

# 論自由裁量權和不確定概念的定義和異同

鄭錦耀\*

## 一、概述

在行政法學裏，自由裁量權和不確定概念是十分重要的基礎理論，在法學界中對這兩者的關係眾說紛紜，有認為兩者性質和作用截然不同，也有認為兩者根本沒有分別。本文現從學理的角度分析，並根據澳門的司法判例去論證澳門的法律界認為自由裁量權和不確定概念的定義是甚麼，以及探討在澳門的行政法制度內，兩者之間到底有沒有區別。

## 二、自由裁量權的定義和相關概念

自由裁量，亦有文獻稱為行政裁量。要瞭解自由裁量權的理論，先要瞭解甚麼是裁量。在行政法裏，裁量係指行政經法律之授權，於法律之構成要件實現時，得決定是否使有關之法律效果發生，或選擇發生何種法律效果。如無法律之授權規定，即無裁量化可言。行政在裁量餘地中所為之各種行為，如未有其他違法情事，皆為合法。澳門本地的行政法學理論認為，自由裁量權是指立法者賦予行政機關在法定限度內自己做主的空間。<sup>1</sup> 在澳門的司法實踐上，澳門法院藉着在司法見解中將自由裁量權表述為：“自由裁量權是法律賦予行政機關作決定的自由，其目的為讓行政機關在各種可能的決定中，選擇一種認為對實現謀求公共利益最為恰當的決定”。<sup>2</sup>

自由裁量權有兩種類型，一種是創設性裁量，亦即在法定幅度內，透過行政行為或行政合同在具體個案中自主地創設法律效果的空間和餘地，另一是選擇性裁量——在立法者給定的若干方案中，行政機關做出自由選擇的空間。在其他大陸法系法區的行政法則尚有一種區分：“決定裁量”及“選擇裁量”——行

政法學理論認為，依法律授權的不同，裁量可以區分為“決定裁量”及“選擇裁量”。在“決定裁量”，行政機關得自行決定究竟是否採取措施；在“選擇裁量”，行政機關得在數個皆為法律所許可之措施中，決定採用何一措施，或由行政機關在多數之相對人中，決定對何人採取措施。無論決定裁量或選擇裁量，皆為“行為裁量”，係就法律規定之法律效果部分所為之者。就構成要件部分，法治國家之行政法並不許可有裁量權。在法律之構成要件中使用不確定法律概念時，雖然法律之拘束亦因之而放鬆，但並未容許行政有如同裁量之選擇自由。<sup>3</sup> 綜合以上所述，可得知在澳門的行政法裏“自由裁量權”可作以下定義：自由裁量權是行政主體在法規所規定的幅度和範圍內，根據法規所規定的職權和條件，選擇作為或者不作為，或在各種可能採取的措施中進行選擇的權力。

不可迴避的相關概念是“比例原則”、“裁量縮減至零”和“行政自我拘束原則”。“比例原則”，在澳門被《行政程序法典》稱為適度原則，此原則是行政機關行使自由裁量權時必需遵守的行政法原則，此原則包括了適當性、必要性和衡量性三個子原則：適當性指行為應適合於目的之達成；必要性是行為不超越實現目的之必要程度，亦即達成目的需採取影響最輕微之手段；衡量性是指手段應按目的加以衡判，任何干涉措施所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性。“裁量縮減至零”，具體而言，自由裁量權在某些情況下不一定有裁量空間，裁量空間有可能會出現縮減至零的情況，這是因為有時在某一事件中因為該事件的特殊狀況，法律授與行政機關的裁量範圍會因為該特殊狀況而縮小，以致在一般情形下原屬可能之各種行為方式中事實上僅有一種為合義務裁量的結果，其餘都罹有瑕疵。因此行

\* 澳門大學法學院博士研究生

政機關有義務選擇該惟一之無瑕疵決定，這情況稱為“裁量縮減至零”。另外，行政法的平等原則要求對相同之事件為相同之處理，所以行政機關在行使裁量時，不得違反其長期一貫之行政實務，然而平等只包括法律上的平等，亦即是只有合法的平等而無違法的平等，任何人都沒有要求公權力重覆錯誤的請求權。以上稱為“行政自我拘束原則”<sup>4</sup>。

### 三、不確定概念的定義和相關概念

不確定概念，亦有稱為模糊概念(法院有時會譯為“未確定概念”)，是立法者在法律規範中使用的含義不精確的概念，可分為狀態判斷不確定概念與預測判斷不確定概念(預測判斷即把規範預設的概念適用於個案中，與抽象地解釋該概念無關<sup>5</sup>)，諸如公共利益、善意、緊密合作等，皆是不確定概念。由於人類認識能力及定義能力之不足，法律以不確定法律概念規定無法精確預見或定義之事實，使行政保有彈性，而能配合個案狀況而行動。此外，採用不確定法律概念，亦係以有意之立法空泛或不完備，授權法律適用者從事法律之解釋及具體化，使法律明白完備。法律採用不確定法律概念時，不但有行政機關如何解釋及適用之問題，更產生行政法院對行政機關之解釋適用，得否在如何之程度予以審查之問題。後者關係行政與司法二者間之“功能分配”及法院之“審查密度”。此亦即行政法所以較其他法律領域重視不確定法律概念之原因。在其他法律領域，由一般法院適用不確定法律概念審理案件時，原則上不涉及此一功能分配之問題。對個別事件適用不確定法律概念時，須從事評價，並且經常須對未來作預測，因此又必須對各種分歧不一之觀點，予以考慮、評估及權衡，而難以獲得一致的結果。<sup>6</sup> 澳門的司法見解認為，不確定概念是意指那些具有一定程序不明確的概念。與之相反的是已確定概念，那些涉及計量(米、升、小時)或幣值(澳門幣、美元)的很確定的概念。<sup>7</sup>

此外，澳門行政法裏還被認為存在着一種稱為“真正的不確定概念”或“純不確定概念”的概念，所指的是“顯示其用意是為賦予行政機關自由審議空間的未確定概念”。<sup>8</sup> 澳門終審法院在援引學理後在判例中將此概念作了以下詳解：“法學理論界很早就發現，在存在僅屬對法律解釋的未確定概念的同時，存在另一種未確定概念的情況，表現出立法意圖本身是希望讓行政機關在已為模糊或未確定概念訂

定的前提條件中作出選擇，這種概念被稱為真正的未確定概念或純未確定概念……真正的未確定概念具有較大的不確定程度，以致解釋及適用者只能通過價值判斷來劃定其界限及明確其含義……要解決真正的未確定概念的待確定性，需對具體情況進行以預測為基礎的審查或評估。所謂預測是指對一個人將來的行為(以衡量其現有的特性為根據)、某一物件未來的用處或一社會現象未來的發展所作的估計判斷。此類型概念的具體化，是在法律允許的寬廣的自由決定範圍內，對特定的具體情況作主觀性及評價性的審查。事實上，這已進入行為的實質範圍，亦即是行政部門可自由決定的領域，原則上是不受法院司法監察的。誠然，法律規定行政訴訟裏的司法上訴只審查行政行為的合法性，而不能審查其實質層面的問題。所以，在司法上訴裏法院不能審查行政當局的行政行為中限定性判斷以外的部分，除非是例外地透過自由決定機制的內在約束因素來進行審查，這些因素本身就是基本的法律原則，它們既是決策的標準，同時也是司法監督的標準”。<sup>9</sup>

對不確定概念，不可避免必需瞭解另一個法律概念：“判斷餘地”。判斷餘地，法院亦嘗另譯為“自由審議空間”或“自由決定空間”，是德國學者Bachof(巴赫夫)在1955年所提出，這個理論認為法律條文中使用不確定概念時，已使行政機關可以在向種不同的具體案件中，依專業知識作最恰當的解釋與法律適用，因此法院應該尊重行政機關這種權限。易言之，同一個法律內的不確定概念條款，可以在不同的機關、不周的地點以及不同的時間內，有不同的認定標準，有權限之行政機關可以享有憑一己判斷的餘地。而且，這種判斷餘地多適用在行政機關對不確定概念作價值判斷時，例如“重大公益”、“公共安寧之重大危害”等等。然而現代法治國家的理念要求司法權力能伸延到審查一切行政行為有無達到實質合法的程度。假如行政行為真能符合法律的要求，即不應以不確定概念、裁量制度以及諸如判斷餘地等理論來規避法院的審查，易言之，對於不確定概念，行政機關並無“最後發言權”。後來德國聯邦法院在“Sasbach案”(BVerfGE 61, 82/111)創立，後再經學者史密特-阿斯曼(Schmidt-Assmann)提倡，產生了一套行政法理論，認為法院可以對所有的不確定概念都行使審查權，惟有在極例外之5種情形，法院為了尊重行政機關的專業判斷，才本於“司法自制”的原則，放棄審查權：①對於教育方面的認定，如留級、各種考試成績的評定；②對於公務員法中有關職務成

績的考核，實習公務員的成績評定；③由獨立運作委員會所作之決議，因為透過公正、獨立委員會的組成，可避免行政濫權的風險；④屬於高度專業、學術、科技的判斷；⑤風險決定、評估判斷。例如對將來涉及國家或社會重大安全、福祉的判斷，以及社會安全專業機關的危險預測等。在此五種情形裏，法院只得審查行政行為的形式上程序上有無合法、例如認定事實有無錯誤？有無程序上的瑕疵？有無違反平等原則而對人民有差別待遇？以及是否有明顯的違反合理性。除此之外，對於實質內容的合法性，放棄行使審查權，而讓行政機關擁有自行判斷之權限。綜合而言，行政機關在法律構成要件中的“不確定概念”中的認定判斷，法院原則上擁有審查的權限，惟以法律有明白規定時除外。但是可以在若干特殊案件，基於“司法自制”的原則，由法院自行放棄其審查權限，於此方才有所謂“判斷餘地”的存在空間。<sup>10</sup> 這個理論就是有名的“規範授權理論”，現已成為德國以及大陸法系國家地區通說，且為行政訴訟實務採納。澳門司法見解也簡述了澳門行政法的“判斷餘地”（澳門法院譯為“自由審議空間”）：“從 50 年代起，德國法學理論界已經開始創立一種法學理論，以便界定出那些不受法院審查的情況，其中對未確定的概念的適用就關係到行政機構對本身審理能力的行使。Bachof 就是這樣提出了自由審議空間的著名理論，並將其定義為可以賦予行政機關為其行為的前提提供自由審議空間的範圍。對於這位德國教授來說，並非所有未確定概念都賦予行政機關自由審議的空間，而是由立法者選擇將如此出現的這類情況”。<sup>11</sup>

#### 四、有區別說和無區別說的爭論

在瞭解甚麼是自由裁量權和不確定概念後，本文開始進入要探討的問題：這兩者其實有沒有區別？由於自由裁量權和不確定概念的司法審查密度和審查標準並不相同，所以這是十分重要的問題，此問題在大陸法系中一直都有爭議，以下本文將會簡述主張有區別和主張無區別的學理觀點，以及援引學理和司法見解去分析論述兩者為有區別還是無區別。

**質的區別說。**主此說者認為兩者有本質上的不同，裁量限於法律效果的層次，主成要件事件則無所謂裁量可言；裁量乃承認行政機關在特定之構成要件事實下，有多數行為效果可供選擇，故其選擇不生違法問題，行政法院原則上應加以尊重，並免予審查。

不確定概念則謂，法律所規定之構成要件事實，常使用不明確之概念，因此在涵攝事實關係時，可能發生多種不同意義，但員中只有一種符合立法本意，係屬正確，因為只有一種正確，教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概況經由解釋，而具體化的適用於特定事實關係，應認為行政機關有相當之判斷餘地，並受法院之尊重。質的區別說目前仍屬德國及瑞士之通說。

**量的區別說。**此說謂裁量與不確定概念，均屬立法者欲授權行政機關於適用法律時，有自行判斷之餘地。在依法行政原則之支配下，行政機關之判斷，均不可恣意行使，否則皆無法避免法院之審查；或許在適用不確定概念時，行政機關所受法院之監督，較依據授權裁量之規定時為嚴格，故二者並無本質上之差異，僅屬量的或程度上不同。奧地利學者多持此種見解。

**無區別說。**此說根本否定裁量與不確定概念之區別，首先，所謂裁量存在於法律效果，而不確定概念之判斷餘地則出現於構成要件事實，不僅係人為之假設，邏輯上不能自圓其說：同屬不確定性之規定方式那可以單憑位置決定其屬性？含有不受羈束或具有彈性之用語，若於構成要件中表達屬於不確定概念，表現在法律效果時則為裁量，寧有此理？法律授權裁量時，行政機關固有判斷之自由，法律使用不確定概念即係授權行政機關自行判斷之意，並無區別之必要。所謂不確定概念之涵攝，只有一種係屬正確，教法院得加以審查；裁量之任何一種選擇，皆不生違法問題，法院原則上予以尊重，乃區別說最重要之論點。實則裁量既須合目的及適當，則各種選擇之，當中誠然只有一種是正確而符合立法之本旨，與不確定概念又有何差別？主張完全否定二者區別者為數不多，但仍有人在。<sup>12</sup>

#### 五、澳門的學理和司法見解立場

在瞭解贊成和反對自由裁量權和不確定概念是否有區別的各方觀點後，現在來研究澳門的行政法在理論和實務兩方面是如何看待這問題。在行政訴訟中，自由裁量權和不確定概念的司法審查密度分別很大，審查標準也不相同，因此兩者是有區別還是無區別是十分重要的問題。

在葡萄牙的行政法學界中確實有論者傾向無區別說，終審法院曾在第 9/2000 號案中引述論者 J. M.

Sérvulo Correia的觀點，該論者認為儘管兩者有結構性的區別，但自由裁量權和未確定概念在法律制度上可以統一。<sup>13</sup> 但本文同時注意到，葡萄牙行政法學界亦有學說指出無區別說不但與葡萄牙的傳統學說不同，也與葡萄牙的司法見解相悖<sup>14</sup>，既然無區別說不為葡萄牙的法院認同，可知無區別說不論在葡萄牙的行政法學界還是行政訴訟實務上都未具通說地位，甚至是否屬於佔優勢的學說，亦誠非毫無疑問。

至於澳門法制屬有區別說抑或是無區別說，本文認為是屬於質的區別說。理由是在澳門的行政法體系裏，具行政審判權的法院審查行政主體對不確定概念所作的判斷主要是對立法目的的認識、解釋使用的方法和個案涵攝<sup>15</sup>是否正確等方面進行審查。但是對自由裁量權的審查就截然不同，《行政訴訟法典》第21條第1款第d項規定了如果行政行為是以自由裁量權作出時，除非在行使自由裁量權時出現明顯錯誤或絕對不合理，不然法院不能對該行政行為進行實質內容方面的審查，而且自由裁量權是法律賦予行政機關在各種可能的決定中選擇一種認為最恰當決定的自由，而不確定概念在個案中只有一種正確的法律解釋(以上內容都有司法見解支持，本文稍後將會詳述)。以上種種都符合質的區別說的基本主張。

其實，澳門的行政法學界曾有學者指出在澳門的行政法中自由裁量權和不確定概念在本質上的差異，兩者的差異主要在兩方面：一是在法律規範中的位置不同，表現為，不確定概念出現在法律規範的前提部分，自由裁量權出現於法律規範的後果部分；二是司法控制的程度不同，簡言之，行政機關對不確定概念的解釋其實是受羈束活動，司法機關有控制權，司法機關可審查行政機關對不確定概念的解釋是否正確。但應當注意的是：行政機關在解釋具高度技術性和高度預測性的價值概念時享有“判斷餘地”，法院應尊重行政當局的判斷。<sup>16</sup> 從上述可見該學者的主張是傾向認為自由裁量權和不確定概念存在着質的區別。

不只是學理，即連澳門的司法實務亦認為自由裁量權和不確定概念存在着區別。終審法院在司法見解中明確地指出兩者存在着甚麼區別：“自由裁量權和未確定概念的主要區別在於：在前者，針對特定情況，行政機關享有一定的行動自由；在後者，我們面對一種受限制活動，一種以法律意識為手段去解釋法律。在此，在未確定概念中，沒有自由，一旦知道哪種才是對法規正確的解決——和在法律中，針對個案，僅有一種正確的法律解釋——適用法律者必須遵

從這種解釋“未確定概念的解釋和適用就是尋求它在法律上正確的含義，而不是法律上可能的含義。它不等於給予行政當局自由選擇法律允許的解決辦法的自由裁量權。解釋未確定概念含義的過程是被法律限定的，其合法性可受法院司法審查……自由決定空間與自由裁量很相似，但兩者並不混淆。自由裁量權就是在多個合法途徑中作出選擇的可能性，這種選擇是通過衡量各種相關利益而達成的。與此相反，將一未確定概念具體化只須單獨進行評價，無須作出比較，基本上就是看能否將法律規範適用到某一具體情況的創造性解釋過程。真正的未確定概念具有較大的未確定程度，以致解釋及適用者只能通過價值判斷來劃定其界限及明確其含義。”<sup>17</sup> 後來終審法院在第14/2002號判決書中再度重申自由裁量權和不確定概念是存在區別的立場，從此等司法見解可以清晰看到澳門司法界是認為自由裁量權和不確定概念是有性質層面上的區別，若要界定屬質的區別說還是量的區別說，本文較傾向相信澳門的司法見解屬質的區別說。

## 六、本文對無區別說的疑慮

本文同時認為，澳門如果採納無區別說，缺憾是顯而易見的：

1. 不確定概念是因法律概念用語抽象不明而產生解釋的空間，行政機關對之進行解釋需受司法審查，惟有判斷餘地是例外，判斷餘地不受司法審查拘束；而自由裁量權只有在出現裁量瑕疵時才受司法審查，除此之外原則上不受司法審查。正因為不確定概念和自由裁量權受司法審查的標準並不相同，如果不確定概念和自由裁量權兩者無區別，會造成司法審查標準的適用困難：原本司法不予審查的自由裁量情況可能會變得需受司法審查，或者應予司法審查的不確定概念卻可能變得不需受司法審查。原屬不確定概念和自由裁量權的案件情節屆時到底應受到哪種標準進行司法審查出現混淆對行政訴訟而言是十分致命的問題。而且如何界分哪個才是司法權不宜介入的情況(例如原本屬判斷餘地的案件事實)會顯得十分困難，令司法機關審查行政案件時容易誤犯“過度干涉行政機關行使行政權”的政治禁忌。

2. 自由裁量權是容許選擇合法、合乎比例範圍內的選項(例如罰款要考慮符合比例地行政處罰與違法行為相稱)，不確定概念卻不同，不確定概念不容選

擇，在行政時對法律概念只容許一個正確的解釋，不可以一個合乎比例的多個解釋中選一個來適用。而且自由裁量權是行政權的核心內容，而對不確定概念進行最終判斷卻是司法權傳統的職務，兩者性質不同，將兩者視為無區別無異於將兩者固有的性質上的差別予以無視。無區別其實是從它們在公共行政中發揮出的作用，亦即是從它們的功能性角度出發去考慮，忽視了行政裁量和不確定概念各自性質不同的現實，以及因為性質不同而造成司法審查準則不同的現實問題<sup>18</sup>，如果用自由裁量權的衡量標準(即衡量各種相關利益)而不是用不確定概念的衡量標準(價值判斷)去審查不確定概念，執法時的法律概念解讀會成為各利益平衡的產物，審查結果很難達到公平正義。澳門的行政法對自由裁量權和不確定概念的觀念如果採納無區別說，在可行性上實在令人疑慮，本文也相信正是因為性質上確實迥然不同，所以終審法院沒有採

納量的區別說和無區別說，而採納了質的區別說。

## 七、結語

在此可以得出一個比較肯定而清晰的結論。在葡萄牙，不論是學理或者實務上，在看待自由裁量權和不確定概念是否存在區別的問題上，無區別說都未獲普遍認同，而在澳門，兩者實存在本質上的區別，在行政法學界裏更早有學者指出澳門的自由裁量權和不確定概念存在區別，而澳門法院更是不止一次在司法見解中申明在澳門行政法制度裏自由裁量權和不確定概念是存在區別，而且是性質層面上的區別。在澳門的行政法中，自由裁量權和不確定概念屬質的區別，應無疑問。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 陳新民：《中國行政法學原理》，北京：中國政法大學出版社，2002年，第147頁；劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》(中冊)，澳門：澳門基金會，2005年，第307頁；José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，關冠雄譯，澳門：法律及司法培訓中心，2008年，第88頁。
- <sup>2</sup> 見2000年5月3日終審法院第9/2000號上訴案，第24頁。
- <sup>3</sup> 劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》(中冊)，澳門：澳門基金會，2005年，第308頁；陳敏：《行政法總論》，台北：新學林，2004年，第178-179頁。
- <sup>4</sup> 陳敏：《行政法總論》，台北：新學林，2004年，第188-189、191頁；吳庚：《行政法之理論與實用》(增訂八版)，北京：中國人民大學出版社，2005年，第39-40頁。
- <sup>5</sup> 同註2，第26頁。
- <sup>6</sup> 劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》(中冊)，澳門：澳門基金會，2005年，第309頁；陳敏：《行政法總論》，台北：新學林，2004年，第195頁。
- <sup>7</sup> 同註2。
- <sup>8</sup> 同上註，第31頁。
- <sup>9</sup> 見2000年4月27日終審法院第6/2000號上訴案，第10-11頁；2000年5月3日終審法院第9/2000號上訴案，第25頁。
- <sup>10</sup> 陳新民：《中國行政法學原理》，北京：中國政法大學出版社，2002年，第149-151頁。
- <sup>11</sup> 見終審法院第9/2000號上訴案，第25-26頁。
- <sup>12</sup> 吳庚：《行政法之理論與實用》(增訂八版)，北京：中國人民大學出版社，2005年，第81-82頁。
- <sup>13</sup> 見該案判詞第27頁。
- <sup>14</sup> José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，關冠雄譯，澳門：法律及司法培訓中心，2008年，第94頁。
- <sup>15</sup> “涵攝”本來是一個邏輯概念，指的是將外延較窄的概念劃歸到外延較寬的概念之下。在行政法學中，行政機關將已認定之事實判斷為是否符合某項已由行政機關解釋之法規，稱為“涵攝”。
- <sup>16</sup> 劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》(中冊)，澳門：澳門基金會，2005年，第308頁。

- <sup>17</sup> 見2000年4月27日終審法院第6/2000號上訴案，第8、10頁；2000年5月3日終審法院第9/2000號上訴案，第24-25頁。
- <sup>18</sup> 自由裁量是衡量各種相關利益，不確定概念則是靠價值判斷，這都已為上註所提及的終審法院判例中有所闡明。