

重要論文導讀 ①

論運動彩券發行機構甄選文件之法拘束力

—行政爭訟相關實務見解評析

編目：行政法

出處	月旦法學雜誌，第229期，頁165~180	
作者	詹鎮榮教授	
關鍵詞	運動彩券、國家獨占、指定發行、特許權發放、特許契約、行政處分 附款、甄選文件、年度計畫	
摘要	我國截至目前為止之運動彩券發行實務，主管機關率皆選擇採行「特許模式」，透過「公開遴選」方式，指定私人作為運動彩券之發行機構。受指定發行運動彩券之民間機構參與甄選程序時所提出之企畫書等文件，及對主管機關所為之承諾是否及如何發生法拘束力，行政及司法實務見解不一。本文對此問題進行法釋義學上之分析，以釐清相關法律關係。	
重點整理	問題之提出	<p>公益彩券發行條例第4條第2項授權得發行「特種公益彩券」，基此，我國於2008年5月2日首度發行「運動彩券」，亦即以各種運動競技為標的，並預測賽事過程及其結果為遊戲方式之彩券。</p> <p>運動彩券之發行，截至目前為止在我國雖僅有短短6年之實施經驗，然一開始即是個問題兒。主管機關與受指定之民間發行機構間不斷地產生內容各異之法律爭議，並因之而有行政訴訟之提起；行政法院亦陸續做出相關之裁判。</p> <p>其中，爭議最鉅者，厥為受指定發行運動彩券之民間機構參與甄選程序時所提出之企劃書等文件，及對主管機關所為之承諾事項，是否及如何有法拘束力地被納入發行法律關係之中？</p> <p>本文以下將以行政機關指定運動彩券發行機關之法律關係為研究客體，探討經濟行政法上「遴選及分配決定」之行政行為特性，及其應有之結構內涵。</p>
	運動彩券發行之現行規範架構	<p>有鑑於運動彩券與公益彩券在發行目的、專業性、銷售模式、玩法及購買族群等面向上，皆有不同，公益彩券發行條例及相關法規難以因應運動彩券發行、銷售及管理之法制所需，故立法院於2009年7月1日制定「運動彩</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>運動彩券 發行之現行 規範架構</p>	<p>券發行條例」，並自2010年1月1日施行。自此關於運動彩券之發行及管理，在我國即具有法律位階之專法依據。</p> <p>一、運動彩券之可能發行模式</p> <p>公益彩券發行條例第4條第1項規定：「公益彩券之發行，由主管機關指定銀行辦理之。」類似規定，亦見諸運動彩券發行條例第4條第1項：「運動彩券之發行應由彩券專業發行機構辦理，由主管機關設置，或以公開遴選之方式擇定之。」</p> <p>準此，我國運動彩券之發行，在運動彩券發行條例專法施行前，係由主管機關指定銀行辦理；在專法施行後，則可由主管機關自行設置彩券專業發行機構辦理，抑或擇定民間彩券專業發行機構為之。為無論在和等規範基礎上，皆存有一共通性，亦即立法者乃將運動彩券之原始發行權，保留予國家自己。除主管機關之外，任何私人不得與國家平行地或是補充性地行使相同之權利。是以，國家乃享有運動彩券發行之「專屬權」。</p> <p>然而，縱使國家對於運動彩券之發行具行政獨占，亦非當然意味著其必須自行為之，而成為實際上之發行機構。根據一般學說見解，「獨占權主體」與「獨占活動執行者」兩者間在本質上未必恆須具備主體同一性，而歸屬於同一權利主體或機構。</p> <p><u>就獨占活動執行者之角度觀察，國家獨自在模型建構上，略可分為「公部門自為模式」、「行政受託人模式」及「特許模式」三大類型。</u></p> <p>根據上述之公益彩券發行條例及運動彩券發行條例之相關規定，立法者對於運動彩券發行權實際行使主體為何之問題，乃賦予主管機關一定程度之形塑自由。其可選擇採取「公部門自為模式」，自行設置彩券專業發行機構辦理，抑或採取「特許模式」，以公開遴選方式擇定民間彩券專業發行機構辦理具行政獨占性質之運動彩券發行及銷售等相關事宜。<u>就我國截至目前為止之運動彩券發行實務而言，主管機關率皆選擇採行「特許模式」，指定私人作為運動彩券之發行機構。</u></p> <p>二、「指定發行機構行為」之法律性質</p> <p>主管機關指定運動彩券發行機構之遴選及分配決定，在行政行為論之觀點下究應如何定性，在我國</p>
-------------	--------------------------------	--

<p>重點整理</p>	<p>運動彩券 發行之現行 規範架構</p>	<p>之學說及法院裁判實務上並非毫無爭議。對此問題，臺北高等行政法院100年度訴字第1754號判決有如下之闡釋：「國家發行彩券之行為，基本上具有公法性質，而國家將彩券發行專屬權之委託行使，亦應具有公法性質。從事務之性質以觀，發行機構之甄選與指定，主要著眼於參與競逐的民間機構是否具備足夠發行彩券的主客觀條件，除是否具備足夠之資力、信用及軟硬體設備外，尚須檢視能否確保彩券發行目的（公益、社會福利等等）之達成，故應容許主管機關以行政處分決定發行機構之可能性。」基此，臺北高等行政法院之立場，似較傾向於將運動彩券發行機構之指定定性為「行政處分」。</p> <p>根據我國刑法第269條規定：「意圖營利，辦理有獎儲蓄或未經政府允准而發行彩票者，處1年以下有期徒刑或拘役，得併科3,000元以下罰金。經營前項有獎儲蓄或為買賣前項彩票之媒介者，處6月以下有期徒刑、拘役或科或併科1,000元以下罰金。」是以，發行運動彩券原則上係屬一種犯罪行為，構成賭博罪。然而，倘若人民發行或經銷運動彩券係經政府允准者，則例外地不構成刑事犯罪。主管機關指定發行機構之行為，即可被視為是政府對於人民發行運動彩券此種博奕性質彩票之「例外允許」，從而該指定行為即具有個案性地將賭博罪予以「除罪化」之作用。</p> <p>本文認為，此等由刑法條款本身所明定，具有賭博罪除罪化法律效果之「政府允准」行為，非透過國家單方之公權力措施不為功。是以，運動彩券發行機構之指定，法律性質上應屬行政處分。此與不具除罪化作用之經濟行政法上其他種類之甄選及分配決定，容有定性為契約締結前先置作業之事實行為，或是締約行為本身空間相較，顯有本質上之差異。</p> <p>三、運動彩券發行之法律關係架構</p> <p>運動彩券民間發行機構發行權之取得，係立基於主管機關所作成之特許權賦予受益行政處分。在此範圍內，運動彩券發行機構與主管機關之間乃形成「單方」之行政法上法律關係。</p> <p>然而，受指定之運動彩券發行機構除因取得特許權</p>
-------------	--------------------------------	--

【高點法律研習社】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>運動彩券發行之現行規範架構</p>	<p>而享有一定之特權外，尚須對主管機關負擔諸多之義務。例如：運動彩券發行盈餘繳納義務；年度營業報告書併同損益表、獎金支出情形、盈餘分配表及銷售費用明細表報請主管機關備查義務；提交各年度發行計畫，以及監督管理受委託機構及經銷商相關規定報請核定等。上述發行機構對主管機關應負之義務，固皆有法規範之依據，然而，發行機構履行各項義務時與主管機關間所發生之行政法律關係，卻未盡一致。此尤其在須主管機關核定之作為義務上，例如：年度盈餘及年度發行計畫，雙方具體法律關係為何，更應視個別制度及規範之實質內容與目的而分別判斷之，尚難一概從「核准」之法條用語，逕作單方高權行政法律關係之認定。</p> <p><u>綜上所述，運動彩券主關機關指定民間發行機構，在法律關係上應可大致區分為兩個層次：第一層次為特許權之賦予，此為透過授益行政處分所形成之單方行政法律關係。其次，根植在第一層次基礎之上者，則為發行機構依據運動彩券發行條例及相關法令所應負擔之行政法上義務。此等義務有發行機構單方履行即足者，亦有尚須待主管機關核准後始足者。</u></p>
	<p>指定運動彩券發行機構甄選文件之法拘束力</p>	<p>一、爭議問題</p> <p>(一)年度盈餘保證數額爭議</p> <p>受指定發行機構台北富邦銀行參與第1屆運動彩券發行機構甄選時，於所提之財務規劃及目標中載明2010年度保證盈餘為新台幣35億6,200萬元，為其實際繳納之盈餘數額則為19億7,469萬餘元；兩者間存有15億8,730萬餘元之差額。台北富邦銀行雖依主管機關所為命期繳納之行政處分，完成差額之繳納，但嗣後提起行政爭訟請求主關機關返還該差額。</p> <p>台北富邦銀行對主管機關之年度盈餘保證數額計算不服，主張在發行實務上，運動彩券之銷售通路並未有如同發行企劃書中所載，實體通路及虛擬通路如期全面開辦之情形，致使發行企劃書所載2010年度保證盈餘金額前提不存在。而認不需受發行企畫書內所載預計盈餘金額拘束，主管機關以此為基準所計算之數額屬違法。</p> <p>主管機關則主張發行企劃書中既已載明，而企劃</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>指定運動彩券發行機構甄選文件之法拘束力</p>	<p>書復為發行機關甄選委員會審查之重要資料。倘其當初未提供如此有利發行模式及預計盈餘金額之財務規劃及保證，實不可能獲選為運動彩券發行機構，取得發行特許權。從而認為台北富邦銀行應受其參加甄選時所提財務規劃及發行目標所載保證盈餘金額之拘束。</p> <p>(二)年度發行計畫核定爭議 指定發行機構在特許期間內，負有提交各年度運動彩券發行計畫之法律上義務，而主管機關則享有對該年度發行計畫核准或同意之權限。惟在運動彩券發行實務上，指定發行機構及主管機關不僅對於有無年度發行計畫提報義務及核准權限發生疑義，且即使肯定，就年度發行計畫內容之形塑空間，以及主管機關是否得片面要求修改計畫內容，雙方亦存在歧見。</p> <p>(三)爭議問題之法律分析 綜觀上述兩項我國運動彩券發行實務上之爭議，吾人可歸納出其具有一共通性，亦即皆涉及到運動彩券發行機構申請人於參加甄選時所提之文件以及口頭承諾與保證等，是否及如何於獲選為指定發行機構後，對指定發行機構產生法拘束力之問題。</p> <p>二、行政爭訟上之實務見解 實務上皆肯定運動彩券指定發行機構於參加甄選時所提出之文件、承諾及保證等，於取得發行特許權後，辦理運動彩券發行之際，具有法之拘束力。至於係爭甄選文件具法拘束力之法理基礎為何，則有歧異。以下分述之：</p> <p>(一)「指定發行機構之行政處分之一部分」說 有見解謂甄選文件係為確保彩券發行目的（公益、社會福利）之達成前提下，決定主管機關是否授與發行特許權之重要資料，因而構成指定發行機構之授益行政處分之一部分，始無悖於主管機關辦理甄選程序以選擇發行機構之行政目的。</p> <p>(二)「指定發行機構之行政處分之附款」說 亦有認為係爭文件為指定發行機構之行政處分之附款，使該處分屬於附有「負擔」之授益行政處分。</p>
--------------------	----------------------------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>指定運動彩券發行機構甄選文件之法拘束力</p>	<p>(三)「誠信原則」說 此見解認為依誠信原則，發行機構於獲選後，自應受其甄選時所提之文件所拘束。</p> <p>三、評析</p> <p>(一)運動彩券發行特許權發放之規制內容 前開各見解是否妥適，取決於主管機關指定發行機構之行政處分之規制內容為何之先決問題。系爭處分之規制內容，乃在於授與相對人「發行運動彩券特許權」之利益。至於受指定之發行機構如何具體行使該特許權，及是否與在何等條件下應負擔義務，並未包含在指定之行政處分本身中。毋寧，此乃容待於主管機關及指定發行機構間依據相關法規範，透過其他具體之行為或措施以資形成及具體化。</p> <p>1. 「指定發行機構之行政處分之一部分」說 「行政處分本身（或一部）」與「該行政處分欲達成之目的」兩者間因法效力截然不同，在概念及界定上應嚴加區分。甄選文件是否為指定之行政處分的一部分，應單獨取決於其是否為行政處分所規制之內容。至於其是否有助於該行政處分作成目的之達成，則屬行政處分本身作成之合目的性問題，與其是否屬行政處分本身之一部分無涉。因此前開以「行政處分作成目的達成之前提」作為將甄選文件視之為指定發行機構之行政處分之一部分的見解，乃誤解行政處分法規制力之判斷基準，在法理上恐難支撐。</p> <p>2. 「指定發行機構之行政處分之附款」說 前開指定發行機構之行政處分之附款說，於<u>理論上不失為是可將甄選文件納入運動彩券指定發行之行政法關係中，並且對指定發行機關產生法拘束力之一種妥適法律機制。</u></p> <p>3. 「誠信原則」說 至於以誠信原則作為甄選文件對受指定發行機構具有法拘束力之法理基礎，本文則認為立論過於含混。誠信原則如何對行政法律關係中之人民行為發生一般法原則之規制效力，其具體內容又究應為何，在行政法學上尚不明確，</p>
-------------	----------------------------	---

<p>重點整理</p>	<p>指定運動彩券發行機構甄選文件之法拘束力</p>	<p>而容有繼續發展之空間。欲以此作為甄選文件對受指定發行機構具有法拘束力之法理基礎，用心故值肯定，但論述則略嫌簡略。</p> <p>(二)年度發行計畫之制度功能及計畫核定屬性</p> <p>對於設置此等年度發行計劃制度之目的，實務一貫見解認為，僅在於消極性地確保指定發行機構每年度辦理運動彩券之發行得與其參加甄選時所提發行企劃書中所載內容相符而已。</p> <p>本文認為，<u>從規範內涵以觀，年度發行計劃之目的非僅是消極地確保甄選企劃書所載內如獲得實現之適法性維持而已，更具不包含在原甄選文件中之新發行及銷售計劃的積極目標形成意義，亦即具備雙重制度目的。</u></p> <p>從而，法規設計之主管機關「審核」權限時，不僅只是監督管理之責的實現而已，更具有「參與指定發行機構新提方案」之「型塑」權限。前者故可屬單方高權之意思表示，然後者則較傾向於合作性質之締約行為。在此結構下，<u>指定機構依法提出年度發行計劃，在法律定性上即不排除係屬一種「要約」之行為；而主管機關之核准或同意，在實質法律關係上則對應地可視之為是「承諾」之意思表示，當雙方對年度發行計劃內容達成意思表示一致時，契約即屬成立。是以，一般而言，年度發行計劃之法律定性，即不排除為一「行政契約」之可能性。</u></p>
<p>考題趨勢</p>	<p>運動彩券發行主管機關「指定發行機構行為」之法律性質為何？受指定發行運動彩券之民間機構參與甄選程序時所提出之企畫書等文件，及對主管機關所為之承諾是否及如何發生法拘束力？</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、李建良(2012)，〈析論運動彩券發行之法律關係—以台北富邦銀行發行運動彩券為例〉，《台灣法學雜誌》，第203期，頁13。</p> <p>二、李建良(2014)，〈二論運動彩券發行之法律關係—臺北高等行政法院100年度訴字第1249號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第226期，頁246。</p> <p>※延伸閱讀推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw立即在線搜尋！</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！