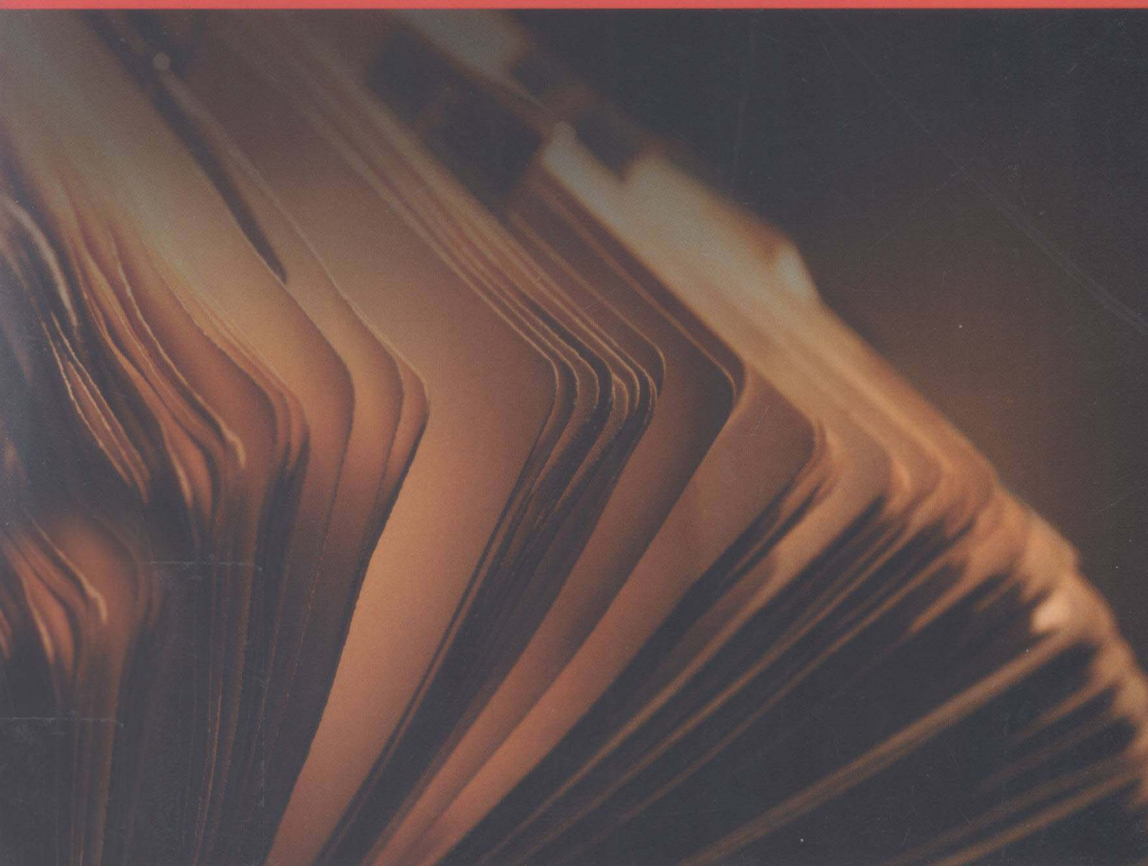


論裁量處分與 不確定法律概念

增訂二版

劉鑫楨◆著



論裁量處分與 不確定法律概念

劉 鑫 楨 著

五南圖書出版公司 印行



五南

凝煉知識・品味閱讀

國家圖書館出版品預行編目資料

論裁量處分與不確定法律概念／劉鑫楨著．——

二版．——臺北市：五南，2005[民 94]．

面；公分

參考書目：面

ISBN 957-11-4158-5（平裝）

1. 司法

589

94020803

1R41

論裁量處分與不確定法律概念

ISBN 957-11-4158-5

作 者 劉鑫楨 (353.2)

責任編輯 胡琬瑜

發行人 楊榮川

總編輯 王秀珍

主 編 王俐文

出版者 五南圖書出版股份有限公司

地 址 台北市大安區(106)和平東路二段 339 號 4 樓

電話：(02)2705-5066 傳真：(02)2706-6100

台中市駐區辦公室 台中市中國區中山路 6 號

電話：(04)2223-0891 傳真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室 高雄市新興區中山一路 290 號

電話：(07)235-8702 傳真：(07)235-0236

網 址 <http://www.wunan.com.tw>

電子郵件 wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號 01068953 戶名：五南圖書出版股份有限公司

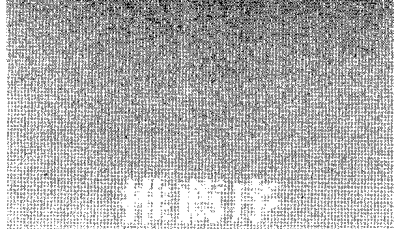
法律顧問 財團法人資訊工業策進會科技法律中心

出版日期 2005 年 3 月初版一刷

2005 年 11 月二版一刷

定 價 新臺幣 350 元

※版權所有・欲利用本書全部或部分內容，必須徵求本公司同意※



劉 鑫楨學隸於東吳大學畢業後，即高中司法官特考，歷任普通法院第一、二審法官，平亭曲直，所至有聲。嗣洊升最高行政法院，任職期間，適值我國行政法院制度前所未有之變革，各級行政法院法官，乃新制之執行者，制度之成敗，人民權益之保障，職責重大。法官同仁除在審理個案時推敲鑽研外，又不斷舉辦學術研討會，相互切磋，並廣邀國內外學者專家交換意見。鑫楨熱心之餘，復考取國立台灣大學政治學研究所，攻讀學位，案牘勞形之不暇，猶能優遊於學術領域，誠好學敏求典範也。

鑫楨學隸累積多年審判之經驗，博覽德、日文之專書，撰成「裁量處分與不確定法律概念之司法審查」一冊，作為學位論文（出版書名為《論裁量處分與不確定法律概念》）。按行政裁量與不確定法律概念，素有行政法上 *quaestio diabolica* 之稱（意謂有如惡魔般令人煩惱的問題）。非有相當造詣者，避之唯恐不及。鑫楨先引述各家學說，再就裁量餘地及判斷餘地之司法審查，條理縷析，解說綦詳，並不吝嗇提出其個人見解。允稱融會貫通，凡此均獲論文口試委員之肯定。今論文付梓在即，流傳必廣，對日後行政法實務之發展，當有助益。余忝為其論文口試之召集人，曾先睹為快，謹綴數語，是為序。

吳庚

94 年元月 10 日

寫於台大政治學系



年逾不惑猶好奇，划入學海，覺浩瀚，廣視野。對任何社會現象之觀察、描述、解釋、預測與調控，有各種理論與方法，選擇何者作為探討實然與應然之原委，匪易。釐清事實，排比價值，皆是判斷，有賴知識之累積，智慧之增長，難。理性與感性的曼波，主觀與客觀的分合，理想與現實的拉扯，時間與空間的連結，目的與工具的定位，公益與私權的衡量，自由與平等的進退，民主與效率的吸斥，中央與地方的分配，更難。

為文之初，僅想一探行政訴訟裁判歧異緣由，其中以裁量處分與不確定法律概念所引起為最困擾，欲以螳臂之力，促進達成解決裁判歧異之共識平台，論文題目乃定為「裁量處分與不確定法律概念之司法審查」。雖作學術性研究，但涉及體系內的自我檢討工作，首先向司法前輩之重大貢獻致意，期能獲得寬容本文之用心。研究過程經指導教授黃錦堂教授指導文中使用裁判案例之種類及數量要具備專業水平；再經吳庚教授教導關於理論之介紹，宜以事項別代替國別，聚焦專注；復由廖義男教授指教及陳新民教授之斧正，初稿乃成。其間關於本文所提出之見解，諸多向學長蔡進田法官再三請教與切磋，感佩不吝教誨與斧正之師長，請容俗氣說聲感恩。出版者之建議本書書名乃簡縮為「論裁量處分與不確定法律概念」，其核心仍在司法審查，併此敘明。案牘勞形之下，為文倍感辛勞，復因個人學術素養淺薄，謬誤之處必然存在，尚祈各位法學前輩與讀者，不吝指正，能有更正之機會。

劉鑫楨 識於

臺北 最高行政法院

2005年2月1日

Contents

第一章 緒論

第一節 研究動機、目的	001
第一項 研究動機	004
第一款 追求法律的社會科學性質	004
第二款 緣於行政法院裁判見解的歧異	005
第二項 研究目的	006
第二節 研究方法與途徑	007
第三節 研究範圍	007

第二章 行政法院的司法審查

第一節 司法審查的基礎	009
第一項 憲法上的基礎	009
第一款 權力的制衡與尊重	011
第二款 依法行政的框架	013
第二項 行政訴訟法上的基礎	015
第二節 司法審查之原則	016
第一項 合憲性原則	017
第二項 合法性原則	019
第三項 權力分立原則具體化	020
第三節 司法審查之事由	022
第一項 程序事由	023

第二項 實體事由	026
第四節 司法審查密度	026
第一項 羈束處分	027
第二項 含有裁量餘地或判斷餘地之行政處分	030

第三章 行政裁量理論

第一節 概 述	033
第一項 行政上法律之適用	033
第一款 法律規範結構	033
第二款 法律適用階段	034
第二項 行政裁量理論之發展	035
第三項 行政裁量理論之內涵	037
第二節 行政裁量	038
第一項 概 念	038
第二項 決定裁量與選擇裁量	039
第一款 決定裁量	039
第二款 選擇裁量	040
第三節 裁量之條件	043
第一項 裁量之必要性	044
第二項 授予裁量權之立法形式	045
第一款 「得」字類型	045

Contents

第二款	「得不」類型	046
第三款	「上下限」類型	047
第四款	選擇性的「或」字類型	047
第五款	「整體關聯」類型	048
第六款	主觀用語、主觀裁量「認為…得」類型	048
第七款	「必要時得」類型	048
第八款	「應」字類型	049
第九款	「得」字類型附加裁量基準	049
第四節	裁量之限制	049
第一項	具體個案正義	050
第二項	通案之行政裁量規則	051
第三項	行政裁量之司法審查基準	054
第一款	逾越權限	056
第二款	濫用權力	058
第五節	裁量瑕疵之類型	060
第一項	德國學者裁量瑕疵之分類	060
第二項	我國學者裁量瑕疵之分類	062
第三項	我國行政法院裁判之分類	065
第四項	本文主張之分類	067
第六節	裁量減縮	070
第一項	行政上之意義	071

第二項	行政訴訟上之意義	071
第七節	對於裁量瑕疵之裁判	073
第一項	撤銷訴訟	073
第一款	德國行政訴訟之裁判	073
第二款	我國行政訴訟之裁判	074
第三款	我國實務上之爭議者	076
第二項	課予義務訴訟	083
第一款	德國行政訴訟之裁判	083
第二款	我國行政訴訟之裁判	085

第四章 不確定法律概念與判斷餘地

第一節	不確定法律概念	089
第一項	不確定法律概念之意義與應用	090
第二項	行政法院之審查（控制）密度	091
第一款	司法審查密度	091
第二款	不確定法律概念之司法審查	094
第三項	不確定法律概念之憲法評價	097
第二節	判斷餘地理論	098
第一項	概 述	098
第二項	判斷餘地理論之發展	099
第三項	判斷餘地之承認	100

Contents

第四項 判斷餘地之範圍	100
第一款 德國司法實務關於判斷餘地之範圍	101
第二款 德國學者關於判斷餘地之見解	103
第三款 我國學者關於判斷餘地之見解	108
第三節 判斷餘地之限制與司法審查	109
第一項 判斷餘地之限制	110
第二項 判斷餘地之司法審查	110
第一款 德國學者之見解	110
第二款 我國實務見解	112
第四節 裁量與不確定法律概念之爭議	114
第一項 裁量與不確定法律概念並列規定	115
第一款 個別適用	116
第二款 裁量消失者	116
第三款 裁量與不確定法律概念混同	116
第二項 裁量與不確定法律概念可代替性	117
第三項 裁量與不確定法律概念間的對流趨勢	117

第五章 對於我國行政法院裁判之分析

第一節 概 述	120
第二節 關於裁量概念	122
第一項 關於裁量概念之判例	122

第二項	關於裁量概念之聯席會議決議	145
第三項	關於裁量概念之座談會法律問題	149
第三節	關於裁量瑕疵	150
第一項	關於逾越權限	150
第一款	關於逾越權限之判例	150
第二款	關於逾越權限之聯席會議決議	153
第三款	關於逾越權限之裁判	153
第二項	關於濫用權力	186
第一款	關於濫用權力之判例	187
第二款	關於濫用權力之裁判	187
第三項	關於裁量怠惰	195
第四項	關於裁量違法	199
第五項	關於裁量不當	202
第六項	關於不當聯結	203
第四節	關於不確定法律概念與判斷餘地	207
第一項	關於不確定法律概念	207
第二項	關於判斷餘地	213
第五節	關於判斷瑕疵	219
第六節	關於考試事件等類型	222
第一項	關於考試事件	222
第二項	關於退學事件	227

Contents

第三項 關於教師升等事件	233
第四項 關於考績、調任、陞遷事件	240
第五項 關於環境影響評估法事件	242
第七節 小 結	245
第六章 行政法院司法審查之問題與建言	
第一節 概 述	252
第二節 行政法院司法審查之問題	252
第一項 學者評論我國實務之現況	252
第二項 本文描述我國實務之實況	254
第三節 建 言	258
第七章 結 論	
第一節 嶄新的期許	261
第二節 良好的根基	261
第三節 務實的建言	262
第一項 司法審查參考基準	262
第二項 針對問題之建言	263
第四節 共同的建構	265
主要參考文獻	268
關鍵概念索引	274

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。

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。