

《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

- 1.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。
- 2.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。