

## 公職王歷屆試題 (99 關務特考)

99 年公務人員特種考試海岸巡防人員、99 年公務人員特種考試基層警察人員考試、99 年公務人員特種考試關務人員考試、99 年公務人員特種考試經濟部專利商標審查人員考試、99 年第一次公務人員特種考試司法人員考試及 99 年國軍上校以上軍官轉任公務人員考試試題

等 別：三等關務人員考試

類(科)別：財稅行政、關稅法務

科 目：行政法

一、公務員違反行政法上的義務，將受一定的行政責任制裁，其主要究責方式可分依公務員懲戒法之司法懲戒與依公務人員考績法或相關個別法規之行政懲處。試說明司法懲戒與行政懲處兩者之區別及其競合時應如何適用？

【擬答】：

(一)所謂「行政責任」係指公務員執行職務而有違反行政法規或行政紀律之行為時，於行政法上所應負之責任。此項責任，可區分為懲戒責任與懲處責任兩類。當公務人員有違法或廢弛職務或其他失職行為時，應受懲戒，係以「公務員懲戒法」為主要法律依據；此時係由司法院公務員懲戒委員會依法定程序對公務員所作之處分。至於懲處，係一般行政機關對於所屬公務員基於行政監督權作用所為之處分，它是以公務人員考績法為主要法律依據。茲就懲戒與懲處之區別簡述如下：

1. 依據不同：懲戒係依公務員懲戒法為之；懲處主要係依公務員考績法為之。
2. 作成機關不同：懲戒係由司法院公懲會為之，但九職以下記過、申誡由主管長官為之；懲處則由公務員服務機關為之。
3. 種類不同：懲戒種類為撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡；懲處則是免職、記大過、記過、申誡。
4. 救濟程序不同：受懲戒處分人對司法院公務員懲戒委員會議決，僅得聲請再審議，不能另行提起行政救濟；受懲處處分人對免職處分，得向公務員保障暨培訓委員會申請復審、行政訴訟救濟。

(二)公務員違法失職之情事，有時不僅符合懲戒之標準，同時亦符合懲處之標準，此時究竟應予懲戒或懲處，並無明確之規定可循。惟懲戒之效果，常較懲處為重。職是之故，一般均以情節輕重來判別。凡情節較為重大之案件，則移付懲戒；凡情節較為輕微者，則由機關首長自行懲處。進而，如公務員一違規行為同時移送司法懲戒與行政懲處，發生懲戒與懲處之積極競合時，依稽核公務員懲戒處分執行辦法第 6 條：「同一事件經主管長官已為處分後，復移送公務員懲戒委員會審議者，其原處分失其效力」之規定，此時，僅能應依懲戒程序進行懲戒處分，不再受懲處處分。

二、A 證券公司於民國 95 年 4 月 18 日受行政院金融監督管理委員會依證券交易法第 56 條規定，認其某行為乃違背本法或其他有關法令之行為，「足以影響證券業務之正常執行」而處 A 公司負責人 B 停止執行職務一年，試問：

(一)「足以影響證券業務之正常執行」在法律要件之定性為何？

(二)行政院金融監督管理委員會為行政處分 B 前，是否應給予 B 陳述意見之機會？

【擬答】：

(一)本題涉及不確定法律概念與裁量之爭議

1. 在法律條文之結構上，原則上係由構成要件與法律效果二部分所結合而成（即所謂完全性法條），而構成要件之法律用語可能因具有一般性、普遍性或抽象性，係屬涵義不確定或有多種可能之解釋，即所謂「不確定之法律概念」。而不確定法律概念經過解釋判斷並予以具體化後（即具體個案該當不確定法律概念後），後續決定是否發生該法條之法律效果，或如何選擇該法律效果之種類，即為「裁量」。
2. 裁量與不確定法律概念之關係與區別

(1)質之區別說：

## 公職王歷屆試題 (99 關務特考)

此說認為裁量與不確定法律概念有本質上之不同，裁量限於法律效果之層次，構成要件事實則無所謂裁量可言。同時，裁量之結果，行政法院原則上應加以尊重；而法院對於不確定法律概念，原則上可加審查。

### (2)量之區別說：

此說謂裁量與不確定法律概念，均屬立法者欲授權行政機關於適用法律時，有自行判斷之餘地。在依法行政原則之支配下，行政機關之判斷，均不可恣意行使，否則皆無法避免法院之審查；或許在適用不確定概念時，行政機關所受法院之監督，較依據授權裁量之規定時嚴格，如此而已，故二者並無本質上之差異，僅屬量之程度不同。

### (3)無區別說：

此說根本否定裁量與不確定法律概念之區別，首先，所謂裁量存在於法律效果，而不確定概念之判斷餘地則出現於構成要件事實，不僅係人為之假設，抑且邏輯上不能自圓其說。

### 3.本題應是不確定法律概念，但會直接影響裁量之行使

(1)依題示，證券交易法第 56 條係規定，如證券公司行為違背證券交易法或其他有關法令，足以影響證券業務之正常執行，得處公司負責人停止執行職務一年。就條文結構而言，「證券公司行為違背證券交易法或其他有關法令」應屬構成要件，屬於不確定法律概念之適用；「得處公司負責人停止執行職務一年」為法律效果，屬於裁量。至於「足以影響證券業務之正常執行」，從法條結構上，應屬構成要件，同時所謂「足以影響證券業務之正常執行」，須進行個案之解釋，始得具體適用，自屬於不確定法律概念。

(2)但此一「足以影響證券業務之正常執行」不確定法律概念之範圍，其實應已包含作成法律效果決定之考量；亦即，在適用此一法律概念時，已經考量行使裁量之所有觀點。具體來說，如證券公司行為違背證券交易法或其他有關法令，同時該違規行為已經「足以影響證券業務之正常執行」時，此時在決定是否對公司負責人予以停止執行職務之裁量審查時，已無其他考量觀點可據以不為停止執行職務之決定，換言之，此時只能為停止執行職務之裁量。故「足以影響證券業務之正常執行」應是不確定法律概念，但會直接影響裁量之行使。

(二)基於正當法律程序之要求，以及行政程序法之立法目的與功能，行政機關作成行政處分前，應讓相對人參與程序，並使其得表達意見，以維護其權益。亦即應給予處分相對人陳述意見之機會，以保護其權益。茲就行政程序法所規定陳述意見之規定，分述如下：

1.依行政程序法第 102 條規定，關於限制或剝奪人民自由或權利之負擔處分作成前，除非已依第 39 條給予相對人陳述意見或已舉行聽證或法規另有規定外，應給予相對人陳述意見之機會。

2.此外，在行政程序中，給予相對人陳述意見之機會固然有助於保障其權利，惟在考量行政程序之經濟、效率及其他公益要求下，得例外不給予相對人陳述意見之機會。依行政程序法第 103 條規定，其例外得不予陳述意見之情形，包括：(1)大量作成同種之處分；(2)情況急迫、如給予陳述意見之機會，顯然違背公益者；(3)受法定期間之限制，如給予陳述意見之機會，顯然不能遵守者；(4)行政強制執行時所採取之各種處置；(5)行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者；(6)限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者；(7)相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者；(8)為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。

3.本題行政院金融監督管理委員會對 B 停止執行職務一年之行政處分，應屬限制或剝奪人民自由或權利之「負擔處分」。同時，依題示，行政院金融監督管理委員會似未依第 39 條給予相對人陳述意見、舉行聽證，似亦無行政程序法第 103 條不予陳述意見之例外規定。因此，行政院金融監督管理委員會為行政處分 B 前，應給予 B 陳述意見之機會。

三、試說明行政指導之定義、特性及應遵守之原則。

【擬答】：

## 公職王歷屆試題 (99 關務特考)

(一)行政指導之意義：所謂行政指導，依行政程序法第 165 條之規定，係指行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。

(二)行政指導之特性

### 1. 事實性

行政指導依學界通說為事實行為，僅能發生事實上之拘束力，其與法規命令、行政規則及行政處分等會對人民發生法律效果之行政行為不同。

### 2. 單方性

行政指導為行政機關在其職權所掌事務範圍內之單方行為，其與行政處分雖同為單方行為，但不具強迫、規制之性質。

### 3. 主動性

行政指導係行政機關得主動行為之行政作用，不一定要有人民之請求，若人民請求，亦可為行政指導。

### 4. 優越性：

行政機關因居於公共事務之樞紐，其所掌握之資訊、技術、知識一般均較普通人民為優而形成行政指導之優越性。

### 5. 社會性：

行政指導係對一般人民、公司、團體所為之行政行為，不同於行政機關內部上級對下級之指揮命令。行政指導具有廣泛社會性而與行政機關組織內行為之內部性不同。

### 6. 任意性：

行政指導為事實行為，為非權力行為，故不服行政指導者，一般不受行政上強制執行或被課加行政罰，此與權力行為之行政處分有別。

(三)應遵守之原則

行政指導雖為不具法效性之事實行為，但仍屬公權力行為，故仍應遵守行政法一般法律原則，例如依法行政原則、明確性原則、平等原則、比例原則、誠實信用原則、信賴保護原則……等（行政程序法第 4 條至第 10 條），行政指導均不得違反之。其中，由於「依法行政原則」包括法律優位原則及法律保留原則，茲就行政指導與依法行政原則之關係，分述如下：

### 1. 法律優位（優越）原則

所謂法律優位原則係指行政行為不得牴觸法律，而該法律實際上包括了憲法、形式意義之法律以及一般法律原則。而行政行為不得牴觸立法規範乃是近代民主法治國家之通則，行政指導自不例外。因此，行政指導應遵守法律優位（優越）原則，不可逾越各相關實體或程序法規。

### 2. 法律保留原則

(1)行政指導係事實行為，不具拘束力，所以相對人無任何重要之權利受到行政指導之直接侵害，從法律保留之侵害保留說或是重要性理論而言，似均無法律保留原則適用之限制。換言之，行政指導之行使或內容，不需有法律之明文規定即可行之。

(2)再者，行政指導之最大效用在於補足法律未規定或規定之不足，使行政機關能機敏地對應行政需要，若要求行政指導仍須有法律根據，則失其存在之特色。故行政指導原則上只應遵守法律優位原則，而無法律保留原則之適用。

四、行政機關不作為國家賠償責任之審查，在司法院大法官釋字第 469 號解釋出現前、後，有何變動？

【擬答】：

依國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」依此規定，國家公務員違法行為之國家賠償責任，可區分為執行職務之積極行為（前段規定）與怠於執行職務之消極不作為（後段規定）兩種責任。而怠於執行職務之公務員不作為國家賠償責任之審查判斷，在司法院大法官釋字第 469 號解釋出現前、後之變動，茲分述如

下：

(一) 司法院大法官釋字第 469 號解釋出現前

在釋字第 469 號解釋前，關於公務員不作為國賠責任之審查，主要係以最高法院 72 年台上字第 704 號判例為依據，其內容主要為：

1. 國家賠償法第 2 條第 2 項後段所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。
2. 若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。

(二) 司法院大法官釋字第 469 號解釋出現後

釋字第 469 號解釋其實就是針對上開最高法院 72 年台上字第 704 號判例作為釋憲標的，並對上開判例內容進行修正（亦即宣告部分內容違憲，不再適用），茲就釋字第 469 號關於怠於執行職務之審查，說明如下：

1. 凡公務員職務上之行為符合：行使公權力、有故意或過失、行為違法、特定人自由或權利所受損害與違法行為間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依國家賠償法第 2 條第 2 項規定前段或後段請求國家賠償，該條規定之意旨甚為明顯，並不以被害人對於公務員怠於執行之職務行為有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行為必要。
2. 法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第 2 條第 2 項後段，向國家請求損害賠償。

(三) 綜上所述，釋字第 469 號出現後，首先廢棄過去必須人民有公法上請求權，以及經人民請求行政機關執行而怠於執行之兩項限制。亦即釋字第 469 號解釋所言「不以被害人對於公務員怠於執行之職務行為有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行為必要」。因此，公務員是否負「怠於執行職務」之不作為責任，依司法院大法官釋字第 469 號解釋，其判斷要件如下：

1. 法律規定之內容目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，而非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限。
2. 法律對主管機關應執行職務行使之事項規定明確。
3. 該主管機關公務員依此所述法律規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地（裁量縮減至零）。
4. 此時，如該主管機關公務員猶因故意或過失怠於執行職務而致特定人之自由或權利遭受損害，國家即應負怠於執行職務之國家賠償責任。至於被害人民對於該特定之職務行為，是否有公法上請求權，或被害人民是否曾為執行職務之請求，均非所問。