

第一章

緒論

雖有多年的行政訴訟審判經驗，卻仍深受裁判歧異的困擾，其中以因審查裁量處分與不確定法律概念所引起者為最，此乃觸動本文研究動機，研究目的在於能促進達成解決裁判歧異的共識平臺。藉由理論與法規範的概述，作為裁判分析的基準，擬從具體個案的裁判切入，作系統性的分析，描述各問題的背景與核心爭點。再借用裁量瑕疵之概念，試擬提出審查問題之概念，並予以類型化，分為不為審查、審查不足、審查過嚴及其他審查問題等四個類型，以便能作系統化的探討，期能引起普遍的關注與討論。當然也可能因此引來各方的批判與指責，但基於國民主權的信念，司法為民的理想，以及司法明天會更好的信心，乃鼓起勇氣，作體系內的自我檢討工作與學術性的探討，期望各位司法界先進能寬容本文的用心，向各位司法界先進對於我國司法默默而重大的貢獻致意。首先，表述本文研究動機、目的、研究方法與途徑，並界定研究的範圍，以拉開研究的序幕。

第一節 研究動機、目的

本文研究動機，乃因從事多年的行政訴訟審判工作，一直關注著最高行政法院對於裁量處分¹與不確定法律概念之司法審查²。因司法審查基準

1 行政程序法第92條第1項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」而行政裁量處分者，乃指行政處分中含有行政裁量權得行使者。本文為便於行文或稱之為裁量處分或稱之為含有裁量餘地之行政處分。

2 此處所稱之司法審查者，乃指行政法院對於行政處分的合法性審查，亦即審查行政處分是否違



的不同理解，形成見解歧異，或者因審查的態度不同，形成積極與消極的差異，而造成裁判的衝突。行政訴訟當事人就其相同類型的事件，卻受不同的裁判結果，困惑不已；或者，使得下級審的各高等行政法院對於裁量處分或不確定法律概念為審查時，因無明確的審查基準而左右為難；甚至，行政機關行使裁量權或適用不確定法律概念時，引起無所適從的困擾。諸如：行政院衛生署九十一年一月十日函最高行政法院有關最高行政法院改制前 87 年度判字第 2807 號判決、89 年度判字第 1237 號判決及改制後 89 年度判字第 3839 號判決之法律見解歧異，導致行政院衛生署適用法律產生疑義。該函說明「『僑』中字中醫師證書之核發，係因政府當時檢覈辦法規定，補行筆（面）試，此一政策前後一貫；又鑑於中醫師素質良窳，攸關國民生命健康至鉅，不論國人或華僑欲在國內執行中醫師業務，均應踐行考試程序，方符合公平正義原則，並避免招致社會訾議。」。最高行政法院庭長法官聯席會議乃於九十一年二月二十六日作成決議：「已持有『僑』字中醫師考試及格證書者，因未同時取得『臺』字中醫師證書，回國執業時，仍應依照第六條之規定補行筆試，為中醫師檢覈辦法第十條所明定，領有考試院醫師考試及格證書及行政院衛生署頒發之僑字中醫師證書者，僅取得在僑居地開、執業之中醫師資格證書，此觀當時有效之醫師法第三條、中醫師檢覈辦法第二條第三款及第八條第二項規定自明，故回國未補行考試及格取得『臺』字中醫師證書前，僅執『僑』字中醫師證書，不得在臺申請開、執業中醫師業務」，以統一法律見解，但不能解決該案件已確定且其再審之訴亦經駁回之問題。司法院大法官會議隨即於九十一年六月二十八日作出釋字第 547 號解釋，以解除最高行政法院 89 年度判字第 3839 號判決之歧異見解的判決拘束力，澈底杜絕紛爭。又行政院新聞局為了最高行政法院裁判對於政黨廣告等的裁罰採取不同的法律見解³，造成

法？審查結果行政處分若違法，得判決撤銷之。即諭知「原處分撤銷」。

3 參照本文第五章第三節第三項最高行政法院 90 年度判字第 1807 號判決分析。

第一章 緒 論

裁判歧異，引起困擾，乃於九十一年十一月與臺灣行政法學會共同舉辦傳播行政與行政爭訟研討會⁴，期能藉由交換意見與溝通，獲得某程度共識。再者，行政院公平交易委員會因彰化○○機油股份有限公司於產品型錄及廣告上，就專利權及公司成立時間為虛偽不實及引人錯誤之表示或表徵，涉有違反公平交易法第二十一條規定，予以處分，但為最高行政法院 90 年度判字第 700 號判決以該行為非公平交易法第二十一條規定所規範，而撤銷原處分⁵。公平交易委員會則認該判決與最高行政法院 89 年度判字第 2745 號判決、89 年度判字第 3139 號判決及改制前行政法院 86 年度判字第 1619 號判決所採見解不同，造成裁判歧異⁶，乃於九十二年八月五日舉行第三場公平交易法重要案例研討會。由以上所述觀之，在在顯示行政法院與行政機關間存在著一種監督者與被監督者間的緊張關係，其間當然也包含著因最高行政法院裁判歧異，致使處於下級審的高等行政法院左右為難的窘境，復隨著司法審查的基準與密度提高，彼此間更是呈現出巨大的張力。適值新制行政訴訟法施行將屆滿四週年，而觸動隱藏於心中已久，欲尋求一個司法審查共同平臺的動機，使解決因審查裁量處分或不確定法律概念而引起的裁判衝突，成為可能，或降低其衝突。乃以裁量處分與判斷餘地為核心概念，從最具歷史意義的最高行政法院判例著手，檢索多樣化的裁判要旨，以觀察行政法院裁判衝突的成因，借用行政裁量理論之概念，類推適

4 參照臺灣行政法學會主編，行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟，元照出版，2003 年 7 月初版第 1 刷。

5 公平交易委員會認該判決關於公平交易法第 21 條規定係採列舉規定。參照行政院公平交易委員會，公平交易法重要案例研討會實錄，2003 年 11 月出版，第 77 頁以下。

6 公平交易委員會認該 3 則判決關於公平交易法第 21 條規定係採列舉規定，支持公平交易委員會之觀點。參照行政院公平交易委員會，公平交易法重要案例研討會實錄，2003 年 11 月出版，第 77 頁以下。

本文意見，本件得直接以商品製造者並非百年老店，卻不實廣告稱其係百年老店，此仍屬對於商品製造者為不實之廣告，亦即直接適用公平交易法第 21 條規定，事業不得在廣告上，對於商品之製造者，為虛偽不實之表示，而無庸圍繞著例示規定或列舉規定爭論。



用而導出審查問題之概念，並予以類型化，分為「不為審查」、「審查不足」、「審查過嚴」及「其他審查問題」等四個類型，以便能再進一步的探討與發展。

第一項 研究動機

緣於從事審判工作，欲追求社會正義的體現。但在追求的過程中引起困惑而盤旋於腦海的諸多問題，以裁量處分及含有判斷餘地之行政處分之司法審查的基準問題最為核心問題。因此欲盡從事審判工作者的一分心力，而本於確信法律是具有科學性質的有序性，欲從浩瀚的行政法院裁判中，藉由科技之賜的電腦檢索功能，進行以前個人能力所未逮的任務，分析歸納行政法院的裁判，以呈現出行政裁量處分及含有判斷餘地之行政處分之司法審查的問題群，再進而以實踐的觀點，探討問題群的形成原因，最後提出解決問題的方案，期望能有助於司法審查共同平臺的建構，有利於我國行政訴訟制度實務方面的長遠發展。

第一款 追求法律的社會科學性質

法律的社會科學性質，乃假定其具備有序性與穩定性，方可能進行科學性的研究，及具有研究的價值。雖法律之有序性與穩定性，若過於顯著時，可能有礙於法律的發展與進步，但行政訴訟的諸多具體個案間存在著彼此具有相同事物本質的特性，本文稱之為通案性，也因為其彼此間具有共同的特性，故能探討其間可能存在的有序性與穩定性，而有重現被檢驗的可能性，因而具有社會科學性質的研究價值。行政法院的裁判是法律最具體化的體現之一⁷，又因其有裁判書的製作，公告主文，送達裁判書與行

7 尚有行政機關作成的行政處分或行政計畫，諸如：行政裁罰的罰單、土地徵收公告以及都市計畫公告等等。

政訴訟當事人，並且公開於司法院的資訊網路提供民眾查詢，裁判書的內容包括主文、事實、理由及依據的法律，完整且明確將事實認定與法律的適用公開呈現出來，對於為裁判的行政法院具有羈束力，不容事後任意更動裁判的內容⁸，因此裁判是最具客觀性與完整性的社會科學研究對象之一。本文乃以行政法院的裁判為研究的對象。

第二款 緣於行政法院裁判見解的歧異

行政法院關於裁量處分或含有判斷餘地之行政處分之司法審查的見解歧異，造成判決衝突⁹，而引起行政機關行使裁量權時，無所適從的困擾，例如：前揭行政院衛生署正式函請最高行政法院「關於中醫師證照」的判決間法律見解歧異；行政院新聞局為了最高行政法院裁判對於政黨廣告等的行政裁罰採取不同的法律見解，而與臺灣行政法學會共同舉辦「傳播行政與行政爭訟研討會」；以及公平交易委員會認最高行政法院裁判歧異，乃舉行第三場公平交易法重要案例研討會等等，均無非是想尋求解決因行政法院裁判歧異所造成左右為難的行政困境。至於最高行政法院裁判見解歧異，造成各高等行政法院的困擾，各高等行政法院乃希望藉由各級行政法院法律問題座談會提出法律問題尋求達成某程度的共識，以形成確信的法律見解，但其效果有待進一步觀察。又行政法院對於具有通案性的具體個案作出不同的裁判結果，使行政訴訟的當事人對於法院裁判的預期可能性成為困難，直接影響著其對於司法的信賴度，而人民對於司法的信賴度，

8 除非有法定的更正事由，方可裁定更正。見行政訴訟法第 205 條（宣示判決之效力及主文之公告）、第 206 條（判決之羈束力）、第 208 條（裁定之羈束力）及第 218 條準用民事訴訟法第 232 條（更正判決）規定。

9 行政法院裁判衝突的類型有最高行政法院或各高等行政法院內各庭間的裁判衝突，各行政法院間的裁判衝突，以及最高行政法院與各高等行政法院間的裁判衝突，甚至有各庭自己前後裁判的衝突（可能另有涉及法律見解的變更）等等類型。



又是我國司法正當性的基石¹⁰。基於上述裁判歧異問題造成行政法院體系內耗與阻礙行政效率等積弊，乃為文研究分析歸納行政法院關於裁量處分及不確定法律概念相關的裁判，以證實行政法院確有裁判歧異的問題及發現產生問題的原因，希望能提出具體可行的方案，以形成司法審查的共同平臺，對於我國行政法院裁判歧異問題的解決有所助益¹¹。

第二項 研究目的

本文期望能有助於司法審查共同平臺之建構，擬藉由行政裁量理論與判斷餘地理論的概述，以其為工具對於具長期歷史意義的判例，以及展現廣度的多樣化裁判進行分析，以呈現出問題的廣度與歷史性，亦即明確的陳述出經歷長期的裁判歧異，而遭受人民及專家學者爭相指摘的問題。例如：一、撤銷訴訟中行政法院審查裁量處分，認其裁量瑕疵，得否自為判決¹²？二、欠缺事物權限之無效行政處分與逾越權限之違法裁量處分如何區別？三、行政法院對於裁量處分及不確定法律概念之審查態度如何？四、行政法院以何審查基準及密度審查裁量處分？五、行政法院承認的判斷餘地之範圍如何？經由對於我國行政法院裁判分析整理後歸納出司法審查的實況，本文借用裁量瑕疵之概念，將司法審查問題分類為不為審查、審查不足、審查過嚴以及其他審查問題等四個類型的司法審查實況；並針對司法審查問題提出建言。簡而言之，乃針對我國關於裁量處分與不確定法律概念之司法審查的批判與反思，期望能有助於建構司法審查的共同平臺，此乃為文之目的所在。

10 我國之法官是經由考試訓練及格而來的，並非經由直接或間接選舉而任命為法官，故缺乏民意的基礎。

11 行政法院裁判歧異的可能原因諸多，本文僅能呈現因裁量處分與不確定法律概念之司法審查所引起的可能原因。

12 課予義務訴訟中行政法院審查准否之裁量處分，認其裁量瑕疵時，行政訴訟法第 200 條第 4 款明文規定不得為命行政機關作成原告所申請內容之行政處分，與同條第 3 款比較自明。

第二節 研究方法與途徑

本文擬先概述德國及我國的行政裁量理論與判斷餘地理論，然後以其作為分析我國行政法院裁判¹³的基準（工具），用以觀察分析行政裁量理論與判斷餘地理論在我國的實踐發展過程（過去與現在）所產生的問題¹⁴，與其未來發展的趨勢¹⁵。

研究途徑係藉由理論的概述與裁判的分析以鋪陳問題的廣度與歷史性，亦即以判例分析展現出的歷史性、裁判所展現的多樣性而形成廣度，而切入裁判歧異的問題核心。再以分析及歸納的方法，將問題分類與歸納，而得出形成問題的可能因素。

第三節 研究範圍

行政法院數十年來的裁判，除了因戰亂散佚外，仍屬浩瀚，加上自八十七年度以後，才正式全面電腦建檔提供網路查詢，在此之前的裁判搜尋工作需要靠人工搜尋，所以要全面的檢索與裁量相關之裁判，係受到限制的。本文評量時間與人力問題結果，研究資料作了以下的抉擇，關於最高行政法院的判例因作者曾參與編輯與整理工作，能以全部判例要旨為搜尋基礎，自民國二十二年起至八十八年十一月止，計可適用者 1571 則，不再援用者 1359 則，合計共 2930 則¹⁶。為避免在歷史的演進過程出現斷裂，

13 包括最高行政法院判例、裁判及決議、各高等行政法院裁判以及各級行政法院法律問題座談會之法律問題等，均直接關聯著具體個案，屬於實踐問題，並非抽象的法律問題或理論問題。

14 可能因概念未釐清，或混淆，或案件量負荷過重，或未能有效運用鑑定或專家諮詢制度等等因素造成，此乃本文欲探討的問題形成原因。

15 亦即本文關心的未來發展趨勢，是否由粗糙轉向精細？是否由模糊趨向明確？

16 最高行政法院編輯，最高行政法院判例要旨彙編，2003 年，凡例。



已不再援用的判例部分均明確的予以註明其係不再援用的判例。關於最高行政法院的庭長法官聯席會決議全部計 162 則¹⁷，以全部為搜尋基礎，選取決議文出現者為限。關於最高行政法院及各高等行政法院的裁判，則以司法院歷年來編有裁判要旨者為搜尋基礎，選取裁判要旨出現者為限；各級行政法院法律問題座談會之法律問題自九十年起至九十二年止，全部的法律問題，選取在結論出現者為限。以上所述乃本文研究的範圍。

另本文係以行政行為的行政處分中，關於裁量與不確定法律概念為研究對象，亦即以行政處分為限，不及於行政計畫、行政契約、行政指導等，併此敘明。

17 最高行政法院印行，最高行政法院庭長法官聯席會決議彙編，2003 年 8 月，例言。

第二章 行政法院的司法審查

我國舊制行政訴訟，訴訟類型僅有撤銷訴訟一種，行政法院之司法審查，係指行政法院受理行政訴訟具體個案，審理行政機關所作成行政處分的合法性，而不審查其合目的性（妥當性）。新制行政訴訟，行政法院審查的對象除以撤銷訴訟或確認訴訟中之行政處分為主要審查對象外，尚包括課予義務訴訟及其他給付訴訟中所涉及的行政決定。而行政法院是根據什麼基礎擁有司法審查之權限？其審查原則的內涵如何？其審查的事由如何？以及審查的密度即審查的範圍及深度又如何？等一連串有待釐清的問題。

第一節 司法審查的基礎

司法審查是法治國家的一種基本憲政制度，其包括違憲的司法審查與行政決定合法性的司法審查，本文研究對象為後者，屬於行政法院的職責。其權限的來源、權力的制衡與尊重，有憲法的原則性規定，以保障人民的訴訟權，再由行政訴訟法及行政法院組織法予以具體化，使權益受公權力侵害的人民得據以提起行政訴訟。

第一項 憲法上的基礎

我國憲法第二條規定（主權之歸屬）：「中華民國之主權屬於國民全體。」¹此乃國民主權之宣示；我國憲法第十六條規定（請願、訴願及訴訟

1 關於國民主權之論述，得參考文獻有吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月初版，第40頁至第44頁。蘆部信喜，憲法，李鴻禧譯，元照出版，1997年5月初版3刷，第62頁至第66頁。



權)：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」，訴訟權乃憲法保障人民的基本權利之一。而我國憲法第七十七條規定(司法院之地位及職權)：「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。」，同法第七十八條(司法院之法律解釋權)：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」，同法第八十條(法官依法獨立審判)：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」，同法第一百七十三條規定(憲法之解釋)：「憲法之解釋，由司法院為之。」等規定，乃保障人民訴訟權具體化的原則規定，行政訴訟由司法院掌理，亦即司法得對於具體個案之行政行為進行司法審查。而法官依法審判者，即法官執行審判職責須受法律拘束。再由我國憲法第一百七十一條第一項規定(法律之位階性)：「法律與憲法牴觸者無效。」，亦直接可導出立法權的行使而制定的法律不得與憲法牴觸，即立法受憲法的拘束，法律是否違憲由司法院大法官會議解釋之，至九十三年五月七日止計有 577 則解釋²。我國憲法第一百七十二條規定(法律之位階性)：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」，行政機關所訂定的行政命令不得牴觸憲法或立法機關制定的法律。憲法如此明文規定而建構一個法的位階體系，即由憲法—法律—命令等循序上下位階分明所構成，也顯現出權力分立而制衡原則的具體內涵，為此原則的法效果。

德國基本法第二十條第二項、第三項規定：「一切國家權力均出自於人民。其經由人民以選舉與投票，及經由立法、行政及司法等機關行使之。」「立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。」³乃明確規定所有國家權力源自國民(Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus)，稱之為國民主權原則。而在國民主權的憲政指導性原則下，立法權須

2 依據司法院最新網站(<http://www.judicial.gov.tw/>)公布資料。

3 vgl. Maunz-Dürig, GG, Band II, Art 20-1.