

## 101 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

一、甲因酒醉駕車，遭檢察官為緩起訴處分，並附條件為捐款命令確定，試問：警察機關得否再對甲酒醉駕車之行為處以罰鍰？

【擬答】：

甲一行為同時構成刑罰與行政罰之競合，刑罰已違緩起訴，其行政罰得再處以罰鍰，以下依行政罰法第 26 條規定說明如下：

(一)否定說：行政秩序罰與刑罰之本質並無不同，二者只是程度上之差異(量的區別說)，行政秩序罰對於刑罰，具有補充性，違反刑法之不法恆重於違反秩序法之不法。故對同一行為，法律有行政秩序罰與刑罰之規定者，不論是想像競合或法條競合，應優先適用刑罰，施以刑罰後不得再施行政秩序罰，只有以刑罰不能達到行政目的或可代替之功能者為限，始得再科行政秩序罰(刑罰優先原則)。

(二)肯定說：行政秩序罰與刑罰本質不同，前者係純粹對違反行政法上義務所為之制裁，以貫徹行政目的，後者則係對反社會行政加以道德上之非難(質之區分之說)，故二者得併罰。

(三)行政罰法第 26 條規定如下：

1. 一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。
2. 前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。
3. 第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。
4. 前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。
5. 依第二項規定所為之裁處，有下列情形之一者，由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之，已收繳之罰鍰，無息退還：
  - (1) 因緩起訴處分確定而為之裁處，其緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑之宣告。
  - (2) 因緩刑裁判確定而為之裁處，其緩刑宣告經撤銷確定。

二、乙因殺人罪經判處徒刑 20 年，於監獄執行中以其已達法定假釋之條件，向該監獄申請假釋，經該監獄提報該監獄假釋審查委員會審查，未獲同意假釋。試問：乙得否及如何提起行政救濟？

【擬答】：

乙向監獄假釋審查委員會申請假釋而未獲同意，乙得否如何行政救濟，以下依司法實務見解說明：

(一)最高行政法院 99 年度裁字第 2391 號裁定認為，聲請人不服行政機關不予假釋之決定，依據刑事訴訟法第 484 條規定向臺灣高等法院高雄分院聲明異議，並經該院及最高法院 99 年度台抗字第 605 號刑事裁定以無理由駁回，顯示職司刑事裁判之普通法院認為其就受刑人不予假釋之聲明異議具有審判權。參照同屬刑事裁判執行一環之假釋撤銷，其救濟程序係向刑事裁判之普通法院提出，則受刑人不服行政機關不予假釋之決定，於相關法律修正前，其救濟程序自仍應由刑事裁判之普通法院審判。

(二)而最高法院 99 年度台抗字第 605 號刑事裁定，則以受刑人不服行政機關不予假釋之決定，因假釋與否非由檢察官決定，不生檢察官執行之指揮是否違法或執行方法是否不當，而得向法院聲明異議之問題，於現行法下僅得依監獄行刑法相關規定提出申請，於修法增列救

## 公職王歷屆試題 (101 司法特考)

濟途徑前，尚非該法院所得審究。是以，修法前受刑人不服行政機關不予假釋之決定，得向何法院訴請救濟，最高行政法院與最高法院所表示之見解發生歧異。

(三)是作成假釋決定之機關為法務部，而是否予以假釋，係以法務部對受刑人於監獄內所為表現，是否符合刑法及行刑累進處遇條例等相關規定而為決定。受刑人如有不服，雖得依據監獄行刑法上開規定提起申訴，惟申訴在性質上屬行政機關自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟並不相當，基於憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度(本院釋字第 653 號解釋參照)。從而受刑人不服行政機關不予假釋之決定，而請求司法救濟，自應由法院審理。然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第 2 條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。

三、丙原任 A 地方法院檢察署主任檢察官，經法務部調任為 B 地方法院檢察署檢察官。試問：法務部所為之調任決定，其法律性質為何？

【擬答】：

丙原任 A 地方法院檢察署之主任檢察官，經法務部調任為 B 地方法院檢察署檢察官，法務部之調任決定性質為何，以下茲就行政處分與職務命令（指令）說明如下：

(一)就行政處分的定性而論：

1. 行政程序法第 92 條規定，行政處分係指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。
2. 前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。
3. 大法官釋字第 423 號指出，行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語，形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。

(二)指令（職務命令、個別指示）：

乃上級機關對下級機關，或長官對屬官，就具體事件應如何處理所為之個別指示，實務上亦稱為「指令」（釋字 243 號），學理上亦可稱為職務命令。

1. 此種指令或職務命令，不包括在行政命令之範圍內，而係上級機關或長官基於法定指揮監督權限，所為之命令。
2. 職務命令之內容，係針對具體事件所為之指示，其係基於行政一體原則下，長官對屬官執行職務，所行使的指揮監督權。
3. 依據公務員服務法第 2 條、第 3 條規定，長官就其監督範圍內所發命令，屬官有服從之義務，一般稱為指令，亦有稱為職務命令（釋字第 423 號）

綜上所述，丙受上級機關（長官）法務部之調任行為，其法律性質，並非行政處分，而為機關內部之工作條件與管理措施，係上級機關對具體事件指揮權限職務命令之性質。

四、丁報名參加公務人員特種考試法務部調查局調查人員考試，經考選部以不符考試規則之資格為由予以退件。丁不服，提起訴願，於訴願審理中，該考試已舉行完畢，試問：丁如何續行行政救濟？

【擬答】：

丁報考國家考試，考選部以不符考試資格予以退件，丁提起訴願後該考試已舉行完畢，丁應依行政訴訟法第 6 條提起確認行政處分違法之訴。

(一)行政訴訟上之「確認訴訟」(Feststellungsklage)，係對於行政處分之是否「無效」、公法上法律關係是否「存在」及例外時，對於行政處分是否違法存有爭議，藉行政法院具有權威性之認知的(Cognitive)，而非意欲的(Volutive)、宣示的(Declarative)，而非創設的(Constructive)判決已弭平此種爭議，故其僅純屬於程序上的(Procedural)，

## 公職王歷屆試題 (101 司法特考)

Prozesual)，而無關實體權利之實現或義務之課予的一種與其他訴訟種類相較時，屬於特殊的、獨立的及後備的訴訟法上設計(Design)的制度。

(二)確認行政處分違法之訴：

1. 基本概念：行政處分已執行與行政處分消滅時，其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分，或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦為確認訴訟的類型。

2. 確認行政處分違法之訴(違法確認訴訟)：

(1) 行政處分已執行與行政處分消滅不同，依行政訴訟法第 196 條第 1 項規定，已執行之行政處分，如有回復原狀之可能，仍可提起撤銷訴訟，得於判決中命行政機關為回復原狀之必要處置。

(2) 新法(行政訴訟法§6 I)修正為「確認」已執行而無法回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟。對該行政處分於尚未提起撤銷訴訟，而該違法之行政處分就已執行或已消滅時，將得以提起違法確認訴訟之對象區分為兩類：

① 已執行有無回復原狀可能之行政處分。

② 已消滅之行政處分。

公  
職  
王