

論全自動作成之行政處分*

謝碩駿**

摘要

本文旨在探討「全自動作成之行政處分」所涉法律問題，並以德國法制作為比較對象。行政機關以機器全自動作成之決定，若符合行政程序法第92條第1項之各種概念要素，亦具有行政處分之性質，而非單純之「行政製品」。以機器全自動作成之行政處分，應以羈束處分為限，且不得涉及不確定法律概念之適用。基於法律保留原則，行政機關應在法律或自治條例有明文規定時，始能以機器全自動作成行政處分。行政處分以全自動化方式作成，對行政程序之進行而言，會造成職權調查原則與當事人陳述意見權貫徹之困難。本文建議，法律可考慮要求行政機關建置「風險管理系統」，以確保職權調查原則之確實履行。另外，本文亦建議，若要限制當事人在程序進行中行使陳述意見權，應讓當事人在事後一定期間內仍得陳述意見，且全自動作成之行政處分須待該期間屆滿後始生效力。

關鍵詞：行政處分、行政程序、全自動化、人工智慧、演算法、職權調查原則、風險管理系統、當事人陳述意見。

* 投稿日：2018年2月26日；接受刊登日：2018年9月28日。〔責任校對：鄭雅文〕。

本文初稿曾以「論行政處分作成程序之全自動化」為題，發表於2017年10月26日由中央研究院法律學研究所主辦之2017「行政管制與行政爭訟——行政程序法2.0」學術研討會，會中承蒙程明修教授惠賜精闢評論意見。本文初稿經修改後投稿，又幸蒙匿名審查人耐心審閱並提出寶貴修正建議。作者對上開學界先進不吝提點指教，深感獲益良多，在此敬表至深謝忱。

** 世新大學法律學院副教授。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/92015091.pdf>。



目 次

| | |
|------------------------------|---------------------|
| 壹、緒說 | 三、行政實務之適例 |
| 一、問題之提出 | 參、法律上之容許性 |
| 二、本文之內容架構 | 一、依法行政原則作為檢驗標準 |
| 三、比較法之觀察對象 | 二、比例原則作為檢驗標準 |
| 貳、概念說明 | 肆、程序進行之問題 |
| 一、與電子化政府有關的幾種 行政處分類型概念 | 一、關於職權調查原則 |
| 二、機器全自動作成之決定是 否符合行政處分之概念？ | 二、關於當事人陳述意見權之 保障 |
| | 伍、本文總結 |

壹、緒說

一、問題之提出

隨著近年來資訊科技之發展日益成熟進步，為了達成行政現代化的目標，行政機關在電子化政府（E-Government）¹的政策方針

1 「電子化政府」此一概念雖然已經頻繁地出現在學術文獻中，但被立法者寫進法律條文當成法律概念使用，目前僅見於電子簽章法第1條第1項：「為推動電子交易之普及運用，確保電子交易之安全，促進電子化政府及電子商務之發展，特制定本法」。除此之外，亦有少數具組織法性質之行政命令明文規定「電子化政府」作為機關內部單位之職掌事項（例如考選部處務規程第15條第1項第2款第5目）。無論是電子簽章法，還是現行少數提及「電子化政府」的行政命令，對於何謂「電子化政府」，均未設有概念定義規定。若要探尋「電子化政府」在我國的官方定義，或許可以舉我國第一階段電子化政府計畫（電子化/網路化政府中程計畫）之計畫書為代表，在該計畫書中，「電子化政府」此一概念的內涵係指「政府機關運用資訊與通信科技形成網網相連，並透過不同資訊服務設施（包括電話、網際網路、公用電腦站等），對機關、企業及民眾，在其方便時間、地點及方式下，提供自動化服務之總體概念」（行政院研究發展考核委員會，電子化/網路化政府中程（八十七至八十九年度）推動計畫，國家發展委員會網站，<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL1JlbEZpbGUvNTU2Ni83MjU2LzAwNTk3NTMucGRm>

引導下²，將資訊科技導入行政處分之作成程序，已屬屢見不鮮之事。一旦行政機關將資訊科技運用在行政處分的作成程序，隨之而來將使得行政程序之進行出現「電子化」與「自動化」這兩種新風貌。就行政處分作成程序之電子化而言，涉及的是行政機關在進行行政程序時，從傳統紙本實體作業方式轉變為數位電子作業方式³。至於行政處分作成程序之自動化，則是涉及行政程序之進行由傳統的人工作業，轉變為使用電腦等機器⁴自動處理⁵。如果從行政現代化之理念強調「節省行政資源」的角度來看，行政處分作成程序之電子化，可節省行政機關之紙本資源；而行政處分作成程序之自動化，則可節省行政機關之人力資源。在行政處分作成程序中導入資訊科技，並從而使行政程序出現電子化與自動化的新風貌，固然可以節省行政資源並降低行政成本，但資訊科技畢竟有其特殊性，隨之也會產生不同於傳統「紙本實體作業方式」與「人工處理方式」的程序問題，有待法律詳予規範。可惜的是，行政程序法作

&n=6Zu75a2Q5YyW77yP57ay6Lev5YyW5pS%2f5bqc5Lit56iL5o6o5YuV6KiI55WrKDg35bm0LTg55bm0KS5wZGY%3d&icon=.pdf (最後瀏覽日：2017年9月20日))。關於學界對「電子化政府」概念之探討，可參見：湯德宗，資訊革命與正當行政程序——行政程序法施行兩週年展望，收於：行政程序法論，2版，頁457-462（2003年）；葉俊榮，電子化政府、新民主及行政程序，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁628-630（2000年）。

- 2 在談論行政革新的相關問題時，「行政現代化」以及「電子化政府」乃是經常被提及的理念。這兩個理念彼此相輔相成，具有交互影響的效果：基於「行政現代化」之理念，傳統的行政組織架構與行政作業流程不斷改革，而新型態的行政組織架構與作業流程，更適合資訊科技的導入運用，因此，行政現代化可說是實現電子化政府的要件；從另一個角度來看，行政機關運用資訊科技處理行政事務，可降低行政成本並增進行政效能，有助於行政現代化目標之達成，因此，電子化政府乃是實現行政現代化的要素。關於「行政現代化」與「電子化政府」二者間的關係，詳可參見 *Gabriele Britz, Elektronische Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 26 Rn. 5 ff.
- 3 例如行政機關透過電子郵件將行政處分以電子傳遞方式寄給相對人，取代傳統書面行政處分之郵遞送達方式。
- 4 以下，本文以「機器」一詞，泛稱各種具有資料處理功能之資訊科技設備。
- 5 例如行政機關透過電腦計算納稅義務人應繳納之稅額，取代傳統人工計算之作業方式。

為規範我國行政程序的普通法⁶，雖然就行政處分設有大篇幅之規定⁷，然而當初在草創制定時，對於行政處分作成程序電子化與自動化之相關特殊問題著墨甚少，從而「將資訊科技導入行政處分之作成程序」固然在技術上已非難事，但在法律上迄今仍存有不少疑義。

行政處分作成程序的電子化與自動化同樣都面臨著「技術已然成熟，但相關規範在行政程序法中卻幾近空白」的窘況，不過兩相比較之下，行政機關以電子方式作成行政處分，至少其法律上之容許性可以在行政程序法第95條第1項找到依據⁸。至於行政處分作成程序之自動化，則是一開始在法律上的容許性就出現疑問。行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款雖然均明文提到「以自動機器作成之（大量）行政處分」⁹，但法律究竟允許行政處分之作成程序可以自動化到什麼樣的程度，這兩個條文並沒有提供明確的答案。依據立法理由所示，我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款，乃是參考德國聯邦行政程序法第37條以及第39條而制定¹⁰。將兩國的條文相互比對後可以得知，我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款所稱「以自動機器作成之（大量）行政處分」，即是參考德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款„Mit Hilfe automatischer

6 請見行政程序法第3條第1項。

7 行政程序法第92條至第134條，共計43個條文。

8 行政程序法第95條第1項規定：「行政處分除法規另有要式之規定者外，得以書面、言詞或其他方式為之」，而「電子方式」也包含在「其他方式」的文義範圍內，所以行政機關要以電子方式作成行政處分，撇開隨之而來可能出現的若干程序法律問題不談，至少其法律上之容許性可以基於行政程序法第95條第1項揭示之「方式自由原則」受到肯認。關於行政機關以電子方式作成行政處分涉及的程序法律問題，詳可參見：謝碩駿，論行政機關以電子方式作成行政處分：以作成程序之法律問題為中心，臺大法學論叢，45卷4期，頁1804-1838（2016年）。

9 此乃行政程序法目前「唯二」觸及「行政處分作成程序自動化」的規定。

10 立法院公報，88卷6期，頁431-439（1999年）。

Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“一詞。在比較法上應注意的是，德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款規定之„Mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“，乃是指「藉由自動機器輔助而作成之行政處分」，也就是說，在此種行政處分的作成程序中，自動機器僅扮演輔助工具的角色，並未完全取代行政機關之人力¹¹。因此，德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款所稱「藉由自動機器輔助而作成之行政處分」，並未包括「由機器全自動（完全取代機關人力）作成之行政處分」¹²。我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款雖然是參考德國聯邦行政程序法而制定，但法條的用語乃是「以自動機器作成之（大量）行政處分」，這和德國聯邦行政程序法的„Mit Hilfe automatischer

11 Ariane Berger, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 11. Aufl., 2020, § 35a Rn. 12; Lorenz Prell, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.07.2020, § 35a Rn. 2; Heribert Schmitz/Lorenz Prell, Neues zum E-Government, NVwZ 2016, S. 1273 (1275). 德國聯邦行政程序法之立法理由在闡述「藉由自動機器之輔助而作成之行政處分」時，亦明白指出：以自動機器作成之行政處分，其所依據之資料若係由機關之公務員負責調查與檢驗，即不生法治國之疑慮（BT-DRs. 7/910 (59)）。

12 Nadja Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht?, NVwZ 2016, S. 960 (963 f.); Prell (Fn. 11), § 35a Rn. 2; Schmitz/Prell (Fn. 11), S. 1275. 另外，Prof. Stelkens雖然一方面認為德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款所稱「藉由自動機器輔助而作成之行政處分」，概念上可包括「以機器全自動作成之行政處分」以及「藉由機器輔助但非全自動作成之行政處分」，也就是說，「以機器全自動作成之行政處分」乃是「藉由自動機器輔助而作成之行政處分」的一種子類型，但是，德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款仍僅涉及「半自動作成之行政處分」（Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., 2018, § 35a Rn. 13, 21）。Prof. Windoffer則認為，德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款所稱「藉由自動機器輔助而作成之行政處分」，概念上可以包括「由機器全自動作成之行政處分」，所以德國聯邦行政程序法第37條第5項以及第39條第2項第3款之規定，對於「以機器全自動作成之行政處分」亦有適用（Alexander Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2. Aufl., 2019, § 35a Rn. 33）。

Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“（藉由自動機器之輔助而作成之行政處分）並不完全相同。就文義解釋而言，我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款所稱「以自動機器作成之（大量）行政處分」似乎可以包含「由機器全自動（完全取代機關人力）作成之行政處分」。但是，我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款的立法理由在說明「以自動機器作成之（大量）行政處分」時，又將其（較為限縮地）闡述為「藉助自動機器作成之行政處分」¹³。如果立法理由中的「藉助」二字，意味著我國立法者對於「自動機器」之設想，如同德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款的規定一樣，在行政處分的作成程序中僅具輔助功能，而不能完全取代機關之人力，則要直接拿行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款之規定當作「法律已經無條件容許行政機關以機器全自動（完全取代機關人力）作成行政處分」之佐證，恐怕即有商榷之餘地。一方面，關於「行政處分之作成程序可否以機器全自動進行」此一問題，從行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款的文義與立法理由出發，獲致之答案可能剛好完全相反；另一方面，除了上開兩個規定之外，行政程序法再無其他條文提到「行政處分作成程序之自動化」，在欠缺明確規定的指引下，行政機關要以機器全自動（完全取代機關人力）作成行政處分，縱使現今技術上已非難事，其法律上之容許性仍然是個未解的問題。

即便「行政處分作成程序之全自動化」在法律上可以獲得無條件或有條件之肯認，一旦行政機關要於法律允許的範圍內，以機器全自動（完全取代機關人力）作成行政處分，隨之而來還有諸多程序上的法律問題尚待解決：（1）當行政處分之作成程序以機器全自動化進行，機關人力已被資訊科技設備完全取代，在面對一個又

13 立法院公報（註10），頁436、438。

一個不同的個案時，冰冷的機器如何能「對當事人有利及不利事項一律注意」，而貫徹行政程序法第9條及第36條揭櫫之「職權調查原則」(Untersuchungsgrundsatz)？職權調查原則在此等全自動化進行的行政程序中，是否將遭到揚棄？如果職權調查原則乃是不可揚棄的行政程序重要原則，那麼「行政處分作成程序之全自動化」與「職權調查原則」二者間的緊張關係是否有調和之可能？(2) 行政程序法第102條保障行政程序當事人享有陳述意見權，然而，一旦行政處分之作成程序以機器全自動化進行，程序當事人在程序中面對的不再是機關公務員，而是冰冷的資訊科技設備，則究竟要如何確保程序當事人享有之陳述意見權不受影響？還是說，由於全自動進行之行政處分作成程序有其技術上之特殊性，所以只好犧牲程序當事人之程序權，使得此等全自動行政程序之當事人(與傳統行政程序之當事人相較)必須委屈淪為行政程序法上的二等公民？

行政機關以機器(完全取代機關人力)全自動作成行政處分，無論是本身在法律上之容許性疑義，抑或上述於行政程序進行中的法律問題，在行政程序法中均欠缺充分明確之規範，而為我國行政程序法制迄今仍屬空白的一頁。當人工智慧(artificial intelligence)的發展日益成熟進步並逐漸應用於日常生活的各種領域¹⁴，行政程序法作為行政程序之普通規定，究竟要如何跟上時代的腳步，透過條文之增訂調整，回應「行政處分作成程序之全自動化」帶來的挑戰，型塑出「行政全自動化」應有之正當法律程序輪廓，自然備受矚目。當然，不能忽略的是，無論行政程序法要如何回應「行政處分作成程序之全自動化」，終究仍須以憲法之精神作為最高指導原則，然而同樣存有疑問的是：憲法究竟如何評價「行

¹⁴ 例如近年來在金融界蔚為話題的機器人理財顧問(robo-advisor)，即是一例。對此詳可參見：周思含，「機器人理財顧問逼退理專？有紀律超理性，績效有待考驗」，財訊雙週刊，2016年6月1日，<https://www.wealth.com.tw/home/articles/8159> (最後瀏覽日：2017年9月20日)。

政處分作成程序之全自動化」？

二、本文之內容架構

要期待行政程序法能因應資訊科技時代的變化，依循憲法的要求，對前述諸多「行政處分作成程序之全自動化」所涉法律問題予以妥適回應，有賴行政法學界針對這些問題進行深入研究，以提供修法之理論基礎。基於這樣的認識，本文擬以「論全自動作成之行政處分」為題，探討此一主題所涉之法律爭議。首先，本文將對貫穿全文之核心概念「以機器全自動作成之行政處分」進行說明，並分析「以機器全自動作成之行政處分」是不是真的符合「行政處分」之概念¹⁵。其次，本文將從憲法的角度出發，分別以「依法行政原則」及「比例原則」為檢驗標準，分析「行政機關以機器全自動作成行政處分」在法律上之容許性¹⁶。接著，本文將討論一旦行政機關以機器全自動作成行政處分，將對行政程序法第36條揭櫫之「職權調查原則」帶來什麼樣的衝擊，並思索解決之道¹⁷。再者，本文將分析人民原本受行政程序法保障之陳述意見權，會因為「行政處分作成程序之全自動化」而如何受到影響，並嘗試指出在此等全自動化進行之行政程序中，如何能確保當事人陳述意見權之實現¹⁸。

三、比較法之觀察對象

在比較法上值得注意的是，德國於2016年7月18日制頒「租稅程序現代化法」（Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens）¹⁹，透過該法第20條對德國聯邦行政程序法

15 請見本文「貳」。

16 請見本文「參」。

17 請見本文「肆、一」。

18 請見本文「肆、二」。

19 BGBl. I S. 1679.

(Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) 進行三處增修：首先是新增聯邦行政程序法第35a條，其次於聯邦行政程序法第24條第1項新增第3句之規定，最後則是在聯邦行政程序法第41條新增第2a項之規定，並且皆於2017年1月1日正式生效施行。德國聯邦行政程序法第35a條以及第24條第1項第3句之增修，乃是專門針對「行政機關以機器全自動作成行政處分」而設，意欲規範並解決「行政處分作成程序之全自動化」的法律問題²⁰。

我國行政程序法第二章對於行政處分之概念定義、規範架構與規範內容，大量參考德國聯邦行政程序法的規定²¹，而前述德國聯邦行政程序法新增之第35a條、第24條第1項第3句，則呈現出德國聯邦行政程序法如何在行政處分傳統的實體與程序規範框架下，回應「行政自動化」帶來的挑戰與衝擊。一方面，我國行政程序法關於行政處分之實體與程序規定，係以德國聯邦行政程序法為參考藍本，另一方面，德國聯邦行政程序法新增之第35a條、第24條第1項第3句，又直接指涉本文之研究主題，對本文之研究具有高度參考價值。基於這樣的認識，本文在對我國行政程序法之規範內容進行「解釋論」取向的說明時，將大量引用德國文獻作為輔助參考依據，並在對「行政機關以全自動化方式作成行政處分」進行「立法論」取向的分析時，以德國聯邦行政程序法上述兩個新增條文作為比較法之觀察對象。

20 德國「租稅程序現代化法」除了透過第20條之指示，在聯邦行政程序法中增訂「行政處分作成程序之全自動化」的相關規定外，亦透過第1條與第19條之指示，而在租稅通則（Abgabenordnung, AO）以及社會法典第10編（Sozialgesetzbuch X）中增訂與聯邦行政程序法上述新增條文內容相近之平行規定。因此，目前在德國，無論是特別行政程序（租稅程序以及社會行政程序），抑或一般行政程序，關於「行政處分作成程序之全自動化」均設有法律規範。

21 就此可見行政程序法各版本草案關於「行政處分」章之各條立法說明，詳參：立法院公報（註10），頁421-497。

貳、概念說明

一、與電子化政府有關的幾種行政處分類型概念

行政機關將資訊科技導入行政處分之作成程序，在技術上，至少包括「以電子方式作成行政處分」、「以電子方式傳送行政處分」、「以機器半自動作成行政處分」以及「以機器全自動作成行政處分」這四種不同情形。其中，第一種與第二種情形涉及「行政處分作成程序之電子化」，而第三種與第四種情形則屬於「行政處分作成程序之自動化」。

（一）以電子方式作成之行政處分

所謂「以電子方式作成之行政處分」，是指行政處分作成時（換言之，通知到處分相對人時）以電子方式呈現²²。例如行政機關透過電子郵件將行政處分通知處分相對人，或是將行政處分的內容儲存在光碟片或隨身碟內，並以傳統郵遞方式送達處分相對人。對於「以電子方式作成之處分」，處分相對人必須藉助電子媒介工具（電腦或手機等）方能知悉處分之內容，而與書面行政處分「載於紙張無須藉助電子媒介工具即可直接被閱讀」不同²³。也正因為「以電子方式作成之行政處分」並非書面行政處分，所以行政程序法關於書面行政處分之規定²⁴，對「以電子方式作成之行政處分」而言並不具有直接適用之效力²⁵。

22 對此詳細之概念說明，可參見：謝碩駿（註8），頁1782-1785。

23 關於「以電子方式作成之行政處分」與「書面行政處分」之區別，詳可參見：謝碩駿（註8），頁1785-1787。

24 例如行政程序法第96條、第97條。

25 至於是否透過類推適用等法學方法，讓「以電子方式作成之行政處分」適用書面行政處分之規定，則屬另一層次之問題。

（二）以電子方式傳送之行政處分

至於「以電子方式傳送之行政處分」，指涉的則是行政機關透過電子傳輸途徑，將行政處分通知處分相對人。基於技術上之原因，「以電子方式傳送之行政處分」在通知到處分相對人時，未必以電子方式呈現，換言之，未必是「以電子方式作成之行政處分」²⁶。例如行政機關透過電話線路或網路，以傳真（fax）方式將行政處分通知處分相對人，此等行政處分雖然是以電子方式傳送，但通知到相對人時，通常都是以紙本的型態呈現（由接收方之傳真機列印成紙本），所以並非「以電子方式作成之行政處分」，而是書面行政處分²⁷。

（三）以自動機器作成之行政處分

行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款提到的「以自動機器作成之行政處分」，則為「行政機關將資訊科技導入

26 對此之詳細說明，可參見：謝碩駿（註8），頁1787-1789。

27 Dirk Heckmann, E-Government, in: Heckmann (Hrsg.), juris PraxisKommentar Internetrecht, 4. Aufl., 2014, Kapitel 5 Rn. 473; Dirk Heckmann/Florian Albrecht, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 37 Rn. 44; Christian Hoffmann/Maximilian Tallich/Thomas Warnecke, E-Postbrief: Rechtsfragen elektronischer Behördenkommunikation — Unter welchen Voraussetzungen kann die öffentliche Verwaltung das Angebot der Deutschen Post verwenden?, MMR 2011, S. 775 (778); Matthias Ruffert, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 11. Aufl., 2020, § 37 Rn. 56; Klaus Schönenbroicher, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2019, 2. Aufl., § 37 Rn. 121; Jan Skrobotz, Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, S. 291; Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, in: Ramsauer (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 20. Aufl., 2019, § 37 Rn. 19b; Heribert Schmitz/Arne Schlatmann, Digitale Verwaltung? — Das Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2002, S. 1281 (1286); Stelkens (Fn. 12), § 37 Rn. 62; Paul Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.07.2020, § 37 Rn. 28. 但亦有不同見解認為，以傳真方式傳送之行政處分並非書面行政處分：Tobias Ernst, Recht der elektronischen Verwaltung, in: Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Stand: Lfg. 25 August 2010, Teil 28.1 Rn. 33.

行政處分作成程序」的另一種可能情形。如前所述，行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款所稱「以自動機器作成之行政處分」，乃是參考德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款„Mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“一詞而來²⁸，而這個概念是指「行政處分之規制內容，係藉助機器自動製作完成」²⁹。在此一概念的意義下，某一行政處分要被認定為是「以自動機器作成之行政處分」，關鍵在於該行政處分的規制內容，係由機器運作而自動得出。例如稅捐稽徵機關對個別納稅義務人寄發之稅單，內容所載之應納稅額如果是由電腦程式自動核算，那麼該稅單即屬「以自動機器作成之行政處分」；反之，對於人民提出的營業許可申請，行政機關之公務員使用電腦繕打許可或駁回決定，雖然行政機關在作該決定時使用了電腦，但「對申請案予以准許或拒絕」（亦即行政處分之規制內容）並不是電腦程式自動化運作得出之決定，所以此等許可或駁回決定並非「以自動機器作成之行政處分」。

1. 半自動作成之行政處分

以自動機器作成之行政處分，按照該行政處分「作成程序自動化」的程度輕重，又可分成「半自動作成之行政處分」以及「全自動作成之行政處分」兩種類型³⁰。「半自動作成之行政處分」，是

²⁸ 請見本文「壹、一」。

²⁹ Heckmann (Fn. 27), Kapitel 5 Rn. 475; Heckmann/Albrecht (Fn. 27), § 37 Rn. 102; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 37 Rn. 39; Dieter Kugele, VwVfG Kommentar, 2014, § 37 Rn. 11; Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, § 18 Rn. 13; Ruffert (Fn. 27), § 37 Rn. 75; Schönenbroicher (Fn. 27), § 37 Rn. 166; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 20; Tomas Stuhlfauth, in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., 2020, § 37 Rn. 37; Tiedemann (Fn. 27), § 37 Rn. 50.

³⁰ 在概念上同樣採取「半自動」與「全自動」之區別者：Braun Binder (Fn. 12), S. 960; Martin Eifert, Electronic Government, 2006, S. 121 f.; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 20 ff. 質疑如此之概念區別者：Panagiotis Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, S. 33 f.

指該行政處分的規制內容雖然是由機器自動得出，但在該行政處分的作成程序中，仍有行政機關的公務員以人工處理方式參與。質言之，在行政處分的作成程序中，行政機關的人力並未被機器完全取代。例如行政處分作成程序的初期，由行政機關的公務員以人工處理方式將作成該行政處分所需之個案資料輸入電腦內，再藉由電腦程式運算而得出該行政處分之規制內容；又例如行政機關藉由電腦程式運算得出行政處分的規制內容後，先由行政機關的公務員以人工方式檢查處分內容之正確性，最後再將該行政處分通知相對人。

2. 全自動作成之行政處分

至於「全自動作成之行政處分」，則是指該行政處分之規制內容是由機器自動得出，而且從作成程序開始直至程序結束，均無行政機關的公務員以人工作業方式參與其中。質言之，在行政處分的作成程序中，行政機關的人力被機器完全取代。就處分作成程序的初期而言，此種行政處分依據之個案事實資料，是由處分相對人自行輸入資訊系統，或由機器自動蒐集讀取；而此種行政處分的規制內容在藉由機器程式運算得出後，行政機關並未以人工方式檢查處分內容之正確性，甚至連最後的通知程序也非人工處理，完全透過機器自動為之³¹。這種由機器全自動（完全取代行政機關之人力）作成的行政處分，其作成程序自始至終均以全自動方式進行，而本文之研究主題，即聚焦於因為此等行政處分作成程序之全自動化所產生的相關法律爭議。

31 行政處分依據之個案事實資料並非由行政機關之公務員輸入，處分規制內容係由機器自動運算得出，且內容之正確性亦無行政機關之公務員以人工作業方式檢查，那麼即便機器的電源是由行政機關的公務員以人力開啟，或最後是由行政機關的公務員以人工作業方式將行政處分書封緘並郵寄給處分相對人，由於行政機關公務員對「處分內容之形成」完全不具實質參與性，所以該行政處分仍屬「全自動作成之行政處分」。

二、機器全自動作成之決定是否符合行政處分之概念？

（一）Zeidler之否定見解

以上關於「全自動作成之行政處分」的概念說明，其實隱含了一個法律釋義學上的前提，那就是：以機器全自動作成之決定，也可以是行政處分。不過，在學說上，這個前提倒也不是沒有反對意見。行政程序法第92條第1項按照行政法學對於行政處分概念之理解，將行政處分定義為「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」。從行政程序法第92條第1項的概念定義可知，行政處分由許多概念要素共同組成，而在行政機關之「行為」³²與「發生法律效果」這兩個概念要素的結合下，行政處分乃是行政機關（在公法上）以意思表示為要素之行為³³。將行政處分理解為「行政機關的意思表示行為」，這一點應該沒有爭議，但關於「行政機關透過機器所為之決定算不算是一種意思表示」，在學界則存有否定見解。

德國學者Karl Zeidler在其1959年出版的「論行政之科技化」（Über die Technisierung der Verwaltung）一書便認為³⁴，行政處分可謂行政機關「對法規之涵攝」與「得出結論」之整體過程，而主導此等整體過程者乃是機關職務擔當人之意思，並非機器。Zeidler接

32 行政程序法第92條第1項提到的「決定」、「措施」，乃是條文最後所稱「行為」之示例。參見：吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，16版，頁274（2020年）。

33 李震山，行政法導論，11版，頁320（2019年）；吳庚、盛子龍（註32），頁274；林錫堯，行政法要義，4版，頁232（2016年）；許宗力，行政處分，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁607（2020年）；莊國榮，行政法，6版，頁98（2020年）；陳敏，行政法總論，10版，頁315（2019年）；陳新民，行政法學總論，9版，頁289（2015年）；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，4版，頁34-35（2013年）；蕭文生，行政法——基礎理論與實務，3版，頁354（2020年）。

34 以下關於Karl Zeidler理論的介紹，均轉引自Lazaratos (Fn. 30), S. 256 f.; Ralf-Michael Polomski, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 74 f.

著進一步主張，行政機關藉助機器作成行政處分，可分成兩個作業階段。在第一階段，作成行政處分所需之基礎資料係由行政機關之人員予以處理、確認，機關人員於此階段所為之行為可歸屬為行政機關之行為。在第二階段，則純粹由機器在技術上產出行政機關之決定，並無「人的意思」成分存在。Zeidler將第一階段稱為「行政行為」(Verwaltungshandlung)，並將第二階段稱為「行政製品」(Verwaltungsfabrikat)。由於行政法係以「人的行為」為規範對象，故Zeidler主張前述兩個階段只有「行政行為」才具有法律上之意義，也就是說，只有「行政行為」才能被評價為合法或違法；至於「行政製品」，與人的行為無關，不具有法律上之意義，僅能在技術上評價其為正確或錯誤，而無合法或違法的問題。透過上述之論證，Zeidler得出的結論為：機器所為之決定，由於欠缺人的意思，所以和行政處分之概念不符。就算把「行政行為」和「行政製品」兩個階段綁在一起，而將機器所為之決定視為行政處分，充其量也只不過是基於訴訟上的考量，勉強承認「訴訟上的」行政處分概念而已，但終究與「實體法上的」行政處分概念格格不入。

(二) 以實定法為據之肯定見解

上述Zeidler所持之反對見解，在學界幾乎找不到附和的聲音。關於「機器所為之決定是否符合行政處分之概念」，目前學界普遍採取肯定見解，並且常見以實定法之規定為論據。無論是我國行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款，抑或德國聯邦行政程序法第28條第2項第4款、第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款，均明文提到「以自動機器作成之行政處分」，因此在我國與德國均有學者認為，立法者已經透過上開行政程序法之規定，清楚肯認「機器自動作成之決定亦具有行政處分之性質」³⁵。

³⁵ 採此論據與結論者，例如：吳庚、盛子龍（註32），頁274；蔡茂賓、李建良、林明鏘、周志宏（註33），頁35；蕭文生（註33），頁354；Jörn Ipsen，

(三) 本文見解

本文一方面贊同「機器自動作成之決定具有行政處分之性質」此一結論，但另一方面卻也認為，若以行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款的規定當作佐證之論據，在「以機器全自動作成之決定」的部分會有說服力不足的問題。如前所述³⁶，從立法理由觀之，行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款規定之「自動機器」，在解釋上可能（如同德國聯邦行政程序法第37條第5項第1句以及第39條第2項第3款所稱„Mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassener Verwaltungsakt“一樣）僅具輔助功能，並未完全取代機關人力。若這樣的解釋空間存在，那麼行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款所指涉者，便僅限於「半自動作成之行政處分」，至於「以機器全自動（完全取代機關人力）作成之決定」是否符合行政處分之概念，無法從行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款之規定得出肯定或否定的答案。

就本文看來，無論是「機器半自動作成之決定」，還是「機器全自動作成之決定」，之所以可以被認為具有意思表示的成分，而合於行政處分之概念，比較好的理由應該是：機器所為之決定，實質上即為行政機關意思之延伸結果。行政機關以機器半自動或全自動作成決定，此等決定雖然是透過程式自動運算而得出的結果，但此一程式自動運算得出之結果卻無法與行政機關之意思脫鉤，因為

Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 2019, Rn. 323; Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 18 Rn. 8; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2020, Rn. 442; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 28; Klaus Rütgen, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl., 2014, § 35 Rn. 54; Matthias Ruffert, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 21 Rn. 16. 對於德國聯邦行政程序法第28條第2項第4款、第37條第5項第1句及第39條第2項第3款的規定，Zeidler會作如何之回應，不得而知，因為上開德國聯邦行政程序法的條文在制定時，Zeidler已離開人世（Polomski (Fn. 34), S. 78.）。

³⁶ 請見本文「壹、一」。

機器程式對於個案資料應按照如何之條件進行如何之運算，是由行政機關預先設定、寫入。既然機器之運算程式是由行政機關預先設定、寫入，那麼除非出現超乎預期的技術障礙，否則機器透過程式運算得出之決定內容，其實就是行政機關意思之延伸結果，「機器之決定」與「機關之意思」二者之間從而在法律上並非各自獨立毫無瓜葛³⁷。再者，行政程序法第92條第1項對於行政處分之概念定義清楚指出，行政處分乃是「行政機關」（而非「機關人員」）在公法上所為之單方決定，只要該決定之「決定主體」最終能歸屬於某一個行政機關（而非歸屬於某一個特定的「機關人員」），並由該行政機關為該決定負起最終的法律責任，那麼該決定即具有行政處分之性質。至於該公法上之決定是由行政機關透過公務員作成，還是行政機關透過公務員並藉助機器半自動作成，還是行政機關使用機器全自動作成，對於行政處分概念之認定而言，至少從行政程序法第92條第1項的定義來看，並不重要。基於以上的理由，本文認為，無論是「行政機關以機器半自動作成之決定」還是「行政機關以機器全自動作成之決定」，均為法律上有意義之行政機關意思表示行為，絕非如同Zeidler所說僅是技術上的、不具法律意義的「行政製品」而已，此等由行政機關以機器所為之意思表示行為，若符合行政程序法第92條第1項規定之其他概念要素，即具有行政處分之性質³⁸。

三、行政實務之適例

就行政實務而言，行政機關以機器全自動作成行政處分，並不算罕見。例如貨物通關核定程序，目前便有採取全自動方式進行

³⁷ 相同見解：陳敏（註33），頁707；Lazaratos (Fn. 30), S. 278; Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 18 Rn. 6; Polomski (Fn. 34), S. 90 f.

³⁸ 然而亦有不同見解認為，本文上述「機器之運算程式係由行政機關之人員設定」此一論據，僅能適用於「機器半自動作成之決定」，至於若要承認「機器全自動作成之決定」亦具有行政處分之性質，應以法律明文規定。參見：Braun Binder (Fn. 12), S. 960 (964).

者。財政部基於關稅法第10條第3項之授權，訂有貨物通關自動化實施辦法。依據貨物通關自動化實施辦法第7條之規定，報關人得以電子自動化連線方式傳輸報單資料（連線申報），而海關之電腦系統會自動依據各種預設條件，將報單核定為貨物通關自動化實施辦法第13條規定之三種通關方式。若報單被海關電腦系統核定為「免審免驗通關」之通關方式（貨物通關自動化實施辦法第13條第1款），將由海關之電腦系統發給放行通知。此等行政處分（放行通知）之作成程序，並無行政機關之人員參與，完全由機器自動進行，即屬行政處分作成程序全自動化之適例。

另一個行政實務上的適例則是國道高速公路通行費之徵收。規費之徵收決定具有行政處分之性質，而高速公路通行費乃是規費之一種³⁹，其徵收之決定也就屬於行政處分。交通部依據公路法第24條第2項授權訂定之公路通行費徵收管理辦法，其第9條第3款規定公路通行費之收費方式包括藉電子收費系統（*electronic toll collection, ETC*）收取，而電子收費則是指「利用電子收費系統設備，以使汽車行經收費站或收費區時，可自動完成繳費之收費方式」⁴⁰。目前，國道高速公路之通行費，便是以電子收費系統收取：汽車駕駛人在汽車上裝置具有無線感應功能之標籤（*E-Tag*），在行經國道高速公路之感應器後，由電子收費系統自動判讀核算應徵收之通行費並自動完成扣款。此等行政處分（國道高速公路通行費徵收決定）之作成程序，完全透過電子收費系統進行，也屬於本文所稱「全自動作成之行政處分」。

39 參見規費法第8條第1款。

40 公路通行費徵收管理辦法第2條第4款。

參、法律上之容許性

行政機關以機器全自動作成之決定，固然在概念上可以被認定為是行政處分，而且現今實務上也確實存在「全自動作成之行政處分」，但這並不表示「行政機關以機器全自動作成行政處分」其法律上之容許性已獲得全面肯認。行政程序法對於「以機器作成之行政處分」，僅在第96條第1項第4款但書以及第97條第3款設有明文規定，此外便再無任何條文涉及「自動化之行政處分作成程序」。然而就像前面提到的⁴¹，行政程序法第96條第1項第4款但書以及第97條第3款的規範客體是否及於「全自動作成之行政處分」存有疑義，而且這兩個條文的規範內容乃是行政機關程序義務之豁免，這與「行政機關是否在任何情況下均得以機器作成行政處分」之法律容許性問題無關。雖然「行政機關以機器全自動作成行政處分」之法律容許性問題，在行政程序法找不到明確答案，但「以機器全自動作成行政處分」既然是行政權之行使，應受憲法拘束，那麼直接從憲法著手，探求憲法對「行政處分作成程序之全自動化」設有何等要求，應該可以看出法律容許性問題的答案輪廓。

制憲者在1946年制定通過憲法時，依照當時的科技水準，大概很難想像有朝一日行政機關會以機器全自動履行行政任務，所以憲法對於「行政機關能否以機器全自動作成行政處分」並無明文肯定或否定之規定。雖然憲法對「行政機關以機器全自動作成行政處分」並無一般性之明文禁止規定，但至少從法治國原則⁴²以及保障人民基本權之理念出發，甚為明確而無爭議的是，行政行為不能違

41 請參見本文「壹、一」。

42 我國憲法雖然沒有明文提到「法治國原則」，但司法院大法官早已透過多號解釋清楚宣示，法治國原則乃是我國憲法重要基本原則。參見：司法院釋字第520號解釋（理由書）、第525號解釋（理由書）、第574號解釋（理由書）、第589號解釋、第594號解釋（理由書）、第602號解釋（理由書）、第614號解釋、第629號解釋（理由書）、第636號解釋（理由書）。

反「依法行政原則」與「比例原則」，否則即不具法律上之容許性。既然「依法行政原則」與「比例原則」乃是行政行為必須遵守的兩大憲法原則，本文以下即分別以「依法行政原則」與「比例原則」作為檢驗標準，在這兩大憲法原則的脈絡下，探究「行政機關以機器全自動作成行政處分」在法律上的容許性問題。

一、依法行政原則作為檢驗標準

法治國原則作為我國憲法之重要基本原則，本身包含諸多具體之子原則，而依法行政原則普遍被認為乃是法治國原則的具體子原則之一⁴³。關於依法行政原則之內涵，從消極面以及積極面的角度觀察，又可分成「法律優位原則」以及「法律保留原則」這兩項子原則⁴⁴。無論從「法律優位原則」還是從「法律保留原則」，均可導出「行政機關以機器全自動作成行政處分」在憲法上之若干容許性要求。

（一）法律優位原則

法律優位原則又可稱為「消極的依法行政原則」，此一原則的意義是指，行政機關之行為不得牴觸法律之規定⁴⁵。基於法律優位原則之要求，行政機關要以機器全自動作成行政處分，至少有以下兩道界限不得逾越：

43 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂6版，頁51（2019年）；吳信華，憲法釋論，3版，邊碼111（2018年）；法治斌、董保城，憲法新論，7版，頁70（2020年）。

44 李建良，行政法基本十講，10版，頁274（2020年）；李惠宗，行政法要義，7版，邊碼0345（2016年）；李震山（註33），頁39；吳庚、盛子龍（註32），頁72；林錫堯（註33），頁30；莊國榮（註33），頁41；陳清秀，依法行政原則與法律的適用，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁197（2020年）；陳敏（註33），頁158；陳新民（註33），頁89-90；蕭文生（註33），頁53。

45 李建良（註44），頁276；李惠宗（註44），邊碼0347；李震山（註33），頁39；吳庚、盛子龍（註32），頁72；林錫堯（註33），頁30；莊國榮（註33），頁42；陳清秀（註44），頁198；陳敏（註33），頁158-159；陳新民（註33），頁90；蕭文生（註33），頁53-54。

1. 僅「無須適用不確定法律概念即得作成之羈束處分」始得以機器全自動作成

行政處分乃是行政機關將個案事實置於法律規定下，經過涵攝（Subsumtion）而得出「該個案在法律上應如何處理」之結果。首先，行政機關適用法條的構成要件，評斷待決之個案事實是否符合法條構成要件描述的情狀；若待決之個案事實符合法條構成要件描述的情狀，行政機關接著再適用法條的法律效果，決定該個案在法律上應如何處理，並透過行政處分對外表示此一決定。因此，行政處分之作成程序，其實也就是法律涵攝的過程。行政機關的法律涵攝過程，無論是「適用法條的構成要件部分」還是「適用法條的法律效果部分」，均不能抵觸法律之規定，否則便違反法律優位原則。一旦行政機關以機器全自動作成行政處分，等於是將法律涵攝的進行方式從傳統的「人類心智思維評斷」轉變為「機器程式運算」，那麼，這樣的「全自動涵攝」究竟有沒有踩到法律優位原則的紅線呢？

（1）裁量處分

當立法者在法條的法律效果部分賦予行政機關裁量權，而個案事實又符合法律構成要件描述的情狀，則行政機關便可在法律允許的數種法律效果選項中，選擇對該個案為如何之處置。當然，基於法治國原則，行政機關即便在裁量空間內享有選擇自由，其裁量權之行使終究仍須遵守「合義務性裁量」的要求，不可能百分之百完全不受法律拘束⁴⁶，而行政程序法第10條對此也明確規定：「行政

⁴⁶ 李建良（註44），頁314；李惠宗（註44），邊碼0612；李震山（註33），頁283；吳庚、盛子龍（註32），頁107；莊國榮（註33），頁64；陳清秀（註44），頁274；陳敏（註33），頁189；陳新民（註33），頁311-312；蕭文生（註33），頁97；Manfred Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.07.2020, § 40 Rn. 46; Detterbeck (Fn. 35), Rn. 325; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 40 Rn. 1; Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 7 Rn. 17; Franz-Joseph

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」。只要行政機關行使裁量權時遵守「合義務性裁量」之要求，未出現裁量瑕疵（裁量逾越、裁量濫用、裁量怠惰等）⁴⁷而導致裁量決定違法，那麼剩下來的問題，便是「裁量決定是否適當」⁴⁸。在每一個個案中，怎麼樣的裁量才算「適當」，應該由行政機關依其專業自行決定並為此決定負起最終決策責任，這已經無關乎合法與否的問題，所以行政法院對此無從審查⁴⁹。

Peine/Thorsten Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2018, Rn. 210; *Ritgen* (Fn. 35), § 40 Rn. 31; *Michael Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., 2018, § 40 Rn. 53; *Schönenbroicher* (Fn. 27), § 40 Rn. 6; *Stuhlfauth* (Fn. 29), § 40 Rn. 3; *Jan Ziekow*, VwVfG Kommentar, 4. Aufl., 2020, § 40 Rn. 25.

47 關於各種裁量瑕疵之類型，詳可參見：李建良（註44），頁315-318；李惠宗（註44），邊碼0667-0691；李震山（註33），頁290-291；吳庚、盛子龍（註32），頁107-108；林錫堯（註33），頁273-277；莊國榮（註33），頁65-68；陳清秀（註44），頁276-279；陳敏（註33），頁191-196；陳新民（註33），頁312-313；蕭文生（註33），頁91-96；*Aschke* (Fn. 46), § 40 Rn. 80 ff.; *Guy Beaucamp*, Ermessens- und Beurteilungsfehler im Vergleich, JA 2012, S. 193 (195 f.); *Detterbeck* (Fn. 35), Rn. 328 ff.; *Ipsen* (Fn. 35), Rn. 536 ff.; *Matthias Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 11 Rn. 60 ff.; *Martin Kment/Sebastian Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, S. 193 (199); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 40 Rn. 85 ff.; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 29), § 7 Rn. 19 ff.; *Peine/Siegel* (Fn. 46), Rn. 212 ff.; *Ritgen* (Fn. 35), § 40 Rn. 48 ff.; *Ruffert* (Fn. 27), § 40 Rn. 47 ff.; *Sachs* (Fn. 46), § 40 Rn. 74 ff.; *Schönenbroicher* (Fn. 27), § 40 Rn. 199 ff.; *Stuhlfauth* (Fn. 29), § 40 Rn. 22 ff.; *Ziekow* (Fn. 46), § 40 Rn. 40 ff.

48 國內有些學術文獻在論及行政機關裁量決定的「適當性」時，借用德文的 *Zweckmäßigkeit* 一詞，而將「合目的性」當作「適當性」的同義詞使用（例如：莊國榮（註33），頁65；陳敏（註33），頁190）。將「合目的性」當作「適當性」的同義詞使用，本身並沒有錯，但放在行政裁量的脈絡下（尤其是行政程序法第10條的條文下），可能讓人誤會「合目的性」是指「合於法律授權之目的」。但在行政法上，「行政裁量具有合目的性」與「行政裁量合於法律授權之目的」乃是兩件不同的事，不能混為一談（*Sachs* (Fn. 46), § 40 Rn. 15; *Schönenbroicher* (Fn. 27), § 40 Rn. 188）。行政機關的裁量決定符合法律授權之目的，未必具有「合目的性」，換言之，未必是「適當的」裁量決定。

49 行政訴訟法第201條參照。就此並可參見：李建良（註44），頁314；李惠宗（註44），邊碼0664；吳庚、盛子龍（註32），頁108-109；莊國榮（註33），頁65；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（註33），頁35；陳清秀（註44），頁281；陳敏（註33），頁191；陳新民（註33），頁301；蕭文生（註33），頁97；*Aschke* (Fn. 46), § 40 Rn. 10; *Detterbeck* (Fn. 35), Rn. 326; *Wolfgang Hoffmann-*

以上這種「行政裁量只要沒有裁量瑕疵，即屬合法而不受法院審查」的普遍見解，與權力分立原則之理念相符，本身並無問題，但很有可能會被進一步延伸成：行政機關以機器全自動作成裁量處分，只要機器程式之運算結果不會出現裁量瑕疵，即屬合法。對此，本文必須強調，行政機關以機器全自動作成裁量處分，這本身已經抵觸法律之要求，並從而導致作成之行政處分一併淪為違法。立法者之所以要在法律中賦予行政機關裁量權，其目的乃在讓行政機關通盤審酌考量每一個個案各自殊異之具體事況後，透過價值評判，彈性決定對每一個個案而言適當之法律效果，而以「某種程度犧牲法安定性」為代價⁵⁰，換取個案正義之盡可能實現⁵¹。質言之，法律賦予行政機關裁量權，無非是希望行政機關能在立法者容許的自由活動空間內，進行「個案取向之價值評判」（並由行政機關為其價值評判決定負起最終責任）。然而，一旦行政機關要以機器全自動作成裁量處分，在技術上必須將「生活經驗可預見的事實因素」轉化為各種電腦參數組合，而預先將可能發生的事件在程式中予以一般化、類型化，待實際的個案發生後，將個案之事況對應到事先預設的各種參數並輸入機器，由機器依據事先一般化、類型化的參數設定，以演算法（而非人類的心智思維）為基礎，運算出對該個案應採取何等法律效果。很明顯地，行政機關以機器全自動作成裁量處分，係將案件一般化、類型化之後，由電腦程式得出「合於演算邏輯」的標準制式決定，這與立法者透過裁量權之賦予

Riem, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 10 Rn. 87; *Jestaedt* (Fn. 47), § 11 Rn. 60; *Kment/Vorwalter* (Fn. 47), S. 193 (200); *Maurer/Waldhoff* (Fn. 29), § 7 Rn. 18; *Ritgen* (Fn. 35), § 40 Rn. 47; *Ruffert* (Fn. 27), § 40 Rn. 18; *Sachs* (Fn. 46), § 40 Rn. 72; *Schönenbroicher* (Fn. 27), § 40 Rn. 188; *Stuhlfauth* (Fn. 29), § 40 Rn. 56; *Ziekow* (Fn. 46), § 40 Rn. 25.

⁵⁰ *Detterbeck* (Fn. 35), Rn. 307.

⁵¹ 李惠宗（註44），邊碼0612；李震山（註33），頁283-284；陳清秀（註44），頁272；陳敏（註33），頁186；蕭文生（註33），頁89；*Peine/Siegel* (Fn. 46), Rn. 207; *Ritgen* (Fn. 35), § 40 Rn. 13; *Ruffert* (Fn. 27), § 40 Rn. 23.

希望行政機關作「個案取向之價值評判」，剛好完全背道而馳⁵²。光是這一點，便讓「行政機關以機器全自動作成裁量處分」難以被認定為合法。

本文的主張，或許會招來以下的質疑：行政程序法第159條第2項第2款明文肯認行政機關得訂定裁量基準之行政規則，而裁量基準之行政規則，其內容也是行政機關預先將可能發生的案件予以一般化、類型化，並在法定裁量範圍內，指示執法人員對何等類型之案件採取何等法律效果。既然裁量基準之行政規則受到行政程序法明文肯認，則行政機關以機器完全取代人力作成裁量處分，其實也是透過電腦程式對個案作一般化、類型化之處理，某種程度而言，若把這些預先設定的電腦程式當成裁量基準之行政規則⁵³，那麼「行政機關以機器全自動作成裁量處分」應該同樣也受到法律允許才對⁵⁴。更何況，透過電腦程式對個案作一般化、類型化之全自動處理，持續穩定得出一個又一個合於演算邏輯的標準制式決定，從而形成對行政機關具有「自我拘束」效力的行政慣例，這豈不是可以大幅緩解裁量權行使對法安定性的破壞，並恰好符合「本質相同事件，相同處理」的平等要求？

52 Vgl. *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern, Automatisiert erlassene Verwaltungsakte und Bekanntgabe über Internetplattformen — Fortentwicklung des Verfahrensrechts im Zeichen der Digitalisierung: Wie können rechtsstaatliche Standards gewahrt werden?*, NVwZ 2015, S. 1114 (1115); *Braun Binder* (Fn. 12), S. 963; *Lazaratos* (Fn. 30), S. 220; *Polomski* (Fn. 34), S. 57 f.

53 認為行政自動化之電腦程式具有行政規則之法律性質者：陳敏（註33），頁710；*Britz* (Fn. 2), § 26 Rn. 62; *Eifert* (Fn. 30), S. 129; *Hermann Hill/Mario Martini*, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 34 Rn. 67; *Lazaratos* (Fn. 30), S. 208 ff.; *Markus Möstl*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2016, § 20 Rn. 23; *Stelkens* (Fn. 12), § 35a Rn. 19. 對於「將電腦程式視為行政規則」抱持懷疑態度者：*Ritgen* (Fn. 35), § 35 Rn. 47.

54 採此見解者：陳敏（註33），頁710；*Britz* (Fn. 2), § 26 Rn. 62.

就本文看來，上述的質疑似乎言之成理，但卻忽略了一個關鍵的問題：機器無法篩選出「非典型個案」。行政機關訂定裁量基準之行政規則，在法定裁量權範圍內，以一般化、類型化的方式處理個案並作成裁量處分。一旦裁量基準之行政規則被行政機關持續不斷反覆適用，的確可以形成行政慣例，並對行政機關產生「自我拘束」效力，行政機關在處理某類型之個案時，應該一如往例，依照裁量基準之行政規則對該類型案件預設的處理方式為之，始符合平等原則（本質相同事件，相同處理）。然而，此等一般化、類型化的裁量權行使方式，對實際上不可避免會出現的「非典型個案」並不適用。所謂「非典型個案」，是指依照原先預設的類型化標準，某個案雖然應該被歸類為某種類型之案件，但該個案的事況具有相當程度之特殊性⁵⁵，以致於在處理該個案時，若依照原先對該類型案件預設的處理方式，將出現「個案不正義」的結果。要篩選出「非典型個案」，必須全盤瞭解個案事況之細節，並對個案事況是否具有「特殊性」進行價值判斷，方能決定該個案是否真的與同類型案件「本質不同」，以致於必須「不同處理」。若裁量處分之作成，完全由行政機關之人員以人工方式處理，或以機器半自動處理（亦即裁量處分之規制內容雖由機器運算得出，但該規制內容仍須經機關之人員查核），那麼「非典型個案」可以透過機關人員的心智判讀、評價而被篩選出來。但如果裁量處分之作成是以機器全自動為之，則機器演算法既然是以「預先設定的類型化參數」為運算基礎，其對於個案之處理，也就始終遵循「何等類型之案件應作如何處理」的運算邏輯，而不會像人類的心智思維一樣，可以在「同類型案件」中透過價值評判篩選出特殊的「非典型個案」⁵⁶。由於機器無法在同類型案件中篩選出「非典型個案」，導致「非典型個

55 此種異於其他同類型個案的特殊性，乃是當初在設定案件類型化標準時，難以預見或漏未考慮到的。

56 *Eifert* (Fn. 30), S. 129 f.; *Lazaratos* (Fn. 30), S. 221; *Ritgen* (Fn. 35), § 35 Rn. 57.

案」在機器演算法的合邏輯運算下，會與同類型案件（但其實已屬「本質不同」之案件）得出相同的裁量結果，且該裁量結果又具有終局性（機關人員不予查核），如此一來，裁量處分作成程序之全自動化，本身在技術上便無法避免「對本質不同事件，為相同處理」⁵⁷，明顯違反憲法第7條及行政程序法第6條平等原則的要求。基於這樣的理由，本文認為，裁量處分之作成不得以機器全自動為之⁵⁸。雖然在學術文獻上，不乏有「原則禁止，例外允許」的主張：原則上，行政機關不得以機器全自動作成裁量處分；但若行政機關已訂有裁量基準之行政規則，或實際上已存在行政慣例，則可例外允許行政機關將裁量基準之行政規則的規定或行政慣例的內容輸入機器轉化為電腦參數，並以機器全自動作成裁量處分⁵⁹。但本文認為，將裁量基準之行政規則的規定或行政慣例的內容輸入機器轉化為電腦參數，機器終究還是在這些預設參數建構的規則下進行合邏輯的運算，而「機器無法篩選非典型個案」的問題仍舊沒有改變，所以並不存在「例外允許」的空間。從「行政機關不得以機器全自動作成裁量處分」此一結論出發，還可以進一步延伸導出另一個結論：行政機關對於是否廢棄行政處分，不得透過機器全自動決定。依據行政程序法第117條、第122條及第123條「得（由原處分

⁵⁷ Lazaratos (Fn. 30), S. 229.

⁵⁸ 相同結論：Florian Claus Albrecht, E-Government, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Stand: 52. EL April 2020, Teil 28 Rn. 61; Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern (Fn. 52), S. 1115; Braun Binder (Fn. 12), S. 963; Eifert (Fn. 30), S. 126 f.; Lazaratos (Fn. 30), S. 229; Polomski (Fn. 34), S. 94; Schmitz/Prell (Fn. 11), S. 1276. 值得注意的是，Prof. Stelkens認為，只要行政機關能在出現「非典型個案」時作適度「調校」，篩選出自動化程式無法事先預見的特殊事況，那麼裁量處分亦可使用機器全自動作成（Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 41）。不過，本文認為此等見解是否具有說服力，甚為可疑。Prof. Stelkens並沒有清楚說明，其所稱的「調校」，究竟是透過機器還是行政機關的人力為之。如果是由機器來「調校」，在技術上究竟要如何實現，並不清楚。而如果「調校」是由行政機關的人力為之，那麼很明顯地，這已經不是「以機器全自動作成之行政處分」了。

⁵⁹ 採此見解者：Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern (Fn. 52), S. 1115; Braun Binder (Fn. 12), S. 963; Polomski (Fn. 34), S. 57 f.

機關)依職權」的條文用語可知，行政機關所為「撤銷或廢止行政處分」之決定，本身即屬裁量處分。既然行政機關對行政處分之廢棄決定本身就是裁量處分，那麼連結到本文上述「裁量處分不得以機器全自動作成」的結論，在法律上也就不能容許行政機關以機器全自動作成「廢棄行政處分」之決定⁶⁰。

此外，也有學者認為，隨著人工智慧技術的快速發展，機器自我學習的能力日益成熟，或許將來機器的運算可以模擬人類的心智思維處理價值判斷事務，從而「以機器全自動作成裁量處分」其法律容許性在未來說不定可以被肯認⁶¹。然而，本文對於這樣的想法，抱持質疑的態度。沒有錯，實現人工智慧的技術發展趨勢，在這幾年已有明顯的典範移轉，也就是逐漸從傳統「人類輸入規則，讓機器依循預設規則之邏輯進行運算」，轉變為「讓機器從資料集 (data set) 自我學習，自行找出運算規則」。「機器學習」(machine learning) 的基礎，在於對資料集的龐大資料進行特徵擷取 (feature extraction) 與分類 (classification)，使機器可以從中自我學習得出「具備何種特徵，應當得出何種結果」的運算規則。然而，無論訓練機器自我學習的資料數量有多麼龐大，終究都是已被生活經驗所掌握的歷史資料 (質言之，已發生的個案所產生之資料)。至於「非典型個案」，由於不具備歷史資料所擁有的特徵，或恰好與歷史資料具備的特徵相違，所以將其套入機器自我學習而建構的運算規則，將會得出 (對「典型個案」而言應當正確，但對「非典型個案」而言) 不正確的結果。因此，「機器學習」的新技術典範，仍舊沒有改變前述「機器無法正確處理非典型個案」的問題。基於這樣的理由，本文認為，就算人工智慧未來再怎麼成熟進步，「裁量處分不得以機器全自動作成」的結論應該不至於有所動搖。

60 *Prell* (Fn. 11), § 35a Rn. 15; *Schmitz/Prell* (Fn. 11), S. 1276.

61 如此認為者：*Prell* (Fn. 11), § 35a Rn. 14; *Schmitz/Prell* (Fn. 11), S. 1276.

(2) 羈束處分

如果法條的法律效果要求行政機關必須作成某一特定內容的決定，而未賦予行政機關裁量權，那麼一旦個案事實符合法條構成要件描述的情狀，行政機關也就只能依據該法條之規定作成特定內容之行政處分（羈束處分）。由於羈束處分之作成，乃是法條指示行政機關必須實現的「唯一」法律效果，所以行政機關將法條指示之「唯一」法律效果寫入機器程式中，並以機器全自動作成羈束處分，此等「全自動涵攝」，其實與行政機關之人員透過法律涵攝過程而得出「應作成羈束處分」之結論，就結果而言並無不同。因此，羈束處分之作成，若以機器全自動為之，在法律上應該較無疑慮⁶²。

不過，行政機關要作成羈束處分，在適用法律構成要件的部分，若立法者於法律的構成要件中使用了不確定法律概念，則該羈束處分之作成程序也不應以機器全自動進行。不確定法律概念，可分成「經驗性概念」以及「須價值填補之概念」兩種，前者之適用須依據一般人的經驗或知覺，而後者之適用則須進行價值判斷⁶³。行政機關在適用不確定法律概念時，無論適用的是「經驗性概念」還是「須價值填補之概念」，均涉及對事實與法條構成要件是否吻合的「個案評價」⁶⁴，只不過個案評價所依據的標準不同罷了（前者依據經驗知覺，後者依據價值判斷）。既然法律構成要件使用不確定法律概念，彰顯出立法者有意讓行政機關進行「個案評價」，那麼行政機關在適用不確定法律概念時，若交給機器以制式化、標準化方式全自動處理，則此種「去個案評價化」的行政程序顯然已

⁶² *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern* (Fn. 52), S. 1115; *Braun Binder* (Fn. 12), S. 963; *Eifert* (Fn. 30), S. 127; *Schmitz/Prell* (Fn. 11), S. 1276.

⁶³ 李惠宗（註44），邊碼06105-06110；吳庚、盛子龍（註32），頁103；陳敏（註33），頁199-200；蕭文生（註33），頁98。

⁶⁴ 陳敏（註33），頁201。

經違反立法者的意思。由於機器（至少按照當今的技術來看）僅能作合於演算邏輯的制式決定，行政機關若使用機器全自動涵攝「經驗性概念」，就像前面所說，無法正確處理與一般經驗知覺不符的「非典型個案」；而行政機關若使用機器全自動涵攝「須價值填補之概念」，則機器也無法如同人類心智思維一樣對個案作成價值判斷。基於這樣的理由，本文認為，羈束處分之作成，若涉及不確定法律概念之適用，則該羈束處分之作成程序（就如同裁量處分一樣）也不得以機器全自動進行⁶⁵。

2. 涉及法定保密資料之行政處分不得以私人機器全自動作成

行政處分作成程序之全自動化，在技術上，行政機關可能使用自己保有的機器，也可能因為欠缺設備或處理能力，而使用私人的機器。若行政機關決定要用私人的機器全自動作成行政處分，則作成行政處分所依據之資料將交給私人儲存、運算並得出結果，如此一來，行政處分之作成，除了程序全自動化進行之外，同時還會涉及「資訊科技委外處理」（information technology outsourcing）。然而，若法律禁止行政機關「資訊科技委外處理」，那麼可以確定的是，行政機關即不得透過私人機器全自動作成行政處分，否則將違反法律優位原則。

法律禁止行政機關「資訊科技委外處理」，最常見的情形，乃是資料本身在法定保密範圍內。作成行政處分所依據之資料，若依法應予保密，那麼保有該資料之行政機關即不得將資料內容洩漏給他人知悉（甚至「該資料存在與否」本身可能就是法定保密事項）。就現行法律觀之，依法應保密的資料可分成兩種類型，第一種是依據國家機密保護法被核定為國家機密之資料⁶⁶，另一種則是

⁶⁵ *Stelkens* (Fn. 12), § 35a Rn. 45 f.

⁶⁶ 依國家機密保護法第4條之規定，國家機密又可分成「絕對機密」、「極機密」、「機密」三種機密等級。

雖非國家機密保護法所稱之國家機密，但行政機關（及其人員）依法仍應保密之資料⁶⁷。無論是國家機密，抑或非國家機密但依法仍應保密之資料，既然均不得洩漏給他人知悉，那麼行政機關當然也就不得將該等資料傳輸給私人並讓私人代為處理，否則該等資料將因為「資訊科技委外處理」而曝光。當行政機關要以機器全自動作成行政處分，而作成該行政處分所依據之資料依法又應予保密，則行政機關在法律保密規定的拘束下，對於行政程序之全自動進行僅能以行政機關自己的機器為之，一旦採取「資訊科技委外處理」，即違反法律優位原則。

此外不難想像的是，作成行政處分所依據的資料，有許多乃是個人資料保護法第2條第1款定義之個人資料⁶⁸，其蒐集、處理或利用原則上有個資法之適用⁶⁹。延續「資料依法應保密」的思考脈絡，必須進一步追問，個資法是否一般性地禁止行政機關將保有之個資交給私人處理？本文認為，從個資法第4條看來，答案應屬否定。個資法第4條規定：「受公務機關或非公務機關委託蒐集、處理或利用個人資料者，於本法適用範圍內，視同委託機關」，由此一規定不難看出，個資法並未一般性地禁止公務機關將保有之個資委外處理。正因為從個資法第4條可以得出「個資法並未一般性地禁止公務機關將保有之個資委外處理」此一結論，所以行政機關將含有個資之資料交給私人機器儲存、運算，並透過私人機器全自動作成行政處分，就「資訊科技委外處理」本身而言，原則上並不違反個資法。不過，行政機關以私人機器全自動作成行政處分，仍須

67 此等雖非國家機密但依法仍應保密之資料，在現行法律中為數不少，例如：土壤及地下水污染整治法第7條第4項規定機關及人員對查證所知之工商秘密，應予保密。又例如：再生水資源發展條例第16條第3項規定機關及人員對被檢查者之私人、工商秘密，應予保密。

68 以下，本文將個人資料保護法簡稱為「個資法」，並將個人資料簡稱為「個資」。

69 除非符合個資法第51條第1項之豁免適用規定。

遵守個資法中包括「目的拘束原則」⁷⁰在內的其他規定，否則仍屬違法，不符法律優位原則之要求。關於「行政機關使用私人機器全自動作成行政處分，是否符合個資法之規定」，在法律適用上可能尚存「跨國傳輸」的容許性問題。有鑑於雲端運算服務（cloud computing）日益成熟普及，如果行政機關要藉助跨國雲端運算服務，使用「外國人」（例如：Google公司）的機器全自動作成行政處分，而該行政處分所依據之資料又包含個資，則此時「行政處分作成程序之全自動化」不僅涉及「資訊科技委外處理」，還涉及個資法第2條第6款所稱之「國際傳輸」。然而，行政機關究竟可否將保有之個資進行國際傳輸，個資法對此並無明文之容許或禁止規定。關於國際傳輸之容許性問題，個資法第21條設有4款禁止規定，然而，本條規定僅適用於非公務機關（私人）所為之國際傳輸，至於公務機關為之國際傳輸，個資法則完全未置一詞⁷¹。本文認為，個資法第21條各款之禁止國際傳輸規定，其立法目的乃在避免因國際傳輸導致個資當事人之權益或其他法益遭受損害，就「由國際傳輸造成之法益損害」而言，並不會因為傳輸者是公務機關就較輕微緩和⁷²。因此，個資法第21條各款之禁止國際傳輸規定未將規範對象及於公務機關，乃是（依立法者原先之立法計畫，應規定而未規定之）法律漏洞，此一法律漏洞應透過類推的方法填補，也就是說，在有個資法第21條各款之情形時，公務機關亦不得為國際傳輸。基於類推適用個資法第21條各款之禁止規定，行政機關既然在個資法第21條各款的禁止範圍內不得進行國際傳輸，也就不能藉

70 亦即個資之利用，原則上須與蒐集之特定目的相符。就此可參見個資法第16條之規定。

71 對此立法疏漏之批評，可參見：劉定基，雲端運算與個人資料保護——以台灣個人資料保護法與歐盟個人資料保護指令的比較為中心，東海大學法學研究，43期，頁93（2014年）。

72 正好相反，若考量到公務機關保有之個資數量規模可能較非公務機關來得更為龐大，那麼公務機關所為之國際傳輸若會對法益造成損害，則損害程度更為嚴重。

助跨國雲端運算服務，使用外國人之機器全自動作成行政處分，否則即與個資法第21條之禁止規定不符，而違反法律優位原則。

在不牴觸法律的前提下，行政機關使用私人的機器全自動作成行政處分，用來運算出行政處分規制內容的程式，乃是依據行政機關之指示設計，並非由受委託之私人自主決定。以個資之委外處理而言，委託機關依個資法施行細則第8條之規定，還必須對受託私人為該條第2項各款的高密度監督。因此，受託私人僅是受託在技術上執行資料之儲存與運算事宜，並非行政程序法第16條第1項規定之「受託行使公權力」。在此情況下，個資法第4條所稱「視同委託機關」，是指受託私人僅具備輔助、支援功能而成為委託機關之一部⁷³，這和行政程序法第2條第3項規定之「私人因受託行使公權力，成為獨立於委託機關以外的另一個行政機關」完全不同⁷⁴。

⁷³ 受託私人並因此在執行個資之處理及利用事宜時，須適用委託機關應適用之規定。就此可參見個資法施行細則第7條之規定。在比較法上，截至2018年5月24日之前，德國聯邦個資法（Bundesdatenschutzgesetz, BDSG）第11條亦設有資訊科技委外處理之規定，該國學界對於受託人之地位，亦作與本文見解相同之理解，參見：*Isabell Conrad*, *Recht des Datenschutzes*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 2. Aufl., 2016, § 34 Rn. 280; *Peter Gola/Christoph Klug/Barbara Körfner/Rudolf Schomerus*, *BDSG Kommentar*, 12. Aufl., 2015, § 11 Rn. 3; *Thomas B. Petri*, in: *Simitis* (Hrsg.), *BDSG Kommentar*, 8. Aufl., 2014, § 11 Rn. 22; *Wolfgang Spoerr*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht, BDSG 2003 [aK]*, 27. Aufl., Stand: 01.08.2018, § 11 Rn. 6.3; *Philipp-Christian Thomale*, in: *Eßer/Kramer/von Lewinski* (Hrsg.), *BDSG Kommentar*, 4. Aufl., 2014, § 11 Rn. 14; *Peter Wedde*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, *BDSG Kommentar*, 5. Aufl., 2016, § 11 Rn. 5. 但亦有學者採取不同見解：*Kai-Uwe Plath*, in: *Plath* (Hrsg.), *BDSG Kommentar*, 2013, § 11 Rn. 28. 然而，隨著歐盟個資保護基本規章（General Data Protection Regulation, GDPR; *Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO*）在2018年5月25日正式施行，德國新修正的聯邦個資法也在2018年5月25日同步生效實施，原本適用至2018年5月24日的德國聯邦個資法第11條，其規定與歐盟個資保護基本規章第28條有甚多相異之處，故2018年全新版本的德國聯邦個資法已將適用至2018年5月24日的第11條刪除。對此可參見：*Johanna M. Hofmann*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), *Das neue Datenschutzrecht*, 2018, § 5 Rn. 75 ff.; *Mario Martini*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), *DS-GVO BDSG Kommentar*, 2. Aufl., 2018, DS-GVO Art. 28 Rn. 78 f.

⁷⁴ 劉定基教授似亦採取相同見解，參見：劉定基（註71），頁78（尤其是該頁註

由於在資訊科技委外處理時，行政機關與受託私人之間乃是內部法律關係，所以行政機關為了使用私人的機器全自動作成行政處分，而將相關資料交給受託私人，此一資料交付行為在個資法上之意義，並非委託機關「利用」個資，亦非受託私人「蒐集」個資，而是行政機關對個資為「內部傳送」（依個資法第2條第4款之定義，從而屬於委託機關對個資之「處理」）⁷⁵。當「內部傳送」完成後，受託私人（＝委託機關之一部⁷⁶）之機器經過運算得出行政處分的規制內容，在個資法上，即屬委託機關對個資之利用（利用個資作成行政處分）；而在行政程序法上，該行政處分之處分機關乃是委託機關，並非受託私人。既然該行政處分是由委託機關以私人機器全自動作成，那麼委託機關也就必須為確保該行政處分之合法性負起完全責任。

（二）法律保留原則

依法行政原則作為法治國原則的子原則之一，其內涵除了法律優位原則之外，還包括被稱為「積極依法行政原則」的法律保留原則。在法律保留原則的要求下，行政行為不但不能抵觸法律的規定，還必須具有法律授權依據，始屬合法⁷⁷。法律優位原則適用於

釋80)。

⁷⁵ 德國法上相近似之見解：Conrad (Fn. 73), § 34 Rn. 280; Gola/Klug/Körffler/Schomerus (Fn. 73), § 11 Rn. 4; Spoerr (Fn. 73), § 11 Rn. 4; Thomale (Fn. 73), § 11 Rn. 25; Wedde (Fn. 73), § 11 Rn. 18. 歐盟個資保護基本規章第4條第10款將「受託處理資料者」(processor; Auftragsverarbeiter) 排除在「第三人」(third party; Dritter) 的概念範圍外，所以行政機關將個資交給受託私人，在歐盟個資保護基本規章的規範意義下，亦非「對第三人傳輸個資」。就此可參見：Martini (Fn. 73), DS-GVO Art. 28 Rn. 8a.

⁷⁶ 或者借用行政法上另一個常常聽到的傳神形容：此時，受託私人乃委託機關「延長之手臂」(Gola/Klug/Körffler/Schomerus (Fn. 73), § 11 Rn. 3)。

⁷⁷ 李建良(註44)，頁286；李惠宗(註44)，邊碼0350；李震山(註33)，頁52-53；吳庚、盛子龍(註32)，頁75；林錫堯(註33)，頁30；莊國榮(註33)，頁42；陳清秀(註44)，頁205；陳敏(註33)，頁159；陳新民(註33)，頁90；蕭文生(註33)，頁54。

一切的行政行為，換言之，任何行政行為均不得抵觸法律規定，這一點並無疑義。至於法律保留原則，其適用的範圍有多廣，攸關立法權與行政權彼此固有領域勢力之消長，向來較有爭議。將本文主題放在法律保留原則的脈絡下觀察，產生的問題便是：行政機關以機器全自動作成行政處分，是否屬於法律保留事項，從而必須法律明文允許始得為之？抑或剛好相反，此乃行政機關之內部事務，由行政機關自行訂定行政規則予以規範即可，無須法律授權？

關於法律保留原則之適用範圍，憲法在第23條明確指出「對人民基本權造成干預之事項」應以法律定之，所以可以確定的是，「干預行政」有法律保留原則之適用。不過，法律保留原則的適用範圍並不侷限於干預行政，因為憲法在第23條之外，又於第63條規定立法院有議決國家「重要事項」之權，由此可知，憲法將「重要事項」的決定權交給了立法院，從而只要是「重要事項」，無論是否涉及人民基本權之干預，均在法律保留原則的適用範圍內⁷⁸。然而，究竟哪些事項屬於「重要事項」？而法律對於「重要事項」又應該以何等立法密度予以規範？這些問題在憲法條文中均無明確答案。值得注意的是，大法官在司法院釋字第443解釋的理由書中，

⁷⁸ 此一由憲法第63條導出的結論，與德國聯邦憲法法院在探求「法律保留原則適用範圍」時發展出來的「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)，恰好不謀而合。關於德國聯邦憲法法院在裁判中闡述之「重要性理論」，可參見：BVerfGE 34, 165 (192); 40, 237 (249); 49, 89 (126 f.); 84, 212 (226); 95, 267 (307)。德國學者對「重要性理論」之分析探討，可參見：Detterbeck (Fn. 35), Rn. 264 ff.; Dirk Ehlers, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 2 Rn. 44 f.; Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 6 Rn. 12 ff.; Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 9 Rn. 47 f.; 我國學者對「重要性理論」之介紹說明，可參見：李建良（註44），頁289-291；吳庚、盛子龍（註32），頁77-78；林錫堯（註33），頁33-35；許宗力，論法律保留原則，收於：法與國家權力，頁158-162（1993年）；莊國榮（註33），頁44；陳清秀（註44），頁208-209；陳敏（註33），頁162；蕭文生（註33），頁57-58。

建構了一套層次分明的「層級化保留體系」⁷⁹，應該可以將其視為「重要事項應以法律定之」在我國的具體化藍圖。在司法院釋字第443號解釋理由書建構的「層級化保留體系」下，干預行政領域內的事項，依其對人民基本權干預程度之不同，應受法律不同密度之規範，從規範密度最嚴格到最寬鬆，依序為憲法保留事項⁸⁰、絕對法律保留事項⁸¹、相對法律保留事項⁸²，以及非屬法律保留事項⁸³。而在給付行政領域內，若屬於涉及公共利益之重大事項，即為相對法律保留事項；反之，若非屬涉及公共利益之重大事項，行政機關無須法律授權，亦得為之。

行政機關以機器完全取代人工作業，全自動進行行政處分之作成程序，乍看之下，似乎僅涉及行政程序在技術上要如何進行的問題而已，屬於「執行法律之細節性、技術性事項」，從而在「層級化保留體系」下，可被劃歸到「非屬法律保留事項」的範疇。然而，本文認為，若將行政處分作成程序之全自動化僅單純視為「執行法律之細節性、技術性事項」，這樣的認定恐怕是太過流於表面。在技術上，行政機關若要使用機器全自動作成行政處分，通常必須以「龐大個資檔案之統合與處理」作為基礎，這會涉及大規模個資資料集之存取、串連、運算、分析，可以想見，受此影響的個資當事人為數眾多。而且，行政機關為了全自動進行行政處分之作

79 同樣使用「層級化（法律）保留體系」的概念稱之者：李建良（註44），頁290；李震山（註33），頁60-61；吳庚、盛子龍（註32），頁90-91；莊國榮（註33），頁44-46；陳清秀（註44），頁209；陳敏（註33），頁163；陳新民（註33），頁99；蕭文生（註33），頁58。

80 亦即憲法第8條對限制人民身體自由親自予以詳盡規範之事項。

81 亦即剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項。此等事項應由立法者制定法律規定，法律不得授權行政機關以行政命令定之。

82 亦即在憲法保留事項以及絕對法律保留事項之外，涉及人民其他基本權之限制事項。此等事項除了由立法者制定法律規定外，亦得授權行政機關訂定行政命令為補充規定。

83 亦即僅屬執行法律之細節性、技術性之次要事項。此等事項無須法律規定，可由行政機關逕行訂定行政命令為必要之規範。

成程序，以機器處理規模龐大之個資資料集，將導致個資當事人必須承受各種新型態（人工作業處理所無）的資訊風險⁸⁴，而這些資訊風險一旦不幸實現造成權利損害，卻又往往不易立即被察覺⁸⁵。更何況，就像前面提到的⁸⁶，行政處分之全自動作成，有可能是以私人機器（而非行政機關自己建置的機器系統）為之，亦即行政機關將保有之個資委託私人處理，導致行政機關保有之（數量規模龐大的）個資揭露在個資當事人以外的另一個私人面前。無論是大規模個資資料集的串連運算，抑或是讓個資當事人承受新型態的資訊風險，甚至是讓受託私人得以掌握處理大規模的個資資料集，凡此種種，顯然都已經涉及「行政機關對個資為違反當事人意願之利用」，而對憲法第22條保障之資訊隱私權⁸⁷造成干預。另外，一旦行政機關以機器全自動進行行政處分之作成程序，則處分相對人原本依據行政程序法享有的若干程序權，例如在行政程序進行中得向行政機關陳述意見（行政程序法第102條），勢必將因為機關人員被機器完全取代，而遭受不利影響⁸⁸。此一因素也足以說明，行政機關以機器完全取代人工作業而全自動作成行政處分，實質上已經碰到「干預人民基本權」的問題，絕對不是單純行政作業方式改變的「細節性、技術性」事項而已。

84 例如機器系統有可能遭駭客入侵，或可能出現不明原因之技術故障，導致系統中數量龐大的個資外洩。

85 例如機器系統一旦遭到駭客入侵，通常不易立即察覺，無論是行政機關抑或個資當事人，對於由此而產生之種種不利益難以在第一時間採取有效之因應措施。

86 請參見本文「參、一、（一）、2」。

87 在司法院釋字第603號解釋中，大法官從憲法第22條結合人性尊嚴之保障，發展出以「個人自主控制個資」為保障主旨的資訊隱私權，並指出資訊隱私權之具體保障內涵，乃是「保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」。

88 關於行政機關以機器全自動作成行政處分，對處分相對人之陳述意見權造成的衝擊，本文稍後將有詳細討論，請參見本文「肆、二」。

行政處分作成程序之全自動化，既然已經關乎人民基本權之干預（但還不至於涉及生命權或身體自由），那麼在「層級化保留體系」的光譜中，便屬於「相對法律保留事項」。因此，行政機關要以機器全自動作成行政處分，必須有法律明文依據方得為之。由於不同的行政領域各自有各自之殊異性，何種行政領域內的何種行政處分適合（或不適合）以機器全自動作成，難以一概而論，所以此處所稱「法律明文依據」，應該由立法者考量各該行政領域之特性後，明訂於個別專業法律，而不宜在行政程序法中作一般普遍性之容許授權。另外，考量到地方制度法第28條第2款將「限制地方自治團體居民之權利」列為「自治條例保留」事項，而地方制度法又具有地方制度之「基本法」（並非僅具補充適用功能的「普通法」）地位⁸⁹，所以地方行政機關必須先獲得各該自治條例允許，方能在自治事項領域內以機器全自動作成行政處分。一方面，基於法律保留原則（或自治條例保留原則），行政機關要以機器全自動作成行政處分，必須以「專業法律（或自治條例）明文允許」為前提；另一方面，如前所述⁹⁰，在法律優位原則的拘束下，裁量處分或須適用不確定法律概念始能作成之羈束處分，其作成程序不得以機器全自動進行。由這兩個依法行政原則導出的憲法界限，不但拘束著行政機關，也同時對中央及地方立法者的形成自由構成限制：立法者若要在專業法律或自治條例中明文授權行政機關得以機器全自動作成行政處分，其容許範圍不得及於裁量處分或適用不確定法律概念始能作成之羈束處分。

在比較法上值得注意並參考的是，德國於2016年7月增訂（並於2017年1月1日正式生效施行）之聯邦行政程序法第35a條規定：「在法規容許且無裁量權或判斷餘地時，行政處分得完全以自動機

89 參見地方制度法第1條第2項。

90 請參見本文「參、一、（一）、1」。

器作成」⁹¹。此一新規定被置於行政處分的概念定義規定（德國聯邦行政程序法第35條）之後，其意義在於，立法者藉此明文承認「行政機關以機器全自動作成之決定，並非機器所為之決定，而是行政機關之意思表示，所以也符合行政處分之概念」⁹²。雖然德國聯邦行政程序法第35a條明文承認在法律概念上確實有「全自動作成之行政處分」，但本條規定也同時宣示，「以機器全自動作成行政處分」有法律保留原則之適用，行政機關不能在無專業法律授權的情況下，自行決定以全自動方式進行行政處分之作成程序⁹³。由於德國聯邦行政程序法第35a條使用的是「法規」（Rechtsvorschrift）一詞，所以行政機關以機器全自動作成行政處分，其在法律上的容許性依據並不侷限於法律（Gesetz），而還包括法規命令（Rechtsverordnung）以及自治規章（Satzung），但並不包含行政規則（Verwaltungsvorschrift）⁹⁴。有德國學者在詮釋德國聯邦行政程序法第35a條時主張，本條所稱之「法規允許」，無須嚴格到「明文允許」的程度，只要法律沒有顯然反對的意思，也算符合「法規允許」此一要件⁹⁵。本文認為，如果我國要在行政程序法增列如同德國聯邦行政程序法第35a條之規定，那麼無論是德國聯邦行政程序法第35a條使用「法規」一詞而將適用範圍涵蓋「法規命令」，或是德國學者「無須明文允許」的主張，均不宜成為我國立法時仿效的範本。德國聯邦行政程序法第35a條使用了概念上

91 本條規定之德文原文為：„Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.“

92 Berger (Fn. 11), § 35a Rn. 31; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 2; Prell (Fn. 11), § 35a Rn. 7; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 28; Stuhlfauth (Fn. 29), § 35a Rn. 1; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 3; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 1.

93 Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 12; Prell (Fn. 11), § 35a Rn. 11; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 33; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 4; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 1.

94 Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 12; Prell (Fn. 11), § 35a Rn. 11; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 30; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 26; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 9.

95 Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 12; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 27; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 9.

可以包含「法規命令」的「法規」一詞，若再加上前述德國學者「無須明文允許」的主張，那麼在實際適用時，將出現如下的情況：A專業法律在實體法上，授權行政機關得訂定B法規命令與作成行政處分，但在程序法上，並未明文允許行政機關得使用機器全自動進行行政處分之作成程序，行政機關從而得以在B法規命令中「自我允許」以機器全自動作成行政處分。然而，此等情形卻與司法院釋字第443號解釋理由書的「層級化保留體系」不符。前面提到，行政機關以機器全自動作成行政處分，在「層級化保留體系」的光譜中，屬於「相對法律保留事項」。而大法官在司法院釋字第443號解釋理由書中闡述「相對法律保留事項」時，清楚指出「應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」。既然行政機關要訂定法規命令對「相對法律保留事項」予以規範，必須以法律有具體明確授權為原則，那麼專業法律如果沒有明文允許行政機關得使用機器全自動作成行政處分，行政機關當然不能拿法律（在實體法上）授權行政機關訂定的法規命令為依據，自我允許以機器全自動進行行政處分之作成程序。因此，在司法院釋字第443號解釋理由書建構的層級化保留體系下，行政機關若要以機器全自動作成行政處分，其前提在於專業法律對此有明文允許之規定，至於行政機關以法規命令「自我允許」，或法律「未明確反對」，均不能為「行政處分作成程序之全自動化」提供法律上的容許性基礎。

另外，與本文前述的看法相同⁹⁶，德國聯邦行政程序法第35a條將「全自動作成之行政處分」侷限在羈束行政的領域，這樣的立法限制，應該也是體認到即便人工智慧技術再怎麼進步，終究無法處理「非典型個案」。不過，有德國學者認為，由於德國聯邦行政程序法僅具普通法之性質⁹⁷，所以即便德國聯邦行政程序法第35a

⁹⁶ 請參見本文「參、一、(一)、1」。

⁹⁷ 德國聯邦行政程序法第1條第1項規定，在聯邦法規未設內容相同或相反之規定

條將「全自動作成之行政處分」侷限於羈束行政的領域，但這樣的規定充其量只有呼籲的性質而已，其他聯邦法規仍然得透過「特別法」的地位將「全自動作成之行政處分」擴展到裁量行政的領域，而排除德國聯邦行政程序法第35a條之限制⁹⁸。就本文看來，此種「專業法律可將全自動作成之行政處分擴展到裁量行政之領域」的見解，其說服力恐怕值得商榷。如前所述⁹⁹，立法者之所以要在法律中賦予行政機關裁量權，無非是希望行政機關能在立法者容許的自由活動空間內，考量不同個案各自殊異之事實，進行「個案取向之價值評判」。與此剛好相反的是，行政機關使用機器全自動作成行政處分，則意味著行政決定之標準化、制式化，並不著重「個案取向之價值評判」。立法者在專業法律中，若一方面賦予行政機關裁量權，另一方面卻又容許行政機關得在裁量權範圍內使用機器全自動作成行政處分，顯然將出現立法價值之嚴重矛盾。而且，以機器全自動作成裁量處分，技術上無法對「非典型個案」作不同處理，在機器合於演算邏輯的制式決定下，將出現「不同事件，相同處理」的情形，有違平等原則之要求。因此，基於上述立法價值矛盾以及平等原則之疑慮，立法者不能在專業法律中，將「以機器全自動作成行政處分」的容許範圍擴展到裁量行政之領域。

德國聯邦行政程序法第35a條除了規定裁量處分不得以機器全自動作成，同時也將「行政機關享有判斷餘地」排除在「以機器全自動作成行政處分」的容許範圍外。就規範目的而言，德國聯邦行政程序法第35a條想要規範的，應該是「什麼樣的行政處分不適合

時，聯邦行政程序法適用於行政機關在公法上之行政活動。依據此一規定，德國聯邦行政程序法僅在其他聯邦法規未設有規定時，始以普通法之地位而被補充適用。

⁹⁸ Berger (Fn. 11), § 35a Rn. 51; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 13; Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 18 Rn. 14; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 38; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 4; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 12.

⁹⁹ 請見本文「參、一、(一)、1、(1)」。

以機器全自動作成」，但將「行政機關是否享有判斷餘地」與「行政處分能否以機器全自動作成」兩者綁在一起，恐怕就有點失焦了。只要立法者在法律構成要件中使用了不確定法律概念（無論是「經驗性概念」還是「須價值填補之概念」），那麼行政機關在適用法律作成行政處分時，就必須進行個案評價，從而並不適合以機器全自動為之¹⁰⁰。行政機關享有判斷餘地，此一因素充其量只能導出「法院應尊重行政機關之決定」，這和「行政處分能否以機器全自動作成」根本無關¹⁰¹。就算行政機關在適用不確定法律概念時，並不享有判斷餘地，同樣應該被排除在「以機器全自動作成行政處分」的容許範圍外¹⁰²。

綜合以上之說明，若我國行政程序法要參考德國之立法經驗，增列如同德國聯邦行政程序法第35a條之規定，則本文建議，條文之內容宜設計為：「行政機關作成羈束處分且無須適用不確定法律概念者，於法律或自治條例有明文規定時，得以機器全自動為之」。而且，立法者也應該認識到，此一規定絕非僅具呼籲之性質，質言之，不能在專業法律中對此作不同之規定。

無論行政程序法將來是否要增列如同德國聯邦行政程序法第

100 最主要的理由，乃是機器無法如同人類的心智思維，發現並處理「非典型個案」。對此之論證，請參見本文「參、一、(一)、1、(1)」以及「參、一、(一)、1、(2)」。就算隨著人工智慧技術的進步，行政機關使用具有高度自動學習能力的演算法，讓機器自己發現「非典型個案」（對此，請參見本文「肆、一、(三)」關於風險管理系統之論述），並由演算法自動修正原本可能對「非典型個案」作出的不理想決定，但從民主原則的角度來看，恐怕也將引來質疑：行政機關可以完全放手，讓沒有民主正當性的人工智慧（而非具有直接或間接民主正當性的人員）自己定義何謂「不理想決定」，並且為了避免作出人工智慧自己定義的「不理想決定」，而經人工智慧自己學習後，由演算法自動修正作成行政決定所依循的運算規則嗎？對此之質疑，可參見：Albrecht (Fn. 58), Teil 28 Rn. 64; Leonid Guggenberger, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ 2019, S. 844 (846); Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 47; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 17.

101 對此正確的批評：Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 45 f.

102 Schmitz/Prell (Fn. 11), S. 1276; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 46.

35a條之規定，至少從司法院釋字第443號解釋理由書（相對法律保留之要求）以及各該專業法律賦予行政裁量權之立法目的（個案取向價值評判之要求）已經可以得知，行政機關使用機器全自動作成行政處分，必須以法律（或自治條例）有明文規定為限，且行政機關適用法律（或自治條例）作成該行政處分，就適用構成要件之部份不涉及不確定法律概念之涵攝，而就適用法律效果之部份也不涉及裁量權之行使，否則便逾越「依法行政原則」此一憲法預設之界限。行政機關在沒有法律或自治條例明文允許的情況下，或在裁量行政（或在羈束行政中，涉及不確定法律概念之適用）的範圍內，以機器全自動作成行政處分，該行政處分便具有違法性。不過，綜觀行政程序法第111條之規定，此等違法行政處分倒還不至於淪為無效行政處分，除非此等違法行政處分因為使用機器全自動作成的緣故而讓人無從識別處分機關（或導致整個行政程序顯然不適當等其他符合行政程序法第111條第2款至第7款等各種事由），否則仍屬有效（但得撤銷）之行政處分¹⁰³。

二、比例原則作為檢驗標準

無論是從抽象的法治國原則推導，或是直接以憲法第23條的「必要」二字作為實定法之規範依據，比例原則乃是我國憲法上的重要原則，已受到普遍肯認¹⁰⁴。雖然比例原則的具體操作內涵仍存

¹⁰³ Berger (Fn. 11), § 35a Rn. 58; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 35a Rn. 20; Prell (Fn. 11), § 35a Rn. 11b; Stelkens (Fn. 12), § 35a Rn. 56; Windoffer (Fn. 12), § 35a Rn. 31; Ziekow (Fn. 46), § 35a Rn. 11.

¹⁰⁴ 吳庚、陳淳文（註43），頁152；吳信華（註43），邊碼152-157；法治斌、董保城（註43），頁78-79；陳新民，憲法學釋論，9版，頁127（2018年）。大法官在司法院釋字第428號解釋理由書以及司法院釋字第436號解釋文提到「憲法第二十三條之比例原則」，迄今亦持續在多號解釋文或解釋理由書中明確將比例原則與憲法第23條連結（近年來的例子如：司法院釋字第751號解釋理由書、釋字第750號解釋、釋字第749號解釋、釋字第746號解釋、釋字第744號解釋、釋字第733號解釋等），顯然釋憲實務亦已肯認比例原則可以在憲法第23條找到憲法上之明文規範依據，得成為我國憲法上之重要原則。

有若干歧見¹⁰⁵，但至少沒有爭議的是，此一憲法重要原則的核心精神在於：國家為達成正當目的而干預人民之基本權，其採取之干預手段與欲達成之正當目的間，必須合乎比例。就基本權與行政程序之關係而言，一方面，基本權固然可以因行政程序之進行而受到保障；另一方面，基本權卻也可能因行政程序之進行而遭到干預¹⁰⁶。由於「行政程序本身」以及「行政程序結束後作成之實體行政決定」均可能對基本權造成干預，所以比例原則作為「國家干預人民基本權」應遵守之憲法重要原則，不僅對行政處分之規制內容具有約束效果，也為行政處分之作成程序劃下「不得過度干預人民基本權」的憲法界限。既然行政處分之規制內容以及行政處分之作成程序均同樣受到比例原則拘束，那麼以機器全自動作成之行政處分，除了規制內容要合乎比例原則，其作成程序也一樣必須遵守比例原則的要求，不能使人民之基本權在全自動進行的行政處分作成程序中遭到過度干預，否則以機器全自動作成之行政處分，其在法律上之容許性即有疑義。由於行政機關必須在法律（或自治條例）有明文規定時，始能以機器全自動作成行政處分，所以比例原則作為「行政處分作成程序全自動進行」之容許性檢驗標準，同時拘束立法者與行政機關，無論是立法者對於「行政處分全自動作成」之程序規範設計，抑或是行政機關對此全自動行政程序之實施，均不得與比例原則相違。從個資保護（資訊隱私權保障）的角度觀之，以

105 對此可參見：許宗力，比例原則之操作試論，收於：法與國家權力（二），頁122-140（2007年）；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，頁110-136（2004年）；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁588-660（2009年）。

106 Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 32 f. 例如行政程序當事人或第三人可能因為行政程序進行之必要，被行政機關要求提供相關文書、資料或物品（行政程序法第40條），而導致其個資或營業秘密遭到行政機關知悉掌握。

比例原則為標準，檢驗「行政處分作成程序之全自動化」在法律上之容許性，尤其具有意義。行政處分之作成，必須依據一定「足以識別特定個人」之事實資料，方能確定處分相對人之身分。因此，行政處分之作成程序完全不涉及任何個資之蒐集、處理或利用，這在實際上難以想像。一方面，任何一種行政處分的作成程序（無論其是否以全自動方式作成），均必然會涉及個資之蒐集、處理或利用，而存有個資保護的問題；另一方面，行政機關以機器全自動作成行政處分，在技術上係由機器大規模自動讀取、比對、分析數位資料並作成決定，雖然這些被機器自動讀取、比對、分析的資料並非全部均具有個資之性質，但卻也必定包含個資在內。因此，個資保護的問題雖非「以機器全自動作成之行政處分」所獨有，但由於以機器全自動作成之行政處分，其作成程序涉及個資之大規模自動讀取、比對、分析，所以對個資保護（資訊隱私權保障）帶來的可能不利影響程度會較其他「傳統」行政處分高出許多。在比例原則的視角下，如何評價此等對於個資保護（資訊隱私權保障）造成的高度風險，遂成為法學上必須探討的重要課題。

（一）目的正當性

國家行為對人民基本權造成干預，要通過比例原則的檢驗，首先必須具備正當目的¹⁰⁷。此處所稱「目的必須具備正當性」，是指國家行為要追求之目的，不得牴觸憲法¹⁰⁸。如果國家行為要追求的是與憲法相違之目的，那麼光憑這一點，便足以確定該行為欠缺法律上之容許性，無須再審視國家行為與欲追求之目的間是否合乎比例¹⁰⁹。不管在哪一個行政領域，法律要讓行政機關以機器取代人力

¹⁰⁷ *Christoph Gröpl*, Staatsrecht I, 12. Aufl., 2020, Rn. 511; *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, 8. Aufl., 2020, § 9 Rn. 19; *Michael Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3. Aufl., 2017, Kapitel 10 Rn. 37.

¹⁰⁸ *Gröpl* (Fn. 107), Rn. 511; *Sachs* (Fn. 107), Kapitel 10 Rn. 37.

¹⁰⁹ *Gröpl* (Fn. 107), Rn. 511; *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, § 8 Rn. 56.

而全自動作成行政處分，無非都是想要達成「提升行政效能，節省行政成本」之目的，希望透過機器多工且快速之運算處理，讓行政程序之進行更為順遂，並大幅降低機關人力資源之耗費。由於「提升行政效能，節省行政成本」本身乃是合憲之公共利益¹¹⁰，因此「以機器全自動作成行政處分」，其目的正當性應無疑問。

（二）適當性

在比例原則的要求下，對基本權造成干預之國家行為，必須具備適當性，也就是說，必須有助於正當目的之達成¹¹¹。行政處分作成程序之全自動化，是否有助於「提升行政效能，節省行政成本」，雖然在不同的行政領域與不同的行政程序中有各自殊異的答案，很難一概而論，但理論上應該比較沒有爭議的是：「非真正大眾程序」(unechtes Massenverfahren)¹¹²若以機器全自動進行，對

110 稅捐稽徵法第19條第3項(舊法)規定：「對共同所有人中之一人為送達者，其效力及於全體」，對於此一規定，大法官於司法院釋字第663號解釋理由書中認為「該項立法之目的旨在減少稽徵成本，提升行政效率等公共利益」，可謂具備正當之目的(只不過此一具備正當目的之規定，對未受送達之共同共有人的訴願與訴訟權造成過度干預，所以遭本號解釋宣告違憲)。由此不難看出，「提升行政效能，節省行政成本」作為正當目的，已被大法官肯認。

111 *Gröpl* (Fn. 107), Rn. 512; *Hufen* (Fn. 107), § 9 Rn. 20; *Sachs* (Fn. 107), Kapitel 10 Rn. 40.

112 在行政法學上，「非真正大眾程序」這個概念是指，行政機關在「諸多」個別的行政程序中，作成大量同種類或相類似之行政決定；至於「真正大眾程序」(echtes Massenverfahren)，則是指「單一」之行政程序而其當事人之數量眾多(*Klaus Ritgen*, in: *Knack/Henneke* (Hrsg.), *VwVfG Kommentar*, 11. Aufl., 2020, § 17 Rn. 5; *Kugele* (Fn. 29), § 17 Rn. 1; *Heribert Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG Kommentar*, 9. Aufl., 2018, § 17 Rn. 6; *Ziekow* (Fn. 46), § 17 Rn. 1)。就概念的使用而言，有些學術文獻以「大眾程序」(Massenverfahren)作為上位概念，並進一步將「大眾程序」區分成前述之「非真正大眾程序」與「真正大眾程序」(例如：*Kugele* (Fn. 29), § 17 Rn. 1; *Ziekow* (Fn. 46), § 17 Rn. 1)；有些學術文獻在使用「大眾程序」這個概念時，則僅將概念意義之範圍侷限在前述的「真正大眾程序」(例如：*Matthias Dombert*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), *VwVfG Großkommentar*, 2. Aufl., 2019, § 17 Rn. 1; *Dietmar Hönig*, in: *Obermayer/Funke-Kaiser* (Hrsg.), *VwVfG Kommentar*, 6. Aufl., 2020, § 17 Rn. 2; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 17 Rn. 31;

於達成「提升行政效能，節省行政成本」之目的而言，效果確實顯著。由於「非真正大眾程序」涉及行政機關針對諸多個別的行政程序作成大量同種類之行政處分¹¹³，必須處理的基礎資料甚為繁多，若使用機器以全自動方式進行，透過程式之自動運算，能同時多工且快速處理龐大資料，相較於傳統曠日廢時無法一次處理多案的人工作業方式，一方面可降低人力資源成本，另一方面又可在同一時間同時進行諸多個別行政程序。就此而言，租稅程序即屬適例。稅捐稽徵機關對於全國符合法定租稅要件之各該納稅義務人，必須分別進行各該租稅程序，並依據各該事實資料對各該納稅義務人作成大量內容相類似的課稅處分。這些數量眾多（但最後作成的行政處分內容均相類似）的行政程序，若能使用機器全自動進行，以全自動方式同時判讀分析數量甚為龐大的事實資料後，再以全自動方式作成一個又一個為數眾多的課稅處分，當可節省不少時間與人力資源之耗費。因此，行政機關以機器全自動作成行政處分，若涉及的是「非真正大眾程序」（例如租稅行政程序），對於「提升行政效能，節省行政成本」目標之達成，助益確實甚大，可以通得過比例原則對於「適當性」的檢驗。

至於行政處分的作成如果不涉及「非真正大眾程序」（也就是說，不涉及作成大量同種類或相類似之行政處分），那麼以機器全自動進行該行政處分之作成程序，對於達成「提升行政效能，節省

Maurer/Waldhoff (Fn. 29), § 19 Rn. 9; *Hermann Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2016, § 15 Rn. 47; *Peter Preuß*, in: *Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz* (Hrsg.), *VwVfG Kommentar*, 2. Aufl., 2014, § 17 Rn. 4; *Jens-Peter Schneider*, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 28 Rn. 76)。行政程序法第27條「多數當事人之選定或指定」之規定，涉及的是「真正大眾程序」；而行政程序法第97條第3款、第103條第1款「大量作成同種類行政處分」之規定，則涉及「非真正大眾程序」。

¹¹³ 關於「非真正大眾程序」以及「真正大眾程序」之概念區別說明，請見前註112。

行政成本」此一目的而言，是否具有「適當性」，就必須個別檢視，無法像「非真正大眾程序」一樣得出一致性的肯定答案。或許有人會認為，透過機器程式之快速運算處理，行政處分之作成程序以機器全自動進行，就算不涉及「非真正大眾程序」，至少可以讓個別單一行政程序加速進行，使行政機關能快速作成決定，這同樣有助於行政效能之提升。然而，行政程序的快速進行，與「行政效能提升」未必能當然劃上等號¹¹⁴。行政處分的快速作成，有時可能意味著個案事實之細節未被詳實審究，以致於影響行政處分的正確性，而必須耗費更多的人力物力進行事後查核，反而拖累行政效能。就本文看來，行政程序加速進行，毋寧只是一種手段，本身不能被當作是目的，而單憑「行政程序之全自動化，能加快行政機關作成行政處分之速度」，也不足以必然能得出「有助於提升行政效能」之結論。因此，不涉及「非真正大眾程序」的行政處分，其作成程序以機器全自動進行，是否具有比例原則要求的「適當性」，仍須個別審視，實難一概而論。

（三）必要性

比例原則除了要求國家行為對於目的之達成必須具有「適當性」之外，還必須具有「必要性」，也就是說，若同時存在數個可以同等有效達成目的之手段，則國家必須採取對人民權利侵害程度最小者¹¹⁵。在比例原則對於「必要性」的要求下，無論是立法者要制定法律授權行政機關得使用機器全自動作成行政處分，或是行政機關基於法律之授權要以機器全自動進行行政處分之作成程序，都必須盡量降低「行政程序全自動化」對人民權利造成之干預程度。

114 對此，語帶保留者：Katrin Stein, E-Government und verwaltungsrechtliche Handlungsformen – Die Beschleunigung technischer Prozesse als Herausforderung für die verwaltungsrechtliche Handlungsformensystematik, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009, S. 197 (197).

115 Gröpl (Fn. 107), Rn. 513; Hufen (Fn. 107), § 9 Rn. 21; Sachs (Fn. 107), Kapitel 10 Rn. 41.

就此而言，本文認為，「行政程序之制式標準化」以及「資料處理電子化」這兩個因素，會一舉升高「行政處分以全自動方式作成」對人民權利之干預程度，立法者在設計相關程序規範以及行政機關在進行行政程序時，應特別注意。

1. 因程序制式標準化而升高對當事人程序權之干預程度

前面提到，「非真正大眾程序」涉及行政機關在為數眾多的同種類行政程序中作成大量同種類的行政處分，由於要處理的大量案件其類型同質性高，所以這些為數眾多的行政程序確實適合使用機器全自動制式化、標準化地進行。但是，這些為數眾多的同類型行政程序，關於其程序當事人在各該程序進行中是否要對行政機關行使程序權（例如是否要向行政機關陳述意見），以及當事人程序權行使的具體細節（例如程序當事人要向行政機關針對案件的哪個部分陳述何種意見），在不同的個案之間卻又有著高度的差異性。如果「非真正大眾程序」以完全人工或是半自動方式進行，則具有濃厚「個案取向」色彩的當事人程序權行使事宜，可以由行政機關之人員依據個案事況的不同而為不同回應。反之，「非真正大眾程序」若以機器全自動進行，則礙於機器制式化、標準化之作業方式，在程序進行中很難像機關人員一樣顧及各該程序當事人行使程序權的個別不同需求。如此一來，程序當事人在機器制式化、標準化處理的全自動行政程序中，實際上難以有效行使各種程序權，再加上「非真正大眾程序」涉及的個案眾多，受影響的人民（程序當事人）為數不少，導致「以全自動方式進行非真正大眾程序」對基本權的干預程度因此大幅升高。

2. 因資料處理電子化而升高對資訊隱私權之干預程度

行政程序採全自動方式進行，係以「資料處理電子化」為其技術前提。受憲法第22條保障之資訊隱私權，在此種特殊的技術前提下，遭遇到的保護不足風險較在傳統行政程序中來得更高。雖然行

政程序之全自動化未必一定會涉及個資保護的問題，但在思考「行政程序全自動化進行」能否通過比例原則的檢驗時，其與個資保護之間的關連性尤應納入考量¹¹⁶。

(1) 資訊安全遭受威脅

要在「非真正大眾程序」中使用機器全自動作成行政處分，必須建置電子資料庫，廣納包括程序當事人個資在內的各種基礎資料，讓機器能自行處理、利用資料庫內數量規模龐大的資料，而全自動對各該個案作成行政處分。一旦行政機關的資訊安全機制出現漏洞，讓不具權限之人侵入資料庫讀取、竄改資料，則一來資料庫內的個資數量規模相當龐大，二來電子資料庫遭非法入侵又不容易被即時察覺，將使資訊隱私權遭受甚為嚴重的侵害¹¹⁷。

雖然個資法第18條課予公務機關「指定專人辦理安全維護事項，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏」之義務，但公務機關若違反此一資訊安全維護義務，個資法對此卻僅在第28條第1項重申「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任」¹¹⁸，既未像同法第22條一樣設有防患未然之行政檢查機制¹¹⁹，也沒有像同法第25條第1項第1款至第3款一樣設有違法狀態之排除措施¹²⁰。一旦行

116 Polomski (Fn. 34), S. 103.

117 對此即有學者認為，行政程序之進行愈是標準制式化，則個資保護不足的風險也就愈高。參見：Thorsten Siegel, Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch 2014, S. 241 (256).

118 之所以說是「重申」，乃是因為即便沒有個資法第28條第1項之規定，公務機關若未盡資訊安全維護義務，使資料庫遭非法入侵而導致人民權利受損，依據國家賠償法第2條第2項或第3條第1項之規定，本來就應該為資料庫之資訊安全維護不力負起賠償責任，而個資法第28條第1項之規定僅具有「再次宣示國家賠償責任」之意義而已。

119 個資法第22條之監督機制，體系上被編排在該法第三章（非公務機關對個資之蒐集處理與利用），所以適用該條規定而受監督者僅限於非公務機關。

120 個資法第25條規定之違法狀態排除措施，其行使對象僅限於「非公務機關」。

政機關為了全自動作成行政處分而建置資料庫，關於資訊安全之維護，目前在個資法中欠缺「他律」（由其他機關實施行政檢查或採取違法狀態排除措施予以導正）之規定，充其量只能期待該行政機關可以「自律」善盡資訊安全維護義務。另外，行政機關對於行政處分作成程序之全自動化，若採取「資訊科技委外處理」，那麼受託之私人即成為委託機關之一部¹²¹，導致該受託私人脫離個資法第三章的適用範圍¹²²。雖然依據個資法施行細則第8條之規定，委託機關應對受託私人為適當之監督，但本條僅在第2項羅列「最起碼應監督之事項」，卻未進一步明確規定委託機關對於這些監督事項得採取哪些具體監督（或違法狀態排除）措施。有鑑於個資法對於「公務機關未盡資訊安全維護義務」缺乏相應之處置規定，立法者若要在各該專業法律允許行政機關得使用機器全自動作成行政處分，應該在各該專業法律一併就「行政機關之資訊安全維護義務，包含哪些具體內容」、「行政機關對受託處理資訊科技之私人，得採取哪些具體監督或違法狀態排除措施」、「對於行政機關履行資訊安全維護義務，上級機關應為如何之監督」分別予以明確規範，於立法層次為資訊安全之潛在風險預設多重安全閥，以期降低「行政處分作成程序之全自動化」對資訊隱私權造成的威脅程度。

（2）資訊分權遭受破壞

再者，就技術面而言，行政機關為了讓機器可以廣泛讀取、比對、分析更多資料，以利行政處分之全自動作成，可能會讓自家的資料庫與其他機關的資料庫相互串連，共享彼此資料庫內之資料。但在法律上，資料庫之串連共享卻會導致各行政機關彼此間的「資訊分權」（*informationelle Gewaltenteilung*）¹²³被實質架空。就行政

121 對此請參見本文「參、一、（一）、2」之說明。

122 參見個資法第4條、個資法施行細則第7條。

123 關於「資訊分權」概念之一般性說明，可參見：*Nikolaus Forgó/Tina Krügel/Stefan Rapp, Zwecksetzung und informationelle Gewaltenteilung: Ein Beitrag zu*

機關彼此間的「資訊分權」而言，立法者先透過組織法性質之法律，賦予各行政機關各自不同的事務管轄權（*Zuständigkeit*），而對各行政機關各自應履行之行政任務作清楚分工；接著，為了讓各行政機關能順利履行其各自不同的行政任務，立法者若認為有必要，再透過行為法性質的各該專業法律，授權各行政機關得行使各自不同的個資蒐集職權（*Befugnis*）¹²⁴，明文規定各行政機關在符合什麼樣的實體與程序要件下，得對人民採取何種手段蒐集哪些個資¹²⁵。在立法者有意的「資訊分權」安排下，各行政機關的個資蒐集職權均被法律限制在一定範圍內，沒有任何一個行政機關享有無所不包的個資蒐集職權。前述因為行政程序制式標準化而為個資保護帶來的風險，可透過「資訊分權」予以緩解¹²⁶。然而，一旦各行政機關的資料庫相互串連，彼此共享資訊，各行政機關將因此得以讀取並利用該機關原本依法不得蒐集之資料，導致立法者有意安排的「資訊分權」形同虛設¹²⁷。當各機關之資料庫相互串連而架空立法者原先安排設計的「資訊分權」，個資當事人將無法預見其哪些個資會被哪些機關拿去作何種目的使用，這對於資訊隱私權而言已構成嚴重干預，若考量到資料庫相互串連所牽涉的個資當事人不可

einem datenschutzgerechten E-Government, 2006, S. 16 ff.; *Sabine Stollhof*, Datenschutzgerechtes E-Government, 2012, S. 102 ff.; *Julia Stubenrauch*, Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, 2009, S. 131 ff.

124 關於行政機關在組織法上之「管轄權」（或另一同義詞：權限）與在行為法上之「職權」（或稱為：權能），二者概念上之區別可參見：陳愛娥，行政組織法之基本問題，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁336（2020年）；詹鎮榮，論行政機關管轄權之移轉——以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁195-196（2007年）。

125 本文在此要提請注意的是，個資法第15條第1項第1款規定公務機關蒐集個資必須與該機關之法定職務有關，且須在必要範圍內為之，但本款規定並未授權任何機關得對人民蒐集個資。各公務機關蒐集個資之實體與程序要件、方法、得蒐集之個資種類等事宜，應由各該專業法律明確詳細規定。因此，個資法第15條第1項第1款之規定，絕非行政機關蒐集個資之法律授權條款。

126 *Siegel* (Fn. 117), S. 256 f.

127 *Stollhof* (Fn. 123), S. 104 f.

勝數，以及各該資料庫中可能儲存著個資法第6條第1項規定之特種個資，則資訊隱私權遭受的干預程度恐怕還要再升高好幾倍。

有鑑於資料庫串連將破壞立法者原先設計的「資訊分權」，並導致資訊隱私權遭到強烈干預，本文認為，行政機關在法律容許的前提下，固然得以機器全自動作成行政處分，但是專業法律若沒有進一步允許行政機關得串連其他機關之資料庫，那麼行政機關在進行全自動之行政處分作成程序時，不得透過資料庫之串連取得其他機關保有之資料。本文這樣的主張，可能會招來如下的質疑：行政程序法第19條的「職務協助」規定（尤其是本條第2項第2款、第3款及第4款），難道不能成為行政機關與其他機關資料庫相互串連的法律依據？對於這樣的質疑，本文的回應是：的確，行政程序法第19條第1項高舉「行政一體原則」的大旗，清楚宣示行政機關負有「職務協助義務」¹²⁸，而且本條第2項第2款、第3款及第4款看起來也確實可涵蓋「向其他機關請求資料庫串連」。然而，就像本文前面提到的，「資料庫之串連」本身破壞立法者在專業法律中安排設計的「資訊分權」，原則上與立法者的意思相違，若專業法律沒有「例外地」明文允許各行政機關彼此間得為資料庫之串連，那麼「行政機關彼此透過資料庫之串連而共享資訊」即屬法所不許，所以行政機關不能依據行政程序法第19條第2項之規定向其他機關請求串連資料庫，而其他機關面對此等法所不許之請求，則應該依據行政程序法第19條第4項第1款「依法不得為之」的規定予以拒絕。更何況，儲存在各該資料庫內的資料，當初是為了某種特定目的而被蒐集，一旦行政機關要透過資料庫串連而將資料庫內的個資傳輸給其他機關，通常均已涉及「對個資為特定目的外之利用」¹²⁹，而

128 從行政程序法第19條第1項條文使用的「應」字可知，本條要揭示的價值是：基於行政一體之精神，原則上，行政機關彼此間有相互協助之義務。

129 姑且不論接收資料之機關要將個資拿去作何種目的之利用，光是傳送資料之機關為了「職務協助」之目的，而將個資傳輸給其他機關，就已經構成「對個資為特定目的外之利用」。

落入個資法第16條但書的規範範圍。如此一來，個資法第16條但書將因為結合行政程序法第3條第1項之規定，得以阻斷行政程序法第19條「職務協助」規定之適用。質言之，一旦觸及個資法上的「目的拘束原則」，那麼行政一體原則以及行政機關間之職務協助（行政程序法第19條）即受到限制¹³⁰。行政機關彼此透過資料庫之串連而共享資訊，既然不能拿行政程序法第19條之職務協助規定當作法律依據，而應適用個資法第16條之規定，那麼除非當事人同意¹³¹，或有個資法第16條但書第2款至第7款規定之事由¹³²，否則在個資法第16條但書第1款的要求下，就必須以「專業法律對此有明確之授權」為前提¹³³。由此延伸，行政機關以機器全自動進行行政處分之作成程序，若要串連其他機關之資料庫而共享其他機關資料庫內之資料，也就必須在專業法律中找到明文允許之規定¹³⁴。而專業法律在允許「行政機關以機器全自動作成行政處分」的同時，若要一併容許行政機關得透過資料庫之串連取得其他機關保有之資料，那麼

130 *Gola/Klug/Körffer/Schomerus* (Fn. 73), § 11 Rn. 9; *Thomas B. Petri*, in: *Bäcker/Denninger/Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl., 2018, G Rn. 486; *Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genannt Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmann* (Hrsg.), *Datenschutzrecht DSGVO mit BDSG Kommentar*, 2019, Einleitung Rn. 37; *Stubenrauch* (Fn. 123), S. 133. 不同意見： *Sebastian Schulz*, in: *Gola* (Hrsg.), *DS-GVO Kommentar*, 2. Aufl., 2018, Art. 6 Rn. 232.

131 由於資料庫內儲存的資料非常多，涉及的當事人不可勝數，所以要得到（所有）當事人同意，實際上幾乎是不可能的事。

132 個資法第16條但書第2款至第6款之規定，乃是「目的拘束原則」之例外情形，基於「例外規定從嚴解釋」原則，是否確實有這幾款規定之事由發生，必須從嚴認定。

133 相同結論： *Mario Albers/Raoul-Darius Veit*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht, BDSG*, 32. Aufl., Stand: 01.05.2020, § 23 Rn. 13; *Petri* (Fn. 130), G Rn. 486; *Stubenrauch* (Fn. 123), S. 132 f.

134 除非傳輸資料之機關得到當事人同意，或有個資法第16條但書第2款至第6款規定之事由。但就如同前揭註131以及註132所述，由於資料庫所涉之當事人不可勝數，實際上不可能取得所有當事人同意，且個資法第16條但書第2款至第6款又必須從嚴解釋，所以適用個資法第16條但書第2款至第7款而無須專業法律規定的情形，應屬少數。

立法者在設計容許要件時，必須以比例原則對「必要性」之要求為依歸，分別就「行政機關為了全自動作成行政處分，在符合什麼樣的要件下，得串連哪些資料庫？」、「行政機關串連了這些資料庫後，得在何等範圍內，取得資料庫中的哪些資料？」等問題一一予以明確詳細規範，以期在立法層次便盡量透過明確規範，降低「資料庫串連」造成的基本權干預程度。

（四）相當性

國家行為即便具有「適當性」（有助於目的之達成）與「必要性」（最小侵害之手段），其對人民權利造成之干預，與欲追求之目的兩相衡量，還必須程度相當，不能輕重顯然失衡¹³⁵。在比例原則對於「相當性」（狹義比例性）的要求下，國家行為對人民權利造成的干預程度愈強烈，則相應地，其欲追求之目的也就愈應具有高度重要性¹³⁶。由於在憲法上，並不存在抽象的法益高低位階秩序，所以行政處分作成程序之全自動化，其所欲達成的「提升行政效能，節省行政成本」目的，與在程序進行中因為全自動化而可能被犧牲的「當事人程序權保障」、「個資保障」，究竟孰輕孰重，無法一概而論。要評價「行政處分作成程序之全自動化」是否符合比例原則對「相當性」之要求，一方面必須估算行政機關以機器全自動作成行政處分，究竟能為「提升行政效能，節省行政成本」帶來多麼顯著的效益；另一方面，則必須考量此等全自動化進行的行政程序，對人民權利可能造成的干預程度有多麼強烈。這兩項左右比例原則「相當性」檢驗結果的自變數，在不同的行政領域與不同的行政程序中，各自有各自殊異的答案，必須個別認定權衡，尚難一般性地得出「某種特定行政領域內之行政處分，絕對不得使用機器

135 *Gröpl* (Fn. 107), Rn. 514; *Hufen* (Fn. 107), § 9 Rn. 23; *Sachs* (Fn. 107), Kapitel 10 Rn. 43.

136 *Sachs* (Fn. 107), Kapitel 10 Rn. 43.

全自動作成，否則將違反比例原則」的結論。本文認為，在進行個別利益權衡時，關於「人民權利受干預」之面向，除了必須審酌全自動化程序本身造成的權利（當事人程序權以及資訊隱私權）干預效果，還必須一併將「透過全自動化程序作成之行政處分，其在實體法上之規制效果」納入考量範圍。就此而言，司法院大法官在審查國家行為對人身自由（憲法第8條）造成之干預是否合憲時，向來以嚴格標準操作比例原則¹³⁷。不難看出，司法院大法官雖然並未認為人身自由相較於其他法益而言具有絕對優先地位，但國家行為一旦觸及人身自由，就會被一般性地定調為「對基本權造成重大干預」，以致於必須用嚴格標準檢驗其合憲性。若行政處分之規制內容會干預人身自由（例如對外國人之收容決定），則此等行政處分即屬「對基本權造成重大干預」之行政決定，行政機關要作成如此重大的行政決定，尤應需要機關人員仔細謹慎審究個案事實。質言之，規制內容愈是重大之行政處分，為求謹慎，其作成程序愈應有機關人員參與。從比例原則「適當性」的角度觀之，行政機關為了達成「提升行政效能，節省行政成本」之目的，而完全捨棄機關人力，以機器全自動進行此等重大行政決定之作成程序，這恐怕很難通過比例原則關於「相當性」之檢驗。

肆、程序進行之問題

在依法行政原則與比例原則的檢驗下，「行政機關以機器全自動作成行政處分」其法律上之容許性若能獲得肯認，接下來實施此

137 例如司法院釋字第664號解釋理由書就明白指出，少年事件處理法規定之收容感化教育，「對人身自由影響甚鉅，其限制是否符合憲法第二十三條規定，應採嚴格標準予以審查」。又例如司法院釋字第690號解釋理由書亦清楚指出，傳染病防治法允許之強制隔離措施，「將使受隔離者人身自由遭受剝奪，其是否違反比例原則，仍應採嚴格標準予以審查」。

等全自動進行的行政程序時，也仍有若干法律問題必須克服。其中，最受到矚目的，首先是職權調查原則在全自動進行的行政程序中應如何貫徹，其次則是當事人陳述意見權在全自動進行的行政程序中應如何獲得確保。

一、關於職權調查原則

(一) 職權調查原則之意義

行政程序法第36條要求行政機關「應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意」，此一規定清楚宣示，行政程序之進行採取「職權調查原則（或稱為職權調查主義）」（*Untersuchungsgrundsatz*）¹³⁸。基於行政程序法第36條宣示之職權調查原則，行政機關對於作成行政行為所依據之重要基礎事實，有義務依職權予以調查確認，從而對「重要基礎事實之真實性與正確性」形成行政機關自己之確信，並本於此等對重要基礎事實之確信而為各種行政行為¹³⁹。職權調查原則除了課予行政機關「蒐集必要資訊」之義務¹⁴⁰，同時也將「確保行政行為正確合法」的責

138 李惠宗（註44），邊碼11243；李震山（註33），頁473；吳庚、盛子龍（註32），頁565；洪家殷，論行政調查中職權調查之概念及範圍——以行政程序法相關規定為中心，東吳法律學報，21卷3期，頁8（2010年）；莊國榮（註33），頁289；湯德宗，行政程序法，收於：翁岳生編，行政法（下冊），4版，頁76（2020年）；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（註33），頁94；陳敏（註33），頁815。關於職權調查原則各種面向問題點之說明，請參見：林錫堯，行政程序上職權調查主義，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法理論——翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，頁321-335（1993年）。

139 *Rüdiger Engel/Mario Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *VwVfG Großkommentar*, 2. Aufl., 2019, § 24 Rn. 8; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 24 Rn. 2; *Anika Dörthe Luch*, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), *VwVfG Kommentar*, 2. Aufl., 2014, § 24 Rn. 17.

140 但請注意，行政程序法第36條並未規定任何具體之資訊蒐集措施，行政機關不能將行政程序法第36條當作採取蒐集資訊措施的法律授權依據（vgl. *Engel/Pfau* (Fn. 139), § 24 Rn. 14; *Christoph Gusy*, *Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.),

任分配給行政機關承擔。在職權調查原則的支配下，由於行政機關必須本於職權調查確認重要之基礎事實，而當事人（人民）對於事實之主張並不能拘束行政機關（質言之，對行政機關並無法律上之影響力），所以重要基礎事實是否正確，在行政程序中由行政機關負起確認之責。既然重要基礎事實之正確性係由行政機關負責確認，而行政行為之正確性與合法性又取決於其依據的基礎事實是否正確無誤，所以「確保行政行為正確合法」的責任，也就應由行政機關一肩扛起¹⁴¹，行政機關不能將行政行為正確性與合法性之瑕疵責任推給人民，而抗辯「行政行為之所以不正確不合法，乃是因為人民提供錯誤或不完整的資訊所致」。職權調查原則將「確保行政行為正確合法」的責任分配給行政機關，課予行政機關必須審慎、中立、充分調查一切重要之基礎事實（無論該基礎事實對當事人有利或不利），除了一方面可維護行政行為之正確合法性（不因程序當事人提供錯誤或不完整之資料而導致行政機關作成違法之行政行為），有助於依法行政原則之落實，另一方面也可保障人民的基本權不因違法之行政行為而遭受侵害。由此觀之，職權調查原則可說是法治國原則的具體展現¹⁴²，而大法官在司法院釋字第663號解釋理由書中，也將職權調查原則視為法治國原則下正當行政程序之一環¹⁴³。

雖然職權調查原則課予行政機關「依職權調查重要基礎事實」

Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 23 Rn. 39; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 24 Rn. 2b; Pünder (Fn. 112), § 14 Rn. 30; Ritgen (Fn. 112), § 24 Rn. 13; Wolfgang Schenk, in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., 2020, § 24 Rn. 10; Ziekow (Fn. 46), § 24 Rn. 1)。

¹⁴¹ Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 24 Rn. 10a.

¹⁴² Vgl. Frank Fellenberg/Dieter Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., 2018, § 24 Rn. 1; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 24 Rn. 3; Luch (Fn. 139), § 24 Rn. 3; Ritgen (Fn. 112), § 24 Rn. 14; Ziekow (Fn. 46), § 24 Rn. 2.

¹⁴³ 司法院釋字第663號解釋理由書：「基於法治國家正當行政程序之要求，稅捐稽徵機關應依職權調查證據，以探求個案事實及查明處分相對人，並據以作成行政處分」。

之義務，但此一原則並未禁止行政機關在調查重要基礎事實時讓當事人協力參與¹⁴⁴。此等當事人對事實調查之協力參與，在行政程序法第37條¹⁴⁵、第39條¹⁴⁶以及第40條¹⁴⁷中，均有進一步之補充規定。然而要提請注意的是，讓當事人協力參與提供相關之事實資訊，只不過是減輕行政機關事實上的作業負擔，讓行政機關在行政程序進行中調查事證更有效率而已，並沒有因此將行政機關在法律上的義務與責任移轉到當事人身上¹⁴⁸。既然在職權調查原則的支配下，行政機關被課予「依職權調查重要基礎事實，並確認基礎事實之真實性與正確性」之義務，同時也因此對「確保行政行為正確合法」負起完全責任，那麼行政機關在取得當事人協力參與提供的相關事實資訊後，不能盲目地照單全收，而必須查核該資料之真實性與正確性，否則即違反職權調查原則¹⁴⁹。

（二）職權調查原則貫徹之困難

雖然職權調查原則被司法院釋字第663號解釋理由書明文肯認乃是法治國原則下正當行政程序之一環，但在全自動進行的行政處分作成程序中，要貫徹職權調查原則，卻顯得困難重重。行政處分之作成程序一旦以全自動方式進行，那麼作成該行政處分所依據之

144 陳敏（註33），頁815；*Engel/Pfau* (Fn. 139), § 24 Rn. 13; *Gusy* (Fn. 140), § 23 Rn. 40; *Fellenberg/Kallerhoff* (Fn. 142), § 24 Rn. 28; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 24 Rn. 2a; *Luch* (Fn. 139), § 24 Rn. 20; *Piinder* (Fn. 112), § 14 Rn. 28; *Ritgen* (Fn. 112), § 24 Rn. 19.

145 依行政程序法第37條之規定，當事人在行政程序進行中，得自行提出證據。

146 依行政程序法第39條之規定，行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見。

147 依行政程序法第40條之規定，行政機關基於調查事實及證據之必要，得要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品。

148 *Gusy* (Fn. 140), § 23 Rn. 40; *Fellenberg/Kallerhoff* (Fn. 142), § 24 Rn. 28; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 24 Rn. 10a; *Luch* (Fn. 139), § 24 Rn. 20; *Piinder* (Fn. 112), § 14 Rn. 30; *Ritgen* (Fn. 112), § 24 Rn. 5; *Ziekow* (Fn. 46), § 24 Rn. 10.

149 *Engel/Pfau* (Fn. 139), § 24 Rn. 12; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 27), § 24 Rn. 2; *Luch* (Fn. 139), § 24 Rn. 20; *Ritgen* (Fn. 112), § 24 Rn. 19; *Ziekow* (Fn. 46), § 24 Rn. 10.

基礎事實，可能由機器全自動蒐集¹⁵⁰，或由機器從既有的資料庫中讀取，而若該處分是「須相對人申請之行政處分」，也可能由處分相對人透過科技設備自行輸入¹⁵¹。由於全自動進行之行政處分作成程序並無行政機關的人員參與，因此這些以機器全自動蒐集、讀取或處分相對人自行輸入的基礎事實，是否具有真實性與正確性，也就成了一大問題。若機器對於基礎事實之自動蒐集、讀取出現技術違誤，或處分相對人在電子資訊平台上輸入不真實不正確的資料，則行政機關將會因為欠缺人工查核，無從察覺該基礎資料之瑕疵，導致最終依據不真實不正確之基礎事實作成違法之行政處分¹⁵²。就算處分相對人在電子資訊平台上提供不真實不正確的資料，會使其在行政處分遭撤銷時無法主張信賴保護原則¹⁵³，但「處分相對人提供不真實不正確之資料，須自負法律風險」是一回事，而「行政機關在職權調查原則的支配下，有義務確認基礎事實之真實性與正確性」又是另一回事，二者不能混為一談，而「行政處分作成程序之全自動化」更不能成為行政機關規避職權調查原則的藉口¹⁵⁴。

（三）立法論之建議

由於以機器全自動進行行政處分之作成程序，對於職權調查原則之貫徹而言，確實具有一定程度之困難，因此在立法論上，可能會有人主張：若立法者透過專業法律容許行政機關以機器全自動作成行政處分，應同時在該專業法律明文排除行政程序法第36條之適用，或在行政程序法第36條本身為全自動進行之行政程序增設「例外不適用」之規定。然而，本文並不贊成這樣的主張。既然司法院

150 例如國道高速公路通行費電子收費系統，以機器自動感應讀取儲存於E-Tag之資料。

151 例如貨物通關自動化平台，設置電子表格供業者自行填入報關所需之資料。

152 *Braun Binder* (Fn. 12), S. 964.

153 請參見行政程序法第117條但書第2款結合第119條第2款。

154 *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern* (Fn. 52), S. 1116; *Prell* (Fn. 11), § 35a Rn. 18.

釋字第663號解釋理由書已經明文肯認職權調查原則乃是正當行政程序的一環，若為了成就行政處分作程序之全自動化，而完全犧牲具有法治國原則重要意義的職權調查原則，這樣的立法恐怕不是單純價值取舍欠佳而已，而是已經具有濃厚的違憲嫌疑¹⁵⁵。就本文看來，立法者透過法律容許行政機關以機器全自動作成行政處分，不但不能因此犧牲職權調查原則，反而還應該在法律中明確警示行政機關「不可棄守職權調查原則」。在比較法上，2017年1月1日正式生效施行的德國聯邦行政程序法第24條第1項第3句便規定：「當行政機關為作成行政處分而建置自動機器，應考量在自動化程序中未被調查，而由當事人所為對個案重要之事實陳述」¹⁵⁶。本句規定新增於德國聯邦行政程序法第24條第1項關於職權調查原則的最後，顯然有意藉此明確提醒行政機關勿因行政程序之全自動化進行而將職權調查原則拋在腦後¹⁵⁷，與本文所持的立法政策價值相同。

然而，就算仿效德國聯邦行政程序法第24條第1項第3句，在我國行政程序法第36條新增對行政機關之「警示提醒」規定，仍未能解決職權調查原則在全自動行政程序中的實際貫徹困難。行政處分作成程序若以機器全自動進行，在行政程序進行中既然並無行政機關的人員參與，那麼作成行政處分所依據的各種基礎事實資料，無論是由機器自動蒐集讀取，或由處分相對人在電子資訊平台上自行輸入，均由機器自動作後續之處理，如此一來，行政機關究竟如何能在作成行政處分前對這些基礎事實予以考量？本文認為，在全自動進行的行政處分作成程序中，無論職權調查原則之貫徹再怎麼困

155 基於與本文同樣的價值理念，Prof. Ramsauer便指出：不能為了達成提高行政效能之目的，而犧牲職權調查原則以及個案正義之法治國原則（Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 24 Rn. 8）。

156 本句規定之德文原文為：„Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.“

157 Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 24 Rn. 8.

難，至少「行政機關對基礎事實之真實性與正確性予以查核」的可能性不能被完全消滅殆盡¹⁵⁸，如果連此一最低標準都守不住，作為正當行政程序一環的職權調查原則無疑將徹底崩解。有鑑於此，法律在容許行政機關以全自動方式作成行政處分時，應該一併要求行政機關必須保有「查核基礎事實是否真實正確」的可能性。就查核的方式而言，既然行政處分作成程序是以機器全自動進行，當然不可能像傳統人工作業方式一樣逐案查核，而只能對「可能有問題」的個案進行人工抽查。按照目前的資訊科技可行性，要讓行政機關能對「可能有問題」的個案進行人工抽查，應該要求行政機關建置「風險管理系統」(risk management system)，讓系統自動判斷偵測到「可能有問題」的個案時，能向行政機關的人員發出預警通知，並由行政機關的人員接手介入查核該個案的基礎事實資料是否正確無誤。如此一來，在風險管理系統的輔助下，行政機關仍保有「對基礎事實之真實性與正確性予以查核」的可能性，至少沒有完全偏離職權調查原則的要求。

就比較法而言，德國於2016年7月完成（並於2017年1月1日生效施行）的「行政處分作成程序全自動化」包裹修法工程¹⁵⁹，在租稅通則第88條第5項新增「財政機關得建置風險管理系統」之規定¹⁶⁰，但並未將這樣的規定也一併增訂到聯邦行政程序法中。就此而言，德國此次包裹修法展現的思維是：聯邦行政程序法僅以普通

158 *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern* (Fn. 52), S. 1116 f.

159 請參見前揭註20。

160 其實，在2008年時，德國租稅通則第88條第3項已授權行政機關得訂定法規命令，以建置能自動審核納稅申報書 (Steuerklärung) 之風險管理系統。德國各邦財政部長在2004年作成決議，要共同研發一套適用於租稅程序的軟體，而該軟體即內建風險管理系統 (*Braun Binder* (Fn. 12), S. 964)。截至2011年，德國各邦均已建置租稅程序自動化之風險管理系統 (BT-Drs. 17/6954, S. 36)。因此，德國租稅通則第88條第5項新增「風險管理系統」之規定，只不過是將行政實務的現狀寫進法律條文裡而已。

法的地位，一般性地強調「就算以全自動化方式進行行政處分之作成程序，也不能棄守職權調查原則」，但究竟要如何確保職權調查原則能被貫徹，則由規範各該專業行政程序的各該專業法律另行規定，在租稅行政程序的領域，即由租稅通則第88條第5項規定「建置風險管理系統」作為確保職權調查原則的方法¹⁶¹。值得注意的是，德國租稅通則第88條第5項還進一步規定，倘若會危及租稅之公平性與合法性，風險管理系統的「細節」即不得對外公開。然而，此一「風險管理系統之細節不得公開」的規定，本身卻充滿諸多問題¹⁶²：首先不清楚的是，條文中所稱不得公開的「細節」，究竟是指風險管理系統本身的演算法，還是（也包括）由風險管理系統處理的納稅義務人個資¹⁶³？如果不能公開的「細節」包括納稅義務人的個資，那麼納稅義務人根本難以知悉其哪些個資已被稅捐稽徵機關掌握（並已儲存在行政機關的資訊系統內），而這些被掌握的個資是否正確無誤，當事人也無從求證，這恐怕已經觸及個資自主決定權的敏感神經¹⁶⁴。另外，由於風險管理系統的「細節」不得公開，導致外界無從得知，稅捐稽徵機關在進行風險評價時，究竟

¹⁶¹ *Braun Binder* (Fn. 12), S. 964; *Susanne Hähnchen/Paul T. Schrader/Frank Weiler/Thomas Wischmeyer*, Legal Tech — Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, *JuS* 2020, S. 625 (635); Prof. Ziekow認為，此乃legality by design之體現，參見：*Ziekow* (Fn. 46), § 35a Rn. 15.

¹⁶² 此一規定在草案時期，已有學者提出疑問，對此詳見：*Nadja Braun Binder*, Auf dem Weg zum vollautomatisierten Besteuerungsverfahren in Deutschland, *Jusletter IT* 25.05.2016, S. 1 (6 f.), online verfügbar unter https://www.foevspeyer.de/fileadmin/Foev/PDF/Jusletter-IT_25.05.2016.pdf.

¹⁶³ 風險管理系統以納稅義務人之個資為基礎，透過演算法自動判斷在租稅程序中是否出現疑似異常之個案。

¹⁶⁴ 德國律師公會對此提出強烈的批判質疑，參見：*Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Steuerrecht und Verwaltungsrecht zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Finanzen „Modernisierung des Besteuerungsverfahrens“ vom 30. Oktober 2014, Stellungnahme Nr.: 4/2015 vom 31. Januar 2015, S. 10, online verfügbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-04-15?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2015/DAV-SN-04-15.pdf>.

在程式中寫入了什麼樣的標準，而讓演算法自動篩選出「可能有問題」的個案。雖然德國學界呼籲不應使用歧視性的標準¹⁶⁵來篩選「有問題的個案」¹⁶⁶，但既然風險管理系統的「細節」不公開，外界連「篩選標準為何」都無從得知，更遑論進一步審視篩選標準是否帶有歧視的色彩。在德國租稅通則第88條第5項的「保密」規定下，風險管理系統儼然成了黑箱，法院如何能在德國租稅通則要求必須「保密」（包括對法官保密）的前提下，透過具有「中間程序」（Zwischenverfahren）性質的秘密審理程序（In-camera-Verfahren）¹⁶⁷對風險管理系統的「細節」進行審查？而除了法院事後被動消極的審查之外¹⁶⁸，是否應該另有獨立超然的專責機關來監督風險管理系統之運作¹⁶⁹？凡此種種，在德國法上均仍懸而未決。

由以上關於德國法經驗的說明可知，為了確保職權調查原則在全自動進行之行政處分作成程序中能被（至少是最低限度地）貫徹，建置風險管理系統雖有其必要，但卻也會衍生出更多必須克服的難題。我國的專業法律若要容許行政機關以全自動方式作成行政處分，關於職權調查原則之確保，該如何面對「風險管理系統」此一挑戰（或許是確保行政處分正確合法的必要之惡），還是說有比建置「風險管理系統」更好的方法，值得進一步推敲審酌。

165 例如稅捐稽徵機關基於主觀上預設「從事某種特定職業者，很有可能會逃漏稅」的偏頗立場，而在系統中設定，只要納稅義務人從事該特定職業，其租稅案件應一概被演算法自動判讀為「有問題的個案」，必須由稅捐稽徵機關以人工方式審核。

166 *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern* (Fn. 52), S. 1117 f.

167 關於秘密審理程序的介紹說明，可參見：謝碩駿，「訴訟當事人閱覽卷宗權」與「公文書內容保密」之間的保障衝突——行政訴訟法如何回應此一兩難問題？，中研院法學期刊，13期，頁148-165（2013年）。

168 有學者認為，法院即便可以透過秘密審理程序審查風險管理系統的「細節」，但終究屬於事後被動消極之監督，並未充分符合法治國原則的要求（*Braun Binder* (Fn. 162), S. 7）。

169 學者對此之呼籲，可參見：*Braun Binder* (Fn. 162), S. 7.

二、關於當事人陳述意見權之保障

(一) 當事人陳述意見權之保障意義

依行政程序法第102條之規定，行政機關對人民作成不利益行政處分前，應給予處分相對人陳述意見之機會。此一規定藉由課予行政機關「給予處分相對人陳述意見機會」之程序義務，使人民「法律上之聽審權」(Anspruch auf rechtliches Gehör)獲得保障。關於「法律上之聽審權」，從憲法第16條的訴訟權保障條款可以導出「司法程序聽審權」¹⁷⁰，並進一步落實在各訴訟法的相關規定中。至於「行政程序聽審權」，雖然在憲法上並無明文保障規定，但法治國原則作為憲法之重要基本原則¹⁷¹，其內涵包含正當行政程序之保障¹⁷²，而正當行政程序的具體內容之一，即為「確保行政程序當事人享有適時陳述意見之機會」¹⁷³。因此，受行政程序法第102條保障的「陳述意見權」，其作為「行政程序聽審權」的最低保障標準¹⁷⁴，具有憲法層次之保障依據¹⁷⁵，乃是法律「應」保障之權利，絕非僅是立法者基於立法形成自由賦予人民的法律層次權利而已。具有憲法保障位階之「行政程序聽審權」，在行政程序法第

170 吳信華(註43)，邊碼796-799；法治斌、董保城(註43)，頁380；陳新民(註104)，頁293-294；謝碩駿(註167)，頁120-124。

171 就此請參見前揭註42。

172 如前所述(請參見前揭註143)，司法院釋字第663號解釋理由書使用「法治國家正當行政程序」一詞，明確將正當行政程序與法治國原則相互結合。

173 司法院釋字第709號解釋以及司法院第739號解釋，均以「行政法規未確保行政程序利害關係人適時陳述意見之機會」為由，認為與憲法要求之正當行政程序不符，而宣告系爭行政法規違憲。湯德宗大法官更指出，「行政機關於作成行政決定前，應予當事人答辯、說明的機會，堪稱『正當行政程序』的核心」(湯德宗(註138)，頁124)。

174 湯德宗，論正當行政程序，收於：行政程序法論，2版，頁32-33(2003年)；Gusy(Fn. 140)，§ 23 Rn. 43；Ritgen(Fn. 112)，§ 28 Rn. 5；Schneider(Fn. 112)，§ 28 Rn. 43；Ziekow(Fn. 46)，§ 28 Rn. 2。在法律未明文規定須舉行聽證的前提下，若行政機關認為有必要，當然也可以裁量決定採取更高的程序保障標準，而進行較為嚴謹正式的聽證程序(行政程序法第107條第2款)。

175 吳庚、盛子龍(註32)，頁586；陳敏(註33)，頁822。

102條「陳述意見權」的進一步落實下，人民可以在行政機關對其作成不利益行政處分前，向行政機關陳述事實上以及法律上之意見，一來讓人民得以事先知悉行政機關將要依據哪些基礎事實對其作成何等內容之不利益行政處分（預警功能）¹⁷⁶，二來人民也有機會透過「提供資訊說服行政機關」而影響行政機關最後之決定¹⁷⁷，確保人民作為「人」的主體性，不至於淪為行政程序進行中被行政機關支配的純粹客體¹⁷⁸。對行政機關而言，行政程序法第102條之規定，使行政機關可以透過「陳述意見」之機制，注意到在此之前可能漏未調查的事實或未曾考慮過的法律觀點，而斟酌考量作成不利益行政處分之合法性與適當性，所以對行政機關而言亦具有提醒警示功能¹⁷⁹。

（二）當事人陳述意見權之限制

雖然行政程序法第102條規定之「陳述意見權」，乃是法治國原則下「行政程序聽審權」的最低保障標準，屬於「正當行政程序」之一環，具有不容忽視之重要憲法意義，但本條之保障對象卻僅及於處分相對人（而不包括利害關係第三人）¹⁸⁰，而且行政程序

176 Dieter Grünwald, in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., 2020, § 28 Rn. 3; Gusy (Fn. 140), § 23 Rn. 49; Dieter Kallerhoff/Thomas Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., 2018, § 28 Rn. 5; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 28 Rn. 15; Ritgen (Fn. 112), § 28 Rn. 6; Schneider (Fn. 112), § 28 Rn. 45; Ziekow (Fn. 46), § 28 Rn. 1.

177 Grünwald (Fn. 176), § 28 Rn. 3; Kallerhoff/Mayen (Fn. 176), § 28 Rn. 5; Helge Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 29 Rn. 22; Ziekow (Fn. 46), § 28 Rn. 1.

178 因此，有若干學者認為，「人性尊嚴之保障」亦屬「行政程序聽審權」在憲法上之依據（李惠宗（註44），邊碼12220；Grünwald (Fn. 176), § 28 Rn. 2; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 28 Rn. 3; Kallerhoff/Mayen (Fn. 176), § 28 Rn. 2; Luch (Fn. 139), § 28 Rn. 3; Ritgen (Fn. 112), § 28 Rn. 13.）。

179 Grünwald (Fn. 176), § 28 Rn. 3; Kopp/Ramsauer (Fn. 27), § 28 Rn. 2; Ritgen (Fn. 112), § 28 Rn. 7; Schneider (Fn. 112), § 28 Rn. 43; Ziekow (Fn. 46), § 28 Rn. 1.

180 對此立法疏漏之批評，可參見：湯德宗，論行政程序法的立法目的，收於：

法緊接著又在第103條洋洋灑灑列舉了八款例外事由。依據行政程序法第103條之規定，只要符合該條各款之情形，行政機關可依其裁量決定¹⁸¹，例外地不給予處分相對人陳述意見之機會。由於「處分相對人之陳述意見權」乃是法律在憲法要求下「應」保障之重要權利，所以行政程序法第103條為「處分相對人之陳述意見權」設下重重的限制，是否有限制太過廣泛之嫌，甚至實質架空了行政程序法第102條的適用可能性，在學術文獻中對此早有質疑批判的聲音¹⁸²。

值得注意的是，法務部研擬的行政程序法修正草案初稿（2016年4月徵詢各機關意見版），對於現行「陳述意見權之保障及其限制」的相關規定，均作了一定程度之更動¹⁸³。就行政程序法第102條而言，修正草案將「陳述意見權」之保障對象從「處分相對人」放寬為「當事人」，利害關係第三人從而一併被納入保障對象範圍內，可說正面積極回應了學界對行政程序法第102條保障對象範圍過窄的批評。至於行政程序法第103條對「陳述意見權」之限制規定，雖然屢遭學界批評，但修正草案不但未將行政程序法第103條

行政程序法論，2版，頁70（2003年）。

181 行政程序法第103條的用語為「得」，而非「應」，故對於行政機關而言，本條之性質乃是裁量規定，而非羈束規定。

182 吳庚、盛子龍（註32），頁587-588；湯德宗（註180），頁69；陳新民（註33），頁248。

183 本文以下對於行政程序法修正草案（2016年4月徵詢各機關意見版）之論述，將集中在草案第103條之內容。要先說明的是，法務部於2017年10月25日以法律字第10603514250號公告，正式對外預告修正行政程序法，作為此一公告附件的行政程序法修正草案（2017年10月對外公告版），未見對行政程序法第103條有所修正，而與「2016年4月徵詢各機關意見版」的內容不同。比對兩個版本的時間先後順序（先有「2016年4月徵詢各機關意見版」，然後才推出「2017年10月對外公告版」），會讓人誤以為法務部在徵詢各機關意見後，已放棄修正行政程序法第103條。不過，本文作者洽詢法務部承辦人員後得知，其實行政程序法修正草案「2017年10月對外公告版」之內容僅係法務部第一階段之研修成果，至於「2016年4月徵詢各機關意見版」的行政程序法第103條修正草案，其實並未被法務部刪除，將留待下一階段的研修期程再予正式納入並對外公告。

「限制陳述意見權」的事由予以刪減，反倒一舉將原本的例外規定從八款擴增到九款的篇幅¹⁸⁴，而且把現行第103條第1款的內容從「大量作成同種類之處分」擴充為「一般處分、大量作成之同種類行政處分或以自動機器作成之行政處分」¹⁸⁵。依據修正草案的說明，之所以將「以自動機器作成之行政處分」增列到行政程序法第103條第1款，其理由為：「以自動機器作成之行政處分，因作成行政處分之過程並未有公務員之參與，當事人亦無法向自動機器表示意見」。然而，對於合理化「限制當事人之陳述意見權」而言，這樣的理由是否具有說服力，似有待商榷。

如前所述¹⁸⁶，行政處分的規制內容只要是經由機器運作而自動得出，即屬「以自動機器作成之行政處分」，而在「以自動機器作成之行政處分」這個概念下，按照該行政處分作成程序自動化的程度不同，可區分成「半自動作成之行政處分」以及「全自動作成之行政處分」這兩種類型。既然行政程序法修正草案第103條第1款的用語是「以自動機器作成之行政處分」，其文義可同時包括「半自動作成之行政處分」以及「全自動作成之行政處分」，但修正草案的理由卻稱「作成行政處分之過程並未有公務員之參與，當事人亦無法向自動機器表示意見」，顯然僅指「全自動作成之行政處分」。行政程序法修正草案第103條第1款的修正說明，為什麼將「半自動作成之行政處分」排除在「以自動機器作成之行政處分」

184 依據修正草案第103條第9款之規定，行政機關作成「有關專門知識、技能或資格所為之考試評定、檢定、鑑定或及他類此之決定」，亦得不給予當事人陳述意見之機會。

185 德國聯邦行政程序法第28條第2項第4款也同樣規定「行政機關作成一般處分、大量同種類之行政處分或藉由自動機器輔助作成之行政處分前，得不給予當事人陳述意見之機會」。將行政程序法修正草案第103條第1款的內容與德國聯邦行政程序法第28條第2項第4款相互比對，不難發現，行政程序法修正草案第103條第1款之所以會增列「一般處分」以及「以自動機器作成之行政處分」，應該是受到德國聯邦行政程序法第28條第2項第4款的「啟發」。

186 請參見本文「貳、一、(三)」。

的概念範圍外，令人感到不解¹⁸⁷。無論如何應該沒有疑義的是，「半自動作成之行政處分」其作成程序仍有行政機關之人員以人工作業方式參與其中，所以當事人要在半自動進行的行政程序中向行政機關承辦人員陳述意見，毫無技術上之困難。既然行政機關以半自動方式作成行政處分，並不會阻礙當事人在行政程序進行中向行政機關陳述意見的管道，那麼要以「有技術上的實際困難」當作理由而限制當事人陳述意見的權利，至少對「半自動進行之行政處分作成程序」而言，完全站不住腳¹⁸⁸。

至於全自動進行之行政處分作成程序，由於行政機關之人工作業被機器運算完全取代，從而當事人確實難以「向機器陳述意見」而影響行政處分之內容。按照目前可以想像的技術，若行政機關在全自動進行之行政處分作成程序中，要讓當事人可以「向機器陳述意見」，可能的作法是：在機器操作介面設計自由文字欄位（free-text field），讓當事人輸入文字，或是透過自動語音識別技術（automatic speech recognition, ASR）讓當事人對著機器口說，將語音資料轉化為相應的文字資料，最後，再透過自然語言處理技術（natural language processing, NLP），讓機器能「理解」該文字的意義。但是，所謂機器「理解」文字，只不過是機器在預先設定的演算法運算下，將文句予以斷詞（word segmentation）處理後，比對出詞彙庫中相應的資料而已。質言之，當事人陳述之意見經轉化為機器可處理的文字後，機器能「理解」的，充其量僅是該文字在語意學（semantics）上的意義，但該文字背後所代表的法律意義（能否影響行政處分之作成及其規制內容），則非機器所能「理解」。因此，在全自動進行的行政處分作成程序進行中，當事人有效行

187 而且與此剛好相反的是，就像本文前面提到的（請見本文「壹、一」），現行行政程序法相關條文所稱「以自動機器作成之行政處分」，對照其當初之立法理由，恐怕僅指涉「半自動作成之行政處分」。

188 Lazaratos (Fn. 30), S. 198.

使行政程序法第102條保障之陳述意見權，有其實際上之技術困難。

上述「當事人陳述意見權之行使」在實際上遭遇到的技術困難，突顯出「行政處分作成程序之全自動化」與「當事人程序權保障」之間的緊張衝突關係。考量到這樣的緊張衝突，行政程序法修正草案第103條第1款遂以「當事人實際上難以行使陳述意見權」為由，將「行政處分係以全自動方式作成」¹⁸⁹增列為限制當事人陳述意見權的事由之一。行政程序法修正草案第103條第1款此等修正，固然有其務實面的考量，但背後呈現出來的立法政策思維，以及一旦正式通過立法後可能引發的問題，令人感到擔憂。行政程序法第1條明文揭櫫「保障人民權益」及「提高行政效能」均為本法之立法目的，當這兩個價值相互衝突時，有賴行政程序法後續的條文作出價值取捨予以妥適解決。行政機關以機器全自動作成行政處分，一方面大幅提高了行政效能，另一方面卻也導致當事人難以在行政程序進行中行使（具有重要憲法意義的）陳述意見權，如此一來，行政程序法第1條列舉的兩大立法目的，在全自動進行的行政處分作成程序中，將出現相互衝突之情形。由於現行行政程序法第103條並未將「以全自動方式作成行政處分」納入規範範圍，所以行政機關若要以機器全自動作成行政處分，仍須依據行政程序法第102條之規定給予當事人陳述意見之機會，但這在技術上又有困難，以致於行政機關為了保障當事人最低限度之行政程序聽審權，只好放棄以全自動方式作成行政處分。由此可以看出，現行行政程序法第103條未將「以全自動方式作成行政處分」納入規範範圍，其彰顯出來的立法政策價值取捨是：「保障人民權益」較「提高行政效

189 前面提到，行政程序法修正草案第103條第1款的條文用語是「以自動機器作成之行政處分」，雖然就文義而言，可同時包含「半自動作成之行政處分」與「全自動作成之行政處分」，但依據此一修正條文的說明理由，該款所稱「以自動機器作成之行政處分」僅指涉「全自動作成之行政處分」。

能」來得重要¹⁹⁰。然而，此一現行法所彰顯的立法政策價值取捨，卻遭到行政程序法修正草案第103條第1款徹底反轉。行政程序法修正草案第103條第1款增列「以全自動方式作成行政處分」，在本款新增規定的允許下，一旦行政機關為了提高行政效能而以全自動方式作成行政處分，得不給予當事人陳述意見權的機會。很明顯地，在「保障人民權益」與「提高行政效能」二者間，行政程序法修正草案所採取的立法政策價值取捨是：「提高行政效能」比「保障人民權益」更為重要，為了提高行政效能，不惜犧牲當事人最低限度之行政程序聽審權。究竟是什麼樣的心路歷程轉折，讓行政程序法修正草案第103條第1款在作立法政策價值取捨時改採「提高行政效能比保障當事人聽審權更為重要」，修正草案的說明理由對此並沒有清楚交代，無從得知。讓人感到擔憂的是，行政程序法第103條作為「保障當事人行政程序聽審權」之例外規定，其被拿來適用的頻率原本應該越少越好，但隨著自動化科技的成熟發展，未來「行政機關使用機器全自動作成行政處分」的情形勢必日益普遍，若行政程序法修正草案第103條第1款真的正式通過立法，那麼行政程序法第103條被拿來適用的頻率將會大幅升高，導致行政程序法第102條「當事人陳述意見權應受保障」的原則遭到例外規定反噬掏空。

（三）立法論之建議

行政程序法修正草案第103條第1款將「行政處分作成程序之全自動化」增列為限制當事人陳述意見權之事由，固然有其「技術上實在難以讓當事人在行政程序進行中陳述意見」的務實考量。但在這樣的立法下，以全自動方式進行的行政處分作成程序，卻也注定將成為「連行政程序聽審權之最低限度保障都不能確保」的行政程

¹⁹⁰ 行政程序法第1條將「保障人民權益」擺在「提高行政效能」之前，如果這是立法者有意的安排，想要藉此宣示各種立法目的彼此之間的優先順序，那麼為了保障當事人的陳述意見權，放棄以全自動方式作成行政處分，確實與立法者在行政程序法第1條安排的（優先）順序相符。

序，當事人也將因此無法藉由陳述意見權之行使而影響行政處分的作成。無論從法治國原則還是從民主原則的角度來看，行政程序法修正草案第103條第1款總讓人覺得有那麼一絲疑慮。就本文所見，若在立法論上真的要像行政程序法修正草案第103條第1款一樣，將「行政處分作成程序之全自動化」增列為限制當事人陳述意見權之事由，那麼應該同時在行政程序法中置入下述之配套修正，方能將法治國原則或民主原則的疑慮降到最低：

首先，在行政程序法中應該明文要求行政機關，在行政程序的一開始，必須讓當事人清楚知悉該行政程序是以全自動方式進行¹⁹¹。如此一來，可以確保當事人在行政程序開始時，就已經對「該行政程序進行中，沒有行政機關的人員參與」有所預見，並對「難以在行政程序進行中向機器陳述意見」作好心理準備。當然，在行政程序全自動進行時，行政機關的人員並沒有在實體世界消失，所以當事人在行政程序進行中仍然可以透過各種管道與行政機關的人員接觸。一旦當事人認為實在有必要向行政機關陳述意見，而在行政程序進行中與行政機關的人員聯繫接觸，則行政機關即應停止該全自動進行之行政程序，讓當事人陳述意見後，再（以全自動或半自動或完全人工作業方式）繼續該行政程序之進行¹⁹²。

其次，行政程序法也應該配套性地規定，以機器全自動作成之行政處分，在通知相對人或利害關係人後，須待一定之期間經過，始生效力¹⁹³。依行政程序法第110條第1項之規定，行政處分通知到相對人或利害關係人的那一刻，即對該相對人或利害關係人生效。本文此一立法建議，可說是行政程序法第110條第1項之例外規定。在全自動進行的行政處分作成程序中，當事人難以透過陳述意見權

191 相同立法建議：Lazaratos (Fn. 30), S. 204.

192 Lazaratos (Fn. 30), S. 204.

193 相同立法建議：Lazaratos (Fn. 30), S. 206.

之行使影響行政處分之作成，而行政處分一旦通知到當事人又即刻生效，當事人就算提起行政爭訟，原則上也無法阻止行政處分之執行¹⁹⁴。有鑒於此，既然在行政處分作成前難以讓當事人陳述意見，那麼最起碼在機器運算出行政處分的規制內容並通知到當事人後，應該讓當事人享有「事後一定期間內陳述意見」的權利，而且行政處分在該一定期間屆滿前暫不生效，如此方能避免「當事人尚未行使陳述意見權，行政處分即已發生對當事人不利之效果，導致當事人在程序法及實體法上之權利同時受損」。

伍、本文總結

隨著資訊科技日益成熟進步，可以預期的是，行政機關以機器全自動作成行政處分，在未來勢必將更為普遍常見。此種全自動進行之行政程序，一方面雖可提高行政效能，另一方面卻也對行政程序當事人之權益保障帶來不利影響，而構成行政程序法第1條立法目的間的相互衝突，有賴行政程序法詳為規範解決。然而，目前在行政程序法中，關於「行政處分作成程序之全自動化」的規定幾乎完全空白，成為未來行政程序法2.0必須回應的一大挑戰。本文嘗試從各種面向析論「行政機關以機器全自動作成行政處分」所涉之法律問題，茲將獲致之研究心得，逐點羅列總結如下：

1. 行政機關以機器全自動作成之決定，並非機器所為不具法律意義的「行政製品」，而是行政機關所為（並須對此負起最終法律責任）之意思表示行為。此等以機器全自動作成之決

¹⁹⁴ 依訴願法第93條第1項及行政訴訟法第116條第1項之規定，有效行政處分之執行，不因提起行政爭訟而停止。雖然訴願法第93條第2項、第3項以及行政訴訟法第116條第2項、第3項設有行政處分停止執行之暫時權利保護制度，但觀諸行政爭訟實務經驗，當事人要透過暫時權利保護制度將行政處分的效力暫時凍結，成功的機率甚低。

定，若符合行政程序法第92條第1項之各種概念要素，即具有行政處分之性質。

2. 法律在法律效果的部分賦予行政機關裁量空間，或在構成要件的部分使用不確定法律概念，其目的係希望行政機關在適用法律時，能採取「個案取向之價值判斷」。就目前之技術而言，個案取向之價值判斷，僅人類之心智思維能勝任，無法由機器全自動代勞。因此，裁量處分以及須適用不確定法律概念始能作成之行政處分，並不適合以機器全自動作成。行政機關對於裁量處分或須適用不確定法律概念始能作成之羈束處分，若以機器完全取代機關人力為之，即與立法意旨不符，而違反法律優位原則。
3. 作成行政處分所依據之事實資料，若屬法定應保密之事項，行政機關不得採取「資訊科技委外處理」，使用私人之機器全自動作成該行政處分。即便作成行政處分所依據之事實資料並非法定應保密事項，行政機關若要藉助跨國雲端運算服務，使用外國人之機器全自動作成行政處分，仍應類推適用個資法第21條之規定，在該條各款禁止範圍內，不得使用外國人之機器全自動進行行政處分作成程序。
4. 行政機關以機器全自動作成行政處分，涉及大規模個資資料集之處理，且對程序當事人之程序權造成不利影響，絕非僅是單純之細節性、技術性事項，而應屬干預人民基本權利之重要事項，應有法律之授權依據。因此，行政機關若要以機器全自動進行行政處分之作成程序，應以專業法律（或自治條例）對此明文容許為前提。
5. 行政機關即便獲得專業法律明文容許得以機器全自動作成行政處分，為避免法律安排之「資訊分權」遭受破壞，除非專業法律另有明文規定，否則不得串連其他機關之資料庫而共

享其他機關資料庫內之資料。

6. 行政機關以機器全自動作成行政處分，不得揚棄行政程序法第36條規定之職權調查原則。就目前可行之技術而言，透過風險管理系統之建置，行政機關仍能保有「對基礎事實之真實性與正確性予以查核」的可能性，而使職權調查原則不致完全遭到架空。然而，風險管理系統本身卻也會衍生出若干問題，有待克服解決。
7. 在以機器全自動進行的行政處分作成程序中，要讓程序當事人行使行政程序法第102條保障之陳述意見權，確實有其技術上之困難。就立法論而言，為使程序當事人之陳述意見權能獲得最起碼之保障，行政程序法應要求行政機關，在行政程序的一開始，必須讓程序當事人清楚知悉該行政程序是以全自動方式進行。此外，行政程序法亦應規定，程序當事人在事後一定期間內仍得行使陳述意見權，且在該期間尚未屆滿前，以機器全自動作成之行政處分暫不生效。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳庚、盛子龍（2020），*行政法之理論與實用*，16版，臺北：三民。
- 吳庚、陳淳文（2019），*憲法理論與政府體制*，增訂6版，臺北：自版。
- 吳信華（2018），*憲法釋論*，3版，臺北：三民。
- 李建良（2020），*行政法基本十講*，10版，臺北：元照。
- 李惠宗（2016），*行政法要義*，7版，臺北：元照。
- 李震山（2019），*行政法導論*，11版，臺北：三民。
- 林錫堯（1993），*行政程序上職權調查主義*，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，*當代公法理論——翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集*，頁321-335，臺北：月旦。
- （2016），*行政法要義*，4版，臺北：元照。
- 法治斌、董保城（2020），*憲法新論*，7版，臺北：元照。
- 洪家殷（2010），*論行政調查中職權調查之概念及範圍——以行政程序法相關規定為中心*，*東吳法律學報*，21卷3期，頁1-42。
- 莊國榮（2020），*行政法*，6版，臺北：自版。
- 許宗力（1993），*論法律保留原則*，收於：法與國家權力，2版，頁117-214，臺北：月旦。
- （2007），*比例原則之操作試論*，收於：法與國家權力（二），頁119-140，臺北：元照。
- （2020），*行政處分*，收於：翁岳生編，*行政法（上冊）*，4版，頁599-700，臺北：元照。
- 陳清秀（2020），*依法行政與法律的適用*，收於：翁岳生編，*行政法（上冊）*，4版，頁197-285，臺北：元照。

- 陳敏（2019），行政法總論，10版，臺北：自版。
- 陳新民（2015），行政法學總論，9版，臺北：自版。
- （2018），憲法學釋論，9版，臺北：自版。
- 陳愛娥（2020），行政組織法之基本問題，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁323-405，臺北：元照。
- 湯德宗（2003），論正當行政程序，收於：行政程序法論，2版，頁1-49，臺北：元照。
- （2003），資訊革命與正當行政程序——行政程序法施行兩週年展望，收於：行政程序法論，2版，頁447-492，臺北：元照。
- （2003），論行政程序法的立法目的，收於：行政程序法論，2版，頁51-83，臺北：元照。
- （2009），違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁581-660，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2020），行政程序法，收於：翁岳生編，行政法（下冊），4版，頁27-174，臺北：元照。
- 黃昭元（2004），憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，頁45-148。
- 葉俊榮（2000），電子化政府、新民主及行政程序，收於：台灣行政法學會編，行政法爭議問題研究（上冊），頁625-650，臺北：五南。
- 詹鎮榮（2007），論行政機關管轄權之移轉——以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁189-247，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 劉定基（2014），雲端運算與個人資料保護——以台灣個人資料保護法與歐盟個人資料保護指令的比較為中心，東海大學法學研

究，43期，頁53-106。

蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2013），*行政程序法實用*，4版，臺北：新學林。

蕭文生（2020），*行政法——基礎理論與實務*，3版，臺北：五南。

謝碩駿（2013），「訴訟當事人閱覽卷宗權」與「公文書內容保密」之間的保障衝突——行政訴訟法如何回應此一兩難問題？，*中研院法學期刊*，13期，頁111-182。

——（2016），論行政機關以電子方式作成行政處分：以作成程序之法律問題為中心，*臺大法學論叢*，45卷4期，頁1773-1849。

2. 外文部分

Albers, Mario/Veit, Raoul-Darius (2020), in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, BDSG, 32. Aufl., Stand: 01.05.2020, München: C. H. Beck, § 23.

Albrecht, Florian Claus (2020), E-Government, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Stand: 52. EL April 2020, München: C. H. Beck, Teil 28.

Aschke, Manfred (2020), in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.07.2020, München: C. H. Beck, § 40.

Beaucamp, Guy (2012), Ermessens- und Beurteilungsfehler im Vergleich, JA, S. 193-197.

Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern (2015), Automatisiert erlassene Verwaltungsakte und Bekanntgabe über Internetplattformen — Fortentwicklung des Verfahrensrechts im Zeichen der Digitalisierung: Wie können rechtsstaatliche Standards gewahrt werden?, NVwZ, S. 1114-1118.

Berger, Ariane (2020), in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 11. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 35a.

- Braun Binder, Nadja (2016), Auf dem Weg zum vollautomatisierten Besteuerungsverfahren in Deutschland, Jusletter IT 25.05.2016, online verfügbar unter https://www.foev-speyer.de/fileadmin/Foev/PDF/Jusletter-IT_25.05.2016.pdf.
- (2016), Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht?, NVwZ, S. 960-965.
- Britz, Gabriele (2012), Elektronische Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 26.
- Conrad, Isabell (2016), Recht des Datenschutzes, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 34.
- Detterbeck, Steffen (2020), Allgemeines Verwaltungsrecht (2002), 18. Aufl., München: C. H. Beck.
- Deutscher Anwaltverein (2015), Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Steuerrecht und Verwaltungsrecht zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Finanzen „Modernisierung des Besteuerungsverfahrens“ vom 30. Oktober 2014, Stellungnahme Nr.: 4/2015 vom 31. Januar 2015, online verfügbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-04-15?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahme/2015/DAV-SN-04-15.pdf>.
- Dombert, Matthias, (2019), in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 17.
- Ehlers, Dirk (2016), in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 2.
- Eifert, Martin (2006), Electronic Government, Baden-Baden: Nomos.
- Engel, Rüdiger/Pfau, Mario, (2019), in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos,

§ 24.

- Ernst, Tobias (2010), Recht der elektronischen Verwaltung, in: Hoeren/Sieber/Holznel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Stand: Lfg. 25 August 2010, München: C. H. Beck, Teil 28.1.
- Fellenberg, Frank/Kallerhoff, Dieter (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 24.
- Forgó, Nikolaus/Krúgel, Tina/Rapp, Stefan (2006), Zwecksetzung und informationelle Gewaltenteilung: Ein Beitrag zu einem datenschutzgerechten E-Government, Baden-Baden: Nomos.
- Gola, Peter/Klug, Christoph/Körffer, Barbara/Schomerus, Rudolf (2015), BDSG Kommentar, 12. Aufl., München: C. H. Beck, § 11.
- Gröpl, Christoph (2020), Staatsrecht I (2008), 12. Aufl., München: C. H. Beck.
- Grünewald, Dieter (2020), in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., Köln: Luchterhand Verlag, § 28.
- Guggenberger, Leonid (2019), Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung, NVwZ, S. 844-850.
- Gusy, Christoph (2012), Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 23.
- Hähnchen, Susanne/Schrader, Paul T./Weiler, Frank/Wischmeyer, Thomas (2020), Legal Tech — Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, JuS, S. 625-635.
- Heckmann, Dirk (2014), E-Government, in: Heckmann (Hrsg.), juris PraxisKommentar Internetrecht, 4. Aufl., Saarbrücken: juris, Kapitel 5.
- Heckmann, Dirk/Albrecht, Florian (2014), in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl.,

- Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag, § 37.
- Hill, Hermann/Martini, Mario (2012), Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 34.
- Hoffmann, Christian/Tallich, Maximilian/Warnecke, Thomas (2011), E-Postbrief: Rechtsfragen elektronischer Behördenkommunikation — Unter welchen Voraussetzungen kann die öffentliche Verwaltung das Angebot der Deutschen Post verwenden?, MMR, S. 775-780.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2012), Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 10.
- Hofmann, Johanna M. (2018), in: Roßnagel (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, Baden-Baden: Nomos, § 5.
- Hönig, Dietmar (2020), in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., Köln: Luchterhand Verlag, § 17.
- Hufen, Friedhelm (2020), Staatsrecht II Grundrechte (2007), 8. Aufl., München: C. H. Beck.
- Ipsen, Jörn (2019), Allgemeines Verwaltungsrecht (2000), 11. Aufl., München: Vahlen.
- Jestaedt, Matthias (2016), in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 11.
- Kallerhoff, Dieter/Mayen, Thomas (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 28.
- Kment, Martin/Vorwalter, Sebastian (2015), Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS, S. 193-201.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (2019), in: Ramsauer (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 20. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 17, 24, 28, 35a, 37, 40.

- Kugele, Dieter (2014), VwVfG Kommentar, Köln: Luchterhand Verlag, §§ 17, 37.
- Lazaratos, Panagiotis (1990), Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, Berlin: Duncker & Humblot.
- Luch, Anika Dorte (2014), in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl., Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag, §§ 24, 28.
- Martini, Mario (2018), in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO BDSG Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, DS-GVO Art. 28.
- Maurer, Hartmut (2010), Staatsrecht I (1999), 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian (2020), Allgemeines Verwaltungsrecht (1980), 20. Aufl., München: C. H. Beck.
- Möstl, Markus (2016), in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 20.
- Peine, Franz-Joseph/Siegel, Thorsten (2018), Allgemeines Verwaltungsrecht (1994), 12. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Petri, Thomas B. (2014), in: Simitis (Hrsg.), BDSG Kommentar, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 11.
- (2018), in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München: C. H. Beck, G.
- Plath, Kai-Uwe (2013), in: Plath (Hrsg.), BDSG Kommentar, Köln: Dr. Otto Schmidt, § 11.
- Polomski, Ralf-Michael (1993), Der automatisierte Verwaltungsakt, Berlin: Duncker & Humblot.
- Prell, Lorenz (2020), in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.01.2020, München: C. H. Beck, § 35a.
- Preuß, Peter (2014), in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz

- (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl., Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag, § 17.
- Pünder, Hermann (2016), in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: de Gruyter, §§ 14, 15.
- Reimer, Franz (2012), Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 9.
- Ritgen, Klaus (2014), in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 2. Aufl., Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag, §§ 35, 40.
- (2020), in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 11. Aufl., Köln: Carl Heymanns, §§ 17, 24, 28.
- Rossen-Stadtfeld, Helge (2012), Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 29.
- Ruffert, Matthias (2016), in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 21.
- (2020), in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 11. Aufl., Köln: Carl Heymanns, §§ 37, 40.
- Sachs, Michael (2017), Verfassungsrecht II Grundrechte (2000), 3. Aufl., Berlin: Springer.
- (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 40.
- Schenk, Wolfgang (2020), in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., Köln: Luchterhand Verlag, § 24.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2012), Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-

- Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 27.
- Schmitz, Heribert (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 17.
- Schmitz, Heribert/Prell, Lorenz (2016), Neues zum E-Government, NVwZ, S. 1273-1280.
- Schmitz, Heribert/Schlatmann, Arne (2002), Digitale Verwaltung? - Das Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, NVwZ, S. 1281-1294.
- Schneider, Jens-Peter (2012), Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 28.
- Schönenbroicher, Klaus (2019), in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, §§ 37, 40.
- Schulz, Sebastian (2018), in: Gola (Hrsg.), DS-GVO Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 6.
- Siegel, Thorsten (2014), Der virtuelle Verwaltungsakt, VerwArch, S. 241-261.
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker genannt Döhmann, Indra (2019), in: Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht DSGVO mit BDSG Kommentar, Baden-Baden: Nomos, Einleitung.
- Skrobotz, Jan (2005), Das elektronische Verwaltungsverfahren, Berlin: Duncker & Humblot.
- Spoerr, Wolfgang (2018), in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, BDSG 2003 [aK], 27. Aufl., Stand: 01.08.2018, München: C. H. Beck, § 11.

- Stein, Katrin (2009), E-Government und verwaltungsrechtliche Handlungsformen – Die Beschleunigung technischer Prozesse als Herausforderung für die verwaltungsrechtliche Handlungsformensystematik, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, Baden-Baden: Nomos, S. 197-211.
- Stelkens, Ulrich (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 35a, 37.
- Stollhof, Sabine (2012), Datenschutzgerechtes E-Government, Baden-Baden: Nomos.
- Stubenrauch, Julia (2009), Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, Baden-Baden: Nomos.
- Stuhlfauth, Thomas (2020), in: Obermayer/Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 6. Aufl., Köln: Luchterhand Verlag, §§ 35a, 37, 40.
- Thomale, Philipp-Christian (2014), in: Eßer/Kramer/von Lewinski (Hrsg.), BDSG Kommentar, 4. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 11.
- Tiedemann, Paul (2020), in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 48. Aufl., Stand: 01.07.2020, München: C. H. Beck, § 37.
- Wedde, Peter (2016), in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt am Main: Bund-Verlag, § 11.
- Windoffer, Alexander (2019), in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 35a.
- Ziekow, Jan (2020), VwVfG Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, §§ 17, 24, 28, 35a, 40.

Completely Automatic Administrative Decision

*Shuo-Chun Hsieh**

Abstract

The purpose of this paper is to discuss legal issues of completely automatic administrative decision (Verwaltungsakte). The paper focuses on a comparison with the German legal system. If a decision issued completely by automatic equipment meets all the conceptual requirements of Article 92 Paragraph 1 of the Administrative Procedure Act, it would qualify as an administrative decision and would not be a simple product of administration (Verwaltungsfabrikat). Administrative decisions issued completely by automatic equipment should be limited to statutory mandated decisions. Furthermore, such administrative decisions should not be involved in interpretation of ambiguous language. On the basis of the statutory reservation principle, the administrative authority may issue an administrative decision completely by automatic equipment only if there is a definite legal foundation. It will be difficult to implement the principle of investigation and the hearing due to the complete automation of the procedure. The present study does suggest that the administrative authority should build a risk management system in order to maintain the principle of investigation. Moreover, this study proposes that the hearing should be subsequently guaranteed before a certain time. After this period has passed, an administrative decision issued completely by automatic equipment becomes effective.

KEYWORDS: administrative decision, administrative procedure, complete automation, artificial intelligence, algorithm,

* Associate Professor, College of Law, Shih Hsin University.

principle of investigation, risk management system,
hearings.