

建構「以人為主體」的比較行政法

黃丞儀*

目次

- | | |
|--------------------------------------|------------------------------|
| 壹、穿越巴別塔的比較行政法 | 二、內部行政法：以日常行政為田野 |
| 貳、蘋果、橘子和香蕉怎麼比？
麥當勞告訴你 | 三、「次級／整體」秩序中的行政法：焦點拉近與拉遠下的制度 |
| 參、功能主義的比較行政法：歐盟行政法的經驗 | 四、人工智慧的挑戰：比較行政法和認知多元 |
| 肆、「以人為主體」的比較行政法 | 五、「以人為主體」的比較行政法 |
| 一、決策理性：行為經濟學視角下的溫斯伯里不合理性、比例原則和成本效益分析 | 伍、中央研究院法律學研究所與比較行政法的發展 |

法學研究經常運用「比較」研究為取徑，諸如與法律有關的制度比較、概念比較、學說比較、實務比較、文化比較¹。21世紀的第一個十年間，比較行政法（Comparative Administrative Law, CAL）重新崛起於歐

* 中央研究院法律學研究所研究員；國立清華大學科技法律研究所合聘教授。

¹ 李建良，臺灣行政契約法的路徑依賴？——比較行政法方法論的局部反思，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁3（2016年）。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/32417012.pdf>。



美法律學界²。這股「新浪潮」肇始於2009年兩位美國學者Susan Rose-Ackerman和Peter L. Lindseth於耶魯法學院以「比較行政法倡議」（Comparative Administrative Law Initiative）為名召開國際研討會，會議論文經過篩選於2010年出版專書COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW³。這次會議奠定了比較行政法作為一個領域的基礎，參與成員包括美國、德國、法國、西班牙、英國、澳大利亞、加拿大、以色列、義大利、荷蘭、墨西哥和臺灣⁴。相隔七年，Rose-Ackerman和Lindseth兩位教授再次於耶魯法學院召開第二次會議，囊括了更多國家的重要學者，會後大幅擴增和實質修改專書內容，於2017年出版第二版⁵。在此同時，兩位長期研究歐洲和美國行政管制與法律的學者Francesca Bignami和David Zaring，召集26位學者，依管制國家（regulatory state）、規則制訂（rulemaking）、監督（oversight）、執行（enforcement）、司法審查、私管制與新治理（private regulation and new governance）、國際組織（international jurisdictions）等七個主題，撰寫行政管制的比較研究，於2016年出版專書COMPARATIVE LAW AND REGULATION⁶。今年（2021）牛

² 與此相對的是「全球行政法」（Global Administrative Law, GAL）。全球行政法的早期倡議者集中在紐約大學法學院，以Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart三位學者合寫的論文為濫觴。See Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15, 15-61 (2005). 另外可以參考SABINO CASSESE, RESEARCH HANDBOOK ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW (2016). 中文介紹可參見林春元，氣候變遷全球行政法的演變、形貌與影響（2017年）。比較行政法的重新崛起大約和全球行政法同時，一般以Susan Rose-Ackerman和Peter Lindseth在2009年於耶魯法學院召開的會議為起點。See Giulio Napolitano, *The Transformations of Comparative Administrative Law*, 67 RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 997, 1010 (2017).

³ See SUSAN ROSE-ACKERMAN & PETER L. LINDSETH EDs., COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (2010). 該專書屬於Edward Elgar出版社的Research Handbooks in Comparative Law系列。

⁴ 參與第一次和第二次耶魯法學院「比較行政法」會議的臺灣學者為葉俊榮教授和筆者。筆者第一次參與時，還是芝加哥大學法學院博士候選人（J.S.D. Candidate），4個月後才畢業。

⁵ See SUSAN ROSE-ACKERMAN, PETER L. LINDSETH & BLAKE EMERSON EDs., COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (2d ed. 2017).

⁶ See FRANCESCA BIGNAMI & DAVID ZARING EDs., COMPARATIVE LAW AND REGULATION: UNDERSTANDING THE GLOBAL REGULATORY PROCESS (2016).

津大學出版社更出版了 OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (以下簡稱OHCAL)，全書厚達一千四百多頁，共分八部、五十一章。這本專著是由長期任教於牛津大學法學院、澳洲國立大學法學院（講座教授退休）、現為劍橋法學院資深研究員的行政法權威Peter Cane教授號召，結合歐、亞、美洲學者（依序為盧森堡大學的Herwig C. H. Hofmann、香港大學的Eric C. Ip（葉子暘）和美國康乃迪克州立大學的Peter L. Lindseth）合力編輯，52位各國學者耗時三年撰寫出版。OHCAL的出版象徵比較行政法的領域進入成熟階段，呈現蓬勃旺盛的持續發展。

比較行政法的研究課題包羅萬象，以OHCAL的章節組織為例，八個部分包括：(一)行政法傳統（英美、法國、德國、中國、中東）；(二)研究方法；(三)主要政府體制下的行政權（議會制、總統制、半總統制、威權體制、跨國體系）；(四)基本概念（權力分立、法治、課責、公私二分、民主與威權主義）；(五)行政權的組成和分配（又分為制度和功能兩部分，前者如官僚體系、歐盟行政制度，後者包括規則制訂（行政命令）、個案裁決（行政處分）、基層公務運作、行政管制（或稱規制）、國家安全、政府資訊公開、自動化決定）；(六)行政權的控制（包括：政治部門控制、司法審查、內部控制（如訴願）、監察使、公共審計課責、民刑事責任等）；(七)行政運作的規範價值（如公開透明、合理性與比例原則、合法性、事實發現、附具理由）；(八)前沿發展。研究內容橫跨行政法與憲法、公共政策與行政管理，更運用了許多經驗學科的方法和發現（管理學、經濟學、政治學、社會學、人類學、歷史學等）。

有些學者將比較行政法的起源追溯至19世紀末、20世紀初美國政治學家古德諾（Frank Johnson Goodnow）在1897年以此為名（COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW）出版的專書，其中比較了美國、英國、法國和德國的行政體系⁷。19世紀的普魯士亦有不少學者以外國法為借鏡，發展行政法的理論。其中最知名者當屬Rudolf von Gneist出版的

⁷ Napolitano, *supra* note 2, at 998.

英國憲法（含行政法）專書⁸，Otto Mayer撰寫的法國行政法理論⁹。這種以民族國家為單位的研究，浸假形成主流行政法學的傳統。從19世紀末延續迄今，但凡研究行政法莫不以法國、德國、英國、美國為宗，透過這幾個國家來繼受「行政法」的法規和制度¹⁰。其實，只要有人類社會，就會有集體組織，就會有非私人性質的權力運作（王權、教會、行會、地方官府、幕府、原始部落、殖民政府等），這些權力如何運作、受到何種限制，都可以成為廣義行政法的認識對象，畢竟行政法是有關行政如何組織起來、如何實效運作的規範總合。（姑且不論「軟法」或「社會規範」（social norm），這些討論讓行政法在規範性質上變得更複雜。）此外，當代行政法的背景並非全然都是在民主政體之下，威權體制下的行政法運作，亦不失為比較行政法研究的對象。

不過，比較行政法的研究和一般的行政法學有何不同？既然強調「比較」，究竟如何進行？如果研究者連研究對象的語言、文字都無法掌握，從何進行「比較」？更何況法律、制度涉及的不只是單純的日常語言，還包括背後蘊含的觀念意識，根源於特定社會的文化背景，比較

⁸ 參見Rudolf von Gneist, *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, I, 1857.

⁹ 參見Otto Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886.

¹⁰ 需要提醒者：法系之間的比較，常易陷入稻草人論證的邏輯謬誤。例如十九世紀晚期的英國公法權威戴西（Albert V. Dicey）曾經批評法國大革命之後出現的法國行政法，認為英國不需要像法國一樣另外建立專門審查行政行為的特別法院，他認為這類行政法院不像英國的普通法院一樣具有獨立性。尤其對於「對行政的審判本身也是一種行政」（“juger l’administration c’est encore administrer” 或 “to judge the administration is still to administer”）這句法國法諺，戴西認為混淆了司法和行政界線，嚴重違反法治原則。在他的描述下，法國行政法（droit administratif）承認行政機關有龐大的裁量權限，讓人民和政府立於不平等的地位。因此，戴西甚至武斷地說：英國不需要行政法，因為行政法和英國崇尚的法治原則（the rule of law）彼此扞格。首先，戴西把行政法和法國行政法混為一談，而且對於法國制度的描述脫離脈絡，用英國的概念來理解法國，最後得到的結論就是英法兩國的制度無法相容，甚至英國的制度比較優越，這種「比較」恐怕只是要凸顯自身制度的保存必要。關於19世紀到20世紀初期英、法、德行政法的發展，請參見Bernardo Sordi, *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 23, 27, 33 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2010). 以及Giulio Napolitano, *The Rule of Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* [hereinafter OHCAL] 421, 425-26 (Peter Cane et al. eds., 2021).

行政法的研究者可能突破這種文化背景的限制嗎？抑有進者，行政法在認識論上必然涉及該國的憲政制度設定，比較行政法的研究者如何將憲政制度的差異和具體的行政法聯繫在一起？這些問題都涉及比較行政法的研究方法（research method）和方法論（methodology），也和比較行政法的未來發展息息相關。本文將以OHCAL壓軸的最後一部分：「領域發展」（Developing the Field）為基礎（包含筆者所撰寫的一章），嘗試對這些問題作出初步的回應。

壹、穿越巴別塔的比较行政法¹¹

對於所有的比較法學者而言，第一步需要克服的研究門檻就是語言障礙。但是研究者不太可能同時通曉各國語言（具有5、6種歐陸語言的閱讀、口說能力已屬難能可貴），比較的範圍往往就侷限於研究者能夠掌握的外國語文，或依賴二手文獻或口譯。然而，法律研究使用的文字並非單純的日常語言，而是具有特定概念意涵的專業語言。除了一般的日常語言能力外，研究者仍須具備該國的相關法學知識，才能加以理解和分析。例如臺灣行政法中出現的「裁量」，在英國和美國行政法中是discretion，在德國行政法中是Ermessen，在法國行政法則是discretionnaire，義大利行政法則是discrezionalità。單單列出這些名詞，不具備任何比較的意義。要掌握各國發展出來的行政裁量理論，不可能由字面一望即知，必須分析該國累積的司法判決或耙梳相關法學論文、註釋書，才可能整理出各國有關「裁量」的規範性詮釋，進行有意義的比較研究。

依照義大利學者Edoardo Chiti的界定，比較行政法的研究中，有三種面對「語言障礙」的途徑。最主流的取徑就是語言作為一種技術工具。在這種取徑下，研究者的任務是「解碼」（decoding）特定的行政法概念或制度¹²。這當中又分為兩個層次，一者是掌握各種相關法律素材，包括法規範、法院判決、行政文件等，充分解讀。第二種則是在這

¹¹ 本節內容摘錄整理自Edoardo Chiti, *Negotiating Language Barriers*, in OHCAL 153, 153-73 (Peter Cane et al. eds., 2021).

¹² Chiti, *supra* note 11, at 155-56.

些形式的規範性文件之上，透過語言能力去解讀該國行政法體系的論理模式（legal reasoning）。無論哪一個層次，語言都只是一種技術工具，協助研究者解讀法律文件或法律論理，語言障礙可以透過良好的翻譯來解決。

另外有二種非主流的取徑。第一種預設了行政法的普世主義（universalism），亦即運用共通的概念架構來分析行政法的原則、規則、實踐。這種取徑常見於歐盟法律秩序底下、基於共通法（*jus commune*）的需要，比較和整合會員國內部的行政法概念架構，找出彼此對應的特定概念。此外，Chiti認為「全球行政法」（*global administrative law, GAL*）的出現，也展現了行政法的普世主義。研究「全球行政法」的學者主張各種條約、協定、國際組織、仲裁機構、非政府組織共同構築了超越主權國家的「全球行政空間」（*global administrative space*），產生跨越國境的規範框架。無論歐盟行政法或全球行政法，都凸顯了行政法具有普遍共存的基礎。語言或許構成研究的門檻，但並非全然無法克服。在普世主義的影響下，英語經常成為通用語言（*lingua franca*），用來分析和介紹相關概念或規範。但此處使用的英語詞彙和英國行政法或美國行政法的專業法律名詞沒有太大關聯，只是一種中立的分析工具。基於便利性和普遍性，英語被各國學者拿來當作溝通工具，已經脫離了普通法的意涵¹³。

另一種非主流的取徑就是「脈絡中的行政法」（*administrative law in context*）。這種取徑把語言當作社會、政治、經濟、文化的產物，因此，比較行政法學者需要跨越的挑戰就不只是語言能力的門檻，而是有沒有辦法深入掌握行政法背後的國家社會關係、文化背景、經濟結構。採取這種取徑的比較研究，已經不限於條文或論理的比較，更強調透過行政法來探索比較對象的文化、社會、政治、經濟關係。這種取徑強調「脈絡中的法律」（*law in context*）、「行動中的法律」（*law in action*），而不是「書本上的法律」（*law on the books*）。Chiti列舉英國公法學者 Carol Harlow 和 Richard Rawlings 撰寫的教科書 *LAW AND*

¹³ Chiti, *supra* note 11, at 159.

ADMINISTRATION，以及加拿大行政法學者 Colleen M. Flood 和 Lorne Sossin 合著教科書 ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT，認為他們的著作都代表了「脈絡中的行政法」。但整體來說，脈絡性分析在各國行政法學均屬鳳毛麟角¹⁴。

無論是將語言當作工具、採取普世主義，乃至於脈絡性分析，Chiti 認為未來比較行政法的研究取徑不必定於一尊，可以採取方法論上的多元主義（methodological pluralism），甚至可以向比較私法（comparative private law）借籌。比較私法學者針對語言問題，發展出主題化（thematization）的方法，把法律語言當成文化現象，給予法律翻譯相當重要的地位¹⁵。有鑑於「新行政法學」崛起，國家角色逐漸轉變、公私協力頻繁出現，行政法的正當性也面臨重新檢討，比較行政法可以透過將行政法當作文化、政治、經濟和社會的產物，深入制度背後的結構，探索現象變遷的動力，並重新定位行政法的功能。

從語言的限制出發，Chiti 傾向於採取「脈絡中的行政法」，重新勾勒行政法和其他社會系統的關連，讓比較行政法承載了複雜艱困的任務。姑且不論「脈絡中的行政法」是否可能，他主張不要硬性區分教義學（doctrinal studies）和脈絡性分析，在方法論上採取多元主義，認為法律概念、法律論理和制度成因環環相扣。這些觀點都相當值得注意，也豐富了比較行政法的內涵。

貳、蘋果、橘子和香蕉怎麼比？麥當勞告訴你

著重文化、政治、經濟和社會脈絡，在比較法領域並不是什麼新鮮的嘗試，甚至可以說是長久以來，比較法不斷努力卻難以達成的理想。以色列學者 Yoav Dotan 在他所撰寫的 *The Common Real-Life Reference Point Methodology — Or: 'The McDonald's Index' for Comparative Administrative Law and Regulation*¹⁶（〈共通真實生活參照點的方法論——比較行政法

¹⁴ Chiti, *supra* note 11, at 160.

¹⁵ *Id.* at 161-62.

¹⁶ Yoav Dotan, *The Common Real-Life Reference Point Methodology — Or: 'The McDonald's Index' for Comparative Administrative Law and Regulation*, in OHCAL 991, 991-1007

與管制的「麥當勞指數」》)即指出，比較行政法跟比較憲法一樣，都遭遇方法論上的問題。Dotan教授引用加拿大多倫多大學法學院憲法學者Ran Hirschl對於比較憲法研究的評論，認為比較行政法和比較憲法在小樣本研究 (small-N) 要進行推論 (inference) 時，至少會碰到三重挑戰：「控制變因的比較」 (controlled comparison)、「研究設計」 (research design) 和「個案選擇」 (case selection, 或稱「選案」)¹⁷。

傳統的法學研究分析單一國家的特定法律內容及其適用，以「見樹」的方式來「見林」¹⁸。將這種取徑運用到比較研究時，常會挑選幾個國家來進行法律或裁判內容的分析。然而，這些國家是在何種研究目的下被挑選出來的？為什麼是三個而不是四個或更多？Hirschl列舉了幾個可能的選案原則：「最相似個案」 (the most similar cases)、「最不同個案」 (the most different cases)、「原型個案」 (the prototypical cases)、「最困難個案」 (the most difficult case)、「異常值個案」 (outlier cases)。以Tom Ginsburg的成名作JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES (《新興民主國家的司法審查》) 為例，他挑選了韓國、臺灣和蒙古，三者都是亞洲國家，都曾經歷威權統治，也都在1980年代末期開啟民主化；但是臺灣和蒙古在民主化之前都有強勢主導的單一政黨，韓國則是軍人執政、政黨組織不強，Ginsburg因而主張這個差異造成民主化之後，韓國的憲法法院最為積極，因為沒有單一政黨可以主導政治場域、對司法產生影響。經由這三個個案比較，他提出「保險理論」，主張憲法法院 (或獨立的司法審查制度) 是否能成功運作，和民主化之前的政黨是否面臨即將下台的威脅有關。即將下台的政黨會將司法審查當作「保險閥」，以確保其政治經濟利益在下台後不會被剝奪。就選案而言，Ginsburg是透過「最相近個案」來進行比較，然後分析這三個個案間的差異，用以證明理論假說成立與否。然而，由於樣本數過小，再加上沒有事先控制變項，因此究竟是什麼因素造成個案差異，很

(Peter Cane et al. eds., 2021).

¹⁷ Dotan, *supra* note 16, at 997. 有關比較憲法的方法論問題，請見RAN HIRSCHL, COMPARATIVE MATTERS: THE RENAISSANCE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 224-81 (2014).

¹⁸ HIRSCHL, *supra* note 17, at 229.

難建立完整的因果關係。這是比較憲法或比較行政法經常面臨的、也是最困難的挑戰。

有鑑於這種研究方法上的缺陷，加上「資訊落差」（研究者不太可能熟悉個案的各種制度細節）、「認識論落差」（研究者通常帶著對母國的制度認識去理解個案）、「實踐和理論的落差」（研究者考察的多半是書面資料而非實際運作中的法律），再加上「行政法和行政管理的落差」（行政法是規範行政現象的法律，但卻鮮少和行政管理或管制理論交流），Yoav Dotan提出一個概念上簡單、作法上可行的研究方法。他以麥當勞為例，這個跨國公司在全球122個國家開店，而這122個國家有各自的食物安全、勞工政策、投資移民、都市計畫、消費者保護、消防安全、環境保護、稅務等法規、制度，這些管制就構成了他所稱的「厚的行政管制體制」（thick regulative regime）¹⁹。當麥當勞要前進一個國家增設據點時，必須先調查這些法規、制度，例如這些規範是屬於法律或行政命令、如何實施（透過定期檢驗或發給執照）、主要程序為何（申請期限多長、費用、訴訟救濟可能性）等。Dotan認為以相同的項目針對不同國家進行調查，可以獲得可靠的跨國比較。運用「共通真實生活參照點」（common real-life reference point）的另外一個例子就是：孩童接種疫苗。疫苗接種涉及國家權力的運用，國家如何決定疫苗政策，是否需要國會授權，事前或事後，是否有強制措施，接種後的藥害救濟如何請求，如何分配接種順序，這些議題牽涉了科學判斷、政策決定、權力分配等行政法關心的議題，透過具體的觀察點切入，研究者可以有比較的基準²⁰。

Dotan認為一開始可以透過「標誌」（mapping）各國管制體制的方式，建立詳細的資料庫，越詳細越好，日後就可以產出精細且有意義的比較結果。而這種作法可以避開「資訊落差」，也不涉及認識論的落差，畢竟這些項目都是真實生活中各國會遭遇到的。如同麥當勞要去開店，不會因為認識論上的差距就不去申請營業許可。而更重要的，他認為「共通真實生活參照點」關注的是實際運作中的法規，而不是抽象的

¹⁹ Dotan, *supra* note 16, at 1001.

²⁰ *Id.* at 1002.

行政法原理原則，在比較上更可以和行政管理領域相互交流。這類大規模的跨國比較也可以突破小樣本的限制，減少恣意選案的謬誤（selection bias）²¹。但他承認這樣的比較可能囿於特定功能性議題，不一定可以提升到理論層次。他回應指出，這類比較研究可以「由小見大」，在具體的管制措施背後往往涉及權力分立或司法審理理論，研究者一樣可以透過「標誌」出來的細節回溯建構大理論。最後，Dotan認為比較行政法應該以具體的、真實生活的例子來描繪出每個國家的制度細節，採取「由下而上」的實證研究方式，發展出方法論上可行、具有理論意義的研究成果。

參、功能主義的比較行政法：歐盟行政法的經驗²²

Dotan的「麥當勞指數」以各國實際管制作為和法規內涵為主，進行橫向比較，類似各種國際組織（如OECD或世界銀行）、外國商會針對特定國家、區域或全球進行的普查資料。這種「指標」（index）在跨國治理上日益蓬勃，例如世界銀行的「經商環境報告」（Doing Business Indicator）將一百九十幾個國家納入評比。自由之家（Freedom House）的年度全球自由報告（Freedom in the World）早已成為衡量各國政治發展的重要指標。指標具有提供參考資訊的意義，也對各國執政者產生壓力，發揮引導政策的效果²³。Herwig Hofmann認為這是將法律當成觀察變項，屬於比較行政法的三種研究架構之一。

Hofmann是在盧森堡大學任教的德裔學者，也是OHCAL的主編之一。他在「領域發展」（Developing the Field）這一部撰寫了*Imaging*

²¹ Dotan, *supra* note 16, at 1002-04.

²² 本節內容以Herwig C. H. Hofmann撰寫的專章為主，參見Herwig C. H. Hofmann, *Imagining Theoretical Frameworks*, in OHCAL 1009, 1009-26 (Peter Cane et al. eds., 2021).

²³ SALLY ENGLE MERRY, KEVIN E. DAVIS & BENEDICT KINGSBURY EDs., *THE QUIET POWER OF INDICATORS: MEASURING GOVERNANCE, CORRUPTION, AND RULE OF LAW* 21 (2015). See also, KEVIN E. DAVIS, ANGELINA FISHER, BENEDICT KINGSBURY & SALLY ENGLE MERRY, *GOVERNANCE BY INDICATORS: GLOBAL POWER THROUGH QUANTIFICATION AND RANKINGS* (2015).

Theoretical Frameworks (想像理論架構) 一章, 把比較行政法的研究架構分成三類: 比較法作為分類 (law as category)、比較法作為法源 (law as source)、比較法作為觀察變項 (law as variable)。Hofmann認為比較法是法學方法的一種, 普遍存在於各種法學論證中。比較法可以是為了解決一國之內的特定問題而為, 也可以是為了解決跨國法律問題而為。在涵攝事實的時候, 法律論證也會涉及到過去和現在的比較。採取何種研究架構, 端視要解決哪種問題而定。

第一種研究架構, 以比較法作為分類, 常見於傳統的研究當中, 將各國法律劃分為幾種「法系」(legal families; legal systems), 例如大陸法系(制定法)和普通法系(判決先例法)。但Hofmann認為以「法系」作為分類框架的研究方法相當不可靠, 尤其「法系」的概念是從比較私法發展出來, 能否套用在比較公法上, 有待檢驗。例如在所謂普通法系國家當中, 英國沒有成文憲法而美國是最早發展出成文憲法的國家; 美國也是世界上最早出現違憲審查的國家, 由法院宣告法律違憲, 但其他「普通法系國家」卻很少或很晚才接受這個制度。英國至今尚無行政程序法, 而美國卻是最早制定行政程序法(Administrative Procedure Act of 1946)的國家。美國、加拿大和澳大利亞都是聯邦制國家, 英國、愛爾蘭和紐西蘭仍然維持單一國。美國憲法對於基本權利的保障相當簡略, 愛爾蘭憲法卻將社會權入憲。在「普通法系」這個粗略的標籤底下, 每個國家都有蠻大的差異, 包括他們的權力體制也大相逕庭(美國是總統制, 其他多為議會制), 如何以「普通法系」為有效的分析工具? 即便在大陸法系國家也有許多差異。例如法國是單一國、帶有議會制特色的總統制(俗稱「雙首長制」或「半總統制」)、德國則採取多層級的聯邦制和議會制。這些對私法或許沒有影響, 但對公法運作都有深刻的影響。例如法國憲法賦予行政部門自主的行政規制權力, 德國在議會制的影響下, 嚴格要求行政部門的權力是來自國會的授權和界定。而歐盟則是混合制, 同時採取兩種取徑。法國的國家賠償案件是由行政法院審查, 但在德國、義大利和比利時都是由普通法院依照民法原則來

審查²⁴。Hofmann開玩笑地說，「家家有本難念的經，而法律家庭（法系）的問題也很大」。（“Families can be difficult at times, even legal families.”）

第二種研究架構則是把比較法當作一種法源或依據，例如借鏡其他國家的法律或政策，作為本國立法或實施政策的依據。這種傾向常見於非歐洲國家，直接將德國、英國或法國行政法當作本國的行政法來源。在建構歐盟法的時候，歐盟法院（Court of Justice of the European Union）也大量倚重比較法，從不同的會員國的法律中尋找靈感，加以改造後，形成歐盟法體系。不同會員國的法律便成為觀念儲存槽，隨時可以從中汲取相關的法律概念、方法和經驗，以解決具體的問題²⁵。Hofmann強調這種透過比較法產生法律依據的作法可以是雙向的，當歐盟從各會員國汲取法律概念形成自己的法體系後，歐盟法也可以再回過頭去影響各會員國的法律體系。他用「上傳」（upload）和「下傳」（download）來形容這種法律援引、汲取的形式。

這種以比較法作為法源的研究架構，採取的是功能主義（functionalist）的途徑。通常會先提出一項數法域都存在的共通問題，接著找到各法域解決該問題的法律，評估各種法律解決方案的相似性或差異性。如果多個法域解決問題的法律（包括判決）都極類似，就可能進行法律移植²⁶。但有些時候沒辦法套用功能主義途徑，例如歐盟制訂行政程序法的時候，各會員國的經驗無法直接移植到超國際組織。即便如此，還是可以參考各會員國在制訂行政程序法的過程中，曾經出現哪些爭論，探索這些爭論背後衝突的價值或制度選擇為何²⁷。

最後一種比較法取徑則是把法律當作觀察變項。Hofmann以行政行為正當性為例，表示不同國家有不同的衡量因素，例如法律授權或權力行使的模式。當我們在比較各個不同國家的行政行為正當性來源時，其

²⁴ Hofmann, *supra* note 22, at 1012-13.

²⁵ *Id.* at 1017.

²⁶ Francesca Bignami, *Introduction. A New Field: Comparative Law and Regulation*, in *COMPARATIVE LAW AND REGULATION: UNDERSTANDING THE GLOBAL REGULATORY PROCESS* 1, 31-32 (Francesca Bignami & David Zaring eds., 2016).

²⁷ Hofmann, *supra* note 22, at 1019-20.

實是在比較行政機關和科學專家、管制產業及市民大眾之間的關係。另外一個例子就是前面已經提到的指標（indicators）或排行（ranking）。這些都是藉由不同的考察項目（factors）來對各國行政法進行比較。

整體來說，Hofmann對比較行政法的研究框架有不少洞見。他不像Dotan採取實證研究方法，脫離了「法律為中心」，變成政策比較。但是Hofmann建議的研究取徑，正好也是Dotan批評比較行政法無法建立客觀結論的那種傳統研究方法。究竟這兩者是否可能取得平衡？或者有其他可能性？接下來將透過筆者撰寫的專章*Expanding Horizons: Psychological, Cultural, Institutional and Technological Perspectives*（視域擴展：心理、文化、制度和科技的層面），嘗試提出一些思考。

肆、「以人為主體」的比較行政法

〈視域擴展〉首先探問比較行政法和行政法理論的距離：過去三十幾年間，美國行政法理論產生劇烈的變化，無論是法律解釋理論（statutory interpretation）、內部行政法（internal administrative law）、公共選擇、新制度論或行為經濟學等，都對行政法研究產生不小的衝擊。而在德國也有所謂新行政法學的興起，強調公共政策、行政管理和社會科學對行政法的影響。這些發源於各國自身行政法理論的變化，對比較行政法有什麼啟發？當學者在研究比較行政法的時候，有沒有可能運用這些新工具？

本章分從三個不同的研究典範（paradigm）來探究比較行政法的發展空間，最後以人工智慧崛起後的民主治理為反思對象，延伸討論比較行政法在新時代面臨的科技挑戰。這四個子題看似天南地北，貫穿其中的是人類行為、人的「有限理性」（bounded rationality）以及人文變遷。因此，在認識論上，本章所抱持的行政法觀（conception of administrative law）並非單純的法條或判決集合，或學理註釋，而是以人為主體的公共事務運作，從實踐面向去檢驗在權力運作過程中，人的認知和理性如何發揮作用或受到侷限，行動和規範產生何種交互影響。在此認識論底下的行政法是多元的（pluralistic），是社會實存的，是必須接受檢驗的，它的效力來自於眾人（包含官員）的接受而非虛擬的國

會授權。因此，我們需要在「以人為主體」的前提下，去檢驗行政法產生實效（*efficacy*）的基礎條件。「以人為主體」背後牽涉到更深入的哲學問題，尚非目前的篇幅可以容納。在此只是要說明，「視域擴展」之後，比較行政法的研究可能伴隨產生典範轉移。以下依照本章的架構，分別探討決策理性、官僚運作、制度觀察和人工智慧等四個議題。

一、決策理性：行為經濟學視角下的溫斯伯里不合理性、比例原則和成本效益分析

英國行政法上著名的「溫斯伯里不合理性」原則（*Wednesbury Unreasonableness*）是指法官在審查行政行為時，就行政行為的實質內容是否不合理，必須以「除非該行政行為的不合理已經明顯到沒有任何正常理性的人會做出同樣的決定」為標準，來進行審查。這是一個非常「司法自制」的原則，在實際審理上，法官經常認為行政官員的決定符合「一般正常理性人」的判斷。溫斯伯里不合理性原則下的「正常理性人」雖然說是以社會多數人為基準，但具體操作時法官不可能去進行民調，可以說就是法官自己的判斷。因此經常被批評：法官取代行政官員作判斷，而且法官要如何確知「一般正常理性人」的理性內涵？

我們從晚近行為經濟學的研究可以得知，人類行為經常是有限理性的，例如人類會短視近利（*myopia*），會受到自己可獲得資訊範圍的侷限（*availability bias*）、會對失去有強烈的排斥感（*loss aversion*）等等，人類有限的理性（*bounded rationality*）當然也可能發生在決策官員上。在操作溫斯伯里不合理性原則時，法官是不是應該將行政官員的「有限理性」納入考量？「一般正常理性人」覺得明顯不合理的狀況，是不是應該排除受到「有限理性」影響的決策行為？法官的任務是接納這些可能出現的偏誤（*bias*）或者是要求行政官員去除偏誤（*debias*）？我們可以從不同國家面對的「決策不理性」態樣，來分析哪些偏誤比較容易出現在特定國家，或者哪些偏誤其實是普遍性的。

認知謬誤也可能出現在比例原則的操作上。例如官員在做出行政處分（或具體行政行為）時，採取的基準點（*anchoring point*）可能會影響比例原則的判斷，例如最小侵害手段的衡量究竟是以哪一個時間點來判

斷？以受管制產業或客觀第三人的標準來判斷？狹義比例原則的操作更可能出現包括資訊取得偏差（availability bias）、損失趨避（loss aversion）等認知偏差的影響。和溫斯伯里不合理性原則的操作一樣，法官究竟是要將這些認知偏誤影響下的決策視為合理（合比例），或要以「決策出於偏誤」為由透過判決去除偏誤？

同樣採取衡量的形式，成本效益分析宣稱可以避免受到認知偏誤的影響，但事實不然。成本效益分析雖然有客觀的量化基礎（willingness-to-pay，願付價格法）但是如同經濟學家Robert H. Frank所言：「主觀標價的方法往往高估貨物或服務的價值，因為這些貨物或服務的需求受到脈絡的影響很大。²⁸」行為當時的脈絡會改變人如何理解貨物和服務的價值。Dan Kahan從文化認知理論（cultural cognition theory）的角度提醒，像是願付價格法這類統計上的生命價值（values of statistical life, VSL）都可能受到「誘導推論」（motivated reasoning）的影響，亦即評估者本身可能帶有特定的主觀認知框架，然後把事情放置到符合他的世界觀裡面去解釋、去賦予價值。像「認同保護」的認知機制（identity-protection cognition）很容易讓決策官員基於自己的身分認同（如「法官」、「檢察官」、「政策官員」），去篩選符合他的主觀認知框架的「證據」，來說一個故事。比較研究可以嘗試突破的地方就在於透過認知心裡學的方法，將行政決策或法律解釋背後的「後設框架」（meta-framework）釐清，包括執行成本效益分析時的後設框架。有些研究者已經指出，發展中國家執行的成本效益分析結果和已開發國家的成本效益分析結果，雖然規範和事實可能是同樣的。葉俊榮教授更指出，在民主發展過程中，成本效益分析的功能可能更偏重在政治透明度（political transparency），甚於官僚理性²⁹。

²⁸ “Hedonic pricing methods overstate the value of goods and activities whose demands are relatively context sensitive.” Robert Frank, *Why Is Cost-Benefit Analysis so Controversial?*, in *COST-BENEFIT ANALYSIS: LEGAL, ECONOMIC, AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES* 77 (Mathew Adler & Eric Posner eds., 2001).

²⁹ Jiunn-Rong Yeh, *Changing Faces of Cost-Benefit Analysis: Alternative Institutional Settings and Varied Social and Political Contexts*, in *THE GLOBALIZATION OF COST-BENEFIT ANALYSIS IN ENVIRONMENTAL POLICY* 87, 99-101 (Michael A. Livermore & Richard L.

最後，在行政程序法上，我們常假設理由越充分的決定，越能滿足程序保障的要求。附具理由（**reason-giving**）就成了程序保障的利器。但是，我們也知道任何行政行為都要附具理由是不可能的。而且理由寫得越長，可能品質越差，變成漫無邊際的作文比賽。真正影響決定的理由常常只有幾個核心考量，甚至是無法公開心證的考量，例如為了選舉考量、為了照顧地方樁腳。當附具理由變成虛應故事的程序，冠冕堂皇的理由寫了一堆，只有加重基層公務員的負擔。相反的，有些行政行為雖然在形式上沒有完整的理由，但在政策溝通過程中，行政官員已經將理由的內容完整表達給受管制對象瞭解，那是不是已經滿足附具理由的要求？例如日本政府常運用的行政指導，決策官員和受管制產業之間已經有長期的溝通，對產業有相當的熟悉度，在做成相關管制決策前，通常已舉辦多次內部會議或展開非正式溝通，理由的內容未必明載於文件上，但可由長期的溝通過程來瞭解。說不定受管制產業藉此獲得的資訊，還比單純公文上面的附具理由還豐富。這不禁讓人檢討：形式的完整性和是否有充分理由，不見得是同一件事情。如果我們可以從不同國家的行政運作來觀察，可以更深入瞭解理由作程的不同行事，更清楚附具理由的目的和功能為何。

無論是針對溫斯伯里不合理原則、附具理由要求、比例原則或成本效益分析，我們可以發現人類行為往往比法律預設的「理性人」來得更複雜。藉助行為經濟學或認知心理學的發現，比較行政法可以開發更複雜、更貼近人性的議題。

二、內部行政法：以日常行政為田野

美國喬治華盛頓大學法學院的比較公法講座教授Francesca Bignami曾經建議：研究者可以依照不同層次的課責網絡（**network of accountability**）重新架構比較行政法的課題，分別觀察行政官僚和四種不同行動者之間構成的課責網絡：民選官員、利益團體、法院、社會大眾。她認為，比較行政法的研究不需硬性切割成「政府組織」和「司法審查」，而應該聚焦在課責網絡之間交互影響的關係，而法律和行政命

令在其中支撐了這些課責網絡的運作。Bignami的提議固然讓比較行政法的研究者可以脫離僵化的分類架構，進入動態的交互影響，但她背後的預設仍舊是以「監督制衡」（check and balance）為主。比較行政法不妨進一步，直接將觀察視角拉到公務行政的水平線，不預設立場的去理解公務行政的實踐邏輯。暫時離開形式上的「法律」，以具體發生的公務運作為觀察對象，應該可以發現許多細緻的次生態圈。

美國行政法學者Jerry Mashaw雖然不太做比較行政法的研究，但他曾建議行政法學者要注意「內部行政法」（internal administrative law）。因為官僚體系是運作行政法的主要關鍵，不論哪一種政府每天都需要公務體系正常運作，才能維繫下去。他在1978年針對社會安全（social security）部門殘障給付做的研究發現，每年上千件的基層聯邦法院的判決對那些處分幾乎沒有什麼影響，真正有影響的是聯邦社會安全署（Social Security Administration）的政策制定部門。就行政法而言，國會通過的社會安全法、司法解釋或政府公報內刊載的行政命令，對決定給付與否的社會安全人員沒有太大影響，反而是「各州通用殘障保險手冊」（Disability Insurance State Manual）是基層官員最倚重的文件³⁰。Mashaw提醒行政法學者，要注意到「看不見的那雙官僚的手」（the invisible hands of bureaucrats）。對他而言，行政體系內部的「行政法」，或說管理層面的規範，才是行政法真正的法源。承繼Jerry Mashaw在耶魯法學院教席的Nicholas Parrilo嘗試定義「內部行政法」的規範性質，他認為Mashaw觀點的行政法不只是以裁罰為支撐、被行政官員接受的實證性法律（positive law），而是包括「讓行政獲得正當性」的各種手段（legitimation of the exercise of administrative power）³¹。至於行政如何獲得正當性又是一個大哉問，對於Mashaw而言，不是一個純粹規範性的問題，而是混合了經驗現象。

³⁰ Jerry L. Mashaw, *Conclusion: The Inside Out Perspective: A First-Person Account*, in ADMINISTRATIVE LAW FROM THE INSIDE OUT: ESSAYS ON THEMES IN THE WORK OF JERRY L. MASHAW 501, 504 (Nicholas R. Parrillo ed., 2017).

³¹ Nicholas R. Parrillo, *Introduction: Jerry L. Mashaw's Creative Tension with the Field of Administrative Law*, in ADMINISTRATIVE LAW FROM THE INSIDE OUT: ESSAYS ON THEMES IN THE WORK OF JERRY L. MASHAW 1, 3 (Nicholas R. Parrillo ed., 2017).

法律人類學的研究可以讓我們對於「行政運作如何發揮實效」有更貼近生活世界的裡解，尤其在官僚的世界裡面，「理性和無法運作（dysfunction）經常同時存在」，更是難以單從規範面來理解。Matthew Hull對巴基斯坦首都伊斯蘭馬巴德的都市計畫局進行田野研究，發現官員透過在文件上註記特別的符號來「規避責任、影響個案、謀取利益」，這些符號可能是一般行政法無法「看見」的，而是屬於官僚「狡獪的理性」（cunning of reason）³²。行政場域的實踐，在行政法上經常無法歸類，甚至被視為「違法」，但這些「看不見的手」才是實際支配行政運作的主要來源，比較行政法需要更多貼近現場的觀察和詮釋。

當我們潛入行政運作的重層軌跡時，可以發現法律移植帶來的殖民性一直持續影響著各地的行政法³³。法律移植理論學者Alan Watson曾認為不須顧慮社會、經濟、地理、政治上的差異，繼受國可以完整地繼受相關法制。但美國法律史學者Lawrence Friedman則批評「如果法律可以從一個國家移植到另一個國家，對於繼受國而言，很難說這樣的法律是從人民通念（common consciousness of the people）中出現的。」進一步說，這樣的法律就算是經過國會立法，也很難說是人民意志或自我治理的充分展現。從溫斯伯里不合理性原則在各個英國前殖民地實施的狀況來看，各國的法院都針對這個原則做了或多或少的修改³⁴。法律混融（legal syncretism）其實對法律移植的文化反擊，透過在地實踐逐漸改變繼受法的面貌，混入在地意識。以色列公法學者Margit Cohn曾以「時空型」（chronology）的概念來說明這種混融。她以比例原則為例，英國法院還沒有接受比例原則前，辛巴威和加拿大法院都已經採取比例原則，並加以改良。這兩國法院採取的比例原則，回過頭來影響了殖民母

³² MATTHEW S. HULL, GOVERNMENT OF PAPER: THE MATERIALITY OF BUREAUCRACY IN URBAN PAKISTAN 114-15 (2012).

³³ Cheng-Yi Huang, *Enacting the "Incomprehensible China": Modern European Jurisprudence and the Japanese Reconstruction of Qing Political Law*, 33 L. & SOC. INQUIRY 955, 955-1001 (2008).

³⁴ See SWATI JHAVERI & MICHAEL RAMSDEN EDS., JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION ACROSS THE COMMON LAW WORLD: ORIGINS AND ADAPTATIONS (2021).

國英國法院的*Daly*判決（2001）³⁵。她認為我們應該把法律繼受當成一個連續體，每一次的繼受都是受到過去的影響，也會影響未來的發展，並不是獨立事件³⁶。在「時空型」的概念下，比較行政法探討一項法律原則的移植或改變時，必須結合時間和地點，注意時間上前後發展的交互關係。

三、「次級／整體」秩序中的行政法：焦點拉近與拉遠下的制度

官僚負責運作制度，但是制度究竟是什麼？制度是政策、法規，還是各種無以名狀的機制？Jon Elster曾經定義「制度」就是「做事情的方法」（ways of doing things），經由長時間的演進，形成特定的外觀和內涵，例如家庭、市場經濟、憲法或轉型正義³⁷。對Elster來說，制度最重要的功能是克服彼此的不信任感，讓不同利益取向的人可以共同做事。在這個意義上，行政法作為一個制度是透過特定的規範和實踐來解決政府和人民之間、國家和社會之間、企業和公部門的集體行動問題。例如美國聯邦環境署制訂的全國空氣品質標準（National Ambient Air Quality Standards, NAAQS）就是一種行政法的制度，透過這個標準的公布，企業知道應該如何調整產製流程，行政部門也會依據此一標準制定或調整相關規範，一般人民或環境團體可以針對這個標準來進行監督，甚至提起訴訟。

諾貝爾經濟學獎得主Elinor Ostrom借用匈牙利作家Arthur Koestler的概念「合攏」（holons）來詮釋制度：任何一個系統本身就是另一個更大的系統的一部分，而單一系統底下有個別不同的次系統，制度就是這些系統的組合，像是俄羅斯娃娃般一層包覆一層³⁸。這種關聯性分析讓

³⁵ See *R. (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, 2 A.C. 532 (H.L. 2001).

³⁶ Margit Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, 58 AM. J. COMP. L. 583, 628 (2010).

³⁷ JON ELSTER, EXPLAINING SOCIAL BEHAVIOR: MORE NUTS AND BOLTS FOR THE SOCIAL SCIENCES 427-28 (2007).

³⁸ ELINOR OSTROM, UNDERSTANDING INSTITUTIONAL DIVERSITY 11 (2005).

行政法變成一層又一層的系統相連，例如前述的全國空氣品質標準（NAAQS）本身就是一個小系統，它被統攝在潔淨空氣法（Clean Air Act）的大系統裡面，而「潔淨空氣法」本身又是美國環境管制的一部分，美國環境管制本身是當代管制國家的重要組成，管制國家則被統攝在權力分立體制底下，權力分立體制構成美國憲法的一部分，美國憲法則是美國民主的一環。

這種層層遞進的「次級／整體」（sub/whole）關係很容易和授權鍊（chain of delegation）混淆，有些人可能會認為美國憲法授權國會通過潔淨空氣法，該法授權環保署（Environmental Protection Agency）制定「全國空氣品質標準」，近似上述系統鍊的概念。但是單向度的授權鍊，把系統彼此之間的互動抹除掉了。在「合攏」的概念下，次系統可能會影響到上位系統，上位系統和其他系統之間也可能有不同互動。我們要分析的不只是單純的授權關係，而是將複雜的系統切為層層遞進的「次級／整體」關係，在不同的層級、不同的環境設定下，「次級／整體」如何構成一個生態系。在每個生態系底下，參與者（participants）針對特定的行動情境（action situation）做出回應，不同的行動者在不同層級依照不同的規則去回應特定的行動情境，創造了複雜的互動關係，這些互動又反過頭來又會影響行動者和改變行動情境。Ostrom為此創造一個新的分析概念「行動場」（action arena），用以形容參與者和行動情境共同構成的舞台。她認為研究者要將重點放在「行動場」，因為它是規則、外在環境和整體結構共同作用下的應變項。如果以行政法來比擬，行動規則是不同層級的法律或命令，外在環境則是政策產生的客觀條件，整體結構是憲政框架。行動者（政策制定官僚、立法者、法官、一般民眾）針對特定行動情境做出的反應可能在不同層級影響彼此。隨著「拉近焦距」（zoom-in）或「拉遠焦距」（zoom-out），我們可以看到不同層級的生態系底下的變化。

新制度論強調制度不是只有規則，而是要將經驗現象納入規則運作的觀察。Peter Cane在CONTROLLING ADMINISTRATIVE POWER一書中，將行政執行權的控制區分成兩種模式：課責（accountability）和制衡（check and balance），這兩種模式都會影響官員和政府部門的關係，而

這些關係又是鑲嵌在更深層政府體制裡面³⁹。換言之，宏觀的政府體制會影響到個別官員的決策行為。比較行政法不能只注意到規則的內容，而必須觀察到長時間的官員、規則和憲政結構的互動關係。分析對象亦不限於民主體制，威權、獨裁、王權、神權等統治型態都可能是觀察對象，不需預設特定政府體制為背景。

各種制度當中，政黨就像蝙蝠一樣，在公法領域被當成社團法人，在私法領域被當成政治性組織。然而，隨著民主制度的發展，政黨已然變成最重要的政治樞紐。正如Tom Gerald Daly和Brian Christopher Jones所言，「政黨在許多國家已經從理性的政策平台、選舉競爭機制，變形為國家認同、敘事、激情的圖騰」⁴⁰。防衛性民主理論建議以自由民主憲政秩序的保存為優先，進行違憲政黨審查及解散，但是法院的介入會不會取代了政治過程中人民意志的辯論和自由競爭？評斷政黨勝負的最終場域仍在於人民的政治取向，憲法法院解散了政黨之後，政治狂潮是否會因此平息，也在未定之天。或許除了憲法層次的把關外，可以發展行政法的政黨管制模式（regulative model of political party），依各國的社會、政治、經濟脈絡，對於政黨黨員身分、政黨組織門檻、政黨財務規則和政黨宣傳方式進行行政法上的微觀調控，促進民主政治的活潑化。行政法模式的政黨管制可以正當程序為核心，對政黨的組織和政治參與依照基本的法治原則如「兩造兼聽」（*audi alteram partem*）或「公正聽審」（*nemo iudex in causa sua*），或公司法上的「揭穿公司面紗」原則，促使政黨決策和管理更為透明化⁴¹。行政法模式的優點在於運用程序控制，一方面保留政黨內部運作的需要（不透明有時是為了讓政治妥協更容易出現），另一方面維持民主競爭規則的公平性。具體實踐上，可以看到各國政黨所面對的政治文化脈絡。

³⁹ See PETER CANE, *CONTROLLING ADMINISTRATIVE POWER: AN HISTORICAL COMPARISON* (2016).

⁴⁰ Tom Gerald Daly & Brian Christopher Jones, *Parties versus Democracy: Addressing Today's Political-party Threats to Democratic Rule*, 18 INT'L J. CONST. L. 509, 509-38 (2020).

⁴¹ 關於政黨的不透明造成的憲政侵蝕，請參見Cheng-Yi Huang, *Unenumerated Power and the Rise of Executive Primacy*, 28 WASH. INT'L L.J. 395, 395-428 (2019).

四、人工智慧的挑戰：比較行政法和認知多元

最後，本章將觸角延伸到「人工智慧」（artificial intelligence）的討論。與一般討論「人工智慧」是否可以取代人類理性不同，本章認為「人工智慧」的黑箱運算（black box algorithm）雖然難以進行因果關係或蓋然率推估的類比推演，但透過大數據的匯流，人工智慧的「認知多元」（cognitive diversity）將比一般的行政決策者更加豐富。從認識性民主（epistemic democracy）的角度來說，其所獲得的分析結果也將更為正確。

但人工智慧如何容納更多資料（data inclusiveness）？在資料蒐集和運用上，會不會和個人隱私保障產生衝突？在在均為無可避免的挑戰。而人工智慧運算的程式設計，如何就客觀功能（objective functions）和參數進行設定，亦將影響最後出現的結果。未來比較行政法可以針對特定國家的人工智慧運算法如何設定，排除了何種資料，進行數據分析，進而探究各國在公務行政上運用人工智慧所呈現出來的「認知多元性」。

五、「以人為主體」的比較行政法

總結來說，〈視域擴展〉這章先從認知心理學和行為經濟學的角度檢討行政法上對於理性的預設，接著將視角轉移到行政官員的辦公桌上，以公務運作中的行政文化為觀察對象，進而帶入法律殖民性的層面，展開比較行政法的多重視域。行政法作為一種制度，本章建議可從不同層次觀察行動者和行動情境的互動關係，並且納入政黨為觀察對象。最後則是演算法社會所面臨的政策AI化，大量蒐集了各種數據，增加認知多元性。這些討論圍繞的中心就是人類行為。

本章認為行政法以政府運作為規範對象，但必須瞭解到無論是政策制訂、司法裁判或產業活動，都離不開人類行為。人類行為如何形成制度，如何以政治組織來解決集體行動問題，這是「憲法—行政法」的起源，也是比較公法的起點⁴²。比較行政法的研究必須以「人類主體性」

⁴² Peter L. Lindseth從制度演化論（evolutionary theory）和國家形成（state formation）的角度，嘗試進行更深入的討論。請參見Peter L. Lindseth, *Evolutionary Public Law: Constituting and Administering Human Ultra-Sociality*, in OHCAL 1027 (Peter Cane et al.

(human subjectivity) 為核心，無論研究方法的翻新或研究課題的突破，都離不開「人類主體性」的關懷，以人為尺度，把焦點從法規範的形式移轉到人類行為所造成的制度變遷、脈絡影響，建構「以人為主體」的比較行政法⁴³。

伍、中央研究院法律學研究所與比較行政法的發展

筆者在2009年底加入法律所籌備處，隨即銜命承辦次年的「行政管制與行政爭訟」研討會。越一年，法律所於在2011年正式成立。當時即向首任所長湯德宗博士提議，透過長期規劃，讓本所成為「比較行政法」在亞洲的重要據點。在林子儀前所長的大力支持下，從2012年起，一連三年，舉辦大型國際學術活動。2012年和2013年舉辦了第一屆和第二屆「亞洲比較行政法」工作坊(Comparative Administrative Law in Asia, CALA)，邀請亞洲主要國家的青壯學者，一同探索在亞洲進行比較行政法的潛力議題(管制不確定、比例原則)。2014年承辦Administrative Law Discussion Forum，是該會議第一次移師歐美以外的國家舉行，各國重要的行政法學者紛紛蒞臨本所與會。該次會議亦邀請了時任香港大學法學院院長的陳文敏(Johannes Chan)教授、北京大學法學院副院長沈巖教授、神戶大學角松生史教授、韓國首爾大學許盛旭教授、臺大法律學院葉俊榮教授和張文貞教授參與，提高該會議的亞洲學者能見度。2018年針對民粹主義下的行政權獨大召開進階工作坊，邀請波蘭、南非、匈牙利、巴西、日本、美國等國公法學者發表論文。歷年活動累計20國65位學者參與，其中包括主題演說人Susan Rose-Ackerman、Orly Lobel(以上第一屆亞洲比較行政法工作坊)、Paul

eds., 2021).

⁴³ Susan Rose-Ackerman在最後一章總結OHCAL的各篇內容，認為有五大主題交互關聯：(一)正當程序、行政機關訴願的程序權保障；(二)憲法架構和行政法之間的互動；(三)普通法和市民法傳統底下的公私法關聯；(四)專業性和公眾參與的平衡；(五)文官體系提供的有效行政。她提醒比較行政法學者在研究時，切莫忘記不同憲政體制對行政法制度的影響。相信比較行政法學者就這些議題可以展現更豐沛的研究能量，進行更有意義的比較研究。請參見Susan Rose-Ackerman, *Administrative Law and Democracy*, in OHCAL 1075 (Peter Cane et al. eds., 2021).

Craig、Wojciech Sadurski（以上第二屆亞洲比較行政法工作坊）、Peter Strauss（2014 Administrative Law Discussion Forum）和Peter Cane（2018 Advanced Workshop）等公法重量級學者⁴⁴。會議成果分別發表於〈中研院法學期刊〉第19期、第21期及第22期的Comparative Administrative Law in Asia（「亞洲比較行政法」）專題⁴⁵、Washington International Law Journal⁴⁶，以及出版專書COMPARATIVE PERSPECTIVES ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE⁴⁷。

當耶魯法學院於2016年春天召開第二次的比較行政法會議時，有一位曾經參與本所「亞洲比較行政法」工作坊的學者私下跟筆者說：「你們應該感到很高興，因為這次出現的許多新面孔，都是過去幾年曾經參與中研院會議的學者。」的確如此，在本所組群計畫經費的資助下，有幸可以伴隨著「比較行政法」計畫在中研院、在亞洲紮下基礎，漸次發展。個人在這十年間也逐步開拓眼界，先後應邀於三本奠基性研究專書撰寫論文。雖然比較行政法尚未如比較憲法一般廣受矚目，但以其所涉議題之廣袤與深邃，未來有很大的發展空間。十年旅途，雖然稱不上披荊斬棘，但心境上略近「衣沾不足惜，但使願無違」。未來本所可以在此基礎上，培養新進學術人才，一棒接一棒，讓比較行政法在臺灣、在亞洲、在世界上開花結果，啟發新的法學想像。

⁴⁴ 出席學者分別來自日本、韓國、蒙古、中國、香港、泰國、新加坡、印度、澳洲、美國、德國、加拿大、盧森堡、英國、巴西、南非、匈牙利、波蘭、荷蘭、以色列、智利。筆者猶記得2012年舉辦第一屆亞洲比較行政法青年學者工作坊時，邀請Susan Rose-Ackerman教授來臺擔任主題演說人，會後筆者問她為何願意耗費時間和精力遠渡重洋，來到臺灣參加這個會議。她很簡單俐落地回答：“Because I want to help.”

⁴⁵ 經《中研院法學期刊》審查通過刊登的論文計有五篇，作者為金自寧（中國）、角松生史（日本）、Enkhbaatar Chimid（蒙古）、Khemthong Tonsakulrungruang（泰國）、林春元（臺灣）。

⁴⁶ 該刊主編Kiri Yoshimura在前言提到“Volume 28, Issue 2 is a special issue publishing the academic works that came out of the Advanced Workshop on the Resurgence of Executive Primacy in the Age of Populism, held at the Institutum Iurisprudentiae of the Academia Sinica in Taipei, Taiwan on June 21 and 22, 2018.” Kiri Yoshimura, *Foreword*, 28 WASH. INT'L L.J., at vii, vii (2019).

⁴⁷ See RUSSELL L. WEAVER, HERWIG C. H. HOFMANN, CHENG-YI HUANG & STEVEN I. FRIEDLAND EDS., *COMPARATIVE PERSPECTIVES ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE*, THE GLOBAL PAPERS SERIES, VOLUME III (2017).

參考文獻

一、中文部分

- 李建良（2016），臺灣行政契約法的路徑依賴？——比較行政法方法論的局部反思，收於：李建良編，2012行政管制與行政爭訟——行政契約之發展現況與前景，頁1-61，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 林春元（2017），氣候變遷全球行政法的演變、形貌與影響，臺北：臺大出版中心。

二、外文部分

- Bignami, Francesca. 2016. Introduction. A New Field: Comparative Law and Regulation. Pp. 1-54 in *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*, edited by Francesca Bignami and David Zaring. Cheltenham: Edward Elgar.
- Bignami, Francesca, and David Zaring, eds. 2016. *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Cane, Peter. 2016. *Controlling Administrative Power: An Historical Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cassese, Sabino. 2016. *Research Handbook on Global Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Chiti, Edoardo. 2021. Negotiating Language Barriers. Pp. 153-174 in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Cohn, Margit. 2010. Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law* 58:583-629.

- Daly, Tom Gerald, and Brian Christopher Jones. 2020. Parties versus Democracy: Addressing Today's Political-party Threats to Democratic Rule. *International Journal of Constitutional Law* 18:509-538.
- Davis, Kevin E., Angelina Fisher, Benedict Kingsbury, and Sally Engle Merry. 2015. *Governance by Indicators: Global Power Through Quantification and Rankings*. Oxford: Oxford University Press.
- Dotan, Yoav. 2021. The Common Real-Life Reference Point Methodology Or: 'The Mcdonald's Index' for Comparative Administrative Law and Regulation. Pp. 991-1008 in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Elster, Jon. 2007. *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Frank, Robert. 2001. Why Is Cost-Benefit Analysis so Controversial?. Pp. 77-94 in *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, edited by Mathew Adler and Eric Posner. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- von Gneist, Rudolf (1857), *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Berlin: Springer.
- Hirschl, Ran. 2014. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hofmann, Herwig C. H. 2021. Imagining Theoretical Frameworks. Pp. 1009-1026 in *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Huang, Cheng-Yi. 2008. Enacting the "Incomprehensible China": Modern European Jurisprudence and the Japanese Reconstruction of Qing Political Law. *Law and Social Inquiry* 33:955-1001.
- . 2019. Unenumerated Power and the Rise of Executive Primacy. *Washington International Law Journal* 28:395-430.

- Hull, Matthew S. 2012. *Government of Paper: The Materiality of Bureaucracy in Urban Pakistan*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Jhaveri, Swati, and Michael Ramsden, eds. 2020. *Judicial Review Across the Common Law World: Origins and Adaptations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, and Richard B. Stewart. 2005. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems* 68:15-61.
- Lindseth, Peter L. 2021. Evolutionary Public Law: Constituting and Administering Human Ultra-Sociality. Pp. 1027-1052 in *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Mashaw, Jerry L. 2017. Conclusion: The Inside Out Perspective: A First-Person Account. Pp. 501-520 in *Administrative Law from the Inside Out: Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, edited by Nicholas R. Parrillo. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mayer, Otto (1886), *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg: Karl J. Trübner.
- Merry, Sally Engle, Kevin E. Davis, and Benedict Kingsbury, eds. 2015. *The Quiet Power of Indicators: Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Napolitano, Giulio. 2017. The Transformations of Comparative Administrative Law. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 67:997-1033.
- . 2021. The Rule of Law. Pp. 421-442 in *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Ostrom, Elinor. 2005. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Parrillo, Nicholas R. 2017. Introduction: Jerry L. Mashaw's Creative Tension with the Field of Administrative Law. Pp. 1-36 in *Administrative Law from the Inside Out: Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, edited by

- Nicholas R. Parrillo. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, Susan, and Peter L. Lindseth, eds. 2010. *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Rose-Ackerman, Susan, Peter L. Lindseth, and Blake Emerson, eds. 2017. *Comparative Administrative Law*. 2d ed. Cheltenham: Edward Elgar.
- Rose-Ackerman, Susan. 2021. Administrative Law and Democracy. Pp. 1075-1092 in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, edited by Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press.
- Sordi, Bernardo. 2010. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe. Pp. 23-36 in *Comparative Administrative Law*, edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth. Cheltenham: Edward Elgar.
- Weaver, Russell L., Herwig C. H. Hofmann, Cheng-Yi Huang, and Steven I. Friedland, eds. 2017. *Comparative Perspectives on Administrative Procedure, The Global Papers Series, Volume III*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Yeh, Jiunn-Rong. 2013. Changing Faces of Cost-Benefit Analysis: Alternative Institutional Settings and Varied Social and Political Contexts. Pp. 87-103 in *The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy*, edited by Michael A. Livermore and Richard L. Revesz. Oxford: Oxford University Press.
- Yoshimura, Kiri. 2019. Foreword. *Washington International Law Journal* 28: vii-viii.