

## 102 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、大陸地區人民甲女與中華民國國民乙男結婚後，獲得在臺灣地區依親居留許可。四年後甲申請在臺長期居留，經內政部入出國及移民署派員訪查及面談結果，認定甲長期在臺北工作，與定居在高雄之乙並無同居事實，甲乙雙方說詞有重大瑕疵。內政部除不予許可甲之長期居留申請外，也廢止甲之依親居留許可。甲主張已在臺灣居住多年，事後廢止依親居留許可違反信賴保護原則；內政部主張「說詞有重大瑕疵」為不確定法律概念，行政法院應尊重其判斷餘地。請問雙方之主張是否有理由？

參考法條：

臺灣地區與大陸地區人民關係條例

第 10 條之 1：「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」

第 17 條第 9 項：「前條及第一項至第五項有關居留、長期居留、或定居條件、程序、方式、限制、撤銷或廢止許可及其他應遵行事項之辦法，由內政部會同有關機關擬訂，報請行政院核定之。」

大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法

第 14 條：「大陸地區人民有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……二、申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。……」

### 【破題解析】

本件只要仔細操作「信賴保護原則」、「判斷餘地之因素」，點出重要條文與釋字即可拿到不錯分數。

### 【命中特區】

本班教材命中/102 正規班講義/編號:A 本/頁 248/哲夫編著。【命中率】100%

本班教材命中/102 行政法申論題破題解析講義/頁 65、166-168/哲夫編著。

【命中率】100%

### 【擬答】：

甲得主張信賴保護，且內政部並不想有判斷餘地：

(一)本案甲得主張信賴保護原則，理由如下：

1. 行政處分之廢止應遵守信賴保護原則(行政程序法第 8 條後段、第 123 條、釋字 525、605、620 號解釋)

(1)信賴基礎

基本上，所有的國家行為都可以成為人民信賴的基礎，包括司法行為、立法行為、行政行為。就行政權的作用而言，包括了「行政處分」、「行政契約」、「法規命令」等行為。

(2)信賴表現

此處關心的是「主張信賴的人是否因此有所動作？」而主張信賴的前提是「有此信賴表現者乃是對於信賴基礎有所認識」。至於「信賴表現者」是用來劃定可以主張信賴的主體範圍，例如法規命令所規範的不特定多數人，行政處分之相對人。

(3)信賴利益

所謂「信賴利益」，係指「客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益」。

(4)信賴值得保護

法規（如解釋性、裁量性之行政規則）或行政處分等公權利行為如係因主張權益受害者

以不正當方法或提供不正確資料而發布者，則受害者之信賴不值得保護。

2. 本件甲得主張信賴保護，內政部不得事後廢止依親居留許可

(1) 本件甲女符合信賴保護之要件，理由如下：

- ① 原依親居留許可即為本案甲女信賴基礎
- ② 又取得信賴基礎後，甲女即來台居留，有信賴表現之行為
- ③ 依親居留許可處分內容本身即授與甲女來台居留之信賴利益
- ④ 又，本件依親居留許可處分，並非甲女以不正當方法或提供不正確資料而作成，因此甲女之信賴仍值得保護。

(2) 又，本件如廢止許可處分，而甲女遭侵害之私益，顯然大於公益，則內政部仍不得廢止依親居留許可：

蓋內政部廢止依親居留許可所欲追求的公益目的並不明顯，且廢止後將使甲女被迫返回大陸，將造成甲女於憲法上所保障之婚姻自由(憲法第 22 條、釋字 242、262、552)、家庭團聚權受到侵害，因此，內政部基於甲女之信賴利益，不得廢止依親居留許可處分。

(二) 內政部不應享有判斷餘地，理由如下：

1. 有關於立法者使用「不確定法律概念」時，如有爭議，司法審查範圍如何，說明如下：

(1) 原則上得審查，僅於例外時，尊重行政機關之判斷餘地

行政法院原則上不受行政機關之拘束，僅於惟行政機關「判斷餘地」事項，行政法院應尊重行政機關之判斷，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更。惟如果事件干預人民基本權已達嚴重程度時，此時，司法審查密度可以提高。

(2) 下列情形為行政實務上所承認行政機關有判斷餘地之情形：

① 「事件性質」(釋字 319 號解釋、釋字 462 號解釋意旨參照)

對於具有高度屬人性之評定(如國家考試評分、學生之品行考核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等)、高度科技性之判斷(如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨)、計畫性政策之決定

② 「決定之組織與程序」

經由獨立專家委員會之判斷，或經由多元組織所成立的委員會、經過聽證或公開程序所作成之決定，行政法院尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性。

③ 「立法授權」(釋字 553 號解釋意旨參照)

④ 「大學自治」(釋字 684 號解釋意旨參照)

為避免學術自由受國家不當干預，不僅行政監督應受相當之限制(釋字第 380 號解釋參照)，立法機關亦僅得在合理範圍內對大學事務加以規範(釋字第 563 號、第 626 號解釋參照)，受理行政爭訟之機關審理大學學生提起行政爭訟事件，亦應本於維護大學自治之原則，對大學之專業判斷予以適度之尊重。

2. 本案，內政部並無「判斷餘地」之空間，行政法院仍得自行判斷是否構成「申請人、依親對象說詞有重大瑕疵」：

(1) 本件之構成要件為「申請人、依親對象說詞有重大瑕疵」，並無上述「判斷餘地」之情形，因此，內政部並不享有判斷餘地之空間。

(2) 承此，行政法院仍得自行審查，無庸進行低密度審查。

二、警察甲因協助暴力集團討債遭檢察官起訴，服務機關召開考績委員會決議將甲免職。甲不服免職處分，應循何種途徑請求行政救濟？甲認為考績委員會未通知其陳述意見，僅憑起訴書之事實即予以免職，該免職處分違法。甲之主張有無理由？

【破題解析】

本題考點在於免職處分之定性與爭訟之可能性，務必提到釋字 243、298、491 等見解；另外行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款的爭點也務必提及！

【命中特區】

本班教材命中/102 正規班講義/編號:B 本/頁 91~93/哲夫編著。【命中率】90%

【擬答】：

(一)甲得向公務員人保障暨培訓委員會提起復審，如仍不服復審決定，仍得向行政法院提起撤銷訴訟：

1. 本案正確訴訟類型：撤銷訴訟(行政訴訟法第 4 條)

(1)免職決定之性質為「行政處分」(釋字 243、298 號解釋)

我國釋憲時誤認為公務員遭服務機關作成免職決定時，基於身分經營關係理論，由於免職決定改變其身分，應容許公務員對該決定提起行政訴訟，則該免職決定之性質屬於「行政處分」。

(2)正確訴訟類型為「撤銷訴訟」

既免職決定屬於行政處分，如甲認為該處分違法，則得提起撤銷訴訟，以資救濟。

2. 撤銷訴願須踐行訴願前置主義之要求：公務人員得針對免職處分提起復審(公務人員保障法第 25 條)

3. 本案。

(二)甲得主張服務機關為依規定給予陳述意見之機會，系爭免職處分違法，應予撤銷：

1. 行政機關對於公務員之人事行政行為，有無行政程序法之適用？就此爭議，有以下不同見解：

(1)否定說(《行政程序法》第 3 條第 3 項第 7 款，文義解釋)

《行政程序法》第 3 條第 3 項第 7 款規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：七、對公務員所為之人事行政行為。」承此，服務機關對於公務員所為所有人事行政行為，包括免職處分，

(2)肯定說(法務部、釋字 491 號解釋意旨參照)

凡構成行政處分之人事行政行為，因於事後當事人仍可依訴願、行政訴訟程序或其相當之程序請求救濟，故行政機關於為此類行政處分時，即應依行政程序法之規定為之。

改變公務員之身分或對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依《行政程序法》之規定為之。

2. 本件：甲得主張服務機關為依規定給予陳述意見之機會，系爭免職處分違法；服務機關得於復審程序終結前，予以補正，否則行政法院得予撤銷：

(1)依實務見解，本件仍有行政程序法之適用，則行政機關於作成免職處分以前，仍有《行政程序法》第 102、103 條(陳述意見之要求)之適用，原則上，作成處分以前應給予處分相對人陳述意見之機會，僅於下列例外情形，無須給予機會：

(2)本件並無上開例外情形，因此，服務機關於作成免職處分以前，為給予甲陳述意見之機會，屬於依違法行政處分。

(3)惟上開處分之瑕疵，屬於得補正之瑕疵，服務機關仍得於復審程序終結前補正該瑕疵(行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款、第 2 項)，如未及時補正，行政法院得撤銷該違法行政處分。

三、甲為大發號漁船主，經獲准核發「漁業動力用油購油手冊」，享有補貼購油優惠，於購買漁業動力用油時，由油品公司按油牌價先予扣除後，再由行政院農業委員會(下稱農委會)編列預算無息歸付油品公司。經檢察官調查結果，大發號漁船至漁船加油站購油後，將部分核配之優惠油量回賣給加油站。檢察官就甲所犯詐欺罪為緩起訴處分，並命甲繳納新臺幣(以下同)10 萬元作為緩起訴條件。農委會基於上開事實，處甲 15 萬元罰鍰，並要求其繳回優惠用油補貼款 70 萬元。甲主張農委會處以罰鍰並命繳回優惠用油補貼款，應先各自扣除緩起訴命繳納之 10 萬元，故甲僅須繳納罰鍰 5 萬元，繳回優惠用油補貼款 60 萬元。請問甲之主張有無理由？

【破題解析】

民國 100 年底修法後第 2 年考行政罰法第 26 條第 3、4 項的折抵規定實際究竟如何操作，非常符合每次總複習的預測，每次修法後約第 2 年就要考比較深入的題目。本次考到抵扣的方



法，務必確認個別處分是否構成「緩起訴處分金與罰鍰」之競合，才有行政罰法抵扣規定之適用。

【命中特區】

本班教材命中/102 正規班講義/編號:C 本/頁 296~320/哲夫編著。【命中率】100%

本班教材命中/102 行政法申論題破題解析講義/頁 278、280/哲夫編著。【命中率】90%

【擬答】：

甲之主張應無理由，說明如下：

(一)一行為同時觸犯刑法與行政罰時，受一行為不二罰原則之拘束

1. 刑事優先原則(行政罰法第 26 條第 1 項)

行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，而刑罰之懲罰作用較強，故依刑事法律處罰，即足資警惕時，實無再處行政罰之必要。且刑事法律處罰，由法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，應予優先適用。

2. 新法規定緩起訴處分作成後，行政機關仍得為罰鍰處分(行政罰法第 26 條第 2 項)

唯一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，經檢察官為緩起訴處分確定並繳納緩起訴處分金後，行政機關得否再行作成罰鍰處分，民國 100 年修法以前，有重大爭議，而於修法後，利法者認為採肯定見解，但緩起訴處分金得與罰鍰金額抵扣。

3. 緩起訴處分金與罰鍰扣抵之方法(行政罰法第 26 條第 3 項至第 4 項規定)

承上，新法規定，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，應於行政機關裁處之罰鍰內扣抵之。

(二)本案：僅 15 萬元罰鍰

1. 命甲繳回 70 萬元補助款部分，不得適用扣抵規定，仍須全額繳納：

(1) 公法上不當得利之成立(行政程序法第 127 條規定)

授益處分經原處分機關撤銷後，處分相對人所受領之利益，因而欠缺公法上原因，而構成公法上不當得利。

(2) 本案：

農委會命甲繳回 70 萬元補貼款，係基於撤銷行政處分後所發生之公法上不當得利，並非行政罰之罰鍰，因此並無《行政罰法》第 26 條抵扣規定之適用。

2. 處罰甲 15 萬元罰鍰部分，性質上屬於「行政罰」，適用《行政罰法》第 26 條扣抵規定，甲僅須再繳納 5 萬元罰鍰：

(1) 由於農委會處罰甲 15 萬元罰鍰部分，乃係因某甲違反公法上行為義務，所作成具有裁罰性質之不利處分，具有「行政罰」之性質，而有《行政罰法》第 26 條第 2 項至第 5 項扣抵規定之適用。

(2) 本案：

針對某甲之詐欺處分行為，檢察官已作成緩起訴處分，並要求其繳納處分金 10 萬元，嗣後農委會針對某甲同一違規行為，另作成行政罰鍰 15 萬元，則依據《行政罰法》第 26 條第 2 項至第 5 項扣抵規定，某甲於繳納 10 萬元緩起訴處分金之後，針對罰鍰部分，僅須再繳納 5 萬元即可。

四、甲未經核准立案擅自於 A 屋經營補習班，公開招生收費並授課。臺北市政府以甲違反補習及進修教育法為由，處甲 15 萬元罰鍰，命甲於文到三日內停辦，屆期未改善者，將處以怠金。臺北市政府複查結果發現仍有補習上課事實，處甲怠金 15 萬元，並限三日內改善。甲針對怠金聲明異議，後不服教育部之聲明異議決定書，是否有後續之行政救濟途徑？

【破題解析】

本題關鍵在處理「行政執行聲明異議之續行訴訟」爭議，務必寫到最高行 97.1 2. 3 決議、續行行政訴訟類型、行有餘力應處理「聲明異議程序」之性質屬於「相當於訴願程序」(部分學者)或「訴願先行程序」(實務)。最後面，本案的怠金如何定性，是最基本的判斷，它

是行政處分。

【命中特區】

本班教材命中/102 正規班講義/編號: C 本/頁 352~363/哲夫編著。【命中率】100%

本班教材命中/102 行政法申論題破題解析講義/頁 288、292-296/哲夫編著。【命中率】100%

【擬答】：

甲不服教育部之聲明異議決定書，仍得向行政院提起撤銷訴願；如仍不服訴願決定，得向行政法院提起「撤銷訴訟」：

(一)行政執行義務人對聲明異議之決定如有不服，能否提起行政訴訟，以資救濟？

1. 早期實務見解採「否定說」（最高行政法院 94 年裁字第 1228 號）

早期實務見解認為：行政執行貴在迅速有效，始能提高行政效率，故其救濟程序宜採簡易之聲明異議方式。而否定執行義務人對於聲明異議決定不服，提起行政訴訟之可能。

2. 晚近實務見解採「肯定說」（最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議）

晚近實務見解認為，《行政執行法》第 9 條規定旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟。

(二)如容許人民對異議決定續行訴訟，則應提起何種訴訟類型，應視執行措施之定性而提起不同訴訟類型：

1. 凡屬「行政處分」性質的強制執行措施，當事人理論上皆得提起「訴願、撤銷訴訟或確認處分違法之訴」。

(1)如金錢給付義務執行之查封財產，行為或不行為義務執行之執行方法的「告誡」、「確定」、「怠金」，屬於「行政處分」。對於非授益處分不服之救濟，原則是提起撤銷訴願與撤銷訴訟<sup>1</sup>。

(2)另有學者並認為聲明異議乃一相當訴願程序，屬於《訴願法》第 1 條之但書規定，故應直接提起行政訴訟，惟此見解並未被實務所接受。

2. 對「事實行為」性質的強制執行措施，當事人得對之提起「一般給付訴訟」

如金錢給付義務執行之變賣財產，行為或不行為義務執行之執行方法的實施，屬於「事實行為」。對於行政事實行為不服之救濟，原則是提起一般給付訴訟<sup>2</sup>。

(三)本案：甲如不服教育部之聲明異議決定書，仍得向行政院提起撤銷訴願；如仍不服訴願決定，得向行政法院提起「撤銷訴訟」：

1. 甲如不服教育部之聲明異議決定書，仍得向行政院提起撤銷訴願。

(1)由於本件爭執之標的「怠金」之性質為「行政處分」，承上述實務見解，聲明異議程序屬於「訴願先行政程序」，則某甲如欲表示不服，於提起撤銷訴訟以前，仍須踐行「訴願前置主義」之要求，依先提起撤銷訴願，以資救濟。

(2)又實務認為，如對於聲明異議之決定不服，應項決定機關之上級機關提起訴願。則本案某甲須以「行政院」為訴院管轄機關，向其提起撤銷訴願。

2. 如甲仍提起訴願，仍未獲有利決定，則得向行政法院提起「撤銷訴訟」。

<sup>1</sup>最高行 98 裁 63 判決（不服限制出境處分，聲明異議後應即提起訴願）

<sup>2</sup>陳淑芳，對行政執行行為不服之救濟，月旦法學教室 87 期，2010 年 1 月，頁 10-11