

新聞放大鏡

差一分！律師高考不及格興訟
法院判他勝訴應重新評閱

編目：行政法

主筆人：陳熙哲律師

【新聞案例】（暨轉換成一題目^{註1}）

有一年律師考試的評分標準如下，系爭子題之評分標準：「優（16-20）：答不構成犯罪；正確說明屬地主義，並正確適用；正確說明商標法第 97 條之罪在主觀上須明知，並正確說明理由。」「良（12-15）：答不構成犯罪；對屬地主義之說明或適用不盡詳細；對商標法第 97 條之明知要件之說明及適用不盡詳細。」「可（5-11）：答不構成犯罪；對適用屬地主義，但只簡單說明理由；適用商標法第 97 條『明知』要件，只簡單說明理由。」「劣（0-4）：答構成犯罪，視其理由酌予給分。」

現在的律師考試是採取「平行雙閱」，其中某甲分別得到 13 分與 3 分，致使某甲落榜，某甲不服，遂提起訴訟，若行政機關主張是本件構成「判斷餘地」，故法院應原則上尊重評分委員的評分決定，此見解合理否？^{註2}

【重點提示】^{註3}

一、體系圖

(一)行政裁量

^{註1}可參看 <https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3173348>，最後瀏覽日：2020 年 9 月 21 日。

^{註2}類似試題，如 98 年台北大學法律研究所行政法考題：

某甲參加司法考試，其中行政法一科有四考題總分一百分。某甲該科只得十五分，而該科成績如果達二十分，總平均成績即可及格，達錄取標率。某甲深信該四題考題，其作答均以國內主流之教科書及實務見解為基礎；換言之，均是以通說之見解為解答根據，該科沒有六十分至少也有五十分之成績，因此要求重新閱卷。

(一)請問某甲之主張是否有理？

(二)就考試成績之評定，從行政裁量及判斷餘地理論角度，我國學界與實務界之見解如何？

^{註3}以下說明，學界文獻可參閱李建良先生之《行政法基本十講》、林明鏞先生之《行政法講義》；補教文獻可參閱嶺律師《行政法爭點解讀》

- 1.原則：法院僅作合法性審查，不作合目的性審查。
- 2.例外：裁量瑕疵與裁量收縮之情形；裁量瑕疵之下位概念包括裁量逾越、裁量怠惰、裁量濫用。

(二)不確定法律概念

- 1.原則：法院得審查。
- 2.例外：構成「判斷餘地」之情形，法院需尊重行政機關。
- 3.例外之例外：判斷瑕疵。

二、行政裁量

(一)通論

法律規定法定要件該當時，行政機關仍得視個別具體情況，決定法律效果之是否發生或如何發生者，一般稱為「行政裁量」，即行政機關對於「是否」作成特定法律效果或選擇採取「何種」法律效果，有一定的裁量空間，此限度內做的行政處分，稱「裁量處分」；與之相反者，乃行政機關並無裁量空間，依法僅能為或不為，此稱為「羈束處分」。

行政裁量者，乃行政機關基於合目的性之考量以決定是否採取措施（「決定裁量」），或決定應採取何種措施（「選擇裁量」）。須注意者，行政裁量並非「自由」裁量，而係「合義務之裁量」，因此，行政機關若「越權裁量」、「怠為裁量」或「濫權裁量」者，尤其是違背法令賦予裁量之精神與目的，或違背比例原則、平等原則時，則為「瑕疵裁量行為」，應屬違法。

(二)裁量瑕疵之情形

1.裁量逾越

所謂「裁量逾越」，指行政機關所選定的法律效果或處分相對人逾越法律所授權的裁量範圍，又稱越權裁量，即逾越外部界線之情形。舉例而言，依照傳染病防治法第 9 條：「利用傳播媒體發表傳染病流行疫情或中央流行疫情指揮中心成立期間防治措施之相關訊息，有錯誤、不實，致嚴重影響整體防疫利益或有影響之虞，經主管機關通知其更正者，應立即更正。」、傳染病防治法第 64-1 條：「違反第九條規定者，處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰。」之規定，若有某人民在臉書發表貼文：「政府會藏口罩。」若該貼文被認定構成傳染病防治法第 9 條之要件，則行政機關可處其十萬元以上一百萬元以下罰鍰，若行政機關將其裁罰二百萬元，即構成裁量逾越。

2.裁量怠惰

所謂「裁量怠惰」，指行政機關消極不行使裁量權，或是法律賦予行政機關裁量權，但行政機關未衡酌個案情節即作出決定，又稱怠為裁量。

上舉之例，若行政機關認為要雷厲風行，一概重罰，只要構成傳染病防治法第9條，皆裁罰其一百萬元，即構成裁量怠惰。

實務上基本同意學說見解，如臺北高等行政法院107年訴字第1122號行政判決指出：「惟按『行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。』『逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。』行政程序法第10條及行政訴訟法第4條第2項分別定有明文。又按行政機關行使裁量權，並非不受任何拘束，其裁量權之行使，除應遵守一般法律原則（如：誠實信用原則、平等原則、比例原則）外，亦應符合法規授權之目的，並不得逾越法定之裁量範圍，主管機關於裁處時，固有其裁量之權限，惟就不同之違法事實裁處，若未分辨其不同情節，自不符合法律授權裁量之旨意，其裁量權之行使，即出於恣意而屬裁量怠惰，所為處分即屬違法。」

3.裁量濫用

所謂「裁量濫用」，指行政裁量權行使違反法律授權目的、漏未審究應加斟酌的觀點、夾雜與事件無關的因素、動機，或違反一般之法律原則、憲法保障基本權利之規範意旨，又稱濫權裁量。

(三)裁量收縮之說明

所謂「裁量收縮」，指行政機關因特殊事實存在，使裁量權受到限縮，甚至減縮到僅得為一種決定（裁量減縮至零），而其他的裁量，皆為裁量瑕疵之情形，即行政機關有義務選擇該唯一之行政決定。

1.林明鏘教授的闡釋

教授認為：若具備急迫性、危險發生預見可能性、干預可能性、不收縮無法防止結果發生、期待可能性之要件時，便構成裁量收縮。

2.李建良教授的闡釋

教授認為：行政機關依照建築法，對有傾倒之虞的房屋有停止使用、命拆除、強制拆除之裁量選擇，但如果該屋從外觀視之，隨時都有倒塌之虞，此時就應裁量收縮，而「應」為強制拆除之措施；即將「重要法益之重大危害」作為裁量收縮之因素

教授亦認為：在選舉期間，行政機關原則上應許可競選看板掛設，落實民主原則，保障人民參政權。

3.實務見解：釋字第469號

法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第2條第2項後段，向國家請求損害賠償。最高法院七十二年台上字第704號判例謂：

「國家賠償法第二條第二項後段所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。」對於符合一定要件，而有公法上請求權，經由法定程序請求公務員作為而怠於執行職務者，自有其適用，惟與首開意旨不符部分，則係對人民請求國家賠償增列法律所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予援用。

三、不確定法律概念

(一)概說

法條用語因其抽象性、一般性而不明確，致生解釋上的疑義，此種不明確的法律用語，即屬「不確定法律概念」，如「必要時」、「正當理由」、「適當方法」。

不確定法律概念與裁量相互區別，並認前者係屬「客觀事實之認識」，而後者則屬「意志活動」，從而行政法院對之得審查之範圍有所不同。一般認為不確定法律概念具體適用時，應該只有唯一正確的結果，故應由法院予以審查，以確保依法行政、人民訴訟權保障。

(二)判斷餘地

通說主張：法院對於行政機關針對不確定法律概念所作解釋、適用，應有其界線，不宜做完全的審查，因而提出諸多理論，支持行政機關在解釋適用時有一定的判斷餘地。

一般認為，於構成「判斷餘地」之情形下，法院原則上需要尊重行政機關的決定，只有例外在「判斷瑕疵」的情形下，方宣告行政機關違法。

一般認為，在高度屬人性、技術性、經驗性、專業性的領域，法院應承認行政主體的「判斷餘地」，即法院應接受機關在此範圍內之決定。以下我們就學說、實務上承認的實例來分析探討。

1. 考試成績的評定：釋字第 319 號

考試機關依法舉行之考試，其閱卷委員係於試卷彌封時評定成績，在彌封開拆後，除依形式觀察，即可發見該項成績有顯然錯誤者外，不應循應考人之要求任意再行評閱，以維持考試之客觀與公平。考試院於中華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」，其第 8 條規定「申請複查考試成績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得要求告知閱卷委員之姓名或其他有關資料」係為貫徹首開意旨所必要，亦與典試法第 23 條關於「辦理考試人員應嚴守秘密」之規定相符，與憲法尚無牴觸。惟考試成績之複查，既為兼顧應考人之權益，有關複查事項仍宜以法律定之。

2. 具有「高度屬人性（能力、資格、品行）」的決定

例如：公務員之人事考績評定，其涉及公務員之適格、能力、績效，屬高度「屬人性」事項之判斷，各機關長官、考績委員會享有判斷餘地。此種類型之實務見解，見最高行政法院 108 年判字第 367 號行政判決：「公務人員之考評因具高度屬人性，行政機關就此等事項之決定，應有判斷餘地，法院原則上尊重其判斷並採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，始得予撤銷或變更，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. 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3. 對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。4. 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。5. 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當聯結之禁止。6. 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。7. 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。8. 行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如：平等原則、公益原則等。」並請注意同一判決指出，於程序上只迴避「投票」而未迴避「參與討論」，亦屬於程序瑕疵，見：「就考績事件應自行迴避的考績委員，參與考績委員會之討論，即使於討論結束後未參與結果之表決，仍屬決定程序的參與，構成應迴避之考績委員參與考績初核決議之瑕疵，且此破壞程序公信之瑕疵無從補正，已違背正當法律程序。」至於理由，則見高雄高等行政法院 107 年

訴字第 272 號行政判決對於高度屬人性之說明：「針對考績評定是否以及在何等範圍內得受司法權之審查，我國學說與實務向來採權力分立原則下之功能法觀點，認為由於考績評定涉及高度屬人性之評價，且因需長時間之行為觀察，始得以形成印象，故應由與受考人在職務執行上最具緊密關連性之單位主管或是機關首長進行考核，始屬功能最適。反之，法院在組織、權限及功能上，因事實上無法長時間觀察受考人，進而對其工作表現及態度產生評價性之觀感與印象，自難代替行政機關而自為決定，亦難以重建判斷情境，完全掌握機關首長之思維脈絡以及評價基準。」

3.由社會多元利益代表或專家組成委員會所做的決定

如釋字 462 號針對教師升等之解釋：「是以各大學校、院、系（所）及專科學校教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷；評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定。受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量是否以錯誤之事實為基礎，是否有違一般事理之考量等違法或顯然不當之情事。」

4.由獨立行使職權之委員會所做之決定

法律針對部分國家事項，由於公平、專業的考量，直接規定由獨立行使職權之委員會作成，一般來說法院都尊重該等委員會之決定，如：公平交易委員會、中央選舉委員會、國家通訊傳播委員會。

5.具有預測性、評估性、高度政策性之決定

由於法院針對預測性、評估性、高度政策性之問題，其專業程度未必超越行政機關，蓋法官是法律專家，未必是行政事務的專家，基於功能最適之考量，法院原則上尊重行政機關之決定。

6.自治事項

請閱讀釋字第 553 號解釋理由書（節錄）：「蓋地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參照訴願法第七十九條第三項）；後者得就適法性之外，行政作業之合目的性等

實施全面監督。本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。」

【考點剖析】

一、國考趨勢分析

判斷餘地理論於近年國考應有高度登場機率，如今年政大針對「由社會多元利益代表或專家組成委員會所做的決定」是否構成傳統判斷餘地理論，有學說上的反省^{註4}；而在都市計畫審議程序實施後，法院可審查行政機關所為之都市計畫是否構成「衡量瑕疵」，亦不採取傳統「判斷餘地理論」中「判斷瑕疵」的用語^{註5}。

撇開以上問題不談，就本件而言，學界林明鏘^{註6}反對台北高等行政法院的判決，後最高行政法院採取了和學者林明鏘相同的觀點，故以下就兩則判決之重點，向讀者說明。

二、台北高等行政法院 107 年度訴字第 636 號（原審判決）

末按典試法第 9 條第 1 項第 1 款既有規定評閱標準係典試委員會以決議決定之；同法第 19 條第 3 項亦有規定申論式試題應附參考答案或計算過程及評分標準，供閱卷委員評閱試卷之參考；且閱卷規則第 4 條第 1 項亦規定，試卷評閱前，應由分組召集人會同典試委員、命題委員及閱卷委員共同商定評分

^{註4}傅玲靜(2019)，〈源自立法者授權之行政機關判斷餘地—臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1057 號判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 81 期，頁 5-14；盛子龍(2000)，〈行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度—德國實務發展與新趨勢之分析〉，《法令月刊》，第 51 卷第 10 期，頁 738-753；呂理翔(2019)，〈判斷餘地於審判實務之相關問題探討—從行政法院對於文化資產指定之裁判談起〉，頁 10-11。

^{註5}相關文獻，可見廖義男(2020)，〈都市計畫審查程序規範之評析〉，《月旦法學雜誌》，第 302 期，頁 6-21；陳立夫(2020)，〈都市計畫司法審查相關法律議題〉，《月旦法學雜誌》，第 302 期，頁 22-45；亦可參嶺律師《行政法爭點解讀》新制之說明。

^{註6}林明鏘老師對於高等行政法院判決之批評，略以：「如果學生開標寫『構成犯罪』，但內容寫『不構成犯罪』，這樣要算『構成犯罪』還是『不構成犯罪』？」、「給分因為判斷餘地理論，只能形式審查，看加起來有沒有加錯，例如：7+9=16 算成 13，但本件之情形，要仔細去閱卷，不是形式審查」、「考選部給的評分標準，並沒有窮盡所有情形，舉例而言，考選部說的是回答『構成犯罪』與『不構成犯罪』，但如果答非所問、自問自答、繳交白卷等情形，均未有所規範，故評分標準不是完全要依循的，是參考的。」

標準，並由召集人分配試卷之評閱。準此，閱卷委員於評閱試卷時，依據其法定職權，運用其學識經驗，就應考人之作答內容為客觀公正衡鑑之際，係有評分標準可循，並非可恣意為之。經查，本院認系爭科目第 2 題既係申論式試題，遂依職權命被告提出該試題供閱卷委員評閱試卷之參考資料，經核閱被告所提系爭科目第 2 題試題及評分要點說明（見本院卷不可閱覽證物袋內）可知，其上明確記載系爭子題之評分標準如下：「優（16-20）：答不構成犯罪；正確說明屬地主義，並正確適用；正確說明商標法第 97 條之罪在主觀上須明知，並正確說明理由。」「良（12-15）：答不構成犯罪；對屬地主義之說明或適用不盡詳細；對商標法第 97 條之明知要件之說明及適用不盡詳細。」「可（5-11）：答不構成犯罪；對適用屬地主義，但只簡單說明理由；適用商標法第 97 條『明知』要件，只簡單說明理由。」「劣（0-4）：答構成犯罪，視其理由酌予給分。」「※倘論及『真品平行輸入』者，可酌予給分。」則經由本院將前揭第 1 閱卷委員及第 2 閱卷委員針對系爭子題所為評分（分數各為 15 分及 3 分），與上開評分標準予以對照後，可知第 1 閱卷委員係認為原告依系爭子題題旨所為作答內容，係有符合前揭「良（12-15：答不構成犯罪；對屬地主義之說明或適用不盡詳細；對商標法第 97 條之明知要件之說明及適用不盡詳細。」之評分標準，而第 2 閱卷委員卻認為原告所申論作答，係有符合前揭「劣（0-4）：答構成犯罪，視其理由酌予給分。」之評分標準。據此可知，針對原告之同一作答內容，第 1 閱卷委員係認為該作答內容係敘及「不構成犯罪」，第 2 閱卷委員卻係認為該作答內容並未敘及「不構成犯罪」，不符合可評定為 5 分以上之評分標準。是以，從形式觀察前揭兩位閱卷委員就原告針對系爭子題之同一作答內容，究竟應否被認定為有敘及「不構成犯罪」？渠等所為評斷竟有明顯兩不相容之歧異判斷，則衡情堪認該兩位閱卷委員之其中一人係出於錯誤之事實認定而為判斷，致未能依前揭評分標準而為客觀公正之衡鑑。從而，前揭兩位閱卷委員之其中一人所為評分係未依前揭評分標準，致評分不公允，而與另一閱卷委員之評分寬嚴不一，其判斷即難謂無恣意濫用之嫌。故原告主張閱卷委員就系爭子題之評閱係有違法，已合於典試法第 28 條第 3 項所規定得再行評閱乙節，並非無據。

三、最高法院 109 年判字第 282 號判決（推翻台北高等行政法院 107 年度訴字第 636 號）

系爭子題之評分標準雖以「是否構成犯罪」區分為兩範圍，即「答不構成犯罪」之「優（16-20）」「良（12-15）」「可（5-11）」等 3 區塊，及「答構

成犯罪」之「劣(0-4)」1 區塊，前者再佐以「對於屬地主義之說明及適用」及「對於商標法第 97 條之罪在主觀上須明知之說明及適用」兩項標準，細分其於各區塊中之評分，然於申論式試題中（與簡答題之情況不同），尚非僅以作答內容有無出現上開「不構成犯罪」或「構成犯罪」等文字為足，其答案與理由間，不僅不得有矛盾之處，邏輯申論且須一貫，如此方得謂其說理足以支持該答案之形成。是閱卷委員應為如何之評分，自非僅從試卷所載形式上去辨識作答內容有無「不構成犯罪」或「構成犯罪」等文字，尤其在作答內容根本未出現上開答案，或是作答文字模稜兩可，或是應考人自設試題所無之條件自問自答，如何對其內容實質之說理有無完整，邏輯是否一貫，根據閱卷委員個人學識素養與經驗而為專門學術上獨立公正之智識判斷，乃具高度專業性與屬人性之評定，所為作答內容係「不構成犯罪」或「構成犯罪」之判斷，均屬判斷餘地之範疇，法院對其判斷應採取較低之審查密度，尚難僅因兩位閱卷委員之判斷不同，即由法院介入而認其中必有一位之判斷係出於錯誤之事實認定。

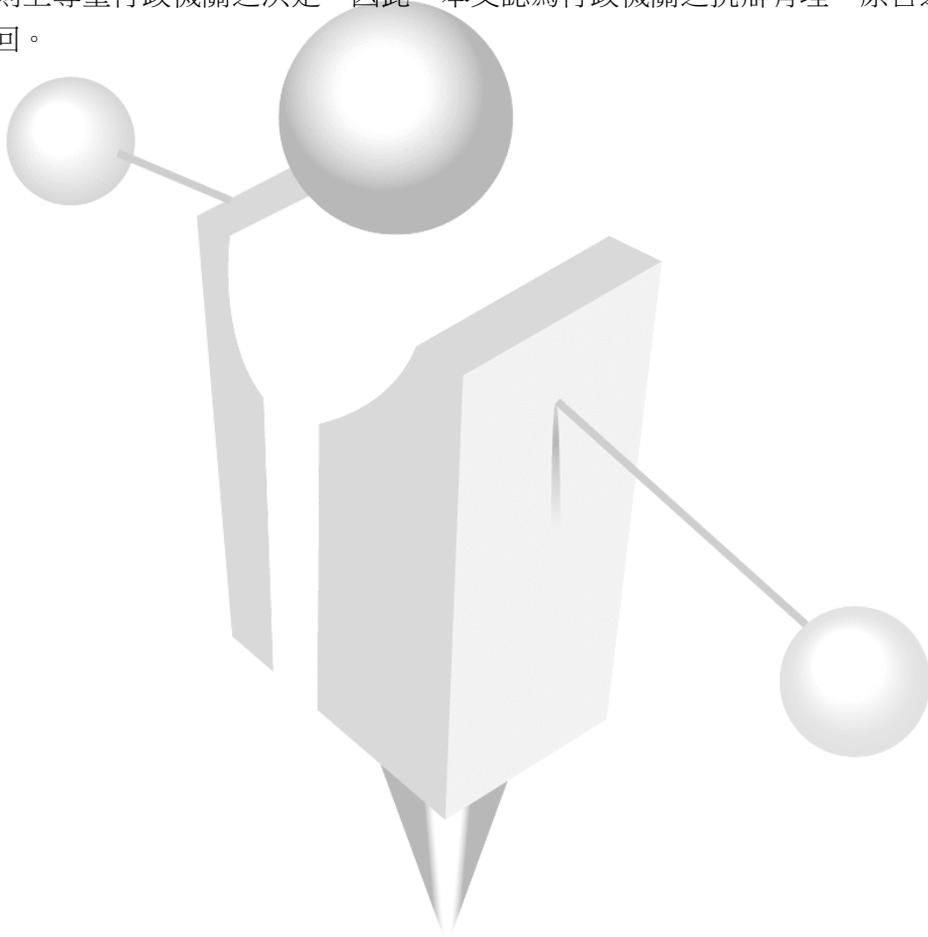
【答題模板】

一般認為，在高度屬人性、技術性、經驗性、專業性的領域，法院應承認行政主體的「判斷餘地」，即法院應原則尊重機關在此範圍內之決定；只有例外在「判斷瑕疵」的情形下，方宣告行政機關違法。

本題涉及所謂考試成績之評定，依照傳統通說見解，亦因其屬於高度專業性之考量，認定其構成「判斷餘地」（釋字第 319 號解釋參照），惟本件針對原告之同一作答內容，一位閱卷委員係認為該作答內容係敘及「不構成犯罪」，而另一位閱卷委員卻認為該作答內容並未敘及「不構成犯罪」，故從形式觀察前揭兩位閱卷委員就原告針對系爭子題之同一作答內容，究竟應否被認定為有敘及「不構成犯罪」，閱卷委員間是否至少一人認定事實錯誤，而構成「判斷瑕疵」？

有見解認為，作答上不可能同時符合「構成犯罪」與「不構成犯罪」，故本件構成「判斷瑕疵」而應認為行政機關之評分決定違法；然本文認為，考生之作答內容無論係「不構成犯罪」或「構成犯罪」之判斷，均屬評分委員之判斷餘地，若考生在作答內容根本未出現上開答案，或是作答文字模稜兩可，或是應考人自設試題所無之條件自問自答，如何對其內容實質之說理有無完整，邏輯是否一貫，需根據閱卷委員個人學識素養與經驗而為專門學術上獨立公正之智識判斷，乃具高度專業性與屬人性之評定，故不能僅因兩位閱卷委員之判斷不同，即認為構成「判斷瑕疵」。

因此，本文認為本件並非構成「判斷瑕疵」而仍屬「判斷餘地」，行政機關應原則上尊重行政機關之決定，因此，本文認為行政機關之抗辯有理，原告之訴應駁回。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！