

行政權在專業領域下的民主正當性危機

—以全民健保中回推制度為例—

指導教授：程明修老師

學生：董士熙*

壹、前言

一、背景說明

(一) 健保制度簡介

(二) 費用支付程序概述

二、問題提出

貳、全民健康保險制度下行政的專業領域一回推制度簡介

參、行政權在專業領域下法律拘束的弱化

一、醫審辦法的授權明確性檢驗

二、回推制度訂入特約醫事合約條款的爭議問題

(一) 行政契約法律保留原則的境外之地？

(二) 概括條款的明確性問題

(三) 行政契約下引進定型化契約的可能性

三、行政權在專業領域下民主正當性的不足

肆、行政權在專業領域下民主正當性的補強—比較法上的討論

一、德國法下民主正當性補強的討論

(一) 實質、內容的民主正當性

(二) 人事的民主正當性

(三) 制度的及功能的民主正當性

二、美國法下民主正當性補強的討論

(一) 禁止授權原則的堅持與放鬆

(二) 民眾參與制度的討論

三、兩國理論的交織—民眾參與制度的引進

伍、我國回推制度的民主正當性再檢驗

陸、結論—未盡之功

* 東吳法研公法組碩一，學號：96341308

行政權在專業領域下的民主正當性危機

—以全民健保中回推制度為例—

指導教授：程明修老師

學生：董士熙*

壹、前言

一、背景說明

(一) 健保制度簡介

在從法治國家¹進展到合作國家²之後，國家任務的擴張使得國家從原本的社會秩序維護者變成各種照顧、服務的提供者。而為了避免對於國家財政的過度負擔以及為了公共政策的順利推展，國家與人民之間有了更為密切的合作，人民取得合作夥伴地位³。

而在國民健康方面，憲法第一五五條規定「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。」、同法第一五七條規定「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。」此外增修憲法第一〇條第五項「國家應推行全民健康保險...」。國家因而為照顧國民健康成立了全民健康保險的社會保險制度⁴。所有符合條件的國民⁵皆得強制性的納保，而由國家提供醫療服務給付。基於我國尚無財力負擔公醫制度的成本等因素，因而形成了四角的全民健保關係⁶，國家在人民有符合健保法第三十一條規定之疾病、傷害及生育事故時，由特約之醫療院所依全民健康保險醫療辦法代為履行醫療服務給付義務⁷。特約醫療院所提供服務

* 東吳法研公法組碩一，學號：96341308

¹ 林尉棋，法治國家—給付國家—保障國家 國家型態之轉變，經濟行政法課堂報告，頁 2~頁 5。

² 張銅銳，合作國家，收錄於當代公法新論(中)，頁 577~頁 579。

³ 張銅銳，行政法與合作國家，月旦法學雜誌 121 期，2005 年 6 月，頁 48。

⁴ 釋字四七二號解釋認 1995 年實施的全民健康保險法即為實現上開憲法規定而制定。該法有關強制納保、繳納保費，係基於社會互助、危險分攤及公共利益之考量，符合憲法推行全民健康保險之意旨。

⁵ 被保險人所須符合資格可參照健保法第十條；在符合該條所述條件且不具同法第十一條所列情形時，依第十一條之一的規定，「應一律參加保險」。且依同法第六十九條之一，不參加保險者可處罰鍰，並溯及自合於投保條件之日起繳清未繳之保費。故其為強制保險，而有認係法定債之關係，有認係行政處分

⁶ 李志宏，全民健保西醫基層總額支付制度下醫療費用之法律關係—以民國 92、93、94 年度追扣款為例，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2007 年，頁 13~頁 14。

⁷ 蔡維音，全民健保之法律關係剖析(上)—對中央健保局、特約醫事機關以及被保險人之間的多角關係之分析，月旦法學雜誌 48 期，1999 年 5 月，頁 74。

後，再向中央健康保險局基於特約關係，請求給付醫療服務費用。

(二) 費用支付程序概述

特約醫療院所如前所述提供人民醫療服務之後，依據醫療服務費用支付標準及藥價基準向健保局申報其提供之醫療服務點數⁸及藥品費用，再由健保局依據健保法第五十條第二項將審查後之點數換算成金額支付特約醫療服務院所。為方便討論及聚焦，本文暫擱藥價給付部份不談，而單就醫療服務點數之支付程序，簡略描述其步驟如下：

1. **提供醫療服務**：依據健保法、合約及全民健康保險醫療辦法，向被保險人提供醫療服務。例外情形依健保法第四十一條第三款須經健保局事前審查。
2. **申報**：依據健保法第五十條第一項規定、合約及全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法，於規定期限內備齊文件依全民健康保險醫療服務支付標準申報醫療服務點數。
3. **暫付**：除有例外情形⁹，健保局應依醫審辦法第七條、第十條二項之規定，在同辦法第八條所定之期限內給予一定成數之醫療費用暫付款。
4. **審查**：審查方式依醫審辦法第三條分為程序審查、專業審查、事前審查、實地審查及檔案分析。其中程序審查及專業審查為主要審查方式，第一道手續為程序審查，由非專業之行政人員進行形式審查，凡違反程序規定視為無效申報，應予核刪並不予支付。¹⁰而第二道手續為專業審查，保險人為審查保險醫事服務機構提供的醫療服務項目、數量、適當性及品質，依健保法第五十二條及醫審辦法第二條第二項規定，遴聘具有臨床或實際經驗之醫藥專家組成醫療服務審查委員會，該委員會依醫審辦法第十五條到第十八條規定進行審查，認違反規定或不符專業的不當服務，進行核刪不予支付，並註明不予支付內容及理由¹¹。
5. **核付**：作成審查結果後應予核付醫療費用。核定金額與之前的暫付款數額比較，若有溢領，則依醫審辦法第七條第四款規定，於下次應撥付醫療服務費用中抵扣。
6. **精算**：由於我國於 2003 年起全面採取總額支付制度，參與該制度的特約醫療院所，其經審核通過的醫療服務點數，尚須乘以經精算的點值才可得知其應得的醫療服務費用。而該點值大抵由預先設定的各區總額醫療給付費用除以該區醫療服務總點數而得。經精算後的醫療服務費用再與之前暫付予醫療院

⁸ 健保法的醫療費用支付標準是以點數為計算單位，規定於健保法第五十一條二項。

⁹ 例外不予暫付之情形，規定於醫審辦法第九條、第十一條、第十二條。

¹⁰ 林齊宣，全民健康保險法中公私法契約性質之合理性研究—以中央健康保險局、特約醫事服務機構間之法律關係為中心，東吳大學法律研究所在職專班法律專業組碩士論文，2007 年 7 月，頁 70。

¹¹ 附件一

所的暫付款相比，若有溢付，則予追扣¹²。

二、 問題提出

立法者對於專業領域，大量授權給行政立法，有無違反授權明確性原則？健保領域，保險人可否以其與特約醫療院所所簽訂之契約，在契約條款中概括引用契約外之法規命令，作為影響契約內當事人間權利義務之依據？倘因行政權為專業領域最佳決定者，則權力分立體制下，如何使其有彈性處理複雜多變的事務又能予以拘束？比較法上有無討論？皆為本文所欲探討者。

貳、 全民健康保險制度下行政的專業領域一回推制度簡介

在前述支付程序中的審查階段，醫審會依據醫審辦法第十五條進行專業審查時，因各區每月申報的醫療服務總點數相當可觀¹³，若醫審會每份病歷皆須進行專業審查，則因健保局人力有限，勢必導致行政作業的遲滯；而依醫審辦法第十條第一項規定，保險人若未於受理申請之日起六十日內核定，「應先行全額暫付」，倘健保局超過規定期限而未核定，因而將須按特約醫療院所申報的點數支付，如此對於健保財政的衝擊之大，將不難想像；若為此大幅增加審查委員人數，其聘用的人事成本也將高不可攀。因此，醫審辦法第十六條第一項規定保險人得採「抽樣審查」，行政機關衡量其自身人力、該區申報醫療服務件數等具體情況，選擇適當的抽樣方式¹⁴，進而在各特約醫療院所申報醫療服務時，依前述抽樣方式抽取一定件數的病歷進行專業審查。而就抽審的病歷進行核刪後，該核刪數額再依同條第二項規定回推至該次申報的全部醫療服務點數¹⁵。

而該回推制度在健保局與保險醫事服務機構間的合約中，並無明文規定，僅於下述條款中以「依該醫審辦法辦理」規定之。由特約醫事合約中第一條第一項規定「甲乙雙方應依照健保法、健保法施行細則、全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法、全民健康保險醫療辦法、**全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法**、行政程序法、行政罰法、其他相關法令及本合約規定辦理全民健康保險醫療業務。」本條為一「概括引用」之合約條款，目的在於「引用」其他法令之規定而納為合約之內容。¹⁶學者有認本條應係將相關規定中有關雙方權利義務者，增添於合約之中，而未涉及契約外第三人(其他行政機關)行使公權力之問題

¹² 附件二

¹³ 中央健保局高屏分局 95 年醫院總額院長座談會第 5 次會議，中央健保局高屏分局編印，2006 年 9 月，頁 2，光是高屏分局，第 1 季申報醫療服務點數有 11213 百萬點、第 2 季有 11767 百萬點、第 3 季預估將有 11824 百萬點；可見申報件數相當驚人。

¹⁴ 附件三

¹⁵ 附件四

¹⁶ 郭躍民，全民健康保險特約醫事服務機構合約內容之變動與調整，律師雜誌 321 期，2006 年 6 月，頁 65。

¹⁷。而觀察該合約第十條第一項規定「甲乙雙方關於本保險醫療費用之申請期限、申報應檢具書表、暫付成數、暫付日期、核付、停止暫付、停止核付、申請案件之資料補件及申復、點值計算、點值結算等作業，應依**全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法**相關規定辦理。」可知在核付階段，保險人係基於醫審辦法第十六條進行隨機抽審及回推核減點數。由上述我們可以知道，**契約外的法規命令內容，將會影響契約當事人雙方的權利義務關係。**

在此等行政專業領域，行政機關基於上述的考量，而由專家擬出抽審及回推方式規定於醫審辦法中，此等規定直接涉及合約中之重要權利義務內容—保險醫事服務機構的醫療費用請求權，遭到回推核刪的點數將導致保險醫事服務機構無法受領該次的醫療給付費用，涉及對於人民財產權、職業自由¹⁸等權利的侵害。因而有需要檢驗該醫審辦法有無符合法治國信念下，依法行政原則所揭示的法律保留原則及授權明確性原則？更進一步來說，倘該醫審辦法無法通過前述原則（尤其是授權明確性原則）的檢驗，可否因健保局與保險醫事服務機構間所簽訂的「全民健康保險特約醫事服務機構合約」（簡稱特約醫事合約）中，因已有人民之合意，進而使該回推制度不受法律保留原則之拘束？

參、行政權在專業領域下法律拘束的弱化

一、醫審辦法的授權明確性檢驗

因此需要在下述進一步討論，規定回推制度的醫審辦法及其授權母法有無違反法律保留原則及授權明確性原則¹⁹的問題。

回推制度規定於醫審辦法第十六條第二項，而該醫審辦法依通說²⁰為行政程序法第一百五十條第一項規定之法規命令。依據釋字第四四三號解釋所揭示的層級化法律保留體系，「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。」而因該辦法第十六條第二項所規定的回推制度，在健保局抽審核刪後將放大回推到特約醫事服務機構申報之所有點數，因而影響了其所能受領的醫療服務費用數額，侵害了特約醫事服務機構的財產權、職業自由已如前述，故其屬對人民生命、

¹⁷ 林明鏘，行政契約與私法契約，行政契約法研究，翰蘆圖書出版有限公司出版，2006年4月，頁207。

¹⁸ 張銅銳，同前揭註3，頁52。

¹⁹ 黃舒玓，行政權力管理醫療體制的民主正當性基礎—以台灣全民健保制度為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁102；楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代第28卷第2期，頁21，兩者皆認為在德國聯邦憲法法院對於授權明確性的操作，大抵上係以系爭授權條款為審查對象，而我國大法官似乎都未以授權明確性作為對授權母法的審查標準，而毋寧以行政命令為審查對象。

²⁰ 林明鏘，全民健康保險特約醫事服務機構合約之法律問題研究：司法院釋字第五三三號解釋衍生問題，行政院衛生署九十二年度委託研究計畫，頁61；李志宏，全民健保西醫基層總額支付制度下醫療費用之法律關係—以民國92、93、94年度追扣款為例，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2007年，頁103，兩者皆認為醫療服務審查辦法為法規命令。

身體自由以外之其他自由權利的限制，而應符合相對法律保留之要求。亦即得以法規命令定之，但須符合授權明確性，即法律授權行政機關訂定命令之目的、內容、範圍應具體明確。

該醫審辦法之授權母法為健保法第五十二條，其規定「保險人為審查保險醫事服務機構辦理本保險之醫療服務項目、數量及品質，應遴聘具有臨床或實際經驗之醫藥專家，組成醫療服務審查委員會；其審查辦法，由主管機關定之。」乍看之下，其授權無論就目的、內容、範圍皆非明確。而從釋字第五二二號解釋謂「授權之明確程度，應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。」可知法規對人民權利影響越輕微者，對授權明確之要求與審查及無妨越趨寬鬆。從而由許宗力大法官在釋字第六〇四號解釋協同意見書中所揭示的授權明確性寬鬆審查模型²¹下，運用依一般法律解釋方法，從授權條款所依附之法律的整體，特別是從相關法條文義、法律整體之體系關聯與立法目的，可推知該健保法第五十二條可能的授權目的應為確保特約醫療院所提供者係適當醫療服務(項目、數量及品質)，而其內容應為處理如何審查並認定特約醫療院所提供之醫療服務為適當而應予給付，其範圍亦應限於涉及認定是否為適當醫療服務給付之規範²²，故似無違於授權明確性之要求。

全民健保所涉及之事務性質屬於高科技領域，需要保留給執行單位適當的專業判斷空間²³，立法機關基於行政機關任務的專業性，因而大量授權予行政機關。行政權擁有大量的立法權後，基於「傳送帶理論」的要求，大法官於是一再堅持法律保留原則及屬其延伸概念的授權明確性要求，這從釋字第五二四號解釋可見端倪。然而授權明確應多明確？²⁴是否能達到授權目的、內容、範圍明確的要求？而倘若如前所述的，涉及對人民生命、身體自由以外之其他自由權利的限制，其授權明確程度應採寬鬆審查的話，則傳送帶的堅固程度勢將有所弱化。

就實際層面而言，縱要求授權應具體明確，立法者對於醫療服務適當與否，是否有能力予以預見並明確規範²⁵，則不無疑問。蓋醫療服務提供及審查涉及高

²¹ 從釋字第 394 號、第 426 號及第 538 號解釋的歸納，亦可得出此寬鬆審查模型。

²² 林明鏘，全民健康保險醫事服務機構特約管理辦法之研究：以保險醫事服務機構管理為中心，行政院衛生署九十四年度委託研究計畫，頁 14~頁 19，對於健保法五十五條第二項規定有無授權明確性之判斷，有細膩之操作過程。其討論的標的，雖與本文所討論的健保法第五十二條不同，但仍有值得參考之處。

²³ 蔡維音，專業行政領域之授權立法—評釋字第五二四號解釋，月旦法學雜誌 74 期，2001 年 7 月，頁 179。

²⁴ 蔡維音，同前揭註 23，頁 180，其認授權明確性之寬嚴尺度如又隨著事務權限的歸屬、專業性程度的高低而搖擺不定，則授權規定究應「具體明確」到何程度才符合大法官的要求，恐怕本身反成為一極不明確的問題。

²⁵ 楊智傑，同前揭註 19，頁 27~頁 28，其介紹的美國公共選擇學派當中說明，國會成員主要在兩種情況下會選擇廣泛授權，一種是國會成員發現，這個法案對選區中的某些選民有好處，對選區中的其他選民有壞處，為了選舉，國會寧可選擇廣泛授權，由行政機關去作實質決定；第二種情況是，選區中的選民對於這個法案意見相左，但都願意通過新法，只是對於新法無法協調出一個大家都滿意的方案，為了避免得罪任何一方，國會也會選擇廣泛授權，讓問題給行政機關解決，一方面國會可以宣稱他對法案貢獻了心力，另一方面當行政機關作出的實質決定人民怨聲四起，國會可以為人民抱不平。對照我國健保制度的立法模式，這樣的說明，作了某種層度的貼切說明。

度專業判斷，縱三令五申要求立法者應明確規定²⁶，立法者也只是(能)針對行政院所提草案，「照本宣科」的予以通過，如此就能符合授權明確性之要求？還是只是形式意義的授權明確？

退萬步言，倘認健保法第五十二條的目的、內容及範圍並不明確，實為空白授權，因而違反授權明確性之要求。該回推制度仍可依據特約醫事合約中第一條及第十條的概括引用醫審辦法，進而影響合約當事人間的權利義務關係。因而進一步的，我們應該討論，人民對於合約的合意，可否阻卻法律保留原則的拘束？同意能否阻卻違法？

二、回推制度訂入特約醫事合約條款的爭議問題

(一) 行政契約法律保留原則的境外之地？

而特約醫事服務機構合約之性質，既經釋字五三三解釋確認為行政契約，而行政契約作為公法上法律行為之一種，必然具有對他方當事人(人民)之設定、變更權利義務的效果。因此倘回推制度通不過授權明確性的檢驗，而有違法律保留原則之要求時，人民於契約締結的同意可否作為法律保留原則之例外？

行政契約除受依法行政原則中之法律優越原則之拘束外²⁷，是否亦應受法律保留原則之拘束，素為行政法學上之一大難題。蓋當行政契約逐漸由法治國家解放出來以後²⁸，其仍受行政法學上之諸多質疑與不信任，主要原因係在契約自由原則下，是否會與法律保留原則相牴觸。

我國學說上討論分述如下：

1. 否定說(與法律保留原則不相牴觸)：

有認凡以公權力干涉人民基本權利，皆須有法律依據，且基本權利不得拋棄，雖經人民同意之公權力干涉，亦仍須有法律依據。再者，縱然人民得支配及拋棄之權利，亦不得以人民之拋棄取代法律保留原則所要求之干涉授權。因此，必須有法律依據，公行政始得依其標準以行政契約限制人民之自由權利。而行政程序法第一百三十七條有關雙務契約之規定，即係用以滿足法律保留之要求，因而使得公行政在對人民為給付時，得在規定要件下，使人民負擔契約之對待給付義務。其規定之明確程度，就單方之公權力干涉而言，容或不足，但就行政契約而言，因須保留契約當事人之行動及決定餘地，以便在個案中調和雙方利益，應已符合法律保留之要求。²⁹

²⁶ 釋字第 524 號解釋認在給付行政領域的健保法第三十九條第十二款應於法律中增訂或另立具體明確之授權條款、第三十一條內容指涉廣泛有違法律明確性、第四十一條第三款未就應審查項目及基準為明文規定，有違授權明確性。

²⁷ 林明鏘，收錄於翁岳生 行政法，翰蘆圖書出版有限公司，2000 年 7 月 2 版 2 刷，頁 659，其認行政契約內容較行政處分富有彈性，除非直接牴觸法律之禁止規定，否則契約當事人皆可相互約定條款之內容，故德國通說認為法令乃行政契約之契約自由的界限。

²⁸ 林明鏘，同前揭註 17，頁 193。

²⁹ 陳敏，行政法總論，自版，2004 年 11 月 4 版，頁 594。

有認依據釋字第三四八號解釋及行政程序法第一百三十五條但書規定可知，我國對於行政契約容許性係採「除外說」，因而**無須適用法律保留原則**。³⁰有學者對於行政契約不受法律保留原則之限制，論理詳盡，故整理如下³¹：

- (1) 以合意為基礎之契約行為，若受法律保留原則之限制，則其合意之空間極為有限，契約條款只能作法律框架下之技術性、細節性、補充性之約定，淪為執行法規範之合意行為，則行政契約是否仍有使用之功能及價值？蓋當事人既無法超越法令限制，則行政機關使用行政處分或僅憑行政命令即可達成行政目的，根本無取代行政處分的功能。所以本質上似應與行政處分之法律保留作不同看待與標準，使符契約保留彈性予當事人之設計初衷，以避免本質結構上之矛盾。
- (2) 行政契約須受法律優越原則之拘束，為避免產生濫用公權力以壓榨契約之相對人，或避免行政機關出賣公權力之情形，我國行政契約法制化後，其法律(令)規範相當複雜，透過法律優越原則之適用，其實已可以消除人民主觀之權利被變相侵害之虞，因為行為主體無法透過契約上之合意，更加放寬其法律業已確定之行為空間。所以透過法律優越原則之限制，即可達成防弊之功能，不宜再以法律保留原則相繩。
- (3) 德國實務見解及學者通說認為，經當事人同意之契約義務，不得視為一種干預或侵害，況且契約當事人行使締約之自由，亦屬基本權利主體行使其基本權地位之手段，除非逾越公序良俗的界限，實無否定其正當性與合法性之理由。
- (4) 我國單一保險主體制度下，猶不許中央健保局發布行政命令，健保局既無法掌握必要之法令限制及義務範圍，只能透過特約醫事合約加以填補，如果再以法律保留原則相繩，恐怕健保局約束特約醫事服務機構之約款，盡屬違法無效下，其填補功能亦將遭受嚴重破壞。

2. 肯定說(須符合法律保留原則)：

有認從我國行政程序法第一百三十五條規定「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」可知，行政契約既經法律明定為行政作用之一種方式，則與行政處分之地位完全相當，則不必再深究行政契約如何與法律保留相配合之問題，蓋行政處分受法律保留何種程度之羈束，行政契約亦然。³²

有認行政契約原本即在透過雙方當事人意思表示之合致，提高行政機關實現公法的任務時，對彈性與靈活手段的需求。行政機關既然以行政契約委任保險醫

³⁰ 李震山，行政法導論，三民書局出版，2003年10月增訂5版1刷，頁347。

³¹ 整理自林明鏘以下著作中之見解：同前揭註17，同前揭註20。

³² 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，2004年1月增訂8版，頁420。

事服務機構提供醫療服務，應該也可以依照契約，對保險醫事服務機構進行糾正、停止或終止契約之決定，不受法律保留原則之拘束。然而，依照法治國原則，只要涉及人民重要之權利義務，均應受到法律保留原則拘束，不容許行政機關藉著行政契約，逃避監督。更何況，若為了避免其權益受到重大不利之影響，人民事實上仍無法平等地與國家協商契約之內容，因此即使是行政契約，似亦不應完全排除法律保留原則之拘束。³³

無疑的，在我國學說上以否定說為多數。誠如學者所謂「行政契約除受依法行政原則中之法律優位原則之拘束外，是否亦應受法律保留原則之拘束，素為行政法學上之一大難題。」這樣的難題在健保此等行政專業領域更是變本加厲，行政契約相較於行政處分，當事人間的地位理論上應較為相當；但與私法契約相較之下，行政契約基於公益考量，實際上當事人之地位仍然相當懸殊。尤其在我國健保體制下，健保局立於單一保險人之地位，相對人(保險醫事服務機構)並沒有形成契約內容的自由空間，其僅有的只剩「是否締約」的決定權，甚至連拒絕締約的權利也無。況且，依照實務所採用的「概括引用法規命令」的契約型式，相對人對合約內容所引用的法規命令內容根本無法預見，該被引進會影響人民權利義務的法規命令，尚會隨著具體情況的管制需要，而由主管機關予以變更，人民在無法預見契約內容的情況下，其合意的實質內容是否已被架空³⁴？因而合約的簽訂是否只是踐行形式而已？人民是否真有同意(真意)而可阻卻違法？

再者，雖然健保法授權制定法規命令的對象皆為主管機關—衛生署³⁵，健保局理論上的確無法掌握必要之法令限制及義務範圍。然一則相關事務之專業性，衛生署本身亦有相當處理健保專業領域事務之能力；再則健保局與衛生署在健保制度下所追求的大方向目標相同，健保局於處理與特約醫療院所相關之事務，認有管制、規範之必要時，只要向衛生署說明其執行層面遭遇問題的困難性、管制必要性及管制方法，在相同目標的共識基礎上，衛生署大抵也會採納健保局之意見，進而更改相關法規命令之內容。因而所謂「健保局只能透過特約醫事合約加以填補，如果再以法律保留原則相繩，其填補功能亦將遭受嚴重破壞」之論，恐稍有紙上談兵之嫌。當然理論上，既然契約當事人是健保局及特約醫療院所，則其間的權利義務關係，當然是由當事人間合意設定、變更最為理想，如今當事人間的權利義務關係可由契約外的法規命令予以變更，當非妥適，但若因此制度上之瑕疵，即認行政契約應為法律保留原則之例外，難防倒果為因之懷疑。

³³ 蔡茂寅，各國健康保險制度保險人與保險醫事服務機構法律問題研究計畫，中央健保局研究計畫，2001年，頁70~頁71。

³⁴ 林明鏘，同前揭註22，頁37，其認為「特約醫事合約實際運作之結果，美其名是雙方合意之契約，然醫療機構向來似乎僅有配合健保局片面變更遊戲規則而隨之起舞的份，對照行政契約之更加符合人民權益保障的初衷，毋寧是一大諷刺。」因而其合約「形式意義大於實質，真正規範健保局與特約醫事服務機構間之權利義務關係者，反倒是健保局不定時所發布之行政規則。」其見解，可謂是敲響行政契約功能喪失之警鐘。

³⁵ 例如健保法第三十一條二項規定全民健康保險醫療辦法由主管機關擬定、第五十二條規定全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法由主管機關定之、在總額支付制度實施前，依第五十四條規定醫療服務每點點值由主管機關定之、第五十五條規定全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法由主管機關定之。

此外，法律保留原則為法治國原則下依法行政原則之基本要求，任何類型的行政行為皆應遵守，當然也應包括行政契約。當然，如否定說所謂契約係基於當事人之合意，且已有複雜的法律規範限制之下，行政機關侵害人民權利的可能性，已稍有降低，因而在顧及行政專業領域所需的彈性空間下，較寬鬆的法律保留原則，似可符合法治國原則之要求。

(二) 概括條款的明確性問題

由上述我們可以知道，契約外的法規命令內容，將會影響契約當事人雙方的權利義務關係。學者認為，將此等全民健保法…醫審辦法等規定列為契約條款，合約本身之契約明確性將有問題，蓋契約內容根本無從確定，更不用談如果再加上合約第一條第一項所稱之其他法令的話，對契約明確性所造成之影響。所以，合約第一條第一項之約定，因違反行政程序法第五條行政行為之內容應明確的要求，顯有重大瑕疵，宜儘速修正。³⁶合約第十條同理亦應修正。

因此，比較理想的做法應該是，將所有涉及健保局與特約醫事服務機構權利義務關係之相關法令，通盤檢討後認為重要者，應於合約中明白加以重申或補充，不宜以過份概括之條款，使得當事人之權利義務關係變成極不確定，尤其會使得特約醫療院所處於一種顯失公平的狀態。³⁷

(三) 行政契約下引進定型化契約的可能性

誠如上述，行政契約當事人間的地位理論上應較為相當；但與私法契約相較之下，行政契約基於公益考量，實際上當事人之地位仍然相當懸殊，有學者認此亦為行政契約不同於私法契約的特色之一。求諸行政契約制度的創立目的，在於保有彈性空間賦於行政機關面對複雜的個案事實時，能視個案之不同而予以適當之處理；且行政契約不同於單方色彩濃厚的行政處分，有了人民的同意和相當程度的意見參與之下，對於公益目的之達成，相較於行政處分應較無來自人民的阻礙和反彈。但觀諸特約醫事合約的實際運作情況，健保局立於單一保險人之地位，保險醫事服務機構並沒有形成契約內容的自由空間，其僅有的只剩「是否締約」的決定權，甚至連拒絕締約的權利也無，且行政機關於合約中大量引進概括引用條款，使得契約原本應有的彈性設計，全求諸於契約外的法規命令，人民在締約當時，對於契約內容的權利義務並無太多預見，縱有預見，也時常因契約外的法規命令變更而變動權利義務內容。在如此的情況下，因而有疑問的是，有無引進私法上定型化契約理論的空間³⁸？若引進定型化契約監控機能，則該合約依

³⁶ 林明鏘，同前揭註 17，頁 208。

³⁷ 林明鏘，同前揭註 20，頁 50~頁 51

³⁸ 林明鏘，同前揭註 22，頁 43，其認為應有導入定型化契約監控機能之必要，使保險醫事服務機構之特約透過行政程序法第一百四十九條之規定，來準用民法第二百四十七條之一，以防止本特約條款的顯失公平。

行政程序法第一百四十九條規定，準用民法第二百四十七條之一，以防止本合約條款顯失公平。

三、行政權在專業領域下民主正當性的不足

在回推制度底下，特約醫療院所在被抽審病歷中所提供的醫療服務，倘醫審會依醫審辦法第十五條專業審查後認定不適當者，該「不適當」將藉由統計學上的公式放大到該次所申報的所有點數上。認定醫療服務是否適當，已是高度行政專業的領域，其適當與否的標準在醫界是爭議不斷，今將爭議不斷的醫療服務提供標準在審查個案病歷之後，核定屬於不適當部分佔該被審查病歷申報點數的比例，進而推估該次申報的其他病歷亦應有相同的問題，因而予以回推，在醫界引起譁然³⁹。

民主正當性源於法治國原則與民主國原則，傳統上認為立法機關為唯一具有民主正當性的權力源頭，但在國家職能日益擴張的今日，特約醫事合約中人民合意回推制度的適用有無法律保留原則適用的爭議，以及醫審辦法和健保法有無符合授權明確性原則的觀察下，所浮現的核心問題已經到了不能忽視的地步。現代行政國家任務的細密分工，我國全民健保專業官僚的立法與行政文化下，嚴格堅持傳動帶理論式的法律保留原則與授權明確性，可能無法達到民主正當性的要求，而淪於形式的法治主義。⁴⁰對於行政權與立法權的關係隨著時代變遷而不同，學者有著精闢的描述：傳統上源於市民法治國時代對於行政權的不信任，在民意機關與行政部門間關係的定位上是以傳送帶模型(the transmission-belt model)予以詮釋。然而，隨著現代管制國家的形成，行政部門緣於其組織功能與人員配備上的優勢而逐漸取得主導權，民意機關與行政部門的關係因而轉換為專業模型(the expertise model)。而專業模型的過分強調使得官僚宰制的弊端漸次浮現，作為行政管制對象的一般大眾被對象化而淪為客體。強調民眾直接參與行政程序的參與模型逐漸獲得認同。⁴¹

從而當如多數說認行政契約無法律保留原則之適用；法規命令及授權母法通過寬鬆的授權明確性審查，行政因而在專業領域取得廣大的彈性空間。而從功能結構取向模式⁴²出發也會獲得類似的答案——此類事務應由行政權決定，才可能達到盡可能正確的地步⁴³。然而，行政在專業領域難道可以憑恃著最佳決定者之姿

³⁹ 第八屆第一次臨時理事暨各縣市醫師公會理事長聯席會議紀錄，收錄於台灣醫界 第 51 卷第 1 期，2008 年 1 月，頁 77，與會人士林義龍認「回推制度是醫界的自殺條款，是由醫界研擬對付醫界的武器交由健保局使用。」

⁴⁰ 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線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，2004 年 6 月，頁 54。

⁴¹ 葉俊榮，吳氏宗祠案，行政法案例分析與研究方法，三民書局股份有限公司出版，2003 年 10 月初版 2 刷，頁 101~頁 102。

⁴² 許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，月旦出版社股份有限公司出版，1995 年 10 月，頁 179~頁 183，對於功能結構取向模型有詳細的分析介紹。

⁴³ 黃舒梵，同前揭註 19，頁 104，對於功能結構取向模型提出了反省，其認為政治性較高的事務依功能結構取向判斷，應由國會作成決定，但現今多元社會的背景下，我們很難想像究竟什麼

而恣意妄為？在行政權打著「行政專業考量」的大旗下，其民主正當性的弱化，應由何補強⁴⁴？單憑依法行政既然無法有效詮釋行政權自主性提高所帶來的民主正當性危機，如此一來法律保留原則的實際規範功能，可能並不如所想像中或理論上一般地宏偉⁴⁵，從而以法律保留原則為根基的傳送帶模型，可能已無法為行政權帶來足夠的民主正當性依據。因而對於輸送帶理論的堅持，在國家任務越趨多樣化、專業化以及對於福利國越為要求的時代潮流下，這樣的堅持，對於立法權、行政權以及人民而言已經越來越難以適從。德國與美國的學者，即開始思量、討論，在行政專業自主領域下，民主正當性應如何補強？

肆、行政權在專業領域下民主正當性的補強—比較法上的討論

一、德國法下民主正當性補強的討論

德國基於德國基本法第二十條第二項所發展出來的「正當性」概念，其所討論的規範性的正當化理論，係指國家權力要去證明其存在的必要性或合理根據。依德國公法釋義學的觀點，德國基本法規範核心的法治國原則及民主原則，二者同時形成行政權正當性控制的法釋義學基礎；而法治國原則與民主原則的價值決定，共同建構了行政權正當性的總體理論領域。所以民主正當性，是憲法上絕對必要並且在各種公行政領域都不可或缺的正當性基礎。

因而國家統治權的民主正當性應來自於人民透過選舉權的行使所表達的國民意志，國家公權力行為的民主正當性要求，課予國家各機關的權力行使最終均必須仍能夠回歸普遍國民意志的義務，行政權當然也不例外。因此，德國發展出來的整套行政權民主正當性理論，首重行政決定之「回溯」機制的健全，亦即認為行政權的民主正當化過程必須富於達成並確保國民意志之能有效影響行政權行使的功能，並推導出數種創造及傳遞民主正當性的正當化形式。

行政權的民主正當性理論根據基本法而發展出三種不同形式的正當化途徑，這三種正當性傳遞機制的意涵及必要性並非互相獨立，而是共同構成前述「有效之民主正當性」的要素。

(一) 實質、內容的民主正當性

為了讓行政決定能夠回溯到普遍的國民意志，行政部門的權力運作因此必須

樣的事務可以完全不帶有政治性色彩，從而許多目前由行政部門負責處理的事項，實際上都富於政治性格。

⁴⁴ 楊智傑，同前揭註 19，頁 22，其認為我國立法院職權行使法已有立法權事後監督之規定，則即便其廣泛授權行政機關就專業領域自行訂定命令，事後監督已可彌補民主正當性不足之困境。然而本文以為，從實際層面觀之，立法者的事後監督大都「備而不用」；且弱勢而少數的團體，根本沒辦法在立法院選出為其「出聲」的代表，進而對廣泛授權進行事後監督、反映民意；故以前述事後監督的機制彌補行政立法的民主正當性之論，難逃「遠水救近火」之嫌。

⁴⁵ 黃舒芃，同前揭註 19，頁 106。

受到經由人民選舉產生組成、從而享有直接民主正當性的國會所制定法律的拘束。由此看來，行政權行使之**實質、內容的民主正當性**無非就是以「國會中心」的正當性為主要訴求，而與傳統上首重之「**依法行政**」原則相符。依法行政—其中即包含前述之法律優越、法律保留，以及法律明確性的要求—，不只是法治國原則，並且也是民主原則底下行政法的核心。因而行政決定的「可回溯性」，須繫於國會對行政決定內容事前/事後、直接/間接之調控機制的健全。行政機關對於其內部之「行政一體」原則以及「行政對立法負責」之民主責任性要求的遵循，足以提供行政決定完整之回溯普遍國民意志的路徑。

(二) 人事的民主正當性

要求行政機關內部成員的身份取得必須以國會為重要中介，並透過個別的任命行為而與國民的意志形成沒有漏洞的正當性鏈條。內閣總理係由因國民選舉而取得直接民主正當性之國會議員選舉產生，而各部部長復由內閣總理提名、總統任命，各部會首長再任命其下屬的公務員，以此往下類推，透過一連串的選舉與任命行為，在國會與內閣總理的民主正當性於是便可下放到個別公務員，「人事的民主正當性」趨於完備。因此，在私人參與行政委員會的情形，便會因為在官方選任委員時可能必須受到來自利益團體實質上之介入，而導致人事的民主正當性聯繫產生有無中斷的爭議。⁴⁶

(三) 制度的及功能的民主正當性

制度及功能的民主正當性主要是從「權力分立」原則而來，強調各個國家機關因分別被憲法規範賦予不同的職權及定位，故各自均得本其功能，直接從制憲權獲得存在上的民主正當性基礎，行政權因保有獨特、無可取代的地位，而足以取得其制度及功能上的民主正當性。

因此行政權民主正當性的取得，並不是非得完全訴諸前述「國會至上」的指標不可；只需透過三種民主正當性形式的共同傳遞，達到「足夠的正當性水準」即為已足。

上述三種民主正當性形式並非各自為政的並列。其中，由於行政權之制度及功能的民主正當性可以直接從基本法導出並取得，較無所謂因回溯過程遭到破壞

⁴⁶黃舒芃，同前揭註 19，頁 131~頁 132，其認在我國雙首長制之中央政府體制的背景下，與行政權民主正當性理論的「發源地」德國略有不同。我國「最高行政機關」首長的產生，乃是繫於總統的直接任命，也因此其身份取得之民主正當性，係源於與國會同樣具有直接民主正當性之總統的傳遞。而一來行政權民主正當性理論的終極關懷，在於行政權與普遍國民意志之間的有效連結，不論該國民意志的「轉介站」是總統或者國會，對於行政權的憲法規範要求於是都應該具有核心價值上的普遍性；二來由於我國憲法對於「國民主權」的價值預設本即與德國相近，再加上二國憲法對行政權民主正當性之傳遞過程的設計，在諸多環節上仍多所雷同，因此我們都應能接受「以行政權民主正當性理論作為行政權力之憲法規範基礎」的可行性。

而欠缺或弱化的問題。因而民主正當性形式的**相互合作與彌補**，是針對另外二種民主正當化形式發展而得。舉例來說，一個在事權實質內容的決定上較具獨立性的行政機關，由於可能不具備堅實之實質、內容的民主正當性基礎，是以於其機關構成員的部份，亦即「人事的民主正當性」的層次，便往往會被要求必須得到全面的民主正當性保障；反之，倘若一行政部門之實質、內容的民主正當性已經透過內容具體明確的法律規範與嚴密的國會監督機制而獲得確保，那麼社會團體或利益團體對於該部門內構成員的選任，在某種程度上便容有較大的實質涉入空間，亦即「人事的民主正當性」的要求將相對減低。因此這二者固然居於互為補充的合作關係，但係絕無完全取代彼此的可能。

從上述可以看出，以「依法行政」為主要訴求的傳送帶模型，於行政權民主正當性理論架構之下並非行政權民主正當性的唯一來源，從而得以依不同事務領域各自的特性或需求，調整其「所佔比例」；但另一方面又不致因為法律拘束力的鬆化，而使行政權無法得到有效的民主控制。

行政權的民主正當性理論主要是為了滿足對行政決定回溯至國民意志的要求而構成。行政權的「民主」正當性強調的是行政行為與普遍、總體國民意志——而非某些特定利害關係人——的連結。

因而隨著國家與社會部門進行合作的次數越來越頻繁，傳統的民主正當性理論，逐漸肯定民眾參與具有規範性民主意義。而「參與」之形式因而被視為具有提供多元意見涉入溝通辯論的場域、以彌補國會法律拘束力弱化之缺陷的作用，是故當能在行政權“具體化”法律規定的權限範圍內，**有效防止行政決策實質、內容民主正當性回溯機能的喪失。**

二、 美國法下民主正當性補強的討論

美國憲法第一條明定所有的立法權由國會行使，第二條規定行政權由總統行使，從而美國法上有關立法授權界限的討論係基於「禁止授權原則」而來——當立法權與行政權由相同的人或機關行使，企求人民的自由無異緣木求魚，因此聯邦最高法院最初一百五十年的判決也在在重申，國會不得將立法權讓渡由總統行使。

古典的「禁止授權原則」要求所有的價值判斷，都必須由具有民主正當性的國會為之，總統及其所屬行政機關僅有執行立法的權限。由於禁止授權越來越不切實際，聯邦最高法院因而在一九二八年首度揭示明確原則，作為立法授權的界限，放寬了禁止授權原則的審查標準。

而在羅斯福總統新政時期，法院終止了之前傾向於接受廣泛和模糊授權的軌跡，開始回復禁止授權原則。而在一九三五年當時的兩個案子以後，即不曾根據禁止授權原則宣告任何法律違憲，美國公法學者更稱禁止授權原則已死。

（一）禁止授權原則的堅持與放鬆

Jerry Mashaw 將反對立法授權的論述，分為兩派，分述如下：

1. 第一派的主張，一言以蔽之是基於「權威」的理由：認為正當性源自立法機關與其所訂定之法律，而降低立法授權的程度，有助於確保行政機關的行為，吻合立法機關的意志。Mashaw 認為，這低估了立法作為一個抽象、一般的規範，在適用於具體個案時，一定必須透過有彈性與概括的不確定法律概念，但由於行政機關在適用不確定法律概念不免參雜行政裁量，導致立法機關的「權威」到頭來無法貫徹，這就削弱了前述「權威」論的說服力。其認為，問題不在於這派學說要求立法必須具有權威，問題在於單純將正當性寓於立法機關的「權威」。
2. 第二派是基於「課責機制〈accountability〉」的理由。根據 Mashaw 的歸納，這派學者認為，禁止立法者授權行政機關立法的理由是為了確保立法機關的政治責任，因為一旦法律具有明確性，人民可以透過這些法律，監督民意代表負起政治責任，而且這樣可以促使立法比較符合公益。但 Mashaw 質疑選民在現實情形下，是否可能根據立法者在某個特定立法的投票而投票，同時，根據政治學對國會議員彼此之間進行利益交換的研究，沒有理由相信國會立法明確與否，一定會比較符合公益。

此外，Mashaw 也歸納行政機關從事立法行為的幾個正當性基礎，尋求強化立法授權行政機關立法之理論基礎。

1. 首先，「傳送帶理論〈transmission belt theory〉」認為當行政機關獲得立法授權行使其權力時，立法機關的民主正當性也隨之傳送到行政機關，因此行政機關享有廣泛的權限，甚至可以行使立法權，訂定行政命令，並不違反民主理論。不過，Mashaw 認為這個說法的問題在於，其過度輕忽了國會立法授權的模糊與抽象性，即國會在授權行政機關立法時，由於保留了太多模糊空間給行政機關進一步訂定行政命令，或做具體的決策，即賦予這些行政命令或決策民主正當性，將架空了民主理念的內涵，也將行政機關濫權合理化。
2. 另一個將大幅行政立法合理化的論證是，行政機關比立法機關更具備實現公益所需的相關專業與知識，因此授權行政立法仍然具有正當性。不過 Mashaw 認為這個說法也有值得商榷的地方。因為專家未必均能妥善地決定各種社會或經濟所帶來的不公平，行政機關的專家也常常不當地受到產業界的影響，而專家決策所隱含的父權與官僚決策，也常常不受到民眾信任，而許多行政立法未必涉及專業，非由行政機關立法不可，因此專家理論並沒有辦法完整地提供大幅行政立法所需的正當性。
3. 第三個為行政立法提供正當性基礎的理論是行政立法過程的民眾參與，根據參與理論的論證，倘若傳送帶理論不足以提供行政立法充分的正當性，強化行政機關制定法令過程中的民眾參與，可以補強其所需要的民主正當性。同樣地，倘若專家理論無法充分支持行政決策的公益與理性，讓所有權益可能受到影響的法

人與自然人參與行政立法的過程，至少可以補強前述專家理論的不足，因為最終所作成的行政命令，結合了行政上的專業知識以及民眾的政治參與。

(二) 民眾參與制度的討論

而參與制度，在美國的學說討論上，可分為兩說，簡略分述如下：

1. 一脈是政治上傾向保守的「多元民主理論」：其將政治決定比照市場決策，認為強化行政程序的公民參與比較能夠作出有效率的決策結果；行政機關面對利益團體的競逐僅須扮演中立仲裁者，根據這些競逐的結果，分配資源。不過由於多元民主理論所提出的政治理型，不見得符合實證研究，其對於私益的縱容與公益的忽視，也引起許多學者的不滿，因而興起了公民共和理論。

2. 公民共和理論：其係一種應然的主張，強調政治的過程，應該容許每個公民基於政治社群平等的一份子，透過參與和不斷論辯的過程，共同尋找對於「共善」或「公益」的理想。利益團體與派系對於公益與民主所造成的傷害，強調要擴大弱勢社群參與決策的管道與能力，以減少民主過程這些不當的扭曲。

美國在公民共和理論的討論之下，陸續通過資訊公開法、規範遊說行為的陽光法等具體強化行政程序民眾參與的法律，因而提升了行政決策的品質，確保行政機關受到制衡，而可以彌補行政國家大幅行政立法民主正當性的不足。在這樣的理念下，行政機關並非即可不受依法行政原則之拘束，只是應可從寬認定授權明確之要求。且在法院救濟上，原本基於尊重行政專業，法院通常不會針對行政機關最終決策的實質內容是否合理，作嚴格審查；在民主參與制度加入後，法院轉而嚴格審查行政機關作成上開決策的過程，是否實現了民眾參與決策的程序要求。

三、 兩國理論的交織—民眾參與制度的引進

在行政自主權大幅提升的趨勢下，德美兩國如前所述的，各自發展出了對於補強民主正當性的理論。德國從法治國和民主原則出發，發展出三種傳遞民主正當的形式，並互相合作和彌補，以提供行政權足夠的正當性水準，而不視國會為唯一的民主正當性來源。美國從禁止授權原則出發，體認到立法廣泛模糊授權的必然，從「明確原則」修正禁止授權原則開始，到注入民眾參與的制度，不再僅僅依賴從輸送帶那端傳來的民主正當性。

而兩國理論的不同，對於找尋補強民主正當性的方法，卻英雄所見略同⁴⁷的採用一行政立法過程，民眾參與機制的引進。

伍、 我國回推制度的民主正當性再檢驗

在介紹完德美兩國學理上對於民主正當性補強的討論，本文試圖結合德美的

⁴⁷ 黃舒芃，同前揭註 19，頁 124，對於兩國行政權正當性理論的不同有詳細說明。

觀點，檢驗我國醫審辦法中所規定的回推機制。

從**實質、內容的民主正當性**出發，其主要訴求與傳統依法行政原則相符。在回推制度中，其授權母法健保法第五十二條授權由主管機關訂定醫審辦法，從而行政部門被立法者賦予相當大的形成空間，由於法律的廣泛授權，其對於行政權力的拘束力已大幅弱化，從而其實質、內容民主正當性的傳遞，有了中斷的危機，而應藉由參與機制補強其民主正當性。然回推機制的訂立，健保法第五十二條並未如同法第五十一條第一項規定，「醫療費用支付標準，由保險人及保險醫事服務機構共同擬定。」該回推制度，毋寧是由主管機關衛生署單方專家所作成，從而其民主正當性薄弱的質疑，將繼續存在。

而從**人事的民主正當性**觀察，衛生署訂定的回推機制，縱有與醫界代表協商，然而實務上其協商方式，通常是採用選擇性的協商方式，僅與特定的利益團體協商，此種方式如同黑箱作業；而該等利益團體之代表性在醫界已飽受懷疑⁴⁸；且衛生署並未給予各級醫療團體均有同等表達意見之機會，而各級醫療團體也未必有參與協商、談判之能力，從而回推制度的人事民主正當性在回溯中發生中斷，也不無道理。

從而基於上述的觀察，回推制度並無法達到「足夠的正當性水準」，而應引進民眾參與制度，以防止民主正當性回溯機能的喪失。然而觀諸醫審辦法，其依我國行政程序法第一百五十四條規定僅要求事前公告而未如美國行政程序法之規定，其要求除非有法定列舉之正當事由外，至少必須公告三十日供民眾評論⁴⁹，相較之下，其似為對民眾參與較為友善之規定。

陸、 結論—未盡之功

在前述德美兩國的學說討論下，我們可以發現對於行政自主權在民主正當性弱化時的補強，兩國不約而同的認為應引進民眾參與制度⁵⁰。相照於我國在國家職能擴張、立法能量、能力不足的時代漫霧中，大法官仍然堅持以授權明確性的明燈，指引立法、行政及人民不至於偏離法治國原則、主權在民的光明大道，其精神令人感佩動容，但也不禁懷疑我們可能還得走上多少寂寞孤行(法律保留原則的境外之地、授權明確性的寬鬆無力)的冤枉路(行政基於專業的恣意擅斷)才能

⁴⁸ 雷文玫，強化我國健保行政決策公民參與的制度設計—二代健保先驅性全民健保公民會議的建議方案，台灣民主季刊 第1卷第4期，2004年12月，頁65

⁴⁹ 雷文玫，同前揭註40，頁102

⁵⁰ 或許有人認為這份報告的標題過於「聳動」、內文則有一種「好像將德美玩具兵排排站，然後模擬一場世界大戰」之感，然而回推制度在醫界引起的騷動和爭議，卻是不爭的事實。何以居於夥伴關係的人民，對於回推制度的設計和實施全然無正式的管道發表意見，只能透過醫師公會全聯會或醫院協會，向健保局循非正式管道「抱怨」？健保與傳統的租稅行政應有本質上不同，全民健康之維護應係國家與人民(特約醫療院所)合作才能維持，兩者間的關係應是合作，與傳統的上下權力義務關係不同。既曰合作，又豈能以專業及公益之名，單方片面的對夥伴上下其手？行政契約起碼要求的信賴關係，實際上將因此而完全不存在，特約關係間變成一種檯面上下皆為對立、爾虞我詐的局面，豈為人民之福？萬物以人為尺度，公法學的存在得能解決實際生活中發生的問題才有意義—因此，「聳動」何謂？「不真實」何來之有？

到達境外之地卻柳暗花明，無力拘束卻不擔心。

在福利國家的時代背景下，行政從立法者的授權獲得大量的立法權，傳統依法行政原則的操作，在行政的專業領域下顯得力有未逮，因而出現民主正當性危機。民眾參與制度的引進，將可望使得行政機關的舉止可以不中斷的不斷回溯到全體國民的意志。然對於民眾參與制度的疑問也有不少，有認應如何決定可以參加的民眾範圍？參與之後行政機關是否就得依循著人民的意思而作成決定？使對於專業毫無所悉的民眾參與協商是否提高行政成本？醫療機構在現今實然面上缺乏協商能力如何參與？如何選出具有代表性的代表參與協商制度？在在都是鞭辟入裡的問題，本文的學植未深，上述問題的答案，將是接下來需要努力提升自己的法律學識後，才有可能參透⁵¹。

⁵¹ 林國明 陳東升，公民會議與審議民主：全民健保的公民參與經驗，台灣社會學 第 6 期，2003 年 12 月出版，頁 68，審議民主要求，所有受到決策所影響的公民或其代表，都應該能夠參與集體決定；頁 75~頁 76，源於丹麥的公民會議，其結論報告將送交國會，雖然不具法定拘束力，報告公佈之日通常也是舉國注目的焦點；公民會議的目標是提供代議民主和利益團體運作體系以及精英和專業支配的治理模式外，一個民眾能夠交換意見、對調立場、尋求共識的理性討論空間，進而超越菁英眼界。其見解對於茫茫前途，隱約的指引了方向。