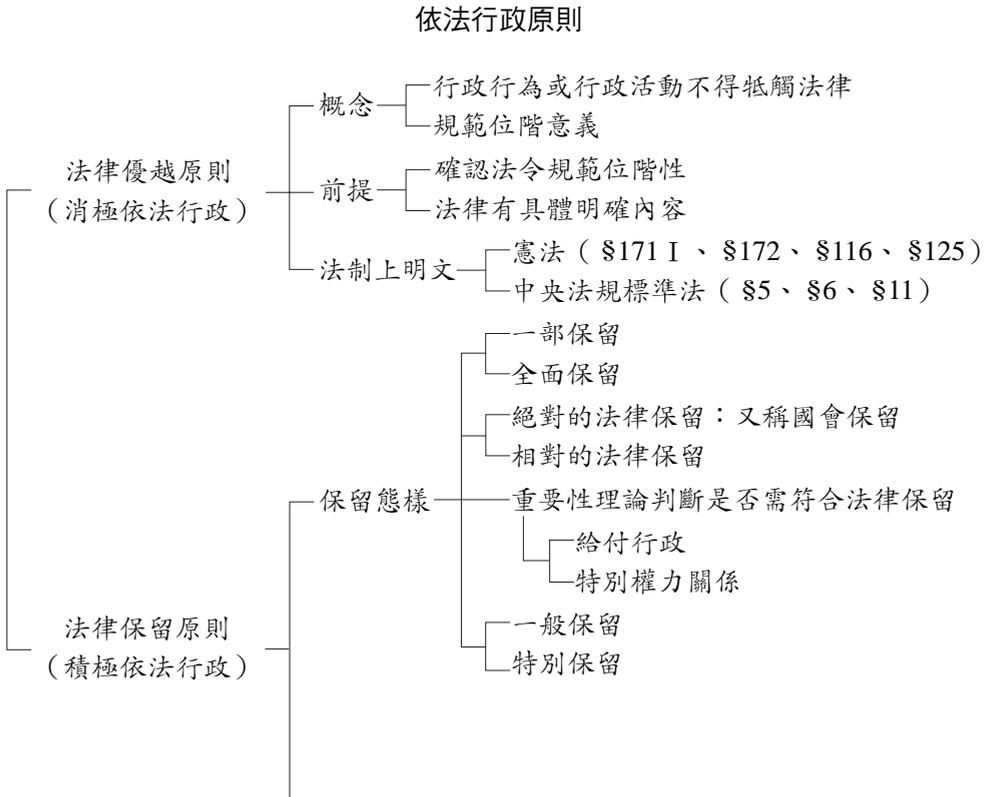


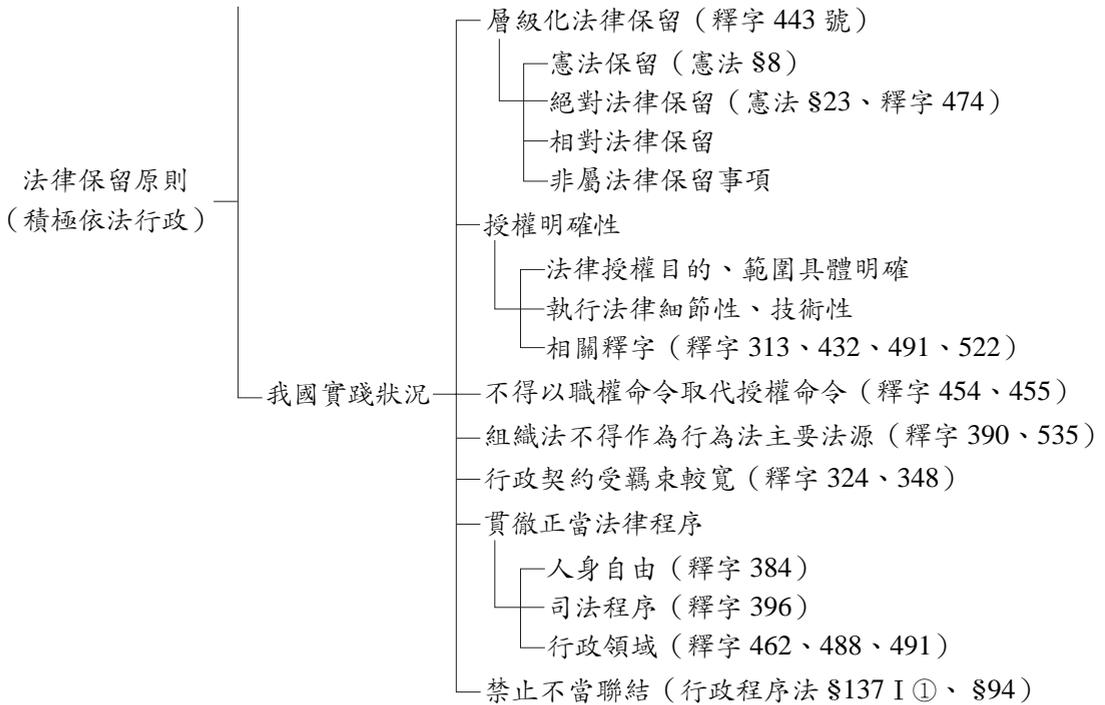
第三章 行政之羈束性與自由性

壹 II 命題焦點

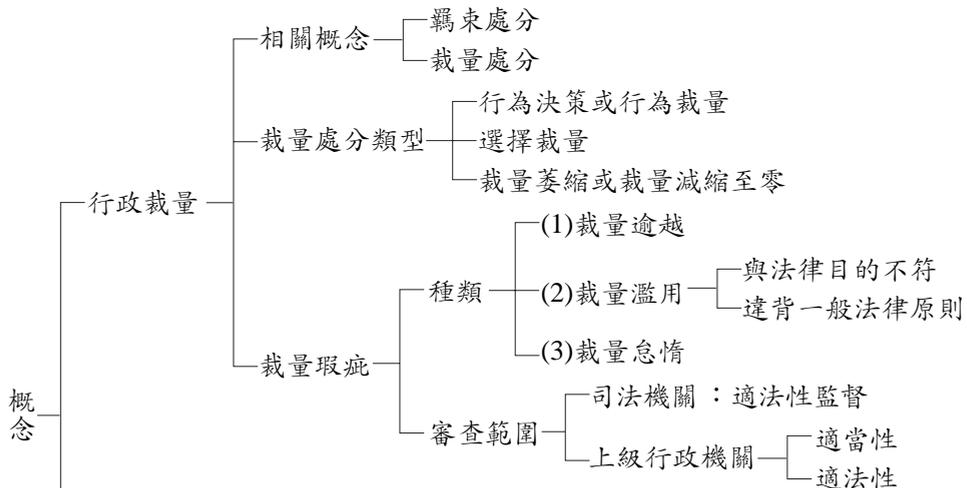
我國近年來強調落實憲法上法治國原則的概念，因此，行政機關對於「依法行政原則」的落實，實為重點。本章考試重點著重，依法行政原則中的「法律優越原則」與「法律保留原則」，法律保留原則中的保留態樣、「層級化的法律保留」等概念，特別如何區分屬於法律保留事項的「重要性」理論、給付行政是否適用法律保留原則，乃至於行政命令中的「授權明確性」原則之概念等。在行政自由性的範圍中，首重瞭解「不確定法律概念」與「裁量」的概念與區別，特別是「瑕疵裁量」的類型、上級行政機關對裁量的審查與法院對裁量的審查、屬於「判斷餘地」的事件種類，乃至於「行政保留」的概念等

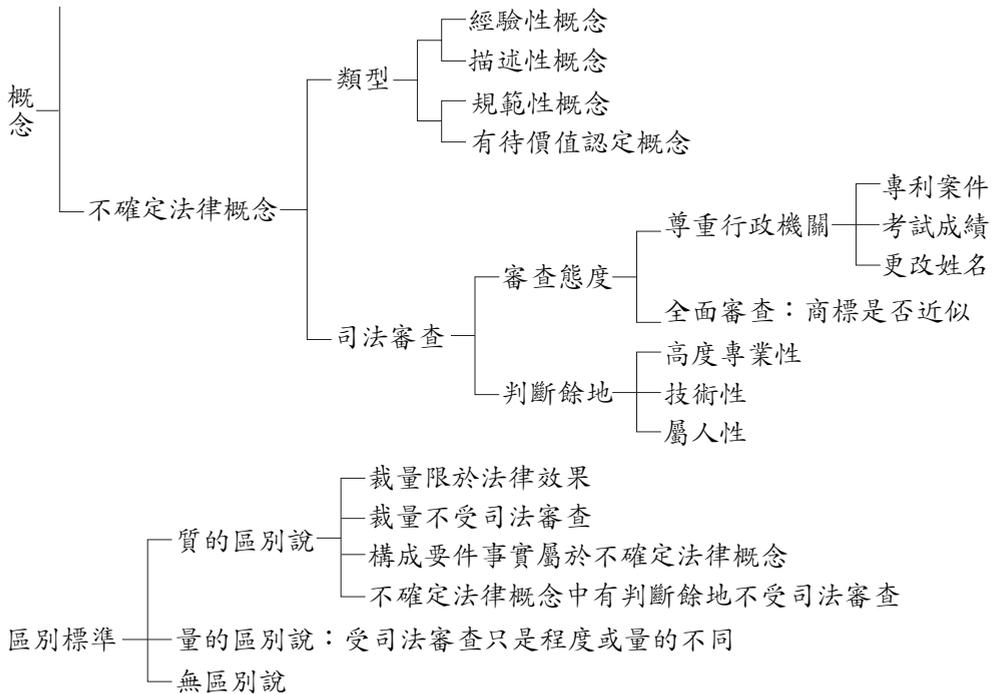
貳 II 體系架構





行政裁量與不確定法律概念





行政保留



參 II 基本概念

一、行政權與行政裁量之拘束

現代憲法權力分立的架構下，行政權通常被界定為「執行權」，亦即執行由立法機關所通過的法律或議案。基於國民主權的傳統，由人民所選出的國會代表具有高度的民主正當性，容易獲得人民信賴，同時，國會的決策方式是以公開的立法程序、多次的（三讀程序）及各黨團對立的辯證方式，相較於行政機關的祕密或不公開的決策方式，更能獲得民眾的信任。在法律之下履行國家職責的國家組織，除了行政機關之外，還有司法機關，由此觀之也是執行權，但是司法機關是依據法律受理訴訟，保障人民的權利與義務，與行政機關的依法行政仍有相當的差距。行政機關適用法律做成行政行為，不僅是在實現國家目的，同時在選擇

具體及直接的措施上，當立法機關沒有提供判斷的基準時，行政機關有責無旁貸的判斷義務，在憲法與法律的許可下，行政部門享有的自由形成空間，這種權限就是「行政裁量權」。而絕對的自由也不存在於行政機關的決策與行政措施當中，因為行政權仍舊必須在立法者的監督下，執行其憲法與法律所賦予之權限來達成國家目標與公共任務，此即構成對行政權的羈束性。

二、依法行政原則之概念

依法行政原則是支配法治國家立法權與行政權的基本原則，也是一切行政行為必須恪守的首要原則，形成行政權重要的羈束來源，行政程序法第4條即規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」，就是依法行政原則最簡要的解釋。依法行政原則從消極與積極的面向可以區分為區分為「法律優越原則」與「法律保留原則」，法律優越原則只在消極的確保下位階規範不得牴觸上位階規範，更重要的是法律保留原則的體現與遵守。在法律保留原則的要求下，行政機關的行為原則上需有法律的授權，才能獲得合法性，然而行政機關所執掌的一切事項皆須先由立法機關通過立法，才能執行事實上顯然是不可能，因此法律保留的形態也就僅限於對於侵害人民權利、自由或附加義務的事項上，亦即著重於「干涉行政或侵害行政」。法律保留原則發展至今，在我國已經出現所謂的層級化保留事項，分為憲法保留事項、絕對的法律保留（國會保留事項）、相對法律保留、非保留事項等四個層次。（參見釋字第443號解釋）

三、法律保留與授權明確性

憲法保留是直接於憲法當中明文規定，如憲法第8條對於人身自由的限制（釋字384號）；絕對的法律保留則是該等事項立法者必須自己以法律訂之，不可授權給行政機關以命令制定，例如刑罰法律的構成要件（刑法上的罪刑法定主義）、對人民課稅的要件、納稅主體、稅目、方式、稅率（租稅法律主義參考釋字167號、210號、217、367號）等。相對法律保留事項則是立法者可以自己決定或授權由行政機關來決定，但是授權必須符合明確性的要求。至於技術性、細節性對人民影響輕微的事項，就不在法律保留的範圍中。若依照傳統的見解，在給付行政的事項並不需要符合法律保留，行政機關只需要執行上有預算的依據或國會的其他授權表示，就取得做成該給付行政的合法性，近來採取「重要性理論」來判斷法律保留事項，因此給付行政若是涉及原則性問題或重要性事項者，也應該有法律依據。另外，行政命令與法律保留原則之間的關係，則涉及命令的「授權明確性」的問題，當行政機關以行政命令限制人民權利、自由時，必須有法律的明確授權，母法的授權目的、內容、範圍必須具體明確（參見釋字第313、432、491、522號）。

四、不確定法律概念與行政裁量之區別

在依法行政原則的貫徹下，看似行政機關處處受到牽制與限制，然而，在法律用語中因為存有「不確定法律概念」與給予行政機關執行上的「裁量」空間，因此行政機關仍享有相當程度的選擇自由。不確定法律概念在法律中處處可見，譬如「公序良俗」、「誠實信用」、「公共利益」等，而裁量則是在法律效果的選擇或行政行為的作成與否當中，給予行政機關選擇的空間，然而兩者的判斷亦非涇渭分明，學說上有採用質的區別說、量的區別說和無區別說來加以判斷。

(一)質的區別說認為，不確定法律概念存在於「法律構成要件」中，而裁量則是限於「法律效果」的層次，因此在可選擇的法律效果中裁量皆不生為法的問題，法院此時多予尊重；但不確定法律概念雖可能有多種含意，但適用於事實關係中只有一種是正確的，所以法院可以加以審查，然而因不確定法律概念所涉及事項是具有高度專業性、技術性、屬人性等事實關係時，因為法院的專業判斷程度無法優於行政機關，應此承認此時尊重行政機關的判斷，行政機關享有「判斷餘地」的空間。

(二)量的區別說則認為，在依法行政原則支配之下，行政機關皆不可恣意的行使權限，否則無法避免法院的審查，只是在適用不確定法律概念時，行政機關受法院監督比依據授權裁量之規定時，來的嚴格而已，本質上並沒有差異。

(三)無區別說：根本不需區別不確定法律概念與行政裁量。

通說上大多採用質的區別說，可以用下表來表示兩者的區別。

	行政裁量	不確定法律概念
適用法規	僅存在於公法法規	常出現在公法、私法法規
存在層次	法律效果的選擇	存在於構成要件事實中（法律要件）
自由判斷的可能性	合義務裁量則各種選擇皆為合法，只有適當與否	雖多種解釋或判斷可能但只有一種是正確
法院之審查	以不審查為原則，有「瑕疵裁量」則屬受審查的例外情形	法院以審查為原則，但屬於行政機關「判斷餘地」者，則尊重其判斷

五、裁量瑕疵的概念與判斷餘地

在行政機關行使裁量權做出的行政行為中，原則上沒有違法的問題，人民在尋行政體系爭訟救濟管道時（如訴願或與訴願相當程序），上級機關可以就該處分

的「適當性」、「合目的性」、「適法性」加以審查。若發生「裁量瑕疵」的情形時，則該行為可能違法，因此發生裁量瑕疵時，法院則只介入審查該行政行為的「合法性」。所謂的裁量瑕疵包含「裁量逾越」、「裁量濫用」、「裁量怠惰」等，若做出裁量瑕疵的行政處分，該處分就屬於違法處分。不確定法律概念的司法審查態度可由大法官釋字 399 號解釋、釋字 553 號解釋看出，至於實務上對於「判斷餘地」的案件，如「專利案件」中新發明是否具有「產業上利用價值」、「合於實用」、「適於美感」（專利法 §1、§3、§95、§111）通常多尊重行政機關判斷；姓名更改事件中，原本姓名是否「粗俗不雅」；考試成績的評定等，也多尊重行政機關之決定。

六、行政保留

關於我國一個特殊的法律保留現象就是對於行政機關的組織法，呈現高度的法律保留，在憲法增修條文第 3 條第 3 項第 4 項制定後，可說是對於行政機關組織的法律保留鬆綁，給予行政機關更多的組織權限，或許也成為我國「行政保留」的空間。基於權力分立之觀點，行政權是否享有完全不受立法權干預的「行政保留」領域，則是新近的討論議題，是否行政機關擁有一個不受侵犯的核心範圍，例如人事決定權、人事任用權、行政組織權等等，2006 年涉及 NCC 人事決定權的釋字 613 號解釋，採用行政保留「核心範圍說」的見解，值得注意。

肆 II 名詞解釋

1. **行政的羈束性與自由性**：行政機關在法律沒有加以限制之情形，對於行政的作用方式，如採取行政處分或簽訂各種契約，本身即擁有選擇自由的空間，若依法必須以行政處分作成的方式，則在羈束處分的情形，行政機關就一定構成要件事實，有作成該行政處分的義務，拘束的性質很強，但是遇到不確定法律概念、證據證明力的認定，則仍享有一定自由判斷的可能。
2. **依法行政原則**：是法治國家中支配立法權與行政權關係的基本原則，亦為一切行政行為必須遵守的首要原則。最簡單的解釋就是行政程序法第 4 條所規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」本原則向來區分為「法律優越原則」與「法律保留原則」。
3. **法律優越原則**：指一切的行政活動或行政行為，均不得與法律相牴觸。此法律指「形式意義的法律」而言，即不得牴觸立法院通過總統公布之法律。此概念含有規範位階性的意義，行政命令、行政處分等各類行政行為，在位階規範上效力都低於法律，因此不得與之牴觸。法律優越原則並不要求一切行政活動都必須有法律明文依據，只需要消極的不違背法律規定即可，因此又稱為消極的依法行政。（憲法 §171 I、§172、§116、§125；中央法規標準法 §11。）

4. **法律保留原則**：指沒有法律授權行政機關即不能合法的作成行政行為，因為憲法已經保留某些事項給立法機關，必須由立法機關以法律加以規定。在本原則之下，行政行為不能以消極的不牴觸法律為已足，還需要以法律明文為依據，故又稱積極的依法行政。在民主憲政發展初期，法律保留是為了保障人民權利，避免來自君王的侵害與限制君王之權力，因此，行政權就某些事項要侵害或干涉時，必須取得代表人民的國會同意。就干涉或侵害人民權利事項，嚴格限於必須有法律依據，因而法律保留的形態通常是「一部保留」或「侵害保留」。凡不屬於干涉或侵害性質的事項，例如給付行政、對人民補助等，行政機關不必有法律之明文依據方可施行該措施，在符合法律優越原則下，行政機關享有相當程度之自由。我國憲法第 23 條對於人民的自由及權利之保障即規定「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」即為明例。若所訂定之行政命令超出授權之母法之授權範圍，亦屬於違背法律保留原則。
5. **國會保留**：指該事項必須由國會通過制定之法律加以規範，立法機關亦不得授權給行政機關以行政命令等方式代為決定之。例如中央法規標準法第 5 條規定：「左列事項應以法律定之：一 憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二 關於人民之權利、義務者。三 關於國家各機關之組織者。四 其他重要事項之應以法律定之者。」同法第 6 條並規定「應以法律規定之事項，不得以命令定之」。
6. **層級化保留體系**：此概念由司法院大法官於釋字 443 號解釋中所建立。憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障，關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，此即所謂之憲法保留。而憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。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，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。此類事項即屬於絕對的法律保留。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，此即為相對法律保留事項。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，此類則非法律保留事項。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。層級化保留體系可以區分如下：

- (1)憲法保留：憲法第 8 條之部分內容
 - (2)絕對法律保留：必須由法律自行規定，例如剝奪人民生命或限制人民身體自由事項、請求權消滅時效亦應以法律定之，若法律本身未規定即屬違憲。
 - (3)相對法律保留：由法律直接規範或有法律明確依據授權之行政命令加以規定。包括生命身體以外之其他自由權利的限制或給付行政措施及涉及公共利益之重大事項。
 - (4)非屬法律保留事項：屬於執行法律之細節性、技術性次要事項。
7. **重要性理論**：在行政範圍內之重要決策，應受法律保留原則之支配，國會並有義務制定所需要的法律，不得委由行政機關自行決定，因此，重要性理論是法律保留之別稱。如何區分重要或非重要事項，可由人民之法律地位、所涉及之生活範疇及所受規律之對象的性質加以衡量，或依據事件性質及所必須加以規律之強度而定。
 8. **授權明確性原則**：乃是憲法上法治國原則所導出之原則，與法律保留原則相輔相成，憲法雖然許可法律授權行政機關發布法規命令，但授權的目的、內容、範圍必須具體明確。
 9. **再授權禁止原則**：由「受委任者不得再委任」原則而來，必須有法律授權始得發布之事項，不得再委任其他命令來為制定法律所授權之內容。若所涉及事項，無須法律明訂或授權，則無再授權禁止原則之適用。且本原則旨在避免行政機關將立法者所託付之任務，任意交付給「其他機關」以免發生「權限移轉」之結果。
 10. **羈束處分**：法規所規定的特定構成要件事實存在時，行政機關就必須為特定的法律效果之行為，稱為羈束處分。
 11. **行政裁量**：立法機關通常會讓行政機關享有一定程度的「自由空間」，當符合行政法規要件時，行政機關通常仍得依照個別的具體情況，就法律效果之是否發生或如何發生，給予「裁度推量」，一般稱為「行政裁量」。行政機關是否享有裁量權，原則上需由法律規定的內容及其立法意旨加以探求，通常的情形法律規定的構成要件或法律效果中有「得」字，譬如集會遊行法第 25 條或建築法第 86 條。
 12. **裁量處分**：特定構成要件事實雖然存在，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的行政處分，此種行政處分稱為「裁量處分」。具體言之，行政機關決策與否，是否作成行政處分，稱為「行為裁量或決策裁量」。就產生不同法律效果的行為，選擇其一個效果而行，則稱為選擇裁量。

附錄 歷屆試題

第一章 行政與行政法

➤行政的概念

- () 1. 下列何者非行政權之範圍？ (99 身特 3 等)
 (A)即時強制 (B)修憲案之提議 (C)發布命令 (D)救災

➤私經濟行政

- () 2. 下列何者為行政機關的私經濟行為？ (99 身特 4 等)
 (A)行政機關與人民簽訂公費留學契約
 (B)交通警察指揮交通
 (C)行政機關向民間租車公司租賃交通車
 (D)行政機關與人民簽訂損失補償之協議
- () 3. 下列何者不屬於公私協力執行行政任務之表現？ (98 身障 3 等)
 (A)公營事業由公法組織形式改制為私法組織形式
 (B)公營事業部分釋股，由人民認購
 (C)公共建設採 BOT 模式進行
 (D)行政業務委託民間辦理
- () 4. 政府為了籌措財源，將其所持有之公有財產公開標售給人民。此行為之屬性為何？ (98 身障 4 等)
 (A)私經濟行政 (B)干預行政 (C)公權力行政 (D)給付行政
- () 5. 下列關於私經濟行政之敘述，何者錯誤？ (98 身障 4 等)
 (A)私經濟行政一般又稱為國庫行政
 (B)私經濟行政係指國家或自治團體不居高權機關之地位，以私經濟之方式所為之行為
 (C)私經濟行政在類型上，包括行政輔助行為，行政營利行為及行政私法行為
 (D)私經濟行政不分類型一體適用民事法，完全不受公法原理原則之拘束
- () 6. 下列何者不屬於私經濟行政之範圍？ (97 地特 3 等)
 (A)台灣電力公司提供民眾電力之行為
 (B)國防部訂購武器之行為
 (C)台灣銀行買賣外匯之行為
 (D)ETC (高速公路電子收費系統建置及營運) 契約

▶▶ ETC 性質上屬於行政契約

- () 7. 下列何者之性質不屬於國庫行政？ (97 警察升等)
- (A)採購公務用品 (B)進口物資出售以穩定價格
(C)標售國庫券 (D)實施國中小學義務教育
- () 8. 下列何者為私經濟行政之特性與內容？ (97 地特 4 等)
- (A)國家處於私人地位，並在私法支配下所為行為
(B)國家以行政處分創設人民權利
(C)縣市以自治法規規範人民權利義務
(D)救濟途徑為行政爭訟

↻ 公權力行政

- () 9. 下列國家行為之中，何者屬於公權力行政？ (99 高考)
- (A)為維持匯率穩定而進行外匯買賣之操作
(B)為使國營企業轉移民營而出售政府持股
(C)交通警察駕警車赴勤務現場途中撞傷人
(D)公共汽車管理處對大眾提供之交通服務
- () 10. 下列何者屬於公權力行政？ (99 普考)
- (A)行政機關提供氣象、H1N1 等資訊給民眾
(B)政府對民眾提供住宅貸款
(C)臺灣中油公司對民眾之售油營利行為
(D)行政機關採購公務所需用品
- () 11. 下列何者為行政機關的公權力行為？ (99 普考)
- (A)行政機關將清潔工作委託清潔公司處理
(B)行政機關與旅行社簽約辦理員工旅遊
(C)行政機關委託民間業者辦理商品檢驗業務
(D)行政機關向人民租賃辦公廳舍
- ▶▶ 委託民間辦理檢驗業務屬於私人受委託行使公權力
- () 12. 為因應車流量不斷增加，政府於公路沿線辦理土地徵收，用以拓寬車道。
請問該徵收行為之法律性質為何？ (98 交通升等)
- (A)公權力行為 (B)事實行為
(C)不動產買賣行為 (D)私經濟行為
- () 13. 下列對公權力行政之敘述，何者錯誤？ (97 警察升等)
- (A)國家居於統治主體適用公法規定所為之行政行為