

# 法律授權與法律拘束：

## Hans Kelsen 的規範理論對德國行政法上 「不確定法律概念」拘束功能的啓示

### 目 次

壹、前言

貳、Hans Kelsen 的規範理論對法律「先決性」預設的挑戰

一、法律框架的「一般性」特質

二、法律「授權」的「拘束」意義

參、Hans Kelsen 規範授權觀點下的不確定法律概念

一、「先決性」的預設對不確定法律概念「一般性」意義的  
扭曲

二、不確定法律概念的授權與拘束：一個源自 Kelsen 規範  
理論的反思

肆、不確定法律概念的發展前景—代結語

關鍵詞：框架、先決性、一般性、授權、法律拘束、不確定法律概念

## 壹、前言

從法理論與法學方法論的角度看來，德國行政法上所謂的「不確定法律概念 (unbestimmter Rechtsbegriff)」，無疑清楚表現出法律的「一般性 (Allgemeinheit)」。如眾所周知，法律本身為了因應各種不同的個案情境，必須具備「一般性」的特質。從而，「不確定法律概念」的發展，可以說是法律「一般性」訴求之下的產物，因為「不確定法律概念」正是希望透過一種語義內容相對開放的規範形式，讓行政機關對法律的適用，能夠更貼近具體個案的需求。而這也意味著：規範語義內容所蘊含一定程度的開放性與不確定性，本即構成不確定法律概念的重要特徵。不過，在德國基本法秩序高度強調行政法治化 (Verrechtlichung)、並極力防堵行政恣意的背景之下，不確定法律概念之運用，往往卻反而被視為對法治國 (Rechtsstaat) 的威脅。正因如此，所以在德國當代行政法釋義學漫長的發展歷程中，不確定法律概念所彰顯的「一般性」，並未引發太多關注；相對而言，成為爭議與討論核心的，反倒是「不確定法律概念」究竟應該如何被「確定」下來。我們可以發現，德國行政法學界的相關討論，一方面聚焦於不確定法律概念在語義上尋求確定的可能性，另一方面也因此而致力於強調：法院針對行政機關對於不確定法律概念的解釋與適用，享有完全的內容審查權限。這些討論取向無疑在在表現出：德國行政法傳統基於法治國底下法安定性與法律明確性原則的考量，以及對行政權脫離法律拘束的疑慮，對於不確定法律概念的釋義學發展與體系性建構，顯然並未著眼於其「一般性」，而是將重點置於其最終的「可確定性」。

然而，這樣的發展路徑，係出自一個與不確定法律概念的「一般性」特質不相容的預設。傳統見解認為，唯有內容十足具體明確的法

律規範，才能有效拘束行政決定，也才能完整落實「依法行政」；就此看來，即便是為了法適用的彈性，而不得不容許的不確定法律概念，若要拘束行政機關，其內容也必須具有「可資確定（bestimmbar）」的潛力，否則，不但行政恣意難以避免，法院也將無法站在一個客觀基礎上，評斷行政決定是否合法。傳統上這種對於法律內容「先決性（Vorbestimmtheit）」的預設固然有其論據，但卻把不確定法律概念的釋義學發展，帶向一個兩面不討好的困局：一方面，德國傳統行政法學由於一再強調不確定法律概念與裁量（Ermessen）的區分，並在此區分之下，試圖徹底落實不確定法律概念對行政行為的拘束，導致相關討論始終環繞在如何為不確定法律概念尋得一個語義相對確定的內容，從而不免陷入一種語義學上無盡、也因而無解的追索與論辯。更嚴重的是，實務上這種尋求「確定」的問題解決模式，往往演變成由法院來主張不確定法律概念的「確定」意涵，進而扭曲不確定法律概念原本朝向開放的規範內容。另一方面，當代許多文獻則有鑑於不確定法律概念的語義不確定性終究無法克服，反過來將不確定法律概念寬鬆、開放的規範形式，看作是法律調控能力弱化的象徵，以及行政自主性提升的契機。然而，這樣的看法卻在放棄語義學式爭辯的同時，也連帶放棄了對不確定法律概念拘束功能的堅持，從而使得「依法行政」在不確定法律概念的框架之下，淪為純形式的空洞原則。由此已可看出，前述「先決性」的預設，不但無法確保、甚且還反而可能危害不確定法律概念對行政決定的拘束力。

本文之目的，即在於從 Hans Kelsen 規範理論的角度，對於不確定法律概念在德國行政法釋義學上的發展傳統，提出根本性的檢討，藉此在澄清不確定法律概念所體現的「一般性」特質之餘，進一步指出不確定法律概念如何發揮它拘束行政決定的功能。以下，本文將先在

第二部分，闡述 Kelsen 如何理解與詮釋法律的「框架 (Rahmen)」性格，又如何在此「框架」觀點之下，主張「法律授權」與「法律拘束」彼此間一體兩面的關係。接著在第三部分，本文將藉助 Kelsen 的觀點，說明不確定法律概念的釋義學建構，如何在傳統「先決性」的預設之下受到扭曲，並藉此反省：不確定法律概念應如何協助鞏固行政決定的合法性。透過這些分析，本文將嘗試指出：若根據 Kelsen 的規範框架觀點，不確定法律概念並不是對法治國的威脅，也不應該在法律內容先決性的預設之下，被歸類為法律明確性原則的例外狀態。在國家任務日趨複雜與多樣的發展趨勢之下，不確定法律概念不但象徵一種當代法律管制模式的常態，甚且還足以構成一種調控複雜行政行為的特殊拘束類型。就此意義而言，不確定法律概念拘束功能的發揮，恰恰繫於它的「不確定性」。

## 貳、Hans Kelsen 的規範理論 對法律「先決性」預設的挑戰

在德國以立法權作為法秩序運轉核心的法治國傳統底下，國會立法如何提供法適用機關一套完整的行為依據與規範標準，一直是法學方法論努力探索的課題 (Rüthers, 1999: 640 ff.; Vesting, 2007: 99-127; Wendenburg, 1984: 101)。從法治國的觀點來說，法律內容「先決性」的預設，對於維持法適用活動的理性與客觀性而言，具有相當重要的意義，因為，唯有法律已為行政與司法決定，預先提供一套可資依循的標準內容，才能確保行政機關與法院的適用行為，如實地受到法律的拘束 (Hwang, 2009: 43-46)。二次大戰之後，有鑑於納粹政權的歷史教訓，整個德國基本法秩序更毫無保留地致力於所有公權力行使的

法治化，務使政治行動持續受制於法的監控 (Rupp, 1991: 117 ff.; Jesch, 1961: 171 ff.)。在這樣的背景之下蔚為當代法學方法論主流的評價法學 (Wertungsjurisprudenz)，更進一步主張以實證法背後的、價值導向的超實證法原則，作為鞏固法律先決性的基礎，以及填補法律漏洞 (Lücken) 的依據。評價法學的此種觀點，不僅主導了戰後德國基本法秩序的發展基調，也使得法律、乃至於法 (Recht) 的先決性，更順理成章地被認為是維護行政合法性的必備條件。<sup>1</sup>若從這個角度看來，Hans Kelsen的《純粹法學》(Reine Rechtslehre)，無疑是以一種相當不同的觀點，來理解與詮釋法制定 (Rechtsetzung) 與法適用 (Rechtsanwendung) 活動之間的關係，也因此對於傳統所謂「法律(與法)必須預先為行政部門提供決定的標準與內容」的「先決性」預設，構成根本性的挑戰。

## 一、法律框架的「一般性」特質

如前所述，針對法適用機關 (包括行政與司法) 如何受法律拘束的問題，傳統上咸認為必須預設法律在內容上的先決性，以確保行政決定與法院判決的內容，都能從法律 (或法律所依據之超實證法原則) 的規範內容，以邏輯涵攝的方式被推導出來。然而，這種認定上位規範 (法律) 與下位規範 (行政決定與法院判決) 之間，必然存在內容邏輯上 (inhaltlich-logisch) 之包含關係的看法，正是Kelsen所帶領的

---

1 關於評價法學以超實證法原則來詮釋基本法第二十條第三項所謂「法律與法 (Gesetz und Recht)」的觀點，詳見 Larenz (1991: 368-369; 1979: 152-156) 與 Hwang (2007: 464-470)。評價法學的這項觀點，已在德國聯邦憲法院早期的實務見解中，獲得正式的肯認與支持。對此詳見 BVerfGE 34, 269 (286 f.)。

純粹法學試圖批判與顛覆的對象。早在純粹法學第一版中，Kelsen已清楚指出：「事實上，所謂法官的裁判在法律中獲得證立，其意義無非是指：法官裁判遵循法律所提供的框架界限。它並不是意味著法官裁判呈現出法律這個一般規範所指示的（唯一一個）個別規範，而是意味著法官裁判符合了在法律這個一般規範的框架範圍之內所容許的、眾多可能的個別規範的其中之一」（Kelsen, 1934: 95）。<sup>2</sup>Kelsen的這一段闡述，一方面奠定了他將法律視為一種框架（Rahmen）決定的觀察方式。根據此一框架觀點，法律既不可能、也不應該預先為行政機關與法院面對的所有個案爭議，給定一個唯一正確的答案，因為法律無法也無意預想各種不同的個案情境。<sup>3</sup>另一方面，Kelsen也藉此凸顯出意志要素（Willenselement）在法適用活動過程中的重要性。既然法律所提供的不是一套預先安排好一切的答案，而只是一套劃定法適用活動範圍的框架，則行政機關與法院所做出的具體個案決定，自然不能只憑機械性的邏輯涵攝而得，而必須建立在行政機關與法院的意志行為（Willensakt）之上（Kelsen, 1934: 97-99）。至此已可看出，對Kelsen而言，下位規範的權限，在於對上位規範進行個別化（Individualisierung）與具體化（Konkretisierung）（Kelsen, 1934: 79-81）。<sup>4</sup>在此個別化與具體化的過程中，行政機關與法院的要務，並不是去「找出」本已蘊含在法律內容當中的、由立法者預先做成的決定，而是要動用其意志判斷，在法律所劃定的框架範圍之內，進行一

---

2 對此觀點另可參見 Kelsen（1992: 601 ff., 605）。

3 Kelsen（1934: 90-100）。在這裡，Kelsen 詳盡闡述了他在純粹法學第一版中所鋪陳的「框架」構想。

4 Kelsen 將下位規範視為對上位規範的個別化與具體化的看法，可以溯及他更早期的著作。例可參見 Kelsen（1925: 233 ff.）。

個最合乎個案正義的選擇。透過意志要素的發動，行政機關與法院所創造的「個別規範 (individuelle Norm)」，與立法者所制定的「一般規範 (generelle Norm)」彼此之間，不再如同傳統見解所主張的，處於內容、邏輯上的包含與推導關係。<sup>5</sup>Kelsen的純粹法學第一版所主張的框架觀點，雖然尚未完全突破傳統對於法律先決性的預設，但已明顯將關注焦點從「先決性」轉向「一般性」(Hwang, 2009: 48-49)。在這樣的觀點之下，「依法行政」與「依法審判」，並不需要預設法律完整無漏洞的內容先決性，因為，法律基於上位規範與下位規範之間必然的落差，頂多只構成一套框架秩序，而不能、也無意在實體內容上，預先具體提供個別的行政與司法決定。因此，法律框架一方面賦予行政機關與法院選擇的空間，另一方面也藉由此空間範圍的限定，防止行政機關與法院的選擇超出法律的框架限制之外，藉此落實依法行政及依法審判。

到了純粹法學第二版，Kelsen的框架觀點有了更進一步的發展。在這個階段，Kelsen比過去更強調：「一般」不能導出「個別」，上位規範不能預先決定下位規範；從而，連結上位規範與下位規範的關鍵，已不在於規範的內容，而在於上位規範對下位規範的授權 (Ermächtigung)。據此，Kelsen不但變得更加重視法適用活動的意志要素，更開始著眼於法律框架的一般性所蘊含的授權要素。<sup>6</sup>對Kelsen來說，法律不為行政機關與法院預先提供決定的「一般性」特質，同

---

5 在純粹法學第一版中，Kelsen即從根本處批判了傳統法學方法論對於上位規範與下位規範之間內容邏輯關係的主張。參見 Kelsen (1934: 79-80)。

6 關於這一點的分析詳見 Hwang (2009: 49-50)。由於純粹法學第二版將關注焦點轉向授權，並且更強調上位規範與下位規範彼此之間並非處於一種內容、邏輯上的包含與導出關係，因此 Kelsen 甚至主張，法適用機關根據上位規範的授權，所創制的下位規範內容，不無可能超越上位規範所預先設定的框架內容 (Kelsen, 2000: 352)。