

法政學報

--- 第十二期 ---

2001年03月

| | |
|---|---------|
| 公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究..... | 項靖 |
| 霍布斯與現代國家理論的建構..... | 李培元 |
| 公共行政之管理主義的反思..... | 許立一 |
| 金融證券化之法律規制—資產金融證券化之投資者保護問題 | 林麗香 |
| 政府對銀行體系之管制—德國、美國與日本之比較 | 沈景茂、趙慕芬 |
| 建構台灣政治史的嘗試—由 <i>creole</i> 到 <i>mestizo</i> 的墾殖社會 | 施正鋒 |

淡江大學

公共行政學系
公共政策研究所

台灣 淡水
ISSN 1023-2230

法政學報

—第十二期 2001 年 03 月—

發行人：陳銘祥

編輯委員：呂育誠、李培元、周志宏、林聰吉、林麗香、施正鋒、張人傑、陳志民、
陳恆鈞、陳淑芳、陳銘祥、陳翠蓮、許志雄、蔡宗珍、蔡秀卿、韓 釗、
羅清俊

召集委員：陳銘祥

出版單位：淡江大學公共行政學系

地址：台北縣淡水鎮英專路 151 號

電話：0226215656 轉 2544.2554

E-MAIL:mp1124@mail.tku.edu.tw

傳真：02-26209743

（本學報定價：個人及機關學校每期三百元；學生每期二百元）

徵稿簡則

- 一）本學報為學術性定期刊物，每年出版兩期。
- 二）本學以刊載有關法律學、政治學及行政學等領域的學術論文及譯著為主。
- 三）來稿得以中、外文撰寫。所有稿件均需附中、英文標題及作者姓名，並請附三百字內之中文摘要或目次。
- 四）來稿自述以一萬兩千字至兩萬字為原則，超過者自付印刷成本；請自行打字，如以電腦作文書處理，並請附檔案磁片。
- 五）來稿以未經發表於期刊或書籍之論文為先，譯者請註明出處並附原文及翻譯授權書。稿件於本學報刊載後，未經同意不得另於其他刊物發表。
- 六）來稿一經接受，編輯委員會有權在文字及規格上酌予修改。若不願修改，請作者預先註明。
- 七）本學報暫無稿酬，來稿經刊登後，致贈當期學報五本及抽印本二十本。
- 八）來稿請寄：「淡江大學公共行政系法政學報編輯委員會。」

法 政 學 報

— 第十二期 —

目 錄

- 公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究 項 靖 1
- 霍布斯與現代國家理論的建構 李培元 53
- 公共行政之管理主義的反思 許立一 87
- 金融證券化之法律規制
——資產金融證券化之投資者保護問題 林麗香 141
- 政府對銀行體系之管制
——德國、美國與日本之比較 沈景茂、趙慕芬 199
- 建構台灣政治史的嘗試
——由 *creole* 到 *mestizo* 的墾殖社會 施正鋒 229

Journal of Law and Political Science

No.12

March 2001

Contents

- A Study of Public Employees' Perception of the Freedom
of Government Information PolicyJing Shiang 1
- Thomas Hobbes and the Constitution of State Theory
..... Pei-Yuan Li 53
- Reflections of the Managerialism of Public Administration
.....Li-Yi Hsu 87
- Regulations on Financial Securitization Issues on Protecting
Investors' Interest in Asset Securitization.....Lie-Hsyang Lin 141
- A Study of the Government's Regulation of the Bank System
.....Chang-Mao Shen , Muh-Fen Zhao 199
- Constructing Taiwan's Political History: From a *Creole* to *Mestizo*
Settlers' Society Cheng-Feng Shih 229

Published by
Department of Public Administration, Tamkang University
Tamsui, Taiwan

公務人員對政府資訊公開制度 的見解之探究*

項 靖**

摘 要

資訊之無阻流通可促進附加價值的創造與利用，使稀少資源的分配更為平均，資源的利用更具效率；最終而言，可以提昇社會、國家的競爭力與公眾的福祉。而政府資訊之公開則可促進行政的透明化、滿足人民知的權利、有效利用行政資訊、增強人民對行政之直接監督與控制。在我國即將邁入政府資訊公開新紀元之際，本研究藉由焦點訪談與問卷調查探究公務人員對於相關法制的觀點與看法，希冀有助於人民公僕心聲於立法過程中接受考慮。

研究發現，雖然超過半數的公務人員對於「政府資訊公開法草案」內容並不瞭解，近九成的公務人員認為政府資訊與文件屬於「公共財」，九成八公務人員認為人民有權利請求政府提供資訊；三分之二的公務人員認為不應該在決策作成之前公開與決策有關資訊，亦有三分之二者認為在決策作成之後則應將其公開；九成的受訪者認為公營事業機構之營運資訊應對民眾公開，三分之二的受訪者主張政府處理數位化資訊而自行開發或委託開發之電腦軟體程式，亦應隨著其所處理之相關資訊的公開而公開。

七成五的受訪者主張中央政府、各直轄市、或各縣市政府應於現有機關中找尋適當者以賦予主管資訊公開相關事務之責，七成二的受訪者主張各機

* 本研究係接受行政院國家科學委員會補助之專題研究計劃成果，研究計劃編號為 NSC 88-2414-H-029-003。

**東海大學公共行政系副教授。

關應指定機關內部一單位負責資訊公開業務的處理；六成的受訪者主張提供資訊時之收費標準應由中央政府訂定、再由各機關訂定收費施行細則；八成的公務人員認為若一政府機關提供之資訊為錯誤的資訊因而造成人民權益受損時，應對該行政機關加以處罰。七成六的受訪者主張請求政府提供其資訊者應該有年齡上的限制，其中近七成主張滿二十歲者方有權利請求；超過八成的受訪者認為資訊申請者有必要聲明資訊之用途或目的，九成的公務人員認為資訊請求人在使用政府資訊作為犯罪工具或手段時，應該加重其刑責。九成公務人員認為政府資訊公開制度建立後，整體政府公務人員的業務量會增加一些或增加許多，八成四的受訪者認為自己個人的業務量會增加一些或增加許多。三分之二的受訪者表示在執行政府資訊公開制度時會擔心觸犯洩密罪。

是以，政府資訊公開制度雖被認為具良善的初衷與功能，但公務人員們亦關切其之施行細則與相關配套措施，這主要包括可公開之資訊的認定問題、以及觸犯洩密罪之可能性和預防之道。

關鍵詞：資訊；知識；政府資訊公開；資訊流通；政策制定；政策執行；政策設計。

壹、前言

繼土地、勞力、資本、設備之後，資訊已成為經濟生產活動的第五大要素。資訊的無阻流通可促進附加價值的創造與利用，使稀少資源的分配更為平均，資源的利用更具效率；最終而言，可以提昇社會、國家的競爭力與公眾的福祉。遂在人類已進入以資訊為主的二十一世紀之時，資訊社會中的個人或團體，若無適當的資訊可運用以行有效之決策，無疑地終將遭致被淘汰的命運。

一國家的政府是該國最大的資訊蒐集、整理、生產、應用、播散的機構，不僅如此，其所擁有的資訊也與民眾的政治、經濟、社會生活息息相關，不可一日或缺。但在我國的現行制度之下，一般民眾可獲得及使用的政府資訊卻非常有限，故近十數年來，論者持續有著政府資訊公開化的研究與倡議(如焦興鎧，1984；法治斌，1985；翁岳生等，1985；鄭瑞城等，1989；林明鏘，1993；古清華，1993；王郁琦，1996；林河名，1996；葉俊榮等，1996)，而我國的「政府資訊公開法」草案亦已正由立法院審議當中。

然於我國即將邁入政府資訊公開的新紀元之際，吾人須加以省思的是，我們需要一套什麼樣的政府資訊公開制度？政策和制度的規劃與研擬貴在能審視、結合多方的意見，方可制定出一完備且具前瞻性的決策。政府機關之行政人員雖亦肩負政策規畫與

決策的任務，但其最主要活動則在執行國家所制定的政策；因此，身為執行者的公務人員應於此政府資訊公開政策規畫階段即接受諮詢，以探討各種方案的可行性與可能的影響，以期所制定的政策能更臻完備。況且，政府資訊公開政策實較其他種類政策與公務人員有更密切的關係，因而該政策的規劃與研擬實須參酌公務人員的看法。但我國目前相關之研究並未針對將來須執行資訊公開政策、與該政策密切相關的一般政府機關公務人員作探討，發掘他們的意見，以供立法參考。

由於政府大規模的資訊公開之法制化在我國實屬首創，將來如何在制度上妥為設計，以使其能有效因應我國特殊的環境需求，而得以順利無阻地推行，將考驗立法人員之智慧外，也相當程度地取決於決策過程中立法人員能否取得、考慮更通盤、廣博的觀點與見解。有鑑於此，本研究透過座談與問卷調查方式對公務人員實施意見調查，以獲取他們對政府資訊公開的見解與建議，希冀有助於政府資訊公開法制之完美建置。

貳、背景

一、政府行政與行政資訊公開的法制化

我國行政學巨擘吳定（1995）指出，我國的公務行政發展將受到「中立化」、「民主化」與「公開化」等「行政三化」的深刻影響；其中，「行政公開化」被認為是未來行政發展的必然趨

勢、乃民主政治存在的基本理念、亦為公民得以參與的先決條件、更是促使施政順暢的重要機制。吳定將「行政公開化」定義為「在法律規範下，人民對過去與目前行政運作的相關資訊具有獲知的權利，並對目前行政運作過程具有充分參與的機會」（1995，頁10）；其更進一步具體指出，在「行政公開化」中，基於「被告知」、「瞭解」、「被聞知」以及「批評」等權利，在法律許可的範圍內，人民有權知悉並獲取政府機關的過往與目前行政運作相關之資訊和檔案。

就資訊的分享之觀念與作法而言，我國行政機關傳統向以保守著稱；在以保密為最高指導原則下，各機關於其職掌範圍內所掌握的資料與資訊之保管和交流上，一般多採取相當封閉之本位主義，不願與其他同屬公務之機關分享，更遑論非政府之人民團體和民眾可一探其究竟。公務人員對政府資訊公開的概念更是闕如，經常因為不知道法令依據為何，而不願或無法將機關資訊對外公開。

在法制上，我國政府機關資訊公開的普遍性原則至今仍無法確立。政府在立法進程上，並非先公開政府資訊，而卻僅堅守保密、保護的方向。過去政府在從事與資訊相關的立法工作時，往往首先注意、且較為在意的是其可能的負面影響以及如何防堵該影響（葉俊榮，1998）；遂在沒有任何政府資訊公開與流通的年代，我國就先有各種防諜、保密分級制度，是故，我國最早的資

訊相關法規，其實是「國家機密保護辦法」。而近十數年來，我國雖然在資訊相關的議題上開始有所進展，但仍舊是消極地以保密和安全為要，優先訂定了國家機密保護法、營業秘密保護法、以及電腦處理個人資料保護法等。

縱然如此，政府資訊公開的觀念與法制化實極重要。當政府資訊公開不存在於行政機關與人員心中、且亦無明確政府資訊公開法令可資遵循時，行政機關或公務人員在面對外界的資訊公開、揭露或提供之要求時，通常其決定的標準即在於人、且因人而異；往往只有少數有權勢、有關係者得以取得行政與政府之資訊一窺究竟，而無權無勢、無利害關係可言之廣博公民大眾則無緣得知他們授權、繳稅促成的政府行政機關之所作所為。

雖然如此，行政的公開化與政府資訊之公開果真施行時，勢將遭遇各種困難與限制。例如，資訊與檔案是否屬秘密、機密性質而公開與否，經常是模糊不清、無客觀標準，須依賴公務機關以自由裁量加以判定；而行政機關與公務人員在面對這類情況時，多半傾向於採取較保守態度，主張維持行政相關過程、資訊、文件之秘密性而不對外公開，其理由不外乎擔心其將改變現有的公務機關決策與控制程序本質、資料外流或過程公開後將遭致批評與反對，而造成行政活動的癱瘓和正常機關功能的無法發揮、資料公開可能違反法令規章、以及外界可能不當運用來自公務機關的檔案和資訊而造成衝突、糾紛與施政的困難(吳定，1995)。此外，因行政資訊公開而造成對民眾隱私權的剝傷，亦是政府資

訊公開化中必須嚴肅面對的議題（葉淑芳，1999）。為避免並消除以上這些困難與限制，行政公開化與政府資訊公開的法制化將扮演極其重要的角色。

二、政府資訊公開的原理、功能與目的

政府資訊為何需要公開？其公開的理由及可能造成的正面影響是什麼？林明鏘（1993，頁 19-21）曾指出，政府資訊公開之功能與目的包括：（1）促進行政的透明化，以杜絕政府決策的黑箱作業、創造民眾與政府機關共同討論的基礎、爭取人民對於政府最後決策的認同與支持；（2）滿足人民知之權利，以符合我國憲法第二十二條所規定之人民應受保障的人格基本權；（3）有效利用行政資訊，使民眾得以充分運用行政機關在日常業務中所蒐集之大量且與民眾生活和工作息息相關之資訊，以最大化行政資訊效用之發揮；（4）增強人民對行政之直接監督與控制，以彌補現代代議政治制度中國會監督與司法控制之不足，使行政權能夠被公民更直接且有效地監督。筆者認為政府公開其資訊的原理、功能與目的可更完整呈現如下。

（一）消除資訊不對稱所造成的問題

根據經濟學的理论，交易與互動雙方擁有不等量之與交易和互動相關之重要資訊，即稱為「資訊不對稱」（information asymmetry）；一般而言，買方對於商品與服務的瞭解不如賣方，是屬於資訊弱勢的一方；而受託提供勞務或服務者較委託者更清

楚自身在履行合約上的作為，是屬於資訊強勢的一方。

交易與互動雙方間的資訊不對稱將產生二種問題。資訊不對稱若是發生在交易前，將發生「逆向選擇」(adverse selection)的效應，亦即因為買方在購買或選擇前擁有商品品質的瞭解與資訊少於賣方，故買方將殺低價錢以儘量降低受到損失的風險，而此時因買方的出價過低，賣方會將較高品質的商品撤離市場，但買方亦將因此而將價錢殺的更低；如此惡性循環，最終將導致交易的失敗與市場的消滅。而資訊不對稱若是發生在交易後，則將發生「道德危害」(moral hazard)的問題，亦即在交易確定後，因為資訊的不對稱，賣方可能採行機會主義(Williamson, 1981)並採取若干不正當行為，而並未如交易前所約定的遞送買方所預期的商品或服務；且買方因為並不完全擁有相關資訊，故亦無法得知賣方的如此行為。

經濟學家指出，資訊不對稱所引起的問題之解決有賴於有效的誘因制度之設計(Jensen and Meckling, 1976; Moe, 1984; Pratt and Zeckhauser, 1985; Kettl, 1993)；資訊較少的一方須設計一套誘因制度以誘使資訊較多的一方揭露其所擁有的資訊(以避免逆向選擇)，或誘使資訊較多的一方採取符合資訊較少一方期待的行為(以避免道德危害)，以克服其資訊較少的弱勢。此類誘因制度可包括加強資訊的透明化與加強信用的應用(Cooter and Ulen, 1997)。資訊的透明化可以減少資訊的不對稱性，例如股票上市公司需充分揭露其營運的財務狀況；加強信用的應用亦可減

少資訊的不對稱性所帶來的副作用，其作法可以是應用第三者的信譽來為賣方做保證以獲得買方的信任，亦可以是賣方本身累積信譽與信用，或以售後保證的方式贏取買方的信任並促成合理交易的完成。

資訊不對稱的觀念亦可應用於公共事務上 (Pack, 1989; McAfee and McMillan,1988; Donahue, 1989; West, 1992; Kettl, 1993)。在公職人員的選舉中，選前可能因為選民對候選人的資訊不足、瞭解不夠或不具信心，而導致「逆向選擇」的發生，亦即相當比例的公民選擇在投票中缺席或投下廢票。在選後，選民仍然處於資訊不對稱中的劣勢地位；雖然候選人選前信誓旦旦地宣稱當選後將扮演好民眾受託者的角色，但畢竟想知道、且能知道其在當選後真正作為的選民少之又少，因此「道德危害」的效應不免產生，候選人當選後可能違背當初的承諾，照樣貪污、瀆職。另外，在政府服務的契約外包中，政府在簽約前即須充分瞭解包商的資格、能力、商譽與承諾提供的服務和商品之規格，以避免「逆向選擇」問題的發生；在簽約後，政府更應加強契約管理，充分獲知包商在遞送約定服務或商品上的所作所為，以防止「道德危害」效應的發生 (Shiang, 1997)。

所以，身為人民的受託者，政府有必要揭露其行為 (包括決策與行政) 之相關資訊，以取得人民信任、避免上述逆向選擇效應的發生；同時，政府資訊之公開亦有助於避免因政府與人民之

間的資訊不對稱所可能造成的道德危害問題。欲達成此些目的，政府資訊公開法制之建立似乎是唯一選擇。

(二) 符合民主與憲政原則

政府向民眾公開其資訊的憲法基礎為何？一般說法是以人民的基本權利為立論基礎，亦即所謂憲法中所保障的「知的權利」（翁岳生等，1985；李震山，2000）；我國憲法中雖未明文保障「知的權利」，但從憲法第十一條（人民有言論、講學、著作及出版等之表現自由）、以及第二十二條（人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障）規定，可以引申得出「知的權利」應受憲法之直接保障，此權利係基於國民主權同時包含自由權與社會權之原理，為符合憲法精神、表現自由權利之形式之一。此外，依據國民主權原則，人民是國家權力的擁有者，人民將其權力委由國家機關執行、並監督其之執行，而人民監督國家機關執行權力的基礎與前提是必須有相關的資訊作為依據，故國家負有公開其資訊之義務。

政府受民眾託付處理公共事務，不過人民有知的權利，而政府有接受人民檢驗與監督的義務。基於此理由，本於公平、公正與公開的原則，政府的施政有必要透明化，使民眾得以正確的資訊監督政府。

(三) 落實人民的參政權

我國憲法規定國民有參與國家政事之權利，包括選舉、罷免、創制、複決等權；故為確保人民此些權利之有效行使，政府

應落實資訊公開（陳愛娥，2000）。此外，Jun（1986，頁 21）指出民主行政的特徵之一為參與（participation），意指具民主性之行政體系將使組織外的廣大民眾得以參與行政機關之決策過程；公民參與亦屢屢為論者指為可實現民主與民主行政、可讓民眾瞭解政府施政方針，並在執行過程中得到來自民眾的聲音與意見，作為施政的參考。但若無即時、正確、充分之政府相關資訊以作為公民行使上述權利、以及參與政事之有效依據，則國民之參政權和民主行政之公民參與無異是空中樓閣，永無實現之日。因此，自憲法認可之人民基本權利而言，政府資訊之公開相當程度地影響人民參政權之落實與否（葉俊榮等，1996）。

（四）使政府政策過程透明化、以利政策之被接受度

公眾批評（public criticism）乃為現代公共行政之特質（張潤書，1995，頁 32），意指民主政府施政應以民意為依歸、並接受民眾之公評，且當民眾對政府產生不滿或疑慮時，政府須向外界提出說明與解釋，以取得民眾諒解與信任。Jun（1986，頁 19）指出民主行政的特徵之一為開放性（openness），亦即公務員不壟斷行政資訊、欺騙民眾或戕害民眾的權益。況且，往往政府與民眾間之溝通不良即在於公務機關敝帚自珍決策過程與結果相關資訊，使外界無從得知、或若欲得知則須要求或請求行政機關被動地做解釋；此種宣導及公開程度的不足，造成行政效率不彰、人民對政府政策多所詬病。

人民往往因為不瞭解政策或政府的法令規定，而對行政機關產生誤解，這是資訊不公開產生的負面影響。政府與民眾間之溝通不但可以促進人民之間的團結、督促政府工作的改進、加強人民與政府之間的感情，更可以有效協助減少訊息的誤傳、制定合理的決策以滿足民眾的願望（吳定等，1996，頁465-467）。在「開放政府」（open government）（Perritt, 1997）中，行政資訊的公開實如無言的溝通，能減少政府與人民之間的誤會，並有助於糾紛的排解；政府和民眾溝通將更加頻繁，使政府施政更能切合民意；使民眾更有監督政府的能力，因而更能信任政府；因為資訊公開故能獲得民眾的正確反饋，依其反饋而修正的政策將更能為民眾所接受、更有機會產生預期之成效。

（五）提升政府施政之清廉程度

論者以為政府的公開性與行政倫理間實存有密切之關聯性（Hunt, 1995；Philippe, 1995）。吳瓊恩（1996，頁10）指出，公共行政的獨特性質包括其受到高度的公共監督（public scrutiny）、以及公共組織具公開透明性（visibility），如生活在水族箱的魚兒一般須受外界無時無刻的檢驗與查核。政府資訊公開即可避免政府黑箱作業與機關人員的不法情事（鹽野宏，1998），使公務人員更加謹慎從事業務工作，也能鼓勵積極任事的態度，並排除敷衍塞責的惡習。

政府資訊公開不但可使政府施政更為透明化，行政人員和外界接觸將會更頻繁，更可促進民眾對施政的瞭解，且可達到程序

上之公平與公正，使公務機關人員無法獨厚於與公部門熟悉之人員或團體。政府施政措施能受到民眾監督，減少政商勾結及利益輸送；政策、制度、計畫之形成、執行皆公開，不致發生機關或執行人員依個案不同而有標準不一之資訊揭露的處理方式（Bovens, Geveke and de Vries, 1995）；尤其在處理涉及人民權益、權利、義務之案件時，也不致因有權勢者或利益團體介入與關說而有差別待遇。

（六）提升政府行政效率與服務品質

政府機關資訊之公開對象非僅民眾，所有相關之公務機構亦將因此而受惠。不同機關間之資訊共享與共用，可避免時間、人力、經費之重複與浪費，並提升決策與服務之即時與正確性。搭配近年來逐漸成形之電子化政府架構與措施後，行政公開化與政府資訊公開，不但可有助於減少行政弊端，使民眾與政府間的關係趨於互信，更可藉由資訊交流之增進提昇行政效率並提高政府決策、行政與服務的品質。

（七）促進政府資訊的利用以提升國家社會競爭力

自從 Daniel Bell 於一九六〇年代宣告後工業社會之來臨後（Bell, 1973），隨著近代新資訊科技與電腦和網路的發展與普及，論者們進一步提醒眾人資訊社會與知識經濟的出現（松田米次，1987；增田米二，1994；OECD，1996）。在以處理、生產資訊與知識、並以資訊與知識為主要經濟活動投入要素的新時代

中，任何個人、組織、社會、國家欲保持競爭力與生產力，必須以最佳（及時、正確、充分）之資訊作為決策與行動之依據。而一國家的政府可說是該國最大的資訊蒐集者、生產者、擁有者與使用者，且其所處理之資訊大半與民眾之生活、工作、商業活動有密切的相關性；再加上現代資訊與通信之應用於資訊散佈（DeSanti, 1993；葉俊榮，1998），政府所擁有之資訊若可為外界與民眾及時、充分地利用、並產生加值作用，絕對有助於個人、組織、乃致於整體國家社會競爭力之提升。

三、我國目前的政府資訊公開法規與措施

早期我國並無一套專門法律用以規範行政資訊之公開事宜，而政府資訊公開之規定僅零星散見於其他與資訊無直接關聯之法令中；主要包括三類（翁岳生等，1985，頁184-187）：

- （一）直接涉及、影響人民權益而應主動公告之事項（消費者保護事項，如「農藥管理法」第二十六條、「化妝品衛生管理條例」第二十三條、「動物用藥品管理法」第三十條第一項第二款等；土地產權事項，如「土地法」第四十六條之三、第八十四條、第一百四十條、第一百五十二條、第二百二十七條、「農地重劃條例」第七條、第二十五條、「都市計畫法」第十九條、第二十八條等；預算決算等事項，如「預算法」第四十八條、「決算法」第二十八條等規定；公職人員選舉

事項，如「公職人員選舉罷免法」第十八條)。

(二) 允許特定利害關係人查閱、閱覽、抄錄、或交付之事項(商業相關文件，如「商業登記法」第二十五條、「商標法」第二十條；戶籍登記文件，如「戶籍法」第九條等)。

(三) 由行政機關裁量公開之資訊(行政機關會議相關事項，如行政院之「事務管理規則」第三百十四條；行政機關民意調查結果，如「行政院所屬各機關民意調查作業要點」第六項、第七項等)。

近年來，我國在資訊相關的立法上則稍有建樹。在「電腦處理個人資料保護法」中，雖主要為保護個人隱私之法，但亦已具資訊公開的概念與雛形。該法具有關於公報制度等內容，規定人民可以索取其個人資料，且政府必須提供複本；例如，第十二條規定「公務機關應依當事人之請求，就其保有之個人資料檔案，答覆查詢、提供閱覽或製給複製本」，第十條則規定保有民眾個人資料檔案的公務機關，應在政府公報或以其他適當方式公告其擁有之個人資料檔案名稱、個人資料之類別、範圍與蒐集方法，公務機關並應備置簿冊以公告上列事項、並供查閱(第十四條)。

此外，我國尚有於民國八十八年初制訂生效、並已於民國九十年一月一日開始施行之「行政程序法」，以及於民國九十年二月由行政院及考試院會銜發布施行、屬行政命令之「行政資訊公

開辦法」；此二法規中含有政府資訊公開之相關內容，規定行政機關持有及保管之資訊，以公開為原則、限制為例外，且應主動公開，僅涉及國家機密者不在此限，因此實已涵蓋大部分政府資訊公開法之內容。但是，行政程序法與現正由立法院審議中之「政府資訊公開法」在位階與應用上仍有衝突、模糊、待澄清之處(包國祥，1999a；1999b)，完整建構我國之政府資訊公開制度仍有賴於政府資訊公開法之立法完成。

參、研究目的、問題與方法

吳定(1995)指出，欲在我國實踐行政公開化，吾人應致力於兩大方向的努力：健全行政公開化的環境、並建立行政公開化的法制。就健全行政公開化環境而言，除了呼籲民眾應謹慎行使法律所賦予之相關權利外，吳定主張政府機關應為行政與資訊公開化做好準備，包括整理分類公私文書、建立完整的現代化行政資訊系統，並提醒公務員本身應對行政與資訊公開持有正確的觀念、體認行政公開化是無可避免的趨勢、敞開心胸歡迎民眾參與決策、並更加仔細處理保存公務相關檔案和資料。在建立行政公開化的法制方面，吳定更具體倡議我國應擬定「國家檔案法」、「行政程序法」、「行政資訊流通法」、「隱私權法」，以實踐行政公開化。

事實上，十數年來經過相當多論者的呼籲，以及民眾對於施政透明化與知的權利的實現之迫切需求，我國行政院終於在八十八年五月通過法務部所提之「政府資訊公開法草案」，送交立法院審議中，並促使立法委員鄭寶清等人亦提出數項草案版本；縱然行政院版草案有許多值得商榷之處（林明鏘，2000），但仍不失為我國在政府資訊公開立法進程上之一大成就。而在本文撰稿期間，該法案仍未通過二、三讀之立法程序。

政府資訊公開政策實較其他多數種類之公共政策與公務人員有著更密切的關係。國內目前可見的政府資訊公開制度的草案，包括行政院於八十八年五月十一日函請立法院審議之「政府資訊公開法草案」、以及分別由黃爾璇等三十五位立法委員、陳景峻等四十一位立法委員、和鄭寶清等四十七位立法委員於民國八十八年五月及十一月所提之三版本「政府資訊公開法草案」。以行政院之「政府資訊公開法草案」版本為例，其中之第三條謂：「本法所稱政府資訊，指政府機關保管或持有之資訊」，第五條謂：「本法所稱資訊，指存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。」第九條規定應公開之政府機關持有或保管之資訊內容包括：「條約、法律、緊急命令、命令、各機關有關法規之釋示、地方自治法規；政府機關之組織、職掌、地址及電話號碼；預算及決算；施政計劃；請

願之處理結果及訴願之決定；合議制機關之會議記錄；依法應經特許之決定事項；業務統計；研究報告；資訊目錄等。」由此可見，政府資訊公開政策與一般行政人員日常公務的運作上有著相當大的關係；在此制度下，任一公務人員皆須改變以往的例行行事作法，以配合該政策的施行，這包括公務資訊的蒐集、整理、保存和散佈等工作，無一不與行政人員的日常工作息息相關。因此，在此法案的規畫、審議階段，立法者實有必要了解一般公務人員對此政策的看法與建議，以使日後政策的執行得以順利無阻。

是故，政府資訊公開政策實與為數眾多的公務人員之工作有密切相關，而該政策的規劃與研擬實須參酌公務人員的看法；然而，國內現存之研究並未能給予吾人此方面充分之指引。在資訊公開政策的有關論辯當中，最為詳盡的一項研究首推葉俊榮等人於民國八十五年由行政院研考會贊助完成之「政府資訊公開制度之研究」論文（葉俊榮等，1996），其中探討政府資訊公開的理論、法源、各國政府資訊公開制度，以及我國各界對於政府資訊公開的看法與期待，可說是相當完備的一部論作。其曾探究行政機關處理相關資訊公開與取得的運作實況，並以問卷調查民間環保團體、和與律師們座談等的方式來探查民間資訊需求和對政府資訊公開的看法；但美中不足的是，該研究以及上述其他論著並未針對將來須執行資訊公開政策、與該政策將有密切關聯的一般政府機關公務人員作探討，發掘他們的意見，以供立法的參考。

雖然我國之立法制度中有公聽會的設計，但礙於身份與業務職責，一般公務人員並無法充分參與其中，他們的觀點自然無法於相關決策過程中適度發聲。有鑑於此，本研究對公務人員實施意見調查，以獲取他們對於我國政府資訊公開制度的見解與建議，並提供結果予立法決策人員作為參考。

政府資訊之公開可促進行政的透明化、滿足人民知的權利、有效利用行政資訊、增強人民對行政之直接監督與控制（林明鏘，1993）。然徒法不足以自行，資訊公開法草案固然有確立人民資訊請求權的意義，但其內涵之設計與規定無可否認地將居最重要地位。由於政府大規模資訊公開之法制化在我國實屬首創，未來如何於制度上妥為設計，以使其能有效因應我國特殊的環境需求，而得以順利無阻地推行，除將考驗立法人員之智慧外，也相當程度地取決於決策過程中立法人員能否取得並考慮更通盤、廣博的觀點與見解。

在各國的政府資訊公開制度中，一般較具爭議性的議題包括哪些是負有公開義務之政府部門、哪些是應公開的資訊、以及資料在經過分離的處理後是否可以公開（古清華，1993）。本研究將試圖回答下列問題：

主要研究問題：我國公務人員對於政府資訊公開政策及其制度設計之觀點與看法為何？

次要研究問題：我國公務人員對於以下有關政府資訊公開政策、

制度設計、及相關議題的觀點與看法為何？

1. 政府擁有的資訊是否屬公共財？
2. 人民是否有權力請求政府提供政府所擁有的資訊？
3. 資訊公開請求權人的資格應不應有年齡的限制？
4. 政策決定過程及執行狀況的資料應否公開？
5. 公營事業的營運相關資訊是否應在公開之列？
6. 政府處理數位化資訊的電腦程式、軟體是否應公開？
7. 政府資訊公開制度建立後是否須新設主管機關？於現有機關中找尋適當者、賦予主管之責？或不設主管機關？
8. 人民取得政府資訊時之收費標準應如何訂定？
9. 政府資訊公開制度建立後是否將增加公務人員的工作量？
10. 在執行政府資訊公開制度時，公務人員是否擔憂將觸犯洩密罪？

政府資訊公開可落實民主、保障人民知的權利、增加國家競爭力(葉俊榮等, 1996)，但亦會增加行政成本。我國的機關文化向來以資訊不公開為原則，而資訊公開制度勢必增添公務人員在行政作業上之麻煩，且須調整其習慣以求適應新制。如今若更進一步以「主動」公開為原則，勢將對整體行政生態造成相當大的衝擊。故有必要於立法之前先行預測其影響所及，而本研究即有助於該現象之理解。

本研究之對象與分析單位為民國八十八、八十九年間參與公

務人員在職進修之三百名左右的東海大學「公共行政研究班」學員。該班學員多為來自中部各縣市鄉鎮、省屬單位、以及中央政府單位之公務人員，職級多介於薦任六至九級，在政府服務的年資多為十數年之久，並多擔任低、中階主管職務，由其所屬單位推薦或自行爭取在該班修習政府行政相關最新知識與議題；此些學員實為熟嫻政府事務之經理級成員。

理想中，本研究主題應以全國的公務人員為研究對象。但基於時間、經費、與控制度、問卷回收率的考量，本研究改採正參與在職進修之公共行政研究班學員為研究對象。其結果雖不能完全代表國家全體的公務人員，但亦無積極理由或證據顯示此些學員與本國其他地區（北、南、東部）相同背景之公務人員於此主題上將有顯著的差異。因此，本研究之結果將足可呈現出公務人員對政府資訊公開制度的看法之大要與梗概，而將有助於立法與行政相關部門的參考和運用。

本研究之實證資料蒐集包括二方面。首先，以東海大學公共行政研究班學員名冊為抽樣架構，採系統抽樣方法隨機選取十一位學員，於八十八年五月二十九日在東海大學省政研究大樓舉行二小時的座談，以深入了解他們對相關議題之看法。其次，本研究依文獻檢閱與焦點團體訪談結果，設計並預試一份問卷，於八十九年五月份東海大學公共行政研究班上課期間針對全體學員加以施測；共計發出 299 份問卷，回收 293 份，經剔除無效問卷

四份後共得有效問卷 289 份，有效回收率為 96.7%。

肆、結果與討論

一、受訪者基本背景

在全體問卷調查之受訪者中，女性佔二成六，男性佔七成四；近二成一的受訪者年齡為年滿 30 至 39 歲者，滿 40 至 49 歲者為五成六，滿 50 至 59 歲者則約佔二成二；其中女性之年齡為 39 歲或以下者之比例(32.0%)明顯高於男性中之年齡為 39 歲或以下者之比例(18.5%)，而男性中年齡為 50 歲或以上者之比例(25.1%)則明顯高於女性中之該類年齡層比例(12.0%)。三成五的問卷受訪者之最高學歷為專科畢業，大學畢業者為六成二，高中職畢業或研究所畢業者為數相當少；其中，年齡層越低者其教育程度傾向於越高。

在有資料可循的 196 人中，近三成一者為七職等公務人員，三成八為八職等者，九職等者佔二成二，總計薦任公務人員約為九成四，十職等或以上者佔六個百分比；其中，男性中職等為簡任者之比例(8.1%)高於女性中為簡任者之比例(0.0%)，男性中職等為薦任八至九職等者之比例(64.4%)明顯高於女性中職等為薦任八至九職等者之比例(47.7%)，而女性中職等為薦任六至七職等者之比例(52.3%)明顯高於男性中職等為薦任六至

七職等者之比例 (27.5%)。五成四的受訪者擔任主管職，六個百分比擔任副主管職，擔任非主管職者則佔四成，其中男性擔任主管之比例(59.1%)明顯高於女性中擔任主管之比例(40.5%)。

二、受訪公務人員對於政府資訊與其之公開的觀點

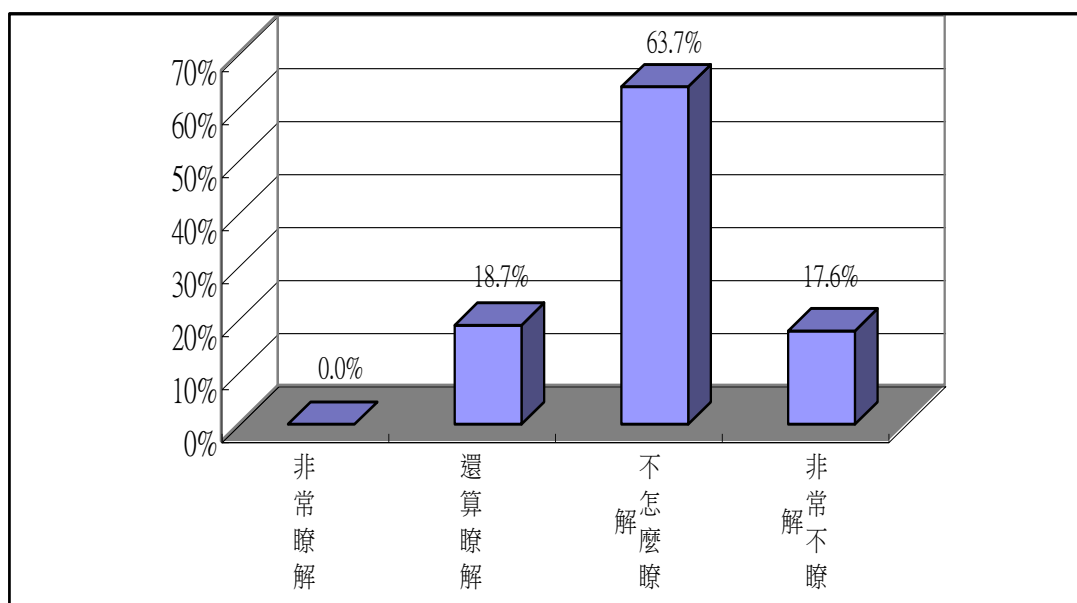
受訪的公務人員是否瞭解行政院之「政府資訊公開法草案」內容？在全體問卷調查之有效受訪者中，如圖一所示，對於「政府資訊公開法草案」表示還算瞭解者僅約一成九，而有近三分之二者表示不怎麼瞭解、一成八受訪者甚至表示非常不瞭解該法案之內容。其中，男性受訪者表示還算瞭解「政府資訊公開法草案」之比例 (21.8%) 似乎略高於女性受訪者中表示還算瞭解者 (10.7%)；而相對的，女性受訪者表示其不怎麼瞭解該草案內容之比例 (74.7%) 則多於男性受訪者中表示不怎麼瞭解者 (59.7%)。職等為薦任八至九等者表示還算瞭解該草案內容者之比例 (22.9%) 明顯高於簡任十至十四職等者 (8.3%) 及薦任六至七職等者 (10.6%)；職等為薦任六至七等者表示不怎麼瞭解該草案內容者之比例 (78.8%) 明顯高於簡任十至十四職等者 (58.3%) 及薦任八至九職等者 (54.2%)，而職等為簡任十至十四職等者表示非常不瞭解者之比例 (33.3%) 則明顯高於其他職等者。

其次，受訪的公務人員是否認為政府在施政過程中所蒐集、處理、產生、因而保有的資訊與文件屬於「公共財」？如圖二所

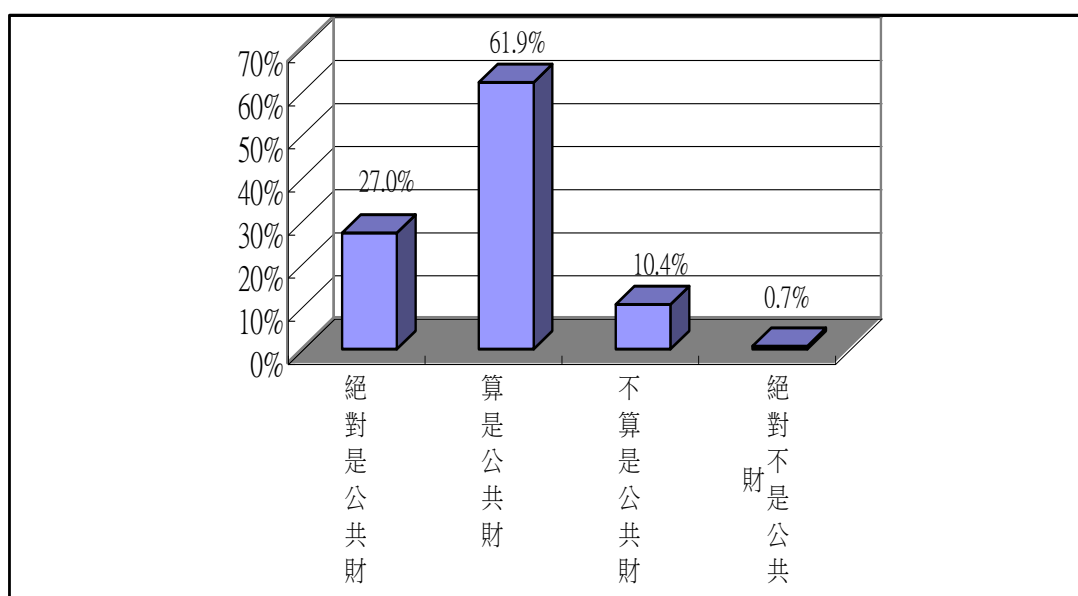
示，二成七的受訪者認為其絕對屬於公共財，六成二者主張其算是公共財，認為其不算是或絕對不是公共財者約佔一成。其中，男性受訪者表示其絕對屬於公共財者之比例（30.8%）略高於女性受訪者中表示絕對屬於公共財者（17.3%）；兩性中表示其算是公共財者之比例者大致相同，皆為約六成二左右；而相對的，女性表示其不算是公共財者之比例（18.7%）則多於男性中之比例（7.6%）。

此外，受訪的公務人員是否認為人民有權利請求政府提供其所擁有的資訊？近四分之一的受訪者認為，人民絕對有權利請求政府提供政府所擁有的資訊，七成三主張人民應該是有此種權利，如圖三所示，僅有約二個百分比的受訪者認為人民應該沒有此種權利。其中，認為政府在施政過程中所蒐集、處理、產生、因而保有的資訊與文件絕對屬於公共財者中，半數（50.0%）亦認為人民絕對有權利請求政府提供其擁有的資訊，遠高於認為政府資訊算是或不是屬於公共財者（分別為16.3%和6.3%）；而認為政府資訊不算是或絕對不屬於公共財者中則有較高比例（12.5%）主張人民應該沒有權利請求政府提供資訊。

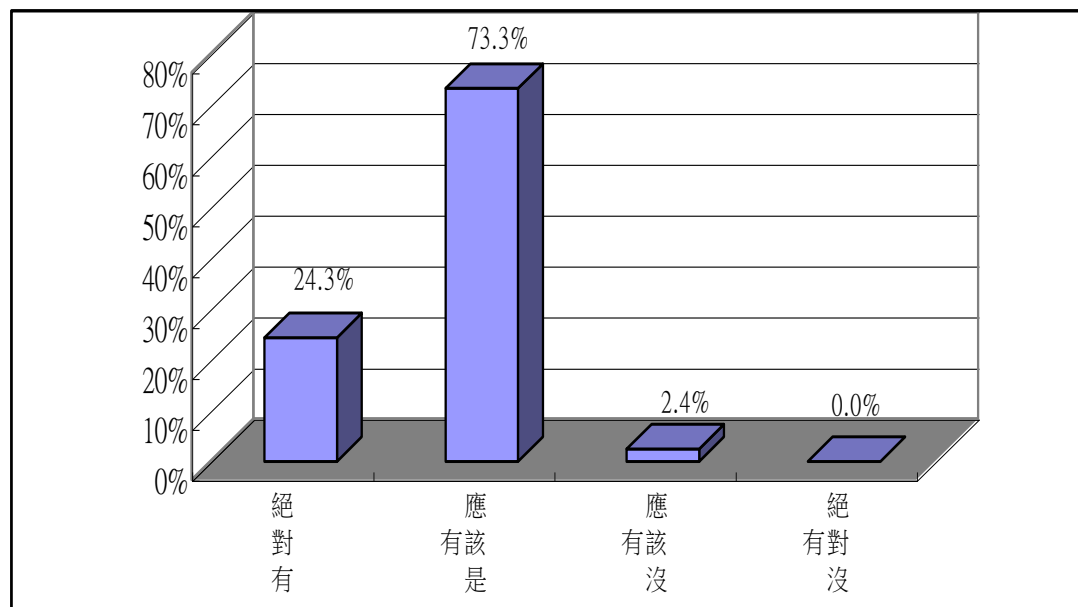
公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究



圖一：【在今天以前，您瞭解行政院之「政府資訊公開法草案」內容嗎？】結果圖（n=289）



圖二：【您認為，政府在施政過程中所蒐集、處理、產生、因而保有的資訊與文件，是否屬「公共財」？】結果圖（n=289）



圖三【您認為，人民是否有權力請求政府提供政府所擁有的資訊？】結果圖(n=288)

三、應公開之政府資訊種類

在我國的政府資訊公開制度中，與決策、意思形成過程有關之機關內部審議會簽意見、建議文書、計畫文件、說明報告等文件，是否應在決策作成之前公開？如圖四所示，受訪的公務人員中，認為不應該或絕對不應該在決策作成之前公開者佔總數的三分之二；受訪者多表示，在依法行政與法律保留下，政策的制訂應該是透明且可接受公評的，然在形成決策前之會簽等決策過程內部意見的公開將造成不必要的困擾，應予保護不公開。而三分之一的受訪者則主張應該或絕對應該在決策作成之前公開。至於此類於決策過程中所產生之文件是否應在決策作成之後公諸於

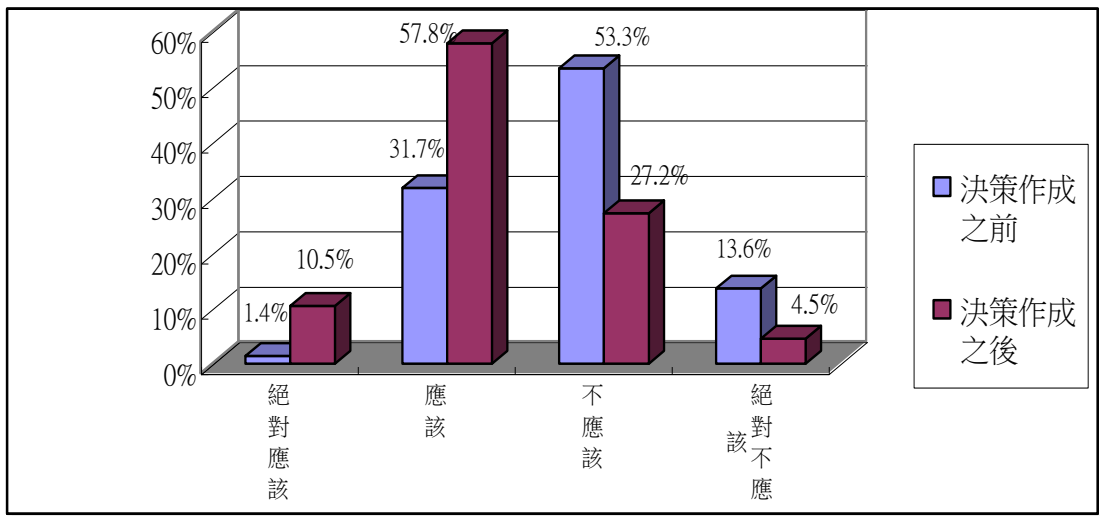
世，則有三分之二者主張應該或絕對應該公開，三分之一者認為不應該或絕對不應該加以公開。其中，主張決策之前不應公開相關資訊者中，有近六成（59.7%）主張在決策之後則應向民眾公開，四成仍主張不應公開。此外，對於政府資訊公開法草案內容表示愈不瞭解者，似乎亦愈不主張政府在決策作成之後將相關過程資訊公諸於世。

其次，公營事業機構之營運資訊（除涉及商業、技術秘密者）是否應對民眾公開？如圖五所示，九成的受訪者認為此類資訊應該或絕對應該對民眾公開，佔絕大多數；主張不應該或絕對不應該公開者僅為一成。其中，男性表示公營事業機構營運資訊絕對應該對民眾公開之比例（17.1%）略高於女性中表示絕對應向民眾公開者（10.7%）；兩性中表示此類資訊應該對民眾公開之比例大致相同，皆為約七成五左右；而相對的，女性表示公營事業機構營運資訊不應該對民眾公開之比例（14.7%）則稍多於男性中之比例（5.2%）。此外，認為政府資訊應該不屬於公共財的受訪者中，有最高的比例主張公營事業機構營運資訊不應該對民眾公開；而認為政府資訊絕對屬於公共財的受訪者中，則有最高的比例主張公營事業機構營運資訊應該對民眾公開。而且，認為人民絕對有權利請求政府提供資訊的受訪者中，有最高的比例主張公營事業機構營運資訊應該對民眾公開；而認為人民應該沒有權利請求政府提供資訊的受訪者中，則有最高的比例主張不應該將

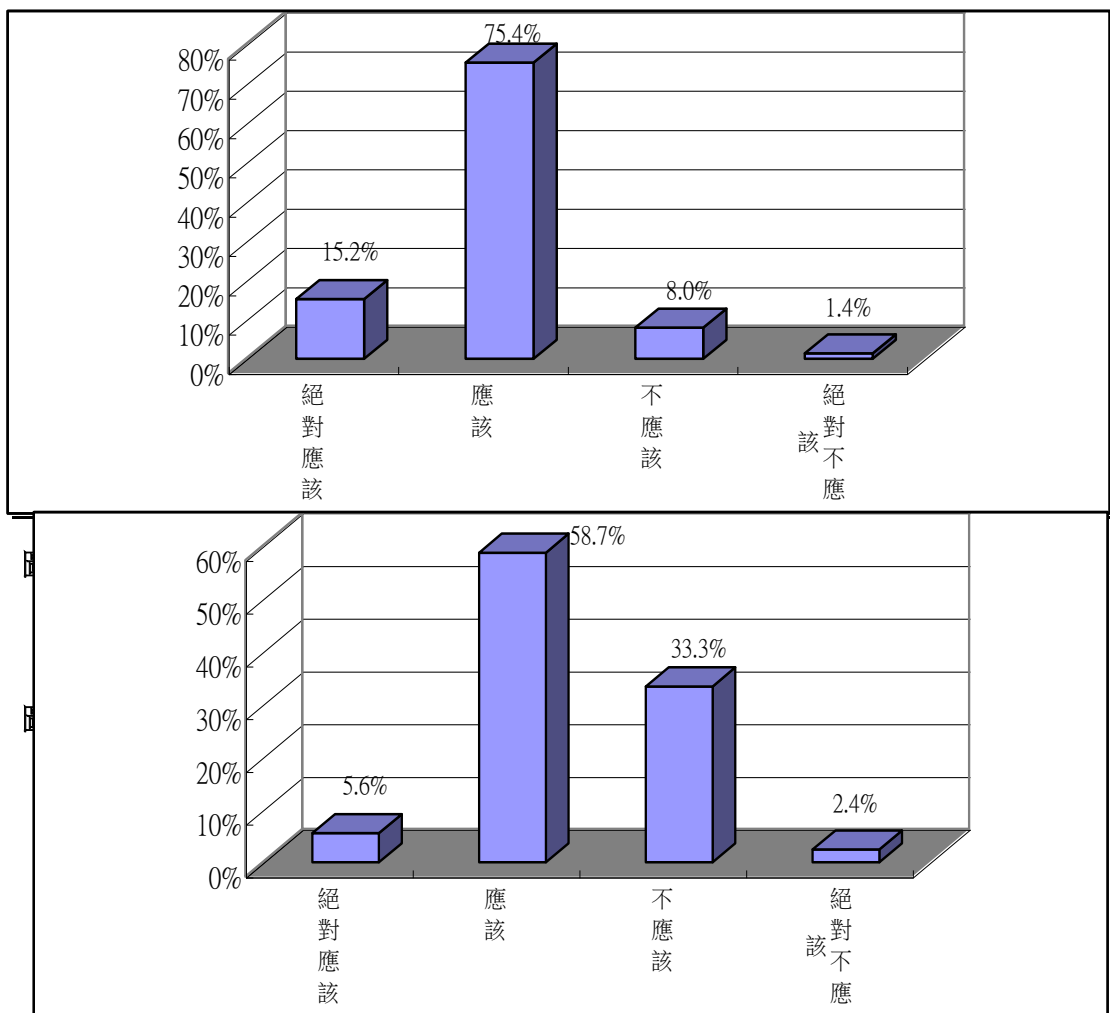
公營事業機構營運資訊公諸於世。

此外，政府處理數位化資訊而自行開發或委託開發之電腦軟體程式，是否應隨著其所處理之相關資訊的公開而公開？其非資訊，但卻是解讀政府提供的電磁形式資訊所必備的工具。如圖六所示，近三分之二(六成四)的受訪者認為應該或絕對應該公開，佔大多數；三成六者主張不應該或絕對不應該對外公開。其中，認為政府資訊應該不屬於公共財的受訪者中，有最高的比例主張相關電腦軟體程式不應該對民眾公開。

公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究



圖四：【您認為，與決策、意思形成過程有關之機關內部審議簽會意見、建議文書、計畫文件、說明報告等文件，是否應在決策作成前後公開？】結果圖
(n 皆為 289)



四、因應資訊公開之組織建置與相關規定

在我國的政府資訊公開制度中，各級政府應如何設置主管機關以監督、報告、裁決政府資訊公開之相關事務？如圖七所示，各約有七成五左右的受訪者主張中央政府、各直轄市或各縣市政府應於現有機關中找尋適當者以賦予主管之責；各約有一成五左右的受訪者主張中央政府、各直轄市或各縣市政府不須設主管機關，而由各機關自行辦理；亦各有八個百分比上下的受訪者認為各級政府應為此新任務新設主管機關。

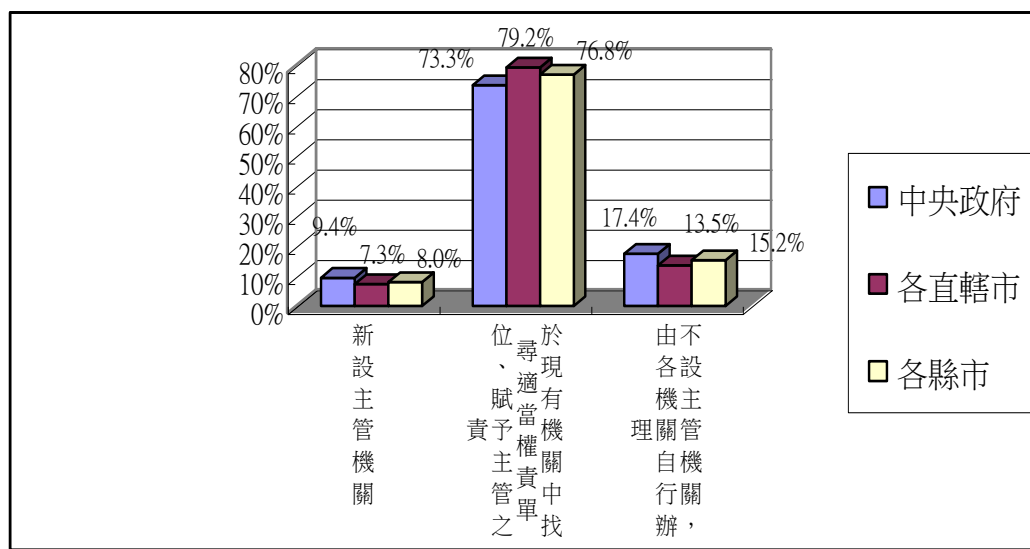
其次，就各機關而言，政府資訊公開制度之施行是否需要創設專責單位負責資訊公開業務的處理？或由各業務承辦人兼辦？如圖八所示，大部分（七成二）的受訪者主張應指定機關內部一專責單位負責，一成者主張由各業務承辦人兼辦，另有一成七的受訪者主張以上兩者併行。

此外，政府機關在提供資訊時之收費標準應如何訂定？如圖九所示，三分之一者認為應由中央政府統一訂定收費標準，僅約百分之七的受訪者主張應交由各機關自行訂定，六成的問卷受訪者主張應由中央政府訂定，再由各機關訂定收費施行細則。受訪者進一步指出，費用數額可由中央政府訂立上下限，再由各機關視其個別情況訂定收費標準。

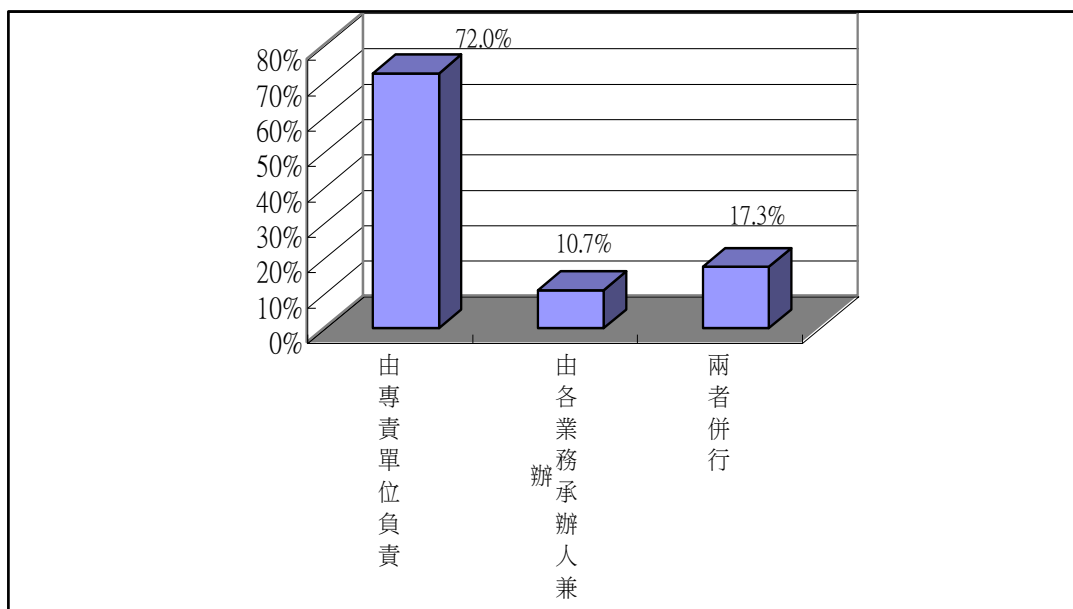
若一政府機關提供之資訊為錯誤的或過期的資訊，因而造成使用該資訊的人民權益受損時，該行政機關是否應受到懲罰？如

公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究

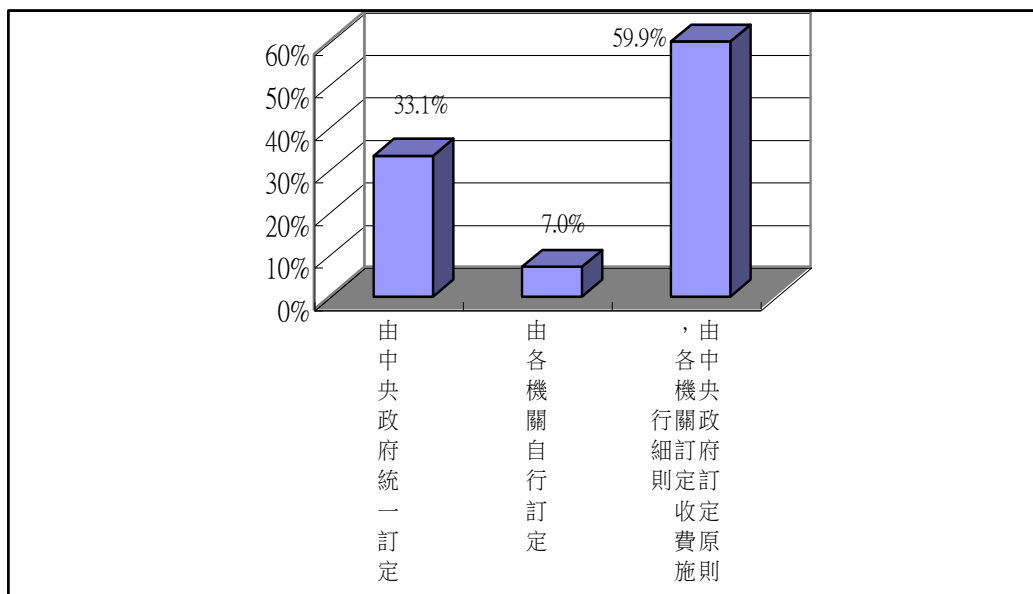
圖十所示，一成的受訪者認為絕對應該訂定相關罰則，另約七成受訪者主張應對該行政機關加以處罰，總計約八成的公務員認為應有相關罰則以維護民眾的權益；但亦有近二成者持否定的態度，認為不應該或絕對不應對該行政機關加以處罰。



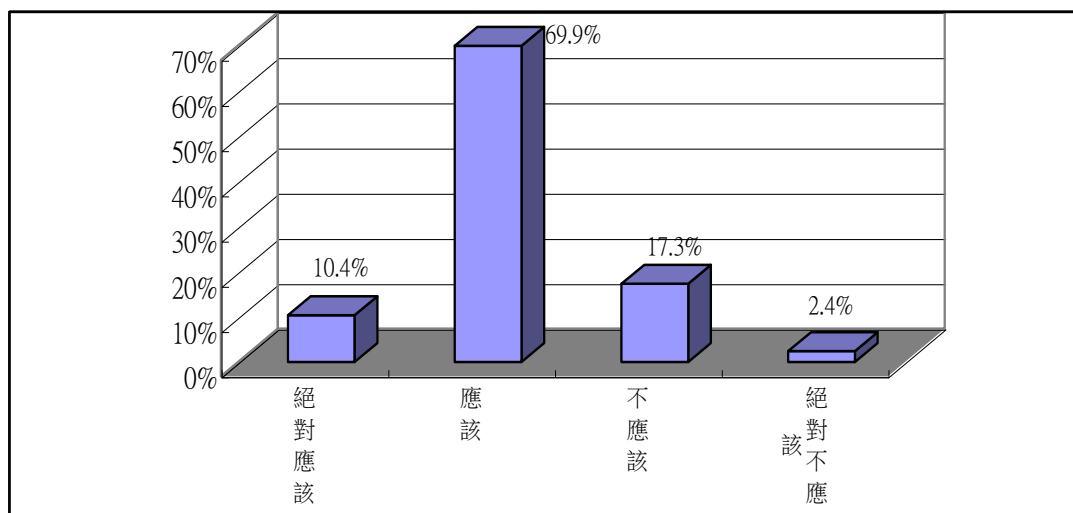
圖七：【政府資訊公開制度建立後，中央政府、各直轄市、各縣市應如何設置主管機關以監督、報告、裁決政府資訊公開之相關事務？】結果圖（中央政府，n=288；各直轄市，n=288；各縣市，n=289）



圖八：【政府資訊公開制度建立後，各機關是否需要專責單位負責資訊公開業務的處理？或由各業務承辦人兼辦？】結果圖（n=289）



圖九：【您認為，對於資訊請求人之資訊提供收費標準應如何訂定？】結果圖(n=287)



圖十：【若政府機關提供之資訊為錯誤的或過期的資訊，因而造成人民權益受損時，

是否應訂定對該行政機關的罰則？】結果圖（n=289）

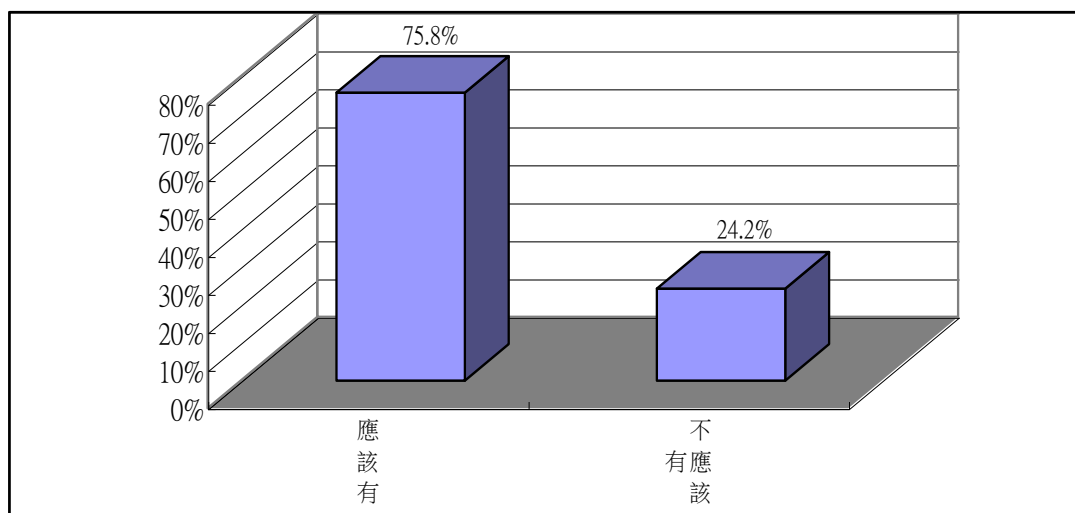
五、申請者之資格限制與違法使用之罰則

請求政府提供其資訊者之年齡上的資格為何？是否應有年齡限制？近四分之一的受訪者認為，對於請求政府提供其資訊者，不應該有年齡上的資格限制，如圖十一所示；其餘七成六的受訪者則主張應該有年齡上的限制，其中近七成者主張滿二十歲者方有權利請求政府提供資訊，約三成主張滿 18 歲者即具申請資格。

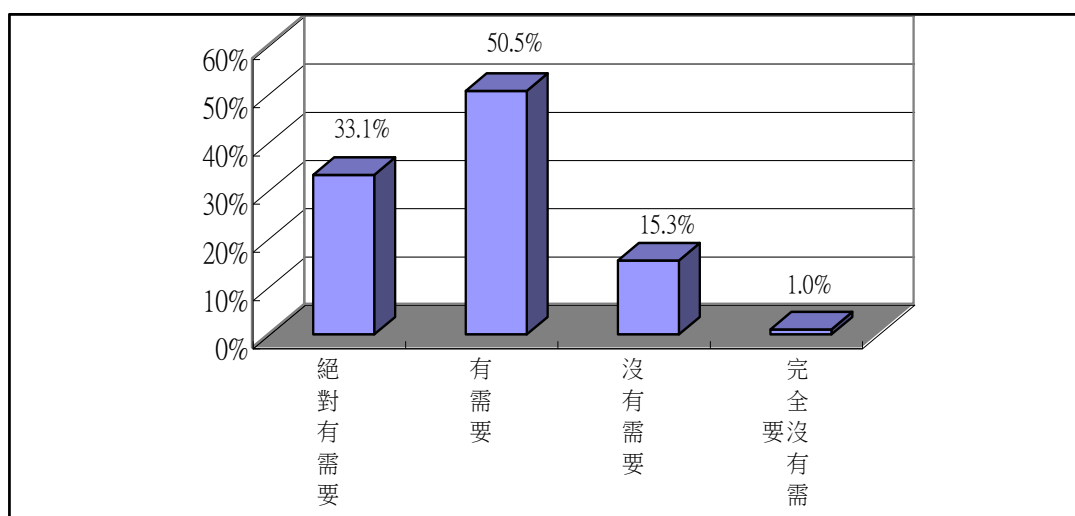
其次，當民眾向政府機關提出請求提供政府資訊之申請時，是否需要聲明申請該項資訊之用途或目的？如圖十二所示，二分之一的受訪者主張，當民眾向政府機關提出請求提供政府資訊之申請時，有需要聲明申請資訊之用途或目的，三分之一者認為絕對有需要，總計超過八成的受訪者認為政府資訊申請者有必要聲明申請資訊之用途或目的；主張沒有需要或完全沒有需要者則佔總數之一成六。

而資訊請求人使用申請取得之政府資訊以作為犯罪工具或手段時，應否加重其刑責？如圖十三所示，四成六的受訪者主張絕對應該加重其刑責，四成四的受訪者主張應該加重，總計有九成者認為應該或絕對應該加重其刑責，僅有一成的受訪者認為不應該或絕對不應該加重。其中，受訪者之教育程度在專科或以下者中主張應該或絕對應該加重刑責之比例（95.2%）明顯高於教

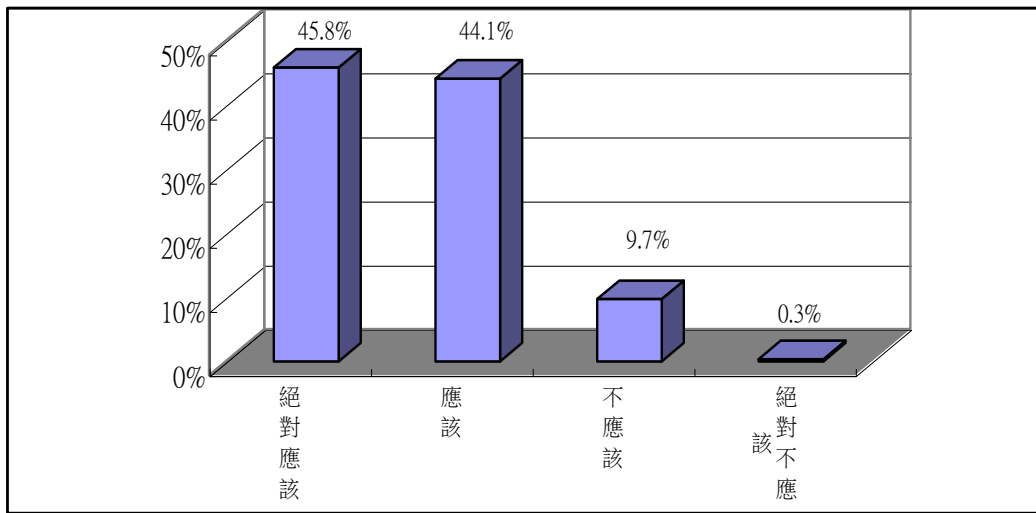
育程度在大學或以上者持同樣主張之比例 (86.7%)。



圖十一：【您認為，可以請求政府提供其資訊者是否應有年齡限制？】結果圖(n=289)



圖十二：【當民眾向政府機關提出請求提供政府資訊之申請時，是否需要聲明申請資訊之用途或目的？】結果圖 (n=287)



圖十三：【資訊請求人使用申請取得之政府資訊作為犯罪工具或手段時，應否加重其刑則？】結果圖（n=288）

六、政府資訊公開制度可能產生的影響

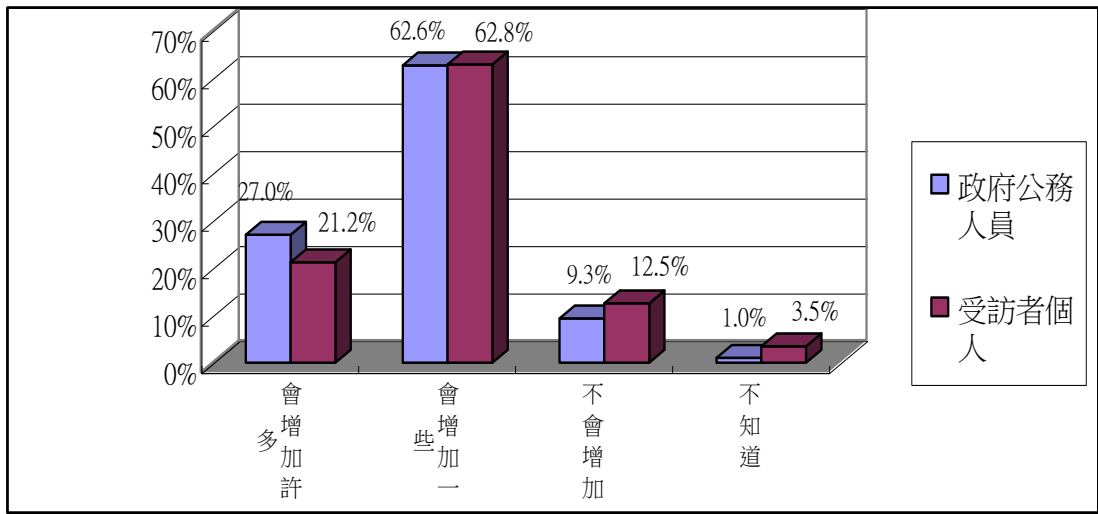
政府資訊公開制度建立後，一般政府公務人員或受訪者個人的業務量是否將會因而增加？如圖十四所示，六成三的受訪者認為整體政府公務人員的業務量會增加一些，二成七者認為會增加許多，近一成認為並不會增加政府公務人員的業務量。對受訪者個人而言，有稍微較少比例之受訪者認為自己的業務量會增加許多，有稍微較多比例之受訪者認為自己的業務量不會增加；總計仍有六成三者回答說自己的業務量會增加一些，而有二成一者認

為將增加許多；近一成三者認為自己的業務量將不會增加，高於認為整體公務人員業務不會增加的比例。

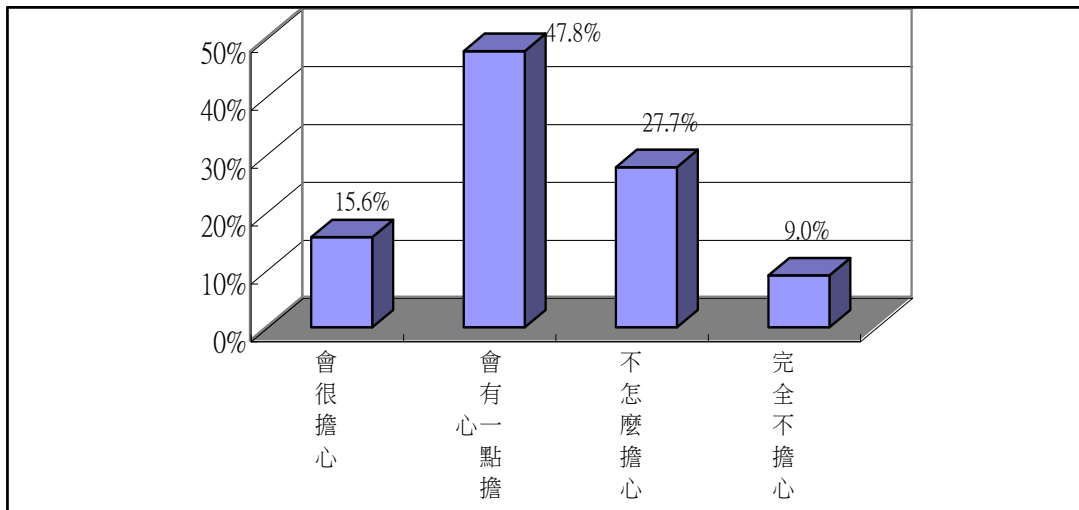
其次，受訪者多表示，資訊公開可使政府政策透明化，是值得推行的工作，但資訊公開之後會有大量的政府資訊之申請，且經常需更新資料，故機關與人員將花費很多人力於此，恐會使原本工作負荷量極大的行政人員，更增加其工作份量與壓力。

此外，在執行政府資訊公開制度時，公務人員是否擔憂其可能觸犯違背職務的洩密罪？如圖十五所示，四成八的受訪者表示會有一點擔心，一成六者認為會很擔心，表示不怎麼會擔心或完全不擔心者分別為二成八與約一成；此顯示三分之二的受訪者表示擔心在執行政府資訊公開制度時會觸犯違背職務的洩密罪。其中，認為政府資訊應該不屬於公共財的受訪者中，有最高的比例表示會很擔心觸犯洩密罪；而認為政府資訊絕對屬於公共財的受訪者中，則有最高的比例表示完全不擔心會觸犯洩密罪。一位受訪者對此表示，「會擔心觸犯職務上之洩密罪嫌，如觸犯刑責，一生名譽即留下污點，終生遺憾」。

公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究



圖十四：【您認為，政府資訊公開制度建立後，政府公務人員／您個人的業務量是否會因而增加？】結果圖（政府公務人員，n=289；個人，n=288）



圖十五：【在執行政府資訊公開制度的同時，您擔不擔心會觸犯了違背職務的洩密罪？】結果圖 (n=289)

七、公務人員對於政府資訊公開制度之肯定、隱憂與建議

藉由焦點團體座談、以及問卷調查中之開放性問題回答中，

本研究得知公務人員對於政府資訊公開制度之施行抱持之正負面看法、隱憂以及建議，分述如下。

(一) 正面看法

受訪者認為政府資訊公開的正面的意義與影響包括以下方面：

1. 資訊公開使決策過程透明化，可避免政府決策黑箱作業及不當利益輸送、減少特權關說及政商勾結；
2. 人民有權要求調閱相關文件、資訊，為我國政府施政之一項突破，在未來資訊發達時代，亦是一種趨勢；
3. 行政人員之政策制訂、執行，將更謹慎行事、更審慎負責；行政人員會因資訊公開而可能面對眾多內行人，因而必須更謹慎，辦事不能馬虎，但相對的會造成壓力；
4. 增進公務人員依法行政程度，提高工作投入感與責任心，可較不受長官的壓力與人情的包圍，對守法的公務行政人員會是鼓勵與肯定，可提昇行政處理之效率；
5. 讓民眾清楚決策過程與未來發展，使民眾與政府間的關係趨於互信；
6. 增加政府與人民之間溝通的管道，使人民更瞭解政府，瞭解政府為民眾做了哪些事情，減少施政阻力，進而提升效能；
7. 增進行政上及程序上之公平正義，使獨厚於與公部門熟悉之人員或單位的情形降到最低；
8. 各項措施會立即引起關注與回應，對政府實施具監督效果，錯誤的決策能及時修正。

(二) 負面影響與隱憂

而受訪者認為政府資訊公開的負面影響與隱憂則包括以下方面：

- 1.政府資訊公開制度施行後，可能造成政府制定政策時，會受許多關說壓力，需應付相關利害關係人的杯葛及關說，而延宕決策效率；而資訊公開後，因正反意見皆公諸於世、相互競爭，亦可能因而延遲決策過程與時間；
- 2.行政人員可能無所適從，而且如果任何資訊都可以公開，則造成行政人員無限量的工作；
- 3.資訊公開之措施，如未周全規劃，很可能民眾使取得資訊困難或不正確，而行政人員亦有觸法之顧忌而不願提供；
- 4.資訊公開可能被不肖份子利用，民眾利益將受損，政府公信力將受影響；
- 5.將增加行政人員之工作負擔、工作量及執行困擾與困難，將影響正常業務處理；人民亦可能濫用此法，要求政府提供各種資訊，造成行政人員之額外工作負擔；
- 6.對於行政人員，無可避免的會產生洩密罪之困擾；資訊公開之界限範圍不易界定，洩密之責任歸屬難釐清；
- 7.因業務性質各異，資訊公開恐不易全面流通，或資訊公開程度可能隨機關功能而異；
- 8.人民將更瞭解政府的運作內容，公務員可能動輒得咎；

- 9.資訊公開後，政府機關和行政人員作決策時必先考慮決策過程公開化的後遺症，致使可能趨向保守而不願作大幅度改革的建議，或對於人民企盼的政策不願提反對或限制意見。

(三) 建議

部分受訪者作出如下建議：

- 1.資訊公開化是時代趨勢，應及早實施；
- 2.目前我國對資訊公開的法律不明確，容易造成行政人員洩密的危機、容易觸法，故在資訊公開之前應先訂立明確的法律；明訂資訊公開制度准予提供之範圍，避免模糊規定，俾讓基層公務員能便利執行目前我國對資訊公開的法律不明確，容易造成行政人員洩密的危機、容易觸法，故在資訊公開之前應先訂立明確的法律；明訂資訊公開制度准予提供之範圍，避免模糊規定，俾讓基層公務員能便利執行；
- 3.政府對於有關公務人員違背職務洩密罪的認定標準及相關法令應重新檢討；對於行政人員，無可避免的會產生洩密罪之困擾，所以相對的刑法中違背職務洩密罪法條亦應一併檢討修正；資訊公開之事務其可公開之程度應明確定之，以免承辦人員有洩密之疑慮，甚至不小心觸法；
- 4.應統一由中央明確認定能公開的業務資訊種類，再由基層地方執行機關，就其業務職掌之資訊範圍、公開後可能造成之影響，具體劃分公開與不公開之業務資訊範圍；
- 5.制度宣導似乎不夠普遍，施行後應有訓練宣導期間；

公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究

- 6.為免人民惡意使用，人民法律基本素養、民主素養之培育，應是首要的要件；
- 7.有些機關認為不方便公開的資訊，機關會想辦法以技術性的理由拒絕公開，所以必須事先請各機關提出適合公開與暫時保密的資訊，以事前區別，亦即必須容許階段性的保密；
- 8.有關國防、治安上重要資訊應嚴格管制公開的程度，以免影響國防安全及治安顧慮；
- 9.政策、制度、計畫之形成、執行皆應公開，以免機關或執行人員因民代或利益團體介入而依不同方式處理個案，尤其是涉及人民權益、權利、與義務的案件；
- 10.主管機關應明確設置，由何單位人員辦理亦明確訂定，避免爭功諉過；
- 11.各機關應設專責管理單位，俾利事權統一、資訊更新之掌握；
- 12.將公開法實施內容、作法及配合事項，讓公務人員明確清晰地瞭解，可避免公開時將產生之困惑與疑慮，並應訂定周全的公開標準與管制措施；
- 13.公務員本身需具備相關的專業知識、技能及法律素養，以應付隨時可能產生的問題；
- 14.政府資訊公開制度法草案需廣開公聽，廣納各機關單位意見及諮詢專家、學者、民眾之意見後再仔細、詳細的規劃立法原則、方向等；

- 15.政府資訊除應申請外，提供資訊單位應確實檢視資訊是否正確，以防引用錯誤資訊造成人民誤判與損失，並應謀補救之道；
- 16.行政機關可能有相當比例的人員，須有行政法的專業素養，法制單位更形重要；
- 17.建立相關資訊系統，方能減輕作業負擔。

伍、結論、建議與未來研究方向

一、結論

為消除資訊不對稱所造成的問題、符合民主與憲政原則、落實人民的參政權、使政府政策過程透明化以提高決策之被接受度、提升政府施政之清廉程度、提升政府行政效率與服務品質、並促進政府資訊的利用以提升國家社會競爭力，在二十一世紀初的我國，實有必要施行全國性的政府資訊公開制度。而在過去公務機關常以缺錢、缺人手、資料過多為由抗拒其資訊之揭露，但在電腦與網際網路等現代資訊科技發達的知識經濟時代中，此些理由皆已不再具說服力；為實現「電子化」、「小而能」的再造政府，公共政策決策及公務機關施政過程與結果皆應主動透明化，以作為具回應性、負責任之現代政府。

在經過針對中、低階公務人員的問卷調查與焦點團體座談後，本研究獲知，在行政院通過法務部所提之「政府資訊公開法

草案」並將其送交立法院審議多時後，超過八成的公務人員表示對於該草案內容不怎麼瞭解或完全不瞭解；近九成的公務人員認為政府在施政過程中所蒐集、處理、產生、因而保有的資訊與文件屬於「公共財」，更有高達九成八公務人員認為人民絕對有或應該有權利請求政府提供政府所擁有的資訊。在應公開之政府資訊種類方面，三分之二的公務人員認為不應該或絕對不應該在決策作成之前公開與決策、意思形成過程有關之機關內部審議簽會意見、建議文書、計畫文件、說明報告等文件，但在決策作成之後是否應公開？則有三分之二者持肯定的態度；九成的受訪者認為公營事業機構之營運資訊（除涉及商業、技術秘密者）應對民眾公開，近三分之二（六成四）的受訪者主張政府處理數位化資訊而自行開發或委託開發之電腦軟體程式，亦應隨著其所處理之相關資訊的公開而公開。

在因應資訊公開之組織建置與相關規定方面，約有七成五左右的受訪者主張中央政府、各直轄市或各縣市政府應於現有機關中找尋適當者賦予主管之責，以監督、報告、裁決政府資訊公開之相關事務；就各機關而言，七成二的受訪者主張政府資訊公開制度中應指定機關內部一專責單位負責資訊公開業務的處理；六成的問卷受訪者主張政府機關在提供資訊時之收費標準應由中央政府訂定，再由各機關訂定收費施行細則；而若一政府機關提供之資訊為錯誤的或過期的資訊，因而造成人民權益受損時，約

八成的公務人員認為應有相關罰則，對該行政機關加以處罰，以維護民眾的權益。而對於政府資訊申請者之資格限制與違法使用之罰則，七成六的受訪者主張請求政府提供其資訊者應該有年齡上的限制，且其中近七成者主張滿二十歲者方有權利請求政府提供資訊；超過八成的受訪者認為政府資訊申請者有必要聲明申請資訊之用途或目的，且有九成的公務人員認為資訊請求人使用申請取得之政府資訊以作為犯罪工具或手段時，應該或絕對應該加重其刑責。在政府資訊公開制度可能產生的影響方面，九成公務人員認為政府資訊公開制度建立後，整體政府公務人員的業務量會增加一些或增加許多，僅八成四的受訪者認為自己個人的業務量會增加一些或增加許多；三分之二的受訪者表示在執行政府資訊公開制度時會擔心觸犯洩密罪。

公務人員認為，政府資訊公開制度施行之後，政府一切施政及作為皆透明化、公開化，可降低行政機關及行政人員做出不法事情的機會、避免黑箱作業、舞弊情事的產生，如此不但可以減少施政的黑暗面，對於澄清吏治、端正政風幫助更大。此外，政府決策、計畫、執行等各項業務的透明化，還可落實人民知的權利，使其對政府的施政及績效有所瞭解，且有助於行政效率與服務品質的提升。

而政府資訊公開制度雖被認為具良善的初衷與目的，但也如同任何其他公共政策一般有可能導致負面影響。公務人員們的關切莫過於「政府資訊公開法」的施行細則及其他相關配套措施的

訂定，這主要包括可公開之資訊的認定問題、以及針對洩密罪之虞一併檢討修正刑法中違背職務洩密罪法條。

二、建議

制定與施行資訊公開制度時，相關配套措施亦應一併考量，如相關法令之修訂等。例如公職人員財產申報法第 16 條中說明，欲查詢有關財產申報資料者，僅得閱覽，不可將資料攜出場外，也不可以抄錄、攝影或影印；又例如訴願法第 75 條、行政訴訟法第 96、97 兩條、電腦處理個人資料保護法等法規，可能都與資訊公開法的內涵與意義上相扞格。因此，資訊公開制度與任何其他法律相衝突的情形首應納入立法者的重要考量，以免發生因其他法律未修改或接軌問題而造成無所適從的窘境。

其次，公務人員認為資訊公開法草案中所指涉之資訊與機密，與行政人員日常接觸處理的業務單位機密之間存有實質上的差異性。每一機關的環境、工作與立場、背景皆不盡相同，在政府資訊公開制度中，或可統由中央機關明確規定業務資訊能否公開之原則與標準，再交由各業務機關考量其機關的屬性、及業務職掌範圍內之資訊公開後可能造成之影響，由機關單位劃分公開與不公開之業務與資訊範圍。

而在執行政府資訊公開時，每一機關應設置單一窗口，作為一個對口單位，負責受理申請、對內對外聯繫協調、和發生疑義事項時之處理。政府機關亦應設置整合之資訊系統，使有效處

理、儲存、傳遞資訊，並定期確實檢視資訊之正確性，以防提供錯誤資訊而造成人民誤判與損失。

最後，公務人員應該建立現代化資訊公開的概念，民眾亦應建立政府資訊應用的正確認知（林素鳳，2000），唯有如此，政府資訊公開的理想世界方得以實現。

三、未來研究方向

更進一步的研究是必要的。首先，公開之資訊的範圍與定義究應為何？合法公開與洩密之釐清，此乃公務人員最關心者；其次，主管資訊公開之機關、單位應如何設置方能發揮最大效能？第三，資訊公開後是否如多數論者與公務人員所預期將帶來正面效應等，皆有待學界之探討與瞭解。

參考書目

王郁琦

民國85年5月，〈政府資訊公開法制與N I I建設〉，《資訊法務透析》，頁19-25。

包國祥

民國88年a，〈行政程序法適用範圍之研究--論資訊公開及行政救濟之法律競合(上)〉，《司法周刊》，第九五五期，第三版。

民國88年b，〈行政程序法適用範圍之研究--論資訊公開及行政救濟之法律競合(下)〉，《司法周刊》，第九五六期，第三版。

古清華

民國82年11月，〈資訊化社會中政府資訊公開之理論與問題初探〉，《資訊法務透析》，頁24-39。

吳定

民國84年，〈論行政公開化的必然趨勢〉，《銓敘與公保月刊》，第五卷第五期，頁9-15。

吳定、張潤書、陳德禹、賴維堯

民國85年，《行政學(二)(修訂版)》，台北縣：空大。

李震山

民國89年，〈論人民要求政府公開資訊之權利與落實〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁35-46。

吳瓊恩

民國85年，《行政學》，台北市：三民書局。

松田米次，洪榮昭 譯

民國86年，《21世紀的資訊社會：電腦理想國的省思（The Information Society as Post-Industrial Society）》，台北市：幼獅文化。

林河名

民國85年，《電子化政府與資訊公開：政府資訊公開電子化問題初探》，台北市：東吳大學法律學系碩士論文。

林明鏘

民國82年12月，〈公務機密與行政資訊公開〉，《臺大法學論叢》，23卷1期，頁51-86。

民國89年，〈資訊公開與行政程序〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁46-57。

法治斌

民國74年，〈知的權利〉，《憲法專論》（一），國立政治大學法律學系法學叢書（23），頁272-287。

林素鳳

民國89年，〈日本的政府資訊公開法制〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁57-69。

翁岳生 等

民國74年，《資訊立法之研究》，行政院研考會研究計畫報告，研究主持人：翁岳生，研究員：沈柏齡、蘇永欽，

公務人員對政府資訊公開制度的見解之探究

民國八十三年七月初版二刷，台北市：行政院研考會。

張潤書

民國84年，《行政學概要》，民國八十四年四月初版二十四刷，台北市：五南圖書。

陳愛娥

民國89年，〈政府資訊公開法制的憲法基礎〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁24-35。

鹽野 宏，林素鳳 譯

民國87年，〈日本的政府資訊公開（情報公開）法制〉，《月旦法學雜誌》，第40期，頁24-35。

焦興鎧

民國73年，〈行政機構資訊之公開及限制——美國現行資訊自由法之研究〉，《政大法律評論》，第29期，頁97-133。

葉俊榮 等

民國85年，《政府資訊公開制度之研究》，台北市：行政院研考會。

葉俊榮

民國87年，〈邁向「電子化政府」：資訊公開與行政程序的挑戰〉，《經社法制論叢》，第22期，頁1-35。

葉淑芳

民國88年,《行政公開之研究——以隱私權益之保障為中心》,
國立中興大學法律學系碩士班碩士論文。

增田米二 (Yoneji Masuda) , 游婉娟 譯 ,
民國83年,《資訊地球村(Managing the Information Society)》,
台北市:天下文化。

鄭瑞城 等

民國78年,《建構健全資訊社會之政策與法制研究》,台北市:
行政院經濟建設委員會健全經社法規小組。

Bell, Daniel

1973, *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, New York: Basic Books.

Bovens, M.A.P., H.G. Geveke and J. de Vries

1995, "Open Public Administration in the Netherlands: the Politics of Leaking," *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 61, pp. 17-40.

Cooter, Robert and Thomas Ulen

1997, *Law and Economics*, 2nd ed., Reading, Mass.: Addison-Wesley Educational Publisher Inc.

DeSanti, Vincent M.

1993, "A Policy Framework on the Dissemination of Government Electronic Information: Some Remarks," *Government Information Quarterly*, Vol. 10, No. 2, pp. 255-260.

Donahue, John D.

1989, *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*, New York: Basic Books.

Hunt, Michael

1995, "Openness and Civil Service Ethics," *International*

Review of Administrative Sciences, Vol. 61, pp. 11-16.

Jensen, Michael and William Meckling

1976, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, 3(4): 305-360.

Jun, Jong S.

1986, *Public Administration: Design and Problem Solving*, NY: Macmillan.

Kettl, Donald

1993, *Sharing Power: Public Governance and Private Markets*, Washington, D.C.: The Brookings Institute.

McAfee, R. Preston and John McMillan

1988, *Incentives in Government Contracting*, Toronto: University of Toronto Press.

Moe, M. Terry

1984, "The New Economics of Organization," *American Journal of Political Science*, Vol. 28, pp. 739-777.

OECD

1996, *The Knowledge-Based Economy*, Paris: OECD.

Pack, Janet Rothenberg

1989, "Privatization and Cost Reduction," *Policy Sciences*, Vol. 22, pp. 1-25.

Perritt, Jr., Henry H.

1997, "Open Government," *Government Information Quarterly*, Vol. 14, No. 4, pp. 397-406.

Pratt, John W. and Richard J. Zeckhauser

1985, "Principal and Agents: An Overview," in *Principals and Agents: the Structure of Business*, John W. Pratt and Richard J. Zeckhauser (eds.), Boston: Harvard Business School Press.

Shiang, Jing

1997, "Successful Contracting: Governmental Policy and Its Effects on Contractor Performance," Chinese Political Science Review (政治學報), Vol. 28, pp. 111-139.

West, Stephanie Anne

1992, Essays on Asymmetric Information in Government Contracting, doctoral dissertation, Blacksburg, VA: Virginia Polytechnic Institute and State University.

Williamson, Oliver E.

1981, "The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach," American Journal of Sociology, Vol. 87, No. 3, pp. 548-577.

A Study of Public Employees' Perception of the Freedom of Government Information Policy

Jing Shiang

Abstract

Free flow of information promotes the creation and utilization of added values, and makes the distribution of resources more equally and utilization more efficiently and effectively. Ultimately, it raises competitiveness of the society and nation, and enhances people's welfare. Freedom of government information crystallizes the administration, fulfills citizens' right to know, utilizes administrative information effectively, and enhances citizens' direct monitoring and control of the government.

This nation's bill of the "Freedom of Information Act" is in the legislative process. While entering the era of free access of governmental information, we have to ponder upon what kind of such policies we should have. In decision-making and policy formation, it is essential that all opinions be taken into consideration and evaluated comprehensively. At this stage of the freedom of information policy process, public servants in the government should be consulted for the following reasons. First, they are the ones who

will actually implement this policy, who knows what may go wrong and what need to be avoided in the policy design. Secondly, as the primary subject of the freedom of information policy, they are closely related to it. Their work lives and day-to-day SOP (standard operating procedures) will be affected on a large scale. For these reasons, public administrators' points of view about the new legislation should be solicited and taken seriously.

Unfortunately, existing literature does not provide us any clue on public servants' perceptions to these issues. This study therefore investigates, by way of a self-administered survey questionnaire and focus group meetings, public administrators' opinions about the policy design and implementation of the free access of governmental information.

Keywords: Freedom of Government Information 、 Free Access of Government Information 、 Open Government 、 Public Servants 、 Policy Design 、 Policy Making 、 Policy Implementation

霍布斯與現代國家理論的建構

李培元*

摘要

霍布斯在國家理論建構歷程當中具有獨特的啟示地位，依據啟蒙運動的立論基礎，採取嶄新的推論方式，跨越亞里斯多德傳統，為現代國家理論鋪設出務實且嚴謹的權力架構。霍布斯依據自願選擇與理性服從這兩項角度，直陳國家觀念的構成基礎在於認同與支配。這項劃時代的理論觀點成為後續國家理論的探討起點，包括自由主義、馬克思學派和韋伯學派莫不循此展開批判與重建。

關鍵詞：霍布斯，亞里斯多德，國家，權力，正當性，認同，支配

* 淡江大學公共行政學系專任副教授

當一個人的靈魂在這個國家誕生的時候，馬上就有層層羅網在他的周圍張開，防止他飛掉。你向我談什麼民族、語言、宗教。我準備要衝破那些羅網展翅遠颺。

James Joyce 《青年藝術家的畫像》 V

喬伊斯筆下的主人翁史蒂芬·迪達勒斯(Stephen Dedalus)，追隨他的「老父親，古老的巧匠」^{註1} 伸展羽翼奔向天際，離開了那隻「吃掉自己豬崽子的老母豬」的愛爾蘭祖國。這段來自當代文壇巨匠的青澀告白，顯示出共同體的虛假矯飾，以及解脫束縛之際的無奈與苦悶，直逼「人生而自由，卻無時不在枷鎖當中」^{註2} 的盧梭(Jean-Jacques Rousseau)情懷。這層層的羅網象徵著社會角色的羈絆、意識型態的束縛、權力體系的控制，也就是：生命在誕生之際就已經身陷在共同體(community)的懷抱裡，被滋養、教化、認同與定位。在喬伊斯眼中，盧梭仍不免自囿在認同(identity)的陷阱，「強迫使之自由」以解除枷鎖，猶如「從罪孽的後門離開教堂，卻又從贖罪的天窗再鑽入教堂」；迪達勒斯扛著一股揮之不散的沉重陰霾，只好寄望於割斷愛爾蘭老母豬的臍帶，筆直撲向後現代迷宮。

註1：希臘神話中的雅典大發明家戴達勒斯(Daedalus)，奉克裏特國王米諾斯(Minos)之命建造迷宮以困綁怪獸米諾佗(Minotaur)。戴達勒斯觸犯米諾斯威嚴，與幼子伊卡路斯(Icarus)同陷迷宮。戴達勒斯以蠟黏羽翼攜子展翅高飛、奔向自由；伊卡路斯因飛行過高，膠蠟遭太陽融化，墜海而死。世人皆以戴達勒斯為靈思橫溢的大工匠名號，以羽翼象徵自由，喬伊斯引這段神話自喻。

註2：出自《社會契約論》(The Social Contract)第一卷第一章的開宗名言，意指《論人類不平等的起源》(A Discourse on Inequality)一書所犀利批判的現代文明社會三層自設枷鎖：以私有財產為名，區隔出貧富之別；藉制度設立之便，賦予強弱之分；再施加意識型態控制，形成主奴關係。

共同體果真是一團層層交織的羅網嗎？為何人類境況又會相繼接踵地吐盡風華、作繭自縛呢？自古希臘大詩人荷馬(Homer)以降^{註3}，關於共同體的性質、起源與發展的課題就已經深深烙印在群居生活當中，以詩歌、傳奇、教義、宏論、宣言等等極盡修辭之美的卓見智慧而散佈流傳迄今，諄諄勸戒著：群居社會必須營造一項特定的集體意識，用以維繫現實生活的永續關係；集體意識必須外顯成特定的象徵形式，用以強化認同感。這番集體認同的景象在政治共同體的塑造過程中發揮得淋漓盡致，透過一系列慶典儀式在宣示統治權力的正當性，透過一連串集體爭奪來維繫群居社會的物質基礎。初民社會以來最直接且有效的政治教化工具，就是戰爭以及相關儀式的集體參與，出征誓師以壯士氣、榮歸凱旋以犒三軍、舉國悼殤以振民心，凡此繁文濡節的盛景場面隨著戰爭的最終勝利而喜泣歡騰、而融入共同體的生命昇華之中，結合著集體意識與共同利益，彰舉出社會成員與共同體之間的榮辱與共關係，一言以蔽之，即「國之大政，在祀與戎」。共同體的認同過程一開始便是透過這兩個層面在交互塑造，佩里克利斯(Pericles)著名的〈悼國殤詞〉(The funeral oration)即是箇中典例^{註4}。

註3：個性鮮明的《伊利亞特》與沈穩練達的《奧德賽》這兩大史詩，皆洋溢著相似的隱喻：英雄的冠冕須塗以鮮血與熱淚，高懸在集體吶喊的悲憤牆垣，為阿基琉斯(Achilleus)與赫克特(Hecter)的決戰傾心銷魂；奧德修斯漂泊十載重返故土，歷經認同危機的重重考驗而再度確立家父長的身分。

註4：大將軍佩里克利斯在波羅奔尼撒戰役之後，為提振雅典人民的軍容士氣而發表的頌詞，詞中盡皆如下語調：「我們擁有自創的政府型態，毋需模仿鄰邦的法律。我們提供的榜樣比他們更多。…以我們的城邦為榮…。我們的城邦就是全希臘的完整教材」，引自 M. Gagarin & P. Woodruff trans. and edited Early Greek Political Thought: from Homer to the Sophist (Cambridge University

壹、跨越亞里斯多德

最早針對共同體建構歷程提出嚴謹論述者，首推亞里斯多德 (Aristotle) 的《政治學》(Politics) 一書，卷首即開宗明義言及：

「任何城邦均屬某種共同體，任何共同體均是著眼於某種良善而建立；因為任何人都是為了獲得他們所認為的良善而採取行動。不僅如此，既然任何共同體都在追求某種良善，那麼身為所有共同體之最高位階且包容一切共同體的城邦或是政治共同體，追求的良善就會比其他共同體更為宏偉，並且是最高的良善。」(Politics I, 1252a: 1-6)。

言下之意，現有一切大大小小的社會組織莫不是為了實現特定目的而建立，猶如個人的一切言行舉止均具備特定意向一般，並且，隨著組織型態愈趨擴張，實現的目的就愈加相容並蓄，終至城邦政體而大備。這種名之為目的論式(teleological)陳述觀點，立基於如下兩項論證：

一、現實狀態的一切事物都有其發展進程，當前狀態的存在理由必須採取歸本溯源的方式來理解，亦即「針對事物的最初發展與根源來考察，無論是城邦或其他事物均然，即可獲得最清晰的認識」(Politics I, 1252a: 24-5)；從共同體的發展歷程來看，人們為了滿足日常生活之需而自然形成家庭，各個家

庭為了獲取更豐裕的生活所需而結合成部落，「一旦各個部落結合成一個完整的共同體，大到可以自給自足或近乎自足時，即產生城邦，『這是』源自於日常生活之需，並且為了良善生活之故而永續長存」(Politics I, 1252b: 28-30)，既然各種共同體的起源均來自日常生活所需，城邦的建立也必定是順乎自然之舉；這種順乎事物之屬性而彰顯出的發展狀態，即是事物之目的，猶如人之為人在於人的特定屬性一般，人類的群居屬性即蘊含著城邦建構之目的，也就是「人依其本性是政治動物」的理由。

二、屬性不僅是目的之潛態(或者說目的是屬性的顯態)，各個屬性之間也呈現出高低先後的判別，由此構成事物之間的主從關係，即整體與部份之間宛似身體與手足的依存關係，「因為較卑微的事物總是以較高尚的事物為目的，這種情形無論在技術產物或是自然生成的事物中都至為明顯」(Politics VII, 1333a: 21-2)；共同體的建構與發展(家庭→部落→城邦)正是一段從部份邁向整體、從匱乏邁向自足、從附屬邁向自主的歷程，「城邦之為自然產物並且優先於個人，證據即在於個人一旦離群索居時就無法自足；因此這是一種部份與整體之間的關係。無法群居生活的人，或是毋需群居生活即可自足的人，必定是野獸或是神；不屬於城邦的一份子」(Politics I, 1253a: 25-30)；既然個人生活諸面向都必須通過共同體來實現，各種共同體的建構目的也必然對應著階段性的實現需

求，猶如從襁褓生命(潛態)發展到翩翩年少、迄至壯健圓熟(顯態)一般，最後階段的城邦不僅包容了先前各個共同體的階段需求，並且顯現出最終的壯健圓熟。

亞里斯多德的政治構思立場顯然著眼於個人如何實現其良善生活⁵，並依據個人與共同體之間的類比關係⁶而賦予城邦政體這項特定功能。就個人而言，「主要的生活方式有三。第一種是...享樂生活。另外一種是政治生活，第三種則是思辨的默觀生活」(Nicomachean Ethics I, 1095b: 16-8)，這當中的判別在於是否具備自為目的之德性，也就是不假外求的自足感：滿足於慾望之需的享樂生活必須藉助器物(物質生產)與對象(性與榮譽)而存在，屬於較卑微目的(家計營生或是經濟)的私人生活層面，據此需求而建立家庭與部落；政治生活與默觀生活則是屬於自為目的的閒暇生活，從公共事務的參與和思辨過程中獲得自足，「自足就是不假外求即能使生活愉悅，不至匱乏。也就是所謂的幸福。這是一切良善事物當中的最高選擇。...一切行為的最終且自足目

註5：《尼可馬科倫理學》(Nicomachean Ethics)首卷即言明：「任何技藝、計畫以及一切的實踐與選擇，都具有某種良善目的。由於每個人都擁有擇全求好的意念，可謂萬物皆向善」(Nicomachean Ethics I, 1094a: 1-2)；相同的論調也出現在《政治學》第三卷：「一切的學科與技藝都是以良善為目的，這當中最主要的學科就是以最大且最高的良善為目的，政治學就是最主要的學科，政治的良善就是正義，也就是全體公民的共同利益」(Politics III, 1282b: 15-8)。這兩本相互輝映的著作架構出亞里斯多德的政治理論主軸，亦即政治是一種倫理生活(politeia)。

註6：個人與城邦的類比關係師承自柏拉圖在《理想國》(Republic)第二卷所提「我們在探討正義與不正義的性質時，首先得從城邦著眼，再瞧瞧個人本身，如此以大觀小，然後進行觀念比較」(Republic II, 369a)以及第八卷所言「政體的差異猶如人們的不同脾性一般，有多少種不同的脾性，就會有多少種相異的政體」(Republic VIII, 544d)的分析觀點。

的」(Nicomachean Ethics I, 1097b: 15-23)，據此需求而建立城邦。

「既然個人與城邦共同體都是在追求相同的目的，那麼最優秀的個人與最完美的政體也必然具備相同的目的。兩者顯然都應該具備閒暇的德性；因為...和平是戰爭的目的，閒暇是勞動的目的，...如俗諺所雲：奴隸無閒暇」(Politics VII, 1334a: 11-21)，「有恆產斯有恆心」即構成政治共同體的發展基礎以及權力支配關係：擁有奴隸從事生產、妻妾經營家計的一家之主才有閒暇可言，物質生活不虞匱乏的人才具有追求閒暇生活的資格；這項資格是進入公共生活的必要條件，所謂「不虞匱乏」尤指慾望的節制與適度滿足，足以明確把持住私人利益與公共利益的分際，體現出參與和沈思的愉悅；讓這些具備閒暇心情、節制美德且舉止合宜的中道人士(即中產階級)來經營政治生活，成為城邦的權力支配者，就能夠執兩用中地維繫政體的常態發展，避免趨向極端(腐化與衰敗)^{註7}。因此，所謂「良善」之意，除了意味著順乎事物之屬性的自然發展歷程以外，更且意指著主從關係之間的和諧狀態，政治

註7：亞里斯多德認為生活的準則是中庸之道：勇敢位於恐懼與自信之間，節制位於放縱與冷感之間，慷慨位於揮霍與吝嗇之間，「中道位於兩種錯誤之間，其一是過度，其二是不及」(Nicomachean Ethics II, 1109a: 20)；城邦政體的良莠之別亦作如是觀：最可行的理想城邦就是中產階級主導的政體，富有階級易形成寡頭統治，貧窮階級易形成暴民統治，後兩種政體就是過度(假公益之名囤積財產)與不及(假公益之名掠奪財產)：「由中產階級構成的城邦必定能夠展現最優越的統治，完全符合城邦的自然屬性。這類公民在任何城邦當中都是最安分守己的，他們不會像窮人一般地覬覦他人的財產，也不會像富人一般地被窮人所覬覦」(Politics IV, 1295b: 29-32)。財產與德性之間過度簡化的類比關係，正是亞里斯多德政治思想最引人側目的弱點所在，即便擁護亞里斯多德哲學甚力的當代社群主義代言人之一麥金泰爾(Alasdair MacIntyre)亦如此批評：「亞裏斯多德以及其他如是推論的人士所犯的錯誤，即在於沒有深察到現實當中的特定支配現象被引為支配性質的構成因素，並據此將不合理的支配予以合理化」(A. MacIntyre, 1988: 105)，率爾將有產的男性視為政治的唯一主體，蒙上一股為雅典父權式奴隸社會撰文說項之嫌。

共同體的目的就是提供一處可以讓物質生產(*poiésis*)、政治行動生活(*vita activa*)與默觀生活(*vita contemplativa*)有序展現的場合，亦即主政者秉持其睿智(*phronesis*)使各個生活需求面向均能「依其屬性、各安其位、和諧發展」。

耳熟能詳的諺語「政治是一種公共事務」(*res publica*)在亞里斯多德的構思當中表露無遺，公民透過公共事務的行動參與和默觀思考，而體現出政治共同體的必要性(群居生活之需)與應然性(良善生活之需)；相同的道理，政治共同體宛似一處依據自主行動所架構成的公共領域，公民在行動過程中體驗到物質需求之上的更高尚生活目的，而成就其完整德性。城邦之於公民，猶如淨身洗禮的活水清泉；城邦的良莠則端賴於公民的中道美德，而德性的涵養又必須投入公共領域有以獲之。這種一體兩面的對應關係，顯示出亞里斯多德嘗試為古希臘時代城邦政治的相關爭論^{註8}提出一項完整的綜攝定見，從日常生活面向區分出私人領域(經濟利益)與公共領域(政治行動)，並且將公共領域的參與過程視之為個人在群居生活當中不可或缺的最後實現之路。個人與政治共同體的關係即在政治行動的自主性以及參與過程的實踐意義當中

註8：在城邦紛立的征戰時代，各個政治共同體之間的處境差異必然會引發有識之士進一步探索城邦建構的目的何在、個人與城邦之間的關係何在，以及政體如何永續發展等等相關的問題。在柏拉圖《理想國》卷首登場的論戰當中，即明確鋪陳出三種相異的對峙觀點：其一是耆老塞伐路斯(*Cephalus*)所代表的傳統觀點，依據相沿成習的教化風俗來品評政治價值與個人道德；其二是哲士派(*Sophists*)為代表的激進論調，尤其是斯拉西馬秋(*Thrasymachus*)所言的「正義是強者的利益」，明白指出各種政治共同體的法律無非都是執政者為維護政府當局的利益而制定，倚之為政治價值；第三種立場即是以蘇格拉底(*Socrates*)為發言人的《理想國》全書所建構的道德至上論。

彰顯出特定的道德目的，為後續的論述開啟如下具有深遠影響的探索基點：政治共同體由此具備一股自主且崇高的(大我)生命，彷彿如個人(小我)生命的投影⁹。

政治共同體的自主生命顯然必須藉由某種特定的認同環節來滋養，無論是基於亞里斯多德所言的實現生活完整性此一良善目的，或是馬基維里所言的表現出公共參與精神以維護集體自由，甚至是後起之秀黑格爾所言的自我意識體現為客觀精神，等等不一而足的必然性，都在在顯示出政治共同體是源自於個人主觀意志的延伸：個人透過群己互動過程來相互肯定自身的生命意義，並將這項意義重新安置在持續的互動過程當中，而構想成一處超越感官慾念之外的活動領域，倚之為抑制住私人慾望、宣洩出有限生命之焦慮感的庇護所¹⁰；正如同家庭觀念是個人生命的

註 9：共和主義(republicanism)與社群主義(communitarianism)所設想的道德共同體，即本乎政治行動的自主性以及政治參與的實踐目的。共和主義先驅者馬基維里(Niccolò Machivelli)主張政治行動的道德意涵在於膽識(virtù)，也就是「救亡圖存以維護祖國自由」的滔略行動，《君王論》(The Prince)所充斥的權謀霸術即著眼於此，這種為共同體獻身的公共道德使公民在參與過程當中確保共同體的自由，並進一步涵養其膽識(參見 Q. Skinner, 1978: 180, 184)；馬基維里所言的膽識是屬於公共領域的特定事功，有別於亞里斯多德所著重的私人德性，但是對於共同體的優越性與倫理目的並無二致。社群主義代言人黑格爾(Georg W. Hegel)亦如是認為：「國家是倫理觀念的體現。…由於國家是一種客觀精神，也唯有成為國家的一份子，個人本身才具有客觀性、真實性以及倫理生活」(Hegel, 1991: 275-6)，同樣將個人的認同意識外顯在互動關係當中，而成就一處具有客觀意義的公共領域。

註 10：當代社會學者包曼(Zygmunt Bauman)這麼認為：共同體「均是針對個人生命短促之苦惱，所提出的集體救贖之道。它們分別在書寫一項共同信息：我的生命即使如此短促，但並非徒勞無益且不值一晒，只需恪盡一己棉薄之力奉獻於大我(或是持此念頭，為其他視如己出的個人犧牲)，使這個共同體可大可久，超越自我有限生命而延綿流長；透過如此的奉獻犧牲，為有限生命賦予了不朽角色。一旦這項信息掠過心頭，那麼『我死後將會如何？』此番疑問就不致令人揣測難安：我雖將死，但是我的民族、我的家庭仍會綿延賡續」(Bauman, 1999: 38)。

延續並具體表現成家庭制度，社會觀念是互動關係的延續並具體表現成結社組織一般，政治共同體的觀念則是包容一切個人互動關係的生命延續，並具體表現成各種政治體制；也正如同家庭制度的維繫端賴於親屬關係的父長角色，結社組織的維繫端賴於層級節制的領導角色一般，政治體制的延續也繫乎於主從關係的統治角色；因此，個人生命意義的延伸即依次具體轉化成家長、領袖以及統治者，並依據這些具體的人為角色來象徵各個共同體的自主生命，而賦予賢良、睿智、膽識等等特定的自律規範，以資肩負共同體的生命存續。這種透過個人生命意義的投射而逐步構想成的政治共同體觀念，由於一開始就立基在主觀意志的抽象延伸，並具像成特定的人格角色，終究不免淪為家長、領袖以及統治者率其個人意志而踰越規範藩籬、而恣意詮釋生命、而遂行私慾野心的絕佳口實。現代社會形成之前的政治動盪與征伐暴斂，泰半即來自假借共同體之名以竊取私慾滿足之實的高度風險所致，這種昂貴的代價正表明政治共同體的建構必須秉持更普遍的、合乎一般人的經驗常態為基礎來探索，從人格特質的寄託轉移到制度面的設計，以迎向嶄新的社會變遷趨勢¹¹。這正是現代

註 11：政治共同體觀念在十四世紀出現明顯的轉變，從統治者的處境逐漸轉移至統治處境的關懷，文藝復興時期的宮廷顧問將 *status* 稱之為統治者有效維持政權穩定的條件，彷彿已約略意識到君主權力與政治共同體之間的差異，儘管馬基維里認為君主權力只是政治秩序(*Lo state*)的具體分身，但是並沒有進一步釐清國家權力與公民權利之間的關係應如何定位的問題。霍布斯即依據這項基礎以及法學家們的主權觀念，率先鋪陳出現代意義的國家(*state*)理論，《論公民》(*De Cive*)一書開宗明義指出「秉持更嚴謹的方式來探討國家的權力與人民的義務」，這項體系化的理論建構創舉已完整地呈現在《巨靈論》(*Leviathan*)，明確地將國家視為主權觀念表現的人造產物(參見 A. D'Entreves, 1967: 69-95; J. Habermas, 1973:48-9; Q. Skinner, 1989:

國家理論奠基者霍布斯(Thomas Hobbes)的政治關懷及其跨越先驅者們的歷史成就之處。

貳、理性且自利

一旦缺乏某項共同權力足以令每個人拳拳服膺時，人們便陷入所謂的戰爭狀態之中。…如此一來，舉凡土地耕耘、航海運輸、舶來商品交易、富麗建築、龐大機具的遷移與拆卸，甚至是地理知識、時序紀要、藝術、文學、社會等等，都將蕩然無存。最嚴重的是人人持續處在暴力猝死的恐懼與危難當中，人們的生活盡皆孤獨、貧困、卑賤、兇殘且短命。

Thomas Hobbes 《巨靈論》XIII

身為啟蒙運動時期的政治理論家，霍布斯認為「先前探討公共事務的作者們泰半都只是假想著、或試圖要證明、或僅僅堅持著人天生就是合群的動物，即希臘辭彙所言的政治動物。他們按照這項基點而聳立一個文明規範的架構，彷彿攸關全人類的和平保障與統治的某些特定協議與條件，也就是這些作者們視為不證自明的法律，毋需經由人們的贊同與否一般。這項原則儘管被廣泛接受，卻是謬誤至極；從一個極其膚淺的人性觀點而產生如此的錯誤」(On the Citizen, pp. 21-2)，因此，「那些要統治整個國家的人必須捫心自省之處，並非止於個別的特定人士；而是全人類」(Leviathan, p. 11)，也就是從現實且普遍的人性角度出發，來理解

90-92；Q. Skinner, 1998: 4-5)。

社會關係的常態面，斯可勾勒出一幅恆久廣續的政治共同體藍圖。對一般人而言，「如果要合夥經商，彼此都是在追求利益而不是友誼。如果基於公共事務的理由而發展出某種政治關係，賴以維繫的反而是相互畏懼而不是彼此友愛」(On the Citizen, p. 22)，這種趨利避害、相互計算的社會關係無非源自於每個人最基本的心理需求，也就是自保(self-preservation)，舉凡各項事業、集體行動以及共同體的組成莫不依據這項基本需求而推展；也正由於人人追求自保，「一旦兩個人同時在渴望相同的事物，卻無法共同分享時，就會相互為敵；在達到這項目的的過程中，彼此都試圖要摧毀或征服對方」(Leviathan, p. 87)，致使一切的互動關係均處於不確定的競爭狀態，互信之不存猶如空口無憑一般，不僅處處見及強凌弱、眾暴寡，即連強者亦時時揣測不安、猜忌愈深，悉數陷入恐慌畏懼當中，「這種人人相互為敵的戰爭狀態，...沒有財產，沒有統治權，沒有你的、我的之分；人人手中所擁有的東西，但憑能夠擁有的期限之內都屬於自己的」(Leviathan, p. 90)，如此充滿戒慎恐懼、相互敵視的互動關係真可謂是「人與人之間如同餓狼相撲」(homo homini lupus)，淪於永無止息的征伐掠奪之境¹²。

註 12：霍布斯認為這種發自本性而導致相互為敵的自然狀態，就是一種無政府狀態，也是在人人求自保的原始本能驅動下，必然會產生的預料結局。這項預設觀點明顯反映出霍布斯對當時英國戰亂處境的感受：「就具體的個人而言，儘管任何時代都未曾出現過人人相互為敵的狀態；但是居於獨立地位的國王與最高主權者們，在任何時代都是持續地相互猜忌，並隨時保持刀劍相向的態勢。...缺乏共同權力之處即無法律可言，沒有法律的地方就無所謂公正與否。戰爭中的兩項主要美德就是暴力與欺詐」(Leviathan, p. 90)。

由人性最基本的自保需求所構成的互動狀態，恰似一個搶食糖果的零和(zero-sum)競爭社會，一旦缺乏某種外在的有效規範可資相互約束時，每個人都可以任意行使其自然權利(natural right)，「也就是每個人都擁有某種自由，隨心所欲地運用自身的力量以保全自己的本性，亦即保全自己的生命。...這種自由就是依據自身的判斷與理性而確認出最適切的手段來因應任何狀況，...排除掉外界的障礙」(Leviathan, p. 91)，彷彿人人都是自由心證的法官在各自判定自身行動的正確性；但是這項基本權利的行使卻面臨到進退維穀的困境：為求自保而導致相殘；由於相殘而無法自保。因此，在思量著如何一舉擺脫惡性循環的對抗關係，尋求和平共處之道，使人人均能據此獲得自保時，也必定會依循著理性所揭示的自然法(natural law)—在「禁止每個人自毀生命或剝奪掉賴以自保的手段，以及禁止每個人不去設想最佳的自保方式」(ibid.)的原則之下—以便權衡得失輕重：

- 一、自保是每個人的首要目的，自由是獲取自保的最初手段，隨心所欲的自由卻導致人人相互爭奪而無法獲得自保；
- 一、和平共處是自保的必要條件，要達到和平共處之境就必須約束彼此的自由，才有自保的條件可言；
- 三、人人都在設想最佳的自保方式，為求自保而必須和平共處，為求和平共處而必須放棄自由。這段深具兩權相害取其輕的取捨(trade off)過程，即是出自每個人的自利立場而開展的理

性判斷^{註 13}，也是人類從戰爭狀態過度到和平狀態、從野蠻社會邁入到文明社會的轉折點。

每個人之所以願意放棄自身的自然權利，並且相信可以據此達到和平共處之境而求得自保，端乎自身內在理性所喚起的自然法規範。霍布斯認為，自然法具有如下的明確義理：

- 一、「任何人一旦心存和平希望，就應當力求和平」(Leviathan, p. 92)，以排除相互侵犯的可能性；
- 二、「在對方也抱持相同意願的條件下，為了達到和平與自保的目的，必要時會自願放棄追求一切事物的權利」(Leviathan, p. 92)，以謀求最終目的的實現；
- 三、「簽訂的信約必須履行」(Leviathan, p. 100)，以營造合群互信的基礎；
- 四、「接受他人的恩惠施捨而獲得利益時，應當盡力讓施恩者找不到合理的原因來後悔自己的善意」(Leviathan, p. 105)，以維繫互利共處的關係；
- 五、「人人都應當盡力相互適應」(Leviathan, p. 106)，以涵養彼此尊重的心態；

註 13：霍布斯對人性的預設近似於理性選擇理論(rational choice theory)，即：人是自利且理性，並且依據偏好優先順序來選擇。自然狀態的競爭關係如同「囚犯困境」(prisoner's dilemma)一般，在毫無任何信任基礎可言的情況下，雙方都直接依據自身利益極大化的立場而採取損人利己的決定，終至相互傷害；至於從「自保→競爭→相殘」轉向於「犧牲自由→和平共處→人人自保」的考量立場，亦是源自於如何達到最佳偏好而權衡目的與手段的計算態度(Hampton, 2000: 107)。

- 六、「懺悔者若保證不再重蹈覆轍，並祈求寬恕時，就應當盡棄前嫌」(Leviathan, p. 106)，以杜絕挾怨報復的情結；
- 七、「在報復的過程中，應當著眼於未來利益的擴張，而不是昔日結怨的加深」(Leviathan, p. 106)，以超越冤冤相報的輪迴；
- 八、「任何人都不可透過行為、語言、表情與姿態來宣洩仇恨，或是蔑視他人」(Leviathan, p. 107)，以彰顯和平共處的精神；
- 九、「每一個人都應當承認人人生而平等」(Leviathan, p. 107)，以消弭凌弱暴寡的威脅；
- 十、「邁入和平狀態時，每個人都不應當為自己保留那些連自己都不願意讓他人保留的權利」(Leviathan, p. 107)，以確立平等對待的原則；
- 十一、「受他人之託而進行裁決時，應當秉公處理」(Leviathan, p. 108)，以塑造公正無私的威信¹⁴。

一旦每個人都意識到必須進行取捨而放棄權利時(第一、二條)，就應當立足在平等地位(第五、九條)，秉持「己所不欲，勿施於人」(Leviathan, p. 109，亦即第四、六、八條)的對待原則，共同簽訂一項具有規範效力的契約來相互約束(第三條)，這項效力必須出自於公正立場(第十一條)、一體適用於所有訂約者(第十條)並著眼於增進未來的共同利益(第七條)。唯有在這些應然的前題之下，才可以滿足每個人的自保需求，建立起可資相互獲利的

註 14：其餘較次要的義理均在反覆申論如何進行權利分配(第十二條至第十四條)，以及裁決者應具備的條件何在(第十五條至第十九條)(Leviathan, p. 108-9)，霍布斯認為「上述條款即是規定著人們如何在共同體當中依據和平手段來達到自保的自然法，亦即攸關文明社會的原理」(Leviathan, p. 109)。

互動關係，進而奠定合群互信的基礎；這當中最具關鍵性的環節就是依據對等立場而共同簽訂的契約，藉以營造出和平共處的環境，維繫信賴關係於不墜，進而成立一個合乎意願與利益的共同體。因此，政治共同體的建構正是源自於全體成員共同簽訂的社會契約，並以確保境內和平為職志。

參、巨靈再現

這號稱國民全體或是國家的龐然大物巨靈是用藝術打造成的，充其量只是一個人造之人；…在巨靈當中，主權是整體得以獲致生命與活力的人造靈魂；官員和其他司法、行政人員是人造的關節；令最高主權職位唇齒相依並啟動每個關節與成員善盡職責的獎賞和懲罰就是神經，如同自然人的軀體狀況一般；個別成員的一切資產與財富即是實力；人民的安全是其志業；提供必要知識建言的顧問群則是記憶；公正與法律是人造的理智與意志；和睦是健康；動亂是疾病，內戰就是死亡。最後，將這個政治體的各個環節予以建立、結合並組織起來的最初條約與公約，恰似上帝在創世紀所頒佈的律令，這項律令便是我們要造人。

Thomas Hobbes 《巨靈論》序言

社會契約的意義在於相互約束、讓渡權利並拳拳服膺於共同規範，以順從取代自由，從權利轉向於義務。這項意義必須依恃在兩個必要條件之上才能夠獲得完整彰顯：其一是經由共同意願

而簽訂的契約，如同在堆砌一道人為的藩籬，並賦予共同界域具有特定的人格角色來代表契約規範^{註 15}，也就是「一群人經由每個成員的個別同意而交付特定人士來代表時，就構成了單一人格」(Leviathan, p. 114)，基於這項內在的主觀認同條件^{註 16}，「統一在單一人格當中的群體即是所謂的國家…。偉大的巨靈^{註 17} 藉此而誕生，或是(更崇敬地尊稱為)肉身上帝的誕生」(Leviathan, p. 120)；其二是契約的維繫貴乎其約束效力，「缺乏武力做後盾的契約猶如白紙一張，絲毫不具任何力量讓人們獲得安全保障」(Leviathan, p. 117)，為了有效約束每個成員能夠確實服膺契約，人人都必須將自身的自然權利毫無保留地讓渡，集結成至高無上的主權(亦即權力總體，summa potestas)，並交付給這個單一人格

註 15：人(person)這項辭彙的希臘語源是指面貌，如同戲劇舞臺各種角色的粉墨裝扮，尤其是為了明白表現出人生百態而戴上的面具。「爾後這項辭彙就從舞臺用語轉變成法庭與劇院當中任何行動和言論的代表。因此，無論在舞臺表演或是日常對話當中，人的意義就等同於演員的意義。代表即是為自己或他人而扮演與表現。所謂代表某人，就是承當這個人的人格或是假借這個人的名義而行事」(Leviathan, p. 112)。

註 16：「指定某個人或若干人所組成的團體來代表他們的人格，這個擔任人格的權利承受者所採取的一切攸關公共和平或安全的行動、或是命令他人的任何事項，每個人都應當予以承認，在這類行動當中，人人都將自己的意志服從於他的意志之下，將自身的判斷隸屬於他的判斷之中。這儼然不僅止於同意或協調；而是全體確切地統一在單一人格，由人人互訂契約所形成的人格，這種情形即如同每個人都在向其他人訴說：我承認這個人或這個團體，並且放棄自我管轄的權利，交付給這個人或這個團體，但是你也要依此方式將自身的權利讓渡給他，並且依同樣方式承認他的一切作為」(Leviathan, p. 120)。

註 17：巨靈(Leviathan)語出《舊約》(約伯記及詩篇稱之為鱷魚)，依據霍布斯用以指稱世俗王國的援引之意，似乎更接近於《新約》預言中模仿龍(撒旦)的怪獸(暴君)：「我又看見一個獸從海中上來，…那龍將自己的能力、座位和大權柄都給了牠。…我又看見另有一個獸從地中上來，有兩角如同羊羔，說話好像龍。牠在頭一個獸面前，施行頭一個獸所有的權柄，並且叫地和住在地上的人，拜那死傷醫好的頭一個獸。…說：『要給那受刀傷還活著的獸做個像。』又有權柄賜給牠，叫獸像有生氣，並且能說話，又叫所有不拜獸像的人都被殺害」(啟示錄)。

(亦即主權者)來公正履行與裁決，藉由這項外在的客觀懲治條件來約束任何可能踰越契約的行徑。一旦人人都在主觀意願上承認契約的規範效力，並且在客觀處境上受制於實質的權力約束，那麼依據這項契約而建立的國家就能夠彰顯出預先設定的目的，畢竟「國家的本質就是一大群人相互訂立契約並共同授權的人格，竭盡所能地運用全部的力量與手段，以便維護所屬成員的和平與共同防衛」(Leviathan, p. 121)。這項劃時代的見解明確指出政治共同體最基本的兩項構成要素，即認同與支配：人人經由主觀意願的考量而共同承認國家及其主權者的正當性(legitimacy)；國家及其主權者則具有忠實履行契約而行使懲治權力的合法性(legality)；集正當性與合法性於一身的國家及其主權者就此具備毋庸置疑的權威(authority)，同時取得了實質正義與程式正義的支配權柄。

主權者為實現國家的目的而行使其至上權威時，必須「設官職、齊律令、施教化、嚴懲罰」，霍布斯認為這類攸關統治權力與威信的駕馭政策均是主權者的首要職責所在：

一、在行政權方面舉凡政務大臣、地方首長迄至一般文武官吏的人事任命，都是出自主權者的明文授權並且以政治身分代行職責^{註 18}；

註 18：「具有主權的個人或議會都代表著雙重人格，(依日常用語來說)就是具有雙重身分，其一是自然身分，其二是政治身分。…以自然身分擔任臣僕的人並不是政務大臣，唯有管理公共事務的人才是政務大臣」(Leviathan, p. 166)。統治者究竟是依據自然血緣而享有絕對特權(prerogative absolute)，抑或是依據政治授與而享有相對特權(prerogative ordinary)的爭議，自從詹姆斯一世(James I, 1566-1625)提倡「國王就是真正的家長，所有子民的父

- 二、在立法權方面將自然法的義理明示為市民法(civil law)，倚之為國家境內任何隸屬成員都有義務要服從的法律^{註 19}；
- 三、在教育權方面陶冶人民如何認識權利、服從法律、效忠主權者，並貫徹言論審查以防微杜漸、導正視聽^{註 20}；
- 四、在司法權方面對於違法亂紀之徒應繩之以嚴厲制裁，茲有效防範任何可能危及和平共處的意念與行動^{註 21}。

這麼一位總攬行政與立法事宜的主權者，實際上就已經超脫於制衡監督之外、凌駕於法律規範之上，繼之享有意識型態的主導權以及暴力制裁的獨佔權，如此一幅通向專制主義的中央集權式政治藍圖已昭然若揭；基於每個人的自保之需，而逐步架構出

親」以降，代表國會立場的首席法官寇克(Edward Coke, 1552-1634)堅持「唯大憲章是從，否則就不是主權者」來駁斥君權神授論，成為斯圖亞特王朝憲政改革的討論重點(G. Elton, 1968: 229, 301)。

註 19：「對任何隸屬成員來說，市民法就是國家透過語言、文字或其他充分的意志表示，來命令人們用以判別是非的規章；也就是用以區分哪些事務契合規章、哪些事務違背規章的規章」(Leviathan, p. 183)，「國家的法律如同遊戲規則一般，對每個參與者而言，相互同意的事項就無所謂不公正。良善的法律就是合乎人民利益之需並且清晰明確的法律」(Leviathan, p. 239)。

註 20：具體的措施就是教育人民謹守世俗十誡(Leviathan, pp. 233-6)：愛己之邦甚於鄰邦(第一戒：除了我之外，你不可以有別的神)；主權者之外的任何會議均不可尊以主權之禮(第二戒：不可為自己雕刻偶像)；不可對主權者妄加非議或抵制(第三戒：不可妄稱耶和華你神的名)；教堂禮拜之後，宣導人民應盡的義務、應守的法律，以及謹記執政當局(第四戒：當紀念安息日，守為聖日)；應當將父權觀念轉移至國家(第五戒：當孝敬父母)；學習正義的美德(第六、七、八、九戒：不可殺人、不可姦淫、不可偷竊、不可作假見證陷害人)；愛人如己，不義的念頭與企圖亦屬不義(第十戒：不可貪戀人的…一切所有)。至於言論審查旨在「決定哪些學說與意見對和平有害，哪些學說與意見對和平有利，決定出何人在何種情境下與何種限度之內的公開演說應受到信任，以及在任何出版品發刊之前，決定箇中的學說應當由誰來審查」(Leviathan, p. 124)。

註 21：「執政當局認為某人的所為或不作為屬於違法行為，並且為了強化人民的服從意志之故而施加的痛苦，就是懲罰」(Leviathan, p. 214)；「由於懲罰的目的並不是藉機報復或發洩怒氣，而是糾正犯法者或其他效尤者，因此造成公共危害最深的罪行就要繩之以最嚴厲的刑法」(Leviathan, p. 240)。

政治權力的絕對控制環節，是否即足以避免亞裏斯多德傳統所面臨的遂行其個人意志而踰越規範藩籬、而恣意詮釋國家目的、而馳騁其私慾野心之窘境呢？甚至更有過之呢？針對這項必然會引發的質疑，霍布斯提出兩道狀似合理的解釋：其一是主權者的角色定位；其二是人民的自願服從。主權者既然是國家的代理人，代理角色也必須和其他執行公共事務的文武百官一般都屬於政治身分，這項應然的規定條件之所以較具可行性的理由並非寄望於主權者的人格特質(或是公共事務參與者的德性涵養)，而是就現實的人性角度來考量何種政治體制在自然身分與政治身分相衝突之際所承受的代價較低，也就是私人利益侵犯公共利益的風險程度何在，依這項考量基點而論，「公共利益與私人利益結合最緊密之處，就是公共利益增進最大之處。在君主國家當中，私人利益即等同於公共利益」(Leviathan, p. 131)，也由於「就人性本身的朝三暮四而言，君主的判斷較不會前後不一致。但在議會當中，除了人性之外，仍然會出現因人數多寡而產生的矛盾。... 君主絕不可能基於忌妒或利益之故而自己反對自己，議會卻是如此，甚至演變至可能引發內戰的程度」(Leviathan, pp. 131-2)^{註 22}

註 22：這項觀點再度顯露出霍布斯對當時英國處境的憂心，即使「君主國家存在著一種流弊，就是任何屬民的全部財產均有可能被獨夫的權力所剝奪，用已養肥君主的寵臣或諂媚之徒。我承認這是一個很重大且無法避免的流弊。但是讓一個議會來掌握主權也基於享有相同的權力而產生相同的流弊：具有相同的權力；如同君主聽信讒言一般，他們也會聽信煽動人士的餽主意而受到誘惑；甚至於相互奉承、狼狽為奸，以遂行其貪欲與野心。此外，君主信寵的人數較少，甚至除了親族之外並不會拔擢其他人士。但是議會的佞倖之徒就更多了，攀親引戚的人數也遠超過任何君主」(Leviathan, p. 132)。

此一緣故，最能夠實現國家目的之政治體制就是主權不容分割、主權者不容挑戰的君主專制。

依據相同的論述立場，人民接受君主專制的理由並不在於人格崇拜的非理性心態作祟，而是基於自願授權的理性考量所致：人人均願意讓渡自然權利，無非即著眼於建立和平共處的環境以獲取自保，也就是放棄原始手段(自由)而追求更適合的手段(和平)，這種犧牲個人自由以謀求安定的選擇過程既然是出自利己之心，也合乎人性的基設，那麼每個人都不可能會違抗自己的意願、違抗契約、違抗執行契約的代理人、違抗主權者在實現契約宗旨時的一切必要權力，「違抗主權者就等於是在違抗自己」(Leviathan, p. 153)；除非人人都願意再度面對相互為敵的競爭狀態，否則一旦對和平安定心存絲毫的渴望，在自保的前題下必須義無反顧地服膺契約的規範，並授予主權者維護契約的絕對權力。因此，個人自由就在契約產生效力之際轉化成義務，公民的權利就是絕對服從，如同服從於自然權利一般地在服從自己的選擇²³。從上述這兩項解釋理由，可以很明確地看到霍布斯為專制主義的必要性與正確性進行辯護時的一貫立場與推論方式：人性的自利傾向，以及趨利避害的理性思維。這種嶄新的推論方式不僅反映出啟蒙運動的時代精神(也就是從現實經驗處境當中尋找常態現象，並透過嚴謹的推論程式來揭示出常態現象背後的規

註 23：「正如同人們為了獲得和平，並據此保全自己的生命，因而創造出一個人造的人，即我們所謂的國家；他們也創造了國家法律這類人造的鎖鏈，並透過相互訂立的契約將鎖鏈的一端繫在他們賦予主權的個人或議會的嘴唇上，另一端繫在自己的耳朵上」(Leviathan, p. 147)。

律，再依據規律進行理論建構與處境預測)，亦且為政治共同體以及整個政治領域的探討視野開啟一道更具前瞻性的理解之窗，箇中最顯著的課題就是預示出現代國家在國際互動過程當中所展現的國家理性(*raison d'état*)觀念²⁴：如果和平共處是人人自保的前題，犧牲個人自由是追求和平的必要代價，而國家境內的和平又必須依恃在和諧的國際環境當中，那麼國際和平顯然就是國內和平的另一項前題；在國際契約簽訂之前，維護國內和平的最直接方式就是免於外犯，最可行的策略就是建立強勢霸權，最有效的自保行動就是征服；因此，一旦將這項推論方式進一步延伸，國家主權者為了維護境內和平，除了持續採取意識型態控制以及暴力制裁之外，也必然會基於追求國際和平之故而邁向永無止境的擴張之路，恰如路易十四所言：「朕即國家」(*L'État c'est moi*)。

註 24：國家理性的觀念出自文藝復興時期義大利各公國之間合縱連橫的詭譎處境，為建立長治久安的國度就必須富國強兵，為達到富國強兵就必須集人民的意志與力量，奉獻於這項客觀目的，正如馬基維里所言：「祖國的安危已在生死存亡的關頭，顧不得所謂正義或不義、文雅或兇殘、光彩或羞恥。這一切都要拋諸腦後，唯一的行動理由就是挺干戈以保衛社稷的生命與自由」(*The Discourses*, III: 41)。因此，每個人都必須以國家安危為己任而置個人生死於度外，國家理性就是將國家視同為一個大我、一個整體，任何權柄都是為了維繫國家自身的茁壯與強盛而效勞，並且明確顯示出這項神聖使命的目標與路線(F. Meinecke, 1984: 1)。國家理性最具體的表現方式就是國際霸權，這種名之為馬基維里主義(*Machiavellism*)的實力原則與強權觀念，更可以從霍布斯的推論過程獲得絕佳的理由。

肆、認同與支配

霍布斯所奠定的社會契約論具有素樸的個人自由色調，無論是淪於自然狀態或是放棄自然權利而建立主權並服膺法律規範，這一連串的選擇過程均出自個人的主觀同意與自願行動；但是就在國家成立之際，個人自由立即翻轉成公民服從，這項轉折點固然可以依據「服從自己的選擇」來申辯，而國家的目的終究仍得依附在「君王無誤」這麼極其脆弱的應然條件之上；為了擺脫君權神授的舊思維，也為了符合人性的預設基點，對於主權者能否忠實履行契約授權目的之疑慮，遂順理成章地簡化成個人私利侵犯公共利益的最少人數來考量政治體制的優劣成敗。那麼，究竟在何種情況之下可以保證大權獨攬的君主專制對公共利益的侵犯程度最低呢？這當中所謂的公共利益果真僅只於和平共處這麼一個處境關係而已，如同人性的基本需求僅限於自保而已嗎？一旦主權者踰越份際(尤其是假和平之名遂行擴張之實而陷於征戰)又當如何正視與因應呢？這些相關的疑惑均是國家理論建構過程無從規避的核心問題：權力支配的性質，公共利益的意義，以及公民權利的保障。從最根本的人性預設立場來看，既然每個人都具有強烈的自利傾向，政治權力支配者也必然有其明確的私慾，那麼各種政治體制都避免不了假公濟私；既然私人利益對公共利益的侵犯是一種普遍現象，公共利益的維護就成為一廂情願的綺思遐想，那麼所謂的公共利益即有可能是全體成員的私利總和，或是某部份團體的私利反映，甚至是權力支配者自身的

私慾表現；既然人民違法亂紀就必須繩之以嚴厲制裁，那麼權力支配者的踰越份際亦不能例外。也就是說，任何權力支配者都有可能會挾持政治權力之便來圖謀其私人利益，並訴諸於國家理性之類的公共名義來掩護，再施以暴力控制而鞏固。這種可能性不僅屢屢見證於歷史事實，亦且隱含在個人利益(個人自保)、眾人利益(人人自保)以及全體利益(國家自保)之間的曖昧關係當中，自霍布斯以降的國家理論建構多半即著眼於此²⁵。對人性基設以及國家目的的探討，無非意在釐清現實處境的權力支配關係並據以辯護或批判；後續的社會契約論者所強調的自願同意，也用於深掘出支配關係下的認同問題，以資廓清權利與義務何由產生、如何分判，從而界定出國家權力的支配限度，亦即人民授與的統治權限何在，以及何種範圍之內屬於個人的自主領域。這種繼起的理解角度不僅反映著資本主義初期發展階段的時代精神，為新興中產階級的經濟活動與互動關係豎立一處自律且自由的市民社會(civil society)空間²⁶，並且正視到必須透過分權與制衡的設計

註 25：洛克與盧梭的社會契約論觀點即源自於此。所謂公共利益在洛克的觀點下就是多數私人利益的表現：「一旦透過共同協議方式而形成一個共同體時，他們只能依據多數人的意志與決定將這個共同體視為一個整體並如同個體一般地行使權力」(Two Treatises of Government, p: 331)；盧梭反譏多數意志只是另一種眾暴寡的社會宰制現象罷了，公共利益必須是一種全意志的展現：「每個人都將自己完整的身軀與權力共同放置在全意志的崇高指導之下；並且人人都將自己視為這個整體的一部份」(The Social Contract, p: 50)。

註 26：也就是為了防止權力支配者主觀且任意地假借公共利益之名(主觀地設定公共規範，任意地裁定執行事項)遂行濫權之實，蘇格蘭啟蒙運動的代言人(例如 Adam Smith 以及 Adam Ferguson)將個人之間的互動關係以及自願性的集體行動與結社組織視之為一處自律的市民社會(civil society)，國家的目的即是維護市民社會的完整性，亦即維繫資本主義的自主發展，以彰顯公民自由；隨著公民自由的確立，國家角色逐漸被視為「必要之惡」，更進一步依據憲政架構來限制國家權力的支配範圍(例如 Thomas Paine 以及 Thomas

架構來降低權力支配的風險性，而逐漸將國家觀念的焦點集中在具體的組織架構以及相關政策角色上，以明確掌握國家與市民社會的實際互動關係。洛克(John Locke)與史密斯(Adam Smith)為代表的自由主義思潮，即在社會契約的框架當中彰舉出個人自主(尤其是財產權自主)的優先性，而奠定代議政治與市場自律的基礎，透過一個多元且均衡的社會互動領域來建立一道排除巨靈式國家強勢干預的消極自由防線。

所謂「巨靈」之意就是一部結構龐大且權力集中的國家機器，霍布斯提到這部人造機器是依據自願授權與絕對服從的方式構成時，即顯示出國家有別於其他共同體之處在於制裁力量，一種具備正當性的單一制式暴力。這項跨越亞里斯多德式道德傳統的嶄新觀點，完整呈現在當代國家理論的學派爭議當中，韋伯(Max Weber)提出如下著名的界定：「一個統治組織被賦予政治之名，即在於對所屬行政官員施以暴力的威嚇與制裁，以便持續在既定的管轄範圍之內確保永續生存與井然秩序。一個持續運作的強制性政治組織被賦予國家之名，即在於所屬的行政官員對於為維護秩序之故而宣稱擁有正當地運用暴力的獨佔權威支持」(Weber, 1978: 54)，國家不僅獨享了制式暴力而成為一部鎮壓式機器，並且取得了暴力支配的正當性而掌握意識型態的宣傳優勢：透過支配來強化認同，藉由認同來鞏固支配。這種一體兩面的控制特性構成了國家的「相對自主」(relative autonomy)地位，韋伯

Jefferson)。這兩種觀點都著眼於市民社會的自律(J. Cohen & A. Arato, 1992: 29-30, 87-91 ; J. Keane, 1988: 35-6)。

學派(Weberian)即秉持這項立場在檢視國家的組織結構以及各項政策的主導角色，尤其是外交關係、內部治安與經濟管制等有利於社會控制與發展的具體目標，為先進資本主義國家的經濟危機管制以及新興工業化國家的躍進發展策略提出國家中心論(state-centralism)的解釋觀點^{註 27}；類似的自主性立場也顯露在新馬克思學派(neo-Marxism)的結構主義(structuralism)支系當中，阿圖舍(Louis Althusser)認為「國家機器必須通過並藉助於某種意識型態來進行權力支配，意識型態也必然會透過特定的對象來彰顯，並且服膺於這個特定對象」(Althusser, 1984: 44)，在認同與支配之間形成一種再生產(reproduction)關係，用以維繫國家機器背後的特定利益，由於國家的建構與發展必須持續汲取社會資源以建立恆常的稅收，並釋出相關的產業政策以維護經濟成長，因此這項特定利益就是維持資本主義的整體發展，亦即延續資本累積，尤其在因應經濟蕭條的管制政策以及經濟榮景的福利政策方面更為明顯^{註 28}。無論就韋伯學派所著重的社會控制面向或是新馬克

註 27：史提本(A. Stepan)、史考許波(T. Skocpol)、伊凡斯(P. Evans)以及逖利(C. Tilly)等韋伯學派代言人的一貫論述立場，可以從《重返國家觀念》(Bringing the State Back In)一書獲得印證：「關於國家的外交關係方針、維持國內秩序所面臨的挑戰，以及全體國家官僚可能加以援用配置的組織化資源，諸如此類的國家面向若依據韋伯與亨茲的觀點(Weberian-Hintzean perspective)來審視，就能夠有助於解釋國家的自主行動」(1985: 9)，「韋伯傳統的學者們傾向於理所當然地認為國家具有潛在的自主性，也認為鎮壓與行政工具的操控者所追求的目標會有別於主流階級或是任何其他的社會團體」(1985: 350-1)，以便與多元主義論者與馬克思主義主流論者所抱持的社會中心論觀點(social-centralism)相區隔。

註 28：馬克思主義的國家理論一直是以恩格斯(F. Engels)的《家庭、私產與國家的起源》(The Origin of the Family, Private Property and the State)以及列寧(Lenin)的《國家與革命》(State and Revolution)為基調，迄至一九七〇年代新左派評論(New Left Review)刊載米利班(R. Milliband)與波蘭查(N.

思學派所著重的危機管制面向而言，國家機器及其權力支配正是現代社會發展歷程中一股不容忽視的主導力量，國家機器憑恃著高度官僚化的優勢地位在動員社會資源，並且維繫著經濟規模的穩定與擴張。這種相對自主的觀點恰好與前述的社會契約論後續建構鼎足而立，率皆延續著霍布斯所開啟的認同與支配面向在進行國家權力的解構與重建。

伍、結論

從亞里斯多德與霍布斯這兩位政治理論先驅者的相關論述當中，可以看到政治共同體的建構基礎在於人性的某種特定需求，在於異中求同，並依據這項共性而塑造出集體認同的意識。集體意識也必須外顯成明確的公共觀念或公共利益，並轉化成具體的共同體界域，用以維繫所屬成員的主觀認同。那麼在既定的處境當中，對共同體的認同究竟是由何而至呢？任何人是否仍可以在明確意願的表態之下保有脫離共同體的選擇自由？亞里斯

Poulantzas)的一系列論戰，分別從馬克思的著作取得立論根據(前者引證自〈共產主義宣言〉；後者引證自〈法蘭西內戰〉以及〈路易·波拿巴的霧月十八〉)，而引發階級工具論與國家結構論的相異詮釋立場。國家結構論所持的自主性觀點成為馬克思學派用以解釋二十世紀資本主義社會何以能夠將階級鬥爭轉化成階級妥協，以及資本主義如何從帝國主義邁向國家干預的原因，並且進一步說明福利國家對資本主義的延續意義，也就是資本主義的後期發展事實上是藉助於國家權力在消弭階級衝突的危機，因此相繼出現違背特定資產階級利益的管制政策與福利政策，其用意即在於維護資本主義體系的完整性。從歷史唯物論的框架而言，屬於上層建築的國家角色就是透過意識型態與暴力宰制在執行再生產的功能，以鞏固底層建築。

多德傳統秉持著「人是群居動物」的先設立場來說明共同體對個人生命的充實意義之際，並沒有揭示出這兩項疑點背後可能隱含的問題；霍布斯率先認為集體認同起源於自願同意，並且依據「沈默是一種默示承認」的理由來化解既定處境的認同問題時，就觸及到了意願與默認可能源自於共同體為實現其既定目的(也就是維護和平與安定)而施予的意識教化作用，並且繩之以制式暴力的軀體約束所致。因此，政治共同體的成員一旦萌生了離群索居的念頭，所面臨的威嚇表面上是「淪於自然狀態」這種虛構的情境，實際上是立即承受到來自政治共同體的強制規範與暴力制裁。正如同國家是特定的人造產物一般，伴隨國家而至的特定集體意識亦如是；如果共同體的基礎在於成員的自願認同，就沒有理由剝奪任何人保有脫離共同體的選擇自由。霍布斯規避了這項內在於國家觀念當中的認同問題，是否即意味著集體意識的塑造有其現實的急迫性呢？是否又意味著這項問題也唯有在國家結構的體系化與國家權力的高度集中之後才逐漸被凸顯出來呢？現代國家理論的建構者必然得接收這項深邃且棘手的集體意識危機。

就後現代主義的觀點來看，國家觀念以及權力支配體系所塑造的集體意識無疑地屬於啟蒙運動的理性認同產物。這股理性趨勢不僅具備自行建構與融合的同化能力，更且表現出自行解體與重建的矛盾發展關係，也就是持續預設出階段性的宰制範疇並先後吞併統攝與轉化，繼現代國家之後的全球化趨勢以及全球化對現代國家的衝擊即是當前處境最顯著的事例。因此，依附於權力

支配之需而設想的理性範疇，依附於理性宰制之需而建構的共同體，依附於共同體維繫之需而塑造的集體意識，以及依附於集體意識實現之需而強調的自我認同，這種環相扣的關係會隨著現實處境的變遷而呈現相互齟齬的緊張對峙。認同即蘊含著差異(difference)，前一階段的認同構成了後一階段的差異：現代國家統攝了地域的差異性之後，國家觀念成為全球趨勢下的差異象徵；民族主義統攝了族群的差異性之後，民族觀念成為跨國界族群觀念的差異象徵。史蒂芬·迪達勒斯顯然也正處於認同與差異的進退維谷之境，擁抱共同體也擁抱了層層的認同束縛，擺脫共同體也擺脫了集體意識的根基，在追求獨特的自我生命意義之際，仍縈迴著雪萊(Percy Shelley)的低吟：

你何以如此蒼白，是否因為
終日在天際爬行，俯視大地，
這孤寂的生活已令你無比煩膩……

參考書目

Althusser, Louis

Essays on Ideology (London: Verso, 1984)

Aristotle

The Complete Works of Aristotle ed. by Jonathan Barnes (New Jersey: Princeton University Press, 1984)

Bauman, Zygmunt

In Search of Politics (London: Polity Press, 1999)

Cohen, Jean & Arato, Andrew

Civil Society and Political Theory (Cambridge: The MIT Press, 1992)

D'Entrevies, Alexander

The Notion of the State (Oxford: Oxford University Press, 1967)

Elton, G.

The Tudor Constitution: Document and Commentary (Cambridge: Cambridge University Press, 1968)

Evans, Peter, Rueschemeyer, D. & Skocpol, Theda ed.

Bringing the State Back In (Cambridge: Cambridge University Press, 1985)

Gagarin, M. & Woodruff, P. trans. and edited

Early Greek Political Thought: from Homer to the Sophist (Cambridge University Press, 1995)

Habermas, Jürgen

Theory and Practice trans. by J. Viertel (Boston: Beacon Press, 1973)

Hampton, Jean

'Hobbes and Game Theory' in N. Warburton, J. Pike & D. Matravers
Reading Political Philosophy: Machiavelli to Mill (London:
Routledge, 2000)

Hegel, Georg F.

Elements of the Philosophy of Right trans. by H. Nisbet (Cambridge:
Cambridge University Press, 1991)

Hobbes, Thomas

Leviathan (Cambridge: Cambridge University Press, 1991)

Hobbes, Thomas

On the Citizen (Cambridge: Cambridge University Press, 1998)

Keane, John

Democracy and Civil Society (London: Verso, 1988)

Locke, John

Two Treatises of Government (Cambridge: Cambridge University
Press, 1988)

Machiavelli, Niccoló

The Discourses, trans. by L. Walker (London: Penguin, 1970)

MacIntyre, Alasdair

Whose Justice? Which Rationality? (London: Duckworth, 1988)

Meinecke, Friedrich

Machiavellism trans. by D. Scott (London: Routledge, 1984)

Plato

The Collected Dialogues of Plato ed. by Edith Hamilton &
Huntington Cairns (New Jersey: Princeton University Press, 1961)

Rousseau, Jean-Jacques

The Social Contract and Other Later Political Writings (Cambridge:
Cambridge University Press, 1997)

Skinner, Quentin

'The State' in T. Ball, J. Farr & R. Hanson ed. *Political Innovation and Conceptual Change* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989)

Skinner, Quentin

Liberty Before Liberalism (Cambridge: Cambridge University Press, 1998)

Skinner, Quentin

The Foundation of Modern Political Thought (Cambridge: Cambridge University Press, 1978)

Weber, Max

Economy and Society edited by G. Roth & C. Wittich (Berkeley: University of California Press, 1978)

Thomas Hobbes and the Constitution of State Theory

Pei-Yuan Li*

Abstract

In the theoretical conceptualization process of the state, it is exactly to say that the first thorough constitution beyond Aristotle's paradigm and its influence was founded out by Thomas Hobbes. Hobbes served the spirit of enlightenment into state formation, and thus developed a new vision to search for the political power in order. The foundation of his constitution was based on the consent and obedience of every member who using rational choice to identify the legitimacy of the state, and accepts the sovereign domination of state power. This foundation has become the central thesis of modern state theories, stood in the crucial disputation among modern liberalism, neo-Marxism and Weberian.

**Keywords : Hobbes 、 Aristotle 、 the state 、 power 、 legitimacy 、 identity 、
domination**

* Associate Professor, Department of Public Administration, Tamkang University

公共行政之管理主義的反思

許立一 *

摘要

所謂公共行政之管理主義意指一種信念：相信對於公共行政的理解僅需採取管理的途徑為之，以及認為公共行政的改革唯賴管理技術的精進，因此公共行政的內涵與私部門的管理並無太大差異。本文欲針對前述的信念進行反思，所以著重於哲學層面的分析。作者分別就管理主義所蘊含的四項特質析論之，包括：政治與行政分離論、公共行政即公共組織的管理、工具主義的思維傾向、以及非人化與原子論的人性觀；試圖指出管理主義不但未能涵蓋公共行政的完整面貌，更可能導致公共行政喪失價值的反省能力，進而戕害了公共行政之道德關懷的本質。

關鍵詞：管理主義、傳統的公共管理、新公共管理、政治與行政分離論、工具主義、非人化、原子論。

* 政治大學公共行政博士，中華大學行政管理學系助理教授。

前 言

所謂公共行政之管理主義 (managerialism) 意指一種信念：相信對於公共行政的理解僅需採取管理的途徑為之，公共行政的改革唯賴管理技術的精進，並將公共行政的內涵等同於公共管理 (public management)。質言之，公共行政之管理主義意味著，公共行政所面臨的困境，乃是肇因於公共組織與政策之管理不善所致，因此解決之道在於管理思維的轉換和技術的精進之上。進而，在管理主義的觀念之下，公共行政的重心乃是如何以理性的規劃和效率的控制為手段，強化公共組織與政策之管理的內涵與效果，以解決實務上的困境。並且，管理主義的支持者相信，公、私部門在達成目標的手段上，並無二致，所以公共行政所運用的知識和工具，可以完全師法企業 (businesslike)。本文的研究主題為公共行政當中的管理主義，而不是管理技術，因此將焦點置於哲學層次或論述內涵的探討。換言之，作者認同公共組織的確必須重視管理技術的精進，以提昇公共服務的品質與績效，但是對於將公共行政所面臨的困境，簡單地視為純屬管理性質的課題，此種管理主義的思維，則是抱持高度質疑的態度，此即本文的立場和研究動機。公共行政之管理主義的發展，其實歷經不同階段的演化，大致可切割為傳統的公共管理 (The Traditional Public Management) 與新公共管理 (The New Public Management)，就其源生背景和對於政府的觀念而論，二者有著本質上的差異。然而，本文將指出就基本的哲學觀方面，不論傳

統公共管理或新公共管理，皆秉持著一貫的管理主義基調。本文首將析述公共行政之管理主義的興起與發展；其次，剖析貫穿傳統公共管理與新公共管理之管理主義的特質；最後，針對公共行政之管理主義予以批判。

壹、公共行政之管理主義的興起與發展

本文將管理主義的發展大體分為兩個部分，一是傳統的公共管理，一是在一九九〇年代大行其道的新公共管理。傳統的公共管理乃是相對於新公共管理的一種標示，其包含了兩個主要的成分，一為在公共組織理論當中被稱為古典理論的行政管理（administrative management）學派；一為被稱為新古典學派，以Herbert A. Simon為代表的行為主義學派。至於新公共管理則是延續傳統公共管理的基調，但受到以市場經濟學為基礎的公共選擇理論（public choice theory）之影響，而發展演化成的一套不同於傳統公共管理內涵的論述及實務。以下本文將析論此些管理主義的興起及其發展脈絡。

一、傳統公共管理

（一）進步主義的大有為政府觀念助長傳統公共管理的萌芽
若就二十世紀美國行政學術的發展進程予以觀察，公共行政

的管理主義應可謂為受到進步主義(Progressivism)思潮的影響。進步主義是一種相信人類的生活可以透過設計和規劃，而越來越好的信念 (cf. Wamsley & Wolf, 1996: 7)，並且其似乎必然地要與物質文明的成長劃上等號。舉例言之，蒸氣機的發明帶動鐵路運輸的興起，讓人們的旅行更為便捷，正是生活越來越好的具現，而此也意味著一種效率觀念的滋長，因為，其縮短了旅行的時間以及可以避免旅途險惡所造成的損失。此外，進步主義亦蘊含著人定勝天的觀念，例如鐵路的鋪設意味著對於自然環境加諸於人類之限制的一種超越和征服，而人定勝天的觀念正是人類理性的極致表現。

十九世紀末年至二十世紀初，美國社會的轉型逐漸加劇，舉例言之，工業和農業生產的機械化、經濟體在規模和複雜性方面成長迅速、社會持續地都市化而數以千萬的移民更增加了其中的歧異性、政客將投票與腐化的選舉機器結合等等現象，使得美國不再是一個傳統農業型態的社會，其由一個緊密凝聚的社群，逐漸朝向疏離異化的工業社會發展。抑有進者，在現實的政治運作當中，州際的貿易需要管制、國防建設需要徹底翻新、城市快速的成長亟需適當比例的基礎建設，在如此紛亂的社會當中，渴望改革、熱切於進步、重視科學、以及追求效率等，成為美國民眾殷切的期待 (Wamsley & Wolf, 1996: 14)，此一對於改革的期盼正是進步主義的身影。及至一九三〇年代大蕭條 (Great Depression) 的來臨，此一進步主義的改革運動與科學管理

(scientific management) 結合，在公共行政當中演化成為以管理主義為核心的行政管理學派，並成為聯邦政府擴張的學術基礎，在政策方面的具體呈現則是 Franklin Roosevelt 總統的新政 (New Deal) (Wamsley & Wolf, 1996: 14-15; McSwite, 1997: 116-127)。簡言之，進步主義促使當時的公共行政以大有為的政府 (big government) 觀念為基調，而行政管理則是為了成就大有為的政府應運而生的工具和手段。

行政管理又被稱為古典的行政 (classical administration)，其主要受到科學管理、進步主義、以及法國學者 Henri Fayol 的行政管理原則等影響，而以 Luther Gulick (1937 reprinted in 1992) 所提出之“ POSDCORB” 為重要的代表——將規劃 (planning)、組織 (organizing)、人員 (staffing)、指揮 (directing)、協調 (coordinating)、報告 (reporting)、和預算 (budgeting) 視為公共行政的要素，其內涵著重於：政治與行政分離論；直線 (line) 與幕僚 (staff) 功能的區分；控制幅度 (span of control)；命令統一 (unity of command)；由目的、功能、地理等因素設計組織；公務範圍的擴張；執行預算；將責任置於行政首長 (chief executive) 身上；幕僚扮演襄助行政首長的角色；在行政首長的指揮監督下展開核心的管理程序，如規劃、預算、人事、採購等等 (Wamsley & Wolf, 1996: 15; McSwite, 1997: 163-164；林鍾沂，2001：)。

在行政管理尚未大行其道之前，美國社會大致以兩股思維較受矚目，即聯邦主義（Federalism）和反聯邦主義（Anti-Federalism）。前者偏好於計畫性的社會而主張強有力的中央政府，後者則是鼓吹比例代表制、社群發展、公民政治參與而反對中央集權，然而二者卻從來未曾將公共行政從憲政運作中予以抽離，並且視之為民主治理（governance）過程中理所當然的要素。但是，行政管理興起並成為主流之後，其所呈現的管理主義之思維，導致公共行政沈迷於工具理性，反而忽略了民主、自由、以及公共行政人員和公民的關係等實質理性之課題（Wamsley & Wolf, 1996: 16）。事實上，行政管理的論述內涵並不同於公共行政的全部，Paul Appleby 就曾指出：「政府明顯地有所不同……有一些原則可以從人類組織的研究中歸納出來……這些原則可以被視為技術性的問題而加以研究，卻不能將之視同為『公共行政』事業的本身」（Appleby, 1949: 49）。

（二）行為主義促使傳統公共管理邁向科學化

然而，行政管理學派所提出之偏向於靜態的管理原則，並不能滿足管理主義的支持者對於行政科學化的期望，因此，以 Simon 為代表的行為主義，隨後便躍然於公共行政學術的歷史舞台之上，更進一步地豐富化了公共行政之管理主義的內涵。Simon 對於行政管理的批判，並不在於其所採取的管理主義路線，而是在於其不夠科學。他主張採取更為精緻化的科學途徑，提倡運用自然科學的研究方法，研究行政組織中成員的行為，所以學者稱之

為行為主義學派或行為科學。對 Simon 而言，公共行政似乎就是，組織當中的決策者，應用各種工具根據三種前提（價值、事實、與後果）進行決策的活動，進而促進組織的效能和效率（Wamsley & Wolf, 1996: 17-18; McSwite, 1997: 167-184）。誠如 Simon 在其經典之作《行政行為：行政組織決策過程之研究》（Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Process in Administrative Organization）書中所言：「所謂的行政理論，就是關注於組織應該如何建構與運作，以便有效率地完成其工作」，進而他又補充：「行政的根本原則就是理性，而所謂的理性就是，在各種備選方案中選擇最能夠達成目的者，以及在各種結果相同的備選方案中選擇成本最低者」，言下之意其實就是效率（Simon, 1997: 45）^{註 1}。更重要的是，Simon 的論述更明白地展現出管理主義對於規範理論所採取的立場：「實際上，行政決策當中所蘊含的價值，鮮少是心理學或哲學意謂的最後價值（final value）」（Simon, 1997: 67）。換言之，此一時期的管理主義之支持者認為，公共行政當中即便有價值和規範性的主張，此種價值也屬手段性質的工具理性（instrumental rationality），也就是可以量化計算的效率，而不是諸如與民主治理密切相關的公正（equity）^{註 2}、正義、自由此

註 1：第一版於一九四五年出版，並於一九七八年獲得諾貝爾經濟學獎。

註 2：一九八一年美國公共行政學會（American Society for Public Administration, ASPA）出版了一本《專業準則、倫理工作手冊暨公共行政人員的研究指南》（*Professional Standards and Ethics Workbook and Study Guide for Public Administrators*），在其中專業倫理一節中，曾對平等（equality）和公正（equity）

類的價值。

根據前述，Simon 以行為科學所補充的管理主義，呈現了以下的特質：第一，Simon 立足於進步主義的基礎之上，醉心於理性主義、科學、與科技，並以現代的行為科學、實證主義（positivism）為其外貌；第二，Simon 所採取的實證主義之認識論取向，假定了文字指涉著實際的客體，文字描述著一種獨立於人類經驗之外的、客觀的、經驗性地可檢證的實存（verifiable reality），換言之，行政理論所指涉的純然是事實並非價值；第三，Simon 的理念與進步主義的思維一致，並且與政治科學中的行為革命相互呼應，從而其成為在行政管理中，解決惱人的效率、經濟和效能等問題的一種嶄新而令人興奮的研究途徑。並且也對於公共行政領域中某些寄行為科學予厚望，而主張公部門應該仿效私部門的人，如曙光乍現一般地提供了出路（Wamsley & Wolf, 1996: 18-19）。

總言之，Simon 的行為主義更新了公共行政之管理主義的內涵，使之成為一種更具科學性質的技術，並使公共行政服膺於工具理性之下，此使得公共行政的內涵與下述的課題更形遙遠：社會公正與捍衛自由的使命、公共行政人員與公民的對話、公共利益的界定、以及社群意識的創造與維護。

作了如后的定義：所謂平等，意指某甲相等於某乙；而所謂公正則是意指，對資源的分享進行調整，促使某甲相等於某乙（cited by Frederickson, 1990: 229）。由此觀之，平等和公正二詞其意義並不相同，後者隱含透過干預的手段，使資源的分配趨於平等，可說是較具有關懷弱勢的傾向。

二、新公共管理

公共行政之管理主義的思維與內涵大約在一九六〇、七〇開始產生變化，而在九〇年代正式為論者稱為新公共管理，此一變化乃肇因於以下兩股力量的影響：一為反國家主義 (anti-statism) 思潮的衝擊，使得以經濟學之市場理論為基礎的公共選擇理論，其小而美的政府觀 (minimal government) ，被納入了公共管理的論述當中；其次，則是九〇年代美國總統 Bill Clinton 主政後，授權副總統 Albert Gore 所進行的行政改革，試圖摒除官僚體制的僵化 (banishing bureaucracy) ，為公共組織帶來活力以提昇政府績效，一般稱之為政府再造 (reinventing government) 運動。

前已述及，早期管理主義在進步主義的推波助瀾下，其本質乃奠基於大有為的政府觀念之上，並且以 Max Weber (cf. Weber, reprinted in 1992) 所提出之官僚體制做為公共組織設計的原理。然而，在一九六〇年代晚期至七〇年代，激進的反國家主義之思維大為盛行，民眾對於政府無所不在的管制作為，日漸感到不耐^{註 3} (Stillman II, 1995: 29) ，於是，小而美的政府觀念逐漸受到重視，此使得公共行政的管理主義，朝向嶄新的內容發展。抑有進

註 3：當時美國社會正經歷反越戰、嬉皮風、學潮等社會運動蓬勃的年代，一股崇尚自由之風，使得反國家主義的思維更形激進。

者，一九九〇年代大行其道的政府再造運動，更秉承了此一小而美政府的觀念，進行一連串的行政改革措施，以下本文將析述新公共管理興起與發展的脈絡。

(一) 市場取向的論述使公共管理的政府觀念從大有為趨向小而美

一九七〇年代，一些經濟學者如 Friedrich A. Hayek、Milton Friedman 以保守主義市場經濟學的觀點，批判政府的管制以及公共組織規模過於龐大的現象。這些市場經濟學者提出兩項主要的看法：第一，政府的官僚體制限制了個人的自由，因而必須以公共選擇的途徑縮減官僚體制的規模，亦即，人民應該可以透過選票，決定政府的管制範圍及其組織的規模；第二，傳統的官僚模型無法提供如同市場一般的誘因和獎酬機制，因此相較於市場，官僚根本缺乏效率。上述觀點又被稱為新保守主義 (neo-conservatism) (cf. Stillman II, 1995: 30)，或稱新右派 (The New Right School) (cf. Dunleavy & O’Leary, 1987: 73-75)。根據前述的思維，以經濟學為途徑從事非市場決策的公共選擇理論，便基於個人自由和效率的理由，大力倡導選擇的極大化 (maximization of choice) 之觀念，鼓吹在公共事務的決策和運作方面，應讓民眾個人擁有最大的選擇權。

公共選擇理論乃是基於經濟學的基本假定——理性行動者，而此亦為新公共管理論述的基礎：第一，人們擁有明確的偏好，他（她）們能夠輕易地知覺、排列、並且比較各種偏好；第

二，人們偏好順序符合遞移律，具有邏輯一致性；第三，人們總是盡可能地極大化他（她）們所追求的利益；第四，人們基本上以自我為中心、以自利為行為動機，而且行為屬工具性質，亦即，根據後果對於其個人利益的達成程度採取行動。由於理性行動者的假定，公共選擇學派的學者相信，官僚的行動主要在增加自己的權力、聲望、以及安全，從而運用層級節制的結構所得到的收穫並非在於完成組織目標，而是在成就個人目的(Dunleavy, 1991: 3)。因此，行政學者 Vincent Ostrom 根據前述公共選擇理論對於自利理性人的基本假定，強調運用大眾參與、多元的決策中心、分割的 (fragmented) 和重疊的管轄權等機制，箝制政府的權力，俾以建構他所謂的民主行政之典範 (The Democratic Administrative Paradigm) (cf. Ostrom, 1974)。

其次，公共選擇理論基於 Adam Smith 的觀點，認為理想的公共行政應該符合最小國家的角色 (minimalist state role)，國家機關僅需維護社會安全即可，應該讓私部門的市場機制盡其所能地發揮資源配置的功能。是以，Ostrom 亦從此一的角度指陳官僚體制缺乏效率，他認為官僚體制在效率方面不如市場機制，原因在於：

第一，僚體制回應各種分歧的需求時顯得雜亂無章、囫圇吞棗；

第二，社會成本不斷升高；

第三，無法拿捏回應需求的適當比例；

第四，坐視公共財日益耗損，因為官僚無能採取行動防杜逐漸增

加的對立性現象（某人使用某一公共財後卻導致其他人使用時無法獲得相同的品質和數量）；

第五，官僚體制所採取公共行動與其宣稱所欲達成的公共目的完全無關甚至背道而馳的傾向日益嚴重；

第六，結果，補救措施不但未能減輕問題反而使問題更為惡化。

由於前述種種原因，官僚體制與市場二者成為對比強烈的兩種機制，就公共選擇理論的支持者而言，市場的效率遠勝於官僚體制（Hughes, 1998: 46-50; Peters, 1996: 16-17）。與 Ostrom 立場相互呼應的著名學者包括了 Irving Kristol、Aaron Wildavsky、James Q. Wilson 等人，他們的主張對於大有為政府多半採取敵視的態度，並提出諸多技術以裁減和抑制國家的擴張（Stillman II, 1995: 30）。

到了一九八〇年代，此種以市場理論為基礎的公共選擇理論，在精簡政府的規模和管制範圍方面，獲得了實踐。例如當時美國總統 Ronald Reagan 以及英國首相 Margaret Thatcher，基於國家財政赤字嚴重，試圖減少政府支出，所採取的一連串具體措施諸：解除管制（deregulation）、平衡預算、稅賦限制、國營事業民營化、公共服務以契約委外提供等等，皆是基於最小國家之觀念所進行的行政改革作為（cf. Stillman II, 1995: 30）。此使得一九八〇年代以後管理主義的內涵，從大有為政府走向小而美政府的觀念，其所採取的公共管理作為，主軸環繞在於如何透過組織精簡的方式，減少政府支出以舒緩財政上的壓力。

不過，本文認為，值得特別注意的是，Ostrom 以公共選擇理

論為基礎所提倡的民主行政典範，其所蘊含的基本理念乃是 Reagan 和 Thatcher 的實際作為所未能及者。Ostrom 根據公共選擇理論的自利人性假定，試圖透過權力分割的手段，以及擴大民眾參與公共決策的途徑，避免政府部門及其人員權力的專擅，提倡小而美的政府乃是為了確保民主。但盱衡 Reagan 和 Thatcher 的行政改革為，卻僅是基於現實的考量，為了解決政府財政窘境，不得不進行政府組織的精簡，此一小而美政府的發展趨勢並非為了追求民主行政。

(二) 政府再造運動試圖使公共管理擺脫傳統官僚體制的僵化

在一九九四年時，美國共和黨的主席眾議院議長 Newt Gingrich 提出「與美國訂約」(Contract with America)的政綱(cf. Wamsley & Wolf, 1996: 6)，公共選擇的觀念在此獲得更為寬廣的出路(Stillman II, 1995: 30)。同時，綜觀一九九〇年代，Clinton 主政之下的美國聯邦政府，採取 David Osborne 和 Ted Gaebler (1992) 所提出之政府再造的理念，由副總統 Gore 推行「國家績效評估」(Report of the National Performance Review, NPR)，進一連串的行政改革措施，在行政學界將此一改革浪潮正式定名為新公共管理，六〇、七〇年代以來公共行政所興起的公共選擇理論之觀點，於此際獲得更為精緻化的發展。

簡言之，政府再造的主軸乃是在於試圖擺脫官僚體制的僵化，以提昇政府績效。因此，政府再造運動的支持者，以傳統公

共管理所主張的管理原則和公共組織的設計原理做為批判的對象，並自詡為新公共管理以為區隔。政府再造的倡導者對於傳統公共管理之質疑可以歸納為如下二端：

1. 對於傳統公共管理所採行之政治控制行政的模式有所質疑

一八八七年 Woodrow Wilson 提倡政治與行政分離論，希望將分贓制以及可能干擾效率的政治因素徹底逐出公共行政，強調政策與行政、政客與行政人員應嚴格二分，而公共組織採行 Weber 的官僚體制之設計，其中非人情化 (impersonalization) 和永業化的原則 (cf. Weber, reprinted in 1992)，正符合前述的理念。但是，提倡政府再造的學者指出，在實務上此一分離論的理念似乎未曾真正地實現。意即，政治與行政分離論只確立了永業文官 (事務官) 與政務官二分的人事制度，進而以政治控制行政的架構，做為政府運作的基本模式 (cf. Ingraham & Romzek, 1994: 5-6)。但是，政府的運作從來未曾如同 Wilson 理想中那麼單純，政客 (民選的首長、政治任命的官員、以及議員等) 和官僚之間的互動關係十分複雜微妙而且變幻莫測，公共行政人員也未必完全無涉於政策規劃。因此，在政治控制行政的觀點之下，公共行政呈現了兩個問題：第一，採行嚴密的控制手段，監視公共行政人員的行為，俾以確保依法行政與達成效率，但此種做法卻忽視了公共行

政人員的做為不只是「遵從訓令」(following instructions)而已，他(她)們還負有很重要的「管理」^{註4}角色。第二，政治與行政本來就相互糾結，公共行政人員的任務在本質上就具有政治性，因此認為行政與政治無關，根本就是一套與現實脫節而無效的論述(cf. Peters, 1996: 15-16; Hughes, 1998: 39-40)。

2. 不滿官僚體制的公共組織設計不符民主要求與缺乏效率的陳痼

傳統的公共管理以 Weber 的官僚體制作為公共組織設計的藍圖(cf. Weber, reprinted in 1992)，但是儘管官僚體制有其優點值得肯定，但是其亦有許多問題，不適合今日的環境。第一，官僚體制對於命令—服從關係的強調，其所鼓勵的是趨附順從的「官僚」而不是銳意變革的創造者；第二，官僚體制的特質中——正式理性(formal rationality)、保密義務等，成為與民主衝突的來源。對此，Weber 實早已提出警語，他指出現代社會中官僚體制伴隨著民主的發展而日漸擴張，但是當其一旦存在於社會當中，試圖將之去除或取代幾乎不可能。官僚組織總是試圖透過專業知識的獨佔和保持其意圖的神秘性，俾以提升其優越地位。是以，民主生活所需的民有、民治與民享的實踐，在官僚體制的權威壟斷中遭到斷送；第三，當官僚的功能與權威深入民眾的各個日常生活領域時，人民對於官僚的力量感到的是不安而非欣慰。Weber

註4：此處所謂的管理包含了策略的擬定、資源的安排、領導、協調溝通等內涵，此與傳統上將公共行政人員界定為純粹的執行者角色有所差異。

將前述的困境稱為「鐵的牢籠」(iron cage) (cf. Clegg, 1990: 29-33)。更嚴重的是，當官僚體制未能符合效率的要求時，此種情形將更為惡化。官僚體制效率不彰的原因有二：一為其層級節制所產生的僵固性，此通常被評為「官樣文章」(red tape)。一為永業化的原則與官僚體制的持久性 (permanence of bureaucracy)，此使得公共組織的成員缺乏競爭意識，因而產生怠惰的傾向 (Hughes, 1998: 40-46; cf. Kettl, 1994: 23-26; Peters, 1996: 17)。

此一波政府再造的風潮，不僅在美國大行其道，其同時也在其它的英語系國家，如英國、澳洲、紐西蘭、新加坡等，成為不容忽視的行政改革運動。政府再造的內涵可從 Osborne 與 Gaebler 的論述窺其堂奧，其二人在一九九二年出版的《新政府運動：企業家精神如何扭轉公部門》(Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector) 一書中，提出企業型政府如何運作或治理的十項原則，以及爾後並進一步提出的實行策略，如表 1 所示，以期藉由這些原則與策略的達成，俾能將官僚體系改變為富有創新精神的行政機構 (Osborne & Gaebler, 1992; 林鍾沂，2001：163)：

第一，導航式的政府：政府的職能在於引導領航 (steering)，而非親自操槳。

第二，社區性的政府：政府將更多的決策權和公共服務的提供，回歸社區自主處理。

第三，競爭性的政府：競爭機制是紓解官僚體制運作失靈的

良方，政府應將競爭的觀念注入公共服務與產出之中，以取代傳統獨佔而造成的保守、浪費與無效率。

第四，分權式的政府：政府應將決策權下授以增加員工的自主權，同時在適當的監督下，充分分權，讓地方政府發揮因地制宜的功能。

第五，前瞻性的政府：政府能夠以遠見來治理國家，並重視事先的防範優於事後的彌補。

第六，任務導向的政府：政府應以目標和任務為導向，而非以法規命令為驅力，並注重任務的優先次序以便集中精力有效運用資源。

第七，結果導向的政府：政府應對其施政結果負責，並以此作為績效評量的標準。

第八，顧客導向的政府：政府的服務要以滿足顧客（人民）的需求為優先，政府的施政績效和品質應由顧客（人民）的滿意度決定。

第九，企業導向的政府：政府除了節流外，更要注重開源。

第十，市場導向的政府：政府面對不同的公共問題，可透過市場機能的自律調理，以舒緩政府機構官僚化的現象。

表 1 企業型政府的原則與策略

| 發揮的原則 | 達成的策略 |
|--------|-----------------------------------|
| 導航式的政府 | 契約外包、抵用卷、特許權、公私合夥、志願服務。 |
| 社區性的政府 | 透過社區自治委員會提供公共服務；鼓勵民間參與地方事務。 |
| 競爭性的政府 | 引進市場競爭機制，讓政府行政機構與單位可以彼此競爭福利服務的提供。 |
| 分權式的政府 | 推動品管圈、員工發展方案、參與管理、授權基層員工自我決策權。 |

| | |
|---------|----------------------------------|
| 前瞻性的政府 | 注重災害預防如自然災害以及金融危機的預警制度。 |
| 任務導向的政府 | 簡化不合時宜的人事、預算、採購等法規制度。 |
| 結果導向的政府 | 強調服務品質與成果；對於預算與基金的分配以政策成效為衡量標準。 |
| 顧客導向的政府 | 建立服務需求調查問卷、顧客服務標準作業程序。 |
| 企業導向的政府 | 透過使用者付費、企業融資貸款、創新基金與工程受益費解決財政困境。 |
| 市場導向的政府 | 藉由稅制誘因如污染費、環境保護費減少行政管制。 |

資料來源：Osborne, 1993: 352-356.引自林鍾沂，2001：164。

(三) 新公共管理乃是揉合市場理論與修正官僚體制的管理主義

綜合而言，新公共管理批評傳統公共管理所信奉之官僚體制的設計，不僅已經老朽不堪，並令人民喪失對政府的信賴，進而政府龐大的財政赤字，更使得公共行政成為無能與浪費的代名詞（cf. Rosenbloom et al., 2002: 21）。進而，新公共管理以市場取向的公共選擇理論為基礎，發展出一套有別於傳統公共管理的論述內涵，並希望對行政實務進行改造。歸納其論述的內涵，可以分為三項重點：第一，新公共管理以市場取向為起點，強調將人民視為消費者，標榜以顧客導向做為政府行動的方針；第二，相信市場的運作較官僚體制更為有效率，因此新公共管理的支持者認為，行政改革的正確道路應該是將競爭的概念注入公共組織之中，論者謂之「組織內部市場化」，或是如學者 E. S. Savas 所稱，將政府民營化（to private government）（Savas, 1982）；第三，

目睹許多成功企業的經驗，新公共管理的論者咸認政府的成敗與民選首長、政務官、以及行政人員是否具有企業家精神息息相關，此一概念意謂大膽創新、追求變革、前瞻的視野、以及接受挑戰 (cf. Denhardt & Denhardt, 2000: 550)，論者將具有此種企業家精神的政府稱為「企業型政府」(entrepreneurial government) (cf. Osborne & Gaebler, 1992; Schneider, Teske & Mintrom, 1995; Roberts & King, 1996)。簡言之，新公共管理採取了公共選擇理論當中源自於經濟學市場理論的基調，並據以針對傳統官僚體制的弊端進行修正。關於以上的論點，可從學者 David H. Rosenbloom 等人針對傳統與新公共管理所進行的比較，獲得更為完整的理解，如表 2 所示。

表 2 傳統公共管理與新公共管理的比較

| 課 題 | 傳統的行政理論 | 新公共管理 |
|-----------|--------------|--------------|
| 價值 | 經濟、效率、效能 | 成本效能、對顧客的回應性 |
| 結構 | 理念類型的官僚體制 | 競爭、師法企業 |
| 對個人的觀點 | 非人化的個案、理性行動者 | 顧客 |
| 認知途徑 | 理性—科學的 | 理論、觀察、測量、實驗 |
| 預算 | 理性的 (成本利益) | 以績效為基礎、市場導向 |
| 決策 | 理性—廣博的 | 分權化、樽節成本 |
| 政府功能特色之所在 | 行政部門 | 行政部門 |

資料來源：Rosenbloom *et al.*, 2002: 39.

誠如表 2 所做的比較，新公共管理在內涵上不同於傳統公共管理的重要面向，大致為如下數端：

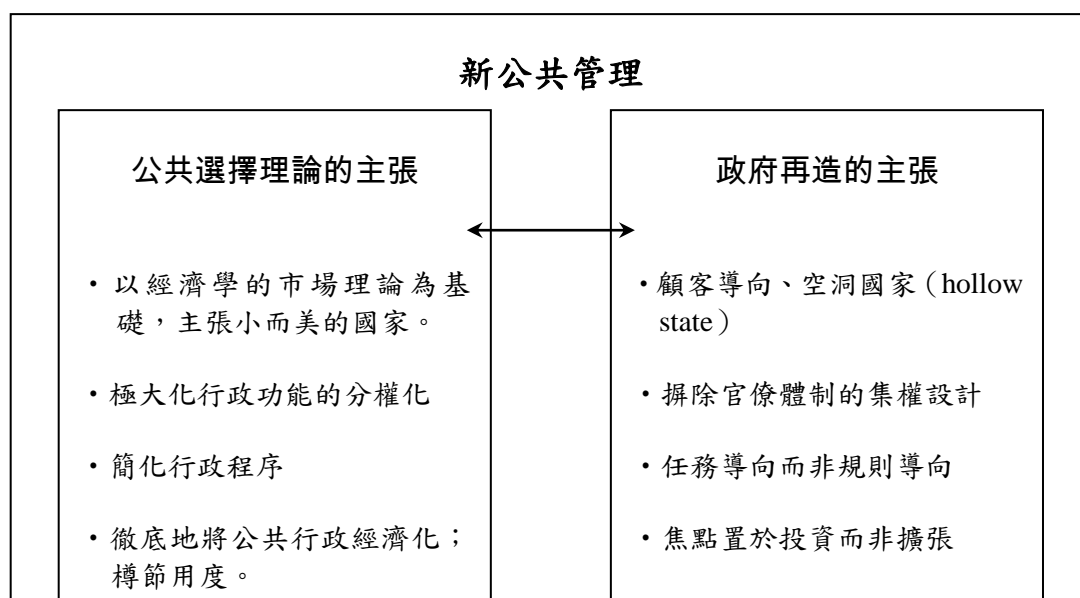
第一，相對而言，新公共管理更關注於顧客的需求；

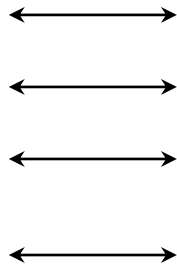
第二，新公共管理認為公共組織的設計應該彈性化，而此一彈性的措施則為引入市場的競爭機制於公共組織之中，而被喻為「公共組織內部市場化」；

第三，新公共管理將傳統上公共服務的對象之認知意涵，由非人化（impersonalized）的個案轉換為如同私部門一般所稱之顧客；

第四，新公共管理基於小而美的國家觀念，不再著重於理性—廣博的政策規劃，並且不認為大有為的政府是公共行政的使命。

根據前述的分析，本文認為，此一論述內涵上的變化，最為關鍵的兩個重點乃是：第一，新公共管理以市場取向的公共選擇理論為基礎，使其所抱持的管理主義對於政府的觀念，從傳統的大有為轉向小而美；以及第二，根據競爭市場的概念，新公共管理發展出以顧客導向為核心的管理理論與技術。從圖 1 的對照呈現，可以一窺新公共管理揉合了公共選擇理論和政府再造二者。





資料來源：作者自繪。

圖 1 新公共管理揉合公共選擇與政府再造

圖 1 呈現了新公共管理揉合了公共選擇理論與政府再造二者的觀念，並明確指出政府再造的一些管理技術的改革觀念與公共選擇理論息息相關之處，本文茲將其意涵扼要說明如下：

第一，公共選擇理論乃是以市場理論為基礎所衍生的論述，政府再造進而以其為基礎提倡顧客導向的觀念，並延續小而美的國家觀，主張透過民營化、解除管制、公共服務契約委外的途徑限縮政府規模，而有空洞國家（hollow state）的傾向；

第二，公共選擇理論強調分權化，而政府再造亦主張摒除官僚體制層級節制的集權色彩，強調授能（empowerment）、分權，在實務方面的具現，則可見諸於美國的「國家績效評估」中（cf. Gore, 1993: 20-25）；

第三，公共選擇理論認為行政程序簡化，有助於政府績效的提昇，Osborne 和 Gaebler 的政府再造亦主張規則導向是落伍的觀念，在 Gore 主持的「國家績效評估」中，亦以革除官樣文章（red tape）為努力的目標（cf. Gore, 1993:

14-41)。

第四，公共選擇理論欲減少政府的浪費，重視公共行政的經濟化與樽節用度，此與政府再造中將焦點置於投資而非擴張理念一致，同時，此種觀念亦可見諸於，「國家績效評估」中對於削減政府支出所做的努力（cf. Gore, 1993: 14-20）。

第五，公共選擇理論對於公部門的擴張、行政裁量、以及公共組織的目的，給予嚴格的法律限制。而政府再造則是具體地導入市場競爭的機制，如民營化、契約外包的措施，縮減政府的規模。在 Gore 的「國家績效評估」中，亦可得見實際的行動策略（cf. Gore, 1993: 60-64）。

雖然，新公共管理與傳統公共管理在內涵方面有所不同，並且二者對於政府的觀念存在著差異，然而本文卻認為二者本著管理主義的基調，實具有相同的哲學觀。而且，更重要的是，新公共管理之市場取向的論述，只是將傳統公共管理當中醞釀已久之管理主義必然蘊含的去政治化和去國家化之思維傾向，發揮得更為淋漓盡致而已。是以，以下將先就管理主義的特質，進行歸納分析，藉以彰顯傳統公共管理和新公共管理在本質上的一致性。隨後，針對管理主義的哲學觀，進行深入的反思。

貳、公共行政之管理主義的特質

從傳統公共管理到新公共管理，其中貫穿著邏輯一致的管理主義思維，本質未曾產生變化。亦即，從管理主義的特質觀察二者，新公共管理並非某些論者所稱之公共行政的新典範（new paradigm），其乃是傳統公共管理的延展而已。本節將歸納出貫穿傳統公共管理和新公共管理之管理主義的特質，除彰顯二者在本質上的一致性之外，更藉以做為反思管理主義的基礎。以下分從數個面向析述公共行政之管理主義的特質，計有：政治與行政分離論、公共行政即公共組織的管理、工具主義（instrumentalism）的思維傾向、非人化與原子論的個人主義（atomistic individualism）之人性觀。

一、政治與行政分離論

公共行政之管理主義的發展，歸根究底即以政治與行政分離論為原點，是以此處對於此項特質將做較大篇幅的析述。

就政治與行政分離論的內涵觀之，本文認為，傳統的公共管理雖然在進步主義之大有為政府的氛圍中形成與發展，但是其所抱持的管理主義乃以公共事務運作的良窳唯賴管理原則和技術的優劣為基調，欲將政治與行政一切為二，此種去政治化的身影，不難在新公共管理欲採取市場機制替代國家機關的思維中發現。職此之故，新公共管理追求小而美政府甚至造成空洞國家的

現象，實與傳統的公共管理脈絡一貫。傳統公共管理中政治與行政分離論之觀點的起源和主張，一般認為當以 Wilson 的〈行政的研究〉（reprinted in 1992: 11-24）一文中所揭示的觀點為代表。以下茲就〈行政的研究〉一文中的重要主張，呈現政治與行政分離論的內涵。

第一，公共行政與政治本質上有所差異：Wilson 主張當時美國文官改革（Civil-Service Reform）^{註 5}的重點，應該置於將政治因素完全抽離行政的領域，他道：「文官改革很明確地屬於公職生涯的道德領域，其以公信力與超越黨派的特質，樹立了公務人員的尊嚴，此亦為公職服務師法企業開拓了一條大道。……易言之，行政並不在政治的範圍之內，行政的問題並非政治問題。雖然，政治為行政設定任務，但是行政官員不應受到『政治』把持」。Wilson 更進一步引述德國一位學者 Biuntschli 的觀點強調，政治是屬於政治家的範疇，而行政則是由技術官員負責處理的層次，因此，政治與行政之所以有著明顯的差異，其理甚明（Wilson, reprinted in 1992: 18）。

第二，公共行政是政策執行的工具：Wilson 以憲政和行政二者之差異為立論基礎，指出憲政原則是美國民主政治的根基，其

註 5：美國在十九世紀末，分贓制高度發展，使得文官體制受到政治干預的情形惡化到難以收拾的局面，終於在 1883 年制訂了「文官法」（又稱潘道頓法）（Civil Service Act 1883, Pendleton Act）。該法確立考試取材的文官體制，並且學習英國的制度成立了「文官委員會」（Civil Service Commission 1883）。此即當時文官改革的梗概。

為美國政府的運作擬定藍圖、設定目標，而行政只是實現憲政原則的工具（Wilson, reprinted in 1992: 18）。此處公共行政既被界定為是一種工具，其任務的內涵便不應是目標的設定。誠如 Wilson 所言：「公共行政的內容是鉅細靡遺地、系統分明地執行公法（public law）」。換言之，將一般性的法律（general law）適用於具體而微的個案之上，就是行政行為的內容。至於，政府活動的規劃（通常就是以法律的形式呈現）則不屬於行政的範圍，此類計畫的細部施行才是行政的任務。所以，憲法賦予公共行政的角色實為一種政府的工具，其功能在於掌理所謂的一般性法律（Wilson, reprinted in 1992: 19）。扼要言之，Wilson 眼中良好的行政行為就是：政治家所制定的政策乃以民意為依歸，因此公共行政忠誠地執行政府的政策，就是順應民意的表現，亦為良好行政行為的展現。職此之故，Wilson 強調，公共行政人員當然應該擁有並且也的確擁有自我意志，不過此種自我意志在從事公務行為時，僅能運用在達成任務的手段之選擇上（Wilson, reprinted in 1992: 19）。意即，在 Wilson 眼中，公共行政人員的積極性只能展現在思考如何有效地達成目標方面，然而在政治價值或是任務目標方面，他（她）則完全無權置喙。

第三，公共行政人員對政治老闆效忠就是尊重民意的表現：Wilson 認為公共行政人員必須謹守一項原則，即：「對於民意必須具備高度的敏感性，此為一位訓練有素的公務人員所應展現之

良好的行為……」。然而，所謂對於民意必須具備高度的敏感性，乃是意指謹守分際、忠誠地執行政府的政策，因為這些政策乃是由對民意負責的政治家（statesmen）所制訂，是以，公共行政人員對政治老闆效忠就是尊重民意的表現。Wilson 進一步補充，公務人員所受的訓練是用以執行政策，但不見得可以密切地與民意結合，因此必須透過民選首長和議會作為橋樑，才能避免官僚主義（officialism）所形成的專斷或隔閡影響民眾的福祉（Wilson, reprinted in 1992: 21-22）。

從 Wilson 所提倡之政治與行政分離論的主張，正可呈現在管理主義思維之下的公共行政，乃是以師法企業管理、效率等價值為核心，而此種觀點即使到了新公共管理階段仍然未曾改變。前曾述及，新公共管理的支持者雖然指出新公共管理產生的背景之一，乃是對於政治控制行政的傳統模式有所不滿，並且認為政治與行政根本無法一分为二（cf. Peters, 1996: 15-16; Hughes, 1998: 39-40）。然而事實上，從新公共管理的諸多文獻觀之，其鮮少針對公共行政當中政治性質的課題，例如公共利益、社會公正、公共對話等，進行深入的論述；而在實務方面，也幾乎僅涉及管理技術的更張，並且這些管理技術多半取經於企業，此點可就以公共管理為題之教科書中的內容一窺其貌。即便談及政治，也似乎認為其乃是管理技術可以處理的範疇，或是從管理的角度看待政治，例如學者 Mark H. Moore 建議公部門的經理人^{註6}應該採取某

註6：某些新公共管理的學者似乎為了徹底地師法企業，而將公共行政人員（public

些政治管理的技術，解決公共行政必須面對的政治議題(cf. Moore, 1995: 135-189)。前述在在顯示，新公共管理對於政治與行政分離論並未深刻地予以反省，只是針對 Wilson 所提倡的政治控制行政之模式，對於公共行政所造成的箝制表達不滿，而力主授能官僚、活化公共組織。由此觀之，新公共管理仍未脫離政治與行政分離論的基調，反而是政治與行政分離論更高層次的展現。其一方面提倡新的管理技術，似乎認為公共行政的範圍僅止於此；另一方面則更進一步地嘗試將政治徹底地摒除於公共行政之外，而大力針砭政治控制行政的缺失。

其次，新公共管理秉持管理主義的基調，將成本效能以及對顧客的回應性視為公共行政的價值（見表 2 所示），或可將前述二者總稱為績效。實際上，不論新公共管理以何種名詞取代傳統的效率一詞，只要從其所根據的市場理論進行理解，便可發現新公共管理所追求的價值與傳統公共管理的效率並無本質上的差異。簡言之，新公共管理可謂為欲以市場機制實現傳統公共管理所未能達成的高度效率，此種思維實則承襲了 Wilson 提倡政治與行政分離論時，對於公共行政的期許。誠如 Christopher Hood 指出，新公共管理的訴求重點之一，就是促使公部門中更具競爭性，此包括了簽約委外以及公眾訴願程序，並且根據成本和績效

administrator) 改稱為公經理人 (public manager)，例如 Moore 在其專書《創造公共價值：政府中的策略管理》(Creating Public Value: Strategic Management in Government) (1995) 當中，自始至終以 public manager 行文，取代了傳統上慣用的 public administrator 一詞。

的指標設計競爭機制 (Hood, 1991: 4-5)。對於新公共管理的倡導者而言，市場競爭的機制可以為公部門帶來更高的效率，政治的因素毋寧是阻礙市場機制進行資源分配的絆腳石，依此邏輯勢必將之剷除始能竟功。於是其後續的發展為，越來越多的公共服務透過簽約委外、民營化、解除管制等途徑，從公部門手中轉移至私部門，最後造成國家空洞化的現象 (cf. Massey, 1993; 許立一等譯, 2001 : 113-151)。由此可見，新公共管理徹底地展現了管理主義當中政治與行政分離論的理念。

二、公共行政即公共組織的管理

在前述行政與政治分離論的主張之下，公共行政只需專注於公共組織的管理，無須考慮其與政治的關係，因為它只是個接受政治老闆命令的角色。就 Wilson 的看法，公共行政人員不需也不應碰觸政策的規劃；行政與其他部門 (立法與司法) 的互動，則屬民選或政務首長的權責，更非公共行政所能置喙者。所以，公共行政其實就只需如同企業管理一般，著重於公共組織內部管理技術的精進，俾以有效率地完成上級所交付的任務。傳統的公共管理形成之初，強調結構性的管理原則之設計，而採取非人化的觀點；後經行為主義的洗禮，開始重視管理技術必須根據成員的行為反應進行設計；在新公共管理的階段，則是針對傳統管理技術的不足進行更張。然而，不論其內涵如何演變，始終未脫管理主義的基調，公共行政就是公共組織的管理。

三、工具主義的思維傾向

根據政治與行政分離論的基調，管理主義蘊含著工具主義的思維傾向。所謂工具主義意指，僅著重於達成目標之手段的思考，對於目標本身未做反省，此同時也意味著，將價值的課題排除在外。亦即，政策是否能夠實現社會公義？其是否為公共利益的體現？以及政策能否謀求社會長遠的利益？實非公共行政所應或所能考量的範疇。

根據 Wilson 的主張，傳統公共管理之下的公共行政只是政策的忠誠執行者，在治理的過程中，它只是實現政治價值的工具而已。因此，尋求有效率的手段乃是其核心任務，此便展現了管理主義所蘊含的工具主義之特質。新公共管理則是提出更為精緻化的論述，將效率轉換成為以顧客導向或成果導向為基礎的績效。所謂顧客導向，意指公共組織運作時所遵循的目標，乃是依據其所需回應的對象(即顧客)之偏好而定(cf. Rosenbloom et al., 2002: 22)。至於如何判斷政府是否已經滿足顧客的需求？新公共管理的論者便提倡成果導向的觀念，強調績效指標的建立與績效衡量的方法，換言之，新公共管理更強調產出的控制，著重結果更甚於過程(Hood, 1991: 4-5; Rosenbloom et al., 2002: 21)。所以，一方面，顧客導向的觀念致使新公共管理只重視顧客的偏好為何，而不論顧客的偏好究竟是否符合公義；另一方面，成果導向則使得新公共管理致力於尋找績效指標，而不思結果對於社會長遠的

影響。綜上所述，新公共管理與傳統的公共管理如出一轍，高度地展現了管理主義當中的工具主義之思維傾向。

四、非人化與原子論的人性觀

綜觀傳統公共管理與新公共管理的論述，可以發現管理主義對於個人所抱持的觀點可以細分為二種：一為非人化，一為原子論的個人主義，茲分別說明如下。

第一，非人化：所謂非人化的觀點，即 Weber 所認為之官僚體制的特質之一，此一概念將組織內部每一個人員均視為如同機器中的一顆螺絲釘，不需外力控制便可自動發揮功能，因為唯有如此，官僚體制內部的一切「非理性」（irrational）的因素，例如個人的情緒，才不致對組織的績效造成干擾。Weber 的觀點恰與曾經盛極一時的科學管理運動（scientific management movement），以及行政管理學派的主張不謀而合，此構成了傳統公共管理早期的論述內涵（cf. Rosenbloom et al., 2002: 17-18）。簡言之，在非人化的觀點之特徵為，個體幾乎淹沒於組織總體的視野當中，而個體在組織之中所能發揮的變革和影響作用，幾乎完全未受重視。

第二，原子論的個人主義：經過行為主義修正後的傳統公共管理，以及市場取向的新公共管理，皆將人在社會世界中的地位視為如同原子一般全然獨立，特別是組織行為的探討當中，例如激勵理論中的過程理論，或是領導理論中的行為學派和權變途

徑，似乎都假定了組織成員的行為，單純地只是接受刺激而產生的反應，並不認為組織成員的自我意識與他人之間存在著交互作用，新公共管理基於市場理論的人性自利之假定亦然如此。簡言之，原子論的個人主義將個人界定為，不具我群（We-relation）意識⁷，可以依循自由意志毫不受限地自由進出社會結構（cf. Harmon, 1981: 40-42），此使得在此觀念之下的公共行政論述，幾乎不必考慮個體對於整體社會的道德責任。抑有進者，此種原子論的個人主義，通常又被認為是根據理性自利的動機而行為，因此，不論是傳統公共管理抑或是新公共管理的論述當中，組織與個人以及人際之間的互動，通常只是被視為純粹的利益交換而已。

參、反 思

本節將就上述管理主義的特質，提出批判性的反思，指出公共行政若僅止於管理主義的格局，將使得公共行政的公共意涵遭到刻意的漠視，而無助於全方位地思考公共事務的處理，導致諸多困境。

一、政治與行政分離論的謬誤

註7：所謂我群意識乃是哲學家Alfred Schutz所提出的概念，意指個人在社會互動過程中會與他人形成一種休戚與共的意識，此亦即中國人所謂之大我的觀念。

管理主義的思考模式將政治與行政一切為二，即便公共管理在管理之前冠以「公共」二字，亦難以避免導致公共行政陷入缺乏公共意涵的窘境。因為，如果公共行政不具政治性質，那麼公共管理何以名之為「公共」管理？如果不具公共性，那麼從事公共管理的組織及其人員何以擁有分配的正當性？換言之，公共行政所處理的事務涉及公眾權益，其往往不能分割、不能獨享，因此非經政治的途徑不能解決，同時公共行政人員被賦予法定的特權，以干預、強制的手段積極參與了治理的過程，干預和強制作為的目的並非為私，此乃公共行政之所以名為「公共」行政的原因，此亦呈現公共行政先天蘊含的政治本質。

在管理主義之下，傳統的公共管理僅僅著眼於追求公共行政人員的政治中立，諸如 Wilson 試圖剷除政黨分贓對於公共行政的戕害，雖然立意良善，卻也導致在此觀點之下的行政論述，不願深入思考政治對於公共行政還有更為深層的意義，本文認為，此種素樸的 (naive) 政治與行政分離論，值得深入反思。但是，此一強調公共行政的政治本質，並不意味著公共行政應該重蹈政黨分贓的覆轍。反之，強調公共行政的政治本質，乃是主張公共行政應該扮演一個關懷社會公正，與促成公共利益之實現等政治議題的積極角色 (cf. Jun, 1986: 18-19)。其次，新公共管理雖然主張政治與行政難以分割，卻是以擺脫政治控制為訴求重點，試圖將公共行政的政治性質一概轉化為管理的內涵，表面上反對政治與行政分離論，但實質上將政治與行政分離論發展至更為極端的

境界，從去政治化邁向去國家化。職此，論者或將新公共管理評為與傳統公共管理如出一轍，認為新公共管理其實為新瓶裝舊酒（ cf. Green & Hubbell, 1996: 42 ）。

綜合而言，傳統公共管理冀望公共行政消極地擺脫黨派色彩，或是新公共管理嘗試積極地排除政治干擾，並不能真正地解決治理過程中所存在的問題。舉例言之，面對民眾對於政治系統效能感的低落、選民覺得政府不能回應其需求、以及黨派鬥爭導致政策總是難以長遠的眼光進行規劃、以及公共行政淪為實現政客選舉利益的工具等困境，公共行政如不能正視本身所具備的政治本質並積極地面對，則根本只能治標而無法治本。關於此點，學者 Gary L. Wamsley 等人便指出，當今公共行政為人所詬病之績效不彰的問題，主要來自於政治系統結構上的設計使然，並非源於公共行政本身的能力不足，例如三權分立的憲政體制導致總統與國會的隔閡與衝突，進而導致法案審議曠日廢時(Wamsley et al., 1990: 32)。前述結構上的困境，總是使公共行政成為績效不彰或回應性不足的代罪羔羊，舉例言之，當行政、立法或司法三者運作上產生衝突和摩擦，進而導致政府遭遇阻力致使施政品質不佳時，公共行政總是首當其衝地被指為罪魁禍首，而政客通常以貶責官僚(bureaucracy bashing)的方式，轉移焦點為己卸責；或是，在政治與行政分離論的原則之下，當立法機關所制定的公共政策並非純然基於公共利益的考量時，公共行政根本無能發揮

矯正的作用。

基於上述的困境，本文茲引介 Wamsley 等人 (Wamsley et al., 1990) 和 John A. Rohr (1990) 所提出之觀點，指出公共行政不但無法與政治一分為二，反而在某些時候或某種程度上必須積極地介入政治：

第一，公共行政參與治理的地位，事實上已經在憲法當中確立。公共行政乃是除了行政 (總統)、立法 (國會)、與司法 (法院) 三權之外的另一個與前述三者並立的制度，當前述三者發生衝突時，公共行政其實可以做為折衝與協調的機制，因而 Wamsley 等人將公共行政稱為「非戰區域」 (free-fire zone) (cf. Wamsley et al., 1990: 45)。亦即，在此觀點之下，公共行政介於三者的紛爭之間，雖然立場超然但卻非政治中立，因為它被期望的角色乃是必須憑藉專業積極地居中斡旋，尋求衝突的化解之道。基此觀點，公共行政當然無法自外於政治；

第二，當政客純然地以選舉利益思考政策制定時，公共行政人員應該基於專業知識而更重要的是基於道德勇氣，向擁有權力者說真話，此被 Wamsley 等人視為公共行政人員專業主義的展現 (cf. Wamsley et al., 1990: 42-43)。前述觀點指出了，當政客欲巧立名目以欺瞞詐騙之手段，圖一己之私而戕害公共利益或社會長遠的福祉時，公共行政介入政治的必要性。此並進一步賦予了公共行政介入政治的道德性質；

第三，一般認為，唯有透過選舉所產生的公職人員才具備正

當性 (legitimacy) ，例如傳統的公共管理便是主張，只有民選的官員或政務官才有權提出政策方案，倡議某些政治議題。然而，此種看法其實忽視了公共官僚體制本身，可能比國會更接近社會縮影的概念 (Rohr, 1990: 76) 。換言之，公共官僚體制所具備的代表性並不比民選的公職人員低，甚至有過之而不及，因為公共行政人員來自社會各階層，其組成的成分比民選的公職人員更為貼近社會的各個階層。同時，由於諸如美國聯邦政府的「公平就業機會法」 (The Equal Employment Opportunity Act, 1972) 和「就業保障法」 (The Affirmative Action, 1979) 的存在，使得社會中的弱勢族群得以避免受到歧視，公平地進入公部門服務，促使論者所謂之「代表性的官僚體制」 (representative bureaucracy) ，在治理過程中能夠發揮一定程度的表意 (expression) 的作用 (cf. Rosenbloom et al., 2002: 31; Goodsell, 1990: 109) 。職此之故，公共行政積極參與政策規劃，乃有其正當性的基礎，此更彰顯政治與行政分離論的謬誤。

歸納上述觀點，公共行政之管理主義未能深思政治對於公共行政的深層意義，盲目地將政治與行政分離論奉為主臬，卻忽視了公共行政其實具有政治的本質，而此一政治的本質應該體現於如下的幾個面向：

第一，公共行政在治理過程中的地位由憲法所確立，抑有進者，公共行政在政治衝突的過程中，可以扮演折衝與協調者的角色，尤其在政局動盪的時刻更可以發揮安

定社會的功能；

第二，公共行政人員本於專業知識與道德勇氣，捍衛公共利益，對政策議題提出建言，他（她）們不只是為政治老闆效命的工具而已；

第三，公共官僚體制具備代表性，在政治過程中其表意的功能不容忽視，而表意的功能正是政治回應性（political responsiveness）之展現。同時，公共行政對於社會公正與公共利益等政治議題的關懷與倡導具有其正當性；

二、公共行政即公共組織之管理的狹隘

本文並不反對，有助於促進人民福祉的公共管理技術之更張，此當然是公共行政應該努力的方向，但是，對於管理主義蘊含之公、私部門可以等同視之的立場，卻難以認同。抑有進者，管理主義相信公共組織與私人企業在本質上無異，並且一味地迷信企業管理的技術可以全盤適用於公共組織，其實則未能洞悉公共行政的範圍並非僅僅侷限於公共組織的管理而已，其最主要的活動乃是參與治理。

關於治理的意涵，本文認為黑堡宣言（Blacksburg Manifesto）⁸的界定，頗能展現其真確的意涵，以下茲引介說明之。黑堡宣

註8：一九八〇年代初期，美國維吉尼亞多元理工學院暨州立大學（Virginia Polytechnic Institute and State University）的學者Gary L. Wamsley、Charles T. Goodsell、John A. Rohr、Orion F. White、James F. Wolf以及Camilla M. Stivers，有感於一九七〇年代提出之新公共行政（The New Public Administration）的主張，並未能在實務上發揮作用，又鑑於當時一股貶責官僚（bureaucracy bashing）之風盛行。是以，他（她）們聯合撰寫了一篇名為〈公共行政與治理過程：轉變政治對話〉（Public Administration and the

言指陳，所謂的治理意謂「國家以社會整體為名義所施行的獎酬和懲罰」，而且此種治理的作為乃是處於政治的系絡之中（Wamsley et al., 1990: 36）。申言之，治理一詞即承認公共行政必然無法脫離政治，如「以社會整體為名義」；其同時也強調了公共行政不能缺乏管理的措施，如「獎酬和懲罰」的作為。亦即，治理一詞含括了公共行政當中政治與行政的雙重面向。因此，治理的概念使得公共行政在以下的兩個方面，呈現出與企業管理在本質上的差異：第一，治理的概念意味著，公共行政的作為所影響之範圍涉及全體民眾，但是企業的行動往往只影響特定人。舉例而言，當企業的決策失誤時，最差的結果是公司倒閉，波及的範圍只有股東和員工，或者還包括特定的消費者；但是，當公共政策失敗時，必需付出代價的卻是全體國民⁹，此即公共行政之所以無法脫離「公共」（cf. Frederickson, 1997: 20-30, 41-47）意涵的原因；第二，就個體的角度而言，以「社會整體的名義施以獎酬和懲罰」也意味著公共行政人員握有特權，其作用的結果就是人民權益的增加或者減損。是以，此種權力除了必須受到法律的節制——課責（accountability）之外，更重要地，還需要公共

Governance Process: Shifting the Political Dialogue) 的文章，在一九八三年首度公開發表。因為維吉尼亞州立大學的所在地名為黑堡，故該文亦被學者簡稱為黑堡宣言（Blacksburg Manifesto）。黑堡宣言認為重建公共行政在治理過程中的正當性，乃是化解行政學術與實務危機的核心。關於該宣言的內容，可參考許立一所著之《公共行政的黑堡觀點及其認識論之研究》，政治大學公共行政系博士論文，2001。

註9：至少，從預算來自於納稅人荷包的角度，其影響的層面當然為全體人民。

行政人員重視道德內省與自律——個人責任 (personal responsibility) (cf. Harmon, 1981: 121-122; 林鍾沂, 1994 : 198-204) , 才不致讓人民因為權力的濫用而蒙受傷害, 此與企業當中的員工所負的成敗責任, 在性質上根本完全不同。

另一方面, 公共行政運作於政治的系絡之中, 此與企業在市場當中經營的情況極為不同。市場所強調的是降低生產成本所帶來的競爭優勢, 但是政治所需要的卻是一種促使價值分配獲得廣泛認同的「藝術」。因而, 公共行政所需要的不僅是公共組織的管理技術, 其更需要的是具備承受民選首長與政務官員、立法人員、法院、利益團體、媒體等衝擊力量的抗壓性, 進而妥善地將各方的訴求圓融地達成一種均衡狀態的能耐 (capacity) 。職此之故, 管理主義汲汲於向企業管理取經, 無異於削足適履 (cf. Wamsley et al., 1990: 36) , 而將公共行政等同於公共組織的管理, 未免自限格局、視野狹隘。

三、工具主義之思維傾向的匱乏

誠如前述, 在管理主義的論述當中, 蘊含著公共行政的本分僅限於尋求實現政策目標的最佳手段, 同時也認為此即公共行政呼應民意的展現, 傳統公共管理以效率為價值, 新公共管理則以顧客導向和成果導向的績效為價值, 皆屬工具主義的思維。深究管理主義之工具主義的思維傾向, 其中隱含著一種邏輯: 公共行政只要致力於最佳手段的追求, 就是實踐民主政治的最大助力。

誠如 Simon 所言：「所謂的行政理論，就是關注於組織應該如何建構與運作，以便有效率地完成其工作」，進而他又補充：「行政的根本原則就是理性，而所謂的理性就是，在各種備選方案中選擇最能夠達成目的者，以及在各種結果相同的備選方案中選擇成本最低者」，言下之意其實就是效率（Simon, 1997: 45）。但是，此種只重手段卻對於實質理性——目標價值缺乏反省的邏輯，亦可造就如同二次大戰期間的德國納粹主義，效率極高的公共官僚成為屠殺猶太人的劊子手此種結果。所以，公共行政人員不應僅具工具性的思維能力，否則不但可能無助於民主自由的實踐，反而會成為戕害民主自由的助力。

Wamsley 等人對於公共行政人員的角色之看法，正可彰顯公共行政人員具備價值反思能力在治理過程中的重要性：「……應將公共行政人員視為受託人（trustee），以及具備正當性和重要性的社會治理過程之參與者。身為受託人，公共行政人員必須奮力掙脫日常政治壓力的羈絆，以及工具主義所產生之貶抑性的自我形象。公共行政人員必須致力於扮演具備批判意識的角色，即：以追求公共利益為職志、維繫民主的治理過程、恪遵法治以及有限政府的憲政傳統，……」（Wamsley et al., 1990: 48）。簡言之，公共行政人員，不僅是實現政策的工具，更應具備反省政策目標的能力。公共行政之所以異於企業管理，乃是由於公共行政乃以公共利益為終極目標，職此之故，公共行政不僅要追求

手段的效率性，更重要的是其必須關注政策目標的反思，諸如：公共政策與行政行為能否促成公共利益之實現？公共利益的內涵究竟為何？如何界定公共利益？等課題。

工具主義的思維之核心為效率的追求，其必然朝向不斷改良工具的方向發展，不過誠如法蘭克福學派（Frankfurt School）的學者 Herbert Marcuse 所言，過度強調科技的應用性，卻缺乏人文的反省能力，使得人們的生活美學為物化的（reified）科技文明所淹沒。從而，Marcuse 指出，科技為人類帶來的不止是物質文明的進步，同時亦形成單一向度的生活型態，此種生活型態排除其他生活型態的可能性，是一種新的控制形式，也是一種歷史性的災難（劉繼譯，1990）。前述反省的言下之意為：工具主義的邏輯強調追求工具的不斷精進，其最後可能演成迷失於工具的創新與發明之中，卻遺忘了創新與發明的目的為何。舉例言之，人類研究基因工程原本為了消除遺傳疾病，但是科學家揭開人類基因之謎後，開始希望能夠複製人以驗證基因工程技術的能耐，但是此一作法卻可能與其原初的目標漸行漸遠。意即，研究基因原本是為了消除疾病，現在目標卻變成了科學家希望展現基因科技本身的優異之處。

經由前述的反思可知，公共行政之管理主義過度強調工具導向的效率觀而缺乏人文價值的思維，使得各種政策方案僅以諸如成本效益分析（cost-benefit analysis）此類的方法加以評估，凡是無法通過成本效益分析之考驗的政策方案，往往在決策的過程中

受到排擠與擱置，而此所呈現的荒謬現象為：公共政策原是為了實現公共利益而制定，現在卻成了為滿足成本效益的考驗而制定。亦即，工具主義只追求手段的效率性，而不問其所欲達成之目標是否符合公共利益，此等工具主義的思維模式，侵蝕了公共行政原有的本質。

綜合言之，就理論視野的角度而論，工具主義的思維傾向使得公共行政以效率的追求成為首要之務，此導致公共行政自限於管理理論和技術的探討。此可由 Jay M. Shafritz 和 Albert C. Hyde (1992) 合編之《公共行政經典之作》(*Classics of Public Administration*) 一書，對於公共行政理論發展的編年史中，所收錄的代表性文獻窺其梗概。但是本文認為，公共行政的論述必須從更具深層的角度思考其所面對的課題，因為公共行政參與治理的正當性並非僅僅來自於效率或績效的提昇，更重要的是它必須確保政策作為符合民眾的期望，並且能夠為社會帶來長遠的利益 (Bailey, 1992: 40)。因此，對於任務目標的價值反省，應被視為是公共行政不可或缺的一環。工具主義排除了價值和規範性的論述，明顯地窄化了公共行政理論的豐富性以及題材的多元性。

四、非人化與原子論對於人性的扭曲

就 Michael Harmon 的分析指出，社會研究之中對於人性的觀點可以大致歸納為四種範疇 (Harmon, 1981: 40-42) (見圖 2)：

- (1) 被動—社會的自我 (passive-social self)，在邏輯上個體先於社會互動而存在，但與社會互動密切相關，行動完全受制於整體的價值規範，對整體片面地依賴；
- (2) 主動—社會的自我 (active-social self)，個體與整體並無邏輯先後次序之分，因為所調整體乃是個體與個體的關係網絡，所以個體與整體相互依賴。個體的行動必然指向他人而產生社會性的互動，是以整體的規範則由社會互動所形成，因此個體具有創造力同時亦受他人的影響；
- (3) 被動—原子論的自我 (passive-atomistic self)，在邏輯上個體先於並且無關於社會互動，但消極地適應環境，行為乃是受到刺激之後的反應；
- (4) 主動—原子論的自我 (active-atomistic)，在邏輯上個體先於並且無關於社會互動，但是卻能積極創造，相信人定勝天 (voluntarism)，其行為的動機是追求自利。以下茲根據 Harmon 的論述為基礎，反思公共行政之管理主義的人性觀點：

| 被動—社會的自我 | 主動—社會的自我 |
|--|---|
| 與整體的關係：個體先於社會互動而存在，但與社會互動無法脫離關係。片面地依賴整體。 | 與整體的關係：個體與整體無邏輯上先後次序之分，個體之間的社會互動所形成的關係網絡就是整體。 |
| 行動：無創造力、受制於社會規範 | 行動：有創造力、具意向性而與他人有關 |

| 被動—原子論的自我 | 主動—原子論的自我 |
|------------------------------|------------------------------|
| 與整體的關係：個體先於社會互動而存在，但與社會互動無關。 | 與整體的關係：個體先於社會互動而存在，但與社會互動無關。 |
| 行動：無創造力、受到外界刺激而做出反應 | 行動：有創造力、相信人定勝天、追求自利為動機 |

資料來源：作者根據 Harmon, 1981: 40-42 之內容重新繪製。

圖 2 社會研究的四種人性觀

(一) 對於非人化的反思

在傳統的公共管理當中，行政管理學派或是系統理論，本質上皆有非人化的傾向。非人化的概念在行政論述當中的意義即：將組織的目標凌駕於個體的需求之上 (Harmon & Mayer, 1986: 158)，完全未就個人在組織中的地位以及個人的自主性進行探討。以 Harmon 的分析而言，非人化的觀念傾向於被動—社會的自我，在此觀點之下，人對於其所置身的環境，是以一種不具反省能力 (uncritical) 的逆來順受之方式予以回應 (Jun, 1986: 64)，行政人員猶如組織機器當中的附件一般 (Rosenbloom et al., 2002: 18)。此一邏輯進一步地延伸至公共組織，其乃為受制於外在環境的系統，只能適應而缺乏創造能力，使得公共行政傾向於命定論 (determinism)。而就治理的層次而言，則可能導致宰制的結果。因為此種人性觀點，排除了個體參與形塑社會規範與制度的可能性，是以，規範與制度不但被物化成為獨立於人類行動之外的客體，更進一步地，它可能淪為只是少數握有權力者的統治工

具，終究導致規範與制度和人的關係處於異化（alienation）的狀態。

（二）對於原子論的反思

傳統公共管理當中的行為學派以及市場取向的新公共管理，採取原子論的人性觀，依照 Harmon 的觀察，此一觀點之下的行政論述，人對於外界環境的回應方式之特徵有二：第一，持主動的原子論立場者，創造的動力來自於追求自利的動機，因此，提升績效的唯一良方，就是提供經濟或物質的誘因；第二，被動的原子論之觀點，則是認為人只是消極地因應外界的衝擊，既無意願創新亦無能力創新。進而，不論是主動或被動的原子論，皆視個體與社會互動無關，總體只是個體的加總（Harmon, 1981: 40-42）。所以，公共行政的管理主義呈現了如后的特質：公共行政人員之間、公共行政人員與公共組織之間、公共組織之間、公共組織與民眾之間、以及公共行政人員與民眾之間，並無交互關連的社會連帶觀念即所謂的社群意識。抑有進者，上述的關係可以是交易關係或是權力關係，但不會是倫理關係或是道德關係。尤有甚者，市場取向的新公共管理，雖然標榜將企業家的精神引進公部門，鼓勵公共行政人員成為公共企業家（cf. Schneider, Teske, & Mintrom, 1995: 1-16; Roberts & King, 1996: 10-18），卻未能反思其所抱持的原子論之自利人性觀點，僅能造就具有創意卻汲汲於自我利益的技術官僚（technocrat）。職此之故，公共行政似乎成為無關倫理道德的利益交換和權力鬥爭過

程，此使得公共行政當中的社群意識和道德關懷喪失殆盡，即便有合作的關係也只有暫時性的利益結盟。

前述凸顯了公共行政之管理主義對於人性的扭曲，以下本文提出三點不同於前者的論述：

第一，事實上，民眾與公共行政人員皆為具有自我意識的主體，他（她）們的行動通常展現出自主性與創造性。因此，公共行政人員並非只是如同機器的附件，民眾的行動亦非只是接受刺激之後的反應而已，他（她）們有能力做出前瞻性的政策規劃與公共政策。

第二，學者 Charles T. Goodsell 曾指出，官僚雖然具有自利的傾向，但是他（她）們卻未必如同企業當中的經理人，只依據自利的動機從事行政行為。實際上，公共行政應該是社會的良知之所在，其對於社會中弱勢者的疾苦以及未能受到正視的問題，具有敏銳的洞察能力（Goodsell, 1990: 111）。此外，Camilla M. Stivers 亦曾提及，人性或許在某種程度上具有自利的傾向，但是公民能夠在社會學習的過程中學習與發展，成為明智並具有包容心的人，此種觀點應可以提供行政實踐一個的良好架構（Stivers, 1990: 265）。上述二者的觀點皆指出，自利的動機只是人們行動的原因之一，公共行政的論述如果僅僅著眼於此一層面，而未能顧及人性中其它的美德——例如悲天憫人、扶弱濟貧等，則無疑地無法完整理解人性的本質甚至造成扭曲，進而導致人們以殘缺不全的視野從事公共行政的理論建構與實務應用，公共行政之管理主義顯然陷入了此種以偏蓋全的窘境而未能自省。總言之，本文認為，修正了人性以自利為唯一動機的假定，將有助於澄清公共行政參與治理的作為並非純粹只是利益的交換，而能夠顧及其中道德關懷的本

質，而且公共行政的論述亦應該彰顯此一特質，避免自限於狹隘的格局。

第三，最後，根據 Harmon 的分析，在主動—社會的自我之觀念下，所謂整體是一種社會關係網絡，其乃是由個體之間的社會互動所形成。基此觀點，個體的行動必然不能擺脫結構或制度，但是結構或制度又是個體互動之後的社會性創造（cf. Wamsley, 1990: 20-21）。所以，公共決策與公共利益的界定，可以理解為社會互動之後的產物，其所形成的制度與規範因而有別於非人化與原子論的觀點，不再是一種與人們處於異化關係的教條，更不至於淪為掌握權力者宰制的工具。易言之，制度與規範乃是人們涉身其中的社會性建構（social construct），因此制度與規範呈現了彼此休戚與共的連帶關係，在此觀點之下將能夠彰顯淹沒於管理主義當中之公共行政的公共性。

肆、結 語

本文針對時下在公共行政領域當中居於主流的管理主義進行反思，提出不同的論述觀點。首先，從歷史的角度，闡述了公共行政之管理主義的發展，指出儘管歷經不同階段的變化，管理主義的內涵或有更迭，但其本質始終未變。其次，析論管理主義的特質，進而指出其中的侷限性。本文並不反對公共組織之管理技術的變革與創新，反而認為其乃提昇公共服務品質不可或缺的一環，但作者欲強調的是，管理只是公共行政眾多的面向之一，

卻經常被認為是公共行政的唯一途徑，此即本文所謂的管理主義之思維，此種觀點窄化了公共行政在治理當中的地位和功能。一九九〇年代美國引領風騷的政府再造運動便是明顯的例證，其不免啟人疑竇：以提昇績效為名的一連串政府管理技術之改革措施，究竟是為了公共利益還是為了解決政府的財政窘境？誠如二〇〇一年諾貝爾經濟學獎得主 Joseph E. Stiglitz 指出，美國政府再造運動所抱持的全方位民營化理念，實有重新檢討和反省的必要性。他譴責該理念是一種「偽善」，認為九一一恐怖份子攻擊事件凸顯出美國應重新檢視其政府的角色，因為將機場安全如此重要的工作予以民營化絕非明智之舉（工商時報，2001/10/12）。易言之，公共行政之管理主義的極致表現——去國家化或空洞國家，或許在某種程度上可以提昇效率，卻也同時喪失了公共行政可以帶來的更多福祉，此為作者為文對之進行反思的意義所在。

參考書目

工商時報網頁

2001/10/12 「史蒂格利茲砲轟布希減稅政策」，網址：
<http://ec.chinatimes.com.tw/scripts/chinatimes/iscstext.exe?DB=ChinaTimes&Function=ListDoc&From=4&Single=1>

吳瓊恩

1992，《行政學的範圍與方法》，台北：五南圖書。

林鍾沂

2001，行政學，台北：三民。

1994，《政策分析的理論與實踐》，台北：瑞興圖書。

施能傑

1999，「政府的績效管理改革」，公共管理論文精選I，收錄於R. T. Glembiewski、孫本初與江岷欽主編，頁107-127，台北：元照。

孫本初

1999，「前言」，公共管理論文精選I，收錄於R. T. Glembiewski、孫本初與江岷欽主編，頁3-32，台北：元照。

許立一

2001，公共行政的黑堡觀點及其認識論之研究，國立政治大學公共行政系博士論文。

許立一、許立倫、夏道維、辜柏宏譯(S. Crook, J. Pakulski與M. Waters
原著)

2001, *鉅觀變局*, 台北: 地景。

劉繼譯 H. Marcuse 著

1990, 《單向度的人：發達工業社會意識型態研究》，台北：
桂冠圖書。

盧嵐蘭譯 (A. Schutz 原著)

1991, *社會世界的現象學*, 台北: 桂冠。

Appleby, P. H.

1949, *Big Democracy*. New York: Knopf.

Bailey, M. T.

1992, "Beyond Rationality: Decisionmaking in A Interconnected World," in
M. T. Bailey and R. T. Mayer (eds.), *Public Management in an
Interconnected World*, pp. 33- 52. New York: Greenwood Press.

Clegg, S. R.

1990, *Modern Organizations: Organization Studies in the Postmodern world*.
Newbury Park, CA: Sage Publications Inc.

Denhardt, R. B., & Denhardt, J. V.

2000, The New Public Service: Serving rather than Steering. *Public
Administration Review*, Vol. 60, No. 6, 549- 559.

Dunleavy, P.

1991, *Democracy, Bureaucracy and Public Choice: Economic Explanations
in Political Science*. New York: Harvester Wheatsheaf.

Dunleavy, P. and B. O' Leary

1987, *Theories of the State: The Politics of Liberal Democracy*. New York:
Macmillan.

Frederickson, H. G.

1990, "Public Administration and Social Equity, " *Public Administration*

Review, 50(2):228-237.

1997, *The Spirit of Public Administration*. San Francisco: Jossey-Bass.

Goodsell, C. T.

1990, "Public Administration and the Public Interest," in G. L. Wamsley, R. N. Bacher, C. T. Goodsell, P. S. Kronenberg, J. A. Rohr, C. M. Stivers, O. F. White and J. F. Wolf (co-authored), *Refounding Public Administration*, pp.96-113. Newbury Park, CA: Sage.

Gore, A.

1993, *Report of the National Performance Review: Creating A Government that Works Better & Costs Less*. Washington, D. C: The White House.

Green, R. T. and L. Hubbell

1996, "On Governance and Reinventing Government," in G. L. Wamsley and J. F. Wolf (eds.), *Refounding Democratic Public Administration: Modern Paradoxes, Postmodern Challenges*, pp.38-67. Thousand Oaks, CA: Sage.

Harmon, M. M.

1981, *Action Theory for Public Administration*. New York: Longman.

Hood, C.

1991, "A Public Management for All Seasons?" *Public Administration*, 69(1): 3-19.

Hughes, O. E.

1998, *Public Management and Administration* (2nd ed.). New York: St. Martin's Press.

Ingraham, P. W. and B. S. Romzek

1994, "Issues Raised by Current Reform Efforts," in J. L. Perry (ed.), *New Paradigms for Government: Issues for the Changing Public Service*, pp.1-14. San Francisco: Jossey-Bass.

Jun, J. S.

1986, *Public Administration: Design and Problem Solving*. New York, N.

Y. :Publishing Company.

Kettl, D. F.

1994, "Managing on the Frontiers of Knowledge: the Learning Organization," in P. W. Ingraham et al. (eds.), *New Paradigms for Government: Issues for the Changing Public Service*, pp.19-40. San Francisco: Jossey-Bass.

Massey, A.

1993, *Managing the Public Sector*. Aldershot, UK: Edward Elgar.

McSwite, O. C.

1997, *Legitimacy in Public Administration: A Discourse Analysis*. Thousand Oaks, C. A. : Sage Publications, Inc..

Moore, M. H.

1995, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Osborne, D. and T. Gaebler

1992 , *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Wesley.

Ostrom, V.

1974, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*. Tuscaloosa, AL: The University of Alabama Press.

Peters, B. G.

1996, "Models of Governance for the 1990s," in D. F. Kettl and H. B. Milward (eds.), *The State of Public Management*, pp. 15-44. Baltimore, ML: The Johns Hopkins University Press.

Roberts, N. C. and P. J King

1996, *Transforming Public Policy: Dynamics of Entrepreneurship and Innovation*. San Francisco: Jossey- Bass.

Rohr, J. A.

1990, The Constitutional Case for public Administration. In Gary L.Wamsley et al. (Co-authored), *Refounding Public Administration* (52-95). Newbury Park, C. A.: Sage.

Rosenbloom, D. H., R. S. Kravchuk and D. G. Rosenbloom

2002, *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector* (5th ed.). New York: McGraw-Hill.

Savas, E. S.

1982, *Privatizing the Public Sector*. Chatham, NJ: Chatham House.

Schneider, M., P. Teske and M. Mintrom

1995, *Public Entrepreneurs: Agents for Change in American Government*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Shafritz J. M., & Hyde A. C. (Eds.).

1992, *Classics of Public Administration* (3rd Ed.). Pacific Grove, CA: Book/Cole Publishing Company.

Simon, H. A.

1997, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Process in Administrative Organization* (4th Ed.). New York, N. Y.: The Free Press.

Stillman, R. J.,II.

1995, "The Refounding Movement in American Public Administration: From 'Rabid' Anti-Statism to 'Mere' Anti-Statism in the 1990s," *Administrative Theory & Praxis*, 17(1): 29-45.

Stivers, C. M.

1990, "Active Citizenship and Public Administration," in G L. Wamsley et al. (co-authored), *Refounding Public Administration*, pp.246-273. Newbury Park, CA: Sage.

Wamsley, G. L.

1990, "Introduction", in G. L. Wamsley et al.(co-authored), *Refounding*

Public Administration, pp. 19-29. Newbury Park, CA: Sage.

Wamsley, G. L., R. N. Bacher, C. T. Goodsell, P. S. Kronenberg, J. A. Rohr, C. M. Stivers, O. F. White and J. F. Wolf

1990, "Public Administration and the Governance Process: Shifting the Political Dialogue," in G. L. Wamsley et al.(co-authored), *Refounding Public Administration*, pp.31-51. Newbury Park, CA: Sage.

Wamsley, G. L. and J. F. Wolf

1996, "Introduction: Can A High-Modern Project Find Happiness in A Postmodern Era?" in G. L. Wamsley and J. F. Wolf (eds.), *Refounding Democratic Public Administration: Modern Paradoxes, Postmodern Challenges*, pp.1-37. Thousand Oaks, CA: Sage.

Weber, M.

1992, "Bureaucracy," Reprinted in J. M. Shafritz and A. C. Hyde (eds.), *Classic of Public Administration* (3rd ed.), pp.248-268. Pacific Grove, CA: Book/Cole.

Wilson, W.

1992, "The Study of Administration," Reprinted in J. M. Shafritz and A. C. Hyde (eds.), *Classics of Public Administration* (3rd ed.), pp.11-24. Pacific Grove, CA: Book/Cole.

Reflections of the Managerialism of Public Administration

Li-Yi Hsu*

Abstract

The managerialism of public administration is a belief understanding public administration only by managerial approach, focusing on innovations of managerial skill in public organization, and thinking public administration is equivalent to management in private sector. It concerns philosophy of managerialism in this article. The author, therefore, tends to criticize the managerialism in four aspects: the dichotomy of politics and administration, public administration as management of public organization, the mindset of instrumentalism, and impersonality and atomistic human nature. The author points out that the managerialism of public administration can not completely describe the essences of public administration in governance, then managerialism may cause public administrator lost their capacity of value judgement, and it may erode the nature of moral concern of public administration.

* Ph.D. of Public Administration, National Chengchi University, Taipei, Taiwan, R. O. C.
Assistant Professor, Department of Administrative Management, Chung Hua University.

**Key Words: managerialism 、 The Traditional Public Management 、 The
New Public Management 、 the dichotomy of politics and
administration 、 instrumentalism 、 impersonalization 、
atomistic human nature**

金融證券化之法律規制

—資產金融證券化之投資者保護問題—

林麗香*

摘要

資本市場之機能不僅提供企業取得資金之場所，同時亦提供投資者之投資管道。而傳統上之交易商品主要為股票、公司債等，故有關之法律規制亦以此等商品為規範對象。不過一般而言，金融證券化包括企業金融與資產金融，前者乃以企業信用為基礎如前述之股票、公司債等，後者乃以企業債權、資產為基礎；而後者尤其近年隨著金融自由化、利率降低等因素，企業為改善資產負債結構，提高資金週轉率，資產金融之證券化愈加普遍。美國於1970年代以後發展迅速、種類繁多例如不動產、汽車、租賃、信用卡等債權之證券化；日本更制定特定資產流動化法以促進資產金融之證券化。

資產金融之證券化固使資本市場交易商品增多，能滿足投資者之投資選好。但對於新出現之各種證券化金融商品應如何規制或如何適用現存之有關法律規制，以達成投資者保護與經濟發展之目的，成為今日一重要課題。本研究計劃乃考察美國、日本等先進國家之資產金融證券化商品之種類與保護投資人之相關法律規制，並進而反省我國現行之法律制度，藉以提示修法或制定新法之方向，其內容應包括阻斷破產風險之證券化架構、擴大證交法上有價證券之範圍、公開制度之加強、與證券、金融業務兼營之防弊措施，如此才能有助於上述課題之解決。

* 淡江大學公共行政學系副教授。

關鍵詞：金融證券化、資產證券化、債權證券化、不動產證券化。

壹、前言

所謂「金融證券化」乃指自資本市場取得資金之手法或趨勢之現象¹。金融證券化可分為企業金融之證券化與資產金融之證券化。前者以企業信用為基礎例如股票、公司債等，後者以企業債權、資產為基礎例如住宅貸款債權、信用卡債權或不動產之證券化等。而資本市場上傳統之交易商品主要為股票或公司債等，故有關之法律規制亦以此等商品為規範對象。然隨著金融自由化，企業為降低保有債權之利率變動風險，改善資產負債結構，提高資金週轉率，資產金融之證券化愈加普遍。美國於 1970 年代以後發展迅速、種類繁多例如不動產、汽車、租賃、信用卡等債權之證券化；日本早於 1931 年依抵押證券法之制定而發行不動產抵押證券，近年更制定資產流動化法以促進資產金融之證券化。

我國對於資產金融之證券化尚處萌芽階段，雖然過去曾有房地產業者將不動產分割並強調產權共有委託經營之方式出售與小額投資人，但由於主管機關無法有效規制，致造成許多糾紛。民國 87 年立法院通過「都市更新條例」而使不動產證券化於都市更新計畫中體現，而更隨著信託法與信託業法之公佈實施，利用信託架構使資產證券化亦可能實現。所以資產證券化之情況於我國將逐漸出現，

註 1：神田秀樹「金融の證券化と有價證券概念」商事法務N0.1187 頁 3、5。但另有上村達男學者強調市場性存在之必要，參見岩原紳作「證券化關連商品に関する諸外國のディスクロージャー制度と我國における在り方について」證券取引審議會基本問題研究會第一部會報告 頁 196~197。

但對於新出現之證券化金融商品應如何規制，才能達成投資人保護與經濟發展之目的，成為今日之重要課題。

金融證券化之目的如前述在於自資本市場取得資金，從而不論企業金融或資產金融為與資本市場之連結上必須予以「組織性架構」之加工，才能成為投資人投資對象之商品²，而兩者之組織架構未必相同，從而於投資人之保護上未必能適用相同法律規制。因此，本論文考察美國、日本等先進國家之資產金融證券化商品之內容與相關法律規制，尤其重視異於企業金融之投資人保護規制，冀以提示修法或制定新法之方向，如此才能有助於上述課題之解決。

貳、美國資產金融證券化之法律規制

一、證券化商品之內容

美國之資產證券化(Asset-Backed Security, ABS)最初乃以不動產抵押貸款債權為對象，而公開發行不動產抵押證券(Mortgage-Backed Security, MBS)，至1980年中期更將證券化之對象擴及其他資產，如汽車、信用卡、應收帳款等債權，此稱為狹義資產金融證券³。此外尚有對不動產直接投資之不動產投資信託存在(REIT)存在。

(一) 不動產抵押擔保證券(Mortgage-Backed Security, MBS)

註2：同前揭(註1)神田 頁5。

註3：湯野勉，金融の證券化(晃洋書房)頁53~54(1999.11.20)。

1. 不動產貸款持分權憑證 (Mortgage Pass-through)

不動產貸款持分權憑證乃指將到期日、利率、性質等相當的抵押債權加以群組後(pool)，再將組群債權加以分割小額化而發行的證券。該證券表彰對於組群組抵押債權之直接持份權，從而該債權之債務人所償付的本金及利息會因該證券而轉至持份權憑證之持有人故稱之 (Pass-through)。不動產貸款持分權憑證有四種：其中屬政府系列之 GNMA 持分權證券、FHLMC 參與憑證 (FHLMC' PC)、FNMA 抵押擔保證券 (FNMA' MBS)，以及一般民間所發行之持分權憑證⁴。

GNMA 持分權證券：GNMA 是美國政府國民抵押協會 (Government National Mortgage Association) 之略稱；它是美國政府全額出資，而由都市住宅開發部 (HUD) 管轄的聯邦機構。依美國國家住宅法第 306 條 (g) 項之規定：GNMA 得對具有聯邦住宅管理局 (FHA)、農家住宅局 (FmHA) 保險或被退伍軍人管理處 (VA) 保證之抵押債權信託或組群，保證本息之支付。從而抵押貸款銀行、儲蓄貸款協會 (S&L)、相互儲蓄銀行等債權之創始機構將經由 FHA、FmHA 或 VA 保證之性質、利率、期限等條件相當抵押貸款債權匯集予以群組後，發行表彰對此抵押債權群組具有一定比率之持分權憑證，並經 GNMA 保證發行人至期滿前都能依持分權憑證上所載支付本息；而該持分權憑證上之利率通常較其所據之發

註4：1970年首先發行GNMA持份權憑證，繼之1971年發行FHMC參與憑證，1981年發行FNMA抵押擔保證券。參照財團法人企業財務制度研究會編・証券化の理論と実務 (中央經濟社) 頁243 (1992.7.31)。

行的抵押貸款債權利率低 0.5%^{註5}。

FHLMC' PC (FHLMC 參與憑證) : FHLMC 為聯邦住宅貸款抵押公司 (Federal Home Loan Mortgage Corporation) 之略稱 ; 其成立目的在於確保傳統抵押貸款債權市場之流動性並提高信用度 , 以維持傳統抵押貸款債權的次級市場。FHLMC 由適格金融機關購入未經 FHA、FmHA 或 VA 保證之傳統抵押貸款債權並將性質等相當者予以群組而依此發行證券 , 採持分權憑證形式稱為 PC (參與憑證) 。FHLMC 既是本息支付之保證機關也是持分權憑證的發行機關 , 此異於上述 GNMA 持分權憑證中 , GNMA 只是一個本息支付的保證機關而非發行者^{註6}。

FNMA' MBS (FNMA 抵押擔保證券) : FNMA 是聯邦國民抵押協會 (Federal National Association) 的略稱 , 為一公辦民營之金融機關。而 FNMA' MBS 就是由 FNMA 發行保證之持分權憑證 , 其架構與 FHLMC' PC 相同^{註7}。

民間發行的不動產貸款持分權憑證 : 乃由抵押貸款銀行發行之持分權證券 , 其基本架構與 GNMA 相同 , 但與 GNMA 持分權證券之顯著差異在於無政府機關或政府系統下之金融機關對抵押貸款債權作保證且未對持分權憑證的本息支付作擔保。從而容易造成其本息的支付能力受到懷疑 , 所以民間持分權憑證之發行必須加強信用

註5 : 川村雄介 / 下井雅裕 , 金融の證券化 (東洋經濟新報社) 頁28~32 (1989.7.31)。

註6 : 同前揭 (註5) 川村等 頁34。

註7 : 同前揭 (註5) 川村等 頁35~36。

措施例如第三人保證、超額擔保或保險等^{註8}。

2. 抵押擔保債券 (Mortgage-backed-bond, MBB)

抵押擔保債券乃貸款業者以所擁有之不動產抵押貸款債權為擔保而發行之債券，性質上即為公司債。1975年加州聯邦儲蓄貸款協會首度發行 MBB 不動產貸款抵押擔保債券，發行人為增加債信，以獲得較高評等，通常作超額擔保約為 125% 至 240% ^{註9}。

3. 轉付款債券 (Pay-through-bond)

轉付款債券乃介於持分權憑證與抵押擔保債券之間而具有兩者特性，換言之轉付款債券與抵押擔保債券相同表彰對於發行人之債權，而抵押貸款債權僅為擔保之用；不過抵押貸款債權之現金流量卻與轉付款債券本息相連結，此乃同於持分權憑證，所以轉付款債券又被稱為現金流量債券。抵押貸款債權之提前清償將影響轉付款債券之本息支付，即轉付款債券之清償期亦隨之屆到，使轉付款債券持有者必須負擔償付期限不定及收益變動之風險。轉付款債券最早於 1976 年以私募的方式發行，但遲至 1981 年 4 月 23 日才由 PHM Credit 首度公開發行。轉付款債券多以 GNMA 持分權憑證等安全性很高之證券為擔保，從而成為個人投資者之理想投資標的；但如前述抵押債權的提前償付及任意償付等原因致使償付期限提前屆至，而機關投資家通常不樂於此等預期外之提前償付風險存在，故較少成為彼等之投資標的^{註10}。

註8：同前揭（註5）川村等 頁37~39。

註9：同前揭（註5）川村等 頁40~44。

註10：同前揭（註5）川村等 頁47~57。

因此，為減輕抵押債權提前償付之風險，以滿足機關投資家需求而有複合式轉付款債券 CMO(Collateralized mortgage obligations) 的出現。換言之 CMO 在本質上仍為轉付款債券，僅依債券償還的順序分成若干等級，不同的等級適用於不同的償付期及利率。1983 年 6 月由 FHLMC (聯邦住宅金融抵押金庫) 作首度的發行，金額為 10 億美元。CMO 的各級之償付期限，是以抵押債權貸款的提前償付率之經驗值定之¹¹。償付期限較短之等級(第一級)的持有者，除收取原本所預定的本息外，另收取因預期外提前償付之本金，至額面之金額屆滿止；而較第一級償付期為長等級之 CMO 持有者，在第一級 CMO 被清償完畢之前，仍只收取原定之利息支付，而不受部分抵押貸款債權提前清償之影響。換言之，持有越長期償付期限之 CMO 持有者，就越不受部分抵押貸款債權提前清償之風險。

(二) 狹義資產金融證券 (asset-backed securities, ABS)

如上所考察，美國的資產證券化最初對象僅限於不動產貸款債權，但後來美國的 First Boston、Salomon Brothers 等大型證券公司 (投資銀行) 不斷地將企業所擁有之金融資產利用不動產貸款抵押證券之架構而進行證券化，從而證券化之對象擴及於其他的資產，此種將不具流動性資產轉變成具流動性證券的過程，被稱作“資產證券化” (Asset Securitization)，發展出的證券就被稱作 (狹義的)

註11：通常不同的CMO使用不同的提前償付率，但自1985年6月美國公共證券協會公佈一公式，CMO就被強制的使用此公式，而此公式被稱作PSA經驗值，它扮演著讓CMO的交易有著一慣性的角色，參照前揭(註5)川村等 頁64。

資產金融證券 (Asset-Backed Securities, ABS)。資產金融證券種類很多，但仍利用前述三種不動產貸款抵押證券的架構，而其中較具代表性的資產擔保證券有下列幾種：

1. 汽車貸款債權證券

汽車貸款債權，具有完整的本息支付時間表、呆帳率低、利率較一般貸款利率高、具有為數眾多的同質債權等優點，從而容易成為證券化標的。其證券化之形式，採持份權憑證或轉付款債券形式皆有，不過以持份權憑證形式佔多數。為避免汽車貸款的債務人不履行債務，因此通常對該汽車貸款證券做一定限額內之保證，其保證的限度乃根據汽車貸款債務不履行所發生的經驗值為基準。而原保有汽車債權的銀行或汽車貸款公司，仍以一服務機構的身分，從事對汽車貸款的貸款人收取貸款之業務，並從中收取手續費。

轉付款債券形式：以 1986 年 Asset Backed Securities Corporation 之發行為代表，它是汽車金融公司等將本身所持有的汽車貸款債權出售給第三者所擁有的特別目的公司^{註 12}，而特別目的公司以該債權為擔保而發行之債券。

持份權憑證形式：最初有 Marine Midland Bank 的 CARS, Valley National Financial 的 APTC、及 GMAC 發行的 Asset Backed Certificates。它是銀行或汽車貸款公司將所持有的汽車貸款債權組群後，將其交與信託，然後信託公司再據此發行持份權憑證，此一持份權憑證是表彰對組群集合之持分；其中 CARS 乃先將汽車貸款債

註12：同前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁385～386。

權轉讓與特別目的公司後^{註13}，再將它交與信託。

2. 信用卡貸款債權證券

信用卡貸款的證券化過程與之前的汽車貸款證券相同，有創始、架構、信用增強等部分。1986年所羅門兄弟公司將 Bank One 銀行之信用卡債權證券化而發行 CARDS，成為信用卡債權證券化之始例。然而信用卡貸款證券化之過程中，必須斟酌信用卡本身所特有的問題如循環期限、超額擔保等才能發行成功，而其證券化通常採持份權憑證的方式^{註14}。蓋由商業銀行、百貨公司等信用卡債權的持有者，將信用卡債權讓與信託，該信託乃完全為此目的而設立，職是由該信託發行受益憑證，而向投資人銷售。

3. 租賃債權擔保債券

租賃債權的證券化採持份權憑證及轉付款債券兩種形式。其中採持份權憑證形式的多與汽車貸款證券相似，乃利用讓與信託方式發行，代表商品為 1988 年發行之 Chase Manhattan Grantor Trust 1988-A ^{註15}。但租賃債權擔保債券卻以 1985 年三月及九月由美國 Sperry Lease Finance 公司所發行者為最引人矚目，即 Sperry 公司將自己所有之電腦租賃債權讓與 Sperry Lease Finance 公司，而 Sperry Lease Finance 公司將購入之債權交給 Texas Commerce Bank 信託，

註13：同前揭（註5）川村等 頁71~88。

註14：亦有採轉付款債券方式、而有關採轉付款方式發行之信用卡證券架構，參照楊哲倫、張有名、趙明強等研究報告，資產證券化國外課程研習心得（證券市場各種管理暨業務人才培育訓練班第三期 1992年） 頁29~30。

註15：有關採持份權憑證形式發行之租賃擔保證券，參照前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁441~443。

並以此為擔保發行債券，並對本息支付亦另作保證，此商品所採用者為轉付款債券的發行架構¹⁶。

(三) 不動產投資信託 (REIT)

REIT 在本質僅為一管道 (Conduit)，其架構由投資人所集合之資金運用於不動產投資，並將運用後的收益金額 (95% 以上) 予以分配。依 1960 年美國不動產投資信託法設立之 REIT，可分為公司型以股票；或信託型以受益憑證方式發行，並由證券公司承銷，再出售給投資人。因 REIT 僅為管道之用，故符合 1986 年國內歲入法 (IRC) 856~860 條規定者，則能免稅。即(1) 組織上的構成：為公司 (Corporation)、信託 (Business Trust) 或社團 (Association) 之組織；REIT 是一種可轉讓之證券 (transferable)；REIT 每年須 335 天以上被超過 100 位的股東持有；股東五位以下不得持有超過總數 50% 以上。(2) 資產之構成：REIT 資產中須有 75% 以上是不動產、不動產抵押權等；REIT 所持有之股票須不得超過該發行股票之公司股票發行數額的 10%；對特定公司發行股票之投資額不得超過 REIT 總資產 5%。(3) 收入來源：REIT 年收益 75% 以上需源自於對不動產的投資包括不動產的租金收入、不動產抵押權之利息收入、買賣不動產所得之收入、保證金及從其他 REIT 所獲收益；此外為限制 REIT 作投機性短線交易，故不能將交易性質之收益算入之不動產收益內，而所謂交易性質之收益，乃指將持有不滿六個月

註16：該公司三月所發行之租賃擔保債券發行額約192,455,000美元，九月所發行之租賃擔保債券發行額約145,805,000美元，參照前揭(註5)川村等 頁89。

的有價證券出售所獲得的收益，以及將持有不滿四年的不動產出售之獲益。(4)對投資人的收益分配：除去資本收益外所得的95%以上要分配給投資人^{註17}。

二、法律規制內容

美國的企業以所擁有之不動產或其他資產擔保貸款債權予以證券化，流通於資本市場而成為投資人之投資對象；從而如何保護投資人成為一重要課題。

(一) 有價證券之該當性

美國連邦33年證券法明確規定「有價證券」之定義而其成為其他連邦證券諸法例如34年證券交易法或40年投資公司法等對於有價證券概念之基準。33年法於第2條1項1款中「證券」(Securities)，指票據(Note)、庫藏股(Treasury Stock)、附擔保公司債(Bond)、無擔保公司債(Debnture)、債務證書、對於利益分配契約表示具有權利或參加證書、證券擔保信託憑證、公司設立前之持股證書或認購權證書、具轉讓性持份證書、投資契約、決議權信託證書、證券存託證書、關於石油瓦斯及其他礦業權之非分割部份權利、證券或存託證書之集合體或其指數之選擇權(Option)或特權、國法交易所上市通貨之選擇權或特權、其他一般稱為「證券」之權利或證書及表示具有或參加該權利之證書或暫時性

註17：參照松本順一「不動產投資信託REIT」神田秀樹等編，不動產の證券化(東洋經濟新報社) 頁91~92(1990.4.25)。

證書或受領憑證、或承購收購該證券之權利；而 34 年法第 3 條 a 項 10 款中對有價證券之定義與上述規定幾乎相同。從而可知美國連邦證券諸法上之「證券」範圍非常廣泛與普遍，不僅具體的列舉傳統有價證券種類，且包括抽象的「投資契約」與「一般稱為證券」之權利或證書，因此可謂商業上通常包含於證券概念之所有證書皆納入，以便受連邦證券法之規範，而避免脫法行為發生。

由前述考察美國資產之證券化，其基本架構有三：一、規範具有資產擔保之債權本身之證券化，即所謂持份權憑證（Pass-through 型）；二、以具有資產擔保之債權作為擔保而發行債券，可區分為抵押擔保債券（Mortgage-backed bond）與轉付款債券（Pay-through 型）；而抵押擔保債券乃由資產擔保債權之所有人自己發行債券；轉付款債券通常由資產擔保債權所有人以外之具有特別目的公司所發行債券。另一為不動產投資信託憑證（REIT）可區分為信託型與公司型，於信託型本身即為證券投資信託憑證，於公司型則為股份。

除持份權憑證外，以債權為擔保而發行之債券，（抵押擔保債券或轉付款債券），實質上皆為附擔保公司債；REIT 之信託基金投資不動產，其經濟實態與證券投資信託公司並無差異，1960 年 SEC 報告書中明確指出 REIT 適用連邦證券諸法^{註 18}；至於持份權憑證（Pass-through 型）雖然下級審法院曾有否認其該當於證券諸法上

註18：同前揭（註1）會報告書 頁177。

「有價證券」之案例存在^{註19}，不過此見解以違反投資人保護之立法目的等理由受到強烈批評且 SEC 實務亦以之該當於「有價證券」^{註20}。從而不論持份權憑證或以債權為擔保而發行之債券，或 REIT 皆為美國連邦證券法上之有價證券乃無庸置疑，而受連邦證券諸法之規範。換言之，除 33 年、34 年連邦證券法外，因債券之發行亦有 1939 年信託證書法 (Trust Indenture Act of 1939) 之適用；又有特別目的公司存在之架構者則有 1940 年投資公司法 (Investment Company Act of 1940) 之適用。

(二) 33 年、34 年連邦證券法之適用

1. 公開制度之規制

公開制度之目的乃在於提供投資人投資判斷資料而使投資人能作合理投資決定，以保護投資人並確立自己責任原則。從而於發行市場則有 33 年法所規定發行公開制度，即發行人公開募集有價證券除適用除外證券或適用除外交易外，須向 SEC 提出申報生效並公開投資情報後，才可為之；而於流通市場則有 34 年法所規定之繼續公開制度，即依 33 年法規定公開募集有價證券而該證券之股東名簿上持有者人數達 300 人以上之證券發行人、於交易所上市證券之發行人、營業年度終了總資產 500 萬美金以上且股東名簿持有證券人數

註19：In re National Mortgage Equity Corp. Mortgage Pool Certificates Sec. Litig. 723 F Supp. 497(C. D. Cal. 1989) 此案中法院見解乃以證券取得者直接與發行人之從業員交涉並變更部份條件而買得該證券；且不具風險之投資，所以無須依證券法規定予以保護之必要，而不該當於證券法上之有價證券。

註20：同前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁88。

達 500 人以上之該證券發行人等對投資人負有定期繼續性之公開義務。

(1) 發行人之概念

發行人對投資人負有公開義務，從而公開之資訊有虛偽不實情事者不僅應受刑事制裁，且對於受損之投資人應負民事賠償責任^{註 21}。資產金融證券化之架構上除證券發行人外仍有可能存在所謂資產創始者 (originater)。Pass— through 型證券若利用信託方式發行受益憑證例如汽車或信用卡債權之證券化，債權保有者 (originater) 將該債權信託與受託人，該受託人才為受益權憑證之發行人，二者各異其人；又 Pay—through 型證券則由債權保有者 (originater) 將該債權讓與特別目的公司，而特別目的公司以該債權為擔保而發行債券，所以 Pay—through 型證券之發行人為特別目的公司。不過，信託或特別目的公司之存在目的僅在於發行證券，換言之於證券化架構上僅具導管 (conduit) 作用而已；實質上資產之管理、資金之取得等證券化架構性行為之實施者仍在於資產創始者 (originater)，故亦應使其負公開義務，對投資人更具有意義。

而為使資產創始者 (originater) 能涵蓋於發行人之概念中，例如 SEC 將 Pay—through 型證券適用於 33 年法之 SEC 規則 Rule140，並以解釋方式使問題解決。換言之，SEC 認為住宅建設公司等 originater 最初取得之抵押貸款債權本身即為證券，且判例上通

註21：參照美國33年法第11條規定。

常於 originater 取得抵押貸款債權而將其讓與第三人時亦認為該債權為證券^{註22}。Pay-through 型證券之特別目的公司不僅從事購入抵押貸款債權此種證券，而又分銷自己發行之債券業務。而依 Rule140 之規定該特別目的公司不僅為 33 年法上之發行人，且依同法第 2 條 11 項之規定可視為 originater 所發行證券之承銷商。因此 originater 成為抵押貸款債權此種證券之發行人，從而 33 年法之證券公開義務當然及於 originater^{註23}。此外，SEC 亦以 originater 與特別目的公司為證券之共同發行人之法律架構，而使 originater 負發行人責任^{註24}。

所以美國之證券法上公開義務對於發行人概念範圍不僅形式上證券之發行人，且包括實質意義之發行人^{註25}，即「所謂發行人乃謂依證券發行基礎之信託或其他契約之規定，以寄託者或管理者之資格地位從事職務並負擔義務者稱之」^{註26}。

(2) 公開義務之免除

發行市場公開義務之免除包括除外證券與除外交易。除外證券乃基於投資風險低，故無須履行公開義務。而依 33 年法之規定指下列證券：政府、州所發行或保證之證券，金融機關所發行或保證

註22：SEC v. Garfinkle, (1978 Transfer Binder) Fed. SEC. L. Rep. (CCH) §96. 465 (S. D. N. Y1978)；參照前揭（註1）報告書 頁174。

註23：同前揭註（註1）報告書 頁174。

註24：Thomas, supra note25. at p.175-179. 依SEC之指示以共同發行人方式實施登錄；共同發行人之公開義務.at 184-185。

註25：同前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁55~56。

註26：15 U. S. C. §77 b (2) (1981 with 1991 Supp.)；參照同前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁89。

之證券，儲蓄信貸合作社等機關所發行之證券，合同運用信託基金之受益憑證等（33年法第3條a項）。因此，Pass-through型證券中之不動產抵押貸款證券，其多數由政府保證者例如GMNA持份權證券、FHLMC參與憑證、FNMA抵押擔保證券等之發行可免除公開義務；抵押擔保債券中不動產抵押擔保債（MBB）由儲蓄貸款合作社或儲蓄銀行發行者依前述33年法之規定亦可免除公開義務；至於Pass-through型抵押證券若由銀行發行或保證者亦可免除公開義務，此外因1975年之修法對於金融機關等成為originator而所發行之證券，並其販售對象每位金額皆達25萬美元以上者則可免除登錄（33年法第4條5號）。REIT為不動產投資信託，與證券投資信託公司之經濟實態相同，蓋其投資對象一為證券一為不動產之差異而已，從而依SEC之1960年報告書明白指出連邦證券諸法原則上適用於REIT，所以發行REIT仍應依33年法之規定履行公開義務^{註27}。

所謂除外交易指少額免除與私募而言（33年法第3條b項），蓋投資人保護之目的存在於該二者之必要性較少，而為減輕發行人公開義務之負擔，故使免除公開義務。若其所發行並公開募集之證券價額總額500萬美金以下者，則為少額免除，發行人可免除公開義務；又證券買受人為具有特定資格之投資人或僅對35名以內之一般投資人非依廣告等方式公開募集者，則為私募，該證券免除登錄，從而發行人可免除公開義務。所謂具有特定資格之投資人乃指

註27：同前揭（註1）報告書 頁177。

銀行、保險公司、投資公司、員工福利計畫、具有超過 500 萬美金以上資產之慈善或教育機關、發行人之董事或業務執行幹部或無限責任股東、具有超過 100 萬美金以上純資產者^{註 28}。

(3) 公開情報之內容

於發行市場上，與不動產具有關連性之證券化商品包括抵押擔保債券(Mortgage— backed bond)或 Pass— through 型證券及 Pay— through 型證券之發行通常使用 S-11 樣式^{註 29}。而 S-11 樣式乃為 SEC 對於不動產投資信託所發行受益憑證或以投資不動產及不動產相關資產為主要業務之發行人所發行證券而必須利用之樣式，其所揭露之特別情報包括發行人之組織形態、投資政策(對於不動產、抵押擔保證券等之投資)、不動產狀態(租賃契約之存在與否)、資產利用狀況、不動產之管理委託(受託人名稱與服務內容)、抵押擔保之信用力與期限前償還相關事項等^{註 30}。因此與不動產無關連之資產證券化商品包括汽車貸款證券、信用卡證券(ABS)等仍使用 SEC 所定一般發行公開之樣式 S-1 以揭露相關資訊。不過不論使用何種樣式必須遵守充分揭露 ABS 實態之基準，因此通常所公開之情報內容遠較 SEC 所定樣式更為詳細^{註 31}。

蓋資產證券化其構成群組之資產本身內容對投資人而言即為重

註28：基於33年法第3條b項規定之Regulation D；參照同前揭(註5)川村等 頁107～108。

註29：Lore, supra note 27 at §4.05.

註30：同前揭(註1)報告書 頁109。

註31：Lore, supra note 27 at 4-100; R. Dayan, Mortgage Disclosure in PLI supra note 72 at 565；參照同前揭(註1)報告書 頁174。

要情報，故應充分揭露，此外證券化過程之組織架構例如將資產以設定信託方式或讓與特別目的公司方式而發行證券、是否發行權利內容迥異複數證券、具有銀行保證或保險之信用補充措施存在與否等須使投資人理解，同時對於 originater、保證人或受託人等關係人情況之揭露或債務人償債遲延之風險、償債提前之風險與稅務處理方式等事項與投資人收益關係重大亦必須揭露^{註32}。

2. 行為規制

依前述美國之資產證券化不論持份權憑證或以債權為擔保而發行之債券，或 REIT 皆該當於連邦證券法上之有價證券，從而應適用 33 年法、34 年法上之行為規制。行為規制之目的在於取締不法交易行為，使形成合理市場交易價格，以確保交易之公平性。其內容包括一般性詐欺禁止規定、市場操縱與內線交易行為之禁止。

一般性詐欺禁止規定見於 33 年法 17 條 (a) 項及 34 年法 10 條 (b) 項，換言之關於證券之取得或賣出，任何人皆不可使用詐欺手段或對於重要事實有虛偽不實表示或欠缺，其行為主體與對象證券皆不受限制。同時基於規制之有效性而由 SEC 制定規則補充之，以確定具體違法行為類型，從而 SEC 以規則 10b-5 廣泛的取締不法行為，不論該證券是否在交易所登錄或對於任何人之任何證券交易，SEC 發現有違法之虞則發動調查權搜索必要證據，而向法院提起刑事追訴。市場操縱禁止規定見於 34 年法第 9 條 a 項而有四種禁止操縱型態，違反者應受刑事制裁；非該當於上述四種違法類型之市場

註32：同前揭（註1）報告書 頁111。

操作，則可概括的適用同法第 10 條 (b) 項一般性詐欺禁止規定取締之。此外，美國對於內線交易乃以違反 SEC 規則 10b-5 及 34 年法 10 條 (b) 項之詐欺禁止規定制裁之。1984 年特別立法^{註 33}對違法者除刑事制裁與民事賠償責任外，可科以 3 倍民事制裁金；又經 1988 年之修法^{註 34}對違法者之刑事責任由 5 年刑期提高為 10 年。

3.營業規制

證券化金融商品為 34 年法上之有價證券之故，從而 34 年法上證券商之營業規制亦同樣適用。其內容包括：證券商之登錄制、SEC 之行政監督、不法行為之禁止等。其中不法行為之禁止乃指證券商應遵守招牌理論^{註 35}，不得使用詐欺手段從事證券交易行為，同時禁止從事市場操縱行為、內線交易行為與利益相反行為。此外，因 1940 年格拉·史帝格法 (glass steagal) 之制定使證券業務與銀行業務嚴格分離^{註 36}，連邦銀行 (與連邦準備制度加盟銀行) 除受顧客特別委託之經紀業務外，不得從事證券之承銷、自營等業務^{註 37}，除非以銀行控股公司之證券子公司方式從事證券業務而須受一定管制^{註 38}。

註33：國會通過「內部人交易制裁法」，違法者須對國庫繳納因從事內部人交易所獲利益或避免損失金額之3倍制裁金。

註34：國會通過「內部人交易與證券詐欺執行法」，擴大民事制裁金之適用範圍且加重刑罰。

註35：以證券商之招牌執行業務時，即應以具有證券投資專業知識與能力者，對投資人勸誘適合投資，或應誠實的與投資人作證券交易行為。

註36：其立法趣旨在於維持銀行經營之健全性、避免利益衝突、防止銀行對產業之全面性支配。

註37：參照連邦銀行法第16條、第5條c項。

註38：例如基於客戶指定之買賣仲介而不負擔風險之業務；或於28條的防火牆 (Fire Wall) 規定下，銀行控股公司之證券子公司，則得在營收5%~10%的限度內，

關於證券化金融商品，銀行自為 originater 以取得抵押貸款債權之群組而發行 Pass-through 型證書，通貨監督官以該證券化資產為抵押貸款債權本身之理由，而認為抵押貸款債權銀行當然可以從事承銷買賣或投資行為；即使其他之資產證券化商品亦同樣的銀行可以從事該類業務。不過，於 Security Industry Association v. Clarke, 703F Sup. 256 (SDNY, 1988) 案中，連邦地院持相反見解認為以信託財產方式發行之 Pass-through 型證書為格拉·史帝格法上之證券，且保有貸款債權者為信託本身與銀行為不同個體，證書發行人為信託公司而非銀行，從而銀行依格拉·史帝格法規定不得承銷該證書；然上訴審卻仍然支持通貨監督官見解，認為案中之銀行乃為處分自己原始取得之貸款債權而將債權證券化而已，即使從事承銷或分銷該證券化金融商品亦應視為銀行之附隨業務³⁹。

(三) 1939 信託證券法與 1940 年投資公司法之適用

1. 1939 信託證券法之適用

信託證券法上之債務證券乃以 33 年、34 年法之證券概念為基礎⁴⁰ 之故。從而具有公司債性質之抵押擔保債券 (Mortgage-backed bond) 或 Pay-through 型證券應適用本法；其內容包括債務證券之登錄與信託證書之作成必要、受託人之資格限制、受託人定期報告義務、受託人利益相反行為之禁止、受託人之責任與免責

自營·承銷公司債、資產擔保證券等。

註39：1989年9月8日上訴審改判為合法 (Security Industry Association v. Clarke, 885F 2d 1034(2d Cir))。

註40：參照1939年信託證券法第303條規定之定義。

規定等^{註41}，以保障債權人之權利。

2.1940年投資公司法之適用

1940年投資公司法上之投資公司乃謂從事證券投資、保有或買賣業務之證券發行人，而其所投資證券價額佔資產總額40%以上者^{註42}。從而利用特別目的公司(SPC)之架構方式發行Pay — through型證券，該SPC固為投資公司而適用1940年投資公司法外，其他之資產證券化商品中該資產內容為抵押擔保債權、信用卡貸款債權、汽車貸款債權等由於學說或SEC之見解皆肯定為40年法上之證券^{註43}，符合上述定義故以該資產為擔保而發行證券者亦為投資公司，因此有1940年投資公司法之適用。1940年投資公司法之規制內容包括投資公司之組織架構、董監事責任與不法行為之禁止等為主。

然而40年法上除外規定存在之故，使證券化金融商品亦能除外適用，其包括(1)政府保證發行之證券，例如GMNA持份權證券、FHLMC參與憑證、FNMA抵押擔保證券等不必適用40年法之規定；(2)該證券非公開發行且該發行證券在實際上之擁有人數不超過100人^{註44}；(3)依第3條C項5號之規定以取得不動產抵押權、留置權及利益權為主要業務者而未從事附認購權證券、分期給付型額面證書、繼續投資計畫證書之發行業務，可除外適用，從而從事

註41：參照1939年信託證書法第301條～328條。

註42：1940年投資公司法第3條(a)(3)規定。

註43：參照同前揭(註4)企業財務制度研究會編 頁94。

註44：參照1940年投資公司法第3條(c)(1)規定。

不動產投資之投資信託公司(發行 REIT) 不必適用 40 年法之規定。然而本質上仍為投資公司僅投資標的為不動產之差異而已，卻可除外適用 40 年法，此似有違公平原則而受批評^{註 45}；(4) SEC 依第 6 條 c 項規定之授權於公益或投資人保護上認為適當時，可以行政命令免除 40 年法之適用，例如不動產擔保證券若符合已依 33 年法登錄或取得評等機構之最高級評等條件者可免除適用^{註 46}。

(四) 破產風險遮斷

以資產證券化方式自資本市場取得大量資金後，該資金取得者於破產時破產法上之程序如何才不及於證券化之資產，此於投資人保護上更成為重要課題^{註 47}。

1. Pass—through 型證書 (持份權憑證)

Pass—through 型證書乃以抵押貸款債權、汽車貸款債權等之組群而所發行的證券；證券本身表彰對此資產之直接所有權。持份權憑證通常利用信託 (Grantor Trust) 方式以避免創始機構破產時被波及；即創始機構將債權組群移轉信託，而由信託機關發行表彰債權之受益憑證，然後再將此受益憑證轉讓與投資人。依英美法之信託法理，債權移轉信託 (Grantor Trust) 即視為債權之出售。所以當創始機構倒閉或破產時，已不能對移轉予信託機關之債權實施

註45：R. Pozen, *Fincial, Institutions: Investment, Management* (1978), p. 193；參照前揭(註1)報告書 頁177。

註46：參照前揭(註1)報告書 頁176。

註47：參照同前揭(註4)企業財務制度研究會編 頁65～68。

破產程序^{註 48}。而該信託機關僅具導管作用，將債務人所為之給付移轉與投資人，本身不從事任何積極性之管理投資。

2. Pay-through 型證書 (轉付款債券)

轉付款債券是以租賃或抵押債權等為擔保所發行的一種債券形式。它是利用成立「特定目的公司」(Special Purpose Corporation, SPC)，由創始機構將債權組群售與 SPC 以達成遮斷創始機構破產風險效果。債權之「售與」必須為「真實買賣」，換言之創始機構對於移轉之資產已喪失支配權，不能主張任何請求或權利^{註 49}。此外創始機構對於移轉之資產不能為下列約定：創始機構有權要求買回已經移轉之資產或有權收買 SPC 發行並由第三人持有之證券化憑證；SPC 有權單方要求將已經移轉之特定資產返還與創始機構^{註 50}。

SPC 若為創始機構之子公司而其資產與母公司具有實質上連結性之故，從而有受母公司破產程序波及之虞。因此，為避免被認為具有「實質連結性」而受破產程序之波及，故對該債權之買賣應於財務報表中明確表示並應使子公司於董監事、幹部等人員構成及經營上維持獨立性、設置獨立會計帳簿等措施，以遮斷與母公司之連結性^{註 51}。此外，適用於聯邦保險制度的儲蓄暨貸款協會、商業銀

註48：同前揭（註5）川村等 頁101。

註49：同前揭（註4）企業財務制度研究會編 頁67；鄭惠蓉「資產證券化有關資產移轉真實買賣之探討」全國律師雜誌Vol.5 No.11, 2001 頁24~25。

註50：同前揭（註49）鄭惠蓉。

註51：D. G. Sabel & A. A. Bernstein, Selected Legal Aspects of Structured Mortgage Financing (PLI, "New Financial Instruments and Techniques," 1990) p.573；參照同

行及相互儲蓄銀行並不受破產法之適用，所以此等金融機關即使不利用 SPC 發行轉付款債券，其轉付款債券於發行人之金融機關破產時，亦不致發生無法支付本息之情事。

三、抵押擔保債券

抵押擔保債券乃以抵押債權為擔保所發行的債券。它與持份權證書及轉付款債券不同的是，作為擔保的抵押債權資金流向與債券的資金流向是分開的。抵押擔保債券之發行架構通常不使用信託或 SPC 方式。從而債券發行者破產時可能波及作為擔保的抵押債權，而使投資人受害。故為保護投資人並使債券發行獲得較高評等，可以採取下列措施：

1. 擔保利益之完備—使負責管理擔保債權之受託機關對此擔保債權擁有合法的優先受清償權利，故當債券發行人破產時，受託機關因擁有如同已附有保證之債權，而不致使投資人受害。
2. 自動中止解除之申請—依 1978 年破產法第 362 條 (a) 項自動中止條款規定可禁止債券持有人取得擔保之所有權，但證書受託人之信託機關可向破產法院申請在短期內解除該項禁止。

3. 特惠交易之不該當性—雖然破產法中規定，破產申請前 90 天內之資產移轉視為特惠交易，該資產應由破產管理人處分之。但債券持有人仍被視為受完全保證之債權者，故不適用特惠交易之判斷。
4. 保險。保證之存在—債券發行人對作擔保之債權應由銀行附擔保或保險例如以 GNMA 證書為擔保而發行之債券，則不生問題^{註 52}。

如上所述 Pass — through 型證書及利用 SPC 的 Pay —through 型證書，原則上利用創始機構與證券化資產隔離方式，使創始機構之破產不會波及該部資產。然而，SPC 為子公司之 Pay — through 型證書及抵押擔保債券，則創始機構之破產可能波及担保資產。

參、日本資產金融證券化之法律規制

一、證券化商品內容

金融資產證券化商品之內容，日本仍無法與美國相較。在 1993 年 6 月特定債權法（簡稱「特債法」）頒佈之前，僅有以住宅金融為證券化對象的抵押證券、住宅抵押證書、住宅貸款債權信託等；

註52：同前揭（註5）川村等 頁105～107。

而因特債法之制定，特定債權之流動化才能順暢，換言之才可能成為多數人之投資對象^{註53}；此外資產流動化法（SPC法）及債權讓渡特例法之制定，使得日本之資產金融（包括不動產）證券化才能真正達成。以下將考察日本之證券化金融商品之內容。

（一）不動產抵押擔保證券（MBS）

1. 抵押證券

抵押證券指表彰抵押權與其所擔保債權之有價證券，此依昭和六年（1931年）施行之抵押證券法規定而由土地登記所發行者。換言之債務人向抵押證券業者申請融資，並設定抵押權以擔保債務之清償；而抵押證券業者向法務部局（登記所）申請抵押證券之發行；經過登記所嚴格審查擔保之充分性後才發行證券；由投資人向抵押證券業者申購證券並支付價金。抵押證券為有價證券可依背書方式轉讓，不過抵押證券業者基於事務處理之便利性，通常將抵押證券交付銀行（保管機構）保管，而對應於交付保管之證券發行保管證書，所以抵押證券業者交付與投資人之證券乃為附有保管機構確認印章之保管證書，而非抵押證券本身。抵押證券業者將所收取之本息交予投資人，並於本金清償之前由抵押證券業者負擔保責任。由前述可知抵押證券業者不僅提供融資，並代投資人收取本息且為確保本息之支付，通常對抵押證券亦負保證責任。

由於業者僅交付保管證與購入者，致抵押證券與保管證間欠缺

註53：所謂的證券化，必須重視是否已達「成為不特定多數投資者之投資對象狀態」才有意義。參照同前揭（註1）神田 頁2~3。

連動性之交易實狀，給予惡質業者行使詐騙機會例如抵押證券不存在卻販賣保管證，所謂「賣空」行為或販賣保管證之金額遠較抵押證券之債權額為高之「二重賣出」行為，此實際發生多起案例造成投資者重大損害⁵⁴。又抵押證券非證交法上之有價證券，故不適用證交法以保護投資人，為解決現實交易之流弊，故於1987年制定抵押證券業法包括開業規制、行為規制等以排除惡質業者，同時強制保管機構之保管以防止賣空與二重賣出之發生。抵押證券業務銀行業或證券商皆不能經營該業務。

2.住宅抵押證書

住宅貸款債權之金融機關，將條件相同(例如利率、償還期限相同)之債權彙總起來至一定數額，並經事先通知債務人後而發行「住宅抵押證書」，並將其讓與受讓機關，使貸款債權得以流動化取回貸款資金⁵⁵。所以事實上住宅抵押證書是一種債權讓與契約書，並非有價證券。而得作為住宅抵押證書的發行機關：銀行、信用金庫、保險公司等金融機關及直屬日本大藏省的住宅金融公司等。其中住宅金融公司的發行額佔全部的90%以上，而都市銀行則佔5%左右；受讓機關：銀行、信用金庫、保險公司等金融機關。發行機關對於轉讓之債權同時作保證，以確保債務人之債務清償。基於雙方基本契約之規定發行機關於債權移轉後仍負責個別債權管理回收之業務，故受讓機關並不直接對個別債務人行使權利。從而於固定期

註54：抵当証券研究會報告書「抵当証券証券取引きについて」NBL No.379 頁45。

註55：小野傑「わが国におけるセキュリタイゼーションの現状と展望」，商事法務 No.1172 頁21。

日由發行機關代收取債務人所償還之本息，並扣除報酬與事務手續費後交付與受讓之金融機關。

由於債權讓與乃採民法上的指定轉讓方式，而此指定債權之轉讓方式乃以通知及承諾為對抗要件，從而發行機關必須先得到債務人的承諾才能作債權轉讓（記載於住宅貸款用金錢消費借貸契約證書上），所以住宅抵押證書僅為債權轉讓契約之證書而已。於日本現行制度下之受讓人僅限於特定金融機關（銀行、信用金庫、保險公司等），且約定受讓人不得再轉讓，因此本制度除住宅金融專門業者以外很少被利用⁵⁶。金融機關辦理住宅抵押證書之買賣業務，該當於銀行法第 10 條 II 項 5 款之附隨業務即「金錢債權之取得或轉讓」而金錢債權包括住宅抵押證書，此於施行細則第 12 條中明文規定。由於住宅抵押證書買賣對象之限定性且雙方皆具有證券金融之專業知識者，無須予以個別保護，因此事實上並無特別法律規制存在。而住宅抵押證書亦非屬證券交易法上之「有價證券」，故無證券交易法之適用，從而證券業者不能經營有關業務。

3.住宅貸款債權信託

住宅貸款債權信託能達成透過讓住宅貸款債權之流動化，以解決住宅金融公司本身之住宅貸款額不足問題⁵⁷。日本的住宅貸款債

註56：大藏省銀行局通達「抵当権付き住宅貸負う債權の譲渡のための住宅抵当証書について」（藏銀3095號）1974年9月6日。

註57：近年，銀行等因應金融自由化與國際化，重視自有資本比率提高；同時兼顧其滿足國民住宅之貸款前提下，此制度之利用將更形明顯（參照金融制度調查會第2委員會於1988年5月提出住宅貸款債權信託之具體改善方案）。

權信託於昭和 48 年 (1973 年) 6 月，由日本住宅金融株式會社與三井信託銀行開始採行。它是由專門負責住宅金融的住宅金融專門公司將本身所擁有的房屋貸款債權組群後，交給信託銀行在一定期限內進行信託，然後再將此信託受益憑證轉讓給第三者，使住宅貸款債權得以流動化^{註 58}。不過信託銀行對於信託債權之本息收取等信託業務一部委任住宅金融公司 (銀行等) 為之。此與一般金錢債權信託由信託業者自行管理與處分債權有所差異，從而委託人仍與信託以前相同處理收取本息事務。

大藏省為擴大住宅貸款債權信託之利用率，於昭和 63 年 6 月 10 日發佈命令允許銀行及其他金融機關亦能從事住宅貸款債權信託業務，同時受益憑證之讓與對象由信託銀行之年金帳戶擴大至機關投資人，販賣方式包括附買回方式與賣斷方式兩種；不過由銀行及其他金融機關所從事之住宅貸款債權信託業務，其信託期間必須超過 5 年以上 (由住宅金融專門公司為之者則不受期間限制) ^{註 59}。

住宅貸款債權信託並無特別法律規制存在，但其組織架構以信託契約為基礎，所以法律上住宅貸款債權信託可視為信託業法第 4 條第 3 號中之「金錢債權」信託，而適用信託法及信託業法之一般規定，例如信託業之行政監督、受託者之管理義務、關於信託事務處理之書類公開等規定。但或認為住宅貸款債權信託違反信託的本質，蓋信託銀行的職責僅止於發行受益憑證而已，並無實際運用受

註58：吉野昌甫等，セキュリタイゼーションと銀行（經濟法令研究會）頁31。

註59：同前掲（註4）企業財務制度研究會編 頁554。

託財產，亦不負責收取被信託之債權。不過，行政主管機關仍支持住宅貸款債權信託為金錢債權信託之見解；昭和 48 年（1973 年）12 月 25 日金融制度調查會作出「活用與其他手段並用的方式，並不會妨礙信託的功能」之判斷而更加確定住宅貸款債權信託之法律地位。現在住宅貸款信託之受益憑證販賣乃由信託銀行或委託人銀行為之，此業務與抵押證書相同依銀行法規定為銀行之附隨業務，該當於第 10 條 II 項 5 款「金錢債權之取得或轉讓」，而施行細則中更明文規定金錢債權證書包括住宅貸款債權信託之受益憑證。從而住宅貸款債權信託乃屬銀行法中銀行附屬業務之金錢債權辦理項目。

證券投資信託之受益憑證為證券交易法上之「有價證券」乃無可置疑，但住宅貸款債權信託之受益憑證卻異於此，從而是否該當於證券交易法上之「有價證券」曾發生爭議。不過平成四年證券交易法修正，擴大「有價證券」之範圍，將住宅貸款債權信託之受益憑證「視為有價證券」而明文化，從而當然適用證券交易法之規定以保護投資人，且證券商亦可經營此一證券買賣仲介業務。不過事實上目前住宅貸款債權信託之受益憑證販售對象依大藏省之命令規定限於機關投資家或年金基金等之故，一般個人投資者並無適用證券交易法之保護必要。

（二）狹義資產金融證券（ABS）- 特定債權之證券化

於日本之債權流動化，即企業或金融機關將所持有之債權讓與他人以取回資金，須依民法第 467 條規定對於特定債權之讓與應通

知債務人並經其承諾後才能對抗債務人與第三人，此於現實上造成許多不便而妨礙債權之流動化。1993年特定債權法之公佈，使租賃債權及信貸債權等特定債權能排除民法規定之適用並加強投資人保護措施，而有利於債權之流動化；1998年9月特定資產流動化法之公佈，據此以有效管理基於資產流動化所成立之特別目的公司而達投資人保護之目的；又同年10月債權讓與特例法之公佈，不僅特定債權亦可使特定債權以外之其他債權排除民法第467條規定之適用，而使債權讓與更為簡化。

1. 特定債權法（特債法）之制定

依1993年6月公佈實施「特定債權法」（簡稱「特債法」）第2條4項1款之規定租賃債權及信貸債權等特定債權之流動化，其對象並非租賃債權及信貸債權等特定債權本身，而是將該特定債權讓與受讓者後所產生之對受讓者之價金請求權（特債法中所稱「基本債權」），而再將此價金請求權予以證券化，出售與投資人。依此方式則可遮斷原特定債權業者破產之影響以保障投資人。

不過租賃債權及信貸債權等特定債權之讓與依民法第467條之規定，非經通知債務人及經債務人承諾，不得對抗債務人或第三人，且該通知及承諾應以載有確定日期之證書為之。但事實上為數眾多物品或債權讓與時，無論事務或費用負擔上之考量，民法的規定乃不符合現實情況。因此，租賃及信貸債權等特定債權讓與時，特債法第7條創設公告制度取代民法上所規定之通知及承諾，使得特定

債權之讓與簡易的具備對抗要件。換言之特定事業者對通產大臣提出申報而經確認後，並將公告刊載於報紙，即視為具備民法 467 條所規定之以附確定日期之證書對債務人進行通知程序，從而解決證券化過程之最大障礙，奠定特定債權之證券化（ABS 發行）基礎⁶⁰。此外更於 1998 年 10 月公佈實施債權讓與特例法，針對法人金錢債權之讓與另創設讓與登記制度，作為對抗第三人之要件；換言之於向法務省辦理債權移轉登記後即具備對抗第三人要件⁶¹，使轉讓程序更為簡化而有利於債權之證券化⁶²。不過本法之適用僅限於以多數債權一齊概括轉讓之法人金錢債權為限，而因應金融機關之貸款債權及一般公司應收帳款債權之流動化等⁶³。

1993 年 6 月特定債權法中之特定債權包括租金債權及信用卡債權等 10 種債權（特債法第 2 條），而特定債權之流動化方法有三種，即轉讓方式、合夥方式、信託方式。至 1996 年又依特債法施行令之施行，而增加第四種有價證券（公司債或商業票據 CP）的 ABS· ABCP 方式。無論何種方式，皆須利用特別目的公司（SPC）之存在；換言之，無論採何種方式都須將此特定債權讓與特定債權之受讓業者（SPC 或信託銀行），而對該轉讓行為所生之價金請求權或信託受益權予以小口化，或以受讓之債權為擔保而由 SPC 發行

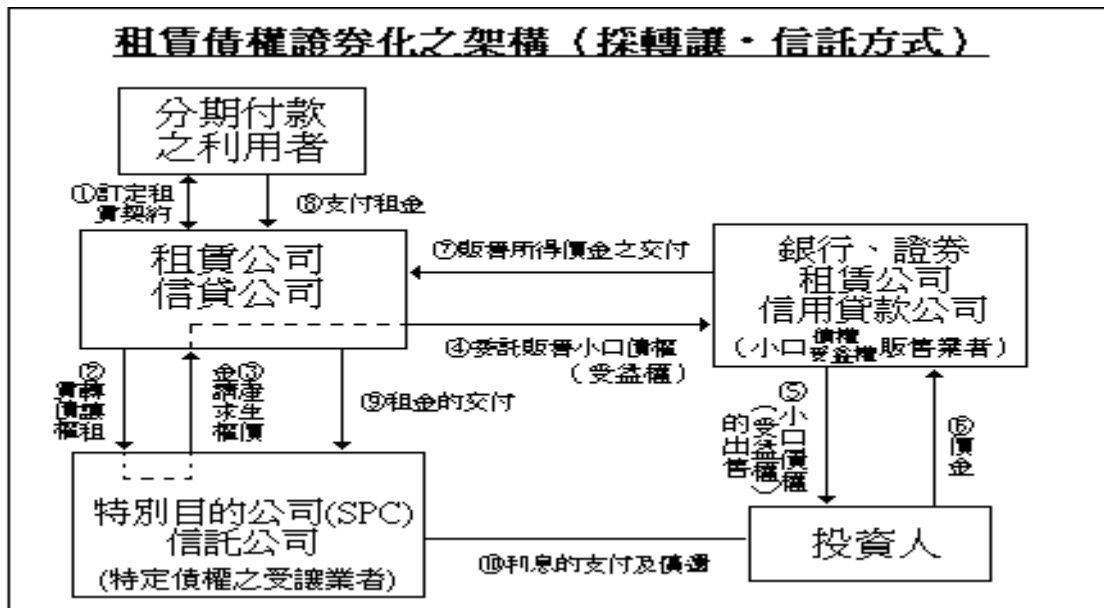
註60：同前揭註（註3）湯野勉 頁85。

註61：但對債務人仍須交付登記事項證明書，才能對抗債務人（參照特例法第2條1項）。

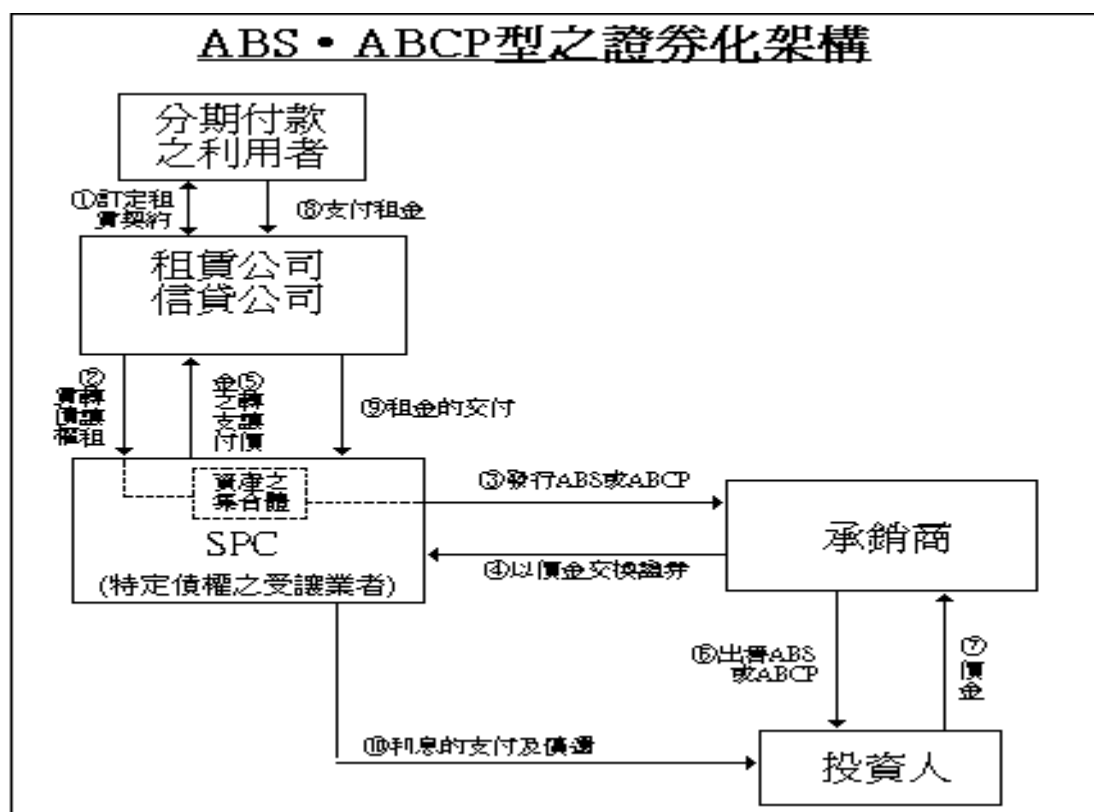
註62：從而特定債權之讓與可依民法第467條之規定或定債權法之公告制定，或依特例法之登記制度。

註63：同前揭（註3）湯野勉 頁96~97。

ABS 或 ABCP 出售給投資人。此外依特債法第 9 條之規定特定債權受讓業者須委託特定債權業者管理收回特定債權，且原則上不得解除該項契約，即使解除時亦不能對抗善意第三人。由以下之架構即可明瞭⁶⁴。



註64：三國仁司，不動産の證券化と方法（東洋經濟新報社）頁26～28（1999.4.2）。



特定債權流動之實況而言，採信託方式的占 63%、採轉讓方式的占 28%、採 ABS· ABCP 方式的佔 9%，事實上仍以分割信託受益權及轉讓金錢債權等小口債權的方式為主。而此等小口債權證書原則上禁止再行轉售亦不可轉讓作担保，從而此等小口債權其實欠缺市場性、流通性的而具「私募」性質。小口債權證書之販賣業者應經主管機關之許可才能經營（特債法第 52 條），實務上通常由租賃公司或信貸公司自行取得經營許可後，販賣自己公司小口化、證券化之債權，不過亦可由金融機關等經營此一業務⁶⁵。

特債法中對於特定債權之證券化而應採取之保護投資人措施如下：1.為確保交易的安全，特債法中規定業者必須先向通產大臣提出

註65：同前揭（註3）湯野勉 頁86~87。

有關特定債權之讓與計畫(特債法第6條),讓與總額必須「不超過必要之限度」且「不得過大」,並規定關於信用增強及流動性補強之事項以保障投資人。2.資訊之公開:小口債權販賣業者與投資人訂立買賣契約之前應交付書面與投資人,記載關於債權販賣契約與特定債權內容之概要,使投資人可能取得關於小口債權與特定債權之內容、小口債權擔保之有無、債權受讓業者之情形等資訊以決定是否投資(特債法第57、58條)。3.冷卻期間之設置:投資人於契約訂立並取得業者交付書面日起8日內,可隨時以書面解除契約(特債法第59條)。4.不當勸誘之禁止:販賣業者對於契約內容或特定債權等有關事項足以影響顧客判斷之重要事實,不得有虛偽不實或故意隱瞞之情事;不得以脅迫手段勸誘投資人訂立契約或妨礙契約之解除(特債法第61、62條)。5.行政監督:特定債權受讓業者每年應製作事業報告書而向主管機關提出,同時主管機關認為有必要時得命業者提出關於業務財務之報告資料並可派員親至前往事務所實地檢查或質問(特債法第47,48條)。

2.資產流動化法(SPC法)之實施

1998年資產流動化法之制定乃為促進資產之流動化,並確保相關業者業務之適切運營,進而以保護投資人。所謂資產流動化乃指業者發行對應於資產之有價證券,而以有價證券募集所得之資金作為取得資產之代價;並經由對資產實施管理與處分行為後所獲得之金錢作為證券持有人股息之分配或債務之履行(SPC法第2條)。

更於 2000 年 5 月修改本法增設「特定目的信託制度」，依此制度原資產保有人（或稱創始機構）得將特定資產信託予信託公司或兼營信託業務之銀行，並由受託人發行受益證券，出售與投資人而達資產之流動化。由於本法之制定使居於導管地位之特別目的公司於保護投資人之架構下公司組織與業務內容更為簡化；他方於特定目的信託制度中排除傳統信託架構下委託人之指示權，以阻斷與創始機構之關係而保障投資人。以下經由考察特別目的公司之證券發行而可明瞭日本之特定債權流動化更加普遍。

- (1) SPC 法特別目的公司之成立並不排除於資產流動化中依商法規定已成立特別目的公司之存在。
- (2) SPC 法之特別目的公司須提出特定資產流動化實施計畫並向內閣總理大臣申報後才可從事資產流動化之業務。且特別目的公司除特定資產流動化業務及其附帶業務外，不得從事其他業務；而對於特定資產之管理與處分業務應委託信託公司、特定資產讓與者或其他適格者（法第 3 條、142 條、144 條）。
- (3) 特別目的公司之董事為一人或數人，原則上各自代表公司，不設董事會（法第 64 條）。
- (4) 特別目的公司之資本分作特定資本與優先資本。特定資本乃謂優先資本以外之資本，而優先資本則為基於資產流動化計畫所募集優先出資證券之資金，優先資本之出資者對於公司利益分配或剩餘財產之分配權利優先於特定資本之出資者。
- (5) 特定資本之金額不得低於 10 萬日圓，此遠低於經營一般事業之股

份有限公司資本額，蓋特定目的公司之業務單純且投資人之收益存在於特定資產而非公司資本額之償還^{註66}之故也（法 19 條）。

(6) 對於特定資本之持份不發行證券，且持份之轉讓應經社員大會之承認；優先出資之持份須發行證券且能自由轉讓（法 33 條、46 條、29 條 2 項、41 條 2 項）。

(7) 特定目的公司所取得之資產（特定資產）而成為流動化對象包括指定金錢債權、不動產及此等資產的信託受益權。

(8) 特定目的公司對應於資產而發行之有價證券可分為優先出資證券、特定公司債券（轉換特定公司債、附新股優先出資認購權特定公司債）及特定商業本票（ABCP）（法第 1 條）。

(9) 特定公司債之債權者就特定目的公司財產中有較其他的債權者獲得較先受償之權利（法第 112 條 2 項）。

(10) 特定目的公司得發行種類及發行期限各異之優先出資證券或特定公司債。

(11) 優先出資的返還必須於特定公司債或特定商業本票清償完畢後才可為之。換言之，制度上之優先次序為：特定公司債、特定商業本票、優先出資證券、特定出資股份。

此外為保護投資人，本法規定採取下列措施：

(1) 若特別目的公司為創始機構之子公司，為排除創始機構對特別目的公司之影響力^{註67}，得採特定持份信託制度換言之特定目的公司不須

註66：丸山秀平「債權流動化のSPC法」ジュリスト N0.1145(1998.11.15) 頁35。

註67：陳美如「日本資產流動畫法之破產隔離設計」全國律師雜誌Vol.5 No.11, 2001 頁19。

經社員大會決議得將特定持份信託予信託公司或兼營信託業務之銀行；而於信託期間委託人或受益人皆不得解除信託或變更信託財產管理方法（法第 31 條之 2）。

- (2) 由於特定資產為投資人所持證券唯一之担保，為確保特定資產之存在或避免成為追償之標的，故規定特定目的公司除依資產流動化計畫之規定外不得將特定資產出借、轉讓、交換或提供担保（法第 152 條）；並對特定目的公司之借款或資金運用亦設有嚴格限制（法第 151 條、153 條）。
- (3) 特定目的信託制度中為遮斷創始機構之破產影響，規定特定目的信託契約中應約定創始機構對受託人不得對特定資產之管理處分保有處分權，且明定受益證券權利人於取得證券時，繼受特定目的信託契約委託人地位（法第 169 條 1 款 176 條），因此創始機構破產時債權人不可能對特定資產行使任何權利。同時為使信託財產為適當管理與處分，受託人應將該業務委託創始機構或其他適格之業者（法第 223 條）。
- (4) 確保財務報表記載之正確性，特定目的公司之財務報表除監察人外，還須經會計監察人之監察（法第 85 條）同時並受內閣總理大臣之行政監督^{註 68}。

此外配合特定資產流動化法之制定，平成 10 年、12 年（1998、2000 年）證券交易法之修正，增訂特定目的公司依特定資產流動化

註68：換言之特定目的公司每營業年度終了後3個月內應向金融再生委員會提出事業報告書，而金融再生委員會若認為特定目的公司之業務經營違反法令或有違反之虞者得命公司提出關於業務、財務資料與報告，於必要時並可直接前往檢查；再生委員會可命公司實施改善措施，甚至命暫時停業或撤銷登錄（參照特定資

法之規定而發行之特定公司債與優先出資證券及特定目的信託之受益證券為證券交易法上之「有價證券」，從而適用證券交易法上之規定以保護投資人。

(三) 不動產之證券化

由於不動產本身之投資金額龐大且欠缺流動性，從而唯有予以「小口化」才可能成為投資人之投資商品。日本對於不動產之小口化實務上採出租方式^{註69}、信託方式、合夥（包括隱名合夥）^{註70}方式。不過，由於投資人難以自不動產事業者取得充分之資訊，致事業者經營不善時尤其在日本泡沫經濟崩潰，事業者相繼破產及租金收入大幅減少，使得投資人因而受害嚴重。因此，為保護投資人使其得以自事業者獲得完全之資訊及促進小口化事業的健全發展，認為必要對該事業者加以規範。從而於1995年4月1日實施「不動產特定共同事業法」（簡稱「共同事業法」），所謂不動產特定共同事業，乃謂事業者與金錢或不動產之提供者（事業參加者）基於相互所定之契約，事業者將此等資產運用於不動產交易上，而將所

產流動化法第四章監督之規定）。

註69：指由物件的所有者將所有權分割而將其出售予投資人，然後投資人再出租予不動產出租業者或委託不動產出租業者代尋租戶出租並從中獲得租金收入例如公寓、旅館等皆能成為小口化對象。

註70：物件所有者將對象物件的共有持份權出售予投資人；取得共有持份權之投資人，以現物出資的方式成立民法上之一般合夥，該合夥人以委託人身分將其所出資的不動產概括交付信託，並取得信託受益權。受託者負責不動產的統籌管理及營運，並將所得收益作為信託配息支付給一般合夥，該合夥再將其以出資收益方式支付給各合夥人，例如1987年3月長谷工有限公司所發行之商品。

獲之利益分與事業參加者。該契約僅限於出租、合夥（包括隱名合夥）方式（事業法第 2 條 3 項），至於成為小口化主流之信託契約（信託方式），仍依信託法及信託業法規範之，而不列入共同事業法之範圍。

共同事業法為保護投資人其規範方式可分為「開業規範」及「行為規範」。開業規制包括不動產特定共同事業採許可制且須具備足以順利實施共同事業之財產作與人員基礎，另須有住宅、土地、建築物業者執照（事業法第 6 條第 2 項）。至於行為規制除明白揭示業者應忠實執行業務，而於執行業務之際應確保不動產之合理利用與抑制投機性交易外，並規定下列事項：禁止不當勸誘、禁止金錢借貸與居間、財產分別管理；且須公開資訊，包括共同事業者於訂立契約之前應交付記載契約內容與履行事項之書面，而於訂立契約後應立即交付記載下列事項之書面，即共同事業契約種類、不動產交易目的與交易內容、事業參加者之收益與利益之分配、財產管理事項、契約期間、契約終了之清算事項、契約之解除事項等（事業法第 24 條、25 條）。特定共同事業者應於事務所備置依主管機關命令規定記載業務、財務狀況書面，以提供事業參加者之隨時閱覽（事業法第 29 條）；對於管理狀況除應參加者要求提出說明外，應對參加者定期交付管理狀況報告書（事業法 28 條）。另外主管機關對特定業者實施行政監督，包括每年製作與提出事業報告書，主管機關派員實地檢查與對違法者命一年內業務全部或一部停止甚至撤銷許可。

共同事業法雖對於不動產「小口化」予以法律上之保障，但原則上禁止持份權轉讓，且一個不動產特定共同事業僅能以一個不動產計畫案為投資對象，規模太小，事實上欠缺流動性及換金性而受指責⁷¹。不過隨著 1998 年 9 月特定資產流動化法 (SPC) 之公佈實施，以促進不動產之流動化。蓋特定資產流動化之對象乃為 SPC 所取得之特定資產，該特定資產包括金錢債權、不動產與信託受益權；而 SPC 就所取得之特定資產對應的發行有價證券 (包括優先出資證券、特定公司債券或特定 CP 等)。從而不動產擔保貸款之金錢債權及不動產本身 (或其信託受益權) 等可依特定資產流動化法之規定由 SPC 取得後，SPC 據之發行資產對應證券 (債券或持份券)，依此方式不動產得以證券化。例如 1999 年三井不動產以 700 億日圓購入 Japane-Engine 總公司所在之大樓，透過 SPC 證券化後向投資人販售。而該大樓仍由 Japane-Engine 公司以租戶的身份承租，預期每年將有 6% 左右之利息收入⁷²。

二、法律規制內容

(一) 有價證券之該當性

日本之證券交易法為投資人保護之基本大法，而其規範之範圍乃以「有價證券」之定義內容為依歸。日本「有價證券」之定義於證券交易法第 2 條中明確規定而採具體列舉方式，僅同條 I 項及 II 項之最後一款以「其他政令規定之證券或證書」彈性的授權行政機

註71：同前揭 (註3) 湯野勉 頁118。

註72：同前揭 (註3) 湯野勉 頁121。

關得追加證券種類以適應環境之需要；但事實上行政機關未曾追加指定過⁷³。然而隨著金融證券化之發生，對於證券化金融商品之投資人保護，如何利用證券交易法之架構以達該目的成為一重要課題，因此於平成四年修正證交法，擴大「有價證券」定義範圍。雖然投資契約等概括性有價證券概念基於罪刑法定主義之考量⁷⁴而未能導入定義範圍內，仍採具體列舉方式，不過已使部份證券化金融商品納入「有價證券」之定義內，例如住宅貸款債權信託⁷⁵。此外為配合特定資產流動化法之制定，平成10年及12年之證券交易法之再次修正，而增訂依特定資產流動化法由特定目的公司發行之特定公司債與優先出資證券或特定目的信託之受益證券為有價證券。不過租賃、信貸債權等特定債權或不動產等之流動化非依特定資產流動化法而由特別目的公司發行對應資產證券者，換言之僅將債權或不動產等小口化以增加流動性者，則依1993年特定債權法及1995年不動產特定共同事業法之實施，加強業者之管理以保護投資人。又平成12年修訂證券投資信託及證券投資法人法之規定，以受益憑證或投資證券所募集之基金，可以擴及運用於不動產買賣、不動產租賃權、金錢債權等，並同時於證交法中增訂該發行

註73：平成4年之前證交法採證券業務與金融業務分離之故，若經指定為證券金融業即不能經營該業務。兩業界之門檻之爭形成強大壓力，致使行政機關無法行使指定權。參照上村達男「證券取引法65條と有價証券概念」商事法務N0.1193 頁3；森田章，投資者保護之法理 頁18、20 (1990.7.20)。

註74：有價證券之該當與否決定證交法上之刑罰適用，從而基於罪刑法定主義，有價證券之定義應為明確才是。參照大藏省證券取引制度問題研究會編，金融制度改革 (財經詳報) 頁14 (1993.9.3)。

註75：參照日本證交法第2條II項1款及施行令第1條之3。

之受益憑証或投資證券為有價證券。

至於住宅抵押證書僅為債權轉讓證書而已，依民法之債權讓與方式為之，換言之應通知債務人並經其承諾才可為之。不過依行政命令規定發行人或購入者僅限於特定金融機關，並禁止再為流通之故，所以住宅抵押證書非為一般人之投資標的，而無特別保護之必要，從而不必納入有價證券之範圍內而適用證券交易法。抵押證券本身乃依 1930 年制定之抵押證券法而由土地登記所發行，以促進金融機關之住宅貸款抵押債權之流動化；同時為排除惡質販賣業者加強投資人保護於 1987 年制定抵押證券業法，所以抵押證券乃由特別業法規範之。

(二) 證券交易法之適用

1. 公開制度之規制

日本之證券交易法與美國相同，基於保護投資人之目的於發行市場或流通市場確立資訊公開制度，換言之於發行市場除免除證券及免除交易外，發行人應向證券主管機關申報並公開投資情報後，才可募集發行之有價證券；於流通市場要求上市、上櫃公司及其他公開發行公司、資本額 5 億日圓以上且股東人數 500 名以上公司應定期公開資訊⁷⁶，對於一定重要事實之發生足以影響股價者應提出臨時報告書⁷⁷。

註76：每年營業年度終了3個月內應提出有價證券報告書；每半年終了3個月內提出半期報告書。參照證交法第24條1項、24條之5第1項。

註77：參照證交法第24條之5第4項。

於發行市場依有價證券申報書提供公司情報以為投資之依據，其內容除募集事項等證券情報外包括企業概況、事業狀況、財務狀況、設備狀況、股份結構等企業情報，使用第 2 號樣式⁷⁸。不過，證券化金融商品之發行架構異於傳統有價證券，換言之除對資產為管理運用之證券發行人外，尚有真正資金取得者之 originater 存在，從而公開之情報內容除證券發行人外，構成證券價值基礎之資產狀態之情報對投資人之投資判斷更為重要。所以證券交易審議會基本問題研究會公開制度小委員會認為情報內容應包括證券架構、證券持有人之權利、運用對象資產之內容、originater 與資產運用管理者之情況⁷⁹。依此意見大藏省公佈「特定有價證券內容等公開之省令」而以行政命令方式對於各種特定證券分別規定使用公開之樣式與公開之內容。例如住宅貸款債權信託之受益權憑證使用第 6 號樣式除第一部之證券募集情報外，第二部信託財產情報包括信託財產狀況、貸款債權之內容、信託之架構與財產運用狀況、受益人之權利，第三部特別情報指發行人及關係人之經理狀況，而關係人包括信託契約之委託人、信託財產信用補強人等。資產流動化證券使用第 5 號之 3 樣式同樣除第一部證券情報外，第二部管理資產情報包括資產之構成、管理運用之架構與資產狀況、信用補充、證券持有人之權利與行使，第三部發行人與原資產保有者之狀況；而資產信託流動化受益證券使用第 5 號之 4 樣式其第二部管理資產情報包括

註78：插入方式之有價證券申報書使用第2號之2樣式；參照方式之有價證券申報書使用第2號之3樣式。

註79：小委員會之報告平成3年26日「ディスクロージャー制度の見直しについて」。

特定信託財產之內容、特定目的信託之架構與經理狀況等，第三部發行人（受託人）與原委託人（創始機構）之狀況。投資信託證券使用第 4 號樣式，除證券募集情報外，應公開信託基金狀況（包括投資基本方針、投資對象、運用狀況）、基金經理狀況、委託公司或投資法人概況與經理狀況。

2. 行為與營業規制

日本與美國相同對於證券交易不法行為皆有明文禁止，證交法第 157 條之一般詐欺禁止規定，即有價證券買賣等禁止使用不正手段、計畫或技巧；第 159 條之市場操縱禁止規定；第 166 條內線交易禁止規定。如該當於證交法上之有價證券雖然於發行市場有適用除外之規定（除外證券或除外交易），但除外證券或除外交易仍受證交法之行為規制，換言之仍有第 157、159、166 條之適用。

日本對於證券，金融業務固然繼承美國制度採嚴格分離主義。不過隨著金融自由化與證券化，證券，金融業務間分界愈為模糊，並基於促進自由競爭、加強金融服務業之效率與提高消費者方便性之理由，嚴格之業際分離主義逐漸緩和，換言之平成 4 年（1992 年）修正證交法使證券業與金融業各得以子公司方式相互參入對方業務；平成 9 年（1997 年）又因獨佔禁止法之修正與銀行控股公司等整備法之制定，使金融控股公司得以設立，從而同一控股公司下之子公司即銀行與證券業以兄弟公司方式各自經營自己業務；平成 10 年（1998 年）金融體系改革法之制定，對證券商廢止專業義務同時，更擴大金融機關本體之證券業務範圍。因此證券化金融商品基於投

資人保護之理由而將其納入有價證券之定義範圍內，但由於業際分離主義之緩和已如上述，而使證券化金融商品不致斷然成為證券業者單獨所能經營之業務，從而金融機關對於證券化金融商品以證券子公司方式、或金融控股公司下證券兄弟公司方式、或法令明文擴大其本體之業務範圍而經營之。以下考察之：

(1) 擴大其本體之業務範圍：住宅貸款債權信託依證交法第65條2項3號及施行令第17之2條2項明文規定為金融機關能經營之業務；特定目的公司所發行資產對應證券乃活用銀行等金融機關專業能力之參與而達成者，從而關於記名金錢債權、該金融機關保有之不動產、信託受益權等特定資產之證券化，該金融機關本身亦可以從事該項證券業務⁸⁰；但對於第三人所保有不動產而發行之對應證券，除非以私募方式銷售，否則金融機關仍不能從事該證券業務。蓋證券之私募代理業務為金融機關之本來業務之故⁸¹。此外，平成10年金融體系改革法之施行，增訂辦理投資信託受益證券及投資法人投資證券之募集或私募為金融機關可經營之證券業務，且為增加投資人

註80：證交法施行令第17之2條2項、3項及「証券取引法施行令第17の2条2項2号及び3項の規定する有価証券を定める命令」。

註81：私募代理業務本來不構成證券業務而專由金融機關經營，為家投資保護於平成四年證交法修正將私募亦納入證券業務中，不過仍明文規定金融機關仍可從事

之便利性，對於適格金融機關開放此等證券之自行買賣或仲介業務^{註82}。

(2) 子公司之證券業務：銀行等經主管機關之認可得以子公司方式經營證券業務，但為保護存款人、防止從事利益相反行為與確保競爭之公平性，另增訂證交法第45條之防火牆業務規定^{註83}，即不得以異於通常交易條件且有害公平性之虞者與證券子公司為交易行為；銀行對顧客提供信用而以與證券子公司訂立證券交易契約為條件時，此為該證券子公司知悉者則證券子公司不得與顧客訂立任何交易契約；證券子公司承銷之證券於六個月內不得賣與銀行母公司等，以避免承銷風險轉移於存款人；銀行取得顧客之重要非公開情報時不得提供與證券子公司等。

(3) 兄弟公司之證券業務：避免公司經營惡化波及其他公司之遮斷效果而言控股公司下之兄弟公司方式優於母子公司方式^{註84}，同時為防止弊端發生，於銀行法中增訂與金融控股公司具有母子關係者為特定關係人，從而禁止以異於通常交易條件與特定

該義務。參照證交法第65條2項1號-5號、銀行法第10條2項6號。

註82：參照證交法65條2項4號、2條8項1~3號、施行令17條之3。

註83：參照證券會社の行為規制等に關する命令第12條規定內容。

註84：近藤光男等，證券取引法入門（商事法務研究會）頁333（1999.7.30）。

關係人間之交易行為，並擴大證交法 45 條之適用範圍而使及於金融控股公司或兄弟公司等⁸⁵。

(三) 其他法律之適用

上述住宅貸款債權信託憑證或資產對應證券該當於證交法上之有價證券而適用該法以保護投資人外，住宅貸款債權信託憑證之組織架構乃以信託契約為基礎，故仍有信託法與信託業法之適用；資產對應證券乃由特別目的公司對應於本身所取得特定債權或不動產而發行之證券，而對於特別目的公司之組織管理與監督，仍須適用特定資產流動化法之規定；抵押證券乃依抵押證券法而發行，故適用該法，同時為加強抵押證券業者之管理並排除惡質業者，制定抵押證券業法。租賃或信用等特定債權之流動化因特定債權法之施行更為順暢，並為保護投資人該法中規定債權販賣業者之業務行為與行政監督等；不動產之小口化依信託方式者仍有信託法與信託業法之適用，不過依合夥、隱名合夥或租賃契約而成立之事業，應受不動產特定共同事業法之規範，換言之對共同事業採許可制並經由業務行為之規範、行政監督、管理狀況報告書之定期公開等以保護投資人。以發行受益憑證或投資證券向投資人募集之基金，而投資運用於特定資產(包括有價證券、不動產、不動產租賃權、金錢債權等)者則有投資信託及投資法人法之適用。

註85：銀行法第13條之2；證交法第32條5項、證交法施行令第15條之3。

肆、我國的資產金融證券化之法律問題（代結論）

由前述一、二節之考察中而知美國、日本之資產金融證券化之現狀與投資人保護上之法律規制內容，本節除考察我國資產金融證券化之現狀與法令外，並由對美國、日本之考察中所獲取之啟示而提出我國於投資人保護上法規制應有之範圍以代結論。

一、我國的資產金融證券化之現狀

（一）不動產之流動化

資產金融之證券化尚處萌芽階段，固然未見美國之不動產抵押貸款或其他資產（汽車、信用卡等貸款債權）之證券化，即使日本以特別目的公司方式發行資產對應證券以促使不動產、特定債權之證券化，在我國亦未見到。此固然由於我國之經濟環境無法配合，例如證券化需有信用評等機構、信託機構、保管機構及不動產鑑價專業機構等之欠缺，致使資產證券化於技術上架構無法實現外，對於投資人保護之法令闕如，亦足致資產金融之證券化無法完成。雖然過去於房地產不景氣時不動產業者為有效融通資金，將不動產以分割方式出售並強調「產權共有，委託經營」方式吸引小額投資人。由於其共同特點為投資單位化與小口化，同時不動產持份可自由轉讓而成為投資標的之金融商品，可謂為不動產證券化之一類型。然而經營上不夠透明化，主管機關無法有效監督，致造成許多糾紛，顯少有成功案例，而使投資人受害嚴重。

例如民國 83 年捷力建設公司於內湖興建「歐洲共同仕場」，將商場之土地與建物劃分為 6000 個單位，每單位 30 萬元投資人購買每單位相應之房屋與基地持份而成為共有人；並與投資人約定興建完成後由公司承租該商場並為整體之管理、使用、收益，預計投資人每年有 12% 之租金收入並至民國 89 年 12 月 31 日投資人可請求公司依原價買回。由於租金遠較銀行利率優厚且將來亦可享受房地產漲價之利益，故當時吸引三千多位投資人購買，後因公司經營不善財務發生困難，投資人產權無法過戶，造成恐慌，引起社會側目⁸⁶；其他如早期之財神酒店案⁸⁷、太平洋建設公司之花蓮鳳蝶計畫、力霸之天母美食廣場、三光之吉米鹿王國等皆相同的以投資小口化、低總價、及高報酬吸引投資人，但亦皆失敗。

(二) 都市更新信託基金之實施

民國 87 年 10 月立法院通過「都市更新條例」，而使不動產證券化於都市更新計畫中體現。此乃基於改善台灣地區居住環境、合理利用都市土地之目的，亟須對老舊地區進行都市更新工作，依據本條例之規定可透過都市更新投資信託公司之成立，募集發行都市更新投資信託基金，以作為都市更新事業計畫之財源，而一般投資人得以小額資金參與都市更新計畫，透過專業經理人之經營管理，

註86：謝哲勝「不動產證券化之研究」台大法學論叢第27卷第1期 頁297；林麗香，國科會研究計畫「日本平成年間證券交易法之修正」(NSC83-0301-H-032-019) 頁44。

註87：此案例發生於民國69年。同前揭（註86）謝哲勝；王有康「不動產證券化之研究」台灣土地金融季刊第132期 頁138~139（86年6月）。

分享不動產投資開發之報酬。

都市更新條例第 50 條 I 項「證券管理機構得視都市更新事業計畫財源籌措之需要，核准設立都市更新投資信託公司，發行都市更新投資信託受益憑證」，換言之以成立都市更新投資信託公司發行受益憑證方式，募集社會大眾資金投資於都市更新計畫內之資產；II 項「前項都市更新信託公司之設置、監督及管理，由財政部定之」；III 項「第一項之受益憑證之發行、募集及買賣，應依證券交易法之規定辦理」，換言之都市更新投資信託受益憑證為證交法上之有價證券，投資人可依證交法規定受到保護例如投資判斷之資訊取得與交易公平性之確保等；IV 項「都市更新投資信託公司募集之都市更新投資信託基金，應以投資信託基金專戶存放於信託機構，其運用基金取得之財產並應信託予該機構，予都市更新信託公司及信託機構之自有財產分別獨立。都市更新投資信託公司及信託機構就其自有財產所負債務，其債權人不得對基金資產請求扣押或行使其它權利」，換言之基於信託法理信託基金具有獨立性，以遮斷債權人求償之風險才能保障投資人。又同法第 51 條之規定「I 項都市更新投資信託基金之募集、運用及管理，由證券管理機構定之。II 項證券交易法第 36 條、第 39 條、第 64 條及第 66 條之規定，於申請募集都市更新投資信託基金之都市更新信託公司準用之。III 項證券交易法第 53 條、第 54 條及第 56 條之規定，於前項公司之人員準用之。」換言之依本條之規定證券管理機關對於都市更新信託公司及公司人員行使行政監督權以確保經營之健全性而達投資人保護之目的。

由上述都市更新條例之規定，都市更新投資信託架構基本上與證券投資信託制度乃相同，但所募得之都市更新信託基金，係投資於不動產而非有價證券；故由架構上言之此乃美國之契約型之 REIT^{註 88}，即不動產之證券化，只不過不動產之範圍限於都市更新地區。不過學者認為更新單元之有限性且評價困難等具高風險性之故，信託基金不宜直接投資都市更新單元，而以投資於都市更新計畫有關事業所發行之證券或對該事業提供融資貸款等為宜，此又有異於 REIT 之處^{註 89}。

目前，依本條例授權主管機關訂定之「都市更新投資信託公司管理規則」或「都市更新投資信託基金管理辦法」尚未公佈之故，從而事實上都市更新投資信託公司無法成立，更無法實現更新地區不動產之證券化。但他方面若信託基金專以都市更新計畫有關事業所發行之證券為投資標的者，由於其性質上仍為有價證券之投資，則應可援用證券投資信託之架構，修訂現實法令擴大證券投資信託事業之投資範圍，將所募集之基金投資於各都市更新事業所發行之有價證券，似較容易推行更新地區不動產之證券化^{註 90}。

二、結論

資產金融之證券化對企業而言可降低資金取得成本與保有債

註88：參照第一章第三節之內容。

註89：王文宇「都市更新投資信託基金之籌措與運用」1998年證券暨期貨市場發展研討會（87年12月18日）頁13~16；張金鶚、白金安「不動產證券化於都市更新的應用」月旦法學雜誌第48期 頁52。

註90：同前揭（註89）王文宇 頁8~13、18。

權之利率變動風險，提高企業自有資本比率以改善資產負債結構，並使銀行能符合國際清算銀行（BIS）所規定國際性銀行自有資本與風險性資產之比率，同時增加銀行資金週轉率；對投資人而言資本市場之多樣化金融商品更能滿足其投資選好；對中介機構或證券商而言則有手續費或佣金之收入。因此，將隨著經濟環境之成熟與法令之訂定與實施，資產金融證券化之現象將更為明顯，而美國、日本之資產金融證券化中對於投資人之保護如下列所指乃值吾人留意與參考。

（一）證券化之架構

創設機構取得貸款債權並將其群組，而為隔離創始機構之信用與破產，使創始機構債權人不致對貸款債權行使權利以保障投資人，其方式依信託制度或設立特別目的公司為之。

1. 信託制度—信託財產具有獨立性，故委託人及受託人之債權人對信託財產原則上不得聲請強制執行；受託人破產時信託財產亦不屬於破產財團^{註 91}。例如美國之 Pass-through 型證書或日本特定債權之證券化多採此種方式，此外日本依資產流動化法尚有特定目的信託制度存在。而我國隨著信託法與信託業法之公佈實施，利用信託之架構使資產金融化亦可能實現，蓋信託法第 37 條規定「信託行為訂定對於受益權得發行有價證券

者受託人得依有關法律之規定發行有價證券」。

2.特別目的公司—美國、日本之資產金融證券化皆有利用特別目的公司之成立遮斷證券化資產與創始機構之連結。尤其日本為加強對於特別目的公司之組織、管理與監督，而制定特定資產流動化法，乃引人矚目與實值參考，蓋為促進資產證券化特別目的公司之組織異於一般公司而更為簡化，同時為保障投資人更明定公司發行之對應資產債券為最優先受清償。同時更使公司發行之對應資產債券納入證交法上之有價證券範圍而使投資人受證交法之保護。

3.信用之加強—為減少債權無法受清償之風險及減輕應收帳款為按期償付所帶來現金流量之短缺，通常對於證券予以信用強化，以保證投資者能收到應得款項之全額支付。其方式可由創始機構提供例如提存準備金，或由第三人（包括政府或金融機關）提供例如信用狀、保險、保證等，或二者並用。

（二）擴大證交法上之有價證券範圍

證券交易法為保護投資人之基本大法，而其規範之範圍應以「有價證券」之定義內容為其依歸。美國連邦證券諸法之「證券」範圍

註91：參照信託法第11條、12條之規定。

相當廣泛甚至包括抽象之投資契約，從而證券化之資產金融商品，皆能適用證交法之規定而受證交法保護。而日本與我國相同對於有價證券之定義原則上採具體的列舉規定方式，然而隨著證券化金融商品之出現，為加強投資人之保護，日本修正證交法擴大有價證券之定義範圍，雖然基於罪刑法定主義未將投資契約等概括性概念納入，但他方面則以個別立法方式補充之，加強業者之管理監督，避免投資人受害，例如不動產特定共同事業法、特定債權法、特定目定公司法等之制定皆是，此乃值吾等留意。

我國證交法第 6 條規定有價證券範圍亦相當狹隘，限於傳統之企業金融證券例如股票、債券或表明該等權利之證書而已。前述不動產事業投資之失敗案例雖皆可符合美國法上投資契約之概念註⁹²，但我國卻無法依證交法之規定為有效監督管理，致糾紛不斷投資人受害深重。所以資產金融之證券化過程中，應擴大現行法之有價證券範圍並引進投資契約概念，並仿效日本以訂定個別業法方式加強業者之管理監督，才能保障投資人。

(三) 公開制度之加強

我國證交法亦繼承美、日之規定，確立公開制度以保障投資人取得投判斷資料而作合理之投資決定，例如發行市場之公開說明書，流通市場之財務報告書、季報表等之提供。不過，證券化金融

註92：1946年SEC v. W.J Howey company案件中確立投資契約之判斷基準，即金錢之出資、投資對象為共同事業、因投資人以外之第三人之努力而產生利益。參照林麗香「證券交易法上有價證券」淡江學報第33期 頁354。

商品之發行架構異於傳統有價證券，換言之信託或特別目的公司之存在目的僅在於發行證券，於證券化之架構上僅具導管（conduit）作用而已；實質上資產之管理、資金之取得等證券化架構性行為之實施者仍在於資產創始者（originater），亦應使其負公開義務。因此公開之情報內容除關於證券發行人外，構成證券價值基礎之資產狀態情報對投資人之投資判斷更為重要。從而美國對於不動產擔保抵押證券之發行須使用 S-11 樣式公開，而 ABS 雖仍使用一般公開發行 S-1 樣式，但應遵守充分揭露原則，其內容包括創始機構等關係人情況之公開；日本另以行政命令規定特定有價證券之使用樣式，而彼等之公開內容均包括資產情況情報等。我國對於證券化金融商品之發行，基於相同之考量而參酌美日之規定，加強情報公開之內容才能真正保障投資人。

（四）證券．金融業務兼營之防弊措施

依我國證交法第 45 條規定證券商不得由他業兼營，但金融機構經主管機關之許可得兼營證券業務，從而證期會以行政命令規定金融機構申請兼營證券業務之事項，兼營證券業務包括承銷、自營、經紀、承銷及自營、自營及經紀⁹³。而又依銀行法第 28 條規定商業銀行與專業銀行得經營證券業務但該營業及會計須獨立，因此我國銀行可兼營證券業務乃無可置疑，而能成為提供綜合性服務之百貨銀行。百貨式銀行兼營證券．金融業務，固可提高利用者之方便性，但無可諱言由於利益衝突存在，各種弊端之發生乃不可避免。

註93：參照證券商設置標準第三章，第13條～第18條。

從而美國與日本皆嚴格分離證券、金融二者業務，雖然隨著證券化金融商品之出現，兩者業務之界限愈加曖昧，又加上提高利用者方便之要求，嚴格分離主義至今逐漸緩和。尤其日本之金融機關以子公司或控股公司下之兄弟公司方式經營證券業務，遮斷二者兼營之風險，且鑑於母子公司或兄弟公司之連結性存在可能產生弊端，而採取之隔離措施即所謂防火牆之業務規定，實值吾等反省。所以，我國銀行之百貨公司或控股公司方式兼營證券業務，固具方便性之他方更應考量採取防範措施，以避免利益衝突保障存款人才是。

Regulations on Financial Securitization

Issues on Protecting Investors' Interest in Asset Securitization

Lie-Hsyang Lin

Abstract

Capital market not only provides business with a source to raise funds but also gives investors a channel to invest. As stocks and corporative bonds are traditionally used as exchange vehicles, securities regulations were mainly made for such financial products. However, securitization of financial products in general includes business finance and asset finance. The former is based on the credit of the business, such as above-mentioned stock and corporate bond. The latter is established upon creditor's right and company assets. Because of the recent deregulation of finance and low interest, asset finance becomes more

and more popular as businesses try to improve their financial structure and to liquidate their assets. In 1970, a variety of financial products including realty, auto, rental, and credit card were developed and securitized in USA. In Japan, regulations were made on liquidation of specialized assets to facilitate the securitization of asset finance.

The securitization of financial products results in a variety of forms of financial products, providing investors with more options to invest. As a consequence, in order to protect the interest of investors and to promote economic growth, making new regulations for securitization of new forms of financial products or revising existing regulations becomes an important issue.

The objective of this project is to examine various types of securitized financial products of asset finance and relevant regulations made to protect the interest of investor in United States and Japan, and propose a direction for revising R.O.C. existing securities regulations and for making new regulations. To resolve these issues, the topics covered should include the structure of securitization in the prevention of liability in bankruptcy, the broadening of the scope of security, the enhancement of information openness, and the measure to prevent frauds in allowing institutes to conduct both security business and financial business.

Keywords: Financial Securitization, Asset Securitization, Securitization of Real Estate,
Securitization of Creditor's Right

政府對銀行體系之管制

--德國、美國與日本之比較--

沈 景 茂*
趙 慕 芬**

摘 要

本文由比較之觀點出發，分別介紹德國、美國與日本之金融體系。不論是德國之綜合銀行，或是美、日兩國之金融控股公司模式，均為該國金融環境下的歷史產物，無法斷言其中何者為銀行跨業經營之最佳模式。綜合銀行之控管多依賴其內部制度，政府對其限制程度低，雖然較符合市場競爭效率，但由於外部控管不易，在資訊不對稱情況下，容易造成外部利益關係人之不信任與不安全感。而金融控股公司模式可強制設立防火牆，降低外部利益關係人之不信任與不安全感，此乃許多政府在放寬銀行跨業經營業務時的重要考量因素之一。

關鍵字：綜合銀行、金融控股公司、防火牆

* 淡江大學企業管理學系副教授。

** 淡江大學企業管理學系講師；國立台北大學企業管理學系博士班研究生。

壹、前言

一個健全且有效率之金融體系，不僅可以流通資訊、降低資訊不對稱(Asymmetric Information)，藉以提高投資比例，尚可有效配置資金，降低邊際資本產出比例，對經濟成長之助益甚大。綜觀各國政府協助國內產業升級時，所運用之金融措施包括兩部分。第一，直接介入，利用銀行體系或官方機構直接協助企業取得風險性資金或中長期資金。第二，間接措施，此部份包括以法規促進金融環境的發展，進而影響企業資金之取得；或是直接協助某些金融機構，再運用其協助國內其他產業發展。上述之兩種金融措施，都與銀行體系相關。而政府在扶植特定產業時所常使用之信用分配(Credit Rationing)，更常是透過銀行體系以行之。銀行體系在金融市場中所扮演的間接金融角色，可以提供客戶交易帳戶的服務、滿足其他機構流動性的需求以及擔任中央銀行貨幣政策的傳遞樞紐^{註1}。

近年來，各工業先進國家為提昇競爭力，而致力於金融業務自由化，此一趨勢下允許金融機構跨業經營其他業務，使金融機構得以(一)配合經濟及金融環境快速變化；(二)配合金融國際化、自由化之趨勢；(三)滿足國民對金融業務日益多樣化之需求；(四)多角化經營以達範疇經濟；(五)促進市場競爭等優點。然而，過度開放金融機構跨業經營，亦會產生下列缺點：(一)擴大銀行

註1：Corrigan, E. G., "Are Banks Special? A Revisitation" (Region, Special Issue, 2000)
Federal Reserve Bank of Minneapolis.

之經營風險；(二)金融安全網之過度負荷；(三)造成監督管理之死角；(四)經濟力之過度集中；(五)利益衝突²。故各國金融主管機構在放寬金融機構業務時，多基於「安全與穩健」(Safety and Soundness)原則，設計跨業經營制度。

歸納起來，世界先進國家規範其金融機構跨業經營之模式，可分為下列三類：第一種為德國及歐盟之綜合銀行模式，銀行本身可以「直接」兼營證券等業務，但經營保險業務則需以銀行子公司型態為之，銀行不得直接經營；第二種為美國的金融控股公司模式，由控股公司分別設立不同之子公司，分別經營銀行、證券、保險等業務；第三種為英國的子公司模式，由銀行為母公司，旗下分別成立經營證券、保險等業務之子公司。而目前為全球主流趨勢者為前兩種，採綜合銀行體系者，除了歐陸各國之外還有加拿大、新加坡等；採金融控股制度者除了美國之外還有日本、台灣等。故本文將就綜合銀行模式與金融控股公司模式加以介紹。

臺灣銀行業的跨業經營，在早期有德式綜合銀行的影子，最近十年則走向英國的轉投資子公司式，或美國的分業經營式³。而我國政府於 2001 年立法通過之金融控股法，當中的制度設計獨尊美系，引起部分爭議，中華信用評等公司總經理表示「控股

註2：沈英明等十人合著，「我國銀行兼營證券、票券及信託等業務應有之防弊措施之研究」，財政部金融儲委會編印，89年4月版，頁59-65。

註3：沈中華、張雲翔，「歐系綜合銀行與美系分業銀行和者較能增加銀行績效？---由46國資料比較分析」，台灣金融財務季刊第二期第二輯，90年6月，頁85。

公司只是選擇之一，政府還要同時提供綜合銀行的選擇才對，一定要金融機構改制為控股公司，對部分業者來說會墊高他們的成本，而企業成本的累積，國家競爭力也就越來越小。^{註4}因此，本文將就歐系綜合銀行與美系金融控股公司做一比較。

貳、德國之綜合銀行

「綜合銀行」(Universal Banking)又稱為百貨銀行或兼業銀行^{註5}，係指在一家銀行下設立不同部門，經營原屬於不同金融機構之業務，包括傳統之商業銀行、投資銀行、證券經紀、信託等業務，滿足顧客「一站購足」(one-stop shopping)之需求。目前發展最為成功且有顯著績效的國家，首推德國。

西元 1618 年，德國發生宗教戰爭，且持續三十年，國力大舉衰敗，工商業也隨之凋敝，為期早日從戰爭陰影中走出，銀行業開始經營證券業，同時提供間接金融與直接金融之服務，開始為德國經營綜合銀行業務奠定基礎。綜合銀行制度產生於德國之因，除了為加速從十七世紀的宗教戰爭中復原之外，還有因為其較為特殊之劃撥轉帳的信用支付制度。此支付制度之範圍包括信用移轉、支票簽發與帳戶直接借記等，為提高支票制度與存款業務效益，致使銀行有必要兼營證券與投資業務等，以補傳統銀行

註4：見工商時報，90年5月20日。

註5：王文字，「建構我國金融控股公司法制相關問題之研究」，台灣金融財務季刊第二期第二輯，90年6月，頁35。

業務之不足。此外，德國產業革命於十九世紀中葉才開始，落後英國約一百年，當時德國民間積蓄之資本甚少，銀行無法自民間吸收足夠之存款，轉貸予工商業界，以協助其發展。政府乃採取相關措施呼籲成立新式銀行，進而由新式銀行協助新式產業之發展，以帶動國家產業升級。許多原有之民營銀行因而紛紛改制，設法吸收資金，以配合國家既定政策，也奠定了綜合銀行之基礎。此後在不同歷史背景因素的考量之下，逐步增加業務種類。

隨著德國工商業發達與成長，單憑銀行授信金額已無法應付工商業之資金需求，各銀行乃開始積極辦理證券之發行承銷及經紀買賣等業務，不僅可協助工商業界取得所需資金，也擴大了銀行業務，使銀行跨足直接金融，開辦證券業務。銀行亦會提供部分種子資本予製造業，以協助製造業研發新產品或新技術。此外，銀行還可參與被注資公司之生產、業務或財務管理活動，也可以自行或代理客戶行使股票投票權。而銀行所進行之風險性投資，即為投資銀行業務的一部份；而代理顧客行使權利，則為信託業務之一部份。

然而，十九世紀末葉，在數次經濟恐慌的波及下，德國內體質較為弱的銀行被迫倒閉。為降低經營風險，許多銀行之業務轉而偏重於公債投資，此舉更進一步促使德國綜合銀行對一般金融業務與投資業務的均衡發展^{註6}。一般金融業務包括了各種長短期

註6：德國銀行法第一條規定：「……銀行業務包括：一、收受存款。二、辦理融資及承兌。三、買入匯票與支票。四、代客買賣證券。五、代客保管財物與

存放款、各種抵押或信用貸款等。投資業務則包括代客發行、承銷、買賣證券，以及信託業務與創業投資業務等。銀行在如此多的業務項目中，可以各自衡量本身之競爭優勢、財力背景、往來顧客類型與評估未來發展趨勢後，承做最適切之業務，此乃綜合銀行之競爭利基(Niche)所在。

二次世界大戰，對德國國力的打擊不小，德國透過綜合銀行體系來提供企業資金，協助特定產業發展。企業也可以透過投資股份的方式來擁有銀行，以有效降低資金成本(Cost of Capital)。德國企業主要的資金來源，十分依賴銀行體系⁷。而德國之綜合銀行制度在這種發展背景之下，有三個特點⁸：一、主要銀行制度：德國企業常仰賴一家主要銀行提供金融服務，當企業陷入逆境時，銀行常致力協助企業繼續經營，若企業體質仍轉弱則將債權轉為股權，協助企業重整。二、銀行對企業之持股制度：由於德國銀行對陷入財務危機之企業採增加危機企業之持股模式，股權常超過 25%，甚至超過 50% 也不足為奇，因而銀行對企業之控

經紀有價證券。六、投資公司法第一條所列之業務。七、承擔取回未到期債權之義務。八、為他人辦理各種擔保業務。九、辦理非現金之支付與清算。十、其他經法律准許經營之業務。」詳細業務內容，請參考莊有德，「考察德國銀行綜合經營制度報告」，財政部金融局儲委會金融研究小組編印，88年5月，頁157至159。

註7：Herbert Oberbeck and Nestor D'Alessio, "The End of Germany Model? Developmental Tendencies in the Germany Banking Industry," Regulation and Deregulation in European Financial Services (London: MacMillian Press, 1997), pp.86-87.

註8：許紋瑛，「金融控股公司之法制建構－以美日比較法觀點評析我國相關立法」，中原大學財經法律學系碩士論文，90年1月，頁52。

制力十分強大。三、代客保管股票之投票權制度：因銀行得以保管人身分代理客戶之股票投票權，使其對企業之影響力超過銀行實質持股權。

歐盟(以下簡稱 EU)現行之銀行制度即繼受德國綜合銀行制度而來。EU 於 1989 年 12 月公佈「第二號銀行指令」(The Second Banking Directive)，乃採「單一執照制度」(Single Banking License)、「相互承認」(Mutual Recognition)、「母國管理」(Home Country Control)原則，銀行在母國取得單一銀行執照後，可跨越國界至其他會員國設立分行⁹。EU 於發布此項指令的同時，也規定各會員國須於 1993 年 1 月 1 日前，修法或立法實施此指令。該指令中尚列舉了 14 項銀行業務如下¹⁰：

一、收受存款及以其他方式借入資金。二、放款。三、融資性租賃。四、匯款。五、支付工具之發行與管理。六、提供擔保。七、銀行自營或代客從事下列交易：(一)貨幣市場工具；(二)外匯；(三)金融期貨與選擇權；(四)外匯與利率相關工具；(五)可轉讓證券。八、參與股票發行及相關業務。九、有關企業資本結構、產業策略之諮詢。十、貨幣經紀。十一、資產管理與諮詢。十二、

註9：吳友蘭，「歐洲共同體銀行操作法律制度之研究」，淡江大學歐洲研究所碩士論文，82年4月，頁58。

註10：前揭註5，第54頁。

證券保管業務。十三、信用諮詢業務。十四、保管箱業務。

由上述業務範圍可以判斷，第二號銀行指令將引導所有歐盟會員國走向綜合銀行體制，也由於此法令對歐盟銀行之整合具重要地位，也被譽為「歐洲銀行法案」(European Banking Act)。

綜合銀行體制乃是開放銀行可以跨業經營其他業務，不需經由子公司型態。在政府金融法規規範制度下，建立自由競爭環境，減少官方行政管理及立法管制而產生之成本。銀行各相關金融業務之間亦得以共享資訊可以達到範疇經濟(Economy of Scope)之益處，亦可以各自衡量本身之競爭優勢、財力背景、往來顧客類型與評估未來發展趨勢後，承做最適切之業務。然而，綜合銀行之出現有其歷史背景，逐步開放銀行承做業務有其成本與便利性之考量，但也衍生出一些問題。有關綜合銀行體系之優缺點，將留待文中第五部份做一介紹。

參、美國之金融控股公司

美國為金融控股公司雛型最早出現之國家，而銀行可否跨業經營主要是受到銀行經營的特質與國家金融發展的歷史背景影響¹¹。1927年美國通過麥克費登法(McFadden Act)，為形成公平競爭環境，禁止銀行跨州設立分行，銀行為提供客戶跨州的服

註11：李桐豪，「由美國金融服務業現代化法看我國的金融控股公司法」，台灣金融財務季刊第二期第二輯，90年6月，頁2。

務創造出銀行控股公司(Bank Holding Company ; BHC)模式，由母公司直接擁有或透過投票權，而掌握子銀行 25%以上的控制權，形成實質分行以規避政府管制，因此，美國之 BHC 乃是規避金融管制下的產物。

1929 年美國股市崩盤，引發經濟大恐慌，商業銀行在此經濟蕭條時期，陷入客戶擠兌(Bank Run)的信心危機中，當時多數一般產業之資金，多仰賴間接金融，銀行陷入危機，引發惡性循環，造成百業蕭條，以及大量失業。在大眾對經濟制度穩定性喪失信心下，美國進行全盤性之金融改革，改革目的在於促進銀行業之安全、健全銀行結構以及穩定總體經濟狀況。在此歷史背景之下，1933 年通過並實施銀行法，此法又被稱為格拉斯-史帝格法(Glass- Steagall Act)^{註 12}。法案條文共有 34 條，主要內容包括將商業銀行與證券業務予以分離、活期存款不得支付利息、定期存款利率上限由聯邦準備理事會(以下簡稱聯準會)決定^{註 13}、設立聯邦存款保險公司，以及重申麥克費登法禁止銀行跨州設立分行，但如州政府允許外州銀行進入設立分行者，則不在此限。1933 年史帝格法的主要目的在於降低銀行之事業風險(Business Risk)、建立大眾對金融制度之信心以及適度開放分行設立規定。

註12：由於此法草案由當時美國參議員Cater Glass與眾議員Henry Steagal所提出，所以又被稱為格拉斯-史帝格法(Glass- Steagall Act)

註13：此提供了法源依據使聯邦準備理事會制定規則Q(Regulation Q)，規定會員銀行對定存之最高利率，但造成銀行利率低於市場交易利率，致使存款資金大量自銀行外流，使商業銀行陷入危機，規則Q於1986年廢止。

1930 至 40 年代，美國國內忙於自經濟大蕭條中復甦，並未特別重視銀行業日益成長之狀況。直至 1950 年代早期，一些大型控股公司的活動，引起監理單位對銀行資源之集中性，以及銀行以子公司型態跨足非銀行業務的注意。因而於 1956 年通過銀行控股公司法(The Bank Holding Company Act)，此法案之主要目的在於定義銀行控股公司、釐清聯準會為銀行控股公司之唯一監理機關、禁止跨州銀行以及要求放棄非銀行利益。而此法所定義之銀行控股公司乃指擁有或控制兩家或兩家以上銀行之公司，並不適用於單一銀行控股公司，而造成重大漏洞。法案中規範跨州投資銀行業務的是第三條(d)，即道格拉斯修正案(Douglas Amendment)，禁止投資外州銀行具有表決權之股權 5% 以上，因此，許多銀行便收購外州銀行無表決權之股權，或低於 5% 具表決權之股權，以此方式進行跨州投資。此外「非銀行之銀行」(Non-bank Bank)^{註 14} 普遍設立，使銀行控股公司迅速成長。此一法案分別在 1966 及 1970 年通過修正案，1966 年之修正案刪除投資公司及子公司、宗教、慈善團體及教育機構，不適用本法規定^{註 15}，並將同年之銀行合併法(Bank Merger Act)之規定納入，使銀行控股公司間合併或收購須向聯準會申請，若聯準會認為會造成獨占或限制交易者，即不允以核准。1970 年的修正案則有三點主要內容(一)將單一銀行控股公司納入法令規範；(二)授權聯準會

註14：若母公司傘下只有一家銀行，則不受1956年之銀行控股公司法管制，仍可從事非與銀行業務相關之其他業務。

註15：前揭註9，第17頁。

明定銀行控股公司可從事之業務活動；(三)納入反結合(Anti-trying)條款。聯準會乃在此法源下，頒布「規則 Y」(Regulation Y)，允許銀行控股公司傘下子公司從事非銀行但與銀行業務密切相關，且符合公共利益(Public Benefits)者，如此使格拉斯-史帝格法所規定之銀行與證券業務分離的障礙逐漸消失^{註 16}。而反結合條款則禁止控股公司旗下之銀行與非銀行子公司，藉由相互介紹營業活動，以推展彼此業務^{註 17}。綜觀 1956 年通過的銀行控股公司法以及其日後的兩次修正，其基本想法是要限制金融資源過度向大銀行機構集中，並確保銀行活動確實與銀行業務高度相關^{註 18}。

如果沒有麥克費登法與格拉斯-史帝格法，美國的銀行或許就不必要以控股公司模式，來經營跨州或跨業之業務。此外，以上法案並未限制一般公司涉足銀行業務，致使許多保險公司、財務公司以及一般零售業者也紛紛改型成為單一銀行控股公司，而使得美國政府於 1987 年通過銀行公平競爭法(Competitive Equality Banking Act)正式對既存之「非銀行之銀行」予以合法化。此法使美國運通(American Express)得以與一般商業銀行競爭，1990 年美國電話及電報公司(AT&T)規避單一銀行控股公司

註16：Edward Gardener and Philip Molyneux, Investment Banking Theory and Practice (Euromoney Books, 1996) pp.54-55

註17：簡燕子，「銀行購併之反托拉斯問題研究」，政大法律研究所碩士論文，82年12月，頁76。

註18：前揭註13，第3頁。

的管制而發行信用卡，而使一般企業與銀行之間的界線更加模糊。

在金融自由化以及提高效率的趨勢之下，各種修正業務分離管制的聲浪日益增高。1987年聯準會(FED)主席葛林斯班(Greenspan)也在眾議院的聽證會中指出格拉斯-史帝格法的不合時宜，此後修正或刪除格拉斯-史帝格法中部分條文的聲音以及動作日漸增加^{註19}，有越來越多人對格拉斯-史帝格法中銀行與證券業分離之做法，持反面意見。由於過去法案限制銀行不得跨業經營之藩籬已出現動搖，但是當時美國既存於市場中的證券業與保險業者為顧及本身利益，而有反對聲浪，形成立法過程之冗長與抗爭。此外，官方亦出現角力現象。原來之監理機關為聯準會，認為要以控股公司型態開放非銀行業務，而非以子公司型態，所持理由為子公司營運結果會影響母公司的財務報表，致使營運風險增加；美國財政部則認為以控股公司或子公司型態使銀行經營非銀行業務，並不重要，重點應在於保護措施(Safeguard)的設立與執行。官方第二個爭議點在於銀行不得從事的金融業務(如保險中的承保或不動產開發)，可否由銀行之子公司從事？聯準會持反對意見；財政部則認為可藉由建立防火牆來防弊，而傾向贊成^{註20}。銀行、證券與保險業之業務範圍保衛戰；聯準會與財政

註19：如1995年眾議院提出之金融服務業競爭法案(Financial Service Competitiveness Act)、1995年財政部長魯賓要求刪除格拉斯-史帝格法第二十條、1998年參議院提出之普洛斯麥法案(Promxmire Act)等。

註20：詳細爭議內容，請參閱張美琴，「商業銀行兼營證券業務之法律規範」，東

部監理主管機關的地盤爭奪戰，在持續將近二十年的立法遊說後，1999年11月由當時美國總統柯林頓簽署「金融服務業現代化法」(The Gramm- Leach- Bliley Act；以下簡稱 GLB)^{註 21}，終於暫告一段落。

GLB 法案改變美國金融產業的結構與競爭態勢。其立法之基本精神包括：(一)基於保障存款機構安全為前提之下的跨業經營；(二)允許大型金融機構以金融控股公司的組織型態跨業，但小型金融機構仍得以銀行方式跨業；(三)以功能性管理為原則進行不同金融業務活動之管理；(四)重視金融機構跨業經營後，客戶資訊之運用與隱私權之保護；(五)跨業進入與退出之條件對稱，資本與管理能力並重^{註 22}。根據 GLB 對銀行控股公司業務範圍之規定：「銀行控股公司得從事各類金融活動，亦得取得或持有從事各種金融活動公司之股份，只要聯邦準備理事會理事與財政部長(依規章或行政處分)一致決定此種活動為『具金融本質之業務活動或與金融本質業務活動相關之附隨業務活動』」^{註 23}，允許銀行、證券公司與保險公司結盟。而在功能性管理原則之下，

吳大學法律研究所碩士論文，85年7月，頁46-47。

註21：此法案乃以三個提案者之姓氏為法案名稱。

註22：前揭註13，第5頁。

註23：增奴如，「淺論美國金融服務現代化法」，月旦法學第五十七期，89年2月，頁195。

銀行、證券以及保險業務分別由不同之監理機關主管，銀行業之監理機關為聯邦準備理事會、聯邦存款保險公司與金融局；證券業務之監理機關為證管會與商品期貨交易委員會；保險業務則為各州之保險行政長官。此外，GLB 也針對客戶資訊之隱私而有下列相關規範：(一)與客戶建立關係前以及隨後至少一年一次，告知客戶個人資料收集與揭露予第三者之政策與實務；(二)客戶享有拒絕第三者分享個人資料之權利；(三)禁止為市場行銷而揭露客戶帳戶號碼；(四)禁止在誤導的前提下，取得客戶之財務資料；(五)對於金融服務提供者及聯合行銷之合夥人設有資訊揭露之一般性例外條款。

GLB 法清楚界定金融控股公司所可從事之業務範圍，對金融活動與一般商業活動之區隔仍十分鮮明。也明白揭示客戶金融資訊之使用界線，區隔各功能業務之監理機關。而 GLB 法的出現並非完成美國金融現代化的最後一步，相反的，還需其他的立法來推動 GLB 法。例如，進行金融管制改造，建立單一監理機關；檢討銀行與一般商業之區隔是否仍應存在等^{註 24} 均有待推動。

註24：前揭註13，第10頁。

肆、日本之金融控股公司

日本自明治維新時期(1868-1912)進行經濟現代化。西元 1872 年開始建立金融體系。1883 年官方之「創辦日本銀行建議書」中，為防止銀行以短借因應長貸而增加之流動性風險，而決定將長短期金融分離，短期金融由普通銀行承擔，長期金融則由可發行債券之長期信用銀行承擔。1890 年成立銀行法。當時為了便於政府管制，所成立之金融體系乃偏重於以銀行為主體之間接金融。1901 年全日本共有 1867 家普通銀行，當時，許多商社以經營銀行來促使企業之成長。1920 年之後，商社逐漸涉入重化學工業及銀行業，仰賴銀行取得豐厚資金，並壟斷日本主要產業，形成財閥(zaibatsu)註²⁵。1922 年之「信託法」以及「信託業法」首見銀行與信託業務分離。1927 年由於受到國際經濟大蕭條影響，日本當時之大銀行東京銀行因壞帳過高而倒閉，引發了連鎖效應，許多銀行紛紛倒閉。日本政府於 1928 年修正銀行法，政府更加積極介入金融市場。1941 年日本發動太平洋戰爭，同時也推動銀行業之革新，鼓勵銀行之間合併。1943 年政府為籌措軍費，准許普通銀行兼營信託業。1945 年日本銀行家數只剩 61 家，其中有 50% 的銀行家數，以及全國 70% 的存款，掌握在四大財閥註²⁶手中。日本財閥為橫跨多種產

註25：前揭註12，頁68-69。

註26：當時之四大財閥為三菱、住友、三井以及安田。

業之聯合大企業，以控股公司模式經營，並仰賴旗下之金融機構吸收以及供應資金，支配龐大之社會資源，對國家經濟有深厚的影響力，而新企業或中小規模之企業則難以與之競爭。

二次大戰結束後，盟軍佔領期間，盟軍之政策重點在於促進日本民主化並防止財閥再現。1947年制定的「獨占禁止法」第九條規定則明文禁止設立控股公司，第十一條則禁止經營金融業務之公司取得具有競爭關係金融公司的股份，亦不得取得其他公司5%以上之股份^{註27}。1948年8月，為健全戰後之資本市場以及重開證券交易所，於盟軍總司令部(GHQ)指示下，大藏省仿照美國格拉斯-史帝格法中銀行與證券業分離之做法，而制定證券交易法第六十五條。1952年大藏省准許信託銀行開辦「貸款信託」從事長期放款，使其成為專營信託之專業銀行，另一方面要求自1943年以來兼營信託之普通銀行，撤銷信託部，因而形成銀行與信託分離制。至此，日本所採行之金融制度是專業及分工制度，亦即銀行與證券分離、銀行與信託分離、長短期資金分離、外匯業務由外匯專業銀行負責，不同業務屬性之金融機構不得涉足其他業務領域^{註28}。會對金融控股公司之出現形成障礙的因素共有二，即控股公司禁令以及銀行與其他金融業務需分離之官方要求。以下分別針對此二點之發展加以說明。

註27：施敏雄，「日本金融控股公司法之立法背景與運用」，台灣金融財務季刊第二期第二輯，90年6月，頁19-20。

註28：李坤儀、盧世勳、陳俊堅，「日本金融制度之改革」，財政部金融司儲委會編印，80年6月，第5頁。

為因應資本自由化、提昇國際競爭力以及加速經濟發展，自1950年代以來，主張解除控股公司禁令之聲浪一直不斷，陸續於1962年通產省發展出「新產業體制論」，1967年「歐洲經濟使節團」提出「有關產業體制近代化之建議」，以及1985年「經團連」(經濟團體聯合會)提出的「經濟環境之變化及應有的競爭策略」，皆提出控股公司之構想，俾使日本企業在與國際平等的情形下競爭。當時，日本國內因擔心造成市場寡占，而持反對意見者仍不在少數^{註29}。1990年代，日本經濟陷入低迷，為推動經濟以及全球化佈局，各方呼籲取消控股公司禁令之聲音又起。1992年10月「經濟同友會」、1994年3月「產業構造審議會總合部會」以及1994年8月「公平交易委員會」^{註30}先後提出解除控股公司禁令之建議。1995年12月日本公平交易委員會提出開放控股公司設立的方針辦法，已經將各方意見予以參酌揉合。日本國會於1997年修正1947年制定的「獨占禁止法」第九條規定，其中對控股公司已經解禁，但是對「事業支配力過度集中」之控股公司仍然禁止，1999年公平交易委員會頒布「第九條運用基準」^{註31}，明定三種仍被禁止之控股公司：(一)規模龐大因而對國民經濟有巨大影響，其具體表示為集團總資產合計超過15兆日圓，且擁有五個以上總資產超過三

註29：詳細內容，請參閱張家溢，「日本獨占禁止法對控股公司之規範」，淡江大學日本研究所碩士論文，89年1月，頁107-116。

註30：日本公平交易委員會於1994年6月針對解禁論作成「反論書」，闡述反對解禁控股公司之論點，但於同年八月對同一議題態度卻大有不同。

註31：前揭註31，頁120-128。

千億日圓的子公司；(二)大規模金融公司結合不動產公司與一般商社，具體規定為擁有總資產超過 15 兆日圓之金融公司，同時擁有非金融業且總資產超過三千億日圓以上之子公司；(三)在五個主要領域中，從原料到成品上下游密切之關聯且具有支配力者，具體而言，在汽車、鋼鐵、輪胎、塑膠、玻璃這五個事業領域其市佔率在 10% 以上，且三名以內之具支配力的公司，亦不得設立控股公司。從 1947 年到 1997 年，日本控股公司解禁之路，共耗費 50 年，而金融控股公司之設立所遭遇的法令規定，並非只有「獨占禁止法」第九條規定而已，還需其他金融相關法規的配合，而各種金融法規之出現，也必須依現實條件修訂，以下針對日本金融環境發展說明之。

日本早期金融產業因受「護送船團行政」的保護，而使其金融機構忽略效率化經營。「護送船團行政」為金融機構同步前進之義，日本政府為了維持金融秩序，而採取各種限制金融機構競爭的措施，保障業者利潤，除了造成日本金融業保守不具競爭力之外，也不利於資金之供需者³²。為改善金融制度，1985 年日本成立「金融制度調查會」檢討金融制度，1989 年該會之第二委員會提出報告，內容包括存款者保護、信用秩序的維持、金融業支配企業的可能性與防止利益衝突、確保金融機構競爭之公平性，以及銀行介入證券業務之經營方式。在銀行跨證券業經營這一部

註32：有關內容，請參閱蘇顯揚，「日本金融再生相關法案等金融改革對日本經濟景氣的影響」，經濟情勢暨評論第四卷第四期，88年3月，第16頁。

份，共提出五種參考架構，其中包括了控股公司與綜合銀行這兩種不同選擇^{註33}。當時主張開放金融控股公司的意見為多數，所持理由為：(一)金融控股公司下之子公司，為姊妹公司關係，其較可收阻隔風險之效；(二)金融控股公司較易設立防火牆機制；(三)開放綜合金融服務，可因應金融仲介功能多樣化之趨勢^{註34}。1993年通過「金融制度改革法」，普通銀行得以信託銀行子公司及證券子公司方式進行跨業經營，而證券公司亦可設立銀行子公司或信託銀行子公司。1996年日本首相有鑑於金融市場空洞化情況嚴重，而提出「金融大改革」(Big Bang)，其目標為改革金融制度使之自由化、公平化以及國際化，主要內容包括四點：(一)擴大投資大眾的資金籌措管道；(二)促進金融機構服務品質的提昇與競爭；(三)整建利於使用的市場；(四)建立值得信賴且公平透明的交易制度。在金融大改革的推動下，解除了普通銀行長短期金融之分離限制，允許普通銀行發行普通公司債，並廢除外匯銀行法^{註35}，將日本自1952年以來的專業及分工制度的金融體系，作一大幅修改。日本國會於1997年修正「獨占禁止法」第九條規定，解禁金融控股公司，為明確訂定具體配套措施，於1997年12月通過「金融控股公司整備法」、「銀行控股公司創設特例法」，1998年訂

註33：前揭註30，頁32-36。

註34：有關內容，請參閱王志誠，「企業併購法制與控股公司之設立」，月旦法學第68期，90年1月，頁45-46。

註35：許育菁，「日本金融大改革及銀行因應對策」，中國商銀月刊第18卷第8期，88年8月，第21頁。

定「金融體系改革法」作為金融控股公司相關法源依據。此外，於 1999 與 2000 年兩度修改「商法」，分別引進股份交換制度、股份轉移制度及公司分割制度，除使金融機構選擇組織結構更具彈性之外，亦使金融控股公司之設立方式，更加多樣與明確³⁶。

1997 年通過的「整備法」、「特例法」，於 1998 年實施後，日本已有四家金融控股公司成立³⁷。雖然金融業務整合為全球趨勢，但目前日本仍有人擔憂二次大戰前的財閥是否又會復活³⁸，故於修訂法令之初，日本之證券取引審議會曾表明為維護資本市場健全發展，必須採取各種防弊措施，即使以致經營績效減損亦無妨³⁹。綜觀日本之金融控股公司制度，其肇因乃起於二次大戰後，在盟軍司令部的指示下引進當時美國銀行與其他金融業務分離之做法，然而為了因應國際金融自由化與多樣化的趨勢，與提高金融機構經營效率，便修法或立法改善既有之金融制度，因而走向美系之金融控股公司制度。

註36：前揭註37，第46頁。

註37：此四家金融控股公司分別為瑞穗金融集團、三菱東京金融集團、UFJ金融控股公司與三井住友銀行。其中瑞穗金融集團為目前全球最大之金融機構。

註38：前揭註29，第24頁。

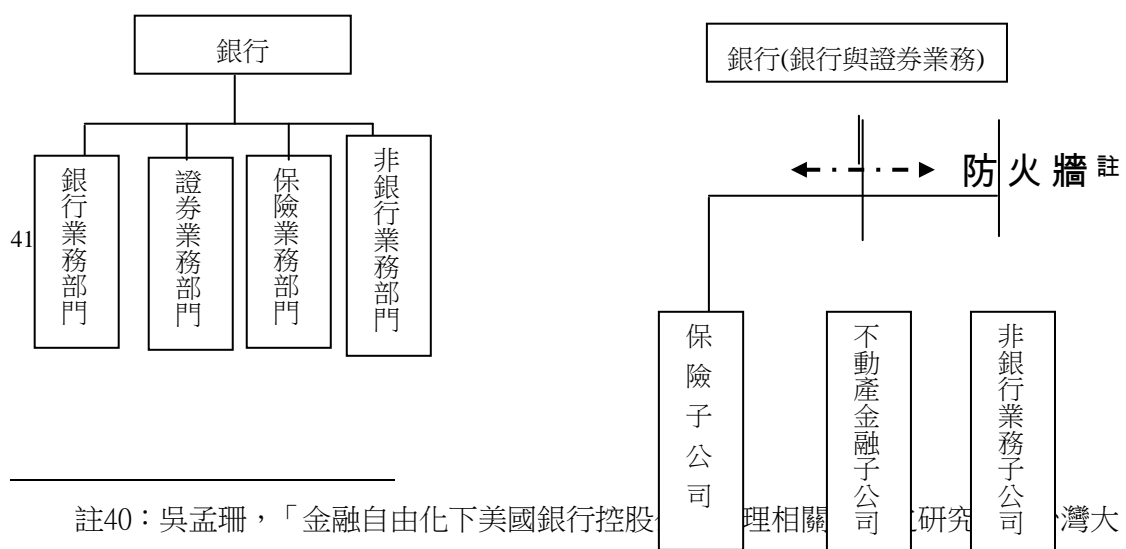
註39：林麗香，「銀行之參入證券業務----日本近年之修正法」，法政學報第4期，84年7月，第17頁。

伍、綜合銀行與金融控股公司之比較

世界先進國家規範其金融機構跨業經營之模式，可分為綜合銀行模式、金融控股公司模式以及子公司模式。以上三種模式之前二者尤其為主流趨勢。本節將介紹綜合銀行模式與金融控股公司模式之優缺點。

一、綜合銀行模式

綜合銀行設計下，銀行本身可以「直接」兼營證券等業務，但全球並無真正的綜合銀行，德國與歐盟所採行之綜合銀行，已是改良後的結果，即經營保險業務需以子公司型態為之，銀行不得直接經營，其差異以圖一及圖二表示之^{註40}。



註40：吳孟珊，「金融自由化下美國銀行控股公司之發展與挑戰」，國立交通大學三民主義研究所碩士論文，88年6月，第65頁。

註41：防火牆乃用以規範母子或姊妹公司間之交易行為，以及業務、人事與資金之流通關係。文中各圖均以雙箭線代表防火牆。

圖一 綜合銀行架構圖

圖二 德國綜合銀行架構圖

綜合銀行之優缺點分述於下註⁴²：

(一)綜合銀行模式之優點

- 1.可擴大銀行營業項目，提供顧客多樣化的選擇，以滿足顧客對各種金融商品的需求，強化顧客與銀行之間的關係。
- 2.透過規模經濟(Economy of Scale)與內外部經濟效果(Internal and External Economy Effect)，有效運用現有人員、營業地點及設備，降低單項業務之開辦費用與營業成本。
- 3.便於創造跨金融業務之新金融商品。
- 4.針對不同種類之金融商品，採行不同之價格策略，除可增加競爭力與經營效率，還可兼顧市場佔有率與獲利力。
- 5.藉由提供多元化的金融商品，達到分散事業風險之效果，以降低金融環境改變而引起之衝擊。

(二)綜合銀行模式之缺點

註42：詳細內容，請參閱前揭註9，頁49-50；前揭註30，頁41-45；林俊銘，「金融機構跨業併購法制建構及芻議----以商業銀行跨業併購為例」，中原大學財

- 1.若無適當之防範措施，可能引發不當內線交易之弊端。
- 2.因提供服務眾多，可能無法如專業銀行一般專精於某種業務，致使服務品質較為遜色。
- 3.提供業務眾多，組織龐大，且所涉及之人員、社會資源等關係龐雜，可能造成「太大不能倒」(Too Big to Fail)^{註 43}。
- 4.因業務性質不同且眾多，經營效率不易顯現，且不利於經營資訊透明化及風險控管。
- 5.若內部協調機制不佳，可能無力約束各金融部門之間的利益衝突。

上述五點缺點，多數需依賴銀行內部管理制度解決之。

二、金融控股公司模式

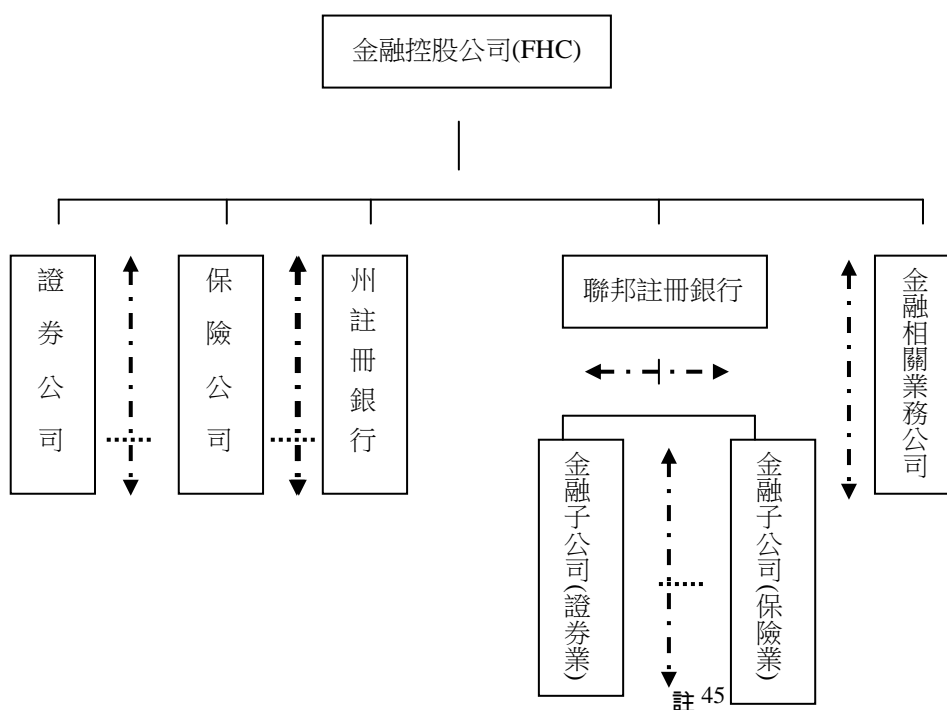
目前採金融控股公司模式之代表國家分別為美國與日本，此二者之運作方式大抵相同。但在子公司可從事業務之規範上則有所差異，美國政府原則上仍禁止金融控股公司從事非金融性業務，而日本政府則未嚴格禁止。此外，美國銀行為雙軌制^{註 44}，設

經法律學系碩士論文，90年1月，頁30-31。

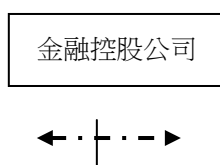
註43：若銀行有倒閉之虞時，政府為避免對社會衝擊過大，而要求中央銀行或存款保險公司援助。

註44：林俊銘，「金融機構跨業併購法制建構及芻議----以商業銀行跨業併購為例」，中原大學財經法律學系碩士論文，90年1月，第45頁。

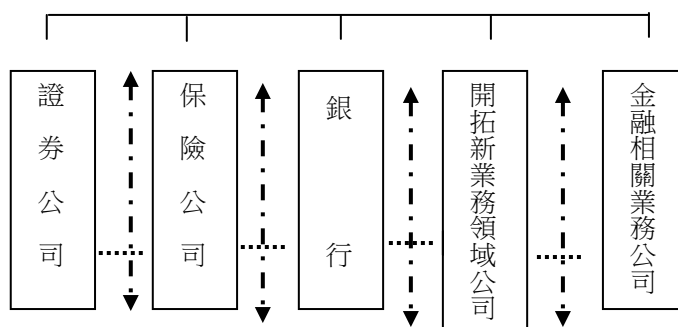
立時有區分為聯邦註冊銀行或州註冊銀行，若為聯邦註冊銀行則旗下還可分設各種金融相關業務之子公司。而美、日兩國均未對經營相同金融業務之子公司數加以設限，即金融控股公司得以複數銀行控股公司(MBHC)型態成立。至於美國與日本金融控股公司之架構乃分別以圖三與圖四表示之。



圖三 美國金融控股公司與金融子公司架構圖



註45：圖中虛線乃為仍可設立多個同質性子公司之意。雙箭線代表防火牆。



圖四 日本金融控股公司架構圖

金融控股公司之優缺點分述於下註⁴⁶：

(一)金融控股公司模式之優點

- 1.藉由金融控股公司旗下之各種業務，可達成範疇經濟。
- 2.藉由子公司之設立與裁撤而進入或退出某種業務或某個市場時，不必動用整個組織重整工作即可完成。
- 3.金融控股公司從事策略性規劃，子公司則各有其專精之金融業務，具分工經營效率。
- 4.子公司可因不同業種，採用不同之管理制度以及塑造不同之組織文化，較有管理彈性。
- 5.個別子公司均可各自向外舉債，因而可提高金融控股公司財務槓桿之使用程度，但提高財務槓桿的同時，財務風險

註46：詳細內容，請參閱前揭註9，頁47-49；前揭註30，頁41-45；前揭註42，頁41；林俊銘，「金融機構跨業併購法制建構及芻議----以商業銀行跨業併購為例」，90年1月，頁40-45；管玲，「企業購併與控制」，*壠商學報*，第五期，86年5月，第111頁。

(Financial Risk)也因而增加。

- 6.金融控股公司可藉由設立性質相異之子公司，而分散事業風險。若允許設立非金融業務子公司，則分散事業風險之效果將更明確。
- 7.金融控股公司中各個子公司為可分割且市場價值較易衡量，有利於企業間之購併行為，方便企業重整版圖。
- 8.金融控股公司與子公司係屬分離法人，為不同之法律主體，控股公司對旗下子公司之責任僅就其出資額為限，如此，經營責任明確且可阻隔風險。
- 9.金融控股公司可將旗下子公司之淨資產與淨負債合併，僅負擔淨收益之稅賦。從節稅觀點而言，可提高收益率。
- 10.各個子公司均有獨立之會計制度，各自成為獨立之利潤中心，損失不會相互波及，可有效建築防火牆。

(二)金融控股公司模式之缺點

- 1.需針對不同金融業務性質，而分別設置子公司，開辦費用與營業成本較高，不利控股公司資本運用之彈性。
- 2.市場仍將金融控股公司與其旗下子公司視為一體，若子公司發生危機，恐仍無法避免傳染性風險，而將波及控股公司甚至其他子公司。但此一方面只要有設計妥當之防火牆，即可

有效防堵傳染性風險。

- 3.對各子公司之間的利益衝突，需有設計妥當之防火牆，始可有效防堵。
- 4.金融控股公司不斷成立或購併子公司，可能造成經濟勢力之集中，進而挾其所控制的經濟資源，壟斷市場、操縱政治生態。
- 5.控股公司旗下子公司透過交叉投資，使個別資本額均符合規定，但是由於資本的雙重運用，可能使集團總資本額低於應有之暴險(explosion)總額。
- 6.金融控股公司若設置多個業務性質差異大之子公司，風險及控管系統差異亦大，無法合併集中管理，常有損於內外部監督之有效性。
- 7.金融控股公司旗下之非銀行業務子公司，其政府主管機關往往與銀行之主管機關不同，造成監理事權不一致，可能降低監理成效。

上述七點缺點，多數可仰賴設立防火牆、各子公司間資本獨立、董監事獨立、經營策略獨立、限制銀行對姊妹公司之授信、明定政府主管機關並明確規範監理原則而解決之。

伍、結論

金融體系不僅提供、維持支付制度，並透過各種金融商品的提供，讓資金需求者能直接由證券與貨幣市場，或間接經由金融中介機構自資金供給者手中取得資金。促成資金供需雙方交易的同時，也助長了經濟發展。綜觀各國政府協助國內產業升級時，所運用之金融措施都與銀行體系相關。具有效率的銀行體系有助於各個產業的發展。近年來，各工業先進國家為提昇競爭力，而致力於金融業務自由化，此一趨勢下各國金融主管機構多基於「安全與穩健」原則，設計跨業經營制度。金融機構跨業經營之模式，以綜合銀行模式、金融控股公司模式為主流趨勢。在綜合銀行設計下，銀行本身可以「直接」兼營證券等業務；金融控股公司設計下，則是設立不同之子公司分別經營銀行、證券、保險等業務。

本文由比較之觀點出發，分別介紹綜合銀行與金融控股公司之發展背景以及優缺點。基本上，不論是德國之綜合銀行，或是美、日兩國之金融控股公司模式，均為該國金融環境下之歷史產物，無法斷言其中何者為銀行跨業經營之最佳模式。無論採何種模式，政府主管機關公平與立即性之管理才應是設計金融體系時之基本考量。

綜合銀行之控管多依賴其內部制度，政府對其限制程度低，雖然較符合市場競爭效率，但由於外部控管不易，在資訊不對稱情況下，容易造成外部利益關係人^{註47}之不信任與不安全感。而金

註47：外部利益關係人一般係指未參與組織經營，但會為組織所影響者。包括外部

融控股公司模式可加以各種法規限制，強制設立防火牆，可降低外部利益關係人之不信任與不安全感，此乃許多政府在放寬銀行跨業經營業務時的重要考量因素之一。我國金融法制的調整也是美、日模式壓倒了德國模式^{註48}。

然而各國政府對成立金融控股公司的資本門檻要求不一。若門檻過高，業者可將資本雙重運用而加以規避。並且可能造成少數金融機構壟斷整個產業，而不利於小型金融機構與消費者權益，甚至有經濟勢力過於集中之虞。所以金融控股公司之資本金額高低似乎重要性不大，政府之金融主管機關應重視的是風險控管、經營效率與管理優良性。也有金融學者(沈中華，2001年)從事跨國性研究之後發現，會對銀行獲利以及降低風險產生助益的，並非其經營型態，跟其是以綜合銀行或金融控股公司模式經營關聯性不大。對銀行利潤而言，政府效能高似乎比限制多寡更為重要^{註49}。

這場綜合銀行與金融控股公司模式之爭中，並未產生真正的贏家，都是金融機構跨業經營時可考慮的模式。真正重要的是，政府法令的規範是否能緊跟著金融環境變化的腳步而行，是否有能力營造一個公正的金融產業環境。在金融工程的推動下，各種新金融商品出現的速度相當快，政府更要思索如何降低金融資訊

股東、債權人(銀行存款人)、政府、客戶等。

註48：劉紹樑，「金融法制、企業併購與典範遷移----以合併法與控股法為中心」，台灣金融財務季刊第二期第二輯，90年6月，第65頁。

註49：前揭註4，第94頁。

不對稱、維持金融資訊易取得性以及透明化，以形成更加自由且有效率的市場。

A Study of the Government's Regulation of the Bank System

Chang-Mao Shen
Muh-Fen Zhao

Abstract

This paper introduces the bank system of Germany, America, and Japan. Each system would be the historical derivatives of that country. We could not conclude which one is better ---- the universal bank or the financial holding company. In the condition of information asymmetry, the outside stakeholders trust firing wall because it could increase the control over the bank system. That is the reason why many governments choose the financial holding company as the bank system.

Key Words: universal bank, financial holding company, firing wall

建構台灣政治史的嘗試

— 由 *creole* 到 *mestizo* 的墾殖社會 — *

施正鋒**

摘要

在本研究裡，我們以「墾殖社會」的概念來建構台灣的政治發展，用族群化的角度來鋪陳台灣住民與外來政權的互動，解析台灣史上的族群關係，再來以族群結合的角度來看民族塑造，分別分析土生漢人的 *creole* 民族主義、原住民族運動、以及渾沌的 *mestizo* 民族認同，最後將探尋「混合」的概念化。

關鍵詞：台灣、政治史、墾殖社會、族群關係、混合體

* 發表於台灣歷史學會主辦「邁向 21 世紀的台灣歷史學—反思與開拓研討會」，台北，2001年6月3日。

** 淡江大學公共行政學系副教授

大家都知道，台灣是一個移民社會，除了最早期的原住民同胞，大多是歷代從中國大陸遷移而來。

李登輝 (1999 [1995]: 77)

現今的「台灣人」，是由馬來、印度尼西亞系（原住民系）台灣人，和漢族系台灣人所構成

史明 (1993: 4)

台灣人攏麼想要獨立，將來有一天會獨立，總統由台灣人做。

連戰（許世楷，2001: 49）

台灣與中華人民共和國是兩個互相獨立、互不所屬的華人國家，應發展國際的特殊關係。

陳水扁（《聯合報》2000/4/21）

先天的我們〔台灣人〕繼承印尼、葡萄牙、西班牙、荷蘭、福建、廣東、以及日本人的血統，換句話說，融合原住民、漢、日、拉丁、Tuton 諸民族的血統。

廖文毅（黃昭堂，1998a：78）

今天我們挺身而出 是要嚴正地告訴台灣人民與政府 我們是台灣的原住民族 因為我們沒有消失 我們被強迫地隱藏自己 在忍受民族屈辱下延續民族星火 轉換另一種身分生存在台灣社會

『平埔族群宣言』(2001/2/27)

早期的台灣民族主義理論與現在的台灣民族主義理論（認同論）有一個共同的問題：沒有為平埔族定位。

黃昭堂 (1998b: 166)

壹、前言

近年來，台灣人進行民主鞏固，除了對外積極尋求「國家肇建」(state-making)及獨立自主外，對內還有「民族塑造」(nation-building)的迫切課題；也就是說，政治上的民主化必須建立在一個具有現代意義的「民族國家」(nation-state)之基礎上，否則，國家的主權(sovereignty)、以及政府的正當性(legitimacy)勢必會不斷遭到來自內外的質疑、挑戰。具體而言，我們對外要抗拒中國併吞的野心，強調彼此在政治、經濟、社會、文化、甚至於血緣上的「差異」(differences)；對內則要有建構以台灣為主體的決心，強調所有住民的共同點，也就是「認同」(identity)。

如果我們接受 Benedict Anderson (1991) 的說法，民族是一種「想像的共同體」(imagined community)的話，那麼，無形的共同歷史、經驗、及記憶，可以超越有形特色的差異，不管是血緣、或文化特質，進而發展成主觀上的共同意識，也就是「集體認同」(collective identity)。除了取決於大家對於未來的政治、經濟、社會、以及文化制度，是否能達成起碼的共識外，也端賴眾人是否對於過去的認知能獲得妥協。因此，建構台灣政治史的努力，自然是台灣民族工程的關鍵之一。

在本研究裡，我們以「墾殖社會^{註1}」的概念來建構台灣的政治發展，用族群關係的角度來鋪陳台灣住民與外來政權的互動，解析台灣史上的族群關係，再來以族群結合的角度來看民族塑造，分別分析土生漢人的 *creloes* 民族主義、原住民族運動 以及渾沌的 *mestizo*

^{註1} 張炎憲等人 (1996: 5) 稱為「移墾社會」；陳其南 (1987、1998) 稱之為「移民社會」。

民族認同，最後將探尋「混合」的概念化。

貳、墾殖社會的政治結構

「墾殖國」(settlers' state) 是由「墾殖者」(settler) 建立的國家；一般的「移民」(immigrant) 多半只求寄居社會 (host society) 的接受，而墾殖者則要在新天地有自己的國度，要切斷與祖國 (home country) 的政治從屬關係、以及文化臍帶關係而 (Hartz, 1971)。此外，台灣與諸如美國、加拿大、澳洲、或紐西蘭等墾殖國不同，還要不時面對外來征服者入侵的威脅。在這樣的架構下 (圖 1)，台灣的漢人移民必須三面作戰，同時要面對祖國、帝國主義者、以及土著。

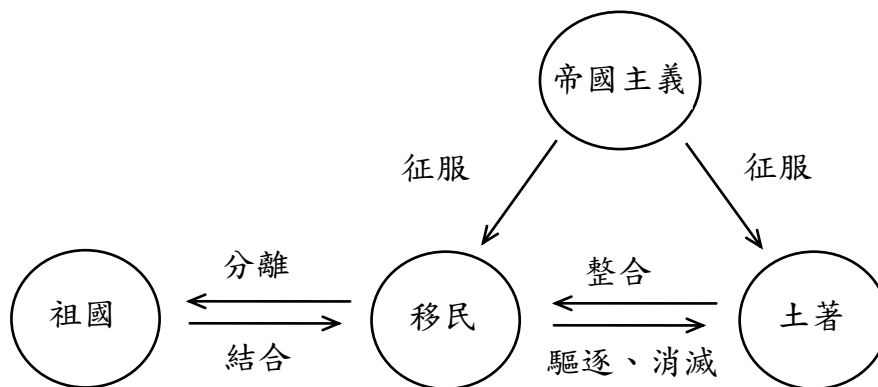


圖 1：墾殖社會的政治架構

在台灣歷史上，曾經被當作祖國的有明朝、清朝、以及中華民國

國；當然，統派是以中華人民共和國為祖國。到底祖國代表的意義是甚麼？究竟要迎合、還是排拒？對於明鄭屯墾的軍民、或是高舉「反清復明」大旗者來說，明朝只不過是精神託付所在，因此，在歷來的台灣史論述中，並非台灣人抗拒的對象。相較之下，清朝以武力強行將台灣納入中國版土，先人不滿被異族征服，自然要作保鄉衛土式的抗爭；在日治時代，原先拒絕薙髮的台人^{註2}卻又無由地追憶過去的百般好，除了遙想唐山作為心靈上的寄託，或許也有幾分是以想像中的文化優越性，作心理上的自我防衛機制。

台灣與中華民國原本沒有關係，因為自從中國將台灣割讓日本，彼此的任何牽連從此一刀兩斷；事實上，當中華民國在1911年建立之際，台灣人早已不是中國人。只不過，在日本人的殖民統治之下，仍有人毅然渡海返回「想像中的祖國」，也就是所謂的「半山仔」；其實，若非有祖國作為精神上、或軀體上的庇護所，台灣人獨立建國的意識或許會更早確立。台灣人在戰後視中華民國（或國民黨政權）為漢人統治，並未加以挑戰或懷疑，甚至以「重見天日」來看待「光復」。即使到現在，中華人民共和國依然是某些人朝貢的宗主國，這當然超越了感情上的羈絆、或是對出生地的思念。

帝國主義者 (imperialist)、殖民政府 (colonialist government)、以及外來政權 (alien regime) 所指涉的意義不同，在台灣卻往往被交互使用。我們以為，帝國主義者包含荷蘭、西班牙、日本、國民黨政權、以及中華人民共和國。對於台灣人來說，荷蘭、西班牙、以及日本殖民政府是帝國主義者，殆無疑義，因為他們都是異族的

^{註2} 台灣民主國「永戴聖清」、「仍奉正朔」，只能說唐景崧等統治菁英並無本土意識。

政權。相對的，作為明朝旁支的鄭氏王朝，卻從未被視為外來政權註³，恐怕是因為這是一個漢人政權；鄭成功驅逐紅毛番荷蘭人，台灣才能成為漢人的天下，此外，更何況由於他進行「反清復明」的大業，當然是民族英雄。然而，戰後避秦而來的國民黨政府，同樣是以漢人為主，為何會被視為外來政權？由「反攻復國」式的流亡政府 (expatriate) 到蔣經國的本土化，即使外省人漸由「離散的中國人」(Chinese diaspora) 土斷為某種台灣人，只要族群間的垂直分工關係存在，這就是一個採取「內部殖民」(internal colonialism) (Hechter, 1975: 8-9) 的外來政權，也就是黃昭堂 (1998a: 4) 所謂的「沒有母國的殖民王朝」。

自從由李登輝的「中華民國在台灣」、到陳水扁的「台灣中華民國」，逐漸本土化的中華民國政府是否仍為外來政權？站在原住民的立場，由被軍事征服、土地剝奪、政治支配、到經濟剝削，任何以漢人為中心的政權都會被視為外來者。站在漢人的立場，只要他們自己不是「反對獨立者」(loyalist)，任何主張與中國作政治統合的台灣政府，都不脫外來政權的本質。

比起中華民國，中華人民共和國完全與台灣沒有任何淵源。其實，台灣人是在中國國民黨的統治下，才真正地對中國這個歹厝邊起反感。由戰後到 1980 年代這段東西陣營對峙期間，台灣與中國的關係為相互敵視的交戰團體；即使在冷戰結束之後，中國仍然不能

註³ 王育德 (1999: 231) 對於廖文毅的「臨時政府」稱鄭氏王朝為「台灣人的第一個王國」相當不以為然者。史明 (1980: 106-7) 甚至於認為鄭氏王朝為殖民地統治、是外來統治集團。

忘情對台灣的領土訴求，在國際上又百般封鎖，台灣人自然很難不視這個霸權為帝國主義者。

在這個架構下，土著就是「原住民」(indigenous peoples)，意指在墾殖者尚未來到之前就已經居住在此地者，並不一定要有考古證據來證明他們是最早的住民。如果我們不排除漢人墾殖者為「本地人」(native) 的情況下，可以把台灣的政治發展過程，看為是如何將一個傳統的漢人墾殖社會，轉換為一個現代民族國家的嘗試，因此，漢人墾殖者與原住民都可以算是塑造中的台灣民族的成員。

不過，除了墾殖者以外，戰後的台灣又進入一批隨著國民黨而來的新移民。這批通稱為外省族群的群體可以說是政治性難民，因為他們的移民是被迫的；相較之下，早先來的鶴佬或客家族群，大多是自願前來的經濟性移民。除了遷徙的動機不同，兩者的族群認同^{註4} 還表現在民族認同(中國人 vs. 台灣人)、以及國家定位(統一 vs. 獨立)上的差異；當李登輝提出「兩國論」之際，蘇起忙著以「一族兩國」(two states in one nation) 來抵消，這不是情感上的牽掛在作祟而已。即使沒有外在因素的干擾，只要外省族群堅持以內地人的優越感來鄙夷海洋島國，族群間就無法取得心靈上的和解。

此外，在政治上與中國藕斷絲連的「復辟份子」(restoration) 也值得我們探討，比如鄭成功王朝、日據時代的祖國派、國民黨政權、或是當前所謂的統派。他們或直接與祖國的當權派競爭統治的正當性(法統)，比如鄭氏、或蔣家國民黨政權；再不就是以「民族統一」(irredentism) 的外貌來依附祖國，進而與殖民政府(譬如說日

^{註4} 也就是「外省人 vs. 本省人」的二元對立。

本)、或是墾殖者所建立的政權(譬如中華民國在台灣)角力。不論是那一種動機的復辟主義,祖國的政治勢力不免會被引入,勢必延緩墾殖國家的民族塑造。此外,萬一復辟份子成功地在墾殖地移植其王朝(要是當年蔣經國的接班人不是李登輝),那麼,獨立建國的過程必須再加上社會革命。

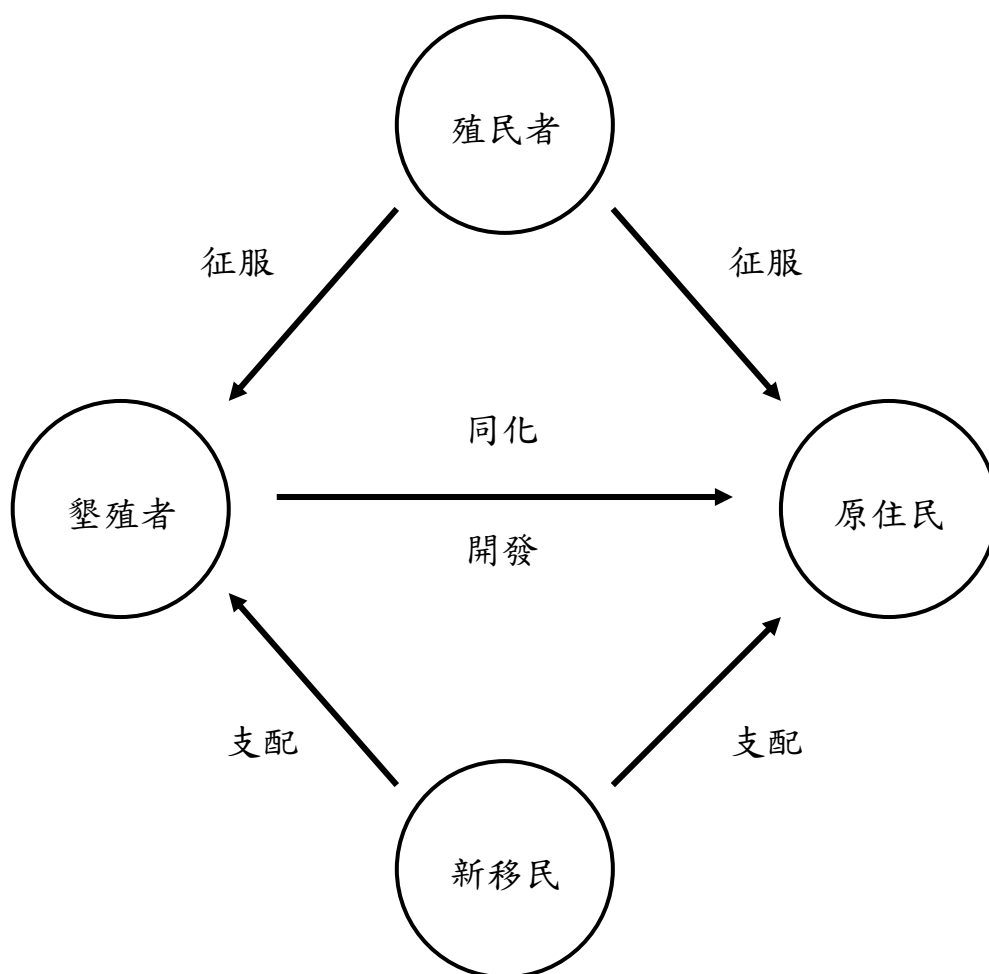


圖 2：台灣史上的族群關係

我們可以將圖 1 修正為圖 2。只要新移民與祖國的羈絆無法割捨,他們在概念上與墾殖者必須區隔,也就是說,移民要再細分為

墾殖者、以及新移民。而新移民這個範疇是否消失，一來取決於他們與墾殖者的歷史鴻溝是否能跨越，二來決定於現有的住民接受新移民的願意，譬如說外勞、或是企業界要求開放的中國高科技人員，是否可以賦予住民、或是公民的身分。此外，只要祖國帶有殖民的性格，它與帝國主義者的差別就不會太大，兩者因此可以合併為一。

參、史上的族群關係

我們接著以族群化 (ethnicization) 的觀點來進行考察^{註5}。就文化層面來看，台灣是一個多元族群 (multi-ethnic) 的社會，有原住民、外省人、客家人、以及鶴佬人；就血緣層面來看，台灣勉強也算是多元種族 (multi-racial) 的基因庫，有屬於馬來波里尼西亞種 (Malayo-Polynesian) 的南島人 (Australoid、即原住民)，以及屬於蒙古里亞種 (Mongoloid) 的漢藏人 (Han-Tibetan、即漢人)；就政治層面來看，台灣也可以視為多元民族 (multi-national) 的國家，有漢人想要建構的台灣民族 (Taiwanese nation)，更有原住民族 (indigenous peoples)^{註6}。在錯綜複雜的族群結構裡，我們在追求「同中存異」的同時，又要兼顧「異中求同」。

我們如果能將殖民者與新移民合併成外來政權，邏輯上來看，有可能是新移民依附、甚至於掌控外來政權，也有可能是外來政權

^{註5} 參見尹章義 (1989: 13) 的樹枝圖。

^{註6} 如果我們接受 Will Kymlicka (1998) 的看法，將「民族」擴大定義為「跨越歷史的文化集團」的話，那麼，原運可以視為「原住民族的[民族]主義」(indigenous nationalism) 的實踐 (汪明輝，1999；Becker, 1992)。

並未帶來大規模移民，更有可能新移民已經與墾殖者合而為一，那麼，台灣住民與外來政權的互動將是一個戰略三角的關係。我們可以歸納出八種可能的模式（圖3）。

模式1：外來政權同時要征服彼此不合的墾殖者、以及原住民。

模式2：墾殖者與原住民結合起來對抗外來政權。

模式3：外來政權以原住民來平服墾殖者。

模式4：原住民同時與彼此交惡的外來政權、以及墾殖者交好。

模式5：外來政權以墾殖者來征服原住民。

模式6：墾殖者同時與彼此不合的外來政權、以及原住民交好。

模式7：外來政權同時與彼此不合的墾殖者、以及原住民交好。

模式8：外來政權、墾殖者、以及原住民相安無事。

我們可以進一步將上述八種互動的模式歸納成四種策略：首先是三角對抗（模式1），也就是大家都要進行兩面作戰，這是最不穩定的結構，只要有一方想打破這種僵局，就有醞釀合縱連橫的可能。再來是聯合陣線（模式2、模式3、模式5），由兩方聯合起來對抗第三者。這是一種均勢平衡（balance of power）的思考，也就是結合次要敵人來牽制主要敵人，也對於外來政權來說，是方便的以夷制夷手段；結構上來看，這種結盟是一種準兩極抗衡，比較穩定。

其次是浪漫三角（模式4、模式6、模式7），由一方主導，與敵對的兩方同時交好、或是採取等距離的來往，同時要想辦法防止二者結合。最後一種可能是三者達成整合（模式8）。

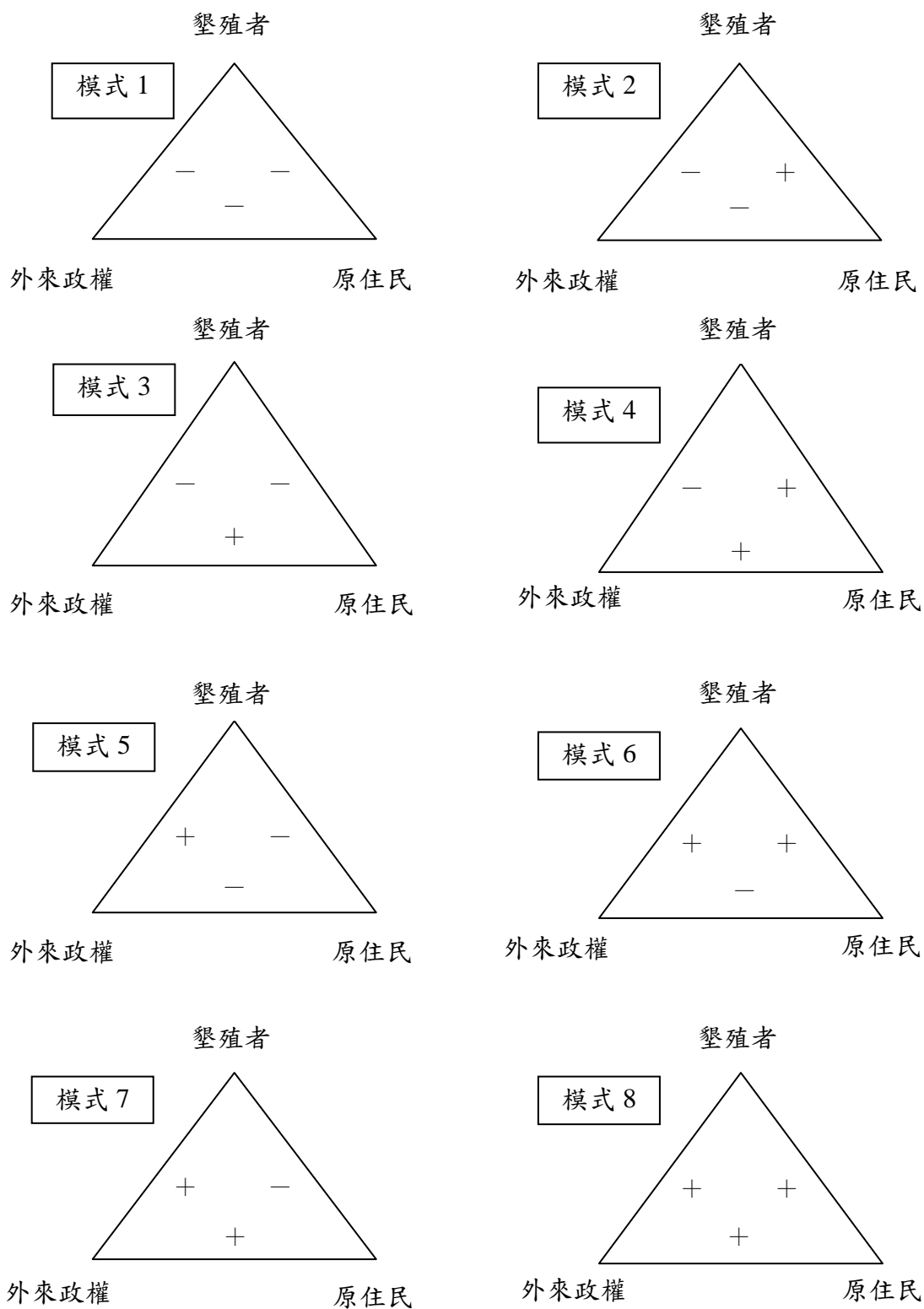


圖 3：台灣住民與外來政權互動的模式

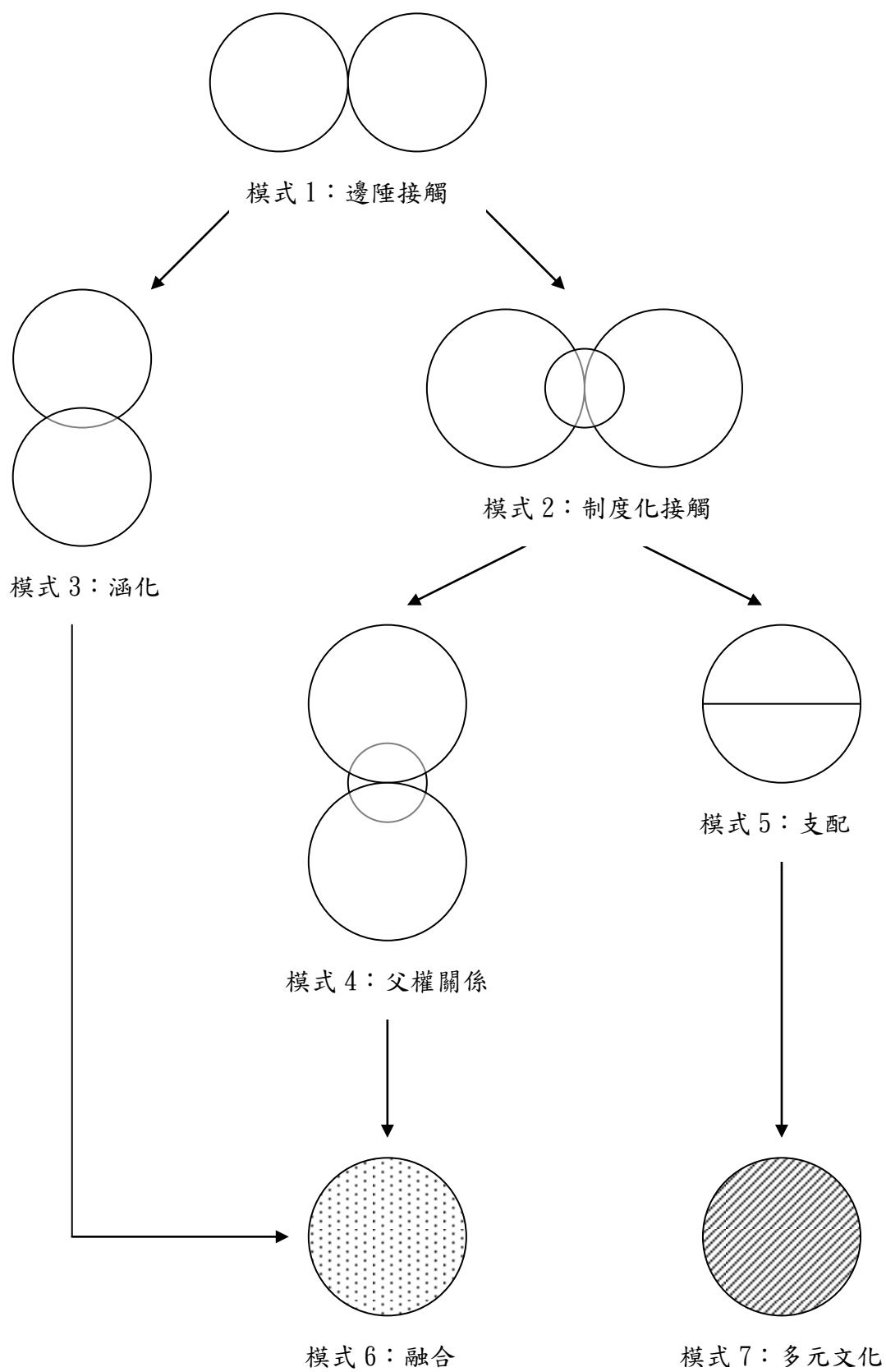


圖 4：族群關係的七種模式

我們進一步運用 Michael Banton (1967) 有關種族關係的分類，將兩個族群之間的關係歸納成七種模式（圖 4）。

模式 1：邊陲接觸（peripheral contact）是指兩者偶而有短暫的接觸，只在邊陲地帶作有限的財貨物交換、或是邂逅，並未真正的進行互動。譬如早期來自中國、或日本的海盜與原住民的短兵相交，甚至於牡丹社事件。

模式 2：制度性接觸（institutional contact）是指兩者維持固定的接觸，然而，彼此保有自己的中心結構，不因彼此的外圍作互動而有所變動；由於雙方並無資源上的競爭，這可以說是一種共生的關係。譬如荷蘭人與平埔族。

模式 3：涵化（acculturation）是指隨著兩邊的接觸日漸頻繁，彼此開始感受到競爭的壓力，同時也要進行文化上的調適。一般而言，是由政治力量來決定涵化的程度，也就是說，被支配的一方往往會被迫作自我調整，甚至於達到完全同化。譬如幾乎已被完全漢化的平埔族。

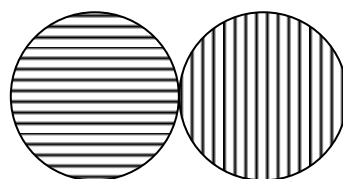
模式 4：父權關係（paternalism）是指兩方進行垂直式的制度性接觸，也就是除了彼此各自維持自己的結構外，並由支配者決定要作多少接觸。在殖民統治下，帝國中心與殖民地沒有直接接觸，而是由

前來的統治者、拓殖者、或是生意人來進行中介；有時會允許被殖民者保有原來的政治結構，以利間接統治。譬如說日本在台灣的殖民統治。

模式 5：支配 (domination) 也是一種垂直式的關係，即使兩邊有廣泛的接觸，彼此卻在各方面涇渭分明，彷彿是中央與地方的關係；即使有選擇性的收編，基本上是「一個國家、兩個社會」。譬如過去的國民黨統治。

模式 6：融合 (integration) 是一種「你中有我、我中有你」的境界，尤其是在大量通婚的情況下。不過，經過這種類似「大鎔爐」概念的循循善誘下，少數族群往往會選擇自我同化，終究，其特色將只有點綴性質。譬如鶴佬客。

模式 7：多元文化 (pluralism) 也就是各族群可以保有自己的特色，不過，原生上的差異不再決定個人政治權利、經濟資源、或是社會地位的取得，譬如語言，或稱為「色盲」的途徑。這是澳洲、以及加拿大的作法。



模式 1：接觸
L+L

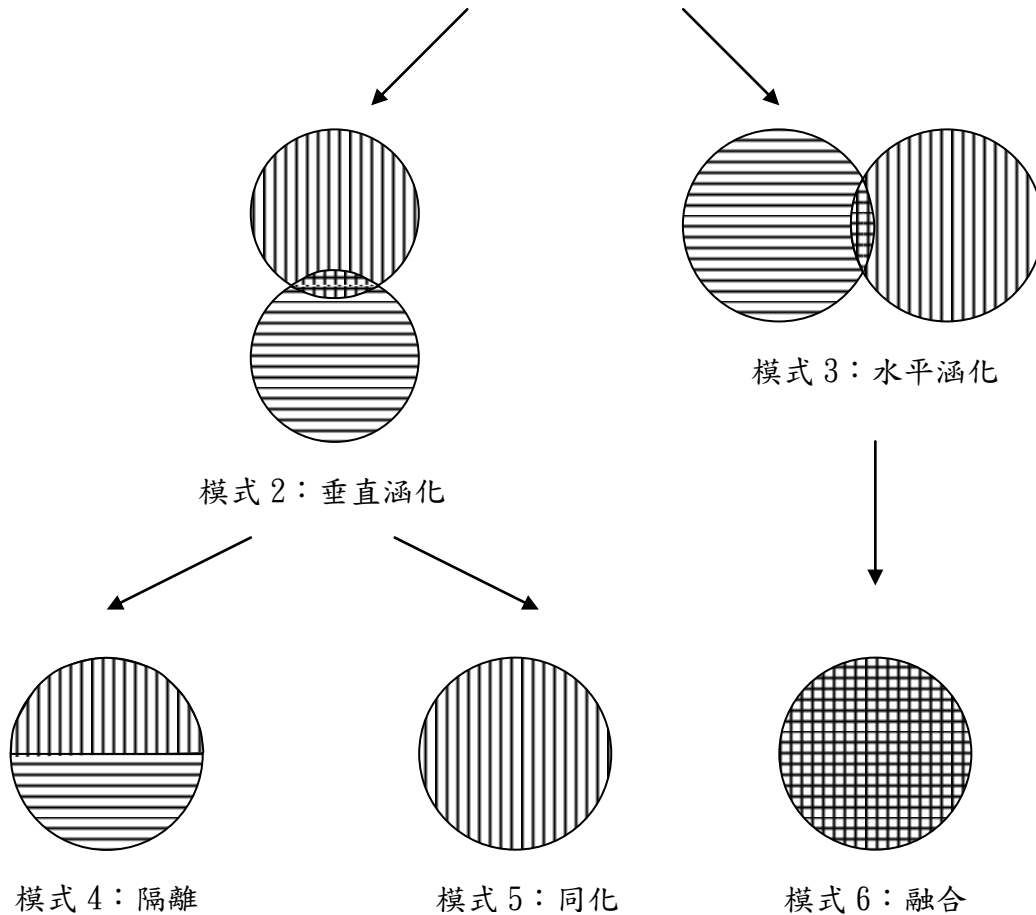


圖 5：修正後的族群關係模式

我們將上述模型重新歸納，先將邊陲接觸、以及制度化接觸合併為接觸(圖 5、模式 1)；再來將涵化細分為垂直涵化(模式 2)、以及水平涵化(模式 3)；最後將接觸後的結果分為隔離(模式 4)、同化(模式 5)、以及融合(模式 6)。

隔離 (segregation) 是指族群間雖然有來往，但是在居住、甚或就業上有所區隔；這可以說是維持支配關係的手段之一。在眷區改建、以及民主化之前，外省、本省族群間的關係可以視為某種隔離。

同化^{註 7} (assimilation) 是指弱勢的族群在垂直涵化的過程中，被

^{註 7} 同化可以指過程、也可以是境界(結果)。我們可以用不同的用詞來表達同化的程度，譬如由涵化到同化。我們也可以顯示不同層面的同化，譬如政治或經濟整合

迫將主流文化完全內化，因此，即使是自我選擇，反映的是支配的關係，甚至於要掩藏自己的認同。其實，由水平涵化到融合，最後還是免不了同化的命運，除非社會能普遍接受多元文化的價值觀，並且採取妥適的政策機制。譬如說那些已經中國化的台灣人。

在這裡，我們把多元文化當作最終的境界，不再視為互動過程的模式。

肆、族群結合與民族塑造

在戰後，墾殖者的後代開始被稱為本省人，而外來政權其實就是外省族群控制國家的機制，原住民是雙方可以結合的對象(圖 6、左邊的三角形)。對於人數眾多的本省人，國民黨的做法是吸納少數願意接受收編者為樣板，利用日治時代留下來的組合(農會、水利會、漁會)進行間接統治，同時扶植、鼓勵地方派系的發展及制衡，並分化客家人與鶴佬人的歷史齟齬。對於人數稀少的原住民，國民黨大致以分潤的方式來收買菁英，同時要防止各族的團結。對於已經相當漢化(鶴佬化、或客家化)的平埔族，國民黨的基本態度是不信任，因此剝奪其『中華民國憲法』下「少數民族」的特殊身分，也就是視之為本省人。

我們可以看出來，國民黨政權絕對不願意本省人與原住民結合

(integration)、文化或心理涵化 (acculturation)、以及社會同化 (assimilation)。參見 Nguyen 等人 (1999)、Rumbaut (1997)、以及 Barkan (1995)、Gordon (1978)、Schermerhorn (1970)。

(圖 3、模式 2)，譬如在二二八事件中短暫出現對抗外來政權的聯合陣線。因此，當本省人以本土住民的身分喊出「乞丐趕廟公」、期待「台灣人出頭天」之際，原住民便被慫恿出來挑戰，以「誰是真正的台灣人」來否定本省人自決的正當性^{註 8}。這或可解釋本省人政治菁英多對於原住民議題的意態闌珊。

對於大多自認為是漢人後裔的本省人來說，原住民只不過是相對於「平地人」的「山地人」；太平洋戰爭、以及二二八事件中曇花一現的結盟，並不能改變漢人自我中心對「番仔」的輕蔑。對於原住民來說，所有的漢人原本都是「白浪」（歹人），特別是面對本省人的視若無睹，國民黨的恩寵來得實惠多了；此外，外省老兵與原住民女性的通婚，也拉近了第二代合作、提攜的可能，尤其是在影劇圈。當然，現代墾殖者持續採取的資本主義式土地侵蝕，也讓原住民菁英憂心忡忡。

由 1970 年代到 1980 年代，海外的台灣獨立運動開始改變民族認同的論述，主張凡是「認同台灣、願意為台灣打拼的人」都是台灣人，否則就是中國人，因此，只有「台灣人 vs. 外國人」之別，並沒有所謂的「本省人 vs. 外省人」。這種願意以主觀認同來接納外省人的作法，是用來與國民黨的「大家都是中國人」抗衡。這是務實的妥協，因為外省人第二、第三代已經漸次出現，大家體會到早期「反阿山」的排他性口號不符人道。以圖 6 的三角關係來看，就是要吸納外省族群，策略上是要在分類的虛無化。

^{註 8} 原住民立委林天生在質詢時表示：「台灣山胞才是台灣人」（馬起華，c. 1988: 45）。王育德（1999: 28）認為這種說法「企圖使台灣人覺得自己也是侵占者，產生虧欠心理」。

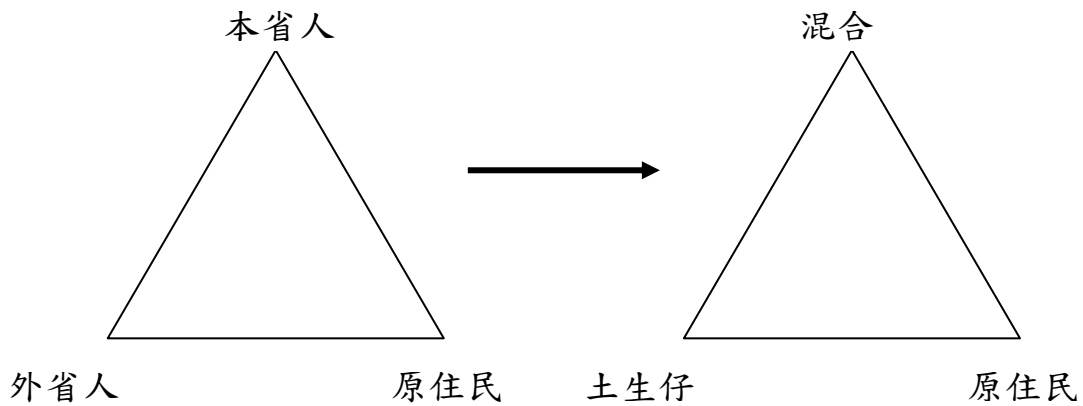


圖 6：族群結構的變動

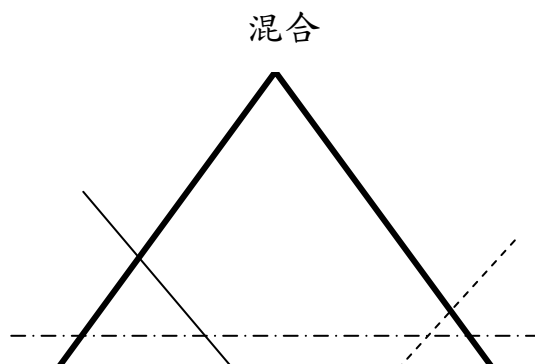
李登輝在 1990 年代進行國民黨威權體制的瓦解，主要的結盟對象是本省人，尤其是在 1996 年的首度總統直接選舉中，不論是「台灣人要團結起來」的口號、還是「棄彭保李」的策略性投票，隱約中洋溢的是反外省人的意識，難免導致外省族群在精神上的疏離。然而，在 1998 年的台北市長選舉中，李登輝以「新台灣人」的包容性論述幫助馬英九贏得選舉，昨是今非，當然是無法繼續排斥土生土長的外省人為台灣人。

在這同時，外省族群也漸次體會到，即使在主觀意願上萬般不願放棄中國人的民族認同，堅持拒絕台灣人的身分是對自己不利的。特別是在廢除身分證/戶籍資料上的籍貫註記後，只要能學成「台灣話」（鶴佬話），就可以立即被接受，那麼，不管是「中國的台灣人」、還是「台灣的中國人」，對個人而言，就不再迫切了。也就是說，國家定位與民族認同並沒有族群或個人的生存來得重要，除非外省人堅持要以對外的定位（取回、或效忠中國）來定義自己。

當本省人與外省人在概念上被合併，彼此的齟齬似乎獲得舒緩的空間。不過，土生土長的身分並不能解決政治權力分配的難題，而外省人也質疑是否要被迫放棄自己的文化認同。然而，即使暫且不談國家前途定位，即所謂的「統獨休兵」，本省人對於外省人的認同未免好奇，究竟「中國人」是血緣、文化、或是政治認同，也就是想要探尋其可能隱含的民族認同意義。

在中國強化文攻武嚇之際，統派的附和讓人驚覺到含混的「愛台灣」並不排除「效忠中國」的可能性。當籍貫（出生地）、與語言相繼失去作為日常生活所需的族群辨識功能之際，美國式的「忠貞考核」卻很難不被解釋為「歧視逆轉」。在不排斥他者的前提下，本省人開始有自我區隔式的防衛性機制，也就是從原生的特質去想像「混合」的祖先來源，進而建構嶄新的本土認同。新的族群結構儼然成型（圖 6、右邊的三角形）。

在這樣的族群三角關係中，台灣人的民族塑造要如何來進行？如果我們同意階段性的共識尋求是較為可行的話，就是先作雙元性的族群結合來切入（類似於圖 3 的模式 4、6、7），再來協商彼此在台灣人認同中的定位，那麼，結合的方式有三（圖 7）：由土生的漢人相對於非漢人（原住民與混合者的結合）、原住民相對於非原住民（土生者與混合者的結合）、或是混合者相對於所謂的「純種」者（土生的漢人與原住民的結合）。我們分述如下。



————— : 漢人 vs. 非漢人
----- : 原住民 vs. 非原住民
- - - - - : ”純種”vs. 混合

圖 7：雙元的族群結盟

伍、土生漢人 (creole) 的民族主義

在華人悠久的五千年歷史、以及漢人四百年的墾殖史觀點下，由發現、探索、征服、墾荒、到開發，「墾殖者」(settler) 被描述為在蠻荒之地 (frontier) 披荊斬棘的英雄，因此，他們所呈現人定勝天、堅苦卓絕的精神，是要被主流社會所肯定的。

隨著墾殖/移民社會的逐漸「土著化」^{註9}，土生土長的漢人(本省人)對於外來政權的漸生不滿，便有所謂的「三年一小反、五年一大亂」。一直到近年來方興未艾的「本土化」(naturalization) 運動，可以視為對外來佔領政權的抵制。自從李登輝取得國民黨政權以來，在民主化的過程中，「中華民國」已經由「中華民國在台灣」逐漸演變為「台灣中華民國」，反映的是內部族群對於政治權力的重新分配。不過，由於來自中國的軍事威脅來得真確，這個漢人國家勢必要進一步本土化；以文化民族主義的角度來看，就是如何恢復獨特的台灣文化，進而創造、確認台灣民族的存在。這種浪漫的民族塑造方式，表面上是採取本質式的民族認同，事實上，是要以住民的身分來建構本地人的集體認同，以取得國家生存的正當性。

然而，到底本土化的內涵是甚麼^{註10}？原住民、平埔族、還是土生仔？對於大部分的漢人來說，台灣是一個「華人國家」^{註11}

^{註9} 即 indigenization，這是陳其南 (1987、1998) 的用法。不過，這與我們稍後要提的「原住民族化」歧義。

^{註10} 墨西哥主流社會的作法是乾脆自我定位為原住民的後裔，接收原住民碩果僅存的正統身分，認為先民與現在的原住民並沒有太大關聯，所以沒有原住民文化傳承的問題，也不願意接受原運的訴求。厄瓜多爾官方在表面上是接受原住民文化，願意接納其為多元文化的一部份，但在本質上仍希望加速原住民的同化，更不用說去配合原住民的集體權訴求 (Radcliffe & Westwood, 1996: 69-70)。基本上，都是在排拒原住民參與民族塑造的工程。

^{註11} 陳水扁於 1999/4/20 在美國全國記者聯誼會表示，台灣與中華人民共和國是兩個獨立

(Chinese state)，是由土生土長的漢人想要建立的國度；這樣的論述當然是折衷式的作法，在企圖切斷與中國的政治臍帶之際，卻又想要保存華人文化的特色；因此，本土化代表的是「土生仔」(creole)式的民族主義 (Anderson, 1991)。在這裡，台灣人想要「當家做主」的訴求，代表的是本土菁英對於外省族群長期支配的不滿，特別是在國民黨體制內上升 (upward mobility) 受阻者。

既然回歸本土成為由壓制中尋求解放的不二法門，那麼，唯有恢復固有的純樸文化，長期被禁錮的靈魂才能獲得救贖。如果說漢人要回到中國去尋找源頭是荒謬的^{註 12}，勢必要由原住民的文化去搜尋滋潤的母土。不過，只要華夷之辨的種族藩籬仍然屹立不搖，漢人想像中的優越性依然揮之不去，那麼，不管是原住民、或是混合者，都注定淪為要被同化的對象。因此，本土化當然不會是尋求「原住民化」(indigenization)，而本土文化也絕對不會是看似南洋風味般的原住民文化，終極而言，台灣只不過是漢人倔強地要移植的「新中原」。

在漢人的「民族國家」(nation-state) 想像中，四大族群 (原住民、外省人、客家人、以及鶴佬人) 的建構方式當然不敢排除原住民^{註 13} (施正鋒，1998)，因為原住民畢竟是亙古以來「真正」的註

而互不隸屬的「華人國家」(《台灣時報》1999/4/22)。他在 23 日對紐約台灣同鄉會演講時，有人質疑魏指台為華人國家，他答道：「新加坡也是華人國家，但沒有人會說新加坡人就是中國人」(《自由時報》1999/4/24)。副總統呂秀蓮 (2001: 38) 說：「我非常務實，不論在血緣上或文化上，我都承認，我是中華兒女」。

^{註 12} 譬如鶴佬人到閩南，客家人到粵東、或閩西的原鄉。

^{註 13} 不過，黃昭堂 (1998a: 83) 注意到，早期的台獨理論者王育德對原住民在台灣民族中的定位「尚有搖擺的感覺」，有時將原住民包含在台灣人之內，有時卻將二者置於平行的位階。

¹⁴「本地人」。長期以來，面對漢人社會的蠶食鯨吞，原住民不只是被支配的弱勢者，更是被外來移入的墾殖者所殖民者，土生仔漢人民族運動的訴求就顯得空洞。與中國國民黨政權的「中華民族」論述相較，彼此在形式上的差別不過是心靈歸屬的中心為台灣、還是中國；實質而言，不管是改朝換代、還是政黨輪替，只不是換了一個新的統治者。

陸、原住民族運動

自從太古以來，台灣原本是由原住民自由徜徉的天地。不過，由於原住民的歷史傳承以口頭方式來進行，難免被列為 Eric R. Wolf (1982) 所謂的「沒有歷史的民族」(people without history)，因此，台灣島史一向是由具有文字的「他者」所作的詮釋(浦忠成，1999)。被污名化的「番仔」身分是漢人發明的，而非原住民自己建構出來的。表面上看來，漢番之別「只不過」代表著分類上的方便，用來區別文明與原始的差異「而已」，事實上卻反映著強烈的「種族主義」(racism) 的色彩，也就是以天生的體質優劣決定一群人命運¹⁵。

在族群偏見、以及民族主義的夾縫中掙扎的原住民菁英，當然

¹⁴ 根據國際上廣為接受的說法，原住民是指外來墾殖者尚未移入之前，就已經住在這塊土地者。在憲法增修條文未正式將「山地同胞」正名為原住民之前，有些人類學者反對，理由是考古資料顯示更早之前有小矮人存在。呂秀蓮 (1979: 71) 有類似的看法，她以為在史前文化之前，台灣有「小黑人的先民」，稱之為「原住民」；目前一般人所接受的原住民，她稱為「馬來西亞人（或稱印度尼西亞人）」。

日前在總統府人權諮詢小組舉辦的「原住民自治區公聽會」上 (2001/5/10)，她在致詞時作了類似的看法；與會原住民菁英不解

¹⁵ 有關種族主義的闡釋，見 Graham (1990)、及 van den Berghe (1967)。

不滿意被視為國家要「照顧」(patronize)、或「整合」(integrate)的「客體」(object)。在1980年代興起的「原住民族運動」^{註16}(indigenous movement)，在本質上，可以視為原住民為了維繫民族命脈、為了捍衛生存權所作的抗爭。具體而言，原運就是要在代議式民主的多數決制約下，如何不被投票主義虛無化；在資本主義的貨幣經濟操作下，如何逃過破產的命運；在華人文化的整合壓力下，如何抗拒同化的壓力；在漢人主流社會的沙文主義睥睨下，如何維持起碼的自我尊嚴^{註17}。

原住民菁英一向不願捲入國家定位之爭，唯恐被驅策選邊戰而失去自主性；尤其是當其他族群的國家認同與族群認同糾纏不清之際，原住民的民族認同難保不會被工具化，對於漢人在建國過程中所作的民族共同體的想像自然裹足不前。當台灣的漢人動用台灣民族情感來抗拒中國民族主義之際，原住民的認同會不會被「合併」(absorb)？這種懷疑應該是正常的。譬如漢人以民族自決的原則來抗拒中國的併吞，卻又說台灣為「無主之島」、「化外之地」，彷彿忘了原住民的存在^{註18}。從國際法的規範來看，當異族來到之際，台灣並非「無主之地」(*terra nullius*)，而原住民也從未放棄主權，是墾殖者的「國家主權」(state sovereignty) 侵犯原住民主權^{註19}。

^{註16} 簡稱「原住民運動」，就是「原住民族」的「民族運動」(indigenous peoples' nationalist movement)。

^{註17} 原住民相信自己是不被漢人信任的，譬如說為什麼原住民將軍的人數不成比例，而且往往在升遷的途中被迫從政？

^{註18} 譬如說《自由時報》的社論〈任何有關台灣前途的「綱領」必須尊重「自決原則」〉(2000/8/19)。

^{註19} 根據尹章義(1986: 9)：「十七世紀中葉，中國人在列強角逐下，大量移植台灣，建立了漢人社會，把台灣納入中國文化圈，也確認了中國對台灣的主權」。見施正鋒

原住民又如何看待混合者？除了願意接納與他族通婚者的子女外，原運的菁英大致傾向於分享原住民身分予平埔族（尤哈尼·依斯卡夫特特，1997），而新政府的原住民事務決策者多原運出身，對於平埔族的體制內地位已表達樂觀其成的態度，也就是如果能根據日治時代的戶口資料證明自己是「熟番」者，將可回復原住民身分²⁰。這代表的是作為「生番」後裔的原住民對於族群認同的局部開放，而非對所有帶有平埔血統的漢人張臂擁抱；除了如何分配有限資源的考量外，最重要的恐怕是擔心絕無僅有的「原住民族性」（indigenusness）也會被漢人攫取而去。因此，原住民對於混合者的戒慎小心是可以理解的，也就是懷疑他們有多少原住民意識。

那麼，作為歷史「主體」（subject）的原住民，在何種條件之下，願意被漢人國家「吸納」（incorporate）？也就是說，原住民的「民族」（peoples）究竟要如何與漢人的「民族」（nation）來接觸（或接軌）？我們或可將台灣定位為由兩個對等民族共同組成的國家，而非「民族中的民族」。這當然不是單一的政治體制（unitary），也不是地域式的聯邦（federation），卻比邦聯（confederation）的安排更強，我們姑且稱為「特殊的民族與民族關係」。在這樣的架構下，原住民並不是放棄獨立建國的選項，而是同意有條件地行使自決權，並讓渡一些原住民主權，以交換漢人對土地權、以及自治權的讓步（Kymlicka, 1998）。至於漢人是否願意承認原住民的這些集體權利？那要決定於原住民與漢人國家的「夥伴關係」如何定義。

（2001）的不同看法。

²⁰ 見立法院在 2001/1/4 通過的『原住民身分法』。

柒、混沌的mestizo民族認同

在建構台灣民族的過程中，如果將台灣定義為土生仔的華人國家是過於霸道的話，同樣的，如果定位為原住民的國度，可能也不易為漢人所接受的，那麼，又如何創造大家都可以接受的另類「混合」共同體？我們可以有三種想像的方式：平埔族、百越族、以及某種「混合體」(hybridity^{註21})。

在四百年來的開發史中，如果說原住民被邊陲化的話，平埔族（熟番、化番）則在漢化的過程中被虛無化。戰後，國民黨政府甚至於拒絕承認平埔族的體制內存在的地位，因為統治菁英相信平埔族已全然消失無蹤。其實，在方興未艾的土生仔民族運動中，我們看到的是一群被漢化^{註22}的平埔族「混血兒」(*mestizo*^{註23})，費勁地在扮演純種漢人，以想像中的文化優越感來鄙夷原住民（黃昭堂，1998a：160）。

漢番之別不是單純的血緣、或文化上的分類，或是族群認同的差異，而是強制就文明教化作優劣等級的排序；因此，漢化是一種社會逃避，平埔族用來排拒漢人硬加的種族主義式枷鎖；透過血緣上的融合（圖5、模式6）、以及文化上的同化（圖5、模式5）平

^{註21} 有關「hybridity」的概念，見 Coombes (1994)。

^{註22} 或「白化」(whitened)；見 Knight (1990: 73、76)。

^{註23} 有關「*creole*」、以及「*mestizo*」的分野，見 Radcliffe 與 Westwood (1996)、Klor de Alva (1995)、Knight (1990)、以及施正鋒 (1998)。

埔族希冀取得漢人的認同 (Brown, 2000)。「只有唐山公、沒有唐山媽」^{註24}的單向通婚，只會給平埔族帶來進一步同化的壓力：唯有將自己的價值、態度、以及行為向漢人看齊，才能獲得集體的自我救贖；唯有不斷地進行漢化來提昇個人，才能防止自己的「壞種」出現，才能避免被歧視。因此，水乳交融式的境界不過是自欺欺人的假象。我們可以說，目前果僅存的平埔族多為文化上的 *creole*、血緣上的 *mestizo*。

那麼，充滿浪漫情懷的平埔族論述/敘述^{註25}、以及勃勃興起的學術研究^{註26}，到底代表的意義為何？或許有不少真正的平埔族人企盼歸樸返真，想要捍衛文化上、及血緣上的純真，也就是要取得身為原住民的榮耀。

然而，對於民族塑造的工程者來說，即使社會中大多數血緣混合者早已遭到文化滅種，如果能取得平埔族的資格，代表的是土地的真正主人之一，縱使承認自己是漢人社會所鄙視的「雜種仔」亦無妨，因為，這將是排拒中國的馬其諾防線。不過，真要將平埔族定義為台灣人的主體，我們以為，至少也要公開承認母系本土的原住民成分，而不是在私下囁嚅。

同樣地，即使台灣的鶴佬人、客家人能以「科學的方法^{註27}」證明自己在血緣上有相當的百越、或其他「非漢人」的血統^{註28}（林

^{註24} 沈建德 (1992) 這樣寫著：「有唐山公，無唐山媽，蕃薯仔那裡來」。

^{註25} 譬如沈建德 (2001)、陳柔森 (1999)、以及劉還月 (1998、1995)。

^{註26} 見潘英海、與詹素娟 (1995)、劉益昌、與潘英海 (1998)。

^{註27} 也就是生物學、或是醫學。

^{註28} 黃昭堂 (1998b: 159-60)、洪惟仁 (1992: 148-49) 稱之為「南蠻」；語言學家許極燉 (1988: 36) 也認為漢人與「古越人」有所「雜處交流」。江運貴 (1996: 72-73) 認為客家人的祖先可以追溯到北方的通古斯人、以及東夷，算是另類的「非漢人觀」。

媽利，2001；朱真一，2001；陳順勝，1997；陳叔倬，1997；沈建德，1997），只能說台灣的漢人與中國北方漢人的血緣迥異，也就是「混血漢人」（史明，1992: 27）。是不是台灣因此要與中國福建、廣東作較親密的結合，因為對方也有鶴佬人及客家人？新加坡又如何？是否台灣要加強與越南的關係、要前去尋找真正的百越文化來復興？畢竟，民族是由一群願意生活在同一國度的共同體，而非建立在諸如血緣、或語言般的共同原生特質；面對這種原生式的「去漢人」論述，外省人、及原住民/平埔族又如何參與民族的建構呢？

捌、建構混合體的靈魂

其實，混合體的認同除了可以幫助我們從「血統純正」者的支配中解放出來，同時也可以當作抗拒外來者的民族象徵，更應該積極地成為內部族群整合的粘著劑。否則，混合體將只是另一種形式的壓迫，也就是在自己接受文化上的同化後，不只是尋求卑微的自保，還要回過頭來當支配者的幫兇（Mörner, 1967: 148; Knight, 1990: 79-80; Graham, 1990: 1; Klor de Alva, 1995: 249）。

表面上看來，百越族、或是「唐山公、平埔媽」是混合體的論述，其實不然。或許，兩個途徑試圖以血緣上的 *mestizo*（混血兒）來跳開漢人血統、以及華人文化的陷阱，費心地排拒「中國人」黑洞的吞噬，卻又捨不得放棄文化上 *creole*（土生仔）的優越感，在睥睨中，彷彿已經無法欣然接受原住民的純樸文化。誠如黃昭堂

(1998a: 81) 在評論廖文毅的「混血論」時所言，這是要區隔台灣民族與中華民族或中國民族最便捷的方式。然而，面對各種「去漢人」的努力，台灣人內涵的建構必須有超越百越族/平埔族的論述，如此一來，「非百越族」（外省人）、以及「非平埔族」（原住民）才有參與民族想像的空間。

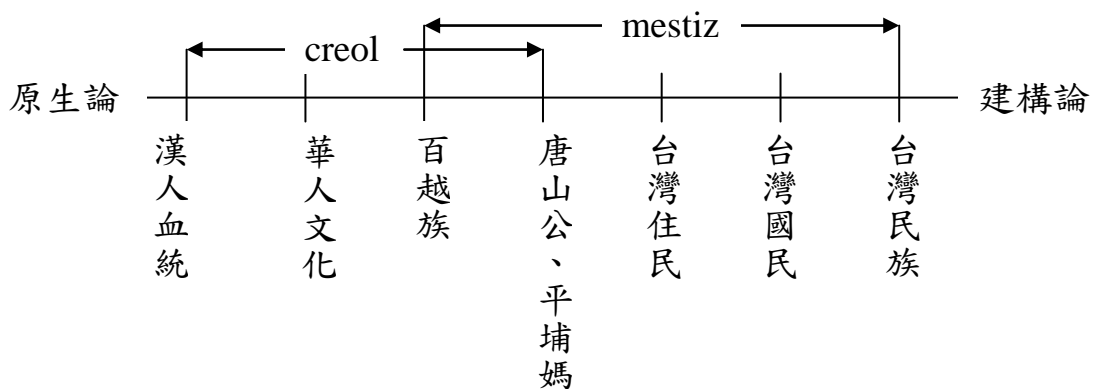


圖 8：台灣人的內涵

除了原生式的描繪，混合體的靈魂還可以使用其他三種方式來建構（圖 8）。「台灣住民」指的是只要在台灣出生，就可以取得住民的身分，強調對土地的愛；「台灣國民」強調對國家的效忠；「台灣民族」則堅持以共同體的實踐來凝聚多元族群。土地只不過是國家的成分之一，重要性在人民之下，本身並無超越人以外的真正價值；同樣地，國家是體現民族的最高政治型式，只有在結合民族之下成立民族國家，國家才有存在的意義，否則，將只是某個族群/階層用來控制他人的工具。至於混合體的內涵，包容性極大化的「多元文化」應該是優於虛矯的「融合」、或是排他性的「同化」

(圖9)。

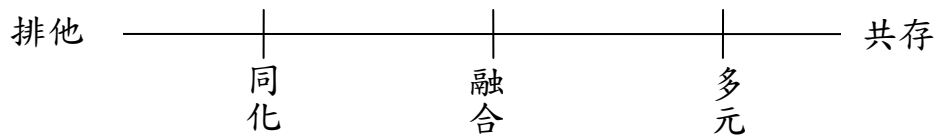


圖9：混合的模式

當然，在身受漢人/華人文化支配的台灣社會裡，諸如混合者的概念，不論是 英文的 hybridity、miscegenation、mixed race、或 race mixture，日文的 ainogo，或是西班牙文的 mestizo，都面對無法取得妥適的翻譯，因為不論是「混合」、「混血」、「混成」、或「混生」，都脫不了負面的絃外之音，更不用說「雜種」、或「雜生」；「接合」借自植物學上的「接枝」，「複合」與「合成」則有物化之嫌。即使鶴佬話的 lum、tau、或 gup，也免不了有生物上的聯想。不知「渾沌而生成」的簡稱「渾成」，是否會比較有中性、或正面的涵義？或是暫且接受異國情調般的 *mestizo*？

參考文獻

王育德

1999, 《台灣—苦悶的歷史》, 台北: 前衛。

尤哈尼·依斯卡卡夫特

1997, 〈從原住民的觀點來看平埔族〉, 收於施正鋒編《族群政治與政策》頁1-15。台北: 前衛。

尹章義

1986, 《台灣近代史論》, 台北: 自立晚報。

尹章義

1989, 《台灣開發史研究》, 台北: 聯經。

史明

1980, 《台灣人四百年史》, San Jose, Calif.: 蓬島文化。

史明

1992, 《民族形成與台灣民族》, 東京: Taiwanese Cultural Grassroots Association。

史明

1993, 《台灣民族革命與社會主義》, 東京: Taiwanese Cultural Grassroots Association。

台灣平埔原住民協會

2001, 『平埔族群宣言』(傳單), 三義。

朱真一

2001，〈客家台灣人的血緣：從生物學的觀點來看〉，《客家雜誌》，第131期，頁34-38。

江運貴

1996，《客家與台灣》，台北：常民文化。

汪明輝

1999，〈台灣原住民族主義的空間性：由社會運動到民族發展〉，《地理研究報告》，第31期，頁83-110。

李登輝

1999，《台灣的主張》，台北：遠流。

沈建德

1992，《被統一前的掙扎》，屏東：自印。

沈建德

2001，《血統源流與國家定位》，屏東：自印。

呂秀蓮

1979，《台灣的過去與未來》，台北：拓荒者。

林媽利

2001，〈從組織抗原推論閩南人及客家人，所謂「台灣人」的來源〉，《共和國》，第19期，頁10-16。

施正鋒

1998，〈墾殖社會的族群結構與土生仔民族主義—以拉丁美洲為例〉，《族群與民族主義—集體認同的政治分析》，頁251-58。台北：前衛。

施正鋒

2001，〈原住民自治與台灣前途〉，發表於總統府人權諮詢小組政策研議分組主辦「原住民自治區公聽會」，台北，5月16日。

洪惟仁

1992，《台灣語言危機》，台北：前衛。

浦忠成

1999，〈原住民歷史詮釋之探討〉，發表於「台灣歷史文化學術研討會」，台北，5月7日。

張炎憲、李筱峰、戴寶村

1996，〈1896年以前的台灣：移墾社會的自主性〉，收於張炎憲、李筱峰、戴寶村編《台灣史論文精選(上)》，頁5-10，台北：玉山社。

馬起華

1988，〈台獨初步研究〉，收於馬起華編《台獨研究》，頁1-96，台北：中華民國公共秩序研究會。

陳其南

1987，《台灣的傳統中國社會》，台北：允晨。

陳其南

1998，《傳統制度與社會意識的結構—歷史與人類學的探索》，台北：允晨。

陳柔森(編)

1997，《再見刺桐花開》，台北：常民文化。

陳叔倬

1997, 〈從人文與醫學資料看台灣的族群〉, 收於施正鋒編《族群政治與政策》, 頁303-20, 台北: 前衛。

陳順勝

1997, 〈由遺傳指標觀察台灣人和原住民間的緣類關係〉, 收於施正鋒編《族群政治與政策》頁265-301。台北: 前衛。

許世楷

2001, 〈一個台灣囡仔的故事〉, 收於財團法人鄭順娘文教公益基金會編《第二屆綠川個人史文學獎入選作品集》, 頁7-66, 台中: 財團法人鄭順娘文教公益基金會。

許極燉

1988, 《台灣話流浪記》, 台北: 台灣語文研究發展基金會。

黃昭堂

1996, 《台灣淪陷文集》, 台北: 財團法人現代文化學術研究基金會。

黃昭堂

1998a, 《台灣那想那利斯文》, 台北: 前衛。

黃昭堂

1998b, 《黃昭堂獨立文集》, 台北: 前衛。

劉益昌、潘英海 (編)

1998, 《平埔族群的區域研究論文集》, 南投: 台灣省文獻會。

劉還月

1995, 《尋訪台灣平埔族》, 台北: 常民文化。

劉還月 (編)

1998, 《流浪的土地》, 台北: 常民文化。

潘英海、詹素娟 (編)

1995, 《平埔研究論文集》, 台北: 中央研究院台灣史研究所籌備處。

『原住民身分法』(2001)。

Anderson, Benedict

1991, *Imagined Communities*, rev. ed. London: Verso.

Banton, Michael

1967, *Race Relations*, New York: Basic Books.

Barkan, Elliott R.

1995, "Race, Religion and Nationality in American Society: A Model of Ethnicity -- From Contact to Assimilation." *Journal of American Ethnic History*, Vol. 14, No. 2 (EBSCOhost Full Display).

Becker, Marc

1992, "Nationalism and Pluri-Nationalism in a Multi-Ethnic State: Indigenous Organizations in Ecuador."
<http://ukanaix.cc.ukans.edu/...eneral/articles/becker1.html>.

Brown, Melissa J.

2000, "Plains Aborigines or Hokkien Taiwanese? --An Examination of Authenticity", 發表於中央研究院民族學研究所、台灣史研究所籌備處主辦「平埔族群與台灣社會國際學術研討會」。台北, 10月23-25日。

Coombes, Annie E.

1994, "The Recalcitrant Object: Culture Contact and the Question of Hybridity." In Francis Barker, Peter Hulme, and Margaret

Iversen, eds. *Colonial Discourse/Postcolonial Theory*, pp. 89-114. Manchester: Manchester University Press.

Gordon, Milton M.

1978, *Human Nature, Class and Ethnicity*. New York: Oxford University Press.

Graham, Richard

1996, "Introduction," in Richard Graham, ed. *The Idea of Race in Latin America, 1870-1940*, pp. 1-5. Austin: University of Texas Press.

Hartz, Louis

1971, "A Comparative Study of Fragment Cultures," in J. Rogers Hollingworth, ed. *Nation and State Building in America: Comparative Historical Perspectives*, pp. 10-26. Boston: Little, Brown & Co.

Hechter, Michael

1975, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development, 1563-1966*. Berkeley: University of California Press.

Klor de Alva, J. Jorge

1995, "The Postcolonization of the (Latin) American Experience: A Reconsideration of 'Colonialism,' 'Postcolonialism,' and 'Mestizaje,'" In Gyan Prakash, ed. *After Colonialism: Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, pp. 241-75. Princeton: Princeton University Press.

Knight, Alan

1990, "Racism, Revolution, and Indigenismo, Mexico, 1910-1940," in Richard Graham, ed. *The Idea of Race in Latin America, 1870-1940*, pp. 71-113. Austin: University of Texas Press.

Kymlicka, Will

1998, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press.

Mörner, Magnus

1967, *Race Mixture in the History of Latin America*. Boston: Little,

Brown & Co.

- Nguyen, Huong H., Lawrence A. Messe, and Gary E. Stollak
1999, "Toward A More Complex Understanding of Acculturation and Adjustment." *Journal of Cross-Cultural Psychology*, Vol. 30, No. 1 (EBSCOhost Full Display).
- Radcliffe, Sarah, and Sallie Westwood
1996, *Remaking the Nation: Place, Identity and Politics in Latin America*. London: Routledge.
- Rumbaut, Ruben G.
1997, "Paradoxes (and Orthodoxies) of Assimilation." *Sociological Perspectives*, Vol. 40, No. 3 (EBSCOhost Full Display).
- Schermerhorn, R. A.
1970, *Comparative Ethnic Relations: A Framework for Theory and Research*. New York: Random House.
- Van den Berghe, Pierre L.
1967, *Race and Racism: A Comparative Perspective*. New York: John Wiley & Sons.
- Wolf, Eric R.
1982, *Europe and the People without History*. Berkeley, Calif.: University of California Press.

**Constructing Taiwan's Political History:
From a Creole to Mestizo Settlers' Society**

Cheng-Feng Shih

Abstract

In this study, we employ the concept of “setters’ state” to construct the process of political development in Taiwan. In our efforts to examine Taiwan’s hitherto ethnic relationships, we use the concept of “ethnicization” to look into how the residents in Taiwan have so far interacted with waves of alien regimes. We then probe into different modes of ethnic coalitions had been in the past forged on the way to nation-building. Specifically, our focuses will be on the creole nationalism of the Hans, indigenous movement, and an embryo mestizo national identity. By way of conclusion, we will investigation various ways of conceptualizing the idea of “hybridity.”

Key words: Taiwan, political history, setters’ society, ethnic relation