

從理性到反思 ——行政學與行政法基本理論 於後現代時期之整合與轉型*

廖義銘

國立高雄大學政治法律學系助理教授

公共行政學上之「新公共管理」，強調以顧客導向取代規則導向，而與傳統行政法之至高價值——依法行政——產生嚴重衝突。此一衝突導致行政學與行政法基本理論面臨必要之轉型。本文以三部份來處理此問題。首先，本文說明在現代國家時期，行政學與行政法在理性主義之基礎上，發展出圍繞「依法行政」和「公共利益」等概念之相關內涵；其次，本文分析行政學與行政法於後現代時期各自遭遇之後現代化問題。最後，本文將論證道，在行政學上，學習型理論及反思性公共行政理論之提出，與行政法上之「反思性行政法」理論之問世，使行政法與行政學典範於後現代時期之整合與整型，可一言以蔽之：從理性到反思。

關鍵詞：反思性公共行政、反思性行政法、反思法

壹、前言

從 1980 年代以來，在公共行政學上出現所謂的「新公共管理」(New Public Management) 的概念，其強調競爭性、使用者的選擇、透明以及誘

* 本文感謝三位匿名審查委員所提意見及參考文獻，特此致謝！

收稿日期：92 年 7 月 11 日；接受刊登日期：93 年 5 月 18 日

因結構，因而要求高度專業的管理，而非僅是技術性的管理，並且要求高度的裁量權來達到其各項行政目的（Hood, 1991: 3, 5-6）。簡而言之，新公共管理的一項要旨，便是以目標導向來取代過去的規則導向。

在規則導向時代，行政實務與行政法都統合在「依法行政」之要求下，而以目標導向來取代規則導向，便不免造成行政管理實務與行政法的矛盾與衝突。究竟新公共管理所倡導的目標導向，並反對過去的規則導向，對行政法基本價值體系產生之破壞，是否會導致行政學與行政法基本理論之分離呢？如果是，則是否有新的理論之形成，能使二者得以再度結合呢？本文之主旨，即在於探索以上問題。

本文將以三個部份來探討上述問題，首先，本文將從現代理性主義國家之體質與發展，以及理性官僚主義之理念，來說明在現代國家時期，行政學與行政法是如何地在理性主義之基礎上，發展出圍繞在「依法行政」及「公共利益」等核心概念之行政學與行政法；其次，本文將分析行政學與行政法於後現代時期所各自遭遇之後現代化問題。在行政學上，新公共管理等相關理念之提出，顛覆了行政學傳統之理論，並且使其與行政法體系，漸行漸遠；而在行政法這一邊，則也出現了非法律化和離散化的現象，使其自身面臨諸多矛盾，同時也不再能作為傳統公共行政價值觀的有力保障。

說明了上述的行政學與行政法理論於現代及後現代時期轉變間的辯證關係後，本文接下來將指出，行政學與行政法近年來各自所發展出的新理論，似乎有不約而同、趨於一致的曙光。在公共行政部份，近年來堪稱獨占行政學鰲頭的學習型理論，以及「反思性公共行政」（Reflexive Public Administration）理念，側重人之持續反思與學習，並強調從動態的系統觀來衡量組織之運作與方法，此要旨與強調法律作用力之節制，及社會反思力之引導的「反思性行政法」（Reflexive Administrative Law）理論不謀而合。因此，本文提出，行政法與行政學之理論，於後現代時期之整合與轉型，乃是從理性到反思！以下，即依序說明之：

貳、現代理性國家之行政學與行政法

行政法與行政學理論於「依法行政」及「法治國」原理之下，使二者得以相得益彰。而此一成就，乃源自於近現代國家之基本目標與體質，及其所伴隨之理性化官僚主義。在上述二項客觀與主觀之條件下，使行政法與行政學理論得以在「依法行政」理念下，攜手相伴、大步前行。以下即說明之：

一、近現代國家之體質

我們目前尚生活在一個由「民族—國家」型態佔據主導地位的世界體系中。儘管此一世界體系已不同於十九世紀大多數思想家們所期待的那樣，但支配當今社會科學的那些思維模式，卻仍相當程度地依賴十九世紀的那些原創性思想（安東尼·紀登斯，2002: 24）。行政法傳統模式中的法治理念，也是在十九世紀末期，根據當時的西歐諸國之社會狀況所產生的（Galligan, 1992: xi~xii.）。而其中最重要的，則是市民法治國之需求與發展。

德國自十九世紀中葉起，美國與法國則早在十八世紀末，即進入市民法治國。市民法治國之興起，一方面與政治上的自由主義思潮、民族國家之興起，從而造成國家理念之變遷有關，另一方面則係基於當時經濟、社會之不斷發展。由於工業化以及不斷的都市化，使國家行政部門必須進一步從事道路橋樑或運河等有關硬體的興建，也必須廢除既有的關稅或其他人為障礙，更必須設立專業的學校，並建立適度的工資制度等。這些都產生各式各樣新的行政管理問題，而且以極快的速度迎面而來，迫使國家行政部門必須快速加以因應（黃錦堂，2000: 42-43）。

在此之時，伴隨著美國獨立建國、法國大革命，對歐洲各國產生對行政法與行政學之發展有關鍵性影響的制憲運動。在制憲運動中，有志之士無不暢所欲言，申論對君主立憲、基本人權、司法權等之期待，行政法在此時，奠下往後發展的基礎。

時至二十世紀上半葉，另外一項現代化政治的主要產物——統合主義（corporatism）則構成了所有歐洲進步的二十世紀社會之主要政治與行政架

構，並使行政學與行政法之內涵，同時獲得擴張。

「統合主義」(corporatism) 之概念係由 Philippe Schmitter 首創。他對統合主義的界定是：

統合主義可以界定為一種利益代表體系，其組成單位被組成一種有限數量、強迫、非競爭、階層秩序和功能區別。它們是被國家承認或特許（即使不是被創造），並在其所遵守的範疇內，授予一種刻意安排之代表性壟斷，藉此以換得國家對彼等在選擇領袖、匯集需求和支持上的某種控制（Schmitter, 1974: 93-94）。

他認為統合主義在歐陸國家原本就有深遠的意識型態背景和歷史文化傳承，並且在戰後西德等國的民主體制中持續運作著（徐振國，2000, 4-5）。在其運作下，國家的權力核心在於行政權之運作，亦即權力從代議機關轉出，而集中在官僚化的行政體系中。它自然所產生的結果，便是國家對社會領域干涉的深度和廣度，都大幅擴張。統合主義於是成為計畫經濟、中央控制和對社會行為全面干涉之工具。同時，它使國家積極地創造並維持功能性的利益表達團體，並給予這些利益表達團體壟斷的權力及利益，並且將之集中在中央政府的決策體系中。正如 P. Birkinshaw 等人（Birkinshaw, 1990: 3）所說的：

……統合主義是一種政治代表與國家介入的模式，它將公權力的行使分配給處於被國家規範之關係的利益團體或其他組織。這些關係將會在穩定地在形式化或非形式化之體制中表現，而利益團體或組織則在某種程度上，具有政策形成或執行的權力。

此統合主義之興起，在現代行政的發展上更具意義的，乃在於由國家主導而將公民權擴張到所謂的「社會權」之領域中，亦即增加了公民的權利和社會福利，並從而回過頭來強化國家的合法性。此一發展，使公民的政治與社會權利，被視為是國家權力和國家責任的領域。為了實現這個責任，便須

進一步地將法律與政治權利予以集中，以及官僚機制的進一步強化。

以上三者表現在行政法與行政學理念之結合上，主要便是尋求透過裁決程序和司法審查的形式化，來將行政機關之行政裁量權限定於憲法所授予之範圍內；並且其裁決和審查所依據的最終標準，是建立在統合主義下所假定的「公共利益」之實踐概念。

而所謂統合主義下「公共利益」之實踐概念，則是指在行政上假定可透過制度上的安排，來聽取或依循某些特定團體所提出之見解，即可符合公共利益。亦即依統合主義之制度安排，讓許多制度化的、官僚化的菁英之位置，由較大的私人企業、公會聯盟、高級公務員和主要利益團體的領導人所佔據，並賦予他們在利益的調處過程中關鍵性的地位。他們有權將各種利益予以過濾、篩選後轉化為政策。

此一作法在行政法上之意涵，即是假定政治決策者透過制度性之妥善安排，即能有效地監督行政官僚的政策執行之行為，而毋須司法去加以審查（Rehbinder, 1976: 373, 376-377）。也因此，司法審查的目標，只是在當國家追求公共利益，而對個人權利造成侵害時，提供最後的保障。從而德國的行政法院，投注他們大部份的心力在保護個人權上，而非監督政府的決策與行政行為（Bohret, 1983: 33, 42）。

二、理性化官僚主義

現代國家在公共行政學基本理念的建構上，主要在於理性化與官僚化。「理性化」和「官僚化」的概念，在 Max Weber 的社會理論中有最為出色的論述。「理性」所指的是一種行為模式、傾向，而其特徵是可計算的、系統化的、非人性的。而「官僚」則是指一種「法定權威的純粹形式」，以及一種根據形式理性原則所形成的行政模式，它是一種階層性的，以規則為導向的系統，而它的極至則是可計算的、非人性的、倫理中立的、與完全以成本效益之考量為依據的行政作為（Levin, 1981: 5）。

在理性主義之下，現代行政法之操作方法強調規則的運用，和法律概念在邏輯上的推演。在這種操作方法之運用下，現代行政法企圖成為一種緊密的相互閉鎖之邏輯體系，並且在此一閉鎖的體系下，將行政人員恣意濫權的

可能性降到最低，而實現法治社會的理想。所以行政官僚的裁量權，曾被視為是人民主權之賊（Finer, 1941/1972）。

此外，植基於理性主義的行政法，其核心便在於形式化的行政行為——例如行政處分。其特徵在於由官僚體系依據法律之明白規定，透過制式化的內部決策過程來產生，並由公務員體系依清楚的管轄規定加以執行。國家公務員則經由專業考選加以拔擢，而且為全職人員。除此之外，這種官僚之形式理性，尚經由行政行為之公文程式與書面要求，而進一步予以確保（Pitschas, 1998: 179）。

在以上國家體質及理性主義之理念下，行政學與行政法得以並行不悖，但是這種情形到了後現代時期，卻因為國家的退卻與行政理念的變革，以及行政法體系本身的缺陷，而面臨挑戰，以下即說明之：

參、國家行政之後現代化

一、新公共服務

現代國家之後現代化發展最主要的現象之一，有「新公共管理」（New Public Management）之出現。它可說是二十世紀的七十年代後期，西方世界諸國行政革新的共同方向和共同特點之概括性名詞（Kickert, 1997；詹中原，1999）。

英國自 1979 年柴契爾夫人上台，揭開了實踐「新公共管理」的序幕，無論新公共管理之實踐成效如何，在此一新公共行政理念下，法律規則所扮演的角色，都完全不同於傳統的官僚體系。例如延續「新公共管理」理念的英國「續階計畫」（Next Steps），其核心即建基於著重「專業」與「管理」的行政裁量體系，並且這個體系的運作，在「契約」（如政府委外契約）下具有高度的自由性，所以特別注重靈活的控制而非法規的遵守。並且其著重於用市場機能來作為審查和制約力量的來源，而這便與前述行政法強調以合法性來檢驗行政作為之理念，有著嚴重的衝突。

總之，在新公共管理理念下所產生的各項變革，會潛在地使行政法失去穩定性。因為這些改革基本上威脅了行政法傳統模式中的法治（rule-of-law）

理念，而此法治理念是使「行政法」得以在現代社會中獲得最終的正當性和合法性之基礎。

然而，新公共管理之理念，忽略了行政過程中的倫理和規則之面向，正如 Robert Denhardt 等人 (Denhardt and Grubbs, 2003: 533) 指出的：

……對於再造及「新公共管理」的一個重要批評是與企業營運及商業價值適用於公共服務上有關。當政府與公民的關係變成經濟模式，亦即將公民視為顧客時，可能會帶來成本的節省並使公共組織更有效率，但這個問題長期上會對公民權益及公共參與造成影響。雖然建立一個「小而美」的政府可能會帶來更大的盈餘，但它卻會對公民對治理機制的投入帶來負面影響。

基於此一反省，於是 Robert Denhardt 等人所提出的「新公共服務」(The New Public Service) 之概念，便強調今日的公共行政，應逐漸重視道德議題。而道德議題，基本上包含二項意涵，一是強調公民在治理過程中的參與，亦即愈來愈多的公共決策，宜藉由與公民有意義的互動而做成，而也強調只有在公民與政府間追求「雙向道」時，才能造就二者之健全的關係 (Denhardt and Grubbs, 2003: 538-539)。二則是強調公共行政之領導，其目標是爲了建立公共服務普遍性的高道德風尚，主張建立並維持政府與公共服務間對民主價值真正的承諾，此一承諾則包含了回應性、參與性與對公平正義的承諾 (Denhardt and Grubbs, 2003: 540-541)。

上述「新公共服務」的理念，完全不同於「新公共管理」所強調的遵循或模仿企業運作模式的理念，更不同於過往公共行政領域所偏重的技術性流程的管理與改進之觀點。而偏重企業運作模式和技術性流程管理的公共行政觀，其基本價值乃在於工具理性的發揮，因此對這二種公共行政理念的遠離，象徵行政學領域對理性主義的根本反思。

二、新治理模式

除了新公共管理與新公共服務外，探討行政管理模式之學者在後現代時

期所非常重視的問題是：在一個複雜的、變動的、紛歧的社會—政治體系中，如何以更爲有效而民主的方式來治理（Kooiman, 1993: 35-36）？而此一問題所涉及的，乃是後現代時期國家與人民之間關係之轉變。

研究社會—政治新治理關係的學者，大多已體認到前述現代官僚主義國家的層級化模式之政府，在動態的、複雜的和紛歧的社會中之困境。一般來說，世界各國政府對於這種認識的回應是，進行解除管制和私有化。以美國爲例，從 1970 年代開始，美國在航空、運輸、通訊和金融及能源方面，即做了許多實質的解除管制。¹ 然而雖然在經濟面向上，各種實質的解除管制獲得了大眾的支持，但是在環保、衛生、及勞工安全的領域上，單純地解除管制將造成問題之惡化，卻是社會大眾所無法接受的。因此，在這些領域的管制中，便必須採取另外一種國家和社會的互動關係之模式，而此一模式之重心，乃在於「平均分擔任務和責任，用合作來取代單方的努力，無論是透過國家或是市場」（Kooiman, 1993: 1）。²

在這種新治理模式中，政府與社會的關係，屬於夥伴關係，而不是層級關係；治理所涵蓋的，也不再是一個機主體（國家機關）去控制一個客體（社會），而是一種兩個機關、兩個主體之間的關係或互動（Vliet, 1993: 106）。這種關係的轉變，也就是在後現代時期，國家與人民之關係由原來之上下關係，向平行之夥伴關係傾斜。

而此一關係之轉變，擴大了各種公共事務問題之複雜性，以及公部門與私部門的互賴性。所謂複雜性，是基於各種問題所涉及的因素之多元性和紛歧性；而互賴性意指統治與解決問題的能力，是分佈在各個行爲者之間，並沒有一方能夠在違反對方的意志下，來執行其意志（Vliet, 1993: 106）。在這種情況下，Martijn van Vliet 認爲治理應該被視爲是一種「學習」。治理的目的，不再是在制定可能的最佳政策，而應該是在創造有利害關係的行爲者和一般社會大眾的學習能力（Vliet, 1993: 108）。也就是正如 Donald Kettl

1 有關美國自 70 年代以來所進行的解除管制，請參見廖義銘，2000: 23~26。

2 這種新治理模式，曾有學者如 Martijn van Vliet，以「溝通性治理」（Communicative Governance）稱之（Vliet, 1993: 106-107）。

(Kettl, 1996: 9) 所指出的：

……既然任何組織都不可能掌握一切工作上所需要的知識，那至少必須知道怎麼去學！

綜合以上說明，提倡社會—政治新的治理關係之學者，引領我們注意到沒有任何一套制度，可以再透過組織的權威，而持續地將其自己的意志，加諸在他人身上。所以，權威必須是共享的，自然科學與社會科學的共識，都是暫時的，並且不斷地遭到挑戰，所以任何事實的前提假設都沒有共識。因此，統治關係必須隨之改變，從單向的溝通轉變成雙向的，甚至是多向的溝通；從垂直關係轉變成水平關係；從導引轉變成學習；從敵對關係轉變成互信關係；從衝突走向合作。

肆、行政法之後現代化

一、行政法之非法律化發展

美國學者 Keith Werhan 曾指出，近十年來政府再造所推動的許多改革，已經導致了行政法的「非法律化」(delegalization)。此行政法之「非法律化」，將逐漸形成行政機關決策體制上的新架構，而這個新架構在取向上較為非法律性和非司法性。Keith Werhan 以美國為例而歸納這些改革包括：偏好於以動機為基礎 (incentive-based) 的管制方式，而捨棄「指令管控」式 (command-and-control) 的管制方式；以管制協商作為「給予通知及評論機會」(notice and comment) 的法規制定程序之協助；著重於非形式的爭議解決機制，來取代行政裁決等 (Werhan, 1996: 424-426)。

行政法的「非法律化」也表現在近十年來美國聯邦法院在對於行政行為的審查之實務，其發展特徵包括：明白地表示司法願意准許行政機關採用非形式的決策程序；運用司法審查來挑戰行政機關行政行為之容許度日漸嚴格；限縮法院對於行政行為的合法性之實質審查權力等。

這些對於司法審查的強度與範圍之改變，也挑戰了行政法的傳統模式，

使得司法權作為行政機關行為的合法性之保障者的角色，受到弱化。而降低司法在行政程序中的重要性，乃是行政法的「非法律化」運動之核心。

除了 Keith Werhan 所提出的「非法律化」之見解外，許多學者也都對於傳統行政法強調司法制衡在行政程序中的重要性之「司法中心主義」提出批判，例如 Ross Cranston 認為政府政策的改變，通常都是因為社會政經情勢的改變所引起的，因此政府靈活地改變其心意，其實也具有其重要性。但是法院經常無法認知到情勢的變化。³ 她認為這是因法院習於認定對個案的不正義，因此難以適應複雜的政治議題。然而對於個案不正義之救濟，卻經常會傷害到不知名的其他人。因此，她認為在行政方面的救濟，最好由政治領域來作而非司法領域 (Cranston, 1994: 58)。

總而言之，由於行政法許多重要原理原則的發展，是由法院執行司法審查時所提出的，因此傳統行政法大部份的研究，都把焦點集中在司法審查的分析。然而在最近幾年，行政法學者漸漸了解到行政法不只是法院的判決而已，因此行政法學界的興趣，開始擴大並且朝幾個不同的方向發展。有兩個發展方向是較為重要的。首先是對於行政與管制的方法、制度、和實務之興趣日漸增高。要對於此一方向作通盤的介紹，是非常困難的，但是諸如討論社會福利、國家保險、環境保護與計畫，以及對於私人企業的管制之文章，在質與量上都大幅的提升。其次，則是趨向於認識到傳統的法治論已經無法再作為處理行政合法性問題的適當工具，並且體認到行政法直接而無可避免地與憲法、政治理論及公共行政原理與實務發生連結。

二、行政法之離散化現象

美國學者 Martin Shapiro 和 E. Donald Elliott 兩人於 1980 年代在行政法上的對話，對於行政法理論之發展，極為重要。Martin Shapiro 在〈行政裁量：下一階段發展〉(Administrative Discretion: The Next Stage)一

3 例如英國大法官 Lord Diplock 所說的：「行政政策通常會因情勢的變更而改變，包括政府在複雜的政治環境中之變化，這種隨機應變的自由也隱含在我們憲法所規定的政府形式中」
Hughes v. Department of Health and Social Security, 1985, AC 776, 788.

文中認為，由於電子科技的發展，使得行政機關在處理成千上萬個大大小小的行政裁量之能力上，大為提升，因此導致了更要求將「行政裁量」的概念予以分裂成許多更小的單位，並且更應要求行機關遵循過去的決策 (Shapiro, 1983: 1487-1522)。

但是 E. Donald Elliott 對 Martin Shapiro 的見解，則有其不同意見書，他提出「行政法的離散」(dis-integrate) 之概念，認為 Martin Shapiro 雖然正確地預測到更加注重「技術問題」之重要性，但是其有關法院對行政裁量控制應予擴張的觀念，卻是錯的，因為此二者基本上是衝突的，並且愈依賴專業知識而非法官制法，便會愈加速行政法的離散現象 (Elliott, 1983: 1523-1536)。而「行政法的離散」並不是行政法將不再存在，而是行政法中之法律性質，應該更含混且力量更弱。

而行政法性質如此之改變，將使行政法學界難以再建構出能適用到各種不同的類型的行政作用之司法審查理論。例如在環境法中所建構出的「實質證據」之標準，便不再能夠等同於在勞工法中的案例。

這種「行政法的離散」之現象，表示吾人無法再能期待建構一套偉大的行政法總論；並且，事實上在許多行政法的各論當中，甚至只能容許擴大行政裁量而非縮減之，例如在與高科技有關之行政法各別領域中即是。於是，Donald Elliott (Elliott, 1983: 1523-1536) 最後對於行政法的離散現象，指出如下的結論：

……令人難過的是，行政法的老師可能會沒有東西可以教，因為行政程序大部份都是由行政機關所決定的，或則是基於政策所決定的。我當然不要求司法或立法部門對於各種不同的行政裁量權設定單一的規範。特別是在高度科技性的領域之中，法官更應該縮減對於行政裁量的控制幅度。

上述行政法離散化的現象，在美國行政法學界已有相當深入的認識，而長期為我國行政法學界奉為宗師的德國行政法學界，業已有類似的反省，例如 E. Schmidt-Asmann 引用 Lorenz von Stein 的看法 (陳愛娥, 2002: 106)

而指出：

……真正的行政法之生存原則，在於能夠自由地隨機應變；現行法必須有改變的能力，要能夠一再更新，不斷接受無盡的細節並加以處理。

以上所指出的國家行政之後現代化發展，與行政法之離散化與非法律化現象，都在表現出行政法與行政學之理論在後現代時期，出現了崩盤的情況。然而，行政學與行政法同樣關切著政府行事作為的方法與價值取向，二者若未能有統一的價值取向或理論，則將使行政人員無所適從，更將使社會大眾失去與政府交往、聯繫時所需之判斷基礎。

然而，審視當前行政學上各種有關學習及反思理論之發展，以及行政法上所謂「反思性行政法」理念之建構，以下本文即將說明，行政法與行政學於後現代時期，仍有再度攜手前行之可能：

伍、反思型行政理論之提出

一、組織學習理論

在政府再造的世界風潮中，行政機關迭受批評具有法規嚴苛、繁文縟節、行事僵硬、反應過慢、過於集中、本位主義及能力不足等官僚病態或行政失靈病象，而使其正當性受到空前的挑戰（Peters, 1991: 381-404）。為了提振官僚能力，有越來越多學者提出官僚體制的新思維，而這些新思維之主旨，多在於超越傳統理性主義模型，轉向於重視員工的協調、互動與對話，更進一步說，便是轉向於以人為本，重視人的主觀意識及其潛能之激發，在此理念下，「學習」便成為促使個人和組織精進的最重要概念。因此，「組織學習」相關理論之提出，便成為當前行政學上之重要理論。

在組織學習之相關理論中，Chris Argyris 和 Donald A. Schon 二人於 1978 年所提出之《組織學習：行動理論觀點》（*Organizational Learning: A Theory of Action Perspective*）一書堪稱經典。他們的組織理論完全不同於

傳統建立在理性抉擇模式上之組織論，而側重在自我實現的人性假定。他們認為組織的效能和成員的人格發展、心理滿足、組織內人際互動的社會氣氛息息相關。組織作為一種人與組織交相融合的心理社會系統，其目標係透過行動的分享來達成，及組織學習之成員反身關照組織的行動理念是否出錯，並加以矯治的集體努力過程。而組織的學習行動，其目標不只是針對組織的任務體系與規章制度，更包括成員對組織意象的動態認知和實踐。成員不斷地嘗試從組織系絡中確認自我，檢證個人發展與組織發展結合的可能性，建立組織生活對自己的意義，並進行實踐反思的探索（盧偉斯，2001: 129）。

為使這種反思性的探索成為可能，Chris Argyris 則更關心限制組織學習的各種結構條件，在他的多項研究中不斷地指出，建基於官僚理性主義的傳統金字塔型組織設計，容易產生人際間的過度自我防衛心理機制，而造成虛矯掩飾及互不信任的組織文化，而限制了組織學習發生的可能（盧偉斯，2001: 130-131）。

除上述 Chris Argyris 和 Donald A. Schon 所提出之組織學習理論外，Peter M. Senge 於 1990 年所提出的《第五項修練》（*The Fifth Discipline: The Art and Practice of the Learning Organization*）一書，則使學習型組織之理論燦然大備。他提出個人與組織進行學習上所不可或缺的五項修練，一是自我超越；二是改善心智模式；三是建立共同願景；四是團隊建立；五則是系統思考。而他認為其中最重要的，便是上述的第五項修練——系統思考。所謂系統思考，乃是強調必須關切事件發生的環境與因果中的各種相互關係，而非僅止於事件本身，並且必須觀看事件的動態變遷模式，而非靜態的圖象，更重要的是以整體性和相互依賴觀點，而非以官僚或機械觀來看組織（Senge, 1994）。

二、反思性公共行政

除了學習型公共行政理論外，近十年來以 G. Gouldner、P. Bourdieu 等社會學家之學說為代表的反思社會學（Reflexive Sociology），對公共行政學理論之開展亦賦予極大啟示，因而有學者提出「反思性公共行政」（reflexive public administration）之理念。此一理念之目的，在於對公共行政者之自

我認識的可能性與敏感度之重新開啓，並由此來將傳統官僚體系之價值，轉型為更具有民主及社會關聯性的價值（Jun, 1994）。

反思性公共行政中所強調的「反思」，其重要的價值，在於強調反思性批判的能力，有助於行政者對於其本身基於既有的行政理論或實務認知，而抱持的僵化立場予以質疑。它所主張的方法，是揭露作為實務基礎的各種假定。反思使這些假定可以重新被討論、被評估以及被修正。過去以理性主義為基礎的公共行政理念，試圖將客觀與主觀性予以區別、將事實與價值與予分離，藉以滿足科學研究上的興趣。但 Jong S. Jun 的反思性行政學，則體認到科學與理論必然與行政的日常實務問題糾結不清，因此，在當前的公共行政學領域中，乃更加需要有關行政組織中的個人所面對之實務問題與日常經驗之研究。

而行政組織中的個人之日常實務經驗，乃是產生在個人工作、生活與他人的關係，以及與他人的關係中之自我認識。因此，Jong S. Jun 的反思性行政學強調應該批判性的、開放性的與自我反省性的對話。而也唯有行政中之個人能夠具有超越的自我反省之能力，他／她才能體認到自己對他人的倫理責任，並且接受與他人作倫理性溝通的必要性。這也就意指反思性行政學強調，行政人員對於自己在倫理對話中的位置之認知、對於週遭的人說話權利的尊重、以及對個人的立場、以及所使用的語言，是如何地左右了個人與他人之關係，以及對自我的認定之深切了解。

此外，Jong S. Jun 更強調，具有自我反省能力的行政人員，也會了解到其本身知識的侷限。他／她們在實務經驗中會體認到，他們所執行的法規或管制，並不見得經常都能符合民眾的需求。在批判性地省視法規與管制的用意，以及其為何無法符合民眾的切身需求時，具有自我反省能力的行政人員將需發展出一種道德責任感來協助民眾。而即使在依法行政的要求下，行政人員不見得能協助民眾，但 Jong S. Jun 仍強調缺乏自我反思能力，將使公務人員無法作出倫理性的決定；而嚴格地執行法規與管制，即會對民眾造成不人性的結果（Jun and Cunliffe, 2002: 14）。

總之，反思性公共行政理論之提出，標示著公共行政揚棄過去強調以法律為主要政策工具，並講求精確的規則及概念之建立，以企圖達到預測政策

效果之理念。在後現代時期，人們已能了解複雜性與不確定性在當前的行政環境中，乃是常態，因此必須以正面而積極的態度去面對和管理這些問題，而不是刻意避免，這乃是行政革新的正確方向。因此，側重於人的持續反思與學習，並強調從動態的系統觀來衡量組織之運作與方法之組織學習理，確實可以在後現代時期提供豐富的意涵和啓示（吳瓊恩，1996: 514）。而這種理念，在行政法理論之轉型上，亦見諸於「反思性行政法」理論之提出：

陸、反思性行政法理論之提出⁴

一、法律反思性之理論基礎

社會的日漸分殊性，使傳統行政法的正當化基礎失效，而須蘊釀一種新的正當化理念。然而如何去建構此一新的理論呢？本文認為，從社會系統論中所強調系統之「自我再生性」（Autopoiesie）⁵ 觀點中，可得到相當之啓發。

依據德國社會學家 Nikolas Luhmann 及法律社會學家 Gunther Teubner 等學者之看法，社會乃是一個透過溝通而具有自我再生性的體系。因為社會中的溝通行為，會產生進一步的溝通；在不斷的溝通中，便會從較大的社會溝通圈，產生較小且具獨立性的溝通單元。於是每個社會系統都會不斷地再生出新的次級系統，這些次級系統並會產出自己的要素、結構、程序和界限（Teubner, 1993: 69）。

法律體系也應被視為是具有自我再生性的社會次級系統，它主要是關於合法或非法的溝通，並且它由許多特定的要素所構成，且會不斷地產出一些更次級的法律體系（Luhmann, 1987: 12-35）。在各個特定的次級法律系統中，透過各種規範性論述，來界定其本身的界線，使得它在實際運作上，各

4 有關反思性行政法理論之全貌，請參閱廖義銘，2002。

5 “autopoiesis”「自我再生性」係採自生物學家 Humberto Maturana 於一九七二年所創，用以描述生命現象的概念。根據 Humberto Maturana 的定義，所謂自我再生系統（autopoietic system），係指那些單元體，其成分生產網絡可藉成分間之互動，反覆回溯地產生原先組構他們的網路，且在成分參與展現網絡時，在其間所存在的空間當中形成網絡界限（Luhmann, 1990: 3）。

自構成其自身獨特的環境。因此，各種次級法律體系在認知上雖然是開放性的，但是在實際的運作上，卻是封閉的（Teubner, 1993: 70）。

強調自我再生性的法律系統論認為，任何社會次級系統的運作都是封閉性的，因此任何次級系統都不可能直接介入其他的次級系統之中。也就是說，開放的環境中雖然存在著各種次級系統，但是彼此之間都不會直接影響到其他次級系統的運作，任何次級系統的運作，都只有靠著其內部對於環境的認識而已（Teubner, 1993: 74）。就法律系統與其他社會系統而言，法律規範系統便不會直接造成其他社會系統的變遷；社會次級系統會選擇性地利用法律來處理自身的問題，並且是恣意地選擇，來建構它自身的秩序（Teubner, 1993: 75-76）。

更進一步說，法律系統與其他社會系統之間的關係，只能透過相互的觀察，才能夠在自我再生的運作下彼此影響。因此，在具有自我再生性的社會系統中，法律不能再追求對於他人行為的直接約制，而只能期望促使其他一樣具有自我再生性的社會體系進行自我反省。

在上述認識下，後現代時期應有的管制方式之主要關懷，不再是達成正確的結果，而是透過正確的方法，來使得被管制者之自我反省成為可能。

二、反思性行政法之策略與實踐

根據以上對後現代時期法律體系應有的方法與目標之檢討，本文認為有一句話可以簡短地陳述「反思性行政法」之核心理念，便是「法律透過規範自己來規範社會」。⁶

反思性行政法，在下述兩個方面上，呈現出透過自我規範來規範別人的具體意義。首先，它涉及法律作用本身的自我批判反思，也就是關於法律作用力之自制；其次，它的目標在於鼓勵其他社會體制建構自我反思的結構，也就是社會反思力之引導。而由於上述的二方面，使得反思性行政法之策略，在某種程度上，符合新公共服務或新治理模式之理念。以下即分別介紹反思

6 這句話是仿效哲學家皮亞傑（J. Piaget）的名言：智慧透過組織自己，來組織這個世界（Piaget, 1976）。

性行政法之二項基本理念：

(一)法律作用力之自制

近現代國家在法治主義的壟罩下，對於社會問題所改革策略，都期待政府直接使用法律來作為工具，以處理社會問題，並實踐社會變遷的目的。但是這個途徑所需要的是一個很良好的司法功能之運作。然而這所表現出的，是法律理論過份的野心，而不是對於社會複雜性的洞察。

反思性行政法體認到，現代社會中有許多其他體制，已經變得極具有散佈性及約束力，即使法律和政府可觀的力量，也無法輕易使其屈服。然而傳統的法律管制策略，卻經常忽略了這些其他的社會體制回應相關問題的能力。例如法律體系試圖以規定汽車製造業者必須運用新的科技，來控制汽車廢氣之排放量，這種作法乍看下似乎是好的，但其實這是忘記了考量其他社會體系所可能產生的回應，例如經濟體系會促使汽車商製造更多的汽車；而私人的生活體系，則會使人們持續使用更多的汽車。

因此，反思性行政法便要減弱法律的力量、放棄對社會進行完整管制的企圖。它強調運用相當具有彈性的「可選擇性」之政策，讓被管制者自行選擇管制方式，並且端視其是否能符合社會需要，如無法符合社會需求，並且達到管制目標，便不予使用；同時，也不再認為法律規範必須具有嚴格的強制性和有效性，而容許法律的有效性，仰賴被管制者自己的裁量（Teubner, 1993: 94）。

此一理念在實踐上，則首先在檢討行政法上的「法治觀」。以反思為基礎的行政法，不再認為「法治」是由外在規範來指引人類行為，而認為應是行為人本身在法律的架構下進行反思。這種反思是由人的內在所出發的，因此，反思性行政法基本上不反對「人治」，因為「法治」的實踐，應是「人的反思」之治。

(二)社會反思力之導引

由於體認到傳統管制法律的過度擴張所造成的困難，反思式行政法將其眼界予以降低，其目標在於「徵募」其他的社會力量，來處理社會問題或保

障人民基本權利。在實際的作法上，就是提供社會導引（social guidance），例如引進經濟團體、社會團體來參與社會安全相關領域之管制，或透過與相關企業及產業公會之夥伴性合作，來以改善環境污染問題或工業安全問題等。這些便是引導社會反思性力量，來達到原來的管制目標之手段。

透過上述的方法，可使公部門任務之減輕。R. Pitschas 教授曾說明德國行政法總論的改革上，在此一方面的表現，他指出（Pitschas, 1998: 178）：

此種構想背後是如下的國家圖像：國家在其功能與任務之理解上，以及在其行為（行動）的類型上，刻意從介入中加以抽離，而轉換到強化社會部門，使其有動機來建立自我組織，亦即國家之任務，轉為中介之功能（Vermittlungsfunktion）。而此種中介的功能，係將公民的自我調控能力予以鼓勵，使公民形成自治之方式來強化。

而要達到引導社會反思力的作用，在制度設計上，最主要的作法是資訊揭露。例如在環保領域上，目前已有許多先進國家要求業者要向社會大眾及其他利害關係人，揭露其於環保工作上的表現。⁷ 據經驗性研究顯示，業者對於資訊揭露後的負面效應，都會有所回應，因為業者不願成為社區中污染的惡首（Konar and Cohen, 1997: 109）。此外，在快速開發中的國家，例如印尼，也從 1995 年開始實施類似之作法。⁸

而資訊之揭露更須配合利害關係人導向之策略，因為真正的反思性行政法乃要求業者將外在的衝突內化到自身的決策過程中，因此反思性行政法要

7 在環境保護的推動上採用此作法，最知名的是加拿大於 1985 年所創始，而後世界各國皆有所採行的石化工業之「責任照顧制」（Responsible Care）（詳參 Gunningham, 1995）。

8 例如印尼實施的「污染防治評估與列等方案」（Program for Pollution Control Evaluation and Rating）。此一方案主要係對 187 個水污染排放者的追蹤報告，向社會揭露，其表現績優者為綠標、符合規定者為藍標、不符合標準，但已有部分成果者為紅標，黑標則為完全無成效者。業者被依此而從最壞到最好予以列等，表現差者，在資訊揭露之前，還有改善的機會。世界銀行則評估本方案之成果，認為本方案在二年內，促成了超過百分之五十的業者遵守本方案。因此，世界銀行認為資訊公開揭露在傳統的管制方法成效薄弱的發展中國家，也能夠發揮強大的功能（Shaman and Wheeler, 1998: 69-70）。

求被規範者能考量所有利害關係人 (stakeholder) 的觀點，而不只是那些最有權勢的利害關係人之要求。不同的利害關係人集團，對於相同的問題，都會有不同的考量，因此便必須處理這些不同的考量之差異。業者必須將所有的歧見予以考量，並且向所有利害關係人團體說明其行動的原因。更有進者，立法不能夠准許業者有意地、系統性地排除某些特定的觀點。

最後，基於上述理念，反思性行政法就行政組織法及行政作用法之價值取向而言，乃體認到行政組織法和行政作用法之主旨，應從回答下列問題：行政組織是否依法所設置，而具有法律上地位、行政作用是否依法定形式為之？轉移成體察如此的問題：行政組織是否有內部的反思機制？如果沒有，應該如何來促進之？與此一理念相關者，在德國行政組織法之發展上，即有所謂「新調控模型」(Neues Steuerungsmodell)。其諸多重要構成要素，皆反映出對行政組織本身的反思力之重視，例如「引進行政組織內部或外部的競爭機制，作為調控與激勵工具」，以及「公務員法制放棄過去均等的薪資、晉升結構，於給付成果作彈性的考量」(陳愛娥，2003: 72)。

而在體察上述的問題後，如果觀察到繫爭行政組織內部確有反省的機制，那麼便需進一步的反省，如果司法權介入的話，是否會反而有害於行政組織內部反省機制的正常運作，也就是司法權必須反省到自己介入行政體系或其他社會體系的運作，是否會產生妨礙被介入體系自我反思的副作用。

柒、從理性到反思——代結論

行政學上的學習型理論與行政法上之反思性理論，二者同樣都體認到世界已經改變了，因此，法律和統治型態也應跟著改變。過去基於近現代國家之目標及理性化官僚主義，因而行政法與行政學同樣發展出形成以「依法行政」及「公共利益」為核心，並以精確、完整的法規之建構，及合理、有效的司法審查為保證之共同理論。

然而上述之理論在後現代時期，在行政學和行政法上二方面，雙雙遇到瓶頸，甚至受到嚴厲挑戰。在行政學上，新公共管理和新治理模式與過去以規則為導向、以公共利益為依歸之行政學，有著完全不同的理論；而在行政

法方面，則因為公共行政實務上的變化，以及日益複雜的社會問題與任務，而使行政法走向了「非法律化」和「離散化」。行政學和行政法理論一致、相輔相成的榮景，遂於此而告終。

但在此之時，行政學和行政法卻也各自摸索著在新的時代和新的任務下，應有的新理論。在行政學上，學習型理論之提出，強調傳統由上而下的階層式統治早已過時，必須由合作式的統治，基於不斷的互動和責任的分擔來為之。而主張反思性公共行政的學者，則強調行政人員自我反思之能力，乃是發展公務倫理性責任之必要條件，而非客觀、理性之知識，更非法規或管制規範。此一理念，貫注於行政法上，則有「反思性行政法」之問世，其強調法律作用力之節制，同時以促進社會的反思力為法律建制的目標。以此二者為標竿，本文於是認為，行政法與行政學理論於後現代時期之整合與轉型，可一言以蔽之：從理性到反思。

參考資料

中文部分

吳瓊恩

1996 《行政學》。台北：三民。

徐振國

2000 〈從威權論統合論到新國家論的轉折與檢討〉，《理論與政策》，14(2): 1-27。

黃錦堂

2000 〈行政法的概念、起源與體系〉，見翁岳生（編），《行政法》。翁岳生自版。

陳愛娥

2002 〈國家角色變遷下的行政組織法〉，《月旦法學教室》，1: 100-106。

2003 〈行政任務取向的行政組織法——重新建構行政組織法的考量觀點〉，《月旦法學教室》，5: 63-73。

詹中原（編）

1999 《新公共管理——政府再造的理論與實務》。台北：五南。

廖義銘

2000 〈新經濟與政府再造〉，《主計月報》，534: 19-41。

2002 《行政法基本理論之改革》。台北：翰蘆。

盧偉斯

2001 〈組織學習理論發展評析〉，《新世紀的行政理論與實務——張潤書教授榮退紀念論

文集》。台北：三民。

Anthony Gidens

2002 《民族——國家與暴力》，胡宗澤、趙力濤（譯），台北：左岸文化。

Denhardt, R., Joseph W. Grubbs

2003 《公共行政》，黃朝盟、許力一、曾介宏、夏道維（譯），台北：五南。

Osborne, D., Ted Gaebler

1993 《新政府運動》，劉毓玲（譯），台北：天下文化。

Pitschas, R.

1998 〈論德國行政法總論之改革〉，黃鈺堤（譯），《憲政時代》，24(1): 141-187。

Senge, Peter M. 等人

1994 《第五項組練——學習型組織的藝術與實務》，郭進隆（譯），台北：天下文化。

外文部分

Argyris, C. and Donald A. Schon

1978 "Organizational Learning: A Theory of Action Perspective," *Reading, MA: Addison-Wesley*.

Bennett, C. J. and Michael Howlett

1992 "The Lessons of Learning: Reconciling Theories of Policy Learning and Policy Change," *Policy Science*, 25: 275-276.

Birkinshaw, P., Harden, I. and Lewis, N.

1990 *Government by Moonlight: The Hybrid Parts of the State*. London: Sage Publications.

Bohret, C.

1983 "Public Administration in a Democracy," in: *Public Administration in the Federal Republic of Germany*, Klaus Konig, Hans Joachim Von Ortzen and Frido Wagender (eds). Boston: Kluwer-Deventer.

Cranston, R.

1994 "Reviewing Judicial Review," in: *Administrative Law and Government Action—The Court and Alternative Mechanisms of Review*, Richardson, G. & Genn, H. (eds.). Oxford: Clarendon Press.

David Shaman and David Wheeler

1998 "Controlling Industrial Pollution in Developing World," *Quality Mgmt.* 8: 69-70.

Galligan, D. J., ed.

1992 *Administrative Law*, Aldershot: Dartmouth.

Glasbergen, P.

1996 "Learning to Manage the Environment," in: *Democracy and the Environment: Problems and Prospects*, William M. Lafferty, James Meadowcroft (eds.), Cheltenham, UK ; Brookfield, VT: Edward Elgar Pub.

Gunningham, Neil

1995 "Environment, Self-Regulation, and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care," in: *Law Policy*, 17: 59.

Heclo, H.

- 1974 *Modern Social Politics in Britain and Sweden: From Relief to Income Maintenance*, New Haven: Yale University Press.

Hermann Finer

- 1941/1972 "Administrative Responsibility in Democratic Government," in: *Bureaucratic Power in National Politics* (2nd ed.) F. Rourke (Ed.) Boston: Little, Brown.

Hood, C.

- 1991 "A Public Management for All Seasons," *69 Public Administration*.

Jun, J. S.

- 1994 *Philosophy of Administration*. Seoul: Daeyoung Moonhwa International.

Jun, J. S. and Ann L. Cunliffe

- 2002 "Reflexivity as Intellectual and Social Practice," *Paper for the Annual Meeting of the Public Administration Theory Network*, May 29-31, Ohio: Cleveland.

Kickert, W.

- 1997 "Public Management in the United States and Europe," in: *Public Management and Administrative Reform in Western Europe*, Walter Kicker (ed.), London: Edward Elgar Publishing.

Kooiman, J.

- 1993a "Governance and Governability," in: *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Jan Kooiman (ed.), Newbury Park, Calif.: Sage.
 1993b "Social-Political Governance: Introduction," in: *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Jan Kooiman (ed.), Newbury Park, Calif.: Sage.

Levin, D. N.

- 1981 *Rationality and Freedom: Weber and Beyond*, in: *Social Inquiry*, 51(1).

Luhmann, N.

- 1987 "The Unity of Legal System," in: *Autopoietic Law: A New Approach to Law*.
 1990 *Essays on Self-Reference*, New York: Columbia University Press.

Neumann, F.

- 1964 *The Democratic and Authoritarian State*, New York: Free Press.

Peters, B. G.

- 1991 "Government Reform and Reorganization in an Era of Retrenchment and Conviction Politics," in: Ali Farazmand (ed.), *Handbook of Comparative and Development Public Administration*.

Piaget, J.

- 1976 *The Construction of Reality in the Child*, New York: Ballantine.

Rehbinder, E.

- 1976 *Controlling the Environmental Enforcement Deficit: West Germany*, in: *Am J. Comp. L24*.

Rose, R.

1993 *Lesson Drawing in Public Policy: A Guide to Learning Across Time and Space*, at 50. Cit from: Fiorino, D. J.

1999 *Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance*, in: Harv. Envtl. L. Rev 23.

Schmitter, P.

1974 "Still the Century of Corporatism?" in: *The New Corporatism: Social Political Structures in Liberian World*, Pike, F. and Thomas Stritch (eds.), University of Notre Dame Press.

Shameek Konar and Mark A Cohen

1997 "Information as Regulation: The Effect of Community Right to Know Laws on Toxic Emission," in: 32 *J. Envtl. Econ. & Mgmt*, 109.

Shapiro, M.

1983 "Administrative Discretion: The Next Stage," in: *The Yale Law Journal*, Vol. 91: 1487-1522.

Skinner, Q.

1978 "The Foundations of Modern Political Thought," 2 vols. Cambridge: Cambridge University Press.

Teubner, G.

1993 *Law as an Autopoietic System*, Anne Bankowska and Ruth Adler (trans.), Zenon Bankowski (ed.), Oxford: Blackwell Publishers.

Vliet, M. V.

1993 "Environmental Regulation of Business: Options and Constraints for Communicative Governance," in: *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Jan Kooiman (ed.), Newbury Park, Calif.: Sage.

Werhan, K.

1996 "Delegalizing Administrative Law," in: *U. Ill. L. Rev.*

From Rational to Reflexive: The Transformation and Convergence of the Theory of Public Administration and Administrative Law

Liao, I-ming

Assistant Professor,
Department of Government and Law,
National University of Kaohsiung

ABSTRACT

This article is concerned with the problems of conflict between the New Public Management, which embraces the “custom-oriented” concept, and the “rule-oriented” basis of traditional administrative Law. It explores the paradigm-shift of public administration (PA) and administrative law (AL) in the post-modern era. First, this article explains in the modern state, the convergence of the paradigms of PA and AL with the ideas of rationalism. Next, this article explores the tendency of post-modernization of PA, and delegalization and dis-integration of AL. Finally, it is argued that the growth of “Learning Theory” and “Reflexive Public Administration” and the emergence of “Reflexive Administrative Law” show that the transformation and convergence of theory of PA and AL could be summarized as a shift from rational to reflexive.

Key Words: Reflexive Public Administration, Reflexive
Administrative Law, Reflexive