

《行政法與強制執行法》

一、針對行政機關消極的不作成行政處分或事實行為，相對人民如何提起訴願、行政訴訟或國家賠償，各有那些要件，分別說明之。(二十五分)

命題意旨	本題主要為傳統行政救濟程序的申論題考法，雖說不難，但其實範圍很大，除在有限時間完成作答外，亦須條理分明。
答題關鍵	注意釋四六九所揭示權利保護規範理論及各行行政爭訟程序及國家賠償要件。
參考資料	吳庚，行政法理論與實用，增訂8版。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-行政法〈II〉〈黃律師〉〈L245〉(相似度80%) P.7-27~28：怠為處分訴願 P.7-142~143：怠為處分訴訟 P.7-143~144：一般給付訴訟 P.8-29~44：公務員違法執行職務之國賠責任 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L306〉(相似度80%) P.88-7~10：公務員怠於執行職務之國賠責任 P.86-24~26：公務員怠於執行職務之國賠責任 P.84-7~9：公務員怠於執行職務之國賠責任 3.厚本講義第二回(相似度80%) P.21：怠為處分訴願 P.105：怠為處分訴訟 P.107：一般給付訴訟 P.218-230：公務員違法執行職務之國賠責任

【擬答】

(一)行政機關原則上有依法行政之義務，包括積極與消極兩大面向，惟在行政事務之多樣化及專業化之情況下，行政機關對其事務仍有裁量空間及判斷餘地之適用。故針對行政機關的消極不作成行政處分或事實行為(下簡稱：消極不作為)，相對人民如何提起訴願、行政訴訟或國家賠償，實須具備一定法律上要件，才可作為公法上請求權基礎，以對抗國家之消極不作為。

(二)承上，相對人民欲對國家之消極不作為行使行政爭訟或國家賠償之請求時，必須下列要件：

- 1.行政機關裁量權限收縮至零，即行政機關有作為義務。此時判斷標準，學說上以被害法益的種類、具體危險的急迫性、危險發生之預見可能性、損害結果迴避可能性及規制權限發動之期待可能性為判斷標準。
- 2.人民有公法上請求權。依釋字四六九號解釋所闡釋的保護規範理論來看，除法律明文規定保護人民之權利外，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，則個人亦有公法上請求權。

(三)據此，相對人民針對行政機關消極不作為，在符合上述二要件後，如行政機關消極不作成行政處分或事實行為，視其有無涉及行政處分之作成而有不同程序：

1.消極不作成行政處分：

- (1)如行政機關消極不作成行政處分，則人民可依訴願法§2 規定提起課予義務訴願。
- (2)如訴願提起後，仍未獲救濟，則於接獲訴願決定後三十日內，依行政訴訟法§5 第一項提課予義務訴訟。
- (3)在第一次權利救濟仍無法達到人民權利救濟目的時，則可依國賠法§2 第二項後：「……公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者……」提起國家賠償訴訟。惟應符合下述要件：①公務員行使公權力②公務員有故意或過失③行為違法④被違反法規具保障特定人意旨⑤公務員無裁量權或收縮至零。

2.消極不作成事實行為：

因其未涉及行政處分之作成，故無須經過訴願程序，故在符合上述二要件後，人民可依行政訴訟法§8，對行政機關提起一般給付之訴，請求行政機關為一定之作為。

如在第一次權利救濟仍無法達到救濟目的時，人民亦可依國家賠償法§2 第二項後，提起救濟，要件亦如上述。

二、甲所有之房屋出租予乙開設「禮品商店」，其房屋之合法使用用途為「店鋪、住宅」，民國九十二年一月，經丙縣聯合查報小組當場查獲該禮品商店內擺設三十四台電子遊戲機，違規經營「電子遊戲場業」。丙縣政府爰依建築法第七十三條後段及同法第九十條第一項之規定，處新台幣三十萬元之罰鍰並勒令停止使用，請



問：(二十五分)

(一)丙縣政府應處罰甲或乙，理由何在？

(二)若處分確定後，受處分者拒不配合，行政機關應如何強制執行？

附：建築法第七十三條後段：「非經領得變更使用執照，不得變更其使用。」建築法第九十條第一項：「違反第七十三條後段規定擅自變更使用者，處建築物所有權人或使用人新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用。」(九十年十一月十四日修正公布)

命題意旨	本題主要考點在於行政罰對象應如何解釋及行政執行上程序相關規定。
答題關鍵	1.掌握題目所給的建築法條文搭配釋 275 作解釋。 2.行政執行法相關條文之適用。
參考資料	1.吳庚，行政法理論與實用，增訂 8 版。 2.行政法厚本 (L356211A1) P419~P443。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-行政法〈II〉〈黃律師〉〈L245〉，P.5-54~59：直接強制（相似度 70%） 2. 2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L306〉，P.89-18~19：直接強制（相似度 70%）

【擬答】

(一)

- 依建築法§73 條後段規定：「非經領得變更使用執照，不得變更使用」違反效果，則依同法§90 第一項之規定，可處建築物所有權人或使用人新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用。可知處罰之對象包括所有人或使用人，惟參考本條意旨，其處罰目的在於行政行為義務上之違反，故重點在於違反行政義務之行為為誰，而非所有權人為誰。故建築法§90 第一項規定處罰對象是所有人「或」使用人，其規範「所有人」目的在於如所有人明知或可得而知卻不阻止，則此消極行為亦與積極違反行為發生同等評價，故亦在處罰之列。惟依釋 275 解釋可知，行政法上之禁止義務，原則上採推定過失，故甲必須對自己無故意過失負舉證之責，才可免責。
- 故本題中，甲將所有之房屋出租予乙開設「禮品商店」，其房屋之合法使用用途為「店舖、住宅」，但乙卻違反約定開設電子遊戲場，於民國 92 年 1 月，經丙縣政府之聯合查報小組當場查獲，故依建築法§73 後段之規定，甲、乙在未變更使用執照前，不得變更使用，否則依同法§90 第一項，丙縣政府可對甲或乙處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用。惟甲雖依釋 275 解釋之意旨被推定不行為有過失，但其仍可舉證免責。

(二)

- 若處分確定後，而受處分者拒不配合時，因本處分之執行名義屬行政法上 行為或不行為義務之執行情況，故依行政執行法§27 之規定，丙縣政府必須經於處分書或另以書面限定相當期限履行（告戒程序），此告戒書面須載明不依限履行時將予強制執行之意旨。
- 如經告戒後，受處分人仍不履行時，丙縣政府可依行政執行法§28 所定間接強制執行或直接強制執行方法對受處分人執行之。惟依行政執行法§32 規定可知，必須經間接強制不能達成執行目的，或因情況急迫，如不及時執行，顯難達成執行目的時，執行機關得依直接強制方法執行之。此即所謂間接強制優先原則，也是比例原則具體化規定。

三、依中央行政機關組織基準法第三十七條之規定：「為執行特定公共事務，於國家及地方自治團體以外，得設具公法性質之行政法人，……。」請附具理由回答以下問題：(二十五分)

(一)「公法性質之行政法人」之實質內涵及其設立之法理基礎為何？

(二)行政院推動所屬合適機關行政法人化，可能會衍生現職人員權益爭議問題，現行公務人員保障法及公務人員協會法所提供之權益保障途徑是否足夠？

命題意旨	本題為出題方向主要在最近政府組織走向的時事題，行政法人具體內涵及所帶來現行公務員法上相關問題，亦是討論重點。
答題關鍵	1.行政法人定義及法理描述根據。 2.針對公務人員保障法及公務人員協會法所提供保障途徑不足之處加以批評。
參考資料	1.林明鏘，公務員法。 2.吳庚，行政法理論與實用，增訂 8 版。
高分閱讀	1.2004 法學熱門大事紀，P.71：行政法人化與行政效能 2.高點重點整理系列-行政法〈II〉〈黃律師〉〈L245〉，P.6-47~62：行政法人之建制至與現職人員權益之處理（相似度 80%）

【擬答】

(一)公法性質之行政法人：

1.實質內涵：



所謂行政法人，係指國家及地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關為執行特定公共任務，依法律設立具人事及財務自主性之公法人。其主要目的在於提昇政府的競爭力，故以推動組織改革方式，以求達到反映社會多元利益之高度專業、技術性需求。

2. 法理基礎：

按法律保留在我國實務現實運作下，組織法領域方面之法律保留密度高於行為法領域，此大致上可歸因於中央法規標準法§5 第三款之規定：「左列事項應以法律定之：三、關於國家各機關之組織者。」此一制度下，引起學者批評立法過度干預行政組織自主權。故在憲法增修條文§3 第三項、第四項規定明示放寬中央法規標準法§5 第三款之規定，機關組織法律保留應以準則性規定為原則，並容許行政機關依業務及事務需要再自行決定其組織型態。而中央行政機關組織基準法§37 之規定可謂已對行政組織鬆綁作一歷史性推進，但何謂特定公共事務，依學者見解大致可有下列三類：

- (1) 本質上不涉及公權力色彩，故無交由國家經營之必要。
- (2) 適合企業化經營，但又具一定管制色彩。
- (3) 反應社會多元利益，且有高度專業需求。

(二)

1. 傳統公務人員被定義為行政主體構成員之地位，故其不只身分上附屬於行政機關，且更對行政機關無主張基本權利之餘地，但從釋字 187、243、298...491 等號解釋以來，大法官漸承認公務員仍有主張基本權利之情況，惟其有公益色彩，故可以法律對其權利特別限制，故有「特別法律關係」發展。

2. 故根據近來大法官解釋意旨，相關公務員權益保障規定如下：

(1) 現行公務人員保障法針對公務人員權益的保障途徑主要分為針對行政處分所造成侵害所提起復審程序，及針對服務機關所提供之工作條件及所為管理行為之不當所提起之申訴、再申訴途徑。對於復審決定不服可逕提行政訴訟而不須再提訴願程序，但對再申訴決定不服，則全部程序終了，無法再予以救濟。但復審所謂行政處分，實務及學說大多根據釋字 298 號意旨作為判斷，即對公務員身分變更或對其有重大影響之事項之情況，據此，公務員對其權益能爭訟之事項仍有限。

(2) 公務人員協會法針對公務人員權益的保障途徑：

① 依公務人員協會法§7 之規定「公務人員協會對於下列事項，得提出協商：

- 一、辦公環境之改善。
- 二、行政管理。
- 三、服勤之方式及起訖時間。

有下列各款情形之一者，不得提出協商：

- 一、法律已有明文規定者。
- 二、依法得提起申訴、復審、訴願、行政訴訟之事項。
- 三、為公務人員個人權益事項者。
- 四、與國防、安全、警政、獄政、消防及災害防救等事項相關者。」

② 故可知公務人員協會法相較於公務人員保障法權益救濟之規定毋寧只有補充性，且其得協商事項亦只限於行政管理及其相關事項，僅類似公務人員保障法之申訴標的。公務人員協會法其保障範圍相較之下較小於公務人員保障法。

(* 公務人員對§7 事項提協商

- 協商不成，§31 聲請調解
- 調解不成，§38 爭議裁決之申請
- §44，爭議裁決決定，不得聲明不服)

③ 由此可知公務人員保障法及公務人員協會法對於公務人員權益之救濟，大多仍有過去特別權力關係底下色彩，雖非完全不能主張基本權，但在法律特別關係下，其救濟仍有限。

④ 故行政院推動所屬合適機關行政法人化之情形下因其要求專業與效率，故必定在人事、財務等各方面必須要保有一定自主空間，而現行行政組織雖有鬆綁化傾向，但因其內部人員仍是公務人員，故傳統權利救濟不足情形仍會繼續發酵。據此，如不全盤改進，行政法人化仍無法達到「專業」、「效率」、「分工」、「獨立」之要求，反而在權責不符下，使行政法人下公務員無法得到充分救濟。

四、甲簽發面額分別為新台幣（下同）一百萬元、二百萬元、三百萬元之本票三張，依序持向乙、丙、丁借款，其中丁要求擔保，甲乃將所有土地一筆設定三百萬元抵押權與丁。嗣上開本票分別到期，甲均無法付款清償。乙乃訴請甲清償借款，取得勝訴之確定判決。而丙行使追索權，聲請裁定強制執行。丁則未取得任何執行名義。茲丙聲請法院就甲所有前開土地查封拍賣，於民國九十三年七月九日以五百五十萬元拍定，乙、丁均於該日聲明參與分配。試析論下列各問題：（二十五分）

(一) 乙、丁均於同日聲明參與分配，二者法律效果有何不同？

(二) 設拍定人未如期繳納價金，執行法院再行拍賣，於九十三年八月九日再以五百五十萬元拍定，第二次拍



定人如期繳納價金，則前開(一)之結論是否相同？

命題意旨	本題為傳統的實務見解題，與之相關有 74 年律師考題關於參與分配債權人適格問題之再延伸，本題係屬難度較高的考題，提醒同學一定要引以辦理強制執行應行注意事項第 19 點的規定，方能獲取高分。
答題關鍵	1.參與分配之適格債權人與時間之限制。 2.聲明參與分配與強制參與分配之不同。 3.拍定人原繳足價金致再拍賣之性質。 4.實務上最重要之「辦理強制執行應行注意事項」與八十五年修正強制執行法修法理由。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-強制執行法〈王律師、呂律師〉〈L255〉，P.3-219~223：擔保物權之債權人，其參與分配之時期不受到強執 §32 I 之限制、拍定人未繳納價金，再行拍賣之處理。)(相似度 90%) 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L307〉，P.73-1~2：擔保物權之債權人，其參與分配之時期不受到強執 §32 I 之限制(相似度 90%) 3.厚本講義，P.361~365：參與分配之時期

【擬答】

(一)乙、丁雖均於同日聲明參與分配，然法律效果不同，其中最大不同之處在於丁可因參與分配而獲得清償債權之效果，乙則依法不得就本次土地拍賣參與分配。

1.乙、丁均得聲明參與分配，縱丁未取得任何執行名義亦然。

按我國強制執行法雖有採「執行名義執行原則」，然關於「參與分配」之立法例，由於在「擔保物權」之部分係採「塗銷主義」為原則，「承受主義」為例外（強制執行法九十八條參照），故對標的物有「擔保物權」之債權人，縱未取得執行名義，我國強制執行法第三十四條亦為「強制」參與分配之規定，而有異於一般債權人須「聲請」方得參與分配之情形。故「辦理強制執行應行注意事項」第十九(一)規定，參與分配之債權人除有「執行名義者」外，尚包括「依法對於執行標的物有擔保物權」之債權人。

2.聲明參與分配，須受強制執行法第三十二條時間點之限制。而強制參與分配者，因係法院依職權所為，故係受強制執行法第三十四條之限制。

(1)關於「參與分配」之最後聲請時間點，通說皆認為須在標的物执行程序終結前為之，惟何謂「執行終結前」，民國 85 年強制執行法修法前迭有爭論，85 年修正強制執行法第三十二條第一項已明文規定，若該標的物係經拍賣者，須在拍賣程序終結前一日前聲請參與分配，方係合法。

(2)今乙雖為有「執行名義」之債權人，惟合法聲請參與分配之最後時間點，本應最遲在 93 年 7 月 8 日為聲請，惟卻於 93 年 7 月 9 日方為聲請，則既已逾最後合法聲請時間點，執行法院自不得為允准參與分配。

而丁因係本次拍賣土地之抵押權人，則執行法院係依據強制執行法第三十四條依職權為參與分配，故縱丁聲請逾期，惟若丁無強制執行法第三十四條第四項之情形，丁依然可對該土地進行參與分配之程序。

(3)辦理強制執行應行注意事項第十九(五)，即規定「本法第三十四條第二項規定之債權人，其參與分配，不受本法第三十二條第一項規定之限定」，即係表示如本題丁縱逾期聲請參與分配，亦不受影響。

小結：丁可參與分配，乙不可參與分配。

(二)本題因執行法院再行拍賣，致迄 93.8.9 執行之拍賣程序方終結，故與(一)不同之處在於乙、丁之聲明參與分配均係合法，故乙、丁均可參與分配，惟丁有優先受償之權。

1.首應說明者在於，過去實務上關於拍賣物經拍定後原拍定人若未繳足價金，究應如何處理，學說上迭有爭論，故民國八十五年修正強制執行法第六十八條之二即規定「拍定人未繳足價金者，執行法院應再拍賣」，依通說與實務之見解該「再拍賣」乃係原拍賣程序之續行，則既拍賣程序未終結，有權參與分配之債權人自得聲明參與分配。

2.今如題示，拍定人未如期繳納價金，執行法院再行拍賣，於九十三年八月九日方拍定，則乙、丁係於九十三年七月九日聲明參與分配，依據強制執行法第三十二條之規定自係合法，故乙、丁均得參與分配。

3.惟應注意者在於丁係該拍賣土地之抵押權人，故拍賣定之五百五十萬元中，三百萬受抵押權效力所及者，丁優先受償。至於所剩之二百五十萬元次由乙、丙依據 1 比 2 之比例（因一百萬與二百萬債權平均受償）分別為清償之分配。

小結：乙、丁均可參與分配，但丁可優先受償，剩餘部分再由乙、丙平均分配。

