

《行政法與強制執行法》

一、A 縣政府為對境內之莫拉克颱風受災戶實施社會救助，遂規劃土石流慰助方案。有鑑於救助之緊迫性，在未及立法為據之情形下，僅以發函所屬各鄉（鎮、市）公所方式，要求協助辦理。其內容略以：「本府擬對於因莫拉克風災致自用住宅遭土石流埋沒之房屋所有權人發給慰問金，爰請貴公所於二週內完成查報及審定，並將審定名冊函報本府。」今有 A 縣縣民甲所有座落於 B 鄉之房屋因遭土石流埋沒，遂向 B 鄉公所提出發放慰問金申請。經 B 鄉公所審查結果認定甲所有遭土石流埋沒之房屋非供自用住宅使用，不符發放要件，遂否准申請。甲不服，轉而向 A 縣政府提出申請，惟同遭 A 縣政府否准。試問：

(一) A 縣政府要求 B 鄉公所協助其辦理慰問金發放作業，其性質為何？請從管轄權移轉之性質及合法性分析之。(13 分)

(二) B 鄉公所及 A 縣政府是否對於甲之申請，皆享有准駁之事務管轄權？又若甲不服 B 鄉公所及 A 縣政府之否准決定而欲提起訴願，則訴願管轄機關應該為何？(12 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生是否對於行政機關及不同公法人間權限之移轉及合法性要件熟悉，以及因此而衍生而出之救濟問題。
答題關鍵	第一小題主要測驗該種權限移轉之性質，考生應就權限之「委任」與「委託」及「委辦」之定義出發為區別而界定本件之權限移轉之性質，然後再進一步確定本件是否合乎委辦之法定要件。第二小題之重點在於委辦後之權限移轉與訴願管轄權限應如何認定之問題，考生必須掌握權限移轉之意義及由何機關做成行政處分，方能確定救濟之管轄機關。
高分閱讀	1. 朱台大，行政法講義第五回，頁 34-40。 2. 朱台大，行政法講義第六回，頁 15-17。 3. 林明鏘，〈委託委辦與行政程序〉，《台灣本土法學雜誌》，第 19 期，2001 年 2 月，頁 89-94。 4. 林三欽，〈「權限移轉」與訴願管轄〉，《月旦法學雜誌》，第 148 期，2007 年 9 月，頁 220-243。

【擬答】

(一) 權限移轉之性質與合法性

1. 本件權限移轉之性質

管轄權乃指特定之行政任務應由何行政主體或機關執行。管轄權之目的，在於確保行政之統一、避免執行事務之重複矛盾；亦有利於人民申請事務時之便利。而行政機關之管轄權，依行政程序法第 11 條第 1 項及第 5 項應受「管轄法定原則」及「管轄恆定原則」之拘束，非依法律不得設定、變更，其理在於欲設定行政機關對人民為干預或給付行政之權限，必須有法律保留原則之適用；此外，亦為避免出賣公權力，任意移轉權限而造成人民之損害。

故而，行政法上關於權限之移轉，基本上認為應依法為之。而於我國現行法律中，又有以下之類型：

(1) 委任

行政程序法第 15 條第 1 項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。」而訴願法第 8 條亦規定：「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委任機關或其直接上級機關提起訴願。」則可知，我國法制之「委任」乃存在於有上下隸屬關係之行政機關間，而受委任機關獲委任機關之全面性之權限移轉（包括名義權及事務之處理權），以受委任機關名義作成行政處分，而依受委任機關名義認定訴願管轄機關。

(2) 委託

行政程序法第 15 條第 2 項規定：「行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之。」訴願法第 7 條則規定：「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」於此，「委託」則存在於不相隸屬之行政機關之間，而受委託機關僅獲得事務處理權之權限移轉，並未獲得名義權之移轉。故作成之行政處分，以原委託機關之名義為之，訴願管轄機關亦依原委



託機關之名義認定。

(3)委辦

與委任或委託不同者，乃地方制度法上之「委辦」。蓋委任與委託必須存在於同一行政主體之行政機關間，如係不同之行政主體，僅得透過「委辦」為之。地方制度法第 2 條第 3 款規定：「委辦事項：指地方自治團體依法律、上級法規或規章規定，在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行責任之事項。」地方自治團體此時所辦理者並非地方制度法中規定之自治事項，而係原屬中央或上級地方自治團體之事項，而以地方自治團體知名義為之。

本件中，A 縣政府與 B 鄉公所乃不同地方自治團體之行政機關（地方制度法第 2 條第 1 款、第 14 條參照），故 A 縣政府將發放慰問金之審定權限交由 B 鄉公所處理，非屬行政程序法之「委任」或「委託」，而應屬由 B 鄉公所處理 A 縣政府所管理之事項，應屬「委辦」。

2.本件權限移轉之合法性

而「委辦」之合法性如何認定，應踐行何等程序？依上引地方制度法第 2 條第 3 款，「委辦」必須「依法律、上級法規或規章規定」，故由此觀之，至少需有法規之授權。而學者見解亦有認「委辦」實為「委託」之特殊類型，故「委託」之法定要件於「委辦」亦有所適用。而該法定要件，依行政程序法第 15 條第 2 項、第 3 項規定包括：(1)須業務上有需要、(2)有法規依據、(3)將委託事項及法規依據公告並刊登政府公報或新聞紙。於本件中，較有問題者係：A 縣政府之委託僅以「發函」為之，是否合乎「有法規依據」？

深究之，該法規依據之範圍應為何？無論係自行政程序法或地方制度法之角度觀之，至少包括中央之法律、法規命令，於地方應包括地方自治法規。然而，於本件中，A 縣政府委由各鄉鎮市公所處理颱風之社會救助事項，不僅欠缺法律之依據，甚至亦未制定自治條例或自治規則，而僅以「發函」此種內部指示為之。故而，由此觀之欠缺法律依據，應不合法。除此之外，A 縣政府於本件中似亦未將此委辦事項公告周知，亦非合法。

故綜上所述，A 縣政府所為「委辦」性質之權限移轉欠缺法規依據，亦未經公告程序，應屬違法之權限移轉。

(二)權限是否移轉及訴願管轄機關之認定

1.委辦事項之權限移轉問題

(1)委辦違法之情形

如本件中採取前述見解而認 A 縣政府之委辦違法，則該權限移轉自不生效力。此時，僅 A 縣政府具有准駁之權限，B 鄉公所並不具有委辦之權限。

(2)委辦合法之情形

如退萬步言，假設 A 縣政府之委辦為合法，則該委辦即生效力。此時依訴願法第 9 條前段：「直轄市政府、縣（市）政府或其所屬機關及鄉（鎮、市）公所依法辦理上級政府或其所屬機關委辦事件所為之行政處分，為受委辦機關之行政處分…」，可知委辦乃屬全面之權限移轉，B 鄉公所不僅取得事實上之處理權，更取得名義權，得以自己名義做成行政處分。

然在委辦中，原委辦機關是否因委辦而喪失原有之管轄權？最高行政法院 96 年判字第 1916 號判例認為：「有管轄權之機關除依行政程序法第 18 條規定喪失管轄權外，不因其將權限之一部委任或委託其他機關辦理，而發生喪失管轄權之效果。縱其未將委任或委託之權限收回，仍得自行受理人民之申請案並為准駁之決定。」委辦如本文前述認為屬委託之特殊類型，自適用本判例。依此見解，則 A 縣政府縱將本件管轄權委辦予 B 鄉公所，其原有之權限仍不喪失，對於甲之申請，仍有管轄權限（高雄高等行政法院 99 年度簡字第 59 號簡易判決同此見解）。

然而，學者對於上述見解有所批評。因 A 縣政府與 B 鄉公所間乃非屬上下隸屬關係，乃屬「真正委託」之情形，應認 A 縣政府為全面放棄其原先之決定權限，而交由 B 鄉公所享有管轄權限。如依此見，則本件中僅 B 鄉公所具有管轄權限。本文認為，前述判例之見解有悖於權限移轉之原理，亦造成雙重管轄權之問題，與管轄權制度之原意有所不合。故認為應採 A 縣政府喪失管轄權之見解較為妥當。

2.訴願管轄機關之認定

(1)B 鄉公所之否准處分

對行政處分有所不服而欲提起訴願，應先判斷原處分機關。依訴願法第 13 條之規定，應以實施行政處分時之名義為準。而委辦事項之行政處分，依訴願法第 9 條前段，應屬受委辦機關之行政處分。而如有不服，欲提起訴願時則依同條後段規定，應比照同法第 4 條規定向受委辦機關之直接上級機關提起



之。故本件中，如甲對於 B 鄉公所之否准處分有所不符，應比照訴願法第 4 條第 1 款規定向 A 縣政府提起之。

(2)A 縣政府之否准處分

本件中，A 縣政府為該否准處分之原處分機關，如甲對該處分有所不服，則應依訴願法第 4 條第 3 款向中央主管機關提起訴願。而本件中所涉及者乃災害救助之社會福利事項，由內政部主管。故甲應向內政部提起訴願。

- 二、甲為某警察局警務員，於民國 94 年 5 月間，因涉嫌犯貪污罪，經檢察官提起公訴，內政部警政署隨即依警察人員管理條例第 31 條第 1 項第 1 款及公務人員考績法第 12 條第 3 項第 4 款規定，以甲「涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據」為由，將甲予以免職。甲不服，依法循序提起行政爭訟，遞遭無理由駁回確定。嗣甲涉嫌貪污之案件，於 99 年 8 月獲判無罪確定。請問：
- (一)依行政程序法之規定，甲如何針對免職處分主張權利？(13 分)
- (二)行政機關亦在 99 年 8 月知悉甲之刑事判決結果，並欲依刑事判決內容主動變更先前所為之免職處分，請問此舉是否可行？(12 分)

參考法條：

警察人員管理條例第 31 條第 1 項第 1 款：

警察人員有左列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：

一、公務人員考績法所定一次記二大過情事之一者。

公務人員考績法第 12 條第 3 項（部分內容）：

非有左列情形之一者，不得為一次記二大過處分：

一、圖謀背叛國家，有確實證據者。

二、執行國家政策不力，或怠忽職責，或洩漏職務上之機密，致政府遭受重大損害，有確實證據者。

三、違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。

四、涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。

命題意旨	本題涉及行政處分之效力、行政處分之瑕疵與違法行政處分之撤銷問題。考生如能掌握行政處分確定後之效果，以及違法行政處分撤銷之依據，即可掌握此題。
答題關鍵	第一小題問考生甲如何主張權利，但本件中甲已經提其行政爭訟而敗訴確定。此時行政處分已產生形式存續力，無法再循通常途徑救濟。而此時甲可能依據行政訴訟法提起再審之訴，或依行政程序法第 128 條，請求行政程序重新進行，但題目僅問到依據行政程序法之規定，故無需再提及再審之途徑。故考生必須解釋本件中甲之情形是否符合「法定救濟期間經過後」，及是否合乎行政程序法第 128 條第 1 項之三款要件之一。第二小題之內容所問的主體是行政機關一方，針對嗣後變成違法之行政處分，原先而言原處分機關自得依行政程序法第 117 條職權撤銷。惟本件中已經行政法院判決確定，是否仍得為之，即成為本件之重點。
高分閱讀	1.朱台大，行政法講義第二回，頁 9-11、頁 61-62。 2.朱台大，行政法講義第二回，頁 51-55。(96 政大公法組第一題) 3.朱台大，行政法講義第二回，頁 43-47。 4.吳志光，〈行政程序重新進行之要件〉，《臺灣法學雜誌》，第 150 期，頁 69-73。

【擬答】

(一)甲主張權利之途徑

本件中，甲對於免職處分已經行政爭訟，均遭認為無理由敗訴駁回確定。此時，甲已無法再對該免職處分再行透過通常救濟途徑尋求救濟，故該免職處分已對甲產生形式存續力，甲不得再提起訴願及行政訴訟，否則訴願管轄機關或行政法院得依訴願法第 77 條第 7 款或行政訴訟法第 107 條第 1 項第 9 款為不受理決定或裁定駁回其訴。由此，甲似得選擇依行政訴訟法第 273 條提起再審之訴，惟並非於本題討論範圍之內，



故以下將專以行政程序法之規定為討論，合先敘明。

1. 行政程序重新進行之意義：

本件中免職處分因行政法院之判決而產生形式存續力，故甲已無法透過通常救濟途徑救濟。然而此並非代表行政機關不得對於已存在形式存續力之行政處分再行審查，蓋有時行政處分即便確定，亦有可能產生法律或事實之變動，為保障人民之權利及維護行政處分之合法性，行政機關不僅有權，甚至可能有義務須依人民之申請重新進行行政程序，重新對於已確定之行政處分涉及之事件為實體審查。故行政程序法第 128 條、第 129 條即設有規定，允許行政機關依處分相對人或利害關係人之申請，於合乎法定要件之情況下，對於已確定之行政處分重新進行行政程序，重新審查其實體內容。

2. 要件之審查：

本件中，甲如符合行政程序法第 128 條要件，而實體上又有理由者，即得請求行政機關於程序層面重新進行行政程序，並於實體層面請求行政機關重新作成一有利之行政處分。故以下將就本條之要件為審查：

(1) 法定救濟期間經過後

本件中首要注意者，乃行政程序法第 128 條第 1 項規定，申請必須於「法定救濟期間經過後」，惟甲並非未提起救濟，而係經行政法院判決確定而未獲救濟。此時「經法院判決敗訴確定」是否包含於本條要件範圍，即屬有疑。

實務見解多採否定見解，例如：最高行政法院 93 年度裁字第 830 號判決認為：「至於行政程序法第一百二十八條第一項第二款規定，乃係指行政處分未經行政法院判決，於法定期間經過後，具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者，當事人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更而言，其已經行政法院判決，而具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者，自應依行政訴訟法第二百七十三條、第二百七十五條之規定，提起再審之訴，此觀各該條文之規定即明。」（同院 96 年度判字第 1495 號判決、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 654 號判決同旨）故而，如依此見解，則本件甲並不合乎要件。

然而，學者則採肯定見解，而認為法院之確定判決並未限制原處分機關撤銷負擔處分，亦不妨礙行政機關重新為實體之考量。故而，應認為經行政法院判決確定之行政處分得申請重新進行行政程序。

本文較為支持肯定見解，蓋本條之意旨，實在於例外賦予行政處分已產生形式存續力之處分相對人或利害關係人例外維護權利之管道，此時則不應拘泥於文意之限制，應擴及一切產生形式存續力之情形，自應包含經法院判決敗訴確定之行政處分。

(2) 當事人必須依法提出申請。

(3) 當事人非因重大過失未能在行政程序或救濟程序中主張事由

本件中之無罪判決乃發生於行政程序及救濟程序之後，故並非甲故意或重大過失而未能主張。

(4) 具備申請重新進行行政程序之事由

甲必須主張其具有行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款至第 3 款其中之一事由，其申請方為合法。

A. 第 1 款事由：

本條項第 1 款之事由，必須係「具有持續效力之行政處分」方得主張，而本件甲所受免職處分一經下達，即生免職之效力，並非持續性之行政處分，故無本款之適用。

B. 第 2 款事由：

而又第 2 款之事由中，有「發生新事實」及「發現新證據」之情形，本件似有「發生新事實」之情形。惟「發生新事實」如於持續效力之行政處分，即屬第 1 款規定之事由；但若係非持續性之處分，其合法性之認定均以作成時之事實及法律狀態為判斷時點，實不可能就「作成原處分」發生新事實，故該規定乃立法錯誤。如係事後就該事件後續發生新事實，則當事人應逕為申請重新作成另一處分，而無須重新進行行政程序。即便退步言，認為第 2 款事由之「發生新事實」有意義，實務上亦認為該規定之意義在於「作成行政處分之時業已存在，但未經斟酌之事實或證據而言」（最高行政法院 95 年度判字第 1695 號判決參照）。本件中甲不可能適用本款規定。

C. 小結：

故本件中甲不能適用前 2 款事由，故甲必須至少符合第 3 款事由，方得提起本條之申請。

(5) 申請之期限

依本條第 2 項之規定：「前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算，但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。」本件中，甲獲判無罪確定之判決，乃於 2010 年 8 月發生，故依本項規定，3 個月期間應自 2010 年 8 月起算。「法定救濟期



間經過後 5 年內」之計算，於本件中應自行政處分產生形式存續力時起算。故甲於 2010 年 8 月如主張重新進行行政程序，亦未逾此期間。

3. 小結：

故綜上所述，甲得依行政程序法第 128 條申請行政程序之重開；如其具備第 128 條第 1 項之要件，行政機關應依同法第 129 條撤銷原處分。

(二) 行政機關得否對免職處分為變更、撤銷

1. 行政處分之瑕疵問題

本件中，行政機關得否對於原處分為變更或撤銷，必須先審查該行政處分是否具有及具有何種之瑕疵。依行政程序法第 111 條規定，行政處分如有重大明顯瑕疵者，無效。而無效行政處分乃在於排除程序或實質上有重大明顯瑕疵之行政處分之效力，故其審查時點應為作成時。本件之免職處分作成時應非具有重大明顯瑕疵，故非無效之行政處分，至多僅為事後變成違法之行政處分。

2. 違法行政處分之撤銷時點規定

依行政程序法第 117 條，原處分機關或上級機關得撤銷違法行政處分，其目的在於維護行政之合法性。惟有問題者，乃該條特別規定「法定救濟期間經過後」，得撤銷違法之行政處分，則是否僅限定此種情形方得適用行政程序法第 117 條撤銷之？學說上普遍認為，該規定乃基於前述維護行政合法性之目的，特別表示「即便係法定救濟期間經過後，亦得撤銷違法行政處分」，並非限制僅有法定救濟期間經過後方得為職權撤銷。故原則而言，原處分機關或上級機關於任何時點均得職權撤銷違法之行政處分。

3. 經判決確定行政處分之撤銷

惟於本件中最重要之問題者係：免職處分經行政法院判決確定，依行政訴訟法第 213 條具有既判力而拘束當事人，此時行政機關是否仍得職權撤銷原處分？原則而言，倘若作成行政處分依據之事實及法律均未變動者，則此時行政法院對於行政處分之合法性認定即應拘束行政機關，故應不允許行政機關職權撤銷。惟本件中，免職處分嗣後變成違法，此時行政法院所認定之事實及合法性均有所不同，故應非前述既判力所及。故而，本件中為維護免職處分之合法性，原處分機關或其上級機關自得依行政程序法第 117 條為職權撤銷。

三、A 稅捐稽徵機關認為甲有漏稅之事實，乃對甲做出補稅新臺幣（下同）100 萬元之處分。甲收受補稅之處分後深感不服，雖然繳款補稅，隨後卻依法提起復查，於復查被駁回後，甲又依法提起訴願，訴願管轄機關認為原處分機關之處分有違法之處，乃將補稅變更為 50 萬元。甲收受訴願決定書後仍感不服，請回答下列問題：

(一) 甲欲依法提起行政訴訟時，應提起何種訴訟？以何機關為被告？（12 分）

(二) 倘若訴願管轄機關將補稅之復查決定全部撤銷，並命另為適法之復查決定時，則復查管轄機關可否仍然作成相同之補稅 100 萬元之決定？又復查管轄機關若以原先之稅額計算有誤時，可否作成補稅 150 萬元之決定？（13 分）

命題意旨	本題涉及者為行政訴訟中之訴訟種類與被告機關之討論，以及訴願之既判力、復查是否有不利益變更禁止之問題。考生如對於行政救濟法有一定之瞭解，解答上應非難事。
答題關鍵	第一小題之重點在判斷訴訟類型及被告機關，並非難題。第二小題之重點在於，訴願管轄機關撤銷原復查決定之訴願決定，其既判力之範圍為何？復查機關得否再為同樣之復查決定？必須探究復查機關重為處分之理由為何而判斷之。其次，復查管轄機關得否作成更不利之復查決定？此乃涉及不利益變更禁止原則是否於復查程序中適用之問題。
高分閱讀	1. 朱台大，行政法講義第六回，頁 50 以下。 2. 朱台大，行政法講義第六回，頁 67-68。 3. 朱台大，行政法講義第六回，頁 30-31。（訴願決定撤銷原處分發回另為處分，原處分機關得否作成與原處分相同之決定）【100%命中！】

【擬答】

(一) 1. 訴訟種類：

本件中甲欲尋求救濟，其不服之對象包括原處分、復查決定及訴願決定。而甲之主張應係認為前述之決定均屬違法，而欲單純排除之。故此，甲應提起行政訴訟法第 4 條第 1 項之撤銷訴訟。



2. 被告機關之判斷：

本件甲應以何機關為被告機關？因本件甲所提起者係須經訴願先行政程序之撤銷訴訟，故被告機關應依行政訴訟法第 24 條判斷之。該條規定：「經訴願程序之行政訴訟，其被告為下列機關：一、駁回訴願時之原處分機關。二、撤銷或變更原處分時，為撤銷或變更之機關。」故重點在於判斷原告究竟係主張因原處分而受侵害或因訴願決定而受侵害，而何機關為最後變更之機關。本件中，如甲係針對訴願管轄機關對於復查決定之部分撤銷有所不服時，於此部分原處分已不存在，故應以訴願管轄機關為被告機關。相對者，如甲係針對訴願決定所維持之部分表示不服，而其效力實來自於未經變更之原處分，故應對於原處分機關為被告機關。

3. 小結：

故本件中，甲對訴願管轄機關部分撤銷復查決定不服，應以原處分機關及訴願管轄機關為被告機關，提起撤銷訴訟。

(二) 1. 復查機關得否重複為相同內容之復查決定：

如訴願管轄機關將原復查決定撤銷，發回命復查機關另為適當之處分時，則依訴願法第 96 條：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」，復查機關應重新認定事實及依據訴願管轄機關之法律見解重為適當之處分。

然而，復查機關是否得再度作成相同之補稅 100 萬元之決定？則須依原復查決定遭撤銷之原因觀之：

(1) 因事實未查明而遭撤銷發回者，重新查明後再作成決定

假設此時訴願管轄機關之訴願決定乃認定原復查決定事實未查明，而撤銷原復查決定。如原處分機關事實查明後，重新依據新查證之事實為補稅 100 萬元之決定，自無違法不當之處。

(2) 因法律見解有誤而遭撤銷發回，仍依原先錯誤法律見解重新作成相同決定

假設決定之事實並無違誤，訴願管轄機關之訴願決定所欲糾正者乃復查決定中之法律見解，故基於法律適用錯誤而撤銷原復查決定。倘若復查管轄機關雖依據正確之事實，但仍堅持錯誤之法律見解重新作成相同之行政處分，即屬違法。故而，此種狀況下復查管轄機關應依據訴願管轄機關之見解，另為適當之處分。

2. 復查管轄機關得否作成補稅 150 萬元之決定：

如訴願管轄機關撤銷原復查決定後，復查機關欲作成補稅 150 萬元之決定是否合法？必須觀察以下兩點：

(1) 不利益變更禁止原則

不利益變更禁止原則者，乃於救濟法中之制度，以避免人民畏懼因提起救濟或上訴，因而獲得不利益而放棄救濟或上訴之機會，訴願法第 81 條第 1 項但書及行政訴訟法第 195 條第 2 項之旨均在此。然而，稅捐稽徵法中關於復查之決定並未有此規定，僅訴願管轄機關及行政法院受該原則拘束，復查管轄機關並不及之。故即便復查管轄機關為補稅 150 萬元之決定，亦不牴觸不利益變更禁止原則。

(2) 信賴保護原則

另一方面可能須考量者係信賴保護原則，甲可能主張對於原命其補稅 100 萬元處分有所信賴。然而，信賴保護原則乃針對原處分機關自行對於原處分之撤銷或變更而生，本件中原處分之變動乃基於訴願管轄機關之撤銷，方有復查管轄機關重新作成之復查決定。就此而言，甲亦不得主張信賴保護原則。

3. 小結：

故綜上所述，復查管轄機關得作成補稅 150 萬元之復查決定。

四、乙向甲借款新臺幣（下同）500 萬元，以其所有之 A 地及其上之 B 屋供擔保為甲設定同額抵押權，乙屆期未能清償，經甲取得執行名義後，聲請法院強制執行，執行法院於民國 96 年 5 月 1 日查封乙之 A 地 B 屋時，大門深鎖，執行人員乃會同警方開鎖進入 B 屋，屋內灰塵滿布，水電停用，但屋內置有冷氣 1 台、鋼琴 1 台、保險櫃 1 只，經開啟保險櫃，發現置有支票乙紙（發票人丙、付款人丁銀行、受款人乙、面額 10 萬元、發票日為 96 年 5 月 15 日、票面記載禁止背書轉讓）、不得轉讓之丁銀行定期存單乙張（面額 10 萬元、存款人乙）及得背書轉讓之丁銀行定期存單乙張（面額 10 萬元、存款人乙），問：

（一）甲請求一併查封 A 地 B 屋內之動產及保險櫃內之物，應否准許？（6 分）

（二）准許時，應如何執行（含查封、保管、換價方式及其過程中，執行人員應注意保全當事人權益之事項）？（15 分）



(三)未准許時，於A地B屋拍定後點交時，B屋內之冷氣1台、鋼琴1台、保險櫃1只，如無法當場交還給債務人或其家屬，執行法院應如何處理？如需拍賣，提存其價金，經二次拍賣，仍無人應買，又該如何處理？（4分）

命題意旨	第一小題考人之執行名義與物之執行名義的區別，與當事人特約禁止轉讓之債權可否做為執行標的。 第二小題則涉及不同執行標的物的執程序。 第三小題旨在測驗同學就強執法第75條第4、5項動產與不動產合併拍賣的規定。
答題關鍵	本題很特別，其爭點並不困難，很多都是法條與基本概念。但這題在答題上並不容易，題目所涉及到的概念與法條相當多，在時間的掌握上相當不容易。故建議同學除基本概念說明以外，程序的規定將相關條文點出即可。本題也印證了李政大老師於上課時一再強調之觀念，即強制執行法之學習應注意者並非程序之細節規定而是程序如何進行。 此外，本題有一陷阱就是支票與定期存單等有價證券，形式上雖為動產，但因強執法第60條之1規定，應以其他財產權之換價方式，這部分是同學容易忽略的。故第二小題將動產、不動產與其他財產權三種不同執行標的物之執行方法一併出題。 第三小題涉及之強執法第75條第4、5項雖較為冷門，但李政大老師於上課中已提醒同學要注意，故同學答題上應無問題。
高分閱讀	第一小題 1.李政大老師，強制執行法總論講義，P.9。 2.李政大老師，強制執行法各論講義，P.49。 第二小題 1.李政大老師，強制執行法各論講義，P.12-P.25、P.26-P.37、P.53-60。 第三小題 1.李政大老師，強制執行法各論講義，P.26、32。

【擬答】

(一)A地、B屋與屋內之動產可否一併拍賣應視執行名義的性質而定，不可一概而論：

- 1.為求強制執程序之迅速進行，強制執行法採取執行名義之概念，令執行法院僅須形式審查即決定是否及如何開始強制執程序。換言之，執行名義決定了是否開起強制執程序與執行的範圍與執行手段。
- 2.執行名義可分為人之執行名義與物之執行名義。分述如下：

(1)人之執行名義：

因債務人須以其所有財產作為對債權人之總擔保，故人之執行名義係以債務人為對象，於債權人獲得完全滿足之前，可以就其請求範圍任意擇定債務人之各類財產加以執行。除物之執行名義以外，一般的執行名義均為人之執行名義。

(2)物的執行名義：

物之執行名義係以債務人之特定財產為對象，於該執行名義範圍內，負『物之有限責任』。換言之，執行債權人僅得就債務人之特定財產開起強制執程序。物之執行名義之例，如：有拍賣抵押物或質物之裁定(強制執行法第1項第5款)。

- 3.本題未明示某甲所執之執行名義性質為何，故以下即就可能之情形分述之：

(1)甲所執之執行名義為物之執行名義(例如：強執法第4條第1項第5款之拍賣抵押物之裁定)

此際債務人甲之特定財產(A地B屋)為對象，於該執行名義範圍內，負『物之有限責任』。是故，甲不得聲請就B屋內之動產強制執行。執行法院應駁回甲就動產部分之聲請。

(2)甲所執之執行名義為人之執行名義(例如確定終局判決)

此際，甲得於其請求範圍任意擇定債務人之各類財產加以執行。查B屋內動產之價值與A地B屋合計應可認為並不超過甲請求之數額(500萬)。是故，甲得聲請就B屋內之動產強制執行。執行法院應准許甲就動產部分之聲請。

惟B屋內之動產，有禁止轉讓之金錢債權。此類因當事人特約禁止轉讓之其他財產權可否為強制執行之標的，不無疑問。惟通說認為為避免債務人藉此妨礙執程序之進行，應認為當事人間之特約於強制執程序中，並無效力，故該其他財產權應仍可作為執行標的物。實務見解採相同見解，辦理強制執行事件應行注意事項第62點第1款規定參照。



(二)以下僅依執行標之物之性質分述執行之方法與執行人員應注意保全當事人之事項：

1.動產(冷氣、鋼琴與保險櫃)

(1)查封階段

查封階段原則上應由執行人員查封動產，應剝奪債務人之占有，自占有動產（強執第 47 條第 1 項前段參照）。例外交付第三人保管時，應使標之物另具有查封之公示。其公示方法如下：標封、烙印或火漆印，或其他足以公示查封之適當方法（強執第 47 條第 2 項參照）。

此外，為保護執行債務人之權益，強制執行法就查封階段設有時間之限制（強執法第 55 條第 1 項參照）、客體的限制（強執第 52、53 條參照）、超額查封之禁止（強執第 50 條參照），與無益查封之禁止（強執法第 50 條之 1 參照）。

(2)保管階段

查封物原則上移至指定之場所或委託第三人保管（強執第 59 條第 1 項前段參照）。例外得交付第三人保管（強執第 59 條第 1 項後段、第二項參照）。惟為避免第三人善意取得查封物所有權，以保障執行當事人之權益，應使標之物另具有查封之公示。其公示方法如下：標封、烙印或火漆印或其他足以公示查封之適當方法（強執第 47 條第 2 項參照）。

(3)換價階段

A.拍賣之準備程序

執行法院於開始拍賣前，為保障當事人之權益，應踐行以下之拍賣準備程序

(A)貴重物品之鑑價程序（強執法第 62 參照）。

(B)拍賣期日之指定（強執法第 57 參照）

(C)拍賣場所之指定（強執法第 61 參照）

(D)通知當事人到場（強執法第 63 參照）

(E)酌定保證金額（強執法第 70 條第 1 項參照）

(F)拍賣之公告（強執第 64、65 條）

(G)拍賣底價之預定（強執法第 70 條參照）

動產拍賣和不動產拍賣不同，不以預定底價為必要，故原則上無庸預定底價。例外：執行法院因債權人或債務人之聲請，或認為必要時，應依職權於拍賣前預定拍賣物之底價（強執 70 第 1 項）；執行法院定底價時，應詢問債權人及債務人之意見，但無法通知或屆期不到場者，不在此限（強執 70 第 2 項）。

B.拍賣之程序

拍賣程序應依強制執行法第 70 條規定為之，惟標之物無人應買時應依強制執行法 71 條處理之。

C.拍賣之限制

為保護執行債務人之利益，強制執行法設有拍賣之限制，分述如下：

(A)超額拍賣之禁止：

強執72條本文規定，拍賣於賣得價金足以清償強制執行之債權額及債務人應負擔之費用時，應即停止。

(B)無益拍賣之禁止？

動產之拍賣並無類似不動產拍賣上有無益拍賣禁止之規定（強執80-1）。是以，動產之拍賣有無此原則之適用，即有爭議。學說上有認為，查封物賣得價金，於清償優先債權及強制執行費用後，無賸餘之可能者，執行法院應撤銷查封，將查封物返還債務人（強執50-1）即屬無益拍賣禁止原則。

2.不動產(A 地 B 屋)：

(1)查封階段

A.查封之方法：

(A)揭示、封閉、追繳契據（強執 76 第 1 項），此三種方式於必要時得併用。

(B)查封登記（強執 11 條第 3 項、76 條第 3 項）

查封已登記之不動產，執行法院除為查封處分外，並應先通知登記機關為查封登記。

B.查封生效之時點：

取決於揭示、封閉、追繳契據等查封處分與查封登記之先後。即先為查封行為：完成查封行為時。先為查封登記：查封登記通知到達登記機關時。



C.查封登記與土地法之規定相配合：

為避免權利移轉登記與查封登記前後順序之困擾，土地法第 75-1 條與土地登記規則第 141 條本文設有特別之規定，即以查封登記優先。^{註1}

D.查封物現狀之調查(強執法第 77-1 第 1 項參照)

為核定適當拍賣之最低價額、該不動產可否點交，現狀調查之有其必要性。

(2)保管階段

不動產交付保管人管理：強執 113 準用 59 條；交由有關機關團體保管或管理：強執 79 條

(3)換價階段

A.準備

(A)鑑定不動產價格(強執第 80 條前段參照)

目的：不動產價值較高，且價值之判斷較為專業。經鑑價程序可確保不動產得以適當價格出賣。和動產拍賣不同，鑑價程序係不動產拍賣應遵守之程序。

(B)核定最低拍賣價額(強執第 80 條後段參照)

目的：防止不動產以不當之地價出賣。

(C)酌定保證金額(強執第 86 條、第 113 條準用 70 條第 1 項參照)

目的：防止應買人於拍定後拒不繳納價金。

(D)拍賣期日之指定(強執 82)

(E)拍賣場所之指定(強執 83)

(F)通知當事人到場(強執 113 條準用 63 條)

(G)拍賣之公告(強執 81 條第 1 項)

B.拍賣程序之進行

不動產之拍賣應依強制執行法第 91 條到 95 條規定為之。

C.拍賣之限制

(A)超額拍賣之禁止

拍賣實施前：超額查封之禁止(強執113準用50條參照)。拍賣實施後：超額拍定之禁止(強執96第1項參照)

(B)無益拍賣之禁止(賸餘主義)

即拍賣不動產所可得之價金，於清償優先於執行債權之不動產負擔與執行費用負擔後已無餘額者，即不得對該不動產實施拍賣。目的為避免無益執行程序之續行，與保障優先權人之利益以作為塗銷主義之配套。

3.支票、定期存單

(1)查封階段與保管階段

支票、定期存單形式上為動產，是以查封之方式和保管之方法與前開 1.動產之查封及保管階段相同。

(2)換價階段

支票、定期存單形式上雖為動產，惟因其所重視者為該有價證券所表彰之權利，故應依強執法第 60 條之 1，依其他財產權之換價方式。

其他財產權之換價方式依強執 115 條規定，原則上應以換價命令為之，例外得以拍賣或變賣為之。惟換價命令之效果均不相同，執行法院選用何種換價命令於當事人有極大之影響。故應選擇何種換價命令，執行法院得詢問債權人之意見後(強執 115 第 2 項)，由執行法院視該對第三人債權之性質及參與分配之狀況職權定之。惟僅得擇用其一、不得同時併用。

(三)1.執行法院應依強執法第 100 條第 2 項規定提存其價金：

按強執法第 100 條第 2 項規定，無前項之人接受點交時，應將動產暫付保管，向債務人為限期領取之通知，債務人逾限不領取時，得拍賣之而提存其價金，或為其他適當之處置。是以，執行法院應將冷氣、鋼琴與

^{註1}1.土地法第 75-1 條：規定前條之登記(土地權利移轉登記)尚未完畢前，登記機關接獲法院查封、假扣押、假處分或破產登記之囑託時，應即改辦查封、假扣押、假處分或破產登記，並通知登記聲請人。

2.土地登記規則第 141 條本文：土地經法院或行政執行處囑託辦理查封、假扣押、假處分或破產登記後，未為塗銷前，登記機關應停止與其權利有關之新登記。

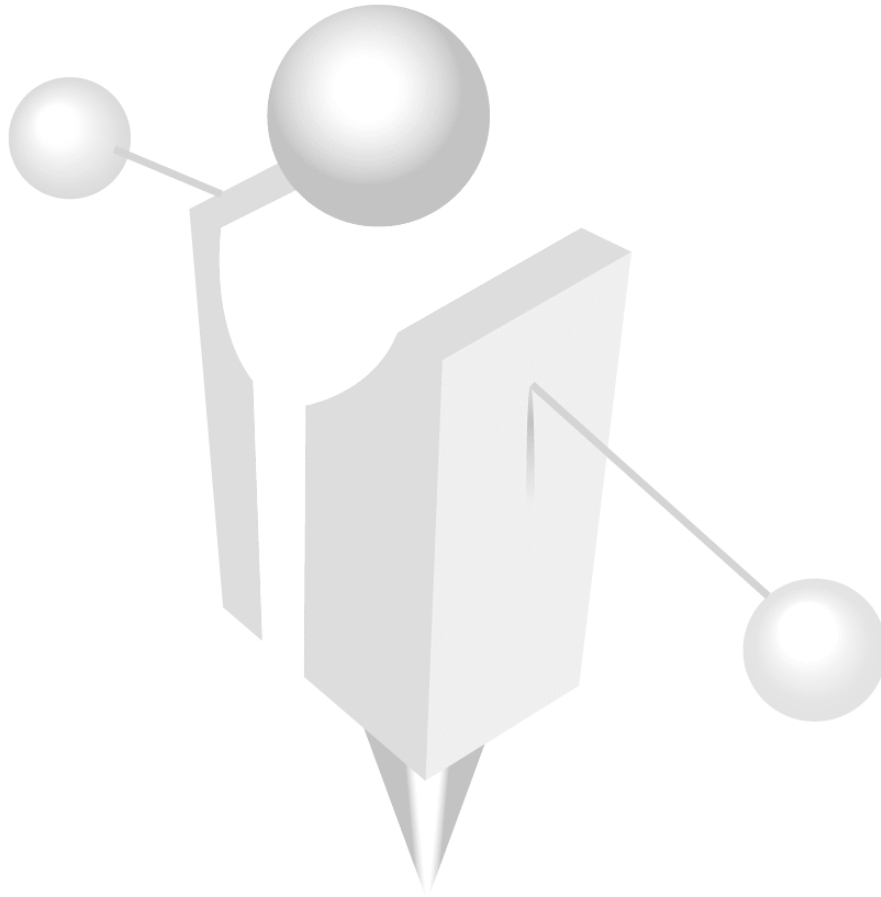


保險櫃等動產暫付保管，向債務人爲限期領取之通知，債務人逾限不領取時，得拍賣之而提存其價金。

2. 執行法院應依強執法第 92 條規定，再行拍賣：

按強執法第 75 條第 4 項規定，應拍賣之財產有動產及不動產者，執行法院得合併拍賣之。再按同條第 5 項規定，前項合併拍賣之動產，適用關於不動產拍賣之規定。此規定之目的在於簡化拍賣程序，以求執行程序之迅速進行。爲達此一立法目的，不動產內之動產依同法第 100 條第 2 項拍賣時自應適用。是以，冷氣、鋼琴與保險櫃雖屬動產，惟應以不動產之拍賣程序換價之。

不動產之拍賣程序經二次拍賣仍無人應買時，應依強執法第 92 條規定進行第二次減價拍賣。惟底價酌減數額，不得逾減定之拍賣最低價額百分之二十。



《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

1. 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)針對特定具體事件之行爲。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。
2. 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。
3. 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

1. 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。
2. 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。



《行政法與強制執行法》

一、甲公司承租乙農夫所有的農舍，作為處理塑膠類廢棄物之廠房，民眾向廠房所在地縣政府檢舉甲公司堆放垃圾污染空氣，縣政府派員前往稽查，一方面依據建築法第 91 條規定，以未經核准變更使用擅自使用建築物為由，處使用人甲與所有權人乙各新臺幣（下同）6 萬元罰鍰，並限期補辦手續，另一方面要求甲提出空氣污染改善計畫，惟甲與乙尚未繳納罰鍰、補辦手續以及未及依計畫改善前，廠房即發生大火，持續燃燒兩個月，火勢才被完全撲滅。事後縣政府又限期要求甲與乙清除廠房內遭大火焚燒產生之廢棄物，但甲與乙均逾期仍不處理，縣政府於是委託廠房所在地鄉公所清除該廢棄物，並向高等行政法院起訴，請求判決甲與乙繳納 6 萬元罰鍰、甲與乙連帶給付因撲滅火災所生之費用 600 萬元、縣政府補助鄉公所業已實際支出之清除廢棄物費用 700 萬元，以及預估尚需之清除費用 800 萬元等，試分析縣政府下列作為之合法性：

（一）同時處甲、乙各 6 萬元罰鍰，以及要求甲與乙連帶給付相關費用共 2,100 萬元。（12 分）

（二）逕向高等行政法院起訴請求繳納罰鍰與連帶給付撲滅火災費用、實際支出費用及預估費用。（13 分）

參考法條：

1. 建築法第 91 條第 1 項第 1 款：「有左列情形之一者，處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除：一、違反第 73 條第 2 項規定，未經核准變更使用擅自使用建築物者。」
2. 建築法第 73 條第 2 項：「建築物應依核定之使用類組使用，其有變更使用類組或有第九條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更使用執照。但建築物在一定規模以下之使用變更，不在此限。」
3. 廢棄物清理法第 71 條第 1 項：「不依規定清除、處理之廢棄物，直轄市、縣（市）主管機關或執行機關得命事業、受託清除處理廢棄物者、仲介非法清除處理廢棄物者、容許或因重大過失致廢棄物遭非法棄置於其土地之土地所有人、管理人或使用人，限期清除處理。屆期不為清除處理時，直轄市、縣（市）主管機關或執行機關得代為清除、處理，並向其求償清理、改善及衍生之必要費用。屆期未清償者，移送強制執行；直轄市、縣（市）主管機關或執行機關得免提供擔保向高等行政法院聲請假扣押、假處分。」第 4 項：「直轄市、縣（市）主管機關或執行機關代為清除、處理第 1 項廢棄物時，得委託適當公民營廢棄物清除處理機構清除、處理之。」

答題關鍵	1.測驗同學是否熟悉行政罰法之相關制度，尤其對「行為人自己責任」之掌握。其次則在於對公法債權之追索途徑之瞭解。 2.最高行政法院九十五年一月份決議內容以及最高行政法院九十年八月決議內容。
高分閱讀	1.高點黃台大，行政法講義，第二回，P.146-148。 2.高點黃台大，行政法講義，第三回，P.93。

【擬答】

（一）同時處罰甲、乙各六萬元罰鍰，以及要求甲與乙連帶給付相關費用之合法性

- 1.按行政法上因違反義務而受裁罰之行為人，其所負擔之義務原則上為自己之義務。亦即其係因本身之故意過失完成構成要件該當行為，在不具阻卻違法事由及具備責任條件與責任能力之前提下，為自己之行為負責，合先述明。

- 2.然則，在行政相關裁罰法律中，時時見有法律授權與行政機關於查獲行政不法事由之際，除處罰行為人外，尚及於對第三人（尤其為所有權人）處罰之規定。如本題所示建築法第九十一條第一項第一款：「…處建築物所有權人、使用人…」之規定，致使文義上，似使行政機關同時裁處使用人（即行為人）與所有權人，於表面觀之於法有據。本題行政機關裁處甲與乙各六萬元罰鍰，以及要求甲與乙連帶給付相關費用，即本此一見解。
- 3.然最高法院與行政機關見解不同。依該院九十五年度一月份庭長法官聯席會議決議：「建築主管機關究應對建築物所有權人或使用人處罰，應就其查獲建築物違規使用之實際情況，於符合建築法之立法目的為必要裁量，並非容許建築主管機關恣意選擇處罰之對象，擇一處罰，或兩者皆予處罰。又行政罰係處罰行為人為原則，處罰行為人以外之人則屬例外。建築主管機關如對行為人處罰，已足達成行政目的時，即不得對建築物所有權人處罰。」。
- 4.愚意以最高法院九十五年度一月份庭長法官聯席會議決議見解可採。故本件同時處罰甲、乙各六萬元罰鍰，以及要求甲與乙連帶給付相關費用，難謂適法。
- (二)逕向高等行政法院起訴請求繳納與連帶給付撲滅火災費用、實際支出費用與預估費用，是否合法？
- 1.按國家與人民間因公法上原因發生債之關係，原因甚廣。就本件而言，罰鍰與撲滅火災費用、實際支出費用與預估費用（性質上為強制執行法上代履行之費用）均屬公法債權，合先述明。
- 2.復按，國家機關就公法上債權之實現，原則上得以經由行政執行之管道為之。就此，行政執行法第十一條以及行政執行法施行細則第2條之規定，均有詳細規範。然則，本件之問題殊在於，該等得以行政執行途徑履行實現之公法債權，得否不經行政執行，逕行向高等行政法院提起給付訴訟？
- 3.最高法院就此明確採行否定見解。最高法院九十年八月份庭長法官聯席會議乃指出：「勞工保險局即應依前述修正行政執行法規定，移送行政執行處強制執行，其猶訴請給付者，應認係行政機關不當行使權利，不具形式上其他訴訟要件（即訴之成立要件），應依行政訴訟法第一百零七條第一項第十款規定，以裁定駁回其訴」。故在得以由行政執行實現之公法債權債務關係中，行政機關由訴請給付，其訴即有欠缺保護必要之不法。
- 4.是故本件向高等行政法院起訴請求繳納與連帶給付撲滅火災費用、實際支出費用與預估費用，於法難謂有合。

二、甲擔任國家通訊傳播委員會委員，因使未具職業駕駛資格之親戚擔任其公務車駕駛，遭行政院作成停職處分，甲不服該停職處分，試分別回答下列問題：

- (一)對國家通訊傳播委員會委員之停職處分，依公務員懲戒法之規定，作成停職處分之機關為「該管主管長官」，試問國家通訊傳播委員會委員之該管主管長官依司法院大法官之解釋之見解為何？汝之見解如何？（12分）
- (二)甲不服停職處分，認為有停止執行之必要，甲未循訴願程序，而逕依行政訴訟法第116條第3項向臺北高等行政法院聲請停止執行。請說明行政法院實務之見解？學者之間有何不同見解？試分別說明之。（13分）

答題關鍵	1.測驗同學是否熟悉獨立機關之概念以及大法官釋字第六一三號。 2.最高法院九十五年一月份決議內容以及最高法院九十年八月決議內容。 3.釋字第六一三號以及最高法院暨臺北、臺中、高雄三所高等行政法院法律座談會（89/12/18）
高分閱讀	1.高點黃台大，行政法講義，第四回，P.33-34。 2.高點黃台大，行政法講義，第三回，P.93。

【擬答】

(一)國家通訊傳播委員會之「該管主管長官」為何？

- 1.按國家通訊傳播委員會乃中央行政機關組織基準法所稱之「獨立機關」。所謂獨立機關，依該法第三條第二款規定，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。」復在學理上，獨立機關又被認係行政一體之例外，其在編制上雖附著於行政機關，然其上級機關對之無法行使完全之指揮、監督權限，以確保其行使職權之獨立性，合先述明。
- 2.然則就獨立機關所享有之人事權力而論，於我國法制中，大法官釋字第613號解釋乃認為：「行政院為國家最高行政機關，憲法第五十三條定有明文，基於行政一體，須為包括國家通訊傳播委員會（以下簡稱通

傳會)在內之所有行政院所屬機關之整體施政表現負責，並因通傳會施政之良窳，與通傳會委員之人選有密切關係，因而應擁有對通傳會委員之人事決定權。」亦即以行政院長為具有懲戒權力之該管長官。

- 3.然則學者就此乃有不同意見，主要認為獨立機關既係行政一體原則之例外，不宜由上級長官行使其性質上為「紀律罰」之懲戒措施，而宜以該會委員之決議取代上級之停職決議。

(二)針對停止執行之程序

- 1.按當事人針對行政處分提起救濟，原則上並不足以發生停止原行政處分執行力之效果，此觀諸行政訴訟法第一一六條第一項、第九三條第一項即明。然則，倘行政處分確實罹有違法之瑕疵，卻容許機關於爭訟程序中加以強制執行，無疑將使行政救濟制度淪於空談。是故，行政訴訟法第一一六條二項及訴願法第九三條二項，乃分別設有停止執行程序，合先述明。
- 2.然則於停止執行之請求程序中，倘若當事人未經向訴願審議機關請求，逕行依據行政訴訟法第一一六條第二項向高等行政法院提出，其請求是否合法？就此，最高行政法院採取否定見解。依據最高行政法院暨臺北、臺中、高雄三所高等行政法院法律座談會(89/12/18)：「訴願法第九十三條第三項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且行政法院係審查行政處分違法性之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。必須其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要。」是故，當事人未經訴願機關程序、逕行向高等行政法院提起停止執行之請求，其請求尚難認為適法。
- 3.然則學者間對於前述最高行政法院之決議，頗有意見。主要問題在於涉及當事人救濟權利之保障，乃基本權相關之重要事項；在欠缺法律明文規定之情形下，以司法機關之決議作為認定欠缺權利保護必要之基礎，實欠妥適。然實務上目前尚維持前述決議見解。

三、甲為乙私立大學碩士班三年級研究生，於民國 96 年 11 月參加該研究所的「碩士候選人資格考試」，其中某考試科目未達及格標準。乙私立大學乃依該系所碩士候選人資格考試要點的規定，將甲予以退學。請問：現今你是甲的律師，如何透過行政救濟程序與實質理由論證幫甲進行救濟？反之，如果你是乙的律師，將如何答辯？(25 分)

參考法條：

大學法第 33 條：

大學為增進教育效果，應由經選舉產生之學生代表出席校務會議，並出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議；學生出席校務會議之代表比例不得少於會議成員總額十分之一。

大學應輔導學生成立由全校學生選舉產生之學生會及其他相關自治組織，以增進學生在校學習效果及自治能力。

學生為前項學生會當然成員，學生會得向會員收取會費；學校應依學生會請求代收會費。

大學應建立學生申訴制度，受理學生、學生會及其他相關學生自治組織不服學校之懲處或其他措施及決議之事件，以保障學生權益。

前四項之辦法，於各大學組織規程定之。

答題關鍵	1.測驗同學是否熟悉行政程序法之相關規定。 2.釋字第三八二號。
高分閱讀	高點黃台大，行政法講義，第一回，P.157-159。

【擬答】

(一)甲之律師所可嘗試之救濟途徑及實質理由：

- 1.按私立學校將學生退學，乃受託行使公權力之作用，並非單純私法行為。學生不服前揭退學行為，依大法官釋字第 382 號解釋「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟。行政法院四十一年判字第六號判例，與上開意旨不符部分，應不予援用，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。」得以進行行政救濟、合先述明。
- 2.復按退學之決定，乃於當事人受教權利有所剝奪妨礙之侵益處分。此等處分依行政程序法之規定，乃以提

供當事人相當之程序保障尤其陳述意見之機會。該法第一〇二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」本件乙大學於作成決定之前，並未給予當事人甲陳述意見之機會，其決定程序實難謂無瑕疵。

雖就行政程序法規定言，退學決定有可能構成該法第三條第二項第六款所稱之「學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。」然依大法官釋字第491號解釋見解，正當程序之基本要求仍應顧及。是故作成決定前給予當事人陳述意見之機會，乃屬必要。

3.綜上，本件甲之律師可依序助甲進行校內申訴、訴願及行政訴訟之流程。其理由之構成，可嘗試以行政程序法第一〇二條為依據。

(二)乙之律師所可嘗試之答辯方向：

- 1.首按大學教育之實施，乃大學自治之表現。在行政法上，其向來被認為係行政權力享有判斷餘地之事項。是故，大法官會釋字第382號解釋理由書第三段：「又受理學生退學或類此處分爭訟事件之機關或法院，對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真相之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更…」亦即明示審查機關僅享有有限之審查權；大學之決定除非有明顯瑕疵，否則審查機關不得任意介入審查以維持大學之自治地位。
- 2.復按大學將學生退學，構成行政程序法第三條第二項第六款所稱之「學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。」不適用行政程序法，亦無正當程序適用之可言。

四、發票人甲簽發本票給乙，以支付貨款，執票人乙先聲請法院許可強制執行之裁定後，復另行起訴請求給付票款之確定判決，乙依據「本票裁定」與「確定判決」聲請強制執行，法院應如何處理？又甲向乙清償票款後，未將本票取回，乙持本票聲請許可執行裁定後，據以聲請強制執行，在強制執行程序中，甲應如何救濟？（25分）

答題關鍵	1.執行名義競合與債務人異議之訴。 2.考生勿將執行名義競合與執行程序競合兩者之觀念混淆。另應熟習85年修正後強制執行法第14條第2項規定。
高分閱讀	1.張登科，《強制執行法》，P.58、164。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，P.126、218。 3.楊與齡，《強制執行法論》，P.147、245。 4.喬律師，高點法學圖說系列—《強制執行法》，P.2-47、3-83、85。 5.田台大，補充講義第1回P.50；第2回P.35、36。

【擬答】

(一)法院應受理乙強制執行之聲請，但如乙於一執行名義受償後，仍主張依據其他執行名義再欲取得款項，甲可提債務人異議之訴。

- 1.按債權人對債務人同一給付請求權，有複數執行名義，稱之為「執行名義之競合」。本題甲為支付貨款，故簽發本票予乙，乙先取得本票裁定後，又另行起訴請求給付票款之確定判決，致使乙對此一貨款請求權同時具有兩個執行名義，即構成執行名義之競合。
- 2.關於債權人取得複數執行名義間是否會相互影響。

甲說：不問新舊執行名義之內容，彼此一致或彼此相互抵觸，舊執行名義因新執行名義之成立失其效力，僅得依新執行名義聲請強制執行。

乙說：認為新舊執行名義競合時，兩者均屬有效之執行名義。因兩者所示之給付請求權既屬同一，債權人經其中一執行名義執行受償後，他執行名義之給付請求權亦同歸消滅，債務人可主張執行名義之請求權有消滅之事由，提起債務人異議之訴，排除強制執行。

本文以為應以乙說可採。因現行關於強制執行請求權之學說，係採「抽象請求權說」，亦即認為強制執行請求權，完全以執行名義存在為要件，與強制執行所欲實現之實體法請求權是否存在無關，執行法院不介入實體法律關係之判斷，故乙所持有之本票裁定與確定判決是否為表彰同一請求權之執行名義，非應由執行法院所判斷之事項。本題該兩執行名義均有效存在，如乙同時聲請執行時，執行法院宜在同一執行事件中處理之，即執程序進入換價階段後，債權人乙本得依據其中任何一執行名義所載之請求，將其中款項交付或分配即可滿足其債權。如乙主張得分配兩次款項時，甲則可提起債務人異議之訴加以救濟。

(二)甲得依據強制執行法第 14 條第 2 項提起債務人異議之訴，並依據同法第 18 條第 2 項規定聲請受理該異議之訴法院裁定停止執行程序。

- 1.按「執行名義無確定同一之效力者，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異議之訴。」強制執行法第 14 條第 2 項定有明文可參。此乃對於無實體法上確定力之執行名義，債權人取得執行名義前，債務人無主張實體上抗辯事由之機會，倘異議之事由發生於執行名義成立後者，本得依據強制執行法第 14 條第 1 項規定提起異議之訴，但如發生在執行名義成立前之事由，早期學說與實務見解有所歧異。然 85 年修正強制執行法後，為杜絕爭議，並參考外國立法例之規定方增訂此規定。
- 2.本件乙持本票裁定為強制執行法第 4 條第 1 項第 6 款所規定之執行名義，而甲清償此一債之消滅事實，係發生於執行名義成立前，故依據現行強制執行法第 14 條第 2 項規定，甲得於執行程序終結前提起異議之訴。
- 3.又甲提起債務人異議之訴不當停止執行程序，故甲應同時向受理債務人異議之訴之執行法院所屬民事庭聲請裁定停止執行程序，再向執行法院提出該裁定，使執行法院停止執行程序。

《行政法與強制執行法》

一、以下各個單位，請逐一回答並說明法律依據或理由，其是否為行政程序法所稱「行政機關」？（第（一）～（七）題每題 3 分，第（八）題 4 分；共 25 分）

（一）內政部民政司

（二）經濟部國際貿易局

（三）臺北縣深坑鄉戶政事務所

（四）國立中正文化中心

（五）行政院環境保護署環境影響評估委員會

（六）內政部營建署墾丁國家公園管理處

（七）台北縣板橋市公所社會課

（八）「財團法人高等教育評鑑中心基金會」之受教育部委託，於民國 95 年對國內 370 個學系和研究所加以評鑑，其當時所屬行政組織法上之性質

命題意旨	基本題型的擴張延伸，測驗考生是否熟悉機關與內部單位之差別。
答題關鍵	判斷機關與內部單位之標準是否能掌握。又應留意，本題「行政院環境保護署環境影響評估委員會」其實應為「行政院環境保護署環境影響評估審查委員會」之誤、「台北縣板橋市公所社會課」其實應為「社教福利課」之誤。
高分閱讀	1.法觀人第 119 期-司法三等考場特刊 第 3 題：行政機關之概念（相似度 80%） 第 6 題：文化中心之性質（相似度 60%） 2.實例演習系列-行政法實例演習(I)（植憲） P.2-2～2-4：行政機關（相似度 70%） 3.經典試題系列-行政法必備概念建構（中）（植憲） P.1-2～1-9：行政機關之意義（相似度 80%） 4.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解（憲法、行政法） P.89-12：行政機關之判斷（相似度 70%） P.95-2：行政機關之判斷（相似度 70%） 5.法研所歷屆經典試題解析(憲法、行政法) P.2-1-9：行政機關之判斷（相似度 80%）
參考資料	黃台大行政法講義，第 2 回。

【擬答】

（一）行政機關與非行政機關之內部單位之意義：

按行政機關乃國家或地方自治團體所設置之獨立之組織體，依行政權範圍內之管轄分工，有行使公權力並代表國家或地方自治團體為各種行為之權限，其效果則歸屬於國家或該一自治團體。中央行政機關組織基準法第 3 條第一款規定：「機關：就法定事務，有決定並表示國家意思於外部，而依組織法律或命令（以下簡稱組織法規）設立，行使公權力之組織。」而內部單位，為基於分工之原則，於行政機關之內部通常依其職權劃分為若干小規模之分支機構，稱作內部單位。中央行政機關組織基準法第 3 條第四款規定：「單位：基於組織之業務分工，於機關內部設立之組織」。行政機關為獨立之組織體，得以本身之名義作成決定表現於外，而發生一定之法律效果；但內部單位則非獨立之組織體，僅於一定之範圍內分擔一部分之行政機關之執掌，其對外為行政行為，仍應以機關之名義為之。

（二）行政機關與內部單位之判斷標準：

一般而言，具備以下三項要件之組織為行政機關，否則即為內部單位：

1.獨立之法規

所謂組織法規包括組織法、組織條例、組織通則、組織規程。惟實務上尚存有例外以「組織編制表」代替組織法規者。

2.獨立之預算及編制

有獨立之預算或編制之行政機關，通常有人事或會計（主計）單位。

3.印信

即依據印信條例所製發之大印或關防。

本題所涉及之縣（市）政府（請注意，不包括直轄市）「衛生局」與「教育局」，名稱雖然同樣為「局」，但兩者在行政組織法上地位有別，一為行政機關，一為單位，原因即在於前者有獨立之組織法（例如：台中縣政府衛生局組織規程），而後者無之。

(三)本題情形：

1.內政部民政司：為內部單位。蓋其並無獨立之組織法令之故。

2.經濟部國際貿易局：為行政機關。蓋其具有獨立之組織法「經濟部國際貿易局組織條例」、獨立之預算編制及印信故。

3.台北縣深坑鄉戶政事務所：內部單位。首先，其並無獨立之組織規定，而係由台北縣頒行「台北縣各戶政事務所組織規程」作為組織之法令依據。其次，根據前述組織規程第七條規定：「各戶政事務所人事、會計業務，由本府派員兼辦之。」顯示其並無獨立之編制及預算，係屬內部單位。

4.國立中正文化中心：行政法人，而非行政機關。蓋依「國立中正文化中心設置條例」第二條規定：「本中心為行政法人，其監督機關為教育部。」其並非負擔有一般性行政任務之行政機關自明。

5.行政院環境保護署環境影響評估（審查？）委員會：內部單位。按此一委員會係依據環境影響評估法第3條授權設立，性質上屬任務編組之組織，其業務之主管機關仍為行政院環保署。故其為內部單位，並非行政機關。

6.內政部營建署墾丁國家公園管理處：行政機關。蓋其設立係依據「國家公園管理處組織通則」之授權，制訂有「內政部營建署墾丁國家公園管理處辦事細則」。依該細則第三條規定，其設有專責之會計及人事人員。在實務上，其亦以自己之名義對外行文並擔任行政訴訟之被告（參見行政法院 78 年判字第 19 號判決），故係行政機關。

7.台北縣板橋市公所社會課（社教福利課？）：內部單位。依據「臺北縣板橋市公所組織自治條例」第5條第2款之規定，板橋市公所內部設「社教福利課」，掌理「掌理社會福利、社會救助及公益慈善事業、國民教育、社會教育、社區、社團業務、勞工福利、健保業務等事項」，於組織法上並無獨立地位，係屬內部單位無疑。

8.「財團法人高等教育評鑑中心基金會」受託處理大學評鑑業務：視為行政機關。按大學評鑑於現行制度之中，係由國家機關教育部所掌理之業務，為公權力事項。教育部委託財團法人高等教育評鑑中心基金會所為之大學評鑑，其地位當係行政程序法第2條第3項所稱之「視為行政機關」。

二、某市原住民事務主管機關A為鼓勵其原住民市民到國外遊學，以培育原住民之專業人才，而訂定96年度原住民人才培育（公費遊學）實施計畫，補助原住民市民到國外遊學半年至一年。設籍並實際居住在該市的原住民市民甲遂依該計畫提出公費遊學半年之申請。A經審查後，在給予甲之處分書中，除核准甲之申請，每月核發甲850美元之生活費與100美元之綜合補助費半年外，並規定甲在公費遊學期間不得無故返國，且遊學期滿應即返國。

（一）該處分書中規定「甲在公費遊學期間不得無故返國，且遊學期滿應即返國」的性質為何？（11分）

（二）若甲在公費遊學期滿後未立即返國，並決定留在遊學國時，A得如何處置？（8分）

（三）A若欲追回甲半年總共所領5,700美元之補助費時，應如何處置？（6分）

命題意旨	行政救濟法與作用法的傳統問題，附款救濟以及公法上不當得利之追償管道。
答題關鍵	掌握行政程序法第127條之立法意旨以及實務見解。

高分閱讀	1.法觀人第 119 期-司法三等考場特刊，第 5 題：行政處分之附款（相似度 80%） 2.經典試題系列-行政法必備概念建構(中)（植憲），P.1-79～1-100：行政處分之附款（相似度 80%） 3.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(憲法、行政法)，P.91-15：公法上不當得利（相似度 80%）
參考資料	1.黃台大行政法講義，第 4 回。 2.月旦法學教室第 49 期，P.41～44：行政處分上之撤銷及廢止、補正及轉換、附款（洪家殷） 3.月旦法學教室第 54 期，P.39～41：公法上金錢給付義務執行概況與爭議問題研究（簡祥紋）

【擬答】

(一)「甲在公費遊學期間不得無故返國，且遊學期滿應即返國」的性質如何？

- 1.按「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。」行政程序法第 93 條訂有明文。又按，行政處分之附款中，有名為「負擔」者，其意指係指附款內容對行政處分之相對人不利，或課以其一定之作為、不作為或忍受之義務，本身即係另一限制人民自由權利之行政處分，乃見諸同法第 93 條第 2 項第 3 款，合先述明。
- 2.復按，某市原住民事務主管機關 A 為鼓勵其原住民市民到國外遊學，以培育原住民之專業人才，而訂定 96 年度原住民人才培育（公費遊學）實施計畫，補助原住民市民到國外遊學半年至一年，其屬性乃補貼之前階段行為，屬裁量行為。就此，A 機關作成受益處分時，規定「甲在公費遊學期間不得無故返國，且遊學期滿應即返國」，乃額外增加當事人負擔之規定，性質上當為行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款所稱之附負擔行政處分。
- 3.小結：「甲在公費遊學期間不得無故返國，且遊學期滿應即返國」為行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款所稱之附負擔行政處分。

(二)若甲在公費遊學期滿後未立即返國，並決定留在遊學國時，A 得如何處置？

- 1.首按附負擔之行政處分，受益人未履行其負擔時，機關乃依此享有廢止之權力。行政程序法第 123 條第 3 款規定為：「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：三 附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。」
- 2.另就廢止之效力言，廢止雖原則上僅向將來失效，然於負擔未獲履行之情形中，行政程序法第 125 條但書乃有規定：「但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力。」故機關有權廢止該一受益處分、且其廢止得以使受益處分溯及既往失效。
- 3.小結：本件機關有權廢止該一受益處分、且其廢止得以使受益處分溯及既往失效。

(三)A 若欲追回甲半年所共領 5700 美元之補助費時，應如何處置？

- 1.按受益性行政處分遭撤銷或廢止而使其有溯及失效之情形者，處分受益人所受領之金錢或其他代替物之給付，乃構成公法上不當得利。就此，行政程序法第 127 條規定：「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」合先述明。
- 2.然於行政救濟實務中所發生問題者，乃在於機關撤銷廢止該一受益處分後，得否依據前述行政程序法第 127 條規定，作成下命處分命當事人返還其所受領之給付？於我國學說及實務中，容有不同意見：

甲說：得以下命處分命當事人返還
按此說本於德國通說之「可逆性理論」，乃認為行政機關有權作成受益處分，即有權作成命返還之處分。故行政程序法第 127 條已足以作為行政機關追償公法上不當得利之依據，得據以作成受益處分命當事人返還，倘若不返還，尚得依據行政執行程序強制履行此等權利與義務關係。

乙說：無個別法之依據，不得作成下命處分
此說乃認為，下命行為係對人民自由權利重大之限制剝奪措施，應有直接之法律依據。行政程序法第 127 條雖規定不當得利之返還，然並未授與機關作成行政處分之權力。是故尚未有其他法律依據，不得僅根據行政程序法第 127 條作成下命處分，至多僅得依據行政訴訟法第 8 條規定提起一般給付之訴。

以上二說，愚意以後說為妥。蓋以最高行政法院 93 年度判字第 772 號判決所示：「依行政程序法第一百二十七條規定：『授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止

或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定』，有請求返還之法律依據，然該條並未規定得由行政機關以行政處分核定返還金額，上訴人顯無從據以單方面下命被上訴人返還，此外別無得由上訴人單方面下命被上訴人返還之法令根據，參照前述說明，不合行政執行法第十一條第一項所定義務人本於法令之行政處分，負有公法上金錢給付義務之要件，自不得逕行移送強制執行」。

- 3.小結：本件情形，倘未有其他法律依據，不得僅根據行政程序法第 127 條作成下命處分，至多僅得依據行政訴訟法第 8 條規定提起一般給付之訴。

三、張三以鄉公所擬興建橫跨道路之人行陸橋之施工地點，恰位於其所有土地之正前方臨路之中間位置，致其土地全部難以利用。經其申訴及有關機關實地勘測後，公所考量該案確實影響原告權益至鉅，乃開會決定將施工地點北移至上開土地右側前方。公所認該決定既減輕張三之損害，不影響鄰地所有人權益，又可達原來興建陸橋目的，誠屬合法適當，乃辦理發包，並發函檢送該會議紀錄通知張三，張三仍不服，謀求行政救濟。試問張三應選擇何種行政訴訟類型，方屬正確，並說明其理由。(25 分)

命題意旨	行政救濟法之基本題型，適時行為之救濟關係。
答題關鍵	掌握行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟之要件。
高分閱讀	1.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解（憲法、行政法），P.92-31：行政救濟（相似度 70%） 2.法研所歷屆經典試題解析（憲法、行政法），P.2-4-1：行政救濟（相似度 70%）
參考資料	黃台大行政法講義，第 4 回。

【擬答】

(一)行政機關興建陸橋施工之法律性質

按行政救濟法制中，當事人對國家機關所為之決定或各項公權力措施有所不服者，得依行為之屬性分別提起不同之救濟。又按，針對行政機關興建公共設施之相關事項亦即興建陸橋施工提出申訴，機關所為之決定或處置，係針對行政上之內部事項有所決定。故行政機關決定將陸橋施工之地點移動，此一決定係屬內部事項之決定，為行政上事實行為之一種，合先述明。

(二)事實行為侵害當事人自由權利時，其救濟模式

1.按行政上事實行為，雖在一般性之基礎上不得作為撤銷訴訟之客體。然就現行行政救濟法制而言，人民請求行政法院判決命行政機關為某種事實行為或單純之行政作為（包括作為或不作為）者，已非全然無救濟之可能性。行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：「人民與中央或地方機關間，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。因公法上契約發生之給付，亦同」，即本此旨。析言之，本訴訟之要素為：

- (1)須因公法上原因發生之給付。
- (2)須限於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。
- (3)須主張給付義務之違反損害原告之權利。
- (4)須不屬於得在撤銷訴訟中並為請求之給付。

2.就本件情形而言，當事人所請求者，乃機關特定事實行為之作成或不作成，係屬行政訴訟法第 8 條所規範之態樣。

3.小結：本件當事人得依行政訴訟法第 8 條起訴，請求法院判決命機關不得於其土地之特定區域旁建築人行陸橋。起訴前，並得依據行政訴訟法第 298 條請求對該案假處分。

四、甲、乙、丙、丁等 10 人分別共有一筆土地，經協議分割不成，甲遂訴請法院裁判分割，經法院判決變價分割確定，甲隨即聲請法院拍賣該土地。然丙之應有部分在訴訟前即已為 A 設定抵押權，擔保丙對 A 之債務。由於該土地經拍賣後賣得之價金，就丙應受分配之金額，已不足清償執行費用與優先債權，共有人丙遂主張拍賣已無實益，請求撤銷拍賣，是否有理？(25 分)

命題意旨	無益執行之限制，是否包括變價分割之類型。
答題關鍵	此問題曾於臺灣高等法院暨所屬法院九十三年法律座談會提案民執類第 16 號中討論，但即便未閱讀過該座談會內容者，仍可依據強制執行法第 80 條之 1 之增訂意旨推論出實務上會出現之不同意見。
高分閱讀	1.法觀人第 119 期-司法三等考場特刊，第 5 題：無益執行之禁止（相似度 80%） 2.重點整理系列-強制執行法（王律師・呂律師） P.3-42-~3-43：執行無實益（相似度 80%） P.3-102-~3-105：執行無實益（相似度 80%） 3.歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解（強執、國私） P.88-5：執行無實益（相似度 90%） P.89-3：執行無實益（相似度 80%）
參考資料	1.臺灣高等法院暨所屬法院九十三年法律座談會提案民執類第 16 號 2.張登科，強制執行法，第 329、575 頁。 3.陳計男，強制執行法釋論，第 648 頁。

【擬答】

- (一)執行名義係變賣繼承財產或共有物，以價金分配於各繼承人或共有人者，執行法院得予以拍賣，並分配其價金；其拍賣程序，準用關於動產或不動產之規定。強制執行法第 131 條第 2 項參照。本題甲訴請法院裁判分割共有土地，經法院判決變價分割確定，甲得聲請法院拍賣土地。又丙應有部分在訴訟前已為 A 設定抵押權，擔保丙對 A 之債務，故拍賣後自應認就土地變價後應分配予丙之款項部分，A 享有優先債權。
- (二)然本題丙應受分配之金額，已不足清償執行費用與優先債權，丙主張拍賣無實益，請求撤銷拍賣。故自應審究倘執行名義係變價分割共有不動產之確定判決，惟該不動產有部分應有部分已經設定抵押權，是否有強制執行法第 80 條之 1 拍賣無實益之問題？

關於此問題容有爭議，現就各說及其所採理由分述如下：

甲說：肯定說。

- 1.按執行名義係變賣繼承財產或共有物，以價金分配於各繼承人或各共有人者，執行法院得予以拍賣，並分配其價金，其拍賣程序，準用關於動產或不動產之規定；又不動產之拍賣最低價額不足清償優先債權及強制執行之費用者，執行法院應將其事由通知債權人。債權人於受通知後七日內，得證明該不動產賣得價金有賸餘可能或指定超過該項債權及費用總額之拍賣最低價額，並聲明如未拍定願負擔其費用而聲請拍賣。逾期未聲請者，執行法院應撤銷查封，將不動產返還債務人。強制執行法第 131 條第 2 項、第 80 條之 1 第 1 項分別定有明文。本題債權人所執為聲請強制執行之執行名義既為變價分割共有物之確定判決，在性質上屬於普通債權，如拍賣最低底價已不足清償執行費用、優先債權時，即有前述強制執行法第 80 條之 1 第 1 項規定之適用，否則無以保障優先債權人之權益。
- 2.強制執行法於民國 85 年修正後，關於不動產執行改採不動產擔保物權塗銷主義，倘於此情況無拍賣無實益規定之準用，將導致債務人得任意以自己之意思侵害債權人之權益，致優先債權人之債權失其擔保。參以分割共有物之判決，具有形成判決之性質，且在裁判分割之方法上，可分為原物分割、原物分割並差額補償、變價分割等方式，通說認為於原物分割之情形，判決確定時形成共有物分割之法律效果，至於共有物上原已設定之權利、負擔，均不因此而受影響。如認變價分割得使分割前共有物上原已設定之擔保物權消滅，實明顯損及優先債權人之權益，如同依債務人之意思實行抵押權，故應認為有無益執行禁止之問題。

乙說：否定說。

- 1.依強制執行法第 131 條第 2 項規定，執行名義係變賣共有物，以價金分配於各共有人者，執行法院得予拍賣，並分配其價金，其拍賣程序準用動產或不動產之規定。而所謂「準用」，即就某項事項於相同的性質範圍內，適用相關的規定，並非不論其性質上是否相同，而一律適用之意。
- 2.變價分割共有物之強制執行拍賣，債權人係本於物上請求權而取得執行名義，進而聲請強制執行，與強制執行法第二章所定係因金錢債權取得執行名義而為執行不同。在變價分割共有物之情形，乃對物之執行名義，不論共有物變價所得數額之高低，重在消滅共有關係判決之目的實現，以使法律關係單純化並早日確定。從而，實務認為其執行程序可不受強制執行法第 91 條、第 92 條及第 95 條所定關於拍賣次數之限制，至於金錢債權之不動產強制執行，其所重者，在於執行債權是否獲得滿足，由此顯見兩者在性質上有所差異。是有關上述準用之規定，自應區別其性質而決定。

3.依據強制執行法第 80 條之 1 第 1 項之立法理由，係謂「不動產之無益查封，仍準用動產之規定」等語。而同法第 50 條之 1 關於動產無益執行禁止之規定，其立法理由則為：「債權人聲請強制執行，係以實現其債權為目的，倘查封物賣得之價金，清償執行費用及優先債權後，已無剩餘之可能者，其債權即無實現之可能，自無實施執行之實益」等語。可知，關於無益執行禁止之立法意旨，在於金錢債權之執行債權人，若於強制執行之結果，並無受償之可能，即無執行之實益與必要，因認應予禁止，此與分割共有物，其目的係為消滅共有關係，而非金錢債權之滿足迥有不同。是在變價分割共有物之強制執行程序，依其性質應無無益執行之概念。綜上所述，應認題示情形無強制執行法第 80 條之 1 第一項規定之準用，故無拍賣無實益之問題。

本文以為應以否定說可採。除前開否定說所採之理由外，因變價分割之分割共有物判決，係賦予各共有人有變賣共有物，分配價金予各共有人之權利，於變賣由第三人取得所有權之前，各共有人就共有物之所有權尚未喪失，共有關係仍未消滅。若僅因有部分共有人之應有部分所設定之抵押權有拍賣無實益問題，致共有物不能拍定，而無法消滅共有關係，自與民法第 823 條第 1 項共有物除因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割期限者外，各共有人得隨時請求分割共有物之規定相違，故題示情形，應無強制執行法第 80 條之 1 第 1 項規定之準用。丙主張撤銷拍賣為無理由，執行法院應駁回其聲請。

《行政法與強制執行法》

一、銓敘部 84 年 6 月 6 日函，略以「本部 64 年 11 月 15 日暨 76 年 6 月 4 日函同意大專畢業應召入伍復志願轉服 4 年制預備軍官依法退伍者，比照『後備軍人轉任公職考試比敘條例』比敘相當俸級之規定，自即日起停用適用」某甲轉服 4 年制預備軍官退伍後，於 85 年間應後備軍人轉任公職人員考試及格，因該函無法比照該條例比敘。甲不服，主張應有信賴保護原則之適用，而提起訴願，原處分機關則認為行政程序法係 90 年 1 月 1 日施行，本案無適用餘地。問甲是否有理？（25 分）

命題意旨	本提主要以釋字五二五號解釋之案例事實為命題方向，而附帶要同學針對學說上相關討論提出批判，並以釋字六零五號解釋為應證。
答題關鍵	以信賴保護原則為出發，探討信賴保護原則之三要件，尤其針對信賴表現之探討，必須提出學界之不同主張。
參考資料	1.《月旦法學教室》 第 29 期：P.62～63：行政法的法源規範及其位階（下）（李建良）
高分閱讀	1.《經典試題系列-行政法必備概念建構（上）》（植憲）（51ML5010） P.6-24～6-44：信賴保護原則（相似度 90%） P.2-118～2-118：行政法的不成文法源（相似度 70%） 2.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-憲法、行政法》（51ML3006） P.93-1～93-3：93 年司法官第 1 題（相似度 80%） P.91-10～91-12：91 年律師第 1 題（相似度 70%） P.90-18～90-21：90 年律師第 2 題（相似度 70%） 3.《第 101 期法觀人》 P.4～13：信賴保護原則-釋字第 605 號解釋（相似度 70%）

【擬答】

(一)信賴保護原則為公法上之重要原則，主要來自法治國原則下要求法安定性的需求。此一原則之主要內容表現在：行政法規之不溯及既往、行政處分之職權撤銷與廢止之限制、行政機關之承諾、保證之效力。行政計劃領域所探討之「計劃擔保責任論」，以及行政指導時之禁反言法理，均可視為此一原則之表現。而信賴保護原則之要件：

- 1.信賴基礎：行政行為。
- 2.信賴表現：相對人之行為。
- 3.信賴值得保護：信賴基礎之獲得無可歸責及信賴表現非基於惡意。

(二)而信賴保護原則既為法治國原則之下一個重要原理原則，則即使行政程序法未將此一般法律原理原則列入法律中規範，行政機關於執法或為行政行為時，亦應遵守，此乃依法行政原則之要求。因此，本題中，原處分機關認為行政程序法於民國九十年一月一日施行，本案例事實並無適用，此論點即有錯誤。

(三)某甲主張是否有理？必須以本案例事實是否構成信賴保護原則之要件：

- 1.信賴基礎：銓敘部曾經在過去曾發布函釋表示：「大專畢業應召入伍復志願轉服四年制預備軍官，比照『後備軍人轉任公職考試比敘條例』，比敘相當俸級之規定。此雖是以函釋方式〈解釋性行政規則〉為之，但亦屬行政機關之行為，若非無效，則構成人民信賴之基礎。
- 2.信賴表現：本題所示，某甲轉服四年制預備軍官退伍後，於八十五年間，應後備軍人轉任公務員考試及格，是否可構成信賴表現？學者認為，所謂信賴表現必須從寬認定，即人民生活有深刻改變即可構成，因此某甲轉服四年制預備軍官即是有信賴表現；但釋字 525 號解釋認為，上開函件，雖得為信賴之基礎，惟係基於招募兵員之權宜措施，與法律之規定既不一致，自不能預期其永久實施，除已有客觀上具體表現信賴之行為者外，尚不能因比敘措施廢止即主張其有信賴利益之損失。就本件而言，參與轉任公職考試或取得申請比敘資格，乃表現其服役之初即對應考試服公職可獲優待具有信賴之客觀具體行為。是以於停止適用時，尚未應考試及格亦未取得公務人員任用資格者，難謂法規廢止時已有客觀上信賴事實之具體表現，即無主張信賴保護之餘地。本號解釋對於信賴表現認定過於嚴格，使得情法難平，受到學界諸多批判。因此，依照後來釋字六零五號解釋所指：「…任何行政法規皆不能預期其永久實施，然行政法規發布施行後，訂定或發布法規之機關依法定程序予以修改，應兼顧規範對象信賴利益之保護。其因公益之必要修正法規之內容，如人民因信賴舊法規而有客觀上具體表現信賴之行為，並因法規修正，使其依舊法規已取得之權益，與依舊法規預期可以取得之利益受損害者，應針對人民該利益所受之損害，採取合理之補救措施，或訂定合理之過渡條款，



俾減輕損害，以符憲法保障人民權利意旨。惟人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之。至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護（本院釋字第五二五號解釋意旨參照）。」由此釋字六零五號解釋可知，大法官以接受學說的見解，對於信賴表現，也從寬認定之。因此，某甲之行爲亦符合此要件。

3.信賴值得保護：依題意，某甲並無信賴不值得保護之事由〈行政程序法第一百一十九條〉，因此甲之信賴利益值得保護。
(四)結論：甲之訴願主張，依照最新實務見解及學說見解應有理由。

二、設有某藥房未依醫藥事法第 27 條第 1 項之規定申請核准登記並領得許可執照，即行開始營業販賣藥品。經主管機關查獲，乃依同法第 92 條第 1 項之規定，處以 3 萬元罰款，並要求其在未領得許可執照前應停止營業。惟該藥房置之不理，仍繼續營業。請問主管機關是否得再處以罰款？另依法得採取哪些行政行為，達到使該藥房停業之目的？所得採取之各種行政行為，有無一定之順序？（25 分）

參考法條：

藥事法第 27 條第 1 項：「凡申請為藥商者，應申請直轄市或縣（市）衛生主管機關核准登記，繳納執照費，領得許可證執照後，方准營業；其登記事項如有變更時，應辦理變更登記。」

藥事法第 92 條第 1 項：「違反第 27 條第 1 項、……規定之一者，處新台幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰款。」

命題意旨	本題主要針對行政罰及執行罰兩者之間區別為主要討論重心，並注意釋字六零四號解釋所指的一行為不二罰之討論。
答題關鍵	從一事不二罰為主軸，來分析行政機關所處之罰鍰與停止營業兩個處分之間關係。
參考資料	秦台大《行政法講義》第四回 P.1~P.59。 秦台大《行政法總複習講義》P.88~P.103。
高分閱讀	1.《經典試題系列-行政法必備概念建構（上）》（植憲）（51ML5010） P.6-13~6-21：比例原則（相似度 70%） 2.《法研所歷屆試題詳解(憲法,行政法)》（51MM5603） P.2-2-30~2-2-32：政大法研 92 年第 1 題（相似度 90%） 3.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-憲法、行政法》（51ML3006） P.89-15~89-18：89 年司法官第二次第 3 題（相似度 80%） 4.《第 107 期法觀人考場特刊》 題目 5（相似度 90%） 5.《第 93 期法觀人》 P.26~31：行政罰法爭議問題討論（相似度 70%）

【擬答】

(一)「一行為不二罰原則」，又稱「禁止雙重處罰原則」，顧名思義，指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是「一行為不二罰原則」具有憲法位階，應無疑義（釋字六零四號解釋）。

(二)在本案中，此藥房因違反藥事法第二十七條規定，經主管機關查獲並依同法第九十二條第一項之規定，處以「三萬元罰鍰」並「要求其在未領得許可執照前停止營業」，此兩個處分內容，前者是針對藥房過去違反行政法上義務之處罰，故屬行政罰之性質；而後者是在敦促人民履行公法上之義務，故屬執行罰前置的告誡程序。因此，兩者性質不同，主管機關的處分內容，並不違反一事不二罰之原則。

(三)主管機關是否得再處以罰鍰？

依照藥事法第九十二條第一項之規定，並沒有規定行政機關於必要時得連續處罰之。因此基於一事不二罰之原則，主管機關是不得再重複處罰。惟行政法中所指的「一行為不二罰原則」，關鍵在於「一行為不二罰原則」所稱之一行為，是否以自然單一行為為限。所謂自然單一行為，指的是以一個理性的非法律人根據社會一般通念，或以自然觀察方法所理解的一行為。法律上單一行為則是法律所創設之人工式的一行為概念，可能是將數個自然單一行為整體合併為一行為，一個評價單位，也有可能如本件所涉情形，將一個自然單一行為「切割」成數行為，分別評價。因秩序罰重在行政管制目的之達成，吾人不能排除在特定事務領域，有透過立法，將某類型自然單一行為「切割」成數個法律的單一行為，進而分別評價、處罰，始能達成行政管制目的之情形，而只要行政管制所欲維護之公共利益與基本權利具有相同憲法位階，



基於憲法之體系與和諧解釋，在詮釋、理解「一行爲不二罰原則」時，將法律單一行爲納入一行爲概念，自有其必要與正當性。其次，雖然將自然單一行爲切割成數個法律單一行爲分別評價，對相對人較爲不利，但相對於刑事罰，秩序罰對人民權利影響畢竟較屬輕微，是所謂一行爲，適用在刑事罰領域不包括法律單一行爲，在秩序罰領域則從寬解爲包括在內，應無不許之理。最後，即使「切割」過的法律上一行爲納入「一行爲不二罰原則」的一行爲概念範疇，「一行爲不二罰原則」的功能並不致於因此就被「淘空」，畢竟將自然單一行爲「切割」成數個法律上單一行爲，仍不能恣意，凡「切割」超出達成管制目的所需之限度。綜合上述，主管機關如於管制目的上之必要時，似乎亦可再處以罰鍰。但基於法律保留原則，將自然單一行爲「切割」成數個法律上單一行爲，應由立法者爲之較妥。故因爲藥事法第九十二條第一項並未擬制的前提下，行政機關仍不可恣意爲之。

(四)主管機關得採取哪些行政行爲，達到使該藥房停業之目的？所得採取之各種行政行爲有無一定的順序？

承上述，主管機關對於此藥房「要求其在未領得許可執照前停止營業」，是在敦促人民履行公法上之義務，故屬執行罰前置的告誡程序。依照行政執行法第二十七條第一項之規定，經告誡後仍不履行者，由執行機關依間接執行或直接執行方法爲之。而依行政執行法第三十二條所指的間接執行優先原則，故主管機關於本案情形必須先以間接執行一處以怠金爲先〈本題之行政義務係屬不可替代性〉，若仍無效果，則以行政執行法第二十八條第二項之直接強制的方式爲之〈例如：斷水斷電〉。

三、依公務人員退休法及其施行細則規定，公務人員如符合退休要件者，應准其自願退休；各機關人事主管人員應就公務人員退休申請所提出之退休事實表、任職證件及相關證明文件確實審核，如有不符者，應分別駁回或通知補正，其符合者，則彙轉銓敘部審定。惟公務人員任職年資常含括新、舊制年資，因最後服務機關爲地方機關者，其舊制年資退休金支給機關爲各地方政府，故各地方政府爲調配其預算，常於編列下一年度預算前，即先行調查欲退休之公務人員，作爲編列預算之參據，並排定其優先順序。試問：(25 分)

- (一)對於公務人員退休之申請，服務機關可否以預算不足、人力調節等事實上之因素否准其申請？又如其已爲否准行爲，則該行爲之性質爲何？
- (二)公務人員對各服務機關所爲否准自願退休之行爲，如有不服，應循何種程序提起救濟？又對銓敘部審定給與之退休金其金額不服者，應如何救濟？
- (三)公務人員如未能事先告知服務機關擬申請自願退休，而臨時始提出退休申請，有無違反何種行政上一般法律原則？得否以此爲否准之依據？

命題意旨	本題以公務人員退休法及其施行細則爲出題重點，附帶亦涉及公務員權利與救濟相關考題。
答題關鍵	以題目所示意旨爲出發，就已知公務員法相關理論討論即可。
參考資料	秦台大《行政法講義》第二回 P.48~P.59。 秦台大《行政法講義》第三回 P.10。 秦台大《行政法講義》第四回 P.72。 秦台大《行政法總複習講義》P.51~P.59。
高分閱讀	1.《律師考場特刊》 P.68~76：行政行爲之定性（相似度 70%） 2.《經典試題系列-行政法必備概念建構（上）》（植憲）（51ML5010） P.6-59~6-63：不當聯結禁止原則（相似度 70%） P.5-25~5-32：公務員之公法上金錢給付請求權（相似度 80%） 3.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-憲法、行政法》（51ML3006） P.90-18~90-21：90 年律師第 2 題（相似度 70%）

【擬答】

公務員爲內部行政體系中，一項重要構成要素，從過去的特別權力關係討論，至釋字 187、243、298、491…等號解釋以來，公務員與國家之間不再只存在著權力關係，而是特別法律關係。因此在對於公務員權利有重大影響者，不僅有法律保留之適用，亦有司法救濟之可能。

(一)公務員是否有退休權？對於退休申請之否准性質爲何？

公務員之退休制度，分爲自願退休與命令退休兩種，由公務人員退休法及施行細則可知〈或依題意所示〉，必須符合一定要件者，始可構成退休之要件而准予退休。因此，以目前現行法制來看，公務員之退休並非完全選擇自由，故公務員於我國，似乎尚難認爲具有退休權。而退休制度目的卻是在爲國家之人事方面做一淘汰換新之運作，因此人事方面之變動，必須要符合效益原則，故對於公務人員退休之申請，服務機關可以預算不足、人力調節等事實上之因素，來決定否准其申請〈爲學說上亦有不同之見解〉。

而此否准之意思表示，對於公務人員之權利有重大影響，並具備行政機關所爲公權力行爲、單方性、法效性、個別性等特徵，故屬行政處分。



(二)對於原服務機關退休申請之否准不服，如何救濟？對銓敘部審定給與之退休金之金額不服，如何救濟？

- 1.對於原服務機關退休申請之否准不服：依照公務人員退休法施行細則第二十四條規定：「退休公務人員對於退休案審定之結果，如有異議，得於退休案審定函到達服務機關之次日起三個月內，提出證明文件或理由，由服務機關轉送銓敘部復審。對復審之決定如有不服，得於復審決定書到達服務機關之次日起三個月內，提出再復審。再復審以一次為限。」此屬程序中行爲例外理論，例外可於程序過程中，單獨讓人民可以提起救濟。
- 2.對銓敘部審定給與之退休金之金額不服：對於銓敘部審定爲最終之實體決定，而此審定對於公務人員之權利有重大影響，並具備行政機關所爲公權力行爲、單方性、法效性、個別性等特徵，故屬行政處分。故對此審定不服，公務員可依公務人員保障法第二十五條及第四十四條之規定，經由原處分機關向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，如仍不服復審決定，則依公務人員保障法第七十二條之規定，可提起行政訴訟救濟之，而本題則以提起課與義務訴訟爲佳。

(三)公務人員未能事先告知服務機關擬自院申請退休，臨時始提出退休申請，有無違反何種行政法上一般法律原則？得否以此爲否准之根據？

依照公務人員退休法第十七條及公務人員退休法施行細則第二十一條之規定：「各機關自願或命令退休人員，於退休三個月前，應填具退休事實表二份，檢同本人最近一時半身相片四張，本法修正前之任職證件及有關證明文件，報請服務機關彙轉銓敘部審定。…」可知臨時始提出退休申請並不合法，違反法律優位原則；尤其退休涉及到服務機關預算調配、人力調節等事實上之因素，必須作事先之規劃，因此如臨時提出申請，則會違反誠信原則及公益原則。故對於臨時始提出退休申請，原服務機關自可以此爲原因而駁回公務員之申請。

四、甲、乙二人約定合資興建房屋一批出售，由甲出地，乙出資金，獲利後二人平均分配：

- (一)在獲利結算分配前，甲之債權人 A 得知後，欲就甲可得之獲利聲請為強制執行，是否可行？(13 分)
- (二)在獲利結算分配前，丙欠乙合會會款新台幣 100 萬元，乙之債權人 B 聲請對該會款債權假扣押，經執行法院對乙、丙發扣押命令後，乙仍對丙起訴請求清償該會款債務，是否應准許？(12 分)

命題意旨	涉及到責任財產時之限制及債務人於法院核發扣押命令後得否對第三人提起給付之訴之爭點。
答題關鍵	考生應熟悉最高法院 91 年台上字第 812 號判例之見解（於 95 年 7 月 4 日經最高法院 95 年度第 9 次民事庭會議決議通過），即可完成掌握第二小題之答案焦點。
參考資料	1.張登科，《強制執行法》，第 96 頁。 2.陳計男，《強制執行法釋論》，第 65 頁、第 66 頁。 3.田台大，《強制執行法補充講義》第 4 回第 3 頁。
高分閱讀	1.《重點整理系列-強制執行法》（王律師、呂律師）（51ML1022） P.3-178~3-179：扣押命令生效後，債務人可否對扣押債權提起給付之訴（相似度 100%） P.3-194~3-196：其他各種財產之執行（相似度 60%）

【擬答】

(一)如甲對於合夥之利益分配請求權認爲具有期待權者，則例外可以對此財產聲請強制執行：

- 1.強制執行財產，應爲債務人之責任財產爲限。亦即債權人僅能對債務人之財產中得爲強制執行之客體之財產爲強制執行。
- 2.關於責任財產之範圍，應受到「時之基準」之限制，換言之，須開始強制執行時屬於債務人之財產，始得爲執行之對象。至債務人將來可取得之財產，原則上不得爲執行對象，但如取得財產基礎之法律要件已經具備，可認爲期待權者，方得爲強制執行。題示甲乙二人約定合資興建房屋一批出售，由甲出地，乙出資金，獲利後二人平均分配，自應認甲乙間成立合夥關係。又合夥人對合夥係享有利益分配請求權，本題雖在獲利結算分配前，該款項並未現實分配予甲，然應認甲取得利益分配之權利具有期待權，故法院自應准許甲之債權人關於強制執行之聲請。

(二)執行法院核發扣押命令後，乙仍得對丙起訴請求清償該會款債務：

- 1.乙之債權人聲請就乙對丙之會款債權爲假扣押時，執行法院即應依職權核發扣押命令，該扣押命令於送達第三人丙時發生效力。又扣押命令係記載「禁止債務人收取或爲其他處分，並禁止第三人向債務人清償。」，然法院核發扣押命令後，執行債務人乙雖喪失處分權，但仍爲被扣押債權之主體，仍得爲債權之保存行爲。
- 2.至所謂債務人乙得爲之保存債權之行爲，是否包括訴訟行爲在內應依據訴訟之類型有所區別，如乙提起者爲「確認之訴」時，並未違反前開扣押命令之效力，自應准許。但關於是否得「給付之訴」，學說上有爭議：
 - (1)否定說：此說認爲，扣押命令本禁止債務人收取及禁止第三人清償，債務人如得對第三人提起給付之訴，顯與扣押命令之性質有所違背。
 - (2)肯定說：如債務人不提起訴訟，恐會使時效完成，致第三人得以時效爲由對抗債權人。但應限制即便債務人取得勝訴判決，不可聲請執行。



本文以為債務人對於第三人之金錢債權，經執行法院發扣押命令禁止債務人收取或為其他處分後，債務人對第三人提起給付訴訟，僅屬保存債權之行爲，無礙執行效果，倘非不得為之。實務見解亦同採此說（最高法院 91 年度台上字第 812 號判例參照）。況如乙對丙之會款債權係適用民法短期時效之規定，B 聲請就乙對丙之會款債權核發扣押命令，並不中斷乙、丙間之時效，倘丙對乙會款債權之存在不爭執，乙並無提起確認之訴之利益，如不允許乙對丙提起給付之訴時，則乙丙間時效自無中斷事由，但應注意即便乙取得勝訴判決後，因 B 已先對乙對丙之會款債權為扣押，故乙不得聲請對丙為強制執行，以免違背扣押命令之效力。



《行政法與強制執行法》

一、我國訴願法第 52 條第 1 項、第 2 項分別規定：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」、「訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。」同法第 53 條則規定：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。」試問：(25 分)

(一)訴願審議委員會在行政組織法上之地位為何？

(二)訴願審議委員會會議審議訴願案件時，出席之委員屬於社會公正人士、學者、專家者，是否亦不得少於二分之一？其原因何在？學說與實務之見解為何？

命題意旨	測驗考生對訴願實務之熟悉程度。
答題關鍵	訴願法第五十二、五十三條之立法意旨。本題偏難，一般考生不易作答，僅能依學理推論。
參考資料	蔡志方，訴願審議時外聘委員應否過半之研究，行政救濟與行政法學（五），第二五五頁以下。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）(L245)（相似度 45%） P.6-27~46：行政機關與其內部單位在行政組織法上定位 2.高點法研所歷屆試題（憲法、行政法）(M508)（相似度 65%） P.2-5-4：93 東吳：訴願程序中之正當法律程序

【擬答】

(一)訴願審議機關之組織法地位

(1)按人民就行政機關所做成之違法或不當行政處分，得於一定之法定條件之下，向訴願審議機關提起訴願之請求，乃訴願法第一條所明文規定。是故，「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」，亦為訴願法第五十二條第一項所規定。訴願審議委員會，其目的在發揮行政機關自我省察之行政監督功能，故雖屬機關內部設立之合議制組織，然於法制上，其向被認為係屬學理上所稱「獨立行使職權之委員會」。

(2)所謂獨立行使職權之委員會，於中央行政機關組織基準法第三條第二款有所明文規定：「獨立機關：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。」。故訴願審議機關乃在行政組織上排除行政一體原則之適用，不受該機關直接之指揮監督。

(二)訴願審議委員會會議審議訴願案件，社會公正人士等未達二分之一

(1)按「訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家不得少於二分之一。」乃訴願法第 52 條二項所明文規定，其立法意旨，乃在避免行政機關因循故舊、官官相護之習性，俾使訴願決定發揮其實際之效能。此一規範，並非訓示規定，蓋最高行政法院於九十三年度判字第十八號判決中，即以訴願審議機關違背組織規定為由撤銷訴願決定。

(2)雖於訴願實務上，訴願審議機關之組織方式經常為行政機關解為訓示規定，然學說見解與此一態度顯然有異。蓋正如學者指出，訴願制度之存在既在於維持行政合法性而具有準司法之屬性，則其組成應受嚴格之拘束、應認訴願法第五十二條二項之規定同時具有「組織規範效力」與「作用規範效力」，而訴願法第五十三條之規定則屬不完全性規範，無法獨立觀察，故訴願審議委員會之組成，社會公正人士、學者、專家不得少於二分之一；而決議時亦應依此一比例做成決議。

二、行政程序及行政執行程序中，當事人有何協力義務？違反此義務產生何法律效果？試依司法院大法官相關解釋，並具己見，析論之。(25 分)

命題意旨	測驗考生對大法官解釋及「協力義務」此一理論之熟悉程度。
答題關鍵	大法官釋字第 588 號。本題亦屬較難的考法，對大法官解釋應有深入之瞭解。
參考資料	
高分閱讀	1.高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）(L244)（相似度 20%） P.3-7~73：行政程序中當事人之參與及協力 2.高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）(L245)（相似度 15%） P.5-30~68：行政執行程序中當事人義務 3.高點法研所歷屆試題（憲法、行政法）(M508)



P.2-1-37：91 台大：行政程序法與強化行政效能觀念（相似度 20%）
P.2-1-52：90 台大：行政程序法師行後部門之態勢（相似度 10%）
P.2-2-5：94 年政大：支配行政程序之各種名義（相似度 30%）
P.2-3-5：93 台北：行政程序法如何與私人參與行政活動相互配合（相似度 90%）

【擬答】

(一)協力義務之概念

所謂協力義務，是指人民在公法關係中，為協助國家行政目的之達成，於公法上所負之主要義務以外的便利行政行為之義務。例如，人民在法律上負有依法納稅之義務，此為行政法上之主義務，為達成此一行政目的，人民尚負有配合行政事實調查、自動申報所得、記帳等義務，屬協力義務。

(二)協力義務之種類

(1)登記及申報義務

協力義務首先發生於登記及調查之領域。例如大法官釋字第五三七號解釋：「因租稅稽徵程序，稅捐稽徵機關雖依職權調查原則而進行，惟有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，因而課納稅義務人申報協力義務。」

(2)忍受調查之義務

於行政執行法上人民所負擔之協力義務，主要係發生於事實調查之領域，此見諸行政執行法第十七條第一項第四、五、六款。於大法官釋字第五八八號解釋之「部分協同、部分不同意見書」中，亦被指出係協力義務之要求。

(三)違反協力義務之法律效果

(1)機關得進行推計

針對相關事項之申報，行政上義務人未履行其協力義務時，機關得依間接資料根據推計方法做成行政處分。如大法官釋字第二一八號：「人民有依法律納稅之義務，憲法第十九條定有明文。國家依課徵所得稅時，納稅義務人應自行申報，並提示各種證明所得額之帳簿、文據，以便稽徵機關查核。凡未自行申報或提示證明文件者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。此項推計核定方法，與憲法首開規定之本旨並不牴觸。」

(2)協力義務之無制裁性

協力義務之違反，於學說上所特別被強調者，乃此一義務原則上不具備制裁效果。蓋其乃對己義務之一種，屬不真正義務，原則上無制裁之效力。然此並不排除立法機關就此等義務之違反，例外立法賦予其制裁效果。例如行政執行法第十七條第一項第四、五、六款之事由，得以作為拘提管收之強制原因等，即為適例。

三、請附具理由，回答下列問題：(25 分)

(一)行政院撤銷台北市政府延期辦理里長選舉之決定，請問台北市政府如何救濟？又，對此一事件之司法審查密度應如何判斷？

(二)依政府採購法得標之廠商，於履約期間進用原住民人數未達規定標準者，其依法應繳納「原住民就業代金」，試問不服之廠商如何救濟？

附：原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」第 2 項（略）第 3 項：「得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」

政府採購法第 98 條：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」

命題意旨	測驗考生對大法官釋字五五三號之熟悉程度，以及行政契約之相關問題。
答題關鍵	釋字五五三號、代金契約。本題於各題中較屬簡單，僅需掌握大法官見解已足。
參考資料	1.林明鏘，行政契約，行政法 2000。 2.月旦法學教室，第 35 期，P.30~31：無效的行政契約與履約處分（江嘉琪） 3.月旦法學雜誌，第 118 期，P.149~166：里長法律地位及其支給費用之研究（董保成） 第 120 期，P.37~65：行政行為形式選擇自由-以公私協力行為為例（程明修）
高分閱讀	1.法觀人考場特刊：題目 3（相似度 75%）；題目 8（相似度 55%） 2.高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）(L244)（相似度 20%），P.2-215~273：行政契約之基本概念 3.高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）(L245)（相似度 85%），P.6-115~131：釋字第 553 號之分析 4.高點法研所歷屆試題（憲法、行政法）(M508) P.2-2-5：94 年政大：國家機關對地方之事權監督與爭議解決機制（相似度 40%）



P.2-3-7：93 年台北：行政契約之定性（相似度 60%） P.2-7-4：94 年中原：行政契約及其救濟（相似度 55%） 5.法觀人雜誌，第 95 期：P.57～65：里長之法律地位

【擬答】

- (一)1.按大法官釋字第五五三號：「行政院撤銷台北市政府延期辦理里長選舉之決定，涉及中央法規適用在地方自治事項時具體個案之事實認定、法律解釋，屬於有法效性之意思表示，係行政處分，台北市政府有所不服，乃屬與中央監督機關間公法上之爭議，惟既屬行政處分是否違法之審理問題，為確保地方自治團體之自治功能，該爭議之解決，自應循行政爭訟程序處理。台北市如認行政院之撤銷處分侵害其公法人之自治權或其他公法上之利益，自得由該地方自治團體，依訴願法第一條第二項、行政訴訟法第四條提起救濟請求撤銷，並由訴願受理機關及行政法院就上開監督機關所為處分之適法性問題為終局之判斷。」
- 2.故針對前開撤銷決定之行政處分，應循訴願及行政訴訟之管道解決。此外，就司法審查密度而言，該號大法官解釋亦謂：「既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重該地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。」。
- (二)「原住民就業代金」不服之救濟
- 1.按「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」，乃原住民族工作權保障法第十二條第一項所明訂。此項義務，依同法條第三項之規定：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」，得以繳納代金而免除，合先述明。
- 2.又按人民於行政法上負有各項義務，其有應依自己之行為加以完成履行者，亦有得依他法免除其履行義務者，其中以繳納一定金額作為免除義務之手段，行政法上法律屬性如何，向有爭議：
- (1)甲說：行政契約
多數學說認為，此等約定之要旨，乃由法律規定，以特定金額之給付作為免除行政法上義務之對價，當係國家機關與人民間就特定公法上權利義務關係所締結之行政契約。
- (2)乙說：行政處分之負擔
部分學者認為，於政府採購之公開招標關係中，招標之決定係屬公法上之具體決定而為行政處分；其課與當事人特定之作為不做為義務，當係行政程序法第九十三條第二項第三款所稱之負擔。
- (3)救濟關係
針對此等代金繳納之關係，多數學說認為係具有行政契約之性質，因而當事人倘對此等義務之履行不服，得循行政契約不服之管道爭訟之。

四、甲本於確定終局之勝訴判決，請求對乙開始強制執行，在強制執行中兩造曾請求准予在外和解。試析論下列問題：(25 分)

(一)如兩造成立和解，該和解是否具有阻止確定判決執行之效力？

(二)如甲聲請繼續為強制執行，執行法院亦准予繼續執行，而乙認為既已成立和解，不應繼續執行時，其有何救濟途徑？

命題意旨	本題出題委員之意旨在測試考生對於強制執程序開始後，是否會因當事人間另行成立之和解契約而影響到執行程序效力。建議考生可以從執行契約之觀念切入，即可確實與題意相符。
答題關鍵	應掌握本題之基本觀念有： 1.執行法院應審酌事項之範圍。 2.和解契約之效力及其在執行程序上應如何定性其性質。 3.如當事人或執行法院違反和解契約之效力時，當事人之救濟程序。
參考資料	1.張登科，強制執行法，第159頁。 2.陳計男，強制執行法釋論，第157頁。 3.田台大，強執行法補充講義第1回，第8、9頁。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊：題目 2、3、6（相似度 65%） 2.高點重點整理系列-強制執行法（王律師、呂律師）（L255） P.2-34～40、P.2-68～75：強制執行之停止事由（相似度 70%） P.2-88～100：強制執行之救濟（相似度 70%）

【擬答】

一、甲乙嗣後所成立之和解契約，並阻止確定判決執行之效力。

(一)強制執行係債權人依據執行名義，聲請執行機關，對債務人施以強制力，強制其履行債務，以滿足債權人私法上請



求權之程序。本題，甲係取得確定終局之勝訴判決，係屬強制執行法第4條第1項第1款之執行名義，本得執此執行名義對債務人乙聲請強制執行。又執行程序中，除非有法律另有規定之延緩、停止等障礙事由外，法院應依法定程序依職權進行，直至执行程序終結。故關於甲乙所成立之和解是否得阻止確定判決執行之效力，端視其性質為何。

- (二)本件甲乙兩造係於強制執行程序中，另行成立之和解，故其性質上非屬民事訴訟法上之和解，故此種和解非屬強制執行法第4條第1項第3款之執行名義，性質上仍屬民法上之和解。依據最高法院22年上字第2819號判例意旨所載「已經確定判決確定之法律關係，當事人雖不得於裁判上再行爭執，但因在事實上仍有爭執，約定互相讓步以終止之，自屬和解契約，不得謂無民法第七百三十七條所定之效力。」由該判例意旨可知，其雖肯認當事人於確定判決後，仍得自行成立和解關係，並生民法第737條之效力。惟關於兩造所成立之和解關係，是否影響到原先執行名義之效力部分，係涉及到實體事項部分，本非執行法院所得審酌，而原確定判決之執行名義形式上仍有效存在，執行法院本應依原執行名義進行執行成立。故即便甲乙兩造已成立和解，而該和解契約變更原先確定判決之內容，然該訴訟外之和解並非執行名義，無執行力，並亦無阻止確定判決執行之效力。

二、乙如認不應繼續執行之救濟方法：

- (一)乙不得依據強制執行法第12條聲明異議：

此時甲乙所成立之和解契約，其效力僅發生實體法上之拘束力，不能在強制執行上有拘束力，執行機關不受拘束。如執行機關違反時，並不構成違法執行。故債務人乙自不得主張執行法院有違法執行之情事，而依據強制執行法第12條聲明異議。

- (二)乙得依據強制執行法第14條提起債務人異議之訴：

依據最高法院83年台上字第620號判例意旨「和解內容，倘以他種法律關係替代原有法律關係者，則係以和解契約創設新法律關係，故債務人如不履行和解契約，債權人應依和解創設之新法律關係請求履行，不得再依原有法律關係請求給付。」故甲乙成立之和解契約，同時自實體法上限制債權人權利行使，解釋上應屬強制執行法第14條所稱有妨礙債權人請求之事由，可依據強制執行法第14條提起債務人異議之訴，並得依據強制執行法第18條第2項聲請停止执行程序。又如債務人不知此救濟程序時，執行法院應指示其提起本件訴訟，以確保程序。而執行法院則待債務人異議之訴實體判決之結果後，方決定是否續行执行程序，或應將原执行程序撤銷。



《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)

1.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。

2.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)

1.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。

2.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。



《行政法與強制執行法》

一、臺北市政府與基隆市政府為緊急處理垃圾之需要，基於互惠原則，於民國九十二年七月雙方簽訂「區域間都市垃圾處理緊急互助協議書」，該協議書內容除包含臺北市政府願代基隆市政府焚化垃圾，基隆市政府則提供土地代臺北市政府掩埋廢棄物外，並包含其間費用之計算。條款中並約定將該「協議書」定性為「行政契約」，試問：(25 分)

(一)基隆市政府得否因基隆市議會或民眾強烈反對，而嗣後單方終止或要求改變掩埋廢棄物之數量？理由何在？

(二)協議書上若訂有自願接受執行，而臺北市政府或基隆市政府違約時，他方如何請求強制執行？

命題意旨	測驗考生對行政程序法熟悉的程度，算是基本題型，也是實務近期所實際發生的問題。只要把行政契約的意義掌握清楚，並不算複雜的題目。
答題關鍵	掌握「行政契約」之概念以及行政程序法第 146 條、148 條之規定。
高分閱讀	1.高點專用講義（厚本）-行政法（第一回），P.380。 2.高點專用講義（厚本）-行政法（第二回），P.203。 3.高點重點總整理系列-行政法（I）（黃律師），P.2-280。 4.高點黃台大，行政法講義（92 年版）第 3 回，第 66 至 70 頁。

【擬答】

(一)基隆市政府得否因基隆市議會或民眾強烈反對，而嗣後單方終止或要求改變掩埋廢棄物之數量？理由何在？

1.行政契約之概念：

所謂行政契約，或稱公法上契約，乃行政機關與人民締結，用以創設、變更或修改公法上之法律關係之契約；或「二以上之法律主體，以設定、變更或消滅行政法法律關係為目的，互相為意思表示而合致成立之法律行為。」行政契約，乃我國行政程序法第 2 條、第 135 條所明文承認之有名行為，故公法上法律關係之主體，得以締結契約之方式創設、變更或修改公法上之法律關係，並無疑義（大法官釋字第 533 號解釋協同意見書參見）。

2.對等關係契約與隸屬關係契約

行政契約依雙方當事人之地位是否平等，可區分為「對等關係契約」與「隸屬關係契約」。所謂對等關係，係由二以上地位平等之當事人，尤其有權利能力之公權力主體所締結之契約。例如本題中基隆市與台北市共同設置或維護公共設施的協議。所謂隸屬關係，則指行政契約之雙方當事人間，存在有上下隸屬關係，亦即締約之一方，為代表公益之行政主體；他方為代表私益之私法上主體是。例如大法官會議釋字第 348 號解釋所稱主管機關與國立陽明醫學院醫學系公費學生間之行政契約，即屬隸屬關係契約。

3.契約優位解除權利

行政契約之法律關係中，出於公益優於私益之考量，向來強調代表公益之一方即行政主體享有較為優越之契約權利。然此一優位權利，乃以「一方代表公益；他方代表私益」為前提。行政程序法第 146 條第 1 項之規定：「行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約。」，即為國家保有優位之解除權限之例。然其適用之前提，乃隸屬關係之契約，亦即「行政契約當事人之一方為人民」。本件情形，締約主體雙方均為公法上權利主體，並無基隆市之公益優於台北市之公益之可能。故無本條之適用。本件情形，亦非行政程序法 147 條情事變更原則適用之範疇，故並無請求終止或調整之可能。

4.小結：本件非屬隸屬關係之契約，故基隆市政府不得因基隆市議會或民眾強烈反對，而嗣後單方終止或要求改變掩埋廢棄物之數量。

(二)協議書上若訂有自願接受執行，而臺北市政府或基隆市政府違約時，他方如何請求強制執行？

1.行政契約之強制執行

行政契約並非行政處分，故行政處分所發生之一定效力，於行政契約未必發生。故學理上，雖有學者再三強調行政契約與行政處分之同一性，但其在現行法制上仍無法直接成為行政執行之執行名義。惟作為契約關係之權利義務，雖不得依行政執行程序而實現，惟並不排除依法院之執行程序而加以完成。倘若人民與行政機關所締結之行政契約中有所謂「強制執行約款」時，依行政程序法第 148 條第 1 項之規定：「行政契約約定自願接受執行時，債務人不為給付時，債權人得以該契約為強制執行之執行名義。」，可作為執行名義。

2.行政程序法上契約強制執行之規定

然須留意者，乃行政程序法所定之行政契約強制執行，係依法院程序為之。行政程序法第 148 條第 3 項規定：「第一項強制執行，準用行政訴訟法有關強制執行之規定。」，故並非循行政執行程序而為執行。

3 小結：協議書上若訂有自願接受執行，而臺北市政府或基隆市政府違約時，他方應請求行政法院依據行政訴訟法之規定強制執行。

二、為減輕政府財政與人事壓力，行政院組織改造推動委員會規劃政府改造策略時，提出的方案亦包含政府業務委託民間辦理。可得委託的事項及於（一）委託行使公權力，（二）委託執行檢驗業務，被委託之私人在執行檢驗業務時係依其獨立專業判斷為之，並不受委託機關的指揮監督，惟此種行政檢驗的結果只作為委託機關作成最後准駁決定之準備，以及（三）與公權力行使相關的單純勞務委託。請附理由簡要回答下述問題：

1. 在前述三種委託的情況，是否均須有法律（規）的授權始得為之？（10 分）
2. 為進行前述三種委託所締結之契約的法律性質各自為何？（10 分）
3. 在前述第（二）種情形，委託機關最後如依據被委託之私人所作成之檢驗報告，作成駁回人民申請的處分，申請人應向何一機關提起訴願？（5 分）

命題意旨	測驗考生對行政程序法熟悉的程度，算是基本題型，可以和 91 年律師高考第二題健保局委託契約作比較。
答題關鍵	掌握「受委託行使公權力」之概念以及行政程序法第 16 條第一項之規定。
參考資料	月旦法學教室第 8 期，P.57 以下，陳愛娥「政府業務委託民間辦理」的法律規則。
高分閱讀	1. 92 高點律師考場寶典第 6 題，第 1 小題，相似度 40%！ 2. 92 高點律師考場寶典第 4 題，第 2、3 小題，相似度 50%！ 3. 高點專用講義（厚本）-行政法（第一回），P.179、P.180 問題（相似度 50%）、P.183 救濟與責任。 4. 高點重點總整理系列-行政法（II）（黃律師），P.6-87、6-92。 5. 高點黃台大，行政法講義（92 年版）第 5 回，第 11 至 13 頁。 6. 台大法研所歷屆試題解析，P.7-40，相似度 30%！

【擬答】

1. 前述三種委託的情況，是否均須有法律（規）的授權？

- (1) 國家機關執行行政任務，乃以自身之名義依據職權為之作為原則。然在例外之情形中，亦得以私人代替國家機關行使職權，是為「受委託行使公權力」。所謂「受委託行使公權力」，或稱「委託行政」，為行政機關將其依法應執行之職務，交由私人加以行使之謂。此時該私人即取得與國家機關作成行政處分時之同一地位，故學者有稱之為「準於國家地位之私人」。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。」，即為此意。在我國法上人民或團體受委託行使公權力之實例，可參見大法官會議釋字第 382 號解釋，認為私立學校為「法律在特定範圍內授與行使公權力之教育機構」，即屬受委託行使公權力之性質。
- (2) 受託行使公權力法律關係，首先須有委託關係之存在，而非因法律之規定所直接發生之法律委託。此外，其所託之權利義務關係為公法上公權力之權利義務關係。最後，受託行使公權力之私人係以自身名義從事行政行為，而與受國家機關直接指揮監督之行政助手，亦有不同。
- (3) 受託行使公權力，應有法律依據。依行政程序法第 16 條第一項之規定，得以授權由私人完成行政任務者，乃以法律（規）有明文者為限。其餘之委託，均無此一要求。本件三種情形，（一）係屬受託行使公權力，當然應有法律（規）依據。但（二）之情形僅屬事實認定之授權，並未作成公權力行為；（三）之單純勞務委託，乃行政輔助行為之一種，均不以有法律明文授權為必要。
- (4) 小結：僅受託行使公權力有法律（規）授權之必要，其餘行為，並不以法律（規）依據為必要。

2. 為進行前述三種委託所締結之契約的法律性質各自為何？

- (1) 就第（一）種情形受託行使公權力部份言之，因受託行使公權力所締結之契約，內容涉及委託範圍及公權力行使之目的等部份，故多數見解均認其係行政契約。就第（三）部分言之，不涉及公權力行使之勞務性質行政輔助，應係私法契約，均無爭議。惟發生問題者乃第（二）種情形，亦即委託執行檢驗業務，被委託之私人在執行檢驗業務時係依其獨立專業判斷為之，並不受委託機關的指揮監督，惟此種行政檢驗的結果只作為委託機關作成最後准駁決定之準備。此所涉及者，乃行政契約屬性判斷之標準。
- (2) 行政契約與私法契約之判斷，於法制上恆屬難題。然於近期我國司法實務中，大法官釋字第 533 號解釋協同意見書，提出下列標準以茲判斷：「有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。」，本件情形，檢驗任務之實施乃國家任務之一環，故應係涉及公權力事項之行政契約。

(3) 小結：前二情形，均係行政契約。後一情形，則為私法契約。

3. 在前述第（二）種情形，委託機關最後如依據被委託之私人所作成之檢驗報告，作成駁回人民申請的處分，申請人應向何一機關提起訴願？

- (1) 前述（三）之情形，所作成之判斷乃事實判斷，有待於原委託機關作成最後決定，並非受託行使公權力，已如前述。委託機關最後如依據被委託之私人所作成之檢驗報告，作成駁回人民申請的處分，仍係以機關之名義作成行政處分，並無訴願法第 10 條之適用，要屬無疑。
- (2) 而於我國法制之中，訴願案件之管轄原則上乃以作成處分名義機關之上級機關為管轄機關，例外方由原處分機關管轄。此由訴願法第 4 條、第 5 條即可推知。

(3)小結：本件情形，原則上乃以作成處分名義機關之上級機關為管轄機關，例外方由原處分機關管轄。

三、某私立大學男生 A，被控以藥物迷姦女生而被校方退學。A 認為此乃校方誤認事實；不服此一退學處分而向校方提出申訴。試問：(25 分)

(一)若大學校方接受申訴決定之建議，自認原退學處分不當，職權撤銷原退學處分；其與申訴決定維持原退學處分，A 不服而經由大學校方提起訴願時，大學校方經重新審查程序，認訴願為有理由而撤銷原退學處分；此兩種撤銷處分於要件及法律效果上有何不同？

(二)A 擔心退學處分一旦執行，將受徵兵之處分，其得於何種救濟階段，行使何種暫時權利保護手段？

命題意旨	測驗考生對行政救濟制度的熟悉程度，算是比較難的考法，可以和 92 政大法研第 2 題、92 基層三等考試行政法第 3 題作比較。
答題關鍵	掌握最高行政法院 91 年度裁字第 1513 號裁定之意旨。
參考資料	陳敏，行政法總論，三版，第 1263 頁。
高分閱讀	1.92 高點律師考場寶典第 10 題，相似度 100%！ 2.政大法研所歷屆試題解析，P.7-3，相似度 100%！ 3.高點專用講義（厚本）-行政法（第二回），P.201。 4.高點黃台大行政法講義（92 年版）第 4 回，第 85 頁。

【擬答】

(一)「職權廢棄」與「救濟決定」之異同

- 按於行政法律制度中，機關作成違法或不當之行政處分，基於「權利保護」及「客觀法秩序維持」二行政救濟目的之協調，所為之撤銷變更原處分之決定，可區分為「職權廢棄」與「救濟決定」二者。前者係指於行政程序或訴願決定之前程序中，機關發現處分違法不當所為之撤銷變更。後者則指經由訴願之救濟請求後，所作成之撤銷變更決定，亦包括行政機關依據訴願法第 58 條 2 項所為之重新審查而為撤銷變更。本件情形，大學校方接受申訴決定之建議，自認原退學處分不當，職權撤銷原退學處分，即屬「職權廢棄」；A 不服而經由大學校方提起訴願時，大學校方經重新審查程序，認訴願為有理由而撤銷原退學處分，即屬「救濟決定」，合先述明。
- 職權廢棄與救濟決定之異同，約有下列：
 - (1)「職權廢棄」之功能在於確保行政處分之合法性及合目的性，與訴願無涉。而「救濟決定」之作成，除行政處分確有違法或不當者外，尚須訴願人之訴願合法及有理由。
 - (2)行政機關之「職權廢棄」，係依裁量為之，並應保護相對人之信賴利益。然於「救濟決定」，如訴願合法及有理由，行政機關其實「應」，而非如法文所顯示之「得」撤銷及變更原處分。此際亦無須考慮因該行政處分而受有利益之第三人信賴。
 - (3)「職權廢棄」，得為行政處分相對人之利益及不利益為之。「救濟決定」，應僅得為訴願人之利益為之。
 - (4)「職權廢棄」，使訴願之本案了結，受理訴願機關應依訴願法第 77 條第 6 款，為不受理決定。「救濟決定」在其效力所及範圍，終結訴願程序（現行實務上仍依訴願法第 77 條第 6 款，為不受理決定）。
 - (5)「職權廢棄」由為廢棄時有管轄權之行政機關為之。「救濟決定」應僅能由原處分機關為之。

(二)暫時性權利保護之適用

1.暫時性權利保護措施之概念

所謂暫時性權利保護措施，乃指出於權利保護實效性之考量，於終局權利義務關係為行政法院決定之前，暫時就當事人之權利予以臨時性之保護。包括行政訴訟法第 116 條所規定之暫停執行，第 293 條之假扣押，第 298 條之假處分。

2.本件 A 為避免受徵兵召集，所得為之暫時性權利保護措施

首按於諸種暫時性權利保護措施之中，「假扣押」所涉及者乃金錢給付之權利義務關係，故不可能為假扣押之請求。而發生爭執者，乃「假處分」與「暫停執行」二權利保護措施適用之問題。針對退學之行政處分，應適用何者？於我國學說及實務中容有爭議：

(1)甲說：本件情形，應請求暫停執行

於訴訟法制上，假處分與暫停執行二權利保護途徑間具有補充之關係。亦即得以暫停執行停止行政處分之執行力者，不得請求假處分。此所涉及者，乃行政訴訟法第 299 條之解釋：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」蓋以行政機關作成之行政處分，人民一方於法律上已有行政訴訟法第 116 條第 2 項所規定之暫停執行可以救濟，並無再准予聲請假處分之必要。而對行政訴訟法第 299 條之解釋，應解為原告得依撤銷之訴或確認之訴提起行政訴訟者，不得為假處分之請求。故本件情形，A 應僅得依行政訴訟法第 116 條第 2 項規定，請求暫停退學處分之執行。

(2)乙說：本件情形，應得為假處分之請求

行政訴訟法第 299 條固規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」，然本條不當限制人民暫時性權利保護之措施，應予限縮解釋。而退學之處分並無積極下命之內容，不發生執行之效果，應認無法依暫停執行加以暫時性救濟。故本件應有行政訴訟法第 298 條假處分之適用（最高行政法院九十一年度裁字第一五一三號裁定）。管見以為，本件當事人所爭執者，並非徵兵此一下命處分，而係「退學」此一不法處分。而徵兵處分本身亦無強制執行問題，倘若依暫停執行為主張，恐無法達成有效救濟之效果。故本件仍應以乙說為宜，限縮解釋行政訴訟法第 299 條之範圍，認當事人得依假處分之程序主張暫時性之權利保護。

3. 小結：本件情形，應可容許原告於行政訴訟起訴前，向行政法院聲請假處分。

四、實務上，常見多數債權人各自以其執行名義對同一債務人之同一財產聲請強制執行。茲債務人僅有 A 地一筆，別無財產，債權人甲有命該債務人給付損害賠償金新台幣（下同）二百萬元之確定判決；債權人乙以該債務人未履行移轉 A 地所有權登記義務，聲請並已取得准供擔保二百萬元後禁止該債務人對於 A 地為讓與、設定抵押及其他一切處分行為之假處分裁定；債權人丙以該債務人欠其借款六十萬元未償，聲請並已取得准供擔保二十萬元後得就該債務人之財產於六十萬元範圍內為假扣押之裁定。

試就下列各題情形，執行法院應如何處理，附理由簡答之：

(一) 甲先向執行法院聲請強制執行，於查封 A 地後，乙供擔保向執行法院聲請假處分執行查封 A 地，丙亦供擔保向執行法院聲請假扣押執行查封 A 地。(12 分)

(二) 乙先供擔保向執行法院聲請假處分執行查封 A 地後，丙亦供擔保向執行法院聲請假扣押執行查封 A 地。(8 分)

(三) 甲知悉(二)之情形後，旋聲請查封拍賣 A 地。(5 分)

答題關鍵	本題所涉者乃係強制執行競合時應如何解決之問題。題目首端即明示係以實務之觀點來詢問考生站在執行法院之立場究應如何處理該等問題，故答題時若加強實務之見解，如最高法院 62.2.20 第一次決議與 70.4.21 第十次決議 ⁽¹⁾ 等，相信必有加分之效應。
高分閱讀	1. 高點專用講義（厚本）-強制執行法（全一回），P.505 圖表。 2. 高點強制執行法，律師、司法官專用講義，頁 487 以下，相似度 100%！。

【擬答】

按強制執行程序乃係債權人依據執行名義聲請執行機關對債務人施以強制力以滿足私法上請求權之程序，惟若多數債權人各自以其執行名義對同一債務人之同一財產聲請強制執行時，此際究應如何使各債權人之私法上請求權得以獲得滿足，即屬重要之問題，學說稱此為「強制執行之競合」。依目前通說之見解，若所涉數執行程序具有相同目的而可併存，應可允其並存存在，但若各執行程序彼此目的不同且相互抵觸時，究應如何處理，即為爭議所在。本題擬分就情形討論如下：

(一) 甲先向執行法院聲請查封 A 地後，乙供擔保聲請假處分查封 A 地，丙亦聲請假扣押查封 A 地：

1. 首就甲係命債務人給付兩百萬元之確定判決為執行名義為金錢債權之終局執行與乙後為之假處分執行競合情形而論學說有以下之爭論，分述如下：

- a. 終局執行優先說：此說認為終局執行既已先為執行，嗣後，自不得再為假處分。該學說係避免假處分干涉終局執行。
- b. 區分說：此說認為在查封階段，因查封僅係禁止債務人任意處分財產故仍可併存，但在換價階段時，則假處分執行因標的物失其存在而消滅。

目前實務係採「區分說」，故在查封階段時，應允甲、乙之執行皆併存。

2. 次就甲之金錢債權終局執行與丙之假扣押保全執行競合而論，學說亦有以下爭論，分述如下：

- a. 終局執行優先說：此說認為終局執行效力優先於保全執行，故既先已有終局執行之進行，自不得允假扣押執行。
- b. 參與分配說：此說認為若終局執行與假扣押執行之目的不相抵觸，性質可併存時，可將在後之假扣押應為參與分配，而將假扣押所得之金錢提存之。目前實務係採「參與分配說」故可允許甲、丙之執行併存。

3. 小結：甲之終局執行在先，因甲僅係為查封程序，故此時執行法院仍可允准其後乙、丙之執行聲請，應注意的是，若甲進而聲請為換價程序時，依上開實務見解，乙之聲請即應駁回，而丙之聲請，則應依參與分配（強制執行法第一百三十二條參照）處理。

(二) 乙先供擔保向執行法院聲請假處分執行查封 A 地後，丙亦供擔保向執行法院聲請假扣押執行查封 A 地：

1. 按本題所涉稱者乃係保全執行與保全執行競合之問題。其中先假處分執行後，再聲請假扣押執行之部分。

2. 依通說之見解，此時須就兩者內容是否抵觸，若：

- (1) 兩者內容不抵觸時，則可併存執行。
- (2) 兩者內容互相抵觸時，則以先聲請之執行優先，而駁回後聲請之執行
- (3) 但若併存執行後，其中之一取得終局執行名義者，則以該終局執行優先。

小結：

本題因兩者之執行名義皆為保全執行之執行名義僅係查封 A 地，按「查封」之效力僅係禁止債務人任意處分該查封之財產，故屬前述執行內容不相抵觸者，故法院可同時允准乙、丙之查封聲請。

(三) 甲知悉(二)之情形後，旋聲請查封拍賣 A 地：

1. 首先，甲以其終局執行名義，聲請查封拍賣 A 地，因其與丙之執行名義，兩者因互不抵觸而可併存，故於此時，甲之執行聲請，法院應可允准，但依強制執行法第一百三十三條之規定，丙因此所得之金額應予提存，不得分配。

2. 次就甲與乙之部分而論，學說上爭議在於先假處分執行後再聲請終局執行時，兩者執行內容相互抵觸而無法併存，應以何者效力優先，學說分述如下：

a. 終局執行優先說：此說認為

- (1) 其於平等名義，不應使假處分債權人取得優先地位
- (2) 假處分僅禁止債務人任意處分，不禁止其他強制執行行為之處分

(3)終局執执行程序較為周延，且客體上之權義關係已確定

b.假處分優先說：此說認為

(1)假處分與終局執行，皆屬國家行為，故不應由終局執行優先。

(2)禁止處分之假處分，亦有禁止其他強制執行之處分

(3)避免對假處分債權人保障不週

上述兩說，實務上最高法院 62 年 2 月 20 日第一次與 70 年 4 月 21 日第十次決議皆採終局執行優先說且終局執行之執行名義實體上之權利義務既經法院判決，向較保全執行之假處分受信賴，故管見亦以為終局執行效力優先說較可採。

小結：是以本小題甲聲請查封 A 地，執行法院應予准許甲之聲請，拍賣後乙之假處分程序因執行標的物滅失而消滅，丙之假扣押程序所得之金額，則應予提存，而不得直接分配於丙。

《行政法與強制執行法》

- 一、某甲就某筆土地，申請建造執照，經乙機關發給建造執照。惟因申請建築地點早已經國防部會同內政部列為軍事禁建管制區，乙機關於某甲施工一段期間之後，發覺有違誤之處，乃依職權裁量後認為「申建地點在軍事管制區禁建範圍內，如經准予建築，將影響軍事機關執行作業以及軍事設施安全」之公益，遠較某甲之信賴利益為重，乃通知某甲暫停施工興建。某甲不服，提起訴願。試問：信賴保護原則之意義、構成要件及法律效果如何？在本案例中如何適用？(25 分)

命題意旨	信賴保護原則之適用，乃行政法考試之萬年考古題，題示案例亦為標準之信賴保護問題。題目不難，端視答題內容是否完整。
參考資料	1.黃律師《行政法》，頁 2-205~211，高點出版。 2.《法學概念判解精選》公法篇行政法，頁 39~40，高點出版。 3.高點黃台大行政法講義，第一回，頁 72。
命中事實	《高點律師考場寶典》第三題，頁 5-2，命中！

【擬答】

(一)信賴保護之意義、構成要件及法律效果

1.信賴保護之意義

所謂「信賴保護」(Vertrauensschutz)，是指國家採行行政行為時，對於人民因信賴國家機關所產生之利益，應予以保護。行政程序法第八條規定：「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。」，後段即為信賴保護之基本規定。

2.信賴保護之要件

(1)信賴基礎之存在

亦即，需要有一個令人民信賴之國家行為之存在，如行政處分、法規命令等等。

(2)信賴之表現

須當事人因該一信賴基礎之存在而展開具體之信賴行為，且其行為與信賴基礎有因果關係。

(3)信賴值得保護

依行政程序法第 119 條之規定，所謂信賴不值得保護，係指：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：

一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

(4)無消極要件之存在

例如，並無公益優於信賴之情形，或者國家預先保留廢止權利等。

3.信賴保護之法律效果

信賴保護之法律效果，即信賴保護之手段問題。一般言之，有下述三種效果：

(1)存續保障：所謂存續保障，係指以維持既有之法律秩序不加以輕易變動作為作為保護當事人信賴之方法。

(2)財產保障：倘若因公益考量無法維持公權力行為之存續時，則應退而求其次以金錢或其他方式填補人民之損失。

(3)過渡規範：在法律規範變動之狀態下，亦可制訂過渡規範作為保護信賴之手段。(參見大法官釋字第 525 號)

(二)本案例中之適用

本件情形，某甲就某筆土地，申請建造執照，經乙機關發給建造執照，乃授益之行政處分，有信賴保護原則之適用並無問題(參見行政法院行政法院 83 判 1223 判例)。惟發生問題者，乃保護手段之選擇耳。倘若本件公益確有優於私益之情事，行政機關仍得撤銷該行政處分。

- 二、依全民健康保險法第六十二條之規定，主管機關或中央健康保險局因業務需要，得對特約醫院、特約藥局等保險醫事服務機構為「訪查或查詢、借調病歷、診療紀錄、帳冊、簿據或醫療費用成本等有關資料」。主管機關、中央健康保險局擬委託民間團體辦理前項事務，就此，請回答下述問題：

(一)依行政程序法的規定，此項委託應遵守何等程序要求？(10 分)

(二)主管機關、中央健康保險局與受委託之民間團體為此訂定之契約的法律屬性如何？依答題人之見，基於



此等契約的特質，契約內容應特別訂明者為何？(15 分)

命題意旨	受委託行使公權力，亦為行政法萬年考古題之一。此一問題，除在測驗考生有無熟悉法條之規定之外，更在有能力判斷此行為之種類。
參考資料	1.《黃律師/行政法》，頁 2-82~83，頁 2-237~244，頁 2-248~251，高點出版。 2.《法研所歷屆試題解析》政大 91 年第三題，頁 7-5 7，高點出版。 3.《法觀人》國考試題重要概念精選，第 49 期，頁 48~51；第 61 期，頁 42~44，高點出版。 4.高點黃台大行政法講義，第三回，頁 89。
命中事實	《高點律師考場寶典》第四題，頁 5-3。第五題，頁 5-4，命中！

【擬答】

(一)受委託行使公權力之程序

- 1.本件情形，主管機關、中央健康保險局擬委託民間團體辦理「訪查或查詢、借調病例、診療記錄、帳冊、簿據或醫療成本等有關資料」事務，係屬國家權力涉及公權力事項交予私人團體行使之性質，乃學說上所稱之「受委託行使公權力」。本件雖以全民健康保險法明文規定，惟並未對受託對象明確規定，故並非所謂「法律委託」，亦無疑義。
- 2.所謂「受委託行使公權力」，或稱「委託行政」，為行政機關將其依法應執行之職務，交由私人加以行使之謂。此時該私人即取得與國家機關作成行政處分時之同一地位，故學者有稱之為「準於國家地位之私人」。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。」，即為此意。本題全民健康保險法第六十二條之規定，即足成為委託之基礎。
- 3.故本件所應履行之手續，應依行政程序法第 16 條第 2 項之規定，將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。

(二)委託契約法律屬性之程序

- 1.公法契約或私法契約？
授權行使公權力之私人與國家機關間之協議，係國家機關與人民間所為公權力事項之協議，性質上係屬行政契約（參見大法官釋字 533 號協同意見書）。
- 2.委託契約屬何種行政契約？應記載何種事項？
本件情形，締約之雙方為國家機關與私人團體，故屬隸屬關係之契約。且行政機關與人民間各自負擔有一定之作為義務，應係雙務契約之一種。依行政程序法第 137 條第 1 項規定，契約中應約定人民給付之特定用途，亦即行為之特定範圍。

三、舉例說明何謂公法上之不當得利？(5 分)又處理公法上不當得利問題，應否或如何類推適用民法相關規定？(12 分)行使公法上不當得利請求權，應提起何種類型之行政訴訟？(8 分)

命題意旨	本題命題教授所欲測驗者，乃考生對行政法與民法之適用關係，尤其傳統學說向來對行政法上之類推適用有所爭議，應就此有所闡述。
參考資料	1.《黃律師/行政法》頁 6-262~-266，高點出版。 2.《法研所歷屆試題解析》政大 90 年第三題，頁 7-14~16，高點出版。 3.葛克昌，私法規定在行政法上適用，行政法爭議問題研究（上），頁 197 起。 4.高點黃台大，行政法講義，第四回，頁 72 起。

【擬答】

(一)公法上不當得利

公法上不當得利最初亦屬來自民法上之概念，目前已成文化，而為行政法上之制度，此觀行政程序法 127 條：「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」之規定自明。公法上之請求權多屬人民向國家或其他行政主體提出之權利主張，唯獨不當得利返還請求權通常係國家或行政主體向人民為請求，例如退休公務員溢領退休金，又如退休人員再任公職，依昔日之法規應返還已領取之退休給付，而均拒不返還之情形，既屬公法上之金錢給付，該管機關自應基於公法上不當得利之法理，提起一般給付訴訟。

(二)公法漏洞之類推適用

1.公法之法律漏洞，應否類推適用私法？

公法領域中發生漏洞，應否類推適用私法規定，學說上有所爭執：

(1)否定說：

早期學者如 Enno Becker、Otto Mayer 均認為公法有漏洞不應適用民法，因二者之基本原理完全不同，根本不存在相似性。因此認為公法上不存在類推適用問題。

(2)肯定說：

晚進學者多半基於公平考慮，認為公法漏洞而不加以填補者，將構成不公平之情形，於行政之效能亦有妨礙。故目前學說，已傾向公法漏洞得以私法填補。

2.公法之法律漏洞，如何類推適用私法？

依大法官釋字第 474 號之見解，此時應優先適用性質相近之公法，於公法未有相關規定時，再行適用私法之規定。

(三)公法上不當得利之救濟



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw>
北市開封街一段 2 號 7 樓 02-23115586(代表號)

公法上不當得利之返還，乃公法上債之關係之一環，除前述依行政程序法第 127 條請求返還之不當得利得以行政處分主張外，僅得以行政訴訟法第 8 條之「一般給付之訴」主張之。

四、依強制執行法第四條之規定，公證書得為執行名義。試問：有執行名義之公證書，應具備何種法律要件？(25 分)

命題意旨	本題為傳統考古題，凡在高點上過田台大老師強執課程同學，相關要件者應該都已於上課時背下。然因公證法在八十八年修正後關於得為執行名義之公證書在要件上，有若干文字的修正，此為坊間強制執行教科書上所未隨之更正，可能為考生較易忽略掉的。
答題關鍵	建議同學先從「執行名義法定主義」切入，宣示我國執行名義必以法律有明文規定者為限後，公證書為執行名義，屬強制執行法第四條第一項第四款之執行名義，再說明公證法第十三條要件。
參考資料	1.高點律師、司法官考試專用講義，高點出版。 2.田台大補充講義第一回，頁 27、29，高點出版。 3.成律師《強制執行法》，頁 61~62，頁 66~69，高點出版。

【擬答】

- (一)執行名義係表示私法上給付請求權存在及範圍，得據以聲請強制執行之公文書。執行名義是強制執行之基礎，為強制執行之法定要件。有執行名義，債權人始可聲請強制執行，國家執行機關始可據以實施強制執行。
- (二)又執行名義以法律列舉規定者為限，不得依當事人之合意，創設法律所定以外之執行名義，亦不行依類推解釋，擴張法律所定執行名義之種類。「依公證法規定得為強制執行之公證書」係屬強制執行法第四條第一項第四款法律所明定之執行名義。現就其要件，分別說明如下：
- 1.須公證人依公證法作成之公證書：廣義之公證書，指公務員於其權限內合法作成之證書。狹義之公證書，指法院之公證人依公證法規定作成之公證書。得為執行名義之公證書僅限於狹義之公證書。又公證人辦理之事務，包括公證書之作成及私證書之認證，得為執行名義者，僅限於公證書，並不包括私證書之認證書。
 - 2.須就左列法律行為作成之公證書：依公證法第十三條第一項規定，就左列法律行為作成之公證書，始得為執行名義：
 - (1)以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者：給付之種類須為金錢、代替物或有價證券，且有一定之數量。所謂「一定數量」，指其請求權具體確定。即公證書上明確記載請求標的之金額或數量、或由公證書上之記載可以容易計算後確定其金額或數量者。蓋請求權具體確定，始得確保執行之迅速與正確。因此記載一定數量，乃不可欠缺之要件。利息之金錢債權，雖未記載其金額，但如公證書上有利率及期限之記載，可以計算其金額者，仍屬一定之數量。又分期付款之公證書，如已載明應付之總金額，雖已付之金額不明，仍屬有效之執行名義。惟如由公證書本身無法確定其金額或數量，須待證書以外之資料始能確定者，即屬欠缺此項要件，不得為執行名義。例如最高額度貸款契約之公證書，所載最高之額度，僅係得貸款之最高限度而已，實際貸款金額尚待公證書以外之其他資料始得確定，自屬欠缺「一定數量」之要件。公證書記載當事人違約時應給一定金額之違約金者，如債務人對於違約之事實並無爭執，固得強制執行，但債務人如否認違約，則因執行法院對是否違約之實體問題不得加以審認，自不得據以強制執行。
 - (2)以給付特定之動產為標的者：特定之動產指當事人意思具體指定之動產。例如給付某製造廠商生產引擎號碼某號之卡車一輛。
 - (3)租用或借用建築物或其他工作物，約定有限期間並應於期限屆滿時交還房屋者，當事人租賃房屋或使用借貸房屋，約定租用或借用之起訖年月日，並約定應於期限屆滿時交還房屋。如公證書僅有租用房屋之期限，而無期滿交還房屋之約定，則不得為執行名義。
 - (4)租用或借用土地，約定非供耕作或建築為目的，而於期限屆滿應交還土地者：租用或借用之土地，如約定供耕作或建築使用，其法律關係較為複雜，自不宜以簡易方式取得執行名義，故公證法明定限於非供耕作或建築為目的，例如作停車場使用，始得為執行名義。
 - 3.須公證書有逕受強制執行之記載：公證書須記載債務人屆期未履行者，逕受強制執行。此項記載稱為執行承諾或執行約款。欠缺此項記載，即不得為執行名義。
 - 4.須債務人給付遲延：依據公證法施行細則第四十條規定，如給付約定期限者，應記明給付之時期或可得確定之給付時期。如債務人於給付期屆至時未為給付者，得為強制執行。至於如以公證法第十三條第一項第一、二款之給付，未定清償期而聲請強制執行者，因民法規定於債權人催告債務人履行前，債務人不負遲延責任。故此時應由債權人提出催告證明。
- (三)公證書若具備上述要件，即有執行力，債權人可逕行聲請強制執行，無另行提起給付之訴之必要。其性質屬終局執行，執行法院應注意是否合於公證法第十三條及公證法施行細則有關之規定。



《行政法與強執》

一、試附理由回答下列問題：

- (一)公務人員某甲行為不檢，未能保持品位，有違公務員服法第五條規定，經其服務機關依考績法規相關規定，記大過一次處分。嗣因報章喧騰，事態擴大，監察委員著手調查，並通知某甲之服務機關將涉案資料移送監察院，監察委員隨即就某甲行為不檢之違反案件，提起彈劾，全案依法應送公務員懲戒委員會審議，問該會可否對某甲再予懲戒？若公務員懲戒委員會議決對甲予以降一級改敘之處分，應如何處置？（13分）
- (二)又假定監察院收受某甲服務機關移送卷證後，以情節匪輕調查復須相當時日，通知其主管長官依公務員懲戒法第四條第二項先行停止其職務，該主管長官亦遵照辦理，某甲對先行停職自難甘服。問某甲可否或如何停職部分聲明不服，請求救濟？（12分）

命題意旨	測驗考生對基本之問題有無完整之掌握。行政法在公務員法領域中進年已少有此類較細節之問題，足證基本問題之不可偏廢，及教科書之基本地位。
答題關鍵	區別懲戒及懲處之不同，並掌握二者之競合關係。
擬答鑑示	1.參考：吳庚，行政法之理論與實用，第七版，第255頁、217頁。 2.參考：高點「律師考場寶典」，命中！

【擬答】

(一)公務員懲戒委員會可否對某甲再予懲戒？若公務員懲戒委員會決對甲予以降一級改敘之處分，應如何處置？

1.公務員之懲處與懲戒

於我國制度之中，公務員執行職務，負有一定之作為義務。於公務員無法履行此等作為義務，亦即其行為有違法失職之情事時，即生行政法上公務員責任問題。經大法官會議釋字第491號解釋，確立公務員之行政法責任係採行懲戒責任與懲處責任並行之雙軌制度。所謂懲戒，指國家為維持公務員之紀律，對公務員有違反行政法上之作為義務者，課以「公務員懲戒法」上所定之制裁（包括撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡等）是。公務員懲戒權力之發動，其主要之原因為公務員執行職務有違法或廢弛職務或其他失職行為。公務員懲戒法第2條規定：「公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：一、違法。二、廢弛職務或其他失職行為。」所謂懲處，係對於公務員平日之工作成績操守及能力等加以綜合之考察，由主管之長官依「公務人員考績法」所為之評定行為（包括記過、記大過、專案考績一次記兩大過等）。懲處之法律性質，為長官之人事行政權限之附隨效果，故其決定，具有「行政處分」之性質。至於公務員懲處之原因，惟不以違法失職為其前提要件，核先述明。

2.懲戒、懲處之競合關係

懲戒與懲處之區別雖如上述，惟構成問題者，乃二者發生競合關係時應如何處理，容有疑義。此一問題，又可依兩方面解析之

(1)消極之競合

指同一事件經公務員懲戒委員會決議不予懲戒者，得否再予懲處？我國實務本向採肯定見解，經學者就此批評，似有改變見解之傾向（行政院法規會第187次會議結論）。惟本件情形所討論之問題並非消極競合，於茲從略。

(2)積極之競合

所謂積極競合，所處理之問題即為題示「同一行為已經主管長官懲處後，得否再行加以懲戒」之問題。此一問題，於我國長年以來之行政實務中均係被容忍之行為，故實務上同一行為分別遭懲戒及懲處者，屢見不鮮。惟查，懲戒與懲處既然均屬公務員違反職務上義務所為之制裁行為，考績法上之懲處實質上根本亦係懲戒處分（大法官釋字第243號解釋理由書參照），故學者指出，相同之事實關係分別依「懲戒」及「懲處」加以重複處罰，恐即違反一事不再理（ne bis in idem）原則，而此一原則甚且經由司法院大法官會議503號解釋認為係「現代民主法治國家之基本原則」。故為避免此一困難，民國七十七年司法院與考試院會同發布之「稽核公務員懲戒處分執行辦法」第六條即規定：「同一事件經主管長官已為處分之後，復移送公務員懲戒委員會審議者，其原處分失其效力。」，而避免重複處罰。綜上所述，本件情形，某甲經其服務機關依考績法相關規定，記大過一次處分後，復遭移送公務員懲戒委員會懲戒，係屬前述積極競合之情形，故司法院公務員懲戒委員會當得對某甲另行懲戒。同時，若公務員懲戒委員會決議對甲



予以降一級改敘之處分，原記一大過之考績懲處即行失效。以顯示司法決定優先於行政決定之意旨。

(二)某甲可否或如何對停職部分聲明不服、請求救濟？

1. 停職之基本概念

所謂停職，係指公務員法上，於懲戒或懲處程序進行中，而尚未確定時因事實之需要或為保全將來懲戒或懲處之執行所為之獨立行政處分。而命受停職處分人暫停執行其職務者是。

2. 停職決定之種類及其救濟

按停職之種類，於我國現行法上有下列種類：

- (1)依公務員懲戒法第3條所規定之當然停止職務：「公務員有左列各款情形之一者，其職務當然停止：一、依刑事訴訟程序被通緝或羈押者。二、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告者。三、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在執行中者。」此種停職係因事實上無法履行職務，故於原則上不生救濟問題。
- (2)為公務員懲戒法第4條第1項規定，因情節重大由公務員懲戒委員會所為之先行停職：「公務員懲戒委員會對於受移送之懲戒案件，認為情節重大，有先行停止職務之必要者，得通知該管主管長官，先行停止被付懲戒人之職務。」此種停職，係公法上保全措施之屬性，亦不得救濟。
- (3)為依其他法令（如考績法）所為之停職，如公務員考績法第18條但書規定：「但年終考績及專案考績應予免職人員，自確定之日起執行；未確定，得先行停職。」
- (4)為本件情形，主管長官經監察院通知依公務員懲戒法第4條第2項之規定：「主管長官對於所屬公務員，依第十九條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職權先行停止其職務。」主動對公務員先行停職。較有疑問者在於第3、4種停職，蓋學者指出，無論係懲戒法所定之撤職休職或考績法所定之免職，從停職到作成處分均需相當時日，其爭訟為時更久，倘若不許針對停職爭訟，可能有過當之嫌。為此，應依程序行為理論，認停職係一獨立之行政處分，而許受停職處分之公務員單獨對停職或免職一並提起訴願及行政訴訟，亦為目前實務見解所接受。本件情形，應許某甲針對停職處分，提起訴願及行政訴訟。惟提起行政訴訟之對象為行政法院，則本件可能出現懲戒繫屬於公懲會、停職係屬於行政法院之情形，則有待於修法解決。

二、甲原任職於內政部警政署，於民國八十九年十月一日申請中央公教人員輔助購置住貸款，旋於同年十二月二十八日調任台北縣警察局。至於前項申請業經公務人員住及福利委員會於九十年二月十日以九十住福配字第A號函核准獲配八十九年下半年及九十年度中央公教人員輔助購置住宅貸款，並於九十年六月十八日以九十住福配字第B號函通知甲於銀行辦理貸款事宜。直到九十年八月十五日內政部始以內人字第C號函函告公務人員在住宅及福利委員會，甲員已調任台北縣警察局，此時該委員會始發現甲已不符合中央公教人員購置住宅輔助要點第三點之「申請者須為中各機關、學校編制內，任有給公職滿一年，並支領一般行政機關待遇之公教人員」要件，於九十年九月十九日以九十住福配字第D號函，撤銷該年度貸款資格。您如為甲員委任律師，試問提起救濟之標的為何？又應如何主張？（25分）

命題意旨	測驗考生對於行政法上之原理原則能否活用，尤其是公私關係之區別、補貼之概念、授益處分之撤銷、信賴保護甚至獨立撤銷訴訟之許可等。
答題關鍵	實體上點出公法關係與信賴保護原則之適用問題，程序上討論救濟方式係行政訴訟法第5條2項或是第4條第1項。
擬答鑑示	1.參考：高點行政法講義21章，第一回，「雙階行為理論」，第10頁。 2.參考：高點行政法講義21章，第一回第47頁、第三回第80頁。 3.參考：高點「律師考場寶典」、「考場錦囊」，命中！

【擬答】

1. 核准獲配中央公教人員輔助購置住宅貸款之法律性質

按公務員於公法上職務關係存續期間，與國家機關間有各式公法上金錢給付之債之關係，例如俸給權、保險金權、退休金權等。此等因職務身分所發生之公法上金錢給付關係，為公務員之主觀公權利之一種，依法當然發生，並得依一般權利保障之途徑主張之，合先述明。本件某甲核准獲配中央公教人員輔助購置住宅貸款，當亦係公法上金錢給付之一種，並且為以授益行政處分方式作成之補助行為。

2. 授益行政處分之撤銷之標的

本件所涉情形，乃公務員某甲於公法關係中受有核准獲配中央公教人員輔助購置住宅貸款，屬金錢給付之核可，其後遭行政機關加以撤銷，所涉及之救濟訴訟標的問題。所應處理之前提問題略有：此一補助行為係公法關係或私法關係？撤銷之行政行為係內部行為或外部行為？公務員甲與其機關間有無特別權力關係之適用？以及實體上某甲主張有無理由、應採行何種救濟手段等問題。茲分述如次：

(1)核准貸款係公法關係或私法關係？



因公務員身分而核准之貸款行為，首有疑問者乃此係公法關係抑或私法關係？按行政法學上公法關係與私法關係之討論向屬爭執問題。所謂公法關係，依目前多數見解，採行德國學者 Wolff 之新主體說，認「法律關係，僅限於歸屬於國家或其他公權力主體者，為公法關係，得歸屬於任何私人亦不致變更其內容者，為私法關係」。又依德國學者 Ipsen 氏所提出之雙階行為理論，在經濟補助（例如國家補助勞工購置房屋、補助貧困學生獎助學金）之案件中，國家決定要否補助之部分，屬公法關係，決定補助之後之金錢給付或者借貸，則屬私法關係。本件係因公務員資格具備與否發生爭執，決定要否補貼發生爭執，而非補貼關係中補貼手段之爭執，故係公法爭執。救濟之標的為公法上之法律關係，即公務員補助請求之主觀公權利之有無、行政機關撤銷權限之有無，至屬顯然。

(2)核准貸款係內部行為或外部行為？

行政機關所從事之行政行為中，依其係對人民發生權利義務關係抑或僅單純對公務機關發生權力服從關係，可區分為內部行為或外部行為。所謂內部行為，係指行政機關所作成之行為中，僅發生機關內部職務上作為之權利義務而無對一般人民發生權利義務之行為，例如機關召開會議、決定職務分配等。本件雖法律關係之雙方為行政機關與公務員之間之關係，惟此等金錢給付既係「公務員之主觀公權利」，當係外部行為，且亦為受益性質之行政處分，並無疑義。

(3)核准貸款為特別權力關係之行為？

尚需討論者，乃核准貸款是否為特別權力關係。行政救濟上一大重要問題為，倘若某種行為被認定為特別權力關係之行為，依傳統見解，即有無法救濟之可能。而所謂「特別權力關係」，或稱「特別服從關係」，指國家並非依據一般之統治權，而係依據特別之法律原因，使得行政主體對於相對人得享有概括之支配權，相對人因之負有服從之義務，使得其法律上之地位更加附屬之法律關係。特別權力關係於我國法學理論中非但已漸遭揚棄，甚且金錢給付行為一向被認作係特別權力關係中最早獲致突破者。由大法官釋字第 312 號：「公務人員之公法上財產請求權，遭受損害時，得依訴願或行政訴訟程序請求救濟。」，可知本件不因特別權力關係理論，致使某甲無法救濟。

(4)行政機關撤銷核貸貸款行為之問題

另需考慮者，乃本件行政機關撤銷核貸貸款行為，是否適法？此為行政處分實體法上有無理由之問題。關鍵之問題即在於信賴保護原則在受益處分撤銷案例之適用。所謂「信賴保護」(Vertrauensschutz)，是指國家採行行政行為時，對於人民因信賴國家機關所產生之利益，應予以保護。行政程序法第八條規定：「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。」，後段即為信賴保護之基本規定。參諸行政法上信賴保護之原則，本件行政機關之行為，恐在實體法上即有商榷之餘地。

3.救濟手段

本件情形，行政機關所為之撤銷貸款資格決定，並非單純對某甲所申請之補助行為加以拒絕，故與行政訴訟法第 5 條第 2 項「申請駁回之訴」有別，行政機關對於受益處分之相對人作成處分之後，撤銷廢止該處分，則以該撤銷廢止處分之撤銷為標的之獨立撤銷訴訟，將足以使原處分復活，故具有實益。故某甲僅需以撤銷處分為標的，依行政訴訟法第 4 條第 1 項之規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」，提起撤銷訴訟，撤銷該違法處分即可有效保障其權利矣。

三、人民權利如因違法行政處分而受損害時，原本得分別提起國家賠償訴訟與行政爭訟，試分析此二制度間之關係，並說明人民如何運用，方能全面達成救濟目的？（25 分）

命題意旨	基本之學說爭議題，為行政救濟法上之難題且為行政救濟實務上主要之爭點，考生除熟悉學理見解外，更應舉實例以對。
答題關鍵	「第一次權利救濟優先」原則及行政訴訟法第 7 條之功能。
擬答鑑示	1.參考：高點行政法講義 c21 第 3 回第 29 頁。 2.參考：高點黃台大老師考前講座資料。

【擬答】

(一)權利救濟之方式

因國家之不法行為導致人民之權利損害，行政救濟制度之中，提供有不同之救濟途徑，包括行政爭訟途徑（訴願、行政訴訟），以及公法上之損害賠償救濟（國家賠償）途徑。此二種途徑於我國法制之中，且分別由不同法院加以掌理，亦即，行政爭訟係由行政法院管轄，而國家賠償訴訟係由普通法院之民事庭加以管轄。從人民尋求權利保護之法律救濟觀點言，行政爭訟固為權利保護之手段，但權利之保護亦包括對人民所受經濟上權利之損失給予賠償之部分。其中關於行政權力之運作有無違法，國家有無賠償或補償義務，以及該義務範圍之認定，均得於行政爭訟之程序中確定之。因此，人民如得以行政爭訟排除侵害其權利之國家行為，即無須其後之損害賠償。就此意義而言，行政爭訟為人民受有國家權力不法侵害時之首要救濟手段，為「第一次權利救濟」。於損害既已發生之後填補其損害者，為「第二次權利救濟」。

(二)國家賠償與行政訴訟之關係：第一次權利救濟優先原則



在國家賠償與行政訴訟二種公法救濟管道間，有所謂「第一次權利救濟優先原則」，係指在兩種權利救濟之方法之中，第一次權利救濟具有優先之地位。亦即，人民如本得以第一次權利救濟之手段（行政訴訟）提起救濟排除損害，卻故意不為，任由損害發生，而後再請求第二次之權利救濟（國家賠償），在法律上應屬不得為之。否則，違法行政處分之受害人，不經行政爭訟，亦皆得於國家賠償法第8條第一項所規定之二或五年期間之內請求國家賠償，則提起行政訴訟之期間規定將形同虛設，且勢必使民事法院審查行政處分之違法性，有侵越行政法院審判權之虞。故人民權利因違法行政處分受有損害，原本得分別提起國家賠償訴訟與行政爭訟時，應優先提起行政訴訟。釋字第290號解釋後段更謂：「人民對於行政處分有所不服，應循訴願及行政訴訟程序請求救濟。惟現行國家賠償法對於涉及前提要件之行政處分是否違法，其判斷應否先經行政訴訟程序，未設明文，致民事判決有就行政處分之違法性併為判斷者，本件既經民事確定終局判決，故仍予受理解釋，併此說明。」，明示行政訴訟應優先於損害賠償訴訟而提起之職能，為完整履行此一功能，且避免人民在不同法院同時進行步同之救濟，新修正之行政訴訟法第7條規定「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」，已足使行政訴訟同時亦有填補金錢損失之功能。故知，在行政訴訟與國家賠償訴訟二者之構成要件均合致、原本得分別提起國家賠償訴訟與行政爭訟之情形下，應優先提起行政訴訟。僅在單純事實行為造成損害無法依行政訴訟管道救濟時，方得進行國家賠償爭訟。

四、甲所有之房屋，因欠稅被行政執行處查封，乙持甲應償還借款之確定終局判決再聲請該管執行法院查封該房屋。請問：

(一) 執行法院應如何處理？（15 分）

(二) 乙可否向行政執行處聲明參與分配？（10 分）

命題意旨	強制執行和行政執行競合時，應該如何處理。
答題關鍵	1. 強制執行事件和行政執行事件競合之處理，應注意強制執行法第三十三條之一的規定。 2. 私法上債權人可否對於行政執行事件聲明參與分配，應注意債務人財產為公、私法上全體債權人之債權的總擔保。
擬答鑑示	1. 參考：高點上課講義第三十二頁及第三十三頁。

【擬答】

(一)

- 稅捐等公法上金錢給付，在過去行政執行法尚未施行前，依照大法官會議解釋釋字第十六號：「強制執行法施行後，強制執行僅得由法院為之。行政官署依法科處之罰鍰，除依法移送法院辦理外，不得逕就抗不繳納者之財產，而為強制執行。本院院解字第三三〇八號解釋，仍應適用。」（另請參照大法官會議解釋釋字第三十五號），可知均移送由法院進行強制執行，故不會發生強制執程序序和行政執程序序競合之情事。
- 然而在行政執行法施行後（民國九十年一月一日），依照行政執行法第四條第一項規定：「行政執行，由原處分機關或該管行政機關為之。但公法上金錢給付義務逾期不履行者，移送法務部行政執行署所屬行政執行處執行之。」，可知稅捐等公法上金錢給付不再由法院進行強制執行，而另由行政執行處進行行政執行。所以當兩道程序針對同一債務人之同一財產進行執行時，就會發生強制執程序序和行政執程序序競合之情事。
- 為了解決上述問題，因此強制執行法在民國八十五年修正時，本於債務人之財產為公、私法債權之共同擔保的原則，增訂強制執行法第三十三條之一及第三十三條之二兩規定。
強制執行法第三十三條之一規定：「執行人員於實施強制執行時，發現債務人之財產業經行政執行機關查封者，不得再行查封。（第一項）前項情形，執行法院應將執行事件連同卷宗函送行政執行機關合併辦理，並通知債權人。（第二項）行政執行機關就已查封之財產不再繼續執行時，應將有關卷宗送請執行法院繼續執行。（第三項）」第一項規定目的在避免程序浪費（參照行政執行法第十六條）；第二項規定目的在處理兩程序如何合併處理的方式；第三項規定目的是防止行政執行機關不再繼續執行時，逕為撤銷執行，而使債務人有機會脫產，損害債權人權利。（參照辦理強制執行事件應行注意事項第十八項之一）
強制執行法第三十三條之二規定：「執行法院已查封之財產，行政執行機關不得再行查封。（第一項）前項情形，行政執行機關應將執行事件連同卷宗函送執行法院合併辦理，並通知移送機關。（第二項）執行法院就已查封之財產不再繼續執行時，應將有關卷宗送請行政執行機關繼續執行。（第三項）」
- 綜上所述，可知在本題中，因為甲的房屋已遭行政執行處查封，所以執行法院依照強制執行法第三十三條之一第一項規定不得再行查封；接下來依照強制執行法第三十三條之一第二項規定，執行法院應該將乙依償還借款的確定終局判決所聲請的執行事件連同卷宗函送行政執行處合併辦理，並通知債權人乙。

(二) 依照題意，發生的情形可能有兩種，以下分別討論：

- 若是執行法院依照上述強制執行法第三十三條之一第一項及第二項規定辦理時，行政執行處於收到乙依償還借款的確定終局判決所聲請的執行事件及卷宗後，應該合併辦理，換言之，行政執行處應依照強制執行法第三十一條及第三十二條對於債權人乙為分配而受清償，乙無須另行聲明參與分配。



2.若是乙未向執行法院依照清償借款的確定判決聲請強制執行，而直接向行政執行處聲明參與分配，此時並非強制執行法第三十三條之一規定的範圍，故發生疑義。

強制執行法第三十四條之一規定：「政府機關依法令或本於法令之處分，對義務人有公法上金錢債權，依行政執行法得移送執行者，得檢具證明文件，聲明參與分配。」由此規定可知，行政機關對於執行法院所進行的強制執行事件可以聲明參與分配，此乃本於債務人財產為全體債權人共同擔保原則所為之規定，而且債權不因為是公法上債權或私法上債權而有異。由上述規定之立法意旨，應可得到私法上債權人得對行政執行事件聲明參與分配的解釋，換言之，在此題中，乙若未向執行法院聲請強制執行，亦得向行政執行處聲明參與分配。



《行政法與強制執行法》

- 一、行政程序之立法具有提升「行政民主化」、「行政效能化」之目的，試分別從行政程序法相關規定予以說明之。又，行政機關違反行政民主化、行政效能相關規定，相對之人民依行政程序法如何處置，分別說明之。（二十五分）

命題意旨	1.行政程序法立法目的與相關規定之關係。命題者特別選擇「行政民主化」、「行政效能化」這二個一般同學較容易忽略的立法目的出題，而略過權益保護之目的。 2.本班教師上課時已再三提醒同學行政程序法中有關「程序」規定之重要性，同學若能對相關法條略予記憶，應較容易回答。 3.行政機關違反行政程序法程序規定應如何處理，特別注意到「行政民主化」、「行政效能化」之規定未必皆能適用行政程序法第一百七十四條規定加以處理（因該條之主要功能在於處理違反權益保護程序之情形）因此答題者須進一步就各種程序規定違反之情形加以分析。
參考資料	1.高點律師司法官專用講義『行政法』，頁 149-153。 2.湯德宗，「行政程序法」，見翁岳生編『行政法 2000』下冊，第十六章，頁 798-800、804-808。 3.湯德宗，「違反行政程序的法律效果」，收於氏著『行政程序法論』，元照出版，頁 81-117。 4.蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏合著，『行政程序法實用』，頁 8-10、139-141。

【擬答】

- (一)行政程序法第一條規定：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」可知提升「行政民主化」、「行政效能化」皆為行政程序之立法目的。以下分別就「行政民主化」、「行政效能化」加以說明之：

甲、行政民主化

- 1.由於國家任務的擴大與多樣化，行政權業已成為國家體制中最為強大的部門，呈現「行政國家」的現象。因此，如何根據國民主權的原則，強化對於行政權民主正當性的要求，即成為現代憲政國家重要的改革方向。除了透過選舉等「代議民主」方式間接控制行政權之組成與政策外，透過行政程序以達成「參與式民主」的目標，成為各國致力於行政程序法制化的目標之一。
- 2.我國行政程序法亦非常重視提升「行政民主化」之目的，其中最重要之規定在於引進「法規命令訂定程序」（行政程序法第一百五十二條至第一百五十七條規定）「資訊公開」（行政程序法第四十四、四十五條規定）等重要制度。在法規命令訂定程序中，包括提議、公告、陳述意見或聽證等程序，參與的對象為「任何人」，不限於「權益受影響者」，可見此一程序之設置目的顯然重在公民對行政決定之直接參與，而非僅以權益保障為目的。而行政程序法第四十四、四十五條規定之資訊公開制度，亦以向公眾一般性、常態性的公開為特徵，而與行政程序法第四十六條規定當事人之閱覽卷宗權兩者功能不同。資訊公開制度之目的，應在於透過資訊公開以強化公民的監督與言論資訊之自由流通，帶有強化民主制度之重要功能。

乙、行政效能化

- 1.「行政效能」是否為行政程序立法之功能與目的，容易產生爭議。惟因效能之提升有助於公益，且提升效能之目的仍須受到權利保障與民主參與等目的之制約，因此，我國行政程序法立法時仍將「行政效能」列為立法目的之一。行政程序提升效能之功能表現於三方面：第一，透過行政程序的資訊收集功能，可以提升行政決定的正確性。其次，透過行政程序之一致化與類型化，亦可避免多種程序之繁瑣、凌亂，有助於不同行政機關間之溝通。第三，透過行政程序的參與功能，可以提高行政決定之可接受度，也有助於提升廣義的行政效能。
- 2.行政程序法對於行政效能之提升，具有代表性之規定有：行政程序原則上採取職權進行主義（例如：行政程序法第三十四條依職權開始程序、第三十六條職權調查證據、第六十七條職權送達、第一百零七條第二款、第一百五十五條依職權舉行聽證等），加強行政機關間橫向的聯繫（例如：第十九條之職務協助、第一百十四條第一項第五款須其他機關參與之行政處分、第一百六十四條行政計畫之聽證程序與集中事權效果等），以及強化行政程序之參與與資訊收集功能（各種陳述意見與聽證程序之規定等）。此外，附帶說明的是，就消極方面，為了不過分妨礙行政效能，行政程序法立法時亦設有多種除外適用規定，同時立法時多以程序較彈性的「非正式程序」（例如：陳述意見）為原則，「正式程序」（例如聽證）為例外，力圖兼顧權益保護、民主參與與行政效能等立法目的。

- (二)行政機關違反行政程序法相關程序規定時，相對之人民如何處置，行政程序法設有一般規定與特別規定。所謂一般規定，即行政程序法第一百七十四條規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。」換言之，原則上人民雖不能對於行政機關之程序行為單獨聲明不服，但得附隨於對實體決定聲明不服時一併加以主張程序瑕疵。所謂特別規定，則是行政程序法針對特定程序瑕疵已設有處理方式，例如迴避制度中之申請迴避與覆決（行政程序法第三十三條規定）聽證程序中之聲明異議（行政程序法第六十三條規定）等。須說明者是，由於行政程序法中程序規定功能各自不同，對行政機關的拘束程度個別，違反時之處理方式也各有差異，必須針對個別規定一一加以探究。以下僅就與行政民主化、行政效能有關之重要規定擇要說明之：

甲、行政民主化

- 1.行政機關違反法規命令制定程序中的「公告、評論程序」時，由於我國目前尚無人民提起法規命令抽象審查之規

定，因此，即無法根據前述行政程序法第一百七十四條規定，於對實體決定（法規命令）聲明不服之程序中主張該等程序瑕疵。因此，人民只能於法院對於法規命令進行附隨審查時，主張行政機關違反「公告、評論程序」之規定。

- 另就資訊公開制度而言，由於行政程序法對於資訊公開制度僅規定基本原則，制度的內容留待未來立法規定，因此，將來符合一定要件之人民得否透過給付訴訟方式或其他救濟程序強制行政機關公開特定資訊，尚不清楚。
- 上述提升行政民主化的相關規定，由於目的在於公民之直接參與，因此透過司法制度加以救濟糾正往往有所困難，除非有特別的制度設計（例如抽象法規審查訴訟、公益訴訟等）。因此，目前依行政程序法似僅能由陳情等方式要求行政機關遵守相關規定。

乙、行政效能化

- 提升行政效能之目的性質上屬於公益之維護，因此，人民原則上也僅能透過陳情等方式要求行政機關遵守相關規定，較難以透過司法程序加以主張。不過，有些程序規定兼具有提升行政效能與人民權益保護之功能，則人民亦得根據行政程序法第一百七十四條規定，於對實體決定聲明不服時一併加以主張程序瑕疵。例如，違反應給予陳述意見或應舉行聽證之規定，或是違反須其他機關參與之規定等，而作成行政處分時，人民得提起訴願與行政訴訟。
- 此外，上述若干程序規定之違反，本法還設有瑕疵得補正之規定，以兼顧程序經濟與權益保護之目的。例如應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予，應參與行政處分作成之行政機關已於事後參與者，其程序瑕疵因而補正。

二、三重市民甲，至樹林監理所委託代檢車輛之乙汽修配廠驗車。試問：

- 如甲之車輛被判定不合格，甲能否據以提起訴願？理由為何（五分）
- 如甲得據以提起訴願，則其訴願管轄機關為何？
- 如甲之訴願被駁回，甲擬進一步提起行政訴訟，則被告機關為？（五分）
- 如甲據以提起行政訴訟，則以何種訴訟最為適當？（五分）
- 如甲驗車合格，須繳納規費新台幣四百五十元，甲支付新台幣一千元，乙驗車廠誤為五百元，而僅找五十元，甲不服時，應提起何種行政訴訟？（五分）

命題意旨	本題屬於基本概念題，困難度不高。答題者最好能正確引用相關法條作答，並分析法條之構成要件。
參考資料	1.高點律師司法官專用講義『行政法』，頁 149-153。 2.吳庚，『行政法之理論與實用』（增訂六版），頁 174-177。 3.吳庚，『行政爭訟法論』，頁 287-303。 4.蔡志方，『行政救濟法新論』，頁 171-185。

【擬答】

一、本題中，甲得否提起訴願，須視是否符合訴願法第一條第一項之規定。試依該條之構成要件分析如下：

- 須以「行政處分」為訴願客體：本題中，甲之車輛於檢驗時被判定不合格，此一判定應屬行政處分。蓋依道路交通安全規則（根據道路交通管理處罰條例第九十二條授權訂定）有關規定，可知定期檢驗不合格時，應於一個月內整修完善申請覆驗（第四十六條）逾期未申請覆驗或覆驗仍不合格者，吊扣其牌照。若有不堪修護使用之情形，經覆驗不合格尚可責令汽車所有人報廢（第二十九條）。因此，汽車檢驗不合格，性質上屬於行政機關對於公法上具體事件所為之直接對外發生法律效果之單方行政行為（訴願法第三條第一項、行政程序法第九十二條第一項），此一決定應屬行政處分。
- 須為「中央或地方機關」之行政處分：訴願法第一條規定雖限於「中央或地方機關」，但是參照訴願法第十條與行政程序法第三條第三項之規定，應包括依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人。本題中，乙汽車修配廠係行政機關依據道路交通安全規則第四十七條、汽車委託檢驗實施辦法等規定，受委託行使有關汽車定期檢驗之公權力行政事項，且實務上代驗車輛合格與否之決定，係由汽車修配廠以自己之名義為之（蓋該代驗廠之印鑑與檢驗簽證章，「汽車委託檢驗實施辦法」第九條參照），符合「委託私人行使公權力」之要件。
- 提起訴願之主體須為「人民」：三重市民甲符合此一要件，並無疑問。
- 訴願人須主張原處分違法或不當：本題中，只要甲作如此主張即可。
- 須致訴願人之權利或利益受損害：根據「相對人理論」（訴願法第十八條參照），甲為行政處分之相對人，具有訴願權能，應無疑義。
- 本題情形並無訴願先程序之規定。
- 綜上分析，甲得根據訴願法第一條第一項規定提起訴願。

二、根據訴願法第十條規定，依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人，以其團體或個人名義所為之行政處分，訴願管轄機關應為原委託機關。根據「汽車委託檢驗實施辦法」第四條規定，依法辦妥工廠登記，領有甲種或乙種汽車修理工廠登記證之汽車修理業，或領有加油站經營許可執照之加油站，得依規定檢附有關證件，向該管公路主管機關「申請籌設」代辦汽車定期檢驗，依此一規定，定期檢驗之委託機關似為「公路主管機關」，復根據公路法第三條規定，公路主管機關在在縣（市）為縣（市）政府。但依「汽車委託檢驗實施辦法」第十條規定，代辦汽車定期檢驗，由「公路監理機關」與代辦檢驗單位簽訂合約辦理，可知公路主管機關僅為「申請籌設」之審核機關，委託關係仍須由公路監理機關與代辦檢驗單位簽訂合約，始為成立。故本題中，委託機關應為公路監理機關即樹林監理所（即「台北區監理所」），

應以樹林監理所（即「台北區監理所」）為訴願管轄機關。

- 三、根據行政訴訟法第二十四條第一款規定，經訴願程序之行政訴訟，若駁回訴願時，應以原處分機關為被告機關。於委託私人行使公權力時，受託之私人係以自己之名義行使公權力，該私人即為第二十四條第一款之原處分機關（行政程序法第二條第三項參照）。復依同法第二十五條規定，人民與受委託行使公權力之團體與個人，因受託事件涉訟者，以受託之團體或個人為被告，亦重申其旨。故本題中，應以乙汽車修配廠為被告機關。
- 四、茲須探究者，為甲應根據行政訴訟法第四條提起撤銷訴訟，請求撤銷判定不合格之行政處分，亦或根據行政訴訟法第五條第二項規定提起課予義務訴訟（汽車定期檢驗屬於人民依法申請之案件），請求乙汽車修配廠應為判定合格之行政處分？按訴訟類型之選擇，應考慮權利保護之有效性（私益），與權利保護途徑之最有效利用（公益）等觀點。就本題而言，若甲僅請求撤銷判定不合格之行政處分，並不能充分達到其救濟目的，因為行政機關仍有再次判定不合格之可能性（釋字第368號解釋參照，行政訴訟法第二百十六條第二項），甲則必須再次利用行政爭訟程序，無法發揮紛爭一次解決之機能。因此吾人認為，甲應提起課予義務訴訟，請求命乙汽車修配廠應為判定合格之行政處分，較為適當。
- 五、依題意，乙汽車修配廠逾收規費五百元，此一五百元之利益欠缺法律上原因，為公法上之不當得利，甲得向乙汽車修配廠請求返還，此一情形符合行政訴訟法第八條第一項「因公法上原因發生財產上之給付」之要件。進一步須說明者，行政訴訟法第八條第一項雖然僅規定人民與「中央或地方機關」之間得提起給付訴訟，未明確規定包括「受託行使公權力之私人」，然而根據行政訴訟法第二十五條規定（未限制何種類型之訴訟），復參照行政程序法第三條第三項規定，吾人認為人民與受託行使公權力之私人間亦得提起給付訴訟。因此，綜上說明，甲得根據行政訴訟法第八條第一項規定提起給付訴訟，請求返還。

- 三、財政部國稅局因營利事業負責人甲（以下稱甲）積欠營利事業稅達二百萬元，依「限制欠稅人或欠稅利事業負責人出境實施辦法」之規定，函請內政部入出境管理局限制甲出境，並同時將公函之副本送達甲。試依上述案情，並依據政院八十三年三月份庭長評事聯席會議決議，附理由解明下列二項問題：（二十五分）
- (一)內政部入出境管理局依據財政部國稅局之函請，限制甲出境之行為，究為多階段行政處分，或是委託行政？
- (二)甲向入出境管理局申請出境，遭受該局拒絕，甲不服時，依照民國八十九年七月一日施行之訴願法之規定，甲究應向何機關提起訴願，始符合管轄之規定？

命題意旨	1.題意已要求答題者根據行政法院八十二年三月份庭長、評事聯席會議決議加以分析，因此同學應根據該項決議加以分析。若能說明實務見解演變過程（行政法院七十二年十一月份庭長、評事聯席會議決議、行政法院八十二年判字第一八二二號判決）更佳。 2.第一小題重點在於行政行為之法律性質，第二小題重點在於處分機關之認定。但第二小題之回答應與答題者於第一小題中的回答相一致。 3.答題時應注意對於「多階段行政處分」與「委託行政」之概念爭議。
參考資料	1.高點律師司法官專用講義『行政法』，頁296-297。 2.吳庚，『行政法之理論與實用』（增訂六版），頁329-331。 3.蔡志方，「論多階段行政處分」，收錄於氏著，『行政救濟與行政法學（三）』，頁495-498。 4.李建良，「多階段處分與行政爭訟」，月旦法學，第38期。

【擬答】

- (一)關於內政部入出境管理局依據財政部國稅局之函請，限制甲出境之行為，其法律性質如何，實務上行政法院之見解有所變更，說明如下：
- 1.早期行政法院七十二年十一月份庭長、評事聯席會議決議，認為「財政部該項函請限制出境，僅係請求內政部入出境管理局對原告予以限制其出境，而原告應否受限制出境，有待內政部入出境管理局之決定。是該項函送行為，顯尚不發生限制原告出境之法律上效果，自非訴願法上之行政處分。而該項函件副本之送達原告僅屬事實之通知，尤非處分書可比」。該項決議似採「多階段行政處分」之見解，認為內政部入出境管理局限制甲出境之行為，始直接對甲發生法律效果，為行政處分；而財政部函請限制出境之行為，僅屬內部行為，副本送達相對人亦僅屬觀念通知，皆非行政處分。然而，此項見解有其缺點，即人民須以內政部入出境管理局為處分機關，向內政部提起訴願，但是實質爭訟焦點往往在於欠稅事實之有無，內政部入出境管理局與內政部並無認定欠稅事實之權限，因此行政法院後來即設法尋求其他概念來處理此類事件。
 - 2.行政法院於八十二年判字第一八二二號判決中，援引「委託行政」之概念，認為「入出境管理局係受財政部委託辦理欠稅人限制出境事項，其所為不許可原告出境之處分，視同委託機關財政部之行政處分，如有不服，應以財政部為原處分機關提起訴願，並以財政部為被告循序提起行政訴訟」。行政法院此項見解係以（舊）訴願法第六條與（舊）行政訴訟法第九條為依據。然而，訴願法上所謂「委託行政」之概念，其內涵為何，學說上見解亦多所爭議。有學者以為，訴願法規定將受委託機關辦理受託事件「所為之行政處分」，視為委託機關之行政處分，其理由在於委託機關之權限「事實上」移轉於受委託機關，但在「法律上」仍為委託機關之權限。然而，內政部入出境管理局限制甲出境之行為，本為內政部入出境管理局之權限，並未發生權限變更之情形，似非訴願法上之委託行政。
 - 3.行政法院後來於八十三年三月份庭長、評事聯席會議作成決議，正式變更七十二年十一月份庭長、評事聯席會議決議之見解，認為「財政部函請該局限制出境同時將副本送達原告時，應認為已發生法律上之效果」。行政法院並未援引「委

託行政」之概念，而是以「營利事業欠稅其負責人是否有限制出境之必要，係由財政部決定，內政部入出境管理局無從審查財稅機關決定之當否」為理由，認為財政部公函已發生法律上之效果，得以之為行政處分提起訴願及行政訴訟。但是，行政法院於決議中並未清楚說明內政部限制甲出境之行為，是否亦屬行政處分。

- 4.對於行政法院八十三年三月份庭長、評事聯席會議決議，學說上有不同的詮釋。有學者認為該項見解仍是將內政部入出境管理局依據財政部國稅局之函請，限制甲出境之行為，定位為「多階段行政處分」，但在救濟程序上予以變通處理，俾能以前階段行為（財政部之公函）作為爭訟客體。亦有學者認為，行政法院是以財政部之決定作為行政處分，而內政部入出境管理局僅為受囑託執行之機關，換言之，應屬於「單數行政處分之委託執行」。即便認為內政部入出境管理局之限制出境亦為行政處分，並非執行行為，亦屬「複數行政處分」之情形，並非真正意義之「多階段行政處分」。
- 5.由於「多階段行政處分」與「委託行政」等概念，我國實務與學界意見尚未完全一致，以致發生上述爭議。若將「多階段行政處分」之概念限於「最後階段行為始為行政處分，先前階段之其他機關參與行為為內部行為」之情形，則行政法院八十三年三月份庭長、評事聯席會議決議既將財政部之公函（前階段行為）認定為行政處分，則似不屬此種本來意義之「多階段行政處分」。若將「委託行政」之概念，限於「委託機關之處分權限事實上移轉于受委託機關，但在法律上仍為委託機關之權限」之情形，則本件事實亦非此種「委託行政」之情形。因此，將此類案例當作「多階段行政處分」之變通情形，或是視為另一種委託的型態－「單數行政處分之委託執行」，均有所據。惟吾人以為，若為了避免將前後階段行為均認為屬行政處分，造成爭訟程序處理的困難，以及為了避免破壞「多階段行政處分」概念之一致性，似乎將財政部認定為處分機關，而將內政部入出境管理局當作受委託（囑託）執行之機關，較為妥當。
- (二)根據前段說明，並依據行政法院八十三年三月份庭長、評事聯席會議決議，甲向入出境管理局申請出境遭拒，應以財政部的公函（副本送達甲時對甲發生效力，並開始計算法定救濟期間）為行政處分，此時應以財政部（非財政部國稅局）為處分機關，根據新修正訴願法第四條第九款之規定，應以主管院（即行政院）為訴願管轄機關（舊法則以財政部為訴願管轄機關、行政院為再訴願管轄機關）。惟根據新修正訴願法第五十八條規定，訴願人應經由原處分機關（即財政部）向行政院提起訴願。

四．左列人員參與執行法院不動產拍賣之應買程序，是否合法？試分別附具理由簡答之：

- (一)執行法院執達員，以其妻名義買受之。
- (二)執行務人不動產遭拍賣，連帶債務人買受之。
- (三)債務人已成年子女買受之。
- (四)於拍賣抵押物強制執行程序，其抵押物所有人與債務人，並非同一人，該抵押物所有人參與應買。
- (五)分割共有物執行，依變價分割為變價拍賣時，共有人參與應買。

命題意旨	測驗考生有關不動產應買之主體問題。
答題關鍵	僅須依題意依序回答即可。
參考資料	楊與齡，強制執行法論，P449、523、765。

【擬答】

不動產拍賣時，除債務人及執行拍賣人員不得應買或使他人為其應買外，依法律規定，承買拍賣不動產之資格，設有限制者，亦不得為應買人。試就本題，詳細說明如下：

- (一)執行法院執達員，以其妻名義買受之：
- 不動產之拍賣，由執行法官命書記官督同執達員為之（強 83）。因此，執達員屬執行拍賣之人員（即拍賣人），故其不得應買（民 392），應無疑義，而其若使他人為其應買，亦在禁止之列。準此，本題依題示，執達員以其妻名義買受之，即非屬合法。
- (二)執行債務人不動產遭拍賣，連帶債務人買受之：
- 強制執行法第 70 條第 6 項規定，債務人不得應買。此一債務人是否包括連帶債務人？吾人認為，應視此一連帶債務人是否同為執行債務人？因本條之債務人應指執行債務人而言。蓋於理論上，債務人之所以不得應買，乃避免出賣人同為買受人之矛盾。故若債權人於聲請強制執行時未將連帶債務人列為執行債務人者，則仍應許其應買。
- (三)債務人已成年子女買受之：
- 現行私法制度皆採個人主義，故債務人已成年子女買受其父母親被拍賣之不動產，非無不許之理。因此，只要債務人並非故意使其以成年子女應買之主觀意圖，應屬合法。
- (四)於拍賣抵押物強制執行程序，其抵押物所有人與債務人，並非同一人，該抵押物所有人參與應買：
- 依上（二）所述，強制執行程序為避免出賣人同為買受人，故債務人不得應買。而於拍賣抵押物強制執行程序，抵押物所有人與債務人若非同一人，則抵押物所有人既非拍賣之出賣人，許其應買，應無不可。
- (五)分割共有物執行，依變價分割為變價拍賣時，共有人參與應買：
- 共有物應有部分第一次之拍賣，執行法院應通知他共有人（強 102），其乃在使他共有人知悉而出面承買，可減少或消滅共有關係。而在變價拍賣之情形，其執行債權人可能為原變價分割判決之原告或被告，故其皆立於執行債權人及執行債務人之地位，故為避免理論上使出賣人成為買受人，且此時變價拍賣之結果，由於第三人之應買，亦將使共有關係完全消滅，故應認共有人不應參與應買為宜。