

不確定法律概念之探討

蔡震榮*

目 次

壹、不確定法律概念之問題面	伍、判斷餘地與基本人權
貳、不確定法律概念之定義及其適用	一、憲法法院判決之新趨勢
一、定義	二、針對具體個案之判決
二、行政法上法解釋及法適用之問題	三、抽象法規效力問題之探討
參、不確定法律概念與司法審核	四、行政程序及比例原則
一、司法審核	五、過度司法審核問題之探討
二、不確定法律概念視為裁量	陸、小結
三、不確定法律概念之形成	柒、我國不確定法律概念與判斷餘地之探討
肆、不確定法律概念與行政規則	一、實務界之觀點
一、行政機關的法規制訂權	二、行政機關對不確定法律概念之法規制訂權
二、法規授權說	三、總結
三、行政規則與法律保留	
四、判斷餘地合憲性問題之探討	
五、判斷餘地與行政裁量	
六、判斷餘地適用之範圍	

壹、不確定法律概念之問題面

不確定法律概念係指法律條文中所含的概念具多義性，在適用法律時往往需進一步解釋。立法者之使用不確定法律概念係為使法律之適用得以涵蓋更多事實。不確定法律概念之問題，首先就表面觀之，涉及法適用及法解釋之問題。不確定法律

* 德國杜賓根大學法學博士，中央警察大學警政研究所教授，本系兼任教授。

概念存在於法學各領域中，其使用因法領域之不同而有差異性。一般而言，司法在具體個案之適用為法律之解釋機關，此在民、刑法領域內較無問題，但在行政法領域內，因有行政機關為法適用機關介於其中，而使不確定法律概念使用之問題更形複雜。是否在行政法領域內，行政機關僅是單純的法律適用機關，並不享有法律解釋之功能，果若如此，則所有法領域之不確定法律概念的解釋全屬司法機關，將無所差異。行政機關就不確定法律概念所為之決定，法院皆可依其自己之決定更改之，則不確定法律概念在行政法之解釋論上將無探討之必要。事實上卻非如此，由於不確定法律概念行政機關為第一個適用之機關，於執行任務時，對不確定法律概念之使用，經常並非只是針對具體個案，尚且訂定對不確定法律概念解釋之抽象法規。尤其在某些事物上，具高度屬人性，如考試及考評或需專業知識如計畫行政或經濟、環保等領域，往往法院難以介入審查。在這些領域內行政機關係專家，而法院則是門外漢。吾人若要求法院全面審核，則可能造成門外漢來審核專家之情況（註一），因此，為避免上述情況，司法在此應有其界線。早期對此界線僅侷限在如何劃分司法及行政之界線，因為彼時僅就具體個案之適用為分析，吾人於法學上所瞭解的“判斷餘地”即為解決此問題而產生。而今對此問題法解釋學上不在侷限於此，尚且擴充至行政機關適用不確定法律概念而訂定抽象之行政法規如行政規則。是否這些抽象法規受司法審核，則屬另一問題的探討。最近德國對不確定法律概念的探討又發展出所謂的法規授權說（die normative Ermächtigungslehre）來解決上述之問題，而將不確定法律概念之法解釋及適用，擴充為立法、司法及行政三權如何運作及界線如何劃分之問題。

不確定法律概念之解釋，究竟應如何定位，迄今仍無一致之看法。由於在時代發展中，此問題亦處在不斷變化中，故本文對此問題之探討採歷史發展之敘述方式為之。由於我國對不確定法律概念之探討，僅止於學理之研究，司法實務上仍停留在不確定法律概念與裁量未分之情形（註二），故本文之重點仍以德國為主。文章後段對我國現狀作比較分析，並提一些未來建議之方向。

（註一） 蔡震榮譯，裁量與不確定法律概念，警學叢刊，八十一年三月，頁一四六。

（註二） 吳庚，行政法之理論及實用，二版，民八十四年三月，頁一一六以下。

貳、不確定法律概念之定義及其適用

一、定義

不確定法律概念係指現行成文法，並不包括不成文法在內。不確定法律概念於法構成要件及法效果皆有存在，但以存在於構成要件為主（註三）。一般而言，概括條款大多以不確定法律概念為主要構成部份（註四）。不確定法律概念之用語本來就極具爭議，若吾人以其來與確定概念做區分，則顯然此用語極為不當，因為法律概念中除數字外，其餘之概念多少皆含有不確定性（註五），因此，此區分顯無意義。但若以其用語作為劃定司法審核界線，則又因其概念過於寬廣，而不切實際。故不確定法律概念之用語在法效用上並無多大實益，頂多僅在於表示其不確性之法內涵而已。不確定法律之概念就其內涵而言，是否可依一般經驗法則可確定或必須依法適用者個人價值之決定而有所謂經驗性（描述性）及規範性概念之區別。此種劃分存在於法學各領域中。學者 Heck 對此則提出概念核心及概念外圍之說，其所稱之概念核心即屬描述性或經驗性概念，而概念外圍則屬規範性法律概念（註六）。描述性或經驗性概念係指概念可客觀確定或可依一般社會通念或經驗加以確定稱之。可客觀確定之概念如雨天，潮濕，黎明，天黑等。而如危險，干預，職業，無工作能力等概念與前者比較雖概念較不明確，但仍可依一般社會通念加以客觀確定，故屬於描述性概念。而規範性概念比前者更具不確定性；基於此種高度不確定性在其解釋時，往往需個人主觀的價值決定，故有人稱這些概念為需價值補充之概念（註七）。規範性概念在行政法領域中數量龐雜，如公共利益，重大

（註 三） 如我國集會遊行法第二十六條之規定：集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權與其他法益間之均衡維護、、、、、、、等規定即屬存在於法效果的不確定法律概念之例子。

（註 四） Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, S.363.

（註 五） Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S.108.

（註 六） Erichsen und Martens, Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, Hrsg. Erichsen und Martens, S.192.

（註 七） Mutius, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen im Verwaltungsrecht,

事由，勤務需要，行為不檢，惡意犯上，嚴重污染等。此種區分在行政法之法解釋上稍具意義，Ule 即以此作為界定司法審核的界線而認為，行政機關解釋規範性法條時，若該解釋適當時，法院即不得審核，而提出所謂的合適說（Vertretbarkeitslehre）（註八）。

二、行政法上法解釋及法適用之問題

行政法上法解釋及法適用之問題，稍不同於民刑法。行政法上行政機關為適用法律之機關。傳統上將適用與解釋分開而認為，行政機關在適用法律時，僅具涵攝之功能，將法律事實適用在法條上，雖在涵攝過程中有必要事先對法律概念解釋，但此種解釋僅是適用之所需，尚非法學上所稱之解釋。傳統上認為司法機關才是法解釋機關。故行政機關適用法律所為之解釋並非具最後決定之效果，司法仍得以依自己之解釋變更之。

吾人論及法適用理論時，通常係以三段論法加以解析；此亦可套在行政機關適用不確定法律概念之狀況。Bachof 對此提出如下解析之方法：

1. 概念之解釋：雖然法解釋屬司法最原始之功能，但法適用前行政機關必須對不確定法律概念解釋，以確定概念之一般意義及內涵。
2. 事實之確定：透過事實之調查及事實之發現並因而確定之。此涉及證據取捨之問題。
3. 涵攝過程：此階段（傳統上認為）為事實判斷之問題。行政機關必須判斷所確定之具體事實是否合法構成要件（註九）。

有關概念之解釋，行政機關可透過訂定行政法規來補助。此種抽象法規制訂權是否如同傳統所認為般，隸屬在司法審核下，則有爭議。前述三步驟中涵攝過程為最重要。將事實涵攝於不確定法律概念中屬事實之問題，但涵攝過程並非經由邏輯可確定，而必須透過適用法律者對事實的價值判斷。如法律規定經營旅館業者必須素行良好，何謂素行良好執法者必須就事實判斷之。但何種事實應列入考慮則可能會因人而異，而產生個人價值判斷之問題。此種價值判斷有時並非完全可明確地導

in: JURA 1987, S.94; Engisch, a.a.O., S. 111.

（註八） Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 1987, S. 10.

（註九） Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: JZ 1955, S.97ff.

出唯一的答案（註一〇）（註一一）。行政機關對此價值之決定是否完全隸屬在司法審核下，則屬本論文所欲探討之問題。

參、不確定法律概念與司法審核

一、司法審核

行政法上不確定法律概念之探討，主要在於劃分行政與司法之權限。亦即探討在那些範圍內，行政擁有最後決定權。但並非此種最後決定權完全排除司法之審核，因此吾人有必要對司法審核範圍做區分。司法審核可分為兩種，其一為實質審核，亦即司法對行政機關的涵攝，可以以自己的涵攝替代之，亦即可更改行政機關所為之內容決定，而以自己之判斷為最後之決定，吾人稱此種審核為全面審核，理論常說行政機關第一次決定，法院擁有第二次審核，即此之謂（註一二）。另一為形式審核，亦即司法原則上尊重行政機關涵攝之決定，僅就涵攝過程中有否違法，作形式審核，吾人稱此種違法性審查為受限制的審查，故又稱行政機關擁有最後的決定權。吾人所言的行政裁量及判斷餘地即隸屬在此種有限的司法審查下。

二、不確定法律概念視為裁量

此時期時間延續相當長，在此，並沒有對構成要件及法效果作區分，而常將不確定法律概念，視為立法機關所給予行政機關裁量之權。德國迄至西元一九五五年止，行政法院仍將部分的不確定法律概念，如公共交通之利益或公共利益等視為裁

（註一〇） 此為本題目所要探討之重心。傳統上認為此種事實之認定，最後僅可導出唯一之答案，這並非是選擇之問題，而係對錯之問題，故對此問題司法有最後的決定權。我國學者翁岳生教授對此有極詳盡之分析。參閱其所著「法治國之行政法與司法」，八十三年，頁九十四以下。目前德國學說大多不再認同傳統之說法。而提出判斷餘地、適當說以及法規授權說等以為修正。

（註一一） Vgl. Ule, a.a.O., S.11.

（註一二） Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte, in: NVwZ 1991, Heft 5, S. 410.

量（註一三）。因此，僅承認有限的審查權（註一四）。

三、不確定法律概念之形成

基於法治國法律保留及法律救濟的擔保下，二次大戰後學說及司法首先貫徹了，不確定法律概念之使用不再被視為是裁量，而將不確定法律概念與裁量嚴格區分；裁量僅存在於法效果的多種選擇上，而此種選擇係立法者於法條之法效果中明文授權。法律上概念如公共交通之利益等將被視為不確定法律概念，對此，不同於裁量，因立法者並無明文授權行政機關。基本上行政機關於個案中僅存在一個正確的解釋及適用，對其適用法院擁有全面之審核。Reuss 主張裁量侷限在法效果上（註一五），深獲 Bachof 及 Ule 的贊同，但其兩人為挽救行政權仍保有一部分自由空間而提出對某些確定條件如專業知識或高度屬人性的判斷餘地說(Bachof) 及對一般規範性概念之適用狀況准許以合適說(Ule) 來限制司法的審核。兩者所主張內涵稍有不同，Bachof 僅承認部份領域非司法能力所可掌握，行政機關才擁有判斷餘地。Ule 並非以某些領域為區分，而係以規範之內涵是否需價值判斷來區分，凡

（註一三） Martin Bullinger, *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Landesberichte, Bundesrepublik Deutschland, in: *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Hrsg. Bullinger, 1986, S.138; 有關於此，翁岳生在其所著的「行政法與現代法治國家」中亦提到一九五四年聯邦行政法院將「公共交通之利益」視為裁量概念。參閱其第三版，六十八年，頁六十四以下。

（註一四）我國目前行政法院仍處在此種情形。行政法院八十一年判字第二一五號即稱，醫療法第四十四條第一項所謂「不正當方法」、、、、乃不確定法律概念，主管機關自得依其職權個案裁量醫療機構招攬病人之方法是否正當。此即將不確定法律概念視為裁量之例子。另外，對於聯結性條款，即不確定法律概念與法效果裁量同時存在於一法條中，我國行政法院皆認為此不確定法律概念即為立法機關所給予之裁量。如行政法院八十年判字第五一九號稱，公路法第七十七條所規定：「公路經營業、汽車或電車運輸業，違反本法及一本法所發佈之者、、、、公路主管機關並得按其情節，吊銷營業牌照一個月至三個月、、、、」，汽車運輸業違規情節之嚴重與否，有無吊扣營業車牌之必要，乃被告機關裁量之權限、、、、。

（註一五） Reuss, *Das Ermessen, Versuch einer Begriffsklärung*, DVBl1953, S.585ff.

屬概念外圍之部分只要行政機關適當的涵攝即應被視為合法的（註一六）。但在六十年代的司法判決中，顯然並沒有追隨判斷餘地的說法。在一九六〇年的一個憲法法院判決中，憲法法院認為「公共交通之利益」的法律概念為不確定法律概念，不承認行政機關有合義務性裁量之權，因此，憲法法院贊成司法擁有全面審核之權（註一七）。對此，行政法院在六十年代亦追隨憲法法院之見解，但對於考試之決定及公務員之考評等高度屬人性之價值評定則承認行政機關有判斷餘地。七十年代起，行政法院才將使用範圍擴充。1971年行政法院有關「認定有危害青少年讀物」概念的決定，卻變更以往全面審核的觀點，而不認為行政機關對此僅存在有一唯一正確之決定，而係有不同的選擇可能性，基於此種選擇性法院不應擁有最後的決定權（註一八），而應由聯邦檢驗局做最後之判斷。對此項決定，行政法院在多年的蹉跎下，終於採用 Bachof 所提的判斷餘地，而承認部分的領域有特別例外地適用。之後，行政法院對些具有預估或預測之行政決定，如經濟政策、計畫行政等亦承認其評估大權（註一九）。迄至八十年代初，由行政法院決定判斷餘地之範圍，其適用僅侷限具體個案，不及於抽象法規。

肆、不確定法律概念與行政規則

一、行政機關的法規制訂權

以往探討不確定法律概念，侷限在具體個案之適用。但若吾人深究行政機關法適用情形，不難發現行政機關在適用不確定法律概念，往往訂定諸多法解釋之行政規則以為補充，其主要用意有二，亦即解決適用法律之公務員的疑慮及符合一致性

（註一六） Ule, a.a.O., S.11.

（註一七） Christian Starck, Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt, Hrsg. Fraussen, 1991, S. 167.

（註一八） v. Matius, a.a.O., S.97.

（註一九） Ule, a.a.O., S.15.

的法執行之要求（註二〇）。傳統上一致認為解釋法規之行政規則僅具內部的拘束力，並不對人民產生效力，同樣地，法官亦不受其拘束（註二一）。但此種論點隨著科技之進步及行政業務之不斷複雜化逐漸受到質疑，因若要事事皆由司法審核，則有其功能上之界線，此外基於事物之本質某些領域宜由行政機關決定為佳。尤其是一些科技及安全以及專業化領域如環保、核能、食品衛生、基因、安全技術規則以及經濟等領域，立法機關已無法將這些領域予以詳細規定，大多僅以概括條款式的不確定法律概念規定，其進一步具體化則需仰賴行政機關制訂行政規則予以補充。此如空氣污染標準，危險物質之界定或核能輻射測試標準等等（註二二）。且由於專業技術化深入於法規中，其複雜度已非司法所能決定，其功能受到侷限。因此，對上述這些領域所訂定之解釋性的行政規則，是否可基於上述理由而承認其類似於具體個案之使用亦享有判斷餘地，乃成為探討之重心。

二、法規授權說

德國聯邦憲法法院基於事物之本質及功能界限說而於一九八二年七月八日的判決中提出了法規授權說，而認為立法者對某些領域不可能嚴格規定時，則可授權行政機關予以補充及具體化任務，對此立法授權之範圍，吾人可視其為行政的判斷優先 (Beurteilungsvorgang)（註二三），亦即享有所謂的判斷餘地而與司法劃分界

（註二〇） Ossenbühl, *Autonome Rechtssetzung der Verwaltung*, in: *Handbuch des Staatsrechts III*, Hrsg. Isensee/Kirchhof, 1988, § 65, Rdnr. 18.

（註二一） 我國實務上亦存在相當多解釋性的行政規則，一般皆以釋示或函示稱之。對此類釋示之行政命令，法官是否受拘束以及其是否據外在法效力，司法院大法官會議對這些問題，做了釋字一三七及二一六號加以說明。尤其二一六號解釋說明了，原則上法官不受其拘束，但若法官於審判時引用時，該規定即具外在法效力，對此當事人可依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定聲請解釋。因此，這些行政命令是否具法規性質，端視法官是否引用而定。

（註二二） 在德國此種對不確定法律概念解釋之行政規則可分為兩類，亦即，法律明文及無明文授權兩種，對於明文授權又可分成兩種，其一為構成要件解釋的空白授權，如何謂走私物品，由行政機關為之。另一為授權由聯邦制訂之統一標準兩種，如授權聯邦訂定空氣污染標準。上述兩種授權在德國皆屬行政規則，與我國認其為授權命令而劃為法規命令區分有所不同。

（註二三） Schmidt-Assmann, Art. 19IV, : *Grundgesetz Kommentar*, Hrsg. Maunz-Dürig, Jfg.24, 1994 Rdnr.185.

限。

當然，理論上，不確定法律概念應由有解釋權限的司法機關作最後實質審查，但在某些領域中基於其特殊性應承認其有判斷餘地，而此，應由立法者授權為之。憲法法院所謂的法規授權說之範圍，除明文授權之行政規則外，尚包括法無明文授權，但由其字義可明顯看出立法授權之意圖，這些如法規中使用「依科技水準」、「技術標準」等機動性概念，而指示（*Verweisung*）行政機關隨著科技發展機動性的調整行政規則，此類行政規則仍屬法規授權說之範圍（註二四）。憲法法院在此判決中將不確定法律概念之探討範圍擴充，在法解釋及法適用上，不再侷限具體個案而延伸至抽象法規尤其行政規則之探討；在權力分配上，強調立法機關之責任，以立法為軸心，將判斷餘地之決定歸屬立法而非法院之權限。憲法法院之法規授權說之方向有二，其一，行政機關個案之最後決定權，亦即涵攝之決定權。另一為授權行政機關訂定法規命令或行政規則之權。憲法法院之提出法規授權說，主要在於避免行政法院之擴大判斷餘地之範圍。憲法法院之法規授權說獲部份學者之支持。Schmidt-Assmann 認為法規授權說緩和了以往裁量說之過於僵化。裁量說區分構成要件及法效果，僅承認法效果才有裁量，其雖具時代意義，但此種區分對於所謂的「聯結性條款」（*Koppelungsvorschrift*），亦即法條中同時存在不確定法律概念及裁量時，反而造成困難。而憲法法院所發展出來的法規授權論，則可解決此類問題的困撓。因此，他認為，承認了判斷餘地，緩和了昔日裁量說將構成要件（認知的）及效果（意志的）嚴格劃分之缺陷，雖然兩者（裁量與判斷餘地）在法適用上仍非同一，但在結果上卻逐漸接近，亦即同屬僅受法院有限之審核（註二五）。

法規授權說在於強調立法之職責，但完全由立法者來決定判斷餘地之範圍，亦即法規明確表示授權，則為不可能之事，因此，判斷法規授權說，除法律字義外，

（註二四） 機動性概念係因應不斷變化之科技而生。立法者在立法技術上採用此種隨著未來亦可適應而不必經常修改之概念。由行政機關對機動性概念以行政規則具體化，有其優點，亦即能快速適應社會之變遷，但法律效果如何則仍有爭議。在憲法法院提出機動性之指示概念作為法規授權說之基礎後，則上述法效力問題稍獲解決，學界對此探討相當熱烈，參閱 Ossenbühl, *Autonome Rechtsetzung der Verwaltung*, Fussnot 43。

（註二五） A.a.O., Art.19 IV. Rdnr. 185.

仍需就規範之結構，依客觀條件觀察，並就規範事物的特質，迅速變遷之狀況及是否需以專業知識判斷為前提等來決定行政的權限。由上觀之，憲法法院之法規授權說，在強調加重立法者之責任上有其意義，而在某些領域中如安全技術法規上，立法者使用一些機動性之概念，如科技水準，技術標準等，明顯有意由行政機關依科技之發展機動性調整其規範，確實貫徹了該理論，但在某些領域中，立法未明確授權下，仍得依傳統判斷方式來決定行政及司法的最後決定權，如高度屬人性或專業知識等，吾人若將此亦歸之於法規授權論，則顯然其範圍又過於寬廣，而使法規授權說流於空洞之形式（註二六）。因此，雖然法規授權說對擴充判斷餘地具有其意義，但由於其範圍過於不確定，不足於作為評判判斷餘地有無之依據。吾人仍須依個別領域之特殊性而判斷之。

三、行政規則與法律保留

承認行政規則具有判斷餘地，則意味著該行政規則亦具有實質法規範之性質，而產生了其與法律保留之間界限如何劃分之問題。由於德國行政規則範圍相當寬廣，凡授權命令不合於基本法第八十條所規定，亦即包括授權目的，授權內容，授權範圍，則非屬法規命令，而納入行政規則之範圍，因此，所謂的空白授權亦屬於此。憲法法院及行政院所承認之具有判斷餘地的行政規則，包括授權及非授權兩種（註二七）。經法律授權而訂定之行政規則，如前所述立法機關基於功能之界限，無法詳細規定，而將進一步具體化由行政機關為之，此類之授權大致涉及構成要件之補充，且大部份屬空白授權，此類空白授權除存在於行政法領域內外，在刑法及秩序違反法亦不乏其例（註二八）。依目前德國通說此類補充性之行政規則亦屬構成要件的主要內容，具外在的法效力。既然立法明文授權，則合於憲法法院所倡之法規授權論。較值得爭議，屬非授權之部分，須依字義及規範之事務以及組織

（註二六） Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage 1994, S.124f.

（註二七） 我國之區分與此稍有不同。凡法律有明文授權者，皆屬法規命令，空白授權亦屬之。

（註二八） Ossenbühl, a.a.O., Rdnr.34; 對此問題吾人以我國為例加以說明，行政法領域之空白授權如公平交易法第二十三條第二項多層次傳銷之規定，刑法領域如懲治走私條例第二條第二項管制物品及數額之公告，社會秩序維護法第十八條第二項特種工商業之範圍的公告等。

地位等判斷。例如憲法法院對核能法及基因法中行政機關所定之行政規則，承認有判斷餘地。但對於稅法及一些可能涉及營業及職業之行政規則，因與基本人權有關而否認其具規範之性質，因而不承認其具判斷餘地（註二九）。吾人在此可以看出德國憲法法院係以規範之事務及功能之界限來認定判斷餘地之有無。核能及基因等規定涉及非常專業性，除行政之專業知識外已非其他兩權所可掌握，故因而必須承認行政之具體化措施。反之，營業及職業等之行政規則通常並無如此的專業性，且又涉及基本人權，故仍應強調法律保留之原則。以此作為法規授權說之判斷實稍嫌薄弱，故學者 Monika Jamann 提出最好以傳統方法來區分。立法、行政及司法各有所司，立法核心部份如涉及基本人權重要部份不可授權，此為立法不可放棄之職責。而立法無法詳細規定則可授與行政進一步具體化措施。是否這些行政規則具法規效力且因而拘束司法，端視法規有無指示而定。但他對於此種機動性之指示概念被認定為法規授權之說，是否符合民主原則仍提出質疑（註三〇）。吾人認為，承認行政機關有制訂行政規則之權，係無法避免之事。但是否所有具外在效力之行政規則皆須符合法律保留原則，由上述分析觀之，事實上存有很大之困難。為避免行政機關之濫用權責，可在行政程序上加重其責以防其弊。

四、判斷餘地合憲性問題之探討

合憲性問題探討涉及兩憲法原則，亦即，法治國及法救濟原則。自從 Bachof 提出判斷餘地說之後，其是否合憲一直是學界及實務爭論不已的論題。尤其行政及憲法法院等之判例亦多次持不同的看法，亦即行政法院從六十年代的不承認到七十年代的改變以及八十年代憲法法院的承認為止，其間有二十年之久的蹉跎。在這期間內，行政法院亦嘗試著對所有不確定法律概念全面性審核，但基於本身功能上之界限，無法勝任其職，而不得不承認某些領域行政機關擁有判斷餘地。用意雖佳，但卻不獲憲法法院之認同，因而提出法規授權說以為修正，其主要在說明判斷餘地之有無係屬立法者決定之事宜，法院不得置喙而已，但其除不否認判斷餘地之存在外，且甚至將其擴充至抽象法規之運用。由現代行政法規內容的多樣性觀

（註二九） Wahl, a.a.o. S.414f。

（註三〇） Monika Jachmann, Die Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, in: Die Verwaltung, 1995, Heft1, S.20ff.

之，判斷餘地之承認是無法避免的，因而德國憲法法院乃以事物之本質及功能之界限而承認其必要性（註三一）；雖然基於法治國原則法律之制定應有明確性的要求，然而立法機關在今日多變化及科技不斷翻新的情況下，當然有其功能的界限，其將進一步具體化措施委由行政機關為之，係功能上之分工，不違反明確性的要求，因而沒有疏忽其責（註三二）。此外，排除司法的實質審核，並不因此而觸犯基本法第十九條第四項人民權利救濟之保障，因為十九條第四項的規定係指法院的合法性審核，亦即形式的審核，此項審核並不因承認判斷餘地而消失，法院對行政機關的判斷餘地仍可作合法性審核（註三三）。

五、判斷餘地與行政裁量

判斷餘地係指行政機關對不確定法律概念之適用，擁有司法應遵重的最後決定權。判斷餘地主要適用在法條的構成要件上。在嚴格劃分構成要件及法效果後，通說，即認為構成要件屬認定之問題，而依事實判斷僅存在一種正確的決定，故認定只有對錯之問題非裁量，並無多種選擇之可能。承認判斷餘地只是劃定司法及行政的界線，並不因此改變其認定之本質。但若吾人將判斷餘地不再侷限前述具體個案的適用，而擴充至抽象法規的適用時，則判斷餘地將不再僅是單純認定，此如法規授與行政機關訂定準則，如空氣排放標準或污染程度標準等，則行政機關於訂定準則之際已有裁量之意味，且在依準則作個別決定時，就如同運用一般法規，行使裁量。故部分學者對此認為構成要件亦有裁量的可能性，而判斷餘地其實只是一個裁量的代名詞，其內容完全相同（註三四）。因此，若承認解釋性之行政規則在若干領域內擁有判斷餘地時，則因其亦有選擇之可能而與裁量之有選擇性幾乎無所差異，在此觀點上強行區分兩者並無實益。此外，吾人若將兩者不以性質作區別，而

（註三一） Schulze-Fielitz, a.a.O., S.778.

（註三二） 判斷餘地之承認並不違憲為不爭之事實，屬目前德國學說及實務上一致之看法。

（註三三） Schenke, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit - Gedanken zu einem der Grundthemen der Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: WiVerw. 1988/3, S.176f.

（註三四） Rhinow, Verwaltungsermessen im modernen Staat, Landesbericht Schweiz, in: Verwaltungsermessen im modernen Staat, Hrsg. Martin Bullinger, S.64; Starck, a.a.O., S.168.

將重點擺在法效果上，顯然兩者同屬不受司法實質審核，在此觀點上則又相同；故由上分析，如前 Schmidt-A^βmann 所稱般，兩者雖仍有些許差異卻逐漸接近。

六、判斷餘地適用之範圍

判斷餘地適用之範圍，主要係依據憲法法院及行政法院判決以及依規範之對象而定，除抽象法規之承認外，迄至目前為止所承認之具體適用範圍吾人約略可歸納如下：

1. 高度屬人性及專業性：此類屬傳統已承認之範圍，包括考試之決定（註三五）、公務員之考評以及專家所組成之評鑑委員會等。
2. 策略性考量之行為（taktische Überlegungen）：所謂策略性行為係指為達到法律之目的，通常必須即時迅速處理，才不至延誤時機。如中央銀行匯率之調整，需隨市場變化而隨機應變。又如警察之措施常因隨狀況而做出因應措施（註三六）。因此，為使警察謹守法律之界限，法律通常會用比例原則來約束其行為。
3. 計畫行政：此如都市計畫、專業計畫如交通計畫等。在法規中通常會授與主管機關的形成權，亦即法規僅規定目標前提，而最終目標之設定則由行政機關依狀況發展衡量各方利益而定（註三七）。
4. 環境法及經濟法上之預估及風險評估：如核能法、基因法、食品法以及安全技術法等之風險評估。
5. 其他政策性之決定：如交通政策應核准多少計程車業，貿易政策如何保護國內產業，市場政策如何確保貨物供需之平衡等等（註三八）。

（註三五） 我國司法院大法官會議釋字第三一九號之解釋亦承認應尊重閱卷委員之學術評價，亦即承認其具有判斷餘地之權。

（註三六） Martin Bullinger, a.a.O., S.149.

（註三七） Maurer, a.a.O., S.139.

（註三八） Starck, a.a.o., S.180.

伍、判斷餘地與基本人權

一、憲法法院判決之新趨勢

從自憲法法院提出法規授權說後，聯邦行政法院在諸多判決中亦引用該理論（註三九），明顯擴充判斷餘地之範圍。然而，九零年代起，憲法法院在一序列判決中卻明顯有意限制判斷餘地適用之範圍，而提出以基本人權作為判斷餘地界限的看法，認為若一判斷餘地限制了基本人權，但同時又剝奪司法之審核，則此種判斷餘地非常有問題（註四〇）。憲法法院限制之對象不僅及於具體個案之適用，且對它先前所提之法規授權說，以行政規則拘束司法，做了修正。

二、針對具體個案之判決

1. 專業或專家評鑑委員會：以往司法皆承認這些由專業人士組成之委員會享有判斷餘地。如聯邦印刷品檢驗局，以往對於有害青少年讀物界定之標準，司法承認有其判斷餘地。但憲法法院於一九九〇年十一月的判決中卻提出相反的看法，而認為法院不應放棄其審核之義務，應考量當事人基本法第五條第三項所保障之學術及藝術之自由，而做實質審核（註四一）。又如評鑑建築師資格及評鑑證券交易師等之委員會，憲法法院皆以涉及基本法第十二條之職業保障之自由，不承認判斷餘地而要求法院實質之審核（註四二）。
2. 考試及類似考試之決定：以往對於考試或考評認為其屬高度屬人性，而享有判斷餘地。但在憲法法院最近的判決中（1991. 4, 17）卻又提出不同

（註三九） Papier, Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle, FS f. Ule, 1987, S. 250.

（註四〇） Helmuth Schulze-Fielitz, Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S.776.

（註四一） Vgl. BVerfGE 83, 130.

（註四二） Helmuth Schulze-Fielitz, a.a.O., S.776.

的看法，而認為考試官雖有判斷餘地，但應考人也有回答餘地，一個具有適當且結果正確之解答，不得被評為錯誤，法院對此若有爭議，仍得聘請專家重新評定，以符合基本法第十九條第四項司法保障人權之目的（註四三）。

在一九九二年十二月十六日的憲法法院判決中（註四四）指出，教育主管機關以基本法第七條第五項所要求之「特別之教育利益」而享有判斷餘地係過度擴充其權限，法院仍須對此做實質審核。

三、抽象法規效力問題之探討

在此問題上憲法法院亦以基本人權為中心，來探討行政規則效力之問題。如對於法院公證人最高年齡之限制以行政規則定之，係干涉人民職業自由之權利，宜由法律定之，因此涉及有關營業及職業自由之項目不應承認行政機關的判斷餘地（註四五）。在環保及經濟法領域亦同，因其涉及人權範圍也相當多，未來應加強司法之審核。因此，憲法法院認為，如空氣及噪音污染之規定，最好往後以訂定法規命令為要，但事實上，若這些行政規定尚未過時，仍可以其做為實務判斷之依據（註四六）。

四、行政程序及比例原則

憲法法院認為雖在某些領域中不得不承認判斷餘地時，仍可以行政程序來補強司法審核之不足。在此，立法者可在行政程序法中，加強行政機關之責任。如獨立審查委員會成員之決定，立法者可訂定委員之資格，以及委員會審查時應給予當事人陳述之機會等，或核准程序為加強行政機關做審慎考量，對於涉及基本人權較重

（註四三） ebenda.

（註四四） Vgl. JZ. 1993, S. 784.

（註四五） 我國最近之司法院大法官會議釋字第三九〇號之解釋，係針對行政機關以職權命令干涉人民權利而解釋為違憲。工廠設立登記規則第十九條之予以停工或勒令歇業之處分，涉及人民之工作全及財產權之限制，應以法律定之，而該規則既無法律上之明文，復欠缺法律授權之依據故違反憲法第二十三條之規定。由此可見我國司法院大法官會議採僅授權命令且需合於釋字第三一三號解釋始可限制人民之自由。

（註四六） Wahl, a.a.O., S.414.

大之事宜，應有當事人及關係人參與決定之機會，此如涉及影響重大之計畫，如核能電廠或捷運之設立等，應給予關係人聽證之機會。在行政決定前於行政程序中先做好一些有益於保障人權之預先程序，亦可減少往後司法之爭議。此外，若仍發生爭議時，司法並非完全不作審核，其仍擁有形式上之審核權，在合法性審核時，其可以比例原則對該事件之判斷餘地做進一步審核，是否所採取之手段適當，是否該手段有顧及當事人權益而採取損害最小之手段以及該手段有無過當之問題等，而對判斷餘地設定界限（註四七）。總之，憲法法院欲強調基本法第十九條第四項法律救濟保障人權之重要，而極力限制行政機關的判斷餘地。此外，憲法法院亦有意加強立法機關之責任，而強調法規授權為立法者不可推託之責，以達有效控制判斷餘地之擴張。但由於其並未對於法規授權範圍予以界定，反而造成行政機關因而無所適從之窘狀。

五、過度司法審核問題之探討

對於嚴格之司法審查尤其是比例原則之適用，用來加強實質審核之不足，使得行政機關之判斷餘地或裁量形同虛設，因為凡事只要運用比例原則，司法不但可做合目的性之審核，而且可使行政機關之裁量或判斷餘地限縮至於零，此外司法常會因此以自己意見代替行政之決定（註四八），而使本應負責之行政機關卻必須對司法所做之決定負責。因此，有學者提出權力分立之觀點，而認為司法應謹守其界限，不可越界為行政之事宜。但堅持司法嚴格審查目前在德國仍屬通說，這些學者係立基於憲法法院之觀點而強調僅可承認部份之判斷餘地，除此之外則要求全面性之審核（註四九）。吾人認為比例原則之運用，因其涉及之層面過於寬廣，若要求所有被承認之判斷餘地皆可用其加以審核，則將使判斷餘地之承認毫無意義，而使其與其他的不確定法律概念無所區別，因為司法皆可做合目的之審核。因此，吾人建議比例原則不應全面性的適用於所有判斷餘地，而應僅適用於一些較具爭議及特殊之案例，如核能或大型計畫等涉及多方利益，才得以使用；至於一般案件，吾人或許以 Ule 所提合適說即足夠，不必強行一定要適用比例原則，如此始合於判斷餘

（註四七） Schulze-Fielitz, a.a.O., S.777.

（註四八） Vgl. Starck, a.a.O.,S. 175; Papier, a.a.O., S. 251; Stober,a.a.O.,Rdnr.17.

（註四九） Vgl. Mauer, a.a.O., S. 124ff.

地承認之目的。

陸、小結

不確定法律概念中判斷餘地之承認，在德國已屬不爭之事實。其範圍不在侷限於具體個案的使用上，尚且擴及抽象法規。自從憲法法院提出法規授權說以來，對部份行政機關所定之行政規則，亦承認其享有判斷餘地。基於功能上之界限及事物之本質，立法機關將自己本身無法決定之事宜，由行政機關來決定。由於此類行政機關所訂之行政規則，皆具外在效力，而涉及人民之權利及義務，因此憲法法院於九零年代又對其以往所提之法規授權說的路線稍作修正，而提出基本人權之重要性及強調以行政程序與比例原則對判斷餘地設限，且對於行政規則亦要求若其涉及基本人權重大之事宜，應盡量以法規命令定之。但以行政任務之多樣性要求所有之行政法規皆符合法律保留原則事實上為不可能之事。尤其德國之行政規則之範圍比我國要寬，其包括空白授權及職權命令在內。空白授權中有些屬構成要件之補充，而這些構成要件泰半屬機動性之概念，由行政機關隨著狀況而作機動性之調整，要求其符合法律保留原則，亦即要求立法機關於授權時即規定授權之目的，範圍及內容，實係不可能之事，因為立法機關有其功能上之不足。因此，可退而求其次要求於行政程序中加強對行政機關之監督。至於憲法法院所提之比例原則全面適用於判斷餘地，吾人不表贊同，比例原則應侷限於特別案例才適用，如此探討判斷餘地才有其意義。

柒、我國不確定法律概念與判斷餘地之探討

一、實務界之觀點

有關我國不確定法律概念與判斷餘地之探討，學理上係以德國之理論為基礎，

所探討的重心集中在具體個案上，鮮少對行政機關抽象法規效力進一步深究。至於實務界處理具體個案，通常很少引用學者之理論，仍以傳統之方式來處理不確定法律概念之問題，對其處理之方式，我國學者吳庚以行政法院之判決為例而認為，行政法院對不確定法律概念之使用，常與裁量混為一談，如舊商標法第二十六條第一項中的「國家經濟發展需要之條件」，礦業法第七條第二項中的「必要時」以及舊專利法第二十六條第一項的「有正當理由」等等行政法院皆認為這些概念為法律授予行政機關之裁量權。而行政法院面對於不確定法律概念之處理態度，他將之分為兩種，其一為尊重行政機關之判斷，此如專利申請案件、科技專門機構鑑定以及考試成績之評定等等。另一為採全面審核，此類事件通常無須專業知識或科技水準即可判斷，而發生最多在於商標法之事件中，例如何謂「近似」之概念，法院採全面審核之態度（註五〇）。吾人甚為贊同吳庚先生之分析，我國行政法院基本上對不確定法律概念之使用，尤其對於聯結性條款，即法條中除含有不確定法律概念之構成要件外，法效果中包括了裁量，皆認為屬行政機關之裁量（註五一）。因此，實務界常將裁量與不確定法律概念於概念上視為相同，但對於兩者在司法審核之處理上卻仍有不同。原則上法效果之裁量，司法尊重行政機關之決定不予審查（註五二）。但在不確定法律概念之使用，其雖以裁量稱之，但原則上採全面性審查，僅在涉及高度屬人性、專業知識、科技水準等領域，行政法院基於其功能之界限，沒有能力審查或事件之決定需透過專門機構作決定時，法院根本無法置喙才會尊重行政機關的判斷，亦即，目前我國之所以承認上述領域行政機關擁有判斷餘地，係由於法院不得已之措施。吾人對目前實務界對具體事件判斷餘地之承認範圍作如下之區分：

1. 考試成績之評定

對於考試成績之結果，我國行政法院採取不作實質內容之審查，僅對於程序是

（註五〇） 吳庚，行政法之理論與實用，二版，頁一一六以下。

（註五一） 吾人可從最近之行政法院判決加以分析，即可對「聯結性條款」一目了然。如八十年判字第五一九號稱：「汽車運輸業違規情節之嚴重與否，有無吊扣營業車輛牌照之必要，乃被告機關裁量之權限、、、、」；又如八十一年判字第二一一一號稱：「電影法第四十五條第一項第一款之違規情節是否重大而應予撤銷許可，乃屬行政機關就具體事實認定所為之裁量行為。」

（註五二） 吳庚，同上註，頁一一五。

否違背法令，法院得以形式審查違法性而已。行政法院於五十五年判字第二七五號判例即稱：「，關於考選機關面試程序之進行如無違背法令之處，其由考選委員評定之結果，即不容應試人對之藉詞聲明不服」（註五三）。而行政法院於八十一年判字第七六五號亦採此見解而稱：「公務人員考試如非典試或試務之疏忽，或考試程序違背法令，致應錄取而未錄取外，其未錄取，即屬確定，不得要求重新評閱，提供參考答案或影印試卷」。對此，司法院釋字第三一九號解釋之一部不同意見書，參考德國之理論而將判斷餘地之概念引進認為：「、、、典試委員之評分應受尊重，其他機關甚至法院亦不得以其自己之判斷，代替典試委員評定之分數」（註五四）。由上分析我國對於考試評分採取司法尊重行政機關之決定的態度。但三一九號對於考試院於民國七十五年十一月十二日修正發布之「應考人申請複查考試成績處理辦法」中第八條規定「申請複查考試成績，不得要求從新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得告知閱卷委員之姓名或其他有關資料」，認為其與典試法第二十三條關於「辦理考試人員應嚴守秘密」之規定相符，與憲法尚無抵觸。亦即，司法院大法官會議承認考試院所訂定之職權命令可規範應考人之權利及義務。但為慎重起見，該號解釋最後仍稱「考試成績之複查，既為兼顧應考人之權益，有關複查事項仍宜以法律定之」。由此，吾人可看出大法官會議仍認為以職權命令來規定複查，似不夠周延，從應考人權益之保障觀之，宜以法律定之。此種思考之方向與德國顧及應考人權益稍有雷同，強調干預人民權利義務，法律保留原則之適用。

2. 尊重專家之審查

行政機關對於涉及專業性及科技環保等事項，往往限於本身功能上之不足，必須成立專門之委員會來審查這些業務。立法者亦考慮行政功能之不足，故通常於法規中明文規定這些機構之設置。此如，專利法第三十六條發明專利審查委員會之設立，公路法第六十六條車輛行車事故鑑定委員會之設立等。對於這些專家所為之決

（註五三） 吳庚，同前註，頁一一八；翁岳生，行政法願對考試機關考試評分之審查權，收錄於：法治國家之行政法與司法，頁八一。

（註五四） 翁岳生，同前註，頁八七。

定，法院鑑於能力之不足，故實務上會尊重行政機關之決定，不作實質之審查（註五五）。

二、行政機關對不確定法律概念之法規制訂權

行政機關為法適用機關，對不確定法律概念之適用，為求機關一致性及作業之方便，通常會頒佈解釋之法規，對概念的進一步具體化。吾人對此解釋性法規原則尚可區分如下兩類：

(一)行政規則

行政機關對不確定法律概念之解釋，吾人一般以釋示或函示稱之，此種解釋性之行政規則一般而言，僅對機關內部產生拘束力，並不具外部之拘束力，意即人民或法官並不受其拘束。但若法官於審判時對此加以引用時，則依司法院大法官會議釋字第二一六號之解釋，承認了該法規具外部效力，人民可對此規定聲請大法官會議解釋（註五六）。

(二)授權命令

此種與前述之區別在於，對於不確定法律概念之具體化，係法律明文授權由行政機關為之，此類之授權命令相當多，其範圍並不侷限在行政法領域，尚及於刑法之領域，這些授權命令有一大特色就是全部皆為空白授權。吾人試圖對此做如下之分類：

1. 刑法上之空白授權

此如，懲治走私條例第二條第三項規定「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之」，又如，麻醉藥品管理條例第二條第四項所稱「化學合成麻醉藥品類及其製劑」列為麻醉藥品之一種，同條例第三條規定「醫學及科學上需用之麻醉藥

（註五五） 吳庚，同前註，頁一一八。

（註五六） 對於此種釋示或函示司法院大法官會議於釋字一三七號解釋，本只堅持法官不受行政內規之拘束。而在釋字二一六號解釋則進一步探討行政內規被引用後之效力。

品，其種類由行政院衛生署呈請行政院核定之」等皆屬之。行政院依此所為之公告其性質及效力如何，值得探討。此種空白授權屬法構成要件之補充規定，刑法上之構成要件必須透過行政公告才算完整地可以適用，故此種規範吾人又稱為補充性之規範。空白授權屬立法技術上之考量，因立法機關限於功能上之侷限，且由於行政業務之多樣性，無法於法規中做到鉅細靡遺，因而基於分工之原則將一部份具體化授權行政機關為之，此為不得已之措施，非屬立法之怠惰。此種授權通常有其優點，亦即行政機關可隨其社會變遷，機動性地調整及規範，故此種構成要件，吾人可稱其為機動性之構成要件。此種空白授權之法律效力如何之問題，吾人若從我國中央法規標準法之規定觀之，此種授權命令屬法規命令之一種，具直接規範人民權利義務之作用（註五七），故非屬行政規則。既然其與刑法構成要件有密不可分之依存關係，人民之行為若不符合其規定，將遭受刑罰之處罰，且其公告並非依職權而定，而係立法有意之授權，故其公告之變更，應屬規範之變更，亦即產生對人民直接之影響，吾人若依司法院大法官會議釋字第一零三號解釋，僅承認此種變更為事實之變更，似無法自圓其說（註五八）。當時之所以如此解釋，可能與時代背景有關。

最近之釋字第三七六號解釋對於空白授權之問題，亦即有關公告之問題，重新提出探討。但對此問題較深入之探究卻不在於解釋本文中，而係於協同意見書上。該號解釋理由書稱「、、、『安非他命類』藥品列入麻醉藥品管理條例第二條第四項所定『化學合成類麻醉藥品』管理，並禁止使用、、、係依同條例第三條規定意旨，並非增列處罰規定或增加人民之義務，、、、與憲法並無牴觸。」，由此，

（註五七） 我國中央法規標準法第七條所規定之職權命令及授權命令，皆屬直接規範人民權利義務之法規命令，故依其規定必須送立法院備查。

（註五八） 我國大法官會議釋字一零三號解釋，即採此見解，而認為「行政院依懲治走私條例第二條第二項專案指定管制物品及數額之公告，其內容之變更，對於變更前走私行為之處罰，不能認為又刑法第二條之適用」；但該號解釋之不同意見書，則認為填充構成要件之授權命令屬廣義之法律，就有利於行為人者而言，應採廣義之解釋，故公告內容如有變更時，對於變更前之行為，亦應適用刑法第二條第一項之規定處斷，俾合於刑法採取從新兼從輕主義之本旨，與授權命令之性質。吾人較贊同不同意見說。關於不同意見說參閱司法院大法官會議解釋彙編，七十三年六月，頁一九一以下。

吾人可知，司法院大法官會議承認，行政院衛生署有依法公告之權，因此而有規範人民權利義務之權。但對公告之性質並無進一步解釋。而該號解釋之協司意見書，則對此有較詳細之說明而認為，刑法上之構成要件必待其他法律或行政法規補充其空白部份，方能成為完整之構成要件，則補充空白刑法法規之該空白的規範，稱為「補充規範」，無論其為法律或命令，其所規定者，莫非為構成要件之一部或全部。、「管制物品及公告數額」，該條例並未規定，而係依同條例第二條第四項「由行政院公告之」，亦即授權行政院以命令為補充之規定，此等命令具「補充規範」之性質（註五九）。由此協同意見書觀之，其承認所有的構成要件之要素，不論其為法律或命令均具規範性，亦即承認公告為法規命令之一種，對人民直接產生拘束力。

2. 社會秩序維護法上之空白授權

我國社會秩序維護法係取代違警罰法，在此吾人所要探討的是關於教育部之「公告禁止陳列營業電動玩具機具專冊」之法律性質。該專冊係以遊藝場經營者為管理之對象，其最初訂定之時期係在違警罰法尚適用時。其依據「遊藝場業輔導管理規則」第五條規定，教育部之權責係「以輔導管理遊藝場業之經營為範圍」。有關遊藝機具（含零、組件）之進口、製造、檢驗、販賣，則依違警罰法第五十四條第一項第十一款「營工商業不遵法令規定者」之規定。故在此時期內該專冊之法律性質屬我國中央法規標準法所稱之職權命令。由於違警罰法廢止後，取而代之的社會秩序維護法並無該款之規定，故教育部乃於社會秩序維護法頒佈不久後，於其第二十七次治安會報提出以社會秩序維護法第六十三條第一項第八款之「製造、運輸、販賣、攜帶或公然陳列經主管機關公告查禁之器械者」為該專冊之法源，而報請核示。但由於賭具與該法第六十三條所規定之器械解釋為相同是有爭議，教育部乃函請法務部召集有關部門開會研商「教育部公告查禁之電玩可否依社會秩序維護法第六十三條第一項第八款之規定予以處罰」之問題，會中有積極及消極兩說，消極說是主張不適用，理由為：

- a. 該款所指之「器械」必須與同條項第一項之「器械」同具危險屬性方屬適當，而電動玩具依一般通念無此屬性，且「賭具」在一般法律條文稱為「器

（註五九） 參閱月旦法學，No. 1，1995，5月15日，頁108以下。

具」，與「器械」似有區別，故第六十三條所稱之器械顯然不包括賭具。

- b. 行政院送請立法院審議之該法草案第八十六條第一項第二款對於製造、販賣、運輸、陳列，經政府公告禁止之賭具者，本另有處罰規定，但未獲立法院通過。由此觀之，顯然電動玩具不屬於第六十三條之器械。

積極說則主張適用，理由為：

- a. 第六十三條第一項各款間並無絕對關係，第八款所謂之「器械」，應不受第一款器械具有殺傷力、危險性之限制。
- b. 將第八款之器械擴充解釋為「器具」及「械具」，則電玩中之屬於賭博器具者，即可包括在內。此外，站在維護社會之立場，對專供賭博之用之電玩，政府應有相當之處罰規定配合執行以為公告查禁之依據。會議結果則採積極說（註六〇）。

行政院對於教育部所請示以「同意照辦」而核准所提之建議（行政院秘書長八十年八月六日台八時內字第二六一六八號函）。因此，該專冊乃以社會秩序維護法第六十三條第一項第八款為其法源而屬授權命令。故其性質與先前依違警罰法之職權命令迥然不同。

吾人對於將電動玩具解釋為器械，而以社會秩序維護法第六十三條第一項第八款作為該專冊之法源，仍認為爭議性頗大。此為解釋之問題，吾人若從上述消極說觀之，本來行政院所提草案是將賭具及器械各以不同條文規定之，不能因為規範賭具之條文未獲立法院通過，而以他條文作為適用，此有違當時立法者之原意，而且由條文體系性觀察，吾人認為第六十三條第一款所稱之器械與第八款之器械是有關連，故應由整體觀之，排除賭具之適用該條規定。此外，該專冊第十七條規定斷水斷電之措施及撤銷營業許可之處分，涉及人民之工作權，若依目前司法院大法官會議解釋之趨勢觀之，空白授權下所訂定之授權命令似不宜限制人民之權利（註六一）。

（註六〇） 社會秩序維護法法規函示、法律問題、文書例稿彙編，司法周刊雜誌社印，八十二年六月，頁二〇三以下。

（註六一） 此觀之釋字三一三、三六三、三六七及三九〇等解釋，皆否認職權命令或空白授權可限制人民之權利。

3. 行政法規上之空白授權

我國行政法規中不乏此種空白授權之規定，尤其在專門性及技術性之法規更普遍存在。環保方面如水污染防治法第七條之放流水標準及遵循，噪音管制法第五條之各類噪音管制區之劃定及公告，廢棄物清理法第二條之有害事業廢棄物認定標準及公告。公共安全方面如消防法第八條第三項之各類場所消防安全設置標準，建築法第九十七條建築技術規則之訂定。藥事法第十一條管制藥品之公告，公平交易法第十條獨占事業之公告等等。此種空白授權之普遍存在是無法避免，立法機關將進一步具體化措施授權行政機關為之，限於本身功能之界限，且授權對此知之較詳之行政機關訂定進一步規範，符合分工之原則，此種授權使行政機關可機動地適合社會之變遷而隨時更改法規，與德國學說所謂的機動性概念相符合。

既然吾人於法規範中無法避免此種空白授權之使用，故下一步就必須探討此種授權命令之性質。我國以往承認授權命令縱若其屬空白授權，仍具法規命令之性質。但自從司法院大法官會議對授權命令採嚴格解釋之後，尤其自釋字第三一三及三六七號以來，強調凡法律中所為的授權命令，無授權目的，授權內容及授權範圍等規定時，即不可干預人民之權利，亦即嚴格要求法律保留原則的適用。若如此的話，則我國所有的空白授權將面臨違憲之虞。在此，吾人不禁要問，是否有必要嚴格遵守司法院大法官會議所強調之法律保留原則，或者吾人仍可對某些空白授權承認有判斷餘地之適用，以補充立法之不足及不能。這是一個值得吾人深入探討之問題。一個法律原則之適用不能不兼顧國內之環境及權力分立功能的界限。原則上，吾人由人權保障觀點贊成法律保留原則的適用，但應容許例外之存在，就如同在此所探討的授權命令即屬此種例外。因為此種授權通常涉及一些專門性及技術性之規定，行政機關亦可能隨科技水準之發展而不斷配合修改規定，這些規定實非立法機關所能勝任，其亦無法，且因具專門及技術性，也無能力，對其規定授權之範圍及內容，這些基於分工原則宜由行政為之，較能適應不斷變遷之社會。因此，對這些例外，吾人不必拘泥於法律保留原則上而使自己陷於死胡同中，何妨承認行政機關的法規制訂權，擁有司法不得實質審查的判斷餘地，此種思考模式亦符合法治國原則。但為防止行政機關的專斷，吾人可加強行政程序之保障，亦即，行政機關於公告前，應邀請當事人或有關人士聽證，使該授權命令之訂定更加周延。司法機關對此種判斷餘地於具體個案時仍得以作形式之合法性審查，且我國司法院大法官釋字第三七一號解釋，承認法官有違憲審查權，對於適用之法律，依合理確信，認

爲有牴觸憲法之疑義者，可裁定停止訴訟，聲請司法院大法官會議解釋，因此，司法仍有監督之權。此外，若立法機關認爲該事項屬涉及人民之重要事項，則可基於國會保留原則，將其收回而由自己立法。

由上所述，吾人對於解釋不確定法律概念之授權命令，宜對其作例外處理，若屬立法之所不能且涉及科技及專門性，則對此之授權，可承認其享有判斷餘地。上述的刑法空白授權，吾人承認其爲構成要件之一部份，當然屬具外在效力之法規命令。而上述之社會秩序維護法的例子，則屬法律解釋之問題，其中並無法看出立法之有意授權，故教育部所定之專冊，難謂其爲社會秩序法第六十三條第一項第八款之空白授權。至於行政法規上的空白授權，屬不可避免之事，吾人應承認其具法規命令之性質。

三、總結

我國之行政法領域尤其在學術界上尚屬發展階段，司法院大法官屬於學術上的領航員，其將外國理論透過對個案解釋而引進我國使用，以供學術及實務參考，對行政法及我國法治思想之貢獻很大。目前我國對於不確定法律概念之探討，雖有學者撰文，然仍侷限於具體個案之探討，幾乎尚未有人試圖將不確定法律概念與判斷餘地適用在行政的抽象法規上。我國行政法院的司法實務上，對不確定法律概念之使用並不承認有判斷餘地，只有在其能力所不能才勉強不作實質審查，因此實務上審查與否，常隨法官之任意判斷而定，相當欠缺法理論之基礎。司法院大法官會議雖有提及空白授權，如釋字第一零三及釋字第三七六號之解釋，尤其後一號解釋只在協同意見書，才提到空白授權之效力。至於在最近之解釋中，大法官仍強調法律保留原則之適用，試圖完全排除職權命令及不合授權要求之命令（授權目的，範圍及內容）等之法規命令。吾人雖肯定司法院大法官對法學之貢獻，但對於是否所有的空白授權，因其不符合法律保留原則，而全然否認其法規命令之效力？如此，是否會因而違反時代潮流？是故，在此提出例外說以爲補充，強調空白授權之不可避免，應有法律保留原則例外之適用，亦即，承認某些不確定法律概念爲機動性之概念，而享有判斷餘地。將傳統只適用具體各案之判斷餘地擴充至抽象法規的運用上，這在今日行政法規之多樣性下，是必然之趨勢，也是對於法規範上權力重新分配之一個思考方向。強調立法至上的時代已過去，今日行政機關不再侷限於消極行政事物之執行，爲使其積極貫徹給付行政之任務，且基於任務之多樣性，應擁有一

些彈性之空間以利於任務之執行，立法的此種授權，並不會危及權力間的均衡，也非立法之怠惰，反而促使權力間之和諧。當然吾人爲避免行政之專斷，仍可透過行政程序及司法合法性審核對其行爲加以監督。因此，今日法規範之性質不再講求權力制衡，而是提倡權力分工之概念，如何讓權力得以充分發展並同時確保人民權利，是本論文提出的主要用意。