

《行政法概要》

一、依據行政組織法之法理，臺中市政府究係「行政主體」，抑或「行政機關」(25 分)

命題意旨	本題為基本考題，考生只要能點出行政主體與行政機關之概念，並加以比較即可。
答題關鍵	先對行政主體與行政機關分別定義，再將該台中市政府涵攝入上述定義，便可得到台中市為行政主體、台中市政府為行政機關之結論。
高分閱讀	1.宣政大，2011 行政法講義第五回第 2 版，頁 10 以下。 2.宣律師，行政法總複習講義，頁 65 以下。

【擬答】

(一)行政主體與行政機關之概念

1.行政主體：

指行政法上享有權利、負擔義務，具有一定職權且得設置機關以便行使，並藉此實現行政上任務之組織體。既為權利義務之主體，其前提需具有法律上人格，在我國原則上可和公法人畫上等號。是以，現行行政主體一般認為有下列類型：

- (1)國家：具有「原始的支配權」，為「原始的行政主體」。
- (2)地方自治團體：地方自治團體係指在國家一定區域內，為實施地方自治，由地方人民組成，具有公法上權利能力之「公法社團」。此外，凡憲法上之各級地域團體符合下列條件者：一、享有就自治事項制定規章並執行之權限，二、具有自主組織權，方得為地方自治團體性質之公法人。(地方制度法、釋字第 467 號解釋)
- (3)農田水利會：農田水利會係由法律設立之公法人，為地方水利自治團體，在法律授權範圍內享有自治之權限。(釋字第 629 號解釋)
- (4)行政法人：指國家及地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關，為執行特定公共事務，依法律設立之公法人。(行政法人法)

2.行政機關：

依照行政程序法第 2 條之定義，行政機關係指「代表國家地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」亦即，行政機關係依組織法之規定，具有一定管轄權限，並得以自己之名義，獨立行使職權之組織體。學者認為，依照上述定義，可將行政機關分析如下：

- (1)行政機關係具有單獨法定地位之組織。
- (2)行政機關係國家或地方自治團體，依權力分立所設置，屬行使行政權之機關。
- (3)行政機關以行使公權力為主。
- (4)行政機關之權限即管轄分工。
- (5)行政機關係行為主體，而非權利義務主體。

(二)台中市政府在行政組織法上之屬性

- 1.由上述 2.(5)可知，行政機關在全縣內所為之行爲，無論屬於公法行爲或私法行爲，其結果最後均歸屬於權利主體之公法人。舉例言之，如內政部、外交部均為國家之機關，其可為行政法上之行爲，但法律效果、權利義務則歸於中華民國。
- 2.由上可知，直轄市政府、議會及各局處為市法人之機關，而直轄市本身為公法人。是以，台中市為行政主體、台中市政府為行政機關。

二、請說明行政執行法上「直接強制」與「即時強制」之異同。(25 分)

命題意旨	本題為基本考題，考生只要能點出直接強制與間接強制之概念，並加以比較即可。
答題關鍵	本題算是相當基本之觀念，直接強制與間接強制皆屬於行政執行制度下行爲不行為義務執行之範圍，其只是執行方法之差異。
高分閱讀	1.宣政大，2011 行政法講義第四回第 2 版，頁 10 以下。 2.宣律師，行政法總複習講義，頁 63 以下。 3.蔡震榮，《行政執行法（四版）》，元照出版，2008 年，頁 226。

【擬答】

(一)行爲不行爲義務執行概說

- 一般而言，所謂行政執行，係指人民不履行行政法上義務時，以強制手段迫使其履行或達到與履行同一狀態之行政作用，又被稱爲「行政上強制執行」。我國行政執行法除規定行政上強制執行外，尚包含未有義務違反但基於特定目的所爲之強制措施。是以，依照行政執行法第 2 條之規定，行政執行之類型有下列分類：
 - (1)公法上金錢給付義務。
 - (2)行爲不行爲義務。
 - (3)即時強制。
- 其中，行爲不行爲義務執行規範於行政執行法第三章，由原處分機關擔任執行機關。依照行政執行法第 28 條，可將行爲不行爲義務執行之方式分爲間接強制及直接強制，其執行要件如下：
 - (1)義務人依法令或本於法令之行政處分負有義務。
 - (2)以處分書或書面限定義務人於相當間內履行。
 - (3)義務人逾期仍不履行。

(二)間接強制與直接強制之比較

- 所謂間接強制又可分爲：
 - (1)代履行：依照行政執行法第 29 條第 1 項，義務人未履行某一行政法上之行爲義務，而依該義務之性質，其可以由別人代行時，執行機關得委託第三人或指定特定人代替義務人作成該行爲，而向義務人收取費用，以達成行政上之目的。
 - (2)怠金：依照行政執行法第 30 條第 1 項，依法令或本於法令之行政處分，負有行爲義務而不爲，其行爲不能由他人代爲履行者，依其情節輕重處新臺幣五千元以上三十萬元以下怠金。
- 而直接強制係義務人不履行其行爲或不行爲之義務時，由執行機關對其人或其物，使用人身實力、輔助器具或武器，以實現履行義務之同一狀態之執行方式者。依照行政執行法第 28 條，直接強制之方法有下：
 - (1)扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。
 - (2)進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。
 - (3)收繳、註銷證照。
 - (4)斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。
 - (5)其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。
- 比較間接強制與直接強制之相同點：
 - (1)皆屬於行政執行制度下行爲不行爲義務執行之一種。
 - (2)皆有告戒制度之適用。
- 比較間接強制與直接強制之相異點：
 - (1)依照行政執行法第 32 條，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，是爲所謂「間接強制優先原則」，故兩者間存在執行順序之差異。
 - (2)以代履行與直接強制比較而言，前者係由他人履行，若由行政機關自行履行，便爲直接強制。然實際運作上常有區分上之困難，如違章建築之拆除，若機關爲之則爲直接強制，他人爲之則爲間接強制。然事實上無論由誰拆除根本沒有差異，故此種機關自爲履行之情形是否皆爲直接強制，便有檢討空間。

三、何謂「比例原則」？請試依行政程序法第 7 條規定說明之。(25 分)

命題意旨	本題爲基本題，考生只要記得行政程序法第 7 條，便可獲得一定分數。
答題關鍵	本題算是相當基本之觀念，考生除了解釋行政程序法第 7 條外，可再引用大法官解釋補充說明，加強論證內容。
高分閱讀	1.宣政大，2011 行政法講義第 1 回第 2 版，頁 129 以下。 2.宣律師，行政法總複習講義，頁 21 以下。

【擬答】

(一)比例原則之定義

- 比例原則在理論上被視爲憲法位階之法律原則，屬於我國重要的法治國原則。而比例原則又稱爲最小侵害



原則或是禁止侵害過當原則，係指國家的權力行使若有侵害人民之必要時，應以最適當、最小侵害之方法為之。

2. 行政程序法第 7 條指出，比例原則尚包含三大子原則：

- (1) 適當性：國家機關所採取的公權力行為，必須確實有效達成其目的。
- (2) 必要性：在能達成目的的手段中，要選擇最小的。
- (3) 狹義比例原則（衡平性）：國家之手段所造成損害，不得與其希望達成目的之利益顯失均衡。

(二) 比例原則之實際運用

1. 在諸多大法官解釋中，便常以是否「必要」作為判斷有無違憲之依據。而大法官便以憲法第 23 條之必要，作為發展比例原則之根源：

(1) 釋字第 476 號解釋為大法官第一次開始使用比例原則，但內涵被修正為目的正當、手段必要與衡平性：「...惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之旨旨。」

(2) 之後大法官亦多次使用比例原則，如釋字第 577 號解釋：「惟此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成；相較課予菸品業者標示義務，責由各機關學校辦理菸害防制教育，固屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段，故課予標示義務並未違反必要原則；又衡諸提供消費者必要商品資訊與維護國民健康之重大公共利益，課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。」

我國行政法院在行政程序法三讀通過前，便承認比例原則之存在，如最高行政法院 47 年判字第 26 號判例謂：「建築物有妨礙都市計畫者，市縣主管建築機關得令其修改或停止使用，必要時得令其拆除，固為建築法第 31 條第 1 款所規定。但建築物是否有拆除之必要，應依客觀情事以為認定，不容任意率斷。若無拆除必要而令其拆除，即非合法。」

四、某甲在自家陽台上所新增之遮雨棚，被建築主管機關誤認為違建。下令限期拆除。試問：當某甲不服時，是否僅以提起訴願及撤銷訴訟之方式，即能立刻有效阻止遮雨棚被拆除之命運？（25 分）

命題意旨	本題為本試中唯一的實例題，考生需知道行政救濟中保全制度之運用。
答題關鍵	我國係採取行政救濟不停止執行之制度，故人民在行政救濟（尤其撤銷訴願、訴訟）進行中必須聲請停止執行，方得凍結行政處分之效力。考生應引用訴願法第 93 條、行政訴訟法第 116 條說為說明之基礎。
高分閱讀	宣政大，2011 行政法講義第 6 回第 2 版，頁 171 以下。

【擬答】

(一) 訴願及撤銷訴訟無法給甲完整之救濟

1. 不符行政處分提起訴願、行政訴訟，不停止原處分之執行，係我國法制向來之原則，一般稱之為「行政救濟不停止執行」。例如：我國訴願法第 93 條第 1 項：「原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。」、行政訴訟法第 116 條第 1 項：「原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。」
2. 因此，於本案中，甲僅提出訴願及撤銷訴訟雖得於勝訴後撤銷原處分，但無法避免在爭訟期間中行政機關執行該處分拆除陽台上新增之遮雨棚。於執行後，甲僅得依照行政訴訟法第 196 條第 2 項更改訴訟類型為確認訴訟。是以，訴願及撤銷訴訟無法給甲完整之救濟。

(二) 甲應聲請暫時停止執行

1. 而為達到憲法第 16 條所稱「無缺漏之救濟」，訴願法、行政訴訟法便設有停止執行之制度。「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，行政法院亦得於當事人起訴前依聲請，停止執行。」訴願法第 93 條第 2 項、第 3 項規定甚明。又「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不得為之」亦為行政訴訟法第 116 條第 3 項所規定。

2. 綜合上述，法院審查停止之方法，學說認為有二：

(1) 略式審查（總括審查）

聲請人停止執行之聲請有無理由，完全取決於法院對於該聲請人在本案訴訟程序本身上有無勝算希望，亦即系爭處分之違法判斷與否的評斷。

(2) 利益衡量模式（雙重假設模式）

比較並評價「萬一聲請人之停止執行的聲請照准，而事後聲請人在本案程序上卻敗訴時，結果如何」與「萬一聲請人之停止執行的聲請遭受到駁回命運，而事後聲請人在本案程序中卻勝訴時，結果又如何」等兩種假設性後果之孰輕孰重，來決定聲請人停止執行之聲請是否有理由的答案。

3. 實務上，行政法院對於停止執行係為以下方法之認定：

(1) 依照最高行政法院 98 年度裁字第 952 號裁定：「本院一直認為『行政處分之停止執行』法制與『假扣押假處分』法制，應該是在一套法理基礎下運作，而雙方面之具體規定內容在法解釋論上也有互補之功能，本院向來將之統合在一個判斷基準來加以說明。其判斷基準即：(1) 先要考慮聲請人本案請求在法律上獲得勝訴之蓋然性有多高。(2) 再以個案中『情事急迫程度』與『公私法益之實際權衡』等因素，來決定是否要給予聲請人『保全或定暫時狀態之假處分』之暫時權利保護。」似乎兼採略式審查及利益衡量模式。

(2) 然對於是否有「不可回復之損害」，法院則採取相當嚴格之判斷標準。如最高法院 90 年裁字第 578 號裁定：「…又所謂『難於回復之損害』，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言。此所稱回復原狀，非謂應回復原有狀態。在財產權之情形，非指權利形態與內容之完全一致，而著重在經濟上之等價性。財產權之損害，除難以金錢估計者，如古蹟之拆除，原則上能以金錢填補，不得據以聲請停止執行。否則，所有物或權利狀態之變動幾可被視為『難於回復之損害』，而聲請停止執行，即與行政訴訟上『行政處分之執行，原則上不因行政爭訟之提起而停止，僅例外情況下容許停止』之立法原則相違」

