

第二章 文獻分析

本章旨在回顧、分析與本研究相關之文獻，一方面熟悉理論之脈絡，另一方面則為後續之實證分析提供理論基礎。以下，本研究將依照分析層次，將文獻回顧分為三大主軸分別論之：(1) 權力分立中的公共行政與司法審查：從憲政架構分別理解行政權與司法權的角色，瞭解這兩個行為者是在怎樣的制度環境當中互動；(2) 行政觀點與法律觀點的比較：本節分別從行政正當性的起源、依法行政與行政裁量權等三個議題上，進行行政觀點與法律觀點的比較，用以瞭解這兩個領域在同一個議題上的觀點差異，找出理論對話上應補充的連結；(3) 公共選擇理論、代理人理論與行政裁量問題：本節探討作為本研究分析途徑之公共選擇理論與代理人理論；這兩個從經濟學出發的理論途徑，有助於研究者跳脫傳統法律由上而下的指導觀點，從較為微觀的角度看行為者之間以個別偏好出發的交易行為，用以瞭解行政與法律在實務上的互動。

第一節 權力分立中的公共行政與司法審查

在開始談論大法官解釋對行政訂定命令的裁量的影響之前，本研究有必要針對這兩個行為者（司法機關與行政機關）在憲政結構之下的關係，進行分析與討論。從分析層次來看，先論兩者在憲政體制上的關係，係從宏觀的、結構的角度進行分析；用以瞭解本研究要討論的兩個行為者是怎樣的「環境」下進行互動，這個「環境」分別賦予這兩個行為者怎樣的角色、又有怎樣的期待，如何分立、如何分工。上述的問題，皆是本研究在進入行政機關與司法機關這兩個行為者的行為模式的探討之前，必須先行瞭解的。

壹、美國的司法審查制度

美國由於其特殊的政治、文化背景，一直認為文官是「披著羊皮的狼」，是

在民主治理過程中的敵人而非朋友(Karl, 1987)。美國開國元勳 Madison 亦曾言道(Cooke, 1961):「假如人類是天使,則人類不需要政府。假如天使治理人類,則有關控制政府的內部、外部措施統統不需要。在設計一個由人來統治人的政府體制時,最大的困難在於:你必須首先讓政府有能力去控制受統治者,再讓統治者有義務控制他自己。」Frank Goodnow(1990/2003)認為,孟德斯鳩(Montesquieu)談論的權力分立,不只是為了在功能上進行分工;若只是為了分工,則分為行政、政治兩權足以(政府的事務不外乎國家意志的展現與國家意志的執行)。第三權存在的目的,即在於加強制衡,源自於對政府任一權的不信任。然而,對政府的不信任雖然是共識,但各權之間如何透過制衡相互取得平衡,在美國卻曾經有過激烈的辯論。有關於司法審查權與行政權的大小,就是美國聯邦論者與反聯邦論者交互辯論的主戰場之一。

聯邦論者認為法院介於政府與人民之間,超然獨立於政治之外,因此國會制定的法律,若侵害人民憲法上所保障的權利,法院得宣告其違憲無效,用以防止國會濫權而淪為多數暴政。由於司法部門僅能「判斷」,不像國會可以控制政府的「荷包」,也不像行政部門(總統),能夠支配政府的「武力」;即使是判斷,也必須仰賴國會與總統的幫助,是「危險性最小的部門」。反聯邦論者則認為,國會制定的法律是否違憲,應該由人民代表投票決定,而非由任命的法官判決。司法審查必定導致司法至上,違反民主政治多數統治的基本原理(任冀平, 1995)。

實務上,美國的現狀到底是像聯邦論者所言的這樣樂觀,司法權作為獨立於政治之外的超然裁判?亦或是如反聯邦論者擔憂的出現司法至上的憲政危機?學者任冀平(1995)的研究指出,隨著司法審查權的確立,1865年內戰結束之後,最高法院行使司法審查權的次數顯著增加,其政治影響力亦不斷擴大。許多政治上失去利益的團體,紛紛轉向最高法院尋求救濟。大量增加的訴訟案件,使得最高法院可以決定何時、對何種政策問題、做出何種判決,而不必受

限於司法機關不告不理的制度限制。同時，美國司法審查權的行使，由於多基於最高法院大法官個人的政治態度與政治偏好，再加上美國憲法內容簡要，形同授予最高法院相當大的裁量權，使得大法官對憲法的解釋非常分歧，最高法院甚至時常推翻自己的判決。即使最高法院有不斷擴權的嫌疑，但並不代表他真的成為一個「專制的部門」。依照美國憲政體制的結構，國會和總統不但可以杯葛最高法院的憲法判決，亦可以操控最高法院的大法官，甚至可以改變最高法院的結構來迫使最高法院節制其司法審查權，或是對判決相應不理。由於司法部門本身無力執行自己的判決，若行政機關與立法機關不在人力與預算上配合，最高法院的判決勢必失去法律拘束力。更有甚者，國會與總統亦可透過立法，否決或限制最高法院的憲法判決。

學者 Molot 的研究亦呼應了任冀平的說法。Molot(2002)認為，政策的選擇是立法者應作的政治選擇，法官則被假設為是立法者最忠誠的僕人；法官的角色並非依照自己的偏好做出判斷，而是忠實地依照立法者所制定的法律進行判決。然而，行政國的趨勢也讓法院、法官的角色開始轉變：最高法院開始意識到解釋法律的職責與能力是自己與生俱來的。司法審查並非是在維護國會的制定法、作為國會的代理人，而是應該扮演維護憲法的架構、對憲政制度課責的角色。因此，法院有權解釋法令，法院也應該在行政與立法部門之外扮演更獨立的角色。

美國因為其三權分立的建國背景，司法的角色一開始就作為國家重要的一權而被討論之，縱使在最開始的時候司法審查權並未入憲，但這僅是聯邦派與反聯邦派角力結果的呈現（任冀平，1995），並不代表司法權在當時未獲重視。雖然最後美國最高法院於 1803 年因 *Marbury v. Madison* 一案正式創設了司法審查權，亦不代表反聯邦論者的主張或勢力從此在美國式微。事實上，反聯邦論者對於大政府的恐懼、對於個人權力保護的強調，一直影響著美國制度的發展。綜合言之，美國憲政體制之下的司法權，在建國一開始就有其獨立地位，受爭

議的是司法審查的權力到底有多大、對憲法的解釋的位階是否比立法者對憲法的解釋來的高，而非司法權究竟應該扮演何種角色，或是該不該有司法審查權等等的定義問題。

貳、我國的司法審查制度

不似美國最高法院一開始即擁有獨立的司法空間，我國早年的司法院大法官會議，經常讓人誤會為政府部門的法律諮詢機構，僅供政府部門參考之用，而不具拘束效力（翁岳生，2004）。大法官解釋之所以不具解釋效力，翁岳生（2004）認為此為憲法及相關法律皆未對解釋效力作明文規定所致；同時大法官本身有意無意避開解釋效力模糊的問題，未能在解釋中做出無效的明文宣告，亦有影響。正因為憲法未明文規定大法官解釋的效力，因此我國司法權所扮演的角色、對司法以外之憲政權力（如行政、立法）的影響未明，導致我國司法權的功能曾經歷一段混沌時期。直到第四屆大法官起，才因為大法官開始正視人權保障的機能，才轉而積極面對大法官解釋效力的問題（翁岳生，2004）。民國 73 年釋字第 185 號鄭重聲明：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明訂，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。」大法官透過此一解釋文，將大法官解釋之效力引伸為對全國各機關及人民之一般拘束效力，確立了大法官解釋的影響地位。爾後，大法官又透過第 188 號解釋確立「往後生效」原則（翁岳生，2004）；第五、六屆之大法官，開始明白宣告違憲之命令或法律失其效力，並明訂失效日期或定期失效，且解釋效力宣告之方式愈趨於多

樣（翁岳生，2004）。陳敦源（2000b）的研究曾指出，我國民主行政的發展是「先羅馬，後希臘」，恰與美國的發展是「先希臘，後羅馬」相反。正因我國官僚體制不若美國是憑空而立，只是從帝王皇權之下平移至民主架構之中，雖民國之後有民主制度的設計，卻仍經歷了一段以威權治理為核心的時期。是故我國立法權的功能係七零年代民主化之後，才從行政權手中點點滴滴地回收。時間恰與大法官解釋效力確立之發展起點相當。

儘管我國的行政權被立法機關一點一滴地回收，司法審查權的功能也愈益明顯，然而依據黃東益、陳敦源、施佳良（2009）的研究，文官對於議會對官僚的制衡原則偏向不認同，認為立法機關不應隨意干涉行政機關的作為；同時也認為法院在判決時應採納行政機關的意見。上述研究發現顯示，我國官僚並不喜歡立法機關或司法機關干涉其作為，行政中心的思考仍然濃厚。

參、權力分立與行政權的發展

由於我國的司法審查制度並非一開始即確立，而是透過大法官多年的實務運作，才漸累積、形成自己的解釋效力體系；此種透過解釋個案逐漸累積形成的制度，類似英美法院體制的運作方式（翁岳生，2004），與我國在公法上多承襲大陸法系的情況大不相同。但由於我國民主行政的發展方向與美國大致相反（先羅馬後希臘，或先希臘後羅馬），因此在權力的制衡與流動上亦有不同的討論。美國由於其三權分立的憲政基礎，在立國初期與行政建立之時，所關切的問題多是權力孰大孰小、治理方向由上至下或由下至上、聯邦論或反聯邦論的問題。Kettl(2000)將美國立憲者(Hamilton、Madison、Jefferson)，與公共行政學之父(Wilson)對憲政制度與對行政權的詮釋進行分析，以這四位哲人為首所形成的四種派別，依照「權力分立的認知」與「大政府、小政府的偏好」等兩項標準，組合成四個類型，用以理解美國傳統的四個公共行政的理解模式。

表 1 美國行政的傳統政治觀點

	Wilson 學派 層級節制	Madison 學派 權力平衡
Hamilton 學派 強勢行政/由上至下	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 強勢行政部門 ◦ 由上至下的課責 ◦ 層級節制的權威 	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 重視非以官僚為主的制度 ◦ 著重政治權力 ◦ 由上至下的課責
Jefferson 學派 弱勢行政/由下至上	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 弱勢的行政部門 ◦ 由下至上的課責 ◦ 對公民的回應 	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 重視非官僚為主的制度 ◦ 重視對地方的控制 ◦ 由下至上的回應

資料來源：出自 Kettl (2000)

這四個類別，來自於四位哲人對於行政權不同的解讀。Wilson 以「行政的研究」一文，開啟了公共行政研究的大門。Wilson 有感政府行政在分贓制度下，無法應付政府日益增加的責任與愈趨困難的業務，因此開始強調行政的「效率」，藉此將行政於政治中獨立出來。同時認為行政扮演重要的「行憲」角色，其執行政策最重要的價值，就在於其對相關業務的專業與效率(Wilson, 1987)。Wilson 學派基於政策制定者（通常指國會）無法負擔複雜的政策執行的理由，認為必須將其權力授予行政官僚，完成政策的推動。因此，官僚在憲法中的角色，係來自於立法者的「授權」，而這個授權最核心的價值，即為追求政策執行的「效率」(Kettl, 2000)。不同於 Wilson 學派重視行政的功能，Madison 學派更強調政府的整體行動。在三權分立的憲政架構下，Madison 以強調權力平衡聞名，而這個觀點也深深地影響美國官僚政治的發展與政策的推動與執行。Jefferson 學派與 Hamilton 學派則是另外兩個對比。前者繼承了政府是為了保護個人權利而存在的思想，權力的方向應該是由下至上，因而認為小而美的政府才是最理想的。後者以建立有效率的中央政府為目標，主張一個有活力的行政部門，才是一個好的政府的根本(Kettl, 2000)。

上述四種模式，係為美國的政治系統時常必須面對的選擇。由此可知，美國「先希臘後羅馬」的本質，使得美國在未有官僚政治的基礎之下，在建國初期重新建立一個新的官僚體制；雖然有著對大政府的恐懼，但對於行政權的大小、權力行使的方向，依然是熱烈辯論的議題。也因此這四種模式所交互出的各種類型，是美國不斷面臨的選擇題(Kettl, 2000)。「先羅馬後希臘」的我國，由於有自帝制時代即存在的官僚體系，並且在建立民國之後依然施行了為期不短的威權政治，「行政獨大」陰影一直存在，因此我國的權力流向是立法機關一點一滴地收回其立法權（陳敦源，2000b）。立法對行政的監督與限制的研究，一直以來是學界關注的重點，行政與司法之間的互動關係卻是較少受到關注的領域。司法權的發展軌跡，美國和我國雖然都不是在一開始就確立司法審查權的憲政地位，而是透過判例逐漸建構，但兩者發展的政治背景各異。美國一開始就強調權力制衡的憲政環境，我國則是歷經了「行政獨大」的威權時期，現處在權力被立法機關回收的時期，但文官本身的自主意識仍然濃厚。在這種情況之下，面對愈趨成熟司法審查，我國的官僚體系如何應對，應當是值得學界關注的議題。

肆、小結

本節的論述可以歸納出數個重點：(1) 司法審查係為了維護憲政架構、保護人民的權益而存在；(2) 司法審查存在的目的即是為了制衡，然而其制衡的力量卻不能過大到致使政府無能；(3) 我國的行政權在權力開始被立法機關一點一滴回收、司法審查功能開始發揮的情況之下，其自主意識仍然濃厚。

上述三點結論，揭示了本研究不能忽略的前提。首先是司法制衡在憲政制度當中所扮演的角色，以及其適當性的問題。其次，是行政機關在與立法機關、司法機關「角力」多年之後其心態與角色的演變問題。必須謹記司法審查雖有

維護憲政架構、保護人民權益這樣的正義大傘，卻也不能過度擴權成為「太上立法機關」。而我國行政體系的特殊背景，面對崛起的司法審查權，其體內隱藏的行政獨大基因是否仍有表現的空間、是否會增加行政機關自主裁量的動機，進而影響到權力制衡的強度，皆是本研究繼續要探討的議題。

第二節 行政觀點與法律觀點的比較

行政機關與司法機關這兩個行為者，由於憲政制度所賦予的角色差異，其學科觀點、思考問題的觀點亦有相當大的不同。本節主要對比行政觀點與法律觀點在行政權正當性、依法行政、行政裁量權等議題上的認知差異。以下分別討論。

壹、對行政權正當性觀點的比較

行政在政府當中處於一個絕妙的角色位置。首先，若我們以民主治理的角度思考，行政人員並非民選，因此沒有直接的民主正當性。其次，從法律的角度來解讀，行政在整個治理結構的下層，必須依照法律的指示行事，看似整個治理結構當中受控最多的一環。然而，這樣一個沒有直接的民主正當性、又必須受法律限制的行政權，其力量卻發展到使「行政國」這樣的名詞出現，在在表明了行政對於政府執行其公權力而言，是不可忽視、且份量極重的一環。公共行政自 1887 年發展至今，由於其獨特的發展脈絡，已經形成和法律、政治迥異的思維模式；因此若我們理解公共行政如何詮釋裁量權，我們必須先行瞭解這樣的權力的正當性來源為何（以公共行政的觀點）。以下，將分別討論之。

一、法學的觀點

美國的行政法領域已建構了四種行政權正當化的模式，分別為：傳送帶模型(the transmittssion belt model)、專業模型(the expertise model)、參與模型(the participatory model)、與尊嚴模型(the dignity model)（葉俊榮，1993：12）。

傳送帶模型係從一般的民主理論進行解釋，認為行政權的正當性應經由具有國民主權代表資格的民意機關授權。其原因在於：第一，國會擁有制定和認可所有法律的最大權力，而行政只是根據立法的意志（通過他們制定的法律表現出來），忠誠地執行法律；第二，立法機關相較於行政和司法機關，更能代表不同社會利益團體的要求，一方面因為他是多數利益的組成，另一方面是因為國會的多元組合，使其具有亞理斯多德所主張的集體智慧，可以最好地監督不合理的、濫權的、不負責任的政府行為（王叢虎 譯，2005）。正是因為立法機關普遍被認為是最具正當性的國家機關，行政機關對個人的制裁必須得到立法機關的授權，授權的方式是制訂控制行政行為的規則。為了確保行政機關會確實依照立法之授權行事，通常行政機關必須依照一定的決策程序，這也是為了便於司法審查；而司法審查存在的目的，即是為了確保行政機關確實未違反立法授權的程序與內容（沈巋 譯，2002）。在這個理論模型之下，行政法理論的內容即偏向對行政權的限制，形成了許多古典行政法的基本原則，包括：法律保留原則、法律優越原則，以及授權明確性原則等（葉俊榮，1993：13）。

然而，這種傳統模式卻有一個致命的缺點：立法機關所制訂之法律，通常具有含糊、概括、模擬兩可的特質，若行政官員依此任意施加裁量，重大的社會和經濟政策問題就並等同於由非民選的官員來決定，這使得傳統模式的制約功能和行政合法化的理由都受到損害；此外，傳送帶模型也無法恰當地描述現代管制國家中行政權行使的實況，因為包括執行工具的選擇、標準的訂定，甚至政策價值間的優先設定與選擇問題，行政權都會有立法者無法完全控制的影響空間存在（葉俊榮，1993：14）。因此，行政機關解決政策問題的「能力」，就成為正當化行政權的重要途徑。依照「專業模型」的觀點，行政機關的角色

就如同有著確切目標的經理或規劃人員，如果行政目標可以藉助專門經驗實現的話，「專家知識」似乎就可解決自由裁量的問題。雖然在專業模型主導下的行政法，對授權問題的堅持逐漸軟化，並認同擴張行政權行使的範圍，可以追求公益，並彌補、矯正立法的不足。然而授予行政官員廣泛的自由裁量權違背了分權原則和傳統模式欲實現的形式正義；管制機關內的「專家」與受管制的企業內的「專家」之間的「姻親關係」，以及與國會議員之間的利益連結，容易使專家所決定的政策係為特定族群所服務的政策；而專家的「父權心態」亦使得公共政策出現「反平等」的問題對，成為專家專制（葉俊榮，1993：16-17）。於於是，法院轉向一系列替代技術，包括加強對證據的審查、堅持程序正義，並要求行政機關在做出決定的過程中，應在詳盡說明理由的基礎上，保持前後一致，以此來控制行政自由裁量權的行使（沈巋 譯，2002）。

由於傳送帶與專業兩種理論模型都無法提供行政權完整的正當化基礎，以程序本位的參與模型，遂逐漸受到重視。這個途徑主要是將行政決定的決策理性，從精確的解決實體問題轉移到相關利害關係人公平的參與決策程序上；藉由參與過程所獲得的程序理性，結合專業與民意，進而使行政決策取得正當化的基礎（葉俊榮，1993：17）。然而，這個途徑最大的問題，在於參與模型無法決定「誰」才是參與者，亦即無法解決參與過程的公正、公平問題；同時，參與所帶來的大量成本，亦隱含了資源分配的龐大危機。

尊嚴模型由學者 Jerry Marsshaw 所提出。Marsshaw 認為，我們通常將行政機關貼上侵害人民權利的劊子手的標籤，但其實這樣的預設對行政機關並不公平。其研究發現，行政機關基於機關文化，以能發展出一套行政理性，而達到他所謂的「官僚正義」；而這個官僚正義，未必與一般的「正當法律程序」相同，但卻可能更有利於當事人。行政機關即是透過尊嚴程序價值內化至日常運作的過程，獲得其正當性（葉俊榮，1993：19-21）。

上述四種行政正當性模型，依照學者葉俊榮（1993）的觀點並無濃厚的排

他意味，但可能受到時空條件、或是具體適用的領域而有適用的差異。然而亦有學者認為，雖然已有多種行政正當性來源的主張，但傳送帶模式仍然是思想的主流（沈巋譯，2002），我國亦如此（葉俊榮，1993：25）。然而儘管傳送帶模式是主流思想，但葉俊榮亦強調，其實任一個途徑都無法涵蓋所有的行政正當性基礎，換言之，行政權若只挾其中一項正當性條件便主張其具有完全的正當性，基本上這個主張是不成立的。因此，葉俊榮提出應以正當法律程序，將權利保障、行政效能、決策參與與人性尊嚴等功能全方位地含括在內，才是完整的正當性理論（葉俊榮，1993：25-29）。

二、公共行政學的觀點

在學理上，「依法行政」這四個字呼應民主國家的治理結構：民選的政治人物代表的是人民所託付的意見，因此國會制訂法律、政務首長決定政策方向，而常任文官則負責依法執行。這樣的概念來自於權力分立的憲政原則，行政權通常被界定為執行權；基於傳統國民主權的原理，國會代表全國人民之國家意思表示，而行政乃是執行立法機關所制訂之法律。正因官僚並非人民直選，傳統上（或是說政治、法律上）我們常認為官僚的權力是必須被限制的，儘管官僚的行政裁量權已經被公認為必要的存在（也不可能完全抹滅）；但無論是政治學者、或是法律學者，依然無時地擔憂行政裁量權的空間可能過大，可能導致人民的某些權利受到無情的侵犯。雖然從權力分立的角度出發，依法行政成為一般行政行為必須遵循的基本原則，我國行政程序法第四條也謂「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」，然而這樣的角度的確早已遭受公共行政學者慎重地檢討。

行政的重要性可說就是 Woodrow Wilson 喚起的。當時美國分贓制度盛行，Wilson 見於行政的專業性被政治酬庸的私人利益掩蓋，在 1887 年撰文“The

Study of Administration”，呼籲重視公共行政的專業，並且認為公共行政應該獨立於政治，開啟了行政與政治二分的先河。行政之所以重要，就 Wilson 的看法而言，在於憲法保障的自由，若沒有行政體系維繫，則終究是一場空。自由沒有辦法獨立於憲法而存在，沒有行政則憲法不能運作(Wilson, 1887)。

政治行政二分的論述，後由 Goodnow 發揚光大，進一步從行政的「功能」談論行政在國家中的角色。Goodnow(1990/2003)認為，不論哪一種政體，國家的運作不外乎就是「國家意志的表現」，與「國家意志的執行」，分別作為政治與行政功能的表現。除了以功能不同為理由，將行政與政治進行切割之外，Goodnow 亦從社會心理學的角度與經濟學的角度，說明將行政與政治分立的理由；前者係基於人民無法信任任何單一權力因而需要分權制衡的理由，後者則認為專業分工有助於經濟效益的提升。「Politics and Administration」一書，Goodnow 第一次發表於 1900 年，當時的政治背景正是 Woodrow Wilson 呼籲各方提起對行政的重視之時，因此論述的重點在於行政獨立於政治存在的價值，重點擺在行政的功能—執行國家意志的功能。這種論調雖然成功地開啟了公共行政研究的大門，但由於其將行政的角色定位在「執行」國家意志，不免含有作為政治的下線的意涵，公共行政本身基於憲法正當性而存在的價值並未突顯。

行政作為政治附屬品的論調，無論從政治觀點或是法律觀點皆是主流思想。然而行政必須忠實地執行政治意志的思考方式，卻在七零、八零年代的美國爆發了一陣鄙視、反官僚的風潮。美國維吉尼亞理工學院暨州立大學(Virginia Polytechnic Institute and State University)公共行政與政策中心(Center for Public Administration and Policy)教授 Gary L. Wamsley 有鑑於當時貶低官僚的風氣已影響到美國政府的治理能力，與其同仁 Charles T. Goodsell、John A. Rohr、Orion F. White 與 James F. Wolf 共同撰寫「公共行政與治理過程：轉變美國的政治對話」(Public Administration and the Governance Process: Shifting the Political Dialogue)，簡稱黑堡宣言。黑堡學者認為選舉並不是治理權威正當性的唯一來

源，官僚的正當性來自於憲法。因為人數眾多、人員分佈廣泛，更具有公民的代表性，其正當性甚至強於國會(Wamsley, Gary L. et al., 1989:45-47)；加上「公共利益」是影響文官決策時關鍵價值，當利益衝突時縱使無法提供的解答，至少能夠控制、減緩衝突的強度（余致力，2000）。黑堡學者 John Rohr(1986)在這方面講述得更為詳盡，其認為 Wilson、Goodnow 以降政治行政二分的說法，其論證主要並非來自於憲法權力分立的精神，國會所掌握的立法權也不是國家意識的代表，國家意識應該是分別呈現在分立的行政、立法、司法三權之中(Rohr, 1986)。既然行政權有其憲政意義的正當性，我們就不能僅以簡單的「依法行政」解讀行政與法律的關係，縱使行政機關是在法律的架構之下依法裁量，其意義可能不僅止於法律效果的選擇，而是有其在憲政上的意義。

Rosenbloom(1983)則從根本上認為的「管理、政治、法律」三種途徑，都是公共行政的理論基礎。政府重要的三個枝脈，都在行政當中匯流，公共行政的推動本身就展現了政府的管理、政治以及法律的功能。管理的角度首重執行，在於所訂定的法律被忠實地執行。政治的角度強調的是公共行政的政策制定以及立法功能，因此重視政府的代表性、回應性以及課責性。法律的角度關注的則是個人的權利、公平正義、程序正義等價值的維護。由這三個角度來剖析公共行政的合法性，則三個途徑各有不同的解釋方式。若從傳統的管理途徑論之，公共管理者權威的合法性來自於其政治中立的技術知能，專業化的技能以及其行為過程的理性特質。依據韋伯的觀點，這種合法性是指建立在行政運作的理性基礎之上的合法性，其關鍵的一點就是運用「效率」作為定位的概念（吳瓊譯，2002；Rosenbloom and Kravchuk, 1986）。新公共管理認為，績效（特別是顧客滿意）是公共行政合法化的基礎。政治途徑試圖將行政的合法性建立在公共行政者的代表性、回應性和課責性的基礎上。法律途徑將政府視為人民訂定的契約的結果或副產品，認為政府的合法性（包括行政權行使的合法性）建立在被統治者同意的基礎上，這一契約確立了對政府權力的限制。管理和政治途

徑的觀念在其本質上是功用主義的而非契約論的。他們傾向於認為政府行為合法性的基礎在於多數人的最大的善，或者是與公共利益原則相近似的某種東西。在實踐中，他們認為合法性基礎在於績效，而非信守憲法契約的條款 (Rosenbloom and Kravchuk, 1986)。

Woodrow Wilson、Frank Goodnow 等賦予公共行政作為一個獨立議題的地位，黑堡學者從憲政理論根本地強化了公共行政的憲法正當性，Rosenbloom 則結論似地認為公共行政的理論基礎不只是行政管理，尚包含政治與法律。上述理論的發展，都在提醒研究者，不能忽略公共行政作為一個有思想、獨立存在的有機體。行政與政治、法律的互動，不再只是純粹的依法行政，而是必須注意行政在執行國家意志的同時，是如何與管理價值、政治價值以及法律價值互動、取捨、裁量。而這些價值的衝突、取捨、裁量的過程，正如學者陳敦源所言 (2005a)：「民主體制的運作好似市場機制的運作一般，必須付出一定的『統治成本』。」舉例而言，管理途徑重視的績效、效率等價值，從法院的角度看來，效率、經濟和行政管理的方便是迫不得已需要滿足的利益。因此在分析實質權利時，法院會進行嚴格審查，政府要背負沈重的說服負擔。憲法的價值和原則經常與管理之價值和原則相衝突。然而時至今日，無論是司法部門還是公共管理者，均更加認識到需要發展伙伴關係的必要。愈來愈多的司法審查意識到管理價值的意義以及行政行為的實質限制 (Rosenbloom and Kravchuk, 1986)。這個觀點也呼應了前述 Rohr (1986) 以及陳敦源 (2005a) 的觀點，可見只要從行政的角度出發，論及行政產出，行政權在治理上的意義就不只是依法授權的角色，而有其民主的正當性。然而，從法律的文獻上來看，從控制的角度談行政裁量仍是主流觀點，法的約束在行政上的實質限制則是現實的無奈。

三、小結

行政觀點和法律觀點對於的行政權正當性來源的認知，最大的差別在於

否有強調行政來自於立法授權的正當性。法學觀點因為有傳統的傳送帶模式，其衍生的法律保留原則、法律優越原則與授權明確性原則為行政法重要的原理原則，其影響力巨大。但有趣的是，法學領域的四種行政權正當化途徑，無論是專業模型、參與模型或是尊嚴理論，都可巧妙的與行政學領域找到對話的窗口。專業模型事實上正是 Woodrow Wilson 以降對於公共行政認知的主要出發點，公共行政學發展的初期，即是透過強調行政官僚的專業藉以將公共行政與政治切割，建立其獨立的地位。尊嚴理論所揭櫫關於「官僚正義」的想法，與黑堡學者看不慣七、八零年代美國的反官僚風潮所激發的「為官僚辯護」的思想，頗有異曲同工之妙。而參與模型，更是新公共行政學派向來的主張；近年甚為風行的審議式民主，更是其理論的表彰。然而，儘管專業模型、參與模型與尊嚴理論上，兩個領域頗有相似之處，但若傳送帶模式仍是多數法律學者認同的主流主張（沈巋 譯，2002），那麼這個途徑就是法學領域與公共行政領域觀點最大的差異所在。換言之，依授權而來的行政正當性，仍是法學觀點最大的聲音；然而依照 Rosenbloom 的研究，從行政的角度出發，從法律的角度來理解行政，卻是行政學最不常見的論述方式（Rosenbloom, 1983）。這樣的認知差異，也造就了行政觀點與法律觀點極少對話的現象。

貳、對依法行政觀點的比較

一、行政觀點的依法行政

行政學界對依法行政的概念和內涵討論的不多。由於官僚依法行政的特色這個概念最早係為韋伯(Max Weber)的「理想型」官僚制度理論所提及，早期的行政學，多以韋伯的學說作為對話的基礎。韋伯將「依法行政」視為一個完整的「合法—理性」的官僚制度會具備的一項特徵，認為官僚組織裡面的人員有固定和正式的職掌，依法行使職權，命令依法制定，且應盡的責任與應享的權

利，皆有正式的規則可循（張潤書，1998；林鍾沂，2004）。理性的官僚體系被視為係經由明確的法令規章客觀地運作，藉由擺脫人情的不確定因素干擾，而得以順利完成任務（林鍾沂，2004：105）。然而，韋伯的這項觀點，卻遭到當期學者的檢討。行政學者傾向認為行政的風氣過度重視法令，導致官僚僵化、呆板、不知變通。行政學界對於「依法行政」，常有以下的批評：

「由於過份重視法令、規章和強調組織的運作及人員的工作行為都必須受到法規限制的結果，使組織和個人的行為趨於僵化、缺乏彈性、缺乏應變力。又由於人員的行為處處須遵循法規的規定，日子一久，會養成他們膽小、保守和呆板的工作習性。本來，法規只是組織達到目的所使用的工具而已，但因對法規過份重視，遂使人員產生一種錯覺，認為遵守法規本身就是目的，因而忽略了組織的目的。這種將工具價值變成目的價值的現象，即墨頓教授所稱的『目標轉換』(displacement of goals)的現象(Merton et al., 1957)。」（張潤書，1998；林鍾沂，2004）

上述文字非常明白地表達，「法規只是組織達到目的所使用的工具」，過度地依法行政，使得「工具」成為「目的」，造成目標手段置移。

自從1968年第一次明諾布魯克會議(Minnowbrook Conference)以來，新公共行政學派認為，為了適應動盪不安的環境，公共行政的研究已從過往重視機關內部的管理，轉向政策議題；法律執行的成效即為討論的議題之一（Frederickson and Marini, 1988; 林鍾沂，2004）。雖然法律的執行成效亦成為公共行政學界的研究重心，然而該學派談論法律執行成效的方法，並非檢視行政是否忠於律法，而是強調法律的制定者與執行者同等重要。當時的公共行政強調政府的誠信、倫理、和責任，認為為民眾提供最好的服務、盡可能地平均分配成本與效益、重視公民參與等等，成為當時提倡的價值（林鍾沂，2004）。新公共行政學派雖略微論及法律議題，然而其闡述的重點，仍在建立具有民主特質的行政。瞭解該學派整體的脈絡之後，對於法律執行成效的研究就可以被

理解為是為了完成公共行政對政府的誠信、倫理和責任的義務。該學派切入的重點，可說是從公共行政的政治角度，重新詮釋法律的價值。

一九八〇年代開始掀起的新公共行政管理學派，對於法規的看法就更為負面了。該學派強調政府應該師法企業，重視績效、成果導向；強調競爭、分權、任務導向(Osborne and Gaebler, 1992)。因此傳統公共行政強調的依法行政，在新公共管理成了重視「顧客導向」；傳統行政重視正式化的規則和程序，新公共管理重視資源運用；傳統認為公共行政法規、命令為驅力，新公共管理則主張任務導向，以便集中精力並有效運用資源（林鍾沂，2004）。

Rosenbloom(1983)所提出的公共行政的三個理論途徑，從管理、政治、法律等三個面向理解公共行政，應可視為行政學界第一次正式將法律的討論列入主要架構。儘管如此，Rosenbloom 也同意，法律途徑向來被管理與政治途徑（尤其是管理）的鋒芒掩蓋，而甚少有學者從此途徑研究公共行政。因此，Rosenbloom 將法律觀點納入，與其說是公共行政學界開始正式進入法律領域的研究，不如說公共行政研究開始檢討其領域可涵蓋的範圍，並擴展其研究的版圖。

行政學各個時期的發展，雖然對於依法行政的看法不停的在變動，然而這個議題始終未受到廣大的迴響。綜觀各大行政學教科書，雖可讀到「法規」、「法令」、「法制」等字眼，卻多是龐大脈絡中的一小塊結構，並無長篇大論描述某理論所主張的法律論點。這樣的現象可以與 Merton 的主張連結。Merton 視法規為「工具」、為「手段」，而這樣的觀點也成為行政學界論及法制的時候的主要立場。新公共行政學派強調對人民的回應性、強調民主課責，在這個前提下，法律的執行成為研究的領域之一，但重點仍在對民主的課責與對人民的回應；法律的執行是為了能夠達成這兩個最終目的。新公共管理的主要精神是師法企業、績效導向；在注重彈性的思維模式下，法規鬆綁、解除管制成為主要的訴求。法制的鬆緊，皆是為了達成行政的目的，亦可見法規在此被視為「工具」

的思維。Rosenbloom 雖重申法律對於程序、對於正義、對於人權的重視，然而其論述的主旨是將管理、政治與法律皆納為公共行政的理論基礎，亦無深刻討論行政行為與依法行政之間的鏈結。總結而論，公共行政對「依法行政」的概念研究，多視法律為行政的「工具」，且視「依法行政」為無須討論的前提，差別僅在不同學派會依照對行政角色不同的假設，以不同的方式「使用」這個「工具」而已。

二、法律觀點的依法行政

從法律觀點來論依法行政，係為行政法重要的原則，為影響行政之羈束性與自由性差異的來源（陳敏，2007：153-176；吳庚，2008：83-113）；一般行政法書籍通常會闡專章討論，且描述的架構與論點皆大同小異，顯見該原則在法律學界已是發展完全、並具共識的學說。

若依種類來分，依法行政原則包含了「法律優越原則」以及「法律保留原則」；前者又稱做「消極的依法行政原則」，後者則為「積極的依法行政原則」（陳敏，2007：153-162；吳庚，2008：83-93）。法律優越原則係要求行政行為或一切行政活動均不得與法律相抵觸；此項原則亦有規範位階的意義，亦即行政命令及行政處分等各類行政行為，在位階上皆低於法律，不得抵觸。法律優越原則之所以稱為消極的依法行政原則，係因為該原則僅要求不違背法律的規定即可，不要求一切的行政活動均必須有法律的明文規定。法律保留原則為較嚴謹的依法行政原則，進一步地要求行政行為不能以消極不抵觸法律為滿足，尚須有法律之明文依據（陳敏，2007：153-156；吳庚，2008：83-86）。這樣嚴格的規定，係為了防止行政權侵害私人權益，因此任何可能涉及權利侵害的事項，皆必須經過代表人民的國會的許可。至於法律保留範圍的寬鬆或嚴謹，各國狀況各有不同（吳庚，2008：87）。我國司法院大法官對法律保留範圍所持的見解，大約與德國發展出之「重要性理論」相當；認為凡有關公眾及個人之基本及重

要之決定，應由立法者為之，並由立法者負其責任，此為國會保留；重要性較小之事項，立法者得以法律授權制定法規命令，此為法律保留；不具重要性之事項，則不適用法律保留原則。然而此三層的規範密度，應由憲法法院就個案判斷所應採之密度（陳敏，2007：157）。

根據吳庚（2008：97-98）的研究，法律保留原則在我國的制度設計上，雖然其嚴格程度不亞於歐陸各國，然而法律保留在組織法範圍的貫徹程度遠較行為法的範圍來的高，且授權命令與職權命令亦無實質差異；因此就實然面來說，法律保留原則的貫徹較其他國家鬆弛。由於依法行政原則旨在維持法律的規範效力，一方面避免行政權侵犯立法權限，另一方面也防範立法機關立法怠惰或過於擴權；而此中介的拿捏，在我國有賴於行政法院與司法院大法官職權的行使（吳庚，2008：100）。由此可知，本研究從大法官解釋探討依法行政原則的實務，在理論上亦有支持。

依法行政原則在法律學界的研究已相當完備。包括依法行政原則的類型、適用的範圍、適用的行政行為類型，皆早有討論，並獲學術界的共識。且我國司法審查權近年來亦逐漸完備，回歸正常憲政運作，亦能在實務上發揮監督依法行政原則是否被落實的功效。然而在行政學界，依法行政原則卻非重點議題；無相映之理論建構，亦無實務的觀察。分析各時期的行政研究，僅能獲得行政學界將法規視為行政的「工具」的結論。由此分析可知，法律與行政觀點差異之大，且兩者皆以各自的主觀談論他者。法律觀點以避免行政獨大為目的，是故在學說上係以法律優越原則、法律保留原則為中心，對較低階的行政命令進行限制；行政觀點則以實現機關目標、政策目的以及民主價值為核心，藉以調整對法規鬆緊程度的觀點。然而由於行政對依法行政觀點的認知，在學說上甚少有足夠的篇幅進行討論，更遑論對依法行政原則在行政實務上的適用進行分類討論，僅能做概括理解。

參、對行政裁量權觀點的比較

「裁量權」在公共行政領域，是一個耳熟能詳的詞彙。過去公共行政學者在行政裁量的理論方面多有著墨，已累積了不少研究基礎。但因為過去公共行政學者研究的裁量，多數從組織行為(March and Simon, 1958; Kelly, 1993; Kelly, 1994; Langbein, 2000; Langbein, 2004; 曾冠球, 2004; Carrington, 2005)或是官僚自控(Leys, 1943; Goldstein, 1963; Warwick, 1981; Galligan, 1986; 林鍾沂, 2004)等管理與行政倫理議題出發，缺乏實證觀點的研究，至今我們對行政裁量在實務上如何與規範它的法律互動，知之甚微。反觀法律學界對行政裁量權的研究，雖扣緊了法律制定如何影響行政裁量的議題，卻多僅單純地討論如何「監控」行政行為，使行政權不至於太過擴張(翁岳生, 1979; 許宗力, 1998; 沈巋 譯, 2002; 王叢虎 譯, 2005; 劉鑫楨, 2005); 至於該條法律在實務現場所產生的影響、實際被執行的樣子，則很少人真正關心。我們可以說，公行領域與公法領域所談論的雖然都是行政裁量，其內涵卻不盡相同，對行政裁量正當性的出發點亦各持立場，缺乏對話。以下，本研究將分述公共行政領域與公法領域對裁量權的討論。

一、公共行政的觀點

公共行政觀點的行政裁量，可從「管理面向」以及「行政倫理面向」分別討論。以下分述之。

(一) 行政管理面向的裁量

正是由於公共行政的管理途徑對於其合法性的認知來自於管理上的效率、績效等價值，因此，行政學者討論的裁量權，多數以管理的角度，探討裁量空間的大小與組織績效、組織行為等層面的互動關係。

Kelly(1993)從組織的角度來看裁量，將裁量的種類分為：(一)例行性的裁量(routine discretion)：亦即依照固定的選項進行選擇的裁量，而這些選項是來自於對員工的訓練、先前的經驗、現存的資料、或是組織的建議策略；因此嚴格來說，都有固定的模式可供依循，裁量的空間不大(March and Simon, 1958)。

(二)創造性的裁量(creative discretion)：員工依照組織目標設計工作計劃，即為創造性的裁量；亦即為組織目標尋求可行的手段。(三)意外的裁量(deviant discretion)：意指原本非預期由員工完成的工作，卻為了能提供立即的服務或是對狀況快速的反映，而產生的裁量。至於偏向哪種裁量，可能分別有組織的與個人的影響因素。在組織層面，裁量權的類型可能因為組織文化、組織結構、組織社會化過程以及控制系統等而各異。對於新進的員工而言，若能在新人適應組織生活的社會化過程當中，培養正確的判斷能力，有助於增益行政人員的裁量能力(Carrington, 2005)。組織也能透過社會化過程引領員工瞭解組織所追求的價值、期許的目標，以及必要的專業知識，進而培養員工的判斷能力。組織不同的結構化程度、集權或分權、單位的多寡、任務目標的複雜程度也都將影響員工的裁量類型，以及被賦予的權力大小(Kelly, 1993)。Langbein(2004)有更具體的研究。其認為行政機關的性質也可能影響裁量權的大小。行政人員個人的裁量權，可能會受到某些組織特性的影響。較為技術導向的機關，其人員的裁量權較低；工作小組的合作程度高、工作內容愈清楚、績效指標與工作目標的連結愈強，則有助於裁量權的提升。

曾冠球(2004)曾以基層人員人格特質、所能接受的領導方式等組織行為方面的變數，討論裁量權行使模式的差異與之間的互動關係，以台北市十二個區公所組織作為研究對象，應是目前少數以行政裁量為主題所做的實證研究。然而其所探討的三個假設，經由統計驗證，皆僅僅獲得部分支持，作者因而做出「必須視不同的人格特質類型與領導風格類型再分別討論之」的結論(曾冠球, 2004)。

裁量與績效的關連，亦為不斷被學者關注的議題。March 與 Simon(1958)認為，當組織所面臨的計劃目標愈為龐大的時候，員工的裁量權就會愈大；裁量權的大小跟組織所欲達成的目標的遠大程度與績效的好壞息息相關。亦即，若希望組織有好的績效，就必須給予員工更大的彈性，讓員工有充分的空間連結手段與目標。類似的研究結果也出現在 Kelly (1994)針對第一線官僚的研究。該研究指出，若組織給予人員很大的裁量空間，則會造成組織成員盡力追求產出(seek just outcomes)的特質，政策目標易於彰顯；反之，若成員被規則、制度等限制了裁量空間，政策的效果就不顯著(Kelly, 1994)。

(二) 行政倫理面向的裁量

Leys(1943: 12-16)引用法律學者 Ernst Freund 的研究，依裁量幅度的大小，將裁量權分為三種類型。第一種為精確的標準(precisely measured terms)：這類的裁量幾乎沒有給承辦人員個人判斷的空間，僅能依照法律的明確的規定進行判斷。第二種裁量類型，雖然也是依照法律的規定進行判斷，但是依據的標準卻相對模糊，可稱為「抽象的一般原則」(abstraction of common certainty)。這類的裁量權受限於一般定義的判斷，也就是公務員受限於某些習慣的、常用的標準，或是技術；然而，此時法律僅能說明行動的目標，至於執行的手段、方法的標準，必須由行政人員自行判斷。但這並不代表行政人員完全不受限制，在這類的裁量空間下，行政人員僅有「邊際」(marginal)的模糊空間，規則還是存在。第三種裁量情境，就好比我們要求以「適當的」標準，來保持環境的安全與衛生；這個「適當的」標準，就必須依照個人判斷，會有「程度」差異的問題。上述分類是很典型的法律學者對裁量權的分類方式，而 Leys 認為 Freund 的論述在哲學上是有瑕疵的。從哲學的觀點，只有標準是模糊還是清晰的問題(general and specific standards)，沒有是否被定義的問題(definite and indefinite standards)；因此，行政人員只可能依照一個明白的、可立即作決定的標準，或是一個需要自己判斷的原則來行事。Lays 與 Freund 的對話有點類似於 Finer 和

Friedrich 在 1940 年的辯論。前者就像多數的政治或法律學者主張官僚外控機制，而後者則認為官僚的內控能力才是真的。

從這個觀點出發，行政裁量問題就是一個行政倫理問題。許多關於警察執行勤務時的裁量使用與課責問題的研究（林明鏘，2000；朱金池，2004；林麗珊，2004；朱金池，2005），即是在討論所謂的裁量，是否能彰顯法律字面所欲表達的「精神」的問題。舉例而言，在績效的要求下，警察同仁可能因為過於注重破案率、犯罪率等等的績效指標，而忘記了打擊犯罪真正的精神。他們可能會傾向辦一些眾所矚目的大案子，對小竊盜、打架傷人等小案子不屑一顧，忘記應該是所有的犯罪都應該要受譴責。因此，他們可能會對於破案率下降、犯罪率上升等統計數字非常敏感，但對於個別的案件卻失去了要伸張正義的決心(Goldstein, 1963)。因此裁量權不是真空的，他是一個混合的概念，因為法律無法做到完全的詳細窮盡而存在，但又必須防止行政人員濫權，因而不論在立法或司法甚或行政內部，都存在極為嚴密的監督系統。一派學者較信任行政機關，強調行政機關的內控機制、制度的有機設計與執行，另一派則因為不信任行政機關的內控效果，主張在立法授權上應採嚴格的審查標準，或擴大司法審查權，收縮、壓抑行政權，以避免權力濫用（林鍾沂，2004）。林鍾沂引述 Warwick(1981)的觀點，認為行政裁量的發展應考量公共取向(public orientation)、反省性選擇(reflective choice)、真誠(veracity)、程序的尊重(procedural respect)、手段的限制(restraint on means)等五個倫理原則。前三者應偏向內控的機制，後兩者較屬外在法規的控制，應是兼顧了積極與消極的裁量原則。

（三）小結

以 Rosenbloom(2002)的分類架構歸納，上述行政管理與行政倫理二者從行政學出發的途徑，分別屬於公共行政的管理與政治途徑。雖從不同的角度關心行政裁量的問題，裁量空間的大小以及產生方式卻是兩者共同關心的議題。管

理途徑透過組織行為的變數分析，政治途徑則回到監督的議題，討論內控、外控機制的效力。除了政治領域透過立法限制、監督行政人員的裁量權之外，行政機關內的種種特質亦可能左右人員的裁量範圍。換句話說，行政裁量權的大小並非立法者全然決定；行政機關為求管理績效，亦可決定該給予行政人員多少的發揮空間。過去我們不論單獨看行政倫理或行政管理觀點的裁量，都可能忽略了從另一個觀點而來的變數；再加上管理途徑本來關心的就是行政機關如何給予行政人員裁量空間，本身不涉及法律層面的討論。而 Warwick、Leys 等從行政倫理出發的途徑，雖然綜合了行政與法律、內控與外控的觀點，但類似這樣的倫理要求，卻始終停留在應然方面的研究，因此從公共行政而來的裁量研究，始終沒有和法律實務正面交鋒。

光是從行政學過去的研究，我們就已經發現行政的政治與管理途徑過去少有對話的機會；而這個缺乏是由於雙方多以應然的觀點建構理論，甚少回到行政現場進行實務研究造成。一旦行政的研究要回到實務現場，我們應當會發現另外一塊缺漏地更嚴重的領域：法律。我們不知道規範行政裁量的法律，如何對行政行為造成影響。作為承接學術果實的后輩，理應填補這塊缺漏，將行政裁量的研究拉回實務的地面。以下，我們先行進入法學界對行政裁量研究的領域。

二、法律觀點的行政裁量

若欲行政與法律能站在同一個空間對話，首先研究者必須明確地指出走向這個討論場域的路徑。因此以下我們將透過法律學者對裁量權的性質的描述與分類，找出與行政觀點的異同，建構出本研究欲探討的裁量類型，以及欲與之對話的內容。

（一）一般法律觀點的行政裁量

從法的觀點來談裁量，不能忘記裁量最一開始的定義：法盡，而裁量生 (Davis, 1971)。而從法律的觀點來談裁量，多半是以「行政裁量應受法律拘束」(翁岳生，1979) 的概念出發，討論法律應如何控制行政裁量的法律效果，並限制裁量在其可掌握的範圍之內。

法律觀點的行政乃以依法行政為原則，受法律的拘束；亦即行政為法律的執行者，其執行法律的過程，需經由法律的解釋與法律的適用過程。從法律的角度來看，裁量權分為廣義與狹義兩種。廣義的裁量權係指因為立法機關的立法能力實際受到社會事務的複雜性及專業性的限制，需以委任立法或授權裁量的方式補充之；且在無法律規定且不違反法律保留原則的情況下亦有行政自由形成的空間，但仍受一般法律原則的拘束。狹義的裁量權為法律規定的產物，在法律規定的範圍之內進行選擇，通常可以看到法律條文使用「得」、「得不」、「或」等字，或以「上下限」限制選擇範圍。若從法律規範的構造上分析之，此一種包含條件的命令，係由法定構成要件與法律效果組合而成，也就是「如果—那麼」的結構方式。因此，條件的判斷就成為結果產生的重要關鍵 (劉鑫楨，2005)。

通常法律的適用包括下列四個階段 (劉鑫楨，2005)：(1) 調查證據而認定事實；(2) 解釋及確定法律構成要件之含意，並確認範圍；(3) 涵攝 (subsumption)，案件的事實與法定構成要件是否符合；(4) 確定法律效果，即如何處置。法律適用之涵攝過程，不僅是一種尋求邏輯結果的過程，並且為涉及價值判斷的認識過程 (劉鑫楨，2005)。法律上將這種價值判斷分為「決定裁量」與「選擇裁量」兩類。決定裁量通常表現在某法律構成要件成立的時候，行政機關得決定是否採取法律規定的措施。因此，是作為或不作為的選擇問題。「選擇裁量」則是當法律構成要件成立的時候，行政機關可以就法律規定的兩種以上的處理方式，選擇一個以上為之。

以上兩種裁量權皆是在法律明訂的範圍之內行使；法律上的「不確定法律

概念」也有接近裁量權的性質，然而在法律的認知內，卻不被列入行政裁量的範圍，且得由法院審查。在法律的意義上，不確定法律概念所指涉的是抽象的價值概念，例如國際法上的「侵略」，民法上的「誠實信用」、「善良風俗」，刑法上的「猥褻」、「其他非法方法」，憲法上的「平等」、「增進公共利益所必要者」等等（翁岳生，1979）。法律學者認為，雖然不確定法概念有多種解釋、判斷的可能，但其中只有一種是正確的（劉鑫楨，2005）。然事實上，不確定法律概念到底有沒有留給行政任何裁量的餘地，在法學研究上也曾引發一波激烈的討論。一派學者認為，不確定法律概念適用於具體案件時，僅可能存在唯一的正確答案。縱使這個答案無法以「是、否」準確地判斷，但是必定存在一個明確的界線，超過此線之外，可輕易地判斷為錯誤的決策。在此線之內，雖行政機關有判斷餘地，但事實的認定屬法院的權限，行政機關不可混淆。問題是，在經驗上時常出現法院或專家對某一事件之見解分歧，此時是否應當維持行政機關的決定，才為合理？在經驗概念上，需就個別案件探討法律的真意與目的，因此當具體案件上涵攝的事實愈無法確定，行政機關的責任就愈重大，亦即愈應該肯定其「判斷餘地」之存在（翁岳生，1979）。此為另一種觀點。

法律學界的辯論，最終還是要回到行政實務上討論。如果我們將不確定法律概念也視為實務上的必然遭遇的行政裁量，那麼行政裁量的範圍就包括了：

（1）由不確定法律概念而來的抽象價值的解釋；與（2）依照構成要件選擇具體的法律效果。因此，裁量權的產生，一部份是由於法律在制訂的時候保留了抽象、模糊的解釋空間，依其模糊程度決定裁量範圍。過去認為，如果能盡量將法律詳盡的呈現，降低其模糊的解釋空間，則可以提高對行政裁量的控制，進而提高法律的效力。然而，先不論究竟有沒有可能減少法律的模糊空間，提高法律的精確性真的能夠降低行政裁量的空間嗎？法律到底要定的多詳盡、具體呢？學者 Forde-Mazrui(2007)認為不見得。因為過於限縮的裁量空間，可能反而因為缺乏彈性而破壞法律的目的；其實裁量空間的大小並不會受到法律詳盡

程度的影響，除非直接限制罪刑認定的條件，或是限制執法的權力(Forde-Mazrui, 2007)。

雖然裁量空間是法律保留給行政的彈性，然而，立法機關也擔心裁量權在執行階段遭到濫用，因此立法機關或是行政機關自己都對裁量有若干的限制規定。從立法的角度來看，行政機關做成行政裁量處分時，必須按照授權目的行使裁量權，並遵守法定的裁量範圍做為基準，將裁量限制在「法」的框架之內，否則可能因發生裁量瑕疵而遭撤銷。除了個別裁量決定的適當之外，個案之間的平等與正義同時也是必須被追求的目標。因此為了平等原則的實踐需求，又因為特殊個案必須給予特別處理；在遵循法律授權目的及範圍之內，必須實踐具體個案正義，且顧及法律適用的一致性，符合平等對待原則，行政機關常以訂定行政裁量準則的方式，作為下級機關行使裁量權的準則。此為行政機關對裁量權的自我規範（劉鑫楨，2005）。

換句話說，法律研究的行政裁量是非常具體的行政裁量，其對裁量範圍有非常明確的定義，這是與行政談論裁量權時的第一點、也是最明顯的不同。其次，法律是以「控制」、「規範」的觀點在談行政裁量，與行政著重管理上的目標，以及對組織績效的影響不同。相對於行政談論裁量權多半直接跳至裁量的管理議題，沒有劃定裁量的範圍，法律對行政裁量的定義則非常具體。是故本研究應在這個具體的基礎上，討論行政裁量在實務上的表現。

（二）訂定命令的裁量

上述所討論的行政裁量，多是「行政處分」的裁量，也是在法律學界一般主要談論的行政裁量。然而法學界近年來已開始切割「訂定命令」的裁量與一般所謂行政處分的行政裁量。

由於訂定命令同時有立法的性質，因此究竟是屬於立法裁量或是行政裁量，學者各有主張。有人主張不刻意區分行政裁量與立法裁量，認為這些裁量

名詞的差別只是受法拘束的「量」的差別，訂定命令的裁量剛好處於中間。但這樣的說法只是重述「法的領域內，沒有一個自由是不受拘束」的自明之理，多數學者不認為能夠提供助益。另有人認為訂定命令的裁量可視為立法裁量。這個說法雖可以解釋訂命令的法制訂功能，卻忽略了它同時具法適用的功能。採此說者，難顧及訂定命令的全貌；採同行政裁量說者，則雖顧及了法適用的功能，卻無法解釋法制定的角色。也有學說認為可以等同個案適用不確定法律概念，因為制定命令同樣是在適用、解釋不確定的法律概念；但有批評指出，制定命令並非針對個案，而是對不確定法律概念具體化為有拘束力的法條，因此兼具法制定功能，同樣具有訂定一般、抽象性的法規範的特質。學者許宗力（1998）基於上述理由，認為訂定命令的裁量，應當自成一格，成為獨立、特殊的裁量類型。

訂定命令的裁量表現在「是否」與「何時」訂定命令的裁量，以及「如何」訂定命令的裁量。在決定是否與何時訂定命令的裁量上，學者許宗力（1998）認為，若立法者無裁量授權的明示，即不應以裁量視之。即使視為裁量，若該法律無命令及無法執行，行政機關別無選擇，只有訂定命令的積極義務，此時應視裁量限縮至零。至於立法者使用「必要時」或「為了維護公共利益」等不確定法律概念作為授權的前提要件時，若條件符合，則行政機關有訂定命令的積極作為義務；但亦不排除行政機關對於要件是否具備有判斷的餘地。

至於行政機關「如何」訂定行政命令，許宗力（1998）共區分為十一種類型，本文僅挑選與研究個案相關者敘述之：（1）以應否經法律的授權區分：根據法律保留原則，法規命令的訂定基本上都需要得到法律的授權，但內容不涉及基本權力與公共事務重要性之命令，則不在規範之內，可稱之為「獨立法規命令」。（2）以有無經法律的授權區分：在法律保留原則的適用範圍內，法規命令的訂定一律須經法律授權，並無例外。然實務上常以特別權力關係為由，認為「有組織法即有行為法」，以中央法規標準法第七條的「職權命令」大幅縮減

法律保留範圍，致使實務上充斥未經法律授權的法規命令。因實務上不能貫徹法律保留的要求，法律學者僅能退而求其次，要求法院直接根據憲法上保障人民基本權利的相關規定，採用審查密度最高的標準嚴格審查。(3) 以法律授權明確與否區分：立法者不能對行政機關空白授權，需於授權法中明訂授權內容、目的與範圍，俾行政機關訂定命令時才有一定的準則與界限可循。但同樣在實務上存在嚴重的落差。理論上不符授權明確要求的授權法本身應屬違憲、無效，而根據授權所訂定的命令也應當失效，但實務界通常不願否定其合憲性，僅能要求法院從嚴審查。(4) 以事務領域的不同區分：命令所涉及事務領域的不同會影響到訂定命令之裁量範圍的大小以及法院審查的寬嚴。若行政命令所適用的領域為專業、科學上的認定，而特別要求在訂定的過程當中，必須由有專業代表性且獨立的的委員會負責決定，則代表立法者賦予行政機關「具體化餘地」的意思，法院對此也僅能做寬鬆的審查。若專家意見不能一致，或最後之決定涉及價值判斷，而需要能夠反映社會多元利益的代表組成獨立委員會作成決定，亦表示立法者賦予行政機關「具體化餘地」。

(三) 大法官解釋與行政裁量

除了一般情況的訂定命令的裁量，大法官會議判定特定行政命令之違憲與否，亦可能因為解釋效力的差異影響行政機關修正命令的裁量空間。

我國早年司法院大法官會議的運作，經常使人認為司法院為政府部門的法律諮詢機構，大法官所做出之解釋，似乎僅有供政府參考的功能，而不具拘束力；換句話說，行政機關仍握有最後的裁量權。一般認為至第四屆大法官起，始因大法官正視人權保證的機能，才開始重視大法官解釋效力的問題。釋字第185號可謂定義大法官解釋拘束力的重要標的，其言：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明訂。其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力。」一般依此條解釋認為大法官會議的解釋具有拘

束全國各機關及人民的「對世效力」。換句話說，大法官解釋的拘束力範圍，不僅是對特定個案有效，而是具有一般拘束力。因此大法官解釋的法源位階高於所有法律與命令，其判決具有拘束法律與命令的效果，拘束效力的存在無庸置疑（翁岳生，2004）。從這個角度來看，大法官所作成之解釋，必定影響行政機關與立法機關日後訂立相關法令的決策作成。

然而大法官解釋雖然對法律與命令皆有拘束力，但其可能賦予法律或命令不同程度的裁量權。學理上認為大法官解釋的效力，在形式上會以溯及無效、即時無效、以及將來無效等三種方式出現。這三類無效方式，都是要求主管機關應該修正違憲的法規，僅是修正的時限不同。溯及無效的解釋其效力追溯到解釋公告時間之前，即時無效表示該法令立即失效，行政機關應即時修改；至於將來無效，則是大法官考量法規修正可能花費的時間，給予主管機關一定的時間修改法令，並能在新的規定制定完成前維持法規秩序的穩定。換言之，這三種解釋方式行政機關雖然在是否修改法令上無裁量空間，但若大法官以將來失效的方式作成解釋，則行政機關可以在期限之內決定法令修正的進度，亦有部分裁量。

除了上述未賦予行政機關修改法令的裁量的解釋，大法官亦可以能做成有賦予行政機關修改法令的裁量的解釋。這類的解釋屬於大法官對行政主管機關或立法機關的「建議」，通常會以「應予以檢討修正」、「應以法律定之」、「應從速以立法定之」等「警告式用語」形式出現，亦即雖然表達了該命令或法律違憲的事實，但卻未宣布違憲法條是否必須失效。然而這類的解釋方式，從第五屆大法官起，由於司法權的覺醒，大法官愈來愈傾向以明確的文字表達解釋的效力，不僅僅是宣告違憲，同時會明白宣告法律或命令失去效力，差別僅在立即失效或是限期失效而已（翁岳生，2004）。

從大法官解釋效力形式的演變來看，大法官自第五屆以後傾向以明確的方式表達違憲法條失效的效果，呼應了司法權覺醒的事實。自此大法官解釋賦予

行政裁量的空間愈來愈小，或者說，對於違憲的法律與命令，大法官不願意再給予任何模糊的空間，而是希望強制、限期改進，造成的效果便是大法官解釋對於行政權的制衡效果愈來愈明顯，而行政機關對於已經被宣判違憲的行政命令也愈來愈沒有訂定命令的裁量空間。

（四）我國行政正當性理論與行政裁量在法學實務的應用

回到葉俊榮（1993）關於行政正當性的觀點，四種理論模型雖然各表達了一部份的行政正當性來源，但是卻無法獨自作為行政正當性的理論基礎。因此我國法學界究竟是如何看待行政權的正當性，可能必須要從實務上如何看待行政裁量以及行政保留進行分析。

依照吳庚（2008）的觀點，原則上法律學界認同對裁量處分不予審查的原則，但對於不確定法律概念，在過去雖然未與裁量做明顯區隔，但近年受到學說的影響，大法官解釋與行政法院皆出現多起直接使用不確定法律概念作為論述依據的案例。因此吳庚認為，過往各種悖離學理的實務見解大體上已被拋棄，目前各級行政法院對裁量與不確定法律概念的論斷，大體上已能與學說同步，依照理論的概念與情境加以區分（吳庚，2008：135-136）。從行政保留的概念來分析，我國的行政權的位置雖然在憲法結構上與其他各院平等，但因為其職權非由憲法列舉（如司法、考試、監察），又須向立法院負責，因此若干法律甚至將法律保留的範圍予以擴大（如中央法規標準法），因此欲從憲法架構下確定不受侵犯的行政保留，確實有困難。然而，我國組織法的國會保留相當徹底，但是對於行為法相較之下卻因為立法效率不加而有較少的立法保留，造成行政機關若不自訂命令，政務即無法推行，而若逕行以命令代替法律，則有違法律保留原則的窘境（吳庚，2008：141-142）。

由以上實務狀況分析，我國行政權仍處於一個尷尬的地位：由於法學思想的進步，以及司法角色的覺醒，行政法院體系的判準已能夠跟上法律學說的腳

步，愈來愈能發揮司法權對行政權監督、制衡的功能。然而另一方面，實務上行政機關卻可能因為組織法的限制與立法效率的問題，無論是訂定命令或是不訂定命令都可能尷尬的情境。由此看來，我國的發展路徑有別於西方各國。我國由於立國之初威權的背景，司法權一開始僅是行政權的橡皮圖章；時至今日，隨著法學理論的引進與發展，司法權已開始覺醒，並逐漸與學說同步。換言之，我國對於行政權正當性的看法，似乎能夠呼應葉俊榮（1993）的分析：以傳送帶模式為原則。而會產生這樣的結果，應該與司法權的覺醒有關。只是我國行政與司法的權力發展方向，與西方各國互異；當西方各國開始多元地思考行政正當性的來源之時，我國卻需要思考如何翻轉行政過去的威權性質，並健全司法監督功能。因此我們在看待我國行政權正當性問題的時候，應當必須認知到我國理論與實務的發展，應是從光譜的兩端逐漸向中靠攏，而這也是我國的發展與西方國家不同之處。

肆、小結

行政的正當性、依法行政、行政裁量權等觀念，皆是行政觀點與法律觀點共同擁有的概念，然而兩者確有截然不同的理解。

從法律的角度對行政裁量的討論，多討論一般行政裁量、訂定命令的裁量以及受司法判決影響的裁量的定義與範圍。公共行政研究裁量權的分類則可歸納為：(1) 裁量權的行政倫理問題；(2) 裁量權當依變項：討論組織行為與裁量空間大小的關係；(3) 裁量權當自變項，討論裁量與績效的關係。行政談論的裁量是與管理面向的裁量，並非法規授權控制之下的裁量，因此其討論的是行政權自由性；而法律則因為司法權的覺醒，在司法實務上開始更明確表示行政裁量的範圍，更強調的是行政權的羈束性。依法行政的概念在法律領域，是透過法律的位階限制行政行為；而在行政方面的研究，卻僅僅被視為實現組織

目標的工具。兩者對於行政裁量權以及依法行政概念的差異，可能正是因為雙方對「正當性來源」有不同的理解。上一節本研究談到，兩者對於行政正當性來源的看法，最大的差異在於：法律學者認為行政的正當性係因「授權」而得，縱使法學已發展出多元的正當性來源觀點，但以授權為本的傳送帶理論依然是主流；與法學觀點相反，行政學者從根本上認為行政的正當性來自於憲政，行政本身即具有正當性、不假外求，重點是如何達到政策目標、如何提高績效、如何保持對人民的回應性等。由授權而來的正當性，代理人不是主體，如何完成委託人的託付才是重點，因此監督行政機關的行為就成為法律領域的主流觀點。

由以上分析可知，行政觀點與法律觀點無論在正當性來源的認知、依法行政概念的理解、或是行政裁量考量的面向皆有不同。由於一開始對於行政正當性來源的理解已有差異，形塑了這兩個領域迥異的思考模式。換句話說，這兩者有不同的偏好。行政領域偏好順利地完成組織目標，而管理、政治、法律的理論基礎，表現在實務上，分別可以轉化為：效率、民主、正義公平等精神，應為行政機關偏好的來源。法律領域由於認為行政的正當性係為經過授權而來，除非行政能夠忠實地執行法令，否則不具民主正當性；因此有效地透過規範的限制、監督、避免行政獨大，即是法律在行政裁量方面的目的與偏好。

法律與行政的偏好方向有一百八十度的差異，一個規範行政裁量，一個執行行政裁量。規範的太多，做事的人施展不開，影響產出；規範的太少，又擔心權力失衡、行政獨大。若我們分就這兩個領域個別討論行政裁量，會發現這根本是個無解的問題。這就好像市場上賣東西的人永遠希望其售價能愈高愈好，買東西的人永遠希望其購買之價格能愈低愈好，如果雙方不是因為希望同時找到買家及賣家，否則這兩個立場不會有交集。同理，若不是法律與行政皆希望政策能夠順利的執行，法律不會需要適當的留予行政裁量空間，行政也不需要接受在法的規範之下行事。行政裁量權的空間，恰如市場上交易的過程，

必須同時考量雙方的偏好，並找到均衡點。過去的研究就是只單方探討各自己的立場，忽略了這場交易中另一方的行動，因此無法搔到實務的癢處。為了解決法律與行政學界過去研究的盲點，本研究借用公共選擇理論對於處理行為者偏好，以及交易過程的長處，結合過去這兩個缺乏交集的學科。期待能透過經濟角度的分析，闡明、解釋均衡點的位置，以及雙方依照行動結果產生裁量空間時所持的策略。

從公共選擇觀點回饋法律學者的研究，可因為納入官僚偏好的考慮，瞭解管理的角度暢談的績效，其實就是官僚組織偏好的設定，藉以補充過往法律學者對行政裁量一廂情願地限制的理論途徑。至於公共選擇觀點對公共行政學界的回饋，則是使行政裁量權的討論能回到授權關係的本質，討論法律對裁量權的限制在行政實務上的影響，與公共行政學者談論裁量的第一與第二種途徑——行政倫理與將行政裁量大小當作依變數——進行理論對話。其次再進一步討論，該授權範圍與行政管理之互動關係——授權範圍是否直接影響行政機關達成其組織目標的難易——與公共行政學者談論裁量的第三種途徑進行對話。

表 2 理論對話示意

	原始研究重心	Missing link	本研究補充
法律觀點	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 行政正當性來源的看法：來自於授權。 ◦ 對行政裁量的研究重點：裁量權之定義、使用範圍與控制。 ◦ 對依法行政的概念：積極與消極的法律保留原則。 		瞭解官僚的偏好。瞭解行政官僚解讀法律、面對法律時會產生哪些實際作為，又是如何做出選擇。
公共行政觀點	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 行政正當性來源的看法：本身即具有憲政正當性。 ◦ 對行政裁量的研究重點：定義、影響裁量大小的組織行為變數、裁量與組織績效之關係。 ◦ 對依法行政的概念：為基本前提，但過度的依法行政會造成僵化。 	公共選擇理論與代理人理論	加入行政裁量的法律與經濟途徑觀點，使行政裁量研究回到授權關係的本質。

資料來源：本研究整理

為了彌補過去研究缺漏的環節，本研究以公共選擇途徑，以交易的觀點結合行政與法律這兩個行為者，分別從從管理的角度與控制的角度談行政官僚與立法者的偏好。唯有透過像經濟學這樣可以結合兩個行為者的分析途徑，才能使行政與法律有機會站在同一個平台上面對面的交涉，我們也才能好好現場觀看、好好瞭解一次裁量空間動態的形成過程。

第三節 公共選擇、委託代理與行政裁量

從上述的分析，我們可以發現過往關於裁量權的研究，行政領域與法律領域有截然不同的思考觀點。法律領域關注於行政裁量範圍的劃定與控制，而行政則是討論行政裁量與組織績效之間的關連。關於裁量空間大小的討論，雖然是兩個領域都會碰觸到的議題，但出發點與使用的變數卻截然不同。雖然討論的都是裁量權，但討論方式卻有各說各話的嫌疑，忽略了對方的真實存在。法律觀點忘記了行政的主動性，行政觀點則將法律看作給定(given)的環境，甚少分析之。

雖然法律學者已經認知到行政裁量存在的必要性，然對於行政獨大的恐懼依然讓他們的研究焦點著重在裁量「控制」的議題。公共選擇學派對民主與官僚的研究，可說和法律學者有相同的起點；但他們認為對官僚的控制行為，其實是種取捨(trade-off)--可以減少部分對官僚的控制換取政策推動的成功(Epstein and O'Halloran, 1994)。若以行政程序的控制為例，立法者對程序的細節規定地愈嚴格，行政機關面對環境變化的能力愈小，但立法者愈能掌握行政執行的細節。那麼，立法者是要行政機關無法面對環境的變化而使得政策失敗，還是增加行政的彈性同時減弱自己的控制能力，就是取捨的問題了。這個「取捨」(trade-off)的概念，即是過去行政領域或是法律領域在談論裁量權時的失落的環節(missing link)。這個環節是經濟學途徑的專長，因此以下我們將透過公共選擇理論以及代理人理論進行分析。公共選擇理論則提醒研究者「官僚也存在偏好」的事實，裁量空間與監督問題並非委託人單方面可決定的問題。而代理人理論以公共選擇為基礎，加入制度的觀點處理因授權而來的監督問題，便於本研究釐清行為者之間的相互關係。

壹、公共選擇理論與代理人理論在方法論上的位置

在進入理論架構的討論之前，為了更瞭解公共選擇理論與代理人理論在研究架構、分析層次上的定位，本研究有必要先行作方法論上的探討。

一、公共選擇理論

傳統上，政治學途徑與經濟學途徑有兩個涇渭分明的假設：前者繼承 Aristotle 的觀點，認為人是政治的動物，會追求公共利益；後者則從 Adam Smith 經濟人的假設，認為人類會追求自我利益的極大化。公共選擇學派則是這兩個看似衝突的途徑的綜合，可以被定義為「使用非市場決策的經濟分析」或是「經濟學在政治學的應用」。其所關心的領域和政治學差不多，舉凡國家、選舉行為、政黨政治、官僚等等；差別在於，其使用的是經濟學的方法作為分析工具(Mueller, 1989; Monroe, 1991; 陳敦源, 2005b)。其分析單位是個人，主張個人會在競爭的環境當中追求偏好極大化，或是最大的生存機會。該理論以數學語言（通常用賽局的方式分析）呈現，經驗研究者也會以統計技術或是實驗的方式，假設實際金額的獲利是誘因的來源，進行經驗研究(Weingast and Wittman, 2006:3-4)。

由於該理論本身是從經濟學當中的理性行動(rational action)而來，假設人們追求的是物質上的個人利益，但因為研究領域的擴張，已轉為重視效用極大化(utility maximization)(Buchanan and Tullock, 1962)、目標導向的行為模式(purposive behavior、goal-directed behavior)(Riker, 1982)。這種研究假設的調整，和其應用在政治行為與政治制度上的研究有關；雖說公共選擇的分析單位從個人出發，但制度的問題不再被忽略，融合了許多政治學者所關心的議題。包括制度、文化、規則等等可能會影響行為者偏好形成的環境(Monroe, 1991)，皆成為重要的研究議題。因此經濟途徑對政治學者來說成為重要的研究工具，政治經濟學的領域於焉產生(Weingast and Wittman, 2006:3)。

公共選擇途徑對本研究的適用之處在於，其本身是一種以個人為分析單位，但同時考慮制度影響的架構。法律本身就是一種制度，但是在授權關係之

下，法律又與行政同為授權關係之中的行為者；而裁量空間是由這兩個行為者交易、互動成立。透過這個途徑，將可分析雙方如何運用策略使最後的均衡點往自己的偏好靠近。

值得注意的是，這種從經濟學而來的分析途徑，並非只有單一的理論途徑，而是以一整個「家族」(a family of approaches)的方式呈現(Weingast and Wittman, 2006:3)。本研究所使用的另一個理論—代理人理論—即屬於該家族的一員，以下將介紹之。

二、代理人理論

代理人理論以公共選擇的理性選擇觀點為主，加入了制度的討論，因此一般會被納入新制度論當中進行討論。依照陳敦源（2005a）的整理，新制度論主要受到兩大理論集團的影響，即經濟學與社會學。理性選擇新制度論繼承了前者對人性自利的假說，以及方法論上的個人主義。包含了經濟學中的交易成本理論（以 Coase 和 Williamson 為主）、經濟史研究（North 為主）、政治學中的實證政治學（Riker 為主）以及制度學派（Ostrom 夫婦）。社會學的新制度論則承襲社會學一脈的宏觀視角，關注對價值、文化等超越個人結構限制因素的關注，屬於方法論上的全體主義，不排除規範性議題的研究。歷史制度論有意整合兩者，將制度定義為「中層」因素，據有「媒介」結構限制因素在影響政治產出的功能。

正是由於新制度論的理論來源同時受到經濟學與社會學的影響，而這兩大學科在方法論上的層次又分別佔據天平的兩端，因此學者陳敦源建議，研究者在使用新制度論從事研究工作時，應當表明自己是應用經濟學會或社會學出發的新制度論，以避免方法論上的混淆。本研究所使用的代理人理論，使用的是經濟學一脈的交易成本概念，為受經濟學影響的新制度論。

然不論是經濟學或社會學影響的新制度論，皆是以制度為對象，在討論「個

人—結構」的方法論難題（陳敦源，2005a）。理性選擇制度論保留了理性自利經濟人的假說，將制度視為「關係」，影響行為者的選擇。社會學的新制度論則將有利益關係的行動者，放在制度之下，僅能做「有限度的選擇」。新制度論由於同時強調個人與結構，分別將經濟學與社會學自兩個極端向中靠攏。這一方面是在方法論上有了新的分析層次，介於個人與結構之間；另一方面，也是對「制度」的定義做了新的詮釋，增加了「制度」的影響、研究範圍。從經濟學而來的理性選擇制度論，是批判與反省「行為主義」的學術運動，認為傳統的行為主義與理性選擇，皆忽略了制度的重要，造成偏好定義狹隘、偏好加總偏差。而社會學一脈的制度論則是修正了制度的範圍，North 即以「遊戲規則」來形容制度的特質，其可為正式的規則（例如法律），也可為非正式的限制（例如習俗）（North, 1995）。

新制度論對於制度的全新界定，以及其強調「個人—結構」的方法論層次，恰符合本研究必須以行政官僚的裁量權（個人的分析層次）與法律所規定的裁量空間（結構的分析層次）作為分析對象的要求。法律本身就符合傳統制度的定義，而行政機關長久以來形成與法律制度互動的習慣模式，則是本研究可能觸及的另一個制度。

貳、理性自利的官僚—公共選擇理論的觀點

一、個人選擇與集體選擇的謬誤

公共選擇理論是一門以經濟學的方法進行政治學研究的學問，繼承了經濟學人類是理性自利、追求效用極大化的經濟人的假設，並以此研究具公共性的政治議題。該理論一開始的研究問題即為：理性經濟人如何將自我效用極大化發揮在政府決策，並使公共效益極大化（Mueller, 1989: 2）？

自我效用極大化與公共事務決策，牽涉到個人選擇與集體選擇的問題；公共選擇學派認為完全依照個人的理性選擇，可能導致公共事務推動的失敗。其原因在於，公共財無法建立排斥性與競爭性，市場機制無法正常運作，將導致社會福利的損失 (Samuelson, 1954; 徐仁輝, 2000)；再者，個人選擇亦可能導致服務或財貨提供不效率，產生「搭便車」(free rider)的問題，形成「共有財的悲劇」(tragedy of the commons)(Hardin, 1968)。因此，公共選擇理論認為，應當透過集體選擇，使每個人皆能遵守某種合作的規範 (徐仁輝, 2000: 29-31)；而這種規範就是制度，經由大家的同意之後所產生的制度，即具有強制性，可規範個人的理性選擇，使其考慮到共同或集體的利益(Olsen, 1965)，進而減少個人選擇的不效率(Stevens, 1993)以及社會福利的損失(Samuelson, 1954)。

然而全體一致決的集體選擇，必須在決策成本與外部成本的加總最低的時候，才能夠達到 Pareto 效率的原則(Buchanan and Tullock, 1962)；因此當需要贊成的人數愈多，決策成本愈高 (徐仁輝, 2000: 30)，實不利於現代民主國家的規模。最常被採用的集體決策係為多數決，公共選擇領域在亦投票行為上有非常豐富的研究。法國數學家 Condorcet 於 1785 年提出了投票循環論 (陪審團定理)，證明議程設定對投票結果的重大影響。Kenneth Arrow 延續該理論，於 1951 年提出的「不可能定理」，該定理認為，民主社會一般認為多數決是一種將個別人民的偏好聚合成為社會集體偏好的程序，透過多數決原則，即可找到社會共同的選擇；然而該定理透過假設推導，多數決僅能找到具相對意義的選擇，而無法找出真正的、絕對正確的答案(Mueller, 1989: 2-3; 陳敦源, 2004: 8) (Mueller, 1989; 陳敦源, 2004)。正因如此，許多學者認為，透過投票表達社會偏好的機制，容易因為議程設定被政治人物操控，而失去其表達人民集體偏好的意義(McKelevy, 1976; Riker, 1982; 陳敦源, 1998)。

二、官僚組織自利

正因為個人選擇與集體選擇皆有失靈的可能，透過官僚進行集體選擇，成為另一條可選擇的道路，也使得官僚成為民主行政結構中的重要行為者。以官僚組織取代個人選擇，目的在於提昇效率、防止搭便車與共有財悲劇的發生（徐仁輝，2000：31）。

然而不能忽略的是，官僚亦不能自外於自我效用極大化的經濟人的假定。公共選擇學者同樣認為，官僚有追求薪資、地位、個人便利、自我利益的特質（Self, 1993: 33）。既然官僚組織是官僚的集合，徐仁輝（2000：31-32）認為當官僚組織變大的時候，便會出現下列的問題：

- 1、 資訊扭曲：理性自利的個人會為了追求升遷的機會，而盡量向上司傳遞對自己有用的資訊(Tullock, 1965)。這種資訊扭曲將嚴重地影響組織的決策與績效，產生錯誤的傾向，並對變遷環境缺乏反應能力。
- 2、 官僚追求預算極大化：Niskanen (1971)認為，官僚追求薪資、福利、升遷、權利與社會地位等目標，皆與機關的預算有關，因此官僚有追求預算極大化的傾向。而追求預算極大化的結果，將造成公共財貨與服務無法做最有效率的配置。
- 3、 對顧客需求缺乏反應：此因官僚組織所生產的公共服務與財貨大多無法市場化，因此缺乏市場機制反應顧客的需求，並將顧客的反應回饋予官僚組織。Ostrom (1989)認為大型官僚組織的缺點包括：(1) 對不同需求無法有不同反應；(2) 對於可能受益人課與過高的成本；(3) 無法將所提供的服務適當分配與需求者；(4) 無法採取適當措施防止公共財被破壞；(5) 公共政策偏離公共利益與目的；(6) 公共政策經常造成問題的惡化而非解決問題。

儘管許多研究指出官僚有自利的傾向，然而亦有些研究認為這是因為過去缺乏官僚觀點的研究，欲從官僚的角度替其平反。Spence (2003)認為過去多以

自利的角度進行官僚研究，然而不能忽略官僚也會有改善政府運作的動機。Krause (2003)認為應當從官僚的需求面來理解行政裁量，因為當官僚所面臨的環境不確定性愈高，其對裁量空間的需求也愈大；然而，傳統的觀點卻只是從立法者可否涵蓋所有的法條細節，以及想要給行政官僚多少裁量空間的方向思考。Carpenter (2003)研究了另一個有趣的主题：為什麼官僚會拖延？這個問題過往常被歸咎為是官僚懈怠、效率不彰，然而 Carpenter 卻認為，官僚拖延決策可能是一種負責任的表現；因為許多重要的決策是不可逆的，一旦做了決定就會對利害關係人產生重大的影響，因此官僚需要更充足的時間蒐集並等待充分的資訊。當然政策拖延得愈久，所面臨的政治壓力就愈大，因為每一項決策背後可能都有多個利益團體在支撐、關注，而利益團體的組織性愈高，官僚拖延所要付出的成本亦愈高；因此，官僚必須在拖延與控制成本之間尋求均衡 (Carpenter, 2003)。

由以上分析可知，雖然官僚自利的本質，可能是影響政策產出的重要限制 (徐仁輝，2000：31-32)，然而官僚亦可能以完成任務作為偏好，並在完成任務的前提之下，要求擴大其裁量空間或是延後決策的時間點。Krause 亦提醒研究者一個重要的課題：官僚有裁量空間的需求，不能僅從被動接受法律授權的角度進行分析。

三、小結

公共選擇理論的分析單位為個人，其專長在於以個人選擇的經濟理性，談論需要集體決策的公共事務。公共選擇理論為民主行政的研究提供了一個很好的出發點，研究者可以藉此瞭解民主制度當中不同行為者的偏好與行為模式，進而提供在個體層次上的分析基礎。然而，民主政治除了個別的行為者之外，其最大的特色就在於憲政架構的制度規範，這個制度規範是所有行為者的活動空間，更是所有行為者互動的「遊戲規則」。代理人理論擅長從制度的觀點進行

經濟分析，以下本研究將從交易成本的角度切入，先行瞭解制度學派與公共選擇觀點的銜接；再進入制度觀點的研究，討論民主治理架構下各行為者在制度當中的互動。

參、授權(delegation)的制度環境—代理人理論的交易成本觀點

代理人理論係為受到經濟學影響的新制度論，在處理「個人—結構」這個方法論難題上，採取的是經濟學的觀點（陳敦源，2005a）。雖然其問題的核心仍然是「選擇」問題，然而新制度論添加「脈絡」的限制，提醒我們尚須關注「交易成本」的問題（陳敦源，2005a：59）。

談到交易成本，我們必定會回到 Ronald Coase (1988)一開始的問題：如果市場是最好的資源配置機制，為何還需要廠商(firm)的存在？傳統經濟學理論假設市場的力量是一隻看不見的手，在完全競爭市場中，供需會自然的達到平衡狀態，亦即，市場機制是資源配置最好的方式。然而 Coase 認為，這樣的理想的市場環境，只在「交易成本」為零的時候存在，否則不會有組織的存在。供給者（廠商）與需求者（消費者）相互找尋的過程，為了獲得另一方的資訊的過程，就是交易成本的所在。正是因為交易成本的存在，供給者與需求者要獲得彼此的資訊相對困難，組織的科層體制就成了資訊傳遞最有效率的方式；這也是為什麼，廠商會想要併購上、下游的公司，就是為了將資訊的傳遞有效地納入層級節制之內，以減少交易成本。

這是交易成本一開始的故事。然而公共領域的交易成本問題，不同於一般市場，它並不是單由原始天賦或是資源有限所決定的，而通常是由理性自利的個人，在「有意識之下設計的公共選擇機制」所定奪的（陳敦源，2005a）；這意指公共領域的交易成本，是在權力分立的民主政體，這樣一個特殊的制度環境當中運作。民主政治體制不論是對政治人物或是民眾而言，都是要耗費相當

成本的。民眾選擇合適的候選人，以及對當選者的監督，這當中對資訊傳遞與應用的要求極高；再加上勝選者縱使取得政權，仍必須受制於相互制衡的憲政體制，在在都存在著民主治理的交易成本，使得我們無法用市場機制完全解釋。

我們從頭來看。既然裁量是基於授權而來，Anthony Downs 極為詳細的檢視了整個授權結構的本質。首先，Downs(1967)認為，授權是為了透過層級節制達成組織所設定的目標。為了使下一層的人員能夠理解組織的目標，命令每一層，就會更具體一點；每經過一層的詮釋，詮釋者多少都會挑自己願意執行的部分來解釋。這當中模糊的解釋空間，就是裁量空間；重點不在於上面給了什麼命令，而在於只要命令者與執行者中間有任何訊息傳遞的媒介，該命令就有重新被解釋的空間。因此，政策不是在組織的最上層就被訂定，組織中所有層級的人員都是政策的制訂者。這個觀點恰好呼應本研究的目的，揭櫫裁量空間不是立法者一廂情願的意思表示，而是行政與立法互動的結果。

Downs 繼續說明，除了過程中的詮釋問題，授權也必定伴隨著多重目標；而目標的多元則會造成組織權威出現漏洞。Downs 在組織內部談授權的問題，但因為他植基於授權關係的本質，我們可以想像同樣的效果也會發生在法律對行政的授權：因為行政機關必須詮釋法律所規範的內容，或訂定行政命令，或作成行政處分，每一個詮釋的過程都是行政裁量的展現。除了訊息傳遞的差異，行政機關與立法者的目標差異（分析層次若再往下，個別行政官僚也可能有殊異的偏好與目標），也使得最終的決策從授權的那刻起，即和行政與立法契約的內容互異(Calvert, McCubbins et al., 1989)。

如果授權體系當中不存在交易成本，則立法者可以輕易地找到並任命與自己的意志相同的政務官，順利地將自己的偏好落實為政策。然而，實際的情形是，資訊不對稱的問題始終是交易過程當中的隱憂，我們每一個人都無法完整得知對方的偏好以及其所隱匿的交易訊息。換句話說，立法者永遠找不到和自己心靈完全相通的行政官僚，永遠必須面對行政官僚可能有自己的偏好而不會

完全依照法律契約行事的事實，也才有了對官僚監督的需求。然而，我們必須注意的是，從公共選擇觀點出發所談的「監督」，但單從法律觀點談論的監督不盡相同。雖然兩者都認為有監督官僚的需求，但後者純粹以權力優位的角度出發，認為在民主制度中，立法為本，行政為執法者，故需受監督；前者以委託代理的角度出發，雖然亦含主副的邏輯，但更強調其中訊息不對稱的問題，代理人的角色是主動、活化的。以下我們更進一步討論委託代理的問題。

肆、代理人理論與授權監督問題

要分析民主治理當中的交易成本問題，我們必須先行瞭解這個授權體系當中行為者的關係。而代理人理論可提供我們一個很適當的分析架構。

一、代理人理論談官僚的監督問題

代理人理論出自於經濟學的假設：人是自利的，意指行為者在選擇行動時有趨利避害的傾向。因此，代理人在獲利不變的情況下，任何不會被委託人發現的「怠惰」行為，都可以視為是額外的獲利。這也造成了委託人與代理人之間的利益衝突。是故，委託代理關係雖然在分工上能夠使雙方獲利，但卻因為這層可能產生的利益衝突，造就了對監督、控制的需求（陳敦源，2005a）。代理關係中因行為者所掌握資訊的程度不同，也造就了協調問題。當行政官僚因專業優勢掌握了委託人所不知道的決策資訊，即可能引導委託人做出對其自身較為不利的選擇，此即逆向選擇(adverse selection)問題。逆向選擇問題若是因為代理人有意的隱藏資訊，則產生道德風險問題(moral hazard)。學界對於道德風險的討論，最常舉的例子就是保險問題：健康的人是保險需求最低的人，反之有健康問題的人卻充滿了隱匿負面訊息的動機向保險機關納保；另一種情形是，正是因為有保險的存在，使得行為者轉而依賴保險，而輕忽自己本當負起

照顧自己健康的責任，因為直接向保險公司求償，比兢兢業業地照顧自己健康要簡單的多了(Varian, 1996)。

民主政體的委託代理關係，由於其制度上權力分立、相互制衡的關係，其委託代理關係相對複雜，要在這個系統之下談論委託代理關係，研究者首先必須瞭解該研究是站在怎樣的問題系絡之下、存在哪些行為者、以怎樣的關係互為委託代理關係。這是由於民主政體的委託代理關係，存在以下三種問題，見圖 1 (陳敦源, 2000b): (1) 多重代理問題：由於民主治理建立在一連串的授權關係上，無論是國會議員的立法者身份，或是民選、政治任命的首長、政務官，皆是人民的代理人；這樣的「多重代理」身份，形成了「團體生產」的現象，因此當人民欲尋找課責對象，可能發生不同的代理人相互推諉責任的情形。(2) 多重委託問題：若從立法或政治任命人員出發，則面臨多重委託問題；官僚同時受立法者與民選或政治任命者的委託，若欲政策爭議，可能造就官僚在兩造之間實現官僚自主性的追求。(3) 不對稱的制衡關係：這部分談的是行政與立法在資訊獲取以及協調成本上的不對稱關係；立法部門由於採合議制，又是社會意見的匯合點，決策過程必須付出較高的協調成本；反觀行政機關，層級節制本身即代表一種較有效率的資訊流通和決策進行的方式，因此行政部門與立法部門雖是制衡，其制衡關係卻建立在成本、資訊不對稱的基礎之上。

上述三種存在於民主治理結構當中的委託代理關係問題，使得委託與代理之間所可能產生的分工利益衝突問題、逆向選擇與道德危機問題變得更為棘手。以下將接續探討的行政裁量最適空間問題，基本上就是基於這樣的基礎上產生。

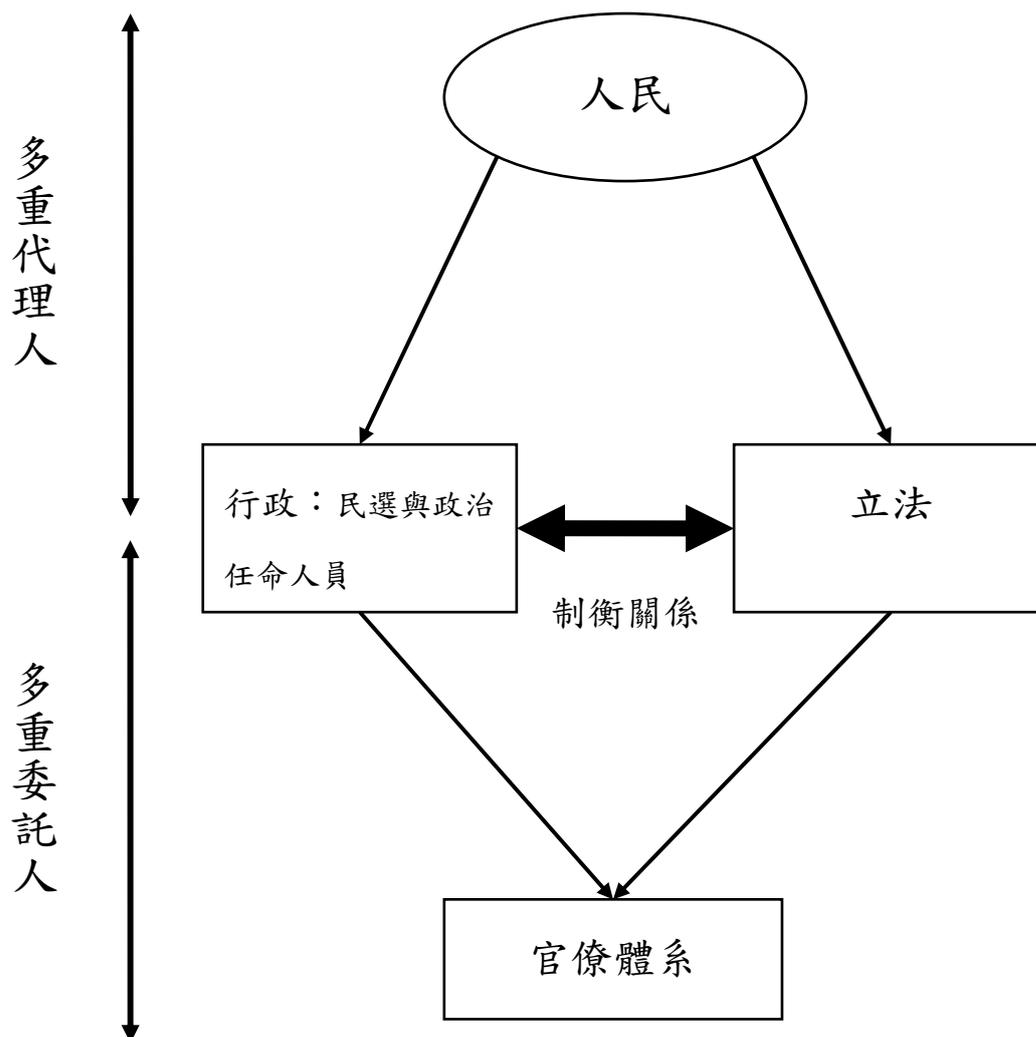


圖 1 代理人理論下分權體制之授權關係
資料來源：陳敦源（2000b）

二、因此，行政裁量權是大是小？

從上述的理論架構我們可以理解，代理人理論本質上其實就是在探討授權監督問題，差別只在於研究者將委託、代理關係套用到怎樣的行為者、怎樣的授權關係之上。官僚身為這層委託關係當中的代理人(agents)，必須執行委託人(principle)欲達成的目標；然而由於資訊不對稱的存在，代理人可能因為道德風險與逆向選擇等等的因素，隱藏或是辜負代理人所賦予的任務。這種衝突是無法避免的，只要有授權(delegation)的存在，就必定存在委託與代理之間的不一致，這也引發了對裁量控制的討論。其途徑主要有二：事前與事後的控制。

Calvert、McCubbins 以及 Weingast(1989)認為，在資訊充足的前提之下，立法者只需要透過政治任命的議價過程，挑選與自己的偏好相同的政務官，再由該政務官形塑政策代理人（官僚）的偏好，則最終的政策決議就會符合立法者的偏好。問題在於，很多時候立法者無法透析代理人的偏好，使得監督出現困難；但 Calvert、McCubbins 以及 Weingast 認為這不是問題，因為立法者的偏好也是透過選民決定的，既然選民偏好的資訊是公開的，且代理人也處在同一個資訊環境底下，那麼這樣的問題就不至於太嚴重。因此這三位作者不贊成太過直接、積極的監督和介入，也認為否決權這樣的事後控制機制的使用在現實當中並不常見；通常只要透過任命權的使用，以及行政程序規範等事前控制機制，搭配預算控制與獎懲等誘因機制的設計，即可達到監督的目的。

Calvert、McCubbins 以及 Weingast(1989)將重點放在使用任命權來決定官僚的偏好，Epstein 和 O'Halloran(1994)則著重於討論程序控制的問題，稱這種透過制度設計的監督方式為一種持續性的監督(ongoing oversight)。程序的監督可讓立法者掌握官僚決策過程的資訊，看似可以掌握這些代理人的一舉一動、減少資訊不對稱的問題，然而立法者之所以必須要授權予官僚進行決策，就是必須仰仗這些具專業能力的行動者，對透過議程設定控制行政裁量無疑是綁住了官僚施展專業以及對環境應變的能力。因此，要給官僚多少裁量空間、要掌握多少官僚的行蹤成為立法者必須要面對的一場取捨(trade-off)。其結論是，「裁量權的底線」(discretion floor)必然存在¹，立法者對官僚的控制不可能低於這個水準。當官僚與立法者的偏好一致的時候，增加限制沒有意義；若雙方偏好差距甚大，過於嚴苛的控制則會產生拒絕合作的問題，反而增加成本。因此，要給官僚多少裁量空間，不是給或不給的問題，而是要給多少的問題，而這就是

¹我們必須注意到，從公共選擇觀點所論述的裁量權，和法學定義的裁量權，兩者之意義有差異。公共選擇對於裁量空間的界定是從「偏好」談起，認為只要是所有行為者偏好的無異議域，就是裁量空間；在該空間當中所為的任何決策，不會遭受否決(Calvert, McCubbins, et al, 1989)。從這個角度來解讀法學定義的裁量，我們可以說，法律是立法者的偏好的揭露；差異在於，法學觀點認為不允許行政官僚存在自己的偏好，認為行政官僚有自己的偏好是危險的，必須受法律的限制。

取捨的過程了。

究竟該給代理人多少裁量權的問題，學術界已發展出不少的研究成果。但多數的研究並沒有給出確定的答案，僅就可能影響裁量範圍的變數進行分析。

一派的學者認為，當委託人針對某議題的看法分歧之時，同時增加了代理人的裁量空間(Simon, 1946; Ferejohn and Shipan, 1990; Hammond and Knott, 1996; Steunenberg, 1996)；亦即，代理人採取任何行動，都滿足了部分委託人的需求。另一種說法是，因為委託人之間的想法有所出入，因此為了減少決策成本，將這類型的議題授與官僚議決，增加了官僚的裁量空間(McCubbins, 1985)。另一派的觀點認為，委託人意見不同時，反而會縮小裁量空間。這是因為沒有一方的委託人，會希望自己的利益被奪走，因之傾向訂定嚴謹的制度，以繁複的規定增加對手改變現狀的能力，同時也限制了代理人的裁量空間(Moe, 1990)。另一種說法是，因為代理人的偏好未知，也無法預估產出的狀況，因此委託人傾向訂定詳細的制度，以降低不確定性，確保目標的達成(Calvert, McCubbins et al., 1989; Scholz, 1991)。

Shavell(2007)從理性選擇的觀點分析，以理性選擇觀點一貫的自利動機為前提，認為裁判者(adjudicators)將會依照自己的偏好做出決策，而非尋求社會或組織的獲益(payoff)。然而給予裁量空間是有益於提高決策品質的。原因在於，當裁判者意識到自己有裁量空間，這種參與感已經為他帶來部分的效益，因此可以降低該裁判者原本預期的獲益，進而提升決策品質。最終，Shavell(2007)做出必須要豎立標準(standards)，用以限制、控制裁量結果。這個結論似乎又回到了裁量權產生的條件，並沒有真正提出決定裁量範圍的建議。

Langbein(2007)的研究，有為上述辯論解套的意義。Langbein認為，當委託人之間的目標、意見不一致的時候，裁量空間可能增加也可能縮小，這要視目標的明確與否以及管理層級的高低，也就是執行者到距離他要達成的目標有多

遠而定。管理階層太高、或是委託的議題太過抽象等因素，讓代理人無法參透委託人的偏好，就可能導致代理人為了要規避風險，而限縮自己的裁量權。反之，若管理委託人的層級不高，僅是中階主管，或是委託的目標具體、明確，則裁量權提升。

Langbein 的研究算是從裁量權的政治角度過渡到行政角度的觀點。過去執著於討論委託人的監督強弱與代理人的裁量空間的關係，Langbein 則帶入了行政組織的觀點，認為其中尚有關鍵的調節變項，亦即委託與代理關係的遠近，以及目標的抽象或具體。這個研究無疑是為一個爭辯不休的議題，提供了重要的參考觀點。

然而，在眾多文獻都在討論如何控制行政機關的裁量空間的氛圍之下，似乎隱含了一個邏輯：若行政機關脫離了政治的監控，或是政治力量未能及時掌握行政的動向，就是民主治理的損失。這個論調詭譎的地方在於，除了立法機關（國會）以外，政治的力量早就以政務人員的形式滲透到官僚體系，以機關最高首長的姿態，由上而下的領導整個行政組織，站在層級節制的高點。因此照理來說，行政人員若能夠在組織內遵循組織的要求，透過組織內部的管理，似乎也能夠達到政治監督行政的目的，也很難說政治目標不會被達成。較多的政治控制不等於能夠有較為優良的政策產出與治理成效；未能完全遵守法定的流程，也不代表這個執行機關就是不忠誠的(Spence, 1999)。

以上研究正巧可以讓我們從新制度論回答了一個傳統契約論的問題：「制度為何能對接受其制約的個人，仍然保有選擇改變制度的前提下，發揮其制約個人的功能（陳敦源，2005a）？」正是因為在方法論上不論是向經濟學或社會學靠攏，我們都會陷入太過微觀、或過於宏觀的困境。而新制度論所提供的第三條路雖然尚未發展完全（或是不知道有無可能發展完全），但至少研究者已經有一個新的途徑，可以在宏觀的制度影響下，觀察微觀自利經濟人的行為模式。這就是為什麼，有了法律的規定與限制，行政人員仍會有自己的意識；這不完

全是法律留給行政多少裁量空間的問題，而是行政本身就有可能在執行立法機關的決策之時，回頭詮釋、變動法條的意義。這樣的分析角度，無關從法律的觀點行政回頭詮釋法條是對或錯，而是就理論的分析上，它根本可能發生。但這個問題之所以有繼續討論的必要，在於我們依然必須為降低民主政治的交易成本，尋找更合適的制度而努力。

第四節 小結

單就公共行政或法律觀點進行裁量研究，從文獻上無法看到兩者的對話；行政與法律無論是在行政的正當性認知、行政裁量研究以及依法行政觀點，皆有不同的討論方式，且兩者幾無交集。在法律領域，行政的角色就是作為法律的執行者，因此行政官僚並無自己的意識、偏好與選擇權。在公共行政的領域，行政官僚關注的是否能夠達成政策目的，其思考方式可能從政治、管理等角度切入（法律較少），並大多的時候將法律視為其達成政治與管理目的的工具。透過公共選擇理論，可將法律制定者與行政官僚在憲政架構下的位置先行拉平，先行重視這兩個角色皆為政府治理當中的行為者，有其偏好、意識與做選擇的機會；再將這兩個行為者放入民主治理的架構之下，以代理人理論分析之。公共選擇與代理人理論，一方面可以補足過去只單就行政或法律觀點進行研究的偏差，另一方面，亦可以確保其討論的範圍仍不脫民主憲政結構，以求務實。

