



元照出版提供 請勿公開散布

主要問題原則與 美國管制國家之法理基礎

——歷史背景、近期發展及可能啟示

梁 志 鳴*

要 目

- | | |
|----------------------|-----------------------|
| 壹、研究緣起：管制國家的法律授權問題 | (一)疫苗強制施打與NFIB案 |
| 貳、歷史背景：美國管制國家的法理基礎 | 四、主要問題原則的用語 |
| 參、指標判決：美國管制國家法理基礎之衝撞 | 五、尊重專業或捍衛民主？ |
| 一、主要問題原則的起源 | 肆、我國啟示：管制國家與法治主義的內在衝突 |
| 二、禁止授權原則的轉向 | 一、既有的衝突調和方式 |
| 三、主要問題原則的精神 | 二、主要問題原則的魅力 |
| (一)驅趕房客禁令與AAR案 | 三、功能最適的理論嘗試 |
| | 四、促進對話的法院角色 |
| | 伍、結 語 |

DOI : 10.53106/102398202024060177004

* 臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所教授，美國威斯康辛大學法學博士。

投稿日期：一一二年二月十五日；接受刊登日期：一一二年十一月十五日

責任校對：張碧霞



摘 要

本文將美國最高法院近年對主要問題原則的討論，放在管制國家法理基礎的歷史發展脈絡上，將其理解為保守派大法官對管制國家法理基礎的攻擊，試圖藉此節制美國聯邦政府管制權責的持續擴張。自由與保守派大法官圍繞此論辯展現的不同立場，背後除反映其對尊重專業或捍衛民主的價值取捨，也反映其對行政權力正當性來源——尤其是國會授權和管制專業——的不同想像。本文認為上述論辯的根源來自於管制國家與法治主義的內在衝突，為思考我國脈絡應如何因應此衝突，本文肆、比較我國和美國處理此衝突的不同經驗，進而提出進一步階層化我國授權明確性原則的倡議，亦即區分最寬鬆（無須法律保留）、中等程度（允許整體關聯脈絡之條文解釋）及較嚴格（需要法律文字之直接、明確、清楚授權）等三層次審查密度，並以基本權如何在特定管制脈絡獲得實現或遭到侵害，作為應適用何種密度之判斷標準。

關鍵詞：管制、治理、管制國家、主要問題原則、禁止授權原則、雪弗龍順從原則、階層式法律保留原則、授權明確性原則、功能最適理論、審議民主理論



壹、研究緣起：管制國家的法律授權問題

新冠肺炎（Covid-19，或稱武漢肺炎）的全球肆虐，對各國的政治、經濟、社會等各層面造成劇烈衝擊。為回應這些衝擊，許多國家採取過往難以想像的嚴格措施（例如關閉國境、或巨幅限制甚至完全禁止人民進行國內移動與商業活動）。這些防疫作為造成許多國家的經濟社會活動近乎停滯，也直接衝撞了自由民主憲政體制對國家權力界限的傳統想像，進而衍生法院應寬鬆或嚴格理解政府法律授權的兩難困境，亦即：法院面對政府在防疫緊急狀況下的管制權力行使，常困擾於是否應寬鬆理解法律授權，以提供行政權回應危機最大空間，還是應堅持法律解釋之邏輯一致性，嚴格解釋授權法律依據，不讓防疫現實需求壓過對行政行為合法性的堅持¹。

法院應寬鬆或嚴格理解政府法律授權的上述兩難困境，其實對美國公法學來說並不是一個新的提問，相關討論也並不侷限於公共衛生緊急事件的情境。自19、20世紀交界以來，美國聯邦政府介入市場進行管制的權責持續擴張，管制的任務範圍和手段選擇也不斷演變，此一趨勢具體表現在行政權（**executive branch**）下各類行政機關（**agency**）之預算和員額的快速增長²。學界常以管制國家

¹ 例如邵允鍾認同即便在防疫緊急狀態，仍應堅持法律解釋之邏輯一致性，其認為「只要總統尚未發布緊急命令，所有法律皆仍在常態法制中運行……行政機關依據常態化緊急狀態的法律做成的任何緊急處置仍然受到常態憲法體制的拘束。」參見邵允鍾，遏止緊急狀態的常態化：從歐洲法治共識看「常態／非常態」二分模式的制度韌性，「2021行政管制與行政爭訟」學術研討會——防疫與法治，中央研究院法律學研究所主辦，頁11，2021年9月。與此相較，陳仲嶙則認為面對政府在防疫期間的緊急公衛措施，法院應理解到「行政相對於立法在決策上的優勢」，從功能最適的觀點切入，彈性檢視政府防疫措施是否違反法律保留原則。參見陳仲嶙，從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界，法律與生命科學，9卷1期，頁36-37，2020年6月。

² 例如美國聯邦政府開支占國內生產毛額（GDP）之比例，從1910年代的低於



(regulatory state) 或政府第四權 (the fourth branch of government) 等詞彙，來形容這些憲法未明文提及，而多半是由國會立法設置的行政機關³。而隨著管制國家的不停膨脹，相較於結構相對穩定的國會立法，行政機關快速變動的管制作為，是否在特定時空下真的符合國會法律的規範授權意旨，一直都是美國公法領域法院論辯和法學研究的重要焦點。新冠疫情所引發的上述討論，其實也仍然延續此一問題意識，主要的差別只在於，由於新冠疫情所需的防疫作為，常常超越既有傳染病防治法規的想像範圍，導致在文義上更難被解釋為符合國會立法意旨，而將這個兩難困境推向極限。

政府管制作為是否符合法律授權的討論，具體又可粗略分為兩個層次，一是國會的授權本身是否可容許，另外則是授權後行政機關對自身權責的解釋和行使是否符合國會授權，前者主要涉及禁止授權 (Non-delegation) 原則的討論⁴，後者則涉及雪弗龍順從

5%，到2010年代已達至20~25%之區間。Nate Silver, What Is Driving Growth in Government Spending?, *FiveThirtyEight* (2013.01.16), available at <https://fivethirtyeight.com/features/what-is-driving-growth-in-government-spending/> (last visited: 2024.06.05). 而商業部 (Department of Commerce)、勞動部 (Department of Labor) 和教育部 (Department of Education) 等國人耳熟能詳的聯邦行政部會，也都是創立於20世紀。

³ See, e.g., generally, Richard L. Worsnop, *Federal Regulatory Agencies: Fourth Branch of Government* (1969); Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 *COLUMBIA L. REV.* 573 (1984); Karen Yeung, *Chapter 4: The Regulatory State*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION* 64 (Robert Baldwin, M. Cave & M. Lodge eds., 2010); John Braithwaite, *Chapter 11: The Regulatory State?*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL SCIENCES* (Robert Goodin eds., 2011).

⁴ 對禁止授權原則 (黃銘輝譯為不授權原則) 發展歷程的中文討論，參見黃銘輝，從美國法上復興「不授權原則」之呼聲略論法規命令作為豁免資訊公開



(Chevron deference) 等概念的解釋適用⁵。以管制國家權力持續擴張的歷史背景為舞台，美國近年急速保守化的最高法院，在過去幾年間以主要問題原則 (Major Questions Doctrine) 為媒介，對美國管制國家的法理基礎展開攻擊，試圖藉此節制美國聯邦政府管制權責一直以來的單向擴張，而其攻擊的主要目標，便聚焦在禁止授權和雪弗龍順從這些我國學者耳熟能詳、提供美國管制國家權力擴張合法性基礎的美國公法核心原則。

美國最高法院近年對管制國家法理基礎之攻擊，至少可以追溯至新冠疫情前的 *Gundy v. United States* (2019年6月做成，下稱 *Gundy*) 一案⁶，後續並在新冠疫情期間，在涉及政府防疫措施合憲性的 *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services*⁷ (2021年8月做成，下稱 *AAR*) 和 *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*⁸ (2022年1月做成，下稱 *NFIB*) 等案件中扮演重要角色。

在歷史起源上，主要問題原則一開始主要是希望限縮雪弗龍順從的適用範圍⁹，但上述案件主要涉及禁止授權原則之適用的討論。最高法院進而在2022年的 *West Virginia v. EPA* (2022年6月做

法源之適格性，憲政時代，46卷1期，頁34-52，2020年7月；楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代，28卷2期，頁24-27，2020年10月。

⁵ 對美國法上順從原則的中文討論，參見黃銘輝，論美國法上法院對行政行為的司法審查密度——以通訊傳播行政為中心，臺北大學法學論叢，92期，頁203-213，2014年12月。

⁶ 588 U.S. ___, 139 S. Ct. 2116 (2019).

⁷ 594 U.S. ___, 141 S. Ct. 2485 (2021).

⁸ 595 U.S. ___, 142 S. Ct. 661 (2022).

⁹ 參見本文參、一、部分對主要問題原則之起源的討論。



成，下稱West Virginia)案中，將攻擊觸角延伸至聯邦環保署溫室氣體排放之管制(本案也是最高法院第一次正式使用主要問題原則的用語)¹⁰。在美國，政府環境管制的正當性，一直都是具有高度法律和政治爭議性的議題，許多美國行政法的重要歷史發展，都來自於此一領域¹¹，本案將主要問題原則應用於環境保護的空氣污染領域，可預期也為未來眾多的法律爭訟架設了舞台。

本文之寫作目的，是希望脈絡化的理解主要問題原則的上述近年發展，將其放在美國管制國家權責持續擴張的歷史背景下，呈現這些判決如何反映保守派大法官近年對美國管制國家法理基礎的攻擊，以及這些攻擊背後所涉及尊重專業與捍衛民主的長年論辯。本文貳、首先介紹美國管制國家法理基礎的歷史發展進程，說明不同時代對政府與市場相對角色的思維變遷，如何刺激出不同的行政法發展主軸。以此歷史進程為背景，參、進一步檢視前述Gundy、AAR、NFIB、及West Virginia等案件，呈現保守派大法官如何透過主要問題原則的擴大使用，復甦長期冬眠的禁止授權原則，節制持續擴張的政府管制權力，而自由和保守派大法官在這些案件中的論辯，又如何反映兩者對「尊重專業」與「捍衛民主」這兩種價值的不同取捨。

本文肆、回到我國的法制脈絡，思考美國的上述比較經驗，對我國行政法學回應前述法院應寬鬆或嚴格理解政府法律授權的兩難困境(本文稱之為管制國家與法治主義的內在衝突)，能夠帶來什麼樣的反省或啟發。本文具體提出進一步階層化我國授權明確性原則的倡議，亦即區分最寬鬆(無須法律保留)、中等程度(允許整體關聯脈絡之條文解釋)及較嚴格(需要法律文字之直接、明確、

¹⁰ 597 U.S. ____ (2022).

¹¹ 參見本文貳、對利益代表模式之討論。



清楚授權)等三層次審查密度,並以基本權如何在特定管制脈絡被實現或侵害,作為應適用何種審查密度之判斷標準。與過往認為法院缺乏任何管制專業的傳統想像不同,本文的上述主張,又是建立在對法院學習能力的信心,認為法院有能力透過促使行政機關說理或引入專家意見,在訴訟過程中提升自身對管制事務之理解,進而在個案做出兼顧專業和民主價值的決定。而這種強調促進對話的法院角色想像,也呼應審議民主(*deliberative democracy*)希望透過鼓勵對話,提升政府權力行使之民主正當性的思考邏輯。

貳、歷史背景：美國管制國家的法理基礎

美國管制國家法理基礎的建構,是一個漫長且仍在持續進行中的過程,而這個過程的背後,又常反映不同時代對政府與市場相對角色的思維變遷。這些不同的思維,常被稱為管制理論(*regulatory theory*)或治理理論(*governance theory*)¹²。而不同時代對政府與市場角色的主流思維,又會刺激出不同的行政法(或稱公法,*public law*)發展主軸,並具體反映在一些代表性的法律議題與原則。而若略去細節,用極度鳥瞰的方式來理解,美國管制國家法理基礎在20世紀的發展,又至少存在下表所示的四個關鍵時

¹² 如本文下文所描述,管制理論其實偏向經濟學層次的討論,探討政府是否應當、具體又如何介入市場或私領域之運作。也因此,英文語境在使用管制(*regulation*)一詞時,常常預設政府作為管制者,市場或私領域作為被管制者的角色分工,而政府上對下的誠命控制(*top-down, command-and-control*),又是此思考框架下的常見手段。相較之下,近年日益普及的治理(*governance*)概念,背後則反映現代社會在過去2、30年間,由傳統以國家作為核心管制主體、由上而下控管人民行為的思維,走向強調公私領域利害關係人透過網絡方式互動合作,以達成重要的公共任務。關於治理概念內涵的更細緻說明,參見後文註腳32~34之討論。



期，分別是新政、二戰後、越戰前後、與雷根總統主政時期。

表 美國管制國家法理基礎建構之關鍵時期

關鍵時期	管制與治理理論	行政法發展主軸	代表性法律議題與原則
新政	政府基於公益介入市場	拆除政府管制憲法障礙	禁止授權原則 州際通商條款
二戰後		透過APA節制政府權力	APA授予法院司法審查權
越戰時期	管制失靈（管制捕捉）	增加APA以外程序保障	憲法上的正當程序 司法審查的當事人適格
雷根時期	新自由主義與治理轉向	確保行政機關管制彈性	禁止新增超越APA之程序保障 Chevron順從原則

首先在新政前後，美國社會面臨的一個重要議題，是政府（主要指聯邦政府）介入管制市場是否具有正當性。此一議題的背景，是美國各州經濟早期具有高度的自主性，但隨著19世紀下半葉跨洋鐵路網之修建，美國整體逐漸整合為一個全國性的市場，而衍生聯邦政府是否需要介入市場進行整體管制的問題。這其實是一個經濟學層次的問題，管制理論回應此問題的早期主流，是認為放任市場自由運作，會形成所謂的市場失靈（market failure，典型例子為獨占或寡占¹³（monopoly or oligopoly）、外部性（externality）、與資訊偏差（information asymmetry）），此時唯有政府有能力基於公共利益介入矯正市場的失靈，政府因此獲得管制市場的正當性，此一思維也因此常被稱作公益理論（public interest theory）¹⁴。

¹³ 例如聯邦政府為確保市場競爭環境、避免強迫壟斷的著名獨立機關，聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission），就是設立於1914年。

¹⁴ See RICHARD J. PIERCE, JR., S. SHAPIRO & P. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND



公益理論的興起，提供了聯邦政府介入管制市場的正當性基礎，但聯邦政府擴張其管制權力的嘗試，卻陸續面臨了是否違反禁止授權原則以及州際通商條款（Interstate Commerce Clause）等憲法上的障礙¹⁵。針對前者，美國最高法院先於1928年J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States一案發展出可理解原則¹⁶，後續在1935年A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States案¹⁷後，最高法院就再也未曾以此原則為由宣告任何國會授權違憲¹⁸。後者則在1930年代，隨著小羅斯福總統試圖推動新政，大幅擴大聯邦政府對市場的介入力道以因應經濟大蕭條，而衍生是否違反憲法對於聯邦政府僅能管制涉及跨州通商之事宜的爭議。最高法院最終在1942年的Wickard v. Filburn案¹⁹中，廣泛認可聯邦政府管制市場的正當性，是美國近代管制國家快速擴張²⁰的重要里程碑。

PROCESS 13-16 (6th ed. 2013); OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 19-22 (Robert Baldwin, M. Cave & M. Lodge eds., 2d ed. 2012).

¹⁵ 美國憲法第1條第8項賦予國會管制數州之間商務的權力（“[t]o regulate commerce...among the several states ...”），本條款一般被稱為州際通商條款。

¹⁶ 美國最高法院於1928年J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States一案發展出明確原則（Intelligible principle，或譯可理解原則），要求國會在授權行政權時，應透過立法訂下明確可理解、讓被授權的人或單位可資遵循的準則。J. W. Hampton Jr. & Company v. United States, 276 U.S. 394 (1928) (ruling that “[i]f Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to [act] is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power”).

¹⁷ 295 U.S. 495 (1935).

¹⁸ 類似案件，參見Panama Refining Co. v. Ryan, 293 US 388 (1935). 禁止授權原則陷入冬眠之相關歷程的中文討論，參見黃銘輝，同註4，頁34-52；楊智傑，同註4，頁24-27。

¹⁹ 317 U.S. 111 (1942).

²⁰ 在美國政治文化中，所謂的「大」政府，不只是國會將抽象的權力授權給行政權，也包含具體預算和組織的膨脹。也因此，大小政府的論爭，常常會以



但為了制衡聯邦政府此一快速膨脹的管制權力，美國國會於二戰後的1946年制訂了行政程序法（*Administrative Procedural Act, APA*），試圖從程序面來控管、抑制行政機關的權力擴張²¹。而行政程序法第706條也授予法院對政府行為進行司法審查之權力，其中關於法院何時得撤銷或宣告行政行為違法之規定——例如專斷且恣意（*arbitrary and capricious*）與實質證據（*substantial evidence*）等標準——嗣後都成為美國法院司法審查之重要依據²²。

公益理論蔚為主流，後續也引發了管制理論對政府失靈（*government failure*）的批判²³，而對政府失靈現象最有力的分析，又來自所謂的公共選擇理論（*public choice theory*）²⁴。公共選擇理論將個體經濟學中「人作為理性行動者，會不斷追求個人利益最大化」的假定套用在公共決策過程，指出政府的管制行為並不總能反映公共利益，而常成為個人最大化自身利益的手段²⁵。尤其，公共選擇理論強調組織化的利益團體（*interest groups*），由於相較

增加或削減預算、或增加或降低聯邦賦稅的形式來呈現。而大小政府的論爭，後續也成為美國政治上區隔自由（*liberal*）和保守派（*conservative*）的主要標準之一，自由派一般支持擴大政府開支以保障多數勞動階層的基本生活條件，保守派則認為政府規模過大很容易導致對人民自由權利的侵害。

²¹ See MORTON HOROWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW* 230-235 (1992).

²² 專斷且恣意與實質證據標準之法律依據分別是美國行政程序法第706條第2項(A)與(E)款。5 U.S. Code § 706(2)(A)(E). 條文原文為“...The reviewing court shall ... (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be ... (A) *arbitrary, capricious*, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law ... [and] (E) unsupported by *substantial evidence* in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute (*italics added*).”

²³ See OXFORD HANDBOOK OF REGULATION, *supra* note 14, at 22-23.

²⁴ See PIERCE, JR., SHAPIRO & VERKUIL, *supra* note 14, at 17-20.

²⁵ *Id.* at 17-18.



於一般大眾常掌握更多業內資訊，以及能提供政治人物或公務員政治獻金、選票動員、甚至旋轉門工作機會等資源優勢，因此對於管制的決策與執行往往享有不成比例的影響力²⁶。這些影響，使得原本應該基於公益而進行管制的行政機關（管制者），反而常常像是為了服務廠商（被管制者）的利益而行動，而出現所謂管制捕捉現象（regulatory capture）²⁷。

面對政府失靈的挑戰，美國行政法——特別是環境保護領域——自20世紀中葉逐漸發展出Richard Stewart所稱之利益代表模式（interest representation model），亦即透過憲法上的正當程序（constitutional due process）增加行政程序法所無之程序要求，或降低提起司法審查的當事人適格門檻²⁸，要求管制者的管制決策過程，能夠更為反映各方利益，以平衡少數利益團體的過度影響²⁹。此一司法審查趨勢約在越戰時期的1970年代達到高峰，但法院介入的結果，也出現行政程序牛步化（ossification——原意指骨質化）之反作用³⁰。此一反作用除了促使最高法院於1978年的Vermont

²⁶ *Id.* at 18-19.

²⁷ *Id.* at 19-20.

²⁸ 關於美國法院如何從以傳送帶思維為基礎的傳統模式，轉而發展出利益代表審查模式，See Richard Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1711-760 (1975).

²⁹ See generally *id.*

³⁰ 行政程序牛步化的討論主要聚焦在聯邦政府的規則制訂（rulemaking）程序，關於行政程序牛步化概念的提出，及其嚴重程度的正反論辯，See e.g., Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385 (1992); Jason Webb Yackee & Susan Webb Yackee, *Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950 – 1990*, 80(5) GEO. WASH. L. REV. 1414 (2012) (arguing that ossification is neither widespread nor serious); Richard J. Pierce, Jr., *Rulemaking Ossification Is Real: A Response to “Testing the Ossification Hypothesis”*, 80 GEO.



*Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*一案中限制法院對聯邦政府增加行政程序法以外之程序要求³¹，嗣後也成為1980年代美國雷根總統和英國柴契爾首相所代表之新自由主義（neo-liberal）思維批評的主要對象之一。

理論上，新自由主義強調私有化（privatization）與委外（contract-out）等政策手段，將政府的角色侷限於政策制訂，而將政策執行盡可能委由私部門來實現，希望藉此縮小政府規模，達到活絡市場動能的目的³²。然而現實上，新自由主義的實踐並未達成縮小政府規模的目標，反而導致公部門破碎化（fragmentation）的副作用，進而形成一個不再由國家獨力完成管制任務，而必須與私部門利害關係人共同合作的管制環境³³。這種新的管制環境，挑戰了管制理論原本以政府為主要管制主體的傳統思維，而逐漸將政府

W. L. REV. 1493 (2012) (criticizing the method, data selection, and time period of Yackee and Yackee's research design).

³¹ 435 U.S. 519 (1978).

³² 新自由主義將此一角色分工描述為划船（rowing，指政策執行）與掌舵（steering，指政策制訂）。此一理念具體影響到1980和90年代許多西方國家——尤其是英美——的政府改革，而這些改革進而對公部門的整體運作模式所帶來巨大的變化。這些變化在時間序上又可大致分為兩個階段，第一階段主要針對1980年代美國雷根總統與英國柴契爾首相以新自由主義為思想依據，所採行包含委外與私有化等措施在內的公部門改革（一般稱做新公共管理，New Public Management, NPM）。See MARK BEVIR, KEY CONCEPTS IN GOVERNANCE 4-6, 9-12 (2009).

³³ 所謂公部門破碎化之現象，具體又是指新自由主義試圖減縮、分割、或下放政府角色的改革方向，造成公共服務之提供往往同時會涉及不同政府部門、不同層級政府、以及許多私領域之單位團體，而產生彼此協調運作時的困難，進而導致西方國家之公部門運作模式，逐漸朝向網絡治理（network governance）方向前進的第二階段變遷，亦即不同的公私領域單位團體，在現實上常會形成彼此相互依賴的政策網絡（policy networks），以追求共同完成公共服務之提供。Id. at 12-14.



理解為公私領域眾多利害關係人中的角色之一（雖然這個角色至關重要），強調應透過利害關係人之間的網絡合作，來有效實現公共治理的目標。

這種從政府作為主要管制主體到強調公私領域利害關係人網絡合作的思維變遷，也就是當代治理（*governance*）現象或相關理論的緣起與濫觴³⁴。在強調治理的時代，管制者與被管制者之間的界線雖未全然消失，但明顯逐漸模糊，甚至日益朝向水平式的分工³⁵，此種對管制與被管制者關係的不同想像，具體又反映在國家管制手段的多元化，從過往主要仰賴管制者上對下的法規誠命（*top-down, command-and-control*，最明顯例子為刑罰與行政罰），轉而仰賴公私協力（*public-private partnership*）或是產業或專業團體自主管理（*industry or professional self-regulation*）等模糊管制／被管制者界線的制度安排³⁶。

³⁴ 公私領域利害關係人透過網絡方式結合互動以完成公共任務之公部門運作模式，在1990年代逐漸獲得社會科學之觀察與重視，並成為今日學界在使用治理（*governance*）一詞時，最常指涉之概念定義。英國政治科學者R. A. W. Rhodes便曾於1996年羅列六種常見之治理定義，包括最小化國家（*the minimal state*）、公司治理（*corporate governance*）、新公共管理（*new public management*）、良善治理（*good governance*）、治理作為一種社會控制系統（*a socio-cybernetic system*）、以及治理作為自主組織之網絡組織形態（*self-organizing networks*），其並主張社會科學對治理概念之使用應逐漸向自主組織之網絡組織形態方向整合，此一觀點相當程度也呼應日後學界之發展。See R. A. W. Rhodes, *The New Governance: Governing without Government*, 44 *POL. STUD.* 652, 653-60 (1996).

³⁵ 例如食品安全領域的三級品管概念（業者的自主管理、第三方機構的驗證、政府的稽查抽驗），政府在前兩級均高度仰賴私領域之合作與量能。而在醫療保健領域，我國的全民健康保險制度對於醫療機構的管制，相當程度又是以性質屬行政契約之醫事服務機構特約為基礎。

³⁶ 例如著名公衛學者Lawrence Gostin與Lindsay Wiley便指出，政府在公共衛生領域之管制，除了傳統上命下從之管制模式（*command-and-control*



國家管制手段的多元化，也意謂政府——特別是行政機關——對於政策的制訂與執行，需要比過往更大的彈性空間。尤其，治理的思維特別常見於各種涉及高度不確定性的風險管制領域（例如食品安全、金融產業、公共衛生、與環境保護），面對這些涉及高度不確定性的風險，國會很難事先提供盡善盡美的法律規範框架，而常常需要行政機關事後透過對法律文字的彈性解釋，來追求對這些不確定風險的有效管控³⁷。

在美國行政法上，美國最高法院1984年所做成的 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 案，就提供了行政機關對法律文字進行彈性解釋的法理基礎之一³⁸。本案的事實

regulation），近年也日益使用各種不同以往的機制或手段，具體範例包括管制影響評估（regulatory impact analysis）、資訊公開揭露（public disclosure）、選擇架構（choice architecture）、協商式規則訂定（negotiated rulemaking）、以及自主管制（self-regulation）等等。其中資訊公開揭露與自主管制，便屬與風險治理密切相關之治理或管制機制。See LAWRENCE GOSTIN & LINDSAY WILEY, *PUBLIC HEALTH LAW: POWER, DUTY, RESTRAINT* 207-16 (3rd ed. 2016).

³⁷ 對不確定風險的管控，常不可避免會涉及一些具有高度緊急性的事態，而與憲法上對緊急權力的討論有所交疊。例如比較憲法學者Ming-Sung Kuo在討論例外狀態（state of exception）下，政治力與法治主義（rule of law）如何互動時，主張例外狀態的常態化（normalization of the state of exception），其實是當代民主社會一個十分普遍，但常被忽略的憲政挑戰。而其所謂例外狀態常態化的具體表現之一，便是緊急事務的處理，逐漸變成專家官僚日常業務的一部分，而在遂行這些具有緊急性質的業務時，專家官僚常常會優先追求對風險的有效回應，而將法治主義的維護放在次要地位。See Ming-Sung Kuo, *From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization*, in *CONSTITUTIONALISM UNDER EXTREME CONDITIONS: LAW, EMERGENCY, EXCEPTION* 29-32 (Richard Albert & Yaniv Roznai eds., 2020).

³⁸ 467 U.S. 837 (1984).



上爭議，涉及美國聯邦政府環境保護署對於空氣潔淨法（Clean Air Act）中固定排放源（stationary source）概念之解釋，原本固定排放源是指個別的污染排放設備，但本案環境保護署修改聯邦管制法規（Code of Federal Regulation），允許將同廠區的不同設備整體視為一個固定排放源，亦即只要整體符合排放標準即可，而不需每一設備均符合規定，藉此給予廠商在污染管控上的更大彈性³⁹。

本案的核心法律爭點，是在國會立法沒有明確授權的情況，行政機關如果對特定法律問題做出解釋，並據此變更相應的聯邦管制法規，此時法院應如何評價此一變更？對此，最高法院發展出二階段的審查架構，法院首先應審查國會是否已對系爭法律問題表示意見，若答案為肯定，則立法意旨應優先被遵循；但若答案為否定，則法院應進一步檢視行政機關對系爭法律問題之解釋，是否落在國會立法允許（permissible）且合理（reasonable）的範圍之內，如果未逾越此一範圍，則法院應給予行政機關之解釋相當程度的順從（deference），此即俗稱的雪弗龍順從原則⁴⁰。

本文對這四個時期的討論，當然是極度簡略、掛一漏萬的說明，但大致來說，美國管制國家的建立，先是突破了禁止授權原則和州際通商條款在內之各種憲法障礙，繼而建立了一整套的程序面規範（以及隨之而來的司法審查）來加以節制；同一時間，美國法院又持續發展出各種順從原則——特別是1984年的雪弗龍順從原則——來保障行政機關專業決策的彈性空間。這些憲法或法律層次的發展，尤其是最高法院對禁止授權原則和雪弗龍順從的詮釋，長期以來構成了美國管制國家合法性的重要基礎，對美國聯邦政府行政

³⁹ 40 CFR §§ 51.18(j)(1)(i) and (ii) (1983).

⁴⁰ 467 U.S. 842-43 (1984). Chevron案是美國行政法發展歷史上討論度數一數二的判決，對本案的中文討論，參見黃銘輝，同註5，頁203-213。



體系不論權力、預算、和組織人力的持續擴張，扮演了至為關鍵的促進角色。

參、指標判決：美國管制國家法理基礎之衝撞

美國管制國家法理基礎的上述發展歷程，構成了Gundy、AAR、NFIB以及West Virginia等案件應用主要問題原則的法制背景。這些判決主要是以長期陷入冬眠的禁止授權原則為對象，要求國會對於具有「巨大經濟與政治重要性（vast economic and political significance）」的管制權限（即主要問題），應明確表達（speak clearly）其授權意旨⁴¹。若放在美國管制國家法理基礎的歷史發展軌跡上，最高法院近年對主要問題原則的擴大使用，可以被理解為保守派大法官對管制國家法理基礎的攻擊，試圖藉此節制聯邦政府管制權責的持續擴張。為脈絡化呈現主要問題原則的此一歷史角色，本節以下，將分別討論主要問題原則的起源與早期焦點、Gundy案改以禁止授權原則為目標的轉向、AAR和NFIB案對主要問題原則經典文句的引用、以及West Virginia案對主要問題原則標籤的正式使用。而普遍支持擴大政府管制權限的自由派大法官，和對政府權力擴張感到憂慮的保守派同僚，在此發展歷程中所採取的不同立場，背後又反映其對尊重專業與捍衛民主應孰先孰後的價值取捨。

⁴¹ 此一授權要求，反過來也限縮法院給予行政機關雪弗龍順從的空間，例如Elena Kagan大法官在West Virginia案的不同意見中，便提到Chevron原則的適用原本允許法院透過對法規文字的脈絡化理解，來判斷國會是否已對特定法律問題表達看法，但該案多數意見要求主要問題應有國會明確文字授權的見解，限縮了法院從字裡行間推論得出立法授權意旨，進而給予行政機關雪弗龍順從的可能性。597 U.S. ____ (2022).



一、主要問題原則的起源

主要問題原則的起源，一開始其實是對雪弗龍順從原則的限縮⁴²。在1994年的MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.案⁴³（下稱MCI案）中，聯邦通訊傳播委員會（Federal Communications Committee）將其「調整」關稅申報要件的法定權限，解釋為包含「基礎或根本性的改變」，最高法院認為這樣的解釋違反國會將「調整」限制在「中等或小幅改變」的立法意旨，因而無法適用雪弗龍順從原則⁴⁴。法院進而論述：「我們覺得，國會願意將某個產業是否應全部或高度接受費率管制的決定，直接交給行政機關來裁量，是一件不太可能的事。更不可能的，是國會會透過允許行政機關調整關稅申報要件這樣的細節規定，來將權限授與行政機關⁴⁵。」

法院的上述論理，嗣後在2000年的FDA v. Brown & Williamson（下稱Brown & Williamson）案中，被最高法院所延續⁴⁶。在本案中，美國食品與藥物管理署（Food & Drug Administration, FDA）

⁴² See Cass Sunstein, *There are Two "Major Questions" Doctrines*, 73 ADMIN. L. REV. 475, 476-77 (1986) (arguing that there are weak and strong version of the major questions doctrine, with the strong version asking the court to "decide questions of statutory meaning on their own" and "unfavorably to the agency.").

⁴³ 512 U.S. 218 (1994).

⁴⁴ *Id.* at 218-19, 225-29. 原文為“Virtually every dictionary we are aware of says that ‘to modify’ means to change moderately or in minor fashion.”

⁴⁵ *Id.* at 231. 原文為“‘It is highly unlikely that Congress would leave the determination of whether an industry would leave the determination of whether an industry will be entirely, or even substantially, rate-regulated to agency discretion — and even more unlikely that it would achieve that through such a subtle device as permission to ‘modify’ rate-filing requirements.’”

⁴⁶ 529 U.S. 120 (2000).



認定尼古丁是食品藥物管理法（the Food, Drug, and Cosmetic Act, FDCA）中所稱之藥物，並將香菸與無煙煙草定義為給藥設備，藉此將香菸納入食品藥物管理法的管制範圍⁴⁷。最高法院認為FDCA以及國會的後續立法有意將煙草產品排除於FDA的管制範圍之外，FDA對FDCA的詮釋因此違反法律授權範圍，無法享有雪弗龍順從⁴⁸。

在多數意見中，主筆的Sandra O'Connor大法官援引反對意見Stephen Breyer大法官的期刊著作，強調：「國會較可能聚焦在回答**主要問題**，而將法規縫隙的填補，留在執行法律的日常過程來回答（粗體為本文所加）⁴⁹。」多數意見進而援引MCI案，強調「在思考國會如何將具有高度經濟與政治重要性的政策決定授予行政機關時，我們應該要相當程度依循常識的指引」，亦即，「國會不可以將具有如此經濟與政治重要性的決定，用如此隱秘的方式進行授權⁵⁰。」此一論理，後續也成為主要問題原則的經典文句，並在AAR、NFIB、與West Virginia等案件中被多數意見所引用。

⁴⁷ *Id.* at 127.

⁴⁸ *Id.* at 161.

⁴⁹ *Id.* at 159. O'Connor大法官此處引用的Breyer大法官著作為Stephen Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 ADMIN. L. REV. 363, 370 (1986). 引用原文為“Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute’s daily administration.”

⁵⁰ *Id.* at 160. 原文為“we must be guided to a degree by common sense as to the manner in which Congress is likely to delegate a policy decision of such economic and political magnitude to an administrative agency ... Congress could not have intended to delegate a decision of such economic and political significance to an agency in so cryptic a fashion.”



二、禁止授權原則的轉向

雖然主要問題原則一開始是針對雪弗龍順從原則，但隨著川普總統於短短四年內連續提名三位保守派大法官⁵¹，快速保守化的最高法院，開始透過主要問題原則的使用，嘗試復甦原本被認為陷入長期冬眠的禁止授權原則。這個轉向是一個漸進的過程，最高法院首先在2019年提出禁止授權原則是否應該重啟的問題意識，後續在疫情期間的AAR和NFIB等案件中納入主要問題原則的精神（亦即引用該原則重要判決先例的經典文句，但不直接使用「主要問題原則」的用語），最後才在2022年6月的West Virginia一案中，明文使用主要問題原則的文字，正式使用此一原則。

禁止授權原則是否應該重啟的討論，出現在2019年的Gundy案中。如前所述，若回顧美國行政法的發展，其草期焦點之一，在於確保行政機關享有自國會傳來的民主正當性，具體表現在禁止授權原則的嚴格使用⁵²。但隨著新政時期前後，法院對政府行使管制權力的態度逐漸轉趨正面，法院也發展出所謂的可理解性原則（intelligible principle，即國會授權需明確可理解），作為允許授權之標準⁵³。此後，美國法院就幾乎不曾以違反禁止授權原則為由宣告政府管制措施違憲，學界因此普遍認為此原則已處於冬眠狀態⁵⁴。禁止授權原則的冬眠，加上雪弗龍等順從原則的發展，賦予

51 分別是Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh以及Amy Barrett三位大法官。

52 禁止授權原則作為憲法原則，其依據在於美國憲法第1條第1項，該條項規定「憲法所授予之立法權，均屬於參議院與眾議院所組成之美國國會（All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives）」，字面上，似乎禁止國會將立法權授予其他權力。

53 同註16。

54 同註17、18。



美國行政權大幅擴張管制權限的法律正當性，而被視為美國現代管制國家能夠蓬勃發展的重要基石。然而隨著最高法院在川普總統任內的快速保守化，最高法院2019年的Gundy一案，便引發了美國法學界對冬眠中的禁止授權原則是否會被解凍的討論⁵⁵。

Gundy案涉及國會通過的性犯罪者註冊與通知法（Sex Offender Registration and Notification Act），本法授權美國檢察總長針對本法通過前之性犯罪者，決定其適用本法強制註冊規範的條件，因此被挑戰違反禁止授權原則⁵⁶。最終，本案最高法院以5比3的票數駁回此一挑戰，但僅有四位自由派大法官延續傳統，認為禁止授權原則基本已無適用餘地。相較之下，Alito大法官則在其協同意見書中表示，若未來能有多數大法官支持，其願意考慮讓冬眠中的禁止授權原則重新甦醒⁵⁷。而當時最資淺的Neil Gorsuch大法官也認為本案中的國會授權違憲，並在其意見書中寫下了以下文字⁵⁸：

⁵⁵ 588 U.S. ___, 139 S. Ct. 2116 (2019).

⁵⁶ 相關規定訂於本法20913款d節（Subsection 20913 (d)），原文為“The Attorney General shall have the authority to specify the applicability of the requirements of this subchapter to sex offenders convicted *before the enactment of this chapter ...* (italics added).”

⁵⁷ 139 S. Ct. 2116, 2131 (2019). 原文為“If a majority of this Court were willing to reconsider the approach we have taken for the past 84 years, I would support that effort. But because a majority is not willing to do that, it would be freakish to single out the provision at issue here for special treatment.”

⁵⁸ *Id.* at 2131. 原文為“The Constitution promises that only the people’s elected representatives may adopt new federal laws restricting liberty. Yet the statute before us scrambles that design. It purports to endow the nation’s chief prosecutor with the power to write his own criminal code governing the lives of a half-million citizens. Yes, those affected are some of the least popular among us. But if a single executive branch official can write laws restricting the liberty of this group ... what does that mean for the next?”



「憲法保證只有人民的民選代表能夠制訂限制自由的新聯邦法律，但系爭法律毀棄了這樣的憲法設計。系爭法律給予國家首席檢察官自行撰寫刑法規範的權力，而可能影響到50萬以上公民的生活。是的，這些受到影響的人是我們社會中最不受欢迎的那群，但如果一位行政官員可以針對這群公民制訂如此限制自由的法律，這件事對於剩下的其他公民來說，又會意味著什麼？」

三、主要問題原則的精神

在Gundy做成當時，Brett Kavanaugh大法官尚未就任，但其也已在其他場合，表示過其認為禁止授權原則應被重啟的立場⁵⁹。加上2020年後續提名的保守派Amy Barret大法官，構成了Alito大法官在Gundy案中所提及的多數大法官支持，而使得已冬眠近一世紀的禁止授權原則，出現甦醒的機會。而保守派大法官重啟禁止授權原則的重要媒介，便是主要問題原則。

新冠疫情期間政府各類嚴格管制措施所引發的後續司法審查案件，提供了最高法院引入主要問題原則，喚醒禁止授權原則的合適舞台，尤其是在AAR和NFIB兩個案件中，多數意見雖未直接使用「主要問題原則」的用語，但都納入了主要問題原則的經典文句，要求國會若希望賦予行政機關帶有巨大經濟與政治重要性的管制權限，應該明確傳達此一立法意旨⁶⁰。

⁵⁹ See Mark Joseph Stern, *Brett Kavanaugh Is Ready to Join the Supreme Court's Conservatives to Tear Down Key Federal Regulations*, SLATE (2019.11.25), available at <https://slate.com/news-and-politics/2019/11/kavanaugh-nondelegation-gundy-supreme-court.html> (last visited: 2024.06.05).

⁶⁰ 141 S. Ct. 2485, 2489 (2021). 關於主要問題原則的緣起與發展，See Ronald M. Levin, *The Major Questions Doctrine: Unfounded, Unbounded, and Confounded* 6-



(一)驅趕房客禁令與AAR案

2021年6月做成的AAR案涉及疫情期間的社會安全網議題，案件爭點圍繞冠狀病毒援助、救濟與經濟安全法（Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act，下稱CARES法）之相關規定。2020年3月通過的CARES法禁止特定房東驅逐房客，以保護因為封城等措施，經濟受到打擊而無法繳交房租的民眾。此禁令效期為120日，到期後美國聯邦疾病管制中心（Centers for Disease Control, CDC）發布了範圍更廣的驅趕房客禁令（eviction moratorium），後續並幾次展延⁶¹。阿拉巴馬州地產業者對此禁令提出挑戰，認為CDC逾越了其法定權限，聯邦地區法院同意地產業者的見解，但在上訴期間暫緩禁制令的生效。最高法院一開始以5比4的比數否決讓禁制令馬上生效的聲請，其中關鍵票數為保守派大法官Brett Kavanaugh，其同意CDC缺乏相關法定權限，但認為CDC之禁令即將到期，此時讓禁制令生效意義不大，國會也可以利用這些時間重新檢視相關租客協助之方案⁶²。

然而，CDC在該禁令於2021年7月31日到期後的3天，又發布大同小異的新禁令，案件後續於是再度回到最高法院，這次最高法院就以6比3的票數，撤銷原聯邦地方法院暫緩禁制令的決定，讓CDC之禁令因此失效⁶³。本案的核心爭點，在於CDC之法定權限是否包含發布驅趕房客禁令，CDC發布此禁令所仰賴的法源是公共衛

31 (CSAS Working Paper 22-23, 2022.12.15), available at https://administrativestate.gmu.edu/wp-content/uploads/2022/12/Levin_22-23.pdf (last visited: 2024.06.05); Natasha Brunstein & Richard L. Revesz, *Mangling the Major Questions Doctrine*, 74 ADMIN. L. REV. 317, 324-35 (2022).

⁶¹ 141 S. Ct. 2485, 2487 (2021).

⁶² *Id.* at 2487-88.

⁶³ *Id.* at 2488.



生服務法（Public Health Service Act, PHSA），PHSA第361條a項授權醫療總監（Surgeon General）——CDC之上級長官——為了防止可傳染性疾病的傳播與散布，發布依其判斷為必要之政府管制⁶⁴。而為了落實這些政府管制，醫療總監可以進一步採取檢查、燻蒸、消毒、衛生、除蟲等依其判斷為必要之措施⁶⁵。而美國衛生主管機關發布的管制命令，也進一步將上述權力授權給CDC⁶⁶。

本案多數意見雖然沒有明確使用主要問題原則的文字，但援引了前述的Brown & Williamson案，強調「我們期待國會在授權行政機關行使帶有巨大經濟與政治重要性的權力時，應該要明確表達」⁶⁷，

⁶⁴ 58 Stat. 703, 42 U.S.C. § 264(a). 原文為“The Surgeon General, with the approval of the [Secretary of Health and Human Services], is authorized to make and enforce such regulations as in his judgment are necessary to prevent the introduction, transmission, or spread of communicable diseases from foreign countries into the States or possessions, or from one State or possession into any other State or possession. For purposes of carrying out and enforcing such regulations, the Surgeon General may provide for such inspection, fumigation, disinfection, sanitation, pest extermination, destruction of animals or articles found to be so infected or contaminated as to be sources of dangerous infection to human beings, and other measures, as in his judgment may be necessary.”

⁶⁵ *Id.* 檢查、燻蒸、消毒、衛生、除蟲之原文為“inspection, fumigation, disinfection, sanitation, pest extermination.”

⁶⁶ 42 C.F.R. § 70.2 (2020). 原文為“Whenever the Director of the Centers for Disease Control and Prevention determines that the measures taken by health authorities of any State or possession (including political subdivisions thereof) are insufficient to prevent the spread of any of the communicable diseases from such State or possession to any other State or possession, he/she may take such measures to prevent such spread of the diseases as he/she deems reasonably necessary, including inspection, fumigation, disinfection, sanitation, pest extermination, and destruction of animals or articles believed to be sources of infection.”

⁶⁷ 141 S. Ct. 2485, 2489 (2001). 原文為“We expect Congress to speak clearly when authorizing an agency to exercise powers of ‘vast ‘economic and political



最高法院據此認為PHSA第361條a項授權CDC得「依其判斷為必要之政府管制」的解釋，應受到同條項後半「檢查、燻蒸、消毒、衛生、除蟲」等例示之侷限，亦即：CDC之管制權限應限於直接找出、隔絕、消除傳染病之作為，而不是像驅趕房客禁令這種透過減少人口移動降低疾病傳播的間接措施⁶⁸。多數意見進而認為CDC宣稱其在PHSA第361條a項下享有如此廣泛權限之主張，「應該讓人對政府的詮釋提高警覺」⁶⁹。如果容許此種詮釋，則只要CDC依其判斷認為必要，幾乎難以想像有哪些措施無法落入CDC的管制範圍⁷⁰。基於上述理由，多數意見最終認為CDC對PHSA第361條a項之詮釋過度廣泛，因此同意禁制令之核發。

(二) 疫苗強制施打與NFIB案

在AAR案做成的2021年年中，美國已經開始思考應如何逐漸走出新冠疫情，而實現此一目標的關鍵，在於疫苗和治療藥物的投入，其中由於疫苗的施打除了保護個人，也會有提升群體免疫力的效果，因此常會衍生是否可為了提升群體保護力而限制個人選擇自由，強制要求人民施打的爭議。

這種公益與個人自由之間的衝突，是公共衛生管制的常見課題，而在新冠疫情的脈絡下，最高法院也針對疫苗的強制施打，同時在2022年1月13日做成Biden v. Missouri（下稱Biden案）及前述

significance.”

68 *Id.* at 2487.

69 *Id.* at 2489. 原文為“the sheer scope of the CDC’s claimed authority under § 361(a) would counsel against the Government’s interpretation.”

70 *Id.* (stating that “[i]t is hard to see what measures this interpretation would place outside the CDC’s reach, and the Government has identified no limit in § 361(a) beyond the requirement that the CDC deem a measure ‘necessary.’”).



NFIB等兩則案件⁷¹，前者涉及美國聯邦政府衛生及公共服務部（Department of Health and Human Services, DHHS）對於參與聯邦醫療保險（Medicare）與聯邦醫療補助（Medicaid）之醫療設施⁷²，要求其所屬人員除非符合醫療與宗教豁免要件，都必須施打疫苗，否則會影響這些設施參與Medicare和Medicaid之資格的作法。後者則涉及DHHS轄下職業衛生安全局（Occupational Safety and Health Administration, OSHA）所發布，要求百人以上雇主落實雇員疫苗強制施打，或是選擇接受每週定期檢測之替代方案的Covid-19疫苗和檢測強制令⁷³。

最終，法院在Biden案中支持DHHS的作法，但卻在相關的NFIB案中認定DHHS之強制令違憲。在NFIB案中，最高法院援引前述AAR案中「我們期待國會在授權行政機關行使帶有巨大經濟與政治重要性的權力時，應該要明確表達」之見解，認為OSHA所發布的強制令，構成此種重要權力之行使，並逾越了職業安全與健康法（the Occupational Safety and Health Act）的國會授權，構成「對廣大數量勞工生活與健康的顯著侵害」⁷⁴。這是因為，「國會雖給予OSHA管理職業危險的權力，卻沒有授權其更廣泛管制公共衛生的權限」，而「要求8千4百萬勞工，單單因為他們為百人以上

⁷¹ Biden v. Missouri, 595 U.S. ____, 142 S. Ct. 647 (2022); National Federation of Independent Business v. OSHA, 595 U.S. ____, 142 S. Ct. 661 (2022).

⁷² 聯邦醫療保險是針對65歲以上老師及殘疾人口，聯邦醫療補助則是針對低收入人士。142 S. Ct. 647, 650 (2022).

⁷³ NFIB案所涉及之DHHS強制令，後續受到美國獨立企業聯盟（National Federation of Independent Business, NFIB）之挑戰，並成功透過聯邦第五巡迴上訴法院暫緩此禁令生效。第五巡迴上訴法院的決定，後續被第六巡迴上訴法院認為缺乏合理依據，本案於是來到最高法院。

⁷⁴ 595 U.S. ____, 142 S. Ct. 661 (2022), at 665. 原文為“a significant encroachment into the lives—and health—of a vast number of employees.”



雇主工作，就需要強制施打疫苗，很明確地落入後者（按：即公共衛生）的範圍」⁷⁵。以此為由，最高法院最終同意暫緩此禁令在上訴期間生效。

本案Neil Gorsuch大法官也進一步在其協同意見書中，將主要問題原則，從原本主要作為雪弗龍順從原則的限縮，轉而與禁止授權原則連結，認為「主要問題原則，實與俗稱禁止授權原則緊密相關。過去幾十年來，法院持續援引禁止授權原則，作為適用主要問題原則的理由……禁止授權原則透過防止國會故意將其立法權力授予非民選官員，來確保民主的可問責性……主要問題原則也發揮著類似功能，是用以防免非故意、間接、或者不可能的法律授權……兩者都是為了避免人民統治（government by the people）被官僚統治（government by bureaucracy）所取代⁷⁶。」

四、主要問題原則的用語

美國最高法院正式使用主要問題原則的用語，要等到2022年6

⁷⁵ *Id.* at 666. 原文為“Although Congress has indisputably given OSHA the power to regulate occupational dangers, it has not given that agency the power to regulate public health more broadly. Requiring the vaccination of 84 million Americans, selected simply because they work for employers with more than 100 employees, certainly falls in the latter category.”

⁷⁶ *Id.* at 668-69 (2022). 原文為“the major questions doctrine is closely related to what is sometimes called the nondelegation doctrine. Indeed, for decades courts have cited the nondelegation doctrine as a reason to apply the major questions doctrine ... The nondelegation doctrine ensures democratic accountability by preventing Congress from intentionally delegating its legislative powers to unelected officials ... The major questions doctrine serves a similar function by guarding against unintentional, oblique, or otherwise unlikely delegations of the legislative power ... Both serve to prevent ‘government by bureaucracy supplanting government by the people.’”



月的West Virginia案⁷⁷，本案也是近年對美國環保政策走向影響最為深遠的判決之一。

本案的法律爭點涉及空氣潔淨法第111條d項⁷⁸，該條文授權主管機關制訂空氣污染物排放的效能標準（standard of performance），同時授權各州政府制訂具體的執行規則，而此效能標準之制訂，又應反映在使用了主管機關所認可之最佳減低排放系統（the best system of emission reduction, BSER）後，所能夠達到的限制排放程度⁷⁹。美國環保署在過往很少使用本條文，但為了對抗氣候變遷，歐巴馬政府於2015年援引此條文之權力，制訂了乾淨能源計畫（Clean Power Plan, CPP），該計畫認為對於燃煤和天然氣電廠來說，所謂的BSER包含三種路徑，第一條路徑是針對燃煤電廠的熱效率提升（heat rate improvements），相較之下，第二和第三條路徑則涉及整體電網層次的發電來源轉換（generation shift at the grid level），其中第二條路徑是指從燃煤轉向天然氣發電，第三條路徑則是指從燃煤和天然氣轉向潔淨能源⁸⁰。以BSER包含這三條路徑為前提假定，並考量其他減排成本和能源規範，環保署評估在2030年時，燃煤占全國總體發電的比例，可以從2014年的

⁷⁷ 597 U.S. ____ (2022).

⁷⁸ 42 U.S. Code § 7411.

⁷⁹ 42 U.S. Code § 7411(a)(1). 原文為“The term ‘standard of performance’ means a standard for emissions of air pollutants which reflects the degree of emission limitation achievable through the application of the best system of emission reduction which (taking into account the cost of achieving such reduction and any nonair quality health and environmental impact and energy requirements) the Administrator determines has been adequately demonstrated.”

⁸⁰ West Virginia v. EPA, 597 U.S. ____, No. 20-1530, majority opinion, slip op. at 8 (US S. Ct. 2022.06.30), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf (last visited: 2023.09.20).



38%，降至2030年的27%。環保署進一步在此評估的基礎上，設定空氣污染物排放的效能標準⁸¹。

在現實上，此標準的落實，可能會迫使燃煤電廠必須進行某種路徑的發電來源轉換，甚至使大量的燃煤電廠被迫除役，而產生大規模的失業問題⁸²。因為這些爭議，繼任之川普政府在2019年撤銷了CPP，並提出可負擔的潔淨能源規則（Affordable Clean Energy rule, ACE）作為替代，在此替代方案中，BSER被大略限縮至原本CPP的路徑一，亦即追求燃煤電廠的熱效率提升⁸³。

川普政府撤銷CPP並由ACE加以取代的核心理由，是以主要問題原則為依據，認為CPP逾越了國會透過空氣潔淨法第111條d項賦予環保署的法定權限，依據國會的授權範圍，BSER應限定於可以應用在特定廠區範圍內的減低排放系統，而不像歐巴馬政府的CPP納入整體電網層次的發電來源轉換⁸⁴。川普政府的決定後續被一些州政府和民間團體告上哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院（下稱DC上訴法院），該案法院認為川普政府對空氣潔淨法的解釋錯誤，因而將川普政府撤銷CPP和頒訂ACE的決定一併廢棄發回⁸⁵。

在2020年拜登總統上任後，拜登政府以其預計撤銷CPP並另外提出替代方案為由，希望DC上訴法院暫緩其將CPP之撤銷予以廢棄發回的決定，並獲得DC上訴法院的同意⁸⁶。針對此一暫緩決定，反對者認為拜登政府的新方案仍可能納入電網層次之發電來源

81 *Id.* at 9.

82 *Id.* at 10.

83 *Id.* at 12.

84 *Id.* at 11-12. 關於川普政府如何透過主要問題原則的詮釋來自我限縮聯邦政府的管制權力，*See Brunstein & Revesz, supra* note 60, at 335-55.

85 *Id.* at 12-13.

86 *Id.* at 13.



轉換，而對州的權利造成損害，因此繼續向最高法院提出上訴，最高法院也同意反對者的見解，認定本案不因拜登政府預計撤銷CPP，就失去可司法性，進而做成West Virginia一案⁸⁷。

本案之核心關鍵，在於空氣潔淨法第111條d項所謂的最佳減低排放「系統」，是否僅限於特定廠區範圍內的減低排放系統，還是可以廣泛地理解為包含電網層次的發電來源轉換。最高法院最終援引主要問題原則為核心依據，以6比3的票數，推翻DC上訴法院的暫緩決定，並將案件發回⁸⁸。多數意見援引判決先例指出，在某些特殊情境中，行政機關聲稱其享有某些管制權限的主張，會因為這些權限在「經濟和政治上的重要性」，而使得法院「在做出國會確實有意賦予某種隱性授權的結論之前，有理由猶豫再三」⁸⁹，此時，要說服法院這些授權確實存在，行政機關不能僅僅提供「說得通的文字基礎」，而必須更進一步的指出「支持其所聲稱權限的『明確的國會授權』」，這也就是主要問題原則之內涵⁹⁰。

多數意見認為本案構成主要問題原則所設想的特殊情境⁹¹。首

⁸⁷ *Id.* at 14-16.

⁸⁸ *Id.* at 31.

⁸⁹ *Id.* at 17. 原文為“our precedent teaches that there are ‘extraordinary cases’ that call for a different approach—cases in which the ‘history and the breadth of the authority that [the agency] has asserted,’ and the ‘economic and political significance’ of that assertion, provide a ‘reason to hesitate before concluding that Congress’ meant to confer such authority.”

⁹⁰ *Id.* at 19. 原文為“in certain extraordinary cases, both separation of powers principles and a practical understanding of legislative intent make us ‘reluctant to read into ambiguous statutory text’ the delegation claimed to be lurking there ... To convince us otherwise, something more than a merely plausible textual basis for the agency action is necessary. The agency instead must point to ‘clear congressional authorization’ for the power it claims.”

⁹¹ *Id.* at 20.



先，環保署的解釋不合過往第111條的管制先例，過去環保署在設定污染排放上限時，多半將BSE理解為使個別污染源更加環保的減污措施，而從未像CPP從整體系統觀點來思考⁹²。環保署自己也承認這種作法的新穎性，並解釋其是在尋求行使第111條所授與權力的一種「更廣泛、前瞻性的方式」⁹³，這種方式「並非是針對個別污染源的排放性能，而是透過降低發電的排碳強度，提升整體的電力系統」⁹⁴。多數意見認為這種對環保署權力的看法，「不僅是史無前例的，也形同對法條進行了『根本性的修改』」，將其轉變為完全不同類型的法規⁹⁵。

更重要的是，「理解並預測電力傳輸、分配和儲存等領域的系統趨勢」，並非環保署在進行環境管制時，傳統上具備的技術和政策專業⁹⁶。多數意見認為，由於這些專業的欠缺，應該「推定國會不會將此項權力授予行政機關」⁹⁷。多數意見也高度懷疑國會願意將未來幾個世代的燃煤能源占比，這種具有「經濟和政治上重要

⁹² *Id.* at 20-21.

⁹³ *Id.* at 23. 原文為“broader, forward-thinking approach to the design.”

⁹⁴ *Id.* at 23. 原文為“Rather than focus on improving the performance of individual sources, it would improve the overall power system by lowering the carbon intensity of power generation.”

⁹⁵ *Id.* at 24. 原文為“‘This view of EPA’s authority was not only unprecedented; it also effected a ‘fundamental revision of the statute, changing it from [one sort of] scheme of ... regulation’ into an entirely different kind.”

⁹⁶ *Id.* at 25. 原文為“‘For one thing, as EPA itself admitted when requesting special funding, ‘Understand[ing] and project[ing] system-wide ... trends in areas such as electricity transmission, distribution, and storage’ requires ‘technical and policy expertise not traditionally needed in EPA regulatory development.’”

⁹⁷ *Id.* at 25. 原文為“‘When [an] agency has no comparative expertise’ in making certain policy judgments, we have said, ‘Congress presumably would not’ task it with doing so.”



性」的問題，交給行政機關來自由裁量⁹⁸，而認為「這個選擇所涉及一些基本和影響深遠的利益權衡，是國會很可能會希望由自己來決定的」⁹⁹。既然空氣潔淨法其他更常用的條文都沒有出現這類廣泛授權，那極其罕用的第111條更不應作為授權依據。尤其，透過第111條的擴大解釋，CPP基本已形同某種形式的碳權交易制度（cap-and-trade），然而國會早已屢次拒絕在空氣潔淨法中導入此類制度，此一政治現實，也使得行政機關對第111條的解釋更加令人質疑¹⁰⁰。

最高法院在West Virginia一案中，將主要問題原則套用於空氣潔淨法，大幅侷限了環保署管制溫室氣體排放的權限範圍，對美國應變氣候變遷之政策走向有著極為深遠的影響。而主要問題原則對管制國家權力擴張的影響，具體又需要結合美國國會的黨派結構來加以理解。表面上，主要問題原則僅僅是在權力分立的架構下，要求國會對重要問題進行表態，後續行政機關還是可以在國會授權的框架下進行管制。但在現實上，美國重要的管制立法，例如涉及氣候變遷的環境和能源立法，往往會在參議院中，因為少數黨的議事阻擾（filibuster），而適用60票（占民選席次60%）通過之超高門檻¹⁰¹。此一程序限制，結合美國近年的政治極化現象，導致任一黨要突破60席的門檻都極度困難，因此當法院要求國會必須對特定

⁹⁸ *Id.* at 25. 原文為“‘We also find it ‘highly unlikely that Congress would leave’ to ‘agency discretion’ the decision of how much coal-based generation there should be over the coming decades.”

⁹⁹ *Id.* at 26. 原文為“‘The basic and consequential tradeoffs involved in such a choice are ones that Congress would likely have intended for itself.’”

¹⁰⁰ *Id.* at 27-28.

¹⁰¹ United States Senate, About Filibusters and Cloture, available at <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/filibusters-cloture.htm> (last visited: 2023.09.20).



管制權限之授權表態，在現實上必然會大幅限制聯邦政府管制權力的擴張速度¹⁰²。

五、尊重專業或捍衛民主？

本文的出發點，是認為美國管制國家權力不斷擴張的發展趨勢，使得法院在面對政府的管制權力行使時，常會面臨「應寬鬆或嚴格理解政府法律授權」的兩難困境。過往很長的一段時間，美國法院透過禁止授權原則陷入冬眠，以及發展包括雪弗龍在內的各種順從原則，在這個問題上採取比較寬鬆的立場。但前引Gundy、AAR、NFIB、West Virginia等案件的發展，凸顯出美國最高法院對此問題的態度近年轉趨嚴格，透過主要問題原則的擴大使用，要求國會對具有重大政治經濟意義的事務清楚授權，讓禁止授權原則一定程度復甦。

而不論是過往較為寬鬆的認定，或是近期走向較為嚴格的審查，法院在不同時期對上述兩難困境所採取的不同態度，背後往往又反映自由派和保守派大法官對於「尊重專業」與「捍衛民主」這兩種價值孰先孰後、在個案中應如何取捨的角力結果。例如

¹⁰² 不過本案其實也並未出現環保人士原本擔憂的最壞情形，多數意見並未否定最高法院在2007年Massachusetts v. Environmental Protection Agency一案中所提出，認為二氧化碳等溫室氣體屬於空氣潔淨法所管轄之空氣污染物，而可由環保署加以管制的見解。549 U.S. 497 (2007). 環保署也仍然可以使用原CPP BSEF三條路徑中之路徑一（熱效率提升），來降低燃煤電廠的溫室氣體排放。而為了突破West Virginia一案對其抗氣候變遷之努力所設下的障礙，拜登政府在同年8月經國會通過的降低通貨膨脹法（Inflation Reduction Act）中，直接將二氧化碳、甲烷及其他溫室氣體明文定義為本法所管制之空氣污染物，明確給予環保署對於溫室氣體的管制授權，避免未來再遭到主要問題原則的挑戰。Inflation Reduction Act of 2022, Pub. L. 117-169, 136 Stat. 1818 (2022).



Gorsuch大法官在NFIB案協同意見書中，便主張禁止授權原則與主要問題原則，都是為了確保民主的可問責性，「避免人民統治被官僚統治所取代」¹⁰³。在該意見書的結尾，Gorsuch大法官進一步寫下以下強調民主價值應優先於行政專家判斷的文句：

「我們所面對的問題，不是如何回應這次大流行，而是回應的權力在誰手上。這個問題的答案是清楚的：依據今日有效的法律，此一權力是由州政府與國會所享有，而不是OSHA。我們這麼說，並不是要訓斥發布行政機關疫苗強制令背後的動機，而只是在面對誰能夠管治8千4百萬美國人民的問題時，全力實踐法院落實法律要求的義務。在緊迫的時刻，要尊重這些法律要求是困難的，但是我們認為如果法院僅在承平的時刻才遵守這些要求，緊急狀態的宣告會永無止息，而我國憲法透過權力分立試圖保存的人民自由也會形同虛設¹⁰⁴。」

相較於保守派大法官，自由派大法官，則偏向寬鬆解釋政府法律授權，給予行政機關回應緊急狀態最大空間的態度。而此一態度，又常會以「法院缺乏判斷相關管制決策之專業，因此應尊重行

¹⁰³ *Supra* note 76.

¹⁰⁴ *Biden v. Missouri*, 595 U.S. ____, 142 S. Ct. 647, 667 (2022). 原文為“The question before us is not how to respond to the pandemic, but who holds the power to do so. The answer is clear: Under the law as it stands today, that power rests with the States and Congress, not OSHA. In saying this much, we do not impugn the intentions behind the agency’s mandate. Instead, we only discharge our duty to enforce the law’s demands when it comes to the question who may govern the lives of 84 million Americans. Respecting those demands may be trying in times of stress. But if this Court were to abide them only in more tranquil conditions, declarations of emergencies would never end and the liberties our Constitution’s separation of powers seeks to preserve would amount to little.”



政機關對於風險和不確定性之專業判斷」的形式呈現，具體表現在認為禁止授權原則仍處於持續冬眠狀態，並支持既有形式的雪弗龍順從原則。例如在Ruth Ginsburg大法官過世，其席位被Amy Barrett大法官承繼後，僅餘的Stephen Breyer、Sonia Sotomayor、和Elena Kagan三位一般歸類為自由派的大法官，在AAR和NFIB案中均提出不同意見書。其中三位大法官在NFIB案聯名發表的不同意見書，更是直接對於前述Gorsuch大法官協同意見書的回應，三位大法官指出：

「在此爭議的其他問題背後，是一個單一、簡單的問題：誰決定美國勞工對於Covid-19需要多少、什麼樣的保護？是由對於職場健康安全具有專業、且依據國會和總統授權行動的行政機關來決定？還是由缺乏任何確保職場安全之知識、又不需要為其所造成的傷害負任何責任的法院？這裡，一個受到國會指派，確保勞工免於職場危險的行政機關，已經決定系爭管制作為（按：疫苗與檢測強制令）是有其需要的……行政機關發布此一標準，是以半世紀以來處理職場健康安全議題的管制經驗和專業為基礎。此一標準同時也符合政治責任（political accountability）的價值要求，因為OSHA需要向總統負責，而總統則需要……向美國人民負責，而不像這個非民選、不用向任何人負責、也缺乏評判職場健康安全議題之背景、能力、與專業的最高法院。如果我們夠明智，我們應該知道要在這個議題上尊重行政機關。如果我們夠明智，我們應該知道不應該用我們的判斷來取代專家——在國會所劃定並受總統控制的決策領域內——為了因應緊急狀況而做出的判斷。但今天我們不夠明智。面對持續延燒的疫情，這個法院告訴肩負保障勞工安全的行政機關說，你不能在所有有需要的職場執行你的任務。當



染病與死亡數量持續爬升，這個法院告訴行政機關說，你不能用可能最有效的方式來回應疫情。這個法院在沒有法律依據的情況下，掠取了合法屬於其他單位的決策權力，削弱了聯邦負責官員——在其所合法權限內——保護美國勞工免於嚴峻危險的能力¹⁰⁵。」

¹⁰⁵ Biden v. Missouri, 595 U.S. ____, 142 S. Ct. 647, 676-77 (2022). 原文為“Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes? Here, an agency charged by Congress with safeguarding employees from workplace dangers has decided that action is needed ... It has landed on an approach that encourages vaccination, but allows employers to use masking and testing instead ... The agency’s Standard is informed by a half century of experience and expertise in handling workplace health and safety issues. The Standard also has the virtue of political accountability, for OSHA is responsible to the President, and the President is responsible to—and can be held to account by—the American public. And then, there is this Court. Its Members are elected by, and accountable to, no one. And we ‘lack[] the background, competence, and expertise to assess’ workplace health and safety issues ... When we are wise, we know enough to defer on matters like this one. When we are wise, we know not to displace the judgments of experts, acting within the sphere Congress marked out and under Presidential control, to deal with emergency conditions. Today, we are not wise. In the face of a still-raging pandemic, this Court tells the agency charged with protecting worker safety that it may not do so in all the workplaces needed. As disease and death continue to mount, this Court tells the agency that it cannot respond in the most effective way possible. Without legal basis, the Court usurps a decision that rightfully belongs to others. It undercuts the capacity of the responsible federal officials, acting well within the scope of their authority, to protect American workers from grave danger.”



「尊重專業」與「捍衛民主」的價值取捨，也成為Gorsuch和Elena Kagan大法官，在West Virginia一案透過各自意見書彼此交鋒的重點之一。如前所述，本案多數意見的核心論據之一，是認為「理解並預測電力傳輸、分配和儲存等領域的系統趨勢」，並非環保署「在進行環境管制時，傳統上具備的技術和政策專業」，也由於這些專業的欠缺，應該「推定國會不會將此項權力授予行政機關」¹⁰⁶。Gorsuch大法官贊同此結論，並於其協同意見書之結語，再次從捍衛民主的角度切入，主張：「當國會對於問題的解決看似行動遲緩時，行政部門想要主動採取行動是很自然的。但憲法並未授權行政機關以缺乏國會授權的管制規範，來替代人民代表所通過之法律。在我們的共和國中，『制定治理社會的一般性規則，是屬於立法機關的特殊權責。』……今日的決定有助於保護這一憲法基礎承諾，因此我很樂意表示贊同¹⁰⁷。」

與此相對，Kagan大法官之不同意見，則分別從法律解釋方法（statutory interpretation）和行政機關是否具有專業等兩個角度，對多數意見提出批評：首先關於法律解釋方法，Kagan大法官批評多數意見錯誤援引判決先例，Kagan大法官除了指出最高法院從未

¹⁰⁶ *Supra* note 80, at 25.

¹⁰⁷ West Virginia v. EPA, 597 U.S. ___, No. 20-1530, concurring opinion, slip op. at 19 (US S. Ct. 2022.06.30), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf (last visited: 2023.09.20). 原文為“When Congress seems slow to solve problems, it may be only natural that those in the Executive Branch might seek to take matters into their own hands. But the Constitution does not authorize agencies to use pen-and-phone regulations as substitutes for laws passed by the people’s representatives. In our Republic, ‘[i]t is the peculiar province of the legislature to prescribe general rules for the government of society.’ Because today’s decision helps safeguard that foundational constitutional promise, I am pleased to concur.”



使用過主要問題原則之語彙以外，也點出多數意見所援引之 **Brown & Williamson**，雖然確實寫下法院在某些特別的情境，「在做出國會確實有意賦予某種隱性授權的結論之前，有理由猶豫再三」的文句，但這其實只是雪弗龍原則第一階段的日常應用，而非對主要問題原則的支持¹⁰⁸。**Kagan**大法官進而強調，國會透過空氣潔淨法第111條這類的概括條款給予行政機關授權，其實一點都不罕見。而面對此類授權，法院在過往判決先例——尤其是本案多數意見引為主要依據的 **Brown v. Williamson** 一案——中的「猶豫再三」，並不表現在法院需要尋求任何特別的清楚授權，而是反映在法院對於「正常法律解釋原則」的應用，亦即：「查看文本，從上下文中理解它，並運用法院所稱的一些『常識』，來瞭了解國會如何授權」¹⁰⁹。

其次，**Kagan**大法官進一步挑戰多數意見認為環保署缺乏發電來源轉換相關專業之看法，而認為其恰恰「落在環保署的專長領域之中」¹¹⁰。**Kagan**大法官指向最高法院2011年做成的 **American Electric Power Co. v. Connecticut** 一案，在該案中，法院明確認可國會透過空氣潔淨法第111條，將「是否、以及如何管制電廠二氧化碳排放」的權責授權給環保署¹¹¹。其中，「如何」管制電廠二氧化碳排放「是一項複雜的工作。要正確執行此一工作，需要『對各

¹⁰⁸ *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. ___, No. 20-1780, dissenting opinion, slip op. at 16-17 (US S. Ct. 2022.06.30), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf (last visited: 2023.09.20).

¹⁰⁹ *Id.* at 17. 原文為“*In reaching ... conclusion, the Court relied ... not on any special ‘clear authorization’ demand, but on normal principles of statutory interpretation: look at the text, view it in context, and use what the Court called some ‘common sense’ about how Congress delegates.*”

¹¹⁰ *Id.* at 13. 原文為“*The Clean Power Plan falls within EPA’s wheelhouse.*”

¹¹¹ *Id.* at 26; *American Electric Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).



種彼此競爭的競爭利益，做出基於充分資訊的評估』」，這些評估「除了涉及可能達到的環境效益外，國家的整體能源需求，以及對經濟秩序造成干擾的可能性，也都必須考慮在內」¹¹²。而由於環保署作為一種「專業行政機關（expert agency）」，「擁有執行這些評估所需的『科學、經濟和技術資源』」，因此國會選擇將執行此種複雜利益權衡的責任委交給EPA¹¹³。以此先例為基礎，Kagan大法官認為環保署無疑享有相關管制任務所需的專業。

最終，如同其在NFIB案不同意見之結論，Kagan大法官也在本案不同意見書之結語，站在尊重專業優先的立場上，寫下以下段落：「本案涉及的管制議題使得法院的介入更加令人不安……它對於如何應對氣候變化完全沒有頭緒。且讓我直白的說：本案影響十分深遠。然而，法院今日阻止了經國會授權的行政機關採取行動，以限制發電廠的二氧化碳排放。法院此舉形同將自身——而不是國會或專業行政機關——指定為氣候政策的決策者。我想不出還有什麼比這更令人害怕的事情。我對此尊重地表示異議¹¹⁴。」

¹¹² *Id.* at 20. 原文為“Regulating power plant emissions is a complex undertaking. To do it right requires ‘informed assessment of competing interests’: ‘Along with the environmental benefit potentially achievable, our Nation’s energy needs and the possibility of economic disruption must weigh in the balance.’”

¹¹³ *Id.* at 20. 原文為“Congress specifically ‘entrust[ed] such complex balancing to EPA,’ because that ‘expert agency’ has the needed ‘scientific, economic, and technological resources’ to carry it out.”

¹¹⁴ *Id.* at 32-33. 原文為“The subject matter of the regulation here makes the Court’s intervention all the more troubling. Whatever else this Court may know about, it does not have a clue about how to address climate change. And let’s say the obvious: The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants’ carbon dioxide emissions. The Court appoints itself—instead of Congress or the expert agency—the decisionmaker on climate policy. I cannot think of many things more frightening.”



值得附帶一提的是，即便是保守派大法官，有時也會站在法院應尊重行政機關專業判斷的立場，反映出即便同屬同一黨派的大法官，對管制國家權力行使的接受程度也未必全然相同。例如在疫情初期，最高法院於2020年5月29日做成South Bay United Pentecostal Church v. Newsom法院命令¹¹⁵，拒絕對加州政府教會禮拜人數的限制核發禁制令。在本案中，小布希總統提名的John Roberts首席大法官，便表達在充滿不確定性的領域，法院應尊重專責州政府官員的看法，Roberts大法官在其協同意見書中指出：「在疫情期間，對於特定社會活動的限制何時可以解禁，是一個需要依據事實動態檢討、且可能存在合理不同意見的問題。我們的憲法對於人民的安全與健康，主要是交給各州需要負政治責任的官員來守衛和保護。當這些官員在充滿醫學與科學不確定性的領域採取行動時，他們的決策空間（latitude）必須特別的寬廣（especially broad）。當官員並未逾越這些寬廣的決策空間時，他們的決策不應被未經民選的聯邦司法機關事後指指點點（second-guessing）。後者欠缺判斷公共衛生議題的背景、能力、與專業，也缺乏向人民負責的管道（粗體為本文所加）¹¹⁶。」

Respectfully, I dissent.”

¹¹⁵ 140 S. Ct. 1613 (2020).

¹¹⁶ *Id.* at 1613-14. 原文為“The precise question of when restrictions on particular social activities should be lifted during the pandemic is a dynamic and fact-intensive matter subject to reasonable disagreement. Our Constitution principally entrusts ‘[t]he safety and the health of the people’ to the politically accountable officials of the States ‘to guard and protect.’ ... When those officials ‘undertake[] to act in areas fraught with medical and scientific uncertainties,’ their latitude ‘must be especially broad.’ ... Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an ‘unelected federal judiciary,’ which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not



尊重專業和捍衛民主的價值取捨，進一步又連結美國行政法對於行政機關權力行使之正當性（*legitimacy*）的幾種主要想像¹¹⁷。對法律授權明確文字依據的重視，反映將民選國會的立法授權，理解為在民主體制下，政府管制權力正當性的主要來源。這種想法在美國法上常被稱為傳送帶思維（*Transmission belt*），亦即將行政機關想像為「在具體個案執行立法者指引的傳送帶」，美國行政法早期關於禁止授權原則的發展，一定程度便反映此一思維¹¹⁸。但在美國管制國家的發展歷程中，除了傳送帶理論，行政機關的管制專業（*expertise*）、以及行政程序面是否能公平納入各方聲音，也都曾被理解為政府權力正當性的重要正當性來源¹¹⁹。前者來自於美國社會——尤其是20世紀前期——對科學專業的崇尚，後者則表

accountable to the people.”

117 關於美國行政法不同正當性模型的早期中文討論，及其於我國環境管制領域之可能應用，可參見葉俊榮，*環境行政的正當法律程序*，頁12-31，2001年2月，再版。葉俊榮除了提到本文以下將討論的傳送帶模型、專業模型、和參與模型（*participatory model*，即本文提及之利益代表模式），也另外提到Jerry Marshaw提出的尊嚴模式（*dignity model*）。葉俊榮指出，Marshaw「對利益衡量的工具理性感覺不安」，而「在富有自然法意味的人性尊嚴上找到理論的歸宿」，認為「行政程序上的參與，絕不僅止於決策的正確性本身，而有更深一層的尊嚴程序價值（*dignitary process values*）存在。」（*環境行政的正當法律程序*，頁22）。

118 Stewart, *supra* note 28, at 1675. 原文為“The traditional model of administrative law ... conceives of the agency as a mere transmission belt for implementing legislative directives in particular case.”

119 後者具體表現在前述美國行政法所發展之利益代表審查模式。See generally Stewart, *supra* note 28. 至於對專業的尊重，則是從進步時代（*Progressive Era*）以降美國社會文化的重要面向，也反映在本文所研究判決中自由派大法官的一些發言，See JAMES O. FREEDMAN, *CRISIS AND LEGITIMACY: THE ADMINISTRATIVE PROCESS AND AMERICAN GOVERNMENT* 4-6, 44-46 (1978).



現在美國法院於20世紀中葉逐漸發展出之利益代表模式¹²⁰。

本節所討論，自由與保守派法官對於應優先尊重專業或捍衛民主的論辯，就觸及對這些不同正當性來源——尤其是國會授權和管制專業——應孰先孰後的討論。尤其，尊重行政機關之專業在很長一段時間裡，似乎已取代國會授權而成為政府權力行使的主要正當性來源，在此背景下，主要問題原則之支持者對於捍衛民主價值的強調，便可以進一步理解為保守派大法官希望讓國會授權此一政府權力之傳統正當性來源，重新獲得重視的嘗試。

肆、我國啟示：管制國家與法治主義的內在衝突

本文將美國法院近年關於主要問題原則的討論，放在美國管制國家法理基礎的發展脈絡上來理解。美國管制國家的權力擴張，常會引發「國會授權本身是否可容許」以及「行政機關對自身權責的解釋和行使是否符合國會授權」等爭議，針對前者，美國法院很早便透過可理解原則的發展，讓禁止授權原則陷入長期冬眠，針對後者，美國法院則發展出包含雪弗龍在內之各種順從原則，給予行政機關解釋自身權責的較大空間。這些演進，都成為美國管制國家發展的重要合法性基礎，以此為背景，美國最高法院近年對主要問題原則的使用，相當程度可以被理解為保守派大法官對美國管制國家法理基礎的攻擊，試圖藉此節制美國聯邦政府管制權責一直以來的單向擴張。而在此過程中，自由與保守派大法官圍繞主要問題原則所展現的不同立場，背後又反映其對於尊重專業和捍衛民主這兩種價值之間所做出的價值取捨，此一取捨，進一步又連結美國行政法對於行政機關權力行使之正當性的幾種常見不同想像。

¹²⁰ See generally Stewart, *supra* note 28.



新政後逐步擴張的管制國家概念，為何被美國政治上的保守派意識形態所敵視，有其複雜的歷史背景，但如果專注在過去2、30年，各種高度不確定風險層出不窮的現代風險社會背景，以及美國近年逐漸強調公私領域利害關係人網絡合作的治理思維變遷，一定程度應該都助長了其對管制國家的質疑。前者（治理轉向）大幅改變了政府管制的角色與手段，後者（風險社會）則持續擴張了政府的管制任務範圍。這些發展對法律體系的常見衝擊之一，是國會立法很容易會跟不上隨時在變化的風險治理需求，而需要高度仰賴行政機關的管制彈性來適時應變。這種對管制彈性的強調，很難避免遊走在立法文義的灰色地帶，甚至出現立法文義本身即構成灰色地帶的現象，而產生管制國家之權力行使，是否在現實上不受到法律節制的本質性、時代性、系統性爭議。

此一爭議，其實就是本文開頭所稱法院應寬鬆或嚴格理解政府法律授權的兩難困境，本文將此一困境稱為管制國家與法治主義的內在衝突。此種衝突固然一定程度可以透過強化立法品質來管控，但現實上不可能完全消除，此時，如何在不過度犧牲政府管制效能的前提下，對行政機關的管制彈性劃出適當界線，就成為現代社會政府國家管制權力行使，持續需要面對的關鍵問題。

為思考我國法應如何因應此一衝突，本文肆、回到我國法制脈絡，將美國法的上述經驗，與我國因應此一衝突的既有討論進行比較。我國既有討論的核心，是以德國重要性理論為基礎的階層化法律保留——尤其是其中的授權明確性原則。另外，許宗力等學者積極引介之功能最適理論，近年也逐漸被應用於此一討論脈絡。透過對這些既有討論的檢視和比較，本節最後提出進一步區分出不同授權明確性審查密度之倡議，並以「基本權如何在特定的管制脈絡中獲得實現或受到侵害」作為選擇審查密度之判斷標準。此一倡議的目的，是希望通過審查架構的細緻化，強化法院促進對話之角色，



進而透過促使行政機關詳盡說理，或藉助專家意見，提升自身對管制事務之理解，而在個案做出更貼近管制現實、兼顧專業和民主價值的決定。

一、既有的衝突調和方式

面對管制國家與法治主義的內在衝突，美國透過讓禁止授權原則進入冬眠，以及發展雪弗龍等順從原則，在過往很長一段時間，採取了偏向讓管制國家較自由發展的立場。但最高法院的近期態度，則一定程度回頭往法治主義傾斜，亦即透過主要問題原則的提出，要求國會若希望將帶有「巨大政治和經濟重要性」的管制權限授予行政機關，就應明確傳達相關立法意旨。不過主要問題原則也沒有將時光倒回至可理解原則出現之前，讓此一衝突的天平完全壓向法治主義，而是仍然允許國會可以授權行政機關，只是賦予了法院自身判斷何時涉及主要問題需要清楚授權，何時又可以允許概括授權的權力。

我國行政法學界雖然受有不同留學國背景的影響，但整體來說受到歐陸——特別是德國——法的影響還是相對較大。因為此一背景，我國行政法學並不像美國行政法，自始即與管制和治理理論存在密不可分的關係¹²¹。但即便存在這些法制背景的差異，美國管

¹²¹ 因為此一背景，我國行政法學界對管制與治理的重視，早期相對集中在美國留學背景的法學者，其中葉俊榮又是國內將管治思維帶入行政法的先驅之一。葉的早期研究關注聚焦於環境法，將行政管制與政策分析的觀點，帶入傳統主要從民法侵權行為等角度來理解的環境議題。參見葉俊榮，同註117；葉俊榮，環境理性與制度抉擇，1997年1月；葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，1999年3月。此一趨勢近年已逐漸改變，不同留學國背景之法學者已逐漸加入管制和治理的討論，但留學美國的法學者仍然在其中扮演重要角色，例如在食品安全領域，倪貴榮、邱文聰、陳誌雄、林勤富等留美學界者，就都曾經從風險治理強調事前預防性風險管控的之角度發表過論文。參見倪貴



制國家權力擴張所引發的「國會授權本身是否可容許」和「行政機關對自身權責的解釋和行使是否符合國會授權」等爭議，在我國法上同樣是重要議題。對於這些問題的討論，在我國又主要涉及階層化法律保留，尤其是其中授權明確性原則之解釋適用¹²²。而我國

榮，食品安全與風險治理——評析含「萊克多巴胺」美畜產品之管制，月旦法學雜誌，217期，頁108-123，2013年6月；邱文聰，畫餅充飢的食品安全風險管控策略：簡評食品衛生管理法修正，台灣法學雜誌，238期，頁11-17，2013年12月；胡慎芝、陳鈺雄，臺灣基改食品的風險管理措施與WTO的合致性——以追溯追蹤為例，月旦法學雜誌，254期，頁208-218，2016年7月；Ching-Fu Lin, *Public-Private Interactions in Global Food Safety Governance*, 69(2) FOOD DRUG L.J. 143 (2014).

¹²² 對於授權明確性概念的討論，在我國主要涉及行政命令的合法性問題，此討論脈絡常見的問題意識，主要包括國會是否確實有授權制訂行政命令之意旨、國會的授權意旨及範圍是否清楚明確，行政機關制訂之行政命令內容是否符合國會授權之意旨與範圍等議題。

但這裡需要特別說明的是，美國法在談論禁止授權和主要問題原則時，其所針對的政府行為，並不以行政機關制訂之管制命令為限，例如本文參、三、討論到的AAR和NFIB案，就分別涉及CDC所發布的驅趕房客禁令，以及OSHA以緊急性暫時標準形式發布的疫苗和檢測強制令。在美國法上，人民可以基於衡平法（equity law）的法理，對這些不同形式的政府命令尋求禁制令（injunction order）的救濟，而法院對是否核發禁制令的討論，往往就會碰觸到國會是否授與行政機關特定權限的禁止授權原則問題。

我國雖然沒有美國衡平法的法制元素，但至少在理論上，不涉及行政命令形式的行政行為，應該還是存在從行政行為是否具有或符合國會授權的角度來討論的空間。這裡一個指標性的案件，是我國公衛防疫領域具有代表性的釋字第690號解釋，該號解釋涉及SARS期間傳染病防治法第37條第1項「必要之處置」的文字，其意義是否包含強制隔離。表面上，大法官是以該條文若解釋為包含強制隔離，是否違反法律明確性原則作為裁判依據，並不涉及行政命令是否違反授權明確性的討論，但本案事實其實是行政機關將必要之處置解釋為包含強制隔離，並據此進行後續強制隔離之防疫作為，在這個角度上，本案其實和本文參、三、討論的AAR案高度類似。AAR案涉及DHHS對公共衛生服務法第361條a項範圍之解釋是否合法，最高法院最後透過主要問題原則連結禁止授權原則，做出行政機關之解釋逾越國會授權意旨之決定。而



法上在討論此原則時，又常會援引司法院釋字第443號解釋，作為此原則奠基之經典案例，大法官在本號解釋之理由書中提出以下論述：

「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」

我國學者一般認為本號解釋反映德國重要性理論（*Wesentlichkeitstheorie*）之影響¹²³。重要性理論源自於德國聯邦憲法法院，要求「只要涉及影響人民基本權實現的重要事項，就一

AAR的類似案例事實，在美國其實也可以透過雪弗龍順從原則來處理，亦即由法院進行兩個層次的分析：第一層次檢視國會是否已經對特定法律問題的解釋明確表示意見；如果沒有，第二層次繼而觀察行政機關對法律問題之解釋，是否落在國會允許的範圍內。上述美國經驗凸顯出，像釋字第690號解釋之類的事實情境，其實也存在著從「國會授權本身是否可容許」以及「行政機關對自身權責的解釋和行使是否符合國會授權」等角度來分析的可能性，不過因為我國階層化法律保留下的授權明確性原則主要還是針對涉及行政命令之管制情境，因此本節以下也繼續聚焦於行政命令的管制脈絡來進行討論。

¹²³ 關於重要性理論的中文說明，參見李建良，*行政法基本十講*，頁273-275，2017年9月，7版；吳志光，*行政法*，頁48-51，2009年9月，3版；許育典，*憲法*，頁57-60，2011年7月，5版；董保城、法治斌，*憲法新論*，頁70-78，2020年3月，7版。



定須由國會自行立法規範，不得授權行政機關以訂定命令的方式為之」¹²⁴。本理論進一步將行政事項依其影響人民基本權實現的重要性，區分為以下三種類型：首先，關於「影響人民基本權實現的重要部分……適用國會保留」¹²⁵；其次，次重要之行政事務的執行，也需要有法律的基礎，但立法者不需鉅細靡遺，而「只需要規定行政權執行這些事務的原則，至於執行的細節，就可以授權行政機關訂定命令」¹²⁶；最後，「根本無關人民基本權實現的事項……不在法律保留的適用範圍內……行政機關不需要法律的依據或授權，即可自行做成決定」¹²⁷。

大法官在司法院釋字第443號解釋，呼應上述重要性理論思維，將行政事項依基本權侵害程度¹²⁸，區分為憲法保留、國會保

¹²⁴ 許育典，同前註，頁59。

¹²⁵ 同前註。

¹²⁶ 同前註。

¹²⁷ 同前註。

¹²⁸ 我國長期以基本權作為區分標準，除了受德國法之影響，一定程度或許也反映我國的民主化經驗，亦即將基本權理解為人民在民主化的過程中對抗國家權力的媒介，要求國家對人民自由權利之限制，應先獲得民意機關之授權。與此相較，美國法對禁止授權原則的討論——包括早期發展出可理解原則，到近期廣泛適用主要問題原則——主要反映的則是美國行政法的發展與政府管制權力擴張的共生關係。本文認為，上述的美國經驗，有助為我國行政法學關於法律保留和授權明確性的討論，帶入一些新的思考視角。民主轉型的經驗，是我國不可或缺的法學資產，就算在一般的民主國家，確保來自民意機關的授權與負責，同樣是民主體制的核心正當性來源。然而如果過度仰賴此一思考軸線，可能會出現無法充分掌握整體管治環境的轉變，限制了我們對管治思維想像的疑慮。尤其，我國的行政法學，一定程度是在民主轉型的歷史經驗上，嘗試處理風險社會管制治理的各種新興問題。我國民主轉型的時間點相對晚近，2000年至2008年第一次政黨輪替前後，全球化、資訊革命、以及風險社會等各種社會變遷已經方興未艾，到了21世紀的第2個10年，各國政府所面臨的管治環境已經與20世紀末的第三波民主化時代以前大不相同。



留、應遵守授權明確性、及細節性技術性事項等四個層次。其中針對第三層次之授權意旨，具體應明確至何種程度，特別是是否允許概括授權，大法官一般認為「在母法概括授權情形下，行政機關所發布之施行細則或命令究竟是否已超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷」¹²⁹。換言之，大法官允許概括授權，法院可整體參考法律上下文字脈絡，來判斷母法是否存在授權意旨，行政機關又是否違反母法授權範圍¹³⁰。

二、主要問題原則的魅力

我國法受德國重要性理論影響所發展的階層化法律保留，其概念核心是根據對基本權所生限制之輕重，將行政事務區分為四個不同層次，各自受到不同程度的限制。與此相較，美國的主要問題原則主要對應我國階層化法律保留原則之第三——亦即授權明確性——

在這個新的時代，各種充滿高度不確定性的風險層出不窮，面對這些新的挑戰，民主轉型的經驗固然不可廢棄，但行政法學同時也需要能夠納入對管制治理思維的新思考，才能讓司法審查的運作邏輯和討論層次，不會與當代的管制治理環境過度脫節，而能對國家因應現代風險社會而建構的管制國家體系，進行有意義的監督。

¹²⁹ 參見司法院釋字第480、612、785號解釋。司法院釋字第676號解釋則說明：「至授權條款之明確程度，不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷（本院釋字第四二六號、第五三八號解釋參照）。」

¹³⁰ 重要性理論之具體適用，進一步又常會衍生國會保留和授權明確性之要求，是否僅限於較嚴格之干預行政之問題，對此，大法官在釋字第443號解釋進一步認為相關原則也適用於給付行政，認為：「……關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」相關討論亦可參見許育典，同註123，頁59-60。



層次，要求對於具有「巨大經濟與政治重要性」之管制事項，國會應明確表達（*speak clearly*）其授權意旨。

我國現行之授權明確性原則，和美國的主要問題原則，至少存在以下兩點差異：首先是事項區分標準的不同，我國法的授權明確性原則，適用於那些非國會保留，但「涉及人民其他自由權利之限制」的事項，美國之主要問題原則，則聚焦於具有「巨大經濟與政治重要性」之管制事項；其次則是授權明確與否的判斷方式，我國法允許整體參考法律之上下文脈絡，來判斷母法是否存在授權意旨，但美國目前版本的主要問題原則，則要求國會應明確表達其授權意旨，而排除從整體脈絡間接推導授權意旨的可能¹³¹。

誠然，不同法制背景很難直接比較，但我國授權明確性原則允許參考法律整體關聯意義，來判斷母法是否存在授權意旨的特性，和美國法上判斷國會授權的傳統方式，亦即Kagan大法官所稱之「正常法律解釋原則」，有著一定程度的相近之處¹³²。在這層意義上，我們應該可以認為在管制國家與法治主義的天平上，我國行政法學整體和美國傳統見解較為類似，偏向讓管制國家較自由發展的立場，而對於法治主義的價值，給予較為寬鬆、形式化的支持。

此一立場的優點是強化國家的管制效能，但放任政府權力過度膨脹的潛在風險也顯而易見。此一風險在美國促成主要問題原則的發展，而在我國，我國社會雖然並不存在美國那樣，圍繞政府權力大小而分成自由和保守派的社會背景，但在過去幾年的Covid-19疫情中，我國法學界也針對中央流行疫情指揮中心的許多管制決策，提出應強化法治主義，要求政府防疫管制權力之行使需要更清楚明

¹³¹ 參見本文參、五、對Elena Kagan大法官在West Virginia案中對多數意見法律解釋方法之批評的討論，*See supra* note 108, at 16-17.

¹³² *Id.*



確之法律授權的呼聲¹³³。相關討論從疫情一開始便持續存在，例如2020年疫情初期對醫事人員與高中以下師生出國的限制、旅居外國國人登機返臺需檢附三日內陰性檢測證明的要求、以及細胞簡訊和電子圍籬等科技監控措施，都引發政府的權力行使缺乏合適法源、或過度仰賴嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例之第7條空白授權等強烈質疑¹³⁴。

由於上述質疑，主要問題原則以「巨大經濟與政治重要性」為區別標準，要求國會對此類事務應明確表達授權意旨的想法，對於憂心法治主義在疫情期間受到傷害，希望重建法治主義理想的學者來說，很可能會是一種極具吸引力的參考方案。若套用主要問題原則的精神，防疫期間各項防疫管制措施對人民自由權利的嚴峻限制，很容易可以套入「巨大政治和經濟重要性」的概念框架，而面對這些重要的管制事項，政府當然有義務尊重法治主義的要求，為其管制權力之行使，尋求明確、而非概括式——特別是紓困特別條例第7條的空白——的法律授權，以強化政府防疫管制作為的合法性依據。

然而主要問題原則對於管制國家與法治主義的衝突所提出的解方，最終還是不可避免會碰到司法審查正當性的老問題，亦即：相較於具有民選基礎的國會，以及具有管制專業的行政機關，法院為何更適合判斷何謂「巨大」的經濟與政治重要性？對此質疑，主要問題原則的支持者可能會回應，法院並非代替國會或行政機關為判斷，而只是依照法治主義的要求，促請國會對相關問題表示意見。

¹³³ 相關背景，參見梁志鳴，論法院作為法治例外狀態的守門人——以Covid-19防疫措施下的司法審查為中心，中原財經法學，49期，頁238-243，2022年12月。

¹³⁴ 同前註。



這個回應在邏輯上很難反駁，然而一個現實上的問題的是，對於法治主義的追求與重視，在現實上常常不是零成本的，而是可能具體改變政府風險管制或治理決策的發展走向，進而對風險管制或治理任務的落實，產生實質性的影響。例如在美國政治高度極化的現實上，要求國會清楚授權，一定程度就等於確保某些管制需求在可預見的未來無法被回應¹³⁵。

而當這些管制需求具體涉及影響人類存續的氣候變遷，或是可能帶來大量生命損失的Covid-19疫情，司法基於法治主義的要求阻止政府的立即介入，是否真的有其正當性，就變成極為複雜、正反答案都不討好的兩難問題¹³⁶。前引自由派大法官在NFIB及West Virginia案之不同意見書，便反映了從此脈絡出發的憂心。此時，司法審查是否應將這些偏向政策層面的影響內部化，將其理解為法律論理需要考慮的面向（進而給予行政機關管制專業較高的重視）？還是應該認為法院只需就法論法，法律審酌案件無須考量這些帶有政策性質的討論（因而對行政機關的管制專業無須太過順從）？在治理與風險社會的脈絡下，這兩者何者是管制國家與法治主義的較適當平衡？這些討論，都是主要問題原則會進一步帶出的問題意識，而不是討論的終結。

¹³⁵ 參見本文參、四、之討論。

¹³⁶ 對最高法院使用主要問題原則的初步討論與批評，See Daniel E. Walters, No, the Supreme Court Cannot Save Democracy, *The Regulatory Review* (2022.04.11), available at <https://www.theregreview.org/2022/04/11/walters-no-the-supreme-court-cannot-save-democracy/> (last visited: 2024.06.05); David M. Driesen, Major Questions and Juristocracy, *The Regulatory Review* (2022.01.31), available at <https://www.theregreview.org/2022/01/31/driesen-major-questions-juristocracy/> (last visited: 2024.06.05).



三、功能最適的理論嘗試

若從管制國家與法治主義內在衝突的角度切入，來思考「國會授權本身是否可容許」以及「行政機關對自身權責的解釋和行使是否符合國會授權」等問題，最終的結果常讓人感到十分挫折。依法而治的理念，和管制治理的現實需求，似乎無論如何無法兩全其美，僅能偏向其中之一。而管制國家的權力擴張如果碰到帶有緊急性質的管制脈絡（例如SARS或Covid-19防疫），又會進一步遭遇學者所稱「緊急權力遁入常態法制」——亦即用常態法制的架構下，行使本質上應透過憲法緊急機制來運作之政府權力——之憲政風險¹³⁷。

我國學者面對「緊急權力遁入常態法制」的憲政風險，有一派觀點認為應回到憲法上的緊急機制。但也有人主張應借用功能最適理論的觀點，來思考緊急狀態下的合理權力分配。例如針對疫情初期出國禁令是否違反授權明確性，陳仲麟便主張司法者應理解到「行政相對於立法在決策上的優勢」，而「對於授權明確程度之要求應僅以寬鬆之標準進行審查」，「在特別條例可看出立法者有意給予彈性權限，而系爭禁令可被涵蓋在該廣泛意圖的範圍內之情況下，應認為……指揮中心指揮官有做成該禁令之決策權限」¹³⁸。

雖然陳仲麟有著留學美國的背景，但其所引用的功能最適理論，和重要性理論一樣是源自於德國的法學理論。此一理論在我國主要是透過許宗力的引介而為法學界所知，後續並有黃舒芃等學者進一步擴大討論¹³⁹。許宗力認為功能最適理論最早是由德國聯邦

¹³⁷ 梁志鳴，同註133，頁268-271。

¹³⁸ 陳仲麟，同註1，頁36-37。

¹³⁹ 關於功能最適理論的中文討論，參見許宗力，權力分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心，憲政時代，27卷4期，頁3-32，2002年4月；黃舒



憲法法院於1984年的飛彈部署判決中提出，該案涉及德國聯邦政府未經聯邦議會事先以立法方式同意，就同意美軍在西德境內部署核子飛彈，而引發侵犯國會權限的憲法爭議¹⁴⁰。德國聯邦憲法法院認定政府並未違憲，其主要的理由，是認為「權力分立的目的是在於使國家決定達到儘可能正確……的境地……要求國家事務應由在內部組織、組成方式、功能與決定方式等各方面均具備最佳條件的機關來擔當做成……」，此一論理後續便成為功能最適理論的核心內容¹⁴¹，並多次被大法官於個別意見書中所引用¹⁴²，陳仲嶙進而援

芄，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套，政大法學評論，91期，頁99-144，2006年6月。

¹⁴⁰ 許宗力，同前註，頁8-10。

¹⁴¹ 許宗力，同前註，頁8。

¹⁴² 陳仲嶙於著作之註腳51整理提及功能最適理論之大法官意見書，具體包括：「釋字第578號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第584號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第585號解釋許宗力大法官部分不同意見書、釋字第596號解釋許宗力大法官、許玉秀大法官不同意見書、第613號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第680號解釋許宗力大法官、謝在全大法官協同意見書、釋字第689號解釋陳新民大法官協同意見書、李震山大法官部分不同意見書、釋字第690號解釋許宗力大法官部分不同意見書、釋字第691號解釋陳新民大法官協同意見書、釋字第692號解釋湯德宗大法官不同意見書、釋字第693號解釋蘇永欽大法官協同意見書、釋字第696號解釋蘇永欽大法官部分不同意見書、釋字第702號解釋蘇永欽大法官部分協同部分不同意見書、釋字第725號解釋蘇永欽大法官協同意見書、釋字第726號解釋蘇永欽大法官一部不同一部協同意見書、釋字第728號解釋湯德宗大法官協同意見書、釋字第729號解釋蘇永欽大法官協同意見書。」陳仲嶙，同註1，頁36-37。另外司法院釋字第612解釋之理由書雖未直接使用功能最適一詞，但其對權力分立原則之詮釋，一定程度也呼應該理論之精神，認為權力分立「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權



引此一理論，主張司法者於防疫期間，可以基於功能最適的思考，適度放寬對授權明確性的審查。

雖然陳仲嶙的主張是針對防疫緊急狀態，但在概念層次上，功能最適理論似乎提供了一般性平衡管制國家與法治主義內在衝突的不同思考方向，亦即：法院不一定只能在管制國家或法治主義的天平上往單邊傾斜，而是可以個案審酌何者為「在內部組織、組成方式、功能與決定方式等各方面均具備最佳條件的機關」¹⁴³，以此來個案決定授權明確的審查寬嚴程度。然而，要透過功能最適理論來調和管制國家與法治主義的內在衝突，至少會面臨三方面的困難：

首先，如果回到此理論在德國法上的原始概念位置，功能最適理論其實主要是用來判斷特定權力在憲法層次應歸屬於哪一部門，故而與不同權力部門是否享有一些「核心領域」的傳統討論較為相關。至於主要問題原則所要解決的國會授權可容許性問題，在德國法則主要涉及依法行政概念下的法律優位和法律保留問題，故而與重要性理論較為相關¹⁴⁴。

其次，所謂功能最適的判斷，其實在某種意義上，只是尊重專業和捍衛民主此一價值取捨的不同形式，而並沒有打破此一二元框架。這是因為對法院來說，審酌行政和立法部分各自的「內部組織、組成方式、功能與決定方式」，在邏輯上很容易會推導出行政機關強於專業決策，立法部門強於多元調和的各自比較優勢。除非

力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。」

¹⁴³ 陳仲嶙，同註1，頁21。

¹⁴⁴ 許宗力認為：「功能最適觀點應該是比傳統核心領域更擴大了『行政保留』……的範圍」，參見許宗力，同註139，頁14-15。另外黃舒芃對於功能最適觀點的討論，也是放在司法違憲審查權與立法權如何劃分的脈絡下檢視，參見黃舒芃，同註139，頁116-119。



支持者能提出更為細緻的判斷標準，否則功能最適的判斷，最終還是會回到尊重專業和捍衛民主孰先孰後的價值論爭。

最後，或許也最重要的障礙，是所謂的「功能最適」，和主要問題原則所謂的「巨大經濟與政治重要性」一樣，在實務上都欠缺明確、可操作的判斷標準，許宗力和黃舒芃在其論著中，也都曾經提及功能最適理論的此一弱點¹⁴⁵，使得功能最適理論無法擺脫是否仰賴司法者專斷、而可能過度介入其他憲法權力行使的正當性質疑。

上述對功能最適理論的討論，表面上似乎最終又回到只能在管制需求和法治主義中擇一的原點，但在相關討論的一個低調角落，其實存在一個或許有潛力突破傳統框架的新觀點。在司法院釋字第690號解釋中，許宗力大法官在其部分不同意見書裡，批評多數意見以功能最適為由，認定政府法律解釋合憲的結論，而從法官如何監督專業行政的角度，提出以下不同意見：

「法官保留並不是要求以法官的非專業認知取代主管機關的專業決定，毋寧，法官保留主要功能在於使事件透明化，使行政機關對剝奪人身自由的理由，不得不必須作詳盡說理，公開接受反方的質疑與檢驗，再由未預設立場，居於客觀、公正第

¹⁴⁵ 參見許宗力，同註139，頁13-14；黃舒芃，同註139，頁125-127。黃舒芃認為：「『功能最適』本身並不足以獨立提供具體界定聯邦憲法法院與立法者權限分際的依據」，功能法的觀點，「除了強調『功能最適』這個權力分立原則本身應內含的考量之外，其實並沒有進一步指示：到底我們應該如何斷定誰具有『功能最適』的資格？」相較於黃舒芃，許宗力對於功能最適在可操作性上的限制，則抱持相對樂觀的態度，許宗力認為「放眼各個法學領域，又有哪些法律原則的操作是輕鬆又愉快的？至少在公法領域，平等與比例原則的操作老早就已昭告我們，簡易、客觀根本就是天真又不切實際的期待，毋寧，只要功能最適觀點的提出比傳統自囿於人權保障功能的權力分立觀提供更具體、更具可操作性的判準，就已經是一種進步了。」



三者立場的法官作成決定，法官即使不具專業知識，也非不能藉助其他專家的第二專業意見，審查剝奪人身自由之必要性。而無論法制上允許法官採何種審查密度，比起不採法官保留，而完全任諸行政機關的專業決斷，總較能防杜行政濫權剝奪人身自由的弊端發生。總之，專業絕不是阻擋法官保留的理由，值得進一步討論者只是法官的審查密度，該不該，可不可以由法官審查，根本就不應該是問題，否則一遇專業就只能束手，法院很多業務都要閉門歇業了（粗體為本文所加）。」

上述觀點和傳統討論的主要不同之處，在於其將法院的任務，從過往聚焦在「管制國家或法治主義」、「尊重專業或捍衛民主」及「行政專業或國會授權作為正當性來源」等二元價值的靜態仲裁，轉而成為促使行政機關「詳盡說理」、並「藉助其他專家的第二專業意見」積極審查的動態角色。這種將法院角色理解為強迫政府說理的觀點，一定程度呼應千禧年前後，審議民主鼓勵不同權力機關，以及政府與人民之間彼此對話，以提升政府權力行使之民主正當性的思考邏輯¹⁴⁶。而之所以將法院此種角色稱為「動態」，是因為傳統討論常假定司法與行政機關存在無法跨越的專業落差，也因此，法院只能在尊重專業和捍衛民主兩者間進行抉擇。但許宗力此一觀點似乎認為此一專業落差並非完全無法跨越，只要能在訴

¹⁴⁶ 90年代審議民主概念的經典文獻See, e.g., generally, IRIS YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE (1990); JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (1996); JOHN ELSTER, DELIBERATIVE DEMOCRACY (1998); JOHN S. DRYZEK, DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS AND CONTESTATIONS (2000); AMY GUTMANN & DENNIS F. THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? (2004). 國內對審議民主概念的早期討論，參見梁志鳴，論法院在多元民主社會的溝通機能，臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2004年7月。



訟過程中，透過行政機關的說理或其他專家意見的諮詢，動態地將法院對事務之理解提升至一定程度，司法就有能力進行審查，進而有機會跳出上述傳統二元框架，在個案做出兼顧專業和民主價值的決定。

四、促進對話的法院角色

許宗力的上述觀點，是基於對法院學習能力的信心，相信法院有能力對個案所涉及的管制事務，達到所需的基礎專業認識。那麼，這種促使政府說理、促進對話，藉此提升法院對管制事務認識的觀點，對於本文所關心的管制國家國會授權容許性問題——特別是行政命令是否符合授權明確性的常見爭議——具體會帶來哪些不同的思考可能呢？或者換個說法，授權明確性的概念操作，如何才能促成政府積極說理，進而透過法院對管制事務理解的動態提升，幫助法院跳出管制國家與法治主義只能偏重其一的兩難陷阱呢？

對此問題，許宗力大法官在其司法院釋字第690號解釋部分不同意見書中，提及「專業絕不是阻擋法官保留的理由，值得進一步討論者只是法官的審查密度」。需要說明的是，該號解釋主要涉及法律明確性，而與行政命令是否獲得國會授權之授權明確性問題不必然相關，但即便如此，透過發展審查密度來增加授權明確性原則之可操作性，從理論上來說仍是一個值得探索的思考方向。

透過審查密度的階層化，或適用情境的類型化，來增加概念的可操作性，一直是法院面對同時適用於廣泛情境的複雜概念時，常見的解釋策略，包括美國的基本權審查和德國聯邦憲法法院對於法律是否違憲的審查，歷史上都發展出審查密度理論。而雷文攻在其2004年所發表，評論司法院釋字第690號解釋的「授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字五二四號解釋與全民健保的啟示」一文中，就也觀察到我國大法官或許已針對授



權明確性原則，發展出最寬鬆、中等程度、及較嚴格三種審查基準或密度¹⁴⁷。其中最寬鬆之基準對應階層化法律保留中之無須法律保留事項（技術性細節性規定），中等程度之基準則對應原本階層化法律保留中之第三層次（應以法律定之，若授權應遵守授權明確性），至於較嚴格之審查基準，則是在中等程度之外，另外加上「要求當事人有可預見性」之要件¹⁴⁸。

本文認為，任何嘗試階層化授權明確性審查密度、或將其適用情境類型化的努力，都需要滿足一項基本要求，才能真正有助法院動態提升其對管制事務之理解程度，增加法院跳脫管制國家與法治主義兩難困境的機會，亦即：不同的審查密度或類型，必須能有效連結不同的政府說理或法院調查要求，才能確保階層化或類型化的結果，能夠有效引領法庭中的對話方向。換言之，也就是讓這些審查密度或類型在個案的適用，成為法院攻防的重點之一，藉此讓圍繞這些區分所進行之論辯，能夠發揮促進法庭學習的積極功能¹⁴⁹。

在這一點上，我國階層化法律保留原則傳統仰賴的基本權侵害

¹⁴⁷ 雷文玫，授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字五二四號解釋與全民健保的啓示，政大法學評論，79期，頁53-114，2004年6月。

¹⁴⁸ 同前註，頁63-68。不過此一觀察，後續是否繼續反映我國釋憲實務的發展，超過本文的研究範圍，有賴未來進一步的研究來確認。

¹⁴⁹ 透過概念設計來引導法庭對話、甚至改變法院判決方向的想法，和梁志鳴在醫療糾紛領域所提出的「中介概念」有其相似之處，梁志鳴在分析醫療糾紛過失注意義務在我國和美國之演進歷程時，認為法院面對醫療糾紛這種涉及複雜外部知識的跨領域案件，往往需要發展中介概念作為對話的媒介，讓法律系統外部的資訊或觀點能夠適當的進入法院，而為法律系統所看見。參見梁志鳴，論跨領域法律解釋適用之原則與挑戰——以美國在地慣習與全國水準之辯證及我國醫療常規與醫療水準之論戰為例，中研院法學期刊，24期，頁263-277，2019年3月。



程度，或許並非滿足上述要求的最佳媒介。這是因為在管制國家權力不斷擴張的現代社會，基本權的實現或侵害，往往需要結合特定的管制脈絡來加以理解，而要有效理解所謂的特定管制脈絡，往往又需要對該管制領域之理念、目的、方法和手段、成本和效益、以及利害關係人相互關係等面向具有一定程度的認識。但我國現有以基本權侵害為核心的思考架構，並不要求對基本權侵害的討論必須結合特定的管制脈絡。本文認為，此種思考方式，有時可能產生法院論理不透明的風險，亦即法院心裡其實是基於對某些管制因素的考量而做成決定，但表面上包裝成以基本權侵害程度為主要理由。

我國既有階層化法律保留原則的實務操作，常被人詬病法院對不同層級的區分標準紊亂不一致¹⁵⁰，本文認為，上述法院論理不透明的風險，或許是造成法院區分標準看似紊亂的重要原因之一。例如司法院釋字第473、524、676、723號等我國健保領域的幾號主要釋憲內容，或多或少都存在對財產權之限制，但卻分別適用國會保留（釋字723）、雷文玫所稱之嚴格程度（釋字524）、以及雷文玫所稱之中等程度（釋字473與676）等不同的審查基準。其中的司法院釋字第676號和第723號解釋，前者涉及投保金額分級，法院並不要求具體授權，而直接以母法文字關聯意義作為授權依據，後者涉及醫療費用支付消滅時效，法院則認為應嚴格適用國會保留，不得授權行政機關。另外司法院釋字第524號解釋本質上並非裁罰性規定，但大法官仍適用理論上針對裁罰性規定之嚴格審查¹⁵¹，為何這些類似情形會適用不同分類，學界一直以來很難理出清楚明確的

¹⁵⁰ 參見梁志鳴、張兆恬，論當代司法對行政監督的管制挑戰：從全民健康保險藥價不實申報之管制切入，國立臺灣大學法學論叢，47卷2期，頁547-548，2018年6月。

¹⁵¹ 雷文玫，同註147，頁63-71。



標準¹⁵²。

但若將這些釋憲案件背後涉及之管制情境納入思考，或許提供我們理解法院區別待遇背後理由的不同視角¹⁵³。這四號解釋分別涉及投保身分與金額之認定（釋字473與676）、醫療給付範圍之設定（釋字524）、以及醫療機構醫療費用之申報時效（釋字723）。從這個角度來看，司法院釋字第473號與第676號解釋適用雷文玫所稱之中等程度審查，或許是因為大法官認為投保身分與金額認定，是健保體系保費收入體系之制度基礎，涉及社會保險社會連帶與量能負擔之制度理念，對人民獲得具體醫療給付之身分和範圍也無直接影響，因此法院願意給予行政機關較多的行政便利性。與此相較，司法院釋字第524號和第723號解釋分別適用雷文玫所稱之嚴格程度審查以及國會保留，則可能是因為大法官認為醫療給付範圍和醫療費用支付的爭議，直接影響個人之身體健康和個別醫事機構之財務健全，因而使得法院在適用授權明確性時，顯得較為謹慎。

如果法院在操作授權明確性時，背地裡確實有在考量管制情境，那麼要求對基本權侵害程度的討論需要結合個案的管制脈絡，會有助外界更清楚理解法院的思維邏輯，降低法院論理不透明的風險。基於此一考量，本文主張未來任何細緻化我國授權明確性——尤其是發展不同審查密度——的嘗試，都需要將審查架構的核心，從原本單純聚焦基本權侵害程度，放大至「基本權如何在特定的管制脈絡中獲得實現或受到侵害」。在此架構下，法院對授權明確性

¹⁵² 除了審查密度區分標準的紊亂外，我國法允許從整體脈絡推導授權意旨，但法院對於如何從整體脈絡推導到具體授權意旨的推論過程，往往淪於空泛和形式。除此之外，法院也常常將許多理應對人民基本權產生影響之行政事項，理解為不適用法律保留的細節性、技術性次要事項，進一步放寬對管制國家依法而治的規範性要求。

¹⁵³ 此觀點參考梁志鳴、張兆恬，同註150，頁548。



的審查，至少會涉及以下三個分析層次：首先，法院需要確認個案涉及的基本權；其次，法院需要檢視系爭基本權，是如何在個案涉及的管制脈絡中具體被實現或受到侵害¹⁵⁴；最後，法院需要以基本權在個案管制脈絡之實踐為基礎，判斷個案授權明確性之適用，應採用何種審查密度或基準。

而在審查密度具體應如何設定的部分，前述雷文政所觀察到的最寬鬆、中等程度及較嚴格三階層，提供我們一個初步的思考方向。然而，大法官為較嚴格基準所設定的可預見性要件，其內涵是否可得預見，又是否能夠避免前述法官論理不夠透明的風險，會是一個嚴肅、需要謹慎思考的問題。面對這個問題，本文所研究，美國主要問題原則的比較經驗，或許提供了我國區分授權明確性審查密度的另一個可能路徑，亦即以「是否允許從法律上下文整體脈絡來推導授權意旨」，作為不同審查密度的區分實益。從此角度出發，授權明確性之審查基準，可以區分為最寬鬆（無須法律保留）、中等程度（允許整體關聯脈絡之條文解釋）、以及較嚴格（需要法律文字之直接、明確、清楚授權）等三個層次，而若再進

¹⁵⁴ 對個案管制脈絡之檢視，會涉及對前述管制理念、目的、方法和手段、成本和效益、和利害關係人相互關係等多種面向的討論。這些面向的討論，對法院和利害關係人來說當然會是一種挑戰，許宗力在討論功能最適理論之實務操作時也遇到類似問題，亦即因為功能最適的判斷需要廣泛考量行政事務之性質與目標，而增加了判斷上的困難。但即便如此，本文還是認同許宗力所說，「有哪些法律原則的操作是輕鬆又愉快的？……只要……比傳統自囿於人權保障功能的權力分立觀更具體、更具可操作性的判準，就已經是一種進步了。」許宗力，同註139，頁14（許宗力指出，要建立「功能最適的事務分配連結關係」，「不僅因『最適』……概念本身的高度主觀性與不確定性，而可能淪為各說各話，也因各個行政典型功能特徵的臚列不易，加上社會生活事實關係日趨複雜，有些事務可能需要先作『分子化』的切割，再分別觀察其不同的需求……有些事務則可能需要多元的，乃至相互衝突的目標需求...而增加判斷上的困難。」）。



一步往上，就會進入國會保留的範疇。而要求直接清楚文字授權之要件，也不一定必然和大法官之前發展的可預見性要件互斥，而可以用來補充其內容，或甚至特別針對裁罰性規定設定獨立類型，而形成無須法律保留、允許整體關聯脈絡解釋、需要法律直接清楚授權、以及（針對裁罰性規定）要求可預見性等四層次的分析架構。

本文認為，透過在法庭攻防中強化法院對管制事務的認識，本文所提出的上述分析架構，或許可以一定程度幫助法院跳出管制國家與法治主義只能偏重其一的兩難陷阱。而將基本權侵害放在特定管制脈絡來檢視的思維方式，長期來說也可能如梁志鳴、張兆恬所主張，「有助不同管制領域發展出符合各自管制特性的審查標準……助法院在面對新型態的管制行為時，發展出更靈活的回應方式」，進而「透過讓法律概念體系能夠更有效地因應管制社會的變遷進行內部分化……（讓法院能夠）轉而扮演促進民主對話、促進風險溝通的功能（括號和粗體為本文所加）¹⁵⁵。」

不過這樣的修正架構，也需要注意管制的急迫性，以及後續實質合法性監督的可能性這兩項補助判斷因素，以便在個案對管制國家和法治主義之衝突，達成最佳的平衡。首先在管制急迫性部分，如前所述，在美國的政治局勢下，由法院介入要求某些管制事務具備國會直接清楚的授權，現實上等同於讓某些社會急迫需求的管制事務，在可預見的未來無法獲得處理，而對產生相當的社會成本（例如本文之前提過的Covid-19或氣候變遷）。若面臨國會無法針對某些問題拉鋸不下，但社會又存在管制需求的特殊情境，法院對於是否適用較嚴格的審查基準，可能就會需要更加謹慎¹⁵⁶。

¹⁵⁵ 參見梁志鳴、張兆恬，同註150，頁548-549。

¹⁵⁶ 這裡或許可以參考以色列法院在Covid-19疫情初期的作法，面對有合法性疑慮但又有現實上需求的政府管制措施，給予其暫時的合法性，但要求政府後續



而在後續實質合法性監督可能性部分，授權明確性其實偏向政府行為是否具有合適法源的形式合法性審查，但管制國家的司法審查除了形式合法性，也可能涉及政府管制決策或判斷之內容是否合法甚至合理的實質合法性問題。在我國的法制脈絡下，實質合法性的審查常見會碰觸到比例原則、判斷瑕疵、以及裁量逾越等法律概念之解釋適用。而在某些管制脈絡中——例如環境影響評估——我國法院已逐漸強化對政府管制決定實質合法性層次的監督¹⁵⁷。本文認為，一個案件在形式合法性的審查之外，是否也存在對實質合法性深入審查的可能空間，也會影響到法院對於是否應適用較嚴格審查基準的考量。後續實質審查的空間越大，對形式合法性的要求就可以一定程度放寬，反之，若缺乏實質審查系爭管制決定的可行性，那麼法院要求國會事前給予較為明確之授權，就更加有其意義和正當性。

本文強調法院促進對話角色、相信法院能在對話過程中對管制專業達到基礎理解的上述主張，或許會引來法院——不僅作為個別法曹、也作為整體制度和程序——是否真的具備足夠之學習能力的質疑。現實上，法院在個案中面臨學習障礙的風險確實存在，但這裡或許需要反過來思考的是，法院在個案中嘗試學習、瞭解系爭管制事務，難道不是每天都在法庭上演的日常？如果是這樣，堅守法院缺乏理解專業能力的傳統立場，是否反而會讓法院更有理由以形式化的論理，來包裝其對管制議題的實質考量，而使得判決更加不透明？

予以補強。參見梁志鳴，同註133，頁252-256。

¹⁵⁷ 參見黃丞儀，環境決策、司法審查與行政合理性——試析台灣與美國環境影響評估訴訟中行政判斷之合法性控制，載：2010行政管制與行政爭訟，頁358-362，2011年11月。



強調法院促進對話的角色，或許也更呼應治理時代對國家權力運作方式的想像。如果回顧管制國家的發展歷程，觀察不同階段想像的政府與市場關係，我們可以看到將管制的焦點放在單一部門，往往會衍生強大的副作用。例如政府的管制角色是因應市場失靈——例如外部性或寡占獨占——而出現，而政府的管制權力行使本身，也同樣會出現政府失靈——例如管制捕捉或利益團體政治——的困局。因應這些過往面臨的難題，在目前的治理時代，政府與市場之間，一定程度走向一種相互依賴、透過結合彼此的資源、共同實現治理目標的夥伴關係。這樣的政府與市場關係想像，在各種不確定風險層出不窮的風險社會、風險治理時代，或許也可以被用於檢視管制國家的權力劃分，亦即透過行政權、政治部門、司法機關、以及被管制者之間的對話互動，促進管制國家的整體資訊分享，進而提升管制或治理的效能。

伍、結語

本文嘗試將美國最高法院近年對主要問題原則的討論，放在美國管制國家法理基礎之歷史背景下來理解，藉此凸顯其對美國管制國家法理基礎可能帶來的衝擊，並思考其對我國階層化法律保留原則——尤其是授權明確性部分——的討論可能帶來之啟示。美國聯邦管制國家的持續擴張，常會引發是否取得或符合國會授權的爭議。在過去，美國法院透過讓禁止授權原則陷入冬眠，以及發展出雪弗龍等各種專業順從原則，為美國管制國家之發展提供了相當的合法性基礎。在此歷史背景下，美國最高法院近年對主要問題原則的擴大使用，可以被理解為保守派大法官對美國管制國家法理基礎的攻擊，試圖透過一定程度重啟禁止授權原則，節制美國聯邦政府管制權責一直以來的單向擴張。而自由與保守派大法官在本文所討



論的幾則指標案件中，圍繞主要問題原則所展現的不同立場，背後又反映其對於尊重專業和捍衛民主這兩種價值之間所做出的價值取捨。此一取捨，進一步又連結不同法官對於行政機關權力行使之正當性來源——尤其是國會授權和管制專業——應孰先孰後的不同想像。

美國社會圍繞管制國家法理基礎所產生的上述論辯，其根源又是源自於管制國家與法治主義的內在衝突，亦即：為滿足對各種不確定風險的現實上治理需求，現代社會常會一定程度放寬對形式法源依據的要求，而給予行政機關相當的管制彈性，此時，如何在法源要求和管制彈性之間求取適當平衡，就成為當代行政法持續面對的重要問題。為思考此一問題在我國脈絡應如何回應，本文肆、透過比較我國和美國處理此一衝突的不同經驗，提出將我國授權明確性原則進一步階層化的倡議，亦即區分出最寬鬆（無須法律保留）、中等程度（允許整體關聯脈絡之條文解釋）、以及較嚴格（需要法律文字之直接、明確、清楚授權）等三個層次的審查密度，並以「基本權如何在特定的管制脈絡中獲得實現或受到侵害」，作為個案應適用何種審查密度之判斷標準。而相較於認為法院與管制機關存在不可跨越之專業鴻溝的傳統假定，本文所提出之上述框架，則是認為法院透過促使行政機關詳盡說理、或藉助其他專家的第二專業意見，有能力在訴訟過程中提升自身對管制事務之理解，進而在個案做出兼顧專業和民主價值的決定。而這種強調機關間互動論辯的法院角色想像，也呼應審議民主希望透過對話提升政府權力行使之民主正當性的思考邏輯。



參考文獻

一、中 文

1. 吳志光，行政法，3版，2009年9月。
2. 李建良，行政法基本十講，7版，2017年9月。
3. 邱文聰，畫餅充飢的食品安全風險管控策略：簡評食品衛生管理法修正，台灣法學雜誌，238期，頁11-17，2013年12月。
4. 邵允鍾，遏止緊急狀態的常態化：從歐洲法治共識看「常態／非常態」二分模式的制度韌性，「2021行政管制與行政爭訟」學術研討會——防疫與法治，中央研究院法律學研究所主辦，2021年9月。
5. 胡慎芝、陳鈺雄，臺灣基改食品的風險管理措施與WTO的合致性——以追溯追蹤為例，月旦法學雜誌，254期，頁208-218，2016年7月。
6. 倪貴榮，食品安全與風險治理——評析含「萊克多巴胺」美畜產品之管制，月旦法學雜誌，217期，頁108-123，2013年6月。
7. 梁志鳴，論法院在多元民主社會的溝通機能，臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2004年7月。
8. 梁志鳴，論跨領域法律解釋適用之原則與挑戰——以美國在地慣習與全國水準之辯證及我國醫療常規與醫療水準之論戰為例，中研院法學期刊，24期，頁263-277，2019年3月。
9. 梁志鳴，論法院作為法治例外狀態的守門人——以Covid-19防疫措施下的司法審查為中心，中原財經法學，49期，頁235-306，2022年12月。
10. 梁志鳴、張兆恬，論當代司法對行政監督的管制挑戰：從全民健康保險藥價不實申報之管制切入，國立臺灣大學法學論叢，47卷2期，頁491-561，2018年6月。
11. 許育典，憲法，5版，2011年7月。
12. 許宗力，權力分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心，憲政時代，27卷4期，頁3-32，2002年4月。
13. 陳仲嶙，從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界，法律與生命科學，9卷1期，頁36-37，2020年6月。



14. 黃丞儀，環境決策、司法審查與行政合理性——試析台灣與美國環境影響評估訴訟中行政判斷之合法性控制，載：2010行政管制與行政爭訟，頁358-362，2011年11月。
15. 黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套，政大法學評論，91期，頁99-144，2006年6月。
16. 黃銘輝，論美國法上法院對行政行為的司法審查密度——以通訊傳播行政為中心，臺北大學法學論叢，92期，頁187-252，2014年12月。
17. 黃銘輝，從美國法上復興「不授權原則」之呼聲略論法規命令作為豁免資訊公開法源之適格性，憲政時代，46卷1期，頁34-52，2020年7月。
18. 楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代，28卷2期，頁24-27，2020年10月。
19. 葉俊榮，環境理性與制度抉擇，1997年1月。
20. 葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，1999年3月。
21. 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，再版，2001年2月。
22. 雷文政，授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字五二四號解釋與全民健保的啟示，政大法學評論，79期，頁53-114，2004年6月。
23. 董保城、法治斌，憲法新論，7版，2020年3月。

二、外 文

1. Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2012), OXFORD HANDBOOK OF REGULATION (2 ed.), Oxford, U. K.: Oxford University Press.
2. Bevir, M. (2009), KEY CONCEPTS IN GOVERNANCE, Los Angeles, Calif.; London, U.K.: SAGE.
3. Braithwaite, John (2011), *Chapter 11: The Regulatory State?*, in Robert Goodin eds., THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL SCIENCES. (Oxford, U. K.: Oxford University Press).
4. Breyer, Stephen, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 ADMIN. L.



- REV. 363 (1986).
5. Brunstein, Natasha & Revesz, Richard L., *Mangling the Major Questions Doctrine*, 74 ADMIN. L. REV. 317 (2022).
 6. Dryzek, John S. (2000), *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS AND CONTESTATIONS*, N.Y.: Oxford University Press.
 7. Elster, John (1998), *DELIBERATIVE DEMOCRACY*, N.Y.: Cambridge University Press.
 8. Freedman, James O. (1978), *CRISIS AND LEGITIMACY: THE ADMINISTRATIVE PROCESS AND AMERICAN GOVERNMENT*, N.Y.: Cambridge University Press.
 9. Gostin, Lawrence & Wiley, Lindsay (2016), *PUBLIC HEALTH LAW: POWER, DUTY, RESTRAINT* (3rd ed.), Berkeley: University of California Press.
 10. Gutmann, Amy & Thompson, Dennis F. (2004), *WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY?*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.
 11. Habermas, Jurgen (1996), *BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY*, Cambridge, Mass.: The MIT Press.
 12. Horowitz, Morton (1992), *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW*, N.Y.: Oxford University Press.
 13. Kuo, Ming-Sung (2020), *From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization*, in Richard Albert & Yaniv Roznai eds., *CONSTITUTIONALISM UNDER EXTREME CONDITIONS: LAW, EMERGENCY, EXCEPTION*. (Cham, Switzerland: Springer).
 14. Lin, Ching-Fu, *Public-Private Interactions in Global Food Safety Governance*, 69(2) FOOD DRUG L.J. 143 (2014).
 15. McGarity, Thomas O., *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385 (1992).
 16. Pierce, Richard J., Jr., Shapiro, S. & Verkuil, P. (2013), *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* (6th ed.), St. Paul, M.N.: Foundation Press.
 17. Pierce, Richard J., Jr., *Rulemaking Ossification Is Real: A Response to "Testing the Ossification Hypothesis"*, 80 GEO. W. L. REV. 1493 (2012).



18. Rhodes, R. A. W., *The New Governance: Governing without Government*, 44 POL. STUD. 652 (1996).
19. Stewart, Richard, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975).
20. Strauss Peter L., *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUMBIA L. REV. 573 (1984).
21. Sunstein, Cass, *There are Two "Major Questions" Doctrines*, 73 ADMIN. L. REV. 475 (1986).
22. Worsnop, Richard L. (1969), *Federal Regulatory Agencies: Fourth Branch of Government*, Washington, D.C.: CQ Press.
23. Yackee, Jason Webb & Yackee, Susan Webb, *Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950 – 1990*, 80(5) GEO. WASH. L. REV. 1414 (2012).
24. Yeung, Karen (2010), *Chapter 4: The Regulatory State*, in R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION*. (Oxford, U. K.: Oxford University Press).
25. Young, Iris (1990), *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.



Major Questions Doctrine and the Legal Foundation for the United States Regulatory State: Historical Background, Recent Developments, and Potential Lessons

Chih-Ming Liang^{*}

Abstract

This paper places recent discussions by the US Supreme Court on the major questions doctrine within the historical context of the development of the legal foundation for the federal regulatory state. It interprets recent developments as conservative attacks on this legal foundation, aimed at curbing the ongoing expansion of federal government regulatory authority. The differing positions taken by liberal and conservative judges in this debate reflect not only their priorities—valuing expertise or defending democracy—but also reveal their different imaginations of the sources of legitimacy for executive authority, such as congressional authorization and regulatory expertise.

^{*} Professor, Graduate Institute of Health and Biotechnology Law, Taipei Medical University; S.J.D., University of Wisconsin-Madison Law School, USA.

Received: February 15, 2023; accepted: November 15, 2023



This article argues that this everlasting debate originates from the inherent conflict between the regulatory state and the rule of law. To consider how our country should respond to this conflict, Part IV examines how Taiwan and the United States handle this issue differently. It proposes further stratifying the principle of clarity of legal authorization by distinguishing among three standards of review: the loose (requiring no legal reservation), the moderate (allowing interpretation of provisions within a broader context), and the strict (demanding direct, explicit, and clear legal authorization). More importantly, the determination of which level should apply in particular cases should be based on how fundamental rights are realized or infringed upon within specific regulatory contexts.

Keywords: Regulation, Governance, Regulatory State, Major Questions Doctrine, Non-Delegation Doctrine, Chevron Deference, Principle of Hierarchical Legal Reservation, Principle of Clarity of Legal Authorization, Most Functionally Suitable Theory, Deliberative Democracy