公共安全衛生法、建築法、商品檢驗法與食品衛生管理法等有社會自主管制實踐潛能，但尚未獲得關注的法領域進行檢視。

第一節 公共安全衛生法中之自主管理

在公共安全衛生與器械安全事務領域中，可以見到許多由主管機關擬定格式或由受規範對象自行擬定的「自主檢查表」，[632]以俾主管機關事前或事後得獲取

631 參見陳慈陽，同註 69，頁 28、57；劉家嘉，同註 39；王毓正，同註 18；李建良，論環境標章制度之法律問題，載：行政法爭議問題研究（下），2001，頁 1523 以下。

632 依編年修正順序來看，例如中華民國 93 年 9 月 14 日內政部台內營字第 0930086294 號令訂定發布，並於 96 年 4 月 25 日內政部台內中營字第 0960801745 號令修正發布之營繕工程承攬契約應記載事項實施辦法第 9 條：「本法（營造業法）第二十七條第一項第九款所定工程品管之規定，應載明下列事項：一、品質管制：（一）自主檢查。（二）材料及施工檢驗程序。（三）矯正及預防措施。二、工地安全及衛生：（一）危害因素及安全衛生規定應採取之措施。（二）承攬管理應採取之安全衛生管理措施。（三）墜落、倒塌崩塌、感電災害類型之防止計畫。（四）假設工程組拆前、中、後設置查驗點實施查驗。三、工地環境清潔及維護。四、交通維持措施。」；96 年 2 月 1 日交通部交路字第 0960085006 號令修正發布汽車運輸業管理規則第 86 條，增列第六款：（遊覽車客運業，應遵守下列規定）：應設置平時管理資料及自主檢查表，平時自行確實檢查，並提供詳實資料配合公路主管機關定期安全考核或評鑑，自主檢查表格式，由交通部定之。」；97 年 10 月 17 日內政部台內消字第 0970824057 號令、經濟部經能字第 09704605350 號令會銜增訂公共危險物品及可燃性高壓氣體設置標準暨安全管理辦法第 75-1 條第 4 項：「檢驗場應維護場內檢驗及安全設施之正常功能，並定期辦理校正及自主檢查；其檢驗員並應每半年接受教育訓練一次。」；　99 年 11 月 15 日經濟

管制—尤其是安全管理事項—上的必要資訊。經濟部工業局製作了一系列含括不同領域的安全實務手冊，例如生物科技業安全衛生自主管理實務手冊 (98)、機械設備業自主管理手冊 (93)、印刷電路版業自主管理手冊(93)、危險性機械設備安全管理實務手冊 (92)、化學製品業安全衛生自主管理實務手冊 (92)、紡織業安全衛生自主管理實務手冊 (92)、金屬製品業安全衛生自主管理實務手冊 2-1 (92)、金屬製品業安全衛生自主管理實務手冊 2-2、橡膠業安全衛生自主管理實務手冊 (91)，[633]當中指出，由於勞工安全衛生組織管理及自動檢查辦法所列舉之自動檢查設備及作業約有五十九種，雖稱自動檢查，仍是法令規定必須要實施

部經工字第 09904607450 號令訂定發布之產業園區築堤填海造地施工管理計畫申請審查辦法第 6 條第 8 款：「（第三條第二項第二款規定之工程施工計畫書，應載明下列事項：）八、品質管制措施，含各項工程施工及材料自主檢查表。」；99 年 12 月 8 日總統華總一義字第 09900331491 號令修正公布之船舶法第 59 條：「遊艇檢查分特別檢查、定期檢查、臨時檢查及自主檢查。遊艇符合下列規定者，始得航行：一、檢查合格。二、全船乘員人數未逾航政機關核定之定額。三、依規定將設備整理完妥。」與第 66 條：「全長未滿二十四公尺，且乘員人數未滿十二人自用遊艇之所有人，應自遊艇特別檢查合格之日起每屆滿一年之前一個月內，自主檢查並填報自主檢查表，併遊艇證書送船籍港或註冊地航政機關備查。自用遊艇未依前項規定辦理者，不得航行。遊艇經依第二十七條第一項規定臨時檢查合格後，航政機關應於遊艇證書註明。」等。中華民國 93 年 11 月 5 日內政部台內營字第 0930087242 號令修正發布之機械遊樂設施設置及檢查管理辦法（原：機械遊樂設施管理辦法）第 6 條：「前條第一項竣工查驗項目如下：一、設置地點配置、材料、構造及設備經承辦廠商自主檢查及監造人查核符合核定工程圖說。二、經營者委託依法開業之建築師、相關執業專業技師或經中央主管建築機關指定之檢查機構、團體按照國家標準或設計圖說核定之檢查事項辦理竣工檢查合格，並作成竣工檢查報告書。三、測試運轉一切正常。直轄市、縣 (市) 主管建築機關實施前項查驗時，承辦廠商、設計人、監造人及竣工檢查人員應在現場說明，並在查驗文件上簽名或蓋章。」；中華民國 91 年 4 月 25 日行政院勞工委員會（91）勞安一字第 0910020529 號令修正發布之勞工安全衛生法施行細則第 25 條：「本法第十八條第一項第一款規定之協議組織，應由原事業單位召集之，並定期或不定期進行協議下列事項：一、安全衛生管理計畫。二、勞工作業安全衛生及健康管理規範。三、安全衛生自主管理之實施及配合。四、從事動火、高架、開挖、爆破、高壓電活線等危險作業之管制。五、對進入密閉空間、有害物質作業等作業環境之作業管制。六、電氣機具入廠管制。七、作業人員進場管制。八、變更管理事項。九、劃一危險性機械之操作信號、工作場所標識 (示) 、有害物空容器放置、警報、緊急避難方法及訓練等事項。一○、使用打樁機、拔樁機、電動機械、電動器具、軌道裝置、乙炔熔接裝置、電弧熔接裝置、換氣裝置及沉箱、架設通道、施工架、工作架台等機械、設備或構造物時，應協調使用上之安全措施。一一、其他認有必要之協調事項。」

633 參見經濟部工業局工業安全衛生技術輔導網 http://proj.moeaidb.gov.tw/cesh/page3-2.asp，最後瀏覽日：2011.6.30.

的工作，且無法涵蓋所有的設備及作業，如果工作人員存著應付法令規定，則將無具體實效可言。為了保障企業本身及全體員工的安全衛生，事業單位應本著自主管理的精神，自動自發的實施自動檢查，才能真正發現不安全不衛生的危害因素，加以改善，達到防止職業災害的目的。基此，希冀引進自主管理制度，利用一群人經由組織及制度，使每一個人均具有自主意識，並在其職責範圍內透過有效的系統化管理（PDCA），而達到持續改善的績效。[634]

由此可見，自主管理概念之提出乃是回應事業單位安全法規範管理的實效性，著眼於驅動受管制對象的自主意識參與管理，確實某種程度上符應前開社會自主管制的理念，然而，這一類型的自主管理，尤其是自主檢查表示的自主管理，既沒有監督人員的審查，也沒有公正中立的經認可單位介入，更看不到自主管理系統設置與參與及其相搭配的調控誘因，國家工安衛主管機關更沒有因此退出管制任務，充其量只能算是政策宣導、行政的資訊教導或者以行政指導的方式來驅動私人自主管理，倘若私人真的落實自主管理，也僅稱得上純粹的社會自主管制。

第二節 建築法上私人參與管制任務

第一款 建築專家參與之場合

第一目 事前許可模式

我國現行建築法第 1 條明文揭示：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法。」從公共安全、公共交通、公共衛生等立法目的來看，呈現出建築法作為傳統秩序行政的一環。

634 所謂「系統化的管理」強調的是 Plan（規劃）、Do（執行）、Check（檢討）與 Action（修正），構成一封閉迴路，進行循環與持續改善。摘自：《塑膠業安全衛生自主管理實務手冊》，主辦單位：經濟部工業局，執行單位：財團法人工業技術研究院環境與安全衛生技術發展中心，頁 33-34，2002.11。

在這樣秩序行政的理解下，我國建築法制就建物起造部分，維持事前初始控制模式，起造人欲建造房屋，非經建管機關書類審查的許可而逕自起造，即屬違反秩序法上義務之行為，將面臨後續行政制裁，藉此維繫建管安全之落實。[635]

對照德國建築法解除管制將經認可單位與建築專業技師整合於建築管制程序的脈絡，我國早在 1984 年就實施所謂的「行政與技術分立制度」，落實於建築法第 34 條第 1 項：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關審查或鑑定建築物工程圖樣及說明書，應就規定項目為之，其餘項目由建築師或建築師及專業工業技師依本法規定簽證負責。對於特殊結構或設備之建築物並得委託或指定具有該項學識及經驗之專家或機關、團體為之；其委託或指定之審查或鑑定費用由起造人負擔。」

所謂「行政與技術分立」制度，係指將原本應由行政機關於管制行政領域審查的項目依法交由具備一定專業資格之技師簽證負責，各該專業項目之簽證成為申請許可的必要條件，主管機關不因專業技師簽證影響而喪失其准駁許可之權限。[636]當初將該制度引進的目的，希冀藉由專業技師參與審查，提升行政效率、加速審查流程。

第二目 隨侍管制之參與

---

635 依據建築法第 25 條：「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。但合於第七十八條及第九十八條規定者，不在此限。」連結同法第 86 條：「違反第二十五條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自建造者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。二、擅自使用者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停止使用補辦手續；其有第五十八條情事之一者，並得封閉其建築物，限期修改或強制拆除之。三、擅自拆除者，處一萬元以下罰鍰，並勒令停止拆除補辦手續。」第 30 條：「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」另同法第 33 條規定：「直轄市、縣 (市) (局) 主管建築機關收到起造人申請建造執照或雜項執照書件之日起，應於十日內審查完竣，合格者即發給執照。但供公眾使用或構造複雜者，得視需要予以延長，最長不得超過三十日。」

636 參見林三欽，將「專業簽證」納入「行政管制體系」後之國家責任問題—以建築簽證為例，月旦法學雜誌，151 期，2007.12，頁 20。

此外，我國建築法上的專業簽證不只有初始控制階段的參與，也包括建物完成後的隨侍管制階段。依據建築法第 77 條第 1 項，建築物所有權人、使用人有維護建築物合法使用與其構造及設備安全的一般危險防護義務。為了確保該行政法上抽象行為義務之履行，同條第 2 項賦予直轄市、縣（市）（局）主管建築機關對於建築物得隨時派員檢查其有關公共安全與公共衛生之構造與設備之權限；倘若建物所有權人、使用人違反前開安全防護義務，同法第 91 條第 1 項第 2 款與第 3 款前段即規定，得處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除。第 77 條第 3 項針對供公眾使用之建築物，強制建築物所有權人、使用人應定期委託中央主管建築機關認可之專業機構或人員檢查簽證，對於檢查簽證結果負有向當地主管建築機關申報義務；第 4 項：「前項檢查簽證結果，主管建築機關得隨時派員或定期會同各有關機關複查。」也保留主管建築機關複查的權限。建物所有權人或使用人違反委託專業機構或人員簽證義務，或者檢查簽證結果報備義務，或雖符合簽證與報備義務，但妨礙、規避或拒絕建管複查者，仍得依同法第 91 條第 1 項第 3 款後段與第 4 款採取必要的干預措施。

第三目 行政機關對簽證技師之監督

為了確保簽證技師的專業性與業務執行的合法性，行政機關對於建築專業技師簽證行政管制與監督的範圍、內容與規制措施，包括課予專業技師申報簽證記錄義務與對應之機關查詢調閱權、以及撤銷簽證許可與停止一定期間內申請簽證許可之裁罰措施；[637]建管機關對於與建築安全結構至關重要的「建築物工程圖樣

[637] 參照技師法第 12 條第 3 項規定授權訂定之建築建築物結構與設備專業工程技師簽證規則第 8 條：「專業技師執行業務所為之簽證記錄，應每三個月向當地主管建築機關申報。各級主管建築機關有疑問時，得向專業技師查詢其簽證紀錄，或調閱有關簽證事實之文件及工作底稿，

及說明書」，經由抽查監管措施來提高簽證品質。[638]

至於技師的資格，則由國家以專業人員考試制度加以把關。參照技師法之規定，欲取得技師資格之積極要件須依考試法規定經技師考試及格，並向中央主管機關登記，請領技師證書，且消極資格不得經判決確定、或因業務上有關之犯罪行為受一年有期徒刑以上刑之判決確定、或考試法規定，經撤銷或廢止考試及格資格者（技師法第 1、3、5 條參照）。

第二款 建築專家參與之爭議

第一目 專業簽證人之地位

起造人欲取得合法的建築執照需要引進建築師與專業技師。就提出申請許可必要文件中的建築物工程圖樣與說明書，在規定項目以外（同法第 32 條參照）的項目須經建築師或建築師及專業技師簽證負責。但在這個意義上，決定合法建照核發似乎不僅由建管機關單方決定，還必須有建築師與專業技師參與，因此其在許可程序中扮演的角色即有法學探討之趣味。

雖然建物安全管制涉及高權許可，私人參與高權任務履行似乎也有行使公權力之機會，但是在容認、引進私人參與建築安全管制任務，並不當然非得利用公權力委託制度不可。專業簽證制度與公權力委託間的差異，學者林三欽至少就指出兩點不同：

1. 相關法令並未賦予建築師及各該專業技師單獨對外作成行政決定之

專業技師不得規避、拒絕或妨礙。」與同規則第 12 條：「專業技師執行簽證業務違反本規則者，除依本法有關規定懲處外，中央主管建築機關得撤銷其簽證許可，並視其情節輕重停止二個月以上三年以下簽證許可之申請。」

638 行政機關得依據建築法第 34 條第 3 項授權訂定之建造執照及雜項執照規定項目審查及簽證項目抽查作業要點第 3 點：「建造執照及雜項執照依建築法第三十四條第三項規定應由主管建築機關審查之規定項目（如附表一），其餘項目應由建築師或建築師及專業工業技師簽證負責，建築師簽證表（如附表二）。」參見林三欽，同上註，頁 21-22。

權力；其所為之簽證僅係主管機關核發「許可」的程序要件之一；

2. 「專業簽證技師」係由當事人自行委任，其角色不完全站在當事人的對立面，並非純粹的監督者，其某種程度上兼有為當事人利益考量之特性，不若公權力受託人在受託行使公權力範圍內的獨立自主性。

又專業簽證制度也非專家參與的形式，因為專家參與乃行政機關於作成行政決定時將作為決定基礎的「專業技術問題」委由民間專業機構表示意見，並且在原則尊重該意見的前提下作成行政決定；雖然就「專業技術問題」部分委由私人參與具有可比較性，但是專業簽證制度下發動專業技師參與回答專業技術問題的驅動者係起造人而非建管機關。且專家參與的鑑定意見性質僅屬內部行為，效力依附在對外作成的最終決定上；專業簽證本身即屬對外的專業意見表示。此外，這裡也不符合行政助手輔助行政機關執行職務、隸屬於行政機關指揮監督的概念要素，即使在從事勞務給付的法律關係基礎上具有可比較性，但專業技師的相對人在行政助手的場合是行政機關，在這裡則是起造人。[639]

第二目 行政機關與專業簽證人的責任分擔

實務上最大的爭議在於，在肯認專業簽證作為行政機關許可要件之一環的前提上，建管機關在此對於專業簽證的審查密度為何？亦即，建管機關對於建築師及建築專業技師簽證之部分究竟是形式審查抑或實質審查？這個問題會連帶影響到後續國家責任得否成立及其範圍的問題。這一系列的爭議在 921 集集大地震震災中被突顯出來，特別是台北市「東星」大樓國家賠償案。居於國家一方的台北市政府工務局站在建築法第 34 條立法目的下，主張形式審查來抗辯國家責任要件之成立，此一主張經台北地方法院 90 年重國字第 12 號判決以「實質審查說」否定；此台北地院見解經臺灣高等法院 91 年重上國字第 10 號與最高法院 95 年台上字第 2049 號判決延伸，並將行政與技術分立詮釋為施工品質確保的三道防

[639] 參見林三欽，同上註，頁 23-24。

線：「…就建築物施工品質之確保，原則上係由承造人及專任工程人員之自主檢查制度，監造人之監造制度及主管建築機關之施工勘驗制度等三道防線交織而成，此三道防線各有其應有之功能，且相互依存，缺一不可。……主管行政機關乃運用其裁量權，走向建築技術與建築行政管理分離之作法，亦即行政機關僅負責建築行政上之事務，至於建築物或公共建設之施工品質之確保，則期待經由監造制度及自主檢查制度達成。此種行政與技術分立之原則，其目的乃在提高行政服務效率及建築設計品質，以加速審核績效，而非只在減輕或免除主管機關之責任……。」[640]

第三款 評析

從上述架構可以發現，我國建築法制中主要的行動者包括：（1）內政部與直轄市政府或縣市政府，負責建築事務之管理與建築師之監督；（2）建築師，負責建築設計與監造與相關建築專業技術總負責；（3）專業技師，負責技術事項之簽證；（4）行政院公共工程委員會與直轄市政府或縣市政府，負責專業技師之管理監督；（5）起造人。

與德國法最大的差異在於初始管制權在我國仍維持在國家高權機關手上，即使許多安全施工檢測業務已經納入私人專家的專業知能，仍與德國 1990 年代部分以報備程序取代、免除許可程序或簡化許可程序的解除管制潮有別。

在事前許可的初始管制部分，與德國法制不同之處在於，雖然不再由建管機關為委託人，納用建築師與專業技師的建築知識經驗來解決行政機關的知識匱乏，而部分引進自主管制的要素，即起造人仍得自經技師法考試取得證照資格的建築專業技師中自行選任，以私法契約委託其參與建築物工程圖樣與說明書部分的文件審查，但是初始管制權仍牢牢地掌握在國家許可准否的手中，使得其簽證

[640] 參見蔡志揚，同註 587，頁 94-102，2007。

也欠缺直接的公法效力，僅能視為程序準備階段的要件；又，既然是程序準備階段的內部單位，自然不會是公權力受託人。

另外，針對隨侍管制的部分，法律明文規定建物所有權人與使用人有義務引進經國家單位認可之專業機構或人員檢查簽證，確保建物安全事項能持續維持，來減輕國家建管機關隨侍管制的任務，與德國產品安全法在放棄初始管制任務的同時強制產品製造人引進指定驗證機構參與符合性評鑑程序，似乎有異曲同工之妙。[641]亦即，法規針對僅檢查簽證事項、檢查期間、申報方式設定基本安全框架，並依據內政部營建署頒佈之建築物公共安全檢查簽證及申報辦法中所附建築物公共安全檢查簽證項目表，而容留建物所有權人與使用人自行尋找中意的經認可單位簽證；參照建築法第 77 條第 2 項，國家建管機關本來就負有建物安全隨侍管制一般管制義務，並不因第 77 條第 3 項而放棄隨侍管制權限，而是就供公眾使用之建築物退居於擔保地位，透過第 77 條第 4 項複查，形成隨侍管制的雙軌雙階模式。

這裡衍生的問題是，倘若建物所有權人或使用人已經由經認可單位簽證，證明其建物符合法定使用與基本構造及設備安全，建管機關得否再援引第 77 條第 2 項對義務人再派員施檢？受檢義務人得否出具已由經認可單位簽證而拒絕建管機關施檢？如果建管機關得再派員施檢，其審查密度是否因此受影響？從法規條文來看，似乎不若德國產品安全法中配載 CE 標誌的推定效果，但經配載 CE 標誌的產品仍無法拒絕市場監督機關的隨侍管制檢測；換言之，德國法制是管制前後階段的公私協力，但我國法卻只有在隨侍管制同時存在兩個單位—建管機關與經認可單位。從而，我國建築法上的簽證制度，僅能算是納入自主管制要素的國家高權管制，與真正的社會自主管制仍有距離。

641 有學者指出，例如建築法 77 條的措置，性質上屬國家課予人民參與執行國家任務之義務，應當歸類為強迫性民營化。參見許宗力，同註 131，頁 438-439。

最後，關於行政機關與專業簽證人間的責任問題，其答案之探尋跟是否引進社會自主管制並沒有絕對的關聯性，亦即，不會因為肯定國家基於實質審查、應當負國家責任，而否定私人參與公共任務的事實與型態；同樣，也不會因為認為這裡建管機關僅為形式審查，在解除國家對於國賠責任的「負擔」意義上，贊同社會自主管制機制的定性。換言之，不應將視野侷限在國家賠償責任是否成立，來影響社會自主管制機制設計的判斷；正確的毋寧是，當國家想利用社會自主管制的機制來從建築結構安全的管制任務中撤退，本身即屬天方夜譚，前述社會自主管制當中蘊含的憲法基準值已經揭示一條道路：自主管制與國家擔保責任是一體兩面，從前端退出不代表後端棄守，在產品安全法中也不會因為國家從事前初始管制全面撤退，留給私人自主管制，而否定國家嗣後的隨侍管制與干預選擇權；更不會任意地導出國家僅就經認可單位監督負有責任、其他情況的損害即留給社會部門自行填補這樣的結論。[642]

第三節 商品檢驗法上私人參與管制任務

在我國，產品安全管理並沒有一部通盤的法律加以規制。其散見在各該行政專法中，包括食品衛生管理法、健康食品管理法、菸酒管理法、化妝品管理條例、勞工安全衛生法等，突顯出產品安全與多元產業部門息息相關，若從規範機能來看，則商品檢驗法毋寧是上開諸多行政專法，針對產品輸入、運出廠場與上事前等共通部分的基本安全法。故以下將以商品檢驗法為標的進行分析。

第一款 私人參與商品檢驗之場合及其地位

第一目 事前許可模式

[642] 這樣的思考方向也可以在東星大樓國家賠償案的法院見解中找到支持。即使認定建築師與專業技師簽證是自主管制手法，賦予主管行政機關運用其裁量權，為了提高行政服務效率及建築設計品質俾加速審核績效，期待經由監造制度及自主檢查制度達成建築物或公共建設之施工品質之確保，但並沒有減輕或免除主管機關之責任（最高法院 95 年台上字第 2049 號判決參照）；學理探討參見林三欽，同註 636，頁 27 以下，。

管制產品安全的行政任務專責於經濟部標準檢驗局（以下簡稱標檢局）。標檢局在消費者保護的行政體系下，主要負責（1）國家標準之制定（2）涉及安全、衛生或環保方面商品的檢驗（3）建立度量衡制度以維持公平交易的環境（4）推動ISO9000 與ISO14001 環境管理系統之驗證，以維持產品品質的穩定。[643]

商品檢驗法第 6 條規定，應實施檢驗之產品除經認定危害風險性低，不然原則上必須符合檢驗規定，才能進入市場；且未符合檢驗規定之應實施檢驗商品亦不得陳列或銷售。報驗義務人（包括商品之生產者、輸出入者或代 理商與商品委託產製之委託者）違反進入市場前的檢驗義務，將未符合檢驗規定之商品運出廠場、輸出入或進入市場者，主管機關得依同法第 60 條處新台幣二十萬以上二百萬元以下之罰鍰。

又依據經濟部依商品檢驗法第 12 條第 2 項授權制定之商品檢驗標識使用辦法第 2 條規定，報驗義務人原則應依法標示商品檢驗標識。並相應商品檢驗法第 5 條檢驗執行方式之不同，使用不同之標識圖示（商品檢驗標識使用辦法第 3 條、第 4 條參照）。違反此標示規定者，依照商品檢驗法第 59 條第 1 項主管機關應命限期改正，屆期不改正則課予行政罰。

這裡看似國家高權獨占商品進入市場的初始管制權，惟參照商品檢驗法第 5 條，商品檢驗執行方式大別為逐批檢驗、監視查驗、驗證登錄及符合性聲明四類，從而有必要逐一審視其內容。

就逐批檢驗部分，係由報驗義務人向有權檢驗機關申請，針對同品目、同型式或同規格之產品逐批施檢，經檢驗合格者，發給合格證書；反之應發給不合格

643 黃紫華、洪毓珏、梁雅莉，標準檢驗局之產品責任制度相關措施—專訪經濟部標準檢驗局林局長能中，臺灣經濟研究月刊第 24 卷第 4 期，2001.4，頁 17-20。另參照標準法第 1 條：「為制定及推行共同一致之標準，並促進標準化，謀求改善產品、過程及服務之品質、增進生產效率、維持生產、運銷或消費之合理化，以增進公共福址，特制定本法。」與商品檢驗法第 1 條：「為促使商品符合安全、衛生、環保及其他技術法規或標準，保護消費者權益，促進經濟正常發展，特制定本法。」揭示之立法目的。

通知書，報驗義務人於接到通知一定期間內的申請免費複驗。[644]應實施監視查驗之商品，也應報請監視查驗，並取得查驗證明，並準用逐批檢驗有關檢驗合格證書與不合格通知書之規定。[645]從實務運作來看，檢驗合格證明、查驗證明均定性為檢驗機關之行政處分，並適用訴願、行政訴訟之救濟途徑；[646]未取得檢驗合格證明而將商品運出廠場、輸出入、進入市場或陳列銷售者，均有行政罰之制裁。

適用符合性聲明檢驗方式之商品，應向標準檢驗局或其認可之指定實驗室辦理試驗，且應備置技術文件，俾確認商品符合檢驗標準，始得合法簽具符合性聲明書，亦即適用符合性聲明之商品報驗義務人對其商品負有報驗義務與技術文件備置義務；違反者，視為未經符合性聲明，形同未經檢驗。故該試驗報告也具有對報驗義務人產生規制效果，決定其商品是否能合法運出廠場、流入市面。[647]

有疑義的是適用驗證登錄之商品。依據同法第 35 條第 1 項規定：「實施驗證登錄之商品，應符合第三十七條規定之符合性評鑑程序。」連結經濟部標準檢驗局依同第 37 條授權訂定之商品驗證登錄辦法第 3 條，會發現驗證登錄符合性評鑑程序共有七種不同的模式，包括：

1. 模式一：自行管制模式。申請人應依規定提出技術文件，並應確保及聲

644 商品檢驗法第 24 條、第 26 條參照。

645 商品檢驗法第 29 條、第 34 條參照。

646 參見 95 年 11 月 10 日台財訴字第 09500343750 號財政部訴願決定書(案號:第 09503183 號)；經濟部經訴字第 09606065810 號（96.4.18）訴願決定書指陳：訴願人厚昌工程企業股份有限公司未依規定報請檢驗，取得檢驗合格證書， 擅自於 91 年 12 月間逕行運出廠場於前揭辦公大樓內部安裝完成。經濟部經訴字第 09406132250 號（94.8.15）訴願決定書訴願人泰磊工程有限公司未依規定報請檢驗，取得檢驗合格證書，即擅自於 91 年 11 月間將所產製之鋼製防火門逕行運出廠場裝設於前揭大樓內部。最高行政法院 87 年判字第 1150 號判決，載：最高行政法院裁判要旨彙編 第 18 輯 674-677 頁。

647 經濟部標準檢驗局經標二字第 09720000920 號（97.1.24），應施檢驗太陽眼鏡商品之相關檢驗，其符合性聲明時應備置之技術文件包括商品之描述、試驗報告正本、符合性聲明分類表、製程概要、產製過程品質管制措施或其驗證證明文件及其他必要之技術文件。載：行政院公報 第 14 卷 20 期 4700-4701 頁；經濟部經訴字第 09506169810 號（95.6.12）訴願決定書也針對訴願人駿緯國際股份有限公司，因違反商品檢驗法事件，不服原處分機關標準檢驗局 94 年 11 月 17 日經標五字第 09400123700 號處分書所為之處分，提起訴願，經經濟部認定其未依規定備置技術文件，確認商品符合檢驗標準，簽具符合性聲明書，顯已構成違規事實。。

明其生產廠場所製造之產品符合檢驗標準。

2. 模式二：型式試驗模式。申請人或其生產廠場應提出其產品之代表樣品及相關技術文件，向檢驗機關或標準檢驗局認可之指定試驗室取得符合檢驗標準之型式試驗報告。

3. 模式三：符合型式聲明模式。申請人應確保及聲明其生產廠場所製造之產品與模式二之原型式一致。

4. 模式四：完全品質管理制度模式。生產廠場應取得標準檢驗局或其認可驗證機構依 CNS12681 （ISO9001） 評鑑核可具有設計、開發、生產及製造功能之品質管理系統登錄證書；申請人並應確保及聲明其生產廠場所製造之產品與模式二之原型式一致。

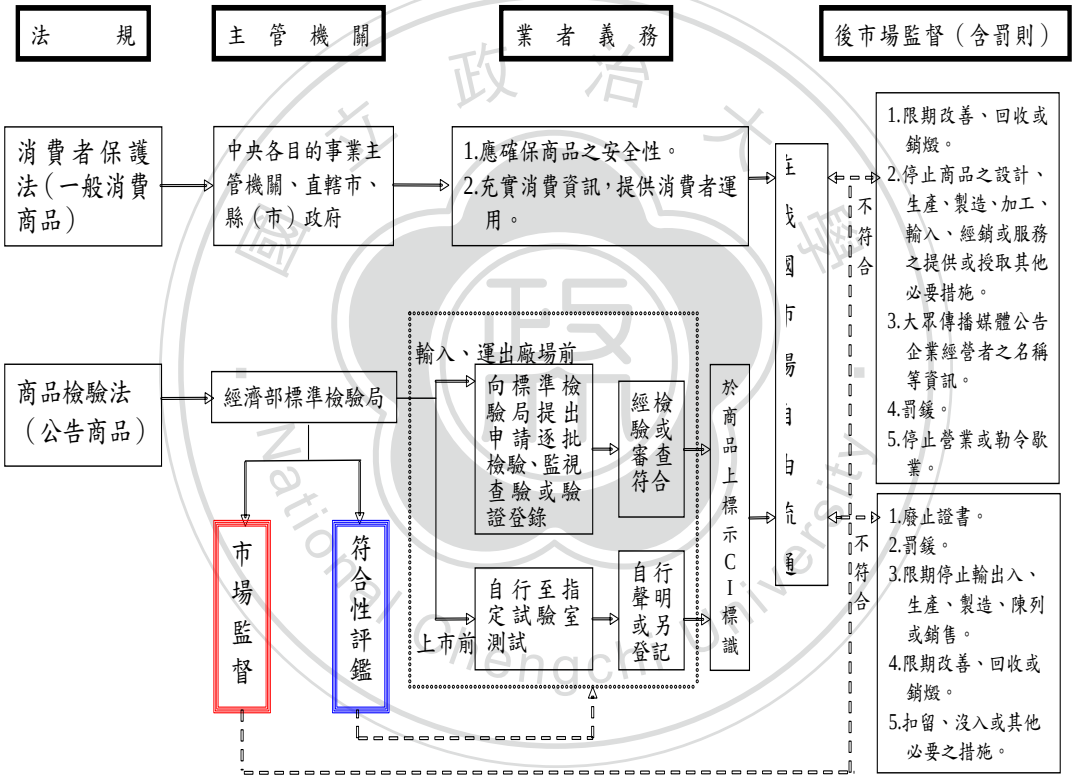
5. 模式五：製程品質管理制度模式。生產廠場應取得標準檢驗局或其認可驗證機構依 CNS12681 （ISO9001） 評鑑核可具有生產及製造功能之品質管理系統登錄證書；申請人並應確保及聲明其生產廠場所製造之產品與模式二之原型式一致。

6. 模式六：產品品質管理制度模式。生產廠場應取得標準檢驗局或其認可驗證機構依 CNS12681 （ISO9001） 評鑑核可具有最終檢驗及測試功能之品質管理系統登錄證書；申請人並應確保及聲明其生產廠場所製造之產品與模式二之原型式一致。

7. 模式七：工廠檢查模式。生產廠場應取得標準檢驗局或其認可機構核發符合規定之工廠檢查報告；申請人並應確保及聲明其生產廠場所製造之產品與模式二之原型式一致。

適用驗證登錄之商品報驗義務人，依據其適用的符合性評鑑程序不同，而讓標準檢驗局或其認可之驗證機關在不同階段（設計或製造）、以不同方式（品質

管理制度、工廠檢查或抽樣檢測）參與，並檢附一定文件向檢驗機關或受託之商品驗證機構申請辦理驗證登錄，審查結果符合者，發給商品驗證登錄證書，該商品得逕行運出廠場或輸出入；應檢具資料不全或不符者，於通知送達後一定期間內給予補正之機會；屆期未補正或補正後仍不符規定，應駁回其申請。[648]故驗證登錄檢驗方式中，驗證機關、驗證機構的決定也會影響報驗義務人之商品得否流入市場。《圖五》為我國現行商品檢驗法之架構示意圖：



《圖五》我國現行商品檢驗法架構

[648] 商品檢驗法第 37 條、第 39 條、商品驗證登錄辦法第 4 條、第 7 條參照。

第二目 檢驗技術工作之參與

商品檢驗法第 4 條第 1 項：「檢驗之技術工作除由標準檢驗局執行外，標準檢驗局並得委由相關機關（構）、法人或團體代為實施。」這裡標準檢驗局並未將最終決定產品是否合格的權限移轉給相關機關、機構、法人或團體，受委託的機關、機構、法人或團體僅以其專業知識提供檢驗技術工作上之服務，對外並沒有獨立以自己名義作成決定的地位，從而僅屬內部單位性質，依其獨立作業與受指示監督之程度，可能為行政助手或獨立的行政助手。

有學者認為，我國商品檢驗法第 26 條賦予主管機關得依專業性之考量，委託有關業務之私人機構代為實施檢驗，惟受託機構並不能以自己名義獨立對外作成決定，其檢驗報告只是主管機關最後作成合格證書或不合格通知書之參考資料，從而將代為檢驗之私人機構定性為專家參與而歸類為功能民營化之表現型態。[649]

第三目 檢驗證書核發及檢驗業務

商品檢驗法第 4 條第 2 項：「標準檢驗局得將相關檢驗合格證書之核（換）發及檢驗業務，委託相關機關（構）、法人或團體辦理。」依經濟部標檢局依商品檢驗法第 4 條第 3 項授權訂定之商品檢驗業務委託辦法第 2 條規定，檢驗合格證書之核（換）發及檢驗業務之委託，指商品驗證業務之委託，包括商品驗證之符合性評鑑、證書之核（換）發、市場監督及相關管理事項。受託執行商品檢驗業務之相關機構、法人或團體，在該辦法中稱為驗證機構；具備一定資格與條件且經書面審核通過之單位，標準檢驗局得擇優議價並與其簽訂商品驗證業務委託契約，委託該單位於一定期間內辦理相關商品驗證業務（第 9 條第 2 項參照）。此外，同辦法第 12 條揭示，驗證機構辦理商品驗證業務時，應以驗證機構名義

649 許宗力，同註 131，頁 433-434。

為之並對其驗證之產品執行市場監督。由於檢驗合格證書之核發本屬經濟部標準檢驗局行使高權，標檢局與驗證單位間的商品驗證業務委託契約，使其得對外以自己名義在受託業務範圍內，從事符合性評鑑、檢驗合格證明書之核發與換發等進入市場前之初始管制以及後續的市場隨侍監督，獨立與報驗義務人發生法律關係，故性質上乃行政受託人，隸屬國家組織之一環。

實務也是出於這樣的理解來運作檢驗事務。例如經濟部標準檢驗局經標三字第 10030000470 號（100.1.20）函，[650]依據商品檢驗法第 4 條第 2 項與行政程序法第 16 條第 2 項，自中華民國一○○年一月一日至一○○年十二月三十一日期間，委託國立成功大學及財團法人台灣建築中心**辦理商品驗證業務**，委託辦理之驗證類別為機械類，驗證項目計建築用防火門 1 項；經濟部標準檢驗局經標三字第 09930011710 號（99.12.20），[651]依據商品檢驗法第 4 條第 2 項與行政程序法第 16 條第 2 項，自中華民國一○○年一月一日至一○○年十二月三十一日期間，委託財團法人工業技術研究院辦理**商品驗證業務**，委託辦理之驗證類別為機械類，驗證項目計動力衝剪機械 1 項產品領域；經濟部標準檢驗局經標三字第 09930011730 號（99.12.15），[652]依據商品檢驗法第 4 條第 2 項與行政程序法第 16 條第 2 項，自中華民國一○○年一月一日至一○○年十二月三十一日期間，委託財團法人精密機械研究發展中心辦理**商品驗證業務**，委託辦理之驗證類別為機械、電機及電子類，驗證項目計動力衝剪機械、空氣調節機、影像監視器、影視音響產品等 4 項產品領域；經濟部標準檢驗局經標三字第 09930011730 號（99.12.15）[653]依據商品檢驗法第 4 條第 2 項與行政程序法第 16 條第 2 項，自中華民國一○○年一月一日至一○○年十二月三十一日期間，委託財團法人精密機械研究發展中心辦理**商品驗證業務**，委託辦理之驗證類別為機械、電機及電子類，驗證項目計動力衝剪

650 行政院公報第 17 卷 17 期 2591 頁。
651 行政院公報 第 16 卷 247 期 33622-33623 頁。
652 行政院公報 第 16 卷 244 期 33297 頁。
653 行政院公報 第 16 卷 244 期 33297 頁。

機械、空氣調節機、影像監視器、影視音響產品等 4 項產品領域。由此可知，在我國法上所稱的驗證，有別於前開德國法上指定驗證機構之地位，仍未脫離傳統行政受託人之架構。

第四目 驗證機關（構）

為提升商品或服務之品質、環境、安全或衛生之管理，標準檢驗局得推行相關產品或管理系統之驗證制度。依據第 14 條第 2 項授權訂定之自願性產品驗證實施辦法第 2 條第 1 款可知，驗證機關或機構係指經濟部標準檢驗局、其所轄區分局或受託其他政府機關、法人或團體。其任務是對產品執行公正獨立的符合性評鑑，證明廠商所產製之產品符合指定之標準及試驗項目。

目前我國經認可的驗證機構包括台灣衛理國際品保驗證股份有限公司（BV Cert.）、英商勞氏檢驗股份有限公司台灣分公司（Lloyd's）、台灣德國萊因技術監護顧問股份有限公司（TÜV）、台灣檢驗科技股份有限公司（SGS）、環球國際驗證股份有限公司（UCS）等十家，其分別針對：「6.木材及其製品」、「12.化學品、化學製品及纖維」、「14.橡膠及塑膠製品」、「15.非金屬礦物製品」、「16.水泥、混凝土、石灰、石膏」、「17.基礎金屬及加工金屬製品」、「18.機械及設備」、「19.電機及光學設備」及「23.其他製造業」不同產品類別具有驗證適格。其並無形式法意義下的法源依據，係經濟部標準檢驗局依職權享有廣泛的認可裁量權限，僅有中華民國 89 年 09 月 27 日經濟部標準檢驗局標檢（89）五字第 5001691 號函訂定全文 8 點職權發布之品質管理驗證機構認可作業要點規範，該要點第一點即明示，其制定目的在於辦理商品驗證登錄認可品質管理驗證機構作業。

參照同辦法第 7 條第 1 項：「產品驗證申請案經審查符合者，發給產品驗證證書，並准予使用產品驗證標誌；不符合規定者，應附具理由駁回其申請。」單從法條用語來看，商品報驗義務人與經濟部標準檢驗局或經標檢局認可之驗證機構間仍屬上下隸屬的高權關係，標準檢驗局與驗證機構具有單方高權，准駁是否

核發產品驗證證書、准否使用驗證標誌之權能，且因不合規定駁回申請時應附具理由。

此外，若以詐偽方法取得產品驗證，標準檢驗局或驗證機構應撤銷驗證，並限期繳回證書；屆期未繳回，得逕為公告註銷；且在特定條件成就下，例如未依規定正確標示或使用驗證標誌、規避驗證單位工廠檢查或產品抽驗測試等，應廢止產品驗證並追繳證書，[654]也具有傳統行政高權決定之色彩。[655]

第二款 一般消費商品安全法草案之理念

經濟部標準檢驗局自 2006 年起，為促使商品符合安全要求，保護消費者權益，促進經濟正常發展，遂著手規劃「一般消費商品安全法草案」，企圖整合目前散見於礦場安全法、石油管理法、勞工安全法規等非消費者保護法規範之商品，以及食品衛生管理法、健康食品管理法、菸酒管理法、化妝品管理條例等受消費者保護法規範之商品，使企業經營者對其提供流通進入市場之商品，應確保其安全性。[656]這些法規不僅涉及商品檢驗，從消費者風險判斷所必須的資訊獲取角度來看，也涉及商品標示之問題。[657]

---

654 自願性產品驗證實施辦法第 20 條、第 21 條參照。

655 由於自願性產品驗證（VPC）制度係標檢局為配合國內產業需求而建立之自願性制度，目前雖已開放國內第三者試驗室申請所有自願性產品驗證範圍之指定試驗室認可，但因 VPC 制度尚處推動初期，實際申請案件尚不多（總計 31 個品目共發出 67 張證書），均由標檢局辦理申請案件之審查及發證，並未授權其他產品驗證機構核發 VPC 證書，亦無開放第三者驗證機構之需求。標檢局將視未來 VPC 推展情形及實務需求，檢討是否開放委託第三者產品驗證機構辦理 VPC 產品驗證業務，故產品驗證證書的法律性質，實務上仍欠缺足夠的案例深入討論。參見行政院經濟建設委員會，歐洲商務協會「2008-2009 建議書」，2009，頁 16-2。

656 行政院經濟建設委員會，歐洲商務協會「2008-2009 建議書」，2009，頁 16-1。

657 例如單單化學性商品因為涉及種類繁多，且各種化學商品對物理性、健康及環境影響各有程度、方式、範圍、結果上不同，涉及產品高度之專業知識及風險評估，公權力主體雖身為管制者，但其管制所需的專業知能遠不及於商品之企業經營者。在此條件下，就消費性化學商品之標示管理，欲採取僵硬的一體標示義務模型似乎不符合彈性；但若給予企業經營者或企業工會判斷的自律模型，卻又可能悖於國家對於消費性化學商品對生命、身體、健康潛在危害的保護義務。從而有學者建言，這裡的管制手段宜採公私協力模式，對於明顯危害性的消

「一般消費商品安全法草案」所稱商品，係指供消費者以最終消費使用為目的之動產。其規劃內容主要包含兩個部份：首先，對於商品安全之監督、資訊之通報、檢查及公開，業者應主動辦理安全性監督及採取防止危害發生或擴大之措施；其次，為有效發揮團體制約，鼓勵自主管理，分散責任風險，專責機關得輔導行業團體推行商品安全管理自律或商品第三人責任保險制度。

2007 年 9 月 19 日經濟部標準檢驗局版本草案第 1 條揭示的立法目的為促使產品符合安全要求，保護消費者權益，促進經濟正常發展。第 3 條課予企業經營者對其提供流通進入市場之商品，應確保其安全性及符合主管機關（或專責機關）指定之基本安全要求，並要求企業經營者須採取措施，使商品不致於產生危害，或降低商品可能產生之危害至當時科技或專業可合理期待之安全性水準，來與消費者保護法在構成要件上接軌。較之於德國設備及產品安全法第 2 條第 1 項包含技術設備與消費性產品，可以發現規範客體面較為狹隘，明白表示限於消費性商品。對於商品進入市場的初始管制仍舊取決於商品檢驗法。從現行草案相當簡陋的程度來看，顯然無法達成其希望整合諸多法規範並立錯節的目標，因為消費性商品本身就是一個不確定法律概念，其試圖界定什麼是消費性商品的結果就是排除了某些商品進入規制的可能性。[658]

其中與自主管制可能有關的包括草案第 6 條：「為確認商品之安全性，商品產製及輸入者應建立客戶抱怨資料、商品銷售流向、庫存資料及辦理相關商品自主性安全監督。商品產製及輸入者辦理前項商品自主性安全監督時，商品經銷者應配合建立客戶抱怨資料及提供必要之協助。」、第 7 條：「商品經發現有損害消

費性化學商品強制期應標示一定事項、圖形及警語，以提供消費者必要的消費判斷資訊；但是，對於危險並不明顯或不急迫，僅具潛在性、累積性之風險評估，得委由企業經營者有較大的自律評估風險空間，法令對此部分不強制一律標示或配載圖示警告標語。參見林明鏘、林明昕主持，經濟部九十五年度商品標示研究計畫，計畫編號：NTU9501-P101-076，2006，頁 79。

658 誠如 Umberto Eco 在詮釋與過度詮釋中曾經指出，任何概念的套用（若 P 則 Q）都意味著一種限界。

費者生命、身體、健康或財產，或有損害之虞者，企業經營者應採取防止危害事故發生、擴大，或足以除去危害之必要因應措施。商品有前項情形，其產製或輸入者於第八條調查程序未完成前，得檢附前條自主性安全監督資料、商品安全改善計畫及相關文件資料，申請加入商品快速回收監視計畫；其經同意者，專責機關得中止調查程序。」以及第 14 條第 1 項：「為有效發揮團體制約，鼓勵自主管理，分散責任風險，專責機關得輔導行業團體推行商品安全管理自律或商品第三人責任保險制度。」草案增定理由分別指出，產製者及輸入者應自負商品安全責任之精神，渠等應主動對於流通進入市場之商品隨時監視查察其安全性，以確保消費安全。且鑑於商品係透過經銷者提供予消費者，經銷者係與消費者第一線接觸之企業經營者，可快速掌握消費者對商品反應之第一手資訊，乃規定經銷者負有協助商品產製及輸入者進行商品安全監督之責任；專責機關得輔導行業團體推行商品安全管理自律或商品第三人責任保險制度，俾有效運用團體資源，凝聚產業界產製或輸入安全商品之高度共識，並透過商品責任保險制度，提供業者風險分擔機制，進而保障消費者權益。似乎呼應經濟部標準檢驗局未來商品安全管制策略，就商品安全的部分強調業者責任原則，亦即業者應自負商品安全責任，政府原則負責商品安全調查及管理事項，僅對高風險商品採取強制列檢；管理方式上並不新增業者行政法上義務，並且透過責任結果與商機來激勵業者責任角色，例如第 15 條第 1 項：「為促使加速商品安全環境之建置及健全發展，對於辦理商品安全業務有良好實績之企業經營者、自然人、法人、學校或團體，專責機關得予表揚或獎勵。」或是有效防免危害之矯正行為得抵減責任效果。

從草案可以看出，經濟部標準檢驗局著眼的是商品安全的管理自律，至於是否強制建立商品自主性安全監督與加入快速回收監視計畫，由於草案第四章對於違反第一章與第二章行為義務之罰則部分尚再研擬階段，尚無法定論。但從草案第 15 條第 2 項可以看出，倘若企業經營者有建立自主性安全監督系統，藉由檢附自主性安全監督資料、商品安全改善計畫及相關文件並加入商品快速回收監視

計畫，得享有中止調查程序之優勢。草案理由也明示，凡商品發生危害或有危害之虞時，除企業經營者應採取適當避免危害發生及擴大之防護措施外，基於國家保護消費安全責任之精神，行政權亦應適時介入調查，以確定業者有無違反確保商品安全責任及義務，憑以課予相對之行政罰責。惟鑑於發動行政權之目的，無非係防止商品危害之發生及擴大，行政處罰僅為苛責惡性之最後輔助手段而非主要目的，是以倘業者已採取適當充足之防護措施，而可達相同目的時，其應被苛責之必要程度已降低，亦即先期待受規範對象先自主管制，容留自主管制或留待他主介入之選擇空間，以約略嗅出行政管制部門仰賴社會部門第一線自主監管修正自己行為的味道；另輔導行業團體推行商品安全管理自律系統之建立或商品第三人責任保險制度，一方面驅動私人建立自主管制機制，他方面也使系統外應受保護之消費者能夠在保險制度的安全網下受到保護，也兼使無資力的企業經營者加入保險系統提高自身受求償之能力。

第三款 評析

第一目 驗證機構定位與驗證定性之模糊

作為我國產品安全行政管制最基礎的商品檢驗法，係作為商品進入市場的初始管制法源。從其相關法令當中可以整理出以下參與產品安全相關行動者：（1）經濟部標準檢驗局；（2）報驗義務人；（3）受託核發及檢驗業務之機構法人團體；（4）代為實施檢驗技術工作之法人或團體；（5）辦理應檢驗商品試驗之指定實驗室；（6）驗證機構。

就驗證登錄之類型，回顧商品檢驗法第 35 條第 2、3 項，符合性評鑑程序應包含商品設計階段及製造階段之規定；商品適用符合性評鑑程序之模式或其組合，由標準檢驗局公告之。符合性評鑑的類別依報驗義務人是否有義務引入驗證單位參與其中，又進一步區分成自願性符合性評鑑，例如商品貿 易行為人自發性且主動遵循。產品之符合性、產品製程之符合性（工廠檢查，及於追查時查驗自

願性標籤之使用情形）與強制性符合性評鑑，即公權 力所要求須完成者。乍看之下，彷彿歐盟新方法指令的模組決議與全球性方針在我國法的移植，橫跨商品設計與製造階段及多樣符合性評鑑程序不同的搭配可能性。

然而，重點不在於報驗義務人有哪些程序選擇可能性，而是誰參與符合性評鑑程序。從商品驗證登錄辦法第 4 條明文揭示，申請驗證登錄的對象乃驗證機關或受託之商品驗證機構。

倘若以德國產品安全法的制度作為比較基礎，首先，就逐批檢驗與監視查驗部分，顯然仍保有國家事前許可控管的模式。儘管驗證登錄與符合性聲明的類別並沒有明示標準檢驗局及驗證單位、認可之指定試驗室作成的驗證證書或試驗合格報告是否為行政處分，但從前述法條用語，輔以商品檢驗規費收費辦法關於商品驗證登錄檢驗規費、認可指定試驗室檢驗規費、管理系統驗證檢驗規費、認可商品驗證機構檢驗規費，甚至自願性產品驗證檢驗亦有規費規定，[659]可以推論立法者在此有意將報驗義務人與驗證單位間的法律關係設計為公法關係。

假使報驗義務人與指定驗證機構間的法律關係為私法關係的話，與第 7 條具有准駁意味、暗示高權行使的法條用語似有未恰；即便不拘泥於文字，那麼同樣都是驗證機關，會只因為驗證主體是經濟部標準檢驗局或是私人驗證機構而有法律性質上的差異嗎？亦即前者是處分關係，後者是私法契約，體系解釋也不甚融洽。此外，在產品安全規範體系中的驗證機構並非如德國法一般在社會領域活動的私人，而是整合於國家組織行政一環的公權力受託人，如此一來，報驗義務人（例如驗證登錄）得依自己選擇向檢驗機關或受託之商品驗證機構請求辦理產品安全檢驗，檢驗機構既然利用公權力委託制度，理論上來說原本有管轄權的標準檢驗局即因權限移轉，而一定程度喪失事務管轄權。但從現行體制來看，似乎兩者對於檢驗事務均有管轄權，從而要援用「不真正權限移轉」（unechte Delegation）

[659] 商品檢驗規費收費辦法第 16 條、第 18 條、第 19 條、第 19-1 條、第 19-2 條參照。

的理論來解消理論上的矛盾。

第二目 商品標識與檢測效力分離

德國產品安全法上進入市場的管制架構建立在CE標誌合法配載所生的推定效力，推定產品符合基本安全要求。但我國將商品檢驗標識之使用與商品是否已經通過符合性評鑑或安全檢測，裁罰依據各異，之間並沒有法律上的連結效力。縱然符合商品檢驗法第 6 條經過安全檢驗，但違反第 12 條標識義務仍必須面對裁罰處分；反之，儘管表面上遵守標識義務，實際上也可能未通過安全檢驗，特別是驗證登錄與符合性聲明等由報驗義務人自行印製商品檢驗標識之場合。[660]

不容否認，我國現行商品檢驗法有諸多私人參與檢驗任務履行之機會，但在初始管制與隨侍管制均掌握在經濟部標準檢驗局手中還有公權力委託的模式下，從檢測到標識均由國家自己的手或功能上借用私人的手介入，即使賦予產品標識推定效力也很難實質上減輕國家管制任務負擔。這裡不僅欠缺社會自主管制的私法契約型態，也難稱得上具有自主管制要素的國家管制。即使報驗義務人事

[660] 行政院院臺訴字第 0930088201 號（93.8. 31）行政院訴願審議委員會訴願決定書要旨略為：訴願人幻象電子股份有限公司 訴願人因違反商品檢驗法事件，不服經濟部公告提起訴願，經行政院訴願審議委員會認定，訴願人所產製之商品 MONIX 牌電視機（型號 XT29A9）七百臺，未經檢驗合格即運出廠場銷售，經經濟部標準檢驗局派員訪查時查獲，原處分機關經濟部依商品檢驗法公告禁止陳列、銷售上開商品，並以訴願人違反商品檢驗法處訴願人罰鍰新臺幣（下同）二十萬元。訴願人以系爭商品已取得電磁相容型式認可，並經核准使用檢磁 3903A478 之檢磁字號標示，且依認可標示樣式自製標籤印貼於商品本體明顯位置，依商品檢驗標識使用辦法第十七條規定，視為同辦法第三條之商品檢驗標識。又其已取得 ISO9001 認證，商品得免予實地檢驗，縱 有未貼附商品檢驗標識，應依商品檢驗法第五十九條規受調控期改正，逕予處罰，顯有違誤云云。行政院訴願審議委員會認定，系爭產品為為應施檢驗之商品，訴願人未報經檢驗合格，將上開商品運出廠場透過中盤商轉銷各地，且產品取得型式認可證書後，必須申請報驗，並經檢驗合格取得合格證書，始得運出廠場，訴願人只取得系爭商品之電磁相容型式認可證明書，未向標準檢驗局申報檢驗即運出廠場，即與規定不合。至訴稱已取得 ISO9001 認證云云，以系爭商品未完成安規之檢驗程序，與其是否取得 ISO9001 認證並無關聯 （ISO9001 認證並非產品驗證）；訴稱系爭商品已標示檢磁字號，依商品檢驗標識使用辦法第十七條規定，視為同辦法第三條之商品檢驗標識云云，以前開商品檢驗標識使用辦法第十七條規定，僅適用實施電磁相容單項檢驗之商品，系爭商品為應施檢驗之電視機商品，自無該規定之適用，所訴核不足採。原處分應予以維持。

實上自我管理、自我監督，也僅能評價為純粹的社會自主管制。

第四節 食品衛生管理法與塑化劑風暴

較之於產品安全或一般消費性商品，食品衛生安全對於生命、身體、健康的危害度更細微卻也更甚。看不見的不代表它不存在，看不見的有時更令人怖懼……。

第一款 風險、危機與公私部門的回應

2011 年 5 月，以美食著稱的臺灣陷入一片愁雲慘霧，以食為天的人民在每一到食物到嘴邊的時候都不禁要擔心：這有沒有受到塑化劑污染？同樣的光景似乎並不陌生，在 2008 年中國大陸也曾爆發大規模奶粉遭受三氯氫氨污染致消費者健康危害的事件，只是這次更為在地，甚至傳統著名食品廠商（如統一企業）也列入食品黑名單中。這波風暴的起點醞釀於製造飲料過程採用的食品添加物—起雲劑—遭不肖廠商為了節省成本—為了每公克 0.15 元的差價—將正常配方的棕櫚油置換為塑化劑（DEHP），亦即將工業塑化物放入食品添加物中，由於過去食品檢驗標準並沒有塑化物的檢驗項目，檢方起訴起雲劑製造商時甚至傳出該配方已經使用長達二十年有餘。[661]

意外在食物抽檢過程中發現該弊端的主管機關行政院衛生署，遂在 2011 年 5 月 28 日發布署授食字第 1001301729 號修正公告「塑化劑污染食品之處理原則」，依據食品衛生管理法第 11 條第 1 項第 3 款、第 12 條、第 24 條及第 30 條，針對可能遭污染之食品範圍—尤其是含有起雲劑之飲料，經衛生署確認起雲劑經塑化劑污染者，須立刻下架回收；其他起雲劑使用者，應逾 2011 年 5 月 31 日零時前，提出（1）經衛生署公布確認起雲劑未受塑化劑污染之供應商及下游廠商並檢附來源證明文件，或（2）經環保食品藥物管理局公布可檢測食品塑化劑之

[661] 同註 4，2011.6，頁 48。

實驗室之檢驗證明等安全證明。[662]

這道被稱為「D-DAY」（按：1944 年諾曼地登錄攻擊發起日代號）宣言的公告，5 月 31 日只要無法檢附安全合格證明之五類食品即不得上架，隨即獲得民間食品業者響應。為了避免產品遭到下架處分，一時間各大報均可見到食品業者自主刊登的合格檢驗聲明以及送檢記錄，在坊間餐飲店與賣場也四處可見檢驗合格證明文書的張貼。但目前有能力檢驗 DEHP 污染食品的檢驗單位，除衛生署所屬實驗室外，民間合作檢驗單位只有十四家，不僅造成檢驗實驗室大排長龍，廠商必須排隊等候，許多外國業者貨物囤積在碼頭，等候合格證明通關。

此外，在祭出起雲劑污染食品補救措施之後，衛生署除將常見的六種塑化劑列為常規檢驗項目、列入年度稽查計畫外，也計畫分階段將現行自主認證的食品GMP制度改採強制認證。[663]第一階段先針對具有一定規模或是特定類別的食品業，引入強制GMP規範。例如，只要有商業登記就必須通過GMP認證，或是針對製作罐頭、乳品等風險性較高的食品，要求需要強制認證等。雖然目前還沒有全面強制食品業必須取得認證，一般食品仍應該遵循現有食品衛生管理法相關規定，包括原料的驗收、記錄、可溯源等，落實辦理。甚至在 100 年 6 月 17 日召開「行政院食品安全會報」第 3 次會議中，衛生署署長就塑化劑污染食品事件之原委及政府處理過程、作為及相關採行措施，表示未來除繼續完成食品含塑化劑之查驗工作外，將強化市場及邊境監測、比照先進國家模式，研擬我國民眾每日塑化劑安全耐受量，並召開全國食品安全會議廣邀學者專家、產業界、消保團體、公協會對塑化劑事件及食品安全進行總檢討及強化「食品添加物管理」與「食品製造 業管理」，研議改革策略，並將檢討我國食品添加物現有法規與國際接軌，

662 參見中華民國 100 年 5 月 28 日署授食字第 1001301729 號公告。

663 衛生署食品藥物管理局長康照洲表示，去年開始，食管局就一直希望我國食品業也能夠比照藥品業、全面推行 GMP（食品良好作業規範）。不過，國內的食品產業規模落差極大，小至只有兩人的家庭工廠，大至千人的跨國企業，要如何一體適用去推動強制認證，成了一大問題。參見 2011.05.29，自由時報，A02 版。

增列食品添加物工廠設廠標準，檢討包裝食品之食品添加物標示規定，規劃食品添加物製造業者實施HACCP等議題。並針對目前整合我國食品履歷追溯系統之執行現況，包括實際整合時面臨資料登錄及決定整合範圍等關鍵性問題，擬針對高風險、高價值產品，優先推動食品安全履歷制度，提供透明化之食品安全資訊，提高消費安全信任感及認同感。[664]

但即使政府展現開戰宣言的決心，社會部門仍有不少質疑聲浪，例如要求起雲劑的業者須提出安全證明形同將責任踢回給業者，質疑政府雖高舉為民眾食品安全把關的大纛卻沒有具體配套，沒有治本行動，並指摘政府採用如同三年前的三聚氰胺事件的手法，最後也是在業者需提出安全檢驗報告中落幕。這三年間，政府學到什麼？做了什麼？這次解決問題的手法，看來跟三年前一樣，等事情過後，民眾漸漸忘了，一切雲淡風輕，問題又回到原點。[665]或者提出呼籲，在要求食品業者主動送檢自清、取得檢驗證明後商品便可重新上架的同時，需慎防不肖業者以新生產或掉包的假樣本送驗，騙取合格檢驗證明，呼籲民間檢驗機構協同加強把關，政府事後仍需抽檢，並對作假業者從重處罰，追究法律責任。[666]

據此分析食品衛生安全管制架構，當中涉及的行動者包括：居於食品衛生許可與監督機關的衛生署、受規範對象的食品業者、衛生署食品藥物管理局認可的民間檢驗單位與市場上的消費者，不僅呈現出前述社會自主管制的外觀，對於衛生署引入民間檢驗單位參與管制任務之履行的質疑也呼應社會自主管制失靈的諸態樣。然而，這些我國的社會實象在規範面與實體面是否符合社會自主管制的精神、法制上是否體現自主管制之設計，仍須進一步審視。

---

664 http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/DM2_p01.aspx?class_no=25&level_no=1&doc_no=80758，行政院衛生署電子報，2011.6.17，最後瀏覽日：2011.6.30。

665 參見〈531 真的就是 D Day 嗎？官商推責任 民眾自求多福〉，自由時報，2011.05.29，A02 版。

666 參見〈專家：業者自清程序恐有漏洞/主動送驗 慎防假樣本騙證明〉，自由時報，2011.05.29，A02 版。

第二款 食品衛生管理法制之私人參與

衛生署為了履行管制食品安全，確保食品符合基本安全要求，不受塑化劑污染，主管機關得採取法定的干預措施，如依據食品衛生管理法第 24 條，對於所有產品不論流入市場前後，享有一般檢驗權限，例如抽查、抽樣檢驗及查扣記錄；只要受規範對象的食品業者「涉嫌」違反法定義務，即不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列有毒或含有害人體健康物質或異物之食品或食品添加物之義務（食品衛生管理法第 11 條第 1 項第 3 款參照）時，得命暫停作業並封存涉嫌產品，若確認違反者，即沒入銷毀系爭產品並公告禁止系爭食品業者製造、販賣或輸入、輸出該食品。（同法第 29、30 條參照）。

第一目 食品衛生檢驗受託機構

前述「塑化劑污染食品處理原則」中經食品藥物管理局認可的民間檢驗單位，並非食品衛生管理法第 26 條但書所稱的受託機構。依據同條授權主管機關訂定的食品衛生檢驗委託辦法第 2 條，主管機關得委託具備一定資格的檢驗機構、學術團體或研究機構，辦理食品衛生檢驗。復依同辦法第 8 條、第 9 條，衛生主管機關將規定抽取之檢體或實施調查監視所採（購）之檢體送交委託檢驗機構執行檢驗，機關填具食品衛生委託檢驗送驗單，並將檢體包裝保存妥當，一併送交委託檢驗機構辦理。因此，從受託檢驗機構執行的業務來看，僅就衛生主管機關送交之檢體實施衛生檢驗，並非直接受食品安全報驗義務人之委託，這也可以從辦法第 10 條規定，受託檢驗機構不得對外發表或刊登與檢驗業務有關之資料或消息，衛生機關於接獲檢驗結果前，不得洩露受託檢驗機構之身分，反面推論，受託檢驗機構在完成衛生主管機關交託之任務前原則上與受測食品之業者彼此互不知悉，避免受測食品之擁有業者伺機接觸檢驗機構影響檢驗結果。

至於受託機構與主管機關之關係，該辦法第 5 條：「主管機關應與受託機構

依本辦法規定訂定委託契約書，載明委託檢驗項目、相關權利義務及爭議處理等事項。」明示兩者間為契約關係。

在中華民國 90 年 12 月 3 日行政院衛生署（90）衛署食字第 0900073968 號令訂定發布舊的食品衛生委託檢驗辦法中，衛生署與受託檢驗單位簽訂的契約性質，單以「契約標的」—即指契約所設定之**法律效果**或當事人用以與契約相結合之法律效果—來看，其內容並非在於執行公法，約定行政機關應作成行政處分，或也未設定人民公法上之權利義務，即使從契約所追求的目的來看，受託機關非為了換取行政機關為特定職務行為而承擔特定義務（司法院大法官會議解釋第 533 號解釋理由書參照），故宜定性為私法契約，私人僅提供專業知能上的勞務給付。另從舊法第 12 條：「委託檢驗機構欠缺善良管理人之注意，造成檢驗失誤時，應負責賠償衛生機關所受之損失。」關於賠償之規定與第 18 條：「委託檢驗機構有紀錄不實、違反本法或合約之規定或因技術人員更迭、檢驗設備缺損，致檢驗業務無法有效執行時，本署得終止委託。」以及執行上並未如行政程序法第 138 條要求資格甄選公告，也間接佐證立法者似乎無欲安排法律關係為公法。但從現行食品衛生檢驗委託辦法已將第 12 條、第 18 條刪除，並增定第 4 條：「主管機關辦理委託檢驗得以指定、公開甄選或接受申請之方式為之。」似乎有意採取行政契約的模式，但具有獨立性的專家參與，行政機關自始就享有行為形式選擇自由，得以採取公法或私法契約形成內部關係，仍不影響食品衛生管理法第 26 條所稱之受託團體，對外與私人並未發生直接的法律關係。

第二目 驗證機構

食品衛生管理法第 27 條第 2 項，授權中央主管機關得就食品衛生查驗業務，辦理國內及國外驗證機構之認證，還有認證項目及管理辦法之訂定。依據同條第 3 項授權（但尚未生效施行）的食品衛生查驗業務驗證機構認證及管理辦法第 2 條第 1 項，食品衛生查驗業務，係指食品安全、衛生及品質有關之查核、檢驗；

驗證機構，係指具有驗證能力之專業機關（構）。

同辦法第 3 條指出，行政院衛生署依據食品衛生法第 20 條第 1 項公告指定之食品業別或第 26 條受託實施檢驗業務的機構團體，得申請經認證之驗證機構辦理驗證。亦即，這裡的經認證之驗證機構不同於第 26 條受託檢驗機構，與食品業主具有直接的法律關係，甚至該受託檢驗機構為了擔保其檢驗內容也可以進一步與驗證機構形成驗證的法律關係。由於驗證活動本身無涉衛生署查驗業務之權限移轉，且參照同辦法第 10 條，驗證機構辦理驗證得收取費用其收費項目及數額應報請中央主管機關核定，而非中央主管機關單方決定的規費性質，其間的法律關係容留驗證機構與申辦驗證之食品業者自主形成，故可推論驗證的法律關係係屬民事事務處理契約。

至於主管機關與驗證機構之法律關係，同辦法第 8 條規定，中央主管機關或受託機構對於驗證機構之申請，經書面審查後，必要時得進行實地審查；經審查合格者，由中央主管機關發給認證證書。並連結第 13 條，驗證機構得就、且僅得就其認證通過之項目辦理驗證。認證證書之發給係確認驗證機構符合法律對於食品安全管制之基本認證要求，針對一個機構的資格認定與建置相關的事務上，形式上認可該機構具有依專業與要求得從事特定行為的權限。蓋欠缺認證之私人雖也亦能從事驗證活動，但該驗證活動僅屬私法領域自主規制活動之體現，並無法等同於食品衛生管理法第 27 條第 2 項之效果；從而私人驗證機構因其申請獲得認證，並因此取得從事實品衛生查驗業務之驗證資格，係屬行政機關依據行政程序法第 92 條意義下之就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。

此外，同辦法也接棨諸多對於驗證機構的行政管制，包括第 4 條的資格限定控管、第 9 條定期查核權限、第 11 條認證證書之資訊公開、第 12 條足以影響驗證結果之人員與場地變更的通報義務、第 14 條介入檢查權限與相關文獻調閱權與資訊請求權，最後還有第 15 條，當驗證機關已不合於法定要求、違反通報義

務等情事發生之際，經中央主管機關或受託機構通知限期改善而未完成者，得廢止其認證證書，均揭示內部關係的高權性格。

第三目 查驗登記受託機構

與第 26 條受託檢驗機構、第 27 條之驗證機構應當區別的是第 14 條意義下的受託機構。食品衛生管理法第 14 條 1 項規定，經中央主管機關公告指定之食品、食品添加物、食品用洗潔劑、食品器具、食品容器及食品包裝，其製造、加工、調配、改裝、輸入或輸出，非經中央主管機關查驗登記並發給許可證，不得為之。違反者得依同法第 29 條第 1 項第 2 款沒入銷毀以及第 33 條處以罰鍰甚至廢止營業或工廠登記證照。足見該查驗登記本身既屬許可證之要件，也會連帶影響後續的高權措施。同條第 4 項授權主管機關得將查驗登記委託其他機構辦理。

參照食品與相關產品查驗登記業務委託辦法第 2 條第 2 項規定：查驗登記業務之委託範圍，包括新申請許可證及許可證之換發、補發、展延、移轉、廢止、登記事項變更等事項。復依同辦法第 6 條規定，受託機構應與主管機關衛生署簽訂書面委託契約，辦理食品與相關產品查驗登記業務。儘管第 12 條第 1 項，查驗登記申請案件由食品業者向衛生署送件，並繳交審查費；衛生署署完成收文程序後再移送受託機構辦理，似乎查驗登記業務受託人與食品業者間仍無直接的法律關係，直接的法律關係存在於食品業者與衛生署間，但依第 11 條第 2 項，受託機構執行查驗登記業務，視同衛生署之查驗，食品業者應予接受並配合。其有應行通知補件或說明事項，得逕行通知。從而，查驗登記業務受託人具有一定對外為意思表示之權能，行政院衛生署衛署食字第 0960400245 號（96.1.8）函也指出，[667]依據食品衛生管理法第 14 條第 4 項，及食品與相關產品查驗登記業務委託辦法辦理，公告輸入膠囊錠狀食品及食品添加物查驗登記業務自民國 96 年 1

[667] 行政院公報第 13 卷 19 期 3023 頁參照。其說明指出，為因應我國加入 WTO 後，國際性貿易交流日益頻繁，業務增加情勢，並配合國家推行人事精簡政策，輸入膠囊錠狀食品查驗登記審查業務於 95 年度正式委外執行，期使行政人力能投注於有效管理措施。

月 1 日起，將委託 CAS 優良農產品發展協會審查，負責辦理輸入膠囊錠狀食品及食品添加物查驗登記之新案、書函換發、補發、展延、轉移、註銷與登記事項變更等業務委託審查。且受託機構完成個別查驗登記案件之查驗後，應將查驗結果併同食品業者檢具之所有文件資料送交本署，經本署覆核後發證或駁回申請案件。足見受託機構在受託業務範圍內仍有以自己名義對外作成准駁之權限，衛生署在此僅屬機關之程序參與。

此外，受託機構與衛生署間雖屬契約關係（第 6 條參照），然其涉及高權事項之權限移轉，契約標的係屬高權措施，又該辦法第 3 條明文規定，衛生署委託查驗登記業務時應以公開遴選方式決定受託機構，故可推知在此行政機關與受託機構間內部法律關係宜定性為行政程序法第 135 條意義下之行政契約。以下《表三》呈現出食品衛生管理法中私人參與管制任務之類型：

食品安全管制之私人參與			
參與主體	受託機構	政府機構、公私立大專院校、財團法人及非公營事業之公司	驗證機構
法源依據	食品與相關產品查驗登記業務委託辦法	食品衛生委託檢驗辦法	食品衛生查驗業務驗證機構認證及管理辦法
授權基礎	第 14 條第 4 項	第 26 條	第 27 條第 3 項
參與內容	製產輸出入驗登記	食品衛生檢驗	安全衛生品質查核檢驗
對內關係	行政契約	私法契約/公法契約	行政處分（認證）
對外關係	行政處分	☒	私法契約（驗證）
獨立性	☑	☑	☑
定性	行政受託人	專家參與	社會自主管制單位

《表三》食品衛生管理法中私人參與管制任務之類型

第四目 小結

綜上所述，在我國現行食品衛生管理法已經可以看到立法者透過第三人驗證制度，將私部門的給付能力以不同形式、在不同的場合整合於管制任務的履行過程中。在食品查驗登記業務以及食品衛生檢驗事務的領域，立法者採取功能民營化的方式，以公法或私法契約的行為形式將業務外包或專業知能內包；此外，在食品安全衛生品質查核檢驗的領域，食品衛生主管機關除了原本食品衛生管理法第 24 條賦予的查驗權限之外，也藉由行政認證開放私人驗證機關參與查核檢驗任務，主管機關在這裡並沒有全然放棄食品安全的管制任務，只是在高權檢驗外架構另一條道路，使私人得以自由選擇要讓主管機關來實施食品衛生安全檢驗抑或自行尋覓經政府部門認可的私人檢驗單位作成檢驗合格證明。在這次塑化劑風暴當中，雖然前開食品衛生查驗業務驗證機構認證及管理辦法尚未生效施行，各縣市衛生局在無暇應付大量爆發的要求受檢案件，依職權發布公告「塑化劑污染食品之處理原則」，可以看見國家部門即使平時並未出現任務過載而將高權事務包攬在身，在面臨危機突發時，藉由下架措施與裁罰的高權框架設定，但設計一道緩衝，使私人直接面對行政機關管制之前，有自主選擇的空間。亦即，透過對於私人符合法規範方式的選項調控，驅使食品業者自主尋覓經政府間接控管的私人驗證機構對自己的食品施測，達成稽查任務減輕的目的。職是，由於同時並存高權國家管制與社會自主管制的要素，在類型的光譜上可以評價為受調控的自主管制，更是納入自主管制要素的國家管制。立法者不僅在規範上設計了這樣的框架與程序，也賦予行政機關行政認證的權能，行政機關在面對塑化劑風暴的現實個案，不論有意識或無意識，客觀上都已經採取驅使私人的手法；此外，從社會部門的回應來看，為了挽回消費者的食品信心，許多廠商在 5 月 28 日行政院衛生署公告之前早已自行尋覓私人驗證單位出具檢驗合格證明，否則以檢驗施測平均二至三日的工作天，不可能在該公告前後一兩天即有廠商陸續透過廣告與平面媒體出具符合性聲明。這也反映出社會自主管制機制著實仰賴公部門與私部門之

間彼此協力的事實性條件。

但是，現行的制度是否已經足夠？倘若社會自主管制追求的不只是公私部門協力完成管制任務，更是協力「良好」地完成管制任務，那麼社會自主管制的理念能帶給現行的制度什麼樣的啟發？指出何種方向？這次塑化劑風暴又可以帶來何種啟示？以下用行政院衛生署提出的食品衛生管理法修正草案為例，試圖窺探管制者出於何種動機、在何種場域、搭配何種機制來完成管制任務。

第三款 農產品產銷履歷與優良標章

依據中華民國 78 年 2 月 22 日經濟部經（七八）工〇一一六六〇號公告，經濟部為促進食品工業實施「食品良好作業規範（Good Manufacturing Practice）」，以強化業者自主管理體制，確保加工食品品質與衛生，保障消費者及製造業者之共同權益，進而促進食品工業整體之健全發展。其基本原則建立在業者自願參加之認證制度，並與國家標準接軌。另參照中華民國七十八年五月二十四日經濟部食品 GMP 推行會報核定、並歷經多次修正之「食品 GMP 認證體系實施規章」，經濟部依據「食品良好作業規範（GMP）推行方案」第三條，推動食品 GMP 認證體系，以促進食品工廠實施食品良好作業規範。

整個認證系統由經濟部工業局召集之食品GMP認證體系推行委員會統籌，除了食品GMP認證體系之專業執行與推廣宣導執行機構外，還有食品GMP技術委員會與食品GMP現場評核小組。[668]認證程序先由食品工廠提出申請，經推行委員會與推廣宣導執行機構受理並登錄，資料審查通過、經現場評核小組現場評核且通過產品檢驗者，嗣推行委員會確認前述流程均通過無誤後，該食品工廠取得與宣導執行機構簽約之資格，並得由推行委員會授證，經認證之食品得獲頒證書及認證標誌使用權。另參照農產品生產及驗證管理法之規定，該法亦以提升農產品與其加工品之品質及安全，維護國民健康及消費者權益為目的，並揭示認證

[668] 中華民國 89 年 2 月 8 日經濟部經（八九）工○八九三一四一九五號修正公告參照。

與驗證的體系架構。[669]

由上述規章可知，認證與驗證制度在我國農產品業的管制行政上已行之有年。其明白揭示認證體系之參與驗證活動係屬自願，而寄託產品形象對業者帶來的市場壓力；也因為制度設計為自願性，這裡不僅有原本的行政主管機關並存供受規範對象選擇，也有認證機構、經主管機關認可從事驗證活動的驗證機構與市場監督機關等多邊的行動者，可能與受規範對象的農產品業者發生符應於前述的多樣法律關係。

第四款 食品安全法草案之理念

依據 99.3.31 行政院衛生署提出的「食品衛生管理法」修正草案，茲配合立法院於 98 年 5 月 12 日三讀通過行政院衛生署食品藥物管理局組織法，食品邊境查驗業務將回歸衛生署食品藥物管理局執行，進口食品管理事權將予整合統一；此外，近期發生數起重大食品衛生安全事件，經全面檢討並擬定改善策進方案，將由進口產品邊境查驗、國內食品業者管 理及市售產品監測等多面向整體再予加強，俾統籌食品風險管控機制，提升食品安全管 理效率，以保障國人健康及消費權益。其中草案總說明第三點揭示，食品業者負有落實衛生自主管理及確保食品安全之責任，並應依其產業模式建 立產品可追溯或追蹤系統，如發現產品具食品衛生安全之疑慮時，應主動回收及停止販售。第四點更授權中央主管機關得就食品安全管制系統查驗業務，辦理驗證機構之認證。此外，食品業者維護消費者健康權益採取之主動性行為得減經或免除食品衛生管理法之處罰，新增理由指出，現行食品業者發現產品有瑕疵或有危害人體健康疑慮時，為擔心受罰及影響商譽，大多隱而不報，私下進行回收處理或不處理，因有關資訊未公開，在衛生主

669 農產品生產及驗證管理法第 3 條第 5、6、7、8 款：「五、認證機構：指中央主管機關或其審查合格之委託機關、法人，具有執行本法所定認證工作資格者。六、認證：指認證機構就具有執行本法所定驗證工作資格者予以認可。七、驗證機構：指經認證並領有認證文件之機構、學校、法人或團體。八、驗證：指證明特定農產品及其加工品之生產、加工及分裝等過程，符合本法規定之程序。」

管機關尚未查獲前，民眾仍可能購買食用 了有問題的食品。為使食品業者能更積極採取主動行為，以有效維護消費者健康權益，在衛生主管機關尚未查獲之前，食品業者維護消費者健康權益之主動性行為得減輕或免除處罰。

從草案多數引進第三人驗證制度來看，這裡並沒有現行商品檢驗法中將受託行使公權力之私人與經衛生署認可居於自主地位與私法契約基礎提供驗證服務之私人混淆的問題。但新增的條文均顯示出立法者有意將私人驗證活動的範圍擴及食品品質檢驗及衛生管理之上，責令食品業者於食品供應過程各階段，應 落實自主管理，為遵循食品安全之相關法規及標準，並確保食品安全，食品業者有必要對產品進行品質管制及衛生管理相關之檢驗，倘若食品業者無法自行檢驗，而需將產品送驗，應送請具公信力之研究或檢驗機構，才能確保檢驗之品質及結果。（草案第 19 條增訂理由參照）此外，從草案第 27 條也看出行政機關基於食品衛生安全專業知能不足，希冀借重學界與業界之力，在規範制定層次上也保留私人協力的空間。

要之，食品衛生管理法修正草案中可以清楚看見，在行政院衛生署食品藥物管理局重新取得食品邊境查驗業務回歸該局執行的背景下，看到行政任務的擴張；但食品安全不僅是行政任務，也是生活共同體的公共任務，為了加強控管實效，希冀透過責任轉移來驅使食品業者食品建立衛生自主管理系統與品質安全保證系統。但這裡毋寧是雙軌制，國家主管機關在此並未退出初始管制與隨侍管制的場合，從而呈現納入自主管制要素的國家管制態樣。

第七章　反思、回顧與展望

本章將回顧德國法上社會自主管制制度，評價其優勢與不足之所；接著從管制策略的高度，分析社會自主管制引入我國的空間；最後，整理我國相對應的法領域與現實問題，提出法政策的建議與展望。

第一節 反思

第一款 社會自主管制的優勢

第一目 國家知識匱乏之填補

不論是產品安全、建築安全、環境保護或是青少年媒體保護，在法制訂層次與法適用層次均需要有足夠的知識基礎來形構、填充、認識、運作行為規範與評價規範。產品安全與建築安全的目標是保護使用人的生命、健康與財產，透過社會自主管制以及國家隨侍監管可以更容易、有效地達成。國家在產品、建築安全遭遇最大的困境是風險認識能力有限，在風險認識能力有限的基礎上也導致高權監督能力的界限。經認可單位的任務恰恰是，在符合性評鑑、專業簽證的過程中，不論針對品質保證系統、安全管理系統或是個別的產品、建物檢測，提供國家把關產品與建築安全所欠缺具備資格與經驗的專業人力。

就產品安全而言，企業要將心力放在產品安全的控管上，比起國家高權行政更為容易，因為國家高權行政可能很難具備各該產品類別的專業性。在大多數的情況下，很可能本來就沒有足夠資格的國家人力可資運用，來評斷新的、專門的技術與產品，以致於必須要訴求私部門既存的知識竅門（Know-How）。[670]由於，國家幾乎不可能擁有全面的資訊，例如什麼樣的產品在什麼時間、什麼地點進入

[670] Vgl. *A. Scherzberg*, a. a. O. (Fn. 166), S. 383.

市場，縱或對於所有產品均採取全面市場入口的許可管制策略，有鑑於公行政的任務過載與人力負擔，即使規範上可能想像，但執行上肯定虧空，仍舊會有漏網之魚；又因為國家欠缺產品致生危害的資訊匱乏，例如產品的技術、化學、物理、生物等特性等本質上知識，以及衍生的使用或濫用問題，亦即，國家在這裡不僅缺乏產品安全的關聯資訊，可能也沒有足夠的關聯知識判別是否欠缺安全，所以，必要的專業知識要從私部門中尋求。[671]

在環境保護引進環境審查人也是出於同一理由。立法者用意是企業能更嚴格地自我分析，並借助環境管理系統與文書記錄義務來產生必要的知識。國家監督機關並沒有因此改變其本來為了監督所必須取得的資訊量，環境審查程序中的文件固然可以取代其他本來必須提交給環境主管機關的文件，但從公行政的觀點來看，由企業自身或是企業委託的環境審查來提供安排這樣的資訊並不重要。無論如何，企業額外的資訊得以產生較佳遵循國家環境法的結果，因為企業應知悉，其會受到什麼法的規制，還有在環境觀點下什麼樣的經營過程具有環境保護關聯或是會有環境問題，並能夠針對性地檢驗，對該流程應適用何種法規範。這樣一來，至少可以減低無知或過失違反環境法的情況。

環境審查規定額外的資訊義務只有環境聲明。環保機關可以隨時取用這些資訊，所以環境審查可能得改善企業與利害關係人或利益團體間（例如環保團體、鄰人、顧客）的溝通與資訊交換。公開性也兼有助於減少執行虧空，因為人民或競爭者可以在已經獲得的資訊基礎上，向國家監督機關或法院指出企業的瑕疵並要求排除。不過，無論如何都要有明確、詳細與有內容的環境聲明為前提。

第二目 成本效率化

國家行為的補充性與公私合作原則使得國家能夠節省成本。創造自主管制最重要的是改善並減輕、解除國家法執行的負擔，甚至在一定程度內替代由國家單

[671] Vgl.*A.Ch.Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 448.

位的法執行。[672]企業自主監管即直接體現國家財政負擔之減輕。國家在德國產品安全法，則是全面退出初始管制的任務區塊，環境法與建築法中雖然環境主管機關或建管機關自己也進行監管，但是減少監管措施量能夠進一步節省人事與物力的支出（例如檢測設備之購置或專業人員之聘僱），有效改善國家法規貫行與減少執行虧空。

附帶一提，自主管制的優點本質上仍出於基本權主體的逐利行為，進行自主管制的企業必然享有一定利益，例如環境法上享有許可程序或監督程序負擔之減輕優惠，或青少年媒體保護的監督特權。在環境法與產品安全法上，企業進一步的動因是透過設置環境品質保證系統或產品安全品質保證系統，能夠降低資源耗費與成本並改善內部流程。除了內部的效果外，也因為滿足資訊需求而強化公開性的信賴。[673]

第三目 彈性、適應性與創新

社會自主管制係立法者運用既存的社會自我組織力量來完成公共任務。私人的優勢在於，大部分的情況下他們比起國家立法者與行政受到較少的憲法與法律拘束，而能夠更早、更有彈性、更合於事物本質地採取行動或反應。即使立法者並未創設社會自主管制機制，市場上早已存在自願性的驗證活動，私人或基於商譽、或出於企業形象之獲取，而求助於私人驗證機構。較之於高權管制被視為從外部的干預，指定驗證機構長期以來經整合於企業製產活動過程中，更容易建立與產品製造人的信賴關係與合作關係。指定驗證機構也在內部參與過程中較國家部門更接近企業、知悉其經營哲學，並能在問題發生之際更針對性地採取活動。立法者對於既存的社會力只需要思索如何將其收攝於法律系統內並加諸框架規

672 *U. Di. Fabio*, a. a. O. (Fn. 9), S. 241.

673 不過，不同於產品安全法的 CE 標誌，環境審查對企業來說是僅是獲得企業形象的優良標章。在產品安全法上相似的機制毋寧是 GS 標誌。Vgl. *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 360ff.

定。[674]

另外，從參與管制任務的第三人地位來看，其有別於功能民營化的私人，並非國家組織行政之一環，故不適用行政程序法對公行政的相關束縛，特別是事物管轄權空間上的侷限；也無消顧慮中央與地方因任務履行分工所生權限劃分的問題。[675]

私人問題解決的能力具有高度的彈性、適應能力與創造力。例如在環境審查上，受限於公務人員人力及專業知能的極限，發展出自我監管與認證監測的制度。或者利用租稅減免手段或規費減免的方式，激勵受規範對象有創新作為之可能，例如自行設置安排環境品質保證系統來減少環境有害物質。[676]

第四目 全球與區域整合接軌

從全球化與區域整合的脈絡來看，比較有意義的是產品安全。對於產品安全要求形式上或實質上不同的規範架構，都呈現區域內部市場的阻礙，不同國家的驗證與控管程序也阻礙超越國境的物流現象。以歐盟為例，產品製造人可能必須適用生產地國的程序，甚至一個企業若在多國設廠，產品也會經歷不同程度的檢驗與監督。新方法指令與全球性方針恰是為了解決這樣的困境而安排指定驗證機構。德國的企業可以委託德國的指定驗證機構來營運並監管其品質保證系統，而將成品驗收交由荷蘭或法國的廠場來處理，並在其工廠內建立統一個品質保證系統。因為指定驗證機構並非高權活動，所以外國指定驗證機構對產品製造人的監管活動並不會抵觸內國法制度。

第五目 創造市場競爭與就業機會

多數經認可單位並存帶來市場競爭機制與專業人力的就業市場。以產品安全

674 *Ebenda*, S. 451.

675 *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 59.

676 Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 80), §3 Rdn. 55. 中文參見林明鏘，同註 457，頁 18。

為例，由於歐盟市場上同時並存諸多的指定驗證機構，產品製造人的選擇權也導致指定驗證機構間的競爭環境。儘管不乏擔心競爭可能造成逐底競爭（race to the bottom）、並進一步導致劣幣驅逐良幣等不樂見的後果，如果產品製造人只尋求那些最低要求、或僅實施表面控管、或國家認證機關較少監督的指定驗證機構。不過，這裡著眼的優點是，產品的品質與安全性是重要的產品特徵，許多產品製造人更致力於改善品質與安全性來獲取更大的市場信任；可資信賴的檢驗合格證明因此是競爭優勢。良好的驗證機構也會為企業帶來製產技術上的優勢，例如在設置與監管全面性的品質保證系統還有必要文件書類計畫的場合，可以看到效能提升、製程瘦身與資源有效利用等。

再者，驗證機構的檢驗活動也超越法律規制的領域，只要產品製造人有獲取產品形象的需求。如果驗證者過去有馬虎、恣意放寬標準等不良紀錄，私人標章或優良標誌的市場價值就會大打折扣。競爭機制期待的是，不只是最好的指定驗證機構繼續貫行，也擔保最好的品質保證系統與檢驗程序。[677]

此外，隨著驗證機構事業的發展，不只著眼於提高營收，也開拓高品質要求的勞動機會，也就是說，立法者廣泛利用驗證機構會造成指定驗證機構的專門化與專業化。

第六目 強化社會責任與社會主體性

但社會自主管制最重要的優點在於深度影響經濟與社會，因為私人參與及其

---

[677] 關於自主管制中經認可單位之競爭效果，參見 *M. Schmidt-Preuß,* Rechtliche Rahmenbegingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, 2005, S. 25ff; *P. Scholl,* a. a. O. (Fn. 70), S. 117ff. Milton Friedman 也指出，工業用品方面有許多私人檢驗實驗室來檢定測定產品的品質。在消費品方面，有也若干消費者測試機構，其中消費者聯盟（Consumer's Union）與消費者研究（Consumer's Research）在美國是兩個著名的單位。這些優良的商業部門自願性的民間組織，來檢定特定經銷商人（dealers）的品質……消費者對這些商家產生信任，而商家也反過來有經濟上動機，藉由調查其所銷售的商品品質來贏得消費者的信任。參見 MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM 122 (1982).

知識整合同時許諾更高的問題解決能力，以及由於提高接受度所生更加的實行可能性，[678]並呼應前述主動國家所勾勒的社會圖像。蓋經整合的私人知識直接連結到實作的適用經驗，問題越專門，其重要性越大。

經動員具有利害關係的市場參與者的創造性、創新能力與主動性，人民對其固有事務承擔責任，個人越是看待自己對自身及他人負有義務，人民對於國家單位的依賴性越低，也進一步標誌民主社會與國家權力之限制。[679]

受規範對象出於法之確信而自願遵守規範，因為行為標準並不是單方制訂而強加於關係人身上，而是出於契約基礎或是同業規範，從而提高人民對於規範執行的接受度（Akzeptanz）或是規範的忠誠度（Normloyaliltät）。[680]接受度也會源於認同規定內容的原因而遵循私人規定，而不是因為擔心在違反規範的情況下可能伴隨制裁效果的出現。[681]

第二款 社會自主管制的缺點與回應

任何制度不可能盡善盡美，毫無缺點。 社會自主管制經常遭遇的幾個質疑，首先是自主制定規範欠缺拘束力。當過度強調社會自主管制的自願性，而忽視國家在一定程度仍得以強制手法調控、隨侍介入選擇之可能，很可能會誤會社會自主管制必須依靠自願遵循規範，而該規範通常在法律上或事實上沒有相應的經濟

678 Vgl. *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 59.

679 Vgl. *P. Buch-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 227.

680 Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 72.

681 Vgl. *P. Buch-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 224. 事實上這也對應法理學傳統的一個核心關懷：人為什麼會遵循規範？畢竟不是所有規範都是以「威脅作為後盾的命令」形式呈現，所以如何區別法與「威脅作為後盾的命令」是傳統法理學第一個焦點。英國法理論家哈特對這個問題的答覆建立在「初級規則」與「次級規則」的區別上，並藉由區分規則的內在與外在面向，強調受規範所及之人以批判反思的態度「接受」（acceptance）規則，並以之作為衡量自己與他人之行為標準。參見 *L. A. Hart*，許家馨、李冠宜譯，法律的概念—導讀，2003，頁 XXII。

制裁或社會制裁。但這似乎過於倉促地將自願性等同於強制性之欠缺。[682]

其次，自主管制的本質仍在於個人或集體本於基本權地位的自我逐利，一旦私益在個案中大於公益，似乎造成參與自主管制的私人必然傾向於私益追求而忽視公益。簡言之，當自主管制單位過度重視私益追求，而未調控其逐利行為帶來的外部性問題（例如工廠只追求生產線提高效率而忽略對周遭環境的污染、產品製造人只想著如何提高營收而不顧慮產品危險對消費者的影響），自主管制期待的公益可能就會被擱置。[683]

第三，私人自主管制不力，導致法執行虧空毋寧最令人擔憂。例如參與自主管制的經認可單位並未確實履行其安全品質檢驗任務，或出於自身的逐利因素，或出於受規範對象提出的誘因而彼此交相賊（例如檢驗合格證明偽造、劣幣驅逐良幣），還有監督單位受到經認可單位出具的檢驗合格證明之推定效力影響，以致於無法確實監管基本安全要求是否滿足。此外，社會自主管制對系統外第三人欠缺參與可能性，以及決定過程中缺乏透明性，以致對系統外受保護對象的權利保護不周，還有決定效果的合法性質疑。[684]

惟，即使制度上仍存有缺點，也可能已經發生事實上私人管制任務不良履行的醜聞，但並不意味著制度全然失敗，毋寧指引了需要改善（verbsserungsbedürftig）[685]的方向。從理論面來看，私人合作參與管制任務不必然要對立公益與私益，兩者間經常交互錯節，規範應當要防免的是，私人在什麼樣的場合會寧可犧牲公益「只為了」追求私益。這裡並無意去檢討是不是有純粹的利他行為、單純公益取向的私人行為等預設，畢竟在利他主義者永遠希望善意得到回報的範圍內，仍可以說利己行為披著利他行為的袈裟。但如果接受以下的

682 Vgl. *P. Buch-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 229-231.

683 Vgl. *J. Damrau*, a. a. O. (Fn. 137), S. 80-81; *P. Buch-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 231.

684 Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 441-442, 452; *P. Buch-Heeb/A. Dieckmann*, a. a. O. (Fn. 95), S. 234-238; *J. Damrau*, a. a. O. (Fn. 137), S. 81-83.

685 *P. M. Huber*, a. a. O. (Fn. 448), §45 Rdn. 51.

預設：強烈的互惠行為和社會凝聚的基本機制有關，是一種更基本的社會機制，使社會能夠凝聚成一個具有分工機能的群體。[686]對於合作關係中的私益追求可能就有不同的想像，這個想像從賽局理論的考察可以看得更為清楚。

國家管制機關與受規範對象還有參與管制任務的第三人間彼此處於賽局理論的囚犯困境中。[687]受規範對象在任何時候都會面臨究竟是自願遵守規範還是規避的抉擇，管制機關對於特定對象執法時，也會面臨要採取有彈性抑或威嚇的模式。如果國家管制機關彈性執法，受規範對象也遵守規章，則雙方均受益於相互合作，國家省去執行個別法規而提升行政效能，受規範對象則從機關彈性執法中獲得更大的自主空間。以環境保護為例，政府若要硬性設置污染標準，會因為企業必須花費較多的成本而使規避的誘惑變大，反之若標準寬鬆，過多的污染又對環境保護不周。如果合作關係只有一次，或許背叛信賴關係是獲取最大利益的最佳選擇；但是經常交手會使整個邏輯完全改變，因為它使雙方在某種溝通、討論、互動機制上能夠持續保持合作，只要對方一直保持合作態度；任何欺騙的企圖都會在下次有合作機會時透過不利效果之附加得到懲罰。[688]

因之，從賽局理論獲得啟發是，在合作關係中會發生公私益衝突、透明性、執行力的瑕疵，均在於合作之一方，即使預見到採取不合作策略可能產生不利後果，仍為了私益而選擇不合作。而這些缺陷並非無法經規範調控加以克服。以產品安全法為例，如果擔心受規範對象為了規避高安全檢驗標準而尋逛願意提供低安全檢驗規格的指定驗證機構，那麼可以建立對於拒發合格證明的適當資訊交換系統；如果指定驗證機構終局地拒絕對某產品製造人作成檢驗合格證明，像是已經過事前商談或試驗仍不可能改善產品現況，或產品製造人不欲聽從指定驗證機

686 *M. Buchanan*，葉偉文譯，隱藏的邏輯，2007，頁 165、177。

687 *R. Axelrod*，胡瑋珊譯，合作的競化，2010，頁 193-195。Vgl. *A. Benz*, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: N. Dose/R. Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 301ff; *U. Sacksofsky*, a. a. O. (Fn. 605), §40 Rdn. 48ff.

688 *M. Buchanan*，同註 686，頁 163；*R. Axelrod*，同上註，頁 53 以下。

構的建議與檢驗報告；除了當事人以外，只要沒有人能夠知道產品製造人已經對特定產品提出驗證申請，就幾乎不可能、或只能偶然地揭露產品製造人繼續尋逛的事實。為了避免產品製造人繼續尋找願意提供其檢驗合格證明的指定驗證機構，有必要引進資訊交換系統，使指定驗證機構間實施驗證作業的資訊得以相互交流，一方面防堵產品製造人的尋逛行為，他方面也在市場競爭機制下令指定驗證機構間相互監督，由於驗證過程的透明性受到擔保，如果產品製造人與指定驗證機構還希望繼續在這個交易市場生存，獲得下一次「交手」機會，採取合作策略就會是理性的選擇。[689]

第三款 社會自主管制作為管制策略

管制樣式與承擔的任務類型息息相關。行政法上談管制策略，重點並不是調控的直接性，也不是管制的理論基礎。當目光放在管制革新變遷、國家與社會二元區分上，毋寧是對應國家角色當有管制上的差異。國家以下命手段進行的高權管制、納入自主管制要素的國家管制、受調控的社會自主管制、與純粹的社會自主管制等介於國家公行政與社會私部門間諸種管制樣態與管制邏輯，彼此間並沒有非此即彼，互不相容的扞格性。所以，選擇社會自主管制並不意味著國家高權管制的全然退縮，同樣維持社會高權管制亦不代表全然排除容留社會自主管制的可能性。

既存的管制體制只有限地突顯出策略性的選擇決定，亦即在公法或私法的二元區分理解上，發展出是否適用行政程序、有無行政執行、是否受到公法原理原則拘束、選擇何種救濟途徑、請求權基礎的差異等一系列既存的法制度，但不應用根基於這套二元區分邏輯上的法制度，回過頭否定或排除公私法二元區分下的管制手段選擇。多元管制的策略性發展與形構，部份的特色是防範策略，部份則取向最適化策略，亦即，一方面嘗試避免特定管制形式—尤其是遭遇調控危機批

[689] Vgl. *A. Ch. Thoma*, a. a. O. (Fn. 59), S. 453.

判最甚的高權、下命式管制，他方面也有意識地形構針對管制目標調整的形式。[690] 一旦拉高到管制策略的視野來回顧社會自主管制，可以清楚看到它座落在管制圖譜上、國家高權管制與純粹的社會自主管制之間，其含括的層次從管制可能涉及規範形成前階段的目標設定與自負義務、客觀面向的規範制定層次與規範執行層次、主觀面向的自主管制系統要針對個人或集團、利用的機制是多邊的市場競爭還是單純個人誘導。[691]

要之，當國家在良善治理的領導理念下關照其欲影響的社會進程，管制手段的終極目標即是如何達致良善治理。在國家高權管制之外另闢蹊徑獲得的啟示是，只有關照其他可能的替代手法，並評價對於問題獲得的診斷，管制選擇之決斷才有可能理性地獲致。

第四款 管制策略之模型建構

至於如何選擇適當的管制策略？傅柯的提醒是，不能抽離規範所欲回應的現實問題，因為管制從來不是單向的決斷，而是雙向的策略性互動，是一切在策略、意外、互動、因應、折衝、對抗、批判關係中不斷醞釀、生成、轉折、消亡、蛻變的人文措置、現象、機制，因此繫諸於受規範對象對於指引活動產生的反指引必然影響管制策略的選擇。[692]

程序規範與分析手法之使用（特別是成本效益分析）即是管制選擇決斷應當顧慮的兩個面向。前者聚焦如何擔保決定（結果）的正當性，後者則是如何提升分析（過程）的合理性，這兩者雖然彼此間相互補充的可能性是有限的，但是某種程度上對於決斷貢獻是相互依存的，因為分析工具並沒有預設一個需要透過程

690 Vgl. *G. F. Schuppert*, Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996, S. 655.

691 *M. Eifert*, a. a. O. (Fn. 57), §19 Rdn. 61f, 73f, 80f, 110f.

692 FOUCAULT, *supra* note 239, at 297-299, 312-327 (2007). 江玉林，後藤新平與傅柯的對話—反思臺灣日治初期的殖民警察政治，中研院法學期刊，7 期，2010，頁 70-71。

序來正當化的決斷，相對地，一個以審議式安排的程序也需要論題化、具體化實質核心，而這特別能夠經由分析結果來成就。如果說在憲法解釋上存在所謂「結果取向的憲法解釋」方法，[693]在法政策上同樣也發展出所謂立法結果分析評估（Gesetzfolgenanalyse），作為管制策略擇定的決斷基礎。[694]

所以，從前述社會自主管制的現實場域可以發現，作為回應現實問題所提出的制度性回應，社會自主管制的形構特色具有高度的領域關聯性。即使在產品安全法與建築法中，對於用物安全基本要求的監管上具有可比較性，但是產品安全係以公益為考量，消費者僅是受到產品安全規制享有反射利益之人；相對的，建築法中因為鄰人的地位可得特定，從而建築法上對於起造人的規制不單只有公益維繫的面向，也兼有保護鄰人免於欠缺基本安全要求之起造，可能產生的基本權危殆狀態。

青少年媒體保護與環境保護對於受保護對象的關聯性更為薄弱，因為其抽象的風險或具體危險難以掌握，因果關係難以特定，且損害形式具有本質上的差異，青少年媒體保護較之於其他三個領域的損害幾乎都是非財產上損害（青少年身心發展健康），環境保護雖然可能形成具體損害，但較之於產品安全與建築安全，又具有損害經發生後難以回復、無法填補的特殊性。因此，這當中的差異也彰顯、反映在自主管制機制的設計上。此外，青少年媒體保護法較之於其他三個領域中的獨特性是，一方面受規範對象享有新聞媒體自由高度的制度性保障，他方面在資訊是否有害青少年身心健康，涉及多元價值的主觀判斷，而不若風險認識、判斷具有相對客觀的判斷可能性。

---

693 Vgl. *G. Teubner*, Folgenorientierung, in: ders.(Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 9f; *N. Luhmann*, Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form, in: *G. Teubner(Hrsg.)*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, S. 19ff.

694 Vgl. *C. Böhret/G. Konzendorf*, Moderner Staaat— Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzes-folgenabschätzung, Im Auftrag des Bundesministeriums des Innern und des Innenministeriums Baden-Würtemberg, 2000, S. 6-7.

如果回到社會系統理論的基礎來看待這當中的差異，首先必須回答促成社會系統自主管制之條件性何在。如前述，鑑於社會自律性必須在憲法基本權利框架下運作，法律系統於憲法的放效力下滲透影響社會系統之運作。換言之，社會系統自律性的外部界限在於不侵害社會成員之基本權利—此得由國家保護義務所導出，形成社會自律性的第一個條件；同時，社會系統高度之分殊，國家不再獨佔性地涉入個別次系統，而是同樣作為次級系統受到全社會之影響運作，使傳統國家介入其他次級系統之功能性弱化—此得由補充性原則所導出，構成社會自律性第二個條件；此外，社會構成員本身之逐利性格形成行動與溝通自發性之基礎，得以藉由溝通與行動使社會機能運作，是為社會自律性最重要之條件。

接著必須觀察社會系統中維繫該管制得以自主運作、自我再製之機能如何可能。一個自主開放性之系統並不是自我再製系統，其必須建立在「自己對自身加諸條件化之選擇」，使系統同時保持開放與封閉之特性—在選擇的內容與對象上開放以及在條件化設定上封閉。由於社會自主管制以自願性與公益取向性為兩大主軸，其所建立之系統運作之兩組區分在於「自律／他律」以及「私益與公益耦合／純私益與純公益」。當私人或團體面對法律系統形成外部界限之他律影響，進而使其採取自律之行為以獲取較高之利益；同樣地，私人或團體受系統結構影響選擇私益與公益耦合之行為，勢必由於選取受到排除之行為（純公益）將必須承擔較高之不利益。

這兩組區分之所以得運作並非自在即明之理。毋寧是，前組區分係在法律所形成之影響下，致使社會運作趨向於自律，後組區分則是必須存在超越純私益可獲致之利益的環境壓力才有可能形成公私益耦合之選擇。質言之，規範介入的可能性在於如何構成自主管制所需要之區分，國家（立法者）可能藉由以形成促使社會自主管制之環境（創設環境），或者刺激社會自主管制之活動（條件刺激），使社會進行自主管制，達成公共任務之履行。

是故社會自主管制必須因應不同事務領域而相應不同配套措施。蓋此種環境創設或條件刺激，必須鎖定在每個受觀察之次級系統與全社會互動之條件性，究竟在何種層次上開放，何種層次上封閉。例如在環境保護領域，對於核能反應、廢水處理、基地臺設置可能引起社會不同之迴響，每個假想上、期待上自主管制之私主體亦可能因為自我選擇之條件化不同，而背離規範上所設計之條件化。亦即，因為各個受規制的系統本身具有其固有邏輯，法律系統與該固有邏輯互動的基礎上也必須調整自身的綱要。

綜而觀之，從這些社會自主管制具體實踐場域以及其所欲回應的現實問題，從規範性的視野來看，首先，受規制對象領域的風險程度（外部複雜度）會影響規範密度與規制手法，從而這裡適用導源於基本權保護義務的風險原則，風險程度越高，國家原則上涉入的程度就越大；[695]受規制對象領域的複雜度除了與風險有內生牽連外，法律系統內部的專業知能（內部複雜度）也會造成對於風險認識程度高低。其次，風險本身實現之後的結果回復與補償可能性，因為在社會自主管制中原本承擔管制任務的國家留給私人履行管制任務，其除了擔保管制任務能夠有效履行外，在自主管制失靈的場合也必須重拾國家角色承接私人不良履行的管制任務。如果容留私人自主管制規制領域的風險特性，一旦管制失靈立即會發生無法回復原狀的方式（即使用金錢替代也不足彌補），縱或國家也隨侍監管，但仍不容私人有任何閃失，那麼也構成社會自主管制的事實上界限，特別是能源管制政策中的核能安全或相類似的重大環境污染，由於國家此際無從透過事後填補損害的方式來調整法益侵害，故這裡適用源於基本權保護義務的預防原則（Vorsorgeprinzip）[696]以及補償原則（Kompensationsprinzip）；[697]第三，安全基準

695 這裡因為涉及受保護對象與國家的關係，所以基本出發點是所涉法益的重要性與危害法益的強度與嚴重性。BVerfGE 56, 54(73); *Ch. Starck*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/ders. (Hrsg.), Bonner Grundgesetz Kommentar Band I, 4. Aufl., 1999, Art. 2 Abs. 2 Rdn. 177; Vgl. *I. Richter/G. F. Schuppert/Ch. Bumke*, a. a. O. (Fn. 170), S. 59ff; 中文文獻，參見李建良，論行政裁量之縮減，載：當代公法新論（中），2002，頁 121 以下。

696 Vgl. *F. Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits- Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ

與風險控管必須納入時間性的考量，亦即，受規制對象的風險不是客觀不變的存在，而是與時俱進，並且會因為觀察者的涉入而交互影響，[698]故管制隨著時間軸橫跨初始管制、隨侍管制、市場監管等面向。以產品安全為例，國家將管制的目光放在進入市場的初始管制，但建築安全則將從起造的時點就有國家介入，以及後續的監造、建物驗收、使用執照控管等，單就物之關聯（produktbezogen）就有不同的切入點；但是環境保護與青少年媒體保護就欠缺明顯的物之關聯，因此只能針對人的關聯（personenbezogen）進行調控；[699]此外，還要考慮前述自主管制的自願性與強制性、法律關係究竟要公法或私法安排等，也就是法律系統本身的內部複雜度與化約外部複雜度的強弱。

透過這些關鍵要素的整理，本文擬在前述風險原則與預防原則的規範性軸線上建構高權管制、社會自主管制策略間的運用圖譜。可以確定的是，國家引進私人參與公共任務履行的契機主要是任務過載與知識匱乏，原則上本得透過內包或外包（Auslagerung, out-sourcing）的方式引入私人給付功效；但整合私人給付功效、利用其專業知能的方式不單單只有從國家面發動，也可以促使受規範對象主動尋求經認可單位之參與。國家在風險原則與預防原則的規範作用下，對於高風險的事務領域且損害經發生即不具填補可能性的場域，原則上必須採取高權事前預防管制，國家在此僅容許採取功能民營化之方式，來納用私人專業知識，盡可能在系統內部化約事案的複雜度；在風險程度與複雜度均高時，則運用納入自主

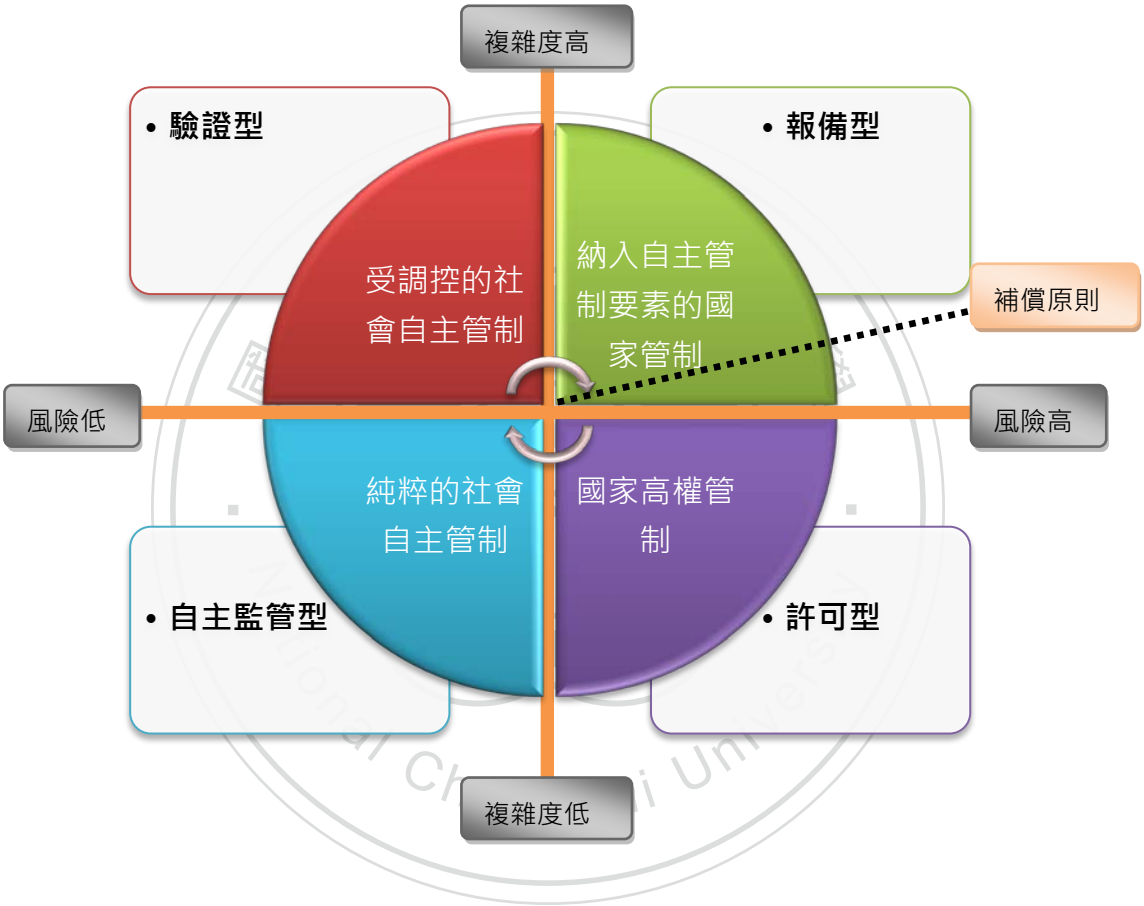
1986 Heft 3, S. 163ff; *U. Di Fabio*, Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: M. D. Kley (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag. Steuerrecht, Steuer und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht, 1997, S. 814ff. 中文部分參見程明修，行政法上之預防原則—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，167 期，2009.4，128-133。

697 Vgl. *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip: Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, 1999.

698 關於時間性與觀察者涉入的哲學與科學基礎，參見 HUBERT L. DREYFUS, BEING-IN-THE-WORLD: A COMMENTARY ON HEIDEGGER'S BEING AND TIME, DIVISION I, 1991; C. Bruce，葉偉文譯，薛丁格的兔子－搞懂量子力學在變什麼把戲，2006。

699 關於物之關聯與人之關聯的管制模型區分，參見 *H. T. Weiß*, a. a. O. (Fn. 293), S. 334ff.

管制要素的國家管制；在風險程度低、複雜度高的場合則利用受調控的自主管制；最後風險程度與複雜度均低時，不妨利用純粹的社會自主管制。亦即，以風險高低與規制對象複雜性決定採用樣式的準繩，並由預防原則與填補原則構成自主管制界限的掣動軸。《圖六》即本文提出之管制策略擇採模型：



《圖六》管制策略選擇模型

惟，參照此模型的同時，必須時時關照受規範領域的社會力強弱。例如應當適用受調控的社會自主管制或納入自主管制要素的國家管制的場合，但現實條件的社會力無法到位，即應當避免將管制任務外包給私人；否則，倘若交由私人履行管制任務必然遭遇不良履行，國家卻仍將管制任務釋出，即有保護不足、違反基本權國家保護義務的疑慮。[700]此時國家為應付自身系統的知能匱乏，只能運用

[700] Vgl. *P. Scholl*, a. a. O. (Fn. 70), S. 324-325.

內包、功能民營化的方式，羅致私人的專業知能任務履行中。

第二節 回顧

第一款 我國法之回顧

借鏡德國法制中具有社會自主管制色彩的法領域，可以清楚看到我國相對應的建築法、商品檢驗法突顯出不同的管制思維。例如我國商品檢驗法採取全面事前許可控管，縱然有受規範對象以外的第三人參與管制任務，但均收編到國家部門的公行政組織中；雖然希冀驗證機構的存在，但其定位嚴重不明，即便原來的主管機關也可以成為驗證機關，從而有驗證機構之名，卻無驗證機構之法律性質，其突顯出政策與立法的矛盾，國家既想減輕任務負擔，卻又不放心私人居於私法主體之地位參與管制任務。又，立法者對於自主管理的理解過於籠統，雖然在諸多專法中可以看到自主管理之期待，但國家在這裡似乎一相情願地希冀私人自主管理，既沒有相對應的激勵、誘導機制，也欠缺國家高權管制的介入選項，與具備公法學意義的受調控自主管制理念向去甚遠；此外，私人檢驗合格證明定性不甚明確，受規範對象縱然從經認可單位處，經歷合於秩序法上要求的程序取得檢驗合格證明，但仍須受到高權機關的規制，事實上將影響受規範對象自主管制的動因，因為尋求私人提供的勞務給付取得的成果，卻仍無法滿足公法上的要求，必須面對國家高權機關再次審查，從國家面來說，高權機關實質上並沒有減輕任務負擔，對受規範對象而言，將不勝檢驗過程之擾。此外，我國仍欠缺一部統一的行政認證法以其行政機關採取自主管制措施的框架規範，使得行政機關得逕依職權發布認證規則，引進經認可單位來完成管制任務，卻缺乏法律上對於經認可單位基於法治國原則與民主國原則的諸多要求。

質言之，從諸行政部門的修法草案與政策方針可以看出，其已經意識到自身專業能力的不足還有長期以來的財政負擔，而尋求私部門協力分擔管制任務負擔。但是，其思維似乎仍停留在過去民營化、瘦身國家的思維，只思考如何將任

務釋出，或者保守地援用功能民營化的組織型態來完成公共任務，而欠缺其他替代方案的考鑑，致使侷限在既有管制策略選擇可能性中，找不到新到思維與刺激。

然而，在食品安全的風暴下，國家已經不是第一次採用要求私人出具檢驗合格證明來對抗國家下架處分，在三年前的三聚氫氨毒奶事件中已經可以看到在受規範對象之外引入公認的第三人驗證機構參與食品安全管制任務。即便如此，在食品安全法修正草案中，立法者仍是在前述期待私人自主管理的出發點上立法，似乎仍沒有意識到社會自主管制作為新型態的管制策略。

這樣的質疑也許會遭遇這樣的質疑：並不是沒有意識到社會自主管制，而是立法者刻意不採取、忽略這樣的立法模式。此說法的出發點通常是質疑臺灣並沒有社會自主管制的現實條件，認為國家容留私人參與管制任務，只是單向減輕管制負擔與卸責的手法。不過，若將焦點放在社會自主管制的現實條件，從而否定其推行可能性，可能剛好落入「反動的修辭」的任何一種類型，[701]例如從悖謬論（perversity thesis）出發，可能認為受調控的社會自主管制將遭遇現實上國家無法調控的境況，知識的複雜與人的限制，從而悖離原本國家試圖藉由社會自主管制來減輕國家管制負擔與強化社會部門的責任意識等期待；若是無效論（futility thesis）的觀點，社會發展自有其邏輯，人類的改革並不會帶來任何的改變，國家採取社會自主管制的策略無法違逆社會的自然進程，臺灣的現況就是人民欠缺管教，國家應當扮演的不是小而美政府，而是大而能國家；危害論（jeopardy thesis）者可能會說，改革雖是良善，並不否認社會自主管制可能達致良善治理的效果，但同時會摧毀其他重要的價值，尤其是自主管制系統立基在團體運作模式時對個人自由權的斲傷。

[701] ALBERT O. HIRSCHMAN, THE RHETORIC OF REACTION: PERVERSITY, FUTILITY, JEOPARDY, 11, 43, 81(1991).

但是，Hirschman也指出，在歷史政策辯證過程中對應反動的修辭也有激進修辭的存在。[702]從管制策略的角度來看，正確的提問與其是關心能否起作用的現實條件，毋寧是有沒有社會自我管制能夠處理的問題？質言之，前述的質疑大多來自對於社會自主管制機制的誤解，國家僅是形式上退出管制任務的履行地位，但實質上仍居於擔保與隨時承接的地位，透過隨侍管制與介入選項調控著社會自主管制的過程，高權管制只是退位到社會自主管制的帷幕之後，只要私人自主管制單位無法有效執行，在不良履行的場合，國家也會站出來接管；此外，在納入自我管制要素的國家管制類型中，國家在形式上並未退出管制任務，而是與社會自主管制的系統雙軌並立，只是經由脈絡調控的手法，驅使私人進行自主管制，倘若私人自願選擇面對國家的傳統高權，並未增加任何其他不利益。

第二款 法政策之建議

在正確認識自主管制理論的系譜類型的前理解上，進入我國是否引進自主管制機制的討論之前，仍有幾點必須重申：（1）決定在哪個階段（初始或隨侍、風險調查或風險決定）引入哪一種型態的自主管制取決於管制對象與國家能力的風險程度與複雜性對應；（2）第三人的利用類型，可以透過資格賦予來創設新類型的職業市場，或援用現行技師法的制度，甚至草擬一部行政認證法，對於組織性的驗證機構規範性的直接監管；（3）決定自我管制系統的型態，亦即單軌、前後階段的協力管制（例如德國產品安全法、免除許可程序的建築管制），或是雙軌、同時階段的併立管制（例如其他建築管制、環境審查人與自我管理機構之設置），會影響到自主管制系統之參與要採取義務性或自願性；（4）對於那些享有主觀公權利之自我管制系統外部第三人，必須採取相應的保障機制來落實基本權國家保護義務與實效性權利保護的要求；（5）由於有管制、指引之處，就會有反動的存在，社會自主管制即使有助於提升設群成員的責任感與自律性，但仍舊會有反動

[702] *Id*,. at 149 (1991).

者的出現衍生新的管制問題，所以國家應當將心力放在失靈的調整機制上。

要之，從德國產品安全法的實務經驗來看，對於我國現行商品檢驗法與處於濫觴階段的一般消費性商品安全法或許有以下幾點省思：

1. 以風險原則作為管制策略選擇依據並區分私人參與階段與型態。在初始管制的場合，依照風險程度高低，風險高的產品維持傳統的許可模式；其餘的風險可以採取報備制或驗證型或兩者混合型。至於風險程度的判斷得由主管機關以高權方式，在規範制定層次納入業界團體與學界專家協力安排。

2. 其次，如果方向上是驅使私人參與管制任務之履行，是否必然不分程度一概將這些私人定位為公權力受託人，仍有討論空間。本文認為在現行產品安全法所稱的驗證機構不宜僅侷限在公權力受託人之可能，一方面正本清源，將現行所稱驗證機構回歸公權力受託人之架構來理解，並新增經國家認可之私人專業驗證單位參與管制任務。一來，如果這裡考量的是國家解除管制任務負擔，採取功能民營化雖然也有助於該目的之達成，但仍須內外部的法律關係均須受到行政程序法相繩，單就制度的彈性運用上仍不及於立法者僅設定框架容留私人驗證單位與受規範對象自主形成來得活用。此外，如果真要整合諸種多樣的產品類型，歐盟與德國法的啟發是，細節交給模組型式，法規僅作框架設定；由模組型式決定哪些符合性評鑑程序、誰可以在什麼階段參與符合性評鑑程序，行政機關只要控管進入市場瞬間有無 CE 標誌即可。在這個意義上方式真的解除進入市場的入口管制，蓋國家機關面對來自四面八方、種類千奇百怪的產品不可能全然禁止其進入市場，透過 CE 標誌的控制與指定驗證機構的協力在初始管制的關卡確保產品的安全性。如果前階段已經交給社會自主管制，則後端就有必要強化市場監督機制與隨侍監管可能性。但仍可能利用納入自主管制要素的國家管制來補充國家部門專業知能與

事案認識界限的不足。

3. 再者，行政機關與自主管制單位雙軌並存或單軌前後接續涉及義務性或自願性自主管制參與之安排。倘若行政機關在市場入口全面棄管，交由經指定的驗證單位來履行，則應搭配義務性的自主管制系統，亦即報驗義務人至少要讓指定驗證機構參與；反之，若驗證機構與高權機關並存，在制度上應區別其法律地位，使報驗義務人在差異的基礎上能夠有較大的選擇可能性。

4. 是故，現行商品檢驗法宜調整驗證制度，將公權力受託人與自主管制中的驗證機構嚴格區分；在風險低的產品類型，放棄事前許可管制代之以純粹的社會自主管制或受調控的自主管制，例如特定產業部門產品只要產品製造人自己的符合性聲明或指定驗證機構參與即可，但這一類的產品就必須受到較嚴格的隨侍管制；在風險中度的產品類型，採取報備制度揉合納入自主管制要素的國家管制，並搭配具備自主管制要素的隨侍管制；在風險程度甚高的產品類型，嚴格把關事前控管與嗣後監控，即使需要納用私人專業知能，也只能採取傳統功能民營化的形式。

其次，針對建築法部分，倘若在我國欲引進社會自主管制，應注意社會自主管制於德國各邦建築法的實踐，係針對那些非供公眾使用且低於一定高度而不具風險的建築物，免除或簡化其許可程序，改採報備制以及經認可單位簽證制度，但同時並存原本建管機關的高權，形成納入自主管制要素的國家管制結構；對於自用住宅的起造人而言，從人性的觀點本來就會因為自用因素而自主嚴格把關建築安全，即使知識不足，也會自行求助私人專家鑑定單位來擔保建築施工品質，所以國家只須將管制心力放在高層建築與供公眾使用等具有公益性的建築管理上面。

惟，建築法不同於產品安全法，初始管制的重要性更甚於市場監督，因為建

築物一旦完工，很難知悉其建造過程中是否已經發生足以致生安全性疑慮之瑕疵，以致於自主管制不良履行經確認時，損害雖非難以回復，但其回復經常所費不貲，因此初始管制與建造過程的隨侍監控更為重要。若再進一步比較，建築風險具體化經常是在建造過程，國家應當在這個階段積極介入來擔保建築安全，而不是在初始管制的部分就將任務攬在身上。換句話說，從建築法第 34 條的結構來看，應當關注的不是設計圖如何規劃（但並不是不重要），而應當是是否按照設計圖的安全要求確實施工。職是，從風險原則與補償原則來看，建築法不宜採取與產品安全法相同的規制模式，縱然引入社會自主管制要素，也僅容許在初始管制針對低風險的自用建築放寬事前管制密度，採取經認可單位驗證制、報備制、擬制許可制，其形式為納入自主管制要素的國家管制類型；但在建照過程中的隨侍管制，則應當國家高權介入，私人參與的型態也僅容許功能民營化；一旦建物驗收完畢，其安全性受到擔保，由於建物除非經內部裝修，否則不可能作大幅度的結構變更，所以在後續的部分可以容許受調控的自主管制，由經認可單位實施安全檢驗，國家單位僅須透過經認可單位間接管制建築物所有權人或使用人；其高權規制的重心應當移轉到改建、修建、增建的許可管制上，而別於現行建築法第 77 條的規範結構。

綜上所述，倘若能夠正確認識社會自主管制作為管制手法的策略性運用空間，理解其與高權管制模式的補充關係而非取代關係，透過德國法自主管制機制落實場域的參照，包括環境法、青少年媒體保護法、建築法、產品安全法、金融法等等，立法者其實可以更積極地使用社會自主管制來回應國家面臨的管制任務過載，而不是消極地否定社會部門自主管制的可能性。

而行政法學對此變遷所應採取的態度，誠如Trute精準揭示：[703]法律關係將成為主要的分析架構，來面對國家、引進規制結構的私人、調控對象間的多邊法律關係，其分析的優勢在於，能夠總體關照經規範性整理的生活事實，並顯現不

[703] *H.-H. Trute*, a. a. O. (Fn. 164), S. 951-952.

同的利益結構，且能作為多邊法律關係的秩序框架。[704]如果將法律關係理解為一個對兩個或數個法主體間權利義務、權限、權能以及負擔持續安排、開放發展的系統，那麼就能看到在這樣規制關聯內，制度之間的交互關係。其顯然能夠作為規制結構概念的規範性框架，並能夠規範性地回饋給在此規制關聯內、功能等價的可替代性範圍內對於個別制度有效性的認識，[705]並將憲法轉換成行政行為的拘束例如適切於規制目標的保護委託、在規制結構中工具積累所生的不利益效果、私人中介性質的國家調控作用的間接形式、公法與私法的共同作用、適切於中介作用的行政行為與行政決定的瑕疵理論，以上均構成傳統法釋義學的挑戰。

要之，社會自主管制作為關鍵概念具有一定的啟發性，使得「私人參與公共任務履行」的型態除了功能民營化概念下的行政助手、受私法契約羅致之私人與公權力受託人外，多了一種新的可能性。其有別於傳統行政法釋義學，必須限於組織法與作用法的拘束，一方面納入國家部門欠缺的專業知能，他方面也能保持彈性，成為國家利用私人資源的選擇項之一。由於其法律關係形貌的多樣化，無法以傳統行政行為形式理論加以掌握，原本居於補充地位的行政法律關係理論從而居於要津。只是，進一步要回應的問題是，像是私人作成決定的規範依據規範效力與正當性基礎（規範制定與依「法」「行政」）、作成決定本身的認識過程（不確定法律概念與裁量餘地）、決定本身的拘束效力（主觀範圍與客觀範圍）、對於決定不服的救濟可能性都有待進一步的發展與開拓。上述規制結構的類型學給予公法的啟示是，共通福祉能夠由國家調控與私人自主管制不同形構的安排來達成，透過類型學的幫助來掌握國家自力履行與私人自主管制純粹公益取向的框架

---

704 Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, 533 (540); *F. Schoch*, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.)*, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 199, 211ff.

705 對於法律關係進一步的理解包含實體法、程序法與組織法的面向，此外，也不侷限在行政法律關係，還兼及私法關係。*F. Schoch*, ebenda, S. 241f; 在此範圍內法律關係乃是分析框架，其中個別行動者、制度與行為手段間多樣的作用關係、替代關係、補充關係、承接關係可以清楚地掌握。

責任間光譜的多樣性。

第三節 展望

社會複雜性的開展也如同熱力學第二定律般，世界的亂度終究趨向不可逆，面對環境的不可逆變動，法律系統在其固有二元符碼的架構下，必須對於社會總體全貌（Komplexe）及其衍生的問題提出法／不法邏輯運作下規範性的回應。這樣的回應一方面展現在社會管制需求的提升上，另一方面也促成國家管制任務的肥大化。但隨著管制需求的提升與管制任務的擴大也突顯出法律系統本身對於社會調控的界限，這條界限在一波質疑國家調控能力與法律作為調控媒介的探討中一直游移變動。一邊認為正是國家管得不夠才造成這種問題境況，另一邊則堅稱正是國家管得太多使得問題越變越複雜。

管制任務高度指涉共通福祉與秩序法的要求，秩序法次領域的環境法、建築法、產品安全法與青少年媒體保護法都關連到一個對於「安全社會」的圖像。從人民的角度來看，有人希望國家解除管制獲取更大的自由，卻也有人希冀國家能夠做得更多來實現國家的安全委託。所以，解除管制必然面臨私人、國家、私人間的多邊法律關係衝突與調和。為了適切調和多邊法律關係衝突，公法學上的社會自主管制必然有別於純粹的社會自主管制，需要受到再一次的規制，即受調控的社會自主管制。國家並非全然從管制任務領域中撤退，而是將履行責任的位置留給私人，國家仍舊承擔擔保責任，必須擔保自主管制制度得以有效運行；對於具體管制任務如何履行留給私人有較大的形成空間，國家僅設置一定框架來擔保這個形成空間不違反來自於憲法上的誡命。

社會自主管制的理想方向指出了如何達成更好、更有效的調控，帶有一種效益主義式的思考，在管制策略的運用下，原本管制對象翻轉原本受支配的地位，能夠主動參與管制活動，進而有助於管制目的之達成。國家利用社會自主管制不僅得解除管制任務負擔，也能夠驅使社會部門的自主意識來完成公共任務，以俾

更適切地分工實現共通福祉。因此，在社會自主管制的現實條件面上，如果社會部門已經有足夠的經驗與能力，社會自主管制不僅是國家實現管制目的容許的選擇手段，更應當積極地將管制任務留給社會部門；倘若欠缺這樣的現實條件，一旦國家遭遇知能匱乏，也不宜消極地逕以問題現實性來迴避規範可能性，正確的態度毋寧是國家在這裡能夠創造什麼樣的框架條件，使私人願意參與管制任務、甚至促成自主管制。尤其是臺灣不若歐陸或英美悠久的市民社會傳統與厚實的社會自我組織力，國家在此扮演社會自主管制的推手角色更為重大，同時擔保責任也會更為顯著。

但在自由民主憲政秩序架構的國家圖像中，所有價值都必須收納到憲法秩序中。為了達成更好、更有效的調控目的，形成諸種管制策略與手法，除了傳統下命式管制外，還有激勵式、學習式、說服式、程序化的程式手法得以交錯運用，其目標只有一個，如何適切地回應來自社會部門的問題，在問題解決取向的引導下又不脫逸於憲法秩序的要求。國家居於管制主體與人民居於管制對象、但同時人民又是基本權主體與國家是基本權對象的互為主體性觀察下，傅柯的治理性在憲法秩序中找到新的施力點：讓社會部門自主管制、自我形成一方面確認基本權主體地位，但又在框架設定中引導人民自我規訓、自我臣服，國家不再是對於管制事務事必親躬的君父，而是扮演船長與牧羊人的角色給予指引；只是這樣的指引又必須遭遇反指引，而基本權正是支持反指引的有利制度。於是國家權力與人民權利一方面受到來自對手方的規訓、他方面也自我規訓，而憲法基本權恰好成為使這雙重規訓成為可能的結構性要素。

參考文獻

(一) 中文部份：專書論文

Axelrod, Robert，胡瑋珊譯，合作的競化，2010。

Beck, Ulrich，汪浩譯，風險社會，2004。

Buchanan, Mark，葉偉文譯，隱藏的邏輯，2007。

Fligstein, Neil，鄭力軒譯，市場的構造—21 世紀資本主義社會的經濟社會學，2007。

Foucault, Michel，錢翰譯，必須保衛社會—1976 年法蘭西學院演講系列，1999。

Hart, Herbert Lionel Adolphus，許家馨、李冠宜譯，法律的概念，2003。

Kneer, Georg/Nassehi, Armin，魯貴顯譯，盧曼社會系統理論導引，1999。

Luhmann, Niklas，湯志傑、魯貴顯譯，生態溝通：現代社會能應付生態危害嗎？2001。

Stone, Deborah，朱道凱譯，政策弔詭—政治決策的藝術，2007。

Waldrop, Mitchell，齊若蘭譯，複雜—走在秩序與混沌邊緣，2 版，2004。

Ziekow, Jan，詹鎮榮譯，公私協力在德國憲法與行政法上之挑戰與發展，載：全球化下之行政管制，2011，頁 235-261。

阿諾‧伯斯特，瞿德瑜譯，歐洲中古生活形態：百篇精選史料導讀（上），2011。

阿諾‧伯斯特，瞿德瑜譯，歐洲中古生活形態：百篇精選史料導讀（下），2011。

薩瓦斯，黃煜文譯，民營化歷程—公部門‧非營利‧企業的夥伴雙贏之道，2005。

史蒂文．謝平／賽門．夏佛利，蔡佩君譯，維坦與空氣泵浦：霍布斯、波以耳與實驗生活，2006。

左峻德、黃兆仁、吳瑾瑜等，我國商品檢驗制度改革之探討，臺灣經濟研究院，2006。

江玉林，法律、權力與共通福祉—從 SARS 防制及紓困暫行條例談起，載：公衛風險的法律建構，2007，頁 59-97。

----------憲政國家的權力建築學—從傅柯與厄斯特萊希對於規訓的解讀談起，載：現代性的政治反思，2007，頁 333-358。

----------歐洲近代初期的「博理警察」與「警察學」，載：法文化研究—繼受與後繼受時代的基礎法學，2011，頁 165-179。

吳　庚，行政法之理論與實用，10 版，2008。

李建良，論環境標章制度之法律問題，載：行政法爭議問題研究（下），2001，頁 1523-1544。

----------論行政裁量之縮減，載：當代公法新論（中），2002，頁 109-153。

----------基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐（一），2003，頁 55-101。

----------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），2 版，2007，頁 1-57。

----------基本權利與國家保護義務，載：憲法理論與實踐（二），2 版，2007，頁 59-125。

----------論立法裁量之憲法基礎理論，載：憲法理論與實踐（二），2 版，2007，頁 299-414。

李翰宇，行政法上自主管制之研究，國立臺北大學法律學系碩士論文，2010。

林佳和，勞動關係去管制的憲法界限—德國法為中心之國家學嘗試，國立臺灣大學法律學系博士論文，2005。

----------公私協力在勞動法上之理論與實踐，載：全球化下之行政管制，2011，頁 435-478。

林明鏘，建築管理法制基本問題之研究，載：營建法學研究，2006，頁 5-53。

----------歐盟行政法：德國行政法總論之變革，2009。

----------擔保國家與擔保行政法—從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色，載：政治思潮與國家法學，2010，頁 577-598。

許宗力，論法律保留原則，載：法與國家權力，2 版，1993，頁 179-195。

----------論行政任務的民營化，載：法與國家權力（二），2007，頁 425-459。

邱聯恭，程序利益保護論，2005。

陳　敏，行政法總論，6 版，2009。

陳愛娥，德國行政法學的新發展，載：行政契約之法理／各國行政法學發展方向 2009，頁 161-189。

陳櫻琴，管制革新之法律基礎與政策調適，載：管制革新，2001，頁 1-67。

陳慈陽，環境法各論（一）合作原則之具體化—環境受託組織法制化之研究，2006。

程明修，非形式化行政行為—經濟行政法上之「自我限制協定」，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 225-235。

----------公私協力之行政行為，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 237-269。

----------行政行為形式選擇自由—以公私協力行為為例，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 271- 326。

----------私人履行行政任務時之法律地位，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 423-435。

----------「根據私法契約羅致之私人」之國家賠償責任，載：行政法之行為與法律關係理論，2005，頁 437-446。

黃舒芃，法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵，載：民主國家的憲法及其守護者，2009，頁 8-53。

黃俊凱，環境行政之時效性確保，國立政治大學碩士論文，1999。

詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，載：民營化法與管制革新，2005，頁 1-40。

----------民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐，載：民營化法與管制革新，2005，頁 103-142。

----------德國法中「社會自主管制」機制初探，載：民營化法與管制革新，2005，頁 143-179。

----------國家任務，載：民營化法與管制革新，2005，頁 265-272。

----------補充性原則，載：民營化法與管制革新，2005，頁 281-283。

趙相文，行業自治作為我國行政任務民營化之方法－以證券市場自律機制為例，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005。

廖義銘，產業自律性管制，2005。

蔡志揚，建築結構安全與國家管制義務，2007。

蔡宗珍譯，許可快滋生反應器核電廠案，載：德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），1999，頁 523-589。

劉家嘉，台灣環境法制自主管制之研究，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，2009。

(二) 中文部份：期刊

Alexy, Robert，程明修譯，作為主觀權利與客觀規範之基本權，憲政時代，24 卷 4 期，1999.4，頁 83-98。

王泰升，台灣法律史：第一講 土地、人民、法律與歷史，月旦法學教室，13 期，2003.10，頁 105-114。

王毓正，論國家環境保護任務之私化，月旦法學雜誌，104 期，2004.1，頁 165-186。

劭軒磊，作為研究方法的系譜學，政治科學論叢，34 期，2007.12，頁 151-174。

林三欽，將「專業簽證」納入「行政管制體系」後之國家責任問題—以建築簽證為例，月旦法學雜誌，151 期，2007.12，頁 19-29。

林明鏘，同業公會與經濟自律－評大法官及行政法院相關解釋與判決，臺北大學法學論叢，71 期，2009.9，頁 41-79。

翁岳生，行政法，2006。

許宗力，基本權的功能，月旦法學教室，2 期，2002.12，頁 72-80。

----------基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，2003.7，頁 64-73。

陳愛娥，行政行為形式─行政任務─行政調控──德國行政法總論改革的軌跡，月旦法學雜誌，120 期，2005.5，頁 9-18。

程明修，契約自由與國家保護義務，憲政時代，30 卷 2 期，2004.10，頁 195-228。

----------行政法上之預防原則—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，167 期，2009.4，128-133。

黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，2005.5，頁 184-185。

詹鎮榮，變遷中之行政組織法—從「組織形式選擇自由」到「組織最適誡命」，中研院法學期刊，6 期，2010.3，頁 1-60。

董保城，行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究，台灣本土法學雜誌，51 期，2003.10，頁 150-157。

葉俊榮，出賣環境權：從五輕設廠的十五億「回饋基金」談起，行政院國科會研究彙刊，2 卷 1 期，1992，頁 17-34。

劉孔中，「社會管制」？以「通訊傳播管理法」草案為例，全國律師，12 卷 7 期，2008.7，頁 120-137。

CE 標示指令概述及歐聯產品責任制度，檢驗雜誌，35 卷 8 期，1996.8，頁 41-53。

(三) 日文部份

原田大樹，自主規制の公法學的研究，有斐閣出版，2007。

山本隆司，工業製品 の安全性に関する非集権的な公益實現の法構造－ドイツ法•ヨーロツパ法場合，ジュリシト，No. 1245，2003.6，頁 65-81。

(四) 英文部份

AMAN, ALFRED C., THE DEMOCRACY DEFICIT, New York (2004).

FOUCAULT, MICHEL, SECURITY, TERRITORY, POPULATION. LECTURES AT THE COLLÈGE DE FRANCE 1977-1978, New York (2007).

FOUCAULT, MICHEL, THE BIRTH OF BIOPOLITICS. LECTURES AT THE COLLÈGE DE FRANCE 1978-1979, New York (2008).

Freeman, Jody, *Private parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 Admin. L. Rev. 813-858 (2000).

Gordon, Colin, *Governmental Rationality: an Introduction*, in: BURCHELL, GRAHAM/GORDON, COLIN/MILLER, PETER (ED.), THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY, Lodon 1-51(1991).

Graham, Cosmo, *Self-Regulation*, in: RICHARDSON, GENEVRA/GENN, HAZEL (ED.), ADMINISTRATIVE LAW & GOVERNMENT ACTION, Oxford 189-209 (1994).

HIRSCHMAN, ALBERT O., THE RHETORIC OF REACTION: PERVERSITY, FUTILITY, JEOPARDY, Massachusett 1991.

JESSOP, BOB, THE FUTURE OF CAPITALIST STATE, Oxford (2002).

Mouffe, Chantal, *Hegemony and Ideology in Gramsci*, in: MOUFFE, CHANTAL (ED.), GRAMSCI AND MARXIST THEORY, London (1979).

PHILIPPE NONET/PHILIP SELZNICK, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION, London (2001).

Smart, Barry, *The Politics of Truth and the Problem of Hegemony*, in: SMART, BARRY (ED.), MICHEL FOUCAULT: CRITICAL ASSESSMENT, vol. 3, London (1994).

Tirard, Manuel, *Privatization and Public Law Values: A View from France*, Indiana Journal of Global Legal Studies 15:1, 285-304 (2008).

(五) 德文部份

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 1994.

*Baer,Susanne,*Verwaltungsaufgaben, in: Hoffmann-Riem, Wolf-

gang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR I, München 2006, §11.

Bauer, Hartmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S. 243-280.

Becker, Florian, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen 2005.

Benz, Arthur, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 297-328.

Blanke, Bernhard/Lamping, Wolfram/Schridde, Henning/Plaß, Stefan, Aktivierender Staat — aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt, Hannover 2001.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen 1976.

ders., Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band ll, 3. Aufl., Heidelberg 2004, §24.

Bogumil, Jörg, Verwaltungsmodernisierung und aktivierender Staat, in: Perspektiven des demokratischen Sozialismus, Heft 1/2002, S. 43-65

Bosch, Dorit, Die „Regulierte Selbstregulierung“ im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Frankfurt a. M. 2006.

Böhret, Carl/Konzendorf, Götz, Moderner Staaat— Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Im Auftrag des Bundesministeriums des Innern und des Innenministeriums Baden-Würtemberg, 2000.

Botzem, Sebastian, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion – Steuerung und Selbstregulierung unter den Bedingungen fortschreitender Inernationalisierung, Berlin 2002.

Brand, Jürgen, Arbeitsrecht: Gesellschaftliche Selbstregulierung in der Welt der Arbeit des 19. Jahrhunderts, oder: Im Westen nichts Neues, in: Collin, Peter/Bender, Gerd/Ruppert, Stefan/Seckelmann, Margrit/Stolleis Michael(Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen, Frankfurt a. M. 2011, S. 231-252.

Brugger, Winfried, Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht, in: Murswiek, Dietrich/Storost, Ulrich/ Wolff, Heinrich A. (Hrsg.), Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, S. 45-72.

Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas, Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010.

Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, Tübingen 1999.

ders., Kommunalrecht, 3. Aufl., München 2010.

Calliess, Christian, Inhalt, Dogmatik und Grenzen der Selbstregulierung im Medienrecht, AfP 2002, S. 465-474.

ders., Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 761 (2006), S. 321-372.

Calliess, Gralf-Peter, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.

Collin, Peter, Einleitung: „ Gesellschaftliche Selbstregulierung“ und „Regulierte Selbstregulierung“ – ertragreiche Analysekategorien für eine (rechts-)historische Perspektive?, in: ders./Bender, Gerd/Ruppert, Stefan/Seckelmann, Margrit/Stolleis Michael(Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen, Frankfurt a. M. 2011.

Cremer, Hans-Joachim, Regulierung und Freiheit, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, §5.

Damrau, Jan, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht: Eine rechtsökonomische Analyse der Normsetzung der deutschen Börsen und ihrer Träger, Dissertation Göttingen 2003.

Depenheuer, Otto, Der Gedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: Huber, Peter Michael (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Berlin 1999, S. 17-36.

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.

Di Fabio, Udo, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994.

*ders.,*Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235-277.

*ders.,*Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 52 (1997), S. 969-974.

ders., Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley, Max Dietrich (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag. Steuer-
recht, Steuer und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Um weltrecht, Köln 1997, S. 807-838.

*ders.,*Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich: Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, Berlin

1998, S. 119-132.

ders.,Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, in: Huber, Peter Michael (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Berlin 1999, S. 37-52.

Dose, Nicolai/König, Klaus, Instrumenten- und Formenwandel der eingreifenden Verwaltung, in: *Lenk, Klaus/Prätorius, Rainer (Hrsg.)*, Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit, Baden-Baden 1998, S. 94-124.

ders./Voigt, Rüdiger, Kooperatives Recht: Norm und Praxis, in: ders. (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 11-39.

Engel, Christoph, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), S. 23-52.

Eifert, Martin, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 137-157.

ders., Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR I, München 2006, § 19.

Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens, Der überforderte Staat, Baden-Baden 1994.

Fach,Wolfgang, Staatskörperkultur: Ein Traktat über den „schlanken Staat“, in: U. Bröckling/S. Krasmann/Th. Lemke (Hrsg.), Gouvernementalität der Gegenwart, Frankfurt a. M. 2000, S. 110-130.

Faucault, Michel, Geschichte der Gouvernementalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, Frankfurt a. M. 2004.

ders.,Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik, Frankfurt a. M. 2004.

ders.,Analytik der Macht, Frankfurt a. M. 2005.

ders.,Strukturalismus und Poststrukturalismus, in: Defert, Daniel/Ewald, François(Hrsg.), Michel Foucault: Schriften VI 1980-1988. *Dits et écrits*, Frankfurt a. M. 2005, S. 521-555.

Fehling, Michael, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hill, Hermann (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006, S. 91-111.

Fehling, Michael/Ruffert, Matthias(Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010.

Finckh, Andreas, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System: Die Verpackungsverordnung als Instrument staatlicher Steuerung, Baden-Baden 1998.

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10. Aufl., München 1973

國立政治大學 National Chengchi University

Franzius, Claudio, Regieren durch „besseren“ Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, in: Bruha, Thomas/Nowak, Carsten (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, Baden-Baden 2003, S. 155-174.

ders.,Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003), S. 504ff.

ders., Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR I, München 2006, § 4.

Frenz, Walter, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Tübingen 2001.

Geiß, Joachim/Doll, Wolfgang, Geräte- und Produktsicherheitsgesetz – Kommentar und Vorschriftensammlung, Stuttgart 2005.

Gertenbach, Lars , Die Kultivierung des Marktes, 2. Aufl., Berlin 2008.

Gesmann-Nuissl, Dagmar/Strübbe, Kai, Privatrechtliche Kontrollmechanismen im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung – Ein Beitrag zur Neugestaltung des Aufsichtssystems im Produktsicherheitsrecht, DÖV 2007, S. 1046-1054.

Gramm, Christof, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.

Grimm, Dieter, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders.(Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 291-306.

ders., Staatsaufgaben — eine Bilanz, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 613-646.

ders., Das staatliche Gewaltmonopol, in: Heitmeyer, Wilhelm/Hagan, John, Internationales Handbuch der Gewaltforschung, Wiesbaden 2002, S. 1297-1313.

Gusy, Christoph, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: ders.(Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 330-351.

Günther, Klaus, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 51-68.

Heintzen, Markus, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220-260.

Hendler, Reinhard, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der industriegesellschaft, Köln u. a. 1984.

Hofer, Sibylle,Die Diskussion um den Begriff „Privat-Autonomie“ in den ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Collin, Peter/Bender, Gerd/Ruppert, Stefan/Seckelmann, Margrit/Stolleis, Michael (Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansrüchen, 2011, S. 63-84.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen — Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261-336.

ders., Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: ders./ Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, Baden-Baden 1996, S. 9-30.

ders., Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433-442.

ders.,Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ders. (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395.

ders.,Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S.11-57.

ders., Verwaltungsrecht in der informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard(Hrsg.), Verwaltungsrecht in der informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 9-58.

Höffe, Otfried, Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip, in: Nörr, Knut Wolfgang/Oppermann, Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 49-67.

Holoubek, Michael/Potacs, Michael(Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I, 2. Aufl., Wien 2007.

Huber, Peter Michael, Überwachung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR III, München 2009, § 45

Isensee, Josef, Das Grundrechte auf Sicherheit : Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates,Berlin 1983.

ders., Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band lll, 2. Aufl., Heidelberg 1996, §57.

ders., Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen, in: Blickle, Peter/Hüglin, Thomas O./Wyduckel, Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches

Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Rechtstheorie, Beiheft 20, 2002, S. 192-177.

Jarass, Hans Dieter, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR (110), 1985, S. 363-397.

Jessop, Bob, Veränderte Staatlichkeit – Veränderungen von Staatlichkeit und Staatsprojekten, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 43-73.

Jestaedt, Matthias, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, S. 649-653.

John-Koch, Monika, Organoisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, Berlin 2005.

Kahl, Wolfgang, Die Staatsaufsicht: Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, Tübingen 2000.

ders., Die rechtliche Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, Jura 2002, S. 721-729.

Kant, Immanuel, Kritik der praktischen Vernunft Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VII, Frankfurt a. M. 1974.

Kaufmann, Franz-Xaver, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, JBRSOZ 13, 1988, S. 65-108.

ders.,Diskurse über Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 15-41.

Kämmerer, Jörn Axel, Privatisierung: Typologie - Determinanten - Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001

Klement, Jan Henrik, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.

Kloepfer, Michael, Instrumente des Technikrechts, in: Schulte, Martin/Schröder, Rainer (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 151-199.

Kluth, Winfried, Funktionale Selbstverwaltung: verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997.

Koch, Hans-Joachim, (Verfahrens-)Privatisierung im öffentlichen Baurecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, Baden-Baden 1996, S. 170-187.

König, Klaus/Füchtner, Natascha, "Schlanker Staat" – eine Agenda der Verwaltungs-

modernisierung im Bund, Baden-Baden 2000.

ders./Dose, Nicolai, Klassifikationsansätze zum staatlichen Handeln, in: ders. (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, Köln u. a. 1993.

Kriele, Martin, Einführung in die Staatslehre, Aufl. 6., Stuttgart; Berlin; Köln 2003

Krings, Günter, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts, Berlin 2003.

Lamping, Wolfram /Schridde, Henning/Plaß, Stefan/Blanke, Bernhard, Der aktivierende Staat — Positionen, Begriffe, Strategien, Bonn 2002.

Larenz, Karl/Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.

Leisner, Walter, Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich: Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, Berlin 1998, S. 151-161.

Lemke, Thomas, Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität, Hamburg 1997.

Link, Heinz-Christoph, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 7-49.

Luhmann, Niklas, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1981.

ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1995.

ders., Evolution des Rechts, in: *ders.* (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1999, S. 11-34.

ders., Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1999, S. 374-418.

ders. Selbstreflexion des Rechtssystem: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1999, S. 419-450.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., München 2009.

May, Stefan, Sicherheit – Prävention – neue Risiken: zum Wandel moderner Staatlichkeit und ihrer rechtlichen Handlungsformen, vorgänge Heft 2/2007, S. 92-109.

Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz Wilhelm, Gesellschaftliche Selbstregelung und politi-

sche Steuerung, Frankfurt a. M. 1995.

Michael, Lothar, Formen- und Instrumentenmix, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, 2007, §41.

Mehde, Veith, Phänomene der Entstaatlichung, in: Klesczewski, Siethelm/Müller, Steffi/Neuhaus, Frank (Hrsg.), Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung, Paderborn 2008, S. 21-37.

Nell, Martin W., Beurteilungsspielraum zugunsten Privater: die Übertragung der herkömmlichen Rechtsfigur auf das Verfahren regulierter Selbstregulierung im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) zugunsten von Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle (EFS), Berlin 2010.

Nesemann, Urte, Gerichtsvollzieher in Vergangenheit und Zukunft, ZZP 2006, S. 87-108

Heister-Neumann, Elisabeth, Die Reform des Gerichtsvollzieherwesens - eine Bestandsaufnahme, ZRP 2007, S. 140-143.

Oestreich, Gerhard, Geist und Gestalt des frühmodernen Staates: ausgewälte Aufsätze, Berlin 1969.

Ossenbühl, Fritz, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29(1971), S. 138-202.

ders., Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits- Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986 Heft 3, S. 161-168.

Peine, Franz-Joseph, Gerätesicherheitsrecht, in: *Schulte, Martin/Schröder, Rainer*, Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 405-451.

*Pilz,Stefan,*Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens, DÖV 2009, S. 102-109

Preuß, Ulrich K., Risikovorsorge als Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 523-552.

Reinhald, Wolfgang, Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 3. Aufl., München 2002.

Richter, Ingo/ Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian, Casebook Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 2000.

Ritter, Ernst-Hasso, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 69-111.

ders., Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung um Ordnungs-

und Planungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ders. (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 207-248.

Röhl, Hans Christian, Akkreditierung und Zertifizierung im Produksicherheitsrecht, Berlin u.a. 2000.

ders., Konformitätsbewertung im Europäischen Produktsicherheitsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schöndorf-Haubold, Bettina (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, Tübingen 2005, S. 153-180.

Ruge, Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State : zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin 2004.

Rupp, Hans-Heinrich, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Bauer, Hartmut/ Insensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, §31.

Sachs, Michael, Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2008.

Sacksofsky, Ulte, Anreiz, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR II, München 2007, §40.

Scheel, Kurt-Christian, "Benannte Stellen": Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBl. 1999, S. 442-448.

Scherzberg, Arno, Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?, Berlin 2003.

ders., Der private Gutachter im Umweltschutz, NVwZ 2006, S. 377-385.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Selmer, Peter/Ingo von Münch, Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 251-264.

ders., Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, S. 533-541.

ders., Regulierte Selbstregulierung und verwaltungsrechtliche Systembildung, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 253-271.

ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.

Schmidt-Jortzig, Edzard, Verfassungsmäßige und soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung im modernen Industriestaat, DVBl. 1980, S. 1ff

ders., Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzip nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569-2573.

Schmidt-Preuß, Matthias, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160-227.

ders., Private technische Regelwerke – Rechtliche und politische Fragen, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich: Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, Berlin 1998, S. 89-101.

ders., Selbstregulierung im Bauordnungsrecht – Das Modell Sachsen, in: Bauer, Hartmut/Breuer, Rüdiger/Degenhart, Christoph/Oldiges, Martin (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 585-601.

ders., Selbstregulierung und Privatisierung in der Abfallpolitik, Köln 2001.

ders., Funktionsbedingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung – Zur Recyclingzuständigkeit eines dualen Systems, DVBl. 2001, S. 1095ff.

ders., Rechtliche Rahmenbegingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Heidelberg 2005, S. 19-43.

Schmoeckel, Mathias, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Tübingen 2008.

Schoch, Friedrich, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962-976.

ders., Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 199-244

Scholl, Patrick, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2005.

Schröder, Rainer, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007.

Schulz-Fielitz, Helmuth, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung — Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11-47.

ders., Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GVwR I, München 2006, §12.

ders., Technik und Umweltrecht, in: Schulte, Martin/Schröder, Rainer (Hrsg.), Handbuch desTechnikrechts, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 499ff.

Schulz, Wolfgang/Held,Thorsten, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens : im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, Hans-Bredow-Institut für Medienforschung: Hamburg, 2002.

Schulz, Wolfgang, Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 101-122.

ders., Demokratie und Selbstregulation – Geschichte, Möglichkeit und Grenzen, in: Büttner, Christian/von Gottberg, Joachim, Staatliche Kontrolle und selbstregulative Steuerung: Demokratische Willensbildung am Beispiel des Jugendmedienschutzes, Frankfurt a. M. 2002, S. 55-64.

Schuppert, Gunnar Folke, Selbststeuerung, Selbstorganisation-zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, AöR 1989, S. 127-148.

ders., Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, kommunale Gebietskörperschaften und Private, in: Ipsen, Jörg (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Köln 1994, S. 17-36.

ders., Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: *Grimm, Dieter (Hrsg.)*, Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 647-684.

ders., Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung, in: ders./Sontheimer, Kurt, Rückzug des Staates?, Köln 1996, S. 33-58.

ders., Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415-447.

ders., Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, in: Gusy, Christoph (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Baden-Baden 1998, S. 103ff.

ders., Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht, in: *ders.* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 299-329.

ders., Verwaltungswissenschaft : Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000.

ders., Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 201-252.

ders., Was ist und wozu Governance*?*, Die Verwaltung 40 (2007), 463-511.

ders., Der Gewährleistungsstaat: zum Wandel der Staatlichkeit im Spiegel sich wandelnder Staatsbilder, vorgänge Heft 2/2008, S. 14-25.

ders., Staat als Prozess, Frankfurt a. M. 2010.

Seckelmann, Margrit, Recht in der Industriellen Revolution: Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich, 1871-1914, Frankfurt a. M. 2006.

Seidel, Achim, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, München 2000.

Simon, Thomas, "Gute Policey". Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt a. M. 2004.

Sontheimer, Kurt, Rückzug des Staates?, in: Schuppert, Gunnar Folke/Sontheimer, Kurt, Rückzug des Staates?, Köln 1996, S. 14-32.

Sponer, Wolf-Uwe, Länderreport: Sachsen, Landes- und Kommunalverwaltung (LKW) 2002, S. 315-319.

Stoll, Peter-Tobias, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, Tübingen 2003.

Stolleis Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band I, München 1988.

Stolleis, Michael, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt a. M. 1990.

Stüer, Bernhard, Rechts- und Anwendungsprobleme der neuen Bauordnung NW, DVBl. 1996, S. 24-27.

Teubner, Gunter, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13-59,

ders./Wille, Helmut, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1984), Heft 1, S. 4-35.

ders., Verrechtlichung – Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler, Friedrich (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Frankfurt a. M. 1985

ders., Die Episteme des Rechts — Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 115-153.

Theisen, Olaf, Private Selbstregulierung und staatliche Monopolkontrolle : dargestellt am beispiel der "IVW informationsgemeinschaft zur feststellung der verbreitung von werbetragern e. V.", Dissertaton Koblenz 2005.

Thoma, Anselm Christian, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, Berlin 2008.

Trute, Hans-Heinrich, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950-964.

ders., Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen, Baden-Baden 1996, S. 167-224.

ders., Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 13-46.

ders., Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert, Gunnar Folke/ Neidhardt, Friedhelm(Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 329-347.

Unruh, Peter, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berllin 1996.

Vec, Miloš, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution: Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung, Frankfurt a. M. 2006.

ders., Kurze Geschichte des Technikrechts, in: Schulte, Martin/Schröder, Rainer (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 3-92.

Voigt, Rüdiger, Politik und Recht Beiträge zur Rechtspolitologie, 3. Aufl., Bochum 1993.

Voßkuhle, Andreas, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat : Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 47-90.

ders., Das Kompensationsprinzip: Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.

ders., „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsreform – Eine kritische Bestandsaufnahme, VerwArch. 92(2001), S. 184-215.

ders., „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, S. 197-200.

ders., Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62(2003), S. 266-328.

ders., Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band ll, 3. Aufl., Heidelberg 2005, §43.

ders.,Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, München 2006, §1.

Wahl, Rainer, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens(Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder eine Herausforderung, Baden-Baden 1990, S. 29-53.

Weinreich, Dirk, Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, Frankfurt a. M. 1995.

Weiß, Holger Tobias, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, Baden-Baden 2007.

Weiß, Wolfgang, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002.

Wiethölter, Rudolf, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Gessner, Volkmar/Winter, Gerd (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, JBRSOZ Band VIII, Opladen 1982, S. 38-59.

Windmann, Jörg, Gewerbeaufsicht im 21. Jahrhundert: Aufsichtsrecht und Aufsichtshandeln im Arbeits-, Umwelt- und Verbraucherschutzrech, Kasel 2008.

ders.,Privatrechtliche Kontrollmechanismen im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DÖV 2008, S. 948-954.

Wissmann, Hinnerk, Generalklauseln: Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, Tübingen 2008.

Witt, Inken, Regulierte Selbstregulierung am Beispiel des Jugendmedienschutzstaatsvertrages, Baden-Baden 2007.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht Band III, 5. Aufl., München 2004.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010.

Wulsdorf, Helge, Umweltethik, Gerechtigkeit und verbandliche Selbstregulierung, Paderborn u.a. 1998.

Willke, Helmut, Systemtheorie entwickelter Gesellschaften: Dymatik und Riskanz moderner gesellschaftlicher Selbstorganisation,München 1989.

ders., Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht, in: *Grimm, Dieter (Hrsg.),* Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994 = Frankfurt a. M. 1996, S. 685-712.

ders., Systemtheorie III: Steuerungstheorie, 3. Aufl., Stuttgart 2001.

Ziekow, Jan, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wissenschaftliches Gutachten erstattet für das Bundesministerium des Innern, Speyer 2001.

ders. , Neue Entwicklungstendenzen im Verhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in:Jong Hyun Seok/ders. (Hrsg.), Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben: Vorträge auf dem koreanisch-deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich vom 13. bis 15. September 2007 am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer, Berlin 2008, S. 23-36.

國立政治大學 National Chengchi University