

98 年公務人員特種考試司法人員考試試題

等 別：四等考試

類 科：執行員

科 目：行政法概要

- 一、請問何謂「比例原則」？請具體論證下列行政機關所為行政行為，是否合於「比例原則」。
- 「某知名連鎖超商被主管機關查獲販賣菸品予未滿十八歲之青少年，此舉為媒體所大肆渲染，該主管機關認為超商的行為將對菸害防制產生極為負面的影響，且輿論亦一致指責該超商未善盡社會責任。該超商雖說明此僅係工讀生個人一時不察的個案行為，但仍不為主管機關所採信，而依菸害防制法之規定處罰該超商新臺幣五萬元之罰鍰。」

附錄法條 菸害防制法

第 13 條第 1 項

任何人不得供應菸品予未滿十八歲者。

第 29 條

違反第十三條規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。

【擬答】：

(一)比例原則是指國家為達成某一特定目的（結果），而採取某一種方法或措施，必須符合合理、比例之原則。又稱「禁止過度原則」。比例原則特別強調目的手段間之均衡，因其係以避免國家權力作用行使之恣意與逾越，為調和公益與私益，實現實質正義的一種理性思考法則。憲法第 23 條與行政程序法第 7 條定有明文。

(二)通說主張比例原則由下列三子原則構成，且此三子原則必須依序審查：

1. 適合性

國家所採取的措施必須是有助於達成所欲追求之目的者，又稱「合目的性原則」。

2. 必要性

在所有合乎適當性的措施中必須選擇其中對當事人最小之侵害者為之，亦即採取較緩和之措施，又稱「最小侵害原則」。

3. 狹義比例性

係指手段與目的之間要成比例，不能為達成很小的目的，使人民損失過大，不能使用過於激烈手段。換言之，合法措施可能引起的損害和所欲達成的合法結果之間，沒有極端不相稱的情形發生(不要用大砲轟小鳥、勿殺雞取卵)。

(三)承上所述，就本案而言是否與比例原則相佐，須就各項子原則一一審查，分述如下：

1. 適合性原則：國家所採取之措施必須有助於達成所追求之目的，本案中，國家以罰鍰做為販賣菸品予未滿 18 歲之人之處罰措施，菸害防制法第 13 條第 1 項之目的即係希望減少菸品對於懵懂青少年之侵害且為了公益之目的，是以，就立法目的而觀，此措施足以構成達到上開目的，故行政機關所為之行為通過適當性之檢驗。

2. 必要性原則：立法者賦予菸害防制法第 29 條規定，違反第 13 條第 1 項規定者，處以新臺幣 1 萬至 5 萬罰鍰，換言之，立法者對於手段程度之選擇給予行政機關裁量權，給予行政機關基於不同場合、情況選擇對人民侵害最小之手段。

本文中，知名連鎖超商確實將菸品販售給未滿 18 歲之青少年，如題示所言，主管機關本應針對販售行為之多寡、販售數量、是否屢勸不聽或其他相關情形做一個綜合之考量，再為裁罰之決定，然主管機關捨棄不為之，而囿於輿論之壓力，不理會超商之解釋，進而對超商採取最為嚴重之處罰，即五萬元之罰鍰，似乎與必要性原則有所違背。

(四)綜上所述，主管機關針對超商販售菸品給與未滿 18 歲之人，並未衡量整體利益、販售行為之客觀情況、甚至對於因媒體之大似渲染，逕行為最高之罰鍰，實屬有違比例原則之必要性原則，彰以明矣。

- 二、何謂行政法上之「裁量」與「不確定法律概念」？行政機關所為之裁量及不確定法律概念，法院可否（或在何種情況下）對之加以審查？並請分別舉例說明之。

【擬答】：

- (一)「不確定法律概念」係指法規範中構成要件之法律用語，因具有一般性、普遍性、抽象性或多義性而不夠明確，故該構成要件於涵攝具體事實時，須先將該不確定的概念經過解釋，並予以具體化以便適用。種類上區分為經驗概念與規範概念，前者，係指以具有可供一般人經驗或感官加以判斷之客體為對象，例如商標法上之「近似」、「混同誤認」；後者則是其並非單純之知覺、認識或推論，而須經由科技專門知識，或採取評價之態度，始能加以確定，例如專利法上之「可供產業上利用」。
- (二)關於不確定法律概念法院得否審查，目前國內通說分述如下：

1. 原則

法院在個案之審查中，針對行政機關適用「不確定法律概念」是否正確，原則上有審查之權限。由於不確定法律概念係出現於法律之構成要件之中，而行政機關適用法律時將事實涵攝於法規範之行為，本即屬司法機關審查有無違法之對象，故法院對不確定法律概念在個案之中是否適用正確，有審查權限。

2. 例外—判斷餘地

法院對於構成要件涵攝之審查具有權限固屬原則，但在例外之領域中，法院亦不得加以審查，此一領域即為所謂的「判斷餘地」。

(1) 判斷餘地之意義

行政機關於適用法律作成行政決定時，由於法律之構成要件所採用之不確定法律概念，導致無論在解釋上或涵攝上，均可能欠缺明確性。且由於不確定法律概念之適用，須經過評價及估測之程序，不同之法律適用者詮釋法律所產生之結果，有時候是見仁見智的問題，即難期待其一致。在此一情形之下，法院對於行政行為之審查產生相對性，亦即承認在特定範圍之內，法院無法加以審查，此即為所謂之「判斷餘地」。

(2) 判斷餘地的範圍

① 不可替代之決定(高度屬人性決定)

行政決定涉及高度屬人性之價值判斷，如國家考試評分(釋字第 319 號)、學生學業評量(釋字第 382 號)、公務人之人事考評(釋字第 491 號)。

② 獨立專家或委員會作成之評價決定

行政機關之行政決定，有時涉及有關文化、倫理、宗教之價值判斷，而牽涉主觀之價值判斷，為確保其客觀公正，法律如規定應由學者專家及社會人士組成之委員會進行獨立判斷決定，則法院應予以尊重，如大學教師升等之評審等。又如行政事務的決定由具有獨立職權的委員會所為者，多半具有「準司法」的性質，法院原則上亦應尊重之，如公平會、NCC 之決定等。

③ 預測性或評估性之決定

關於自然科學、環境生態、科技或經濟領域之決定，因其多少涉及「風險評估」，宜由行政機關作專業之決定，例如「環境影響評估委員會」就開發案對生態環境影響之預測。

④ 高度政策或計畫性決定

行政事務若牽涉高度政策性之決定或擬作行政計畫，其具有形成未來發展之作用，適合由行政部門來形成決定，例如是否開放外籍勞工進入我國工作等。

⑤ 高度專業之技術性決定

如核能發電廠之設立許可，由於法院並無充分的配備，足以對於棘手的技術問題加以決定，故司法也應尊重行政部門的專業決定。

3. 再例外—判斷瑕疵

雖然法院遇到「判斷餘地」之領域多半會尊重行政部門之決定，為行政機關在形成決定時並未遵守法律限制，構成違法狀態時，法院仍得再行審查指摘，此學說上稱為「判斷瑕疵」，其種類有判斷逾越與判斷濫用，學者及釋字第 553 號更提出幾種判斷濫用之情形：

公職王歷屆試題 (98 司法特考)

法院就行政機關有判斷餘地之事項例外得加以審查者，包括

- (1) 事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又
 - (2) 其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。
 - (3) 原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。
 - (4) 有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？
 - (5) 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。
 - (6) 是否尚有其他重要事項漏未斟酌。
- (三) 「行政裁量」之意涵，即指行政機關在法律規定的構成要件實現時，由法律授權，本於行政目的選擇不同的行為方式，或至少有兩種甚或數種可能性或者被賦予某種程度的行為自由。裁量又被稱為「立法者的賦予」，意思即在於立法者要求行政機關依法行政之餘，賦予行政得在個案中有其一定的形成與決定空間，以落實個案正義。關於行政裁量之分類分為，決定裁量與選擇裁量、個別裁量與一般裁量。
- 關於行政裁量之司法審查，國內通說分述如下：

1. 原則

行政機關若基於法律授權，其決定往往享有一定程度之行程自由，至多僅為不當之行政決定，而非違法之行政決定，故原則上法院應予以尊重。

2. 例外：裁量瑕疵

惟裁量倘若違背法律授權之目的或超越授權之範圍時，即構成違法。對於此等有瑕疵之裁量，法院即得介入審查。關於裁量瑕疵，學說上有幾種類型：

(1) 裁量逾越

行政機關所為之裁量行為，已經逾越立法者所賦予之裁量範圍。又稱「越權裁量」。

(2) 裁量濫用

行政機關裁量權之行使，雖未違背法定界限，但卻違反法律授權的目的、漏未審究應加斟酌的觀點、摻雜與事件無關的因素或動機、或違反一般法律原則等，皆屬之。較常發生的情形如：

① 權力濫用：

假借裁量，追求法律授權以外的目的，或憑執法者個人的主觀好惡或摻入個人恩怨而為決定。

② 違反一般法律原則：

如平等原則（行政自我拘束）、比例原則、信賴保護原則以及不當連結禁止原則等。

(3) 裁量怠惰

行政機關依法享有裁量權限，但因故意或過失而消極的不行使裁量權限；或未認清裁量之基礎事實；或漏未審酌應斟酌之觀點；或對對應加斟酌的要素，未做合乎授權意旨的適切考量。並可進一步分類如下：

① 決定裁量怠惰：

屬於典型的裁量怠惰，指行政機關依法對可得特定之人民負有職務上之義務而不作為者。

② 選擇裁量怠惰：

係指法律本賦予行政機關就具體個案進行「合義務性之裁量」，但市政機關因執行任務之便宜，而放棄個案法律效果具體的選擇。實務上此種「選擇裁量怠惰」常因為行政長官的政策指令，或是主管機關所頒佈之「裁量基準」（例如「違反道路交通管理事件統一裁罰標準表及處理細則」）而產生。

三、請問何謂「行政規則」，其與「職權命令」有何不同？公務員於執行中常參考所謂的「行政

公職王歷屆試題 (98 司法特考)

規則」而處理事情，此際若認為該行政規則有問題、或適用在個案中並不適切，此際應如何處理？可否拒絕適用該行政規則？

【擬答】：

(一)行政規則係指，行政機關基於本身之職權，對下級機關或所屬人員所訂定之一般性、抽象性之法規範，經下達後即生效力。於法制實務上通常以稱為：要點、注意事項、須知、解釋令、解釋函、方案、原則、程序、作業手冊等。行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生規範效力之一般、抽象之規定。」

(二)根據行政程序法第 159 條第 2 項之規定可以區分為組織性及作業性之規定與解釋性、裁量性行政規則。前者係指行政機關依其內部之組織權限，而對於其機關內部之組織、秩序、管轄權限及行政行為所為之規定。後者則為即針對法規範構成要件應如何解釋，所作之行政規則及行政機關在自己之裁量權範圍內，累積經驗細分類型，所訂定之何種類型事務，給予何種效果之準則。

(三)又所謂職權命令係指行政機關在職權範圍內，為執行法律，未經法律授權，而逕依職權制定頒布之命令。就理論而言，職權命令應係行政規則，惟行政規則既以規範行政「內部」事項為要件，則以行政「外部」之人民為規範對象之職權命令，即非固有意義的行政規則。此外，行政機關經常於欠缺法律授權下，以職權命令規範人民之權利義務，從而發生職權命令合法性之爭議。

(四)本案中，公務員執行職務忠常參考所謂上開之行政規則而處理事情，若認為該行政規則有疑義，或適用不適切，此時該如何處理，基本上觀諸行政規則之定義，其為上級機關對下級機關或長官對屬官所為之規定，仍屬內部規範，此時如何處理即得否拒絕適用，則須回歸公務員之服從義務而觀，分述如下：

1. 意義

公務員服務法第 2 條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」同法第 3 條規定：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官之命令為準，主管長官與監督長官同時所發命令，以主管長官之命令為準。」所謂命令，即學理上所稱之「指令」或「職務命令」。

2. 對於長官違法命令之服從義務

(1) 絕對服從說

長官在其監督範圍內所發布之命令，無論違法與否，屬官皆有服從的義務。

(2) 相對服從說

①屬官僅須服從長官合法之命令，對於違法之命令即不負服從義務。刑法第 21 條第 2 項：「依所屬上級公務命令之職務上行為，不罰，但明知命令違法者，不在此限。」顯採本說。

②本說主張，屬官認為長官命令具有「顯而易見」違法時，即不負服從違法命令之義務，換言之，屬官對於上級長官命令享有形式審查權。蓋為避免屬官藉口對長官命令具有實質審查權而藉故抗命，影響行政事務之進行，另一方面，長官命令「顯然違法」時仍要求屬官服從，不僅有違對法律的忠誠義務，亦與依法行政、法治精神有違。

(3) 意見陳述說

屬官若認為長官命令違法，可向該長官陳述意見，惟是否接納仍取決於長官，如長官不接受該意見，屬官仍應服從該命令。公務員服務法第 2 條即採本說，釋字第 187 號解釋理由書似亦採本說。

小結：公務人員保障法第 16 條規定：「公務人員之長官或主管對於公務人員不得作違法之工作指派，亦不得以強暴脅迫或其他不正當方法，使公務人員為非法之行為。」同法第 17 條規定：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律

公職王歷屆試題 (98 司法特考)

者，公務人員無服從之義務。(第一項)前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。(第二項)是以，公務員原則應受服從義務之拘束，但認為長官所發命令違法時，屬官享有「上報權」，亦即如認為命令違法時，屬官亦應有「越級上報」，若越級上報的長官仍拒絕該意見時，該公務員即應執行命令，並且不必就此負行政上之責。

四、某縣主管機關抽查該縣內某知名連鎖速食業者，驗出其食用油中之有毒物質「砷」超出法定標準近十倍，擬依食品衛生管理法第 10 條之規定要求業者限期改善。主管機關並表示：處分前會通知業者說明，業者可解釋砷的來源，但不得爭辯檢出的數據，若業者能說明砷的來源不可歸責於業者，會處分來源而不處分業者。其後該主管機關認為，限期改善不足以讓業者產生警惕，且含砷有害人體健康，即決定依食品衛生管理法第 11 條、第 31 條等規定，直接裁處該業者新臺幣十五萬元之罰鍰。試分析該裁罰之合法性。

附錄法條 食品衛生管理法

第 10 條

販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準，由中央主管機關定之。

第 11 條

食品或食品添加物有下列情形之一，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：

- 一、變質或腐敗者。
- 二、未成熟而有害人體健康者。
- 三、有毒或含有有害人體健康之物質或異物者。
- 四、染有病原菌者。
- 五、殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量者。
- 六、受原子塵或放射能污染，其含量超過安全容許量者。
- 七、攙偽或假冒者。
- 八、逾有效日期者。
- 九、從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康者。

前項殘留農藥或動物用藥安全容許量及食品中原子塵或放射能污染安全容許量之標準，由中央主管機關會商相關機關定之。

第 31 條

有下列行為之一者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰；一年內再次違反者，並得廢止其營業或工廠登記證照：

- 一、違反第十一條第一項第一款至第七款或第十五條規定。
- 二、違反依第二十條第一項規定，經令其限期改正，屆期不改正。
- 三、違反前條之禁止命令。

第 33 條 (第 1 項第 1 款)

有下列行為之一者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰；一年內再次違反者，並得廢止其營業或工廠登記證照：

- 一、違反中央主管機關依第十條所定標準有關衛生安全及品質之規定，經令其限期改正，屆期不改正。

【擬答】：

本案中，主管機關嗣後逕行以新台幣 15 萬元裁罰業者之行為，可能涉及其先前行為違反行政法一般原理原則中之信賴保護原則及比例原則及有利不利一律注意原則，茲分述如下：

(一)信賴保護原則

1. 行政機關與人民義務往返間，往往使人民對行政行為的合法性與持續性產生信賴。當無明顯的事由足以證明此一信賴與公共利益相違背時，應對其予以適當的保護。換言之，信賴保護原則係針對人民『信賴』現存之法秩序，因該法秩序之突破變更，致人民權益

損害時之保護制度，國家不得違反自己過去之言行，而侵害信賴此一言行相對人的利益。

2. 信賴保護原則之依據：大法官解釋第 525 號認為信賴保護原則之依據為誠實信用原則、法安定性原則及基本權利之保障。
3. 信賴保護原則之要件
 - (1) 信賴基礎：首先需要有一個令人民信賴之國家行為，如行政處分、法規命令（釋字第 525 號）、機械作成之公權力行為亦可成無信賴基礎；但無效之行政處分不得作為信賴基礎。本案中，主管機關為裁罰前先為一個表示，告知業者為處分前給予業者說明機會，此表示當屬讓業者信賴之國家行為。
 - (2) 信賴表現：當事人因信賴而展開具體之信賴行為，包括運作財產及其他處理之行為，且信賴表現與信賴基礎有因果關係。本文中，業者因信賴國家之行為，為了避免受到裁處或維護自身商譽，並因該事件而做出一定之財產處置，例如，調查食用油之成分、與上游產商會談以及盡力搜尋非可歸責予己之事由，是以上開行為皆該當信賴國家行為而為之具體表現。
 - (3) 信賴不值得保護：對於信賴是否值得保護，多數以程序法第 119 條為檢驗，然信賴是否保護應予以正面加以定義始為妥當，國內學者認為，信賴是否值得保護必須具有信賴利益與正當之信賴，而正當之信賴又以是否對於法秩序確信不疑以及當事人須善意無過失做為標準。本文中，業者具有一個信賴利益，即具體不受裁罰之財產利益與商譽之人格利益，且業者信任行政機關如其所言給與其陳述意見之機會，甚者，業者對於後續國家出爾反爾之行為依題示並無過失，從而，無信賴不值得保護之情形。

4. 信賴保護原則適用之保護方式

當符合上述要件時，通說認為信賴保護原則之效果有二，即『存續保障』與『財產保障』。透過公益與信賴利益衡量應給予何種法律效果，換言之，當公益大於信賴利益時，應為財產保障之保護，相對的，當信賴利益大於公益時，則為存續保障。本文中，必須衡量公益與信賴利益後決定行政機關後續之處置。

綜上所述，主管機關出爾反爾之行為已違反信賴保護原則，至始當然。

(二) 比例原則(沒時間可簡略交代)

1. 比例原則是指國家為達成某一特定目的(結果)，而採取某一種方法或措施，必須符合合理、比例之原則。又稱「禁止過度原則」。比例原則特別強調目的手段間之均衡，因其係以避免國家權力作用行使之恣意與逾越，為調和公益與私益，實現實質正義的一種理性思考法則。憲法第 23 條與行政程序法第 7 條定有明文。
2. 通說主張比例原則由下列三子原則構成，且此三子原則必須依序審查：

(1) 適合性

國家所採取的措施必須是有助於達成所欲追求之目的者，又稱「合目的性原則」。本文中，主管機關以裁罰之方式得抑止業者之行為，故行政機關之行為符合適當性原則。

(2) 必要性

在所有合乎適當性的措施中必須選擇其中對當事人最小之侵害者為之，亦即採取較緩和之措施，又稱「最小侵害原則」。本文中，觀諸題示，主管機關為裁罰行為之前，係有另一手段即限期改善之方式，然主管機關未斟酌衡量嗣後逕行裁處，有違必要性原則。

綜上，主管機關之行為有違比例原則之必要性原則。

(三) 有利不利原則一律注意原則

1. 按「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一併注意」，行政程序法第 9 條定有明文。
2. 本文中，如題示所言，「業者可解釋砵之來源，但不得爭辯檢出之數據」，關於此表示，似乎與上開規定有所牴觸，蓋給予業者主張權利之機會，對其所有之事項具應加以考慮，而非僅限於特定事項，並且阻止其申辯事項，況數據之多寡本會影響日後是否處

公職王歷屆試題 (98 司法特考)

分之可能以及處分金額、項目之種類，對於業者而言，相當重要，從而，主管機關該表示有為程序法第 9 條之規定。

(四)綜上所述，主管機關之後續行為，已違反行政程序法第 7 條比例原則與第 8 條後段之信賴保護原則，附帶論之，行政機關先前之行為有違程序法第 9 條有利及不利一併注意原則。

公 職 王