

《行政法概要與刑事訴訟法概要》

試題評析	第一題：考點在於行政處分之要件，所涉及之條文為行政程序法第 92 條。 第二題：考點在於法規命令與行政規則之區別，所涉及之條文為行政程序法第 150 條、第 159 條。 第三題：可說幾近於送分程度的命題，傳聞法則一直是老師上課所強調的絕對重點，而且本題基本上，只要將熟悉法條，即可獲得不錯分數，若能再進一步加以闡釋，必可獲致高分。
高分閱讀	第一題：徐政大，高普考行政法講義第四回，P3。 第二題：徐政大，高普考行政法講義第五回，P.22~24。 第三題：錢律師，刑事訴訟法講義，第三回，P.46~65。

甲、申論題部分：(50分)

一、「行政處分」之構成要件為何？按入出國及移民法第38條第1項規定有「外國人受驅逐出國處分，非予收容，顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容」，若該署依此規定對外國人為「收容」之決定，其法律性質是否為「行政處分」？請分別依其構成要件說明之。(13分)

【擬答】

(一)行政處分之要件：

行政程序法第 92 條第 1 項規定：「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。」準此以解，行政處分所必須具備之要素計有：行為、行政機關、公權力、單方性、個別性與法效性，茲分述如下：

1.行為：

行政處分要素中之「行為」，乃指行政處分係行政機關在公法上之意思表示。行政程序法第 92 條第 1 項所規定之「決定或其他公權力措施」，即指出行政處分係以意思表示為要素之行政行為。

2.行政機關：

按所謂：「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（參行政程序法第 2 條第 2 項）。此係就功能上之觀點而定義行政機關，而與組織上之觀點無涉。申言之，凡組織上具有獨立性，並受託付而執行行政任務之機關，均為行政機關。至於該機關於組織上是否隸屬行政系統，則在所不問。

3.公權力：

又所謂：「公權力」，係指行政處分乃行政機關依據行政法所做成之規制措施。此乃有別於行政機關所為之私法上行為與憲法上行為。

4.單方性：

行政處分之「單方性」要素，係指行政處分為行政機關之單方規制措施。換言之，行政處分係行政機關以設定、變更、廢棄或確認行政法上之權利或義務為目的，所為之單方面具有法律拘束力之意思表示。單方性之要素即構成行政處分與行政契約之關鍵區別。

5.個別性：

行政處分係規制個別事件。申言之，行政處分係對於特定人或可得特定之人所為之一次性規定。而行政處分與行政命令之區別，則係取決於個別性要素。

6.法效性：

行政處分要素中之「法效性」，乃指行政處分係直接對外發生法律效果而言。亦即：行政機關之規制措施必須超出行政內部，而對外界之人民或組織體直接產生行政法上權利或義務之設定、變更、廢棄或確認之效力。

(二)收容之法律性質：

入出國及移民署具有單獨之法定地位，故屬行政機關；它所為之收容決定，因係單方面依據入出國及移民法而對特定之外國人，作成之具有一次性規範效力之限制人身自由之決定，故法律性質係屬行政處分。

【版權所有，重製必究！】

二、請說明「法規命令」與「行政規則」之差異何在？又行政規則是否具有外部效力？請分別說明之。
(12分)

【擬答】

(一)法規命令與行政規則之區別：

關於法規命令與行政規則制之區別，茲分述如下：

1.法律授權：

法規命令因係以規定人民權利義務之外部事項為內容，故應有法律之明確授權；行政規則以規範行政體系之內部事項為內容，故不須有法律之明確授權，行政機關得依職權制定。

2.規範對象：

法規命令係以人民作為規範對象(參第 150 條第 1 項)，行政規則乃以本機關下級機關與屬官作為規範對象(參第 159 條第 1 項)。

3.規範效力：

法規命令係直接對外發生規範效力，行政規則以對內發生規範效力為原則，但於解釋性或裁量性之行政規則，則例外地發生間接對外效力。

4.訂定程序：

法規命令於訂定後必須對外發布，始生效力，並以刊登於政府公報或新聞紙作為發布之方式(參第 157 條第 3 項)，行政規則應下達下級機關或屬官(參第 160 條第 1 項)。此外，如行政機關訂定解釋性或裁量性之行政規則，則應由其首長簽署，並登載於政府公報發布之。

5.國會監督：

法規命令於訂定後必須送立法機關而接受審查，行政規則理論上不需送立法機關審查，但實務上因中央法規標準法第 7 條與立法院職權行使法第 60 條第 1 項而使行政規則亦須送立法機關而接受審查。

(二)行政規則之外部效力：

所謂「行政規則之外部化效力」，係指行政規則因經由行政機關之反覆適用，而間接地對於外部之人民產生效力而言。至於行政規則外部化效力之理論基礎，則來自行政自我拘束說。其謂，行政規則係經由行政實務及平等原則而對行政機關產生自我拘束，因而使行政規則具有間接對外之效力。換言之，行政規則經由行政機關之反覆地適用而建立規律之行政慣例，並與憲法上之平等原則結合，使得行政機關日後對於相同之事物，必須依該行政慣例而為相同之處理，不同之事務，則應為異於該行政慣例之合理差別待遇。

三、請依我國刑事訴訟法第159條規定，簡要說明何謂傳聞證據？(10分)另請依我國刑事訴訟法第159條之1到159條之5相關規定，任舉出3項傳聞證據例外可以被採為審判上證據使用的情形，並請簡要說明之。(15分)

【擬答】

(一)傳聞證據之意涵：

1.依刑事訴訟法第 159 條規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」該規定中，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，此即傳聞證據。

2.最高法院 93 年台非字第 117 號判決，對於傳聞證據之意涵則有進一步之闡述，認為傳聞證據應符合以下三個要件：

(1)審判外陳述。

(2)被告以外之人陳述。

(3)舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性。

(二)傳聞證據之例外：

1.司法警察人員面前所製成之陳述筆錄：

(1)第 159 之 3 條規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」

(2)對於上開條文之闡釋，可參最高法院 98 台上 7015 決：刑事訴訟法第 159 條之 3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人於審判中無法到庭或雖到庭而無法

陳述或無正當理由拒絕陳述之情形下，承認該等審判外之陳述，於具備「絕對的特別可信情況」與「使用證據之必要性」要件時，得為證據之規定…至「所在不明」，則指非因國家機關之疏失，於透過一定之法律程序或使用通常可能之方式為調查，仍不能判明其所在之情形。又此之「絕對的特別可信情況」，係指陳述時之外部客觀情況值得信用保證者而言，解釋上可參考外國立法例上構成傳聞例外之規定，如出於當場印象之立即陳述（自然之發言）、相信自己即將死亡（即臨終前）所為之陳述及違反己身利益之陳述等例為之審酌判斷，與同法第 159 條之 2 規定之「相對的特別可信情況」，須比較審判中與審判外調查時陳述之外部狀況，判斷何者較為可信之情形不同，更與供述證據以具備任意性之要件始得為證據之情形無涉。

2. 特信性文書：

(1) 依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，除前 3 條之情形外，下列文書亦得為證據：

- 一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。
- 二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。
- 三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。

(2) 學說及實務上認為，上揭特信性文書須為例行性、經常性文書，始足為傳聞之例外。

3. 審判外不一致陳述之例外：

(1) 第 159 條之 2 規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」

(2) 對於上揭條文中必要性之判斷，可參最高法院 95 年台上 4414 判決，「此之『必要性』要件，必須該陳述之重要待證事實部分，與審判中之陳述有所不符，包括審判中改稱忘記、不知道等雖非完全相異，但實質內容已有不符者在內，且該審判外之陳述，必為證明犯罪之待證事實存在或不存在所不可或缺，二者兼備，始足當之。故此所謂『為證明犯罪事實存否所必要者』，既必須達不可或缺之程度，自係指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言」。

乙、測驗題部分：(50 分)

代號：5601

(一) 本測驗試題為單一選擇題，請選出一個正確或最適當的答案，複選作答者，該題不予計分。

(二) 共 25 題，每題 2 分，須用 2B 鉛筆在試卡上依題號清楚劃記，於本試題或申論試卷上作答者，不予計分。

- D 1 行政程序法規定，行政處分之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯。主要係基於：
(A) 比例原則 (B) 誠實信用原則 (C) 信賴保護原則 (D) 禁止不當連結原則
- B 2 行政罰法第 20 條規定，為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。以下關於此處追繳之敘述，何者正確？
(A) 屬於行政處罰之一種 (B) 為行政處分 (C) 屬於行政強制執行 (D) 屬於公法請求權之行使
- B 3 關於交通主管機關透過設置之自動照相設備拍攝超速或闖紅燈之違規車輛的行為屬性，下列敘述何者錯誤？
(A) 事實行為 (B) 行政處分 (C) 蒐證行為 (D) 尚不生法律效果
- D 4 某公務人員已具備法定退休資格與條件，不料其所提出之退休申請，卻遭機關拒絕，復審亦未獲得救濟，如果要提起行政訴訟，應該選擇下列何種訴訟類型，最為有利？
(A) 撤銷訴訟 (B) 一般給付訴訟 (C) 確認訴訟 (D) 課予義務訴訟
- C 5 交通警察拖吊違規停放車輛之行為，係屬於下列何者？
(A) 行政處罰 (B) 行政指導 (C) 行政強制執行 (D) 行政計畫
- B 6 依據行政執行法第 36 條、第 37 條規定，行政機關為避免急迫危險，得對於特定人為管束之即時強制處置，但前提係受管束之人出現例如瘋狂或酗酒泥醉之情形，非管束不能救護其生命、身體之危險，及預防他人生命、身體之危險。前開規定主要係屬下列何種法律原則之具體化？
(A) 誠實信用原則 (B) 比例原則 (C) 禁止不當連結原則 (D) 處罰法定原則
- D 7 關於行政程序法第 16 條所規定之委託私人行使公權力，下列相關敘述何者錯誤？
(A) 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，並得以獨立名義對外行使公權力
(B) 行政機關得依法規，透過行政處分之作成或行政契約之締結，將其權限之一部分委託私人行使
(C) 委託私人行使公權力若遇有訴願時，受委託之私人為原處分機關，委託機關為受理訴願機關
(D) 委託私人行使公權力若遇有國家賠償之情形，以受委託之私人為國家賠償義務機關
- B 8 關於法律保留原則之內涵與適用，下列相關敘述何者錯誤？
(A) 法律保留原則係屬憲法位階的法規範
(B) 法律保留原則只適用在公權力對於人民自由或權利造成限制或侵害之情形
(C) 授予人民權利或利益之事項，於符合重要性理論之要求時，亦應受到法律保留原則之拘束
(D) 政府機關發布「出國旅遊安全資訊」之行為，在欠缺法律或法規命令之規定作為依據時，亦得為之

- A 9 主管觀光旅遊事項之行政機關發布訊息告知民眾，亞洲某國家首都適逢連日嚴重水患侵襲，民生物資與對外交通亦受到衝擊，目前應盡可能避免前往當地，以確保人身安全。此一訊息發布行為，在行政法上係屬：
(A)行政指導 (B)行政處分 (C)行政命令 (D)行政契約
- C 10 行政程序法上有關授予利益之違法行政處分之撤銷，下列相關敘述何者錯誤？
(A)無論法定救濟期間是否經過，原處分機關或上級機關原則上皆得為維護公益而依職權為全部或一部之撤銷
(B)違法行政處分之撤銷若對公益有重大危害時，則不得撤銷
(C)授予利益之違法行政處分縱使對於受益人產生值得保護之信賴利益，但基於維護公益之目的，原處分機關或上級機關仍得撤銷該違法行政處分，而無須進行利益衡量
(D)違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力。但為維護公益或為避免受益人財產上之損失，為撤銷之機關得另定失其效力之日期
- B 11 某汽車駕駛人因嚴重之交通違規而被主管機關吊銷駕照，係屬於下列何者？
(A)行政處分之撤銷 (B)行政處分之廢止 (C)行政處分之中止 (D)行政處分之凍結
- C 12 下列行政行為中，何者非屬行政罰？
(A)勒令歇業 (B)罰鍰 (C)酒測 (D)吊銷駕駛執照
- D 13 交通部中央氣象局對外提供天氣預報之訊息，係屬於下列何者？
(A)締結行政契約 (B)發布法規命令 (C)作成行政處分 (D)實施行政指導
- A 14 甲於偵查中遭羈押，後經檢察官對甲之該案為不起訴處分，此時對仍在羈押之甲該如何處置？
(A)視為撤銷該羈押，檢察官應將甲釋放 (B)甲應聲請法院撤銷羈押，獲准後立即釋放
(C)視為停止羈押，法院應立即釋放甲 (D)等該不起訴處分確定後，檢察官應將甲釋放
- C 15 警察逮捕通緝犯甲後，沒有搜索票即強行搜索甲身上之背包，試問關於此行為之描述，下列何者正確？
(A)違法，因為沒有取得搜索票 (B)違法，因為未取得甲之同意
(C)合法，法律允許警察得附帶搜索甲之背包 (D)合法，警察對於搜索本有逕行決定權
- B 16 法院對於由檢察官起訴無管轄權之案件，除應諭知管轄錯誤之判決外，並應為下述何項處理？
(A)退回檢察官命補正 (B)諭知移送於管轄法院
(C)移送於上級法院決定管轄法院 (D)停止審判
- C 17 下列何者不屬於法定之準備程序得處理之事項？
(A)案件及證據之重要爭點整理 (B)有關證據能力之意見
(C)可為證據文書之朗讀，進行本案之調查 (D)證據調查之範圍、次序及方法
- D 18 下列何者屬於司法警察（官）得依職權進行之措施？
(A)羈押被告 (B)勘驗犯罪現場
(C)強制採取犯罪嫌疑人體內分泌物進行化驗 (D)封鎖犯罪現場後即時勘查
- B 19 甲犯竊盜罪先經桃園地檢署向桃園地院起訴，後因同一案件又由臺北地檢署向臺北地院起訴。試問本案原則上該由何法院審判？
(A)臺北地院 (B)桃園地院
(C)兩法院協調後決定審判法院 (D)由高等法院裁定指定審判法院
- C 20 檢察官駁回告訴人聲請之保全處分，告訴人對此不服時，可採取之法律途徑是何者？
(A)向上級檢察機關聲請再議 (B)向所屬法院提起準抗告 (C)向該管法院聲請保全證據 (D)委請律師提起自訴
- D 21 張三在新北市犯下列何罪，其第一審管轄權屬於臺灣高等法院？
(A)對於執行職務之公務員施強暴脅迫致死罪 (B)強盜殺人罪
(C)擄人勒贖故意殺人罪 (D)普通內亂罪
- C 22 告訴人對於遭駁回之再議向法院聲請交付審判，當法院為交付審判之裁定時，發生何種法律效果？
(A)原公訴案件轉為自訴案件處理 (B)由裁定法院之上級法院審理
(C)視為該案件已提起公訴 (D)檢察官應對該案件重新偵查
- A 23 內政部入出國及移民署專勤隊隊員甲於查察非法僱用大陸地區人民從事陪酒行為時，於雇主事務所內順手打開抽屜，發現改造之槍枝，乃予扣押，經鑑定具有殺傷力，檢察官因而據以起訴。法院於審理時，雇主主張該改造槍枝乃非法搜索所得之證物。法院關於該改造槍枝是否具有證據能力之判斷，下列敘述何者為是？
(A)應審酌隊員之查獲槍枝行為是否重大侵害被告人權
(B)應審酌被告是否聲明異議，若無，則具有證據能力
(C)因違法搜索所得證物絕對無證據能力，故應直接認定該改造槍枝無證據能力
(D)因持有改造槍枝嚴重危害治安，故應直接認定具有證據能力
- C 24 內政部入出國及移民署專勤隊隊員王五於處理有關違反人口販運防治法案件時，逕行拘提犯罪嫌疑人甲，並隨即進行偵訊。甲不願回答，並揚言待其辯護人乙到達後再說。乙抵達偵訊處所後，甲與乙在偵訊過程中依法不得主張之事項為何？
(A)甲不願回答有關對其不利之詢問 (B)甲要求與乙先行溝通
(C)乙在偵訊現場與甲商量一小時後要求延長時間 (D)乙在偵訊現場表示對甲有利之意見
- B 25 內政部入出國及移民署專勤隊隊員於查察非法僱用大陸地區人民案件時，於專勤隊內取得雇主之自白筆錄，但雇主於法院審理時翻供，稱該筆錄乃隊員自行製作並因自己受脅迫不得已而簽字。有關該自白筆錄是否具有證據能力之問題，下列所述何者為真？
(A)若雇主無法證明隊員脅迫，則應認其具有證據能力
(B)法院應勘驗專勤隊所移送偵訊時之錄音錄影等證據調查後，決定是否具有證據能力
(C)該筆錄為傳聞證據，不具證據能力
(D)為防止刑求逼供，法院應逕行認定自白筆錄不具證據能力

【版權所有，重製必究！】