

第二章

行政法的發生與發展

黃錦堂

第一節 行政法之概念

- 一、概念界定
- 二、常見分類

第二節 外國行政法之發生與發展

- 一、行政法之發展受到思潮與政經變遷的影響
- 二、德國行政法之發展大要
 - (一)、概說
 - (二)、市民法治國之興起
 - (三)、由自由法治國轉變成為社會法治國，以及法治國典章之建立與研究之深化
 - (四)、變遷中之政經社文
- 三、德國行政法總論改革之討論

第三節 我國行政法之發生與發展

- 一、我國行政法發展大要
- 二、我國政經社文變遷
- 三、公共行政學門的貢獻：「治理」理論與模式的提出

第一節 行政法之概念

一、概念界定

行政法係對行政加以規定之法。所謂行政，係指有組織法依據之國家與地方自治團體或其他公法人之機關。所謂法，狹義者包括法律、法規命令、職權命令、行政規則，廣義者則包括憲法上之原理原則、大法官解釋、（行政）法院之判決或判例等等。行政法學之任務，在於以憲法為依據，尤其當中之法治國原則，建立行政在組織、人員、公物、行為、程序、爭端解決、賠償、補償等面向所應受到之指引。

二、常見分類

行政法之領域相當寬廣。為了研究需要，可進一步分為行政法總論、行政法之抽象類型、行政法各論及個別行政法律四大部分。「總論」一詞，係翻譯自德文 Allgemeiner Teil，若按字面，可譯為行政法之一般部分（general part），其係以總體的行政與法當作研究之範圍，旨在建構出行政所應遵循之法治國原理原則之具體之內涵；至於個別政策領域之法治，則屬於行政法各論之研究，目前已有公務員法、經濟法、社會法、環境法、交通法、教育法、文化藝術法、國土規畫（含國家綜合發展計畫、區域計畫、都市計畫）暨建築法，地方自治法、警察法（其實質內容為內政秩序法規）¹、媒體法、財政法、國防暨兵役法、宗教法等。

德國行政法總論教科書中甚且於行政法各論之上再抽象歸納出三大類型之行政：「規制行政」（Ordnungsverwaltung; Eingriffsverwaltung）－國內有人譯為「干預行政」－、「給付行政」

¹ 林紀東曾提出多套行政法之分類。氏首先區分成組織、警察、給付或服務、外交、軍政、財政；氏另外又曾將行政法分為內部行政法與對國民之行政法兩大類；氏另外也區分為自治行政法與國家行政法，此外也有平時行政法、戰時行政法之區分，另外也可分為積極行政法與消極行政法，後者如軍事行政、警察行政，係以社會安寧秩序為目的，前者則係以促進國家社會發展、增益人民康樂為目標。氏並特別強調20世紀福利國家成立之現象，並且認為此類行政法規將日益增加甚至凌駕向來警察或軍事等行政領域；請參看氏著，行政法，三民書局，頁11以下（一九七六）。

(Leistungsverwaltung)、「計畫行政」(Planungsverwaltung)²。

這種區分法有助於對不同行政類型之了解。例如規制行政係以證照之發給與違法之取締為內容，其涉及相關法律之完備化、執法者之意志、執法機關之人力、物力、經驗，另外則涉及人民之救濟管道或國家賠償問題，重要的依循為比例原則。給付行政涉及國家財政支出，強調公平性與有效性，此外則涉及財源之籌措與人民之合理分擔問題。計畫行政則涉及高度之政策判斷，而有別於精細法律條文下之行政裁量，如何強化事前之參與及各相關部門間之協調，乃成為法治化的主要問題。

規制行政、給付行政、計畫行政之三分法，長期以來一直有穩定的發展，各學門得以自身興趣而為參與，相關研究成果得為行政法學之參考。以規制行政為例，美國學界有細膩的研究，有的針對管制的成本、必要性、政府失靈等經濟－財政－資源配置有效面進行檢討；另外則有從官僚政治、利益團體遊說、政商勾結等角度著手；也有學者從事證照審查程序改良之研究，其或甚至提出乾脆拍賣證照之建議；也有學者希望行政部門於制定細膩之法規命令或行政規則時進行協商等「替代性之糾紛解決途徑」(Alternative Dispute Resolution)；甚至有學者從政治－文化－心理角度切入³。凡此種種，使得行政法各論之研究更加完備，並且有助於行政法總論之改革⁴。

另一種研究方式，為行政法各論。研究上宜建構各該領域的建制原則的建立著手，例如環境法上之污染者付費原則、稅捐法上之量能課稅原則，藉以穩定各該領域的制度設計與法律適用。行政

² Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl., Berlin, S. 23f. (1995)

³ 有關各類行政的檢討，初請參看林鐘沂，美國的管制行政，空大行政學報，第5期，頁15，文中各處(1986)。學者指出規制行政之成本，包括業者面與行政機關面，而主張透過「經濟誘因」促使業者減少污染，請參看葉俊榮，1991，論環境政策上的經濟誘因：理論依據，台大法學論叢，第二十卷第一期，頁八七至一一一；vgl. Christian Koenig, *Moeglichkeiten und Grenzen von Zertifikatemaerkten als Steuerungsmedien im Umweltrecht*, *DOEV* 1996, S. 943ff. ; Albert v. Mutius / Simone Luenenbuenger, *Verfassungsrechtliche Aspekte einer umfassenden oekologischen Ressourcenwirtschaft*, *NVwZ* 1996, S. 1061ff.

⁴ 例如行政程序類型之增加以及協商式行政程序之引進，再如證照審查機關之組織、配備、人員考選與訓練之改良，例如設立專責性之公營造物並且寬列其中之研究人員職缺，三如引進新型之監督手段，傳統之行政調查手段局部將改由工商廠場自身內部設置專責人員與24小時電腦自動偵測設備，四如在儀器、化學物質、工廠等高風險領域引進無過失賠償責任與業者之投保義務、最高賠償額，傳統國家賠償法與國家補償法從而得到進一步之豐潤化。

法各論得銜接到各專業學門的。以「人事行政」、「財務行政」為例，其長年以來在行政學者、經濟學者、財政學者的努力之下，已經有相當的累積，而得成為行政法各論的題材。

行政法各論之研究，畢竟仍係以眾多相關聯之法規為課題，在個案討論上常須進一步往下關注個別行政法律之規定，例如空氣污染防治法、大學法、公路法、水利法等。

第二節 外國行政法之發生與發展

在筆者有限的教學經驗中，不論在大學系所或校外之推廣教育（含學分班或在職專班），初學之學生/學員們總認為行政法總論難以理解，常感不知來龍去脈，而淪為單純的背誦與片段之理解。

除此之外，行政法固然為當今重要的實定法知識的一環，但學生/學員的學習興趣或關懷容有不同，並非每個人都有志於實定法條文之細膩的解釋與適用而且現今行政法偏重干涉行政；非法律系所之學生或工作者希望對行政法之由來及所應遵循之理念與建置原則，有所掌握，並希望針對工作需要而選擇干涉行政、規劃行政、給付行政當中之一種作為重點。

一、行政法之發展受到思潮與政經變遷的影響

行政法之發生與發展與「法治國」（Rechtsstaat）思想之演進有密切之關係。國內學界多繼受德國見解⁵，認為其軌跡為自警察國家演變到自由法治國家，再進一步於第二次世界大戰後演變成為具有福利國家內涵之法治國。這種見解值得採行，但可惜並未討論自1980年以來法治國內涵之進一步演變—民主、多元、專業、競爭、個人化—，也未檢討台灣在中央政府遷台以來所經歷的威權統治、威權轉型，以及當今台灣所處之民主鞏固時期之內部進一步轉型壓力，暨國際經貿、科技快速發展下之激烈衝擊，與兩岸之競爭等條件下之法治改革發展。以下擬先討論德國法，次節才檢討我國。

二、德國行政法之發展大要

⁵ 管歐著，行政法概要，三民書局，頁29（1995）；蔡志方著，行政法三十六講（普及版），則將行政法之發展階段區分為警察國家、夜警國家、社會法治國家，頁77（1995）。

（一）概說

德國經歷封建國家、君主專制國家、警察國家（立憲主義前階段國家）之階段，而進入自由法治國、社會法治國，而於 1980 年進入對效率效能之再重視之自由/社會/法治國。以下從君主專制國家階段出發，加以說明⁶。

歐洲大陸自十三世紀中葉起，逐漸擺脫封建社會與統治階段，進入侯國內部中央集權階段，並在十七世紀、十八世紀達到高峰⁷。詳言之，原先之封建領主們之領地經由對外購買或因佃農死亡而收回或甚至經由巧取豪奪而擴大，而且耕種技術進步、交易管道通暢，早先狹小且零星獨立之莊園已不再合於效率。爲了有所因應，新的管理機制必須發展而出，侯國乃改變成爲具有專業性與中央集權之性質。侯國君主必須建立起「去屬人化」之行政，亦即其必須建立持續性、制度化而且上下關聯之職位與官署，現代性國家之輪廓已經形成。惟無論如何，此時並不存有現代意義的行政法，侯國君主或貴族仍然擁有世襲之權利，人民在例外情形下固然得基於自然法思想而得在個案中主張國家應給予一定之賠償或補償，但這一切仍然只是例外之性質⁸。值得注意的是，此時期英國經歷了大憲章（Magna Charta ; 1215）、權利典章（Bill of Rights, 1689）等具有法治國重要意義的發展。

自 18 世紀中期以迄 19 世紀中期，各侯國頒訂憲法實施君主立憲體制爲止，在行政法發展上可稱爲「警察國家」，在憲法學上得稱爲「立憲主義前階段」（vorkonstitutionell）之君主專制國家，特色在於統治權與行政權仍然未完全受到憲法之拘束⁹。

於警察國家時期，各侯國逐步擺脫原先帝國之拘束從而取得各式各樣之立法或租稅課徵權力，但於此同時，市民社會並未建立起相應的制衡或有效回應機制，以致於教會、城市、同業公會等在政治上均處於無權力狀態，侯國君主之管轄範圍擴張及於所有的社會生活與宗教生活。

⁶ 詳見本書 2000 年版第二章，因限於篇幅，本版不擬詳述。

⁷ Vgl. Ekkehart Stein, Staatsrecht, 13. Aufl., Tuebingen, S. 1ff. (1993)

⁸ Vgl. Wolff / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht, 10. Aufl., S. 75ff. (1994)

⁹ Stein, aaO., S. 2.

但與絕對君主專制國家時期不同，此一時期自然法思想、帝國憲法草案與各邦憲法草案之研擬已經展開，美國獨立、法國大革命以來之人民權利保障思想已經形成；侯國君主之統治不再是「君權神授說」，而是必須為人民謀福利；君主們固然仍有法律之創設權，亦即此時期尚未有法律保留原則，但其立法時必須受到如上理念之拘束，則是不爭之事實。這一時期的行政法仍然欠缺法典化，行政係以警察法與依其概括條款之廣泛授權而制頒之行政命令以執行，「警察」一詞並且係包括所有之行政機關，而非單指現今意義下之警察局¹⁰。Otto Mayer 指出：「警察國家中的法，是一個概括的名詞，使得所有的管理都成為可能¹¹。」

基於國家之警察權，國家得從事必要規制，項目包括土地之開發、礦石之開採、營業與手工藝業之規制、稅金之收取、外銷之鼓勵、工作之強制、教育文化事項之規制、人口政策、貧困救助等等，規制之目的在於公共秩序之維持。一般而言，此一時期民間各項營業之規模仍不大，所以行政之質量仍難與今日相比¹²。除了法規制訂權限之外，各侯國並且取得爭執案件免送交帝國法院之特權¹³。各侯國彼此間存有爭執、爭戰，如何進行有效之管理並且提升經濟與生產以增進人民福祉便成為國家的主要目標，亦即，當時盛行重商主義式之福利國家思想（merkantilistischer Wohlfahrtsstaat）¹⁴，國家行政的重要任務在於管理、效率；而此時期也因為整個管理需要而建立起進一步的統一化、階層化之行政組織，並且已經建立永業文官體制。

此一時期行政法計有如下特色：各侯國之君主仍然享有絕對君主專制時期之地位，但事實上卻

¹⁰ Stein, aaO., S.2.

¹¹ Zitier nach Wolff / Bachof / Stober, S. 77ff.

¹² Vgl. Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 77f.

¹³ 在十六世紀，警察一詞係指國家進行管理並建構出好的秩序（gute Ordnung und Verwaltung des Staatswesens），強調治理、管理。警察國家一詞，主要係針對十八世紀末、十九世紀初之國家，在警察法概括條款之下，制訂許多法規命令規範人民生活，而且帶有一種走向良好秩序的目的。在此意義內，警察國家仍非法治化之國家，尤其在法律保留問題上。請參看陳新民著，行政法學總論，頁7（1995）；Vgl. Schroeder, aaO., S. 58.

¹⁴ Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 78. 重商主義產生於十五世紀，全盛於十六、十七世紀，重商主義後期則是英國古典政治經濟學的興起時期，強調自由主義。由於各國政經社文情況不同，英、法、義、德等國對重商主義的觀點有所差異，此外重商主義的早期與晚期的主張亦有所不同。大體而言，重商主義思想體系有下列三項特徵：第一，金銀是最重要的財富，也是一國盛強富有的基礎，第二，重視貿易順差且管制對外貿易，進而增加國家金銀，第三，國家應積極干預經濟生活，大力發展出口品工業，利用稅收等手段保護國內工商業，約請參看胡寄窗主編，西洋經濟思想史，五南圖書出版公司，頁35（1996）。

受到來自自然法思想、帝國憲法或甚至邦憲法草案或邦時期之人民主權、自由主義思潮影響，而逐漸受到拘束。但無論如何，各侯國君主仍得引用必須性（*necessitas*）或公共需要（*salus publica*）之理論對實定法加以修改、廢除或突破，並且得以皇權命令介入尚未終結之程序；各行政機關所已制頒之命令，在特殊狀況時均得被變更¹⁵。惟無論如何，行政機關若欲介入人民具體已經取得之權利，則必須合於比例原則，而且必須支付補償金，但這些「學理」或「原則」在實務上仍然有被突破的情形¹⁶。在組織上，當時並沒有嚴格意義之行政、司法區別，地方行政長官仍然享有從事民刑事與行政有關案件審查之權力；在行政機關中，已設有與公共事務有關之警察法院或司法部門，以便解決因為國庫行政或其他與公共利益有關之爭執¹⁷。

人民於權利受到侵害時，可向國家（即：侯國）之法院或皇室所設立之皇家法院提起訴訟；當事涉侯國君主個人時，則人民不得享有權利保護。但君主也必須受到調處法院或調處程序之拘束，另外也必須受到帝國皇家法院（*Reichskammergericht*）之拘束。為了免去爭訟之困擾，許多高權行為有關的案件，均被理解為私法性質，例如國家之土地徵收行為被解釋為民法上之強制收買，公務員關係被界定成為僱傭契約或委任契約，營業證照則被當作人民已經取得之私法上權利，私法上之爭執則受到民事法院之徹底審查¹⁸。此時期學界逐漸建構所謂的「國庫理論」（*Fiskustheorie*）。依之，行政部門被理解為兩種表現方式，一是作為公法人，二是作為私法人；行政若以後者身份出現，例如進行辦公文具之採購、廳舍之修繕或為營利之行為，而侵害人民之權利或導致人民過度忍受、犧牲，則人民可以向國庫請求賠償或補償。國庫理論從而並不只是解決人民訴訟保障不周之問題，事實上其也係創設出對國家合法行為而致人民過度負擔時之補償機制¹⁹。

¹⁵ Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 80f.

¹⁶ Wolff / Bachof / Stober, ebenda.

¹⁷ Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 80f.

¹⁸ Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 81.

¹⁹ Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 81f.；中文請參看吳庚著，行政法之理論與實用，作者自刊，頁12（1996）。

（二）市民法治國之興起

德國自 19 世紀中葉進入市民法治國時期。以下先介紹此種轉變背後之政治與經濟原因，再進一步介紹代表性之學者，尤其 Otto Mayer 的「德意志行政法總論」著作。

1、政經背景

18、19 世紀歐洲大陸法治國思想之變化，一方面係與政治上之自由主義思潮、民族國家之興起從而造成國家理念之變遷有關，另一方面則係因為當時經濟、社會不斷發展。

經濟上首先是佃農受到解放，其次則是土地買賣或取得有關的限制被去除，一個自由買賣的市場從而產生；而世襲之佃農得取得財產權，也是一個重大突破。德國並且繼受法國之營業自由規定，基於身份而建立的營業或行動限制，從此被去除。最後而且最重要的當然是工業化以及不斷的都市化，農業、製造業乃大幅進步，行政的質量乃進一步被要求。手工業方面也因為有營業自由，而導致更激烈的競爭；更精密的勞工安全衛生，以及物品製造有關的制度，乃進一步獲得發展。隨著工業不斷進展，國家必須進一步從事道路橋樑或運河等有關硬體的興建，此外也必須廢除既有的關稅或其他人為障礙，更必須設立專業學校並且建立適度的工資制度等等。在都會地區產生新的各式各樣行政管理問題，而且係以極快的速度迎面而來，國家行政部門必須加以快速因應。德國於 1870 年統一之後，更是進入全力國家建設的階段，國家所從事業務在質量上大幅提昇；另一方面，高度工業化帶來社會與政治結構的變遷，例如城市化之更加深刻，中小階級市民階層之更加穩定，各項職業的服務與保障規定必須有進一步的精密化；國家甚至必須肯認與輔佐勞工組織，俾斯麥首相並積極促成社會保險體系之建立²⁰。

為因應上述變遷，國家須以更具效率的手段，進行管理。而所謂效率，在「行政法」法體系未建構成功之前，主要係指財政學或各式各樣經營管理有關的科目。

²⁰ Klaus Kroeger, Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933), Muenchen, S. 18ff., 49ff. und 104ff. (1988)

進一步促使法治國家興起的原因，在於政治面，而且主要源於洛克的政府論、盧騷的人民總體意志、孟德斯鳩權力分立理論；其次則是美國獨立建國（西元 1776 年）、法國大革命（西元 1789 年）所導致的基本人權與反抗專制、暴政思潮之澎湃；另外的原因則是西元 1813 年不少德意志之侯國爲了鼓勵人民抵抗拿破崙之入侵而承諾制定憲法，這並且在德意志邦聯條約第十三條加以落實。自 1814 年起便有許多侯國制定憲法（例如巴登邦、巴伐利亞邦分別於西元 1818 年、符騰堡邦於 1819 年），至西元 1836 年止已經有 21 個侯國制定憲法。而在 1848 年之革命風潮中，有志之士在今之法蘭克福之保羅教堂研擬憲法，乃有所謂「保羅教堂憲法草案」，其中之基本人權部分並且曾經短暫生效²¹。在憲法制定時刻中，有志之士無不暢所欲言，申論對君主立憲、基本人權、司法權或其他國家重大制度之期待。在所有的討論當中，如何強化人民的權利保障，以進而恢復因爲過度君主專制所導致之人民冷漠，已經成爲時代的核心關懷。而伴隨著君主立憲體制與權力分立理論之發展，行政權受到立法權制約之基本架構，已經儼然成形，法治國的第一個內涵－法律保留原則－已經逐漸穩定。

2、市民法治國思想之一般

法治國強調依法而治，這種理念自古有之。啓蒙時代以來之德國哲學與國家學學者，均強調人民主權或人民總體意志或民族傳統與特質，以之作爲法治國之精神內容，並要求國家必須依法而治²²，至於在行政法領域的開展，以及其主副軸線間之轉換，則有賴進一步的作品。

當時名家輩出。例如 Otto Baehr（1817-1895）於 1864 年出版「法治國－一個構想的發表」（Der Rechtsstaat – Eine Publizistische Skizze），於倡議法律優位原則、權力分立原則、公法的任務及定位之後，其進一步主張必須建立公法的訴訟制度；私法院的法官多半不能了解國家生活所涉及的公法

²¹ Stein, aaO., S. 2f.

²² 有關德國 19 世紀法治國概念的起源，尤其早期之康德（1724 至 1804）、洪博（Wilhelm v. Humboldt, 1767 -1835）、普拉西度思（J. W. Placidus）、莫耳（Robert von Mohl, 1799 -1875）、史塔爾（Friedrich Julius Stahl, 1802 -1861）等人的法治國思想，即屬此類，請參看陳新民，德國 19 世紀「法治國」概念的起源，政大法學評論，第 55 期，頁 47（1996）。

諸多問題，從而宜成立「公法法院」(Gericht des oeffentlichen Rechts)；不過這一類法院究竟係設在一般法院之內(類如英美制)，或獨立成立一個行政法院體系，氏並未明言²³。格耐斯特(Rudolf von Gneist, 1816-1895)在1875年出版「當今英國憲法及行政法」一書，並於1872年出版了「德國的法治國及行政法院」，主張普魯士的行政訴訟應有三級，此外氏並強調地方自治²⁴。毛魯斯(Heinrich Maurus)於1878年出版「評現代憲政國為法治國」一書，進一步提及國家責任制度、行政行為公開化、立法上的不法等問題²⁵。

以上幾位，大體已勾勒出法治國的內涵：權力分立、法律優越、法律保留、依法行政、依法審判、依法國家賠償、行政行為公開化。這些內容，與立憲主義以來之權力分立、人民基本權利保障思想大體相符。另一方面，值得注意者為，此時期的行政任務，並不在於積極為社會形成與社會照顧，毋寧，在於維持安全與秩序，以創造市民社會之發展條件。但這種夜警國家思想於1875年前後，便因為當時德國經由人口的大量增加、工業化、集居化、現代化等發展而逐漸引發給付行政的需要，而受到修正²⁶。

依Wolff/Bachof/Stober之歸納，此一夜警國家時期之法治國構造，有如下特色²⁷：首先，國家權力之行使必須依照在憲法中所明文、具有穩定內涵而且不得任意加以變更之條文規定；其次，國家權力必須分立，必須分屬於彼此間分離、相互不受指令拘束而且互相制衡、監督之機關；第三，所有人民在法律上一律平等；第四，個人自由領域必須被承認，而且由此導出人民有基本權利；第五，人民有權參與國家權力之運作，尤其立法權，人民只有義務服從經其所同意之法律；第六，所有國家行為均必須合於可預測性與可預見性，國家行為旨在確保人民之自由與財產；第七，君主專制必須進一步被法律保留取代，君主本身不再是至高無上，而只是國家之機關。

²³ 詳請參看陳新民，上揭文，頁59至61。

²⁴ 詳請參看陳新民，上揭文，頁61至64。

²⁵ 詳請參看陳新民，上揭文，64至67。

²⁶ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, S.84.

²⁷ Wolff/Bachof/Stober, aaO., S. 82ff.

儘管如此，法律保留原則並不完全適用君主專制時期之前已經頒定的法律。除此之外，當時尚流行所謂的「特別權力關係」理論，將上述法治國之建制原則排除適用於受特別權力關係所拘束之人們²⁸。再者，此時之通說承認行政機關有相當廣泛之裁量權²⁹。當時之專業行政法律固然日漸增加，但實質內容上卻以公權力優先（於市民）。行政行為之受到法的拘束，只在若干領域受有刑事法院與民事法院之審查。行政法院之審判權係受到列舉原則之拘束，而且行政法院並非完全獨立，亦即性質上只是一種仿照法國模式之類如法院的行政之自我審查³⁰。

3、行政訴訟體系之開始建立

在依法審判方面，普魯士邦於 18 世紀末時，其裁判權已經歸屬於普通法院，但關於領主與私人間之紛爭，則制定諸多限制普通訴訟之特別法；普魯士於 19 世紀末伴隨地方自治之改革，於普通法院之外設有特別行政法院。中德或南德諸邦，在 19 世紀以來，一方面為避免君主之執行權受握有裁判權之諸侯所支配，並為保障人民之權利，乃在行政內部設立解決行政糾紛之制度；但此種設計畢竟與獨立且由法官組成之行政法院之裁判，有相當距離，而受到批判，1849 年保羅教堂憲法草案第 182 條乃規定此種行政司法制度（Verwaltungsrechtspflege；Administrativjustiz）應予廢除，而應改由行政法院為裁判³¹。

此種意義的行政法院的建立，首先為巴登邦（1863），其次為普魯士邦（1875）、黑森邦（1875）、符騰堡邦（1876）、巴伐利亞邦（1879）³²。惟當時係採行「列舉原則」（Enumerationsprinzip），只限於行政訴訟法所明定的事項，人民始得提起行政訴訟，但符騰堡邦則引進「概括條款」（Generalklausel）--行政訴訟全面改採概括條款，必須等到第二次世界大戰後基本法第 19 條明定訴訟權保障與行政法

²⁸ Vgl. Wolff / Bachof / Stober, ebenda.

²⁹ Vgl. Wolff / Bachof / Stober, ebenda.

³⁰ Vgl. Wolff / Bachof / Stober, S.84.

³¹ 請參看鹽野宏著，劉宗德、賴恆盈譯、行政法I，月旦出版社，頁15（1996）。

³² 其中普魯士高等行政法院尤其發展出一系列行政法之原理原則而影響深遠。

院法第 40 條為有關之明文。至於行政訴訟的要件，也可謂行政訴訟的制度目的，當時仍有不同版本。符騰堡邦的行政訴訟要件為當事人之權利受到侵害，亦即以人民之主觀公權利受侵害為前提，又稱為南德體系(sog. suddeutsches System)；北德體系（以普魯士邦為主）則強調行政之合法性之監督，而不以權利受侵害為唯一要件。

儘管行政訴訟制度已經有所開始，但對行政的監督仍有諸多界線，這尤其表現於行政裁量之決定上。行政裁量，以當時的理解，不僅不受法律的拘束，並免於司法控制的範疇，而為行政所保留的領域。只有當行政裁量逾越法律規定或嚴重到形成恣意時，始構成違法。這種理論顯然不利於人民的訴訟權的落實。另一個限制性的理論為特別權利關係，合於此類型的人民不得享有法治國的保障，從而也不享有行政訴訟權³³。

上述保守情形，在威瑪時代，仍難完全去除。詳言之，儘管威瑪憲法第 107 條規定，各邦必須依法建立行政法院，以保障個人之權利之受免於受到行政機關之要求（Anordnungen）與處置（Verfügungen），但各邦之設置情形仍呈現不同，著名作者間也有不同的意見。爭論主要集中於列舉原則/概括原則之選用、訴訟的要件、行政法院的層級、行政法院的獨立性高低。衡諸當時經社進步情形，此等爭論已經略顯過時；於威瑪末期，各界已經有建立完整的行政訴訟體系的共識³⁴。

一直到第二次世界大戰之後，因為經社與行政的快速成長與持續發展，加上人權法治國理念與人權思想的強化，以及德國基本法的訴訟權保障等相關條款的明定，一個涵蓋概括條款、三級三審、廣泛承認各種訴訟類型的行政訴訟體制，乃告建立。

4、Otto Mayer

Otto Mayer（1846-1924）於 1895、96 年出版「德意志行政法」（Deutsches Verwaltungsrecht）第一

³³ 以上與本處，Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl. §2, Rd. 12-16 (1998).

³⁴ Hufen, aaO., 3. Aufl. §2, Rd. 17f. (1998).

版，並於 1923 年第三版。Otto Mayer 被尊稱為德國行政法學之父，其著作在該時代有絕對之代表性。

氏的行政法構造，得以三方面加以描述。其首先係繼受向來之法治國思想，亦即權力分立、法律優越、法律保留、依法行政、依法審判等。

其次，其作品對法治國之建立，作出重要貢獻，而且係經由「行政處分」概念的建構及將之銜接到行政爭訟，而完成法治國的另一個重要內容：人民只能對國家行政機關之行政處分行為提起救濟，但凡是與國家處於特別權力關係之人民（指公務員、軍人、學生、囚犯）以及使用國家公營造物的人民，則不得請求救濟；除此之外，下級行政機關亦不得對上級行政機關之監督行為提起救濟。行政處分之提出，使得法治國之內涵中之「依法審判」得到落實，並進而使得人民基本權利保障體系得以完成。換言之，行政處分概念係 Otto Mayer 偉大的創設（Zweckachoepfung），其係參考司法機關之判決與民法總則之單方行為，而且也係歸納當時個別行政法律中之行政行為的規定，而完成建構。行政處分從而係一「學術性創作」，也是一種為法治國之建構而提出之「目的性創設」（Zweckschoepfung）³⁵，吾人於掌握行政處分概念時，從而須追本溯源以人民權利在個案中是否受到侵害以及有無保護必要加以決定，而不得降級以文義作為解釋之唯一依據³⁶。

第三，Otto Mayer 的貢獻，在於以上下二冊近乎八百頁之篇幅，建構行政法總論，而且內容綿密，使得鬆散甚至概念與制度不無歧異之諸個別行政法律，得到一個整體性的觀照。其行政法總論之內容，除法律保留、依法審判之外，並討論人民之公法上權利（Subjektive oeffentliche Rechte；國內或翻譯為主觀之公權利），國家之警察高權（包括證照、命令、行政秩序罰、行政刑罰、行政強制執行）、財政高權（主要係指稅課有關之命令、強制、刑罰、人民之納稅義務）、公物法、公共負擔法、公營造物法、公營企業法、國家賠償與補償，最後則是行政組織法（討論公法人、公營造物、鄉鎮、公法上之合作社）。在各章節中，Otto Mayer 以現行既有聯邦與各邦之各領域之行政法律為例

³⁵ Guenter Puettner, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, 6. Aufl., Duesseldorf, S. 78 (1983)

³⁶ Vgl. Puettner, aaO., ebenda und S. 85ff.

子，儘量予以列出，然後參考居先進地位之民法之有關理論或法國行政法理論，加以分析³⁷。

Otto Mayer 的行政法學，係以法律學的操作方法（Juristische Methode），並參考民法總則的體系，加以完成，從而有別於向來之國家學、財政學、行政學、管理學等之研究³⁸。Otto Mayer 並未探討國家或行政之任務，也不討論政經變遷與法之因應；氏不討論不確定法律概念、行政裁量之區別，而且基本上承認行政機關的裁量判斷權；氏將行政訴訟的要件限定於行政處分而且又以相關法律必須損害人民權利（而不是反射利益），而且認為行政機關原則上享有廣泛裁量權；氏將特別權力關係與公營造物利用關係排除於法治國適用之外。凡此種種，於今觀之不無保守性，但係合於當該時期的需要。

行政處分理論得到學者普遍迴響，終於在 1931 年符騰堡邦行政法典草案第六十一條中加以規定³⁹。德國各大學並且自 1920 年左右起持續開授行政法總論課程，日後並且成為國家考試項目，行政法總論作為學科自此奠定。

5、小結

上述德國行政法總論體系，具有如下特色：首先，學科的目的，在於依據形式－權利保障的觀點逐步更精緻化既有法治國之內容，尤其是各種概念、範疇之建立；對於行政之內在與外在環境變化與因而之行政任務之變化，較少著墨。其次，其畢竟以「行政處分」當作核心概念而建構，強調行政行為之形式，並不以政策手段類型為討論，如證照、取締、補貼暨稅捐減免、經濟誘因、調處、替代性之糾紛解決途徑、費率審議、刑罰、勸告暨警告、開放市場競爭、引入總量管制等。其原則上也未區分重大案件與一般案件；核能電廠興建執照之發給與行車違規右轉而被處以罰鍰，竟然同

³⁷ 以下舉兩個例子，以說明Otto Mayer之操作。Otto Mayer在其德意志行政法下冊第57節起，討論公法人。其曾指出各邦水利法中有關水利會組織之規定，另外也檢討各種同業工會或帝國健康保險法中之公辦公營制度為可能的適用例子，並且指出此等單位之特性為公行政部門之特殊單位，而且其係經由共通的目的而組合而成。

³⁸ Vgl. Alfons Hueber, Otto Mayer, Die "Juristische Methode" in Verwaltungsrecht, Berlin (1982); Wolfgang Meyer-Hesse, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg, S. 15ff. (1981)

³⁹ 請參看翁岳生，論行政處分之概念，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，台大法學叢書（二）頁1，頁2與頁5（1990）。

為「行政處分」，顯示出此概念之無邊際。第三，傳統以來行政法總論畢竟以干涉行政法為主要，給付行政、計畫行政、公共設施興建管理行政、內部行政（指組織、流程、預算、人員管理等事項）只佔有限篇幅，關於行政之民主化與效率效能之討論也不充足。第二次大戰後其雖然引進「行政契約」，但同樣係取向法律行為形式。

以上，並不代表行政法總論之體系不妥，而是有賴行政法各論當作輔助，或甚至經由各類型行政法之建構⁴⁰。

（三）由自由法治國到社會法治國

第二次世界大戰之後，德國進一步發展而進入「社會法治國」。本來，俾斯麥首相於帝國建立後國家展開大力建設時，即已立法實行工人保險制度。西元 1919 年之威瑪憲法已規定有廣泛之基本權利條款，其中之勞動憲法條文尤其傳頌一時，包括人民之工作義務、權利、社會保險、組織工會、勞資談判、產業民主⁴¹。在社會或共產主義思潮之瀰漫下，此外則是強大工會之運作與主要政黨之堅持，德國於第二次世界大戰後仍然遵行此一方向，並於憲法中訂入社會國條款，學界並稱德國之經濟體制為「社會市場經濟」（Soziale Marktwirtschaft）。

德國經濟於第二次世界大戰以降獲得快速發展，社會國的各项要求、給付得被滿足，此一時期為社會國快速發展時期，德國乃成為世界頂尖之社會福利與工作條件保障國家。

自 1980 年起，尤其進入 1990 年以後，因為大量失業居高不下、經濟持續處於低度成長及兩德統一後的財政赤字惡化等因素，社會國的界限問題乃陸續被提出，但由於社會福利的刪減涉及選票

⁴⁰ 國內行政法教科書多已針對各類型行政——也可以說是各種常見的政策手段類型——加以介紹，但篇幅太少，約請參看吳庚著，上揭書，頁10以下。林紀東於所著行政法，頁315（1976）將行政處分區分為二大類八種，亦即：~~拆~~獨立之行政處分，又可分為命令的處分與形成的處分，前者復可分為下命、許可或免除，後者復可分為設權處分、變更處分、剝奪處分；~~涉~~補充之行政處分及代理之行政處分，又可分為認可、公法上代理、修正認可及選擇認可。初不論此一區分之用語是否合於我國實定法律，也不論其是否完備或具備代表性，本項區分可視為是對行政處分加以具體化觀察的嘗試，令人佩服。日本學者阿部泰隆於其所著行政法總論教科書中，也以相當長之篇幅介紹各類型之行政。

⁴¹ Vgl. Kroeger, aaO., 1988, S. 140f. und 148ff.

的流失，一時間尚難有突破性之改革，另行開拓市場或另行創造成長引擎以造就一波波經濟成長，乃成爲核心策略。

依通說，社會國得有五項內涵：創造可忍受之生活條件、引進社會安全體系、強調社會公平、確保社會自由、建立必要之公法補償體系⁴²。行政法之任務不再限於消極保障人民不受國家過度侵害之自由，而在於要求國家必須積極提供生活照顧（Daseinsvorsorge）；國家不再是夜警，而是各項給付之主體（Die Verwaltung als Leistungstraeger）。

自二次大戰以降，德國在政治、經濟、社會容有長足的進步，包括民主化、法治化、經濟發展、人權理念之提升、國際間之合作之成長成熟、行政管理人員素質之提高、行政組織之廣爲設立、行政任務之進一步擴張等。凡此，奠定行政法內容進一步穩定與深化之基礎。各實定法律領域之法典化與相關行政決定、法院判決與行政法各論之研究之累積，另外則是行政程序法之制定（1976年）、行政訴訟制度之完備化等。

（四）變遷中之政經社文

當代主要的政經社文結構的變化，表現於現代性的進一步開展所引發的總體社會之下之各個次體系之不斷分殊化/專業化/自主化/封閉化，以及後現代化、資訊暨網絡化、全球化、知識經濟化，而風險社會也已經來臨。德國如此，台灣亦然，以下只能援引中文文獻略作討論。

1、現代性所引發之專業分殊化

人類自工業革命發展以來的專業化的取向不斷被增強，專業化要求法制之形式面之明確性與細緻性，以及實質內容面之合理性。不斷專業專業分工與分殊化的結果，爲個別系統之理性十分強化；各部門日益分殊化、不斷自我再生產化、專業術語與典範所不免造成之封閉化、官僚化與僵化，於政府部門之間以及官民之間「難以溝通」，遑論達成共識⁴³。

⁴² Alfred Katz, Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 10. Aufl., Heidelberg, 1991, S. 106ff.; im einzelnen vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1993, S. 87f.

⁴³ 參考Helmut Wilke, Systemtheorie entwickelter Gesellschaften (1989)；黃鈺堤，「論社會系統理論及其對公共行政研

現代性社會之專業性，使得典章完備而且細膩，各部門自主性強且不斷專業化，政府從而得將業務下放到第三部門與地方政府。

現代性社會之封閉性與難以對話性，則必須透過民主與行政的改革以及法治主義的重新反省，尤其取向真誠溝通—尤其經由第三者政府之政策網絡治理模式，或甚至就重大案件（指跨區或跨級個案的重大性而言）之建立全觀型的政府，或強化公民意識與公民參與。總之，解除管制、往下授權、強調溝通與政策網絡治理，應是行政法應有之回應。

2、資訊暨網絡化

現代社會也是一個「資訊社會」(Informationsgesellschaft)。其係指經由新的重要科技之突破，人類迄今為止有關知識取得、溝通、交流、創新的限制將被突破或摒除，人類知識、科技進一步發展的無限可能性已被開啓。

資訊社會之影響十分深遠，粗可分為兩大面向。一是政治、政策之質量將有所變遷。在資訊社會中，政府、環境之資訊充分暴露於網友之網路通訊中，決策之速度、品質勢必受到挑戰；行政機關間內部之程序與對外之行政程序可望在格式、方法上有所突破。二是經濟—社會面之衝擊。企業得透過資訊之便宜而且完全近乎全面之取得而有更大之研發與創新能力，跨國企業必須進行部門分工或甚至建立區域營運中心；國家或企業之競爭力取決於資訊網路之建立；產業將走向高科技、高附加價值類型，例如生化、汽車、電子、航太。

資訊社會的特色為動態性、複雜性、多樣性、時間的決勝性、資訊的關鍵性，而與昔日社會完全不同。政府須積極建立相關硬體，並善用民間的能量。政府決策須更為快速有效，以回應民間社會握有充分資訊下的對話與批判能力，以及世界性的競爭壓力⁴⁴。

網絡化係科技資訊發展之後的一個必然的結果。網絡化意味著許多「相關」的行動主體得主動或被動經由兩者而形成一個有互動性的網絡。網絡社會所稱的「社會」，小則包括某一單一議題有

究之意含」，政大公共行政學報，第4期，頁31以下（2000）；張嘉尹，「國家理論-系統理論的觀點」，法政學報，第5期，頁87以下（1996）；高宣揚，《魯曼社會系統理論與現代性》，五南出版（2002）。

⁴⁴ 關於資訊暨網絡化，參照史美強、廖興中，上揭文；孫同文，上揭書，頁89以下。

關的社群，往上推演之，某一類型的產業全世界的原料提供者或生產者或行銷等也得形成一個網絡；甚至，全世界也可以說是一個網絡。依 Castells 的分析，網絡社會的特色，在於資訊的科技發達普及、時間空間的壓縮、世界的零散片段、社會結構的網絡化等；網絡社會從而係一種新型態的社會，社會中各個組成分子將以資訊科技為媒介，跨越時間與空間的限制，建立其間之複雜的網絡關係，並透過網絡而為的快速交換與整合個自的資源⁴⁵。網絡內的某一個行動者，例如就台灣某一縣之某一個鄰避設施設場問題的網絡當中的某一個學者，均得經由其屬性而連結到不同的網絡，亦即網絡內不乏實質上有其他的網絡；每一個行動主體都得同時為不同議題與關懷下的網絡參與者。

網絡時代的「新的」經濟型態，係由資本、經營管理、資訊的全球網絡組織而成。資訊流動之快速性、網絡之綿密性與動能性、資訊的更加的透明性，以及資本之世界更加徹底的流動性，政府部門之任何保護產業的措施，面臨激烈挑戰⁴⁶。

在行政法的討論上，資訊暨網絡社會意味人民自主性與能力之提升，政府的決策與反應必須更快更好。社會自治、授權與法規鬆綁，均屬於必然之因應手段。

3、後現代化

後現代性也可稱為第二現代。其自 1960 年代被學術界所初步指認以來，如今已經大致有一個輪廓。

相對於現代性之強調理性主義、科技萬能、群體主義，後現代性的思潮/精神則顯示出如下的關懷：強調人之自主而無拘束性的開展；質疑威權、群體、效率、科學、邏輯、節約節儉、領袖領導、科學萬能等傳統觀點；要求對於無所不在的風險的掌握，尤其風險的共犯結構與全球關連性；正視組織中無所不在之權力關係；對於執政者（而且不論係政府部門或政黨部門或其他之社會部門）普遍抱持不信任態度；對於可能的組織性暴力、可能的風險、非人性化的對待以及對於弱勢保障的困難性，有根本性的關注；對於現今政府體制所建構出來的民主/民選制度、多數決、獨任制（或甚至合議制）的理論與實踐，抱持根本性懷疑的態度⁴⁷。

⁴⁵ 以上，史美強、廖興中，上揭文。

⁴⁶ 以上，史美強、廖興中，上揭文。但以上兩位係引註Castell的見解。

⁴⁷ 關於後現代，參見丘昌泰，「後現代社會公共管理理論的變遷」，中國行政評論，第10卷第1期，頁1以下（2000）；

後現代性從而意味著，吾人對於對行政法的設計，必須考量人性、弱勢保障、人類的安全（指降低風險之面向）、分權化、草根式的由下而上、以及進一步根本改變長久以來自啓蒙時代所建構的精英決策理論與體系。

這些發展將衝擊政經結構，而促使行政組織或行政法整體朝向更徹底而且屬於一種對向來僵化威權結構敏感的方向發展，人們驚懼注視官僚與專家之宰制，強調分權化到各可能層級，強調多元/基層/向來被忽略的階層的參與。官僚組織之結構必須被重新檢討。

4、全球化

就全球化的概念，各家有不同的界定。以本文的關懷而言，其係指 1980 年代中期開始被提出，並自 1990 年以後成為全面流行的現象。

造成全球化的原因，不外為資訊化與經貿自由化。資訊化意味著透過快速的資訊的傳播而使得分散四處的不同得視需要而被整合成為一個整體；身處不同地區的人民或團體也得視議題而成為一個跨越空間與國別的社群。經由資訊暨網絡化，世界已經被連結起來，全球化乃快速開展當中。

在全球化時代，各個國家被捲入全球性的國際關聯性與影響性當中，國家所享有的「絕對」自主性下降，並視議題與領域而遭國際社會中的各種行動主體的策略行動/決定與事件所衝擊，或甚至不乏發生決策權限與實質決策影響力推移之情形。全球化意味著國家在時間上的整個決策速度將被迫更為快速，而且任何事件的影響傳播力也將更快，從而在時間面向上係被緊密關聯。在全球化的時代，各行動主體的決策必須超越個別國家區域而以全球為觀照。全球化指向國界的開放、資金與人員的更徹底的移動，以及觀念之更徹底的國際觀摩比較。隨著全球化的開展，任何一個成功的經營與行銷案例，若加以適當的國際傳媒的有效傳播，將得在亞洲或全世界享有高知名度，而這復意味著地區的光榮、國家主權的維繫以及滾滾而來的財源⁴⁸。

廖興中、史美強，「論官僚組織在後現代社會中的困境與轉型」，中國行政評論，同上，頁215以下（2000）；許立一，「後現代主義與公共行政」，行政暨政策學報，第1期，頁219以下（1999）；高宣揚，《後現代論》，五南出版（1999）；廖義銘，《行政法基本理論之改革》，翰蘆出版，頁97以下（2002）。

⁴⁸ 關於全球化，參見史美強、廖興中，「知識經濟、網絡社會與新治理模式之探討」，論文發表於「知識經濟與政府施

全球化從而意味著全球觀摩與競爭。企業家將有更高度的自由，政府在招商的施政須以「全球第一」為目標，經濟之自由化與建立競爭力，乃是不二法門。國家施政須更考慮國際因素，蓋國際移動性與交互影響性已經快速化與深化。

以上意味著，中央政府必須更專注於世界性的變化與趨勢，而專注於策略規劃，其餘應下放到社會部門或地方政府。在經濟政策上，國家則必須解除管制；在行政體制上，不論組織或流程或上下之監督或各級政府間之合作，主政者須積極創造競爭優勢，但凡此不應被解讀為犧牲社會公益與人權保障，蓋否則將難以持續。

5、風險社會的到來

當代社會之生產、消費與生活無一不是依賴科技，包括科技性之產品、設施與服務，而且經由不斷加乘，科技已經成為人類生活或文明的可能箝制者。人類創造了現代性之科技文明，但也被之所掌控，亦即，吾人已經處於“風險社會”（Risikogesellschaft）⁴⁹。

風險指稱一種相關知識之不確定性，而且若聽任該其依向來一般方式繼續進行，將產生損失。風險之所以需要預防，係在於其一旦發生，則以該類物體或器具系爭之廣泛使用度，將產生相當的損害。不同的時代容有不同的風險類型與議題。生態安全、軍事安全、國際金融、國際金融、恐怖主義、毒品、水資源、核武擴散、人口移動等，為當代的主要風險。

風險之源頭，在於現代性社會的整體構造，包括高度現代專業化與分殊化所導致的動態複雜性的社會所必然產生的風險增加；而以法律作為風險的克服所不免隱藏的一定的僵化性、「法律萬能主義」的迷思；科技理性觀氾濫、專家宰制（各專業次體系不斷自我再生產而產生自我封閉性與因

政」學術研討會，財團法人國家政策研究基金會主辦，民國90年4月14日（2001），全文載於該基金會網站；孫同文，《從威權政府到民主治理—台灣公共行政理論與實務之變遷》，頁59以下，元照出版（2003）。

⁴⁹ 約請參看周桂田，「風險社會」中結構與行動的轉軸，台大社會學刊第二十六期，頁九九以下（1998）；周桂田，現代性與風險社會，台灣社會學刊第二十一期，頁八九以下（1998）。

而之難以相互對話)；個人信任環境\風險環境的根本變更(約指在現代社會，人們只能信任專業，而非宗教或宗族或親人或傳統，人們被迫信任法律、制度、以科技為基礎的風險數據等，亦即只能信任抽象體系，個人的無意義感)。風險並已經全球化。全球化的概念不外指以全球為行動的空間，亦即現代社會的發展使得個人的行動範圍已經跳脫傳統社會的時空限制。這背後當然有來自通訊傳播與交通運輸工具與網路發達等的技術改良的影響，但經貿的全球化與政治的自由化等，以及人類長久以來文化與思潮等的交流，也是另外的因素⁵⁰。

針對風險社會，吾人必須對現代性的文明，為深刻的反省。國家不應等到事後才為各種介入，而應妥為預防，亦即國家有積極並且事前為各種保護的義務(Schutzpflicht des Staates)。在政策手段上，應強調風險溝通，政府得經由資訊公開而強化對醫院感染控管的監督、強化資訊與溝通的手段、引入標章、強化自我監控、強制提撥最低監控預算、強化行政機關之事後課予負擔權限等。

6、其他

當今已經逐漸發展成一個知識經濟的時代。自 1970 年代中葉以來所快速發展的新資訊技術革命，資訊的取得與有效的整合乃是企業或國家勝出的關鍵；知識管理以及藉由知識與資訊而發展經濟(亦即知識經濟)，乃成為經濟發展的核心議題。

隨著 1992 年 6 月 13 日巴西里約“地球高峰會”之召開以及“21 世紀議程”(Agenda 21)與相關國際環保條約之通過，此一階段之成長勢必包含了環境生態或其他弱勢領域之保障，亦即總體的指導理念為「永續發展」(Sustainable Development)。各國領導人物處於這個開發成長的歷史洪流，而且也處於這一波可預期的高度再成長中，無不企圖調整行政、政治或甚至經濟、社會部門，致力於國家社會的進一步發展。

⁵⁰ 周桂田，2002，〈基因科技與風險全球化趨勢〉，《科學月刊》，31(11)：954、955，指出全球網絡化的關鍵，除了價值、制度和經濟的因素外，莫過於科技的發展。

三、德國行政法總論之改革討論

德國行政法論述不乏指出政經變遷與應有調整者，1990年新公共管理思潮在德國大行其道，並帶來衝擊。

(一)、個別的調整

早先主要與迄今仍為相當一部份之討論，為個別部分之改善。

Heiko Faber 指出向來行政法係適用於早期資本主義社會 (Fruehkapitalistische Gesellschaft)，亦即係適用於由手工業以迄工業生產之社會，並認為如今存有五大改革議題：轉進至私法、民主化、合法性原則之重新界定、以行政法上之法律關係作為基本單元、非正式之行政行為之應受重視⁵¹。

進一步之反省行政法總論之文章，係針對個別制度。首先，就法規命令之制訂或重大許可案件之作成，學界紛紛要求溝通、協商或甚至協議，亦即鼓勵行政程序之「私營化」。在行政行為方面，行政機關之勸告、建議、警告等，以及行政機關與人民間以締結行政契約或私法契約方式來解決問題，更家受到注意。在行政組織法之新興議題，為「行政任務」之被重視，行政組織之設置與有工具性價值；行政機關內部單位應進一步被獨立而出；社會自治、地方分權改革、公私合作與合營、公營企業之民營化等措施，應予考量。

晚近新版的行政法教科書，已經注意政經變遷與行政法總論之因應，例如 Koch/Rubel/Heslhaus 合著者，在前言中特別指出：國家財政困窘，導致必須援用多種新型的私營化行為；經濟關係之全

⁵¹ 氏認為行政部門的確存在著改採私法組織方式、公私出資合組公司或甚至私營化之發展。決策民主化係一個發展重點，向來行政法則侷限於行政處分已經作成之事後救濟。合法性原則之重新界定，也有必要，蓋向來法律保留見解在實務上並未貫徹，這一方面與國會無法細膩審查法律案有關，另一方面則無可諱言，若干法律案或撥款案有維持一定彈性之必要。德國聯邦憲法法院所發展出來之「重要性理論」並不精密，氏並提出國會改革理論、決策理論、目的—手段理論等作為替代方案。將行政法由原來以行政處分為核心改變為以行政法上之法律關係為架構，為一派學者的見解，優點在於：事實上存有若干行政法上之法律關係，其並非經由行政處分而產生；行政法上法律關係作為架構，可進一步檢討有關不完全給付、代理、未成年人之保護或其他有關請求權規範基礎之理論；其也可連接到私法中有關法律之經濟分析與對當事人利益加以照顧的考量。但氏認為以行政法上法律關係為核心領域仍有不足。非制式行政行為對行政法理論之發展有所幫助，但非謂向來行政法總論必須作根本性之翻轉；Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, Tuebingen, 4. Aufl., S. 38ff. (1995)

球化使得政府的決策必須更快速有效，而這也反映在各種解除管制與行政程序加快審查的立法上，而這也已經改變行政法總論的風貌；國家之有限之調控能力導致行政機關必須援用合作性的行政行為，從而行政契約、行政協議與當事人之自願承擔義務等行政行為類型將相較於行政處分與立法有更大的適用性；資訊社會之發展使得行政與公民間的溝通關係難以抑止；風險社會的行政，尤其表現於化學物品管理立法、基因科技立法、藥品管理法、生活必需品之管制立法等，必須處理難以精確預測與辨識的風險，從而必須有新的風險預測與管理的一般性新的方法，而這將於行政法總論中發展出來。總體而言，行政法總論必須回應整個社會的發展，而這非得單純從司法判決中一窺究竟⁵²。

（二）、新公共管理思潮也在德國風靡一時

德國 1990 年以來的行政改革，主要有兩大報告所帶動，但另有其他動力，亦即呈現多元競爭的情形，而這一切與德國聯邦體制暨地方自治體制有關。詳言之，聯邦與每個邦均是國家，均有自己的立法與行政部門；邦之下的地方政府，不論縣市或鄉鎮，均採行民主選舉體制，且受到基本法與邦憲法的保障而享有一定的自主空間。這些主體們均得在自己的主權或職掌範圍內，從事行政改革。各邦地方自治團體們在各邦之內成立協會，而且因為自由結社而在同一邦內得有兩個以上的數目⁵³，此外更有全德為範圍的結社。這些社團當然也紛紛提出改革意見，德國的行政改革從而可謂多層級而且多元而多彩。

兩大報告書分別為 1992 年下述 KGBt 「新調控模式」與聯邦政府「瘦身國家專家委員會（Sachverstaendigenrat schlanker Staat）」的「總結報告書」（Abschlussbericht）⁵⁴。

⁵² Hans-Joachim Koch/Ruediger Rubel/Sebatian M. Heslhaus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Vorwort, 2003.

⁵³ 舉例言之，巴登—符騰堡邦內至少有兩個協會：Gemeindetag Baden-Württemberg；Kommunale Landesverbände Baden-Württembergs。

⁵⁴ 該總結報告係由該委員會為編纂者，筆者手上所擁有者為 1998 年第 2 版，且第一版未有改寫。

1、新調控模式

對英美等國 1980 年以來新公共管理模式，德國稱為「新調控模式」。該此在德文用語有單數（Das Neue Steuerungsmodell）與複數（Neue Steuerungsmodelle），前者係指稱此一新的治理模式整體，這也是一個專門用詞，並且已經在公共行政的電子字典（由私人或學者所編纂）得以查閱；後者係指稱新調控模式中所常見的具體手段/制度。

對「新調控模式」為積極引介者，係「德國地方行政簡化共同研究協會」（Kommunale Gemeinschaftsstelle；KGSt）自 1993 年以來所作的一系列研究⁵⁵。該協會設於科隆，為一私法上的協會，會員包括個人會員與團體會員。其自二次世界大戰以來，對鄉鎮事的組織與管理有決定性的影響，而且就地方政府的行政改革也扮演重要角色。該協會目前擁有 1 5 0 0 個鄉鎮市暨縣市或甚至城市與邦之會員，而且區域上涵蓋德國與奧地利；地方自治團體有關的各種聯合組織也是其團體成員。該協會係超黨派，主要任務可謂係地方政府的行政管理。其為目前在許多地方政府所進行的行政改革的創意者與促進者。

該協會每月作一份專門的報告（德文為 KGSt-Bericht）。其在 1993 年 5 月以「新調控模式」為標題，建立內容，而後並在許多後續報告中針對細膩的項目，提出分析，其中尤其著名者為 1996 年 10 月號「新調控模式中政治與行政的關係」；1997 年 9 月號「地方財政的調控：預算與財政控制」；1998 年 4 月號「溝通的管理：經由目標協議而達成調控」。由於每月一號，從而數量龐大，難以細膩閱讀，例如公務員的職位評估、績效考核、在文化領域、在消防領域等的展現。

該協會的主張得區分為兩個層次⁵⁶。首先為整體定位之改變：由官署改為企業型政府（Von der

⁵⁵ 該協會的主要收入為會員（亦即地方自治團體）所繳納的款項，以及透過活動及所舉辦的講習或受委託作出各種鑑定而為的收入。該協會對德國地方行政或公共行政的改革，研究子題最多，頻率最高，從而具有廣泛影響力。該協會並設有網址，但其出版物只能由洽購取得，而非線上免費閱覽。

⁵⁶ 報告全文載於該協會網站，德文公法學期刊有若干資料，詳見本文的文獻，例如 Hans Peter Bull, Neue Steuerungsmodelle als Teil der Verwaltungsreform? In: Joern Ipsen (Hrsg.), Verwaltungsreform - Herausforderung fuer staat und Kommunen, Nomos Verlagsgesellschaft, S.69ff.

Behörde zum Dienstleistungsunternehmen)。其次，為轉換成爲企業型政府，必須創造出來一定的模式或範本，至少包括如下三個基本內容，但細膩部分得依地方差異而有不同：建立一個類似企業的，分權的領導與組織構造；經由產出面而爲調控；經由競爭而激發地方政府的主動性⁵⁷。

2、國家瘦身委員會之報告

德國聯邦政府「國家瘦身委員會」(Sachverstaendigenrat schlanker Staat)曾提出「總結報告書」，反映新公共管理思潮。該委員會係由聯邦政府於1995年7月18日經內閣決議而設立，主席爲Rupert Scholz教授，成員來自政治、學術、邦與地方政府、經濟、工會等部門，共計18位。在定性上，該委員會係與行政保持距離而且具有獨立性質，旨在對於德國官僚化的削減加以研究並提供建言。該委員會於1997年夏季完成工作。其所提15項改革，標題分別爲⁵⁸：

- 1、對於氾濫成災的法規範應予以縮減，而且經由高度品質控管的「需求審查」(Qualifizierte Beduerfnispruefung)；
- 2、對於歐洲聯盟所爲的各種指令的要求，於轉換爲內國法時，應取向從屬性、解除管制、透明與效率；
- 3、在邦與地方政府應進行行政改革；
- 4、國家的行爲應予以限縮；
- 5、在聯邦、邦與地方政府應充分利用私營化的可能；
- 6、行政規則與各種管制標準應盡量減少，而這應作爲解除管制的首要目標；
- 7、法之簡化作爲品質的提升：這得以環境保護基本法之立法以及將向來分散於分散於各環境污染管制法律（例如空污、水、廢土等有關法律）整合成爲一個單一的設廠計畫的審查改革；

⁵⁷ 拙著，德國公共行政「新治理模式」之研究，發表於「民主治理與台灣行政改革」學術研討會，台灣公共行政與公共事務系所聯合會主辦，時間：2003年6月21日，地點：政大公企中心（2003）。

⁵⁸ 德文約見Klaus G. Meyer-Teschendorf/ Hans Hofmann, Zwischenergebnisse des Sachverstaendigenrats “schlanker Staat”, DOEVI 1997, S268ff.。中文見劉明堅等，德國政府再造考察報告，載於立法院院聞，第27卷第2期，頁65以下。

- 8、企業主之自我控制應優於國家之監督：這得以歐盟所制定的指令而德國已轉換成爲法律之「歐盟生態檢測標章」(Oeko-Audit)；
- 9、對於統計事項應予以現代化（尤指將不需要的統計加以刪減）；
- 10、建立一個有服務能力的機關結構與機關組織；
- 11、改良人事的領導與提升公務員的服務動因－在瘦身國家中的公務體系就業人員；
- 12、預算體制的靈活化作爲行政現代化的重要成分；
- 13、公共行政的效率與效能提升的各種途徑，尤其經由使用資訊技術；
- 14、對於計畫與許可程序應加速進行；
- 15、對法院的過重負擔應予以減輕。

上述項目，局部已經對行政法提出針貶，例如第 3、7、15。其餘部分約爲：重新審視國家的任務；法規氾濫應加以防制；預算體系應加以改革；運用資訊科技以提升行政效率效能；行政機關的組織結構應加以改革，而這主要係經由機關內部的分權化加以完成，而且此分權包括業務執行權限與資源配備的動支決定權。

各邦本身、邦內之地方政府以及各相關聯合會或研究組織等，也紛紛提出改革構想或爲實施。核心內容，不外爲如下幾項：法規應加以檢討；應重新界定政府的任務或職能，政府未來應以企業型政府爲指導圖像，政府的職能應重新檢討而限縮於核心領域；應將執行性的任務盡量下放或委託民間辦理，而且也應將不必要的任務加以解除（亦即台灣所稱「去任務化」）；善用資訊與網絡而減低流程並創造效率效能，並進一步提升行政決定過程中民眾的參與溝通；機關內部爲分權化的改革，並已經完成預算法制的修改；府會責任的明確界定，強調府會間得經由協議而爲管理；向來有關設廠審查的程序（廣義而言也可指吸引外資前來設廠爲有關程序）應加以檢討並改善流程；向來法院負荷過重以及形成的原因應予以檢討。

以上，於傳統治理模式多所不同；植基於此的行政法總論的「秩序理念」(Ordnungsidee)，也受

到一定的改革指引。

（三）、德國行政法總論之改革

自 1990 年以來，德國行政法總論改革逐漸成爲風潮。其中，柏林自由大學 Wolfgang Hoffmann-Riem 與海德堡大學教授 Eberhard Schmidt -Assmann 曾領導進行一系列的討論，最後並集結成冊：

- 第一冊：行政法總論之改革：基本問題，1993 年出版；
- 第二冊：行政行爲之創新與靈活性，1994 年出版；
- 第三冊：公法與私法構成相互完整的體系（亦即並非各自獨立或封鎖對方，而是存有交互的合作以承接各種的案型或防止任何案件的脫落或漏未處理），1993 出版；
- 第四冊：行政組織法作爲操控（也可稱爲管理）的資源，1997 年出版；
- 第五冊：效率作爲行政法之挑戰，1998 年出版；
- 第六冊：歐洲行政法之結構，1999 年出版；
- 第七冊：資訊社會中的行政法（Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft）⁵⁹，2000 年出版。
 - 第八冊：行政監督，2001 年出版。

相關的改革構想還在細緻化當中；此外，由於行政法總論的巨幅改革將不免涉及典範的移轉與諸多的調整，必須慎重，整體可謂仍然處於討論與尋求共識階段當中。

因限於篇幅，以下只介紹該系列第一冊《行政法總論之改革：基本問題》⁶⁰。

該書一共收錄六篇文章。在前言中，三位編者一致指出，源於 19 世紀的自由法治國概念的行政法，儘管其重要而無可取代的基本設定在當今仍有適用性，但行政環境已經激烈變遷，檢討乃成爲無可避免。

⁵⁹ 爲此曾於 1999 年 6 月 17 至 19 日於漢堡召開討論，見 Jan Karstens, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, DVBl.2000, S.472ff.

⁶⁰ 此處與以下，尤其各家見解的詳細頁數，拙著，「《行政法總論之改革：基本問題》要義與評論」，憲政時代，第 29 卷第 2 期（2003）。

1、「論行政法改革之需要與改革之途徑」

該書第一篇為 Schmidt – Assmann 所寫：「論行政法改革之需要與改革之途徑」

(Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts -Reformbedarf Reformansätze)。其首先指出，吾人對行政法總論得有不同的觀察或學習面向。行政法總論得作為法律實務之操作的科學；學習的主旨，在於理解其實存的狀況，從而有助於行政機關與人民之依法生活與行政法院之審判。行政法學也得為法釋義學，旨在對行政法體系的建構，包括理念、原理原則與主要制度等，為完整且內容一貫而價值彰顯的研究；這有助於法律適用的安定性，自不待言。德國行政法學的第三個面向為，其係一種繼受法，主要在於係繼受來自歐盟所為的各種指令或法制調整，言下之意，其有來自跨國或歐盟或世界潮流的拘束或指引，從而也是不斷推陳出新，而且有政策與政治的意涵。第四種的行政法學，則是屬於法政策面，亦即屬於經世濟民、使國家行政能永續發展的一門調控科學，其必須處理不同的行政法律間的價值判斷的矛盾與發展的缺失，然後加以討論整理並提出改革的方案⁶¹。

行政法總論係一個體系，並且有三個源頭：來自憲法之民主國原則、法治國原則與國家性質的公開性 (Verfassungsentscheidung fuer eine offene Staatlichkeit)，亦即對行政的型構或內涵未劃一決定，而係持開放立場，以便隨時空而充填內容。其中民主原則意味著行政權負有行政的民主正當性、地方自治團體的自主正當性、民主化的行政管理要求。而所謂法治國原則，應該包括客觀面經由法而創建秩序，以及主觀面而言承認個別民眾的法律地位，從而得為各種有關的主張，但與公共利益發生衝突時必須有一定的調和，亦即受到比例原則等之拘束。至於國家屬性的開放性，係指對於行政

⁶¹上揭書，頁13。台大法律學院葉俊榮教授曾在一次私下討論中指出，行政法學應是促成國家或行政「永續發展」的一門科學。台大政治學系蕭全政教授也指出「三種政治科學典範」，而且言下之意也得適用到法學或行政法學：亦即單純教導庶民百姓的層次，屬於體系性理解的層次，以及屬於隨時空與國家社會發展需要而為調整的層次。第三種係政府高階決策者所必須理解者，於此並沒有任何固定的或牢不可破的疆界或信條。凡此，均屬一針見血的評論。我國法律學系行政法學的教學太過側重實定法學的釋義，而向來行政法學又強調屬於個案性質的行政處分，並側重行政爭訟或國家賠償等，不無偏頗，對行政的週邊環境與行政決策的複雜性等，或甚至上游的行政法律的內容妥當性或立法素質，欠缺足夠關注。

的理解以及對行政過程的構造等，均得隨時空的轉換而有一定的變遷。這三個原則均係框架之性質，存有相當的具體形成可能性。

行政法總論的另一個來源，為行政法各論。行政法總論係作為行政法之一般性的法之規範，其必須接受來自行政法各論的各種發展，尤其得以屬於較新型或推陳出新而有綜合意義的環境法、社會法作為舉例加以觀察，這此兩大領域皆有其利益調和、隨時空轉變的動態發展及相應的法制調整必要。

有關行政法總論建構的任務與作法，Schmidt – Assmann 教授採用相當抽象的用語與論述方式：新的且具有領導吾人認識作用的行政法的概念，為利益（Interesse）、資訊（Information）、責任（Verantwortung）、互動（Interaktion）與組織（Organisation）。關於利益，吾人應注意利益結構（個人利益與集團利益與公共利益），也應注意利益的形成過程與展現情形，更應注意利益的澄清以及利益的決定。就資訊而言，吾人應注意其在當代的重要性以及有關資訊取得、加工以及提供閱覽，此外也應體系性地從資訊管理及可能的風險的面向加以掌握，於此也得討論有關國家的基本責任以及資訊作為社會溝通的議題等。此外，行政法總論的體系界線，應被相對化：向來行政的外圍「國家」，逐漸被超國家的行政過程所入侵（例如歐盟執行委員會等），而在國家內部也逐漸產分權化的機關組織，而且在整個決策上也逐漸呈現由複數的諮詢團體所生的決策體系，從而也難再謂決定係由行政單方負責完成，毋寧，吾人可謂有一種諸重疊的操控結構，而其中行政部門只是共同參與形成決定。向來公法與私法的區分，固然有來自憲法所規定以及法律適用體系上的需要，但也不宜被過度誇張；歐盟本身並不區分公法與私法的雙元分立，而只是提出針對個別的行政事務領域提出相關行為的要求。公法與私法的區分從而並非法律釋義學的問題，而是屬於學術上的合目的性的考量範圍。甚且，向來外部法－內部法的區分也非無值得批評之處，蓋二者只是作為不同的事務領域的不同規範要求。

就行政法體系建構的任務，而且係分階化之體系建構（Aufgaben gestufter Systembildung）而言：

首先，吾人須界定公私部門各自的責任領域；於此事實上是展開一個行政法體系性與行政法作為管理科學的討論研究領域。於此得討論官方只設定架構而由私人執行之類型，並且在上述兩個理念型之間得有第三種模式，亦即官方提供諮詢或提供監督或設定組織或只是提供支持，而且這種模式只限於社會部門無法完善履行其社會責任之時。三種作用類型得有各種政策手段可供選用。其次，第二個任務，而這相對前者係次要者，在於行政法的釋義學⁶²。

在該論文的第四部分，Schmidt – Assmann 教授開始討論行政法釋義學的改革議題。其首先指出憲法上的權力分立作為限制，亦即任何釋義學不得違反德國基本法上的權力分立原則與內涵，雖然該原則仍有一定的隨時空而調控的空間。氏並指出法律的不可捨棄性及法律的拘束性--這也是權力分立原則下的必然要求--，然後指出法律適用的基本操作方法與相關學說。氏並指出行政係自成一格而非屬於立法的附庸。氏也提出行政訴訟作為監督的可能以及可調整的可能性與必要性；氏也最後提出公開性作為權力分立與法治國的一項內涵，要求程序的公開以及資訊的公開以及行政立法程序的公開等等，其並要求行政法的各項環節應引入公開的觀念。

於界定完上述行政法總論的周邊制度條件或制度限制（而這主要來自基本法的限制與釋義以及民主原則、法治國原則以及有關的釋義）之後，其進一步以「行政的行動體系」（Das administrative Handlungssystem）為標題，界定行政以其自我性所得展現的作為。有關行政行為的討論，應該就其成立、發生作用的條件等加以掌握，而非單純的法律釋義學，且不應侷限於向來的行政處分為主的討論。

經由上述的定性，吾人得尋找進一步的發展可能與理論建構，尤其有關複雜的決定形式、有關非規制性的行政行為的掌握、有關立法與個案執行之間的中間的行政行為類型，以及有關行政靈活性的分階段化的有關決定等。行政行為非只是檢討法律解釋而已，而應該包括針對各種案型而決定妥當的行政行為選用，也得視任務需要而有諸多手段的混合使用等。以上，只是草圖而已，而得有

⁶² 氏指出「行政法上之法律關係」或「行政法上之法律秩序」作為基本概念的優越性，但筆者（黃錦堂教授）認為此概念太過一般，儘管有體系建構上的完備性，但並沒有行政法學理解上的合目的性。

細膩的開展，氏並略作行政立法、行政契約、行政計畫、行政處分、行政事實行為等之若干界定與理論建構試探。

2、「行政法學作為調控科學－論行政行為之經由行政法而為調控」

該書第二篇由 Gunnar Folke Schuppert 教授撰寫：「行政法學作為調控科學－論行政行為之經由行政法而為調控」(Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft — Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht)。德文「調控」一詞，中文也得譯為「治理」或「管理」，為社會科學、行政學、行政法學的核心。

調控的定義，不外為一個調控的主體針對調控的客體，設定調控的目標，然後進行諸調控措施，以希望達到原先調控的目標；於此相關的議題尚有調控的必要性、該被調控的事情的可被調控性、調控者的調控能力等。就行政法學有關者為，針對行政機關而為的主要調控手段為法律（亦即行政法，包括總論與各論），調控的主體為立法者，調控的客體為行政，調控的目標則是希望行政的作為能合乎法治國原則、民主原則等，而且也在於促使行政就其決定所相關的資訊公開以及就各有關的利益的掌握，而且得以一個公正的程序達到合乎正義的衡平。

操控得有諸多類型，例如規制型、誘因型、給付型（指政府直接提供貨物或勞務或補貼等）、說服型（指政府提供資訊與諮詢）與程序型（指政府只設定框架性的法律並設定決定的規則，而為相關標的為共同的參與決定）。視討論需要也得區分為規制型、財政手段型、資訊型；也得區分為市場型、官僚型、協商型、各相關標的團體自我規制型；也得區分為直接調控與間接調控。主事者之刻意不為調控、有瑕疵性的調控（例如手段不當或過當或不足等）、過度調控、調控者之自制（以便受調控者得有自主空間）、官民或國家與地方政府間之合作式調控等，也是有意義之觀察類型。

法之調控手段，具有特殊性，例如在手段上得有禁止、要求、承認當事人請求權、提出目標、界定條件、規範程序、建立公法或私法之機關或機構、規範國家內部諸機關間之合作（包括組織法面與行為法面）；立法者得選用或合併使用諸手段。法之調控模式得有如下幾種：相關行動者之組

織與建立；職掌；目標；有關行為的衡量因素或決策標準；行政手段的合法性；違法決策的責任問題；相關決定的合法化（主要指可算計性與確定性）；程序規定；透明規定等。行政法學的核心在於調控，其係在於促成行政部門得完成被認為正當、合乎法治國之要求而且對該事務仍為正確處理的決定，而且該決定必須便民而且有成效，於此重要者為法是否提供行政部門適當的決定程序、適當的行為形式、適當的組織類型以及適當的公務人員法制。凡此部門，應為整體性之觀察，並為行政法總論的對象。

以上界定顯示，行政法的任務在於提供行政部門一個機制，以便行政部門能完成如上的行為要求。對於行政法，吾人應以一種「任務與功能取向」的方式（Eine aufgaben – und funktionenorientierte Betrachtungsweise），而為觀察。行政法旨在探討，行政須履行如何功能與任務，以及行政就之是否享有充足的配備，而且此處所涉及者，包括行為形式、決定類型、行政程序等。此觀察得以不同程度與不同階段的抽象化而為學術操作。吾人得先以行政法各論的操控情形當作觀察，然後彙整成為行政法總論。

行政法各論當中的調控，經約略歸納，得區分為：嚴格拘束的行政決定的類型；嚴格拘束但伴隨有不確定法律概念的具體化的類型；伴隨有高度判斷餘地的決定的類型；裁量決定；伴隨有預測性的判斷餘地的決定；具有計畫形成性的自由決定。此等發現，對於行政法總論的行政行為類型的建構或行政法的調控，具有意義。另一種有用的方法，係建構行政處分的理念型，例如得有兩類：一為拘束處分類型之許可制，亦即業者在得到許可前不得為營業，而該許可旨在提供行政機關依法律而為審查的機會，其本意並非根本否定當事人的請求權。另一類極端類型則是計畫確定裁決，其係針對重大開發案而為，裁決機關常面對不確定的概念的判斷，並享有裁量，於許可時一般均有行政處分的附款的要求。不同的決定得被建構不同的行政程序，或甚至建立分階段許可⁶³。

法的功能在於為受調控者提供各種必要或整體的有關機制，以便受調控者能順利開展其業務並

⁶³ 就計畫確定裁決程序及分階段審查，見拙著，行政程序法理念與重要釋義問題之研究，收錄於當代公法新論，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（中），頁373（413），元照出版（2002）。

完成任務。循此方向，行政法總論的改革方向，在於對行政為如下「四面一體」的理解：1、行政作為一個決策體系。2、行政作為組織，於此非僅指稱職掌、權限或行政機關或公法上的社團法人等形式，而是包括行政組織各種可能的態樣以及面對新的任務需求等而必須有的任務調整的可能；行政組織法係對於國家與社會之間的合作與利益交織的類型而加以設計或修改；而且對機關內部的組織如何而為有效的結構的調整而適應其任務需要，也是行政組織法的研究範疇。3、行政作為企業體，指其應適用行政企業管理的有關理論，例如行政行為應追求經濟性與節約性，行政應該如何設計一套有效能的預算法制以及如何為必要的預算控制。4、行政作為一個經由特殊的公務人事所完成的行為，亦即行政行為，而且包含公務員的制度有關的面向。

3、「行政法總論之改革—以環境保護法之內容與方法為例」

本篇由 Wolfgang Hoffmann – Riem 教授主筆。行政法總論作一個對行政為法之規範（內容上得有多種方式，得簡單稱為指引或調控或治理）的一般性學科，其抽象程度顯然高於行政法各論，從而必須向後者取材，而且必須接受憲法之指引。現今的行政法總論係來自一個較早的發展時期的結晶，而隨著時間的經過已經被若干新的領域所取代。此外，向來行政法總論太過於取向於干涉行政，而有必要再為建構一個一般性的法釋義學架構。行政法總論也逐漸被基礎建設行政（Infrastrukturverwaltung）所穿透，而必須正視之。

行政法學應界定為（也）是具有操控（或譯為治理或管理）性質的科學」（*Verwaltungsrechtswissenschaft (auch) als Steuerungswissenschaft*）：行政法律（亦即行政法各論的各種法律）具有設定規範的功能（亦即經由其規範內容而設定行政部門的行動架構及指引）；若是內容設計不當，將會有方案不足，或法律適用的困難，民眾甚且難以接受；換言之，吾人應先正視行政法律的內容或水準。而就法律中所為政策手段的選用而言，若法律設計不當，將對當事人難以產生激勵的效果（從而可謂激勵之不足），而且視情形也可能發生事後的監督或處罰有關的問題。當

然，法律也可制定前瞻或新的手段，惟之後將不可避免有學習或調適的問題。法律（所選定的政策手段）的執行的難易或困難所在或甚至背後的政經社文等因素，係所謂法律或政策執行之研究（Implementationsforschung）的討論範疇。法律必須能夠在不同的層級對個人以及社會集體的行為能夠有影響力，而且指導向遵循法律所設定的目標；換言之法律必須發揮經世濟民或引導民眾的功能；從而法學得被視為一種行為調控的科學，而且也得視為一種複雜的調控科學（Komplexe Steuerungswissenschaft）。

行政法學也是法學的一支，其核心的改革議題從而在於其是否以及如何能夠成功地將行政法學不僅當作一種詮釋科學，而且也是當作一種操控（也得譯為管理或治理）的科學。其旨在針對相關的法律問題在相關的背景脈絡下，對於行政內部與外部的相對人能產生法律規範的效果；在多元社會的發展傾向中，吾人不得不憂慮國家操控手段的創新可能（Innovationsfaehigkeit）。創新意味著，對於各種挑戰能即時而且適當加以反應，可能的發展以及各種危險能加以預先判定；創新也意味著，樂於學習，並且有意願為行動；而這代表著，能基於所想到的新的方案而為行動，或於不為行為時也係經過深思熟慮。傳統法秩序，尤其來自自由法治國模式所建立的行政法總論的釋義學，卻偏重對既有的已經取得的權益（者）的存續保護，而不是取向發生中的變遷與創新的助成。傳統行政法的制度儘管對於變遷的政經社文仍有一定調適彈性，但整體而言，其諸多基本構造毋寧仍是側重靜態。

現行行政法主要取向決策（Entscheidung，也可譯為決定）的結果面，而很少關注到決策以及執行的過程，也未關懷經由該決定所影響到的結果，不無值得批評。德國（聯邦）行政程序法也未對於行政行為的操控相關重要因素加以規範，例如組織、人事、程序與財政手段等；也未能考慮到行政為了完成操控（亦得譯為管理）所得使用的行政外部的單位之協助等；行政法與行政法學也未廣泛地處理與決策有關的各種技巧或方法，例如問題的界定、可能方案的提出以及目標的決定、選用標準的決定以及替代性方案提出的可能，而且也未能顧及（在重大案件中常見的）複雜性而且在

決策主體間的複雜或細膩的決策互動過程；有關行政機關享有空間時的具體的拿捏以及資訊的取得等，向來行政法學也都視為邊陲地帶；向來行政法學只側重行政瑕疵的效果，對行政程序如何為妥善的調控的理論則少提及；向來行政法總論總是取向最終的決定以及關注行政救濟的面向，從而有關法規範的執行面的重要因素，例如業者或民眾是否接受以及該規範是否帶來誘因，以及執行後的成效情形或成效如何回饋到原先的決策體等，似乎被完全排除；若干法律即使有益於行政執行，但也是被侷限在行政強制執行法的領域與議題而已。

上述缺失係向來行政法學建構的結果。為彌補之，行政法各論的研究從而有其重要性，並得以環境法為例⁶⁴。傳統行政法學將行政行為單純以控制面加以觀察，畢竟太過狹隘，毋寧，應取向其所擬達成的任務，以及為充分該任務達成的有關行政政策。於此，必須關注到得影響相關主體的行為的諸因素。換言之，主管機關將必須審慎考量決定的策略或手段。行政行為應受到合法性、選用性（亦即主管機關得選用不同的手段，或重點，這尤其適用於系爭法律只提供最終的方案而未細膩規定時，最標準者為計畫法規）、最適化（Optimierung）與當事人或民眾接受之確保（Akzeptanzsicherung）之四大指引。其中，尤其最後一項，將改變向來行政決定的價值觀，並影響行政決定的品質。從民主國、社會法治國等角度等德國立國精神之現代意義出發，行政機關決定之被民眾接納，具有高度重要性。行政程序應引入當事人參與之機制，以便定性並具體化有關的利益；行政程序應被界定為利益的集合與表現的機制，並最後促進公平的利益調和。

行政行為得為類型化之觀察，約如區分為規制性者、激勵性者（指促使當事人為一定的決定，最簡單言之為誘因等下位類型）、創造合議型（亦即非官方單純高權決定，而是透過合議來達成治理，這主要見諸具有多重利益的關係的類型，最簡而言之，重大開發案的裁決，但也包括法規命令的制頒或空氣污染等各種管制標準的決定）、衡平性的行政行為（Ausgleichendes

⁶⁴ 行政訴訟一般得發揮控制、警告、預防的功能，促使行政機關必須在法律架構內而為決定。惟在環境法中由於經常涉及高度不確定的法律概念以及行政裁量或甚至計畫裁量等的案型，行政法院若欲從該行政決定內容的合法性加以審查常有困難，而須從組織、程序面為補強。

Verwaltungshandeln)、取向風險的處理的行政行爲 (Risikoorientiertes Verwaltungshandeln)、結果面開放而能促進創意的行政行爲 (Revisionsoffenes und innovationsfoerderndes Verwaltungshandeln)。行政法必須針對新的問題加以回應，而且必須滿足現今社會的各種創新的需求；從而，行政法總論對改革必須採開放的態度，應該能夠接受創新。

4、「行政與行政法之任務取決性」

Rainer Wahl 教授專文探討「行政與行政法之任務取決性」

(Die Aufgabenabhaengigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht)，分析行政、行政法二者與行政任務之關連。

行政法總論的改革需要肇因於國家的任務變遷。任務變遷使得為達成該任務所得為的治理 (也得譯為調控、管理)，必須調整，而法律只是其中的一種手段而已，亦即尚得有其他手段。

行政的任務得類型化區分成為：1.危險預防之執行功能：得以警察法有關危險防禦為例；2.形成性的功能：得以計畫為例；3.金錢給付之執行功能：得以 (金錢) 給付行政為例；4.形成性的功能：以照顧型 (老殘婦孺) 的服務為例。每一種案型均得有不同的方案 (主要指各專業法律所規定的內容)、行政組織、行政人事與行政程序。氏並對上述四種行政任務的類型展開細膩討論。

首先，就危險防禦的類型，亦即所謂警察法的領域，其可謂係傳統行政法的主要運用場域。就任務而言，其係在於防範危險以確保人民的生命身體健康以及財產之免於危險。為完成上述任務，相關的方案為法律保留、依法行政原則，而且對於行政機關所得行使的權限為細膩而且明確的規定；其有關法律的設計，內容上主要為「若 P 則 Q」式的條件模式 (Konditionalprogramm)，亦即行政機關只是單純的認事用法，而不享有太大的形成餘地或裁量餘地。行政法的功能，於此種任務類型，為單純的工具性格，旨在一絲不苟地執行立法者所確定的要求。而為完成上述任務，傳統的組織方式係科層式的行政官僚，並有分工以及專業的內涵，以便能夠合乎效率要求。此項的任務在人

事上而言必須採用專業的人士，亦即須由經過考選的公務員加以承辦。

其次，另一種類型，而且居於光譜的另一端者，為計畫型的行政任務。其在於前瞻性地形成一個方案。其在時間以及事務的面向上，都遠超過前述警察法針對個案而為的命令、禁止或許可；其當然必須考量該計畫區內的各種相關的複雜因素，這些因素彼此兼有相互依賴性或交互影響性，其甚且必須考慮到未來的發展情形等，從而有推估的成分。從而，規劃並不是以細膩的分工或細膩的分項為建制原則，而在於整合而且盡可能整體性的為治理（也可稱為調控或管理）。在法治有關的方案而言，規劃的法律一般均指目標或目的，而對計畫的內容採相當開放的原則，由計畫主體加以決定，計畫主體從而享有高度的計畫裁量空間。正因以上屬性，擬訂計畫的行政機關不得被視為立法者的工具，而應視為賦予形成性的任務的行政。計畫主體並非一絲不苟或亦步亦趨地執行法律，而是在於透過立法者所給予的程序，儘量創造共識，並考量各種相關的利益，而且對可能的衝突應儘早一併處理。規劃行政從而也可謂係政治性的行政。計畫行政的法的制約從而也必須轉由決策程序的周延性著手，各方的利益主體的意見最好都能有發出聲音的機會，而且也應注意相關資訊的完整。計畫行政強調相關行政機關的參與，從而對於科層式的官僚體制要求一定的鬆動或甚至要求一定的替代方案（例如由相關機關組成共同的規劃小組等）。在行政人員方面，規劃行政希望引入有創造力而且有創新性的工作伙伴。

第三種類型，亦即社會領域金錢給付行政，最具代表性者，為德國聯邦救助法的行政，而其實際上也已經相當法律化，蓋其涉及貧窮線以下的人民的請求權，必須慎重與精密。本類型若有任何特色，在於當事人多半為弱勢階層，知識水平或身心狀況等均較值得憂慮，因此行政機關必須負起諮詢與提供資訊的義務。（Beratungs-und Auskunftspflichten）。行政組織與行政程序從而必須更朝向主動服務民眾的方向（Buergerorientierung）。舉例言之，儘管一科之內執行部門（例如台灣縣市政府的社會局）得分設諸多科股等，但亦得設置一個統一的窗口，以作為服務相關民眾之用；行政機關內部的分殊化不得影響到當事人的洽公的方便的順暢。此外，有關管制或給付的標準，也宜避免太過

單一化，而忽視到弱勢民眾的個案的特殊情形。

第四種，為所謂社會服務的形成性任務的類型，其主要係對於社會邊緣團體的照顧。這些團體的個人一般為社會上之弱勢，而且性格上具有脆弱性、逃避性等，主管機關在互動時必須注意當事人的尊嚴，而且必須以各種溫柔、細心、構成完善體系而又能顧及隱私需要的機制，並應善用民間愛心團體或宗教主體的網絡與經驗。

於完成如上行政任務分類後，乃得展開行政法總論改革的討論。首先，上述的行政任務類型的討論，應該已經足以顯示：過於單一化的問題認定，以及因而之解決方案的擬定，或將行政不區分類型而籠統理解為單一性或理解為工具性等，均不適合；亦即有分行政任務類型而為不同觀察的必要。德國行政法學界也非不理解分類觀察的必要，但整體而言在教科書的展現上或主要行政總則法律（例如聯邦行政程序法）的規定上，對於行政的分類觀察並未適當而且體系性地加以回應。但另一方面言之，儘管類型化觀察有其意義，但行政法總論並非解消（而改由行政法各論擔綱）：行政法總論作為一個的學科，其任務未必在於精確回答個別行政領域的個別問題。毋寧，行政法總論有抽象性，其係針對所有行政機關受到法的指引而為整體調控，而非針對各部會或法律，也非以個別的事實的關連性的掌握為目標。行政法總論在一開始成立時（亦即當初被建立為一個學科時），局部係整理自行政法各論的若干個別領域的法律規定並加以一般化而來，而且現今在行政法的討論上，這種發展軌跡仍有殘存而非全然消失；但行政法總論仍不等同於行政法各論或個別行政法律。行政法總論與行政法各論之間得各有其分工，有關現今急迫的問題的處理，行政法總論並非一定要被置於第一線，而係得讓位給行政法各論去處理。行政法總論的任務與功能，在於其體系性的部分：其係提出一個行政之受到法的制約（也可稱為指引）的一個秩序理念與架構，而且係介於憲法與個別行政法律之間的一座橋樑，這也是一種「傳送帶」（Transmissionsriemen）的角色。「行政法總論作為憲法的具體化」，這句話從而具有高度妥當性，蓋行政法總論所建構出來的制度（Figuren des Allgemeinen Verwaltungsrechts）並非只有單純來自行政法各論的抽象化觀察而已，而是也有來自憲法

原理原則的具體形成。

除了上述行政分類、對行政法總論之秩序功能與受憲法指引之討論外，行政法總論當然必須隨時代的變遷而改革，而且應遵循上述兩大途徑。首先，憲法的變遷若能經由行政法總論以概念或機制或制度加以繼受，便可散播到整個行政領域。但其次，行政法各論的各該領域的發展若能經由行政法總論加以接受，能提高行政法總論的各種命題的「貼近性」（指貼近行政法各論，也可謂貼近吾人的行政的生活與對行政的理解）。惟無論如何，行政法總論在繼受行政法各論時，並非將各論領域的各種機制或概念全盤抄襲，而這也因為行政法總論的抽象性而不可能；毋寧，行政法總論作為憲法與行政法各論之間的一個中間階層，其所應繼受者，在於行政法各論中尚稱常見而且有代表性的機制，而非屬於某一行政法各論或某一專業行政法律的規定。舉例言之，行政法總論目前已經建立出行政處分的制度，但因為其抽象性（因為適用於所有行政法各論），以致於一般老百姓理解上有一定的困難，而且也無助於人民所希望對各該行政處分有關的要件或裁量或政策性等的理解，而這在當事人申請核發相關許可顯示其重要性；若有必要，吾人得將許可、特許、免除或補助裁定等加以建構，而成為行政法總論的機制。德國聯邦行政程序法區分為非正式行政程序、正式行政程序與計畫確定裁決程序三大類，仍然太少，未來不排除經由諸各論領域的歸納而成就進一步的行政程序類型，例如得建構出污染性設施的設置許可的許可審查程序。再者，向來有關行政處分中的確定力、形成力、合法性的效力（Legalisierungswirkung）、拘束力、構成要件效力等，固然有趣，但基本上還是太過任意性，蓋並沒有來自行政法各論的歸納，或依行政任務領域分類而為討論，亦即行政法總論教科書只是針對個別行政法律（領域）的例子零星提及，而沒有全面地分類與分析省思。

5、「行政法總論作為公法資訊秩序的一個部分」

德意志行政學院（前身為 Speyer 行政學院）Rainer Pitschas 教授提出「行政法總論作為公法資訊秩序的一個部分」

(Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der oeffentlichen Informationsordnung)

，具強烈企圖心，擬將資訊作為法的基本要素，並由之建立新的核心構造，然後詮釋現行行政法總論應有的調整。

行政法學或行政法總論的改革，必須考慮德國本身政經社文結構的變遷，而這些變遷將反映在國家的結構、程序與內容；就此，也必須仰賴相關社會科學的努力，例如社會學有關價值變遷的研究，再如有關行政心理學、行政學中有關決策的理論等。未來行政法總論的建制原則

(Strukturprinzipien)，為合作、共識與溝通。

合作原則意味，向來行政部門單方高權自我成一格 (Eigenstaendigkeit) 的執行方式，時至今日必須轉為國家 (亦即行政) 與諸社會行動主體間的合作模式，亦即整體必須朝向合作式的社會責任的方向加以調整。所謂共識原則，也可謂係一種策略，係指行政機關就複雜的或高風險的領域的管理 (也可稱為調控)，尤其在重大技術領域，行政機關於事前的規劃、風險的衡量、可能性的決定等，以及新的決策的準備的程序等，必須與相關的社會主體以共識的方式加以完成，否則將難以有效治理。單以此而言，未來行政行為誠有必要引入共識性的行政行為 (Konsensuales Verwaltungshandeln)。

不論合作原則或共識原則，為了能確定並認定有關的問題，以及為了能夠正確的發展出有關的行為，此外也為了能夠精確化並控制可能的行為結果，以及為了承擔國家就合作與共識的進行所需要的組織功能，以及為了能在合作的主體間以協商與相互說服，以及交換或甚至辯論等的工作的完成而須進行的積極的調查行動等，凡此均取決於資訊，也可謂係以資訊的交換為前提的國家資訊行為 (Staatliches Informationshandeln)。其從而得被當作一個題目或範疇加以理解。國家資訊行為有複雜的構造，亦即係由國家 (行政機關) 所作出，而且係指向相對人，從而係一種關連性的行為，而且有一種互動的關連性；其也係一種組織型，而且也是一種責任。

國家的資訊行為，或國家與民眾以及相對人間的資訊行為，得被界定或發展成為「溝通」的概

念。良好的溝通才能確保合作的意願以及提升相互人之間的共識的達成。資訊與科技促成資訊社會，資訊社會在一個多元民主以及朝向個人化與個人自主決定的社會，具高度重要性：經過資訊化之後，對於國家（行政）而言，其管理的模式應強調溝通、反思與經由程序而為調控。再者，國家（行政）不應該是唯一的或核心的治理者；毋寧，國家的各機關只是屬於行動者所構成的網絡的當中的一個行為者而已；在該網絡中國家機關與當事人間係作為合作的伙伴，在互動與談判的過程中均具有各自的利益。

行政部門負有資訊責任與溝通之責任（Informations-und Kommunikationsverantwortung）：官民間的合作，或甚至共識的建立，取決於政府能提供資訊，也在於行政內部能夠建立確保溝通的機制與構造；在行政對外的溝通以及在立法過程的互動中，行政也應能夠在官民間或社會諸體系間，提供一個充分的資訊溝通空間。由此，吾人也可將向來對行政的理解「單方為最後而且正確的決定」，改為「程序性的行政理解」（Prozedurales Verwaltungsverständnis）；行政必須承擔對於資訊與溝通的行動，以及有關的程序的形成的一个原則性的責任；而這一切的由來是因為國家與社會的功能變遷所導引而出的國家無可避免的溝通照顧的任務（Kommunikationsvorsorge）。如此之界定，也合於德國基本法上民主原則、社會國原則與法治國原則。

行政法總論的整體定位，得由原先干涉型的行政法，轉換為互動型之行政法。行政法的核心價值在於追求官民間的合作與共識，也在於提供網絡、資訊與溝通機會予相關行動主體（也可稱為各該利益結構與主體），而未必係行政之單方自我為最終而且自己認為最正確的決定。就行政法總論而言，其任務便在於發展出一個能夠確保資訊與溝通的機制，而這一方面得經由對現行行政組織法、程序法、作用法中的各種機制（例如行政程序中職權調查主義、當事人的意見陳述、當事人的卷宗閱覽權、行政處分之理由附記、相關當事人的協力義務等）之補強或重新界定，另一方面也得引進新的機制，而加以完成。事實上，行政契約與行政事實行為中溝通行為、協議之確立與晚近在實務上之進一步擴張使用，可謂已經正視到官民間的平等互動的重要性。

就行政法總論之新的建構而言，吾人得將行政行為重新界定為一個資訊的過程，而且在各個行動者的角色上加以整合的一個互動體系，各個行動主體以及各自的角色在各個行動階段均伴隨有一系列的溝通與資訊的行動。每個階段都有不同的資訊與溝通的要求或內涵，例如程序一開始時行政機關與當事人應該相互廣泛地交換必要的資訊而不是特別集中於某一特定的問題點或某一解決方案，以免見樹不見林而忽略了某一個可能的選項；反之，在程序的尾巴階段最重要者為行政機關對於其決定能在法律所提供的行為型式的範圍內為精確的記載。

進一步言之，吾人得分兩大類的行政資訊的行為。首先，為行政機關對個別當事人的資訊提供與溝通行為。原則上，行政機關須承擔提供資訊的責任。行政機關有較強的資訊能力，而且得透過資訊而對有關的危險管制標準或風險水平為一定的掌握。行政程序中的行政裁量，從而應該針對行政機關對當事人的溝通需要，而為行使。整個行政程序必須擔保各相關的利益都有機會為充分的溝通；換言之，行政程序的進行，應該考量各相關利益的結構的複雜性或多重性。行政程序中應適度強調當事人的參與權，以便強化官民間的資訊與溝通；而官署所為的調查行動，原則上吾人應抱持一種開放的態度，以便於必要時能提供官民合作的機會以完成有關的案件事實調查。若可能，行政部門應盡量使用各種硬體設施與技術。整個行政程序必須集中在相關的問題，而且針對重點而為案件事實的調查。為了克服案件事實的不確定性或風險的判斷，有關的行政程序應該發展出進一步的機制。目前德國聯邦行政程序法中所提供的職權調查原則以及舉證責任的規定等，也得經由彈性詮釋而（勉強）適用。向來之當事人意見陳述制度的功能與內部構造，應朝向官民間的資訊交流與溝通的流暢的提升，而為調整。

行政法總論有關資訊或溝通的第二個補充，在於強化行政資訊之公開，Pitschas 教授稱為「經由對公眾的資訊提供而為溝通」(Verwaltungskommunikation durch Publikumsinformationen)，近乎台灣所稱的主動資訊公開。有關官署的主動資訊公開，歐盟於 1990 年月 7 日曾制頒環境資訊公開指令，德國聯邦並因此完成「環境資訊公開法」的制定。儘管有人以將造成龐大的行政支出而持保留或反

對，但氏認為經由資訊與溝通的硬體技術等的合理使用，可將經費衝擊減到必要的範圍，言下之意，贊成將該項制度擴張到其他的行政領域。資訊公開有助於德國基本法民主原則與人民基本權利保障的實現。

整體而言，Pitschas 教授先從當代的政經社文結構出發，而導致行政法總論的三個建制原則：(官民) 合作、共識與溝通。行政與行政法將被界定為一種反思性、提供網絡暨程序性，亦即行政部門不再為唯一以單方高權而為正確決定之主體，而是透過機制，使相關行動者能夠在一個網絡內並且伴隨充分的資訊而為溝通，並形成共識。行政法總論的向來制度，得經由再詮釋或補充，而落實資訊與溝通的行政責任。總之，本篇得總結為「邁向溝通的行政法總論」，強調以合作、共識與溝通作為行政法的建制原則。

6、「內部法與外部法」

這是 Klaus Lange 教授的作品，為本冊的最後一篇。德國行政法總論向來區分內部法與外部法，並將重點置於外部法，亦即行政與人民之間的關係；其主要係經由行政處分等行政行為而完成。1976 年聯邦行政程序法制定時，正如該法第 9 條所明白表示，其係以行政與人民間的關係為主要的討論對象，從而並未處理行政規則等向來被界定為行政內部事項的議題。

區分內部法與外部法的由來，在於德國傳統以來「國家與社會」的二分見解：國家與人民相對待，彼此分別立於不同的位置；國家係以原則上作為一個自我封閉的而且難以窺見的單位的姿態（態樣），而面對民眾；國家只能在若干點上侵入到市民的領域，且須經由法律為充分的規定。由此可見，法秩序主要在於提供人民適當的救濟權利保護，從而，對國家內部的生活的深刻的理解，並無必要。

此項見解已經過時。當今的國家絕對不是一種自為封閉的一個單位，而是長成十分巨大的內部強烈分化的機器；行政並且因為其所承擔的任務、任務背後諸不同利益以及因而與不同顧客間必然

產生的連結等，可謂已經開放給許多不同的社會領域。這種開放並且因為行政不只是限於點狀的入侵到人民領域。因為有更多的更高品質的規劃與形成性的任務，而使得行政必須進一步對人民開放，蓋規劃（planend）與指導型（lenkend）的相關法規常只是設定目標，其具體的內容的形成常必須經由程序的周延始能完成，從而這種向來屬於行政內部流程治理的領域，其在外部的的重要性日漸增加，已經成為法的規範的重要對象。對於人民的權利保護（亦即行政爭訟，或甚至包括國家賠償與補償等），若欲真的有意義且有效，則必須注意行政內部安排的合理性。

對於行政內部，法律向來規範並不足，且得反映於如下面向：首先，內部法事實上與最終的行政處分或其他類的行政決定的品質有關，從而與當事人的權益發生關連。但向來內部法的理論並不重視之。第二個向來法律或行政法命題的缺失，在於低估內部關係，而事實上行政規則對於問題的解決或行政機關內部有效資源的配置，均有重要性。

為確保行政機關內部上述政策被貫徹，得引入專責的人員或機制或制度，以監督上述機關之內部安排。相關行政機關的參與決定的違反，視情形，得被界定為行政決定的行政程序瑕疵或行政裁量瑕疵，而得適用到聯邦行政程序法相關的法條。傳統以來的行政機關，若有必要，也得進一步切割成行政單位，使其被賦予固定的任務（從而包括職掌與權限），從而使其擁有更大的自主性。吾人亦得將行政機關的某一部分的職掌，委任個別的公務員，使其負起成敗責任。此外，也得將向來經由組成委員會以完成諮詢的機制，進一步制度化。重新建構行政內部法的方法之一，為承認同一法人的諸機關間得有各自的主體性，從而得相互簽訂契約。就國家與地方團體間之委辦事項而言，向來認為國家得下達指令（Weisungen），而地方自治團體不得對委辦事項提起行政訴訟；上級監督機關所為的行為也不被界定為行政處分。這種傳統見解應予批判：團體擁有法人格的地位而且也是政治體系分化（以避免集權並創造效率）的重要一環；委辦事項以及指令權的承認，不應導致地方自治團體的法人格的減損；在委辦事項中，地方自治團體代表其轄區內的人民而為行動與決定，上級監督機關的指令若有所違誤，則地方自治團體應得代表地方居民而為必要的處置。

行政規則的特色在於，其係一種規範，從而具有一般的拘束性，而非只有針對個案而已；但向來通說將其界定為單純的內部法，這是因為其只適用於行政機關內部間。因行政規則之違反而作成之行政處分，並不當然為行政程序法與行政訴訟法所稱的「違法」，而須由當事人於訴訟中主張構成基本法第 3 條平等原則的違反，而將其違反性等同於法規範的違反，而得請求救濟。將行政規則大體且概括地自外部法中排除（亦即不承認其具有外部效力），宜否改由「功能特殊的觀察方式」（Funktionsspezifische Betrachtungsweise）取代（按約指類型化之觀察）？

以對管轄權加以規範的行政規則為例，其管轄權的劃定一般而言具有重要意義，從而，違反之所作成的行政行為，似具有外部的違法性，而得被當事人訴請撤銷。對於行政裁量加以具體化的「裁量準則」，以及對於高度科技性的法律概念加以具體化的所謂「對規範加以具體化的行政規則」（Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften），也應為相同的處理，亦即違反之所作成的行政行為，將構成外部法之違反，從而得被當事人訴請撤銷。換言之，組織性、對裁量加以領導性的，以及對法律概念加以具體化的行政規則，應屬於目的理性行為的不可或缺的要件，從而應被界定為具有較高的屬性，從而其違反得被界定為系爭法律的違反。反之，就行政程序有關的行政規則的違反，只具有技術性與細瑣性，而不如前述三者重要，從而其違反並不導致行政處分的撤銷，除非該違反對於官署之正確決定已經造成影響。組織、裁量領導與法律規範具體化的行政規則具有較高層次，從而應加以公布。

總之，本篇從時代變遷出發，指出向來高估外部法而低估內部法的外部關連性，應予調整。這方面的努力，將可打開行政法學向來的刻板疆界、拉近吾人對行政的理解以及縮減行政法（學）與行政學的距離。

（三）、其他

行政法總論的改革文獻，還有很多，例如德國國家法學者年會 1998 年的討論「法對行政行為所為之諸最適化要求或諸框架設定」（Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmense tzungen fuer das

Verwaltungshandeln)⁶⁵，1996年的議題「行政與行政法正處於社會的自我規制與國家的調控之間」(Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung)。

Reiner Schmitt 教授曾經撰文「行政與行政法之改革」，指出行政法未來性的指導概念 (Neue Leitbegriffe)：1.彈性化與創新的公開性 (亦即開放給創新，而非固守成規)；2.效率；3.公開性；4.責任。氏認為行政處分與行政契約仍將作為行政行為的兩個主要的條柱，但行政程序應加以改良；整體而言，其應朝向建立官民間的合作、共識與接受度之提升或促進。行政法未來應注意如下的新任務領域 (亦即新的研究重點或至少為有待補強的部分)：1、對於行政法各論的機制與其中所為發展出來的管理模型為適當的掌握；2、應注意形成一個官民間的資訊與溝通的關係，這係行政機關有效履行公共任務的一個基本條件。3、應注意歐盟化與國際化的發展情形⁶⁶。

與前述 Schmitt 教授意見相近者，為佛萊堡大學教授 Andreas Vosskuhle「行政法總論改革的『諸關鍵概念』」。其指出德國行政法總論改革的趨力，為內政上的因素以及歐盟化與國際化的原因，此外則是對行政法總論重新定性為一種調控 (也可稱為治理或管理) 的科學的新視野。行政法總論改革的諸多核心概念為如下幾層：首先，第一層，為改革的目標，計有創新、效率、溝通、公開性、市民之接受度。其次，就第二層為改革的策略，計有：達成合作、解除管制、私營化、效率化 (Oekonomisierung)，以及社會各部門在國家宏觀調控下之自我治理⁶⁷。

Werner Thieme 教授也撰文參與行政法總論改革，但結論上指出只須小改。行政法總論自二次大戰以來的發展，得以 Wolff / Bachof 的三鉅冊教科書與 1976 年聯邦行政程序法為經典。但無論如何，行政法總論應注意如下之三個重要的發展趨勢：首先，行政資訊體系的快速且進一步發展，對於現行的行政法總論的體系與釋義學，將造成如何的影響？其次，行政法總論得向屬於行政法各論的環境法加以學習，蓋後者處理到複雜的而且係多方當事人。第三，行政法總論也得向大學法的構

⁶⁵ 相關報告人的綱目與簡單摘要，見 Thomas Wuertenberger, DVBl.1998, S.1267ff.

⁶⁶ Reiner Schmitt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, Verw A., S.149f (2000) .

⁶⁷ Andreas Vosskuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwA., 92.Bd., S.184ff. (2001) .

造學習，包括國家所應為的出資、學術自由之確保等，而凡此將反映於行政法總論上有關行政組織與行政程序之面向。社會科學各個學科的發展，以及所發現的命題，對於行政法總論的進一步開展具有重要的意義。行政法學尤其應注意社會的具體事實與形構，但非謂行政法學無保留的抄襲之，而須以行政法學作為一種規範科學的觀點，加以審視。行政法總論的改革，從而應包括：行政契約理論的改良；公法與私法之間的關係重為定性（二者間應具有一種開放性的界線）；有關行政裁量、行政行為的具有外部規範效力的有無事項（例如官署所為的警告或所制頒的行政規則或所制頒的公營造物使用管理規則等的效力）；有關「行政法上法律關係」此一最基本的概念在法釋義學上的適用的豐碩性；有關公法上的補償體系；有關行政法總論諸命題法典化的意義與應有的界線。整體而言，儘管氏指出係有限的改革，但其實也已經涵蓋相當的範圍⁶⁸。

也有相當學者撰文指出，未來行政機關為法律的執行時，得考慮引進當事人間的調解及協議為方法⁶⁹。

另有一派學者不斷研究德國行政法受到歐盟統合的影響，例如有關污染性設施之發照，德國向來對空氣污染防治、水污染防治、廢棄物清理法等為個別之發照，但歐盟引入跨污染媒介的綜合性發照。德國的證照係終身享用，而英國模式則須限期更新。德國行政法院向來審查密度頗高，審查的範圍與程度及於實體與程序，而英美體系則一般不及於實質審查，亦即尊重行政機關的判斷，除非行政機關的決定內容上有高度的不合理性。而歐盟諸國家對於人民或相關團體提起訴訟或國家賠償有關的權利的界定，亦即「主觀公權利」，仍有一定的差別；凡此，因限於篇幅難以介紹。

在行政法總論的改革中，屬於上游層次而有重要影響者，為行政法之建制原則。晚近之研究指出，行政若留有空間，則應以效率性之考量加以填充；在此程度內也可稱為效率原則；其有憲法層

⁶⁸ Werner Thieme, Ueber die Notwendigkeit einer Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DOEV1996, S.757ff.

⁶⁹ Klaus W. Grewlich, Umweltschutz durch "Umweltvereinbarungen" nach nationalem und Europarecht, DOEV1998, S.54ff.; Volkmar Wagner / Matthias Engelhardt, Mediation im Umwelt- und Planungsrecht als Alternative zur behördlichen oder gerichtlichen Streitentscheidung, NVwZ 2001, S.370ff.

次意義，不得被任意割捨；向來公法學的理论於強調法治國、社會國、民主國等立國精神時，並未能充分認識到效率原則的重要性。沒有效率，則國家與行政無法永續發展⁷⁰。

也有一派從國家學、法哲學、公法史以及行政法總論自 Otto Mayer 以來的發展軌跡出發，而討論其應有的新的學科自我理解，以及應有的新操作典範，後者包括其與其他社會科學學門間的跨學科合作以及「行政」法學之自我學科理解⁷¹。

(四)、歸納

歸結而言，德國行政法總論與行政法學的改革討論，方向約為：

- 行政法應隨時空而調整，包括向來的疆界以及主要的機制。
- 行政法總論必須適度引進行政法各論代表性的機制，以避免空洞化，例如環境法中之替代性糾紛解決途徑、環境資訊公開、公民訴訟機制。
- 行政法總論得區分不同的行政任務類型，而討論有關的法的調控。
- 行政法總論須注意時代變遷與行政的新議題，例如企業型政府、民眾接納度（從而銜接到顧客滿意度及施政品質的討論）、績效管理、分權；行政法也應注意內部行政事項；行政法總論應強調行政程序的溝通與資訊提供。行政法係以調控為中心的法制。效率效能為行政法的價值之一，但非全部。
- 行政法總論的任務仍不在於第一線解決行政法的個別問題，而是提供一個秩序理念與架構。
- 行政法總論得以資訊提供、溝通（涵蓋官民之間，相關利害關係團體之間，由此並得銜接公民社會之參與治理之理論與派別，例如公民會議、政策網絡社群等）、授權與灌能、合作（由此並

⁷⁰ 這方面的見解，約見Anne Peters, die Ausfuellung von Spielraeumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwaegungen, DOEV, 2001, S. 749ff., 氏為德國Basel大學教授，獲有美國哈佛大學比較法碩士；Christoph Groepl, Oekonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwA., 93. Bd., S. 459ff. (2002)。

⁷¹ 初步資料，約見Christoph Moellers, Theorie, Praxis und Interdisziplinaritaet in der Verwaltungsrechtswissenschaft (2002)。

得銜接新治理理論)當作主要構造,而且施政之價值不在於效率性與節約性而已,更在於喚醒公民與經由參與而達成共識。

--行政法總論在如上或甚至更進一步之改革與體系形成過程中,須受到憲法相關原理原則之指引,而此等也應屬於原則性質而具有時代開展性。

至於引發德國行政法總論改革討論的原因,不外為:1、來自德國內外政經社文的變遷,亦即財政拮据、行政僵化、法令充斥,而時代變遷,人民對行政有更高的要求;2、德國行政法總論自Otto Mayer以法學方法(Juristische Methode)--而有別於公共管理一為基礎,循線民法總則為考量、顯現高度抽象性、不無側重干涉行政,而且所採之傳統治理模式當今已經呈現老化(至少不再是唯一模範)⁷²;3、來自民主國、法治國、社會國、環保國等立國精神於當今時代的意義與要求;4、行政法各論的深化,行政實務推陳出新(例如電腦化,來自歐盟與國際的觀摩比較),以及行政法院判決的長年累積;5、新公共管理學派在德國所造成的影響,以及各級政府所推動的政府改造運動。

第三節 我國行政法之發生與發展

一、我國行政法發展大要

我國的政治發展自中央政府撤退到台灣起,約得區分為威權體制(民國38年-75年)、威權轉型時期(民國75年-84年)與民主鞏固階段(民國85年迄今,為民主化之最新一個階段,指還在鞏固當中而仍有諸多缺失有待克服)。其中,就漫長的第一階段而言,若有必要,也可區分為絕對或

⁷² Otto Mayer為1846年生,1871年的博士論文為羅馬法有關的議題,並曾經執業律師,常辦理民法與國際私法案件,並往來於法德之間。1880年開始擔任講師,1881/82年開始講授行政法,於1886撰寫《法國行政法理論》,1895/96年出版《德意志行政法》,並於1914/17年以及1924年分別為第二與第三版,1927年辭世。在其建構德意志行政法的年代,當時充斥專業行政法律,概念不免分歧,欠缺指導理念與建制原則,所以不免須進行法律釋義學的整理功夫,參見Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S.6ff.und 17f.(1981).

強硬的威權體制時期與相對或稍微弱化的威權體制時期。因限於篇幅，以下只針對一九九六年總統直選以來之階段⁷³。

此一時期的主要成就，在於完成精省改革，並在法律各方面有一定的成就。1997年之第四次修憲，完成總統任命行政院長不須經立法院同意與「精省」的改革，而對於中央政府體制以及中央與地方之關係，產生重大影響。總統於任命閣揆時，須否視立法院的席次分配情形而為決定（強調以立法院的多數為統治，從而接近內閣制），或是總統有絕對的自由（強調總統當選人之統治，接近美國是總統制），憲法增修條文第3條並無規定，但相關修憲提案於理由欄指出：「現行行政院長由總統提名，經立法院同意的設計，一旦立法院無任一政黨控制過半席次時，恐不利於政治之穩定，本項調整旨在賦予總統根據民意逕行任命行政院長的權力。惟該項權力之行使仍必須考量立法院之政治情勢，任命多數黨可接受之人選⁷⁴。」1997年修憲也增列憲法增修條文第3條第3項「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定」。

民國88年第五次修憲主要涉及國大代表的延任，引發各界撻伐，最後由司法院大法官作成釋字第499號解釋，宣告相關規定無效，理由為程序上違反公開透明原則，以及實質上違反整部憲法所賴以維持的自由民主的基本秩序。最新一次修憲，為2005年。其完成國民大會之終局廢除，未來的修憲改由立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，以及出席委員四分之三之決議而提出憲法修正案，並於公告半年後經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票超過選舉人總額之半數而為通過。此外，為調整向來立法委員選舉制度「中選區複數席次單記不可讓渡投票法」所造成之派系、黑金、候選人訴諸特定團體、當選人問政作秀化與地方化、黨中央難以控制、政黨責任政治不明等缺失，本次憲改乃將立法委員席次減為113人，而且改為單一選區兩票制。其中，單

⁷³ 另外之時期，請參閱本書2000年版第2章。

⁷⁴ 第四次修憲尚有若干調整，例如將立法院的覆議門檻由三分之二調降為二分之一，立法委員自第四屆起增至225人；司法院大法官改為任期八年而且不分屆次個別計算，不得連任；司法預算獨立；在基本國策中，則增列扶植中小型經濟實業的條款，而且取消教科文預算下限之規定。

一選區計選出 73 席，原住民 6 席（平地原住民與山地原住民各 3 席）。

此階段之釋憲成就更是斐然（約自釋字第 401 號起）。就各種人權之意義之詮釋、法律保留與要件明確性、比例原則之運用（利益衡量；三種審查基準與雙軌、雙階；基本權利之各種功能面向），相關解釋更行穩定與深化，例如釋字第 445 號解釋有關集會結社自由、第 462 號有關工作權與大學教學研究水準、第 491 號解釋有關公務員記兩大過免職之懲處（涉及工作權與服公職權利）之正當法律程序、釋字第 490、573 號解釋有關宗教自由、釋字第 603 號解釋有關指紋建檔。

隨著如上整體社會之轉型，行政法治得到進展。行政法院每年受理案件不斷增加。訴願法進行修正：早先訴願法固然規定應組成訴願審議委員會，但委員中社會公眾人士、學者、專家的比例未有明訂；1995 年 1 月 16 日所修正公佈之版本，明定上述人士不得少於訴願審查委員會總成員三分之一。1998 年 10 月 28 日修正版則提高至「不得少於二分之一」（見訴願法第 52 條）。第 54 條規定訴願審議委員於審議中所持之不同意見，經其請求者，應列入記錄。行政訴訟法也進行翻修：新版之行政訴訟法於 1998 年 10 月 28 日修正公佈，由原先舊版 34 條一舉增加為 308 條。1998 年 11 月 11 日，總統公布新修訂的行政執行法。行政程序法於 1999 年 2 月 3 日經總統公佈。該法一舉將行政處分、行政契約、法規命令與行政規則、行政計畫、行政指導、陳情等行政行為類型加以規定；而且除了行政程序外，尚一併將上述概念與重要制度予以明文化，而成為行政法總論之基本法典。該法將資訊公開與卷宗閱覽、行政程序外接觸之禁止、委員會之會議內容公開等「陽光法案」加以繼受。該法對行政費用負擔也加以明文（見第 52 條以下）。該法對行政機關之定義、管轄、委任、委託、行政業務委託民間辦理、行政機關間之職務協助等，加以規定，從而局部協助行政組織法制之建立。該法第 4 條以下將行政行為所應受到拘束之比例原則、平等原則、誠實信用原則等加以立法，更是有助於行政法之法律適用之安定性。本法對台灣行政法學之研究與行政法之發展，具有關鍵意義，自不待言。此外，政府也積極推動政府再造或政府改造，開啓台灣行政法學之相關討論，詳見本書第六章。

二、我國政經社文變遷

我國民主鞏固才剛開始而已，而非全盤穩定。自威權轉型以來，相關改革並沒有及於各級民意代表選舉（直到 2005 年修憲才有立法委員選舉制度的改革），也未及於金權政治的根本改革，而行政、法制、司法、宗教、媒體、學術…等領域雖然已經一併進入改革的過程，但尚難謂已經全面且深化。我國七次修憲固然深化選舉民主，但實踐以來總統得自由任命行政院長而無視於立法院的席次分配，乃產生「分立政府」的情形。分立而治必須依賴政黨間的協調與信賴，但我國藍綠兩大陣營選民的社會基礎仍有差異，重要選舉接續不斷而使雙方合作不易⁷⁵。

我國整體社會當今也呈現專業分殊化、資訊暨網絡化、後現代化、全球化、風險化等構造特色，與西方先進國家相似，詳見前述。

台灣經濟構造上為中小企業體制，向來採一極式的開發，只強調經濟發展而忽略環保、勞工、社會安全等體系，但在全球化的挑戰下又不得不致力於開發。全球化使得資金、人才之移入與移出非常激烈；大陸崛起而產生吸金效應。在社會構造上，職缺已經飽和而且各專業之要求更加嚴苛化，社會流動性降低，社會安全呈現隱憂；資本主義深化且集團化中，幾乎已經關連到國家的經濟發展，高科技產業對政府予取予求，社會公平性乃呈現問題，但政府又有不得不為獎勵的苦衷。台灣文化/心理面的構造為：後現代性、現代性與前現代之殘餘並存。台灣法治仍有諸多未深化之缺點，憲政主義的制度與心裡/文化，難謂已經深化。台灣並有地狹人稠以致於公共危險性較高。各地方自治團

⁷⁵ 我國政治發展的動力，宏觀面源於台灣地區地狹人稠、人民素質（高知識水平、勤奮、溫和與理性）、日據乃至政府黨遷台以來所奠定的行政與政治體制基礎、長年的經濟發展導致的理性化、中小企業為主以及外貿導向等，復加上晚近之自由化與民主化的改革、資訊暨網絡化的開展等，此外復有來自美國的壓力與中國大陸的競爭性壓力等。各時期中各主要菁英在各自領域的付出，包括掌權者之理性判斷或反對運動者之倡議與犧牲，以及整體而言構成一個進步而不致崩盤的進步動力，則是微觀面的主要原因。葛永光教授認為我國自民國 75 年以來的改革的原因，為政府相信民眾（台灣地區大多數民眾均偏向溫和、理性，並支持政府政策）；經濟發展促進了民主化的進展；國內政治競爭的壓力也是促成改革的原因之一；國際形象的考慮也是促成改革的一項因素；以政治化來加強與中共的競爭，是促成改革另外一個重要的因素；見氏著，上揭文，頁 20-22。

體與國家間也因為如此而存有較高的相互影響性。

三、公共行政學門的貢獻：「治理」理論與模式的提出

我國晚近面臨激烈政經變遷，各學門乃積極討論。公共行政學界推陳出新，將政經變遷下的行政因應，從傳統技術面的「行政管理」解放而出，納入政經結構、相關行動主體、民主參與、上下環節之整體有效策略與技巧之推出、官僚之重新定位等面向（包括新一代的官民互動模式，例如公民會議、社群網絡治理），而提出當今涵蓋更廣的「治理」概念，值得行政法（學）重視。

公共行政學者歸納治理模式，建構為「傳統公共行政模式」、「新公共管理模式」、「新治理模式」與「新公共服務模式」。以下略作介紹，而由於非筆者專長，只能以中文資料為限。

（一）、傳統的公共行政模式

1、內容

傳統公共行政模式約源自 18、19 世紀以迄 1980 年左右為止，約有如下特徵⁷⁶：政治中立的文官體制；層級節制與法規命令；常業化與穩定性；制度化的文官體制；內部管制；平等（指文官體制中同等級的員工在薪給和職業條件上平等；公務員所作的決定必須在嚴格的標準下儘可能對待其顧客）⁷⁷。換言之，此治理模式特色為層級節制、行政官僚有限裁量、而組織結構為由上而下的官僚權威、公務員保障之體制、政府的角色則是操槳⁷⁸。

陳德禹教授區分傳統行政管理時期、人性行政管理時期與系統權變行政管理時期，指出傳統行政管理時期又可分為科學管理、行政管理、管理科學、行政科學等派別，並舉出多位著名的管理學者的見解，其中號稱現代管理之父的費堯（Henri Fayol）所提的十四點管理原則，頗能展現傳統的

⁷⁶ 參看葉嘉楠、李長晏，「行政革新與政府再造之落實」，行政院經建會綜合計劃處「新世紀第二期國家建設計畫暨長期展望」重要議題項目下之委託研究，未正式發表，筆者所用者為期末報告版之電子檔，（2004年10月）；江岷欽、劉坤億所合著《企業型政府》，智勝出版社（1999），則將本處的模式稱為傳統管理途徑，指出其主要組織結構為官僚體制的理想型，認知的途徑為理性而科學，預算編列採理性分析之成本效益模式，見該書頁12-13。

⁷⁷ 上揭書，頁6-23。

⁷⁸ 見上揭文，筆者所用者為期末報告版，頁14-15。

公共管理觀：專業分工、權責、(有權就有責)、紀律、指揮統一、目標一致、個人利益服從團體利益、人員的酬勞(強調公平，並視員工的貢獻)、集體與分權、層級節制、效率、公正、人員職位穩定、創造進取、團隊精神⁷⁹。韋伯曾經對科層式組織描繪如下的特色，與費堯相近：專業分工、層級化之職權與監督控制體系、正式甄選、正式的規章與約定、不講人情、成就導向⁸⁰。

在這個時代中，行政的治理模式強調科層化的行政組織與法律—命令—個案性的行政處分的治理方式。換言之，除了法律之外，尚得有法規命令與行政規則之綿密的開展。不論是通案或個案的決行均強調行政機關的專業能力與神聖性，公共人力的建制上係採永業文官體制，強調公務員的保障，並將公務員分成不同的專業職系而為考選與任用。上下政府機關間與政府機關首長與內部間均強調行政監督，而且傾向於指揮者之統籌監督的權限(從而包括個案之事前的指令發布作成)。

2、Otto Mayer 行政法學係取向於傳統公共行政模式

Otto Mayer 處於「理性主義」時代，為德意志作為一個民族國家開始建立聯邦帝國的時期，也是工業革命開始在德國發展的階段。這是人口出生率大幅增加、個人壽命不斷延長的時代，是集居與城市化快速開展的時代，是交通、建築、市鎮建設不斷開展的年代，也是實用科學蓬勃發展的年代的開始。從 19 世紀後半到 20 世紀 80 年代為止，儘管其中經歷兩次世界大戰，但整體而言都是瀰漫這種時代精神。行政組織被大量需求；科層式組織被當作效率效能的擔保。機關的預算與人員編制也不斷被擴充；永業文官被當作一種崇高且正確的制度設計。貫穿其間之法律與命令，則被當作是一種有效的調控工具；規定之綿密性乃是必要。領導者與行政者均享有權威而得到尊重，公部門的決行係以專業理性的角度為依據，各種決定均具有科技可計算性，從而不須與人民為溝通。

(二)、新公共管理模式

新公共管理模式有不同的名稱，例如公共管理主義、企業化政府、後官僚體制模式、市場導向的公共行政等。德國也有類似的討論，稱為「新治理模式」(Das neue Steuerungsmodell；按也得依文

⁷⁹ 陳德禹編著，《行政管理》，頁24-26(2001)。

⁸⁰ 陳德禹，上揭書，頁28。

字而翻譯為「新調控模式」⁸¹，主要出自「德國地方行政簡化共同研究協會」(Kommunale Gemeinschaftsstelle；KGSt)自1993年以來所作的一系列研究。

新公共管理模式係起源於英國、美國，並盛行於紐西蘭、澳洲，隨後並擴張到日本或進一步國家等，由於流行的時間幾乎長達20年(約自1980年前後起)，而且適用於不同的國家，而每一個國家除中央政府之外尚有十分龐雜的地方政府(含層級與個體)，各有主管當局，甚且尚有跨國組織(例如OECD)與重要的民間機構，資料與文獻十分龐雜。這一模式我國有許多討論，包括林水波教授所編著《政府再造》⁸²、江岷欽、劉坤億所合著《企業型政府》⁸³、丘昌泰著《公共管理—理論與實務手冊》、詹中原《新公共管理》⁸⁴、林鍾沂《公共管理的世界》⁸⁵。

傳統公共行政盛行的年代與1980-2000間所盛行的新公共管理學派，在年代與因有的政經社文的構造上，存有相當差異。前者係處於一種工業革命開始、集居、人口擴張、行政業務勃興、組織與法令當作一種有效的治理手段的階段，也是一個崇尚科學主義、理性主義、實用主義的時代。反之，1980前後或之後，官僚化、科層化、法令綿密化所導致的無效率，以及文官永業化所導致的欠缺動能，國家財力已經困窘，已經明顯呈現。與此同時，私經濟部門與社會部門已經茁壯而得承擔政府的業務，而政治部門因為各種醜聞或決策失誤而在民眾心目中的權威性大幅下降。此外在思想面並有新政治經濟學(例如公共選擇學派)所為對於領導階層的各种批判等。行政改革的重點，從而在於去任務化(重新界定政府職能)、法令鬆綁、引進取向結果面的調控(而不是綿密的法令與針對過程中每一個環節的控制)、引進績效管理與誘因制度、市場化、引進公部門與私部門之間的競爭機制、引進標竿學習管理、向地方政府與社區為授權。

⁸¹ 見拙著，黃錦堂，「德國公共行政『新治理模式』之研究」，發表於「民主治理與台灣行政改革」學術研討會，台灣公共行政與公共事務系所聯合會主辦，時間：2003年6月21日，地點：政大企企中心。

⁸² 智勝出版，1999。

⁸³ 智勝出版，1999。

⁸⁴ 五南出版，1999。

⁸⁵ Owen E. Hughes原著 林鍾沂、林文斌譯，韋伯文化出版，2002。

這一方面的奠基性著作，為 David Osborne 與 Ted Gaebler. (1992)， *Reinventing Government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*（中文版名稱《新政府運動》），提出企業型政府的十項原則：

- 1、 導航式的政府：政府的職能在於引導領航（steering），而非親自操槳。
- 2、 社區性的政府：政府將更多的決策權和公共服務的提供，回歸社區自主處理。
- 3、 競爭性的政府：競爭機制是紓解官僚體制運作失靈的良方，政府應將競爭的觀念注入公共服務與產出之中，以取代傳統獨佔而造成的保守、浪費與無效率。
- 4、 分權式的政府：政府應將決策權下授以增加員工的自主權，同時在適當的監督下，充分分權，讓地方政府發揮因地制宜的功能。
- 5、 前瞻性的政府：政府能夠以遠見來治理國家，並重視事先的防範優於事後的彌補。
- 6、 任務導向的政府：政府應以目標和任務為導向，而非以法規命令為驅力，並注重任務的優先次序以便集中精力有效運用資源。
- 7、 結果導向的政府：政府應對其施政結果負責，並以此作為績效評量的標準。
- 8、 顧客導向的政府：政府的服務要以滿足顧客（人民）的需求為優先，政府的施政績效和品質應由顧客（人民）的滿意度決定。
- 9、 企業導向的政府：政府除了節流外，更要注重開源。
- 10、 市場導向的政府：政府面對不同的公共問題，可透過市場機能的自律調理，以紓緩政府機構官僚化的現象。

Osborne 與 Plastrik 則認為，企業型政府有下列七項特徵：1.政府各級單位實施分權管理，業務事權逐級下授；2.從應然與實然的角度，重新檢討政府的預算支出以及業務執行的方式；3.精簡文官體系，實施「業務民營化及公司化」；4.研擬更具「成本--效能」（cost-effective）的服務方式，例如簽約委外、引進市場機能以及使用者付費的原則等；5.強調「顧客導向」，包括文官體系設立明確

的服務品質標準；6.標竿學習以及評量績效；7.針對法規精簡及成本擷節之目的，設計可行的改革方案⁸⁶。

江岷欽、劉坤億則於歸納多國經驗以後，歸納出以下七點：1.行政職能係以「績效成果」為主要重點，而非只是「依法行政」而已；2.引進類似市場的「競爭機制」例如民營化、組織重組等，藉以加速公共財的生產與傳輸；3.落實「顧客導向」的理念；4.重新定位政府的角色，政府係以領航為主要職能，無須汲汲營營於操槳工作；5.解除過時管制；6.授權組織成員；7.重塑行政文化⁸⁷。

葉家楠歸納指出，當代西方政府改革的主要內容為：政府職能的優化；公共服務的市場化（含委託外包與公私部門之建立夥伴關係）、公共服務社會化（政府授權社區，以及協助建立社區互助聯防等機制）；分權（中央與地方之間，以及中央政府內部上下級之間）；導入現代化管理技術（例如策略管理、全面品質管理、成本管理、標竿管理等，以及利用資訊技術）；人力資源管理改革（人士管制鬆綁、增強靈活性；公共管理者的飛永業化；績效評估及靈活的報酬制度）⁸⁸。

總之，新公共管理思潮批判傳統官僚體制之僵化、多重層級、浪費公帑、消極怠惰因循舊規、微觀而不知靈活，而倡議公部門應像企業一般。其所標舉授權、結果取向、創新、重新界定政府職能、引進績效管理等項目，無不擊中傳統公共行政與行政法的核心命題。惟無論如何，新公共管理所主張私營化、市場化、企業經營化等，只限於行政機關內部之改造，而不無狹隘性，而且所主張委外等不無與民爭利之情形，而且對行政官員充滿不信任；其對於民主、憲政、人權、法治、行政之權威多所貶抑；人民係顧客，只具有消費、老大（因為顧客至上）、冷血、自利的特性，也與向來強調公民德性的政治學與公共行政學有所牴觸。

新公共管理，或企業型政府，係以行政部門內部的改造（Binnenmodernisierung）為主。自2000年前後，英美公共行政學界已經推陳出新，而出現「新公共服務」與「新治理」的新一代理論。二

⁸⁶ Osborne and Plastrik：8-11，引自江岷欽、劉坤億，《企業型政府：理念－實務－省思》，頁14，智勝文化（1999）。

⁸⁷ 江岷欽、劉坤億，上揭書，頁21。

⁸⁸ 「政府再造之落實」，台灣經濟論衡，民國94年9月，頁27，29（2005）。

說批判新公共管理只強調機關內部改造/效率/市場化，未能激發/引進人民（主要為各標的團體與地區性議題之當地居民）之參與，而有不足；其至少與人民的真正期待、社會力的開展與政治上的滿意，有相當落差。

（三）、新公共服務（New Public Service）

本說的代表著作，為 Denhardt, Janet Vinzant and Denhardt, Robert B (2003), *The New Public Service: Serving, not Steering* (New York:M.E.Sharpe)；兩位作者為夫婦。

該著作主張，新公共管理固然非無貢獻，但有其狹隘性與偏頗性。新一代的治理應在於保障並啟發公民的參與，要求透過廣泛的對話與公民的參與，來尋求共享的價值與共同的利益；當代民主體制係具有多重的面向與複雜的層次，在垂直與水平層次、在議會與政府、政治與行政以及政府與社會部門間有不同的業務分派與課責要求⁸⁹，公務員的角色，在於掌握構造特色，鼓動並帶領民眾為各種的參與，並以這種意義與方式服務民眾。

新公共服務計有如下七項原則⁹⁰：1、服務公民而不是顧客。公共利益源自於價值的分享，而不是個人利益的集合；公務人員所回應的是公民需求而非顧客，且要把焦點建設在信賴關係和與市民的合作上。2、公共利益是主要目標，而不是副產品；公共行政人員必須提供建造一個共同和分享的公共利益概念，其目標不是被動的去尋找個人選擇的快速解答，而是分享利益和分擔責任的創造。新公共服務要求社會建設的過程不只是選舉出政治領袖或任命行政人員，而是建立寬廣的公共談話和中央的深思熟慮；政府的角色應該是帶領人民去建立社會，而其也有道德上的責任去確保公平和正義。3、公民資格的建立，具有崇高價值，超過企業運作所能提供者；提升公共利益，最好是經由公僕與公民共同承諾對社會作出貢獻，而不是由具有企業家精神的管理者，以運用私人財產

⁸⁹ 葉嘉楠，上揭文，頁38-40。

⁹⁰ 新公務服務較為主要的代表性著作，係Robert B. Denhardt與Janet V. Denhardt夫婦於2000年在Public Administration Review期刊中發表「新公共服務：以服務代替導航」（The New Public Service: Serving Rather than Steering）以及其他著作而來，見李宗勳，「從『新公共服務』檢視執政黨近半年來之施政績效表現」，內附進一步之英文文獻，國家政策研究基金會，國政研究報告，憲政（研）092038號（2003）；葉嘉楠，上揭文，頁38-40。

般之方式而運用公共經費。4、思考要有策略、行動要符民主：符合民眾的政策和計畫需要透過集體的努力和共同合作的程序才能最有效且有責任的達成。5、認清課責並不簡單：公務人員除了要注意市場外，亦應該注意法律的、憲法、社區價值、政治上的基準、社區價值、政治上的基準、專業水準和市民利益。6、服務比導航好（即以輔導代替引導）。政府的重要角色趨向協助市民匯集並解決共享的利益，而不僅止於控制或引導新方向。政府的行動要結合私人、非營利團體和組織，以尋求社會所面對之問題的解釋。7、重視人民，而不是只重視生產力：民眾參與的公共組織與網絡，若其領導方式係以尊重公民為基礎而強調合作與分享，長期以觀，較能夠成功。

本模式認為，治理的目標包括：道德、知性與具備公共精神的公民的喚出；包容、互助與誠信的人群關係；藉由審議達成共識；官民間之互惠的伙伴關係；具博愛與服務精神的官僚；和諧的官-民關係。至於理想中的公民，具有如下特質：公民道德：公民是具備道德性與守法性，並以追求德行作為目標；公共精神：公民具備正義感、參與感與奉獻精神；知性的公民：公民並不以追逐利益作為人生的最高目標，而是尋求精神與知識上的偉大，創造人類文明的進步⁹¹。

新公共服務企圖扭轉向來官僚支配的局面，其所提倡的治理方式為：

1. 公民社會藉由審議過程達成共識與公共利益的認定：登哈特認為公民除了具備公民道德外，更必須進入社區中進行公共討論的參與，藉由真誠與開放的溝通審議，達成共識與公共利益的認定。但登哈特並未對審議程序的設定及審議過程中可能面臨的支配與扭曲問題作更多的限定。
2. 公民社會在政策執行階段與公部門合作共同執行：公共溝通與審議後，便是政策的執行過程，作為政策對話參與者的公民社會，更是政策執行階段的共同執行者，將審議過程中的相關理念付諸施行。對於細部執行過程與可能面臨的難題，登哈特未做細部的闡述。

⁹¹ 韓保中撰，公民社會觀點之民主治理理論的分析－以新公共服務為主軸的探討，台大政研所博士論文，頁130（2006）。

3. 公民社會是政府的合作伙伴共同分享領導權：長久的對話集合作關係，將會形成公民社會與公部門間相互的信賴，並成爲伙伴關係，有助於日後政策過程中，彼此更緊密的結合與發展。但登哈特並未對伙伴關係的運行與生成方式作更細部的探討。
4. 公民社會內的組織網絡可形成策略聯盟以提供公共服務：公民社會內的結社組織，藉由網絡來相互連結，以此共同合作，形成策略聯盟，對公部門未執行之服務政策與事項加以執行⁹²。

（四）、新治理

除了新公共服務之外，晚近新一個的發展，爲「新治理」途徑。新公共服務強調公民與社區參與治理的重要性，並認爲治理的價值不應限於效率效能，而應擴及憲政民主或其他更進一步價值。新治理並不否定之，而係在治理模式上更進一步強調社會部門之對話與自我治理，亦即強調政策網絡之建立；政府只在督促網絡內的各種相關團體爲有效的對話與決議，以及在必要時以一種廣義的而涵蓋各種可能動用的資源在內的政策工具的角度，而爲相關資源配置／政策手段的採行決定。如此模式下，政府得被稱爲「第三者政府」(Third-party Government)；政府本來是第一者，但其選擇不直接提供服務或決定與民眾（民眾爲第二者），而係透過其他廣義之各種組織（亦即第三者），來完成有關的服務（此服務係指廣義者，包括各種類型的行政決定與行爲）。政府的功能不在於自己單方、片面、高權爲各種巨細靡遺的調查與決定，而係強調共享與合作，並依賴第三者團體間之有效溝通。

新治理理論的基本假定爲：在多元化、後現代化、網絡視訊傳播高度發展、複雜化與快速動態化的社會，政府難再一如往昔般維持單一、高權的決行地位，而應經由網絡而爲治理。例如以鄰避設施之設廠准駁與否的問題而言，建立網絡而使不同層級的地方政府、相鄰的地方政府、主要的業者、環保團體、當地的民眾、當地的仕紳領袖、長期參與的媒體（工作者）、主要的學者專家、非

⁹² 韓保中，上揭博士論文，頁131。

於該領域而屬於跨國或跨世界性質的相關團體者，形成一個對話與溝通的機制，毋寧才是上策；政府的任務在於促成網絡內的相關團體的有效溝通，並以一種較為宏觀的方式理解到政府有各種的政策手段可供採用（例如政府得承諾補貼，也得承諾對業者為一定的放鬆或嚴厲化的管制，也得明示或暗示業者必須提供回饋，也得要求業者必須做好各種的控管以降低外部的不利益性，也得要求業者必須透明化有關的決定…），而妥為選用。

本說強調如下之治理構造：

1、從層級（hierarchy）到政策網絡（policy network）：相關地方政府、相關之非營利組織、相關之私人企業或中央政府之相關部會，乃至該議題有關之各種有關的區內區外國內國外的行動主體，均得成為網絡內的行動者。

2、從下游之個別機關與個別決定，到上游層次之宏觀理解，以及整套的政策工具的搭配選用的完整性考量：行政機關於決定時，於從個別機關依個別依法律而為之個別（從而一般乃屬下游）的決定，提升到較為上游的階段，而且得預為觀察與從事策略性思考；政府應該在方案形成的早期變已經意識到有這個問題，而且將各種相關可能派上用場的政策工具一併羅列，亦即形成整套的方案，並依事情的發展與具體的需要而決定選用哪一個或哪一些政策工具。

3、從公私對立到公私合夥：強調治理手段上得有各種的選擇，非必以單方高權之行政處分為行政決定為惟一的選用，完全的民營化、公私合作、公私協力等，均是可能的方式。

4、從指揮與控制到協商與勸服：傳統的公共行政，強調透過層級節制的指揮控制來執行公共政策，新治理途徑則認為其在現今已難以適用；在一個複雜、多元、動態、網絡互賴的的社會，不論在政策設計還是執行階段，協商與勸說才是上策；公共經理人應該學習調控，亦即針對不同情勢、對不同行為者，構思各種誘因或手段以達成目標。

5、從管理技巧到塑能（enablement）：傳統新公共行政與新公共管理都強調管理技巧，但這有其侷限性，未來行政的機關與政府官員的任務在於塑能，而且包括三個部分：（1）、啟動技巧：啟動網絡

中行爲者參與及解決公共問題；(2)、指揮技巧：行政官員必須像指揮家一樣來維持網絡，亦即透過勸導、溝通、說服等方式而使所有網絡參與者都能爲真誠有效的溝通；(3)、調節技巧：新治理需要透過獎懲或其他政策手段的具體適用以誘使網絡中的行爲者合作，並於必要時爲有關的制裁或獎勵或調節等⁹³。

另有學者歸納新治理之如下意涵：首先，其係一種多層次的治理（Multi-level Governance）：就地方公共事務的處理而言，其應該由中央政府、地方政府、國內非營利組織、大眾傳播媒體、非組織公民運動、私部門廠商等行動者，依不同的政策議題參與各種治理，甚至必要時也得包括全球或區域的國際組織、多國籍或跨國企業、國際非政府組織等。其次，新治理也是一種多元化的治理關係，手段上包括科層式組織體制的單方高權決定，也包括市場治理模式下的交易契約關係，也強調一種社群主義下的之相關社群團體之溝通對話之社群夥伴關係（於此乃銜接到政策網絡的理論）。第三，新治理強調資源面，而且強調資源相互依賴的治理：各個行動主體都有各種不同類型的資源，而各有一定的行動力與勢力，但也各有不足而需要合作溝通以成就更大的效益的面向。第四個特色在於，新治理係採行政策網絡而爲管理⁹⁴。

新治理係一種「新的」國家統治過程，以及社會整體被統治及規範的一種新的型式，經由擁有自我治理（self-governance）能力的組織網絡而爲治理；政府與其他組織或團體經由資源的相互依賴，一起承擔工作與責任，達成共同治理的效果；其精義是一種民主治理，而且特色在於不論不論中央、區域或地方層級，也不論公或私部門，大家協力而爲掌舵（co-steering）、管制（co-regulation）與合作；其乃係政府與社會的一種新的互動模式⁹⁵。

（五）、其他

⁹³ 以上五個特色，引自引自葉嘉楠，上揭文，頁33-38。

⁹⁴ 劉坤億，「地方治理與地方政府角色職能的轉變」，空大行政學報，第13期，頁236、246以下（2003）。

⁹⁵ 蔡允棟，「官僚組織回應的概念建構評析－新治理的觀點」，中國行政評論，第10卷第2期，頁89-115（2001）。

以上約為主要的治理理論與模型。由於知識與傳播發展快速，加上世界主要國家或甚至各自之下之邦政府與地方政府之推展與是行等，各種細微的新一代的治理模式乃不斷被提出。

一派在內涵上近於新公共服務模式的嘗試，為「公民會議」。其在理念上係緣自歐美商議式民主 (deliberative democracy)，旨在儘可能避免立法或行政部門的專擅，而演化發展出來的一種公眾商議制度。其中心旨趣在於：增強公民對擬斷中的政策，有了深度的理解，知悉制定的理由，洞悉制定的目的，曉徹制定的願景，以爭取其對政策的認同及執行的應用、順服及合產；提供意見交流的平台，實踐對話治理的理想，減少不當的政策抉擇，杜絕政策失靈浪費有限資源的現象。因之，其乃為各界重視、引介及應用的政策化民主機制。台灣亦引進此制度，如代理孕母、全民健保、稅制改革、高雄市跨港纜車公民會議等，吾人可以從這些個案中，找到可為現今台灣民主深化與治理轉型的借鏡，呼應政經社文變遷下的環境脈絡，優質化民主治理的運營⁹⁶。

另也有學者企圖歸納新一代治理的風貌，而指出：相較於傳統的公共行政，現今的公共行政的治理研究途徑呈現以下新的轉變趨勢：1、分析單位由機關與計畫轉變為政策工具 (from agency and program to tool)；2、運作關係由層級節制轉變為政策網路 (from hierarchy to network)；3、公私互動由公私對立轉變為公私合夥 (from public vs. private to public + private)；4、行政手段由命令與控制轉變為協商與說服 (from command and control to negotiation and persuasion)；5、管理者的能力培養由管理技術轉變為授能技術 (from management skills to enablement skills)。從而，治理係指政府行動者 (governmental actor) 影響特定政策領域中其他社會行動者 (societal actor) 的方式；治理係政府所設定的一組制度性規則架構，在此規則架構中，政府行動者將企圖運用各種政策工具操控社會行動

⁹⁶ 公民會議的相關研究，可參見邱靖鈺，公民會議在台灣之運作與評估，台大政研所碩士論文 (2006)；陳東升，審議民主的限制--臺灣公民會議的經驗，台灣民主季刊第三卷第一期，頁77至104 (2006)；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，第六期，頁61至118 (2003)。

者的決策行爲；相對地，社會行動者也會透過此種制度性的規則性架構來影響政府行動者的決策行爲⁹⁷。

(六)、小結

傳統公共行政模式，已經被新公共管理、新公共服務及新治理所部分取代。此等理論或模式並非象牙塔之見，而是具有世界性之實施經驗。德國行政法總論改當中新公共管理思潮占有相當比重，已如前述⁹⁸，德國學界也開始引介新公共服務之理論⁹⁹。

四、我國行政法學的發展方向

我國行政法學有憲法規定、大法官會議解釋與行政法院裁判當作基礎，並有自 1996 年以來行政程序法、新行政訴訟法、中央政府組織基準法之立法所形成的積極架構，已經具有可發展性。

我國整體社會也已經呈現現代專業分殊化、後現代化、資訊暨網絡化、全球化、風險化的風貌，但另一方面卻仍存有威權轉型以來的諸多亂象，法治觀念未必深入人心，官僚化/綿密法令化/一體化/權威化/單方化仍是行政體系的主軸；地方公務多呈現因循舊章/開展性嚴重不足的情形；政治力穿透行政；民眾參與質量不足，參與多係形式重於實質，社會團體能量不足。我國民主鞏固尙有待深

⁹⁷ 引自蘇彩足主持，從 SARS 的因應檢討台灣的行政治理模式，國科會補助專題研究，頁 2-3（2005）。

⁹⁸ 詳見黃錦堂，行政組織法論，其中私營化、機關分權化、地方化等議題等專章（2005）。

⁹⁹ 例如有關荷蘭 Tilburg 市的改革轉向的引介與討論。該市於 1985 年起便廣泛引進新公共管理有關的改革構想，並且轉換為制度而加以實踐；其改革的內容涵蓋新公共管理各種的主要方案，例如將公務人力由原先之 300 人降為 40 人左右；該市政府之一級單位必須每年三次將市政府與市議會之間所簽署的協議落在有關的績效指標上的實際執行的情形，向議會提出報告等，其他細瑣之處不予贅述。但自 1990 年與 1994 年兩次該市選舉之後，已經顯示出原先的改革構想難以維持：人民固然對新公共管理模式下的改革的效率提升的成效並不懷疑，而這也有諸多的數據加以顯示（尤其有關財務赤字的改良），但普遍認為人民「沒有參與性」，以及因而之疏遠性、不理解性與不滿意性。再者，此類行政效率的提升，究竟人民之有關需求真否獲得滿足，非無疑問；滿足一詞得有諸多的項目，至少涵蓋尊嚴、寧靜、舒適、順暢、景觀與氣氛，以及公平與愛心等。新一代的治理從而必須強調人民的需求與人民問題之真正的解決，該城市新一代的改革名稱為「持續性的發展過程」（荷文為 permanent Ontwikkelings -process; POP），企圖對城市的發展、社區左鄰右舍相鄰關係、公共服務三個領域為全面性的重新界定，並在市政府相關軟硬體的設計上予以調整。以上，見 Frank Hendriks/Pieter Tops, Der Wind des Wandels: New Public Management in der niederlaendischen Gemeindeverwaltung-Unter Berücksichtigung der Entwicklungen in Deutschland und der Schweiz -,VerwA 2001,92. Bd., S.560 (2001).

化，民意代表的功能與選舉方式非無討論餘地；民主與法治之社會與文化心理面之落實，仍有一段長路—民主絕非只有選舉與政權輪替；人民的教養，也非無提升之餘地。

我國行政法律仍不無威權性、中央集權性、法律條文不周延性。依法行政在實踐上仍不無政治考量；在依法審判上、行政法院裁判權威與說理度仍可進一步被期待。憲政主義與法治主義之落實，也是當務之急¹⁰⁰。另一方面，我國行政法律也應借鏡新公共管理、新治理、新公共服務而為調整。

第四節 行政法之體系

一、行政法之理念

行政法之體系關懷為「法治化」。法治化，或所謂「法治國」(Rechtsstaat)，為立國目標之一，而與民主(國)、文化(國)、社會(國)、環保國等併立。凡此憲法原則，有待主政者衡量時代演變與社會發展而妥為決定評比配置。

與行政較為密切相關的價值，為效率與效能，或也可稱為「行政國」價值。效率(Effizienz)係指國家行為(含設定組織或進行任何程序)之節約、合於經濟計算；效能(Effektivitaet)係指方向與手段間之正確，其規模或層級高於效率；效率一般指在目的已決定下之時間、人員、財政等方面之節約，效能則涉及政策目標與政策手段之選定。效率、效能是否亦為立國精神之一？德國基本法並無明文，行政法教科書也鮮少為直接且積極的討論¹⁰¹。事實上，法學討論早已經指出，法律若欲發揮規範效力，則必須針對現實情形。所謂「事實之法規範創造力」的意義，係指決策者不可偏

¹⁰⁰ 舉例言之，我國集會遊行法之執法，若行政機關能採用西方新的治理模式，而強調溝通、社群網絡之溝通、促成相對立或相關團體之溝通，促成公民意識而積極發揮自我治理之功能，當然能收到最好的效果。但反面言之，若行政機關人力與經費難以負荷，也沒有足夠的經驗與文化，而且社會力也有一定的脆弱性與被動性，則相關制度的建立、軟硬體的齊備化等，仍具有重要性。

¹⁰¹ 德國各著名行政法教科書之書末專用字彙中，一般未列效率效能，內文即或有之也只是在財政為主之議題，欠缺整理與建構。Vgl. Erichsen, aaO., Norbert Achterberg / Guenter Puettner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch*, Bd I & II, Heidelberg, 1990 1992 Hans G. Wolff / Otto Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl., Muenchen (1974).

離整體社會之實存的政經社文情況甚至結構。效率與效能進一步意味著，立法者與行政部門必須考慮國家社會所處的政經社文變遷。就國家財政收支與劃分之設計與社會福利或環保標準與證照審查程序之拿捏，德國學界也不乏強調節約、效率、促使德國成爲外資喜好國家（Standort Deutschland）之主張者¹⁰²。Norbert Achterberg 教授在其行政法總論著作中明白指出，效率、透明與參與是任何政治行爲所必須遵守的標準，而且也是行政機關從事行政行爲時之基本原則¹⁰³。

台灣當今之法治建設，參考前述之德國經驗、治理理論與我國之政經社文變遷，應強調如下幾項：憲政主義之建立、民眾之參與、政府之有效回應性（含政策之妥當性以及行政手段之多元與有效性等）、各種基本人權之進一步確保（尤其以一種兼顧後現代的人性關懷）、檢調與司法之積極發揮功能（含中立與獨立）、社會弱勢之照顧、永續發展價值之維護、關注並預防風險、政策手段有效性之不斷檢視（尤其保護措施之檢討、解除管制與分權）等。

二、 行政法學與相關學門

行政法以行政爲客體，探討其應如何受到法之規範，內容上應區分爲經社面之行政任務之決定與法律釋義學之操作兩大部分，已如前述。公共行政畢竟屬於人類社會中歷史久遠而且範圍廣大之實存部門、現象，從而早已成爲不同學門之觀察對象。因限於篇幅，以下僅就若干學門爲討論。

（一）、政治學

政治學的研究主題十分寬廣，包括國內、區域與國際均是範圍，重點在於制度、權力、國家社

¹⁰² Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, Recht und Staat, Heft 402 /403, 1971, zitiert Nach Helmut Lecheler, Verwaltungslehre, Kurzlehrbuch, Stuttgart, S. 234. (1988)

¹⁰³ Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, S.279f. (1982)

會之發展、正當性等。

政治學¹⁰⁴與法學不同之處，在於其較少從事法條、概念、組織內部與個別細緻行為之討論。政治學對公部門的興趣，係針對其政經社文限制以及主要行動者的構造與策略行動，以及因而之決定。政治學一般反對將行政單純界定為機械性之執行法律，認為這是一種老舊的觀念。政治學固然關懷行政組織，但不是下游之名詞界定，而是總體之行政體制之構造與政治意涵。就行政行為而言，政治學關懷總體或相關策略之選用考量與結果，而不在乎形式上為行政處分、行政契約或行政計畫。政治學也關懷行政行為或行政決定是否能被民眾接受，但就此非限於狹隘之行政程序之遵守與否，或具體法條之解釋與適用，而在於掌握行政行為之角力過程以及民眾接受與否的條件或結構因素等¹⁰⁵。

我國行政法總論教科書中所討論者，不無偏重行政處分與行政爭訟，而較少注意法律與政策制訂之面向。我國雖然於行政計畫與法規命令章節討論行政程序與裁量，但仍不免侷限於行政程序之遵守與裁量之合法性（指合於系爭法律），較少著墨經社條件或限制¹⁰⁶。經社條件變遷與行政法之變革，未來也應成為行政法學的討論議題。

（二）、社會學

社會學一如政治學，研究之主題相當廣泛，但主要關懷在於社會，包括族群、社會階層、家庭、性別、社區、部門與整體社會等，關注結構、社會化、平等（尤其有關婦女、少數族群或少數團體一

¹⁰⁴ Vgl. Ungefaehr Arthur Benz, Verwaltung, in: Eberhard Holtmann (Hrsg.), Politik-Lexikon, 2. Aufl. Muenchen, S. 683 (1994): 美國行政法總論之教科書亦有相同之見解, Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane, Administrative Law, The American Public Law System: Cases and Materials, 3rd ed., p153 (1992) .

¹⁰⁵ Arthur Benz, aaO., S.683ff.

¹⁰⁶ 司法院大法官在釋字第426號解釋中，對空氣污染防治費收費辦法中有關費率類別、污染源之種類、污染費之支出項目等，指出欠缺合理考量，尤其欠缺因地制宜之設計，可謂係對行政命令之裁量結果所作之非難，顯示我國行政法或憲法之學理與實務也有考慮有關裁量之規制。同樣之案件有釋字第398號解釋、399號解釋、400號解釋、47號解釋、422號解釋、423號解釋等。

例如新興教派)、社會安全與福利、社會變遷等面向¹⁰⁷。

社會學以其多重與豐富之研究旨趣，對公部門也有討論必要。社會學喜歡將行政當作一個整體來觀察，並且從各不同人類文化體系加以比較，例如關於人類社會將受制於法令鐵籠之命題，或行政不斷膨脹之鐵律。其次，社會學常從人事、組織、溝通、行政之內在與外在環境切入，調查相關實存狀況，例如就行政機關人事中，社會學者致力於分析公務員的身家、動機與意願，或有關領導統御、組織文化、組織內之非正式關係等。社會學也關懷一新任務或政策之提出時，相關組織與人員之回應；行政區域重劃或政府層級之精簡等，也是屬於社會學研究的範圍。社會學對行政之正當性，包括行政應經由何種程序與作法，或對於行政於經社條件變遷之挑戰，也加以研究。一般而宜，社會學的最終關懷旨趣，似乎在於理性或正當性，而非狹義之合法性。社會學之另一關懷，而且為實證社會學於個別具體議題所追隨者，為行政之合理性，約為效率與效能。

社會學所界定之行政，一般係指人類歷史發展中之行政、當前實存之行政各面向、行政總體、具體特別或甚至個案之行政，共計四者。社會學原則上不重視行政之個別行為或個別組織，除非其具有個案研究上之意義，這與政治學相同，從而與以個案中人民權益保護為主要職責之行政法學，有所不同。社會學研究效率、效能或理性，政治學研究權力、關係，二學科均強調一定之動態發展與經社結構研究。行政法學注重人民權利義務、相關制度（含組織、程序、賠償、補償、爭訟），但法律學系教學上不免側重下游個案之處理；行政之法之治理之上游方向討論，必須借重政治學與社會學之發現。

（三）行政學

行政學固然為獨立之學科，主要題材為行政之環境（由此界定出行政任務）、行政之層級與組

¹⁰⁷Vgl. etwa Annette Treibel, Einführung in soziologische Theorien der Gegenwart, 3. Aufl. Opladen (1995).

織、行政之資源（指人、物、成本與效益、收入與支出、預算、決算、審計）、行政之領導、行政之流程（不同行政機關間之協調、民眾之參與）、行政之行爲（含行政計畫、行政決定）與行政之控制¹⁰⁸。行政學尚且研究非正式組織、組織文化、組織與環境之互動、組織與領導等，行政學並得動態性或宏觀地研究行政體系外圍環境之變遷所導致之行政改革；晚近行政學門引進治理理論，對環境（含內外）-行政（含各層級與個別主體）-公民（複數）-調控手段（含媒體、階段與手法）-課責，爲整體的討論，更爲宏觀與深刻¹⁰⁹。整體言之，行政學傳統以效能效率爲主要關懷，但如今已經擴展而涵蓋民主、公義、法治、永續發展等價值。

行政學與行政法學二者同樣關心行政，理應十分密切，但在我國而言，兩者間存有主要學者留學國不同、用語不同、寫作議題不同、學科傳承不同、主要教科書內容有別的情形。台灣公法學深受德國系統影響，但台灣之公共行政學者，則多留學美國。公法學強調「人性尊嚴」、「法治國」、「人民基本權利之保障」，並闡述各種自由權利（例如「資訊自由」、「出版自由」），而後討論法律保留、比例原則、利益衡量、平等原則、信賴保護原則。我國行政法著作多強調法律保留、行政處分與行政爭訟，並側重法律之解釋與適用（例如何謂「行政處分」、「行政契約」、「事實行爲」）。在綿密的外文注釋與國內判決援引，不斷專業、複製、再生產中，行政法（學）孤立於行政學矣！

展望未來，行政法學與行政學得共同討論行政之理想圖像（指導理念）、建制原則，或甚至進一步建立行政組織、行政行爲、行政程序、行政控制（行政爭訟法爲其中的一部份）等之實質指引。

第五節 行政法之公法屬性以及公法與私法之區別

公法與私法之區別，係十九世紀德國所盛行的一項理論。其背後的思想依據，爲國家與社會

¹⁰⁸ Vgl. Puettner, ebenda, Werner Thieme, Verwaltungslehre, 4. Aufl., Koeln (1984); Helmut Lecheler, Verwaltungslehre, Stuttgart (1985).

¹⁰⁹ 見本章先前治理模式之討論。

之區分；就社會部門內之爭議事項，係交由普通法院審理，就國家事項，則因其性質特殊、具有公益色彩，必須交由專門之行政法院負責¹¹⁰。公法與私法區別之目的，從而，自源頭處而言，在於分辨兩大法體系是否服膺於完全相同之原理原則與技術（指立法之方法、重點及法律適用之操作規則），而因為在法律發展史上民法係早於行政法而發生，所以上述問題的意義也就在於：行政法是否以及於何程度內與民法有所不同¹¹¹。

從下游面而言，公法與私法之區別的實益在於：就行政法領域所發生之爭執案件，須否設置專門之法院與機制，例如訴之利益、訴訟類型、不確定法律概念之判斷餘地理論、行政裁量之有限審查理論，以為處理¹¹²。公法與私法的區別實益，進一步在於損害賠償依據與強制執行不同。私人間之損害賠償之要件與效果，依民法債編損害賠償法規定，公法上之損害賠償則係依國家賠償法有關規定請求；民法上之損害賠償面臨侵權行為人之資力問題，國家賠償法則以國家（該具體案件之行政機關）為賠償義務人，原則上不發生資力不足情形。民事案件依強制執行法為依據，債權人必須取得執行名義，公法案件則依行政執行法為之，行政處分即具有執行力，行政機關不必另行取得執行名義即可強制執行。除此之外，行政法案件應適用行政程序法，私法案件則無須如此。

公法與私法之區別，常發生於個案之中，法院必須衡量系爭法條與個案之特色。一般而言，只有當系爭法條與個案顯示出強烈公共利益色彩時，法院始得認定其屬於公法案件；反之，若係一般人民間亦可能相互成為該項法律之權利義務關係主體，或依社會通念屬於一般人民間所能完成之案件，則為私法案件¹¹³。

¹¹⁰ Vgl. Carl Hermann Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl., S.2ff. (1983); Christian-Friedrich Menger, *Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, DOE V 1963, S. 726ff.

¹¹¹ 另一更廣泛問題則為，一法律（領域）如何經由公法條文與私法條文之搭配，而發揮最適規範效力。

¹¹² 行政法院57年判字第472號判例謂：「人民不服行政機關之處分，固得循訴願程序以求救濟。但行政機關就其與人民間私法關係所為之意思表示，則屬私法上之行為，不得視為基於公法上權力服從關係之處分。人民對之如有爭執，應依民事訴訟程序訴請普通法院裁判，不得依行政爭訟方法提起訴願。」

¹¹³ 德國學者Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., Muenchen, S. 39f. (1994)，認為在具體情形，如欠缺清楚之法律規定，或存有互相排斥的公法、私法的法律規範可資適用時，則其歸屬應取向於該具體案件中較大的整體關聯性以及行政活動的目的及目標等； Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl., Muenchen, S. 197ff. (1994)，曾提出各種判斷之指標，例如公法偏重立法（設計）而私法維持在較為傳統之形式，再如以法律行

因「公共利益」一詞具有不確定性，而且公法與私法區別也得屬於哲學、國家學、行政法學之層次（即：決定一個國家之行政之本質，以及行政所應享有之特別對待），抽象標準之建構乃有意義，以下略加說明。

除了利益說之外，其他的理論約為：一說主張主體說，又稱為隸屬關係說，又稱為權力說，認為公法與私法之區別，是以當事人間有無上下服從關係為標準；若一規範係規定國家或其他公權力主體與人民間的上下服從關係時，則可認為是公法；反之則為私法，服膺平等原則；而所謂上下隸屬關係，係指行政主體是否有特別（從而也可謂為優位、優先）之權限以處理當事人間之法律關係¹¹⁴。

學說上另有所謂修正的主體說，也可稱為特別法說或歸屬說，認為若一法律係唯一以國家或其他公權力主體（而行政機關只是此主體之機關）作為該法律關係效果之歸屬主體時，則應認為該法律為公法。亦即，只有當公權力之主體始可實現該法律之構成要件時，始得認為該法律為公法，反之，如果該法規係適用於任何人時，亦即任何人均可實現該法規的構成要件時，則應認為私法。本說仍不脫利益說或傳統主體說之見解，若謂有任何推陳出新之處，則似乎為其有意將公法之範圍加以限縮，這可從「唯一」（ausschliesslich）一詞得到佐證¹¹⁵。

就我國而言，經由行政程序法之制定以及訴願法、行政訴訟法之修正（行政訴訟的客體得為行政處分與行政契約），並隨著整體社會之民主化與合理化的開展，行政機關的特權逐漸弭平當中，一具體案件被劃歸公法範疇，對當事人而言並不意謂地位之不平等或訴訟之落空。對於公法與私法

為方式（例如警察之命令處置或契約行為），三如財產處置行為一般係私法行為，第四個判準則係以當事人間是否自治、平等為區分，第五項則係以當事人間之真意為依據，第六項則以該法律所追求之利益為判斷，第七則以當事人間是否具有平等地位為標準，第八說則以個案之最重要之特色或個案之其他相關情形為判斷，第九說則以任務內容為判斷，凡涉及人民基本生活照顧者為私法行為，反之則為高權行為，第十說則以行為者是否握有法律之授權為公法上之行為為判斷標準，該書也肯認以具體案件中較大的整體關聯性作為判斷標準，S. 207。Wolff / Bachof / Stober, S. 207，指出整體關聯性理論事實上係一種拓樸式之論證或甚至一種體系性之詮釋操作。

¹¹⁴Hierzu und zu folgenden, vgl. Dirk Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in: Erichsen, aaO., S. 1 (31ff.); Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober, aaO., S. 197ff.

¹¹⁵Wolff / Bachof / Stober, aaO., S. 200ff.

的劃分，從而得以一般標準為之，而不必刻意界定為私法屬性。其次，我國處於民主鞏固階段當中而政經社文法制仍有諸多有待繼續改良的部分，新法規主體說嚴格限制公法行為或法律關係之成立，似乎過於劇烈，公共利益說毋寧較為可採；至於具體個案之判斷，應以主、客觀各種情形綜合為之，並應注意相關領域國際間之慣例或趨勢。

參考文獻

- 王明禮，1995，《國家資訊基礎建設的法律衝擊—以行政程序為中心》，台大法研所碩士論文。
- 丘昌泰，2000，〈後現代社會公共管理理論的變遷〉，《中國行政評論》，第10卷第1期。
- 史美強、廖興中，2001，〈知識經濟、網絡社會與新治理模式之探討〉，論文發表於「知識經濟與政府施政」學術研討會，財團法人國家政策研究基金會主辦，民國90年4月14日，全文載於該基金會網站。
- 田弘茂、朱雲漢、Larry Diamond、Marc Plattner 主編，1997，《鞏固第三波民主》，台北：業強出版。
- 田弘茂、朱雲漢、Larry Diamond、Marc Plattner 主編，1997，《新興民主的機遇與挑戰》，台北：業強出版。
- 呂亞力，1995，《政治發展》，台北：黎明出版。
- 李惠宗，2004，《憲法要義》，台北：元照出版。
- 邱靖鈺，2006，公民會議在台灣的運作與評估，台大政研所碩士論文。
- 明居正、高朗主編，2001，《憲政體制新走向》，台北：新台灣人文教基金會。
- 許介麟，1996，《戰後台灣史記》，台北：文英堂出版社。
- 孫同文，2003，《從威權政府到民主治理-台灣公共行政理論與實務之變遷》，台北：元照出版。
- 翁岳生，1994，〈我國行政法四十年來之發展〉，收錄於氏著，《法治國家之行政法與司法》，月旦出版社。

翁岳生，司法權發展之趨勢，收錄於上揭書，頁 329 以下。

翁岳生，憲法之維護者—回顧與展望，收錄於氏著，上揭書，頁 389 以下。

高朗、隋杜卿主編，2002，《憲政體制與總統權力》，台北：台團法人國家政策研究基金會。

陳鴻瑜，1992，《政治發展理論》，台北：桂冠出版。

陳新民，2005，《憲法學釋論》，台北：陳新民出版。

葛永光等，1992，《現代化的困境與調適—中華民國轉型期的經驗》，台北：幼獅出版。

高宣揚，2002，《魯曼社會系統理論與現代性》，五南出版。

高宣揚，1999，《後現代論》，五南出版。

許立一，1999，〈後現代主義與公共行政〉，《行政暨政策學報》，第 1 期。

葉俊榮，1992，美國環境法上「糾紛處理替代途徑」在我國實施可行性之研究，環保署委託研究。

黃鈺堤，2000，〈論社會系統理論及其對公共行政研究之意含〉，《政大公共行政學報》，第 4 期。

黃錦堂，2003，德國公共行政「新治理模式」之研究，發表於「民主治理與台灣行政改革」學術研討會，台灣公共行政與公共事務系所聯合會主辦，時間：2003 年 6 月 21 日，地點：政大公企中心。

黃錦堂，2003，「疾病控制的行政法問題」，論文發表於：衛生署、國家衛生研究院、教育部、台灣大學共同主辦之「疾病與社會：台灣歷經 SARS 風暴之醫學與人文反省」學術研討會，時間：2003 年 11 月 14 日至 11 月 16 日，地點：台灣大學社會科學院國際會議廳。

黃錦堂，2005，《行政組織法論》，翰蘆出版。

黃錦堂，2005，「行憲而不修憲的憲政法制政策與憲法解釋」，發表於第五屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會暨中央研究院憲改論壇—法政對話之四《2006 年憲改議題之研究》，時間：2005 年 12 月 16/17 日，地點：中央研究院第一會議室。

張嘉尹，1996，〈國家理論-系統理論的觀點〉，《法政學報》，第 5 期。

趙建民，1994，《威權政治》，幼獅出版。

謝宗學、劉坤億、陳衍宏 譯，2002，《治理、政治與國家》，台北：智勝出版。

廖興中、史美強，2000，〈論官僚組織在後現代社會中的困境與轉型〉，《中國行政評論》，第 10 卷第 1 期。

劉坤億，2003，〈英國柴契爾政府改革背景與理念的探索〉，《行政暨政策學報》，第 36 期。

蕭全政、管碧玲、江大樹，2001，〈行政院組織調整芻議〉，《政治科學論叢》，第 15 期。

Rainer Pitschas,1998，〈論德國行政法總論之改革〉，黃鈺堤翻譯，《憲政時代》，第 24 卷第 1 期。

韓保中撰，2006，公民社會觀點之民主治理理論的分析－以新公共服務為主軸的探討，台大政研所博士論文。

Denhardt, Janet Vinzant and Denhardt, Robert B.(2003), *The New Public Service: Serving, not Steering*(New York:M.E.Sharpe).