

## 108 年警大研究所警察法學考前猜題

高見公職 警察圓夢諮詢中心

徐強老師 1080426

- 一、警員 A 巡邏時發現竊車慣犯且通緝中之 B，喝令 B 下車，但 B 非但拒不下車還倒車又往前衝，警員 A 立刻對空鳴槍後制止無效，即朝 B 腿上近距離開射三槍，造成十個傷口，導致失血過多死亡。試問，警員 A 使用槍械時機、方式及結果是否合法？該警察人員與其服務機關依法應如何處理相關補(賠)償事宜？
- 二、甲違序行為依社會秩序維護法第 84 條法定罰為 9 千元，惟甲財力雄厚，警察機關可否依行政法裁罰 2 萬元？



## 中央警察大學法律研究所行政法考前猜題

- 一、行政機關行使裁量權時，應受那些基本原則之限制？行政機關行使裁量權所做成之個案處置結果，是否應受司法審查？行政裁量之瑕疵有那些類型？試舉我國現行法律規定與司法院大法官解釋說明論述之。

參考擬答：

### (一) 行政裁量之體系定位及其重要性

1. 行政行為遵循「依法行政原則」，接受法律之拘束，但亦仍具有形成之自由，此由「不確定法律概念」及「行政裁量」兩個概念，即保留了行政得自行判斷及形成的活動空間。
2. 為使法律相對正確地（即妥當性）適用於個案，立法中常有授權行政機關為裁量之規定，使行政機關得在具體個案之法律適用中，實現立法目的。並使抽象性規範的適用，亦得獲致「個案正義」的滿足。又法律授權行政為裁量時，法律之拘束雖較為寬鬆，然仍應遵循法律授權之目的，及有關之法律界限。

### (二) 行政裁量應遵循之基本原則

行政機關行使裁量權限，雖得為自由之判斷，但仍需遵守「法律優越原則」（行政程序法第四條）。其所作之個別判斷，特別應避免違反「平等原則」、「比例原則」、「誠實信用原則」及「信賴保護原則」：

#### 1. 行政裁量應遵守「平等原則」：

由於「行政行為非有正當理由，不得為差別待遇」（行政程序法第6條參照），因此，行政機關在行使裁量權時，不得「無正當理由」的違反其長期一貫之行政慣例或內部之行政規則，否則，基於「行政之自我拘束」，該行政裁量仍有違法之嫌。

#### 2. 行政裁量亦應遵守「比例原則」：

「比例原則」又稱為「禁止過度原則」，係國家公權力為達成某特定目的，要求其所採行之手段，需合乎比例的原則。行政程序法將「比例原則」之三項主要內容（「適合性」、「必要性」及「狹義比例原則」）明定於該法第七條中。本質上，要求「合義務之裁量」與「比例原則」，皆有選擇、衡量之性質。然仍應注意的是，二者選擇之性質重點仍有不同。裁量選擇之重點係「選擇最適當者為之」，而「比例原則」則係「選擇侵害最小者為之」。

#### 3. 行政裁量尚應遵守「誠實信用原則」及「信賴保護原則」：

「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」（行政程序

法第八條)，故行政機關在行使裁量權時自應加以注意，不得違反。

(三) 行政裁量僅於「裁量瑕疵」之情形受司法審查

1. 行政裁量應否受法院之審查？其審查之範圍如何？早年曾有激烈之爭論。然目前在理論上較趨於一致。亦即，除因「裁量瑕疵」之情形，已影響裁量處分之「合法性」外，其餘部分，行政法院均不予審查（行政訴訟法第四條第一項）。
2. 其理由在於，法律既然許可行政機關有選擇或判斷之自由，則其所作成之處置，在法律上之評價均屬相同，僅發生「適當與否」的問題，而不構成「違法」之問題。而行政法院僅得作「適法性與否」的判斷，自不宜在「裁量瑕疵」以外之情形，審查行政機關如何決定始更符合行政目的，否則無異以行政法院取代行政機關行使裁量權限，則又豈能在權力分立面前站得住腳。
3. 司法審查並不包括屬行政體系之救濟程序，例如：訴願程序。蓋受理訴願機關為上級行政機關，自得審查行政處分之「合法性」及「合目的性」（訴願法第一條第一項）。

二、某地方政府於辦理道路改善工程時，未經徵收程序，即將 A 之土地開闢為道路之一部。請問 A 應如何循救濟途徑主張其權利？

參考擬答：

- (一) 依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定，人民與中央或地方行政機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。對照行政訴訟法第 4、5 條規定，可知行政訴訟法係依行政行為是否為行政處分為基準，劃分應使用之訴訟種類。詳言之，若係爭行政行為屬行政處分，則當事人對之不服者，應視情形分別提起課予義務訴訟或撤銷訴訟；反之，若行政行為非行政處分者，則應提起一般給付之訴。
- (二) 承上，當事人得提起一般給付之訴，請求法院判令行政機關作成「行政處分以外」之其他公法上給付，包含金錢給付、作為或不作為（包含預防性不作為訴訟）請求等事實行為。一般給付訴訟稱為「一般」，係與課予義務訴訟作為「特別給付訴訟」相對稱。又一般給付訴訟原告不限於人民，被告不限於行政機關，且無須經訴願先行程序。
- (三) 依題示，地方政府未經徵收程序，亦即尚未作成徵收處分，而逕將 A 之土地闢為道路，侵害 A 之權利。此時，A 應提起何種爭訟類型謀求救濟，涉及地方政府所為行

政行為性質為何之問題，檢討如下：

1. 按地方政府將 A 之土地闢為道路之行為，對 A 並無規制效力，換言之，並未對外發生法律效果，故該行為並非行政處分，而為行政事實行為。因此，A 應依行政訴訟法第 8 條規定，請求法院判令地方政府停止開闢土地、並回復土地原狀。
2. 綜上，A 應提起一般給付之訴，主張其權利，無須先行經訴願程序。

三、請分別說明「行政委託」及「行政助手」之定義及其區別；（15 分）並附理由說明：接受臺北市停車管理工程處委託，從事路邊停車開單事務的民間業者，是「受委託行使公權力的私人」或是「行政助手」？（10 分）

參考擬答：

（一）「行政委託」與「行政助手」之定義與區別說明如下：

#### 1. 行政委託之定義

- （1）按行政程序法第 16 條第 1 項規定，行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。此即學理上所謂「行政委託」，又稱為「公權力委託」。
- （2）次按行政程序法第 2 條第 3 項規定，受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。亦即在行政委託之情形，行政機關係將其一部分之法定權限移轉至受託第三人，故該受託第三人於受託範圍內即得以自己名義對外為行政行為。

#### 2. 行政助手之定義：

所謂「行政助手」，係指私人非以自己名義對外行使公權力，並於行使職務時受國家監督命令而不具有獨立性。由於行政助手僅為輔助行政機關行使公權力之工具，學理上亦稱之為「行政輔助人」。

#### 3. 兩者之區別

- （1）得否以自己名義對外行使公權力

按行政程序法第 2 條第 3 項規定，受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關；次按同條第 2 項規定，本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。綜上可知，行政受託人得以自己名義對外行使公權力；反之行政程序法對於行政助手之情形

即無類似規定，故其不得以自己名義對外行使公權力。

(2) 於行政爭訟程序中是否具有當事人能力

行政受託人得以自己名義對外行使公權力，故行政訴訟法第 25 條規定：「人民與受委託行使公權力之團體或個人，因受託事件涉訟者，以受託之團體或個人為被告。」，明文肯認行政受託人於行政訴訟程序中得作為被告、具有當事人能力；反之，由於行政助手僅為輔助行政機關行使職權之工具，不得以自己名義對外行使公權力，性質上應屬所行政有機，關「重手足製之延必伸」究，故！而當人民與之產生爭訟時，仍應以行政機關為被告而不得以行政助手作為訴訟當事人。

(二) 題示之情形應屬於「行政助手」

民間業者接受台北市停車管理工程處委託從事路邊開單，性質上為「受託行使公權力之私人」抑或「行政助手」，關鍵即在於該民間業者是否以自己名義開立罰單，由於該罰單仍係以台北市政府之名義所開立，該民間業者僅為非獨立行使職權、協助完成公共任務之「行政助手」。

四、 主管機關遲遲未就被都市計畫列為道路預定地的土地，開闢為公用道路，其土地沿線居民是否有權主張主管機關怠於執行職務，請求國家賠償？

參考擬答：

土地沿線居民有無權利主張國家賠償，論述如下：

(一) 本案屬於公務員消極不作為之情形

按國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，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。」本文中，主管機關遲遲未就被都市計畫列為道路預定之土地，開闢為公用道路，屬於「公務員怠於執行職務」（消極不作為）之情形，故而本文中沿線居民得否請求國家賠償，關鍵即在於主管機關之怠於執行職務是否具有「不法性」，合先敘明。



(二) 本中公務員怠於執行職務是否具有不法性之判斷

1. 關於公務員於個案中之怠於執行職務是否具有不法性，依據釋字第 469 號解釋所提出之判斷標準：「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且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負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟」，此即保護規範理論。
2. 就公務員怠於執行職務是否具有不法性，其判斷層次如下：
  - (1) 行政機關負有應執行之職務義務，且該職務義務具有「第三人關聯性」，又所謂第三人關聯性係指該職務義務並非僅為公共利益而存在，而是兼有保障可得特定人權益之目的，其判斷標準即為釋字第 469 號所提出之「保護規範理論」。
  - (2) 未執行該職務上之義務。
  - (3) 行政機關之不作為已逾越行政裁量權合理行使之範圍，例如，在個案中衡量受侵

害法益之重要性、危險發生之急迫性等，是否構成「裁量收縮」之情事，限縮行政機關之裁量權限。

(三) 綜上所述，依照都市計畫規範之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果與社會發展等綜合觀察，其應具有保護沿線居民之意旨，且都市計畫涉及人民財產權、居住遷徙自由與生存權等重要基本權，主管機關遲未執行其法定職務，已逾越其裁量權合理行使之範圍，具有不法性，從而本案中土地沿線居民有權主張國家賠償。

五、 甲正在興建新屋之工地遭他人亂倒垃圾，甲卻收到當地環保機關公函要求：第一為甲須繳納一定之金額；第二為命甲在文到 10 日內將垃圾清除完畢；第三為若甲不依限清除，將由主管機關僱工代為清除，費用由甲負擔。試問此公函三項內容之法律性質為何？甲若不服，應如何提起救濟？

參考擬答：

(一) 命甲繳納一定金額應屬行政罰

1. 題示之第一項要求係屬行政罰性質之行政處分

本題課予人民一定之金錢給付義務，乃係環保機關單方面對甲作成具有法律效果之行政行為，性質上屬行政程序法第 92 條第 1 項所稱之行政處分無疑。惟課與人民一定金錢給付義務之行政處分種類繁多，罰金、怠金乃至特別公課均屬之，故仍須進一步判斷其性質。

2. 題示之第一項內容，係針對過去義務之違反所為之制裁，應屬於行政罰，而查本件金錢給付義務之課予，乃肇因於環保機關發現甲所有之土地上有傾倒廢棄物之情形，屬於違反廢棄物清理法「所有人負有清除土地或建物之廢棄物」之行政法上義務，而環保機關針對該義務之違反對義務人甲所為之制裁性行政處分，性質上應屬「行政罰」無疑。

(二) 題示之內容關於命甲在 10 日內將垃圾清除完畢係屬行政執行法上之「告戒」

1. 告戒程序之規定與意義

按行政執行法（下稱本法）第 27 條第 1 項之規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之」，即為「告戒」程序，其目

的在強調法律明確性及提高執行效率，使義務人重視處分書或限期履行書之法律效力。

## 2. 系爭第二項要求屬於告戒程序

本件甲所被課予之義務是於 10 日內清除完畢之義務，屬於因受到行政處分而負有之作為義務，意即限定甲於 10 日之相當期間履行函文中所賦予之清除義務，處分書第三點更清楚記載若「未於期限內清除，將由行政機關代履行」，據此，系爭第二項要求，其性質除係行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分外，更係本法第 27 條第 1 項之告戒程序。

### (三) 若甲不依限清除將由主管機關僱工代為清除係為「代履行」

#### 1. 代履行之規定與意義

代履行乃係針對可替代之義務，由行政機關委託他人代為履行該義務，並由義務人負擔費用之謂，透過此間接強制方法，達到督促行為人迅速完成行政執行之目的，此見於本法第 28 條第 1 項明文規定，代履行屬「間接強制」執行方法之一，而其具體之內容則規見於同法第 29 條第 1 項：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。」同條第 2 項則規定代履行之費用，由義務人負擔之。

#### 2. 系爭第三項要求係屬代履行

甲所負有之義務，乃係依據函文之期限清除廢棄物之行政法上義務，係屬行為義務，而此行為義務可由他人代為履行完成行政目的，故而環保機關乃透過本法第 29 條第 1 項之規定，在第三項要求中載明，倘若甲未遵限清除，將雇用他人代為清除，且該費用由甲負擔之，符合本法第 29 條第 1 項之「代履行」之要件，應屬「代履行」。

六、 甲公司欲於 A 市某地申請開發興建大型購物中心，經 A 市建築主管機關依法定程序審查後，發函甲公司，其函文意旨：「台端建築執照申請案，依法應經環境影響評估審查通過後，始能發給建築許可，敬請諒察。」請就該函文之法律性質及其法律效果，以及甲公司得否對之提起行政救濟，分別詳述之。



參考擬答：

系爭函文應屬行政處分，甲能對此提起訴願與行政訴訟，論述如下：

- (一) 按本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，行政程序法第 92 條第 1 項定有明文。所謂行政處分，據此，行政機關之行為若具備公權力之行使、行政機關之行為、法效性、外部性、個別性及單方性之六要素時，即為行政處分。
- (二) 本件 A 市建築管理機關為行政機關無疑，而其對甲發出系爭函文，乃係依據建管法規等公法而居於高權主體地位所為之公權力行政，又係對外對甲所發出，非停留於機關之內部，且對象為特定之甲，效力亦屬一次完結非反覆發生，另行為之內容，亦由該建管機關所片面形成，亦非甲所得置喙，故具外部性、個別性以及單方性無疑。惟較有疑義者，觀諸本件系爭函文內容之記載，似僅係說明甲所申請之建築執照案，應先經環境影響評估通過，才能由 A 市建管機關核發該執照，請甲諒察，而此項敘述是否具備法效性？
- (三) 所謂法律效果之判斷，指對於人民是否產生權利義務上之變動，而對於是否有產生權利義務上之變動，傳統學說認為，應依系爭函文之記載是否有准駁之意思為斷，另亦有學說認為應以是否具規制目的性，即依處分機關之主觀意願為斷，又有認為應依規制之客觀效果來判斷是否影響人民之權利義務者，實務上則以大法官解釋第 423 號意旨揭示之「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異」判斷之，是以倘行政機關以通知書之名義製作，但其內容卻直接影響人民權利義務關係，且實際上會對外發生法效者，如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願等救濟教示，而認其非為行政處分，顯有侵害人民訴願及訴訟救濟之權利，自有牴觸憲法第 16 條保障人民訴願及訴訟權利之規定。
- (四) 題示之函文記載「台端建築執照申請案，依法應經環境影響評估審查通過後，始能發給建築許可，敬請諒察」，從文義觀之，並未有明顯對甲之申請為有所准駁之表示，未有法效果之發生應認屬事實通知，惟細究其文字內容，最終仍否准甲之建照申請而未發給，故為貫徹人救濟權利之保障，系爭函文應認為實質上駁回甲建照之申請，而屬否准之行政處分。
- (五) 按「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」、次按「人民因中央或地

方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」訴願法第 1 條第 1 項及行政訴訟法第 5 條第 2 項分別定有明文。據此規定，人民若向行政機關申請作成行政處分，而遭該管機關予以拒絕者，即得依上開規定循序提起拒為處分訴願及訴訟，以為救濟。

(六) 本件情形中，甲依法向 A 市建管機關申請核發建築執照，即依法向 A 市建管機關申請作成一行政處分(即建築執照)無疑，然遭 A 市建管機關以系爭函文予以拒絕核發，從而甲若不服，即應依前開訴願法及行政訴訟法之相關規定，提起拒為處分訴願及拒為處分訴訟，以資救濟。

七、 甲規劃於其座落臺北市住宅區之自有住宅設立益智類電子遊戲場，經辦妥商業登記後，向臺北市政府申請核發電子遊戲場業營業級別證及其他相關登記事項，臺北市政府審核後，發給營利事業登記證及普通級之電子遊戲場業營業級別證。但考量附近居民之夜間安寧，雖電子遊戲場業管理條例並未規定，仍於登記證上附記「營業時間不得超過夜間 12 時」。

試問：關於上開「營業時間不得超過夜間 12 時」之附記，甲如有不服，如何救濟？

參考擬答：

(一) 行政處分附款之種類：

按所謂「行政處分之附款」，係指行政機關針對行政處分之主要內容所為之附加規定而言。至於行政處分附款之種類，則有：期限、條件、負擔、廢止保留與負擔保留等五種，茲分述如下：

1. 期限：所謂「期限」，係指行政處分之效力繫於特定時點之開始或結束，或存續於特定期間而言。期限所取決者，為一必然到來之時點。於期限中，使行政處分之效力因特定時點之到來而發生者，稱為始期；使行政處分之效力因特定時點之到來而消滅者，稱為終期；同時具有始期與終期者，則稱為期間。
2. 條件：所謂「條件」，係指行政處分效力之發生或消滅，繫於未來是否發生或如何發生之不確定之特定事實而言。條件所取決者，係一到來與否並不確定之事實。於條件中，使行政處分之效力因條件成就而發生效力者，稱為停止條件；使行政處分之效力因條件成就而喪失效力者，稱為解除條件。

3. 負擔：所謂「負擔」，係指行政機關在授益處分中附加於主要內容之外而對相對人所設定之作為、不作為或容忍義務而言。就負擔之本質而言，原非不可單獨地以行政處分之型態表現，但為了補充或限制授益處分主要內容而附隨於授益處分，故成為行政處分之附款。
4. 廢止保留：所謂「廢止保留」，係指行政機關於所作成之行政處分中，附有保留未來可能廢止行政處分之表示而言。因行政處分之消滅係繫於將來行政機關行使廢止權與否之不確定事實，故廢止保留性質上為一種特殊之解除條件。
5. 負擔保留：所謂「負擔保留」，係指行政機關於所作成之行政處分中，附有保留事後附加、變更或補充負擔之權限之表示而言。

## (二) 行政處分附款之救濟：

### 1. 期限、條件與廢止保留：

期限或條件均係對行政處分之主內容在時間上予以限制，本身並無實質之規制內容。此外，因廢止保留性質上為一種特殊之解除條件，故亦係對行政處分之主內容在時間上予以限制，本身並無實質之規制內容。所以，期限、條件與廢止保留之性質亦非行政處分，僅係行政處分之一部。也因此，人民如有不服此類附款，則應提起課予義務訴願與課予義務訴訟請求救濟。

### 2. 負擔與負擔保留：

由於行政處分之每個概念特徵，負擔都樣樣具備，所以負擔本身應屬一個獨立之行政處分。此外，負擔保留減弱行政處分之存續力，不利於行政處分之相對人；另一方面，負擔保留本身並非行政處分所不可分割之部分。因此，負擔保留應屬行政處分。也因此，人民如有不服此類附款，則應提起撤銷訴願與撤銷訴訟請求救濟。

八、 A 醫師因執行業務違背醫學倫理，經主管機關移付醫師懲戒委員會懲戒，醫師懲戒委員會決議將 A 予以停業三個月之處分，A 不服醫師懲戒委員會決議，遂向醫師懲戒覆審委員會請求覆審亦遭到駁回。請問：

- (一) 醫師懲戒委員會及醫師懲戒覆審委員會決議之法律性質為何？
- (二) A 主張醫師懲戒委員會未依醫師法第 25 條之 2 第 2 項規定，給予其答辯及陳述意見之機會，請問此一程序瑕疵對醫師懲戒委員會之決議有何影響？

參考擬答：

A 醫師違反醫學倫理，主管機關移送醫師懲戒委員會，並對 A 醫師停業三個月之處分，以下茲依行政程序法第 2 條、92 條及第 102 條、行政罰法 42 條規定，分述如下：

(一) 醫師懲戒委員會及覆審委員會決議之法律性質

1. 我國法對於專門職業及技術人員之管制，多有設置懲戒規定，如醫師、律師及會計師，其中依照司法院釋字第 295 號解釋理由書，「財政部依會計師法規定，設置會計師懲戒委員會及懲戒覆審委員會。會計師懲戒委員會因財政部交付懲戒而對會計師所為之懲戒決議，係行政處分，被懲戒之會計師有所不服，對之聲請覆審，實質上與訴願相當。」
2. 依題示，醫師懲戒委員會，係由醫學、法學專家及社會公正人士所組成，其所作之決議是針對違反醫學倫理義務之人所為之裁罰性不利處分。醫師受到醫師懲戒委員會之裁處決議後，得向醫師覆審委員會提起「覆審」之救濟，其性質係醫師不服懲戒之行政處分後向覆審委員會提起之行政爭訟，性質上相當於訴願之決議，該醫師不服覆審之決議，得提起行政訴訟之救濟。

(二) 懲戒委員會未予陳述意見之法律效果

1. 依行政程序法第 102 條及行政罰法第 42 條規定：行政機關於裁處前，應給予受處罰者陳述意見之機會。但有下列情形之一者，不在此限：
  - (1) 已依行政程序法第 39 條規定，通知受處罰者陳述意見。
  - (2) 已依職權或依第 43 條規定，舉行聽證。
  - (3) 大量作成同種類之裁處。
  - (4) 情況急迫，如給予陳述意見之機關，顯然違背公益。
  - (5) 受法定期間之限制，如給予陳述意見之機會，顯然不能遵行。
  - (6) 裁處所根據之事實，客觀上明白足以確認。
  - (7) 法律有特別規定
2. 未予陳述意見的法律效力  
關於行政處分未予當事人「陳述意見之機會」，行政程序法第 114 條第 1 項第 3



款雖謂：「應給予當事人陳述意見之機會已於事後給與者」，得因及時「補行陳述」，而「補正」。

3. 是倘若醫師懲戒委員會未給予 A 充分陳述機會，應依照前開法條規定給予 A 事後陳述之機會，惟本題中，醫師法第 25 條之 2 第 2 項前段已明定「醫師懲戒委員會應將移付懲戒事件，通知被付懲戒之醫師，並限其於通知送達之翌日起二十日內提出答辯或於指定期日到會陳述」，明白課予醫師懲戒委員會通知當事人陳述意見、答辯之義務，而屬於正當法律程序之落實，亦屬前開行政程序法、行政罰法之特別規定，故參酌司法院釋字第 491、709 號解釋正當行政程序憲法化之精神，足可認為醫師懲戒委員會未通知當事人陳述意見、答辯，應已足令原處分違法而得撤銷。是以，本件 A 並無陳述意見及答辯，該懲戒決定即屬違法。

九、郵政法第 6 條第 1 項「除中華郵政公司及受其委託者外，無論何人，不得以遞送信函、明信片或其他具有通信性質之文件為營業。」第 40 條「有下列情形之一者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，並通知其停止該等行為；未停止者，得按次連續處罰：一、違反第六條第一項規定，以遞送信函、明信片或其他具有通信性質文件為營業者……。」

甲公司（登記營業項目：倉儲業）於 104 年 4 月 1 日、5 月 1 日分別遭查獲遞送信函、繳費通知單等營業行為，違反郵政法之規定，經交通部於 104 年 6 月 1 日依郵政法第 40 條第 1 款分別處以罰鍰新臺幣 10 萬元（簡稱 A 處分及 B 處分）。104 年 7 月 1 日甲公司再被查獲從事遞送信函之營業行為，交通部以其屢犯不改，從重處罰鍰新臺幣 20 萬元及命令停業（簡稱 C 處分）。請從行政法理與司法實務見解，論述「按次連續處罰」之適法要件，並分析 A、B、C 三個處分之適法性。

參考擬答：

一、「按次連續處罰」之適法要件，由行政法理與司法實務見解分析之：

1. 甲說：行政強制執行說

按連續處罰之目的，旨在藉由不斷之處罰，迫使行為人履行其公法上義務，如改善違法之狀態，故其重點應非在對過去義務違反之制裁，而是針對將來義務知履行所為之督促方法，在性質上應較接近於執行罰，則應符合行政執行法之相關規定。

2. 乙說：行政秩序罰說

按連續處罰之規定見於法典的罰則章節，自應屬秩序罰之性質。再者怠金之連續科處，本無待法律規定，相反地，行政機關如欲為連續裁罰，必須有法律明文規定始



可，故法規中的連續處罰規定應視為行政秩序罰，進而適用行政罰法之相關規定。

3. 實務採乙說：

司法院大法官第 604 號解釋理由書意旨：「立法者對於違規事實一直存在之行為，如考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時除去該違規事實外，並得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，即每舉發一次，即認定有一次違反行政法上義務之行為發生而有一次違規行為，因而對於違規事實繼續之行為，為連續舉發者，即認定有多次違反行政法上義務之行為發生而有多次違規行為，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無抵觸。」

4. 管見亦採乙說，歸納上開行政法理與司法實務見解，其適法要件如下：立法者須得以法律規定行政機關執法人員得以按次連續處罰。

(1) 行政機關執法人員按次連續處罰，應符合行政罰之規定。

(2) 按次連續處罰仍須符合憲法第二十三條之比例原則及法律授權明確性原則：

- A. 每次查獲既然各別構成一次違規行為，則連續舉發之間隔期間是否過密，以致多次處罰是否過當，仍須審酌是否符合憲法上之比例原則，且授權主管機關應將連續舉發之條件及前後舉發之間隔及期間以命令為明確之規範。
- B. 行政機關如適用按次連續處罰之規定，而於罰鍰處分書僅記載裁處前任意部分時段之違規行為，使「時段」在行政機關具體實施之管制行為外，構成另一種任意區隔連續違規行為次數之標準，致行政機關「按次連續」裁處罰鍰之處分書未記載部分時段之裁處前違規行為，可能成為另一次罰鍰處分之違規事實，而行為人則在法律以行政機關之具體裁處行為所區隔之一次違規行為之範圍內，有受重複處罰之虞，此即與按次連續處罰之立法本旨不符而於法有違，最高行政法院 98 年 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議意旨參照。
- C. A、B 處分雖有郵政法第 40 條作為「按次連續處罰」之依據，惟參酌前開最高行政法院實務見解，本件中，A、B 兩處分係交通部於 104 年 6 月所為，針對 104 年 4 月、5 月兩個「時段」之違規行為分別所為，以「時段」為任意區隔連續違規行為次數，進而決定裁罰次數之標準，與按次連續處罰之立法本旨不符而於法有違，交通部僅能就甲公司 104 年 4

月 1 日、5 月 1 日之違規行為，為一次處分始為適法。至於 C 處分則係交通部針對甲公司 104 年 7 月 1 日所為違法行為之處罰，核係前次處罰後之新違規事實，且裁罰金額亦未逾越裁權之範圍，復無其他裁量瑕疵事由，應屬適法。



一、甲涉犯多起詐欺案已數月，然經警方掌握消息，持檢察官核發之拘票於機場予以拘提，警方在警局詢問時有踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項告知義務，案件移送至檢察官後，甲要求檢察官為其指定辯護人進行協助，檢察官不允，詢問過程中，甲之妻子為甲選任之辯護人律師丙到庭要求與甲接見，檢察官亦不允，並以偵查不公開為由，要求律師丙離開偵查庭，檢察官於訊問後依法向法院聲請羈押：

- (一) 檢察官拒絕為甲指定辯護人是否合法？
- (二) 檢察官拒絕律師丙與甲接見是否合法？
- (三) 檢察官要求律師丙離開偵查庭是否合法？
- (四) 檢察官聲請法院羈押後，律師丙有無閱卷之權利？
- (五) 倘若檢察官偵查後，予以起訴，甲自認清白，未選任辯護人而打算自行為自己辯護，請問甲有無向法院閱卷之權利？

依釋字第 654 號解釋，刑事被告受律師協助之權利為憲法§16 訴訟權及§8 正當法律程序之要求，以確保公平審判，故被告受律師協助之權利確屬憲法保障之範疇，閱卷權利亦同，本題涉及指定辯護範圍、接見通信權範圍、偵查不公開要求及閱卷權範圍，詳述如下：

(一) 檢察官拒絕為甲指定辯護人，合法：

1. 依§31 V 之規定，被告或犯罪嫌疑人因精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中經檢察官訊問而未選任辯護人，在原則上應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。
2. 然甲並非精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述，亦不具原住民身分，檢察官並無義務依§31 V 為其指定辯護人，故檢察官拒絕為甲指定辯護人，應屬合法。

(二) 檢察官拒絕律師丙與甲接見，不合法：

1. 依§34 II 之規定，辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，非但不得禁止，也不得予以限制，此時被告往往處於最需要接受協助的狀態，自有必要由辯護人協助以確保其防禦權。
2. 故檢察官拒絕律師丙與甲接見，違反§34 II 之規定，不合法。

(三) 檢察官要求律師丙離開偵查庭，不合法：

1. 依§245II 之規定，被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之，此即「在場權」。
2. 律師丙並無§245II 所定得限制或禁止其在場之事由，其應得行使在場權，檢察官要求律師丙離開偵查庭，應認不合法。

(四)依據新修正施行之§33-1之規定，律師丙在偵查中之羈押審查階段具有閱卷權：

1. 釋字第 737 號解釋認為，偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由，且此為憲法第 8 條正當法定程序及第 16 條訴訟權所保障之要求，學說上有稱為「羈押理由之開示」，合先敘明。
2. 依新修正施行之§33-1 將上開要求付諸明文，明定辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物 並得抄錄或攝影；而再依新修正施行之§93 II 及 V 之規定，檢察官聲請羈押應以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與羈押之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，而法院並應於訊問前付予被告及其辯護人聲請書之繕本。
3. 綜上，律師丙於羈押審查程序具有閱卷權。

(五)甲在審判中應有閱卷權：

1. 依現§33 II 之規定，被告於審判中有辯護人者，並無閱卷權；無辯護人之被告僅得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。
2. 然上開規定，釋字第 762 解釋認為，妨害被告防禦權之有效行使，而與憲法第 16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符。
3. 108 年 2 月 25 日修正法院辦理刑事被告聲請付與卷宗證物影本作業要點，允許被告於審判中提出聲請狀(作業要點§2)，聲請付與卷宗及證物影本(包括翻拍證物之照片、複製電磁紀錄及電子卷證等複本)。
4. 綜上，雖刑事訴訟法尚未修法，然甲現於審判中應有閱卷權。

為有效保障被告之主體地位以及防禦權利，應落實保障其律師協助權以及閱卷權，如此使彌補被告與檢察官實力不對等之情況，並能維護公平審判之要求。

## 108 年警大研究所考試刑法考猜

### 一、累犯規定之違憲探討(考相非常高)

#### 解釋字號

釋字第 775 號【累犯加重本刑及更定其刑案】

#### 解釋公布院令

中華民國 108 年 02 月 22 日 院台大二字第 1080005122 號

#### 解釋爭點

- 一、刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分，是否違反憲法一行為不二罰原則？又其一律加重本刑，是否違反憲法罪刑相當原則？
- 二、刑法第 48 條前段及刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑部分，是否違反憲法一事不再理原則？

#### 解釋文

刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」與憲法一事不再理原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

刑法第 48 條前段規定既經本解釋宣告失其效力，刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」應即併同失效。

#### 理由書

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號及第 669 號解釋參照）。

又有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則（本院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋參照），立法機關衡量其所欲



維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。

一、系爭規定一不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟其不分情節，一律加重最低本刑，致個案過苛部分，不符憲法罪刑相當原則及比例原則

刑法於中華民國 24 年 1 月 1 日制定公布（自同年 7 月 1 日施行）時，其第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，5 年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」立法理由係以：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」（修訂法律館編輯，法律草案彙編（二），62 年 6 月臺一版，第 29 頁參照）。嗣於 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行，成為系爭規定一，明定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」除修正累犯要件之再犯限於故意犯者外，其餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」（立法院公報第 94 卷第 5 期，第 237 頁參照）姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。

依上開系爭規定一法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5 年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。

惟系爭規定一不分情節，一律加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

二、系爭規定二不符憲法一事不再理原則，應失其效力；系爭規定三因此失所依附。法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守（本院釋字第 574 號、第 589 號及第 629 號解釋參照）。另依憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須正當，始符正當法律程序之要求。刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第 271 號解釋參照），是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。

系爭規定二明定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」於裁判確定後，原裁判科刑程序業已終結，再依系爭規定二重複進行同一犯罪行為之科刑程序，其目的僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益，顯違憲法之一事不再理原則，應自本解釋公布之日起失其效力。

系爭規定二既經本解釋宣告失其效力，系爭規定三明定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」應即併同失效。

### 三、科刑資料之調查與辯論

對累犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第 288 條第 4 項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第 289 條第 3 項參照），對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。相關機關應依本解釋意旨儘速修法，以符憲法保障人權之意旨，併此指明。

### 四、不受理部分

有關聲請人蘇品睿，據臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 1062 號確定終局判決，聲請解釋刑法第 77 條第 1 項、第 2 項、行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項及刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項規定部分，聲請意旨僅係爭執法院認事用法之當否，並未於客觀上具體敘明刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項規定究有何違反憲法而侵害其基本權利之處。其餘規定均未為確定終局判決所適用，自不得以之為聲請解釋之客體。

有關聲請人王志成，據臺灣高等法院臺南分院 103 年度聲字第 562 號刑事裁定，聲請解釋系爭規定一部分，查聲請人未對上開裁定依法提起抗告，未盡審級救濟途徑，上開裁定並非確定終局裁判，自不得據以聲請解釋憲法。其另據最高法院 107 年度台非字第 186 號確定終局判決，聲請解釋刑法第 77 條第 2 項第 2 款及第 79 條之 1 第 2 項規定部分，均未為確定終局判決所適用，自不得以之為聲請解釋之客體。