

# 行政判斷與司法審查—最高行政法院高速公路電子收費系統（ETC）案判決評論

黃錦堂\*

（台灣大學教授）

壹、前言
貳、案件事實與裁判
一、規範依據
二、案件特色
三、爭點
四、涉及不確定法律概念，以及行政法院所持的控制密度
五、關於平等原則之違反
六、關於公益原則之違反
參、德國關於不確定法律概念之控制密度
一、聯邦行政法院法未直接規定
二、不確定法律概念的解釋與涵攝的控制密度
三、專業法律優先
四、晚近的發展：聯邦憲法法院 1990 年起四個強化控制密度的裁判
五、後續的發展
六、附論：德國行政裁量之控制密度
七、附帶說明：德國關於不確定法律概念之判斷與行政裁量之區別程度
八、德國行政法院控制密度舉世無雙
肆、我國之檢討
一、系爭專業法律之規範與構造
二、憲法規定以及司法院大法官之解釋
三、本件裁判之檢討
伍、結語

\* 德國杜賓根大學法學博士；台大政治學系（公共行政組）教授。本文宣讀於「2006 行政管制與行政爭訟」學術研討會系列之二；主辦單位：中央研究院法律學研究所籌備處、最高行政法院、台北高等行政法院、台中高等行政法院、高雄高等行政法院；會議時間：2006 年 12 月 23 日；會議地點：中央研究院學術活動中心第一會議室。本文係參考評論人劉淑範（中央研究院法律學研究所籌備處副研究員）、林文舟（台北高等行政法院法官）的意見而完成。筆者感謝會後出版時兩位審查人的寶貴意見。收錄於湯德宗、李建良主編，〈2006 行政管制與行政爭訟〉，中央研究院法律學研究所籌備處專書(4)，頁 311-373 (2007 年 10 月)。

## 壹、前言

行政機關必須依法行政。於作成行政處分時，若系爭法律的構成要件含有不確定法律概念，則行政機關必須解釋之，並對案例事實為有關的認定、評價與涵攝。於當事人提起行政爭訟時，則由行政法院依據行政訴訟法與專業法律的規定，而為審判。行政法院係「依據法律」獨立審判，從而一般而言，不確定法律概念的解釋應為行政法院完全審查的範圍；就個案事實的認定與涵攝，亦然。但於例外的情形，出於案件領域的特色或司法權的功能上的限制等因素，也得承認行政機關就涵攝的部分享有「判斷餘地」(Beurteilungsspielraum)；我國司法院大法官釋字第五五三號解釋理由書指出：凡由社會多元代表利益所為之決定、專家所為之判斷、由獨立行使職權委員會所為之決定、行政機關預測性或評估性之決定、具有高度政策或計畫性之決定等，行政法院的控制密度宜適度降低。

但釋字第四六二號就大學院校教師之教師升等評審指出，事涉人民工作權與職業資格的取得以及大學教師素質、大學教學與研究之水準—亦即指出系爭基本人權與重要性，並得推演出相關干預所可能造成的嚴重後果—，而要求相關行政程序必須合乎專業與周延要求；於當事人提起行政訴訟的場合，行政法院就教師評議委員會所為的決定「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的情事」。換言之，本號解釋不以系爭行政處分是否由多元、合議機關所為決定為依歸，而改以系爭基本人權屬性以及干預嚴重性等作為標準，而且結論上仍然要求行政法院必須進行審查，尤其針對相關程序的遵守；但就行政機關判斷與評量的部分（亦即有關涵攝）的控制密度，則又略作限制。

另外一個有關行政法院控制密度的規定，見諸我國行政訴訟法第四條第二項與第二〇一條，但一如德國聯邦行政法院法(性質上約如我國之行政訴訟法)第一一四條，其只針對行政裁量加以規定，而漏未處理不確定法律概念的解釋與涵攝。第四個規範依據，為個別專業法律的實體規定。

若以上的規範依據的找尋無誤，則專業法律、行政訴訟法、釋字第五五三號

與釋字第四六二號解釋之間，究竟有如何之一致性或矛盾性，以及如何調和，而且優先選用的順序為何？

本文擬以最高法院所為有關高速公路電子收費系統(ETC)案件的裁判為例，討論行政判斷所應受到的司法審查，並以德國法為比較觀察的對象。

為達成以上目的，本文首先說明最高行政法院 ETC 案判決，指出其高控制密度的特色（第二節）。其次則從比較法出發，討論德國不確定法律概念的解釋與涵攝之行政法院控制的規範依據與發展。其固然法律適用上應以專業法律條文優先（亦即所謂「授權規範理論」），但由於專業法律之規定一般不夠精確，乃於基本權受到嚴重干預的案型逐步開啓經由憲法條文或價值之引入而「界定」系爭法律條文的解釋或法律效果裁量基準的拿捏，但長久以往不免導致行政法院控制密度過高；德國高密度司法審查已經成為跨國比較上之異數（第三節）。接著檢討我國相關規定，並嘗試建立本土化的控制密度，作為本件評論的標準（第四節）。最後為結論（第五節）。

在文獻上，學者翁岳生闡述不確定法律概念的定義、與行政裁量的區別，以及引介德國「判斷餘地」的理論與司法實務，開啓我國的相關討論<sup>1</sup>。由於本議題具有一般性，所以教科書都有提及。學者吳庚指出裁量與不確定法律概念的區別屬於量的性質；我國司法實務早期對於裁量不確定法律概念未明白區別，但晚近已經逐漸確立不確定法律概念的理論；行政法院原則上得審查不確定法律概念的解釋與涵攝，但例外情形應承認行政機關的判斷餘地，此等見解也見諸釋字第三一九號關於考試評分以及釋字第五五三號關於特殊事故所引發的進一步詮釋等<sup>2</sup>。國內學界也多承認例外情形下行政機關之「判斷餘地」，而且主要為如下類型：關於考試成績之評定、「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

---

<sup>1</sup> 翁岳生，「論『不確定法律概念』與行政裁量之關係」，收錄於氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 37，63（1979 年 10 月三版）。

<sup>2</sup> 吳庚著，《行政法之理論與實用》增訂 9 版，頁 128、132、717(2005)。

性或評估性之決定、具有高度政策或計畫性決定<sup>3</sup>。就德國理論與實務詳細整理者，為盛子龍所撰寫博士論文「行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度」<sup>4</sup>，對於德國行政法院控制密度的理論有詳細的分析。氏首先指出八種理論模型（決定-審查的論證模式；決定性質取向的理論模式；「事實不能」的理論；功能法取向的理論；民主正當性取向的理論；不確定法律概念一般地被視為授權概念的理論；授權規範理論司法自治的理論；訴訟法取向的理論）。氏然後指出德國向來聯邦行政法院的見解，以及 1990 年代起由聯邦憲法法院經由三大（類）判決所主導的新趨勢「行政最後決定權類型的解構與重建」，最後則歸納指出新趨勢的重點為：1、基本權保障趨向的論證，亦即以事涉基本權干預的嚴重性作為控制密度高低的衡量標準。2、以訴訟法上當事人的協力義務、證據評價以及舉證責任等原則，來解決專業問題審查的困難，而不是單純向科技宰制投降，或是將審查重點改為行政程序面的控制。3、衡量授權，亦即就行政機關享有高度預測與綜合衡量的案型，行政部門並非一定享有最終決定權，而是取決於各該案型的特色，例如有關藝術自由與青少年身心保護的衝突的案件，行政法院係出於該法對聯邦主管機關所為特別的組織與程序設計（以及此種安排得使相關衝突在一種社會多元利益的溝通與折衝過程中完成自我治理的決定）的考量，而賦予行政機關享有最後決定權。全文固然不區分不同類型的不確定法律概念<sup>5</sup>，而為一般

<sup>3</sup> 見李惠宗著，《行政法要義》，增訂 2 版，頁 174-177（2002）；另外值得注意者為，氏將不確定法律概念區分為經驗性與規範性兩種；規範性不確定法律概念的判斷錯誤如公務員服務法第 5 條「放蕩」行為的界定與詮釋，再如「安全、公益」概念的界定；經驗性的不確定法律概念例如建築法中有關公共安全設備的維持，如果缺乏這種設備則不安全，此處所稱的安全或危險性便屬之。學者陳敏建立裁量之逾越與裁量之誤用兩大類瑕疵類型；前者包括逾越授權規定與違反一般法律原則，後者包括裁量不足、思慮不周、權衡失誤之類型；而就判斷餘地，則指出我國釋字第 319 號、243 號、462 號等，並進一步納入預估、風險決定、計畫決定等類型，見氏著，《行政法總論》，頁 165-185（1999）。學者李震山提出行政判斷、行政預測行為，並討論有關的判斷餘地；見氏著，《行政法導論》，三民書局，第 6 版，頁 442-451（2005）。未詳細討論控制密度者，約如彭鳳至、劉宗德，〈行政訴訟制度〉，收錄於翁岳生編，行政法，下冊，頁 351，355-356（2006）。另外也見劉鑫楨著，《論裁量處分與不確定法律概念》，五南圖書出版股份有限公司（2005），其主要討論行政裁量，包括概念的建立（涉及有無裁量，以及法律效果面的裁量與其他類型裁量之區別），以及裁罰性行政處分的行政裁量有無逾越權限或濫用權力的判斷標準，並指出最高行政法院與各高等行政法院的裁判；至於整體性的控制密度標準，氏指出為憲法之權力分立。

<sup>4</sup> 台大法研所，1998。

<sup>5</sup> 例如約得區分為高科技類、高度政策預測衡量類、考試評分類三種理念型，以及中間的類型。

的討論，但行文中於必要處均有顧及不同的類型，整體構成德國判決與學說的完整且深刻的說明。

若謂仍有不足性，而這也是本文所得發揮者（詳下述），則似乎在於，其未以適度比重將確定法律概念具體化區分為「不確定法律概念的法律解釋」與「涵攝」兩大部分。前者仍為法律解釋與操作的屬性，為法官所擅長，而且也與人權的保障高度相關；後者才是行政專業判斷的核心，為法官個人所不容易突破者，甚且也不是外聘專家的鑑定意見所能夠輕易取代者。其次，在結論上，作者認為我國也應仿效德國制度，建立行政法院的高強度審查權，只有例外情形才肯定由立法者授權行政部門享有最後決定權，而且實質上主要指以下兩種情形：亦即只有當立法者建立足以扭轉司法功能結構上的優勢的行政組織及程序機制時，或是當事涉考試評分等具有不可替代性的行政決定時。其所稱由立法者妥為決定並在專業法律的條文中表現，固然無誤，但實質面是否限於前述兩種，我國行政法院法官有無承受能力，以及是否過於嚴厲而形成司法國家（德國學者也局部自行批判，詳後述），尚非無討論餘地。除此之外，尚必須說明者為，不確定法律概念得有不同的類型，有屬於高科技專業性質者，例如原子能法的主要發照類型的爭訟；也有屬於高度屬人性判斷者，例如考試評分與情色書刊（列管）的評定；甚至有屬於預測性、計畫性、形成性類型之性質者。本文因限於客體與課題，擬限定於第二種類型<sup>6</sup>。

文獻上尚有最後一大類，為有關ETC案的評論。此等文獻各有重點<sup>7</sup>，一般

---

<sup>6</sup> 就高科技專業案型之司法審查之控制密度，因涉及重大問題而有待專文討論。一般而言，吾人仍然得自法律解釋與涵攝兩大部分之區分著手，但本處的問題在於，若此等不確定法律概念得聽任完全審查，則一方面行政法院法官有能力與負荷上的問題，其次則是此等領域的科技性行政規則多半係由產官學所組成的團體為充分的討論與協商而具有相當的公信力--學界特別以「替代規範的行政規則」(Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)或「專家所作出的先行鑑定意見」(Sachverstaendiges Gutachten)加以稱呼，原則上應否定行政法院之高強度之解釋權；德國相關判決與文獻初見，Werner Hoppe/Martin Beckmann, Umwelt, §13, Rd. 76ff.(1989).

<sup>7</sup> 關於促進民間參與公共建設法之有關行政行為之定性（屬於兩階段行政行為）或第一階段甄審決定之公法/私法屬性的討論等，不屬於本論文的關懷，而得不予討論。相關著作約如林明鏘，「促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析」，台灣本土法學，第 82 期，頁 18-225 (2006)；江嘉琪，「ETC契約之公、私法性質爭議—以台北高等行政法院 94 年庭字第 122 號裁定與 94 年訴字第 752 號判決為中心—」，台灣本土法學雜誌，第 81 期，頁 12-115 (2006)。兩位作者均贊成台北高等行政法院將ETC契約認定為行政契約之見解。有學者討論未獲評選為最優申請人於行政訴訟

並未深刻討論判斷餘地問題<sup>8</sup>。

## 貳、案件事實與裁判

本件裁判文號，為最高行政法院 95 年判字第 1239 號，裁判日期為民國 95 年 8 月 3 日。

### 一、規範依據

系爭行政處分的規範依據，為「促進民間參與公共建設法」（民國 90 年 10 月 31 日修正公布）第四十二條至第四十四條。依前者，經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關（亦即本件當中之交通部台灣區國道新建工程局）應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人的資格條件等相關事項，公告徵求民間參與（第一項）。前項申請人應於公告期限屆滿前，向主辦機關申購相關規劃資料（第二項）。同法第四十三條規定，「依前條規定參與公共建設之申請人，應於公告所定期限屆滿前，備妥資格文件、相關土地使用計畫、興設計畫、營運計畫、採購計畫、金融機構融資意願書及其他公告規定資料，向主管機關提出申請」。同法第四十四條規定，主管機關為審核申請案件，應設甄審委員會，

---

上之「權利」有否受到侵害，見程明修，「公私協力契約相對人之選任爭議—以最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決（ETC）之若干爭點為中心」，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 28（2006）；氏主張甄審申請人得享有者，為植基於憲法第 7 條平等權保障之「無瑕疵裁量請求權」（*der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung*）。也有學者從憲法以及促參法之競爭規範架構出發，而討論參與競標者之主觀公權利以及此等在憲法上被評價為「無歧視程序形成請求權」的可能，見詹鎮榮，「競爭者『無歧視程序形成請求權』之保障—評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決」，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 39（2006）。惟無論如何，此等源於德國法的建構，在我國整體法體系而言是否適用，以及相較於權利、法律上所保障的利益等概念有無進一步的適宜性，應一併檢討。也有學者依據 ETC 案判決而引介德國行政契約法的修改以及有關行政合作法的倡議等，見程明修，「公私協力行為對建構『行政合作法』之影響—以台北高等行政法院 ETC 為契機」，月旦法學雜誌，第 135 期，頁 5（2006）。

<sup>8</sup> 陳英鈺提及控制密度的概念，見氏著，「行政法院作為行政程序的守護神—評台北行政法院對 ETC 案裁判」，月旦法學雜誌，第 132 期，頁 150，157（2006）。同樣討論行政法院的控制密度，並進一步指出行政裁量於受到專業法律的立法目的的調控而且又受到平等原則、公益原則等的指引時之相關衝突與決定權應歸屬於立法院等，見陳愛娥，「法律原則的具體化與權限分配秩序—評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決」，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 5，13（2006）。學者李惠宗指出行政法院對於協商義務的論述並不充分；公益原則之違反與否涉及不確定法律概念的具體化，本件係由合議制機關所組成，相關決定從而非無「判斷餘地」的適用可能；見氏著「行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號（ETC）判決」，台灣本土法學雜誌，第 82 期，頁 177，187（2006）。

按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。前項甄審標準，應於公告徵求民間參與之時一併公告；評審期限，依個案決定之，並應通知申請人（第二項）。

換言之，相關法律只明白列出公平、公正等字眼，但也要求甄審標準之事先公告。

其次，該法施行細則第四十條引進期前公告、資訊提供、辦理說明會以及參考民間投資人建議事項而為擬議的制度：

「主辦機關依本法第四十二條第一項規定辦理公告徵求民間參與時，得視公共建設計畫之性質，備具民間投資資訊，供民間投資人索閱，或辦理說明會，並參酌民間投資人建議事項，擬定公告內容（第一項）。

前項公告內容，除依第二十一條、第二十五條及第三十四條規定辦理外，應依各該公共建設之性質，載明下列事項：

- 一、公共建設計畫之性質、基本規範、許可年限及範圍。
- 二、政府承諾及配合事項。
- 三、申請人之資格條件與投資計畫書主要內容及格式。
- 四、申請程序及保證金。
- 五、申請案件之評決方法、評審項目、評審時程及甄審標準。
- 六、與投資契約權利義務有關事項。
- 七、民間機構依本法第二十七條規定投資公共建設之附屬事業使用所需之土地範圍及期限。
- 八、其他相關事項（第二項）。

第一項公告內容涉及重大權益事宜者，如得變更，應敘明之，並附記其變更程序（第三項）。」

本條第一項，已提供諸有意參與競標者之意見表達或甚至溝通與協商的機會；各參與競爭者對招標的目的、重點項目以及有關之評分等，應已經充分掌握。而第 2 項的公告內容，尤其「申請案件之評決方法、評審項目、評審時程及甄審

標準」，是利害關係人協商意涵的展現，為針對高度工程與科技的專業建設開發計畫以及商人間的重大投標案的得失所發展出來的治理模式，而具有實質的正當性與合法性。其並經由法律之授權與主管機關之公告，而產生形式拘束力<sup>9</sup>。

即使甄審工作已經完成而順利選出最優議約人，實務上尚有「議約」之程序，亦即由交通部高速公路興建工程局與最優議約人談判、協商與最後簽訂，且相關合約內容須經甄審委員會之審查與決議。凡此，意味主管機關對於優先議價者仍握有相當之監督空間，對於用路人得權益仍有所照顧可能<sup>10</sup>。

## 二、案件特色

本件的案型特色，為系爭的 BOT 招標案，涉及我國重大的交通建設，並涉及為數龐大的用路人的財產權與（快速有效）通行之權利。但另一方面言之，本件也涉及諸競標者之基本人權，以及彼此間的公平。本件尤其涉及數千億的龐大商機，屬於兵家必爭之地。就有關的決標，難免引發第二順位者之強烈爭訟。

本件涉及高度商業利益，而且經由協商過程制定招標文件，而且過程中各方團隊勢必由專家與法律人才陪同完成每一個細膩階段的內部檢視與外部行為，從而整個程序與最後評選決定一般而言已經具有一定的合理性與精密性。但正因為涉及龐大商業利益，所以未得標者事後將不免以各種理由提起爭訟，例如以得標者漏未繳齊文件從而違反有關規定而自始喪失參與投標資格的論點，或以相關的程序或組織之缺失為攻擊重點。

## 三、爭點

本件行政裁量構成違法的關鍵，並不在於第一階段之圈選（亦即被告機關於

---

<sup>9</sup> 於此略為回應當場次主持人廖義男大法官有關甄審標準的意義與法律性質的簡單提示。

<sup>10</sup> 約見 2007 年 7 月 1 日聯合報A8 版及 2007 年 7 月 2 日中國時報A9 版有關交通部高速公路興建工程局與遠通電收公司之間的議約過程與爭議。報導指出，兩者間經過五十天的議約，遠通電收拒絕全面將 OBU 售價降低到 680 元，營運計畫書中提出車上機的售價為 1150 元，現有「680 元滿百送」方案只願意在實施三個月，日後將以租賃方案取代，而且月租方案的價格比一杯珍珠奶茶還便宜，且民眾可隨時退租，押金及租金無息返還。ETC 徵審委員會則認為行政部門應嚴格遵守最高行政法院判決所指出之用路人權益保障及公益原則；車上單元 OBU 需維持單價 680 元的優惠方案（且使用一百次，用路人即可退回 680 元，但 OBU 優惠方案仍得有數量以及時間的限制）；行政部門應全力爭取。報導並指出，甄審委員會自即日起解散，後續相關作業由高公局自行處理。

民國 92 年 12 月 25 日業字第 0920031444 號函公告而將宇通集團、遠通聯盟與宏碁股份有限公司三者共同評鑑為合格的入圍申請人)，而係發生於接下來之協商與綜合評審之階段。被告機關對於合格之入圍申請人於進行協商程序時，違反平等原則與公益原則，致所據以為最終評審的資料基準不一，而構成系爭判斷之違法。本件爭議的事實有多處，但就行政裁量有關的部分而言，為交通部國道高速公路興建工程局依據「促進民間參與公共建設法」及相關行政命令所辦理之徵求「民間參與高速公路電子收費系統建置與營運」案（以下簡稱本件 BOT 案）之最後的決定；而相關的流程為：先經由甄審委員會進行資格預審，然後初步圈選若干家廠商入圍；就入圍之前三家廠商，主管機關進一步經由協商及綜合評審後，為最後的決定；本件中，該最後決定係甄選遠通聯盟為最優申請人，原告台灣宇通資訊科技股份有限公司（以下簡稱宇通公司）為次優申請人。

此決定性質上為行政處分，宇通公司認為該行政處分有諸多認事用法上的違誤，乃提起行政訴訟。台北高等行政法院以系爭行政處分的裁量違反平等原則、公益原則，而撤銷原處分，而此部分並為最高行政法院所維持。

#### 四、涉及不確定法律概念，以及行政法院所持的控制密度

最高行政法院認為本件涉及不確定法律概念：「…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、學業評量、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舍）、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…」。

上述類型屬於例外性質，換言之，其他類型並不存在判斷餘地：「（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。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，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等（司法院釋字第三八二號、第四六二號、第五五三號解釋理由，及釋字第三一九號翁岳生等 3 位大法官所提不同意見書參照）<sup>11</sup>。」

最高法院並以此為依據，而認為在不確定法律概念的解釋與涵攝上，仍有平等原則與公益原則等的適用，而對行政機關之解釋適用採高強度之審查，而忽視本件涉及專業且複雜判斷以及係由合議制委員會作成（初步）決定<sup>12</sup>。

#### 五、關於平等原則之違反

關於協商的重要性以及協商必須符合平等原則與公益原則，最高行政法院於系爭法條之外，找到「甄審辦法」第十三條第四項，作為依據。依之，合格或入圍申請人所遞送之投資計畫書及相關文件，經評審未達甄審標準或不符公共利益時，甄審會得不予選出最優申請人及次優申請人」。

第二個作為判決的規範依據，為本件甄審案「申請須知」的兩個規定。首先，其第 12.6.1 節「可協商項目」被援引作為主要依據之一，尤其當中之「概括項目」規定，其條文內容如下：「對於申請人所提投資計畫書內容不符本計畫案之規範需求、不具適法性、欠缺行政或法律可行性者，基於使其更符合本計畫案的規範需求、更具適法性、行政或法律上的可行性及更能增進公共利益的考量，主辦機關得於協商階段提出，並與申請人達成共識後，請申請人依據協商結論，重新遞送修改之投資計畫書。」其次，為有關協商的規定：本件依甄審辦法第 15 條前段規定而得由甄審委員會授權「工作小組」進行協商，而相關的作業程序則規定於「申請須知」第 12.1.1「甄審委員會授權工作小組與合格之入圍申請人進行協商」；以及申請須知第 69 頁圖 12.1.1-1「甄審流程」所載「---→協商

<sup>11</sup> 見判決書第 69 頁，筆者使用者為網路版。

<sup>12</sup> 於此回應林文舟法官的評論意見，並補充筆者原先的意見。

結束→合格之入圍申請人重新遞送修改之投資計畫書→甄審委員會評定最優申請人及次優申請人→---」。

最高行政法院乃據上而為如下的詮釋：「本件協商程序係甄審最優申請人前必要程序，足以影響甄審結果之判斷。又協商程序之本質在於招商之公平性及本招商案 20 年之可行性之公共利益，平等協商一方面係使各申請人有一致性的比較基礎，另一方面讓政府獲取更有利之條件，是以本件入圍申請人雖於起始階段各有不同系統之採行（紅外線或微波），但對於將來之發展，若均有新興系統之預估，主辦機關自應透過協商程序使各申請人就該新興系統作相同之承諾或補充相關資料，甄審委員始能獲得完整的評比資料，供作公平判斷之基礎。」

最高行政法院接著肯認如下的事實認定：「尤其，各申請人所書具之各類投資計畫書等文件均在國道新建工程局保管中，各申請人並不能互相知悉彼此之各類投資計畫書等文件內容，自無從對競爭者內容提出質疑，只有上訴人國道新建工程局之工作小組人員可通盤知悉全部申請人各類投資計畫書等文件內容，且協商議題只能由國道新建工程局主動提出與決定，國道新建工程局遵行促參法令所要求之公平協商及平等對待各入圍申請人益形重要。」最高行政法院乃因此為最後的結論：國道新建工程局工作小組既獲授權進行協商，自應依協商程序之目的，徹底踐行平等原則，始符合正當程序之要求。協商程序既賦予工作小組寬廣主動之作業空間，自應透過平等協商作公共利益的最大考量，儘量使各入圍申請人在相同之項目上，提出各種條件，使政府在此一「平等」基礎上，選擇最可行且最符合公益之投資計畫。

就以上部份，最高行政法院指出宇通公司有意願而且也有能力，並推翻協商工作小組、甄審委員會與主管機關的認定：「遠東聯盟既以 VPS 系統（遠東聯盟稱之為自主式車輛定位系統、宇通資訊公司稱之為車輛定位系統，目前已成為以衛星定位技術進行電子收費之系統簡稱）作為將來高速公路電子收費系統參與評審，而不須提出 VPS 系統功能認證文件，又不須於招商階段作 VPS 系統功能實測，亦無庸實績，為原判決合法確定之事實，若國道新建工程局以協商之機制就各合

格之入圍申請人一體適用，則合格之入圍申請人以 VPS 系統技術參與協商，比照遠東聯盟之 VPS 系統規劃表，因無庸 VPS 系統功能認證文件，又不須於招商階段作 VPS 系統功能實測，亦無庸實績，其他合格入圍申請人，要作出合乎申請須知規定甄審標準之投資計畫書並非難事，且合格入圍申請人亦可能與遠東聯盟同樣在協商時作「承諾」。何況宇通資訊公司在投資計畫書亦有提及其願在計次或計程採 VPS 系統，並已洽妥 Detecon、IBM、裕隆汽車及亞太電信集團共同作為 VPS 系統協力廠商（參見原審卷原證 49-1）。此外，宇通資訊公司更在投資計畫書第三冊「高速公路電子收費系統系統功能說明書」第 6.2 節「未來發展考慮」，記載各階段 VPS 計劃（參見原審卷原證 48），並說明投標前即與國內外多家知名廠商簽訂合作協議，共同開發 VPS 系統（參見原審卷原證 49 第 1-7 頁），足見宇通資訊公司投資計畫所提 VPS 系統不只是概念之抽象說明，而是有具體作法及規劃，此方面之本質條件與遠東聯盟並無不同，自無差別待遇之理。縱使其未提出明確建置時程，亦應與其協商，使其有補充承諾建置時程之機會，以符合平等原則及增進公共利益。」

#### 六、關於公益原則之違反

就公益原則部份，首先宜注意有關的規範依據，亦即本件 BOT 案的九大評審項目中「電子收費使用者費用負擔」。該項的配分為 150 分，只佔總分 2000 分的百分之 7.5。顯然，其他八大評審項目注重其他的考量，而行政院竟然自行將此等評分比重配置詮釋為：「較偏向主辦機關及申請人（即將來建置營運公司）之利益考量」，並且自行為如下的評價：「所以在公共利益之整合上，自應於協商程序著重用路人權益考量，始能平衡各方利益，補滿公共利益的缺口，而使甄審結果符合公益。茲國道新建工程局未將遠東聯盟的「DSRC 進階型」或「VPS 豪華型」車內設備單元定價原則及於計程階段使用 VPS 系統，高速公路用路人是否將被迫換裝新的車內設備單元等直接攸關用路人權益的事項，列入協商之「概括項目」，不但違背本件甄審案申請須知第 12.6.1 節「可協商項目」當中「概括項目」規定所稱使申請人所提投資計畫書內容更能增進公共利益的要求，且漏

未考量用路人權益，導致公共利益的維護出現缺口，即不符合公益原則。又用路人負擔問題既攸關公益，將之列入可協商之概括項目，予以協商，即屬必要程序，漏未進行此程序，其程序自有欠缺。加上前述未與宇通資訊公司協商 VPS 系統之因素，客觀上又足以影響甄審結果，揆諸前開說明，即得視為導致其甄審結果違法之「程序違反」，而構成該甄審結果（評定遠東聯盟為最優申請人）得撤銷之「事由」。

最高行政法院的如上詮釋（以及評價與涵攝），應係出於如下的心證：「遠東聯盟隱匿最重要之 VPS 系統車內設備單元之定價及費用，明顯係設想於得標後，車內設備單元供應為獨家生意，其可高價銷售 VPS 系統車內設備單元而獲利，犧牲用路大眾之權益。VPS 系統車內設備單元之定價及費用既未在投資計畫書列明，不算建置營運契約之一部分，遠東聯盟日後之收費可完全不受管制。其攸關用路人之權益及社會公益，國道新建工程局卻放任不管，明顯違誤云云…」。

被告機關在最高行政法院的訴訟程序中曾辯稱，原審未先於準備程序及審理程序中曉諭兩造為陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述，最後竟以兩造攻防所不及之事實與理由，而為突襲性的判決云云，以及遠通電收公司上訴意旨主張關於其「車內設備單元之定價原則未列入協商項目，有違公益原則」部分，宇通資訊公司未曾主張，而且原審就此也絲毫未曾闡明，以致於被告機關沒有任何機會為有關的陳述與辯論<sup>13</sup>。

### 參、德國關於不確定法律概念之控制密度

就行政機關就不確定法律概念之解釋與涵攝的自由，以及行政法院的控制密

---

<sup>13</sup> 值得一提者，為台北高等行政法院曾強烈論述公益原則：「按法治國家之憲法及法律內涵，即顯現公益，是以確實執行法律，為實現公益之主要手段，惟行政機關為裁量行為時或可不受法律拘束，但應把公益原則列為第一優先。所謂公益，並非政府之利益，亦非行政、立法或政治社會中某一團體之利益，而係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言（參照吳庚著行政法之理論與實用第 9 版第 87 頁）是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討。」筆者認為，國道新建工程局的以上論點非無可採，蓋愈是重大的訴訟案件，法官的闡明義務愈是重大。最高行政法院就此不為必要強度審查，非無可議。

度，首先由各專業法律加以規定；若專業法律欠缺規定，則由一般性行政法律爲之，亦即聯邦行政程序法第四十條與聯邦行政法院法第一一四條。但二者係針對行政裁量，而未及於不確定法律概念。

#### 一、聯邦行政法院法未直接規定

德國聯邦行政法院法第一一四條規定「裁量決定之事後審查」(Nachprüfung von Ermessensentscheidungen)：「若行政機關被賦予依裁量而爲的權限，則行政法院也必須審查系爭行政處分或系爭之不作爲是否因逾越法律的授權範圍，或系爭裁量是否以違反授權目的之方式而爲行使，而構成違法。行政機關得就其決定所依據的衡量因素於行政訴訟程序中加以補充。」

上述條文針對傳統意義下法律效果面的行政裁量；依文字而得建立如下的裁量瑕疵的類型：裁量逾越與裁量濫用(指違反授權目的)。；但經由釋義學的討論，也得加上第三種的裁量瑕疵的類型：裁量怠惰。

行政機關之裁量逾越法律之授權範圍，爲「裁量之逾越」(Ermessenuberschreitung)。學說進一步發展出「裁量之未達下限」(Ermessensunterschreitung)，以及「未爲裁量」(Ermessensnichtgebrauch)<sup>14</sup>。前者係指在諸多的法律賦予選項中行政機關並未認識並考量到某一種選擇的可能性，例如其錯誤地認爲某一種法律效果係不被法律所授權，或其誤認某一種的許可只能於賦以負擔(Auflage)下始得作成而誤解法律原無如此限制；裁量之未行使係指主管機關根本未曾理解到其擁有裁量權。

若行政裁量未符合專業法律的授權，則構成「裁量錯誤」(Ermessensfehlergebrauch)。

從法條用詞以觀，關鍵在於系爭法律的目的(Zwecke des Gesetzes)。但其究

---

<sup>14</sup> 該條文只規定裁量，從而不及於拘束處分。換言之，從反面解釋，就拘束處分而言，行政法院應爲完全審查，而沒有本條的適用。但於此乃產生另外的一個問題，亦即系爭行政處分究竟爲拘束處分或裁量處分；就此，通說係取決於系爭法律的條文與構造，或系爭法律相關對立價值、立法者所爲的決定與規範密度高低，並得經由相關基本人權而協助界定，但這些標準並不精確或容易判斷；Hierzu und zum folgenden vgl. statt vieler Erich Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Aufl., §114, Rd.17 (2000).

竟如何（解釋與）認定？再者，雖然本處的用語為系爭法律的目的，但更精確言之，其應係指系爭法律的系爭條文的立法目的。

一般而言，一個法律多半係在諸多對相生相剋的利益中加以衡量，然後建立有關的管制標準、證照制度及對違規者的處罰；舉凡食品管制、勞工安全衛生管制、營建管制、集會遊行管制、各種有害或危險性物品的管制、各種的營業管制等，均係屬之。此等法律的立法目的，從而在於相關人民的基本人權（約為財產權、工作權或其他，端視具體的領域與案型所涉及者）與公共利益之對立與調和的衡量。行政機關於法律適用時，必須瞭解立法者於系爭法條所為的決定；一旦此等立法目的能被掌握，則行政機關必須遵守之，而這係依法行政的精神所在<sup>15</sup>。反之，若立法者在具體法條並未為利益衡量後之精確決定，則行政機關的裁量便必須回溯到該系爭法律的立法目的；此時行政機關須注意系爭的衝突價值，以及在個案中審慎拿捏相衝突的價值在該個案的最適比重。此外，視具體的法律與案型，也不排除主管機關應納入超越該系爭法律領域，而進一步考量諸跨個別領域的利益（*Sachgebietsuebergreifende Belange*），例如有關建築執照的核發與否或違章建築的處理與否，也得考慮依道路法規所須核發的特殊使用許可<sup>16</sup>。

行政機關行使行政裁量從而必須精確理解系爭法律條文的目的，然後針對應予考量的各個觀點，也可稱為重要的觀點（*wesentliche Gesichtspunkte*）加以理解，並且在此意義內對系爭案件的案例事實為完整且妥當的調查，並在所作成的行政處分中詳述有關的理由（*Begründungspflicht*）<sup>17</sup>。

## 二、不確定法律概念的解釋與涵攝的控制密度

聯邦行政法院法第一一四條的反面解釋出發，不確定法律概念的解釋與涵攝，應全部為行政法院的審查範圍，只有例外情形始可偏離；反之，就傳統的法律效果面的行政裁量，則行政法院的審查係受到節制，亦即只能審查有無逾越法

<sup>15</sup> *Eyermann*, aaO., Rd.21; 該處並指出此種經由立法者經由利益衡量所為的決定為「規範上的優先決定」（*Normative Vorzugsregel*）。

<sup>16</sup> *Eyermann*, ebenda, 內附諸多判決文號。

<sup>17</sup> *Eyermann*, aaO., Rd.23ff.

律的規定或該裁量有無違反授權的目的<sup>18</sup>。通說認為，該條得類推（analog）適用於其他類型的行政決定，包含不確定法律概念者<sup>19</sup>。

正因為沒有直接的條文規範，就不確定法律概念的瑕疵類型與控制密度，學者間的分析架構乃稍有差別，但凡此並無害於個案結論的相同性<sup>20</sup>。

#### （一）、區分解釋與涵攝

德國向來區分不確定法律概念的「解釋」與「涵攝」。行政法院得為如下的審查：1、系爭法律所規定程序之遵守與否；2、系爭案件事實的調查與確定是否適當而且完整；3、系爭法律是否被正確解釋，以及一般的評價原則已否被遵守；4、行政機關是否納入其他與案件事實不相關的考量，以至於影響該個案的決定<sup>21</sup>。

#### （二）、判斷餘地只限於涵攝，而且限於例外情形

於例外的情形，而且只限於涵攝，行政機關享有判斷餘地：1、考試評分案件，包括中等學校、大學與國家考試；2、就與評分相類似的決定，例如有關公立大學學生就讀人數的調查與評定、中等學校教科書的審議、中等學校學生之個別准許轉到較高年級的決定；3、公務員法有關的判斷，例如有關任用、考績、有關憲法忠誠的調查或有關升遷的決定；於此也得包括軍方相類似的人事評定；4、經由不受指令拘束而且以專家或主要團體推薦之代表所組成的委員會所為的決定，而最有名者為下述有關青少年身心危害書刊的列管決定；5、就超越個案性質而屬於對未來推估的決定或有關風險的評定，主要見諸環境行政法與經濟行政法；6、其他之不確定法律概念而具有高度政策意涵者<sup>22</sup>。

<sup>18</sup> Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.5；但德國法經由釋義而擴大行政法院之控制密度，詳後述。

<sup>19</sup> Eyermann, aaO., Rd.4 (2000); Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgesetz, Kommentar, §114, Rd.5 (2004)；通說採類推說而留下差異處理的空間。而根本性的原因，在於二者截然區分的理論晚近已經遭到質疑，而且法國、奧地利、瑞士、英國等歐洲聯盟主要國家也不嚴格區分二者，蓋二者同涉及行政機關認事用法所享有的拘束性與自由性。

<sup>20</sup> 換言之，本處的爭論係屬於分析或說理上的安排(Figure)。至於有無必要統一，一方面固然有待於學界的努力，另一方面則取決於有無實際需要。就仍屬後進國家的我國行政法學而言，精確而且一致性的分析架構的建立，一般而言仍具有重要意義。

<sup>21</sup> Helmuth Schulze-Fielitz, Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S. 772(772)；Jan-R. Sieckmann, Beurteilungsspielräume und rechterliche Kontrollkompetenzen, DVBl. 1997, S. 101(102).

<sup>22</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 772f.，內附詳細判決與主要文獻。

總之，本說區分為解釋與涵攝，前者完全受到司法審查，後者亦然而只限於例外情形始有特別性。本說係植基於法官依據「法律」審判的憲法要求，並且也合乎法官專長(這是從功能法的觀點)，而能夠歷久不衰<sup>23</sup>。

### (三)、關於高科技領域之不確定法律概念的解釋的控制密度

就原子能法或基因科技法等領域的高度不確定的法律概念的具體化與涵攝而言，無可諱言，行政部門擁有足夠的人才、資訊、經驗與能力，行政法院(法官)處理能力則相對受有限制。就此等類型之高度不確定的法律概念的解釋而言，行政部門常經由產學團體之協助而完成相關解釋性行政規則的制頒。此等行政規則若仍然聽由行政法院以事涉基本權嚴重干預為理由而為高強度審查，則相關行政部門難以負荷。聯邦行政法院早先曾於領導性裁判中稱此等為「對規範加以具體化之行政規則」(Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)，並認為行政法院原則上應予尊重，但條件為此等之作成必須有經過相關團體之充分參與<sup>24</sup>。但此見解於原子能法、基因科技法等領域較無爭論；進一步之擴張到各種營業管制法律或職業資格取得的法律領域，則不無疑問<sup>25</sup>。凡此，因限於篇幅無法進一步討論。

### (四)、關於不確定法律概念的違法性審查的架構

德國Wolff/Bachof/Stober合寫的經典教科書提出一個不一樣的架構：就不確定法律概念之行政判斷的司法審查，由於行政法院必須依據法律而為審判，相關專業法律的規範密度與結構具有重要性。由此出發，行政判斷的瑕疵得有下列三

---

<sup>23</sup> 在少許的法條中，因為用詞的抽象性與系爭案型的特色，行政機關在解釋法條上也得享有一定的自主空間。舉例言之，我國憲法增修條文第二條第三項規定總統未避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟重大變故，得「為必要之處置」；但這畢竟屬於例外性質。於此回答一位審查人的提問意見。

<sup>24</sup> 聯邦行政法院所為的裁判文號為: BVerwGE 72, 300, 320f.(Wyhl-Urteil); zitiert nach und hierzu vgl. *Schulze-Fielitz*, aaO., S. 779f.

<sup>25</sup> 聯邦憲法法院與聯邦行政法院的相關裁判的介紹與檢討，約見 *Rainer Wahl*, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte—Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwG 1991, S. 409 (413f.)。此等行政規則的進一步問題為，其是否應具有基本人權的關聯性從而應改為法規命令的方式；其次為，此等行政規則若對於基本人權有嚴重的關聯性，例如有關空氣品質標準或水污染之排放標準等，其是否完全得排除行政法院的審查，也非無討論餘地；初步討論與進一步文獻與判決資料的提供，見 *Schulze-Fielitz*, aaO., S. 780。

種：1、判斷逾越(Beurteilungsuüberschreitung)：其係指行政機關所應適用的法律概念或法律框架已經被逾越之情形。行政法院得審查，系爭法律概念已否被適當解釋。但就行政機關之解釋法律有無錯誤，行政法院須抱持一定的自制；只有當行政機關的相關解釋已經構成恣意時，行政法院始得為違法的認定；若行政機關所為的預測(Prognose)已經達到明顯錯誤程度，則也構成判斷的逾越<sup>26</sup>。2、判斷之不足(Beurteilungsunterschreitung)：其廣義也得含判斷之脫落(Beurteilungsausfall)。為完成法律所賦予的判斷，行政機關須為必要的衡量，而此衡量須以行政機關對於該個案相關利益已有廣泛的調查與評價為基礎；當行政機關並沒有認識到在其具體系爭個案中存有判斷餘地或重要的判斷觀點被遺忘時，便構成判斷之不足<sup>27</sup>。3、判斷之濫用(Beurteilungsmissbrauch)：對於系爭法律所賦予的行政判斷的界線，若行政機關出於故意或過失而未遵守，便屬該當。當一般有效的評價標準(allgemeingültige Wertungsmaßstäbe)或合於事理考量之要求(Das Gebot der Sachlichkeit)未獲遵守，或當行政機關納入與該案件不相關的考量，或當行政法第3條之機會平等要求與禁止歧視原則被違反，或其他基本人權被侵犯，均得該當本類瑕疵<sup>28</sup>。此三分架構，若進一步觀察，每一處均得細區分為解釋與涵攝，從而與前說並無根本差別。

德國進一步的發展，係從憲法權力分立與行政自主性、行政效率出發，而檢討行政機關的判斷餘地；其中尤以「授權規範理論」(normative Ermächtigungslehre)最為盛行。依之，立法者必須決定行政機關是否以及如何程度享有判斷地。就此，立法者無須於法條直接規定，但得透過立法目的、相關法文構造以及決定主體的組織、程序、標準或所應納入的考量等，而為展現。行政法院的控制密度於如下情形將愈是受到限制：1、若立法者所為的規範密度越低，從而系爭的規範依據具有較高的開放性；2、當案件領域越是廣泛、須有學專業知識為基礎，而且相

---

<sup>26</sup> Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, Band 1, Ein Studienbuch, 11. Aufl., §31, Rd.26 (1999).

<sup>27</sup> Wolff/Bachof/ Stober, aaO., Rd.27.

<sup>28</sup> Wolff/Bachof/ Stober, aaO., Rd.28.

關之決定已經由行政程序的妥為規定而完成治理的需要，這尤其展現於科技法與環境法；3、若行政法院組織的結構對於系爭行政決定的全面審查難以勝任時<sup>29</sup>。

本說的困難，在於立法者鮮少針對不同領域詳細規範司法控制密度<sup>30</sup>。

德國相關理論進一步自 1990 年起經由聯邦行政法院的四個重要裁判與學界的釋義而受到修正。於基本權之受到嚴重干預的類型，行政法院不得以事涉判斷餘地為理由而任意棄守，詳後述。

### 三、專業法律優先

不論就不確定法律概念或行政裁量，行政法院為有關的審查時，應以專業法律的規定為依據；德國聯邦行政法院法第一一四條有關行政裁量的司法審查或甚至就之所為的類推適用，均屬於一般性的行政法律。專業法律優先也係德國法所稱「授權規範理論」的意義，並為司法權最適化拿捏的表現。

Kopp/Schenke合寫的行政訴訟法註釋書指出：行政機關的裁量或判斷餘地甚至也將受到誠實信用原則、禁反言原則…的拘束，「若經由法律或其他法規並沒有另外的規定…」(soweit durch Gesetze oder sonstige Rechtsvorschriften Nichts anderes bestimmt ist)<sup>31</sup>。固然平等原則除行政機關任意偏離其既有或其他所有於系爭法律實行範圍內就相同案件的處理所建立的實務，但「前提為作為此等實務的衡量係符合該法律的立法目的所為的授權」(sofern die der ständigen Praxis zugrundeliegenden Erwägungen der Zielsetzung der vom Gesetz eingeräumten Ermächtigung entsprechen)<sup>32</sup>。平等原則固然禁止行政機關偏離既有的解釋性規則或裁量準則，但「前提為這些行政規則必須在該法律的架構範圍內」(im Rahmen des Gesetzes)<sup>33</sup>。行政機關得將其決定立基於某一或某些衡量，而將其

<sup>29</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 774,內附進一步文獻,尤其Schmidt-Assmann, in : Maunz/Duerig, Art.19 AbS. 4, Rd.185; ders, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS fuer Menger,1985, S. 107(112f. und 115).

<sup>30</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 774.

<sup>31</sup> FeRd.inand O Kopp/Wolf Ruediger Schenke, VerwaltungsgerichtsoRd.nung, Kommentar, 14Aufl., §114, Rd.45 (2005).

<sup>32</sup> Kopp/Schenke, aaO., Rd.41.

<sup>33</sup> Kopp/Schenke, ebenda.

他的應予衡量的觀點擺至一旁，但前提為彼等的衡量係合法而且與該法律的授權目的相符；若主管機關已經完成的裁量決定符合以上的要求，則法院不得以該行政機關並沒有衡量其他的因素而認為系爭的行政處理違法<sup>34</sup>。

另一本註釋書也有類似的觀點：對於行政法院之控制密度之一般性的界線的提出，係有困難，蓋此等界線一般係由個別之實體專業法律之規範所導引得出，行政法院的審查密度的界線從而也應取向於此等的規定<sup>35</sup>。固然德國學界努力建立行政法院控制密度界線的類型，例如針對未來預測判斷的類型（*Prognoseentscheidung*）、對於事實確認的類型、對於計劃裁量的類型、對於行政機關製頒行政規則時之行政自我拘束的類型等，但嚴格言之每一種類型下面均得涵蓋進一步不同的案型與領域，從而上述幾類的控制密度仍應逐一細緻化討論<sup>36</sup>。

由Wolff/Bachof/Stober所撰寫的經典教科書指出，若專業法律已經明確規定行政法院的控制密度<sup>37</sup>，則行政機關享有如何的判斷餘地的討論，便不復重要。為了確保法律的安定性以及人民的基本權力的保障，國會應強化專業法律的有關規定；反之，過於概括性的規定如德國聯邦行政法院法第一一四條者，對於判斷餘地的有無的討論，幾乎難以提供太大的助益<sup>38</sup>。

專業法律優先固然為理想，但實際上專業法律鮮少有足夠精密的規定(德國與我國均然)。專業法律甚至不乏使用高度不確定的法律概念以及廣泛授予裁量，行政機關從而必須援用憲法基本人權與立國目標條款等，作為充填。經由不斷產生的判決與釋義，行政判斷/衡量乃不斷受到綿密規制；長久以往，行政機關被迫主動修改或補充有關的作法與行政規則或實務中。其結果為，行政機關於有關的決定中不僅須依據法律，而且須遵照憲法法院所建立的要求；後者因為仍

<sup>34</sup> Eyermann, aaO., Rd.26.

<sup>35</sup> Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.24 (2004).

<sup>36</sup> Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.24ff.

<sup>37</sup> 當然,行政機關就此不一定明確使用控制密度的字眼,而係得在系爭行政決定的人員組成、組織方式、程序方式或相關實質衡量指標與比重等,妥為規定。

<sup>38</sup> Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.15.

然具有不確定性，以致於行政法院有機會在個案中以結果為導向，而宣稱此等或彼等的觀點在系爭個案裁判中具有重要性；進一步的不確定性係在於法官援用憲法的基本人權或社會國條款等，並自行詮釋實定法條文或甚至已經達到「修正」的地步；行政法院從而取得裁判上的「判斷餘地」；對行政機關以及相關當事人而言，法律不確定性以及必須進行行政爭訟的風險卻也相對提高<sup>39</sup>。

#### 四、晚近的發展：聯邦憲法法院 1990 年起四個強化控制密度的裁判

聯邦憲法法院於 1990 年代作出四個重要的裁判，從系爭基本人權的重要性與系爭干預的嚴重性出發，而要求提高行政法院的控制密度<sup>40</sup>。

##### (一)、約瑟芬·敏茲巴哈案

聯邦憲法法院於 1990 年 11 月 27 日作成裁判。本件涉及色情小說《約瑟芬·敏茲巴哈——一位維也納農村姑娘的口述生活史》之列管。此作品於 1968 年與 1970 之兩次出版時，均遭主管機關依聯邦危害青少年書刊散播防制法（Gesetz ueber die Verbreitung Jugendgefaehrdender Schriften in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1985，BGBl. I S. 1502 - GJS）加以列管。

該法第 1 條第 1 項第 1 句規定，對兒童與青少年在道德上構成危害的書刊，應予以納入名單而實施列管。此等書刊具有反風俗性、具有野蠻性，或促使產生暴力犯罪或種族歧視，或旨頌揚戰爭者（見該法第一條第一項第 2 句）。但若一件作品旨在表達藝術，則不能被納入列管名冊（見該法第一條第二項第 2 款）。一件作品若被納入名單而實施列管，則出版商與作者將蒙受相當之不利益，蓋除了直接之名位與價值之外，此等書刊的傳播管道將受到高度限制：其只能在限定的場所為展示，而且只能出售予成年人；此外相關的作品也將不准刊登廣告（見該法第三條至第五條）。

該法的執行機關為聯邦檢查所(Die Bundespruefstelle)；其係由聯邦主管部長任

<sup>39</sup> Winfried Brohm, Die staatliche Verwaltung als eigenstaendige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 321 (322f.).

<sup>40</sup> 關於以下四個裁判，也請參考拙著「由德國法之發展論我國行政法院之審查密度」，收錄於司法院編，《行政訴訟論文彙編》第二輯(1999)。

命主席，由各邦政府推派部分成員，而且經由如下團體推薦而由聯邦主管部長任命進一步的成員，所共同組成：1、來自藝術領域；2、來自文藝界；3、來自書商領域；4、來自出版者領域；5、來自青年團體領域；6、來自青年福利事務有關的領域；7、來自教師領域；8、來自宗教團體(該法第九條)。

本件之憲法訴願人有意將該書以口袋書版本重新出版，而要求主管機關刪除前先的列管，理由為，依現今社會通念，本部小說為藝術作品而非色情書刊。聯邦檢查所拒絕該項申請，並依該法第九條第三項之 12 人之合議程序而將該新版列管，理由為，該部作品除些了一些人際互動的章節外，以女主角的性愛過程為中心，而且係以粗糙與纏綿不休方式為展現，並且對兒童賣淫與雜交大加頌揚，從而該當危害青少年的要件。於經三級行政訴訟均遭駁回後，乃有本件憲法訴願之提起。

聯邦憲法法院判決原告勝訴。其首先指出，該部作品體裁上屬於小說，而且完全符合「藝術作品」的特徵，蓋其表達作者的深刻感受、經驗與想像。其次，儘管此作品很可能同時被認定為色情小說，但並無害於其同時得具有藝術性；藝術與色情並不必然互相排斥。

其次，其展開憲法面相關規範構造的討論。儘管基本法第二條第一項與第五條第二項並沒有明白指出藝術自由得受到的限制，但此等限制仍得經由其他法律主體(Rechtstraeger)之基本權以及其他於憲法層面具有相同位階的法益，而被論證得出。本件當中，對於兒童與青少年的保護，也係屬於憲法位階層次的法益<sup>41</sup>。

第三，就以上兩種憲法位階的利益的衡量，吾人得從法治國原則與民主要求而導出，立法者應就此等基本權衝突的案型妥為規定，而不得將決定權留諸行政部門。至於究竟立法者應為何種程度之規範始足以建立系爭領域之必要綱領，取決於系爭領域的基本權之關聯性。立法者在立法時必須衡量藝術自由與青少年保護；立法者不得對某一類危害青少年的書刊一概毫無保留地界定為青少年保護的

---

<sup>41</sup> 見該判決B I 1 und 2；該判決文號為BVerfGE 83, 130；筆者所使用者為網路版本(<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083130.html>)，而與聯邦憲法法院裁判彙編的頁數有別。

法益具有優先性。毋寧，若藝術自由於與其他憲法位階的法益發生衝突時，則應考量相關利益的最適化調和；換言之，立法者必須創造出兩個對立價值的實踐性和諧（praktische Konkordanz）；於此等衡量中，比例原則具有特別重要意義<sup>42</sup>。

第四，就本件的司法控制密度而言，聯邦憲法法院指出，其所得為的審查包括聯邦檢查所的決定與行政法院的裁判是否對於藝術自由的意義與射程範圍有正確的解釋，而且也得審查此等機關與法院所為的法律適用的各個細膩部分(bis in die Einzelheiten der behördlichen und fachgerichtlichen Rechtsanwendung)。聯邦憲法法院所得審查的範圍取決於行政決定或法院裁判所涉及的基本權的干預的嚴厲性(Intensität)；聯邦憲法法院所得為此等較為強烈的審查並不只限於針對刑事法院的判決而已，毋寧，也及於其他國家機關所為的決定，尤其當此等機關所為決定可能超越個案之外而對相關基本權產生弱化效果時；而本件正是該當此種類型<sup>43</sup>。

聯邦憲法法院進一步指出，一件作品之藝術性與猥褻性的界定與衡量的標準：憲法所要求的實踐和諧原則並不能單獨植基於對一個作品之事先的取向作品內容的詮釋而已，毋寧也必須關注其有關的實際面所產生的影響。在立法面而言，聯邦檢查所與各級行政法院必須在法律所規定的程序範圍內為如下具體的決定，亦即系爭的作品到底如何產生有害性的影響。於此不僅應包含色情小說得隨時代變遷而有較高的可接受度的觀察—而且這種結果之有無有時也仰賴專家提供鑑定意見。就具體個案的法律適用而言，法律適用者也應關注系爭作品之所謂危險性的對青少年身心構成有害性的描述，究竟在如何程度上係緊密關聯其作為藝術性作品的整體構想；蓋藝術自由當然也包括選擇一個對青少年道德不無構成危害可能的題目（其中尤其有關暴力與性的部分），以及為有關的描寫與刻劃等。若一件作品愈是以藝術性的方式加以形成，而且相關描述整體足以觀察出其作為藝術作品的構想，則其藝術性愈高，從而猥褻性的成分也就愈為弱化。就一

---

<sup>42</sup> BVerfGE 83,130, B I 3.

<sup>43</sup> BVerfGE 83,130,B I 4a.

件作品當中之有害青少年的章節是否與核心關懷完全不相干，或只是粗糙地相關，就此相關的審查須以合於該作品整體意涵的方式為詮釋(eine werkgerechte Interpretation)為之。就兩種價值在個案當中的利益衡量而言，該作品在公眾所享有的視聽地位，也應具有一定的重要性；該作品所引起的迴響與價值評斷等，亦得為主管機關與聯邦行政法院為相關評斷的支撐所在<sup>44</sup>。

於完成如上對於立法以及個案解釋適用的拿捏標準或方法之後，聯邦憲法法院乃檢討行政法院的控制密度或行政機關的判斷餘地問題。其指出，上述所植基於基本法第五條第三項第 1 句之藝術自由所導引而出的審查要求(Pruefungsanforderungen)，不僅拘束聯邦檢查所，而且也及於行政法院。各級行政法院對於就此有關的重要評價的事後審查，不僅可能，而且必要(eine Nachpruefung der dafuer massgebenden Wertungen ist moeglich und geboten)。各級行政法院對於所為審查的範圍不得以聯邦檢查所被賦予判斷餘地而加以縮減，蓋如此將與由前述基本法之藝術自由所導出之針對憲法位階的衝突價值為實踐性和諧的要求不合，凡此非謂聯邦檢查所不再享有任何判斷餘地，但此問題並非本案所必須決定者<sup>45</sup>。

根據以上，聯邦憲法法院撤銷聯邦行政法院的裁判，蓋其就危害青少年身心書刊法第六條的構成要件的審查並未進行如上之整體衡量。換言之，該法第一條與第六條所為的要件仍屬抽象，各級行政法院在個案中應詳為填充與補充，而建立對兩種對立價值為妥善整體衡量的操作方法。

除此之外，聯邦憲法法院也指出，有關聯邦檢查所之作為合議制機關之有關的成員的選任，尤其有關由各代表性團體所選派人選的推薦過程並沒有在系爭法律為充分規定<sup>46</sup>。

本件裁判在學術界引起廣泛的討論。其建構開放的藝術概念，並將青少年的身心保護詮釋為具有憲法位階保護的法益，以及要求利益衡量，並且指出衡量應

---

<sup>44</sup> BVerfGE 83,130,B I 4b.

<sup>45</sup> BVerfGE 83,100,B I 4b.

<sup>46</sup> BVerfGE 83,130,B II.

有的細膩作法，甚且不無強調經由個案而為衡量的重要性(*der Vorrang der Einzelfallentscheidung*)，固然不無見地，但其原則性要求經由個案衡量而反對經由立法建立不同案型，妥當性非無疑問。

本件判決在行政訴訟與行政法學所引起的廣泛討論為：只要涉及基本權衝突的案型(亦即憲法所包含的基本權以及同屬於具有憲法位階的利益產生衝突)，則主管機關所為的判斷應受到嚴格的司法審查；至於傳統以來所稱相關行政判斷具有不可替代性、高度屬人性、由多元複數成員組成的委員會所為或具有預測—評價屬性，已難再單獨成立—最多只能當一項價值而已，而必須與基本權干預之嚴重性妥為衡量。此類案件中，即使涉及屬人性或高度專業性的判斷，行政法院也得援引專業鑑定認識之協助提供鑑定意見，但也得視案情由法院自行完成有關的評價；若有必要，聯邦檢查所之判斷非不可被取代<sup>47</sup>。至於關於不確定法律概念解釋的部分，本裁判完全肯定高控制密度，學界並沒有不同意見。

總之，經由本件，基本權的關聯性、與基本權衝突情形時之最適化衡量的要求以及基本權之干預的嚴厲性，或簡單而言，基本權的關聯性與干預的強烈性，已經成為行政機關判斷餘地有無的一項標準<sup>48</sup>。

## (二)、法律職業有關的國家考試評分案

聯邦憲法法院於 1991 年 4 月 17 日完成兩件有關考試評分的裁判。其中尤其值得討論者為有關申論題回答的評分，而且係發生於法律職業有關的國家考試<sup>49</sup>。本件係由兩位憲法訴願人分別提起而併案審查者。兩位所獲得的評分都很低，乃於訴願(*Widerspruchsverfahren*)與各級行政訴訟敗訴確定後，提起本件。

憲法訴願人所持理由，主要為前述相關救濟程序對於原考試評分決定只為極有限度的審查，而違反憲法工作權等的保障。精確言之，第一個憲法訴願人係針

---

<sup>47</sup> *Max-Emanuel Geis, Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung, NVwZ 1992, S. 25 (28).*

<sup>48</sup> *Geis, aaO, S. 29; Schulze-Fielitz, aaO., S. 775ff.*

<sup>49</sup> 本件的文號為 *BVerfGE 84, 37*；另一件為選擇題(*Antwort-Wahl-Verfahren*)有關的評分案，見 *BVerfG, NJW 1991, S. 2008ff.*

對第二階段的法律職業有關的國家考試的評分結果；該考試係由一個家庭作業、三個現場考試以及一個口試作為評分基礎，每一個考試的答題都將被評分，而且最後係依一定的配分比例而完成總成績計算。其中，就四個書面考試的答題而言，每一個都將由邦法律職業考試局的兩個成員加以評分，而且此等評分內容對於考生的個人資料以及考生的學習過程並不認識；若兩位評分人的成績差距只在兩分之內，則將以平均值當作成績；若兩位評分人的成績有重大差異，則由邦法律職業考試局的局長或由其所指定的考官為成績的評定<sup>50</sup>。

聯邦憲法法院首先從訴訟權保障出發。德國基本法第 19 條第 4 項的訴訟權保障不只提供訴訟管道而已，而且也在於提供有效的權利保障(Wirksamkeit des Rechtsschutzes)。人民有權(Anspruch)請求實際上有效之司法審查；由此乃導出，行政法院對於系爭的行政處分在法律面與事實面之完全審查義務。行政法院的控制密度必須能夠有效保障當事人之實體權利，亦即，相對於此等實體權利保護的目的而言，控制密度必須適合而且適當。若系爭行政處分的決定係植基於不確定法律概念的解釋適用，則就此等概念的具體化的審查，原則上屬於法院的職責，法院應就行政機關的法律解釋適用為無限制的審查；有關行政裁量之有限度審查（的命題或規定），原則上不適用於不確定法律概念的解釋適用上。

儘管個別領域得因為有高度複雜性或特別動態性以致於立法者必須採用高度不確定的法律概念，而使得司法審查從功能法的觀點而言應該受到一定的節制，但這種情形，聯邦憲法法院認為，於本件並不適用，蓋本處有關考試評分的案件具有如下的特殊性。

聯邦憲法法院接著討論系爭基本人權的意義。考試評分涉及基本法第十二條第一項人民職業選擇的自由。此外，由於此等考試的評分最終成績評定上並不是單純只有及格或不及格兩種，而是依據應考人的成績水平而為不同等級的評定，而此種等級評定將對應考人的工作機會造成嚴重影響。儘管基本權的干預性如此

---

<sup>50</sup> 以上，見下薩克森邦公務員法第二十一條第二項以及據之所制頒的法律教育辦法以及第十九條等有關的規定；各法規的出處與用詞等，詳見系爭裁判理由欄A I。

嚴重，但相關考試評分標準(Bewertungskriterien)在系爭法律與法規命令中，卻毫不精密。考試成績的評等區分為為精采、很好、好、充足、尚稱充足、不充足等，但就個別等級的意義與相互關連性等並未有精確界定，此外有關參考數據(Bezugsgroesen)的規定也不精密；凡此顯示，相關法律規定所能提供的調控能力十分有限，行政機關從而握有絕大的權力；行政法院於向來的裁判也沒有發展出進一步的評分原則，而這正是本件裁判所致力的部分。

聯邦行政法院承認行政考試機關仍得享有判斷餘地，但只限於如下的類型與考量：考試評分必須以同次考生整體的成績表現當作給分的參考；此外，主考官對於具體考生的考卷評分不無出於複雜的考量，此等考量一般也尚難規則性地被掌握；依照考生之間的機會平等原則，相同的考生應或相同的評分待遇，從而不得以其中幾位考生提起行政訴訟而在評分上得享有另外一個獨立的評分機會。

除了以上之外，其餘的部分，出於人民工作權保障的有效考量，應受到司法審查。

聯邦憲法法院於此展開詳細的討論。其首先指出，事實上，聯邦行政法院就此部分於向來判決中已經發展出一定的審查項目或控制密度，例如其得審查考試主管機關有無程序的違誤，對所應適用的法律的解釋有無錯誤，其是否出於一個錯誤的案件事實的認識出發而完成有關的決定，其有無違反一般有效的評分標準，以及有無納入與案件事實不相關的考量等。凡此，聯邦憲法法院指出，固然無誤，但仍然不夠精密；重要者在於，於如何的要件下得認為系爭的評分已經違反一般的評分標準，以及如何情形下始可確認主管機關的決定係出於與事務不相關的考量。於此，聯邦行政法院曾經發展出一項低度審查的標準：一般有效的評分係禁止將錯誤評為正確以及將可說得過去的見解評判為完全沒有可接受性。本說以行政機關有無違反禁止恣意，作為標準(Willkuerkontrolle)；從而，只有在極端情形下，原行政機關所為評分才會被評定為違法。

此項傳統見解遭到聯邦憲法法院駁斥，理由為：本件涉及人民之工作自由之重要權利之重大影響，低控制密度並不符合基本法第十九條第四項之司法權之有

效保障的要求。若相關考試評分不能符合基本要求，則相關考生無異被阻絕進入相關職場。尤其，此等考試不只評定及格與否，而且也評定每一個考生的得分等級，而對工作就業造成深遠影響，相關評分從而應受到嚴格司法審查。

聯邦憲法法院乃進一步提出如下要求：考生所為的適當答題(Zutreffende Antworten)，以及所為之尚可被接受的解答(brauchbare Loesungen)，原則上不得被評價為錯誤並導致不被錄取。只要系爭考題在特色上並沒有辦法明確界定如何之答案始具有正確性或適當性，亦即若有關的評定判斷事實上容有一定不同見解空間，則儘管主考官享有一定的評分餘地(Bewertungsspielraum)，但考生也應享有回答餘地(Antwortspielraum)；一個尚稱說得過去而且以相當論述而前後一貫形成整體說理的解答，從而不得被評價為錯誤(Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründet Loesung darf nicht als falsch bewertet werden)。這係出於基本法第 12 條第 1 項工作權保障所得導引出的一般評分原則<sup>51</sup>。當相關評分對於一般專家而言係難以接受時，系爭決定便應被認為構成恣意：(Eine willkuerliche Fehleinschaetzung ist vermehr schon dann anzunehmen, wenn sie Fachkundigen als unhaltbar erscheinen muss)。就此，行政法院一般固然只能經由委請專業鑑定人的幫助而完成有關的判斷，但此等實際操作上的困難尚不足以構成限制有效訴訟保障的理由<sup>52</sup>。

第二個評分所引發的憲法訴訟案涉及牙醫師的考試。系爭考試係以選擇題方式進行，當事人主張系爭考題局部有誤或該考題中所提供的答案選項有一定的不明確性。聯邦憲法法院於裁判中也同樣限定評分機關的判斷餘地<sup>53</sup>。

### (三)、公立大學就讀機會評定案

本件裁判作成於 1991 年 10 月 20 日，係經由多件憲法訴願而合併；當事人主張系爭裁判所依據的法律違反基本法第 12 條第 1 項職業自由保障。

本憲法訴願涉及公立大學之牙醫學系的入學許可，亦即大學所提供就讀名額多寡的決定<sup>54</sup>。依 1976 年德國聯邦大學基準法，各邦所設立的大學的各科系學生就讀名額應以統一而且完全分發為原則。而此項規定係源自 1972 年各邦之間所

<sup>51</sup> BVerfGE 84, 34, Gruende B II.

<sup>52</sup> BVerfGE 84, 34, Gruende B II.

<sup>53</sup> 見BVerfGE 84, 59; 相關介紹約見Schulze-Fielitz, aaO., S. 775.

<sup>54</sup> BVerfGE 85,36; 相關介紹約見Schulze-Fielitz, aaO., S. 775.

簽署的就學機會分配的國家條約（Staatsvertrag）。依該條約第 9 條，各大學系所的最高錄取名額不得低於維持大學研究、教學與學生學習上之必要範圍。詳細有關調查與確定各大學系所的最高名額部分，將由法規命令加以規定。各邦乃共同設立分發中心（性質上為公法上之公營造物法人）。經由該機關的協力，各邦儘管擁有各自的立法權與執行權，但各自均制定內容上一致的法規命令（Kapazitaetsverordnung），以解決就讀機會的計算與分配的問題。

此等法規命令內容上包含有公式與數據值，希望由之而計算既有的就學名額。原則上，計算方式是以學校所提供的教學服務來除以就學需求；而為了能夠平均各大學的負擔，1977 年乃經由文教部長聯席會議而制頒一個細緻的計算規定，其中將若干教學人力自上述所提供的教學服務加以扣除，例如在醫院中服務的教學者，其得扣除一定的教學義務，而其中牙醫教學者最高得被扣除 20% 的部分。

但 1978 年各邦重新簽署國家條約，其中第 7 條針對大學系所所提供的就學名額的調查與確定，加以規定；而第 18 條規定就此各邦得制定法規命令。基於以上的基礎，各邦文教部長聯席會議乃於 1980 年重新決議一個計算的細膩規定。各邦並據此而制頒各自的法規命令。本件憲法訴願的客體，便是巴登-符騰堡邦與北萊茵-西伐利亞邦各自的法規命令，各自均包含細膩的計算規定與數據。

聯邦行政法院向來對於此等法規命令抱持低度審查態度，亦即只審查相關規定有無構成恣意(Willkuerkontrolle)，但於本裁判卻指出，事涉申請就讀者之工作權，行政法院應進一步審查系爭法規命令是否該當合理衡量的要求；若系爭法規命令就學名額的分配規定衡量的數據與公式，則聯邦行政法院應審查此等的由來（亦即如何導引而出）的合法性<sup>55</sup>。

#### （四）、私立學校設立許可案

第四個裁判涉及私立學校的設立許可，於 1992 年 12 月 16 日作成。本件涉

---

<sup>55</sup> BVerfGE 85, 36, 63.

及柏林邦教育局所駁回之一件私立學校設立申請案。教育局於本件中並不考量柏林邦私立學校法第四條許可之要件，而是直接指出業者之申請案根本未滿足基本法第七條第五項之「特殊之教育需要」(besondere pädagogische Interessen) 而駁回。本件中，業者所提的是一種全天性上課的小學，初期預計招收 20 位學生，而且主要係取向 Celestin Freinet 教派（按屬於一種少數教派）的教育理念。本件中，如何解釋基本法之上開限制，乃成爲關鍵之所在。

聯邦憲法法院首先透過釋義學的操作，指出特殊教育的利益之存在與否，必須衡量諸多因素；基本法並未明確禁止或限制任何一種思想派別之私立學校。在衡量時，該擬設立之私立小學是否具有「教育」之目的，必須檢討是否存在試驗及積極發展各種教育理念的公共利益，而且也必須考量適度照顧各種不同的學生團體的必要性與可能性，尤其當一定類型之學童因爲沒有辦法獲得足夠的公立學校所提供教育的資源時。個案中是否存有上述特殊教育的利益，必須依專業的標準（此處爲複數標準）加以判斷；於此，教育界老師們的意見必須加以考量<sup>56</sup>。至於是否存有「特殊」的需要，則必須考量既有的公立學校與已經存在的私立學校之情形加以決定。於此，聯邦憲法法院指出，擬設立的學校不須提出完全新創一格的教育理念，只要其核心部分有所更新或就已經被試驗過的教育理念加以局部的推陳出新即可。就擬設立的學校教育理念是否有所推陳出新，必須總體加以觀察<sup>57</sup>。除此之外，教育局也不得以長久以往公私立學校將逐漸混雜爲理由，而認爲新的私立學校設立不合於上述要件。

關於審查密度，聯邦憲法法院指出：基本法第十九條第四項之訴訟保障係提供一種毫無漏洞的權利保障，儘管其並不排除行政部門之形成餘地、裁量餘地或判斷餘地，但並非毫無界限。聯邦憲法法院首先指出，有關特殊教育利益之概念界定，行政法院有完整的審查權<sup>58</sup>。柏林邦教育局並不因其主管人員之專業知識

---

<sup>56</sup> DVBl. 1993, S. 485 (487).

<sup>57</sup> DVBl. 1993, S. 487.

<sup>58</sup> DVBl. 1993, S. 488.

或因該局有專門的職權而得享受廣泛的判斷餘地。若涉及不同教育理念之平衡與對於新型並係植基於專業的教育理念的評價，行政法院亦得援請獨立的專業者協助作成鑑定<sup>59</sup>；一種概括性的限縮行政法院的審查權，只因涉及某些困難專業評價的複雜性，並不成立<sup>60</sup>。行政法院得經由專家之提出鑑定，而使相關對立性的論點得有更清楚的展現，而且也能使某一方的專業評估的缺失更清楚浮現。只要能達到此一程度，則依此而對該行政機關之決定作合法性的判斷，並不困難。鑑定人士所提供的意見並不需要達到「更精確」的程度，毋寧，只要此類意見能被提出，便得讓法官對該案有更好的評價、判斷的基礎<sup>61</sup>。

聯邦憲法法院並進一步指出，行政法院的審查密度取決於實體法上法律的狀況以及基本權利受侵害的強度及其所代表的意義，法院的審查密度從而不得有一般性的決定<sup>62</sup>。

## 五、後續的發展

上述三個裁判的立論基礎，不外為人民之訴訟權之保障、系爭基本權權利之重要性與系爭干預的嚴重性，以及援引專業鑑定人士協助鑑定的可能。此外，就不確定法律概念的解釋，聯邦憲法法院從憲法高度解釋系爭的法條，並指出應有的衡量或拿捏方法，甚至指摘既有法律規定或行政機關見解的謬誤；這部分，亦即就不確定法律概念的解釋的司法控制，雖然為聯邦憲法法院與聯邦行政法院向來所肯認，但聯邦行政法院在前述諸裁判展現高強度的解釋與審查，從而也可謂強化並深化既有的見解。

凡此，構成向來控制密度的進一步嚴厲化，後續的發展值得關注。

### （一）、行政法院之裁判

聯邦憲法法院的裁判畢竟以文字表示而不免有一定的抽象性與不明確性，行政法院的裁判的遵守情形乃值得關注。

---

<sup>59</sup> DVBl. 1993, S. 489.

<sup>60</sup> DVBl. 1993, S. 489.

<sup>61</sup> Ebenda.

<sup>62</sup> Ebenda.

## 1、就不確定法律概念解釋之控制密度

整體而言，對於不確定法律概念的解釋的部分，行政法院採行全面審查的作法，且繼受聯邦憲法法院之從憲法高度而為強烈解釋的作法。這部分，如前所述，可謂係對向來見解的肯定與深化。

## 2、就涵攝之控制密度

就涵攝部分，則略有保留。舉例言之，聯邦行政法院於 1992 年 11 月 26 日作出若干危害青少年書刊防制案件的裁判。其中第一件涉及《深情的禮俗》(Zaertliche Rituale)小說的列管案。該法於第一條第一項建立單純之青少年身心有害書刊，而於該法第六條規定嚴重危害青少年身心書刊；但就二者的認定標準則未有細膩規定。本件中，原先處分機關認為本件既然屬於前者，而且於此等之情形青少年身心保護的法益具有原則性的優越性，從而在個案的行政處分決定中其無須審慎衡量該作品藝術性之有無與高低。此等法律解釋的見解，為聯邦行政法院所不採，並構成原行政處分被撤銷的原因。在說理中，聯邦行政法院援引聯邦憲法法院「約瑟芬·敏茲巴哈案」見解，而對系爭法律條文從憲法高度進行有關的詮釋<sup>63</sup>。凡此顯示，對不確定法律概念的解釋，而且愈是涉及基本權衝突，行政法院愈得高強度對於行政機關的法律見解行使審查權。

第二個裁判，而且屬於被廣泛討論者，為《Opus Pistorum》小說。本件中，聯邦檢查所以系爭作品該當該法第六條「嚴重危害青少年」為理由，從而認為不須要衡量系爭作品的藝術性有無或高低，而直接加以列管。

聯邦行政法院於判決中指責此等見解，尤其指出原處分機關漏未正確理解基本法第五條第三項第 1 句藝術自由的意義與射程範圍，而維持原審有關行政機關敗訴的裁判。

就行政法院的審查密度而言，本件裁判指出，凡屬於基本權衝突之案型而必須在個案中予以利益衡量而創造出實踐性和諧者，行政機關的相關決定應毫無限制的受到行政法院的審查(Was zur Herstellung praktischer Konkordanz in die jeweilige

<sup>63</sup> BVerwG, Urt. v. 26. 11. 1992-7C22/92 (Muenster), NJW 1993, S. 1492ff.

Waagschale zu werfen ist, unterliegt uneingeschraenkter richterlicher Kontrolle )<sup>64</sup>。換言之，關於法律見解的部分，毫無疑問，行政法院享有完整的審查權。

至於就案件事實的涵攝，本件裁判指出，聯邦檢查所以其多元來源的成員及合議制完成審查，至多只能視為具有專業鑑定人的意見(sachverstaendige Aussagen)而已。系爭個案的涵攝部分，亦即所謂衡量系爭兩項對立價值而為決定(Abwaegungsentscheidung)，係由立法者賦予聯邦檢查所，從而行政法院只能審查前述系爭的法律要求有無受到遵守<sup>65</sup>；此等有限度審查的見解，係屬於行政機關與法院之間的任務分派，而且明白見諸於危害青少年身心書刊傳播防制法第 9 條有關聯邦檢查所的組成以及以此等合議制所追求的立法目標。聯邦行政法院尤其指出：系爭青少年有害身心書刊傳播防制法第九條的重點，並不在其係以合議制方式完成決定，或其具有必要的專業能力；蓋就後者而言，行政法院也得透過經由委託專業鑑定人的意見提供而完成自行的認定<sup>66</sup>；毋寧，重點在於，立法者創造聯邦檢查所旨在以多元意見的形成而且儘可能免於國家介入的方式，而完成決定；這係文藝出版界的自治表現；此種機制最適於處理藝術自由特別敏感而法律一般難以處理的案型；若行政法院於此種情形擅以自己意見來取代，則憲法基本人權的制度性保障功能將反而淪空<sup>67</sup>。換言之，系爭法條之規定構造，以及系爭領域之特色所致之最適化保障人權之要求，才是本件例外承認判斷餘地的原因。

而就考試評分的案件而言，聯邦行政法院於 1993 年 2 月 24 日作成裁判，指出就職業資格有關的考試，考生有權利(Anspruch)請求基本權之有效保障(effektiver Schutz)，而且係經由考試有關的行政程序；此外，考生也應有權及時而且有效的就其考試答題所獲得的評分提出實質的意見，並要求原閱卷者「重新考慮」(Ueberdenken)；德國聯邦行政法院法第六十八條以下訴願程序

---

<sup>64</sup> BVerwG, Urt. v. 26. 11. 1992-7C20/92 (VG Koeln), NJW 1993, S. 1491 (1492).

<sup>65</sup> NJW 1993, S. 1492.

<sup>66</sup> NJW 1993, S. 1492.

<sup>67</sup> NJW 1993, S. 1492.

(Widerspruchsverfahren)因漏未規定，從而合憲性不無問題<sup>68</sup>。此外，聯邦行政法院也明確指出，若考生所為的答題係非無依據從而「說得過去」(vertretbar)，但卻遭到否定性的評分，則此等評分係罹有瑕疵<sup>69</sup>。就口試的評分而言，主考官們應以書面說明所為判斷的理由，以便得以證明相關的評分決定係植基於一個理性而且可得論據的衡量<sup>70</sup>。

## (二)、學界見解

學界的反應，主要集中於四個部分。首先為不確定法律概念解釋的控制密度高低。其次為，以基本權干預之嚴重性作為行政法院控制密度標準，此究竟係完全推翻功能法，抑或只是向來功能法的不同文字表達，或另有折衷說？這個關懷的另一個意義，為於如何情形下，仍然可承認行政機關的判斷餘地？第三，如何於個案或領域克服控制密度高低的不精確性？

### 1、就不確定法律概念之拿捏之控制

學界通說同意行政法院之完全審查權，尤其從憲法高度而為有關法條或行政規則的審查，而且也肯認於基本權衝突案型（約指出於重大公共利益或憲法層次之法益而為基本人權之嚴重干預）之致力於促成實現性和諧的要求。

惟無論如何，對於基因科技法、原子能法等高科技領域之法律概念之行政部門之解釋性行政規則之審查密度，則 1990 年以來的聯邦憲法法院與聯邦行政法院裁判並沒有直接針對，相關的發展從而有待觀察。推而廣之，是否有進一步領域因具有高度複雜或政策預測性而宜調降行政法院的控制密度，也未成為晚近的討論主題。

### 2、關於基本人權保障與權力分立的之孰優孰劣？--判斷餘地的新綜合標準

就此問題，學界約有三種說法。第一說認為基本權之干預之嚴重性之理論為全新的見解：聯邦憲法法院以基本權之干預之嚴重性作為行政法院控制密度的標準，無疑對於國家內部諸權力機關間之權力分派與相互制衡產生影響：正如同行

<sup>68</sup> BVerwGE 92,132;簡單的引用與評論約見Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.35.

<sup>69</sup> NVwZ 1993, S. 686; zitiert nach Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.35.

<sup>70</sup> Zitiert nach Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.35.

政權與立法權間之權限劃分有相當部份係以事涉基本權之干預做為標準(亦即所謂重要性理論)，基本權也得進一步作為行政權與司法權間之權限劃分標準<sup>71</sup>。換言之，向來以行政權與司法權之間之組織/人員/組織文化/資源配置/操作典範/資訊掌有/專長等為基礎的功能法標準，已經遭到揚棄。

第二說認為裁判所帶來的影響不大；即使有之，也得納入既有體系當中。重要者並非個別基本權之受到如何嚴重之干預，而係德國基本法第十九條第四項人民權利受侵害時之救濟途徑保障規定。此等保障必須有效，從而必須進一步依據個別基本權之受侵害的嚴重情形而發展出不同密度的司法控制，而且須由立法者在專業法律中規定。基本權之干預之嚴重性在結論上從而不外於「授權規範理論」之見解<sup>72</sup>。

第三說持折衷立場。前述聯邦行政法院裁判<sup>73</sup>係一個核心的出發點。該裁判形式上以系爭法律條文的規定，而實質上係以事涉藝術自由的敏感領域而由多元社會主體成員所組成的合議制機關(為爭領域內社會自治的表現)的決定最能達成系爭基本權之最適化實現，當作考量，而就該作品的列管決定的評價與涵攝部分否決行政法院之自為判斷<sup>74</sup>。學界乃由此「基本權之最適化要求」出發，企圖於前述社會團體自治的理論或參考標準之外，進一步找尋其他的可能。

一說指出，舉凡藝術自由、工作自由或機會平等之保障，或源自基本法第二條第二項第1句之人身自由保障、基本法第五條第三項所導引而出之大學自治之保障，或所謂行政權之自主性以及發揮功能性，或甚至基本法對立法權之保障等，均得構成法治國(之人權保障)的對立價值；經由利益衡量，得於一定情形下建立控制密度的節制案型。換言之，吾人非不得以其他重要基本權的考量，或案件領域的特色，或司法權本身之限制，或行政權於系爭領域之資訊掌握與判斷

---

<sup>71</sup> Geis, aaO., S. 29；氏也批評此項有關基本人權與權力分立間之緊張關係與調和問題在學界仍未受到充分討論。

<sup>72</sup> 此種緩和性見解的整理，見Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.38.

<sup>73</sup> BVerwGE 91, 211 (216)，詳細內容請見前述。

<sup>74</sup> 值得注意者為，只有就此部分而且於此程度，行政法院始必須控制密度受到限制；反之，就有關的法律條文解釋、事實的認定、相關程序的遵守、有無摻雜不相關的考量等，仍為行政法院的審查範圍。

能力等，作為另外的衡量標準，而與基本權干預之嚴重性加以衡量。

Schulze-Fielitz教授也持近似的觀點。單以行政之自主性、行政之功能性、行政之自主責任或行政行為之可行性等「空洞用詞」，固然不能作為限制行政法院控制密度的依據<sup>75</sup>；但傳統功能法以行政機關與行政法院之組織/人員/資源/操作典範等差異所形成的差別性而主張各得有最適發揮功能領域的見解，仍然不失為憲法上的一項價值或制度，而不無可能與基本權干預性之嚴重性發生衝突，而得開啓利益衡量，並得由立法者於各專業法律妥為規定最適控制密度<sup>76</sup>。傳統以來有關專業屬人性、事涉合議制機關所為之決定、事涉預測性或評價性之決定等支持行政機關判斷餘地的見解，如今難再被視為絕對價值或不可挑戰；系爭基本權之干預的嚴重性為另一項價值，兩者間應進行衡量；行政法院得援引專家提供鑑定意見，而協助有關的事實認定與涵攝<sup>77</sup>。

至於究竟以基本人權之種類與基本權干預之嚴重性兩個層面作為行政法院控制密度的新標準，或單純以後者為之，學界用詞不一，一般認為得以後者加以概括<sup>78</sup>。

### 3、基本權干預之嚴重性仍不精確--「授權規範理論」之興起

上述以基本權之干預之嚴重性與其他憲政價值或規定等之間之利益衡量的見解（作為行政法院控制密度的標準），即使無誤，但如何之干預程度始為嚴重以及有關的衡量與結果等，仍不精確<sup>79</sup>。此等不明確須由立法者於專業法律妥為解決，這也係「授權規範理論」晚近風行一時的由來<sup>80</sup>。

<sup>75</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 779.

<sup>76</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 779.

<sup>77</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 778; Geis, aaO., S. 29f.

<sup>78</sup> 這種通說性的見解以及約略提及此處問題者，見Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.38。筆者授業師父Guenter Puettner教授曾指出，德國憲法學於憲法法院的控制密度的討論上，並未劃分建立不同等級的基本人權而賦予不同等級的司法審查標準，見筆者翻譯，〈德國與歐洲的憲法訴訟問題〉，收錄於《當代公法新論（上）》，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁988以下，元照出版社（2002年）。國內就美國法上相關問題的討論，約見黃昭元，「憲法權力限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析」，台大法學論叢，33卷第3期，頁1，59（2004年）。

<sup>79</sup> Redeker, NVwZ1992, S. 309ff.; zitiert nach Sieckmann, aaO., S. 101(103).

<sup>80</sup> 此等理論常被提出，約見Redeker/von Oertzen, aaO., Rd.38; Sieckmann, aaO., S. 102;也見Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4.Aufl., Bd.I, Art 19, Rd. 511ff. (1999)

#### 4、程序與組織保障作為調降控制密度的參考標準

尚有學者企圖進一步詮釋<sup>81</sup>，指出行政機關享有判斷餘地時必須輔以行政程序上的周延要求，以便能夠成就系爭基本人權的實現。嚴格言之，此項見解在前述四個裁判中並沒有直接提及，蓋「約瑟芬·敏茲巴哈案」中聯邦憲法法院要求聯邦檢查所的成員選任的程序必須更為周延，但畢竟係針對行政組織面。

惟無論如何，德國基本權的理論體系所建立的「基本權作為行政組織與行政程序」(Grundrechtsschutz durch Organization und Verfahren)要求，當而且尤其得適用於基本權受到嚴重干預的案型。

#### 六、附論：德國行政裁量之控制密度

儘管本論文以不確定法律概念為討論對象，但德國行政裁量（之司法審查）也有相似的問題關懷，而得一併觀察。

（一）、聯邦行政法院法第一一四條採低控制強度，但經由判決與釋義而拉高

德國行政法院的審查標準為聯邦行政法院法第一一四條「逾越法律授權範圍或系爭裁量係違反授權目的」。但後來的發展不止於此，經由法條的規定，學界與實務的努力，乃建構出裁量逾越、裁量不足(含裁量之脫落)與裁量之濫用，已如前述<sup>82</sup>。尤其就裁量濫用，若系爭法律未精確規定，則凡平等原則、比例原則、公益原則等均為行政機關行使裁量所應遵守，並為行政法院的審查標準。

德國學界與判決並進一步希望從系爭專業法律的規定之用詞之「得」或「應」加以區分，也不無經由原則規定一例外案型的建構而希望精準化有關的行政裁量。德國學界也企圖探求立法者有無在系爭法律明確規定所欲達成的目標從而建構所謂「立法者已經明定意圖的裁量」(intendiertes Ermessen)；於此種情形，只要主管機關遵守相關指引，則其他的衡量因素，即使有之也不再重要<sup>83</sup>。此外，行

<sup>81</sup> 約見Schulze-Fielitz, aaO., S. 776.

<sup>82</sup> Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.48ff.,內附進一步的判決文號.

<sup>83</sup> 以上諸多建構的常識,約見Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.34f.;其中並舉出德國「海運調整法」(Seeschiffahrtsanpassungsgesetz, v. 9. 9. 1998), BGBl. I, S. 2860, 第十二條作為例子;依之,主管機

政機關的裁量決定必須附記理由，但相關的缺失非不得於行政訴訟的程序中為補正，見德國聯邦行政程序法第五條第一項以及第 2 項以及聯邦行政法院法第一一四條<sup>84</sup>。德國行政裁量常以行政規則或經由向來實務(staendige Praxis)而精緻化；於個案的爭訟中，行政法院亦得審查相關的行政規則或實務之遵守與否<sup>85</sup>。德國並建構所謂「行政裁量收縮至零」(Ermessensreduzierung auf Null)；於此種情形，當事人享有請求權，行政機關負有法定的作為義務，否則將構成違法。

## (二)、人權干預之強度當作標準

行政裁量必須符合法律的規定。干涉性法律的基本架構，為立法者建立管制標準、對嚴重影響公益的類型建立許可制、對業者的事後營運行為提出要求（常見者為作為、不作為或容忍之義務），然後賦予行政機關行政檢查權並得對違法行為加以處罰。行政機關依法行使裁罰權時，出於當事人之自由權保障的保障，其裁量權的行使除了不得逾越法律之外，並必須進一步符合比例原則與平等原則等。德國聯邦憲法法院在裁判當中，不乏透過合憲性解釋，對系爭法條與裁量權行使為進一步的闡明。以下舉一個著名案例，加以說明。

德國聯邦憲法法院於 1985 年 5 月 14 日 Brokdorf 案中，對於以靜坐封鎖主要通道方式的集會遊行所引發的相關法律規定的合憲性爭議裁判中，指出如下要求<sup>86</sup>：集會遊行權屬於當代重要的基本人權，對人民之參與一般政治意見的形成與選舉政治意志的形成，具有根本而且無可被替代的功能。此集會遊行權之根本重要性 (grundlegende Bedeutung)，一方面固然應由立法者於有關法律的制定中加以考量，而進一步就相關實定法律的解釋與適用而言，行政機關於作成決定以及法院為事後個案裁判時，應加以遵守。

聯邦憲法法院並進一步對系爭的法條進行諸多合憲性的解釋。例如其指出，

---

關於相關裁量之行使時，須遵守由國際水陸航運機關所議決的建議；進一步的例子約為聯邦都市計畫法(BauGB)第一三五條第六項得免除課徵開發受益費的規定。

<sup>84</sup> Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.40.

<sup>85</sup> Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.41.

<sup>86</sup> BVerfGE 69, 315。本件當事人係以憲法訴願 (VerfassungsbeschweRd.e) 方式提出。案情約為，憲法訴願人申請針對於 Brokdorf 核電廠的興建進行示威，但遭主管機關之駁回；其乃提起行政訴訟，而主管機關乃作成立即執行該行政處分的決定（亦即不使該行政處分因為行政訴訟的提起而暫緩），申請人乃向高等行政法院請求撤銷該立即執行的決定，但遭到駁回；當事人乃對之提起本件憲法訴願。值得注意者為，就憲法訴願案件，德國聯邦憲法法院得審查案件的事實與法律，而與我國司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款人民、法人或政黨所提出者之限於系爭法律或命令之違憲與否之審查，有所不同。

對於德國集會遊行法（*Versammlungsgesetz*）第十四條、第十五條有關登記義務以及禁止、解散等條文，主管機關或相關法院為有關的解釋適用時，不得將一時性即刻產生的集會以未經登記為由而自動加以解散或禁止；相關的解散與禁止必須係出於保護相同等級的法益而且在嚴格遵守比例原則的情形之下；只有於直接、基於可辨認的情況所導出的法益危害的情形下，始得由主管機關作出如上決定。而就巨型示威（*Grossdemonstration*）而言，主管機關應以其能夠和平進行為指導理念，而以一种友善（促成）的態度，為有關案件的辦理，而不得於沒有充分理由之下以一种消極的態度加以因應；若巨型示威的申辦者越是願意單方採行建立信賴的措施（*vertrauensbildende Massnahmen*），或越是樂意與主管機關合作，則主管機關以危害公共安全為理由而為的干預的門檻，也就必須相對提高。若客觀上無須擔憂示威的申辦者與支持者將採行暴力方式或至少同意採行，則對於和平參與示威的國民而言，此等便應享有憲法所保障的集會遊行自由。即使示威群眾隊伍當中有個別或少數有意以非和平方式進行者，其他國民的基本人權也必須被保障；於此等情形，對該示威之整體之事前禁止，必須合乎嚴格的危險預估的要求，而且只能於任何足以擔保示威和平進行的手段之事前窮盡使用而仍然無法防止的情形下，始能為之。

聯邦憲法法院並指出，若行政機關否決當事人的集會申請，而當事人提起暫時性的權利保護的訴訟時，行政法院應以更為嚴格的態度加以審查，蓋對於集會遊行的禁止的立即執行（亦即系爭行政處分立即生效，而不因當事人之提起行政爭訟而暫緩），一般將導致系爭基本權利之終局無法實現。

### （三）、小結

由以上可知，德國經由一般法律原則的引入以及諸多的法學釋義的結晶(其中尤其禁止不正聯結原則等)，以及以重要基本人權之嚴重干預當作標準，而發展出高強度的司法控制。德國聯邦憲法法院就此等發展扮演關鍵角色，蓋其經由憲法訴願(*Verfassungsbeschwerde*)而握有個案法律解釋適用的違憲審查權；長久以往，行政機關受到規訓與教化，而不得不勉力修改法律與行政規則；學界也受到一定的指引。凡此固然有助於法治國家的發展，但也不無構成行政創新的阻力。舉例言之，類如禁止行政機關於裁量時為不相干考量，亦即所謂「不正聯結之禁

止」(Das Koppelungsverbot)等的釋義學產品，若系爭專業法律欠缺足夠規定以致於有諸多拿捏可能時，行政機關將不免惶恐不已；行政機關尤其不敢勇於突破財政或人力上的限制<sup>87</sup>。

#### 七、附帶說明：德國關於不確定法律概念之判斷與行政裁量之區別程度

有關不確定法律概念與裁量的截然區分，德國晚近已經有鬆動的現象；即使採取截然區分的立場，也應德國聯邦行政法院法第一一四條的規定與類推適用，而得到舒緩。以下略作說明。

德國行政法發展之初期，例如於Otto Mayer的《德意志行政法》著作中，並未明白區分不確定法律概念（之判斷餘地）與裁量<sup>88</sup>。相關區分係於1950年代由Reuss等學者所帶動，並進一步在德國聯邦行政程序法第四十條文及行政法院法第一一四條有關裁量之審查範圍而得到實定法化，並從此得到進一步的發揚，但學界一直有懷疑的聲浪<sup>89</sup>。

二者差距之縮小，首先得由憲法釋義學得到證明。就憲法中屬於開放（*offen*）之權限規定，憲法釋義學向來認為這是屬於需要具體化的法律概念，並未嚴格區分評價餘地與裁量。

其次，儘管行政法中之裁量（瑕疵）之理論已應有實定法之規定與學說之發揚而有精確的內涵，亦即裁量不得逾越、不得低於法律規定與裁量錯誤，而針對不確定法律概念之判斷餘地之授權行使之，行為法院則審查行政機關是否正確解釋不確定法律概念、調查事實、遵守向來所承認之評價標準、是否有參進與案件不相關之考量、是否遵守法律所規定的程序。乍看之下，二者之違法性討論之架構不同，但若進一步觀察，實則差距不大：就裁量行使之部分，亦有程序等問題，

<sup>87</sup> 就此有關的說明以及評論性意見，約見Wolff/Bachof/Stober, aaO., Rd.41f. und 52.

<sup>88</sup> W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessigkeit (1913, Neudruck 1964), S. 36 und Passim; zitiert nach M. HeRd.egen, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, S. 747 (747ff).

<sup>89</sup> HeRd.egen, aaO., S. 747, FN6.

而就不確定法律概念之判斷而言，亦存有判斷之不足、逾越或錯誤之情形<sup>90</sup>。若干法律的構成要件使用極高度抽象的法律概念<sup>91</sup>，行政機關之詮釋與判斷難謂毫無評價的性質<sup>92</sup>。

學者乃進一步指稱，不確定法律概念之判斷餘地與裁量具有如下相近似、可相互比較之功能：彼等均涉及行政部門對於開放性法規之具體化；二者可謂同等地(gleichermassen)包含評價性的衡量之因素，這並非經由實證之調查所能完全掌握；二者所呈現錯誤的類型之主要結構係相一致<sup>93</sup>。凡此，因限於篇幅，難以詳述<sup>94</sup>。

## 八、德國行政法院控制密度舉世無雙

受到歐盟統合過程中的法制協調要求以及比較觀察之必要與帶動，德國漸正視行政法院控制密度過高的問題。

### (一)、比較法之簡單觀察

法國區分三種不同的控制密度：第一種為「有限的審查」(le controle restreint)，係適用於裁量行爲(值得注意者為，法國法並不區分法律效果面之裁量與法律要件面之裁量)，而且也適用於經濟法、建築法、環境法、警察法與外交領域之不確定法律概念的解釋適用的絕大部分情形。於行使此等控制強度時，行政法院只審查是否有明顯的評價上的錯誤(erreur manifeste d'appréciation)。就考試的評分有關的爭議案件，行政法院也以此等標準審查相關程序之遵守與否，但就系爭評分決定本身的控制則毋寧係採行較為低度的標準。第二種的控制強度為一般控制(der controle normal)。於此，行政法院係對系爭案件的事實的法律評定採完整的審查，但並不審查是否合乎比例原則。有關比例原則的審查見諸「最大限度的審查」(der controle maximun)，於此行政法院得審查損害與效益之間的

<sup>90</sup> HeRd.egen, aaO., S. 748, mit Weiteren Nachweisen.

<sup>91</sup> 例如有關聯邦公務員法基準法第 7 條中有關公務員之能力與表現之判斷；再如聯邦對外貿易法(Aussenwirtschaftsgesetz)第 7 條有關對外貿易之禁運以便確保世界之和平共存或德國之對外關係之要件；三如聯邦公務員法基準法第 26 條及第 18 條有關公務員之升遷調任上之「職務需要」。

<sup>92</sup> HeRd.egen, aaO., S. 748, 內附進一步文獻。

<sup>93</sup> HeRd.egen, aaO., S. 748ff.

<sup>94</sup> 詳見拙著，前揭(註 30)文。

平衡；此等審查主要適用於警察強制措施與徵收處分等。此外值得注意者為，法國對於行政程序瑕疵的審查及有關行政程序瑕疵的法律效果，比德國嚴厲<sup>95</sup>。

有關英國法院的控制密度，約得表現於當事人所得主張的三種訴訟理由（grounds of review）：原行政決定之違法（illegality）；原行政程序之程序上之不適當性（procedural inappropriateness）與非理性（irrationality）。其中第一種係針對行政機關有無逾越權限。就第二種行政程序面的遵守，法院為相當詳細的審查。至於原行政決定之欠缺合理性，係指沒有任何一個理性的官署會作成相同的結論；此等標準從而係指稱客觀上的恣意。長期以來低度實務作法有無必要局部調整而適度引入比例性之審查，已漸有討論的聲音，但法院的裁判仍然保守；針對複雜的分派性決定，通說認為在內容上不可能由法院加以決定。此外，英國行政法院對行政機關的事實認定的審查，也係高度節制，除非系爭的事實認定係明顯出於欠缺事實調查或對事實為錯誤的評價；晚近對於行政機關的事實認定的舉證責任，已經逐漸受到重視。於考試評分的決定，英國法院只審查有無明顯的瑕疵<sup>96</sup>。

歐洲聯盟法院固然也有建立完整審查權的案型，但畢竟於相當領域只進行有限的審查，尤其就經濟或科技上複雜案件有關的不確定法律概念的解釋與涵攝。就複雜的經濟案件，歐盟法院的審查限定於相關程序之遵守，以及系爭行政決定所依據的案例事實有無適當調查以及有無明顯的錯誤評價及裁量濫用。歐盟法院的另外一個審查重點在於系爭行政處分的理由說明，而且針對行政機關所提說明逐點審查。儘管法院得就專業判斷的問題聽取鑑定人意見，但實際上並不經常採行。但無論如何，晚近在若干領域視相關規定的明確性與案件重要性等而得有不同的發展，例如卡特爾法領域晚近遭到較為強烈的審查，反傾銷法領域則仍然維

---

<sup>95</sup> 關於以上法國法的簡介，約見 *Eberhard. Schmidt-Assmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Perspektiven*, DVBl. 1997, S. 281 (284).

<sup>96</sup> *Schmidt-Assmann, aaO.*, S. 284; 進一步有關歐盟法院的低密度審查的作法與問題，約見 *Eckhard. Pache, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften*, NVwZ 1999, S. 1033 (1038ff).

持行政機關的廣泛裁量權<sup>97</sup>。

## (二)、德國學界非無省思意見

德國故聯邦行政法院院長Horst Sendler也提出跨國比較後的省思：德國行政法院的控制密度，不論就不確定法律概念的解釋或涵攝或行政裁量，均屬過高，而代價為高度的法官人事成本、審判時間的延宕、法官之難以勝任、行政部門專業性不受尊重、個案裁判的標準難以清楚預見等結果<sup>98</sup>，並在世界成為孤兒，蓋法國、瑞士、英國等等均不同於德國模式。此等發展與德國基本權利體系、嚴格區分不確定法律概念與裁量（而賦予不同的司法控制密度）、法釋義學操作典範等有關，相關改革從而原則上難以寄望於德國內部<sup>99</sup>。

德國行政法學者Eberhard Schmidt-Assmann也指出，有關行政法院控制密度的討論，涉及各該國家行政法釋義學的歷史、國家的理解（也可謂國家觀）與所謂行政法之體系性思維，以及晚近不斷強烈地受到歐洲法發展的影響<sup>100</sup>。

學者Schulze-Fielitz則進一步從德國晚近法制史加以說明。蓋於 19 世紀德意志各侯國建立法治國的過程中，由於政治與民主的控制機制不足(按相較於歐洲各國，德國民主化發展較晚，國會一直未能形成強有力的制衡)，法治國的構想乃不無轉而側重行政爭訟管道的建立，並一路發展而成為與歐陸其他憲法國家有別的態樣。至於未來的轉向發展，氏認為並非全無可能，一則在歐盟不斷統合過程中德國法難以堅持己見，其次則是德國自二次大戰以後民主改革日漸深化並卓然有成；行政爭訟肩負監督依法行政之責任從而得稍有舒緩；但無可諱言，此等轉換的過程需要相當時間，而且須由立法者完成有關的政治決定<sup>101</sup>。

<sup>97</sup> Schmidt-Assmann, aaO., S. 284.

<sup>98</sup> 嚴格言之，這種論點並非專門針對傳統、屬於法律效果面的裁量，而係包含計畫裁量、具有政治性意涵案型的裁量、未來預測性判斷的裁量、涉及高度不確定法律概念而具有專業科技性或風險性等案型的判斷餘地等，約見拙著，前揭（註 30）文。

<sup>99</sup> Horst Sendler, Ueber richterliche Kontrolldichte in Deutschland und anderswo, NJW 1994, S. 1518ff. 氏以評論如下作品方式而帶出有關評論: Frowein (Hrsg), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Ueberpruefung von Handlungen der Verwaltung (1993); 該作品包括各主要國家的報告與一個討論會的記錄。

<sup>100</sup> Eberhard Schmidt-Assmann, aaO., S. 281 (281).

<sup>101</sup> Schulze-Fielitz, aaO., S. 781.

另外一說主張，由於法官一般難以勝任高度專業性或政策裁量性的審理，但行政法院也不能完全退卻，此外相關國際公約也在推波助瀾當中，乃呼籲轉向行政程序面的控制，並嚴厲化行政程序瑕疵的法律後果<sup>102</sup>。

#### 肆、我國之檢討

##### 一、系爭專業法律之規範與構造

本件的爭議條文，為促進民間參與公共建設法第四十四條「主管機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之（第一項）。前項甄審標準，應於公告徵求民間參與之時一併公告；評審期限，依個案決定之，並應通知申請人（第二項）。」

本條文揭櫫公平公正原則，為強烈的價值決定。但另一方面言之，為擺脫公平公正的高度抽象性，該條乃從組織著手，而設置合議制的甄審委員會為有關的甄審標準的擬定與最優廠商的選定<sup>103</sup>。此外，相關甄審資料均曾事前公布；相關的甄審項目與標準等也已經事前經過民主協商程序而為公告（見前述貳、一），並形成拘束力。本案並具有高度專業性，已如前述。

本案的爭議從而在於，以系爭領域之特色、系爭條文的組織與參與規定，已否足以擔保公平公正，而得緩和與控制密度？行政法院若採嚴厲控制立場，有無違背專業法律、釋字第五五三號解釋（承認專業合議制機關之決定之判斷餘地）以及行政訴訟法（指類推適用我國行政訴訟法第四條第二項、第二〇一條所得建立的低度審查標準）？

##### 二、憲法規定以及司法院大法官之解釋

---

<sup>102</sup> 這一切與聯合國奧胡司公約（Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters；Aarhus Convention）以及歐盟於環境影響評估法與其他環境法律領域的強化參與程序、資訊公開與爭訟權保障的發展有關，約見 *Klus-Peter Dolde, Verwaltungsverfahren und Deregulierung, NVwZ 2006, S. 857 (857ff.)*.

<sup>103</sup> 至於此委員會究竟為最終決定的機關，或主管的部會，係另外一個問題，於此暫且存而不論。

關於行政法院的控制密度，我國儘管有實定法上的規定<sup>104</sup>，但為求精確，宜進一步檢討我國憲法之規定及司法院大法官的解釋。

#### (一)、我國憲法條文

我國憲法本文第十六條固然規定人民有訴訟權，但條文簡單。我國憲法也有各種基本自由的規定，例如人身自由、居住及遷徙自由、表現自由、秘密通訊自由、宗教自由、集會結社自由、生存權、工作權與財產權，但二者間的關聯並不明確，而有待司法解釋(詳後述)。

關於控制密度的另一重要參考依據，為憲法本文第 80 條「法官依據法律獨立審判」。依之，就不確定法律概念的解釋或甚至相關事實的認定與涵攝，原則上均應屬於行政法院的審查範圍。

#### (二)、立法者對訴訟制度有廣大裁量權？

司法院大法官釋字第四四八號、第四六六號與第五七四號解釋等，承認立法者對於訴訟制度享有廣泛的形成權，只要不涉及人民訴訟權之根本剝奪即可<sup>105</sup>。此等見解對基本人權的保障不周，尤其就基本權遭到嚴重干預的案型，自不待言。

#### (三)、釋字第五五三號解釋理由書當作標準？

我國司法院大法官於釋字第五五三號解釋理由書中，嘗試建立不確定法律概念的控制密度。其取向德國傳統以來的見解，區分法律的解釋與適用，而且就二者均肯認行政法院的完整審查權；只有針對事實評價與涵攝的部分，而且限於例外情形，行政機關才享有判斷餘地。此等見解並為本件最高行政法院於裁判所引用，而成為本件 ETC 案件裁判的基礎。

然而，若以本號解釋為標準，則行政法院於本件中就事實的評價與涵攝，不應為高強度審查，蓋事涉專業判斷，而且係由委員會完成（初步）決定。

本件中，行政法院高強度審查並導致撤銷原行政處分的關鍵所在，從而係針對系爭法律(促進民間參與公共建設法第四十四條)的解釋。

<sup>104</sup> 指屬於專業法律之促進民間參與公共建設法第 44 條與屬於一般性行政法律之我國行政訴訟法第 4 條第 2 項、第 201 條之類推適用所得建立之審查標準。

<sup>105</sup> 相關詮釋約見李惠宗，《憲法要義》，第三版，頁 280 以下(2006 年)。

但問題畢竟在於，系爭規定「公平與公正」極為抽象，而且已經明定如前所述的進一步機制。固然依德國向來見解與 1990 年來的裁判與學說發展，不確定法律概念的解釋完全屬於行政法院的審查範圍，但就此之高強度的司法控制--亦即經由合憲性解釋之操作方法而「大幅」或「重新」詮釋系爭法條--，則仍須有進一步的正當性基礎，德國基本權干預之嚴重性標準可當作參考，但德國學界並非以此為單一的標準，已如前述。

#### (四)、釋字第四六二號解釋當作標準？

釋字第四六二號解釋與系爭基本權之重要性以及所受到的干預的嚴重性當作基礎，建立相關行政決定所應遵守的組織與程序要求，而與德國 1990 年以來的發展趨勢一致<sup>106</sup>。惟無論如何，其畢竟以文字表示從而仍不免有一定的不精確性，而留下補充解釋的空間。

##### 1、就不確定法律概念之解釋

就不確定法律概念的解釋適用的討論，應區分解釋與涵攝，已如前述。

就不確定法律概念的解釋而言，事涉人民基本權利的保障，行政法院的法官為法律適用的專家，而且我國憲法第八十條明文指出法官「依據法律審判」，從而，行政法院應享有完整的審查權。問題卻在於，若行政法院無邊無際援引憲法條文(不論係基本人權、憲法原理原則或基本國策)，而超高強度地「操控」系爭條文—而這一切係以基本權受到嚴重干預為名—則不啻「鬆動化」任何實定法的條文。長久以往，其將造成憲法法院取代行政機關與行政法院的任務與職權的結果，上行下效的結果也將形成行政法院的高強度審查權，我國將不免成為司法宰制的國家矣。而類似的危險，德國學者於跨國比較後曾經憂心指出，已如前述。行政法院為超高強度之法條解釋控制，若著眼於德國 1990 年以來的四個聯邦憲法法院裁判，應限於基本權衝突之案型；此外，高度科技專業性領域之解釋性的

---

<sup>106</sup> 廣義言之，釋字第四〇七號解釋有關猥褻的函釋必須與時俱進檢討的要求，以及釋字第四九一號解釋有關公務員記兩大過免職之行政處分之應事先給予受處分人陳述及申辯之機會以及處分書應附記理由，均可謂為不確定法律概念的解釋與適用的之要求，而且也應成為司法審查的範圍。

行政規則的控制密度也得有一定的調降。換言之，就一般之案型，行政法院仍應盯緊專業法律，而不應任意援用憲法條文或原理原則而為「自由」「大幅」之解釋控制。立法者有義務在各專業法律妥為規定控制密度。

本件中，若行政法院有意拉高控制密度，一如台北高等行政法院與最高行政法院所已經採行者然，則其應詳細說明本件如何對於廣泛用路人的權益造成如何重大的影響，其外並應指出系爭法律規定之整體而言仍有如何的不精密性（詳後述）。

## 2、就事實之評價與涵攝

就行政機關所為個案事實的評價與涵攝，釋字第四六二號解釋指出行政法院應予審查相關判斷與衡量「有無違法或顯然不當」，從而係採取低度或有限審查的標準。

在比較法上，德國聯邦行政法院於前述裁判，係以系爭法律的規範構造與系爭領域之合議制而且成員係由社會多元主體所選任，以及得因此免於國家入侵從而最能適切化保障系爭自由權等為理由，而肯認行政機關於此等條件下之判斷餘地。此外，若銜接前述 Schulze-Fielitz 教授等的詮釋，則係爭案型的特色，以及因此所銜接到行政法院與行政機關間的功能/配備上的差距與分工等，也得作為行政機關判斷餘地多寡的衡量標準。相關法律之行政組織與程序之規定之完備性，也得作為行政法院控制密度之調降。

我國釋字第四六二號解釋於此採低控制密度，固然得免於與德國一樣而成為世界異數而值得稱許。但釋字四六二號解釋畢竟屬於評分類型，是否與如何得為一般化，則尚有待討論；前述德國學界之詮釋努力以及其中仍局部肯定功能法之見解，得有參考價值。此外，有關不確定法律概念的解釋以及事實之評價與涵攝之完整關係(含各自的定義操作上之相互關聯與比重等)，尚有討論必要，但這非本文所能負擔。

### (五)、釋字第四六二號與第五五三號間之矛盾與調和

釋字第四六二號解釋建立以基本人權干預的嚴重性作為控制密度的標準，並

從憲法面提出有關的法律解釋或制度建立的標準，頗有 1990 年以來德國法的色彩；釋字第五五三號固然作成在後，但卻採德國早期以來的通說。就涵攝部分的司法控制上，前者在解釋文中正視行政法院的功能限制而調降控制密度，而近乎前述德國學界折衷說，在此意義內也係接近釋字第五五三號解釋的見解。

於此應注意者為，德國行政法院之高控制密度，不管在不確定法律概念或行政裁量，而且就前者部分不論於就法律概念的解釋或就事實的評價與涵攝，已經成為世界的異數。其與德國獨特的法治國發展史有關，晚近不無檢討的聲音；我國應否完全繼受，誠有討論的必要。

### 三、本件裁判之檢討

(一)、台灣處於民主鞏固階段，專業法律規範精密度不高，以及行政法院控制密度之兩難

我國歷經威權體制與威權轉型而進入民主鞏固階段，立法部門仍不免有一定的亂象，相關立法的整體精密度以及個別法律的精密度，仍與先進國家有一定的落差；尤其，我國法律多未能針對台灣本土政經社文結構缺失而容易被政經勢力所貫穿的部分，採行必要的政策手段並以必要的高規範密度加以表現。

以促進民間參與公共建設法第 44 條為例，其針對為數眾多而且原則上每一件均具一定重要性的民間參與公共建設的招標。其係我國當今所宣示擬積極採行的政策手段，但對於相關招標程序竟然只規定「公正與公平」的要求而已--有關事前參與機制係規定於施行細則當中。進一步言之，招標評審委員會只是完成初步審查，最後仍由交通部加以決定；而交通部長就相關評審委員的選任有相當的自由性(從而難以抵擋政商網絡)；相關評審程序以及招標文件的精密度(尤其就業者事後是否以及就如何情形下得修改所簽署的契約當中的重要條文，以及發生爭議究竟經由仲裁或民事或行政訴訟等)，均非無可補強之處。

但反面而言，若凡事要達到如此高水平之規範密度—而這事實上台灣短期之內難以完成--，並於發生爭訟時動輒以專業法律規範密度不足為理由而開啓行政

法院之超高強度介入，並因而形成對行政部門之高度監控性，嚴格言之，不符合西方國家對於行政訴訟一般所為的功能定位。其也將使得行政法院法官蒙受空前的壓力，或甚至中長期將使得威信大為下降，並招致政治部門的無情攻擊；行政機關（公務人員）則將不免進退失據<sup>107</sup>。

## （二）、關於不確定法律概念之控制密度

最高行政法院將本件界定為不確定法律概念的解釋與涵攝，並且主要從不確定法律概念的解釋的控制出發，而採行高強度的審查。至於其有無與如何針對行政機關所為的事實的評定與涵攝的部分，則可暫時擱置不論。

從德國向來通說以及 1990 年聯邦憲法法院四個裁判以來，不確定法律概念固然得為行政法院的完全審查，但司法部門從憲法高度之大幅自為解釋，原則上仍應出於基本權之干預嚴重性，而這也係我國司法院大法官釋字第四六二號解釋的精義。但此等審查密度也注意司法權的功能限制或甚至系爭領域的特色等。

本件中，台北高等行政法院與最高行政法院若擬強化控制密度，則應精確說明本件所涉及之用路人的人權的重要性或所受到干預的嚴重性，亦即為數龐大的用路人的通行權利與財產權究竟受到如何影響。此外，行政法院也應說明，相關法律與命令已否建立行政組織與程序面的充分保障。

## （三）、就本件裁判的法條解釋

本件中，行政法院固然強調為數龐大用路人的基本人權保障，並以此而展開相關法條的憲法解釋，但其似乎有所偏頗或過當。詳言之，其強調公平競爭之平等，但並未注意到另一方面之業者之權益(本件中為遠通公司之智慧財產權)，然後展開兩項價值的利益衡量，而這毋寧是前述德國聯邦憲法法院所特別關注者<sup>108</sup>。

<sup>107</sup> 筆者於 95 年 12 月 23 日宣讀論文時，評論人林文舟法官（台北高等行政法院）指出甄審委員的選任合宜性非無爭議，以及系爭甄審決定遭各相關當事人表示不服，從而控制密度得予提高。廣義言之，甄審委員會的委員人選未必具有專業性、主管部會的施政未必獲得民眾信賴、主管部會官員有無收受賄賂等，均得正當化控制密度之提高。

<sup>108</sup> 有學者討論未獲評選為最優申請人於行政訴訟上之「權利」有否受到侵害，見程明修，「公私協力契約相對人之選任爭議—以最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決（ETC）之若干爭點為

於此衡量中，遇有疑義時，應妥適衡量相關類型之國際慣例或實務；我國類似契約的向來實踐得失情形，以及於招標文件中發生未精確規定情形之於未來正式簽約與履約階段的調整可能等，也應加以顧及。由於相關的衡量仍屬複雜，台北高等行政法院理應開庭審理並妥為行使闡明權與調查權。

本件中，台北高等行政法院與最高行政法院以第二階段的協商過程中主管機關並未告知第二順位者有關第一順位者之特殊的而且成為勝出關鍵所在的機制，並將此評價為嚴重牴觸兩位競爭間之公平性。筆者認為，此處平等性涉及同業之間的高價額得失的競標案，主管機關應致力於競爭秩序的機會平等，而非造就機械式或齊頭式的平等，否則將反而造成「逆平等」的結果。

其次，就公益原則之違反與否而言，最高行政法院以相關的招標規定中的評分比例或監督機制的缺失，而認為相關行政規則違背公義性。筆者認為，即使這係一個重點，但事後仍有議約的程序，而不是以決標文件為最終契約。

再者，該裁判並未衡量遠通公司的財產權與平等權等，而精確指出系爭招標文件與決定仍有如何之不足。此等充足或不充足涉及商業利益、商業實務（國際相關招標與契約之觀察）以及系爭法律暨招標文件的整體解釋適用，甚至也得視情形而有行政程序法之行政契約條文或民事法的情事變更原則等適用可能。台北高等行政法院就此並未行使闡明權與調查權，難謂妥當。

#### （四）、控制密度高低仍應整體考量法體系與行政體系的價值

本件進一步的問題在於，如前所述，我國促進民間參與公共建設法第 44 條的規定極為簡陋、系爭領域具有高度的專業複雜性、系爭領域的行政機關係以合議制完成、事前已經踐行相關當事人的協商程序，而這一切係我國現行相關行政法律與實務所能夠最大而且最標準的規定與作業方式--約可參考我國就重大開發案所為之環境影響評估委員會及有關的程序，規定於「環境影響評估法」，再

---

中心」，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 28 (2006)；氏主張甄審申請人得享有者，為植基於憲法第七條平等權保障之「無瑕疵裁量請求權」(der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung)。也有學者從憲法以及促參法之競爭規範架構出發，而討論參與競標者之主觀公權利以及此等在憲法上被評價為「無歧視程序形成請求權」的可能，見詹鎮榮，「競爭者『無歧視程序形成請求權』之保障—評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決」，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 39 (2006)。

如我國各部會之法規委員會、訴願審議委員會、國家賠償法審議委員會等的組織與程序。換言之，行政法院於採超高強度的審查並撤銷原行政處分，從而不無違反體系性，而顯得突兀。

## 伍、結語

行政法院的控制密度涉及行政權與司法權的分派，而且也涉及相關人民的基本人權保障，應予高度關注。

德國法的比較觀察的啟發為，就不確定法律概念的解釋，行政法院固然享有完整的審查權，但原則上限於基本權衝突之案型始有必要援引憲法條文與價值而為高強度的司法控制；此外也不排除高度科技專業性領域之出於功能法觀點而為之適度調降。就涵攝而言，人權干預之嚴重性固然為行政法院控制密度的一項標準，但其他憲法的原則或價值也視情形而成為對立的價值，並有待利益衡量，而且不排除於具體情形得建立判斷餘地的進一步類型<sup>109</sup>。為避免控制密度之不精確性，專業法律的規定乃成為重要的標準。行政組織與程序的妥善設計得作為調降行政法院密度的一項參考。

我國釋字第四六二號解釋已經建立類似的架構，並強調行政組織與程序的設計的重要性，誠值得稱許，問題在於我國專業法律就此一般沒有任何規範。

本件中，我國促進民間參與公共建設法第四十四條簡單，但也已經建立合議制與相關業者事前參與機制。行政法院以事涉用路人權益，而為高強度的審查，固非無見。稍可補強者為，首先，在規範據上，其似得援引釋字第四六二號解釋。其次，在說理上，其似可補強並將本件界定為涉及重大公共利益或憲法價值（諸多用路人的重大權益），從而得以與業者之基本權為利益衡量。

本件的不足之處在於，其未適度斟酌系爭領域的政策性或高度專業性或複雜性特色，以及系爭法律有無建立充分的行政組織與程序機制。其次，而且最重要者為，即使以不確定法律概念解釋的控制而言，行政法院就業者的基本人權（含

---

<sup>109</sup> 傳統功能法觀點並非沒有價值，但不再為控制密度高低的唯一標準。

自由權與平等權)與用路人之基本人權之最適化衡量，亦即各自之概念界定、相互關連下之比重與拿捏方法，應審慎為之——亦即須反映出系爭案件或案型的張度。由於事涉高度複雜性與專業性，其應妥為行使闡明權與調查權；裁判的說理密度也應相對提高。

總之，本件裁判開啓行政判斷之控制密度的里程碑，值得注意<sup>110</sup>。

推而廣之，就我國而言，人權保障已經成為我國憲政的核心價值，而且也為世界潮流，人權作為行政法院控制密的一個標準，應無爭議。我國法律多未能針對台灣本土政經社文結構缺失妥為規定（包括規範的密度與重點），而容易被政經勢力所貫穿，高強度行政法院審查似乎是一個可追求的階段性政策目標。但無論如何，行政法院之功能限制，也應納入考量。

至於我國行政法院的配備、組織文化與積案情形等實存情形與結構以及未來短期內的改良可能等，是否仍然弱化而難以承擔新時代的控制密度的標準，則係另一問題。

---

<sup>110</sup> 儘管如此，本件判決就形式面控制密度的規範依據與實質面就相關利益的最適化衡量，以及訴訟程序之周延性等，仍非無討論餘地。