

97 年公務人員特種考試第二次司法人員考試試題

等別：三等考試

類科：司法官

科目：行政法

一、現代法治國家皆講究「依法行政」，但社會現象變化無窮，立法者未必皆能預見其發展進而納入法律中加以規範。請問：在現行法律無明文規定時，如何依法行政？試分別就不生法律效果之行政及發生法律效果之行政，分別舉一至二例說明之。

【破題方向】	宜先針對法令不備之現象與情形作描述，並提出解決與因應之道，再針對出題者明示的法律效果為區分，論述過程中夾敘夾議的舉例說明，高分即不遠矣！
【破題解析】	本題的”名詞”雖然獨門了些，但仍是一個可用基本觀念與法理依據引導的題目，不論是從「不成文法源」、「法學方法」、「法律保留的範圍」等角度出發，說明得當，應該都有一定的分數，此種申論題的舉例與比較就很重要了。再次驗證行政法考科基礎觀念與「作文(唬爛)」的重要性。
【命題出處】	李震山，行政法導論，七版，第二章第四節，法令不備下的行政。
【命中特區】	(一)李澤，行政法講義 1，頁 2、34、36 以下，命中率 75% (二)黃譽宸，行政法(一)，頁 41、90 以下，第三回，頁 80%

【擬答】：

(一)社會現象與法令不備下之行政

1. 以有限的法令，自無法規範無窮的社會現象，尤其針對快速發展之社會，法令不備之情形所在多有，若單純以「法無明文禁止者皆為可為」或「法有明文規定可為外皆不可為」來作為解決之標準，似乎太過簡略而使法律秩序無法順利開展。
2. 法令不備之情形大約有二：
 - (1)法律漏洞：該漏洞並非法律完全無規定，而是該規定無法直接規範所發生的具體事件，此時需有賴法律解釋與補充方法加以克服，如類推適用。
 - (2)缺乏整部法律：譬如過去欠缺公民投票法，人民憲法上的創制複決權無法行使。

(二)現行法律無明文規定時，仍須依法行政

1. 不成文法源的規範：

即便該事項或領域無明文之規定，然規範控制行政之法源本不只有成文法之規定，許多不成文法源之重要性毫不遜色，如行政慣例、司法判解等，尤其是自憲法上民主與法治國原則精神所導出的各種行政法上一般原理原則，其不待法律明文承認即已存在，也不因法律修正廢止而失其依據。法令不備之行政，自也有不成文法源、一般原理原則與憲法精神的規範。又無法律之領域，多半不能為行政，即便例外得為行政，法律優位原則仍舊是基本要求，行政行為不得牴觸上位階之規範。

2. 法學解釋方法的運用：

除了不成文法源的拘束外，無法律明文規定之漏洞或欠缺，在合乎解釋法則與事物本質的前提下，仍得運用各種法學解釋與適用方法加以填充與彌補。

3. 上開兩點對於法令不備之行政的控制或填充，試舉兩例如下：

- (1)關於時效制度，過去公法規範並不完備，即使有時效之規定，對於時效中斷與不完成之事由與效果，甚至是起算點，卻沒有詳細規範。釋字 474 號認為時效制度應屬法律保留事項，在相關法律未有規範前，應類推適用民法之規定。
又釋字 583 號中為避免對公務員之懲戒長期處於不確定狀態，公務員考績法中的免職懲處，實質上屬於懲戒處分，未設有行使期間，應類推公務員懲戒法之相關規定。
- (2)關於冤獄賠償，其作為國家賠償之特別法，對於一般刑事的冤獄案件有所適用，然範圍不及於軍事審判下的冤獄案件，立法者又遲未制訂相關法律制度，致使軍事審判之冤獄案件無法獲得國賠。釋字 624 號認為此種情形牴觸平等原則，並在相關法律修正

前，司法造法給了兩年期間使相關人民得依此解釋請求國家賠償。

(三)自行政行為是否發生法律效果所為的觀察

法令不備之情形固然不可避免，但亦不能任令「無法令即無行政」，兩者之折衝，似可以行政作用是否發生法律效果而定。

1.不生法律效果之行政行為：

有些行政作用並不必然發生法律效力，譬如服務、指導以及部分規劃性之行為，並不一定要有法律明文依據，若無法令明文對之禁止或限制者，行政機關仍可運用裁量權積極為之。然此間雖無法律保留之要求，仍應受法律優位原則支配，除了不得牴觸現行法規外，亦不能違反行政法上一般原理原則，已如前述。

2.發生法律效果之行政行為：

並非所有行政法律行為皆要求法律保留，行政處分固然採取「授權說」，無法律之依據不能作成處分，然若肯認「反面理論」的見解，似乎存在無法律依據之行政處分；又行政契約依照行政程序法第 135 條但書採取「除外說」，即不要求必定要有法律的依據，然其仍應遵守法律優位，自屬當然。在法令不備下，採取發生法律效果之行政行為，可就干預性與授益性分述之：

(1)干預性行為

- ①依法律保留理論，法令不備下，自無任何理由可採取干預性之措施，包括限制、剝奪人民自由與權利，賦予人民法定外之義務，此時，即屬「無法令即無行政」。
- ②然而法律保留並非法律必定親自且鉅細靡遺的詳細規範，依釋字 443 號理由書所揭示的「層級化法律保留」，相對法律保留領域得以符合授權明確性之命令加以規範，執行法律的細節性技術性事項則屬無庸法律保留之領域。
- ③過去實務上存在大量的職權命令，其並無法律的授權，然內容卻對外限制人民之權利。釋字 514 針對主管機關依職權命令對電玩遊藝場業的管理，認為「於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要」，然後段仍言，涉及人民權利限制，仍應遵守法律保留原則，可以看出對大法官對職權命令否定的態度。行政程序法第 174-1 條也立下過渡條款，矯正實務上大量依職權命令行政的荒謬情形。

(2)授益性行為

行政行為產生賦予人民權利或免除人民特定義務者，謂之授益性之行為。過去曾有採干預保留的說法，認為給付行政無庸法律之依據，充其量採預算保留為已足。然晚近基於資源有限性的想法，以及給付效果的雙面性，認為給付行政亦應有法律保留的適用。釋字 443 號理由書即採取此一旨，並認為給付行政的保留程度自較干預行政來的寬鬆，其認為重大給付行政屬於相對法律保留範圍，非重大給付行政即便無法律之依據，仍應為可為。

二、現代社會中，私人參與執行公共任務之情形愈來愈普遍，請附理由回答下列問題：

- (一)為認定 A 公司所排放之空氣是否符合空氣污染防治法第 20 條第 1 項規定之排放標準，以便決定是否依同法第 56 條規定加以處罰，主管機關甲委託私立 X 大學提出檢測報告，作為認定之依據。試問 X 大學在本案之法律地位為何？當事人 A 公司對 X 大學提出之檢測報告，如有不服，應如何救濟？
- (二)B 在乙電子公司上班，乙依所得稅法第 88 條等相關規定，對 B 薪資所得事先就源扣繳。試問乙在本案之法律地位為何？B 對乙之扣繳行為，如有不服，應如何救濟？
- (三)C 將車子違規停放於禁止停車之紅線上，丙警察開完罰單後，打電話通知受警察局委託實施拖吊之民間業者丁，將該車吊離開現場。試問丁在本案之法律地位為何？丁拖離車輛時，不慎損害 C 之轎車，C 應如何救濟？

【破題解析】	本題與 92 司法官律師第二題相仿，更與 95 年高雄大學政法系研究所試題如出一轍，足見考古題的重要性。公私協力的態樣一直都是近來行政法學關注與研究的重心之一，我們也在課堂上不斷強調，應該是
---------------	---

	四題中最能把握分數的一題。又三小題各有爭議之處，考生在並陳各說之餘，更重要的是點出爭議所在，並寫出論證與管見看法，至於結論是什麼，就不是這麼重要了。
【參考閱讀】	(一)許宗力，「論行政任務之民營化」，法與國家權力(二) (二)陳敏，「扣繳薪資所得稅之法律關係」，政大法學評論，第 51 期。 (三)董保城、湛中樂，國家責任法，頁 71 以下 (四)詹鎮榮，民營化法與管制革新一書
【命中特區】	(一)蔡憲文，保成出版社，行政法要義，頁 123 以下，頁 298，【命中率】100% (二)黃覺宸，保成上課講義書，行政法(二)，頁 13 以下，【命中率】95% (三)江懿，保成，行政法總複習班講義 W1，頁 17 以下，【命中率】85% (四)李澤，保成，行政法考題綜覽，頁 7 以下【命中率】80%

【擬答】：

在眾多民營化型態中，有一種民營化模式稱之為「功能民營化」，係指特定事務之履行，國家任務之屬性不變，自身也未放棄執行的責任，只是部分階段選擇借重私人力量完成任務，俗稱委託外包(contract out)。

而此種委外的公私協力合作態樣種類繁多，各式各樣，不可一概而論。個案中究屬於公權力委託、專家參與、受契約所羅致之私人，甚至是行政助手，委託民間執行小型業務等，判斷標準在於行政機關是否將公權力執行與決定授與私人？該私人是否有獨立執行權限與對外為名義之權限，亦或僅為協助、參考者而定。

(一)主管機關甲委託私立 X 大學提出檢測報告部分：

1. 法律地位：專家參與

- (1) 甲將檢測事項交付予 X 檢測，此一委託是否屬於空氣污染認定事項上的公權力委託？X 對於檢測過程與結論應屬獨立執行之角色，擁有依其專業自行判斷並不受指揮監督的空間存在；然其檢測之結果作為甲機關裁罰之依據，X 並不具有對外作成行政處分之權限與名義。
- (2) 此種國家將特定事務全權委託民間專家獨立執行，之後再根據該民間專家之決定，以國家名義作成最後之決定者，學說上稱為「專家參與」或「獨立的行政助手」。專家參與不同於單純行政助手，其並非亦步亦趨的遵照行政機關的指揮為行為，有其執行上的獨立性；不同於公權力委託者，受託機構不能以自己名義獨立對外作成決定，其檢驗報告不僅不是最終的、對於行政也沒有拘束力，只是主管機關最後作成決定之參考而已。不過通常行政都會尊重該專家所作的判斷，鮮少有推翻、再行審查之例。

2. A 的救濟方式：

如上所述，X 基於專家參與所為的決定僅為行政內部行為，甲據此對 A 作出之處罰方為行政處分，甲為裁罰機關，A 應以甲之上級機關為訴願機關(訴願法第 4 條參照)，提起訴願法第 1 條撤銷訴願；不獲救濟再以甲為被告(行政訴訟法第 24 條第 1 項參照)，提起行政訴訟法第 4 條撤銷訴訟；若該處分違法並造成人民之損害，可以甲為被告，依國家賠償法第 2 條第 2 項前段提起國家賠償。

(二)乙基於所得稅法對 B 薪資事先就源扣繳部分

1. 法律地位：法定的私人納用

依照所得稅法之規定，公司在發放員工薪資時要先依規定之扣繳率扣取稅款，並向國庫繳清，且開具扣繳憑單供該管稽徵機關查核。公司對於員工薪資事先扣繳之行為以及該公司(扣繳義務人)與主管機關間之性質為何？學說上見解頗為分歧：

(1) 有認為屬於公權力委託者：

扣繳義務人在此受託行使對於納稅義務人收取依法應繳之稅款，該扣繳屬於「徵收+納稅」之雙重義務，該義務人由兩個義務組成：第一個義務是公司有公法上義務本於自

己的獨立事實調查(有多少薪資所得)及法律判斷(要扣多少所得稅)作出一扣款決定；第二個義務則是公司在公法上亦有代為預先繳納員工的所得稅之繳稅義務，且若不從將依法被科處罰緩。依照此說，其中扣繳決定即屬於行政處分，扣繳行為的本身則有爭議，有認為即為一行政處分，亦有認為屬於執行性質的單純高權行為。

(2)有認為屬於行政助手者：

扣繳義務人在此處僅是稽徵機關手足之延伸，毫無本於自主意思決定計算標準與扣繳內容，並不具獨立決定事務以及對外代表之權限。

(3)有認為屬於租稅法上之協力義務者。

(4)然管見認為其應屬於一種基於法律所生之義務，以法律課予私人完成行政任務，有稱之為「法定之私人納用」。

①此一型態的特色在於以法律課予私人完成行政任務，私人表面上係依法履行法定義務，然實質上代為履行國家之任務，透過公共任務的執行而履行自己在法律上所負擔的行為義務。例如傳染病防治法中私立醫院的通報義務，通訊監察法中業者的協助監聽義務等。

②法定私人納用不同於公權力委託者，在於獲取的不是公權力而是義務，若怠於執行此一義務甚至可科處行政罰，此處扣繳義務屬法律強制規定，而非出於行政機關之委託意思；不同於行政助手，在於其沒有行政機關的指揮監督；而與協力義務不同者，在於協力義務並非真正實體內容之義務，其義務內容就在於「協力」，且原則上不能處罰，只產生不利益的推定效。然法定私人納用為實體內容之義務(在此為扣繳義務)，不為此項義務，恐會有行政制裁的法效果。

③大法官釋字 317 號有針對此種扣繳義務並帶有罰則之規定作出合憲宣告，其理由書並指出：「此項扣繳或申報義務，乃法律規定之作為義務，其目的在使國家得以確實掌握課稅資料，為增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。」，也有以法律課予私人完成任務的味道在內。

2. B 的救濟方式

(1)若採取公權力委託之見解，依照行政程序法第 2 條第 3 項，乙視為行政機關。救濟時除相關先行程序須踐行外，訴願程序依訴願法第 10 條向原委託機關提起，也就是該管稅捐稽徵機關；行政訴訟中則依該法第 24、25 條以乙為被告；若有國賠，則依該法第 4 條，以甲為被告機關。

(2)然管見採取法定私人納用之見解已如前述，該法律科予乙的扣繳義務，並沒有改變公權力行使之主體，故納稅義務人 B 負有繳納稅款之義務仍屬該管稅捐機關所為之處分決定，若有不服則提起稅法上之複查，並進而向該機關之上級以及該機關，提起訴願與行政訴訟。

(三)丁拖吊 C 車並造成損害部分

1. 法律地位：受私法契約所羅致之私人

關於市區道路違規汽車委由民間拖吊公司拖吊移置的法律性質，學說上素有不同見解：

(1)有認為屬於行政助手者：

丁在此為國家手足之延伸，其並不具有獨立執行與對外名義之權限，必須依照行政機關的指示所為，固非為公權力委託，屬於行政助手，為行政機關履行任務之輔助人。

(2)有認為屬於「受私法契約所羅致之私人」者：

①與公權力委託不同者，在於其以簽訂私法契約之外包方式交予私人執行，不涉及公權力之移轉(在此，汽車違規開單與決定是否拖吊皆是主管機關的權限，丁只是代替執行「拖吊」的動作而已)；而與行政助手之差別在於：其不是在行政機關逐步指示下執行任務。

②管見認為案例中丙開完單後打電話給丁來拖吊，拖吊業務的執行一直到車主繳清保管費(代履行費用)後方得領走車輛，丁有全權處理之權限，應屬此處所稱「受私法契約所羅致之私人」。

2. C 的救濟方式

依題旨，應指丁拖離車輛造成損害部分，違規罰單部分自不待述。

(1)採行政助手說：

若採取此說，丁即為行政機關之手足，學說上對於行政助手的過失，國家得否主張指揮監督並無過失而免責，見解分歧。管見以為，若要採取行政助手的立場，此題無疑應有國賠的適用，因為行政助手之行為效果直接歸屬於國家，此方是作為「手足」之涵義，至於國家選任是否恰當，下達指令是否錯誤等，應不影響國賠成立的判斷，避免國家在此種高度指揮監督關係下脫免責任。則本案可提起國賠，以丙所屬機關為被告為之。

(2)採「受私法契約所羅致之私人」說：

然而，管見採取本案屬「受私法契約所羅致之私人」的看法，依此說：

①責任歸屬的原則：私人的民事責任

此種經由私人自身業務之執行所造成的損害，由於私人履約過程並不受到行政機關逐步的指示，享有其自主空間，行政機關未必具有影響力，一旦對第三人發生侵害，原則上由該私人依民事侵權行為負損害賠償責任，無成立國賠的餘地。

②責任歸屬的例外：工具理論與其擴張

然學說上認為在例外符合「工具理論」時，也就是私人受行政機關支配的程度，若已喪失相當的自主權，形同單純工具時，仍有國賠的適用。而為了避免國家規避責任，在個案中有意不為指示而無法構成工具性格(如本題中丁自為履行拖吊業務，似乎並非單純工具)，學說參考德國學理，將工具理論擴張到包含私人執行之事項具有極高強度的高權性格也算是符合工具論，而不只是停留在以國家支配程度的多寡為標準來檢驗私人是否成為工具。

③小結

本案拖吊行為本質上屬於具高權性行政強制措施，不能由於拖吊過程是由私人施作而喪失高權性，故事實上丁儼然成為警察機關之工具。如是，則 C 得以警察機關為被告，依國家賠償法第 2 條第 2 項前段請求國家賠償。

三、某甲不滿友人某乙作為，乃出拳毆打之，經警察機關調查坦承不諱，警察機關乃依社會秩序維護法規定移送法院。乙雖有醫院驗傷報告，但未決定是否提出刑事告訴。在乙未提出刑事告訴前，法院已依社會秩序維護法裁處甲罰鍰確定，並執行完畢。試問：

(一)法院所為罰鍰裁處是否合法？

(二)若乙於甲受法院裁處罰鍰確定後，旋即提出刑事告訴，而檢察官作成緩起訴處分，命甲為公益捐獻，是否有違一行為不二罰原則？

參考法條：社會秩序維護法第 31 條：「違反本法行為，逾二個月者，警察機關不得訊問、處罰，並不得移送法院。」第 38 條：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律或少年事件處理法者，應移送檢察官或少年法庭依刑事法律或少年事件處理法規定辦理。但其行為應處停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入之部分，仍依本法規定處罰。」第 87 條：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬八千元以下罰鍰：一、加暴行於人者。(餘略)」

【破題方向】	雖然題目主要是以社維法為開展，仍要時時回到行政罰法作分析與補充，此時普通法與特別法之關係與定位就一定要說明。考題中有參考法條時，必須費心觀察與題目有何關聯並在適當之處加以運用。這樣的題目不一定有標準答案，考的是同學靈活運用基本觀念、法學方法與法律制度的能力，在附法條後此種題目會越來越多，同學們一定不能死背書。本題用了大量刑事法的觀念，測驗科目間的體系與連結感也會越來越強烈，請細細體會。只要問題意識與論證有分點分段下標題的點出來，分數即會浮現，至於結論，就真的不必擔心跟別人或擬答不一樣了。
---------------	--

【破題解析】	本題是一題很有鑑別度的考題，再次驗證了行政罰法為考試的頭號重點。其中第一小題並不是很能確定出題者要的方向，所以筆者的擬答較為繁瑣，考生若能針對其中一點發揮，論證清楚，也會有一定的分數。第二小題是近來研究行政罰領域的一個熱門爭議，我們在總複習課程也特別帶同學閱讀諮詢小組的會議記錄，有認真聽的同學看到題目時應該有種會心一笑的感覺。
【參考閱讀】	法務部行政罰法諮詢小組第一、五次會議
【命中特區】	(一)李澤，保成，行政法講義 3，頁 42 以下，【命中率】895% (二)李澤，保成，行政法總複習班講義 w，頁 90 以下，【命中率】880% (三)江懿，保成，行政法總複習班講義 w1，頁 17 以下，【命中率】880% (四)蔡憲文，保成出版社，行政法要義，頁 603 以下，【命中率】875%

【擬答】：

(一)法院所為之罰鍰裁處是否合法？可從下列幾個方向檢討之：

1. 處罰主體：法院可否作成罰鍰？

- (1) 依照行政罰法第 29 條規定，行政罰之裁處主體原則上為主管機關，且罰鍰之性質本身亦屬於一種「裁罰性不利處分」，必須具備行政處分的要素，故必須是行政機關所為之行為。
- (2) 就此來看，本案處罰鍰之主體為法院，是否違反處罰應由行政機關作成以及行政罰法管轄權之規定？此時社會秩序維護法屬於行政罰法第 1 條但書之其他法律，應優先適用，而基於管轄權恒定之原則與例外，由立法者在特定領域預設管轄權，甚至基於特殊考量將行政機關之權限劃歸司法機關管轄，並無不可，惟其設計仍需注意是否有牴觸權力分立的界線。
- (3) 基上，社維法可作為特別法優先適用，然社維法中明定由法院裁處者為居留、易處拘留、勒令歇業、停止營業幾種；至於專處或選擇處以罰鍰、沒入、申誡之案件仍由警察機關裁處之(社維法第 43、45 條參照)。本案屬於社維法分則中第 87 條加暴行於他人者之情形，處三日以下拘留或新臺幣一萬八千元以下罰鍰，並非專處罰鍰情形，故移送法院後，由法院裁定科以罰鍰，應屬適法。

2. 處罰手段：涉及刑事者可否再科處罰鍰？

- (1) 該法第 38 條，認為涉及刑事案件要移送檢察官或少年法庭，然但書仍得科與停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入之部分，此規定與行政罰法第 26 條相似。然 26 條的行政罰與刑罰競合從刑事處罰之規定，並沒有「罰鍰」的例外，故此處的社維法是否得作為特別法而優先適用行政罰法？
- (2) 行政罰法為普通法之性質為第 1 條但書所明定，學說上卻多有質疑。認為行政罰法的制定目的既然是為了解決實務上行政制裁的種類繁多、名稱互異、處罰形式不一的分歧問題，所為的一部「統一性、綜合性、總則性」法典，以建立明確可循的標準來規範行政裁處。則應該如同行政執行法般的定位為「基本法」，而非單純居於補充適用的普通法地位。避免行政罰法「總則規範功能」的減損，不能發揮其預期的作用。
- (3) 行政程序法第 3 條第 1 項：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」，也看似屬於普通法性質，惟學理上多半認為其具有基本法之定位，甚且認為其屬於「行政程序」的最低規範要求，並且對於個別法條有程度不等的檢視。行政罰法未必不能如同此理解釋，認為其中關於裁處程序與原理原則具有基本法之性格。
- (4) 如是，行政罰與刑罰競合時是否可依社維法科予罰鍰？關鍵應在於有無違反一行為不二罰。然第 38 條僅規定涉及刑事時要移送檢察官，並非謂刑事有罪仍得科處罰鍰，解釋上應可作為例外規定優先適用而得科處罰鍰，若事後刑事判決有罪，該罰鍰應依照行政罰法第 26 條之意旨為撤銷，乃符合一行為不二罰之意旨。

3. 處罰時點：在刑事案件未有結論前可否先科予罰鍰？

- (1) 本案可茲檢討的另一問題，在於行政與刑事競合時，行政制裁可否可不等待刑事案件

不起訴或無罪等裁判之確定而得預先裁處之？學說上應有不同說法：

(2)肯定說(行政制裁可預先裁處)

- ①行政制裁具有其行政目的，刑事案件確定通常曠日廢時，若待刑事案件不起訴或無罪確定行政機關方有裁處之可能性，非但法律事實難以認定，管制目的也喪失殆盡。
- ②且行政處罰多半有裁處權時效之規定，為避免行政機關因時間經過而喪失裁處權，應可先予處罰。若事後刑事判決有罪確定，裁罰機關仍得依判決意旨以及行政程序法之規定職權廢棄該裁罰處分，來落實行政罰法第 26 條的規範意旨。

(3)否定說(行政制裁須等待刑事案件之結果)：

- ①為貫徹一行為不二罰與行政罰法第 26 條之規範意旨，除了但書中所指的「其他種類行政罰」外，應等待刑事不起訴或無罪等事由(第 2 項)，方得再行科處行政罰。此種作法可以避免法律關係的複雜，否則若行政機關可預先裁處，則事後又因為刑事判決有罪而必須撤銷原本的行政處罰，增添法規適用的困擾，也使人民受到制裁體制不確定性下的不利益。
 - ②至於帶有其他管制目的的「裁罰性不利處分(其他種類行政罰)」，原本即屬於該條但書的例外規定，沒有一行為不二罰之疑慮(因其帶有其他處罰目的)，本可不待也無須取決於刑事案件的確定；而第 26 條的競合問題主要指的是罰鍰，罰鍰本身屬於對於違反義務的單純制裁手段，並無明顯特定的行政管制目的，自無預先科處的必要。
 - ③至於裁處時效的問題，第 27 條第 3 項，刑事不起訴或無罪等情形在科予行政罰，自不起訴或判決確定日起算，行政機關並不因刑事案件的漫長而喪失裁處權。又從 26 條第 1 項但書的「得沒入之物而未經法院宣告」與 32 條案件移送的文義，也看得出刑事案件優先決定的立法意旨。
- (4)管見認為否定說可採，若然，則本案刑事結果尚未確定，法院之裁罰似有疑慮？然管見認為此處社維法應又可視為特別規定優先適用，理由如下：
- ①該法 38 條規定涉及刑事案件移送檢察官等，則該等案件之行政制裁部分自無先予科處之情形。然但書的例外規定，形成一個違反行為，同時在檢察官與行政裁罰機關手上，此例外規定應屬於立法者有意的規範體系。
 - ②本案屬於社維法中由法院裁處之情形已如前述，該種裁處劃歸法院為制裁主體，因係考量其對人民權利影響不可謂不大，故由法院作為裁處主體並踐行較為嚴格之程序(然仍為簡易庭)，則此種程序應可強化預先裁處之正當性。
 - ③社維法第 31 條規定的移送期限為兩個月，然移送規定並未考慮告訴乃論罪之情形。本案情形傷害罪告訴期間為六個月，行政機關又須在兩個月內將案件移送檢察官，但若乙遲未告訴，檢察官根本無法提起公訴，行政制裁若取決於刑事結果，裁處時效很可能會因此經過。則行政制裁一旦與告訴乃論罪競合時，依本法形同也將行政制裁取決於告訴乃論之人。解決的方法在於適用 31 條時一併拉進行政罰法第 27 條第 3 項的解讀來起算兩個月，或如此處承認社維法的罰鍰得預先科處。
 - ④上開解讀並不會架空行政罰法的規範體系，因為刑事有罪確定，該罰鍰仍應依職權撤銷之，並未違反一行為不二罰之原則。

4. 綜上所述，法院所為之罰鍰裁處應屬合法。

(二)罰鍰確定後，檢察官又作成緩起訴，是否違反一行為不二罰原則？

1. 行政罰與刑法競合時的處理方式

- (1)人民之行為同時違反秩序罰與刑罰之規定，如何處罰方不會違反法治國家「一行為不二罰」原則？會因為行政不法與刑事不法之間是否有本質上的不同而異其結論。通說與釋字 517 號皆採取「量的區別說」，亦即行政不法與刑事不法並非本質上的不同，皆具有倫理上的非難性，僅是程度與立法政策上的差別罷了。從行政罰法上許多規範的體系與內容皆類如甚至等同於刑法之立法方式也可看出這樣的軌跡。如是，則一行

為同時科予秩序罰與刑罰，恐有違反一行為不二罰之疑慮。

(2)行政罰法第 26 條採取了上述的見解，選擇「競合主義」而非「併罰主義」：「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(第 1 項)。前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。(第 2 項)」。

2. 刑事部分受到緩起訴處分，可否再課予行政罰？

因上開規定第 2 項規定並未列有「緩起訴處分」，則檢察官為緩起訴處分後，行政機關得否再處以行政罰？有無違反一行為不二罰原則？此一問題受到實務與學界高度的關注，法務部行政罰法諮詢小組第 1 與第 5 次會議，曾熱烈地討論這個爭議，肯否見解如下：

(1) 不可再裁處：緩起訴處分為實質刑事處罰

①檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔雖非刑罰，但性質上可說是實質之制裁，形同科予刑罰或保安處分，對被告財產、自由等權利免於遭檢察官發動起訴程序，仍具有替代刑罰之效果，故應屬廣義之「實質刑事法律處罰」。

②刑事案件藉由緩起訴處分而節省司法資源，在基於實質懲罰目的而其財產權遭受剝奪之餘，卻仍須繳納一定金額之行政罰鍰，其結果勢必降低刑事被告接受緩起訴處分之意願，而與訂定緩起訴處分以替代繁複刑事審判程序之制度性機能相悖。

③綜上所述，檢察官緩起訴處分如已影響當事人財產及身體上之權利者，應可實質該當於本法第 26 條第 1 項所定「依刑事法律」之處罰，行政機關不得再處以行政罰鍰

(2) 可再裁處，緩起訴處分確定視同不起訴處分確定：

①緩起訴處分可說是一種便宜不起訴處分，檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。本法第 26 條之「依刑事法律」，應指依罪刑法定主義及刑事法律正當程序運作完成始足當之，就此而言，緩起訴處分應不是上開條文所指之「依刑事法律處罰」。

②案件經緩起訴處分，刑事處罰尚未啟動，並未經法院判決有罪亦即未經刑事法律處罰，故自應比照不起訴處分效果，仍容由行政機關為行政罰。又如日後緩起訴處分遭撤銷，而啟動刑事處罰程序並受刑事處罰，則由裁罰機關撤銷原處分即可，並無一行為二罰之問題。

③檢察官為緩起訴處分時，並非均於處分中課予指示及負擔，可能個案情形而未附任何指示或負擔，於此情形，當事人並未受有所謂實質處罰。且法律解釋要明確，不宜就刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項各款情形分別討論而割裂適用，蓋同為緩起訴，各款如有不同，如何面對質疑，亦有問題。

④檢察官為緩起訴處分後，也有可能被撤銷而再行起訴，且原已繳納或支付之金額（或其他已履行負擔），依刑事訴訟法第 253 之 3 第 2 項規定不得請求返還或賠償，因此，如將緩起訴處分認為係實質之刑事處罰，而不得與行政罰之罰鍰併罰時，則於緩起訴處分被撤銷，且經起訴而判決有罪時，豈非同樣產生一行為受有二次刑事處罰之問題？諒非立法者之原意。

3. 本案恐有違一行為不二罰

(1)上開兩說皆有其理由，但個案中緩起訴之種類不一而足，或可分開觀察以求法律適用的精確，雖有學者認為不宜就刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項各款情形分別討論而割裂適用，然一行為不二罰之問題本應重視處罰的目的與種類(釋字 503 參照)，行政罰間的競合如此，行政罰與刑罰亦然，立法者設計多元的緩起訴種類，並賦予檢察官得否與選擇種類的裁量權限，本即因應不同的違法行為與制裁目的。如是，個案中行政罰與刑罰所採取的手段性質與目的，應也是關注的重點。

公職王歷屆試題 (97 司法特考)

(2)本案不同於諮詢小組提案，其特殊之處乃在於先科與罰鍰，後方有緩起訴處分，然此並不改變上開對於緩起訴性質的討論，故管見認為案件中緩起訴之負擔為公益捐獻，與單純的道歉或悔過書不同，其本質上屬於一種剝奪被告財產權之處罰手段，與刑法主刑之罰金，以及行政罰之罰鍰效果等同，應屬一種實質上的制裁措施。如是，則本案同時有罰鍰與緩起訴處分的公益捐獻，恐有違一行為不二罰原則。依照第一小題之討論，應撤銷罰鍰裁處方為適法。

四、有關公務員與國家的關係，司法院大法官解釋已摒棄「特別權力關係」的理論。請問：司法院大法官改以何種關係來說明現行制度下公務員與國家的關係？在此關係下，本來可以支領「主管職務加給」的公務員，如果受停職處分，停職期間是否可以繼續支領主管職務加給？又停職期間，該公務員之父親死亡，可否請求支領喪葬補助費，請依司法院大法官解釋，從法理上予以說明？上開「請求繼續支領主管職務加給」及「請求支領喪葬補助費」，如未獲許可，如何提起救濟？

【考題解析】	本題是此份考卷最為棘手的一題，一來公務員法此部分的觀念同學較不熟悉，二來並沒有相關法條提供線索，但至少要以學理與大法官解釋掌握基本分數。公務員法前幾年較為少出，但近來又重回熱區之一，但是麻煩的是公務員相關法令多如牛毛，卻沒有附任何法條，同學們宜重新掌握公務員法中的重要條文。
【破題關鍵】	其中第一小題是考生不能夠不會的，將特別權力關係的突破娓娓道來，筆者並補上一號關於公務員法的最新解釋(旋轉門條款)作為說明。第二與第三小題，大部分同學雖然沒學過此一爭議，但從加給、喪葬費以及停職的目的或性質，應可得到一些線索，況題目出成兩個問號，結論應該會不一樣，即使一樣，理由也會不同，從結論再反推理由，多少就能有素材可以作答了。最後救濟方式會因為採取的性質與法律關係而有異，公務員相關救濟制度的重要性仍不可忽視。
【命中特區】	(一)蔡憲文，保成出版社，行政法要義，頁 239、343、373 以下，【命中率】95% (二)黃贊宸，保成講義書行政法(二)，頁 87、128 以下，【命中率】85% (三)黃贊宸，保成講義書行政法(二)，頁 41、90 以下，行政法(三)，頁 111，【命中率】80% (四)李澤，保成，講義 1，頁 2、34、36 以下，【命中率】75%

【擬答】：

(一)以「特別法律關係」來取代「特別權力關係」

1. 特別權力關係之之意義：

在過去特別權力關係的年代，國家對於公務員、軍人、學生、受刑人等，並非依據一般之統治權，而係依據特別之法律原因，行政享有概括之支配權，相對人因之負有服從之義務，使得其法律上之地位更加附屬之公法上關係。特別權力關係底下，沒有法律保留原則之適用，相對人之義務具不確定性，且有特別之制裁制度，事後也無救濟之可能性。

2. 特別權力關係的否定與重構：

此一理論在德國戰後備受多方質疑。主要原因在於一旦國家機關與人民存在特別權力關係，即排除法律保留原則在公法之適用，與憲法保障人民權利之意旨，有所牴觸。然而，欲完全以一般權利義務關係取代之，仍有困難。因而主張在拋棄「權力關係」之用語的同時，仍應代之以「特別法律關係」。此項關係內容詳言之：

- (1)承認在特別法律關係的範圍內，個人權利應受目的合理之限制，但涉及基本權利時，仍須有法律之依據。
- (2)對於違法失職之公務員得依法為懲戒，但應謹守正當法律程序。
- (3)公務員其他權益受侵害時，仍得對行政主體提起行政爭訟或依循特殊管道之法定程序尋求救濟，法律不得明文排除公務員尋求法院救濟途徑之機會。

3. 折衷理論與我國實踐：

德國學者 Ule 曾試圖將特別權力關係之部分突破，部分保留，此種二分的折衷理論，後為我國大法官所採納。二分法中之基礎關係（身分關係），亦即足以使相對人在公法上之特定地位發生、變更或消滅或重大不利影響之行為者，應屬涉及人民之基本地位，比照一般統治關係，有法律保留之適用，且容許人民就其不服之部分，提起爭訟。釋字 243、298、382、430、491、583 等皆有類似的看法；至於特別權力關係中，為公法上職務執行之必要，所採行之管理與經營行為，例如機關內部事務之分配、職務執行之指示等，因不涉及人民基本地位之變更，故應無法律保留之適用，且亦不許人民爭訟。

4. 公法上職務關係：

大法官在釋字 637 中，則以「公法上職務關係」指稱公務員與國家之間的關係，並點出其權利與義務範圍：「國家與公務員間具公法上職務關係，公務員依法享有身分保障權利，並對國家負有特別義務，其憲法上所保障之權利即因此受有相當之限制」。

(二) 停職期間不可繼續支領主管職務加給

停職期間是否可以繼續支領主管職務加給，應視主管職務加給之性質而定：

1. 所謂「加給」，依照公務員俸給法第 2 條第 5 款之定義，指本俸、年功俸以外，因所任職務種類、性質與服務地區之不同，而另加之給與。而「主管職務加給」，應屬於該法第 5 條第 1 款的職務加給（對主管人員或職責繁重或工作具有危險性者加給之）。
2. 又停職期間薪俸之規定，依照公務員懲戒法第 6 條：「依第 3 條第 1 款或第 4 條規定停止職務之公務員，未受撤職或休職處分或徒刑之執行者，應許復職，並補給其停職期間之俸給。」；以及公務員俸給法第 21 條：「依法停職人員，於停職期間，得發給半數之本俸（年功俸），至其復職、撤職、休職、免職或辭職時為止（第 1 項）。復職人員補發停職期間之本俸（年功俸），在停職期間領有半數之本俸（年功俸）者，應於補發時扣除之（第 2 項）。」可看出停職期間與復職似乎應只有對於本俸（年功俸）能有所請求，不及於職務加給。
3. 大法官在多號解釋認為人民的服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利（釋字 575、583、605 號參照）。俸給權中雖包含加給，然其與本俸具有「提供公務員維持與其身分相當之生活照顧」的基礎照料目的不同，其既然屬於執行職務之繁重所為之加給，停職期間並未執行職務，自無請求之理。應不得為請求。

(三) 停職期間仍應可請求支領喪葬補助費

1. 喪葬補助費之性質屬於公務人員保險之保險金，公務人員保險法第 3 條規定：「本保險包括殘廢、養老、死亡及眷屬喪葬四項。」此種保險關係強制納保（該法第 6 條參照），屬於公法關係（釋字 466 參照）。
2. 又依公務人員保險法第 6 條：「符合第 2 條規定之保險對象，應一律參加本保險為被保險人，其保險期間自承保之日起至離職之日止。」可見停職並非此等保險關係的中斷事由。公務人員保險係以安定公教人員生活為目的（第 1 條參照），此一目的自然不因公務員受停職而有所改變，故停職並不影響公務員支領喪葬補助費。

(四) 上開救濟管道分述如下：

1. 主管職務加給部分

(1) 由於主管職務加給無法領取係由於停職處分而來，必先就或同時以停職處分為客體提起救濟，方得請求繼續支領主管職務加給。至於停職處分是否與如何救濟，則須視停職處分的性質而定：

- ① 公務員懲戒法第 3 條所定之當然停止職務，凡有被通緝或羈押、受褫奪公權之宣告或在徒刑之執行中者，事實上無法執行職務，無須發布人事命令其職務已屬停止狀態。

此種停職因特定事實狀態發生，法律直接規定其效果，無須做成行政處分始生效力，既無處分行為，自無爭訟可能。

- ② 依公務員懲戒法第 4 條第 1 項規定，公務員懲戒委員會認被付懲戒人情節重大，通

公職王歷屆試題 (97 司法特考)

知該主管長官先行停止其職務。其性質上應視為司法審判機關在程序進行中依職權所為之暫時性處分，交由服務機關執行，被付懲戒人僅得就本案審議結果聲明不服，不得單獨就停職部分提起複審（或訴願）及行政訴訟。

③主管長官對移送監察院審查或公務員懲戒委員會審議之人員，亦得先行停職。（公務員懲戒法第 4 條第 2 項）

④依其他法律之停職。例如公務員考績法第 18 條規定，年終考績及專案考績應予免職人員，在案件確定之前，服務機關得先予以停職。

第三種及第四種情形無論懲戒法之撤職、休職或考績法之免職均需確定後方能執行，而不服此等處分之爭訟程序須歷時長久，始告確定，況且最後結果公務員可能僅受記過等輕微處分，則先前之停職即可能有過當之嫌。故此種情形，停職即屬移送懲戒或一考績免職以外之另一處分，且又立刻生效並執行，學說上認為應適用「程序行為之特別理論」，許受處分之公務人員單獨對停職或免職一併提起爭訟。

(2)小結：上開得救濟之部分，則於請求訴願(或復審)與撤銷訴訟(行政訴訟法第 4 條)之同時併為請求繼續支領主管職務加給(行政訴訟法第 8 條第 2 項)。

2. 喪葬補助費部分

關於請領喪葬補助費之公保給付，係涉公務人員之公法上財產請求權，而請領應向服務機關提出申請，如遭服務機關否准，則得依公務人員保障法規定提出復審，不獲救濟則向行政法院提起行政訴訟法第 5 條第 2 項拒絕處分的課與義務訴訟。

職 王