

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

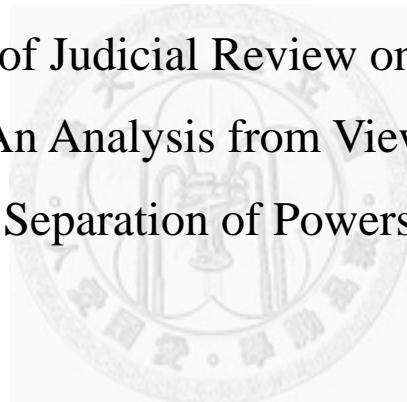
College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

由權力分立觀點論行政裁量類型化之司法審查

Categorization of Judicial Review on Administrative
Discretion : An Analysis from Viewpoints of the
Separation of Powers



楊宇健

Yu-Chieh Yang

指導教授：李建良 博士

Advisor : Chien-Liang Lee, Ph. D.

中華民國 99 年 6 月

June, 2010

謝　　辭

這本論文的出產，最感謝的，當然是指導教授李建良老師。李老師在我研究所期間扮演啟蒙的重要角色，並且願意接納一位對老師毫無貢獻的學生叨擾，三番兩次解答學生不成熟又不知所云的問題。從李老師身上真的體會到傳道、授業、解惑的真諦，定銘記在心。雖然研究功力極度不足，但能夠順利完成論文，要感謝兩位口試委員，盛子龍老師、林明昕老師的幫助。雖然沒能於本篇論文中達成兩位老師的期許，但在口試時兩位老師提出的寶貴意見，皆是再加琢磨的重要依據。另外，感謝葉俊榮老師及張文貞老師在擔任公法中心助理時的協助、肯定與鼓勵，讓我能勝任艱辛的工作。也謝謝所有老師讓學生能一窺知識的殿堂。

接著要感謝從大學時期一路帶我進入台大公法組的琳珊 03 學姐，沒有學姐的支持，我可能早就落魄街頭。感謝晨桓大師兄，在我擔任中心助理及草創論文時皆帶領我、輔導我。還有其他公法組的學長姐們，也感謝您們都熱心幫助，惠我良多。

論文寫作時期，歷經焦躁不安、水深火熱，以致失心瘋的各個階段，很慶幸能有一位好戰友秭璇波比。跟她長時間處在同一研究室裡面的煎熬，是旁人所無法想像。每當我腸思枯竭時，她就振筆疾書；我遇到瓶頸時，她就超英趕美，踩著我的屍體往前進。雖然如此，她還是不離不棄的與我並肩奮鬥，並於論文發表及口試時擔任關鍵角色，此種情誼，揪甘心。感謝豔冠群芳的書郁阿姐，在我找老師之前都給我鼓勵，論文稍有進展時都幫我大肆宣揚以示祝賀。詠婕的真性情、敬超超哥的話題性十足、珮瑜老媽的淑女車、志強南哥都不來歡送會、承學祝你幸福，都是我罹患論文寫作疾病時的必備良藥。還有不知道在做啥的家齊奇哥、偶爾出現的采蓉，根本算沒出現的琇媛，謝謝 2416 研究室的大家，沒有 2416 就沒有畢業的我。另外，謝謝 2416 之友 2410 戒嚴中的人們，不定時約我吃吃喝

喝玩玩樂樂的喘口氣。

感謝筱珊接手公法中心助理，讓我可以自由飛翔，專心寫論文。感謝憶如在論文初期熱心的提供資訊。健剛剛哥，總是傾聽我的苦處，替我解答，並且讓我非常安心。文字賈兄讓我有可以深層的討論對象，並且總是給我學術上的指點。儉華則不時來借用研究室，與我交換意見、釐清問題，走時還不忘使用我的借書額度。景琇傻妹不時的插花串門子，尤其是關鍵時刻的禱告，更健全我那小小害怕受創的心靈。感謝法律系網球社的大家，讓我能有固定運動放鬆的機會。岳賢賢哥的正反拍抽球、世隆黑哥的垃圾話、國勛勛哥的散漫到後來放棄，都是我打球時不可或缺的元素。論文即將完成之際，幸有宗翰 nono 及昀叡鬼人幫忙校對，使論文能更趨完整。同住在大龍街火熱頂樓加蓋的室友及其朋友們，也謝謝你們陪我度過無數個咚咚鏘的日子。節慶必備瞎拼 ABC 的歡笑與認真，無名氏姊姊的男友都是論文路上增添色彩的塗料。尤其是孟勳凱莉郭的英文造詣更是我完成論文的最後一塊拼圖。另外，還有許多一路上投以關心及異樣眼光的朋友同志們，大家的鼓勵，點滴在心頭。

最後，我要感謝我的母親，感謝我的(楊、蘇、許、陳)家人，感謝我的女友，容忍我求學路上的疏離。沒有你們替我撐腰，我無法走到這裡，真的謝謝。

楊約翰

2010.05.20

中文摘要

現今行政行為所涉及之面向日益趨廣，此時由於所牽涉之利害關係人增多，處理之案件自多有涉及人民相互間權利之拉鋸。此外，由於近代公共事務之內容趨向多元複雜，行政權得以形塑之範圍也大增。傳統對行政裁量之司法審查方式是否適宜就此些不同情況造成行政裁量之不同形態，及其所涉之不同問題為考慮審酌，乃待解之題。

由於現代行政事件類型所考量之因素較傳統繁多，相應於此，對其所為之司法審查自應再分類歸納而尋求適切的同與異之劃分。故本文擬對於現代行政事件下之行政裁量，提出有必要類型化其司法審查之建議。是以，本文即藉由重新檢視行政裁量所涉權力分力問題之途徑，希冀在現代行政事件中，找出對於司法審查方式最適切之建議，以求能有效制衡行政權之行使。

於確立行政裁量之司法審查有類型化之必要及其各自不同之考量要素後，本文嘗試對行政裁量類型化之司法審查提出建議，並分別對個案裁量及一般裁量之司法審查嘗試作出建議。接著本文另從行政裁量與不確定法律概念之近似性著眼，討論不確定法律概念具體化之司法審查以案件類型作為審查密度決定之方式，是否可供行政裁量之司法審查借鏡。此外，基於行政裁量之特殊性，造成其與定暫時狀態處分內容之限制，即禁止超越本案裁判之要求相衝突。其雖非本論文主要部分，然仍有關聯，故亦於此脈絡內討論之(附論)。

中文關鍵詞：行政裁量、司法審查、權力分立、機關功能最適、民主正當性、定暫時狀態處分

Abstract

Current level of administrative acts involve more extensively than before that handling cases are more likely to relate to reconciles of civil rights due to increasing of stakeholders concerned. In addition, modern public affairs are more complicated that the scope of executive power enlarges intensively. It's still questionable whether traditional judicial reviews toward administrative discretion are proper to deal with different situations caused by varied conditions and referred issues.

As the factors of modern administrative case concerned are more than before, judicial reviews on this need to be resorted for appropriate classification correspondingly. This thesis suggests the necessity of categorizing judicial reviews on administrative discretion under modern administrative case. Meanwhile, through reviewing the separation of powers that administrative discretion involved, this thesis directs to sort out appropriate recommendations for judicial review from modern administrative discretion, accomplishing the purpose of checks and balances of executive power effective.

While verifying the necessity to categorize judicial reviews of administrative discretion as well as repetitive elements from different considerations, this thesis attempts to make suggestions toward judicial reviews of categorized administrative discretion. Following that, it studies the similarity between administrative discretion and indefinite concept of law. Judicial reviews of indefinite concept of law—the way to decide the density of reviews on types of cases, whether it can be used as reference. Furthermore, concerning the particularity of administrative discretion, it results in its conflict restriction of injunctive relief, prohibiting judges beyond the requirements of

the case. Though it's not the main topic in the thesis yet still related, it's discussed in context.

英文關鍵詞：administrative discretion, judicial review, separation of powers, most suitable agency functions, democratic legitimacy, preliminary injunction



簡　　目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 文獻回顧.....	3
第四節 研究架構.....	8
第二章 我國行政裁量之司法審查現況觀察.....	10
第一節 行政裁量與不確定法律概念.....	10
第二節 行政裁量之分類—個案裁量與一般裁量.....	14
第三節 司法審查實務之分析.....	28
第四節 傳統司法審查方式之缺失.....	32
第五節 小結—類型化嘗試之必要性.....	37
第三章 行政裁量之司法審查與權力分立.....	55
第一節 行政裁量之司法審查與權力分立之傳統論述.....	55
第二節 行政裁量之司法審查與權力分立論述之檢討.....	57
第三節 個案裁量之司法審查—由功能最適之觀點出發.....	62
第四節 一般裁量之司法審查—由民主正當性之觀點出發.....	75
第五節 小結.....	91
第四章 對行政裁量採取類型化司法審查之嘗試.....	94
第一節 個案裁量之司法審查—突顯人民權利保護之面向.....	96
第二節 一般裁量之司法審查—強化法位階理論之思考.....	103
第三節 比較並參酌不確定法律概念之司法審查方式.....	121
第四節 附論：有效權利保護觀點下定暫時狀態處分之檢討.....	130
第五章 結論.....	153
參考文獻.....	157

詳 目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 文獻回顧.....	3
第四節 研究架構.....	8
第二章 我國行政裁量之司法審查現況觀察.....	10
第一節 行政裁量與不確定法律概念.....	10
第二節 行政裁量之分類—個案裁量與一般裁量.....	14
第一項 分類原因及其關係—個案正義與平等原則之考量.....	14
第二項 分類後之司法審查.....	17
第一款 個案裁量之司法審查方式.....	18
第二款 一般裁量之司法審查方式.....	23
第三節 司法審查實務之分析.....	28
第四節 傳統司法審查方式之缺失.....	32
第一項 個案裁量之司法審查.....	33
第一款 形式上觀察得知之問題.....	33
第二款 人民權利保護面向之不足.....	34
第二項 一般裁量之司法審查.....	35
第一款 形式上觀察得知之問題.....	35
第二款 制衡強度未做明顯區別.....	36
第五節 小結—類型化嘗試之必要性.....	37
第三章 行政裁量之司法審查與權力分立.....	55
第一節 行政裁量之司法審查與權力分立之傳統論述.....	55
第二節 行政裁量之司法審查與權力分立論述之檢討.....	57
第一項 個案裁量—有效權利保護與權力分立之拉鋸.....	58
第一款 有效權利保護之誠命.....	58
第二款 有效權利保護之誠命影響個案裁量之司法審查.....	59
第二項 一般裁量—法位階理論與權力分立.....	61
第三節 個案裁量之司法審查—由功能最適之觀點出發.....	62
第一項 功能最適理論.....	64
第一款 理論介紹.....	64
第二款 立法權、行政權及司法權之不同機關功能結構.....	67
第二項 涉行政裁量案件中保護人民權利之功能最適機關.....	69
第一款 涉行政裁量案件中人民權利之認定.....	69

第二款 法院為功能最適機關.....	73
第四節 一般裁量之司法審查—由民主正當性之觀點出發.....	75
第一項 民主正當性理論.....	75
第二項 行政權之民主正當性基礎.....	78
第一款 行政權傳統之民主正當性基礎.....	78
第二款 行政權之變遷肇致法律保留原則的侷限.....	79
第三款 行政權民主正當性基礎之再建構.....	82
第三項 司法權之民主正當性基礎.....	84
第一款 憲法層次司法審查之民主正當性基礎.....	86
第二款 非憲法層次司法審查之民主正當性基礎.....	88
第四項 不同之一般裁量形式應有不同之制衡強度.....	89
第一款 不同一般裁量形式具有不同之民主正當性水準.....	89
第二款 不同民主正當性水準應有不同之制衡強度.....	90
第五節 小結.....	91
第四章 對行政裁量採取類型化司法審查之嘗試.....	94
第一節 個案裁量之司法審查—突顯人民權利保護之面向.....	96
第一項 雙面關係、三面關係之司法審查.....	97
第一款 分類標準.....	97
第二款 雙面關係、三面關係之司法審查.....	98
第二項 案例評析.....	99
第一款 雙面關係.....	99
第二款 三面關係.....	100
第二節 一般裁量之司法審查—強化法位階理論之思考.....	103
第一項 法規命令、行政規則之司法審查.....	105
第一款 分類標準.....	105
第二款 法規命令、行政規則之司法審查.....	109
第三款 案例評析.....	111
第二項 行政釋示之司法審查.....	112
第三項 施行細則之司法審查.....	117
第四項 小結.....	119
第三節 比較並參酌不確定法律概念之司法審查方式.....	121
第一項 行政裁量與不確定法律概念之近似性.....	122
第二項 不確定法律概念司法審查之啟發.....	125
第一款 不確定法律概念具體化之司法審查方式.....	125
第二款 案件類型作為審查密度決定之參考.....	128
第四節 附論：有效權利保護觀點下定暫時狀態處分之檢討.....	130
第一項 定暫時狀態處分制度之要件、審查模式與內容限制.....	132
第一款 定暫時狀態處分之要件.....	132

第二款 定暫時狀態處分之審查模式.....	134
第三款 定暫時狀態處分內容之限制—禁止超越本案裁判.....	135
第二項 超越本案裁判之探討.....	137
第一款 請求做成裁量處分時定暫時狀態處分之處理方式.....	137
第二款 以有效權利保護觀點探尋超越本案裁判之容許性.....	139
第三款 小結—容許超越本案裁判.....	145
第三項 請求做成裁量處分時定暫時狀態處分之審查結構建議.....	145
第一款 審查模式調整之建議.....	146
第二款 法院專業性不足之彌補.....	149
第四項 小結.....	151
第五章 結論.....	153
參考文獻.....	157



圖目錄

圖表 1 裁量瑕疵分布圖表.....	29
圖表 2 裁量濫用分布圖表.....	30
圖表 3 一般違法瑕疵分布圖表.....	30
圖表 4 涉一般裁量案件論證分布圖表.....	31
圖表 5 涉一般裁量案件與個案裁量違法原因分布圖表.....	32

表目錄

表一 行政裁量判決檢索整理表.....	39
---------------------	----



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

有關行政裁量之討論，早從德國學者 F. F. Mayer 於 1862 年出版之「行政法原則」(Grundsätze des Verwaltungsrechts) 起，即引起歐陸法學者關注，乃至翁岳生教授於 1967 年發表之「論『不確定法律概念』與行政裁量之關係」一文，開啟我國對行政裁量與不確定法律概念廣泛討論之門，迄今已逾四十載。觀乎四十年來現代行政事件類型之演變，行政所扮演之任務日益積極，所涉之領域日益廣闊，所影響之人民日益增多，所干涉之程度日益深入。於此趨勢下，我國傳統對行政裁量之司法審查模式，是否足以反應？是否應因社會變遷所造成之行政事務型態不同而有所進步？最為明顯者，乃因現今行政行為所涉及之面向日益趨廣，涉入人民權利之情況，以及造成三面關係之行政事件類型出現機率大增，此時由於所牽涉之利害關係人增多，處理之案件自多有涉及人民相互間權利之拉鋸。此外，由於近代社會變動劇烈，公共事務之內容趨向多元複雜，行政權得以形塑之範圍，也因立法者於立法未逮之處，透過授權規定將其權限下放，或立法者規定所未能明確者而大增。這些不同情況造成行政裁量之不同形態，其所涉之問題亦各不相同。傳統對行政裁量之司法審查方式是否就此為考慮審酌，甚或傳統對行政裁量之司法審查方式是否適宜就此為考慮審酌，皆為待解之題。此外，於對行政裁量之司法審查中另一值得關注者旋為定暫時狀態處分之問題。蓋基於行政裁量之特殊性，造成其與定暫時狀態處分內容之限制，即禁止超越本案裁判之要求相衝突。此於現代行政事件中，涉第三人比例逐漸升高之情況下，亦應被重視，而其雖非本論文主要部分，然仍有關聯，故亦於此脈絡內討論之。是以，本文即藉由重新檢視行政裁量所涉權力分力問題之途徑，希冀在現代行政事

件中，找出對於司法審查方式最適切之建議，以求能有效制衡行政權之行使。

第二節 研究範圍

本文探討對行政裁量之司法審查相關問題，首先，就行政裁量而言，行政法學理上有區分廣義與狹義之行政裁量，廣義之行政裁量乃指在非法律保留之範圍，行政依本身之創意而行動，或在擬定各種計畫時，具有判斷及評價之自由，雖亦涉行政之決定自由，但無關構成要件之涵攝及法律效果之決定；狹義之行政裁量乃指行政經法律之授權，於法律之構成要件實現時，得決定是否或發生何種法律效果¹。而本文所討論者，為前述狹義之行政裁量。

另，所謂「司法審查」者，乃由司法(法院)行使審查權之制度，依照國內文獻之一般用語，其涵蓋範圍原則上包括憲法層次之法律違憲審查，以及行政法層次之行政行為審查(如行政處分違法、行政契約效力認定或命令違法之審查等情)。本文著重討論者，原乃在於法院對行政行為之審查，惟大法官將行政機關解釋法律之行政釋示納入違憲審查的範疇後，行政機關(以法規命令或行政規則所為)之解釋行為亦轉為憲法層次之問題(詳後述)，故於此乃使用「司法審查」一詞，以涵蓋行政法及憲法層次之討論。

最後，本文所欲討論者為單純之行政裁量，就另一行政裁量相關問題常被討論的場域—行政計畫，其乃指行政機關於法律所設定的框架內所為具有創設性的活動，並且依照行政機關自身的計畫構想而為具有形成性的決定。行政計畫若無形成自由，殆無可能。對此，學說上發展出計畫裁量(Plannungsermessen)²或

¹ 參照陳敏，行政法總論，自版，2007年10月第5版，頁177。就此，雖另有認廣義之行政裁量指行政機關針對特定事實適用法律所擁有的選擇自由，其適用範圍不以法律效果的選擇為限，尚包括構成要件裁量與涵攝裁量者，參照王志強，論裁量基準的司法審查，東吳大學法律系研究所碩士論文，2005年，頁27-28。惟因此歧異非本文欲討論之重點，故不細究之。

² Vgl. Hans J. Wolff/ Otto Bachof/ Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, 11.Aufl. 1999, § 31 Rn. 59 ff.

計畫之形成自由(die planerische Gestaltungsfreiheit)³之討論。由於其所涉考量更複雜、更多元，且對行政計畫之司法審查已發展出自成一格之權衡瑕疵理論(Abwägungsfehlerlehre)⁴，本文礙於篇幅，對此不擬深究。

第三節 文獻回顧

翁岳生教授於其「論『不確定法律概念』與行政裁量之關係」大作中，先點出統治行為及行政裁量行為不受法院審查並不違背民主思想，並定義行政裁量乃「行政機關在法律積極明示之授權或消極的默許範圍內，基於行政目的，自由斟酌，選擇自己認為正確之行為，而不受法院審查者」。接著細數裁量學說之起源，後介紹裁量學說之重點：(一)自由裁量(freies Ermessen)與羈束裁量(gebundenes Ermessen)之區分⁵，並指出此二種用語之矛盾與不當。(二)瑕疵裁量行為之理論，其區分為裁量行為外部界限與內部限制而討論。(三)法律要件裁量與法律效果裁量以及不確定法律概念與行政裁量之區別，即將二者界定為不同之概念而討論之。再就德國不確定法律概念之理論作詳細介紹，並分析歷年來其對德國聯邦行政法院審判實務之影響。此篇大作點出我國學者早期區分自由裁量與法規裁量之觀念錯誤，正視判斷餘地之問題，而倡導以裁量空間及判斷餘地之區分代之，並且明確指出裁量空間趨向於自由，判斷餘地趨向於拘束；裁量空間屬法律效果，判斷餘地則屬法律要件等二者不同之特性，為我國行政裁量之研

³ Vgl. Hartmut Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 Rn. 63 ff.

⁴ 參照李建良，行政的自主餘地與司法控制—翁岳生教授對「行政裁量及不確定法律概念」理論實踐的影響，收錄於葉俊榮主編，法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界，元照出版，2009年1月初版1刷，頁324-329。Erich Eyermann, Ludwig Fröhler 著，陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院行政訴訟及懲戒廳編輯，2002年，頁1299-1307。

⁵ 自由裁量係指於法律規定之範圍內，行政機關可自由判斷，衡量如何處分，始合於公益。羈束裁量則係指法律規定之範圍內，行政機關之裁量須受法規之拘束，其處分應符合法規之真意，無判斷之自由。參照翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量之關係，收錄於同著者，行政法與現代法治國家，自刊，1990年11版，頁48-49。

究奠下穩固之根基。

葉俊榮教授於其碩士論文「行政裁量與司法審查」中⁶，承襲前揭翁岳生教授之論文，從行政機關關於「法」的拘束下所享有之行政餘地界定裁量的概念，並以成文的法律規定與法治國一般法律原則作為行政裁量餘地的兩道「法」界限。以行政裁量餘地的「法」界限為基礎，進一步探究如何對行政裁量餘地為「法制度」上的控制（即外部的控制），並參酌德國與英美的相關成制，在我國既有的規範基礎下，嘗試架構我國的裁量瑕疵體系。其兼顧並分明行政裁量的實體意義（從實際的法律規定出發探究行政裁量餘地的分布）與訴訟意義（從司法審查著眼研討法院對行政裁量行為的審查可能性與範圍）。且論究行政裁量在法本質上的界線（除了成文法律規定外，尤置重表彰法治國家思想的一般法律原則）與法制度的控制（突出司法審查的意義與功能，並申明以程序上的要求為輔）。將行政裁量違反「法」界線歸諸於裁量瑕疵，申明其乃「違法」而非「不當」，並嚴格劃分真正因裁量瑕疵的違法與其他一般的違法事由。建議以我國既有規範基礎為本而參酌先進法治國家之裁量瑕疵體系架構，期能在國內行政訴訟實務上生根發展。此些見解不但影響日後行政訴訟法之修正，更底定我國日後探討對行政裁量司法審查之格局。

劉鑫楨先生於其碩士論文「裁量處分與不確定法律概念之司法審查」中⁷，則對民國 93 年以前之行政法院實務見解（包含最高行政法院判例、最高行政法院庭長法官聯席會決議及各級行政法院裁判）就裁量處分與不確定法律概念部分作了整理歸納。其先介紹行政法院的司法審查理論，並基於對裁量處分與不確定法律概念之合法性的司法審查採取通說之立場，而提出司法審查參考基準，作為行政法院裁判之分析基礎。復以（一）「不為審查」—關於行政裁量問題將其排除司法審查，並非尊重之；（二）「審查不足」—僅審查裁量是否逾越法定權限，而未

⁶ 參照葉俊榮，行政裁量與司法審查，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1985 年。

⁷ 參照劉鑫楨，裁量處分與不確定法律概念之司法審查，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2004 年。

審查是否濫用權限；（三）「審查過嚴」及（四）「其他審查問題」等四類型分析各該實務見解。

並得出對行政法院重點摘要如下之建言：（一）審查裁量處分或含有判斷餘地之行政處分時，應以積極之態度及適當之司法審查密度為之。（二）遵守民主憲政之權力分立原則，以及法律授權司法審判的範圍，不代行政機關行使裁量權。（三）行政訴訟實務上，仍有區分裁量餘地與判斷餘地之實用性。（四）釐清行政訴訟法上之「違法」與「以違法論」之區別。（五）釐清行政訴訟法第 201 條規定「逾越權限」與「濫用權力」之區別。（六）釐清「無權處分」與「逾越權限」之區別，以便劃分「行政處分無效」與「裁量處分違法」。（七）除對行政機關行使裁量權的過程或結果是否有逾越權限或濫用權力為有限司法審查外，其餘部分仍應作全面審查。並重申已無「裁量處分不受審查之原則」。（八）正視行政機關對於在裁量過程中所考量理由的提出補充之相關問題，並認應參考德國行政法院法第 114 條處理。其乃近期對裁量處分之行政法院審判實務有較整體詳細之分析者。

王志強先生於其碩士論文「論裁量基準的司法審查」中指出「行政裁量理論自廣義裁量發展到裁量與不確定法律概念分殊化，關於判斷餘地與不確定法律概念的具體化等問題雖仍處於變動與發展之中，但目前對於行政裁量的控制已轉化為著重行政過程控制、決定機關公正性與裁量基準的設定。特別是藉由裁量基準詳細地規定裁量權發動條件、納入程序控制以提高控制密度並賦予人民參與機會，並作為行政內部審查與司法審查的依據⁸。」且自行政裁判的觀點而言，基於國家社會的急遽變化、規範制訂與調和規範衝突的需求快速增加的前提下，行政裁判權的機能應有所轉變。進而以源自日本法學界之「行政過程論」⁹作為觀

⁸ 王志強，前揭註 1，頁 4。

⁹ 其認為行政過程是行政機關為了解決日益增加的、具有多階段構造的行政問題，基於法令規定，選擇所能適用的一切行政手段或行為形式之一連串的程序。而行政過程論即是以動態的觀點考量上述行政過程的行政法學方法論。參照王志強，前揭註 1，頁 21。

察裁量基準的背景，強調以動態的觀點考量整體行政過程並妥適地控制裁量權的行使。其認為法院得對裁量基準進行審查，人民也可以主張依據該裁量基準所作成的行政處分質屬違法，請求行政法院撤銷該處分。並認為裁量基準如同具體裁量決定，同樣應符合裁量權的合法要件，裁量瑕疵構成違法裁量的各種類型也屬於裁量基準合法於否的判斷標準。最後就我國裁量基準司法審查之行政法院實務見解為檢討。此則為近期對裁量基準之司法審查有較上位之完整討論者。

李建良教授於「行政的自主餘地與司法控制—翁岳生教授對『行政裁量及不確定法律概念』理論實踐的影響」一文中¹⁰，除對翁岳生教授前揭大作造成之觀念更替、理論實踐簡介外，更對翁岳生教授前揭議題有所拓延。文中就(一)法規釋示的違法審查與違憲審查、(二)法規命令(含施行細則)與行政裁量/判斷的司法審查、(三)行政處分與行政裁量/判斷的司法審查、(四)公物設定與行政裁量/判斷的司法審查、(五)專業判斷與司法審查、(六)裁量縮減與保護規範理論、(七)計畫裁量與司法審查、(八)不確定法律概念與法律明確性原則、(九)裁量瑕疵與行政法上一般原則、(十)判斷餘地與地方自治等議題，分別檢討各該相關司法院大法官解釋，做了詳盡的討論。

其中於議題(一)的部分，除點出已受司法院大法官釋憲實務¹¹肯認之「法官不受行政釋示拘束」及「行政釋示得為釋憲標的」二原則外，並認為行政釋示成為大法官審查的標的之後，所謂行政裁量或行政判斷的司法審查，已上升到憲法層次，轉換成大法官是否及如何審查行政裁量或行政判斷的憲法問題。更從規範階層理論與規範邏輯構造出發，得出大法官對行政釋示的審查相對於各級法院法官，應較保留之結論。於議題(二)的部分，則延續前揭問題，討論基於法規命令與行政釋示在性質上的差異，於司法審查的密度上究竟有何不同，尤其當法規命令成為行政裁量或不確定法律概念的具體化工具時，法官得為如何程度的審查。

¹⁰ 參照李建良，前揭註4，頁273-347。

¹¹ 司法院大法官釋字第216號解釋。

最後，其於文末主張不應一昧自限於概念劃分，而應回歸行政權之基本面，著眼於行政裁量與行政判斷之共通性，即行政自主餘地為討論。並身先士卒，對法律概念以憲法之角度剖析，提出幾個觀點：(一)以不確定法律概念作為干預人民基本權之入口台階時，在不確定法律概念下，行政自主餘地與人民自由限制乃互為消長之關係。司法於此扮演之角色乃須在私益與公益之間取得平衡。因此，對於干預行政領域之不確定法律概念，其司法控制密度應較給付行政領域為嚴。(二)行政機關須具備判斷能力(ability)及判斷能量(capacity)方能運用判斷餘地。(三)欲掌握不確定法律概念之問題，須先分辨立法者運用文字系統所欲統攝的事項或實況及其特性，是否僅係判斷問題？抑或隱含了意志作用？及其所欲判斷或抉擇者究竟為何？此等見解皆使似已成定型的行政裁量或不確定法律概念之司法審查討論再起漣漪。

李建良教授另於「法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析—試觀台灣法治國圖像的一個剖面」一文中¹²，首先指出行政裁量與行政判斷之司法審查爭議，已從「個案」層面擴延到「抽象」層面，且由行政法院之違法審查提高到大法官(憲法法院)之違憲審查層面。另外，於計畫裁量面觀察，則係由平面而立體、從單面而多面。並指出所謂「裁量性或解釋性之法規命令」已不再僅是擔負原有委任立法之功能，而成為立法者對行政個案裁斷權之介入。再者，行政權是否享有在法律保留範圍之外的法規創造權，對此等系出同源之法規制定權與個案裁斷權應如何進行合法性控制？對於上述許多個案裁斷與抽象規範之關聯課題，即行政機關的個案裁量及判斷權(行政裁斷權)與行政機關的抽象法規制定權二者之關係，分為(一)法規適用與法規釋適的司法審查、(二)裁量性或解釋性行政規則與司法審查、(三)裁量性或解釋性法規命令與司法審查、(四)釋示性或創設性職權命令與司法審查、(五)給付行政的法規創造權與司法審查等五項進一

¹² 李建良，法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析—試觀台灣法治國圖像的一個剖面，收錄於吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，2010年1月，頁649-668。

步作深入討論。文中以法規創造力作為判斷司法審查密度之參考依據，並提出諸多行政個案裁斷權與法規制定權的關聯分析觀點，皆值得吾人思考。本文即試圖就李建良教授此文討論之些許觀點延伸發展，以求覓得行政裁量司法審查之正途。

第四節 研究架構

本文首先擬就我國行政裁量之司法審查現況進行檢視(第二章)，而於檢視前須先釐清實務上對行政裁量與不確定法律概念二者間關係採取之看法為何。觀察目前實務上對行政裁量之細分，乃基於個案正義與平等原則之考量，將其分為個案裁量與一般裁量二類，並異其不同之審查方式。本文依此脈絡介紹討論之，並檢索整理相關實務判決，希望能藉此概略探知實務見解之趨勢。以此為前提，本文觀察，在現代行政事件類型銳變後，造成個案裁量中行政行為所涉及之面向日益趨廣，於一般裁量中，行政權得以形塑之範圍大增。此些不同情況造成行政裁量之不同形態，其所涉之問題亦不同。檢視傳統行政裁量之司法審查方式後，發現其似乎並未就此為妥適之考慮審酌。由於現代行政事件類型所考量之因素較傳統繁多，相應於此，對其所為之司法審查自應再分類歸納而尋求適切的同與異之劃分。故本文擬對於現代行政事件下之行政裁量，提出有必要類型化其司法審查之建議。

欲討論行政裁量類型化之司法審查方式，首應探究者，乃對行政裁量之司法審查其背後所涉權力分立之問題。蓋行政裁量由於其本質上係立法者授予行政機關之空間，司法權對其所為之司法審查，自涉三權相互間之運作協調問題。惟有透過對其權力間互動之觀察，方能得知如何之類型化標準能適合解決前述司法審查之不足。本文接著即以類型化建議之提出為前提，討論行政裁量之司法審查與權力分立間之問題(第三章)。首先，對於傳統行政裁量之司法審查與權力分立之論述，分別檢討其就有關個案裁量與一般裁量之討論，是否有所不足。於指出個案裁量中未兼顧有效權利保護之要求，一般裁量中則未於制衡強度做明顯區別之

不足後，為將視野拓展至人民權利有效保護，本文在個案裁量之司法審查部分嘗試由功能最適之觀點出發討論，探求立法、行政與司法三權中何者方為人民權利保護之功能最適機關。於一般裁量之司法審查部分則由民主正當性之觀點出發，討論行政權與司法權之民主正當性來源。並希冀以此對個案裁量與一般裁量之司法審查類型化方式建議能有所指引。

於確立行政裁量之司法審查有類型化之必要及其各自不同之考量要素後，本文嘗試對行政裁量類型化之司法審查提出建議(第四章)。於個案裁量之司法審查建議類型化為雙面關係與三面關係，以突顯人民權利保護之面向。於一般裁量之司法審查則建議強化法位階理論之思考，並將現行法規範型態分為法規命令、行政規則、行政釋示與施行細則等不同型態而為不同之司法審查相關討論。此外，基於近期學界對行政裁量與不確定法律概念二者應無庸區分之呼籲，本文從行政裁量與不確定法律概念之近似性著眼，探求不確定法律概念具體化之司法審查是否能對行政裁量之司法審查有所啟發。並討論不確定法律概念具體化之司法審查以案件類型作為審查密度決定之方式，是否可供行政裁量之司法審查借鏡。最後，於行政裁量之司法審查中另一值得關注者，即定暫時狀態處分之問題，基於行政裁量之特殊性，造成定暫時狀態處分中禁止超越本案裁判之要求。本文基於有效權利保護之觀點，檢視定暫時狀態處分之本質，並與停止執行制度作比較，而討論禁止超越本案裁判原則有否突破可能及必要。

第二章 我國行政裁量之司法審查現況觀察

本章介紹我國對行政裁量之司法審查現況。首先釐清行政裁量與不確定法律概念間之關係(第一節)，基於實務上採行政裁量與不確定法律概念二分說之前提下，討論目前行政裁量之學說與實務上分為個案裁量與一般裁量兩種類型之原因及其司法審查方式(第二節)。接著檢索並分析我國行政法院對涉行政裁量案件之判決(第三節)，歸納行政法院採取之立場後，指出現行司法審查方式於形式面及實質面之缺失(第四節)，進而討論對行政裁量之司法審查採取類型化嘗試之必要性(第五節)。

第一節 行政裁量與不確定法律概念

依法行政是法治國的特色之一，法律不僅拘束人民，亦拘束一切國家機關，故行政受法的羈束為法治國家之基本要求。然因行政權具有主動、積極的性格，負有形成公共事務及實現公共利益的職責，故其權力的運作往往帶有某種程度的創造性與形成性。加以社會事實千差萬殊，公共事務多元複雜，基於合目的性的考量，自有必要讓諸行政權享有某種程度的權宜性與自由性，行政自由性之觀念因此而生¹³。行政裁量與不確定法律概念皆是緣於行政自由性而來，即立法者於法律效果中，使用「得為」之規定方式，藉以賦予行政機關法律效果的發生與選擇之裁量空間。於法律構成要件中則不採取完全明確之規定方式，而使用不確定法律概念，以涵蓋多元複雜之社會事實。「裁量是一種『意思活動』，僅在法律要件具備時，就法律效果方面之行為選擇；而法律概念的適用，係將確定的事實涵

¹³ 參照李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎，行政法入門，元照出版，2006年1月3版1刷，頁122以下。

攝於解釋後之法律要件，為『認識行為』，僅得經由判斷加以認定¹⁴。」前者有裁量空間，後者有判斷餘地，原則上均不受法院審查。

依翁岳生教授所指，「裁量必須與所要決定之事物相連，判斷可不必如此。判斷是要撇開個人對判斷標的之影響，而對判斷標的加以觀察，處於客觀之立場，不受個人對判斷標的之先見所左右。裁量則剛剛相反，個人要對標的有自己之見解與影響；將對標的之判斷，以及因個人影響所得到判斷結果產生之認識，有意結合而生¹⁵。」而行政裁量與不確定法律概念此二者於傳統討論上之區分及其相應之司法審查問題，例如究應採前述裁量限於法律效果之層次，不確定法律概念則乃在法律所規定之構成要件事實層次，即質的區別說；或認為裁量與不確定法律概念均屬立法者欲授權行政機關於適用法律時，有自行判斷之餘地，二者並無本質上差異，僅於行政機關受法院監督有所不同之量的區別說；抑或主張將二者區分僅係人為假設且邏輯不通而採無區別說等，學說上已著墨甚多¹⁶，故於此不贅述。

在我國行政法院審查實務上，早期對裁量與不確定法律概念未加以區別，例如行政法院 67 年度判字第 95 號判決、行政法院 66 年度判字第 275 號判決等¹⁷。後經國內學說及司法院大法官解釋之影響，方較趨向與學說見解同步化，此可由下述幾例中窺知一二。

臺北高等行政法院 91 年度訴字第 344 號判決：「法規之所以賦予行政機關裁量權限，因法規的功能在抽象、概括地規範社會生活事實，立法技術與效能皆不

¹⁴ 李建良，前揭註 4，頁 276。

¹⁵ 翁岳生，前揭註 5，頁 26。

¹⁶ 參照吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007 年 9 月增訂 10 版，頁 124-128。盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度，臺灣大學法律學研究所博士論文，1998 年，頁 24-79。劉鑫楨，前揭註 7，頁 113-117。陳春生，行政裁量之研究，收錄於同著者，行政法之學理與體系(一)－行政行為形式論，三民書局，1996 年，頁 161-163。翁岳生，前揭註 5，頁 58-63。

¹⁷ 詳細案例說明分析可參照吳庚，前揭註 16，頁 130-132。

容許法規對特定類型的生活事實從事過度詳盡的規制，加以生活事實之演變常非立法當時所能預見，故必須保留相當彈性俾以適用。職是之故，授與行政機關裁量權之意義即在於，行政機關於適用法規對具體個案作成決定時，得按照個案情節，在法規劃定之範圍內擁有相當的自由決定權限。」

高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1580 號判決：「按不論是規範性或經驗性之不確定法律概念，行政法院之審查重點，係在原處分對該不確定法律概念的內涵，是否以有充分證據的事實及經過辯證的理由涵攝於該不確定法律概念中。但從『行政保留』的觀點來看，行政機關基於其專業之認知及能力，亦有司法權所不應審查之領域，此謂之不確定法律概念之『判斷餘地』，例如考試成績之評定，多係涉及學術與知識能力之評價，其屬不確定法律概念之部分，乃是『學術之公準』，考試成績之評定乃是『公準』符合之程度之判斷；但考試成績之評定的同時，也是行政裁量的決定，故行政法院應先予以尊重（司法院釋字第三一九號解釋參照），且排除行政程序法第三條之適用。另例如『高度屬人性事項』之判斷、『由社會多元利益代表所為之決定』、『專家所為之判斷』、『由獨立行使職權之委員會所為之決定』、『行政機關預測性或評估性之決定』、『具有高度政策或計畫性決定』（李惠宗著行政法要義第二〇四頁至第二〇七頁參照）。」

臺北高等行政法院 96 年度訴更一字第 65 號判決：「參照首揭司法院大法官會議釋字第 462 號解釋及行政法院 75 年判字第 952 號判決意旨，系爭各該審查人審查決定之作成既係基於客觀專業知識與學術研究成就之考量，在專家判斷之情形，除非有具體之理由，可動搖該專業審查之可信度及正確性，否則即應尊重其判斷。」

學說上雖鑑於法律條文中常有兼具不確定法律概念與行政裁量之混合式構成要件或聯結式規定，故有例如：在解釋及適用不確定法律概念時即已考量行使裁量權時應衡酌之觀點、不確定法律概念僅係行政裁量考量觀點之闡明等等行政實務上之區分困難。因而主張應著重在行政決定的合法性審查（不及於合目的性審查），亦即審究其是否合乎法定要件、授權意旨及其他一般法律原則，至於究

屬行政裁量或不確定法律概念則無須探究者¹⁸。

然依最高行政法院於 96 年度判字第 1290 號判決中對行政訴訟法第 200 條第 4 款規定之闡述：「該條項所規定之『案件事證尚未臻明確』，應係指下列情形之一：一是涉及判斷餘地之事項，二是從機關功能最適觀點，由行政機關為事實調查或認定，較諸由行政法院為事實調查或認定可能或適宜，例如涉及高度專業性或複雜性之事實。另該條項所稱之『涉及行政機關之行政裁量決定者』，係指裁量決定之裁量事項，至構成裁量之要件事實，並非屬行政機關裁量範圍，除非有上述涉及判斷餘地之事項，或是從機關功能最適觀點，由行政機關為事實調查或認定，較諸由行政法院為事實調查或認定可能或適宜之情事外，事實審法院亦應自行查明認定。」另外，臺北高等行政法院 97 年度訴更一字 10 號判決則指出：「所謂『羈束處分』係指凡有法規規定之特定構成要件事實存在，行政機關即應為特定法律效果之行為；反之，特定構成要件事實雖然確定存在，但行政機關有權選擇作為或不作為，或選擇作成不同法律效果之行政處分，此種行政處分稱為裁量處分。」由上述實務見解可以看出，行政法院實務原則上仍係區分行政裁量與不確定法律概念而各自為不同之論述處理。

此外，若行政裁量及不確定法律概念所指稱之事項，依其構造或性質，足以影響行政法院之審查權限及審查密度，以及影響人民之權利保護，而須為不同之處理時，即應維持二者之區分¹⁹。行政法院對於行政機關適用不確定法律概念時，原則上為全面性之審查，僅於涉及判斷餘地時，方對行政機關於不確定法律概念之涵攝為有限性審查²⁰；而於法律授權範圍內之行政裁量，如無違法情事，

¹⁸ 參照李建良等合著，前揭註 13，頁 137-139。

¹⁹ 亦認區分有實質意義者，參照劉鑫楨，前揭註 7，頁 113-114。Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 55. 並介紹三種不確定法律概念與裁量交錯時可能之解決方式(分別處理、裁量之消失及裁量吸收不確定法律概念)者，陳敏，前揭註 1，頁 208-211。

²⁰ 我國行政法院對不確定法律概念之司法審查多數應仍係採取「判斷餘地理論」。相關理論介紹參照陳敏，前揭註 1，頁 200-202。李建良等合著，前揭註 13，頁 134-137。

僅係是否妥當之問題，行政法院不得取代行政機關而為決定²¹。我國行政法院實務上以上述區分行政裁量與不確定法律概念之見解，仍有所憑。其長期所累積之見解雖未可稱為定見，然行之有年，亦可稱已成主流。故本文以此質的區別說為前提，開展下述對行政裁量司法審查之檢討。

第二節 行政裁量之分類—個案裁量與一般裁量

行政裁量之類型，首先最常被提及者，乃依法律授權內容之不同而分類之決定裁量(Entschließungsermessen)及選擇裁量(Auswahlermessen)。前者指構成要件實現時，行政機關決定是否採取措施之自由；後者則指行政機關在數個法律許可的措施中得決定採取何種措施，或是在數個相對人中得決定對何人採取措施。另外，法律規定中亦有決定裁量與選擇裁量並存之情況²²。惟此種分類於司法審查實務面向上影響並不大，實際上行政法院亦未因此不同而異其審查密度或方式，故本文不將焦點置於此，而係以個案裁量與一般裁量之區分類型為主要討論對象，詳如下述：

第一項 分類原因及其關係—個案正義與平等原則之考量

所謂個案裁量者，乃指行政機關於實際執法時根據個案具體情況所為之裁量，亦有稱個別之裁量行使(individuelle Ermessensausübung)；一般裁量者，則係上級機關以訂定統一標準對下級機關所為之裁量指示，亦稱概括之裁量行使(generelle Ermessensausübung)²³。

行政自由性之目的，本即係為確保法律之彈性，即確保法律適用於個別不同情況時仍能生符合公平正義之結果，而非不論個案情節皆僅強制發生同一之

²¹ 若為裁量縮減至零，由於僅存一合目的及合法之決定，故行政法院仍可對行政機關之決定為審查。

²² 相關案例介紹參照李建良等合著，前揭註13，頁126。陳敏，前揭註1，頁178-179。

²³ 參照陳敏，前揭註1，頁182-183。

法律效果。法規之所以賦予行政機關裁量權限，因法規的功能在抽象、概括地規範社會生活事實，立法技術與效能皆不容許法規對特定類型的生活事實從事過度詳盡的規制，加以生活事實之演變常非立法當時所能預見，故必須保留相當彈性俾以適用。職是之故，授與行政機關裁量權之意義即在於，行政機關於適用法規對具體個案作成決定時，得按照個案情節，在法規劃定之範圍內擁有相當的自由決定權限。則法律透過賦予裁量權之規定(例如法條中「得」、「得不」之用語等²⁴)，容許行政機關處理個案時，得考慮法律之目的及具體個案之情況而為適當之措置，以實現個案正義(*Einzelfallgerechtigkeit*)。因此，行政機關於行使裁量權時，應探求法律授予裁量權之目的，並於個案中權衡重要因素後方作成決定。準此，行政裁量的行使原本非可作一般性的規制，以免有害法律授予裁量權之意旨。

然實際上常有上級機關為維持法律適用之一致性，以符合平等原則之要求，對裁量事項訂定統一之標準，作為下級執法人員行使裁量權之準據者，此即稱一般裁量²⁵。是以，基於個案正義與平等原則之不同考量，便產生個案裁量與一般裁量之分類。此一般裁量之表現形式多樣，我國行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款所稱「為協助下級機關或屬官…行使裁量權，而訂頒之…裁量基準」，其中所稱之裁量基準(*Ermessensrichtlinien*)²⁶即為一適例。惟須

²⁴ 詳細法條用語討論可參照李建良，監察院對行政裁量的審查及其界限，收錄於監察調查理論與實務策進之研究，監察院編印，2009 年，頁 141-145。

²⁵ 就此，有雖使用一般裁量之用語，惟其係指相較於計畫裁量而言，屬一般法律中之法律效果面之裁量者，乃與本文之用語不同。參照黃錦堂，由德國法之發展論我國行政法院之審查密度，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟論文彙編第二輯，1998 年，頁 24。

²⁶ Vgl. Franz-Joseph Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2006, Rn. 154. 亦有將裁量基準視為「行政機關基於設計內部組織，釐清機關與人員權限、解釋法令、規劃行政裁量行使的方法與效果，以及試圖將不確定法律概念近一步具體化，乃至於補充法律規範不足的行政目的，藉由組織觀點的上命下從與行政一體，設定一般化、抽象化的基準」，此種以作為在具體案例中作成決定的手段理解者，可稱其為廣義之裁量基準，而與本文所指狹義之裁量基準仍有所不同。參照王志強，前揭註 1，頁 42。

注意者，裁量基準(行政規則)僅為一般裁量之一態樣而已，並非謂一般裁量即係指裁量基準。此例如司法院大法官釋字第 423 號解釋所涉交通工具排放空氣汙染物罰鍰標準第 5 條規定²⁷，即為空氣汙染防制法第 23 條第 1 項及同法第 43 條第 1 項授權訂定之，對於違反交通工具排放空氣污染物排放標準之處罰方式與罰鍰額度之裁量權行使，所為之(法規命令性質)統一規定。

一般裁量與個案裁量同受法律目的之拘束，其不同乃在於裁量時所取決者非具體之個案，而是典型之個案(typischer Einzelfall)²⁸。下級機關原則上應受上級機關統一標準之拘束，蓋其乃為求執法公平性，避免執法人員恣意而規定。於此臺北市政府處理違反家庭暴力防治法事件統一裁罰基準第 1 點規定「臺北市政府（以下簡稱本府）為處理違反家庭暴力防治法事件，依法而為妥適及有效之裁處，建立執法之公平性，以期減少爭議及行政爭訟之行政成本，提升公信力，特訂定本基準。」高雄市政府處理違反兒童及少年性交易防制條例案件裁量基準第 1 點「高雄市政府（以下簡稱本府）為適當處理本市違反兒童及少年性交易防制條例案件，並落實公平執法、減少爭議及提昇行政效率與公信力，特訂定本基準。」可資參照。最高行政法院 93 年度判字第 309 號判例亦指出：「行政機關為行使法律所授與裁量權，在遵循法律授權目的及範圍內，必須實踐具體個案正義，惟顧及法律適用之一致性及符合平等原則，乃訂定行政裁量準則作為下級機關行使裁量權之基準，既能實踐具體個案正義，又能實踐行政之平等原則，非法律所不許。…」依此，實務亦肯認一般裁量原則上非法所禁。而臺北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號判決：「…惟被

²⁷ 當時之交通工具排放空氣汙染物罰鍰標準第 5 條：「(第一項)交通工具排放空氣污染物超過排放標準或汽車所有人違反本法第二十四條規定者，依左列規定處罰：一、違規通知書送達之日起十日內到案接受裁決處罰者，依下限標準處罰之。二、違規通知書送達之日起逾十日至三十日到案接受裁決處罰者，依下限標準兩倍處罰之。三、違規通知書送達之日起逾三十日到案接受裁決處罰或未到案者，依上限標準處罰之。(第二項)依前項規定為裁決處罰者，應掣給違反空氣污染防治法案件處分書。」

²⁸ Vgl. Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 14.

告(按：行政院公平交易委員會)作成原處分之裁罰時，依上述被告之陳述，顯未依上開『行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表』，將公平交易法施行細則第 36 條規定列示考量事項區分等級予以配分並彙整加總後再對照違法等級暨罰鍰額度而為裁量。按該裁處罰鍰額度參考表規定，除有適用說明第 2 條第 6 款所稱難以適用，而由承辦單位敘明理由，提出委員會議決議不予參考引用之情形外，即應適用該裁處罰鍰額度參考表，不得另創裁罰標準。然本件被告並未由承辦單位敘明難以適用之理由，提出委員會議決議不予參考引用之情形，自屬違反行政自我拘束原則，已有未合。…」則指出有關裁量權行使之統一標準有其拘束力存在。

行政機關固應受有關裁量權行使之統一標準拘束，然於遇有特殊之個案時，既非訂定統一標準當時所能逆料，自應回歸個案考量法律目的或授權意旨而為不同之決定。蓋裁量權之本質及重心本在於行政機關得就個案之利益及衝突自為價值判斷及決定，故若訂定統一標準以致實質上剝奪行政機關之裁量權，當非法之所許。則當個案裁量與一般裁量發生衝突時，個案裁量應優先於一般裁量。最高行政法院 93 年度判字第 1127 號判決謂：「…是行政機關基於行使裁量權之需要得根據其行政目的之考量而訂定裁量基準，此種裁量基準可由行政機關本於職權自行決定無須立法者另行授權，然仍應遵循立法者授權裁量之意旨。故行政機關於訂定裁量基準時，除作原則性，或一般性裁量基準之決定外，仍應作例外情形時裁量基準之決定，始符合立法者授權裁量之意旨，以達具體個案之正義。」此即顯示出個案正義仍為授予裁量權追求之目標，不可以一般裁量害之。

個案裁量與一般裁量此一分類之實益，乃在於司法審查模式之不同。以下即就現今分類後之司法審查理論，作學說與實務面向之介紹。

第二項 分類後之司法審查

我國學說上對於個案裁量與一般裁量之司法審查概皆採取不同之討論模

式，實務亦同，其中對個案裁量，乃以裁量瑕疵(Ermessensfehler)理論為討論中心；對一般裁量，則以是否違反法律之規定，及是否違反授權目的與裁量權本旨為討論重點，分述如下：

第一款 個案裁量之司法審查方式

依我國訴願法第1條第1項規定，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為「違法」或「不當」，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。行政訴訟法第4條第1項則規定，人民因中央或地方機關之「違法」行政處分認為損害其權利或法律上之利益，於符合一定要件下得向高等行政法院提起撤銷訴訟。二者相較之下，即可查知受理訴願之上級行政機關可就行政處分之合法性及合目的性為審查。行政法院則基於權力分立原則，僅能審查行政處分之合法性，而不及於是否合乎行政目的，否則即為以行政法院取代行政機關行使裁量權，以致侵犯行政權，蓋其僅係以執行法的監督(Rechtskontrolle)為職責矣。此於裁量處分之情形自同。

至於何謂此處違法之裁量處分，早期有考量英美與西德體系之優缺點後，建議我國應將違法行政裁量區分成一般違法及因裁量瑕疵而違法者。前者依據當時之行政訴訟法第1條第1項規定²⁹，可細分為(一)事實誤認、(二)涵攝錯誤、(三)權限欠缺及(四)程序違反。後者則依據當時之行政訴訟法第1條第2項規定³⁰，包括逾越權限及濫用權力。其中逾越權限可區分為逾越抽象的授權範圍及逾越具體的授權範圍，濫用權力則又區分為主觀濫用與客觀濫用，其下位更有細目³¹。

²⁹ 改制前之行政訴訟法第1條第1項，其規定為「所謂違法處分，系指行政處分之違反法規者而言」。

³⁰ 改制前之行政訴訟法第1條第2項，其規定為「逾越權限或濫用權力之行政處分以違法論」。

³¹ 依其所述，逾越具體的授權範圍尚可區分為(一)違反比例原則及(二)違反平等原則。主觀濫用可區分為(一)不法的動機及(二)情緒與好惡。客觀濫用則可細分為(一)拒不行

行政裁量既屬法律效果之裁決，自應遵守法律所設定之要件或程序，其為行政機關行使裁量權之前提。故行政法院對於個案裁量之司法控制，首重於有否符合法定要件或程序規定，若無，則已為不符法定要件或程序規定之違法。此乃行政決定要件或程序之違法判斷，而未涉行政裁量行為本身，故屬一般違法無誤³²。另，現今學界關於裁量瑕疵之概念雖仍有些許歧異，惟已可大致底定歸納為三類³³：(一)裁量逾越(*Ermessensüberschreitung*)，其指行政機關所選定的法律效果或處分相對人逾越法律所授權的裁量範圍。(二)裁量怠惰(*Ermessensunterschreitung*)，其指法律雖賦予行政機關裁量權，惟行政機關未予衡酌個案的情節，即遽而作出決定。(三)裁量濫用(*Ermessensmißbrauch* ; *Ermessensfehlgebrauch*)，其更可細分為(1)衡量瑕疵—漏未審酌應加斟酌的觀點，或對應加衡酌的要素，未作合乎授權意旨的適切考量。(2)濫用權力—於行使裁量權時參雜與事件無關的因素，或以有悖於授權目的之動機作為考量之基準。(3)違反一般法律原則(例如誠信原則、平等原則、比例原則…等等)及憲法保障基本權利的意旨等類型。

我國行政訴訟法第4條第2項規定：「逾越權限或濫用權力之行政處分，

使裁量權、(二)追求不當的目的、(三)未就公益、私益妥為衡量、(四)作與案情無關的考慮、(五)漏位斟酌涉案因素等。參照葉俊榮，前揭註6，頁290-301。

³² 此外，臺北高等行政法院98年度訴字第398號判決亦指出其他一般違法之類型：「…行政處分之作成，行政機關首應對法規條文涵義有所瞭解，進而就具體事件所涉及之相關事實，涵攝於所依據法規範之構成要件，藉以判斷該事件是否應作成處分之決定。故行政機關如對條文概念內涵有所誤解，即屬『錯誤解釋法規』之情形；如將法規適用於不該當之事實，亦即學理上所謂『涵攝錯誤』之適例。不論錯誤解釋法規或涵攝錯誤，行政機關據以作成之行政處分，均顯違反合目的性及合義務性之要求，自有違法瑕疵，應構成撤銷之原因，合此說明。」

³³ 參照李建良等合著，前揭註13，頁128-131。 Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 20 ff.; Hans Peter Bull/ Veith Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 7. Aufl. 2005, Rn. 593 ff.; Horst Suckow/ Holger Wiedemann, *Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsschutz*, 15. Aufl. 2008, Rn. 273 ff. 另關於採取二分、四分及五分說者之介紹，參照劉鑫楨，前揭註7，頁62-65。

以違法論」，同法第 201 條規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」，其雖僅就「裁量逾越」與「裁量濫用」做規定，惟基於舉重以明輕之法理，解釋上尚應包括「裁量怠惰」之瑕疵類型。實務上雖有如高雄高等行政法院 90 年度簡字第 1497 號判決：「次按，行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷，行政訴訟法第二百零一條定有明文。行政機關未遵守裁量之法律拘束時，其行為為『違法』，產生所謂之『裁量瑕疵』。而裁量之瑕疵可分為『裁量權之逾越』、『裁量權之濫用』，其中『裁量權之濫用』指行政機關作成裁量處分時，抵觸法律授權之目的，或以與事件無關之動機作為行政裁量之基礎，或對依法律規定應行斟酌之事項而未斟酌者，其可能出於行政機關之疏忽或錯誤認識，以為並無裁量餘地，或僅有較小之裁量餘地，或誤認為有依強行規定作成行為之義務，而未充分行使法律所授與之裁量權；其也可能出於行政機關未探求所有對決定具有重要性之事實及觀點，或所探求之資料錯誤不實，從而根據不完全或不正確之資料作成決定，其裁量決定即有瑕疵。」即謹守前開法條文義，而認裁量怠惰僅屬裁量濫用之一態樣者。惟較多數之判決乃認同前述舉重以明輕之解釋論者³⁴。

另外，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3908 號判決表示：「…『行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。』『凡法律規定，行政機關對於是否為行政行為，以及如何為行政行為，有裁量空間者，則行政機關有行政行為之裁量權，行政法院自應尊重行政機關之裁量空間，除有逾越裁量權限、不為裁量或裁量錯誤等裁量瑕疵之情形，而應認為係逾越權限或濫用權力之行為，以違法論外，不得就行政行為之合目的性，進行審查。所謂裁量錯誤，乃指行政機關雖已行使其

³⁴ 參照臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2962 號判決、臺北高等行政法院 93 年度訴字第 2136 號判決、臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4794 號判決、臺北高等行政法院 91 年度訴字第 344 號判決…等。

裁量權，然而方式錯誤，譬如與裁量決定相關的重要觀點，在行政機關形成決定的過程中，未予斟酌（裁量不足）。』分別有最高行政法院 92 年度判字第 1725 號、90 年度判字第 1783 號判決意旨可資參照。要言之，除行政機關之行政行為有逾越裁量權限、不為裁量或裁量錯誤等裁量瑕疵之情形，而應認為係逾越權限或濫用權力之行為，以違法論外，行政法院皆應尊重行政機關之裁量空間，且不能就其裁量行使之妥當性加以審酌。…」臺北高等行政法院於此雖使用裁量錯誤之用語，然從其後「…既未逾越法定裁量範圍，且無與法律授權目的相違或出於不相關動機之裁量濫用，亦無消極不行使裁量權之裁量怠惰等情事…」之用語可得知，其所言應係指裁量濫用。

臺北高等行政法院 90 度訴字第 3757 號判決指出：「…裁量逾越係指行政機關裁量之結果，超出法律授權之範圍，裁量濫用係指行政機關作成裁量與法律授權之目的不符，或係出於不相關之動機之謂。又裁量違背一般法律原則（如平等原則、比例原則等）通常亦認為係裁量濫用。而有關裁量，行政機關亦不得任意改變向來之行為方式，致損害人民之信任感，此與平等原則、比例原則或公正原則等，同屬裁量處分應遵守之基本法律原則。…」臺北高等行政法院於此處則並未如前述高雄高等行政法院 90 年度簡字第 1497 號判決般，在裁量濫用之下位中提及裁量怠惰。上述例舉之實務見解雖多集中在裁量濫用與裁量怠惰間之闡釋，惟由其內容仍可概略推測實務上對裁量瑕疵之見解乃採取前述學說討論之三分說理論。復亦有如臺北高等行政法院 96 年度簡字第 444 號判決：「…『裁量處分』是否應受行政法院之審查，依現今一般之理論言，行政法院通常不予審查，惟裁量若有裁量瑕疵（如裁量逾越、裁量濫用、裁量怠惰）之情形已影響裁量處分之合法性外，則行政法院當然得以審查…。」即於判決內清楚表明採取三分說理論。而實務上以此架構成為其基本之司法審查模型者仍佔多數³⁵。

³⁵ 類此者尚有如臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1657 號判決、臺北高等行政法院 96

而行政機關關於做成裁量處分時，本有多數不同之選擇，若因為特殊之事實關係，致使行政機關除採取某種措施之外，別無其他選擇，即所謂裁量萎縮（Ermessensschrumpfung）或稱裁量縮減至零（Ermessensreduzierung auf Null）³⁶。也就是說，當只有一種決定不構成裁量瑕疵，其餘決定皆為有瑕疵之裁量時，行政機關有義務選擇此剩下的決定³⁷。此涉及行政機關關於個案中是否仍存有裁量空間之問題，亦將影響人民請求權之範圍。最高行政法院 94 年度判字第 2035 號判決：「…自法律規範之目的，行政機關享有裁量權以決定是否賦予人民一定之利益（除於裁量收縮至零外），縱行政機關怠於執行職務，人民亦無請求行政機關為一定行政行為之公法上請求權存在。…」即為適例。此時若對於裁量縮減至零認知有誤，以致於不為特定之措施，則仍屬裁量瑕疵之一種。須注意者，司法院大法官釋字第 469 號解釋：「…法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。…」大法官於此處將保護規

年度訴字第 1408 號判決、臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2001 號判決、臺北高等行政法院 95 年度簡字第 908 號判決、臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3631 號判決…等等。用語不同但同此旨者，例如臺北高等行政法院 93 年度訴字第 488 號判決：「…按『…』行政訴訟法第 201 條定有明文。即行政機關所為之裁量行為，如有裁量逾越或裁量濫用時，構成違法，而為司法審查之對象。職是之故，逾越裁量權之外在界限固然構成違法；裁量權之行為如有目的違反（行政程序法第 10 條規定參照）、不當聯結、違反平等原則、比例原則等一般法律原則（行政程序法第 4 條以下規定參照）等情事，則因其濫用裁量而構成違法；甚至拒絕裁量或怠為裁量等裁量怠惰之情形，均構成違法，行政法院得予撤銷。…」以及臺北高等行政法院 92 年度訴字第 1476 號判決：「…按行政機關依法於裁量範圍內為裁量，若其裁量無裁量逾越、裁量怠惰、裁量濫用等裁量瑕疵或有違行政自我拘束原則之情事，法院自不得為司法審查。…」

³⁶ 參照吳庚，前揭註 16，頁 121。

³⁷ Vgl. Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 24.

範理論與裁量縮減至零二者合併論述，有造成二者混淆之疑慮，應釐清之³⁸。

另外，德國行政法院法第 114 條規定³⁹：「行政機關雖經授權依裁量而行為，行政法院仍得審查其作成或拒絕作成行政處分或不作為是否違法，但以逾越裁量範圍或行使裁量與授權之目的不符為限。行政機關作成與行政處分有關之裁量理由，雖已進入行政訴訟程序，亦得予以補正。」則德國行政法院所能審查者，包括撤銷訴訟之作成處分瑕疵與課予義務訴訟之拒否處分瑕疵及怠為處分瑕疵。此與我國行政訴訟法第 201 條相較，我國之規定僅置於課予義務訴訟規定之後，似較狹隘。我國則有學者主張宜與德國法為相同之解釋⁴⁰。

第二款 一般裁量之司法審查方式

上級機關以訂定統一標準對下級機關所為之裁量指示，為一般裁量。首先，由於一般裁量本身非屬行政處分，依據我國行政訴訟法之現行規定，並無法直接對其提起行政訴訟以求救濟，故其司法審查之方式，乃附隨於行政處分之審查而為之，即附帶審查(*inzidente Normenkontrolle*)。此處須說明者，乃(一)「因該統一標準違法而拒絕適用」及(二)「基於個案正義之考量而拒絕適用該統一標準」之情形。此二種情況之結果皆係回歸個案裁量之方式行使裁量權；其不同處在於，(一)「因該統一標準違法而拒絕適用」之情況下，經審查後認定該統一標準本身有問題。而因該統一標準遭受非難，故不可適用該統一標準，應回歸於個案裁量之方式。(二)「基於個案正義之考量而拒絕適用該

³⁸ 蓋保護規範理論乃僅屬法律規範意旨之解釋，與裁量縮減至零乃具體個案特殊情節之認定乃屬二事，不應混淆。

³⁹ VwGO § 114 : Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.

⁴⁰ 參照吳庚，前揭註 16，頁 736-737。

統一標準」之情況則為經審查後認定該統一標準並未違法，純粹係因案件之特殊性，故基於個案正義之考量而為例外處理，此為對統一標準適用過程所為之審查。與此相對者，乃「違反統一標準」之情況，其為經審查後認定該統一標準並未違法，而案件又未具特殊性，故屬行政機關為個案裁量時並無合理原因卻未依該統一標準為決定之違法。上述情況於訴訟上真正處理者仍皆為該行政處分究否合法之問題，僅係於涉及一般裁量時有必要附帶審查之，否則無以為後續之審理。故除非於司法院大法官對行政規則之司法審查程序，否則行政法院嚴格來說並未可僅針對一般裁量為審查。

臺北高等行政法院 91 年度訴字第 227 號判決指出：「…按行政法院審查行政裁量決定有無依行政機關自行訂頒之裁量基準，乃係基於平等原則之要求，易言之，行政法院係在審查該行政機關有無不依裁量當時之裁量基準而為差別待遇…。」此判決所指屬前述(二)之情況。由此判決不但可得知一般裁量乃基於平等原則之考量而訂定，更可看出行政法院所審究者乃個案裁量是否合法，有無違反平等原則，而一般裁量則為輔助基準。惟於使用該輔助基準時，自應先審查其是否有違法而不應適用之情形，故為附帶性之審查。

最高行政法院 93 年度判字第 1596 號判決表示：「…內政部九十一年三月十三日台內移字第○九一〇〇六七九一六號令修正發布之裁罰基準表(按：違反入出國及移民法案件裁罰基準表)，分別就違反入出國及移民法第五十五條至五十九條之不同情節，訂定不同之處罰額度，復就違反同法第五十九條各款不同之情形規定不同之裁罰基準，其除作原則性或一般性裁量基準外，另有例外情形之裁量基準，與法律授權目的尚無抵觸。且入出國移民法第五十九條既有第一款至第五款輕重不同之情節，被上訴人違反該條第一款『入出國未經查驗者』，涉及國境入出安全，情節最為嚴重，原處分裁處最高額罰鍰亦僅新台幣一萬元，對於人民之影響極其輕微，且為確保國家安全所必要，符合法規授權目的，係依法裁量之結果，並無不行使裁量權或裁量不當之違法，核與行政程序法第十條規定，尚無不合。況被上訴人之違規情節，在事務本質上並無具

體特殊情事，而得據以減輕裁罰之正當理由，難謂原處分未斟酌具體個案情形而為裁罰，與比例原則亦無違悖。…」此判決由反面觀之則為可能基於個案正義之考量而拒絕適用該統一標準之適例。

而最高行政法院 93 年度判字第 1127 號判決謂：「…原判決關於罰鍰部分認原處分依被上訴人九十年四月三日修正之電子遊戲場業違規營業罰鍰金額標準裁罰，並無不當等，固非全然無見。惟行政程序法第一百五十九條規定：『…』是行政機關基於行使裁量權之需要得根據其行政目的之考量而訂定裁量基準，此種裁量基準可由行政機關本於職權自行決定無須立法者另行授權，然仍應遵循立法者授權裁量之意旨。故行政機關於訂定裁量基準時，除作原則性，或一般性裁量基準之決定外，仍應作例外情形時裁量基準之決定，始符合立法者授權裁量之意旨，以達具體個案之正義。被上訴人八十九年六月三十日訂定之『電子遊戲場業違規營業罰鍰金額標準』，關於違反電子遊戲場業管理條例第十七條第一項第六款者，一律處以二百五十萬元最高額罰鍰，嗣於九十年四月三日修正，亦僅分為第一次處罰鍰二百四十萬元，與第二次以上（含第二次）處罰鍰二百五十萬元而已，雖較修正前略有改進，但與電子遊戲場業管理條例第三十一條關於罰鍰部分之法定範圍五十萬元以上二百五十萬元以下，相去甚鉅。且由附於原處分卷之該電子遊戲場業違規營業罰鍰金額標準觀之，其僅作原則性，或一般性裁量基準之決定，並無作例外情形時裁量基準之決定，自未能達成具體個案之正義，無異於將法定罰鍰數額下限提高為二百四十萬元，誠難認其符合立法者授權裁量之意旨，此部分之電子遊戲場業違規營業罰鍰金額標準，於法自有未合。被上訴人依上開標準，裁處上訴人罰鍰二百四十萬元，其裁量顯與法有違，訴願決定及原判決遞予維持，尚有未洽，上訴意旨執此指摘，非無理由，應由本院將原判決該部分廢棄，並撤銷該訴願決定及原處分，由被上訴人依立法意旨，確實裁量，另為處分，以期適法。」此

判決即為(一)之情況，因該統一標準違法而應拒絕適用之適例⁴¹。

一般裁量如同個案裁量般，同樣也應符合裁量權之合法要件，裁量瑕疵之違法類型亦屬於判斷一般裁量合法與否之標準。然於此所討論之方式，旋為訂定統一標準時，其是否違反授權法律之規定，及是否違反授權目的與裁量權本旨，概其僅為立法權對行政權之尊重而生之產物，自未可逸脫依法行政之範疇。其中統一標準不得違反授權法律規定部分之審查，即為對其是否有類似裁量逾越或裁量怠惰之司法審查，於此我國實務採取較寬鬆之審查態度⁴²。就不得違反授權目的及裁量權本旨部分之審查，則為對其是否構成類似裁量濫用之司法審查。

例如高雄高等行政法院 95 年度訴字第 541 號判決表示「…按水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準第三點規定：『嚴重污染案件應依附表所定裁量基準裁處罰鍰。但經主管機關認定，屬本法第七十三條各款規定情節重大情形之一者，得處以違反各該條規定之最高罰鍰。』惟此係就符合水污染防治法第七十三條規定情形特別明定受裁罰數額，然非限制行政機關得就上開裁量基準附表最低下限及法定上限額裁量之權限。是被告仍可就違章情節嚴重者裁

⁴¹ 另可參照臺中高等行政法院 97 年度簡字第 55 號判決：「…不動產經紀業管理條例第 32 條第 1 項規定係授權被告在新臺幣 10 萬元至 30 萬元間，決定一適當金額裁罰，惟被告訂定之統一裁罰基準肆明定：『公司負責人、商號負責人或行為人違反上開規定被查獲，處二十萬元…』，被告亦自承依此規定，不可能有罰鍰 10 萬元之情形（參照本院準備程序筆錄）。換言之，被告並未依上開法條之授權，就本件原告違規情節、所生影響、所得利益及受處罰者資力等因素，由下限 10 萬元起裁量適當之罰鍰金額，一律依上開統一裁罰基準，科處罰鍰 20 萬元，即未就下限予以裁量，誠屬裁量怠惰，應認係裁量濫用，於法有違。…」法院於此雖未明示該統一標準(統一裁罰基準)違法，惟仍認不應適用該統一標準(否則即屬裁量怠惰)，似可看出法院對該統一標準採違法之認定。

⁴² 參照王志強，前揭註 1，頁 94。其指出最高行政法院對之採取較寬鬆之審查態度，凡是裁量基準之內容並未違背授權法律的規定；對於授權規範所賦予的裁量權行使方式也已經為進一步具體化的設計，該裁量基準就不致於構成裁量逾越與裁量怠惰的違法。(按：其所指裁量基準與本文認定為主關機關本於職權所訂定，性質上屬行政規則之內部法之統稱者不同，其乃指行政命令之統稱。)

處為法定上限額之罰鍰。本件原告排放之廢（污）水，含有有害健康物質逾規定之放流水標準限值，超過數十倍甚至數百倍以上，即有危害公眾健康之虞，被告九十四年七月八日府環三字第0九四〇一二二九八號函，裁處六十萬元之罰鍰，依水污染防治法第四十條規定及前揭九十四年五月二十日環屬水字第0九四〇〇三六九五四函頒『水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準』附表三『事業或工業區專用污水下水道系統排放廢（污）水含有害健康物質超過放流水標準限值二倍以上』：所排放廢（污）水中含有害健康物質濃度超過放流水標準限值達五倍以上情形，裁處下限為五十萬元以上，已屬有據，尚無庸論及水污染防治法第七十三條之規定。原告主張上揭處分未說明原告有何違反水污染防治法第七十三條中何款之事由，已違反行政程序法第九十六條第一項第二款規定云云，顯有誤解，不足採取。…」姑不論高雄高等行政法院對水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準第3點規定之見解是否妥適（該條規定是否有明示其一排除其他之用意？法院於此似未深究之），由此判決仍可得知其乃從事是否違反授權法律規定之審查（類似裁量逾越或裁量怠惰）⁴³。

另外，司法院大法官釋字第423號解釋⁴⁴指出：「…交通工具排放空氣汙染物罰鍰標準第五條，僅以當事人接到違規舉發通知書後之『到案時間及到案與否』，為設定裁決罰鍰數額下限之唯一準據，並非根據受處罰之違規事實情節，依立法目的所為之合理標準。縱其罰鍰之上限並未逾越法律明定得裁罰之額度，然以到案之時間為標準，提高罰鍰下限之額度，與母法授權之目的未盡相符，且損及法律授權主管機關裁量權之行使。…」其不但點出一般裁量與個案裁量之相關性，更表明其違法之原因，即到案時間與違規事實無關，違反授

⁴³ 此處所指之授權法律規定乃係授予行政機關就事業或污水下水道系統排放廢（污）水處罰鍰之水污染防治法第40條規定。水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準為協助下級機關行使裁量權而訂頒之裁量基準，本身並無經法律授權。

⁴⁴ 其主要爭點為依空氣汙染防制法第23條第1項及同法第43條第1項授權訂定之交通工具排放空氣汙染物罰鍰標準第5條，僅以當事人接到違規舉發通知書後之到案時間及到案與否，為設定裁決罰鍰數額下限之唯一準據，是否違反法律裁罰規定之意旨？

權目的與裁量權本旨(類似裁量濫用)⁴⁵。

第三節 司法審查實務之分析

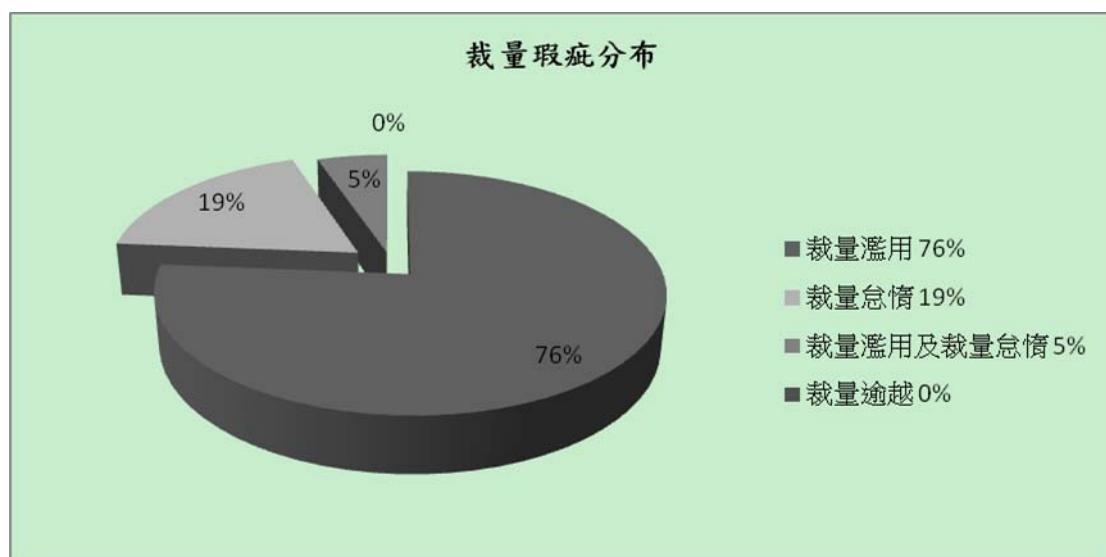
欲檢視行政法院對行政裁量之司法審查實務，首先可以著手者乃行政訴訟法第 200 條第 4 款及第 201 條對行政法院為裁判之規定。故本文先以「裁量瑕疵&行政訴訟法第 200 條第 4 款」、「裁量瑕疵&行政訴訟法第 201 條」為檢索語分別檢索臺北、臺中及高雄高等行政法院之判決。惟以「裁量瑕疵&行政訴訟法第 200 條第 4 款」為檢索語所檢索得之判決數量過少，故加上「裁量&瑕疵&行政訴訟法第 200 條第 4 款」(擴大檢索空間)，復加以「裁量&瑕疵&行政訴訟法第二百條第四款」(擴大檢索時間)為檢索語檢索之。並篩選出法院以各該法條為判決，且與行政裁量有關者。此外，由於前述以行政訴訟法第 200 條第 4 款及第 201 條對行政法院為裁判之規定所為之檢索，得到之判決數量有限，且僅顧及原告勝訴之一面，似未見周全。故本文另以「裁量瑕疵&裁量怠惰&裁量逾越&裁量濫用」(以此多重檢所語限制檢索判決數量)檢索判決日期自 93 年 1 月 1 日起至 98 年 12 月 31 日止之臺北、臺中、高雄高等行政法院判決，以期周延⁴⁶。關於最高行政法院判決部分，則以上述檢索語檢索，以廢棄或駁回內容與行政裁量有關者為限。茲整理羅列檢索判決如表(表一：行政裁量判決檢索整理表)。

⁴⁵ 惟大法官於此號解釋所指：「…又以秩序罰罰鍰數額倍增之形式而科罰，縱有促使相對人自動繳納罰鍰、避免將來強制執行困擾之考量，惟母法既無規定復未授權，上開標準創設相對人於接到違規通知書起十日內到案接受裁罰及逾期倍增之規定，與法律保留原則亦屬有違…」乃以促使相對人自動繳納罰鍰、避免將來強制執行困擾作為罰鍰額度裁處之考量因素，不但與個案情節毫無關係，更以「是否增加法律所無之限制」作為裁罰準據適法性之判斷，造成誤解。此亦乃此號解釋與第 511 號解釋為何結論相反之原因。對大法官此號解釋與第 511 號解釋之比較評析，參照李建良，前揭註 4，頁 311-312。湯德宗，大法官有關行政、立法兩權關係主要解釋案析論，收錄於同著者，權力分立新論卷一—憲法結構與動態平衡，元照出版，2005 年 4 月初版 1 刷，頁 301-302。洪家殷，論裁罰標準表之性質與目的-高雄高等法院九十年度簡字第三八四〇號判決評釋，台灣本土法學第 41 期，2002 年 12 月，頁 32-35。

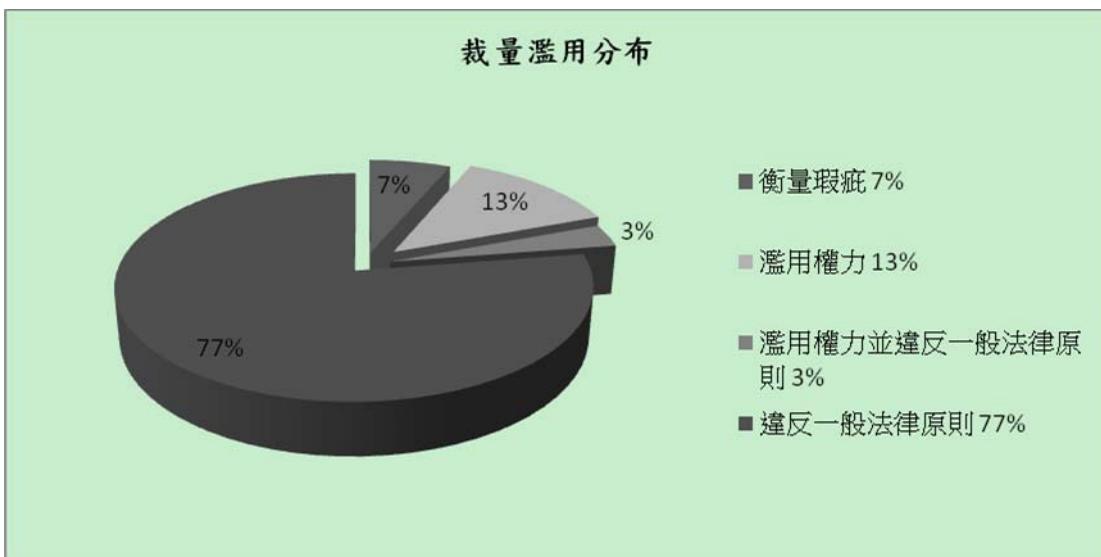
⁴⁶ 民國 93 年以前之行政法院實務見解檢討則參照劉鑫楨，前揭註 7 文。

統整前述檢索所得判決，本文歸納如下：就個案裁量方面，於前述高等行政法院認原處分或訴願決定有瑕疵而撤銷之案件共 66 件中，遭行政法院以裁量瑕疵為原因之一而撤銷者有 40 件—其中遭認有裁量逾越者占 0 件、有裁量怠惰者占 11 件、有裁量濫用者占 31 件。(圖表一)裁量濫用之中，遭認有衡量瑕疵之裁量濫用者占 2 件、有濫用權力之裁量濫用者占 5 件、有違反一般法律原則之裁量濫用者占 25 件。(圖表二)遭高等行政法院以一般瑕疵為原因之一而撤銷者有 33 件—其中遭認有事實誤認者占 10 件、有錯誤解釋法規者占 3 件、有涵攝錯誤者占 2 件、有不符法定要件或程序規定之違法者占 23 件。(圖表三)

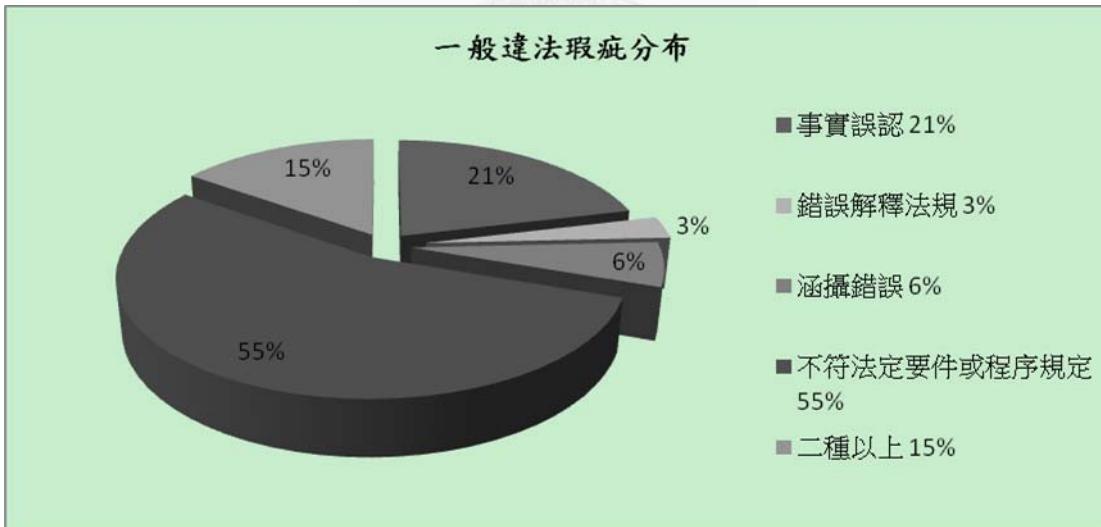
圖表 1 裁量瑕疵分布圖表



圖表 2 裁量濫用分布圖表



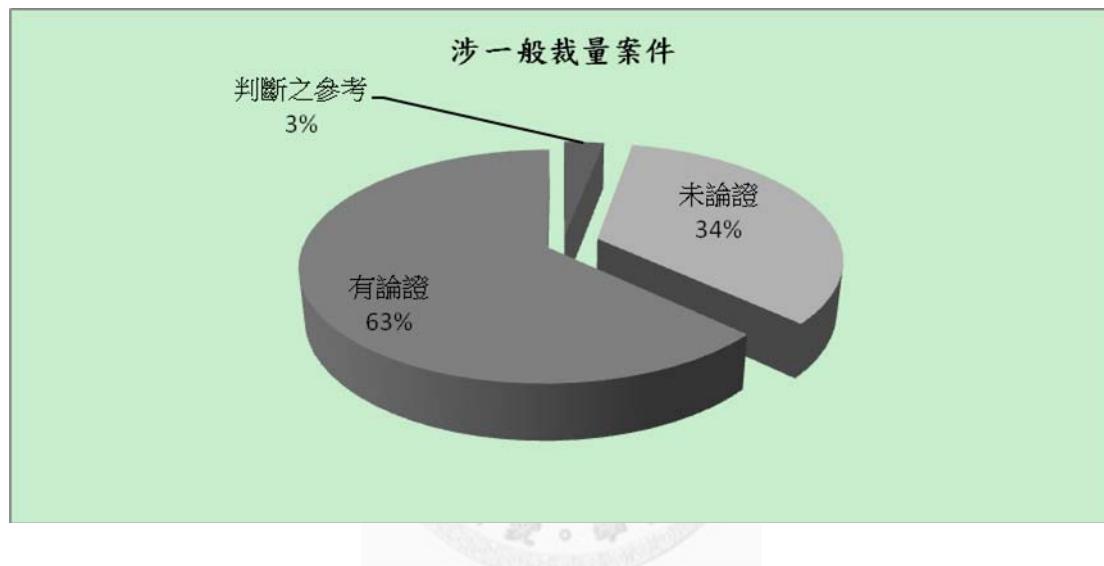
圖表 3 一般違法瑕疵分布圖表



分析上述情況，推測可能係因裁量逾越於外觀上較易判別，故應多已於上級行政機關處理訴願時遭撤銷或是遭處分機關自行撤銷，而未達於行政訴訟之階段。裁量怠惰則因其本質上只要行政機關有依一定程度之裁量而為決定即可避免，發生機率自較裁量濫用須避免裁量權行使時對各個裁量或非裁量要素之審酌失當來的低。而一般瑕疵則為行政行為瑕疵之問題，與行政裁量並無何特殊必然之關聯。另外，從各判決內容中亦可看出行政法院之司法審查乃多以檢視行政機關有否各種裁量瑕疵態樣為出發點之方式為之。

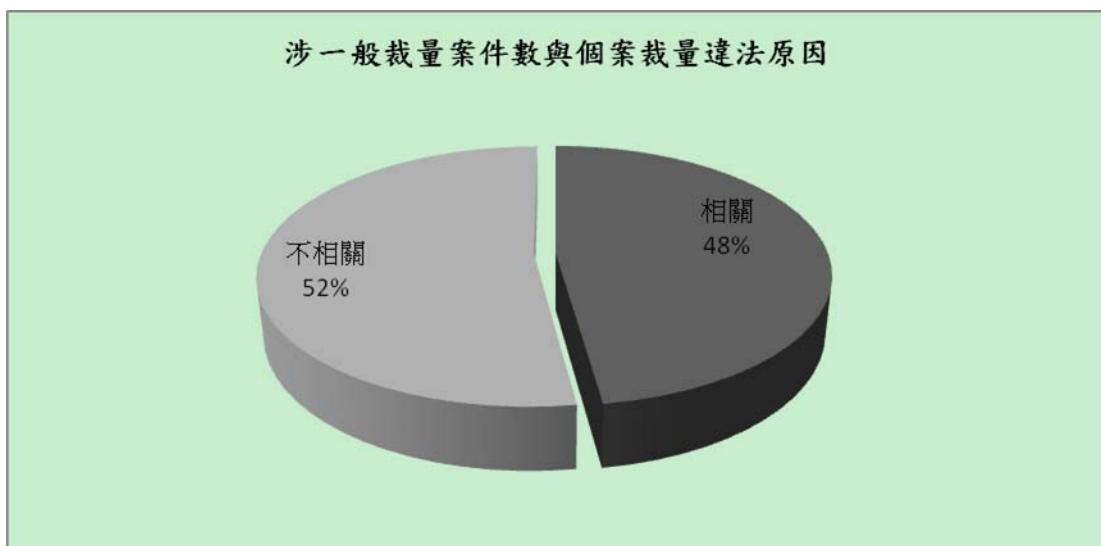
另就一般裁量方面，於前述高等行政法院關於判決涉一般裁量之案件共 65 件中，對於各該一般裁量本身僅作為判斷之參考者占 2 件；對於各該援用之一般裁量本身僅提及但未論證其合法性者占 22 件；而對於各該援用之一般裁量本身之合法性有論證者占 41 件(圖表四)。此外，於前述高等行政法院關於判決涉一般裁量之案件中，行政法院所認個案裁量之違法原因，與各該一般裁量本身有相關者⁴⁷ 占 31 件(圖表五)。

圖表 4 涉一般裁量案件論證分布圖表



⁴⁷ 此處所謂與各該一般裁量本身有關者，例如上述整理表編號 65 號判決所指：「…被告…未依上開『行政院公平交易委員會裁處罰鍰額度參考表』，將公平交易法施行細則第 36 條規定列示考量事項區分等級予以配分並彙整加總後再對照違法等級暨罰鍰額度而為裁量。…」或上述整理表編號 46 號判決：「…被告並未依上開法條之授權，就本件原告違規情節、所生影響、所得利益及受處罰者資力等因素，由下限 10 萬元起裁量適當之罰鍰金額，一律依上開統一裁罰基準，科處罰鍰 20 萬元，即未就下限予以裁量，誠屬裁量怠惰，應認係裁量濫用，於法有違。…」

圖表 5 涉一般裁量案件與個案裁量違法原因分布圖表



第四節 傳統司法審查方式之缺失

首先，就前述判決檢索方式之設定，從區分課予義務訴訟(行政訴訟法第 200 條第 4 款)與撤銷訴訟(行政訴訟法第 201 條)為討論，可以察覺之問題為，就行政機關而言，於課予義務訴訟時，行政法院(因人民之請求)介入其裁量空間，對其裁量權之行使所為之干涉似較撤銷訴訟深。就此，於司法審查時，有否因此而不同處理之空間或必要？例如行政法院於課予義務訴訟時是否較撤銷訴訟更應於判決中加強論證行政機關為何裁量有瑕疵，或是加強論證為何要求行政機關衡量某些裁量要素。即是否能以強化之論證來合理化行政法院對行政機關裁量空間更深之介入程度？再者，從區分人民勝訴或敗訴為討論，亦可探究行政法院對行政機關行使裁量權之瑕疵採取如何之處理方式，會否及如何影響人民之勝敗？上述二問題，由於牽連甚廣，且僅依前述檢索成果並不足以為討論依據，仍須輔以其他資料方為完備，故於此處暫不討論。

暫且不論行政法院實務上於審查時是否確實明白突顯前述學說上區分個案裁量與一般裁量之不同類型，本文於此欲關注者，乃於行政法院審查所謂個案裁量或一般裁量時，是否真僅著重於各種裁量瑕疵類型之論證即足？有否再細緻化

之空間存在？本文以下即分別以個案裁量與一般裁量之不同角度，檢視前述傳統行政法院對行政裁量之司法審查方式，並提出傳統行政法院作法之缺失：

第一項 個案裁量之司法審查

第一款 形式上觀察得知之問題

對個案裁量傳統之司法審查方式之問題，首先就形式面觀察即可以發現者，乃行政法院於課予義務訴訟中，若認原處分或訴願決定有瑕疵而撤銷之案件，撤銷後為何應依行政訴訟法第 200 條第 4 款判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定，而不能逕為原告所聲明之判決？究係因案件事證尚未臻明確，抑或係因涉及行政機關之行政裁量決定？行政法院於審判實務上仍有未能明確表示者。例如上述整理表編號 3 之判決中，行政法院雖認系爭補償款之核發亦涉裁量權，惟仍僅援用事證未臻明確；上述整理表編號 11 之判決中，依行政法院之用語似可推知專技轉任之請求涉鉉敘之裁量權，惟其並未表明援用何種事由⁴⁸。為使原處分或訴願決定遭撤銷後，訴訟之兩造皆能清楚知悉本案之法律關係狀態究係為何，行政法院自應明確表示其所援用判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定之事由，以杜爭議。

其次，行政法院審查所謂個案裁量時，是否真僅著重於各種裁量瑕疵類型之論證即足？傳統著眼於行政機關裁量決定是否有各種瑕疵類型之作法，此種以行政機關面向之司法審查，能否滿足現今大幅度變動後的行政事件類型？即為以下欲討論之問題：

⁴⁸ 相似者例如上述整理表編號 14 之判決中，雖認准許設置靈骨塔亦涉裁量權，惟仍僅援用事證未臻明確；上述整理表編號 9 之判決中，依行政法院之用語似可推知商標評定涉裁量權，惟其並未表明援用何種事由。

第二款 人民權利保護面向之不足

依行政實務之發展，現今行政行為所涉及之面向日益趨廣，涉入人民權利之情況，以及造成三面關係之行政事件類型出現機率大增，此時由於所牽涉之利害關係人增多，處理之案件自多有涉及人民相互間權利之拉鋸。是以，現今對於個案裁量之司法審查，應加強彰顯人民權利保護面向之思考，方能合理調和國家與人民間之權利狀態。尤其是行政機關之裁量決定涉及第三人時，第三人之權利保護問題，更應重視。

傳統上僅以行政機關有否裁量瑕疵之出發點所為之司法審查方式前已提及。例如上述整理表編號 54 回饋金事件中，原告主張：「…被告漏未考量『臺北市因地狹人稠而有在山坡地開發建築之需要』及『被告在系爭山坡地上進行市地重劃係為促使原告開發建築』等情節，逕以最高乘積比率核課回饋金，故有「裁量怠惰」之違法。…」而法院表示：「…被告係以回饋金繳交辦法第 5 條第 1 項最高乘積比率 12% 計算原告所應繳回饋金，祇因考量臺北市地狹人稠，須藉付費制度之最高乘積比率，以抑制山坡地之開發速度，且其開發利用之使用強度較其他類別為最高，故被告於 92 年 8 月 8 日公告回饋金乘積比率時，明訂建築案之乘積比率為 12%，應屬合理；且該乘積比率仍係在該辦法第 5 條第 1 項所規定『乘積比率 6% 至 12%』之範圍內，並無違誤，故被告應無『裁量濫用』或『裁量怠惰』之情形，亦至明確。…」姑不論法院對此認定之結果是否妥適，其僅以此即否定原告之主張，似僅基於行政機關之立場考量，並未就人民權利之立場為深入討論。

此外，上述整理表編號 5、12、23 涉第三人之公平交易法事件中，行政法院雖因(第三人)訴訟權能之需要而有論及權利保護規範理論，然於論證完訴訟權能後，旋即回歸行政機關面向之審查，並未再就人民或第三人權利保護面向有所著墨。而於上述整理表編號 6 之公平交易法事件中則連權利保護規範理論亦未論及。且與上述整理表編號 58 之判決相較，相類似之案件，其司法審查

與論證方式並無因是否涉第三人而有差異。前述傳統之司法審查方式，幾乎僅以行政機關裁量決定之角度思考，未突顯出此種人民及第三人權利保護面向之問題，並未著重在司法權乃在對法的認定以履行其對於人民權利保護之任務面向而討論，似有所不足。

第二項 一般裁量之司法審查

第一款 形式上觀察得知之問題

前述行政法院審理涉一般裁量之案件時，行政法院所認個案裁量之違法原因，與各該一般裁量本身有相關者占約半數，是以不可謂一般裁量對案件之影響不大。而對一般裁量傳統之司法審查方式之問題，首先就形式面觀察即可以發現者，則為前述行政法院對各該援用之一般裁量本身之合法性有論證者，其論證程度是否足夠？例如上述整理表編號 27 之判決中，行政法院以：「…前揭專科以上學校教師資格審定辦法及國立中正大學教師聘任及升等審查辦法乃教育部本於教育人員任用條例第十四條第四項、教師法第十條等規定所訂定對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量實施程序，未逾授權範圍…」即得出自得援用之結論。上述整理表編號 67 之判決中，行政法院列出收費標準表之規定後，旋即表示：「…上揭收費標準表之規定，並未違反母法或增加母法所無之限制。亦未違反法律保留原則，被告予以適用，亦無不合。…」上述整理表編號 70 之判決中，行政法院之論證為：「…被告…號令訂定之裁罰基準係行政規則之一種，乃被告基於使其下級辦理裁罰機關對違章案件之裁罰金額或倍數有一客觀之標準可資參考，避免專斷或有輕重之差別待遇，僅就執行母法之細節性、技術性事項加以具體明確規定，尚未逾越立法裁量範圍。…」由此些例子看來，若行政法院僅以此即謂完成對一般裁量之司法審查，似嫌草率。更遑論觀諸前述統計中，仍有許多案件，行政法院對於各該援用之一般裁量本身並未論證其合法性。而依前述一般裁量有其拘束力存在

之前提下，行政法院本即應對一般裁量為附帶審查，若此時行政法院對於各該援用之一般裁量本身並未論證其合法性或論證不足，則無異於對其未為審查即加以適用，顯非合宜之道，容有改善之空間。

其次，行政法院對所謂一般裁量之審查，是否因其僅為附帶審查即可不重視？傳統僅著眼於行政機關個案裁量決定是否有各種瑕疵類型之作法，能否真正體現現今大幅度變動後的行政權行使時所應受到的拘束？以下討論之：

第二款 制衡強度未做明顯區別

由於近代社會變動劇烈，公共事務趨向多元複雜，行政權得以形塑之範圍，也因立法者於立法未逮之處，透過授權規定將其權限下放，或立法者規定未能明確者而大增。授予行政機關裁量權之情形增多，相應之下，行政機關為求其決定之一貫、平等，自亦增加其訂定統一標準以對下級機關為裁量指示，或對法規解釋表示意見之情況。則一般裁量造成之影響不可謂不大，此由前述行政法院所認個案裁量之違法原因，與各該一般裁量本身有相關者占約半數亦可看出端倪。惟行政事務牽涉甚廣而繁雜，行政機關訂定統一標準之態樣自然眾多，其對法規之釋示亦所在多有，為確保大幅度變動後的行政權行使時所應受到法之拘束能被貫徹，當須有一有效的、因應現代行政權改變之司法審查方式來作為把關者。

上述整理表編號 54 回饋金事件之判決中，行政法院對一般裁量（山坡地開發利用回饋金繳交辦法）之合法性論證為：「…山坡地開發利用回饋金繳交辦法係主管機關行政院農業委員會根據森林法第 48 條之 1 授權訂定，為對於具有特定關係（山坡地開發利用關係）之國民所課徵之公法上負擔，關於回饋金繳交義務人、計算方式、繳交時間、期限與程序及其他應遵守事項所為細節性、技術性之統一規定，經核並未逾越母法之授權範圍。…」

上述整理表編號 47 水汙染防治法事件之判決中，行政法院對一般裁量（違反水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準）之合法性論證為：「…按首揭

環保署…號函訂定之『違反水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準』，乃環保署本於中央主管機關之地位，對大量而易於發生之違反行政義務行為，為簡化個案行政裁量，訂頒一致性之行政規則，供下級機關辦理違章案件參考標準，避免專斷或有輕重之差別待遇，是該裁量基準僅就執行母法之細節性、技術性事項加以具體明確規定，尚未逾越立法裁量範圍，行政機關自應予適用。…」

依前述案例可以看出，行政法院對一般裁量之審查，並未清楚突顯出該一般裁量所在之不同法位階而為審查。蓋回饋金事件中所欲處理者乃法律授權訂定之辦法，而水汙染防治法事件中所處理者則非。然行政法院並未因此位階之不同而對該一般裁量有不同之制衡強度，更竟皆以「細節性、技術性」之霸王條款模糊帶過，如此並非能確保行政權行使時所應受到法之拘束被貫徹。故以傳統之司法審查方式，未深論及此，有所不足。

第五節 小結—類型化嘗試之必要性

本章基於實務上對行政裁量與不確定法律概念採取質的區別說之前提下，觀察目前行政裁量學說與實務上因個案正義與平等原則之不同考量而區分個案裁量與一般裁量兩種類型之司法審查方式，可謂已有一定之模型。惟檢索並分析我國行政法院對涉行政裁量案件之判決，可知現行司法審查之問題，不僅於形式面上有進步空間，實質面上更有細緻化之必要。

依前所述，傳統行政裁量之司法審查方式未能顧及現代行政事件類型之需求。傳統個案裁量之司法審查方式對人民權利保護面向有所不足，就一般裁量之司法審查而言則未明顯區分不同法位階之制衡強度。於現代行政事件複雜化之情況下，法律狀態無可避免的亦愈趨複雜，若為避免因難以捉摸而對行政行為失去信心之情況發生，須有一獨立中立的司法審查有效介入，以強化人民之信賴及確

認行政行為之合法性⁴⁹。對此問題，本文欲尋求之解決方法即為「對行政裁量採取類型化之司法審查方式」。此乃由於現代行政事件類型所考量之因素較傳統繁多，相應於此者，對其所為之司法審查自應有再分類歸納而尋求適切的同與異之劃分，此即為類型化。而類型化之作用在於，藉由將行政裁量在個案裁量與一般裁量之區分下，更進一步細分不同類型，以作為行政法院更細緻化其不同之司法審查方式之基礎。

欲討論如何對行政裁量採取類型化之司法審查，首應探究者，乃行政裁量之司法審查其背後所涉權力分立之問題，即行政權、立法權與司法權相互間之關係。蓋行政裁量由於其本質上係立法者授予行政機關之空間，司法權對其所為之司法審查，自涉三權相互間之運作協調問題。惟有透過對其權力間互動之觀察，得知權力間運作之不同考量後，方能討論如何之類型化標準能適合解決前述司法審查之不足，又不致破壞權力分立之平衡。本文以下即以此類型化嘗試之提出為前提，討論行政裁量之司法審查與權力分立之問題。



⁴⁹ 類似看法 Vgl. Winfried Brohm, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, DÖV 1982, Heft 1, S. 10.

表一 行政裁量判決檢索整理表⁵⁰：

高等行政法院 檢索語：裁量&行政訴訟法第 200 條第 4 款&瑕疵				
編號	裁判字號	爭點及要旨	瑕疵類型	涉一般裁量
1	北高行97, 訴更二, 93	薪給事件，被告否准原告勞績金之申請(其以申請補發系爭停職期間之「勞績金…」等節，因停職期間無任職事實，按規定無法補發為由否准)，原告不服公務人員保障暨培訓委員會之復審決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷復審決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未查停職處分應已溯及失效)及復審決定違法應予撤銷，然請求涉考績之裁量，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認	行政涵釋(僅提及未論證)
2	北高行97, 訴更一, 10	籌設加油站事件，被告駁回原告籌設加油站許可申請案(其以將來無法實現之內容發給籌建許可並無實益存在為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未依現存確定之事實，反以未來不確定之事實為衡量)及訴願決定違法應予撤銷，然請求核准加油站之籌建涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	濫用權力之裁量濫用	(僅提及未論證)
3	北高行97, 訴, 1359	拆遷補償事件，原告請求被告給付自動拆除獎助金及搬遷補償費，被告不為准駁，訴願機關為不受理決定(其以訴願法第 77 條第 8 款對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願為由不受理)，原告提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定並判命為請求內容之處分。本院認訴願決定違法(未為實體之調查審認)應予撤銷，然請求之事證未臻明確，應由訴願機關依照本判決之法律見解，命被告對於原告作成決定，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法(尚未行使裁量權)	X

⁵⁰ 碱於篇幅，此表僅整理羅列依檢索條件所得，又對行政裁量問題有實質討論及有代表意義者。

4	北高行 97, 訴, 846	就業服務法事件，被告否准原告跨業別轉換雇主之申請(其以雇主並未經所轄台中市政府查獲有違法情事，且原告與雇主雙方已合意解約，同意原告轉換雇主，不符跨業別轉換雇主之要件為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未為實質審查、誤解法律規定)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且請求跨業別轉換雇主涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法、錯誤解釋法規	行政函釋(有論證)
5	北高行 96, 訴, 1588	公平交易法事件，原告檢舉華鼎公司(第三人)違反公平交易法第 20 條第 1 項及第 24 條規定，被告函覆認本案所涉應屬專利法之規範範圍，尚非公平交易法規範範圍，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命就違反公平交易法情事作成適法處分。本院認原處分(未經委員會議議決之程序瑕疵、認原告之行為屬依專利法行使權利之正當行為而無公平交易法之適用)及訴願決定違法應予撤銷，然涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法、錯誤解釋法規	(有論證)
6	北高行 96, 訴, 1464	公平交易法事件，原告檢舉信義房屋(第三人)違反公平交易法第 21 條及第 24 條規定，被告函覆認尚難謂有違反公平交易法情事，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命就違反公平交易法情事作成適法處分。本院認原處分(未經委員會議議決之程序瑕疵)及訴願決定違法應予撤銷，然涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	(有論證)
7	北高行 96, 訴, 328	發明專利申請事件，被告駁回原告專利申請(其以不具進步性為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(違反被告自訂之專利審查基準)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝	違反一般法律原則之裁量濫用	(僅提及未論證)

		訴。		
8	北高行 95, 訴, 4555	發明專利申請事件，被告駁回原告專利申請（其以不具進步性、原告無意修正系爭核駁理由先行通知書之通知事項為由駁回），原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(違反被告自訂之專利審查基準、違反先行通知申復之規定)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	違反一般法律原則之裁量濫用、不符法定要件或程序規定之違法	(僅提及未論證)
9	北高行 95, 訴, 860	商標評定事件，原告對第三人之註冊商標申請評定，被告認申請不成立(其以本案並無註冊時商標法第37條第1項第7款規定之適用為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為商標之註冊應予撤銷之處分。本院認原處分(事實誤認)及訴願決定違法應予撤銷，然商標評定涉裁量權(依法院用語推測得知)，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認	X
10	北高行 94, 訴, 4009	教育事務事件，原告請求被告召開教師申訴評議委員會，就被告教評會不予續聘之決議進行評議，另應撤銷被告教師評審委員會會議所為對原告不予續聘之決議，被告不作為，原告不服訴願決定(其以程序不合為由駁回)，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定並判命被告應召開教師申訴評議委員會評議被告教師評審委員會會議所為對原告不予續聘之決議。本院認訴願決定(未為實質審查)違法應予撤銷，然教師續聘涉裁量權，被告應依本判決之法律見解對於原告作成評議決定，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法 (尚未行使裁量權)	X
11	北高行 94, 訴, 1459	任用事件，被告否准原告轉任為薦任工程員(其以未符規定為由否准)，原告不服公務人員保障暨培訓委員會之復審決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷復審決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分及復審決定(違反信賴保護原則)違法應予撤銷，然專技轉任之請求涉銓敘之裁量權(依法院用語推測得	違反一般法律原則之裁量濫用	(有論證)

		知)，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。		
12	北高行 93, 訴, 343	公平交易法事件，原告檢舉美商公司(第三人)違反公平交易法第 24 條規定，被告函覆認尚難謂有違法情事，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命就違反公平交易法情事作成適法處分。本院認原處分(未以違反公平交易法第 24 條規定處理)及訴願決定違法應予撤銷，然涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認	行政涵釋(有論證)
13	北高行 92, 訴, 4980	服務標章事件，被告駁回原告註冊服務標章之申請(其以已有構成近似且指定使用於同一或類似服務之註冊標章為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(事實誤認)及訴願決定違法應予撤銷，然請求服務標章審定註冊涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認	X
14	北高行 92, 訴, 104	營建事務事件，被告駁回原告設置靈骨塔之申請(其以原告應先行清除設置地上之百餘座墳墓為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(事實誤認、逾越法條明文規定及立法意旨、增加法律所無之裁量限制)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且商標註冊涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認、濫用權力之裁量濫用、不符法定要件或程序規定之違法	X
15	北高行 91, 訴, 4888	發明專利申請事件，被告駁回原告發明專利申請 (其以不具進步性為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(再審查時未通知原告進行修正、違反被告自訂之專利審查基準)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法、違反一般法律原則之裁量濫	(僅提及未論證)

			用	
16	北高行 91, 訴, 4834	商標註冊事件，被告駁回原告商標註冊申請(其以不具識別性為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(事實誤認)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且商標註冊涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認	X
17	北高行 91, 訴, 344	廢棄物清理法事件，被告否准原告資源回收機構回收點補助款之申請(其以送件時間違反規定為由否准)，原告不服訴願決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未論及原告行為違反該署頒布相關法規之程度、差別待遇且有違比例原則)及訴願決定違法，然請求給付回收點補助款涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	裁量怠惰、違反一般法律原則之裁量濫用	(僅提及未論證)
18	北高行 90, 訴, 4650	居留事件，被告否准原告依親定居申請(其以依親對象死亡為由駁回)，原告不服訴願決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(誤解法律規定)及訴願決定違法，然申請定居涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	錯誤解釋法規	X
19	北高行 90, 訴, 4307	發明專利申請事件，被告否准原告發明專利之申請(其以所述內容顯然無法實施為由否准)，原告不服訴願決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未通知申請人到局面詢)及訴願決定違法，然事證未臻明確，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	X
20	北高行 90, 訴, 3757	考試事件，原告未獲被告錄取(考試簡章訂明錄取名額暫定四十五名，其甄審小組以業務需要及員額考量為由，減額僅錄取三十名)，原告不服訴願決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(裁量權之行使不符其裁	濫用權力之裁量濫用	X

		量目的)及訴願決定違法，然事證未臻明確且補行錄取涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。		
21	北高行 90, 訴, 325	發明專利申請事件，被告駁回原告發明專利申請(其以範圍內容涵蓋過廣、含意不明或定義不當為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未重行審酌原告於訴願階段所送申請專利範圍修正本)及訴願決定違法應予撤銷，然涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法 (尚未行使裁量權)	X
22	北高行 90, 訴, 169	銓敘事件，被告否准原告後備軍人轉任公職銓敘俸給之申請(其以比敘辦理具先後順序及強制性，並無法任由當事人選擇為由否准)，原告不服公務人員保障暨培訓委員會之再復審決定，原告提起課予義務訴訟請求撤銷再復審、複審決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(違反法律保留)及再復審、複審決定違法，然比敘涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	X
23	北高行 89, 訴, 1004	公平交易法事件，原告檢舉參加人(第三人)違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款及第 24 條規定，被告函覆認尚難謂有違反公平交易法情事，原告不服再訴願、訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷再訴願、訴願決定及原處分並判命就違反公平交易法情事作成適法處分。本院認原處分(事實誤認、未踐行證據調查程序)、訴願及再訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認、不符法定要件或程序規定之違法	(僅提及未論證)
24	高高行 96, 訴, 983	提供行政資訊事件，被告駁回原告兩件檔案應用申請(其分別以資料均已提供予原告、僅准許部分申請為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(誤認申請範圍、部分申請未實質審查)及訴願決定違法應予撤銷，然請求檔案資料提供閱覽	事實誤認、不符法定要件或程序規定之違法(部	X

		涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另为處分，原告勝訴。	分尚未行使裁量權)	
25	高高行96, 訴, 277	巷道爭議事件，被告駁回原告請求被告重新認定系爭土地非屬供不特定公眾通行之現有巷道申請(未附理由)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(處分理由及法令依據不備)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且現有巷道認定涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	X
26	高高行95, 訴更一, 14	變更登記事件，被告否准原告營利事業變更登記之申請(其以「電子遊藝場應符合都市計畫法高雄市施行細則相關規定」為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(違反法律保留)、訴願決定違法應予撤銷，然請求變更登記涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	(有論證)
27	高高行95, 訴, 126	教師升等事件，被告否准原告教師升等之申請(其以不符規定、成績不足為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(事實誤認、未尊重所選任專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查之結果判斷)及訴願決定違法應予撤銷，然教師升等審查涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	事實誤認、衡量瑕疵之裁量濫用	(有論證)
28	高高行92, 訴, 933	給付退休金事件，被告未對原告重開行政程序並撤銷前銓敘核薪處分之申請做出准駁，原告不服訴願決定(不受理駁回)，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定並判命為請求內容之處分。本院認訴願決定(應為實質審查)違法應予撤銷，然事證未臻明確，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法 (尚未行使裁量權)	X

29	高高行 92, 訴, 1401	教師升等事件，被告未依相關規定處理原告申請之教師升等，原告不服訴願決定(其以欠缺權利保護要件為由不受理)，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定並判命為請求內容之處分。本院認訴願決定(未為實體上審酌)違法應予撤銷，然教師升等審查涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法 (尚未行使裁量權)	X
30	高高行 93, 訴, 204	人民團體事務事件，被告對原告所陳報董事會議紀錄及董事名冊為不予核備處分(其以董事名冊首頁日期與董事會決議日期未符，且董事就任同意書尚有欠缺，另有董事無法確定為出於自由意願參加董事會為由否准)，原告不服訴願決定(不受理駁回)，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(顯為誤載、未命補正、未依職權調查)及訴願決定(未為實體之調查審認)違法應予撤銷，然事證未臻明確且請求核備涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	X
31	高高行 92, 訴, 1377	建築執照事件，被告否准原告建造執照變更設計之申請(其以與建築線指示及核准設計圖說不符為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未記明理由)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且請求涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法定要件或程序規定之違法	X
32	高高行 90, 訴, 1829	巷道爭議事件，被告否准原告廢止巷道之申請(其以公告擬廢止系爭巷道期間有案外人提出異議為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未盡調查之能事即以有案外人之異議而為否准之處分)及訴願決定違法應予撤銷，然請求廢止巷道涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	裁量怠惰	X
33	高高行	繼承登記事件，被告否准原告土地登記之申請	不符法	X

	89, 訴, 750	(其以未照補正事項完全補正為由駁回)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(有違實質審查及職權調查原則)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未明且請求涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	定要件 或程序 規定之 違法	
34	高高行 90, 訴, 1580	人民團體事務事件，被告對原告所陳報董事會議紀錄及董事名冊為不予核備處分(其以未依通知暫緩召開、已構成解除全體董事職務之情況為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(違反行政程序法 166 條第 2 項規定、不當聯結)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且請求核備涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法 定要件 或程序 規定之 違法、 濫用權 力之裁 量濫用	X
35	高高行 90, 訴, 1406	農業事務事件，被告駁回原告農業用地作農業使用證明之申請(其以該五筆土地皆非農業用地為由否准)，原告不服訴願決定，提起課予義務訴訟請求撤銷訴願決定及原處分並判命為請求內容之處分。本院認原處分(未辦理實地會勘)及訴願決定違法應予撤銷，然事證未臻明確且請求涉裁量權，被告應依本判決之法律見解另為處分，原告勝訴。	不符法 定要件 或程序 規定之 違法	(僅提 及未論 證)

高等行政法院 檢索語：裁量瑕疵&行政訴訟法第 201 條

	裁判字 號	爭點及要旨	瑕疵類 型	涉一般 裁量
36	北高行 96, 訴, 2507	公平交易法事件，原告就商品之品質、內容為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第 21 條第 1 項規定遭被告科處罰緩及命停止行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(僅作 為判斷 之參 考)
37	北高行 96, 訴, 973 、北高行	公平交易法事件，原告違反公平交易法第 14 條第 1 項聯合行為之禁制規定遭被告科處罰緩及命停止行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原	X	(僅提 及未論 證)

	96, 訴, 732	處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。		
38	北高行 95, 訴, 2250	公平交易法事件，原告就商品之品質、內容為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第 21 條第 1 項規定遭被告科處罰緩及命停止行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(僅提及未論證)
39	北高行 95, 訴, 55	商標異議事件，被告因參加人異議而撤銷同意原告商標註冊之處分，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(事實誤認)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	事實誤認	(僅提及未論證)
40	北高行 91, 訴, 4641	全民健康保險事件，原告遭被告按原告短繳之保險費處以罰鍰，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(有論證)
41	北高行 91, 訴, 4062	衛星廣播電視法事件，原告違反衛星廣播電視法第十七條第二款規定(妨害兒童或少年身心健康)遭被告處以罰鍰並請立即改正，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(僅提及未論證)
42	北高行 91, 訴, 227	違反電子遊戲場業管理條例事件，被告以原告違反電子遊戲場業管理條例第 17 條第 1 項第 6 款規定(擺設電子遊戲機供不特定人賭博財物)科處罰緩並命立即停止營業，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(有論證)
43	北高行 91, 訴, 226	房屋稅事件，原告未依規定辦理房屋變更使用申報，遭被告補徵稅額並處以罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未斟酌違章情節輕重)及訴願決定違法應予撤銷 ⁵¹ ，原告勝訴。	裁量怠惰	行政函釋(有論證)

⁵¹ 本判決由於被告部分認諾，故原處分及訴願決定遭撤銷非僅因裁量怠惰。

44	北高行 89, 簡, 81	廢棄物清理法事件，原告任意張貼廣告紙，遭被告處以罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未斟酌行為程度)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	裁量怠惰	X
45	中高行 94, 訴, 113	有關稅捐事務事件，原告未依規定開立統一發票，遭被告處以罰鍰，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定、復查決定及原處分。本院認原處分、復查決定及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (僅提及未論證)	
46	中高行 97, 簡, 55	不動產經紀業管理條例事件，被告以原告違反不動產經紀業管理條例第 7 條第 1 項規定(經營非法不動產仲介交易買賣行為)，依同條例第 32 條第 1 項規定科處罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未就下限予以裁量)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	裁量怠惰	(有論證)
47	高高行 97, 訴, 58	水污染防治法事件，原告未符合放流水標準限值遭被告科處罰緩及命設置水汙染防治系統，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (有論證)	
48	高高行 95, 訴, 541	水污染防治法事件，原告違反水污染防治法第 7 條第 1 項規定遭被告科處罰緩並限期改善，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (有論證)	
49	高高行 90, 訴, 2161、 90, 訴, 2160 、90, 訴, 2159	證券交易稅事件，原告未按規定代徵證券交易稅遭被告處以罰鍰，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (僅提及未論證)	
50	高高行 90, 訴, 1270	廢棄物清理法事件，原告擅自傾倒有害事業廢棄物，遭被告依廢棄物清理法第三十四條要求限期改善，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處	不符法定要件 或程序規定之	X

		分(未就事實詳予調查、無期待可能)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	違法、違反一般法律原則之裁量濫用	
51	高高行 90, 簡, 1497	私運貨物進口事件，被告以原告構成海關緝私條例第三條規定之私運貨物進口行為而處罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(顯未全面探求與本案相關重要之觀點及事實)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	衡量瑕疵之裁量濫用	X

高等行政法院 檢索語：裁量瑕疵&裁量怠惰&裁量逾越&裁量濫用

	裁判字號	爭點及要旨	瑕疵類型	涉一般裁量
52	北高行 98, 訴, 398	貨物稅事件，被告以原告未依貨物稅條例第 11 條第 1 項第 4 款規定申報應納貨物稅，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定、復查決定及原處分。本院認原處分(涵攝錯誤)、復查決定及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	涵攝錯誤	X
53	北高行 97, 訴, 2785	公平交易法事件，被告以原告違反公平交易法第 21 條第 3 項規定處以罰鍰並命停止違法行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。		X (有論證)
54	北高行 97, 訴, 352	回饋金事件，原告對被告認定應繳回饋金及回饋金乘積比率不服，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。		X (有論證)
55	北高行 96, 訴, 3604	會計師法事件，被告以原告違反會計師法第 8 條及第 17 條(廢弛業務上應盡義務)規定處以申誡，原告不服會計師懲戒覆審委員會覆審決議，提起撤銷訴訟請求撤銷覆審決議及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。		X (有論證)
56	北高行	營業稅事件，被告以原告虛報進項稅額而依加	裁量怠	(有論

	96, 訴, 2962	值型及非加值型營業稅法第 51 條第 5 款補徵營業稅及處以罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未考量斟酌違章情節)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	情 證)	
57	北高行 95, 訴, 4482	公平交易法事件，原告為水平聯合，違反公平交易法第 14 條第 1 項規定遭被告處以罰鍰並命停止聯合行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟併一般給付訴訟請求撤銷訴願決定及原處分併返還已繳交罰鍰。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (僅提及未論證)	
58	北高行 95, 訴, 3510	公平交易法事件，原告就其服務內容、品質等為虛偽不實及引人錯誤之表示，且有足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行為，違反公平交易法第 21 條第 3 項及第 24 條規定遭被告處以罰鍰並命停止違法行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (僅提及未論證)	
59	北高行 95, 訴, 2209	水利法事件，被告以原告違反水利法第 78 條之 1 第 3 款規定處以罰鍰，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(涵攝錯誤、未依情節輕重處不同之罰鍰)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	涵攝錯 誤、裁 量怠惰	X
60	北高行 95, 訴, 1867	公平交易法事件，原告就其服務內容、品質等為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第 21 條第 3 項規定遭被告處以罰鍰並命停止違法行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (僅作為判斷 之參考)	
61	北高行 95, 訴, 301	衛星廣播電視法事件，被告以原告違反衛星廣播電視法第 20 條規定處以罰鍰並令改正，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X (有論 證)	
62	北高行 94,	綜合所得稅事件，被告以原告漏報綜合所得稅而對其補稅及處以罰鍰，原告不服訴願決定，	X (僅提及未論	

	訴, 1183	提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。		證)
63	北高行 93, 訴, 3106	水土保持法事件，原告未依水土保持法第 12 條報請核准，遭被告依同法第 23 條及第 33 條科處罰緩並命停止一切非法開發、使用行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(僅提及未論證)
64	北高行 93, 訴, 2136	徵收補償事件，被告以評議確定之加成補償成數不得更正、將系爭土地應比照區段徵收區不加成、系爭土地不加成補償符合時值、已建請需地機關以公告現值之 4 成標準加發給救濟金為由否准原告加成補償之申請，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(參雜與事件無關的因素、違反平等原則、評定標準不明)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	濫用權力之裁量濫用、違反一般法律原則之裁量濫用、裁量怠惰	行政涵釋(有論證)
65	北高行 93, 訴, 488 等 ⁵²	公平交易法事件，原告有聯合壟斷及抵制行為違反公平交易法第 14 條規定遭被告科處罰緩並命停止聯合行為，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(違反行政自我拘束原則、平等原則)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	違反一般法律原則之裁量濫用	(有論證)
66	北高行 92, 訴, 2286	限制出境事件，原告遭被告限制出境，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定、復查決定及原處分。本院認原處分(未審酌是否確有限制出境之必要)、復查決定及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	裁量怠惰	行政涵釋(有論證)
67	北高行 96, 簡, 845	醫療法事件，被告以原告違反醫療法第 22 條第 2 項規定處以罰緩，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原	X	行政涵釋(有論證)

⁵² 以及北高行 93,訴,3226、93,訴,3196、93,訴,3195、93,訴,3160、93,訴,3151、93,訴,2270、93,訴,1461、93,訴,1307、93,訴,1195、93,訴,906、93,訴,905、93,訴,904、93,訴,903、93,訴,848、93,訴,818、93,訴,776、93,訴,722。

		告敗訴。		
68	北高行 98, 簡, 636	廢棄物清理法事件，原告違反廢棄物清理法第41條第1項從事廢棄物清除、處理業務許可遭被告科處罰緩，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(僅提及未論證)
69	北高行 96, 簡, 703	醫療法事件，被告以原告違反醫療法第22條第2項規定處以罰鍰，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	行政函釋(有論證)
70	高高行 98, 訴, 39	土壤及地下水污染整治法事件，原告未經核准前從事土壤挖除回填作業，違反土壤及地下水污染整治法第14條第2項及土壤及地下水污染管制區管制辦法第5條第1項規定遭被告處以罰鍰，原告不服訴願決定，提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分及訴願決定未有裁量瑕疵之違法，原告敗訴。	X	(有論證)
71	高高行 94, 訴, 205	區域計畫法事件，原告未經申請核准擅自開挖土石，遭被告處以罰鍰並限期恢復土地原狀使用，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未斟酌違反農地使用管制之個案情節)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	裁量怠惰	X
72	高高行 92, 訴, 1016	區域計畫法事件，原告未經申請核准擅自濫採砂石，遭被告依區域計畫法第二十一條第一項處以罰鍰並限期恢復原狀，原告不服訴願決定，原告提起撤銷訴訟請求撤銷訴願決定及原處分。本院認原處分(未斟酌違反農地使用管制之個案情節)及訴願決定違法應予撤銷，原告勝訴。	裁量怠惰	X
最高行政法院				
	裁判字號	爭點及要旨	瑕疵類型	涉一般裁量
73	最高行 96, 判, 1290	闡釋第200條第4款		

74	最高行 95, 判, 2091	原審認涉裁量而發回應有違誤，應按事實調查之結果自為判決		行政函 釋(有 論證)
75	最高行 95, 判, 1834	原審認定於法有違		(有論 證)
76	最高行 94, 判, 2012 、94, 判, 2011	原審未認定涉裁量權有違誤		行政函 釋(有 論證)
77	最高行 93, 判, 968	闡釋行政訴訟法第 201 條		
78	最高行 92, 判, 1520	原審認定屬違法裁量有違誤		
79	最高行 92, 判, 1426	闡釋裁量濫用		
80	最高行 92, 判, 959	原審認無裁量瑕疵無違誤		(有論 證)

第三章 行政裁量之司法審查與權力分立

法治國家之內涵，乃在於國家權力之運作僅能依據憲法，且其形式上、實質上皆須合乎憲法規定。依照法治國家之理想，行政機關之一切行為是否合法固應受法院審查，然現代化民主國家之構成，不僅要遵守法治國家之原則，仍須考量權力分立、基本權保障等其餘重要原理原則。法治國家之理想，僅為民主憲政中之一環而已。依此，司法審查仍有其界限，加上行政裁量本質之特殊性影響，基此而生者，即為行政裁量之司法審查與權力分立之相關討論。

承接前一章節以對行政裁量採取類型化之司法審查方式作為傳統行政裁量之司法審查方式不足之補強建議，本章討論者為行政裁量之司法審查與權力分立之相關問題。首先，介紹行政裁量之司法審查與權力分立之傳統論述(第一節)，並以傳統討論較少提及之有效權利保護誠命(針對個案裁量)與法位階理論(針對一般裁量)對其提出檢討(第二節)。接著對於上述分別不同之不足處，於個案裁量部分，嘗試以功能最適之觀點出發，重新建構其司法審查與權力分立之關係(第三節)；於一般裁量部分，則以民主正當性之觀點出發，討論其司法審查與權力分立應有之思考(第四節)。並以此嘗試作為其類型化之司法審查方式之參考(第五節)。

第一節 行政裁量之司法審查與權力分立之傳統論述

權力分立之思想起源於英儒洛克及法儒孟德斯鳩，迄今已成為現代憲法上一根本原則。而所謂權力分立者，乃指國家權力之行使在功能上及組織上的區分。其中功能上的權力分立，乃是以國家任務的性質做為區分標準，認為國家任務可以區分成行政、立法、司法三種；至於組織上的權力分立，則是指將行政、立法、

司法這三種不同性質的國家任務，分別交給不同的機關來行使⁵³。權力分立除了上述「分立」之要求外，也同時要求各國家權力機關必須互相「制衡」，透過各權力機關間在權限上的相互牽制，避免國家機關之集權濫權，而不利於人民權利之保障⁵⁴。司法院大法官釋字第 499 號解釋認為：「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」亦指出權力分立與制衡原則為我國憲法存立之基礎。

行政裁量者，乃指立法者在法規中賦予行政機關之自由決定空間，使其得基於公益與私益的權衡，於法律許可的多種決定中，本於合目的考量，作出最正確的選擇。行政裁量不只彌補法律力有未逮之處，尚使行政機關有將正義實現於個案中之機會。行政裁量權來自於法律的授予，故其行使時不得違反法律授權的意旨、內容及範圍。而法律授權的意旨、內容及範圍往往須透過進一步的解釋，行政機關方能知所依循。於此過程中，為避免行政機關恣意行使裁量權，或因為裁量結果的歧異、矛盾而違反平等原則，及為確保人民對於裁量決定具有預測可能性，上級機關通常會預先設定行使裁量權的統一標準，以確保裁量決定的統一。此為權力分立原則下立法權與行政權之互動。另外，行政法院之審查在法律方面為「最後發言」(letzte Wort)，其判決有法律效力，因此係具拘束性及終局性的。故行政法院之權限亦可稱之為「最終決定權」(Letztentscheidung)⁵⁵。惟在涉行政機關裁量權時，法律拘束的放寬亦造成行政法院之司法審查受有限

⁵³ 我國憲法採取五種治權並將其交由五院分別行使之分立制度，即係組織上的權力分立。然就功能上的權力分立而言，其仍屬立法、行政、司法之三權分立。

⁵⁴ 參照法治斌、董保城，憲法新論，元照出版，2008 年 9 月 3 版第 3 刷，頁 53-60。

⁵⁵ Vgl. Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 5.

制，此時司法權原則上應尊重行政，即行政權享有最終決定權。此則為司法權(司法審查權)與立法權、行政權之互動，其概皆為權力分立原則之展現。

高雄高等行政法院 95 年度訴字第 541 號判決表示：「…行政機關對於非羈束性之行政事項，得依其職權衡諸客觀之情事裁量為之，行政機關於裁量性行政事項，其所受法律之羈束較羈束性行政事項程度低，且司法監督其職務之執行多係關於合法與否，未及其允當性，然於現今，國家行政事務日趨複雜及大量，且涉專業性之事項，而法律多為抽象及概括之規定，無法及時應付行政事務複雜多量之情況，為求達成行政事務處理之經濟及迅速之目的，並基於行政事務之專門性質，不可避免須賦予行政機關處理行政事務之裁量權，基此，為求使行政機關能有效率處理行政事務，並尊重行政機關之專業，對於行政機關裁量權之行使，司法機關原則上不予審查，但就裁量性事項之行政處分作成之合法性則予以審查；而裁量性事項之合法性範圍，非僅止於有無違反現已明定之法令，亦包含違反一般法律原則及有無濫用權力之情形。…」即在闡釋行政裁量之司法審查與權力分立間之關係。

第二節 行政裁量之司法審查與權力分立論述之檢討

觀之行政權雖然是立法權和司法權之外的一種獨立國家權力，但其不僅受法律與法之拘束(德國基本法第 20 條第 3 項⁵⁶)，而且在涉及人民權利時，受法院之控制。此由德國基本法第 19 條第 4 項之規定⁵⁷：「任何人之權利若受公權力之侵害者，得向法院請求救濟。若未設有特別的管轄法院時，得向普通法院請求救濟。…」即可明瞭。而於行政機關訂定統一標準以供裁量權行使之用時，由於其

⁵⁶ Art. 20 Abs. 3 GG : Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

⁵⁷ Art. 19 Abs. 4 GG : Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

或涉及立法者之授權，故已有行政代行立法權之問題。因此前述行政裁量司法審查與權力分立之討論，似可有所調整，以突顯其涉及人民權利保護時之不同考量，並加強對行政代行立法權層面之關照。本文以下分就個案裁量與一般裁量各別檢討其司法審查與權力分立間之問題。

第一項 個案裁量—有效權利保護與權力分立之拉鋸

第一款 有效權利保護之誠命

前述德國基本法第 19 條第 4 項之規定，旨在透過法院的程序，提供人民一個完整的、有效的權利救濟保障⁵⁸。此規定之時代背景為二次戰後德國由法治主義與國家目的分離的形式法治國，轉向以人性尊嚴的維護與基本權的有效保障為國家最高目的，法治主義與國家目的結合之實質法治國(*materieller Rechtsstaat*)。此規定有兩個意涵⁵⁹：(一)權利救濟的完整性保障及(二)權利救濟有效性的保障(有效權利保護)。

(一)權利救濟的完整性保障乃指國家未設有特別的管轄法院時，得向普通法院請求救濟，不可因國家未有法定的權利救濟形式，便遭拒斥於司法救濟之外，即由該規定第二句「若未設有特別的管轄法院時，得向普通法院請求救濟」彰顯。惟此規定並不排除立法者基於重要利益而對人民之程序基本權加以限制，但其須符合比例原則仍屬當然⁶⁰。

(二)權利救濟有效性的保障(有效權利保護)係指，為使權利的保障合乎事實上有效性的要求，立法者對於訴訟審理的原則，當事人的程序參與權、暫時

⁵⁸ Vgl. Jürgen Brandt/ Michael Sachs (Hrsg.), *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 3. Aufl. 2009, S. 354.

⁵⁹ 參照盛子龍，前揭註 16，頁 83-85。陳愛娥，「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟論文彙編第二輯，1998 年，頁 57-65。

⁶⁰ 此處所指之重要利益，例如基於法安定性的考量，或是基於法院資源有限性之考量。

權利保護、法院審級與判決的種類及效力等訴訟法上重要制度，均必須依事實上有效性的要求而為適當之規劃。法院訴訟程序之踐行，亦應以之為指導原則。而若要落實透過法院程序提供人民有效權利保護之規範精神，即必須承認人民享有一個得請求法院為事實上有效審查的權利。德國聯邦憲法法院於其判決中所表示⁶¹：「人民享有一個得請求法院為事實上有效審查的權利。由此並導出一個原則，法院對於被訴請撤銷的行政處分必須在法及事實面向為完全的審查，原則上法院並不受行政機關在行政程序中所為之確認及評價的拘束。」即為此意。

而於我國，欲於憲法本文中探尋乘載此一人民得請求法院為事實上有效審查的權利之規定，當以憲法第 16 條人民訴訟權之保障屬之。司法院大法官亦於釋字第 418 號解釋理由書指出：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。」此皆為前述權利救濟的完整性保障及有效權利保護原則之闡明。

第二款 有效權利保護之誠命影響個案裁量之司法審查

基於有效權利保護原則，法院不論是就公權力行為中之確定事實，抑或是

⁶¹ BVerwGE, 84, 34(49).

其法律評價的部分，原則上均擁有審查的權限。惟司法之基本功能係在具體個案中適用法律以貫徹法之意旨，故透過訴訟方式所提供之權利保護，亦應僅得於法律之範圍內審查行政機關之行為。於此則生人民權利保護有效性與權力分立原則之拉扯。此情況於法律賦予行政機關自由性空間(行政裁量空間)時，更為明顯。

上述常見一般對於行政裁量與權力分立之討論，皆著重在行政權乃受立法權委託，而相應的司法審查由於其司法權依法審判本質之限制，自應對行政權有所尊重。於傳統行政事件類型多為國家與人民間之雙面關係之情形下，行政裁量之司法審查所考量者概皆為行政權是否有裁量行使之瑕疵，故僅就行政權仍受法之規制面向，依檢討是否有裁量瑕疵(個案裁量)或類似裁量瑕疵(一般裁量)之方式為司法審查，其來有自。然就個案裁量方面，依行政實務之發展，現今行政行為涉入人民權利之情況，以及造成三面關係之行政事件類型出現機率大增，此時由於所涉及之面向更廣，所牽涉之利害關係人增多，處理之案件自更有涉及人民相互間權利拉鋸之可能。前述傳統之討論，未突顯出人民權利有效保護面向之問題，並未著重在司法權乃對法的認定以履行其對於人民權利有效保護之面向而討論，未能察覺此間人民權利交錯之問題，有所不足。就此，現今對於個案裁量之司法審查，似非傳統之窄式權力分立討論可以解決，而應將思考點著重在人民權利如何有效保護之面向(尤甚者為第三人之權利保護)，方能合理調和人民間之權利狀態。

植基於此，對於個案裁量之司法審查與權力分立之關係，由於其涉及立法權、行政權及司法權之不同意志表達，欲達合理調和人民間之權利狀態，同時又不至阻礙行政任務之有效達成，自須重構權力分立之論述。本文即嘗試從功能最適理論之觀點出發，探討究竟應由何機關擔任人民權利保護之重責，卻又不過度限制立法之授權及行政之空間，以求得符合功能最適原則。

此外，值得一提者乃司法自制(judicial self-restraint)之概念。其意涵略為，若有極高的蓋然性顯示無法期待法院判決與其所要取代的行政決定

有相同的「事理上的品質」(Sachqualität)，此時應呼籲「法官自我節制」(richterliche Selbstbeschränkung)。德國學界雖有主張透過司法自制求得司法與行政間最後決定權之解答，然司法自制欠缺具體的輪廓，實較適合作為描述法官職權心理事實之構想，而不適合作為實證上法的界限。否則有可能造成僅訴諸司法自制而逃避其對採取消極審查態度之說明與論證⁶²。況且司法自制理論本身亦多少已隱含適當功能分配的考量⁶³，則以功能最適觀點為檢討，應已可涵蓋之。

第二項 一般裁量—法位階理論與權力分立

相較於個案裁量而言，對一般裁量之司法審查所關注之重點乃在行政權行使時所應受到法之拘束程度。即由於公共事務趨向多元複雜，立法者透過授權規定將權限釋出，或立法者規定所未明者，皆使行政權形塑之範圍大增。因此行政機關為求其決定之一貫、平等，自造成其訂定統一標準以對下級機關為裁量指示，或對法規解釋表示意見之情況日益增多。惟行政機關訂定統一標準之態樣眾多，其對法規之釋示所在多有。而在法律的框架下，行政的一般裁量，也是「依法行政」的一種體現。若套用規範授權理論的旨趣，行政裁量的司法審查，可能並不單是行政權與司法權之間的權力界分，更涉及立法權與司法權之間的關係。如果立法者賦予行政裁量權，是有意地將某種事項的決定權交給行政權，則司法在進行審查時，除了要將焦點放在行政的決定之上外，更應同時顧及到立法者就特定事務所預作的利益衡量、功能分配與事務調控(立法裁量)。在現代法治國家中，司法機關固然擔負依法行政之維護者的重任，但不

⁶² 詳細介紹司法自制理論對司法審查密度之影響，參照盛子龍，前揭註 16，頁 167-170。憲法解釋權限脈絡下討論司法自制者，參照陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，憲政時代第 24 卷第 3 期，1998 年 12 月，頁 177-179。

⁶³ 司法自制理論認為某些問題不宜由法院裁判時，實則亦指依法院所擔當之功能及其相配合之組織程序等設計，並不適宜解決這些問題。

容忽略的是，司法機關自身亦受到依法審判原則的制約⁶⁴。

所謂規範審查，係指法官依據一個上位規範(審查基準)，對於其下位規範之有效性(審查客體)所為的決定程序。於此程序中，法官係就下位規範與上位規範加以比對，以決定系爭下位規範是否抵觸上位規範。由此可知，規範審查係以法律秩序之位階結構為前提⁶⁵。由於一般裁量其本質或涉立法權之下放，基於規範授權理論，行政裁量的司法審查可能不僅涉及行政權與司法權之間的關係，立法權亦包含在內。蓋於行政機關所為之一般裁量中，行政權某些狀況下已屬立法權之代行。此外，即使一般裁量未涉立法權之代行，其仍不失為一抽象適用之法規範，則此時法官對(無論何種形式之)一般裁量所為之司法審查，亦應屬規範審查之一種，自以探討其法位階為必要。則此時司法機關對源自立法權而來之一般裁量，或源自行政權而來之一般裁量態樣，其司法審查(依法審判)之界限及程度如何，前述傳統之討論似未能就此種本質上差異多加注意。

因此，對於一般裁量之司法審查與權力分立之關係，本文嘗試從民主正當性理論之觀點出發，藉以界定一般裁量之法位階，以觀察其源於立法者不同強度民主正當性之方式，尋求行政權行使時所應受到法之拘束程度，即司法者對其為司法審查時是否應有不同之方式與程度之解答。

第三節 個案裁量之司法審查—由功能最適之觀點出發

如前所述，行政自由性乃行政裁量之源頭，然行政機關之行為並非因有裁量空間即逸脫於法律之外，其仍受誠信原則、平等原則、比例原則等一般法律原則之拘束。由於行政裁量乃行政機關依立法者之授權所享有之自由空間，是以，行政機關之裁量更不能違反法律優越原則。行政裁量與上述義務有悖者，構成裁量

⁶⁴ 參照李建良，前揭註 24，頁 175。

⁶⁵ 若以憲法程序—國家決定之持續具體化過程來理解法律秩序之位階結構，則係以上位規範為基礎之持續的造法過程，即規範的持續具體化過程。

瑕疵。即規定授與行政機關裁量權之法律，一方面因給予行政機關裁量之自由，另一方面又同時從法律上加以一定之限制，以確定其範圍。若行政裁量係在依法行政之範圍內所為，司法機關僅能為合法性審查，而不能為適當性與否之審查。然若行政機關之裁量構成裁量瑕疵，其既已影響裁量之合法性，法院自得加以審查。蓋司法機關乃須依法審判也。依據我國行政訴訟法第 200 條第 3 款、第 4 款之規定可知⁶⁶，法院在審查個案裁量時，由於個案裁量其具有立法者賦予行政機關自由決定空間之本質，致使法院於作成該判決時，仍應考慮行政機關之裁量空間。於涉行政裁量空間時，不得為拘束行政機關裁量內容之判決(判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分)，而僅能對其為裁量行為之指示(判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定)。此即上述立法、行政、司法於裁量處分案件上互動之結果。

就個案裁量之司法審查，本文認為傳統上依裁量瑕疵理論進行之司法審查有所不足，此情況於涉多方利益之現代行政事件尤甚。前述有效權利保護原則之討論，除要求應於行政訴訟程序中落實各項訴訟程序一般法律原則外⁶⁷，大致上皆置重於預防性的權利保障(vorbeugender Rechtsschutz)、暫時性的權利保障(vorläufiger Rechtsschutz)及加快訴訟程序的要求(Gebot zur Verfahrensbeschleunigung)等三點之闡釋，且其亦已達一定之默契。然其主要目的為貫徹人民權利保護之目標，並無爭議。而本文欲突顯之問題正為傳統行政

⁶⁶ 行政訴訟法第 200 條第 3 款規定：「原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。」行政訴訟法第 200 條第 4 款規定：「原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」此與德國行政法院法第 114 條規定只賦予法院裁量審查而非自為裁量之權同旨。參照 Erich Eyermann, Ludwig Fröhler 著，陳敏等譯，前揭註 4，頁 1285 。

⁶⁷ 例如當事人處分原則(der Dispositionsgrundsatz)、職權調查原則(der Untersuchungsgrundsatz)、訴訟集中原則(der Konzentrationsgrundsatz)、言詞進行原則(der Grundsatz der Mündlichkeit)及程序公開原則(der Grundsatz der Öffentlichkeit)等等。參照陳愛娥，前揭註 59，頁 62 。

裁量之司法審查並未就人民權利保護面向為思考之缺失，故以下即以有效權利保護思考為前提，並於權力分立面向上以功能最適之觀點出發，討論個案裁量之司法審查中人民權利保護與權力分立之問題。

第一項 功能最適理論

第一款 理論介紹

觀察德國聯邦憲法法院歷年來的判決，可以得知，其對權力分立的表述，大致可區分成二階段，1984年以前屬前期的「權力的抑制與核心領域」理論，以及1984年飛彈部屬判決以後屬後期的「功能最適觀點」⁶⁸。「核心領域」(Kernbereich)乃指除非憲法有明定，否則沒有一個權力擁有優先於其他權力的優越地位，任何一個權力為履行其合憲任務所須之權限不能被剝奪，每一個權力的核心領域是不可變更的，所以，如果任何一個國家權力由憲法所賦予的典型任務被剝奪，均不被容許。每一個權力都有其各自獨立的權限，如果某一個權力擁有「無所不包的優越地位」(allumfassender Vorrang)，就違反權力分立⁶⁹。我國司法院大法官於釋字第585號解釋表示：「立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，…本院釋字第三二五號解釋應予補充。惟其程序，如調查權之發動及行使調查權之組織、個案調查事項之範圍、各項調查方法所應遵守之程序與司法救濟程序等，應以法律為適當之規範。…各該法律規定之組織及議事程序，必須符合民主原則。其個案調查事項之範

⁶⁸ 於此之間，尚有動態的權利保護理論，其可謂為功能最適觀點之引子。參照許宗力，權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心，收錄於司法院大法官書記處編，司法院大法官九十年度學術研討會紀錄，2002年12月，頁5-16。

⁶⁹ 關於核心領域範圍之介紹，參照張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，中興大學法律學研究所碩士論文，1996年，頁39-50。

圍，不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙。」此即為核心領域理論之適例。

「功能最適觀點」則指，「權力分立的目的在於使國家決定達到儘可能正確(möglichst richtig)的境地，亦即國家事務應由在內部組織、組成方式、功能與程序等各方面均具備最佳條件的機關來擔當作成，同時，他也追求抑制國家權力的目的⁷⁰。」此時權力分立作為國家組織法的基本建置原則，必須更積極的透過分工，使國家各個功能的組織配置與權限分配，均能合乎事理地履行其被賦予的任務，而非僅消極的追求節制國家權力、確保人民自由。進一步者，當面臨一個尚未確定終局歸屬機關的任務，應該委由依照其組織結構及程序運作方式具有最佳功能、結構之條件者，也就是由最有可能作成正確、適當決定的機關負責⁷¹。

功能最適機關結構(funktionsgerechte Organstruktur)原則固然追求國家決定的正確性，但國家決定的正確性本身絕不是一種自我目的，而是為保障人權的終極價值服務。另一方面，限制權力、保障人權的目的，也唯有透過功能最適觀點下的權限分配才能達成。故保障人權與國家決定正確性之擔保，並非互斥之概念。

功能最適機關結構原則原本係於有關司法違憲審查與立法權各自管轄範為區別之爭議⁷²，或於有關行政、立法此二政治部門間之權限爭議而適用，但其視何者在組織、程序與規範結構上具備決定該事務之最佳條件而定的判斷標準，亦可作為行政、立法、司法三種權力間之劃分方法。

⁷⁰ BVerfGE 68, 1, 86.

⁷¹ 參照盛子龍，前揭註 16，頁 112-114。

⁷² 此於德國尤其是指聯邦憲法法院規範審查權力(Normenkontrolle)的發動。相關介紹可參照黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向(funktionell-rechtlicher Ansatz)之問題與解套，政大法學評論，第 91 期，2006 年 6 月，頁 99-142 。

我國司法院大法官解釋實務上，援用功能最適理論最力者，當屬許宗力大法官。許宗力大法官受德國聯邦憲法法院 70 年代以來對(三階)審查密度 (Kontrolldichten)闡述之影響⁷³，在釋字第 578 號解釋協同意見書、釋字第 584 號解釋協同意見書、釋字第 596 號解釋與許玉秀大法官共同提出之不同意見書以及釋字第 669 號解釋協同意見書中，皆於違憲審查密度之討論上援用功能最適理論，並用以判斷司法機關對立法之政策應以較寬鬆或較嚴謹之標準審查。另外，許宗力大法官於釋字第 613 號解釋協同意見書中，認為通訊傳播委員會委員之選任規定⁷⁴造成行政院的人事選任權遭立法權剝奪⁷⁵，而對於未違反權力分立之辯護表示：「論者復認為談權力分立，不能太過形式論，而一

⁷³ 此例如德國聯邦憲法法院於 1979 年勞工參決法(Mitbestimmungsgesetz)一案之判決中揭示多階審查密度，並意圖透過審查密度的區隔來更明確釐清司法違憲審查與民主立法之間的分際，即為功能法論述取向的具體見證。參照黃舒芃，前揭註 72，頁 119-123。BVerfGE 50, 290.

⁷⁴ 國家通訊傳播委員會組織法第 4 條第 2 項規定通傳會委員「由各政黨（團）接受各界舉薦，並依其在立法院所占席次比例共推薦十五名、行政院院長推薦三名，交由提名審查委員會審查。各政黨（團）應於本法施行日起十五日內完成推薦」、同條第 3 項規定「審查會應於本法施行日起十日內，由各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦十一名學者、專家組成。審查會應於接受推薦名單後，二十日內完成審查，本項審查應以聽證會程序公開為之，並以記名投票表決。審查會先以審查會委員總額五分之三以上為可否之同意，如同意者未達十三名時，其缺額隨即以審查會委員總額二分之一以上為可否之同意」

⁷⁵ 對此，多數意見亦於該號解釋理由書中表示：「依通傳會組織法第四條第二、三項規定，…由於行政院院長僅能推薦十八位通傳會委員候選人中之三位，審查階段對人事則完全無置喙餘地，並且受各政黨（團）依政黨比例推薦組成之審查會審查通過之名單所拘束，有義務予以提名，送請立法院同意，對經立法院同意之人選並有義務任命為通傳會委員，足見行政院所擁有者事實上僅剩名義上之提名與任命權，以及在整體選任程序中實質意義極其有限之六分之一通傳會委員候選人之推薦權，其人事決定權實質上可謂業已幾近完全遭到剝奪。又行政掌法律之執行，執行則賴人事，無人即無行政，是行政權依法就具體之人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，擁有決定權，要屬當然，且是民主法治國家行政權發揮功能所不可或缺之前提要件。據此，上開規定將國家最高行政機關之行政院就通傳會委員之具體人事決定權實質上幾近完全剝奪，除為憲法上責任政治原則所不許，並因導致行政、立法兩權關係明顯失衡，而抵觸權力分立原則。」

律禁止較新穎，也較合目的需要之制衡設計，如果根據功能論觀點，以寬容態度看系爭規定，仍非無合憲之可能。惟此論點實屬對功能論之極大誤解。蓋功能論再怎樣容許權與權間之犬牙交錯，無論如何仍要求一權不能以犧牲其他權為代價，而擴張自己之權力，或破壞之權力之平衡。何況多數意見以系爭規定將行政院人事權實質剝奪殆盡，導致行政、立法兩權關係明顯失衡為由，而認定違反權力分立，反而正是適用功能論之結果。或者論者所理解的功能論是主張從功能最適觀點作權限之分配。然正是基於功能最適，歷來才會認為行政機關人事權應歸行政權所享有，立法權從其組成、決議方式、功能、專業等各方面觀點來看，都不宜也不應擁有行政之具體人事決定權。且就本件而論，將最需要去政治化的通傳會委員之人事，交由政黨依其在立法院所占席次比例實質決定，使通傳會委員之產生染上濃厚政治色彩，正恰好是功能最不適之典範。」許宗力大法官於此即依據行政權之功能最適及立法權之功能不適作為行政機關人事權應歸行政權之認定理據。

功能最適理論透過對國家功能與機關結構(包括靜態的組織結構與動態的程序結構)之理解，使得國家機關組成方式、決定的正當性、結果責任、國家機關的效能、處理問題的容量、人員的角色定位及法律上所享有的地位、作成決定的程序運作方式等各種因素，均成為權限劃分的解釋基準⁷⁶。本文以下即分別討論立法權、行政權及司法權之機關功能結構，以作為行政裁量司法審查權限劃分之準據。

第二款 立法權、行政權及司法權之不同機關功能結構

行政之功能在處理公共事務，形構社會生活，進而實現國家目的，故其具有形成性、延續性與未來性。其須積極主動介入社會、經濟、文化等各項關係人民生活的領域(例如行政程序法第 34 條)，並為俾以順利完成行政任務，具

⁷⁶ 參照盛子龍，前揭註 16，頁 114。 Fritz Ossenbühl, *Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung*, DÖV 1980, Heft 15, S. 548.

一體性與層級性指揮監督之特色。其須追求公益目的，依法行政僅為其行為之框架。相較於此，立法機關制定法律，亦具形成性與未來性，惟其受集會地點及屆期不連續原則(立法院職權行使法第 13 條)之限制，故不若行政權般無所不在、持續不間斷，是以其不具延續性。而法案之制訂，雖有由立法委員主動提案者，然多數主要乃仍由行政部門提出草案，其積極主動性亦不若行政⁷⁷。

就司法權而言，其並非一系列的國家作用，而以追求當事人個案間之正義為目的，著重於處理事情之現狀，與行政權雖亦處理具體事件但通常會作個案外之整體考量不同，故其不具未來性。且基於不告不理之司法權被動性格本質，與行政積極主動形成對比(行政權雖亦有被動性，例如須經人民申請，然其仍得依行政程序法第 114 條第 1 項第 1 款經當事人補正而生效，與司法權仍有所不同)。此外，司法則具獨立性與中立性，非如行政般有上下級機關指揮監督之概念。且其目的即為依法審判，在個案中最可能正確的為法的判斷，亦與行政有別。

行政權擁有高度專業分工，基本上由對特定專門領域專精，透過一定考銓機制篩選之終身職公務人員構成的龐大官僚系統，加上雄厚財力與物力的配合與支援，總的來說，其工作能量高，獲取資訊較易，也較能掌握專門性、技術性的知識。議會議員的資格(除須具備最低限度學經歷外)並非以特殊教育背景或專業資格、能力為必要，且其政黨提名機制繫諸於個別人選之政治信賴程度、政治上整合協調與判斷能力，專業上之特性與長處並非絕對因素。即使議會內部有委員會、國會助理與議員私人助理之協助，一般仍認其無法與行政權之專業優勢抗衡。

司法權乃法官為發揮法的效能，在最有可能正確的保障下作成權威的法的判斷。為保證其正確性，故有公開審理、公開辯論、證據調查及給予當事人充

⁷⁷ 參照李建良，行政的概念與特徵，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月，頁 44-46。許宗力，論法律保留原則，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999 年 10 月初版 1 刷，頁 180-181。

分陳述意見之機會等詳細程序規定。為確保法官客觀，避免受影響及偏頗以達正確性之保障，故有確保法官獨立與中立之措施。且基於前述確保正確性之設計，其所為之事實認定與法律解釋(認事用法)並有個案與一般拘束力，即具有最高權威性⁷⁸。

據上所述，行政、立法與司法各具其不同之機關功能結構，分別負責擔當不同之國家事務。然欲處理某事務究竟應由何機關勝任，一方面須分析各權力在各自組成方式、組織結構、決策方式與程序，以及人力、物力配備上之特色，另一方面又須根據系爭事物的各種重要特性確定需求的種類與內容，之後才能建立起功能最適的事務分配連結關係。涉行政裁量案件之司法審查，不只應考量行政行為合法性，尚應基於人民權利有效保護之角度為之，已如前述。是以其關乎司法程序中，行政權基於法律授權之意旨，為求其行政目的達成所為之行政裁量行為，若對人民權利造成侵害，究應由誰替人民發聲方為最適切、最有效調和國家與人民間的權利狀態之間題。本文下述即先討論涉行政裁量案件中人民權利究竟所指為何，方能進行涉行政裁量案件中保護人民權利之功能最適機關之探討。

第二項 涉行政裁量案件中保護人民權利之功能最適機關

第一款 涉行政裁量案件中人民權利之認定

所謂依法行政者乃行政應受客觀法規範的拘束，為行政法的基本理念，至於人民是否因此而取得一定的權利，得據以要求行政機關遵守法律規定，或請求行政機關為一定的作為，即為公權利理論之探討。權利者，係指得享受特定利益的法律上之力；公權利者，係指人民基於公法的規定，享有一定法律上之力，得以向國家請求一定作為、不作為或容忍，以實現個人的利益。肯認公權

⁷⁸ 參照許宗力，前揭註 77，頁 180-181。翁岳生，司法權發展之趨勢，收錄於同著者，*法治國家之行政法與司法*，元照出版，2009 年 1 月 2 版 1 刷，頁 345-350。

利存在之意義在於，彰顯人民於國家中享有權利主體的法律地位，並確立人民與國家之間對等的法律關係，為自由民主法治國家的基本條件。從憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨觀之，司法救濟制度與公權利間有相輔相依的關係，即公權力的存在是提起行政訴訟的前提要件，司法救濟制度則是落實公權利的重要機制，有效的法律救濟途徑乃是法律賦予人民公權利的必備條件，並為國家受法律規制的前提要件。對於公權利的認定，一般認為應從探求相關法規之規範意旨著手，倘若該法規的規範目的，除保護公共利益之外，同時兼及保護個人的利益，則受保護的個人即因該法規而享有公法上的權利，從而，行政機關若違反該規定的意旨，受保護的個人即可主張其權利受到侵害，此即稱為「保護規範理論」⁷⁹。

反映於行政訴訟中，既然訴訟制度乃為給予人民權利保護所設，因此人民得否依法行使訴訟權，自當以權利是否受到國家高權侵害以及是否仍具有保護之實益為前提。前者即為所稱之訴訟權能(*Klagebefugnis*)，後者即所謂訴之利益（「權利保護必要」： *Rechtsschutzbedürfins* 、「權利保護利益」：*Rechtsschutzinteresse* ）⁸⁰。於我國行政訴訟法上，關於訴訟權能之規定，僅見其於撤銷訴訟（「認為損害其權利或法律上之利益」、「損害其權利或法律上之利益者」）與課予義務訴訟（「認為其權利或法律上利益受損害者」、「認為其權利或法律上利益受違法損害者」），而未見於確認之訴。惟提起行政訴訟須具備訴訟權能，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之旨趣所在，則此訴訟要件應屬所謂的一般訴訟要件，即於各種訴訟類型中，如欲獲得實體判決，均須具備此要件⁸¹。

⁷⁹ 參照李建良等合著，前揭註 13，頁 142。

⁸⁰ 訴之利益相關討論參照法治斌，論行政訴訟中訴之利益，收錄於同著者，人權保障與司法審查—憲法專論(二)，月旦出版，1994 年 1 月初版，頁 159-213。

⁸¹ 參照陳愛娥，「訴訟權能」與「訴訟利益」—從兩件行政法院裁判出發，觀察兩種訴訟要件的意義與功能，律師雜誌第 254 期，2000 年 11 月，頁 66。

故就原告而言，訴訟權能要求原告必須主張自己的權利或法律上利益受違法損害，否則不能獲致實體的判決。而權利係指所有法秩序認為值得保護，並得以個別化的利益，因此，原告有無得以主張之權利，即回歸前述保護規範理論之問題⁸²。須注意者，此處所指之法秩序，包含憲法的基本權規定。蓋基於憲法基本權本身防禦權之功能，人民的基本權若因國家行為而遭受侵害或限制，應可循一定的法律途徑予以排除，始合乎憲法保障人民基本權之意旨。故自無因無法律依據為由而否定依憲法基本權規定導出人民公法上權利存在之可能性⁸³。

而前述討論若系由侵益處分之相對人為原告，其在訴訟上主張有權利存在一事並無太大疑義。然若系建築法上的鄰人訴訟，經濟法上的同業競爭訴訟或環境法上的第三人訴訟等涉第三人之行政處分等問題，保護規範理論雖可作為判別之準則，惟仍非易事。因此學界有提出操作步驟上的四點建議，以作為第三人之公權利與訴訟權能存否之參考者⁸⁴。首先必須(一)掌握規制、協調司人間利益衝突的法規範整體。其次，(二)當該等法規範將一方積極形成的利益與另一方消極不受損害的利益，或是將競爭者之間相互競逐許可的利益納入其規制方案中加以協調，以促成私人權益的和諧狀態時，原則上此規制方案即屬可主觀化，第三人可得藉由此規制方案取得主觀權利。再者，(三)必須留意立法者是否擬藉一般抽象的構成要件要素，來窮盡規範此等私人關係。如是，即僅須解釋該第三人是否為此整體規制方案保護目的所擬保護之人，便可判斷該第三人有無訴訟權能。反之，(四)如立法者並不擬窮盡規範，毋寧指示應參照具體的情況來決定時，則不能排除該當第三人得因特定情境或個案的情況而取得

⁸² 我國行政訴訟法規定撤銷訴訟、課予義務訴訟之保護範圍及於法律上之利益，其並非欲使行政訴訟的性質變更成為公眾訴訟，而僅為多餘的同義重覆，仍應以保護規範理論作為認定標準。參照陳愛娥，前揭註 81，頁 71。

⁸³ 參照李建良等合著，前揭註 13，頁 144。同此見解，陳愛娥，前揭註 81，頁 71。

⁸⁴ 參照陳愛娥，前揭註 81，頁 71。

主觀權利的可能性。

另外，從權力分立的眼光來看，訴訟權能的要件也保護行政權，在不構成侵害個人權利或法律上利益的情形時，其執行公權力的行為得免於行政法院的審查⁸⁵。此於一般行政案件使然，於涉行政裁量之案件時尤是。蓋行政機關基於法律的授權而享有裁量權者，即享有一定程度的自由決定空間，其所作成的決定，原則上僅構成不當，而非違法。於此情形下，人民自無主張其公權利受有侵害的餘地。然基於法治國原則及保障人民基本權利之旨趣，行政機關行使裁量權若有所謂裁量瑕疵，即構成違法，則人民依此至少享有要求行政機關為無瑕疵裁量之請求權(Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung)⁸⁶。此無瑕疵裁量請求權雖是一種公權利，但卻僅是一種形式上的公權利，人民僅得據以請求行政機關無瑕疵的行使其裁量權，與得據以請求行政機關為特定處分之實質上公權利終究有別。又若行政裁量有裁量縮減至零之情況時，人民享有請求行政機關作出一定決定的公法上權利，更不待言⁸⁷。

而此人民僅據以請求行政機關無瑕疵的行使其裁量權之無瑕疵裁量請求權，其實可以理解為人民請求行政機關於裁量決定時適切考慮各種裁量要素及其彼此間相互關係而為妥適決定之請求權。依此，這些裁量要素中，關於人民

⁸⁵ Vgl. Wahl/ Schütz, in: Friedrich Schoch/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung- Kommentar, Bd. I, 2009, § 42 Abs. 2, Rn. 16.

⁸⁶ 無瑕疵裁量請求權的存立繫諸以下兩項要件：一、授權法事實上保護個人權益。二、該法亦以該保護作用為目的。相關討論參照李建良等合著，前揭註 13，頁 146。李建良，難耐的惡臭—行政裁量與公法權利，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，頁 94-95。葉俊榮，前揭註 6，頁 304-306。另參照臺北高等行政法院 97 年度簡字第 347 號判決：「…又所謂個人享有『無瑕疵裁量請求權』，只不過是依此一請求權之內容，個人只可以請求行政機關行使裁量權必須合法無瑕疵，但並不得請求行政機關為特定之行為，遑論個人無依法申請被告行使裁量權之情形。…」 Franz-Joseph Peine, a.a.O.(Fn. 26), Rn. 263.

⁸⁷ 最高行法院 94 年度判字第 2035 號判決：「…自法律規範之目的，行政機關享有裁量權以決定是否賦予人民一定之利益（除於裁量收縮至零外），縱行政機關怠於執行職務，人民亦無請求行政機關為一定行政行為之公法上請求權存在。…」即為適例。

權利之部分，究係應由立法者於授權規定中著墨，或是行政機關為裁量決定時考量，抑或於司法審查中檢討，方能使人民受到最確實的保護，即涉孰為功能最適機關之認定。

第二款 法院為功能最適機關

依照前述行政、立法與司法不同之機關功能結構，於行政裁量之司法審查中，究應由何者肩負保護人民權利之重責？首先，就立法而言，法律的制訂須履踐繁複細膩的三讀討論程序，有正式、謹慎與徹底之優點，且其程序公開且透明，加以其有反對黨之參與，增加正反意見之辯論，有助於決定之實質正確性之提升。如此，似由立法者於訂定法律時，妥適考量所涉各方權益以作成法律規定，即可有效達成人民權利之保護。然觀乎行政自由性概念之由來，即為立法者將其權限下放由行政機關行使，以彌補法律未逮或不足之處。因此要求立法者於制定行政機關自由空間之框架時，即過度限縮行政機關之自由空間，實屬勉強，且似嫌矛盾。退步言之，儘管立法者就行政機關之自由空間加以一定程度之框架限制，惟立法亦有手續繁瑣、應變能力遲緩之缺點，最重要者，立法者乃著重於制訂一般、抽象之規範，有其個案法律禁止之侷限。因此其於涉行政裁量案件中，是否能因應時勢變動，是否真能切實符合人民相互間權利狀態，而可稱為保護人民權利之功能最適機關，容有疑問。

依此，行政由於其具簡便、彈性、機動之優點，且其有具體性及個案性之特色，似為保護人民權利之不二選擇。然行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的。其具有以實現人民利益為目的之公益取向性，即行政作用的發動與實施，除應遵守法律的規範外，尚須衡酌行政目的，以公益為取向。換言之，立法負責公益的抽象設定，行政職司公益的具體實現。也正因如此，其有時難以跳脫立法授權行政目的之任務本位

而無法於個案中確實達成人民權利保護之目標⁸⁸。

相較於此，司法為超然中立地位之第三人，非如行政般具有當事人性格，在行政難以跳脫其任務本位之狀態下，沒有成見的司法自然比行政更適合有效而均衡地達成權利保障的任務。且法官享有事務上及身分上的獨立性保障，足以確保法官在國家與人民爭議事件中保持超然中立性，得以抗衡國家機器之壓力，並輔以較一般行政程序更為嚴謹而周延之程序，故更能作成公正適當之裁決。再者，司法程序中因當事人較一般行政程序具有更為充分的程序參與權，故不至於淪為單純國家統治之客體。而行政之一方亦同樣有機會去影響法官之判決，是以其所代表之公益便能與人民權利獲得法官適切均衡之考量。雖行政機關對其主管事務上可能較司法具有更多專業知識，其資訊蒐集與分析能力亦可能較司法強。惟行政機關作既然作為當事人之一造，就必須透過其專業知識去說服法院，而法院也因此在形成確信評價之過程中須對行政機關之見解充分考量，因此其功能結構之差距能藉此而獲一定程度之彌補改善。

無可諱言者，於涉行政裁量之案件中，立法者無疑是人民權利保護之第一道防線。其於授予行政機關裁量權時，即須妥適衡量國家目的及各方權利狀態，以作成行政裁量之法律框架。而行政機關於行使裁量權時，亦應衡量立法授權目的與個案中人民權利關係，以作成無瑕疵之裁量決定。然而依上述討論，於涉行政裁量案件中人民權利之有效保護，仍應由司法機關為之方可稱為是功能最適。

最後，司法之基本功能既係在具體個案中適用法律以貫徹法之意旨，故透過訴訟方式所提供之權利保護，亦應僅得於法律之範圍內審查行政機關之行為。此司法權本質之藩籬雖未能打破，惟基於貫徹人民權利有效保護之觀點，行政法院於審查行政機關是否合法無瑕疵的為裁量決定時，應強化憲法保障人

⁸⁸ 行政目的之有效達成與人民權利之有效保護本即為行政裁量權之爭議問題，此於新興之「管制裁量」議題上更顯重要性。 Vgl. Markus Ludwigs, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 297.

民基本權意旨之面向，以人民基本權保障之觀點劃出合理的「依法行政」界限方是。

第四節 一般裁量之司法審查—由民主正當性之觀點出發

所謂規範審查，係以法律秩序之位階結構為前提。由於法官對一般裁量所為之司法審查，亦屬規範審查之一種，自以探討其法位階為必要，皆已如前述。而審查在概念邏輯上主要雖包括審查基準、審查客體及審查程序等，惟其無法規避者乃權限或正當性之問題。正當性之問題，係涉及當只有少數人在作決定，對其決定之正確性或拘束力之確信如何得以形成。即少數人所作的決定，其他人何以確信其為正當而接受其支配之問題⁸⁹。規範審查既係由法官來審查法規範，正當性問題因之更為突顯。

是以，對於一般裁量之司法審查與權力分立之關係，本文嘗試從民主正當性理論之觀點出發，藉以界定一般裁量之法位階，以觀察其源於立法者不同強度民主正當性之方式，尋求行政權行使時所應受到法之拘束程度，即司法者對其為司法審查時是否應有不同之方式與程度之解答。

第一項 民主正當性理論

依據我國憲法第1條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」及第二條：「中華民國之主權屬於國民全體。」之規定，及前述司法院大法官釋字第499號解釋所指，民主原則作為我國憲法之基本價值理念概無疑義。雖然民主的決定也非全部皆為善，但經由民主程序所作成的決定，係屬具有最大公約數的決定，故其亦具有一定的價值。而基於國民主權原則，唯有人民才是國家權利之來源，也唯有來自人民授權，國家權力始具正當性。是以，在憲法民主原則的指導下，所有國家權力源自於人民，因此在民主的思考

⁸⁹ 翁岳生，論法官之法規審查權，台灣大學法學論叢第24卷第2期，1995年6月，頁91。

下，所有國家權力最後應均可回溯至國民意志的表達。各種統治性權力機關行使國家權力時，應與權利之真正擁有者(亦即國民)有一定之聯繫，此聯繫即稱為「民主正當性」(demokratische Legitimität)。所謂民主正當性，係指國家權力之表現須以人民的意志為出發點，且以大多數人民之同意作為基礎，而取得其正當性。探究國家各種權力的民主正當性之來源，其目的在於促使及確保國民對於國家權力行使之實質影響。國家權力機關在行使國家權力時，惟有取得民主正當性，才不致違反憲法第 2 條之國民主權原則。雖然我國憲法第 1 條、第 2 條有對民主原則與國民主權為簡潔明確之規定，然其並未提供國民主權究應如何落實，亦即國家公權力如何持續受到國民控制，如何回溯至國民意志的表達，以確保國民主權要求之方式。

從前所述，正當性之概念對於國民主權原則之落實與確定，係決定性的關鍵因素。因此區分不同的正當性形式是重要的步驟，我們得以透過這些不同的正當性形式去理解國民意志如何分別影響與傳遞國家權力與維持其正當性所在。對於國家權力正當性所呈現錯綜複雜的現象，我們則可以透過觀察國民與國家權力行使之間不同的制度化的確定與控制關聯性而將其區別⁹⁰。取鏡於國外，首先，依其憲政傳統不同，國民意志之來源有如德國憲政傳統訴諸「普遍國民意志」之國民主權價值取向，另亦有如美國憲法所訴諸「多元民意基礎」之國民主權價值取向者⁹¹。普遍國民意志之國民主權價值取向乃依照德國基本法第 20 條第 2 項之規定⁹²：「所有國家權力來自於國民。其由國民以選舉及公

⁹⁰ Vgl. Martin Morlok, Demokratie und Wahlen, in: Peter Badura/ Horst Dreier (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 569.

⁹¹ 礙於篇幅考量，於此不細論我國與德國或美國國民主權價值取向之異同。關於德國、美國體制及其與我國制憲史之詳細比較介紹可參照黃舒芫，我國行政權民主正當性基礎的檢視—以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡，憲政時代第 25 卷第 2 期，1999 年 10 月，頁 63-65。張志偉，論司法違憲審查之正當性爭議，中正大學法律學研究所碩士論文，2006 年，頁 30-44。

⁹² GG Art. 20 Abs. 2 : Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und

民投票，並透過彼此分立的立法、行政與司法機關行使之。」此規定導出國家權力的民意基礎原則上只能來自於國民的選舉行為。其乃訴諸一總體、普遍、客觀的國民意志。多元民意基礎之國民主權價值取向則基於「有限政府」之經驗傳承與價值理念，著重國家公權力行使過程中社會各界多元意見的表達，並認為如此之參與國家意思形成、作成公共決定的民意傳達形式，更能有助於國家決定之民主正當性的提升⁹³。而美國憲法本文經常出現，用以保護少數的「多元主義」策略，亦為構成政府的原則之一⁹⁴。

若從我國憲政史之角度觀察國民主權，依林紀東教授所指：「憲法既明定為主權屬於國民全體，解釋上應認為人民之一部分，或任何個人，均不得擅自行使主權⁹⁵。」可知我國憲法所預設之國民主權，乃是以所有國民匯集形成的總體意志為指涉對象，亦即該國民意志基本上必須訴諸國民全體，為普遍的、客觀的、超越特定利益的存在。且依我國立憲之初明顯採取偏向內閣制之政府組織型態設計⁹⁶，雖經歷次憲法增修條文修改中央政府體制，已有主張我國乃採雙首長制或總統制者⁹⁷，但仍有認我國屬內閣制者⁹⁸。加以九七憲改雖以所謂雙首長制為藍本，惟原先內閣制行政對立法負責之特質(增修條文第3條第1項)仍然存在，並未更動。則我國憲法對國民主權的價值預設，可謂與德國

der Rechtsprechung ausgeübt.

⁹³ 參照黃舒芃，前揭註91，頁65。

⁹⁴ 參照John Hart Ely著，劉靜怡等譯，民主與不信任，商周出版，2005年5月初版，頁119。

⁹⁵ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義，三民書局，1998年9月，頁34。

⁹⁶ 參照法治斌、董保城，前揭註54，頁114-120。

⁹⁷ 例如認為屬「貌似半總統制的總統制」者，參照湯德宗，論九七憲改後的憲法結構—憲改工程的另類選擇，收錄於同著者，權力分立新論卷一—憲法結構與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁1-55。

⁹⁸ 參照陳新民，中華民國憲法釋論，自版，2001年1月修訂4版，頁509。另有雖為97憲改前所撰，惟從其字裡行間可看出其可能仍將認定為修正式內閣制者，參照李惠宗，國家組織法的憲法解釋—兼評司法院大法官會議釋字387與419號解釋，收錄於同著者，權力分立與基本權保障，韋伯文化事業出版，1999年3月初版1刷，頁71-75。

之取向有一定程度之接近。因此，德國之民主正當性理論可作為我國民主正當性理論建構之借鏡。

此外，民主原則要求所有國家機關行使之統治權力，皆應由國民意志所導出，國民意志並能有效影響其權力之行使⁹⁹。在國家權力以三權分立方式之劃分下，立法權乃為經人民直選產生之議員(立法委員)組成之國會(立法院)行使，自有最直接之民主正當性，當無疑義。故本文以下藉德國取向之民主正當性，僅分別就我國行政權與司法權之民主正當性基礎來源為何作討論。

第二項 行政權之民主正當性基礎

第一款 行政權傳統之民主正當性基礎

參照德國憲政傳統，本於訴諸普遍國民意志之國民主權取向的價值理念，國家公權力必須受制於統一的、普遍的國民意志。而在內閣制之下，該普遍國民意志的唯一來源與體現，即是透過國民直接選舉組成的國會(其乃唯一具有直接民主正當性之國家機關，因此任何國家公權力的行使均不能違反其決定)，是以其行政權的民主正當性乃透過依法行政原則(*Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*)而來。我國憲法對國民主權的價值預設，既與德國之取向頗為接近，從而德國法上論述行政權民主正當性基礎的核心環節—依法行政原則便成為我國行政權民主正當性討論之重要借鏡。

國民藉由選舉立法委員，賦予國會直接民主正當性，如此一來，任何國家公權力行為都必須遵循該最接近、最能直接表現國民意志之國家機關的決定。行政雖不只為單純的執行法律，尚有政策擬定與決定的成分，然其行使上仍須受到法的拘束。則依法行政原則，乃行政權之民主正當性來自國會民主正當性之傳送的體現。依法行政原則，又可分為(一)消極的依法行政，即法律優位原

⁹⁹ Vgl. Walter Georg Leisner, in: Sodan, Helge (Hrsg.), *Grundgesetz: Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 2009, Art. 20, Rn. 9.

則(Vorrang des Gesetzes)與(二)積極的依法行政，即法律保留原則(Vorbehalt des Gesetzes)。法律優位原則強調法律位階的優先性，亦即行政行為的內容不能抵觸位皆在其之上的法律規定。此乃因民主原則之要求，行政部門的決定必須能夠回溯至國民的普遍意志，加以直接代表國民之立法機關有較諸行政部門更為公開、周延，更具備反映國民訴求的特性。法律保留原則要求行政權在欠缺國會法律或其授權的情況之下，不得擅自行為。此因越是事關重大的事務領域，越應由於憲法結構上最能彰顯民意的國會所制定之法律處理，方能被認為具有回溯至國民之意志，從而確保其行為之民主正當性¹⁰⁰。也就是說，在民主原則的規範要求下，唯有具備最直接民主正當性之國會法律才有資格肩負重大事務的決定。

在我國憲法架構之下，依法行政原則亦被認為係確保行政權之民主正當性所必須遵守的基本要求。例如憲法第 172 條及憲法第 23 條即分別體現法律優位原則與法律保留原則。此外，行政程序法第 4 條規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」亦已為明確之宣示。司法院大法官釋憲實務如釋字第 367 號解釋所指增加法律所無之限制；釋字第 367 號解釋「…對營造業者所為裁罰性之行政處分，…涉及人民權利之限制，其處罰額構成要件與法律效果，應由法律定之」，亦為對法律優位原則與法律保留原則之闡釋。

第二款 行政權之變遷肇致法律保留原則的侷限

二十世紀的國家活動本質上主要是屬於「干預國家」之型態，此種國家圖像也因而影響法律保留及法律之概念。此時法律乃作為干預規範，法律保留即為干預保留。反之，現代社會福利國家廣泛的被委任賦予積極之社會、經濟與

¹⁰⁰ 何種事務可稱為事關重大，乃屬法律保留範圍如何認定之問題。於此最為熟知者有侵害保留說、全部保留說及重要性理論等。參照林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎，行政法入門，元照出版，2008 年 10 月初版 1 刷，頁 27-29。對此，有認單從行政程序法第 174 條之 1 規定以論，難謂職權命令全無存在空間，而加以討論者，參照李建良，前揭註 12，頁 663-665。

文化政策之任務，因此造成國家職能及任務的擴大，此從憲法上與法治國原則及民主要求並列的社會福利國條款(國家方針條款)可以看出此種轉變。此種轉變不但造成規範的額外需求亦大增，也造成傳統干預保留認知下的法律保留無法解決之問題¹⁰¹。

首先，當國家職能擴張(*Erweiterung des staatlichen Wirkungsbereichs*)，人民基本權利的概念範圍亦隨著擴張。法律保留的適用範圍逐漸被認為有增大之必要，以因應人民權利遭受國家公權力威脅而產生的需求。然隨著國家角色積極化及法律保留原則擴大適用的要求，立法部門也逐漸不勝繁重任務之負荷，於是現實面上行政機關的積極主動特質便被迫進一步的發揮作用，大量介入私生活領域。因此法律保留原則慢慢喪失其原本規範目的，「允許授權行政部門」¹⁰²之命題屢遭濫用，肇致行政權逸脫出民主原則要求之危機。故法律保留原則於承認立法者的大量授權為因應多元社會所必要的前提下，針對該等授權條款，不得不加強援引「授權明確性要求」(*Bestimmtheitsgebot*)，以作為其有效監督立法機關的授權規定，並進一步可以控制行政行為之機制。

由司法院大法官歷年來之解釋脈絡觀察，從最初對於行政部門的容任，到接下來普遍嚴格為法律保留及授權明確性之把關，後又透過類型化、層級化之方式，讓行政權於某些特定事務上獲得較多的自主空間。大法官建立所謂「層級化保留體系」(*System des abgestuften Vorbehalts*)¹⁰³，即試圖藉此於

¹⁰¹ Vgl. Fritz Ossenbühl, *Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen*, in: Volkmar Götz/ Hans Hugo Klein/ Christian Stark, *Die Öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985, S. 17.

¹⁰² 法律保留原則本來就不禁止立法者就某些法律保留範圍內之事項得不自行規定而授權行政機關以命令定之。參照許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999年10月初版1刷，頁223。

¹⁰³ 司法院大法官第443號解釋理由書所指：「…至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑

廣泛的授權現實與嚴格法律保留的要求之間取得平衡。從大法官對於授權明確性原則的堅持，可彰顯出行政權之民主正當性基本上必須來自國會授權此一觀念，即以法律授權之傳送帶，為我國行政權民主正當性之來源。

若依照大法官之審查模式推斷，行政權只要得到法律的授權，並且大致上不違反立法精神與目的，其民主正當性往往可獲得證立。然若基於不甚明確的授權條款，便能於法律保留原則之規範密度較為寬鬆之領域下享有極大之自主權限，如此是否即能使行政部門受到有效的規範控制，而真正反映國民意志？仍有可議之處。蓋行政權職能擴張之背景既是立法權無法負擔龐大的國家任務，足見行政權在某種意義上已經取代了立法權的角色，則要求已經必須處理複雜問題的行政行為尚應受到法律的規範性拘束，自有困難。故已有學者認為「由司法院大法官解釋在規範操作上的侷限性可以看出，單憑以法律保留為根基的傳送帶模型，在現實上顯然已經無法為行政權行使的民主正當性提供足夠的說服力¹⁰⁴。」

既然法律保留原則的適用範圍與貫徹程度，會隨著社會脈動不斷更新，以其為民主正當性存立與否認定之行政權，勢必有重新審視之需求。法律保留原則固然仍有其價值，但在即便透過法律授權也無法確保其民主正當性的行政事務日益增多之情況下，必須重新檢視對其之規範控制系統。

法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。…」即一般所稱之層級化法律保留。另可參照吳庚，前揭註 16，頁 103-106。

¹⁰⁴ 參照黃舒凡，前揭註 91，頁 70-71。

第三款 行政權民主正當性基礎之再建構

德國公法學發展出來的行政權民主正當性理論，著重在行政決定「回溯」(zurückführen)機制之建全，認為行政權的民主正當化過程必須富於達成並有效確保國民意志能夠有效影響行政權行使的功能，即看似如同國民透過行政機關行使國家權力。該理論從而依基本法之規定推導出數種創造及傳遞民主正當性的正當化形式，透過其所傳遞之民主正當性的有效性，依德國基本法之規定，即是以行政決策的可回溯性(Zurückführbarkeit)與可負責性(Verantwortbarkeit)為根據¹⁰⁵。依據德國基本法而發展出的民主正當性有三種構成與傳遞形式，其分別為(一)實質、內容的民主正當性(sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation)，(二)組織、人事的民主正當性(organisatorisch-personelle demokratische Legitimation)以及(三)功能與制度的民主正當性(funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation)。此三者並非各自獨立產生作用，而是在基本法民主原則下共同構成有效之民主正當性要素。

(一)實質、內容的民主正當性指國家權力行使之民主正當性必須透過其作成內容與國民意志決定之間的連結而取得。為了讓行政決定能夠回溯至普遍的國民意志，行政部門的權力運作須受到經由國民選舉而取得直接民主正當性的國會所制定之法律的拘束。由此可見，行政權行使之實質、內容的民主正當性即係以「國會中心之正當性」(parlamentszentrierte Legitimation)¹⁰⁶為訴求，所有行政部門的行為至少都要受到法的監督與支配，而此亦與傳統之依

¹⁰⁵ 參照黃舒芃，前揭註91，頁72。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip (§ 24), Rn. 11 ff., in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, S. 429.

¹⁰⁶ Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AÖR 116, 1991, Heft 3, S. 329, 357 ff.

法行政原則要求相符。另外，責任政治與行政一體原則，亦具有確保國會對行政決定內容調控之功能，並賦予其實質、內容的民主正當性。

(二)組織、人事的民主正當性乃在負責執行國家任務之機關構成人員其本身取得與國民意志間，構築一條不間斷的、無漏洞的正當性鏈條 (Legitimationskette)。在德國採取之內閣制下，內閣總理乃經由因國民選舉而取得直接民主正當性的國會議員選舉產生，內閣各部會首長則由內閣總理提名並由總統任命之，各部會首長則認命其下屬公務員。依此層層推遞，使各個國家機關構成人員以國會為中介，取得各自的民主正當性。其被稱為「國民或民選組織各別委任機關構成人員原則」¹⁰⁷。

(三)功能與制度的民主正當性則是指制憲者本身建立具各別功能與機構的立法、行政與司法權，藉此行使人民賦予的國家權力，故其各自均得本其功能，而直接從制憲權獲得民主正當性基礎。此種形式的民主正當性，可防止人民以民主為名而建立國會至上或全面法律保留的一元主義¹⁰⁸。其尚含有不可藉由民主之名而忽視各個功能制度的差異，進而破壞憲法上權力分立秩序之旨。由此可知，功能與制度的民主正當性基於正面肯認行政權功能結構特殊性之立場，證立行政權在憲法權力分立架構底下所直接具有的民主正當性基礎。

上述三種民主正當性形式互具合作 (Zusammenwirken) 與彌補 (Kompensation) 之功用¹⁰⁹，以此則創造出足以因應多元社會背景下行政權所負擔之各種任務型態與不同程度自主權能的彈性。故傳統以依法行政原則為訴求的傳送帶模型不再是唯一回溯傳遞民主正當性之來源，今得依不同事務領域之個別特性調整各種民主正當性所佔之比例，並且不會因法律拘束力之鬆動而

¹⁰⁷ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O.(Fn.105), S. 429.

¹⁰⁸ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O.(Fn.105), S. 429; Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn.106), S. 363 ff.

¹⁰⁹ 此處主要是指實質、內容的民主正當性與組織、人事的民主正當性相互間之合作與彌補。 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O.(Fn.105), S. 429; Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn.106), S. 367 ff.

逸失對行政權之有效控制。

前述德國行政權之實質、內容的民主正當性與組織、人事的民主正當性乃強調以「人民→國會→上級行政機關→下級行政機關」的連結方式，作為國民意志的傳遞路徑。而我國行政權之民主正當性，於憲法本文偏向內閣制之政府體制色彩下，前述「人民→國會→行政機關」的傳遞模式應亦可適用。於以雙首長制為藍本之九七憲改後，由於行政院仍必須依憲法增修條文第3條第1項對立法院負責，則所謂的雙首長制其實可以理解為以類似內閣制的基礎架構，加上民選總統享有部分行政權的混合設計¹¹⁰。如此一來，行政權實質、內容的民主正當性所強調的行政一體及行政部門對國會負責的回溯路徑自仍可適用於我國¹¹¹。而我國對行政院長之任命雖免除立法院行使同意權，然由直接民選之總統行使對行政院長之任命，亦可歸屬於普遍國民意志之回溯，以傳遞組織、人事的民主正當性。此外，功能與制度的民主正當性所認定各國家權力均具備源自於憲法賦予之權限及其民主正當性，於我國司法院大法官會議釋字第3號解釋亦已獲得闡釋¹¹²。則德國行政權民主正當性之傳遞途徑，於我國憲政體制下當可修正適用無虞。

第三項 司法權之民主正當性基礎

我國憲法第77條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」第78條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」第79條規定：「司法院設院長、副院長各一人，由

¹¹⁰ 有將雙首長制劃歸為二元型內閣制者，參照許志雄，立法與行政的分際，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，元照出版，2002年12月初版1刷，頁275。

¹¹¹ 若涉及總統的職權範圍，其民主正當性來源即為人民直接民選，此時對其之民主控制則以權力制衡與對人民負責等機制為之。

¹¹² 司法院大法官會議釋字第3號解釋：「…依憲法第五十三條(行政)、第六十二條(立法)、第七十七條(司法)、第八十三條(考試)、第九十條(監察)等規定建置五院。本憲法原始賦與之職權各於所掌範圍內，為國家最高機關獨立行使職權，相互平等，初無軒輊。…」

總統提名，經監察院同意任命之。(第一項)司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。(第二項)」第171條規定：「法律與憲法抵觸者無效。(第一項)法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。(第二項)」憲法增修條文第5條第4項規定：「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項。」顯然將司法權分為解釋權及審判權。解釋權由司法院大法官行使，乃解釋憲法，統一解釋法律及命令與組成憲法法庭審理政黨違憲解散事項。除此以外之審判權則由各級一般法院行使(含普通法院、專業法院與公務員懲戒委員會)。司法院大法官係行使解釋權之機關，職司解釋憲法與統一解釋法律及命令，有學者稱其為最高憲法維護者與最高法律維護者¹¹³。我國此特設憲法解釋機關兼負統一解釋法律及命令功能之制度，由於大法官不直接掌理民事、刑事及行政訴訟之審判，卻有統一解釋法律及命令之權，故與各終審法院統一法律見解之職權，乃生衝突與重疊¹¹⁴。

撇開上述就憲法解釋權與普通司法權間審查客體劃分之問題討論，本文於此欲著重者，乃司法權行使規範審查權時所涉之民主正當性問題。於美國、日本等違憲審查採非集中制之國家，其規範審查之體系均為由一般法官行使審查權，但我國現行制度與德國、奧地利等多數歐陸國家相同，採集中制(即違憲審查集中由特設之憲法法院、憲法法庭或憲法委員會行使)，則其規範審查之體系就有專設機關與一般法院審查之區別。就我國之規範審查而言，應分為大

¹¹³ 參照蘇永欽，從體系功能觀點談大法官會議的改革方向，收錄於同著者，合憲性控制的理論與實際，月旦出版，1994年5月，頁166-167。

¹¹⁴ 礙於篇幅，本文不就此爭議多作討論，詳細討論參照吳啓賓，解釋權與審判權之司法分工，收錄於最高法院學術研究會編印，解釋權與審判權之分際—最高行政法院學術研究會叢書(十一)，2005年12月，頁95-130。陳愛娥，從司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款的規定出發，探討普通司法權與憲法解釋權的劃分，收錄於最高法院學術研究會編印，解釋權與審判權之分際—最高行政法院學術研究會叢書(十一)，2005年12月，頁215-251。

法官之審查與一般法官之審查(包含普通法院、專業法院法官與公務員懲戒委員會委員)。前者為憲法層次之司法審查(違憲審查)；後者為非憲法層次之司法審查(違法審查)。

另外，在憲法民主原則的指導下，所有國家權力源自於人民，所有國家權力最後應均可回溯至國民意志的表達。故國民應與各種統治性權力機關行使之國家權力有一定之聯繫，即其應具有民主正當性。司法權既係國家權力行使之一環，自與立法權、行政權相同，並無逸脫民主正當性檢視要求之可能。而近代依據德國基本法發展出的民主正當性有三種構成與傳遞形式，即實質、內容的民主正當性；組織、人事的民主正當性；功能與制度的民主正當性，已如前述。本文以下即以此為根基，就司法權之民主正當性基礎，分述如下：

第一款 憲法層次司法審查之民主正當性基礎

(一)於功能與制度的民主正當性部分，須注意者，乃釋憲機關所具有透過規範控制功能之職權，就其權限而言並非能夠完全定位於傳統三權分立之民主體系中。違憲審查權，不只在於平息不同機關間之爭議，更於效力上優於國會之法律，此無疑改變了原先三權分立之平衡，並限制了國會代表的多數國民之主權。換言之，釋憲機關之正當性並非依照透過選舉行為所體現的民意，而乃以其依照憲政國家之機制—作為立法者監督機關之地位加以衡量。此乃對單純民主多數決的不信賴，質言之，其認立法權不僅只於保護，亦有可能危害人民之自由。是以其權力正當性基礎乃另求諸於「憲法優位性」(Vorrang der Verfassung) — 以期達維護客觀國家權力秩序與保障人民基本權利之價值要求¹¹⁵。依此，德國基本法所架構的憲政國家即是透過其基本法第 92 條¹¹⁶所規

¹¹⁵ 參照張志偉，前揭註 91，頁 67-72。同此意旨，參照吳信華，憲法審判機關與立法者，東吳法律學報第 20 卷第 4 期，2009 年 4 月，頁 59-61。另外，美國法上就此則發展出所謂抗多數困境之激論，相關討論參照黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢討，台灣大學法學論叢第 32 卷第 6 期，2003 年 11 月，頁 103-151。

定之憲法法院審判權，取得制度上的正當性。我國司法院大法官則依憲法第 78 條、第 79 條及第 171 條等規定獲得其規範審查權之功能與制度的民主正當性依據。

(二)就組織、人事的民主正當性而言，我國法官的產生可區分為，一般法院的職業法官與司法院大法官。一般法院的職業法官係考試出身、以特定資格為限且不須經立法院同意的資格任命制。司法院大法官則係由行政部門(總統)提名、經立法院同意的政治任命制。二者皆屬任命產生，自不如民選產生的法官般具有直接的民主正當性基礎(例如美國部分州法院的法官)，頂多僅具有依提名與同意之任命程序產生的間接民主正當性基礎。而基於大法官對具直接民主正當性之國會所定之法律，以及政府、行政部門所採措施有審查、非難權(Verwerfungskompetenz)，可謂對國家機關意思之形成具有相當影響力。故對大法官採取有別於一般法院職業法官的選任程序，即由國會、總統與政府等政治部門介入的政治性選任程序¹¹⁷，以補其民主正當性之不足。我國所採者，依據憲法增修條文第 5 條第 1 項之規定，旋為由總統提名，立法院同意任命之政治性選任程序，藉由此二人民直接選舉之憲法機關，賦予大法官雙元之組織、人事的民主正當性基礎。

大法官由於享有固定任期的身份保障，國民無法透過民主程序直接使這些

黃昭元，抗多數困境與司法審查正當性一評 Bickel 教授的司法審查理論，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，元照出版，2002 年 12 月初版 1 刷，頁 301-342。湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於同著者，權力分立新論卷二—違憲審查與動態平衡，元照出版，2005 年 4 月初版 1 刷，頁 1-70。李宗瀚，從 John H. Ely 的代表性補強理論檢討司法違憲審查正當性爭議，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年。

¹¹⁶ GG Art. 92 : Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

¹¹⁷ 關於憲法法官政治性選任程序之相關討論參照許宗力，憲法與政治，收錄於同著者，憲法與法治國行政，元照出版，2007 年 1 月 2 版 1 刷，頁 14-19。

任命產生的大法官去職，似將造成民主正當性傳遞與回溯之阻礙。然而，任期保障之意義一方面固然在於確保大法官免於政治力介入之獨立性，另一方面也在於透過定期改選持續地使其正當性在定期的時代間隔下能夠重新被獲得，此與作為政部門之行政及立法兩權無異，同屬確保其組織、人事的民主正當性之措施。

(三)實質、內容的民主正當性，就司法院大法官作為司法權之一環而言，由於司法權依憲法第 80 條獨立審判之要求，則其欠缺透過責任政治之達成正當性回溯之可能。因此，其主要係透過遵守制憲者制定之憲法或立法機關所制定之法律等合憲法規範之方式獲得其實質、內容的民主正當性。因為釋憲機關本是以解釋、適用憲法為職志，則釋憲權之權限功能係取決於憲法之文本、效力範圍及其解釋上，並以立法者形塑之釋憲制度具體內涵為其權限與程序依據。故若釋憲機關超越了憲法及法律所賦予之權限，逾越了維護憲法優位性之目的一即權力分立的要求與基本權利之保障，其權力自然也會失其正當性¹¹⁸。

第二款 非憲法層次司法審查之民主正當性基礎

(一)於功能與制度的民主正當性部分，各級法院法官之規範審查權在憲法上既乏明文，其正當性乃必須從憲法賦予司法權或法官之任務來加以檢討。司法之概念要訴乃是由受憲法保障其獨立性之法官，於爭訟案件中所為對法之權威性的具體化決定。由此可知憲法乃賦予司法權客觀法律秩序維護與個人權利保障之任務，此則為其功能與制度的民主正當性之來源。

(二)就組織、人事的民主正當性而言，一般法院的職業法官係考試出身、以特定資格為限且不須經立法院同意的資格任命制，其僅具間接之民主正當性。而法官由於享有終身職的身份保障，國民無法透過民主程序直接使這些任命產生的法官去職，故將造成民主正當性傳遞與回溯之阻礙。凡此，皆須其餘

¹¹⁸ 參照張志偉，前揭註 91，頁 58-59、93-96。同此立場，參照陳愛娥，前揭註 62，頁 172。

二種民主正當性來源之補足。

(三)就實質、內容的民主正當性而言，一般法官與大法官同，皆受憲法第80條獨立審判之要求，故欠缺透過責任政治達成正當性回溯之可能。因此，其主要亦係透過遵守制憲者制定之憲法或立法機關所制定之法律等合憲法規範之方式獲得其實質、內容的民主正當性。此亦即所謂依法審判原則之體現。

第四項 不同之一般裁量形式應有不同之制衡強度

自由法治國的憲政理念乃是以憲法與法律來保障人民自由免受國家高權侵害，而法位階理論亦在體現此一精神。即法官係透過就下位規範與上位規範加以比對，決定系爭下位規範是否抵觸上位規範之規範審查方式，達成憲法賦予其客觀法律秩序維護與個人權利保障之任務。於此，客觀法律秩序的維護與個人權利的保障息息相關。蓋法官規範審查權的基礎，乃在於法官有義務僅依據有效的、特別是合憲的法規範而為個案裁判。司法院大法官釋字第371號解釋謂：「…憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務…」即同此意。惟不同之規範階層(法位階)，法官應以如何之方式為規範審查？其究應為相同或不同之規範審查？皆涉不同國家機關間權限及正當性之問題，須更進一步釐清。本文以下即就民主正當性水準之觀點探討不同法位階之規範審查問題：

第一款 不同一般裁量形式具有不同之民主正當性水準

行政命令的訂定是一種兼具法制訂與法適用功能的特殊程序，其也是一般、抽象法規的創設，為行政機關所為實質意義的立法。然其既為行政權之行使，自無法逸脫前述依法行政之範疇，以免遭致民主正當性不足之疑慮。惟行政命令因其是否有法律授權而有不同之法位階產生(詳後述)，則其於不同法位階下，雖皆有功能與制度的民主正當性以及組織、人事的民主正當性傳遞，然就實質、內容的民主正當性而言，其受立法者制定之法之拘束，仍存在高低不

同之民主正當性水準(demokratische Legitimationsniveau)¹¹⁹。此外，於行政機關為法規釋示之情況，由於其為行政機關對法規原意之闡明，故其效力乃等同於各該被闡明之法規視之¹²⁰，且其更因本身法規位階之不同，而有不同之民主正當性水準。

立法者授予行政機關裁量權，我們可以將其理解為同時亦賦予行政機關間接之民主正當性。此種理解，套用在一般裁量，即行政機關以訂定行政命令之方式，抑或以解釋法規之方式為裁量行為時，由於行政命令本身有不同之法位階，故可得出不同之一般裁量形式具不同民主正當性水準之結論。

第二款 不同民主正當性水準應有不同之制衡強度

前述不同之一般裁量形式具有不同民主正當性水準之理解，若置於司法審查中觀察，即涉國家機關間不同民主正當性影響其權限分配之問題¹²¹。一般裁量既兼具立法權之特色，則司法似應尊重立法權授予行政權裁量空間之旨，不應過度干預。然而，一般裁量不脫於行政權之行使，則行政雖藉由對國會負責取得司法所無之間接的實質、內容的民主正當性，惟這種藉由行政上級對下級的指揮監督並由主管部門首長向國會負責所建立起的民主正當性，畢竟不同於國會本身具有的民主正當性水準。因此，司法審查在這裡並不像法律違憲審查一般，必須面臨反多數決的強烈質疑¹²²。加以，立法者於授予行政機關裁量空

¹¹⁹ 民主正當性水準乃指國家各個功能所具民主正當性的質、量程度。

¹²⁰ 此由司法院大法官釋字第 287 號解釋：「…在後之釋示如與在前之釋示不一致時，在前之釋示並非當然錯誤，於後釋示發布前，依前釋示所為之行政處分已確定者，除前釋示確有違法之情形外，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響。…」將法規釋示的時之效力訂在法規生效之日起即可得知。

¹²¹ 民主正當性水準作為權限分配標準之相關討論，參照盛子龍，前揭註 16，頁 130-132。Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn.106), S. 366 f.

¹²² 此處須注意者，乃法規釋示亦可能涉法律層面之問題，由於其民主正當性水準較高，故對其之司法審查仍有反多數決之顧慮存在。而此差別亦會影響對其司法審查之相關討論。

間之時，也同時減弱其對行政之法的監督與支配，即行政權實質、內容的民主正當性亦因而降低。如此一來，司法審查立於司法權之本質，為達成其客觀法律秩序維護與個人權利保障之任務，更有必要對一般裁量為寬嚴適度之審查。另，不同之一般裁量形式具不同之民主正當性水準，而司法權之民主正當性水準也部分取決於立法者，皆已如前述。則司法權於進行行政機關一般裁量之司法審查時，當以其所具民主正當性水準之高低不同而為進退之依據，方符事理。

綜上所述，我們可以得出司法權對行政權所為之一般裁量有審查權，然一般裁量既有不同形式之法位階，具有不同之民主正當性水準，則司法審查對其所為之制衡強度，亦應因而有所不同之結論。

第五節 小結

對行政的監督乃建立在由權力分立生根的制衡觀念上。而德國基本法第 19 條第 4 項規定之有效權利保護也能在行政自主決定的情況下發揮對其制衡之效用，並藉此防止由行政片面的去對人民的自由作決定¹²³。基於人民權利有效保護之本旨，應認為行政法院對於行政裁量仍有審查權，僅在例外之案件才得以限縮行政法院之審查權限。此等討論重點皆圍繞著人民權利保護與權力分立理論。

我國亦有學者認為，裁量之承認程度乃代表是否堅持法治國原理與尊重司法權優位，抑或象徵往行政國家傾斜而剝奪法院之審查權與人民訴訟權。裁量既依法而授與行政，故無逸脫根據之法而享有完全自由之裁量可言。且因行政之判斷與選擇常與國民地位之確保及其權利利益之保障相矛盾，故從法治主義實質保障之觀點而言，為防止行使裁量所生行政權之濫用，則須訴諸有效之司法統制¹²⁴。

是以本文從功能最適之觀點，欲尋求個案裁量中人民權利保護之最佳責任承

¹²³ Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, “Regulierungsermessen” und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, Heft 16, S. 1010.

¹²⁴ 劉宗德，行政裁量之司法審查，收錄於同著者，行政法基本原理，學林文化出版，2000 年初版 2 刷，頁 159。

擔者。基於人民權利有效保護(德國基本法第19條第4項、我國憲法第16條)之立場而言，它突出法院作為法治國有效保護人民權利的中心機制的地位，這意謂著法院就法的確定，相較於一般性的行政機關，其公正周延的程序踐行與法官居於超然、中立的第三者地位，依法獨立審判等特殊功能一結構條件，在憲法制定者的心目中具有優越性。易言之，就具體個案確定並形成法律以保障人民權利的任務而言，初步顯示司法比行政掌握更佳的條件足以作成正確的決定。因此，就個案裁量司法審查中人民權利有效保護之面向而言，法院當為功能最適機關無疑。

於個案裁量中，無論如何，司法審查所欲處理者皆為相同的(依法律授權之)行政權行使。故其都皆為依法行政所拘束，並以此證立其相同之實質、內容的民主正當性。然於一般裁量之情況下，因立法權之下放，使其對行政權之民主正當性控制降低，且此時行政權之行使，於不同程度立法授權之法位階，有不同之民主正當性水準。則反映於一般裁量之司法審查上，自應依不同之法位階而有不同之制衡強度，以確保行政權行使時所應受到不同程度的、寬嚴適切的法之拘束。

傳統行政裁量之司法審查方式有所不足，其於個案裁量中未能突顯人民權利有效保護之面向，於一般裁量中則未能反映出法位階理論之觀點。本文以為，於個案裁量之司法審查中，欲突顯人民及第三人權利保護面向之問題，不應只著重在是否具有訴訟權能之訴訟要件層面討論，而應將視野擴大，將所涉各方人民的權利作為認定行政裁量是否合法時考量的裁量要素之一，方為妥適。亦即行政法院應擔當於審查行政機關是否合法無瑕疵的為裁量時，強化貫徹憲法保障人民基本權意旨之任務，以人民基本權保障之觀點劃出合理的「依法行政」界限。於一般裁量之司法審查中，則應基於不同之民主正當性水準區分其不同之法位階，以不同之制衡強度探究其各該行政命令或法規釋示與其授權法規範或上位法規範之關係，方能真正符合權力分立與制衡之原則。

最後，於現代行政事件中，由於其牽涉人民範圍甚廣，加以行政機關享有裁量空間，須於個案中調和人民間彼此不同甚或相對立之權利狀態，且於必要時更

須為一般裁量以期行政任務順利達成並同時符合平等原則之要求。而基於憲法機關忠誠（Verfassungsorgantreue）之原則¹²⁵，前述個案裁量及一般裁量之司法審查，亦不能過度侵及立法授予行政機關裁量權之意旨，及行政機關行使裁量權之行政目的。本文以下即基前述討論，嘗試對行政裁量如何採取類型化之司法審查提出建議，以求達立法授權意旨、行政目的與人民權利保護之有效平衡。



¹²⁵ 憲法機關在行使各自的權限時，彼此間對於他機關應相互尊重、相互合作，即各憲法機關彼此間權限應有所節制。關於憲法機關忠誠，參照許宗力，前揭註 68，頁 3-32。

第四章 對行政裁量採取類型化司法審查之嘗試

審查(*Kontrolle*)之概念可包括影響及比對¹²⁶，而其原始意涵乃是實然與應然間之比對過程。審查乃是透過比對以確定實然與應然間之關係的過程。依此，審查基準、審查客體及此二者間關係的確定，為基本要素。審查基準與審查客體間之比對及此二者間關係的確定，必須透過審查之程序。另外，現代憲政國家之憲法程序(*Verfassungsprozess*)，可謂為國家目的之實現程序，亦即以將國家目的於社會現實中加以實現為目標之行為過程。國家行為當從資訊處理與意志形成而生，此即「決定」，因而憲法程序乃一決定持續具體化的過程。其以一抽象國家目的為始，至一無法再具體化之國家行為為終。而決定乃在選項中為選擇，其仍受限於一定之條件，此些條件即作出決定所應遵循之基準。是故，一個合理的決定，必須就其可選擇項目與所應遵循之基準加以比對，始得作成。因此，參考前述審查之界定，我們可以說審查乃是一個合理之決定程序的必要存在部分；審查的功能即在於決定作成的合理化。

依此，以行政裁量為客體之司法審查，乃在合理化行政裁量決定。是以前述傳統司法審查不足之問題，亦可能造成對不合理之行政裁量決定無所指摘之不良影響。而對於行政裁量此一審查客體的審查基準之高低拿捏，乃涉行政法院對於案件中行政機關之認事用法之審查範圍與深度，即行政法院之審查密度(*Kontrolldichte*)¹²⁷。至於行政法院之審查密度，乃取決於係爭案件所涉及的基本權利受侵害的強度以及此類侵害在憲法上具有之重要性與對國家社會之

¹²⁶ 影響者乃指支配(domination)、指揮(direction)、限制(limitation)。比對者乃指監督(surveillance)、查核(verification)、核對(collation)。參照翁岳生，前揭註 89，頁 88-90。Walter Krebs, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 5.

¹²⁷ 參照黃錦堂，前揭註 25，頁 2。

發展所造成之影響。則行政裁量類型化之司法審查乃與行政法院對其之審查密度息息相關。而惟有透過對行政裁量為司法審查時其權力間互動之觀察，方能得知如何之類型化標準能適合解決前述問題，以確保行政裁量決定之正確性。依前述討論，於涉行政裁量案件中，法院為保護人民權利之功能最適機關，並且基於有效權利保護之誠命，法院訴訟程序之踐行，亦應以之為指導原則。而若要落實透過法院程序提供人民有效權利保護之規範精神，即必須承認人民享有一個得請求法院為事實上有效審查的權利。此權利於涉行政裁量案件中雖僅為一無瑕疵裁量請求權，然其亦應已足支撐行政法院於司法審查時須以適應現代行政事件類型之司法審查方式，以達保護人民權利之有效性訴求。此外，於行政機關訂定行政命令或對法規為釋示之情況，基於民主正當性之考量，不同之民主正當性水準高低，涉及不同權限間如何相互分配之問題。則對其之司法審查應以如何之方式為之，方能體現此種差異所生之問題，乃為重點。

本文建議對於行政裁量採取類型化之司法審查，即認為行政法院於審查行政機關之裁量權行使時，應針對不同之類型，而有不同之審查方式。由於行政機關於行使裁量權時有其自由空間存在，行政法院無論如何不能對其合目的性作審查，故於此，考量不同之行政裁量類型，行政法院應能也僅能在對其控制之強度不同上，即透過審查密度強弱之區別，體現其對不同行政裁量類型之不同司法審查方式，以達行政裁量決定合理性之確保。故本文對個案裁量之司法審查，乃承接前述突顯人民權利保護之面向提出建議，對一般裁量之司法審查建議則以法位階理論之觀點討論之。另，於晚近學界對行政裁量與不確定法律概念不應二分之主張聲浪下，若著眼於行政裁量與不確定法律概念二者相近似之處觀察，不確定法律概念具體化之司法審查對於行政裁量之司法審查而言，亦有參考價值。此外，現行個案裁量爭訟中之定暫時狀態處分制度，由於個案裁量本質上之特性使然，造成法院為定暫時狀態處分裁定時受有侷限，則其是否真能滿足有效權利保護之要求，殊值探討。

本章首先對個案裁量之司法審查作出建議(第一節)，再提出對一般裁量之司

法審查建議(第二節)。接著從與不確定法律概念司法審查比較之觀點，探詢是否有可供行政裁量司法審查參酌之處，以求得行政與司法權行使適度之平衡(第三節)。最後則於有效權利保護觀點下，附帶討論現行個案裁量爭訟中定暫時狀態處分制度之問題及相關建議(第四節)。

第一節 個案裁量之司法審查—突顯人民權利保護之面向

現代行政事件中，社會生活關係日益複雜密切，私人間利害衝突激增，行政權介入私人生活關係之程度不斷升高拓廣。而基於人民有效權利之要求，行政法院應提供一個有效之程序，使行政法院得為最有效的法的監督。欲對行政行為有效控制，行政法院於司法審查時，須以適應現代行政事件類型特色之司法審查方式為之，方能有效保護人民權利。依此，本文承前所述旋建議對個案裁量應以突顯人民權利保護面向之方式為司法審查。

然而於多方當事人行政關係下(*polygonale Verwaltungsverhältnisse*)，其中牽涉之權利主體(多方相對人)可能立於互相利害相衝突之情況，則向來以行政機關與行政處分相對人兩極之訴訟關係(*zweipolige Prozessverhältnisse*)為基礎而過份強調相對人權利保障之趨勢亦應調整。蓋對於一方相對人權利保障之提高，可能正是以另一方相對人之利益為代價。則此時對所有牽涉其中的權利之有效保護，並非片面透過提高權利保障，而應透過適當分配法院審查重點之方式為之¹²⁸。是以，欲有效調和個案裁量中所涉關係人間之狀態，不能僅一昧主張提高人民權利保護面向，而仍應有不同之細分考量，討論如下：

¹²⁸ 參照陳愛娥，前揭註 59，頁 65-66。Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 34, 1976, S. 236-237. 類似看法 Vgl. Winfried Brohm, a.a.O.(Fn. 49), S. 10.

第一項 雙面關係、三面關係之司法審查

第一款 分類標準

首先，應依對個案裁量中所牽涉對象多寡之角度，將其分類為(一)僅涉為裁量處分之行政機關及受處分之相對人二者之「雙面關係」類型。(此例如：交通違規裁罰處分案件、違反水土保持法報請核准規定裁罰處分案件…等)。以及(二)涉為裁量處分之行政機關、受處分之相對人及其以外之人三者之「三面關係」類型(此例如：建築法上建築許可事件、商標法上商標審定事件…等)。基此分類，於雙面關係類型下，行政法院於司法審查時可著重在行政機關裁量權之行使是否侵害相對人之權利，以如何之考量侵害相對人之權利，侵害相對人之權利以達行政目的是否符合立法授權意旨，即是否為立法者所預見。於三面關係類型下，行政法院之司法審查則應著重在行政機關裁量權行使時，為達成行政目的，對相對人造成之受益或侵害，以及對第三人造成之侵害或受益是否皆均衡，是否妥適調和各方利益，並符合立法者授權意欲之狀態。

而此處所指之第三面，乃指行政機關、相對人以外之所有關係人(亦可以多面關係理解之)。此乃因行政機關及相對人以外之所有人，對於行政機關及相對人而言，即為所謂之第三人。如此之理解，可與附第三人效力之行政處分概念相連結。所謂附第三人效力之行政處分，乃對一人受益而同時對另一人生受益效果之行政處分¹²⁹。此受受益人與受侵益人須處於特定關係中，致受益與侵益互為條件(例如在空間上緊鄰毗連而居或立於互為競業關係等)。且其係指該行政處分實際上對關係人所生之效果而言，即行政機關事實上所為影響所

¹²⁹ 此乃與受益與侵益效果均集中在同一相對人之所謂混合效力之行政處分不同。參照吳庚，前揭註 16，頁 356 以下。

及，而不問其主觀上之意圖¹³⁰。此外，處分效力所及之第三人通常具有程序上當事人或利害關係人之資格，按行政程序之一般原則，主持程序之行政機關應給予陳述意見之機會，允許其閱覽卷宗，並對之送達文書(行政程序法第 23 條、第 46 條、第 106 條等)，乃具有程序法上之實益。

第二款 雙面關係、三面關係之司法審查

基於裁量處分是否牽涉第三人為分類，而依此，於雙面關係案件之司法審查時，不只著眼於行政機關行使裁量權時是否有瑕疵，亦適度將重點放在裁量處分相對人權利受侵害之面向。於三面關係案件之司法審查時(不論係由受侵益之第三人或受侵益之相對人提起訴訟)，則因所涉對象增多，所影響權利關係較複雜，雖此時行政機關通常會被立法者賦予較雙面關係更重之合理考量各方利益之任務，然也正因行政機關於此有較重之任務，自主形塑之空間較大，行政法院自亦應對其為更審慎之審查，以達制衡。此外，基於人民權利有效保護之觀點，此時對於所牽涉之多數利害關係人權利之有效保護，既以行政法院為功能最適機關，則其自然責無旁貸。據此，行政法院應課與行政機關對所涉相對人及各該利害關係人權利間之取捨較高之論證說明義務，透過將各方權利列為行政裁量應衡量之要素，或基於對憲法保障基本權意旨之闡釋，扮演均衡考量各方權利之角色，以較雙面關係案件嚴格之審查密度審查行政機關為裁量決定時是否已適切考量相對人以及各該受影響之第三人之權利。藉由此不同之審查密度，以求兼顧雙面關係案件中人民權利保護之貫徹，並避免於三面關係之案件中犧牲某單方權利而成就他方之缺失。

¹³⁰ 參照李庭熙，論附第三人效力之行政處分，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年，頁 7-12。

第二項 案例評析

第一款 雙面關係

首先，於雙面關係，例如前述整理表編號 54 回饋金事件中，原告主張：「…被告漏未考量『臺北市因地狹人稠而有在山坡地開發建築之需要』及『被告在系爭山坡地上進行市地重劃係為促使原告開發建築』等情節，逕以最高乘積比率核課回饋金，故有「裁量怠惰」之違法。…」而法院表示：「…被告係以回饋金繳交辦法第 5 條第 1 項最高乘積比率 12% 計算原告所應繳回饋金，祇因考量臺北市地狹人稠，須藉付費制度之最高乘積比率，以抑制山坡地之開發速度，且其開發利用之使用強度較其他類別為最高，故被告於 92 年 8 月 8 日公告回饋金乘積比率時，明訂建築案之乘積比率為 12%，應屬合理；且該乘積比率仍係在該辦法第 5 條第 1 項所規定『乘積比率 6% 至 12%』之範圍內，並無違誤，故被告應無『裁量濫用』或『裁量怠惰』之情形，亦至明確。…」行政法院於此對行政機關之主張乃採寬鬆之認定。然行政法院若可就人民權利保護之觀點論證檢視就回饋金繳交辦法第 5 條第 1 項訂定回饋金之計算方式，係考量「應依其開發利用程度之類別，以核定水土保持計畫時之開發面積與其公告現值乘積」而言，行政機關於此處之主張「考量臺北市地狹人稠，須藉付費制度之最高乘積比率，以抑制山坡地之開發速度，且其開發利用之使用強度較其他類別為最高」與原告所主張「臺北市因地狹人稠而有在山坡地開發建築之需要」及「被告在系爭山坡地上進行市地重劃係為促使原告開發建築」，究竟何者之影響力較大，如此則至少對人民權利保護較為周全。（本例由於原告所主張因地狹人稠而有在山坡地開發建築之需要並無法推翻行政機關以提高回饋金達抑制效用之行政目的，且在系爭山坡地上進行市地重劃實乃係為使山坡地上之開發更有規劃，而非單純如原告主張僅係促使原告開發建築，故本例就結果而言應無不同。）

第二款 三面關係

至於三面關係，則舉建築法上鄰人訴訟為例。建築法主要在於維護建築活動之安全，避免因建築物或建築活動對他人造成危害，規定建築物之新建、改建、使用與拆除，均須申請許可或先行報備，主管機關於施工中並得為必要監督措施。都市計畫法則以確保都市有計畫、有秩序地發展，增進土地之合理使用為目的，規定都市計劃之主體、原則、程序等事項。建築法係針對個別具體的建築物與建築活動，都市計畫法則著眼於都市整體與都市各土地使用區，層面並不相同。然此兩者關係密切，蓋建築活動同時受到都市計畫法與建築法之規範，起造人向主管機關申請核發建築許可時，主管機關除審查其建築申請案是否符合建築法之規定外，並應審查其是否符合都市計畫之規定¹³¹。而主管機關發給建築許可，對申請人自屬有利，該許可處分為受益處分。依都市計畫法或建築法之規定，不應發給許可而發給，該許可處分往往會對建築所在地之鄰人造成損害。申請人與鄰人分別就該許可處分之存續與撤銷享有正相反對並互為條件之利益，是為附第三人效力處分之典型。此外，依高雄高等行政法院 93 年度訴字第 264 號判決所指，核發建造執照屬行政機關之裁量處分¹³²。惟於我國建築法上之鄰人訴訟，行政法院審查實務上多停留在鄰人(第三人)究竟得否提起訴訟之層面討論¹³³，較少有三面關係下各方權利調和之意識¹³⁴。故本文於

¹³¹ 參照建築法第三條規定：「本法適用地區如左：一、實施都市計畫地區。…」

¹³² 高雄高等行政法院 93 年度訴字第 264 號判決：「…因本件是否達於核發建造執照之程度，尚待被告依職權就嘉義縣建築管理自治條例第 5 條有關建築線及建築法之相關規定予以調查審認後再據以作成裁量決定，故依行政訴訟法第 200 條第 4 款規定之意旨，原告在請求命被告依照本院判決之法律見解對於原告申請核發建造事件，另作決定部分，為有理由…。」

¹³³ 例如最高行政法院 94 年度判字第 1099 號判決表示：「…建築法第 58 條第 3 款規定：『建築物在施工中，直轄市縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：…三、危害公共安全者。…。』係規範行政機關行為

此僅舉一德國法上實例說明之，以供參考。

在德國關於建築活動的管制上，為了因應住居需要的急速增加，使建築活動得以迅速化進行，以及在減輕行政機關的負擔情況下，將建築活動的事前許可程序改變為備查程序。而在 1994 年 10 月 26 日 Mannheim 高等行政法院的一個決定，即是在如此程序改變的背景下，產生個案裁量三面關係之訴訟。在糾爭案例中¹³⁵，申請人(鄰人)請求建築主管機關依據「免申請建築執照命令」(Baufreistellungsverordnung ; BaufreistVO)¹³⁶第 7 條第 1 項第 2 款規定採取中止措施，並申請假處分。

法院於此案例中表示：「當一依據免申請建築執照命令第 1 條的建築申請案(Vorhaben)¹³⁷違反公法上鄰人保護之規定，且因此涉及之鄰人受保護之利益並非微小時，鄰人請求建築主管機關依據免申請建築執照命令第 7 條第 1 項第 2 款規定採取措施之請求權原則上存在。」其理由為：「…依據免申請建築執照命令第 7 條第 1 項第 2 款規定，當有公共安全或公共秩序之危害時，建築主管機關可以禁止建築之開始或進行。此前提是建築進行有違反公法規定或

之權限，惟其規範意旨，兼有保護可得特定範圍內之建築鄰人生命、身體及財產法益之目的。依上述說明，該特定之鄰人得據以提起行政訴訟法第 5 條規定之課以義務訴訟。…」而其所指摘之原判決並未對原告(鄰人)之主張為實體上判斷。其他建築法上鄰人訴訟之討論，參照吳庚，前揭註 16，頁 358-359。陳敏，前揭註 1，頁 342。

¹³⁴ 有以訴請取締違章建築案件為例，對行政法院實務為調查。其指出實務通常「均認為主管機關有裁量之權限，只有在裁量收縮至零時肯認鄰近土地所有人或居住者有請求主管機關拆除違章建築之主觀公權利。…實務見解對於違章建築取締個案之認定，幾乎從未有裁量縮減至零之案例，與違章建築之現況並不完全相符。」參照廖瑞珍，違章建築取締不作為之行政救濟，中正大學法律學研究所碩士論文，2008 年，頁 112-113。

¹³⁵ Vgl. VGH Mannheim: Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten, NVwZ- RR 1995, Heft 9, S. 490.

¹³⁶ 我國相類似概念如行政院依建築法第 98 條規定：「特種建築物得經行政院之許可，不適用本法全部或一部之規定。」許可國防部令頒之「軍事機關建築物辦理免建築執照及委請地方政府指示(定)建築線注意事項」。

¹³⁷ 此處所指者乃德國法上申請人申請核發建築執照時提出之建築申請，其內涵相當於我國建築法第 30 條所指提出申請書、工程圖樣及說明書之概念。

當該建築申請案非屬依據聯邦建設法典(Baugesetzbuch ; BauGB)¹³⁸第 30 條第 1 項¹³⁹實施建設計畫適用區內之情況。於是該建築主管機關之干預原則上存在裁量空間。當拒否請求不再是無瑕疵裁量時，鄰人要求建築主管機關干預的請求只能被接受。鄰人要求無瑕疵裁量之請求是以其相關之干預基礎亦有鄰人保護之作用為前提。此僅適用於違反使鄰人得到保護及取得公法上防禦權之公法上建築法規之情況。在巴登符騰堡邦建築法規(BadWürttBau0)或是其他較早的相關法規的判決中，儘管有對財產高強度的干預與危害存在，仍採用持續的裁量縮減。…然而，免申請建築執照命令之程序並不能夠完全的遵守此種對干預義務相對高的要求。依據巴登符騰堡邦建築法規第 72 條的 1 項第 3 款的原則，規則制定者對於系爭建築設施依據巴登符騰堡邦建築法規第 51 條將法定的事前許可程序改變為備查程序。透過報備義務的採用，並不表示建築申請案對鄰人並無土地法或建築法上之重要性。此亦可由免申請建築執照命令第 9 條規定之建築許可程序實行的可能性將被保留而得知。建築主管機關在免申請建築執照命令第 7 條第 1 項第 2 款授權阻止建築開始或中斷已開始的建築進行必須被理解為缺乏預防性的事前許可程序的補償。在實行事前許可程序的情

¹³⁸ 聯邦建設法典為聯邦建設法與都市建設促進法之合併，而聯邦建設法之重心即為都市計畫，故聯邦建設法典亦有都市計畫法制之性格。參照李庭熙，前揭註 130，頁 94-96。

¹³⁹ BauGB § 30 : Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans 實施建設計畫適用區內建築申請案之合法性 I. Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ist ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. 該建設計畫與其他的建築法上的法規命令至少單獨或共同對可建地面與地區交通用地的使用方式及程度有所編定，當其並未違反這些規定及開發已確保時，在實施建設計畫適用區內的建築申請案是合法的。(開發首先是指土地與公共道路及供給廢棄設施之連接；進一步的開發設施是指視情況不可或缺的公園、綠地或環境保護設施。土地僅於其開發已確保時方得建造，此使所有法定許可要件成為更嚴格的條件。因為只有在土地開發後方能為實際上合秩序的建築使用。 Vgl. Udo Steiner (Hrsg.)/ Hans-Wolfgang Arndt, Besonderes Verwaltungsrecht: ein Lehrbuch, 8. Aufl. 2006, Rn. 271.)

況，只要鄰人保護規定被違反，無須滿足其他附加條件，建築申請案涉及的鄰人，可無須透過建築主管機關直接以撤銷或異議之方式排除該許可。如此之補償作用僅於不採裁量縮減之高度要求時方能依據免申請建築執照命令第7條第1項第2款規定滿足鄰人利益之保護。尤其是行政機關決定之對象僅在阻止建築開始或使建築終止，而不涉建築內容時。依此，當建築申請案違反公法上鄰人保護之規定，且因此涉及之鄰人受保護之利益並非微小時，鄰人依據免申請建築執照命令第7條第1項第2款規定請求的干預基本上是肯認的。…」

在係爭案例中，法院先認定建築主管機關對是否發動中止命令有裁量權，進而基於鄰人(第三人)保護之角度指出建築申請案對鄰人並非無重要性，是以其進一步認為免申請建築執照命令第7條第1項第2款之中止命令必須被理解為對於事前許可程序欠缺的補償手段。而後則鑑於具有利害關係鄰人利益之考量，如果對於裁量縮減有著過度的要求，中止命令將無法有實效地發揮其補償的機能，故從寬的認定當建築申請案違反公法上鄰人保護之規定，且因此涉及之鄰人受保護之利益並非微小時，鄰人依據免申請建築執照命令第7條第1項第2款規定請求的干預基本上是肯認的。

透過此例，我們可以看出德國法院對三面關係之個案裁量案件，乃基於調和各方利益，且亦有兼顧保障第三人權利之觀點，而以較嚴格的審查去檢視法規對行政機關之授權究竟應為如何之理解，據以判斷行政機關為處分時應以如何之考量為之，以求得理想中立法者授權意欲之狀態，此實為值得我國參考之作法。

第二節 一般裁量之司法審查—強化法位階理論之思考

現代行政事務牽涉甚廣而繁雜，行政機關訂定行政命令之態樣眾多，其對法規之釋示亦所在多有。於現今司法審查實務上，對一般裁量之司法審查普遍來說過於簡略，為確保大幅度變動後的行政權行使時所應受到法之拘束能被貫徹，當須有一有效的、因應現代行政權改變之司法審查方式來作為把關者。而對於一般

裁量為司法審查時，承前述，基於不同法位階民主正當性水準之不同，應有不同之司法審查強度。依此，下述即分別討論法規命令、行政規則、行政釋示與施行細則之司法審查問題。

行政命令以對於行使裁量權訂定參考標準者，為通案化、抽象化之裁量權行使，稱之為一般裁量。於此須釐清者，乃所謂「訂定命令的裁量」，訂定命令的裁量係指行政機關基於法律授權而訂定法規時，對法規命令的內容享有一定的形成權或專業判斷權。此例如山坡地開發利用回饋金繳交辦法即係主管機關行政院農業委員會根據森林法第 48 條之 1 授權訂定¹⁴⁰，為對於具有特定關係（山坡地開發利用關係）之國民所課徵之公法上負擔，關於回饋金繳交義務人、計算方式、繳交時間、期限與程序及其他應遵守事項所為之規定。而與一般裁量所指者乃行政機關將法律中所授予的個案裁量權預先與以一般化、規格化並不相同¹⁴¹。此外，行政釋示乃是行政機關對法規所表示的法律見解，也就是行政機關解釋、適用法規所表示的法律見解。設若行政裁量的行使，乃是解釋、適用法規的一種作用與過程（法律效果的決定與選用），則行政釋示即可以認為係行政裁量解釋、適用的另一種表現形式¹⁴²。由於行政釋示乃以解釋性行政命令方式為之，故亦置於一般裁量之脈絡下討論之。

至於行政機關為了統一立法者對於科技等不能提供明確規定之領域之法規範適用，而針對技術安全、環保有關法律中一些不確定法律概念，所訂定用來具體化法律內容之行政規則，則稱為「規範具體化之行政規則」

¹⁴⁰ 森林法第 48 條之 1 規定：「（第 1 項）為獎勵私人或團體長期造林，政府應設置造林基金；其基金來源如下：…（第 2 款）二、山坡地開發利用者繳交之回饋金。…（第 2 項）前項…第 2 款回饋金應於核發山坡地開發利用許可時通知繳交，其繳交義務人、計算方式、繳交時間、期限與程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。」

¹⁴¹ 參照李建良，前揭註 12，頁 651，註 6。關於訂定命令的裁量之介紹討論，參照許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於同著者，憲法與法治國行政，元照出版，2007 年 1 月 2 版 1 刷，頁 207-248。

¹⁴² 參照李建良，前揭註 12，頁 654。

(normkonkretiesierende Verwaltungsvorschriften)¹⁴³。須注意者乃其與規範釋示之行政規則之區分。解釋規範之行政規則乃為便於法律執行而訂，規範具體化之行政規則卻為法律執行之必要條件。惟一來由於僅在行政機關解釋不確定法律概念並享有判斷餘地時，規範具體化之行政規則方具有特殊的意義，二來因其仍屬一嶄新的、尚未完全定型的概念，故於此處暫不討論。而「替代法律的行政規則」(gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften)¹⁴⁴，則為法律對特定領域全無有關規定，或僅有極為空泛之規定，因此須以行政規則替代所欠缺之法規，作為處理行政事務之依據。其為創設所必要之決定標準，而非對既有之決定標準予以具體化，故亦與規範具體化之行政規則不同。由於其主要存在於給付行政領域，應與給付行政作整體之探討為佳，故於此處亦不多加著墨，先予敘明。



第一項 法規命令、行政規則之司法審查

第一款 分類標準

對於一般裁量之細分，大抵可分為「依法律授權所為」之法規命令及「為執行法律、基於法定職權所為」之行政規則二種分類¹⁴⁵，此乃根據行政機關訂定行政命令時有否法律授權而劃分。依此，亦生其是否有外部效力之不同。雖依照中央法規標準法第 7 條之規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂

¹⁴³ 規範具體化之行政規則乃由德國環境保護法所發展出之概念，相關討論可參照李建良，前揭註 24，頁 167-169。陳雪芳，具體化不確定法律概念之行政規則之司法審查——以醫師法第 25 條相關函釋為中心，東吳大學法律系在職專班法律專業組碩士論文，2008 年。陳愛娥，前揭註 59，頁 73-78。 Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 24 Rn. 9; Franz-Joseph Peine, a.a.O.(Fn. 26), Rn. 158.

¹⁴⁴ 相關討論可參照陳敏，前揭註 1，頁 543-544。 Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 24 Rn. 11, 31.

¹⁴⁵ 參照李建良，個別裁量與一般裁量，月旦法學雜誌第 40 期，1998 年 9 月，頁 23。

定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」於行政程序法施行前，法制上並未要求發布法規命令應明列其法律授權依據，而法律對發布命令之授權通常皆屬概括性質，以至於授權命令與職權命令難分軒輊。實際上亦因無法律授權之場合，行政機關有時亦發布實質上具有法規命令性質之職權命令，而法律有授權規定時，其授權又甚為空泛，以至於造成授權命令與職權命令實質上無顯著差異之現實，亦生職權命令合法性之爭論¹⁴⁶。然行政程序法施行後，該法第四章有關法規命令與行政規則之界定，亦即以發生外部或內部效力為區別基準，相當程度已解決過去學界有關職權命令性質之爭論，過去關於中央法規標準法中，職權命令是否可能同時包括行政規則與法規命令之爭論，已無意義¹⁴⁷。加以職權命令乃當時實然面之問題，行政程序法施行後，應然面既已規定法規命令與行政規則之二分界定，自應努力使實然面回歸應然面。故本文於此處不擬對過去職權命令之爭論闡述，而係將其納入行政程序法施行後之規範體系處理。

法規命令乃由行政機關所制定之有關行政主體與私人間權利義務關係之一般規範，此與只是內部規範之行政規則不同。依行政程序法第 150 條規定，法規命令係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民，就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令係規定有關人民權利義務之事項，應有法律之明確授權，如欠缺此要件則可能發生合法性問題。又法規命令之適用對象為一般人民，故訂定後須經公布始生效力，並應即送立法機關接受其監督（中央法規標準法第 7 條後段）。

而立法者之所以授權法規命令之訂定，乃因若欲立法機關將所有行政事項事先預測制定成法律，特別是（一）須專門技術判斷事項、（二）適應情勢變遷

¹⁴⁶ 參照吳庚，前揭註 16，頁 289-296。

¹⁴⁷ 參照林合民等合著，前揭註 100，頁 178-179。對此，有認單從行政程序法第 174 條之 1 規定以論，難謂職權命令全無存在空間，而加以討論者，參照李建良，前揭註 12，頁 663-665。

迅速而須頻繁修改事項、(三)政治上應中立決定事項及(四)為適合地域特殊性之事項等各種現代行政之施策內容鉅細靡遺地規定於法律，頗有困難，與其法律自己規定，不如由適當行政機關依其專業見解隨時依情況決定，亦即委任行政以命令定之較為妥當¹⁴⁸。

行政規則乃基於行政本源之功能領域而制訂，因此制訂行政規則之權限乃屬於行政之固有權限，發布行政規則之基礎在於組織之權力及行為指導之權力，是故行政規則之制定不須特別之法律授權，若法律就各別之執行機關指示其發布行政規則，一般亦只是權限規範而非授權基礎。因此行政規則之制訂權限，屬行政權而非立法權¹⁴⁹。依行政程序法第 159 條規定，所謂行政規則係指上級機關對下級機關或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生規範效力之一般抽象之規定。行政規則為行政機關所頒布的拘束其內部人員的法規或規律行政體系內部事項之命令，其非規範國家與人民間之關係，不直接對外發生效力，而通常與人民之權利義務並無直接關係¹⁵⁰。

一般裁量中，為執行法律、基於法定職權所為之行政規則，性質上為規範下級機關裁量權行使之行政規則，其不直接適用在一般人民身上，並不發生直接之對外效力，故不得主張行政處分因違反該行政規則而違法¹⁵¹。而其因基於法律適用的平等此一平等原則之要求，故有間接對外效力。此觀臺北高等行政法院 96 年度訴更二字第 156 號判決表示：「…按憲法第 7 條規定：『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。』行政程序法第 6 條規定：『行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。』透過上開平

¹⁴⁸ 參照林合民等合著，前揭註 100，頁 171。

¹⁴⁹ 林合民等合著，前揭註 100，頁 177。

¹⁵⁰ Vgl. Franz-Joseph Peine, a.a.O.(Fn. 26), Rn. 151.

¹⁵¹ 參照洪家殷，行政規則之違反與裁量權之濫用，台灣本土法學雜誌第 5 期，1999 年 12 月，頁 118-122。

等原則之作用，行政機關內部之指令或作業規定具有外部效力，亦即行政機關非有正當理由，作成行政行為時，應依其內部指令或作業規定，對行為相對人不得為差別待遇；相對人亦有要求行政機關依其內部之指令或作業規定，對其為與其他人相同處理之請求權。…」即可明瞭。即行政規則所產生之規範效力乃為行政自我拘束力，而非對人民之他我拘束力，因此人民基本上不受行政規則之拘束，法院亦因同理而不受其拘束。

前述根據行政機關訂定行政命令時有否法律授權而劃分之分類方法，其實可以從另一角度切入觀察。首先，「國家意志」的最高表現方式，即是以透過人民代表同意的法律為之，故法律之支配為憲法國家之基礎¹⁵²。相對於行政權而言，法律有較優越之地位。而法律之支配有三項要素，即法律的法規創造力、法律的優位及法律的保留。法律的法規創造力(rechtssatzschaffende Kraft)係指其自身所內涵之拘束力，係一種以法語句宣示其效力之能力，其乃是法律發揮作用最主要的能力及特性¹⁵³。觀之法規命令與行政規則之不同，並非僅為有無法律授權的形式區別，而是有無「法規創造力」之實質差異。換言之，法規命令的訂定並非用以闡明法律的原意，而是補充法律的不足¹⁵⁴。相對於此，行政規則並無法規創造力，故無對外之拘束力，此也係其僅具有須憑藉平等原則而生的間接效力之原因。

對於此，有基於行政實務上常見之裁罰參考表或處罰標準是否皆可認定為行政程序法所規定之裁量基準此性質認定上之疑義，而主張應併同以形式與實質兩項標準認定其法律屬性者。其認為當裁量標準具備法律授權的依據；授權目的、範圍與內容亦屬明確時，可以認定為法規命令。當裁量標準於形式上欠

¹⁵² Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2004, S. 64. 國家意志者乃一意志以國家之名而透過有權當局表現者。

¹⁵³ 推測此亦係法律(為取得此效力)需要公布之原因。 Vgl. Otto Mayer, a.a.O.(Fn.152), S. 65 ff. 李建良，前揭註 4，頁 291，註 41。

¹⁵⁴ 參照李建良，前揭註 12，頁 655。

缺法律授權時，但其內容是規範行使裁罰權或給付的方式與標準時，基於法律保留原則的考量仍應以法規命令視之。至於形式上不具備法律的授權，內容是行政機關為了補充裁量權所制定的裁量標準，即屬行政程序法所規定的裁量基準¹⁵⁵。此等論述，則可將其理解為併以實質上是否具法規創造力，而非僅以形式上是否有法律授權判斷行政命令屬性之主張者。

第二款 法規命令、行政規則之司法審查

由法規創造力之角度觀察，法規命令係行政機關獲立法者之授權而訂定，從而獲得法規創造力，此原因造成其與行政規則之不同，因而對其二者之司法審查¹⁵⁶，自應以對法規命令較對行政規則寬之審查密度為之方符事理。如此之理解，亦與前述不同民主正當性水準而有不同制衡強度之主張相契合。蓋正因法規命令有行政規則所無之實質、內容民主正當性來源(法律就法規命令訂定之授權)，故其有行政規則所無之法規創造力，因此其司法審查密度亦應較行政規則寬鬆，以符司法機關對立法者具最直接民主正當性之尊重。

而法院於司法審查時，究竟應採取何種審查密度，我們可以參照德國聯邦憲法法院於 1979 年勞工參決法(*Mitbestimmungsgesetz*)一案之判決中揭示之多階審查密度¹⁵⁷：(一)明顯性審查(*Evidenzkontrolle*)、(二)可支持性審查(*Vertretbarkeitskontrolle*)、(三)強烈的內容審查(*intensive Inhaltskontrolle*)等三種寬嚴有別之審查密度。其中(一)明顯性審查乃最

¹⁵⁵ 王志強，前揭註 1，頁 118。同此見解者，認為判斷行政命令是否為法規命令或行政規則，不在於有無法律之授權，應以是否與人民之權利義務發生直接之效果為斷，參照洪家殷，前揭註 45，頁 28。

¹⁵⁶ 我國憲法第 171 條第 1 項及第 172 條明文肯認憲法的優位性及法規範間之位階關係。關於法令之審查權，憲法於第 78 條、第 79 條第 2 項及第 171 條第 2 項等，就大法官之審查權限有明文規定，就各級法院法官命令之審查權，雖乏明文，學說及審判實務上則予肯定。參照翁岳生，論命令違法之審查，憲政思潮第 30 期，1975 年 5 月，頁 115 以下。

¹⁵⁷ BVerfGE 50, 290, 332 f.

寬、最弱者，其惟有當行政機關表現於命令中的評價明顯錯誤、明顯可以反駁或明顯不合乎事理，找不出任何觀點可以支持其最低限度的合法性時，法院始能加諸違法的指摘。(二)可支持性審查之強度甚於前者，法院必須審查命令之內容是否出自合乎事理並且可以支持的判斷。只要行政機關的評價在多種可能合乎事理、可以支持的評價範圍或頻寬內，法院就應予以尊重，不得擅加指摘。(三)強烈的內容審查是最強、最嚴的一種，法院必須對命令內容作具體詳盡的深入分析，如果法院無法確信命令訂定機關的評價是正確的，舉證的不利就應由行政機關負擔。換言之，行政機關欲脫免法院的指摘，必須能毫無疑問的證明其所為評價合乎法律授權的內容、目的與範圍¹⁵⁸。

通常法院選擇最寬之審查密度，主要是著眼於立法者的直接民主正當性。然行政命令的民主正當性不若立法者，故其原則上非可同立法裁量般採行明顯性審查。惟有當某類判斷因素的存在足以彌補行政命令訂定機關相較於立法者所呈現出來的民主正當性的落差時，始有資格享有與立法裁量相同的從寬審查的優遇¹⁵⁹。此乃指例如國會實質參與行政命令內容之形成(國會就行政命令內容保留同意權或廢棄請求權¹⁶⁰)，或立法者要求由專家或反映社會多元利益之代表組成的獨立委員會循一定公開參與程序訂定者而言。觀之一般裁量乃就行政機關行使裁量權所為之統一標準規定，並不具上述補足民主正當性落差之特色，故應無法僅採取明顯性審查之密度為司法審查。

如此，復依前述對法規命令之審查密度應較對行政規則寬之主張，似得出對法規命令之司法審查應適用可支持性審查，而對行政命令則應適用強烈內容審查之結論。然基於強烈內容審查的適用乃在於立法者的規範性指示非常明確，大幅縮減行政機關自由形成的空間，同時又沒有任何一樣支持法院從寬審

¹⁵⁸ 參照許宗力，前揭註 141，頁 241-243。

¹⁵⁹ 參照許宗力，前揭註 141，頁 243。

¹⁶⁰ 此正為我國行政命令所無之監督程序，參照許宗力，論國會對行政命令之監督，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999 年 10 月初版 1 刷，頁 269-300。

查的決定因素存在時之情況。依行政裁量乃源於行政自由性之理念，當無法說服吾人應對任何一種一般裁量態樣採取強烈內容審查之高密度審查。則於此，行政法院對法規命令與行政規則皆僅能採取可支持性審查，或許此正可解釋為何傳統一般裁量司法審查未能對於不同法位階突顯不同審查密度之差別。而也因此，本文主張應於可支持性審查之密度中，因所審查對象究為法規命令或行政規則之不同，仍再區分強弱不同之審查密度，方為妥適。

第三款 案例評析

行使裁量權之統一標準的訂定，如同個案裁量般，亦不得抵觸法律授權之意旨。則行政法院對於一般裁量之合法性控制，應與個案裁量之司法審查同，皆應判斷有無所謂裁量瑕疵¹⁶¹。前述整理表編號 61 判決中：「…新聞局頒布上開裁罰基準(按：行政院新聞局處理衛星廣播電視法罰緩案件裁量基準)，已分別就違反衛星廣播電視法第 36 條、第 37 條、第 38 條、第 40 條等不同情節，訂定不同之處罰額度，復依據其違反次數之多寡等訂定不同之裁罰標準，其除作原則性或一般性裁量準則外，另有例外情形之考量，與法律授權目的尚無抵觸，此有避免各執法人員於相同事件恣意為不同裁量之功能，為協助屬官統一行使裁量權，參諸行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定意旨所為，並非法所不許。從而，行政機關援引上開裁罰基準作成行政處分，亦屬適法，並無違反保律保留原則，新聞局原處分適用該裁罰基準，尚屬合法，合先陳明。…」法院於此對行政規則所為之司法審查，其點出一般裁量同個案裁量般，亦不得違反法律授權目的，即不得抵觸法律授權之意旨。同一判決其後表示「…又『製播標準』(按：衛星廣播電視廣告製播標準)乃衛星廣播電視法第 20 條第 2 項授權主管機關訂定，其內容包括衛星廣播電視廣告定義、內容限制、廣告與節

¹⁶¹ 參照李建良，前揭註 12，頁 659。其指出若行政機關只要將「個案」裁量提升為「通案」裁量權，司法審查的尺度就自動退讓，無異將形成一種「避難至裁量基準」的現象，要非法之所許。

目之區分標準等，並兼顧消費者權益及輔導業者自清自律。核無原告所訴違反依法行政原則或箝制憲法所保障之言論自由可言。…」此則為對法規命令之司法審查。初步觀之，姑不論行政法院於此所為之司法審查究竟是否足夠深入，其於此判決中所表現出對於法規命令之司法審查較對行政規則之司法審查寬鬆之態度，洵屬正確。

相較之下，前述整理表編號 47 水汙染防治法事件之判決中，行政法院對行政規則之司法審查為：「…按首揭環保署…號函訂定之『違反水污染防治法嚴重污染案件罰鍰額度裁量基準』，乃環保署本於中央主管機關之地位，對大量而易於發生之違反行政義務行為，為簡化個案行政裁量，訂頒一致性之行政規則，供下級機關辦理違章案件參考標準，避免專斷或有輕重之差別待遇，是該裁量基準僅就執行母法之細節性、技術性事項加以具體明確規定，尚未逾越立法裁量範圍，行政機關自應予適用。…」無論法院於此所謂立法裁量究何所指，其並未就該裁量基準是否抵觸法律授予裁量權之意旨為審查，且逕以「僅就執行母法之細節性、技術性事項加以具體明確規定」即認其合法，似有審查過度寬鬆之嫌，有待改進。

第二項 行政釋示之司法審查

行政釋示乃指所謂解釋性法規命令與解釋性行政規則。解釋性法規命令例如前舉「山坡地開發利用回饋金繳交辦法」，其係主管機關行政院農業委員會根據森林法第 48 條之 1 授權訂定¹⁶²。而其中關於回饋金繳交義務人之認定，即可認係屬解釋何謂「山坡地開發利用者」之解釋性法規命令。此乃立法者有意授權行政機關解釋之情況。至於解釋性行政規則，則例如對於行政救濟程序

¹⁶² 森林法第 48 條之 1 規定：「(第 1 項) 為獎勵私人或團體長期造林，政府應設置造林基金；其基金來源如下：… (第 2 款) 二、山坡地開發利用者繳交之回饋金。… (第 2 項) 前項…第 2 款回饋金應於核發山坡地開發利用許可時通知繳交，其繳交義務人、計算方式、繳交時間、期限與程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。」

中尚未確定之欠稅案件，應否限制欠稅人出境之問題，財政部函釋就限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法第2條第3項所定對於第1項所稱之個人或營利事業，欠繳應納稅捐或關稅，在行政救濟程序終結前，個人在新臺幣75萬元以上，營利事業在新臺幣150萬元以上者，稅捐稽徵機關或海關「於如何之要件下」「得」報請財政部函請境管局限制出境所為之釋示¹⁶³。此則為立法者雖未有意授權行政機關為解釋，然行政機關於行使裁量權時，仍對於授權法規為解釋，而與立法者有意授權解釋不同¹⁶⁴。

法官於具體個案適用法規範時，為明確所應適用之法規範的意義，法律解釋為通常首要的步驟。而若所應適用之法規範，主管機關於其職掌範圍內對之已有釋示，法官是否應該受其行政釋示之拘束，則為重點。司法院大法官會議釋字第137號解釋¹⁶⁵認為：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有

¹⁶³ 限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法第2條：「(第1項)在中華民國境內居住之個人或在中華民國境內之營利事業，其已確定之應納稅捐或關稅逾法定繳納期限尚未繳納，其欠繳稅款及已確定之罰鍰單計或合計，個人在新台幣五十萬元以上，營利事業在新台幣一百萬元以上者，由稅捐稽徵機關或海關報請財政部函請內政部入出境管理局限制該欠稅人或欠稅營利事業負責人出境。…(第3項)第一項所稱之個人或營利事業，欠繳應納稅捐或關稅，在行政救濟程序終結前，個人在新台幣七十五萬元以上，營利事業在新台幣一百五十萬元以上者，稅捐稽徵機關或海關得報請財政部函請內政部入出境管理局限制該欠稅人或欠稅營利事業負責人出境。」財政部85年8月15日台財稅第851915036號函釋：「對於已提起行政救濟之欠稅案件，究應否限制欠稅人出境，重行核釋處理原則，說明：個人或營利事業欠繳應納稅捐，而提起行政救濟者，在行政救濟終結前，原則上應免予限制該欠稅人或欠稅營利事業負責人出境，但有左列情形之一，且合於『限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法』第二條第三項規定之限制出境標準者，應予限制出境：(一) 納稅義務人經復查決定仍有應納稅額，而未繳納半數或提供相當擔保而提起訴願，經審酌確有限制出境之必要者。(二) …。」

¹⁶⁴ 此外，亦有立法者雖無授權解釋之意，然確有授權裁量行使，則行政機關藉裁量行使之授權，且基於裁量行使之必要而為解釋之情況。

¹⁶⁵ 附帶一提者，本件解釋係監察院因司法行政部對高等法院暨其所屬法院所為行政釋示，法官是否得逕行排斥而不用，發生疑義，聲請解釋。而由於監察院申請解釋之行政釋示並非一般行政機關之釋示，乃對法官有行政監督權的司法行政部所為，難免對實務界出身之大法官有遷就現實之影響。本號解釋剖析可參照翁岳生，前揭註89，頁

關法規釋示之行政命令，故未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」亦即法官對各機關的法規釋示之行政命令，有實質之審查權。另，司法院大法官會議釋字第 216 號解釋，針對性質上屬行政規則之各機關就有關法規為釋示之行政命令，認為法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。亦有學者對此表示¹⁶⁶：「法規本身與法規之釋示顯然有別，嚴格而言，法規釋示不能視為行政命令，祇是表示各機關對法規之見解而已，大法官會議在此（按：司法院大法官會議釋字第 137 號解釋）不要求與行政機關之釋示見解不同之法官，依法聲請司法院解釋，反而承認法官得審查釋示是否合法，……確認法官在法律見解上具有優位之地位。故不論法規釋示是否屬於行政命令，大法官會議已充分顯示，……採循各國憲法明示或暗示普通法院有命令審查權之憲政思潮，給予我國法官命令違法審查之意願。」除指出法官對行政示適的合法性有審查權外，更點出行政釋示與法規命令性質上之不同。

若從法規創造力之角度觀察，行政釋示係闡明法律之原意，只是法規內容的具體化，基本上不具補充或創設法規的作用，而不具法規創造力，故其與被解釋的法規或法規命令本身不同¹⁶⁷。則前述實務及學界見解，認為行政釋示對法院不具拘束力，乃正確之認定，蓋其不具法規創造力，自無法之支配力以限制依法審判之法官。此亦乃依司法院大法官會議釋字第 38 號解釋之意涵反面推出與憲法或法律相抵觸之無效規章，法官得逕行排斥而不用之結論，進而以其為「法官審判案件對於行政釋示認與憲法或法律有違者，可以拒絕適用」之理據的作法可議之因。蓋行政釋示既屬主管機關對法規見解之闡釋，本即非法官裁判應適用之一般規範，其即便合法合憲，因其僅屬一種法律見解，並無法規創造力，法官當然不受拘束。亦無必要以命令違法違憲審查予以審查，以決

97-100。

¹⁶⁶ 翁岳生，前揭註 156，頁 121。

¹⁶⁷ 參照李建良，前揭註 12，頁 655。

定是否受其拘束之理¹⁶⁸。惟行政釋示雖對法官並無拘束力，法官仍須予注意，並可予以援用，自不待言。

而依此推論，若謂法官不受行政釋示之拘束，則行政機關以行政釋示之方式對行政裁量表現的法律見解，應亦不能拘束法官，是以法官自可對其為完全之司法審查。依此則似可得出法官對行政裁量得為完全審查之結論，而與學理上行政裁量司法審查有限性之主張相矛盾。

對此，本文認為，重點應在於行政裁量之本質特性，而非在行政釋示之形式，即法官對於行政裁量之審查界限，亦構成其對行政釋示之審查界限。此外，由於行政釋示其形式上仍屬解釋性之法規命令或行政規則，屬非對具體個案所為之行政行為，故行政機關以行政釋示之方式對行政裁量表現的法律見解，亦乃一對行政機關行使裁量權之抽象化、通案化之表示，應等同一般裁量視之。故對其之司法審查，自應回歸一般裁量之司法審查討論方是。而行政釋示依有無法律授權雖有法規命令或行政規則不同形式之不同法位階，有不同之民主正當性水準，然其實質上並無法規創造力，故並無所謂法之支配。則此時不同民主正當性水準之差別並無反應於外，並無因而對司法權之行使有影響。因此，法院對其所為之司法審查，無再以不同民主正當性水準而異其審查密度之必要，概皆以類似不具法規創造力之行政規則司法審查之強度為之即可。

依此，臺北高等行政法院 97 年度訴字第 352 號判決：「山坡地開發利用回饋金繳交辦法係主管機關行政院農業委員會根據森林法第 48 條之 1 授權訂定，為對於具有特定關係（山坡地開發利用關係）之國民所課徵之公法上負擔，關於回饋金繳交義務人、計算方式、繳交時間、期限與程序及其他應遵守事項所為細節性、技術性之統一規定，經核並未逾越母法之授權範圍。」法院於此

¹⁶⁸ 司法院大法官會議釋字第 38 號解釋：「憲法第八十條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章均行排斥而不用。…」相關討論，參照林子儀，審判獨立與行政釋示—法官是否應受主管機關釋示之拘束？，收錄於葉俊榮主編，法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界，元照出版，2009 年 1 月初版 1 刷，頁 75。

並未就行政釋示為實質審查，亦未就授權目的為探尋，即泛言並未逾越母法之授權範圍，似嫌草率。

最高行政法院 98 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議理由中表示：「稽徵機關核實認定個人之所得，原則上優先於以推計方法核定個人之所得。是稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人如提示有關各種證明所得額之帳簿、文據供核者，稽徵機關應核實認定，而不得逕行推計核定個人之所得（所得稅法第 83 條第 1 項前段參照）。惟個人出售房屋未申報，或雖已申報但未能提出證明文件者，納稅義務人於稽徵機關通知進行調查或復查時仍未提示有關各種證明所得額之帳簿、文據供核時，依所得稅法第 83 條第 1 項後段、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定，稽徵機關即已依法取得如何核定其所得額之裁量權，並得依財政部核定標準核定其個人財產交易所得，不再受核實認定優先原則之拘束。惟查財政部台財稅字第 790367340 號函釋略謂『查現行所得稅法第 83 條第 3 項既已刪除不得提出異議之規定，營利事業於行政救濟時，如已提示符合法令意旨規定之帳簿及文據，申請查帳核定者，稽徵機關應予受理，以符修法意旨。』該函釋之理由雖有未洽，但財稅主管機關既已依職權將稽徵機關上開法定裁量權限縮為零，行政法院自應予尊重。」法院於此對於行政釋示所採之理由雖存有疑義，然仍未表示其法律見解，予以判斷究竟有無影響其合法性，即驟言行政法院對其自應尊重，實屬未為審查，應非妥適。

相對於此，司法院大法官釋字第 337 號解釋乃對行政機關就法律授權行使裁量權（就漏稅行為所為之處罰）所為之行政釋示，以與立法授權意旨不符，宣告違憲。該號解釋理由書指出：「違反稅法之處罰，有因逃漏稅捐而予處罰者，亦有因違反稅法上之作為或不作為義務而予處罰者，營業稅法第五十一條第一項本文規定：『納稅義務人有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍至二十倍罰鍰，並得停止其營業。』依其意旨，乃係就漏稅行為所為之處罰規定，因之，對同條項第五款之『虛報進項稅額者』加以處罰，自應以有此行為，並因而發生漏稅之事實為處罰要件，此與稅捐稽徵法第四十四條僅

以未給付或未取得憑證為處罰要件，不論其有無虛報進項稅額並漏稅之事實者，尚有不同。財政部七十六年五月六日臺財稅字第七六三七三七六號函未明示上述意旨，對於有進貨事實之營業人，不論是否有虛報進項稅額，並因而逃漏稅款，概依首開條款處罰，其與該條款意旨不符部分有違憲法保障人民權利之意旨，應不再援用。至營業稅法第五十一條之處罰，乃在防止漏稅，以達正確課稅之目的，其處罰標準，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸。」大法官於此乃先對立法授權意旨為闡釋，並進而對行政釋示所為之解釋認定有違憲法保障人民權利之意旨，屬有實質並較嚴謹之審查，實值效仿。

此外，值得一提者，乃大法官將行政釋示納入違憲審查之範圍，因其可以對行政機關的法律見解進行違憲審查，將有僭越各級法院命令審查權之疑慮，故生行政釋示違法審查與違憲審查之區分問題。對此，由於解釋性的規範(行政釋示)不能超出被解釋規範的內涵，故行政釋示之司法控制，其重點乃在於審究行政機關是否正確地解釋及闡明法規意旨。從規範階層理論之觀點而言，命令牴觸法律者，構成違法，但未必涉及憲法規範，因此也未必構成違憲。故大法官於為行政釋示之審查時，應較一般法官保留，將各行政機關解釋、適用法律之合法性控制職責，留給一般法院法官，並尊重之。僅於行政釋示涉是否牴觸憲法之審查時(例如涉重大憲法基本原則、對人民基本權利產生重大影響等)，方由大法官擔當把關者之角色¹⁶⁹。

第三項 施行細則之司法審查

至於我國行政實務上常見的施行細則，則為具有法律授權行政機關訂定之法規命令。施行細則中亦不乏涉行政裁量權之行使者，例如公平交易法施行細則第 36 條規定：「依本法量處罰緩時，應審酌一切情狀，並注意下列事項：一、

¹⁶⁹ 參照李建良，前揭註 12，頁 656-657。其並指出，大法官在審查行政釋示的合憲性上，所面臨與各級法院「分工」問題，類同於大法官以「釋憲權」審查判例或決議而面臨與終審法院「釋法權」的分工及分界的難題。

違法行為之動機、目的及預期之不當利益。二、違法行為對交易秩序之危害程度。三、違法行為危害交易秩序之持續期間。四、因違法行為所得利益。五、事業之規模、經營狀況及其市場地位。六、違法類型曾否經中央主管機關導正或警示。七、以往違法類型、次數、間隔時間及所受處罰。八、違法後悛悔實據及配合調查等態度。」即為行使裁量權時之參考標準。另外，專門職業及技術人員轉任公務人員條例第 10 條授權考試院訂定施行細則，考試院則發布專技轉任條例施行細則，其中第 2 條 2 項規定：「本條例第四條第二項所稱專門職業及技術人員得轉任公務人員之考試類科及適用職系，由銓敘部與考選部依近年公務人員相關考試錄取情形及用人機關需要會同定之，指銓敘部與考選部應會同訂定專門職業及技術人員考試及格人員得轉任公務人員考試類科適用職系對照表，並於每年或間年，依最近三年公務人員相關考試錄取情形及用人機關需要，檢討修正之。」此即考試院對立法者授予其就「專門職業及技術人員得轉任公務人員之考試類科、考試等級及適用職系」之裁量權所為之規定。此種施行細則之規定雖有法律授權，故實務上普遍將其視為法規命令，然觀諸其授權法皆僅規定「本條例施行細則，由考試院定之」寥寥數語，則其民主正當性水準似仍難與一般法規命令等同視之，而其有無補充法律不足之法規創造力亦值懷疑。故亦有將其稱為「非真正之法規命令」者，即是著眼於其並不如同一般法規命令般真正具有法規創造力¹⁷⁰。因此，對施行細則之司法審查，本文認為應以類似不具法規創造力之行政規則司法審查之強度為之¹⁷¹。

臺北高等行政法院 90 年度訴字第 169 號判決表示：「…『法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟

¹⁷⁰ 參照李建良，前揭註 4，頁 302。

¹⁷¹ 值得一提者，若就施行細則之立法廣泛授權，及其亦生外部效果之點著眼，其實與無授權之職權命令相去不遠。故若欲將職權命令納入討論範疇，則似亦可與施行細則為相同處理。

其內容不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則』。司法院大法官會議釋字第三六七號解釋理由著有明文，同院釋字第二六八號、第二七四號、第三一三號及第三六〇號解釋亦分別闡釋甚明。同理，行政機關在制訂施行細則或依職權發布解釋令之外，於個案解釋適用法律或其施行細則時，無論其解釋適用方法是否已累積成行政慣例，亦均不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。」此判決正確指出概括授權所定之施行細則未必具有法規創造力，且於用語間亦不難看出法院將施行細則與未經法律授權之行政規則類同看待。

第四項 小結

基於合理化行政裁量決定之要求，行政裁量之司法審查，應以因應現代行政事件之司法審查方式為之。本文對於個案裁量之司法審查，建議以突顯人民權利保護面向之考量，依裁量處分是否牽涉第三人，將其分類為雙面關係及三面關係。於雙面關係案件之司法審查時，不只著眼於行政機關行使裁量權時是否有瑕疵，亦適度將重點放在裁量處分相對人權利受侵害之面向。於三面關係案件之司法審查時，因所涉對象增多，所影響權利關係較複雜，行政法院基於人民權利有效保護之觀點，自應以較雙面關係案件嚴格之審查密度審查行政機關為裁量決定時是否已適切考量相對人以及各該受影響之第三人之權利，以達制衡。藉由此不同之審查密度，以求兼顧雙面關係案件中人民權利保護之貫徹，並避免於三面關係之案件中犧牲某單方權利而成就他方之缺失。

對於一般裁量之司法審查，為確保行政權於現代行政事件中之行使仍能受到有效之法拘束，建議以強化法位階理論及民主正當性水準思考之面相，依是否有法律授權及法規創造力，將法規命令及行政規則之位階區分納入考量。參考德國三種審查密度下，由於欠缺採取明顯性審查及強烈內容審查之因素，故建議於可支持性審查之密度中，因所審查對象究為法規命令或行政規則之不

同，再區分強弱不同之審查密度。另，形式上仍等同一般裁量之行政釋示，由於其不具法規創造力，不同民主正當性水準之差別並無反應於外，則對於其之司法審查，無再以不同民主正當性水準而異其審查密度之必要，概皆以類似不具法規創造力之行政規則司法審查之強度為之即可。最後，就行政實務上常見經立法者概括授權訂定之施行細則，其民主正當性水準似仍難與一般法規命令等同視之，故對施行細則之司法審查亦應以類似不具法規創造力之行政規則司法審查之強度為之。

行政法院於為涉行政裁量案件之司法審查時，應先探詢該行政裁量案件有否行政機關之一般裁量，若有，應先對該一般裁量為審查，於肯認其合法可茲適用後，方進入個案裁量之司法審查。於審查個案裁量時，應審究該行政機關為裁量決定時是否應依循或是否有依循該一般裁量，及該個案裁量是否合法之審查。惟對一般裁量之司法審查是否應有如個案裁量般之分類？本文認為，若立法者於授權規定中已意含調和三面關係之旨，則於一般裁量之司法審查時，自己於授權意旨之考量中衡酌，而後復須經個案裁量司法審查之審究。然若立法者無於授權規定中意含調和三面關係之旨，或係涉雙面關係之事件，則於一般裁量之司法審查中亦無法以此對其指摘，故終究仍須回歸個案裁量時就個案判斷定奪之。依此，究屬涉雙面或三面關係，應以個案裁量時分類審查即足，無須於一般裁量之司法審查時加以區分。

至於行政法院對行政機關為裁量決定時，對法定要件、程序規定之遵守、所為之事實認定、法規解釋與適用及涵攝之過程等步驟，對其之司法審查應持如何之立場？首先，於法定要件、程序規定之部分自應為完全審查，固無疑問。然就事實認定、法規解釋與適用及涵攝之過程等可能影響行政機關行使裁量權之因素，對其之司法審查，是否應與各該對行政裁量之司法審查合併考量？或者係即使此等步驟有誤，因其仍非屬裁量瑕疵，而僅為一般違法之問題，故對其應為完全審查？此問題本文之初步觀點為，即既然對行政裁量之司法審查採取如何之密度乃涉權力間之相互調配，則行政機關所為裁量權之行使，其乃一

由事實認定到法規解釋與適用並涵攝之整體決定過程，似不宜將其劃分對待。惟此問題仍有許多面向須再分析討論，故本文於此並不嘗試做出結論，留待後續深究。

此外，有學者指出：「…行政法院對於法治主義的堅持，帶有非常強烈的形式法治主義色彩，對於法治主義的認知，在於強調依法(律)而治，純從形式的角度來論斷行政命令的合法性與合憲性，而鮮少從實質的立法目的或管制功能加以論理。若從實質法治主義的觀點來檢視(最高)行政法院的審查違法行政命令的判決，行政法院顯然必須再加強實質論證，從人民基本權利的內涵與要求，來非難這些逾越法律授權或增加母法所無限制之違法行政命令¹⁷²。」此對最高行政法院違法行政命令審查趨勢之觀察，於前述一般裁量案件中亦可看出些許端倪，尤其是行政實務上施行細則之情況多見，然於司法審查實務上卻甚少有對其為著墨者。是以行政法院加強其實質審查及論證說理，乃另一須努力改進之課題。

第三節 比較並參酌不確定法律概念之司法審查方式

現今所謂行政裁量與不確定法律概念皆是緣於行政自由性而來，即立法者於法律效果中，使用得為之規定方式，藉以賦予行政機關法律效果的發生與選擇之裁量空間；於法律構成要件中則不採取完全明確之規定方式，而使用不確定法律概念，以涵蓋多元複雜之社會事實。行政裁量與不確定法律概念此二者於傳統討論上之區分及其相應之司法審查問題，有質的區別說、量的區別說及無區別說等主張。於我國行政法院審查實務上，早期對裁量與不確定法律概念未加以區別，後經國內學說及司法院大法官解釋之影響，行政法院實務則採區分行政裁量與不確定法律概念而各自為不同之論述處理方式，皆已如前述。

而基於我國實務上多數所採質的區別說，對於行政裁量此一法律效果之裁

¹⁷² 參照葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢，人文及社會科學集刊，14卷4期，2002年12月，頁552。

決，其屬意志活動，原則上僅生不當的問題，除有所謂裁量瑕疵的情形外，行政法院不得加以審查；相對而言，對於不確定法律概念此一構成要件之判斷，其屬認識活動，行政法院原則上得以審查，惟於部分例外情形，行政機關享有判斷餘地，行政法院應予以尊重。然而，依前所述，晚近有學者表示，基於行政實務上行政裁量與不確定法律概念二者並非可完全截然劃分之現象（例如於法律條文中常有兼具不確定法律概念與行政裁量之混合式構成要件或聯結式規定），因而主張應著重在行政決定的合法性審查，亦即審究其是否合乎法定要件、授權意旨及其他一般法律原則，至於究屬行政裁量或不確定法律概念則無須探究¹⁷³。依此觀察，傳統的區分理論是否妥適，本有再檢討之空間。

鑑於傳統區分理論有其缺失，而有行政裁量或不確定法律概念一體視之之呼籲。依此，本文以下即先檢視行政裁量與不確定法律概念之近似性，而其間若具近似性，目前所發展出對不確定法律概念之司法審查相關討論，亦可有一定之貢獻。故進一步分析不確定法律概念之司法審查是否能對行政裁量之司法審查有所啟發或有值得參考之處。

第一項 行政裁量與不確定法律概念之近似性

前述不確定法律概念與行政裁量在構成要件及法律效果面之區分，看似清晰，事實上，在有些情況下，同一立法目標既可透過構成要件的設定，亦可透過法律效果的設定來實現¹⁷⁴。然某些法律上的要點究應置於構成要件或法律效果，往往繫諸立法技術上之考量，而非事理上之必然¹⁷⁵。依此，如果裁量概念與不確定法律概念於某些情形可以互換地使用，亦即立法者為達一定目的，可以選擇性地使用裁量概念或不確定法律概念，那麼此二者之區別將被相對化。

例如「於民族健康受到危害時，得命預防接種」乃一裁量規範類型，然其亦可

¹⁷³ 參照李建良等合著，前揭註 13，頁 137-139。

¹⁷⁴ Vgl. Hartmut Mauer, a.a.O.(Fn. 3), § 7 Rn. 51.

¹⁷⁵ 參照葉俊榮，前揭註 6，頁 77。

將裁量移置於構成要件層面規定為「於民族健康受到危害，且預防接種可望有效者，行政機關應命預防接種」，且此二者在適用上並無差別¹⁷⁶。

此外，亦有學者指出：「行政裁量與不確定法律概念的真正意旨，應是選擇與判斷，故檢視、解讀在法律的規定，何者為授予裁量，何者為法律要件中的不確定法律概念，便不能單從法條文義觀察，而必須瞭解其真實含意。換言之，在法規中存在有所謂的『假構成要件』。最典型的例子是，法條中常見的『必要時，得』的規範模式。從法條的構造觀之，『必要時』確實是被放在構成要件中，內容亦極不確定。不過，實際上，必要時的解釋、適用，並非純粹的『判斷』問題，而是是否採取行動的『選擇問題』。行政機關除了必須對具體事實情況有所瞭解、掌握外，對於是否採取行動的抉擇，亦含納在『必要時』中。因此，若以此例質疑行政裁量與不確定法律概念的二元區分，則非確論¹⁷⁷。」其於此處不拘泥於構成要件與法律效果二分之爭，而是從行政行為過程著眼觀察，認為行政裁量與不確定法律概念二者於某程度上仍相同，即其皆為立法者授予選擇與判斷權之主張，與「不論是法律的解釋與適用或行政裁量，都必須『認定』與『決定』，因此不能以『認識』與『意志』而區分法律概念的適用與裁量¹⁷⁸」之理解相似。例如礦業法第 7 條第 1 項規定：「礦區之地面水平面積，以二公頃至二百五十公頃為限。但因礦之合理開發需要，經主管機關派員勘查，『認為必要時』，得增加至五百公頃。」即係於法律構成要件中使用屬於授權行政機關斟酌、裁量之用語。

我國實務上亦曾有出現認為構成要件與法律效果均可能存有不確定法律概念者，例如臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2049 號判決即表示：「不確定

¹⁷⁶ 參照張桐銳，從「判斷餘地」理論談司法審查的界限，憲政時代第 20 卷第 3 期，1995 年 1 月，頁 72。惟亦不乏反對此立法技術上可互換性主張之論者，相關介紹參照盛子龍，前揭註 16，頁 75-77。

¹⁷⁷ 李建良，前揭註 12，頁 651 註 3。

¹⁷⁸ 張桐銳，前揭註 176，頁 70-71。

法律概念無論表現於法條之構成要件部分或法律效果部分，多義性的特質，經行政機關詮釋或涵攝之結果均僅有一種屬於正確，並具有合法性，行政法院原則上固得為合法性之監督，行政機關如有判斷逾越或濫用之情事，自應予以糾正…。」即為適例。

其實，對不確定法律概念之判斷，除非法律規定及其案件類型已十分精確至只有一完全特定的方向得被確定，否則行政部門便存有評價的任務。而判斷餘地之所以被提出，往往係因為其含有評價性因素存在，而非該判斷具有唯一正確不能動搖的內容¹⁷⁹。則不確定法律概念的具體化並非始終均可透過法律解釋的方法找到唯一正確的答案，也因此其與行政裁量同時存有數個正確答案並無不同¹⁸⁰，惟大部分實務見解皆未查於此。另外，裁量空間與判斷餘地具有結構上共通性，即行政自主餘地(*Verwaltungsspielräume*)，其目的皆在於開放規範之具體化(*Konkretisierung offener Normen*)，其皆伴隨評價性之利益權衡(*wertende Abwägung*)，且其皆具有十分一致的瑕疵類型特徵¹⁸¹。

綜合上述幾點觀之，只要是行政決定，就會有判斷與決定之過程。不確定法律概念之判斷餘地與行政裁量均涉及行政部門於判斷與決定過程中對於開放性法規之具體化，皆包含評價性的衡量之因素，二者於錯誤類型之主要結構亦相一致，可謂有一定程度之近似性。而由於其近似性，目前所發展出對不確定法律概念堪稱穩定之司法審查相關討論，應可對現行行政裁量之司法審查有所啟發方是。以下本文即以此為前提，討論不確定法律概念司法審查供行政裁量司法審查參考之可能。

¹⁷⁹ 參照黃錦堂，前揭註 25，頁 52。

¹⁸⁰ 相同意旨，參照翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，收錄於同著者，法治國家之行政法與司法，元照出版，2009 年 1 月 2 版 1 刷，頁 90。

¹⁸¹ Vgl. Hans J. Wolff/ Otto Bachof/ Rolf Stober, a.a.O.(Fn. 2), § 31 Rn. 63.

第二項 不確定法律概念司法審查之啟發

第一款 不確定法律概念具體化之司法審查方式

在行政法學上，早期學者大多認為行政機關對於不確定法律概念的解釋與適用，在性質上屬於認識作用，不容有選擇或裁量的餘地，故應受行政法院完全的審查。然不確定法律概念具有多義性，解釋上自然會有許多不同的涵義，且其除可透過知覺、認識或推論理解之「經驗概念」¹⁸²外，尚有必須採取評價之態度始能理解之所謂「規範概念」¹⁸³，在適用上自難跳脫價值判斷或利益衡量，則其是否真宜由法院為完全審查，頗有疑義。此外，基於憲法之功能最適觀點，行政法院僅能審查行政機關之決定是否合法，而非以其本身之見解取代行政機關之判斷，行政法院如不能推翻行政機關所為之估測，則應接受其結果。依此，便有對於不確定法律概念之解釋與適用，行政機關有判斷餘地，使之不受法院的審查之主張¹⁸⁴。

至於判斷餘地存在範圍之認定，法官不僅應考慮立法者是否有透過不確定法律概念授權行政機關為最後決定之意思，亦必須斟酌憲法上對於適當功能領域劃分之基本決定。學界有提出依權利保障需求的程度、程序保障的考慮、決定主體之特別的組織結構、特別決定狀況的考慮及專業的考慮等因素作為判斷

¹⁸² 經驗概念(empirische Begriffe)亦稱描述概念(descriptive Begriffe)，係以具有可供一般人經驗或感官加以判斷之客體(狀態)為對象，涉及吾人掌握、知覺或經驗之狀況或事件。法律適用者可以在具體事件中，根據單純之知覺而理解經驗概念，惟有時亦可根據特定之經驗而為推論。參照陳敏，前揭註 1，頁 194。陳雪芳，前揭註 143，頁 12。

¹⁸³ 規範概念(normative Begriffe)亦稱須填補價值之概念(wertausfüllungsbedürftige Begriffe)，因欠缺與真實事物之關聯，法律適用者必須採取評價之態度，始能認識其意義，而非僅為單純之知覺、認識或推論。參照陳敏，前揭註 1，頁 195。

¹⁸⁴ 關於判斷餘地理論演進之介紹，參照 Erich Eyermann, Ludwig Fröhler 著，陳敏等譯，前揭註 4，頁 1309-1310。

餘地存否之衡量因素者¹⁸⁵。而目前司法實務上承認行政機關適用不確定法律概念享有判斷餘地的情形，則約有如下幾種類型：（一）關於考試成績的評定、（二）具有高度屬人性的決定、（三）由社會多元利益代表或專家組成的委員會所作的決定、（四）由獨立行使職權的委員會所作的決定、（五）具有預測性或評估性的決定、（六）具有高度政策性的決定等¹⁸⁶。上舉類型，乃基於其案件涉評價性、難再性、程序特殊性或目的特殊性等因素，進而認行政機關較適宜作終局決定，行政法院原則上應予尊重。而行政法院對於上述行政機關適用不確定法律概念享有判斷餘地之事項，僅能就法律之適用是否正確、事實之認定有無錯誤、決定組織是否合法、決定程序是否遵守、是否根據與事件無關之考量觀點及是否遵守一般之評價標準等事項為審查。

實務上司法院大法官於釋字第 553 號解釋文中指出¹⁸⁷：「…上開法條（按：地方制度法第 83 條第 1 項）使用不確定法律概念，即係賦予該管行政機關相當程度之判斷餘地，蓋地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參照訴願法第七十九條第三項）；後者除適法性之外，亦得就行政作業之合目的性等實施全面監督。本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重該地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。」大法官於解釋理由書中則謂：「…對此類事件之審查密度，揆諸學理有下列各點可資參酌：（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對

¹⁸⁵ 參照張桐銳，前揭註 176，頁 76-77。

¹⁸⁶ 詳細介紹參照李建良等合著，前揭註 13，頁 136-137。亦有提出「權利保障需求的程度、程序保障的考慮、決定主體之特別的組織結構、特別決定狀況的考慮及專業的考慮」等因素作為判斷餘地存否之衡量因素者，參照張桐銳，前揭註 176，頁 76-77。

¹⁸⁷ 此號解釋亦涉及地方自治之適法監督之問題，相關討論參照李建良，前揭註 4，頁 338-340。

原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。…」由此號解釋可知其不但對學說上所討論之各種判斷餘地類型有所肯認，並附帶指出對判斷餘地為司法審查時之審查密度與相關考量問題¹⁸⁸。然須注意者，對具有判斷餘地之案件類型之司法審查，前述司法院大法官釋字第 553 號解釋理由書所指有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範等，實乃屬通常之違法，而非涉判斷餘地（行政自由性）本質上之違法，比擬於行政裁量司法審查中，則應為一般違法瑕疵事項之司法審查，而非裁量瑕疵之違法，不可混淆¹⁸⁹。而前述

¹⁸⁸ 此外，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 718 號判決所指：「本件爭點涉及專業之野生動物活體輸出入判斷，而此項具有高度之屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，例如國家考試之評分、學生成績之評定、計畫性政策之決定、公務員能力之評價、獨立專家委員會之判斷、專門科技事項、行政上之預測決定或風險評估等，即承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。但如行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事，亦應承認法院得例外加以審查，其可資考量之情形包括：1.行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。2.行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。3.行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。4.作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。5.行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6.行政機關之判斷，是否違反平等原則，仍應由法院審查。」亦為適例。而司法院大法官於釋字第 462 號解釋中則針對專業判斷建立一套審查準據，相關討論參照李建良，前揭註 4，頁 320-321。許宗力，大法官釋字第四六二號解釋評析，收錄於同著者，法與國家權力（二），元照出版，2007 年 1 月，頁 227-243。

¹⁸⁹ 至於類似於裁量瑕疵者，則有判斷逾越（Beurteilungsüberschreitung）、判斷怠惰（Beurteilungsunterschreitung）、判斷濫用（Beurteilungsmißbrauch）等判斷瑕疵態樣（Beurteilungsfehler）。Vgl. Hans J. Wolff/ Otto Bachof/ Rolf Stober, a.a.O.(Fn. 2), § 31 Rn. 24 ff.

臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2049 號判決不但表示不確定法律概念可能使用於法條之構成要件部分或法律效果部分，更指出：「…行政法院原則上固得為合法性之監督，行政機關如有判斷逾越或濫用之情事，自應予以糾正，但審查密度如何，因事件不同而有異，並應視組織及程序是否完備，判斷之政策性及專業性高低，容認行政機關有其判斷餘地。」綜上討論，我們可看出，學界及實務均認為，判斷餘地之存在範圍與審查密度的問題並無法以一般性的判準來加以決定，而必須就行政事件的性質各別決定之方是¹⁹⁰。

第二款 案件類型作為審查密度決定之參考

依前所述，無論是行政裁量之行使或不確定法律概念之具體化，均須受到規範目的之拘束，故不論是裁量或判斷餘地，都不意謂著在此領域內的行政行為不受法院審查，而是不受法院完全審查，即只受法院有限審查。然而傳統行政法院對於行政裁量的審查採取低密度的立場，只有當行政裁量逾越法律界限或恣意時才得被宣告違法，在其他之情形行政法院應尊重行政機關之決定。相對於此，行政機關對於不確定法律概念的具體化，無論是法律之解釋、事實之認定或涵攝，原則上必須受司法完全的審查，只有在極為嚴格的條件限制下，才例外地承認行政機關享有一個只受法院有限審查的判斷授權¹⁹¹。

初步觀之，行政裁量司法審查所處理者為行政機關之行為「何者為違法」；不確定法律概念之判斷餘地司法審查所處理者為行政機關之行為行政法院「何時不應介入」，二者似有不同。惟觀之行政裁量與不確定法律概念之問題乃皆涉權力分立，行政法院何時不應介入亦可理解為「何時不應介入認定其違法」。而何者為違法與何時行政法院不應介入，實乃皆基於行政自由性之考量，行政

¹⁹⁰ 同此意旨，參照張桐銳，前揭註 176，頁 77。

¹⁹¹ 或者可以更精確的說是「最後決定權」。參照盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度—德國實務發展與新趨勢之分析，法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 1534。

自由性之範圍越寬，行政法院於此對行政決定所得審查之範圍則相對越窄，此間行政權與司法權具有互為消長之關係。然若過度強調行政機關之終局決定權，則人民依憲法第 16 條保障的訴訟權將因而減損。對此，學界有將問題的重點放在權限法上如何適當地進行權限分配之討論上者¹⁹²，其認為：「…在不確定法律概念的模糊地帶與行政裁量，立法者均未真正終局地設定法定構成要件，而係委由負責法的適用者以法律繼續形成的方式，完成對『開放的』(offene)構成要件的補充。因此，不確定法律概念具體化的司法審查密度的問題就成為究竟是行政或司法—二者均為職司法的適用者—對於上述意義下的法律繼續形成享有最後的決定權(Letztentscheidungskompetenz)的問題。…」

基於上述共通點，值得引起吾人注意者，乃行政裁量之司法審查是否可如不確定法律概念之判斷餘地般，依案件類型區分討論其司法審查問題？蓋於何種案件情形下行政機關享有判斷餘地，而得有最終決定權之認定，乃參考前述權利保障需求的程度、程序保障的考慮、決定主體之特別的組織結構、特別決定狀況的考慮及專業的考慮等因素。此些判斷餘地存否之衡量因素，乃因所處理個案事實不同而有不同功能結構考量，此種基於案件類型之考量，並不應因行政機關所享有之自由空間究存於構成要件或法律效果之立法技術上不同而有差異。

就高度屬人性或高度科技性之案件(例如考試之評分與核電廠之許可)，對人民之權利有直接而深遠之影響，行政法院若採取完全尊重從而放任行政機關之態度，對人民基本權利之保障有負面之影響。因此若仍一昧對裁量採取低密度之審查(此乃相對於不確定法律概念原則上皆仍得為審查而言)，而且不論案件類型，事實上易導致人民訴訟之基本權利落空之結果。進一步從實質之觀點而區分建構案件之類型，毋寧是可以兼顧現代國家中人民基本權保障及當前之

¹⁹² 盛子龍，前揭註 16，頁 78。

各種政策需要。此外，若行政法院對不確定法律概念之判斷及裁量行使之審查，逐漸以系爭案件類型對人民基本權利影響之高低為依據，不但可於此程度內緩和了凡是裁量便低度審查之傳統見解，且正是這種以實質的案件類型當作行政法院司法審查密度決定之標準，緩和了向來不確定法律概念與裁量二分之嚴格區別，而可與現今主張二者不再絕對區分之趨勢相呼應¹⁹³。

最後，就案件類型之建立而言，必須取決於所牽涉法律的性質、人民之權益受害之情形、案件高度之科技性或屬人性之判斷特色、案件之涉外特色、法院之能力、行政機關向來就各類型案件所發生弊案的情形、國家社會轉型的需要等等加以考量¹⁹⁴。於此所涉之衡量因素，前述個案裁量司法審查所依個案裁量中牽涉對象多寡之分類方式，亦可一併考慮於其中。即於所牽涉人民權益之情況愈多、愈重大時，若無其他例如同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗之情況，或是無特殊決策過程、特殊法律程序等情況，則對行政機關之決定應仍以較嚴格之審查密度為控制方是。因此，即使於目前實務上多數以質的區別說所建構之行政裁量司法審查方式下，採取前述個案裁量類型化司法審查之建議，此種以無區別說為前提所建構，以案件類型作為審查密度決定方式之思考方向，亦有一定之參考價值¹⁹⁵。

第四節 附論：有效權利保護觀點下定暫時狀態處分之檢討

依行政訴訟法第 200 條第 4 款之規定，於提起課予義務訴訟之程序中，若請求作成裁量處分，行政法院僅能判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定，而不能逕為原告所聲明之判決。此時若人民欲聲請定暫時狀態處分(行

¹⁹³ 類似看法參照黃錦堂，前揭註 25，頁 53-54。劉鑫楨，前揭註 7，頁 67-68。

¹⁹⁴ 參照黃錦堂，前揭註 25，頁 54。

¹⁹⁵ 惟須注意者，亦有建議通常裁量、計畫裁量與判斷餘地間可互相參照以發展各該瑕疪理論，然仍認為此結構上的可比擬性並不能作規範性的轉用，更不能抹煞裁量瑕疪、利益衡量瑕疪以及可得想像的判斷與預測瑕疪理論之間既存之差別者。參照 Erich Eyermann, Ludwig Fröhler 著，陳敏等譯，前揭註 4，頁 1286-1287。

政訴訟法第 298 條第 2 項），勢將面臨行政機關裁量權行使以及人民權利有效保護之拉鋸。蓋若涉行政機關裁量權之行使，司法審查除有裁量瑕疵之情狀外，本有尊重之必要；惟另一方面，為免人民權利保護淪為空談，則有保全程序以提供有效之權利保護，此乃司法進一步之介入。由此可見於提起課予義務訴訟請求做成裁量處分時，行政機關之裁量權與人民權利有效保護乃處於對立之情況。此於現代行政事件中，涉第三人比例逐漸升高，對立亦逐漸增多之情況下，更應被重視。則此雖非本論文主要部分，然仍有一定重要性，故亦擬討論之。

前述之兩難情狀，於實務上如何處理，先參一例如下：經濟部以甲公司登記後 6 個月內未辦妥營利事業登記為由，命令解散登記。甲對此提起行政爭訟，並聲請停止解散登記行政處分之效力。甲還依法向彰化縣政府單一窗口申請核發營利事業登記證，但縣政府未予核發證照，甲乃向台中高等行政法院聲請為定暫時狀態之處分，請求命相對人先為一定之給付，應予核發營利事業登記證，以便其得以進行其他相關事項(包括向貿易局申請貿易證照及向工業局申購土地證明提示)。¹⁹⁶。

台中高等行政法院在 91 年度全字第 2 號裁定中基於兩點理由駁回其聲請，而最高行政法院 91 年度裁字第 290 號裁定亦支持台中高等行政法院的見解。其理由如下：(1)彰化縣政府僅係消極的認為抗告人之申請不符規定，而予以否准，並未為具體之妨害行為，因此並無所謂爭執之公法上法律關係，無定暫時狀態處分之必要。(2)甲公司對於彰化縣政府拒絕其營利事業登記證申請，應依行政訴訟法第 5 條之規定，提起本案訴訟，請求相對人為行政處分，或為核准內容之行政處分，「而行政法院如認起訴之原告有理由，依同法第 200 條第 4 款之規定，對於此一類型之訴訟，如案件事證尚未臻明確，或行政處分之作成，涉及行政機關之行政裁量權者，行政法院僅得判命行政機關遵照其判決之法律見解，對於抗

¹⁹⁶ 由於本件裁定相關網站上並未刊載，故本案例事實及裁定內容整理自陳英鈴，從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話，台灣大學法學論叢第 34 卷第 4 期，2005 年 7 月，頁 116。

告人作成決定。本件抗告人向相對人申請核發營利事業登記證，相對人自應依相關規定，審核聲請是否合於相關法規之要件，而此等要件之是否具備，常涉事實之認定，與主管機關之判斷餘地問題，縱使本件營利事業登記證照核發與否，與公司登記後受命令解散登記互有因果關係，亦無不同。從而，行政法院於聲請人若對此一案件提起行政訴訟，如認其起訴為有理由時，尚未必得逕命相對人彰化縣政府為如抗告人上開所請求之行為，而屬保全程序之本件抗告人請求為上開定暫時狀態之假處分，自亦難認有其必要性。」

由此例吾人可以得知，於實務上當行政機關對於行政處分的作成擁有相當的裁量權時，實務見解認為會造成假處分無必要，因而認定聲請無理由。亦即實務認為行政機關之裁量權優先於人民權利有效保護¹⁹⁷。而以下即欲由人民權利有效保護之觀點，檢視該見解是否妥適；以及提起課予義務訴訟請求做成裁量處分時，定暫時狀態處分之相關問題，並對其提出司法審查上之建議。

第一項 定暫時狀態處分制度之要件、審查模式與內容限制

定暫時狀態處分制度因其急迫性、暫時性，故有其內容限制，並不得逾越其制度目的。而其要件及審查模式皆力求能有效達成其目的且不致遭濫用。本文以下即概要介紹定暫時狀態處分制度之要件、審查模式與內容限制，並藉此指出因涉行政裁量權，導致請求做成裁量處分時定暫時狀態處分所遭遇之問題：

第一款 定暫時狀態處分之要件

定暫時狀態處分，依行政訴訟法第 298 條第 2 項規定：「於爭執之公法上

¹⁹⁷ 上述裁定所提及之理由分別是「案件事證尚未臻明確」及「涉及行政機關之行政裁量權」。本例雖似屬前者之情況，然依法院「尚未必得逕命相對人彰化縣政府為如抗告人上開所請求之行為」之用語觀之，似可推知若係屬後者之情況，法院亦可能為相同結果之裁定。

法律關係，為防止重大損害或避免急迫危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」故其應審查之要件有（一）爭執之公法上法律關係、（二）定暫時狀態之必要兩者，這兩個要件皆具備時，聲請人對於法院之假處分聲請方得謂為有理由。以下對該二要件為說明：

（一）、爭執之公法上法律關係

關於定暫時狀態處分所保全之本案權利，由法條規定觀察，應係指爭執之公法上法律關係。而所謂「公法上之法律關係」，與請求標的假處分之「公法上權利」事實上並無明顯之差異，蓋所謂法律關係不外乎為權利義務關係，而權利與義務之間，通常為一體之兩面，有權利則亦須有相對應之義務存在，權利人始得向義務人主張權利而獲得一定利益之滿足，如此權利之存在始有實益¹⁹⁸。

（二）、定暫時狀態之必要性

所謂定暫時狀態之必要性，即法條中之「為防止重大損害或避免急迫危險而有必要」。就法條文義而言，「防止重大損害」與「避免急迫危險」似乎為擇一要件，亦即只要符合「防止重大損害」與「避免急迫危險」其中一個要件即可，然而從最高法院之審理實務觀之，其向來重複審查有無發生「重大損害」與「急迫危險」，甚至似有將兩者混為一談者¹⁹⁹。有此現象發生乃因「重大損

¹⁹⁸ 參照馬鴻驛，行政訴訟上假處分決定之實體審查標準，中正大學法律學研究所學位論文，2004年，頁59。另外需特別注意者有兩點：首先，我國定暫時狀態處分之適用範圍，應無限定於「繼續性的法律關係」之必要，蓋行政訴訟法之條文用語未出現繼續性公法上法律關係，故若做如此限縮解釋將違反法律保留原則，且德國之立法例亦未做如此限縮解釋，僅是特別強調繼續性公法上法律關係尤有其適用矣。參照陳英鈴，前揭註196，頁115。此外，關於定暫時狀態處分，其法律關係僅以爭執之法律關係具有公法性質為以足，並不排除法律關係之內容為金錢給付之情形。蓋定暫時狀態處分之金錢給付，與假扣押之金錢給付，此兩者之立法目的不同，前者係為防止危害之發生，而後者則是在保全日後之強制執行。是以，不必如請求標的假處分將金錢給付排除於公法上之權利之外。參照陳世晏，行政爭訟上之暫時權利保護制度，中央警察大學法律研究所學位論文，1999年，頁87-88。

¹⁹⁹ 參照最高行政法院91年裁字第1513號裁定、90年裁字第773號裁定、91年裁字第133

害」與「急迫危險」這兩個要件，一個強調法益侵害的重大性，另一個則強調法益侵害的急迫性，理論上似可截然二分，惟實際發生的案例事實通常同時具備這兩個要件，使得這兩個要件處於牽扯難分的情況。其次，在審查密度方面，實務上一般採嚴格之審查標準，通常一旦得以金錢補償之損害，即認為無聲請定暫時狀態之必要，例如最高行政法院 90 年裁字第 733 號裁定即認為，就一定資格取得後，始得執行業務，就此能獲得之經濟上之利益，並非所謂重大損失，不得據此聲請暫准執業之定暫時狀態處分。惟該等見解僅以得否以金錢補償來判斷有無定暫時狀態之必要性之見解，似乎過於僵化，而且違反定暫時狀態處分之制度目的，不利於人民權利的保護。是以，該等實務見解實有值得商榷之處。

第二款 定暫時狀態處分之審查模式

如前所述，定暫時狀態處分之實體要件為「爭執之公法上法律關係」、「定暫時狀態之必要性」兩者，惟法官在實際從事假處分有無理由的審查時，如何具體操作這兩個要件？亦即此二要件有無審查的先後順序？或者此二要件審查的比重有無不同？此即涉及到假處分的審查模式。

關於假處分的審查模式，學界見解分歧，大致可類分為下列三種見解：第一種見解認為，優先審查處分請求，亦即法院應先審查聲請人在本案勝訴之或然率的高低，而僅在進行處分請求之審查後，法院仍無法判斷是否應准許假處分之聲請時，始行審查有無處分原因。第二種見解認為，應同時審查處分請求與處分原因，亦即法院於審查假處分有無理由時，並不區分處分請求與處分原因之先後順序。法院僅概括審查聲請人所提出的事實是否已經具備假處分的要件，若符合處分請求與處分原因之法定要件時，即准許其聲請。第三種見解認為，應僅就處分原因加以審查，亦即法院於審查假處分有無理由時，不判斷本

382 號裁定、91 年裁字第 419 號裁定。

案訴訟勝敗機率之高低，純粹從利益衡量的觀點來審查其聲請有無理由²⁰⁰。

在上述見解中，多數見解採取第一種看法，亦即假處分的審查模式應該採取階段性審查模式，第一個階段先審查「處分請求」，在個案中進行本案訴訟有無理由的預測，如果聲請人極有可能在本案訴訟中勝訴就應准許假處分；如果聲請人在本案訴訟中不可能勝訴或者勝訴希望渺茫，則應駁回其聲請，因為聲請人並無值得保護的法律地位。惟如果聲請人在本案訴訟是否會勝訴，難以預料，則進行第二階段，「處分原因」審查，於此法院必須進行補充性的利益衡量，在利益衡量時應考量下列兩個利益：其一，如果聲請人在本案的訴訟中為勝訴的判決，但是於假處分中卻得到駁回裁定時之利益狀態。其二為，如果於假處分的決定中給予聲請人有理由的決定，但是聲請人在本案訴訟中卻得到敗訴時之利益狀態。在兩種假設的利益狀態下，法院須加以衡量以決定是否為有理由之裁定，如果前者之利益狀態重於後者之利益狀態，顯然做成假處分的利益優於不做成假處分的利益，是以，法院應做成有理由之裁定；反之，如果前者之利益狀態輕於後者之利益狀態，顯然不做成假處分的利益優於做成假處分的利益，則法院當無理由給予聲請人假處分²⁰¹。

第三款 定暫時狀態處分內容之限制—禁止超越本案裁判

暫時權利保護制度具有三項功能：「權利確保，分配與降低錯誤判決風險以及暫時滿足功能。」而作為暫時權利保護制度一環的定暫時狀態處分，其最終之目的莫非與暫時權利保護制度本身之目的同，用來補充本案訴訟程序功能上之不足，而與之共同實現一個真正、有效能的權利保護體系²⁰²。既然假處分

²⁰⁰ 關於此問題，仍有諸多爭議，本文於此僅概要敘述，相關討論參照馬鴻驛，前揭註198，頁89-94。

²⁰¹ 參照陳英鈴，前揭註196，頁106-107。

²⁰² 參照林明昕，假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義一，中原財經法學第15期，2005年12月，頁99；陳英鈴，前揭註196，頁74。

制度之設計，乃在於保全本案權利之實現，即權利確保功能，則凡不能以本案訴訟達成目的者，亦不得聲請假處分，因為保全程序並無確定當事人間權利義務關係之功能，若不得提起本案訴訟，而許其聲請假處分，不啻以暫時性之處分取代訴訟上之審級救濟，自非法之所許²⁰³。此種情況，本文稱之為「禁止超越本案裁判」²⁰⁴。此乃基於假處分之本質，即其附隨性特色使然。而於定暫時狀態處分之情況，其目的雖主要為暫時維持或實現某一法律關係內容，然此實乃保全本案權利之另一面向，故其並無不同。

在請求做成裁量處分之情況，依據上述討論，於本案裁判時人民既無從請求法院為拘束行政機關裁量內容之判決，頂多僅有一無瑕疵裁量請求權，故法院僅能為裁量行為之指示。此時若人民提起定暫時狀態處分之聲請，基於前述假處分之權利確保功能，法院應不能為超越本案裁判所及範圍之決定，即亦僅能為裁量行為之指示。

然而，人民聲請定暫時狀態處分之目的，無非在於防止重大之損害或避免急迫之危險。其乃追求暫時權利保護制度之暫時性、迅速性特色，以達上述目

²⁰³ 參照吳庚，前揭註 16，頁 733-734。

²⁰⁴ 與此不同者，乃按照假處分之本質及目的，行政法院原則上僅能做成暫時性的規制，而不能作成聲請人於本案訴訟程序中始能夠滿足之裁判，即所謂「禁止本案訴訟事先裁判」。亦即聲請假處分命令者，請求相對人提供僅於本案訴訟可以獲得的權利保護時，乃為法所不許，譬如聲請假處分命令時，請求核發正式入學許可，核發建造執照或臨時執照、核發砍樹之許可、製發任命證書或售予國籍等等。然而根據憲法第十六條保障人民訴訟權之要求，上述原則之適用應有其限制。例如倘若一個滿足性假處分之作成乃是為了有效的保護權利，上述原則似乎應有所讓步。換言之，如果要求等待本案判決所承擔的不利益，對於人民而言並無期待可能性，而且將來本案訴訟並非顯無理由的情形，即有給予暫時權利保護之必要。尤其是本案裁判因費時過長，最後對聲請人而言可能毫無實益或蒙受無期待可能性之不利益，或一定金額之給付關係到聲請人之生命需求、聲請人的工作狀態面臨危機等情形，即須例外承認，就本案訴訟為事先裁判有其必要。換言之，當本案訴訟之事先裁判，可以避免不可忍受、無法預期、且難以回復之損害時，應例外承認其合法。參照彭鳳至，德國行政訴訟制度及訴訟實務之研究，司法院，1999 年 6 月，頁 254。陳清秀，行政訴訟法，自版，1999 年 6 月初版，頁 574。

的。故此時，若法院僅為一裁量行為之指示裁定，仍由行政機關重開程序、重為調查後始重為決定，如此之假處分，當無法達到人民聲請之目的。故，於請求做成裁量處分時，由於其特殊性，其是否仍應受禁止超越本案裁判之拘束，實仍有待探究。

第二項 超越本案裁判之探討

第一款 請求做成裁量處分時定暫時狀態處分之處理方式

依照本文前揭所述，「禁止超越本案裁判原則」對於請求做成裁量處分時定暫時狀態處分之審查將有莫大影響。法院於此時是否可依人民定暫時狀態處分之聲請，超越於本案判決時僅能對行政機關為裁量行為指示之範圍，進而為一拘束行政機關裁量內容之裁定？以下本文欲介紹我國及德國學界及實務對此方面的相關處理方式，並作出初步的檢討：

(一)、裁量縮減至零

當涉及行政裁量權限，若裁量沒有縮減至零時，基本上是不能發放假處分的。在德國法上，此為多數見解²⁰⁵。而其根據在於，當裁量行使具有瑕疵時，只要無法認定裁量縮減至零，此時申請人只不過享有無瑕疵裁量的請求權。作為一個本案判決，也僅能依照行政法院法第 113 條 5 項 2 句²⁰⁶的規定判命行政機關依法院的見解作出處分。如此一來，如認為在涉及行政裁量權限的案件中仍然作出假處分決定，將會違反上述的原則。

另外就我國學說而言，亦有認為：「行政機關對於人民聲請事件如有裁量權，而聲請人不能釋明，行政機關之裁量權已降低為零，僅有一種決定為正確時，則聲請原則上為無理由。」此與上述德國多數說見解相同，然其並未詳細

²⁰⁵ 參照 Klaus Finkelnburg/ Matthias Dombert/ Christoph Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. (2008), Rn. 210.

²⁰⁶ 在此即是相當於我國行政訴訟法第 200 條第 4 款之規定。

說明立論依據為何²⁰⁷。

在採取如此見解的情況下，首先會產生問題的是，裁量縮減至零是要特定到什麼程度？因為特定與否本來就是個相對概念，而認定上的寬鬆將會影響這個標準的運用。另外姑且不論究竟何謂裁量縮減至零，根本的質疑仍是操作的標準過嚴，畢竟縮減至零本來就是較為例外的情形，如果要求至這個程度，則豈不等於只要涉及行政裁量權限，人民的暫時權利保護就如同泡影？

(二)、其它處理方式之介紹

如為了避免定暫時狀態處分的決定超過本案判決進而侵害到行政機關之裁量權，當無法認定裁量縮減至零時，在此可以想像的一個方式即是仿效上述單純命為判決(德國行政法院法第 113 條 5 項 2 句、我國行政訴訟法第 200 條第 4 款)之方式，命行政機關遵照法院見解作出決定，以規制暫時狀態。而這樣的處理方式問題在於，對於聲請人的幫助相當有限，因為即便法院發出如此的假處分，行政機關仍然可能作出不利於聲請人的決定，如此一來，聲請人仍然無法避免因為等待本案訴訟結果所生的不利益，而無法獲得暫時的權利保護。此稱為仿效「單純命為決定」的判決。

如前所述，於請求做成裁量處分時，只要裁量權沒有縮減至零，原則上是不能為假處分的。但是德國亦有反對見解認為，就處分請求的審查時，首先聲請人應該釋明行政機關拒絕聲請人的請求係有裁量上的瑕疵。再者，根據行政法院對於本案訴訟程序的預測，如行政機關在沒有裁量瑕疵的情況下作出新決定，或者至少是在重新作出決定的情況下，如聲請人的聲請被認許的蓋然性很大時，法院可以因此而發出假處分。而這樣的見解，在無裁量瑕疵之情形，適度地尊重行政機關的裁量權限；而在裁量瑕疵之情形，又得以有效提供人民暫時權利保護，或許可說是一方面想要加強人民權利的保護，但又顧慮禁止超越

²⁰⁷ 翁岳生編，行政法(下)，元照出版，2006 年 10 月 3 版第 1 刷，頁 547(劉宗德、彭鳳至執筆)。

本案裁判的原則下，所作出的妥協看法²⁰⁸。此即以「裁量縮減具有高度蓋然性」為標準。

以上簡單的介紹當法院在定暫時狀態處分審理程序中，如果面對到請求做成裁量處分時，可能可以運用的處理方式。而就這些方式而言，有的是顧慮於「禁止超越本案裁判」的原則，故對於人民權利保護上受有限制。但是與上述原則的關係為何以及如何克服，似乎並非相當清楚。在此以為，如果要對本文所設定的議題有更深入的理解，則「禁止超越本案裁判原則」將是核心所在。故以下將對於這個原則進行檢討，以觀察是否有容許超越本案裁判之可能。

第二款 以有效權利保護觀點探尋超越本案裁判之容許性

(一)、定暫時狀態處分之目的—有效權利保護

債權人所進行之民事訴訟，欲獲得法院之確定終局判決，須有相當之時日。若債務人見訴訟之情勢對其不利，將來無法逃避強制執行，因而趁訴訟未終結之時，將其責任財產為隱匿或處分，或繼續不斷就有爭執之請求標的現狀為變更，使債權人之將來訴訟結果落空。立法者如不對於債權人之此種不利情勢設法加以保護，無法維持程序正義，而且民事訴訟之程序將成為浪費而失其目的²⁰⁹。此乃民事訴訟於通常訴訟程序之外，另外規定暫時權利保護制度俾以配合運用之原因。而於行政訴訟，其暫時權利保護制度設計之目的亦同，即皆著眼於有效權利保護(權利保護的有效性與效率性)之觀點而來²¹⁰。

有效的權利保護之制度設計必須儘可能避免本案訴訟即使勝訴，仍對人民有不能回復原狀或其他難於補償之損害等情形。亦即暫時保住本案訴訟不會因

²⁰⁸ 參照 Klaus Finkelnburg/Klaus Peter Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. (1998), Rn. 237.

²⁰⁹ 參照陳榮宗,林慶苗,民事訴訟法(下),三民書局,2006年5月修訂4版2刷,頁879-880。

²¹⁰ 實務上司法院大法官亦認為訴訟制度之設計「形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護」。參照大法官解釋釋字第418號解釋理由書。

為時間經過而發生不可逆轉的效果，故其有權利確保之作用²¹¹。而於裁量處分之情況，若符合上述急迫、重大或難於回復等要件，人民之權利當然亦應被保護，不因此有所不同才是。

或有謂人民於裁量處分並無一具體的權利存在，頂多僅有一無暇疵裁量請求權，所以無何權利被侵害或確保之問題。然細究之，無暇疵裁量請求權仍為一權利，其並可透過假處分予以確保。故為了不至於讓無暇疵裁量請求權在勝訴後徒具形式意義，得不到實質權利(若現狀已無法回復，或重大損害已產生，則屆時本案判決行政機關需如何為無暇疵裁量，皆已無意義)，似有開放假處分直接為裁量內容裁定之必要。

另外，雖然暫時權利保護制度具有本案之附隨性特色，然定暫時狀態處分僅係暫時權利保護制度之一環，暫時權利保護制度則復為訴訟制度之一部，而訴訟制度之設計乃係為了提供人民確實有效的權利救濟管道。則各種訴訟程序之運作，當以如何使人民得到確實有效之救濟為主要考量，暫時權利保護制度亦然如是。如此之解釋，方符訴訟制度設計之本旨。

(二)、與停止執行之比較

我國行政訴訟法上之暫時權利保護制度，基本上是由假扣押(同法第 294 條)、假處分(同法第 298 條)以及停止執行(同法第 116 條)三者所構成。而其雖各有適用上的界限，但亦不能因此忽略其共通性。首先，依行政訴訟法第 303 條準用民事訴訟法第 535 條之規定下，事實上法院本得自行斟酌而做成內容符合需求之假處分裁定，故此一制度本有可能達成如停止執行般之功能。只不過在同法第 299 條之設計下，確保停止執行程序優先於假處分程序適用，從此點可以看出制度間的關聯性²¹²。此外，亦有在經過論證之後，認為各個制度之間皆存在相同實體要件(即本案勝訴希望及暫時權利保護必要性)，並進而認

²¹¹ 參照陳英鈴，前揭註 196，頁 75。

²¹² 參照馬鴻驛，行政爭訟法上暫時權利保護類型之選擇，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月，頁 123-124。

為應採取相同的實體審查標準，甚至亦可整體修正為單一的暫時權利保護程序者²¹³。就此，本文下述即本於此種關聯性，嘗試著將停止執行制度納入討論的視野中，而希望能在與假處分制度相互比較下得到一些啟發：

在開始進行比較之前，應提出者，乃雖然在停止執行程序的審理中，可能同樣會遇到裁量處分的情形，但目前學說及實務實際上似乎沒有對此有所議論。也因為如此，讓本文不禁懷疑，在假處分案件的審理中，如果採取縮減至零才可以發放假處分的見解，這樣的想法是否欠缺正當性？

依前述建築法上鄰人訴訟之實例，在系爭案例中，因為程序改變的結果，邦建築法規針對部份建築活動從事前許可程序轉變為備查程序。也因為許可程序的欠缺，此時對於違法的建築活動而言，相關法規賦予主管機關有阻止建築開始、或是中止建築的權限。在此背景下，法院認為，在原本實施事前許可程序的場合中，對於建築事業有利害關係的鄰人而言，只要該許可違反了鄰人保護規定，即便不用滿足其他更進一步的條件，也可以直接用異議審查或者是撤銷訴訟的方式將該許可加以排除。而今在程序改變的情況下，主管機關對於違法建築活動的中止命令，可以理解為對於事前許可程序欠缺的補償手段。此時，鑑於具有利害關係鄰人之利益，如果對於裁量縮減有著過度的要求，中止命令將無法有實效地發揮其補償的機能。也因為如此，在審查是否發放假處分時，法院並不採取裁量須縮減至零的嚴格見解。其基於停止執行程序與假處分程序的調和，認為如為了避免重大的不利益，或是具有其他的理由下，當鄰人可以釋明：「專從相鄰法的觀點對於建築事業的合法性進行判斷，如果能認為具有重大且嚴肅的爭議」，另外鄰人所受的不利益也非僅是極為輕微時，可以認為具有發放假處分的必要。

簡單的整理一下上述的見解，也就是說如果在採取事前許可程序的情況下，鄰人如果對於建築執照之發放要加以爭執時必須要提起撤銷訴訟。因此，

²¹³ 參照馬鴻驛，前揭註 198，頁 215 以下。

可以使用停止執行的方式來尋求暫時權利保護。而相對於此，若僅是備查程序即可的情況下，對於具有問題的建築活動，因為並無事前許可之行政處分存在，僅能依課予義務訴訟的方式請求主管機關發出中止的命令。也因此暫時權利保護的方式，僅能依假處分程序請求暫時中止。在這樣的情況下，因為程序改變的結果，鄰人尋求暫時權利保護的手段也變更了。而法院避免因此而造成鄰人的不利益，確保鄰人權利之有效保護，即表示了上述的見解。

而本文以為，這個事實以及法院的判決可以給我們很大的啟示。一來，假設關於建築法相關規範的實體要件都沒有變更的情況下，一個同樣可以被評價為違法的建築活動，卻只是因為程序改變，而使其利用暫時權利保護制度的機會因此更為狹隘(蓋依通說認為在假處分程序中對於裁量縮減有嚴格之要求)，這樣不僅不合乎人們的法感情，也不僅使人懷疑其合理性何在？且如果從另一個觀點來看，在採取事前許可程序的情況下，必須要得到許可才可以開始建築。但如果改為備查的程序，因為其目的本來就是為了加速建築活動，與前者相比造成「既成事實」的程度相對地也會較為嚴重。此時對於違法建築活動的管制而言，如對暫時權利保護制度的運用更為嚴格，反倒是不符事理。

從上述事件來看，就停止執行與假處分制度的調和而言，提供了一個有利的論據。但是如果抽離出這個特殊的背景下，本文想要探討的是，是否在本質上兩者有何不同之處，而可以支持在請求做成裁量處分時，對定暫時狀態處分採取較為嚴格的處理方式。

從裁量權侵害的角度來看，首先探討聲請假處分的情形。以人民向行政機關申請作成行政處分為例，即便主管機關的拒否處分在對照事實及法律狀態的情況下，已經是逾越裁量範圍而可被評價為違法，但是因為就處分的發或不發而言，本來就不是全有全無的關係。到底要作出什麼樣內容的處分，在主管機關合法的裁量範圍之內，其存在著形成的空間。如果法院在假處分的審理程序中，在不能認為裁量縮減至零的情況下即發放命機關為「特定」行為的假處分，恐怕有侵害行政機關裁量權之虞。但是以上的論據，在停止執行的程序當

中，似乎也可以依樣畫葫蘆一番。就以申請建築執照為例，即便發給的執照內容逾越裁量權而違法侵害鄰人的權利時，只要在合法裁量範圍內，本可能在發放的前提下，選擇形成侵害鄰人權益較少的假處分。這樣一來，在停止執行的聲請程序中，假設法院在不能認定拒否處分才是「唯一」合法的手段下，卻仍然作出停止該處分效力的裁定²¹⁴。此時，因為該裁定的效力相當於暫時的拒否處分，這不也是侵害行政機關在「合法範圍內」的裁量權限嗎？

不過即便認同這樣的論述，接下來就會遇到一個明顯的質疑，那即是「禁止超越本案裁判」的問題。因為在聲請停止執行的案例中，聲請人在本案訴訟中所為的撤銷訴訟，最有利的情況下就是得到原處分撤銷的結果。而對應在暫時權利保護的停止執行制度下，如法院決定停止處分效力，頂多也就是與本案判決相等（當然這是一時的），而不會有超越的情形²¹⁵。再者，如果從另一個觀點上來看，法院即便作成停止執行的裁定，因為這僅是針對「系爭處分」，只要行政機關願意，並不妨礙其自行在合法的裁量範圍內再作出另一個新處分的空間。在認同這樣的前提下，論者可能會以此為由，認為在行政裁量案件的假處分程序中，特別考慮裁量縮減是基於事理不同的合理差別待遇。在這樣的情況下，如果要挑戰「禁止超越本案裁判」的原則，光與停止執行制度比較恐怕還是不夠的，而必須要從其它觀點來探討方有足夠的力道。

（三）、權力分立之觀點

在涉行政機關裁量權時，前述關於行政法院司法審查之限制，即為權力分立原則之展現（此時司法權原則上應尊重行政權）。故於權力分立之觀點上，似可得出假處分裁定亦應同本案判決般，尊重行政權，而僅能為裁量行為指示

²¹⁴ 就行政訴訟法第 116 條第 2 項來看，因為負面要件之一是「原告之訴在法律上顯無理由」，所以如此的操作的確是不超越文義而可能的。

²¹⁵ 如果在「滿足性假處分」是否允許的議題上，相對應的原則是「本案裁判事先禁止」，此時光與停止執行制度作比較，即可挑戰此一原則的正當性。參照林明昕，前揭註 202，頁 19。

之結論。

然而，以暫時權利保護之暫時性特色觀之，此處之假處分裁定，僅為一暫時性、可回復為前狀態之規制，其並未終局取代行政機關之裁量權²¹⁶。蓋法院所為僅係為避免急迫危險等情況之暫時措施，行政權決議形成過程中的內部準備、討論與表決行為本身均未被取代，其仍可於本案判決後行使以達其任務。則依核心領域理論，此時是否斷為侵害行政權之核心領域，似仍有商榷之餘地。

另外，功能最適機關結構原則固然追求國家決定的正確性，但國家決定的正確性不是一種自我目的，而是為保障人權的終極價值服務；限制權力、保障人權的目的，也唯有透過功能最適觀點下的權限分配才能達成²¹⁷。於暫時權利保護之權利確保面向上，法院乃立於對人民權利有效保護之基礎上而設計，其內部組織、組成方式、功能與決定方式等，應較行政權適合達成此任務。且對於行政機關之裁量權，司法權僅須予以「尊重」—此意味著非是完全禁止司法權的干預²¹⁸。故依功能最適觀點，司法權於此處介入似並非全然無可能。

此外，亦有藉「行政裁判權功能轉變」(*Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit*)²¹⁹之概念，指出在涉及經濟、能源、交通、社會與文化政策等具有前瞻性的問題中，行政裁判權應該更積極的予以回應。其認為行政裁判權具有判斷、協調不同國家公權力以及繼續性的法與政策形成

²¹⁶ 關於假處分暫時性之特色，參照林明昕，前揭註 202，頁 25。

²¹⁷ 參照許宗力，憲政體制與機關爭議之釋憲方法論，憲政時代第 27 卷第 4 期，2002 年 4 月，頁 14。

²¹⁸ 參照陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義，收錄於城仲模教授祝壽論文集編輯委員會編，憲法體制與法制行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，三民書局，1998 年 8 月初版，頁 61。

²¹⁹ 相關討論參照王志強，前揭註 1，頁 84-85。 Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O.(Fn.128), S. 234 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtentwicklung*, in: ders, *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, 2006, S. 341 ff.; Winfried Brohm, *Zum Funktionwandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, NJW 1984.

的功能。現代法治國家必須透過行政權與行政裁判權的協同運作以達成政策目標。依此見解，司法權適度介入行政權，並非全然為惡，反而更能完成國家政策目標。

第三款 小結—容許超越本案裁判

基於前述討論，若認為假處分制度乃為達有效權利保護功能而設，而停止執行制度亦同，則前者與後者有相似性，故應認為不論假處分或停止執行制度，其對人民所提供之保護皆應相同，即肯認法院得為挑戰行政機關裁量權之裁定。然若著眼於假處分與停止執行對行政機關裁量權侵害之程度上，前者與後者具有不同性，則於對侵害行政機關裁量權較深之假處分裁定，本文仍認為基於權力分立原則乃以保障人民權利為目的之觀點，應可肯認此時司法權之適度介入，甚且有必要介入。德國晚近亦有類此意見者²²⁰。若加以前述類型化之考量，於三面關係中司法審查密度既應從嚴以確保權利有效保護，則在第三人請求做成裁量處分時，亦應容許假處分裁定超越本案裁判，方能謂一貫。

第三項 請求做成裁量處分時定暫時狀態處分之審查結構建議

基於本文前述容許假處分裁定超越本案裁判之見解，接下來所面臨者則為，假處分之審查模式是否會因裁量處分之特殊性而有所不同？即是否須於審查時考量行政機關裁量權，而為不同之審查方式以達其與司法權之調和，並是否有其他方式可兼顧行政機關裁量權，以有效確保人民之權利。以下分別討論之：

²²⁰ 然其仍有要件限制如：當拒否請求被斷定具有高度蓋然的非法性時；或當它是確保權利保護之唯一可能時。Vgl. Klaus Finkelnburg/ Matthias Dombert/ Christoph Külpmann, a.a.O.(Fn.205), Rn. 212, 214.

第一款 審查模式調整之建議

首先，在不同意禁止超越本案裁判原則的情況下，就假處分的發放而言，也無須僅於法院能夠認定為裁量縮減到零的程度時方得為之。但是不能否認的是，假使在假處分的審查當中，如仍採取須審查處分請求的前提下，此時對於在個案中，能否認定裁量係往對申請人有利的方向進行縮減，將直接關係到本案勝訴的希望大小。也因此，本文在此想要關切的是關於裁量權縮減(收縮)的相關理論，並探討是否會對假處分的審查產生影響²²¹：

(一)、裁量縮減的簡介

就行政裁量而言，意指立法者賦予行政機關在遂行某項目的時，享有依特定的方針，自行在斟酌一切與該案件有關的重要情況，並衡量所有的正反觀點之後，決定其行為的自由²²²。但即便如此，裁量並非毫無限制，不僅必須合乎公益上的必要性、衡平性及合目的性，尚應遵守法治國家的基本原則。其所為的利益權衡必須充分，不能悖離理性或違反平等原則及過度禁止原則。對此，一般向以「合義務性裁量」稱之。據此而言，行政裁量的範圍於一定條件可能會受到限縮²²³。

有學者認為，構成裁量縮減的基本考量點，在於對重要法益的嚴重危害。此項考量的初始點顯示，裁量縮減的構成，實為事實及法律因素的結合，其中危害嚴重性的要素取決於各該具體案件的事實情狀，亦即以「發生高強度的干擾」或「危害或特殊嚴重的危險狀態」為判斷基準。相對而言，所謂的重要法

²²¹ 在部份教科書中，似乎將裁量縮減與縮減至零相等看待。而就本文關於名詞上的使用而言，係將二者不同看待，因為即便裁量存在縮減，也不見得只會限定在一個合法決定可供運用。

²²² 參照翁岳生編，行政法(上)，元照出版，三版第1刷，2006年10月，頁210(陳清秀執筆)。

²²³ 參照李建良，論行政裁量之縮減，收錄於翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論(中)，元照出版，2002年7月，頁111-112。

益則須從法律觀點，作進一步的分析，始能確知其內涵。在干預行政而言，法律授權行政機關於一定條件下得採取干預性措施，其目的實乃其於公共利益的考量，並且是著眼於法律所保障的法益。就給付行政而言，裁量規範的目的，通常亦關涉法律上重要利益。也因此，應探尋各該法律的目的與宗旨，及其所欲保護的法益，並以之作為裁量縮減的法律上因素。而何謂重要的法益，除了生命、身體或是健康外，也可認為擴及其他如財產權的重要法益²²⁴。

除了上述學者的見解外，在釋字第 469 號解釋中，其涉及國家賠償法第 2 條第 2 項後段公務員怠於執行職務所生國賠責任的問題，大法官並在解釋理由書當中，就裁量縮減的認定上提出數個須注意的判斷因素。例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素。對於這些因素，有學者認為「受侵害法益之重要性」及「人民自行排除危險」的可能性也應加進判別的標準中，因為危害的法益愈是重要，行政機關所負的義務愈高，而它所擁有的裁量空間便愈小。而所謂的重要法益例如人民的生命、身體、健康等，此時權利一旦受侵害，將造成難以彌補的損害，所以在評價上應較可以金錢來衡量其價值的財產權重要²²⁵。

如果在綜合上述學者及實務的見解下將可以發現，諸如對保護法益的重要性，以及侵害的強度、急迫性等等，雖說不會是判斷裁量是否縮減的唯一因素，但在判斷上應是具有重要性。而且這些因素似乎可以和假處分的處分原因作某程度的聯結，以下即加以討論。

（二）、處分請求與處分原因的關聯性

²²⁴ 參照李建良，前揭註 223，頁 121 以下。另外該文除以重要法益的確保為主軸外，其認為支軸係基於平等原則或信賴保護原則所構成的行政自我拘束。但是如事實不能、期待不可能或是基於補充性原則下，即便存在裁量的縮減也可能使行政機關回復原來的裁量權。

²²⁵ 參照林三欽，國家賠償請求權基礎之二—「怠於執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室第 55 期，2007 年 5 月，頁 36-37。

本文所設定的討論對象主要是定暫時狀態的假處分，而依照行政訴訟法第298條第2項之規定，「防止發生重大之損害」或「避免急迫之危險而有必要時」係其處分原因。且如同本文前揭所述，上述二者應只要具備其中一個條件即可。而在釋字第469號解釋所提到的「斟酌人民權益所受侵害之危險迫切度」，也就是法律所保護法益受到急迫的侵害，以人民向行政機關申請作成行政處分為例，若法規授權目的須在給與人民處分下才能滿足時，一旦如此的請求不能馬上實現而有急迫危險時，事實上也同時可認定具有處分原因(保全必要性)。

另外像是受侵害法益的重要性亦是如此，因為法益重要與否，本來就不具有絕對性，尤其在現今國家保護義務呈現大躍進的態勢下，除了傳統的雙面行政關係，時至今日，事實上也經常存在利益的三角關係，也就是行政法律關係同時涉及多數人的情形。以建築法上鄰人保護的問題為例，行政機關若基於保護義務而同意鄰人的請求時，事實上也同時係干預他方²²⁶。也就是說，行政機關一方面不能保護不足，但也同時不能對他方侵害過度，在如此的情況下，進行妥適的利益衡量將是難以避免的。即便僅是傳統的雙面關係，雖說可能並不存在明顯的多數人的利害衝突，但是其仍存在公共利益，而此本身即係社會中各個成員的事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合之狀態²²⁷。因此，在認定裁量是否存在縮減時，對此種公共利益也不能棄之不顧，而仍須與私人利益作某方面調和。相對地，在處分原因(保全必要性)的認定上，也有學者認為，就「重大損害」或「急迫危險」的認定，行政法院除考量雙方當事人之情況外，更須將公益之要素同時納入衡量，以決定是否應發定暫時狀態處分²²⁸。

在綜合上述的檢討下，不論是裁量縮減或是處分原因的認定，其考慮的要

²²⁶ 參照李建良，前揭註223，頁134以下。

²²⁷ 參照吳庚，前揭註，頁68。

²²⁸ 參照馬鴻驛，前揭註198，頁55以下。

素不僅具有某程度的相近，且將相對的利益進行衡量也都是難以避免的。在這樣的情況下，由於是否裁量縮減是在處分請求中判斷的要素，故可能認為在涉及行政裁量時，處分請求及處分原因將會有一部份重疊的情形。

(三)、先「處分原因」、後「處分請求」之審查模型建議

由於在涉及行政裁量時，處分請求及處分原因將會有一部份重疊的情形，此於判斷裁量是否縮減時更為明顯，故本文的建議是，可否在審查的時候先進行「處分原因」的審查？此一來可以避免審查的重複，節省不必要的思考；二來，如果當保全的必要性愈大時，某程度也可以評價為裁量行使會往聲請人有利的方向進行縮減，進而本案的勝訴希望將會增大，也可以證立處分請求的存在；再者，此審查順序也可避免因處分請求的複雜性（此乃指相對於非涉行政裁量權者而言），導致法院致力於釐清審查處分請求後，始發現處分原因不具備之不經濟情形。

當然即便如此，並不代表本文放棄「處分請求」的審查。因為行政機關在行使裁量權時，本來即須考慮許多的因素，並不限於保護法益的重要性及危害的嚴重迫切性。因此，就其它可能影響裁量權行使的因素而言，並不能將其排除在考量範圍之外，故仍須保留處分請求以容納這些因素。另外不得不承認的是，雖然本文認為可以先審查處分原因，也認為這是重要的因素，但在判斷是否發放假處分上，只要仍保留處分請求的審查，則兩個要件的比重關係為何，則仍是不得不面對的問題。但這也是本文目前仍無法釐清之處，而須留待將來作更進一步的思考。

第二款 法院專業性不足之彌補

現行立憲主義的國家大多採取權力分立原則，並以之作為國家機關運作政治權力的基礎，我國亦不例外。惟國家事務繁雜，如何將眾多的國家事務妥當的分配至各個國家機關，亦即各個國家機關如何劃分其權限，有採取機關功能結構說者，其內涵為：欲決定何種權力由何種國家機關行使，應從各個國家機

關的組織與決定程序加以分析，以判斷爭權力由何機關行使，在功能上為最適當者。

行政機關的裁量權形式上乃是由法律所授與的，惟其實質上的理由仍為功能法的考量。亦即行政事務種類繁多，且多具有專業性、複雜性、個案變化萬千等特性，立法機關依其組織與程序結構實在是沒有能力作鉅細靡遺的規範，僅能授權行政機關依其積極、彈性、專業的機關功能，在具體的事件上依個案的差異性，作出妥當、合目的性的決定，以追求個案正義。

在裁量處分之情況，當人民依法律向行政機關申請作成行政處分，而行政機關卻遲遲不作出決定，人民可能因行政機關沒有適時作成行政處分，而遭受不可忍受、無法預期、且難以回復之損害。此時如果定暫時狀態處分之裁定，可以使人民避免遭受不可忍受、無法預期、且難以回復之損害時，法院應該有權限作出暫時處置為妥。於法院作出假處分的裁定後，行政機關固然要依照法院之假處分裁定作出處置，惟行政機關在做成終局處分時，得獨立判斷作出最終的決定，且有可能作出與法院之裁定相異內容的決定，此時基於假處分暫定性的性質，該假處分裁定應失其效力。在此種司法機關與行政機關動態的權力分立與制衡的運作之下，人民的權利應當能獲得有效的救濟，這也是權力分立原則最終要追求的目標。惟如前述，行政裁量往往涉及專業性、複雜性、追求個案妥當性等特質，法院在專業能力不足的同時，勢必須有相關程序規範作為配套，彌補法院專業能力的不足，以求法院能成為功能最適的機關，作出妥當且正確之裁定。

在此本文初步的構想是，於法院審查假處分之聲請有無理由時，課與行政機關說明義務，其說明的內涵應包括其所認知的事實背景與所持之法律見解。在事實背景方面，因為行政事件具有公益的因素，所以行政程序法第 36 條規定行政機關對於行政事件須依職權調查證據，亦即採取職權調查主義。所以，人民在向行政機關申請作成行政處分後，行政機關尚未做成決定前，須依職權來調查證據，以便其能作出妥當的決定。在此情況下，行政機關對於該事件，

應該有一定程度的了解，故若行政機關說明其所認知之事實背景後，並將之與聲請人所提出的事實相互對照，可使事實臻於明瞭，使法院所作出的裁定更加的正確。此外，在法律見解方面，行政機關行使裁量權時，為了追求個案正義，必定會考量很多的裁量因素，惟法院基於專業能力的不足可能不知道這些因素，行政機關若向法院說明其裁量時所考量的因素，使法院能有所知悉，而在作出假處分裁定時能考量這些因素，則法院較能夠如行政機關一般作出合目的性的裁定。總之，課與行政機關於法院審查假處分之聲請有無理由時，有說明其所認知的事實與所持法律見解的義務，將有助於法院能成為功能最適的機關，而作出妥當且正確之暫時處置，以滿足人民權利救濟的實效性。而且課與行政機關說明義務並不會對其行政事務或效能造成重大妨礙，是以，該程序規範應屬可行的作法²²⁹。

第四項 小結



在涉及行政裁量權時，德國傳統見解為了避免超越本案裁判，認為僅有在裁量縮減至零的情況下方可發放假處分。本文以為此一方面過於嚴格，使得人民無法得到有實效性的權利保護；再者，從權力分立的角度來看，此種見解也未必有理論上的正當性。雖然在德國法上，亦發展出數種不同於傳統見解的處理方式，但與此一原則的關係仍未釐清。本文以為，惟有揚棄此種想法，回歸至原先假處分的審查要件及基準才是正途。

其次，當涉及行政裁量權時，就定暫時狀態處分的內容上，雖然不再受到「超越本案判決禁止」原則的束縛，但是其是否會使假處分的審查結構產生一定程度的影響？本文在與裁量縮減的理論對照下，建議可先進行「處分原因」的審查，復進行「處分請求」之審查。惟處分原因及處分請求兩要件在假處分的審查上，佔有多大的比重及互動關係為何，此仍屬本文尚待釐清之處。最後，

²²⁹ 須特別注意者乃有某些類型之保全程序是以對相對人之隱匿性為必要，故於此種情況下行政機關之說明義務存否與程度如何均尚待討論。

基於功能最適的考量，法院在進行定暫時狀態處分的審查時，應可促使行政機關盡可能地說明其行使裁量權時所考慮的要素，在法院審查能力提高之下，也自然較能作出正確的決定。

故，在前引之案例中，本文認為，即便假設其涉及行政裁量權，台中高等行政法院仍應依處分原因一處分請求之順序為實質上之審查；實際考量甲公司是否有「防止發生重大之損害」或「避免急迫之危險而有必要」之情況（本文對本案持保守態度，蓋甲公司所遭受之損害僅為解散登記而不得營業，其大可於準備妥當後重為申請，似無何重大損害或急迫危險之情可言），及彰化縣政府對於甲公司申請核發證照一案之裁量因素為何、是否有向對甲公司有利之方向縮減、縮減至何程度等等（當然，若前述處分原因之審查即未通過，自無審查處分請求之必要），以判定究竟是否准許定暫時狀態處分之發放。而非僅泛言「行政法院於聲請人若對此一案件提起行政訴訟，如認其起訴為有理由時，尚未必得逕命相對人彰化縣政府為如抗告人上開所請求之行為，而屬保全程序之本件抗告人請求為上開定暫時狀態之假處分，自亦難認有其必要性。」亦即，若認為當行政機關存在著裁量權時，會造成假處分無必要的見解，應有再重新檢討的必要。

第五章 結論

由於現代行政事件類型轉變，行政行為所涉人民權利層面廣度及深度皆加劇，則我國現行行政法院對行政機關所為裁量行為之司法審查，是否足夠達成保護人民與制衡行政權之目的？有否因應時代演進、再細緻化之必要？旋為本文欲討論之重點。

對此，本文首先基於實務上採取行政裁量與不確定法律概念二分之前提下，就我國行政裁量之司法審查現況進行檢視。目前實務上對行政裁量基於個案正義與平等原則之考量，將其分為個案裁量與一般裁量二類，並異其不同之審查方式。實務對個案裁量乃以裁量瑕疵理論為審查重點，以不涉裁量之一般瑕疵及裁量逾越、裁量怠惰、裁量濫用等裁量瑕疵態樣檢視行政機關之裁量決定是否合法。對一般裁量則以是否違反法律之規定，以及是否違反授權目的與裁量權本旨為審查重點，並採取附帶審查之方式為之。其與個案裁量間之關係尤須釐清者為為因該統一標準違法而拒絕適用、基於個案正義之考量而拒絕適用該統一標準及違反統一標準之各種情形。

本文檢視實務判決後，發現目前實務對行政裁量之司法審查，首先從形式上觀察，可以得知就個案裁量部分有法條援用不夠明確，造成引用行政訴訟法第200條第4款時所指為何之疑慮。就一般裁量部分則有未經論證或論證程度過低之缺失。實質上更肇因現代行政事件類型之改變，以致個案裁量中行政行為所涉及之面向日益趨廣，涉入人民權利之情況，以及造成三面關係之行政事件類型出現機率亦大增，此時由於所牽涉之利害關係人增多，處理之案件自多有涉及人民相互間權利之拉鋸者。此外，於一般裁量中，行政權得以形塑之範圍，也因立法者於立法未逮之處，透過授權規定將其權限下放，或立法者規定所未能明確者而大增。此些不同情況造成行政裁量之不同形態，其所涉之問題亦不同。檢視傳統

行政裁量之司法審查方式後，發現其似乎並未就此些觀點為足夠之考慮審酌。對個案裁量之司法審查中，有人民權利保護面向考量不足之缺失；對一般裁量之司法審查中，則有制衡強度未做明顯區別之問題。對此本文認為，由於現代行政事件類型所考量之因素較傳統行政事件繁多，相應於此者，對其所為之司法審查自應再分類歸納而尋求適切的同與異之劃分，以符現況。故於現代行政事件下之行政裁量，有必要嘗試對其採取類型化之司法審查方式。

欲嘗試對行政裁量採取類型化之司法審查方式，首應探究者，乃對行政裁量所為之司法審查，其背後所涉各權力間之分配與制衡，即權力分立之問題。蓋行政裁量由於其本質上係立法者授予行政機關之空間，司法權對其所為之司法審查，自涉三權相互間之運作協調問題。惟有透過對其權力間互動之觀察，方能得知如何之類型化標準能適合解決前述司法審查現況之不足。本文接著即以提出類型化之嘗試為前提，討論行政裁量之司法審查與權力分立之問題。首先，於行政裁量之司法審查與權力分立之傳統論述中，概皆認為行政機關就行政裁量之決定有最後發言權，司法機關應退讓。本文認為，此種論述在個案裁量並未體現現代行政事件中人民及第三人權利保護之問題，即未兼顧有效權利保護誠命之要求；而在一般裁量中則未突顯不同法位階間應有制衡上之差異，即未著重法位階理論之討論，皆有所不足。

為將視野拓展至人民權利有效保護之面相，本文在對個案裁量之司法審查部分，嘗試由功能最適之觀點出發討論，相較於立法機動性不足與行政任務本位考量等缺失，司法由於其具中立性之本質及具可彌補其專業性不足之訴訟制度，故司法權(法院)證立為涉行政裁量案件中人民權利保護之功能最適機關。而基於人民權利有效保護之誠命，以及法院為功能最適機關之前提下，即便人民對行政機關之裁量決定僅擁有無瑕疵裁量之請求權，此時法院對個案裁量所為司法審查之類型化方式，亦仍應考量如何類型化方能使人民權利獲得有效保護。於一般裁量之司法審查部分，則由參考德國取向之民主正當性觀點出發，討論行政權與司法權個別之民主正當性來源。即使行政權之變遷筆致法律保留原則有所侷限，然再

建構之民主正當性傳遞模式中，依法行政原則仍扮演重要角色。觀察不同之一般裁量形式，其實質、內容的民主正當性基礎強弱實有所不同，並基於此不同之民主正當性水準，得出不同之一般裁量形式應有制衡強度不同、受法律拘束程度不同之結論。故以此指出對一般裁量之司法審查，其類型化方式，應以法位階理論為考量方符事理。

確立對行政裁量有必要採取類型化之司法審查方式及個案裁量與一般裁量各自不同之考量要素後，本文乃嘗試就行政裁量採取類型化之司法審查方式作出建議。其中對於個案裁量之司法審查，為避免過度強調相對人之權利保護而忽略現代行政事件中大量出現之第三人(通常利害相反)之權利，故建議以案件所涉對象之多寡分為雙面關係與三面關係，以有效突顯並兼顧各方人民權利保護之面向。並由於三面關係所涉人民與行政機關間權利狀態較複雜，即使行政機關之自由空間可能較雙面關係大，基於有效權利保護之觀點，法院對其之司法審查仍應採取較雙面關係更嚴之審查密度方是。

對於一般裁量之司法審查則建議強化法位階理論之思考，並根據民主正當性水準之不同，將現行一般裁量型態依照法規命令、行政規則、行政釋示與施行細則等不同型態而異其不同司法審查密度之討論。本文認為，由於一般裁量乃源自行政自由性而來之概念，不適宜以強烈的內容審查密度為審查。其又缺乏彌補與立法者間民主正當性落差之機制，故明顯性審查密度亦不適宜。則對其之司法審查，應採可支持性審查密度為之。而此其中，法規命令因具較高之民主正當性，具法規創造力，故對其之司法審查應較行政規則寬鬆，依此本文則主張在可支持性審查密度中仍應有強弱不同之差異。對行政釋示之司法審查，本文認為觀察重點應放在其涉行政裁量之本質，而非在行政釋示之形式，故法官仍應依一般裁量之司法審查方式對待之。著眼於其本身無法規創造力，不同民主正當性水準之差別並無反應於外，故應以類似行政規則之司法審查密度為之。至於施行細則之司法審查，則因其雖有法律授權，然多僅為概括授權，其民主正當性水準仍不若法規命令強，故亦應以類似行政規則之司法審查密度為之。

此外，基於近期學界對行政裁量與不確定法律概念二者應無庸區分之呼籲，本文從行政裁量與不確定法律概念皆源自行政自由性，皆為行政之判斷與決定過程此些近似性著眼，認為不確定法律概念具體化之司法審查應能供行政裁量之司法審查借鏡，而有所啟發。由於不確定法律概念具體化之司法審查，其案件本質之特色並不應因立法方式(構成要件或法律效果)不同而有所差異，加以若仍一昧對裁量採取低密度之審查，而且不論案件類型，事實上易導致人民訴訟之基本權利落空之結果。故其以案件類型作為審查密度決定之方式，可供對行政裁量之司法審查參考，並可與前述對個案裁量採取之類型化建議一併考慮且不相抵觸。即於所牽涉人民權益之情況愈重大時，若無其他行政機關較適宜做決定之條件情況，則對行政機關之決定應仍以較嚴格之審查密度為控制方是。

最後，於行政裁量之司法審查中另一值得關注者，乃定暫時狀態處分之問題。基於行政裁量之特殊性，造成定暫時狀態處分中禁止超越本案裁判之要求，且其亦影響法院在定暫時狀態處分審理程序中之處理方式。本文基於有效權利保護之觀點，檢視定暫時狀態處分之本質、與停止執行制度作比較，並參以權力分立之觀點，認為請求作成裁量處分時，禁止超越本案裁判原則有突破之必要，惟有容許超越本案裁判方能達其保全之目的。於此前提下，更基於處分請求與處分原因的重疊關聯性，建議調整請求作成裁量處分時定暫時狀態處分之審查結構，以先處分原因、後處分請求之方式為審查，方符經濟性。此外，於訴訟中並應課予行政機關說明義務，以彌補法院專業性之不足，求得最妥當正確之暫時處置。

參考文獻

一、中文文獻

(一)、期刊論文

- 1、吳信華，憲法審判機關與立法者，東吳法律學報第 20 卷第 4 期，2009 年 4 月，頁 53-87。
- 2、呂太郎、假處分裁定程序之研究，法官協會雜誌第 6 卷第 1 期，2004 年 6 月，頁 37-44。
- 3、李建良，難耐的惡臭—行政裁量與公法權利，月旦法學雜誌第 21 期，1997 年 2 月，頁 94-95。
- 4、李建良，行政的概念與特徵，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月，頁 42-49。
- 5、李建良，論停職處分的停止執行—側觀 NCC 委員停職事件，台灣本土法學雜誌第 96 期，2007 年 7 月，頁 176-192。
- 6、李建良，個別裁量與一般裁量，月旦法學雜誌第 40 期，1998 年 9 月，頁 22-23。
- 7、李惠宗，對立法權制衡機制之探討，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 89-99。
- 8、沈冠伶、我國假處分制度之過去與未來—以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 52-72。
- 9、林三欽，國家賠償請求權基礎之二—「怠於執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室第 55 期，2007 年 5 月，頁 30-39。
- 10、林明昕，假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第

- 三項之規範意義—，中原財經法學第 15 期，2005 年 12 月，頁 77-113。
- 11、洪家殷，行政規則之違反與裁量權之濫用，台灣本土法學雜誌第 5 期，1999 年 12 月，頁 118-122。
- 12、洪家殷，論裁罰標準表之性質與目的—高雄高等法院九十年度簡字第三八四〇號判決評釋，台灣本土法學第 41 期，2002 年 12 月，頁 23-36。
- 13、翁岳生，論命令違法之審查，憲政思潮第 30 期，1975 年 5 月，頁 109-129。
- 14、翁岳生，論法官之法規審查權，台灣大學法學論叢第 24 卷第 2 期，1995 年 6 月，頁 87-109。
- 15、馬鴻驛，行政爭訟法上暫時權利保護類型之選擇，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月，頁 113-137。
- 16、張志偉，論民主原則之圖像—以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡，國立中正大學法學集刊第 22 期，2007 年 05 月，頁 165-219。
- 17、張桐銳，從「判斷餘地」理論談司法審查的界限，憲政時代第 20 卷第 3 期，1995 年 1 月，頁 69-79。
- 18、盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度—德國實務發展與新趨勢之分析，法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 1534-1549。
- 19、陳英鈴，從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話，台灣大學法學論叢第 34 卷第 4 期，2005 年 7 月，頁 71-128。
- 20、陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，憲政時代第 24 卷第 3 期，1998 年 12 月，頁 170-222。
- 21、陳愛娥，「訴訟權能」與「訴訟利益」—從兩件行政法院裁判出發，觀察兩種訴訟要件的意義與功能，律師雜誌第 254 期，2000 年 11 月，頁 64-77。
- 22、黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢

- 討，台灣大學法學論叢第 32 卷第 6 期，2003 年 11 月，頁 103-151。
- 23、黃舒芃，我國行政權民主正當性基礎的檢視—以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡，憲政時代第 25 卷第 2 期，1999 年 10 月，頁 61-95。
- 24、黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向(funktionell-rechtlicher Ansatz)之問題與解套，政大法學評論，第 91 期，2006 年 6 月，頁 99-142。
- 25、葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢，人文及社會科學集刊，14 卷 4 期，2002 年 12 月，頁 515-559。
- 26、蔡震榮，由限令出國處分論訴願之停止執行，法令月刊第 58 卷第 5 期，2007 年 5 月，頁 4-20。

(二)、專書編輯論文

- 1、吳啓賓，解釋權與審判權之司法分工，收錄於最高法院學術研究會編印，解釋權與審判權之分際—最高行政法院學術研究會叢書(十一)，2005 年 12 月，頁 95-130。
- 2、李建良，法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析—試觀台灣法治國圖像的一個剖面，收錄於吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，2010 年 1 月，頁 649-668。
- 3、李建良，監察院對行政裁量的審查及其界限，收錄於監察院編印，監察調查理論與實務策進之研究，2009 年，頁 141-176。
- 4、李建良，行政的自主餘地與司法控制—翁岳生教授對「行政裁量及不確定法律概念」理論實踐的影響，收錄於葉俊榮主編，法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界，元照出版，2009 年 1 月初版 1 刷，

頁 273-347。

- 5、李建良，論行政裁量之縮減，收錄於翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論(中)，元照出版，2002年7月，頁109-153。
- 6、李惠宗，國家組織法的憲法解釋—兼評司法院大法官會議釋字387與419號解釋，收錄於同著者，權力分立與基本權保障，韋伯文化事業出版，1999年3月初版1刷，頁1-75。
- 7、林子儀，審判獨立與行政釋示—法官是否應受主管機關釋示之拘束？，收錄於葉俊榮主編，法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界，元照出版，2009年1月初版1刷，頁55-80。
- 8、林明昕，行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心，收錄於湯德宗、劉淑範主編，2005行政管制與行政爭訟，新學林出版，2006年12月，頁1-39。
- 9、法治斌，論行政訴訟中訴之利益，收錄於同著者，人權保障與司法審查—憲法專論(二)，月旦出版，1994年1月，頁159-213。
- 10、翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生編，行政法，1998，頁100。
- 11、翁岳生，論司法院大法官會議之功能，收錄於同著者，法治國家之行政法與司法，元照出版，2009年1月2版1刷，頁365-383。
- 12、翁岳生，大法官功能演變之探討，收錄於同著者，法治國家之行政法與司法，元照出版，2009年1月2版1刷，頁425-462。
- 13、翁岳生，司法權發展之趨勢，收錄於同著者，法治國家之行政法與司法，元照出版，2009年1月2版1刷，頁343-364。
- 14、翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，收錄於同著者，法治國家之行政法與司法，元照出版，2009年1月2版1刷，頁85-102。
- 15、翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量之關係，收錄於同著者，行政法與現代法治國家，自刊，1990年11版，頁37-107。

- 16、許志雄，立法與行政的分際，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，元照出版，2002年12月初版1刷，頁269-300。
- 17、許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999年10月初版1刷，頁215-267。
- 18、許宗力，權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心，收錄於司法院大法官書記處編，司法院大法官九十年度學術研討會紀錄，2002年12月，頁3-32。
- 19、許宗力，大法官釋字第462號解釋評析，收錄於同著者，法與國家權力(二)，元照出版，2007年1月，頁227-243。
- 20、許宗力，論國會對行政命令之監督，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999年10月初版1刷，頁269-300。
- 21、許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於同著者，憲法與法治國行政，元照出版，2007年1月2版1刷，頁207-248。
- 22、許宗力，憲法與政治，收錄於同著者，憲法與法治國行政，元照出版，2007年1月2版1刷，頁1-52。
- 23、許宗力，論法律保留原則，收錄於同著者，法與國家權力，元照出版，1999年10月初版1刷，頁117-214。
- 24、陳春生，行政裁量之研究，收錄於同著者，行政法之學理與體系(一)—行政行為形式論，三民書局，1996年，頁135-177。
- 25、陳愛娥，從司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款的規定出發，探討普通司法權與憲法解釋權的劃分，收錄於最高法院學術研究會編印，解釋權與審判權之分際—最高行政法院學術研究會叢書(十一)，2005年12月，頁215-251。
- 26、陳愛娥，「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟論文彙編第二輯，1998年，頁49-79。

- 27、陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義，收錄於城仲模教授祝壽論文集編輯委員會編，憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，三民書局，1998年8月初版，頁31-85。
- 28、湯德宗，大法官有關行政、立法兩權關係主要解釋案析論，收錄於同著者，權力分立新論卷一—憲法結構與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁275-340。
- 29、湯德宗，大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析，收錄於同著者，權力分立新論卷二—違憲審查與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁305-424。
- 30、湯德宗，論九七憲改後的憲法結構—憲改工程的另類選擇，收錄於同著者，權力分立新論卷一—憲法結構與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁1-55。
- 31、湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於同著者，權力分立新論卷二—違憲審查與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁1-70。
- 32、湯德宗，權力分立與違憲審查—大法官抽象釋憲權之商榷，收錄於同著者，權力分立新論卷二—違憲審查與動態平衡，元照出版，2005年4月初版1刷，頁75-122。
- 33、黃昭元，抗多數困境與司法審查正當性—評 Bickel 教授的司法審查理論，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，元照出版，2002年12月初版1刷，頁301-342。
- 34、黃錦堂，由德國法之發展論我國行政法院之審查密度，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，行政訴訟論文彙編第二輯，1998年，頁1-64。
- 35、劉宗德，行政裁量之司法審查，收錄於同著者，行政法基本原理，學林文化出版，2000年初版2刷，頁127-160。
- 36、蕭文生，從大法官對行政機關令函之審查論其權限之演變，收錄於劉

- 孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，中研院社科所出版，1998年，頁 249-281。
- 37、蘇永欽，從體系功能觀點談大法官會議的改革方向，收錄於同著者，合憲性控制的理論與實際，月旦出版，1994 年 5 月，頁 143-177。

(三)、學位論文

- 1、王志強，論裁量基準的司法審查，東吳大學法律系研究所碩士論文，2005 年。
- 2、李宗瀚，從 John H. Ely 的代表性補強理論檢討司法違憲審查正當性爭議，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年。
- 3、李庭熙，論附第三人效力之行政處分，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年。
- 4、范嘉倩，法院對行政命令審查之研究—以美國之相關法制為鑑，臺北大學法學研究所碩士論文，2006 年。
- 5、馬鴻驛，行政訴訟上假處分決定之實體審查標準，中正大學法律學研究所碩士論文，2004 年。
- 6、張志偉，論司法違憲審查之正當性爭議，中正大學法律學研究所碩士論文，2006 年。
- 7、張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，中興大學法律學研究所碩士論文，1996 年。
- 8、盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度，臺灣大學法律學研究所博士論文，1998 年。
- 9、陳世旻，行政爭訟上之暫時權利保護制度，中央警察大學法律研究所碩士論文，1999 年。
- 10、陳雪芳，具體化不確定法律概念之行政規則之司法審查—以醫師法第 25 條相關涵釋為中心，東吳大學法律系在職專班法律專業組碩士論

文，2008 年。

11、葉俊榮，行政裁量與司法審查，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1985 年。

12、廖瑞珍，違章建築取締不作為之行政救濟，中正大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

13、劉鑫楨，裁量處分與不確定法律概念之司法審查，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2004 年。

(四)、專書

1、Erich Eyermann, Ludwig Fröhler 著，陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院行政訴訟及懲戒廳編輯，2002 年。

2、John Hart Ely 著，劉靜怡等譯，民主與不信任，商周出版，2005 年 5 月初版。

3、吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007 年 9 月增訂 10 版。

4、李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎，行政法入門，元照出版，2006 年 1 月 3 版 1 刷。

5、林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法：權力分立，新學林出版，2008 年 9 月 2 版 1 刷。

6、林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎，行政法入門，元照出版，2008 年 10 月初版 1 刷。

7、林紀東，中華民國憲法逐條釋義，三民書局，1998 年 9 月。

8、法治斌、董保城，憲法新論，元照出版，2008 年 9 月 3 版第 3 刷。

9、翁岳生編，行政法(下)，元照出版，2006 年 10 月 3 版第 1 刷。

10、陳敏，行政法總論，自版，2007 年 10 月第 5 版。

11、陳清秀，行政訴訟法，自版，1999 年 6 月初版。

12、陳新民，中華民國憲法釋論，自版，2001 年 1 月修訂 4 版。

13、陳榮宗，林慶苗，民事訴訟法(下)，三民書局，2006年5月修訂4

版2刷。

14、彭鳳至，德國行政訴訟制度及訴訟實務之研究，司法院，1999年6

月。

二、外文文獻

(一)、期刊論文

- 1、Böhm/ Monika, Die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen in Deutschland- Reformbedarf und -perspektiven-, DÖV 2000, 990.
- 2、Brohm, Winfried, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, DÖV 1982, 1.
- 3、Brohm, Winfried, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, 8.
- 4、Gärditz, Klaus Ferdinand, “Regulierungsermessen” und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, 1005.
- 5、Ludwigs, Markus, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, 290.
- 6、Ossenbühl, Fritz, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545.
- 7、Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116, 1991, 329.
- 8、VGH Mannheim: Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten, NVwZ- RR 1995, 490.

(二)、專書及專書編輯論文

- 1、Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip (§ 24), in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, 429.
- 2、Brandt, Jürgen/ Sachs, Michael (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Aufl. 2009.
- 3、Bull, Hans Peter/ Mehde, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 7. Aufl. 2005.
- 4、Finkelnburg, Klaus/ Dombert, Matthias/ Külpmann, Christoph, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008.
- 5、Finkelnburg, Klaus/ Jank, Klaus Peter, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998.
- 6、Krebs, Walter, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984.
- 7、Leisner, Walter Georg, Art. 20 (Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht), in: Soden, Helge (Hrsg.), Grundgesetz: Beck'scher Kompakt-Kommentar, 2009.
- 8、Mauer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009.
- 9、Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2004.
- 10、Morlok, Martin, Demokratie und Wahlen, in: Badura, Peter/ Dreier, Horst (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, 559.
- 11、Ossenbühl, Fritz, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz, Volkmar/ Klein, Hans Hugo/ Stark, Christian, Die

- Öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und
richterlicher Kontrolle, 1985, 9.
- 12 · Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl.
2006.
- 13 · Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.),
Verwaltungsgerichtsordnung- Kommentar, 2008.
- 14 · Schmidt-Aßmann, Eberhard, Aufgaben- und Funktionswandel der
Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der
Verwaltungsrechtssentwicklung, in: ders, Aufgaben und
Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, 341.
- 15 · Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungsverantwortung und
Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Heft 34, 1976, 221.
- 16 · Steiner, Udo (Hrsg.)/ Arndt, Hans-Wolfgang, Besonderes
Verwaltungsrecht: ein Lehrbuch, 8. Aufl. 2006.
- 17 · Suckow, Horst/ Wiedemann, Holger, Allgemeines Verwaltungsrecht
und Verwaltungsrechtsschutz, 15. Aufl. 2008.
- 18 · Wahl/ Schütz, § 42 Abs. 2 (Klagebefugnis bei Anfechtungs- und
Verpflichtungsklage), in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann,
Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.),
Verwaltungsgerichtsordnung- Kommentar, Bd. I, 2009.
- 19 · Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf, Verwaltungsrecht
I, 11. Aufl. 1999.