

# 100 年公務人員特種考試司法人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：檢察事務官-偵查實務組

科 目：行政法

于亮 老師 解題

一、法務部廉政署組織法於民國 100 年 4 月 1 日經立法院三讀通過，為同年 7 月 20 日成立之法務部廉政署賦予法律依據。試問：本法之制定是否為法務部廉政署設立之法律上必要條件？請從現行法規及法理角度分別說明之。

## 【破題解析】

本題算是以時事新聞帶考點的考題。一般新聞對於法務部成立廉政署原則上都抱持肯定觀點，認為廉政署作為「肅貪」的專責機關，在正式以廉政署組織法作為設置依據後，在「有人有錢」的前提之下，理論上應該更能達成「廉政」的行政任務。答題時，也可以先從廉政署的角色切入，稍微提一下廉政署成立前與成立後的區別何在。不過，不要忘記重點還是在行政組織法制的基本問題，也就是對於我國行政實務上習於以法律作為各級行政組織建制的依據，是否妥當？另外，因為題目有提及須從「現行法規」與「法理」角度分別說明，所以切記要理論與實務並陳。

## 【命中特區】

本班教材命中/正規班講義書/編號:B0J23/頁 2~3/于亮編著。【命中率】100%

## 【擬答】：

(一)法務部廉政署之組織原則上應依法律規定

按中央行政機關組織基準法（下稱：「基準法」）第 6 條第 1 項規定，行政機關名稱定名如下：……四、署、局：三級機關用之。」據此，法務部廉政署為中央三級行政機關。依基準法第 4 條第 1 項規定，中央依、二、三級行政機關之組織以法律定之，其餘機關之組織以命令定之，故現行法務部廉政署之組織以法律規定，符合基準法之要求。

(二)行政內部組織宜由公行政自行決定

依中央法規標準法（下稱：「中標法」）第 5 條規定，關於國家各機關之組織，應以法律定之。學者認為，中標法第 5 條第 3 款對於行政組織採取「高密度」之法律保留，不僅無憲法依據，對於行政功能亦有妨礙。依憲法增修條文第 3 條第 3、4 項規定，國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。各機關之組織、編制及員額，應依前項準則性法律，基於政策或業務需要決定之。據此，基於「制度之法律保留」與「功能之法律保留」，行政建制之整體架構、行政主體之設立以及行政機關之管轄權，應符合法律保留原則，至於行政內部組織，則宜由行政自行決定。

(三)結論

綜上所述，自學說觀點而言，廉政署本為法務部內部行政組織，自提高行政效能及達成特定行政任務之角度而言，由法務部自行以行政命令作為廉政署之設置依據，似無不可。惟自現行法制角度而言，法務部廉政署因屬中央三級行政機關，依基準法相關規定，其組織事項仍應由法律定之。

二、在行政行為形式選擇自由之前提下，行政機關得在具體個案中選擇多種行政行為形式組合應用，以有效達成行政目的。試分從我國行政程序法、學說及實務見解角度，析論行政機關併用「行政處分」與「行政契約」兩種行為形式之法容許性。

## 【破題解析】

「行為併行禁止原則」是行政契約法上一個重要的基本原則，本題就是以此一考點為命題核心。事實上，從今年國家考試的幾則考題中，已經可以看出本題的端詳了。特別是有參加筆者總複習課程的同學，應該可以非常輕鬆的將正確答案寫出來。不過，要注意題目提到必須從「行政程序法」、「學說」及「實務見解」來分析，所以必須掌握時間寫出重點。

## 【命中特區】

【擬答】：

(一)行政機關併用行政處分與行政契約的意義

基於行政行為形式選擇自由，除法律別有規定或性質上顯不相容者外，行政機關得於行政法律關係中，自由選擇行政行為形式，以達成行政任務。惟於同一行政法律關係中，行政機關得否併用行政處分與行政契約？學說及實務有不同見解。

(二)行政程序法並無明文規定

行政程序法對於行政機關得否併用行政契約與行政處分，並無明文承認或否定之規定。行政程序法對於行政契約與行政處分，定有行政機關得締結和解或雙務行政契約以代替行政處分（行政程序法第 136、137 條），另外，代替行政處分之行政契約，如有第 142 條各款之情形者，該行政契約無效。

(三)行為併行禁止原則

行為併行禁止原則是指，行政機關不得於同一行政法律關係中，併用行政契約與行政處分，尤不得以行政處分終結或變更基於行政契約所生之權利義務關係。行為併行禁止原則顯然否定行政機關於同一法律關係中得併用行政契約與行政處分。主要理由如下：

1. 以單方性質之行政處分，終結或變更基於雙方當事人合意所成立之行政契約，法理上有相互矛盾之處。
2. 倘承認行政機關得以單方性質之行政處分終結或變更行政契約法律關係，恐將損及締約一方當事人之人民對於行政契約之信賴，以致於不願或不敢採用行政契約之行為形式，從而將導致行政契約萎縮。

(四)實務見解原則上肯認行政機關得併用行政契約與行政處分

1. 最高行政法院 95 年 7 月份庭長法官聯席會議

本件決議認為，健保局對於與其有全民健康保險特約之醫事服務機構所為之「停止特約」，其性質乃基於健保局其管理保險醫事服務機構之公權力而發，應認為行政處分，而非僅屬履行合約內容之意思表示。由此可見，本件決議肯認健保局於其與特約醫療院所之健保法律關係中，得併用行政契約（締結特約醫事服務合約）與行政處分（停止特約）。

2. 最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議

本件決議認為，公立學校教師之聘任為行政契約。而公立學校教師於聘任後，如予解聘、停聘或不續聘者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。由此可見，本件決議同樣肯認公立學校於其與教師基於聘任之法律關係，得併用行政契約（聘約）與行政處分（解聘、停聘或不續聘）。

三、行政院環境保護署為強化管制塑化劑之使用，遂於民國 100 年 7 月 20 日公告修正毒性化學物質管理法第 7 條授權訂定之「列管毒性化學物質及其運作管理事項」，並自即日生效。其中，將鄰苯二甲酸二辛酯（DNOP）由原先禁止使用於 3 歲以下兒童用品，調整為禁用於 14 歲以下之兒童玩具及兒童用品。今甲所製造之適用於 3-6 歲孩童游泳圈遭 A 市政府檢出含有 DNOP 成分，A 市政府遂根據毒性化學物質管理法第 32 條第 1 款規定，處甲 100 萬罰鍰，並限期改善。甲不服，主張受檢產品係於 100 年 7 月 20 日「列管毒性化學物質及其運作管理事項」公告修正前所製造，A 市政府以行為後始變更之法律作為裁罰依據，罰鍰處分應屬違法。試問：甲之主張有無理由？

毒性化學物質管理法第 7 條：「化學物質之毒理特性符合本法第三條所定毒性化學物質之分類定義者，中央主管機關應公告為第一類、第二類、第三類或第四類毒性化學物質。（第 1 項）第一類、第二類及第三類毒性化學物質，中央主管機關得公告限制或禁止其有關之運作。（第 2 項）」第 32 條：「有下列情形之一者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並令其限期改善；屆期不改善者，得令其停工或停業；必要時，並得勒令歇業、撤銷、廢止登記或撤銷、廢止其許可證：一、違反依第七條第二項公告之限制或禁止規定。」

【破題解析】

本題題目內容繁複，考點也算複雜。主要涉及行政罰法第 4 條、第 5 條，以及行政罰法中的空白構成要件的觀念。除了能看出考點所在，以及引用必要的法條之外，最重要要的是必須注意答題架構，最忌讓解答看起來雜亂無章。

【命中特區】

本班教材命中/正規班講義書/編號:B0J21/頁 97~103/于亮編著。【命中率】100%

【擬答】：

(一) A 市府處甲 100 萬罰鍰未違反行政罰法第 4 條規定

行政罰法第 4 條規定，違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。據此，行政機關對行為人處以行政罰，應以「行為時」之法律或自治條例為依據。學說認為，行政罰法第 4 條規定之適用範圍，應法律、法規命令以及自治條例。換言之，行政機關得依據行為人行為時有效之法律、法規命令或自治條例，予以裁罰。

本題中，A 市政府係依據毒性化學物質管理法第 7 條授權訂定之「列管毒性化學物質及其運作管理事項」（法規命令）以及同法第 32 條第 1 款規定，處甲 100 萬罰鍰。並未違反前述行政罰法第 4 條規定。

(二) 以「列管毒性化學物質及其運作管理事項」為罰鍰構成要件未違反法律保留原則

系爭「列管毒性化學物質及其運作管理事項」（下稱：「管理事項」）相關規定為 A 市裁處甲罰鍰之構成要件規定，此種規範模式為「空白構成要件」，亦即行政罰構成要件未明定於法律中，而是藉由法規命令或行政處分補充。

空白構成要件是否違反法律保留原則，有肯否不同見解，我國多數學說及實務採肯定說。主要原因在於，基於層級化法律保留原則，行政罰並未以剝奪人民生命或限制人民身體自由為手段，無須達到絕對保留程度，採相對保留即可。準此，空白構成要件並未牴觸法律保留原則。大法官釋字 313、402、619 等解釋亦採肯定說。

(三) 甲主張 A 市政府罰鍰處分應屬違法為有理由

本題中，甲主張其產品係依「管理事項」公告修正前之規定所製造，A 市政府以修正後之規定作為裁罰依據，罰鍰處分應屬違法。如前所述，A 市府以管理事項作為裁罰依據，並未違反行政罰法第 4 條規定，則甲之主張是否成立，取決於本件應否適用行政罰法第 5 條之規定。

行政罰法第 5 條規定，行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。本題依毒性化學物質管理法第 7 條第 2 項規定，第一類、第二類及第三類毒性化學物質，中央主管機關得公告限制或禁止其有關之運作。據此，本題涉及法規中「公告」之修正，究屬「事實變更」，而不生新舊法比較問題；抑或屬「法律變更」而有行政罰法第 5 條之適用。

依法務部行政罰法諮詢小組第 10 次會議結論，法規公告為對多數不特定人民就一般事項所做抽象之對外發生法律效果之規範，其性質應屬法規命令。故公告之變更亦屬法律變更，而有行政罰法第 5 條規定之適用。

綜上所述，A 市政府應適用行政罰法第 5 條規定，適用較有利於甲之規定。換言之，甲主張 A 市政府罰鍰處分應屬違法，應有理由。

四、試說明「裁罰性不利處分」及「單純不利處分」兩概念在我國現行行政法制下有何區分之實益？

【破題解析】

本題是筆者在課堂上一直強調的重點。但是不太好寫。同學可以參考筆者編寫的講義內容所作的整理，如果時間允許，當然可以再補充一些新的實務見解。

【命中特區】

本班教材命中/正規班講義書/編號:B0J21/頁 106~116/于亮編著。【命中率】100%

【擬答】：

## 公職王歷屆試題 (100 司法特考)

### (一)「裁罰性不利處分」及「單純不利處分」的意義

裁罰性不利處分是指行政罰法所規定的各種行政罰，單純不利處分則是行政處分種類之一的「負擔處分」。兩者區分的意義主要在於：

- (一) 適用法規不同
- (二) 行政程序不同
- (三) 是否適用一行為不二罰原則不同

### (二) 自行政罰法第 2 條立法理由判斷

行政罰法第 2 條立法理由列出下列三種不具裁罰性之處分：

#### 1. 如其處分係命除去違法狀態或停止違法行為者，非裁罰性不利處分

行為人雖有違反行政法上義務之行為，惟行政機關處分之目的不在於制裁，而在於除去其所造成之違法狀態或要求其停止違法行為者，因與行政罰之裁罰性不符，非屬裁罰性之不利處分。

例如，水污染防治法第 27 條規定「事業或污水下水道系統排放廢（污）水，有嚴重危害人體健康、農漁業生產或飲用水水源之虞時，負責人應立即採取緊急應變措施，並於三小時內通知當地主管機關（第 1 項）。第一項情形，主管機關除命其採取必要防治措施外，情節嚴重者，並得命其停業或部分或全部停工（第 4 項）。」其中第 4 項規定之「命停業」及「命停工」即非裁罰性不利處分。

#### 2. 行政處分之「撤銷」或「廢止」，應視其原因及適用法規而定，未可一概而論

例如，證券交易法第 59 條第 1 項規定：「證券商自受領證券業務特許證照，或其分支機構經許可並登記後，於三個月內未開始營業，或雖已開業而自行停止營業連續三個月以上時，主管機關得撤銷其特許或許可。」本條之「撤銷」，即不屬本法所規範的裁罰性之不利處分。又如，建築法第 41 條規定：「起造人自接獲通知領取建造執照或雜項執照之日起，逾三個月未領取者，主管建築機關得將該執照予以廢止。」本條之「廢止」亦非屬裁罰性不利處分。

上述兩條文之「撤銷」及「廢止」，係因營業人未開始營業或自行停業一段期間，或因逾越一定期間未領取證照，不符合發放證照及執照之目的，故由行政機關予以撤銷或廢止，以消滅原處分之效力。然此並非制裁目的，自非屬行政罰。

#### 3. 若不利處分係行政機關基於特定行政目的之保全處分，不具裁罰性

例如，稅捐稽徵法第 24 條規定「納稅義務人欠繳應納稅捐者，稅捐稽徵機關得就納稅義務人相當於應繳稅捐數額之財產，通知有關機關，不得為移轉或設定他項權利；其為營利事業者，並得通知主管機關，限制其減資或註銷之登記（第 1 項）。前項欠繳應納稅捐之納稅義務人，有隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行之跡象者，稅捐稽徵機關得聲請法院就其財產實施假扣押，並免提供擔保。但納稅義務人已提供相當財產擔保者，不在此限（第 2 項）。」本條規定之「限制納稅義務人之財產不得移轉或設定他項權利、限制其減資或註銷登記及限制出境之處分」，係稅捐稽徵機關基於保全納稅義務人財產之目的，所為之保全處分。

又如，海洋污染防治法第 35 條規定「外國船舶因違反本法所生之損害賠償責任，於未履行前或有不履行之虞者，港口管理機關得限制船舶及相關船員離境。但經提供擔保者，不在此限。」，本條所為限制船舶及相關船員離境之處分，亦屬保全措施，不具裁罰性，亦非屬「裁罰性之不利處分」。

### (三) 其他區分標準

#### 1. 法規形式

形式上規範於「罰則」章者，即應視為裁罰性不利處分。蓋制定法規之立法者或行政機關規定於罰則專章，應解為有意將其作為裁罰手段。於行政罰法施行後，這類條文即是散見各處之典型行政罰分則。

#### 2. 實質內容

(1) 違法性：行為須違反行政法義務。

(2) 裁罰性：對於違反行政法上之義務者，施以財產上或資格上之限制或剝奪，以顯示對

## 公職王歷屆試題 (100 司法特考)

其義務違反行為所為之非難制裁，並遏止將來再犯之可能。

### (3) 取決於規範目的或立法精神

所謂「裁罰性」係指藉由違法之確認、不利益之課加、以及嚇阻作用之發生，而達到使人民遵守行政法義務之目的。據此，裁罰處分可再區分為「客觀要件」：課加違反行政法義務者不利益，以及「主觀要件」：裁罰意圖。其中，裁罰意圖應由個別法規規範對象與目的來探求。換言之，行政罰與單純之不利處分應如何區別，應就有關規定之立法精神認定，而非以形式上是否分布於法規之罰則章節為斷。

### (4) 綜合判斷

不利益之行政處分是有否具裁罰性，應探求該處分是否同時具備下列要件：

- ① 受處分之行為已違反行政法義務。
- ② 特定行為與不利處分之間具有因果關係。準此，單純未合乎法定要件行為所生之法律效力即不具裁罰性。例如，不合申請資格而遭撤銷或廢止之許可。
- ③ 義務行為與不利行政處分在時間上具有密切關係者。因此，倘若時間點過「早」，應為「預防性不利處分」或「保全措施」；時間點過「遲」，則為「行政執行」之性質。
- ④ 在消極定義無法取得共識前，應視個別法令規範對象及目的，逐案以消極性斟酌排除不利處分中具有裁罰性者，似較為可行。

公職王