

《行政法概要》

一、A 地檢署檢察官 B 承辦某重大案件，因無故拖延遲未結案，A 地檢署檢察長遂「命令」B 檢察官將該案移轉給 D 檢察官偵辦，請問此一命令之法律性質為何？(15 分) B 可提起何種法律救濟途徑？(15 分)

命題意旨	著重區分行政命令中行政規則、職務命令、指令之概念，以及對於此類命令可否起行政救濟。
答題關鍵	區分行政法上指令之性質，以及此種對外不生效力之命令，僅生公務員服從義務之問題。
考題評析	本題屬於基本概念考題，但偏向於跨章節整合性問答，測驗考生可否將相關聯問題彼此連結。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 12 題：行政規則、行政機關（相似度 50%） 第 16 題：行政規則、行政機關（相似度 50%） 2.司法三等考場特刊 第 3 題：行政規則、行政機關（相似度 50%） 第 9 題：行政規則、行政機關（相似度 50%） 3.實例演習系列-行政法實例演習(I)（秦律師）(51ML7009) P.1-26~1-28：行政規則（相似度 60%） P.2-89~2-90：監督範圍內所發出之命令（相似度 85%） 4.重點整理系列-行政法概要（李進增）(51ML0007) P.3-13~3-17：行政規則（相似度 50%） 5.法研所歷屆經典試題解析(憲法、行政法)（51MM5603） P.2-1-1~2-1-3：行政機關（相似度 50%） 6.法觀人第 108 期： P.83~84：95 台大法研所・行政法第一題（相似度 50%）

【擬答】

一、該命令之性質

(一)對於行政命令依據行政程序法之規定可以區分為緊急命令、法規命令、行政規則以及特別規則。

- 1.所謂的法規命令依據行政程序法第 150 條規定：「係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」
- 2.所謂的行政規則係指行政程序法第 159 條第一項所稱「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法規範效力之一般、抽象之規定。」又可區分為組織性、作業性、裁量性、解釋性之行政規則。
- 3.緊急命令乃是國家發生重大危難或變故，國家元首發布取代或變更法律之性質的命令，必須在憲法明文規定下，方可發布。
- 4.特別規則乃是在特別權力關係下，所訂定之規章，作為限制或干預特別權力關係中之人員權利或義務事項。

(二)本題依題意所示，乃是 A 檢察官之長官對內所下達之職務上命令，不直接對外發生法律效力，通常與一般人民的權利義務無直接關係，性質上比較接近行政機關在其權限範圍內所發布，作為內部章則之行政規則。但行政程序法第 159 條第一項所規範之行政規則乃是：「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法規範效力之一般、抽象之規定。」因此，性質上亦非行政規則。

(三)本題乃檢察長針對具體個案所為對其屬官所下達具體指示，依據刑訴訴訟法所賦予檢察長「檢察一體」的職權，因此屬於大法官釋字第 243 號解釋所指屬於一種職務命令，學理上亦稱之為「指令」。

二、由於該命令之性質乃屬於指令的性質，因此僅生對內的效力，B 若不服此職務上命令，僅生有無違背公務員義務之問題，而不能單獨提起行政救濟。

(一)但目前公務員服從義務，有不同學說見解。

- 1.絕對服從說：凡長官職權範圍內所發布之命令，不論是否合法皆須遵守
- 2.相對服從說：屬官只遵守長官合法之命令，如命令違法可加以拒絕。
- 3.陳述意見說：屬官如果認為長官命令違法，得隨時向長官陳述意見。

(二)我國目前法制上，公務員服務法第二條傾向於絕對服從與陳述意見說。但公務員保障法則加以修正：

- 1.公務人員保障法第十七條則規定：「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者，公務人員無服從之義務。」

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。」

2.因此，本案 B 檢察官認為長官指令有違法之虞時，可向檢察長報告並陳述意見，若檢察長仍不認為違法，以書面下達即應遵守，若未採書面下達，B 檢察官可要求做成書面。

【參考資料】

1.元照出版書籍

吳庚，《行政法之理論與實用》45-48；256-258 頁。

二、漁業法第 47 條概括授權中央主管機關擬訂「水產資源保育管理辦法」，若主管機關訂定之「水產資源保育管理辦法」中規定，違反該辦法之禁止事項者，主管機關得廢止違規者之漁業經營許可。請問此一辦法有無違反法律保留原則？(30 分)

命題意旨	測驗考生對於法律保留原則之概念與大法官釋字所建立之層級化法保留。
答題關鍵	分析法律保留原則之我國理論和實務見解，與法律保留原則中「授權明確性」之概念的應用。
考題評析	法律保留算是行政法中的核心項目，考點不算冷僻，屬於非常重要之概念，困難處在於能否分析該辦法是否符合法律保留原則與授權明確性之關聯。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 8 題：侵益行政、法律保留、授權明確性（相似度 80%） 第 11 題：侵益行政、法律保留、授權明確性（相似度 80%） 2.實例演習系列-行政法實例演習(I)（秦律師）（51ML7009） P.1-79～1-105：法律保留（相似度 90%） 3.重點整理系列-行政法概要（李進增）（51ML0007） P.1-31～1-40：法律保留、授權明確性（相似度 90%） 4.經典試題系列-行政法必備概念建構(上)（植憲）（51ML5010） P.3-7～3-43：法律保留（相似度 90%） 5.法研所歷屆經典試題解析(憲法、行政法)（51MM5603） P.2-1-15～2-1-20：法律保留（相似度 80%） P.2-2-13～2-2-15：授權明確性（相似度 80%） P.2-9-18～2-9-21：法律保留（相似度 80%） 6.律師・司法官歷解題庫研習系列-憲法、行政法（51ML3006） P.93-25～93-26：層級化法律保留（相似度 80%） 7.法觀人第 110 期： P.93～95：大法官會議解釋第 614 號（相似度 60%）

【擬答】

一、法律保留之概念

(一)法律保留概念的發展

所謂的法律保留指行政機關在無法律授權下，則不得為合法之行政行為，行政行為不能以消極的不牴觸法律為已足，更必須有積極的法律依據。過去學理上認為有採全部保留說、侵害保留說的區別。

- 1.全部保留說：不論侵害行政或給付行政，甚至不分私經濟行政或公權力行政，所有行政機關之行為都須以法律明文規定為限。
- 2.侵害保留說：此說則認為唯有在侵害人民權利或增加人民義務之行政行為，方有法律保留之適用，行政機關措施不用一切都必須有法律為依歸。

(二)層級化的法律保留

近年來我國在司法院大法官釋字建構下，發展出所謂的「層級化的法律保留體系」，依據釋字第 443 號解釋法律保留可以分為憲法保留事項、絕對的法律保留、相對的法律保留與非屬法律保留範圍。

1.憲法保留事項

關於人民身體之自由，憲法第八條規定詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制。

2.絕對的法律保留

諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，及請求權消滅時效之規定。

3.相對法律保留

法律直接規範或由法律明文授權依據之行政命令加以規定，其對象包括關係生命身體以外其他自由或權利之限制，以及關於給付行政措施涉及重大公共利益之事項。

4.非屬法律保留事項

屬於執行法律的技術性細節性等次要事項，則不在法律保留範圍內。

二、以概括授權之命令可否作為受益處分廢止之依據

(一)行政程序法中關於受益處分廢止之規定

經營許可屬於一種受益行政處分，因違反水產資源保育辦法之禁止事項而加以廢止，依據行政程序法第 123 條：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：法規准許廢止者。」該辦法雖然屬於此處所稱之法規，但因廢止漁業營業之許可乃屬於嚴重影響人民權利之處分，仍應有法律保留原則之適用。

(二)層級化法律保留與水產資源保育辦法之關係

1.屬於相對法律保留

依據前述層級化法律保留之概念，廢止授予人民利益之行政處分，仍屬於相對法律保留事項，因此必須符合有法律授權行政機關制定命令之規定。

2.授權範圍、目的應具體明確

相對法律保留事項，法律授權行政機關以命令加以補充時，法律的授權應符合具體明確性原則，授權的範圍、目的必須具體明確。除非屬於技術性或細節性的執行法律事項，則可由主管機關直接發布命令為必要之規範。

3.漁業法第 47 條僅概括授權中央主管機關制定水產資源保育辦法，對於授權的目的範圍不具體明確，仍不符合法律保留原則。

(三)據此，主管機關直接利用概括授權所制定的水產資源保育辦法，作為廢止人民漁業營業許可之依據，違反法律保留原則中，相對法律保留事項的授權明確性之規定。

【參考資料】

1.元照出版書籍

吳庚，《行政法之理論與實用》84-85；102-103 頁。

2.月旦法學教室第 49 期：P.45～54：依法行政原則-法律保留原則（李建良）

三、A 駕駛汽車蛇行肇事，經主管機關依道路交通管理處罰條例第 43 條第 1 項規定處二萬四千元之罰鍰，並依同條第 2 項規定予以吊銷駕駛執照之處分，以及依同條第 5 項規定接受道路交通安全講習，請問：

(一)吊銷駕駛執照處分與發給駕駛執照之處分間有何關聯？(10 分)

(二)在本題情形中，主管機關共計作成了那些具有行政罰性質之行政處分？(10 分)

(三)吊銷駕駛執照之處分書中，若出現以下瑕疵，其法律效果為何？

1. 未表明不服行政處分之受理機關。(10 分)

2. 無法從處分書中得知處分機關。(10 分)

命題意旨	受益行政處分的廢止與行政罰之種類、行政處分的瑕疵。
答題關鍵	明瞭受益處分廢止之要件、行政罰的概念與種類、行政處分的做成中所需踐行的程序與記載事項。
考題評析	本題型屬於相當困難之題目，因相關涉及的概念廣泛，從行政處分的廢止到行政罰的種類與概念，乃至於行政處分的瑕疵與記載之錯誤，屬於罕見的高難度題型。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 4 題：行政罰，由一事不二罰原則分析處分之間關係（相似度 90%） 第 7 題：教示瑕疵（相似度 90%） 2.司法三等考場特刊 第 2 題：行政罰（相似度 50%） 3.重點整理系列-行政法概要（李進增）（51ML0007） P.3-102～3-126：行政罰（相似度 80%） 4.經典試題系列-行政法必備概念建構(中)（植憲）（51ML5011） P.1-117～1-122、1-138：教示瑕疵（相似度 90%） P.6-9～6-52：行政罰（相似度 90%） 5.律師・司法官歷解題庫研習系列-憲法、行政法（51ML3006） P.95-12～95-15：行政罰，由一事不二罰原則分析處分之間關係（相似度 90%）

【擬答】

一、撤銷與發給駕駛執照之關係

(一)發給駕駛執照性質上屬於受益的行政處分，吊銷駕駛執照則是將原受益行政處分的加以廢止，其所廢止之處分即為原所發給之駕駛執照。

(二)依據行政程序法第 123 條規定「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。五、其他為防止或除去對公益之重大危害者。」

(三)因此，吊銷駕駛執照屬於依法規准許廢止發給執照之處分。

二、所謂行政罰乃為維持行政上之秩序，達成國家行政之目的，對違反行政上義務者，所科之制裁因此行政罰又稱為秩序罰。一般行政罰所處罰之對象為人民，依據行政罰法第一條與第二條之規定，行政罰處罰的種類可分為罰鍰及沒入，其他種類的裁罰性不利益處分，裁罰性處分又可分為限制或禁止行為之處分、剝奪或消滅資格權利之處分、影響名譽之處分，以及警告性處分。

(一)對於違規 A 所處之二萬四千元罰鍰，應屬於行政罰性質之行政處分。

(二)吊銷駕照之處分性質上屬於行政機關對於合法授益處分之廢止，雖不屬於裁罰性之處分，僅為不利益處分，仍屬於行政罰性質之行政處分。

(三)對 A 進行安全講習之處罰屬於行政罰中之警告性處分。

因此一共有三個行政罰性質之行政處分。

三、(一)處分上未表明不服行政處分的受理機關是欠缺「教示記載」

1.所謂的教示制度是指，以書面所為的行政處分應記載其為行政處分之意旨，並記載不服行政處分救濟之方法，使人民得知權利救濟之途徑。

2.教示制度亦明文規定於依行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款作為書面行政處分之應記載事項，表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。

3.欠缺教示記載對於原行政處分效力不生影響，依據行政程序法第 99 條將發生受理行政機關的移送義務與視為自始向有管轄權機關聲明不服。

(二)構成行政處分無效的瑕疵的判斷，學理上採用明顯瑕疵說與重大瑕疵說

1.明顯瑕疵是指機關的瑕疵，如同刻在額頭上一般明顯，一望即知為無效。

2.重大瑕疵說則是指以瑕疵是否重大，作為判斷是否無效的依據。

3.我國法制上採用重大明顯瑕疵說，欠缺記載作成處分之機關，屬於重大明顯的瑕疵，依行政程序法第 111 條第 1 款之規定，不能由書面處分中得知處分機關者，屬於無效之行政處分。

4.無效之行政處分之效力，我國通說採用為自始、當然、確定無效。不需行政機關依職權宣告無效或依當事人申請宣告失效，自始當然確定不生效力。

【參考資料】

1.元照出版書籍

吳庚，《行政法之理論與實用》482-483；396；593-595 頁。

2.月旦法學教室

第 49 期：P22～23：行政罰與比例原則（黃俊杰）

第 45 期：P47～58：行政處分之方式要件及程序要件（洪家殷）

3.月旦法學雜誌第 141 期：P62～79：行政罰裁罰標準之規則，適用與司法審查（蔡進良）