

## 電信法上不對稱管制措施之形塑及界限\*

### —— 最高行政法院100年度判字第1860號相關判決評析

詹鎮榮\*\*

#### 摘要

為加速該市場競爭秩序之形成，國家通訊傳播委員會於2008年1月16日以公告「行政計畫」之方式，課以市網業務市場主導者「過渡期費」支付義務之不對稱管制措施，並導入擴大市網用戶平等接取之機制。行政法院關於此行政計畫爭議所作出之裁判，存有兩點釋義學操作上之謬誤：其一，無視於系爭行政計畫實質內涵之多樣性，一律取徑於「確定行政計畫裁決」機制，將其整體視為單一行政行為；其二，混淆行政處分「行為形式定性」及「內容合法性」兩不同層次之問題。本文認為系爭行政計畫實則係由「具行政處分性質」及「具法規命令性質」兩部分所共組而成。至於對系爭不對稱管制措施實質合法性之審查，德國聯邦行政法院所發展出之「管制裁量理論」可資借鏡。

關鍵詞：不對稱管制、市場主導者、有效競爭促進、電信自由化、行政計畫、確定計畫裁決、管制裁量、計畫裁量、過渡性管制措施。

\* 投稿日：2013年5月14日；接受刊登日：2014年8月28日。〔責任校對：向民潔〕。

\*\* 國立政治大學法學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/51107151.pdf>。



## 目次

壹、裁判背景及提要	(二)系爭計畫法律性質之認定
一、事實概要	三、小結
二、原告之主張	肆、不對稱管制之司法審查
三、裁判要旨及理由	一、法律保留原則之適用問題
(一)程序部分	(一)行政法院之見解
(二)實體部分	(二)系爭行政處分違法判斷基準時點之擇定
四、爭點整理	二、實質合法性之司法審查密度
貳、「不對稱管制」作為民營化結果法之構成要素	(一)德國聯邦行政法院對「管制裁量」概念之提出
一、不對稱管制與民營化之關連性	(二)管制裁量理論對本件訴訟之啟示
二、不對稱管制架構之特性	伍、結論
(一)目的取向性	附錄：國家通訊傳播委員會
(二)過渡性措施	97年1月16日通傳企字
(三)以市場主導者為管制對象	第09640802820號公告
三、不對稱管制之法律上評價	
參、不對稱管制架構之具體形塑	
一、行政計畫作為不對稱管制架構之形塑手段	
二、系爭行政計畫之法律性質	
(一)行政計畫法律性質之判斷基準	

## 壹、裁判背景及提要

我國自1996年大幅修正電信法後，開啟電信自由化之新紀元。在漸進推動策略下，繼行動通信服務市場率先開放私經濟主體自由競爭，於2000年復開放固定通信網路業務<sup>1</sup>。自此，屬於第一類電信事業之行動通信服務及固定通信服務，在我國現行法制及實務上皆已開放民間經營；由前國營事業經民營化轉型而成之中華電信股份有限公司（以下簡稱中華電信公司），在此兩類通信服務市場上已不再是獨家經營者。縱然如此，中華電信公司根植在電信自由化前享有電信服務獨占之優勢基礎上，目前仍是我國行動及固定通信服務市場之主導者。有鑑於此，我國電信自由化迄今雖將近20年，然電信管制架構及手段仍未回歸國家對於一般私經濟活動及自由市場競爭秩序所慣行採用之經濟監督體系及一般競爭法則，毋寧依舊維持專門領域之特殊管制模式（*sektorspezifische Regulierung*）。抑有進者，在國際上各國電信管制規範中常於電信服務民營化初期所導入之「不對稱管制措施」（*asymmetrische Regulierung*; *asymmetric regulation*）<sup>2</sup>，其機制本身存在之正當性及必要性雖遭部分學者之強烈質疑<sup>3</sup>，但至今依舊存續於我國電信法中，尚未為立法者所揚棄<sup>4</sup>。在電信管制行政方面，主管機關為促進電信市場有效競爭之

1 目前取得綜合網路業務經營執照之電信業者，計有4家：中華電信股份有限公司（既存業者）、台灣固網股份有限公司、亞太電信股份有限公司及新世紀資通股份有限公司。至於市內網路業務業者，則有威達雲端電訊股份有限公司（經營區域：臺中市、彰化縣）、大屯有線電視股份有限公司（臺中市）、佳聯有線電視股份有限公司（雲林縣）及中投有線電視股份有限公司（南投縣）。

2 Vgl. *Georg Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 252 (321 f.).

3 例如參見劉孔中，第三次電信管制革新之前瞻研究，法令月刊，51卷7期，頁11-12（2000年）。

4 抑有進者，國家通訊傳播委員會（以下簡稱通傳會）在2012年7月所提出之電信法修正草案中，為促進電信「固網業務市場」競爭，更擬增訂新的不對稱

早日形成，亦往往借重於各式不對稱管制措施之採行，以履行國家之「後民營化擔保責任」。例如在固定通信網路市場管制部分，國家通訊傳播委員會（下稱通傳會）於民國97年1月16日公告「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」<sup>5</sup>，即針對市網業務市場主導者置入不對稱管制措施。此等不對稱管制措施遭到目前「實際上」之唯一規範對象——中華電信公司不服，遂以之為程序標的，提起行政爭訟。對此，高等行政法院及最高行政法院日前陸續作出一系列之裁判。由此裁判中，吾人應可在一定程度上窺探行政法院對於電信法上不對稱管制措施合法性審查所持之立場，對電信管制法制之研究頗具代表性。職是之故，本文擬以行政法院之此等相關裁判為研究客體，嘗試尋找出法院審查其合法性之基準及理路，並進行評析。

### 一、事實概要

本件被告通傳會於97年1月16日通傳企字第09640802820號公告「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」，其主要內容如下：「（一）自100年1月1日起，市內網路（以下簡稱市網）業務經營者用戶撥打行動通信網路之通信費歸屬回歸為『由發信端事業訂價，營收歸發信端事業所有』。（二）市網業務經營者於回歸後所訂初始費率不得高於回歸前價格。……（四）回歸後，市網業務市場主導者之用戶撥打行動通信網路時，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者之費用為前項所指接

---

管制手段。根據該修正草案第25條規定：「修法施行日起一定期間內，固定通信網路業務市場仍未能達成相當程度之有效競爭狀況，主管機關得採行命固定通信網路業務市場主導者為業務功能分離或其他得促進實質有效競爭之必要措施。」據此，通傳會希望透過對固網業務市場主導者施以最後一哩「業務拆分」及「共同使用」之不對稱管制措施，以促進該市場有效競爭之早日形成。本草案之提出，引發目前固網業務市場主導者中華電信公司之強烈反彈，主張係違反平等原則及比例原則。甚至交通部亦表達不支持之立場，認為對中華電信股東權益將造成重大影響。

5 行政院公報，14卷15期，頁2921-2931（2008年）。

續費加過渡期費（按每分鐘計）。過渡期費計算以回歸前與行動通信業務經營者中所拆得收入之最低者（不包括中華電信股份有限公司）減去前項所指接續費為起始值，並自100年1月1日起至105年12月31日止，逐年按比例遞減至零<sup>6</sup>。（五）市網業務經營者用戶得透過平等接取方式選擇另一第一類電信事業長途網路業務經營者所提供之撥打行動通信網路之服務。……<sup>7</sup>」原告中華電信公司對公告事項（四）及（五）不服，向被告提起訴願，遭訴願不受理決定<sup>8</sup>，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟，請求撤銷訴願決定。

## 二、原告之主張

本件原告中華電信公司不服系爭行政計畫公告事項中關於「支付過渡期費」及「擴大平等接取機制」兩項決定，就法律層面上之主要指摘略以：（一）根據系爭行政計畫公告時之電信事業網路互

6 根據公告，確切之數值為自 100 年起至 105 年止，各年度一般時段過渡期費率依序為每分鐘 1.8354、1.7304、1.0383、0.6922 及 0.3461；減價時段為 0 元。從而，市話所攤得之收入比例，將因過渡期費逐年減少而依比例提升。

7 此行政計畫公告之事實及法制背景，可源自於 99 年 8 月 4 日修正前之「電信事業網路互連管理辦法」第 20 條規定。據此，市內電話與行動電話雙向通信（亦即市話撥打行動電話，或是行動電話撥打市話）之通信費，係由「行動業者訂價向發信端收取，通信費營收歸屬行動業者。」改制前電信總局於民國 90 年間，為促進各種電信業務在 89 年開放固定通信網路業務後，能平衡發展，乃擬定「跨網通信之通信費歸屬原則將朝『由發信端事業定價，營收歸發信端事業所有』之方向調整。」改制後之通傳會為貫徹上揭既定政策，遂於修正電信事業網路互連管理辦法第 20 條前先行公告系爭行政計畫。通傳會考量到電信事業網路互連管理辦法第 20 條修正後營收將改由市話業者收取，對行動業者將產生實體上之重大利益損害，遂透過系爭行政計畫，規定給予行動業者合理補救措施及過渡期間條款，以降低對行動通信業者所造成之衝擊。通傳會之上述考量，於 99 年 8 月 4 日修正電信事業網路互連管理辦法第 20 條時，亦於立法理由二中予以明揭：「為降低訂價權制度變革對行動通信網路業務經營者之影響，並給予新進固定通信網路業務經營者爭取用戶時間，明定民國 100 年 1 月 1 日起，第一類電信事業室內網路業務市場主導者市內電話用戶撥打行動通信網路時，第一類電信事業市內網路業務市場主導者應支付行動通信網路業務經營者之費用，除按每分鐘計算之接續費以外，另須按每分鐘支付過渡期費。」

8 國家通訊傳播委員會 97 年 6 月 4 日通傳訴決字第 0970005636 號訴願決定。

連管理辦法第20條規定：「行動通信網路與固定通信網路間之通信，除國際通信外，其通信費之處理，應依下列原則辦理：一、通信費由發信端電信事業依行政通信網路事業之訂價向發信端用戶收取，通信費營收歸屬於行動通信網路事業。……」據此，原告並無支付行動通信業者過渡期費之法令上義務。被告在無任何法律或法規命令依據之情形下，即作成增加原告義務之行政處分，違反依法行政原則、法律保留原則。(二)系爭公告關於原告支付過渡期費部分及擴大平等接取機制之決定或措施，不僅無法達成被告之行政目的，違反比例原則，更造成不合理之強制補貼及轉接訂價，致生不公平競爭之情形。(三)被告規定原告應額外支付過渡期費予行動通話業者，實將造成原告虧損，已經嚴重影響原告及原告投資人之權益。(四)被告強調僅課予原告過渡期費之手段，係為達成「避免行動電話經營者收入驟降97億」之目的，實則該目的並未見於本件計畫中，與本件計畫目的毫無關係，不符適合性原則。

### 三、裁判要旨及理由

本件行政訴訟之提起，依序歷經臺北高等行政法院97年度訴字第1968號裁定、最高行政法院98年度裁字第1159號裁定、臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決及最高行政法院100年度判字第1860號判決四號裁判之作成。其中，前兩號裁定涉及程序標的是否為行政處分，進而原告所提之撤銷訴訟是否具備實體裁判要件之「形式合法性」問題；而後兩號判決則是針對程序標的是否合法之「實質有無理由」問題所為之裁判。

#### (一) 程序部分

就系爭行政計畫之法律性質部分，臺北高等行政法院97年度訴字第1968號裁定認為非屬行政處分，其理由略以：「系爭計畫中明定訂價權及營收歸屬之調理由與措施，為採取上述一階段回歸發信端訂價方式，被告將修正『電信事業網路互連管理辦法』中有關

通信費處理原則等規定。另為降低對行動業者之影響，給予新進固網業者爭取市場之時間，並為促進市話撥打行動市場之競爭，所採行之配套措施，其實施前提亦須分別修正『第一類電信事業資費管理辦法』及『平等接取服務管理辦法』。……綜上，系爭計畫內容充其量僅為被告未來施政方針，公告目的在於就本次制度之變更設定明確時間之過渡期，使相關業者能明確獲知回歸期程，預為調整營運策略，此次公告不致逕行課予原告支付過渡期費及平等接取義務，原告之權利或法律上之利益未因而遭受限制或剝奪，亦即系爭公告並不具有法效性。原告主張系爭行政計畫業經對外公告實施，已對外直接發生法律效果，自屬行政處分云云，顯非可採。」從而，法院認為原告對非行政處分提起行政訴訟，請求撤銷，顯非合法，遂裁定駁回訴訟。

原告不服臺北高等行政法院上述裁定見解，向最高行政法院提起抗告。最高行政法院認為抗告有理由，廢棄原裁定，發回臺北高等行政法院更為實體上裁判。其主要論據略以：「原裁定以系爭行政計畫充其量僅為相對人未來施政方針，公告目的在於就本次制度之變更設定明確時間之過渡期，使相關業者能明確獲知回歸期程，預為調整營運策略，此次公告不致逕行課予抗告人支付過渡期費及平等接取義務，抗告人之權利或法律上之利益未因而遭受限制或剝奪，亦即系爭公告並不具有法效性，非屬行政處分等情，固非無見。惟按『本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。……』行政程序法第92條定有明文。查行政計畫如對特定人或可得確定其範圍之人之權利或義務，直接發生創設、變動消滅或確定之法律效果者，性質上屬於一種行政處分或一般處分；又確定計畫機關就計畫所為之准駁決定，係對計畫主體及利害關係人所為之法律行為，如

具有對外之性質，應屬行政處分。確定計畫機關所為准許計畫確定計畫裁決，對利害關係人亦應屬行政處分，為學者間之通說。……本件系爭行政計畫已定明自100年1月1日起實施，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者過渡期費之期間自100年1月1日起至105年12月31日止，業已明定該措施之生效日期及期間，自難謂為尚未課予抗告人支付過渡期費之義務及未對外直接發生法律效果，僅其生效日期尚未屆至而已，揆諸首開說明，系爭行政計畫對利害關係人應屬行政處分，……。」

## (二) 實體部分

至於系爭行政計畫之實質合法性部分，縱然原告主張該行政計畫系爭內容違反法律保留原則、法律優位原則、比例原則及平等原則，然臺北高等行政法院更為審理後，認為原告上開指摘，於法難認有據，以98年度訴更一字第65號判決駁回原告之訴。茲歸納裁判要旨如下：1. 被告依法得訂定有關通訊傳播監理政策之行政計畫，且已據法律授權訂定有關第一類電信事業與其他電信事業間網路之互連、費率計算及其相關應遵行事項之管理辦法。2. 被告並非逕以該行政計畫作為執行之法源，而係採取修正「第一類電信事業資費管理辦法」「電信事業網路互連管理辦法」及「平等接取服務管理辦法」等有關命令以為適用之準據。3. 被告因審酌互連雙方對用戶費之拆帳比例應符合合理之商業條件，若無創設過渡期費，原告於回歸後可拆得之金額及攤分比例遠高於回歸前（99年），因施行過渡期費制度，則使原告首年拆得金額及攤分比例略高於回歸前，並逐年調高拆得金額及攤分比例，則被告上開行政計畫採行回歸發信端訂價，乃採取過渡期費之配套措施，要與電信法第16條第2項規定之合理化原則相符。4. 被告研訂之行政計畫，若其目的在建構電信自由化之合理商業與技術條件，提出之解決措施，符合專業判斷及其他應遵守之法定程序，雖對既有業者之權益有所影響，仍無違反法律之授權範圍，並無逾必要限度，要難因對既有業者不利，而



有利於新進業者，即謂違反平等原則。

原告不服上開臺北高等行政法院判決，向最高行政法院提起上訴。最高行政法院支持原判決見解，認為系爭行政計畫並無不合。原審駁回上訴人之訴，核無違誤，上訴應予駁回。除原審業已論據之前開理由外，最高行政法院更進一步補充如下：「(一) 查被上訴人系爭公告乃將『市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫』對外揭示，並擇要臚列其主要內容，即被上訴人將來擬採取該行政計畫所定如公告事項二所示之通信費歸屬調整等相關措施，係藉由修正『電信事業網路互連管理辦法』、『第一類電信事業資費管理辦法』及『平等接取服務管理辦法』等相關法令，以解決之，……足見被上訴人系爭公告之實施時程，定有始期，且須俟法令修正後，再據以實施，則該計畫於100年1月1日施行時，上述法律所授權訂定之法規命令均已施行，故被上訴人發布系爭公告時，預先設定始期並以法律授權訂定之法規命令為據，縱將來具有對人民權利義務影響之效力，自難謂有違法律優位及法律保留原則。(二) 被上訴人擴大平等接取機制，旨在使市內電話用戶均能以平等接取之方式選擇上訴人以外之其他固網長途業者所提供之撥打行動通信網路之服務，以享有除上訴人以外之其他多重選擇之機會，以活化市場機制，提升競爭強度，自有利對於消費者權益之維護，且若任由上訴人獨占市場優勢，新進固網業者必因市場無法拓展，而放棄佈建網路。……且被上訴人並非逕以該行政計畫作為執行之法源，而係採取修正『第一類電信事業資費管理辦法』、『電信事業網路互連管理辦法』及『平等接取服務管理辦法』等有關命令以為適用之準據。是故系爭計畫於法並無不合，亦無違反比例原則等由，業經原判決詳述其得心證之理由，並無不合。」

#### 四、爭點整理

綜上對於行政法院就「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」所為一系列裁判之概覽，本件行政訴訟案件之核心爭議有二：

其一，乃涉及到行政法總論之法釋義學問題。申言之，通傳會採取「行政計畫」之行政行為形式對市網業務市場主導者——亦即本件原告中華電信公司——進行不對稱管制，該系爭之行政計畫法律性質究係為何？是否為一行政處分，進而使相對人不服時享有向行政法院提起撤銷訴訟，以為權利救濟之可能性？對此問題，臺北高等行政法院與最高行政法院見解並不一致。臺北高等行政法院於更審時，雖囿於下級審法院就具體事件於訴訟體制上應受上級審法院所指明法律見解之拘束，而變更原見解<sup>9</sup>，但從行政法制及學理角度以觀，非無進一步細究之餘地。

其二，本件行政訴訟更觸及到行政法各論中電信法上不對稱管制措施之合法性問題。從上述臺北高等行政法院及最高行政法院之判決要旨中，吾人可清晰地觀察到，行政法院對於系爭行政計畫是否具備形式合法要件——亦即法律優位原則及法律保留原則——，著墨較多，論證理路亦較明確。反之，於審查系爭行政計畫實質上

---

9 若吾人觀之臺北高等行政法院 98 年度訴更一字第 65 號判決內容一、(三)處：「被告雖訂定該行政計畫之實施時程，但須俟法令修正後，再據以實施，則該計畫是否屬於執行現行法令，而具有對人民權利義務發生規制效果之行政處分性質，抑僅為預備訂定法規命令之說明性計畫，容非無商榷餘地。是以被告抗辯上開被告之行政計畫並不具行政處分性質，固不乏見地，然參照行政訴訟法第 260 條規定……下級審法院就具體事件於體制上本應受上級審法院所指明之法律見解拘束（最高行政法院 99 年度裁字第 3019 號裁定意旨參照）。故本院就上開被告 97 年 1 月 16 日通傳企字第 09640802820 號公告『市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫』仍應以最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為基礎，更為實體判決，合先敘明。」仍可隱約察覺到臺北高等行政法院對最高行政法院裁定之見解事實上仍持保留態度，但迫於訴訟審級救濟體制，仍應受其法律見解拘束之無奈。

亦與平等原則及比例原則無違時，則僅以隻字片語帶過，立論基礎及內容似顯薄弱。此究係起因行政法院囿於通傳會作為獨立機關，司法權為表示對其管制政策上專業判斷予以尊重，而有意識地採取司法自制所使然？抑或是法院問題意識不足，未能正確洞悉當事人間複雜多樣之實體法律關係？誠有詳為探究之必要。

綜上，下文將聚焦於前揭二大核心爭議問題，對本件行政訴訟相關裁判進行觀點檢視及評析。又基於文章結構完整性考量，筆者將跳脫行政法院裁判之分點式論述脈絡及順序；取而代之者，另以「不對稱管制措施」之關鍵概念為主軸，重為體系性之建構及開展，合先敘明。

## 貳、「不對稱管制」作為民營化結果法之構成要素

### 一、不對稱管制與民營化之關連性

就行政管制之一般理論而言，國家在針對特定產業或市場形塑管制政策及架構時，往往會考量到管制對象、產業別、市場規模、自由競爭程度、消費者態度等因素之差異及特性，而設計或安排出各種適於達成管制目的之管制手段及密度。其中，針對不同市場地位之經營者，管制決策者認為有必要為差別管制者，則「不對稱管制」即是經常被納入考慮並採用之一種管制機制<sup>10</sup>。所謂不對稱管制，係指針對不同市場地位之事業，採取具有差別性規制手段或密度之一種管制行政策略。不對稱管制措施雖非僅有在公共服務自由化或是行政任務民營化之歷程關連性下始容有存在之空間，然在近

---

<sup>10</sup> 關於不對稱管制架構之詳細論述，參見石世豪，第 126 次委員會議台灣大哥大公司所報「申請解除第一類電信事業行動電話業務市場主導者」討論案協同意見書，收於：NCC 關鍵報告——創會委員的協同與不同意見書，頁 44-46（2009 年）。

年各國之管制行政實務上，不可諱言地往往與行政任務自由化及民營化關係甚密。申言之，各國政府為達儘速創造公共服務市場新進者加入市場、參與競爭之有利條件，加速甫自由化或民營化市場有效競爭早日存在之目的，實證上顯示多樂於採取不對稱管制措施<sup>11</sup>。以20世紀80年代起從歐陸興起的電信自由化及民營化風潮為例，在相關國家之電信管制規範架構中，莫不包含有以自由化前既已存在之獨占電信事業為對象的網路互連等各式不對稱管制措施<sup>12</sup>。而我國電信法及相關子法針對電信服務市場主導者所規定之電信服務資費核定義務<sup>13</sup>、批發價格訂定義務<sup>14</sup>、網路互連技術介接點設置義務<sup>15</sup>等事前管制措施，以及電信法於1999年修正時所增訂第26條之1關於第一類電信事業市場主導者禁止行為之規範，皆屬不對稱管制之著例<sup>16</sup>。

綜上所述，在電信自由化及民營化之關連性下，不對稱管制往

- 
- 11 關於不對稱管制理論及其內涵之一般介紹，可參見劉孔中，通訊傳播法：數位匯流、管制革新與法治國家，頁129-130（2010年）。
  - 12 例如關於德國電信法之管制架構，可參見陳雍之，電信市場自由化及其管制之研究——以歐洲法與德國法為中心，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁677-678（2002年）；石世豪，從管制轉向競爭之德國新電信法，收於：向競爭轉的通訊傳播匯流法制，頁116-118（2009年）。至於歐盟層次之相關規範，詳可參見王以國，歐盟網路接取與互連之規範現況與發展，科技法律透析，21卷1期，頁53-55（2009年）。
  - 13 第一類電信事業資費管理辦法第9條第1項：「第一類電信事業市場主導者主要資費之調整，應於預定實施日十四日前報請本會核定，於核定文到次日以媒體、電子網站及各營業場所公告等適當方式完整揭露資費訊息，並於公告日起七日後實施。」
  - 14 第一類電信事業資費管理辦法第11條第1項：「第一類電信事業市場主導者就其提供予其他電信事業之電信服務，應訂定批發價格。」
  - 15 電信事業網路互連管理辦法第7條第2項：「第一類電信事業市場主導者提供網路互連服務時，應於任一技術可行點設置網路介接點。第一類電信事業市場主導者遇有無法設置網路介接點之情事，應以書面向提出網路互連要求之一方說明理由。」
  - 16 參見該條之立法說明：「為維持電信自由化後電信市場之公平競爭，有必要對市場之主導者設定特別規範。」

往成為不可或缺之重要公權力管制工具。其目的，則多半旨在創造電信市場新進業者有利之競爭條件，使其能儘早取得與前獨占事業公平競爭之立足點，以形塑出一有效競爭之電信市場環境。換言之，不對稱管制作為國家之一種政策工具，旨在實現自由化及民營化後國家尚餘之「促進競爭擔保責任」(staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Wettbewerbsförderung)。在此觀點下，不對稱管制在法學上之意義，可謂為「民營化結果法」(Privatisierungsfolgenrecht)<sup>17</sup>之必要構成要素<sup>18</sup>。臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決亦明確肯定不對稱管制在電信自由化中所扮演之前提要件角色，並正確地指出：「鑑於電信自由化前之既有電信業者掌握全部資源，相較於新進業者而言，擁有事業經營經驗、網路建置、研發能力及瓶頸設施等不對稱之優勢，為使電信業市場導向合理發展與良性競爭，在網路互連初期自有必要擬定不對稱管制之相關措施以因應。……所謂不對稱管制係指對於電信市場開放前，已壟斷資源營運，享有先天競爭優勢的業者，課以較其他新進業者更

17 按「民營化結果法」為德國民營化法體系之用語，根據學說之一般見解，係指探討行政任務民營化後法制調整、(再)管制，尤其是國家角色及責任變遷等相關法制及學理問題之法律研究領域。簡言之，民營化後(after Privatization)所衍生出之所有法律問題，皆可屬民營化結果法之研究課題。相對於民營化結果法，在體系上尚存在所謂「民營化容許法」(Privatisierungszulässigkeitsrecht)之對稱概念。所指涉者，係指民營化之概念內涵、類型，以及行政任務可否民營化及其界限等相關法制及學理問題。Vgl. *Martin Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601 (601 ff.)*; 詹鎮榮，民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐——以組織私法化與任務私人化之基本型為中心，收於：民營化法與管制革新，頁 105-106 (2005 年)。

18 Vgl. *Johannes Masing, Stand und Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts*, in: Bauer/Huber/Niewiadomski (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, 2002, S. 161 (161 ff.); *Johannes Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?*, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, D. 1 ff.; 許宗力，論行政任務的民營化，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論(中)，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 606-607 (2002 年)；蔡宗珍，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，122 期，頁 13-14 (2009 年)。

多經營上的限制。故拘束電信事業與消費者之間之資費管制及拘束電信業者間之網路互連及設施共用等，皆屬必要措施。」

## 二、不對稱管制架構之特性

為因應公共服務市場開放及行政任務民營化所導入之不對稱管制機制，一般而言具有如下之制度特性：

### (一) 目的取向性

不對稱管制作為管制工具之一種，其本身並非自我目的，毋寧旨在實現管制決策者所設定之其他公益性管制目的。在行政任務自由化及民營化之關聯性下，不對稱管制通常主要係用以達成「競爭促進」之管制目的<sup>19</sup>。申言之，在一首次開放私經濟主體得自由參與特定服務供給之市場，尤其是涉及到須布建基礎設施之領域，新進業者基於歷史、產業規模、資金及時間等因素，往往無法與開放市場前享有獨占經營權之既存經營者——通常為國營事業或其民營化後之承繼事業——相抗衡。在此類市場上，尚難謂存在有公平有效之競爭。

從基本權角度以觀，特定服務項目既由國家立法者決定去國家獨占化<sup>20</sup>，開放市場自由競爭，則人民本於憲法所保障之職業自由的行使，自得選擇進入市場，以提供該特定服務作為營業性質之私經濟活動。縱然如此，自由主義下之職業自由及營業自由保護內涵，並非完全毫無先決條件，而容任基本權主體自由採取任何營業手段。毋寧，在社會之市場經濟體制下，憲法所保障之營業自由，係建構在存有「機會平等之競爭環境」前提下，始得充分獲得施

<sup>19</sup> Vgl. *Angelika Benz*, Privatisierung und Regulierung im Post- und Fernmeldewesen, in: König/ders. (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997, S. 262 (305 ff.).

<sup>20</sup> 關於去國家獨占化之憲法上要求，詳參見詹鎮榮，憲法框架下之國家獨占，收於：政大法學院公法中心編，*全球化下之管制行政法*，頁 177-194 (2011 年)。

展。此等公平有效之競爭環境，理論上固然不排除透過自由競爭機制之運作而可從市場自行產生。然而，當一市場上已存有優勢主導地位之既有業者時，根據經驗顯示，新進業者因立足點的不平等，往往須花費相當長之時間，始有可能爭取到相當之市場地位，而與既有市場主導者形成有效之競爭。更甚者，市場新進業者亦有可能因競爭力與既有主導業者相差過於懸殊，致使市場雖形式上已自由化，但實際上卻永難形成有效競爭之情形，亦非不可能。職是之故，國家本於基本權之保護義務，應積極採取得以促進市場有效競爭秩序早日形成之相關管制措施，保障新進業者之營業自由不受前獨占事業繼受者不公平之侵害<sup>21</sup>。

不對稱管制擬達成之上揭管制目的，德國於2004年修正電信法時，於第2條第2項第2款中作文義上更為明確之揭示<sup>22</sup>。據此，電信管制目標之一，乃在於「確保機會均等之競爭及促進持續以競爭為導向之電信市場」<sup>23</sup>。我國電信法雖未明白揭示競爭促進為電信管制目標，但此並無損於管制架構之形塑及管制措施之採行。通傳會於上述系爭行政計畫貳、一、(四)處亦明白揭示行政計畫訂定目標之一，即是在於「促進市話撥打行動市場之競爭制度」。

## (二) 過渡性措施

不對稱管制措施之採取，具有強烈之目的取向，已如上述。從而，倘擬實現之管制目的已達，例如市場上公平有效之競爭秩序業已形成，抑或已確認無論如何皆難達成時，則不對稱管制將因欠缺

21 參見詹鎮榮(註17)，頁131-132。

22 BGBl. 2004, I S. 1190.

23 原條文為：§ 2 Abs. 2 TKG: „Ziele der Regulierung sind: 2. die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation ...“. 詳細意涵可參見 Fabian Schuster, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., 2006, § 2 Rn. 10 ff.

合理目的之導引而喪失續存之正當性。此際，管制者即負有解除不對稱管制措施，回歸無差別待遇之一般管制架構的法律義務<sup>24</sup>。在此理解下，不對稱管制在時間因素上尚具有「過渡性」及「階段性」之特徵。易言之，其在管制架構上，係屬非永續性之暫時性工具。

至於過渡期間之長短，則須視市場實際競爭情形而定，難以一概而論。一般而言，有鑑於市場既有電信業者在市場開放前享有相當長時間之電信服務獨占權，擁有龐大之客戶數，且透過國家預算長年挹注所布建之電信網路基礎設施極為完善普及，故其競爭優勢甚強。市場新進業者縱使資金雄厚、技術先進，但由於電信網路基礎設施之建置非能一促即成，故在進入市場初期，市場規模與既有業者往往相差懸殊，難以匹敵。綜上，電信自由化市場欲形成公平有效之競爭，經驗上往往耗時頗為長久。

### (三) 以市場主導者為管制對象

不對稱管制措施之另一特性，則是以「市場主導者」為管制對象，對其施以較之於同一市場上其他非市場主導者為廣泛或高密度之作為或不作為義務，期藉此以縮短新進業者與市場主導者間之競爭立足點距離，促使公平有效競爭早日形成。基此，「差別待遇」乃為不對稱管制措施之必然概念內涵。

## 三、不對稱管制之法律上評價

基上所述，在行政任務民營化之關聯性下，不對稱管制之採取固然是立法者在甫開放之特定自由市場上，為儘早建立一公平且有

---

<sup>24</sup> 交通部 2004 年 6 月 16 日交郵字第 0930037970 號函釋說明三：「不對稱管制係在市場開放初期，針對『市場主導者』課以較高度之管制措施，由於管制之目的在於輔助市場競爭機能之不足，當競爭機制逐漸發揮時，即應逐步放寬現行之管制措施，解除過渡性不對稱管制之行政干預。」亦揭斯旨，可資參照。



效之競爭秩序經常採用之一種管制策略。然而，其作為國家之公權力措施，自當仍應受到法治國原則之拘束。尤其，不對稱管制措施對受管制之私經濟主體的自由權及平等權必然產生不利之影響，而構成基本權之侵害。故而，在法律評價上，不對稱管制措施必須滿足所有基本權限制合憲性事由，始與憲法保障人民基本權之旨趣相符。質言之，在形式要件上，必須符合法律保留原則；而在實質內容上，則必須具備有正當之公益目的，且無違比例原則等。

### 參、不對稱管制架構之具體形塑

不對稱管制作為國家促進自由化市場有效競爭之管制工具，其管制方式、內容及期程等，往往須視市場上業者間之實際經營狀況而為具體之形塑。從而，立法者對於不對稱管制架構之安排，究係採取法律直接明定或是授權主管機關以法規命令進一步具體形塑、事前管制或是事後管制、作為規範或是不作為規範，以及課以主管機關羈束性之管制義務或是賦予其管制裁量<sup>25</sup>等，原則上具有廣泛之立法形成自由。

#### 一、行政計畫作為不對稱管制架構之形塑手段

就本文所關懷之市話撥打行動通信服務而言，電信管制主管機關通傳會係透過公告「行政計畫」之方式，確立市網業務市場主導者負有支付行動通信業務經營者「過渡期費」義務之暫時性不對稱

---

<sup>25</sup> 就此而言，若吾人比較德國 1996 年電信法及 2004 年電信法之差異，即可明顯地探知兩者之管制架構存有重大差異。舊法係採在確認某電信業者事實上具市場支配地位後，由法律直接明定「應」負有受特定管制之義務。而後者則是在轉換歐盟促進電信市場競爭之思維下，先行由主管機關聯邦網路管理局進行市場界定及市場分析。於認定某電信業者屬市場主導者後，主管機關在法律所定之管制清單範圍內，「得」對其作成管制處分，課以個別之義務。參見石世豪（註 12），頁 111-114、118-120。

管制架構。對於通傳會是否享有此等「行政行為形式選擇權限」之問題本身，原告並不直接爭執。取而代之者，原告係在認知系爭行政計畫之法律性質為「行政處分」之前提下，指摘系爭行政計畫未有法律或法規命令之依據，即增加人民之義務，違反法律保留原則。

從行政法總論釋義學之觀點出發，此處實涉及到兩個層次之問題：首先，第一層次乃牽涉到通傳會「是否」(ob)得選擇行政計畫此等行政行為形式之法容許性問題。唯有在肯定之前提下，始會接續發生所選擇之行政行為形式應「如何」(wie)為內容形塑始具合法性之第二層次問題。就前者而言，原告雖不爭執，然臺北高等行政法院在98年度訴更一字第65號判決中仍依職權為審查，並於判決理由之首處，將其視為先決問題處理並予以肯定：「依國家通訊傳播委員會組織法第2條規定：『本會成立之日起，通訊傳播相關法規，包括電信法、廣播電視法、有線廣播電視法及衛星廣播電視法，涉及本會職掌，其職權原屬交通部、行政院新聞局、交通部電信總局者，主管機關均變更為本會。其他法規涉及本會職掌者，亦同。』同法第3條第1款規定：『本會掌理下列事項：一、通訊傳播監理政策之訂定、法令之訂定、擬訂、修正、廢止及執行。』足見被告依法得訂定有關通訊傳播監理政策之行政計畫，……」對於臺北高等行政法院從行政組織法中之機關法定職掌規定推導出被告享有訂定與電信監理政策相關之行政計畫權限，本文認為見解洵屬正確，殊值肯定。蓋行政計畫作為行政機關為將來一定期限內達成特定目的或實現一定構想所為方法、步驟及時程之事前設計或規劃，本質上自與機關法定職掌具有緊密之關聯性。是以，除非法律另有規定，否則行政機關原則上自得於法定職掌範圍內，「本於職權」擬定行政計畫，以勾勒出其業務如何行使之藍圖<sup>26</sup>。換言之，對特定事務有管轄權之行政機關，通常即為與管轄事務有關行政計畫之

---

26 參見董保城，行政計畫，收於：翁岳生編，行政法（上），3版，頁604-605（2006年）。

計畫主體 (Planungsträger)<sup>27</sup>。

## 二、系爭行政計畫之法律性質

通傳會作為通訊傳播監理政策訂定之主管機關，在法律無特別規定之前提下，自得本於組織法所賦予之法定管轄權，透過行政計畫之方式，就市話撥打行動通信網路之訂價機制及相關管制架構為事前之設計及規劃，已如上述。縱然如此，通傳會可否透過行政計畫之公告，直接創設受管制之電信業者權利義務，乃涉及上揭第二層次之行政計畫合法性問題。根據行政行為形式論之向來見解，行政計畫雖屬傳統之型式行政行為，但依其性質，卻未若行政處分、行政契約及法規命令之其他行政行為形式一般，具有特定之法律性質及固定之法效力。毋寧，行政計畫僅屬一種描述性之集合概念，旨在描述行政機關針對未來事務預作規劃之現象及成果而已<sup>28</sup>。單從其概念本身，既無法確認法律定性，亦不包含有固定之法效力。行政計畫因個別程序及內容之差異，其種類具多元性，而法律性質亦各自有別；事實行為、法規命令、行政規則，抑或是行政處分<sup>29</sup>等，皆屬可能<sup>30</sup>。行政計畫之上述性質，亦不因我國行政程序法第163條對其概念定有立法定義而有異。蓋該條之規定仍非屬規範性定義，毋寧旨僅在就行政計畫之重要概念特徵加以闡明及描述而已。受該條定義所涵蓋之行政計畫，種類廣泛，且未必皆有同法第164條之適用<sup>31</sup>。

27 參見陳敏，行政法總論，7版，頁647（2011年）。

28 參見林明鏞，行政計畫法論，收於：國土計畫法學研究，頁7-8（2006年）。

29 司法院釋字第156號解釋參照。

30 參見陳敏（註27），頁631-632；吳信華，行政計畫與計畫確定程序，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上），頁543（2001年）；吳志光，行政法，5版，頁290-291（2012年）。

31 基此，國內不乏有學者建議應刪除行政程序法第163條，以避免造成同法第164條適用範圍認知上之誤解。參見董保城（註26），頁601；傅玲靜，計畫確定程序法制之實然與應然——以行政機關建設大眾捷運系統之計畫確定程序為中心，中原財經法學，16期，頁11（2006年）。

回歸本文所關切之個案，原、被告間之主要爭點，亦在於對系爭行政計畫之法律性質認知不同。是以，判斷系爭行政計畫之法律性質，不僅對原告行政爭訟途徑及訴訟類型之選擇具有重大意義，更為行政法院審查其是否具備合法性之先決條件。

### (一) 行政計畫法律性質之判斷基準

針對通傳會所公告系爭行政計畫之法律性質，原、被告之爭執乃在於是否為一行政處分？就此，臺北高等行政法院97年度訴字第1968號裁定原採納被告通傳會之主張，認為「系爭計畫中明定訂價權及營收歸屬之調整理由與措施，為採取上述一階段回歸發信端訂價之方式，被告將修正『電信事業網路互連管理辦法』中有關通信費處理原則等規定。另為降低對行動業者之影響，給予新進固網業者爭取市場之時間，並為促進市話撥打行動市場之競爭，所採行之配套措施，其實施前提亦須分別修正『第一類電信事業資費管理辦法』及『平等接取服務管理辦法』。」「綜上，系爭計畫內容充其量僅為被告未來施政方針，公告目的在於就本次制度之變更設定明確時間之過渡期，使相關業者能明確獲知期程，預為調整營運策略，此次公告不致逕行課予原告支付過渡期費及平等接取義務，原告之權利或法律上之利益未因而遭受限制或剝奪，亦即系爭公告並不具有法效性。」然而，上述臺北高等行政法院之見解卻遭最高行政法院98年度裁字第1159號裁定駁回，其主要理由略以：「查行政計畫如對特定人或可得確定其範圍之人之權利或義務，直接發生創設、變動消滅或確定之法律效果者，性質上屬於一種行政處分或一般處分；又確定計畫機關就計畫所為之准駁決定，係對計畫主體及利害關係人所為之法律行為，如具有對外之性質，應屬行政處分。確定計畫機關所為准許計畫確定計畫裁決，對利害關係人亦應屬行政處分，為學者間之通說。……本件系爭行政計畫已定明自100年1月1日起實施，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者過渡期費之期間自100年1月1日起至105年12月31日止，業已明定該措施之生

效日期及期間，自難謂為尚未課予抗告人支付過渡期費之義務及未對外直接發生法律效果，僅其生效日期尚未屆至而已，揆諸首開說明，系爭行政計畫對利害關係人應屬行政處分，……。」

綜觀上述臺北高等行政法院及最高行政法院之兩號裁定，針對系爭行政計畫是否應認定為一行政處分，爭議在於其有無對外直接發生法律效果之「法效性」構成要件要素具備判斷上。臺北高等行政法院之所以予以否定，主要係根植在「屬未發生權益限制或剝奪之制度變革預告」及「尚待法規修正轉換」兩項論據上。反之，最高行政法院則以「系爭公告內容具體明確，足已對利害關係人權權益發生直接法規制效果」及「類型上屬附始期之行政處分」為由予以駁斥。按有鑑於行政計畫內容之多樣可能性，吾人欲釐清其法律定性，不可避免地仍應從其他具特定法效性之行政行為出發，判斷各該行為形式之概念構成要件是否具備。準此，在本件之爭議關聯性下，行政法院從行政程序法第92條行政處分之立法定義著手，判斷系爭行政計畫是否滿足行政處分之所有概念要素，誠屬的論，先予敘明。

### 1. 作成機關之「客觀意思」或「主觀意思」？

縱然如此，一行政行為是否直接對外發生法律效果，根據學說一般見解，原則上應以該行為表示於外之行政機關「客觀意思」為判斷準據<sup>32</sup>；至於行為機關之主觀意思本身，雖可作為判斷之參酌因素，但非屬唯一之基準。職是之故，本件被告通傳會作為系爭行政計畫之擬定及確定機關，雖於訴訟上明確表示並無透過計畫之公告「逕行課予原告支付過渡期費及平等接取義務」之主觀意思，然此等表述仍無法作為判斷系爭計畫法律性質之唯一準據。毋寧，吾人仍應從系爭計畫所彰顯出之客觀內容，斷定是否實質上足資對相

---

<sup>32</sup> 參見許宗力，行政處分，收於：翁岳生編，行政法（上），3版，頁482（2006年）。

對人或利害關係人直接發生法律效果。

## 2. 「尚待法規修正」作為排除法效性之事由？

在實質說之基礎上，系爭行政計畫內容【貳、二】處明白指出計畫所揭之過渡期費及擴大平等接取機制之配套措施，尚須透過修正電信事業網路互連管理辦理及平等接取服務管理辦法，方予實施。此等「尚待法規修正」之記載，是否足以作為排除系爭行政計畫具法效性之客觀資料，誠為本件兩造訴訟攻防最關鍵之點。對此問題，石世豪教授曾表示：「系爭計畫除預先揭露通傳會未來關於網路互連相關事項的整體管制方針之外，也擬議修正電信事業網路互連管理辦法、第一類電信事業資費管理辦法、平等接取服務管理辦法等法規命令，並於後續核定資費、裁決網路互連爭議、針對違法行為裁罰等行政處分及訂定相關裁量基準、作業要點、其他內部組織或手續性規定等行政規則中加以落實。易言之，系爭計畫的定性，亦僅止於在『政策』層次上，預擬統合相關行政作用並使其方針一致的『計畫』而已。<sup>33</sup>」在此基礎上，氏從而批評：「本案裁定將抗告人不服的過渡期費部分從系爭計畫中分離而出，並據此認為『系爭行政計畫對利害關係人應屬行政處分』，對於上述管制行政的特色及其具體運作方式，顯然存有誤解。<sup>34</sup>」

從管制行政具強烈目的取向及整合各式政策工具之特性角度出發，石教授之上揭見解甚具前瞻性，亦肯切地診斷出近年來為因應自由化及民營化潮流所興起的管制行政法體制建構問題。縱然如此，學說及實務截至目前為止所形塑出之管制行政特性及規範體系，是否明確到已足以摒除行政法釋義學之傳統問題思考模式，仍是見仁見智，未有定論。若吾人依循行政法院於本件所採行之傳統

---

33 石世豪，目標導向之網路互連管制及其違法審查——最高行政法院 98 年度裁字第 1159 號裁定評析，法令月刊，61 卷 6 期，頁 37（2010 年）。

34 石世豪（註 33），頁 38。

行政法學體系思維，則本文認為於此至少應區分「行政處分之定性」及「行政處分之合法性」兩層次思考。就前者而言，乃涉及到行政行為是否滿足行政程序法第92條所定行政處分應備之所有構成要件要素，進而在法制上可被評價為一行政處分之問題。至於後者，則是在已存有一行政處分之先決條件下，探究該行政處分是否滿足行政程序法及行政專法所要求之形式及實質合法要件問題。此兩思考層次，在行政法總論體系架構及釋義學上，涉及不同之法律問題及判斷基準，不具有可重疊性及替代性，不應混淆。就此，許宗力教授亦明確指出：「而相關法令，則毋寧是行政處分適法性的判斷準繩，對於行政行為是否發生法律效果的判斷上，原則上應無從提供助益，……。」<sup>35</sup>

在上述思考脈絡下，本文認為系爭行政計畫公告後尚待相關法規之配套修正始予實施，乃屬「行政處分是否合法」之後階段問題，而非進行「行政處分法律定性」之前階段思考時，即須加以酌量之因素。換言之，根據現代法治國家依法行政原則之要求，任何行政行為倘與人民之權利或法律上利益具重要性者，即應有法規範之依據<sup>36</sup>。若否，該行政行為充其量僅因違反法律保留原則而不具實質合法性<sup>37</sup>，但無論如何其法律性質不至於因作成後取得法規範之依據，而產生「定性上之質變」，不可不辨。綜上所述，系爭行政計畫是否法律性質上屬行政處分，仍須就其內容本身實質上是否已對相對人或利害關係人產生直接法律效果為斷。倘若計畫內容本身足以對相對人或利害關係人之權利義務直接產生具體之法規制效果，則即便是計畫明白揭示「俟法令修正再據以實施」之意旨，亦不損於其為行政處分之定性。臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決雖基於下級審法院就具體事件應受上級審法院法律見解拘

35 許宗力（註32），頁482。

36 司法院釋字第443號解釋理由書參照。

37 參見陳敏（註27），頁388。

束之訴訟體制上因素，被迫立基在系爭行政計畫係屬行政處分之前提上更為審判本案，但從判決書之行文表述中，仍難掩其依舊主張以創設法令為實施手段之行政計畫僅為不具法效性之說明性行政計畫。此觀之判決中屢屢強調「惟如行政計畫僅宣示指針性目標，且係藉由創設法令之手段，以達成目的，而非執行現行法令之具體結果，因對人民之權利義務尚未發生一定之法律效果，其所擬之措施或結論，皆屬抽象性，並不發生確定性之法效果，自欠缺訟爭成熟性，不能成為行政訴訟之對象。……被告雖訂定該行政計畫之實施時程，但須俟法令修正後，再據此實施，則該計畫是否屬於執行現行法令，而具有對人民權利義務發生規制效果之行政處分，抑僅為預備訂定法規命令之說明性計畫，容非無商榷餘地」自明。對此「補充論述」，本文認為仍有可受質疑之處。蓋法院雖透過「創設法令之行政計畫」與「執行現行法令之行政計畫」的概念區隔，嘗試證立法效性之有無。然而，為何創設法令之行政計畫即是對人民之權利義務尚未發生一定法律效果？兩者間是否具必然性？法院並未說明。單以「計畫之實現尚待法規範之配套修正」或是「計畫係藉由創設法令之手段達成目標，而非執行現行法令之具體結果」為理由，即逕行否定系爭計畫之法效性，論述似顯過於率斷、跳躍，且亦不符行政處分釋義學之一般體系理解。

綜上所述，系爭行政計畫法律性質是否為一行政處分，判斷之基準端視其內容客觀上是否符合行政程序法第92條所規定之行政處分立法定義。至於系爭行政計畫擬定及確定機關之主觀意志為何？是否僅將其界定為「政策調整預告」，不擬賦予其對外直接法律效果，則在所不問。同理，系爭計畫內容之實現是否有待於相關法規之日後配套修正，亦無涉於其法律性質之認定問題。毋寧，若計畫內容影響人民權益重大者，則系爭計畫之實施充其量僅可能因違反法律保留原則而構成違法而已。



## (二) 系爭計畫法律性質之認定

在確立一行政行為是否為行政處分之判斷基準後，系爭行政計畫若欲被評價為行政處分者，其內容客觀上自當符合行政程序法第92條之規定，已如上述。是以，本件之判斷關鍵即在於系爭計畫公告事項（四）及（五）本身，是否實質上具有對被告產生行政法上作為、不作為或容忍義務之具體法規制效果？對此問題，最高行政法院98年度裁字第1159號裁定採取肯定之見解，認為：「本件行政計畫……業已將前電信總局於91年公布之『電信自由化政策白皮書』所揭示之原則，加以檢討並修正後予以明確化，……明定訂價權及營收歸屬、過渡期費之負擔、實施日期及方式等具體事項，而已影響及包括抗告人在內之市網及行動通信業務經營者之權利或義務，係屬就公法上具體事件所為之公權力措施。」至於「本件系爭行政計畫已定明自100年1月1日起實施，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者過渡期費之期間自100年1月1日起至105年12月31日止，業已明定該措施之生效日期及期間，自難謂為尚未課予抗告人支付過渡期費之義務及未對外直接發生法律效果，僅其生效日期尚未屆至而已，……」前大法官吳庚教授對於最高行政法院之上述裁定，解讀為是行政裁判實務對一般處分之認定似有「寬鬆之趨勢」<sup>38</sup>。縱然如此，最高行政法院此號裁定見解，或是寬鬆認定一般處分之態度，是否妥適，值得吾人進一步詳為檢視。

### 1. 過渡期費支付義務部分

首先，關於過渡期費部分，系爭計畫公告事項（四）：「回歸後，市網業務市場主導者之用戶撥打行動通信網路時，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者之費用為前項所指接續費加過渡期費（按每分鐘計）。過渡期費計算以回歸前與行動通信業務經營

---

<sup>38</sup> 參見吳庚，行政法之理論與實用，12版，頁313（2012年）。

者中所拆得收入之最低者（不包括中華電信股份有限公司）減去前項所指接續費為起始值，並自100年1月1日起至105年12月31日止，逐年按比例遞減至零。」據此，吾人可進一步將過渡期費之不對稱管制架構分析如下：（1）義務主體：市網業務市場主導者；（2）義務內容：向用戶所撥打之行動通信網路業務經營者支付過渡期費之金錢給付義務。（3）給付期限：自100年1月1日起至105年12月31日止，共計六年。（4）金額計算標準：依該系爭公告所定，為以回歸前與行動通信業務經營者中所拆得收入之最低者（不包括中華電信股份有限公司）減去接續費為起始值，於六年內逐年按比例遞減至零。此等公告內容，無論就義務主體、內涵，或是履行期限，皆遠遠超出管制政策之方向性及框架性揭示，而甚為具體明確，無待於行政機關再為後續意思表示之介入，始得以創設出法規制效果。透過此公告本身，實質上已對包含被告在內之市網業務市場主導者直接產生營業自由及財產權限制之不利法律效果。縱使在實務上，市網業務市場主導者尚須與行動通信網路業務經營者簽訂民法性質之網路互連服務契約，將接續費及過渡期費轉換成契約約款之一部分，然因此等具公權力性質之過渡期費管制措施內容明確，故市網業務市場主導者之過渡期費支付義務仍應評價為係由系爭計畫所「創設」。契約雙方當事人間在轉換成契約義務之歷程中，並無任何自由形塑之空間。而管制主管機關縱使尚須對業者營業規章及資費為核定，甚至在義務主體違反支付義務時，為後續爭議裁決、強制執行或是裁罰措施之介入，亦是立基在系爭計畫所課以之過渡期費支付義務上所採取之實現管制目的作為而已<sup>39</sup>。是以，本文認為系爭計畫中有關過渡期費支付部分，實質上已在「特定期限內市話撥打行動通信網路」之個別具體事件上，對可得確定之市網業務市場

<sup>39</sup> 不同意見者，參見石世豪（註 33），頁 33。氏認為最高行政法院 98 年度裁字第 1159 號裁定無視於過渡期費之實施尚須踐行其他行政程序，如法規命令之修正、主管機關依修正後新規定對營業規章及資費之核定、裁決網路互連爭議等，「方能」使系爭計畫內容具體發生法律效果。

主導者產生權利限制之直接法律效果；其法律性質受評價為行政處分，應無不妥。在此範圍內，最高行政法院98年度裁字第1159號裁定見解，本文給予肯定。

## 2. 擴大平等接取機制部分

至於擴大平等接取機制部分，系爭計畫公告事項（五）指出：「市網業務經營者用戶得透過平等接取方式選擇另一第一類電信事業長途網路業務經營者所提供之撥打行動通信網路之服務。」系爭計畫【貳、二、（六）】處之說明進一步對其內容描述如下：「考量中華電信公司之市話市場佔有率於96年3月底仍達97.39%，為促進市話撥打行動市場之競爭，並避免中華電信公司將市話之優勢地位延伸至市話撥打行動之市場，爰參考國外之作法，配合回歸時程，擴大平等接取機制適用範圍，使各市內電話用戶均能以平等接取之方式選擇另一固網長途業者所提供之撥打行動通信網路之服務。亦即藉由中華電信公司市話用戶具有多重選擇之機會，促使市場更為競爭，避免訂價權回歸後獨厚於中華電信公司市話。」綜上，系爭計畫中所公告之所謂「擴大平等接取機制」，其實質內涵應是課以市網業務經營者負有容忍用戶以平等接取之方式，選擇另一固網長途業者所提供之撥打行動通信網路服務之容忍義務。若此，則本公告事項雖對市網業務經營者與其市話用戶間之服務契約內容予以設限，進而構成市網業務經營者營業自由及契約自由之限制。然而，此等限制權利之法規制效果，是否係針對特定人或可得特定之人就具體事項所為，從而可同被評價為行政處分，不無疑義。固然，根據系爭行政計畫之說明，本項擴大平等接取機制「實際上」旨在避免被告將其市話優勢地位延伸至市話撥打行動之市場。然而，從規範面而言，該項措施之適用對象並不限於市話市場主導者而已，毋寧普遍及於所有市網業務經營者。換言之，不僅中華電信公司負有容忍用戶平等接取其他固網長途業者以撥打行動通信之義務，其他取得固網業務經營執照之臺灣固網公司、亞太電信公司、新世紀資

通公司等，亦屬受拘束之對象。至於實際上是否有中華電信以外市網經營業者之用戶選擇其他固網長途業者以撥打行動通信，則涉及費率是否優惠之市場競爭問題，不宜與規範內容混為一談。準此，擴大平等接取機制之規範對象，並非針對特定人或可得特定之人，而係一般性地及於所有之市網業務經營者。再者，系爭公告事項亦非就具體個案為規制，毋寧係抽象性地、通案性地就多數不特定事件為規範。申言之，凡有市話用戶欲以平等接取方式選擇另一固網長途業者所提供之撥打行動通信服務，則據此公告事項，市話業務經營者即須容忍，不得拒絕或阻擋。此等容忍義務之發生，具有反覆性，而不限於某具體事件上。綜上所述，本文認為系爭計畫中關於擴大平等接取機制部分，雖課以市網業務經營者容忍用戶平等接取之義務，而具有法效性，但其規制對象既非針對特定人或可得特定之人，規制事件亦非屬具體個案，故法律性質誠難謂為行政處分，毋寧應較傾向於法規命令或職權命令<sup>40</sup>。最高行政法院98年度裁字第1159號裁定未查系爭行政計畫各公告事項內容之差異性，透過「確定計畫裁決」(Planfeststellungsbeschluss)機制為媒介，將系爭行政計畫視為一個整體(Einheit)，並藉由「確定計畫機關所為准許計畫確定計畫裁決，對利害關係人亦應屬行政處分，為學者間之通說。」之論述，證立確定計畫裁決之客體——亦即包含有五項主要內容之系爭行政計畫為單一之行政處分，操作上未盡細膩，且未真正理解確定計畫裁決之所以在學說及法制上被評價為行政處分所指涉之行政計畫內涵<sup>41</sup>。

40 參見吳庚(註38)，頁308-313。

41 確定計畫裁決之法律性質之所以被評價為一行政處分，其理由詳參見廖義男，計畫確定程序規範之探討——台灣行政程序法立法中爭論之議題，收於：行政法之基本建制，頁198(2003年)：「確定計畫之裁決，係就特定土地之利用、公共事業之設立或公共設施之設置等具體事件之規劃，為核准之決定，對可得特定之權利或利益受計畫影響之人直接發生法律效果，且亦可能係有關公物之設定、變更及利用之決定，因此，合乎行政處分之定義，為一行政處分，應無疑義。」針對最高行政法院98年度裁字第1159號裁定取徑「確定計畫裁決」以證立系爭行政計畫屬行政處分之批評，另可參見石世豪(註33)，頁33。

### 三、小結

通傳會依其組織法第3條第1款規定，掌理通訊傳播監理政策之訂定、法令之訂定、擬訂、修正、廢止及執行。基此，為達市話業務市場健全發展及有效競爭之管制目標，其自有訂定並公告系爭「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」之事務管轄權。該計畫公告事項（四）要求市網業務市場主導者於特定期限內應向其用戶所撥打行動通信網路之業務經營者支付一定金額之過渡期費，係就具體事件對可得確定之市網業務市場主導者課以金錢給付義務之直接法律效果，本文認為法律性質上應屬行政處分。即使計畫將俟日後修正相關法令方予實施，亦無損於此等法律定性。反之，公告事項（五）之擴大平等接取機制，固課以市網業務經營者負有容忍其用戶選擇另一固網長途業者所提供之撥打行動通信服務義務，而產生法拘束力。然因規範對象係所有之市網業務經營者，且義務之形塑尚具抽象性，非針對特定之具體事件，故性質上不可與上述過渡期費支付義務同視為是行政處分。

### 肆、不對稱管制之司法審查

電信管制主管機關縱使本於法定職掌，得擬定妥適之相關管制政策、形塑管制架構，並進而採取具體之管制措施，以達成特定之管制目的。然而，管制行政作為國家公權力行為之一環，自應受法治國原則之拘束。從而，本文所聚焦之系爭過渡期費支付義務不對稱管制措施，在現行法秩序下當亦須具備合法要件，始符法治國家之要求。倘受管制對象對該管制措施之合法性有所質疑者，本於憲法第16條訴訟權之保障，自得循行政爭訟途徑，以為權利救濟。本件系爭行政計畫經最高行政法院裁定屬行政處分後，發回臺北高等

行政法院更審，並以98年度訴更一字第65號判決確認其合法性，駁回原告訴訟。原告不服，上訴最高行政法院。最高行政法院以100年度判字第1860號判決維持原審見解，確認系爭行政計畫合法性定讞。以下首先茲就系爭行政計畫中公告事項（四）所規定支付過渡期費不對稱管制措施之形式合法性要件，進行探究及評析。繼之，再從權力分立角度出發，思考行政法院在審理行政管制措施合法性時，所得審查之範圍及密度。

### 一、法律保留原則之適用問題

不對稱管制措施作為一種行政行為，除應滿足行政程序法上所規定之行政行為一般合法要件，以及其所採取之行政行為形式的特別合法要件外，尚須符合專業法律上之特殊規範與法則。就系爭之支付過渡期費不對稱管制措施而言，因法律性質上屬行政處分，故行政程序法第一章總則及第二章行政處分之規定，自應遵守，始具合法性。換言之，系爭不對稱管制措施應符合依法行政原則、明確性原則、比例原則，且非有正當理由，不得為差別待遇等。此外，有鑑於系爭措施屬於電信管制架構之一部分，故尚應符合電信法及其子法中有關此等不對稱管制措施之相關規範。有鑑於在本案中，系爭計畫有無違反法律保留原則為兩造論戰之關鍵爭點。準此，以下僅聚焦於此項合法性要件而開展論述，合先敘明。

#### （一）行政法院之見解

行政行為若涉及人民自由權利重大者，應有法規範之依據，始符法律保留原則之要求。就系爭計畫而言，原告中華電信公司即主張被告通傳會無任何法律或法規命令之依據，即作成增加以金錢給付義務之行政處分，違反法律保留原則。臺北高等行政法院於更審判決中——亦即臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決，對此主張有如下之回應：「被告依法得訂定有關通訊傳播監理政策之行政計畫，且已據法律授權訂定有關第一類電信事業與其他電信事

業間網路互連、費率計算及其相關應遵行事項之管理辦法。又……99年8月4日修正後同條（筆者按：此處係指稱電信事業網路互連管理辦法第20條）規定：『行動通信網路與固定通信網路間之通信，除國際通信外，其通信費之處理，應依下列原則辦理：一、通信費由發信端電信事業依行動通信網路事業之訂價向發信端用戶收取，通信費營收歸屬於行動通信網路事業。但自民國100年1月1日起通信費由發信端電信事業訂價並由其向發信端用戶收取，通信費營收歸屬於發信端電信事業。二、呆帳由發信端電信事業負責，發信端電信事業不得因呆帳之發生而免除其支付受信端電信事業相關費用之責任。民國100年1月1日起至105年12月31日止，第一類電信事業市內網路業務市場主導者應支付行動通信網路事業過渡期費，其費率如附表。前項所稱過渡期費，指第一類電信事業市內網路業務市場主導者因通信費訂價權及歸屬之變更，於民國100年1月1日起至105年12月31日止支付行動通信網路事業之費率。』」「而且被告並非逕以該行政計畫作為執行之法源，而係採取修正『第一類電信事業資費管理辦法』『電信事業網路互連管理辦法』及『平等接取服務管理辦法』等有關命令以為適用之準據。是故按諸上開說明，本件原告指摘上開行政計畫違反法律保留原則……，於法難認有據。」而最高行政法院100年度判字第1860號判決除重揭99年8月4日修正後之電信事業網路互連管理辦法第20條規定外，尚進一步明確指出：「被上訴人系爭公告之實施時程，定有始期，且須俟法令修正後，再據以實施，則該計畫於100年1月1日施行時，上述法律所授權訂定之法規命令均已施行，故被上訴人發布系爭公告時，預先設定始期並以法律授權訂定之法規命令為據，縱將來具有對人民權利義務影響之效力，自難謂有違法律優位及法律保留原則。」據此，臺北高等行政法院及最高行政法院率皆肯定系爭計畫無違法律保留原則。

## (二) 系爭行政處分違法判斷基準時點之擇定

就上述兩號判決內容而言，首先值得肯定者，乃是行政法院在系爭計畫屬行政處分之前提下，將其有無違反法律保留原則之爭議，置於「實體事項」中審查。此意味著，行政法院終正辨行政處分有無違反法律保留原則，在行政法總論體系上，係屬行政處分之「合法性問題」，而非如其之前裁定時所誤解之「行政行為定性問題」。

在合法性審查之架構下，系爭不對稱管制措施於「作成後、生效前」已取得法規範依據，並且此所有歷程皆在臺北高等行政法院更審判決前終結。從而，本件訴訟於審查程序標的有無違反法律保留原則時，尚涉及到行政法院對行政處分違法判斷之基準時問題。按根據學理及實務通說見解，撤銷訴訟之違法判斷基準時點，原則上應以「行政處分作成時」為準。換言之，行政法院於訴訟程序中係立於「事後」(*ex post*) 審查者之角色，檢視系爭行政處分之合法性，並據之決定是否予以撤銷，故而原則上係以行政處分作成時之法律及事實狀態為斷<sup>42</sup>。然而，有鑑於若干案件性質上具特殊性，故學說及實務則例外地承認，行政法院對此等特定案件類型之違法判斷基準時點，不採「原處分作成時」，毋寧採「事實審言詞辯論終結時」，或是在不經言詞辯論之情形下，採「行政訴訟判決時」。屬於此等特殊案件類型者，主要有「具持續效力之行政處分」及「尚未執行之行政處分」。而之所以承認此等行政處分之違法判斷基準時點，例外地以「言詞辯論終結時」為斷，主要理由在於因其於訴訟繫屬中，效力仍持續發生，或是尚未終結。為使法院得以持續監控此等行政處分之合法性，故於其作成後若發生法律或事實狀態之事後變更，致使於言詞辯論終結前已喪失原有之合法性

---

42 參見最高行政法院 98 年度判字第 417 號判決、98 年度判字第 243 號判決及臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1876 號判決。



者，則基於人民權利保障之觀點，例外地容許法院得予撤銷<sup>43</sup>。至於此等行政處分若是「由自始違法轉為事後合法」者，則無上述例外情形之適用，毋寧仍應回歸以「行政處分作成時」為違法判斷基準時之原則案型。

在上述撤銷訴訟判斷基準時點法則之基礎上，若吾人回歸本文所關懷之行政訴訟案件，則系爭行政計畫中關於支付過渡期費不對稱管制措施部分，因計畫中明定義務期限為六年，故性質上為一具持續效力之行政處分無疑。然而，其一方面與上述「具持續效力之行政處分」的例外案例類型所不同者，並非「由合法轉違法」。另一方面，與適用「原處分作成時」判斷基準時點之「由違法轉合法」亦有所差別。毋寧，系爭行政處分乃屬「『在生效前』由違法轉合法」之情形。從而，行政法院於判斷系爭行政處分違法性時，究應採取「原處分作成時」，抑或「言詞辯論終結時」作為判斷時點，即生疑問。從最高行政法院100年度判字第1860號判決中所為之論述：「該計畫於100年1月1日施行時，上述法律所授權訂定之法規命令均已施行，故被上訴人發布系爭公告時，預先設定始期並以法律授權訂定之法規命令為據，縱將來具有對人民權利義務影響之效力，自難謂有違法律優位及法律保留原則。」吾人可以明顯得知，最高行政法院係採「言詞辯論終結時」之例外判斷基準時點。

對於最高行政法院之擇定結果，本文雖表贊同；然其未作任何支撐論證，而似將其視為自明之理，是為遺憾之處<sup>44</sup>。按行政訴訟

43 參見林三欽，論行政訴訟之判斷基準時——兼評最高行政法院 94 年度判字第 588 號判決，收於：湯德宗、劉淑範編，2005 行政管制與行政爭訟，頁 63（2006 年）。

44 實則，原告早在臺北高等行政法院更審程序中，即在原告主張【(一)、5】處提出應以「處分作成時」為行政處分是否合法之判斷基準時。對此，臺北高等行政法院於 98 年度訴更一字第 65 號判決中完全未見回應。最高行政法院 100 年度判字第 1860 號判決雖有進一步論述系爭行政處分生效、法規命令修正及裁判作成時彼此間之時序關係，但亦未見有明白點出行政處分違法判斷基準時點之相關論述。

判斷基準時點之判定基準何在，林三欽教授歸納出主要有「權力分立」、「訴訟經濟」、「實體從舊、程序從新」及「個別實體法領域特性」等觀點可供思考<sup>45</sup>。若依循此脈絡思考，則本文認為在本系爭案件中，「權力分立」應是重要之考量因素。蓋上述學說之所以主張「自始違法轉事後合法」之具持續效力行政處分，行政訴訟上之違法判斷基準時點仍應以「原處分作成時」為斷，主要理由應在於原處分作成時亦同時，或是在極為緊密之期間內接續發生效力，致使處分相對人或利害關係人之權利或法律上利益於提起行政訴訟前即已因違法行政處分之規制力而受到侵害或影響。此際，本於人民訴訟權保障之旨趣，行政法院自當以原處分作成時之事實及法律狀態，認定行政處分違法並予以溯及既往地撤銷，以回復人民未受侵害前之原有權益狀態。反之，倘行政處分作成時雖自始違法，但在生效前業已轉為合法，致使當行政處分內部效力發生時，縱使對處分相對人發生不利之法律效果，但卻是合法之權利限制。換言之，處分相對人自原處分生效時起，即不曾有權益受到行政處分不法侵害之情形發生過。又若上述「行政處分生效時已轉而合法」之現象於行政訴訟提起後、言詞辯論終結前發生者，則行政法院宜扮演積極之合法性持續監控者角色，考量行政處分作成後始更新後之法律及事實狀態，作為裁判之準據。是以，本文所探討之案件，似亦可增列至上述所稱「例外案例類型」之中，並類型化為「定有始期之行政處分」，以「言詞辯論終結前」作為行政處分違法判斷基準時點。

## 二、實質合法性之司法審查密度

針對系爭不對稱管制措施之合法性，除上述形式上有無違反法律保留原則之爭議外，原告尚主張實質上有違適當性原則、比例原則及平等原則等。就此指摘，臺北高等行政法院98年度訴更一字第

---

45 參見林三欽（註43），頁51-53。

65號判決及最高行政法院100年度判字第1860號判決皆予以駁回，而確認系爭計畫之合法性。值得吾人注意者，為行政法院之思考理路及審查密度。相較於原、被告之主張，行政法院「本院判斷」部分之篇幅顯不相當，極盡精簡。其審查脈絡略可簡約歸納為「不對稱管制手段投入之必要性」及「管制主管機關對不對稱管制措施具體形塑享有專業判斷」兩層次。申言之，行政法院首先證立在電信自由化之初期，為補足新舊業者在競爭市場中不公平之立足點，達成特定市場上儘早形成公平、有效競爭之管制目標，不對稱管制之採取係屬「必要措施」。繼之，行政法院認為系爭計畫中形成性地課以市網業務市場主導者之原告在與行動業務經營者網路互連時，負有支付過渡期費之義務，係屬電信管制主管機關通傳會——亦即被告——本於實現促進競爭之管制目的所提出之不對稱管制具體解決措施，「符合專業判斷及其他應遵守之法定程序，雖對既有業者之權益有所影響，……並無逾必要限度，要難因對既有業者不利，而有利於新進業者，即謂違反平等原則」。行政法院上述論述脈絡及審查內容，涉及管制行政爭訟案件上之一項根本性問題，亦即法院對於管制主管機關為達成管制目的所形塑之管制架構及措施，可否及如何進行審查？易言之，在管制行政範疇內，行政機關是否享有管制架構及措施形成並執行之「最後決定權」(Letztentscheidungsrecht)，從而司法權應予高度尊重？對此問題，德國聯邦行政法院近年來裁判亦同表關注，且已有較具體之立場，或可給予我國若干啟示。以下先就德國聯邦行政法院裁判實務之發展趨勢及學界之討論狀況，予以概述。繼之，擬再從比較法觀點，評析我國行政法院目前所採取審查基準及密度之妥適性。

#### (一) 德國聯邦行政法院對「管制裁量」概念之提出

「管制裁量」(Regulierungsermessen) 之用語，首次出現於德國

聯邦行政法院2004年3月31日一項涉及電信法上網路互連命令爭議之判決中<sup>46</sup>。德國聯邦行政法院使用此用語，目的僅在於說明原告「唯有在管制機關之『管制裁量』收縮『至零』之情形下，始有可能存在有要求管制機關下命之請求權」。至於管制裁量之概念內涵究係為何，與行政法傳統上之一般行政裁量有何異同，判決中則隻字未提。德國聯邦行政法院在稍後2007年11月28日一項關於網路互連管制處分爭議之判決中提到：「聯邦網路管理局（Bundesnetzagentur）根據電信法第21條第1項第2句規定，於審查課予接取義務是否有其正當性，並且是否與同法第2條第2項之管制目的相符時，應從廣泛之權衡（Abwägung）觀點，考慮包含有七款內容之清單。此等規範架構，旨在排除透過眾多不確定法律概念所調控之權衡與接踵而來的裁量行為間彼此脫鉤，而使前者受到完全之司法審查。毋寧，權衡係屬管制裁量本身不可分割之構成部分，且為聯邦網路管理局在對法律進行合目的性解釋時所被賦予之權限<sup>47</sup>。」德國聯邦行政法院於此對管制裁量之內涵開始有較為詳細之表述，並說明其與司法審查間之關係。換言之，其透過「管制裁量」之概念，作為聯邦網路管理局「選擇及形成餘地」（Auswahl- und Gestaltungsspielraum）之同義詞；並且似有意藉此概念，將傳統一般行政法上屬於構成要件層次之「不確定法律概念」及法律效果層次之「行政裁量」整合，而形成一個不可分割之單一管制規範結構。行政機關於此所享有者，非如同傳統行政法釋義學所操作一般，在構成要件層次為不確定法律概念之明確化，而在法律效果層次為裁量權之行使。毋寧取而代之者，其為達特定目的，對於該單一管制規範結構享有管制裁量權限。而且該權限之行使，不再如傳統行政法學理論及實務見解一般，構成要件部分之不確定法律概念的具體化原則上受法院之完全審查，法律效果部分之行政裁量原則

---

46 BVerwGE 120, 263 (275).

47 BVerwGE 130, 39 (48).

上僅受法院之合法性審查的密度區分思考。取而代之者，透過管制裁量理論之提出，將行政機關因管制裁量所作出之決定本身作為一個不切割構成要件及法律效果之「整體」，並限制法院對該決定整體之合法性審查。綜上德國聯邦行政法院對於管制裁量概念之理解，德國學界遂將管制裁量概念予以一般化之歸整，並提出如下之四項概念特徵：1. 在法律效果部分，行政機關享有甚為廣泛之「選擇及形成餘地」；2. 該選擇及形成餘地之行使，與透過在法律構成要件部分之諸多不確定法律概念調控之「權衡」，具有不可分割之關聯性；3. 涉及之管制行政任務具有「評價及預測性之要素」（Wertende und prognostische Elemente）；4. 對於眾多彼此對立之管制目的及其他之公、私益間，應進行「比重分配及調和」<sup>48</sup>。

繼上述先導判決之後，德國聯邦行政法院在稍後之電信法相關判決中，亦一再藉由「管制裁量」之概念，作為個案審理之論證基礎<sup>49</sup>。例如：在2008年4月2日所作成之同涉及課予接取義務之判決中<sup>50</sup>，德國聯邦行政法院在上述2007年11月28日判決所已建構出之管制裁量概念基礎上，更進一步延伸內涵，略以：「受眾多不確定法律概念所調控之廣泛權衡，無法從聯邦網路管理局之裁量行為中分離，毋寧為取徑自計畫裁量（Planungsermessen）之管制裁量的構成部分。當根本未為權衡——權衡欠缺（Abwägungsausfall），未考量到依情勢應納入權衡之利益——權衡不足（Abwägungsdefizit），相關利益所具之意義遭到誤判——權衡錯估（Abwägungsfehleinschätzung），或是以不合個別利益客觀重要性比例之方式為利益之調和——權衡失衡（Abwägungsdisproportionalität）時，管制裁量之行使即罹有瑕疵<sup>51</sup>。」據此，法

48 Vgl. Markus Ludwigs, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290 (290 ff.).

49 Vgl. z. B. BVerwGE 131, 41 (41 ff.); BVerwG, Urteil v. 27. 1. 2010 – 6 C 22/08 = NVwZ 2010, 1359; BVerwG, Urteil v. 11. 12. 2013 - 6 C 23/12.

50 BVerwGE 131, 41 (41 ff.).

51 BVerwGE 131, 41 (62).

院原則上僅得在「行政機關作成系爭管制決定之理由中所表達之權衡」(diejenige Erwägungen, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat)範圍內，進行有無上揭權衡瑕疵之審查。聯邦行政法院對於管制裁量之審查範圍及密度所採取之此等態度，其間已成為行政法院之穩定見解，而一再出現在與管制裁量合法性爭議相關之裁判中<sup>52</sup>。

德國聯邦行政法院於上揭先導性判決中，將「管制裁量」與「計畫裁量」相提並論，並明白指出管制裁量係根據計畫裁量機制創設而出。是以，在行政計畫法上普遍受到肯認之「權衡誠命」(Abwägungsgebot)，於管制裁量上亦有適用之餘地。行政機關原則上雖享有廣泛之管制裁量，但仍應負有調查、考量並調和各方參與者利益之權衡義務。此對司法權行使之影響意義，則在於行政法院針對管制主管機關行使管制裁量是否違法進行審查時，其範圍僅能限於檢視其有無上述所列之各種「權衡瑕疵」(Abwägungsfehler)而已。除此之外，行政法院應尊重管制主管機關之決定餘地；行政機關享有管制架構及措施內容形成上之最後決定權(Letztentscheidungsrecht)<sup>53</sup>。

上述德國聯邦行政法院將行政計畫法上之計畫裁量理論套用於管制行政法領域，提出「管制裁量」之概念，並使行政法院之審查密度同受限於「權衡瑕疵」之判斷上，主要之法理基礎乃在於其認為「管制行政」與「計畫行政」兩者間存有高度之同質性，皆具有

---

52 Z. B. BVerwG, Urteil v. 12.6.2013 - 6 C 10/12; BVerwG, Urteil v. 23.10.2013 - BVerwG 6 B 16.13; BVerwG, Urteil v. 11.12.2013 - BVerwG 6 C 24.12; 中文文獻可參考陳耀祥，論管制裁量與司法審查密度——德國管制行政法之新興議題，收於：司法院編，行政訴訟制度相關論文彙編第7輯，頁357-359(2010年)。

53 Vgl. Alexander Proelss, Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 136 (2011), S. 402 (402 ff.); Wolfgang Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 10 Rn. 65.

目的取向性、利益複雜性、動態性及未來預測性等特徵。兩行政專業領域之法規範架構，與其他行政法領域所慣用之「若…，則…」(wenn-dann)「條件式模型」(konditionale Programmierung)有所不同，毋寧多採取「目標模型」(finale Programmierung)。此等特殊之立法架構，內含有容任計畫主體及管制機關甚為廣泛形成自由及裁量空間之潛在意圖，俾使其能選擇出對立法所設定之終局目標的實現最為適宜之計畫內容及管制措施<sup>54</sup>。

最後，尚須說明者，德國聯邦行政法院所提出審查管制裁量措施是否具合法性之權衡瑕疵判斷，僅屬法院針對管制裁量類型之行政決定所行使之一種合法性「審查方法」而已；其既非在於創設新的管制裁量實質合法性要件，亦無取代現有之實質合法要件的意圖。質言之，法院透過有無權衡瑕疵之審查方法的操作，目的仍在於確認系爭管制裁量決定實質上有無因違反平等原則或是比例原則而違法。在此思考脈絡下，行政機關違反比例原則之權衡，即可被視為是一種權衡失衡之瑕疵情況，從而管制裁量決定乃構成違法。至於權衡瑕疵之判斷，在管制裁量之範疇內，則屬法院應行採取之一種必要且唯一之審查方法。於此，法院即不再針對管制裁量決定是否因違反比例原則，而依循傳統之適宜性、必要性及狹義比例性等基準逐一予以審查。蓋管制裁量理論之提出，目的正是在於考量到管制架構之目的取向性及法律關係複雜性，故賦予主管機關享有較大之管制行政內容形塑空間。若法院仍依循行政行為實質合法性之傳統嚴格審查基準，不啻復限縮了擴大行政機關管制裁量餘地之制度旨趣。是以，德國聯邦行政法院提出管制裁量之理論，無非是希冀透過司法審查基準及方法之變革，以達擴大行政機關管制架構及內容形塑空間之實質目的。

---

<sup>54</sup> Vgl. *Manfred Aschke*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VwVfG*, Stand: 1. 7. 2012, § 40 Rn. 29.

## (二) 管制裁量理論對本件訴訟之啟示

### 1. 系爭行政計畫之管制裁量特性

上述德國聯邦行政法院晚近裁判實務所發展出之電信法上「管制裁量」理論，雖然遭受到部分學者之質疑與批評<sup>55</sup>，認為聯邦行政法院錯將管制裁量與計畫裁量比附援引，自我設限審查範圍及密度，致使原告之法官聽審請求權受到限制，實有違基本法第19條第4項保障人民訴訟基本權之精神<sup>56</sup>。然而，本文認為管制裁量理論仍可在一定程度上忠實地反應出管制行政法不同於其他行政法領域之規範特性及受司法審查之密度差異。或許，為因應行政任務自由化及民營化後「解除管制後再管制」要求所興起之現代意義的管制行政法，性質上確與計畫行政法仍有不小差異。但不容否認地，管制行政法之目的取向性及利益複雜性確實較之於其他傳統行政專法領域為強，而與計畫行政法較為趨近<sup>57</sup>。在此思考脈絡下，倘管制

---

55 Vgl. *Thomas v. Danwitz*, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, S. 977 (981 ff.); *Klaus Ferdinand Gärditz*, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005 (1005 ff.); *Klaus Ferdinand Gärditz*, Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, AöR 135 (2010), S. 251 (251 ff.); *Jens Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (325 ff.); *Norbert Wimmer*, Kontrolldichte – Beobachtungen zum richterlichen Umgang mit Entscheidungsprärogativen, JZ 2010, S. 433 (438 ff.); *Viktor Winkler*, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, DVBl. 2013, S. 156 ff.

56 Vgl. *Michael Sachs/Christian Jasper*, Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume - Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, S. 649 (649 ff.).

57 Vgl. *Thorsten Attendorn*, Das „Regulierungsermessen“. Ein deutscher „Sonderweg“ bei der gerichtlichen Kontrolle tk-rechtlicher Regulierungsentscheidungen?, MMR 2009, S. 238 (238 ff.); *Thorsten Attendorn*, Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzagentur und die Sinnenprüfung – planerische Gestaltungsfreiräume bei der Zugangsanordnung nach § 21 TKG?, DVBl. 2008, S. 1408 (1415 ff.); *Claudio Franzius*, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht?, DVBl. 2009, S. 409 (413); *Thomas Mayen*, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht - Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ 2008, S. 835 (835 ff.); *Proelss* (Fn. 53), S. 402 (424 ff.); *Joachim Wieland*, Regulierungsermessen im Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht,



規範之架構具有強烈之「目的實現性」，而且對於達成管制目的之手段，立法例上明顯採取「概括授權」之方式，有意賦予管制主管機關較為廣泛之架構形成及措施採取決定空間者，則本文認為，於此先決要件滿足之情形下，似不妨考慮可借鏡於德國聯邦行政法院所發展出之管制裁量理論，用以審視我國管制主管機關裁量餘地（Ermessensspielraum）之範圍，並以之界定行政法院對行政管制決定進行合法性審查之密度<sup>58</sup>。反之，倘立法者對於實現管制目的之管制架構及措施，業已透過立法明文，容任予管制主管機關之形塑空間不大，則在此情形下，管制措施之執行雖在體系上仍屬管制行政法之範疇，但行政機關之角色卻僅是管制措施之單純執行者而已，或雖有裁量權，但僅限於一般行政法上所指稱之單純「法律效果」層面，上揭之管制裁量理論即不宜一律肯定有適用之餘地。

在此命題下，回歸本文關注之系爭措施。按我國電信法本身對於市話撥打行動電信之網路互連方式、計價方式、營收歸屬等，皆未有具體明確管制架構之規定。取而代之者，電信法僅對網路互連及第一類電信事業市場主導者定有若干重要性之管制規範框架而已。在此前提下，通傳會作為通訊傳播管制主管機關，如何在一個既有業者仍擁有絕對競爭優勢之市話撥打行動業務市場上，透過管制架構之形塑及措施之採行，使電信法上所蘊含之促進有效競爭管制目標得以實現，應承認享有「管制裁量」。而通傳會決定採取課予市網業務市場主導者於一定期限內支付行動通信業務經營者過渡期費義務之系爭不對稱管制措施，即是其管制裁量行使之結果。從

---

DÖV 2011, 705 (706 ff.)。關於計畫裁量之概念及其於我國促參法領域適用之司法審查問題，詳可參見陳愛娥，BOT 案甄選決定的法律性質與其司法審查，收於：台灣法學會編，台灣法學新課題（五），頁 227-228（2007 年）；黃錦堂，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，收於：湯德宗、李建良編，2006 行政管制與行政爭訟，頁 311-374（2007 年）。

<sup>58</sup> 類似見解亦參見陳耀祥（註 52），頁 359。

而，通傳會決定採取支付過渡期費之不對稱管制措施、設定逐年降低之費率計算標準，以及規定落日期間等作為，倘若是其評估現行市話撥打行動業務市場之競爭狀況，預估未來該市場走向、衡量市話新進業者競爭利益與既有業者財產及營業利益，以及數位匯流發展趨勢對市話撥打行動業務可能衝擊後所決定出之管制架構，則系爭措施之採取可謂業已滿足上述「衡量誠命」之要求。至於此等措施實際上能促使市話新進業者布建電信固網設備多少程度，促進市場有效競爭之目標是否達成以及能有多少進展，則非屬認定其合法性時應予考慮之因素。蓋此乃屬於通傳會評價及決定餘地之範疇，通傳會具有最後決定權。

## 2. 「權衡瑕疵審查」之實踐

在臺北高等行政法院及最高行政法院於判決中皆指出被告通傳會決定採取系爭不對稱管制措施作為促進競爭之解決方案，係「符合專業判斷」，「雖對既有業者之權益有所影響，……並無逾必要限度，要難因對既有業者不利，而有利於新進業者，即謂違反平等原則」。據此，從文義上以觀，行政法院似亦立基在肯定通傳會對於是否及如何訂定系爭計畫，並以之作為管制措施，係享有專業判斷權之前提上。然而，有疑問者，行政法院判決中所稱之「專業判斷」意涵為何？是否實質內涵上可與上述德國聯邦行政法院所提出之「管制裁量」概念相比擬，抑或仍是單純從傳統行政法學上不確定法律概念具體化之「判斷餘地」理論出發所作之思考與表述？對此問題之解答，恐非細膩地對行政法院裁判之論述脈絡及內容詳加解析不為功。

臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決中針對被告公告系爭行政計畫，形塑對原告不對稱管制措施之正當性，略以：「鑒於電信自由化前之既有電信業者掌握全部資源，相較於新進業者而言，擁有事業經營經驗、網路建置、研發能力及瓶頸設施等不對稱

之優勢，為使電信業市場導向合理發展與良性競爭，在網路互連初期自有必要擬定不對稱管制之相關措施以因應。」據此，臺北高等行政法院首先肯定在電信市場由獨占走向開放競爭之過程中，國家對既有電信業者採取不對稱管制之必要性。而其主要之正當事由，乃在於為建構一合理發展及良性競爭之電信市場秩序。

縱然如此，臺北高等行政法院亦非採取「目的正當，手段即合法」之論證邏輯。毋寧，其接續指出：「至於網路互連之管制措施兼具高度之科技、商業及法律等多方面專業領域，如何使既有業者與新進業者之利益均衡，避免既有業者藉先天之優勢以扼殺新進業者，並防止過度保障有利新進業者，導致無效率之競爭，自須經由專業判斷以建構適當之運作機制，使之既能對既有業者之市場力量合理制衡，以確保市場公平競爭，又能兼顧整體通信效率、用戶權益、業者間權利義務分配、公平性及電信市場競爭的維持等公共利益。」基此，行政法院明白指出管制機關於形塑不對稱管制措施時，負有使既有業者與新進業者間利益獲得均衡之義務，避免既有業者及新進業者任何一方之利益受到過度侵害或保障，導致權益失衡及損及公益之結果發生。而實踐之手段，則是須就「科技、商業及法律」等多方面專業領域，經由「專業判斷」以建構適當之運作機制。

臺北高等行政法院將上述一般性之利益均衡審酌義務及實踐手段涵攝到系爭個案後，接續指出：「觀諸原告訴請撤銷之上開被告行政計畫內容，被告因審酌互連雙方對用戶費之拆帳比例應符合合理之商業條件，若無創設過渡期費，原告於回歸後可拆得之金額及攤分比例遠高於回歸前（99年），因施行過渡期費制度，則使原告首年拆得金額及攤分比例略高於回歸前，並逐調高拆得金額及攤分比例，則被告上開行政計畫採行回歸發信端訂價，乃採取過渡期費之配套措施，要與電信法第16條第2項規定之合理化原則相符。」是以，行政法院針對被告提出系爭不對稱管制措施時，就既有業者

及新進業者間利益均衡之審酌因素及調和方案，確有進行「合理性」之審查。最後，臺北高等行政法院得出結論，認為：「被告研訂之行政計畫，若其目的在建構電信自由化之合理商業與技術條件，提出之解決措施，符合專業判斷及其他應遵守之法定程序，雖對既有業者之權益有所影響，仍無違反法律之授權範圍，並無逾必要限度，要難因對既有業者不利，而有利於新進業者，即謂違反平等原則。」

綜上臺北高等行政法院之論證理路及方式，其所指出之管制機關「專業判斷」，在認知上應可確認非指傳統行政法總論釋義學上所稱之「判斷餘地」，或是「行政裁量」。蓋一方面此處所稱之專業判斷，指涉者乃為促進競爭所訂定之系爭計畫「整體」，其既非是單純構成要件層次上對不確定法律概念本於專業知識所為之判斷餘地，亦非是個別法條規範上法律效果層面之行政裁量。另一方面，行政法院於審理系爭措施是否有違平等原則或比例原則時，亦非依循通說見解認為法院於判斷餘地下可司法審查之事項<sup>59</sup>，逐一檢視有無違背。本文認為行政法院應是較傾向於上述德國聯邦行政法院所理解之以目的為取向之規範綜合性管制裁量。在此命題下，吾人亦可清晰觀察到行政法院確實就被告作成系爭不對稱管制措施時，是否有審酌到擬達成之公益、既有業者及新進業者之私益等各方不同利益？又被告是否有履行其促使既有業者及新進業者間利益均衡之法律上審酌義務？以及審酌時是否有納入應考量之專業相關要

59 參見司法院釋字第 553 號解釋理由書，其援引學說見解，肯定在判斷餘地下，上級監督機關或具有審查權限之法院得就原處分進行下列事項之審查：（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

素，如科技、法律及商業條件等，並進而為合理之調和？

綜上所述，臺北高等行政法院98年度訴更一字第65號判決中對於系爭不對稱管制處分之合法性審查，法院之論證理路與上述德國聯邦行政法院所發展出之管制裁量理論及權衡瑕疵基準，在基本架構上甚為相似：首先，法院肯認通傳會享有建構適當管制機制，在解釋上應可認知為其乃肯定被告作為電信法之主管機關，在管制架構形塑上享有「管制裁量」，得本於其專業，建構出適宜達成管制目的之運作機制。再者，法院於判決理由中針對被告作成系爭處分時所審酌之公益及涉及業者之私益，審查是否有納入各種可列入考慮之情勢及因素，提出具利益調和合理性之解決方案，亦甚為類似於德國聯邦行政法院所提出之權衡瑕疵基準，以判斷系爭標的之作成是否具有權衡欠缺、權衡不足、權衡錯估及權衡失衡等瑕疵情形之發生。最後，就審查密度而言，臺北高等行政法院於進行上述權衡有無瑕疵之相當寬鬆審查後，認為被告無顯不合理之權衡瑕疵存在，遂肯定系爭不對稱管制措施之合法性，亦相當符合管制裁量理論之提出，旨在限縮法院之司法審查密度，擴大管制機關管制裁量形塑空間之制度旨趣。

基上解析，本文認為臺北高等行政法院之上述判決，以及對其未予指摘之最高行政法院100年度判字第1860號判決，雖未明文套用德國聯邦行政法院所發展出之「管制裁量」及「權衡瑕疵」用語，然在基本架構上，卻已具操作該制度實質內涵之基本雛形。若尚有精進之處，本文認為或許行政法院可就過渡期費之「費率計算標準」及「六年內逐年按比例調降至零」等管制措施之更細部內容，進一步審查通傳會是否在形成管制架構時，妥適踐行市話業務市場既有業者與新進業者間利益之權衡。而且在為此等權衡時，通傳會是否有漏未或不足考量之因素？是否對權衡事實及狀況有無認知錯誤？以及管制手段是否可合理且適宜達成管制目的等面向，為綜合之審查判斷。藉此更為細膩之審查方式，以認定系爭之不對稱

管制措施是否有違比例原則或是平等原則。

## 伍、結論

不對稱管制措施為促進甫開放自由化市場儘早形成公平有效競爭之關鍵公權力措施。通傳會本於通訊傳播管制主管機關地位，得依法定職權訂定「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」，以促進市話撥打行動通信網路市場之競爭。有鑑於本系爭計畫公告後、施行前相關法規命令尚未配套修正，致使對其法律性質，臺北高等行政法院及最高行政法院見解不一。本文認為，行政計畫之法律性質，應取決於其內容本身；計畫訂定機關之主觀認知雖可作為解釋上之參考，但非關鍵之判準。相對於系爭計畫公告（四）因對市網業務市場主導者產生限制其財產權及營業自由之直接法律效果，故屬行政處分，公告事項（五）關於擴大平等接取機制則因適用於一般市話業務經營者，且義務尚具抽象性，故本文認為定性上應屬行政命令。行政法院取徑於確定計畫裁決之機制，將系爭行政計畫視為單一體予以定性為行政處分，容許作為撤銷訴訟之程序標的，恐有違誤。

至於系爭計畫之實質合法性部分，最高行政法院雖正確地指出系爭計畫施行前相關法規命令業已修正，故無違法律保留原則，但為何不採「行政處分作成時」作為本件撤銷訴訟之違法判斷基準時點，未至隻語，論述顯有不足。本文認為，「定有生效期間之行政處分」係屬例外案例類型之一，行政訴訟違法判斷基準時點應向後移至「言詞辯論終結時」或是「判決作成時」。此外，有鑑於電信法之規範架構，本文認為通傳會於形塑系爭之支付過渡期費不對稱管制措施時，應享有「管制裁量」權。在其善盡各方業者及管制目的之利益權衡義務後，對於措施之具體內容具有最後決定權。行政

法院於進行審查時，其範圍亦應以系爭措施有無「權衡瑕疵」為限。本文認為臺北高等行政法院及最高行政法院之裁判論證模式已具德國聯邦行政法院所發展之權衡瑕疵審查基準雛形，但操作上則仍容有更為細膩化之進展空間。而且，若能明揭管制裁量司法審查特殊性之問題意識，將更有助於我國管制行政法及其司法審查制度之發展。

## 附 錄

國家通訊傳播委員會97年1月16日通傳企字第09640802820號公告

主旨：公告「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」。

依據：國家通訊傳播委員會組織法第9條第7項、行政程序法第163條暨96年12月25日本會第217次委員會議決議。

公告事項：

- 一、公告「市話撥打行動通信網路訂價機制調整暨網路互連相關事項處理之行政計畫」如附件。
- 二、本行政計畫之主要內容如下：
  - (一) 自100年1月1日起，市內網路（以下簡稱市網）業務經營者用戶撥打行動通信網路之通信費歸屬回歸為『由發信端事業訂價，營收歸發信端事業所有』。
  - (二) 市網業務經營者於回歸後所訂初始費率不得高於回歸前價格。
  - (三) 回歸後，非市網業務市場主導者之用戶撥打行動通信網路時，非市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者之接續費（按每分鐘計），以行動通信業務經營者之全元件長期增支成本法所核定之接續費為準；前項全元件長期增支成本法之接續費未核定前，則暫以現行行動通信網路間之接續費為準。
  - (四) 回歸後，市網業務市場主導者之用戶撥打行動通信網路時，市網業務市場主導者支付行動通信業務經營者之費用為前項所指接續費加過渡期費（按每分鐘計）。過渡期費計算以回



歸前與行動通信業務經營者中所拆得收入之最低者（不包括中華電信股份有限公司）減去前項所指接續費為起始值，並自100年1月1日起至105年12月31日止，逐年按比例遞減至零。

（五）市網業務經營者用戶得透過平等接取方式選擇另一第一類電信事業長途網路業務經營者所提供之撥打行動通信網路之服務。

三、其餘事項，請見本行政計畫第貳項「訂價權及營收歸屬之調理由與措施」。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王以國(2009), 歐盟網路接取與互連之規範現況與發展, 科技法律透析, 21卷1期, 頁46-62。
- 石世豪(2009), 從管制轉向競爭之德國新電信法, 收於: 向競爭轉的通訊傳播匯流法制, 頁77-167, 臺北: 元照。
- (2009), 第126次委員會議台灣大哥大公司所報「申請解除第一類電信事業行動電話業務市場主導者」討論案協同意見書, 收於: NCC關鍵報告——創會委員的協同與不同意見書, 頁43-55, 臺北: 元照。
- (2010), 目標導向之網路互連管制及其違法審查——最高行政法院98年度裁字第1159號裁定評析, 法令月刊, 61卷6期, 頁23-42。
- 吳志光(2012), 行政法, 5版, 臺北: 新學林。
- 吳庚(2012), 行政法之理論與實用, 12版, 臺北: 自版。
- 吳信華(2001), 行政計畫與計畫確定程序, 收於: 台灣行政法學會編, 行政法爭議問題研究(上), 頁535-576, 臺北: 五南。
- 林三欽(2006), 論行政訴訟之判斷基準時——兼評最高行政法院94年度判字第588號判決, 收於: 湯德宗、劉淑範編, 2005行政管制與行政爭訟, 頁41-73, 臺北: 中研院法律學研究所籌備處。
- 林明鏘(2006), 行政計畫法論, 收於: 國土計畫法學研究, 頁3-42, 臺北: 元照。
- 許宗力(2002), 論行政任務的民營化, 收於: 翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編, 當代公法新論(中), 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 頁582-610, 臺北: 元照。

- (2006), 行政處分, 收於: 翁岳生編, 行政法(上), 3版, 頁475-557, 臺北: 元照。
- 陳敏 (2011), 行政法總論, 7版, 臺北: 自版。
- 陳愛娥 (2007), BOT案甄選決定的法律性質與其司法審查, 收於: 台灣法學會編, 台灣法學新課題(五), 頁221-244, 臺北: 元照。
- 陳雍之 (2002), 電信市場自由化及其管制之研究——以歐洲法與德國法為中心, 收於: 翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編, 當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 頁657-692, 臺北: 元照。
- 陳耀祥 (2010), 論管制裁量與司法審查密度——德國管制行政法之新興議題, 收於: 司法院編, 行政訴訟制度相關論文彙編第7輯, 頁341-360, 臺北: 司法院。
- 傅玲靜 (2006), 計畫確定程序法制之實然與應然——以行政機關建設大眾捷運系統之計畫確定程序為中心, 中原財經法學, 16期, 頁1-71。
- 黃錦堂 (2007), 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, 收於: 湯德宗、李建良編, 2006行政管制與行政爭訟, 頁311-374, 臺北: 中央研究院法律學研究所籌備處。
- 董保城 (2006), 行政計畫, 收於: 翁岳生編, 行政法(上), 3版, 頁599-616, 臺北: 元照。
- 詹鎮榮 (2005), 民營化後國家影響與管制義務之理論與實踐——以組織私法化與任務私人化之基本型為中心, 收於: 民營化法與管制革新, 頁103-142, 臺北: 元照。
- (2011), 憲法框架下之國家獨占, 收於: 政大法學院公法中心編, 全球化下之管制行政法, 頁163-197, 臺北: 元照。
- 廖義男 (2003), 計畫確定程序規範之探討——台灣行政程序法立法中爭論之議題, 收於: 行政法之基本建制, 頁175-220, 臺

北：自版。

劉孔中(2000)，第三次電信管制革新之前瞻研究，法令月刊，51卷7期，頁11-19。

——(2010)，通訊傳播法：數位匯流、管制革新與法治國家，臺北：台灣本土法學雜誌。

蔡宗珍(2009)，從給付國家到擔保國家——以國家對電信基礎需求之責任為中心，台灣法學雜誌，122期，頁13-19。

## 2. 外文部分

Attendorn, Thorsten (2008), Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzagentur und die Sinnenprüfung – planerische Gestaltungsfreiräume bei der Zugangsanordnung nach § 21 TKG?, DVBl., S. 1408-1417.

——(2009), Das „Regulierungsermessen“. Ein deutscher „Sonderweg“ bei der gerichtlichen Kontrolle tk-rechtlicher Regulierungsentscheidungen?, MMR, S. 238-241.

Aschke, Manfred (2012), in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1. 7. 2012, München: C. H. Beck, § 40.

Benz, Angelika (1997), Privatisierung und Regulierung im Post- und Fernmeldewesen, in: König/ders. (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden: Nomos, S. 262-346.

Burgi, Martin (2001), Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ, S. 601-607.

Danwitz, Thomas von (2004), Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV, S. 977-986.

Franzius, Claudio (2009), Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht?, DVBl., S. 409-416.

Gärditz, Klaus Ferdinand (2009), „Regulierungsermessen“ und

- verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ, S. 1005-1011.
- (2010), Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, AöR 135, S. 251-288.
- Hermes, Georg (1998), Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2006), Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München: C. H. Beck, § 10.
- Kersten, Jens (2010), Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69, S. 288-334.
- Ludwigs, Markus (2009), Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ, S. 290-297.
- Masing, Johannes (2002), Stand und Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: Bauer/Huber/Niewiadomski (Hrsg.), Ius Publicum Europeanum, Stuttgart: Boorberg, S. 161-187.
- (2006), Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, München: C. H. Beck.
- Mayen, Thomas (2008), Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht - Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ, S. 835-841.
- Proelss, Alexander (2011), Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 136, S. 402-427.
- Sachs, Michael/Jasper, Christian (2012), Regulierungsermessen und

Beurteilungsspielräume - Verfassungsrechtliche Grundlagen,  
NVwZ, S. 649-653.

Schuster, Fabian (2006), in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster  
(Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., München: C. H.  
Beck, § 2.

Wieland, Joachim (2011), Regulierungsermessen im  
Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV,  
S. 705-714.

Wimmer, Norbert (2010), Kontrolldichte – Beobachtungen zum  
richterlichen Umgang mit Entscheidungsprärogativen, JZ, S. 433-  
440.

Winkler, Viktor (2013), Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum,  
DVBl., S. 156-160.

## Asymmetric Regulation in Taiwan's Telecommunications Law:

A Comment on the Decision P.T. No. 1860 (Sup. Ad. Ct.,  
2011) and Its Precursors

*Chen-Jung Chan\**

### Abstract

On January 16, 2008, the National Communications Commission (NCC) announced its planning measure aiming at enhancing competitiveness in the local network markets in Taiwan. Under this asymmetrical regulation promulgated by the NCC, the dominant market players in local networks were required to pay a “transition fee,” and mechanisms were introduced to extend equal access to services for local network users. The legality of the planning measure was challenged, and was upheld first by the Taipei High Administrative Court and ultimately by the Supreme Administrative Court. In reviewing the series of decisions by the administrative courts against the doctrines of the administrative law, this article argues that the courts’ reasoning was flawed in two respects. First, both courts oversimplified the complicated planning measure at issue and erroneously characterized it as a single administrative action made according to the German-style “planning process.” Second, the courts confused the characterization issue with the legality issue. This article proposes that the NCC’s planning measure shall be characterized and scrutinized as composition of “administrative disposition” and “administrative regulation”. As to the substantive legality of the asymmetrical regulation in question, the courts did not clarify what should be taken into consideration under which level of judicial scrutiny. This article suggests that the “regulatory discretion

---

\* Professor of Public Law, College of Law, National Chengchi University, Taiwan.

theory” developed by the Federal Administrative Court of Germany offers useful guidance in this regard.

**KEYWORDS:** asymmetrical regulation, dominant market players, promoting effective competition, telecommunications liberalization, planning, German-style planning process, regulatory discretion, planning discretion, transitional regulatory measures.