

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 行政法院裁判系列研究(十一)—行政法院判決運用法學方法論的研究 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 97-2410-H-005-022-  
執行期間：97年08月01日至98年07月31日  
執行單位：國立中興大學財經法律學系

計畫主持人：李惠宗

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：蘇政宏  
碩士班研究生-兼任助理人員：杜怡瑩

處理方式：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，1年後可公開查詢

中華民國 98 年 10 月 31 日

# 行政法院裁判系列研究(十一)

## ——行政法院判決運用法學方法論的研究

(97-2410-H-005-022-)

【研究成果初稿，請勿引用】

中興大學財經法律系教授 李惠宗

### 一、法律問題是一種是非對錯判斷的問題。

要探討一個法律問題，須先有問題層次的概念，否則容易失去解決問題的邏輯性及客觀性，蓋不同層次的問題，有不同的重點及處理方式。所有法律問題，可以落到下列四個層次之一，並無例外：法本質論、立法論、法解釋論及法適用論的問題。所擬尋求解決的法律問題，首先必須先確認係屬何一個層次的問題，才用那一個層次的方法去尋求解決。

#### (一) 法本質論

法本質論旨在探討特定法領域的基本原則「是否存在」及其「法的效力」如何的問題。此一層次問題的探究結論，可作為檢討立法是否正確的憑據，亦即法本質論常是探究某些法則是否可以成為「具有法規範效力」的命題。此一領域常涉及到「法的發現」，是一種具有創造性的發現。

由於此一領域問題的探討，常會成為法理學（法哲學）的主要領域，故此部分的探討往往會形成法律學派。法本質論所探究的問題，往往是超法律規定的本身，旨在尋求法倫理上具有絕對性的命題。某些法律制度目的的探求或憲法是否隱含文義所未明文指涉的權利，亦屬法本質論的問題，例如隱私權是否為憲法所保障的基本權？同性戀者是否組成家庭的權利？人是否有「變性」的自由及權利。又例如修憲是否應該有界限？法安定性是否可以成為法律制度的內涵等問題。

此一部分，其一是形式法律概念的問題，探討那些規定具有法的形式效力，例如被宣告違憲但定期失效的法律，行政機關是否仍可執行？法院是否

可以作為再審的理由、大學的宿舍借用規則是否具有法規範（據以開除學生學籍）性質等問題。

其二是，法律應該具有何種實質內容的問題，法律應該把道德或經濟效率納入規範，如果法律不具有「道德內涵」，是不是法律？但「道德」又是什麼？

透過法本質論的發現，我們就可以掌握檢證「法律規定」是否正確的鑰匙，換言之，對於特定問題，法本質論雖然沒有唯一的答案，但仍然可以「發現」較可被接受的「道理」。一般所謂的「法理」，就是「法本質論」的發現。我國司法院大法官所從事的「憲法解釋」，不單單是「法解釋論」的問題，而是透過「憲法解釋」發現「法的本質」，故其解釋的結果，在法律缺乏基本權實現的具體規定下，應可作為人民權利的基礎。行政法院的判決基本上不從事本領域的工作。

## （二）立法論

立法論主要在探討政策如何「變成」法律，法律的內容是否符合「法理」等問題。

立法者以民意代表的地位，受人民付託，代表著國民意志，透過法律之制定，以落實憲法所創立的價值秩序。故法律的制定，其本質任務乃是透過民主程序，就社會基本秩序作理性的規劃，故法律有「具體化憲法價值秩序」的功能；如果憲法沒有明文就某些「價值」予以明文化，則立法者甚至有「創造價值」的權限。

立法論因此旨在檢討法律的制定是否合法的本質或符合憲法所揭示的價值秩序。雖然基於不同的規範目的，立法者可以採取不同的立法例，但無論如何，法律規定應符合該法律本身所達成之目標，亦即法律規定內容應保持體系上的一貫。理論上立法者應是最具理性的哲人。立法的思維，必須能體現整體時代的精神並有全盤的綜觀，不應只是對現實世界單純事件的反應，而應以建構理性的制度為其職志。但「徒法不足以自行」，法律的功能是有限的，社會秩序及各種價值的實踐，法律只是擔任其中的一部分，法律秩序也透過風俗、輿論等獲得維繫。儘管如此，如果人群社會沒有法律作為定分止爭的客觀標準，社會最基本的秩序，斷無法建立。故曰：「法律不是萬

能，但沒有法律萬萬不能。」藉由立法的決定，人民各種行為的客觀價值乃獲得確立，立法者有頗大的裁量空間，稱之為「立法裁量」。除非立法有違反其界限之情況，否則縱使立法決定有不適當，例如已違反比例原則及平等原則等憲法原則而被宣告違憲無效者，否則該法律仍屬有效之法律。一般論證上所稱，法律規範應依據各國國情不同而作不同規範，係指立法論的問題。

立法論的問題有三個層次：一是法律政策的擬議及落實、其次為立法體系及技術層次的問題，第三則為違憲審查制度的問題。例如國民換發身分證，可否規定以按捺指紋為要件？亦即戶籍法第 8 條規定：「(I.) 人民年滿十四歲者，應請領國民身分證；未滿十四歲者，得申請發給。(II.) 依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。(III.) 請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。」其中第 3 項規定，以「按捺指紋」為前提始發給身分證，是否會構成隱私權之過度侵害？此一規定經司法院大法官釋字第 603 號解釋認為係屬違反比例原則的立法，此即為立法論範疇。司法院大法官透過法本質論的「發現」，肯定憲法保障「資訊自主權」，藉此一概念檢證前述戶籍法的結果，認定該規定係屬「違憲」。

行政法院必須在立法論上，先假設法律沒有違憲疑慮，才進行下一階段的法解釋論及法適用論。

### (三) 法解釋論

法解釋論則就法律規定所具體形成的體系加以闡釋。法解釋論在解釋的目標來說，有主觀說與客觀說的區別。主觀說認為，法律解釋旨在尋繹出立法者主觀的意思，但客觀說則認為，法解釋應脫離立法者主觀的意志，以探求法律客觀的意旨。通說認為，法解釋論應採客觀說。

不論採主觀說或客觀說，法律解釋必須以法律所使用之文義作為出發點，頂多只發生法律漏洞填補的問題。在法律適用的三段論法中，法解釋論係屬大前提的任務，亦即正確地解釋法律。不確定法律概念部分也是法解釋論的問題，必須就該法律概念釐清其核心意涵的要素，再於具體案型判斷是否符合該意涵要素。

法律解釋必須符合立法之目的，否則即會發生錯誤解釋的問題。但如果立法不當（不符合憲法意旨或立法體系不一貫），則非法解釋論所能解決者。

法解釋論，除了探討解釋方法之外，也包括「發現法律漏洞及填補法律漏洞」。此外，一般不確定法律概念的判斷，也會涉及法解釋論。除了法解釋外，不確定法律概念的判斷另外涉及「涵攝」的程序。

法解釋論不能取代立法論，亦即法律規定如果不適當，除非有矛盾立法或法律漏洞，否則也無法透過法解釋論解決立法論的問題。立法論的問題，必須透過修法或廢法解決，不是透過法解釋論處理。

#### (四) 法適用論

法適用論則屬個案應如何使用證據並正確地依據因果關係，以判斷個案爭執問題的正確性，一般法院判決裁量及行政裁量的問題乃屬法適用論的問題（但立法裁量則屬立法論的問題）。在法律適用的三段論法中，法適用論係屬「小前提」證據與「結論」作成判決或行政處分的範疇。法適用論旨在追求個案法律涵攝的正確性。法適用論值得研究的領域，例如特別法優於普通法、法條競合應如何適用，包括司法裁量及行政裁量、證據法則、因果關係理論等問題。

以上四個層次的問題，皆有其不同的論述方法，如果是法解釋論的問題，就不應以法本質論方法論述，否則就會有方法論上謬誤的問題。但同一個問題，既可在立法論，也可能在法本質論探討，那就要先將所討論的問題，作正確的定位，才能進行正確的討論，也才有希望找到客觀的答案。

## 二、 行政法院在法解釋論上的適用——以不確定法律概念之運用與判斷餘地之審查為中心

依國民主權理論，國家權力係源自於人民的同意，國家權力之行使應取得人民的同意，始具備民主合法性。「人民的同意」並非國家事務均須經人民決定，而係以人民選出之立法委員組成的立法院。形式意義之法律既然經過立法院通過，即可擬制為經過人民同意。

法律之規範對象多為人民，惟人民既非權力行使之客體。法律（憲法第170條）係由人民選出之立法委員所組成的立法院通過，因此立法院具有直接之民主合法性，其所通過的法律，可擬制取得人民同意。行政行為應有法律為依據，始具備民主合法性。除應有法律作為依據外，法律本身亦應具體、明確<sup>1</sup>。法律明確性原則在以法律限制人民權利時尤為重要，司法院釋字第636號解釋理由書即謂：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。」

然而現實生活中，基於社會事實的複雜與多元，立法者不可能將所有社會事實納入法律規範中，而僅能擷取社會事實之特徵、要素。

## （一）不確定法律概念之運用

最高行政法院95年度判字第2123號判決認為：

「法律所規定之構成要件事實，常使用不確定法律概念，因此在涵攝事實關係時，可能發生多種不同意義，但其中只有一種符合立法本意，係屬正確，因為只有一種正確，故法院對於不確定概念，原則上可加審查；行政機關將抽象之不確定法律概念經由解釋，而具體化的適用於特定事實關係，例如本件「有關低收入戶家庭總收入之計算」，應認為行政機關有相當之判斷餘地，並受法院之尊重，除因瑕疵裁量之情形，已影響裁量處分之合法性外，行政法院原則上不予審查，蓋法律既許可行政機關有選擇或判斷之自由，則其所作之處置，在法律上之評價均屬相同，僅發生適當與否之問題，而不構成違法，行政法院係以執行法的監督為職責，原不宜行使審查權限。上訴人之大陸配偶於上訴人申請列為低收入戶時，尚不得在臺灣地區工作之事實，為兩造所不爭執。對於家庭中有工作能力而無工作權之大陸配偶應如何計算人口範圍及工作收入，於上訴人申請列入低收入戶照顧時，社會救助法並無詳實規定，而同法第45條授權內政部訂定之社會救助法施行細則第2條第1項第1款規定：「工作收入：依據其戶籍所在地直轄市政府或行政院勞委會訂定之各項職業收入計算標準核定之。」

依此，上開法條業已授權主管機關依規定計算工作收入，尚難謂有欠具體明確而增加法律所無之限制而違反法律保留原則。又因政府之資源有限，對於社會上弱勢人口之照顧及救助，不可能全如人意，自應就有限之資源為適當之分配，其所訂定分配之方法及先後順序如未違背社會救助法照顧低收入戶，並協助其自立之立法目的，即不得謂係違反法律保留原則。

<sup>1</sup> 陳敏，行政法總論，神州，五版，2007年10月，頁94。吳庚，行政法之理論與實用，作者自版，十版，2008年2月，頁71。

法律為抽象規範，其內容包含「構成要件」與「法律效果」，前者在描述法律欲對於「特定事項」（構成要件事實）給予一定法律效果，後者則規範該法律效果為何。基於不確定法律概念「只能描述，無法定義」的特徵，實務對不確定法律概念為定義者可謂少數，較多數的實務見解放棄對不確定法律概念定義，而轉向提出對具體個案是否合致不確定法律概念的判斷標準，甚至有見解不觸碰不確定法律概念的內容與判斷個案事實是否合致之標準。

行政法院對不確定法律概念的判斷及審查，基本上有幾種態度：

## 1. 類型一：對不確定法律概念未加以解釋，亦未指出判斷標準

所謂「對不確定法律概念未加以解釋，亦未指出判斷標準」，係指在最高行政法院裁判中未說明不確定法律概念意義、內涵，亦未指出概念之特徵，即法院未碰觸對不確定法律概念的認定。且此類型中，法院多基於「判斷餘地」，而肯定原處分之見解。最高行政法院 97 年度判字第 290 號判決：

按身心障礙者保護法（1997年4月23日）第61條第2項規定：「身心障礙福利機構，辦理不善或違反設立標準者，主管機關應限期令其改善。」若經主管機關未限期改善而逾期不改善者，主管機關可依同法第67條<sup>2</sup>規定令其停辦、公告名稱或撤銷許可、解散法人。

桃園縣某教養院經內政部依身心障礙福利機構評鑑辦法所成立之評鑑委員會多次評鑑，其成績為丙等、丁等，桃園縣政府即以該教養院「辦理不善」令停辦3個月。內政部評鑑小組之後再次前往複驗而通過標準，內政部乃函請桃園縣政府依照身心障礙者保護法第67條之規定，廢止該教養院之許可並得以解散，桃園縣政府爰通知該教養院廢止設立許可，並請該教養院之代表人至臺灣桃園地方法院聲請法人解散程序。該教養院不服處分，爰提起訴願、行政訴訟。

最高行政法院 97 年度判字第 290 號判決認為「辦理不善」屬於不確定法律概念，而是否「辦理不善」之判斷係由依據身心障礙者保護法（1997 年 4 月 23 日）第 61 條第 3 項授權訂定之「身心障礙福利機構評鑑辦法」第 3 條第 1 項所成立之「評鑑委員會」評鑑，「評鑑委員會」並由內政部就各級主管機關、具有身心障礙福利實務經驗之專家、身心障礙者團體或家屬團體及身心障礙福利機構各聘代表等人組織，所為之評鑑結果自屬專業之評定。該教養

<sup>2</sup> 身心障礙者保護法（1997年4月23日）第67條：「身心障礙福利機構經主管機關依第61條第2項規定通知限期改善，逾期仍不改善者，得令其停辦一個月以上一年以下，並公告其名稱。停辦期限屆滿仍未改善或違反法令情節重大，應撤銷許可，其屬法人者，得予以解散。」

院除能提出具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性外，否則應尊重其判斷。該判決略謂：

「評鑑委員係就身分障礙者保護法第 61 條第 2 項所定「評鑑」而設，依所載評鑑項目審查身心障礙福利機構是否辦理不善，係屬不確定法律概念。本件內政部於 93 年 6 月 29 日上訴人停辦期間將屆滿之際，復成立評鑑小組前往複驗，依身心障礙福利機構評鑑辦法第 7 條所定評鑑項目逐一評鑑，並於其他綜合建議事項載明：『綜觀該院歷經內政部 3 度檢核(第 5 次機構評鑑初評、複評、本次再續評)，該院亦在縣政府社會局的協助下作了必要的檢討改進，然從本次再續評結果分析，無論硬體或軟體仍無法符合機構評鑑的基本要求，尤其是人力資源的單薄，以及主事者及員工皆普遍欠缺專業知能，更令人對於該院後續能否有效提供身心障礙生一定品質的教養服務感到悲觀。』對此評鑑小組專業之評定，除能提出具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性外，否則應尊重其判斷，原審對上訴人所指評鑑結果不正確等情事業已一一指駁，尚無判斷恣意濫用及其他違法情事，乃尊重該專業判斷，認內政部複評時上訴人仍未就改善之缺失為全面改善，被上訴人依前揭身心障礙者保護法第 67 條規定，廢止上訴人之設立許可，並請其辦理解散程序，即無不合，遂駁回上訴人之訴，實屬正當。」

觀察該判決之理由，其認「辦理不善」屬於不確定法律概念，並援引司法院釋字第 462 號、第 553 號解釋肯定主觀機關對於本件中，該教養院是否「辦理不善」一事，基於「專家判斷」而有判斷餘地，惟該判決只論及該教養院經評鑑委員會評鑑後屬於「辦理不善」，至於何謂「辦理不善」，該判決則未有任何論述<sup>3</sup>。最高行政法院 97 年度判字第 200 號判決宣示：

總統副總統選舉罷免法第 50 條第 2 款規定：「政黨及任何人，不得有下列情事：二、於投票日從事競選或助選活動。」所謂「從事競選或助選活動」亦屬不確定法律概念。

本案事實約略為前總統陳水扁先生於 93 年 3 月 19 日拜票時，突遭槍擊，某電視公司於 93 年 3 月 20 日（投票日）於當日上午 8 時 30 分許，在新聞節

<sup>3</sup> 若將該判決改用白話文論述，就是「基於主管機關享有『判斷餘地』，所以評鑑委員會認為該教養院是辦理不善，該教養院就是辦理不善，除非該教養院提出具體理由反駁，至於什麼辦理不善，不需要說明。」



目報導總統遭槍擊事件後，接續播放陳總統於競選造勢場合，張臂舉出雙手大拇指作出勝利姿態、鞠躬向民眾致意畫面，背景聲音為民眾持續不斷高呼臺灣加油，嗣出現「全民有愛 臺灣安心 請共同為總統祈福 民視新聞」、「全民有愛 臺灣安心 冷靜看選舉民視新聞」字樣；又總統夫人吳淑珍以閩南語向民眾說：雙方的支持者，雙方的候選人，都要有風度，要有度量；接著為林豐正說：大家要理性，要自制；再者為呂副總統說：我們希望族群和諧、政黨和諧，臺灣人是這麼樣的有修養，有民主素養；末出現「全民有愛 臺灣安心 冷靜看選舉 民視新聞」等字樣情事。中央選舉委員會依上開事實認定該電視公司顯已違反總統副總統選舉罷免法第 50 條第 2 款，乃裁處該電視公司 70 萬元罰鍰。該電視公司不服，提起訴願、行政訴訟。

最高行政法院 97 年度判字第 200 號判決認為本案事實是否符合「從事競選或助選活動」，屬於事實認定，並就「從事競選或助選活動」之不確定法律概念為涵攝之過程，其略謂：

「本件被上訴人認上訴人民視公司有於 93 年 3 月 20 日第 11 任總統副總統選舉投票日從事助選活動之情，乃因上訴人民視公司有於當日上午 8 時 30 分許，在新聞節目報導總統遭槍擊事件後，接續播放陳總統於競選造勢場合，張臂舉出雙手大拇指作出勝利姿態、鞠躬向民眾致意畫面，背景聲音為民眾持續不斷高呼臺灣加油，嗣出現『全民有愛 臺灣安心 請共同為總統祈福 民視新聞』、『全民有愛 臺灣安心 冷靜看選舉民視新聞』字樣；又總統夫人吳淑珍以閩南語向民眾說：雙方的支持者，雙方的候選人，都要有風度，要有度量；接著為林豐正說：大家要理性，要自制；再者為呂副總統說：我們希望族群和諧、政黨和諧，臺灣人是這麼樣的有修養，有民主素養；末出現『全民有愛 臺灣安心 冷靜看選舉 民視新聞』等字樣情事，並此事實復經原審勘驗側錄影帶屬實，亦經原審判決記載甚明。而此等畫面雖穿插有不同競選陣營人士，但出現特定候選人之競選造勢活動，整體內容屬為候選人助選之活動一節，已經行政院決定書詳述在案，原審判決既將訴願決定及原處分予以維持，又未對此部分再詳予論述，自是肯認其等此部分之見解。而依原審前述所認定系爭影片之整體內容，原審維持被上訴人及訴願決定所為系爭影片內容屬為候選人助選活動之認定，並無不合。原審判決此部分之結論既無不合，縱論斷有所疏漏，仍應予維持。又系爭影片內容是否合致行為時總統副總統選舉罷免法第 50 條第 2 款：『從事競選或助選活動』規定之認定，乃屬依調查證據之辯論結果為事實之認定，並就法條規定『從事競選或助選活動』之不確定法律概念為涵攝之過程；並因涵攝結果，認定符合該款要件，而依同法第 96 條第 4 項前段及第 5 項後段…之規定為處罰。故本件之違章構成要件及處罰規定，均係行為時總統副總統選舉罷免法所明文規定，自無上訴意旨所稱在未有法律明文依據，單憑主觀認定即對上訴人加以處分，而有違法律保留原則情事。」

該判決中值得注意者，係其明確指出在判斷個案事實是否與構成要件所規範者合致時，應「調查證據之辯論結果為事實之認定」，且「就法條規定『從事競選或助選活動』之不確定法律概念為涵攝之過程」，但未提及「法律構成要件內容之解釋及認定」。按本案固應先透過證據調查程序，確定播放之影片內容，而在判斷該電視公司播放影片內容是否為前，尚應解釋「從事競選或助選活動」，界定不確定法律概念應有之範圍，方能正確地涵攝。不過，該判決卻略過解釋的過程，從而亦未對「從事競選或助選活動」解釋。最高行政法院 94 年度判字第 1683 號判決認為：

民間公證人遴選、研習及任免辦法（2001年3月16日）第8條第1項<sup>4</sup>：「司法院接受聲請或推薦後，應先為品德調查，並得函請聲請人曾任職機關、學校、公司行號、曾屬之地區公證人公會、登錄地區之律師公會或律師全聯會表示意見或提供相關資料，如品德欠佳或有本法不得遴任、應予免職或退職之事由者，不予審查遴任。」

本案原告袁某原為執業律師，曾任法院公證人，依被司法院公告之 90 年度受理民間公證人遴選聲請相關事項，聲請遴任為僅兼辦文書認證事務並得執行律師業務之（臺灣臺北地方法院第三區）民間公證人，並由律師全聯會）推薦，報請司法院遴任。司法院為辦理遴任事宜所設之民間公證人任免委員會經審查後，以袁某任職臺北地院公證人期間，曾因處理公證結婚怠忽貽誤遭記過二次懲處，司法院依「具公證法第 25 條第 4 款、第 2 款資格申請遴任者，曾受刑事處罰、律師懲戒處分或公務員懲戒法（下稱懲戒法）懲戒處分，包括公務員懲戒委員會所為之懲戒處分及公務機關主管長官依公務員懲戒法等所為申誡以上之處分（不包括警告或嗣後注意）者，不予遴任。」之遴任標準，認袁某「品德欠佳」，決議不予遴任。

最高行政法院 94 年度判字第 1683 號判決認為「品德欠佳」為不確定法律概念，肯定民間公證人任免委員會對「何謂品德欠佳」與「何種事實是否屬於

<sup>4</sup> 該辦法第 8 條第 1 項於 2008 年 11 月 18 修正，修正後條文為：「司法院接受聲請或推薦後，應先為品德調查，並得函請聲請人曾任職機關、學校、公司行號、曾屬之地區公證人公會、登錄地區之律師公會或律師全聯會表示意見或提供相關資料，聲請人如有下列情事之一者，應不予遴任：一、有本法不得遴任之事由。二、最近十年內曾依律師法受停止執行職務之懲戒處分。三、最近十年內曾受公務員懲戒法之撤職處分。四、最近十年內曾因故意犯罪行為受未滿一年有期徒刑之裁判確定。五、最近五年內曾因故意犯罪行為受拘役或罰金之裁判確定。六、最近五年內曾受記過以上之行政懲處，或依公務員懲戒法受撤職處分以外之懲戒處分。七、最近二年內曾受申誡或警告之行政懲處。八、最近二年內曾依律師法受申誡或警告處分。九、其他品德欠佳情節重大。」

品德不佳」認定有判斷餘地，行政法院應予尊重。因此該任免委員會認為「曾受刑事處罰、律師懲戒處分或公務員懲戒法懲戒處分包括公務員懲戒委員會所為之懲戒處分及公務機關主管長官依公務員懲戒法等所為申誡以上之處分（不包括警告或嗣後注意）」屬「品德欠佳」，以及袁某因曾受記過二次之懲處處分而屬品德欠佳，不予遴任之決定，行政法院自應尊重。該判決略謂：

「關於申請遴任者是否具有同辦法第 8 條所稱『品德欠佳』之情況，就此『品德欠佳』之不確定法律概念，應認民間公證人任免委員會本於其公正專業立場，得訂立『判斷標準』以進行判斷，並應認其具有相當之判斷餘地，行政法院原則上應予尊重。經查，關於本件民間公證人之遴任，是由相對人依據上述規定設置之民間公證人任免委員會，就具公證法第 25 條第 4 款、第 2 款資格申請遴任者，訂立曾受刑事處罰、律師懲戒處分或公務員懲戒法懲戒處分包括公務員懲戒委員會所為之懲戒處分及公務機關主管長官依公務員懲戒法等所為申誡以上之處分（不包括警告或嗣後注意）者不予遴任之標準；另本件上訴人於任職臺灣臺北地方法院公證人期間曾因處理公證結婚怠忽貽誤，曾經被上訴人為記過二次之懲處處分等情，均為原審所確定之事實，則參諸前述公證法關於民間公證人之立法目的，應認民間公證人任免委員會依其所訂之上述判斷標準，為上訴人有民間公證人遴選、研習及任免辦法第 8 條所稱『品德欠佳』之判斷，有相當之判斷餘地，行政法院應予尊重。並上述判斷標準所以應包含公務人員考績法規範之懲處在內，復據原審判決詳述其得心證之理由；故上訴意旨指摘原審判決有適用法規不當及理由不備之違法云云，並無可採。」

該判決確認袁某曾受為記過二次之懲處處分之事實後，並未解釋「品德欠佳」的意義，也無描述「品德欠佳」應有何種特徵<sup>5</sup>，而基於判斷餘地，尊重司法院對於品德欠佳的認定。該判決後段謂：「上述判斷標準所以應包含公務人員考績法規範之懲處在內，復據原審判決詳述其得心證之理由」，參原審臺北高等行政法院 92 年度訴字第 559 號判決略謂：「…依公務人員考績法平時考核意旨，該懲處案即涵蓋操行項目之考核，且公務人員之考核結果，亦屬一般公認之價值標準，被告之民間公證人任免委員會遴選優秀人員充任民間之公證人，並將曾任職公務人員期間之平時考核納入考量，並無逾越『擇優遴

---

5

任』之範疇。」亦僅就「公務人員考績法規範之懲處」肯定為品德欠佳，至於何謂「品德欠佳」，最高行政法院與臺北高等行政法院也都未有說明。最高行政法院 92 年度判字第 63 號判決：

最高行政法院 92 年度判字第 63 號判決涉及者，係個案上是否符合公務員懲戒法第 4 條之「情節重大」<sup>6</sup>，從而主管長官得否依該條第 2 項為停職處分。

本案事實約略為原告等四人經檢察官偵查後，認有收受賄賂涉犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款、第 3 款罪嫌，向法院提起公訴，並以原告等四人為人師表，又為學校行政長官，均享有一定之社會清譽，本應格外珍惜自愛，恪遵國家法令，嚴守公務員之規範，但竟圖利益，且事後飾詞卸責，均求處有期徒刑十二年在案。被告機關（台北市政府）認為原告等四人貪瀆行為均經檢察官具體求刑十二年，「涉案情節實屬重大，已嚴重損害學校及教育人員聲譽，如予繼續留任，其領導統御將遭受學校教職員之質疑。為避免影響學生之受教權益、校務之推動及運作，暨維護被上訴人對所屬公務員品德操守、工作紀律之基本要求，爰依公務員懲戒法第 4 條第 2 項及同法第 19 條規定，先行停止其職務並移送公務員懲戒委員會審議。」原告等人不服，爰提起行政訴訟。

原告提起起訴時曾提出「情節重大」與否之判斷標準，其起訴意旨稱：「所稱『情節重大』，為不確定之法律概念，應由被付懲戒公務人員之主管長官就具體案件，斟酌被付懲戒人違失行為之動機、目的、手段以及對公務秩序所生之損害或影響綜合認定，有銓敘部 85 年 5 月 20 日臺中甄二字第 1300915 號函令意旨可參。」，本案原審臺北高等行政法院 90 年度訴字第 3504 號判決與最高行政法院 92 年度判字第 63 號判決固認原告主張無理由，惟卻無如原告起訴意旨載明「情節重大」之判斷標準，僅言其屬不確定法律概念，應由公務員懲戒委員會或被付懲戒人之主管長官就具體案件，斟酌裁量之，如最高行政法院 92 年度判字第 63 號判決<sup>7</sup>謂：

<sup>6</sup> 公務員懲戒法第 4 條第 2 項：「（第 1 項）公務員懲戒委員會對於受移送之懲戒案件，認為情節重大，有先行停止職務之必要者，得通知該管主管長官，先行停止被付懲戒人之職務。（第 2 項）主管長官對於所屬公務員，依第 19 條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職權先行停止其職務。」

<sup>7</sup> 該判決對公務員懲戒法第 4 條「情節重大」之運用，似乎著眼於「公務員懲戒委員會或主管長官基此不確定法律概念而有判斷餘地」，對於情節重大的意義、判斷標準，皆付之闕如。而同

「查公務員懲戒法第 4 條所稱『情節重大』，係不確定之法律概念。是否情節重大，應由公務員懲戒委員會或被付懲戒人之主管長官就具體案件，斟酌裁量之。被上訴人已就另案吳英聲涉及貪瀆乙案未予停職之事由敘明甚詳，上訴人所舉其他案例，部分涉案人員並非教育人員，與上訴人係作育英才之教育人員不同。部分則係被上訴人以外之機關所屬人員，非關被上訴人之執掌。是尚難持上開不同從業人員或主管機關各不同之案例，認原處分有違裁量平等及行政自我拘束原則，原判決肯認原處分裁量無不合，尚無理由不備或適用法規錯誤之情事。」

## 2. 類型二：未解釋不確定法律概念，僅指出涵攝之判斷標準

最高行政法院運用不確定法律概念的第二種類型，係迴避不確定法律概念「是什麼」的問題，而在「何種事實符合該概念」的問題上，提出判斷標準。簡言之，法院仍未有概念的解釋的活動，但在涵攝過程上，提出了得否涵攝之標準。最高行政法院 95 年度判字第 2054 號判決：

醫師法第 25 條規範醫師懲戒事項，其中第 5 款規定之「業務上不正當行為」係不確定法律概念，經司法院釋字第 545 號解釋係指「醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當性應予避免之行為，尤以涉及醫德者為然。」其中提及「有悖於…醫學倫理上之要求」，而同條第 4 款「執行業務違背醫學倫理」，亦以「醫學倫理」為要件。至於何謂「醫學倫理」、應如何認定是否違背醫學倫理，最高行政法院則未有明確見解。

實務上，曾發生醫師於 SARS 疫情期間拒絕返院事件，即臺北市政府衛生局為集中管理、治療，於 92 年 4 月 24 日透過媒體公告：「和平醫院暫時關閉全院管制，為保護住院病患、員工本人及家屬安全，和平醫院所有病人集中治療，員工全數依規定召回醫院集中隔離。」惟和平醫院某醫師未遵守行政院衛生署疾病管制局公開發布之命令及臺北市政府衛生局之公告、通知，未依規定於同年 4 月 27 日前返院報到進行隔離，遲至同年 5 月 1 日下午 6 時始返院。臺北市政府衛生局查證屬實移付懲戒，經醫師懲戒委員會以該醫師違反醫師法第 25 條第 4 款，決議停業 3 個月。

---

樣是對公務員懲戒法第 4 條之「情節重大」之認定，最高行政法院 98 年度判字第 769 號判決，則提供「就該具體案件，斟酌被付懲戒人違失行為之動機、目的、手段以及對公務秩序所生之損害或影響重大」，當事人似乎較能得知法院認事用法之標準。關於最高行政法院 98 年度判字第 769 號判決，請參下段第一章 第一節 第一條二、(一) 2. 錯誤! 找不到參照來源。。

最高行政法院 95 年度判字第 2054 號判決對於「醫學倫理」並未加以解釋，而就該醫師拒絕返院行為是否屬於「違背醫學倫理」問題上，提出以「醫師倫理規範」作為判斷是否違反醫學倫理之標準，該判決略謂：

「『醫師以照顧病患的生命與健康為使命，除維持專業自主外，當以良知和尊重生命尊嚴之方式執行醫療專業，以維繫良好的醫療執業與照顧病患的水準，除了考量對病人的責任外，同時也應確認自己對社會、其他醫事人員和自己的責任，並應基於倫理自覺，實踐醫師自律、自治，維護醫師職業尊嚴與專業形象…。』為中華民國醫師公會全國聯合會會員代表大會所通過之醫師倫理規範，由該規範可知，醫師除了具有對病人之責任外，同時也對社會、其他醫事人員和自己負有責任，而醫師法第 24 條既明定醫師對於天災、事變及法定傳染病之預防事項，有遵從主管機關指揮之義務，則主管機關基於當時之考慮，以和平醫院內之醫事等人員，處於高度感染區（和平醫院內），恐因已遭感染而不自知，可能將病原散播危害他人，為防疫之需要而下達先行召回和平醫院員工返院集中隔離之命令，醫師之天職（社會責任）是照顧病患，尤其因天災、事故、戰爭或傳染病而發生大量傷患時，具有醫師資格者，理應投入醫療之行列，始與上開醫師法及中華民國醫師公會全國聯合會會員代表大會所通過之醫師倫理規範相符。被上訴人不能以被通知返院僅係為了隔離，遂據以推卸參與 SARS 防治之責任。被上訴人係臺北市政府所屬的醫事人員，理當遵從主管機關之指揮，尤其當其他的醫護人員都遵從指揮而歸隊時，更不得例外，被上訴人自知其當時並無發燒、咳嗽等可疑感染 SARS 症狀，而當時一些醫師接受徵召進入醫院以穿著隔離衣方式投入診療行列，姑不論上訴人稱被上訴人仍有其單位尚有由其主政之行政業務需由其處理，必要時，在不影響被上訴人隔離安全下，亦可視情況分擔無論是醫療上主要業務或附屬業務；被上訴人僅顧及自身安危，拒絕接受命令，其有違背醫學倫理之情事，至為明確，被上訴人以上訴人違背醫學倫理之情事予以懲戒，為醫師法所明定之懲戒事項，並無違反不當聯結禁止原則。」

最高行政法院 93 年判字第 978 號判例：

兒童及少年性交易防制條例第 33 條第 1 項規定：「廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，由各目的事業主管機關處以新臺幣五萬元以上六十萬元以下罰鍰。」此規範寓有保護兒童及少年之意旨，避免兒童及少年透過取得與人為性交易之訊息，防止兒童及少年因思慮未周而淪為性交易之對象。惟採取禁止媒體業者散布、播送或刊登促使人為性交易訊息，違者並處以罰鍰之手段，具有限制媒體財產權、營業自由、言論自由<sup>8</sup>之法律效果，因此必須界定「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易」之範圍，以免造成過度侵害。

<sup>8</sup> 司法院釋字第 623 號解釋：「憲法第 11 條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」釋字 414 號解釋。

最高行政法院在運用「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易」時，並未採取解釋的方式，而是在認定具體個案是否為「促使人為性交易之訊息」時，應以「以社會通念是否足以達到引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易目的」為判斷標準，最高行政法院 93 年判字第 978 號判例即謂：

「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息兒童及少年性交易防制條例第 33 條規定之立法意旨，在於規範廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，於接受委刊廣告之際，應特別注意其內容，以防止不肖業者利用出版品或其他媒體刊登廣告，使人淪為性交易之對象，故凡以廣告方式，引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，主管機關即應依法裁處，不以性交易事實發生為必要。廣告內容是否屬足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，不能單純以刊登文字之字義解釋為準據，而應以社會通念是否足以達到上述目的為斷。」

基此判斷標準，若廣告內容為「香城名商聯誼—時尚佳麗—」，字面解釋雖係表示特定團體之交友聯誼，但現今社會客觀之觀念上足以暗示有性交易之管道，則刊登媒體即符合兒童及少年性交易防制條例第 33 條第 1 項（最高行政法院 92 年度判字第 876 號判決）。

最高行政法院 92 年度裁字第 1541 號裁定認為：

舊商標法第 37 條第 12 款 (91.5.29.) 規定<sup>9</sup>：「商標圖樣有左列情形之一者，不得申請註冊：一二、相同或近似於他人同一商品或類似商品之註冊商標者。」而何謂「近似」、商標之間如何使稱為「近似」，則為具體個案上判斷之重點。何謂「近似」的探討上，或基於「近似」的意義過於抽象，實務向無對其解釋，不過對於是否「近似」之判斷，實務則提供判斷標準。最高行政法院最高行政法院 92 年度裁字第 1541 號裁定<sup>10</sup>即謂：

「查商標是否近似，雖屬不確定法律概念，惟兩商標近似與否，應本客觀事實，依具有普通知識經驗之購買人，於購買時施以普通所用之注意，有無引致混同誤認之虞以為斷。系爭商標有無註冊時商標法第 37 條第 12 款不得註冊之情形，既屬構成要件事實之認定，而主管機關對於近似與否之判斷，是否本於上開原則，其判斷正確與否，法院自得加以審查。」亦即判斷兩商標是否近似，應以「有無引致混同誤認之虞」為標準，並以具普通知識經驗之購

<sup>9</sup> 現行規定為商標法 (92.5.28.) 第 23 條第 11 款至第 14 款。關於現行商標法中關於二商標是否近似的判斷，實務裁判多以「類型三」之模式呈現，就此問題，於文後再述。

<sup>10</sup> 此外，最高行政法院 93 年度判字第 328 號判決謂：「凡商標無論在外觀上、名稱上或觀念上，其主要部分近似，有足以惹起混同誤認之虞，而其他附屬部分雖不近似，仍不得不謂為近似之商標。又所謂外觀之近似，則指商標圖樣之構圖、排列、字型、設色等近似，有產生誤認之虞者而言。」提出「商標圖樣之構圖、排列、字型、設色是否有產生誤認之虞」之判斷標準。

買人所擁有注意能力之觀點判斷之。且主管機關對於近似與否的判斷，法院自得加以審查。例如「萬旺」與「旺旺」二商標之尾字均有「旺」，此是否為「近似」，最高行政法院 92 年度判字第 203 號判決：「二者之中即有一字不同，且前者之字首『萬』字與後者之字首『旺』字，意義完全不同，二字通體觀察，外觀、觀念上均截然有別，實無引起混同誤認之虞；雖『萬』字與『旺』字之讀音均有『ㄨ』音且均為四聲，惟正確之發音仍不難辨別，尚難執此謂其讀音近似。」

最高行政法院 91 年度判字第 1601 號判決認為：

文化資產保存法第 3 條第 1 款規定：「本法所稱文化資產，指具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並經指定或登錄之下列資產：一、古蹟、歷史建築、聚落：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群。」其中「古蹟」或「歷史建築」意義為何，該施行細則第 2 條第 1 項規定：「本法第 3 條第 1 款所定古蹟及歷史建築，為年代長久且其重要部分仍完整之建造物及附屬設施群，包括祠堂、寺廟、宅第、城郭、關塞、衙署、車站、書院、碑碣、教堂、牌坊、墓葬、堤閘、燈塔、橋樑及產業設施等。」依此，「古蹟」或「歷史建築」則須具備「年代長久」<sup>11</sup>之要素，而歷經多少年代始稱長久，如何決定特定之期間。

實務上，曾出現臺南縣麻豆總爺糖廠是否為古蹟之爭議，所有權人臺灣糖業股份有限公司認為該糖廠起建年代為 35 年 6 月，且部分建築物有修建或增建而與原本面貌不同，又古蹟應以「古」為首要條件，大體以一百年為標準，而對臺南縣政府將該糖廠評鑑指定為縣定古蹟不服，提起行政爭訟。古蹟故應「年代長久」方具有「古」，而「年代長久」是否應單以「特定時間」為考量要素，例如只要達到一百年即屬古蹟，最高行政法院 91 年度判字第 1601 號判決認為應將年代長久之判斷標準，置重於「建築物之文化、藝術、歷史層面」，其謂：「…所謂『年代長久』是一相對、非絕對的觀念，其中並無明定要百年以上才配稱得上年代長久之規定，因此建築物之文化、藝術、歷史層面才是審查之重點。」

<sup>11</sup> 類似之用語如「年代久遠」，係公用地役關係之要件，依司法院釋字第 400 號解釋理由書謂：「所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。」此見解得否「類推適用」於古蹟、歷史建築之認定，按成立「公用地役關係」之目的與文化資產保存之目的並不相同，二者似無相似之處，尚難以釋字 400 號解釋理由書之見解，作為年代長久之內涵。



### 3. 類型三：對不確定法律概念解釋後進行涵攝

最高行政法院運用不確定法律概念的第三種類型，是解釋不確定法律概念後，始進行涵攝。此類型於實務裁判中應屬少數，較為典型者，可推最高行政法院 96 年度判字第 555 號判決，其略謂：

「『本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。』，為公平交易法第14條所明定。所謂有競爭關係固包括事實上或潛在水平競爭之情形，惟必須事業所提供之商品或服務具有替代可能性，始有競爭關係之存在，如各事業提供之商品或服務各有不同獨立之功能，彼此間並無替代性，則尚難謂彼此間具有競爭關係。蓋商品或服務如無替代性，則縱有聯合行為，行為人亦無從達到共同決定價格、限制數量等違章之目的。交易相對人亦因商品或服務無替代性，不致因有聯合行為而影響其交易機會或交易秩序，上訴意旨謂商品或服務是否有競爭關係，不以商品或服務有無替代關係為據云云，無非係其法律上歧異之見解，尚嫌無據而不足取。…次查；依上開說明，本案被審查之標的為被上訴人等3家公司之系爭專利技術服務，係以該3家公司系爭專利技術是否有競爭關係，並非以利用專利技術而製成之產品是否相同而有競爭關係。查專利權人取得專利專用權後，享有排除他人製造、販賣及使用之權，因此他人不可能取得相同之專利權，不同之專利所專屬排他之權利均屬不同，縱使甲專利可能為乙專利之先前技術，然者仍屬不同範圍之專利是尚難以此而謂兩種專利有替代性。本案國內光碟製造廠商欲生產製造『CD-R』均需使用飛利浦公司、新力公司、被上訴人等3家公司所擁有之專利，單獨使用其中1家公司專利即無法生產製造『CD-R』。因此，被上訴人等3家公司所擁有符合「橘皮書」標準規格之專利技術，乃具有互補性之專利技術，渠等於上訴人公平會所界定之「CD-R光碟片技術市場」所提供之專利技術，已不具有替代可能性，自不存在有競爭關係。業詳如前述。上訴人主張採透過迴避專利範圍之方式，研發具有類似功能之替代性技術，被上訴人等3家公司屬於有替代性之潛在性競爭關係云云，惟查不使用專利技術所需花費之成本費用及成品品質，顯難相同，甚至差距甚大而使該成品無競爭能力，從而替代性之技術與專利技術，實質上顯難有替代性而存在競爭關係。」

該判決係認定事業間是否具有「競爭關係」，進而認定是否為聯合行為。該判決在論述上，係先解釋「競爭關係」之內涵，提出競爭關係應具備「必須事業所提供之商品或服務具有替代可能性」；再者，依原審所確定之事實，即基於「國內光碟製造廠商欲生產製造『CD-R』均需使用飛利浦公司、新力公司、被上訴人等3家公司所擁有之專利，單獨使用其中1家公司專利即無法生產製造『CD-R』」之事實，可知飛利浦公司、新力公司、被上訴人等3家公司所擁有之專利技術，係具有互補性，而非替代可能性，從而彼此之間無法涵攝於競爭關係。

### 三、不確定法律概念判斷餘地之審查

#### (一) 抽象標準

最高行政法院 98 年度判字第 772 號判決認為<sup>12</sup>：

「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。至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定（如國家考試評分、學生之品行考核、學業成績評定、公務員考績、教師升等前之學術能力評量等）、高度科技性之判斷（如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：底行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。丁法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。ㄚ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。田行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。ㄟ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。ㄎ行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。都作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。ㄏ行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則及比例原則等（司法院釋字第382號、第462號、第553號解釋理由，及釋字第319號翁岳生等3位大法官所提不同意見書參照）。」

#### (二) 實務運作的差距

98 年度判字第 772 號判決：（環境影響評估法第 8 條：重大影響『之虞』）

98 年度判字第 290 號判決：行為時都市更新權利變換實施辦法第 6 條規定「由實施者委託三家以上鑑價機構查估後評定之」，賦與參加人就權利價值「評定」之權限，行使該權限之方法為委託三家以上之鑑價機構查估後評定。亦即，參加人對所委託者基於其專業之認知及能力之鑑價，有其判斷餘地，除非其判斷顯有背於經驗法則或其判斷使用顯不正確的工具或方法，否則仍受行政法院尊重。

96 年度判字第 760 號判決：

次按「進口貨物因補貼或傾銷，致危害中華民國產業之認定，主管機關應調查下列事項：一、該進口貨物之進口數量：包括進口增加之絕對數量及與國內

<sup>12</sup> 同此意旨尚有最高行政法院 98 年度判字第 732 號判決。

生產量或消費量比較之相對數量。二、國內同類貨物市價所受之影響：包括國內同類貨物因該進口貨物而減價或無法提高售價之情形，及該進口貨物之價格低於國內同類貨物之價格狀況。三、對國內有關產業之影響：包括各該產業左列經濟因素所顯示之趨勢：(一)生產量。(二)生產力。(三)產能利用率。(四)存貨狀況。(五)銷貨狀況。(六)市場占有率。(七)銷售價格。(八)傾銷差額。獲利狀況。(十)投資報酬率。(十一)現金流量。(十二)僱用員工情形及工資。(十三)產業成長性。 募集資本或投資能力。(十五)其他相關因素。」「主管機關對於本法第64條有關重大損害之虞之調查，除應調查前條各事項外，並應同時考慮補貼或傾銷進口貨物之進口增加率、國外生產者或出口商之產能、存貨、出口能力及進口價格等因素，衡量是否將因不採取補救措施而使該貨物之進口更為增加，造成中華民國產業之重大損害。」為同辦法第37條、第38條所明定。查依上揭規定可知，進口貨物因傾銷，致危害中華民國產業之認定，主管機關應調查下列事項：一、該進口貨物之進口數量、國內同類貨物市價所受之影響、對國內有關產業之影響等事項，其中「該進口貨物之進口數量」乃有規定該數量調查包括何內涵，屬具體客觀之事項，主管機關應盡量調查取得較接近客觀事實之正確資料予以為正確認定之基礎；至「國內同類貨物市價所受之影響」及「對國內有關產業之影響：包括各該產業下列經濟因素所顯示之趨勢」，屬於有待價值認定之**不確定法律概念**。因而在認定有關進口貨物傾銷有無危害中華民國產業，即對中華民國產業有無造成「重大損害」(實質損害)時，應容許行政機關有一定程度之判斷餘地。惟即使在行政機關之判斷餘地範圍內，行政法院仍得審查其認定事實有無錯誤，有無遵守相關之程序規定及有無遵守一般之評價標準，包括有無事實認定方法矛盾、理由不備及評價基礎不足，至主管機關就客觀事實之調查應力求其正確性始得形成正確之結論，因之如認定事實所據之客觀資料有明顯錯誤時，自足影響該認定結果之判定。

## 1. 關於考試成績之評定

## 2. 「高度屬人性」之判斷

最高行政法院 96 年度判字第 00198 號判決：

「警察人員管理條例第31條規定：「(第1項第7款)警察人員有左列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：…7.持械恐嚇或傷害長官、同事，情節重大，有具體事實，嚴重影響警譽者。」「(第2項)前項第1款及第6款至第11款免職處分於確定後執行，未確定前應先行停職。」「(第3項)依第一項免職者，並予免官。」所稱「情節重大」，係以不確定法律概念予以規範，即係賦予該管機關相當程度之判斷餘地，倘於個案中經由該管機關依其專業知識及社會通念予以判斷，而其判斷並無恣意濫用情事，尚難指為違法。……上訴人利用執勤之便，持槍脅迫長官，無視行政體制及對警察執勤應有之尊嚴，違紀情節至為重大，並嚴重影響警譽。被上訴人以上訴人符合警察人員管理條例第31條第1項第7款所定持槍恐嚇長官，違紀情節重大，嚴重影響警譽之要件，並無恣意濫用情事，尚難指為違法。」

### 3. 由社會多元利益代表所為之決定

最高行政法院 95 年度判字第 900 號判決：「因犯罪行為被害而死亡者之遺屬或受重傷者，得申請犯罪被害補償金。」、「有下列各款情形之一者，得不補償其損失之全部或一部：．．．二斟酌被害人或其遺屬與犯罪行為人之關係及其他情事，依一般社會觀念，認為支付補償金有失妥當者。」分別為犯罪被害人保護法第 4 條第 1 項、第 10 條第 2 款所明定。足見立法者已賦予上訴人就支付補償是否妥當之裁量空間，而所謂「依一般社會觀念，認為支付補償金有失妥當者」，係屬於單純不確定法律概念之解釋，且係排除申請犯罪被害補償金，又非屬於高度屬人性、高度技術性事項，行政法院就上訴人前述判斷固應採取較高之審查密度，就上訴人否准被上訴人之申請予以審查，然本件上訴人於原審既主張其係採合議制，本件組成之委員係由檢察長、地方法院民庭法官 2 人、醫院院長 1 人、大學教授 1 人、檢察官 3 人等公正人士所擔任，就受理之個案事實所審議決定內容，足以充分代表一般社會觀念及各界心聲等語，並提出上訴人 93 年 1 月 14 日會議紀錄與委員簽到表影本為憑，被上訴人對於該次審議係由民庭法官、醫院院長、大學教授及檢察官等人所組成並不爭執，而犯罪被害人保護法第 14 條規定關於補償之決定等事項，由該管檢察長遴選檢察官及其他具有法律醫學及相關專門學識之人士報請法務部核定聘兼組成委員會，以掌理其事，此種經由委員會作成之決定，其特性即在於由不同屬性之代表，根據不同見解共同作成決定，行政法院於審查時，自應考量其特性，本件上訴人於原審既提出上述委員足以代表一般社會觀念之主張，原審自應從其組織法令及運作實務探究上訴人是否為專業及獨立行使職權之合議機構，並於判決內詳為論述是否可採之理由，卻僅以「一般社會觀念，係屬不確定之法律概念，被告如以之作為裁量，應有具體之事實或論據」等語為由，不採信上訴人之主張，尚嫌疏略。

### 4. 專家所為之判斷

#### (1)ETC

最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決：經查，依促參法第 44 條第 3 項授權訂定之「民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法」（下稱甄審辦

法，本件行為時係適用 90 年 10 月 17 日修正後條文) 第 4 條第 1 項規定，甄審委員會置委員七人至十七人，由主辦機關首長就具有與申請案件相關專業知識或經驗之人員派兼或聘兼之，其中外聘專家、學者人數不得少於二分之一；同辦法第 5 條第 1 項規定，甄審委員會置召集人一人，綜理甄審事宜，副召集人一人，襄助召集人處理甄審事宜，均由主辦機關首長或其授權人員指定委員擔任，或由委員互選產生之；同辦法第 13 條第 1 項、第 5 項規定，綜合評審時，由甄審委員會就資格審查所選出之合格申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，選出最優申請人，必要時得增選次優申請人，綜合評審結果由甄審委員會報請主辦機關公告之。足見民間參與公共建設甄審委員會固係由專業人士所組成，但僅係主辦機關臨時設置的內部委員會，不能以委員會的名義對外行使職權，究非獨立行使職權的機關，惟其既由專業人士所組成，且採行合議制（依行為時同上辦法第 6 條第 2 項規定，甄審會會議之決議，應有委員總額三分之二以上出席，出席委員過半數之同意行之），對於專門科技事物（高速公路電子收費系統）之投資建置及營運為評價，將所謂「最優申請人」、「次優申請人」等**不確定法律概念**涵攝於具體的事實關係，具有專業性判斷性質，仍得承認其有相當之判斷餘地。

## (2)地價評議委員會

最高行政法院 97 年度判字第 816 號判決：「依土地徵收條例第 30 條第 1 項前段規定：「被徵收之土地，應按照徵收當期之公告土地現值，補償其地價。」同條第 2 項規定：「前項徵收補償地價，必要時得加成補償；其加成補償成數，由直轄市或縣（市）主管機關比照一般正常交易價格，提交地價評議委員會於評議當年期公告土地現值時評定之。」依地價及標準地價評議委員會組織規程第 4 條之規定，地價及標準地價評議委員會之成員，包括議員代表、地方公正人士、對地價有專門知識之人士、建築師公會代表、銀行公會代表及地政、財政、工務或都市計畫、建設及農林機關主管等，原審因而認有關地價及徵收補償地價加成補償成數之判斷，係經由該委員會所作成，應認享有判斷餘地，在判斷餘地範圍內，行政法院祇能就行政機關判斷時，有無遵守法定秩序、有無基於錯誤之事實、有無遵守一般有效之價值判斷原則、有

無夾雜與事件無關之考慮因素等事項審查，其餘有關行政機關之專業認定，行政法院應予尊重，經核並無不合。」

### (3)古蹟評定

九十一年度判字第一六〇一號：

次查關於古蹟指定之審查，除涉及歷史、文化、藝術價值之判斷外，並涉及對私有財產權之限制，自應審慎為之。主管機關所訂定之審查程序，尚須保證能對古建築物能否列為古蹟作成客觀可信、公平正確之評量，始符合文化資產保存法第二十七條及行政法上之比例原則。原判決以關於古蹟之認定，依據文化資產保存法施行細則規定，得委託文化學術機構或專家學者辦理之，而內政部八十七年七月三日台（八七）內民字第八七七七八七六號函訂定之「古蹟指定審查處理要點」規定，應邀集學者專家參與，並就參與之程序及人數詳加規定。是以，文化學術機構或專家學者組成之評審委員會，本於專業審查之結果，除能提出具有專業學術依據之具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性外，否則即應尊重其判斷。被上訴人依專家學者組成之評審委員會評定之結果，將麻豆總爺糖廠評鑑指定為縣定列級古蹟，於法洵無不合。

## 四、行政法院得否審查判斷餘地

對於行政機關就不確定法律概念適用於具體個案事實關係，亦即就具體案件所確認之事實涵攝於包含不確定法律概念之法律上構成要件中，行政法院原則上應有無限制的審查<sup>13</sup>。

在行政機關對於不確定法律概念有判斷餘地者，行政法院例外地受到限縮，而不得為無限制之審查。此種行政法院限縮審查權的態樣，釋憲實務有以行政法院對行政機關所為之決定「尊重」稱之。例如司法院釋字第 382 號解釋謂：「受理學生退學或類此處分爭訟事件之機關或法院，對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真象之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更，併此指明。」、同院釋字第 462 號解釋謂：「教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷。」惟所謂「尊重」，固指行政法院不得為無限制審查，但非指行政法院不得對於行政機關於判斷餘地中所為之決定加以審查<sup>14</sup>，此觀上

<sup>13</sup> 陳清秀，依法行政與法律的適用，行政法（上），元照出版公司，三版，2006 年 10 月，頁 197。

<sup>14</sup> 最高行政法院 92 年度判字第 904 號判決：「學說上固然承認行政機關就不確定法律概念及某

開解釋謂釋字第 382 號解釋謂：「判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更」與釋字第 462 號解釋謂：「受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事。」即可知悉。最高行政法院 98 年度判字第 772 號判決不稱「尊重」，而以「較低之審查密度」表示行政法院對於判斷餘地中之決定的審查，謂「基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，…。」

## (一) 行政法院之審查事項

最高行政法院 98 年度判字第 772 號判決：

「至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定(如國家考試評分、學生之品行考核、學業成績評定、公務員考績、教師升等前之學術能力評量等)、高度科技性之判斷(如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨)、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：(1) 行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊<sup>15</sup>。(2) 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。(3) 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。(4) 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。(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，是否違反法定之正當程序<sup>16</sup>。(7) 作成判斷之行政

---

些性質之事件，享有『斷判餘地』，但並非表示完全排除司法審查。行政機關行使判斷餘地權限之際，倘未充分斟酌相關之事項甚或以無關聯之因素作為考量，或者判斷係基於不正確之事實關係等情形，即屬違法，行政法院自得予以撤銷。」

<sup>15</sup> 出於出於錯誤之事實認定或不完全之資訊而作成之決定係屬違法之決定，此不論是否為判斷餘地範圍內所為之決定，均屬相同。行政機關認定事實，應斟酌全部陳述與調查證據之結果，因此錯誤之事實認定往往係出於錯誤之證據，即不具有真實性之證據，如「決定基礎之證物，係偽造或變造者」、「證人、鑑定人或通譯就為決定基礎之證言、鑑定為虛偽陳述者」。此外，認定事實必須符合論理法則與經驗法則，因此背離論理法則與經驗法則所為之判斷，亦屬錯誤之事實認定。對此，可參考最高行政法院 96 年度判字第 760 號判決：「即使在行政機關之判斷餘地範圍內，行政法院仍得審查其認定事實有無錯誤，有無遵守相關之程序規定及有無遵守一般之評價標準，包括有無事實認定方法矛盾、理由不備及評價基礎不足，至主管機關就客觀事實之調查應力求其正確性始得形成正確之結論，因之如認定事實所據之客觀資料有明顯錯誤時，自足影響該認定結果之判定。」

<sup>16</sup> 行政程序法第 102 條規定給予當事人事前陳述意見之機會，即屬「法定之正當程序」，依該規定，行政機關不但應給予當事人陳述意見，且陳述之意見於實質上應為行政機關作成處分前所審酌。若僅是形式上讓當事人陳述意見，實質上卻未審酌其陳述內容，仍非已給予陳述意見之機會，最高行政法院 97 年度判字第 665 號判決即謂：「按『行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，

機關，其組織是否合法且有判斷之權限。(8)行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則及比例原則等(司法院釋字第382號、第462號、第553號解釋理由，及釋字第319號翁岳生等3位大法官所提不同意見書參照)。」

## (二) 對判斷餘地之「尊重」

行政法院面對判斷餘地的態度係對判斷餘地之「尊重」，基於「尊重」，行政法院對於行政機關在判斷餘地內所作之決定，採取「較低之審查密度」，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更。

### 1. 「有限制」的審查事項？

基於權力分立原則，行政法院對於行政處分之審查，僅限於「合法性審查」，對於具體個案是否適當的問題，行政法院概不予審究。法院審判所依之「法」不限於成文法而已，非成文法如比例原則、平等原則、不當連結禁止原則等一般法律原則亦屬之，從「行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則及比例原則等」，亦可知悉判斷餘地仍應受到一般法律原則之拘束。既然肯認行政法院對於判斷餘地得作「行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則及比例原則等」之審查，在法的拘束上，「判斷餘地範圍內所作之決定」並沒有因為「判斷餘地」而減少，行政法院對於「判斷餘地範圍內所作之決定」與

---

應給予該處分相對人陳述意見之機會。」行政程序法第102條定有明文。其立法目的在於使行政機關行使公權力時，能透過一套公正、公開之程序及人民參與過程，強化政府與人民之溝通，以確保政府依法行政，作成正確之行政決定，進而達到保障人民權益，促進行政效能之目的。又『行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。』亦為同法第6條所明定。本件上訴人因違反衛星廣播電視法事件，於94年5月12日接獲被上訴人限期7日內陳述意見之通知，上訴人旋於同年月18日提出陳述書，此為被上訴人所不爭執，亦有陳述書附原處分卷可稽。又依卷附被上訴人94年6月2日所為之本件處分，其係依94年5月13日召開之『廣播電視節目暨廣告諮詢會議』討論評鑑，認定上訴人之節目內容已逾越輔導級尺度，是其於未審酌上訴人陳述意見前，即作成評鑑結果，程序已有未合。雖被上訴人訴訟代理人於原審陳稱承辦人員於評鑑後將該陳述內容反應給評鑑委員，惟依卷附陳述書上被上訴人承辦人員所載擬辦文為：『來文擬呈閱後存參』，該承辦人員究將陳述書交何人呈閱，是否均已送由全體評鑑委員核閱已有可疑。況原處分書就陳述書所載『關於報導觀落陰情事，鈞局往例咸認得以普遍級播出，…何以本節目甚至不能以輔導級播出』，未加以論駁，亦有未盡達到保障人民權益之立法意旨，尙難以被上訴人訴訟代理人之陳述，即認已補正此程序之欠缺。行政院訴願審議委員會94年11月14日臺訴字第0940092316號決定書，於同樣之程序欠缺情事，亦認違反正當法律程序，而撤銷原處分。上訴意旨指摘原處分有程序欠缺及違反平等原則，為有理由。訴願決定及原審判決疏未詳查，遞予維持，亦有未合。爰將原判決廢棄，訴願決定及原處分均予撤銷，由原處分機關就上訴人陳述意見所質疑之何以被上訴人與國家地理頻道合作拍攝報導觀落陰情事之『靈城對話』節目，可以保護級播出，其被裁罰之上述節目卻不能以輔導級播出等情予以斟酌後，另為適法之處理，以昭折服。」



「非判斷餘地範圍內所作之決定」的法的監督，是一樣多的，因此，所謂在判斷餘地下，對其判斷採取「較低之審查密度」的意思，並不是指行政法院審查事項的限縮。

## 2. 合法性之推定

在此面臨所涉及的問題是，行政法院職權檢視行政機關的判斷有無違反上開事項，抑或是由處分相對人舉證判斷違反上開事項？對此，最高行政法院 95 年度判字第 1769 號判決曾謂：「『推薦函成績』之評定，同屬『判斷餘地』理論適用之領域，如果無法指明程序上之重大違法，法院原則上即應予以尊重。雖然還有可能從實體法之層次作成『判斷違法』結論之可能，但其可能性甚低。因為屬『判斷餘地』領域之行為作為，其違法判斷，類似於『裁量違法』判斷（即裁量有『怠惰』、『逾越』或『濫用』之情事），不僅舉證責任在主張之受處分人一方，而且必須非常明確的指出其具體事實及違反之法規內容（按判斷或裁量作為所違反之實體法規，基本上，其效力位階均甚高，處於憲法或一般法律原則之層次，但效力位階越高的法規，其具體化之過程也越困難）。」依此，其將判斷之實體違法事由的舉證責任，分配予受處分人之一方，而且必須非常明確的指出具體事實及違反之法規內容。不過，實體違法事由之舉證責任分配予受處分人負擔，似乎將行政處分為合法的推定，從而，若受處分人無法舉證判斷違反實體法規，則該判斷即屬合法。

此種令受處分人舉證判斷違法之見解，亦係基於在判斷餘地範圍內，行政法院尊重行政機關之決定而來，在司法院釋字第 462 號解釋即曾謂：「教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷。」其他如最高行政法院 91 年度判字第 1601 號判決謂：「文化學術機構或專家學者組成之評審委員會，本於專業審查之結果，除能提出具有專業學術依據之具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性外，否則即應尊重其判斷。」、97 年度判字第 290 號判決判決謂：「對此評鑑小組專業之評定，除能提出具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性外，否則應尊重其判斷。」均要求尊重行政機關之判斷，而質疑該判斷者，應提出具體理由動搖該專業審查之可信度與正確性。

對於行政機關之判斷為合法性推定，使受處分人增加舉證其違法事實的責任，但實際上，受處分人就此事實往往有舉證上的困難，將此歸由受處分人負擔，實不公平。例如考試評分事件，參與國家考試之應考人於接獲成績單後，對於成績有所疑義而欲請求重新評閱者，依典試法第 24 條第 3 項規定：「考試成績評定開拆彌封後，除有違法情事或依形式觀察有顯然錯誤，經依法定程序處理者外，不得再行評閱。」應有「違法情事」或「依形式觀察有顯然錯誤」，然而在制度上，應考人根本無從得知是否有「違法情事」或「依形式觀察有顯然錯誤」。首先，典試法第 23 條第 2 項第 1、2 款規定：「應考人不得為下列行為：一、申請閱覽試卷。二、申請為任何複製行為。」故當應考人交卷的那一刻起，就再也看不到自己所撰寫的答案卷，對於評閱者有無對應考人之答案卷為實質的評閱、評閱之標準為何，應考人均一無所悉。因此，應考人無從證明評閱者的評閱標準何在、答案是否符合評閱標準，且此限制上延伸至行政訴訟中，即依行政訴訟法第 96 條第 1 項、第 132 條準用民事訴訟法第 197 條第 1 項前段，固應准許訴訟當事人閱覽、抄錄、影印或攝影卷內文書，惟依典試法第 23 條第 3 項規定：「其他法律與前項規定不同時，適用本條文。」最高行政法院即認此為「特別規定」，應優先適用，而否定訴訟程序中，應考人對於答案卷閱覽、複製的機會。再者，典試法第 28 條要求所有辦理考試之人員應嚴守秘密，縱然評分程序違法，但辦理考試人員既然嚴守秘密，自無法將違法情形透露予應考人，否則將受懲處，應考人亦無從得知何人知悉該違法事由，而可於訴訟中以其人證調查。因此，應考人在無物證（答案卷）且無人證的情形下，要明確指出評分違法，無異於緣木求魚。

基於維持法律秩序之安定及尊重公權力措施之表徵，雖認為行政處分應受有效之推定，但不復受合法之推定，一旦處分之相對人或利害關係人指摘行政處分有無效或得撤銷之事由而提出爭訟，被告機關對其作成處分係符合法定要件之事實，負舉證之責