

《行政法與強制執行法》

一、甲（人民）就土地塗銷登記事宜向乙（縣政府）陳情，經乙函復謂：「…台端如認該項登記有無效或得撤銷之原因，仍請向法院為塗銷登記之請求，俟獲有勝訴判決後再據以辦理」等語。

請問：乙函復之性質為何？若甲認為乙函復違法，有無主張權利保護之途徑？（25 分）

命題意旨	本題主要測試同學對於「行政處分」、「觀念通知」及「課予義務訴訟」之適用。
答題關鍵	第一小題主要測試同學對於「行政處分」及「觀念通知」之區別，答案並無定見，重點是應提出其區分標準並加以適用；第二小題則測試同學對於「課予義務訴訟」之運用是否熟稔，又不論第一小題之答案為「行政處分」或「觀念通知」，由於當事人之訴訟目的，係「請求另為塗銷登記之行政處分」，故不影響第二題小題之結論。
高分閱讀	艾台大，行政法總複習講義（一），頁 3、10、48。 艾台大，行政法講義（三），頁 17-24。

【擬答】

（一）縣政府函復之法律性質

- 按行政程序法第 92 條第 1 項，關於行政處分之概念要素，可大別為：(1)行政機關之行爲。(2)公法行爲。(3)直接發生法律效果的行爲。(4)單方行爲。(5)外部行爲。(6)針對特定具體事件的行爲。然就本題而言，特值深究者為：系爭乙函復是否屬「直接發生法律效果的行爲」，合先敘明。
- 承上，行政處分既為「直接發生法律效果的行爲」，亦即具有「法效性」，則其必然對於當事人之權利或義務產生規制作用，或發生、變更、消滅一定之法律關係，或對法律關係有所確認。又所謂法律效果發生與否之判斷，應就行政機關表示於外部之客觀意思予以認定，不因用語、形式而異其結果（詳參釋字第 423 號）。此一特徵，主要是與不發生法律效果之「事實行爲」相區別。而在事實行爲中，與行政處分特徵相近而實不同者，乃所謂「觀念通知」，此類行爲雖含有「知之表示」要素，但僅為行政機關將某一事件之真相及處理經過通知當事人，因未損及當事人權益，故不具規制作用。
- 是就本題而言，甲係為土地塗銷登記事宜向縣政府陳情，核其目的，似為請求縣政府塗銷土地登記事宜，而縣政府之回函謂：「請向法院為塗銷登記之請求，俟獲有勝訴判決後再據以辦理」，亦即函請甲逕向法院辦理。對此，實務上向來認為，此種情形僅係縣政府將系爭事件之管轄機關通知當事人，未損及當事人權益，故為「觀念通知」；惟有論者以為，此項函復雖未有拒絕之用語，惟就其實質內容觀之，已屬否准之表示，且因係對系爭事實之管轄問題有所確認，故應屬具有規制性之「行政處分」，而非觀念通知。

（二）甲之權利保護途徑

- 倘若甲認為縣政府函復違法（蓋按行政程序法第 117 條規定，行政機關本得就違法之行政處分主動依職權撤銷，而毋庸待法院撤銷後始得為之。），自得透過行政救濟程序，以維權益。又在法理上，並非人民向行政機關有所請求，行政機關予以拒絕或未予正面回應，即概為拒絕處分或怠為處分。蓋按現行行政訴訟法既已分設「課予義務訴訟」及「一般給付訴訟」之訴訟類型，是人民所請求之事項為行政處分時，其拒絕固可認定為行政處分；惟若人民所請求之事項為事實行爲時，如別無其他足資認定具規制性質之要素時，其拒絕則非行政處分。在前者之情形，當事人應提課予義務訴願及課予義務訴訟；在後者之情形，則應提一般給付訴訟。
- 準此，本件甲之目的既為請求縣政府塗銷土地登記事宜，亦即「請求另為塗銷登記之行政處分」，而縣政府之回函，衡諸上開說明，自為否准之行政處分，嗣甲若有不服，自得按訴願法第 1 條之規定，於系爭函復達到之次日起 30 日內（訴願法第 14 條第 1 項），向中央主管部、會等機關（訴願法第 4 條第 3 款）提起「課予義務訴願」；倘遭駁回後，另得按行政訴訟法第 5 條第 2 項之規定，於訴願決定書送達後 2 個月之不變期間內（類推適用行政訴訟法第 106 條第 1 項），向乙縣政府所在地的高等行政法院（行政訴訟法第 13 條）提起「課予義務訴訟」。至於甲提起本件課予義務訴願及課予義務訴訟，其請求是否有理由，則屬



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

另一問題，併此指明。

二、商業登記法第 31 條規定：「未經設立登記而以商業名義經營業務或為其他法律行為者，商業所在地主管機關應命行為人限期辦妥登記；屆期未辦妥者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。」

試問：第一次處罰之「罰鍰」，與其後之「按次連續處罰」，其性質有無不同？（25 分）

命題意旨	本題主要測試同學對於「行政罰」及「行政執行」之區分。
答題關鍵	「按次連續處罰」之法律性質，學說上雖有多種不同之見解，但考試仍應儘量化繁為簡，專注於討論「行政執行說」及「行政罰說」之差異，才容易綱舉目張地拿到高分。
高分閱讀	艾台大，行政法總複習講義（一），頁 34、41-43。 艾台大，行政法講義（五），頁 95-97、151-152。

【擬答】

（一）第一次「罰鍰處分」之法律性質

1. 按行政機關基於維持行政秩序之目的，對於過去違反行政法上義務者，所施以刑罰以外之處罰，資為制裁，一般稱之為「行政（秩序）罰」，其處罰種類繁多，依行政罰法第 1 條及第 2 條之規定，計有「罰鍰」、「沒入」或「其他種類之裁罰性不利處分」（如「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」及「警告性處分」），其中又以罰鍰為最主要之型態且最經常被行使。
2. 又罰鍰處分一般係由行政機關單方作成，且係針對相對人之具體違法事件，發生處罰效果之公權力措施，故性質上仍為一種「行政處分」（行政程序法第 92 條第 1 項）；另由於罰鍰處分如同刑罰上之罰金，皆是以使相對人之財產受有不利益，作為制裁之內容，故屬一種「不利處分（或稱「負擔處分」）」。基此，除非行政罰法有特別之規定，否則罰鍰處分仍得適用行政程序法中關於「行政處分」之相關規定（行政程序法第 92 條至第 134 條）。

（二）「按次連續處罰」之法律性質

1. 按在我國現行法上，經常可見有連續處罰之規定，此種處罰方式往往被當作行政罰之一種手段，尤其針對違法狀態不改善之行為，企圖藉由此種不斷增加之處罰，達到促使相對人改善之目的。然而，由於連續處罰具不斷累積之特性，對人民之權益影響重大，且其是否有違「一行為不二罰原則」（詳參釋字第 503 號）？以及以此種制裁方式，作為促使相對人改善之手段，是否已混淆了行政罰與行政執行之界限？均有究明之必要。

2. 「行政執行」說

對此，一般以為，現行法規之連續處罰規定，其性質應屬「行政執行」。蓋連續處罰之目的，主要在藉由不斷增加之處罰，迫使相對人履行其應盡之義務，並改善其違法行為，是其重點已不在於制裁過去義務之違反，而在於未來義務之履行，惟此種目的之達成，應屬行政執行之範疇，即相當於行政執行法上之「怠金」（行政執行法第 30 條、第 31 條），而非歸於行政罰之領域。又在法理上，行政機關在制裁行為人之違法行為時，應先處以行政罰；若以行為人之違法狀態有改善之必要時，得另為一要求改善之行政處分，進而依行政執行法之相關規定（行政執行法第 27 條至第 35 條），藉由直接或間接執行之方式，使其達到與履行義務之相同狀態，而非假手性質截然不同之行政罰。據此，現行司法實務多數採取此一見解。

3. 「行政罰」說

惟仍有論者以為，雖然連續處罰規定之立法動機，不無強制義務人履行義務之成分，但既然規定為罰鍰，即應依「行政罰」之法理運作（例如行為人應有違章行為能力，及應有故意或過失之責任條件等），而不宜視為行政執行。否則，將嚴重破壞法律制度，過度干涉人民權益，並使行政機關習於怠惰之執法態度。據此，現行行政執行法第 31 條第 2 項，對怠金之告誡設有例外，謂「法律另有規定者，不在此限」，即不無混淆行政罰與行政執行之嫌，實值商榷。



三、甲電視台於晚上八點鐘播出之節目中出現男女擁抱、愛撫、親吻之畫面，國家通訊傳播委員會認為甲違反節目分級規定，乃對甲作成新臺幣 30 萬元之罰鍰處分。甲收受該處分書後深感不服，問：甲應如何提起救濟？（25 分）

命題意旨	本題主要測試同學對於「獨立機關所為處分之訴願管轄」應如何認定。
答題關鍵	本題主要測試同學對於最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議之熟悉度，倘未看過此號決議或未提及此號決議者，亦應由國家通訊傳播委員會此一獨立機關之設置功能或目的著眼，探討其受行政一體原則下之訴願審查現制，於法理上是否妥適，並檢討之。
高分閱讀	艾台大，行政法總複習講義（一），頁 48-55。 艾台大，行政法講義（七），頁 21。

【擬答】

(一)甲應針對罰鍰處分提起「撤銷訴願」

本題中，甲電視台倘不服國家通訊傳播委員會之罰鍰處分，自得按訴願法第 1 條之規定，於系爭罰鍰處分達到之次日起 30 日內（訴願法第 14 條第 1 項）向訴願管轄機關提起「撤銷訴願」，以茲救濟。惟其所提之訴願，究應由行政院或由國家通訊傳播委員會管轄？卻曾引發實務上之爭論，茲說明如下。

(二)由國家通訊傳播委員會管轄

經查，過去實務上，國家通訊傳播委員會曾基於貫徹司法院釋字第 613 號解釋中，有關國家通訊傳播委員會在行政一體原則下，仍有獨立機關地位之意旨，故對於人民不服該會之行政處分所提起之訴願案件，未送由行政院受理訴願，即解釋上類推訴願法第 4 條第 8 款之規定，由國家通訊傳播委員會自行設立訴願委員會，管轄人民之訴願案件。蓋其認為，從國家通訊傳播委員會獨立機關之設置功能或目的著眼，應認現行訴願法對國家通訊傳播委員會獨立機關之訴願案件管轄漏未規定，存在法律漏洞，並基於國家通訊傳播委員會之獨立功能及目的，而認應由國家通訊傳播委員會自行設立訴願委員會，受理訴願案件。

(三)由行政院管轄

1. 行政院訴願委員會得為合法性審查及合目的性審查

惟最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議，則認為按中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定之獨立機關，係指依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關。而同法第 2 條第 1 項規定除國防組織及檢察機關組織法律另有規定者，從其規定外，適用於行政院及其所屬各級機關。故同法第 3 條第 2 款所規定之獨立機關，係指除國防組織及檢察機關組織外之行政院所屬各級機關；國家通訊傳播委員會屬於同法第 3 條第 2 款所規定之獨立機關，但其既非國防組織，亦非檢察機關組織，則其自屬於同法第 2 條第 1 項所指適用同法之行政院所屬各級機關。準此，人民倘不服國家通訊傳播委員會之行政處分者，其他法律無特別規定時，依訴願法第 4 條及第 5 條之規定，應繕具訴願書經由原行政處分機關國家通訊傳播委員會向訴願管轄機關行政院提起訴願，又行政院訴願委員會審議通傳會作成之行政處分，自得如同一般之訴願案件，作合法性審查及合目的性審查。

2. 行政院訴願委員會僅能作合法性審查而不能作合目的性審查

惟亦有論者以為，訴願管轄權係行政機關之管轄權限，屬於法律保留範圍。行政機關就訴願事件有無訴願管轄權，應依其組織法規或其他行政法規之（行政程序法第 11 條第 1 項規定參照）。訴願法第一章第二節「管轄」（第 4 條至第 13 條）係關於訴願事件管轄權之一般性規定，如無其他法律或法規之特別規定，應依該等規定決定訴願事件管轄權之歸屬。倘人民不服國家通訊傳播委員會作成之行政處分提起訴願時，國家通訊傳播委員會組織法及其他法規就其訴願管轄並無特別規定，因國家通訊傳播委員會係行政院所屬之行政機關，其層級相當於部會等之二級機關，依訴願法第 4 條第 7 款規定，應由行政院管轄之。又國家通訊傳播委員會雖屬獨立機關，依中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定，其依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督。惟關於其作成之行政處分之訴願事件，依上開訴願法之規定仍受行政院之訴願管轄監督，準此，上開訴願法之規定，即為中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款所稱之「法律另有規定」。然而，鑒於國家通訊傳播委員會以獨立機關方式設立，係為避免監督通訊傳播媒體之行政權之行使，受到政治影響，以落實憲法保障之言論自由（國家通訊傳播委員會組織法第



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

1 條參照），而且通傳會係由具電信、資訊、傳播、法律或財經等專業學識或實務經驗之委員組成（國家通訊傳播委員會組織法第 4 條第 2 項參照），為獨立行使職權之專業委員會，據此，行政院訴願委員會審議國家通訊傳播委員會作成之行政處分，僅能作合法性審查而不能作合目的性審查，以符國家通訊傳播委員會組織法設置國家通訊傳播委員會之立法目的。

(四)結論

準此，依上開實務見解，倘甲不服通傳會之罰鍰處分，應按訴願法第 4 條第 7 款之規定，繕具訴願書經由原行政處分機關國家通訊傳播委員會向訴願管轄機關行政院提起訴願。又，倘若甲之前開訴願遞遭駁回，其仍得於訴願決定書送達後 2 個月之不變期間內（行政訴訟法第 106 條第 1 項）向台北高等行政法院（行政訴訟法第 13 條）提起「撤銷訴訟」（行政訴訟法第 4 條），尋求救濟，併此指明。

四、臺灣之甲貨物運送公司（下稱甲公司）與大陸之乙進出口服裝公司（下稱乙公司），因運送契約損害賠償之法律關係在大陸涉訟，經兩造言詞辯論後，大陸之法院判決確定甲公司應賠償乙公司因兩造間運送契約所生之損害，乙公司並持該大陸之確定判決，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條規定，聲請臺灣之法院裁定准予強制執行，獲得認可後，乙公司即進而據該認可裁定，聲請對甲公司之財產執行查封在案。甲公司則委請丙律師向臺灣之法院，依強制執行法第 14 條第 2 項規定提起債務人異議之訴。丙律師乃代甲公司主張：大陸之民事確定判決，並無與我國法院民事確定判決有同一之效力，且乙公司明知與甲公司間並無損害賠償之債權，竟虛構此事實，利用大陸法院獲得勝訴確定判決，故乙公司對甲公司之債權，有不成立或消滅、妨礙之事由存在。請問：丙律師代理甲公司以上開主張提起之債務人異議之訴，有無理由？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於 96 年台上字第 2531 號判決之看法是否有清楚掌握。
答題關鍵	對於「經本國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判之執行名義，是否與於本國所為之確定判決有同一之效力」，實務已有明確看法。惟本題向來非學者關心之焦點，同學若未讀過本判決，似不易得高分。
高分閱讀	賴來焜，《強制執行法總論》，P.749～766：〈台灣海峽四法域間司法互助〉。

【擬答】

(一)前言及爭點說明：按「執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴」，強制執行法第十四條第二項定有明文。本題丙律師代替甲公司提起本異議之訴，核心即在於「經本國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判之執行名義，是否與於本國所為之確定判決有同一之效力」。

(二)最高法院 96 年台上字第 2531 號判決指出：

- 1.按兩岸關係條例第七十四條僅規定，經法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，以給付為內容者，得為執行名義，並未明定在大陸地區作成之民事確定裁判，與確定判決有同一之效力，該執行名義核屬強制執行法第四條第一項第六款規定其他依法律之規定得為強制執行名義，而非同條項第一款所稱我國確定之終局判決可比。
- 2.又該條就大陸地區民事確定裁判之規範，係採「裁定認可執行制」，與外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判（香港澳門關係條例第四十二條第一項明定其效力、管轄及得為強制執行之要件，準用民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第四條之一之規定），仿德國及日本之例，依民事訴訟法第四百零二條之規定，就外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判，採「自動承認制」，原則上不待我國法院之承認裁判，即因符合承認要件而自動發生承認之效力未盡相同，是經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，應祇具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力，債務人自得依強制執行法第十四條第二項規定，以執行名義成立前，有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，於強制執行程序終結前，提起債務人異議之訴。

(三)管見（代結論）：上述實務見解，並未逾越兩岸關係條例第七十四條之文義，且符合學理就既判力及執行力分別以觀之法理，實值贊同。是以丙律師自得代替甲公司，依強制執行法第十四條第二項規定，以執行名義成立前，有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，於強制執行程序終結前，提起債務人異議之訴。



參考法條：

1. 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條：

在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。

前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。

前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。

2. 民事訴訟法第 402 條：

外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：

一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。

二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。

三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。

四、無相互之承認者。

前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。

